

א ג ב ה פ ט י ק ה

על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר

מ ב ו א

יש פסקי דין הקוראים לתגובה בשני מישורים שונים: האחד עניינו תפיסת מהות התפקיד השיפוטי המתגלה בפסק הדין: מהי דרך לגיטימית לנמק מסקנה שיפוטית ומה איננה דרך לגיטימית, מהו שימוש ראוי בשיקול הדעת השיפוטי ומה איננו שימוש ראוי בשיקול דעת זה. המישור השני מתייחס לשאלות המשפטיות הנדונות בפסק הדין, או המונחות ביסודו. גראה שפסק הדין בעניין מרגליות נ' אברבנאל¹ הוא פסק דין מסוג זה.

בפסק דין זה עשה בית המשפט שימוש חדש בשיקול דעתו במתן פסקי דין הצהרתיים, שימוש המעורר שאלה עקרונית בסיסית בדבר גבולות שיקול הדעת השיפוטי. בפסק הדין נמצא גם דיון בשאלות חשובות הנוגעות לזכות הביטול של החוזה שהופר על-פי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. בדברים שלהלן נתייחס בראש ובראשונה לשאלה העקרונית האמורה. נדון גם בשאלה משפטית אחת שלא נדונה אמנם במפורש בפסק הדין עצמו, אך שהנחת בית המשפט לגבי פתרונה היא שהובילה, לדעתנו, לשימוש שלא כהלכה בשיקול הדעת השיפוטי.

עובדות המקרה

בתאריך 8.2.73 נעשה חוזה בין הצדדים, שלפיו התחייבו המערערים למכור למשיבים שני מגרשים תמורת 420,000 ל"י. עם התימת החוזה שולמו 150,000 ל"י ונקבע שיתרת הסכום תשולם עד 31.3.73 כנגד מסירת יפוי כוח בלתי חוזר ומסירת החזקה במגרשים לידי המשיבים. כן נקבע בחוזה שהמועדים הם "מאושיית החוזה". במציאות לא התנהלו הדברים כפי שנקבע בחוזה, אבל עד 13.4.73 שילמו המשיבים למערערים את כל יתרת המחיר, למעט סכום של 10,000 ל"י. היות שסכום זה לא שולם, המשיכו המערערים להתחייב במגרשים ויפוי הכוח לא ניתן למשיבים.

1 ראה, למשל, מאמרה של ד"ר ג' שלו "צדק ודין חוזים" משפטים ו (תשל"ו) 544, שבו שואלת המתברת אם רצוי לחדש הלכות עקרוניות בשיטת המשפט שלנו — במקרה הנדון על-ידיה הלכה המכירה בתוקפה המחייב של הבטחה חד-צדדית — "על ידי רוח צדדית, באקראי ומבלי משים".

2 ע"א 71/75, פ"ד כט (2) 652.

על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר

במשך שנת 1973 היו מגעים בין הצדדים בעניין תשלום יתרת המחיר, אבל מסיבות שלא פורשו בפסק הדין יתרה זו לא שולמה. עברה שנה מן המועד שגקבע לתשלום בחוזה, ובמאי 1974 פנתה נציגת המערערים למשיבים בדרישה לשלם את היתרה, תוך איום שאם לא תשולם יבטלו המערערים את החוזה. המשיבים לא נענו לדרישה זו, ואז שלחה נציגת המערערים דרישת תשלום נוספת למשיבים ובה הודיעה להם שאם לא תשולם יתרת המחיר תוך שבעה ימים, יראו המערערים את החוזה כבטל ומבוטל. גם לדרישה זו לא שעו המשיבים, ואחרי שניהלה אתם כמה שיחות טלפון שלחה נציגת המערערים מכתב למשיבים ובו הודיעה להם על ביטול החוזה. שבוע לאחר ששלחה מכתב זה שיגרה נציגת המערערים מכתב נוסף למשיבים ובו הודיעה להם שמאחר שהחוזה בוטל, הכסף שהם זכאים לו נמצא אצלה עבורם. כעבור יותר מחודש, אחרי שהמערערים פנו כבר לבית המשפט, שלחו המשיבים למערערים שיק על סך 10,000 ל"י, אולם השיק לא נפדה.

אחרי שהודיעו על ביטול החוזה פנו המערערים לבית המשפט בהמרצת פתיחה וביקשו פסק דין הצהרתי שהחוזה בוטל כדין ושהוא בטל ומבוטל. בבית המשפט המחוזי נדחתה הבקשה, מכיוון שבית המשפט סבר שלא ניתנה למשיבים ארכה סבירה לקיום החוזה אחרי איום המערערים לבטלו. המערערים ערערו לפני בית המשפט העליון, ערעורם נתקבל וניתנה להם ההצהרה המבוקשת. ברם בית המשפט קבע, שתיות שהסעד שהוא נותן הוא סעד שביושר, הוא רשאי להתנותו בתנאים. ואכן הוא היתנה את תוקפה של ההצהרה בהשבת הסכום שנתקבל מן המשיבים על-פי החוזה תוך חודש ימים, בצירוף ריבית חוקית מירבית מיום קבלת כל שיעור בידי המערערים ועד למועד שבו הודיעה נציגת המערערים למשיבים שהכסף הועמד לרשותם.

שאלות לדיון

כפי שאמרתי לעיל יש להתייחס לפסק הדין של בית המשפט בשני מישורים: המישור האחד נוגע לשימוש שעשה בית המשפט בשיקול הדעת השיפוטי. במקרה הנדון הצהיר בית המשפט העליון שביטול החוזה היה כדין, אך הוא היתנה את תוקפה של ההצהרה בהשבת סכומי הכסף שקיבלו המערערים על-חשבון המחיר תוך חודש ימים, בצירוף ריבית מיום שקיבלו כל סכום בפועל ועד למועד שהודיעו על נכונותם להתוויר את הכסף למשיבים ואלה סירבו לקבלו. בהתנותו את תוקפה של ההצהרה בביצוע מעשה עתדי בידי המבקש חידש בית המשפט — כנראה באקראי — הלכה בעניין שיקול הדעת במתן פסקי דין הצהרתיים. בית המשפט אמנם לא קבע שאין המשיב כסף שקיבל על-פי חוזה שבוטל חייב לשלם ריבית, אולם מעצם אמירתו שתנאי זה הוסף להצהרה היות שהסעד שניתן הוא סעד שביושר, ניתן להסיק שאכן סבר בית המשפט שאין משיב כאמור חייב לשלם ריבית. יוצא אפוא שלא די שבית המשפט היתנה את תוקפו של פסק דין הצהרתי בביצוע מעשה על-ידי המבקש, אלא גם היתנה זאת בביצוע מעשה שלדעת בית המשפט אין המבקש חייב לעשות על-פי החוק. אין ספק שהשאלה, האם התניית תנאי כזה היא שימוש נאות בשיקול הדעת השיפוטי, היא שאלה עקרונית וחשובה.

המישור השני נוגע לשאלות המשפטיות שנדונו בפסק הדין, או שהיוו בסיס לקביעותיו של בית המשפט. השאלה שאנו נדון בה היא פועל יוצא מהתניית "הסעד שביושר"

בתנאי: הנחת בית המשפט היתה, שהמערערים לא היו חייבים לשלם ריבית על הסכומים שהחזיקו בידיהם. עלינו לשאול אפוא, האם הנחה זו נכונה אם לאו. במלים אחרות, השאלה המשפטית היא, האם צד — ובמיוחד הצד הנפגע — המשיב כסף שקיבל על-פי חוזה שבוטל עקב הפרה חייב לשלם ריבית על כסף זה.

המישור הראשון: שיקול הדעת במתן פסק-דין הצהרתי

1. ניתוח השאלות המשפטיות המהותיות שהתעוררו בערעור מרגליות הוביל את בית המשפט למסקנה שהמערערים היו זכאים לבטל את החוזה עם המשיבים ושהביטול היה אפוא כדין. עם זאת, בעברו בסוף פסק הדין לדון בשאלה אם יש לתת למערערים הצהרה שהחוזה בוטל כדין, הזכיר בית המשפט את העובדה שבאחת מפגישותיהם של הצדדים נדחתה הצעת נציגת המערערים להחזיר למשיבים את כספם בצירוף ריבית, ואמר:

"הואיל והסעד המבוקש הוא סעד שביושר, רשאים אנו להתנות את נתינתו בתנאים. בהתחשב עם ההצעה הנ"ל [של נציגת המערערים] אנו מתנים את מתן ההצהרה המבוקשת על ביטול החוזה בהשבת הסכום של 410,000 ל"י למשיבים תוך חודש ימים בצירוף ריבית חוקית מירבית מיום קבלת כל סכום על-ידי המערערים ועד למועד שבו הועמד לרשותם [23.6.74] והם נמנעו מלקבלו".³

בית המשפט הוסיף שאם לא יקיימו המערערים את התנאי בדבר השבת הסכום ששולם בצירוף ריבית, יעמוד פסק הדין של בית המשפט המחוזי בעינו.⁴ נראה לנו, שבהחליטו להתנות תנאים למתן הסעד טעה בית המשפט טעות יסודית באשר לטיב שיקול הדעת שיש לו בדונו בבקשות למתן סעד הצהרתי. להלן נשתדל להראות שטעות זו הביאה לשימוש שלא כהלכה בשיקול דעת זה.

2. מקורו של סעד הצהרתי במשפט האנגלי בבית המשפט של הצינסי ווא בבתי משפט של המשפט המקובל.⁵ עם זאת, באנגליה אין רואים את הסעד הזה כסעד שביושר במובן המקובל של מושג זה, אלא כסעד שהוא sui generis: יש בו אלמנטים של שיקול דעת המאפיינים את הסעד שביושר, אך לא נראה שכל הכללים החלים על מתן סעד שביושר חלים גם על מתן סעד זה.⁶ בארץ, לעומת זאת, השתרשה בפסיקה הדעה שסעד הצהרתי הוא "סעד שביושר".⁷ ואולם, אפילו אם תאמר שסעד הצהרתי "סעד שביושר" הוא, עדיין אין להסיק שבית המשפט יעשה כראות עיניו, ושיתכן הסעד שיינתן תלוי ב"אורך רגלו של הצינסלור". מה שהופך את הסעד ההצהרתי לסעד שביושר הוא שבית המשפט רשאי לסרב לתת סעד זה אפילו אם הוכיח המבקש את

3 שם, עמ' 659.

4 שם, עמ' 660.

5 ראה I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (London, 1962) Chapter 2.

6 שם, עמ' 188-191; 2 Ch. 612 (1908) *Chapman v. Michaelson*.

7 ראה, למשל, ע"א 238/53 כהן ובזבליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח 4; ראה גם

י' זוסמן, פדרי הדין האזרחי (מהדורה רביעית) 435.

על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר

הזכות שעליה הוא מעוניין בהצהרה⁸. אין בית המשפט חייב לתת הצהרה על כל זכות או מצב משפטי. בזה נבדל סעד זה מסעד רגיל אחר הניתן לתובע בזכות, אם רק הוכיח את העובדות המרכיבות את עילת תביעתו. העובדה שבית המשפט רשאי לסרב לתת סעד הצהרתי איננה אומרת שהוא רשאי להתנות את הסעד בתנאים אם הוא מחליט לתת, ובדאי אין פירושה שהוא רשאי לשנות את זכויותיהם של הצדדים תמורת מתן ההצהרה.

נודה מיד שאין לנו כל אסמכתא ישירה לפרופוזיציה שאין בית המשפט רשאי להתנות מתן סעד הצהרתי בתנאים. ברם, נראה לנו שאין כל צורך לאסמכתא שלילית כזו. החשוב הוא שלא מצאנו כל אסמכתא לדעה שבית המשפט אכן רשאי להתנות תנאים כאלה⁹. עיון בספרים הדנים בסעד ההצהרתי מעלה שכל המחברים מדגישים שמשמעות שיקול הדעת במתן פסקי דין הצהרתיים היא שבית המשפט יימנע ממתן סעד כזה בנסיבות מסוימות¹⁰. זאת ועוד: בדיקת הנסיבות, שבהן הפעילו בתי המשפט את שיקול דעתם וסירבו לתת הצהרה, מראה בעליל שהרעיון העומד מאחורי שיקול הדעת שבסעד זה איננו הרצון "לעשות צדק" בין הצדדים, כי אם רתיעת בתי המשפט מעיסוק בשאלות אקדמיות¹¹. השאלה כלל איננה הערכתו של הצדק שבזכויותיהם החוקיות של הצדדים, אלא בהערכת מידת הרציות במתן הצהרה על זכויות אלה. כך, למשל, נמנעו בתי המשפט ממתן סעד הצהרתי בנסיבות כגון אלה:

- א. התובע לא הצליח להראות איזה אינטרס יש לו במתן ההצהרה על הזכות¹¹;
- ב. מתן ההצהרה לא היה מביא תועלת לתובע, משום שהלה יכול היה להעלות את הטענה בדבר זכותו בתביעה שתוגש נגדו¹²;
- ג. ההצהרה היתה דרושה רק כדי להציגה לפני בית המשפט הגבוה לצדק¹³;
- ד. בזמן הגשת הבקשה להצהרה היה תלוי ועומד בין הצדדים משפט אחר, שבו היה בית המשפט מכריע בשאלה, שהיחה נשוא הבקשה להצהרה¹⁴;

8 ראה זוסמן, שם.

8א אחרי כתיבת רשימה זו פורסם פסק הדין של בית המשפט העליון בע"א 587/74 **מפעלי ע"י שגב ושות' בע"מ נ' מפעלי אי הסם בע"מ**, פ"ד ל (2) 432. בפסק דין זה חזר בית המשפט על הדעה שניתן להתנות פסק דין הצהרתי בתנאים. אך כמו במקרה של מרגליות גם כאן לא הובאה אסמכתא לדעה זו.

9 ראה זמיר, הערה 5 לעיל, עמ' 183: "Discretion, with reference to the declaratory judgment, means that even though the plaintiff may have proved his right, the court, taking into account a variety of considerations, may still refuse to declare it." ראה גם: 31 (Boston, 1965) *James Fleming, Jr., Civil Procedure*.

זוסמן, הערה 7 לעיל, עמ' 432.

10 יש לציין גם שרתיעה זו נמוגה במקצת בשנים האחרונות וניכרת מגמה ליברלית יותר כלפי סעד הצהרתי. ראה ע"א 288/64 **יעקובוביץ נ' החברה להוצאת אנציקלופדיות בע"מ**, פ"ד יח (4) 339.

11 ע"א 291/56 **שציוסק נ' רפפורט**, פ"ד יג 39.

12 ע"א 460/63 **שדדי נ' יכני מרטב עובדים להתייעבות שיתופית בע"מ**, פ"ד יח (1) 427.

13 ת"א 728/58 **אבו דהיד נ' עיר הפנים**, פ"מ יא 68.

14 ע"א 138/67 **אבני נ' קריצר**, פ"ד כא (2) 283.

ה. השאלה, שעליה נתבקש בית המשפט לתת הצהרה, היתה שאלה היפותטית, היינו, מה יהיה מצבו המשפטי של התובע, אם יתנהג הנתבע בצורה מסוימת.¹⁵

אמנם הובעה הדעה בפסיקה שלא יינתן פסק דין הצהרתי אם התנהגותו של המבקש, שהולידה את הזכות שעליה הוא מבקש הצהרה, היתה בניגוד לתקנת הציבור. אולם גם בשני מקרים שבהם הובעה דעה זו בבית המשפט העליון השאלה שנשקלה היתה, האם לתת את הסעד או לא, ולא האם יש להתנות את ההצהרה בתנאים.¹⁶ זאת ועוד: בשני המקרים היתה התנהגותו של התובע התנהגות בלתי חוקית או בלתי-מוסרית — במקרה האחד עריכת טקס נישואין פרטי בניגוד לחוק,¹⁷ ובמקרה השני ניאוף.¹⁸ ניתן לראות את הסירוב לתת סעד הצהרתי במקרים כגון אלה כביטוי למדיניות המשפטית העומדת מאחרי העקרון *ex turpi causa non oritur actio*.¹⁹ מכל מקום, אין כוונת הסירוב לתת סעד במקרים אלה "עשיית צדק פרטי" בין הצדדים לסכסוך.

קיימת כמובן האפשרות, שגם אם לא היתה, עד לפסק הדין בעניין מרגליות, אסמכתא לכך שבית המשפט רשאי להתנות פסק דין הצהרתי בתנאים, כל כוונת בית המשפט בהחלטתו בפרשת מרגליות, היתה לספק אסמכתא כזו. במלים אחרות, ייתכן שבית המשפט העליון החליט שהגיעה העת לסטות מן הדרך המקובלת באנגליה ושבה הלך גם הוא עד כה. לנו נראה, שאם היה ברצון בית המשפט לפתוח דלת חדשה בעניין זה, היה עליו לפרט את השיקולים המצביעים על כך שפתיחת דלת זו אמנם רצויה. אבל, כפי שראינו כבר לעיל, בית המשפט לא עשה כן. זאת ועוד: קריאת הקטע שבו חודשה ההלכה משאירה את הרושם הברור שההנחה היתה שבית המשפט פועל על-פי הלכות קיימות. לא נראה שהיתה כוונה מודעת לחדש הלכה בישראל.

3. אם כי נראה במבט ראשון, שהשאלה המתעוררת כאן היא שאלה של הסמכות לתת — או להימנע מלתת — סעד הצהרתי בלבד, לאמיתו של דבר השאלה היא עמוקה הרבה יותר. השאלה העקרונית המתעוררת מתייחסת לעצם תפיסתנו את תפקידו של השופט במערכת המשפט, והיחס בין מושגי הצדק הבאים לידי ביטוי בהסדר חקיקתי מסוים ובין מושגי הצדק האישיים של שופט הדין בסכסוך קונקרטי. האם זכויותיו של הפרט תלויות בהוראות החוק, או ב"אורך רגלו של הציגסלור" — אם כי אין אנו טוענים שמושגי הצדק של כל שופט ושופט אינם משפיעים עליו, ואינם צריכים להשפיע עליו,

15 ת"א 156/68 רובינשטיין נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"מ ע 306.
16 ראה דעתו של השופט חשין בע"א 238/53, הערה 7 לעיל; ע"א 447/58 פלוני נ' אלמזני, פ"ד יג 903. יש לציין שגם בשני מקרים אלה בסופו של דבר לא שיימה התנהגותו הרעה של המבקש נימוק לדחיית הבקשה להצהרה. מסיבה זו אומר זוסמן בספרו שהשאלה, אם ניתן לדחות בקשה למתן הצהרה על סמך הנימוק שהתנהגותו של התובע היתה בניגוד לכללי היושר, היא שאלה הצריכה עיון: זוסמן, הערה 7 לעיל, עמ' 435.

17 ע"א 238/53, הערה 7 לעיל.

18 ע"א 447/58, הערה 16 לעיל.

19 במקרה של הניאוף ברור שעמד שיקול חשוב נוסף מאחורי סירוב בית המשפט לתת את ההצהרה המבוקשת. המבקש טען שהוא אבי הילד שנולד לאשה נשואה. אמנם, מתן הצהרה שאכן טענת המבקש אמת היא, לא היה מחייב בית דין דבני לקבוע שהילד הוא ממזר, אך בודאי שהיה עלול לפגוע בילד, שלא היה צד לדיון, מבחינה חברתית. נראה, אפוא, שבית משפט לא היה שש לתת הצהרה כזו.

על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר

בבואו להחליט מהו תוכנה של הגורמה החלה במקרה מסוים, אנו סבורים בהחלט שמושגים אלה אינם צריכים להשפיע עליו, כשהשאלה היא האם יש להחיל את הגורמה במקרה ספציפי. נבחר את עמדתנו זו תוך התייחסות למקרה שנדון בפרשת מרגליות. חוק התרופות מסדיר את זכויותיהם וחובותיהם של הצדדים לחוזה שהופר. עיון בהוראות החוק מראה שתרופות אחדות הניתנות במקרה של הפרה, תלויות בשיקול דעתו של בית המשפט.²⁰ אולם רוב התרופות ניתנות לצד לחוזה (בדרך כלל לנפגע) כדבר שבזכות, ובלבד, כמובן, שנתמלאו התנאים הקבועים בחוק. בבואו לדון בזכויות הצדדים לחוזה שבוטל כתוצאה מהפרה קבע המחוקק שכל צד חייב להחזיר לשני את מה שקיבל על-פי החוזה, או שוויו.²¹ מתעוררת השאלה אם אדם שקיבל כסף על-פי החוזה שבוטל חייב להחזיר לא רק את הקרן, אלא לשלם גם ריבית על קרן זו. לשאלה זו אין החוק מתייחס במפורש, וכפי שנראה בהמשך, השאלה איננה פשוטה כלל ועיקר. אך תהיה התשובה לשאלה אשר תהיה, דבר אחד ברור: המחוקק לא השאיר את עניין תשלום הריבית לשיקול דעתו של בית המשפט. הוא קבע הסדר גורמטיבי כללי, והסדר זה חייב לחול בכל המקרים של ביטול חוזה. במידה שהוראת סעיף 9 כוללת את החובה לשלם ריבית על כסף ששולם, יש זכות לכל צד ששילם כסף כאמור לדרוש את הריבית. מצד שני, אם אין ההוראה כוללת חובה לשלם ריבית, יש לצד שקיבל את הכסף על-פי החוזה זכות להחזיר את הכסף בלי לשלם ריבית. אין לסבול מצב שבו זכותו או חובתו החוקית של צד לחוזה תשונה כדי שתתיישב עם חוש הצדק של השופט הדן בעניין.²²

המצב שנוצר בפסק הדין מרגליות הוא אבסורד. המערערים התיימרו להפעיל זכות לבטל חוזה. היות שלא היו בטוחים האם ביטול זה היה כדין אם לאו, פנו לבית המשפט

20 שיקול הדעת הניתן לבית המשפט לגבי תרופות אלה טמון בשני סוגים של הוראות: (1) הוראות הקובעות שניתן לשלול את התרופה על סמך נימוקי צדק; (2) הוראות הנותנות סמכות מפורשת לבית המשפט להפעיל שיקול דעת. ראה סעיף 4(3) (א) מתוך צו אייפה, אם אייפה החוזה תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין; (3) סעיף 7(ב) (שליחת זכות הביטול מחמת הפרה לאיסודית, אם הביטול יהיה בלתי צודק בנסיבות העניין); (4) סעיף 11(ב) (קביעת שיעור ריבית השונה מן השיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961); (5) סעיף 13 (פסיקת פיצויים בעד נזק שאינו ממון); (6) סעיף 15(א) (סמכות בית המשפט להפחית שיעור פיצויים מוסכמים); (7) סעיף 18(ב) (סמכות בית המשפט להסדיר את זכויותיהם של הצדדים לחוזה במקרה של הפרה מחמת אונס או סיכול).

21 ראה סעיף 9 לחוק התרופות.

22 מתוך הקטע של פסק הדין שצוטט קודם נראה שבית המשפט היתנה את ההצהרה בשלושה תנאים: (1) השבת הקרן; (2) שההשבה תיעשה תוך חודש ימים; (3) שתשלום גם ריבית. הנתנתו היא שהפעלת שיקולי הישר התייחסה לתנאי השלישי דוקא. ואולם, גם אם כוונת בית המשפט היתה שהתניית שני התנאים האחרים נעשית על-פי שיקולי ישר, לא היינו משנים את עמדתנו שהיה כאן שימוש שלא כהלכה בשיקול הדעת השיפוטי. לפי חוק התרופות, ביטול חוזה עקב הפרה נעשה על-ידי הודעה של הנפגע, כפי שהעיר בית המשפט עצמו בפס"ד מרגליות, בעמ' 659. חובת ההשבה היא תוצאה של ביטול כדין, ולא תנאי לכך. עם הביטול נוצר חוב של הנפגע להשיב למפר מה שקיבל על-פי החוזה. אי פרעון חוב זה מצד הנפגע מעניק למפר זכות להפעיל את כל האמצעים הרגילים לגביית חוב, אך אין הוא משפיע למפרע על השאלה, האם הביטול היה כדין אם לאו. יוצא, שגם התניית הצהרה על תוקפו של ביטול החוזה בפרעון החוב שנוצר עקב הביטול מהווה שינוי זכויות הצדדים על-פי החוק.

בבקשה שיכריע בעניין ויתן הצהרה מוסמכת בנדון. בית המשפט העליון החליט שהביטול היה כדין. אולם הוא קבע שאם רוצים המערערים שהצהרה על כך תהיה תקפה, עליה לבצע מעשה שספק אם היו צריכים לבצעו כלל ועיקר. זאת ועוד: בית המשפט קבע שאם לא יבצעו מעשה זה, תעמוד בתוקפה החלטה שקבעה שהביטול לא היה כדין.²³ נראה לנו בבירור שבהחלטה זו עשה בית המשפט שימוש שלא כהלכה בשיקול הדעת השיפוטי.

המישור השני: תוצאות ביטול חוזה

חוש הצדק של בית המשפט הוביל אותו למסקנה בפרשת מרגליות שיש לחייב את המוכרים, שביטלו את חוזה המכירה עקב הפרתם של הקונים, לשלם ריבית על הסכומים שקיבלו על חשבון המחיר. טענו לעיל שהדרך שבה התאים בית המשפט את התוצאה להבנתו את דרישות הצדק היתה פסולה. ואולם אין זאת אומרת, שהתוצאה שאליה הגיע בית המשפט עומדת בניגוד לחוק; השאלה היא, כמובן, האם פירוש נכון של חוק התרופות מחייב מוכר במצב כזה לשלם ריבית אם לאו. נלבן כעת את השאלה הזאת.

1. הגישה האומרת שעם ביטול חוזה עקב הפרת חייב כל צד להתזיר לצד השני מה שקיבל על-פי החוזה, איננה מקובלת כעקרון בכל שיטות המשפט המכירות בזכות ביטול חוזה עקב הפרת הדעה המקובלת באנגליה היא שביטול החוזה עקב הפרה אין פירושו ביטול תוצאותיו של החוזה, אלא שחרור הצדדים ממילוי התחייבויותיהם העתידיות על-פי החוזה.²⁴ החוזה מופסק ואיננו מאוין ולכן אין חובה כללית על צד אחד – ובמיוחד לא על הנפגע – להתזיר לצד השני מה שקיבל ממנו על-פי החוזה בשעה שהיה בתוקף.²⁵ אמנם יש פסק דין מרכזי המכיר בחובת הנפגע – שביטול חוזה

23 ההחלטה, שבמקרה של אי-מילוי התנאים שנקבעו עלידי בית המשפט תעמוד ההחלטה של בית המשפט המחוזי בתוקפה, מדגישה במה התבטא שינוי זכויות הצדדים. אמנם אין למר שבית המשפט חייב את המערערים להשיב את הקרן תוך חודש בצירוף ריבית, אך הוא קבע, שאם לא יעשו כן, תוטל עליהם סנקציה שאין לה סימוכין בחוק: דהיינו, תעמוד בתוקפה החלטה שיפוטית מחייבת, הקובעת שביטול החוזה לא היה כדין.

24 ראה: Cheshire and Fifoot, *The Law of Contract* (8th ed.) 577 ff.; Treitel, *The Law of Contract* (4th ed.) 578; McGarvie, "The Common Law Discharge of Contracts Upon Breach" 4 *Melbourne University L. Rev.* (1963) 254, 305; G. Shalev, "Remedies on Anticipatory Repudiation" 8 *Isr. L. Rev.* (1973), 123, 129.

25 ראה: Salmond and Williams, *On Contracts* (2nd ed.) 567-569; Cheshire and Fifoot, *op. et loc. cit.* יש אמנם דעה האומרת, שאם הנפגע איננו יכול להתזיר את המצב לקדמותו, אין הוא זכאי בכלל לבטל את החוזה עקב הפרה: ראה פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (1970) 106. למרות שדעה זו נתקבלה בארץ (ראה ע"א 268/67 אכל נ' לאופולר, פ"ד כא (2) 383), נראה שאין היא מקובלת יותר באנגליה: ראה: Goff and Jones, *The Law of Restitution* (London, 1966), 341; Cheshire and Thorpe v. Fifoot, *op. cit.*, 580. פסק הדין בעניין Fasey [1949] 2 All. E.R. 393 (ראה פרידמן, שם). המחברים המלומדים ציטטו ופיפוט

על שיקול הזעת השיפוט ותוצאות ביטול חוזה שהופר

עקב הפרתו — להחזיר את מה שקיבל לצד המפר²⁶, אולם נראה שפסק דין זה איננו מתיישב עם הפסיקה שקדמה לו²⁷. לגבי חוזה למכירת מקרקעין, לפחות, הדעה המקובלת היום היא שהשאלה, האם מוכר שביטל חוזה למכירת מקרקעין עקב הפרתו על-ידי הקונה חייב להחזיר את מה שקיבל על-פי החוזה לקונה, תלויה בפירוש סעיפי החוזה: אם החוזה עובר בשתיקה על העניין, יניח בית המשפט שהכוונה היתה שהמוכר לא יהיה חייב להשיב את דמי הקדימה, אבל הוא יהיה חייב להחזיר תשלומים שקיבל על חשבון המחיר²⁸.

ברור שאם עצם חובת ההשבה של צד לחוזה איננה כלל מקובל במשפט האנגלי, גם לא נדונה השאלה האם יש חובה לשלם ריבית על כסף שמשיבים. מובן מאליו שהמפר איננו זכאי לריבית על כסף שהיה בידי הנפגע, שהרי כלל וכלל לא ברור שהוא זכאי להשבת הקרן, ואילו הנפגע איננו זקוק לתשלום ריבית כזו, משום שהוא מקבל פיצוי בגין הנוק שנגרם לו עקב הפרת החוזה. נראה, שאם אין ביכולתו להוכיח מה הרווח שנמנע ממנו עקב ההפרה, יהיה הנפגע זכאי לתבוע ריבית על הכסף ששילם לצד השני עקב הסתמכותו על החוזה²⁹.

הגישה האמריקנית לעניין הביטול שונה מהגישה האנגלית. תהשקפה האמריקנית היא שבמקרה של הפרה מהותית זכאי הנפגע לבחור בין שלוש אפשרויות:

א. ביטול החוזה;

ב. השארת החוזה בתוקף, כך שנשארת זכות למפר לקיימו;

ג. תביעת פיצויים, שמטרתם להעמיד את הנפגע במצב שבו היה אילו קויים החוזה³⁰.

ההבדל העקרוני בין הסעד הראשון — ביטול — לשני הסעדים האחרים הוא שמטרת ביטול החוזה היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה אלמלא נערך החוזה, בעוד שמטרת הסעדים האחרים היא להעמידו במצב שבו היה לו קויים החוזה.

מטרת ביטול חוזה לפי ההשקפה האמריקנית שונה אפוא ממטרתו לפי ההשקפה האנגלית. הגישה האמריקנית היא, כאמור, שמטרת הביטול היא להעמיד את הנפגע

טוענים שהפירוש המקובל הניתן לפסק דין זה איננו נכון ושההלכה היחידה שנקבעה בו היא ההלכה הידועה שרק התנערות מן החוזה או הפרה יסודית שלו מעניקות זכות לצד השני לבטלו. וראה גם McGarvie, הערה 24 לעיל, עמ' 308: "Although there is a good deal of authority for the proposition that a contract cannot be discharged upon breach unless there can be *restitutio in integrum*, it is submitted that this view is wrong in principle and not justified by reliable authority"

Dies v. British and International Mining and Finance Corp. Ltd. [1939] 1 K.B. 26 742.

27 ראה Salmond and Williams, *op. et loc. cit.* מחברים אלה יוצאים בהתקפה חזיתית על פסק הדין; וראה גם Goff and Jones, *op. cit.*, 347.

28 ראה Goff and Jones, *id.*; וראה גם Stoljar, "The Defaulting Purchaser: The Recovery of Deposits and Instalments" 31 *A.L.J.* (1957) 510; Fox, "The Right of the Defaulting Purchaser to the Return of Instalments" 28 *A.L.J.* (1954) 67.

29 השווה *Anglia Television v. Reed* [1972] 1 Q.B. 60.

30 ראה: Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* (3rd ed.) vol. XII, §§1454-55; *Alder v. Drudis* 182 P. 2d 195; *Honey v. Henry's Franchise Leasing Corp.* 415 P. 2d. 833.

במצב שבו היה אלמלא נערך החוזה. מכיוון שכך, עם ביטול החוזה חלה חובה על המפר להחזיר לנפגע מה שקיבל על-פי החוזה. נראה גם שעל-מנת למנוע התעשרות שלא כדין של הנפגע חייב גם הלה להחזיר למפר מה שהוא קיבל על-פי החוזה. אם החוזה היה חוזה למכירת מקרקעין והקונה קיבל את החזקה במקרקעין, כוללת חובת ההשבה את החובה לשלם דמי שימוש בגין התקופה שבה עמדו המקרקעין לרשותו.³¹

גם גישת שיטת המשפט הקונטיננטלית בשאלת תוצאותיו של ביטול חוזה שונה מן הגישה של המשפט האנגלי.³² לפי הגישה הקונטיננטלית, הבאה לידי ביטוי בחוק אחד למכר-טובין בין-לאומי, תוצאת ביטול החוזה היא החזרת המצב לקדמותו.³³ משמעות הדבר היא, שכל צד חייב להשיב לצד השני מה שקיבל על-פי החוזה.³⁴ לנו נראה, שהרעיון שביטול החוזה משמעותו השבת מצב הצדדים לקדמותו דורש לא רק שכל צד ישיב את הנכס או את הכסף שקיבל על-פי החוזה, אלא גם שישלם עבור השימוש בנכס, או בכסף, שלא היה מגיע לידי אלמלא נערך החוזה שבוטל. ואמנם, לפי הגישה המאומצת בחוק אחד למכר-טובין בין-לאומי חייב כל צד "בהשבת השימוש" שנעשה בנכס, או בכסף, על-ידי תשלום שוויו. כשמדובר בכסף, מתבטא כמובן התשלום בגין השימוש בו בתשלום ריבית.³⁵

31 ראה *Elrod Gas Home Bldg Co. v. Menser* 8 P. 2d. 171; *Henry v. Henry's Franchise Leasing Corp.*, note 30, supra. דין זה חל בין אם הקונה היה המפר ובין אם היה, כמו במקרה זה, הנפגע. זאת ועוד: הקונה חייב לשלם דמי שימוש בין אם בחר להשתמש במקרקעין במשך כל התקופה ובין אם לאו. השאלה איננה אם הוא השתמש במקרקעין, אלא אם ניתנה לו זכות על-פי החוזה לעשות כן: שם. וראה גם *Kudokas v. Balkus*, 26 Cal. App. 3d 744, 103 Cal. Rptr. 318 (1972). יש לציין שהשאלה, האם המוכר חייב לשלם ריבית על הכסף ששילם לו הקונה-המפר, לא גודנה כנראה בבתי המשפט.

בעניין זה ראה Lee, "Defaulting Purchaser's Right to Restitution Under the Instalment Land Contract" 20 *U. Miami L. Rev. I.* (1965).

32 ראה Szladits, "Discharge of Contract by Breach in Civil Law", 2 *Am. J. of Comp. L.* (1953), 334.

33 ראה סעיפים 24, 41, 52, 55, 63, 68, 70 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א-1971 (להלן "חוק אחיד"). וראה סעיף 1453 ו-1458 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיף 346 לקודקס האזרחי הגרמני. אותו דין חל במשפט השווייצרי ובמשפט הצרפתי, אם כי במשפט הצרפתי מבוצע ביטול החוזה על-ידי בית המשפט: ראה שלאדיטס, הערה 32 לעיל.

34 ראה סעיף 78(ב) לחוק האחיד, וראה שלאדיטס, שם, עמ' 348-351.

35 ראה סעיף 81(א) לחוק האחיד: "מקום שהמוכר חייב להחזיר את המחיר, יהא חב גם בריבית על כך...". וראה גם סעיף 346 לקודקס האזרחי הגרמני; *Planioi, Treatise on the Civil Law* (3rd ed., translated by the Louisiana State Law Institute), vol. II, part I, section 1564. נראה שזאת הדעה המקובלת גם באיטליה: ראה Cassazione, 6.10.1970, n. 1803 (*Giur. Ital.* 1971, I, 1, 868, 871-872). לפי פסק-דין זה, למרות שביטול החוזה הוא *ex tunc* (דהיינו מיום מתן פסק הדין) תוצאות הביטול — דהיינו חובת השבת הקרן בצירוף ריבית — הן *ex tunc* (מיום קבלת הקרן). וראה *Torrente, Pescatore*, 1468 *Ruperto, Codice Civile Annotato* (Milano, 1973) עם זאת הובעה גם דעה אחרת האומרת, שחובת ההשבה נוצרת בעצם רק עם מתן פסק הדין ולכן החובה לשלם ריבית מתחילה ממועד זה. ראה, למשל, Cassaz. 30.4.1958, n. 1442 (אני מודה לחברי ד"ר י"א קואומו, שטייע לי במציאת האסמכתאות האיטלקיות).

על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר

2. כידוע, מבוסס חוק התרופות על החוק האחד למכר-טובין בין-לאומי³⁶. עם זאת, ברור שהחוק עומד בפני עצמו. יש לפרשו מתוך לשונו הוא ולמצוא תשובות לשאלות, שהחוק אינו עונה עליהן במפורש, מתוך תהייה על כוונת החוק³⁷. השאלה היא אפוא אם "כוונת החוק" היא לאמץ את גישת החוק האחד, אם לאו.
סעיף 9 לחוק התרופות קובע:

"משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על-פי החוזה, או לשלם לו את שווי של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על-פי החוזה, או לשלם לו את שווי של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך".

שלא כמו בחוק האחד, שבו יש הוראה ספציפית הקובעת שחובת ההשבה כוללת חובה לשלם בגין השימוש בכסף או בנכס³⁸, אין בחוק התרופות הוראה ספציפית בעניין זה והשאלה חייבת להידון בראש ובראשונה מתוך פירושו של סעיף 9 זה. ניתן לטעון, אמנם, שעובדת אי-הכללתה של הוראה פוזיטיבית בעניין זה בחוק התרופות, בעוד שהוראה ספציפית מצויה במודל שעליו מבוסס חוק זה – הוא החוק האחד הנ"ל – צריכה ללמד אותנו שיש כאן הסדר שלילי ואין חובה לשלם דמי שימוש או ריבית על-פי חוק התרופות. אלא שטענה זו אינה נראית לנו וטעמנו עמנו: הוראת ההשבה הכללית בחוק האחד מדברת רק על החזרת כסף, או נכס, שנתן צד על-פי החוזה, ואין היא עומדת על האפשרות של החזרת שווי של מה שנתן³⁹. יוצא, שמפרשנות הוראת ההשבה עצמה בחוק האחד אין כל אפשרות לומר שאכן יש לשלם את שווי של השימוש בכסף, או בנכס, והיה צורך בהוראה מיוחדת בעניין זה. סעיף 9 לחוק התרופות, לעומת זאת, מדבר, בין השאר, על השבת שווי של מה שנתקבל על-פי החוזה. הוראה זו סובלת בהחלט פירוט האומר שיש להשיב גם את "שווי של שימוש" בנכס, או בכסף, שנתקבל על-פי החוזה. אם פירוש זה הוא הפירוש הנכון, לא היה צורך בהוראה מיוחדת לעניין זה.

האם פירוש זה הוא הפירוש הנכון של סעיף זה? מבחינת הפרשנות הלכותית נראה לנו שאין כל מניעה לומר שהוראת סעיף 9 לחוק התרופות מחייבת את המשיב לשלם בגין השימוש בנושא ההשבה. ניתן לומר שפלוגי, שקיבל לידיו את החזקה בדירה על-פי חוזה, קיבל לא רק את המיבנה הפיסי, כי אם גם את השימוש במיבנה זה. אמנם, החזרת השימוש אינה אפשרית, אבל דוקא מכיוון שכך, עליו להחזיר את שווי. אותו דין חל לגבי סכום כסף. אדם שקיבל סכום כסף על-פי חוזה, קיבל לא רק את השטרות

36 ראה א' דינ, "חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970", בסדרת לחוקי החוזים, בעריכת פרופ' ג' סדסקי, עמ' 14.

37 ראה דינ, שם.

38 ראה סעיף 81 לחוק האחד.

39 ראה סעיף 78(ב) לחוק האחד: "קיים צד אחד את החוזה, כולו או מקצתו, רשאי הוא לתבוע השבה של מה שסיפק או שילם לפי החוזה...".

הפיסיים, אלא גם את השימוש בכסף לתקופה מסוימת. את שוויו של שימוש בכסף מעריכים בריבית⁴⁰.

למרות שפרשנות זו של הוראת סעיף 9 היא פרשנות אפשרית מבחינה לשונית, יש להודות שאין היא הפרשנות האפשרית היחידה. בספרו על חוק התרופות דחה פרופ' ידין את הפרשנות הזאת. הוא כותב:

"השאלה... היא אם הוכאי להיכבה זכאי גם לתשלום בעד התועלת שהחייב הפיק מן הנכס, למשל כשהשתמש במכונית שעליו להשיב. על כגון אלה יקשה לומר שהחייב 'קיבל' אותם על-פי החוזה ועליו 'להשיבם'⁴¹.

נראה לנו, שאין כל דרך לומר שפרשנות מילולית של סעיף 9 מחייבת לקבל אחת משתי דרכי הפרשנות שהצגנו: שתי הדרכים אפשריות. יוצא, שהבחירה בין שתי הדרכים חייבת להיקבע לפי שיקולים אחרים. דומה, שהשיקול המכריע חייב להיות איזו דרך רצויה יותר. יש לבדוק אם כן מה הן ההשלכות של קבלת שתי דרכי הפרשנות בהקשרים שונים.

3. את הבדיקה האמורה יש לחלק לשתי קטיגוריות ראשיות: (1) מצב שבו הביטול הוא התרופה היחידה שתובע הנפגע; (2) מצב שבו בנוסף לתרופת הביטול תובע הנפגע גם פיצויים בגין הנוק שנגרם לו עקב ההפרה.

(1) כשהביטול הוא התרופה היחידה

ביטול החוזה יהיה התרופה היחידה הנתבעת כשהנפגע לא סבל כל נזק, ואולי אפילו יצא נשכר, מהפרת החוזה וביטולו⁴². כזה יהיה המצב אם בהיכנסו לחוזה, עשה הנפגע "עיסקה רעה", או אם עקב תנודות מחירים בשוק, יוכל להשיג בשוק ביום הביטול תנאים טובים יותר מתנאי החוזה.

אין צורך לומר שבשוק שחלות בו עליות תלולות במחירי המקרקעין בתקופות קצרות, יהיה למוכר מקרקעין במקרים רבים עניין רב בביטול חוזה עם קונה ובעשיית עיסקה

40 על הרעיון של ריבית כתשלום עבור השימוש בכסף ראה: Hirschberg, *The Impact of Inflation and Devaluation on Private Legal Obligations* (Bar-Ilan Univ., 1975) 213, 245-48; Levontin, "Foreign Money Loans: The Rate of Conversion" 1 *Isr. L. Rev.* (1966) 250, 261

41 ראה ידין, הערה 36 לעיל, עמ' 71. יש לציין שהשאלה שאנחנו דנים בה היא יותר רחבה מן השאלה שמציג פרופ' ידין. שאלתנו איננה אם המשיב חייב לשלם עבור שימוש שעשה הלכה למעשה בנכס או בכסף, אלא בשימוש שיכול היה לעשות בו. אין זה משנה אם אדם שקיבל כסף שמר את הכסף מתחת למזונו או השקיעו בניירות ערך — ניתנה לו אפשרות להשתמש בו והוא היה יכול לבצל אפשרות זו. כמובן, לגבי נכסים שהשימוש בהם גורם להורדה בערכם מתעוררת שאלה אחרת שלא נדונה כאן. ייתכן ששימוש בנכסים כגון אלה עושה את ההשבה בעין כבלתי אפשרית כך שיש להשיב את שווי של הנכס.

42 הוא יהיה התרופה היחידה גם במקרה של הפרה מאונס: ראה סעיף 18(א) לחוק התרופות. אולם לא גזון כאן בביטול חוזה במקרה כזה, מכיוון שעל-פי סעיף 18(ב) הסדרת זכויותיהם של הצדדים בעקבות ביטול חוזה כזה מסורה במידה גדולה לשיקול דעתו של בית המשפט.

על שיקול הזעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שחופר

חדשה, שתתבסס על מחירי המקרקעין החדשים. אם, עקב הפרת חוזה כזה על-ידי הקונה, יבטל המוכר את העסקה, הוא לא יהיה זכאי לפיצויים, מכיוון שלא ייגרם לו כל נזק עקב ההפרה. נראה שפרשת מרגליות היא דוגמה קלאסית לביטול חוזה בנסיבות מעין אלה.

כדי לבדוק אם הכרה בחובה לשלם ריבית, או דמי שימוש, מוצדקת בנסיבות אלה, שומה עלינו לבחון את מטרתו הכללית של "ביטול החוזה" ולשאל האם הכרה בחובה כזו מתיישבת עם מטרה זו, אם לאו.

נכון אמנם לומר, שאין חוק התרופות מגדיר מהי משמעותו האמיתית של ביטול החוזה עקב הפרתו.⁴³ אולם נראה לנו, שעצם הגדרת תוצאת הביטול בסעיף 9 לחוק מראה שחוק התרופות הולך בעניין זה אחרי שיטות המשפט הקונטיננטליות ושמשמעות הביטול היא החזרת הצדדים למצב שהיו בו אלמלא נערך החוזה.⁴⁴ אם הנפגע היה במצב יותר טוב אילולי נערך החוזה, הוא ייצא כמובן נשכר מביטולו – אבל אין בכך פגם. על-ידי הפרה יסודית של החוזה, או הימנעות מתיקון הפרה לא יסודית אחרי שניתנה לו ארכה סבירה לכך, מאבד המפר את זכותו לקבל את היתרונות שקיום החוזה היה מעניק לו ואין לו להלין אלא על עצמו. הנקודה החשובה לענייננו היא שהרעיון העומד מאחורי הוראת ההשבה במקרה זה דורש שכל צד יחזיר לצד השני כל יתרון שקיבל ממנו ושלא היה מקבל ממנו אלמלא נערך החוזה. במלים אחרות, אם המטרה היא החזרת המצב לקדמותו, יש לדרוש לא רק החזרת קרן או נכס שנתקבל על-פי החוזה, אלא גם את השימוש בקרן, או בנכס, שקיבל צד א' ושהיה נשאר בידי צד ב' אלמלא נערך החוזה. ראובן ישב בביתו של שמעון במשך שישה חודשים עד שבוטל חוזה מכר ביניהם. אלמלא אותו חוזה היה השימוש בבית נשאר בידי שמעון – ברצונו היה גר בו בעצמו (ונמנע אולי מן הצורך לשלם עבור המקום שבו ישב למעשה), ברצונו היה משכיר את הבית. אך בכל מקרה היה יתרון השימוש שלו. החזרת המצב לקדמותו דורשת ששמעון יהיה זכאי לשוויו של שימוש זה.

חובת ההשבה על-פי סעיף 9 לחוק התרופות היא חובה הודדית, החלה על המפר ועל הנפגע כאחד.⁴⁵ ניתן אפוא לתאר לעצמנו שלושה סוגי מקרים, שבהם תהיה חובת ההשבה:

43 ראה שלו, הערה 24 לעיל, שם.

44 כאן אנו חולקים על דעתה של ד"ר שלו, שביטול משפיע רק על חיובים שעדיין לא בוצעו. (ראה שלו, הערה 24 לעיל, שם). נראה לנו בבירור, שחובת ההשבה הכללית מבהירה שהביטול משפיע גם על חיובים שבוצעו. הבעיה המדאיגה את ד"ר שלו היא האם פירוש הביטול יהיה שאף צד לא יוכל להסתמך על תניה בחוזה, שהיתה מיועדת לחול דוקא במקרה של הפרה, ואפילו הפרה המצדיקה ביטול, כגון תניה בדבר פיצויים מוסכמים. בשאלה זו אנו נוטים לקבל את דעתו של פרופ' ירין, שלמרות שביטול פועל למפרע על רוב חיוביהם של הצדדים, ישנו הניחוי מסוימות של החוזה – ותניה על פיצויים מסכמים בראשן – הממשיכות להתקיים ולחייב את הצדדים גם לאחר הביטול. ראה ירין, הערה 36 לעיל, עמ' 53.

45 עם זאת יש הפליה בין הנפגע ובין המפר כאשר לצורת ההשבה. במקרה שאפשרית השבה בעין, ניתנת ברירה לנפגע – בין אם הוא המשיב או מקבל ההשבה – להעדיף תשלום שוויו של מה שנתקבל על-פי חוזה על-פני השבה בעין. לגבי תשלום בגין שימוש בנכס, או בכסף, כמובן אין להפליה זו חשיבות, מכיוון שהשבה בעין לעולם לא תהיה אפשרית.

- (1) רק הנפגע קיבל משהו על-פי החוזה, ולכן רק הנפגע חייב בהשבת.
- (2) רק המפר קיבל משהו על-פי החוזה, ולכן רק המפר חייב בהשבת.
- (3) שני הצדדים קיבלו זה מזה משהו על-פי החוזה, ולכן שניהם חייבים בהשבת.

האם הכלל הדורש תשלום בעד שימוש בנכס, או בכסף, מתאים לכל אחד מסוגי מקרים אלה?

בסוג הראשון של מקרים – והמקרה הנדון בפרשת מרגליות הוא מקרה מסוג זה – ניתן אולי לטעון, שחייב הנפגע בתשלום ריבית על כסף שהחזיק בידו (או תשלום דמי שימוש בנכס שהיה בחזקתו) נותן למפר "פיצוי" ואין מקום לפצות מפר חוזה. לדעתנו אין לקבל טענה זו. בדיני חוזים אין כוונה מיוחדת להעניש צד שהפר חוזה⁴⁶, אם כי ברור שהענשתו היא לעתים תוצאת לוואי הכרחית מפיצוי של הנפגע. לו נגרם לנפגע נזק בגלל ההפרה, הוא היה זכאי לקבל פיצוי בגין נזק זה. אולם, כאשר לא נגרם לו כל נזק – וזאת הנחתנו, כאשר ביטול הוא התרופה היחידה – הרעיון הוא, שיש להחזיר את המצב לקדמותו. אם רוצה הנפגע להחזיר את המצב לקדמותו – וברירת הביטול נמצאת בידו תמיד – עליו להיות מוכן להחזיר את כל היתרונות שהוענקו לו על-פי החוזה בידי המפר. אין הוא יכול להחזיר את המצב לקדמותו ולהמשיך ליהנות מיתרונות שלא היו מגיעים לידי אלמלא נערך החוזה. נראת, שבבואנו לבדוק איזה יתרונות קיבל הנפגע על-פי החוזה – אין כל סיבה טובה להפלות בין שוויו של נכס ובין השווי של השימוש בו, או בין שוויו של סכום כסף ובין שוויו של השימוש בסכום זה עד לביטול החוזה. על הנפגע להשיב גם את שוויו של שימוש זה. פרשת מרגליות מדגימה מה עלולה להיות התוצאה, אם לא נכיר בחובה לשלם ריבית בסוג זה של מקרים. הנפגע יקבל סכום גדול מן המפר ולא יתן לו דבר תמורתו. בטלב מאוחר יותר ינצל הנפגע את הפרת החוזה ע"י המפר, כדי לבטל את החוזה ולעשות עיסקה אחרת, שתעניק לו תמורה גדולה בהרבה מהתמורה שהיה זכאי לה על-פי החוזה שביטל. שיטה המאפשרת לו לא רק להשתחרר מן החוזה עם המפר, אלא גם לזמור בידי את היתרונות שביצעו החלקי של החוזה היקנה לו לפני ביטולו, גובלת בערשק המפר.

המקרה השני שמנינו – הוא המקרה שבו רק המפר חייב בהשבת – בודאי שאיננו מעורר קושי כלשהו. עם הביטול מאבד המפר את זכותו ליהנות מיתרונות החוזה ועליו להחזירם לנפגע.

ומה בדבר המקרה השלישי? אם שני המקרים הראשונים אינם בעייתיים במיוחד, נראה לנו שגם צירוף של מקרים אלה איננו בעייתי מבחינה עקרונית. כמובן, במקרה זה

46 הרעיון, שאין מטרה של תרופה בגין הפרת חוזה הענשתו של המפר, בא לידי ביטוי בכמה דרכים בחוק התרופות. הביטוי החשוב ביותר נמצא אולי בהוראת סעיף 15(א), הנותנת סמכות לבית המשפט להפחית את שיעור הפיצויים המוסכמים, אם הוא מוצא שהפיצויים נקבעו ללא יחס סביר לנזק, שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. בהוראה זו שולל המחוקק מן הצדדים לחוזה את הזכות להשתמש בתרופת הפיצויים ככלי עונשי, במקום ככלי פיצויי. רעיון דומה בא לידי ביטוי בהוראת סעיף 6, השוללת תוקף מתניה גורפת בחוזה, העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה. גם בהוראה זו מביע המחוקק את דעתו, שאין להשתמש בתרופת הביטול כסנקציה עונשית.

על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר

יוכלו הצדדים לקזז את התשלומים בגין השימוש במה שקיבלו כל אחד על-פי החוזה⁴⁷, מסקנתנו היא אפוא, שבמקרה שבו ביטול החוזה הוא התרופה היחידה בשל הפרתו, משמעות הביטול היא החזרת המצב לקדמותו. הכרה במשמעות זו מובילה אותנו למסקנה, שצד שקיבל נכס, או כסף, על-פי החוזה, חייב לשלם בעד השימוש בנכס, או בכסף, בין אם צד זה הוא המפר ובין אם הוא הנפגע.

(2) הנפגע תובע גם פיצויים

הקושי המתעורר בקטיגוריה זו של מקרים נעוץ בעובדה שמטרות תרופות הביטול הפיצויים שונות זו מזו ואינן יכולות לגור בכפיפה אחת. בעוד שמטרת הביטול היא להעמיד את הצדדים במצב שהיו בו אלמלא נערך החוזה, מטרת הפיצויים ביני חוזים היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה לו קיום החוזה⁴⁸.

הסתירה בין המטרה של החזרת המצב לקדמותו ובין המטרה של העמדת הנפגע במצב שבו היה לו קיום החוזה, הניעה את בתי המשפט בארה"ב לקבוע שאין מוכר מקרקעין שביטל חוזה לאחר שמסר את החזקה במקרקעין לקונה, זכאי לקבל גם פיצויים בגין ירידת ערך המקרקעין וגם דמי שימוש בגין התקופה שבה השתמש הקונה במקרקעין⁴⁹. לו קיום החוזה — והפיצויים יעמידו את המוכר במצב שבו היה לו קיום — לא היה המוכר מקבל דמי שימוש בגין התקופה שבה ישב הקונה על המקרקעין, ולכן אין הוא זכאי להם אם הוא מקבל פיצויים. אלמלא נערך החוזה, היה המוכר יכול להשכיר את הנכס ולקבל דמי שימוש עבורו, אבל אז לא היה מקבל את המחיר החוזי בעד הנכס, כי אם את מחיר השוק אחרי תום תקופת השימוש. לעתים אמנם נכון שכתוצאה משימוש בהם יירד ערכם של מקרקעין בשוק (אם מדובר, למשל, בדירה או בבניין אחר), אולם ירידה זו תתבטא בהערכת שיעור הפיצויים: שיעור הפיצויים יהיה ההפרש בין שווי של המקרקעין בחוזה ובין שווי בשוק ביום ביטול החוזה⁵⁰, ובקביעת שווי המקרקעין בשוק ביום ביטול החוזה יהיה ביטוי לירידה בערך שנגרמה משימוש הקונה המפר במקרקעין.

47 ראה סעיף 20 לחוק התרופות.

48 להבחנה בין שתי המטרות הללו ולהסבר מטרת הפיצויים ביני חוזים ראה Fuller and Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages: 1" 46 Y.L.J. 52 (1936) גראה לנו, שנוסח סעיף 10 לחוק התרופות, האומר שפיצויים יינתנו בעד הנזק שנגרם עקב הפרה, מצביע בבירור על כך, שהמטרה של הפיצויים היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה אלמלא הפרה — דהיינו לו קיום החוזה. דעה זו מתחזקת, אם משווים את נוסח סעיף 10 לחוק התרופות עם נוסח סעיף 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), המדבר על גזק שנגרם עקב כריתת החוזה. וראה גם ידן, הערה 36 לעיל, עמ' 81. ידן סבור גם הוא שמטרת הפיצויים היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה אילו קיום החוזה. (יש לציין שבמקום אחר בספרו (ראה שם, עמ' 69) כותב פרום' ידן שמטרת הפיצויים והביטול היא זהה — להחזיר את המצב לקדמותו. גראה לנו שאין זה מדויק לומר שמטרת הפיצויים ביני חוזים — לעומת דיני הגניקין — היא החזרת המצב לקדמותו).

49 ראה 30 supra note, *Honey v. Henry's Franchise Leasing Corp.*, note 30 supra; וראה גם *Kudokas v. Balkus* 103 Cal. 318 (1972).

50 ראה סעיף 11(א) לחוק התרופות.

יש הגיון רב בהתנגדות האמריקנית שתוארנו לתת דמי שימוש המתבססים על ההנחה שלא נערך החוזה וגם פיצויים המתבססים על ההנחה שקיים החוזה. התנגדות זו באה לידי ביטוי בכמה משיטות המשפט הקונטיננטליות, שגם בהן משמעות הביטול היא החזרת המצב לקדמותו. לפי המשפט השווייצרי, למשל, במקרה של ביטול החוזה זכאי הנפגע לפיצויים בגין הנזק שנגרם לו עקב הסתמכותו על החוזה, ולא בגין הרווח שהיה מפיך לו קיים החוזה.⁵¹ המשפט הגרמני דוגל בפתרון האמריקני, המחייב את הנפגע לבחור בין תרופת הביטול ובין תרופת הפיצויים: במקרה של ביטול אין הנפגע זכאי כלל לפיצויים.⁵²

סעיף 2 לחוק התרופות קובע במפורש שנפגע זכאי לפיצויים בנוסף לביטול החוזה. נראה גם, כפי שאמרנו, שמטרת הפיצויים על-פי החוק היא להעמיד את הנפגע במצב שבו היה לו קיים החוזה. יוצא, לכאורה, שאם ניתן לנפגע גם דמי שימוש במסגרת חובת ההשבה, וגם פיצוי בגין הפסד העיסקה, הוא יוכל ליהנות מכני עולמות: מן המצב שבו היה אלמלא נערך החוזה ומן המצב שבו היה לו קיים החוזה. ואולם, נראה לנו שניתן ליישב את הסתירה בין תרופת ההשבה והפיצויים בחוק התרופות גם אם נאמר שחובת ההשבה כוללת בחובה את החובה לשלם בגין שימוש בנכס או בכסף שנתקבל על-פי החוזה. הדרך לעשות זאת היא להביא בחשבון את האלמנט של דמי שימוש, או ריבית, בחישוב הפיצויים. נבהיר רעיון זה תוך כדי ניתוח שלושת המצבים האפשריים שניתחנו לעיל: (1) הנפגע בלבד חייב בהשבה; (2) המפר בלבד חייב בהשבה; (3) שני הצדדים חייבים בהשבה.

להדגמת המקרה הראשון נתאר לעצמנו חוזה למכירת ביתו של ראובן לשמעון. ראובן קיבל חלק מהמחיר, אבל לא מסר את החוקה בבית לשמעון וכשהלה סירב לקבל את החוקה ולשלם את יתרת המחיר בוטל החוזה בידי ראובן. לפי הנחתנו זכאי ראובן לפיצויים, אבל עליו להחזיר לשמעון את הכסף שקיבל ממנו בצירוף ריבית. איך יחושבו הפיצויים של ראובן? לכאורה, על-פי סעיף 11(א) לחוק התרופות יהיה ראובן זכאי לקבל את הפרש שבין מחיר הבית הנקוב בחוזה עם שמעון ובין מחירו בשוק ביום ביטול החוזה. אבל האם הפרש זה יבטא את נזקו המלא של ראובן? נראה שלא. שהרי לו קיים החוזה בידי שמעון, היה מקבל את שיעורי המחיר לפי לוח הזמנים שנקבע בחוזה עם שמעון ולא ביום ביטול החוזה.⁵³ יוצא שנגרם לראובן נזק שאיננו בא לידי ביטוי בהפרש שבין המחיר החוזי למחיר השוק, והוא הנזק הטמון בדחיית מועד קבלת מחיר הדירה, אשר שוללת ממנו את השימוש במחיר הדירה (או בחלק ממנו) לזמן מסוים. אבל נזק זה זהה לריבית שיהיה חייב ראובן לשלם לשמעון על הכסף שהיה בידו.⁵⁴

51 ראה 346-347 Szladits, note 32 supra.

52 שם, עמ' 347.

53 לצורך הריכוז אנו נניח שבחישוב שווי הבית בשוק ביום הביטול מניחים שכל המחיר ישולם מיד.

54 כמובן יכול מאוד להיות שנגרם לראובן נזק בגין אי תשלום חלק משיעורי המחיר לפני שבוטל החוזה. כנגד נזק זה אין טובת הנאה שחייב ראובן להחזיר לשמעון והוא יצטרך להכניס את הנזק לחשבון נזקיו הכולל. הנקודה החשובה היא, שלגבי אותם סכומים שקיבל ראובן על-פי החוזה הוא יוכל לומר תמיד שלו קיים החוזה לא היה חייב לשלם ריבית עליהם ולכן הריבית שהוא חייב לשלם היא בבחינת נזק. ניתן אמנם לטעון שתשלום הריבית

על שיקול הדעת השיפוטי ותוצאות ביטול חוזה שהופר

הפתרון, הוא אפוא לקזז את הריבית המגיעה לשמעון על-פי סעיף 9 כנגד הנזק שנגרם לראובן בגין הפסד השימוש בכסף ושבעדו הוא זכאי לפיצויים על-פי סעיף 10 לחוק. כשרק המפר חייב בהשבה הקונסטרוקציה המשפטית שונה אבל התוצאה זהה. הבה נניח שבדוגמה שתיארנו לעיל הופר החוזה בידי ראובן המוכר. עם ביטול החוזה בידי שמעון חייב ראובן להחזיר לשמעון את הכסף שקיבל על-פי החוזה בצירוף ריבית. שמעון מצדו זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה, ושיעורם של פיצויים אלה יהיה כהפרש שבין המחיר החוזי ובין שווי הבית בשוק ביום הביטול. אבל נראה שראובן זכאי לדרוש שמגזקו של שמעון עקב ההפרה ינוכה כל יתרון שצמח לשמעון ממנה⁵⁵. אלמלא הופר החוזה ובוטל, לא היה שמעון מקבל ריבית על שיעורי המחיר ששילם – כספים אלה היו נשארים בידי המוכר עד להשלמת ביצועו של החוזה. יוצא אפוא, ששמעון חייב לנכות מגזקו את היתרון שצמח לו מביטול החוזה. עינינו הרואות, שגם במקרה זה מה שניתן ביד אחת בתרופת ההכבה מוחזר ביד שנייה בתרופת הפיצויים.

גם בקטגוריית מקרים זו המקרה, שבו שני הצדדים חייבים בהשבה, איננו בעייתני. הנפגע זכאי לפיצוי בעד היתרון שהפסיד עקב הצורך בעשיית עיסקה חדשה בתנאי מימון חדשים, בעוד שהמפר זכאי לדרוש שהיתרון שמוקנה לנפגע עקב הביטול ינוכה מסכום הפיצויים שייפסק לו.

לסיכום, אנו מגיעים למסקנה שבקטגוריה זו של מקרים – מקרים שבהם יש גם ביטול וגם תביעת פיצויים – הדרישה שהובת ההשבה תכלול גם הובת תשלום בעד שימוש בנכס, או בכסף, אינה מורידה ואינה מעלה. הבנה נכונה של תרופת הפיצויים דורשת שהיתרון, שדרישה זו תתן או תמנע מן הנפגע, יילקח בחשבון בקביעת שיעור הפיצויים המגיע לו. המצב יהיה זהה, אם כן, למצב שהיה קיים גם בהעדר דרישה כזו. אם אין דרישת התשלום בגין שימוש מעלה או מורידה במקרה של הצטברות תרופות חייבת השאלה, האם דרישה זו רצויה אם לאו, להיבדק לאור פעולתה במקרים שבהם הביטול הוא התרופה היחידה. גיסינו להראות לעיל שבמקרים אלה רצוי לעמוד על דרישה כזו, כדי להבטיח חתירה נאמנה לרעיון הביטול, שהוא החזרת המצב לקדמותו. מסקנתנו היא אפוא, שיש לפרש את סעיף 9 לחוק התרופות כהוראה הדורשת תשלום גם בגין שימוש בכסף, או בנכס.

ראינו לעיל שבפסק הדין מרגליות חוש הצדק של בית המשפט הוביל אותו למסקנה שיש לחייב את הנפגעים המבטלים לשלם ריבית על הכסף שהגיע לידיהם על-פי החוזה. ביקרנו את הדרך שבה יישם בית המשפט את חוש הצדק שלו באותו עניין. עכשיו נוכל להוסיף, שלא היה כל צורך ללכת בדרך שבה הלך בית המשפט. אם הביטול היה כדין הנפגעים היו חייבים לשלם ריבית מכוח הוראת סעיף 9 לחוק, ולא היה מקום להפעיל כללי יושר מעורפלים ומפוקפקים.

ד"ר דוד קרצ'מר

הוא נזק שנגרם לראובן עקב הביטול ולא עקב ההפרה, ולכן אין הוא זכאי לפיצוי בגינו. אך אין לקבל טענה זו. לפי סעיף 10 זכאי הנפגע לפיצוי בעד נזק שנגרם עקב ההפרה ותוצאותיה, ונראה שהמלה "תוצאותיה" מתייחסת דוקא לביטול החוזה שהיא תוצאת הפרתו. ראה ידיו, הערה 36 לעיל, עמ' 74.

55 ראה ידיו, שם.