

תרופות בשל הפרת חוזה*

דניאל פרידמן**

א. מבוא

עד לקבלת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970¹ (להלן: „חוק התרופות בשל הפרת חוזה“), שאב המשפט הישראלי את הדין בסוגיית התרופות בשל הפרת חוזה משני מקורות מרכזיים: האחד, חוק הפרוצידורה האזרחית העתמאני, והשני, הדין האנגלי, שנקלט דרך צינור היבוא של סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1922².

חוק התרופות בשל הפרת חוזה גרם שינויים מרחיקי לכת בתחום המשפטי, המוסדר על ידיו. הסעיפים הרלבנטיים של חוק הפרוצידורה האזרחית העתמאני (סעיפים 106–111) בוטלו³, וכן נשללה הפניה לדין האנגלי בעניינים שהחוק דן בהם⁴.

גישת היסוד והפתרונות בהם בחר המחוקק הישראלי שונים תכלית שינוי מאלה, שהיו מקובלים בעבר⁵. כדי לעמוד על היקף השינויים שחלו, די להצביע על דרישת ההתראה הנוטריונית, שהיתה קבועה בסעיף 106 לחוק הפרוצידורה האזרחית העתמאני, ועל התכונה, שהיתה מקובלת על המחוקק העתמאני, בין הפרה, שבוצעה „בלי כוונה רעה“, לבין הפרה, הנובעת „מכוונה רעה ומרמה“. במקרה של הפרה בלי כוונה רעה היו הפיצויים מוגבלים ל„גזק וההפסד שנגרמו ישירות לצד שכנגד“ (סעיף 109 לחוק), ואילו במקרה של כוונה רעה ומרמה, נכלל בהם גם „רווח שנמנע“ (סעיף 110 לחוק).

חוק התרופות בשל הפרת חוזה ויתר כליל על הצורך בהתראה נוטריונית וכן אין בו כל זכר לרעיון, לפיו מותנה היקף האחריות לבזק שנגרם בשאלה, אם פעל המפר בודון או ב„כוונה רעה“⁶. ההפרה מזכה את הנפגע בפיצויים בעד הנזק, שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה, ו„גזק“ מוגדר בסעיף 1 ככולל „מגיעת רווח“. המפר אחראי, אמנם, רק לאותו גזק, „שראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה“. אולם לצורך ענין זה אין שאלת קיומה של „כוונה רעה“ או העדר כוונה כזו רלבנטית⁷.

* תודתי נתונה לגב' ניגה ולצמון, אסיסטנטית בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב, על עזרתה הרבה בעריכת החומר ובהכנתו לדפוס.

** פרופ' חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

¹ פה"ח 610, תשל"א, ע' 16.

² האי"י, כרך ג', ע' 2738.

³ סעיף 23 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה.

⁴ סעיף 24 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה.

⁵ ראה צלטנר, „דיני חוזים בישראל (הוראות כלליות)“, כ"ח הפרקליט 329 (1972/73).

⁶ אולם לאלמנט הכוונה עשויה להיות חשיבות לצורך הטענה של סיכול החוזה. אחד האלמנטים לביסוס טענה זו הוא, שהפרת החוזה הינה תוצאה מנסיבות, „שהמפר בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ולא היה עליו לראותן מראש“. ראה סעיף 18 (א) לחוק התרופות בשל הפרת חוזה.

⁷ אולם הכוונה עשויה להיות רלבנטית במידה שיש בה כדי להצביע על הצפיה של

השינויים, הנוגעים לעקרונות, שנקלטו במשפט המקומי מן הדין האנגלי, אינם נופלים בחשיבותם מאלה, שחלו לגבי עקרונות, שמקורם בחקיקה עתמאנית. לפי חוק התרופות בשל הפרת חוזה, זכאי הנפגע לאכיפת החוזה. לא מדובר, איפוא, בסעד אקוויטבילי, הניתן לפי שיקול דעתו של בית המשפט, אלא בסעד, הניתן כענין שבזכות⁸ (זאת, בכפוף לחריגים אחדים, שפורטו בסעיף 3 לחוק).

שינוי מרכזי אחר נוגע לאפשרות, "פיצול התמורה" במקרה של ביטול החוזה מחמת הפרתו. כידוע, נוהג בדין האנגלי הכלל, לפיו ימנע בית-המשפט מלפצל חוזה שלם או להעריך שוויה של תמורה, שניתנה במסגרת הסכם כולל⁹. בעקבות כלל זה נפסק, למשל, כי שוכר, אשר התגורר במושכר ימים אחדים, איננו זכאי לבטל את חוזה השכירות מחמת הפרתו על ידי הצד שכנגד ולתבוע השבת כספים, ששילם במסגרת החוזה. זאת משום שהשוכר קיבל תמורה חלקית, אשר אין בידו להשיב לצד שכנגד. בית-המשפט נמנע מלהעריך שוויה של תמורה זו ולא היה מוכן לאפשר לשוכר לשלם את שוויה של התמורה החלקית ולהחזיר בדרך זו את המצב לקדמותו¹⁰. לכלל זה נקבעו בדין האנגלי חריגים, חלקם על ידי הפסיקה וחלקם על ידי החקיקה¹¹. אולם הכלל עצמו עומד בעינו.

הצד המפר. כך, מובן כי אם הצד המפר התכוון להשיג תוצאה מסויימת או לגרום לצד שכנגד נזק ידוע, הוא לא יוכל לטעון, כי אותה תוצאה או אותו נזק לא היו בתחום צפיתו. אולם לפי לשון החוק נבחנת הצפיה לאור המצב בעת כריתת החוזה. יצויין כי במקרים אחדים ניתן לבית-המשפט שיקול דעת בענין הפיצויים, אולם בשום מקרה לא נכללה התנהגות הצד המפר במפורש בגדר השיקולים, שבית-המשפט יביא בחשבון. כך, סעיף 12 מאפשר לבית-המשפט להפחית את הפיצויים עד כדי האמור בסעיף 11, אם היתה התמורה כנגד החיוב שהופר בלתי סבירה או שלא היתה תמורה כלל. כן ניתן לבית-המשפט שיקול דעת בפסיקת הפיצויים, כאשר הנזק איננו נזק ממון (סעיף 13), ובענין הפחתתם של פיצויים מוסכמים, כאשר אלו נקבעו ללא יחס סביר לנזק הצפוי כתוצאה מההפרה [סעיף 15 (א)]. אולם לא נאמר מהם הגורמים, שעל בית-המשפט להביאם בחשבון בהפעלת שיקול דעתו בעניינים, שפורטו לעיל. מכיוון שכך, יתכן שניתן יהיה להתחשב בהתנהגות המפר בין מכלול הגורמים, שיובאו בחשבון.

⁸ ראה צלטנר, לעיל הערה 5, בע' 331.

⁹ Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract* 489-90 (7th ed., 1969). השווה גם ע"א 155/58, המדפיס ליפשיין ואח'י נ' אל-על, נתיבי אוויר לישראל בע"מ, י"ג פד"י 2109.

¹⁰ *Hunt v. Silk*, (1804) 102 E.R. 1142 (K.B.).

¹¹ הכלל איננו חל במקרה שהצד החף מאשמת הפרה ביטל את החוזה מחמת הפרתו והוא תובע שכר ראוי עבור העבודה, שביצע במסגרת החוזה: *Planche v. Colburn*, (1831) 172 E.R. 8776, 131 E.R. 305.

חריג נוסף נקבע לגבי הספקת סחורות. כאשר המוכר מספק רק חלק מן הסחורה, אין הצד שכנגד רשאי, לפי הדין האנגלי, להחזיק בסחורה בלי לשלם עבורה, בטענה שהמוכר לא סיפק את מלוא הכמות הנדרשת בהתאם לתנאי החוזה: *Oxendale v. Wetherwell*, (1829) 109 E.R. 143 (K.B.).

עקרון זה קבוע כיום בסעיף 30 (1) ל-Sale of Goods Act 1893, המורה כי התשלום

מאידך גיסא, סעיף 9 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה, המורה על השבה במקרה של ביטול מחמת הפרה, איננו רואה קושי בהערכת שוויה של תמורה חלקית במקרה כזה. כמו כן, העובדה שלא ניתן להשיב בעין את התמורה, שניתנה במסגרת החוזה, אין בה, כשלעצמה, כדי למנוע את ביטול החוזה.

הוראות נפרדות נקבעו בחוק התרופות בשל הפרת חוזה למקרה של סיכול החוזה. אף בענין זה עדים אנו לגישה שונה בתכלית מזו המקובלת בדין האנגלי. סיכול איננו גורר פגיעה אוטומטית של החוזה. הסיכול שולל את התרופה של פיצויים או אכיפת החוזה, אך ברירת הביטול של הנפגע עומדת בעינה. לבית-המשפט ניתן, במקרה של סיכול, שיקול דעת לצוות על השבה — וזאת בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו — ולחייב את הצד, הנחשב כמפר, לשפות את הנפגע בגין ההוצאות הסבירות שהוציא ובגין ההתחייבויות, שהתחייב באופן סביר לשם קיום החוזה.¹²

נושא נוסף, שלגביו נקט הוק התרופות בשל הפרת חוזה גישה שונה מזו המקובלת בדין האנגלי, נוגע לנוק, שאינו נזק ממון. העקרון הכללי בדין האנגלי היה, עד לשנים האחרונות, שאין פוסקים לתובע פיצויים על כאב וסבל או צער, שנגרמו לו עקב הפרת החוזה.¹³ הדין האנגלי מכיר בחריגים לעקרון זה,¹⁴ ויתכן גם שהעקרון עצמו התערער לאחרונה, לפחות בחלקו.¹⁵

מכל מקום, נקבע אצלנו בסעיף 13 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה כדלקמן: „גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין“.

מכיוון שאין כל מקום לפרש סעיף זה לאור הדין האנגלי, קיימת אפשרות, שבת-המשפט בישראל יפתחו בסוגיה זו כללים שונים מאלה הנהוגים במשפט האנגלי.

רשימת השינויים, שפורטה לעיל, איננה ממצה, ואף לגבי שינויים אלה לא ארהיב את הדיבור. ברצוני להקדיש את הרשימה הנוכחית לשאלה כללית, הנוגעת לגישתנו לסוגיית התרופות בשיטת המשפט בכללותה ולמקומו של חוק התרופות בשל הפרת חוזה במסגרת הכללית של תרופות, המוענקות בתחום המשפט האזרחי בשל פגיעה בזכות.

יהיה בהתאם למחיר החוזה.

חריג נוסף, החל במקרי סיכול, נקבע בדין האנגלי, באמצעות חקיקה. ראה: The Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943.

¹² ראה צלטנר, לעיל הערה 5, בע' 338.

¹³ Sutton and Shannon, *On Contracts* 401 (7th ed., by Diamond 1970).

¹⁴ החריג העיקרי התייחס לתביעה בשל הפרת הבטחת נישואין. אולם בינתיים בוטלה התביעה לפיצויים בעילה זו על-ידי המחוקק האנגלי. ראה The Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970.

ראה גם, Cretney, "Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970",

33 *Modern L. Rev.* 534 (1970)

¹⁵ ראה *Jarvis v. Swans Tours Ltd.*, [1973] 1 All E.R. 71 (C.A.).

ב. התרופה ויחפה לזכות המהותית

„מן הסעד אל הזכות“ זוהי גישתה של שיטת המשפט האנגלי. במילים אחרות, קיומה של הזכות נלמד מכוחו של התובע לזכות בטעד בבית המשפט.¹⁶ גישה זו הטביעה את רישומה על שיטת המשפט הישראלי. דוגמא בולטת לכך מצוייה בתחום המשפט הציבורי. כידוע, מסמך סעיף 7 (א) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז—1957¹⁷ את ביהמ"ש הגבוה לצדק, בהתמלא התנאים שבסעיף, להעניק „סעד למען הצדק“, וסעיף 7 (ב) לחוק מסמך אותו בית-משפט לתת צווים, המפורטים בסעיף, והמופנים, על-פי-רוב, לרשות שלטונית. אך המחוקק לא הגדיר את היקף זכויותיו של האזרח מול חובותיה של הרשות.¹⁸ מכאן, כדי ללמוד מהי הזכות והיקפה, ואם הייתה מוטלת חובה על הרשות, עלינו להקיש מן הסעד — הצו שניתן נגד הרשות. במילים אחרות, המחוקק הסמיך את בית-המשפט ליתן סעד, ובדרך זו הקנה לו, בעקיפין, כוח להגדיר את הזכות.

באשר לדיני חוזים, הרי כאן, שוב, הקדים המחוקק הישראלי, בעת שבא ליצור קודיפיקציה עצמאית בדיני חוזים, את התרופה לזכות. הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל—1970¹⁹, היא עדיין בגדר הצעה בלבד, בעוד שהתרופות כבר גובשו בחוק התרופות בשל הפרת חוזה. אני מקווה, שאין בכך כדי להצביע על דרך חשיבה, לפיה קודמת התרופה לזכות וכי הזכות נגזרת אחר הסעד.

בגישתנו לחוק התרופות בשל הפרת חוזה, פתוחות בפנינו מספר דרכים: האחת, לראות בו חוק טפל, שנועד להשלים את הפרק העיקרי, היינו דיני החוזים הכלליים, אשר טרם נחקק. השנייה, היא גישה הדין האנגלי, המתרכזת סביב סוגיית התרופות ומאפשרת לנו ללמוד על מהות הזכות החוזית מן התרופה הקיימת לחובע.

טול, למשל, את סעיף 1 לחוק, סעיף ההגדרות. „נפגע“ לפי סעיף זה הוא „מי שזכאי לקיום החוזה שהופר“. האם נאמר, כי גם צד שלישי במשמע, כלומר, שנערך חוזה לטובת צד שלישי והופר על ידי אחד המתקשרים: האם גם הצד השלישי יחשב כ„נפגע“ במובן חוק התרופות בשל הפרת חוזה? יהיה מי שיקשה ויאמר: אך ההגדרה אומרת „נפגע — מי שזכאי לקיום החוזה שהופר“. הדגש במילה „זכאי“. נמצא כי יש לברר, ראשית לכל, זכות זו, אם קיימת היא לתובע. לשם כך יש לפנות להוראות הדין הכללי ולתור אחר הזכות המהותית עצמה.²⁰ מן הצד האחר, ניתן לומר, כי בית-המשפט, המוסמך לפרש את החוק, כוהו עמו לפרש גם את המונח „נפגע“. פירוש זה יכול שיכלול גם צד שלישי, שהחוזה

¹⁶ ראה חשין, „דיני נזיקין ודין אבות נזיקין במשפט ישראלי“, א' משפטים 346, 366 (1969).

¹⁷ כה"ח 233, תשי"ז, ע' 148.

¹⁸ עם זאת, מצויים חוקים, בהם נקבעו חובות שונות של המינהל, זוגמת חובת ההנמקה, המוטלת על עובד ציבור לפי החוק לחיקון סדרי המינהל (הנמקות), תשי"ט—1958, כה"ח 264, תשי"ט, ע' 7.

¹⁹ ה"ח 880, תש"ל, ע' 129.

²⁰ לפי הדין האנגלי, לא מוכרת זכותו של צד שלישי לעיסקה החוזית. לפי הדין המקומי שנויה שאלה זו במחלוקת. ראה 1 צלטנר, דיני חוזים 343 ואילך (1963). אך ראה הצעת חוק החוזים (חלק כללי), סעיפים 36 ואילך.

נערך לטובתו. לשון אחרת, בית-המשפט הוסמך להעניק תרופה ולפרש את חוק התרופות בשל הפרת חוזה. פירוש זה הוא שיקבע מי זכאי לסעד וממנו גלמד מיהו בעל הזכות המהותית. והיה אם בית-המשפט יפרש את המונח „נפגע“ ככולל צד שלישי לחוזה, לענין חוק התרופות הנ"ל, נמצאנו למדים מן הסעד על קיומה של הזכות.²¹

ייאמר מיד, כי עדיפה בעיני הגישה לפיה „נפגע“ בסעיף 1 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה הוא מי שקיימת לו זכות מהותית לקיום החוזה על-פי הוראות הדין הכללי.

דוגמא נוספת היא הסיפא של סעיף 12 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה, בה

נאמר:

„...אולם אם היתה התמורה שכנגד החיוב שהופר בלתי סבירה או שלא היתה

תמורה כלל, רשאי בית-המשפט להפחית את הפיצויים...“.

סעיף זה משלים את הוראות סעיפים 10 ו-11 לחוק, הדנים בפיצויים. אך לענינו חשוב דוקא המשפט, שהודגש לעיל. האם ניתן ללמוד ממנו, כי יוענק סעד (של פיצויים) גם כאשר לא נתמלא בעיסקה האלמנט של תמורה?²² כלומר, האם נוכל להסיק מן הסעד הניתן על קיומה של זכות מהותית בידי מי שלא נתן כל תמורה כנגד החיוב שהופר? אם כן, הרי שהחוק הנ"ל, שהוא חוק תרופות בדיני חוזים, גורר אחריו, למעשה, שינוי מהותי החורג מסוגיית התרופות וגולש לדין יסודות החוזה וקובע זכותו של אדם במסגרת הסכם ללא תמורה.

שוב, נראה לי, כי לא זו היתה מגמת המחוקק, אלא שהוא הקדים בשלב

אחד את דין התרופות לחלק הכללי בדיני החוזים.

השאלה מתעוררת גם לגבי הסעד של אכיפת החוזה והשפעתו על הזכות

החוזית המהותית. כידוע, סעד זה בדין האנגלי הינו סעד שביושר, לעומת הסעד של פיצויים, שהינו סעד שבזכות. מכאן, היו שהסיקו, כי בדין האנגלי לא קיימת זכות לקיום החוזה ואין חובה לבצעו בעין. למתקשר קיימת ברירה לקיים את החוזה או שלא לקיימו ולשאת בתשלום פיצויים.²³ ספק אם דעה זו נכונה כיום, אפילו בדין האנגלי, ומשום כך אינני רואה במתן הסעד של אכיפת, כענין שבזכות, גורם המשנה את מהות הזכות החוזית. באורח כללי נראה, כי השיטה המשפטית צריכה להתור לקיום זכויות ולשמירתן בעין,²⁴ והסעד של אכיפת כענין שבזכות מבטא גישה זו.

²¹ זו כנראה היתה דעתו של מי שניסח את דברי ההסבר לסעיף 1 שבהצעת חוק התרופות בשל הפרת חוזה. ראה ה"ח 857, תשכ"ט, ע' 396.

²² דין חוזה ללא תמורה שנוי אצלנו במחלוקת. ראה: צלטנר, לעיל הערה 20, בע' 179 ואילך; ע"א 189/67, אילן נ' מנהל כס עזבונו, כ"א (2) פד"י 443. אולם את השאלה, שנדונה בפסק-דין זה, יש לבחון כיום לאור חוק המתנה, תשכ"ח—1968, פה"ח 529, תשכ"ח, ע' 102. ראה גם סעיף 1 להצעת חוק החוזים (חלק כללי) ודברי ההסבר שם, וכן סעיף 7 להצעה.

²³ השווה (Holmes, *The Common Law* 301 (1923)). וראה גם Kessler and Gilmore, *Contracts, Cases and Materials*, 991 ff (2nd ed., 1970).

²⁴ חוק הפרוצידורה האזרחית העתמאני לא הכיר בסעד של ביצוע בעין. אך נראה שחתר לאפשר אכיפת החוזה בדרך אחרת, היינו על ידי כך, שהיה מוכן להכיר בתוקפו

ג. מעמדו של חוק התרופות בשל הפרת חוזה ביחס לחוקים ספציפיים הדנים בהתחייבויות

חוק התרופות בשל הפרת חוזה הינו חוק תרופות כללי כדיני חוזים. שאלה היא מה מעמדו של חוק זה ביחס לאותם חוקים ספציפיים, כגון: חוק המתנה; חוק המכר, תשכ"ח—1968²⁵ וחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971²⁶, הדנים בעסקות ספציפיות.

ניתן לחלק את הדיון לשניים: 1. כאשר החוק הספציפי אינו קובע כל תרופה; 2. כאשר החוק הספציפי קובע תרופות משלו.

1. כאשר החוק הספציפי אינו קובע כל תרופה

חוק המתנה אינו דן רק בעסקת מתנה ריאלית (סעיפים 2 ו-6 לחוק), אלא אף בהתחייבות לתת מתנה. סעיפי משנה (א) ו-1 (ב) לסעיף 5 קובעים:

„5. (א) התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב.

(ב) כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי

הנותן לחזור בו ממתנה, וזולת אם ויתר בכתב על רשות זו.”

הסעיף אינו מציין מהי תרופתו של מקבל ההבטחה במקרה בו המתחייב אינו מקיים את התחייבותו. מלשון סעיף 5 (ב) נראה כי המתחייב רשאי שלא לקיים את התחייבותו ולא תקום למקבל ההבטחה כל זכות לדרוש ממנו זאת, אלא אם כן שינה האחרון את מצבו לרעה בהסתמך על ההתחייבות, או שהמתחייב ויתר על רשות זו בכתב. לכן נצמצם את השאלה למקרה, בו מכוח סעיף 5 הנ"ל, אין המתחייב זכאי לחזור בו מההבטחה להעניק מתנה בעתיד. חוק המתנה עצמו שותק בענין זה. הוא אף אינו מפנה לחוק אחר כלשהו, בו ימצא מקבל ההבטחה את תרופתו²⁷. השאלה היא, אם יוכל מקבל ההבטחה למצוא את תרופתו במסגרת חוק התרופות בשל הפרת חוזה. כלומר, האם יוכל לתבוע אכיפת ההתחייבות ופיצויים לפי סעיף 2 לחוק. דא עקא, שחוק התרופות הנ"ל בכותרתו, ואחר-כך בסעיפיו השונים, מדבר על „חוזה”. כך, סעיף 2 קובע: „הופר חוזה...”, וסעיף 3: „הנפגע זכאי לאכיפת החוזה...”, ונשאלת השאלה: מה פירוש הביטוי „חוזה”? האם גם התחייבות לפי סעיף 5 לחוק המתנה²⁸ ניתנת לאכיפה לפי סעיפים 2 ו-3 הנ"ל?²⁹

של סעיף קנס. אלא שההוראה העתמאנית בנדון סוייגה באמצעות פרשנות. ראה ע"א 726/71, גרופמן את ק.ב.ק. שותפות רשומה ואח' נ' מנהלי עובד בירמן ואח', כ"ו (2) פד"י 781, 791—792.

²⁵ סה"ח 529, תשכ"ח, ע' 98.

²⁶ סה"ח 633, תשל"א, ע' 160.

²⁷ חוק המתנה אינו שולל במפורש פניה לדין האנגלי להשלמת חסר זה. בעניינו אין צורך לדון במכלול השאלות, הכרוכות בסוגיה של פניה לדין האנגלי לגבי ענין מסוג זה. די לציין, כי אפילו היתה פניה כזו אפשרית, לא היתה בה כל תועלת. זאת, מן הטעם הפשוט, שהדין האנגלי אינו מכיר כלל בתוקפה של התחייבות כאמור, שלא נעשתה במסמך בחותם, וממילא אין הוא מעמיד כלים לביצועה.

²⁸ המחוקק לא נקט, לגבי התחייבות זו, בלשון „חוזה” והיא מכונה בחוק המתנה כ„התחייבות לתת מתנה”. השאלה אם התחייבות כזו היא בגדר חוזה הינה בעלת חשיבות במישורים אחדים. כך, למשל, האם גרימה להפרת התחייבות כזו נכללת בגדר

סעיף 12 סיפא פותח, לכאורה, פתח לאפשרות הענקת סעד של פיצויים למקבל ההבטחה במקרה של התחייבות לתת מתנה שהופרה (אך בשיעור שביית-המשפט רשאי להפחיתו עד כדי האמור בסעיף 11 לחוק). כפי שצויין לעיל, נראה לי, שלא זו היתה כוונתו של המחוקק בקבעו את הוראת סעיף 12 הנ"ל. יתר על כן, ניתן לטעון כנגד גישת פירוש זו של „יבוא“ התרופה מחוק התרופות בשל הפרת חוזה, כי כוונת המחוקק, בהוקקו את חוק המתנה, לא היתה להחיל את דיני התרופות בשל הפרת חוזה לגבי הפרת של התחייבות לתת מתנה. זאת משום שלא קבע הוראה מפורשת כזו בחוק המתנה עצמו, בעוד שעשה כן בחוקי הווים ספציפיים אחרים³⁰ — „מכלל הן אתה שומע לאו“³¹.

לפני שאדון בגישה, הנראית לי לפתרון סוגיה זו, אצביע על דוגמא נוספת. כוונתי לסעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969³². סעיף זה קובע לאמור:

„9. התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, וזכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב — וזכותו עדיפה.“

הוראה דומה מצויה בסעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א—1971³³. מיקומה של הוראה כזו בחוק המקרקעין (או ברוב המיטלטלין) דווקא תמוה בעיני. נשוא ההוראה הוא התחייבות, היוצרת זכויות וחבויות אישיות³⁴. מדוע, אם כן, לא קבע המחוקק הוראה זו בחוק, הן בהתחייבות מן הסוג האמור, דוגמת חוק המכר³⁵, החל על „מכר של מיטלטלין, ובשינויים המחוייבים — גם על מכר של מקרקעין

סעיף 62 לפקודת הנוזקים [נוסח חדש], המדבר על „מי שביודעין ובלוי צידוק מספיק גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין שבינו לבין אדם שלישי...“? כמו כן האם יתולו, לגבי התחייבות כזו, ההוראות הנוגעות להפרה מוקדמת או לסיכול (סעיפים 17 ו-18 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה)?

יתכן מאוד שרצוי לראות בהתחייבות ליתן מתנה „חוזה“ לכל המטרות שצויינו לעיל, אך אין זה ברור כלל אם ניתן להשיג תוצאה כזו באמצעות פרשנות.

²⁹ ראוי להצביע על כך, שהצעת חוק החוזים לא אימצה את תורת התמורה האנגלית ואף לא קבעה לה תחליף. ראה גם סעיף 7 להצעת חוק החוזים (חלק כללי), המכיר באפשרות של הצעה, „שאינ בה אלא כדי לזכות את הגיזע“. הצעה כזו, שלא נדחתה תוך זמן סביר, קושרת חוזה. והגבולות בין חוזה כזה לבין הבטחה למתן מתנה עלולים להטשטש.

³⁰ ראה, למשל: סעיף 27 לחוק המכר; סעיף 23 לחוק השכירות והשאלה.

³¹ אולם, כשלעצמי, הנני סבור, שהחלת כלל פרשנות זה על החקיקה הישראלית החדשה טעונה והירות רבה. שכן המחוקק הישראלי איננו מקפיד על אחידות במבנה, בשיטה ובניסוח בחוקיו, במידה המצדיקה גישה דווקנית כזו.

³² סה"ח 575, תשכ"ט, ע' 259.

³³ סה"ח 636, תשל"א, ע' 184.

³⁴ ניתן, לדעתי, לפרש את סעיף 9 הנ"ל כחל גם על התחייבות לתת מתנה בעתיד במובן סעיף 5 לחוק המתנה, לפחות במקרים בהם הנותן איננו רשאי לתזור בו מהתחייבותו.

³⁵ וכן בחוק המתנה, אם חפץ שההוראה תחול גם לטובת מי שהתחייבו ליתן לו מתנה בעתיד. ראה הערה 34 לעיל.

זכויות" (סעיף 4 (א) לחוק)³⁶. לאמיתו של דבר מקומה של הוראה כזו בפרק כללי של דיני חיובים, הדין בכוחה של ההתחייבות ובתוקפה כלפי צד שלישי. ההוראה עצמה מעוררת קושי בכך שהמחוקק מסתפק בקביעה, כי זכותו של בעל העיסקה הראשונה עדיפה (למעט במקרה המצויין בסיפא), אך איננו מצייין מהי התרופה במקרה שגפגעה הזכות העדיפה.

כדי להמחיש את השאלה, נניח כי ראובן מתחייב להעביר לשמעון (קונה א') את הבעלות בדירתו. התחייבות זו יכול שתהיה באמצעות הסכם והיא אף יכולה ללוש צורה של התחייבות ליתן מתנה, שהמתחייב איננו רשאי לחזור ממנה. בטרם נגמרה העיסקה ברישום, מוכר ראובן את דירתו ללוי (קונה ב') והעיסקה ביניהם נגמרת ברישום, כשכל העת, בין בזמן עריכת ההווה ובין בזמן הרישום, יודע קונה ב' אודות התחייבותו הראשונה של ראובן כלפי קונה א'. קונה א' טוען, כי זכותו עדיפה על פני זכותו של קונה ב' ומסתמך על סעיף 9 לחוק המקרקעין. לאור

דוגמא זו נבחון את הוראת סעיף 9 ב-4 המצבים הבאים:

מצב (א): קונה ב' מחזיק בדירה וקונה א' מבקש לפנותו ממנה.
מצב (ב): קונה ב' מכר את הדירה לקונה ג', אשר קנה בתום לב ובתמורה והעסקה ביניהם נגמרה ברישום. לקונה א' נגרם עקב כך נזק והוא חפץ לתבוע פיצויים מקונה ב'.

מצב (ג): כמתואר במצב (ב'), אלא שקונה א' חפץ לקבל מקונה ב' את הרווח, שהפיק ממכירת הדירה.

מצב (ד): הדירה נמכרה על-ידי קונה ב' לקונה ג', אלא שקונה ג' יודע אודות התחייבותו הראשונה של ראובן כלפי קונה א'.

ניתן לנסות ולהצביע על הסעדים האפשריים, שקונה א' יוכל לקבל בכל אחד מן המקרים. למשל, לגבי מצב (א), יתכן שפסק-דין הצהרתי יספיק במקרים מסויימים. יתכן גם שקונה א' יוכל להחשב כ"זכאי לחוקה" במובן סעיף 16 לחוק המקרקעין, ויתכן לטעון, שיוכל לבקש איפית החוזה במובן סעיפים 2 ו-3 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה גם נגד קונה ב'³⁷.

לגבי מצב (ב') ניתן אולי לטעון, כי קונה א' יוכל להסתמך על העוולה של הפרת חובה חקוקה (סעיף 63 לפקודת הגניקין [נוסח חדש]³⁸). אולם זוהי טענה דחוקה למדי. סעיף 9 איננו מטיל חובה מפורשת על קונה ב'. הסעיף מסתפק בקביעה, כי זכותו של קונה א' עדיפה, ושאלה היא, אם ניתן להסיק מכך, כי הסעיף מטיל מכללא על קונה ב' חובה, שלא לפגוע בזכותו של קונה א'. אפשרות נוספת היא,

³⁶ ניתן, אולי, למצוא הצדקה, "היסטורית" לקביעת ההוראה הנ"ל בחוק המקרקעין. מאחר והמחוקק ביטל את הזכויות שביושר לגבי עסקות במקרקעין (סעיף 161 לחוק המקרקעין) ראה לגבון לקבוע באותו דבר חקיקה את ההוראה שבסעיף 9 הנ"ל.

³⁷ סעיף 2 קובע: "הופר חוזה זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו...", וסעיף 3: "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה...". הסעיפים אינם מציינים נגד מי זכאי הנפגע לאכוף את החוזה. אין ספק שהכוונה היא למתקשר השני, שהפר את החוזה. אך אולי ניתן לומר, גם אם בדוחק, שהנפגע יוכל לאכוף את החוזה אף נגד צד שלישי, אשר איננו קשור עמו בעיסקה החוזית, כאשר החוק קובע מפורשות, כי זכותו החוזית של המתקשר הראשון עדיפה על זכותו של אותו אדם.

³⁸ דיני מדינת ישראל, נד"ח 10, ע' 266.

כי יתמלאו באותו מקרה יסודות העולה של גרם הפרת חוזה (סעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]). במקרה כזה תיפתח בפני קונה א' הדרך לתבוע את הסעדים, המועגקים בדיני נזיקין³⁹. כן ניתן, אולי, לטעון, כי בנסיבות אלו יהיה א' זכאי לתבוע מ-ב' פיצויים על יסוד חוק התרופות בשל הפרת חוזה. אולם ספק רב, אם ניתן לתבוע על יסוד חוק זה צד שלישי, אשר לא היה צד לחוזה⁴⁰.
 לגבי מצב (ג') נראה לי, כי ראוי היה להכיר בזכותו של קונה א' לתבוע מקונה ב' את הרווח שהפיק על יסוד העילה של עשיית עושר ולא במשפט, אף כי לאור גישתם של בתי-המשפט, ספק אם תוכר אפשרות כזו⁴¹.
 מצב (ד') מעורר שאלה נוספת, דהיינו: האם ניתן להרחיב את הוראת סעיף 9 על דרך האנלוגיה גם על קונה ג'?

אין בכוונתי לדון במפורט בכל השאלות, שמעורר סעיף 9 הנ"ל. כוונתי היא להצביע על הקושי הכללי, המתעורר כאשר המחוקק מגדיר זכות, בלי לציין את התרופה במקרה של פגיעה באותה זכות. קושי דומה קיים, כזכור, גם במסגרת חוק המתנה, הואיל והמחוקק לא נקב בסעדים, העומדים לרשות מקבל המתנה במקרה שהמתחייב חוזר בו מן ההבטחה ליתן מתנה בעתיד.

קושי זה נעוץ בראש ובראשונה בדרך החשיבה, אשר הורגלנו אליה. המשפט האנגלי רואה בתרופה עיקר. גישה זו עשויה להוליך למסקנה, כי אם לא נקבעה מפורשות תרופה על פגיעה בזכות מסויימת, הרי שבעל הזכות נותר ללא סעד.

בשעתו הצביע ד"ר חשין במאמר בשטח של דיני נזיקין על האפשרות „לנקוט בהלך חשיבה של 'מן הזכות אל הסעד': ubi ius ibi remedium — מקום שם הזכות שם הסעד. לפי גישה זו, הגישה המהותית, עיקר היא הזכות ואילו עילת התובע לאכיפתה או לפיצוי (ולמתן סעד אחר) על פגיעה בה, איננה אלא טפלה לזכות עצמה”⁴².

לפי גישה זו, הרואה במערכת הזכויות את מרכז הכובד של המשפט האזרחי, הרי העדר הוראה מפורשת בדבר סעד איננו מכריע. משקבע המחוקק את הזכות,

³⁹ אולם אין זה מן ההכרח, שבכל מקרה, שנתמלאו יסודות סעיף 9 לחוק המקרקעין, יהיה בכך גם משום עוולה של גרם הפרת חוזה. די להזכיר את המקרה, שבו פעל קונה ב' בתום לב, אך ללא תמורה במובן סעיף 9 הנ"ל (במקרה כזה יתכן מאוד, שהוא לא היה בגדר „קונה” אלא, אולי, מקבל מתנה). השווה גם הררי, „גבולות האחריות בגרימת הפרת חוזה”, פוניות נבחרות במשפט 68 (השי"ח).

כמו כן קיים ספק רב אם סעיף 62 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] הל על גרימה להפרת התחייבות לתת מתנה (המדובר במקרה בו הייתה ההתחייבות כלפי מי שכונה על ידינו כ„קונה א'” בגדר התחייבות ליתן מתנה במובן חוק המתנה). בענין זה ראה הערה 28 לעיל.

⁴⁰ ראה הערה 37 לעיל.

⁴¹ הקושי נעוץ בכך, שהעילה המעין-חוזית נובעת מן הדין האנגלי. לאור גישתו של בית-המשפט העליון בע"א 726/71, כ"ו (2) פד"י 781, ספק אם תתגלה נכונות להחיל את הדין האנגלי בסוגיה זו, אף כי בעיני אין מניעה לכך, שכן, לדעתי, השאלה איננה בגדר „ענייני מקרקעין”, כאמור בסעיף 160 לחוק המקרקעין.

⁴² חשין, לעיל הערה 16, בע' 366.

רשאים אנו להסיק מכלל, כי התכוון שלבעל הזכות יוענק הסעד, שמעמידה שיטת המשפט בדרך כלל, להגנה על זכות מסוג זה. בלשונו של ד"ר חשין:

„הנחה היא שהמחוקק התכוון לתת סעד לבעל הזכות באמצעות התרופות המקובלות בבתהמ"ש, אלא אם משתמעת כוונה אחרת מהחוק בו מדובר”⁴³.

במצב הנוכחי בו מצוייה שיטתנו המשפטית מטילה גישה זו נטל כבד על בית המשפט, בכך שהיא מחייבת אותו לבחור, בדרך של פרשנות, את הסעדים, שיש להעניק לבעל הזכות. פרשנות זו מבוססת על ההנחה, כי המחוקק לא חפץ להשאיר את בעל הזכות בלא תרופה וכי השאיר לבית-המשפט את מלאכת הבחירה של הסעד המתאים. בכך ניתן לבחון את השאלה, המתעוררת בקשר לחוק המתנה. נניח שמקבל ההבטחה תובע את ביצוע ההתחייבות למתן מתנה. כידוע, סעיף 34 לחוק בתי-המשפט מקנה לבית-המשפט כוח כללי לתת סעדים שונים, ביניהם צו עשה. נכון הוא, כי סעיף זה הינו סעיף, הדן בסמכות בית-המשפט, ואינו סעיף, המעניק למתדיין זכות למתן הצו האמור. על התובע לשאוב את זכותו למתן הצו ממקור אחר. אך השאלה היא, אם לא ניתן להסיק קיומה של זכות זו מתוך הוראות חוק המתנה הנ"ל, המכיר בתוקפה של ההתחייבות. נראה לי, כי יש להשיב על כך בחיוב. קשה יותר היא השאלה לגבי תרופת הפיצויים בגין הפרת ההתחייבות לתת מתנה (ואף לגבי התרופה של השבת רווח, שהופק בעקבות ההפרה). לא ארחיב את הדיון באפשרות לפתור קושי זה באמצעות אנלוגיה לתרופות, המוענקות בשל הפרת חוזה.

2. כאשר החוק הספציפי קובע תרופות נוספות לאלו

שבחוק התרופות בשל הפרת חוזה

חוק המכר קובע בסעיף 27:

„27. הוראות פרק זה באות להוסיף על כל דין אחר בענין התרופות בשל הפרת

חוזה”.

פרק ג' מונה תרופות נוספות, המוקנות למוכר או לקונה בגין הפרת זכויותיהם, שנקבעו באותו חוק⁴⁴. כך, למשל, קובע סעיף 28 את התרופה של ניכוי מהמחיר, הניתנת לקונה. זאת, כאשר הפר המוכר את חיובו לפי סעיף 11 לאותו חוק ולא תיקן את הפגם תוך זמן סביר לאחר שהקונה הודיע לו על כך, והקונה איננו רוצה לתבוע את ביצוע החוזה או לבטלו. הוראה בכיוון זה מצוייה גם בסעיף 9 (א) (2) של חוק השכירות והשאילה לגבי שכירות⁴⁵.

⁴³ חשין, שם בע' 367, ה"ש 66.

⁴⁴ השווה גם לסעיף 9 (א) לחוק השליחות, תשכ"ה—1965 (סה"ח 462, תשכ"ה, ע' 220) וכן ראה סעיף 23 לחוק השכירות והשאילה.

⁴⁵ ראוי להצביע על כך, כי סעיף 4 (א) לחוק המכר מחיל את הוראות חוק המכר גם על מכר של מקרקעין ושל זכויות, וסעיף 1 לחוק השכירות והשאילה מגדיר שכירות כ„זכות שהוקנתה בתמורה... להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות”. נמצא כי חוק המכר חל, לפי לשונו, גם על שכירות במקרקעין או במיטלטלין. הדבר נובע מנטייתו של המחוקק להגדרות רחבות וכוללניות. ניתן להשוות באותו אופן את סעיף 1 (ב) לחוק המתנה לסעיף 26 לחוק השכירות והשאילה. אולם השאלה, אם חוק המכר יחול על שכירות וחוק המתנה — על שאילה, חורגת מהמסגרת הנוכחית.

נשאלת השאלה: מדוע הוגבלה הוראה זו לחוק המכר או לחוק השכירות והשאלה? מדוע לא תימצא הוראה, הדנה בסיטואציה כזו והמעניקה תרופה כזו בחוק כללי, הדין בתרופות בדיני חוזים?

בניח ש-א' התחייב כלפי ב' לבצע עבורו עבודה מסויימת, והסתבר שלא ביצעה כמוסכם. כלומר, קיימת אי-התאמה בין מה שהוסכם בין הצדדים לבין מה שבוצע בפועל. האם יוכל ב' מומין העבודה, לנכות משכרו של א', מבצע העבודה, לאחר שהודיע לו על הפגם ונתן לו זמן סביר לתקנו? במילים אחרות, מה הדין אם נתמלאו יסודות סעיף 28 לחוק המכר, אלא שגשוא התווה הוא ביצוע עבודה? חוק התרופות בשל הפרת חוזה איננו דן בסיטואציה כזו. יתכן, אולי, להסתמך על סעיף 20 לחוק – סעיף הקיוויו – אך לא אדון בכך בפירוט⁴⁶. מכל מקום, ספק אם ניתן לפתור קושי זה על דרך האנלוגיה, כלומר להקיש מן הפרט – התרופה הספציפית בחוק המכר ובחוק השכירות והשאלה – אל הכלל – התרופה הכללית בדיני חוזים בסיטואציות המתוארות.

נראה לי, כי אילו היתה התרופה לגבי סיטואציה כזו נקבעת בחוק כללי, הדין בתרופות, כשהסיטואציה עצמה, היוצרת את הזכות, היתה נקבעת בחוק הספציפי, היה נפתר כל הקושי דלעיל. במילים אחרות, יש לקבוע, לדעתי, את התרופות הכלליות בגין הפרת זכויות בחוק כללי, הדין בתרופות. רק כאשר יש סיבה מיוחדת לסטות מן ההוראה הכללית ולהעניק סעד שונה לגבי סיטואציה ספציפית, ייעשה הדבר בחוק הדין בנושא. אך אז תוסק משמעות מיוחדת מקביעת התרופה באותו חוק ספציפי, משמעות אשר תובהר מעצם הוצאת התרופה מהוראות החוק הכללי וקביעתה בחוק ספציפי.

ד. תרופות בשל הפרת חוזה ותרופות במסגרת

פקודת הנזיקין [נופח חדש]

הנוסח החדש של פקודת הנזיקין כולל פרק העוסק ב„תרופות לעוללות“ (פרק ה'). הואיל ופקודת הנזיקין הינה פרי חקיקה מנדטורית זכינו והיא ניתנה כחטיבה אחת, והתרופות נכללות במסגרת דבר חקיקה אחד יחד עם העוללות. בניגוד לכך, מהווה חוק התרופות בשל הפרת חוזה דבר חקיקה נפרד. אם כי ניתן להגות, כי כאשר תושלם החקיקה הישראלית בדיני חוזים, יוכל אף הוא להחשב כפרק אחד במסגרת החוק השלם.

כידוע, קיימת אפשרות שאותו מעשה או מחדל יהווה בעת ובעונה אחת הפרת חוזה ועוללה בנזיקין. בחוק התרופות בשל הפרת חוזה אין הוראה המתייחסת לאפשרות כזו. לעומת זאת, מצויה הוראה כזו בסעיף 77 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. סעיפים קטנים (ב) ו-1 (ג) לסעיף 77 דגים במקרה בו מעשה העוללה מהווה גם הפרת חוזה. ס"ק (ב) שולל במקרה כזה קבלת סעד בנזיקין ממי שזכה בשל אותה עוללה בפיצויים בשל הפרת חוזה⁴⁷. ס"ק (ג) דן במקרה ההפוך והוא שולל

⁴⁶ לדיון בתרופה של ניכוי מהמחיר ראה צלטנר, „חוק המכר, תשכ״ח–1968“, פירוש לחוקי החוזים 127 (בעריכת טרסקי, תשל״ב).

⁴⁷ ברק, „פיצויים בשל עילות שונות“, דיני הנזיקין תורת הנזיקין הכללית 627, 638 (בעריכת טרסקי, תשל״ל).

סעד של פיצויים בשל הפרת חוזה ממי שזכה בשל אותה הפרה בסעד בנויקין⁴⁸. השאלה היא, אם ס"ק (ג) הנ"ל עומד בעינו, לאור העובדה שחוק התרופות בשל הפרת חוזה מקנה באורח כללי סעד של פיצויים לנפגע לפי אותו חוק ואיננו מתייחס להגבלה שבס"ק (ג) הנ"ל. ההגיון מחייב להשיב לשאלה זו בחיוב. אם כך הדבר, נמצא שהוראה בדבר חקיקה מגדטורי מגבילה תחולתו של חוק ישראלי, שהוא, לפי לשונו, בלתי מסוייג.

מן האמור לעיל עולה, כי במקרים בהם מהווה הפרת החוזה מעשה עוולה בנויקין מוקנות לתובע עילות תביעה אלטרנטיביות, כאשר כל אחת מהן גוררת אחריה מערכת תרופות משלה.

ניתן להעמיד זו מול זו את ההוראות השונות בפרק התרופות שבפקודת הגויקין [נוסח חדש] מול ההוראות המקבילות להן בחוק התרופות בשל הפרת חוזה⁴⁹. הצגה כזו מבליטה את הנקודות הבאות:

1. סעיפים 71–75 לפקודת הגויקין [נוסח חדש] דנים במתן צווי עשה או לא תעשה. הוראות סעיפים אלה מקבילות להוראות סעיפים 3–5 ו-22 של חוק התרופות בשל הפרת חוזה. בשני המקרים בוטאה מגמה זהה של המחוקק, היינו, להעמיד לרשות הנפגע סעד של אכיפת הזכות ושמירתה, או הגנה עליה בעין. במקרה הראשון המדובר הוא בזכות, שמקורה בדין הכללי, ובמקרה השני – בזכות שמקורה בחוזה.

2. סעיף 76 לפקודת הגויקין [נוסח חדש] דן בפיצויים. סעיף זה מקביל לסעיפים 10–14 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה.

3. בשני דברי החקיקה הנ"ל נקבעו הוראות, לפיהן לא יובא בחשבון הסכום, שנתקבל מחוזה ביטוח, לצורך קביעת שיעור הפיצויים (סעיף 16 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה וסעיפים 81 (1) ו-86 לפקודת הגויקין [נוסח חדש]).

4. סעיפים 78–81 לפקודת הגויקין [נוסח חדש] דנים בסעד של פיצויים במקרי פטירה ובזכות התביעה של התלויים בנפטר. אין הוראות מקבילות להוראות אלו בחוק התרופות בשל הפרת חוזה.

5. בפרק התרופות בפקודת הגויקין [נוסח חדש] נדון מכלול נושאים, אשר לגביהם אין הוראות דומות בחוק התרופות בשל הפרת חוזה. למשל: ניכוי גימלאות הביטוח הלאומי במקרים מסויימים מן הפיצויים בנויקין (סעיף 82 לפקודה)⁵⁰, תביעה נגד מעוולים יחד והשתתפות ביניהם (סעיפים 83–85 לפקודה) ועוולה המהווה גם עבירה (סעיף 88 לפקודה). מאידך גיסא, קיים מספר ניכר של הוראות בחוק התרופות בשל הפרת חוזה, שאין להן מקביל בפרק התרופות שבפקודת הגויקין [נוסח חדש]. למשל: ההוראות בדבר ביטול חוזה (סעיפים 6–9 לחוק),

⁴⁸ שם בע' 636 ואילך.

⁴⁹ ראוי להדגיש כי השוואה זו מתייחסת רק לתרופה ולא ליסודות המרכיבים את העילה, או המהווים הגנה בפניה. כך, למשל, אינני בוחן את ההגנות בנויקין דוגמת, "הסתכנות מרצון" או, "רשלנות תורמת" ולא אנסה להשוותן להגנות בחוים.

⁵⁰ מקורה של הוראה זו בחקיקה ישראלית (חוק לתיקון פקודת הגויקים האזרחיים, תשט"ו–1956, סעיף 2, סה"ח 201, תשט"ז, ע' 51), והיא כוללת, בין היתר, הוראות השוללות את זכות הסברוגציה של המוסד לביטוח לאומי כלפי מי שמוגדר באותו סעיף כ"מעביד". ספק אם הוראה כזו מקומה בפרק על תרופות.

בדבר הפרה צפויה (סעיף 17 לחוק), בדבר סיכול (סעיף 18 לחוק) ⁵¹, ובדבר זכות עכבון וקיוון (סעיפים 19 ו-20 לחוק).

השוואה זו מלמדת, כי קיים מספר ניכר של נושאים משותפים, הנדונים בנפרד בשני דברי החקיקה הנ"ל, אך קיימים הבדלים מרחיקי לכת בנוסחון של ההוראות הרלבנטיות המקבילות. השוואה זו מלמדת גם, כי קיימות הוראות בדבר חקיקה אחד, שאין להן מקביל בדבר החקיקה האחר.

מן הראוי לשאול, אם אמנם קיימת הצדקה עניינית או הגיונית להבחנות אלו, או שמא נעוץ ההבדל בהתפתחות היסטורית מקרית. בהקשר לכך נבחון את הדוגמאות הבאות:

(א) ראובן הפקיד חפץ אצל שמעון. שמעון מכרו לצד שלישי. כתוצאה מאבדן החפץ נגרמו לראובן נזקים, דוגמת הפסד הכנסות, בהיותו זקוק לאותו חפץ לצורך עבודתו.

(ב) שמעון הסיע את ראובן במכוניתו. בחוזה, שנערך ביניהם, נטל שמעון על עצמו אחריות מוחלטת כלפי ראובן למצב הרכב ולתקינותו. ארעה תאונה מחמת פגם כלשהו בכלי הרכב, בלא שהיתה כל רשלנות מצד שמעון. כתוצאה מתאונה זו נפצע ראובן ונפטר.

בדוגמא (א) עומדת לראובן עילת תביעה לפי חוק השומרים, תשכ"ז—1967 ⁵². סעיף 5 (א) לאותו חוק מורה, כי ראובן יהיה זכאי לפיצויים, הנגרמים בשל הפרת חוזה. שאלת ריחוק הנזק (הפסד ההכנסה) תיבחן, איפוא, לאור סעיף 10 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה. אך מכירת הגבס על ידי שמעון לצד שלישי מהווה גם עוולה לפי פקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. השאלה, אם בכלל עומדות לראובן במקרה זה עילות חילופיות בחוזים ובנוזיקין, איננה ברורה. ניתן לטעון, כי ההוראה המפורשת שבסעיף 5 (א) לחוק השומרים הנ"ל שוללת מכללא כעד בנוזיקין ומגבילה את התובע לסעד בשל הפרת חוזה ⁵³.

⁵¹ נושא הסיכול, נושא ההפרה הצפויה וכן הגדרתה של „הפרה יסודית“ (סעיף 6 לחוק) אינם שייכים, לדעתי, מבחינה אנליטית, לסוגיית התרופות. סיכול מביא, בדיו האנגלי, לפגיעת החוזה, והוא מתייחס, איפוא, במישורין לשאלת קיומה של הזכות החוזית. אצלנו מהווה סיכול הגנה בפני תביעת פיצויים או תביעה לאכיפה. בכך הוא מסייג את הזכות החוזית. ניתן לראות הגנה זו כמקבילה להגנות מסויימות בדיני נוזיקין, דוגמת תרומת רשלנות, שהיא, אמנם, בעלת אופי שונה לחלוטין. הוא הדין לגבי הגדרת ההפרה היסודית, המהווה תיאור של צורה מסויימת של פגיעה בזכות החוזית. הסוגיה של הפרה צפויה אף היא איננה שייכת לנושא התרופות. אף זו היא דרך מסויימת של פגיעה בזכות, ומלמדת, למעשה, כי הזכות החוזית כוללת בחובה את הזכות לחופש מצורה מסויימת של איום כלפיה, המתבטא בגילוי דעת על כוונה שלא לקיים את החוזה. בענין זה ראה גם הערה 62 להלן.

⁵² פה"ח 496, תשכ"ז, ע' 52.

⁵³ מאידך גיסא, ניתן להסתמך על הוראת סעיף 14 לחוק השומרים, הקובעת, כי „הוראות חוק זה יחולו על שמירת נכסים כשאין בדיו אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון...“ אם ההוראות הרלבנטיות של פקודת הנוזיקין [נוסח חדש] תחשבנה ל„הוראות מיוחדות לענין הנדון“, תחולנה הוראות הפקודה הנ"ל ולא יחול חוק השומרים. אולם

לצורך הדיון נבית, כי עומדות לתובע עילות אלטרנטיביות בהווים ובזיקין. בכאן לשום את הנוק התוצאתי לפי דיני הנוזיקין, ינהג, איפוא, בית-המשפט לפי סעיף 76 לפקודה.⁵⁴

בעיית ריחוק הנוק לפי סעיף 76 (1) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], לעומת בעיה זו בדיני חוזים, זכתה לדיון מקיף בפסיקה ובספרות.⁵⁵ לפי גירסה אחת⁵⁶, גקט סעיף 76 (1) הנ"ל במבחן הציפיות, השאוב מדיני חוזים באנגליה והנכלל בגדר הלכת Hadley v. Baxendale.⁵⁷ לפי גירסה שונה⁵⁸, מבחן ריחוק הנוק שבסעיף 76 (1) הוא מבחן התוצאה הישירה.

לענינו, השאלה היא, אם אמנם יש הצדקה לכך שבסיטואציה דוגמת זו, שתוארה בדוגמא (א) לעיל תושגנה תוצאות שונות, אם העילה תהא בזיקין או בחוזים. אם, אמנם, אין הצדקה לשימוש בקני מידה שונים למבחן ריחוק הנוק, כפי שסוברים אלה הדוגלים בשימוש בקנה מידה אחיד, הרי שיש לנסח בלשון זהה את שתי ההוראות הדנות בריחוק הנוק — זו שבפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] וזו שבחוק התרופות בשל הפרת חוזה.

דוגמא (ב) מתייחסת לסיטואציה, הנכללת, בדרך כלל, בתחום דיני הנוזיקין. אולם במקרה הספציפי עילת התביעה היא דווקא בדיני חוזים. והנה מסתבר, כי אותן הוראות, המתייחסות לפיצויים במקרי פטירה, ובעיקר זכות התביעה של התלויים בגפטר, נכללו בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] ואין להן מקביל בחוק התרופות בשל הפרת חוזה. כך גם לגבי תשלומי התגמולים של המוסד לביטוח לאומי לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשכ"ח—1968⁵⁹ (סעיף 82 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]). בעיה של תשלומים אלה היתה עשויה להתעורר במסגרת דיני חוזים, אילו היה ראובן, בדוגמא (ב) דלעיל, עובד של שמעון, והחאונה היתה נחשבת לתאונה בעבודה, במובן חוק הביטוח הלאומי.

הוא הדין לגבי שאלות הנוגעות למעוולים יחידים ולהשתתפות ביניהם (סעיפים 83—84 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]). שאלה אנלוגית היתה עשויה להתעורר בדיני חוזים, כאשר א' ו-ב' מצד אחד התקשרו בחוזה עם ג' והפרו יחדיו

נראה לי, כי אין לקבל טענה זו, משום שההוראות הרלבנטיות בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] אינן עוסקות ב"שמירת נכסים" במובן סעיף 14 הנ"ל.

⁵⁴ בענין זה יש חשיבות גם להוראה שבסעיף 64 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], העוסקת בסיבתיות. ראה אנגלרד, "הקשר הסיבתי בפקודת הנוזיקין", דיני הנוזיקין תורת הנוזיקין הפלילית 187 ואילך (בעריכת טדסקי, תש"ל).

⁵⁵ ראה אנגלרד, "היקף האחריות בנוזיקין", דיני הנוזיקין תורת הנוזיקין הפלילית 211 ואילך (בעריכת טדסקי, תש"ל); ד"ר 12/63, ליאון ג' רינגר, י"ח (1) פד"י 701, 717—718 (דברי השופט זוסמן).

בסוגיה זו השווה גם *The Heron II, Koufos v. C. Czarnikow Ltd.*, [1967] 3 All E.R. 686, וכן Hamson, "Contract and Tort: Measure of Damages", [1968] *Camb. L. J.* 14.

⁵⁶ אנגלרד, לעיל הערה 55, ע' 214 ואילך.

⁵⁷ 9 Ex. 341 (1854).

⁵⁸ אנגלרד, לעיל הערה 55, בע' 214 ואילך.

⁵⁹ פד"ח 530, תשכ"ח, ע' 108.

את החוזה.⁶⁰ אם כי לעיצומו של דבר זכות ההשתתפות הינה זכות מהותית ואין היא בגדר סעד גרידא.⁶¹

שאלה דומה ניתן לעורר גם לגבי המקרה ההפוך, כאשר קיימת הוראה מסויימת בחוק התרופות בשל הפרת חוזה, אך לא בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש]. למשל, הפרה צפויה לפי סעיף 17 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה, שאיננה אלא גילוי מוקדם בדבר כוונה לפגוע בזכות חוזית של הצד השני. האם צריך להיות הבדל בין גילוי כזה לבין גילוי בדבר כוונה לפגוע בזכותו של אדם אחר, כשהזכות איננה זכות לפי חוזה?⁶²

שני ענפי המשפט הנ"ל, נוזיקין וחוזים, עוסקים, למעשה, בזכויות ובהגנה עליהן. בדיני חוזים מדובר בזכות שמקורה בהסכם, אשר תוקפו מוכר בדין הכללי. בדיני נוזיקין ההגנה היא על זכויות, המוקנות מכוח הדין הכללי. אולם מקור הזכות איננו חייב להשפיע על הסעדים, הניתנים בשל פגיעת בה. קיימים, אמנם, סעדים, המיוחדים רק לאחד מענפי המשפט הנ"ל, דוגמת הסעד של ביטול חוזה. אולם השאלות המתעוררות בכל הקשור לשמירת הזכות, להגנתה בעין, וכן להערכת הפיצויים במקרה של נזק, הן, במקרים רבים, אנלוגיות או זהות. לפני שאצביע על הדרך, אשר לדעתי ראוי לנקוט בה, אתייחס לנושא נוסף.

ה. תרופות בשל הפרת חוזה ביחס לתרופות בשיטת המשפט בכללותה

בחקיקה המקומית ניתן למצוא הוראות שונות, שחלקן עוסק בהענקת זכויות וחלקן — במתן תרופות. לעיתים מתייחסת ההוראה רק לזכות, בלא שתצוין את התרופה המוענקת בשל פגיעה בה.⁶³ ולעיתים — קובעת ההוראה את התרופה, בלי שתצוין על איזו זכות מיועדת תרופה זו להגן.⁶⁴

קושי נוסף מקורו בכך שיש והוראה מסויימת, הדנה בסעד, עוסקת בנושא זה רק בהקשר לסמכות בית-המשפט, הנוגע בדבר. כך, למשל, מסמיך סעיף 34 לחוק בתי המשפט כל בית-משפט (שאותו חוק דן בו), הדן בענין אזרחי, לתת פסק-דין הצהרתי, צו עשה, צו לא תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה

⁶⁰ כן מתעוררת שאלת ההשתתפות במקרה של תביעה, „מעורבת“, היינו כאשר העילה נגד א היא בחוזים ונגד ב בנוזיקין. כגון ש-א הפר חוזה עם ג, ואילו ב הוא שגרם להפרת החוזה, כאמור בסעיף 62 (א) לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש].

⁶¹ לאמיתו של דבר, נראה כי הסיבה לכך, שהיא בכלל בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], נעוצה לא במטרה לקבוע את הזכות, אלא בצורך להסיר מחסום, שמקורו בכלל כי מעילה בת עוולה לא הצמח זכות תביעה. ראה ע"א 370/63, בסט ה"קלידוניאן", חברה לביטוח בע"מ נ' „הפול“, י"ח (1) פד"י 533.

⁶² ניתן לשאול, אם בכלל מהווה נושא ההפרה חלק מסוגיית התרופות ובענין זה ראה הערה 51 לעיל. מכל מקום, ניתן למצוא בפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] דוגמא למקרה, בו גילוי דעת בדבר רצון לפגוע בגופו של אדם מהווה עוולה. הכוונה לאיום לבצע תקיפה, כאמור בסעיף 23 (א) לפקודה. נושא זה נכלל, איפוא, בפרק העוולות ולא בפרק התרופות. עם זאת, אין בפקודה הוראה כללית, האוסרת על גילוי דעת או איום לבצע מעשה נוזיקין בעתיד.

⁶³ ראה, למשל, סעיף 9 לחוק המקרקעין.

⁶⁴ ראה סעיף 7 לחוק בתי-המשפט.

נכון בנסיבות שלפניו. נראה שמטרתו של סעיף זה לא היתה לקבוע, שכל מי שנפגעה זכותו זכאי בכל מקרה לסעדים המפורטים בסעיף. המטרה היתה לקבוע, כך ניתן להניח, כי בתי-המשפט, שהוראת סעיף 34 הנ"ל מתייחסת אליהם, מוסמכים להעניק את סעדים, הנזכרים בסעיף. אך את הזכות ליהנות מן הסעד המצויין באותו סעיף על התובע לשאוב ממקור אחר.⁶⁵

במסגרת רשימה זו לא אדון בשאלה, אם ניתן כיום למלא את סעיף 34 הנ"ל תוכן חדש ולראות בו סעיף עצמאי, המאפשר לבית-המשפט להעניק את הסעדים, המפורטים בו, לשם הגנה על זכויות, שהוכרו במשפט הישראלי, אף אם לא קיימת הוראה נפרדת, המציינת, כי על פגיעה כזו יש להעניק את הסעדים, המפורטים בסעיף.⁶⁶

ענין זה מבהיר כיצד השתרבב לפתע סעיף 22 לחוק התרופות בשל הפרת חוזה, הנושא כותרת שולים, "שמירת דינים". לאחר שחוק התרופות מנה את כל התרופות, שמצא לבכון, וביניהן התרופה של אכיפת, מופיעה בפרק, "שונות" הוראת סעיף 22 הנ"ל. הוראה זו קובעת, כי, "אין בחוק זה לגרוע מסמכות בית המשפט לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה או לא תעשה, לשעה או לתמיד, החלטות ביניים וכל סעד אחר".

אך חוק התרופות בשל הפרת חוזה איננו עוסק ואיננו צריך לעסוק בשאלה של תחום סמכויות בתי-המשפט ולאיוזה בית-משפט יפנה התובע. ההתייחסות בסעיף 22 לצווי עשה ולא תעשה הינה מיותרת לחלוטין, שכן הוראה בדבר כוחו של בית-המשפט לצוות על אכיפת החוזה כבר נקבעה בסעיף 3 לחוק.⁶⁷ התוספת לגבי פסק-דין הצהרתי שולבה בתוך סעיף, הדן בסמכות בתי-המשפט ליתן סעד, בעוד שהכוונה היתה, כנראה, לומר, כי התובע זכאי, במקרה המתאים, גם לסעד זה.⁶⁸

ז. סיכום ומסקנות

ראוי, לדעתי, לשקול גישה חדשה לסוגיית התרופות. סוגיה זו תוכל למצוא פתרונה בדבר חקיקה כללית, שיחול על כל ענפי המשפט האזרחי. עקרון היסוד

⁶⁵ דוגמא נוספת להוראה מסוג זה ניתן למצוא גם בסעיף 29 לחוק בית-הדין לעבודה, תשכ"ט—1969, פד"ח 504, תשכ"ט, ע' 100.

⁶⁶ ברור הדבר, שהנחת בית-המשפט בע"א 726/61, כ"ו (2) פד"י 781, היתה, שאין להסתמך על סעיף 34 הנ"ל למטרה זו. משנקבע, כי חוק המקרקעין שולל אפשרות פניה לדין האנגלי לצורך הסעד של ביצוע בעין, לא נראתה אפשרות להעזר בסעיף 34 הנ"ל, אם כי שאלה זו לא נדונה במפורש. בנושא זה ראה גם חשין, לעיל הערה 16, הערה 66 בעמ' 367, שם.

⁶⁷ אמנם סעיף 22 מוסיף לכך את הסמכות ליתן צווים זמניים וכן החלטות ביניים. אף נושא זה שייך לכאן רק בדוחק, והוא נוגע בעיקרו לסדרי-דין.

⁶⁸ ומתי ניתן הסעד ובאלו תנאים? על כך שותק החוק. מכיוון שמדובר בסעד, שמקורו בדין האנגלי, האם נוכל לפנות בענין זה לדין האנגלי על אף ההוראה שבסעיף 24 לחוק, השוללת מפורשות תחולתו של סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1922? חייב אני תודה לפרופ' ז. צלטנר על שהפנה חשומת לבי לנקודה זו.

צריך להיות מושתת על „הגישה המהותית“, עליה הצביע ד"ר חשין⁶⁹ ואשר ממנה עולה כי פגיעה בזכות מן הראוי שתקנה לבעליה את הסעדים, בהם מכירה מערכת המשפט. סעדים אלה הינם בעיקרם ארבעה:

1. סעדים לשמירת הזכות או כפייתה בעין. סעדים אלה כוללים: צו עשה, צו לא תעשה ואף פסק-דין הצהרתי⁷⁰.
2. פיצויים על נזק, שנגרם עקב פגיעה בזכות.
3. השבת רווח, שהופק שלא כדין על השבון בעל הזכות.
4. סעד של עזרה עצמית (self help) במובנו הרחב ביותר. היינו סעד, הכולל הן מתן רשות לביצוע פעולה פיזית⁷¹ והן מתן אפשרות לפעול באופן חד-צדדי לביטול היוב, בלי לפנות לבית-משפט. בגדר הקטגוריה האחרונה נכללת הזכות לביטול החוזה ואף זכות הקיזוז או הזכות לגיכוי ממחיר החוזה. מובן שסעד זה מחייב הגבלה מיוחדת לגבי תחום תחולתו בהשוואה לשלושת הסעדים הקודמים.

מובן שלסעדים אלה עשויים להצטרף סעדים, המהווים אמצעי עזר, שבכוחם להבטיח יעילות הסעד העיקרי, כגון: צווי ביניים, מינוי כונס נכסים ומתן חשבונות. אמצעי עזר אלה יתכן שיש לראותם כחלק מסדרי-הדין.

העקרון הכללי צריך להיות, לדעת, שבמקרה של פגיעה בזכות, זכאי בעל הזכות לכל הסעדים, המוענקים על-ידי המערכת השיפוטית, היינו לשלושת הסעדים הראשונים, המפורטים לעיל⁷². לעומת זאת, יהיה צורך בהוראה מפורשת, המחירה שימוש בסעד הרביעי של עזרה עצמית. קביעת הזכויות והגדרתן, ואף דיון בנושא מה מהווה פגיעה בזכות, יעשה בתחומם של החוקים הספציפיים השונים. די יהיה, שהוראה כלשהי בחוק ספציפי תגדיר את הזכות, כדי שגיתן יהיה להעניק לבעליה את הסעדים, המפורטים לעיל. לא יהא אז כל צורך לציין במפורש, בכל מקרה ומקרה, את הסעד לצידה של הזכות.

בדרך זו תובטח האחידות והשיטהיות במערכת המשפטית. הזכויות המרכזיות בתחום המשפט האזרחי, היינו אלה המוגדרות בדיני חוזים ובדיני נזיקין, תזכינה למערכת סעדים אחידה. על ידי כך תמנענה התופעות של השמטות מקריות בכל אחד מדברי החקיקה הספציפיים⁷³.

⁶⁹ לעיל הערה 16.

⁷⁰ פסק-דין הצהרתי איננו מהווה בסיס לשימוש בהליכי האכיפה המקובלים במערכת המשפט, אך ניתן לראות בו אמצעי להגנה על הזכות ויש בו לפחות יסוד של „אכיפה מוסרית“.

⁷¹ לרשות שימוש בכוח ראה: סעיף 18 לחוק המקרקעין; סעיף 8 לחוק המיטלטלין; סעיף 24 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. יתכן גם שאת ההוראות השונות בדבר הסעד של עיכוב ניתן לכלול בקטגוריה זו, אף שאין בו שימוש בכוח.

⁷² מובן שלעתים יהיו הסעדים חלופיים (אלטרנטיביים) זה לזה. ובעל הזכות לא יוכל לתבוע, למשל, פיצויים והשבת רווח כסעדים מצטברים, באותם מקרים בהם הסעדים הינם חלופיים בלבד.

⁷³ כך, למשל, נקבעה בחוק השליחות זכותו של השולח כלפי שלוחו לסעד של השבה וכן לתרופות, הניתנות בשל הפרת חוזה. לעומת זאת, כלפי צד שלישי, שהוזכר

תהיה זו אף הודמנות להכיר בסעד כללי של השבת רווח, אשר הופק בעקבות פגיעה בלתי מוצדקת בזכותו של הזולת. זאת, בין שהזכות מקורה בדיני חוזים ובין שמקורה בדין הכללי והיא מוגנת במסגרת דיני נזיקין. בדרך זו תימנע ההבחנה הקיימת בדין האנגלי בין מקרים, בהם מעשה העוולה מקנה לגיזוק זכות להשבת הרווח, שהפיק המזיק, לבין במקרים אחרים, שבהם זכות כזו איננה מוצרת. למעשה, אין כל יסוד המצדיק הבחנה כזו.⁷⁴

למרבה הצער, עדים אנו לסימני אי-התאמה כגון אלה גם בחקיקה הישראלית החדשה. כך, למשל, הוענק לשולח בחוק השליחות הסעד של השבת רווח, שהפיק השלוח, „בקשר לנושא השליחות“ (סעיף 10 (ב) לחוק). לעומת זאת, בחוק השומרים מדובר בסעד של פיצויים בלבד, בלי שנאמר מה דינו של רווח, שהפיק השומר שלא כדיון מהנכס, שניתן לו לשמירה, כגון שהשכירו לצד ג' ללא רשות וגבה ממנו דמי שכירות.⁷⁵ אין ספק, כי פרשנות, הרואה בשתיקת המחוקק בענין זה הסדר שלילי, תביא לתוצאה בלתי רצויה. סבורני, כי קביעה כללית, המכירה במכלול התרופות בעקבות הפרת זכות כזו, תמנע מצב זה.

מובן כי יתכנו מקרים יוצאים מן הכלל, בהם, מסיבות הנובעות ממהות הענין או מסיבות של מדיניות משפטית, יהיה צורך לקבוע חריגים לעקרון הכללי ולהורות, כי במקרה ספציפי זה או אחר יהיה בעל הזכות זכאי רק לחלק מן הסעדים, שפורטו לעיל. סייג כזה יוכל למצוא מקומו בחוקים הספציפיים, הנוגעים בדבר. כך, למשל, ניתן לקבוע כחריג לעקרון הכללי את ההוראות, המקנות למדינה, במקרים אחרים, חסינות בפני סעדים מסויימים.⁷⁶ כמו כן, תהא זו הודמנות מתאימה לבחון מחדש את שאלת הסעד, המוענק

בסעיף 9 (ב) לחוק הג'ל, נקבעה זכותו לפיצויים בלבד. לעניות דעתי, אין זו אלא השמטה מקרית בלבד.

⁷⁴ הדין האנגלי מכיר, למשל, בזכות להשבת רווח, שהופק עקב העוולה של גזילה, אך איננו מכיר בזכות זו לגבי רווח, שהופק עקב העוולה של הוצאת לשון הרע. קשה להציע הסבר מתקבל על הדעת להבחנה כזו. ראה פרידמן, דיני עשיית ערשור ולא במשפט 41—50 (1970).

⁷⁵ סעיף 5 (ב) לחוק השומרים, זן במקרה, שבו רשאי בעל הנכס לתבוע פיצויים מהשומר מתוך כספים, המגיעים לשומר מצד שלישי. מובן שהוראה זו איננה פותרת את מכלול השאלות, שמעוררת הבעיה דלעיל.

⁷⁶ סעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח—1958 (פ"ח) 251, תשי"ח, ע' 118) מעניק למדינה חסינות בפני מתן צו ביצוע בעין וצו מניעה, אך ההוראה איננה חלה על הסעד של פסק-דין הצהרתי, המשמש אותה מטרה של שמירת הזכות בעין. תחום חסינות המדינה נקבע אצלנו לא לפי מהות הענין, אלא לפי הטריבונול בפניו מתנהל הדיון. היא חלה על בתי-המשפט הרגילים אך לא על בג"צ. אמנם בג"צ עוסק, בדרך כלל, בעניינים בתחום המשפט הציבורי ומבחינה זו ניתן היה, אולי, לומר, כי חסינות המדינה בפני צווים אלה איננה חלה בתחומי המשפט הציבורי. אך הדבר איננו כך, הואיל וקיים תחום נרחב, שבו חופפות סמכויות הבג"צ את סמכויות בית-המשפט המחוזי: עניינים רבים מתחום המשפט הציבורי הם גם בסמכותו של בית-המשפט המחוזי, ובג"צ דן לא אחת בעניינים, החורגים מד' אמות המשפט הציבורי.

במקרה של פגיעה בזכותו של הפרט, כאשר זכות זו הינה בתחום המשפט הציבורי. כידוע, הוריש לנו במישור זה המחוקק המנדטורי את גישת התרופות. תרופות אלו כוללות צווי עשה ולא תעשה ואף פסק דין הצהרתי.⁷⁷ אולם כיום, סבורני, שאין כל קושי להגדיר זכויות של האזרח במישור המשפט הציבורי, כגון הזכות שלא להיות מופלה ללא צידוק. אך מה דינו של אזרח, שבקשתו לרשיון נדחתה מחמת הפליה בלתי מוצדקת? אין ספק שהוא זכאי לתרופות של אכיפה (צו עשה, צו לא תעשה) וכן הוא עשוי לזכות בפסק-דין הצהרתי. אך שאלת זכותו לפיצויים בגין הנזק, שנגרם לו, הינה פרובלמטית ביותר.⁷⁸

הגישה, המוצעת לעיל, תחייב לבחון מחדש שאלה זו, ולדעתי, אין דינה של פגיעה בזכות, המיפרת בתחום המשפט הציבורי, צריך להיות שונה מדין פגיעה בזכות במישור המשפט הפרטי. אך אם יראה למחוקק, כי אמנם אין להעניק סעד של פיצויים בשל פגיעה בזכות, שהיא בתחום המשפט הציבורי, יהיה צורך בהוראה מפורשת, השוללת סעד זה.

⁷⁷ ראה סעיף 7 לחוק בתי-המשפט, אם כי הסעד של פס"ד הצהרתי לא הוזכר בו במפורש. יצוין, כי סעיף זה לפי לשונו איננו שולל סעד של פיצויים בגין נזק שנגרם. אך בפועל אין בג"צ נוהג להעניק סעד של פיצויים.

⁷⁸ ראה דיון בשאלת השימוש בדיני הנזיקין לגבי סיטואציה זו, רובינשטיין ופרידמן, „אהריות עובדי ציבור בנוזיקין“, כ"א הפרקליט 61 (1964/65).