

זכות ותרופה באכיפת חיוב כספי

מחוק התרופות לטיוטת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות

נילי כהן*

- א. הקודיפיקציה של המשפט האזרחי ואכיפת חיוב כספי
- ב. עיקרי הטיעון
- ג. מעמדו של חיוב כספי או חוב
- ד. הפרת חיוב כספי – המשפט המקובל וחוק התרופות
- ה. שלושה מקרי מבחן
 1. הנפגע קיים את חיובו באופן מלא – המפר קיבל את התמורה הנגדית
 2. הנפגע מוכן לקיים – המפר לא קיבל את התמורה הנגדית: האם התגבש החוב?
 - 2.1 חוזה הוראה
 - 2.2 חוזה עבודה
 3. הנפגע קיים את חיובו באופן מלא – המפר קיבל שלא מרצונו את התמורה הנגדית
 1. החוב והתרופה – חופש החוזה, הגינות, יעילות
 2. החוב והתרופה – התיקון בטיוטת הקודקס האזרחי

א. הקודיפיקציה של המשפט האזרחי ואכיפת חיוב כספי

רשימה זו דנה בסוגיית הגנתו של חיוב כספי, סוגיה הממוקמת בדיני התרופות. כאשר החלה ועדת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי בדיוניה, בשנת 1984, היו לפניו מטרות צנועות שעיקרן: התאמה מהותית ומינוחית של כללי המשפט האזרחי; תיקון בעיות חקיקתיות קיימות וקליטת המשפט המקובל הישראלי, יציר הפסיקה, לתוך ההסדר הכולל. ההנחה הייתה שהכללים הקיימים להסדרתו של המשפט הפרטי מספקים בעיקרם, ולכן אין צורך לחולל בו מהפכות. מכאן נמשכה המסקנה כי ראוי להשאיר את הכללים הקיימים על כנם, תוך עריכת התאמות נדרשות ועיבוים של הכללים במידת הצורך.¹

* פרופסור למשפטים, הפקולטה למשפטים אוניברסיטת תל-אביב. אני מבקשת להודות לעמיתי ד"ר ברק מדינה וד"ר עופר גרוסקופף על הערותיהם המועילות לטיוטה קודמת של מאמר זה וכן לעו"ד מאיה לקשטיין על סיועה במחקר. כמו כן ברצוני להודות לחברי מערכת "הפרקליט" מהמסלול האקדמי – המכללה למינהל על סיועם החשוב.

1 ראו הצעת חוק לעריכת קובץ דיני ממונות, תשמ"מ-1980, ה"ח 282, ששימשה בסיס לעבודת הוועדה. כמי שכינה כחברה בוועדה החל מיום הקמתה, אני יכולה להעיד, כי זו הייתה המטרה המוצהרת של עבודת הוועדה, לפחות בשנים הראשונות לעבודתה. ראו גם א' ידין "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית" עיוני משפט ו (תשל"ט) 506, שסבר כי הואיל והחקיקה האזרחית החדשה היא בבחינת קוד, יש צורך בגיבושה כלבר, ולא בבניית קוד חדש; כמוהו גם: א' ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 5; א' ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ז) 15. לעמדה שונה ראו ד' פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ז) 463, שסבר כי אין בחקיקה הקיימת שיטתיות ועקרונות משותפים המאפיינים קוד.

במהלך עבודתה של הוועדה הפך הפרויקט שאפתני יותר,² כפי שעולה מטיטת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות,³ שפורסמה בשנת 2004, עשרים שנה לאחר תחילת עבודתה של הוועדה. ביטוי מובהק לכך מצוי בדיני התרופות, שבהם נעשו חידושים מפליגים למדי. נוסף על איחודן של התרופות ותחולתן על כלל החיובים, היא מקורם אשר היא (בכפוף לחריגים מסוימים), כוללת ההצעה שני הסדרים מהפכניים, המעניקים תרופות עונשיות בגין הפרתו של חיוב. האחד הוא הצו המרתיע, או בשמו הצרפתי *astreinte*, הקבוע בסעיף 575 לטיטת החוק. לפי סעיף זה רשאי בית משפט בנותנו צו אכיפה, לחייב את המפר, ממועד הצו או ממועד מאוחר יותר, לשלם סכום שייקבע בעד כל יום שבו לא יקיים המפר את צו האכיפה.⁴ השני הוא העיקרון החדש של פיצויים מוגברים, הקבוע בסעיף 564 לטיטת החוק, שלפיו אם ההפרה נעשתה בזדון, כשעיקר כוונתו של המפר הייתה לפגוע בנפגע, רשאי בית המשפט לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנוק, אשר לא יעלו על מאה אלף שקלים, ולגביהם נקבע מנגנון הצמדה מיוחד. קליטתם של הצו המרתיע והפיצויים המוגברים בשיטתנו עשויה לעורר שאלות בסיסיות בדבר התאמתם לעקרונות היסוד של דיני החיובים ולערכים החוקתיים שלנו. הנושאים הללו הם חלק מהבעיות הגדולות שטיטת החוק מעוררת. ואילו אני, נאמנה למטרות הקודיפיקציה, כפי שנוסחו עם הקמת ועדת הקודיפיקציה, מבקשת לעסוק בבעיה אחת צנועה, הנוגעת לשאלה של תרופות בשל הפרת חיוב, וביתר דיוק לאכיפת חיוב. הנושא מוסדר בסעיף 524(ב)(1) לטיטת החוק הקובע כי הכלל שלא יינתן צו אכיפה – אם אכיפת החיוב היא בלתי צודקת בנסיבות העניין (סעיף 524(א)(4) לטיטת החוק) – לא יחול כאשר מדובר ב"חוב כספי על פי חוזה, ובלבד שהנפגע קיים את חיוביו על פי החוזה, המזכים אותו בפירעון החוב, מבלי שהמפר התנגד לקיום החיובים". סעיף זה מהווה תוספת לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970 (להלן: "חוק התרופות"), ועניינה של רשימה זו בשאלה מה הניע תוספת זו, מה הבעיות שהיא מבקשת לפתור, ואם ההסדר המוצע יביא לפתרון רצוי של הבעיה.

2 ראו מ' דויטש "הנרסת' הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – הצעת מבנה" משפטים כט (תשנ"ט) 587, 587 הערת שוליים 2, שסובר כי נוכח המתגבש בוועדת הקודיפיקציה, הצדק היה עם פרופ' פרידמן. כלומר עריכת הקודיפיקציה לא הצטמצמה לצד הפורמלי של אחידות ושיטתיות, אלא שיקפה גם פן מהותי.

3 ראו באתר משרד המשפטים: [http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/codex1] (last visited on 7.10.05).

4 להבהרת אופן פעולתו של צו זה: – G.H. Treitel *Remedies for Breach of Contract* 59–62 *A Comparative Account* (New York, 1988); ר' סנילביץ *תרופות בשל הפרת חוזה במשפט הקונטיננטלי* (1997) 22–26. ראו גם: *Unidroit Principles of International, Commercial Contract 2004*, art. 7.24 [http://www.unidroit.org/] על אי-ביצוע צו אכיפה. english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf] (last visited on 22.9.04). השו"ע"פ 5177/03 מור נ' דנציגר – משק פרחים – דין, פ"ד (נה) 4, 184, שבו נקבע ברעת רוב, כי בגין ביוזון בית משפט ניתן להטיל קנס מירי (ולא רק קנס לעתיד).

ב. עיקרי הטיעון

אציג בקצרה את עיקרי הטיעון ברשימה זו: צו האכיפה כפוף להריגים, שהמרכזי שבהם הוא חריג הצדק. חריג זה עורר בעיות, והוא עשוי לעורר בעיות, כאשר האכיפה היא "צו לפירעון חוב כספי על פי חוזה" (ואף כאשר מדובר באכיפת זכויות קניין). הן הזכות לפירעון חוב והן הזכות לקניין (שבה לא אדון, ואשר עניין אכיפתה מוסדר בסעיף 524(ב)(2) לטיוטת החוק) נחשבות זכויות חזקות, ששיקול הדעת הנרחב באשר לאכיפתן אינו הולם.

כאמור, הרשימה עוסקת באכיפת חוב כספי על פי חוזה. מקרה מובהק שבו נוצר חוב כספי הוא זה שבו מוכר מספק סחורה לקונה. עם הספקת הסחורה נוצר לזכותו של המוכר חוב – המחיר – שעל הקונה לפרעו. אם אין הקונה משלם למוכר את המחיר, רשאי, כמובן, המוכר לתבעו. באנגליה תביעתו של המוכר לתשלום המחיר אינה תביעה לאכיפה או לביצוע בעין. זוהי תביעת חוב (Debt), הנפרדת הן מאכיפה (ביצוע בעין) והן מפיצויים, והיא אינה כפופה לסייג של הצדק באכיפה ואף לא לנטל של הקטנת הנזק בפיצויים. הדבר ברור מאליה: טענת הקונה כי המחיר שעליו לשלם אינו צודק, פוגעת ברעיון האוטונומיה החוזית. אם החוזה תקף, לא נפל פגם בכריתתו והוא לא סוכל לאחר כריתתו, מדוע ישעה בית המשפט לטענה שהמחיר גבוה מדי ולכן אכיפתו אינה צודקת? יתרה מכך, גם לו הייתה הטענה לגבי תרופת האכיפה מתקבלת, הרי יכול המוכר לשוב ולתבוע פיצויים מהקונה, ושיעורם יהיה כשיעור המחיר.

תביעת החוב נקלטה במשפט הישראלי מן המשפט המקובל קודם לחקיקת חוק התרופות.⁵ בעקבות חקיקתו של חוק התרופות נבלעה תביעת החוב בתרופת האכיפה. בכמה מקרים שנדונו בבית המשפט העליון, ניסו מקבלי שירות או נכס להתנער מתשלום המחיר החוזי על ידי טענה שאכיפתו של המחיר עליהם היא בלתי צודקת. בית המשפט דחה את הטענה, בהסתמכו על רעיון האוטונומיה החוזית וכן על כך שממילא תרופת הפיצויים תטיל על מקבלי השירות או הנכס חיוב וזהו לחיוב האכיפה שממנו הם מבקשים להתנער. עם זאת, הוסיף בית המשפט וציין כי ייתכן שיהיו מקרים שבהם עשויה להתקבל הטענה שאכיפתו של החוב אינה צודקת, אך לא פירט.⁶ כך נוצר ערפל בשאלה מתי עשויה להיות אכיפתו של פירעון חוב כספי כפופה לסייג של צדקת האכיפה.

הכללת התביעה לפירעון חוב בגדר אכיפה היא בעייתית: אף שהיא מדגישה את זכותו של הנפגע לאכיפה, היא גם מבליטה את האפשרות לשלול אותה ממנו על ידי הפעלת סייג הצדק. אך אין זה ברור, לא מנוסחו הנוכחי של החוק ולא מעמדתם של בתי המשפט, מתי יהיה מוצדק להחיל את סייג הצדק על התביעה לפירעון חוב, ומתי לא יהיה מוצדק לעשות זאת.

סעיף 524(ב)(1) לטיוטת החוק מבקש להסיר את הערפל. הוא קובע, כאמור, שסייג הצדק לאכיפה לא יחול על "חוב כספי על פי חוזה, ובלבד שהנפגע קיים את חיוביו על פי החוזה, המזכים אותו בפירעון החוב, מבלי שהמפר התנגד לקיום

5 ע"א 638/70 איחוד בתי ספר טכניקום נ' אדלר, פ"ד כה(2) 679 (להלן: עניין טכניקום או הלכת טכניקום).

6 ראו להלן בפרק ה.1.

החייבים". מהסדר זה נובע שסייג הצדק לא יחול, אם הנפגע קיים את חיוביו על פי החוזה, מבלי שהמפר התנגד לכך. מכאן שסייג הצדק יחזור לחול בשני המקרים הבאים: ראשית, כאשר הנפגע לא קיים את חיוביו; שנית, כאשר הנפגע קיים את חיוביו, אך המפר התנגד לכך. בכך ניתן ביטוי להלכה האנגלית, שאף נקלטה בעבר במשפט הישראלי,⁷ שלפיה חרף קיומה העצמאי של תביעת החוב, אם התנגד המפר לקיום על ידי הנפגע, והנפגע אינו יכול להצביע על אינטרס לגיטימי המצדיק את הקיום, תביעת החוב של הנפגע לא תוכר, והוא יופנה לתביעת פיצויים, שבמסגרתה יהיה כפוף לכלל של הקטנת הנזק.

ההסדר של טיטות חוק דיני ממונות מרגיש את שני הפנים של התביעה לאכיפת חיוב כספי: הפן האחד מחזק תביעה זו ושולל את שיקול הרעת לגביה; הפן השני מסייג אותה, ומאפשר להחיל את סייג הצדק גם על תביעה כזו. השאלות מתי ראוי להכיר בתביעה זו ללא סייג, ומתי ראוי לסייגה; מה עולה מן המשפט האנגלי ומה שינה הדין הקיים וכן אם ההסדר החדש, המפורט, משקף שיקולים ראויים – תעמודנה במוקד רשימה זו.

ג. מעמדו של חיוב כספי או חוב

חוזים המניבים חוב הם שכיחים ביותר: בנק נותן הלוואה ללקוח שעליו לפרוע אותה במועד מסוים; קונה חייב לשלם את מחיר הסחורה למוכר; מעביד חייב לשלם משכורת לעובד; בעל קרקע חייב לשלם לקבלן סכום עבור עבודות שבוצעו על מקרקעיו. כאשר הכסף, הסחורה, העבודה, השירות מועברים לצד השני נוצר חוב,⁸ והנושה – הבנק, המוכר, העובד, הקבלן – זכאי לתבעו בתביעה לאכיפת חיוב כספי או בתביעת חוב.⁹

חוב נתפס כמקנה זכות חזקה לנושה. מי שזכאי לזכות הנובעת מחיוב כספי נחשב בעלים של הזכות, אם כי – כמו לגבי כל זכות הנובעת מחוזה ובהיעדרן של תרופות עצמיות – ברור שהוא יכול לממש את זכותו באמצעות החייב או על ידי הגשת תביעה. חוב יוצר זכות חזקה, שכן הוא נחשב לבר קיימה.¹⁰ חוב אינו מתחסל עקב חוסר האפשרות לקיימו או עקב סיכולו. חוב אינו ניתן להשמדה, אולם הכסף – נשוא החוב – ניתן להשמדה. אין להתפלא על כך שבמקרים רבים נפרדים אנשים מכספם ומפקידים אותו בבנק. בעשותם זאת, הם משנים את אופייה של זכותם: במקום להיות בעלים בשטרות ובמטבעות, הם הופכים לבעלי

7 עניין טבניקוב, לעיל הערה 5.

8 ברור כי המועד שבו נולדת הזכאות לחוב תלוי בתנאי החוזה בין הצדדים. במקרה של מכירת סחורה, לפי ס' 23 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, זכאי המוכר לקבל את המחיר, כאשר הסחורה נמסרת לקונה. במקרה של העברת כסף (הלוואה) החוב מתגבש במועד של פירעון ההלוואה.

9 לנסיבות שבהן מתגבשת תביעת חוב: J. Beatson *Anson's Law of Contract* (Oxford, 28th ed., 2002) 630-631. תביעת חוב או תביעה לאכיפת סכום מוסכם אינה יכולה להיות מבוססת על סעיף פיצויים מוסכמים. נושא זה כפוף לכלל המיוחד של הפיצויים המוסכמים: *ibid.*, at pp. 624-629. בישראל מוסדר נושא הפיצויים המוסכמים בס' 15 לחוק התרופות.

10 A. Levontin "Debt and Contract in the Common Law" 1 *Isr. L. Rev.* (1966) 60

חוב כלפי הבנק. הם מעדיפים להיות נושים על פני בעלים. הם הופכים זכות קניין לזכות חוזית, על מנת להבטיח את ההגנה על זכותם בדרך טובה יותר¹¹ – הם חדלים להיות חשופים לסכנה הפיזית של אבדן השטרות או המטבעות, הם יכולים להשביח את כספם וליהנות מהפירות, אם כי הם נחשפים לסכנה של פשיטת רגל של הבנק, סכנה שברגיל נחשבת פחותה יותר.

כיצד מגוננים דיני החוזים על זכות הנובעת מחיוב כספי? האם הם מעניקים לחוב הגנה מוחלטת? שתי שאלות עולות בהקשר זה. האחת נוגעת למקרה שבו החייב – הצד המפר – טוען כי החיוב לשלם את סכום החוב המקורי אינו צודק, וכי יש להפחית את סכום החוב המקורי בשל סיבות הנוגעות לעצם החוב או הנובעות מנסיבות מאוחרות ליצירתו והקשורות להתנהגותו של הנושה או לצרכיו של החייב. השאלה השנייה נוגעת לנסיבות הנובעות משינוי בכוח הקנייה של הכסף. כך קורה לעתים תקופות בתקופת אינפלציה, כאשר החייב מוכן לשלם את סכום החוב, אך הנושה טוען כי תשלום סכום החוב הנומינלי אינו הוגן, ויש להעלותו ולהתאימו לערכו האמיתי. במקרה של דפלציה יהיה זה החייב שעשוי לסרב לשלם את סכום החוב הנומינלי בטענה שהוא גבוה מערכו האמיתי.

שתי הסוגיות קרובות מאוד, שתיהן עוסקות בערכו של החוב וביחסו למוצר שבגינו יש לשלמו. שתיהן נוגעות בסוגיות המורכבות של קיום החוזה, פרשנותו והתרופות בגין הפרתו. אולם אגביל את הדיון לשאלה הראשונה, ולא אעסוק בהשפעתם של שינויים בכוח הקנייה של המטבע ובהשפעתן של אינפלציה ודפלציה על היקף חיובו של החייב.

אפתח בהצגת הכללים של בררת התרופות המוצעות לצד הנפגע במשפט הישראלי, אבחן כיצד מוגן חוב על פי כללי המשפט האנגלי, שקדמו לחוק התרופות, ואציג את השינוי שחולל חוק התרופות בעניין זה.

ד. הפרת חיוב כספי – המשפט המקובל וחוק התרופות

בבסיסה של כל מערכת תרופות חוזית מונחות המטרות הבאות: הגנתה של הזכות החוזית; איזון הולם בין הנפגע למפר תוך התחשבות בשיקולי מוסר ויעילות; פשטות התרופות; ודאות באשר לאופן הפעלתן; התאמה בין התרופות השונות; גישה נוחה וקלה לבית המשפט; היענות לערכים חברתיים כוללים.

מתוך שאיפה לשקף את הצרכים הכוללים הללו של דיני התרופות במשפט הישראלי, מציע המשפט הישראלי לנפגע את התרופות הבאות על פי בחירתו: אכיפת החוזה; פיצויים כתחליף לאכיפה או כתוספת לאכיפה; ביטול החוזה והשבה הרדית של התמורות ההרדיות שהועברו בין הצדדים ופיצויים כתוספת לכך.¹² מובן שגישתו של המשפט הישראלי אינה ייחודית. כל שיטת משפט מוכרת מציעה תרופות דומות לנפגע. השוני בין השיטות קשור בעיקרו לשאלת עליונותה של האכיפה וכן לתפקידם של בתי המשפט המפעילים את התרופות. בהקשר זה ארון בעליונותה של האכיפה: זוהי תרופה ראשונית במסורת המשפט

11 ד' פרידמן "תורת החיובים הכללית וההיבטים הרכשיים של החיוב" דיני חיובים – חלק בללי (ד' פרידמן עורך, תשנ"ד) 3, 7.

12 ס' 2 לחוק התרופות.

הקונטיננטלי ומשנית במערכת המשפט המקובל.¹³ המערכת הישראלית, אשר נשלטה בעבר על ידי המשפט המקובל, פוסעת בהקשר זה בעקבות המשפט הקונטיננטלי.¹⁴ במונחים של קלברזי ומלמד, היא מעדיפה כלל קנייני על פני כלל אחריות.¹⁵

במקרה הטיפוסי קיים הבדל מהותי בין אכיפה לפיצויים. אכיפה מעניקה לנפגע את הערך החוזי הסובייקטיבי, ואילו פיצויים מעניקים לו את הערך האובייקטיבי של החוזה. היתרון של אכיפה על פני פיצויים הוא שהנפגע מקבל את התמורה שביקש לקבל על פי החוזה (אם כי ניתן לצפות כי בשל ההפרה יתעכב הקיום ולא יתקיים במועד החוזי). בית המשפט פטור מהמשימה, המעייפת לרוב, של הערכת שוויו של הקיום. על פני הדברים אין הנפגע כפוף לנטלים הכרוכים בהערכת הנזקים, ובעיקר לנטל של הקטנת הנזק. היתרון של פיצויים כתחליף לקיום הוא שהנפגע מקבל את ערכו של מה שהיה זכאי לו על פי החוזה, מבלי להיות מחויב עוד לבצע את חלקו. בכך נשמרת חירותו האישית. הבחירה בפיצויים כתחליף לאכיפה, משמעה כי החוזה הסתיים ובית המשפט פטור מפיקוח על המשך קיומו. אולם הואיל והענקת הפיצויים תלויה בהערכה, הרבר עלול להיות כרוך בסיכון לשני הצדדים: המפר עלול למצוא עצמו במצב של פיצוי יתר, ואילו הנפגע עלול להסתכן בפיצוי חסר.¹⁶ היש חשיבות לשיקולים אלה כאשר נובעת תביעתו של הנפגע מאיקומו של חיוב כספי?

הדין האנגלי, שחל בישראל לפני חקיקת חוק התרופות, אכף חוב באמצעות תביעת חוב (Debt).¹⁷ הייתה זו תביעה ששורשיה במשפט המקובל, והיא פעלה באופן עצמאי ושונה הן מהסעד של ביצוע בעין (Specific Performance – המינוח האנגלי לאכיפה), ששורשיו בדיני היושר, והן מפיצויים. בהיותה תביעה לסכום מסוים של כסף, לא התעוררו לגביה הקשיים המיוחדים שדבקו בביצוע בעין, שעיקרם החשש מכפייה אישית ומהתערבות בחופש הפעולה של הפרט, והקושי להבטיח ביצוע של צו של בית המשפט. כמו כן לא התעוררו לגביה הבעיות הכרוכות בהערכת הנזק בפיצויים. לא ייפלא אפוא שתביעת החוב לא הייתה כפופה לשיקול דעתו של בית המשפט, והיא העניקה הגנה מוחלטת לבעל

13 Treitel, *supra* note 4, at p. 47. לכפירה בהבנה זו, ולטענה כי גם במשפט המקובל האמריקני מוקנה מעמד-על לאכיפה (ביצוע בעין), וכי הפיצויים הולמים רק כאשר מדובר בשירותים או בטובין טריוויאליים, הניתנים לתחלופה בקלות ראו: D. Laycock "The Death of the Irreparable Injury Rule" 103 *Harv. L. Rev.* (1990) 687.

14 על פי ס' 3-2 לחוק התרופות זכאי הנפגע לאכיפה בכפוף לחריגים שבס' 3.
15 G. Calabresi & A. Melamed "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089
16 אם ערך הנכס ירד לאחר ההפרה, אין זה ברור אם הקונה זכאי בנוסף לאכיפה גם לפיצוי בגין ירידת הערך. הספק נובע מהעובדה שאפילו היה הקונה מקבל את הנכס בהתאם לחוזה, הוא עדיין היה חשוף לירידה בערכו. טיעון נגדי הוא כי אם היה הנכס בידיו במועד, הוא יכול היה למכרו בערך גבוה יותר.

17 G.H. Treitel *The Law of Contract* (London, 11th ed., 2003) 1013-1019
17 במשפט הקונטיננטלי מי שזכאי לחיוב כספי רשאי לתבוע אכיפתו. ראו גיבוש ההסדר ב-Unidroit, *supra* note 4, art. 7.2.1

החוב. לנפגע שחובו לא נפרע, ואשר קיים את חלקו בחוזה, עמדה גם תביעת השבה, אך זו הוגבלה על ידי המחיר החוזי. אבהיר את הנקודה: כאשר השבה בעין הייתה בלתי אפשרית, רשאי היה הנפגע, שקיים את חיובו במלואו, לתבוע את ערך ההשבה, שבא לידי ביטוי במחיר החוזי, והוא היה מוגבל על ידי מחיר זה.¹⁸ במילים אחרות, בררת ההשבה במקרה זה, משמעה קיומו המעשי של החוזה: הקיום (המלא) של הנפגע נשאר בידי המפר (ההנחה היא שהשבה בעין אינה אפשרית), ואילו המפר חייב לשלם לנפגע את ערך ההשבה, שהוא המחיר החוזי.

בקצרה, במשפט המקובל נחשבת תביעת חוב חזקה יותר הן מתביעה לביצוע בעין והן מתביעת פיצויים. לבית המשפט אין שיקול דעת לשלול את התביעה מטעמי צדק, והנפגע אינו כפוף לנטל של הקטנת הנזק. החוב כמות שהוא – לא פחות ולא יותר – עומד בעינו, גם כאשר בוחר הנפגע לבטל את החוזה, והוא דורש את ערכו של מה שהעביר למפר. הנפגע כפוף למחיר החוזי, אפילו עולה ערך הקיום שלו על סכום החוב. עמדה זו של המשפט המקובל מדגימה את אחד הרעיונות המרכזיים של דיני התרופות, הוא הבטחת התאמה בין התרופות השונות, במקרנו – תביעת החוב ותביעת ההשבה.

עם חקיקתו של חוק התרופות סטה המחוקק הישראלי מתפיסת היסוד האנגלית הן באשר למעמדם של התרופות והן באשר למעמדה של תביעת החוב. אכיפה הפכה לתרופה הראשונית, זאת בניגוד לדין הקודם, אשר נשלט על ידי המשפט האנגלי, שבו היו הפיצויים תרופה ראשית, והביצוע בעין סעד משני. לכך השלכות מרכזיות על מעמדה של הזכות החוזית. העיקרית שבהן באה לביטוי בהלכה שהעניקה לנפגע את רווחי המפר בגין ההפרה.¹⁹

ובאשר לאכיפתו של חיוב כספי – על פי חוק התרופות "אכיפה" כוללת "צו לסילוק חיוב כספי".²⁰ מכאן, שבניגוד לעבר, שבו נאכף חיוב כספי באופן עצמאי בתביעת חוב, כיום על פי חוק התרופות נאכף חיוב כזה באמצעות תרופת האכיפה החוזית. תרופה זו כפופה לחריגים, שהחשוב ביותר לענייננו הוא זה המפורט בסעיף 4(3) לחוק התרופות, הקובע כי הנפגע לא יהיה זכאי לאכיפה, אם "היא בלתי צודקת בנסיבות הענין".²¹

18 הדבר משתקף גם במשפט האמריקני. תביעה להשבה במצב שבו החוב התגבש, אינה יכולה לעלות על המחיר החוזי: Contracts 2d § - Restatement of the Law Second 373(2). רק אם הצד הנפגע לא ביצע באופן מלא את חלקו בחוזה, הוא זכאי להתעלם מהמחיר החוזי: 5th St. Paul., *J.M Perillo Calamari and Perillo on Contracts* (ed., 2003) 625; *Boomer v. Muir*, 24 P.2d 570 (1933) חוזה לביצוע עבודה. לו הייתה העבודה מושלמת, הוא היה זכאי לקבל מהמפר סכום נוסף של 20,000 דולר. באמצעות תביעת ההשבה הוענק לו סכום נוסף של כ-258,000 דולר. לביקורת על הכלל: Perillo, *supra*, at pp. 625-626.

19 תוך דחייתה של תורת "ההפרה היעילה": ד"ר 20/82 אדרס חומרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221 (להלן: עניין אדרס). לביקורת ראו ח' דגן "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 601; H. Dagan *The Law and Ethics of Restitution* (Cambridge, 2004) 261-282.

20 ס' 1(א) לחוק התרופות.

21 החריגים הנוספים לאכיפה הנוכחים בס' 3 לחוק התרופות הם:

הנה כי כן, מעמדו של הנפגע, התובע חוב, השתנה תכלית שוני. בעבר הייתה זכותו נוקשה ולכאורה לא כפופה לחריגים כלשהם, ואילו עתה, עם הכללתה של תביעת החוב במסגרת האכיפה, הפכה הזכות להיות פגיעה יותר, בהיותה כפופה לשיקול דעתו של בית המשפט.

הכללתה של תביעת החוב במסגרת האכיפה מעלה את השאלה מה בין אכיפה לפיצויים בהקשר זה. התשובה הנראית ברורה מאליה היא שכאשר מדובר בחוב, יחסי הגומלין בין הקיום החוזי (אכיפה) לבין התחליף הכספי שלו (פיצויים) הופכים להיות חסרי משמעות, שהרי נשוא האכיפה מתמוזג עם התחליף הכספי שלו: הקיום החוזי הוא כסף וכך גם התחליף שלו. הערך הסובייקטיבי של החוזה שבא לידי ביטוי באכיפה והערך האובייקטיבי שלו שבא לידי ביטוי בפיצויים הם היינו הך. אם כך מה טעם להבחנה בהקשר זה בין אכיפה לפיצויים?

הבה נניח כי מוכרת סיפקה סחורה לקונה, והאחרונה לא שילמה לה את המחיר – 100. למאי נפקא מינה אם יורה בית המשפט על אכיפה, שבמסגרתה תזכה המוכרת הנושה לחיוב הכספי שערכו 100, או אם יורה למפרה הקונה לשלם פיצוי כספי, שערכו 100, בגין הנזק שנגרם? אמנם בתביעת פיצויים עשוי הנפגע לזכות גם בפיצוי בגין נזק תוצאתי שעולה על סכום החוב, אולם זה עשוי להיותוסף גם לתביעת אכיפה.²²

ומה הדין במקרה של ביטול חוזה? ביטול והשבה מציעים במונח אחד יתרון דומה לזה שמציעים הפיצויים: בעקבות ביטול החוזה²³ על ידי הנפגעת, מסתיים החוזה. אך כאשר מתגבש חוב משמעו שהסחורה, הכסף, העבודה כבר הועברו לחייבת. אם הנפגעת מבטלת את החוזה לא נותר דבר לביצוע, וההשפעה של ביטול החוזה תשתקף רק בחובת ההשבה. לכן אם קיבלה הקונה את הסחורה, אך לא שילמה את המחיר, רשאית הנפגעת המוכרת לדרוש, על פי בחירתה, את השבתה של הסחורה בעין או את השבת שוויה.²⁴ במקרים רבים יהיה השווי זהה למחיר החוזי – 100. אולם מה אם ערכה של הסחורה עלה ל-120? עניין זה מעלה את השאלה בדבר היחס בין שווי ההשבה לבין המחיר החוזי.²⁵ במשפט הישראלי רשאית המוכרת, לפי בחירתה, להתעלם מהמחיר החוזי ולתבוע מהקונה את הערך האמיתי.²⁶ אם במקום לקבל השבה בעין תבחר הנפגעת לקבל מהמפרה את השבת

1. החוזה אינו בר-ביצוע;

2. אכיפת החוזה היא כפייה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;

3. ביצוע צו האכיפה דורש מירה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל.

22 לפסיקה שצירפה את סכום החוב המוסכם לסכום הפיצויים במשפט המקובל ראו: *Overstone v. Shipway*, [1962] 1 W.L.R. 117.

23 לזכות הביטול יישום רחב מאוד במשפט הישראלי, ראו ס' 7 לחוק התרופות.

24 שם, בס' 9(א).

25 ליחס בין המחיר החוזי לגובה ההשבה ראו ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ח) 773-763.

26 השוו: *Rover International v. Cannon Films*, [1989] 1 W.L.R. 912, 927-928 (C.A.) (אם כי במקרה זה החוזה נחשב בטל מעיקרו). גישה זו באה לידי ביטוי גם בע"א 4012/90 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, 76-77. האם ניתן להשיג זאת על ידי שילוב בין השבה לפיצויים? האם המוכרת יכולה לטעון כי עקב אייתשלומו של המחיר

השווי בערכו הגבוה יותר, היא משאירה, למעשה, את החוזה על כנו תוך תיקון מחירו.

אנו רואים אפוא כי בניגוד למשפט האנגלי, שבו כפוף הנפגע למחיר החוזי – לחוב גם בתביעת ההשבה, עמדתו של המשפט הישראלי שונה. תרופת ההשבה עשויה להצמיח לנפגע יתרון על פני תרופות האכיפה והפיצויים, יתרון שלא היה לנפגע על פי הדין הקודם. התוצאה היא שבניגוד למשפט האנגלי אין בעניין זה התאמה בין תרופות האכיפה והפיצויים מצד אחד, לתרופת ההשבה, מן הצד השני. עקרון ההתאמה בין התרופות נזנח למען מטרה הנתפסת נשגבת יותר והיא ההגנה שמבקש המשפט הישראלי להעניק לזכות החוזית על ידי כך שהוא נוטל מן המפר תמריצים להפרה.²⁷

אגב הצגתם של שלושה מקרים טיפוסיים נבחן עתה את מעמדה של תביעת החוב במשפט הישראלי, ונתרכז בשאלות הבאות: מה היחסים בין הזכות המהותית לתרופה בכל הנוגע למימוש חוב? היש לתרופה השפעה על התגבשות החוב ועל היקפו? מהו פעלם של שיקולי ההגינות והיעילות בתביעה למימוש חיוב כספי? האם קיים שוני בעניין זה בין המשפט הישראלי למשפט המקובל?

ה. שלושה מקרי מבחן

1. הנפגע קיים את חיובו באופן מלא – המפר קיבל את התמורה הנגרית

בנק נותן הלוואה ללקוח, וזה אינו פורע חובו; יועץ מספק שירותי ייעוץ, ולקוחו, שמתחייב לשלם סכום קבוע עבור שירותים אלה, אינו פורע חובו. הבנק והיועץ תובעים אכיפת החיוב. האם הם זכאים לפירעון החוב בכל הנסיבות? אציג את עמדת הפסיקה הישראלית בעניין זה.

בע"א 254/86 ניניו נ' משכן²⁸ נתן בנק הלוואה לחייב לצורך רכישת משאית. ההלוואה סובסדה על ידי הממשלה במסגרת הסדר הפיצויים הכולל שניתן למפוני חבל ימית. ההלוואה אמורה הייתה לסייע לחייב להקים עסק משלו (יחד עם שותפים) לאחר הפינוי מימית. חוזה ההלוואה קבע, כי אם המשאית לא תועבר לצד שלישי במשך תקופה של שלוש שנים, תהפוך ההלוואה למענק. המשאית נמכרה על ידי שותפו של החייב, ללא אישורו של האחרון, לפני תום התקופה של שלוש השנים. כאשר תבע הבנק את פירעון ההלוואה, טען החייב כי בהתאם להוראת סעיף 4(3) לחוק התרופות, תהיה אכיפת החוזה בנסיבות אלה בלתי צודקת. בית המשפט דחה את הטענה, בקובעו כי רק במקרים נדירים תיחשב אכיפה של חוב כבלתי צודקת. בית המשפט הוסיף כי אילו הייתה האכיפה

החוזי (100) היא הפסידה את ההזדמנות לרכוש נכס אחר במחיר זה, כך שלמעשה הנוק שנגרם לה כולל את תוספת הערך לנכס (20)?

27 שממנה נובעת דחייתה של תורת הפרה היעילה והענקת רווחי הפרה לנפגע. ראו עניין אדרס, לעיל הערה 19.

28 ע"א 254/86 ניניו נ' משכן, פ"ד מב(1) 1.

נרחיית, יכול היה הבנק לפנות לפיצויים ולזכות במלוא סכום החוב. הנזק שנגרם לבנק היה זהה במקרה זה לסכום החוב, ונמצא שלא הייתה כל תועלת ברחייתת של האכיפה.

גישה זו מוצדקת, והיא עולה בקנה אחד עם עקרונות דיני החוזים. הטיעון שהעלה החייב מבוסס בעיקרו על תוכן החוזה. למעשה טענת החייב היא שהמשאית נמכרה עקב טעות שהוא לא גרם לה ואין הוא אחראי לה; לפיכך אין להחשיבו כמי שלא קיים את התנאי החוזי של אי-מכירת המשאית לתקופה של שלוש שנים. זהו טיעון מהותי, אשר לו היה מתקבל, היה חוסם את תביעת הבנק לפירעון ההלוואה. אולם אם אין הטיעון יכול לשנות את תנאיו של החוזה, אין בכוחו לפעול ברמה של התרופות. גם לו היה מוחל כדי למנוע את הענקת האכיפה עקב הפעלת חריג המבוסס על שיקולי צדק.²⁹ בקצרה, רחיית האכיפה לא נועדה לשנות את תוכן החוזה. אם החוב שריר וקיים, זכאי הנושה-הנפגע לקבלו, בין באמצעות האכיפה, בין באמצעות הפיצויים, זאת גם כביטוי להתאמה בין התרופות השונות.

דוגמה נוספת לכך נפסקה בע"א 1894/90 פלאטו שרון נ' אסולין;³⁰ הנושה היה מנהל עסקיו של איש עסקים. הוא תבע גמול בגין שירותיו. לאחר "מריבות קולוניות" ובתיווך צד שלישי הסכימו הצדדים כי איש העסקים ישלם למנהל סכום של 200,000 דולר. איש העסקים סירב לשלם את הסכום, בטענה שהחוזה נכפה עליו באיומים. בית המשפט דחה טענה זו, בקובעו כי האיומים הופעלו לאחר שאיש העסקים סירב לשלם ולא בעת גיבוש החוזה, וככאלה אין להם כל השפעה על תוקפו. לפיכך טען החייב, איש העסקים, כי בשל הפעלת האיומים הללו תהא האכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין, אולם גם טיעון זה נדחה. איום בנוגע לחוב תקף אינו יכול להפוך את אכיפת החוב לבלתי צודקת.

מסתבר אפוא שעמדתם של בתי המשפט, לפחות כפי שהיא מסתמנת מפסקי הדין הנדונים, מפיגה את החשש שהכללת תביעת חוב במסגרת האכיפה תפגע בזכותו של הנושה-הנפגע. אף שהפעלת האכיפה היא בשיקול דעתו של בית המשפט, משקיבל החייב את התמורה הנגדית במלואה, אין כל הצדקה להתערב בחוזה ולפגוע באיזון החוזי ובחלוקת הסיכונים של הצדדים לעסקה.³¹ התערבות

29 אולם שיקולי צדק (מוסר ויעילות) יכולים, בכל זאת, להדור לסעד הפיצויים בהערכת גובה הפיצוי. עקרון הפיצויים מנוסח בס' 10 ו-14 לחוק התרופות כסטנדרט ולא ככלל (להחלת ההבחנה בין סטנדרט לכלל במשפט הישראלי ראו מ' מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 321). בשל כך לבית המשפט מרווח ניכר של שיקול דעת. כך, למשל, הוא רשאי להעניק פיצויים המבוססים על פחיתת ערך ולא על עלות תיקון, וזאת משיקולי צדק. השוו: *Peevyhouse v. Garland Coal & Mining Co.*, 382 P.2d 109 (1963).

30 ע"א 1894/90 פלאטו שרון נ' אסולין, פ"ד מו(4) 822.

31 ברור שאם יש בסיס ממשי לטענה שאי-הקיום החוזי אינו מהווה הפרה, החוזה לא ייאכף. לכן כאשר סרב נושה לקבל פירעון של חוב בשל איחור של יום עקב טעות של החייב, והוא ביקש לאכוף על החייב סכום גבוה יותר, פסק בית המשפט כי אכיפת סעיף זה אינה צודקת. למעשה לא התייחס בית המשפט לאיחור של החייב כאל הפרת חוזה. ראו רע"א 1233/91 גירבי נ' בן-דוד, פ"ד מה(5) 661.

שכזו על ידי בית המשפט עלולה להיות פגיעה חמורה בעקרון היסוד של חופש החוזים. אכן, בית המשפט מפעיל נכונה את שיקול הדעת, בציינו כי סעיף 3(4) לחוק התרופות אינו "בא להתערב בחוזה עצמו וליצור שינויים בתניות באופן שיועברו כספים מכיסו של צד אחד לחוזה אל המתקשר השני".³² האם תחול עמדה זו גם במקרה שבו היה הצד הנפגע מוכן לקיים, אך הצד המפר לא היה מוכן לקבל את קיומו של הנפגע? האם נוצר בכלל חוב במקרה כזה? האם זכאי הנפגע לתביעת חוב? מה השפעה יש לתרופת האכיפה על זכותו?

2. הנפגע מוכן לקיים – המפר לא קיבל את התמורה הנגרדת: האם התגבש החוב?

חוזה למכירת מקרקעין נחתם בין מוכרת לקונה. הקונה אינה משלמת את מחיר הקרקע, ובכך היא מפרה את התחייבותה החוזית. המוכרת מצדה מוכנה לקיים. האם תהיה המוכרת זכאית לאכיפת החוזה? האם יתגבש לזכותה חוב? במשפט הישראלי שבו אכיפה היא סעד ראשוני, התשובה חיובית, והיא אף משקפת את עמדתו של המשפט האנגלי. אמנם שם התרופה של ביצוע בעין שהוענקה במסגרת דיני היושר היא משנית, אולם אחת הקטגוריות המרכזיות שבהן הוענקה התרופה כעניין שבשגרה הייתה זו של חוזה למכירת מקרקעין.³³ במקרה שלנו זכאיות הן המוכרת והן הקונה לאכיפה (ובמשפט האנגלי – לביצוע בעין). אם יצווה בית המשפט על המוכרת להעביר את המקרקעין לקונה, יתגבש לזכותה חוב המגולם במחיר הרכישה.³⁴ אותה תוצאה תושג גם אם הקונה תפר את החוזה, ולא תהיה מוכנה לבצע את חלקה, שהרי בית המשפט יאכוף עליה את החוזה. עם אכיפת החוזה, תעביר המוכרת את הקרקע לקונה, וכך תתגבש זכותה לקבלת מחיר הרכישה. אולם האם יכול להתגבש חוב כאשר המפר אינו מוכן לבצע את חלקו, ובית המשפט אף לא יאכוף עליו את הקיום, למשל, בשל אופיו האישי של החוזה?

2.1 חוזה הוראה

ניטול לרוגמה את המקרה הבא: בין תלמיד לבית ספר נחתם חוזה לתקופה של שנה אחת, שלפיו יעניק בית הספר לתלמיד שירותי הוראה במשך השנה, ובתום השנה ישלם לו התלמיד את שכר ההוראה. התלמיד חזר בו מן החוזה יום לאחר כריתתו. חזרה זו מהווה הפרה צפויה של החוזה. בית הספר אינו "מקבל" את

32 ע"א 11/87 מ"י נ' חירם לנדאו, פ"ד מג(4) 287, 293. לסקירת ההלכה ולניתוחה ראו ר' סנילביץ "האם אכיפת חיוב כספי יכולה להיות בלתי צודקת?" ספר זיכרון לגד מוסקי – מפות במשפט אזרחי (י' אנגלרד ואח' עורכים, תשנ"ו) 563, 571-566.

33 Treitel, *supra* note 17, at pp. 1020-1021.

34 Treitel מסביר את זכאותו של המוכר לביצוע בעין בעקרון ההדדיות: כשם שהקונה זכאי לו, כך גם המוכר; *Ibid.*, at p. 1021. עקרון זה חל בנוגע לחוזה למכירת מיטלטלין. בית המשפט יעניק ביצוע בעין גם למוכר. ראו: *Astro Existo*, *Ibid.*, at p. 1022 n. 64; *Navigation S.A v. Southland Enterprise Co. Ltd.*, [1982] Q.B. 1248 (C.A.).

חזרתו של התלמיד מהחווה, והוא מוכן ללמד את התלמיד כפי שקובע החווה. התלמיד אינו מופיע לשעורים. האם זכאי בית הספר לשכר הלימוד בתום השנה? האם יש לבית הספר בררה של ממש להשאיר את החווה בעיניו? התלמיד הוא הצד המפר, אולם בית הספר לא יהיה זכאי כלפיו לביצוע בעין או לאכיפה.³⁵ זוהי חרירה לחופש הפרט של התלמיד, שאינה עולה בקנה אחד עם ערכי היסוד של השיטה.³⁶ הדבר גם אינו יעיל, שכן בית המשפט לא יוכל לפקח על כך: האם באמת ניתן להכריח את התלמיד ללמוד אם אינו מעוניין בכך? אך בית הספר אינו פונה לבית המשפט כדי שיאכוף על התלמיד השתתפות בשיעור. בית הספר תובע את התלמיד לאכיפת חיוב כספי. טענתו היא כי נוכח העובדה כי היה מוכן ללמד את התלמיד וכי שמר לו מקום בכיתה, זכאי הוא בתום השנה לקבלת שכר הלימוד.

האם אמנם הרוויח בית הספר את התשלום רק על סמך נכונותו ללמד? מהו אופיו של החווה? – האם מדובר בחווה לתשלום שכר לימוד תמורת לימוד בפועל או שמא די בנכונות לעשות כן, אפילו לא התקבל השירות על ידי התלמיד? במילים אחרות, אם מותנה הקיום המלא של החווה בשיתוף פעולה בין הצדדים, מה השפעה יש להיעדר זכאותו של הנפגע לביצוע בעין או לאכיפה על התגבשות החוב שלו הוא טוען?

טרם חקיקת חוקי החוזים ובעקבות עקרונותיו של המשפט המקובל, קבעה הפסיקה הישראלית כי בנסיבות אלה לא די בכך שבית הספר מוכן ללמד כדי להביא לגיבושו של החוב. התרופה היחידה העומדת לבית הספר במקרה זה היא פיצויים.³⁷ אלה מחייבים, כמובן, את בית הספר בנטל של הקטנת הנזק.³⁸ מנקודת מבט מהותית עולה מההלכה בעניין טבניקום כי נכונות לקיים את החווה אינה שקולה לקיום חווה המגבש חוב. מנקודת מבט תרופתית עולה כי כאשר מדובר בחווה שאינה אכיף, בררת הביטול או הקיום שנתונה עקרונית לנפגע עוברת למעשה למפר.³⁹ עם ההפרה כופה המפר על הנפגע את ביטול החווה. תרופתו של הנפגע היא פיצויים, ומוטל עליו להקטין את נזקו. עניין זה מתקשר ליחס בין הפרה צפויה לנטל של הקטנת הנזק. מההלכה האמורה עולה שהנטל להקטין את הנזק חל על הנפגע עם ההפרה הצפויה. האם השתנתה ההלכה עם חוק התרופות? לפי סעיף 17 לחוק התרופות, העוסק בהפרה

35 אנו עוסקים בשאלה אם ניתן לאכוף על התלמיד את החווה, אולם שאלה היא אם ניתן לאכוף את החווה על בית הספר. השוו לנטייה המודרנית ליתן אכיפה נגד המעביד (אך לא נגד העובד): ראו להלן הטקסט הנלווה להערות 47–51.

36 הדבר עלול להיחשב כפגיעה בכבוד האדם, ערך המוגן על ידי חוקיסור: כבוד האדם וחירותו.

37 עניין טבניקום, לעיל הערה 5.

38 הדבר מעלה את הבעיה של אברן הערך (Lost Volume): העובדה שתלמיד אחר התקבל לכיתה, אין פירושה בהכרח שהנזק הוקטן. הדבר מותנה בקיבולת הכיתות. רק אם יוכח כי התלמיד המסוים שהתקבל שימש תחליף לתלמיד המפר, יכול הדבר להיחשב כהקטנת הנזק: E.A. Farnsworth *Contracts* (Aspen, 4th ed., 2004) 786–787.

39 לעבודה החלוצית בהקשר זה ראו ד' פרידמן "על היחס בין ברירת הביטול לסעד של אכיפת חווה" קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה – החקיקה האזרחית החדשה (ש' שטרית עורך, תשל"ו) 87.

צפויה, רשאי הנפגע להתעלם מן ההפרה הצפויה, להמתין למועד קיומו של החוזה, ורק אז לבחור את דרך הפעולה הרצויה. מכאן נובע, שאם בחר הנפגע להשאיר את החוזה בעינו, אין הוא כפוף לנטל של הקטנת הנזק אלא מיום ההפרה הממשי,⁴⁰ ובמקרה זה שבו מחויב התלמיד להעביר את שכר הלימוד לבית הספר.

אולם נראה כי אותם עקרונות שגובשו בפסיקה לפני חקיקת חוקי החוזים ימשיכו לחול גם כיום. אם כבר ביום ההפרה הצפויה סיכויי של הנפגע לזכות באכיפה כלפי המפר הם קלושים, כמו במקרה שלנו, הרי שעקב ההפרה ייחשב החוזה כאילו בוטל למעשה, ועל הנפגע הנטל להקטין את נזקיו החל מיום ההפרה הצפויה. משמעות הדבר היא כי בית הספר לא יוכל לגבש את החוב הנובע משכר הלימוד; הוא צריך לראות את החוזה כאילו התבטל ולפעול להקטנת הנזק לצורך תביעת הפיצויים.⁴¹

2.2 חוזה עבודה

השאלה אם יכול חוב להתגבש רק עקב העובדה שהצד הנפגע מוכן ומוזמן למלא את חלקו הועלתה לעתים קרובות בנוגע לחוזה עבודה. השינוי החברתי-משפטי שהתחולל בסוג זה של חוזים משתקף בבירור גם בהקשר הדברים שלנו. נבחן את הדוגמה הבאה: בין עובדת למעביד נחתם חוזה עבודה לתקופה של חמש שנים. לאחר חודש אחד וללא עילה מוצדקת מבקש המעביד לסיים את החוזה. העובדת אינה שועה לרצונו של המעביד להביא את החוזה לסימו, והיא עומדת על מימוש זכותה החוזית. היא ממשיכה לבוא מדי יום לעבודה אף ששום משימה אינה מוטלת עליה. כאשר המעביד אינו מאפשר לה להיכנס למקום העבודה, היא יושבת וממתינה בכניסה למקום העבודה. כך חלפו חמש שנים, והעובדת מגישה תביעה לקבלת המשכורות המצטברות שלה. היא טוענת כי די בהיותה מוכנה ומוזמנת לעבוד כדי שתזכה במשכורת לכל התקופה. הטיעון דומה לזה שהועלה בעניין החוזה בין התלמיד לבית הספר: כאשר הקיום החוזי תלוי בשיתוף פעולה בין שני הצדדים לחוזה, החוב שלו זכאי הנפגע מתגבש כאשר הלה מוכן ומוזמן לבצע. מטיעון זה עולה כי תביעת החוב מתגבשת מאליה ללא כל שיקול דעת ובלי שניתן להורים לתוכה שיקולי צדק הכרוכים בהקטנת נזק.

40 בע"א 195/85 בנק איגוד לישראל נ' סוראקי, פ"ד מב(4) 811, נקבע כי נפגע מהפרה צפויה הבוחר להמתין לקיום החוזה אינו חייב בהקטנת נזקו. אולם באותו מקרה דובר על המתנה של יום בעסקה שניתן לאוכפה וקשה להסיק מפסק דין זה הלכה למקרים אחרים. יצוין שבטיטוט החוק לא חל שינוי של ממש בהסדר לגבי ההפרה הצפויה: ס' 572 לטיטוט החוק.

41 לחלופין, אם יבחר להשאיר את החוזה פתוח, ועם תום התקופה יתבע את שכר הלימוד, הוא עשוי להתקל בטענה שהאכיפה היא כלתי צודקת, ובתביעת הפיצויים שתעמוד לרשותו, יהיה כפוף לנטל של הקטנת הנזק. אפשרות נוספת היא שבית המשפט יקבע שהאכיפה אינה צודקת חלקית: החוב אמנם התגבש, אך לא יהיה זה צודק לאכוף על המפר-התלמיד את מלוא שכר הלימוד, וזאת מהטעם שבית הספר לא עשה די להקטנת נזקו. הצדק באכיפתו של חיוב כספי יכלול במקרה זה שיקול של הקטנת הנזק. השוו ע"א 3437/93 אגד נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817 (להלן: עניין אגד), ולהלן הטקסט הנלווה להערה 45.

האם התקבל טיעון זה על ידי המשפט המקובל? ומה עמדתו של המשפט הישראלי? ובכלל, כיצד ניתן לאפיין את חוזה העבודה: האם מדובר בחוזה למתן שירותים תמורת שכר או שמא בחוזה לשכר תמורת נכונות לעבוד, אפילו לא הוענק בפועל השירות למעביד?

כללי המשפט המקובל במקרה זה דומים לאלה שהוחלו על חוזה ההוראה: אם פוטרה העובדת, אפילו היו פיטוריה שלא כדין, לא התגבש חוב. התרופה היחידה העומדת לרשותה במקרה זה היא פיצויים.⁴² הסיבה לכך היא זו: הואיל והחוזה הוא לשירות אישי, ובית המשפט לא ייתן צו לביצוע בעין נגד מעביד שהפר את החוזה, אין לעובדת בררה אמיתית לבחור בהמשך קיומו של החוזה. לפי גרסה אחת, חוזה העבודה מסתיים מיד עם הודעת הביטול של המעביד.⁴³ לפי גרסה אחרת, עומד לרשות העובדת פרק זמן מסוים, שבמסגרתו תוכל לשכנע את המעביד לשנות את דעתו, כלומר לבטל את סיום החוזה ולחזור ולהמשיך לקיימו. אם המעביד אינו מסכים לכך, יבוא החוזה לידי סיום.

לפי שתי הגרסאות, חוזה העבודה הוא חוזה למתן שירותים תמורת שכר ולא חוזה לשכר תמורת נכונותו של העובד לעבוד (בדומה לפרשנותו של חוזה ההוראה). לכן בעקבות ביטול החוזה על ידי המעביד, יסתיים החוזה לאלתר או לאחר זמן מה. מכאן שבגין נכונותה של העובדת לעבוד לא נוצר כל חוב, העובדת אינה זכאית לשכר העבודה שלה, והתרופה היחידה העומדת לרשותה היא פיצויים. במסגרת זו מוטל על העובדת הנטל להקטין את נזקיה. ספק אם המתנה של חמש שנים מול שעריו של המעביד עולה בקנה אחד עם נטל זה. התוצאה המסתברת היא שהנפגעת תפוצה במקרה זה רק על חלק מהנזק שנגרם לה.

עמדה זו מעניקה למפר את האפשרות לבחור באופן מעשי בין ביטול החוזה לבין אכיפתו (בדומה לחוזה ההוראה). היא אינה עולה בקנה אחד עם העיקרון שלפיו עומדת לנפגע הזכות לבחור את התרופה הנראית לו. היא מעניקה למפר "זכות" ליהנות מפרי עוולתו, אך מצד שני, האם יהיה זה מעשי להשאיר את החוזה בעינו בנסיבות שבהן אין הנפגע זכאי לאכיפה?⁴⁴

העמדה שלפיה עומדת למפר הבררה המעשית בין ביטול החוזה לאכיפתו התקבלה בעיקרה בפסיקה הישראלית גם לאחר חקיקתו של חוק התרופות, אף שלפי סעיף 2 לחוק התרופות בררת התרופות היא לנפגע. הניתוח המשפטי של הפסיקה לא היה אחיד – חלק מפסקי הדין קבעו כי עם הפיטורין הבלתי חוקיים ונוכח העובדה שהחוזה אינו אכיף, חוזה העבודה מתבטל מאליו. במקרה זה החוב

Decro-Wall International SA v. Practitioners in Marketing, [1971] 2 All 42
 42
 E.R. 216; Treitel, *supra* note 17 at p. 845
 מעיר כי פיטורים בלתי
 מוצדקים אינם מהווים כרגיל הפרת חוזה. *Ibid.*, at p. 1029. ראו השוואה בין חוזה עבודה
 לחוזה הוראה בעניין טבניקוב, לעיל הערה 5, בע' 689-690.

לורד Reid בפסק הדין [1963] 2 W.L.R. 935, 940: *Ridge v. Baldwin*; "לא יכול
 43
 להיות ביצוע בעין של חוזה למתן שירות והאדון יכול לבטל את החוזה עם משרתו בכל זמן
 ובגין כל סיבה או ללא כל סיבה. אולם אם הוא עושה זאת באופן שאינו קבוע בחוזה, הוא
 חייב לשלם פיצויים בגין הפרת חוזה" (תרגום שלי – נ.כ.).

44
 416-428 (Portland, 4th ed., 2005).
 Deakin & Morris *Labour Law* וראו: בסוגיה זו ראו:

אינו מתגבש, שכן העובר מאבד את זכותו להציע קיומו. תרופתו של העובר תהיה פיצויים, והוא יהיה כפוף לנטל של הקטנת הנזק. מפסקי דין אחרים עולה שחווה העבודה ממשיך להתקיים. העובר רשאי להמשיך להציע את הקיום למעבידו (ובכך לגבש את חובו של המעביד כלפיו), אך אם יסתבר כי העובר ישב למעשה בחיבוק ידיים, ולא עשה להקטנת נזקו, תהיה אכיפתו (המלאה או החלקית) של החיוב הכספי לקבלת שכר בלתי צודקת.⁴⁵ הצדק באכיפתו של חיוב כספי יכול לומר במקרה זה שיקול של הקטנת הנזק.

ניתן להעלות את השאלה מדוע במקרה של החווה בין בית הספר לתלמיד ניתק הקשר מיד עם ההפרה, ואילו בחווה העבודה יש המוכנים לראות את הקשר בין העובר למעביד נמשך. תשובה אחת יכולה להתבסס על כך שעניין החווה להוראה נדון קודם לחוק התרופות, כאשר סעד הביצוע בעין היה משני, וכיום תרופת האכיפה היא ראשונית. תשובה אחרת, פורמלית פחות, נעוצה בהגנה החברתית שמבקש המשפט להעניק לעובר. בחווה הוראה, שמן הסתם מהווה חווה אחיד שבו הנפגע – בית ספר – נחשב לצד החזק, הגנה חברתית כזו אינה חיונית. המקרה להלן, שנדון בפסיקה הישראלית לאחר חוק התרופות, הוא דוגמה אופיינית: חבר באגודה שיתופית לתחבורה, אשר שימש כנהג, לא יכול היה למלא את תפקידו עקב פציעתו במלחמה. במשך כשש-עשרה שנים הוא סירב לבצע משימות אחרות שהוטלו עליו. חברי האגודה החליטו להוציאו מהאגודה. החבר טען כי הוצאתו נעשתה שלא כדין, והוא תבע את משכורתיו למשך התקופה כולה. בית המשפט פסק כי אף על פי שהחלטה להוציאו מהאגודה אכן לא הייתה כדין, הענקת צו אכיפה, שיחייב את האגודה לשלם לו את מלוא שכרו, תהא בלתי צודקת. הרבר נובע מהתנהגותו של החבר, אשר ללא סיבה טובה, סירב לבצע כל מטלה אחרת. במילים אחרות, חוסר הצדק שבהענקת האכיפה נובע מהעובדה שהחבר לא פעל להקטנת נזקו. בפועל נקבע שהתרופה היחידה שתעמוד לזכותו היא פיצויים, אך לגביהם היה עליו להקטין את נזקו. בשל כך נפסק לו תשלום של חלק מהמשכורות.⁴⁶

ראינו שהשאלה אם התגבש חוב, קשורה קשר אמיץ לשאלה אם זכאי הנפגע לאכיפת החווה. על פי כללי המשפט המקובל, כמו גם על פי הכללים הנובעים מחוק התרופות, הכלל שאין לאכוף חוזה עבודה, מקורו ברצון להבטיח את חירותו האישית של העובר, ולשחררו ממקום עבודה בלתי רצוי. כלל זה גובש לאחר תקופה של מאות שנים, שבה נחשב העובר מעין קניינו של המעביד. התפיסה החדשה של יחסי העבודה עיגנה את חירותו של העובד-המפר בכלל של אחריות שיטיל עליו פיצויים במקרה שיפר את החווה, במקום בכלל של קניין שיעניק למעביד ביצוע בעין או אכיפה כלפי העובר.⁴⁷ אולם בעשורים האחרונים עבר

45 לסקירה מקפת ראו ר' בני-ישראל "פיטורים שלא כדין – תקפותם ונפקותם" עיוני משפט ז (תש"ם) 345.

46 עניין אנדר, לעיל הערה 41.

47 Calabresi & Melamed, *supra* note 15; על פי נוסחו של ס' 2(3) לחוק התרופות – "כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית" – שלילתו של סעד האכיפה חלה הן כאשר העובר הוא המפר והן כאשר המעביד הוא המפר, אולם ברור שבראש ובראשונה נועד הסעיף להגן על חירותו של העובר.

חוזה העבודה שינויים דרמטיים, ולכך השלכות הן על תרופת האכיפה והן על השאלה אם יכול בנסיבות אלה להתגבש חוב כספי לטובת העובד.

מקומות עבודה רבים אינם נושאים בימינו חותם אישי, ואכיפת חוזה עבודה, כאשר העובד הוא הנפגע, אינה כרוכה בפגיעה בחירותו האישית של המעביד. הדבר בא לידי ביטוי במשפט המקובל עצמו,⁴⁸ כמו גם בחקיקה ובפסיקה באירופה ובארצות-הברית. המשפט האמריקני מאפשר לעובד שפוטר שלא כדין לשוב למקום עבודתו ולקבל את המשכורות שלא שולמו לו.⁴⁹ החקיקה האנגלית⁵⁰ מסמיכה אף היא את בית המשפט להעניק לעובד-הנפגע תרופה של ביצוע בעין ותשלום משכורות, כגין התקופה שבה לא עבד בעקבות ביטול החוזה שלא כדין על ידי המעביד-המפר.

גם המשפט הישראלי הולך בכיוון זה. במקרים מסוימים הוא מאפשר הענקתה של אכיפה בהתעלם מהחריג של חוזה לשירות אישי. המקרה הבולט שבו ניתן להעניק צו אכיפה לטובת עובד הוא כאשר עילתה של ההפרה היא באפליה שלא כדין.⁵¹ מקרה אחר הוא כאשר הפיטורים שלא כדין נחשבים גם להפרת הסכם קיבוצי. במקרה זה אם מצטרף ארגון העובדים לתביעה, יכול העובד להיות מוחזר לעבודתו.⁵² אבל הנכונות להוצאתו של צו אכיפה רחבה הרבה יותר. עקרונית ניתן להחילה בכל מקרה שבו מדובר במפעל שבו מועסקים עובדים רבים. במקרה כזה אם אין לעובד תפקיד הנהלה, אם אין לו קשר ישיר עם ההנהלה או עם הבעלים, או אם תפקידו אינו דורש מידה מיוחדת של אמון אישי, אין לראות בו מבצע עבודה אישית, וניתן יהיה להוציא צו אכיפה נגד מעבידו, אם פיטר אותו שלא כדין.⁵³

48 המשפט המקובל מעניק צו שימנע ממעביד לבצע פיטורים שלא כדין. נוסף על כך זכאי העובד שפוטר שלא כדין ממשרה ציבורית לחזור למקום עבודתו: *Ridge v. Baldwin*, [1964] A.C. 40. לסקירה כללית בנושא ראו: Deakin & Morris, *supra* note 44, at pp. 435-443. בית הדין לעבודה בישראל הסתמך, בין היתר, על פסק הדין *Hill v. CA*, [1971] 3 W.L.R. 995, *Parsons Ltd.*, כדי להקנות לבית הדין סמכות לאכוף חוזה עבודה, אולם בית המשפט העליון דחה גישה זו: בג"ץ 254/73 צריי חברה פרמצבטיית וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 385-386 (להלן: עניין צריי או הלכת צריי).

49 *ABF Freight System Inc v. NLRB*, 510 U.S. 317 (1994).
50 Employment Rights Act, 1996, Ch II, §§ 113-117, שלפיו לטריבוניל יש גם כוח לצוות על הצבה מחדש או על העסקה מחדש של העובד המפוטר. לפירוט ראו: Deakin & Morris, *supra* note 44, at pp. 443-569.

51 ס' 2(10) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988 קובע כי על אף הוראות ס' 2(3) לחוק התרופות, אשר שולל את האכיפה במקרה של חוזה לשירות אישי, רשאי בית המשפט להעניקה, אם ראה שהענקת פיצויים בלבד תהא בלתי צודקת.

52 ראו עניין צריי, לעיל הערה 48 וכן בג"ץ 5105/95 מודונברישוילי נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, פ"ד נב(1) 459. לסקירה כללית: ר' בן-ישראל דיני עבודה (ט' צורף עורכת, 2002, כרך ב) 682-709.

53 דב"ע נו/3-209 מופעלי תחנות בע"מ - יניב, פד"ע לג 289. ניתן לסבור שבכך מתעלם בית הדין מהלכת צריי, לעיל הערה 48, כפי שנפסקה בבית המשפט העליון, והוא מחייה את הלכת בית הדין לעבודה באותו מקרה (לעיל הערה 48). אולם הרקע לפיטורים באותו מקרה היה פעילות העובדים לארגון חבריהם. בעס"ק 1008/00 הורן את ליבוביץ בע"מ -

כאשר ניתן צו לאכיפתו של חוזה העבודה, מתגבש חוב. אם העובד מחוזר לעבודתו, הוא זכאי לכל הזכויות הנובעות מחוזה העבודה, לרבות המשכורות שלא שולמו לו. שהרי אם העובד מגשים את זכותו לשמור את החוזה בעינו, אין הוא חייב למצוא עבודה חלופית, והוא מרוויח כדין את זכותו לשכר העבודה ולזכויות האחרות הנובעות מן החוזה.⁵⁴

התפתחויות אלה אינן עולות בקנה אחד עם תפיסתו של המשפט המקובל, שדחה את זכותו של העובד לשכרו אם הוא מוכן ומזומן לבצע את עבודתו. עם זאת, הלכה למעשה, החזרתו של עובד שפוטר לעבודתו "מתבצעת רק בחלק קטן מאד של [...] המקרים" (תרגום שלי – נ.כ.),⁵⁵ ובמרבית המקרים חל עדיין הכלל הקודם.

לסיכום: מה מלמדת ההשוואה בין המשפט האנגלי לישראלי במקרים שבהם הנפגע מוכן ומזומן לקיים את חלקו בחוזה? אם יקבע בית המשפט באנגליה כי יתגבש חוב, לכאורה, עליו לזכות את הנפגע מידית במלוא החוב, גם בנסיבות שבהן, אולי, לא יהיה זה צודק לעשות כן.⁵⁶ בית המשפט עוקף את הבעיה על ידי כך שהוא מתרכז בשאלה אם התגבש חוב ועונה על כך בשלילה. חוב אינו מתגבש כשהמפר (התלמיד, המעביד) אינו מקבל בפועל מהנפגע (בית הספר, העובד) את התמורה (שירותי ההוראה, העבודה) שבגינה אמור להשתלם החוב (שכר הלימוד, שכר העבודה). באין חוב מגובש, לא תוכל לעמוד לזכות הנפגע תביעת חוב. הנפגע מופנה לתביעת פיצויים, ובמסגרתה עליו לעמוד בנטל של הקטנת הנזק. עמדה זו אומצה בפסיקה הישראלית לגבי שירותי ההוראה,⁵⁷ אולם בכל הנוגע לחוזה עבודה, לא פיתחה הפסיקה הישראלית הלכה ברורה בשאלה אם בכלל התגבש החוב. בית המשפט יכול להניח, ללא חשש, כי החוב התגבש גם כאשר הנפגע רק מוכן ומזומן לקיים, אך הדבר לא יזכה אותו באופן מידתי באכיפת חובו, שהרי לבית המשפט הישראלי שיקול דעת לקבוע שאכיפתו של החוב אינה צודקת.

הסתדרות העובדים הכללית החדשה, פד"ע לה 145, בוטלו פיסורין שנעשו במטרה להכשיל ניסיון התאגדות של עובדים מהטעם שכל תרופה אחרת תהפוך את הפרת זכותו החוקתית של העובד למשתלמת. ראו גם ס' 33 ו-333א לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, שלפיו ניתן לאכוף יחסי עובד-מעביד אם הפגיעה בזכות העובד נבעה מפעילותו להתארגנות מקום העבודה. בע"ע 300178/98 ביבס – שופרסל, פד"ע לו 481, נאמר, באמרת אגב אמנם, שניתן יהיה להורות על השבתו לעבודה של עובד שפוטר שלא כדין גם במגזר הפרטי, אם כי הדבר ייעשה במקרים נדירים.

54 אולם אם מצא העובד חלופה תעסוקתית, משכורותיו מהעבודה השנייה ינוכו מהמשכורות שתבע: רב"ע מז/154-3 מדמוני – המועצה המקומית נתיבות, פד"ע כ 144. כמו כן, יכולים להיות מקרים שבהם גם אם החוזה ממשיך להתקיים, יהיה, בכל זאת, כפוף העובד לנטל הקטנת הנזק: עניין אגד, לעיל הערה 41, והטקסט הנלווה להערה 46. לדיון מפורט בנושא של פיסורי עובד מההיבט המהותי ולא התרופתי ראו ג' מונדלק "איפיון ההסדרה המשפטית לגבי פיסורי עובד – מברירת מחדל חווית ההסדרה קוגנטית, ומה שביניהם" עיוני משפט כב (תש"ס) 819.

55 *Johnson v. Unisys Ltd.*, [2003] 1 A.C. 518 (H.L.) pp. 549-550 (Lord Millet).

56 בהמשך נראה כי כללי המשפט המקובל התפתחו להכיל שיקול דעת: להלן הטקסט הנלווה להערות 58-61.

57 הלכת טבניקוב, לעיל הערה 5.

זאת ועוד: השינוי באופיו של חוזה העבודה, המתבטא בהחלשת אופיו האישי, עשוי להביא לחיזוק זכותו של העובד. הואיל ויש נסיבות שבהן העובד, הצד הנפגע, זכאי לאכיפה (או לביצוע בעין) של החוזה עצמו, החוזה ימשיך לעמוד בעינו, והעובד יוכל לתבוע שכרו גם עבור התקופה שבה היה רק מוכן ומזומן לעבוד.

3. הנפגע קיים את חיובו באופן מלא – המפר קיבל שלא מרצונו את התמורה הנגרית

הצבעתי על הקשיים המיוחדים המתעוררים כאשר החוזה מתבטל שלא כדין על ידי הצד המפר, והנפגע אינו יכול למלא את חלקו ללא שיתוף פעולה עם המפר. השאלה היא אם יכול החוזה להמשיך לתפקד במקרה זה ללא התערבותו של בית המשפט, בעיקר כאשר מדובר בחוזה לשירות אישי או במקרים אחרים שבהם האכיפה אינה זמינה.

נראה כי הדברים שונים כאשר הנפגע יכול לבצע את חלקו בחוזה ללא שיתוף פעולה עם המפר. במקרים אלה מועבר הקיום למפר, הוא מקבל את חלקו על פי החוזה, ותביעת החוב מתגבשת מיד. אף על פי כן, מצב זה מעורר תהייה. אם מתברר שלמפר אין כל צורך בקיום שהוא אמור לקבל מהצד השני, האם מוצדק בכל מקרה לחייב אותו לקבלו ולשלם עבורו? האם יהיה זה מוצדק מצד הנפגע להתעלם משינוי בצרכיו של המפר?

עם בעיה זו התמודד בית הלורדים בעניין *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*⁵⁸. באותו מקרה נערך חוזה לפרסום עסק של מוסך לתקופה של שלוש שנים. מודעות הפרסום היו אמורות להיתלות על פחי האשפה בתחום הרשות המקומית הרלוונטית. המוסך חזר בו מהחוזה ביום שבו נחתם. אף על פי כן עמד המפרסם על המשך קיומו של החוזה, והוא פרסם את המודעות במשך התקופה החוזית של שלוש השנים, ולאחר מכן תבע את הסכום המוסכם. בית הלורדים קיבל ברוב דעות את התביעה. בית המשפט התמקד בזכותו של הצד הנפגע להחליט אם להשאיר את החוזה בעינו. התכחשות לחוזה על ידי המפר אינה, כשלעצמה, מביאה אותו לידי סיום, אם מחליט הנפגע להותירו בחיים וניתן לקיים אותו. אם אכן מקיים הנפגע את חלקו, קמה לו תביעת חוב; תביעה זו, שכזכור במשפט האנגלי היא עצמאית ונפרדת, הן מביצוע בעין והן מפיצויים, אינה כפופה באופן היסטורי לחריג כלשהו או לנטל של הקטנת הנוק, ואינטרס הקיום של הצד הנפגע מוכר במסגרתה במלואו.

אלא שעניין *White* עורר קושי והעלה את השאלה אם לא נכון בכל זאת להכפיף את תביעת החוב לחריגים כלשהם. הרי לנפגע אפשרות לבחור בקיום

58 *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor*, [1962] A.C. 413 (להלן: עניין *White* או *White case*). פסק הדין נדון בהרחבה בעניין טכניקום, לעיל הערה 5, תוך אבחונה מחוזה ההוראה שנדון שם. להערות על פסק הדין ראו: Measure of Damages when a Contract is Repudiated" 78 *Law Q. Rev.* (1962) 263; P. Nienaber "The Effects of Anticipatory Repudiation: Principles and Policy" *Cambridge L.J.* (1962) 213.

החווה או בביטולו. אם מבחינתו חר הוא אם יקיים במלואו את החווה (שאו יהיה זכאי לאכיפת שכרו), או שיחסוך בעלויות הקיום (ואז יזכה בפיצוי בשל אבדן הרווח), כי אז ראוי שלא יקיים. רק, כפי שציין הלורד Reid באותו מקרה, אם לנפגע אינטרס לגיטימי בקיום חווה,⁵⁹ הוא יהיה זכאי לסכום המוסכם. "אינטרס לגיטימי" משמעו כי "לצד החף מאשמה עילות סבירות המצדיקות את המשך קיומו של החווה, תוך התחשבות באינטרס של המפר" (תרגום שלי – נ.כ.).⁶⁰ מבחן האינטרס הלגיטימי מבקש להקנות לבית המשפט האנגלי שיקול דעת בהפעלת תביעת החוב. אם אין לנפגע אינטרס כזה, הוא עשוי לאבד זכותו לתביעת החוב, והוא יופנה לתביעת פיצויים. בתביעה זו הוא יהיה כפוף לנטל של הקטנת הנזק, והוא יהיה זכאי אך ורק לאבדן הרווחים ולא בנוסף לכך גם לעלויות הקיום.

המפרסם בעניין *White* היה זכאי לחוב במלואו. מקרים אחרים שבהם היה לנפגע אינטרס לגיטימי לקיים, שיזכה במלוא החוב, הם אלה: אי-הקיום עשוי להביא לפגיעה במוניטין שלו; אי-הקיום יפגע בחוזים עם צדדים שלישיים שבמסגרת עסקיו חייב הנפגע לכבד; כאשר הנפגע לא יזכה לפיצוי על חלק מהנזק שייגרם לו, בהיותו רחוק מדי.⁶¹ במקרים אחרים, שבהם לא ניתן להצביע על אינטרס לגיטימי של הנפגע בכפיית הקיום על מפר, הוא יהא זכאי אך ורק לפיצויים, והוא יהיה כפוף לנטל של הקטנת הנזק. במילים אחרות, גם במשפט האנגלי, אפילו כאשר החוב נוצר והתגבש, עלולות להיות נסיבות שבהן תביעת החוב תהא כפופה לעקרון הקטנת הנזק.

מבנה התרופות במשפט הישראלי מקל על בית המשפט בטיפול בבעיית הקיום הנגדי שהתקבל שלא מרצון על ידי המפר. תביעת החוב נכללת בגדר האכיפה. שיקול הדעת של בית המשפט מובנה בתוך תרופה זו. בית משפט ישראלי יכול להחליט שכאשר לא היה לנפגע אינטרס לגיטימי בקיום ההסכם, תהא הענקת מלוא הסכום בלתי צודקת. במקרה כזה נשללת, למעשה, מהנפגע ברתת הקיום, והוא יזכה רק באכיפה חלקית של חובו, כלומר בחלק מהסכום. טכניקה כזו מחדירה לתוך האכיפה שיקולים של הקטנת הנזק, אפילו אין הם נזכרים שם ככאלה. אפשרות אחרת היא שבית המשפט הישראלי יקבע כי האכיפה במקרה זה אינה צודקת כלל, ולכן תישלל מיניה וביה, והצד הנפגע יופנה היישר לפיצויים הכוללים כמרכיב מפורש שלהם את הנטל של הקטנת הנזק.⁶²

⁵⁹ *White case*, *supra* note 58, at pp. 413, 431
⁶⁰ *Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co.*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 132, 139
 ההלכה נהפכה מטעם אחר ב- *Stocznia Gdanska SA v. Latvian Shipping Co.*, [1998] 1 W.L.R. 574
⁶¹ *Treitel*, *supra* note 17, at pp. 1016-1017
⁶² כאשר אין לנפגע אינטרס לגיטימי, עוברת, כאמור, ברתת הקיום למפר, ובמקרה של הפרה צפויה נשללת אף זכותו להמתין עד ליום ההפרה הממשית. עליו להקטין את נזקיו החל מיום ההפרה הצפויה. ראו לעיל הטקסט הנלווה להערות 40-41.

ו. החוב והתרופה – חופש החוזה, הגינות, יעילות

בהגנה על החוב גלומים שיקולים שמקורם בטבעה ובהיקפה של הזכות החוזית. שני סוגים שונים של שיקולים עולים בשתי תבניות עובדתיות. הראשון, כאשר הקיום ניתן למפר לפני שאירעה ההפרה; השני, כאשר ההפרה צפויה והמפר מתנער מהחובה לפני שהנפגע ביצע את חלקו במלואו.

התבנית הראשונה מעלה שאלות הנוטעות בעקרון חופש החוזה. אם התקשרו הצדדים מרצונם החופשי בחוזה ולא אירעו אירועים מסכלים מאוחרים שיכשילו את החוזה, אין סיבה שלא לאכוף את החוזה בהתאם לתנאיו המקוריים.⁶³ אם העניק הצד הנפגע למפר את הקיום לפני ההפרה, אין מקום לשיקולים של הקטנת הנזק; כיצד יכול הנפגע להקטין את הנזק אם תפקידו כמבצע הסתיים ופירות הקיום הם בידיו של המפר? התביעה הנוקשה של חוב, המושרשת בתודעה של חופש החוזה, חלה במלוא היקפה במצב זה. הנפגע זכאי לחוב כולו ולהגנה חזקה. אכן, אין כל טעם בהחזרת שיקול דעת לתביעתו של הנפגע בנסיבות כאלה. עמדתו של המשפט הישראלי הכוללת את תביעת החוב במסגרת האכיפה, תרופה המצויה בשיקול דעתו של בית המשפט, מפחיתה מעצמתה של תביעת החוב, וכעיקרון, אין היא מתאימה לתבנית עובדתית זו.

התבנית העובדתית השנייה שבה ההפרה צפויה, יוצרת עימות חזיתי בין האינטרס של הנפגע העומד על הקיום החוזי לבין האינטרס של המפר להשתחרר מעסקה, מחייבת אמנם, אך בלתי רצויה. בהקשר זה עולה השאלה אם התגבש בכלל חוב לטובתו של הנפגע. תרופת האכיפה ממלאת תפקיד מרכזי בעניין זה. הואיל וההפרה צפויה, יש לנפגע אפשרות להחליט אם להשאיר את החוזה בתוקף או לבטלו. אפשרות זו נסדקת, כאשר הקיום, המביא להתגבשות החוב, אינו נאכף כלפי המפר. יתרה מכך, אפילו ניתן החוזה לקיום ללא סיועו של בית המשפט, מצופה מהנפגע להימנע מכך, כאשר הנזק שייגרם למפר מהקיום יעלה על ההפסד שייגרם לנפגע בשל אי-הקיום.

במילים אחרות, שיקולים של הקטנת הנזק, אשר משקפים הגינות ויעילות, עשויים להביא את הנפגע, בטרם מעשה, לוותר על זכותו לגיבוש החוב (באמצעות קיום עצמי). לאחר מעשה, אם הוא בכל זאת קיים, עשויה אכיפתו של החוב לטובתו להיחשב בלתי צודקת. במקרה כזה עשויה האכיפה להישלל באופן

63 האם נכון לשלול בכל מקרה את שיקול הדעת בגדר התבנית העובדתית הראשונה? הבה נבחן את המקרה הבא: הנפגע התחייב לספק נכס שמחירו קבוע בחוזה בתוספת מנגנון הצמדה. הנפגע קיים את חלקו (ללא התנגדות המפר) והוא תובע את המחיר החוזי. עקב שינוי מפליג בערכו של הכסף (לאחר כריתת החוזה) מעניק מנגנון הצמדה לנפגע סכום גבוה בהרבה מערך השוק של הקיום החוזי. האם לא ראוי לאפשר לבית המשפט להשתמש בשיקול דעתו ולהורות על אכיפה חלקית? המקרה נוגע בדוקטרינה של סיכול חוזה, וייתכן שמיקומו הראוי הוא במסגרת זו, והשלכותיו הן על כלל התרופות, לרבות פיצויים. לסוגיה של סיכול חוזה אגב שינוי בכוח הקנייה של הכסף ראו ב' מדינה "סיכול חוזה" חזויים (ד' פרידמן ונ' כהן עורכים, כרך ג, תשס"ד) 411, 425-433. המקרה האמור כרוך בסוגיה הכללית של שיקול דעתו של בית המשפט בהצמדת החיוב לאור שינוי בכוח הקנייה של הכסף, שבה לא דנת.

חלקי או מלא, שאז יופנה הנפגע לתרופת הפיצויים. הכללת תביעת החוב במסגרת האכיפה, שהיא תרופה שבשיקול דעת, מובילה בתבנית עובדתית זו לתוצאה הרצויה.⁶⁴

אמנם הפסיקה שדנה בתבנית העובדתית הראשונה העניקה לצד הנפגע את תרופת האכיפה כעניין שבזכות,⁶⁵ ובכך הפעילה שיקולים נכונים. עם זאת, צוין בה באמרות אגב כי ייתכן שיהיו מקרים שבהם עשויה הטענה בדבר אי-צדקת האכיפה להתקבל. כך נוצר ערפל בשאלה מתי עשויה להיות אכיפתו של פירעון חוב כספי כפופה לסייג של צדקת האכיפה. מכאן השיבותה של ההבחנה בין שתי התבניות העובדתיות הללו, המבהירה את אופן ההפעלה הרצוי של שיקול הדעת בעניין זה.

ז. החוב והתרופה – התיקון בטיטת הקודקס האזרחי

ההבחנה בין שתי התבניות העובדתיות משקפת את עמדתה הבסיסית של טיטת הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות. סעיף 524(ב)(1) לטיטת קובע כי שיקול הדעת של בית המשפט לשלול אכיפה אם היא בלתי צודקת, לא יחול על "חוב כספי על פי חוזה, ובלבד שהנפגע קיים את חיוביו על פי החוזה, המזכים אותו בפירעון החוב, מבלי שהמפר התנגד לקיום החיובים". הנחת היסוד היא כי צדקת האכיפה אינה מתאימה לחול ביסודה על תביעת חוב כספי על פי חוזה שבו כבר קיים הנפגע את חלקו ללא התנגדות המפר (התבנית העובדתית הראשונה). אולם הנחת יסוד זו עשויה להישלל אם הנפגע לא קיים את חיוביו על פי חוזה המזכים אותו בפירעון החוב; או שהיה מוכן לקיימם אלא שהמפר התנגד לכך ומנע את הקיום; או שאם קיים את חיוביו על פי החוזה, אף על פי שהמפר התנגד מיד לקיומם (התבנית העובדתית השנייה). במקרה זה מוצדק לכרוך את האכיפה בשיקול דעת, שעשוי להביא לשלילתה.

שאלה המתעוררת בעקבות ההסדר המוצע נוגעת להתנגדותו של המפר לקיום על ידי הנפגע. האם כל התנגדות מצד המפר לקיום על ידי הנפגע תעניק למפר כוח למנוע את הקיום או להכפיפו לשיקול הדעת של בית המשפט לגבי הצדק שבאכיפה? אני מניחה שרק התנגדותו הסבירה של המפר לקיום, המושתתת על כך שלנפגע לא היה אינטרס לגיטימי לקיים את חלקו (יחסית לנזק שייגרם למפר), תקנה לבית המשפט שיקול דעת למנוע את האכיפה. שאלה אחרת נוגעת למועד שבו תיחשב ההתנגדות רלוונטית: האם על המפר להשמיע התנגדותו לפני הקיום או שהוא יכול להתנגד לקיום גם במהלכו? אנו רואים, שגם הסדר מפורט למדי אינו יכול לגעת בכל פרט, ואין מנוס מהותרת מרווח של שיקול דעת לבתי המשפט.

מעבר לשאלה זו או אחרת הנוגעת לפרטיו של ההסדר, ניתן להעלות שאלות כלליות יותר, כמו למשל, מדוע בחרה ועדת הקודיפיקציה לעגן דווקא הסדר זה

64. ההשקפה שלפיה לעולם אין אכיפת חוב צריכה להיות כפופה לשיקול דעת ראו סנילביץ, לעיל הערה 32.

65. ראו לעיל פרק ה.1.

בקודקס ולא להמשיך להשאירו, כולו, לשיקול דעתו של בית המשפט? ואם כך, מדוע לא לעגן בחקיקה כללים אחרים הנוגעים לצדקת האכיפה, למשל, אלה הקשורים באשמו של הנפגע? ועוד: האם תיקון זה המצמצם את שיקול דעתו של בית המשפט⁶⁶ עולה בקנה אחד עם עמדה אחרת, המשתקפת בטיוטת הקודיפיקציה, המבקשת דווקא להרחיב את שיקול הדעת ולא לצמצמו?⁶⁷ השאלות מעוררות קשיים לא קלים, ובכל זאת, נדמה לי שהצידוק לתיקונו של חוק התרופות בנקודה זו נובע מהתייחסותו המיוחדת של החוק לאכיפתו של חיוב כספי, ומהערפל, שכבר בא לידי ביטוי בפסיקה באמרות אגב, בשאלה אם יש מקום להחיל את סייג הצדק על אכיפתו של חיוב כספי. התיקון שנעשה בנקודה זו נראה לי מוצדק, והוא גם עולה בקנה אחד עם המדיניות הצנועה שעמדה בזמנו ביסוד עבודתה של ועדת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי.

66 הסדר שבו ניכרת מגמה לצמצם את שיקול הדעת הוא זה של עשיית עושר ולא במשפט. חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 כולל שבעה סעיפים, רובם ככולם קצרים ביותר. ההסדר המוצע בס' 487-496 לטיוטת החוק, כולל ברובו סעיפים מפורטים מאוד, ועדיין נוכח היקפו העצום של התחום נותר שיקול דעת רחב לבית המשפט.

67 ראו את עקרונות היסוד המנויים בס' 1-4 לטיוטת החוק.