

דרישת משלוח התראה נוטריונית

ע"א 286/67 ג'ברה נ. פרץ (כ"א פד"י (2), 741)

1. מבוא

המשיב מסר את משאיתו לתיקון אצל המערער, והלה התחייב לתקנה עד תאריך מסוים. נקבע בחוזה, שעבור כל יום של אחר ייחלם סכום קבוע של 150 ל"י. המשאית נמסרה למשיב 64 יום לאחר התאריך המוסכם. אך ההתראה הנוטריונית נשלחה רק 5 ימים לפני החזרת המשאית.

הבעיה שהתעוררה היא האם יחושבו הפיצויים בגין הפרת החוזה מיום האחר או רק מיום משלוח ההתראה. הוחלט, שבמקרה זה אין חובה לשלוח התראה נוטריונית ולפיכך אי משלוח ההתראה אינו משפיע על חישוב הפיצויים.

פסק הדין מהווה המשך למגמה בולטת: לצמצם ככל האפשר את תחולתו של סעיף 106 לסה"ח לפרוצדורה העותומני, שכן "הדרישה בדבר משלוח התראה נוטריונית שהיתה אולי יפה בשעת נתינתה, אינה ממלאת עוד שום תפקיד מועיל. להיפך, לרוב היא רק מכבידה ומויקה... הגיעה השעה להסיר את המכשלה הזאת מדרך המשפט שלנו ויפה שעה אחת קודם".²

בפרשת ג'ברה נ. פרץ נקבעה אי-חלולו של ס' 106 הנ"ל בשל התנייה מכללא. בפסק הדין סוקר השופט קיסטר את המקרים בהם לא חלה דרישת ההתראה הנוטריונית, ופסק דינו מעלה בצורה נוקבת את השאלה: עד מתי ישאר בתוקפו הסעיף שהפסיקה הפכה אותו ל"אות מתה"?³

2. חובת המשלוח

סעיף 106 לסה"ח לפרוצדורה העותומני מעניק למפר החוזה, טענת הגנה כנגד תביעתו של בעל חוזהו. הטענה היא שבעל חובו לא שלח לו – קודם הגשת התביעה – התראה נוטריונית בה דרש ממנו לבצע את חיובו.⁴ טענת הגנה זו תעמוד רק כאשר קימת חובה לשלוח התראה. סעיף 106 הנ"ל אינו מטיל חובת משלוח כללית אלא חלקית בלבד.⁵ קיום החובה תלוי בשישה גורמים שפותחו במשך הזמן על-ידי הפסיקה.

1 ראה ע"א 602/65 נורדון ואכסטרדם נ. מנז, כ' פד"י (2), 258.

2 דברי השופט ברנזון בע"א 602/65 הנ"ל. וראה סעיף 16 להצעת דיני חוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשכ"ה–1965, ה"ח תשכ"ה, 208.

3 נראה לי שאי מילוי החוזה מהווה הפרת עוד בטרם נשלחה התראה. מכך נובעות מסקנות מרחיקות לכת לגבי תחולת ס' 106. ראה פסקה 6 להלן.

4 התראה המאימת בתביעה דורשת תשלום פיצויים אין בה די – ע"א 485/65 בנק הפועל המזרחי נ. פליכס מורחי ואח', כ' פד"י (4), 869.

5 כמשתמע מסעיף 106 עצמו. ראה פסקה 3 להלן.

1. סוג החוזה,
2. סוג ההפרה,
3. האפשרות לבצע את החיוב,
4. הסעד,
5. העילה,
6. התנאה.

חובת המשלוח תתקיים, וטענת ההגנה תעמוד, רק כאשר החוזה הוא חוזה לעשיית דבר מה⁶, ההפרה היא מסוג שב ואל תעשה⁷, החייב יכול לבצע את החיוב⁸, הסעד הנדרש הוא פיצויים⁹, העילה לא תהא הפרת הבטחת נשואין¹⁰, ובתנאי שלא פטרו הצדדים את עצמם מן החובה לשלוח התראה¹¹.

3. סוג החוזה

סעיף 106 עצמו קובע שהוא חל רק על שני סוגי חוזים: חוזה לעשיית דבר מה, וחוזה למסירת דברים ידועים במקום קבוע¹². למעשה אין כאן אלא סוג אחד של חוזים: חוזה לעשיית דבר מה. כאשר החוזה הוא לא-עשייה – לעולם לא יהיה בעל החוב חייב במשלוח התראה.

4. סוג ההפרה

מהאמור לעיל, הוסקה המסקנה ההגיונית – שאיננה הכרחית – כי תנאי נוסף לקיום חובת המשלוח הוא שההפרה תהא מסוג שב ואל תעשה. כאשר ההפרה היא מסוג קום ועשה – אין חובה לשלוח התראה¹³. המסקנה איננה הכרחית שכן מעצם העובדה שחובת המשלוח חלה רק על חוזים לעשיית דבר-מה, לא נובע שהיא חלה רק על הפרות מסוג שב ואל תעשה. חוזה לעשיית דבר מה מופר בדרך כלל ע"י כך שהמפר נמנע מלבצע את החיוב, אך הוא יכול להיות מופר גם ע"י כך שהמפר מבצע פעולה הנוגדת את אשר התחייב לעשות. מכאן, שהמסקנה ההגיונית מכך שחובת המשלוח חלה רק על חוזים לעשיית דבר מה, צריכה להיות – שבין אם חוזה מסוג זה מופר ע"י מעשה, בין ע"י מחדל, תחול החובה לשלוח התראה. אך מתוך רצון לצמצם ככל האפשר את פגיעתו הרעה של סעיף 106, לא בחר בית המשפט ללכת בדרך זו. הכלל, שאין צורך לשלוח התראה נוטריונית במקרים של הפרה מסוג "קום ועשה"

6 ראה הערה 5 לעיל.

7 ולא הפר מסוג קום ועשה, ראה פסקה 4 להלן.

8 ע"א 602/65, כ' פד"י (2), 258, והשווה ההתפתחות הנכרת לעומת ע"א 103/54 מ"קנינות נ. קצב, י' פד"י, 377. וכן פסקה 5 להלן.

9 ראה דעה נוגדת בתכלית, סדסקי, ההתראה הנוטריונית והדינים האנגליים בהפרת חוזה, הפרקליט, כרך י"ט, עמ' 141.

10 ת"א 99/54 גולדברג נ. שוריק, י"ח פ"מ, תמציות, 14.

11 ע"א 286/67, כ"א פד"י (2), 741. ראה פסקה 8 להלן.

12 מענין הדבר שסעיף 106 מתייחס רק לדברים ידועים ולמקום ידוע, אך אין הוא קובע עמדה לגבי זמן ידוע. האם יש בכך לתמוך בדעה שכאשר נקבע בחוזה תאריך לביצוע החיוב לא קימת חובת המשלוח? בית המשפט עשוי להגיע בעתיד למסקנה זו. ראה פסקה 8 להלן.

13 ע"א 286/67, כ"א פד"י (2), 741.

הוא כנראה פתוח עצמאי של השופטים שהשתמשו בו כבאמצעי להצר ככל האפשר את תחולתו של סעיף 106. הנימוק לכלל הוא שבמקרים שבהם מבצע המפר מעשה הנוגד את החיוב שקיבל על עצמו, המעוות כבר אינו ניתן לתיקון ולפיכך אין שום תועלת במשלוח התראה.¹⁴

אם כך, תיתכנה שתי גישות לכלל. גישה אחת תראה בכלל זה כלל עצמאי ותחיל אותו באופן אוטומטי על כל הפרה מסוג זה. הגישה השנייה תראה בכלל בדבר סוג ההפרה שלוחה של הכלל הקובע שאין חובה לשלוח את ההתראה כאשר נבצר מן המפר לבצע את חיובו.¹⁵

ההבדל בין שתי הגישות הוא גדול, והדבר בולט במקרה של הפרה מוקדמת. הפרה מוקדמת יכולה להתבצע באחת משתי דרכים. האחת, ע"י עשיית מעשה שאינו מאפשר ביצועו של החיוב, כגון: מכירת הממכר לאחר. השנייה – ע"י הבעת אי רצון לקיים את החיוב.

לפי הגישה הראשונה, אין חובה לשלוח התראה בשני המקרים גם יחד, שכן גם מכירת הממכר לאחר וגם הבעת אי רצון לקיים את החיוב הן הפרות מסוג קום ועשה.¹⁶ מאידך, לפי הגישה השנייה חובת המשלוח אינה קימת כאשר מכר המוכר את הממכר לאחר, אך כאשר הביע המוכר את אי רצונו לבצע את החיוב חייב הצד התמים במשלוח התראה.¹⁷

איוז משתי הגישות יש להעדיף? – נראה, שהגישה הראשונה היא העדיפה. הנימוקים לכך הם:

א. גם במקרה של הפרה מוקדמת ע"י הבעת אי רצון לקיים את החיוב יפסוק בית המשפט שאין צורך במשלוח ההתראה במקרים בהם קיים חוסר אפשרות סוביקטיבית לבצע את החיוב.¹⁸

ב. משלוח ההתראה בהפרה מוקדמת מן הסוג השני אין בו אלא כדי לגרום למפר לחזור בו מדבריו. אך אין בהתראה כדי לבסס את תקותו של הצד התמים שהמפר יקיים את החיוב במועד. מאידך יחייב הדבר את הצד התמים להתמין בתביעתו עד מועד המילוי.

לפיכך נראה שהכלל שאין חובת המשלוח חלה בהפרות מסוג "קום ועשה" הוא כלל עצמאי המבוסס על נימוקים של מעשיות.

5. האפשרות לבצע את החיוב

ההתראה מיותרת ואין חובה לשלוח אותה, כאשר נבצר מן הנתבע לבצע את החיוב. כלל הגיוני זה פותח ע"י הפסיקה בלי שום ביסוס בלשונו של החוק.¹⁹

14 גם כלל זה הוא פתוח עצמאי של הפסיקה ללא שום ביסוס בחוק. ראה פרק 5 להלן.

15 ראה דעתו של פרופ' טדסקי, שם, 147.

16 השופט קיסטר נוקט כנראה גישה זו בע"א 286/67 הג"ל כשהוא מנסח את הכלל באופן גורף: מדובר כאן רק על הפרות שב ואל תעשה ולא הפרות מסוג קום ועשה". עמ' 745.

17 טדסקי, שם, 241.

18 כאשר מודיע צד לחוזה – באופן חד משמעי – שלא יבצע את חיובו, יראה בכך בית המשפט מצב בו בלתי ניתן לתקן את המעוות וממילא – אין צורך במשלוח התראה. ראה פסקה 5 להלן.

19 ראה ע"א 485/65, כ', פד"י (4), 861.

ההתראה נועדה להניע את החייב לבצע את החיוב ובכך למנוע את הצורך בהגשת תביעה. כאשר לא יכול החייב לבצע את החיוב ברור שאין צורך במשלוח התראה המכילה דרישה לבצע את אשר בלתי ניתן להעשות. ביסוד ההתראה סמוגה ההנחה שאכן יש בכוחה להשפיע על החייב ולהניעו למלא את חיובו. מזה נובע, שאי רצונו של החייב לקיים את החיוב אינו רלוונטי לצורך השאלה האם קימת חובת המשלוח²⁰, כאשר החייב יכול אך אינו רוצה לבצע את החיוב — יש לשלוח התראה.

זוהי כמובן מסקנה בלתי רצויה. הנימוק לכלל בדבר היותה של ההתראה מיותרת הוא — שאין סיכוי שהחייב יבצע את החיוב. לכן, אין זה משנה לבית המשפט מדוע לא קיים סיכוי שהחייב יבצע. לפיכך, כאשר החייב יכול לבצע את החיוב אך אינו רוצה בכך, תיתכנה שתי אפשרויות:

א. רצונו של החייב הוא כה חזק וחד משמעי עד שאין סיכוי שמשלוח ההתראה ישפיע עליו.

ב. רצונו של החייב עשוי להשתנות כתוצאה ממשלוח ההתראה.

במקרה הראשון אין צורך במשלוח התראה שכן אין סיכוי שיתבצע החיוב. קיים חוסר אפשרות סוביקטיבית²¹.

במקרה השני אפשר שהחייב יבצע את החיוב ולפיכך חייב הצד התמים במשלוח התראה.

6. הסעד

בכל המקרים שנידונו עד כה בארץ מניחים בתי המשפט שמשלוח ההתראה נחוץ אך ורק כתנאי לתביעת פיצויים²².

פרופ' טדסקי גיסה לערער הנחה זו²³. לדעתו משלוח ההתראה הוא תנאי לקבלת כל תרופה ולא דוקא פיצויים. הוא סומך את דעתו על שני נימוקים:

א. שהמשפט הצרפתי ממנו שאוב ס' 106 — ובעקבותיו סעיף 106 עצמו — גורסים שאין הפרה ללא התראה וכל עוד לא נשלחה התראה, רואים את בעל החוב כמסכים לאיחור²⁴.

ב. שהמונח "תשלומי נזקים" — בו נוקט סעיף 106 — פירושו כל תרופה ולא פיצויים בלבד.

באשר לנימוק הראשון: גם המשפט הצרפתי גורס שלא-מילוי באין התראה, יש נפקות. כך, כאשר החוזה הוא הדדי, ושני הצדדים לא קימוהו אך רק התובע שלח התראה נוטריונית אל הנתבע — יפסיד התובע את תביעתו בגלל אי מילוי מצדו למרות שלא

20 ראה ע"א 143/56 קופת הקואופרטיבים נ. המועצה המקומית אוור, י', פד"י, 730.

21 ע"א 602/65, כ', פד"י (2), 258.

22 גם סעיפים 108, 109 לסה"ח לפרוצדורה העותומני דנים בפיצויים בלבד.

23 טדסקי, שם.

24 מכך נובע שלא תתכן הפסקת חוזה ללא התראה, שכן ההפסקה היא תגובה על הפרה. אך לא כך נפסק בת"א 611/51 שטרשיין נ. ברזין, ט', פ"ע, 154. נראה שמותר להפסיק חוזה בלא לשלוח התראה, אך בכך מחסל המפסיק את סיכויו לתבוע בעתיד פיצויים שכן אין להתראה מקום בשעת שהחוזה אינו קיים.

דרישת משלוח התראה נוטריונית

הפר כלל את החוזה שכן החייב לא שלח לו התראה. משמע, שאין זה נכון לומר שרואים את בעל החוב כמסכים לאיחור מצדו של החייב. הוא הסכים רק לא לתבוע בגין אחור זה. באשר לגימוק השני: גימוק זה מבוסס על ההנחה "שבעקבות ההפרה לא צפה המחוקק העותומני אלא תביעת פיצויים, לא ביצוע בעין, לא הפסקת חוזה, משום כך לא היה לו נימוק לומר בלשון כללית כי אי המילוי שגורר את האחריות של החייב הופך להיות הפרה רק אחרי התראה נוטריונית"²⁵.

נראה לי, שבחקקו את ס' 106 הנ"ל לא צפה המחוקק תרופות עותומניות, אלא תרופות צרפתיות ובמתכוון צמצם את הוראת ס' 1139 הצרפתי רק לתביעת פיצויים. המחוקק העותומני הרחיב את ההגנה על החייב בכך שלא הכיר בתביעה עצמה כתחליף התראה²⁶, אך הקל על בעל החוב בכך שדרש התראה רק בתביעת פיצויים²⁷. משתחלית המחוקק העותומני שהתראה תהא חגיגית ופורמלית, היה עליו לצמצם את תחולתה לתביעת פיצויים בלבד. להתראה הפורמלית אין מקום בתביעות לביצוע בעין שכן אין היא דורשת מן המפר יותר מאשר נדרש ממנו בחוזה עצמו. להתראה פורמלית יש מקום רק בתביעת פיצויים שכן מעמידה היא את המפר לפני ברירה: רוצה — יבצע את החיוב, רוצה — יסתכן בתשלום פיצויים.

המסקנה היא איפוא שסעיף 106 דורש משלוח התראה כתנאי לתביעת פיצויים והמשלוח אינו תנאי לתביעות של תרופות אחרות²⁸.

7. העילה

חובת המשלוח אינה חלה כאשר העילה היא הפרת הבטחת גישואין. הנימוק: "ספק אם בתביעה כזאת יש מקום לדרוש משלוח התראה נוטריונית... מאחר שלא כל אדם מוכן להשיג הסכמה לגישואין בדרך התראה נוטריונית או איום בתביעת פיצויים. על כל פנים אין לדרוש מאדם שילך לחופה לאחר שכן ווגו סרב תחילה ונותרה רק לאחר התראה או איום בתביעה"²⁹.

אכן, אילו נדרשה התראה בעילה זו היה הצד התמים יוצא וידין על ראשו. שכן אם היתה נשלחת התראה, והמפר היה מסכים לגישואין היה על הצד התמים לבחור באחת משתי דרכים: או להנשא למי שלמעשה לא רוצה בו — או לא להנשא — ולהתפך ע"י כך הוא עצמו למפר החוזה.

8. התנאה

משהתנו הצדדים ביניהם שאין צורך במשלוח התראה — יהא כוחה של ההתנאה יפה וחובת המשלוח לא תתקיים³⁰. אך אין צורך שתהא זו תניה מפורשת אלא די לה שתשמע מכללא מתוך החוזה שבין הצדדים. "אם נראה לנו כי נוסח החוזה שבין

25 טדסקי, שם, 234.

26 ובכך שונה הדין העותומני מהדין הצרפתי המכיר בתביעה עצמה כתחליף התראה.

27 שלא כמשפט הצרפתי הדורש התראה — בכל תביעה.

28 לשון אחרת: יש הפרה גם ללא התראה. אין בעל החוב מסכים לאחור, אך מסכים הוא לא לתבוע פיצויים בגין האחור כל עת שלא נשלחה התראה.

29 ת"א 99/54 גולדברג נ. שורץ, שם.

30 סעיף 107 לסה"ח לפרוצדורה העותומני.

הצדדים יש בו כדי להבהיר במידה מספקת למתחייב כי במקרה של אי ביצוע החובה בזמנו תהול עליו אחריות ויחויב בתשלום נזקים בשל כך די בזה"י.³¹
החוק ודאי לא התכוון לנוסחה גמישה כזו, אך גם כאן צעד בית המשפט ככרת דרך ארוכה במטרה לצמצם את תחולת ס' 106. כאשר מסתבר מן ההנחה שתאריך הביצוע הוא תנאי עיקרי בו נסיק – שויתרו הצדדים מכללא על הצורך במשלוח התראה. במקרים דומים בהם אין כל תועלת בביצוע החיוב לאחר התאריך הנקוב תהא ההתראה מיותרת הן מפני שכך התנו הצדדים, הן מפני שאין בידי המפר לתקן את המעוות. תנאי הבטל משום שהוא קנס יהא מן הסתם תקף לצורך התנאה על חובת המשלוח.

9. סיכום

כדי לצמצם את החובה לשלוח התראה נוטריונית, שאין לה שום הגיון בתנאי החיים המודרניים, הורחבו במידה רבה התנאים לחלותו של סעיף 106. ההתנאה על הצורך במשלוח – די לה שתשתמע מכללא. הסעד המבוקש חייב להיות פיצויים, די שיווצר חוסר אפשרות סוביקטיבית לבצע את החיוב. ההפרה צריך שתהיה מסוג שב ואל תעשה. אין בכך אלא להעיד שהגיע הזמן שהמחוקק אכן יבטל את סעיף 106 עצמו.

שמואל ברלינר *

31 ע"א 286/67, הנ"ל.

* תלמיד השנה השלישית בפקולטה למשפטים.