

שער שלישי:

## התרופות

פרק 6 : אכיפת החוזה  
פרק 7 : פיצויים בשל הפרת חוזה  
פרק 8 : ביטול החוזה

פרק 6 :

## אכיפת החוזה

- א. מהותה של תרופת האכיפה
1. הזכות לאכיפה
  2. צורות האכיפה
  3. תכלית האכיפה — הגנה על אינטרס הקיום
- ב. הזכות לאכיפה — יתרונוותיה, הצדקותיה ומעמדה במשפט הישראלי
1. יתרונוותיה המעשיים של תרופת האכיפה
  2. הצדקות להכרה רחבה בזכות לאכיפה
  3. טעמים להגבלת הזכות לאכיפה
- (א) כללי
- (ב) השיקול הליברלי
- (ג) השיקול המוסדי
- (ד) השיקול הכלכלי — טענת "ההפרה היעילה"
4. מעמד האכיפה במשפט הישראלי
- ג. סייגי האכיפה
1. כללי
  2. סייג הנבצרות
  3. סייג השירות האישי
- (א) כללי
- (ב) שירות אישי ביחסי עובד-מעביד
- (ג) סייג השירות האישי — בחוזה קבלנות
4. סייג הפיקוח
  5. סייג הצדק
- (א) כללי
- (ב) הצגת הבעיה: צדק בדיני חוזים — פרטי או ציבורי?
- (ג) גישת הצדק הפרטי: "צדק" מנקודת מבטם של הצדדים לחוזה
- (ד) גישת הצדק הציבורי: "צדק" מנקודת מבטה של החברה
- (ה) צדק פרטי — קווים מנחים להפעלתו
- (1) קבוצת השיקולים הראשונה: שיקולי "מאזן האשמה"
- (2) קבוצת השיקולים השנייה: שיקולי "מאזן הנזק"
6. הזכות לאכיפה ועקרון תום הלב

ד. אכיפה בתנאים, אכיפה בקירוב ואכיפה דחויה

1. אכיפה בתנאים

(א) כללי

(ב) אכיפה כנגד שערורך

(1) בעיית השיערוך – כללי

(2) הלכת השערוך: שערורך התמורה החוזית כתנאי לאכיפת החוזה

(3) השיקולים בעד ונגד שערורך והשפעתם על היקפו

2. אכיפה בקירוב

3. אכיפה דחויה

ה. אכיפה בעידן הקודיפיקציה

1. כללי

2. מעמדה של האכיפה כתרופה במשפט האזרחי

3. סייגי האכיפה

4. חידושים נוספים בדיני האכיפה



## א. מהותה של תרופת האכיפה

### 1. הזכות לאכיפה

6.01 זכותו של הנפגע מהפרת חוזה לתרופה של אכיפת החוזה מעוגנת בסעיפים 2 ו-3 לחוק התרופות. סעיף 2 קובע את התרופות העיקריות שהנפגע זכאי להן: אכיפה, ביטול ופיצויים. סעיף 3 שב וקובע את זכאותו של הנפגע לאכיפה, אך מבהיר כי זכאות זו כפופה לארבעה סייגים המנויים בסעיף: סייג הנבצרות, סייג השירות האישי, סייג הפיקוח וסייג הצדק.<sup>1</sup> את התשתית הפורמלית של דיני האכיפה משלימים סעיפים 4 ו-5 לחוק התרופות. סעיף 4 מסמיך את בית המשפט להתנות את האכיפה בתנאים.<sup>2</sup> סעיף 5 הוא הוראה בעלת אופי דיוני גרידא. הוראה זו מבהירה כי צו אכיפה המורה למפר להקנות לנפגע זכות ששכלולה מצריך רישום בפנקס ציבורי, מיתר את הצורך לקבל את הסכמת המפר להעברת הזכות אל הנפגע.<sup>3</sup> אל ההסדר התמציתי של דיני האכיפה הקבוע בחוק התרופות נוספו מאז הוחק עשרות רבות של פסקי דין. אלה פירשו את ההסדר, יצקו בו תוכן ואף יצרו דוקטרינות חדשות ששולבו אל תוך דיני האכיפה החקוקים. בפרק זה נעמוד על הכללים ועל העקרונות העיקריים החולשים על תרופת האכיפה. זאת, תוך שימת דגש מיוחד על החידושים בתחום זה – אלה שכבר התרחשו, ואלה העתידים להתחולל עם השלמת הליכי הקודיפיקציה של המשפט האזרחי. בפתח הדיון מן הראוי להדגיש כי האכיפה היא תרופה שיפוטית, להבדילה מתרופות עצמיות דוגמת ביטול החוזה.<sup>4</sup> המשמעות היא, כי אין הנפגע זכאי לאכוף את החוזה בעצמו. כדי לממש את זכותו לאכיפה עליו לפנות בתביעה לבית המשפט.

1 סייגים אלה יידונו להלן § 6.26 ואילך.

2 לסוגיה ראו להלן § 6.70 ואילך.

3 הסעיף קובע: "ניתן צו אכיפה על חיוב להקנות נכס או זכות בנכס וההקניה טעונה רישום בפנקס המתנהל על פי חיקוק, ייעשה הרישום בתוקף צו האכיפה ולפי האמור בו כאילו נעשה לבקשת הצדדים." על נחיצותו של סעיף 5 לחוק התרופות עמד השופט אשר בע"א 118/75 עזבון שריידי נ' מנסור, פ"ד לא(2) 659, 665 (1977). תפקידה של ההוראה כמכשיר למימוש צווי אכיפה נזכר גם בעפ"א (מחוזי-חי') 101/02 גליקמן נ' דגנית השקעות ומקרקעין בע"מ, נבו (2002), בפסקה 2 לפסק דינו של השופט ברלינר.

4 להבחנה בין תרופות שיפוטיות לבין תרופות עצמיות ראו לעיל § 1.18. לביטול כתרופה עצמית ראו להלן § 8.10 ואילך.

רק אם יזכה בצו שיפוטי המורה על אכיפת החוזה, יוכל הנפגע להוציא את זכותו לאכיפת החוזה מן הכוח אל הפועל.

יחד עם זאת, יש להעיר כי זכות הנפגע לאכיפה נוצרת מיד עם הפרת החוזה. אל מול כוחו המשפטי של הנפגע לממש זכות זו ניצבת – כבר מרגע ההפרה – כפיפותו של המפר.<sup>5</sup> זכות הנפגע לאכיפת החוזה היא זכות שבדין: על אף שמיושנה תלוי בצו שיפוטי, אין לו לבית המשפט שיקול דעת בלתי מוגבל אם להעניקה אם לאו. אמנם, קיימים סייגים שונים לזכות האכיפה, אולם מחוץ לגדרם של סייגים אלה אין בית המשפט יכול לשלול מן הנפגע את זכותו לאכוף את החוזה על המפר, כל אימת שהראשון מעוניין בכך.<sup>6</sup>

אכיפת החוזה היא זכות – אין היא חובה. בשיטתנו המשפטית, נפגע המעוניין לוותר על קיום החוזה בעין ולתבוע במקום זאת פיצויים – בין במצורף לביטול החוזה ובין כתרופה עצמאית – רשאי לעשות כן.<sup>7</sup> מכאן שהנפגע לא יהא חשוף, ככלל, לטענת המפר כי הנפגע חייב להסכים לקיום החוזה בעין, גם כאשר אין הוא מעוניין בכך.<sup>8</sup>

5 ראו ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 542 (1982), דברי השופט ברק, המסתמך על דליה אבן "משמעותה של ה'זכות' לתרופות בגין הפרת חוזה" עיוני משפט 1, 120, 124, 125 (התשל"ח).

6 זאת, כפוף לאפשרות לשלול את האכיפה מכוחו של עקרון תום הלב. לשאלת הנפקות המעשית של אפשרות זו ראו להלן 6.67–6.69 §§. למעמדה של האכיפה כזכות מוקנית של הנפגע ראו גם להלן 6.24–6.25 §§.

7 על כך ראו להלן 7.04 §.

8 כך הוא הדין גם בשיטות המשפט המקובל. בשיטות הקונטיננטליות, לעומת זאת, זכאי הנפגע בראש ובראשונה לתיקון ההפרה, בעוד שתרופת הפיצויים היא תרופה משנית הניתנת לו רק בהתקיים תנאים מיוחדים. כך לדוגמה, סעיף 249 ל-B.G.B. קובע במפורש שבעקבות ההפרה זכאי הנפגע אך להשבת המצב לקדמותו בעין (*Schadenersatz*); זאת, להוציא מקרים של נזק לגוף או לרכוש, שאז רשאי הנפגע לתבוע פיצויי כסף. ראו גם סנילביץ, בעמ' 17: "במשפט הגרמני הנושה לא רק יכול, אלא גם חייב לדרוש בראש ובראשונה את אכיפת החוזה, כל עוד הקיום אפשרי." גישתו של המשפט הצרפתי נחרצת פחות, והדעות בספרות חלוקות בשאלה אם זכאי הנפגע להעדיף פיצויים על פני אכיפה. ראו אכיפה. ראו TREITEL, בעמ' 48. עם זאת, גם במשפט הצרפתי חייב הנפגע, כתנאי לשלול זכותו לאכיפה או לפיצויים, ליתן למפר התראה על כוונתו להגיש תביעה משפטית אם ההפרה לא תתוקן על ידי המפר אלא תר. התראה זו מכונה *Mise en Demeure*. לדין בתנאי זה, החל עקרונית גם על אכיפתם של חיובים שאינם חוזיים, ראו: FRANCOIS TERRE, PHILIPPE SIMLER, YVES LEQUETTE, DROIT CIVIL 436–437 (*le lien*: 1993) (5e ed., 754–763 (*en general*), *contractuel*). חובת התראה כזו קיימת גם במשפט הגרמני, שם היא מכונה *Nachfrist*. לדין במוסד משפטי זה ראו TREITEL, בעמ' 327–328. אצלנו מוכרת חובה כזו במסגרת חוקי המכר, השכירות והקבלנות. בחוקים אלה ישנן הוראות הקובעות כי הנפגע מאי-התאמה חייב, כתנאי לזכאותו לתרופות כלשהן, להודיע למפר על הפגם שנפל בקיום החוזה. ראו בהתאמה: סעיף 14 לחוק המכר, התשכ"ח–1968, ס"ח 98; סעיף 26 (2) לחוק השכירות והשאלה, התשל"א–1971, ס"ח 160 (להלן: חוק השכירות); סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד–1974, ס"ח 110. לא מצאנו פסיקה ישראלית המכירה



## 2. צורות האכיפה

6.02 האכיפה מוגדרת בסעיף 1 לחוק התרופות כך: "אכיפה – בין בצו לסילוק חיוב כספי או בצו עשה אחר ובין בצו לא־תעשה, לרבות צו לתיקון תוצאות ההפרה או לסילוקן." הגדרה זו אינה מתארת את מהותה של האכיפה במישורין, אלא אך מבחינה בין ארבעה סוגים אפשריים של צווי אכיפה: צו עשה רגיל, צו (עשה) לאכיפת חיוב כספי, צו לא־תעשה וצו (עשה) לתיקון פגעי ההפרה.<sup>9</sup> נפרט אודותיהם בקצרה:

- (1) צו עשה רגיל – זהו צו המורה למפר לבצע חיוב חוזי שטרם קיים, למעט חיוב כספי. לדוגמה: המפר נמנע מלספק לנפגע נכס שהתחייב למכור לו, מלתת לנפגע שירות שהובטח לו, מלהעביר לו זכות או מלבצע פעולה אקטיבית אחרת הנדרשת על פי החוזה. במקרה כזה יורה צו האכיפה למפר לקיים את חיוביו, כלומר – למסור את הנכס, לספק את השירות או לבצע את הפעולה שאותה התחייב לנקוט.<sup>10</sup>
- (2) צו (עשה) לאכיפת חיוב כספי – זהו צו המורה למפר לבצע תשלום כספי שהתחייב בו כלפי הנפגע, כגון: שכר עבודה, תמורה כספית בגין נכס או שירות שקיבל המפר, וכן מתנה או פרס כספי שהמפר התחייב להעניק לנפגע. בהכלילו צוים מסוג זה תחת הגדרת האכיפה, מבהיר חוק התרופות כי הם צווי אכיפה לכל דבר ועניין, אף שבצורתם החיצונית הם עשויים להזכיר צו לתשלום פיצויים.

להבחנה בין צו לאכיפת חיוב כספי לבין צו לתשלום פיצויים יש נפקות מעשית: צו מהסוג הראשון כפוף לסייגי האכיפה ובכללם סייג הצדק. לפיכך, אין זה מן הנמנע שבית המשפט יסרב לתיתו כאשר הדבר נחזה כבלתי צודק;<sup>11</sup> לעומתו,

בחובה כזו בחוזים אחרים ולגבי חיובים שאינם חיובי התאמה. עם זאת, ייתכן שניתן להגיע לתוצאה דומה באמצעות עקרון תום הלב, לפחות במקרים שבהם מביע המפר רצון לתקן את ההפרה, ויכול לעשות כן בעלות נמוכה בהרבה מזו שתוטל עליו אם יחויב בפיצויים. להגבלת הזכות לפיצויים מכוח עקרון תום הלב ראו גם להלן §§ 7.25–7.24.

9 הימנעות מהגדרת מושגי יסוד מאפיינת את החקיקה האזרחית בישראל, המותירה על פי רוב את מלאכת ההגדרה לבתי המשפט ולספרות המשפטית. ראו לדוגמה את דבריו של ידין, בעמ' 28, העומד על כך ש"העמדת הגדרות סטטוטוריות היתה מקובלת בחקיקה מתקופת המנדט. בחקיקה החדשה בתחום המשפט האזרחי היא דבר נדיר".

10 החיוב המופר יכול שיהא חיוב תוצאה או חיוב השתדלות. במקרה האחרון יורה בית המשפט למפר לנקוט מאמצים סבירים לשם השגת התוצאה שהנפגע מייחל לה, אולם לא יורה לו להשיג את התוצאה עצמה, שכן לכך לא התחייב המפר. להבחנה בין חיובי תוצאה לבין חיובי השתדלות ולהשפעתה על אופי האחריות החוזית ראו לעיל § 4.21.

11 אף כי מצב כזה יהיה ככל הנראה נדיר. ראו להלן § 6.50.

צו לתשלום פיצויים אינו כפוף לסייגים האמורים, אלא למבחני הפיצויים ולהגנות בדבר הקטנת נזק ואשם תורם.<sup>12</sup>

(3) צו לא־תעשה (צו מניעה) – המורה למפר להימנע מהתנהגות שיש בה משום הפרה של החוזה, כגון צו להימנע מעיסוק מתחרה או מהעברת זכויות בנכס מושא החוזה לאדם כלשהו זולת הנפגע.<sup>13</sup>

(4) צו (עשה) מתקן – צו עשה המורה למפר לתקן באופן פסי את נזקי ההפרה, שלא באמצעות תשלום פיצויים לנפגע. בניגוד לצווים משלושת הסוגים הקודמים, שעניינם בקיום הוראה מהוראות החוזה עצמו, צו מתקן מורה על ביצוע פעולות שאינן חלק מהסכמתם המקורית של הצדדים. אף על פי כן, פעולות אלה מתחייבות מהצורך "להשיב מצב לקדמותו" ולהסיר את התקלה שנוצרה בעקבות ההפרה.<sup>14</sup>

12 ראו בעניין זה את דברי השופט מצא בע"א 879/92 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' רוסמן, פ"ד נ(1) 774, 787 (1992): "סעד האכיפה וסעד הפיצויים הם סעדים שונים, וההפעלה של כל אחד משניהם כפופה לכללים ולסייגים מיוחדים. סייג הצדק, הקבוע בסעיף 3(4) הנ"ל חל אך ורק על סעד האכיפה, ולסעד הפיצויים אין לו כל נגיעה." שאלה מעניינת היא אם תביעה לאכיפתה של תניה בדבר פיצויים מוסכמים היא תביעה לאכיפה או לפיצויים. מחד גיסא, תרופת הפיצוי המוסכם נכללת במפורש בסימן ג' לפרק ב' של חוק התרופות, שכותרתו "פיצויים". מאידך גיסא, החיוב לשלם פיצוי מוסכם במקרה של הפרה הוא חיוב כספי המעוגן במפורש בחוזה. אנו נוטים לסברה, שלפיה החיוב לשלם פיצוי מוסכם, אף שהוא מעוגן בחוזה, אינו חיוב ראשוני אלא חיוב משני הבא לפצות על נזקי הפרתו של חיוב ראשוני. מטרה זו של הפיצוי המוסכם, מיקומו ה"גיאוגרפי" בחוק התרופות והעובדה שהמחוקק בחר לקבוע הסדר ייחודי לביקורת על תניות לפיצוי מוסכם (בסעיף 15 לחוק התרופות), כל אלה מלמדים שאין להחיל את דיני האכיפה על צו לתשלום פיצוי מוסכם. תמיכה בדעתנו מצאנו בדברי השופט מצא בעניין מקור הנפקות, שם, בעמ' 787, שהבהיר כי "החיוב בפיצויים – ולוא גם יסודו בתניה לתשלום פיצויים מוסכמים... מיועד לתקן את נזקי הפרת החוזה ולא להעניק לצד המקיים את שהיה זכאי לקבל במסגרת החוזה".

13 ראו לדוגמה: ע"א 3668/98 בסט ביי רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ, פ"ד נג(3) 180 (1999), שבו חויבה המשיבה להימנע מלמכור או מלאפשר לאחרים למכור מוצרי חשמל תוך הפרת תניית בלעדיות בחוזה שבינה לבין המערערת; ע"א 3156/98 בן ישי נ' ויינגרטן, פ"ד נה(1) 939, 957–958 (1999), שם ניתן צו מניעה קבוע שאסר על בעל מניות בחברה פרטית לעשות שימוש במידע הקשור לחברה וכן ציווה עליו להימנע מכל פעולה שיש בה כדי להתחרות בה; רע"א 2059/98 וולטה יצוב קרקע בע"מ נ' P.R.S. מדיטרניין בע"מ, פ"ד נב(4) 721 (1998), שבו ניתן צו מניעה זמני על יסוד תניה בדבר איסור תחרות למשך שנה; ת"א (מחוזית"א) 2011/02 יקבי רמת הגולן בע"מ נ' שטרן, נבו (2002), שם נקבע כי ההגבלה על חופש העיסוק, שאותה נטל הנתבע על עצמו (איסור תחרות במשך שנתיים מתום החוזה), היא תקפה, והתובעת זכאית לסעדים למניעת הפרתה.

14 ראו לדוגמה ע"א 48/81 פומרניץ נ' ק.ד.ש. בנין והשקעות בע"מ, פ"ד לח(2) 813, 825 (1984), שם חויבה חברה קבלנית להרוס קיר בבית משותף אשר נבנה בתוך שטח דירתם של התובעים תוך הפרת החוזה עימם. והשוו, בהקשר נזיקי, לצו ההריסה שניתן ברע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 218 (1999), בתגובה לבנייה בלתי חוקית שנעשתה ברכוש

ראוי להדגיש, כי צווי האכיפה שבהם מדבר סעיף 1 לחוק התרופות ואשר בהם עוסק פרק זה הינם צווים או ציוויים קבועים, כלומר צווים הניתנים בפסק הדין המכריע באורח סופי בסכסוך שבין הצדדים. זאת, להבדיל מצווי עשה או מצווי מניעה זמניים, שבית המשפט עשוי לפסוק מכוח סדרי הדין האזרחי – לטובת התובע או הנתבע – במטרה להבטיח את האפקטיביות של פסק הדין הסופי.<sup>15</sup>

### 3. תכלית האכיפה – הגנה על אינטרס הקיום

6.03 מגוון הצורות שאותן עשוי צו אכיפה ללבוש ומטרותיה השונות של האכיפה אינם צריכים לטשטש את העובדה שלכל צווי האכיפה תכלית משותפת אחת: הגנה על אינטרס הקיום של הנפגע.<sup>16</sup> אמת, כשם שאין חוק התרופות מגדיר מהי אכיפה, כך אין הוא מתאר את מטרתה. עם זאת, מתיאור צורותיה השונות של האכיפה ניתן ללמוד על שתי מטרותיה העיקריות: האחת – מניעה מראש של הפרה או של הימשכות מצב של הפרה בעתיד (להלן – אכיפה מונעת); השנייה – תיקון בדיעבד של פגעי הפרה שכבר התרחשה (להלן – אכיפה מתקנת). את המטרה הראשונה ניתן להשיג באמצעות שלוש מבין צורות האכיפה שתוארו לעיל: צו עשה, צו (עשה) לסילוק חיוב כספי, וצו לא־תעשה. צווים אלה מורים על קיום בעין של החיוב החוזי המקורי, ובכך מונעים את התמשכות ההפרה בעתיד; ואילו המטרה האחרת – תיקון פגעי ההפרה והשבת המצב לקדמותו – מושגת בתורה על ידי מתן צו עשה מתקן.

תרופת האכיפה פועלת אפוא ל"השבת המצב לקדמותו", במובן זה שהיא פועלת להעמדתו של הנפגע – באופן פיסי וככל שהדבר ניתן – במצב שבו היה נתון אלמלא ההפרה.<sup>17</sup> לשם השגת מטרה זו די יהיה, לעתים, לחייב את המפר לבצע את מה שהתחייב עליו או לחייבו להימנע מפעולה המנוגדת להתחייבות החוזית (אכיפה מונעת). במקרים אחרים, יהיה צורך לחייב את המפר לסלק את תוצאות

המשותף. יצוין, כי במסמך העקרונות לחוזים מסחריים בינלאומיים נקבע במפורש כי הזכות לאכיפה טומנת בחובה גם את הזכות לתבוע תיקון או החלפה: PICC, § 7.2.3.

15 עניין זה עולה במשתמע גם מסעיף 22(א) לחוק התרופות, הקובע: "אין בחוק זה כדי לגרוע מסמכות בית המשפט לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה או לא־תעשה, לשעה או לתמיד, החלטות ביניים או כל סעד אחר." לדין כללי בסעדים זמניים בכלל, ובצווים זמניים בפרט, ראו: אליהו וינוגרד צווי מניעה 45–74 (התשנ"ג); דודי שוורץ סדר דין אזרחי – חידושים, תהליכים ומגמות 343–482 (התשס"ז).

16 לדיון במהותו של אינטרס הקיום (או הציפייה) ולדרכי ההגנה העיקריות עליו ראו לעיל §§ 2.07–2.05.

17 בפסיקה ובספרות השימוש במונח "השבת המצב לקדמותו" רווח יותר בהקשר לפיצויים בניזקין. אולם, כמוסבר בפרק הראשון בספרנו, לאמיתו של דבר מדובר בעקרון־על של דין התרופות החל במידה שווה גם בתחום החוזי. להבהרת הסוגיה ראו לעיל § 1.09.

ההפרה באמצעות צו עשה מתקן (אכיפה מתקנת). כאמור, בכל ההקשרים משרתת האכיפה את הצורך בהגשמתה של מטרת-על אחת: הגנה על אינטרס הקיום של הנפגע מהפרת החוזה.

## ב. הזכות לאכיפה – יתרונותיה, הצדקותיה ומעמדה במשפט הישראלי

### 1. יתרונותיה המעשיים של תרופת האכיפה

6.04 יתרונותיה של האכיפה מבחינת הנפגע מהפרת חוזה הם רבים וחשובים. כולם נובעים מכך שהאכיפה פועלת למימוש העסקה במתכונתה המקורית. כאשר הנפגע מהפרת חוזה מעוניין בתוצאה כזו – ולא תמיד הדבר כך – תקרב אותו תרופת האכיפה באופן המיטבי ליעד זה. אמנם, מבחינה עיונית טהורה, גם תרופת הפיצויים – ממש כמו תרופת האכיפה – אמורה להגן על אינטרס הקיום של הנפגע ולהעמידו במקום שבו היה נתון אלמלא הופר החוזה.<sup>18</sup> ואכן, במקרים רבים יעדיף הנפגע לנתק את הקשר העסקי עם המפר, לוותר על הניסיון לכפות עליו את קיום החוזה בעין, ולהסתפק בפיצוי כספי.<sup>19</sup> אולם במקרים אחרים עשוי הנפגע להעדיף את אכיפת החוזה על פני זכייה בפיצויי קיום. הטעמים והשיקולים להעדפה כזו ייפרשו בשורות הבאות.<sup>20</sup>

6.05 ראשית, תרופת האכיפה מאפשרת להתגבר על קשיים בכימות ובהערכה של תועלות סובייקטיביות שהנפגע ציפה להפיק מקיום החוזה. בהערכת שוויים של נכסים ושל שירותים לצורך פסיקת פיצויים, שכיח השימוש באמת מידה אובייקטיבית המתבססת על שווי השוק של הנכס או של השירות שהובטח לנפגע.<sup>21</sup> אמת מידה זו מתעלמת מן הערך הכלכלי שמייחס הנפגע לקיום החוזה כל אימת שערך זה אינו ניתן לכימות ולהערכה באמצעות מדד אובייקטיבי.

18 הדברים אמורים כמובן בפיצויי הקיום, להבדילם מפיצויי ההסתמכות. אלה האחרונים באים להעמיד את הנפגע במקום שבו היה נתון אלמלא נכרת החוזה. לדין בפיצויי ההסתמכות כתרופה על הפרת חוזה ראו לעיל § 2.09 ואילך.

19 לדין ביתרונותיה של תרופת הפיצויים על פני תרופת האכיפה ראו להלן § 7.09 ואילך.

20 הדיונים בספרות המשפטית ביתרונותיה ובחסרונותיה של תרופת האכיפה בהשוואה לתרופת הפיצויים התמקדו, בדרך כלל, בנקודת המבט הציבורית (מוסרית או כלכלית) ופחות בנקודת המבט הפרטית של הנפגע מהפרת החוזה. דיון מן הסוג האחרון ניתן למצוא אצל: Daniel Friedman, *Economic Aspects of Damages and Specific Performance Compared*, in *CONTRACT DAMAGES: DOMESTIC AND INTERNATIONAL PERSPECTIVES* 65 (2008).

21 לדין בשיטת הפיצוי האמורה ראו להלן § 7.185 ואילך.

הקושי בכימות בולט במיוחד עת מדובר בנכס או בשירות שהם ייחודיים, כגון חלקת אדמה, יצירת אמנות או הזמנת שירות מיוחד, שאין להם תחליף זהה בשוק החופשי. ברם, גם כאשר הנכס או השירות המובטחים בחוזה אינם ייחודיים, עשוי הנפגע לייחס ערך מוסף לעובדה שהנכס או השירות יינתנו על ידי החייב עצמו (לדוגמה, בשל המוניטין שיצאו לחייב או בשל איכותם של שירות התיקונים ושל הליווי המקצועי שהחייב מעניק בצמוד לנכס או לשירות שהוא מספק). ערך מוסף זה הוא רכיב כלכלי שלא יקבל, במקרים רבים, את ביטויו הנאות בהערכת פיצויי הקיום. זאת, בשל הקושי להוכיח את עצם קיומו ואת שיעורו.<sup>22</sup>

הקושי להעריך באופן אובייקטיבי את הנזק שנגרם לנפגע עקב ההפרה מחריף במצבים שבהם האינטרס העיקרי המוגן בחוזה אינו אינטרס רכושני-כלכלי, אלא אינטרס בלתי-ממוני, כגון שלמות הגוף או רווחת הנפש. כך לדוגמה, כאשר החוזה מבטיח לנפגע שירותי אבטחה, שירותי רפואה ובריאות או איכות סביבה, קשה לראות כיצד יוכל פיצוי כספי שיינתן בדיעבד, לאחר הפרת ההבטחה, לשמש כתחליף שווה ערך לקיומן בפועל של התחייבויות החייב.<sup>23</sup> במקרים אלה ודומיהם, האמירה שפיצויים יש בהם כדי להגן על אינטרס הקיום של הנפגע היא תיאור אידיאלי שאינו הולם את המציאות.<sup>24</sup> במקרים אלה בולט יתרונה של תרופת האכיפה: זו מאפשרת לנפגע לזכות בנכס או בשירות מושא החוזה — או בכל משאב או זכות שהובטחו לו — במתכונת המקורית ובתנאים המקוריים שנקבעו בחוזה. בכך משמרת תרופת האכיפה באופן המיטבי את זכותו של הנפגע ליהנות מכל אותם מרכיבי תועלת סובייקטיביים, אשר לשמם בחר להתקשר בחוזה מלכתחילה.

**6.06** שנית, תרופת האכיפה חוסכת מהנפגע את הצורך להוכיח את הרווח שיוכל להפיק מקיום החוזה. אכן, במצבים רבים עשוי צד להתקשרות להאמין כי קיום החוזה יביא לו רווח ממוני, אף שצופה אובייקטיבי מן הצד עשוי להתרשם כי מדובר בעסקת הפסד או, למצער, בעסקה שהרווח הצפוי ממנה הוא ספקולטיבי מדי באופיו על מנת להצדיק פיצוי. בעיה זו תתעורר בעיקר כאשר הרווח הצפוי אינו נובע ישירות מקיום החוזה, אלא תלוי באירועים ובגורמים נוספים שהנפגע מאמין כי יתרחשו — אף כי אין הוא מסוגל להוכיח זאת בבית המשפט בוודאות

<sup>22</sup> לדיון בדרישה להוכחת שיעור הנזק ראו להלן § 7.83 ואלך.

<sup>23</sup> הוא הדין במצבים שבהם התועלת המובטחת בחוזה היא תועלת רוחנית טהורה, כגון זו שלשמה מתקשר אדם בחוזה המקנה לו זכות לקבלת שיעורי מוסיקה או בלט, הדרכה ממדריך או ממאמן אישי או, להבדיל, ייעוץ פסיכולוגי. ברם, במקרים מסוג זה נראה כי סייג השירות האישי יחסום, בדרך כלל, את זכותו של הנפגע לאכיפה. לדיון בסייג השירות האישי ראו להלן § 6.33 ואלך.

<sup>24</sup> הבעיה מחריפה לנוכח גישתה המצמצמת יחסית של הפסיקה בכל הנוגע לפסיקת פיצויים על גרימת נזק לא-ממוני טהור. לסוגיה ראו להלן § 7.30–7.33.

סבירה.<sup>25</sup> במקרים אלה, תביעתו של הנפגע לפיצויי קיום עלולה להידחות, אף שהנפגע עצמו מאמין בעסקה וסבור כי מימושה היה מביא לו תועלת כלכלית של ממש.<sup>26</sup>

יתרה מזאת: גם אם יצליח הנפגע לשכנע את בית המשפט כי אלמלא ההפרה היה בכוחו להפיק רווח מביצוע החוזה, עדיין עשוי בית המשפט – בשל הספקולציה הכרוכה בחישוב שיעורו של רווח זה – לפסוק לטובתו פיצויים בשיעור נמוך מזה המשקף (לדעת הנפגע) את אבדן הרווח האמיתי מהעסקה. הנפגע עשוי אפוא להעדיף במצב כזה אכיפה על פני פיצויים: בעוד שתביעת פיצויים על מלוא הרווח שהנפגע מאמין כי היה מפיק עלולה להיכשל, הרי שאכיפת החוזה מאפשרת לו להפיק בעצמו – בשיתוף פעולה כפוי מצד המפר – את מלוא הרווח הצפוי מקיום החוזה.

6.07 שלישית, גם כאשר הנפגע משכיל להוכיח את הקשר הסיבתי בין ההפרה לבין ראש נזק ממוני נתון שגרמה ההפרה, ואפילו הוא מוכיח בוודאות סבירה את שיעור הנזק, עלול הוא שלא לזכות בפיצוי על מלוא הנזק שנגרם לו. זאת, בשל

25 לדוגמה: עובד שפוטר שלא כדין מעבודתו סבור כי פיטוריו שוללים ממנו הזדמנות לקנות הכשרה מקצועית ייחודית שתפתח לפניו בעתיד הזדמנויות עסקיות, אלא שאין באפשרותו להוכיח זאת בשל הספקולטיביות הכרוכה בהערכת השווי הכלכלי של אותה הזדמנות; קונה שקנה דירה שמחיר השוק שלה ירד לאחר כריתת החוזה (כלומר, מדובר לכאורה בחוזה הפסד) מאמין כי מחיר השוק של הדירה יעלה בעתיד, אלא שאין באפשרותו להוכיח זאת. בדומה, חברה עשויה להעדיף אכיפה של זכותה לבצע מכרז, שבו היתה אמורה לזכות, על פני פיצויים. זאת, מאחר שאלה יפצוה בדרך כלל רק על הרווח הישיר שנמנע ממנה אך לא על הזדמנויות עסקיות נוספות שהיו עשויות ליפול לידיה בעקבות ההזדמנות לבצע את הפרויקט. ראו לדוגמה ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו"ד (3) 289 (2002), שם ביקשה המערערת בראשית הדרך אכיפה של זכותה לקבל את המכרז, ורק בהמשך הסתפקה בתביעה לפיצויי קיום (פיצויים שבהם זכתה לבסוף, למרות קביעתו של בית המשפט העליון כי לא השתכלל חוזה בין הצדדים). התפתחות דומה אירעה בפרשה שנדונה בד"נ 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג"ד (1) 441, 450 (1989), שבה רק במהלך ההתדיינות, שהחלה בתביעה לאכיפה, צומצמה התביעה בהסכמת הצדדים לפיצויי קיום.

26 על קוצר ידם של הפיצויים לפצות על מלוא הנזק עמד DOBBS, בעמ' 764: "Damages estimates are almost always imprecise and are conditioned by practical limitations of proof and understanding. Conventions are used which sometimes undercompensate and sometimes overcompensate. ...If 'compensation' means a sum of money necessary to place the plaintiff in the same financial position as full performance, no more and no less, then indeed it is likely that many breach victims are undercompensated, if not for no other reason than because some losses cannot be proven adequately". נזכיר כי הנפגע עשוי, לעתים, לזכות בפיצויי הסתמכות כתחליף ראייתי לפיצויי קיום. ראו לעיל §§ 2.16–2.15. אולם בחוזה רווחי, אינטרס ההסתמכות נמוך מאינטרס הקיום, ולפיכך פיצויי הסתמכות לא יספקו לנפגע פיצוי מלא על אבדן העסקה. להבהרת הנקודה ראו לעיל § 2.12.

דוקטרינות שונות המגבילות את שיעור הפיצויים, דוגמת הדרישה לצפיות הנזק וההגנות בדבר האשם התורם והקטנת הנזק.<sup>27</sup> תביעה לאכיפה בעין של החוזה מסירה מעל הנפגע, לפחות באופן חלקי, את הצורך להתמודד עם הגבלות אלה. זאת, באשר אין הוא תובע לעצמו את הערך הכלכלי של הקיום אלא את הקיום עצמו, שאינו כפוף לאותן הגבלות.

כך לדוגמה, כאשר בעסקת מכר של מקרקעין חלה עלייה עקבית בשווי השוק של הנכס, תצמיח אכיפת העסקה לקונה הנפגע את מלוא הרווח מעליית ערכו של הנכס בתקופה שמכירת החוזה ועד למועד ביצוע פסק הדין.<sup>28</sup> אם, לעומת זאת, יתבע הקונה פיצויים, הוא יהיה חשוף לטענה כי יש לחשב את שיעור הנזק על פי ערך הנכס במועד מוקדם יותר, כגון מועד המסירה שנקבע בחוזה (שהוא גם מועד ההפרה), מועד ביטול החוזה או מועד אחר שבו הקונה מוחזק כמי שוויתר על העסקה או כמי שנזקו התגבש.<sup>29</sup>

אמנם, התרשלות תורמת ומחדל לפעול להקטנת נזק עלולים לעתים להביא לשלילת הזכות לאכיפה מטעמי צדק, מכוח הוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות. במקרה כזה ייאלץ הנפגע להסתפק בפיצויים, שאותם ניתן יהיה להפחית מכוח ההגנות האמורות.<sup>30</sup> אולם, כאשר התרשלות הנפגע אינה בדרגה המצדיקה את שלילת הזכות לאכיפה מכל וכל, יבוא לידי ביטוי יתרונה הברור של תרופת האכיפה.<sup>31</sup>

27 דוקטרינות אלה יידונו בהרחבה בפרק הבא. בעיה חשובה נוספת היא הנטייה לצמצם בפסיקה פיצוי על נזק לא-ממוני (ראו להלן § 7.30). בעיה זו מונעת מנפגעים רבים פיצוי על ההנאה הלא-ממונית שקיום החוזה היה אמור להעניק להם, במיוחד כאשר הנאה זו אינה משתקפת במחיר השוק של הנכס או השירות. אמנם, במקרים שבהם ייפסקו לנפגע פיצויים בגין עלות תיקון ההפרה (להבדיל מפיצוי בשיטת הפרש השווי), יוכל הנפגע להשיג תוצאה דומה לזו של צו האכיפה, ובכך יינתן מענה גם למרכיב הלא-ממוני. ברם, במקרים רבים נוטים בתי המשפט לפסוק פיצויים "אובייקטיביים" בשיטת הפרש השווי, ובכך שוללים מהנפגע מרכיבי הנאה סובייקטיביים. שיטות הפיצוי השונות והמתח ביניהן יידונו בהרחבה בפרק הבא, § 7.82 ואילך.

28 שהרי קיום החוזה יאפשר לנפגע להחזיק בנכס, ליהנות מעליית ערכו, ואף למכור אותו בערך הגבוה אם ירצה בכך.

29 לדיון ביתרונה זה של האכיפה על הפיצויים, תוך הדגשת ההיבט האסטרטגי של הבחירה באכיפה מבחינת יכולתו של הנפגע להמתין ולהיווכח אם ערך השוק של הנכס עולה בתקופת הביניים, ראו גם אצל Dobbs, בעמ' 806. לדוגמה מהפסיקה ראו ע"א 462/81 שמחון נ' בכר, פ"ד לט(1) 701, 704-709 (1985), שבו בוטלה עסקת קומבינציה בשל הפרה מצד הקבלן, ועלתה השאלה מהו המועד הנכון להערכת נזקו של המזמין. בית המשפט הציע כמה מועדים אפשריים – מועד ההפרה, מועד הביטול ומועד פסק הדין – בהדגישו כי השיקול של הקטנת הנזק ישפיע על בחירתו של בית המשפט. לשאלת המועד להערכת הנזק בתביעת פיצויים ראו בכלליות להלן § 7.241 ואילך.

30 בעניין זה ראו את דברי השופט מצא בע"א 3437/93 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817, 838 (1998) (להלן: עניין אדלר).

31 הסייגים לתרופת האכיפה מביאים בדרך כלל לשלילתה המוחלטת, ולא למתן אכיפה חלקית.

6.08 רביעית, ניהולה של תביעה לפיצויים עשוי לעתים להיות ממושך ומסובך יותר מניהולה של תביעה לאכיפה. כתביעה מן הסוג האחרון, די לו לנפגע שיראה כי החוזה הופר. אמנם, לעתים יהא עליו להתמודד עם טענת המפר כי סייגי האכיפה מתקיימים ומחייבים את שלילת הזכות לאכיפה. אולם, כנגד זאת, בכל תביעה רגילה לפיצויים (להבדיל מתביעת פיצויים בלא הוכחת נזק), על הנפגע להוכיח, נוסף על ההפרה, גם מהו הנזק שנגרם לו, וכן עליו להראות כי נזק זה עומד במבחני הסיביות והצפיות. במקרים רבים יהא הנפגע התובע פיצויים חייב להתמודד גם עם טענות הגנה, כגון אשם תורם או אי הקטנת נזק. קשה אמנם להכליל ולקבוע כי תביעה לאכיפה תהא בכל מקרה פשוטה יותר לבירור מאשר תביעה לפיצויים. עם זאת, הדעת נותנת כי במקרים רבים אכן כך יהיה. במצבים אלה עשוי הנפגע להעדיף את תביעת האכיפה ולו מפאת פשטותה והעלות המופחתת של ניהולה.<sup>32</sup>

6.09 חמישית, לתביעת אכיפה יתרון ברור במקרה שבו הוכרז המפר כחדל פירעון או שהוא נתון בקשיים כלכליים חמורים.<sup>33</sup> במצב זה, כנגד הסיכוי הנמוך לממש באופן מלא פסק דין של פיצויים (בהליכי הוצאה לפועל, פשיטת רגל או פירוק), עומדת האפשרות שהנפגע, על אף מצבו הכלכלי הקשה, יבצע באופן פיסיו את ההתחייבויות שנטל על עצמו.<sup>34</sup>

שיקולים של אשם תורם והקטנת נזק עשויים, לפיכך, להשפיע על דחיית התביעה לאכיפה, אולם בדרך כלל לא יביאו למתן תרופה חלקית. יוצאת מכלל זה תביעה לאכיפתו של חיוב כספי. כאן ניכרת מגמה מצד בתי המשפט להתחשב בשיקולי אשם תורם כנימוק למתן אכיפה חלקית. דוגמות לכך מובאות להלן § 144.7(329) (אכיפה חלקית בשל אי הקטנת נזק); § 7.134(313) (אכיפה חלקית בשל אשם תורם). הקשרים נוספים שבהם מתבטאים שיקולים של אשם תורם בתוך דיני האכיפה נדונים אצל אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 276–273 (התשנ"ז).

32 מעניין לציין שקיים הבדל בין שיעורי האגרות המשתלמים לבתי המשפט בגין בירור של תביעות לפיצויים לבין אלה המשתלמים בעבור תביעות לסעדים ששוויים "אינו ניתן לביטוי בכסף" (ובכלל זה תביעות לאכיפה, למעט תביעות לסילוק חיוב כספי). בתביעות מהסוג הראשון סכום האגרה הוא 2.5% מהסכום הנתבע, ואילו בתביעות מהסוג האחרון האגרה משתלמת בסכום קבוע (בבית המשפט המחוזי – 975 ש"ח; בבית משפט השלום – 553 ש"ח). ראו תקנות בית משפט (אגרות), התשס"ז–2007, ק"ת 720, תוספת, סעיפים 1, 3 ו-10 (הסכומים מעודכנים ליום 8.12.2007).

33 ראוי להעיר בהקשר זה, שביצוע פסק דין המצווה אכיפה על חייב המצוי בהליכי פשיטת רגל אינו טעון אישור של הנאמן על נכסי החייב, שכן אין הוא מופנה כלפי נכסים אלה, אלא כלפי החייב במישרין.

34 זאת, כמובן, כל עוד אין מתקיימים סייגי האכיפה הרלוונטיים, כגון הסייג האוסר על כפייה של "שירות אישי" או הסייג השולל אכיפה שאינה צודקת.



6.10 שישית, מבחינתו של המפר, התמריץ לקיים צו אכיפה שיפוטי חזק יותר מהתמריץ לקיים פסק דין של פיצויים. צו אכיפה מופנה לגופו של החייב. אשר על כן, הפרתו של צו כזה מהווה עילה לנקיטת הליכים בגין בזיון בית משפט, שדינו קנס או מאסר.<sup>35</sup> צו לתשלום פיצויים, לעומת זאת, נתפש כמכוון כלפי נכסי החייב, ומטעם זה אין הפרתו בידי החייב מקימה, כשלעצמה, אחריות פלילית.<sup>36</sup> הנפגע עשוי אפוא לראות בצו האכיפה תרופה אפקטיבית יותר מצו לתשלום פיצויים.

6.11 שביעית, מבחינתו של המפר, לצו אכיפה עלולות להיות, לעתים, תוצאות כלכליות חמורות יותר מאשר לצו לתשלום פיצויים.<sup>37</sup> במצבים אלה, תביעה לאכיפה מעמידה את הנפגע בעמדת מיקוח טובה יותר כלפי המפר, מאשר העמדה שבה היה ניצב לו תבע פיצויים. את כוח המיקוח שלו עשוי הנפגע לנצל לטובתו כדי להשיג תנאים נוחים יותר במהלכו של משא ומתן לפשרה.<sup>38</sup>

6.12 שמינית, מבחינה פסיכולוגית, דומה שאין להמעט במשמעותו של פסק דין לאכיפת החוזה. צו אכיפה מבטא בכירור את נצחוננו המשפטי של הנפגע – בסיוע המערכת המשפטית – על המפר. אכן, צו לתשלום פיצויים אין בו כדי להמחיש למפר – בוודאי לא באותה עוצמה – את כפיפותו לרצון הנפגע. דחייתה של תביעה לאכיפה עלולה לעתים להותיר בידי הנפגע "טעם מר" שבו חש מי שנאלץ להיפרד בניגוד לרצונו (אם כי תמורת פיצוי) ממשאב שעל פי דין היה זכאי לקבלו. אכיפת החוזה מונעת תוצאה זו. היא מבהירה לצדדים כי במאבק על השליטה במשאב החוזי שהובטח לנפגע, ידו שלו היא על העליונה.

35 סעיף 6 לפקודת בזיון בית משפט, חא"י א (ע) 332, (א) 356. יצוין, שלפי סעיף 287 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226, הפרת הוראה חוקית שניתנה כשורה מאת בית משפט מהווה עבירה פלילית שדינה שנתיים מאסר.

36 ברם, יש לזכור שסעיף 70(א)(2) לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967, ס"ח 116, מאפשר להוציא צו מאסר נגד חייב שאינו פורע את חובו על פי פסק פיצויים, לאחר שהתברר בחקירת יכולת כי יש בכוחו לעשות כן.

37 כך יקרה, לדוגמה, כאשר הנזק לנפגע הוא נמוך יחסית או שהוא קשה להוכחה, ולכן החבות הצפויה בפיצויים נמוכה, בעוד שהרווח הצפוי למפר מהפרת החוזה הוא גבוה. לדוגמה: המפר מבקש להפיק רווח בעסקה עם אדם שלישי, שכריתתה וביצועה כרוכים בהפרת החוזה עם הנפגע. בנסיבות מעין אלה, החשש מפני חבות בפיצויים לא ימנע את ההפרה, בעוד שצו אכיפה יסכל את יכולתו של המפר להפיק רווח בעסקה החלופית. תובנה זו משמשת יסוד לטיעון בדבר "הפרה יעילה", שיידון להלן §§ 6.22-6.23.

38 ליתרונות הטקטיים שבהגשת תביעה לאכיפה ראו גם: DOBBS, בעמ' 806; EDWARD YORIO, SPECIFIC PERFORMANCE AND INJUNCTIONS, 31 (1989); Subha Narasimhan, *Modification: The Self-Help Specific Performance Remedy*, 97 YALE L.J. 61, 86-89 (1987). ייתכן שליתרון טקטי זה נפקות פחותה במשפט הישראלי שבו חשוף המפר ממילא, לפחות להלכה, לאפשרות שיחויב בתשלומי השבה. להכרה בתרופה זו ראו לעיל §§ 2.22-2.23.

## 2. הצדקות להכרה רחבה בזכות לאכיפה

6.13 כפי שנוכחנו לדעת, מבחינתו של הנפגע גלומים יתרונות רבים באפשרות לתבוע את אכיפתו של החוזה. אולם, האם מוצדק לזכות את הנפגע ביתרונות אלה? כיצד ניתן להצדיק – מבחינה מוסרית, כלכלית וחברתית – את ההכרה הציבורית והמשפטית הניתנת בשיטות משפט שונות לאינטרס הפרטי של הנפגע באכיפת החוזה? התשובה היא כי את הזכות לאכיפת החוזה ניתן להצדיק מנקודות מבט שונות.

6.14 ראשית, מבחינה אנליטית, עיונית, האכיפה היא התרופה המשפטית הקרובה ביותר אל הזכות החוזית הראשונית. מסיבה זו, האכיפה היא גם אמצעי ההגנה הטבעי והמתבקש ביותר על הזכות החוזית. אכן, מלכתחילה נועדה כל התקשרות חוזית לקיום ולא להפרה: כל צד מתחייב לקיים – בפועל – את חלקו שלו, והתחייבות זו מצמיחה כמו מאליה זכות לצד השני לתבוע את מימושה של אותה התחייבות. חיובו הכפוי של המפר בגדרו של צו אכיפה לחדול מן ההפרה – או לתקן את תוצאותיה – הוא אפוא נגזרת ישירה של חובתו המקורית, ההסכמית, לקיים את החוזה.

6.15 שנית, ההכרה בזכות הנפגע לאכיפה מתיישבת היטב עם עקרונות העל של דיני החוזים המודרניים. אחד מהיבטיו החשובים ביותר של עקרון חופש החוזים מורה כי חוזה שכרת אדם עם זולתו ברצון חופשי – חייב הוא לכבדו ולקיימו (*pacta sunt servanda*). אמת, מתחילה אין אדם חייב להתקשר בחוזה כלל ועיקר; אולם מעת שהביע רצון חופשי להתחייב – ורצון זה נפגש ברצונו החופשי של הזולת – כפוף המתקשר לרצונו שלו, ואין הוא רשאי לסגת עוד מהבטחתו. התפילה, שלפיה אכיפת החוזה היא זכותו המוקנית של הנפגע, מתיישבת אפוא בבירור עם ראיית החוזה כביטוי למפגש רצונות הצדדים, לחירותם ולכבודם.<sup>39</sup>

6.16 גם עקרון תום הלב, שאף הוא עקרון-על בדין החוזים ובשיטתנו המשפטית כולה, תומך בהכרה רחבה בזכות לאכיפת החוזה. עקרונות בסיסיים של יושר והוגנות תומכים בטענה כי על המפר לקיים באופן שלם ומדויק ככל שניתן את

39 "מבחינה מהותית קובע אפוא עקרון חופש החוזים את חירותם של פרטים להתקשר בחוזים ואת חירותם לעצב את תוכנם של חוזים אלה... אולם בכך לא מתמצה עיקרון זה. פירושו של עקרון חופש החוזים הוא גם, ואולי בעיקר, כי הסכמים שעשו פרטים תוך הגשמת חופש החוזים – ייאכפו ויכובדו. זהו הפן התפקודי של העיקרון." שלו, בעמ' 46.

ההבטחות שנתן לנפגע. קיום מושלם כזה עולה בקנה אחד עם הציפייה הסבירה של שני הצדדים לכל התקשרות חוזית, ומגשים אותה.<sup>40</sup>

6.17 אכן, פילוסופים חשובים ראו בחובה המוסרית לקיים הבטחות והסכמים אבן פינה לכל מערכת מוסר — פרטית, קהילתית ופוליטית.<sup>41</sup> קיום הסכמים וכיבוד הבטחות מוכרים כערך יסוד בכל חברה מתוקנת. בישראל מהווה השמירה על ערך זה נדבך חשוב בתקנת הציבור.<sup>42</sup>

40 לדעת פרופ' Fried מאוניברסיטת הרווארד, הבסיס המוסרי לחובה לקיים הבטחות נעוץ בכך שהמתקשר בחוזה יוצר אצל הצד השני — במודע ומתוך החלטה חופשית — אמון וציפייה שהבטחתו תקום: "An individual is morally bound to keep his promises because he has intentionally invoked a convention whose function it is to give grounds — moral grounds — for another to expect the promised performance. To renege is to abuse a confidence he was free to invite or not, and which he intentionally did invite." CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE 16 (1981); see also Peter Linzer, *On the Amoralism of Contract Remedies*, 81 COLUM. L. REV. 111, 112 (1981): "... 'morality' stands for the idea that it is both fair and appropriate to hold people to promises that they freely made".

41 כך לדוגמה, כהצדקה לחובתו לציית לפסק הדין שהורה על הוצאתו להורג, העלה סוקראטס לפני תלמידו, קריטון, את הנימוק הבא: "אשר הוסכם בין אדם לחברו שמן-הצדק הוא, האם יש לקיים זאת או להפר זאת? ... ואם יאמרו החוקים: 'סוקראטס, וכי כך הוסכם בינינו לבינך, או הוסכם שתקיים את פסקי הדין שתפסוק המדינה?' אפלטון כתבי אפלטון כרך א — קריטון 249 (יוסף ג' ליבס מתרגם, התשי"ט). תומס הובס הגדיל לעשות עת זיהה את מושג הצדק עם הרעיון של כיבוד הסכמים והגדיר אי צדק כהפרת חוזה. לדבריו: "חוק טבעי זה [הכרת אמנה חייב לקיימה] הוא המקור והמעין לצדק. ... משנכרתה אמנה, הפרתה היא בגדר אי-צדק; והגדרת אי-הצדק אינה אלא זו: אי-קיום אמנה." תומס הובס לוויתן או החומר, הצורה והשלטון של קהילייה 134 (מהדורה שנייה, יוסף אור מתרגם, התשל"ג). רעיון "האמנה החברתית" שימש בסיס לתיאוריות של גדולי הפילוסופים בעידן המודרני, ובהם לוק, רוסו וקנט. אותם רעיונות אף שימשו בסיס לתיאוריית הצדק של הפילוסוף בן דורו John Rawls שפותחה בספרו (1971) JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE.

42 ראו את דברי השופט אלון בע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 617, 629 (1979): "...כיבוד התחייבויותיהם של שני הצדדים אף הוא עקרון גדול שבתקנת הציבור, שמצוים אנו לאכוף על כל צד לשמור על התחייבות שקיבל על עצמו, ואין עקרון תקנת הציבור הבא לבטל חוזה גדול מכוחו של עקרון תקנת הציבור הבא לקיים [כך] חוזה, אלא כאשר זה האחרון פוגע באושיות יסוד של הסדר החברתי." והשוו לדברי השופט אשר שם, בעמ' 640: "לדעתי אינטרס ציבורי עליון הוא לחנך את האוכלוסייה של מדינתנו לכיבוד חוזים, ולא לעודד את הפרתם." ראו גם את דברי השופט ברק בע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 861-862 (2000): "החוזה הוא 'החוק' 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. ... חופש החוזים וקיום החוזים הם ערכים ואינטרסים מרכזיים המגבשים — באיזון עם ערכים ואינטרסים אחרים — את 'תקנת הציבור' בישראל."

## בלשונו של השופט ברק בפרשת אדרס:

“חזוה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצוי בשל הפרתו – כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חינו, כחברה וכעם.”<sup>43</sup>

הכרת המשפט בזכות לאכיפה מתיישבת באופן מובהק עם תפישות מוסריות- חברתיות אלה, ובכך מעבירה מסר ערכי בעל חשיבות עליונה.<sup>44</sup>

6.18 שלישית, הכרה רחבה בזכות לאכיפה ניתנת להצדקה גם מזווית תועלתנית- כלכלית. ביטחון ואמון הם תנאי חיוני לכינונה של כלכלת-שוק המבוססת על הקצאה פרטית, רצונית וחופשית, של משאבים באמצעות חוזים.<sup>45</sup> הידיעה, כי הבטחה בעלת תוקף משפטי תיאכף על ידי השלטון, מקנה ליחיד החי בחברה תחושת ביטחון. היא מאפשרת לו לתת אמון באנשים אחרים ולשתף עימם פעולה על יסוד ההנחה כי הבטחותיהם החוזיות תקוימנה, או למצער – בהיעדר קיום מרצון – תיאכפנה על ידי הממסד.<sup>46</sup> תחושת הביטחון והאמון האמורים ייפגעו

43 ד"ר 20/82 אדרס חומרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 278 (1988); השו"ל לדברים שנאמרו בה"פ (מחוזי-ב"ש) 21/93 דור אנרגיה (1988) בע"מ נ' אבו עלאן, פ"מ תשנ"ג (3) 243, 248 (1993), כנימוק למתן צו מניעה זמני שמשמעותו המעשית היתה מתן צו לאכיפת החוזה (לפחות עד להכרעה בתביעה גופא): "...עיקרון כיבוד החוזים – *pacta sunt servanda* – בחברה המעוניינת בקיום עקרונות שלטון החוק, הוא בעל משמעות ערכית, יסודית וחשובה לאין ערוך מזו של עיקרון השמירה על המצב הקיים...". ראו גם את האסמכתות המובאות להלן, בה"ש 59.

44 לדעה דומה ראו: עלי בוקשפן "תם ומושלם – על אמון כתיאוריית-על של דיני החוזים" עיוני משפט כג 11, 23 (התש"ס).

45 "Trust has a very important pragmatic value... Trust is an important lubricant of a social system. It is extremely efficient; it saves a lot of trouble to have a fair degree of reliance on other people's word. Unfortunately this is not a commodity which can be bought very easily." KENNETH J. ARROW, THE LIMITS OF ORGANIZATION 23 (1974) השו"ל גם: Bruce Chapman, *Trust, Economic Rationality, and the Corporate Fiduciary* Obligation, 43 U. TORONTO L.J. 547, 549 (1993): "Trust plays a central role in all modern economies, and without it, or the coordination that is provided by institutional loyalty, even efficient wealth-maximizing corporate contracting can make us all worse off"

46 הצדקה כזו לדיני החוזים הציע המלומד הדגול Hart: "...forms of dynamic or obligation-creating rule [are] necessary in social life. These secure the recognition of promises as a source of obligation. By this device individuals are enabled by words... to make themselves liable... for failure to act in certain stipulated ways. ...a standing procedure providing for such self-binding operations is required in order to create a minimum form of confidence in the future behaviour of others, and to ensure the predictability necessary for co-operation." H.L.A. HART, THE CONCEPT OF LAW 192-193 (2<sup>nd</sup> ed., 1994); והשו"ל לדבריו של פרופ' Coleman מאוניברסיטת ייל: "Securing each individual's

קשות אם הסנקציה היחידה לה יהיו חשופים מפירי חוזים בשיטתנו המשפטית תהיה החובה לשלם לנפגע – לאחר דיון משפטי יקר וממושך – פיצוי כספי בלבד.<sup>47</sup>

### 3. טעמים להגבלת הזכות לאכיפה

(א) כללי

6.19 אל מול הטיעונים התומכים בתרופת האכיפה ניתן להעלות כמה טיעוני נגד. כפי שיובהר אגב הצגת הטיעונים, אין בהם, לדעתנו, כדי להצדיק שלילה גורפת של האכיפה כתרופה על הפרת חוזה. עם זאת, בנסיבות שונות עשוי משקלו של כל אחד מטיעונים אלה – או משקלם המצטבר – להכריע את הכף נגד הכרה בזכות לאכיפה ולטובת הסתפקות בפיצויים. אכן, ההצדקות החשובות להכרה בתרופת האכיפה שתוארו לעיל, אין בכוחן לתמוך במתן צו אכיפה בכל מקרה של הפרת חוזה; ממש כשם שטיעוני הנגד שיוצגו להלן אינם מצדיקים שלילה מוחלטת של הזכות לאכיפה.

בסופו של דבר, הנדרש בהקשר דנן אינו אימוץ גורף של דעה נחרצת לכאן או לכאן, אלא איזון עדין בין שיקולים נוגדים. כמבואר בהמשכו של הפרק, האיזון הראוי בא לידי ביטוי בתשתית הפורמלית של דיני האכיפה בישראל: מחד גיסא, החוק והפסיקה משקפים הכרה ברורה במעמדה הרם של תרופת האכיפה בשיטתנו; ברם, מאידך גיסא, ברורה לא פחות היא העובדה שסייגי האכיפה הקבועים בחוק פותחים לפני בית המשפט פתח נרחב לצמצום הזכות לאכיפה במקרים שבהם שיקולי המדיניות הרלוונטיים תומכים בתוצאה כזו. החשובים שבשיקולים אלה יידונו בשורות הבאות.

(ב) השיקול הליברלי

6.20 הטיעון המסורתי נגד האכיפה הוא טיעון מוסרי המושתת על ערכי

rational agreement requires **first** that the compliance problem be resolved. It makes no sense to commit oneself to a scheme of mutual constraint when one's cooperators are unwilling so to constrain themselves. ...If noncompliance is sufficiently widespread, it may make a compliant person worse off than she would have been in the absence of [ההדגשה] an agreement to cooperate." JULES COLEMAN, RISKS AND WRONGS 32 (1992) במקור].

47 ראו בהקשר זה דברים שנאמרו בעניין דור אנרגיה, לעיל ה"ש 43, בעמ' 249: "אין להשלים עם מצב, לפיו יוכל אדם לחתום על חוזה... ולאחר מכן לחזור בו מהסכם זה ולהפר אותו, תוך נטילת סיכון שהפגיעה המקסימלית שתוכל להיגרם לו בעקבות זאת, תהיה לחייב אותו (לאחר דיון משפטי שעלול להיות ממושך למדי) בתשלום פיצוי כספי מסוים... מדיניות כזו, אינה יכולה לשמש תשובה מספקת לתופעה של אי-כיבוד חוזים ואינה יכולה לשמש גורם מספיק לאילוף המתקשרים בחוזים לעמוד בהתחייבויותיהם."

הליברליזם. על פי טיעון זה, אף שמלכתחילה, בטרם הופר החוזה, עמדה לנפגע זכות מוסרית לתבוע מהצד השני את קיומו, הרי שבדיעבד, לאחר ההפרה, לא תמיד יהא זה ראוי לאכוף בעין את קיומה של חובה זו. הטעם לכך הוא שכפייה שיפוטית המופעלת באופן אישי כלפי גופו של המפר (במקרה של אי ציות לצו האכיפה), כרוכה במידה מופרזת של פגיעה באוטונומיה של המפר, בחירותו ובכבודו. אמנם, פגיעה זו עשויה להיחשב ככורח בליגונה כאשר בלעדיה לא ניתן לספק הגנה של ממש לאינטרס הקיום של הנפגע. אולם, כאשר ניתן להגן על אינטרס זה באמצעות פסיקת פיצויי קיום – וכך יהיה לעתים קרובות – על הנפגע להסתפק בתרופה זו.<sup>48</sup>

## (ג) השיקול המוסדי

6.21 שיקול חשוב אחר הפועל נגד היזקקות רחבה לתרופת האכיפה הוא שיקול מוסדי. תרופת האכיפה, להבדיל מתרופת הפיצויים, מצריכה לעתים קרובות פיקוח ישיר של בית המשפט או של נציג מטעמו על ביצוע צו האכיפה בידי המפר. פיקוח כזה עשוי להתגלות כבעייתי מבחינה מעשית, בפרט כאשר קיום החוזה דורש פעולה מורכבת, מאמץ ממושך, מומחיות מצד המפר או שיתוף פעולה בינו לבין הנפגע – שיתוף שמתבצע לא תמיד הוא בר-השגה לאחר הפרת החוזה.<sup>49</sup> יתר על כן, גם כאשר פיקוח איכותי ואפקטיבי על פעולות המפר הוא אפשרי, הוא כרוך בעלויות ניכרות המיתוספות לעלויות הכרוכות בניהול ההליך המשפטי עצמו.<sup>50</sup> לבסוף, מתן צו אכיפה – בפרט בהיעדר פיקוח שיפוטי צמוד, שעלויותיו עשויות כאמור להיות ניכרות – פותח פתח למחלוקת נוספת בין הצדדים בשאלה אם ועד כמה ציית המפר לצו האכיפה. מחלוקת כזו עשויה בתורה להצריך התדיינות משפטית, לגזול זמן שיפוטי יקר נוסף ולסרב את ההליך המשפטי. לעומת חסרונות אלה, ניכר יתרונה של תרופת הפיצויים. זו מאפשרת לבית המשפט לסיים את הסכסוך בפסק דין סופי, שאופן הפיקוח על מימושו הינו זול ופשוט יותר.<sup>51</sup>

48 לטיעון הליברלי נגד הכרה בזכות לאכיפה ראו: TREITEL, בעמ' 47: "...enforced performance may be regarded as an undue interference with the personal freedom of the debtor. ...[it] is often felt to be too strong a measure when the creditor could for most practical purposes be put into almost as good a position by the award of a sum of money". הטיעון הליברלי משתקף בדין הנוהג, באופן המובהק ביותר, בסייג השירות האישי, המעוגן בסעיף 3(2) לחוק התרופות. ראו להלן § 6.33 ואילך.

49 להשתקפותם של שיקולים אלה בדין הנוהג ראו להלן § 6.44 ואילך.  
50 בראייה כלכלית, אין חשיבות לעובדה שניתן לחייב את המפר בעלויות הפיקוח. החיסרון הכלכלי נעוץ בעצם הצורך להוציא הוצאות נוספות על אכיפה, יהא אשר יהא הגורם שיישא בהן בסופו של יום.

51 אם כי יש לזכור שגם הליך ההוצאה לפועל של פסקי פיצויים (להבדיל מעצם הפיקוח על קיום החיוב לשלם את הפיצויים) עשוי אף הוא להיות יקר וממושך. לדין בשיקול

(ד) השיקול הכלכלי – טענת “ההפרה היעילה”  
 6.22 לצד השיקול הליברלי והשיקול המוסדי ניצב הטיעון הכלכלי החשוב בדבר “ההפרה היעילה” (“efficient breach”). על פי תיאוריה זו, שפותחה ושוכללה בשנות ה-70 של המאה הקודמת בידי כותבים מאסכולת הגישה הכלכלית למשפט, הכרה בזכות לאכיפה אינה רצויה מבחינה חברתית. זאת, משום שבכוחה למנוע הפרות יעילות של חוזים. נציג את הטיעון בקצרה.<sup>52</sup>  
 הפרה יעילה של חוזה היא הפרה המתרחשת במצב שבו התועלת שהמפר מפיק מאי קיום חיוביו עולה על ההפסד הנגרם לנפגע כתוצאה מכך. כך לדוגמה, כאשר ההפרה גורמת לנפגע נזק כולל של 100 ש”ח, אך מנגד מאפשרת למפר להרוויח 120 ש”ח (או להימנע מהוצאה בשיעור דומה), הפרת החוזה היא צעד יעיל מבחינה כלכלית. הטעם לכך הוא שהפרה זו מקצה מחדש את המשאבים

המוסדי נגד הכרה באכיפה ראו: DOBBS, בעמ' 808–810; TREITEL, בעמ' 47: “Enforced performance may be thought to impose strains on the machinery of law enforcement which are too severe when balanced against the benefit derived by the creditor from enforced performance. השווו אצלנו לדבריו של אהרן ברק: “יהיו האמצעים אשר בית המשפט מפעיל בפסק דינו אשר יהיו, אין לו אמצעים לקיום פיקוח ובקרה נמשכים ויעילים על המתרחש מחוץ לכתלי בית המשפט... מכאן הנטייה להימנע ממתן צווי אכיפה אשר יחייבו פיקוח נמשך. אין גם לשכוח כי הוצאתם של פסקי הדין לפועל אינה עניין לשופט. כוח ההוצאה לפועל נתון בידי הרשות המבצעת. אין בית המשפט מוציא לפועל את פסקי הדין שלו. תפקידו מסתיים עם ההכרעה בסכסוך. אכן, פעולתו של בית המשפט מוגבלת היא, ואמצעיו מוגבלים הם. מציאות זו יש לה השלכה על אופן השימוש בשיקול הדעת השיפוטי.” אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 251 (התשמ”ז).

52 להצגות קלאסיות של תורת ההפרה היעילה ראו: Robert L. Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 24 RUTGERS L. REV. 273 (1970); John H. Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, 1 J. LEG. STUD. 277 (1972); RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 89–90 (2<sup>nd</sup> ed., 1977); Steven Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 BELL. J. ECON. 466 (1980). על מעמדה המבוסס של תיאוריית ההפרה היעילה במשפט האמריקני מעידה העובדה שהיא נזכרת בריסטייטמנט כבסיס לדין התרופות החוזי: RESTATEMENT, Introductory Note to Ch. 16. התורה נזכרת במהדורות המודרניות של מרבית החיבורים האמריקניים על דיני החוזים כהצדקה להעדפתו המסורתית של המשפט המקובל את תרופת הפיצויים על פני תרופת האכיפה. ראו לדוגמה: ALLAN E. FARNSWORTH, FARNSWORTH ON CONTRACTS 277 (1<sup>st</sup> ed., 1990): “Common law judges have wittingly or unwittingly gone a long way toward acceptance of this principle [of efficient breach] by generally refusing either to award punitive damages or to grant specific performance” ניתוחים כלכליים מפורטים שעסקו בשאלת היקף ההכרה הראוי בתרופת האכיפה, בהתייחס לתורת ההפרה היעילה, הם: Anthony T. Kronman, *Specific Performance*, 45 U. CHI. L. REV. 351 (1978); Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 YALE L.J. 271 (1979); Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward A Unified Theory of Contract Remedies*, 83 MICH. L. REV. 341 (1984).

שברשות שני הצדדים לחוזה באופן יעיל יותר (במקרה זה, בשיעור של 20 ש"ח) בהשוואה להקצאה ששררה ערב ההפרה. הטענה היא אפוא, שאכיפת החוזה על המפר במצב זה תשלול ממנו את התמריץ לנקוט צעד כלכלי יעיל. אשר על כן, כדי להימנע מכך וכדי להבטיח את התרחשותן של הפרות יעילות, ראוי לשלול מהנפגע – לחלוטין – את הזכות לאכוף על המפר את קיום חיוביו. תחת זאת ראוי להגביל את תרופתו של הנפגע לפיצויי קיום בלבד. חבות פוטנציאלית כזו של המפר בפיצויים תבטיח בכל מקרה תוצאה יעילה: כאשר הפרת החוזה היא צעד יעיל, החשש מפני חבות בפיצויים לא יגרום למפר להימנע ממנה (שהרי שיעור הנזק שההפרה תגרום, ושבזו יחוב המפר, נמוך משיעור הרווח שהמפר יפיק ממנה); ואילו בכל מקרה אחר (קרי, כאשר ההפרה אינה יעילה), יירתע המפר ממילא מהפרת החוזה. זאת, ביודעו כי שיעור הפיצויים שבהם יחויב אם יפר את החוזה עולה על שיעור הרווח שההפרה עתידה להצמיח לו.

6.23 למרות השפעתה הניכרת על הספרות המשפטית בארצות-הברית, ובמידה פחותה גם על הפסיקה שם, ירדה תיאוריית ההפרה היעילה מגדולתה בעשורים האחרונים, לפחות במתכונתה הקיצונית שתוארה לעיל. פרט לקושי המוסרי והמושגי הכרוך בהכרה בהפרת הזכות החוזית כאירוע "יעיל" ורצוי, מקובל כיום על רבים שהתיאוריה לוקה גם בהיבט התיאורטי: היא אינה מביאה בחשבון כמה תופעות שכיחות – בעיקר בעיות של תת-אכיפה ותת-פיצוי שמהן נהנים מפירים בכוח במרבית שיטות המשפט המודרניות. זאת ועוד: התורה מתעלמת מעלויות ההתדיינות הכרוכות בניהולה של תביעת הפיצויים, ומהנזקים העקיפים הנובעים מן הפגיעה באמון הכרוכה בהפרה מודעת ואינטרסנטית של חוזה. ההכרה בהיקפן הרחב של תופעות אלה – שקיומן גורע מאוד מייעילותה של תרופת הפיצויים – מצדיקה לדעת חוקרים לא-מעטים הפעלה של תרופות יעילות וחזקות יותר, ובכללן האכיפה.<sup>53</sup>

אמת, במקרים מסוימים יתברר לאחר כריתת החוזה כי ביצעו אינו יעיל מבחינה כלכלית, וכי עדיפה החלופה של שחרור החייב מהתחייבויותיו כנגד תשלום פיצויי קיום מלאים לנפגע. ברם, כנגד זאת ניתן לטעון, שמבחינתם של נפגעים רבים, פסיקת פיצויי קיום בדיעבד אינה שקולה לקיום ממש.<sup>54</sup> לא ניתן

53 לביקורת חריפה במיוחד על תורת ההפרה היעילה ראו לדוגמה: Daniel Friedman, *The Efficient Breach Fallacy*, 18 J. LEG. STUD. 1 (1989); Ian R. Macneil, *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, 68 VA. L. REV. 947 (1982) דיון נרחב בתורת ההפרה היעילה, בכשלים העיקריים שבה ובביקורות מודרניות עליה מצוי בחיבורו של אדר, תשלום עונשי, בעמ' 273–284.

54 על הגורמים לכך עמדנו בהרחבה לעיל § 6.04 ואל"ך. זאת ועוד, גם כאשר אי קיום החוזה ותשלום פיצוי לנפגע הם יעילים יותר מאשר דבקות בקיום החוזה, אין פירוש הדבר כי יש



אפוא להצדיק, משיקולי יעילות כלכלית, כלל משפטי המחייב את הנפגע להסתפק תמיד בתרופת הפיצויים. אימוצו של כלל כזה לא יבטיח יעילות כלכלית, והוא אף עלול לעודד הפרות אופורטוניסטיות של חוזים, וכך לפגוע בתמריץ להתקשר בחוזים מלכתחילה.<sup>55</sup> לעומת זאת, כלל משפטי המכיר עקרונית בזכות לאכיפה, צפוי לחזק את האמון ביחסים חוזיים ומסחריים, וכך לעודד השתתפות בפעילות השוק החופשי.<sup>56</sup>

#### 4. מעמד האכיפה במשפט הישראלי

6.24 עמדת המשפט הישראלי בוויכוח העקרוני שתואר לעיל מבטאת תמיכה ברורה וחד-משמעית בזכות לאכיפה. כפי שכבר צוין, על פי דברו הברור של המחוקק בסעיפים 2 ו-3 לחוק התרופות, אכיפת החוזה הינה זכות מוקנית של הנפגע מהפרת החוזה, ראשונה בין התרופות שקובע החוק. העלאת תרופת האכיפה למעמד של זכות שבדין, סימנה בשעתה תפנית בגישת דין החוזים הישראלי לסוגיית התרופות בגין הפרת חוזה. היא נחזתה אז, ובמידה רבה נחשבת גם כיום, כחידוש חשוב, אולי החשוב ביותר, של חוק התרופות. כך עולה מדברי השופט זוסמן בפסק דין שניתן ערב תחילתו של חוק התרופות:

לעודד את המפר להפר את החוזה. החלופה העדיפה היא פנייה ישירה של המפר אל הנפגע בהצעת פשרה כנה לפצותו על מכלול נזקי ההפרה. הצעה כזו תעמיד במבחן את ההנחה בדבר יעילות הצעד של ויתור על קיום העסקה, ותאפשר לנפגע, כאשר אי קיום החוזה אכן יעיל יותר, לשחרר את המפר תמורת פיצוי נאות. סירובו של הנפגע להצעת פשרה מעין זו או התנהגות אסטרטגית אחרת שמטרתה לזכות בפיצוי גבוה יותר מן הנזק, עשוי בנסיבות מסוימות להצדיק הפרה של החוזה ושליה של הזכות לאכיפה מטעמי צדק. לסוגיה ראו — בהקשר לפסיקת תשלום עונשי — את הדיון אצל אדר, תשלום עונשי, בעמ' 177, 312, 359–360.

55 במסקנה זו תומכים כיום מלומדים רבים, המכירים במגבלותיה של תרופת הפיצויים, מבחינת היכולת לספק פיצוי מלא על נזקיהן של הפרות חוזים. ראו לדוגמה: Sandra Chutorian, *Tort Remedies for Breach of Contract: The Expansion of Tortious Breach of the Implied Covenant of Good Faith and Fair Dealing into the Commercial Realm*, 86 COLUM. L. REV. 377, 391 (1986): "...the concurrence of limited liability and high transaction costs diminishes expectations that unfulfilled promises will be adequately compensated. This reduces the incentive to contract and impairs the efficiency of the market system..."; Daniel A. Farber, *Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract*, 66 VA. L. REV. 1143, 1476 (1980): "...difficulty of detection, costs of litigation, or difficulty in measuring compensatory damages may be so great as to make compensatory damages almost worthless as a means of inducing performance"

56 טיעון זה מובא אצל אדר, תשלום עונשי, בעמ' 287–288, כהצדקה להכרה בתשלום העונשי כתרופה על הפרות אופורטוניסטיות ומחפירות של חוזים. ראו גם לעיל § 6.18(44–46).

"עם חקיקת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 עלתה אכיפת חוזה שכמותה כביצועו בעין ממעמדה הנחות שבדין האנגלי. זכות אכיפה עומדת עכשיו בדרגה שווה עם פסיקת פיצויים, אם לא למעלה מזה, בעוד שעד כה לא היתה משמשת אלא סעד משני, כשאין בתשלום דמי נזק כדי לפצות את הצד שנפגע."<sup>57</sup>

אכן, עד מהרה התבססה בפסיקה הישראלית הגישה שלפיה תרופת האכיפה אינה רק התרופה הראשונה בסדר התרופות, כי אם גם התרופה הראשונה והעיקרית הניתנת במשפטנו במקרים של הפרת חוזה.<sup>58</sup> קיימת הכרה פסיקתית נרחבת בכך שלנפגע עומדת לא רק הזכות לפיצויים על נזקי ההפרה, כי אם גם הזכות לתבוע את קיום החוזה ככתבו וכלשונו, זאת – בדרך של אכיפתו על המפר.<sup>59</sup>

- 57 בג"צ 254/73 צרי חברה פרמצבטיה וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 384 (1974). והשוו לדברי השופט ברק בע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281, 292 (1979): "קבלת הסעד של אכיפה היא זכותו של הנפגע, ואין הסעד דבר התלוי בשיקול דעת של בית המשפט. ההבחנה האנגלית, שלפיה הפיצויים הם ענין שבזכות ואילו האכיפה היא ענין שבשיקול דעת, שוב אינה קיימת."
- 58 ראו לדוגמה ע"א 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד ל(1) 367, 373 (1975) (השופט ברנזון): האכיפה היא "הסעד הראשוני והעיקרי שהנפגע זכאי לו"; עניין פומרניץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 817 (הנשיא שמגר): סעד האכיפה הוא "[ה]סעד הראשון במעלה והראשוני בעדיפות..."; ע"א 3023/91 ינאי נ' יחיא, פ"ד מז(4) 773, 778 (1993) (השופט חשין): "...סעד האכיפה הוא ראשון בין מי שאינם שווים ונעלה הוא על סעדים אחרים." ראו גם בדומה: ע"א 455/82 מאיר נ' מזרחי, פ"ד לז(3) 579, 583 (1983); ר"ע 269/84 שפירא נ' שדמי, פ"ד לח(4) 664, 666 (1984); ע"א 108/84 סתם נ' מרקוביץ, פ"ד מב(1) 757, 765 (1988); עניין אדרס, לעיל ה"ש 43, בעמ' 256, 279; ע"א 822/88 לנר נ' דרונר, פ"ד מד(2) 167, 174 (1990); ע"א 3380/97 תמגר חברה לבניה בע"מ נ' גושן, פ"ד נב(4) 673, 688 (1998), ופסקי דין רבים אחרים. לדעה אקדמית שונה, שלפיה תרופת האכיפה אינה ראשונה במעלה בין התרופות השונות, ראו ידין, בעמ' 49, שטען כי למרות היותה של האכיפה ראשונה בסדר התרופות "...אין ללמוד מכאן על עדיפות משפטית של הראשונה על האחרות... מבחינה משפטית עומדות שלושתן במעמד אחד, זו ליד זו...". אך ראו מנגד זאב צלטנר "דיני חוזים בישראל (הוראות כלליות)" הפרקליט כח 329, 332 (התשל"ג), אשר ייחס חשיבות לעובדה שחוק התרופות מביא את תרופת האכיפה "כראשונה בין ההגדרות, ותרופותיו של הנפגע, וכן מקומה בראש פירוט סדר התרופות."
- 59 ראו את דברי השופט דורנר בע"א 8556/96 לוביאניקר נ' משרד האוצר, פ"ד מו(5) 289, 297 (1998): "כידוע, בשיטתנו המשפטית הסעד הראשוני על הפרת חוזה הינו אכיפה. גישה זו משקפת את התפיסה כי חוזים יש לקיים". והשוו לדברי השופט ברק בעניין אדרס, המובאים לעיל § 6.17(43), וכן לדבריו בעניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 542: "זכותו של הנפגע היא, שתהא אכיפה, שכן החוזה מטיל על המפר ביצוע 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." ראו גם את דברי הנשיא שמגר בע"א 3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח(2) 359, 363 (1993): "בתי המשפט מבקשים לטפח קיום חוזים ואינם אוהדים ביטולים

6.25 בכך נטש הדין הישראלי את התפישה המסורתית של המשפט האנגלו-אמריקני, שלפיה האכיפה היא תרופה משנית שיש לפוסקה רק כאשר תרופת הפיצויים אינה מתאימה.<sup>60</sup> מעתה אומצה הגישה הרווחת בשיטות יבשת אירופה. גישה זו רואה בהכרה בזכות לאכיפת החוזה תוצאה מתבקשת וטבעית של ההכרה בכוחו המחייב של החוזה.<sup>61</sup>

תפישה זו של החוזה, כמעניק זכות לאכיפתו בעין, עומדת בסתירה לתיאוריית ההפרה היעילה מבית מדרשה של האסכולה הכלכלית למשפט, שהוצגה לעיל. תיאוריה זו לא הרתיעה את בית המשפט העליון מלשוב ולאשש את מעמדה של האכיפה כתרופה ראשונה במעלה בין התרופות. בית המשפט שב ומדגיש בפסיקותיו את חשיבות הערך של קיום חוזים, לעתים תוך הסתייגות גלויה מן הגישה הכלכלית למשפט, מהנחותיה ומעקרונותיה.<sup>62</sup>

שרירותיים של חוזים, כאשר צד נוהג כאילו אין בהתקשרות החוזית כדי ליצור חיוב אשר אותו יש לכבד. כן ראו דברים שנאמרו בת"א (מחוזיים) 4399/02 דוד נ' לי מעון בע"מ, נבו, פסקה 6 (2004): "תפיסת חוק התרופות היא, כי החוזה הוא מכשיר משפטי להגשמת שאיפות הצדדים, כמקור לקיום החיובים הכלולים בו וכביטוי לתפיסה המוסרית כי חוזה יש לקיים. האכיפה גם מגינה על הצפיות הסבירות של הצדדים." ד"ר שירלי רנר ראתה בהכרת חוק התרופות בזכות לאכיפה סימן למגמה כללית של הקשחה ביציאה מתחום החבות החוזית, מגמה שהיא מצביעה עליה במאמרה: שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כ"א 33, 46–48 (התשנ"א).

60 שורשיה של גישה זו נעוצים בהיסטוריה של המשפט האנגלי שבו הסמכות ליתן צווי אכיפה – הן בחוזים והן בנוזיקין – הוכרה רק במסגרת דיני היושר (Equity) ולא במשפט המקובל (Common Law). כתוצאה מכך נתפשה האכיפה כסעד שירי הניתן לנפגע כעניין שבחסד והכפוף לשיקול דעת שיפוטי רחב – המופעל רק אם הוכיח הנפגע שאין די בפיצויים כדי לעשות עימו צדק. ההבחנה בין תרופות מן הדין (legal remedies) לבין תרופות מן היושר (equitable remedies) קיימת בשיטות האנגלו-אמריקניות עד היום, למרות שמבחינה פורמלית-דיונית אוחדו שתי מערכות הדינים כבר במהלך המאה ה-19. לסקירה היסטורית ולתפקיד שממלאים דיני היושר האנגליים בדיני התרופות המודרניים ראו בכלליות Dobbs, Yehuda Adar & Gabriela Shalev, *The Law of Remedies*, 23 *TULANE EUROPEAN & CIVIL LAW FORUM* 111, 116–117 (2008) (electronic version available at: <http://www.ejcl.org/121/art121-1.pdf>). לדין במבחן הדין (adequacy test) למתן צווי אכיפה, לביקורות מודרניות עליו ולמעמדו בארצות-הברית ראו Dobbs, בעמ' 86–97. לסקירה של דיני האכיפה האנגליים ראו CHITTY, בעמ' 1523–1570.

61 לדין השוואתי במעמדה של תרופת האכיפה במשפט הקונטיננטלי ראו TREITEL, בעמ' 47–74; סנילביץ, בעמ' 12–26; והשוו לניתוח הביקורתי של Yves-Marie Laithier, *The French Law of Remedies for Breach of Contract*, in *COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT* 103, 108–116 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005).

62 ראו לדוגמה את דבריו החריפים של השופט שלמה לוי בעניין אדרס, לעיל ה"ש 43, בעמ' 237: "תפיסתה של אסכולה זו מתעלמת, לעניינו, מהעובדה, שמדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוטים." הגישה הכלכלית נדחתה באופן נחרץ גם בפסק דינו של השופט ברק באותה פרשה. בסמוך להצגת טיעון ההפרה היעילה הוא אומר (שם, בעמ' 193

כפי שנראה להלן, הגישה המרחיבה כלפי הזכות לאכיפה באה לידי ביטוי גם בנטייתו של הפסיקה בישראל לעשות שימוש זהיר ומצמצם בסייגי האכיפה.

## ג. סייגי האכיפה

### 1. כללי

6.26 מיד לאחר ההצהרה על זכות הנפגע לאכיפה ברישא לסעיף 3 לחוק התרופות, בא הסיפא ומבהיר כי זכות זו כפופה לארבעה סייגים: סייג הנבצרות (סעיף 3(1)), סייג השירות האישי (סעיף 3(2)), סייג הפיקוח (סעיף 3(3)) וסייג הצדק (סעיף 3(4)). הנה כי כן, זכותו המוקנית של הנפגע לאכיפת החוזה על המפר אינה מוחלטת ואין היא חלה בכל הנסיבות ועל כל סוגי ההפרות ללא הבחנה. יתר על כן, חלק מסייגים אלה – והדברים יפים במיוחד לסייג הרחב הנוגע בצדקת האכיפה – פותח פתח רחב לפנייהם של שופטים המהססים ליתן צו אכיפה.

6.27 יחד עם זאת, חשוב להדגיש כי אין בקיומם של הסייגים כדי לפגוע במעמדה של האכיפה כזכות מוקנית של הנפגע. ראשית, למרות שיקול הדעת שהם מותירים לבית המשפט, אין הם אלא חריגים – יוצאים מן הכלל, המעידים על הכלל והראויים להתפרש ככל האפשר בצמצום.<sup>63</sup> חיזוק לתפישה פרשנית זו

278–279): "גישה זו אינה מקובלת עלי. היא נוגדת את תפיסתנו היסודית, לפיה אכיפה היא סעד שלו זכאי הנפגע... דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית. הם באו לאפשר חיי חברה תקינים... זאת ועוד: גם מבחינתה הפנימית של התיאוריה הכלכלית ספק אם מוצדק הוא לעודד הפרת חוזים 'בלתי יעילים', שהרי בעצם ההפרה קשורות 'הוצאות עיסקה' לשני הצדדים, כגון הוצאות ההתדיינות. הוצאות אלו... עשויות לנטרל את יעילותה הכלכלית של ההפרה." וראו בדומה את דברי השופט אנגלרד בעניין בסט ביי, לעיל ה"ש 13, בעמ' 192: "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 ולצווי-מניעה בנוסף לתשלום פיצויים... ואומנם, לטעמי, גם אם יש משקל לשיקולים הכלכליים, אין הם בבחינת חזות הכל במסגרת המשפט הפרטי שבמרכזו רעיון הצדק המתקן." ראו גם ע"א 11386/05 שרבט מלכיאל ובניו בנין לעם בע"מ נ' אלמוג, נבו, פסקה 14 (2007), שבו הבהיר השופט דוד חשין, בהקשר לשיקולי הצדק הנוגעים לתרופת הביטול, כי "לשיקולים תועלתניים-כלכליים טהורים יינתן, אם בכלל, משקל משני, מקום בו מתנגשים הם בתפיסות רווחות (ויש שיאמרו – אינטואיטיביות) של צדק."

63 ראו לדוגמה דברים שנאמרו בעניין דוד, לעיל ה"ש 59, בפסקה 10, בהתייחס לשימוש בסייג הצדק שבסעיף 3(4) לחוק: "סייג זה יש לפרש בצמצום, ראשית, בהיותו חריג לזכות הנפגע לצו אכיפה. שנית, מי שטוען לאי צדקתה של תרופת האכיפה הוא המפר ולכן יועדף בדרך כלל האינטרס של הנפגע ולא של המפר." השוו רע"א 1516/05 למיט אחזקות בע"מ נ' מנשה ח. אלשיר בע"מ, נבו, פסקה 5 (2005), שם נדחתה הטענה כי חוזה להפצת סיגריות

ניתן למצוא לא רק במבנה התחבירי של הוראת סעיף 3 לחוק התרופות. היא נתמכת גם ברעיון שהזכות לאכיפה, המושתתת על העיקרון בדבר קיום חוזים וכיבודם, משקפת ערך חברתי ראשון במעלה.<sup>64</sup>

שנית, עיון בפסיקה הישראלית מלמד על נטייה להימנע מהסתמכות יתר על חריגי האכיפה.<sup>65</sup> מגמה זו מנעה עד היום את הפיכתם של החריגים לאכיפה – לכלל, ושל הכלל (זכאות לאכיפה) – לחריג.<sup>66</sup>

שלישית, מבחינה דיונית, מוטלת מלאכת ההוכחה של יסודותיו העובדתיים והמשפטיים של סייג מסייגי האכיפה על המפר. בכך משתקף הבדל נוסף לעומת המצב שקדם לחוק התרופות: בעוד שבעבר נדרש הנפגע שביקש ביצוע בעין של חוזה שהופר להוכיח כי ראוי לזכותו בתרופה זו, נדרש כיום המפר, המתגונן בפני תביעת האכיפה, להוכיח כי הנפגע אינו זכאי לה.<sup>67</sup> זאת ועוד, סייגי האכיפה הם רשימה סגורה. משום כך אין המפר רשאי להעלות טענות נגד האכיפה שאינן נופלות לגדרו של אחד מסייגיה.<sup>68</sup>

כרוך במידה של אמון ההופכת אותו לחוזה ל"שירות אישי". זאת, במיוחד "לאור הפרשנות המצמצמת שיש ליתן לחריגים לסעד האכיפה, בהיותו הסעד הראשון במעלה שמקנים דיני החוזים בישראל בגין הפרת חוזה".

64 לטיעון זה ראו לעיל § 6.15–6.17.

65 נטייה זו ניכרת הן בהקשר לסייג הצדק (ראו להלן § 6.48(146)), הן בהקשר לסייג הפיקוח (ראו להלן § 6.45(134–133)) והן באשר לסייג הנבצרות, שאותו ניתן לעקוף לעתים באמצעות דוקטרינת האכיפה בקירוב (ראו להלן § 6.32(89)). הנטייה המצמצמת ניכרת בשנים האחרונות, אם כי במידה פחותה, גם בהקשר לסייג השירות האישי. ראו להלן § 6.41–6.38.

66 הפיכת חריגים לכלל באמצעות פרשנות ויישום מרחיבים היא תופעה מוכרת במשפט. ראו לדוגמה בהקשר לכרסום שחל באיסור המסורתי במשפט המקובל על פסיקת תשלום עונשי בתביעות חוזיות: Randy L. Sassaman, *Punitive Damages in Contract Actions: Are the Exceptions Swallowing the Rule?* WASHBURN L.J. 86 (1980). אצלנו הביע איל זמיר את העמדה שלפיה, בניגוד לרטוריקה הרווחת, בפרקטיקה השיפוטית והעסקית מעמדה של תרופת האכיפה נחות והשימוש בה נדיר, לפחות בהקשר לחוזי קבלנות. איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974 (מסדרת פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך) 677–679 (התשנ"ה).

67 כך הובהר כבר בראשית הדרך בעניין רבינאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 292, מפי השופט ברק: "...נקודת המוצא היא כי הנפגע זכאי לאכיפה, אלא אם כן המפר מרים את הנטל המוטל עליו, ומוכיח כי המקרה נופל לאחד מאותם חריגים המונעים אכיפה." השוו לדבריו בעניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 543: "חובת הראיה מוטלת על הטוען, כי נתקיימו החריגים לעקרון האכיפה." זאת ועוד: בתי המשפט הבהירו כי בהקשר זה אין די בהעלאת טענות סתמיות או ספקולטיביות. ראו לדוגמה את עניין פומרניץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 824, שם דחתה השופטת בן-פורת, בדעת רוב, טענה סתמית של הקבלן-המפר שלא הוכחה כדבעי, כי ביצוע צו האכיפה עלול לגרום נזק לבניין.

68 על כן דחה בית המשפט העליון בע"א 100/87 סלאמה נ' בשר, פ"ד מו(2) 409, 415 (1992), את טענת השיהוי שהעלו שם מפירי החוזה, מקום שבו לא הועלתה כל טענה אחרת בדבר התקיימות אחד הסייגים לזכות האכיפה (כגון סייג הצדק).

את גישתו העקרונית של חוק התרופות כלפי סייגי האכיפה סיכם השופט ברק בפרשת רבינאי:

“הן האכיפה והן הפיצויים הן תרופות שהנפגע זכאי להם, ואין בית-משפט רשאי למנוע אותן אלא במסגרות הקבועות בחוק. ...נקודת המוצא היא כי הנפגע זכאי לאכיפה, אלא אם כן המפר מרים את הנטל המוטל עליו, ומוכיח כי המקרה נופל לאחד מאותם חריגים המונעים אכיפה.”<sup>69</sup>

## 2. סייג הנבצרות

6.28 סעיף 3(1) לחוק קובע, שלא יינתן צו לאכיפת החוזה או לאכיפת חיוב שבו כאשר “החוזה אינו בר-ביצוע”. המועד לבחינת התקיימותו של סייג הנבצרות — ושל שלושת סייגי האכיפה האחרים — הוא מועד פסק הדין.<sup>70</sup> צו שיפוטי המורה על אכיפה שאינה בת-ביצוע בעת מתן הצו הוא צו סרק, ובית המשפט יימנע מלהעניק לנפגע צו כזה.<sup>71</sup>

נבצרות-ביצוע מתקיימת בבירור כל אימת שלא ניתן, מבחינה פיסית, לבצע את החיוב החוזי ככתבו וכלשונו. לדוגמה: הנכס מושא העסקה היה נכס ייחודי, שהושמד או שאבד ולכן לא ניתן עוד לספקו (כגון יצירת אמנות שנגנבה או שנהרסה).<sup>72</sup>

6.29 אולם בגדר הסייג הנדון נכללים גם מצבים שבהם המניעה להעביר את הנכס או את הזכויות בו אינה פיסית, אלא משפטית. כך יקרה, לדוגמה, כאשר על הנכס מושא החוזה הוטל צו הפקעה שניתן כדין או כאשר ייעודו של הנכס על

69 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 292.

70 ראו גם דיין, בעמ' 55: “הקובע הוא שבזמן שצו האכיפה צריך היה להינתן נמצא שהחוזה אינו בר-ביצוע.”

71 ראו ע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 250 (1984), שם ציין השופט בייסקי כי “אין לזכותם [את המערערים] בצו אכיפה, משהתברר באורח מוחלט, כי האכיפה אינה בת-ביצוע, וכל צו בנדון בבחינת צו סרק יהיה”. כך היה המצב גם לפני חוק התרופות (לגבי צו ביצוע בעין): ראו ע"א 147/63 אגייב נ' פ' ו' ב', פ"ד יז 2192, 2196 (1963).

72 דוגמה שונה למניעה פיסית היא מות החייב — או הנושה — כאשר החיוב שהופר הוא בגדר שירות שהיה על החייב לבצעו (או שהיה על הנושה לקבלו) באופן אישי. ראו לדוגמה ע"א 865/76 לופז נ' שושני, פ"ד לא(3) 748, 752 (1977), שם נפסק כי מותו של חייב אינו הופך את קיום החוזה לבלתי אפשרי, כאשר מדובר בחיוב לשלם כסף. חיוב זה עובר עם מות החייב אל עזבונו ואל יורשיו, וניתן לביצוע על ידיהם.

פי חוקי התכנון והבנייה אינו מאפשר לעשות בו שימוש למטרות שעליהן הוסכם בחוזה.<sup>73</sup>

בדומה, כאשר זכויות הקניין בנכס המובטח הועברו בשלמותן מהמוכר לאדם שלישי שרכש בהן בעלות בתום לב ובתמורה,<sup>74</sup> או כאשר אין למוכר זכויות כלשהן בנכס המובטח והוא אינו יכול לרכוש זכויות כאלה, לא יוכל הנפגע לזכות בצו לאכיפת החוזה ויאלץ להסתפק בפיצויים. הוא הדין במצב שבו ביצוע החוזה תלוי בהסכמתו של אדם שלישי, המסרב ליתן הסכמה זו.<sup>75</sup> במצבים אלה ודומיהם אין אפשרות חוקית לקיים את החוזה, ולפיכך לא יינתן צו לאכיפתו.<sup>76</sup> נזכיר, כי האחריות החוזית היא, ככלל, מוחלטת. לפיכך, מצבים של נבצרות

73 ראו לדוגמה ע"א 4796/95 אלעזר נ' אלעזר, פ"ד נא(2) 669, 677 (1997), שבו נשללה מהנפגע זכותו לאכיפה, בין היתר משום שהתעורר ספק אם ניתן לבצע את העסקה (שחייבה חלוקת המקרקעין) על פי דיני התכנון והבנייה. השוו לע"א 4781/01 מדינת ישראל נ' סנפיר השקעות בע"מ, נבו (2003). במקרה זה נדונה תביעה שהגיש יום פרטי לאכיפתו של פרויקט בנייה, שעל הקמתו הוסכם בינו לבין משרד השיכון 30 שנה קודם לכן. עובר לדיון טרם בוצע הפרויקט והוא אף נמסר (תוך הפרת החוזה) על ידי המשרד לזום אחר. משרד השיכון התנגד לביצוע הפרויקט וטען כי שינויים בתכנית הפרויקט אינם מאפשרים להוציא אל הפועל במתכונתו המקורית. טענה זו נדחתה בבית המשפט המחוזי, שסבר כי לא חל "שבר" של ממש בתכנית החוזית. בית המשפט העליון קיבל את ערעור המשרד וקבע, מפי השופט אנגלרד, כי "התכלית הבסיסית שהדריכה את המדינה בשנות השבעים ושעמדה במפורש בבסיס ההסכמים שונה מהותי מזו העולה מן הפרויקט החדש". לפיכך נקבע כי "אין כל אפשרות 'לאכוף' את ההסכמים המקוריים באמצעות [ביצוע] פרויקט זה", בלא לערוך שינויים מהותיים בהסכם המקורי (ובפרט – בתנאי התמורה שנקבעו בו). שם, בפסקה 13. נעיר, שאלמלא היו השינויים מהותיים, קרוב לוודאי שניתן היה להורות במקרה זה על "אכיפה בקירוב" (ראו להלן § 6.94 ואילך).

74 זאת, להבדיל ממצב שבו זכויות הקניין טרם הועברו אל הצד השלישי. במצב האחרון העברת הזכויות אל הקונה היא אפשרית, אף שהיא עשויה לעורר קושי בשל אינטרס הצד השלישי. ראו סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, ס"ח 259 (להלן: חוק המקרקעין). הדין בעסקות נוגדות. לדיון נרחב בהוראה זו וביחסים המורכבים שבין הצדדים לעסקות נוגדות ראו ד"ר 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253 (1981). לבעיה בכלליות ראו גם LEAH DOUKHAN LANDAU, EQUITABLE RIGHTS TO LAND AND THE REMEDY OF SPECIFIC PERFORMANCE OF CONTRACTS FOR THE SALE OF LAND (1968).

75 זו היתה אחת הסיבות לביטול צו האכיפה בעניין אלעזר, לעיל ה"ש 73. בנסיבות אלו מקרה, חיובו של המפר להעביר לנפגע זכויות חכירה ובנייה במקרקעין התברר כבלתי אפשרי מבחינה חוקית, לנוכח התנגדותו (הלגיטימית) של מינהל מקרקעי ישראל להעברה כזו.

76 בקטגוריה זו נכללים לכאורה גם מצבים שבהם עובר לכריתת החוזה כבר היתה ההסכמה על ביצוע החיוב מנוגדת לחוק או לתקנת הציבור. ברם, לפי סעיף 30 לחוק החוזים, חיובים בחוזה פסול הינם בטלים. לפיכך, אין מקום לדבר על הפרה של חיובים כאלה, ושאלת נבצרות הביצוע אינה מתעוררת. חריג לכך יחול במקרים שבהם החוק שונה לאחר כריתת החוזה, כך שההסכמה הפסולה הפכה מאוחר יותר לחוקית. במצב זה ניתן יהיה להורות על קיומו של החיוב מטעמי צדק בהתאם לסעיף 31 לחוק החוזים, למרות שמתחילה היה החוזה בטל. לדעה דומה ראו ידין, בעמ' 55.

כגון אלה שתוארו לעיל ייחשבו בדרך כלל כהפרה של החוזה, אפילו לא היה המפר אשם ביצירת המניעה הפיסית או המשפטית. הנפקות המעשית היא שהנפגע יהיה זכאי לתרופות אחרות בשל ההפרה, גם בהיעדר אפשרות לאכוף על המפר את החוזה שהופר. עם זאת, כאשר לא ניתן היה למנוע או לצפות את הנסיבות שהפכו את האכיפה לבלתי־אפשרית, עשויה לקום למפר הגנה של סיכול החוזה לפי סעיף 18(א) לחוק התרופות. במקרה כזה תישלל מהנפגע לא רק הזכות לאכיפת החוזה, כי אם גם הזכות לפיצויי קיום בגין הפרתו.<sup>77</sup>

זאת ועוד: לעניין נבצרות הביצוע אין חשיבות לשאלה אם המניעה הפיסית או המשפטית היתה קיימת כבר עובר לכריתת החוזה (ונתבררה רק בדיעבד) או שהיא נוצרה מאוחר יותר; כשם שאין חשיבות לשאלה אם המפר עצמו אחראי ליצירת המצב שבו נבצר ממנו לקיים את חיוביו — או שאחראי לכך גורם אחר.<sup>78</sup> די בכך שלא ניתן לקיים את החיוב כדי שבית המשפט יימנע מלהורות על אכיפתו.

6.30 עם זאת, ראויים להדגשה שני מצבים שבהם לא יחול סייג הנבצרות. ראשית, כדי שבית המשפט יסרב ליתן צו אכיפה במסגרת סייג זה, נדרש כי לא יהיה ניתן לקיים את החיוב כלל, להבדיל ממצב שבו ניתן לקיימו, אם כי באיחור.<sup>79</sup> במצב מהסוג האחרון, יורה בית המשפט על קיום החוזה או על סילוק תוצאות ההפרה בהקדם האפשרי, ואין רואים את האכיפה כבלתי אפשרית.<sup>80</sup> יתר על כן: גם אם אין האכיפה בת־ביצוע כלל במועד מתן הצו, אך נראה שבעתיד תוסר המניעה, עשוי בית המשפט לדחות את כניסתו לתוקף של צו האכיפה ובכך להתגבר על הקושי ולהעניק לנפגע את צו האכיפה המבוקש.<sup>81</sup>

77 זאת, להבדיל מפיצויי הסתמכות, שאותם מוסמך בית המשפט לפסוק לנפגע לפי שיקול דעתו מכוח סעיף 18(ב) לחוק התרופות.

78 זו היתה דעת ידין, בעמ' 55, שאומצה על ידי השופט בייסקי בעניין לסרסון, לעיל ה"ש 71, בעמ' 250. השופט בייסקי הזכיר שם את עניין אגיב, לעיל ה"ש 71, שבו נקבע כי לא יינתן צו לביצוע בעין של חוזה שאינו בר־ביצוע, אפילו היה המפר זה שגרם לנבצרות הביצוע.

79 כך יהיה למעשה בכל תביעה לאכיפה, להוציא מצבים של הפרה צפויה שבהם, עובר למתן צו האכיפה, טרם חלף מועד הקיום.

80 תוצאה זו ניתן להצדיק באמצעות פנייה לסעיף 4 לחוק, המתיר לבית המשפט לקבוע תנאים באכיפה או, לחלופין, באמצעות תורת ה"אכיפה בקירוב", המתירה סטייה מסוימת מהקיום הדווקני של החוזה. לתמיכה בדברים אלה (ולהסתמכות עליהם) ראו את דברי השופט גולדברג בע"א 256/89 פרץ נ' כובס, פ"ד מו(3) 557, 568 (1992) (להלן: עניין כובס): "משנוצר מצב שכזה, בו אכיפה במועד החוזי אינה אפשרית עוד, אין מניעה כי בית המשפט יצווה על קיום חיובי שני הצדדים במועד מאוחר יותר... אך הגיוני הוא, כי חוסר האפשרות לצוות על קיום החיוב במועדו (מצב שיכול להיות שכח עקב פרק הזמן שחולף עד למתן פסק הדין) לא יכול למנוע כליל את השימוש בסעד האכיפה או במכשיר הקבוע בסעיף 4...".

81 לדין בסמכות להורות על אכיפה דחוייה ראו להלן § 6.101 ואילך.



שנית, סייג הנבצרות אינו חל במצבים שבהם האכיפה — אף שהיא אפשרית — אינה מעשית או אינה סבירה<sup>82</sup> משום שהיא מטילה מעמסה — אפילו מעמסה כבדה — על המפר, על צדדים שלישיים או על בית המשפט.<sup>83</sup> במצבים אלה יימצא הערוץ המשפטי לתקיפת הזכות לאכיפה לא בסייג הנבצרות כי אם בסייגיה האחרים של האכיפה: סייג השירות האישי, סייג הפיקוח או סייג הצדק.<sup>84</sup>

6.31 שאלה מעניינת מתעוררת כאשר קיום החוזה הוא אפשרי, אלא שבשל שינוי הנסיבות אין הוא משרת עוד את תכליתו המקורית. לדוגמה: לאה תובעת מרחל להשלים את הקמתו של מבנה מגורים שרחל החלה להקים בעבור לאה על קרקע, אשר ייעודה שונה במהלך ההקמה ממגורים למסחר.<sup>85</sup> הרשאית רחל להתגונן בפני תביעת האכיפה בטענה שזו אינה עוד בת-ביצוע באשר לאה לא תוכל בעתיד לעשות שימוש במבנה שיוקם לתכליתו המקורית?<sup>86</sup> נראה לנו כי במקרים

82 השוו לסעיף 9 לחוק התרופות ולסעיף 21 לחוק החוזים, השוללים במפורש השבה בעין כאשר זו אינה אפשרית או אינה סבירה. וראו בדומה גם סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, ס"ח 42 (להלן: חוק עשיית עושר).

83 לדוגמה: המפר הקים קיר בבית משותף תוך כדי חריגה מתכניות הבנייה. הסרת הקיר אפשרית אך היא כרוכה בעלויות כספיות גבוהות ובאי נוחות לדיירי הבניין (ראו את עניין פומרנץ, לעיל ה"ש 14, שם נדחתה טענה דומה); המפר מיצה את זכויות הבנייה במקרקעין תוך הפרת התחייבות לחלוק בקרקע עם הנפגע, ואכיפה כרוכה בהריסת ביתו של המפר (ראו את עניין אלעזר, לעיל ה"ש 73). אין אנו מסכימים אפוא עם דברי השופט ביניש באותה פרשה (בפסקה 8), שלפיהם: "ספק אם בנסיבות אלו, כאשר אכיפת החוזה משמעה הריסת המבנה שנבנה על ידי המערער, אין לומר כי אכיפת החוזה אינה אפשרית, כאמור בהוראת סעיף 1(3) לחוק החוזים (תרופות)". והשוו בהקשר נזיקי לע"א 9474/03 יורם גדיש תשתית ובנייה (1992) בע"מ נ' מוסא, נבו (2006), שם נדונה השאלה כיצד יש לנהוג במסיג גבול שכרה בור במקרקעי הנפגע, אלא שהנוק הממוני לבעל הקרקע נמוך מאוד בהשוואה לעלויות שיידרשו מן המעוול לשם השבת המצב לקדמותו.

84 אם כי לעתים עשוי להיטשטש הגבול שבין חוסר מעשיות לבין נבצרות מוחלטת. ראו את עניין לסרסון, לעיל ה"ש 71, בעמ' 249-250, שם ראה השופט בייסקי ב"העדר אפשרות מעשית כלשהי לבנות כעת מגדל ביטחון" על גבי בניין שבנייתו כבר הושלמה, משום עילה לדחיית תביעה לאכיפה על יסוד סעיף 1(3) לחוק התרופות. והשוו לע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט(1) 485, 511 (1995), שם קבעה השופטת שטרסברג-כהן, באנלוגיה לדיני התרופות, כי הסכמתו של בעל להפריה חוץ-גופית בגופה של אשתו הפכה לחיוב שאינו כרי-ביצוע עם התמוטטות חיי הנישואין של בני הזוג (שכן ההסכמה המקורית הניחה חיי זוגיות תקינים). נעיר, כי להסתמכות על סייג הנבצרות עשוי להיות יתרון רטורי, מבחינתו של בית המשפט, על פני פנייה לסייגים אחרים. זאת, שכן הסתמכות כזו מאפשרת לשלול את האכיפה בנימוק טכני לכאורה, בלא לנקוט עמדה בשאלת הצדק או היעילות שבאכיפה. הטיעון מועלה בספרו של זמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 679, בהערה 32.

85 המניע של לאה לדרישה זו יכול להיות, לדוגמה, כוונתה למכור את המקרקעין כשעליהם מבנה מגורים גמור, שבו יוכל מי שיקנה את המבנה לעשות שימוש גם לצורכי מסחר.

86 ודוגמה שונה: ראובן הפר חיוב להדפיס ולמכור לשמעון חולצות וכובעים לקראת אירוע

מסוג זה, כל עוד אין מניעה חוקית או פיסית מלבצע את החיוב המקורי, לא יחול סייג הנבצרות. ההצדקה לכך נעוצה בעובדה שמנקודת מבטו של המפר אין בדרך כלל חשיבות לשאלה מהי התכלית שלשמה הוזמנו שירותיו (כל עוד התכלית אינה נוגדת את החוק). יחד עם זאת, כאשר קשה לזהות אינטרס לגיטימי של הנפגע בעמידה על ביצוע החוזה המקורי, ייתכן שבית המשפט יוכל להסתמך על סייג הצדק או על עקרון תום הלב כדי לחסום את תביעת האכיפה של הנפגע.<sup>87</sup> לחלופין, יוכל בית המשפט להורות על אכיפת החוזה בקירוב או להתנותה בתנאים.

6.32 לסיום, מן הראוי להצביע על מספר דוקטרינות העשויות לחול במצבים שבהם מתקיים סייג הנבצרות. ראשונה – דוקטרינת הסיכול, הקבועה בסעיף 18 לחוק התרופות. במצב שבו נבצרות החוזה אינה בשליטתו של המפר ונגרמה שלא באשמתו, פוטר דין הסיכול את המפר לא רק מאכיפת החוזה אלא גם מהחבות בפצויי קיום.<sup>88</sup>

שנייה נזכיר את דוקטרינת ה"אכיפה בקירוב". זו עשויה, במקרה של נבצרות הקיום, לאפשר אכיפה של החוזה תוך עריכת שינויים מסוימים בחיובי הצדדים.<sup>89</sup> שלישית ואחרונה – דוקטרינת תחליף הקיום, המעוגנת במשפטנו בסעיף 52 לחוק החוזים. מוסד משפטי זה מאפשר לנפגע – כאשר אירוע שהפך את קיום החוזה לבלתי אפשרי הצמיח למפר זכות לפיצוי או לשפוי כלפי אדם שלישי (לדוגמה: תגמולי ביטוח) – לתבוע מהמפר להעביר אליו את הזכות. זאת, כתחליף לביצוע החיוב שקיומו הפך לבלתי אפשרי.<sup>90</sup>

ספורטיבי, שמועדו חלף. למרות זאת, תובע שמעון מראובן לספק לו את החולצות. האם בנסיבות אלה יוכל ראובן להתגונן מפני תביעת האכיפה של שמעון בטענה כי החיוב המקורי אינו בר-ביצוע, כאשר תכליתו אינה ניתנת עוד למימוש?

87 אכן, בעניין סנפיר, לעיל ה"ש 73, בפסקה 13, ציין השופט אנגלרד כי לו היה צורך בכך לא היה מהסס לקבוע שהאכיפה אינה צודקת. עובדות פסק הדין מתוארות לעיל, בה"ש 73.

88 ראו סעיף 18(א) לחוק התרופות. לדיני הסיכול ראו בהרחבה שלו, פרק 25.

89 ראו להלן § 6.94 ואלך.

90 לדוגמה: מוכר התחייב למכור רכב שבבעלותו, אך הרכב נהרס לחלוטין בתאונה. אם בעקבות התאונה זכאי המוכר לתגמולי ביטוח ממבטח, יוכל הקונה לתבוע, כתחליף קיום, את תגמולי הביטוח. הרעיון המצדיק את דוקטרינת "תחליף הקיום" שאוב מדיני עשיית עושר ולא במשפט: רואים את התעשרותו של המפר בעקבות האירוע המסכל כהתעשרות שבאה על חשבוננו של הנפגע, ומכאן שעליו להשיבה לידיו. לדיון קצר בדוקטרינה זו, המעוגנת במשפט הגרמני בסעיף 285 ל-B.G.B., ראו דניאל פרידמן "ריבוי חייבים" דיני חיובים: חלק כללי, 155, 212–213 (דניאל פרידמן עורך, התשנ"ד). בע"א 5628/99 מרקין נ' משה, פ"ד נז(1) 14, 21 (2002), התקבלה הטענה כי חוזה מכר סוכל בשל הפקעה של המקרקעין. השופט אנגלרד ציין כי לו היתה ההפקעה מזכה את המוכר בפצויי הפקעה, כי אז זכאי היה הנפגע, לפי סעיף 52 לחוק החוזים, לתבוע לעצמו פיצויים אלה עד כדי שווי אינטרס הקיום שלו. להפעלת הסעיף הלכה למעשה ראו: ת"ק (שלום-ת"א) 6700/00 כדיר נ' דיזנהויז

## 3. סייג השירות האישי

(א) כללי

6.33 הסייג השני לזכות האכיפה קבוע בסעיף 3(2) לחוק התרופות והוא שולל אכיפה שתוצאתה המעשית היא כפייה על המפר "לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי". הסייג הנדון יוצר אפוא הבחנה בין עבודה ושירות אישיים שלא ייאכפו, לבין עבודה ושירות שאינם אישיים ואשר ניתן לכפות את ביצועם על המפר.<sup>91</sup> השאלה העיקרית שמעורר סייג זה נוגעת, מטבע הדברים, לפירושם הראוי של המושגים "עבודה אישית" ו"שירות אישי". בטרם תיבחן שאלה זו, מן הראוי לעמוד בקצרה על מספר עניינים הנוגעים להיקף תחולתו של הסייג הנדון והעולים מנוסחו של סעיף 3(2) לחוק התרופות.

6.34 ראשית, אין ההוראה הנדונה מבחינה בין עבודה לבין שירות הניתן מחוץ לגדרם של יחסי עבודה. סייג השירות האישי חל אפוא הן על עבודה או שירות אישיים הניתנים במסגרתו של חוזה עבודה והן על כאלה הניתנים במסגרת חוזה קבלנות. במילים אחרות, ההבחנה שעורך החוק אינה נוגעת לסיווגו הכללי של החוזה שבמסגרתו ניתנים השירות או העבודה (חוזה עבודה "אישי", "הסכם קיבוצי", "חוזה קבלנות", וכיוצא באלה), כי אם באופיו של החיוב הספציפי שהנפגע מבקש לכפותו על המפר מכוח צו האכיפה. מכאן, שחיוב "אישי" יכול להימצא גם בחוזה אשר, בהכללה, קשה לאפיין אותו כחוזה למתן "שירות אישי" (לדוגמה, חוזה בנייה), ממש כשם שחיוב שאינו אישי עשוי להיכלל לא רק בחוזה קבלנות אלא גם בחוזה עבודה "אישי".<sup>92</sup>

סיטונאי תיירות בע"מ, נבו, פסקה 8 (2001). באותו מקרה חויבה סוכנות נסיעות מכוח סעיף 52 לחוק החוזים בהשבת כספים שבהם זכתה בשל ביטול חלק משירותי התיירות שאותם לא סיפקה לתובעים בשל קיצור משך הנופש. ראו גם ת"א (שלום-חדרה) 1707/00 ג.מ.ע. סוכנויות בע"מ נ' עופר, נבו, פסקה 8 (2002). במקרה זה, ניזוק רכבו של הנתבע-המוכר באופן שמנע את קיום החיוב להעביר את הרכב לידי הקונה-התובעת. נפסק, כי הקונה זכאית לתגמולי הביטוח מחברת הביטוח של המוכר, וזאת – נוסף לפיצוי מוסכם שנקבע בחוזה בגין ההפרה.

91 במשפט הגרמני קובע הקודקס האזרחי סייג לאכיפה כאשר זו מחייבת את המפר לקיים את החוזה באופן אישי וכאשר אין זה סביר לדרוש זאת מהמפר, בהתחשב במשקלו של אינטרס הנפגע בקיום החוזה בעין. B.G.B. § 275(3).

92 כך סבר גם ידין, בעמ' 57: "האבחנה בין 'חוזה שירות' ובין 'חוזה לשירותים' והאבחנה בין עובד שכיר לקבלן עצמאי... אין להן נפקות בסוגיה דנן, המבוססת על האופי האישי של העבודה או של השירות ולא על טיב היחסים החוזיים בין הצדדים." ברם, כפי שיובהר בהמשך, הפסיקה נטתה דווקא לעבר הכללות אלה וקבעה כי, על פי רוב, שירות או עבודה שנותן קבלן עצמאי אינם בגדר שירות "אישי", בעוד ששירות או עבודה שנותן עובד יקיימו בדרך כלל את הסייג הנדון. ראו להלן § 6.36 ואילך.

שנית, אין הסייג הנדרש מבחין בין צו האוכף על המפר ליתן שירות או עבודה אישיים לבין צו המחייב אותו לקבל אותם: בשני המקרים כאחד אין להורות על אכיפת החיוב האישי.<sup>93</sup>

6.35 שלישית, ומן העבר האחר, יושם אל לב כי אין ההוראה פוגעת בסמכות בית המשפט ליתן צו שיורה למפר להימנע מלספק שירות או עבודה אישיים לאדם אחר, כאשר התחייבות שלילית כזו מעוגנת בחוזה. צווי מניעה מהסוג הנזכר ניתנים לעתים בבתי הדין לעבודה (נגד עובדים), ובבתי המשפט האזרחיים (נגד ספקים ונותני שירותים), כפוף להגבלות שישודך בהגנה על חופש העיסוק של העובד ועל האינטרס הציבורי בקיום תחרות חופשית.<sup>94</sup>

קושי מיוחד מעוררים המצבים שבהם היענות לבקשה לצו מניעה מן הסוג שתואר עלולה להביא לתוצאה מעשית השקולה למתן צו עשה נגד המפר – המורה לו להמשיך ולספק את העבודה או את השירות. כך יקרה, לדוגמה, כאשר צו המניעה מגביל את אפשרויות התעסוקה או את דרכי הפעולה העסקיות של

93 ראו, לפני חוק התרופות, את דברי השופט זילברג בע"א 135/52 רגבי נ' מנהל הרכבת, פ"ד ז 333, 335 (1953): "בית המשפט... אינו כופה את העובד לעבוד, וממילא גם אינו כופה את המעביד להעביד." אך כיום נודעת משמעות להבחנה בין כפייה על המעביד לכפייה על העובד. כפי שנראה, כפייה מהסוג הראשון היא היום אפשרית בעוד שהאחרונה אינה מותרת בשום מקרה. ראו להלן § 6.39.

94 ראו לדוגמה רע"א 672/96 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' רכטמן, פ"ד נגד (5) 25 (1999), שם אושרה הגבלה בתקנון "אגד" המונעת מחבר שפרש פרישה מוקדמת לעבוד כנהג במשך שלוש שנים לאחר הפרישה. כן ראו ע"א 2600/90 עלית חברה ישראלית לתעשיית שוקולד וסוכריות בע"מ נ' סרנגה, פ"ד מט(5) 796, 809 (1996), שם ניתן תוקף לתניית סודיות (אם כי זו קוצרה מחמש שנים לשנתיים), ונקבע כי "הגבלה חוזית תקפה על חופש העיסוק צריך שתהא הוגנת מבחינת היחסים שבין הצדדים ושלא תפגע באינטרס הציבורי". נקודת האיזון החוקתית בכל הנוגע לתוקפן של הגבלות על חופש העיסוק ועל חופש התחרות השתנתה אצלנו באורח ניכר מאז שנפסקו ההלכות בעניין סער, לעיל ה"ש 42, ובע"ע (ארצי) 164/99 פרומר וצ'ק פוינט נ' רדגארד בע"מ, פד"ע לד 264, 312 (1999). הלכות אלה קבעו, כי בהיעדר אינטרס ספציפי של המעביד בשמירה על סודות מקצועיים, על רשימת לקוחות, וכיוצא באלה, אין למעביד אינטרס לגיטימי בהגבלת חופש העיסוק של העובד. לפיכך, יגבר חופש זה על חופש ההתקשרות של הצדדים לקבוע הגבלות כאלה בחוזה שביניהם. על השינוי בנקודת האיזון החוקתית עמד בית המשפט העליון בע"א 6378/03 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' מורון, פ"ד נט(5) 920, 925–926 (2005) (השופט נאור), ובעמ' 931 (השופט רובינשטיין). הרחבה מסוימת של החופש להגביל עיסוק ניכרת בפסק דינו של בית הדין הארצי לעבודה בע"ע (ארצי) 189/03 גירית בע"מ נ' אביב, פד"ע לט 728 (2004), שם ניתן תוקף לתניה בדבר איסור על תחרות למשך שנה מתום יחסי העבודה, גם בהיעדר פגיעה בסוד מקצועי. אסמכתאות נוספות נזכרות לעיל בה"ש 13. לסקירות בנושא ראו מנחם גולדברג "חופש העיסוק: מזכות יסוד לחוק יסוד" הפרקליט מא 291 (התשמ"ג-התשמ"ד); נילי כהן "תחרות מסחרית וחופש עיסוק" עיוני משפט יט 353 (התשנ"ה).

המפר באופן כה ניכר, עד כדי שלילת התמריץ להפרת החוזה.<sup>95</sup> במצב כזה עלול מתן צו המניעה לגרום למעשה, אם גם לא להלכה, לכפייה של חיוב לעשות או לקבל שירות אישי. כאשר זוהי התוצאה המעשית המסתברת של הענקת צו המניעה, ייתכן שעל בית המשפט לשקול להימנע מלתיתו, כדי לא להימצא מעניין לנפגע אכיפה בניגוד למצוותו של סעיף 3(2) לחוק התרופות.<sup>96</sup>

(ב) שירות אישי ביחסי עובד-מעביד

6.36 בית המשפט העליון אימץ בעבר פרשנות מרחיבה למדי למושג "שירות אישי", לפחות בתחום יחסי העבודה. על פי גישה זו – אשר ביטוי מובהק ניתן לה בפסק הדין המנחה בפרשת צרי<sup>97</sup> – כל עבודה הנותנת ביטוי לכישרו או לתכונותיו האישיות של העובד היא עבודה "אישית" או "שירות אישי". בניסוח אחר: כל עובד שנבחר על ידי הצד השני לחוזה כדי שהוא עצמו יבצע, כמו ידיו, את החיובים שנטל על עצמו – הוא אדם המספק "שירות אישי". לפיכך, בפרשת צרי עצמה נקבע, כי לא ניתן לחייב מפעל לתרופות לשוב ולהעסיק רופא ששימש

<sup>95</sup> ה-*locus classicus* למצב כזה הוא פסק הדין המפורסם בעניין Lumley v. Wagner [1852] 42 E.R. 687. באותו מקרה, צו מניעה שאסר על זמרת אופרה מפורסמת לשיר בבית אופרה מתחרה גרם בפועל לכך שאותה זמרת הסכימה לשוב ולשיר בבית האופרה שכלפיו התחייבה קודם לכן. לדיון בפסק הדין ובתפקיד שמילא בפיתוח דיני התרופות של המשפט המקובל ראו STEPHEN WADDAMS, DIMENSIONS OF PRIVATE LAW 23–39 (2003).

<sup>96</sup> קושי זה אינו מתעורר אם החיוב שהמפר ייאלץ לקיים כתוצאה ממתן צו המניעה אינו חיוב אישי. לדוגמה: חיוב של קבלן בניין להקים מבנה בעבור המזמין (חיוב שהקבלן ייאלץ לקיים אם ייאסר עליו לבנות בעבור גורמים אחרים פרט למזמין). אצלנו התעוררה השאלה הנדונה בטקסט בפסקי דין שעסקו במתן צווי מניעה זמניים. ראו לדוגמה ע"א 649/77 הוועד הציבורי להקמת ישיבת פורת יוסף בעיר העתיקה נ' ספדיה, פ"ד לב(3) 780 (1978) (אושר צו מניעה זמני נגד מזמין, האוסר עליו לבצע שינויים במבנה ללא תיאום עם האדריכל המתכנן, עד להכרעה בזכויות הצדדים בהליך בוררות); עניין דור אנרגיה, לעיל ה"ש 43 (ניתן צו מניעה זמני האוסר על בעל תחנת דלק להיזקק לשירותיה של חברת דלק מתחרה, צו שתוצאתו המעשית היתה אכיפה זמנית של החוזה עם חברת הדלק הנפגעת). והשוו לע"א 144/77 סעדיה מנדל אדריכלים בע"מ נ' החברה לשיקום ולפיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד לא(3) 449 (1977) (נדחתה בקשת אדריכל לצו מניעה נגד מזמין, שכן החוזה לא העניק זכות וטו לאדריכל כאשר לשינויים במהלך הבנייה). מעניין לציין שבשני המקרים הראשונים ניתן צו המניעה למרות שדובר בעסקות ארוכות טווח הכרוכות ביחסי אמון בין הצדדים. עם זאת, בשניהם דובר בהליכי ביניים, ולא בהכרעות סופיות. האיסור על מתן צווי מניעה שיש בהם משום אכיפה עקיפה של חוזים למתן שירות אישי מושרש במסורת האנגלו-אמריקנית. לדיון בסוגיה בהקשר ליחסי עובד-מעביד ראו לדוגמה: Dobbs, "enforcement of the negative promise should not be used to coerce : 855–854", performance of the affirmative promise" כן ראו: ALLAN E. FARNSWORTH, FARNSWORTH, ON CONTRACTS 186 (3<sup>rd</sup> ed., 2004); RESTATEMENT, § 367(2), comment c.

<sup>97</sup> לעיל ה"ש 57.

כתועמלן במפעל ושפוטר מעבודתו. זאת, גם בהנחה שהפיטורים היו שלא כדין. בלשונו של השופט זוסמן:

“אין ספק בכך שהחווה הנטען מחייב את המשיב במתן שירות אישי... רופא שנשכר לשמש תועמלן של בית-חרושת לרפואות, נשכר בגלל סגולותיו וכישוריו האישיים. הוא ולא אחר חייב לעשות את העבודה תוך ניצול כשרונו האישי, אשר-על-כן גם חובתו של מעבידו, אם קיימת כזאת, היא חובה לקבל שירות אישי.”<sup>98</sup>

נקל לראות שמבחן הכישרון האישי (או בניסוחו החלופי: המבחן של “הוא ולא אחר”) מותיר לעובד המבקש לאכוף על מעבידו את חוזה העבודה פתח צר ודחוק ביותר, ואולי אף חוסם אפשרות זו לחלוטין. אכן, קשה להעלות על הדעת יחסי עבודה שאינם מושתתים מלכתחילה על ההנחה כי העובד נשכר לעבודה בשל כישוריו או אישיותו. ואמנם, במשך כמה עשורים מאז שנפסקה הלכת צרי, נמנעו בתי הדין לעבודה מלצוות על מעבידים להחזיר עובדים לעבודתם. זאת, גם כאשר פיטוריהם נעשו שלא כדין ותוך הפרת חוזה העבודה.<sup>99</sup> במצבים כאלה

<sup>98</sup> שם, בעמ' 378. יודגש, כי על החווה שנדון בעניין צרי חל הדין שקדם לחוק התרופות. מסיבה זו יכול היה חיים כהן, שופט המיעוט, להתעלם מסעיף 3(2) לחוק התרופות ולקבוע שבתי הדין לעבודה אינם חייבים לסמוך על הדין האנגלי ואף לא על תקדימיו של בית המשפט העליון. לדעתו, בנסיבות המקרה יכול הרופא שפוטר לזכות בצו האכיפה שאותו ביקש, אם יוכיח כי פיטוריו היו שלא כדין (שם, בעמ' 389). השופט קיסטר לא ראה לעצמו מנוס מהצטרפות למסקנתו של השופט זוסמן, אולם לא נמנע מלהביע ביקורת על מה שהיה, לדעתו, הדין הנוהג: “הבעיה של מניעת פיטורי אדם ללא הצדקה היא בעיה קשה, שהרי לא תמיד יש בכוחם של תשלומי פיצויים לתקן את העוול של הפיטורין... מוטב היה אילו היה ניתן להבטיח אדם מפני פיטורין שרירותיים והחזרתו לעבודתו שלא בכוח שביתות וכולי אלא על ידי החלטות של ערכאות שיפוטיות.” (שם, בעמ' 390).

<sup>99</sup> עמדה על כך השופטת ברק בפסק דינה בע"ע (ארצי) 375/99 החברה הכלכלית פיתוח כפר מנדא נ' עבד אלחמיד, פד"ע לה 245, 257 (2000): “בית הדין במשך השנים נהג שלא להחזיר פיזית עובדים לעבודה למרות שהגיע למסקנה שהפיטורין לא היו כדין לאור פסיקת בית המשפט הגבוה לצדק בעניין צרי.” השוו לדברי השופט שמגר בבג"צ 473/77 ההסתדרות הכללית של העובדים בא"י נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לב(1) 819, 824 (1978): “דעתו של בית-משפט זה היתה מאז ומתמיד, כי פיטורים שנעשו שלא כדין מזכים את העובד בפיצויים, אך הקביעה השיפוטית בדבר העדר יסוד משפטי למעשה הפיטורים אינה מחזירה, כשלעצמה, את יחסי העובד והמעביד לקדמותם.” חשוב להדגיש שבתי הדין נקטו גישה שונה לחלוטין כלפי פיטורים בטלים, קרי, פיטורים שנעשו לא רק בניגוד לחוזה העבודה אלא גם בניגוד להוראת חוק מפורשת בחקיקת המגן של דיני העבודה. על פי פסיקתו של בית הדין לעבודה, פיטורים כאלה הם בטלים מעיקרא, אין בכוחם להביא להפסקת יחסי העבודה, ולכן ניתן להורות על החזרת העובד לעבודה. ראו לדוגמה: סעיף 9 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954, ס"ח 154; סעיף 41(ב) לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה), התש"ט-1949, ס"ח 13, והשוו לסעיף 10(2) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, התשמ"ח-1988, ס"ח 38, המעניק לבית הדין במפורש סמכות לבטל פיטורים הנגועים

הוגבלה תרופתו של העובד לפיצויים בלבד, ולכל היותר – להצהרה שיפוטית על אי חוקיות הפיטורים.<sup>100</sup>

6.37 על הלכת צרי נמתחה ביקורת, הן בכתבי מלומדים והן בהערות שהושמעו במשך השנים בכתי הדין לעבודה.<sup>101</sup> ביקורת זו היא מוצדקת. מקורה ההיסטורי של ההלכה השוללת אכיפה ביחסי עבודה הוא בדיני היושר האנגליים, אשר אסרו על אכיפת חוזים למתן שירות אישי.<sup>102</sup> טעמם של דינים אלה היה נעוץ ברצון להגן על עובדים שכירים ועל נותני שירות אחרים מפני פגיעה קשה בחירויותיהם האישיות שתיגרם אם יחויבו לשוב לעבודה בניגוד לרצונם. בסוף המאה הקודמת נאמר כי ביצועו בעין של חיוב לעבוד – "ריח של עבדות נודף ממנו".<sup>103</sup> לטעם זה ניתוספו ברבות השנים טעמים נוספים, וכיניהם: החשש שהחזרה כפויה של עובד לעבודה

בהפליה ולאכוף יחסי עבודה על המעביד על אף האמור בסעיף 3(2) לחוק התרופות. זאת ועוד, גם על פיטורים שנעשו בניגוד להסכמים או להסדרים קיבוציים אין חל הכלל האמור בטקסט. לפיכך, עובד שפוטר בניגוד להם זכאי בדרך כלל לצו שיורה למעסיק להחזירו לעבודה. כך נקבע כבר בפרשת צרי עצמה, לעיל ה"ש 57, בעמ' 377: "...משעוסק אדם לתקופה לא קצובה, מעבידו רשאי אמנם לפטרו, אחרי מתן הודעה מוקדמת, אך כמה דברים אמורים: כשיחסי עבודה לא נקבעו בהסכם קיבוצי. ואילו מקום שנעשה הסכם קיבוצי, רשותו של מעביד לפטר עובד נדחית בפני תנאי ההסכם...". על פיטורים בלתי מוצדקים באורח כללי ראו: רות בן ישראל "פיטורין שלא כדין – תקפותם ונפקותם" עיוני משפט ז 369, 345 (התש"ם); גיא מונדלק "אפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיטורי עובד – מברירת מחדל חוזית להסדרה קוגנטית, ומה שביניהן" עיוני משפט כב 819 (התשנ"ט). לסקירה מפורטת ועדכנית של הפסיקה בתחום האכיפה של יחסי עבודה ראו משה פסטרנק משפט העבודה והסכמים קיבוציים 8-13, 44-50, 87-95 (מנחם פסטרנק עורך, התשס"ו).

100 ראו את דברי השופט זוסמן בעניין צרי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 386, שלפיהם בנסיבות מיוחדות עשוי להינתן לעובד סעד הצהרתי "ובלבד שהדבר לא נדרש כדי לאלץ את המעביד להחזיר את התובע לעבודה". סעד כזה ניתן בבג"צ 380/74 סלמאן נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד (1) 495, 501, 504 (1975), שבו התקבלה טענת העובד כי עבודתו בהסתדרות הופסקה מטעמים פוליטיים ובניגוד לחוקת העבודה לעובדי מוסדות ההסתדרות.

101 ראו לדוגמה: Frances Raday, *Status and Contract in the Employment Relationship*, 23 ISR. L. REV. 77, 90 (1989); Herbert Schreiber, *Balancing Union and Individual Rights in Israeli Collective Bargaining: Job Security and the Reinstatement of Wrongfully Dismissed Employees*, 29 ISR. L. REV. 459 (1995). והשוו בפסיקה רב"ע (ארצי) נה/3-196 וימן נ' החברה הממשלתית למדליות ומטבעות בע"מ, נבו, פסקה 4 (1995): "...ייתכן שיש מקום לשקול מחדש את המדיניות בנוגע לאכיפת יחסי עובד מעביד בחברה ממשלתית ואף במגזר הפרטי".

102 לסקירת הכלל האנגלי ולמעמדו היום ראו: Chitty, בעמ' 1531-1536. למצב בארצות-הברית ראו Dobbs, בעמ' 810.

103 כלשונו של השופט זוסמן בעניין צרי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 385, המביא מדברי השופט Fry בפרשת De Francesco v. Barnum [1890] 45 Ch. D. 430, 438, שהיא ה-*locus classicus* של ההלכה האנגלית השוללת אכיפה בחוזים למתן שירות אישי.

בניגוד לרצון מעבידו תפגע בגלגלי כלכלת השוק;<sup>104</sup> קוצר-ידו וקשייו של בית המשפט הנדרש לפקח כהלכה על אכיפתם של חוזי עבודה; וכן הרצון לסיים קשר אישי כושל ואווירת אי אמון שהביאו את הדין אל כותלי בית המשפט.<sup>105</sup> טעמים ונימוקים אלה נראים היום אנכרוניסטיים. בעידן המודרני התרופף הקשר האישי בין העובד לבין המעביד. זאת, הן בשל הניתוק שחל בין הבעלות במפעלים לבין ניהולם, הן בשל התרבות המעסיקים התאגידיים והן בשל התרחבות התופעה של הסכמים והסדרים קיבוציים. בד בבד עם התגברות הצורך להגן על עניינם של עובדים, ההכרה הגוברת באינטרס העובד לביטחון תעסוקתי, התפתחות דיני ההסכמים הקיבוציים והתארגנות עובדים ומעבידים בארגונים יציגים – הוצבו אתגרים חדשים בפני דיני החוזים הקלאסיים והורגש צורך ביצירת מערכת דינים מיוחדת לחוזי עבודה – מערכת דיני העבודה.<sup>106</sup> בעקבות כל אלה וגורמים נוספים, גברה בעשורים האחרונים ההכרה בצורך להגביל, באמצעים שונים, את כוח הפיטורים של המעביד ולהעניק לעובד הגנה ממשית ויעילה יותר מפני פיטורים חסרי הצדקה.<sup>107</sup>

### 6.38 ואכן, מפנה דרמטי בסוגיה דנן חל לפני עשור שנים בפסק דינו של

- 104 שיקול זה נזכר בדברי השופט זוסמן בפרשת צרי, שם, בעמ' 385: "גם בתנאי העבודה בזמננו יש צידוק שלא לכפות על בעל המפעל להחזיק בו עובד שלדעתו אינו משתלב בו, ושנוכחותו עלולה לשבש סדרי עבודה. כפיה זו יכולה, בסופו של דבר, לגרוע מרווחיות המפעל ולהסב נזק למשק."
- 105 ראו FARNSWORTH, לעיל ה"ש 96, בעמ' 181–182, והשוו לדברי השופט שטרסברג-כהן בדעת רוב (שנהפכה בדיון נוסף) בעניין נחמני, לעיל ה"ש 84, בעמ' 516, שלפיהם אין לאכוף הסכם בין בני זוג להפריה חוץ-גופית, בין היתר מחמת המרכיבים האישיים והרגשיים הכרוכים בהמשך ביצוע ההסכם.
- 106 המחוקק נתן ביטוי לתחולתם העדיפה של דיני העבודה כדינים מיוחדים בסעיף 22(ב) לחוק התרופות. הסעיף שולל במפורש את תחולתו של החוק במקרה שבו יש תחולה לחוק המסדיר יחסי עבודה.
- 107 אחד מבין האמצעים הוא השימוש בעקרון תום הלב בקיום החוזה כדי לפסול פיטורים שנעשו בנסיבות מקוממות. אפשרות זו הועלתה עוד בעניין צרי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 384, מפי השופט זוסמן. בפועל, ממעטים בתי הדין לעבודה לעשות שימוש בטכניקה זו לפסילת פיטורים והם רואים בפיטורים הנגועים בחוסר תום לב עילה לפסיקת פיטורים בלבד. אמצעי אחר שבו נעשה שימוש להרתעת מעבידים מפני פיטורים שלא כדין הוא פסיקת פיטורים בגין הלנת שכר, "פיטורים" אשר למעשה אינם אלא תשלומים עונשיים במתכונת הקבועה בחוק. לדיון באמצעי זה ראו מנחם פסטרנק ואליהו בן טובים "פיטויי הלנת שכר – הצורך ברפורמה" הפרקליט מד 483 (התש"ס). בארצות-הברית ובקנדה מקובל לעתים לפסוק תשלומים עונשיים (punitive damages) במקרים של פיטורים מקוממים במיוחד. ראו לדוגמה בקנדה: Independent Order of Foresters v. Prime Air Freight Inc. [1992] 4 B.L.R. (2d) (Ont. Gen. Div.) para. 37 (Haley, J.): "In the normal course punitive damages are not awarded for breach of contract except in wrongful dismissal cases"



בית הדין הארצי לעבודה בעניין מפעלי תחנות.<sup>108</sup> בפסק דין זה שבה ונבחנוה — ואף הועמדה לביקורת — ההלכה שנפסקה בפרשת צרי.<sup>109</sup> לאחר בחינה מקיפה וביקורתית של ההלכה נפסק, כי במתכונתה הנוקשה והגורפת אין לה עוד הצדקה וכי בית הדין לא יילך עוד בעקבותיה.<sup>110</sup> ואמנם, בנסיבות המקרה אישר בית הדין צו אכיפה שניתן בבית הדין האזורי, והורה למעביד להחזיר לעבודתם שני עובדים שפוטרו שלא כדין בעקבות פעילותם כחברי ועד העובדים. לענייננו, נודעת חשיבות יתרה לדברים העקרוניים שהשמיע נשיא בית הדין דאז, מנחם גולדברג, ובמיוחד לפירוש המחודש שניתן בפסק הדין למושג "שירות אישי":

"מקובל על בית-דין זה, מאז ומתמיד, כי על עובד לבצע את עבודתו אישית... ההאם החובה המוטלת על עובד לבצע אישית את העבודה מביאה למסקנה שהדיבור 'עבודה אישית' (או 'שירות אישי')... כולל כל עובד ביחסיו עם מעבידו? כל חוק יש לפרש לפי תכליתו. תכלית החוק הייתה למנוע אכיפה של 'עבודה אישית', במונח זה שקיים קשר אישי של ממש, קשר של אמון, בין מבצע העבודה והבעלים או המנהל של המעביד... במפעל בו מועסקים עשרות או מאות עובדים, לא יראו באלה, שלהם אין קשר ישיר עם ההנהלה, כמבצעי עבודה אישית. הניתן לומר שפועל ייצור במפעל גדול מבצע 'עבודה אישית'? הניתן להעלות על הדעת שתכלית החוק לכלול במונח 'עבודה אישית' פועל ניקיון ברשות מקומית?"<sup>111</sup>

הנה כי כן, הלכת מפעלי תחנות הביאה עימה משב רוח רענן המבקש לשוב למושכלות ראשונים ולהעמיד את סייג השירות האישי על טעמו המקורי: מניעת אכיפתם של יחסים המתאפיינים ביצירת קשר אישי, בלתי-אמצעי, בין החייב לבין הנושה. על פי ההלכה החדשה, קשר אישי כזה יתקיים רק כאשר מקיים העובד מתוקף תפקידו קשרי עבודה קבועים וישירים עם המעביד או עם מנהל מטעמו (לדוגמה: מזכיר אישי, נהג צמוד, עובד בחנות או במפעל משפחתי) או כאשר

108 דב"ע (ארצי) נו/3-209 מפעלי תחנות בע"מ נ' יניב, פד"ע לג 289 (1996).  
 109 הדיון בשאלת סמכותו של בית הדין לדון בנושאים שהוכרעו בפסיקתו של בית המשפט העליון, ולהעריכם מחדש, נערך בפסקות 18-19 לפסק דינו של בית הדין הארצי, שם.  
 110 בלשונו של בית הדין שם, בפסקה 20: "...מן הראוי ליתן לסעיף (2)3... משמעות תכליתית התואמת את תפיסתנו בימים אלה... לאור ההתפתחויות ושינויי העתים... דרך המלך בה הלך המחוקק בכל מקרה של הפרת חוזה היא דרך האכיפה... מה ההצדקה לשמר את תרופת הפיצוי כתרופה בלעדית, בכל המקרים ובכל הנסיבות, שעה שדנים בחוזה עבודה והפרתו? ... באנגליה... שונה הדין, וכיום ניתן גם ניתן, במקרים הראויים, לאכוף יחסי עובד-מעביד... אם זה הדין באנגליה, ממנה ינקנו את עניין בג"ץ צרי, ואם כך נוהגות מרבית המדינות הנאורות, האם רק אנו נתמיד ונדבק בפסיקה מלפני למעלה מ-23 שנים?"  
 111 שם, בפסקה 21.

העבודה מחייבת מתן מידה ניכרת של עצמאות ושל אמון (לדוגמה: עבודתו של עורך-דין, רואה-חשבון או מנהל-עבודה).

6.39 עם זאת, בית הדין הדגיש בפסק דינו, כי גם לעניין אכיפתו של חוזה עבודה שאינו מתאפיין בקשר אישי מחייב הרציונל הליברלי להבחין בין אכיפה על המעביד – המחייבת אותו לקבל עבודה ולשלם תמורתה, לבין אכיפה על העובד – המחייבת אותו לבצע עבודה למען מעבידו. בעוד שהראשונה אפשרית במקרים שבהם הקשר בין העובד למעבידו אינו אישי, הרי שעל האחרונה לא יורה בית הדין אפילו בהיעדרו של קשר אישי מיוחד בין השניים.<sup>112</sup>

6.40 יחד עם זאת, ראוי להדגיש כי גם על פי ההלכה החדשה ופסקי הדין שבאו אחריה – ושהלכו במידה כזו או אחרת של נחרצות בעקבותיה<sup>113</sup> – אכיפת חוזה עבודה שאינו מתאפיין בקשר אישי אינה "דרך המלך". עדיין מדובר רק באפשרות שבית הדין רשאי לשקול כבואו לקבוע מה תהא תרופתו של העובד. בכוחנו אפשרות זו על בית הדין להתחשב במכלול נסיבות העניין ובמגוון שיקולי הצדק. בין אלה ניתן לציין את: דרגת האמון המאפיינת את יחסי העבודה, המניע לפיטורים, עוצמת הפגיעה בזכויותיו החוקתיות של העובד (כגון חופש ההתאגדות או חופש הביטוי),<sup>114</sup> משך הזמן שעבר מאז הפיטורים, מידת המעשיות

112 ראו שם, בפסקה 21: "סעיף 3(2) לחוק החוזים (תרופות) הוא 'סימטרי', קרי מתייחס ל'לעשות' ו'לקבל' עבודה אישית. למותר לציין כי סימטריה זו אינה צריכה בדרך-כלל לפעול בשיקול-דעת בתי-הדין. שעה שיפר עובד חוזה עבודה, יהיו נדירים המקרים בהם ייאכף החוזה, שהרי אכיפת חוזה לעבוד, ריח של עבדות נודף ממנה."

113 פסיקות חשובות שבהן נדונה השאלה דנן ושבהן הובעו גישות שונות כלפי היקף השימוש הראוי בסייג השירות האישי הן: עס"ק (ארצי) 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ נ' הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145 (2000), שם ניתן צו להחזרת עובדים שפוטר תוך פגיעה בזכותם להתאגד; עניין החברה הכלכלית, לעיל ה"ש 99, שבו נפסלו פיטורים פוליטיים של מנכ"ל בחברה דר-מהותית וניתן צו להחזרתו לעבודה. והשוו ע"ע (ארצי) 300178/98 ביבס נ' שופרסל, פד"ע לו 481 (2001), שבו אושרו פיטוריו של נהג שזוכה מחמת הספק מאשמת גניבה, חרף דעתה החולקת של סגנית הנשיא, השופטת ברק, שצידדה בהחזרת העובד לעבודה.

114 נראה, כי לשיקול זה נודעת חשיבות רבה. כך לדוגמה, בפרשת מפעלי תחנות עצמה, לעיל ה"ש 108, ניתן משקל מיוחד לעובדה ש"המשיבים פוטרו לאלתר, תוך הפרת הסכם העבודה האישי עמהם... הרקע לפיטורים, שהוא מחמת פעילותם לארגון חבריהם, נראה לנו כמקרה המצדיק את הפעלת שיקול-הדעת בכיוון של מתן צו אכיפה, מאחר שאין די בסעד של פיצוי כספי." שם, בפסקה 22. וראו בדומה את הפסיקה בעניין הורן את ליבוביץ, לעיל ה"ש 113, וכן עס"ק (ארצי) 28/07 איגוד עובדי הדפוס התקשורת והאומנים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, נבו (2008), שם התקבלה מנימוק דומה בבית הדין הארצי בקשה להוצאת צווי מניעה נגד פיטורי עובדים שהמעסיק טען כי פוטרו בשל צמצומים. הטענה נדחתה כבלתי אמינה, ובית המשפט הדגיש (בפסקה 17): "בית דין זה קבע לא אחת, כי

שבהחזרת העובד לעבודתו,<sup>115</sup> וכן השפעת צו האכיפה על יחסי העבודה במקום העבודה.<sup>116</sup>

שיקול רב חשיבות בהקשר דנן נוגע לזהות המעסיק: אם מדובר במעביד ציבורי — סביר להניח שתינתן אכיפה ביתר קלות.<sup>117</sup> לעומת זאת, כאשר במעביד במגזר הפרטי עסקינן, ינקוט בית הדין משנה זהירות בבואו להורות על אכיפתם של יחסי עבודה.<sup>118</sup>

לסיכום: הלכת מפעלי תחנות העבירה, יש שיאמרו — החזירה, את מרכז הכובד ממבחן אישיותו וכישוריו של העובד, המתקיים לכאורה בכל חוזה עבודה, אל עבר מבחן הקשר האישי בין העובד לבין מעבידו. מבחן זה הוא ראוי. הוא

בנסיבות בהן מפורטים עובדים תוך פגיעה בזכות החוקתית להתאגדות, יש להורות על ביטול פיטוריהם של העובדים ואין להסתפק בסעד הפיצויים שהוא דרך המלך במקרים אחרים...".

115 ראו בג"צ 5105/95 מודוגברישוילי נ' התעשייה האווירית, פ"ד נב(1) 459 (1998), שבו מטעם זה נמנע בית המשפט העליון מלהורות על החזרתו לעבודה של עובד שפוטר שלא כדין.

116 בבג"צ 5618/01 צויזנר נ' בית הדין הארצי לעבודה, נבו (2001), אישר בית המשפט העליון את קביעתו של בית הדין כי אין להורות על החזרתו לעבודה של מנהל בית-ספר שפוטר שלא כדין, מן הטעם ש: "לנוכח משבר האמון החריף שנתגלע בין העותר לבין צוות המורים, שבשלו פוטר העותר, דומה שאין זה צודק — ונראה שגם בלתי אפשרי מבחינה מעשית — לכפות על מעבידו של העותר, בית הספר, להחזירו למשרת הניהול". והשוו, לעומת זאת: ע"ע (ארצי) 419/07 מדינת ישראל נ' חן, נבו (2008), שבו אושרה החזרתה של עובדת לעבודה במשרד התמ"ת, בין היתר לאור: "השיקול המכריע לפיו לא הוכח 'קושי ביישום יעיל של סעד האכיפה' בהחזרת העובדת לתפקידה המקורי", ובשל כך ש"לא הוכחה השפעת שלילית של מתן הסעד 'על מרקם היחסים במקום העבודה' והתנהלותה התקינה של העבודה". השיקול הנזכר בטקסט מעוגן במפורש בסעיף 10(2) לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה, לעיל ה"ש 99.

117 ראו דברים שנאמרו בבג"צ 6840/01 פלצמן נ' ראש המטה הכללי — צבא ההגנה לישראל, נבו, פסקה 20 (2005): "בשירות הציבורי נקט בית הדין לעבודה גישה שלפיה אין להשלים עם פיטורים שלא כדין כאשר הם נגועים בשיקולים זרים, באפליה, בניגוד אינטרסים וכיוצא באלה. גישתו היא כי "יש לבית הדין סמכות ושיקול דעת האם לאכוף יחסי עובד-מעביד". בית המשפט הגבוה לצדק הסתמך בדברים אלה על פסק הדין בעניין ביבס, לעיל ה"ש 113, בעמ' 61. הגישה הליברלית בכל הנוגע לאכיפת יחסי עבודה על מעביד ציבורי יושמה בעניין חן, לעיל ה"ש 116.

118 לשיקול זה וליתר השיקולים הצריכים לעניין ראו את הפסיקה הנזכרת לעיל בה"ש 113. כן ראו את סיכום הסוגיה אצל פסטרנק, לעיל ה"ש 99, בעמ' 88: "כיום מתקבל הרושם כי הסיכוי (או הסיכון) שיחסי עבודה יאכפו, תלוי באבחנות ובמושגים הבאים: [מעסיק] ציבורי/פרטי, הסכם קיבוצי/חוזה אישי, חוקתי, חוקי, חופש ההתארגנות, משך קיומם של יחסי העבודה, ויחסי עבודה אישיים עכורים." נעיר, כי מרבית השיקולים הנזכרים בטקסט רלוונטיים גם לעניין סייג הצדק. למעשה, ניתן לראות בהלכות אלה קונקרטיזציה של סייג הצדק, שאותו רשאי בית הדין לבחון תמיד, כלומר — גם כאשר סייג השירות האישי אינו מתקיים. לדיון בסייג הצדק ראו להלן § 6.47 ואילך.

מקיים זיקה הדוקה אל הרציונל הליברלי שלשמו נחקק סייג השירות האישי מלכתחילה: הגנה על המפר — היא זה מעביד או עובד — מפני פגיעה בלתי מידתית בכבודו ובחירותו. בכך נשמר האיזון הראוי בין הצורך להגן על חירויות היסוד של המעביד לבין האינטרס המוסרי והחברתי שבקיום חוזים וכיבודם, כמו גם הצורך להבטיח הגנה אפקטיבית על זכויות עובדים.

6.41 אמנם, בית המשפט העליון טרם אמר את דברו בסוגיה זו באורח פסקני. לפיכך, במישור הפורמלי, עדיין קיים מתח בין הלכת מפעלי תחנות לבין הלכת צרי, העומדת עדיין על מכונה. עם זאת, דומה שהרוח הנושבת בבית המשפט העליון אוהדת את השינויים שחלו בבית הדין לעבודה. בשנת 2005, בדין בבית המשפט הגבוה לצדק שבו נתקבלה עתירתה של קצינה בשירות קבע להורות לצה"ל להימנע מלכפות עליה שחרור מוקדם מן השירות, נאמרו הדברים הבאים:

“עקרון מקובל הוא במשפט העבודה הישראלי כי אין לכפות על מעביד להעסיק עובד בניגוד לרצונו... בשורש גישה זו עומדת הקונספציה כי יחסי העבודה הינם יחסים אישיים, ואין לכפות את המשכם בניגוד לרצון אחד הצדדים... בגישה מסורתית זו חל שינוי עם השנים, וכיום מסתמנת נכונות גוברת במשפט העבודה לאכוף חוזה עבודה. תרמה לכך התרופות הקשר האישי בין העובד למעביד והשינוי שחל מבחינה זו באופיו של קשר ההעסקה בתורת 'שירות אישי'. אף שנקודת המוצא הנוהגת עודנה כי אכיפת חוזה עבודה היא בגדר יוצא מן הכלל, הורחבו החריגים לכך...”<sup>119</sup>

גם בבית הדין לעבודה עצמו מסתמנת מחלוקת באשר להיקף השימוש הראוי בצווי אכיפה. כפי שצינו, בכל הנוגע לאכיפת יחסי עבודה במגזר הפרטי ניכרת עדיין גישה זהירה מצד בית הדין.<sup>120</sup> יש לקוות כי תגובש מדיניות אחידה ועקבית

119 דברי השופטת פרוקצ'יה בעניין פלצמן, לעיל ה"ש 117, בעמ' 233. בית המשפט ציין אמנם כי היחסים שבין איש קבע לבין הצבא אינם יחסי עובד-מעביד, אך הדגיש כי לדיני העבודה יש משקל ורלוונטיות גם בתחום זה. כאמור בטקסט, בנסיבות העניין ניתן צו אופרטיבי לאכיפת המשך העסקתה של הקצינה ונקבע כי "כפיית שחרורה של העותרת מהצבא, תוך מתן הטבה כספית מיוחדת, לא ירפא את העוול שנגרם לה. מצד שני, קידומה ושיבוצה של העותרת בתפקיד הולם לכישוריה תעשה צדק עימה, ולא תיפגע, בנסיבות העניין, בהיערכותו של הצבא וברמת תיפקודו." (שם, בעמ' 234). למרות חשיבותה של פסיקה זו, יש לזכור שמדובר בתחום השירות הציבורי, שבו הגישה כלפי אכיפת יחסי עבודה היתה מאז ומעולם ליברלית יותר. ראו לעיל ה"ש 117.

120 המאבק בין הגישות השונות — הליברלית מזו והשמרנית מזו — משתקף באופן בולט בפסקי דינם של סגנית הנשיא ברק מזה ושל הנשיא אדלר מזה. בעניין ביבס, לעיל ה"ש 113, הביעה השופטת ברק, בדעת מיעוט, את דעתה כי הן במגזר הציבורי והן במגזר הפרטי ניתן לשלול את הזכות לאכיפה במקרים מיוחדים בלבד שבהם קיים קשר אישי ממשי בין

בתחום זה. על בתי הדין ליישם את הגישה התכליתית העולה מהלכת מפעלי תחנות ולא להירתע, במקרים המתאימים, מלאכוף על מעבידים את מילוי התחייבויותיהם החוזיות.

(ג) סייג השירות האישי – בחוזה קבלנות

6.42 לסיום הדיון בסייג השירות האישי חשוב להדגיש כי הלכת צרי, ויתר ההלכות שנדונו לעיל, חלות רק בתחום יחסי העבודה. בתחום יחסי הקבלנות, לעומת זאת, ננקטה מאז ומתמיד גישה ליברלית יותר כלפי השימוש בצווי אכיפה.<sup>121</sup> כאן הבהיר בית המשפט העליון כי ביחסים שבין קבלן לבין מזמין לא ניתן בדרך כלל שירות אישי, ולפיכך לא יחסום סייג השירות האישי את הפנייה לתרופת האכיפה.<sup>122</sup> כלל זה מבוסס על ההנחה שלפיה קבלן אינו מתחייב לבצע

העובד למעבידו. לעומתה סבר הנשיא אדלר, בדעת רוב, שבמגזר הפרטי יש להימנע, בדרך כלל, ממתן צו להחזרת עובד למקום עבודתו.

121 למעשה, ניתן לדבר על "שירות אישי" גם בהקשרים של חוזים שאינם חוזי עבודה או קבלנות. דוגמה לכך היא תחום היחסים שבין שותפים בשותפות או בין צדדים להסכם יזמות. בתחומים אלה קשה לדבר על יחסי עובד-מעביד או מזמין-קבלן, ואף על פי כן השיקולים שנדונו בטקסט רלוונטיים גם לגביהם. כך לדוגמה, כאשר השותפות או הסכם היזמות מחייבים שיתוף פעולה, קשר אישי ישיר או יחסי אמון בין הצדדים, תישלל בדרך כלל זכותו של כל אחד מהם לאכוף על רעהו את ביצוע ההסכם. ראו לדוגמה ע"א 381/75 ברקוביץ נ' גבריאלי, פ"ד (1) 442, 445 (1975), שם נקבע כי חוזה שבו שני יזמים מבקשים להקים חברה שבה תהיה לשניהם שליטה שווה במניות החברה אינו ניתן לאכיפה, הן בשל סייג השירות האישי והן בשל סייג הפיקוח. וראו בדומה ע"א 1313/92 צוקר נ' אינקומר בע"מ, נבו, פסקה 7 (1998), שבו – בעקבות הלכת ברקוביץ הנ"ל – נשללה האכיפה בנסיבות דומות ומאותם טעמים. דוגמה נוספת ניתן להביא מתחום דיני המשפחה והיחסים שבין בני זוג. למרות שחלק מחובותיהם של בני זוג זה כלפי זה הוא אכיף (בדין האישי או בדין הכללי), ברור שחלקם האחר (כגון החיובים הנוגעים בקיום יחסי אישות) אינו ניתן לאכיפה באמצעות תרופת האכיפה, בין היתר בשל אופיים ה"אישי" של החיובים האמורים ושל הקשר בין הצדדים לחוזה. דיון מעמיק בסוגיית האכיפה של חיובים בהסכם שבין בני זוג, שבו הובעו דעות שונות, מצוי בפסק הדין שניתן בערעור בפרשת נחמני, לעיל ה"ש 84, ובדיון הנוסף שנערך בפרשה זו: דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד (4) 661 (1996).

122 ראו את דברי השופט בך בעניין סתם, לעיל ה"ש 58, בעמ' 765: "כבר נקבע בפסיקתו של בית משפט זה, כי היחסים בין קבלן למזמין עבודה אינם משום שירות אישי." השופט בך הסתמך על שני פסקי דין שבהם נדחו טענותיהם של קבלני בניין כי צווי אכיפה שחייבו אותם להשלים הקמת מבנים הם צווים לאכיפת שירות אישי: המ' 506/81 קוסטה נ' לוי, פ"ד (4) 274, 275 (1981); ע"א 821/77 אופק נ' טוריקאן, פ"ד (1) 93, 98 (1977). במקרה אחרון זה, קבע השופט בכור כי: "לא הובאה כל ראיה שהעבודה נמסרה למערערים כקבלנים בגין תכונות מיוחדות שלהם שאין לקבלן ממוצע סביר. ... התרופה הראשונה היא אכיפת הביצוע ובתי המשפט נותנים כמעט כדבר שבשגרה פסקי-דין לאכיפת ביצוע חוזים להקמת בנינים רגילים ופשוטים כמו הבנין הנדון, ואין לראות בחוזים אלה חוזים לעשיית עבודה אישית או למתן שירות אישי."

בכוחות עצמו את המלאכה או את השירות שאותם נטל על עצמו לספק, והוא רשאי להטיל את המשימה על עובד או על קבלן-משנה מטעמו.<sup>123</sup>

6.43 אלא שהנחה זו תיסתר במקרים לא-מעטים. אכן, מזמין עשוי להתקשר עם קבלן כדי ליהנות באופן אישי משירותיו וממומחיותו של הקבלן עצמו. כך לדוגמה, מאמן כדורסל, אמרגן, שחקן, ספורטאי, מרצה, מורה פרטי, עורך-דין, רופא, רואה-חשבון, אדריכל, יועץ מס, קריין חדשות, סוכן ביטוח, שרברב, חשמלאי, גנן, נגר – ולמעשה כל איש מקצוע – עשוי להיות מועסק באמצעות חוזה קבלנות מתוך ציפייה ברורה כי "הוא ולא אחר"<sup>124</sup> יעניק למזמין, בעצמו, את שירותיו הטובים.<sup>125</sup> דברים אלה יפים מקל וחומר לגבי תפקידים שמילויים כרוך במידה רבה של אמון בין המזמין לקבלן, כגון עורך-דין, יועץ תקשורת, בנקאי, רופא, פסיכולוג או מזכיר אישי.<sup>126</sup>

במקרים אלה אין הצדקה לאמץ כלל גורף המתיר אכיפה של השירות – שהוא שירות אישי באופיו – רק מן הטעם שמדובר בקבלן עצמאי ולא בעובד.<sup>127</sup>

123 ראו לדוגמה את דברי השופט כץ בעניין סתם, לעיל ה"ש 58, בעמ' 765: "במקרה שלפנינו ברור, כי אין המדובר בעבודה שהקבלן חייב לבצע בעצמו, וגם משום כך אין זה מקרה של שירות אישי."

124 כדברי השופט זוסמן בעניין צרי, לעיל ה"ש 58, המובאים בטקסט לה"ש 98.

125 השאלה, אימתי על קבלן להעניק את השירות או לבצע את המלאכה בעצמו, זכתה לדיון מעמיק בספרו של זמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 230–216. המחבר מציע כמבחן עזר את ההבחנה בין חיובי תוצאה לחיובי השתדלות: לדבריו, כאשר חיובו של קבלן הוא חיוב מן הסוג האחרון תקום חזקה, הניתנת לסתירה, כי מדובר בחיוב שעל הקבלן לבצע באופן אישי. שם, בעמ' 220.

126 ראו לדוגמה רע"א 15/05 עו"ד בלטר נ' יגאלי, נבו (2005), שם נפסק כי לא ניתן לאכוף על עורך-דין להמשיך לספק ללקוחו שירותי ייעוץ משפטי כל עוד הלה מסרב לשלם לו שכר טרחה, בין היתר משום שמדובר באכיפה של שירות אישי. עם זאת, נאמר בפסק הדין שהשיקול של גרימת נזק בלתי הפיך ללקוח עקב עזיבת עורך הדין באמצע הליך משפטי עשויה לגבור על הכלל האוסר כפייה של שירות אישי, וכי בסופו של דבר יכריעו מבחנים של צדק וסבירות.

127 הסתייגות מהנחה גורפת, שלפיה ביחסי קבלן-מזמין אין לדבר על שירות אישי, עולה מדברי השופט כץ בעניין סתם, לעיל ה"ש 58, בעמ' 765, שם הודגש כי: "שירות אישי נלמד ממהות השירות. ייתכן בהחלט, כי חברה כלשהי, המזוהה עם אנשים מסוימים, תתחייב לשירות אישי." ראו גם רע"א 7695/00 בן-חיון נ' לובינסקי בע"מ, פ"ד נה(3) 350, 352 (2001), שם נזכרה קביעתו של בית המשפט המחוזי כי לא ניתן לאכוף על רשת מוסכים זיכיון שניתן לתובע להפעיל בשמה של הרשת מוסך מורשה, זאת בשל יחסי האמון הנדרשים להפעלת הזיכיון בדרך מסחרית תקינה. אך ראו לעומת זאת את עניין למיט אחזקות, לעיל ה"ש 63, בפסקה 5, שם קבע השופט גרוניס כי אין לשלול תביעה לאכיפת חוזה מסחרי להפצת סיגריות בעילה של "שירות אישי", שכן "ספק אם מתקיים בו [בחווה] אותו מימד אישי היכול להכניס את המקרה שבפנינו לגדר סעיף (2) לחוק התרופות". דוגמות נוספות

המבחן הראוי, בהקשר זה כמו בהקשר לאכיפת חיובים הנובעים מחוזה עבודה, הוא לדעתנו אחד – מבחן הקשר האישי הממשי. מבחן זה אינו בוחן את סיווגו הפורמלי של הקשר המשפטי שבין הצדדים אלא את האופי האמיתי של היחסים הנוצרים בין החייב לבין הנושה במהלך קיום החיוב.<sup>128</sup>

#### 4. סייג הפיקוח

6.44 בפתחו של הפרק נוכחנו לדעת כי טעם חשוב להגבלת הזכות לאכיפה הוא השיקול המוסדי, המצביע על העלות הגבוהה הכרוכה בפיקוח שיפוטי על צווי אכיפה.<sup>129</sup> שיקול זה זכה לעיגון מפורש בסעיף 3(3) לחוק התרופות, השולל את זכות הנפגע לאכיפה כאשר "ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית המשפט או לשכת ההוצאה-לפועל".

אימתי יש לומר כי צו אכיפה יהיה טעון מידה בלתי סבירה של פיקוח, המצדיקה את שלילת הזכות לאכיפה מן הנפגע? שאלה זו לא זכתה אצלנו לדין נרחב, אולם ניתן לומר, באופן כללי, שמסתמנת מגמה מצמצמת כלפי השימוש בסייג הנדון. לפני חוק התרופות, בהשפעת הדין האנגלי, מקובל היה להניח שחוזים מורכבים שמשך ביצועם ארוך לא ייאכפו בשל הצורך בפיקוח ממושך והדוק יחסית על איכות הביצוע.<sup>130</sup> במקרה אחד נדחתה בקשתן של שתי חברות בהליכי פירוק לצו

מן הפסיקה לשלילת תרופת האכיפה בחוזי קבלנות מובאות אצל זמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 680, בהערות 37 ו-38.

128 בהקשר זה ראוי להזכיר את ההבחנה החדשה שעורך הקודקס האזרחי החדש בין ההסדר המשפטי שיחול על חוזים לביצוע מלאכה בנכס, המכונים "חוזי קבלנות" (סעיפים 189–212 לתזכיר הקודקס), לבין ההסדר שיחול על "חוזה למתן שירות" (סעיפים 213–222 לתזכיר). בעוד שלגבי החוזים מן הסוג הראשון תחול, ככל הנראה, ההנחה המקובלת שקבלן אינו מחויב לבצע את המלאכה בעצמו, הרי שלגבי חוזה שירות נקבע במפורש בסעיף 215(א) לתזכיר כלל מרשה (דיספוזיטיבי), שלפיו "נותן השירות יקיים את חיוביו באופן אישי, אלא אם כן על פי מהות השירות רשאי הוא לקיימם, כולם או חלקם, באמצעות אדם אחר". זאת ועוד, סעיף 214 לתזכיר מבהיר כי חיובו של נותן השירות הוא חיוב השתדלות (כלומר, חיוב לנקוט כל אמצעי סביר להשגת התוצאה) ולא חיוב תוצאה (כלומר, התחייבות לערוב להשגת התוצאה בכל מחיר). שני מאפיינים אלה של חוזה השירות (חיוב השתדלות, שיש לבצעו אישית) תומכים בסברה שבעידן הקודיפיקטיבי חוזים למתן "שירותים" ייחשבו בדרך כלל, לפחות כנקודת מוצא, כחוזים הכרוכים בנתינה (ובקבלה) של שירות אישי. להצגה תמציתית של עיקרי הרפורמה בתחום זה ראו איל זמיר "הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי" משפטים לו 531, 584–585 (התשס"ז). התשתית העיונית ששימשה בסיס להסדרת הסוגיה בקודיפיקציה הונחה במאמרו של איל זמיר "הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים" משפטים כו 97 (התשנ"ה).

129 לעיל 6.21 §.

130 את הדין הקודם סקר השופט ברנזון בע"א 846/75 עוניסון נ' דויטש, פ"ד (2) 398, 406–405 (1976).

ביצוע בעין שיורה לבעל מניות בחברה להשקיע, באופן מתמשך, כספים בתאגיד בהתאם להסכם שנערך בין הצדדים. בית המשפט העליון, מפי השופט זוסמן, אימץ גישה מצמצמת כלפי מתן צווי אכיפה שביצועם מחייב מעורבות שיפוטית ניכרת, בקובעו:

“אין בית המשפט נותן צו לביצוע-בעין של חוזה שביצעו נמשך ומחייב פיקוח מתמיד, או לזמן ארוך. עשוי בית המשפט לצוות על ביצוע-בעין, מקום שעם אכיפת הצו תמה העיסקה ונשלמה, ולא יהיה עוד דין ודברים בעתיד. ואולם אין בית המשפט מצווה על ביצוע-בעין של חוזה, מקום שמתן הצו יחייב אותו לעמוד לימינו של צד לחוזה משך עת רבה, כדי לאכוף ולחזור ולאכוף ביצוען של התחייבויות חוזרות ונשנות.”<sup>131</sup>

6.45 על סלידתו המסורתית של המשפט המקובל מאכיפתם של חוזים הטעונים פיקוח נשמעה ביקורת בספרות המשפטית.<sup>132</sup> לאחר צאת חוק התרופות, עם ההכרה בתרופת האכיפה כזכות מוקנית של הנפגע מהפרת חוזה, זכתה ביקורת זו לתמיכה ברורה של בית המשפט העליון. בית המשפט הסתייג במפורש מן הגישה המסורתית ואף הורה בהזדמנויות אחדות על אכיפה של חוזים מורכבים למדי — בעיקר בתחום הבנייה — בהדגישו כי אין להפריז בקשיים הכרוכים בפיקוח על צווי אכיפה.<sup>133</sup>

131 ע"א 71/66 "אמלגמיט" פוד פרודקטס לימיטד ופרוסרפינה בע"מ נ' וורהפט, פ"ד כ(3) 121, 127 (1966). בנסיבות העניין נקבע, שהתחייבות הנתבע להשקיע השקעות בחברה לא הוגבלה בסכום ובזמן, וכי לא ניתן להבטיח את ביצועה בלי מעורבות ממשית של בית המשפט בניהול עסקי התאגיד.

132 המלומד האמריקני Dawson ציין כבר לפני שנים רבות כי סייג הפיקוח משקף מידה של אנינות והתנשאות מצידה של המערכת המשפטית: John P. Dawson, *Specific Performance in France and Germany*, 57 MICH. L. REV. 495, 536-538 (1959). ביקורת על גישתו של הדין האנגלי בסוגיה השמיע גם המלומד האנגלי TREITEL, שדבריו הובאו בהסכמה (בתרגום חופשי) בפסק דינו של השופט ברנזון בעניין עוניסון, לעיל ה"ש 130, בעמ' 405-406: "מגזימים יתר על המידה ביחס ל'קושי' זה של פיקוח. ברוב המקרים, די בקיומו של צו מבית המשפט למנוע הפרה מכוונת. כנראה ששום קושי מעשי לא נתעורר באותם המקרים שבהם ציוו בתי-המשפט על ביצוע-בעין של חוזי בניה. אם הנתבע יעמוד במריו יוכל בית המשפט למנות מומחה מטעמו לפקח על הביצוע." על דברים אלה הוסיף השופט ברנזון ואמר: "למה לחכות עד שיוכח שהנתבע עומד במריו ובמקרה מתאים לא להקדים רפואה למכה על ידי מינוי אדם מטעם בית המשפט שידאג לביצוע העבודה במקום הנתבע? עד כמה מנופח באמת הקושי הזה בדבר הפיקוח של בית המשפט, ניתן להיווכח מהתפתחות הענינים במקרה שלפנינו." השוו גם לביקורתו של זאב צלטנר דיני חוזים — חלק כללי כרך ג 277 (התשל"ו).

133 ראו לדוגמה: ע"א 698/89 שילה נ' בארי, פ"ד מז(4) 795, 810 (1993): "אין להפריז בקשיים הקשורים בפיקוח הנדרש... המגמה היא לפרש את הסייג לאכיפה שבסעיף 3(3) לחוק התרופות בצמצום"; עניין תמגר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 688; עניין אופק, לעיל ה"ש



בית המשפט אף הבהיר חזור והבהר כי בהיעדרם של סייגים אחרים לאכיפה לא יחול על חוזי בנייה סייג הפיקוח, למעט במקרים של אי בהירות לגבי תוכן חיובי של הקבלן או של יחסים אישיים עכורים בין הקבלן למזמין.<sup>134</sup> עם זאת, על מנת להקל מקשיי הפיקוח ולהפחית את החיכוך בין הקבלן-המפר לבין המזמין-הנפגע, התפתחה בבתי המשפט שלנו פרקטיקה ייחודית: מינוי של כונס נכסים שיפקח על מילוי הוראות הצו, ואף יבצע בעצמו במידת הצורך – במקום המפר – את החיובים שעל ביצועם הורה בית המשפט.<sup>135</sup> הנה כי כן, הרצון להקהות את עוקצו של סייג הפיקוח שימש כזרז ליצירת צורה חדשה של "אכיפה": צו שיפוטי המורה על קיום חיובי המפר – אולם לא על ידי המפר עצמו כי אם באמצעות אדם שלישי מטעמו של בית המשפט.<sup>136</sup> למרות מגמה זו, ראוי לציין שבכמה מקרים דחה בית המשפט העליון בקשות לאכיפת חוזי בנייה בהסתמך על סייג הפיקוח. כך לדוגמה, במקרה אחד נדחתה תביעתו של קבלן לאכיפת חוזה בנייה על מזמין, בין היתר משום חוסר הבהירות

122, בעמ' 99, וכן ראו את דברי השופט ברנזון בעניין עוניסון, לעיל ה"ש 130, המובאים בהערת השוליים הקודמת.

134 את ההלכה סיכמה השופטת בן-פורת בעניין קוסטה, לעיל ה"ש 122, בעמ' 275: "לגבי חוזה בנייה ניתן באנגליה (שלפיה נהגנו בעבר) להוציא צו אכיפה, אם נתקיימו שלושה תנאים מצטברים [בהירות תנאי החוזה; אין די בפיצויים לתיקון הנוק; המפר מחזיק בקרקע]; אולם אצלנו, במצב החדש, שנוצר לאור החקיקה המקומית, מסתפקים באחד בלבד, והוא, שפרטי העבודה צוינו בצורה ברורה, ואין קושי לקבוע, מה נדרש מהנתבע." עם זאת, ציינה השופטת שייתכן חריג לכלל זה "כאשר היחסים האישיים בין המזמין לקבלן נתערערו במידה משמעותית." ראו בדומה את דברי השופט אור בע"א 611/80 צדקה נ' הכהן, פ"ד לז(4) 313, 320 (1983): "כפי שכבר נקבע, תנאי למתן צו אכיפה הוא, שפרטי העבודה אותם כופים לבצע יהיו ידועים." באותו מקרה נדחתה בקשה לצו אכיפה, בין היתר, בשל אי בהירות החיובים.

135 אחד המקרים הראשונים שבהם הופעלה טכניקה זו הוא עניין עוניסון, לעיל ה"ש 130. באותו מקרה אישר בית המשפט העליון החלטה תקדימית של בית המשפט המחוזי (השופט אשר) למנות כונס נכסים ולהפקידו על מלאכת השלמת ביצוען של עבודות בנייה שהמפר לא ביצע בעצמו. לדיון בסמכות למנות כונס נכסים ולבעיות שמעוררת ההזיקקות לפרקטיקה זו (בפרט בעיית המימון של פעילות הכונס) ראו חנה אבנור "כונסי נכסים לפי תקנה 264" [כיום: תקנה 388 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984] הפרקליט לג 366 (התשמ"א), במיוחד בפסקה 5 של המאמר.

136 נעיר, כי מבחינה מילולית אין קושי ליישב צו כזה עם הגדרת ה"אכיפה" בסעיף 1(א) לחוק התרופות. עם זאת, מבחינה עניינית, קיימת קירבה גדולה בין צו מן הסוג הנזכר בטקסט לבין צו לתשלום פיצויים: המפר אינו מחויב לבצע את חיובו הראשוני אלא אך מחויב לשפות את הנפגע על העלויות הכרוכות בתיקונה הפיסי של ההפרה. למקרה שבו התלבט בית המשפט, אם למנות כונס נכסים עצמאי או לאפשר לקבלן המפר לבצע בעצמו את השלמתה של העברת רישום זכויותיהם של רוכשי דירה, ראו ה"פ (מחוזית"א) 105/03 יעקב נ' יריב, נבו (2008). בנסיבות המקרה, למרות התנהלותו הפסולה של הקבלן, הוחלט לאפשר לו לתקן את ההפרה בעצמו, וזאת – משיקולים של הקטנת הנוק.

באשר לפרטי הבנייה — אשר גרר בתורו מידה בלתי סבירה של פיקוח ומעורבות מצד בית המשפט בהליכי הבנייה.<sup>137</sup> בפרשה אחרת נדחתה, בהסתמך על סייג הפיקוח, תביעתו של מזמין לאכוף על קבלן להשלים את בנייתה של דירת מגורים. זאת, אף שנשללה תחולתו של סייג השירות האישי ביחסים שבין הצדדים.<sup>138</sup>

6.46 בפרשה האחרונה הובהר כי השיקולים העיקריים שאותם יש לשקלל יחד על מנת להכריע בשאלה אם מידת הפיקוח הנדרשת היא מופרזת, הם שלושה:

- (1) מורכבות החוזה שאותו יש לבצע;
- (2) משך הזמן הצפוי לביצוע צו האכיפה;
- (3) מידת שיתוף הפעולה הנדרש בין הצדדים.<sup>139</sup>

שיקול נוסף העולה מפסק הדין בוחן את המידה שבה יחסיהם של הנפגע והמפר מעוררים ומתאפיינים בחשדנות הדדית. יחסים עכורים בין הצדדים עלולים להקשות על מלאכת הפיקוח של בית המשפט, במיוחד כאשר הוצאת צו האכיפה אל הפועל דורשת שיתוף פעולה אקטיבי ביניהם.<sup>140</sup> יחד עם זאת, הובהר בפסק דין של בית משפט מחוזי, כי גם בחוזה מימון ארוך-טווח ומורכב בין גופים עסקיים שהיחסים ביניהם נעכרו, לא יירתע בית המשפט בנקל מלהורות על אכיפה. זאת, בשל ההנחה ששיתוף פעולה (לאחר מתן צו האכיפה) ישרת את טובתם של שני הצדדים, ולאור מעמדה הרם של החובה לקיים חוזים במשפט הישראלי.<sup>141</sup>

- 137 המדובר בעניין צדקה, לעיל ה"ש 134, בעמ' 320–322.
- 138 המדובר בעניין סתם, לעיל ה"ש 58, בעמ' 766. דוגמות נוספות מובאות אצל זמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 683, בהערה 46.
- 139 שם, בעמ' 766. בית המשפט העליון שב והדגיש את מרכזיותם של שיקולים אלה בעניין תמגר, לעיל ה"ש 58, בעמ' 688. לשלילת אכיפה מכוח סייג הפיקוח בהתחשב בשיקולים הנזכרים בטקסט ראו ה"פ (מחוזית"א) 581/03 חברת גלובוס חדשות בע"מ נ' חדשות ישראל (טי.א.א.אן.סי) בע"מ, נבו, פסקה 4(ג)(דד) (2004).
- 140 "אין צורך בדמיון מפותח כדי להמחיש לעצמנו את הסכנה, כי ביצוע עיסקה מהסוג הנדון, תוך השלמת פרטים כמפורט לעיל, עלול לחייב פיקוח צמוד ואינטנסיבי מצד בית המשפט, כאשר שוררת בין הצדדים מידה כה גדולה של חשדנות הדדית." עניין סתם, לעיל ה"ש 58, בעמ' 766. ראו בהקשר זה גם את דברי השופטת בן-פורת בעניין קוסטה, לעיל ה"ש 122, המובאים באותה הערה, והשוו לעניין תמגר, שם, בעמ' 689, שבו ציין השופט אור כי בנסיבות המקרה לא התקיים "חשש שהיעדר שיתוף פעולה ורצון טוב יובילו לצורך בפיקוח בלתי סביר של בית המשפט".
- 141 ת"א (מחוזית"א) 2486/02 קבוצת כרמלטון בע"מ נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, נבו, 75–72 (2004).

## 5. סייג הצדק

(א) כללי

6.47 הסייג הרחב ביותר – ולכן גם החשוב מבין סייגי האכיפה – הוא סייג הצדק. סייג זה קבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות, והוא שולל את הזכות לאכיפה כאשר היא "בלתי-צודקת בנסיבות העניין".<sup>142</sup> בטרם ניכנס לעובי הקורה בכירור תוכנו וגבולותיו של סייג הצדק, נעיר מספר הערות מקדימות וכלליות הנוגעות להפעלתו של סייג זה בידי הפסיקה.

הערה ראשונה נוגעת לאופיו הגמיש של סייג הצדק. אף שקיימת מחלוקת בדבר מהות ה"צדק" שאליו ייזקק בית המשפט במסגרת הסייג הנדון,<sup>143</sup> אין מחלוקת כי מדובר במושג שסתום רחב שיישומו מצריך שיקול דעת שיפוטי נרחב. עובדה זו כשלעצמה יוצקת חוסר ודאות אל תוך דיני האכיפה: היא מאפשרת למפר – על ידי העלאת טענה של אי צדק באכיפה – להפוך את תרופת האכיפה מזכות מוקנית של הנפגע לזכאות המותנית באיזון שיפוטי עדין בין שיקולי צדק שונים. מטבעו של איזון כזה שהוא מושפע מהשקפת עולמו האישית של השופט היושב לדין.<sup>144</sup> עובדה זו תביא לעתים שופטים שונים למסקנות מנוגדות בשאלה מה דורש הצדק בנסיבות העניין.<sup>145</sup>

6.48 שנית, למרות שמבחן הצדק פותח, כאמור, פתח רחב כפתחו של אולם לצמצום הזכות לאכיפה, דומה כי המגמה בישראל היא להמעט בשימוש בחריג זה

142 במשפט הגרמני קובע כיום הקודקס האזרחי (תיקון משנת 2002) סייג לאכיפה המזכיר במהותו את סייג הצדק שבחוק התרופות. סייג זה חל כאשר הקיום כרוך בהוצאה אשר בהתחשב במושג החיוב ובעקרון תום הלב היא "manifestly disproportionate to the obligee's interest in performance", כלומר: הוצאה שהיא בלתי מידתית בעליל ביחס לאינטרס שיש לנפגע בקיום החוזה בעין. B.G.B. § 275(2).

143 ראו להלן § 6.52 ואילך.

144 ראו לדוגמה את דברי השופט ברק בעניין רבינאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 292: "השאלה, מתי אכיפת החוזה היא 'בלתי צודקת' תיפתר ממקרה למקרה, על פי מבחני הצדק של שופטי ישראל". השוו לתיאורו של השופט חשין בעניין ינאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 779: "אימתי תיראה אכיפת חוזה 'בלתי צודקת בנסיבות העניין' – הכרעה זו הינה הכרעה ערכית ממעלה ראשונה, וחוש הצדק המפעם בלבם של שופטי ישראל הוא שינחה אותם הדרך."

145 דוגמה לכך ניתן להביא מעניין פומרניץ, לעיל ה"ש 14, שם נתגלעה מחלוקת בין השופטים בן-פורת ובייסקי מזה, לבין הנשיא שמגר מזה, בשאלה אם עיכוב של תשעה חודשים בהגשת תביעה לסילוקן של קיר שנבנה בניגוד לחוזה הפך את האכיפה לבלתי צודקת בנסיבות העניין. והשוו, בהקשר אחר, למחלוקת שנתגלעה בעניין רוקר, לעיל ה"ש 14, בין השופט אנגלרד בדעת מיעוט לבין יתר השופטים בשאלה אם הגשת תביעה קניינית-נויקית לצו אכיפה, שיורה לנתבע להרוס מקרקעין שהקים שלא כדין על מקרקעי התובע, עולה כדי חוסר תום לב בקיום זכות, וזאת לאור מאזן הנוחות שבין הצדדים.

— לא רק להלכה אלא גם למעשה. כך לדוגמה, שיקולים של היעדר נקיון כפיים, שיהיו, שינוי בנסיבות החוזה שהפך את החוזה לבלתי כדאי מבחינת המפר, ואפילו העובדה שהנפגע עצמו הפר את החוזה ואף נהג בחוסר תום לב כלפי המפר — כל אלה אין בהם בהכרח כדי לשלול מן הנפגע את הזכות לאכיפה.<sup>146</sup> בוודאי אין די בעצם העובדה שתרופת הפיצויים נראית לבית המשפט עדיפה בנסיבות העניין, כדי להצדיק את שלילת זכותו של הנפגע לאכיפה.<sup>147</sup>

אכן, על בית המשפט הדין בסייג הצדק להזכיר לעצמו כי רק נימוקים כבדי משקל יצדיקו שלילה של "[ה]סעד הראשון במעלה והראשוני בעדיפות",<sup>148</sup> שבו משתקפת במובהק התפישה ש"חוזה יש לקיים ולא רק לשלם פיצוי בשל הפרתו".<sup>149</sup> את הגישה הזהירה כלפי השימוש בסייג הצדק ביטא השופט ברק בפרשת רבינאי. באותו מקרה נדחתה הטענה בדבר אי צדק באכיפתו של חוזה מכר, תוך שהובהר כי לא כל אי צדק הופך את האכיפה לבלתי צודקת, אלא רק אי צדק ניכר ומהותי.<sup>150</sup>

146 ראו לדוגמה את עניין לנר, לעיל ה"ש 58, שם הורה השופט מלץ על אכיפתה של עסקת מכר למרות קשיים בשיתוף פעולה בין הקונים לבין יתר בעלי הקרקע, ולמרות חוסר תום לב מצד הקונים שהתחזו למתווכים בעסקה. השוו לע"א 4161/91 עטיה נ' אור, פ"ד מז(3) 366 (1993), שם נאכף חוזה מכר של מקרקעין למרות חוסר תום לב ברור מצידה של הקונה-הנפגעת, ולמרות שגם היא עצמה הפרה את החוזה. ראו גם את עניין פומרניץ, לעיל ה"ש 14, שם נקבע בדעת רוב כי השתהות של תשעה חודשים בהגשת תביעה לאכיפה — באותו מקרה, תביעה להריסת קיר שחרג מתשריט — אינה עולה כדי ויתור על הזכות לאכיפה. דוגמה מעניינת אחרת היא ע"א 3833/93 לוי'ן נ' לוי'ן, פ"ד מח(2) 862 (1994), שבו הופעל אמנם סייג הצדק, אך זאת דווקא במטרה להביא לאכיפתו של הסכם בעניין מזונות לאישה וילדים. תוצאה זו הושגה באמצעות הקביעה שאין זה צודק לאכוף תניה בהסכם, אשר הגבילה את שפיטתו ואת אכיפתו של ההסכם.

147 מסקנה זו נתמכת לא רק בגישתם הכללית של החוק והפסיקה כלפי תרופת האכיפה (ראו לעיל §§ 6.24–6.25) אלא גם בפער בין האופן שבו נוסח סייג הצדק בהצעת חוק התרופות לבין הניסוח הרשמי שאומץ בסופו של דבר. בסעיף 3(א) (4) להצעת חוק דיני החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשכ"ט–1969, ה"ח 396 (להלן: הצעת חוק התרופות) נשללה האכיפה כאשר: "חייב בפיצויים היא תרופה צודקת יותר בנסיבות העניין". נוסח זה משקף את הגישה המצמצמת של המשפט המקובל האנגלי כלפי תרופת האכיפה. העובדה שלא התקבל מעידה על סירובו של המחוקק הישראלי לתלות את שאלת זמינותה של האכיפה בהשוואה בינה לבין תרופת הפיצויים. יש לציין כי גם בנוסח המקורי של הצעת החוק סויגה הגישה האנגלית בסעיף 3(ב), שבו נאמר: "העובדה שתשלום פיצויים היה מכסה את הנזק שנגרם לנפגע, אין בה כשלעצמה כדי לעשות חייב בפיצויים לתרופה צודקת יותר."

148 כתיאורו של הנשיא שמגר בעניין פומרניץ, לעיל ה"ש 14.

149 כדברי השופט ברק בעניין אדרס, לעיל ה"ש 43, המובאים בטקסט הסמוך להערת השוליים.

150 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 293. השופט ברק הסביר שם שהשאלה שיש לשאול אינה אם אכיפת החוזה תגרום לאי צדק מסוים, אלא אם: "...מאזן האינטרסים של הצדדים אין בו כדי להצביע על תוצאה כה בלתי צודקת שתחייב שלילת זכות האכיפה." [ההדגשה שלנו]. בנסיבות המקרה נקבע, כי אין לשלול את האכיפה מטעמי צדק וכי "מן הראוי הוא לפעול על פי העקרון הרחב כי מי שהתחייב על פי חוזה, חייב לקיים את שנטל על עצמו".

אכן, גישה פרשנית מצמצמת זו – שיפה וטובה היא לכלל סייגי האכיפה – מתחייבת ביתר שאת כלפי סייג גמיש ורחב כסייג הצדק.<sup>151</sup>

6.49 הערה שלישית נוגעת להיקף התפרשותו של המושג "נסיבות העניין" – אותן נסיבות שעל בית המשפט לבחון בבואו להעריך את צדקת האכיפה. האם אלה הן הנסיבות שבהן נכרת החוזה או שמא מדובר בנסיבות החדשות שנוצרו לאחר כריתתו?

תשובתה של הפסיקה לשאלה זו היא פשוטה: כמו בהקשרים אחרים, שבהם נדרש בית המשפט להפעיל שיקול דעת רחב, גם בהקשר זה רשאי השופט העורך את מאזן הצדק להתחשב במכלול הנסיבות – הן כאלה שהיו קיימות בעת כריתת החוזה (ואף לפני כן) והן נסיבות שהתרחשו בשלבים מאוחרים יותר, עד למתן פסק הדין.<sup>152</sup>

6.50 רביעית, לא למותר להדגיש כי בניגוד לסייג השירות האישי – ובדומה לסייג הנבצרות ולסייג הפיקוח – אין תחולתו של סייג הצדק מוגבלת לסוג מסוים של חיובים. התוצאה היא, לדוגמה, כי גם חיוב חוזי שעניינו תשלום סכום כסף כפוף עקרונית לסייג הצדק.<sup>153</sup> אמנם, הנסיבות שבהן תישלל אכיפתו של חיוב

151 נזכיר גם, שהטוען לאי צדקת האכיפה הוא המפר, עובדה שאף היא צפויה להקשות על קבלת טענתו. להתחשבות בשיקול זה ראו את הדברים שנאמרו בעניין דוד, לעיל ה"ש 59, המובאים לעיל בה"ש 63.

152 ראו את דברי השופט ברק בעניין רבינאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 292: "לעניין זה יש לקחת בחשבון את כל מסיבות המקרה, הן אלו שארעו בשעת כריתת החוזה והן אלו שארעו לאחריה, ולהכריע על פי המכלול הכולל...". והשוו לדבריו בע"א 288/80 וינקלר נ' ספיר סודרי בע"מ, פ"ד לו(2) 365, 377 (1981): "נסיבות העניין" בהקשר זה הן לא רק הנסיבות, כפי שהן מתגבשות בעת כריתת החוזה, אלא אף הנסיבות הקיימות בשעת הדין בבית המשפט. נמצא, כי בית המשפט חייב ליתן דעתו, בשעת ההכרעה בתרופת האכיפה, בשיקולי הצדק של הצדדים, כפי שהם מתגבשים בעת ההכרעה. וראו בדומה ע"א 714/79 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לד(3) 648, 645 (1980); ע"א 509/83 דוד נ' יאסין, פ"ד מא(4) 660, 651 (1987).

153 כך עולה מהגדרת ה"אכיפה" בסעיף 1(א) לחוק התרופות, שבה נכלל גם צו לסילוקו של חיוב כספי. הסברה כי גם חיובים כספיים כפופים לסייג הצדק הועלתה בפסיקה לראשונה בע"א 254/86 ניניו נ' משכן, פ"ד מב(1) 1, 3 (1988), שם נאמר (למרות דחיית טענתו של המפר): "מוכנים אנו להניח, בלי לפסוק, שקיימים מקרים נדירים, שבהם רשאי בית המשפט לקבוע, שאכיפת חוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין, גם כשמדובר בחיוב כספי". לדעה שלפיה סייג הצדק לא יחול על חיובים כספיים ראו רנה סנילביץ "האם אכיפת חיוב כספי יכולה להיות 'בלתי צודקת'?" ספר זיכרון לגד טדסקי 563 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, אלפרדו מרדכי ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, התשנ"ו), אך השוו לדעתו הנוגדת של פרופ' טדסקי עצמו: גד טדסקי מסות במשפט 106, 183 (התשל"ח). עוד בסוגיה ראו נילי כהן "זכות ותרופה באכיפת חיוב כספי – מחוק התרופות לטיוטת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות" הפרקליט מח 355 (התשס"ו).

כספי יהיו כנראה נדירות ביותר, בשל הפשטות היחסית הכרוכה בביצוע חיוב מסוג זה ובפיקוח עליו.<sup>154</sup> עם זאת, מבחינה משפטית, האפשרות שרירה וקיימת.<sup>155</sup> אכן, בפרשה אחת, שבה עובד שפוטר שלא כדין לא שיתף פעולה עם נסיונות מעבידו להשיבו לעבודה, קבע בית המשפט העליון כי אין העובד זכאי לתשלום מלוא שכרו, שכן אכיפה כזו תהיה בלתי צודקת.<sup>156</sup> בית המשפט הכיר אמנם בכך שצו לשלם שכר עבודה אינו צו לתשלום פיצויים אלא צו לאכיפה ולפיכך, לכאורה, אין שיעורו כפוף להפחתה בשל אי עמידת העובד בנטל להקטנת הנוזק.<sup>157</sup> אף על פי כן, הימנעות העובד מפעולה סבירה לצמצום הנוזק נחזתה כעובדה ההופכת את אכיפת החיוב הכספי (לתשלום מלוא שכר העבודה) ל"בלתי צודקת". לאורה של מסקנה זו אולץ העובד להסתפק בפיצויים, אשר הופחתו בנסיבות העניין ב-50%, בהתחשב בהתרשלותו העצמית של הנפגע.

6.51 חמישית ולבסוף, ראוי להדגיש שגם כאשר אכיפת החיוב נחזית במבט ראשון כבלתי צודקת, אין פירושה הדבר כי החיוב לא ייאכף בסופו של דבר. כפי שיובהר בהמשך הפרק, הדוקטרינות בדבר אכיפה בקירוב, אכיפה בתנאים ואכיפה דחויה,<sup>158</sup> מאפשרות לבית המשפט, במקרים מסוימים, להסיר את חוסר הצדק הגלום באכיפה דווקנית או חד-צדדית של החוזה. למסקנה בדבר היות האכיפה בלתי צודקת ניתן אפוא להגיע, אם בכלל, רק לאחר בחינת מגוון דרכי האכיפה האפשריות.

154 למקרים שבהם נדונה ונדחתה הטענה, כי אכיפת חיוב כספי היא בלתי צודקת בנסיבות העניין, ראו: עניין ניניו, שם, בעמ' 3; ע"א 11/87 מדינת ישראל נ' הירם לנדאו חברה לעבודות עפר כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מג(4) 287, 293 (1989); ע"א 527/89 רבאח נ' קיבוץ נחשולים, פ"ד מו(1) 375, 379 (1991); ע"א 1894/90 פלאטור-שרון נ' אסולין, פ"ד מו(4) 827, 822 (1992). וראו ע"א (מחוזית"א) 2394/06 נחורסי נ' סתוי, נבו (2009), שבו יושמה אפשרות זו ונקבע כי אכיפתו של חיוב כספי לא תהא צודקת בנסיבות שבהן המשיבה (הנפגעת) לא קיימה את חלקה בהסכם, ולפיכך ראוי להפחית את החיוב הכספי (!). לביקורת על נקיטת פתרון זה ראו התייחסותנו להלן בה"ש 231.

155 המצב עתיד להשתנות, לפחות חלקית, בהצעת הקודיפיקציה. ראו להלן § 6.109. נעיר, כי בעקרונות לחוזים מסחריים נשללה במפורש תחולתם של סייגי האכיפה על החיוב לשלם כסף. ראו: PICC, § 7.2.2.

156 המדובר בעניין אדלר, לעיל ה"ש 30, שבו קבע השופט מצא, בעמ' 839-840, כי העובד חטא לחובתו להקטין את נזקו וכי: "בקיום חובה זו (להקטנת הנוזק)... מותנית גם זכאותו לאכיפת חיוביה הכספיים של אגד, והפרתה היא המקימה בסיס לקבוע שהאכיפה כאמור הינה בלתי צודקת בנסיבות העניין." הטענה כי אכיפת חיוב כספי אינה צודקת נתקבלה גם (כנימוק חלופי) ברע"א 1233/91 גירבי נ' בן דוד, פ"ד מה(5) 661, 668 (1991). עובדות הפסק מפורטות להלן בה"ש 218.

157 ראו שם, בפסקה 23 לפסק דינו של השופט מצא. והשוו, עוד קודם לכן, לקביעתו של השופט שלמה לויין בבג"צ 74/89 המועצה המקומית נתיבות נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד(2) 722, 724 (1990).

158 לדיון בדוקטרינות אלה ראו § 6.70 ואילך.

(ב) הצגת הבעיה: צדק בדיני חוזים – פרטי או ציבורי?  
 6.52 מהו תוכן המושג "צדק" בסעיף 3(4) לחוק התרופות?<sup>159</sup> האם קיימת הגבלה על סוג השיקולים שבית המשפט מוסמך להיזקק להם בבואו להכריע בשאלת צדקתה של האכיפה? ביתר פירוט: האם שיקולים אלה הם אך שיקולים של "צדק פרטי", הנוגעים למאזן הצדק היחסי שבין שני הצדדים לחוזה? או שמא בעריכת מאזן הצדק רשאי בית המשפט להתחשב גם בשיקולים של "צדק ציבורי", קרי, באינטרסים של צדדים שלישיים שאינם צד לחוזה ואף באינטרסים ציבוריים של שיטת המשפט או של החברה בכללותה?

(ג) גישת הצדק הפרטי: "צדק" מנקודת מבטם של הצדדים לחוזה  
 6.53 עריכת מאזן הצדק בהקשר לדיני החוזים בכלל, ובהקשר לתרופת האכיפה בפרט, מחייבת בראש ובראשונה התבוננות ביחסים שבין הצדדים לחוזה לבין עצמם, קרי – היחסים שבין הנפגע למפר. עוד לפני חקיקת חוק התרופות, בעת שהזכות לאכיפה נשלטה במישורין על ידי דיני היושר האנגליים (Equity), הובהר בפסיקתו של בית המשפט העליון כי:

"היושר, המחייב ביצוע בעין של החוזה לטובת הקונה במידת האפשר, אינו יכול להיות חד צדדי. הוא מביא בחשבון את האינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים ומשתדל לעשות צדק עם שניהם."<sup>160</sup>

גם לאחר חקיקת חוק התרופות, עת הובהר כי מבחן הצדק אינו כפוף עוד למבחני היושר האנגליים אלא הוא מבחן ישראלי עצמאי,<sup>161</sup> לא השתנתה הנוסחה הבסיסית לעריכת מאזן הצדק. עניין זה הובהר על ידי בית המשפט העליון באחת הפרשות, שבה נאמר:

"דרך זו של איזון בין האינטרסים של שני הצדדים, תוך ניסיון לעשות צדק עם שניהם, נותרה בעינה גם לאחר חקיקת חוק החוזים (תרופות)."<sup>162</sup>

159 המונח "צדק" מופיע בדיני החוזים בכמה הקשרים. בחוק החוזים הכללי הוא נזכר פעמיים: פעם אחת בסעיף 14(ב), לעניין סמכות בית המשפט לבטל חוזה בשל טעות שלא היתה ידועה לצד השני, ופעם נוספת בסעיף 31, לעניין סמכויות בית המשפט לקבוע את תוצאותיו המשפטיות של חוזה פסול. ואילו בחוק התרופות מופיע המושג "צדק" – פרט לסעיף 3(4) לחוק – הן בסעיף 7(ב) בהקשר לביטול חוזה בשל הפרה לא-סטודית, והן בסעיף 18(ב) הדין בתוצאות המשפטיות הנובעות מסיכול חוזה.

160 ע"א 330/73 עובדון הלפרין נ' קהילת ציון אמריקאית, פ"ד כט(1) 651, 656 (1973).

161 עניין זה הובהר מיד לאחר חקיקת חוק התרופות. ראו לדוגמה את דברי השופט ברנזון בעניין פרץ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 373: "זה מעלה על הפרק את עניין 'הצדק' אשר כפי שפסקנו בעבר במקרים דומים אינו בהכרח זהה או דומה לעיקרי 'היושר' האנגלי, שחל לפי הדין הקודם לגבי הסעד של ביצוע בעין."

162 עניין כובס, לעיל ה"ש 80, בעמ' 566 (השופט גולדברג). בית המשפט מביא כדוגמה את

בגדר מבחן הצדק ישקול אפוא בית המשפט, בראש ובראשונה, את מאזן הצדק שבין הצדדים לבין עצמם. מאזן הדדי זה יבחן הן על רקע התנהגותם של הצדדים זה כלפי זה והן לאור התוצאות הצפויות לכל אחד מהם בעתיד אם יאכף החוזה, או להיפך – אם תישלל אכיפתו.<sup>163</sup>

6.54 אולם, הרשאי בית המשפט לחרוג משיקולי הצדק של הצדדים עצמם ולפזול לעברם של שיקולי צדק רחבים יותר? הרשאי הוא להביא בחשבון בין שיקוליו את פגיעתו האפשרית של צו האכיפה באינטרסים של צדדים שלישיים שאינם צד לחוזה? ומה בדבר שיקולים שבטובת הציבור הרחב – שיקולי צדק חלוקתי, יעילות כלכלית או אינטרסים אחרים שהמדינה ושיטת המשפט חפצות ביקרם?

6.55 שאלה זו שנויה במחלוקת בין חכמי המשפט. על פי דעה אחת, במסגרת המשפט הפרטי בכלל, ודיני החוזים בפרט, שקילת שיקולים החורגים ממאזן

עניין פרץ, שם, בעמ' 373, שבו אגב דיון ראשון בתוכנו של ה"צדק" שבסעיף 4(3) קבע השופט ברנזון: "הקו המנחה הוא לשקול במאזני הצדק את התנהגותם של שני הצדדים ואת האינטרסים שלהם." השופט ברנזון הסתמך בדבריו אלה על הפסיקה שפירשה את סייג הצדק כעילה לדחייתה של תביעת פינני לפי סעיף 37 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, ס"ח 176 (כיום סעיף 132(א) לחוק). סעיף זה קובע: "על אף קיומה של עילת פינני רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינני, אם שוכנע שבנסיבות הענין לא יהיה זה צודק לתתו." לפסק דין המדגים את ההתמקדות בשיקולי הצדק הפרטיים של הנפגע ושל המפר בהקשר לסייג הצדק שבחוק הגנת הדייר ראו ע"א 5/79 רייכמן נ' רוזנבלום, פ"ד לד(2) 208 (1979) (במיוחד בפסקות 4-6 לפסק דינו של השופט בייסקי). כן ראו את פרשות ד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89 (1974), וע"א 597/72 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כז(2) 449 (1973), שבהן נדונה סמכותו הטבועה של בית המשפט למנוע את אכיפתו של פסק דין (שניתן בהסכמה) ולעכב את ביצועו, על מנת למנוע פיננו של שוכר אשר בשל שיתוק שתקף אותו לא עמד בתשלומי השכירות. ראו גם ע"א 419/73 רמת חולון בע"מ נ' בנימיני, פ"ד כח(2) 549, 555 (1974), שם מונה השופט קיסטר את שיקולי הצדק, ובהם טיב המושכר, חומרת הפרה, התנהגות הדייר והתנהגות המשכיר. ליישומם של שיקולים אלה בערכאה הדיונית ראו: ת"א (שלום-יים) 10735/02 וסרטייל נ' אמזלג, נבו, פסקה 13 (2008). לדיון בסוגיה ראו גם בספרו של השופט דוד בר-אופיר סוגיות בדיני הגנת הדייר 175 (מהדורה שנייה, התשס"ז), המסכם את הסוגיה כך: "על בית המשפט לאזן את התנהגות שני הצדדים ולמנוע מצב דברים שבו תהיה הסנקציה של פינני חמורה מדי בהשוואה להפרה."

163 דברים אלה (בשינויי ניסוח קלים) צוטטו בהסכמה על ידי השופט חשין בעניין ינאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 779. דוגמה יפה להפעלת מבחן הצדק על פי האינטרסים של הצדדים והתנהגותם ניתן למצוא בעניין פרץ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 373; בעניין עטיה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 372-374; ובעניין ינאי, שם, בעמ' 778-781. השיקולים השונים המנחים את בתי המשפט בעריכת מאזן הצדק הפרטי יידונו ביתר הרחבה להלן § 6.63 ואילך.



הצדק הפרטי שבין התובע לנתבע אינה לגיטימית. בתפישה זו אין זה מתפקידו של השופט, בהכרעו בזכויות הצדדים שלפניו, לשקול את השפעת הכרעותיו על כלל החברה. שיקולי צדק חלוקתי או יעילות כלכלית – רלוונטיים ולגיטימיים ככל שיהיו במסגרת המשפט הציבורי – אינם ממין העניין במשפט הפרטי.<sup>164</sup> בגדרי המשפט הפרטי מטרת השופט מוגבלת לעשיית "צדק מתקן", כלומר: עליו להבטיח כי הזכויות שבהן אחז כל צד לפני הסכסוך לא יופרו, וכי בכל מקרה של פגיעה בזכויות אלה – יושב המצב לקדמותו. הא – ותו לא.<sup>165</sup>

164 שאלה מעניינת מתעוררת כאשר אחד הצדדים לחוזה הוא גוף ציבורי או מעין ציבורי. במקרים אלה, אף שהמסגרת הפורמלית לבחינת זכויות הצדדים היא במשפט הפרטי ובדיני החוזים, הרי שמבחינה מהותית יש לצפות להשפעה דרמטית של השיקול הציבורי על ההכרעה השיפוטית. אכן, מן המפורסמות היא שבשל ה"דואליות הנורמטיבית" המאפיינת חווי רשות נתונה לרשות, בנסיבות שבהן האינטרס הציבורי דורש זאת, הזכות לחזור בה מהבטחה מינהלית שנתנה (הן בחוזה שלטוני והן בחוזה מסחרי). ראו בג"ץ 311/06 י. מילר מהנדס (סוכנות ויבוא) בע"מ נ' שר התחבורה, פ"ד טו 1989 (1961); ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 525–526 (2000), וכן ביתר הרחבה: גבריאלה שלו "השתחררות המדינה מחוזה" ספר זוסמן 159 (התש"ס); גבריאלה שלו חוזים ומכרזים של הרשות הציבורית 69 (התש"ס). מכוח קל וחומר, נראה שבנסיבות שבהן האינטרס הציבורי דורש זאת, תוכל הרשות לזכות בפטור מתרופת האכיפה, כך שהנפגע מהפרת חוזה הרשות יאלץ להסתפק בתרופת הפיצויים. דוגמה יפה לכך ניתן להביא מת"א (מחוזית"א) 2846/98 שירותי בניזין וסיכה בע"מ נ' עיריית הרצליה, נבו (2003). במקרה זה נדחתה תביעתה של התובעת לאכוף על הנתבעת הסכם שבו התחייבה האחרונה לסייע לראשונה בהקמת תחנת דלק תמורת הסרת התנגדותה של זו לבניית מחלף (מחלף הסירה) במקום שבו עמדה התחנה בעבר. תביעת האכיפה נדחתה ובית המשפט ציין, בפסקה 23, כי: "אומנם לביהמ"ש יש סמכות להטיל על הנתבעת סעד של אכיפה בגין הפרת הסכם, אולם בנסיבות המקרה הנוכחי ובשלב זה, סעד של אכיפה הוא בעייתי ולא מעשי. הצדדים לא הצליחו עד היום להגיע ביניהם להסכמה על אתר אפשרי להקמת תחנת הדלק הנוספת. סעד של חיוב הרשות לתמוך בכל אתר שיוצע על ידי התובעת אינו צודק, מנוגד לאינטרס הציבורי, ואינו עולה מלשון החוזה. כל סעד אחר של אכיפה יהיה לא ברור ולא בר אכיפה." [ההדגשה הראשונה במקור, השנייה – שלנו]. לדיון בשאלה אם ראוי להחיל את דיני התרופות כמות שהם על הפרת חיובים של רשויות ציבוריות, ולפיתוח הטענה כי בניגוד לעמדה העולה מהצעת הקודיפיקציה התשובה לכך חייבת להיות בשלילה, ראו הדיון אצל אדר, דבש ועוקץ, בעמ' 371–378.

165 הנציג הבולט ביותר של תיאוריית הצדק המתקן בדורנו הוא פרופ' Ernest Weinrib מאוניברסיטת טורונטו. בסדרה ארוכה של מאמרים ביקש Weinrib להראות כיצד עקרון הצדק המתקן – ורק עיקרון זה – יכול להסביר בהצלחה את הדוקטרינות המסורתיות של דיני הנזיקין בפרט ושל המשפט הפרטי בכלל. את עיקרי התיאוריה שלו פרש Weinrib בספרו: Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995). להצגה תמציתית של עיקרי התיזה ראו: Ernest J. Weinrib, *Corrective Justice in A Nutshell*, 52 U. Toronto L.J. 349 (2002). תיאורטיקן חשוב נוסף שכתיבתו אודות הצדק המתקן עוררה דיון אקדמי נרחב הוא פרופ' Jules Coleman מאוניברסיטת ייל. Colean הציג פרשנויות מקוריות לרעיון הצדק המתקן בכתביו ובחיבוריו, ואף שינה במרוצת השנים את תפישותיו שלו כלפי Jules L. Coleman, *Corrective Justice and Wrongful Gain*, in

אם כך בכלל — בוודאי כך בגדרי דין החוזים, שעניינו ביצירת מסגרת להקצאת משאבים פרטית. מרגע שהקצאה ראשונית זו עוצבה בידי הצדדים ועמדה במבחנים שמציב החוק לכריתתו ולתוקפו של חוזה, תפקידו היחיד של בית המשפט הוא להצהיר על תקפותה, לפרשה ולאוכפה על שני הצדדים. אגב אכיפתה של ההסכמה החוזית רשאי אמנם בית המשפט להתחשב בשיקולי הצדק של הצדדים לחוזה, כפי שמסמיכו החוק במפורש. אולם אין זה מתפקידו של השופט לבצע חלוקה מחדש של העושר בחברה על חשבון זכויות מוקנות שהצדדים לסכסוך הקצו זה לזה כדין בחוזה שביניהם.

בישראל זכתה עמדה זו לתמיכה בספרות המשפטית:

“צדק בדיני חוזים איננו צדק מוחלט או צדק חברתי, אלא אך ורק צדק יחסי, בין הצדדים לחוזה לבין עצמם. במקרים המעטים שבהם מופיע מושג זה בחקיקה החוזית יש לפרשו כמורה על איזון בין האינטרסים של הצדדים לחוזה.”<sup>166</sup>

6.56 אימוץ של גישת הצדק הפרטי או היחסי, אם כי בהקשר מצומצם, ניתן למצוא בפסק דינם של שופטי הרוב בדיון הנוסף בפרשת ורטהיימר.<sup>167</sup> פרשה זו עסקה בפרשנות סעיף 9 לחוק המקרקעין, הדין בעסקות נוגדות.<sup>168</sup> השאלה שהועמדה

JULES L. COLEMAN, MARKETS, MORALS AND THE LAW 184 (1988); Jules L. Coleman, *The Mixed Conception of Corrective Justice*, in JULES L. COLEMAN, RISKS AND WRONGS 303 (1992); Jules L. Coleman, *Tort Law and the Demands of Corrective Justice*, 67 IND. L.J. 349 (1992); Jules L. Coleman, *The Practice of Corrective Justice*, 33 ARIZ. L. REV. 15 (1995). מאמריהם של Weinrib ו־Coleman עוררו הדים וגררו גל נרחב של תגובות, מהן אזהרות, מהן מסתייגות. ראו לדוגמה סימפוזיון המוקדש לנושא הצדק המתקן ולמקומו בדיני הנויקין: *Symposium: Corrective Justice and Formalism: The Care*: One Owes One's Neighbors, 77 IOWA L. REV. (1992). על מעמדו הרם של עקרון הצדק המתקן בדיני התרופות עמדנו בפרק הראשון בספר, §§ 1.11–1.09.

166 גבריאלה שלו דיני חוזים 532 (מהדורה שנייה, התשנ"ה). עקבית לעמדתה, הציגה המחברת גישה דומה לפירוש המושג “צדק” גם בהקשר לביטול שיפוטי של חוזה בעקבות טעות לא־ידועה: “צדק” בהקשר זה אין משמעו אלא צדק יחסי, בין הצדדים לחוזה לבין עצמם... מטרת שיקולי הצדק שעל בית המשפט לשקול בבקשה לביטול חוזה על פי סעיף 14(ב) היא איזון האינטרסים של הצדדים...”. שלו, בעמ' 289 [ההדגשה שלנו]. דברים אלה התקבלו על דעת השופטת בן־פורת בבג"צ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 482–483 (1987). וראו בדומה את עמדת המחברת בנוגע ל“צדק” בהקשר לזכויות הצדדים לחוזה פסול ולחוזה אשר סוכל, שם, בעמ' 543–546, 646–648.

167 לעיל ה"ש 74, בעמ' 267.

168 הסעיף קובע: “התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום־לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום־לב — זכותו עדיפה.”

לדיון (נוסף) היתה שאלת סמכותו של בית משפט, הדין בזכות הקונה הראשון לאכיפה, להתחשב גם באינטרסים של הקונה השני העלול להיפגע כתוצאה מאכיפת החוזה הראשון. בית המשפט העליון, בדעת רוב, הפך את ההלכה שנקבעה בערעור,<sup>169</sup> וקבע כי בנסיבות שבהן לא נתקיים הסיפא לסעיף 9 (קרי, הקונה השני לא השלים את רישום העסקה בתום לב ובתמורה), לא יוכלו שיקולי הצדק של הקונה השני (כגון תשלום תמורה ניכרת או קבלת חזקה בנכס) לשמש יסוד לשלילת זכותו של הקונה הראשון לקבל אכיפה.<sup>170</sup> במילים אחרות, על פי הלכת ורטהיימר, החלת סעיף 3(4) לחוק התרופות במסגרת תביעת אכיפה המופנית מהקונה הראשון אל הקונה השני – אפילו היא אפשרית<sup>171</sup> – איננה כדי לסייע לאחרון. הטעם לכך הוא שבמסגרת סייג הצדק ניתן ממילא לשקול רק את שיקולי הצדק של הקונה הראשון ביחסיו עם המפר, ולא את אלה של הקונה השני ביחסיו עם הקונה הראשון.<sup>172</sup>

עינינו הרואות שבפרשת ורטהיימר אימץ בית המשפט העליון פרשנות מצמצמת למושג "צדק" שבסעיף 3(4) לחוק התרופות. ניתן אפוא לכאורה לטעון, כי הלכה זו משקפת תמיכה בגישת הצדק הפרטי.<sup>173</sup> אולם למעשה, הפסיקה בעניין ורטהיימר לא נשענה על הטעמים שביסוד גישת הצדק הפרטי, אלא על ניתוח פרשני של סעיף 9 לחוק המקרקעין כהוראת חוק מיוחדת.<sup>174</sup> מסיבה זו אנו סבורים

169 עניין ורטהיימר, לעיל ה"ש 152.

170 ראו במיוחד את פרשת ורטהיימר, לעיל ה"ש 74, בפסקות 8, 10 ו-14 לפסק דינו של השופט ברק.

171 השאלה אם החלה כזו היא אכן אפשרית הושארה בצריך עיון על ידי השופט ברק, אשר ציין כי הוא נוטה לענות עליה בחיוב. זאת, שכן גם אם הסעיף אינו חל במישרין, ניתן להחילו בדרך של היקש. שם, בעמ' 270.

172 בלשונו של השופט ברק: "...לא ניתן יהא להתחשב בשיקולי הצדק של הקונה השני, שכן התחשבות זו, אפילו אפשרית היא... תעמוד בסתירה לתוצאה, המתבקשת מהפעלת ההוראה המהותית, הקבועה בסעיף 9 לחוק המקרקעין." שם, בעמ' 267.

173 ראו לדוגמה את עניין פומרנץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 822, שבו – בהסתמך על פרשת ורטהיימר – ציינה השופטת בן-פורת כי שאלת זכותו של הנפגע לאכיפה "צריכה לדעתי להיחתם תוך התחשבות במערערים [הנפגעים] מזה ובחברה [המפירה] מזה, ובהתעלם מן ההתקשרות בין החברה לבין הקונה... של הדירה השכנה...". והשוו לדבריה בעמ' 824, שלפיהם: "אין לפרש את סעיף 3(4) הנ"ל בדרך שתעודד קבלנים או מוכרים אחרים להיכנס לעסקאות נוספות ואחר כך להיבנות מחטאיהם כלפי הקונה הקודם המעוניין באכיפה." פרופ' צלטנר הביע בשעתו את הדעה כי עניינו של צד שלישי מוגן דיו בהוראות ספציפיות של החקיקה האזרחית, וכי משום כך אין להתחשב בעניינו במסגרת סייג הצדק. זאב צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל 411 (התשל"ד).

174 ניתוח זה הביא את שופטי הרוב למסקנה, כי כוונת המחוקק היתה ליתן לקונה הראשון עדיפות מוחלטת על הקונה השני (למעט בנסיבות המתוארות בסיפא של סעיף 9), אשר אינה כפופה לאפשרות של הגבלה נוספת בידי בית המשפט מכוח שיקולי צדק. ראו במיוחד שם, את נימוקי השופט ברק בפסקות 8 ו-9 לפסק דינו.

שאינן לראות בפסק הרוב בפרשה זו משום תמיכה עקרונית, כללית, בגישת הצדק הפרטי.<sup>175</sup>

6.57 מאז פרשת ורטהיימר, ובמשך שנים עד לפרשת לוי,<sup>176</sup> שתידון בסעיף הבא, לא נערך בפסיקה דיון של ממש בתוכנו ובגבולותיו של סייג הצדק. עם זאת, העיון בפסיקה מעלה, שברובם המכריע של פסקי הדין שיישמו את סייג הצדק בתקופה זו, לא הוזכרה כלל האפשרות לחרוג משיקולי הצדק הפרטי, והדיון התמקד באופן בלעדי בעריכת מאזן הצדק שבין הצדדים לחוזה. יתר על כן: בפסקי דין רבים נזכר מבחן "הצדק היחסי" כמבחן הכללי שלאורו יש להכריע, בנסיבות המקרה, בשאלת התקיימותו של סייג הצדק.<sup>177</sup>

175 אכן, הלכת ורטהיימר לא שללה את האפשרות שבהקשרים אחרים, שאינם נוגעים למצב של עסקות נוגדות, ניתן יהיה להתחשב בשיקולי צדק של צדדים שלישיים. יתרה מכך, נראה שדעתם של בתי המשפט אינה נוחה מן המגבלה שגזרה עליהם הלכת ורטהיימר. כך לדוגמה, בע"א 839/90 רז נ' אירנשטיין, פ"ד מה(2) 418 (1991), נדונה השאלה אם ניתן להתחשב ברשלנותו של הקונה הראשון שלא רשם הערת אזהרה (למרות שהדבר היה אפשרי), כנימוק להעדפת הקונה השני. נקבע, שלאור הלכת ורטהיימר, אין אפשרות לשקול במישרין את אי הצדק שברשלנות הקונה הראשון כלפי הקונה השני. עם זאת, ניתן להתחשב בכך בעקיפין, באמצעות קביעה שרשלנות הקונה הראשון עשויה להפוך את אכיפת העסקה הראשונה לבלתי צודקת כלפי המוכר (המפר). זאת, משום שזה האחרון צפוי להיות מחויב בשל כך בפצויים גבוהים כלפי הקונה השני (במיוחד בנסיבות אותו המקרה שבהן המוכר פעל בתום לב ולא ידע – בהיותו יורש של המוכר המקורי – אודות העסקה הראשונה). אפשרות זו הועלתה למעשה כבר בעניין ורטהיימר, לעיל ה"ש 74, בעמ' 279, על ידי שופט המיעוט יצחק כהן. צמצום נוסף, הגובל באיננה של הלכת ורטהיימר, התחולל בע"א 2643/97 גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נו(2) 385 (2003). בפרשה חשובה זו נקבע, בהרכב מורחב של שבעה שופטים, כי אי רישום הערת אזהרה על ידי הקונה הראשון עלול להיחשב כחוסר תום לב מצידו כלפי הקונה השני, ועלול לשלול מן הקונה הראשון את זכותו לאכיפת החוזה. עמד על כך השופט ריבלין, שם, בעמ' 431: "לא ניתן לכחד כי השתקתו של בעל העסקה הראשונה מלטעון לזכות האכיפה שבידו סומכת גם על שיקולי צדק שבינו לבין הקונה המאוחר בזמן. ... [עובדה זו] גורעת, כך יש לומר, מתוקפה של הלכת ורטהיימר." לשאלת האחריות בנויקין (בעוללת הרשלנות) של הקונה הראשון כלפי הקונה השני ראו את צמד פסקי הדין: ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת מ. אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 661, פסקה 9 (1992) (השאלה הושארה בצריך עיון); ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769 (2004) (הוכרה עקרונית חבות פוטנציאלית בנויקין של הקונה הראשון כלפי השני).

176 לעיל ה"ש 146.

177 ראו לדוגמה ע"א 4912/90 איתן נ' בראונשטיין, נבו, 5 (1992), שם קבע השופט מלך, בהסכמתם של השופט גולדברג ושל הנשיא שמגר: "מבחן הצדק בדיני החוזים איננו צדק מוחלט או צדק חברתי, אלא אך ורק צדק יחסי בין הצדדים לחוזה לבין עצמם. בפירוש המונח צדק יש לערוך איזון אינטרסים בין הצדדים." השוו לדברי השופט דרורי, בדעת רוב, בע"מ (מחוזיים) 729/05 סובול נ' לויטין, נבו (2005), אשר בסעיף 7 הביא מדבריה של המחברת במאמרה "פרשנות החוזה – תורת ברק" המשפט ח 675, 691 (התשס"ג):

עובדות אלה מלמדות שלפחות בעבר חלשה גישת "הצדק הפרטי" על הפעלתו של סעיף 3(4) לחוק התרופות. אלא שגם אם כאלה היו פני הדברים בעבר, לא כך הוא המצב היום. הטעם לשינוי נעוץ בחידוש המפליג שהביאה עימה הלכת לזין, שתידון להלן.

(ד) גישת הצדק הציבורי: "צדק" מנקודת מבטה של החברה  
 6.58 אל מול גישת הצדק הפרטי ניצבת גישת הצדק הציבורי. התומכים בגישה זו סבורים כי אין להגביל את מרחב שיקול דעתו של בית המשפט העורך את מאזן הצדק החוזי או כל מאזן אחר של צדק בגדרי המשפט הפרטי. השופט הדין בזכויות הצדדים שלפניו רשאי וצריך לקובען גם בהתחשב בהשפעת פסיקתו על צדדים שלישיים שאינם צד לחוזה, ואפילו בהשפעתה על האינטרס הציבורי הכללי. על פי גישה זו, בעת הכרעה בסכסוכים אזרחיים, לרבות סכסוכים שבין צדדים לחוזה, לגיטימי ואף ראוי להתחשב בהשפעת התרופה הנפקת — במקרה זה תרופת האכיפה — הן על חלוקת העושר הצודקת בחברה (צדק חלוקתי)<sup>178</sup>

"...פרטים רשאים לעשות חוזים בלתי הגיוניים, בלתי סבירים, בלתי כלכליים, ואף טפשיים. מובן שאל להם לעשות חוזים אסורים... אולם ערכי הצדק הכללי והמוסר הציבורי אינם צריכים, לדעתי, לבוא לידי ביטוי בחוזים פרטיים רגילים. ערכים חשובים אלה נדחים בדיני חוזים מפני שיקולים של צדק יחסי (בין הצדדים), תועלת כלכלית והוגנות עסקית." גישת "הצדק היחסי" יושמה — בהקשר לסייג הצדק באכיפה — בפסקי דין רבים בבתי המשפט המחוזיים והשלום (לריכוז הפסיקה ראו להלן ה"ש 190 והטקסט הסמוך אליה). הגישה אומצה גם בהקשרים אחרים שבהם מופיע המושג "צדק" בחקיקת החוזים. כך לדוגמה, בהקשר לסמכות בית המשפט לבטל חוזה בשל טעות לא־ידועה לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים נקבע, בין היתר בהסתמך על עמדתה של המחברת, כי בית המשפט "...מִצְוֶה לבחון שיקולים של 'צדק' מבחינת איזון האינטרסים של כל הצדדים." ע"א 406/82 נחמני נ' גלאור, פ"ד מא(1) 501, 494 (1987) (להלן: עניין גלאור). השוו גם לדברי השופט מצא בע"א 588/87 כהן נ' שמש, פ"ד מה(5) 297, 329 (1991), בהקשר לפירוש סייג הצדק בהשבה הקבוע בסעיף 2 לחוק עשיית עושר, לעיל ה"ש 82: "סעיף 2 מיועד לאפשר לבית המשפט להגיע להכרעה שתעשה צדק יחסי בין הצדדים...". והשוו לדברי השופט חשין בע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 362, 289 (1998): "...השבה בלתי צודקת עניינה, אמנם — כלשונה — אך ורק בצדק וביושר בין הצדדים, ביניהם לבין עצמם (inter partes)..."

178 במאמרו Anthony T. Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, 89 YALE L.J. 473 (1980), תמך פרופ' Kronman מאוניברסיטת ייל בהפעלת שיקולי צדק חלוקתי במסגרת דיני החוזים וטען כי עמדה זו אינה סותרת את עקרונות הליברליזם. ראו בדומה גם את מאמרו: Anthony T. Kronman, *Paternalism in the Law of Contract*, 92 YALE L.J. 763 (1983), שם הוא מצביע על תפקידם של שיקולים פטרנליסטיים בדיני החוזים המודרניים. לביקורת על עמדתו של Kronman ראו: William K.S. Wang, *Reflections on Contract* (1982) על *Law and Distributive Justice: A Reply to Kronman*, 34 HASTINGS L.J. 513 (1982). הזיקה האפשרית בין דיני החוזים לבין רעיון הצדק החלוקתי רמו בראשית המאה פרופ' Morris R. Cohen, *The Basis of Contract*, 46

והן על התועלת הכלכלית המצרפית שתצמח לחברה (יעילות כלכלית).<sup>179</sup>

6.59 תמיכה ראשונה ומובהקת בגישת הצדק הציבורי הובעה אצלנו בדעת המיעוט בדיון הנוסף בפרשת ורטהיימר, שנדונה לעיל. על פי דעה זו, שבה החזיקו שופטי המיעוט חיים כהן ויצחק כהן:

“הדיבור ‘בנסיבות העניין’ שבסעיף 3(4) לחוק התרופות רחב הוא די הצורך לכלול בו גם נסיבות, שנוצרו לאחר עשיית ההתחייבות, וגם נסיבות, הנוגעות לזכויות צד שלישי או הנובעות מהן... סמכותו של בית-משפט לעשות צדק טעונה, מטבע ברייתה, פירוש ותחולה נרחבים ונדיבים.”<sup>180</sup>

לטיעון זה הוסיפו שופטי המיעוט נימוק נוסף, המדגיש את:

“עניין אי הצדק, העלול להיגרם על ידי אכיפת החוזה לאדם אחר, שכלל לא חטא, ושאיפת החוזה עלולה להמיט עליו הרס מבחינות שונות...”<sup>181</sup>.

179 Harv. L. Rev. 553, 584 (1933), שם ציין, בהקשר לפונקציה השיפוטית של השלמת חסר בחוזה: “In this latter respect, the law of contract is a way of enforcing some kind of distributive justice within the legal system.” יתר על כן: במאמר זה הציג Morris עמדה מרחיקת לכת שלפיה, ביסודו של דבר, דיני החוזים אינם אלא שלוחה של המשפט הציבורי. לדעתו: “...the law of contract may be viewed as a subsidiary branch of public law ...just as the rules of constitutional law are general and leave blanks to be filled in by the legislature, courts, and administrative officials... so do the rules of contracts allow men to formulate for themselves, within the prescribed limits, certain rights and duties governing certain transactions between them.” בעמ' 590. יש לציין, שבדיני הנזיקין ההכרה בתפקידם של שיקולי צדק חלוקתי היא רחבה יותר מאשר בדיני החוזים. עם זאת, גם בתחום הנזיקין נטושה מחלוקת חריפה באשר ללגיטימיות של התחשבות שיפוטית בשיקולים אלה. ראו לדוגמה: ITZHAK ENGLARD, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW ch. 2 (1993). אסופת מאמרים חשובה העוסקת בצדק המתקן וביחס בינו לבין הצדק החלוקתי היא: COMPENSATORY JUSTICE, NOMOS XXXIII (John Chapman ed., 1991). על פי הגישה הכלכלית למשפט (ואמה-הורתה, התיאוריה התועלתנית), כל כללי המשפט — ובכלל זה כללים המושגים על המושג “צדק” — מטרם אחת: השאת הרווחה (או התועלת) המצרפית בחברה. בתפישה זו ה“צדק הציבורי” שאליו שואף בית המשפט לחתור — בכל ענף משפטי, לרבות בדיני החוזים — אינו אלא מילה נרדפת להכרעה ערכית שיש בה כדי לקדם מטרה זו. להצגת תפישת הצדק בראי הגישה הכלכלית למשפט ראו לדוגמה: RICHARD A. POSNER, THE ECONOMICS OF JUSTICE (1983).

180 דברי השופט חיים כהן בפרשת ורטהיימר, לעיל ה”ש 74, בעמ' 272–273, והשוו לדבריו בערעור בעניין ורטהיימר, לעיל ה”ש 152, בעמ' 648.

181 דברי השופט יצחק כהן, שם, בעמ' 278. השופט אף הוסיף כי “מכוח קל וחומר מן הראוי דווקא להתחשב יותר באי הצדק, הנגרם למי שאינו אשם בהפרת החוזה, מאשר באי הצדק, שנגרם למי שהפר את התחייבותו.”

זאת ועוד: נוסף על הצורך להתחשב בענייניו של צד שלישי המושפע במישרין מן ההכרעה בזכויות הצדדים לחוזה (בפרשת ורטהיימר – הקונה בעסקה הנוגדת), הודגשו בחוות דעת המיעוט הצורך וההצדקה להתחשב, במסגרת סייג הצדק, גם באינטרסים של הציבור הרחב:

“ייתכנו גם מצבים, שבהם אכיפת חוזה עלולה לפגוע באינטרס ציבורי חשוב או באינטרס לאומי חשוב; האם גם במקרים אלה חייב בית המשפט לצוות על אכיפה... וזה רק בגלל העובדה, ששיקולי הצדק אינם מתייחסים לאינטרסים של מוכר ישירות אלא לאינטרסים של אדם אחר או לאינטרס ציבורי? אני סבור שהתשובה לשאלה זו חייבת להיות בשלילה.”<sup>182</sup>

6.60 כאמור לעיל, במשך שנים שלטה בפסיקה, כמעט ללא עוררין, גישת הצדק הפרטי או היחסי. שינוי דרמטי בסוגיה דנן חל לפני כעשור שנים בפסק הדין בעניין לויין.<sup>183</sup> בפרשה זו זכתה גישת הצדק הציבורי לתמיכה מפורשת ואומצה כהלכה מחייבת. פסק הדין נסב על שאלת תוקפו ואכיפתו של הסכם מזונות שנערך בין בני זוג כחלק מהליכי הגירושין ביניהם ועל פי הסכם הגירושין שחתמו. בהסכם המזונות נקבע כי ההסכם “חסר תוקף משפטי” וכי הצדדים מתחייבים שלא להציגו לפני ערכאות משפטיות. אף על פי כן – בסופו של הליך פרשנות יצירתי – נתן בית המשפט העליון תוקף להסכם וקבע כי הוא חוזה מחייב. משכך, נפנה בית המשפט לדון בשאלת תוקפה של ההוראה שאסרה על הצדדים להציג את ההסכם לפני ערכאות משפטיות. נקבע, כי הוראה זו פוגעת קשות בזכות היסוד של הצדדים ל“גישה חופשית ויעילה אל בית המשפט”,<sup>184</sup> ולכן גם באינטרס הציבורי ובערכי היסוד של שיטת המשפט. למרות זאת, בנסיבות המקרה העדיף בית המשפט להימנע מפסילת ההוראה בשל סתירה לתקנת הציבור. אולם, תוצאה דומה הושגה באמצעות הקביעה כי מאותם טעמים ממש תהיה אכיפתה של התניה “בלתי צודקת בנסיבות העניין”.

לשם הבהרת הלגיטימיות שבהסתמכות על נימוק זה, עורר בית המשפט את שאלת פרשנותו הראויה של המושג “צדק” בגדרו של סעיף 3(4) לחוק התרופות. הדיון הפרשני הוליך את השופט זמיר, שאליו הצטרפו השופטים ברק ושרטרסברג-כהן, אל המסקנה שהתחשבות בטובת הציבור לא זו בלבד שהיא אפשרית מבחינת לשון החוק, אלא שהיא מתחייבת מפרשנות תכליתית ראויה שלו. בשל חשיבותם וחדשנותם ראויים הדברים שיובאו בלשונם:

182 דברי השופט יצחק כהן, שם, בעמ' 278.

183 לעיל ה"ש 146.

184 כדברי השופט זמיר, שם, בעמ' 874.

"האם שיקולים של טובת הציבור נתפסים אף הם בגדר החריג שנקבע בסעיף 3(4) לחוק התרופות או שמא הצדק, בהקשר זה, מוגבל למישור היחסים שבין הצדדים לחוזה? ... לפי לשונו, אין הסעיף מחייב תפיסה צרה של צדק... נסיבות העניין עשויות לכלול, לפי לשון הסעיף, גם נסיבות חיצוניות, ובכלל זה גם נסיבות הנוגעות לטובת הציבור... ודאי שכך לפי שיקולים של תכלית החוק... אין להניח כי סעיף זה נתכוון למנוע בעד בית המשפט לשקול גם את טובת הציבור, לרבות ההשלכה של אכיפת החוזה על עקרונות היסוד של שיטת המשפט... אמור מעתה, הצדק בסעיף 3(4) לחוק התרופות אינו רק צדק אישי, אלא הוא כולל גם צדק ציבורי." <sup>185</sup>

6.61 מאז ההלכה שנפסקה בפרשת לויין לא זכה סייג הצדק לבחינה מחודשת. עם זאת, במקרה אחד שבו התעוררה השאלה, שבה והובעה תמיכה בגישת הצדק הציבורי. בפרשת נחמני<sup>186</sup> נדונה השאלה אם אישה זכאית להשלים תהליכים של הפריה מלאכותית שהחלו כבר לפעול בגופה, גם לאחר שבעלה חזר בו מהסכמתו להליכים אלה. השופטת שטרסברג-כהן ענתה על השאלה בשלילה, בין היתר משום שלדעתה "במישור הציבורי תנגוד אכיפה [של התחייבות הבעל] את זכויות היסוד של האדם, ולפיכך לא תעלה היא בקנה אחד עם טובת הציבור..." <sup>187</sup>. במקרה אחר, שבו נדון המושג "צדק" בהקשר לזכות הביטול של חוזה לפי סעיף 7(ב) לחוק התרופות, הביע השופט אנגלרד תמיכה ברעיון שלפיו במרכזו של המשפט הפרטי עומד רעיון הצדק הפרטי, המתקן. יחד עם זאת, הבהיר השופט כי גם במשפט הפרטי, ובכלל זה ביחסים חוזיים, ראוי להתחשב לעתים בשיקולים של יעילות כלכלית וצדק חלוקתי:

185 שם, בעמ' 877-878. להצדקת גישתו המרחיבה כלפי סמכות בית המשפט להגביל את הזכות לאכיפה הסתמך השופט זמיר, בין היתר, על ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840, 855-856 (1989). בפסק דין זה קבע השופט ברק כי לעניין מתן ציווי בנוזיקין (השקול לאכיפה של החובה בנוזיקין) רשאי בית המשפט להתחשב בהשפעת הצו על האינטרס הציבורי. תמיכה בשקילת שיקולי צדק ציבוריים במסגרת דין החוזים הביע השופט ברק עוד קודם לפרשת לויין בכתיבתו האקדמית: "כל שיטת משפט מבקשת לקיים את אינטרס הציבור... במסגרת דיני החוזים, הרי שתורת האכיפה — צו מניעה או צו ביצוע בעין — כפופה אף היא לשיקולים של סדר ציבורי ושלום הציבור." אהרן ברק פרשנות במשפט, כרך ב — פרשנות החקיקה 525 (התשנ"ג).

186 לעיל ה"ש 84.

187 שם, בעמ' 515. אימוץ גישת הצדק הציבורי עולה במפורש מדברי אותה שופטת בעמ' 514: "בדיקת השאלה אם אכיפה היא צודקת או בלתי צודקת בנסיבות העניין נעשית בשני מישורים: במישור האישי, היחסים בין הצדדים לחוזה, ובמישור הציבורי, השפעתה של האכיפה על טובת הציבור וערכי היסוד של החברה."



“מנקודת ראותו של המשפט הפרטי, במובן הצר, הסדרת היחסים בין המתקשרים כפופה, עקרונית, לרעיון הצדק המתקן. עם זאת, סבורני כי גם ביחסים אלה אין להתעלם לחלוטין מהשלכות ההסדר על הרווחה המיצרפית, הנשלטת מצדה על ידי רעיון הצדק המחלק.”<sup>188</sup>

6.62 הנה כי כן, הלכת לויין מהווה פרשת דרכים בתולדות דיני האכיפה בישראל: ממנה ואילך כפופה הזכות לאכיפתו של חוזה לא רק לשיקולי הצדק היחסי שבין הצדדים לחוזה, אלא גם לשיקולי צדק רחבים יותר. בשיקולי צדק אלה נכללים הן האינטרס הציבורי הרחב והן — מכוח קל וחומר — שיקולים הנוגעים לטובתם של צדדים שלישיים שרווחתם מושפעת במישרין מן השאלה אם ייאכף החוזה, אם לאו.<sup>189</sup>

(ה) צדק פרטי — קווים מנחים להפעלתו

6.63 כפי שהובהר זה עתה, בעימות בין גישת הצדק הפרטי לגישת הצדק הציבורי היתה ידה של האחרונה על העליונה. אף על פי כן, העיון בפסיקה מלמד שגם לאחר הלכת לויין שיקולי הצדק הפרטי או היחסי הם אשר יחרצו בדרך כלל את גורלה של תביעת האכיפה לכאן או לכאן. ההתחשבות באינטרס הציבורי, גם

188 ע"א 2825/97 אבו זייד נ' מקל, פ"ד נג(1) 402, 413 (1999). ראו את דברי השופט דוד חשין בעניין שרבט, לעיל ה"ש 62, בפסקה 14, שם בהקשר לתרופת הביטול הודגש מעמדו המשני של שיקולים כלכליים טהורים, אך עם זאת צוין ש: “הפסיקה אינה שוללת את היוקמותם של דיני החוזים לשיקולי צדק החורגים מאלו שבין שני הצדדים בלבד.” לדין בתפקידם של שיקולי צדק בהקשר לתרופת הביטול ראו להלן § 8.125 ואלך (בהפרה לא-יסודית), וכן §§ 8.68–8.70 (בהפרה יסודית).

189 למסקנה זו הגיע, בהתבסס על עניין לויין, לעיל ה"ש 146, בית המשפט המחוזי בה"פ (מחוזית-א) 2113/94 צנה בע"מ נ' פולן בע"מ, נבו (1997), שם בפסקה 40 נקבע: “בבואו לבחון האם קיימות נסיבות ההופכות את האכיפה לבלתי צודקת בנסיבות העניין אין בית המשפט יכול לדעת, להתעלם מקיומ[ה]... של פגיעה קשה בצדדים שלישיים המעורבים במישרין בעניין...”. התחשבות בעניינם של צדדים שלישיים ניתן למצוא גם בעניין לויין עצמו, שבו אחד השיקולים שהשפיעו על החלטתו של בית המשפט ליתן תוקף להסכם המזונות היה הדאגה למזונות ילדיה של המשיבה (שם, בעמ' 872). לביקורת על עניין לויין מכיוונים שונים, ולהבחנה בין סוגים שונים של שיקולי צדק המופעלים בדיני חוזים, ראו אריאל פורת “שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה, ושיקולים של הכוונת התנהגות בדיני החוזים בישראל” עיוני משפט כב 647, 649–656, 661–667 (התשנ"ט). יש להדגיש כי ההתחשבות בצדדים שלישיים כפופה לכאורה גם היום למגבלה שהטילה הלכת ורטהיימר, לעיל ה"ש 74, על שקילת שיקולים אלה בהקשר המיוחד של עסקות נוגדות. ברם, כפי שכבר הערנו לעיל, הלכה זו רוככה, אם לא בוטלה לחלוטין, בעניין גנו, לעיל ה"ש 175.

אם היא אפשרית, אינה נעשית כדבר שבשגרה ואינה נתפשת על פי רוב – על ידי הצדדים ובית המשפט כאחד – כשיקול העיקרי שבו יש להתחשב.<sup>190</sup> מהם אפוא השיקולים שבית המשפט נזקק להם בכואו לערוך את מאזן הצדק הפרטי שבין הנפגע לבין המפר? חוק התרופות אינו מספק מענה לשאלה זו.<sup>191</sup> שיקולי הצדק הפרטי הם מגוונים למדי ואין הם בבחינת "רשימה סגורה".<sup>192</sup> עם זאת, נראה כי את מרבית השיקולים ניתן לכנס תחת שתי קבוצות: שיקולים הנוגעים להתנהגות הצדדים (להלן: שיקולי "מאזן האשמה") ושיקולים הנוגעים לאינטרסים של הצדדים כפי שהם מתגבשים בעת מתן פסק הדין (להלן: שיקולי "מאזן הנזק").<sup>193</sup>

190 כך עולה בבירור מהעיון בפסיקה בבתי המשפט המחוזיים והשלום. ראו כדוגמה דברים שנאמרו בה"פ (מחוזית"א) 589/03 שילמן נ' האגודה הישראלית לכירופרקטיקה, נבו, 9 (2003), שם נקבע (בהסתמך על דעתה של המחברת), כי: "עניינו של צדק זה [בסעיף 4(3) לחוק התרופות] באיזון ראוי בין האינטרסים של הצדדים לחוזה. מכאן, שצדק זה אינו צדק מוחלט או צדק חברתי, אלא אך ורק צדק יחסי, בין הצדדים לחוזה לבין עצמם." השוו לע"א (מחוזית"א) 2717/00 לוטן נ' ועקנין, נבו, 5-6 (2003), שם נבחן סייג הצדק לאורם של "שלושה קריטריונים: האינטרסים של הצדדים, מהותו של החיוב, וגורם הזמן." ראו עוד: ת"א (שלום-ת"א) 63723/99 רומנוב נ' שטריך, נבו, פסקה 6 (2002) (בדיקת שיקולי הצדק המובנים בסעיף 4(3) לחוק התרופות היא בדיקה גמישה המביאה בחשבון צדק יחסי והתנהגות הצדדים גם במועד שלאחר ההתקשרות); ת"א (שלום-ח"י) 16115/04 אולמונט נכסים והשקעות בע"מ נ' בן מאיר, נבו, פסקה 3 (2006) (על בית המשפט לתת דעתו על שיקולי הצדק של הצדדים, כפי שהם מתגבשים בעת ההכרעה השיפוטית); ה"פ (שלום-ת"א) 201029/03 אקוקה נ' ארליך, נבו, פסקה 2 (2004) (ציטוט בהסכמה של דברי המחברת בדבר היותו של הצדק בחקיקה האזרחית צדק יחסי בין הצדדים לחוזה).  
191 לבעייתיות שבשתיקה זו, בהקשר לדיני האכיפה ובהקשרים נוספים בדיני התרופות, ראו אדר, דבש ועוקץ, בעמ' 396-409.

192 כדברי השופט חשין בעניין ינאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 779: "רשימת ה'ניסיונות' העשויות להשפיע על שיקול הדעת אינה סגורה ולעולם לא תינעל – וכפות מאזני הצדק ייטו פעם לכאן פעם לכאן, ככל שנוסיף ונטיל עליהן שיקולי צדק והוגנות, פעם לימין פעם לשמאל." 193 פסקי דין שבהם ניתן למצוא דיון מפורט בשיקולי הצדק הפרטי הם עניין עטיה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 372-374, ועניין ינאי, שם, בעמ' 778-781. פירוט מרשים של שיקולי הצדק הרלוונטיים להכרה בזכות הנפגע לאכיפה ניתן למצוא בריסטייטמנט, RESTATEMENT, § 359(1) מעגן את העיקרון המסורתי של המשפט המקובל, שלפיו לא יינתן צו לאכיפתו של חוזה אם יש בפסיקת פיצויים משום הגנה מספקת על אינטרס הקיום של הנפגע. סעיף 360 משלים את ההסדר בקובעו כי בקביעת דיותה או אי-דיותה של תרופת הפיצויים יש להתחשב בשיקולים הבאים: (1) מידת הקושי להוכיח את הנזק ואת שיעורו בוודאות סבירה; (2) מידת הקושי להבטיח תחליף הולם לקיום החוזה באמצעות צו לתשלום פיצויים ו-(3) הסבירות שצו לתשלום פיצויים לא יהיה בר-מימוש. סעיפים 362-369 מוסיפים וקובעים שורה של הגבלות ושיקולים נוספים על הזכות לאכיפה. סעיף 362 שולל את הסמכות ליתן אכיפה כאשר תנאי החוזה אינם ברורים דיים לצורך ניסוח צו אכיפה. סעיף 363 מאפשר לשלול אכיפה בהיעדר ערובה לביצוע נגדי מצידו של הנפגע. RESTATEMENT, § 364(1), קובע שאכיפה תישלל בשל היותה לא-הוגנת (unfair) כלפי המפר (שיקולי "צדק פרטי"),

(1) קבוצת השיקולים הראשונה: שיקולי "מאזן האשמה"

6.64 קבוצת השיקולים הראשונה – והעיקרית בין שיקולי הצדק הפרטי – בוחנת את מאזן האשמה הכולל שנוצר ביחסים שבין הנפגע למפר. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא מי מבין הצדדים ראוי – לנוכח התנהלותו הכללית כלפי הצד האחר – ליתר התחשבות בעניינו, ובאיזו מידה. בית המשפט מבקש לברר כאן את מידת ההוגנות (או חוסר ההוגנות) היחסית שהפגינו הצדדים זה כלפי זה לאורך הסכסוך בכלל, ובהקשר להפרה הספציפית שבגינה תובע הנפגע אכיפה, בפרט.

מציודו של הצד המפר ייבחנו כאן בעיקר דרגת האשמה המוסרית (אם בכלל) שניתן לייחס להפרת החוזה. זאת, בהתחשב בגורמים הבאים: חומרתה האובייקטיבית של ההפרה; היסוד הנפשי של המפר בעת ההפרה; מאמציו (ככל שהיו) להימנע ממנה מלכתחילה; מידת הנכונות מצד המפר בדיעבד, לאחר ההפרה, לתקן את פגיעתה בנפגע או לצמצמה ככל שניתן. כמו כן ייבחן כל ביטוי אחר להתנהגות תמת-לב (או חסרת תום לב) כלפי הנפגע, בין בהקשר להפרה הספציפית ובין במסגרת בחינה כוללת של יחסי הצדדים מתחילתם, לרבות במהלך ההתדיינות עצמה.<sup>194</sup>

כאשר: (1) החוזה עצמו, לידתו בהתנהגות חסרת תום לב (unfair practices) של הנפגע; (2) האכיפה תגרום למפר או לצדדים שלישיים הכבדה או הפסד בלתי סבירים; (3) קיימת בחוזה אי-שקילות בולטת של התמורות או חוסר הוגנות אחר. RESTATEMENT, § 364(2) קובע שוויתור בחוזה על תרופת האכיפה לא יהא תקף, אם שלילת הזכות לאכיפה תגרום לנפגע או לצדדים שלישיים להכבדה או להפסד בלתי סבירים. סעיף 365 שולל את הזכות לאכיפה כאשר זו מחייבת מעשה או מחדל המנוגד לתקנת הציבור (שיקולי "צדק ציבורי"). סעיף 366 שולל את הזכות לאכיפה כאשר ביצוע הצו כרוך במידה בלתי סבירה של פיקוח, כאשר הסבירות נמדדת בהתייחס ליתרונות מחד גיסא ולנזקים מאידך גיסא, שמתן הצו יצמיח לכל אחד מהצדדים (ראו בטקסט להלן: השיקול של "מאזן הנזק"). סעיף 367 מעגן את סייג "השירות האישי" (personal service). סעיף 369 שולל את הזכות לאכיפה כאשר הנפגע הפר את החוזה הפרה חמורה המזכה את המפר בביטול החוזה. שיקולים דומים בעיקרם מעוגנים בסעיף 366 לריסטיטוט השני על נזיקין, הדין בשיקולים להעדפת תרופה של ציווי על פני פיצויים. בארצות-הברית, נערך בעבר דיון עשיר בשאלת ההצדקה לראיית האכיפה כתרופה משנית ובשאלת היקף השימוש הראוי בצווי אכיפה, במשפט הפרטי וגם במשפט הציבורי. ראו לדוגמה: Doug (1978); Owen Fiss, *The Civil Rights Injunction* (1978); Rendleman, *The Inadequate Remedy at Law Prerequisite for an Injunction*, 33 U. FLA. L. REV. 346 (1980–1981); Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 103 HARV. L. REV. 687 (1990).

194 כמוסבר בפרק הרביעי (לעיל § 4.29) שיקולי אשמה אלה, שברגיל אינם רלוונטיים לקביעת אחריותו של המפר לעצם הפרת החוזה, הופכים לרלוונטיים ביותר בשלב התרופתי, שבו נשקלת הסנקציה המתאימה על ההפרה. כך לדוגמה, בעניין רבינאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 292, התחשב השופט ברק באי סבירותה של ההפרה ובהיותה מודעת, כנימוק התומך באכיפת החוזה: "...בנסיבות המקרה שלפנינו אין לומר כי אכיפת החוזה היא 'בלתי צודקת'. החוזה הופר על ידי המערערת. הפרה זו היתה בודון, דהיינו, ללא כל צידוק."

מציידו של הנפגע יישקלו, בין היתר: מידת תרומתו להתרחשות ההפרה מראש (שיקולי אשם תורם);<sup>195</sup> מידת תרומתו למזעור נזקי ההפרה לאחר התרחשותה (שיקולי הקטנת נזק);<sup>196</sup> מידת נכונותו לשתף פעולה עם הצעות פשרה סבירות של המפר לתיקון נזקי ההפרה,<sup>197</sup> וכל ביטוי אחר להתנהגות תמת-לב (או להיפך) של הנפגע ביחסיו עם המפר.<sup>198</sup>

הפרה של החוזה מצד הנפגע כלפי המפר, במיוחד אם היא יסודית, מהווה שיקול נכבד הפועל להטיית מאזן הצדק לרעתו.<sup>199</sup> יחד עם זאת, נראה שהפרה — ואפילו יסודית — אינה שוללת בהכרח את זכות הנפגע-המפר לאכיפה, במיוחד כאשר הוא חוזר בו מן ההפרה והביע נכונות לקיים את חלקו.<sup>200</sup>

195 בעניין עטיה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 370, תיאר הנשיא שמגר את מסקנת בית המשפט המחוזי (שנדחתה בערעור), כי המערערת [הנפגעת] היתה הגורם שיצר את הסכסוך בהתנהגות חסרת תום לב, וכי עובדה זו שוללת ממנה את הזכאות לאכיפת החוזה.

196 ראו כדוגמה את עניין אדלר, לעיל ה"ש 30, בעמ' 836–840, שם הוגבלה הזכות לאכיפה בהסתמך על שיקול זה.

197 ראו כדוגמה את עניין אדלר, לעיל ה"ש 30, שבו הנפגע, לאחר פיטוריו שלא כדין ובניגוד לחוזה העבודה — וגם לפני הפיטורים — סירב לשתף פעולה עם הצעות מעבידו לשלבו בעבודה התואמת את מגבלותיו הגופניות.

198 ראו לדוגמה את עניין רבינאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 292, שם ציין השופט ברק לטובה את התנהגות הנפגע, אשר "לעומת המפרה... היה נכון לקיים את החוזה כל אותה עת ולא גילה בהתנהגותו כל נוקשות או השהייה."

199 "לעיתים הפרת חיוביו של צד המבקש אכיפה תביא את בית המשפט לידי מסקנה, כי בנסיבות העניין אין זה צודק להעניק לאותו צד סעד של אכיפה." דברי השופט ברק בעניין וינקלר, לעיל ה"ש 152, בעמ' 373.

200 כך הסביר השופט טירקל בע"א 1084/99 עיני נ' קאסוטו, פ"ד נו(3) 913, 924 (2002): "...לא בהכרח שמור סעד האכיפה לנפגע לברור, ויש שיינתן גם למפר החוזה. משנמנע הנפגע מלבטל את החוזה עקב הפרה, נשאר החוזה על מכוננו ורשאי המפר לקיים מה שלא קיים בזמנו. משחזר המפר וגילה את דעתו לקיים את החיוב שהוטל עליו — במועד מאוחר מן המועד שנקבע בחוזה — יכול שיזכה בסעד של אכיפה. הזכות לאכיפה עומדת לו אפילו הוא מפר, ועל בית המשפט לבחון אם עומד נגדו הריג שבסעיף 4(3) לחוק התרופות. הדבר תלוי בנסיבות המיוחדות של העניין ובאיון ראוי בין שיקולי הצדק המטים את כפות המאזניים לזכות כל אחד מהמתדיינים." יצוין, כי בעבר רווחה ההנחה שהפרה יסודית מצד הנפגע תשלול את זכותו לאכיפה. ראו לפני חוק התרופות ע"א 139/74 פפר נ' גדול, פ"ד כט(1) 113, 119 (1974), ולאחריו את עניין אופק, לעיל ה"ש 122, בעמ' 98, שם הסתמך השופט בכור על ההבחנה בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית לעניין שמירת הזכות לתבוע אכיפה. השופט ברק הסתייג מדעה זו בעניין וינקלר, לעיל ה"ש 152, בעמ' 373–374, בציינו כי: "...סוג ההפרה הוא רק אחד השיקולים שניתן לקחת בחשבון." (הדברים צוטטו בהסכמה גם בעניין כובס, לעיל ה"ש 80, בעמ' 565). ראו בדומה את דברי השופט דורנר בע"א 1816/91 דלתא הנדסה בע"מ נ' שיכון עובדים, נבו, פסקה 8 (1998): "ההפרה היא שיקול שיש לשקלו באיון בין האינטרסים של הצדדים הנעשה לצורך מתן סעד האכיפה... בענייננו, גם אם אצא מתוך הנחה, כי המערערת הפרה את החוזה, עדיין האיון הצודק בין האינטרסים של הצדדים מחייב את אכיפתו של החוזה, אם כי בתנאים

לבסוף, ראוי לציון השיקול של שיהוי מצד הנפגע בהגשת התביעה לאכיפה. עיכוב חסר הסבר ובלתי מוצדק בפתיחת הליכים משפטיים לאכיפת החוזה עלול להתפרש כוויתור מצד הנפגע על הזכות לאכיפה. לחלופין, עלולה השתהות הנפגע ליצור מניעות בפני הסתמכות על הזכות לתבוע אכיפה, במיוחד היא גרמה למפר לשנות את מצבו לרעה.<sup>201</sup>

(2) קבוצת השיקולים השנייה: שיקולי "מאזן הנזק"

6.65 קבוצת השיקולים השנייה הנבחנת בעת עריכת מאזן הצדק הפרטי בין המפר לנפגע נוגעת למאזן התועלות וההפסדים היחסי של הצדדים, או בקיצור – "מאזן הנזק".<sup>202</sup> מבחן זה, אשר בדיני הנזיקין מקובל לכנותו "מאזן הנוחיות",<sup>203</sup>

מסוימים. וראו גם את עניין אלעובר, לעיל ה"ש 73, בעמ' 671, שם קבעה השופטת ביניש כי: "על אף ההפרה הכוונה שהפר המערער [המפר] את התחייבותו כלפי המשיב, העוול שיגרם למערער אם הוא יחויב להרוס את ביתו הוא רב לאין שיעור מהעוול שיגרם למשיב אם הוא יאלץ להסתפק בפיצוי כספי בלבד." נזכיר, כי במקרה של הפרה יסודית זכאי הנפגע לבטל את החוזה לפי סעיף 7(א) לחוק התרופות, וכי אם יעשה כן לא יוכל כמובן לתבוע את אכיפת החוזה. כדברי הנשיא שמגר בעניין פומרניץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 818: "...נפגע, אשר בחר בסעד הביטול, אינו יכול לשנות לאחר מכן את מהות תביעתו ולתבוע את אכיפת החוזה, אותו ביטל." לסוגיה ראו גם לעיל 3.05(16) §.

201 ראו את דברי הנשיא שמגר בעניין פומרניץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 819: "...כאשר בית המשפט בא לדרון בהפעלת סמכותו לפי סעיף 3(4), נשקלים, בין היתר, גם שאלת העיתוי ושאלת השיהוי וגם עניין הסבירות באותו מועד שבפעולתו של הנפגע...". בפרשה זו סבר הנשיא שמגר, בדעת מיעוט, כי האכיפה אינה צודקת, שכן הנפגע יצר בהתנהגותו מצג כלפי המפר שלפיו יסתפק בתביעת פיצויים והמפר מצידו הסתמך על מצג זה. אלא שהמשנה לנשיא, השופטת בן-פורת, קבעה בדעת רוב כי לא היה מצג כזה מצד הנפגע, ואף לא הסתמכות ושינוי מצב לרעה מצד המפר, ולפיכך סייג הצדק אינו מתקיים. ראו בדומה את עניין ינאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 780, שם קבע השופט חשין כי בנסיבות העניין אין בשנים הרבות שחלפו מאז הפרת ההסכם כדי לשלול מן הקונים הנפגעים את זכותם לאכיפה. זאת, משום שאלה לא שקטו על השמרים ולא יצרו מצג של ויתור על הזכות. ראו גם ע"א 540/79 שמואלי נ' לויט, פ"ד לו(2) 45, 50 (1989), שם הסבירה השופטת נתניהו כי "אין שיהוי מוגע אכיפת ההסכם, אלא אם יש לראות בו משום ויתור על הזכות הנתבעת, ואם יביא להרעת מצבו של הצד שכנגד." וכן עניין גנז, לעיל ה"ש 175, שם השתהות של שנים רבות בנקיטת הליכים למימוש הזכות החוזית (תוך הימנעות מרישום הערת אזהרה) נחזתה כיוצרת מניעות או השתק מצידו של קונה ראשון לטעון לעדיפותו (לעניין הזכות לאכיפה) על פני קונה שני. מעניין להעיר, שהשתהות בלתי סבירה בהגשת תביעה לאכיפה הוגדרה בעקרונות דין החוזים האירופי, באופן מפורש, כסייג שבהתקיימו תישלל הזכות לאכיפה. PECL, § 9:102(3).

202 לעתים מכונה איון זה בפסיקה "מאזן האינטרסים" או "מאזן העוול". לדעתנו, הביטוי "מאזן הנזק" מתאר ביתר דיוק את מהותו של המאזן הנדון ואת תכליתו. העניין מובהר בטקסט להלן.

203 לגישות השונות בשאלת משקלם של שיקולי "מאזן הנוחיות" בתביעות אכיפה בניזיקין ראו שלו ואדר, תרופות בקודקס, בעמ' 200–203.

אינו אלא ניסיון של בית המשפט להעריך, בנקודת הזמן של ההתדיינות שלפניו, מי מבין הצדדים ייזק או ייפגע יותר מדחיית טענתו (בעד או נגד אכיפה), ובאזו מידה. בית פירוט: בית המשפט מבקש לבחון מהו הנזק שייגרם לנפגע אם יאלץ להסתפק בפיצויים (כתרופה עצמאית או נלווית לתרופות אחרות), ולהשוות נזק זה לנזק שייגרם למפר אם יחויב באכיפה (להבדיל מחיוב בתשלום פיצויים על מכלול נזקי ההפרה).

מבחינתו של הנפגע ייבחנו האינטרסים הספציפיים שעליהם הוא מבקש להגן באמצעות תרופת האכיפה, ותישאל השאלה, אם קיימים שיקולים מיוחדים ההופכים את תרופת הפיצויים לבעייתית בהקשר זה, כגון: קשיים בכימות הנזק או בהערכתו, קושי להשיג תחליף זהה למושא החוזה בשוק החופשי או קשיים כספיים של המפר, העלולים לסכל את מימושו של פסק הפיצויים.<sup>204</sup>

מבחן עזר רלוונטי בהקשר זה נוגע למידת הסתמכותו של הנפגע על החוזה. כאשר הנפגע פעל כבר בהסתמך על החוזה ושינה את מצבו – הפיסי או המשפטי – תפעל עובדה זו להטיית מאזן הנזק לטובתו. לעומת זאת, כאשר החוזה נמצא בשלבי ביצוע ראשוניים בלבד (או שטרם הוחל בביצועו כלל) יפעל הדבר בדרך כלל לטובת המפר, המבקש להימנע מקיום החוזה בעין.<sup>205</sup>

אל מול שיקולים אלה, הנוגעים לאינטרס של הנפגע, מחייבת עריכת מאזן הנזק בחינה של השפעת הצו על רווחתו של המפר ועל האינטרסים שלו – כל זאת, בהשוואה להשפעתו של צו לתשלום פיצויים. בהקשר זה מן הראוי להבחין בין

204 שיקולים אלה ואחרים נגזרים למעשה במישרין מיתרונותיה היחסיים של תרופת האכיפה על פני תרופת הפיצויים (ראו לעיל § 6.04 ואלך). ראו לדוגמה את דברי השופט אור בעניין שילה, לעיל ה"ש 133, בעמ' 809, שהסביר כי מן הצדק לאכוף את חוזה הבנייה הנדון, שכן: "אם לא ייאכף החוזה, או אם היה בית המשפט מסתפק בהשבה בלבד, היה נגרם לקונים, הגרים בדירותיהם כבר משנת 1989, נזק רב, על לא עוול בכפם, ולא היה די בפיצוי כספי כדי לכסות מבחינתם על הנזק שהיה נגרם להם." [ההדגשה שלנו]. והשוו בהקשר לצדקת הביטול השיפוטי של חוזה בשל טעות לא-ידועה, לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, את הערת השופט בייסקי בעניין גלאור, לעיל ה"ש 177, בעמ' 501, שלפיה: "...ייתכנו מקרים, שבית המשפט לא ייעתר לבקשת הביטול, משום שנוזקו של הצד השני [התמים] הוא חמור עד כי פיצוי כספי אין בו להיטיב את הנזק או אי הנוחות שייגרם לו הביטול...".

205 השיקול בדבר הסתמכות הנפגע שימש כנימוק למתן צו אכיפה בעניין כובס, לעיל ה"ש 80, שם נאמר בעמ' 567: "בשקילת צדקתה של האכיפה יש לתת את הדעת גם לכך שחלק הארי מן התמורה אכן שולם במועד [על ידי הנפגע]... כך שמדובר בחוזה שבחלקו הגדול כבר בוצע, ועובדה זו מטה אף היא את הכף לעבר מימוש ההסכם ולא להשבת הגלגל לאחור." דברים אלה צוטטו בהסכמה מפי הנשיא שמגר בעניין עטיה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 373, שגם בו שימש שיקול ההסתמכות כנימוק למתן צו אכיפה. באותו מקרה, שבו הופר החוזה בידי שני הצדדים, הפרה הקונה את החוזה ואף נהגה בחוסר תום לב, אולם למרות זאת עמדה במרבית חיוביה ושילמה את מרבית התמורה. בנסיבות אלה נקבע כי הקונה-המפירה זכאית לאכיפת החוזה על המוכרים, שלא ביטלוהו בעקבות ההפרה.

הכבדה בעלת אופי ממוני גרידא (הנובעת מן הפער שבין העלות הכספית של ביצוע צו האכיפה לבין העלות הכרוכה בתשלום פיצויים) לבין הכבדה לא-ממונית, הנובעת מהפגיעה שפוגע צו האכיפה באוטונומיה הפרטית של המפר, לדוגמה: השפעה על אורח חיי המפר, על חופש העיסוק שלו, על פרטיותו, על חיי המשפחה שלו או על מקום מגוריו.<sup>206</sup> התחשבות בהכבדה מן הסוג האחרון מתבקשת מן השיקול הליברלי נגד אכיפה,<sup>207</sup> ונראה כי משקלה היחסי במאזן הנזק רב יותר מאשר משקלה של הכבדה כלכלית גרידא. אמנם, גם הכבדה כלכלית עשויה לעתים להביא לשלילת האכיפה מטעמי צדק.<sup>208</sup> כך יקרה במיוחד כאשר אליבא דבית המשפט אין לנפגע אינטרס לגיטימי להתעקש ולהעדיף אכיפה על פני פיצוי כספי.<sup>209</sup> ברם,

206 ראו לדוגמה את הדיון שהתקיים בת"א (מחוזי-נצ') 636/99 עבד אלחאלק נ' עבד אלחאלק, נבו (2004), ואשר בסימו נקבע כי אין לומר שהאכיפה היא בלתי צודקת. זאת, למרות שהיא תגרום לשינוי באורח חייהם של המפירים – שחילקו ביניהם את המקרקעין תוך כדי הפרה בוטה של החוזה, ואף הקימו עליהם בתים תוך פגיעה בזכות הקניין של הנפגעים. מעניין להצביע על הניגוד בין עמדה תקיפה זו לבין הגישה המקילה (עם המפר) שגילה בית המשפט העליון בע"א 1655/01 מינץ נ' זינגר, נבו, פסקה 7 (2003), שבו ההכבדה על המפר היתה ממונית בעיקרה (לפירוט ראו להלן בה"ש 208).

207 השיקול הליברלי עומד ביסוד ההכרה ב"סייג השירות האישי" שבסעיף 3(2) לחוק התרופות, אולם נודעת לו השפעה גם במסגרת סייג הצדק. ראו לדוגמה את עניין אלעזבחה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 677, שם התחשב בית המשפט העליון בזיקתו של המפר לבית מגוריו כעילה להימנעות מהריסת הבית על פי צו לאכיפת החוזה שניתן בערכאה דלמטה (עובדות המקרה מתוארות להלן, בה"ש 212).

208 דוגמה להכבדה ממונית ששימשה עילה לשלילת האכיפה מטעמי צדק ניתן להביא מעניין מינץ, לעיל ה"ש 206, בפסקה 7. במקרה זה, נטל המפר לעצמו את מנייתו של הנפגע, שותפו בחברה, בלא הסכמתו ובלא ידיעתו. למרות ההפרה הבוטה, קבע השופט ריבלין כי בשל השינוי מרחיק הלכת שעברה החברה אין להורות על החזרת המניות לידי הנפגע, שכן "אכיפת ההסכם... קרי מתן סעד הצהרתי לפיו זכאי [הנפגע] לרבע מסך המניות – אכיפה כזו אינה סבירה ואינה ראויה בנסיבות המקרה. זאת – משנשנתו מטרות החברה, ולא מומשה הפעילות המקורית בה, ולנוכח העובדה שרוב-רובן של התשומות שהושקעו ומושקעות בחברה, יצאו ויוצאות מידי של [המפר]". לטעמנו, הנסיבות המתוארות בפסק הדין – שבהן שותף אחד נישל למעשה את רעהו מזכויותיו בחברה – אינן מצדיקות את המסקנה שאליה הגיע בית המשפט, לפחות לא במסגרת שיקולי הצדק הפרטי. אולם ייתכן שניתן להצדיק את ההחלטה לאורם של שיקולי יעילות כלכלית, שיש הנוטים להכלילם בגדר שיקולי הצדק הציבורי. ראו לעיל 6.59(188) §.

209 דוגמה להתחשבות כזו באינטרס המפר ניתן להביא מפסק הדין בעניין צוקר, לעיל ה"ש 121. באותו מקרה נשללה מאחד היזמים שביקשו לשלוט יחד בחברה הזכות לאכוף את הסכם היזמות על רעהו. בית המשפט, מפי השופט מצא, הסתמך בעיקר על סייג השירות האישי ועל סייג הפיקוח, אך ראה לנכון לציין גם את השיקול של הפגיעה במפר כתוצאה מפירוק החברה: "אילו הורה השופט על אכיפה, הרי שבהעדר סיכוי ממשי לשיתוף פעולה בין צוקר ולוין, קרוב להניח כי עד מהרה היתה החברה נכנסת להליכי פירוק. לא נעלם ממני, שפירוקה של החברה עשוי היה להיטיב עם צוקר, שבדרך זו יכול היה לממש את מלוא זכויותיו בנכסי החברה. אך דרך זו, שיש עמה מידה קשה של מיצוי הדין עם המפר,

העובדה שמתברר בדיעבד כי החוזה היה חוזה הפסד מבחינתו של המפר, אין בה, כשהיא לעצמה, כדי להפוך את האכיפה לבלתי צודקת.<sup>210</sup>

6.66 על אף ההתחשבות בהכבדה שמכביד צו האכיפה על המפר, חשוב להדגיש: עריכת מאזן הנזק אינה שוויונית. היא נערכת – ולמצער ראוי שתיערך – מתוך הנחה בדבר היעדר שוויון נורמטיבי בין הנפגע, שהוא הצד התמים, לבין המפר, שפעל בניגוד לדין והפר נורמה משפטית. הבדל זה מביא לכך שבמקרה הטיפוסי יינתן משקל רב יותר להפסד שייגרם לנפגע אם תידחה תביעתו לאכיפה, מאשר לנזק שייגרם למפר עקב מתן הצו. אכן, הנחת המוצא של דין התרופות היא שהנפגע זכאי להגנת אינטרס הקיום שלו בדרך המיטבית, גם במחיר של הכבדה ואי נוחות שייגרמו למפר כתוצאה מכך.<sup>211</sup> אשר על כן ידרש המפר – כדי לשכנע

בחינת תיקון עוול בעוול, אינה דרך ראויה. השוו לבר"ע (מחוזי-נצי) 325/01 סולימאן נ' מיכון למשרד נצרת בע"מ, נבו, 5 (2002), שבה סיפקה החברה המפירה ללקוח מחשב פגום. בקשת הלקוח-הנפגע לתיקון המחשב נדחתה בנימוק ש"אכיפת החוזה על ידי החלפת המעבד הקיים במעבד שהובטח אינה מעשית, מעבד כזה עשוי להיות יקר יותר מהמחשב עצמו שהוא מכשיר מיושן בן למעלה מחמש שנים. לאור זאת ולפי סעיף 4[3] לחוק החוזים [תרופות] האכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין."

210 ראו בעניין זה דברים מפורשים שנאמרו מפי השופט בייסקי בעניין חירם, לעיל ה"ש 154, בעמ' 293, בתגובה לטענת המדינה כי לו ידעה שסעיף ההצמדה שבחוזה יפורש בניגוד לעמדתה לא היתה מתקשרת בו, ולפיכך האכיפה אינה צודקת: "ברור כי אין הסעיף [3] (4) לחוק התרופות] בא להתערב בחוזה עצמו וליצור שינויים בתניות באופן שיועברו כספים מכיסו של צד אחד לחוזה אל המתקשר השני. בית המשפט איננו שוקל את הכדאיות הכלכלית של הצדדים מקום שהחוזה מפורש." והשוו לע"א 577/93 ילובסקי נ' זלץ, פ"ד מח(4) 211, 215–216 (1994), שם הסתמך השופט שמגר על דברים אלה בקובעו כי התפתחויות תכנוניות או אחרות שהתרחשו בחלוף השנים ואשר פגעו בכדאיות הכלכלית של ביצוע העסקה מבחינת המערער אינן, כשלעצמן, עילה לראות את האכיפה כבלתי צודקת. ראו גם ע"א 3581/04 קיבוץ בית ניר נ' שק, נבו, פסקה 14 (2006), שם הובהר כי אי שביעות רצונו של הקיבוץ מכך שהתקנון אינו מאפשר הפסקת חברותה בקיבוץ של אישה שהפסיקה להתגורר בו, אינה עילה להתערבות בתקנון בטענה שאכיפתו על הקיבוץ היא "בלתי צודקת". ההיגיון העומד ביסוד פסיקות אלה הוא שסייג הצדק נועד לאפשר לבית המשפט להשפיע על האופן שבו יוגן אינטרס הקיום של הנפגע (אכיפה מול פיצויים), אך לא נועד לשמש כעילה למתן פטור למפר מקיום החוזה או כעילה להתערבות בתוכנו. עם זאת, יש להודות שלעתים נעשה שימוש בסייג הצדק למטרה זו, לטעמנו – בטעות ושלא לצורך. ראו את הפסיקה המובאת להלן בה"ש 217.

211 עמד על כך השופט מצא בעניין רוקר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 287 (בהקשר לשיקול הדעת השיפוטי במתן צו אכיפה להגנת זכות קניינית): "...ככלל זכאי בעל הזכות הנפגעת להחזרת זכותו לקדמתה. שיקול-הדעת הנתון לבית המשפט, למנוע ממנו סעד זה, נועד למקרים חריגים בלבד, כגון שלבעל הזכות לא נגרמה אלא פגיעה של מה בכך, בעוד שתיקון בעין של המעוות כרוך בהטלת נטל כבד ובלתי סביר על הפוגע." השקפה דומה הובעה בהקשר למאזן הנוחיות בנויקין בע"א 44/76 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 817, 785 (1976) (להלן: עניין שוורץ). באותו מקרה דחה בית המשפט העליון את השיקול



שמאזן הנזק הופך את האכיפה לבלתי צודקת — להצביע על פער ניכר ביותר בין הנזק שיסב לו צו האכיפה לבין ההפסד שייגרם לנפגע אם יאלץ להסתפק בפיצויים. שוויון במאזן הנזק ואף נטייה שלו לטובת המפר — כל עוד אין היא מכרעת<sup>212</sup> — אין בהם די לשלול את זכות הנפגע לאכיפה.<sup>213</sup>

של פגיעה חמורה במעול כנימוק להימנעות ממתן ציווי בעולות מטרד ליחיד, בהדגישו כי "מרכז הכובד בדיני הנזיקין בכלל ובדיני המטרד בפרט, הוא הנפגע והפגיעה אשר בה הוא נפגע ולנקודת ראות זו יש לתת ביטוי נאות... [זוהי] נקודת המוצא לבחינתה של התרופה... ולא טיבו ומהותו של הנזק למעול, שיווצר אם יאלץ להפסיק את מעשה העוולה...". שם, בעמ' 810–811 (השופט שמגר).

212 נטייה מכרעת של מאזן הנזק לטובת המפר תתקיים, לדוגמה, כאשר הנפגע, התובע את אכיפת החוזה, אינו מסוגל לקיים את חלקו בחוזה — אף לא בקירוב, ואפילו לא באמצעות תחליף כספי או תשלום פיצויים. לדוגמה: מזמין מבקש צו לאכיפת חוזה על קבלן שהפר אותו, אך במועד הדיון מתברר כי אין למזמין יכולת כלכלית לשלם בעד שירותיו של הקבלן (במקרה כזה עשויה להתרחש הפרה צפויה מצידו של המזמין). מתן צו אכיפה בנסיבות מעין אלה נפקותו המעשית היא חיובו של המפר לבצע את העסקה באופן חד-צדדי, תוך הפרת האיזון הבסיסי שנקבע בחוזה. תוצאה כזו אינה צודקת ויש לשער שבית המשפט לא יורה עליה או, למצער, שיתנה אותה בהבטחת קיום חיוביו הנגדיים של הנפגע, לפי סעיף 4 לחוק. ראו לדוגמה ע"א 307/89 בן עזרא נ' גינדי, פ"ד מד(3) 177, 183–184 (1990), שם קיבל השופט בן, עקרונית, את הטענה כי צו אכיפה המורה למפר לקיים את חלקו בהיעדר יכולת מצידו של הנפגע לשלם את התמורה הנגדית (לדוגמה, בשל היותו חדל פירעון) אינו צודק. בנסיבות המקרה התקבל ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי שהורה לחברה בפירוק — באמצעות נאמן — לשלם למפר, כנגד צו לאכיפת עסקת מכר של מקרקעין, רק את חלקו היחסי בחובות החברה (להבדיל מהתמורה במלוואה). נפסק, כי היה מקום לשקול את ביטול צו האכיפה בהיותו בלתי צודק, אך מאחר שהנכס נמכר בינתיים לצד שלישי, יש להתנות את העסקה בהשלמת יתרת התמורה לפי סעיף 4 לחוק התרופות. לדיון בסמכות להתנות אכיפה בתנאים ראו להלן § 6.70 ואילך.

213 השקפה זו עולה בכירור מפקסי הדין שבהם נדון השיקול של מאזן הנזק. בפסיקה זו הודגש כי על המפר לשכנע שהנזק או העול שייגרם לו חמור "לאין שיעור" מזה שייגרם לנפגע. ראו לדוגמה את תיאורה של השופטת ביניש בעניין אלעזר, לעיל ה"ש 73, בעמ' 677: "...העול שייגרם למערער [המפר] אם הוא יחויב להרוס את ביתו הוא רב לאין שיעור מהעול שייגרם למשיב [הנפגע] אם הוא יאלץ להסתפק בפיצוי כספי בלבד. ...יש יסוד להניח כי הריסתו של הבית תגרום למערער נזק שיעורו גדול בהרבה מהנזק שיגרם לו אם הוא יחויב רק במתן פיצוי שיגן על אינטרס הציפיות של המשיב. סבורני כי בנסיבות אלו נוטה מאזן העול נגד מתן צו לאכיפת החוזה." [ההדגשות שלנו]. כן ראו בעניין אלהאלק, לעיל ה"ש 207, בפסקה 7: "...על המבקש להימנע מן האכיפה לשכנע את בית המשפט כי הנזק שיגרם לו אם ייאכף החוזה יהיה רב באופן משמעותי מן הנזק הצפוי לצד המבקש אכיפה." [ההדגשה שלנו]. השוו גם לדברי השופט בייסקי בעניין גלאור, לעיל ה"ש 177, בעמ' 501, לעניין מאזן הצדק הנערך במסגרת סעיף 14(ב) לחוק החוזים: "על הטועה לשכנע את בית המשפט, כי הביטול מוצדק, משום שאחרת ייגרמו לו עול ונזק גדול לאין שיעור מאשר לצד שכנגד..." [ההדגשה שלנו] (הדברים צוטטו בהסכמה מפי השופט ריבלין בע"א 7024/97 עדיקה נ' תמיר, פ"ד נד(5) 826, 831 (2000)). ליישומה של הגישה המחמירה כלפי המפר ראו גם את דברי השופט ברנזון בעניין פרץ, לעיל ה"ש 58, בעמ' 373: "המערערים [הנפגעים] נהגו ביושר, בהוגנות ובהתאם לחוק, ואילו התנהגות המשיבים

שונים הם פני הדברים כאשר מאזן האשמה שבין הצדדים אינו נוטה, או שאין הוא נוטה בכירור, לצידו של הנפגע. כאשר גם הנפגע פעל מצידו בניגוד לחוזה או בניגוד לחובת תום הלב, נחלשת ההצדקה להעדיף את עניינו על פני עניינו של המפר. במצב כזה די יהיה בנטייה קלה יותר של מאזן הנזק לטובת המפר כדי להביא לשלילת זכותו של הנפגע לאכיפה. הנה כי כן, שיקולי מאזן הנזק ושיקולי מאזן האשמה אינם נשקלים בנפרד ובמנותק אלה מאלה. הם בבחינת כלים השלובים יחד במאזן הצדק (הפרטי) הכולל שבין הנפגע למפר.

## 6. הזכות לאכיפה ועקרון תום הלב

6.67 הניתן להגביל או לשלול את הזכות לאכיפה בהסתמך על סעיף 39 לחוק החוזים? חובת תום הלב בקיום החוזה פורשת את כנפיה על הפעלתם של כל

[המפירים] היתה פזיזה ושלא כחוק... החלטה על אי-אכיפת החוזה תעמיד את המערערים במצב של היותם מפסידים על לא עוול בכפם, ואילו המשיבים – שנהגו בחומרה ושלא כדין – אם גם לא יצאו נשכרים – אין הם נותנים אלא את מה שהתחייבו. ראו בדומה את דברי השופט חשין בעניין ינאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 580–581: "אשר לטענת [המפירים] שעניינה 'מאזן האינטרסים', לאמור, כי הנזק שייגרם להם, אם ייאכף החוזה, גדול לאין שיעור מן הנזק שייגרם ל[נפגעים] אם לא ייאכף החוזה... אכן, מכה קשה תונחת על [המפירים] אם ייאלצו לעזוב את דירתם, אך מנגד ניצבת לפנינו משפחת [הנפגעים]... האם דמם של [המפירים] סומק טפי מדמו של [הנפגע], והרי היו אלה [המפירים] שהפרו את ההסכם, ואילו [הנפגעים] היו הצד התם? לא מצאתי הצדק סביר וראוי להורות על המשכו של מצב דברים זה; ש[הנפגעים] – אשר לא חטאו – ינדרו ממקום למקום ותרמיליהם על שכמם, ואילו [המפירים] – והם מפרי ההסכם – ימשיכו לדור בדירתם ואין מחירי... כששאי לעצמי, כך דומה עליי, אכיפת החוזה בענייננו תהיה גם צודקת גם ראויה." [ההדגשה שלנן]. לדעתנו, התחשבות בפער הנורמטיבי בין המפר לנפגע קיימת בפסיקה גם במקרים שבהם לא הודגש במפורש הצורך בפער של ממש בין שני צידיו של מאזן העוול. התחשבות זו נעשית באמצעות ההתמקדות ב"מאזן העוול" – מושג המאפשר לשקלל את המרכיב המוסרי הנוגע לשאלת ההצדקה לנזק – להבדיל מ"מאזן הנזק", שהוא מושג נייטרלי ואובייקטיבי יותר. ראו לדוגמה ע"א 620/89 חושנג' נ' אמגר, פ"ד מו(1) 588, 594–595 (1992), שבו נדחתה טענת הצד המפר להתקיימות סייג הצדק, מן הטעם שלא הוכח כי העוול שייגרם לו אם ייאכף החוזה יהיה חמור מן העוול שייגרם לצד הנפגע אם תידחה תביעתו לאכיפה. ראו בדומה את עניין דוד, לעיל ה"ש 59, בפסקה 10: "אין לומר שהעוול שייגרם ל[מפר] גדול יותר מהעוול שייגרם ל[נפגע], אם יינתן צו אכיפה." כן ראו את עניין כובס, לעיל ה"ש 80, בעמ' 566: "תוצאה זו [מתן צו אכיפה] אינה גורמת ל[נתבע] עוול, ובוודאי שלא עוול השקול לנזקו של [התובע] אלמלא ציוונו במקרה זה על אכיפה." עוד ראו ע"א 5790/91 כרובי נ' בניני מ.י. גינדי הנדסה ופיתוח בע"מ, פ"ד נא(3) 379, 384 (1997), שם נדחתה טענתם של רוכשי דירה שהפרו את החוזה, שהזמן שחלף מהמועד שבו הופסק ביצוע החוזה ועד למועד פסק הדין הופך את אכיפת החוזה למכבידה מבחינתם ומבחינתה של המוכרת – שתילץ לבצע שיפוצים רבים בדירה כתנאי לאכיפת החוזה על הרוכשים.

זכות וכל חיוב הנובעים מן החוזה, לרבות הזכות לתרופות במקרה של הפרה.<sup>214</sup> מכאן מתבקשת המסקנה, כי הזכות לאכיפה — כמוה ככל זכות אחרת בדיני החוזים ובמשפט הפרטי בכלל — כפופה לאפשרות שתסויג או שתוגבל מכוח עקרון תום הלב. זאת, כאשר מימושה של הזכות אינו עולה בקנה אחד עם חובתו של הנפגע לנהוג ביושר ובהגינות ולהתחשב, במידה ידועה, גם באינטרסים של זולתו — מפר החוזה.

6.68 נשאלת השאלה, אם יש באפשרות זו כדי לפתוח פתח לצמצום נוסף של הזכות לאכיפה, שאינו אפשרי בגדרם של סייג הצדק או של יתר סייגי האכיפה. דומה שהתשובה לכך היא שלילית. אנו סבורים כי האפשרות להעביר את הזכות לאכיפה בכור ההיתוך של חובת תום הלב אינה מוסיפה דבר על דיני האכיפה שבחוק התרופות. הטעם לכך נעוץ בהיקף פרישתו של המושג "צדק", שהוא רחב יותר — ומכל מקום אינו צר יותר — מזה של המושג "תום לב". כמבואר לעיל, שיקולי הצדק הפרטי או היחסי מאפשרים לבית המשפט להתחשב בכל שיקול הנוגע לשני הצדדים לחוזה ואשר יש בו כדי להשפיע על מאזן הצדק הכולל שביניהם, ובעיקר — בשיקולים הנוגעים להתנהגות הצדדים ("מאזן האשמה") ולמאזן האינטרסים שלהם ("מאזן הנזק"). הצדק הנבחן בעת עריכת מאזן הצדק (הפרטי) אינו צר יותר מן הצדק שאותו מבקש עקרון תום הלב — אפילו במובנו האובייקטיבי — להשליט באמצעות הכפפת הצדדים לחוזה לנורמות של יושר, הוגנות וסבירות.

קשה לפיכך להעלות על הדעת טיעון של חוסר תום לב מצד הנפגע בעצם התביעה לאכיפה, אשר לא ניתן לעגנו באותה מידה בשיקולי הצדק שבין הצדדים. מסקנה זו יפה, מכוח קל וחומר, על פי גישת הצדק הציבורי שאומצה בפרשת לזין. כפי שראינו, גישה זו רואה בסייג הצדק אכסניה לשקילת כל שיקול — מוסרי, חברתי או כלכלי — העולה בקנה אחד עם טובת הציבור.<sup>215</sup>

214 לתחולתו הרחבה של עקרון תום הלב במשפטנו ראו את דברי השופט ברק בעניין גנו, לעיל ה"ש 175, בעמ' 400: "...אחת מאותן דוקטרינות כלליות החלות בכל תחומי המשפט היא עקרון תום-הלב. על פיה, כל בעל זכות (במובנה הרחב) צריך להפעיל את זכותו בתום-לב." בסעיף 2 לתזכיר הקודקס מוגדר עקרון תום הלב כעיקרון כללי אשר יחול על כל זכות, על כל חיוב ועל כל פעולה משפטית הכלולים בקודקס המוצע.

215 על הקירבה הרבה שבין סייג הצדק לבין תום הלב כאמצעי להגבלת הזכות לאכיפה עמדו שופטים ומלומדים. כך לדוגמה, בפרשת ורטהיימר, לעיל ה"ש 74, בעמ' 279, הסתייג השופט יצחק כהן, עקרונית, מן האפשרות להגביל את הזכות לאכיפה מכוח עקרון תום הלב. עם זאת, הוא ציין שהחלתו של העיקרון בנסיבות המקרה היתה מביאה ממילא לתוצאה דומה לזו הנובעת מהחלתו של סייג הצדק (לפי פרשנותו המרחיבה, המאפשרת התחשבות בעניינם של צדדים שלישיים). השוו לדברי השופטת בן-פורת בעניין פומרנץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 823, שלפיהם: "אפילו לדעת הדוגלים בקשת רחבה של שיקולי צדק, אין לפרש

6.69 אמת, סייג הצדק אמור לשמש להגבלתה של תרופת האכיפה בלבד, ואילו עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים אוצר כוח לשלול מצד לחוזה לא את תרופת האכיפה לבדה, כי אם גם תרופות נוספות, כגון ביטול, פיצויים, ולמעשה — כל זכות הנובעת מן החוזה.<sup>216</sup> יתרה מכך, בעוד שסייג הצדק שולל אך את תרופת האכיפה, יש בכוחו של עקרון תום הלב לשלול לא רק זכות לתרופה כזו או אחרת, כי אם גם את האחריות החוזית עצמה.<sup>217</sup> אלא שבהקשר הצר של הגבלת הזכות לאכיפה, קשה להצביע על יתרון מעשי להעדפת הוראת זו שבחוק החוזים על

את סעיף 39 הנ"ל בדרך המרחיבה את שיקולי הצדק מעבר לסעיף (4) לחוק התרופות...".  
בנסיבות המקרה סברה השופטת כי סייג הצדק אינו מתקיים וציינה כי התנהגות המערערים [הנפגעים] אף לא נגדה את חובת תום הלב. גם הנשיא שמגר, שהיה במיעוט, הצביע על הקשר בין סייג הצדק לבין עקרון תום הלב בקובעו (שם, בעמ' 819): "הדרישה המופנית לנפגע כי בנסיבות המקרה שלפנינו יעשה מעשה פוזיטיבי על מנת שתישמר זכותו להגשת תביעת אכיפה, עולה כאמור, מסעיף (4)3, אך ניתן גם לעגנה בהוראת סעיף 39 לחוק החוזים...". [ההדגשה במקור]. ראו ע"א 10582/02 בן אבו נ' דלתות חמדיה בע"מ, נבו, פסקה 9(יב) (2005), שם דן השופט רובינשטיין בסמכות לבצע הרמת מסך משיקולי צדק לפי סעיף 6 לחוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189, תוך השוואת סמכות זו לסמכות שבסעיף (4)3 לחוק התרופות ותוך הדגשת הדמיון והקירבה שבין המושג "צדק" לבין המושג "תום לב": "...גם אם המדובר בשני מבחנים, תשיתם, קרי, חובת ההוגנות, שהיא מושג בלתי נפרד מן הצדק, היא אחת. ...בגדרי הרמת המסך סבורני עוד, כי שביל הצדק ושביל תום הלב מביאים אותנו בסופו של יום לאותה תכלית ולאותו יעד... עולה אפוא שאלת תום הלב, והיא גם מעוררת לענייננו, נוכח תורת האישיות המשפטית הנפרדת, שאלות של מאזן אינטרסים." גם פרופ' צלטנר העיר בשעתו, כי הוראת סעיף (4)3 של חוק תרופות אינה אלא "קונקרטיזציה של סעיף 39". צלטנר, לעיל ה"ש 173, בעמ' 411.

216 לדיון בהגבלת הזכות לביטול החוזה מכוח עקרון תום הלב ראו להלן § 8.197 ואילך. בהקשר לתרופת הפיצויים, הנחשבת לתרופה נוקשה יותר מאחיותיה, תרופות הביטול והאכיפה, נעשה שימוש בעקרון תום הלב בעיקר לצורך הגבלת היקפה של הזכות לפיצויים (במסגרת הגנת האשם התורם), להבדיל משלילת עצם הזכות לה. עם זאת, גם שלילה כזו היא אפשרית, כאשר סירוב הנפגע לקבל אכיפה הוא שרירותי (לסוגיה ראו להלן 7.05-7.07 §). העיקרון משפיע גם על האופן שבו מופעלת תרופת האכיפה (כאשר הנפגע זכאי לה), וזאת — דרך הדוקטרינות של אכיפה בתנאים, אכיפה בקירוב ואכיפה דחויה, שיידונו להלן, § 6.70 ואילך.

217 ראו לעיל 4.25, 4.30 §. אף על פי כן, גם בסייג הצדק נעשה לעתים שימוש, שגוי לטעמנו, לשם שלילת האחריות החוזית עצמה. ראו לדוגמה ע"א 3026/03 גלאור השקעות בע"מ נ' עזבון המנוח סלימאן, נבו (2004), שם נקבע כי תניה חוזית הקובעת ריבית בשיעור 8% נוגדת את תקנת הציבור, ולחלופין — אין לאוכפה, שכן אכיפתה "בלתי צודקת". השוו לדברים מפורשים שנאמרו בעניין זה בת"א (מחוזי-חי') 10733/97 קוממי נ' דוידזון, נבו, פסקה 23 (2004), שם ציין בית המשפט, בהערת אגב, כי אין הוא רואה מניעה להיזקק לסייג הצדק לא רק כמחסום בפני התביעה לאכיפה אלא כאמצעי לשלילת החבות החוזית כולה. ראו בדומה את השימוש בסייג הצדק בעניין ג'רבי, לעיל ה"ש 156, שעובדותיו מפורטות בהערת השוליים הבאה. נראה כי שימוש דומה נעשה בעניין לוי, לעיל ה"ש 146, שם העדיף בית המשפט העליון את ההסתייעות בסייג הצדק על פני הפנייה לתקנת הציבור לשם שלילת התוקף מתניה שבחוזה. לביקורת על מהלך אינטלקטואלי זה ראו גם פורת, לעיל ה"ש 189, בעמ' 666-667.

פני אחותה שבחוק התרופות. זאת, כאמור, בשל היקף התפרשותו הרחב של סייג הצדק באכיפה.<sup>218</sup> זאת ועוד, כפי שיובהר בסעיפים הבאים, דיני האכיפה מאפשרים לבית המשפט שיקול דעת נרחב לא רק לשלול את הזכות לאכיפה מכוחם של הסייגים לה, כי אם גם לעצב את צורתה ואת היקפה, ואף להתנותה בתנאים הדרושים לשם עשיית צדק. לאור גמישות פנימית זו, הטבועה בדיני האכיפה, ספק רב בעינינו אם ההיזקקות לעקרון תום הלב כעיקרון חיצוני עשויה להרחיב במשהו את כוחו של בית המשפט להגביל את הזכות לאכיפה או להשפיע על עיצוב דמותה במקרים קונקרטיים.

## ד. אכיפה בתנאים, אכיפה בקירוב ואכיפה דחויה

### 1. אכיפה בתנאים

(א) כללי

6.70 סעיף 4 לחוק התרופות קובע:

“בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע

<sup>218</sup> העיון בפסיקה מאשש מסקנות אלה. בפסיקה הישראלית קשה למצוא היזקקות לסעיף 39 לחוק החוזים כאמצעי לשלילתה של תרופת האכיפה (להבדיל משלילתה של האחריות החוזית כולה או של תרופה אחרת פרט לאכיפה). ראו לדוגמה את עניין ג'רבי, לעיל ה"ש 156, בעמ' 667–668, שם קבע הנשיא שמגר כי צד לחוזה, המבקש לראות באיחור של יום אחד בתשלום חוב עילה להתנערות מהסכם פשרה בנסיבות שבהן לא גרם לו האיחור כל נזק, נוהג בחוסר תום לב המונע ממנו להסתמך על ההפרה. הנשיא ציין, כי גם לו ניתן היה לראות באיחור משום הפרה, ראוי היה לקבוע כי אכיפת החוזה היא “בלתי צודקת בנסיבות העניין”. גם במקרה זה שימש עקרון תום הלב לא כאמצעי להעדפתה של תרופת הפיצויים על פני תרופת האכיפה, כי אם כמכשיר לשלילת האחריות החוזית עצמה. יוצא דופן הראוי לציון בהקשר זה הוא ההקשר המיוחד של עסקות נוגדות – במקרקעין או במיטלטלין (ראו בהתאמה: סעיף 9 לחוק המקרקעין, לעיל ה"ש 74; סעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א–1971, ס"ח 184). כאן, שללה הלכת ורטהיימר, לעיל ה"ש 74, את סמכותו של בית המשפט לחסום את זכות הקונה הראשון לאכיפת החוזה משיקולי צדק הנוגעים לקונה השני, ובתי המשפט נזקקו לעקרון תום הלב כדי לעקוף מגבלה זו (לדיון ראו את עניין גנז, לעיל ה"ש 175). אולם, גם כאן נדרשה ההסתמכות על סעיף 39 לא משום רוחבו של המושג “תום לב” בהשוואה למושג “צדק”, אלא משום המניעה המשפטית להחיל את סייג הצדק ביחסים שבין הקונה הראשון לקונה השני (בשל הלכת ורטהיימר). נזכיר, כי בפרשת ורטהיימר, שם, בעמ' 270, העלה השופט ברק את האפשרות להחיל את סייג הצדק ביחסים שבין שני הקונים מכוח היקש, אך השאיר אותה בצריך עיון, שכן, לדעתו, לאור סעיף 9 לחוק המקרקעין, ממילא אין באפשרות זו כדי לסייע לקונה השני בזמן.

או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין.”

הוראה זו באה למנוע מצב בלתי מאוזן שבו בעקבות מתן צו האכיפה יבצע המפר את חלקו בחוזה בעוד שהנפגע יימנע מכך. על מנת למנוע חוסר איזון פנימי כזה ביחסים החוזיים, הסמיך המחוקק את בתי המשפט להתנות צו אכיפה בתנאים אשר יבטיחו כי גם הנפגע מצידו יבצע את המוטל עליו, כתנאי לכניסת צו האכיפה לתוקפו.

ניתן להקשות: מדוע על בית המשפט להכביד על הנפגע, הצד התמים, ולהתנות את זכאותו לתרופה – המגיעה לו כחוק – בעמידה בתנאים כלשהם? האין די בעצם העובדה שהחוזה הופר כדי לזכות את הנפגע באכיפת חיוביו של המפר? התשובה לכך היא כי ייתכנו מצבים שבהם הנפגע התובע אכיפה הפר אף הוא את החוזה, או שקיים חשש כי יפר אותו בעתיד. במקרים כאלה רשאי בית המשפט להתנות את האכיפה בתנאים על מנת להבטיח איזון בתמריצים של שני הצדדים לקיים את החוזה.

6.71 לדוגמה: שוכר מבקש לאכוף על משכיר את חובתו לתקן פגמים במושכר,<sup>219</sup> שעה שהוא עצמו מפר את חובתו לשלם שכר דירה.<sup>220</sup> במצב זה אין הצדקה לאפשר לשוכר לנצל את היתרון הטקטי הנובע מהיותו התובע במשפט, לשם זכייה בצו אכיפה חד-צדדי אשר יורה למשכיר לבצע את התיקונים הנדרשים – תוך כדי התעלמות מהפרת החוזה מצידו של השוכר. התעלמות כזו עלולה להביא למצב בלתי צודק ובלתי מאוזן שבו המשכיר חשוף לסיכון של סנקציות על בזיון בית המשפט אם לא יתקן את הליקויים במושכר, שעה שלשוכר, שאף הוא הפר את החוזה, אין תמריץ חזק דיו לקיים את חובתו הנגדית לשלם שכר דירה. אכן, במצב זה אין השוכר ראוי מלכתחילה לתואר “צד תמים”, ובתביעה נגדית שהמשכיר היה מגיש נגדו סביר להניח שהיה ניתן צו אכיפה.<sup>221</sup> סעיף 4 לחוק התרופות מאפשר לבית המשפט, לבקשת המפר או מיוזמתו שלו, לחסוך מהמפר את הצורך בפתיחת הליך משפטי נפרד לשם קבלת צו כאמור, ולקבוע כי חובת המפר לקיים את חיוביו תחול אם – ורק אם – גם הנפגע יקיים את חיוביו הנגדיים.<sup>222</sup> בכך לא זו

219 חובה מרשה זו קבועה בסעיף 7(א) לחוק השכירות, לעיל ה”ש 8.

220 ראו סעיף 13(א) לחוק השכירות, לעיל ה”ש 8.

221 שכן מדובר בצו לסילוק חיוב כספי, אשר לגביו החלת סייג הצדק היא נדירה. ראו לעיל 6.50 §.

222 למעשה, צו אכיפה מותנה כזה משמיע שחיובו של המפר לקיים את החוזה הופך, מרגע מתן הצו, לחיוב שהוא מותנה או שלוב בחיוב שבו הותנתה האכיפה. במצב כזה אי קיום החיוב הכלול בצו האכיפה לא ייחשב כהפרה של הצו, כל עוד לא קיים הנפגע את חיובו הנגדי. השוו לעיל 4.22 §.

בלבד שנחסכים זמן שיפוטי יקר והעלות הכרוכה בהתדיינות עתידית, אלא ניתנת לבית המשפט האפשרות להכריע באופן שלם וצודק יותר בסכסוך שלפניו. התנאת האכיפה בתנאים היא אפוא מכשיר משפטי שנועד להסיר את חוסר הצדק ואת חוסר היעילות העלולים להיות כרוכים באכיפתו החד-צדדית של החוזה.

6.72 האינטרס החברתי ביישוב שלם וצודק של סכסוכים משפטיים עשוי להצדיק – אם כי במקרים נדירים יותר – התניה של צו אכיפה בתנאים גם כאשר הנפגע לא הפר את החוזה וכאשר לא דבק רכב בהתנהגותו. כך, בדוגמה בדבר המשכיר והשוכר שנדונה לעיל, עשוי בית המשפט להגיע למסקנה כי אף שהשוכר עמד עד כה בתשלומי השכירות, קיים חשש סביר כי יימנע מכך בעתיד<sup>223</sup> או שקיימת הצדקה אחרת להתנות את האכיפה בתנאי כלשהו.<sup>224</sup> אכן, סעיף 4 לחוק אינו דורש הפרה מצד הנפגע כתנאי לקביעת תנאים באכיפה. סמכות ההתניה היא רחבה, ונתונה היא לבית המשפט בין אם הפר הנפגע את החוזה ובין אם לאו.

6.73 חשוב להדגיש, כי התנאת האכיפה בתנאי, אף שהיא משרתת בבירור את אינטרס המפר המבקש להתגונן באמצעותה מפני אכיפתו החד-צדדית של החוזה, עשויה לקדם גם את עניינו של הנפגע. כך יקרה כאשר אכיפה בלתי מותנית תיראה לבית המשפט בלתי צודקת בנסיבות העניין. במצבים אלה, במקום לשלול לחלוטין את האכיפה בשל היותה בלתי צודקת, רשאי בית המשפט לקבוע תנאי אשר מילויו בידי הנפגע יסיר את אי הצדק שבאכיפה – וכך יהפוך אותה לאפשרית. עמד על כך השופט ברק באחת הפרשות:

“לא ניתן להתעלם מהעובדה, כי הנפגע, המבקש אכיפה, הפר מצדו את החוזה... אכן, לעתים עשוי בית המשפט להגיע למסקנה, כי בשל הפרתו של התובע אכיפה, אין הוא זכאי לקבל את האכיפה, שכן מתן אכיפה אינו צודק בנסיבות העניין... אך יש שבית המשפט יוכל להיעזר בכוח שניתן לו עתה בסעיף 4 לחוק התרופות, ועל ידי התנאת התנאי יסיר את חוסר הצדק [שבאכיפה בלתי-מותנית]...”<sup>225</sup>

223 לדוגמה, בשל היתרון הטקטי שצו האכיפה, לכשיינתן, יקנה לשוכר על פני המשכיר או, לחלופין, בשל קשיים כלכליים שאליהם עלול השוכר להיקלע.

224 כגון הרצון למנוע התעשרות שלא כדין מצידו של הנפגע בעקבות אכיפה בלתי מותנית. שיקול זה מוצא את ביטויו באופן מובהק בסוגיית שערך התמורה החוזית כתנאי לאכיפה. ראו להלן § 6.79 ואילך.

225 עניין וינקלר, לעיל ה"ש 152, בעמ' 377, והשוו לדברי השופט גולדברג בעניין כובס, לעיל ה"ש 80, בעמ' 567.

6.74 הבקשה או ההצעה להתנות את צו האכיפה בתנאים עשויה אפוא לבוא לא רק מפי המפר, כטענת הגנה מפני אכיפה חד־צדדית, אלא גם מפיו של הנפגע, המבקש "להקדים תרופה למכה" ולמנוע מסקנה שיפוטית בדבר אי צדקתה של האכיפה. הנה כי כן, הסמכות לפי סעיף 4 עשויה לפעול לא רק להכבדה על נפגעים המבקשים אכיפה, כי אם גם להרחבת קשת המצבים שבהם תינתן להם אכיפה. בכך יש משום חיזוק נוסף למעמדה של האכיפה כתרופה ראשית בשל הפרת חוזה.<sup>226</sup>

6.75 התנאים שבהם מוסמך בית המשפט, על פי סעיף 4, להתנות את מתן צו האכיפה, הם מגוונים. תנאים אלה כוללים, בראש ובראשונה, את ביצוע חיוביו של הנפגע, קרי: חיובים ראשוניים שהוגדרו בחוזה, במפורש או במשתמע.<sup>227</sup> שנית, ניתן לקבוע תנאים שאין להם זכר בהסכמת הצדדים, אך הם נדרשים במועד פסק הדין כדי להבטיח את קיומם של החיובים החוזיים עצמם. לדוגמה: הפקדת ערובה בידי נאמן או בקופת בית המשפט או הפקדת ייפוי כוח בלתי חוזר בידי בא כוח הצד שכנגד.<sup>228</sup>

6.76 שלישית, סעיף 4 מורה שניתן להתנות את האכיפה גם בתנאים שאינם מתחייבים במישורין מן החוזה עצמו ואף אינם נדרשים להבטחת קיום החיובים הראשוניים שבחוזה, ובלבד שתנאים אלה "מתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין". על פי הפרשנות שניתנה לביטוי זה בפסיקה, סמכות זו מוגבלת לתנאים

226 "אכן, התנאת האכיפה... היא המכשיר המשפטי, שבאמצעותו ניתן לעשות צדק בין הצדדים, תוך מתן האכיפה עצמה. ללא מכשיר זה, ייתכן שהיה מקום, במקרים מתאימים, להימנע מאכיפה. נמצא, כי אין בהתנאה זו כדי לעודד התחמקות מביצוע חיוב חוזי." דברי השופט ברק בעניין וינקלר, לעיל ה"ש 152, בעמ' 377. דוגמה מובהקת לאופן שבו מרחיבה סמכות ההתנאה את היקף השימוש בתרופת האכיפה היא סוגיית השערוך באכיפה, שתידון להלן, § 6.79 ואילך.

227 ראו לדוגמה: ה"פ (מחוזית"א) 277/06 שרון נ' גיגי, נבו (2006), שם הותנה צו לאכיפתו של חוזה מכר בתשלום יתרת התמורה החוזית; ת"א (מחוזית"ח"י) 743/94 בן לולו נ' בן לולו, נבו, פסקה 12 (1999), שם הותנתה אכיפת הסכם המכר בתשלום מס שבח על ידי הנפגע. ראו גם ת"א (שלום-י"ם) 1484/04 י"ם סולטן אנרגיה בע"מ נ' ד.ג.ש. שירותי דלק בע"מ, נבו, פסקה 15 (2005), שם הותנתה אכיפתו של חיוב הנתבעת לשלם לתובעת את הסכום הנתבע בכך שזו האחרונה תרכוש מהנתבעת את יתרת כמות הדלק שאותה התחייבה לרכוש ממנה.

228 ראו לדוגמה את ההסדר שנקבע בעניין ינאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 783, שלפיו נדרשו הנפגעים, כתנאי לאכיפה, להפקיד את יתרת התמורה בקופת בית המשפט, אולם למפירים ניתנה הזכות למשוך את הסכום רק עם מסירת החזקה בדירה לידי הנפגעים.



”הקשורים בקשר ענייני אמיץ לחוזה ולהפרתו, אף שאין בהם מילוי של חיוב חוזי, שנטלו על עצמם הצדדים.”<sup>229</sup>

6.77 לעומת זאת, אין בית המשפט מוסמך להתנות את האכיפה “בתנאים הקשורים בחוזה אחר שעשו הצדדים, ואשר בינו לבין החוזה, בו מתבקשת האכיפה, אין ולא כלום.”<sup>230</sup> כמו כן, בית המשפט יסרב להתנות את האכיפה בעריכת שינויים שיש בהם משום התערבות בתמורה החוזית שנקבעה בין הצדדים. זאת, גם אם חלוף הזמן הופך את ביצוע העסקה לבלתי כדאי בעליל מבחינתו של אחד מהם.<sup>231</sup> הגבלות אלה עולות בקנה אחד עם ראיית האכיפה כסעד עיקרי ועם

229 דברי השופט ברק בעניין וינקלר, לעיל ה”ש 152, בעמ’ 375.

230 דברי השופט ברק בעניין וינקלר, שם.

231 ראו לדוגמה את עניין ילובסקי, לעיל ה”ש 210, בעמ’ 216, שם הבהיר הנשיא שמגר שעליית ערך של קרקע עקב שינוי ייעוד אינה מצדיקה קביעת “תשלומי איוון” כתנאי להעברת הקרקע על שם הנפגעת, שלא הפרה את החוזה. אולם, בעניין נחוסי, לעיל ה”ש 154, התערב בית המשפט שלעצור בתמורה החוזית, תוך שהוא מפחית חיוב כספי שנאסף על המשיבה בערכאה הדיונית. באותו מקרה התחייב המערער לשלם סכום כסף גדול בעבור רכישת חלקה של המשיבה במסעדה שניהלו ביחד בעבר לתקופה של שמונה שנים. לאחר כריתת ההסכם הוברר כי המערער אינו יכול להפעיל את המסעדה בשל בעיות תכנוניות שהמשיבה היתה אמורה לטפל בהן, ולא עשתה זאת. בית המשפט המחוזי ציין כי האכיפה אינה צודקת, והעלה גם את האפשרות של התנאת האכיפה בתנאים, אך במקום לעשות כן החליט על הפחתת חיובו הכספי של המערער כדי שוויה הכספי של הזכות שנמנעה ממנו עקב מחדלה של המשיבה להשיג את האישורים הנדרשים. בית המשפט ציין, שם, בפסקה 64: “...היה מקום להתנאה [של האכיפה בקיום חיוב המשיבה] ולחילופין מעת שהוברר מכלול הנסיבות היה מקום להפחית מסכום החיוב... עצם הדרישה של המשיבה ועמידתה על תשלום מלוא התמורה בה בעת שברור שלא ניתן יהיה לנהל מסעדה במקום... אינו מתיישב גם עם חובת תום הלב. בנסיבות אלו, היה על בית משפט קמא לקבוע כי למעשה סוכל אותו חלק בהסכם הקשור לניהול המסעדה במקום. השווי הכלכלי של חלק זה, מוצא כאמור את ביטויו בחוות דעת רוח”ח, קרי אותו שווי כלכלי מתוך השווי הכללי, בסך 9.1 מליון ש”ח.” [ההדגשה שלנו]. לדעתנו, יש מקום לבקר דרך פתרון זו שנקט בית המשפט המחוזי. אם סבר בית המשפט כי לנוכח מחדלה של המשיבה חיוב המפר באכיפה מלאה הוא בלתי צודק, היה עליו לשלול את הזכות לאכיפה או להורות על התנאת האכיפה בתנאים, אולם לא היה בסמכותו להתערב בתמורה המוסכמת שקבעו הצדדים, ולהפחיתה, תוך מתן פטור למשיבה מקיום חיובה הנגדי. צעד זה כרוך בהתערבות במחיר החוזי ובעשיית עסקה חדשה ושונה לצדדים, ולכן אין בית המשפט מוסמך בדרך כלל, בפרט אם אין הנפגע מבקש זאת (כאשר הנפגע מבקש לערוך שינוי בחוזה, ניתן יהיה לעתים להיעתר לבקשתו כל עוד מדובר בשינוי קל, מכוח הדוקטרינה של אכיפה בקירוב — ראו להלן § 6.94 ואילך, ובמיוחד § 6.99). אין בכך, כמובן, כדי להוציא אפשרות — שלא יושמה בנסיבות הפרשה הנדונה על ידי המערער — לבטל את החוזה (באופן מלא או, במידת האפשר, חלקי) בשל הפרתו, להשעות את קיום חיובו לפי סעיף 43(א) לחוק החוזים או לחלופין להודיע על קיומו הסכום המשקף את הנזק שגרמה לו המשיבה בעקבות הפרה, מכוח סעיף 53 לחוק החוזים וסעיף 20 לחוק התרופות.

המגמה למנוע התערבות יתר של בית המשפט ביחס החוזי שבין הצדדים. אין בית המשפט מוסמך להוסיף על חיובי הנפגע תנאים הנראים בעיניו צודקים, אלא אם כן יש להם אחיזה – מפורשת או משתמעת – במערכת החיובים שקבעו הצדדים.<sup>232</sup>

6.78 דוגמה חשובה לתנאי, שאף כי אינו נדרש לשם קיום חיוב ראשוני שבחזרה ניתן לראותו כמתחייב ממנו, היא התניית האכיפה בתשלום פיצויים. כאשר הנפגע התובע הפר אף הוא את החוזה וגרם למפר-הנתבע נזק שבגיניו הוא חייב בתשלום פיצויים, עשוי בית המשפט לדרוש מהנפגע (המפר) לשלם פיצויים למפר (הנפגע), כתנאי לכינון זכאותו לאכיפת החוזה. אמנם, החיוב לשלם פיצויים אינו חיוב ראשוני המעוגן בהוראות החוזה אלא חיוב משני הצומח בעקבות ההפרה והנובע מחוק התרופות.<sup>233</sup> אף על פי כן, נקבע בפסיקה כי ניתן לראות בחיובו של הנפגע לשלם פיצויים למפר משום תנאי "המתחייב מן החוזה בנסיבות העניין".<sup>234</sup>

232 עניין זה הוסבר בעניין וינקלר, לעיל ה"ש 152, בעמ' 375, תוך אזכורה של הצעת חוק התרופות, לעיל ה"ש 147, שבה נוסחה הסמכות להתניית האכיפה בתנאים באופן מרחיב יותר. והשוו לנוסח המרחיב הנכלל בהצעת הקודקס (ראו להלן § 113.6), שלפיו תורחב הסמכות האמורה גם לתנאים שאינם נובעים מן החוזה, אך הם מתחייבים בנסיבות העניין. למקרה מעניין שנפסק על פי הדין שקדם לחוק התרופות ושבו הותנה צו לביצוע בעין של חוזה מכר מקרקעין בקיום חיוב השבה – למרות היעדר זיקה עניינית הדוקה בין חיוב ההשבה לבין החוזה עצמו – ראו ע"א 556/68 פולק נ' יהושוע, פ"ד כג(2) 823 (1968). באותו מקרה התנה בית המשפט המחוזי את צו הביצוע בעין בכך שרוכשי הדירה ישלמו בעבור עבודות נגרות שהזמינו – עבודות שהמוכר מיוזמתו שילם את תמורתן לנגר, מתוך כוונה לחזור אל הרוכשים ולתבוע מהם שיפוי על כך. התנאה מעין זו אושרה בפסק הדין משיקולי יושר, אולם ספק אם ניתן היה להצדיקה כיום לאור נוסחו המצמצם של סעיף 4 לחוק. דוגמה בעייתית נוספת ניתן להביא מפסק הדין בעניין כרמלטון, לעיל ה"ש 141, בעמ' 77, שבו ניתן נגד בנק צו לאכיפתו של חוזה מימון. בית המשפט המחוזי ראה לנכון להתנות את מתן הצו בתשלום פיצוי לבנק בגין עלויות שמירת האשראי שבהן נדרש הבנק לשאת בשל עיכובים שלא היו תלויים בו בביצוע הפרויקט. בית המשפט ביסס התנאה זו על הבנה שאליה הגיעו הצדדים בעבר, אף שהבנה זו לא נשתכללה לכלל חוזה ושביצועה היה תלוי בצד שלישי (המדינה).

233 "...חובת תשלום הפיצויים, כחובה תרופתית-משנית, קמה במקום שהחובה המהותית-ראשונית מופרת...". דברי השופט ברק בעניין וינקלר, שם, בעמ' 375. לשאלה, אם החיוב לשלם פיצוי מוסכם במקרה של הפרה הוא חיוב ראשוני או משני, ראו לעיל ה"ש 12.

234 כך נקבע בעניין וינקלר, שם, בעמ' 374-377. באותו מקרה סבר בית המשפט המחוזי כי אין הוא מוסמך להתנות צו אכיפה, שיורה לצד לחוזה להעביר לרעהו בעלות בנכס, בכך שזה האחרון יקדים וישלם לראשון פיצויים שנפסקו לטובתו באותו פסק דין (בתביעה נגדית). השופט ברק בערעור (שאליו הצטרף השופט שלמה לוין בנקודה זו) חלק על קביעה שיפוטית זו והסביר (שם, בעמ' 375) כי בית המשפט "רשאי גם רשאי... על פי הוראותיו של סעיף 4 לחוק התרופות, להתנות אכיפת זכות חוזית שיש לנפגע כלפי המפר, בתשלום פיצויים, המגיעים למפר מאת הנפגע בשל הפרה שעשה זה האחרון". לדעת השופט ברק, החובה לשלם פיצויים, אף שהיא חיוב לבר-חוזי שמקורו בחוק התרופות, "מהווה שיחזור

דוגמה נוספת שנזכרה בפסיקה להתנאות האכיפה בתנאים "מתחייבים מן החוזה בנסיבות העניין", היא התניית זכותו לשכר עבודה של עובד, שעבודתו הופסקה מכוח פיטורים בטלים, בהשבת סכומים שהשתכר העובד במהלך התקופה שעד החזרתו לעבודה.<sup>235</sup> דוגמה שלישית היא התניית הזכות לאכיפה בשערוך של התמורה החוזית. בשל חשיבותה תידון דוגמה זו בנפרד, בסעיף הבא.

## (ב) אכיפה כנגד שערוך

## (1) בעיית השערוך – כללי

6.79 האינפלציה הגואה שפקדה את מדינת ישראל מאמצע שנות ה-70 הציבה בפני המשפט האזרחי שלנו אתגר מיוחד: כיצד, אם בכלל, ניתן להתאים עסקות חוזיות שנערכו בעידן של היעדר אינפלציה או של אינפלציה נמוכה למציאות כלכלית שבה ערך המטבע נשחק במהירות ועימו – ערך התמורה הכספית שעליה הסכימו הצדדים בחוזה?<sup>236</sup>

6.80 התאמה כזו נעשתה על ידי בתי המשפט שלנו באמצעות עקרון השערוך.<sup>237</sup> בגזרות שונות של דין החוזים נעשה שימוש בעיקרון זה, תוך כדי מעבר

כספי של החיוב החוזי" ולפיכך יש לראות בה "עניין המתחייב מן החוזה". שם, בעמ' 376. השופט לנדוי לא חלק על קביעה עקרונית זו, אך הביע גישה מצמצמת יותר כלפי היקף השימוש הרצוי בסמכות להתנות אכיפה בתשלום פיצויים. זאת, בין היתר, בשל החשש כי הדבר יעודד חייבים לעכב ביצוע של חיוביהם, בטענה שאין הם מוכנים לקיימם כל עוד לא ישלם להם הצד השני פיצוי בגין הפרות שביצע לכאורה (שם, בעמ' 372). גם בעניין שילה, לעיל ה"ש 133, בעמ' 804, 805, הזכיר השופט אור את העובדה שבית המשפט המחוזי חייב את הרוכשים המערערים לשלם כל סכום שידרוש המינהל כתנאי לביצוע העסקה, אך התנה זאת בכך שהקבלן מצידו ישלם להם סכום מסוים כפיצוי על ליקויי הבנייה שנתגלו בדירות שנרכשו.

235 האפשרות הועלתה על ידי השופט שלמה לויין בעניין נתיבות, לעיל ה"ש 157, בעמ' 424: "...אין להוציא מכלל אפשרות, שבמקרה מתאים עשוי בית המשפט להתנות את אכיפת החיוב הכספי [לשלם שכר עבודה בתקופת הפיטורים הבטלים] בהחזרת מה שהעובד קיבל או עשוי היה לקבל בתקופה הרלוואנטית, על יסוד סעיף 4 לחוק התרופות."

236 לבעיית השערוך ראו באורח כללי יהושע גרוס "הלם האינפלציה: הצמדת מערכת החיובים בישראל" הפרקליט לג 53 (התשמ"ם); אוריאל פרוקצ'יה "הצמדה, שיערוך וריבית: עבר, הווה ועתיד" משפטים י 262 (התשמ"ם); מיכאל הורק "שיערוך המחיר בחוזה" עיוני משפט ח 88 (התשמ"א); דניאל פרידמן "שיערוך, פיצויים ושיקולי עשיית עושר ולא במשפט" הפרקליט לד 88 (התשמ"א-התשמ"ב); רנר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 48-53.

237 השימוש בטקסט במושג "שערוך" (revaluation) נעשה כאן, כמו בפסיקה, במובן רחב הכולל לא רק הערכה מחדש של שוויים של נכסים ושירותים בשל שינויים בערך הכסף, אלא גם – ולמעשה, בעיקר – הערכה מחדש של ערך הכסף עצמו. להבחנה בין מובנים אלה לבין השיטות השונות לפיצוי על ירידת ערך הכסף ראו רנר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 48, הערה 64, והאסמכתות המובאות שם. לדיון מקיף בבעיית השערוך בהקשרים שונים בדיני התרופות ראו: Shirley Renner, Inflation and the Enforcement of Contracts (1999).

הדרגתי מגישה נומינליסטית לגישה ולוריסטית.<sup>238</sup> הגישה הנומינליסטית במתכונתה השמרנית אינה מכירה בשינויים שחלו בערך המטבע, שבו נערכה העסקה, כגורם המצדיק עריכת שינויים או עדכונים בחיובים הכספיים המעוגנים בחוזה – אלא אם כן צפו הצדדים לחוזה שינויים ועדכונים כאלה מראש והסכימו עליהם במפורש.<sup>239</sup> הגישה הוולוריסטית, לעומת זאת, דוגלת בהערכה מחדש (שערוך) של חיובים כל אימת שהדבר נחוץ לשמירה על יחס מאוזן בין התמורות החוזיות. זאת, בין אם הצדדים הסכימו על כך בחוזה שביניהם ובין אם לאו.<sup>240</sup>

6.81 גישתה של הפסיקה בישראל משקפת גישת ביניים המצויה בתווך בין שתי הגישות האמורות. מחד גיסא, טרם אומצה אצלנו דוקטרינה ולוריסטית כללית. ואולם, מאידך גיסא, ניתן להבחין במגמה ברורה של הינתקות מן העיקרון הנומינליסטי ונטייה לאמץ תפישה ולוריסטית.<sup>241</sup> מגמה זו ניכרת גם במקרים שבהם שאלת השערוך התעוררה בשלב "החווה המקוים" והשפיעה על פרשנות הוראותיו

238 ראו לדוגמה את דברי השופט זוסמן בע"א 151/76 החברה המאוחדת לתיירות בע"מ נ' טיל טורס בע"מ, פ"ד לב(1) 387, 390 (1977), שסבר כי "...בזמן של אינפלציה דוהרת, הדבקות בכלל הנומינליסטי הוא [כך] לעג לרש...". לשאלה, אם ראוי להתמודד עם בעיות של אינפלציה בדרך של רפורמה חקיקתית או בדרך של חקיקה שיפוטית, ראו את תיאורו של השופט ברק בע"א 554/83 "אתא" חברה לטקסטיל בע"מ נ' עזבון זולוטוב, פ"ד מא(1) 282, 293–295 (1987). דרך התמודדות חלופית עם בעיות האינפלציה היא לקבוע כי בנסיבות של אינפלציה דוהרת קיום החוזה הוא "שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים", כלשונו של סעיף 18(א) לחוק התרופות, ולהחיל את דין הסיכול. אולם זו לא היתה דרכה של הפסיקה בישראל. ייתכן שהסיבה לכך היא שהחלת דין הסיכול אינה פתרון ראוי בהקשר דנן, שהרי סיכול החוזה פוטר לחלוטין את המפר מהחובה לקיימו, בעוד שירידת ערך הכסף מחייבת אך התאמה של החיוב הכספי הנומינלי לערכו הריאלי. לדיון מקיף והשוואתי בדוקטרינה של שינוי יסודי בנסיבות החוזה ראו דוד רונן התאמת חוזים לנסיבות משתנות (החש"א).

239 גישה נומינליסטית ננקטה בערכאה הראשונה בעניין אתא, שם, שבו סירב בית המשפט המחוזי לשערך פיקדון חוזי, בין היתר מן הטעם שיהיה בכך "משום שינוי כל מהותו של ההסכם שבין הצדדים". הדברים צוטטו בפסק דינו של השופט ברק בעניין אתא, שם, בעמ' 292.

240 לתיאור כללי של הגישה הנומינליסטית ושל הגישה הוולוריסטית ראו את תיאורו של השופט ברק בעניין אתא, לעיל ה"ש 238, בעמ' 295–297. ראו גם דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א 98–116 (מהדורה שנייה, התשנ"ח); פרוקצ'יה, לעיל ה"ש 236, בעמ' 270–272.

241 ראו את דברי השופט ברק בעניין אתא, לעיל ה"ש 238, בעמ' 295–296: "זניחת התורה הנומינליסטית... לא הביאה בעקבותיה עמדה שיפוטית, המכירה בשיערוך כולל של כל החיובים והחובות. מעולם לא נקבע, כי בשל התגברותה של האינפלציה יש לזנוח את הבסיס הנומינליסטי ויש לנקוט גישה ולוריסטית בכל התחומים... אכן, הגישה השיפוטית נמנעת מהכללות. אין נוקטת עמדה נומינליסטית כוללת, ואין היא נוקטת עמדה ולוריסטית כוללת."

הראשוניות. אולם היא בולטת וברורה הרבה יותר בשלב "החוזה המופר" — שבו שאלת השערוך מתעוררת לאחר הפרת החוזה ומשפיעה על קביעת התרופות שהנפגע זכאי להן.<sup>242</sup> כך לדוגמה, בתחום הפיצויים בשל הפרת חוזה אימצה הפסיקה גישה ולוריסטית מובהקת.<sup>243</sup> כפי שנראה מיד, גישה ולוריסטית, אם כי מרוככת ומסויגת יותר, אומצה גם בהקשר להפעלת תרופת האכיפה.

(2) הלכת השערוך: שערוך התמורה החוזית כתנאי לאכיפת החוזה

6.82 להמחשת הסוגיה נפתח בדוגמה. פלוני מוכר לאלמוני נכס מקרקעין תמורת 500,000 ש"ח, שהיו אמורים להשתלם בשני שלבים: המחצית האחת — בחלוף שנה מכריתת החוזה, בד בבד עם מסירת החזקה בנכס, והמחצית השנייה — מקץ שנה נוספת, בד בבד עם העברת הבעלות מהמוכר לקונה. בחוזה לא נקבעו הוראות הצמדה או ריבית כלשהן למקרה של עיכוב בתשלום התמורה החוזית. מקץ שנה נמסרת החזקה בנכס לקונה אשר משלם למוכר, כמוסכם, 250,000 ש"ח. בחלוף שנה מבקש הקונה לשלם את יתרת התמורה כנגד העברת הבעלות בנכס, אך נתקל בסירובו של המוכר, המנסה בתואנות שווא להתנער מן העסקה ולהשיב לידיו את החזקה בנכס. הקונה, שנפגע מהפרת החוזה, תובע את אכיפתו.

242 להבחנה בין שלב "החוזה המקיים" לבין שלב "החוזה המופר", ולנפקותה לעניין היקף סמכותו של בית המשפט להורות על שערוך, ראו בכלליות בפסק דינו של השופט ברק בעניין אתא, שם, בעמ' 297–301. הנכונות לשערוך ביתר קלות חיובים או סכומים לאחר שהחוזה הופר מוסכרת בכך ש"התחשבות באינפלציה במסגרתו של דין זה [חוק התרופות] אין בה כדי לפגוע בהסכם שעשו הצדדים... לעומת זאת, שיערוך בחוזה המקיים נוגע בהתחייבויות החוזיות שנטלו על עצמם הצדדים... בתחום החוזה שהופר, ניתן להצביע על מגמה עקבית של בית המשפט העליון בכיוון של זניחת הגישה הנומינליסטית ואימוץ גישה ולורטיבית." דברי השופט ברק בעניין אתא, שם בעמ' 297, 298. ראו גם את דברי השופט שלמה לויין בע"א 222/81 חננאל נ' סוסנובסקי, פ"ד לז(4) 471, 474 (1983): "...טרם הגיעה השעה להחיל בישראל דוקטרינה ולורטיסטית טהורה, המוכנה לשערוך חיובים חוזיים אף באין הפרה... מה שאין כן, כאשר החוזה הופר או כאשר מדובר באכיפתו." וראו בדומה ע"א 603/79 אברגיל נ' פלג את שטרית חברה לבנין ולפיתוח בע"מ, פ"ד לח(1) 633, 639 (1984), וכן בג"צ 608/88 פינקלשטיין נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מג(2) 395, 399–400 (1989), שבו הבחין השופט ברק בין שערוך של תשלום שבוצע כדין (כלומר במועד, כשהשערוך מתבצע בשלב החוזה המקיים) לבין שערוך של תשלום ששולם שלא כדין (כלומר באיחור, כשהשערוך מתבצע בשלב החוזה המופר). לביקורת על ההבחנה בין החוזה המקיים לבין החוזה המופר בהקשר לשערוך באכיפה ראו איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 133, הערה 335 (התשנ"ו). לחשיבות ההבחנה בהקשר לשערוך כתנאי לאכיפה ראו להלן (274) § 6.92.

243 ראו להלן 7.252–7.255 §. גישה ולורטיסטית אימצה הפסיקה גם בהקשר להשבה בעקבות ביטולו של חוזה. ראו להלן 8.298–8.299 §.

נניח כעת כי עד למועד הדיון בבית המשפט, המתקיים בחלוף שנתיים מהתאריך שנקבע לתשלום המחצית השנייה של התמורה, לא חל שינוי ריאלי בשווי הנכס.<sup>244</sup> עם זאת, נניח כי במהלך השנתיים האמורות חלה ירידה תלולה של 100% בערך הכסף (כתוצאה מאינפלציה). בעקבות שינוי דרמטי זה בערך הכסף, הוכפל שווי השוק (הנומינלי) של הנכס והוא עומד, במועד הדיון, על 1,000,000 ש"ח (במקום 500,000 ש"ח ששיקפו את שווי עובר לכריתת החוזה). הקונה טוען, כי למרות השינוי האמור בערך הכסף (וכתוצאה ממנו – בערכו הנומינלי של הנכס) הוא זכאי לקיום החוזה כלשונו, כלומר, זכאי לקבל את הבעלות בנכס בתמורה לתשלום יתרת התמורה (הנומינלית) בסך 250,000 ש"ח בלבד.

המוכר מצידו טוען, כי במצב זה אכיפת החוזה היא בלתי צודקת. זאת, מאחר שהיא תאפשר לקונה לקבל את הבעלות בנכס (ששוויה הריאלי לא השתנה) תמורת סכום (250,000 ש"ח) השווה, בערכים ריאליים, למחצית בלבד מן התמורה המקורית שאותה התחייב הקונה לשלם בעבור הבעלות על פי החוזה. בכך יתעשר הקונה שלא כדין על חשבוננו של המוכר, שהרי בעקבות מתן צו האכיפה יימצא זוכה בטובת הנאה כלכלית שלא היתה מנת חלקו לו קיים החוזה על פי לוח הזמנים המקורי. על טענה זו של המוכר משיב הקונה, כי האחראי לעיכוב בתשלום יתרת התמורה החוזית הוא המוכר, ולפיכך אין לו להלין אלא על עצמו בכל הנוגע לירידת ערך הכסף בתקופת הביניים שבין מועד התשלום המתוכנן לבין מועד פסק הדין.

כיצד על בית המשפט לפסוק במצב כזה?<sup>245</sup>

<sup>244</sup> ראוי לציין שגם שינוי ריאלי בשווי הנכס או המשאב מושא החוזה אין בו, לכאורה, כדי להשפיע על הניתוח שלהלן. הסיבה היא שבאופן טיפוסי מטרתו של חוזה מכר היא להעביר מן המוכר אל הקונה את הסיכויים והסיכונים הכרוכים בעליית ערכו של המשאב החוזי המובטח, או בירידתו. לשון אחר, העובדה שחלה עלייה ריאלית בשווי של מושא החוזה אינה מצדיקה, בדרך כלל, התערבות בתוכן החוזה. זאת, להבדיל מהסיכון לתנודות בשווי הנומינלי של המשאב החוזי, הנגרמות כתוצאה מירידת שווי המטבע. סיכון זה אינו מוטל מראש על הנושה דווקא, ומכאן הצורך לשקול התערבות בחוזה כדי להבטיח הקצאה צודקת של אותו סיכון בדיעבד, לאחר התממשותו. עניין זה מוסבר גם אצל הורק, לעיל ה"ש 236, בעמ' 116, המציין כי: "גישת ערך הכסף יוצאת מתוך ההנחה שרווח – או הפסד – של תנודות השוק צריך להיות של הקונה." המחבר מזכיר את ע"א 414/74 מכוניות הדר החברה הישראלית ליבוא רכב בע"מ נ' סימן טוב, פ"ד כט(1) 561 (1974), כדוגמה מובהקת לאימוצה של גישה זו. אף על פי כן, כפי שיובהר בסעיף הבא, בכמה מקרים התחשב בית המשפט בעלייה הריאלית בשווי הנכס בעת קביעת שיעור השערון. ראו להלן בה"ש 265.

<sup>245</sup> לאחד הדיונים הראשונים בשאלה זו, ולסקירה של הפסיקה בשלביה הראשוניים בהתמודדות עימה, ראו שמחה איתן "הנימוק האינפלציוני לאי אכיפת חוזה במקרקעין" הפרקליט ל 359 (התשל"ו).

6.83 פסק הדין המנחה בפרשת רבינאי<sup>246</sup> קבע הלכה בשאלה זו. נקבע בו, כי במצבים דוגמת זה שתואר לעיל, ראוי לאמץ גישה ולוריסטית ולהתנות את מתן צו האכיפה לטובת הקונה בשערוך של התמורה החוזית שטרם שולמה למוכר.<sup>247</sup> בפסק דינו הסביר השופט ברק, כי כאשר קיים פער בין התמורה הנומינלית לבין התמורה הריאלית שטרם שולמה, עומדות לפני בית המשפט שלוש אפשרויות: ראשית, רשאי בית המשפט לקבל את טענתו של הקונה הנפגע ולאכוף את החוזה כלשונו, בלא לערוך שינוי כלשהו בערכה הנומינלי של התמורה החוזית.<sup>248</sup> שנית, רשאי בית המשפט לקבל את טענתו של המפר ולשלול לחלוטין, משיקולי צדק, את הזכות לאכיפה.<sup>249</sup> שלישית – וכאן החידוש שבהלכת רבינאי – בית המשפט מוסמך לנקוט דרך ביניים: לצוות על אכיפה אך להתנותה בשערוך – מלא או חלקי – של

246 לעיל ה"ש 57.

247 ראוי לציין שהסמכות להתנות אכיפה בשערוך הוכרה – אם כי באופן פחות ברור וחד-משמעי – גם בפסיקה שקדמה לפרשת רבינאי, שם. סקירה תמציתית של הפסיקה הרלוונטית ניתן למצוא בפסק דינו של השופט בכור בע"א 206/79 ריטברג נ' נסים, פ"ד לד(3) 314, 323–325 (1980), וכן בפסק דינו של השופט אלון שם, בעמ' 327–330. גם לפי הדין האנגלי ששרר אצלנו לפני חוק התרופות, ניתן היה להתנות צו לביצוע בעין בשערוך התמורה, וזאת – מכוח דיני היושר שהקנו לבית המשפט שיקול דעת רחב במתן צווי אכיפה. השופט ברק הזכיר עובדה זו בעניין רבינאי, שם, בעמ' 293.

248 אפשרות זו יושמה, הלכה למעשה, בפסקי דין אחדים שקדמו לפרשת רבינאי. ראו לדוגמה: ע"א 774/75 עובדיה נ' אדרבי, פ"ד ל(3) 533, 538–539 (1976), שם נפסק שלמרות הירידה התלולה שחלה בערך הכסף לא הראו המערערים טעם מספיק שלא לאכוף את ההסכם כלשונו; ע"א 160/76 גלעד נ' פיש, פ"ד לא(1) 197, 201–202 (1976), שם ציין השופט ויתקין כי גם אם יש בחוק סמכות להורות על הצמדת המחיר כתנאי לאכיפה, הרי שבנסיבות העניין לא נמצאה לו עילה לנקיטת צעד "מרחיק לכת" כזה. אסמכתות אלה ונוספות סקר השופט בכור בעניין ריטברג, שם, בעמ' 323–324.

249 במקרה כזה יהא על הנפגע להסתפק בתביעה לפיצויים בלבד. ראו לדוגמה את הגישה השמרנית שנקטה בעניין מכוניות הדר, לעיל ה"ש 244, בעמ' 567–569. באותו מקרה, שהיה בין הראשונים שבהם נדונה סוגיית השערוך באכיפה לאחר חוק התרופות, קבע השופט לנדוי, בדעת רוב, שאכיפת ההסכם לפי המחיר הנומינלי יש בה משום עושה, ושלא את הזכות לביצוע בעין של ההסכם. בית המשפט הכיר אמנם באחריותו של המוכר-המפר לעיכוב בתשלום התמורה, וציין שבנסיבות אחרות היה מטיל עליו את ההשלכות של ההפרה. אולם, לנוכח התנהגותה הנוקשה של הקונה ובהיעדר זדון מצד המוכר, וכן בשל הסיכונים הכרוכים בחקיקה שיפוטית בתחום השערוך, העדיף בית המשפט להימנע מלהורות על שערוך וקבע שעל הקונה להסתפק בתרופת הפיצויים, שכן אכיפת החוזה תהיה בלתי צודקת. השו, לפני חוק התרופות, לע"א 277/57 החברה לפיתוח ירושלים בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד יג 819, 827–831 (1959), שם נפסק מפי השופט ברנזון כי בנסיבות העניין יהיה משום אי צדק בולט להכריח את המוכר להעביר את אדמתו במחיר הנומינלי שנקבע שנים רבות לפני הדיון, ולפיכך נשלל הסעד של ביצוע בעין. על אי הצדק שבאכיפה נומינלית עמדה גם השופטת נתניהו בעניין חננאל, לעיל ה"ש 242, בעמ' 475.

התמורה החוזית המוסכמת.<sup>250</sup> דרך ביניים זו מאפשרת לבית המשפט להימנע משתי הרעות שהיו נגרמות כתוצאה מאימוץ כל אחת משתי דרכי הפעולה הקודמות, תוך כדי סלילת שביל זהב ביניהן. הליכה בשביל זה מאפשרת, מחד גיסא, למנוע או לצמצם את ההתעשרות המופרזת מצידו של הקונה עקב שינויים שחלו בערך הכסף, ומאידך גיסא – משמרת בידי הקונה את זכותו הקנויה לאכיפת החוזה. מן הבחינה הפורמלית, מבהירה הלכת רבינאי כי העוגן המשפטי להתניית האכיפה בשערוך מצוי בסעיף 4 לחוק התרופות. כמבואר לעיל, הוראה זו מתירה לבית המשפט להתנות אכיפה בכל תנאי אשר יבטיח איזון פנימי ביחסי הצדדים לחוזה, ובלבד שניתן יהיה לראות תנאי זה כ"מתחייב מן החוזה בנסיבות העניין". בפרשת רבינאי הובהר, כי שערוך התמורה החוזית הוא תנאי המקיים דרישה זו.<sup>251</sup>

6.84 הלכת השערוך באכיפה היא הלכה ראויה. היא מאפשרת לבית המשפט להחזיר על כנו את שיווי המשקל החוזי המהותי, שהתערער עקב שינויים שחלו בערך הכסף. מנקודת מבטם של הצדדים, אלה הם שינויים שרירותיים, שאיש מהם לא נטל על עצמו סיכון להתרחשותם. התעלמות משינויים אלה, אף שהיא עשויה להתיישב עם הרצון להעניש את המפר על ההפרה, עלולה לעתים להביא להתעשרות מופרזת של הנפגע עקב ההפרה ולהטלת עונש מופרז על המפר (ביחס

250 לשאלת היקף השערוך ראו להלן § 6.85 ואילך.

251 "נראה לי כי לא נמתח את לשונו של סעיף 4 יתר על המידה, אם נראה בשיערוך תנאי המתחייב, בנסיבות העניין, מן החוזה... השיערוך הוא, מנקודת מבט זו, ענין המתחייב מן החוזה עצמו, ולא מענין אחר שאינו קשור בחוזה עצמו." דברי השופט ברק בעניין רבינאי, לעיל ה"ש 57, בעמ' 294. האפשרות לעגן את סמכות השערוך באכיפה בהוראת סעיף 4 לחוק התרופות הועלתה בקצרה עוד קודם לכן על ידי השופט לנדוי בעניין עובדיה, לעיל ה"ש 248, בעמ' 539. בפסק דין מאוחר יותר הצביע השופט ברק על האפשרות לעגן את הסמכות להתנות אכיפה בשערוך גם בסייג הצדק עצמו, וזאת – מכוח ההיגיון הצרוף. לדבריו, "אם הוא [בית המשפט] רשאי לשלול את האכיפה לחלוטין מטעמי צדק, פשיטא, שהוא רשאי ליתן אכיפה תוך הבטחה, כי לא ייגרם אי צדק." עניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 550. לביסוס הלכת השערוך באכיפה באמצעות סייג הצדק ראו גם ע"א 435/81 זנזורי נ' מהצרי, פ"ד לו(2) 561, 570 (1982); ע"א 571/79 דירות מקסים בע"מ נ' ג'רבי, פ"ד לז(1) 589, 609 (1983); ע"א 702/80 גלפנשטיין נ' אברהם, פ"ד לז(4) 113, 123 (1983); ע"א 176/82 הררי נ' ורטריימר, פ"ד לט(3) 660, 667 (1985). יצוין, שבפרשת רבינאי, שם, בעמ' 294, הציע השופט ברק דרך נוספת, שלישית, לעיגונה של הלכת השערוך: ראיית החובה להסכים לשערוך התמורה כנובעת מהוראת תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים. אלא שלאור ההכרה הנרחבת בסמכות השערוך המסורה לבית המשפט מכוח סעיף 4 לחוק התרופות או מכוח סעיף 3(4) לו, נותרה אפשרות זו בגדר אפשרות תיאורטית בלבד, במיוחד לעניין שערוך בתקופת החוזה המופר. בתקופת החוזה המקיים, לעומת זאת, בהיעדר תשתית פורמלית בחוק לשערוך חיובים חוזיים, הסתמכה הפסיקה בעיקר על טכניקות של פרשנות החוזה עצמו, תוך אזכור האפשרות להיזקק גם לעקרון תום הלב. ראו לדוגמה ע"א 6136/00 שועית נ' אשד, פ"ד נו(4) 241, 249 (2002).



לחומרת ההפרה). התחשבות בשינויים אלה, לעומת זאת, מחזירה את האיזון החוזי על כנו, ובכך פועלת לשחזור השקילות החוזית המקורית, כפי שהצדדים הגדירו אותה מלכתחילה.<sup>252</sup>

הרציונל הבסיסי של הלכת השערוך באכיפה הוצג על ידי השופט ברק בפרשת נוביץ:

“טיעונים אלה [נגד התערבות בחוזה בדרך של שערוך שיפוטי] נחלשים והולכים עם התגברות ממדי האינפלציה... בבסיבות אלה בית המשפט נרתע ממתן אכיפה, שיש בה כדי להעניק לצד הנפגע — אפילו התנהגותו ראויה וטובה — נכס, שערכו עלה בהרבה לעומת המחיר החוזי, ובכך לגרום לפגיעה קשה ביותר במפר — אפילו התנהגותו שלו ראויה לביקורת.”<sup>253</sup>

ואמנם, עד מהרה הפכה הפרקטיקה של התנאת האכיפה בתשלום הסכומים שטרם שילם הנפגע על חשבון התמורה החוזית — בערכיה הריאליים — ל“דרך המלך” שבה הולכים בתי המשפט בישראל בכואם להורות על אכיפתם של חוזים.<sup>254</sup>

(3) השיקולים בעד ונגד שערוך והשפעתם על היקפו

6.85 הסמכות להתנות אכיפה בשערוך כרוכה בשיקול דעת שיפוטי, שאותו יש להפעיל בהתחשב בשיקולי הצדק הרלוונטיים בהקשר דנן. פסק הדין המנחה בסוגיה ניתן בפרשת ריטברג.<sup>255</sup> השופט אֶלון הבהיר באותה פרשה, כי הנימוק העיקרי התומך בשערוך הוא הרצון למנוע התעשרות מופרזת של הנפגע על חשבון

252 הרעיון שלפיו שחזור השקילות החוזית הוא אינטרס המוגן בידי התרופות בדרכים שונות, והראוי להכרה כאינטרס אוטונומי ונפרד משלושת האינטרסים המוכרים, פותח בכתבתו האקדמית של איל זמיר. ראו איל זמיר “תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפיה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית (בעקבות ע”א 1632/98 ארכוס נ’ אברהם רובינשטיין ושות’ — חברה קבלנית)” משפטים לד’ 91, 144–168 (התשס”ד). המחבר מצביע שם, בעמ’ 148, על מוסד השערוך באכיפה כדוגמה למוסד תרופתי שתכליתו לשחזר את השקילות החוזית. לפיתוח נוסף של הרעיון ראו: Eyal Zamir, *The Missing Interest: Restoration of the Contractual Equivalence*, 93 VA. L. REV. 59 (2007).

253 עניין נוביץ, לעיל ה”ש 5, בעמ’ 547.

254 ראו לדוגמה את דברי השופט בך בעניין דירות מקסים, לעיל ה”ש 251, בעמ’ 609: “בשנים האחרונות הפך שיערוכם של סכומי התמורה כתנאי לאכיפת חוזה (יהא זה על פי סעיף 3(4) או על פי סעיף 4 של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)) כמעט לדבר שבשיגרה.” והשוו לדברי השופט וייס בע”א 476/82 תדהר נגריה קואופרטיבית בע”מ (בפירוק) נ’ מרקוביץ, פ”ד לט(2) 813, 822 (1985): “הלכה פסוקה היא, כי נוכח ירידת כוח קנייתו של הכסף מחד גיסא ועלייתם של מחירי מקרקעין מאידך גיסא, מתנה בית המשפט, בדרך כלל, אכיפת חוזה בשיערוך הסכומים, אשר עומדים עדיין לפירעון, גם כשהמדובר הוא במפר... במגמה למנוע התעשרות שלא כדין.”

255 לעיל ה”ש 247, במיוחד בעמ’ 327–333.

המפר, כתוצאה מאי העברת כספי התמורה אל המפר במועד שנקבע לכך בחוזה. התעשרות זו נובעת מכך שהנפגע, בתקופת הביניים שעד למתן צו האכיפה, עיכב בידי את יתרת התמורה החוזית, והוא מוחזק כמי שיכול וחיוב היה לשמור על ערכה הריאלי באמצעות השקעה פשוטה.<sup>256</sup>

6.86 ברם, אל מול שיקול זה ניצבים שני שיקולים שבמדיניות שיפוטית התומכים בהימנעות משערוך או, למצער, בצמצום היקפו: ראשית, הרצון להימנע מהתערבות שיפוטית בתנאי החוזה, שעליהם הוסכם בין הצדדים; שנית, השאיפה לשימור מרכיב ההרתעה – כלפי מפירים-בכוח – הגלום בסיכון לאכיפה מאוחרת של החוזה שתיעשה ללא שערוך התמורה.<sup>257</sup> שיקולי-נגד אלה הניעו בעבר חלק לא מבוטל משופטי בית המשפט העליון לאמץ גישה מצמצמת ושמרנית כלפי סמכותם להורות על שערוך התמורה החוזית.<sup>258</sup>

6.87 עם זאת, מאז פרשת רבינאי מסתמנת בפסיקה גישה אוהדת יותר כלפי השערוך באכיפה. גישה זו רואה בשיקולים הנזכרים בסיס להגבלת היקפו של השערוך, אך לא להימנעות מעצם עריכתו. אכן, גם על פי גישה זו, נקודת המוצא היא שהמפר אינו זכאי להגנה מלאה מפני הסיכון הכרוך בירידת ערך הכסף, שהרי הוא הגורם האחראי לעיכוב שחל בתשלום התמורה החוזית. קביעת כלל של שערוך מלא שקולה למתן ביטוח למפירים-בכוח מפני הסיכון האמור, ומביטוח כזה – אין המפר זכאי ליהנות. זכייה כזו לא זו בלבד שהיתה מכרסמת בהרתעה

<sup>256</sup> בלשונו של השופט אלון שם, בעמ' 330: "הגורם המרכזי שבסוד עשיית צדק זו הוא שהקונה לא יהא נשכר מהפסדו של המוכר. שהרי מצד אחד מקבל המוכר [המפר]... סכום שנקבע בחוזה שערכו הריאלי הוא פחות בהרבה מערכו הנומינלי, ומצד שני מצוי היה סכום זה גופו, מהיום שהקונה היה צריך לשלמו למוכר, ברשותו של הקונה, שיכול הוא... להפיק הימנו, לתועלתו הוא, סכום נוסף שיהא בו כדי לשמור על ערכו הריאלי." ראו גם את דברי השופט ברק המובאים לעיל, בטקסט לה"ש 253.

<sup>257</sup> לשיקול הראשון ראו לדוגמה את דברי השופט אלון בעניין ריטברג, לעיל ה"ש 247, בעמ' 330: "כנגד גורם זה... צריך שיעמוד... השיקול החשוב והיסודי שלא יכולע, במידת האפשר, ליציבותם של חוזים ותנאיהם...". השיקול השני הודגש באותה פרשה בדברי השופט בכור, אשר ציין שם, בעמ' 326: "...הטרודה אותי השאלה האם אין בפסיקה זו כדי לגרום לתוצאה שלילית שתפחת החרדה של מפרי הסכמים מתוצאות הפרותיהם...". ראו גם את דברי השופטת בן-פורת שציינה שם, בעמ' 336, ש: "החשש שהביע חברי הנכבד השופט בכור שמא פירוש של סעיף 4 לחוק התרופות המיטיב עם המוכר [המפר] יתר על המידה עלול לגרום אחוריו הפרות של חוזים עם סיכון קטן בצדן, נראה לי כשלעצמי מוחשי בהחלט." והשוו לדברי השופט ברק בעניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 549: "אם הצד המפר יקבל את מלוא התמורה החוזית, בערכה הריאלי, מה ימריץ אותו לקיים את החוזה?"

<sup>258</sup> דוגמות מן הפסיקה הובאו בפסק דינה של השופטת בן-פורת בעניין ריטברג, שם, בעמ' 333–335. ראו גם האסמכתות הנזכרות לעיל, בה"ש 248.

הנדרשת כלפי הפרות חוזים, אלא שהיא מנוגדת לעיקרון שלפיו אין החוטא (המפר) יוצא נשכר מעולתו.<sup>259</sup>

6.88 עם זאת, על פי אותה גישה, גם הימנעות מוחלטת משערוך כלשהו של התמורה עלולה להוליד תוצאה הפוגעת בחוש הצדק. כך יהיה במיוחד כאשר הרווח (הריאלי) שמפיק הנפגע בשל העיכוב בקיום החוזה – כמוהו כהפסד הריאלי שנגרם למפר עקב כך – הם ניכרים, בה בשעה שנסיונות ההפרה עצמה אינן חמורות או מקוממות במיוחד. על מנת להימנע מתוצאה כזו, תוך מתן משקל ראוי למכלול השיקולים הצריכים לעניין, נוהג בית המשפט במרבית המקרים להורות על התניית האכיפה בשערוך, אם כי בהיקף חלקי בלבד.<sup>260</sup>

6.89 בשאלה מהו היקף השערוך הראוי פועלים שיקולים שונים ואינטרסים מנוגדים.<sup>261</sup> עם אלה נמנים:<sup>262</sup> שיעור ירידתו של ערך הכסף בתקופה שבין הפרת החוזה לבין מועד הדיון השיפוטי; המידה שבה הצדדים לחוזה צפו או יכלו לצפות בעת כריתת החוזה את הירידה בערך המטבע ואת עוצמתה;<sup>263</sup> היקף התמורה

259 חששות אלה הביע השופט ברק בעניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 551: "...הוראת האכיפה בשיערוך אינה צריכה לתת לצד המפר תמורה ריאלית מלאה, אלא תמורה פחותה, כדי שלא יהא המפר נשכר... בכך יינתן ביטוי לעיקרון, כי את החוזים יש לקיים, ואין המפר יכול לצפות לכך, כי השיערוך יעמידו באותו מצב, בו היה נתון לולא הפר את החוזה וקיימו במלואו. משהופר החוזה, חייב המפר לשלם 'מחיר' מסויים על כך." במקרה אחר קבע השופט אלון: "...חתימה על חוזים אינה בקעה פרוצה, שכל חותם יעשה בה כישר בעיניו, מתוך שבטוח הוא שגם אם ייצא נפסד בדינו, מובטח לו שהכסף המגיע לו צמוד הוא לטבין ותקילין. כשם שמצוים אנו לעשות צדק במקרה הראוי וההגון לכך, מצוים אנו, כדברי הרא"ש, ללכוד כל מחבל תחבולה בערמתו..." ע"א 315/79 אלפרוביץ נ' מזרחי, פ"ד לד(4) 731, 741 (1980). ראו גם את עניין הררי, לעיל ה"ש 251, בעמ' 666, את עניין דירות מקסים, לעיל ה"ש 251, בעמ' 610, וכן את האסמכתות המובאות לעיל בה"ש 257. שירלי רנר רואה במגמה לקבוע שערוך חלקי בלבד חלק ממגמה כללית להקשיח את המחסומים ביציאה מתחום החבות החוזי. ראו רנר, לעיל ה"ש 59, בעמ' 51–52.

260 ראו לדוגמה את דברי השופט אלון בעניין ריטברג, לעיל ה"ש 247, בעמ' 331: "...ברוך כלל לא יהא בהם [בשיקולים נגד שערוך]... כדי לשלול את עצם מתן הפיצוי [למפר – על ירידת הערך]... אלא רק כדי לקבוע מהותו וגודלו של הפיצוי ההולם שינתן למוכר עם אכיפת החוזה." לטענה מעניינת, שלפיה ראוי לבצע שערוך חלקי גם כאשר השערוך נעשה במסגרת החוזה המקוים, ראו מרים מזרחי "שיערוך חיוב כספי בחוזה מקוים" 15 עלון מערכת השיפוט 3, 4–6 (התשנ"א).

261 השוו לדברי השופט שינבויים בעניין גלפנשטיין, לעיל ה"ש 251, בעמ' 123. שיקולים אלה משפיעים, למעשה, גם על עצם ההחלטה לשערך. אולם כאמור לעיל, על פי רוב, יורה בית המשפט על שערוך של לפחות חלק מן התמורה.

262 להצגת השיקולים השונים ראו את עניין גלפנשטיין, שם, בעמ' 124, והשוו לרשימת השיקולים שמזכיר השופט אלון בעניין ריטברג, לעיל ה"ש 247, בעמ' 331.

263 ראו לדוגמה את דברי השופט אנגלרד בעניין שועית, לעיל ה"ש 251, בעמ' 248: "כבדיקת

שטרם שולמה ושיעורה היחסי בהשוואה לסכום הכולל של העסקה; חומרת ההפרה והתנהגות הצדדים לחוזה;<sup>264</sup> וכן נזקים אחרים שהפרת החוזה הסבה לנפגע.<sup>265</sup> שיקול מהותי נוסף בוחן את אפשרויות ההשקעה שעמדו לרשות הנפגע ואת השימוש שעשה – או שיכול היה לעשות – ביתרת התמורה שאותה עיכב בידיו לנוכח ההפרה.<sup>266</sup> בהקשר זה תאומן בדרך כלל הנחה – הניתנת לסתירה על ידי הנפגע – כי הוא שמר, ולמצער יכול היה לשמור, על ערכם הריאלי של סכומי הכסף שנותרו בידיו.<sup>267</sup>

אומדן-הדעת של הצדדים ראוי להביא בחשבון את מצב האינפלציה הקיים והנצפה, את טיב ההסכם ואת המועד שבו אמור התשלום להתבצע על פי החוזה.

264 בעניין גלפנשטיין, לעיל ה"ש 251, בעמ' 129, סבר השופט בייסקי, בדעת מיעוט, כי ראוי להורות על הצמדה מלאה או כמעט מלאה, שכן "אין המדובר כאן בהפרה ביד רמה אלא בעמידה על המלה הכתובה והמוסכמת, כאשר רק בעזרת פרשנות של ניסוח לקוי ולא ברור של התניה המתאימה זוכים המערערים בצו אכיפה".

265 ככל שנוקי הנפגע עקב ההפרה חמורים יותר, תהיה הנטייה להתחשב בהפסדו של המפר חלשה יותר. השיקול נזכר על ידי השופט אלון בעניין ריטברג, לעיל ה"ש 247, בעמ' 331. שיקול נוסף שנזכר בפסיקה הוא השיקול של עלייה או ירידה בשווי הנכס מושא החוזה – המשפיעה בתורה על שיעור ההתעשרות או ההפסד של הנפגע ושל המפר. התחשבות בנתון זה נעשתה בעניין דלתא הנדסה, לעיל ה"ש 200, שם קבעה השופטת דורנר ש"ראוי להתנות את האכיפה בעדכון מסויים, אם כי חלקי, של המחיר". עדכון זה נעשה במקרה הנדון על ידי התניית האכיפה בתשלום המחיר החוזי בתוספת של 70% מן ההפרש שבין מחיר הנכס ביום התשלום המיועד על פי החוזה לבין שווי הנכס במועד פסק הדין (כפי שייקבע על ידי שמאי). כפי שכבר נאמר (לעיל בה"ש 244), ניתן להטיל ספק בצדקת ההתחשבות בשינויים ריאליים שחלו בשווי של המשאב החוזי. ברגיל, זכאי הקונה בעסקת מכר ליהנות מעליית ערך השוק של הממכר. נראה לנו כי התחשבות כזו תיעשה, בדרך כלל, כאמצעי להבעת הסתייגות מהתנהלות הנפגע. כך לדוגמה, בעניין דלתא הנדסה, שם, בפסקה 9, ציינה השופטת דורנר כי עדכון מחיר הנכס מוצדק "נוכח התקופה הממושכת שחלפה מאז הגשת התובענה, שלא לוותה בהפקדת המחיר [על ידי החברה הנפגעת]". דוגמות נוספות מהפסיקה להתחשבות בשינויים בערך הנכס (להבדיל משינויים בערך הכסף), ודיון ביתרונות ובחסרונות של כל אחת מטכניקות השערוך הללו ניתן למצוא אצל הורק, לעיל ה"ש 236, בעמ' 113–120. האפשרות להורות על שערוך שווי נכס בהתחשב בשינויים שחלו בערכו הריאלי הועלתה, בהקשר להשבתו של נכס בעקבות ביטולו של חוזה מתנה, בע"א 495/80 ברקוביץ נ' קלימר, פ"ד לו(4) 57, 68 (1982). עם זאת, ראוי להצביע על כך שבהקשר להשבה בעקבות ביטול, ההתחשבות בשינויי ערך ריאליים היא מתבקשת, שכן ההשבה מתבססת על כך שההנאה מהמשאב המושב נעשתה ללא עילה חוקית – מה שאין כן כאשר בית המשפט מורה על שערוך כתנאי לאכיפה. התחשבות בשיקול הנדון נעשתה גם בעניין שועית, לעיל ה"ש 251, שם ניתן משקל לשיקול זה ואף הובאו ראיות באשר לשווי הנכס בעת ההתדיינות. אולם במקרה זה דובר על שערוך בתקופת החוזה המקוים, ולא על שערוך הנעשה בתקופת החוזה המופר. לנפקות ההבחנה בין התקופות לעניין אופן ביצוע השערוך ראו גם להלן § 6.92.

266 שיקול זה הוזכר בעניין ריטברג, לעיל ה"ש 247, בעמ' 332–333.

267 ראו: עניין דירות מקסים, לעיל ה"ש 251, בעמ' 610; עניין גלפנשטיין, לעיל ה"ש 251, בעמ' 124; עניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 552. אולם כאמור, בית המשפט רשאי להתחשב

6.90 ראוי להדגיש, כי שערורך התמורה החוזית יכול שיערוך בשיטות ובדרכים שונות.<sup>268</sup> אף כי הצמדה למדד המחירים לצרכן (או למדד מקובל אחר) היא הדרך השכיחה והמקובלת ביותר,<sup>269</sup> הלכה היא כי בית המשפט רשאי לבצע את השערורך גם בדרכים אחרות. דרך טיפוסית אחת היא התניית האכיפה בתשלום ריבית בשיעור שיקבע בית המשפט על התמורה שטרם שולמה, בין כתחליף להצמדה למדד כזה או אחר ובין בתוספת לה.<sup>270</sup> דוגמה אחרת היא קביעת סכום גלובלי המשקף, להערכת בית המשפט, שקלול נאות של מגוון השיקולים הצריכים לעניין; זאת — בלא לנקוב באחוז מדויק של הצמדה ובלא לציין את חלק התמורה שלגביו בוצע השערורך.<sup>271</sup>

6.91 עולה מן המקובץ, כי בשאלת דרך השערורך והיקפו "אין למצוא כללים נוקשים" אלא ש"על בית המשפט לבחון את מערכת העובדות כולן, תוך התנאה באותו שיעורך, אשר יש בו כדי לשלול את חוסר הצדק... שבמתן האכיפה".<sup>272</sup>

בראיות הנוגעות לשימוש שעשה הנפגע בכסף בפועל: עניין דירות מקסיים שם, בעמ' 610; עניין הררי, לעיל ה"ש 251, בעמ' 670. בעניין ריטברג, שם, בעמ' 335–336, הביעה השופטת בן-פורת עמדה הפוכה, שלפיה יש להטיל על המפר את הנטל להוכיח את התועלת שהפיק או שיכול היה להפיק הנפגע מהכספים שנשמרו בידיו, וכי בהיעדר ראיות לסתור על בית המשפט להימנע מלהורות על שערורך יתרת התמורה.

268 ראו לדוגמה את דברי השופט אנגלרד בעניין שועית, לעיל ה"ש 251, בעמ' 249: "כלל הוא כי צורתו והיקפו של השיעורך נתונים לשיקול-דעת בית המשפט לפי נסיבותיו של כל עניין ועניין". לשיטות השערורך השונות ראו גם את עניין הררי, שם, בעמ' 669–670 (השופטת נתניהו), וכן את עניין ברקוביץ, לעיל ה"ש 265, בעמ' 67–68 (השופט ברק).

269 שערורך כספים בדרך של הצמדה מקובל בדיני התרופות גם בהקשרים אחרים, כגון בדיני הפיצויים (להלן 7.200, 7.252 §§) ובדיני ההשבה (ראו להלן 8.299(679) §). על כך שדרך המלך לשמירה על ערך הכסף בתקופות של אינפלציה היא הוריה על הצמדה (על פי רוב, למדד המחירים לצרכן) עמד הנשיא שמגר בע"א 672/81 עמיתי מלון ירושלים נ' טייק, פ"ד מ(3) 169, 222 (1986), בציינו כי "עקרון הפעולה המנחה באשר למטבע הישראלי הוא שיערוך הקרן (היינו הצמדתה למדד יוקר המחיה כאמור בחוק פסיקת ריבית והצמדה)..."

270 כך הוסבר — וגם נפסק — בעניין ריטברג, לעיל ה"ש 247, בעמ' 331–333, שבו בדעת רוב הותנה צו האכיפה בתשלום ריבית בשיעור של 30% מיתרת התמורה למשך התקופה שבה השקיע הנפגע סכום זה בניירות ערך.

271 כך נעשה בעניין שועית, לעיל ה"ש 251, שם נפסק סכום גלובלי של \$ 175,000 שביטא, לדעת בית המשפט העליון, שערורך חלקי ראוי של התמורה החוזית. השוו גם לעניין ריטברג, שם, בעמ' 331, שבו הזכיר השופט אלון את האפשרות לפסוק "סכום קבוע בנוסף לסכום שעליו הסכימו הצדדים לחוזה...".

272 כדברי השופט ברק בעניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 552, או, בלשונו של השופט חשין בעניין ינאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 782: "עניין עניין וההכרעה בו. השוו גם לניסוחו של השופט אנגלרד בעניין שועית, המובא לעיל בה"ש 268, וכן לדברי השופט אלון בעניין ריטברג, לעיל ה"ש 247, בעמ' 331, שהסביר כי "...אין בידנו קנה מידה קבוע אימתי יש להתנות את האכיפה במתן פיצוי הולם ומהו פיצוי הולם זה... עצם מתן הפיצוי, צורתו והיקפו נתונים הם לשיקול דעת בית-המשפט לפי נסיבותיו של כל עניין ועניין".

ואמנם, חלקיות השערוך שעליו מורים בתי המשפט משתנה ממקרה למקרה, ועימה משתנה גם השיטה שלפיה נקבעים אופן השיערוך והיקפו, אם כי דומה שבמרבית המקרים תשוערך יתרת התמורה (הנומינלית) בשיעור של לפחות 50% מעליית המדד הרלוונטי.<sup>273</sup>

6.92 אשר לתקופת השערוך, חשוב להדגיש כי בדרך כלל יתבצע השערוך רק לגבי תקופת החוזה המופר, כלומר: התקופה שתחילתה במועד המקורי שבו היה אמור הנפגע לשלם את יתרת התמורה על פי החוזה, ושסופה במועד מתן פסק הדין (או מועד התשלום בפועל על פיו). הטעם לכך נעוץ בתכלית השערוך: זה בא לשמר את השקילות המהותית שבין התמורות שעליהן הסכימו הצדדים בחוזה, ולהעמיד את שניהם במקום שבו היו עומדים אילו בוצע החוזה במועדו; אין הוא בא לשנות את תוכן החוזה עצמו ולהפוך חיובים כספיים נומינליים שנקבעו בו לחיובים ריאליים. לפיכך, בדרך כלל, לא תשוערך התמורה מעת כריתת החוזה ועד למועד ההפרה (תקופת החוזה המקוים), אלא רק מאותו הרגע שבו חל שיבוש בתכנית התשלומים המקורית (תקופת החוזה המופר) ואילך.<sup>274</sup>

<sup>273</sup> "על פי כלל זה [כלל השערוך החלקי] נהגו בתי המשפט וקבעו שיעורי שיערוך שונים, בין 50%–100%...". דברי הנשיא שמגר בעניין עטיה, לעיל ה"ש 146, בעמ' 374–375, שבו בנסיבות המקרה הוצמדה יתרת התמורה בשיעור של 90% מעליית המדד. לדוגמות נוספות ראו: ע"א 771/86 קווה נ' ישראל, פ"ד מג(4) 212, 219 (1989) (שערוך יתרת התמורה שנותרה לתשלום בשיעור של 80% מעליית המדד); עניין ינאי, לעיל ה"ש 58, בעמ' 783 (שערוך יתרת התמורה בשיעור של 80% מעליית המדד); עניין דירות מקסים, לעיל ה"ש 251, בעמ' 610 (הצמדה בשיעור של 70% מעליית המדד של יתרת התמורה). בעניין גלפנשטיין, לעיל ה"ש 251, בעמ' 124, אומצה שיטה אחרת: בוצעה הצמדה מלאה למדד, אך רק של חלק מהתמורה – 70% מהמחיר שטרם שולם. שיטה שלישית אומצה בע"א 48/89 בויס נ' וילאר אינטרנשיונל בע"מ, פ"ד מו(3) 473, 479–483 (1992). באותו מקרה, קיבל בית המשפט העליון את ערעורו של נפגע מהפרת חוזה, שקבל על כך שלא פוצה בידי בית המשפט המחוזי על שנאלץ, כדי לזכות במבנה שנמסר לידי באיחור, להסכים (תחת מחאה) לשערוך מלא של יתרת התמורה החוזית. בית המשפט העליון פסק לנפגע פיצויים בסך 30% מן הסכום ששיקף את השערוך המלא של יתרת התמורה, וכך למעשה חייב את המפר (בדיעבד) להסתפק בשערוך חלקי בלבד. שיטה דומה בעיקרה הופעלה בע"א 16/80 לולו נ' סלומון, פ"ד לז(4) 70, 74 (1983), שבו בוצע השערוך על ידי פסיקת 60% מיתרת התמורה המשוערכת. בעניין הררי, לעיל ה"ש 251, בעמ' 671–672, הפרה זדונית של מוכר שמכר את הדירה פעמיים (לשני קונים) הביאה לכך שהנפגע חויב לשלם למפר 50% בלבד מיתרת התמורה המשוערכת (השערוך של יתרת התמורה בוצע בתורו לפי חישוב מורכב, בהתחשב באופן שבו הושקעו הכספים בפועל בידי הנפגע). בית המשפט ציין שם, בעמ' 671, שבדרך כלל (בהיעדר זדון) מקובל להורות על תשלום של 70% מהיתרה המשוערכת. <sup>274</sup> לעיגונו בפסיקה של הכלל הנזכר בטקסט ראו את עניין גלפנשטיין, לעיל ה"ש 251, בעמ' 124, וכן את דברי השופט ברק בעניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 550: "התנאת האכיפה בשיערוך המחיר צריכה להתייחס לתקופה שלאחר מועד הביצוע החוזי. אל לה לפעולת

6.93 לסיום, ראוי לשוב ולהזכיר כי בסוגיית השערוך, כבסוגיות אחרות בדיני התרופות, יש משקל רב לאומד דעתם של הצדדים. לפיכך, מומלץ לצדדים

השערוך לשנות את המחיר, שעליו הסכימו הצדדים בתוך מועד הביצוע החוזי. והשוו לדברי השופט אנגלרד בעניין שועית, לעיל ה"ש 251, בעמ' 247: "יש לזכור כי התנאת האכיפה בשערוך המחיר מופעלת בדרך-כלל רק לגבי התקופה שלאחר מועד הביצוע החוזי, היא תקופת ההפרה" (ציטוט בהסכמה מדברי המחברת בספרה, לעיל ה"ש 166, בעמ' 540). לדיון בהבחנה מקובלת זו ראו גם דוד קציר פסיקת ריבית הצמדה ושערוך 664-671 (התשנ"ו). ליישומו של הכלל בפסיקה ראו לדוגמה את עניין נוביץ, שם (שערוך מיום ההפרה עד למועד פסק הדין); עניין ריטברג, לעיל ה"ש 247 (שערוך מהמועד שבו הופסקו התשלומים על פי החוזה); עניין רבינאי, לעיל ה"ש 57 (שערוך מיום התשלום המיועד עד למועד התשלום בפועל). הטעם לכלל הנדון נערץ בהבדל שעליו עמדנו לעיל (בה"ש 242) בין גישתו של בית המשפט לשערוך בתקופת החוזה המקוים לבין גישתו כלפי שערוך בתקופת החוזה המופר. בעוד שבתקופת החוזה המקוים יקשה על בית המשפט להצדיק שערוך, בהיותו כרוך בשינוי חיובי המפורשים של החוזה, הרי שבתקופת החוזה המופר ניתן להצדיק שערוך ביתר קלות, שכן מדובר בהתערבות בשלב התרופתי שלגביו החוזה שותק בדרך כלל (מה גם שסעיף 4 לחוק התרופות מספק עיגון פורמלי להתערבות כזו). יחד עם זאת, במקרים שבהם במהלך תקופת החוזה המקוים נשחקה התמורה באופן דרמטי, עשוי בית המשפט להורות על שערוך כבר ממועד כריתת החוזה, וזאת — במיוחד אם מידת אשמתו של המפר בעיכוב התשלומים על פי החוזה היתה קטנה יחסית. ראו לדוגמה ע"א 69/98 מחאג'נה נ' מחאג'נה, נבו, פסקה 8 (2005), שם הורה בית המשפט על שערוך בתקופת החוזה המקוים בהדגישו כי "בגדרי ההחלטה אם לקיים שערוך... יינתן משקל למידת אחריותו של מי מהצדדים לעובדה שהחוזה לא קיים במועדו". ראו גם ע"א 422/89 פורת נ' קיסריה מקרקעין ונופש בע"מ, פ"ד מד(2) 608 (1990), שבו לאחר שתמורה שנקבעה בשנת 1972 פחתה בשערוך של קרוב ל-97%, הורה בית המשפט העליון על שערוך של מלוא התמורה מיום כריתת החוזה. והשוו לעניין שועית, לעיל ה"ש 251, בעמ' 241, אשר גם בו בוצע שערוך חלקי (גלובלי) של התמורה בתקופת החוזה המקוים, זאת — בשל כך שבעת הכריתה לא נצפה הסחרור האינפלציוני שאליו נקלע המשק החל ממצאת שנת ה-80. נדגיש, כי במקרים אלה לא נעשה השערוך מכוחו של סעיף 4 לחוק התרופות במסגרת תביעה לאכיפתו של חוזה על צד שהפר אותו, אלא מכוח פירוש (מרחיב) של החוזה עצמו, המאפשר לפרשו כמקנה למוכר את הזכות להתנות את ביצוע חלקו בחוזה בקבלת תמורה משוערכת (בעניין שועית סווג ההליך על ידי הקונים כתביעה לאכיפה, והשופט אנגלרד אף הזכיר את סעיף 4 לחוק התרופות, אולם מפסק הדין בכללותו משתמע כי החוזה לא הופר בידי המוכר). עם זאת, השיקולים שתמכו בשערוך במקרים אלה עשויים להצדיק שערוך בתקופת החוזה המקוים — אם כי במקרים נדירים יותר — גם במסגרת תביעה רגילה לאכיפה (קרי, לאחר שהחוזה הופר). נזכיר, כי לפי הגישה המקובלת בפסיקה שערוך בחוזה המקוים יהיה אפשרי רק כשניתן לבססו על פרשנות (ולו רחבה) של החוזה. ראו לדוגמה את דברי השופט נתניהו בע"א 228/85 "דן" אגודה שיתופית נ' בן שלמה, פ"ד מא(3) 34, 39 (1987): "תחושת הצדק הכללית וההתקוממות הכללית של השופט נגד פסיקת סכום נומינלי בתקופת אינפלציה אין די בה כדי לחייב בשערוך, כאשר הצדדים עצמם לא קבעו כך בחוזה ביניהם, במפורש או במשתמע, כעולה מאומד דעתם בנסיבות המקרה." השוו לדברי השופט מצא בע"א 73/88 עזבון המנוחה גרינברג-רוזן נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ, פ"ד מו(5) 114, 123 (1992). באותו מקרה התנו הצדדים במפורש כי התמורה המוסכמת היא "מלאה וסופית", ובצדק נקבע שם כי במקרה כזה הדברים הם בבחינת "קל וחומר" לעניין

המעוניינים בוודאות משפטית בסוגיה זו לתת את דעתם בעת כריתת החוזה – ולהסדיר באורח מפורש – את סוגיית השערוך של סכומי הכסף האמורים להיות משולמים על פי החוזה. זאת, בין במהלך תקופת החוזה המקוים ובין בפרק הזמן שלאחר הפרתו, אם תרחש.

## 2. אכיפה בקירוב

6.94 האם רשאי בית המשפט, במצבים שבהם אכיפת החוזה במתכונתו המקורית אינה אפשרית בשל התקיימות אחד מסייגי האכיפה, להורות על אכיפתו באופן מקורב? לדוגמה: לא ניתן לספק לנפגע מוצר שאול מן המלאי או נכס שהובטח לו אך נמכר לאדם שלישי שקנה בו זכות טובה – הרשאי הנפגע במקרים אלה ודומיהם לתבוע מהמפר לספק לו מוצר או נכס חלופיים שהם בעלי תכונות ואיכויות שונות – אך דומות – לאלה של המוצר או של הנכס המקוריים?

6.95 על פי התיאוריה הקלאסית של דיני החוזים, אפשרות כזו אינה מתקבלת על הדעת באשר יש בה משום פגיעה בחופש החוזים של המתקשרים בחוזה. על פי תפישה זו, החוזה הוא יצירתם המקודשת של הצדדים ואין לבית המשפט רשות להתערב בתוכנו בדרך כלשהי.<sup>275</sup> תפישה שמרנית זו אינה מקובלת עוד בימינו. הגישה שנשתרשה בדיני החוזים המודרניים היא, כי במקרים שבהם הדבר נחוץ לשם הגנה על אינטרס הקיום של הנפגע, ראוי להורות על אכיפה מקורבת של החוזה. זאת, גם במחיר של סטייה מסוימת מקווי המתאר המקוריים של העסקה.

אי השערוך. אך ראו את גישתו השונה של השופט ברק, אשר בעניין אתא, לעיל ה"ש 238, בעמ' 300–302, הזכיר במפורש את האפשרות ש"אם תשובתו של החוזה עומדת בסתירה לעקרונות דין כלליים (כגון, החובה לקיים חיובים בתום-לב), יש מקום לעבור למקורות משפטיים נוספים ולבחון על פיהם את שאלת השערוך." ראו בדומה דברים שנאמרו מפיו בע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 327–328 (1995). גם בעניין שועית, שם, בעמ' 248–249, הורה בית המשפט העליון על שערוך חלקי, תוך שהשופט אנגלרד מסתמך על עקרון תום הלב כ"נורמה פרשנית משלימה" המאפשרת לקבוע שערוך גם בתקופת החוזה המקוים, זאת – כאשר הימנעות משערוך "תגרום עוול חמור ותחטא לעקרונות החשובים של עשיית צדק ושל תום-לב." לדיון כללי בשערוך חיובים מכוחו של עקרון תום הלב ראו שלו, בעמ' 116–119.

275 תפישה דוגמטית זו של החוזה עשויה לשמש בסיס גם להתנגדות להכרה בסמכות בית המשפט להתנות את אכיפת החוזה בתנאים. אולם, את התנאת האכיפה בתנאים ניתן לייחס ביתר קלות לכוונת הצדדים, במיוחד כאשר התנאי נובע בבירור מן החוזה ומתחייב ממנו (כלשונו של סעיף 4 לחוק התרופות). חשוב מכך: הסמכות להתנות את האכיפה בתנאים מעוגנת בישראל בהוראת חוק מפורשת, מה שאין כן לגבי הסמכות להורות על אכיפה בקירוב.



6.96 זוהי גם עמדתם של דיני החוזים בישראל. אכן, עוד לפני חוק התרופות הכירו שופטי ישראל בסמכותם להיזקק ל"תורת הביצוע בקירוב" (*cy près*) שמקורה בהלכות המשפט המקובל האנגלי.<sup>276</sup> עם חקיקת חוק התרופות ניתן היה לכאורה לצפות לשינוי במצב המשפטי, שכן בהוראות האכיפה שבחוק אין זכר לסמכות להורות על אכיפה בקירוב.<sup>277</sup> אלא שבפועל הובהר עד מהרה בפסיקתו של בית המשפט העליון – תחילה אגב אורחא ובהמשך במפורש ותוך קביעת הלכה – כי הסמכות להורות על אכיפה מקורבת של חוזים שרירה וקיימת גם כיום; זאת, בין מכוחו של עקרון תום הלב ובין מכוחה של פרשנות מרחיבה לסעיף 4 לחוק התרופות, שלפיה רואים בהסכמת הנפגע לעריכת שינוי קל בחוזה "תנאי" לאכיפה ה"מתחייב מן החוזה בנסיבות העניין".<sup>278</sup>

276 פסק הדין שהחיל דוקטרינה זו לראשונה בישראל היה ע"א 79/49 פרנט נ' יהודאי, פ"ד ד 375, 387 (1950), שבו אמר השופט זילברג דברים אלה: "אם הצדדים התקשרו מדעת בחוזה מסויים, ובהגיע שעת ביצועו מתברר, כי אין אפשרות לקיימו ככתבו וכלשונו ממש, אלא רק 'בערך' או 'בקירוב'... רשאי בית המשפט להוסיף נופך משלו – שינויים קלים ולא יסודיים – כדי לממש ולגשם את כוונתם העיקרית של הצדדים."

277 סעיף 3 לחוק קובע את סייגי האכיפה, אך אינו מסמך את בית המשפט להורות על אכיפה מקורבת של החיוב שהופר כאשר סייגים אלה מתקיימים. גם סעיף 4 לחוק אינו מספק בסיס נוח לסמכותו של בית המשפט להורות על אכיפה בקירוב: הוראה זו נועדה להגביל את זכותו של הנפגע לאכיפת החוזה כל עוד אין הוא מבצע את מה שמתחייב ממנו, אולם לכאורה – לפי לשונה ורוחה – אין בכוחה להרחיב את זכותו ולאפשר לו לתבוע מבית המשפט לערוך שינויים בתוכן החיובים המוטלים על המפר. אף על פי כן, בפסיקה הועלתה האפשרות לראות בסעיף 4 לחוק בסיס פורמלי מספק לאכיפה בקירוב (ראו להלן בהערת השוליים הבאה). נזכיר, כי סעיף 24 לחוק התרופות קובע את עצמאות החוק בנושאים שבהם הוא דן, ומנתק בכך את הזיקה אל הדין האנגלי, זיקה שנשמרה לפני חקיקתו באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצה על ארץ-ישראל, 1922–1947, חא"י ג (ע) 2738, (א) 2569. עובדה זו מונעת הסתמכות ישירה על הדין האנגלי כמקור פורמלי לעיגון הדוקטרינה. ייתכן אמנם שניתן לראות בדוקטרינת ה"ביצוע בקירוב" האנגלית (*cy près*) "משפט שנקלט בארץ" לפני הניתוק מהדין האנגלי, ואשר נותר בתוקף גם לאחריו (ראו סעיף 2(ב) לחוק יסודות המשפט, התש"ם–1980, ס"ח 163). אלא שכפי שיובהר להלן, חשיבותן של אפשרויות פרשניות אלה פוחתת לנוכח האפשרות לעגן את האכיפה בקירוב בעקרון תום הלב.

278 תחילתה של הדרך – בפסק דינה של השופטת בן-פורת בע"א 289/78 אשד נ' לובר, פ"ד לג(1) 13, 19–20 (1978), שבו הורה בית המשפט על אכיפה בקירוב של חוזה למכר דירה, בקובעו כי הכרה בתורת ה"ביצוע בקירוב" – בין באמצעות עקרון תום הלב ובין על ידי מתן פרשנות מצמצמת לסעיף 3(1) לחוק התרופות – מתחייבת מן ההיגיון ומחוש הצדק. בהמשך זכתה התורה להכרה, אם כי ללא דיון מעמיק בשאלת עיגונה הפורמלי, בפסקי דין נוספים ובהם: עניין שמואלי, לעיל ה"ש 201, בעמ' 50; "נטייתו של בית המשפט היא, בכל מקרה שהדבר ניתן, להשתדל להביא למימוש ההתחייבויות, אף שהדבר כרוך בתוספת או בשינוי, שאינם מהווים תנאים חדשים או משנים את אופיו של ההסכם"; ע"א 216/80 בויאר נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 561, 568 (1984) (האפשרות של "ביצוע בקירוב" הועלתה אך נדחתה בשל חסרונם של פרטים מהותיים בהסכם); ע"א

## 6.97 אכן, רוחה והגיונה של תורת האכיפה (הביצוע) בקירוב עולים בקנה אחד עם המגמה המודרנית בדיני החוזים ליתן תוקף לחוזים ולהביא למימוש תכליתם

261/86 דנו נ' הורשפלד, פ"ד מג(1) 160, 164-165 (1989) (הטענה של "ביצוע בקירוב" הועלתה ונדחתה, באשר אכיפת החיוב המקורי היתה אפשרית). במקרה אחד אישר בית המשפט העליון אכיפה בקירוב של חוזה להעברת מתקן הסקה שלא ניתן היה להעבירו בתנאים המקוריים. בבית המשפט המחוזי נעשתה ההתערבות בחוזה המקורי בלא אזכור של הדוקטרינה, אך בערעור הסתמך השופט אור במפורש על רעיון האכיפה בקירוב, בציינו כי: "על פי עקרון זה, רשאי בית המשפט בתנאים מסוימים להוסיף נופך משלו כדי לממש את כוונתם העיקרית של הצדדים, ובלבד ש'נופך' זה לא יהיה בו לשנות את אופיו של החוזה או חלק עיקרי שבו, ולא יהיה בו להטיל תנאים המכבידים יתר על המידה על הנתבע...". בע"א 643/87 סופרשטיין נ' פרידמן, תק"על (1)90, 359, 361 (1990), נדון חוזה שבו נכללה התחייבות להסרת מתקן הסקה ולהעברתו לדירתה של המערערת, דבר שהתברר כביעבד כבלתי מעשי. בבית המשפט המחוזי נקבע כי יותקן בדירה מתקן הסקה חלופי ומודרני יותר, כשעלויות רכישתו והתקנתו יחולקו בין הצדדים. ערעור המערערת על חיובה להשתתף בעלויות אלה נדחה בבית המשפט העליון. השופט מלץ קבע כי סירוב המערערת להשתתף בהוצאות הנובעות מן הצורך לשנות את המתווה החוזי המקורי משקף חוסר תום לב מצידה. השופט אור הסתייג ממסקנה זו, אך הצטרף לתוצאה, בהצדיק את חיוב ההשתתפות של המערערת על יסוד הדוקטרינה של אכיפה בקירוב (הנשיא שמגר הצטרף לתוצאה, בלי להביע עמדה באשר לבסיס הנורמטיבי של ההכרעה). הספק לגבי מעמדה של הדוקטרינה בדיון הנוהג הוסר סופית בע"א 2686/99 אייזמן נ' קדמת עדן בע"מ, פ"ד נה(5) 365, 373-379 (2001), שבו – לאחר סקירה היסטורית מפורטת של התפתחות הדיון בישראל – הורה בית המשפט העליון על אכיפת החוזה בקירוב. בפסק הדין קבע השופט אנגלרד (בהסכמת השופטים ביניש ואור) כי הבסיס הפורמלי לתורה זו ימצא בעקרון תום הלב או, לחלופין, בהוראת סעיף 4 לחוק התרופות. השופטת ביניש העדיפה להשתית את ההכרה בדוקטרינה על עקרון תום הלב, ולהותיר בצדק עיון את "השאלה האקדמית" הנוגעת לעיגונה האפשרי בסעיף 4 לחוק (להסתייגותנו שלנו מאפשרות זו ראו לעיל בהערה הקודמת). דרך שלישית לעיגון הדוקטרינה הועלתה בעניין טייק, לעיל ה"ש 269, בעמ' 199, שם הציע הנשיא שמגר לבסס את ההכרה בה על פירוש מרחיב של הסכמת הצדדים עצמה בהסתמך על סעיף 25 לחוק החוזים (בשילוב עם עקרון תום הלב). אך ראו את דברי השופט ברק בספרו אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ד – פרשנות החוזה 242 (התשס"א), הסבור כי: "פעילות פרשנית בלבד לא הייתה מאפשרת לו [לבית המשפט] להורות על ביצוע 'בקירוב', שכן בכך היה יוצר חוזה חדש לצדדים. פעילותו של השופט היא לבר-פרשנית, והוא סומך עצמו על דוקטרינה לבר-פרשנית שענינה 'ביצוע בקירוב'." למקרים שבהם יושם עקרון האכיפה בקירוב לאחר עניין אייזמן, שם, ראו את עניין מרקין, לעיל ה"ש 90, בעמ' 25. באותו מקרה צמצמה הפקעה את שטחו של נכס מקרקעין שנמכר לנושה, כך שלא ניתן היה לאכוף את החוזה כלשונו. נקבע, כי אין מדובר בסיכול החוזה וכי ניתן לקיימו בקירוב, תוך גריעת השטח המופקע משטח הנכס. ראו גם ע"א 4018/03 שרביט נ' בן-אהרון, פ"ד נט(4) 343, 351 (2005), שם נקבע כי חלף שני מגרשים שהמשיב היה אמור להעביר למערערים מלכתחילה (ושאותם מן הנמנע להעביר, שכן אין הם בבעלותו), יעביר המשיב שני מגרשים חלופיים שעליהם הוסכם בין הצדדים. במקרה זה לא היה צורך, למעשה, להסתמך על דוקטרינת האכיפה בקירוב, שכן הצדדים עצמם הסכימו על תחליף לקיום המקורי. אולם השופט ברק ציין כי גם ללא הסכמתם ניתן היה להגיע לתוצאה דומה. להפעלת הדוקטרינה בערכאות הדיוניות ראו: בש"א (מחוזי-חי) 2906/06 ונקי נ' לדרמן,

גם אם הדבר כרוך בעריכת התאמות המתחייבות משינוי הנסיבות — ובלבד שיישמרו אופיו של ההסכם והגיונו הכלכלי. עיקרון מנחה זה תואר באחת הפרשות מפי השופט נתניהו:

“נטייתו של בית המשפט היא, בכל מקרה שהדבר ניתן, להביא למימוש התחייבויות, אף שהדבר כרוך בתוספת או בשינוי שאינם מהווים תנאים חדשים או משנים את אופיו של ההסכם.”<sup>279</sup>

6.98 המגמה האמורה מתיישבת היטב גם עם מעמדו הרם של עקרון תום הלב בשיטתנו המשפטית: כאשר החוזה אינו ניתן לאכיפה במדויק, אך ניתן להגשים את כוונת הצדדים המקורית תוך סטייה לא גדולה מן החיוב החוזי המקורי, יתייזב עקרון תום הלב לצד הנפגע ויתמוך בבקשתו למתן צו אכיפה מקורב. חובת תום הלב בקיום החוזה לפי סעיף 39 לחוק החוזים מופנית במקרה זה אל המפר, והיא מונעת ממנו לעמוד על זכותו לקיום דוקני של החוזה.<sup>280</sup>

נבו (2006), שם חויב כונס נכסים של חברה לספק לרוכש דירה חניה נוחה — תוך סטייה מהחוזה שהעניק לרוכש חניה בעייתית בלא ידיעתו; פש"ר (מחוזית"א) 1053/01 כהן נ' שללי, נבו (2004), שם הומר חיוב של כונס נכסים להקמת דירות בחיוב להקמת דירות חלופיות בעבור הבנק הנושה — תוך כדי התאמת המחיר לשוויין החדש של הדירות; ת"א (מחוזי"ים) 428/88 חברת הכשרת הישוב בישראל בע"מ נ' עיריית ירושלים, נבו, פסקה 20 (2005), שם חיובה המקורי של העירייה לספק לתובעת נכסי מקרקעין הומר, בהסתמך על הרעיון של אכיפה בקירוב, בתשלום שוויים של המקרקעין מן הסוג שהובטח. למעשה, במקרה זה נראה כי התרופה שנפסקה לנפגע לא היתה אכיפה בקירוב כי אם פיצויי קיום. לדיון אקדמי במוסד האכיפה בקירוב ראו: Eyal Zamir, *The Extent of Similarity Required between the Content of the Contract and its Performance*, 25 Isr. L. Rev. (1991) 209–218, esp. at 187.

279 עניין שמואלי, לעיל ה"ש 201, בעמ' 50. הדברים הובאו בהסכמה על ידי השופט גולדברג בעניין כובס, לעיל ה"ש 80, בעמ' 569, וראו בדומה את דברי הנשיא שמגר בעניין טייק, לעיל ה"ש 269, בעמ' 199: "...אם ניתן ללמוד מתוך אומד-דעתם... כי הצדדים היו נכונים לקיום תוך סטייה קלה... ובלבד שיקיים העיקר עליו נסב החוזה, וקיום כאמור הוא במסגרת הדרך המקובלת ובתום-לב... הרי מותרת מודיפיקאציה קלה של ההתחייבויות, שיש בהן משום קיום החוזה.”

280 בכך יבואו לידי ביטוי, באחת, הן ההיבט הממתן והן ההיבט המצטרף של עקרון תום הלב. להבחנה בין היבטים אלה של עקרון תום הלב ראו שלו, בעמ' 98. לדעה, שלפיה העיגון הראוי לתורת האכיפה בקירוב במשפטנו הוא עקרון תום הלב, ראו שלו, בעמ' 125–126, וכן עניין שללי, לעיל ה"ש 278, בעמ' 5190, שם נקבע ש"עמידתו הדוקנית של הבנק על קיום ההסכם ככתבו וכלשונו יש בה משום שימוש בזכות שלא בתום לב". ראו גם Zamir, לעיל ה"ש 278, בעמ' 215–216, המצביע על כך שעקרון תום הלב עשוי לפעול לא רק במישור התרופתי כמחסום בפני טענת המפר, אלא גם במישור הדין הראשוני, שבו הוא משפיע על שינוי מערך החיובים והזכויות של הצדדים.

6.99 עם זאת, בבואו לשקול אם להורות על אכיפה בקירוב, על בית המשפט להזהיר את עצמו מפני התערבות מופרזת בתוכן החוזה ומפני הכנסת שינויים שיש בהם כדי לפגוע בבסיס ההסכמה – האקטואלית או המשוערת – של הצדדים לחוזה. כך לדוגמה, אין להטיל על צד לחוזה חיוב, שלנוכח הנטל הכרוך בביצועו אין להניח כי אותו צד (המפר) היה נאות לקבל אותו על עצמו – ולו גם בתמורה להתאמת חיובי הצד שכנגד (הנפגע) – אילו נשאל על כך במעמד יצירת החוזה. לשון אחר: הסטייה מקווי המתאר המקוריים של העסקה אפשרית על פי דוקטרינת האכיפה בקירוב רק כל עוד ניתן לראות בקיום המקורב דרך אחת (חלופית) למימוש התכנית החוזית המקורית.<sup>281</sup>

6.100 לסיום, חשוב להדגיש כי אף שהרעיון של אכיפה בקירוב נועד ביסודו לשרת את האינטרס של הנפגע מהפרת החוזה, המעוניין בקיומו בעין, שומרת דוקטרינת האכיפה בקירוב גם על האינטרס של המפר לקבלת תמורה הוגנת: כאשר האכיפה המקורבת מטילה על המפר נטל כלכלי העולה על זה שהיה כרוך בביצוע התכנית החוזית המקורית, יחויב הנפגע – כתנאי לזכאותו לאכיפה בקירוב – להגדיל את התמורה החוזית עד כדי הנדרש ליצירת שקילות ואיזון ראויים בין התמורות החדשות.<sup>282</sup> ניתן אפוא לראות באכיפה בקירוב מוסד משפטי נוסף,

281 בלשונו של הנשיא שמגר בעניין טייק, לעיל ה"ש 269, בעמ' 198: "בית המשפט ייזהר, כמובן, מקביעת תנאים חדשים, המשנים את אופיו של החוזה או של חלק עיקרי ממנו. המדובר, כאמור, על ביצוע בערך או 'בקירוב' אך לא בעריכת הסדר חוזי חדש, כאשר הצדדים לא שיערו בנפשם בעת כריתת החוזה כי כך יקום." והשוו לדברי השופט אנגלרד בעניין אייזמן, לעיל ה"ש 278, בעמ' 379, שהדגיש כי בנסיבות המקרה שנדרן לפניו "אין מדובר ביצירת חוזה חדש עבור הצדדים...". אך ראו את ניתוחו הביקורתי של השופט ברק בספרו, לעיל ה"ש 278, בעמ' 63-64, המביא את תורת האכיפה בקירוב כדוגמה אחת מגי רבות לכך שבניגוד לפרופוזיציה המקובלת "...בנסיבות רבות בתי המשפט בפועל 'עושים חוזים עבור הצדדים'." דוגמה למקרה, שבו שימשה הדוקטרינה עוגן להכנסת שינוי מהותי במתווה החוזי המקורי, היא ע"א 8704/99 בן ציון נ' ההסתדרות הכללית, פ"ד נח(1) 120, 136-137 (2003). באותו מקרה ניתן נכס מקרקעין במתנה בתנאי שימש, בין היתר, להנצחת קרוב משפחה של נותני המתנה על המבנה שיוקם עליו. נפסק כי מקבל המתנה רשאי לשנות את אופן ההנצחה ואף למכור את הנכס לאדם שלישי, כל עוד הוא ממשיך לקיים הנצחה ראויה בדרכים חלופיות (על גבי מבנה חלופי). השוו גם לע"א 189/85 קוגלר נ' שוסהיים, פ"ד מג(1) 241, 248-250 (1989), שבו קבע השופט כץ כי שינויים שהתרחשו בהרכב המניות בחברה – ואשר בעטיים אין המפר יכול לרכוש בעבור הנפגעת מניות פרטיות (שאותן התחייב לרכוש) אלא רק מניות הנסחרות בבורסה – אינם בגדר שינוי מהותי בתנאי החוזה, ולפיכך אינם מונעים את אכיפתו על המפר.

282 מבחינה פורמלית, ניתן לראות בחיוב הנפגע להתאים את התמורה החוזית חלק מן האכיפה המקורבת עצמה. לחלופין, ניתן לראותו כתנאי, לעניין סעיף 4 לחוק, שעל הנפגע למלא כדי להיות זכאי לאכיפה (בקירוב). דוגמה לנקיטת החלופה הראשונה היא פסק הדין בעניין אייזמן, לעיל ה"ש 278. באותו מקרה שימשה הדוקטרינה עצמה הן בסיס לחיובו של החייב

המבטא את נכונותו של דין התרופות לפעול למימוש הרעיון של שחזור השקילות החוזית.<sup>283</sup>

### 3. אכיפה דחוייה

6.101 האם רשאי בית המשפט, המבקש להורות על אכיפה, לעכב את כניסתו לתוקף של צו האכיפה? שמא עליו להורות, בכל מקרה, על אכיפה מיידית של החוזה שהופר?

חוק התרופות והפסיקה שהתפתחה על יסודו אינם מספקים מענה מפורש לשאלה זו.<sup>284</sup> יחד עם זאת, עיון בפסיקה מלמד שבתי המשפט רואים עצמם מוסמכים ליתן צווי אכיפה דחויים במקרים שבהם "עיכוב ביצוע" של פסק הדין נראה מוצדק. כך יהיה לדוגמה במקרים שבהם העיכוב לא יירע באופן מהותי את מצבו של הנפגע — אך מנגד, יחסוך עלויות ניכרות לצד המפר. בדומה, ייתכנו מצבים שבהם, בהיעדר דחייה במתן הצו, לא תהיה האכיפה אפשרית כלל (בשל התקיימות אחד מסייגי האכיפה), בעוד שדחייה של פרק זמן ידוע תהפוך אותה לאפשרית. במקרים מסוג זה, דחיית צו האכיפה משקפת התחשבות הן באינטרס של המפר שלא להינזק יתר על המידה עקב הצו (ושלא להסתכן בהפרתו) והן באינטרס של הנפגע שלא תישלל ממנו זכותו לאכיפת החוזה.<sup>285</sup>

לספק לנושה דירת נופש משופרת (כאשר מסירת הדירה המקורית לא התאפשרה) והן בסיס להכרה בחובת הנושה להתאים את המחיר החוזי לשווי הדירה המשופרת.

283 ראו בעניין זה את מאמרו של זמיר, לעיל ה"ש 252, בעמ' 148. כפי שראינו, גם דוקטרינת השערוך באכיפה פועלת לשחזור השקילות החוזית. ראו לעיל § 6.84(252).

284 חריג לכך חל במקרים שבהם צו האכיפה מתייחס להפרה צפויה של חיוב, אשר — עובר למתן פסק הדין — טרם הגיע המועד לקיומו. במקרה כזה מסמיך סעיף 17 לחוק התרופות את בית המשפט להורות על אכיפה גם לפני מועד הקיום, כך שבמובן מסוים צו האכיפה הוא "דחוי". אולם במובן אחר אין מדובר בצו דחוי כלל, שכן הצו מחייב את המפר לקיים את החיוב החוזי במועדו המקורי, ללא התערבותו של בית המשפט בתוכן החוזה. פועלו של צו האכיפה הדחוי הוא אפוא הצהרתי גרידא. לעומת זאת, במקרה הרגיל של אכיפה דחוייה בית המשפט מעניק למפר ארכה לקיום החיוב שהופר, ובכך מתערב למעשה בתוכן החוזה.

285 ראו כדוגמה את עניין פומרניץ, לעיל ה"ש 14, בעמ' 824–825, שם דחתה השופטת בן-פורת בשישה חודשים את כניסת צו האכיפה לתוקף, על מנת לאפשר לחברה הקבלנית שהפרה את החוזה לנסות להשיג רישיון לתוספות שבנתה בניגוד לחוק. דוגמה למתן צו אכיפה דחוי בתביעה בנוזיקין ניתן להביא מעניין שוורץ, לעיל ה"ש 211, בעמ' 817, שם הורה בית המשפט העליון למפעל טכסטיל להפחית את דרגת הרעש עד לרמה המותרת בחוק, אך קבע כי הצו ייכנס לתוקפו רק בתום 90 יום מפסק הדין, זאת — כדי לאפשר למפעל להתארגן ולבצע את השינויים הנדרשים לשם קיום הצו. בשני המקרים המתוארים לא התייחס בית המשפט למקור סמכותו לעכב את המועד לכניסת הצו לתוקף.

6.102 אף שאין למצוא בפסיקה מענה ברור לשאלה מהו מקור הסמכות להורות על אכיפה דחויה, נראה שניתן לעגן סמכות זו בעקרון תום הלב או בהוראת סעיף 4 לחוק התרופות.<sup>286</sup> לחלופין, ניתן לפרש את הסמכות כ"סמכות טבועה" של בית המשפט לעשות צדק<sup>287</sup> או כסמכות המעוגנת בתקנות סדר הדין האזרחי העוסקות בעיכוב ביצוע של החלטות ושל פסקי דין.<sup>288</sup>

## ה. אכיפה בעידן הקודיפיקציה

### 1. כללי

6.103 כמבואר בפרק הראשון בספרנו, פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי מאחד את דיני התרופות בשל הפרת חיובים במשפט האזרחי. התרופה הראשונה הנדונה בפרק התרופות היא האכיפה. סעיף 448(א) לתזכיר הקודקס פותח חלק זה בקובעו את העיקרון שלפיו "הנפגע זכאי לאכיפת החיוב...". פירוש הדבר הוא, שכל מי שנפגע מהפרת חיוב, זכאי לאכיפתו – יהא מקורו או סיווגו המשפטי של החיוב שהופר אשר יהא. זאת ועוד, גם מערכת הסייגים המגבילה את הזכות לאכיפתם של חיובים הינה משותפת ותחול על כלל צווי האכיפה במשפט האזרחי.<sup>289</sup> דיני האכיפה בעידן הקודיפיקטיבי מכירים אפוא באכיפה כתרופה כללית בדיני החיובים ובמשפט האזרחי, אשר לה זכאי כל מי שזכותו

286 כשם שהדבר נעשה לגבי הסמכות להורות על אכיפה בקירוב. ראו לעיל (278) 6.96 §.  
287 לדיון בטיבה של הסמכות הטבועה ובמגבלותיה ראו בג"צ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזרחי, פ"ד מח(2) 491, 499–500 (1994); בג"צ 305/89 ניר נ' בית משפט השלום (תעבורה), פ"ד מה(3) 206, 207–208 (1991). לגישה מרחיבה כלפי השימוש בסמכות טבועה ראו דליה אבן "סמכותו הטבועה של בית המשפט: מקור לסעיף יושר" משפטים ז' 490 (התשל"ז). והשוו לדברי השופט חשין בעניין רוקר, לעיל ה"ש 14, בעמ' 264, שלפיהם "היקף פרישתה של הסמכות [הטבועה] אינו בהיר לחלוטין... הסמכות סמכות-של-מהות היא, ולא אך סמכות של דיון ונוהל."

288 ראו תקנות 467, 468 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ק"ת 2220. ייתכן שניתן להסתייע גם בסעיף 22(א) לחוק התרופות, המבהיר כי הוראות החוק אינן גורעות מסמכותו הכללית של בית המשפט ליתן סעדים אחרים. השוו להוראת סעיף 75 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984, ס"ח 198, המסמיכה כל בית משפט אזרחי להעניק, נוסף על הסעדים המיוחדים המפורטים באותו סעיף, "כל סעד אחר, ככל שייראה לנכון בנסיבות...". הוראה זו פורשה כמעניקת סמכות ליצירת סעדים דיוניים חדשים. ראו ע"א 447/92 רוט נ' אינטרקונטיננטל קרדיט קורפוריישן, פ"ד מט(2) 102, 111 (1995) (הנשיא שמגר): "...אין המדובר ברשימה סגורה של סעדים... הסמכות האמורה טומנת בחובה... את האפשרות לסלול הדרך לסעדים חדשים...".

289 לפירוט הסייגים ראו להלן § 6.101 ואלך.

המשפטית הופרה על ידי אחר. בהתאם, מחיל הקודקס על תרופה זו מערכת משותפת של כללים ועקרונות, אשר יחולו הן בתחום החוזי והן מחוצה לו.<sup>290</sup>

## 2. מעמדה של האכיפה כתרופה במשפט האזרחי

6.104 כאמור, הקודקס מכיר במפורש בזכותו של כל נפגע במשפט האזרחי להגנה בעין על זכותו שהופרה. אין להמעיט בחשיבותה של קביעה זו – לא רק במישור הסמלי, אלא גם במישור המעשי. החשיבות מתבטאת בהשוואת מעמדה של תרופת האכיפה לגבי כלל דיני החיובים. שינוי זה ישפיע, לדוגמה, על מעמדו של הציווי כתרופה בנזיקין. כיום נראה כי הגישה הרווחת כלפי תרופת הציווי – מקבילתה הנזיקית של תרופת האכיפה החוזית – רואה בציווי תרופה משנית בחשיבותה בהשוואה לתרופת הפיצויים.<sup>291</sup> הצעת הקודקס תשנה מצב זה ותהפוך את האכיפה הנזיקית מתרופה משנית ויוצאת דופן, הכפופה לשיקול דעת רחב, לתרופה ראשית העשויה להינתן כדבר שבשגרה. האכיפה בנזיקין, כמוה כאכיפה בדין החוזים, תוכר כזכות מוקנית של הנפגע בנזיקין הניתנת לו בזכות ולא בחסד, ממש כתרופת הפיצויים.<sup>292</sup>

6.105 אמנם, שאלת ההצדקה להשוואת מעמדה של האכיפה בנזיקין למעמדה של האכיפה החוזית אינה פשוטה, ויש המטילים ספק בצדקתו של מהלך זה.<sup>293</sup> מנסחי ההצעה היו ערים להסתייגויות מהאחדת דין האכיפה וביקשו לרכך את

290 לדיון בישימותה של תרופת האכיפה בנזיקין ראו **שלו ואדר, תרופות בקודקס**, בעמ' 199–200. לתחולת פרק התרופות על חיובים שאינם חוזיים ושאין נזיקיים ראו **אדר, דבש ועוקץ**, בעמ' 363–371.

291 לסקירת הפסיקה הרלוונטית והגישות השונות כלפי מעמד האכיפה בנזיקין ראו **שלו ואדר, תרופות בקודקס**, בעמ' 200–203.

292 כוונה כזו עולה במפורש מדברי ההסבר לסעיף 524(א) להצעת הקודקס (מקבילו ההיסטורי של סעיף 448(א) לתזכיר הקודקס), שלפיהם "מאחר שאין הצדקה לפיצול בין התחומים, קובעת ההוראה המוצעת דין אחד לחוזים ולנזיקין". הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (דברי הסבר לעיון הציבור, כרך ב, התשס"ד).

293 להסתייגות מהאחדה של דיני האכיפה בחוזים ובנזיקין ראו את מאמרו של ישראל גלעד "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אחריות ותרופות" **משפטים** לו 761, 797–801 (התשס"ז). להסתייגות כללית מהאחדת התרופות בחוזים ובנזיקין ראו מנחם מאוטנר "קודקס של המשפט המקובל" **משפטים** לו 199, 244–245 (התשס"ז); חנוך דגן "סיכונים בקודפיקציה: על האחדותיתר ועל ריבוי סעדים" **משפטים** לו 249, 268–274 (התשס"ז). לתמיכה בחיזוק מעמדה של תרופת האכיפה בנזיקין, בהתייחס לטיעוני הנגד האפשריים, ראו מיגל דויטש **פרשנות הקודקס האזרחי** כרך א 301–307 (התשס"ה). לתמיכה במהלך הכולל של האחדת התרופות בחוזים ובנזיקין ראו יהודה אדר "מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנזיקין? תשובה לפרופ' דגן" **משפטים** לו 357, 363–392 (התשס"ז).

השפעת ההאחדה על ידי הוספת סייג, השולל את הזכות לאכיפה כאשר "תרופת הפיצויים היא המתאימה בשים לב לאופיו של החיוב"<sup>294</sup> סייג זה פותח פתח לשימורה בעתיד של הגישה השמרנית לאכיפה בנזיקין, זאת – באמצעות הלכה שתקבע כי אופי החיוב הנזיקי שונה מאופי החיוב החוזי בהיבטים המצדיקים גישה מצמצמת יותר למתן צווי אכיפה בנזיקין. עם זאת, עצם העמדתה של אפשרות זו כחריג לכלל – אשר על הנתבע מוטלת מלאכת השכנוע בהתקיימותו – משנה את נקודת האיזון הנורמטיבית בין השיקולים בעד ונגד הענקת צו לאכיפה. אם בעבר נתפשה האכיפה בנזיקין כתרופה משנית, שעל התובע להראות כי מן הראוי לזכותו בה, הרי שבדין החדש יעבור הנטל אל המפר: על זה האחרון תוטל המלאכה להראות כי אופי החיוב הנזיקי שהופר מחייב הימנעות ממתן הצו. זאת ועוד: בהינתן האינטרסים והערכים החשובים שעליהם מגינים דיני הנזיקין באופן טיפוסי (שלמות הגוף, שלמות הרכוש, חירות, כבוד ושם טוב), נותנת הדעת שלא בנקל ישתכנע בית המשפט כי הוראה לקיים בעין חיוב נזיקי שהופר – כאשר קיום כזה הוא אפשרי – עומדת בסתירה לאופיו של אותו חיוב (אופי הנגזר בתורו מאופי הזכות הניצבת מולו).

### 3. סייגי האכיפה

6.106 כפי שראינו, בדיני החוזים מעוגנים הסייגים לזכות האכיפה בהוראות הסעיפים 3(1) עד 3(4) לחוק התרופות. בדיני הנזיקין, לעומת זאת, אין קיימת תשתית נורמטיבית ברורה לקביעת היקפה של הזכות לאכיפה. כפי שכבר צוין, הדעה הרווחת היא שהאכיפה בנזיקין היא תרופה משנית, שפסיקתה נתונה לשיקול דעת רחב. ההכרעה אם לפסוק אכיפה מחייבת עריכת איזון בין אינטרס הנפגע לבין אינטרס המפר, על יסוד מגוון רחב של שיקולים, שלחלקם אין עיגון כלשהו בפקודת הנזיקין.

6.107 בתזכיר הקודקס מוצע לשנות מצב זה ולהחיל את סייגי האכיפה שבחוק התרופות על כלל החיובים במשפט הפרטי. לשינוי זה נודעת חשיבות בכמה מישורים. ראשית, מעתה לא רק בתחום החוזי, אלא בכל תחום משפטי שבו תועלה תביעה לאכיפתו של חיוב, יחויבו בית המשפט והצדדים המתדיינים לפניו להתבסס על תשתית נורמטיבית אחידה, מוגדרת ומוכרת. שינוי זה עשוי לשפר במידה רבה את הוודאות המשפטית בתחום זה. שנית, יש לשער שהאחדת

294 סעיף 448(א)(5) לתזכיר הקודקס.



התשתית המושגית של דיני האכיפה תיצור שפה משותפת ותביא לפישוטה ולקיצורה של ההתדיינות בשאלות הקשורות להענקת צווי אכיפה. שלישית, האחדת התשתית הנורמטיבית תיאלץ את בתי המשפט להפנות תשומת לב לקירבה הרעיונית – כמו גם להבדלים אפשריים – בין ענפיו השונים של דין החיובים. פיתוח דיני האכיפה צפוי להיעשות מעתה מתוך מודעות לכך ששיקולים בעד או נגד מתן צו אכיפה המיושמים בתחום אחד של דין החיובים משפיעים בפועל – וראוי שישיעו – גם בתחומים אחרים. ההנחה העומדת ביסוד פרק התרופות כולו היא כי ענפיו השונים של דין החיובים חולקים מאפיינים משותפים חשובים וכי משום כך ראוי לאחד את דיני התרופות. אם אכן הנחה זו נכונה – ודיון בשאלה זו חורג ממסגרתו של ספרנו זה – התוצאה של האחדת דיני האכיפה עשויה לתרום להתפתחותם התקינה של דיני התרופות במשפטנו.<sup>295</sup>

6.108 לסיום, ראוי להזכיר שלוש הוראות חדשות הנכללות בסעיף 448 לתזכיר הקודקס, ואשר אינן תואמות הוראות מקבילות בנוסחו של סעיף 3 לחוק התרופות. ראשית, כפי שהזכרנו, מוצע לקבוע סייג נוסף לזכות לאכיפה שיחול כאשר מתן צו אכיפה נראה מנוגד לאופיו של החיוב שהופר. סייג זה פותח פתח לשלילת האכיפה במקרים שבהם פרשנותם הנכונה של החיוב – ושל הזכות שמולו – שוללת מלכתחילה את זכאותו של הנושה לאכיפה (להבדיל מפיצויים) במקרה של הפרה. כך לדוגמה, כאשר תוכן החיוב הוא חובה לספק טובת הנאה בעלת אופי אישי ורוחני (כחובתו של פסיכולוג לתת ייעוץ פסיכולוגי או חובתו של הורה לספק את צרכיו הרוחניים של ילדו), נראה כי מלכתחילה, מעיקרו של דין, אופי החיוב אינו מתיישב עם האפשרות להורות על אכיפתו במקרה של הפרה.<sup>296</sup>

6.109 שנית, הסייג העיקרי לאכיפה, סייג הצדק, סויג בעצמו בהצעת הקודיפיקציה. לפי סעיף 448(ב) לתזכיר הקודקס, בשני מצבים לא יוכלו שיקולי

<sup>295</sup> היתרון שבהאחדת הסדרים דומים מתחומים שונים אינו ייחודי לפרק האכיפה דווקא. הוא מאפיין את פרק התרופות כולו, ולמעשה – מאפיין כל מהלך קודיפיקטיבי של האחדה. לסכנות האפשריות הטמונות במהלכי האחדה של הצעת הקודקס ראו את מאמרו של דגן, לעיל ה"ש 293. לביקורת על טיעוניו של דגן ראו את מאמרו של אדר, לעיל ה"ש 293.

<sup>296</sup> מקרים אלה נופלים לכאורה לגדרו של סייג השירות האישי המעוגן בסעיף 3(2) לחוק התרופות. עם זאת, אין לשלול אפשרות שגם חיובים שאינם אישיים ייכללו בקטגוריה חדשה זו. מכל מקום, צפויה להתעורר השאלה אם קיומו של הסייג החדש מיתר את סייג השירות האישי (בהיותו רחב ממנו). לכאורה, נראה כי זוהי התוצאה המתחייבת מנוסחו הרחב של הסייג החדש.

צדק לעמוד כנגד זכותו של הנפגע לאכיפה. המצב הראשון נוגע לחיובים כספיים שמקורם בחוזה, ואשר צו שיפוטי לביצועם יכלול בהגדרת ה"אכיפה" גם בקודקס.<sup>297</sup> סעיף 448(ב)(1) לתזכיר קובע, כי סייג הצדק לא יחול על חיובים כאלה, אם הגיע זמן פירעונם ואם הנושה קיים את חלקו בחוזה בלא התנגדות מצידו של החייב.<sup>298</sup> הוראה זו משקפת במידה רבה את ההלכה הקיימת כיום, שלפיה רק במקרים חריגים מוסמך בית המשפט לשלול את זכותו של נושה לתבוע את פירעון חובו.<sup>299</sup> עם זאת, במישור הפורמלי, מצמצמת ההוראה החדשה את מרחב שיקול הדעת הנתון לבית המשפט לשלול מטעמי צדק את אכיפתם של חיובים כספיים.<sup>300</sup>

6.110 המצב השני, שבו לא יוכל סייג הצדק לעמוד בדרכו של הנפגע התובע אכיפה, מוגדר בסעיף 448(ב)(2). הוראה זו מתייחסת למצבים שבהם הזכות שבה פגע המפר היא זכות קניין במקרקעין או במיטלטלין. במקרים אלה תוחמר ההגנה על החיוב ותישלל סמכותו של בית המשפט להימנע מאכיפת הזכות הקניינית, למעט באותם מקרים שבהם נמצאו "טעמים מיוחדים לנהוג אחרת".<sup>301</sup>

#### 4. חידושים נוספים בדיני האכיפה

6.111 לסיום, מן הראוי לציין בקצרה ארבעה חידושים נוספים בדיני האכיפה שמביא עימו פרק התרופות. ראשית, הפרק נותן עיגון חקיקתי לדוקטרינת ה"אכיפה בקירוב". בכך יוסרו הספקות, ככל שהיו כאלה, לגבי מעמדו של מוסד משפטי זה במשפט הישראלי. סעיף 449 לתזכיר קובע, כי בהיעדר זכאות לאכיפה על פי סעיף 448 מוסמך בית המשפט להורות על אכיפה מקורבת של החיוב, בהתקיים שני תנאים מצטברים:  
(1) האכיפה המקורבת אינה משנה ממהותו המקורית של החיוב;

<sup>297</sup> סעיף 444, סעיף ההגדרות שבתזכיר, מאמץ במלואה את הגדרת האכיפה שבסעיף 1(א) לחוק התרופות. לדיון בהגדרה זו ראו לעיל § 6.02.

<sup>298</sup> תנאי אחרון זה נועד להבטיח כי במצב שבו התנגד החייב לביצוע חיובי הנושה כלפיו (כלומר, ביקש להימנע מלזכות בתמורה הנגדית) לא תיחסם לחלוטין האפשרות לסרב למתן אכיפה מטעמי צדק.

<sup>299</sup> לדיון הנוהג ראו לעיל § 6.50.

<sup>300</sup> דיון ביקורתי בשינוי המוצע בקודקס ניתן למצוא במאמרה של כהן, לעיל ה"ש 153.

<sup>301</sup> לטעמנו, סיפא זה של הסעיף המוצע מייתר במידה רבה את ההוראה כולה, שהרי לנוכח חיזוק מעמדה של הזכות לאכיפה בפרק התרופות ממילא חזקה על בית המשפט כי בכל מקרה – ולא רק בחיוב לכבד זכות קניין – ישלול את הזכאות לאכיפה רק מטעמי צדק כבדי משקל. ואם כך – מה הועילו חכמים בתקנתם?

(2) האכיפה בקירוב אינה עלולה לגרום עוול למפר.<sup>302</sup>

התנאי הראשון משקף את ההלכה הפסוקה ואילו התנאי השני מצרף מבחן שסתום של צדק, המקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב לסרב לבקשת הנפגע לאכיפה בקירוב, כאשר יש בכך משום הכבדה יתרה על המפר.<sup>303</sup> יש לציין שגם הוראה זו, כמרבית ההוראות שבפרק התרופות, תחול על כל סוגי החיובים. פירוש הדבר הוא כי בדין החדש ניתן יהיה לאכוף בקירוב לא רק חיובים חוזיים אלא גם חיובים שמקורם בדיני הנזיקין או בהוראות דין אחרות.<sup>304</sup>

6.112 שנית, סעיף 450 לתזכיר הקודקס מעגן את סמכותו של בית המשפט – שאין לה כיום עיגון מפורש בחוק – ליתן צו אכיפה דחוי. רוצה לומר, בית המשפט יוכל להורות כי המועד לאכיפת החיוב יהיה מאוחר ממועד פסק הדין.<sup>305</sup>

6.113 החידוש השלישי בדיני האכיפה נוגע לסמכות להתנות את האכיפה בתנאים. סמכות זו מוכרת כיום בסעיף 4 לחוק התרופות, אך היא מותנית בכך שהתנאים "מתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין". ניסוח זה עורר קושי בעבר במצבים שבהם ביקש צד לחוזה להתנות את צו האכיפה בתנאי שהתבקש מנסיבות העניין, אך לאו דווקא מהחוזה עצמו.<sup>306</sup> כדי למנוע קשיים פרשניים מסוג זה מרחיב סעיף 451 לתזכיר הקודקס את סמכותו של בית המשפט להתנות את אכיפת החיוב בכל תנאי שייראה לו מתחייב מנסיבות העניין.

## 6.114 הרביעי, ואולי הבולט שבחידושים בתחום האכיפה, נעוץ בהצעת

302 הוראה דומה נקבעה בסעיף 136 לתזכיר הקודקס, המסמיך את בית המשפט להורות על "קיום בקירוב" במצב של סיכול חוזה. לדיון בחידוש זה ראו שלו, בעמ' 640–641.

303 השיקול של הכבדה על המפר נשקל באופן מסורתי במסגרת סייג הצדק באכיפה (או במסגרת "מאזן הנוחות" בנזיקין). כפי שנוכחנו לדעת, הגישה המרחיבה למתן אכיפה וציוויים אינה רואה בשיקול זה שיקול חשוב במיוחד, ובוודאי לא שיקול מכריע (לעיל 6.66 §). אולם דווקא בהקשר דנן סביר להניח כי יינתן לשיקול זה משקל מכריע. ההצדקה להבדל נעוצה בכך שבניגוד לאכיפה רגילה, כופה האכיפה המקורבת על המפר לבצע פעולות שמלכתחילה, מעיקרו של דין, הוא לא היה מחויב לבצען. ואמנם, גם בפסיקה הקיימת ניתן למצוא התחשבות בשיקול זה, במסגרת דיני האכיפה בקירוב. ראו את הציטוט המובא מדברי השופט אור בעניין דנו, לעיל בה"ש 278.

304 לדוגמה, כאשר לא ניתן (או לא סביר) להסיר באופן מוחלט הפרעה למקרקעין, הרי שבמקום להסתפק בתרופת הפיצויים בלבד יוכל הנפגע בנזיקין לתבוע את סילוק ההפרעה בקירוב (בצירוף תביעה לפיצויים – או, לחלופין, כפוף לתשלום השבה – בגין ההפרש בין הקיום המלא לקיום המקורב).

305 לדיון באכיפה דחוייה ראו לעיל 6.101 §.

306 לסוגיה זו ראו לעיל 6.76–6.78 §§.

הקודקס לאמץ אל המשפט האזרחי בישראל את תרופת ה-*astreinte*, שמקורה במשפט הצרפתי.<sup>307</sup> תרופה זו, המכונה בסעיף 499 לתזכיר "צו מרתיע", מסמיכה את בית המשפט הנותן צו אכיפה לצרף אליו צו נוסף – מרתיע – שתכליתו לחזק את תמריצי המפר לקיים את צו האכיפה. ב"צו מרתיע" רשאי בית המשפט לקבוע כי המפר ישלם סכום כסף בשיעור שיקבע, בגין כל יום של איחור במילוי אחר צו האכיפה. אם תיושם באופן ליברלי על ידי בתי המשפט האזרחיים, צפויה הוראה חדשה זו לחזק באופן דרמטי את האפקטיביות של צווי האכיפה השיפוטיים. הטעם הוא, שנוסף לסיכון להרשעה בהליך של בזיון בית משפט, חושפת סנקציה זו את המפר לאפשרות שיחויב בקנס כספי אזרחי, ששיעורו עלול להיות ניכר.<sup>308</sup> לבסוף, ראוי לציין כי במשפט הצרפתי נוהגת דוקטרינת ה-*astreinte* בעיקר בתחום החוזי, בעוד שהצעת הקודקס מעגנת את הצו המרתיע כתרופה אפשרית על הפרתו של כל חיוב אזרחי, יהא מקורו אשר יהא.<sup>309</sup>

307 לדיון במוסד ה-*astreinte* ראו: TREITEL, בעמ' 59–62; P.D.V. MARSH COMPARATIVE CONTRACT LAW ENGLAND, FRANCE, GERMANY 331–332 (1994). ראו גם סנילביץ, בעמ' 22–25. מוסד זה זוכה כיום להכרה בעקרונות לחוזים מסחריים: PICC, § 7.2.4(1).

308 נוסח הסעיף ודברי ההסבר לו אינם מספקים מענה לשאלת זהותו של הנמען שאליו יופנה הסכום שישולם במקרה של הפרת הצו המרתיע. במשפט הצרפתי משולמים כספי ה-*astreinte* לידי התובע-הנפגע (שלא כמקובל לגבי קנסות פליליים המשולמים לאוצר המדינה). הסדר כזה מעורר קשיים מסוימים מבחינה תורתית-עיונית, אך אין ספק שיש בו כדי לתמרץ נפגעים לעמוד על משמר זכויותיהם ולפעול להבאתם לדין של אלה שהפרו צווי אכיפה שיפוטיים. נעיר, כי בעקרונות לחוזים מסחריים בינלאומיים נקבע במפורש כי הקנס השיפוטי ישולם לנפגע מהפרת החוזה, אלא אם כן חוקי המדינה מורים אחרת. PICC, § 7.2.4(2). להסבר אודות הצו המרתיע בקודקס ראו דויטש, לעיל ה"ש 293, בעמ' 367–368, המניח כי כספי הצו המרתיע אכן ישולמו לכיסו של הנפגע.

309 לביקורת על החלתן המרחיבה בהצעת הקודקס של תרופות חזקות, כגון צו מרתיע ותשלום עונשי, ראו דגן, לעיל ה"ש 293, בעמ' 287–278. לתגובה על ביקורת זו ראו אדר, לעיל ה"ש 293, בעמ' 392–410.