מגמות ותנודות בדין החוזים הכללי – ישראל 2010

מאת

יהודה אדר*

רשימה זו סוקרת את עיקרי ההתרחשויות שחלו בדין החוזים הכללי בשנת המשפט החולפת ובוחנת את ההשלכות האפשריות של התרחשויות אלה על זכויותיהם של הצדדים לחוזה. המחבר טוען כי הפיתוח ההלכתי של דין החוזים בשנה האחרונה שומר על הדפוס הכללי המאפיין את הפסיקה בדיני חוזים בעשורים האחרונים. מחד גיסא ניכרת גם השנה המגמה של התקדמות מדודה בתלם ההלכה הקיימת תוך הבהרת הדין או עריכת תיקונים קלים באופן יישומם של המבחנים הידועים והמוכרים. פיתוחים חשובים מסוג זה ניכרים בתחום של דיני כריתת החוזה, דיני תום הלב ותקנת הציבור ובעניינים שונים הנוגעים בדיני התרופות. מאידך גיסא אפשר להצביע גם על חידושים "מרעישים" יותר, העשויים לסמן נקודת מפנה, אם לא מהפכה של ממש. כך בתחום הפרשנות, שבו בחודש ינואר 2011 תוקן חוק החוזים הכללי באופן העשוי להשפיע לכאן או לכאן על מחלוקת חריפה למדי שנתגלעה בבית המשפט העליון בסוגיה זו. כך בוודאי בתחום התרופות על הפרת חוזה, לאור החידושים החשובים והמפליגים שהביא עימו פסק הדין בפרשת **אגריפרם**, המוצגים והנבחנים בחלקה האחרון של הרשימה.

א. מבוא. ב. פיתוח הדרגתי: הבהרות, סימני דרך ותמרורי אזהרה; 1. כללי; 2. דיני הכריתה; (א) רקע; (ב) עניין עדני – תיאור המחלוקת; (ג) משמעויות ולקחים: מעמדו של "הסכם להסכים"; 3. דיני הפרשנות; 4. תום לב ותקנת הציבור; 5. חובת תום הלב בקיום החוזה – על כל צד המעורב בביצועו; (א) פרשת ברזני – תיאור העובדות וההלכה; (ב) לקחים ומשמעויות; 6. דיני התרופות; (א) צירוף תרופות: ביטול, השבה ופיצויי קיום; (ב) השבת כסף בעקבות ביטולו של חוזה – שיערוך מלא או חלקי?. **ג. מהפכה בדיני התרופות: השבת רווחי ההפרה – מניעת התעשרות או ענישת המפר?**; 1. כללי; 2. הרקע העובדתי ותמצית ההכרעה בערעור; 3. השבת התעשרות עוולתית שהופקה על חשבון הנפגע; 4. "השבה הרתעתית": שלילת התעשרות עוולתית שלא הופקה על חשבון הנפגע; 5. השבה הרתעתית – הערכה ביקורתית. **ד. סוף דבר.**

---

* מרצה למשפט אזרחי, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לאלון קול, תלמיד השנה השלישית בפקולטה למשפטים בחיפה, על עזרתו הנאמנה בהכנתה של הסקירה ששימשה בסיס לכתיבתו של מאמר זה. ברכות גם ליוזמי ומארגני כינוס "שנת המשפט" שהתקיים ב־7 באוקטובר 2010, שמאמר זה הוא אחד מפֵּרותיו. תודה שלוחה גם למערכת כתב העת "דין ודברים" על עבודת העריכה המצוינת.

א. מבוא

מטרתה של רשימה זו היא להציע לקורא סקירה תמציתית של עיקרי ההתרחשויות שחלו בדין החוזים הכללי בשנה החולפת. בצד התיאור כוללת הסקירה גם ניתוח והערכה של המשמעויות וההשלכות האפשריות של התרחשויות אלה על זכויותיהם של הצדדים לחוזה.[1]

בחלוף כארבעים שנה מחקיקתם של חוקי החוזים הכלליים – חוק החוזים הכללי[2] וחוק החוזים תרופות[3] – הגיע דין החוזים בישראל לבשלות יחסית. ההסדר החקיקתי המקיף שעוצב בשעתו במשרד המשפטים ביד האמן של פרופ׳ אורי ידין ז״ל, הוכיח את עצמו.[4] העיון בפסיקה בעשורים האחרונים מלמד כי הסדר זה הניח תשתית ראויה, נוחה, בהירה ויציבה ליישובם של אין־ספור סכסוכים חוזיים. אגב מלאכת היישום של ההסדר

---

1 הסקירה הנוכחית לא תכלול את ההתפתחויות בדיני החוזים המיוחדים. אזכיר כאן רק את העובדה כי בחוק החוזים האחידים ובחוק הגנת הצרכן הוכנסו בשנה החולפת כמה תיקונים. בעקבות הצעת חוק פרטית שהגישו כמה חברי כנסת הוחלף סעיף 15 בחוק החוזים האחידים, שהתיר לספקים לציין בחוזה אחיד את דבר אישורו על ידי בית הדין בהוראה מפורטת יותר. הוראה זו מחייבת ספק לציין בחוזה האחיד את דבר אישורו של החוזה ואת המועד לפקיעתו של האישור, והיא אף מסמיכה את שר המשפטים להתקין תקנות שיחייבו ספקים מסוימים (שזהותם תיקבע על ידיו) לציין כי נוסח החוזה שהם מציעים טרם אושר. חוק החוזים האחידים (תיקון מס׳ 3), תש״ע-2010, ס״ח 514. לשינוי חקיקתי זה התלוו תיקונים עקיפים בחוק הגנת הצרכן, תשמ״א-1981, ס״ח 248, בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), תשמ״א-1981, ס״ח 258 ובחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), תשמ״א-1981, ס״ח 298. תיקונים אלה מסמיכים את שר התמ״ת, המפקח על הבנקים והמפקח על חברות הביטוח (בהתאמה, לפי העניין) להורות על אופן הבלטתם בחוזים אחידים של תנאים מהותיים. בחוק הגנת הצרכן נעשו השנה עוד שני תיקונים: התיקון הראשון נוגע באופן הכיתוב בחוזה אחיד או בפרסומת המתייחסת אליו (סעיף 4א), קובע איסור מיוחד על הטעיה צרכנית של קטינים (סעיף 7א) ומכניס שינויים ותוספות בהסדר החל על ביטול עסקות של רוכלות ושל מכר מרחוק. חוק הגנת הצרכן (תיקון מס׳ 26), תש״ע-2010, ס״ח 305; התיקון השני מסדיר בפירוט את התחום של עסקות מתמשכות למתן שירותים רפואיים תוך שהוא מגדיר חובות גילוי נרחבות, דרישות צורה (כתב בשפה המובנת לצרכן) ועניינים נוספים. חוק הגנת הצרכן (תיקון מס׳ 28), תש״ע-2010, ס״ח 636. מן הפסיקה ראוי לציון פסק דינו של בית המשפט העליון בע״א 6916/04 **בנק לאומי לישראל בע״מ נ׳ היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו). בפסק דין זה אושר בחלקו הגדול – ותוקן בחלקו – פסק דינו של בית הדין לחוזים אחידים משנת 2004 אשר ביטל ושינה מספר רב של הוראות בנוסח חוזה לפתיחת חשבון עובר ושב בבנק לאומי (ע״ש (י-ם) 195/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ׳ בנק לאומי לישראל**, פ״מ תשס״ג(1) 481).

2 חוק החוזים (חלק כללי), תשל״ג-1973, ס״ח 118 (להלן – חוק החוזים).

3 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל״א-1971, ס״ח 16 (להלן – חוק התרופות).

4 זכרו ופועלו של ידין הועלו על נס בכנס דו־יומי שהתקיים באפריל 2010 בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ובמכללה האקדמית נתניה, לציון 40 שנה לחקיקתו של חוק התרופות.

nevo.co.il

החקיקתי הצמיחו בתי המשפט האזרחיים בעשורים האחרונים, בהנחייתו ובפיקוחו של בית המשפט העליון, גוף הלכה רחב ועשיר שפיתח, הרחיב, השלים והגמיש את השלד החקיקתי.

בהקשר זה ראוי להזכיר כי בניגוד לתחומי משפט אחרים דיני החוזים בישראל הם גוף קודיפיקטיבי: ענף משפטי הנשען בעיקרו על הסדר חקיקתי המתיימר להיות מקיף ושיטתי. עם זאת גם בתחום החוזים ניכרת היטב מלאכת ״החקיקה השיפוטית״: בצד פיתוח הדין עקב בצד אגודל והליכה בתלם החוק וההלכה הקודמת זימנה לנו הפסיקה מעת לעת גם שינויים ומהפכות – מהן שקטות והדרגתיות, לדוגמה: הכרסום בכוחו המחייב של החוזה וריכוך מבחני הכניסה אל התחום החוזי; מהן גדולות ורועשות, לדוגמה: הלכות **אדרס**,[5] **אפרופים**,[6] **קלמר**[7] **וקל־בניין**[8].

שנת המשפט תש״ע שומרת על דפוס התפתחות זה שאפיין את דין החוזים הכללי מאז שזכה בעצמאות לפני 40 שנה. מחד גיסא ניכרת גם השנה המגמה של התקדמות מדודה בתלם ההלכה הקיימת תוך הבהרת הדין או עריכת תיקונים קלים באופן יישומם של המבחנים הידועים והמוכרים. מאידך גיסא, כעולה מסקירה זו – גם השנה לא נעדר מקומה של פסיקה מרעישה העשויה לסמן את תחילתה (או למצער החייאתה) של מהפכה של ממש. חלקה הראשון של הרשימה (פרק II) עוקב אחר ההתפתחויות מהסוג הראשון. הסקירה נפתחת (בפרק 2.II) בעיון מעמיק יחסית בפסק דין חדש ומעניין של בית המשפט העליון שעסק בשאלת סמכותו של בית המשפט להשלים בזכרון דברים פרטים חסרים שהצדדים ביקשו לקבוע בעצמם בשלב מאוחר יותר. בהמשך (פרקים 3.II, 4.II, ו־5.II) נבחנים כמה חידושים – מהם נקודתיים, מהם בעלי השלכות רוחב עמוקות יותר, בתחומי הפרשנות, בתחום תקנת הציבור ובתחום הפיתוח ההלכתי של חובת תום הלב בקיום החוזה. חלק זה של הרשימה נחתם (בפרק 6.II) בדיון קצר בשני פסקי דין מתחום התרופות על הפרת חוזה, שבהם הובהרו עניינים הנוגעים לצירוף תרופות ולשאלת השיערוך של כסף שיש להשיב לאחר שחוזה בוטל בשל הפרתו. בחלקה השני של הרשימה (פרק III) מתואר החידוש הדרמטי ביותר של השנה, המגולם בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **אגריפרם**.[9]

---

5 ד״נ 20/82 **אדרס חמרי בנין בע״מ נ׳ הרלו אנד ג׳ונס ג.מ.ב.ה.**, פ״ד מב(1) 221 (להלן – עניין **אדרס**).

6 ע״א 4628/93 **מדינת ישראל נ׳ אפרופים שיכון ויזום (1991) בע״מ**, פ״ד מט(2) 265 (להלן – הלכת **אפרופים**).

7 ע״א 986/93 **קלמר נ׳ גיא**, פ״ד נ(1) 185.

8 ע״א 6370/00 **קל בנין בע״מ נ׳ ע.ר.מ. רעננה לבנייה ולהשכרה בע״מ**, פ״ד נו(3) 289.

9 ע״א 8728/07 **אגריפרם אינטרנשיונל בע״מ נ׳ מאירסון** (פורסם בנבו) (להלן – עניין **אגריפרם**).

ב. פיתוח הדרגתי: הבהרות, סימני דרך ותמרורי אזהרה

1. כללי

הפסיקה החדשה שיצאה מלפני בית המשפט העליון בשנה החולפת עוסקת בקשת נרחבת של סוגיות. החידושים העיקריים המצדיקים תשומת לב מיוחדת נופלים בגדרם של שלושה תחומי יסוד בדין החוזים הכללי: דיני כריתת החוזה, דיני הפרשנות ודיני התרופות. גם בדיני תום הלב בקיום החוזה ובדיני הפסלות, כלומר דין החוזה הבלתי חוקי והחוזה הסותר את תקנת הציבור, חלו התפתחויות חשובות. המכנה המשותף לגוף פסיקתי עשיר זה הוא כאמור היותו מבטא התפתחות הדרגתית ומתונה של הדין. אף על פי כן גם בתוך קבוצה זו אפשר להבחין בין סוגים שונים של תרומה לפיתוח הדין: מן העבר האחד ניצבים פסקי דין שעיקר חשיבותם בהבהרה של עקרונות ומושכלות יסוד שטרם הוטמעו כדבעי בפסיקת הערכאות הנמוכות. מן העבר האחר זכינו גם בפסיקות המקפלות בתוכן – במפורש או במשתמע – ביקורת על הדין הנוהג או הצעות לפיתוחו בכיוונים חדשים. מאחר שפסקי דין מסוימים משקפים יותר מסוג אחד של תרומה, ובשל הרצון להקל על הקורא המבקש לקבל תמונה על החידושים בתחום ספציפי, תיערך הסקירה שלהלן בחתך נושאי. עם זאת אגב ניתוח הפסיקות השונות תופנה האצבע גם לאופיו של החידוש המקופל בכל אחת ואחת מהן.

2. דיני הכריתה

(א) רקע

תחום דיני הכריתה לא התאפיין מעולם בחידושים הלכתיים רועשים, ודומה כי רב בו הנסתר על הנגלה. בכפוף להסתייגות זו, מקובלת עליי הדעה שבעשורים האחרונים הסתמנה מגמה עקבית למדי של ריכוך והקלה במבחני הכניסה לתחום החוזי.[10] בפסקי דין רבים שניתנו בעשורים האחרונים ניכרה נכונות של בתי המשפט לקבוע ממצא חיובי בשאלת התקיימותן של מסוימות, של גמירת דעת או של דרישת הצורה (בעיקר כתב בעסקות מקרקעין). זאת, גם בנסיבות שבהן התעורר ספק לגבי מידת בשלותה של ההסכמה החוזית. עם זאת בתוך המגמה הכללית המרחיבה היה אפשר לזהות מעת לעת

10 לתיאור מאלף – ומשכנע – המצביע על מגמה זו ראו: שירלי רנר, ״דיני חוזים – מגמות והערכה״, **משפטים** כא (תשנ״א-תשנ״ב) 33, בעמ׳ 34-46.

גם גישות שמרניות יותר, אשר התריעו מפני ריכוך מופרז של מבחני גמירת הדעת, המסוימות והצורה.[11]

(ב) עניין עדני – תיאור המחלוקת

על רקע ״היסטוריה״ זה מעניין לבחון את פסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **עדני נ׳ דוד**.[12] בפרשה זו נתגלעה מחלוקת של ממש בבית המשפט העליון באשר לתוקפו של זכרון דברים להעברת זכות הבעלות במקרקעין. זכרון הדברים, שנערך ואף נחתם, כלל כמה הוראות שקבעו את מהות העסקה (מכירת חנות), את התמורה הכספית הכוללת ואת האופן שבו העסקה תמומן על ידי הקונה. נכללה גם התייחסות לתנאים מוקדמים שהם תנאי לביצוע העסקה (כגון מציאת שוכר על ידי הקונה והמצאת אישורים מאת המוכר). עוד צוין בזכרון הדברים כי יצורף אליו נספח שבו יפורטו תנאי ומועדי התשלום, וכי ״הסכם מפורט״ ייערך עד לתאריך שנקבע (50 יום מחתימת זכרון הדברים). דא עקא, שנספח התשלומים לא נכתב ולא צורף לזכרון הדברים. לאחר כמה תכתובות, שבהן ניסו הצדדים ובאי כוחם להגיע לעמק השווה בעניינים שונים (שלא התמקדו דווקא בסוגיית מועדי התשלום) אך ללא הצלחה, הודיע הקונה באופן חד־צדדי לרשויות המס על העסקה ואף רשם לטובתו הערת אזהרה על הנכס. בתגובה תבע המוכר בבית המשפט המחוזי – וקיבל – הצהרה שקבעה כי ההסכם שנערך אינו מחייב אותו. הנימוק העיקרי לשלילת התוקף היה כי מלשון ההסכם ומטיוטה שבה מועדי התשלום הוגדרו כחלק מ״עיקרי ההסכם״ עולה שהצדדים ביקשו לראות במועדי התשלום פרט שעליהם להסדירו בטרם יתחייבו זה כלפי זה. בנסיבות אלה ועל רקע סברתו כי ההלכה הפסוקה רואה בתנאי תשלום ״פרט מהותי״, ראה בית המשפט את עצמו מנוע מלבצע

---

11 המחלוקת העקרונית נחשפה בעיקר בסוגיית המסוימות ובסוגיית הכתב. השוו: לדוגמה, בין פסק דינו של השופט אור בע״א 3380/97 **תמגר חברה לבניה ופיתוח בע״מ נ׳ גושן**, פ״ד נב(4) 673 (להלן – עניין **תמגר**), שבו ניתן תוקף לעסקה למכר דירה אף שהדירה עצמה לא זוהתה בחוזה באופן ברור, לבין פסק דינו השמרני של הנשיא שמגר בע״א 686/83 **אליסיאן נ׳ חברת יעקב יהלומי בע״מ**, פ״ד מא(4) 160, שם בנסיבות דומות למדי נקבע כי היעדר זיהוי של דירה שהובטחה לקונה שוללת את יסוד המסוימות ועימו את יסוד הכתב. ראו: בדומה, את הבדלי הגישות בין שופטת המיעוט שטרסברג־כהן לבין שופט הרוב שלמה לוין בע״א 2143/00 **לוין נ׳ שולר**, פ״ד נז(3) 183 (להלן – עניין **שולר**). באותה פרשה, כשלוש שנים לאחר מסירת החזקה בדירה, ציווה בית המשפט העליון על הקונים להשיבה למוכרים בשל היעדר הסכמה בכתב על המחיר. בסוגיית גמירת הדעת לא נתגלעה בפסיקה מחלוקת עקרונית באשר לתוכן המבחנים הרלוונטיים לבחינת התקיימותה של הדרישה. עם זאת ביישומו של המבחן מתגלה לעתים פער בין תפיסותיהם של שופטים שונים. ראו לדוגמה את המחלוקת שנפלה בין השופטות ארבל ופרוקצ׳יה מזה לבין הנשיא ברק מזה בע״א 5332/03 **רמות ארזים חברה לבנין ולהשקעות בע״מ נ׳ שירן**, פ״ד נט(1) 931, בנוגע לשאלת התקיימותה של גמירת דעת מספקת של צדדים שערכו זכרון דברים למכירת מקרקעין.

12 ע״א 7193/08 **עדני נ׳ דוד** (פורסם בנבו) (להלן – עניין **עדני**).

״השלמה נורמטיבית״ של הפרט החסר. יסוד המסוימות ויסוד הכתב – ולמעשה גם יסוד גמירת הדעת – נותרו אפוא פגומים בלא תקנה. המוכר היה רשאי אפוא לפעול כפי שפעל, קרי לסגת מן העסקה.

בערעורו לבית המשפט העליון תקף הקונה את קביעותיו העובדתיות והמשפטיות של בית המשפט המחוזי. במישור העובדתי נטען כי בפועל גובשה בין הצדדים הבנה בלתי כתובה בנוגע לשלבי ביצוע התשלום, ואילו במישור המשפטי טען הקונה כי מועדי התשלום הם פרט הניתן בנסיבות העניין להשלמה מכוח הוראות החוק הרלוונטיות.

בבית המשפט העליון נחלקו הדעות באשר לגורל הערעור שהגיש הקונה. דעת הרוב (השופט עוזי פוגלמן בהסכמתה של השופטת אסתר חיות) אימצה ללא הסתייגות את קביעתה של הערכאה הראשונה כי להסכם המוקדם אין תוקף בהיעדרה של הסכמה על תנאי התשלום. דעת הרוב סברה כי אין מקום להתערב בממצא העובדתי של בית משפט קמא, קרי בקביעתו כי הצדדים ראו בנושא התשלומים עניין חיוני ומהותי וכי הם לא הסכימו על תנאי התשלום – לא בשלב עריכת זכרון הדברים ולא בשלב מאוחר יותר. בנסיבות אלה אין כל אפשרות להשלים פרט זה, שכן נלמדת במשתמע כוונת הצדדים לשלול השלמה נורמטיבית חיצונית של הפרט החסר.[13] במצב זה חסרונו של הפרט המהותי – שכאמור אינו ניתן להשלמה – יוצר חסר הן ביסוד גמירת הדעת, הדורש העדה על רצונם של הצדדים להתחייב כבר בשלב זכרון הדברים, והן ביסוד המסוימות, הדורש הסכמה על הפרטים המהותיים של העסקה.

לעומת זאת דעת המיעוט (השופט יצחק עמית) סברה כי זכרון הדברים תקף ומחייב. לשיטתו של השופט עמית, הוראותיו של זכרון הדברים מלמדות בבירור שהצדדים גמרו בדעתם למכור (ולקנות) את הנכס, בכפוף לזכותו של הקונה (בלבד) לחזור בו אם לא יימצא שוכר לנכס. חיזוק למסקנה זו מצא שופט המיעוט בעובדה שהמוכר המשיך להעביר מסמכים לקונה גם לאחר חתימתו של זכרון הדברים.[14]

לאור הנחתו כי התקיימה הדרישה לגמירת דעת עובר השופט עמית לבחון את התקיימותה של דרישת המסוימות ושל דרישת הכתב התלויה בה. לשיטתו, אף שתנאי תשלום הם פרט מרכזי שחסר בזכרון הדברים, הרי שבהינתן גמירת דעת אין מניעה מלהשלים פרט זה באמצעות אחד מערוצי ההשלמה הקבועים בחוק.[15]

---

13 בלשונו של בית המשפט (שם, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט פוגלמן): ״אינני סבור כי יש מקום לשקול אפשרויות השלמה שונות לסוגיית מועדי התשלום ותנאיו, וזאת לאחר שנמצא כי הצדדים גילו דעתם שמדובר ביסוד חיוני בעסקה, שלגביו לא הושגה הסכמה. [...] בנסיבות אלה תכפה על הצדדים הסכמה חוזית בסוגיה שהם נתנו עליה את דעתם בעת החתימה על זכרון הדברים, אך לא הגיעו להסכמה בעניינה. [...] קיימת כוונה משתמעת של הצדדים, שאינה מאפשרת את השלמת החוזה...״.

14 שם, בפסקה 1 לפסק דינו של השופט עמית.

15 ״אין חולק כי תנאי תשלום התמורה מהווים יסוד מרכזי לצורך רכיב המסוימות. אך [...] יש לבחון אם ניתן להתגבר על היעדר המסוימות ועל דרישת הכתב באמצעות מספר מנגנוני השלמה... ״ שם, בפסקה 2.

nevo.co.il

בבואו ליישם דברים אלה קובע השופט עמית כי בהיעדרו של נוהג רלוונטי ניתן להשלים את מועדי התשלום באמצעות הוראות ההשלמה שבחוק המכר (סעיפים 9 ו־21 לחוק). עם זאת, לשיטתו, בנסיבות המקרה עדיפה ההסתייעות בדוקטרינת ״הביצוע האופטימאלי״ לשם השלמת החסר בהסכמת הצדדים. דוקטרינה זו – שיושמה בעבר בפסיקה אם כי אגב אורחא בלבד[16] – קובעת כי אם קיימת גמירת דעת משותפת, ואם הצד המבקש להכיר בתוקף ההסכם מוכן להשלים את הפרט החסר באופן המיטבי מבחינתו של הצד השני, רשאי בית המשפט להשלים את ההסכם החסר באופן כזה. כך, כל עוד לא נתעוררה בין הצדדים מחלוקת באשר לסוגיה שלא הוסדרה.[17] סקירת מדוקדקת של חומר הראיות – תכתובות הצדדים ועדויותיהם – הביאה את השופט עמית למסקנה כי גם אם זמני התשלום לא נקבעו על ידי הצדדים במדויק, הרי שלמעשה לא שררה ביניהם מחלוקת של ממש באשר לשלבי התשלום: תשלום עיקרי אחד עם חתימת החוזה הפורמלי ותשלום היתרה עם קבלת אישורי המסים ו/או מסירת החזקה. לשיטתו, מועדי התשלום לא היו מעולם ״סלע מחלוקת״, קרי עניין שהסכמה עליו חיונית לשם שכלול העסקה.[18] קביעת הזמנים המדויקים לא התעכבה בשל התנגדותו של הקונה לתנאי תשלום כלשהו שהציב המוכר אלא בשל אי־בהירות בדבר ה״טכניקה״ (כלשונו של בית המשפט) שבה ישוחרר הנכס ממשכנתה שרבצה עליו, וככל הנראה גם בשל רצונו של המוכר לברר את גובה מס השבח שיוטל עליו בגין העסקה.[19] זאת ועוד, במהלך ההתדיינות המשפטית הצהיר הקונה על נכונותו להפקיד בנאמנות את התמורה כולה, מה שהעיד על נכונותו להיעתר לדרישות המשיב בנושא תנאי התשלום. בנסיבות אלה עקרון ״הביצוע האופטימלי״ מאפשר לאכוף על המוכר את השלמת החוזה באופן האופטימלי מבחינתו.[20]

---

16 ראו: ע״א 1049/94 **דור אנרגיה (1988) בע״מ נ׳ חמדן**, פ״ד נ(5) 820, בעמ׳ 835-836 (להלן – עניין **דור אנרגיה**); עניין **תמגר** (לעיל, הערה 11) בעמ׳ 685-686. (בצ״ע). בספרות ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** (כרך א, תשנ״א) בעמ׳ 289-290.

17 עניין זה הוא תנאי מוקדם לתחולתה של דוקטרינת ״הביצוע האופטימלי״, ולמעשה להפעלתו של כל הליך השלמה. התנאי אמנם אינו נזכר במפורש בדברי השופט עמית, אולם הוא עולה במשתמע מפסקות 5-9 לפסק דינו, שבהן הוא מנסה לבסס את הטענה כי מועדי התשלום לא היו בשום שלב סלע מחלוקת בין הצדדים. דווקא בפסק דינו של שופט הרוב, פוגלמן, קיימת התייחסות להגבלה זו על כוח ההשלמה של בית המשפט: ״השלמה כאמור [של פרטים חיוניים (התוספת שלי – י״א)] לא תיעשה כאשר בין הצדדים קיימת אי־הסכמה מפורשת או משתמעת לגבי אותם פרטים חסרים״. עניין **עדני** (לעיל, הערה 12) בפסקה 9 לפסק דינו של השופט עמית.

18 זאת, בניגוד לעניינים אחרים שהוגדרו בהסכם כתנאים מתלים (המצאת אישורים, השכרת הנכס וכו׳).

19 עניין **עדני** (לעיל, הערה 12) במיוחד בפסקה 6 לפסק דינו של השופט עמית.

20 שם, בפסקה 8. מעניין שדעת המיעוט אינה מבהירה מהם בדיוק תנאי התשלום שהקונה מחויב בהם (בהנחה שנכרת חוזה). תורת הביצוע האופטימלי משמיעה לכאורה שהקונה מחויב לכל תנאי תשלום שיציע המוכר, לרבות דרישה לתשלום מלוא התמורה באופן מידי

בשוליו של פסק המיעוט נזכרת גם האפשרות – שבחינתה המעמיקה לא נדרשה בנסיבות המקרה – להורות על השלמת החסר בחוזה מכוחו של עקרון תום הלב, ככל שנסיגתו של המוכר מהמשא ומתן תתפרש כמנוגדת לחובתו לנהל משא ומתן בתום לב.[21]

(ג) משמעויות ולקחים: מעמדו של ״הסכם להסכים״

מה לקח אפשר ללמוד מן המחלוקת שנתגלעה בין שופטי הרוב לשופט המיעוט בפרשת **עדני**? קריאה שטחית של הדברים עשויה ליצור את הרושם כי לפנינו מחלוקת עובדתית בעיקרה, קרי ויכוח על הפירוש הנכון שיש ליתן לראיות שנפרשו בפני בית משפט קמא. כמתואר, דעת הרוב אימצה את מסקנתה של הערכאה הדיונית כי לא שררה הסכמה בין הצדדים בשאלת מועדי התשלום, וכי היעדר הסכמה בסוגיה זו – שנחזתה כעניין מהותי – שללה הן את יסוד גמירת הדעת והן את יסוד המסוימות, ועימו את דרישת הכתב. שופט המיעוט, לעומתם, התרשם – על יסוד אותן ראיות ממש – כי

ולפני העברת הזכויות. אלא שבפועל עניין זה אינו מובהר בדעת המיעוט. מחלקה האחרון של חוות דעת המיעוט (פסקה 8) משתמע כי יש לפעול ברוח תנאי התשלום ש״ביקש המשיב״ (המוכר), כלומר, התנאים המקוריים שעליהם ככל הנראה הוסכם בין הצדדים בעל פה עובר לחתימת זכרון הדברים, קרי תשלום רוב התמורה לצורך שחרור המשכנתה על הנכס, והיתרה לכיסוי מס השבח. אלא שכאן אפשר לעורר את השאלה באיזה מובן השלמתו השיפוטית של החוזה, בדרך הביצוע האופטימלי, מיטיבה עם המוכר מעבר למה שעליו הוסכם, ככל שהוסכם, במהלך המשא ומתן המקורי, ובאיזו מידה היא מיישבת לטובתו דווקא את העמימות או את הספק בכל הנוגע לתנאי התשלום. כשלעצמי נראה לי שההשלמה ה״אופטימלית״ שאותה ביקשה דעת המיעוט לכפות על המוכר אינה אלא ההסכמה המקורית, הלא כתובה, שאותה ייחס בית המשפט לצדדים. בנוסף, שאלה נוספת המתעוררת כאן נוגעת לכוחו של בית המשפט להסתייע בהסכמה שבעל־פה לצורך השלמתו של כתב שחסר את אחד מרכיבי המסוימות. בית המשפט העליון אימץ בעבר עמדה שמרנית למדי בתחום זה, בקבעו את ההלכה שלפיה לא רק שלא ניתן לפצות על חסר בדרישת הכתב באמצעות הסכמה שבעל פה (שכן הדבר סותר את תכליתה של דרישת הכתב המהותית) אלא שהסכמה כזו מסכלת גם את אפשרות ההשלמה הנורמטיבית של המסמך (באמצעות הוראות השלמה, נוהג, וכדומה). כך נקבע בע״א 252/78 **ברון נ׳ מנדיס טורס בע״מ**, פ״ד לג(2) 437. על גישה זו נמתחה ביקורת בספרות המשפטית (ראו לדוגמה: גבריאלה שלו, ״זכרון־דברים ותום־לב״, **משפטים** יט (תשמ״ט-תש״ן) 457, בעמ׳ 472-474. נראה כי ביקורת זו מצאה הד בפסק דינו של השופט שלמה לוין בעניין **שולר** (לעיל, הערה 11) שציין שם (בפסקה 4) אגב אורחא כי אילולא היתה התמורה המוסכמת שנויה במחלוקת בין הצדדים, ייתכן שניתן היה להשלים את זכרון הדברים החסר באמצעות ההסכמה שבעל־פה. לסיכום, גם בהנחה (שהיא הנחתו של שופט המיעוט בעניין **עדני** (לעיל, הערה 12)) כי תנאי התשלום היו בעיקרם מוסכמים, מתעוררת השאלה אם בית המשפט היה מוסמך להשלים באמצעותם את הכתב החסר, בפרט כאשר הסכמה היתה זו מנוגדת לכאורה לרצונם של הצדדים לנסח את תנאי התשלום בעצמם.

21 שם, בסוף פסקה 8.

nevo.co.il

בסוגיית תנאי התשלום שררה דווקא הסכמה בסיסית בין הצדדים, וכי אי־אזכורם של מועדי התשלום בזכרון הדברים אינו פוגם בגמירת דעתם או במסוימותה של ההתקשרות. הנה כי כן, לכאורה לא נתגלעה כאן כל מחלוקת עקרונית – לא בשאלת תוכנם של המבחנים לכריתתו של חוזה, לא בשאלת מעמדה של דרישת המסוימות ואף לא בשאלה הקונקרטית יותר הנוגעת למעמדם של תנאי תשלום כפרט מהותי הדרוש לכינונו של יסוד המסוימות.

אלא שספק אם הסתכלות זו ממצה את המחלוקת האמיתית שפסק הדין בעניין **עדני** חושף. נראה לי כי מאחורי המחלוקת העובדתית בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט מסתתרת גם מחלוקת עקרונית בסוגיה חשובה בדיני הכריתה, היא שאלת מעמדו של ״הסכם להסכים״. הסכם להסכים הוא הסכם מוקדם, או חלק בתוך הסכם כזה, הצופה את פניה של הסכמה עתידית של הצדדים לו בסוגיה פלונית ספציפית שלא הוסדרה – או שלא הוסדרה באופן שלם – במסגרתו של ההסכם המוקדם.

את שאלת היחס השיפוטי הראוי להסכם להסכים ניתן לנסח כך: באילו נסיבות יש לראות ברצונם של צדדים להסכם להגיע בעתיד להסכמה בעניין פלוני משום מחסום השולל את סמכותו של בית המשפט להשלים את הפרט החסר תוך הסתייעות במקורות חיצוניים? שאלה זו לא זכתה עד כה לדיון מעמיק וכולל בפסיקתו של בית המשפט העליון. עם זאת, במקרים המועטים שבהם הסוגיה עלתה, אומצה הגישה שלפיה עצם ההסכמה להסכים על פרט כלשהו לא בהכרח תשלול את אפשרות ההשלמה השיפוטית של הפרט החסר, ובלבד שאין מדובר בפרט מהותי.[22]

אף ששאלת היחס השיפוטי הראוי להסכם להסכים לא נדונה באופן מפורש בפרשת **עדני**, נראה לי כי היא מתעוררת בה במלוא העוצמה, וכי מסתמנת בה גישה שונה – שמרנית יותר – מזו שאותה נקט בית המשפט העליון בעבר. במה דברים אמורים?

---

22 לעיון אקדמי בסוגיה ראו: פרידמן וכהן (לעיל, הערה 16) בעמ׳ 299-304. התייחסות קצרה לשאלה ניתן למצוא בשני פסקי דין של בית המשפט העליון. בפסק הדין בעניין **דור אנרגיה** (לעיל, הערה 16) נדון מעמדו של זכרון דברים להפעלת תחנת דלק, אשר בו נזכר הצורך להשלים – במעמד עריכת החוזה הסופי – רשימת ציוד נלווה שיסופק למפעיל התחנה. בדחותו את טענת המפעיל כי מהרצון להשלים את הרשימה בהסכמה עולה במשתמע שלילת אפשרות ההשלמה השיפוטית הבהיר בית המשפט, מפי השופט אור, כי הסכמה להסכים תשלול השלמה שיפוטית רק כאשר הפרט החסר היה פרט מהותי, תנאי שלא התקיים בנסיבות המקרה. בע״א 108/84 **סתם נ׳ אברהם מרקוביץ – חברה לבנין ולהשקעות בע״מ**, פ״ד מב(1) 757 (להלן – עניין **סתם**) נדון חוזה לבנייה ומכירה של דירה, שבו סיכמו הצדדים כי המפרט הטכני יסוכם ביניהם בהמשך. לאחר שהמשא ומתן עלה על שרטון ניסה הקבלן להשתחרר מן ההסכם, בין היתר בטענה כי נעדר בו יסוד המסוימות. הטענה נדחתה תוך שהשופט בך מבהיר כי אף שפרטי המפרט לא הושארו ״פתוחים״ בהיסח הדעת, אין משתמע מזכרון הדברים ומיתר הראיות כי החוזה הותנה בהשגת הסכמה על פרטים אלה. בנסיבות אלה והיות שהפרט החסר לא נתפס כ״פרט מהותי״, לא ראה עצמו בית המשפט מנוע מלהשלימו על פי הוראותיו של חוק המכר (דירות), תשל״ג-1973, ס״ח 196. עניין **סתם**, בעמ׳ 763.

nevo.co.il

פסק דינו של הרוב מבטא לדעתי גישה שיפוטית שלפיה כנקודת מוצא, כלומר בהיעדר ראיות לסתור, פירושה המעשי של הסכמה להסכים הוא שכל עוד לא הסכימו הצדדים עצמם על הפרט החסר, רשאי כל אחד מהם לסגת מן ההסכם, ונסיגה זו תהא אפקטיבית. זאת, בין שבמעמד עריכת ההסכם המוקדם נתגלעה מחלוקת בין הצדדים בסוגיה שעליה ביקשו להסכים בעתיד ובין אם לאו.

גישת המיעוט, לעומת זאת, אינה מייחסת ל״הסכמה להסכים״ משקל רב כל כך. לשיטת המיעוט, בהיעדר ראיה ברורה לסתור הסכמה להסכים על פרט שלגביו לא התעוררה מחלוקת של ממש בין הצדדים אינה יכולה להיחשב בסיס לגיטימי לנסיגה חד־צדדית מן ההסכם. נסיגה כזו ראוי לחסום אם בדרך של השלמת ההסכם החסר – תוך מתן עדיפות לעקרון הביצוע האופטימלי – ואם באמצעות שלילת תוקפה של הנסיגה ממנו מכוחו של עקרון תום הלב – אפשרות שנזכרה אך לא יושמה בידי שופט המיעוט.

ראוי להדגיש: מחלוקת זו בין גישת הרוב לגישת המיעוט אין מקורה בחילוקי דעות בשאלה העובדתית אם סוגיית תנאי התשלום אכן הייתה ״סלע מחלוקת״ בין הצדדים עובר לחתימת זכרון הדברים.[23] זוהי מחלוקת ערכית, עקרונית, בשאלת המשקל הראוי שיש ליתן להבעת רצונם של הצדדים להסכים בעצמם על פרט מפרטי העסקה. בהקשר זה ניתן להעלות על הדעת שתי גישות מנוגדות, שנראה כי דעת הרוב ודעת המיעוט משתלבות יפה לתוך כל אחת מהן.

על פי הגישה האחת – שתכונה להלן **הגישה האקטיבית** – הסכם להסכים הכולל הסכמה על עיקרי העסקה, בעיקר התמורה ומהות העסקה בקווים כלליים, יוצר חזקה כי מנוי וגמור עם הצדדים להתקשר בחוזה, אלא שמטעם כזה או אחר מבקשים הם לדחות את ההכרעה בסוגיה מסוימת למועד עתידי שבו יתפנו להסדירה. במסגרתה של גישה זו התערבות שיפוטית אקטיבית שמטרתה להביא להשלמת הסוגיה החסרה אינה רק לגיטימית אלא אף נדרשת, שכן היא עולה בקנה אחד עם כוונת הצדדים לראות עצמם מחויבים כבר מרגע ההסכם המוקדם. השלמה שיפוטית של הסכם להסכים בסוגיה החסרה (הבלתי מוסכמת) נתפסת כאן כמתבקשת כל עוד ההשלמה נעשית תוך התחשבות באינטרסים של אותו צד אשר במועד פרוץ הסכסוך אינו מעוניין עוד בקיום העסקה. בתפיסה זו, המשתקפת לדעתי בפסק דין המיעוט בפרשת **עדני**, תכליתו הלגיטימית היחידה של הסכם להסכים היא למנוע מצב שבו השלמה שיפוטית מאוחרת תכפה על אחד הצדדים לבצע את העסקה **בתנאים בלתי נוחים**, שניתן להניח שאותו צד לא היה מוכן לקבל על עצמו מרצונו הטוב והחופשי. על פי גישה זו הסכם להסכים על פרט שאינו נוגע למהות העסקה או לתמורה הכספית אין תכליתו לפתוח בפני מי מצדדים

---

23 כפי שראינו, דעת הרוב אמנם אימצה את קביעתו של בית משפט קמא כי הצדדים לא הגיעו להסכמה בדבר מועדי התשלום, אולם לא קבעה באורח פוזיטיבי כי הנושא היה שנוי במחלוקת בין הצדדים. הממצא העובדתי של דעת הרוב אינו סותר אפוא, לפחות לא במישרין, את קביעתו של שופט המיעוט כי הנושא לא היה סלע מחלוקת.

nevo.co.il

פתח לחזור בו מן העסקה מטעמים שאינם נוגעים במישרין לסוגיה הבלתי מוסדרת. לפיכך אם כעבור זמן גילה אחד הצדדים נכונות להשלים את הסוגיה החסרה באופן הוגן וסביר מבחינת האינטרסים הבסיסיים של רעהו (ואפילו לא באמצעות ״ביצוע אופטימלי״), נגזר על האחרון לקבל את ההצעה ובכך להסכים לשכלולה הסופי של העסקה. התנערות חד־צדדית מהעסקה **בנימוק שאינו נוגע למידת סבירותה של ההשלמה** המוצעת היא בראייה זו התנהגות בלתי ראויה העולה כדי חוסר תום לב במשא ומתן. על התנהגות כזו יגיב בית המשפט בהשלמה שיפוטית כפויה של הפרט החסר.[24]

מעברו השני של המתרס ניצבת גישה שונה, שניתן לכנותה **הגישה הפסיבית**. לפי גישה זו הסכמה להסכים – גם כשהיא מתייחסת לפרט שאינו נוגע למהות העסקה ולתמורה הכספית – מקימה חזקה (הניתנת לסתירה) כי השלמה שיפוטית חיצונית של ההסכם בסוגיה החסרה תהיה בלתי לגיטימית. גישה כזו מושתתת על התפיסה שלפיה בדיני החוזים ככלל ובכל הנוגע לכריתתו של חוזה בפרט יש ליתן חשיבות עליונה לחופש ההתקשרות של הצדדים.[25] מערך זה נגזרת חובתו של בית המשפט לנקוט משנה זהירות פן יימצא מטיל בפסיקתו צד למשא ומתן לתוך קשר חוזי שבו לא רצה ואליו לא פילל – תוצאה המנוגדת למושכלות היסוד של דין החוזים. מחובת הזהירות הכללית האמורה נגזרת חובתו של בית המשפט לכבד את רצונם המפורש של הצדדים להסדיר את הסוגיה החסרה באופן עצמאי, רצון שממנו מוסק גם רצונם להימנע מכבילה עצמית עד אם תוסדר הסוגיה בהסכמתם החופשית. משמעותו המעשית של ציווי זה היא

---

24 או לחלופין, כנרמז בדעת המיעוט בעניין **עדני** (לעיל, הערה 12), לקבוע כי החוזה לא השתכלל אלא שבסירובו לשכלל אותו פועל הצד הלא־מעוניין בחוסר תום לב, על כל המשתמע מכך, (לרבות חיוב פוטנציאלי בפיצויי קיום במקרים המתאימים). גישה אקטיביסטית מרחיבה כלפי כוחו וסמכותו של בית המשפט להשלים פרטים בהסכם חסר עולה בשורה של פסקי דין שבהם נקבע כי גם פרטים מהותיים וחיוניים ניתנים להשלמה באמצעות ערוצי ההשלמה החקיקתיים. עמדה כזו הובעה לראשונה במפורש על ידי השופט ברק בע״א 158/77 **רבינאי נ׳ חברת מן שקד בע״מ**, פ״ד לג(2) 281, בעמ׳ 288, ובית המשפט העליון חזר עליה מאז במספר רב של הזדמנויות (ראו לדוגמה: ע״א 693/86 **יעקב בוטקובסקי ושות׳ – חברה לייבוא ושיווק בע״מ נ׳ גת**, פ״ד מד(1) 57, בעמ׳ 66; רע״א 4976/00 **בית הפסנתר נ׳ מור**, פ״ד נו(1) 577, בפסקה 12. עם זאת למיטב ידיעתי גישה אקטיביסטית זו טרם יושמה באופן מובהק במצבים שבהם הצדדים להסכם ביקשו במפורש להשלים בעצמם פרט חסר הנחזה כמהותי. מבחינה זאת פסק המיעוט נראה כפורץ דרך.

25 לדיון בחופש ההתקשרות ובהבחנה בינו לבין היבטיו האחרים של עקרון חופש החוזים ראו: גבריאלה שלו, **דיני חוזים – החלק הכללי** (תשס״ה) בעמ׳ 45-46, 48-50. גישה שמרנית כלפי כוחו של בית המשפט להשלים חוזים חסרים משתקפת – לעתים במשתמע, לעתים באופן מפורש יותר – בפסקי דין שונים של בית המשפט העליון. ראו לדוגמה את פסקי הדין הנזכרים בהערת השוליים 11 ואת עניין **ברון** (לעיל, הערה 20). אפשר לראות בפסיקה זו המשך לקו שמרני שהסתמן בפסיקה עוד לפני חקיקת חוק החוזים, ואשר יש הטוענים שלאחר חקיקת החוק ננטש לטובת גישה ליברלית יותר. טענה כזו עולה במאמרה של רנר (לעיל, הערה 10) בעמ׳ 41-44.

הימנעות מהשלמתו השיפוטית של ההסכם וקביעה שיפוטית כי בהיעדרה של הסכמה על הפרט החסר לא נתגבש יסוד גמירת הדעת.

אמנם כן, הצהרה חד־צדדית מאוחרת של צד כי הוא נכון לקבל על עצמו ביצוע אופטימלי של החוזה, או למצער ביצוע בתנאים הוגנים ונוחים מבחינתו של הצד השני, מחסלת לכאורה את המחלוקת בסוגיה החסרה. דא עקא, שחיסול המחלוקת הנקודתית אינו פותר בהכרח את הקושי שבכפייתו החד־צדדית של הקשר החוזי על הצד הלא־מעוניין. כפייה כזו שוללת מאותו צד את הכוח – שהוענק לו במשתמע בעצם ההסכמה להסכים – לסגת מן ההסכם המוקדם כל עוד לא תושג הסכמה פוזיטיבית בין הצדדים בסוגיה החסרה. הצהרתו המאוחרת של אחד הצדדים כי הוא נכון לביצוע אופטימלי – ולא כל שכן השלמה שיפוטית חיצונית על יסוד כללי השלמה ״סבירים״ שמעמיד הדין הכללי (כאמור נראה כי זה היה טיבה של ההשלמה בפרשת **עדני**) – אינה יכולה לייתר את הצורך בקבלת הסכמתו הפוזיטיבית של הצד השני. בראייה זו ה״הסכמה להסכים״ לא נועדה אך ורק כדי למנוע מצב של השלמה שיפוטית חיצונית שתסדיר את הסוגיה החסרה באופן שאינו נוח לאחד הצדדים. היא נועדה בין היתר כדי לאפשר לכל אחד מהצדדים פרק זמן נוסף שבו יוכל **לשקול את כדאיות העסקה** בשבילו מבלי להיות חשוף לטענה כי בכך הוא נסוג מחוזה שכרת או כי בסירובו לשכלל את החוזה הוא פועל שלא בתום לב.[26]

סבורני כי המחלוקת העקרונית שתוארה לעיל משתקפת היטב בפסקי הדין השונים בפרשת **עדני**. מחלוקת זו היא העומדת לדעתי ביסוד נכונותו של שופט המיעוט לקבוע כי ההסכמה המפורשת להסכים על תנאי התשלום אינה גורעת מגמירת הדעת של הצדדים וביסוד סירובם של שופטי הרוב לקבל מסקנה זו. הקושי בזיהוי המחלוקת העקרונית נעוץ לדעתי בתמימות הדעים הרטורית בין דעת הרוב לדעת המיעוט בשאלת סיווגם של תנאי תשלום כפרט מהותי וחיוני בעסקת מקרקעין.[27] בהינתן הסכמה בעניין

---

26 בהקשר זה ייתכן שעשויה להועיל ההבחנה בין נסיגה שקדמה להצעה לביצוע אופטימלי לבין כזו שבאה לאחריה. נסיגה לפני ההצעה לביצוע אופטימלי עשויה להתקבל ביתר אהדה, שכן בשלב זה הטענה להסתמכות סבירה של הצד השני הצד הראשון שלא ייסוג בו מהסיכום הראשוני נראית חלשה יותר. הטענה להסתמכות סבירה נראית חזקה יותר כאשר הצד המעוניין בחוזה מזדרז ומקדים להציע הצעה שלפחות לכאורה אין רעהו יכול לסרב לה. בפסק דין המיעוט אין התייחסות מפורשת לשאלת המועד שבו התגבשה הצעת הקונה ל״ביצוע אופטימלי״, אולם נראה כי הפקדת מלוא התמורה (כערובה לקיום תנאי התשלום לשביעות רצונו המלאה של המוכר) נעשתה רק לאחר תחילת ההתדיינות המשפטית, כלומר לאחר שהמוכר נסוג בו מזכרון הדברים.

27 כפי שראינו, בדעת הרוב נזכרת בהסכמה קביעתו של בית משפט קמא כי מועדי תשלום הם על פי ההלכה פרט חיוני בעסקת מקרקעין. דעת הרוב אמנם הכירה בסמכות להשלים גם פרט מהותי, אולם קבעה כי זו נשללת כאשר הצדדים עצמם – כפי שהיה בעניין **עדני** (לעיל, הערה 12) – ביקשו להסכים על תנאי התשלום בעצמם (הנתפסים כאמור כפרט מהותי בעסקה). באשר לדעת המיעוט: כפי שצוין לעיל גם השופט עמית לא פקפק – לפחות באורח רטורי – בסיווג של מועדי תשלום כפרט מהותי בעסקת מקרקעין. אני ער לכך שהוא

nevo.co.il

זה תועלה המחלוקת לשאלה (הנחזית כראייתית) באיזו מידה היו תנאי התשלום מוסכמים על הצדדים בעת עריכת ההסכם המוקדם. דא עקא, שמתחת למעטה ההסכמה הרטורי על סיווגם של ״מועדי תשלום״ כפרט חיוני בעסקת מקרקעין נראה כי שררה כאן מחלוקת אמיתית בין השופטים: שופטי הרוב ראו באי־גיבושה של הסכמה על תנאי התשלום עניין השולל את יסוד גמירת דעת, ואילו שופט המיעוט קבע כי יסוד גמירת הדעת התקיים. הווי אומר: דעת הרוב ראתה בתנאי התשלום החסרים ״פרט מהותי וחיוני״, ואילו דעת המיעוט ראתה בהם בפועל – בניגוד למה שנאמר במפורש בפסק דין המיעוט – פרט משני בחשיבותו, כזה שהצדדים יכלו לגמור בדעתם להתקשר בחוזה גם מבלי לתת את דעתם עליו כלל ועיקר.[28]

סיווגם של תנאי התשלום על ידי שופטי הרוב, ועל ידי בית משפט קמא, כ״פרט מהותי״ מסתירה לא רק את המחלוקת העקרונית עם דעת המיעוט, אלא גם את הסטייה – המשתקפת בדעת הרוב – מן המגמה הכללית הליברלית שהתווה בית המשפט העליון בעשורים האחרונים בכל הנוגע להכרה בהסכמים מוקדמים. כאמור, מבחן העזר שאומץ בפסיקתו של בית המשפט העליון להבחנה בין הסכם להסכים שניתן וראוי להשלימו לבין כזה שהשלמתו אסורה הושתת על ההבחנה בין פרט מהותי לפרט משני או טפל. במבט ראשון, ושטחי, נראה כי דעת הרוב לא חרגה ממבחן זה אלא יישמה אותו שעה שקבעה כי הסכמת הצדדים להסכים בעתיד על פרט שנחזה כפרט מהותי שוללת את יסוד גמירת הדעת ואת יסוד המסוימות גם יחד. אלא שמבט ביקורתי יותר על הנמקת הרוב עשוי להוליך למסקנה שונה. אפשר לטעון – ולטעמי זהו טיעון משכנע למדי – כי שופטי הרוב, ועימם בית משפט קמא, למדו על היותם של תנאי התשלום בגדר פרט מהותי וחיוני מבחינתם של הצדדים רק מעצם העובדה שהם ביקשו להסכים עליהם בנספח נפרד. דא עקא, שזוהי מסקנה המניחה את המבוקש, במובן זה שהיא מסיקה על היותו

קבע קביעה זו ״לצורך דרישת המסוימות״, אולם ההבחנה בין פרט מהותי לעניין המסוימות לבין פרט מהותי לצורך יסוד גמירת הדעת (ככל שדעת המיעוט מרמזת עליה) נראית לי קשה. אכן, באיזה מובן עשוי עניין כזה או אחר להיות ״מהותי וחיוני״ אם לא מבחינת חשיבותו היחסית לצדדים להתקשרות? ואם אכן זהו המבחן, האין זאת כי מהותיות הפרט משפיעה בהכרח על נחיצותו לצורך כינונן של גמירת הדעת והמסוימות גם יחד?

28 ראוי לדייק ולהבהיר כי קביעת הרוב כי תנאי התשלום היו פרט מהותי בנסיבות העניין אינה מלמדת בהכרח על אימוץ גישה שיפוטית שלפיה תנאי תשלום הם בכל מקרה פרט מהותי שאי־הסכמה עליו מלמדת על היעדרה של גמירת דעת ומסכלת את אפשרות השלמתו של החוזה. אכן, דעת הרוב מציינת במפורש כי לפי פסיקתו של בית המשפט העליון אין כל מניעה להשלים גם פרט חיוני כל עוד אין משתמעת כוונה אחרת של הצדדים. אמרו מעתה: מסקנת הרוב בדבר מהותיותם של תנאי התשלום לא נבעה בהכרח מגישה שמרנית כללית כלפי אפשרות ההכרה בזכרון דברים שאינו כולל התייחסות לתנאי תשלום אלא מגישה שמרנית כלפי האפשרות לעשות כן כאשר הצדדים לזכרון הדברים ביקשו להסכים בעצמם על תנאי התשלום.

nevo.co.il

של הפרט החסר מהותי מעצם העובדה שהצדדים ביקשו להסכים עליו – ומבלי לבחון לעומק את שאלת חשיבותו היחסית בעיני הצדדים.[29]

אם זהו תיאור נכון של המחלוקת שנתגלעה בפרשת עדני, כי אז נראה לי שניתן לומר שנקודת האיזון בדיני החוזים בסוגיית ההשלמה של הסכם להסכים השתנתה. השינוי מתבטא בנכונותו של בית המשפט העליון לנקוט מגמה שמרנית ומהוססת יותר בכל הנוגע להשלמתם השיפוטית של הסכמים מוקדמים. מגמה שמרנית כזו ניכרת בשנים האחרונות באחדים מפסקי הדין בערכאות הדיוניות אשר סירבו במספר לא מועט של מקרים לקבוע כי זכרון דברים המתייחס לעסקת מכר מקרקעין הוא בגדר חוזה לכל דבר ועניין.[30] להערכתי, אין לשלול אפשרות שגישת שופטי הרוב בפרשת **עדני** משתלבת במגמה כללית המסתמנת אצל אחדים משופטי בית המשפט העליון לחפש דרכים שבאמצעותן יהיה אפשר להגדיל את הוודאות המשפטית בתחום המסחרי.[31] דרך אחת להשגת מטרה זו היא לעודד צדדים למשא ומתן להימנע מלהסתמך על הסכמי ביניים שהם עצמם ראו אותם כהסכמים חסרים הטעונים השלמה באמצעות משא ומתן נוסף. קביעה מפורשת כזו עשויה במקרים רבים ליצור אצל אחד הצדדים ציפייה – סבירה ולגיטימית – כי ניתנת לו ארכה לא רק כדי לקבוע בשיתוף עם הצד השני כיצד ייראו ״הפרטים הקטנים״ של העסקה אלא גם כדי לשוב ולבחון את כדאיות העסקה ואת מידת נכונותו להתחייב באופן סופי כלפי הצד השני. כדי למנוע יצירת ציפייה סבירה כזו ראוי שצדדים המבקשים ליתן תוקף גם להסכם הביניים שערכו יקבעו זאת במפורש. קביעה כזו תמנע את המצב האופייני כל כך שבו כל אחד מהצדדים לזכרון הדברים יכול לראות בו את מה שהוא רוצה לראות. במובן זה נראה לי כי המגמה השמרנית העולה מפסק הדין בפרשת **עדני** עשויה להיות מוצדקת, לפחות לאורם של שיקולי מדיניות הנוגעים להכוונת התנהגותם של צדדים הפועלים בתחום המסחרי של עסקות המכר במקרקעין. עד כמה תיתן פסיקה זו את אותותיה ועד כמה תשפיע על פסיקתן של הערכאות השונות – ימים יגידו.

---

29 אמנם היה עוד נימוק שהתייחס לעובדה שסוגיית מועדי התשלום הוגדרה באחת הטיוטות כעניין שהוא ״מעיקרי החוזה״. ברם לא היה מחלוקת שמדובר בטיוטה שהוכנה על ידי עורך דינם (המשותף) של הצדדים, ושטרם באה עליה הסכמה של מי מהם. בנסיבות אלה ספק בעיניי אם אפשר ללמוד מניסוח הטיוטה (שכללה נוסח מקובל וסטנדרטי) על חשיבותה היחסית של הסוגיה בעיניהם של המוכר והקונה.

30 ראו לדוגמה: ה״פ (מחוזי ת״א) 182/07 **אלחדד נ׳ מרדכי** (פורסם בנבו) (בהיעדר חתימה נשלל תוקף מזכרון דברים למרות סיכום בלחיצת יד על פרטים מהותיים); ת״א (שלום ת״א) 2792-07 **פונדק נ׳ גיל** (פורסם בנבו) (נשלל תוקף של הסכם מוקדם למרות חילופי טיוטות מתקדמים שבאה עליהם הסכמת הצדדים); ת״א (שלום ת״א) 69078/06 **גוהר נ׳ פרטוש** (פורסם בנבו) (נשלל תוקף מזכרון דברים אף ששולמה מקדמה).

31 דוגמה מובהקת, אך לא יחידה, היא תפיסתו השיפוטית של השופט דנציגר בסוגיית הפרשנות. ראו להלן: בסעיף הבא ברשימה זו.

nevo.co.il

3. דיני הפרשנות

בתחום הפרשנות נמשכה – גם השנה – הסאגה בדבר שאלת עתידה של הלכת **אפרופים**.[32] לאחר ששטח את עיקרי תפיסתו הפרשנית בשורה של פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות,[33] נמצאה לכבוד השופט דנציגר הזדמנות נוספת להביע את הסתייגותו מן ההלכה בפרשת **בלמורל השקעות בע״מ נ׳ כהן**.[34] אף שלגוף ההכרעה לא הייתה מחלוקת בין השופטים, זכה השופט דנציגר, ששב ופרש בקצרה את משנתו, לביקורתם של חבריו להרכב, השופט ג׳ובראן והשופט ריבלין. השופט ג׳ובראן הזכיר את העובדה שסוגיית הפרשנות נדונה לפניי ולפנים בפני הרכבים מורחבים של בית המשפט העליון, ושניתנה בה תשובה חד־משמעית. השופט ריבלין הצטרף לביקורת זו והוסיף כי לדעתו אין כל חידוש בהדגשת מרכזיותה של הלשון בהליך הפרשנות.[35] לשיטתו, בפרשת **ארגון מגדלי הירקות**,[36] שבה הועמדה הלכת **אפרופים** לבחינה מחודשת, הציב בית המשפט העליון תמרורי אזהרה ברורים שיש בהם כדי להפיג את ה״מיתולוגיה״ שאפפה את הלכת אפרופים, ושכנגדה כוונה ביקורתם של רבים וטובים.

סוגיית הפרשנות ושאלת כוחה של גישת הפרשנות מבית מדרשו של השופט דנציגר להציב אלטרנטיבה עיונית ומעשית בת־קיימא לאסכולת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של הנשיא (בדימוס) ברק – הן שאלות סבוכות המצדיקות עיון מעמיק שאינו אפשרי במסגרתה של הסקירה הנוכחית. אסתפק אפוא בציון התרשמותי שטרם נאמרה המילה האחרונה בסוגיה חשובה זו. סבורני כי אין לשלול אפשרות שגם בנושא זה – כמו בסוגיות הנוגעות לדיני הכריתה – מתחילה להסתמן בפסיקתו של בית המשפט העליון – ובעקבותיו גם בבתי המשפט דלמטה – מגמה שמרנית מזו שנהגה בעשורים

---

32 לעיל, הערה 6.

33 ראו לדוגמה: ע״א 5856/06 **לוי נ׳ נורקייט בע״מ** (פורסם בנבו); ע״א 5925/06 **בלום נ׳ אנגלו סכסון סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע״מ** (פורסם בנבו); בע״מ 4870/06 **פלונית נ׳ עזבון המנוח פלוני** (פורסם בנבו) (להלן – עניין **פלונית**); ע״א 8239/06 **אברון נ׳ פלדה** (פורסם בנבו) (להלן – עניין **אברון**); ע״א 7379/06 **ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע״מ נ׳ טהוליאן** (פורסם בנבו); ע״א 10849/07 **פוארסה נ׳ פוארסה** (פורסם בנבו); בע״מ 5141/09 **פלונית נ׳ פלוני** (פורסם בנבו).

34 ע״א 8836/07 **בלמורל השקעות בע״מ נ׳ כהן** (פורסם בנבו).

35 לדברי השופט ריבלין, אם אין השופט דנציגר מבקש לראות בחזקה שלפיה לשונו הברורה של החוזה משקפת את תכלית החוזה חזקה חלוטה – ״הרי שהידרשותו החוזרת ונשנית לעניין זה קשורה ככל הנראה ל׳מיתולוגיה של אפרופים׳. לאותה ׳רוח׳ שנשבה מן הרטוריקה של הלכת אפרופים [...] ואשר הובילה לדעת חלק מהעוסקים בתחום להרחבת־יתר של גדרי שיקול הדעת השיפוטי בתחום פרשנות החוזה״. שם, בפסקה 3.

36 ע״א 2553/01 **ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע״מ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד נט(5) 481; דנ״א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית בע״מ נ׳ מדינת ישראל**, פ״ד סא(2) 1.

האחרונים.[37] בהקשר זה אי אפשר שלא להזכיר את התיקון החדש (מחודש ינואר 2011) שבו – לראשונה מאז חוקק – תוקן חוק החוזים הכללי תיקון מהותי. כוונתי כמובן לתיקון 2, התשע״א (17.1.2011), אשר הכניס כמה שינויים, מהם שינויי נוסח קלים, מהם שינויים חשובים יותר, בלשונו של סעיף 25(א), הקובע את הכלל החולש על פירושם של חוזים. בחינת השפעותיו האפשריות של התיקון על כללי הפרשנות בחוזים ועל המגמות בפסיקה בתחום זה מחייבת עיון נפרד ומעמיק שלא אוכל לקיים במסגרתה של הרשימה הנוכחית. עם זאת אוכל לקבוע כי להערכתי נוסחו של הסעיף החדש יכול לשמש בסיס ומנוף הן לתומכיה הנלהבים של הלכת **אפרופים** ושל תורת הפרשנות התכליתית מבית מדרשו של השופט ברק והן לאלה המבקשים להציב גבולות לכוחו של בית המשפט לחרוג, אגב פרשנות החוזה, מגבולותיה של המשמעות העולה מדל״ת אמותיו של הטקסט החוזי עצמו. כדי לבסס הערכה זו יש צורך כאמור בעיון נפרד ומקיף יותר.

4. תום לב ותקנת הציבור

תום הלב ותקנת הציבור[38] הם הכלים המשפטיים החשובים ביותר שדין החוזים הכללי מעמיד לשם בקרה על – והגבלה של – חופש החוזים. ברם אין זה שכיח שעקרונות אלה חוברים יחד ופועלים זה בצד זה בפרשה אחת.[39] שילוב כוחות כזה התרחש השנה בעניין **אריאל נ׳ קרן הגמלאות של חברי אגד בע״מ**.[40] הפרשה עסקה בשאלת תוקפה של הוראה בתקנון הקרן – תקנון שהוא כידוע חוזה בין הקרן, שהיא חברה בע״מ, לבין חבריה[41] – אשר קבעה כי בקשת חבר אגד להכיר בידועה בציבור

---

37 ראו לדוגמה את תמרורי האזהרה החשובים שהציבה השופטת אסתר חיות בפסק דינה בעניין **אברון** (לעיל, הערה 33) בהזכירה את הנטייה הבלתי רצויה להסתמכות־יתר על ״תכלית אובייקטיבית״ בפירוש חוזים. והשוו, להבדיל, להצעת החוק הפרטית של חבר הכנסת יריב לוין שהוגשה השנה, והמציעה לתקן את סעיף 25 לחוק החוזים ולהוסיף לו הוראה שלפיה ״חוזה יפורש באופן שתואם, ככל הניתן, את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים״. הצעת חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס׳ 2) (כללי פרשנות חוזה), תש״ע-2010, ה״ח 196.

38 ראו, בהתאמה: סעיפים 12 ו־39 לחוק החוזים, וסעיפים 30-31 לחוק.

39 הטעם לכך הוא שתקנת הציבור מופעלת על פי רוב כדי לתקוף את תוכנה של ההסכמה החוזית, הנחזה כמנוגד לערכי יסוד של החברה. לעומת זאת עקרון תום הלב בקיום החוזה מכוון לא כנגד ההסכמה עצמה אלא כנגד התעלמותו של צד לחוזה מכך שיישומה של ההסכמה יוליך בנסיבות המיוחדות של המקרה לתוצאות קשות מבחינתו של הצד השני, בה בשעה שלא ישרת אינטרס לגיטימי שלו עצמו. פרשה ידועה שבה נתגלעה מחלוקת בבית המשפט העליון בשאלה איזה מבין שני העקרונות הנזכרים עדיף לשם התמודדות עם הוראה בחוזה שהעניקה לאחד הצדדים פטור בלתי מוצדק מאחריות היא ע״א 148/77 **רוט נ׳ ישופה (בניה) בע״מ**, פ״ד לג(1) 617.

40 ע״א 1966/07 **אריאל נ׳ קרן הגמלאות של חברי אגד בע״מ** (פורסם בנבו) (להלן – עניין **אריאל**).

41 ראו: סעיף 17(א) לחוק החברות, תשנ״ט-1999, ס״ח 189.

כאשתו וכזכאית לגמלת שארים לאחר מותו תהיה תקפה רק אם נמסרה לקרן שלוש שנים לפחות לפני פטירתו של החבר. בנסיבות הפרשה הפנה החבר המנוח את בקשתו לקרן חודשים ספורים בלבד לפני שהלך לעולמו. לאחר המוות עתרה קרן הגמלאות לפסק דין הצהרתי אשר יבהיר למי עליה לשלם את כספי גמלת השארים. בית המשפט המחוזי פסק כי בנסיבות שבהן חיו המנוח והמוטבת החדשה כידועים בציבור כחמש-עשרה שנה, אין לתת תוקף להגבלה התקנונית הנוקשה, ויש לתת תוקף להודעת החבר. עם זאת נפסק כי ההודעה – התקפה – על שינוי המוטב אינה שוללת את זכותה של בת הזוג הרשמית של החבר המנוח, שממנה לא התגרש. זאת באשר לפי הוראה אחרת שבתקנון הקרן, במקרה שבו ״...השאיר חבר שנפטר יותר מאלמנה אחת, תחולק הגמלה באופן שווה בין האלמנות הזכאיות לה״. לפיכך הורה בית המשפט לחלק את כספי הגמלה בין שתי הנשים.

בערעורים שהגישו כל אחת משתי הנשים שלל בית המשפט העליון, מפי השופט דנציגר, ובהסכמת השופטים גרוניס וג׳ובראן, את תוקפה של ההגבלה התקנונית על יסוד שני נימוקים עיקריים: ראשית נקבע כי בנסיבות האמורות, שבהן לא היה ספק של ממש בדבר הקשר ארוך השנים בין החבר לבין הידועה בציבור כאשתו – ושבהן תשלום הגמלה לא סיכן את תקציבה של הקרן ואת תכליתה הסוציאלית – הסתמכות הקרן על הוראת התקנון המנוגדת לחובת תום הלב בקיום החוזה. אשר על כן מנועה הקרן מלהסתמך על ההוראה. שנית, בלי כל קשר לנסיבותיו המיוחדות של המקרה נקבע כי הוראה בתקנון המתנה את תוקפה של הודעה על שינוי מוטב בדרישה טכנית נוקשה, פוגעת פגיעה בלתי מידתית בערך המקודש של כיבוד רצון המת. פגיעה זו קשה ביותר ומצדיקה את המסקנה כי ההוראה המגבילה פוגעת בתקנת הציבור, ולפיכך בטלה מכוח הוראתו המפורשת של סעיף 30 לחוק החוזים.[42]

עם זאת בהסתמך על פסיקה קודמת שהכירה באפשרות להחיל את תורת הבטלות היחסית של החלטות המִנהל הציבורי גם על חוזים הערוכים במשפט הפרטי,[43] קובע השופט דנציגר כי אין הכרח להורות על בטלותה המוחלטת של ההוראה בתקנון קרן הגמלאות (שכזכור התנתה את תוקף הודעת המוטב במועד הגשתה). תחת זאת אפשר,

---

42 בשולי פסק הדין מוזכרת גם האפשרות – הישימה והמתאימה – להשתית את שלילת תוקפה של ההוראה על עילת הקיפוח שבחוק החוזים האחידים. אולם בית המשפט העדיף שלא להשתית את פסק דינו על נימוק זה, בין היתר משום שהצדדים לא התייחסו אליו בכתבי הטענות, ומשום שבית המשפט המחוזי לא דן בו באופן מעמיק (ראו: עניין **אריאל** (לעיל, הערה 40) בפסקה 72).

43 הכוונה להערת אגב של השופט ברק בבג״ץ 6231/92 **זגורי נ׳ ביה״ד הארצי לעבודה בירושלים**, פ״ד מט(4) 749, שאומצה ויושמה בשנה שעברה בפסק דינה של השופטת נאור בע״א 6705/04 **בית הרכב בע״מ נ׳ עיריית ירושלים** (פורסם בנבו). השופט דנציגר עומד על כך שרעיון הבטלות היחסית הוזכר בעניין פסלות חוזה בשל אי־חוקיות, אולם לשיטתו הרעיון ישים גם בפסלות שעילתה בסתירה לתקנת הציבור. עניין **אריאל** (לעיל, הערה 40) בפסקה 67.

וכך מורה בית המשפט, לקבוע כי ההוראה תהיה תקפה, אלא שמעתה יובהר כי יש לפרשה באופן שהקרן מחויבת לערוך בדיקות עובדתיות כדי לברר אם אכן שיקפה הודעתו של מוטב פלוני על מוטב חדש את אופי היחסים ששררו בפועל בין המוטב המקורי לבין המוטב החדש עובר למתן ההודעה. חובה זו תוטל על הקרן גם במקרים שבהם ההודעה על שינוי המוטב לא ניתנה בתוך מסגרת הזמן שנקצבה בתקנון באופן מפורש. ככל שבדיקה כזו תעלה כי אכן קיימת התאמה בין הודעת החבר המנוח לבין המצב העובדתי ששרר בפועל עובר למתן ההודעה, קרי התקיימו חיי משפחה בינו לבין המוטב החדש, על הקרן לאשר את הבקשה לשינוי מוטב, אפילו לא הוגשה במועד.[44]

עינינו הרואות כי בית המשפט הפעיל באופן חדשני למדי את הוראת הבטלות הקבועה בסעיף 30 לחוק החוזים. במקום לראות בה בסיס לפסילתה המוחלטת של ההגבלה החוזית על כוחו של המוטב לערוך שינויים בזהות המוטב על פי החוזה, בחר בית המשפט לראות בתקנת הציבור עוגן לשינוי תוכנה של ההגבלה כדי שתחול רק במצבים שבהם קיימת הצדקה עניינית להפעילה. מבחינה מעשית דרך זו שקולה להתערבות בתוכנה הספציפי של הוראה שבחוזה, התערבות שלכאורה אינה מותרת אלא מכוחו של חוק החוזים האחידים, תשמ״ג-1982, המתיר לבית המשפט לבטל הוראה מקפחת הכלולה בו או לשנותה (ראו סעיפים 3 ו־19 לחוק). התפתחות זו עשויה לסמן זירה נוספת שבה מתגלה יחסו המעורב של בית המשפט העליון כלפי התערבות בתוכנם של חוזים: מחד גיסא בית המשפט נמנע כאן מפסילה גורפת של ההוראה התקנונית, ככל הנראה כדי שלא לשלול לחלוטין את סמכותה של הקרן לשלול הודעות על שינוי מוטב במקרים בעייתיים שבהם קיים ספק אם רצונו (ההיפותטי) של המוטב המנוח מתיישב עם תוצאה כזו. מאידך גיסא בדרך להשגתה של תוצאה מרוככת זו הרחיב בית המשפט את סמכותו הכללית לערוך שינויי תוכן בהוראות ספציפיות שבחוזה מכוחו של העיקרון בדבר תקנת הציבור. כל זאת שעה שלכאורה, לפי לשונו של סעיף 30 לחוק החוזים, התערבות מסוג זה – להבדילה מהצהרה על בטלותה של ההוראה הבעייתית – אינה מותרת.

בשולי הדברים ובמחיר של סטייה קלה מהמתווה הכללי של רשימה זו אני מרשה לעצמי להעיר הערה באשר להכרעה הקונקרטית של בית המשפט בפרשה זו. לעניין המחלוקת בשאלה למי תשולם גמלת השארים קבע בית המשפט העליון – בניגוד לפסיקתה של הערכאה הדיונית – כי לא היה מקום לחלק את הגמלה בין שתי הנשים, וכי יש לשלמה במלואה לידועה בציבור.[45] לשיטתו של בית המשפט העליון – שאותה השעין על פסיקה קודמת שעסקה בשינוי מוטבים בקרן פנסייה[46] – בקשת החבר המנוח מהקרן לראות בידועתו בציבור זכאית לגמלת שארים ״כאילו היתה אשתו החוקית״ היא

---

44 שם, בפסקה 69.

45 שם, בפסקה 77.

46 ע״א 233/98 **כץ נ׳ קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים**, פ״ד נד(5) 493 (להלן – עניין כץ).

פעולה של ״החלפת מוטבים״, ומכאן שאין לראות בה בקשה לצירוף של מוטב חדש למוטב הקיים.

קביעה אחרונה זו מעוררת לדעתי קושי, בעיקר משום שלא לוותה בהתמודדות של ממש עם מגוון האפשרויות הפרשניות – הן של ההוראה הרלוונטית בתקנון הקרן והן של בקשת המנוח. דומה כי בית המשפט הניח כמובן מאליו שהודעת המנוח היא הודעה על הסבה, החלפה או שינוי של מוטב. דא עקא שלהנחה זו – שלא אומצה בבית המשפט המחוזי – לא מצאתי בסיס ראייתי מוצק בלשונה של הודעת המנוח, בלשונה של ההוראה הרלוונטית שבתקנון או בנסיבות הרקע של הפרשה. מסופקני גם אם פרשנות כזו מתחייבת מהתקדים שעליו הסתמך בית המשפט העליון, ואשר נסיבותיו לא היו זהות לנסיבותיה של הפרשה דהכא.[47]

נראה לי כי פגיעה כה חריפה באינטרס האישה הנשואה אינה מובנת מאליה, וראויה לבחינה פרשנית מדוקדקת יותר, בפרט במקרים שבהם, כמו בפרשה דנן, הנפטר שמר על קשרים – גם אם לא חמים ומשפחתיים במיוחד – עם אשתו עד סמוך לפטירתו.[48] במקרים כגון אלה ראוי – גם בהנחת בטלותה (המלאה או החלקית) של ההוראה הרלוונטית בתקנון – לשקול בכובד ראש אם אין מקום – לאור לשונה של הבקשה הספציפית שהפנה המוטב לקרן ולאור יתר הנסיבות העשויות ללמד על רצונו המשוער[49] – לפרש את בקשת המנוח לא כפעולה של החלפת מוטבים אלא כבקשה לצירופה של הידועה בציבור כמוטבת נוספת, מבלי לגרוע מזכאותה של בת הזוג הראשונה למחצית

---

47 בעניין **כץ** (לעיל, הערה 46) שררה הסכמה דיונית בין הצדדים לערעור כי המנוח הודיע לקרן עוד בחייו על רצונו כי כל הכספים שייצברו בקרן ישולמו לאחר מותו לידועתו בציבור. הודעה זו עלתה בקנה אחד עם הוראה בצוואתו של המנוח, אך סתרה הוראה בתקנון הקרן שלפיה הכספים יחולקו בין האישה לידועה בציבור. בית המשפט העליון פסק כי סעיף 36(ב) לחוק החוזים, המתיר לנושה בחוזה לטובת אדם שלישי להחליף מוטב, הוא אמנם הוראה מרשה שאפשר להתנות עליה, אלא שבנסיבות העניין אין לראות בכלל החלוקה שאומץ בתקנון משום התנאה כזו (שם, בפסקות 11-12). נזכרה גם אגב אורחא האפשרות כי גם אילו היה מדובר בהתנאה על הזכות להחלפת מוטבים, הייתה זו הוראה מקפחת בחוזה אחיד (שם, בפסקה 19). כך או כך, נסיבותיה של פרשת **כץ** היו שונות מאלה של עניין **אריאל** (לעיל, הערה 40): בפרשה דהתם לא הייתה מחלוקת כי המנוח ביקש לזַכות בכספי הקרן את הידועה בציבור בלבד, ואילו בפרשה דהכא התעורר ספק עובדתי באשר לכוונת המנוח.

48 כך עולה מפסקה 16 לפסק הדין בעניין **אריאל** (לעיל, הערה 40), שם מתוארת הודאתה של הידועה בציבור שהמנוח המשיך לבקר בביתה של אשתו. לטענתה של הידועה בציבור הדבר נעשה רק כדי לשמר את זיקתו הקניינית לנכס וכדי להשתמש בחצר הנרחבת שהייתה בו לצורך עיסוקיו כאמן חובב, אולם לדעתי הדבר עשוי ללמד על קיומם של יחסים תקינים בין המנוח לבין האישה הרשמית, שבה ככל הנראה המשיך לתמוך כלכלית גם לאחר הפירוד.

49 כגון הצוואה שהותיר המנוח – שבמקרה הנדון העניקה 10 ש״ח בלבד לאישה הנשואה.

nevo.co.il

הגמלה.[50] ייתכן אף שתוצאה קונקרטית כזו הייתה מתיישבת באופן הולם יותר עם הערכים המקופלים במושגים תום לב ותקנת הציבור, ששימשו בסיס לפיתוח ההלכתי שנעשה בפרשה זו.

5. חובת תום הלב בקיום החוזה – על כל צד המעורב בביצועו

(א) פרשת ברזני – תיאור העובדות וההלכה

ציון דרך חשוב בהתפתחותם של דיני תום הלב הונח השנה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **א. ברזני שירותים ועסקאות בע״מ נ׳ אחים בן רחמים (צפון) בע״מ**.[51] ברקע הסכסוך עמדה עסקת מכר של מקרקעין באזור הררי, ששאלת עצם קיומם כיחידה רשומה מוכרת התבררה לאחר כריתת החוזה כמוטלת בספק רב. בבית המשפט המחוזי נקבע כי החוזה בוטל כדין בידי החברה הקונה לאחר שהתברר כי העסקה תקועה וכי המוכרת אינה מקדמת את מילוי התחייבויותיה לרישום המקרקעין. נוסף על החיוב שהוטל על החברה המוכרת להשיב לקונה את הכספים ששולמו לה על חשבון התמורה, הטיל בית משפט קמא אחריות אישית לחיוב זה על בעל השליטה והמנהל בחברה המוכרת, וזאת מכוחה של עוולת התרמית.[52] אחריות זו הוטלה בשל התנהלות פסולה של המנהל שהתרחשה לא בשלב המשא ומתן לכריתת החוזה כי אם לאחריה. התנהלות זו התבטאה הן במחדלו מלקיים בנאמנות את החיובים המשתמעים מהחוזה, כגון דיווח לרשויות המס וקידום רישום המקרקעין, והן בהסכמתו לקבל מהקונה תשלומים על חשבון התמורה גם לנוכח ידיעתו כי היתכנותה של העסקה מוטלת בספק רב. על הטלת חיוב אישי זה ערער מנהלה של המוכרת לבית המשפט העליון.

בית המשפט העליון בחן תחילה את השאלה העקרונית באילו נסיבות אפשרית ומוצדקת הטלת אחריות אישית על נושא משרה בחברה בשל התנהגותו[53] שנעשתה אגב מילוי תפקידו ואשר הסבה נזק לצד השני לחוזה. בהסתמך על גוף הלכה מפותח העוסק בשאלת חבותם האישית של אורגנים בתאגיד להפרות ולעוולות של התאגיד, מזכיר בית

---

50 השוו: להבדיל, לע״א 138/74 **ד׳ חסקין נ׳ נ׳ חסקין**, פ״ד ל(2) 365, שבו בית המשפט העליון, בנסיבות אחרות (שבהן המנוח התגרש ונשא אישה אחרת) נקט גישה פרשנית ליברלית ביותר כדי שלא לשלול את חלקה של האישה השנייה אף ששמה של האישה הראשונה עדיין התנוסס על פוליסת ביטוח החיים של הנפטר.

51 ע״א 10362/03 **א. ברזני שירותים ועסקאות בע״מ נ׳ אחים בן רחמים (צפון) בע״מ** (פורסם בנבו) (להלן – עניין **ברזני**).

52 סעיף 56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], תשכ״ח-1968, נ״ח 266.

53 להבדיל מחבות לכלל חיובי החברה מכוח הדוקטרינה בדבר ״הרמת מסך״, סוגיה שלא נדונה בפסק הדין.

המשפט, מפי השופט גרוניס, כי חבות משפטית המוטלת על תאגיד בשל מעשי אורגן אינה שוללת, עקרונית, את האפשרות שהאורגן יחוב אישית בגין אותם מעשים ממש.[54]

עם זאת ברוח הגישה שהובעה בפסיקה קודמת הן באשר לחבות בנזיקין[55] והן באשר לחבות מכוח סעיף 12 לחוק החוזים,[56] מבהיר בית המשפט כי עצם מעורבותו של האורגן בפעילות שהצמיחה את חבותה האזרחית של החברה אין בה די כדי לבסס חבות אישית. נדרשים לשם כך תנאים נוספים שעניינם בקיומה של אינטראקציה אישית וישירה בין האורגן לבין התובע. יישומו של עיקרון מרסן זה בהקשר המיוחד של חבות בגין הפרתה של חובת תום הלב – במשא ומתן או בקיום חוזה – משמיע כי המבחן לקיומה של חבות אישית של האורגן (להבדילה מחבות התאגיד) אינו המבחן האובייקטיבי הרגיל הנהוג ביישומה של חובת תום הלב[57] כי אם מבחן מחמיר יותר, הדורש אשם אישי, סובייקטיבי.[58]

על רקע זה קבע בית המשפט כי לא היה מקום להשתית את חבותו האישית של המערער על מחדליו במילוי ההתחייבויות החוזיות של החברה. עם זאת בכל הנוגע לקבלת כספים גם לנוכח ידיעתו על הסתבכות העסקה ייתכן שהמנהל לקה בחוסר תום לב סובייקטיבי, שהצדיק להטיל עליו חבות אישית להשבת סכומים אלה.[59]

(ב) לקחים ומשמעויות

אף שפסק הדין משתלב כאמור ברצף הפסיקתי שקדם לו, מקופלים בו כמה חידושים חשובים: ראשית, הוא מספק חיזוק ותמיכה לגישה המרחיבה את אחריותם האישית של

---

54 פסק הדין המנחה בסוגיה ניתן על ידי הנשיא שמגר בע״א 407/89 **צוק אור בע״מ נ׳ קאר סקיוריטי בע״מ**, פ״ד מח(5) 661 (להלן – עניין **צוק אור**).

55 ע״א 4612/95 **מתתיהו נ׳ שטיל**, פ״ד נא(4) 769.

56 ע״א 10385/02 **מכנס נ׳ ריג׳נט השקעות בע״מ**, פ״ד נח(2) 53 (להלן – עניין **מכנס**).

57 המבחן האובייקטיבי נקבע, לעניין חובת תום הלב בקיום החוזה, בבג״ץ 59/80 **שרותי תחבורה ציבוריים בארי־שבע בע״מ נ׳ ביה״ד הארצי לעבודה**, פ״ד לה(1) 828. המבחן אומץ, לעניין תום לב במשא ומתן, בד״נ 7/81 **פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע״מ נ׳ קסטרו**, פ״ד לז(4) 673.

58 ״...הפרת חוזה על ידי חברה עלולה לגרור בעקבותיה הטלת אחריות אישית על האורגן הפועל בשמה ואשר אחראי להפרה, כאשר הלה נהג בחוסר תום לב. חשוב להדגיש, עם זאת, כי אין בדברים האמורים כדי ליצור זהות בין סטנדרט ההתנהגות שבחריגה ממנו יש כדי להטיל חיוב חוזי על החברה לבין הסטנדרט שחריגה ממנו מצדיקה הטלת אחריות אישית על האורגן״. עניין **ברזני** (לעיל, הערה 51) בפסקה 17. ״...להטלת חבות אישית על המנהל אין די להיווכח כי נורמת תום־הלב – המכתיבה רמת התנהגות אובייקטיבית – הופרה, אלא יש להראות שעל המנהל רובץ אשם אישי (סובייקטיבי) למעשים או למחדלים שיש בהם משום ביצוע עוולה או הפרת חובה חוקית״. המשפט האחרון צוטט בהסכמה מפסק דינו של השופט מצא בעניין **מכנס** (לעיל, הערה 56) בעמ׳ 58 לפסק הדין.

59 מאחר שלדעת בית המשפט העליון התעורר בשאלה זו ספק עובדתי שחומר הראיות בתיק לא הספיק לשם סילוקו, הוא הורה על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי להשלמת הדיון בנקודה זו. עניין **ברזני** (לעיל, הערה 51) בפסקה 20.

נושאי משרה בתאגיד. החיזוק מתבטא בהרחבת היקף המצבים שבהם תוטל אחריות, מכאלה שבהם מקיימת ההתנהגות את כל יסודותיה של עוולה נזיקית עצמאית ונפרדת לעברם של מצבים אחרים שבהם מתגלה התנהלות קלוקלת בתחום היחסים החוזיים הגם שזו אינה עולה כדי עוולה נזיקית מן המניין. אמנם פסק הדין אינו מכיר (עדיין) באפשרות להטיל אחריות חוזית על האורגן בשל מעשה שלו שהצמיח אחריות חוזית טהורה של החברה. אולם הוא מבסס את האפשרות להטיל על האורגן חבות בשל הפרתה של חובת תום הלב בקיום החוזה, חובה הנתפסת בפסיקתו של בית המשפט העליון כקרובה – ושקולה – להפרתו של חוזה.[60] דומה כי בכך גלומה הרחבה ניכרת של האפשרות להטלתה של אחריות שהיא ביסודה אחריות חוזית – אחריות שעד כה גילתה הפסיקה היסוס ברור מלהטילה על נושאי משרה.[61]

שנית אף שבמוקדו עמדה סוגיית האחריות של אורגן בתאגיד, ההלכה המקופלת בתוך פסק הדין, כך נראה לי, רחבה הרבה יותר. פסק הדין מכיר למעשה, במשתמע, באפשרות העקרונית להטיל חבות מכוח סעיף 39 על אדם (במקרה זה אורגן בתאגיד) שאינו צד לחוזה שבין החייב (במקרה זה החברה המוכרת) לבין הנושה (במקרה זה החברה הקונה). במילים אחרות: **בדומה לחובת תום הלב במשא ומתן כך גם החובה הקבועה בסעיף 39 אינה מוגבלת מבחינת היקף תחולתה לצדדים הישירים לקשר החוזי (או הטרום־חוזי).**[62] פירושו המעשי של הדבר הוא כי כל מי שמעורבים בביצועו של חוזה – יהא זה עובד, שלוח או אפילו קבלן עצמאי הפועל מטעמו של הצד הישיר לחוזה, ולא כל שכן נושא משרה בתאגיד שהוא הצד הישיר לחוזה, שלגביו נקבעה תחולה זו במפורש בפסק הדין – כפוף מעתה לחובה לפעול כלפי הצד השני בתום לב. מתוקף כך, חשוף אותו אדם גם לסיכונים הכרוכים בהפרתה של חובה זו, לדוגמה החובה לפצות את הצד השני על נזקי הפרתה של החובה האמורה.

עם זאת – וכאן גלום חידוש שלישי בפסק הדין בפרשת **ברזני** – חשוב להדגיש כי על פי פסק הדין הדרך להטלת חבות אישית על צד ״רחוק״ ליחס החוזי מחייבת עמידה בקריטריון מחמיר יחסית: נדרשת הוכחה של יסוד נפשי או של התנהגות המלמדים על

---

60 ראו לדוגמה: דברי הנשיא שמגר בע״א 3912/90 **Eximin S.A נ׳ טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע״מ**, פ״ד מז(4) 64, בעמ׳ 79: ״אי־עמידה בדרישת תום הלב עולה למעשה כדי הפרת חוזה...״.

61 חשיבות ההבחנה בין הטלת חבות בנזיקין לבין הטלתה של חבות חוזית וההצדקה לנקיטת גישה מצמצמת ביותר כלפי האחרונה הובהרו בפסק דינו המנחה של הנשיא שמגר בעניין **צוק אור** (לעיל, הערה 54) בעמ׳ 700.

62 הסברה כי חובת תום הלב בקיום החוזה חלה גם על צד שלישי המעורב בקיום החוזה זכתה בתמיכה מפורשת בדברי השופטת דבורה ברלינר בע״א 8910/05 **א. אדמון בע״מ נ׳ וינבלט**, פסקה 20 (פורסם בנבו) (להלן – עניין **אדמון**), שם קבעה כי ״החובה לקיים חוזה בתום לב ובדרך מקובלת, חובה הקבועה בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), בדומה לחובה לנהוג כך במסגרת משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, לפי סעיף 12(א) של החוק הנ״ל, חלה על כל אדם, בין אם הוא עושה כן בשמו ובין אם עושה כן עבור אחר״.

חוסר תום לב סובייקטיבי. יש לקוות כי קריטריון זה – עד כמה שהוא עמום וכללי – ישמש נוסחה מאזנת ראויה, אשר תגביר את התמריץ להתנהגות ראויה בקרב מי שהופקדו על ביצועם של חוזים, אך עם זאת לא תגרום להרתעת־יתר שתפגע ביזמה וביכולת התכנון של גורמים עסקיים.

6. דיני התרופות

פרט לפסק הדין המהפכני בפרשת **אגריפרם**,[63] המצדיק דיון נפרד, ניתנו בתחום התרופות כמה פסקי דין הראויים לציון. אסתפק בתיאור תמציתי בלבד של שתיים מתוך פסיקות אלה.

(א) צירוף תרופות: ביטול, השבה ופיצויי קיום

בפרשת **Warner Bros. International Television Distribution נ׳ יוכמן**[64] תיקן בית המשפט העליון טעות רווחת – לעתים אפילו בקרב שופטים – בנוגע לשאלת האפשרות לצרף תביעת פיצויים לתרופה של ביטול החוזה. מדובר בערעור על פסק דין של בית המשפט המחוזי בתל־אביב, שדחה ערעור על החלטתו של הנאמן בהליך הפירוק של חברת הכבלים ״תבל״ (להלן: הערעור הראשון). באותה החלטה דחה הנאמן תביעת חוב גדולה, בסכום של למעלה מ־20 מיליון דולר, שהגישה לו חברת הסרטים המפורסמת. הנימוק שהביא לדחיית תביעת החוב – ואף לדחייתו של הערעור הראשון עליה בבית המשפט המחוזי – היה בין היתר שמדובר בתביעה לפיצויי קיום בגין הפרת חוזה. אליבא דבית המשפט המחוזי, זוהי תרופה שהתובעת אינה זכאית לה משום שביטלה את החוזה בשל הפרתו בידי תבל, גם בהנחה שהביטול היה כדין.

ערעורה של חברת הסרטים על החלטת הנאמן ועל אישורה בידי בית המשפט המחוזי התקבל בבית המשפט העליון. נקבע, מפי השופט גרוניס, כי בית המשפט המחוזי שגה בקבעו כי ביטול החוזה בשל הפרתו שלל מהמערערת את זכאותה לפיצויי קיום. הובהר כי אין בביטול החוזה – ואף לא בתביעת ההשבה הנסמכת על הביטול – כדי לשלול תביעה לפיצויי קיום בגין נזקי ההפרה, ובכללם אבדן הרווח שהיה צפוי לנפגע מקיום החוזה. זאת כמובן בכפוף לצורך לנטרל את החפיפה התרופתית, ככל שזו מתקיימת, בין סעד ההשבה לבין תרופת הפיצויים.[65]

---

63 עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9).

64 ע״א 8946/04 **Warner Bros. International Television Distribution נ׳ יוכמן** (פורסם בנבו).

65 עניין **אדמון** (לעיל, הערה 62) בפסקה 10. יצוין כי למרות קביעה זו נדחה הערעור בסופו של דבר מטעמים אחרים.

לא נותר לנו אלא להצטרף לדברים נכוחים אלה – הנשענים בעיקרם על ניתוח עיוני מאלף שהציע בשעתו הנשיא שמגר בפסק דינו החשוב בפרשת **מבט**.[66] באותה פרשה הבהיר בית המשפט העליון כי בניגוד למה שאפשר להסיק מתוך התבוננות שטחית בתרופה של ביטול החוזה בשל הפרתו, ביטול החוזה אינו מפקיע את הזכות לפיצויים על הפרתו. הטעם לכך הוא שבניגוד לביטול המתרחש בעקבות פגם שנתגלה בכריתתו של החוזה – המפקיע את כלל חיוביו של החוזה הפגום – הביטול בשל הפרה אינו מפקיע אלא את החיובים הראשוניים בלבד, כלומר את חיובי הביצוע שעליהם התחייב כל צד. לעומת זאת אין הביטול בשל הפרה מפקיע את החיובים המשניים ואת הזכויות המשניות שבחוזה, המתעוררים לתחייה דווקא בעת הפרה או בפרוץ סכסוך ומחלוקת.[67] חיובים וזכויות אלה – בין שהם מוגדרים בחוזה, לדוגמה הוראה בדבר פיצויים מוסכמים, תניות שיפוט ובוררות וכיו״ב, ובין שהם נובעים מן מהדין, לדוגמה הזכות לפיצויים מכוח חוק התרופות, אינם נשללים רק משום שהנפגע בחר לוותר על זכותו לאכיפת החוזה.[68]

יש לקוות כי ההבהרה הכלולה בפסק הדין תחלחל לערכאות הדיוניות, וכי בכך יסולק אחת ולתמיד הספק המקנן בלבותיהם של שופטים המתבקשים חדשים לבקרים על ידי נפגעים שביטלו חוזים בשל הפרתם לפסוק לטובתם פיצויי קיום – מוסכמים או שאינם מוסכמים – על אבדן הרווח שהיה גלום בזכותם (שהופרה) לקיום החוזה ככתבו וכלשונו.[69]

(ב) השבת כסף בעקבות ביטולו של חוזה – שיערוך מלא או חלקי?

בפסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **גולוב נ׳ א.ר.י מזרחי ובניו בניה והשקעות בע״מ**[70] נדון מצב שכיח של השבת כספים מאוחרת הבאה בעקבות ביטולו של חוזה. דובר בעסקת קומבינציה שבוטלה כדין בידי הבעלים בשל הפרתה היסודית, המתמשכת והמקוממת בידי החברה הקבלנית. בית המשפט המחוזי אישר במסגרת תביעה לסעד

---

66 ע״א 1846/92 **לוי נ׳ מבט בניה בע״מ**, פ״ד מז(4) 49, בפסקה 7.

67 הסוגיה נדונה וההבחנה מובהרת בספרם של גבריאלה שלו ויהודה אדר, **דיני חוזים – התרופות – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** (תשס״ט) בעמ׳ 78-80.

68 לעיון בפרשה שבה סוגיית הצירוף של תרופות הביטול, ההשבה והפיצויים המוסכמים עוררה קשיים ניכרים ראו: יהודה אדר ומשה גלברד, ״השבה, פיצויים, צירוף תרופות וחופש חוזים – עיון בדיני תרופות לאור ע״א 4630/04 קניונים נכסים ובנין בע״מ נ׳ בני יעקב נדל״ן בע״מ״, **משפטים** מ (תשע״א) 827.

69 ראוי להעיר כי תובנה זו בדבר המשך חיותן של הוראות משניות בחוזה שפקע רלוונטית גם להתבטלותו של חוזה בעקבות אי־התקיימותו של תנאי מתלה. העובדה שהתבטלות כזו אינה פוגעת בתוקפה של תניית בוררות שנכללה בו הודגשה (השנה!) ברע״א 4986/08 **Tyco Building Services נ׳ אלבקס וידיאו בע״מ** (פורסם בנבו). השאלה מה דינה של תניית בוררות במצב של בטלות בשל פסלות החוזה הושארה בפסק הדין בצריך עיון, והובעו בה דעות לכאן ולכאן.

70 ע״א 1665/05 **גולוב נ׳ א.ר.י מזרחי ובניו בניה והשקעות בע״מ** (פורסם בנבו).

הצהרתי שהגישו הבעלים את תוקף הביטול, והורה לבעלים – כנגד השבת הקרקע לידיהם – להשיב לחברה את התמורה החוזית ששולמה להם לפני כעשרים שנה (בסך 125,000 דולר) כשהיא משוערכת למועד ההשבה בפועל. בערעור טענו הבעלים כי בשל התנהלותה המקוממת של החברה הקבלנית לאורך כל חיי החוזה אין מקום להורות על שיערוך כלל. לחלופין טענו כי על השיערוך לכלול הפרשי הצמדה בלבד, ללא ריבית.

בית המשפט העליון, מפי השופטת פרוקצ׳יה, חזר בפסק דינו על הכלל ההלכתי שלפיו העיקרון בדבר מניעת התעשרות שלא כדין מחייב, ככלל, להורות על השבה רֵאלית, כלומר השבת הקרן בתוספת הפרשי הצמדה וריבית.[71] בה בעת – וכאן מתבטא עיקר החידוש הגלום בפסק הדין – מודגשת העובדה שעיקרון זה אינו אלא נקודת מוצא לדיון – אין הוא בגדר נקודת סיום. תובנה זו עולה מכמה הבהרות וסימני דרך שאותן הציב בית המשפט כתחנות שיש לבחנן בטרם תגובש מסקנה בשאלת השיערוך.

ראשית הובהר כי ניתן להעלות על הדעת שיטות שונות לביצוע השיערוך, וכי בית המשפט נהנה משיקול דעת ניכר בבואו לבחור מבין שיטות אלה.

שנית, הודגשה בפסק הדין (בפסקה 13) סמכותו של בית המשפט לשלול באופן מלא או חלקי – אם גם במקרים יוצאי דופן – את זכותו של המזכה (התובע) להשבה. זאת, מכוח סייג הצדק בהשבה הקבוע בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

בהיעדרה של תשתית מספקת להכרעה בשאלות אלה – שלא נבחנו כלל בערכאה קמא(!) – מורה בית המשפט העליון על השבת הקרן בלבד – 125,000 דולר – תוך הותרתה של שאלת השיערוך להתדיינות עתידית בין הצדדים, ככל שמי מהם ימצא בה צורך.

חשיבותו של פסק הדין היא בעיניי בחידוד ההבנה שבניגוד להנחה הרווחת כלל ההשבה הרֵאלית אינו כלל נטול חריגים. אף שדרך המלך שנוקטת הפסיקה כדבר שבשגרה היא של החזרת הקרן בתוספת הפרשי הצמדה וריבית מלאים, חשוב לזכור ולהזכיר כי לא נקבעה אצלנו עד כה הלכה ברורה בתחום זה.

יודגש: אי־הוודאות בסוגיה נובעת לא רק מקיומה של האפשרות – המוכרת כאן לראשונה – להפחית את היקף השיערוך או לשלול את הזכות לריבית מטעמי צדק. מקור הבעיה נעוץ באי־בהירות השוררת אצלנו בשאלה בסיסית עוד יותר, היא שאלת תכליתו של סעד ההשבה. האם תכליתה של חובת ההשבה הצומחת עם פקיעתו של החוזה – בשל ביטולו, התבטלותו או בשל פקיעתו מכל מסיבה אחרת – היא לסלק התעשרות מוחשית של הזוכה (הנתבע)? שמא תכלית ההשבה היא להחזיר למזכה – התובע – את מה שאיבד אגב קיום חלקו בחוזה? האם המבחן להשבה הוא אובייקטיבי – מבחן המחייב לכאורה שיערוך מלא כמעט בכל מקרה – או סובייקטיבי – מבחן המתנה את

71 לדיון בכלל השיערוך הריאלי ראו: שלו ואדר (לעיל, הערה 67) בעמ׳ 731-734.

היקפה של ההשבה בהיקף התעשרותו של הנתבע?[72] עד שלא תוכרענה, או לפחות תובהרנה, שאלות יסוד אלה, תיוותר ההכרעה בשאלת היקפה הראוי של ההשבה בעקבות ביטולן של עסקאות לוּטָה בערפל כבד.[73]

ג. מהפכה בדיני התרופות: השבת רווחי ההפרה – מניעת התעשרות או ענישת המפר?

1. כללי

פסק הדין המסמן ללא כל ספק את השינוי הדרמטי ביותר בתמונת הדין הנוהג – אף הוא בתחום דיני התרופות – הוא פסק הדין בעניין **אגריפרם אינטרנשיונל בע״מ נ׳ מאירסון**.[74] בפסק הדין התרחשו, זה בצד זה, שני חידושים מרעישים: ראשית, בפסק הדין הוחזרה עטרה ליושנה כאשר ההלכה המפורסמת בעניין **אדרס**[75] לא רק הוזכרה ואומצה בפה מלא אלא גם – לאחר תקופה ממושכת שבה לא זכתה כמעט ליישום בפסיקה הישראלית – יושמה באופן ברור ומובהק. שנית, וזהו לטעמי חידוש מרעיש אף יותר שמביא עימו פסק הדין: הוצגה בהרחבה ויושמה בפועל (כנימוק חלופי) עמדה שיפוטית המצדדת בהכרה בתרופה חדשה, שכונתה בפסק הדין ״השבה הרתעתית״. עניינה של תרופה זו וייחודה הוא בשלילת התעשרותו העוולתית של המפר אפילו כאשר אין מתקיימת הזיקה המשפטית – שהיא תנאי לכינונה של העילה בעשיית עושר ולא במשפט – בין התעשרות הנתבע־הזוכה לבין אינטרס מוגן של התובע־המזכה. תכליתה של התרופה החדשה היא להעמיד לרשותו של בית המשפט האזרחי כלי משפטי אשר יבטיח כי החוטא־המפר לא יצא נשכר מהפרת החוזה. זאת, באותן נסיבות שבהן תגובה עונשית־הרתעתית להפרה מקוממת של החוזה מתבקשת משיקולים של הכוונת התנהגות בתחום החוזי.

---

72 הספק התעורר – ולא סולק – כבר בפסק הדין המנחה בסוגיית שיערוך כספים, הלא הוא ע״א 741/79 **כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע״מ נ׳ הורוביץ**, פ״ד לה(3) 533 (להלן – עניין **כלנית השרון**). בפסק דין זה הותיר השופט ברק בצריך עיון את השאלה אם יש מקום לפטור את הנתבע (הזוכה) מהשבה רֵאלית מלאה של כספים שקיבל, אם יוכל להראות כי התעשרותו הייתה ״נורמטיבית״ (או: אובייקטיבית) בלבד אך לא סובייקטיבית-מוחשית. ראוי גם להזכיר כאן את קיומו של קו פסיקתי המכיר במפורש בסמכותו של בית המשפט להורות על שיערוך חלקי של סכומי כסף מטעמי הרתעה, כאשר הצד התובע השבה הוא מפר החוזה. לדיון בסוגיה ראו: שלו ואדר (לעיל, הערה 67) בעמ׳ 732, בהערה 654.

73 כיוון ראשוני לפתרון מוצע בספרי ראו: שלו ואדר (לעיל, הערה 67) בעמ׳ 717-725.

74 עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9).

75 לעיל, הערה 5.

2. הרקע העובדתי ותמצית ההכרעה בערעור

הפרשה נסבה על הסכם לשיתוף פעולה עסקי בין חברה פרטית – אגריפרם – שבמועדים הרלוונטיים הייתה בעלת השליטה בחברה ציבורית – פרי העמק – לבין חברה פרטית אחרת –מורלינוי – ושני מנהליה. מכוח ההסכם, שנכרת בראשית שנת 1996, רכשה חברת מורלינוי (להלן: הנתבעת) 10% מהון המניות המונפק שהחזיקה אגריפרם (להלן: התובעת) באותו זמן. באותו הסכם, בצד התחייבויות מהותיות אחרות שנטלה על עצמה (לדוגמה התחייבות לסייע ברכישת מניות נוספות של החברה הציבורית) התחייבה הנתבעת להימנע, כל עוד ההסכם עומד בתוקפו, מלהעביר או מלשעבד את זכויותיה במניות החברה הציבורית מבלי לקבל תחילה את הסכמת התובעת. נוסף על זכות ״שלילית״ זו העניק ההסכם לתובעת גם זכות ״חיובית״: זכות סירוב ראשונה (לאמור: זכות קדימה) – בלתי מוגבלת בזמן – לרכוש מהנתבעת מניות שאותן תרצה למכור בעתיד, וזאת על פי מנגנון שפרטיו נקבעו בחוזה.[76]

מקץ שלוש שנים, בעקבות שינויים באופיה ובהיקפה של פעילות החברה הציבורית, נרקמו מגעים בין התובעת לבין צד שלישי למכירת מניות השליטה לזה האחרון. התובעת לא שיתפה את הנתבעת במגעים אלה, וזו הופתעה כאשר בתאריך 8.2.2000 למדה מדיווח מידי בבורסה על התגבשותו של זכרון דברים בין התובעת לבין הצד השלישי לרכישת מרבית הון המניות של התובעת תמורת סכום סמלי של 10,000 ש״ח בלבד.[77] בעקבות זאת כבר למחרת היום, ומבלי ליידע את התובעת או לעדכן אותה בכוונותיה, מכרה הנתבעת את כל הון המניות שלה בבורסה.

בתגובה לצעד חד צדדי זה הגישה התובעת לבית המשפט המחוזי, מקץ חודשים ספורים, תביעה כספית נגד הנתבעת ומנהליה.[78] בתביעתה ביקשה התובעת, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, לקבל לידיה את התמורה שבה זכתה הנתבעת בעבור מכירת מניותיה בבורסה, תוך הפרת הוראותיו המפורשות של החוזה. הנתבעת טענה בכתב הגנתה כי התובעת ויתרה בהתנהגותה – היעדר תגובה להצעת רכש קודמת – על זכות הסירוב, וכי מכל מקום היא עצמה לא התעשרה עקב ההפרה המיוחסת לה, שכן מכרה את המניות בשוויין הרֵאלי, שבו היו נמכרות ממילא אילו רכשה אותן התובעת. בנוסף טענה כי חוסר תום לבה של התובעת, שהתבטא באי־עדכונה של הנתבעת בפרטי העסקה המתרקמת בינה לבין הצד השלישי, איננו מאפשר לתובעת להסתמך על עילה מדין עשיית עושר ולא במשפט.

---

76 המנגנון עיגן את חובת הנתבעת לעדכן את התובעת מראש ובכתב בפרטי העסקה שהיא מבקשת לבצע במניות ולהציע לה לרכוש אותן במחיר המשקף את מחירן הממוצע בבורסה בשבעת ימי המסחר שקדמו להצעה. זכות הסירוב חלה, לפי החוזה, כל עוד תחזיק הנתבעת ב־10% מהון המניות של החברה הציבורית (פרי העמק).

77 סכום של כ־10 מיליון דולר נקבע בהסכם המוקדם כתמורה בעד נכסים וציוד של החברה.

78 ת״א (מחוזי ת״א) 1952/00 **אגריפרם אינטרנשיונל בע״מ נ׳ מאירסון** (פורסם בנבו).

בבית המשפט המחוזי נקבע כי החוזה אכן הופר על ידי הנתבעת, שלא עמדה בדרישות החוזה למתן הצעת רכש בכתב ושמכרה את מניותיה מבלי לקבל את אישורה המוקדם של התובעת. עם זאת נקבע כי אין מקום להורות על השבת רווחי ההפרה, ככל שהיו כאלה, שכן השבה כזו תהיה בלתי צודקת. זאת, לאור התנהגותה של התובעת, אשר לא פעלה להפגת חששה הסביר של הנתבעת כי בעסקה המתגבשת – בין התובעת לבין הצד השלישי – לא תינתן לה תמורה נאותה בעד מניותיה. על קביעה אחרונה זו של בית המשפט המחוזי נסב עיקר ערעורה של התובעת לבית המשפט העליון.

בפסק דין מעמיק ומפורט קיבל בית המשפט העליון, מפי השופט דנציגר, את ערעורה של התובעת. ראשית נקבע כי בנסיבות המקרה זכאית התובעת לקבל לידיה את הרווח שהפיקה הנתבעת בעקבות הפרת החוזה. שנית נקבע כי חששה של הנתבעת מפני קיפוח זכויותיה – אף שלא היה חשש שווא – לא הצדיק את הפרת החוזה. מחדלה של התובעת להפיג את חששותיה הלגיטימיים של הנתבעת, אף שלא היה מוצדק, לא הצדיק מתן פטור גורף לנתבעת מחובתה להשיב את פֵּרות ההפרה. לאור מסקנותיו אלה הורה בית המשפט העליון על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי כדי שיקבע – לאור המבחנים המנחים שנקבעו בפסק הדין – את שיעור ההשבה שבה ראוי לחייב את הנתבעת.

בניגוד לערכאה הדיונית, אשר לא ראתה צורך לבחון לעומק את התקיימות יסודותיה של העילה בעשיית עושר ולא במשפט, זכתה שאלת התקיימותה של עילה זו בנסיבות המקרה לדיון מקיף ומעמיק במסגרת פסק הדין בערעור. כנרמז בפתחו של הדיון, את המסקנה בדבר קיומה של זכות התובעת לקבלת פֵּרות ההפרה השתית בית המשפט העליון על שתי תאוריות שונות, המצדיקות עיון נפרד.

3. השבת התעשרות עוולתית שהופקה על חשבון הנפגע

כעולה מלשונו של סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט ומפסיקתו העקבית של בית המשפט העליון, שלושה הם היסודות שעל התובע להוכיח כדי לזכות בהשבה מכוחו של העיקרון בדבר מניעת התעשרות בלתי צודקת:[79] ראשית, עליו להצביע על ״נכס, שירות או טובת הנאה אחרת״, כלומר התעשרות – ממשית או למצער נורמטיבית

---

79 להבחנה בין שלושת יסודותיה של העילה ראו לדוגמה: עניין **אדרס** (לעיל, הערה 5) בפסקה 24 לפסק דינו של השופט ברק; ע״א 588/87 **כהן נ׳ שמש**, פ״ד מה(5) 297, בפסקה 19 לפסק דינו של השופט מצא (להלן – עניין **שמש**); ע״א 371/89 **ליבוביץ נ׳ א. את י. אליהו בע״מ**, פ״ד מד(2) 309, בעמ׳ 321-322; ע״א 6126/92 **אטלנטיק, חברה לדייג ולספנות בע״מ נ׳ דג פרוסט תעשיות דייג (1984) בע״מ**, פ״ד נ(4) 471, בעמ׳ 478; רע״א 5768/94 **א.ש.י.ר יבוא יצור והפצה נ׳ פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע״מ**, פ״ד נב(4) 289, בעמ׳ 462; ע״א 3760/03 **עמרן נ׳ צמיר**, פ״ד נט(5) 735, בעמ׳ 752.

– שצמחה לנתבע בעקבותיו של אירוע רלוונטי.[80] שנית, עליו לשכנע את בית המשפט כי ההתעשרות או טובת ההנאה האמורות "באו לו מהזוכה". כלומר, יש להצביע על קיומה של זיקה משפטית מספקת בין התעשרותו של הנתבע לבין נכס, פעולה או אינטרס מוגן אחר של התובע. לשון אחר, התעשרותו הבלתי צודקת של הנתבע נעשתה "על חשבון" התובע.[81] שלישית, על התובע להראות כי התעשרות הנתבע היא "שלא על פי זכות שבדין", קרי התעשרות בלתי מוצדקת.[82]

בפרשת **אגריפרם** בחן בית המשפט העליון את התקיימותם של שלושת היסודות האמורים והגיע למסקנה כי שלושתם מתקיימים בנסיבותיה של הפרשה. אשר ליסוד הראשון, יסוד ההתעשרות, נקבע כי היסוד התקיים וכי למעשה לא הוכחש על ידי הנתבעים.[83] אף ששיעור ההתעשרות לא הוכח, הדעת נותנת שמכירת המניות שלא בדרך שנקבעה בחוזה הצמיחה לנתבעת רווח, וכי התמריץ לזכות ברווח זה הוא שהביא, לצד תחושת הקיפוח שחשה הנתבעת, להפרת החוזה.[84]

באשר ליסוד השלישי, יסוד הזכייה "שלא על פי זכות שבדין", קובע בית המשפט כי אף הוא אינו מעורר קושי. הרווח שצמח לנתבעת לא צמח ממעשה שנעשה "כדין" אלא מהפרת ההסכם עם התובעת תוך פגיעה בזכות הווטו ובזכות הסירוב שהקנה לה החוזה וכדי לעשות רווח מחוץ לחוזה.[85] התעשרות הנתבעת הייתה אפוא לא רק בלתי צודקת

---

80 להבחנה בין התעשרות מוחשית או סובייקטיבית לבין התעשרות נורמטיבית השלכות מרחיקות לכת על שאלת היקפה של ההשבה, ולעתים גם על שאלת עצם קיומה. לעיון בהבחנה ובחשיבותה ראו: אשר להשבה לפי סעיף 9 לחוק התרופות, שלו ואדר (לעיל, הערה 67) בעמ' 717-725. ראו גם: בתכלית הקיצור, בספרו של דניאל פרידמן, **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (כרך א, תשנ"ח) בעמ' 95-98. להכרה במושג "ההתעשרות הנורמטיבית" בפסיקה ראו: עניין **כלנית השרון** (לעיל, הערה 72) בעמ' 545; ע"א 3666/90 **מלון צוקים בע"מ נ' עירית נתניה**, פ"ד מו(4) 45, בעמ' 73. הרעיון נזכר ומיושם לא אחת בפסיקתן של הערכאות הדיוניות.

81 "חוק עשיית עושר קובע את העיקרון הכללי של חובת השבה, מקום שאדם קיבל **על חשבון רעהו** דבר שלא כדין. עיקרון זה בא למנוע התעשרות שלא כדין של אדם **על חשבון רעהו**". [הדגשות שלי – י"א]. דברי השופט ברק בעניין **אדרס** (לעיל, הערה 5) בפסקה 21. לעיון ביסוד זה של עילת ההשבה ראו: פרידמן (לעיל, הערה 80) בעמ' 87-90.

82 נראה שהדעה הרווחת בפסיקתו של בית המשפט העליון מזהה את המושג "שלא על פי זכות שבדין" עם המושג "בלתי צודקת". אך השוו להסתייגותו של השופט ברק בעניין **שמש** (לעיל, הערה 79), שם ביקש להותיר בצריך עיון את שאלת היחס בין המושגים. לעיון ראו גם: פרידמן (לעיל, הערה 80) בעמ' 81-86.

83 עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9) בפסקות 31-32. עם זאת בהיעדרם של נתונים על אודות שיעורה של ההתעשרות מורה בית המשפט העליון על החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לשם קביעת ממצא עובדתי בנקודה זו. ראו: בפסקה 6 לפסק הדין, המפנה לפסקות 53, 55-56 שבהם נערך הדיון באופן החישוב הראוי של היקף ההשבה.

84 "העובדה כי המשיבים לא פנו בהצעה למערערת מלמדת, לכאורה, כי לא רק חשש מפני קיפוח הניע אותם למכור את המניות אלא גם הרצון לנצל את ההתעוררות במסחר במניות." שם, בפסקה 37.

85 שם, בפסקות 34-37 (ראו במיוחד: פסקה 36).

nevo.co.il

אלא גם מנוגדת לדין עצמו, הוא דין החוזים.[86] לשון אחר, הייתה כאן התעשרות עוולתית מובהקת.[87]

לבסוף, באשר ליסוד השני, המחייב זיקה משפטית בין התעשרות הנתבעת לבין אינטרס התובעת, נקבע כי אף הוא מתקיים בנסיבות העניין. בניגוד לטענתם של הנתבעים, התעשרותה של הנתבעת לא צמחה משימוש לגיטימי שעשתה בקניינה הפרטי. אמנם המניות שמכירתן הצמיחה לנתבעת את הרווח היו בבעלותה, אולם מניות אלה היו כפופות לזכות הסירוב של התובעת, זכות חוזית השקולה רעיונית למעין ״זיקת הנאה״ או ל״זכות קדימה״ שהייתה לתובעת במניות הנתבעת.[88] בהפרה זכויות (חוזיות) אלה של התובעת פגעה הנתבעת בדבר מה שהיה שייך לתובעת. פגיעה זו היא שהעשירה את הנתבעת. מכאן שההתעשרות באה לנתבעת מהתובעת, כלומר נעשתה ״על חשבונה״.[89]

---

86 בית המשפט אינו מעורר את השאלה, המעניינת לטעמי, אם קיים קשר סיבתי עובדתי חזק מספיק בין הפרת החוזה לבין התעשרותה של הנתבעת. עניין זה אינו נקי מספק, שכן קיימת אפשרות – שהסתברות התרחשותה לא נדונה – שהתובעת הייתה דוחה ממילא את הצעת הרכש שהנתבעת הייתה מפנה אליה, אילו פעלה לפי החוזה. במילים אחרות: ייתכן שהרווח לנתבעת היה צומח בכל מקרה, אפילו היה החוזה מקוים כנדרש. ודייקו: גם אם היה בכוחה של הנתבעת להביא ראיות לביסוס טענה כזו, לא היה בכך בהכרח כדי לסתום את הגולל על תביעת ההשבה של הנתבעת. הטעם הוא שבמקרה כזה יכלה התובעת לטעון כי בנסיבות מעין אלה מבחן הסיבתיות העובדתית שראוי להפעיל אינו מבחן הסיבה שאין בלתה (*cause sine qua non*) אלא מבחן הדיות (sufficiency), שעל פיו רואים כגורם עובדתי לאירוע – במקרה זה ההתעשרות – כל גורם – במקרה זה ההפרה – שדי היה בו כדי להצמיח את ההתעשרות.

87 ההבחנה בין התעשרות עוולתית (wrongful enrichment) להתעשרות אוטונומית שאינה נובעת מביצוע עוולה אזרחית (autonomous unjust enrichment) היא לטעמי ההבחנה החשובה ביותר בדיני עשיית עושר ולא במשפט. היא פותחה בכתביו של המלומד הבריטי Peter Birks, מחשובי החוקרים בתחום. לדיון בהבחנה ובחשיבותה ראו למשל: Peter Birks, "Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment", 79 *Tex. L. Rev* (2001) 1767. לדיון כולל בהשבת התעשרות עוולתית כעיקרון תרופתי כללי במשפט האזרחי ראו: יהודה אדר, ״על הדבש ועל העוקץ – הרהורים על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי״, **משפט ועסקים** ה (תשס״ו) 347, בעמ׳ 387-391; שלו ואדר (לעיל, הערה 67) בעמ׳ 28-31.

88 עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9) בפסקה 35.

89 ראו: הדיון שם, בפסקות 38-39. נזכיר כי גם בפרשת **אדרס** (לעיל הערה 5), שבה לראשונה הוכרה חובתו של מפר חוזה להשיב לנפגע התעשרות שצמחה לו מהפרתו, עורר יסוד זה קושי. השופט ברק הכיר בקושי זה אך ציין כי אפשר להתגבר עליו אם רואים הפרה בנטילת הזכות החוזית: ״עיקר הקושי נעוץ בשאלה, אם המוכר התעשר ׳על חשבון׳ הקונה? לדעתי, לשון החוק תומכת בתשובה חיובית לשאלה זו. טובת ההנאה שזכה לה המוכר באה לו ממכירת נכס, שעל־פי החוזה הקונה זכאי לו. לקונה זכות חוזית לקבלת הנכס. המוכר נטל זכות חוזית זו וקיבל מנטילה זו טובת הנאה, אשר על־פי דין שייכת לקונה. לולא הפרת החוזה על־ידי המוכר, היה הקונה זוכה בנכס, והוא היה עשוי למכור אותו לצד השלישי ולזכות באותה טובת ההנאה שבה זכה המוכר. בנסיבות אלה מתקיים, לדעתי, התנאי השלישי הקבוע בחוק, לפיו מעשי ההתעשרות ״באו לו מאדם אחר״״. עניין **אדרס** (לעיל הערה 5) בפסקה 24.

בהקשר זה מעלה בית המשפט טענת נגד מעניינת. הטענה היא שיסוד הזיקה המשפטית לתובע אינו מתקיים באופן מובהק מספיק, מן הטעם שאין זה ברור שהתובעת הייתה מצליחה לממש בעצמה את אותו הרווח שבו זכתה הנתבעת, אפילו הייתה מממשת את זכות הסירוב שהעניק לה החוזה. בית המשפט משיב לקושי זה בהבהירו כי לצורך כינונה של זיקה משפטית אין התובעת נדרשת להראות כי אילולא ניטלה זכותה, החוזית, הייתה היא עצמה זוכה בהתעשרות הנדונה. די לה לשכנע כי אלמלא ניטלה ממנו הזכות היו בידיה היא, ולא בידי הנתבעת, **הפוטנציאל או ההזדמנות** לרכוש – ובהמשך גם למכור – את מניות הנתבעת. בלשונו של בית המשפט:

> ...הפרת זכות הסירוב הראשונה מנעה למעשה מן המערערת את האפשרות לבצע את אותן פעולות שביצעו המשיבים ואשר תודות להן הם גרפו כספים לכיסם, ומכאן הקשר הסיבתי. אכן, יתכן והמערערת כלל לא הייתה מבצעת את אותן פעולות ולא הייתה גורפת את אותם הרווחים, ואולם גזילת האפשרות מן המערערת די בה לטעמי כדי להקים קשר סיבתי בין רווחים אלו לבין הפרת ההסכם...[90] (הדגשות שלי – י״א).

חשוב להדגיש, כי לאורך כל הדרך בית המשפט אינו מסתפק בניתוח הדוגמטי של יסודותיה המשפטיים של העילה בעשיית עושר ולא במשפט. בצד הניתוח השיטתי המעמיק – המגובה בתימוכין מן הפסיקה ומן הספרות המשפטית – מדגיש בית המשפט העליון את שיקולי המדיניות התומכים בהכרה בזכות לשלילת פֵּרות ההפרה כתרופה כללית על הפרת חוזה. בהקשר זה שב בית המשפט ומדגיש את היותה של תרופה זו חיונית לשימור הערך של קיום וכיבוד חוזים, כמו גם לשם יצירת תמריץ שלילי חזק דיו נגד הפרה מודעת של הסכמים. בלשונו של בית המשפט:

> הכרה בזכות הצד הנפגע לקבל את הסכומים שהצד המפר התעשר בהם במקרים של הפרת הסכם נשענת על התפיסה לפיה ״חוזים יש לקיים״ ועל שיקולים של הכוונת התנהגות, דהיינו הרתעת צד מהפרתו של הסכם באמצעות נטרול התמריץ הכספי שיכול ויהיה טמון בהפרת הסכם.[91] (הדגשות שלי – י״א).

הנה כי כן, בפרשת **אגריפרם** שב בית המשפט העליון ואישש את עמדתו התקיפה – שגובשה לראשונה באופן מפורש בפרשת **אדרס** אך מאז כמעט שלא יושמה בפועל[92] –

---

90 עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9) בפסקה 39.

91 שם, בפסקה 13. שיקולי המדיניות התומכים בשלילת פֵּרות ההפרה מודגשים גם בפסקה 37 לפסק הדין.

92 בכמה מקרים הציעו שופטים בבית המשפט העליון ליישם את העיקרון התרופתי שנקבע בפרשת **אדרס** (לעיל, הערה 5), אולם בדרך כלל נעשה הדבר אגב אורחא, כטיעון חלופי או בדעת יחיד. בע״א 442/85 **משה זוהר ושות׳ נ׳ מעבדות טרבנול (ישראל) בע״מ**, פ״ד מד(3)

כלפי התופעה של הפרת חוזה משיקולי כדאיות כלכלית. על פי עמדה עקרונית זו – שבית המשפט העליון חזר עליה בהקשרים שונים בדיני התרופות – לא רק שתופעת ההפרה הכלכלית, המכונה לעתים ״הפרה יעילה״, ראויה לגינוי מוסרי, אלא שיש להילחם בה בכלים משפטיים מוחשיים ואפקטיביים.[93] ההכרה בתרופת השלילה של

---

661 נדונה הפסקתו החד־צדדית, בחוסר תום לב, של חוזה הפצה בלעדי בין יצרן של מוצרים רפואיים לבין חברות שהפיצו את המוצרים בישראל. שלושה מן השופטים שישבו לדין קבעו שהודעת הביטול החד־צדדית של היצרן על הפסקת הקשר עם המפיצות היא הפרה של החוזה, שעליה זכאיות המפיצות לפיצויים. אולם השופטת נתניהו, שאליה הצטרף הנשיא שמגר, קבעה שבנסיבות המקרה אין עומדת למפיצות עילה חוזית שעליה אפשר להשתית תביעה לפיצויים. עם זאת עומדת להן הזכות לתבוע את ההתעשרות הבלתי צודקת שהפיק היצרן על חשבונן בכך שלא הודיע להן מבעוד מועד על ביטול הסכם הבלעדיות והחדרת מפיצים נוספים לשוק המוצר. בע״א 1632/98 **ארבוס נ׳ אברהם רובינשטיין ושות׳ – חברה קבלנית בע״מ**, פ״ד נה(3) 913 קבע השופט טירקל, בדעת יחיד, שאת אבדן הפרשי ההצמדה והריבית על הכספים ששילמו הקונים למוכרת במועד – אך לפני מסירת הדירה לידיהם – אין לייחס להפרת החוזה על ידי המוכרת, ולפיכך אין הקונים זכאים לפיצוי בגינו. עם זאת השופט סבר שהקונים זכאים שייפסק להם סכום זה בתורת השבה של רווח שהפיקה המוכרת שלא כדין בשל הפרת החוזה. ראו: בדומה ע״א 1229/97 **איי.אמ.איי. – שיווק והשקעות בינלאומיים בע״מ נ׳ ע.ר.מ. רעננה לבנייה והשכרה בע״מ**, פ״ד נג(4) 657, בעמ׳ 662, שבו נתבעו תשלומי השבה כסעד חלופי לפיצויים רגילים. בית המשפט, מפי השופטת דורנר, קבע כי ״את אשר הפסידה חברת־השיווק [הנפגעת], הרוויחה חברת־הבנייה [המפרה]. ברם, משהוכח שיעור הנזק, אין צורך להיזקק לטענה החלופית בדבר התעשרות שלא כדין״. שם, בפסקה 9. ברע״א 2371/01 **אינשטיין נ׳ אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע״מ**, פ״ד נז(5) 787 נדונה תביעה של רוכשי דירה לפיצוי על אבדן רווח שנגרם להם עקב מכירת הדירה בידי המוכר לצד שלישי – תוך הפרת החוזה – במחיר גבוה בהרבה ממחיר הרכישה. בבית המשפט המחוזי נקבע, בדעת רוב, כי אין המוכרים זכאים לפיצוי בשיעור זה, אולם שופט המיעוט קבע כי הקונים אכן זכאים לו, אך לא כפיצוי אלא כהשבה מדיני עשיית עושר ולא במשפט (שם, בעמ׳ 791). בית המשפט העליון קיבל את הערעור על יסוד נימוקים מדיני הפיצויים, ולכן לא ראה צורך לדון בשאלת הזכות להשבה. המקרה המובהק ביותר שבו יושמה הלכת **אדרס** הוא ככל הנראה עניין **שמש** (לעיל, הערה 79). במקרה זה אישר בית המשפט העליון, מפי השופט מצא, חיוב השבה שהוטל על מוכר שנסוג בו מעסקה למכר של זכות שכירות בדירה שבה המוכר החזיק במעמד של דייר מוגן. ההשבה נפסקה בשיעור דמי השכירות הראויים בתקופת ההחזקה האסורה בנכס, שהשוכר חסך מעצמו באמצעות ההפרה. בית המשפט הדגיש כי אמת המידה לקביעת התרופה אינה ההפסד שסבלו הקונים־הנפגעים כי אם התועלת שהצמיחה ההפרה למוכר־המפר. למקרה דומה (אך הפוך), שבו נקבע כי שוכר של נכס שפיגר בפינויו חייב בהשבה בשיעור דמי שכירות ראויים, או לחלופין בפיצויים מוסכמים בגין האיחור, ראו: רע״א 7452/96 **מדינת ישראל משרד הביטחון נ׳ חברה קבלנית האחים אהרון בע״מ**, פ״ד נא(5) 874.

93 ראו: באשר לאכיפתה של תניית איסור תחרות את דברי השופט אנגלרד בע״א 3668/98 **בסט ביי רשתות שיווק בע״מ נ׳ פידיאס אחזקות בע״מ**, פ״ד נג(3) 180, בעמ׳ 191: ״בית משפט זה הסתייג מגישה טהרנית כלכלית, תוך הדגשה, כי יש ערך מוסרי לעצם קיום ההבטחה החוזית... אין ספק, כי השקפת המחוקק היא כי יש מקום לאכיפת חוזה

פֵּרות ההפרה מתחייבת, בראייה זו, לא רק מעקרונותיו הפנימיים של דין עשיית עושר ולא במשפט אלא גם מן הצורך להיאבק בתופעה האמורה.

אכן, ההכרה בזכות הנפגע מהפרת חוזה לפיצוי כספי על הנזק המוכח שהסבה לו הפרת החוזה לא תמיד יש בה משום הגנה מספקת על הזכות החוזית. ההכרה בזכות לקיום החוזה פירושה כי על המפר לקיים הלכה למעשה את התחייבותו ולא להסתפק בתשלום פיצויים על נזקי ההפרה.[94] פירושה גם כי על בית המשפט לאכוף על המפר את מילוי ההתחייבות החוזית. אכן, לא תמיד תהיה האכיפה המוחשית של החיוב החוזי המופר אפשרית. ברם גם במקרים אלה, שבהם אי אפשר עוד לאכוף את החיוב בעין או שאין זה סביר לעשות כן,[95] על הדין למצוא דרך חלופית לאכיפת הנורמה שהופרה על המפר. אכיפה זו באה לידי ביטוי בשלילת פֵּרות ההפרה מהמפר. תרופה זו מעמידה את המפר במקום שבו היה נתון אלמלא ההפרה, כלומר אילו קוים החוזה. בכך אוכף דין התרופות על המפר את קיום החוזה – אם כי לא בעין אלא באמצעות העמדתו שלו במצב כלכלי השקול לזה של קיום החוזה.[96]

ולצווי־מניעה בנוסף לתשלום פיצויים״. השוו: באשר לשיקולי הצדק המסייגים את הזכות לביטול החוזה בשל הפרה שאינה יסודית, לדברי השופט דוד חשין בע״א 11386/05 **שרבט מלכיאל ובניו בנין לעם בע״מ נ׳ אלמוג**, בפסקה 14 (פורסם בנבו), שם נקבע כי ״לשיקולים תועלתניים־כלכליים טהורים יינתן, אם בכלל, משקל משני, מקום בו מתנגשים הם בתפיסות רווחות (ויש שיאמרו – אינטואיטיביות) של צדק״.

94 תובנה זו הודגשה בפסיקתו של השופט ברק. זכורה מימרתו המפורסמת בעניין **אדרס**: ״חוזה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצוי בשל הפרתו – כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם״ (לעיל הערה 5) בעמ׳ 278. גישה זו הובעה על ידי השופט ברק בגם לפני פרשת **אדרס** וגם לאחריה. בע״א 260/80 **נוביץ נ׳ ליבוביץ**, פ״ד לו(1) 537, בעמ׳ 542 הוא ציין: ״זכותו של הנפגע היא, שתהא אכיפה, שכן החוזה מטיל על המפר ביצוען של פעולות מסוימות, והדין שואף להגשמתן של הפעולות, שהמפר נטל על עצמו לבצען. החוזה אינו רק מקור לחובת תשלום פיצויים בגין אי־קיום האמור בו, אלא הוא, בראש ובראשונה, מקור לקיום החיובים, הקבועים בו״. השוו: לדבריו בע״א 6601/96 **AES System Inc. נ׳ סער**, פ״ד נד(3) 850, בעמ׳ 861-862: ״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 ידיו...״ ראו: גם את דברי הנשיא שמגר בע״א 3745/92 **פסקל נ׳ מזרחי**, פ״ד מח(2) 359, בעמ׳ 363: ״בתי המשפט מבקשים לטפח קיום חוזים ואינם אוהדים ביטולים שרירותיים של חוזים, כאשר צד נוהג כאילו אין בהתקשרות החוזית כדי ליצור חיוב אשר אותו יש לכבד״.

95 ראו: סעיפים 3(1)-3(4) לחוק התרופות.

96 אכן, לעתים יהיה די בחיוב הפיצויים הרגיל שיוטל על המפר כדי לשלול ממנו את פֵּרות ההפרה וכדי להעמידו במצב הדברים הכלכלי שבו היה נתון אילו קוים החוזה. כך יהיה למעשה כל אימת שנזקו (המוכח) של הנפגע מהפרת החוזה עולה על התועלת שצמחה למפר מן ההפרה. אולם אין קושי להעלות על הדעת מצבים – ופרשת **אגריפרם** (לעיל,

nevo.co.il

מלבד אישושה של הזכות לפירות ההפרה כתרופה עיקרית בתביעה על הפרת חוזה גלום בפסק הדין **אגריפרם** חידוש חשוב נוסף. החידוש נוגע לשאלת זמינותה של התרופה, קרי שאלת היקף פרישתה הראוי של זכות הנפגע להשבת פֵּרות ההפרה. האם מדובר בזכות תרופתית קנויה העומדת לרשות הנפגע כל אימת שההפרה הצמיחה למפר רווח? האם כפופה התרופה לסייגים ידועים, כגון שלא תחול כאשר ההפרה נעשתה שלא משיקולי כדאיות כלכלית או שהיא נבעה מטעות של המפר בהבנת החוזה? שמא מדובר בתרופה שפסיקתה כפופה מלכתחילה לשיקול דעת שיפוטי רחב של בית המשפט? אם כן – מהם אותם שיקולים?

בפרשת **אדרס** – ובפסיקה שבאה לאחריה – לא זכו שאלות מרכזיות אלה לבחינה כלשהי.[97] בפרשת **אגריפרם** מוצג מענה ראשוני לשאלת היקף פרישתה פריסתה של הזכות לפירות ההפרה, וננקטת בסוגיה גישה מרחיבה. בית המשפט מבהיר כי בהתקיים שלושת יסודותיה של העילה בעשיית עושר ולא במשפט זכאי המזכה – בענייננו הנפגע מהפרת החוזה – להשבה. זכות תרופתית זו אין לשלול מן התובע־הנפגע אלא באותן נסיבות נדירות, המצדיקות חריגה מכלל ההשבה הרגיל ומתן פטור מהשבה למפר משיקולי צדק.[98] נסיבות כאלה יכול שתתקיימנה, אליבא דבית המשפט, כאשר – שלא כבמקרה הנדון – המפר פעל בתום לב עת הפר את החוזה. לחלופין יש מקום לשקול מתן פטור כאשר בהתנהגות התובע־הנפגע נפל דופי חמור.[99] דא עקא, שבנסיבות המקרה הנדון לא התקיימו סייגים אלה. התנהגות התובעת – שלא שיתפה את הנתבעת במהלכיה העסקיים – אמנם שיקפה חוסר תום לב מסוים מצדה. אלא שדרגת הפסול בהתנהגותה של התובעת הצדיקה לכל היותר מתן פטור חלקי מהשבה – להבדיל משלילה מוחלטת של הזכות לפירות ההפרה.[100]

הערה 9) היא דוגמה מובהקת לכך – שבהם פיצוי הנפגע על מלוא הנזק, (בהנחה שהנפגע ישכיל להוכיחו), לא יהא בו די כדי לאכוף על המפר את המשמעות הכלכלית של קיום החוזה. במקרים אלה אכיפת החוזה על המפר מצריכה את שלילתה המוחלטת של התועלת שהצמיחה לו ההפרה.

97 השופטים בעניין **אדרס** (לעיל, הערה 5) לא התייחסו כלל לסוגיה זו. בפסקה 21 לפסק דינו אמנם ציין השופט ברק כי החלת העיקרון הכללי של מניעת ההתעשרות תלויה בשיקולים שונים, כגון עצמת האינטרס של התובע, אופי הפגיעה בו, התנהגות הצדדים וטיב הפעילות שהצמיחה את הרווח. אולם דבריו כלליים ואינם מתייחסים להיקף פרישתה פריסתה של הזכות לפירות ההפרה.

98 זאת, מכוח סמכותו של בית המשפט הקבועה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל״ט-1979, ס״ח 267 (להלן – חוק עשיית עושר ולא במשפט).

99 ראו במיוחד: עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9) בפסקות 17-19.

100 ראו: הדיון שם, בפסקות 37, וכן בפסקות 47-48.

nevo.co.il

בשלב האחרון פונה בית המשפט העליון לעיון בשאלת המבחן הראוי לקביעת היקפה של התעשרות המפר עקב הפרתו של החוזה.[101] גם בסוגיה זו עורך בית המשפט דיון מעניין ומצביע על כמה מבחנים חלופיים – מהם אובייקטיביים, מהם סובייקטיביים – שבהם אפשר להסתייע בהקשרים שונים לקביעת היקף ההשבה.[102] מבין אלה מחליט בית המשפט לאמץ אמת מידה שתשקף את הרווח הנקי שהצמיחה ההפרה לנתבעת, קרי אמת מידה סובייקטיבית טהורה. יישומה של אמת מידה זו, בנסיבות העניין, מחייב לקבוע את גובה ההשבה בשיעור ההפרש שבין גובה התמורה שבה זכתה הנתבעת בפועל עבור מכירת מניותיה, לבין הסכום המתקבל מהפעלת מנגנון התמחור שקבעו הצדדים בחוזה (מחיר ממוצע של המניה בשבעת הימים שקדמו להצעת הרכש). זאת, בכפוף לאפשרות שבית המשפט המחוזי ימצא לנכון – לאחר בחינה נוספת – להעניק לנתבעת פטור חלקי מהשבה.[103]

לאור כל האמור מורה בית המשפט העליון על קבלת הערעור ועל החזרת התיק לבית המשפט המחוזי לצורך קביעת היקפה המדויק של ההשבה שתיפסק לטובת התובעת, כל זאת בהתחשב בהנחיות ובדגשים שהתווה בעניין זה.

4. השבה הרתעתית: שלילת התעשרות עוולתית שלא הופקה על חשבון הנפגע

דומני שדי בתיאור הדברים עד כה כדי להמחיש את חשיבותו של פסק הדין בפרשת **אגריפרם**. אולם בית המשפט העליון לא הסתפק בניתוח העשיר והמקיף של יסודות עילת מניעת ההתעשרות. בפסק הדין מציע בית המשפט, מפי השופט דנציגר, בסיס אחר, חלופי, שעליו אפשר להשעין את התרופה שעל הענקתה לתובעת הורה בית המשפט העליון. בסיס זה נמצא לשופט ברעיון ה״השבה ההרתעתית״.[104] תאוריה זו זכתה לפיתוח בספרו המונומנטלי של פרופ׳ דניאל פרידמן,[105] ועוד קודם לכן במאמר מאלף

---

101 שם, בפסקות 49-53.

102 בית המשפט הסתמך בהקשר זה על מאמרו של פרופ׳ דניאל פרידמן: Daniel Friedmann, "Restitution for Wrongs: The Measure of Recovery", 79 *Tex. L. Rev.* (2000-2001) 1879. ראו גם: הדיון בספרו של פרידמן (לעיל, הערה 80) בעמ׳ 603-617.

103 בית המשפט מעלה בהקשר זה את הקושי שמעוררת ההפעלה הדו־שלבית של שיקול הדעת השיפוטי בקביעת היקף ההשבה – הן בשלב קביעת היקף ההתעשרות הן בשלב הבחינה של האפשרות לפטור (מלא או חלקי) מהשבה. הקושי מתבטא באותם המצבים שבהם בית המשפט קובע את שיעור ההשבה על הצד הנמוך במסגרת שיקול דעתו לבחירה בין אמות מידה חלופיות, ואחר כך מפחית את שיעורה פעם נוספת משיקולי צדק. בית המשפט מזהיר מפני פעולה כזו ומציין כי את שיקולי הצדק ראוי להפעיל במסגרת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט רק אם לא ניתן להם ביטוי מספק בשלב קביעת היקפה של ההשבה. עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9) בפסקה 52.

104 שם, בפסקות 40-43.

105 פרידמן (לעיל, הערה 80) בעמ׳ 594-610.

מפרי עטו שעסק באופן מיוחד בשלילת התעשרות עוולתית כתרופה כללית במשפט הפרטי.[106] על פיה, כוחו של העיקרון המוסרי והמשפטי שלפיו ״אין החוטא יוצא נשכר״ הוא כה רב, עד כי אפשר להצדיק באמצעותו את שלילת פֵּרות ההפרה מן המפר **גם במצבים שבהם הזיקה המשפטית בין התעשרות הנתבע לבין אינטרס התובע אינה חזקה מספיק כדי לראות בה התעשרות שנעשתה ״על חשבונו״** של האחרון. בהקשר המיוחד של רווח שהופק עקב הפרת חוזה משמיעה התורה כי הצורך למנוע את התעשרות המפר עשוי להצדיק את נטילת פֵּרות ההפרה מידיו אפילו כאשר אין זיקה עניינית, סיבתית, בין ההפרה לבין ההתעשרות שצמחה ממנה – או שזיקה זו רופפת ביותר. למרות היעדרה של זיקה כזו יעבור הרווח לידי התובע, ובלבד שהוא נמצא בדרגת ״קרבה״ מספקת לאירוע, המצדיקה להעניק לו את הרווח שנשלל מהנתבע.[107]

השופט דנציגר מכיר בכך שהוריה על ״השבה״ כזו, שלכאורה אינה השבה כלל, מחדירה מרכיב עונשי למשפט הפרטי ומבטאת חריגה מן המטרה המסורתית של ״השבת המצב לקדמותו״. אלא שחריגה כזו היא מוצדקת, אליבא דבית המשפט, באותם מקרים שבהם בלעדיה לא יתקיים תמריץ מספיק לקיומה של ההתחייבות החוזית. בשל חשיבותם ראויים הם הדברים שיובאו כלשונם:

> למעלה מן הצורך אציין כי מסקנתי לפיה בנסיבות המקרה שלפנינו קמה חובת השבה, לא הייתה משתנה אף אם הייתי מקבל את טענת המשיבים לפיה ההתעשרות לא הייתה ״על חשבון״ המערערת. לדידי, אף במצב דברים זה היה ראוי להפעיל את הכלל לפיו ״אין החוטא יוצא נשכר״ ולהכיר בזכות המערערת לרווחי המשיבים... אכן, החדרתם של אלמנטים עונשיים לתחומו של המשפט הפרטי אינה דבר של מה בכך. תכליתו המסורתית של המשפט הפרטי היא הסדרת היחסים בין פרטים, והוא מתמקד בריפוי הנזק שנגרם לנפגע ובהחזרת המצב לקדמותו, ולא על התפיסה העונשית לפיה יש להעניש את המעוול... ברם, לדידי, טעמים של הכוונת התנהגות מחייבים הפעלת ״השבה הרתעתית״ במקרים המתאימים.[108] (ההדגשות שלי – י״א).

עינינו הרואות כי בית המשפט העליון היה מוכן להניח שאחד מיסודות העילה בעשיית עושר – זה הדורש נטילה או קבלה של דבר מהתובע – לא התקיים, ועם זאת

---

106 Daniel Friedmann, “Restitution of Benefits Obtained through the Appropriation of Property or the Commission of a Wrong”, 80 *Colum. L. Rev.* (1980) 504. מאמר מפורסם זה אינו נזכר בפסק דינו של בית משפט בעניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9), אולם נראה כי בו הונחה לראשונה התשתית העיונית לתורת ההשבה ההרתעתית מבית מדרשו של פרופ׳ פרידמן.

107 פרידמן (לעיל, הערה 80) בעמ׳ 595.

108 עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9) בפסקות 40-41, ו־43.

לקבוע כי ראוי לצוות על הנתבעת בפרשת **אגריפרם** להעביר את רווחי ההפרה לידי התובעת.

ראויה לציון – ולטעמי אף לשבח – העובדה שבית המשפט אינו מניח את קולמוסו מיד לאחר קביעה עקרונית זו אלא בוחן בעמקות יחסית את המבחנים שראוי כי יחלשו על הפעלתה של ההשבה ההרתעתית. בהשראת כתיבתו האקדמית של פרופ׳ פרידמן מצביע בית המשפט על מארג של מבחנים – מהם מבחני סף, מהם שיקולים בעלי משקל – לקביעת זמינותה של התרופה ההרתעתית החדשה ולקביעת היקפה.[109]

כתנאֵי סף מוקדמים לפסיקתה של השבה הרתעתית מעמיד בית המשפט את הדרישה לשני תנאים בעלי אופי חיובי ותנאי אחד בעל אופי שלילי: ראשית, נדרשת הוכחת קיומו של זדון מצדו של הנתבע־המפר; שנית, נדרשת הפרה של ״דין חיצוני״, כלומר אין די בתחושת אי־הצדק שבהתעשרות הנתבע אלא יש להראות כי הוא הפר זכות שמקורה מחוץ לדין עשיית עושר, ובמילים אחרות – התרחשה ״התעשרות עוולתית״. שלישית ולבסוף יש להראות כי הנתבע לא חויב קודם לכן בפיצויים או בהשבה בשל אותה התעשרות עוולתית.[110]

באשר לשיקולים הרלוונטיים לגיבוש המסקנה הסופית בדבר נחיצותה של הסנקציה – כאן מונה בית המשפט כמה שיקולים:

* התנהגות שיש בה משום ניצול לרעה של יחסי אמון או תלות;
* קיומם – או היעדרם – של אמצעי אכיפה והרתעה חלופיים, (לדוגמה ענישה פלילית או מנהלית);[111]
* מידת הקרבה היחסית המאפיינת בין אינטרס התובע בזכות שהופרה לבין הפֵּרות שהופקו ממנה, קרי דרגת הזיקה הענייינית בין אינטרס התובע לבין ההתעשרות שהפיק המפר.[112]

---

109 על החשיבות הרבה הנודעת בדיני התרופות להגדרה ולניסוח של תנאי סף מוקדמים – ושל שיקולים מרכזיים הרלוונטיים לפסיקתן של תרופות ״חזקות״ שפסיקתן כפופה לשיקול דעת שיפוטי – עמדתי במאמרי (לעיל, הערה 87) בעמ׳ 396-409. על האופן שבו מוסד התשלומים העונשיים משלב מבחני סף עם מבחן אולטימטיבי המושתת בחלקו על העמידה בתנאי סף אלה ובחלקו האחר על שקלול של מגוון שיקולים אחרים עמדתי בהרחבה בחיבורי יהודה אדר, **התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשס״ד). ראו במיוחד: שם, בעמ׳ 171-178 (ניתוח כלכלי של תנאי הסף ושל המבחן האולטימטיבי לפסיקת תשלום עונשי).

110 ״לדידי, תנאי בלתו אין לקביעת חובת ״השבה הרתעתית״ הוא כי מעשי הנתבע היו כרוכים בזדון ממשי ובהפרת דין חיצוני לדיני עשיית עושר ולא במשפט ולא דין פנימי להם. [...] אין לאפשר תביעה ל״השבה הרתעתית״, מקום בו הנתבע כבר פיצה אדם בגין המעשה הפסול או השיב את התעשרותו״. עניין **אגריפרם** (לעיל, הערה 9) בפסקה 42.

111 ״...סבור אני שיש לבחון האם קיימים אמצעי אכיפה חלופיים ואת מידת האפקטיביות של אמצעי אכיפה אלו. אמצעים אלו, בין אם הם פליליים ובין אם הם מנהליים, יכול שישרתו במידה מספקת את התכלית העונשית וההרתעתית באשר להתנהגות נתבע...״ דברי השופט דנציגר שם, בפסקה 42.

nevo.co.il

יישומם של מבחנים אלה הוליך את בית המשפט למסקנה כי בנסיבות הפרשה שלפניו קיימת הצדקה לפסיקתם של תשלומי השבה הרתעתית נגד הנתבעת. הנתבעת עשתה דין לעצמה כאשר פעלה ביודעין מאחורי גבה של התובעת; התנהגות זו עמדה בניגוד לחיובה החוזי המפורש (החיצוני לדין עשיית עושר) להימנע מהעברת מניותיה בלי מתן זכות קדימה לתובעת; לא נפסק נגד הנתבעת סעד של פיצוי או השבה בגין התעשרותה העולתית האמורה. בנוסף, בנסיבות העניין לא עמדו על הפרק אמצעי אכיפה חלופיים – מנהליים או פליליים (מעשה של הנתבעת לא היה בגדר עברה פלילית או מנהלית). לבסוף, בהתנהגותה של הנתבעת כלפי התובעת היא פגעה בחובת תום הלב שבה חבה כלפיה – חובה היוצרת לשיטתו של בית המשפט זיקה מספקת בין התובעת לבין הרווח שהופק עקב ההפרה ומקנה לה מעמד משפטי המאפשר לה ליהנות מתרופת ההשבה ההרתעתית.[113]

דומני שתיאור הדברים לעיל אינו מתיר מקום לספק כי פסק הדין בעניין **אגריפרם**, ובעיקר הנדבך העיוני החדש הכלול בו, הוא לא פחות מאשר רעידת אדמה ביחסה של הפסיקה להפרות חוזים. לאחר שנים ארוכות שבהן האמירה כי ״חוזים יש לקיים״ הפכה במידה הולכת וגוברת מציווי קטגורי בר־אכיפה לקלישאה נדושה ובלתי מאיימת,[114] עולה בית המשפט העליון על נתיב חדש. בית המשפט מבהיר – בקול שאין צלול ממנו ובהרכב של שלושה שופטים – כי הגיעה העת לרענן את מערך התרופות המסורתי של דין החוזים ו״לקחת מן המדף״ סנקציות חריפות יותר. ראשונה בין אלה היא הסנקציה שהורתה ולידתה בפרשת **אדרס**, תרופת השלילה של פֵּרות ההפרה שהופקו על חשבונו של הנפגע. אולם בית המשפט לא הסתפק בהסתמכות על הלכת **אדרס**. בקבעו כי יהיו מצבים שבהם יתבקש חיובו של מפר בהשבה הרתעתית מבהיר בית המשפט כי לשיטתו הוריה על השבתה של התעשרות עוולתית אינה מותנית עוד במשפטנו – לפחות בהקשר

---

112 ״אף למערכת היחסים בין התובע לנתבע קיימת חשיבות רבה, כך כאשר מדובר בשותפים, בבני-משפחה, במצבים בהם הנתבע הפר חובת אמון או נאמנות או במצב בו המעשה הפסול נעשה אגב שליחות, תגדל הנכונות להורות על ׳השבה הרתעתית׳... יש לבחון האם לאדם אחר יש אינטרס קרוב יותר למעשה הפסול מאשר לתובע... השיקולים אותם מניתי לעיל אינם מהווים רשימה סגורה וכל מקרה צריך שיבחן לפי נסיבותיו״. שם, בפסקה 42.

113 ״הבסיס לקיומו של אינטרס קרוב מספיק של המערערת למעשה ההפרה הוא חובת תום־הלב המוטלת על המשיבים, מכוח חובתם לקיים את ההסכם עם המערערת בתום־לב (ראו: סעיף 39 לחוק החוזים)״. שם, בפסקה 43. נעיר כי אין זה נהיר לנו לגמרי מדוע בית המשפט מנסה לייצר באמצעות עקרון תום הלב זיקה בין התעשרות הנתבעת לבין אינטרס התובעת. נראה כי ניסיון זה כרוך באימוצה של פיקציה, בה בשעה שזיקה כאמור אינה נדרשת מלכתחילה במסגרתה של דוקטרינת ההשבה ההרתעתית.

114 ברוח דימויו התנ״כי של השופט חנוך אריאל, שציין כי הוא ״...חרד למגמה ההולכת וגוברת של בעלי־דין להתחמק מקיום חוזים, בכל דרך שהיא, בבחינת: ׳חוזה־לך ברח׳...״ רע״א 2059/98 **וולטה יצוב קרקע בע״מ נ׳ P.R.S. מדיטרניין בע״מ**, פ״ד נב(4) 721, פסקה 2 לפסק דינו של השופט אריאל.

של דין החוזים – בקיומה של נטילת דבר מה שהנתבע נטל מן התובע. הבסיס להשבת ההתעשרות חדל מעתה להיות מותנה בקיומה של זיקה קניינית ואף מעין־קניינית בין התובע לבין ההתעשרות שהפיק הנתבע.[115]

נראה כי התעשרות המפר הנשללת מכוחה של ההשבה ההרתעתית יכול שתנבע מנכס של הנתבע־המעוול, מכישוריו האישיים, ממאמץ מיוחד שהשקיע או אפילו מיד המקרה שזימנה בפניו באקראי הזדמנות להפקתו של רווח – שאותו לא היה בכוחו של התובע להפיק בשום פנים.[116] יהא מקורה של ההתעשרות כאשר יהא, ותהא מידת זיקתה של ההתעשרות לאינטרס התובע רופפת כאשר תהא – התובע זכאי לתבוע את ההתעשרות לעצמו. כל זאת מטעמים הרתעתיים שעניינם במניעתה של התעשרות עוולתית ברוח העיקרון שלפיו ״אין החוטא נשכר מעוולתו״.

5. השבה הרתעתית – הערכה ביקורתית

ההכרה העקרונית בדוקטרינת ההשבה ההרתעתית מעוררת מספר לא מבוטל של שאלות נוקבות. מטעמי קוצר היריעה אצביע בתכלית הקיצור רק על העיקריות שבהן תוך הבחנה בין שאלת הסמכות לבין שאלות שבמהות ובמדיניות.

במישור הראשון מתעוררת במלוא העצמה שאלת העיגון המשפטי הפורמלי לדוקטרינת ההשבה ההרתעתית. פסק הדין בפרשת **אגריפרם** אינו מספק תשובה, בוודאי לא תשובה מלאה, לשאלה זו. מחד גיסא שמה של התרופה החדשה והעובדה שהדיון בה נערך במסגרת ניתוח העילה בעשיית עושר מלמדים לכאורה כי בית המשפט רואה בה דוקטרינה־בת המשייכת עצמה לדין הכללי של עשיית עושר ולא במשפט. מאידך גיסא ניצבת הכרתו המפורשת של בית המשפט בכך שלשם כינונה של הזכות להשבה הרתעתית אין כל צורך בביסוס היסוד של התעשרות ״על חשבון״ התובע. אם יסוד זה אינו דרוש, פשיטא כי עיגונה הפורמלי של התרופה החדשה אינו יכול להימצא בהוראת סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המגדירה יסוד זה כתנאי לכינונה של חובת ההשבה.[117]

---

115 נזכיר כי בעניין **אדרס** (לעיל, הערה 5) נעשה מאמץ, לפחות בפסק דינו של השופט ברק, לתאר את הפרת ההתחייבות החוזית למכירת ברזל לחברה הנפגעת כנטילה מעין־קניינית כדי לבסס את הזיקה המשפטית בין התובע לבין פֵּרות ההפרה: ״לקונה זכות חוזית לקבלת הנכס. המוכר נטל זכות חוזית זו וקיבל מנטילה זו טובת הנאה, אשר על־פי דין שייכת לקונה״. שם, בפסקה 24.

116 לדוגמה: מנהל מפר תניית איסור תחרות (תקפה) ומפיק רווחים נאים; אמן מפר את חיובו לעבוד בגלריה פלונית ומספק את שירותיו לגלריה מתחרה תמורת שכר גבוה יותר; מנהל השקעות, תוך הפרת חובתו להימנע מקידום ענייניו הפרטיים במסגרת עבודתו, משקיע את כספו במניות ומפיק רווח.

117 יתרה מכך: מאחר שיסוד הזיקה בין התובע לבין התעשרות הנתבע מאפיין את דיני עשיית עושר ולא במשפט בכלל, ספק רב אם אפשר למצוא לתרופה זו עיגון גם בעקרונות הכלליים

nevo.co.il

דייקו: שאלת הביסוס הפורמלי של ההשבה ההרתעתית אינה שאלה תאורטית גרידא. המענה על שאלה זו חיוני כדי לבסס את סמכותו הפורמלית של כל בית משפט שיבקש להיזקק לדוקטרינה. בהיעדרו של עיגון משפטי פורמלי – בחוק או בהלכה פסוקה קודמת – קשה לצפות כי דוקטרינה שיפוטית כלשהי תמצא לעצמה אחיזה בפרקטיקה השיפוטית לאורך זמן. אכן, בניגוד לשיטות המשפט המקובל, הסדרי היסוד במרבית תחומי המשפט האזרחי נקבעו אצלנו בחקיקה ראשית בעלת אופי קודיפיקטיבי. בתרבות משפטית שהתפתחה בישראל על יסודם של הסדרים אלה פיתוח המשפט ויצירת תרופות (שהן גם סנקציות) שלא על דרך הפרשנות או ההשלמה של דבר חקיקה קיים עלולים להיתפס כחריגה ממתחם הלגיטימיות הפורמלית שבו בית המשפט האזרחי מחויב לפעול.[118]

עניין זה מטריד במיוחד בהינתן שתכליתה המוצהרת של ההשבה ההרתעתית אינה לשמש פיצוי לתובע או להשיב לו דבר מה שהיה שייך לו – קניינית או אפילו רעיונית – אלא לשרת מטרות כגון הרתעה, חינוך ואולי אף גמול על התנהגות אנטי־חברתית, הנתפסות באופן מסורתי כמטרותיה של הענישה הפלילית.[119] אפשר לטעון – וטענה זו נראית לי חזקה – כי הטלתן של סנקציות משפטיות בכלל – וסנקציות שמטרתן עונשית במובהק בפרט – מחייבת הסמכה חקיקתית מפורשת.[120] בהיעדרה של הסמכה כזו

הבלתי כתובים של דין עשיית עושר הכללי. לגישה שלפיה ההסדר בחוק עשיית עושר ולא במשפט אינו ממצה את כלל דיני עשיית עושר ולא במשפט ראו: פרידמן (לעיל, הערה 80) בעמ׳ 26-32. גישה דומה עולה מדברי השופט ברק בעניין **אדרס** (לעיל, הערה 5) בפסקה 21.

118 לדיון בסוגיה ראו: אהרן ברק, ״חקיקה שיפוטית״, **משפטים** יג (תשמ״ג-תשמ״ד) 25, בעמ׳ 38; אהרן ברק ״חקיקה שיפוטית״ **מבחר כתבים** א (חיים ה׳ כהן ויצחק זמיר עורכים, תש״ס) 821, בעמ׳ 838.

119 כפי שראינו, בדבריו של בית המשפט קיימת הכרה ברורה ומפורשת בכך ש״השבה הרתעתית״ מיוסדת על רעיון של הרתעה מפני הפרת הזכות החוזית ובכך שהכרה בה מחדירה למשפט הפרטי מרכיבים של ענישה. ראו: לעיל, הציטוט המובא בטקסט להערה 108. יצוין כי במאמר שבו ביסס את רעיון ההשבה ההרתעתית הבהיר פרופ׳ פרידמן במפורש שהרציונל של הדוקטרינה אינו קנייני או מעין־קנייני, אלא הרתעתי ועונשי, וכי ההבדל היחיד בין דוקטרינה זו לבין תשלום עונשי הנפסק בדיני הנזיקין הוא שבמסגרתה מוגבלת הסנקציה המושתתת על המפר לגובה ההתעשרות. דמיון רעיוני זה הופך את ההשבה ההרתעתית למקבילתו של התשלום העונשי: “The forfeiture of profits acquired through the perpetration of a wrong even though they were not derived from another’s property is the counterpart in the law of restitution to punitive damages in torts” (לעיל, הערה 106) Friedmann בעמ׳ 558.

120 דעה זו הבעתי בפרק השישי בחיבורי (לעיל, הערה 109) אשר עסק בשאלת ההצדקה לפסיקת תשלומים עונשיים בתגובה להפרות חוזים. הסדר חקיקתי כזה – בהנחה שיעמוד בדרישות המהותיות של פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ס״ח תשנ״ב 150 – יסייע להתגברות על הקושי המקדמי שמעוררת התזה שנפרשה בפסק הדין **אגריפרם**

פסיקת השבה הרתעתית בגדרו של המשפט האזרחי עלולה לפגוע לא רק בעיקרון המשפטי שעל פיו ״אין עונשין אלא אם מזהירין תחילה״,[121] אלא גם בציווי המפורש הקבוע בחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו, המורה כי אין לפגוע בקניינו, בחירותו ובכבודו של אדם – ובעניינו המפר – בלא הסמכה מפורשת בחוק או על פיו.[122]

נוסף על שאלת העיגון הפורמלי – המצוי והרצוי – של רעיון ההשבה ההרתעתית מעוררת ההצעה לאמץ תרופה שיפוטית חדשה זו מגוון רחב של שאלות שבמהות: ראשונה שבהן היא שאלת ההצדקה העקרונית להוספת הדוקטרינה התרופתית החדשה למאגר התרופות החוזיות בפרט והאזרחיות בכלל. בהנחה – שהיא הנחתנו – כי למרות שמה של התרופה החדשה אין היא משתייכת לדין עשיית עושר אלא היא סנקציה כספית־עונשית, מעוררת ההכרה בהשבה הרתעתית את כל אותם הקשיים הכרוכים בהכרה במוסד התשלומים העונשיים (המכונים אצלנו לרוב ״פיצויים עונשיים״). מבין אלה ניתן להצביע על שלוש בעיות יסוד עיקריות: ראשית, נשאלת השאלה מהי ההצדקה להטיל על נתבע במשפט אזרחי שלא עבר עברה פלילית אלא אך הפר זכות אזרחית, סנקציה עונשית מעל ומעבר לנדרש לפיצוי הנפגע מההפרה על נזקיו (או להשבת מה שניטל ממנו שלא כדין). שנית, גם בהנחה שהתנהגות המפר משקפת אנטי־חברתיות או חוסר מוסריות בדרגה המצדיקה ענישה, שאלה כבדה היא אם ההליך האזרחי הוא הזירה הראויה לניהולו של הליך עונשי נגד המפר.[123] שלישית ולבסוף, גם בהנחה שקיים צידוק

(לעיל, הערה 9), המתבטא בהיעדרו של בסיס חוקי להטלת הסנקציה החדשה שבה הכיר בית המשפט העליון.

121 ראו: כיום סעיף 3 לחוק העונשין, תשל״ז-1977, ס״ח 322, הקובע את האיסור על ענישה למפרע.

122 סעיף 8 לחוק־יסוד: כבוד האדם וחירותו. והשוו: להוראת סעיף 1 לחוק העונשין (״אין עבירה ואין עונש עליה אלא אם כן נקבעו בחוק או על־פיו״).

123 בהקשר זה ראוי להזכיר, נוסף על ההתנגדות המסורתית לעירוב תחומין בין המשפט הפלילי לבין המשפט האזרחי ולחשש מפגיעה בזכותו של המפר להליך הוגן, את טיעוני הקוהרנטיות שהושמעו בספרות המשפטית כנגד ההיזקקות, במסגרת המשפט הפרטי, לשיקולים ורציונלים שאינם מתיישבים עם רעיון ״הצדק המתקן״, ובכלל זה רציונלים עונשיים כגון גמול והרתעה. על פי דעה רווחת, הניסיון להגשים בגדרה של התדיינות בין תובע לנתבע במשפט הפרטי מטרות עונשיות אינו עולה בקנה אחד עם השאיפה לעשיית ״צדק מתקן״ (corrective justice) בין הצדדים. המאפיין המובהק ביותר של עקרון הצדק המתקן, בגרסתו המודרנית, הוא מאפיין הקורלטיביות שבין זכות לחובה. מאפיין מבני זה משתקף במובהק בסדרי הדין האזרחי, הדורשים כתנאי מוקדם לניהולו של משפט טענה המנוסחת במושגים של פגיעה מצד הנתבע בזכות כלשהי של התובע. ואילו ברובד המהותי, התרופתי, נגזר מאקסיומת הקורלטיביות גם הציווי כי כל תרופה או סנקציה שתוטל על הנתבע במסגרתה של התביעה האזרחית שהגיש נגדו התובע, תבטא אף היא את היחס המשפטי הקורלטיבי שאפיין את יחסי התובע והנתבע טרם ההפרה (יחס שהפרתו היא היא עילת התביעה). שמירה קפדנית על מאפיין זה תבטיח, כך גורסת אסכולת הצדק המתקן, כי פסיקת הסעד או התרופה תבטא נכונה את השאיפה לתיקון העוולה המשפטית (הפרת

מספק לענישתו של המעוול – בעניינו מפר החוזה – במסגרתו של הליך אזרחי שאותו יוזם מי שנפגע ממעשה העוולה, נשאלת השאלה מדוע יהא זה האחרון זכאי ליהנות מכספי הקנס (העונשי, בהגדרה) שיושת על המפר מטעמים של הרתעה, חינוך וגמול, שהם ערכים ציבוריים במובהק.

כל אלה הן שאלות נכבדות, הראויות לעיון בכובד ראש. הן יורדות לשורש תפיסותינו העמוקות ביותר באשר למהותו ותכליתו של ההליך האזרחי ובאשר לגבולות כוחו של בית המשפט האזרחי בבואו להכריע בסכסוכים משפטיים. מבלי להתיימר להציג אפילו את קצה הקרחון של הדילמות המעניינות הכרוכות בסוגיה זו – שבהן דנתי באריכות במקום אחר[124] – אציין כי סבורני שבמקרים שבהם האנטי־חברתיות שבהתנהגות המפר כפי שנחשפה בפני בית המשפט אגב ההליך האזרחי היא בדרגה גבוהה, אפשר להצדיק – משיקולי גמול, הרתעה וחינוך – הכרה עקרונית בסמכותו של בית המשפט האזרחי להשית עליו סנקציה כספית־עונשית. יתר על כן, ניתן לדעתי אף להצדיק הכרה בזכותו של התובע הפרטי, שהדיון בתביעתו הביא לחשיפתה של ההתנהגות האנטי־חברתית של הנתבע, לקבל לידיו חלק מכספי הסנקציה הכספית האמורה.[125]

לדעתי, ההכרה העקרונית בלגיטימיות השימוש בסנקציות תרופתיות־עונשיות בגדרי המשפט האזרחי לא רק שהיא ניתנת להצדקה עיונית אלא שהיא מתבקשת ונחוצה. במציאות החיים במדינה המודרנית ובחברה ההטרוגנית, הדינמית והתוססת שבה אנו חיים הסתפקות במבנים התרופתיים המסורתיים של המשפט האזרחי מחד גיסא, ובמערכות האכיפה הציבוריות הכורעות תחת הנטל מאידך גיסא אין בה משום מענה הולם לצורך הגובר של היחיד בהגנה – לא רק כלפי השלטון אלא גם כלפי עמיתיו – מפני הפרה בוטה ומזלזלת בזכויותיו. אם חפצים אנו בהגנה אפקטיבית על זכויות משפטיות, בכלל זה זכויות חוזיות, אין מנוס מהפעלת מנגנונים שיבטיחו הגנה כזו לא רק בתאוריה אלא גם למעשה. לשם כך על המנגנונים המסורתיים של המשפט הפלילי מחד

הזכות) העומדת ברקעה של התביעה האזרחית. פסיקה של תרופות או סנקציות שאינן ניתנות להצדקה במושגים של תיקון העוולה הספציפית שעליה מלין התובע הן, בראייה זו, תופעה בלתי קוהרנטית ובלתי לגיטימית. ולעניינו: תובע המבקש מבית משפט להעניק לו את פֵּרות ההפרה שהפיק המפר לא משום שהיו שייכים לו וניטלו ממנו שלא כדין, אלא רק משום שהדבר ישרת מטרה חברתית כזאת או אחרת (הרתעה, גמול, חינוך וכיוצא באלה), מבקש מבית המשפט להעניק לו סעד שאין הוא זכאי לו, ושאין בית המשפט מוסמך לפסקו. להצגה מאלפת של קו טיעון זה ראו: Ernest J. Weinrib, "Restitutionary Damages as Corrective Justice", 1 *Theoretical Inq. L.* (2000) 1; Ernest J. Weinrib, "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies",78 *Chi.-Kent L. Rev.* (2003) 55.

124 הכוונה לחיבורי (לעיל, הערה 109), במיוחד בפרק השביעי (הדן בהצדקה להטלתה של סנקציה עונשית) ובפרק השמיני (הדן בהצדקה לענישה אזרחית).

125 לדיון בהצדקות האפשריות לכך ובהסדר החלוקה המוצע בין התובע הפרטי לבין אוצר המדינה ראו: שם, בפרק התשיעי (בעמ׳ 247-256).

גיסא ושל המשפט האזרחי מאידך גיסא להתגמש, להשתנות ולהתאים עצמם לצורכי השעה.

אודה ולא אכחד: עצם ההכרה העקרונית בדוקטרינות תרופתיות החורגות לכאורה מדל״ת אמותיו של עקרון־העל של דין התרופות – העיקרון בדבר ״השבת המצב לקדמותו״ – קשה היא לעיכול. כפי שציינתי, השקפתי שלי היא כי השימוש בדוקטרינות מעין אלה מצדיק – וככל הנראה אף מחייב – עיגון חקיקתי מפורש. זאת ועוד: אופן יישומן של דוקטרינות עונשיות, ובכלל זה שאלת היקף תחולתן הראוי במשפט האזרחי, תנאי הסף הדרושים לפסיקתן, היקף הסנקציות שניתן להטיל מכוחן וכללי הדיון והראיה שראוי כי יחלשו על ההליך העונשי־אזרחי – כל אלה מעוררים שאלות נכבדות וקשות. קשה לצַפות כי שאלות אלה יוכלו לזכות לפתרון מקיף ושיטתי מספיק במסגרתה של ההלכה הפסוקה, שהתפתחותה כפופה במידה רבה לאקראיות המאפיינת את הנתיב הקזואיסטי. עצמת החידוש הכרוכה בהחדרת סנקציות עונשיות מובהקות לליבה של דיני התרופות האזרחיים היא גדולה מדי. היא מחייבת לא רק עיון מקיף ומעמיק במגוון היבטיו של הנושא אלא גם עיצוב זהיר ושקול של הסדר חקיקתי מקיף. הסדר כזה יעניק לא רק לגיטימציה פורמלית אלא גם קרקע בטוחה ומוצקה יותר לשופטים שיתבקשו להפעילן.

שאלה אחרת היא כמובן אם יש בכוחה של תרופת ההשבה ההרתעתית במתכונת המוצעת בפרשת **אגריפרם** להגשים ביעילות את התכליות העונשיות העשויות להצדיק את ההכרה העקרונית בסנקציות אזרחיות־עונשיות. נראה לי כי התשובה לכך אינה חד־משמעית: מחד גיסא העיקרון המוסרי שלפיו ״אין החוטא יוצא נשכר״, העומד ביסודה של הדוקטרינה, נראה חזק דיו כדי לתמוך בשלילתה של התעשרות עוולתית בפרט כאשר – כמוצע בפסק הדין – מדובר בעוולה ״זדונית״, כלומר כזו שנעשתה ביודעין ובלי הצדקה מספקת; מאידך גיסא אין לשכוח כי היקפה של ההשבה ההרתעתית מוכתב על ידי היקף התעשרותו של המפר. עובדה זו עלולה ליצור חוסר מִתאם (קורלציה) בין גובה העונש שיוטל על המעוול לבין חומרתו של מעשה העוולה – מתאם שהוא חיוני למימושן של תכליות ההרתעה, החינוך והגמול.[126] חיסרון נוסף של הדוקטרינה נעוץ בכך שמלוא סכום ההתעשרות שהפיק התובע משולם במסגרתה לכיסו של התובע. אפשר להעלות על הדעת מצבים שבהם זיכוי התובע במלוא הסכום – שמבחינתו הוא לכאורה ״מתת־שמים״ (windfall) – עשוי להיראות תוצאה בלתי רצויה.[127]

---

126 לדוגמה, ייתכנו מצבים שחומרת התנהגותו של המעוול מצדיקה הטלת סנקציה כספית בשיעור גבוה משיעור התעשרותו. לעומת זאת ייתכנו מצבים הפוכים שבהם סכום ההשבה ההרתעתית ייתפס כנמוך מדי. עם זאת יש להודות כי הגמישות הרבה שבית המשפט נהנה ממנה בקביעת שיעור ההשבה – הן בשלב קביעת ההתעשרות, הן בשלב שקילת הפטור מהשבה משיקולי צדק – עשויה להקל במידת מה מחריפותה של הבעיה (אם כי לא לפתרה לחלוטין).

127 כך יהיה במיוחד, אך לא רק, כאשר גם בהתנהגות התובע נפל פסול מוסרי הראוי לגינוי. פרשת **אגריפרם** (לעיל, הערה 9) עשויה לשמש דוגמה למצב כזה, שבו לא עמדה בפני בית

על אף כל האמור סבורני כי הגישה האקטיביסטית שהפגין בית המשפט העליון בפרשת אגריפרם ביחסו לתופעת ההתעשרות העולתית היא שינוי שיש לברך עליו. פתיחות מחשבתית ויצירתיות (שקולה) בפיתוח דיני התרופות הן בעיניי צו השעה של כל מי שכיבודן של זכויות במשפט הפרטי – לא על הנייר אלא בשטח – הוא ערך היקר ללבו. אמנם ההכרה בתרופות עונשיות – ובכללן זו המכונה השבה הרתעתית – כרוכה בבעיות לא מעטות וטמונים בה אף סיכונים, אלא שסיכונים אלה – שחובה עלינו להיות מודעים אליהם ודרוכים כלפיהם – אינם לדעתי סיבה מספקת להירתעות מן המאמץ להמשיך ולפתח את המשפט האזרחי – ואת דיני התרופות בפרט – בכיוונים חדשים ופורצי דרך. מאמץ כזה הוא חיוני לשימור חיוניותו של המשפט האזרחי, והוא תנאי לשיפור יכולת ההתמודדות של מערכת המשפט כולה עם האתגרים הרבים העומדים בפניה – היום וגם מחר.

ד. סוף דבר

רשימה זו סקרה במבט־על את ההתפתחויות שחלו בחזיתות השונות של דין החוזים הכללי בשנת המשפט תש״ע. מבלי להתיימר למצות את הדיון בכל אחד מהחידושים דומני כי סקירתנו מלמדת שדין החוזים בישראל של סוף העשור הראשון לאלף השלישי הוא דין תוסס ודינמי. המציאות העשירה והמגוונת המוטלת לפתחם של בתי המשפט בדמותם של סכסוכים חוזיים – מסחריים ושאינם מסחריים כאחד – ממשיכה להציב בפני שופטי ישראל אתגרים חדשים. היא מכתיבה את הצורך בבחינה מחודשת, מתמדת, של מושכלות ראשונים לצד התמודדות עם בעיות חדשות שטרם ניתנה עליהן הדעת. יש לזכור כי כל הכרעה בסכסוך משפטי נועדה להשליט נורמות של הגינות וצדק על הצדדים המתנצחים ובד בבד להתוות נורמות ראויות ואפקטיביות שינחו את הציבור במצבים עתידיים. זהו אתגר שאין למעלה ממנו. מסקירה זו, שבחנה רק פלח צר מהעשייה השיפוטית בתחום החוזים, עולה ששופטי ישראל, ובראשם שופטי בית המשפט העליון בירושלים, ערים לקושי זה. פסקי דינם בתחום דיני החוזים הם עדות ניצחת להכרתם בכובד המשימה שהופקדה בידיהם ולשקידה ולמסירות שהם מגלים בהוצאתה אל הפועל מעשה יום ביומו, שעה בשעתה. אם תתרום הרשימה ולו במעט להגברת המודעות לעשייה ברוכה ועשירה זו – יהא זה שכרה.

המשפט האפשרות להשית על המפר סנקציה כספית מבלי להורות על העברתה באופן מלא לידי התובעת – שגם בהתנהלותה ראה בית המשפט טעם לפגם.