

הנטל ובעיית האונס והסיכול

מאת

גד טרסקי

א. הנפל. 1. מושג הנטל. 2. נטל ואינפקות: יתרון משפטי ותועלת מעשית. 3. נטל וחובה. 4. הנטל בחקיקה, בפסיקה ובספרות. ב. בעיית האונס והסיכול בתחיקה. 1. בעייתיות לגבי קיום חובה. 2. בעייתיות לגבי קיום נטל. 3. הרגמה לפתרונות התחיקה. 4. הרחבת הפסור מעבר לאונס. 5. סיכול הנטל. ג. הפרשנות הסבירה, לפי מודת הנפל. 1. נטל שנבצר כיצועו מן המטופל, הפרשנות. 2. מצבים אמביוולנטיים. 3. פרשנות חריגים. 4. פרשנות ביניים אחרים בתחיקה. ד. נטל ההודעה. 1. הבעיות. 2. שיכלול ההודעה. 3. זמן ההודעה. 4. צורת ההודעה ודרך מסירתה, בהתחשבות בנסיבות. 5. מידעות הגמען כתחליף לנטל ההודעה. ה. הנטל להפסקת ההתיישנות. 1. מושגים ומונחים: הפסקה והשעייה. 2. כוחה המפסיק של התובענה. 3. אין תחליף לתובענה. 4. השעייה תוך כדי הברירה המשפטית. 5. כללי ההשעייה. 6. ההשעייה בהעברת הזכות. 7. מקרי אונס ללא נפקות. 8. אייחתאמת הכללים למקרי האונס והרציונלה של ההתיישנות. 9. תחולת חוק ההתיישנות על גזיקין ועל שטרות. 10. היקש מחוק ההתיישנות על סעיף 94 לחוק המקרקעין. 11. חוק ההתיישנות והפיצוי בשל הלנת שכר. 12. מקרי גבול. ו. חובות והירות ונטל והירות בקשר לעוולות הרשלנות. 1. החובה שמסלים סעיפים 35-37 לפקודת הגזיקין. 2. חובות והירות מחוץ לפקודת הגזיקין. 3. החובה הנובעת מהצווים. 4. נטל ההירות. ז. מהותה של "הקטנת הנזק". 1. הקטנת הנזק בתחיקה. 2. העיקרון בדבר נשיאת הנזק העצמית ותוצאותיו. 3. הקטנת הנזק נוכח הפרה צפורה ונוכח "מקרה ביטוח" צפוי. 4. אשם תורם בקשר לעוולה צפורה. 5. סעיף 10 לחוק הערבות. 6. מתי הקטנת הנזק היא נטל. 7. מתי הקטנת הנזק היא חובה.

א. הנטל

1. מושג הנטל

הנטל הוא התנהגות הנדרשת מהמטופל לשם זכייה, או המשך זכייה, ביתרון משפטי. בתור יתרון מבינים אנו כל טובת הנאה, כל מצב משפטי נוח למטופל, ולכן:

(א) זכות, כלומר: דרישה להתנהגות זו או אחרת של הזולת, בתור חובה המוטלת עליו. למשל, נטל ההודעה המוטל על נושי המוריש כדי להמשיך וליהנות מזכותם (סעיפים 127, 132 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965).

(ב) יכולת, דהיינו: סדח הגיתן למטופל לשנות לטובתו את המצב המשפטי הקיים. למשל, תביעה או העמדת הגנה בפני תביעת הזולת או הפעלת תרופה (כגון תרופת הביטול בהפרת חוזה שהפעלתה דורשת הודעה תוך זמן סביר¹).

1 סעיף 8 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות).

(ג) אינטרס המוגן בעקיפין בלבד. למשל, עליידי החלטת בג"צ או הוראת מנהל.
(ד) מניעת חובה או מניעת כפיפות ליכולת הזולת, כגון פטור המטופל מאחריות או אי-חשיפתו לביטול חוזה,² להגנת אחרים מפני תביעתו מהם ולתרופה זו או אחרת שלהם בקשר לזכות נגדו.

(ה) מניעת נטל אחר. למשל, הכורתיים חוזה בכתב לא יצטרכו אחר-כך לשכנע את בית-המשפט שלפי הנסיבות (למשל, קרבת משפחה ביניהם) החוק מרשה³ הזכות החוזה ללא כתב.

(ו) מניעת פסילה. כגון פסילה לרשת (לרשת אדם מסוים⁴ או לרשת לפי צוואה מסוימת⁵).

(ז) צפייה, הקיימת כאשר המידות הדרושות להעמדת היתרון נתקיימו בחלקן בלבד, אך חלקן זה מספיק בעיני המשפט לשם הגנה עליה. למשל, לאדם הכורת חוזה על-תנאי ישנה הצפייה להשיג זכויות מתקשר ביצועיות (אופרטיביות) ועל צפייתו זו מגינים הסעדים שעליהם מדובר בסעיף 27(ג) לחוק החוזים הכללי והטלת נטל על המתקשר השני לפי סעיף 28 לאותו חוק. אבל, כדי להמשיך ולזכות בצפייה הנדונה, עליו לעמוד גם מצדו בנטל הנקבע בהוראה האחרונה שהוכרנו, הוא הנטל שלא למנוע באורח שרירותי את קיום התנאי המתלה או שלא לגרום באורח שרירותי את קיום התנאי המפסיק.

(ח) גרימה להטלת נטל על אחרים לטובת המטופל או קיום תנאי להטלה זו. דוגמא מהסוג הראשון אנו מוצאים באזהרת הניזוקי-בכוה לזולת, במסגרת עוולת הרשלנות⁶. אזהרה כזאת עשויה להגביר את "נטל הזהירות"⁷ המוטלת על הזולת או אפילו להטילו על זה שלולא האזהרה לא היה נתון לנטל הזהירות⁸. דוגמא מהסוג השני: מתקשר א לא יוכל

2 למשל, בחוזה פגום בשל טעותו של א, נטל התיקון לפי סעיף 14(ג) לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים הכללי).

3 חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מני, סעיף 82.

4 סעיף 5 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (להלן: חוק הירושה).

5 סעיף 24 לחוק הנ"ל.

6 דרך אגב, נטל האזהרה בקשר לנוק אפשרי יש למצוא גם בחוזים. לדברי אזהרה שבעת כריתת החוזה אמר אחד המתקשרים על חומרת הנזק שהפרת החוזה יגרום לו, תהיה נפקות לפי סעיף 10 לחוק התרופות. לדברי אזהרה שאמר גם אחרי הכריתתה תהא נפקות על-פי סעיף 39 לחוק החוזים הכללי, כיוון שהם עשויים להשפיע על חובת הקיום בתוס'לב של המתקשר נמען האזהרה. לעומת התחשבות זו בה, בתור נטל, בחוזים האזהרה עשויה לבוא בחשבון בתור חובה, גם על-סמך סעיף 39 הנ"ל (ראה להלן 70). כדוגמא לדבר הראשון אפשר להביא את המקרה שמזמין חליפה יזהיר את החייט כי החליפה נועדה ליום התונתו, כך שאף איתור של שעות יגרום לו נזק רב. דוגמא למקרה שבו אזהרת הנפגע בכוה במעמד כריתת החוזה על מצבו המיוחד תהפוך הפרה לאיסורית ליסודית מצוייה בע"א 135/75, 91 סרץ נ' ביטון, פ"ד (1) 367 ובעניין שכןגדו. דוגמא לדבר השני הנ"ל: נניח שלפי החוזה שבין א ל-ב, לכשיחוב ב סכומים ל-א, יהיה רשאי להעבירם ל-ג, סוכנו של א, במקום מסירתם ל-א במישרין. אם, בהמשך הזמן, יודיע א ל-ב על חשדותיו בנאמנותו או ביכולתו הכספית של ג, עקרון תוס'הלב יאסור על ב לשלם ל-ג עבור א.

7 על "נטל הזהירות" לעומת "חובת הזהירות" נעמוד להלן, 111 ואילך.

8 ביטוי מובהק לכך נמצא בשלושה פסקי-דין ישראליים מהזמן האחרון: ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד (1) 113; ע"א 337/81 בוסקילה נ' מיי ומושב בית שקמה, פ"ד (3) 337; ע"א 684/76, 697/76, 692/76 אייל נ' סוקסמן, פ"ד (3) 349. האחרון נוגע לשתי השאלות גם יחד. באנגליה ראה את ההערות בספרים: 204 (18th ed. 1984) Salmond, *Law of Torts*; 10-35 (15th ed., 1982) Clerk and Lindsell, *Torts*.

לבטל את החוזה בשל הטעיה אם ידע שדברי ב' המטעים אינם נכונים, ואולי אף אם עלינו לומר כי רבץ עליו הנטל להיזדעק על נכונותם ולא עמד בנטל זה⁸; יוכל לבטל אם, על-אף השתדלותו, לא גילה את האמת. ועוד: לפי סעיף 8 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958 (להלן: חוק ההתיישנות), העומד בנטל להיזדעק "בזהירות סבירה" ולא גילה את העובדות הגורמות שם, יקבל השעיה להפסקת ההתיישנות.

(ט) פתיחת סיכוי (אפשרות או תוחלת, ותו לא) לזכיית המטופל ביתרון מן היתרונות הנ"ל או, להיפך, למניעת האפשרות כי יודע מצבו המשפטי. דוגמא למקרה הראשון היא הסיכוי שבית-המשפט המוסמך לכך ישנה פסק-דין שהושג נגד פלוני, אם פלוני עמד בנטל לערער עליו כדון. מקרים ממין זה הם מרובים ביותר בדיני הראיות ובדין האזרחי. כמובן, אירעמדות המטופל בנטל מצמיחה יתרון לבעל האינטרס הנוגד. דוגמא למקרה השני, אשר לפיו מקיום הנטל נמלט המטופל מסיכון: נוגע לאחד מיתרונותיו, גובעת מסעיף 96 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין): על בעל זיקת הנאה מטל הנטל להפעיל את זכותו פן יבטל בית-המשפט, לפי שיקול-דעתו, את הזיקה בשל אי-השימוש בה. אירעמדות המטופל בנטל זה מהווה פתיחת סיכוי לטובת הזולת, וגם סיכוי זה נופל מזכות ומצפייה. דוגמא אחרת מאותו סוג אנו רואים ב"נטל הזהירות" על-פי דיני הגזיקין אשר קיומו ימנע את החשיפה לאחריות בשל רשלנות, לכשיארע מאורע נזק לזולת (להלן, [4]).

אין זאת רשימה ממצה. אף מחוץ לסוגים הטיפוסיים הנ"ל ייתכנו מקרים שבהם התנהגות זו או אחרת כרוכה בתחולת דין לטובת המטופל או במניעת תחולת דין לרעתו. למשל, מן הכלל המקובל בפרשנות החוקים אשר לפיו דרמשמעות בניסוח החוזה תתפרש לרעת הצד המנסח ולטובת הצד השני⁹. גובע הנטל לניסוח ברור חדר משמעי. לסיכום אפשר לומר, כי הנטל הוא מגבילה ליתרון הנדון או תנאי לזיכוי המטופל בו. בלשון החקיקה מבליטים לפעמים את דבר היתרון ששיג המטופל באמצעות הנטל, שעה שהנטל עצמו עומד ברקע בלבד; ולפעמים, להיפך: הדגש מושם בנטל, שעה שהיתרון עומד ברקע. מכאן השימוש בביטויים שלכאורה נוגדים זה את זה, כאילו התייחסו למקרים שונים לחלוטין, כגון מלים המציינות דרישה, מצד אחד, או רשות, מצד אחר¹⁰. מלבד ההבחנה רלעיל לפי סוגי היתרונות, אפשר להבדיל בין הנטלים מעוד בחינות. כמו האינטרסים המוגנים על-ידי מתן זכויות, גם אלה המוגנים על-ידי הטלת נטלים הם כה מרובים שלא כדאי לנסות ולמנותם; וספק גם אם כדאי לנסות ולמיינם.

8 בקשר להטעיה שלא במדמה בחוזה הביטוח ראה סעיף 8 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (להלן: חוק חוזה הביטוח); אשר בו אפשר לראות תחולתו של עיקרון כללי: א' ידון, חוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 (סידור לחוקי החוזים) (התשמ"ד) 318. לשלילת הנטל, בכלל, ראה ג' שלו, פגמים בכריית חוזה (סידור לחוקי החוזים) (תשמ"א) 1496 (בסייגים); צלטנר, דיני חוזים, חלק בלוי (תשכ"ב) א 508-509 (כתתאם לדעה השלטת כאנגליה; אך ראה לעומתה Treitel, *The Law of Contract* (6th ed.) 259-260).

8 ראה, למשל, ע"א 682/82 יוסף בן אריה נ' "סדר" חברה לביטוח בע"מ פ"ד (3) 589, 602-603; ע"א 184/79 ורנר נ' "סדר" חברה לביטוח בע"מ פ"ד (3) 152, 155.

9 ראה גם להלן, א4.

נציין רק איאלו קבוצות לדוגמא. בנוגע להתחזות חוזה (ועסקה משפטית בכללה) אפשר לקבץ ביחד את הנטלים המיועדים להבטיח את ודאות העסקה, בייחוד על-ידי דרישה לצורה ולפרסום¹⁰. עליידם עומדים הנטלים המוטלים כדי להבטיח שתוכן העסקה יהיה לפי דרישות האמת וההגינות (כגון הנטל שלא להטעות את המתקשר השני; שלא להפעיל עליו כפייה או עושק; כשנוכחים שהוא טועה, להעמידו על טעותו; לא להפעיל אונס, איום, השפעה בלתי-רצונית, תחבולה או תרמית על מצוה, וכו'). קבוצה אחרת הם הנטלים שבקיומם משתחרר המטופל ממצב משפטי זה או אחר; למשל, חזר בו מהצטרף קודמת (כגון סעיף 3(א) לחוק החוזים הכללי על חזרה מן הצעה); או מסיים יחס משפטי (ראה, למשל, סעיף 14(א) לחוק השליחות על סיום השליחות מצד השולח או מצד השלוח); או מוותר על זכות (ראה, למשל, סעיף 6 לחוק הירושה על הסתלקות יורש). קבוצה עניפה הם כל הנטלים הנוגעים לדיון האזרחי, נטל התובענה, נטל הטיעון, הדוכחה, הערעור, ועוד קבוצות משנה אחרות.

חשוב להבדיל בין נטלים למען אדם זה או אחר, אשר הנהנה רשאי לוותר עליהם, במפורש או גם בהתנהגות הנחשבת הסכמה לאי-קיומם, ובין נטלים אחרים, למען הסדר המשפטי, אשר בהם אין לאיש היכולת לדחותם. לגבי האחרונים לפעמים חיקוק¹¹ מסמך את בית-המשפט לפטור מהם את המטופל. לפי מקורם, הנטלים נובעים מחיקוק ומעסקה משפטית (כגון חוזה, צוואה והסכם קיבוצי) אך אפשר גם מפסק-דין, מהוראת מנהל וממנהג.

2. נטל ואי-נפקות: יתרון משפטי ותועלת מעשית

לא נדבר על נטל כאשר אין המשפט סוּרֵך כל יתרון להתנהגות זו או אחרת, אף אם למעשה יפיקו תועלת ממנה. נבחר את כוונתנו בשתי דוגמאות: על-פי הכלל הנוהג, הדעת קיבול פועלת את פעולתה לשכלול החוזה בהגיעה למענו של הנמען, אף אם הוא לא ידע עליה. לפיכך דיבור כי על הנמען מוטל הנטל להיודע אינו חסר-טעם מבחינה מעשית, כי ההתחשבות באינטרסים שלו דורשת עמידה על הדדעה המגיעה למענו. באותו מובן נוהגים לומר כי נטל הביטוח רובץ על א כאשר, למשל, בחוזה-מכר בין א ל-ב, א נושא בסיכון שהנכס יאבד או יתקלקל. אם כן, אין דיבור זה מכון לדבר המובן מאליו, כי לשם הגאה מתגמולי ביטוח דרושה עריכת חוזה ביטוח (וחזר נטל). הכוונה היא לומר כי א נמצא בפני הבחירה: לבטח את עצמו או להיות מוכן לסבול נזק שיארע. כך ידובר גם ב"נטל" להיודע על החוק כאשר חל העיקרון ש"אי-דיעת החוק אינה פוטרת". אפשר גם לומר – לפי דברי ציטלמן¹² בעניין אחר – כי כאן מוטל על אדם חיוב אתי כלפי עצמו: אמנם, צורת דיבור זו באה לציין חוסר חובה כלפי הזולת, מצד אחד, ויתרון

10 לקבוצה זו שייכת, למשל, גם הוראת סעיף 3(ב) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, על הצגת ההרשאה של שלוח.

11 כך, לעתים קרובות, תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי). על העניין ראה גם להלן, ג'4.

12 E. Zitelmann, *Das Recht des BGB – Allg. Teil* (1900) 167.

עצמי, מצד אחר, ולפיכך היא מתאימה גם לעניין הנדון כעת וגם לנטל. אך מבחינה משפטית קיים שוני בולט בין השניים. בעוד שנטל היתרון הוא משפטי, כאן אין מקום לא לחובה ולא לנטל, כי, אף אם לא יקיימו, אין נפקא מינה להתנהגות הנדונה. בעיני המשפט, הכדאיות לקיים "נטלים" כאלה דומה לכדאיות לקיים כללי זיהדות כגון כללי ביטחון, בטיחות ותברואה (כאשר אין הדין מאמצם בהופכו אותם לכללי משפט) ובכלל לנקוט את הפתרון המועיל בבעיות החיים.

נראה להלן (2ח) את השלכות השיקול הזה במקרים שלדעת רבים הם מקרים של נטל, כגון "הקטנת הנזק".

3. נטל וחובה

בין הצורות השונות של היתרון המשפטי שציינו לעיל כללנו את הנטל כמיועד למניעת חובה, כלומר: הנטל שקיומו ימנע מהמטופל להיקלע לחובה, אך לא מנינו מילוי חובה בתור נטל. אמנם, גם מקיים חובה משיג יתרון משפטי, לא פחות מאשר זה שאינו נקלע לחובה. ואכן, שורת ההגיון מחייבת כי גם חובה היא בגדר נטל. אולם, אילו כללנו אותה בהגדרת נטל, הקטיגוריה הכוללת הזאת הייתה מתגלית כעקרה, כיוון שיחס המשפט לחובה הוא שונה מאשר לנטל, והתכונות האופייניות לנטל קיימות כאשר מוזכר בנטל שאינו גם חובה. מכאן המסקנה שבהגדרת הנטל עלינו להכניס סייג בהצאינו ממנה את המקרה הנ"ל.

היחס שבין הנטל ובין החובה הוא המוקד בכל דיון על מהות הנטל. הכול מודים שאי-קיום נטל אינו עוול בעיני המשפט; ואולם יש המקרים את מושג הנטל למושג החובה בהגדרים את הנטלים כ"חובות בעלות תקפות פחותה לפי הכפיה החלה עליהן"¹³ ובקובעם כי הנטל נקבע לא רק לפי טובת המטופל, אלא גם לטובת הזולת.

דעה זו הייתה גבוהה אילו היה עלינו לראות משום סנקציה את שלילת היתרון למטופל שלא עמד בנטל. אבל שלילה זו אינה בגדר עיצומים כלשהם שעה שאי-הרמת הנטל נחשבת בעיני המשפט התנהגות מותרת. בקובעו נטל, המשפט רק מציע – לציבור, לאיש או לאנשים מסוימים – רכישת נכס במחיר מסוים. הוא אינו מגיב באורח שלילי (קרי: בסנקציה) לכשיוכח כי הניצע לא יכול או לא רצה לקבל את ההצעה בשלמו את התמורה הדרושה.

13 Enneccerus-Lehmann, *Recht der* "Pflichten minderer Zwangsintensität" כלשון Reimer Schmidt, *Schuldverhältnisse* (Tübingen 1958), 14 בהתאם לדעה שפיתח בספרו *Die Obliegenheiten* (Karlsruhe, 1953). בדבריהם האלה, הסופרים הנ"ל מתייחסים לנטלים שהם מכנים *Obliegenheiten*, אשר שמירט מכדיל מנטלים אחרים (*Lasten*) הקיימים כעניינים פרוצדורליים, לרבות התיישנות. ראה גם K. Larenz, *Allg. Teil d. deutschen bürg. Rechts* (München, 1972) 162. קירוב מה של הנטל לחובה קיים גם אצל אלה המכנים חובה (*obbligato*) ונטל (*onere*) תחת כותרת-נג אחת (שמציניים כשם *dovere*, כלומר: בערך "מצווה": A. Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private* (Milano, 1954) II 353 sqq.; Carnelutti, *Teoria generale del diritto* (Roma, 1946) 160. בכיוון הפוך ראה Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (Torino, 1953) 112.

שונה לחלוטין הוא יחס המשפט בפני הפרת חובה. אשר לדברים דלעיל שאמרנו על האינטרס המעורב של המטופל ושל הזולת, יש להבדיל בין קביעת הנטל ובין קיומו.

קביעת הנטל כשלעצמה, לא רק שאינה קיימת רק לטובת המטופל, אלא שהיא רק לטובת אחרים או לפי אינטרס ציבורי. ברי לנו שהמטופל אינו מעוניין בהטלת נטל עליו. אך אין לבודד קביעת נטל לשם השגת יתרון זה או אחר ולהפרידה מקביעת היתרון שניתן להשיג על-ידי קיום הנטל. שתיהן הן מקשה אחת. אף אם מבחינה פורמלית הן נכללות בכללים נפרדים, אין בכללים אלו מוקדם ומאוחר, כאילו הכלל מטיל הנטל בא לצמצם את כוחו של כלל קודם בדבר היתרון. מן הסתם מקשה זו היא לטובת המטופל. אמנם, הינה פחות נוחה לו מהסדר שלפיו יקבל את היתרון חנם, כלומר: ללא הרמת נטל כלשהו. אבל, אם נתעלם מהיפותויות בלתי-ריאליות ונעמוד על המצב הקיים, מן הסתם המקשה הנ"ל נוחה לו מאשר ההסדר שהיה קיים בלעדיו, או, מכל-מקום, לא פחות נוחה. ואכן, נוכח המכלול האמור (יתרון בנטל) ניתנת למטופל ברירה: ייענה להצעה – ירכוש; לא ייענה – לא ירכוש (ולא יפסיד כלום). לעומת זאת, המקשה הנדונה היא לרעת יריבו של המטופל כל פעם שאינו מפיק תועלת מקיום הנטל או שרווח זה נופל בעיניו מן ההפסד שגורם לו היתרון הצומח למטופל.

קיום הנטל מן הסתם הוא לטובת המטופל לפי השיקולים דלעיל, ולא לטובת הזולת. אדרבא, לכל הפחות במקרים רבים, מן הסתם זה האחרון מעוניין שהמטופל לא יעמוד בנטל פן יצמח היתרון למטופל שהוא הפסד לאחרים. מכל-מקום, אף אם ישנם מקרים שבהם – לפי האינטרס של הזולת או לפי אינטרס חברתי כללי – רצוי שהמטופל ירים את הנטל המוטל עליו, אין המשפט מזכה אחרים באמצעי כפייה לשם קיום הנטל ומסתפק במניע להרמה זו שבאינטרס העצמי של המטופל. שיקול זה הוא המכריע בענייננו לשם המסקנה שהמשפט כופר בכל הגנה על האינטרס שיהיה לזולת בקיום הנטל. מתאשר אפוא העימות נטל-חובה, ומתאשרת שלילת הנטל בתור חובת-משנה או חובה מומתקת.

ייאמר כי הדרישה להתנהגות בני-אדם משותפת לחובה ולנטל. אך בשני המקרים באה המלה "דרישה" במשמעות שונה. בהוראת חובה בלבד מדובר בדרישה אֶתִית, המוטלת לשם תיקון העולם. לעומת זאת, בנטל הדרישה היא רק דרישה טכנית. ההבדל בין חובה ובין נטל אינו מונע שמעשה אחד יהיה הן קיום חובה והן קיום נטל, שעה שתוצאות כל אחד תתבטאנה בעניין אחר. למשל, הרייר המשלם שכר-דירה על-פי חוזה מקיים חיוב, אך גם עשוי לקיים את הנטל שדיני הגנת הרייר מטילים עליו לשם הנאה מהגנת החוק. ועוד: קיום החיוב במועדו הוא חובה למתקשר, אך בחוזים ההדדיים הוא חובה על תנאי (התנאי שהצד השני קיים או מוכן לקיים) ויחד עם זאת, הוא והנכונות לבצעו הם נטלים חלופיים לשם תביעת קיומו המקביל של הצד השני (סעיף 43(א)(3) לחוק החוזים הכללי).

4. הנטל בחקיקה, בפסיקה ובספרות

בדומה לגורל ה"יכולת" וה"צפייה", לא שפר חלקו של ה"נטל" במשפטאות בכלל, ובמשפטאות הישראלית בפרט. אמנם המקרים שבהם קיים נטל הם מרובים ביותר בתחיקה,

אך, לעומת זאת, לקויים וזיהויים והעין בהם. חוץ מאשר, לפעמים, בעניין הראיה¹⁴, המונח נטל¹⁵ במשמעו הנרחב¹⁶ זר לתחיקה; וכמובן כל מונח אחר חד-משמעי לפי אותה הוראה. אי-השימוש ביתר המקרים כאילו מאפשר את המסקנה החפוזה שאין בהם כוונה לנטל, בייחוד כאשר הוראה זו או אחרת מדברת ב"חובה" ואינה נוקטת לשון יותר סתומה. בדרך כלל, מחוץ לתחום הראיות אותו מונח אינו שגור גם בפי השופטים¹⁷ ולא מצוי הרבה יותר (חוץ מאשר בקשר לדיני הראיות) בספרות המשפטית¹⁸. יתירה מזו: לשון המחוקק אינה עוזרת לפרשן להבדיל בין נטל לחובה, וזו אף עלולה להטעות בהשתמשו בלשון חובה כשכוונתו לנטל.

המצב אינו שונה בהרבה גם בארצות אחרות. אמנם, באחדות מהן המצטיינות בעיון ובחקרנות משפטיים (גרמניה ואיטליה), נתנו את דעתם למושג הנטל, אך אף שם אין לומר שהתפתח דיון ענף בכל היבטיו ושהמודעות למהות הנטל חדרה לכל מערכת הדינים. קיימת תחושה כי בשום שיטה משפטית אין העיון בנטל מבוסס על מסורת עתיקת-יומין כמו הרבה עניינים אחרים.

לשון החקיקה מעידה ברורות על נטל כשהיא קובעת כי פלוני רשאי לעשות מעשה זה או אחר – ומדובר בפעולה שבה כרוכה תוצאה משפטית הנוחה ל"רשאי"¹⁹. אין כאן מקום להפיג ספק שהפעולה מותרת, והכוונה היא לקבוע את תוצאותיה. קביעות המצביעות על נטל הן אלה, השכיחות יותר, כי פעולת פלוני זו או אחרת תתחיל תוצאות לטובתו או כי תוצאות כאלה לא תתחוללנה אלא אם כן יפעל פלוני את הפעולה הנדרשת – שעה שעל התנהגות אחרת שלו אין מאיימים בסנקציה כלשהי. בדרך-כלל, עיצומים אינם משתמעים ללא ביטוי מפורש, והעדר אשם בהתנהגות הנ"ל עשוי לחזק את המסקנה שלא בחובה מדובר אלא בנטל. לעומת זאת, נוסחאות בלשון דרישה (כגון "על פלוני לעשות", "יש לעשות"), ועוד יותר כשהן בלשון חובה מובהקת, אינן בוודאי חד-משמעיות לטובת נטל. בכלי-זאת, אף

- 14 ראה, למשל, כותרות: השוליים בסעיף 16 לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965, ובסעיף 20 לחוק הגנת הפרטיות, תשמ"א-1981.
- 15 מונח עברי זה מתאים למונחים לועזיים מקובלים: *onus* ברומית, *onere* באיטלקית, *charge* או *fardeau* בצרפתית, *Last* בגרמנית ו-*burden* באנגלית.
- 16 במשמע אחר מדובר בנטל ("נטל החובה") בסעיף 56 לחוק החוזים הכללי.
- 17 בתור יוצא-דמיון יצוינו לשכת דברי השופט ברק בע"א 851/79, 160/80, בנדל נ' בנדל, פ"ד לה(3) 101, 108.
- 18 עניין אחר שבו עושים שימוש במונח נטל בספרות הישראלית הוא הקטנת הנזק, אך שם עלינו להסתייג מאותו זיהוי (להלן, 212). בספרות יש המדברים בנטל גם במשמע *modus* ברומית ו-*Auflage* בגרמנית, אנב הוראה העשויה לבוא בתחומה על-פי סעיף 4 לחוק המתנה תשכ"ח-1968 (וכדומה להוראת צוואה לפי סעיף 45 לחוק הירושה). ראה ראבילי, חוק המתנה, תשכ"ח-1968 (פירוש לחוקי החוזים) (תשל"ט) 568-58; צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד) 137. וזה חוב. אולי (במקום "נטל") נקרא לזה "היטל" כדי להבדילו מ"נטל" לפי משמעותו הנדרשת כאן.
- 19 לשון זו ננקטת, למשל, בכמה הוראות בתקנות סדר-הדין האזרחי. לפי הערתה של הגב' דפנה זמיר מסתבר שמגמת התקנות האלה היא לדבר בלשון דרישה וכעין ציווי בנטלים אשר בלעדי קיומם ההליך המשפטי לא יוכל להתקיים או להימשך, ולעומת זאת לדבר בלשון רשות בנטלים שקיומם אינו דרוש לניהולו התקין של המשפט. אולם מגמה זו אינה עקיבה לגמרי.

במקרה שמדובר בחובה או בחייב, אין בכך משום נעילת דלת לעיון בכוח ההוראה לפי כוונתה, כי, כידוע לנו, חוץ מאשר בקשר לראיות, המונח נטל אינו בא בגדר החקיקה. הפרשן ישים לב לדבר העיצומים ולמערכות האינטרסים של הנוגעים בדבר לפי הערכת המחוקק.

כך, למשל, בריגים הקובעים שעל המבוטח בכמה מקרים לתת הודעות למבטח (ביניהן ההודעה על החמרת הסיכון²⁰), אין כל ודאות שכותן של הוראות החוק אינו בהטלת נטל, אף-על-פי שנוקטים דווקא לשון חיובה. גם בהצעת חוק על חוזה-עבודה שהוכנה בעבר אנו נוטים לפרש את ההוראה שהמעביד חייב לספק לעובד את הכלים והחומרים לביצוע העבודה²¹ כמכוונת להטלת נטל בלבד על המעביד²². אמנם, מתקבל על הדעת כי לעובד תהיה לא רק חובה אלא גם זכות לעבוד – ולכן גם לקבל מן המעביד מכשירים וחומרים לשם כך. אך נראה שלא ייתכן הדבר לפי הוראה כללית, כי אם רק לפי החוזה, הסכם קיבוצי או לפי נוהג שיחול על עובדים מסוג זה או אחר.

במקרים אחרים לשון החובה שבחוק עלולה לעורר ספקות חמורים. כך, למשל, כאשר נאמר שעל הקונה מוטלת החובה לקבל את הממכר (סעיף 19 לחוק המכר, תשכ"ח–1968) (להלן: חוק המכר), על השוכר החובה לקבל את המושכר וחובה על המשכיר לקבל את החזרתו (סעיפים 12 ו-20א) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א–1971 להלן: חוק השכירות והשאלה²³. אף אם נסכים, בסופו של דבר, לפתרון שלפיו אכן מדובר בחובה כהלכתה, בוודאי מצער הדבר כי אולי מספיע על כך קוצר-לשונו של המחוקק.

לא פלא שההתעלמות לכאורה מן הנטל בדברי החוק מעודדת התעלמות הפרשנים ממנו, אף במקרים שקיים נימוק להחזקת המושג זה. יש התוודים על לשון החובה שבחוק, בלי לעורר את השאלה שמא לשון כזאת אינה הולמת את עצם ההסדר הנדון, לפי פירושו המסתבר²⁴. יש המרחיקים לכת ואף במקרים כאלה, וללא כל אחיזה כנ"ל בדברי החוק, מסיקים מסקנות המבוססות על זיהוי ההסדר כחובה לאמיתה²⁵.

ב. בעיית האונס והסיכול בתחיקה

1. בעייתיות לגבי קיום חובה

הנטל הנבצר או הכבד מנשוא, וכמובן הנטל הכרוך בתקלות אחרות, מהווים בעיות

- | | |
|----|---|
| 20 | ראה סעיף 17 לחוק חוזה הביטוח. |
| 21 | סעיף 7א) להצעה הנ"ל, ה"ח תשכ"ח 791, בעמ' 384. ההוראה לא חודשה בהצעת חוק מאוחרת יותר (ה"ח התשמ"ה 1718, בעמ' 129). |
| 22 | על כך עמדנו ברשימה "על ההצעה לחוק חוזה עבודה, תשכ"ח–1968" משפטים ו (תשל"ה) 163. |
| 23 | על כך עמדנו במאמר "סיכול החוזה", מפות במשפט (תשל"ח) 106, 165–166. |
| 24 | למשל, בעניין ההודעה הנ"ל בחוזה הביטוח, ראה ידיו, חוק חוזה הביטוח (לעיל, הערה 8), סעיף 59, בעמ' 71–72; בקשר לחוק המשכון תשכ"ז–1967 (להלן: חוק המשכון), סעיף 19(ב), ראה ויסמן, חוק המשכון תשכ"ז–1967 (פרוש לחוקי החוזים) (תשל"ה) 348, המדבר גם הוא בלשון חיובה. |
| 25 | למשל, בעניין סעיף 28 לחוק החוזים הכללי, ראה פרידמן, "הערה למשמעות המושג 'חוזה על תנאי' שבסעיף 27 לחוק החוזים" עיוני משפט ח (התשמ"ב) 578. על דעתו זו עמדנו ברשימה "On the Efficacy of a Conditional Contract" Is.L.R. 18 (1983) 7, 8–9. |

המקבילות לכאורה לאלה המתעוררות בקשר לקיום חובה. משום כך נצא מן הבעייתיות הנוגעת לעניין החובה, כפי שהיא משתקפת בדין הנוהג. לגבי החובה החזית, הוראת חוק²⁶ כוללת את עיקר הבעיות הללו בכינוי "אונס וסיכול". זהו זיווג תערוכת, כיוון שהמונח הראשון הוא מונח קלסי של המשפט היהודי, והשני התקבל אצלנו בתור מונח משפטי בתקופת המנדט, כתרגום למונח האנגלי frustration (שהוא קיצור לביטוי frustration of the adventure).

כלשון בניהאדס אונס הוא כפייה לפעולה, אך אין ספק שחוק התרופות כולל בו גם מניעה מפעולה, לפי משמעות המונח במסורת היהודית²⁷, וכיוון שקיום חוזה אשר ההוראה הנדונה רנה בהפרתו הוא עלי-פירוב קיום עלי-די פעולה חיובית ולא עלי-די הימנעות. מצד אחר, עצם לשון ההוראה מראה שאין היא מתכוונת ללכת אחרי המשפט היהודי בהפלייתו בין פעולה הנעשית באונס ובין פעולה הנעשית מחמת אונס בלבד. כמו כן, כבר משום צידו ל"אונס" ומשום ההסדר הננקט בסעיף 18, לא ייתכן ש"סיכול" שומר ללא שינוי בכלל הישראלי את המשמעות – הסתומה אף היא למדי – אשר בדין האנגלי נוגעת למונח האנגלי שהוא תרגומו. מכל-מקום, יהיה זה מאמץ-סרק לנסות ולתחום תחומים לשני אלו ולשבץ את המקרים השונים הנכללים בסעיף 18 הנ"ל במשבצת הראשונה או השנייה; בין כה וכה התוצאות שוות. אולי ניתן לומר כי, בצמד הנדון, אונס וסיכול הם מקשה אחת שבה האונס הינו הגרעין, והסיכול – הפריפריה.

מצד אחר, לפי עצם ההסדר הנקבע בה, אין לרעתנו ההוראה מכוונת למקרים שבהם הקיום אמנם אינו נבצר מן החייב ואף אינו כבד מנשוא עליו אלא שיעשה ללא תועלת לנושה; ועל כך יש למצוא פתרונות מחוץ לכלל הנדון²⁸.

הוראת סעיף 18 נוגעת לחובה החזית, הן לפי מסגרת החוק שהיא נמצאת בה והן לפי התייחסותה לצפיית הצדדים בשעת כריתת החוזה. שאלה פרשנית היא אם, בשינויים המתאימים, יש להקיש ממנה על חיובים אחרים.

2. בעייתיות לגבי קיום נטל

גם לגבי הנטלים יש המתחשבים לא רק באונס מובהק, המונע לחלוטין את הפעולה הנדרשת, אלא גם ב"כעין אונס" שאין בו מניעה מוחלטת לקיים, אלא קושי (כגון קושי פיזי, כלכלי או פסיכולוגי); ובשני המקרים ההתחשבות עשויה להתבטא בביטול הנטל או בהקלתו – ביטול או הקלה הנקבעים מראש או כדעכר.

אך גם מושג האונס כשלעצמו ניתן לפירושים שונים, לפי הבחנות שתוצאותיהן תופפות במקצת. אפשר להכיר במניעה לקיום הנטל אם הקיום נבצר מכל בניהאדס, מאדם בינוני או מן המטופל עצמו, כהתחשב בנסיבות שבהן הוא נמצא, כולן או מקצתן. כמרכז אפשר גם לראות את תחולת האונס רק אם נתקיים בכל הזמן שבו המטופל יכול היה לקיים

26 סעיף 18 לחוק התרופות.

27 ראה גולאק, יסודי המשפט העברי (ברלין, תרפ"ג), I, סעיף טז, בעמ' 57; ערך אונס באנציקלופדיה התלמודית (מהדורה שנייה, תשל"ג), א, בעמ' שמו.

28 על כך עמדנו במאמר "סיכול החוזה כהיפסק ענין הנושה בכיצוע החייב", מסות במשפט (תשל"ח) 106.

או רק בחלק מפרקדחזמן שהיה לרשותו או להסתפק בתחולתו בזמן שהמטופל פעל למעשה. ועוד ניתן להתחשב בכך אם מאורע האונס ניתן לצפיית המטופל ואם היה ביכולתו להתגבר עליו עלידי פעולה בטרם אירע. כמורכב יש המבדילים בין סיבות אונס שונות, לפי היותן חיצוניות או נוגעות לתחום שבו רואים את המטופל אחראי ולכן לא בר-פטור. לפעמים מגדירים את ההנחה שלפיה לא יחול הנטל, או שיוחלף בתחליף, לאו דווקא ככוללת אונס בלבד או אפילו גם כעין-אונס, אלא, באורח רחב יותר, אף אם המקרה של אונס הוא היסוד העיקרי לקביעת ההוראה והגרעין אשר בה. גם לגבי הנטל יש להבדיל בין המקרה שהקיום נבצר או שהוא מכביד ובין המקרה שלפי הנסיבות אין ביכולתו להשיג את המטרה שהוטל לשם השגתה. הסיכול הזה עלול להתקיים כאשר מטרה זו כבר הושגה באמצעים אחרים ולכן הנטל נעשה מיותר, או כאשר מתגלה שאין להשיגה כלל. כמורכב יש ומתברר כי, בעוד שהנטל כפי שעיצבו אותו אינו מסוגל לכך, קיימת האפשרות שבשינוי כלשהו אכן יוכל למלא את תפקידו.

3. הדגמה לפתרונות התחיקה

לעתים לא מזומנות מתייחסים במשפטנו לאונס בכלל ולא רק לאונס הקיים במקרה זה או אחר. כך קורה לפי פקודת השטרות לגבי איחור בהצגת שטר לפירעון או במתן הודעת חילול, כשמדובר בה על נסיבות שאין לאוחז שליטה עליהן ואין לתלות בהנחתו או בהתנהגותו שלא כהוגן או ברשלנותו²⁹. כך גם סעיף 82(ב) לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמני הקובע חריג לעומת הרשימה הכללית שבסעיף 80 לאותו חוק, בהקילו על המתקשרים את נטל ההוכחה כאשר היתה מניעה לעריכת מסמך בשל *vis maior*. מניעה זו עלינו להבין כמספקת בתנאים המיוחדים שהתקיימו למעשה במקרה המיוחד הנדון בשעת ההתקשרות, אף אם לא היה בדבר משום אונס לאנשים אחרים או לצדדים עצמם בזמן אחר.

בכ"עין אונס" מתחשבים, למשל, בסעיף 82(ר) לחוק העותמני הנ"ל. אף אם האונס המונע כתיבת תווה הוא מובהק למתקשרים שאינם יודעים כתוב, אין מניעה מוחלטת בזה שבכפרם לא נמצאים אחרים משכילים מהם; הצדדים היו יכולים להטריח את עצמם למקום שבו ימצאו מושכי קולמוס. בהוראה רואים מניעה בכך שהתגברות עליה היתה כרוכה במאמץ שאין ברצונה להטיל על הצדדים. הבעיה העומדת כאן, ולא רק כאן, היא עלות הנטל למטופלים, כלומר: אם אין לראות את הקורבן שהנטל עלול לגרום להם כרב מדי ביחס לתועלת שיש לצפות מקיומו.

כל עוד העובדות שמהן הנטל נובע אינן גלויות למטופל-בכוח, אין לצפות ממנו שיקיים את הנטל. גם כאן מדובר באונס יחסי בלבד, כיוון שלא מן הנמנע כי אדם יגלה עובדות בלתי-גלויות. אך יש שהמשפט יתחשב במצב זה ויראה בו נימוק לפטור, מוחלט או יחסי. כך, לפי הנסיבות, סעיפים 7 ו-8 לחוק ההתיישנות.

בכמה מקרים הקושי שנגללו פוטרים את המטופל מנטל שקיומו היה כרוך בכעין אונס אינו קושי חומרי אלא פסיכולוגי. שוב נדגים זאת עלידי סעיף 82 לחוק העותמני הנ"ל.

29 ראה סעיפים 42 ו-45 לפקודת השטרות (נוסח חדש).

סעיף 82(א) פוטר מנטל ההוכחה בכתב את המתקשרים אשר ביניהם קיימת קרבת משפחה מסוימת. היסוד להוראה זו הוא כי עמידת אחד מהם על דרישת הכתב היתה עלולה להחשב בעיני המתקשר השני כגילוי לחוסר אמון בו ולכן עלולה לעלות עד כדי impossibilité morale, כלשון הצרפתים. אותו שיקול – וביתר שאת – חל בקשר ליסוד הכלליים בעניין התיישנות הקובעים השעיה למירוצה במסגרת היחסים בין בניזוג וביחסי אפטרופוסות³⁰. אמנם במקרה זה יש מקום גם לשיקול שמבחינה חברתית לא כדאי לערער יחסים אלו³¹, ובמקרה שמגיע לחסוי חוב מאפטרופוסו קיים השיקול שאין להעמיד את האפטרופוס במצב שלפיו עליו להפסיק את ההתיישנות נגר עצמו. אך, גם מבחינתם הסובייקטיבית של הנוגעים בדבר, כל עוד היחסים הנדונים הם תקינים, אפשר לראות בפעולה עוינת שבתיעה בבית המשפט משום impossibilité morale כנ"ל.

במצבו הסובייקטיבי של המטופל – לפי בחינה אחרת – מתחשב גם סעיף 23 לחוק הירושה³². פוטרם את המצווה מנטל הצורות הסדירות לצוואה בהעניקים לו לצוות בעל-פה לא רק אם נמצא למעשה מול פני המוות, אלא אף אם ראה עצמו – בנסיבות מצדיקות את חששו – במצב זה.

4. הרחבת הפטור מעבר לאונס

כאמור, לעתים קרובות שוללים החלט נטל במצבים שבהם נכללים אמנם מקרים של אונס או כעידאונס אך לא כאלה בלבד. יש שהחוק מוציא, מראש והחלטית, את הטלת הנטל במצב שבו האונס עלול להתקיים, אך לא תמיד יתקיים. דוגמא לכך מצויה בסעיף 23 לחוק הירושה, שכבר הזכרנו. בעוד שההצעה שערך בשעתו משרד המשפטים³³ התנתה במפורש את מתן האפשרות לצוות בעל-פה לאדם הנמצא במצב הנדון בתנאי שלא יוכל לצוות בכתב-יד או בעדים, חוק הירושה, לפי לשון סעיף 23, ויתר על תנאי זה. דוגמא אחרת ממין זה מצויה – לדעתנו – בסעיף 14 לחוק ההתיישנות (להלן, ח"5).

במקרים אחרים מטילים אמנם עקרונית את הנטל, אך יחד עם זאת צופים את האפשרות שיחול פטור בדיעבד, כלומר: הטלת הנטל נעשית בתנאי המפסיק שלא יבוא הפטור הנדון. דוגמא לכך אנו מוצאים בסעיף 25 לחוק הירושה. הוראה זו קובעת כי, אם לא ערך המוריש צוואה כדין לפי ההיבטים הנדונים בה, עדיין אין העניין אבוד בעיני החוק. במקום הנטל המקורי שלא קיים מטילים על המבקש צירקיום את הנטל לשכנע את בית המשפט באמיתות הצוואה הפגומה³⁴. עלידי כך מחליפים כאן לא רק נטל בנטל אלא גם מטופל אחד (המצווה) במטופל אחר (היורש המבקש את צוהקיום), המייצג אמנם אותו אינטרס. מקרים רבים של פטור אפשרי בדיעבד נקבעים בחיקוקי הדין³⁵. כאשר מדובר בנטל שלילי, הימנעות מפעולה זו או אחרת, ההתחשבות בהנחה רחבה יותר מהנחת אונס בלבד

- | | |
|---|----|
| סעיפים 12 ו-13 לחוק ההתיישנות. | 30 |
| כפי שבעניין האישות מתבטא שיקול זה גם בחוק להסדר התיישנות בין בניזוג, תשכ"ט-1969. | 31 |
| להלן: חוק הירושה. | 32 |
| סעיף 25 להצעת חוק הירושה שפרסם משרד המשפטים, תמוז תשי"ב-יולי 1952. | 33 |
| חוק הירושה (תיקון מס' 7), התשמ"ה-1985, סעיף 4, הוסיף ס"ק ועכשיו, בעוד שסעיף 23(א) מדבר באמיתותה של הצוואה, ס"ק(ב) מדבר על גמירת דעתו של המצווה. | 34 |
| דוגמאות לפטור בדיעבד מסדרי הדין נמצאות בתקנות 149, 444(ב), 526 לתקנות סדר הדין האזרחי. | 35 |

עשויה להתקיים בצורת פטור מן הנטל אם בהפרת הנטל לא היה זדון או אשם מצד המטופל³⁶. ואכן, חוסר הזדון והרשלנות עשוי להתקיים לא רק כאשר קיים אונס או כעידאונס.

כל ההסדרים שסקרנו לאחרונה שייכים לענייננו, אף אם לא לעניין זה בלבד; מה גם שהמקרים של אונס או כעידאונס הם אלה שבהם תחולת ההסדר הנדון בטוחה ביותר. למשל, כאשר בצוואה חסרים תניית המצווה או התאריך, לפי סעיף 25(ב) לחוק הירושה יש לשכנע את בית המשפט על גמירת דעתו של המצווה, כלומר שהכתוב לא היה בעיניו רק תוכנית שהוא ערך אך טרם אישר כצוואתו. מן הסתם שכנוע כזה, המוכיח שמחמת אונס לא הספיק המצווה להוסיף פרטים אלו, ישיג יותר מאשר הסתמכות על שכחה שלו או על אידיעתו את הדין.

במיוחד יהיה למקרים של אונס חלקי-הארי בהפעלת הדין כאשר החוק נוקט נוסחאות כגון הנוסח שהנטל לא יחול אלא לפי הנסיבות או שהוא נותן לבית המשפט רשות לפטור את המטופל מ"טעמים מיוחדים" וכדומה (להלן, ג'4).

דרך אחת להתמודד בבעיית האונס היא להציב גבול למאמץ הדרוש מן המטופל; או שפוטרים את המטופל שלא קיים "מסיבות מוצדקות" או שמעמידים את הנטל על מאמץ סביר – להבדיל מהשגת תוצאה – כלומר: שהנטל הוא לפעול ב"הירות סבירה"³⁷, ב"סקירה סבירה"³⁸.

הנוסח שקיום הנטל ייעשה "תוך זמן סביר"³⁹ כולל גם מקרים של אונס, אך מסתבר שאינו מקיף מקרים אלו באותה מידה המתוארת בנוסחאות שהזכרנו קודם (להלן, ד'3).

נזכיר לבסוף את האפשרות שהכרה באונס תבוא בחקיקה אשר בה משום התערבות חירום, לגבי המצב הכללי בשעת חירום או בהיקף מוגבל יותר⁴⁰. אפשר כי להכרה זו תוצאות לקיום חיוב ולקיום נטל כאחד. וברגיל אחרי הכרה כזאת לא הרושה כל הוכחה כי אכן חל אונס למעשה על אדם זה או אחר מבין אלה אשר היא נוגעת להם.

הרחבת הפטור קיימת לפעמים גם מעבר לגבולות הזמן הדרוש לפטור מחמת אונס. כלומר, מעבר לגבולות אלה יש ונותנים לנוגע בדבר שהות נוספת, כעין שוליים לפטור העיקרי, כדי להרשות לו להימלך ולפעול (ראה להלן, ה'5), אגב חוק ההתיישנות). בעניין הצוואה בעל-פה שהזכרנו, סעיף 23 מבטל אמנם את הצוואה שערכו בעל-פה בנסיבות המפורטות בהוראה הנדונה לאחר שחלפו נסיבות אלו עוד בחיי המצווה, אך ניתן לו חודש ימים לפני הביטול. בעניין הנטל בקשר להפסקת ההתיישנות והשעיית מירוצה, סעיף 16 לחוק ההתיישנות קובע: "נתעכב מנין תקופת ההתיישנות כאמור בסעיפים 10 ו-12 עד 15, לא תסתיים התקופה לפני שעברה לפחות שנה אחת מן היום שבו חרל העיכוב; נתעכב מנין התקופה כאמור בסעיף 11 – לא תסתיים לפני שעברו לפחות שנתיים מן היום שבו חרל העיכוב". דוגמא נוספת נמצאת בסעיף 17 לאותו חוק בעניין סגירת בית המשפט. במקרים אחרים אין מוסיפים "שוליים" קבועים כאלה לפרק-הזמן שבו האונס קיים, אלא

36 ראה, למשל, סעיף 24(א) לחוק חוזה הביטוח; סעיף 60(א) לחוק הירושה.

37 סעיף 8 לחוק ההתיישנות.

38 ראה, למשל, סעיף 45(ב) לפקודת השטרות [נוסח חדש].

39 ראה, למשל, סעיפים 7, 20, 35 לחוק החוזים הכללי; סעיף 3 לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

40 ראה, למשל, חוק הארכת מועדים, תשל"ה-1974.

קובעים כי, כאשר פסקה פעולתו של גורם האיחור, יפעל המטופל בשקידה סבירה⁴¹. כאשר מעמידים לרשות המטופל פרק זמן לקיום הנטל, אפשר שתתקיים מניעה לקיום במשך חלקה האחרון של התקופה. לפעמים החוק קובע מתי ייחשב חלק זה כשקול נגד מניעת הקיום כלל. דוגמא לכך נמצאת שוב בסעיף 17 לחוק ההתיישנות, בקשר להנחה שנבצר מן התובע להגיש את התובענה בשנה האחרונה של תקופת ההתיישנות.

5. סיכול הנטל

הכינוי "סיכול" הולם במיוחד את המקרים שבהם, לאור המצב העובדתי, לא ניתן עוד לקיים את הנטל, כלומר לקיימו לפי היעוד שיעדו החוק או העסקה להטלתו או לקיומו כלל.

המקרה הראשון יחול, למשל, לגבי הנטל להפסקת ההתיישנות בפני הודאת החייב בתביעת התובע (סעיף 9 לחוק ההתיישנות): הודאה זו מייתרת כליל את תובענת הזכאי בתור אמצעי להפסקה הנ"ל לגבי העבר. הנטל יחזור וירכז עליו לגבי מירוצ התיישנות חדש. עוד דוגמא קיימת בקשר לנטל הודעה, כאשר נושא ההודעה נודע כבר לנמען בדרך אחרת (להלן, ד4).

ייתכן גם כי אין עוד להשיג את מטרת הנטל בדרך שקבעו החוק או החוזה, אך יחד עם זאת קיימת האפשרות להשיגה בדרך שונה. תישאל אז השאלה אם אין לראות שמוטל על המטופל להיזקק לתחליף המתאים. למשל, בקשר לנטל לשגר הודעה על-ידי הדואר, אם, כאשר פרצה שביתת-דואר, לא ירכז על כעל ההודעה הנטל להיזקק לאמצעי הודעה אחרים (להלן, ד5).

גם כאשר הנטל המקורי אינו בר-ביצוע כלל, אפשר שהמשפט יקבע תחליף לו אשר יש בכוחו להגיע לתוצאה שווה או דומה. זהו המקרה של סעיף 25 לחוק הירושה שכבר הזכרנו לעיל. במות המצווה שהניח צוואה לקויה אין עוד אפשרות שיקיים הנטל המוטל על מצווה לשם העמדת צוואה כדן. בכל זאת, סעיף 25 הנ"ל קובע תחליף לנטל זה המתבטא בנטל אחר המוטל על המעוניין בתקפות הצוואה הלקויה.

ג. הפרשנות הסבירה, לפי מהות הנטל

1. נטל שנבצר ביצועו מן המטופל, והפרשנות

מן הסקירה הקודמת עשוי להתעורר הרושם שבמקרים רבים התחשב המחוקק בבעיית האונס והסיכול העלולים למנוע קיום נטל ופתר אותה לטובת המטופל (או המטופל-בכוח), בצמצמו את החלת הנטל או בהקלו אותו. אולם, רושם זה אולי מוטעה משום מספרם הרב של הנטלים הקיימים ומשום שבהוראות הנ"ל אין לעתים קרובות הסדר כוללני לבעיה אלא נרונים בהם רק מקרים ספורדיים (למשל, בעניין ההתיישנות ראה להלן, ד5). גם יש להעיר כי, לעתים קרובות, בתור כללים המיועדים להתמודד עם בעיית האונס, כללי

41 ראה, למשל, סעיפים 45א(א) ו-49א(א) לפקודת השטרות (נוסח חדש).

החוק אינם "תפורים לפי מידות", בהיותם רחבים מדי או צרים מדי. לפיכך כר נרחב עומד לפרשנות הנקראת לדון על פתרונות כל המקרים שלא הוסדרו או שהסדרם לקוי בחסר. השאלה הראשונה היא אם במקרה זה או אחר חוסר ההסדר שקול כנגד הסדר שלילי; ואם אין סבירות לכך, תעלה על הפרק השאלה אם אפשר להיזקק לעיקרון מנחה אחד, כגון זה שבעניין האונס וסיכול בנוגע לקיום תוחה נקבע בסעיף 18 לחוק התרופות, ואם יש להקיש על ענייננו דווקא מהוראה זו. הערנו כבר כי הבעיות המתעוררות לפיה מקבילות לכאורה לבעיות שבענייננו.

אולם, דמיון הבעיות לא יהווה בהכרח דמיון בפתרונות, ולפי סעיף 18 עצם ההנחה העובדתית שעליה מבוססת ההוראה אינה דומה למצב הקיים ברגיל בעניין הנטל. סעיף 18 מתייחס לצפיית הצדדים בשעת ההתקשרות. בעניין הנטל אין מקום לצפייה כזאת כל אימת שלא מדובר בנטל שלא נבע מחוזה לפי רצון הצדדים (או, לכל היותר, הנטל שהחוק קבע בתחום החוזים)⁴² – אם נניח שהמתקשרים נתנו את דעתם להוראת חוק כזאת בשעת התקשרותם.

לפיכך, כבר משום השיקול הנ"ל, ברוב רובם של מקרי הנטל אין להקיש מהוראת סעיף 18 אלא ראויים נכניס בה שינוי מתאים; במקום צפיית הצדדים עשויה לבוא בחשבון צפיית המחוקק בהטילו את הנטל, וכמרכיב צפיית המטופל בזמן שקדם לאירוע האונס. זאת ועוד: "שינוי מתאים" מקביל לשינוי הנ"ל יחויב גם אם נבקש להקיש מסעיף 18 על חיובים על-ידי דין, אך, בהבדל מעניין זה, בענייננו היה דרוש "שינוי מתאים" נוסף ויסודי. התוצאות שסעיף 18 מסיק מהנחתו העובדתית אינן ניתנות לתחולה במקרה של נטל, כי בנטל אין אכיפה ואין פיצויים, ובכך גם לפי היבט זה היה דרוש שינוי יסודי בהוראה הנדונה לשם היקש ממנה על ענייננו. היינו צריכים אפוא לומר כי ההיקש יתבטא בכך שבמקרה של אונס וסיכול יהיה מקום לפתרון נוח למטופל באותה המידה שסעיף 18 נוקט פתרון נוח לחייב כאשר נבצר ממנו קיום החיוב.

נמצא כי ההיקש הנדון, יותר מאשר היקש אמיתי, היקש מעצם ההוראה הנ"ל, היה בגדר השראה ממנה על-ידי הרוח שביסודה. אבל רוח זו מתאימה אמנם למהות החובה ולא למהות הנטל.

החובה המשפטית בכללה מהווה "הכרח אתי להתנהגות"⁴³, ולפיכך המחוקק סולד – והרגש המשפטי סולד – מהטלת מצווה שקיומה נבצר מבריהמצווה. משום-כך גם שרר במשך מאות שנים בארצות המשפט המקובל ביבשת אירופה (ה*ius commune*) הכלל *impossibilium nulla obligatio*. בסעיף 18 לחוק התרופות לא ראה המחוקק הישראלי להגיע עד כדי ביטול החיוב הבלתיאפשרי או הכבד-מנשוא לחייב, אך קבע פטור לחייב מעיקר העיצומים הכרוכים בהפרתו.

בעניין הנטל אין באים בחשבון עיצומים כלל. עקרונית לא קיים כאן המתח המאפיין את בעיית הסיכול בחיוב. החוק קובע מהם התנאים שלפיהם יזכה המטופל ביתרון משפטי

42 כגון נטל על בדיקת הממכר וההודעה על אירעאמתו לפי סעיף 13 לחוק המכר.

43 בלשון Christian Wolff, *Jus naturale methodo scientifico pertractatum* (1740–1748) 209: "obligatio est necessitas moralis agendi".

זה או אחר. העובדה שעמידה בנטל עלולה להיות נבצרת מהמטופל אינה מספקת כדי לוותר על הטלתו וגם אינה מעוררת כל בעיה עקרונית. אמנם יש להודות שתתעורר בעיה – בעיה מעשית אף אם לא בעיה עקרונית – כאשר מדובר באינטרס חיוני (או, מכל-מקום, באינטרס הראוי להתחשבות ולקידום) של אדם חסר היכולת הנ"ל. כשמדובר בנטל המגביל יתרון משפטי הנחשב חיוני למטופל, ישתרלו המחוקק והפרשנים לאפשר לו להתגבר על החומרה ובלבד שלא יהיה משום ויתור על הדרוש להגנתם של אינטרסים ראויים של אדם אחר או של הציבור. לפיכך באה בחשבון האפשרות שבנסיבות מסוימות יפשוט הנטל את צורתו וילבש צורה אחרת, אם אף היא מסוגלת להבטיח את האינטרסים הראויים הנ"ל. אך הדבר לא ייתכן אלא אם כן הצורה החלופית לא תביא לידי תקלות אחרות ובעיני המחוקק תקלות אלו יעלו על אינטרס המטופל.

יש לשקול כל עניין לגופו ללא נקיטת עמדת אפריורי. לא רק שבמשפטנו אין הוראות כלליות על הנטלים ושמונן ההסדרים מוגבר גם משום מגוון המקורות (ישראלי, מנדטורי ועוממני), אלא שלא תיתכן כאן הוראה כללית המקבילה להוראת סעיף 18 בדבר החוזה: ואין לייחס רק לחוסר עיון בנטל את היעדרה בישראל ובעולם. למשל, איש לא יעלה על דעתו שיש לוותר למבקש רשיון כטייס או כנהג מכונית ולפטור אותו מן המבחן הדרוש משום שלא יכול לעמוד בו מסיבת אונס זו או אחרת. כמובן אין לפתור על-סמך אונס תלמיד מבחינת המעבר הנקבעת. אין מקום אף לשיקול שלרוב הנוגעים בדבר אין יכולת לשלם את המחיר הדרוש (קרי: לעמוד בנטל) כאשר, מטעמי בטיחות או לפי אינטרס ציבורי אחר, בעיני המחוקק אסור להחיל מחיר זה.

במקרים מסוימים אמנם ביטול הנטל או המיתון בו שיתבטא בהחלפת נטל בנטל אחר מתקבלים על הדעת להלכה, אך בכליזאת אין הפרשן רואה רשות לעצמו לעשות את אשר רק המחוקק רשאי להחליט עליו לפי שיקול-דעתו. נניח, למשל, כי במתן אשרת-כניסה לארץ החיקוק דורש זריקת חיסון ממחלה מידבקת זו או אחרת. השיקול כי לפלוני אסור, מבחינה רפואית, לקבל זריקה כזאת אינו עשוי להיות כשלעצמו נימוק לפטור אותו מן הנטל הנרדף. אולי היתה עשויה להיות שקולה כנגד הזריקה הנ"ל תעודת-דופא שלפיה אי-אפשר כי פלוני יחלה במחלה המידבקת האמורה. אך הבעיה שעל הפרשן לפתור היא אם המשפט מוכן להתחשב בתעודת-דופא כזאת כשקולה כנגד הנטל הנקבע. לא כל תעודות-דופא הן אמינות משום סיבות שונות, ומכל-מקום הערכתן דורשת בקיאות טכנית שפקידי המנהל אינם מסוגלים לה ושאף בתייהמשפט לא היו יכולים לערוך ללא יעוץ מומחים – דבר המסבך את ההחלטה על מתן אשרה בהטילו מעמסה על המנגנון המנהלי והשיפוטי. כמובן, כאשר תלמיד או מועמד אחר החמיץ בחינה מחמת אונס – באין תקנות⁴⁴ או מנהגים בכיוון שונה, יש לשלול ממנו את הזכות לדרוש כי יתנו לו להיבחן בבחינה מיוחדת.

44 רוח ליברלית שוררת, למשל, בתקנות האוניברסיטה העברית. ראה: הפקולטה למשפטים, שנתון הסקולטה תשמ"ז 12-13. מתחשבים בעילות שבגללן נבצר מתלמיד לגשת למועד הבחינות הרגיל, לרבות אילוצים אישיים, כגון מילואים, מחלה, שמחה, נסיעה או אכל, וקובעים, לפי המקרים, שהוא רשאי לגשת למועד הבחינות הנוסף או להגיש בקשה למועד מיוחד.

בקשר להערתנו דלעיל (פרק א3), בסוף) על הנטל הנובע מסעיף 43(א) לחוק החוזים הכללי, נוסיף כאן כי האונס לא יפטור את המתקשר מן הנכונות לקיים⁴⁴. אמנם, במקרה של אונס לא יהיה המתקשר חשוף לתביעת אכיפה או לתביעת פיצויים (סעיף 18 לחוק התרופות), אך אין זאת אומרת שיהיה זכאי לתמורה כאילו קיים מצדו.

2. מצבים אמביוולנטיים

כמו בהרבה עניינים אחרים, גם בעניינינו הפרשנות עלולה לבוא לידי מבוכה בפני מצבים אמביוולנטיים בתחיקה.

אחד מן המצבים האלה קיים כאשר, אגב נטל זה או אחר, החוק קובע פטור במקרה של אונס מסוים או במקרים אחרים, אך לא בכל המקרים. תישאל אז השאלה אם לפרשן מותר להוסיף חריגים מהנטל בדבר מקרים אחרים שבהם גם כן נבצר הקיום מחמת אונס. מצד אחד, אפשר לראות את רשימת החריגים התחיקתיים כרשימה סגורה ומצד אחר – לראות את ההשמטה כמקריית ובלתי־מכוונת. לצורכי ההכרעה הפרשנית יש להתחשב בשאלה אם הפטור הנוסף הנדון אינו סותר את יעוד הנטל או שאינו פוגע בו יותר מאשר החריגים שהמחוקק קבע בעצמו. אבל, אף אם נשיב על כך בחיוב, אין זאת אומרת שההוספה מותרת בידי הפרשן. יש מקום לעמוד על כוחו הרציונלי של ההסדר בכלל. ככל שכוח זה רב, פיתוחו מסתבר יותר לפי ההנחות שיש לשאוב מן החוק. לעומת זאת, כאשר הפרשן נוכח שאין עקיבות בתחיקה, תיראה כל הוספה מצדו כשרירותית. נעמוד להלן על בעיה זו כפי שהיא מתעוררת אגב חוק ההתיישנות (להלן, ה8).

מצב אמביוולנטי נמצא גם כאשר בעניין אחד נמצאים בתחיקה מקרי פטור מנטל ובעניין מקביל לא מדובר בכאלה. הברירה היא להקיש מן ההסדר הראשון על השני או לראות בזה האחרון מן הסתם משום דחיית כל פטור. זוהי, למשל, הברירה בפני הסליחה שפקודת השטרות קובעת במקרה של איחור ההודעה הנגרם מסיבת אונס, והשתיקה על עניין זה לגבי נטלי הודעה אחרים (ראה להלן, ה13).

אם ברי לנו שבהוצאת ההסדר החסר עמד המחוקק על ההסדר האחר הקיים, כי אז מסתבר יותר רצונו בהסדר שלילי מאשר הסתמכו על היקש שיקשו מן ההסדר הקודם על העניין שהוא מסדיר לאחרונה.

על רבים מקובלת ההנחה שכל הרינים הקיימים עומדים לנגד עיני המחוקק כשהוא ניגש לחקיקה. אבל, כאשר אין הנחה זו מבוססת על נסיבות החקיקה, ההנחה הנ"ל היא רק פיקטיבית ולא נראה לנו כי זוהי פיקציה שהשיטה המשפטית מחייבת כשיטה. נמצא כי בהרבה מקרים בפתרון השאלה לפי ההסדר החדש עלינו להתמקד בהסדר החדש עצמו יותר מאשר בנימוקים הנובעים, כביכול, מיחסו של המחוקק להסדר האחר, כלומר: מרצונו המדומה לקבלו שוב מכללא או לסטות ממנו.

⁴⁴ על פירוש ה"נכונות" ככוללת גם יכולת ראה, ע"א 348/81 מנדל גלמן ב' טובול ואח', פ"ד לח(3) 761, 757.

3. פרשנות חריגים

מקובל שאין להזקק לפרשנות מרחיבה ככל שההוראה הנדונה היא צרה יותר לפי היקפה ויצאת-מדהכלל. הוראת סעיף 25 לחוק הירישה היא יוצאת-דופן, וצוואה בעל-פה, אשר בה סעיף 23 לאותו חוק דן, לא נחשבת כמשפטנו אחת מצורות צוואה סדירות; והוכחה לכך נמצאת בדיון המבטל אותה כעבור חודש ימים לאחר שחלפו הנסיבות שהצדיקו את עשייתה והמצווה עודנו בחיים. לאור השיקולים האלה נראית לנו נועזת ההחלטה⁴⁵ שבה הרחיבו את היקף סעיף 23⁴⁶ וגם הרכיבו יחד את שתי ההוראות שבסעיפים 23 ו-25 ועלידי כך הרחיבו את יריעת שתיהן. נועז עוד יותר, לפי הנסיבות, היה פסקדין של מיעוט שבו נהג השופט אלון גסימן בהרכבה ובהרחבה כאלה, בעניין מצווה שהכינה צוואה במצב של כעין אונס פסיכולוגי, כשהיא עמדה להתאבד.⁴⁷

4. פרשנות ביטויים אחדים בתחיקה

כאמור לעיל, נוסחאות החוק המסמיכות את בית-המשפט להעניק פטור בדעיבר למטופל שלא קיים נטל תתפרשנה כמתייחסות בראש-בראשונה למקרים שבהם היתה מניעה לכך מחמת אונס. אין דבר זה בולט במיוחד כאשר ההסמכה היא כללית וסתמית ביותר, כגון "ככל שייראה לבית המשפט", "כפי שייראה לו"⁴⁸ וכאשר עלי-סמך הוראות כאלה השופטים נוקטים מדיניות ותרנית, שעה שבה, אף אם נגרם הפגם ברשלנות, תיקונו לא יפגע בצד האחר.⁴⁹ לא כן כאשר, למשל, עלי-סמך תקנה 528, נדרשים "טעמים מיוחדים"; כאן נוהגים לשלול בקשה שאינה מבוססת על מניעה אובייקטיבית, כלומר: אונס או כעיד-אונס⁵⁰. על פרשנות הנוסח "זמן סביר" החוזר לעתים קרובות בחוקים נעמוד להלן (ת"3) אגב נטל ההדדע.

- | | |
|----|---|
| 45 | תע"ז (ת"א) 764/83 עזבון המנוחה בתדור רחל נ' האפוטרופוס הכללי פ"מ התשמ"ד (ב) 410. |
| 46 | אחד הערים לא היה נוכח ולעד השני המצווה הנוססת דיווחה באמצעות הטלפון. |
| 47 | ד"נ 40/80 קנז נ' בהן, פ"ד לו(3) 701. |
| 48 | ראה, תקנות 524 ו-526 לתקנות סדר הדין האזרחי. |
| 49 | ראה, למשל, ע"א 240/66 הרשות לשתיה החולה נ' אזולאי, פ"ד כ(4), 857, 861-862; ת"ב (י"ם) 75/69 יופי-טוב נ' יופי-טוב, פ"מ סט 357; ע"א 389/74 שפילברג נ' בן ברוך, פ"ד כט(1) 235; ע"א 316/79 חמצאן נ' ליאני, פ"ד לו(2) 309, 314-316. |
| 50 | למשל, במקרה שעורר-דין לא הצליח לקבל ממזכירות בית-המשפט העתק של פסקדין (המ' 88/70) הופמן נ' קמינקא ואח, פ"מ עה 215, 217-218. לעניין שינוי בהלכה הפסוקה כטעם מיוחד להארכת מועדים ראה בשג"צ רביבו נ' ראש המועצה המקומית אוסקים, פ"ד מ(2) 20, בעמ' 24 ו-27. במקרה אחר, קבע בית-המשפט שהליך תלוי ועומד לפני בית-משפט מהווה טעם מיוחד להארכת המועד לפתיחת הליך אחר באותו עניין; ראה ב"ש 1186/85 (ע"א 107/84) איליט בע"מ ואח נ' אלקי תרומת אלקטרו מכונות ואח, פ"ד מ(2) 15, בעמ' 18. משא ומתן לפשרה, טעות בחישוב הימים המביאה לאחור בהגשת הערעור וחשיבות העניין אינם טעם מיוחד להארכת המועד. ראה ב"ש 587/86 בשארה נ' אבו עטח ואח, פ"ד מ(4) 9. ברוב המקרים הגורם לאונס היה מלחמה, מחלה קשה, מילואים, שכינת הדואר וכדומה. כמובן, לא די בקיום הטעם המיוחד כשלעצמו, אלא יש צורך לגלות זריזות ולפנות לבית-המשפט בבקשה לפטור מהנטל מיד לאחר שפסק הגורם לאיחור ולא-מילוי הנטל. כך, למשל, בב"ש 855/85 יונה נ' פמי"ר חברה לבנין ועבודות ציבוריות בע"מ, פ"ד מ(1) 261, 263-264, דחה בית-המשפט טענה של "מילואים" כטעם |

לפעמים חסרה למטופל המיומנות הדרושה לקיום הנטל, כגון המיומנות המשפטית בקשר לעסקאות ולהתדיינות והמיומנות הטכנית העשויה להידרש בבדיקת הממכר (סעיף 13 לחוק המכר). מלבד זאת, אפשר שמצבו האישי ימנע ממנו אף עשיית פעולה שלא תקשה לכלל בני-הארץ בנסיבות הרגילות. אך בשני המצבים האלה גם יחד אין לראות אונס או כעידאונס כל פעם שניתן למטופל, למעשה, להיעזר בזולת. מבחינה משפטית הדבר מותר לו אפילו בצורת ייצוג בפעולה משפטית (חריג מכלל זה במשפטנו האזרחי הוא בעריכת הצוואה, שהיא מעשה אישי של המצווה: סעיף 28(א) לחוק הירושה. אך גם כאן אין מניעה שהמצווה יתייעץ עם הזולת).

שיקולים אלה מצמצמים את התחום שבו יש להכיר באונס, וגם, למשל, את היקף המקרים שבהם יש להכיר ב"טעמים מיוחדים" למתן ארכה להגשת ערעור. יחד עם זאת, אין לשלול מכלל אפשרות שאף עורך-דין מיומן עלול להיתקל בכעיות המצריכות עיון ארוך כדי להחליט על עניין הערעור.

מלבד זאת, ייצוג עורך-דין מחייב התחשבות בנסיבות אונס אישיות העלולות למנוע ממנו לפעול בזריזות הרצויה, כגון מחלתו או קריאתו לשירות מילואים. במה דברים אמורים? במקרה שלפי הנסיבות אין בידי המטופל האפשרות להחליף את פרקליטו בפרקליט אחר או שעצם החילופים האלה יגרמו לאיחור.

דרך אגב, קיימת תוצאה ניספת מהשתתפותו של עורך-דין בעריכת חוזה, כשלוחו של מתקשר או כיועצו. יצטמצם מספר המקרים שבהם אותו מתקשר יוכל לבטל את החוזה בשל טעות; כי על עורך-הדין לדעת את הריגים או להיוודע עליהם, ושומה עליו גם להיות מודע למצב המשפטי המיוחד לעניין הגרוע.

גם בעניין בדיקת הממכר הנ"ל, האפשרות להטיל בדיקה זו על הזולת תצמצם את המקרים שבהם נסיבות אישיות לקונה ימנעו ממנו את קיום הנטל "מיד", כלשון החוק, וכמובן את דרך הבדיקה הנקבעת בחוזה. בכל-זאת, אפשרות האונס, מסיבה זו או אחרת, לעולם קיימת.

מיוחד, בעיקר משום שהבקשה להארכת המועד להגשת רשות ערעור הוגשה חודשיים ועשרים וארבעה יום לאחר שהמבקש השתחרר מהמילואים. בשני הכיוונים, ראה ע"א 665/72 מטה האן ב' שזיבל, פ"ד כז(1) 690, 695; בר"ע 257/75 בן יהודה נ' ליבא, פ"ד לו(1) 782-784; המ' 188/80 בנציר נ' רזון, פ"ד לז(4) 195, 196; ע"א 201/66 מונטיסוריו נ' זלינגר, פ"ד כ(4) 17, 19; ע"א 422/65 גלר נ' שמואל, פ"ד יט(4) 351, 352; ע"א 362/66 הוסמן נ' Fordham Fuel Oil, פ"ד כ(4) 222; בע"א 351/67 בהן נ' וקסלמן, פ"ד כא(2) 661, 664-665 נענו לבקשה המסתמכת על תקנה 528 בהשתיתם את ההחלטה על תקנה 526. ראה גם המ' 177/81 מנחם נ' שילת, פ"ד לה(3) 390; ב"ש 228/79 ממגאר נ' מייר, פ"ד לד(1) 132; המ' 272/80 פינבוסקי נ' לבון, פ"ד לד(3) 606. לדחיית הבקשה ראה ע"א 916/79 אלבר נ' מנהל מס רכוש וקרן פיצויים, פ"ד לו(4) 393; 725/81 עבתיאוי נ' חסון, פ"ד לו(1) 663; ע"א 667/78 אחים מנוצחרי נ' סרבוולסקי, פ"ד לג(2) 606; ב"ש 338/81 עמיתו מלון ירושלים נ' טייך, פ"ד לה(4) 613; ע"א 796/79 מועלם נ' מסא, פ"ד לה(1) 375; ב"ש 167/79 פרידמן נ' נגר, פ"ד לד(1) 729; המ' 993/78 אלדר עירית נ' נחום מיטל, פ"ד לג(2) 467; ב"ש 40/80 אסרף נ' סולתם, פ"ד לד(3) 137; ב"ש 281/77 צברי נ' צברי, פ"ד לב(1) 466; ב"ש 51/73 מישקין נ' לוי, פ"ד כז(2) 533; ב"ש 210/68 מכמורת נ' שסיגלר, פ"ד כג(1) 281. על כל העניין ראה ווסמן, סדר הדין האזרחי (מהדורה רביעית, תשל"ד) 6788 ואילך.

כאשר דרך הבדיקה נקבעה בחוזה בתור תנאי הכרחי ולא רק באורח אינדיקטיבי והיא מתגלית כנבצרת קיום, בארצות-הברית קבעו שהחובה בטל⁵¹. אם כך היה רצון הצדדים המפורש ייאלץ הפרשן להסכים לדעה זו. אבל ראוייה להסתייגות ההנחה שהניחה הפסיקה האמריקנית אשר לפיה קביעה תחית בעניין ראוייה להתפרש כבלעדית⁵² – לפחות במקרה של אונס שלא היה צפוי בזמן ההתקשרות. כמו-כן לא היינו מצדדים בפירוש לחוק המכר שלנו שלפיו החובה יהיה ניתן לביטול אם נבצר מן הקונה לערוך את הבדיקה "מיד". בקשר למקרה זה שמענו את הדעה התומכת בביטול הנטל. לעומתה, נראה לנו כי מסתבר יותר הפתרון ההפוך – לראות באי-קיום, אף מחמת אונס, אי-קיום, פשוטו כמשמעו, ולומר על הקונה, כלשון חו"ל: מזלו גרם. אולי יש גם פתרון נוסף והוא כי, במקרה של אונס המונע בדיקה מיידית, נדחה את ההסדר המיוחד שבחוק המכר לגבי אי-ההתאמה ונפעיל במקומו את ההסדר הכללי שבחוק התרופות. נפקותו המעשית של פתרון זה לגבי אי-קיום מחמת אונס, לעומת המקרה של סתם אי-קיום, תלויה בפירוש הננקט לסעיף 27 לחוק המכר, אשר עליו הדעות חלוקות⁵³.

לאחר הדיון דלעיל, בנטל ובעיית האונס והסיכול, בכללם, נייחד את הדיבור על נטלים אחרים: נטל ההודעה, הנטל להפסקת ההתיישנות, נטל הזהירות בקשר לעוולת הרשלנות ועוד עניין אשר לרעת רבים גם הוא בגדר נטל – הכלל על הקטנת הנזק.

ד. נטל ההודעה

1. הבעיות

בהרכבה מקרים, כללי חוק והוראות תווה, או גם הוראות צוואה, מטילים על א (להלן גם, לפי הנסיבות: בריהודעה או המודיע) להודיע הודעה ל-ב (להלן: נמען ההודעה או הנמען)⁵⁴.

כמו בעניינים אחרים, קיימת האפשרות שהטלה זו היא נושא לחובה או לנטל. מרובים המקרים שבהם מטילים חובת הודעה לרשות, על-פירוב בשל אינטרס ציבורי⁵⁵ ולפעמים אף לטובת הפרט⁵⁶. ביחסי המשפט הפרטי קיימים גם-כן כללי חוק המטילים חובת הודעה⁵⁷.

- | | |
|----|--|
| 51 | ראה סעיף 2-513 U.C.C., טיפא לס"ק(4). וראה את הפירוש הרשמי להוראה, סעיף 6. |
| 52 | ראה <i>Jon-T Farms Inc. v. Goodpasture Inc.</i> , Tex. Civ. App. 1977 554 S.W.2d 743. |
| 53 | ראה ע"א 465/80 סלונץ נ' "התבונה", פ"ד לח(3) 630, 634; צלטנר, פירוש לחוק המכר (לעיל, הערה 18), סעיף 42. |
| 54 | ראה, למשל, סעיפים 7, 20 ו-35 לחוק החוזים הכללי: סעיף 17 לחוק התרופות; סעיף 2(ב) לחוק המחאת חובים תשכ"ט-1969 (להלן: חוק המחאת חובים); סעיף 6(א) לחוק הירושה. |
| 55 | ראה, למשל, חוק העתיקות, תשל"ח-1978, סעיפים 3, 6, 19, 25, 26 ו-37; חוק לתיקון סדרי הדין הפלילי (חקירת פשעים וסיבות מוות), תשי"ח-1958, סעיפים 21, 22 ו-23; חוק האנטומיה והפתולוגיה, תשי"ג-1953, סעיף 6; חוק הבטיחות במקומות ציבוריים, תשכ"ג-1962, סעיף 5; פקודת הכלבת, 1934 (ע"ד 481, 1934, תוס' 1, עמ' 242), סעיף 4; חוק לימוד חובה, תש"ט-1949, סעיף 3; חוק לטיפול בחולי נפש, תשס"ז-1955, סעיפים 7, 9, 9א ו-10. |
| 56 | ראה, למשל, חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973, סעיפים 2 ו-3. |
| 57 | ראה, למשל, חוק השליחות, תשכ"ה-1965, סעיף 118; חוק המשכון, סעיף 19. |

מלבד זאת, אף כאשר אין הטלה מפורשת בחוק או בחוזה, החובה עשויה להיות גלומה ביחס זה או אחר, לפי טיבו. כך היינו אומרים לגבי יחסי עבודה מסוימים ולגבי מקרים אחרים שבהם אדם עוסק בענייני חזלת. אך, למעשה, הרבה ממקרי ההודעה המצויים בחוקים, במפורש או מכללא, הם מקרים מובהקים של נטל⁵⁷. לשון החוק אינה מברעת, כי, כאמור, אין המחוקק מבחין בלשונו בין חובה לנטל ולכן שימוש במונח חובה אינו מניעה למסקנה שבעצם מדובר בנטל; ומכלשון אין לצפות לדיוק טכני בחושים. מלבד ההתחשבות בתוצאות מאימתן ההודעה, במידה שהן נקבעות בחוק או בחוזה או מסתברות לפיהם, יתחשב הפרשן ברקעה ובמטרתה של ההודעה המוטלת. לפיכך בחוק המכר, למשל, ההודעה שבסעיפים 14-16 אינה רומה להודעה שבסעיף 18(ב). יש רגילים לדעה כי, בעוד שבמקרה הראשון מדובר ללא ספק על נטל, לא כן הדבר במקרה האחרון, והסיבה היא כי, בעוד שבסעיפים 14-16 מוטלת ההודעה על הנפגע, בסעיף 18(ב) מוטלת היא על אדם שברוב המקרים היפר חובה⁵⁸. במקרים המצויים, תבוסס ההכרעה לטובת הנטל על כך שלפי ההסדר הנדון לא תסתבר תביעת הנמען המכוונת לקבלת ההודעה או תביעתו לפיצויים בשל אי-קיומה. ברגיל נקבעת ההודעה לשם זיכוי המודיע ביתרון משפטי זה או אחר.

לפי התוכן, על-אף שמן המשותף ההודעות שייכות לסוגים שונים, יש הודעות שבהן המודיע מוסר מידע על פעולות אחרים, על מאורעות טבע או על מצב קיים; וכמו כן הודעות שעליהן הוא מרווח על פעולות שעשה. לעומת כל אלה יש הודעות שהן הצהרת כוונה על פעולה שברצון המודיע לעשות (כגון הודעת דייר על התקנת תיקונים במושכר: סעיף 9(ב) לחוק השכירות).

עוד קיימות הצהרות רצון אחרות המחוללות שינוי במצב המשפטי בין המודיע למקבל ההודעה; למשל, ביטול חוזה בשל פגם או בשל הפרה או סיום שכירות שנערכה לזמן בלתי-מוגבל, סיום השליחות לפי רצונו של הסולח או של השלוח, פרישת שותף משותפות, ביטול ערבות לחיוב עתיד לבוא וקיומו. הצהרות רצון כגון הראשונות מחוללות את תוצאותיהן המשפטיות בהוזה, או למפרע: ואילו אלה כגון האחרונה שהזכרנו – בעתיד. לפי הברל זה יחול הסדר שונה בדבר המועד הנקבע לקיום הנטל, כפי שנאמר להלן. ההודעות שהן בגדר הצהרות רצון המכוונות ליצור מצב משפטי חדש, יחולו עליהן דיני הפעולות המשפטיות החד-צדדיות.

לפעמים אין מקום לקבוע תוך איזה פרק-זמן תינתן ההודעה, כיוון שההודעה באה לשנות את המצב הקיים החל במועד ההודעה⁵⁹. במקרים אחרים המקור קובע זמן קצוב למתן ההודעה⁶⁰, אך, על-פירוב, נדרש, במפורש או מכללא, שהדבר ייעשה תוך זמן סביר החל מאירוע עובדה או מעשה מסוימים: או זמן סביר מראש, ביחס לתוצאה שההודעה מכוונת אליה⁶⁰. כמו-כן יש שקובעים באיזו דרך תיערך ההודעה, בעוד שבמקרים אחרים נאמר שתיערך בדרך המקובלת לפי הנסיבות או שלא נקבע דבר על כך.

⁵⁷ דוגמא לנטל הודעה הנקבע מכללא הוא נטל האזהרה למויקבכוח (לעיל, א1).

⁵⁸ ראה על כך איל ומיר, חוק המכר תשכ"ח-1968 (פירוש לחוקי החוזים), פירוש לסעיף 18 (ספר זה ייצא לאור בקרוב).

⁵⁹ ראה, למשל, סעיפים 19(א), 21 ו-29(ב) לחוק השכירות והשאלה.

⁶⁰ ראה, למשל, סעיף 22 לחוק המקרקעין.

⁶⁰ ראה, למשל, סעיף 29(א) לחוק השכירות והשאלה; סעיף 19(ב) לחוק המשכון.

בעיית האונס מתעוררת בייחוד בקשר לזמן ההודעה ולדרכה כאשר הנסיבות מעכבות את מסירת ההודעה או שהן מונעות את מסירתה בדרך זו או אחרת. לצורת ההודעה ולדרך מסירתה נקשרת גם הכעיה המתאימת כאשר מען הנמען אינו ידוע לבריחה. עוד יש להעלות את בעיות הסיכול כאשר הדרך הקבועה מראש מתגלית כבלתייעילה לפי הנסיבות; או שההודעה נראית מיותרת, בשל מודעותו של הנמען לידיעה הנרדגה. לשאלה הראשונה, הנוגעת לאונס המונע את קיום הנטל, קודמת שאלה אחרת: מהו בדיוק הנטל? שההודעה תגיע לידיעת הנמען, או שתגיע למענו של הנמען? או, עוד פחות, שתישלח בלבד בדרך המתאימה? על שאלה מוקדמת זו אנו מוצאים אי אלו הוראות חוק.

2. שיכול ההודעה

על שאלתנו המוקדמת דלעיל, מתי תיחשב הודעה כמשוכללת, ניתנו שתי תשובות שונות בחוקי החוזים. לפי חוק החוזים הכללי, סעיף 60(ב), רואים את ההודעה כנמסרת במועד שבו הגיעה לנמען או למענו. לעומת זאת, מסתפקים במשלוח ההודעה לפי סעיף 21(ב) לחוק התרופות ולפי סעיף 17(ב) לחוק המכר (וגם סעיף 39(ג) לחוק המכר (מכר טובין בינלאומי), תשל"א-1971).

נוכח פער זה, שאלתנו לובשת צורה זו: מבין שתי ההוראות הללו מהי ההוראה הראויה להיחשב כמתאימה ביותר לשיטתנו המשפטית ולחול בדרך-כלל על המקרים הבלתי-מוסדרים?

ברי לנו כי תואר זה מגיע לראשונה מבין ההוראות המאזכרות לעיל, הדוגלת בעקרון הקליטה (או עקרון ההגעה). אכסנייתה היא אכסניית עקרונות כלליים. לשונה הינה לשון כללית. לעומתה, שני הכללים האחרים, הדוגלים בעקרון המשלוח (או עקרון השיגור) נוגעים לבעיות מיוחדות בלבד, וקיימת גם סיבה לסטייתם מן העקרונות הכלליים. ואכן, הפרופ' צלטנר העיר שבחוק המכר, הכלל שבסעיף 17(ב), בהיותו נוח לקונה, בא לאזן את נטל הבדיקה המיידית לאי-התאמה המוטל עליו. אפשר גם להצביע על כך, שכל ההסדר בחוק המכר לא עוצב בסדנת החקיקה הישראלית, אלא המחוקק הישראלי אימץ אותו מחוק המכר הבינלאומי, גם כדי להנהיג תחיקה שווה בעיקרה ביחסי הפנים וביחסי החוץ. אשר לסעיף 21(ב) לחוק התרופות, העיר הפרופ' ירין שהיה ברצון החוק להיטיב עם הנפגע לעומת מפר החוזה – והוא טעם הקיים גם בהוראת סעיף 17(ב) הנ"ל. אולי יטענו כי יחס דומה ראוי אף למבטל חוזה בשל כפייה, עושה והטעיה במרמה לעומת הצד שגרם את הפגמים הללו. אך הסדר הביטול בשל פגמי הכריתה הוא הסדר אחיד, שבו אין להפלות לפי הנסיבות האמורות. המקור להסדר זה הוא חוק החוזים הכללי, הכולל את סעיף 60(ב), ולא חוק התרופות⁶¹.

61. בכיוון זה ראה ע"א 440/75 זנרבק נ' רנציה, פ"ד (2) 260, 273; א' ירין, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (סירוש לחוקי החוזים) (מהדורה שנייה, תשל"ט), סעיפים 86-87; צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד) 215. ברעה אחרת ג' שלו, פגמים בבריתת חוזה (ולעיל, הערה 8) (תשמ"א), סעיף 281, בעמ' 148-149.

כל ההודעות המעמידות את הנמען על מצבו המשפטי האקטואלי חשובות לו, ולכן הוא מעוניין שתגונה לידיו למעשה ולא שתשלחנה לו בלבד. אך צורך זה ודחיפותו בולטים ביתר-שאת באותן הודעות המכוונות לחייבו לפעול פעולה זו או אחרת, לאפשרה לו או לתת לו הזדמנות לכך (בהבדל מהודעות אחרות, כולל אלה שבהן מדובר בחוק התרופות ובחוק המכר). לדוגמא: סעיף 3(א) לחוק חוזה קבלנות, סעיפים 6(2) ו-9(א) לחוק השכירות והשאלה וסעיף 19(ב) לחוק המשכון. מכאן שהודעות אלו במיוחד מתאים עקרון הקליטה מעקרון השיגור. מובן שאין כל שאלה כאשר החוק מדבר במפורש על קבלת הודעה (ראה, למשל, סעיף 22 לחוק המקרקעין).

לעומת זאת, עקרון השיגור יתפוש בוודאי לגבי הודעה לציבור (כגון הודעה על-פי סעיף 94(ב) לחוק המקרקעין). גם כאשר אין זה המקרה, אפשר שמלשון הוראה זו או אחרת נובע כי די במשלוח הודעה. כך, למשל, היינו מבינים את הוראת סעיף 2(ד) לחוק השומרים, כשהיא מדברת על שומר שלא הודיע לבעל-הנכס על נזק צפוי מסוים או לא נקט אמצעים סבירים להודיע לו.

נפקות תחולתו של כלל זה או אחר משני הכללים הנדונים ביחס לעניין האונס היא ברורה. בעיית האונס לגבי אי-הגעת ההודעה לנמען לאחר משלוחה תתעורר לכשיחול עקרון הקליטה, ואילו נפקד מקומה בתחולת העיקרון האחר (ראה הסיפא לסעיף 17(ב) לחוק המכר).

3. זמן ההודעה

בסייגים דלעיל יש לקיים את נטל ההודעה תוך זמן סביר, כפי שנוהגים החוקים לומר וכפי שלעתים קרובות יש להבין אף בשתיקתם. לפעמים מחמירים וקובעים שההודעה תבוא "מיד"⁶², אך גם כאן אין להימנע מהתחשבות בנסיבות, כלומר: מפירוש יחסי למיידיות הנדרשת לפיהן⁶³. בעניין קיומו של הנטל "תוך זמן סביר", אמר נשיא בית-המשפט העליון, השופט שמגר, אגב ביטול חוזה בשל עושה: "סבירותו של הזמן לצורך מסירת הודעת הביטול איננה נמדדת על-פי אמות מידה כלליות ומופשטות, המנותקות מההקשר העובדתי (ע"א 760/77 בן עמי ואח' נ' בנק לאומי, פ"ד לג(3) 567, 575), אלא נבחנת בכל מקרה לאור מכלול נסיבותיו. אם כי יש, כמובן, תקופות, שהן כה ארוכות עד שהן בלתי סבירות בכל הנסיבות. במקרה שלפנינו [...] ככל הנראה היה גם צורך בהתייעצות עם עורך-דין, והמזכיר בתקופת פגרה ותגים [...]".⁶⁴

איש לא יחלוק על הדברים האלה של הנשיא שמגר ועל דברי השופט ברק בע"א 760/77 הנ"ל שהוא מסתמך עליהם. ואכן, ברי לכל כי, במקרה שהמטופל איחר בקיום, אילו לא רצה המחוקק שהשופטים יתחשבו בנסיבות העניין, לא היה נזקק לנוסח "זמן סביר", אלא היה קובע זמן קצוב. כך נעשה, למעשה, במקרים אחרים⁶⁵ ושם אין להעלות

62 ראה, למשל, סעיף 14 לחוק המכר; סעיף 22 לחוק חוזה הביטוח. על הוראה כזאת, בקשר לחוק המכר, ראה ע"א 465/80 סולונץ נ' "התכופ" (לעיל, הערה 53).

63 בעניינים אלה ראה במשפט האנגלי *Williams v. Lancashire and Yorkshire Accident* 51 W.R. 222 (1902).

64 ע"א 395/83 שלוח נ' יבין חק"ל, פ"ד לט(2) 740, 737.

65 למשל, בחוק המקרקעין, סעיף 22, ובחוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, סעיף 3(אא);

על הדעת שיינתן לפרשן להתחשב בנסיבות אונס המונעות את קיום הגטל תוך הזמן הקצוב ולהאריך לפיכך את פרק-הזמן שלרשות המטופל⁶⁶. לעומת זאת, בקשר לחוק המכר, ראה ע"א 465/80 סולונג' נ' "התבונה"⁶⁷. מצד אחד, קביעת הזמן הסביר תהיה תלויה בטיב הפעולה בכללה ובטיבה במקרה הנדון, במיוחד. לפי הטיב הזה יש להבדיל בין הדעות על עובדות ומעשים שכבר אירעו וכבר נודעו לבעל-ההודעה, ובין הדעות שיש בהן הצהרת רצון. במקרה אחרון זה צריך לתת למטופל זמן להיוודע, להימלך, להתיעץ, להחליט עליה ולהכנינה. אך בקשר לנושא שלנו עלינו להשתדל ולדייק יותר בטיב הנסיבות הבאות בחשבון. כאשר ההודעה נוגעת לנכס, דחיפותה רבה יותר אם, לפי טיב הנכס, איתור שיחול בשיגורה יחמיר את מצב הנמען. מצד אחר, בוודאי יש להתחשב בנסיבות כלליות כגון "תקופת פגרה וחגים" שכדברים הנ"ל של השופט שמגר. נסיבות כלליות שבכוחן לעכב את פעולת המטופל עשויות לכוא בחשבון בין כאשר הן כאלה הנזכרות ובין כשאלה הן בגדר "מכת מדינה", כגון מלחמה ושכיחה – בין כאשר אלה קיימות כבר בזמן שבו החל הנטל לחול ובין שאירעו אחר-כך, וקודם לא היו ניתנות לצפייה⁶⁸. אבל יותר קשה השאלה במה שנוגע לנסיבות אישיות, אף אם יש בהן משום אונס למניעת הקיום.

נראה לנו כי, כאשר ביחסים שבמשפט הפרטי מדובר בהודעה או בפעולה אחרת "תוך זמן סביר" (ולא, למשל, לפי "נסיבות העניין")⁶⁹, נסיבות אישיות ראויות להתחשבות רק אם, בזמן שבו החל הנטל לחול, היו קיימות וידועות לאדם שלטובתו נקבע הנטל, או שהיו צפויות לו כבר אז⁷⁰. לרעתנו, זהו הפתרון הראוי, בין שמדובר באונס מעשי (כגון מחלת המטופל) ובין שהאונס הוא אונס משפטי, כגון היות המטופל לפסול-דין שטרם מונה לו אפוטרופוס או שמת וטרם נתקבל ציריורה או צרקיוס.

בתקנות סדר-הדין האזרחי אנו מוצאים נוסח לאישוה שלפיו בית-המשפט או הרשם רשאים שלא להיענות לבקשה אם ראו מנסיבות העניין שהגשה באיתור בלתי-סביר⁷¹. נוסח זה מעניק רשות להתחשב גם בכל נסיבת אונס אישית למבקש.

⁶⁵ שולם הסכום שנפסק או שנקבע תוך ששה חודשים מתחילת התקופה האמורה בסעיף 5(א), לא יתווספו אליו הפרשי הצמדה או הפרשי הצמדה וריבית שנפסקו לפי סעיף קטן 5(א), אלא הריבית הקבועה בסעיף 14(א)."

⁶⁶ בקשר לדוגמה האחרונה, במיוחד, יצוין שכל פתרון אחר אינו מתקבל על הדעת: הכסף היה בידו החייב אשר לא קיים את חיובו לשלם במועד.

⁶⁶ לעיל, הערה 53.

⁶⁶ באנגליה, בקשר לקיבול הצעה האמורה להינתן תוך זמן סביר, במשפט *Manchester Diocesan Council for Education v. Commercial and General Investment Ltd.* [1970] 1 W.L.R. 241, השופט בקלי (Buckley) הביע את דעתו כי ייתכן להתחשב גם בנסיבות מעכבות בלתי-ניתנות לצפייה מראש.

⁶⁷ ראה, למשל, הנוסח שבחוק המכר (מכר טובין בין לאומי), סעיף 11: "[...] תוך תקופה קצרה ככל האפשר, לפי הנסיבות, לאחר שניתן לבצע (את הפעולה) באותו סביר". התחשבות בנסיבות אונס אישיות מתקבלת על הדעת עוד יותר כאשר התוק מתייחס במפורש ל"סיבות מוצדקות" לאיתור במתן הודעה; ראה, למשל, סעיף 24(א1) לחוק תווה הביטוח.

⁶⁸ בעניין "תוך זמן סביר" ראה את שיקולי ג' שלו, פגמים בבריתות חוזה (לעיל, הערה 8) סעיף 297, עמ' 152, הגדרסת מבחן אבי-קטיבי.

⁶⁹ ראה תקנות 499(ב), 501(ב).

בסבירות הזמן מרובה גם בחוק הערכות, תשכ"ז-1967 (להלן: חוק הערכות), סעיף 15(ב), בעניין אדם שנתן ערכות לפלוני בעד חוב עתידי של אלמוני כלפיו. אם ניתנה ערכות זו בהסכמת אלמוני, החייב העתידי, והערב מבקש לבטלה, רובץ עליו הנטל להודיע על כך לאלמוני "זמן סביר מראש", פן יצטרך לשלם לו את דמי הנזק שיגרם לו עקב הביטול.

כל תטענו "סבירות הזמן" – החוזרת כאן⁷⁰ כגרסת הכללים הקודמים – כאילו היתה שוות משמעות בשני המקרים. אמנם, האומר סבירות אומר בזה גם גמישות, וזהו היבט משותף לשתי הדוראות. אבל הקשר הדברים והעניין שונים בהן, ולפיכך הנסיבות הראיות להתחשבות שונות אף הן. במקרים הקודמים, באמצעות הביטוי "תוך זמן סביר" מתכוונם לפרקזמן סביר החל במועד שבו הנטל רובץ באופן ביצועי (אופרטיבי); ואילו כאן מדובר בפרקזמן סביר לפני המועד שבו לא יספיק החייב העתידי להתגבר על הקושי הנגרם לו עקב ביטול הערכות – לפי מצבו שהערב ידע או שעליו לדעת. במקרה הנדון כל טענה שלפיה אין לחשב את פרקזמן שבו המטופל לא יכול לקיים את הנטל, ראוייה להידחות. שומה על הערב שחזר בו מהבטחתו לשאת בסיכון שמשום־מה לא יוכל להודיע על ביטול ערכותו מיד עם החלטתו על כך.

לפתרון דומה אנו נוטים בנוגע לשוכר (או למשכיר) המבקש לסיים שכירות שנערכה לזמן בלתי מסוים. בסעיף 19(א) לחוק השכירות והשאלה לא מדובר אמנם על זמן סביר מראש, אבל נראה לנו כי דבר "הזמן הסביר" מראש מובן מאליו. נכון שבאן, בהבדל ממקרה הערב הנ"ל, אין איש חוזר בו מהבטחה שנתן, אך גם כאן יש לתת לצד השני שהות לסדר את ענייניו לקראת סיום השכירות, אף אם נסיבות אישיות למודיע או מכת מדינה יעכבו את מתן ההודעה. הואיל והחוק אומר במפורש "זמן סביר מראש" בסעיף 17 לאותו חוק בעניין בדיקת המושכר וביצוע עבודות בו שהמשכיר יבקש לעשות⁷¹.

בהודעה לסיום השכירות הנ"ל, הנסיבות שלפיהן ייחשב פרקזמן זה או אחר כסביר או כבלתי־סביר הינן אלה הנוגעות לקושי הצפוי לנמנע ההודעה למצוא סידור חלופי סביר. במקרה שמדובר בשוכר דירה שבה הוא מתגורר, ראויות להתחשבות גם אלה הנוגעות למצבו האישי המקשות עליו את ההעברה, אם הרבר ידוע למשכיר. בהודעה לפי סעיף 17 הנ"ל ייחשבו מידת ההפרעה העלולה להיגרם לשוכר והסידורים שיצטרך לנקוט לקראתה.

לפי תפקידה זה או אחר של ההודעה ולפי הערכת האינטרסים של הצדדים יש גם לדון בעניין המאמץ הנדרש מברה־ההודעה כדי להיודע על מענו של הנמען. לאור שני השיקולים האלה, להחלת סעיף 49 לפקודת השטרות [נוסח חדש] על איחור במתן הודעת חילול⁷², אין לדרוש מאוחז השטר יותר ממאמץ סביר להיודע על כך, אף אם מאמץ רב יותר היה אולי עשוי להצליח. זוהי הפרשנות המקובלת לדין הנדון באנגליה ובארצות־הברית⁷³.

70 וכמרכן במקרים אחרים, כגון סעיף 29(ב) לחוק השכירות והשאלה; סעיף 68(ג) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב, תשל"ג-1972] (להלן: חוק הגנת הדייר).

71 ועוד – לפי דעתנו – למשל בקשר לסעיף 51(א) לחוק החוזים הכללי.

72 וכמרכן להחלת סעיף 45 לאותה פקודה על איחור בהצגה לפרעון ולאי־הצגה.

73 השווה *Cornelius v. Banque Franco-Serbe* [1942] 1 K.B. 29, 34; Byles, *Bills of*

4. צורת ההודעה ודרך מסירתה, בהתחשבות בנסיבות

ברגיל, ההודעה נערכת בכתב ונמסרת לנמען על-ידי הדואר. אין ספק כי, בנסיבות הרגילות, זוהי הודעה כדין כאשר החוק קובע נוסחאות כגון "ברואר רשום או בדרך אחרת המקובלת בנסיבות הענין"⁷⁴ או שאין כל הנחיה לעניין זה בחוק ובפסקה. ואולם אפשר כי, לפי הנסיבות, אין להזקק למסירה על-ידי הדואר, משום שביתת, משום שדרך זו מתגלית כבלתי-יעילה או משום שהדואר אינו פועל באופן תקין. במצבים כאלה ההזקקות למסירה אחרת (כגון מסירת מכתב על-ידי שליח, באמצעות שירותי תקשורת פרטיים או מסירה בעל-פה פניסאל-פנים או על-ידי טלפון) בוודאי תהיה גם דרושה⁷⁵ וגם מספקת כאשר קיימת הוראת חוק כג"ל או שהחוק והעסקה שותקים⁷⁶.

השאלה מתעוררת כאשר בחוק או בעסקה נמצאות הוראות הסותרות מסירה בעל-פה או כל מסירה שלא באמצעות הדואר בקובעם במפורש צורה בכתב, משלוח בדואר רשום וכדומה. אולם יש מקום לשיקול שהודעה היא אמצעי למטרה – העמדת הנמען על מסר זה או אחר – ולא מטרה בפני עצמה, ולכן ניתן לסטות מן ההוראות האמורות כאשר בכוחן למנוע את יעודן. רק אם החוק או העסקה גילו בעליל שכרצונם לראות מסירה מסוימת בתור תנאי בליעבור, כי אז, מצד אחד, תיחשב מסירה בלתי-יעילה כמספקת, ומצד אחר, יימנע קיום הנטל כאשר מסירה זו תהיה בלתי-אפשרית.

שאלה קשה במיוחד מתייצבת כאשר מען הנמען אינו ידוע לבריהודעה. נראה לנו כי לשם תשובה עליה יש לרדן קודם אם, לפי הנסיבות, רבץ על בריהודעה הנטל להיוודע על המען הזה. כאשר יש להבין כי נטל זה רבץ עליו – בתור נטל-משנה המצטרף לנטל ההודעה המוטל עליו – ולא עמד בו, כי אז יש לומר שלא עמד בנטל ההודעה אם, לשם ההודעה, נזקק לצורת תקשורת בלתי-ישירה, כגון פרסום בעיתונות. רק כאשר בדרך זו ההודעה מגיעה לידיעת הנמען יש מקום לשאלה אם מודעות הנמען אינה מיותרת ומבטלת את נטל ההודעה (להלן, 151).

לעומת זאת, אם, לפי הנסיבות, לא רבץ על בריהודעה הנטל להיוודע או שהוא השתדל להיוודע ולא הצליח, נראה שמותר לו להזקק לתקשורת בלתי-ישירה הנראית סבירה בנסיבות⁷⁷. עליאחת-כמהדוכמה מתקבלת מסקנה זו אם רבץ על הנמען הנטל להודיע על מענו לבעל-ההודעה⁷⁸. ישא אז הנמען את הסיכון שהמסר לא יגיע למעשה, כפי שבמקרה הקודם ישא בריהודעה את הסיכון שמסירתו לא תהיה יעילה.

Exchange (25th ed., 1983) 120, 165, 166; American National Bank v. Junk Bros. Lumber and Manuf. Co. 30 SW 753, 754 (1895); "Bills and notes", 11 Am. Jur. 2d, 1963, §§816, 822.

74 סעיף 21(א) לחוק התרופות.

75 השווה שיקולי ג' שלו (לעיל, הערה 8), 2888, בעמ' 149.

76 השווה תקנות 481 ואילך לתקנות סדר האורח, על מסירת כתב-יד.

77 השווה תקנות סדר הדין האורח שנוכרו כבר לעיל (הערה 76).

78 זהו עשוי להיות, למשל, המקרה שהמשכיר לא הודיע לשוכר את מענו (לאחר ששינה אותו); כאשר תיקון במושכר על-פי סעיף 68(ג) לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), דחוף לדייר.

5. מודעות הנמען כתחליף לנטל ההודעה

בפרשו את חוק התרופות, פרופ' ידין שולל את טענת הנמען המסתמך על איי־קבלת הודעה בדרך הנדרשת, אף־על־פי שנודע לו תוכן ההודעה. הוא מבסס את דעתו על עקרון תום־הלב, המתבטא בסעיף 6 לחוק המכר, ובעיקר בסעיף 39 לחוק התווים הכללי⁷⁹. רעה דומה הביעה גם הפרופ' שלו⁸⁰.

המתקשר המסתמך על איי־קבלת הודעה או על איי־קבלתה בצורה הנדרשת בעניין שהוא היה כבר מודע לו בוודאי אינו פועל בתום־לב. ברם, השאלה הראשונית אינה על התנהגות המתקשר, אלא על בחינת הדין האובייקטיבי: האם רואים את המודעות הנ"ל כמחליפה את ההודעה הבלתי־סדירה או החסרה? בזה סעיף 6 וסעיף 39 הנ"ל כשלעצמם אינם נוגעים, ואף לא הרחבת תחולתו של סעיף 39 העשויה לבוא בחשבון על־סמך סעיף 61(ב) לאותו חוק. ניתן להסכים להיקש מהוראה זו, כל עוד מדובר ביחסים שבין בעלי־תחומה⁸¹. אך נשאלת השאלה אם היא ראויה לתול, אף בדרך ההיקש, מתוך לתחום החוזי כטענת המצדדים הנ"ל בתחולתה ה"אוניברסלית". נימוק לכך הם רואים בסעיף 61(ב) לאותו חוק. אך יש מקום להתחשב בסייגים שבהוראת סעיף 61(ב) ביחס להוראה, כגון סעיף 39, אשר יסודה באמון ההדדי של המתקשרים בחוזה. הקשר ההדוק הקיים בין המתקשרים מצדיק הטלת חובות עליהם אף מעבר לאלה שבהן מדובר בחוזה. הרחבה אוטומטית כזו אינה מתאימה לעניינים אחרים אשר בהם יש להתחשב מדי פעם במקור ההסדר ובתכליתו. נראה לנו כי פתרון שאלתנו ראוי לנבוע מן העקרונות הגלומים בשיטת משפטנו אשר סעיף 39 הנ"ל אינו אלא אחד מביטוייהם המרובים.

כאשר א מודע למסר שהוא הנשוא לנטל הודעה כלפיו המוטל על ב, וכאשר, אם לא מדובר במסירת ידע אלא בהצהרת רצון, אין לפקפק בגמירת־דעתו של ב לגבי אותו המסר, כי אז ההודעה הפורמלית נעשית מיותרת והנטל מסוכל. כך יראו את העניין בשיטת משפט המחשיבה את המציאות האפקטיבית יותר מאשר שיקולים פורמליים. לנו נראה שוזה מגמתה המובהקת של שיטתנו המשפטית. אמנם לא נרחיק לכת ונאמר כי, אפילו סעיף 25 לחוק הירושה לא היה קיים⁸², היה ניתן להגיע לאותה תוצאה על סמך השיקול רלעיל לגבי עדיפותה של המציאות האפקטיבית על פני הפורמליות, אך זה מכיוון שהצוואה היא מעשה פורמלי מובהק. לפיכך הוראת סעיף 25 הנ"ל היא רבת־משמעות. בעניינים אחרים ניתן לראות הוראות כגון סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה, בדבר העברת המושכר (המשווה למתן הודעה את העובדה שלנמען נודע הדבר ממקור אחר), סעיף 26(2), סיפא (פטור השוכר מהודעת איי־התאמה כאשר המשכיר ידע עליה), סעיף 4(ד) לחוק המשכון וסעיף 5 לחוק הנאמנות, תשל"ט–1979, בדבר איי־חשיבותו של חוטר־רישום לגבי הודע על העסקה שלא נרשמה, כאישור לתחולת עקרונות סבירים ולא כסטיה מהם. כך דורשים

- 79 ראה ידין (לעיל, הערה 61) 878, בעמ' 168–169. הוא מסתמך גם על דברי השופט עציוני בע"א 29/76 שינרמן ב' קרקובסקי, פ"ד (3) 423.
- 80 ראה ג' שלו (לעיל, הערה 8), בעמ' 149.
- 81 על היקש מס' 39 בעניין אחר עמדנו במאמר "על מהותו של קיום החיוב", משפטים טו (תשמ"ה) 21, 26.
- 82 אמרנו כבר לעיל (33) כי נועזים בעניינו פסקי־הדין המחייבים את ידיעת ההוראה הזאת.

צדק, הגינות ותוסילב בעניין המרשם (שהוא הודעה לציבור), ומכלישכן בעניין ההודעה האישית.

כנגד השיקולים דלעיל יעמידו אולי את הוראת סעיף 16 לחוק המכר, אשר עליה השופטת בדפורת שואלת את השאלה מה ראה המחוקק לגנון על המוכר, אף אם זה ידע ממילא, או שהיה עליו לדעת, על אי-התאמה, בהטילו אף במקרה זה על הקונה נטל הודעה מיד לאחר שגילה אותה.⁸³

מכלימקום, אין לסתור שיקולים על קיום כלל כללי על-ידי הוראה הנוגעת לעניין מיוחד – הוראה אשר לא נוצרה בסדנת החקיקה הישראלית אלא נקלטה מן החוץ. זאת ועוד: האם אמנם יש שוויון בין השאלה אשר רנו בה לעיל ובין זאת הנדונה בסעיף 16? השיקולים דלעיל נוגעים למקרה שעניין ההודעה וזה לעניין המודעות. אך בהוראת סעיף 16 אין המדובר בסתם הודעה על עובדות שהיו ידועות למוכר, אלא בהסתמכות הקונה על אי-התאמה לשם הנאה מהתרופה שהחוק מעניק לו במקרה זה.

כתחליף לנטל ההודעה ליב, יחול על א הנטל להוכיח כי ב ידע על המסר הנדון, ואם מדובר בהצהרת רצון – כי לא היתה ליב סיבה לפקפק כי המסר משקף את גמירת דעתו של א. ואכן, כאשר ב לא קיבל הודעה מאת א – למשל בעניין ביטול חוזה בשל הפרה – ורק שמע על רצונו של א להתנער מן החוזה, ייתכן מאוד כי ב לא ידע אם זוהי כבר החלטה גמורה וסופית של א או שמא היא רק כוונה אשר א שומר לעצמו את הזכות שלא להוציאה לפועל או אפילו החלטה שהוא זכאי לחזור בו ממנה כל עוד לא הודיע עליה ליב. כאן אנו נוכחים ביתרון קיומו של הנטל הפורמלי המקורי על תחליפו האפשרי.

מלבד זאת, מגמת תחיקתנו הנדונה לטובת ההכרה במודעות הנמען כתחליף להודעה ראויה לסייגים, פן תשבש את סדרי המשפט. כאשר ניתן לפלוני פרקזמן קצוב ממועד קבלת הודעתו של אלמוני להפעלת זכותו – למשל, זכות הקדימה לגבי נכס ברשות אלמוני (סעיף 102 לחוק המקרקעין) – לא יתחיל הזמן לרוץ בטרם קיבל הזכאי את ההודעה כדין, ואין נפקא מינה אם שמע שברצון אלמוני למכור את הנכס הנדון ולהציע לו את קניינו על-פי התוק. מכלישכן יחול פיתרון שלילי זה כאשר הסדר הזמן הקצוב נמצא בתחום המשפט הציבורי. לפיכך, אנב תקנה 201 מתקנות סדר הדין האזרחי (ביטול החלטה על פי צד אחד), סברו שלא יתחיל מירוח הזמן הנדון בה להגשת בקשת ביטול כל עוד ההחלטה לא הוצאה כדין למבקש הביטול, אף אם הגיעה לידיעתו.⁸⁴

הפסיקה הישראלית סוברת כי הגשת תובענה שקולה כנגד הודעה לפי סעיף 21 לחוק התרופות.⁸⁵ כנגד דברי השופט י' כהן, לאמור כי בנסיבות העניין יש לראות כתבי-ביעה בהודעה ב"בדרך המקובלת",⁸⁶ אנו סבורים כי תובענה אינה "דרך מקובלת" להודעת ביטול. אם נבצרו, למעשה, מבעל-ההודעה הדרכים שסעיף 21 הנ"ל מציינן, התובענה עשויה להיחשב כדרך מתקבלת על הדעת בתור תחליף לדרך המקובלת, לפי שיקולינו דלעיל. אם לא היתה מניעה לקיום סעיף 21, כי אז התובענה בתור שכזאת לא תחליף

83 ע"א 465/80 הנ"ל (לעיל, הערה 53) בעמ' 636.

84 ראה זוסמן, סדרי הדין האזרחי (לעיל, הערה 450), סעיף 563.

85 ע"א 557/75 אנק"נ' כהן, פ"ד (2) 64; ע"א 186/77 סוכנויות השכרת רכב נ' מרבילום, פ"ד לג(1) 197; ע"א 268/67 אפל נ' לאופולד, פ"ד כא(2) 383 (כטרם נחקק חוק התרופות).

86 בע"א 186/77 הנ"ל, בעמ' 202.

את הדרכים הנדרשות בהוראה הנ"ל; ורק אם, כתוצאה ממנה, ייודע עליה לנמען, יהיה מקום לשיקול בדבר מודעות הנמען כתחליף להודעה. בפסקדין אחר, שנפסק בטרם נחקק חוק התרופות⁸⁷, ראו בעובדה שמוכר דירה, במקום להעביר את הנכס לקונה המפר, מכר אותו לאדם שלישי, כגילוי ברור לרצונו לשים קץ לתווה הנדון. שוב, לפי הדין הנוהג לא נראה מצדנו נפקות אפשרית להתנהגות המוכר לשם ביטול אלא לכשתביא לידי מודעות הצד השני לרצון הביטול.

ה. הנטל להפסקת ההתיישנות

1. מושגים ומונחים: הפסקה והשעייה

אגב המינוח דלעיל, כדאי שלפני כל דיון בעצם העניין נברר כאן על הסף מהי המשמעות שאנו מייחסים למונח "הפסקה". במשפטאות הישראלית אין עדיין מינוח קבוע ומקובל על הכול, ושורר בלבול המקשה על הקורא פסקידין ודברי סופרים להבין מהי כוונת בעליהם.

הבעיה היא להבדיל במינוח בין הסייגים שלפי החוק קיימים בקשר למירון ההתיישנות. לפי חוק ההתיישנות, ולפי הרבה שיטות משפט אחרות, הסייגים האלה הם משני סוגים: לפי אחד מהם (מקרה א), למאורע זה או אחר ניתן הכוח לבטל את המירון שהיה עד אז; שמים לאל את פרקיהזמן שבו הלכה והתחוללה ההתיישנות, בתור פרקיהזמן מועיל למישהו⁸⁸. אחרי אותו מאורע אין להמשיך בהתיישנות אלא אך ורק לחזור ולהתחיל במירון התיישנות חדש. כך פועלת הוראת החייב בזכות הזכאי עליפי סעיף 9 לחוק. לפי המושג השני (מקרה ב), לחישוב תקופת ההתיישנות אין מחשבים פרקיהזמן זה או אחר. כלומר: או שדוחים – כל עוד קיים מצב מסוים – את התחלת המירון, אף-על-פי שבכך קיימים התנאים שלפי הדין הכללי מתחיל המירון; או שאין מתחשבים בתקופת-ביניים בין המועד שבו התחיל מצב מיוחד זה או אחר ובין המועד שבו חדל. שני פרקיהזמן שלפניו ואחריו מסתכמים לחישוב התקופה הדרושה להתיישנות. דוגמא לרזיה היא בהתיישנות שהיתה מתחילה לרוץ נגד קטין, לולא קטינותו, ושלא תוכל להתחיל אלא ממועד התבגרותו (סעיף 10). דוגמא לעיכוב באמצע כנ"ל היא בהתיישנות שהחלה כלפי מוריש ובמותו לא תוכל להמשיך ולרוץ כלפי יורשו הקטין כל עוד הוא קטין (לפי אותה ההוראה). ברור הדבר כי בעוד שבמקרה א עשויים לבוא בחשבון הן מעשה או אירוע רגעי והן מצב הנמשך בזמן, רק זה האחרון יכול להוות את הסייג שבמקרה ב.

לציון שני הסייגים האלה עדיין לא נתקבלו במשפט הישראלי שני מונחים טכניים קבועים, לפי המקובל ביכשת אירופה ולמען פישוטו של כל דיון בעניין. כזה לא ניתן לנו להיעזר במשפט היהודי⁸⁹. בחוק, בסעיף 9 הנ"ל אין כינוי לדרך שבה הוראת החייב

87 בע"א 273/76 בג"ד נ' "עדיית" חברה קבלנית לבנין, פ"ד כב(1) 69.

88 "מיישן", כלומר: החייב שאינו מקיים ואינו מודה הוראה בהתאם לסעיף 9 לחוק ושההתיישנות מתחוללת לטובתו. השימוש במונחים תובע ונתבע אינו מתאים כשעניין ההתיישנות נדון מחוץ למסגרת התדיינות בפועל.

89 בדיני ישראל אין הכרה בהתיישנות בתור מוסד משפטי. אמנם, למעשה, הגיעו הפוסקים להתלטות הדומות לאלה הנובעות מן המוסד הנ"ל, בצורתו כמוסד דיוני, בשיטות משפט אחרות, ואף לא

פועלת. בעניין השני מדובר בחוק על איחישוב, שהוא יותר תיאור התוצאות מאשר כינוי לגורם אותן. מלבד זאת, איחישוב קיים גם במקרה הקודם. לציון הראשון השתמשו ב"דברי ההסבר" לחוק בלשון הפסקה⁹⁰. בעניין מקביל, בקשר לרכישת זיקת הנאה מכוח שנים, חוק המקרקעין מאמץ אותו מונח⁹¹: כיוון שמדובר שם במעשה רגעי, הודעת הבעלים, יש לנו ביטחון שהכוונה היא לאותו סוג סייגים. לעומת זאת, בעניין שראו אותו כשייך למקרה ב הנ"ל, בפסקה דיברו גם כן על הפסקה⁹². ואכן, כאשר איהחישוב נוגע ל"זמן ביניים" אין לומר כי לשון זו אינה מתאימה כשלעצמה. כך, למשל, על אדם הנוסע מירושלים לחיפה ויורד מכליירכבו בתל-אביב לשהיה כלשהי, אפשר לומר שהוא מפסיק את נסיעתו בתחנת-ביניים, כשנסיעתו הקודמת לה מצטרפת לנסיעתו שאחריה. כמובן, על אדם הנוטל לעצמו קצת מנוחה בעבודה אומרים שהוא מפסיק את עבודתו ואין הכוונה לומר בזה שעבודתו הקודמת למנוחה כאילו לא נעשתה. אך השם "הפסקה" אינו מתאים בהחלט כאשר איהחישוב נוגע לראשית המירון; ולכן, אילו אימצנו את המונח "הפסקה" בקשר ל"תקופת ביניים", היינו זקוקים למונח נוסף כשאיחישוב הוא תחילתי. מכאן תסבוכת לארצות, כיוון שהתופעה אינה שונה בשתי ההנחות⁹³. מצד אחר, השם הפסקה מתאים גם למקרה א. נניח כי פלוני התחיל ללמוד בשנה זו או אחרת וכיוון שעזב את הלימודים באמצע השנה, פרק הזמן שבו למד לא ייחשב לזכותו כלל ועליו לחזור ולהתחיל את לימודי השנה היא. עליו אפשר לומר כי בשנה הנדונה הפסיק ללמוד. כדאי לשמור את לשון ה"הפסקה" למקרה א גם כיוון שהיא מקבילה למונחים הלועזיים שבהם השתמשו במשך מאות שנים ועודם משתמשים בהם בשיטות משפט רבות⁹⁴. אמנם יש שהעירו כי גם מונחים לועזיים אלה אינם חרימשמעיים, לשם ציון מקרה א, אבל רחו השגה זו בשיקול שהשם נעשה למעשה חרימשמעי לאור המסורת הארוכה הנ"ל.

לציון מקרה ב – איחישוב תחילתי או אמצעי, ללא כל ביטול – אפשר להשתמש במונח "השעיה" (והיה מתאים גם המונח "עיכוב" או "התעכבות", לפי לשון סעיף 16 לחוק). לשם "ביטול" היינו נזקקים לציון מקרה שמדובר בו בסעיף 9 לחוק ההתיישנות, לאמור: הודאת החייב המבטלת את ההתיישנות שכבר נסתיימה.

התעלמו מסייגים לרעיון ההתיישנות הראויים להתקבל בקשר למצבים מיוחדים במינם, כמו בעניין הקטין (ראה בסוף הקדשים לשולחן ערוך חו"מ, סימן סא, סעיף ט) אך לא נתגבש מינוח טכני לסייגים כאלה.

- | | |
|---|----|
| ראה ה"ח 311, בעמ' 278. | 90 |
| סעיף 194 (וכ) לחוק המקרקעין. | 91 |
| ראה, למשל, ע"א 522/77 איגוד עולמי של יוצאי ווהלין נ' סינקלשטיין, פ"ד לב(2) 17, 20; הפסקה במשך תקופות מיוחדות; ע"א 449/76 צרירד עירון נ' תעשיות מבלטים, פ"ד כב(1) 273, 272, 267. | 92 |
| די להעלות על הרעת את שתי הדוגמאות האלה: (א) התיישנות שהתחילה כלפי קטין; (ב) התיישנות שנמשכה כלפיו, לאחר שהתחילה בו כלפי מורישו. | 93 |
| השווה interruptio בלטינית, interruzione באיטלקית, interruption בצרפתית ו Unterbrechung בגרמנית. | 94 |

2. כוחה המפסיק של התובענה

הדין הנוהג בישראל אינו נותן לבעל זכות להפסיק את מירוח ההתיישנות על-ידי התראה לחייב המיישן שתבוא מחוץ לבית-המשפט, כפי שבעניין מקביל ניתן לבעל-מקרקעין להפסיק את התקופה הדרושה לרכוש זיקת הנאה נגדו (סעיף 94(ב) לחוק המקרקעין). אמנם, לא כך היה בכמה ארצות אירופה לפני הקודיפיקציות – כנראה בהשפעת המשפט הקנוני – ומסורת זו נמשכה בשיטות משפט אחרות בימינו – למשל בשיטות האיטלקית והספרדית. ואכן, למה להטיל את נטל ההתיישנות על בעל-זכות ואת עומס הבירור המשפטי על בתי-המשפט, כאשר הנוגע ברבר מוכן להסתפק בשמירת תביעתו להבא? אפשר שאינו מעוניין בתביעת קיום כעת, משום שלפי מצבו הנוכחי של החייב אינו רואה סיכוי למימוש זכותו. אך המחוקק הישראלי הלך בעקבות הקודיפיקציות שדחו את הדרך הלב-ערכאית הנ"ל.

נטל ההליכים המשפטיים מקובל בעולם לפי גרסות שונות ובנפיקות שונה. יש המסתפקים בפתחת התהליך על-ידי הגשת תובענה (זהו, למשל, הדין האיטלקי) ויש הדורשים גם המשך לכך בניהול המשפט (זהו, למשל, הדין הגרמני)⁹⁵. לפי הערתנו רלעיל, במקרה הראשון התובענה אינה יכולה לפעול אלא בתור הפסקה. במקרה השני, משך המשפט עשוי להיחשב בגדר הפסקה (כך בדין הגרמני) או בגדר השעיה.

אשר לדין הנוהג בישראל, השופט בכור ראה שינוי קיצוני במעבר מן המגלה לחוק ההתיישנות. הוא קובע שהמגלה רואה בהגשת תובענה משפטית משום הפסקה למירוח ההתיישנות, כמות כהודאת החייב. לעומת זאת השופט סבור כי חוק ההתיישנות הישראלי שמר דין זה לגבי ההודאה ונטש אותו בעניין התובענה חוץ מאשר במידה מוגבלת בלבד, על-פי סעיף 15 לחוק⁹⁶.

בע"א 169/65⁹⁷ נסב הדין על תעודה של המפקח על נכסי נפקדים בתלאיבי, שבה אישר המפקח כי בחלקה מסוימת אדם מחזיק שלא כדין. השופט ח' כהן קבע כי תעודה זו משתווה להגשת תובענה לשם הפסקת ההתיישנות. בקשר לזו האחרונה הוא מעיר כי "בפתחת הליך בבית-משפט יש משום הפסקת תקופת ההתיישנות". לכאורה כוונתו היא להפסקה (במשמעות שאנו מייחסים למונח⁹⁸), כי מדובר בפעולה רגעית שאינה יכולה להיות השעיה; מה גם שהוא אמר עוד כי, אילו הגיש האפוטרופוס תובענה לבית-המשפט, "כולי עלמא לא פליגי שבכך היתה נפסקת תקופת ההתיישנות [...]". לעניין זה אין נפקא מינה אם כתב-התביעה היה נמסר למשיב, או אם היה מונח בתיקי בית-המשפט כאבן שאין לה הופכין [...]"⁹⁹, ומה גם שהוא משווה לה את התעודה הנ"ל, שהיא פעולה רגעית גם-כן ונוסף על כך פעולה יחידה, ללא המשך. אך, להפתעת הקורא, השופט ממשיך ואומר כי, אילו הגיש האפוטרופוס תובענה, תקופת ההתיישנות היתה נפסקת וחוזרת ונמשכת עם ביטול התובענה או רחייתה. בזה מתגלה שהוא מתכוון להשעיה במשך הבירור המשפטי.

95 סקירה רחבה אצל K. Spiro, *Die Begrenzung Privater Rechte durch Verjährungs- und Fatafristen* (Bern, 1975) 2, §147.

96 ע"א 522/77, הנ"ל, בעמ' 21.

97 רשות הפיתוח במזבן חוק רשות הפיתוח (העברת נכסים) תשי"ב-1950 ב' ירקוני, פ"ד (יט) 2, 595-597.

98 ואכן, כשמתכוון השופט להשעיה, כותב הוא "ע"כ".

אם אין אנו טועים, פתרון הבעיה הוא ברור בהחלט לקורא החוק ללא דעה מוקדמת. סעיף 5 לחוק קובע: "התקופה שבה מתיישנת תביעה שלא הוגשה עליה תובענה [...]". מכאן למדים אנו כי תביעה שעליה הוגשה תובענה אינה מתיישנת, רהינו: כי התובענה (תובענה לקיום הזכות, לפי סעיף 2) מפסיקה את מירוץ ההתיישנות⁹⁸. קיימת הקבלה בין סעיף 5 זה ובין סעיף 94(ב) לחוק המקרקעין. בשתי ההוראות מדובר בעמידת הבעלים על זכותם המתבטאת בהצהרת רצון, ובשתיהן מייחסים לה כוח מפסיק לגבי התהליך המתחולל והולך לרעת המצהיר. ההבדל היחיד הוא כי, לפי סעיף 5, על ההצהרה ללוש צורת תובענה – דבר שסעיף 94(ב) אינו דורש. כמובן, הפסקת ההתיישנות עקב תובענה אינה מיתרת את השאלה אם יושעה מירוץ ההתיישנות תוך כדי הבירור המשפטי שיתנהל בהמשך לתובענה.

3. אין תחליף לתובענה

מסקנתנו דלעיל על מהות הגורם המפסיק אינה מצדיקה את מסקנת השופט ח' כהן בפסקדינו דלעיל. אמנם, נראה לנו כי קיימת הקבלה בין הגשת תובענה ובין תעודת האפוסטרופוס הנדונה שם, בתור שתי צורות לעמידה על הזכות – כלשון השופט. אך החוק מתחשב רק בצורה שעמידה זו תלבש בהגשת תובענה לבית-משפט. לולא זאת, היה מחייב הודעה לחייב מחוץ לבתי-המשפט כפי שהוא מאפשר לבעלים כלפי האדם ההולך ורוכש זיקת הנאה נגרם.

4. השעייה תוך כדי הבירור המשפטי

כאמור, אנו רואים בדברי החוק ביטוי מפורש להכרה בכוחה המפסיק של התובענה, כאשר לכאורה אין הפסיקה מתחשבת בהם. לעומת זאת, אין אנו רואים בדברי החוק המפורשים הכרה בכוחו המשעה של הבירור המשפטי, כפי שלכאורה הפסיקה מוצאת בחוק – סעיף 15⁹⁹. ואכן, סעיף 15 עוסק ישירות בשאלה המיוחדת הבאה: כאשר, אחרי משפט א, ייערך משפט ב, אם בזה האחרון יש להתחשב בפרקיהומן שבו נערך משפט א; אך, לעומת זאת, אינו עוסק בשאלה אם, במשך משפט א ולפני סיומו בפסקדין, לא תוכל ההתיישנות להתחולל ולהסתיים, כך שהנתבע יתבע שתביעת התובע תידחה משום התיישנותה. אולם, נדמה לנו כי את אשר המחוקק לא אמר הוא ראה כמובן מאליו. התובע שהגיש תובענה וניחל את המשפט נגר המיישן עשה את הכול שביכולתו כדי לעמוד על זכותו ולא לתת לה להתנוון במציאות¹⁰⁰. אחר הנימוקים המועלים כיסוד להתיישנות הוא שאי-שמירת הבעלים על זכויותיהם גורמת שהחייב לא ישמור ראיות לטובתו. לנימוק הזה אין שחר

⁹⁸ ראה ע"א 46/84, 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 666, 658. לעניין כוחה המפסיק של התובענה אין נפקא מינא אם התובע פיצל את עילת תביעתו על-פי היתר מכוח תקנה 45 לתקנות סדר הדין האזרחי – ראה ר"ע 695/85 עזבן מורטנסלר ז"ל נ' בן יאיר השרון בע"מ ואח, פ"ד מ(1) 337.

⁹⁹ מלבד פסקי-הדין שהוזכרו לאחריהם ראה ע"א 449/76 צפרייר עיריין נ' דוקל, תעשיות מבולמים (לעיל, הערה 92).

¹⁰⁰ על יסוד זה למוסד ההתיישנות ראה ע"א 331/71 כהן נ' גרודזיסקי, פ"ד כט(1) 689, 697.

לאחר שהבעלים פתחו בהליכים והעמידו את הנתבע על הצורך להתגונן. היה זה דבר אבסורדי שתובע ששקד על זכותו בניהול הליך משפטי לא היה יכול לממש את זכותו משום נסיבות מקריות כגון עומס העבודה בבתי-המשפט וכדומה.

בסופו של דבר נאמר אפוא כי, נוסף על ההפסקה שבהגשת התובענה, תבוא השעיה במשך הבירור המשפטי שאחריה; או, לשון אחרת, כי ההפסקה תחול החל בהגשת התובענה ובמשך כל הזמן שבו נארך הבירור המשפטי (ראה גם להלן, ת"ל 11). זוהי מגמה המקובלת בעולם במידה רחבה, השואבת מרברים שבדיגסטה¹⁰¹. בשיטות משפט אחרות, כגון השיטה האיטלקית, רואים את הכלל הנ"ל כאחת ההשלכות מעיקרון רחב יותר, והוא כי משך הבירור המשפטי לא יזיק לתובע¹⁰². זהו עיקרון מקביל לעיקרון המקובל בעניין הוצאות המשפט: כאשר, משום התנהגותו של פלוני כלפיו, זקוק אלמוני להגיש תובענה נגדו, מן הדין שכל הוצאות המשפט תרבענה על פלוני לבדו, ואלמוני יוציא מן המשפט את זכותו נקיה.

בשני המקרים עדיף לבסס את התוצאות המשפטיות על עקרונות פרוצסואליים מאשר על שיקולים של משפט אזרחי.

כתיבת חוקים ב"כתיב חסר", כדרכו של המחוקק הישראלי, מביאה את הפרשן במבוכה, בייחוד בשיטת משפט החסרה מסורת משלה וגם עיצוב עקרונות מנחים מפותחים. הדבר חמור במיוחד כאשר החוק מסדיר עניין זה או אחר הסדר כוללני, כפי שהדבר נעשה בחוק ההתיישנות.

5. כללי ההשעיה

בכמה ממקרי ההשעיה המפורטים בפרק השלישי לחוק, וכמרכן בסעיפים 7 ו-8 שבפרק השני, יש משום מתן פטור למטופל מנטל ההפסקה כל עוד נמשך מצב שבו אין ביכולתו לקיים את הנטל. לפיכך מצומצמת תחולת הנטל.

מקרים מובהקים של אונס הם אלה המפורטים בסעיף 17 (סגירת בית-המשפט) ובסעיף 11, הנוגע לחולה-נפש כל עוד נמצא ללא אפטרופוס. בפירוש "חולה נפש" אין הפרשן קשור במינות שבחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962. בוודאי המחוקק משנת תשי"ח לא היה יכול להתייחס לחוק משנת תשכ"ב – אשר גם חוקים אחרים הם עצמאיים לעומתו במונח זה¹⁰³. "חולה נפש" בסעיף 11 כולל גם את ה"לקוי בשכלו", לפי סעיף 8 לחוק הכשרות. מצד אחר, לפי יעוד ההוראה הנדונה היא נוגעת רק לזמן שהאדם מנוע למעשה מלדאוג לענייניו. לפיכך פסקו כי לא תחול ההוראה במקרה של מחלת

101 ראה Dig. 50, 17, 139: *Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt semel inclusae iudicio, salvae permanent* ("כל התביעות הבטלות במות בעליהן או במידות הזמן, תינצלנה ותעמרנה לכשתוגשנה לבירור משפטי"). בשיטות המשפט המודרניות ראה על כך K. Spiro (לעיל, הערה 95), כרך א, עמ' 388.

102 ראה G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile* (Napoli, IV ed. 1928) 135.

103 ראה י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, תשכ"ב-1962 (פירוש לחוקי חוזים) (תשל"ב) סעיף 32, עמ' 63, בהערה.

הנכפין אשר בה ישנן תקופות ארוכות יחסית שבהן האדם שפוי ברעתו¹⁰⁴. אך, מכל מקום, ההוראה חייבת לחול אם מדובר באדם שהוכרז כפסול-דין ולכן פעולותיו המשפטיות, לרבות תובענה ומינוי פרקליט לעריכתה¹⁰⁵, ייחשבו שלא כדין.

לעומת סעיף 11, יסוד האונס חסר ברגיל בהוראת סעיף 10 אשר בעקבות סעיף 1663 למג'לה שוללת את מידוץ ההתיישנות לרעת אדם שלא מלאו לו שמונה-עשרה שנה. בהבדל מהוראת סעיף 11, על חולה נפש הנמצא ללא אפוטרופוס, אין הוראת סעיף 10 הנ"ל מוגבלת למקרה שלקטין אין נציג או אפוטרופוס שהיה יכול להפסיק את ההתיישנות. אולי ראו צידוק להפליה בין שתי ההוראות בזה כי תקופת הקטינות מוגבלת מראש, ואילו מחלת-נפש עלולה להתמיד כל ימי חייו של החולה. אבל הפסקת ההתיישנות אינה מעשה אישי שלא כדאי להפקידו בידי נציגו של קטין.

גם בעניין סעיף 14 (שהות מחוץ לישראל), החוק מגלה נטיה להרחיב את הפטור מן הנטל הנדון, כי אין לומר שבכל המקרים הנכללים בהוראה זו נבצר מבעל-הביעה להגיש תובענה. לפי רכרינו ולעיל, לשם הפסקת ההתיישנות די בהגשת תובענה (שהיא משתכללת עם הגשתה לבית-המשפט) אף אם לא יהיה לה המשך. אולם, אין לומר כי ההרחבה הנ"ל חסרת-צידוק. אם התובע לא יכול לנהל הליך תקין אחרי הגשת התובענה, ייתכן שיגרם לו עוול.

מחדעות של בעל-הזכות לזכותו אינה מן העקרונות היסודיים לחוק ההתיישנות. עקרונית, די בקיום הזכות לשם מידוץ ההתיישנות ("תקופת ההתיישנות מתחילה ביום שבו נולדה עילת התובענה", כנאמר בסעיף 6). אולם, במקרה שהזכות נובעת לבעליה מפעולת מרמה או הזנאה של הזולת, סעיף 7 קובע כי תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעה לתובע התרמית או הזנאה. כאן לא סגי אפוא בקיום הזכות ואף לא בהנחה שנבצר מבעל-הזכות לעמוד עליה, עלי-אף עירנות ראויה מצדו לגילוי זכויותיו. סעיף 7 אינו מסתפק בידיעה בכוח אלא דורש ידיעה בפועל לשם הטלת הנטל על המרומה. מחדעות בפועל לעילת התביעה הבאה בחשבון (ולא רק מחדעותו בסתר) נדרשת לפי סעיף 11 גם אצל אפוטרופוס שממנים לחולה-נפש. סעיף 8 קובע מצדו כי, אם נעלמו מן התובע העובדות המהוות את עילת התובענה, מסיבות שלא היו תלויות בו ושאינן בזהירות סבירה לא היה יכול למנוען, תתחיל תקופת ההתיישנות ביום שבו נודעו לתובע עובדות אלה. מסעיף 8 נובעת הטלת הנטל להיוודע, אך, אם לא יוכל המטופל לגלות בזהירות סבירה את העובדות הנדונות, יתחשבו בכעידאונס זה להשעיית הנטל.

אגב סעיף 8 נדונו המקרים שבהם לבעל-התביעה לא היו ידועים זהותו של החייב-מיישן או מקום מגוריו. לגבי הראשון שבהם קבע השופט ח' כהן בע"א 242/66¹⁰⁶, כי תחול הוראת סעיף 8 כיוון שראה בזהות הנ"ל את אחת העובדות המהוות את עילת התובענה. למסקנה מקבילה הגיעה השופטת כדפורת באחר מפסקי-דינה (שהיה פסק-דין של מיעוט) לגבי ההנחה (ההיפותטית) שלא הצליח התובע לגלות את מען החייב-מיישן עלי-אף מאמצו בזהירות סבירה. ואילו שופטי הרוב פסקו בכיוון ההפך¹⁰⁷.

104 ע"א 139/66 בנבנישתי ב' קצין התגמולים, פ"ד (3) 256, 258-259.

105 ראה אנגלרד, שם, סעיף 99, בעמ' 27, וב"חברת ערכון", תשל"ח, סעיף 99(ג), בעמ' 5.

106 יעקובסון ב' גז, פ"ד כא(1) 85, 90-92, 95.

107 ע"א 97/77 זנבנק ב' קלוגמן, פ"ד לא(3) 466, 470. באותו כיוון: ת"א (ח') 1144/61 סובר ב' ברלר, פ"מ לו 67, 71.

לא נדון כאן בעצם השאלות אם ובאילו מקרים אפשר להגיש תובענה ללא ציון מגוריו של הנתבע ואף ללא ציון זהותו – שאלות שבזמן רבו הדיונים. לצורכי ענייננו די לנו לומר כי, אף בהנחה שציון פרט זה או אחר דרוש בתובענה, לפי דעתנו אין כאן מקום להחיל את סעיף 8. זהות החייב ומענו אינם בגדר העובדות המהוות את עילת התובענה¹⁰⁷. הוראת סעיף 8 תחול, למשל, במקרה הבא: לאחר שבמות פלוני הוציאו צוירושה לטובת אלמוני נתגלתה צוואה שלפיה לפלוני, בתור יורש המוריש, עוברת זכות שהיתה למנוח כלפי ראובן. פלוני ייהנה מהשעיית סעיף 8 בתובעתו מראובן.

כבר עמדנו לעיל (ב3) על הנימוקים השונים העומדים ביסוד סעיפים 12 ו-13, השוללים התיישנות ביחסים בין חוסה לאפוטרופוס ובין בגירוג. לבד הווג תעמוד ההשעיה אף כאשר חיי האישות מעוררים למעשה ואין עוד "שלוש בית" העשוי להישמר. לעומת זאת, בניגוד להסדרים שנקטו בעניינים אחרים, אין להוראה תחולה על ה"דו"עים בציבור" כבגירוג. כמו כן, ההשעיה החלה ביחסי האפוטרופוס אינה ישימה ביחסי תאגיד עם מנהליו¹⁰⁸. אמנם קיימת האפשרות שאחד מבעלי המניות יגיש תובענה נגד המנהלים ועל ידי כך יפסיק את מירוצ ההתיישנות לטובתם, לפי הזכות ל"תביעה נגזרת" שמכירים בה¹⁰⁹. אך ברי לכול שאין זו הדרך המעשית שניתן לסמוך עליה לפתרון הבעיה. זאת ועוד: לפי הוראת הכללית של סעיף 16, כל עיכוב למירוצ ההתיישנות הנקבע בהוראות הנדונות מתארך כיוון שההשעיה מתפשטת לשנה אחת מזמן הפסק יסודה. בשורת הוראות מתחשבים במצבו של אדם שיימצא חשוף להתיישנות (אישית או בתור אפוטרופוס של חסו) כשהוא זקוק לשוהת כדי להיוודע, להתמצא ולהחליט בעניין ההפסקה. לפי המקרים, התחשבות זו מתבטאת בשתי גרסות שונות; או שמשעים את מירוצ ההתיישנות עד אשר ייוודע למעשה (וזה, לפי סעיף 11, הינו המקרה של האפוטרופוס אשר כבר הזכרנו); או שמקצים למטופל זמן קצוב, בין שלמעשה לא יהיה דרוש כולו או מקצתו ובין שלמעשה לא יצליח המטופל להיוודע אודות האירוע תוך התקופה הנדונה. כזאת היא ההוראה הכללית שבסעיף 16, בקשר לסעיפים 10, 12–15. כזאת היא הוראת סעיף 17 בקשר לפתיחת בית המשפט אחרי סגירתו. זוהי גם הוראת סעיף 18, סיפא, לטובת יורש. בתור "יורש" נבין גם בעל-מנה, כיוון שגם לגבי קיים נימוק ההצראה וכיוון שגם הוא בגדר "יורש", אף אם לא יורש לכל דבר. מצד אחר, נשללת כל השעיה במקרי העברה אחרים וביניהם גם ההעברה מפושררגל לנאמן, אף-על-פי שלא היו חסרים כאן הנימוקים לטובת השעיה.

6. ההשעייה בהעברת הזכות

בהתיישנות בישראל נתעוררה השאלה אם, בקשר לסעיף 14 לחוק, תעמוד לחליף השעיה שעמדה לזכאי המקורי. תשובה שלילית על שאלה זו תביא לידי תוצאות חמורות. פלוני,

¹⁰⁷ ראה שיקולי השופט ברנזון אשר הביע דעת מיעוט בע"א 242/66 הנ"ל.
¹⁰⁸ לעומת זאת, ראה הוראת סעיף (7) 2941 לסה"ח האסלקי על השעיית ההתיישנות לגבי תביעות התאגיד נגד מנהליו בשל אחריותם כלפיו.
¹⁰⁹ ראה ע"א 726/74 מלחמות נדחים נ' צי כהן, פ"ד (2) 517, 527; ע"א 578/75 בן טל נ' בן טל, פ"ד לא(1) 89; ע"א 52/79 סולימני נ' בראונר, פ"ד לה(3) 617, 631.

היושב בארץ אויב, נהנה מהשעיה לפי סעיף 14 במשך 10 שנה. אם הוא מעביר את זכותו לאלמוני שלא תחול עליו אותה הוראה, תתיישן התביעה בהגיעה לידי אלמוני. לעומת זאת, אם פלוני אינו מעביר את זכותו ועולה ארצה, תקופת ההתיישנות רק תתחיל בהגיעו ארצה. בע"א 109/35/68 לא התעלם השופט זוסמן מחומרת התוצאות הנובעות מאי-הרכבת שתי ההוראות. הוא הודה שחלב נוטה להרכבה הנדונה, אך ראה מניעה לקבלתה בהגדרת "בעל דין" המופיעה בסעיף 14, סיפא, והמעידה שהמחוקק היה ער לבעיה ופתר אותה על-פי דרכו. דרכו זו היתה כי, עם הגיע נכס לישראל כשהוא נכסו של תושב ארץ אויב, הרי הוא מוקנה לאפטרופוס; ומשהוקנה לאפטרופוס זה בא לבית-המשפט ותובע, הזמן שעבר כאשר היה הנכס בידי הנפקד לפני ההקנה לא יובא בחשבון. בתביעת האפטרופוס, שהזתו של הנפקד בארץ אויב מעכבת את מירון ההתיישנות, אך לא כן בתביעתו של אדם אחר שאליו הגיע הנכס.

יש מקום לעורר את השאלה אם, לעומת השלילה הנ"ל בקשר לסעיף 14, ייתכן פתרון הפוך בקשר לכללי השעיה אחרים. הכוונה היא לסעיפים שבהם ניתנת השעיה לזכאי בשל מצבו, בתור קטין, כרוזג וכ' או בשל אי-יריעתו את העובדות. האם השעיה זו תעמוד גם לחליפ?

כאן לא יחול השיקול הנובע מלשון סעיף 14 בקשר לאפטרופוס ("מכלל הן גשמע לא"), אבל קושי אחר להרכבה בעינו עומד. לפי לשונם, אין סעיפים 7, 8, 10, 11, 12 ו-13 קובעים השעיה בתקופה זו או אחרת, כגון זמן הקטינות, זמן האישות וכ', ואף, כמדתם בסעיף 14, אינם מוזכרים את הזכאי (או בעל תביעה, כלומר: הרשאי לתבוע), אלא את התובע או בעל-דין, כלומר: בעל-תובענה בפועל.

מכאן הרעיון שכללים אלה לא יחולו כל עוד לא הוגשה תובענה ויחולו רק לכשתוגש, בזכותם אז את הזכאי למפרע, מראשית התקופה הנדונה. או – השקפה חלופית – שיחולו כבר בראשית התקופה, בהעניקם לזכאי השעיה על תנאי: התנאי המתלה שתוגש התובענה. לפי השקפות אלו, חליף הזכאי, אשר קיבל את העברת הזכות בטרם הגיש הזכאי את תובענתו, לא ייחנה מהשעיה. לפי הרעיון הראשון הנ"ל, ברי שלא קיבל זכות משוריינת בהשעיה שטרם עמדה לקורמו: *nemo dat quod non habet* ("לא יעביר אדם את אשר אין לו"). ולא ישתנה המצב במסגרת ההשקפה השנייה, כי ההעברה לחליף הפכה את התנאי לבלתי-אפשרי, ולכן גם כאן יקבל החליף זכות בלתי משוריינת בהשעיה. נמצא כי, לפי הפירושים האלה, זכות המתקבלת, למשל, מקטין או מכרוזג עלולה להתיישן כבר בהגיעה לידי החליף. בקשר לנאמר לעיל על סעיף 14, הטענה עשויה להיות כי סעיף 14 קובע פריבילגיה לטובת האפטרופוס וכי מחוץ למסגרת הכלל הוא לשלילת ההשעיה לחליף, שם ובמקרים הנוספים דלעיל.

אולם, אין הפירושים האלו מתאימים לכוונת המחוקק המסתברת, קרי: להיגיון ההוראות הפנימי. מסתבר יותר שבכללים האמורים התייחסו למקרה הרגיל, שבו הזכאי עצמו יהיה התובע, וברצונם לומר כי בשעת התובענה ההשעיה תהא ביצועית (אופרטיבית). יש לראות תמיכה במסקנה זו בלשון סעיפים 16 ו-18, סיפא. כאן לא מדובר בתובע או בבעל-דין חסר אפרא הנימוק לשלול מן החליף את טובת ההשעיה כשהוא מקבל זכות מן האדם

המזוכה בהשעיה בתקופה שלאחר העיכוב. נמצא שלפי הפירושים הנ"ל, היתה יוצאת הפליה בלתי-נסבלת בין מצבים מקבילים.

סעיף 18, רישא, לחוק מבטא את רעיון הרציפות הנובע מעצם מושג ההעברה, שלפיו אין העשייה משנה את הזכות המועברת או את תנאיה (על-פי לשון סעיף 2 לחוק המחאת תיובות). היבט אחד לרציפות זו, שהוא היבט מיוחד לעניין ההתיישנות, הינו בכך כי, גם כעניין ההשעיה שהתקיימה תוך כדי תקופת המעביר, המעביר וחליפו הם אחד. סעיף 18, סיפא, מוסיף השעיה לטובת מקבל העברה (היורש), ואין לגרוע מן ההשעיה שכבר התקיימה.

לפי שיקולים אלו, היינו מסכמים כי, אם הפירוש שהשופט זוסמן נתן לו היה נכון, סעיף 14 דא כלל יוצא-דופן. ביתר המקרים דלעיל ההשעיה שעמדה קודם לזכאי¹⁰⁹ תעמוד גם לחליפו.

7. מקרי אונס ללא נפקות

לעומת המקרים שבהם נוכחנו כי השעית ההתיישנות משתרעת מעבר לדרוש לפי מגיעת הבעלים להפסיק את מירוצה, רבים הם המקרים ההפוכים. כלומר: המקרים שבהם זכאי נמצא חסרי-שע בעני התיישנות המתחוללת בגדה. בלי להתימר ולמצות את כולם, נעמוד כאן על אחדים מהם (מלבד אלה שעליהם כבר הצבענו לעיל, אגב המקרים הנדונים בחוק). אונס יחול, למשל, משום מצבו האישי של בעל-יתביעה, כשהוא חולה אנוש, קורבן לתאונה או מגויס בזמן מלחמה. בארצות-הברית חקקו חוקים המתחשבים במצבו של הגמצא במאסר ואינו יכול להפעיל את זכותו בשל אי-חירותו ושליטת חלק מזכויותיו¹¹⁰. אך גראה שאין מקום לדאגה כזאת בישראל כיוון שלא נבצר מן אסיר להגיש תובענה על-ידי פרקליט שימונה לשם כך. במשפט הגרמני ראגו לאדם אשר מצבו הכלכלי אינו מאפשר לו לגשת להתדיינות¹¹¹, על-סמך ההוראה הכללית הקובעת השעיה לטובת אדם שנבצר ממנו למעשה להפסיק את ההתיישנות משום "כוח עליון"¹¹². נכון הדבר כי בקשה לסיוע משפטי עשויה להתקבל אך גם להידחות והרחיה עלולה להיות מוטעית. אמנם, שוב לצורכי הגשת תובענה קשה להגיש שיהיה בעניות הזכאי משום מכשול חמור. אחרת היה עלינו לומר אילו, כדוגמת המשפט הגרמני ובמקביל להוראת סעיף 14 שלנו, היינו צריכים להתחשב לא רק בהגשת התובענה אלא גם בניהול ההתדיינות שלאחריה. אולם, מצד אחד, אפשר להעיר כי תובע שאין ביכולתו לשכור עורך-דין ויערוך בעצמו את כתב-התובענה עלול לקפח את עניינו בזה ובניהול המשפט אחר-כך.

¹⁰⁹ בסעיף 18 הנ"ל מדובר ב"זכאי המקורי", בהנחה שהתקיימה רק העברה אחת. לעומת זאת, במקרה של העברות אחדות, הזכאי הקודם עשוי לא להיות הזכאי המקורי.

¹¹⁰ ראה *Shobe v. The People of the State of California* (1966) 362 F2d 545, 546; *Carter v. Ass. Transfer and Storage* (1966) 410 SW 2d 830; *Buck v. Collier* (1944) 151 P2d 732, 734-735.

¹¹¹ ראה *Staudingers Kommentar z. BGB* (12. Aufl. 1979) 690-240, 203-208.

¹¹² סעיף 203 לסה"ח האזרחי, פסקה שנייה.

אפשר כי הזכאי הגיש כתב-ביעה ומזכירות בית-המשפט סירבה לקבלו בטענה המוטעית שהוא פגום או לקוי¹¹². אשמת הזולת באי-הגשת התובענה¹¹² עלולה לבוא גם בהרבה מקרים אחרים. אפשר שהזכאי לא היה יכול לקבל מן הרשות או ממישור אחר מסמכים או מידע הדרושים לו להגשת התובענה¹¹² או לשם החלטה אם כדאי לו להגיש. לפי שיקולים דומים לאלה דלעיל, אגב סעיף 14 ואגב מצבו הכלכלי של החייב, חמור הוא להעמיד את הזכאי בפני הברירה או לא להפסיק את מירוץ ההתיישנות או להסתכן בהתיישנות העלולה להזיק לו. אפשר גם שקיבל מידע או חוות-דעת מוטעים על סיכוי התיבעה – למשל, מרופא או מעורך-דין. ייתכן שהגושה לא תבע מהחייב בשל איומים.

לעתים קרובות נמצא המכשול להפסקת ההתיישנות במצבו המשפטי יותר מאשר במצבו האישי של הזכאי. למשל, מת פלוני ולכאורה אלמוני הוא יורשו, ולפיכך חוב המגיע לאלמוני מהמוריש ייחשב כממחג ופוקע. אחר-כך, על-סמך צוואה שנתגלתה, מתברר שהיורש הוא פלמוני. אך בינתיים תמה ההתיישנות לרעת אלמוני ולטובת פלמוני. בדומה, כאשר בפשרה בינו ובין פלוני ויתר אלמוני על זכות כלפיו ואחר-כך בוטלה הפשרה (למפרע).

אין אנו רואים במקרים אלו תחולה אפשרית לסעיף 8. ואכן, בהם לא נעלמה מעיני הזכאי עובדה המהווה את עילת התובענה, כי אם עובדה המונעת שעובדה המהווה עילה כנ"ל תפעל את פעולתה. לשון אחר: נסתרו עובדות שבהן סילוק מחסום בפני הגשת התובענה.

אין להקיש מסעיף 13, סיפא (אשר לפיו בנישואין שהוכרוז בטלים מעיקרם ידאו את בעלי-הדין כאילו היו נשואים זה לזה עד יום ההכרזה), כיוון שזוהי סטייה מתוצאות הריטוראקטיביות אשר אין לקבלה אלא על-סמך הוראה מיוחדת. מקרים נוספים המקבילים למקרים הנ"ל הם אלה של המחאת זכות שבוטלה (למפרע) ושל קיוויו שבהמשך הזמן נתגלה כבטל מעיקרו.

חשיפה להתיישנות עלולה לנבוע גם מסעיף 6(ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים, תש"ס-1980 (להלן: חוק האחריות למוצרים פגומים), יחד עם סעיף 89(ב) לפקודת הנזיקין. לפי הוראה אחרונה זו, היום שבו נולדה עילת תובענה לגבי מעשה הגורם נזק הוא היום שבו אירע הנזק, ואם לא נתגלה אז – היום שבו נתגלה, אלא שכאן תתיישן התובענה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק¹¹². מצד אחר, סעיף 6(ב) הנ"ל קבע לאמור: "לא

¹¹² ע"א 689/84 מפעלים סטרוכימיים בישראל בע"מ נ' הממונה על מרשם ואח, פ"ד לט (4) 160, דן במקרה מקביל בפרשה שבה רשם-המקרקעין סירב בטעות לרשום הערת אזהרה. בעוד שבית-המשפט המחוזי סבר שלא ניתן לרשום עתה הערה כנ"ל כתאריך למפרע, החליט בית-המשפט העליון על תישן הטעות כאילו נרשמה ההערה בזמן הבקשה המקורית. בהנחה שהחלטה זו נכונה, אפשר להקיש ממנה לגבי ענייננו הנ"ל. אולם, נשאלת השאלה מניין בית-משפט מפיק את הסמכות לשוות כוח למפרע לפעולה משפטית זו או אחרת. לעומת המקרה הנדון לעיל, אם התובענה נתקבלה ואחר-כך הוחזרה לתובע בטעות כנ"ל, כי אז הגשתה הראשונה תיחשב כרין.

¹¹² למשל, כאשר זהות החייב ונתונים אחרים עליו, הנחשבים רלווים לשם תובענה, ידועים למשטרה. ¹¹² במשפט הגרמני, ראה 10, 203, 111 (supra, note 111). Staudinger.

¹¹² על היחס שבין תקופת ההתיישנות הרגילה בת שבע השנים ובין מחסום עשר השנים שבסעיף 89(ב), ראה לאחרונה ע"א 220/84 אגיוף נ' קבוצת גבת אגודה שתופסת ואח, פ"ד מ(1) 528, 531-532.

תוגש תובענה לפי חוק זה אלא תוך עשר שנים מתום השנה שבה יצא המוצר משליטת היצרן". מהרכבת שתי ההוראות אפשר שתתיישן תביעת צרכן בטרם ידע שנגרם לו נזק, ואף בטרם שאירע הנזק (אם הצרכן רכש את הנכס לאחר שעברו עשר שנים מהיום שבו יצא משליטת היצרן¹¹².....). גם כאן אין להיעזר בסעיף 8 לחוק ההתיישנות, כיוון שהוראת סעיף 6(ב) הנ"ל תגבור עליו, בתור *lex specialis*.

מקרה אחר נוגע לחסינות הדיפלומטית. אם נציג דיפלומטי בישראל גרם נזק לזולת שלא במסגרת מילוי תפקידו ואם הוא נמצא בארץ לאחר סיום תפקידו, לפי הדין הנוגה ניתן לתובעו¹¹³. אולם, אפשר שבינתיים חלפה תקופת ההתיישנות, אף-על-פי שהניזוק מעולם לא היה יכול להפעיל את זכותו. אמנם חסינותו של נציג דיפלומטי בפני שיפוט ישראלי אינה פוטרת אותו משיפוט של המדינה המשגרת¹¹⁴. אך, אם העוולה בוצעה בישראל, לא תמיד יתקיים שיפוט למדינה המשגרת.

8. אי-התאמת הכללים למקרי האונס והרציונלה של ההתיישנות

בתור כללים המיועדים להתמודד עם בעיית האונס והסיכול, מתגלה שכללי ההשעיה המתוארים אינם דווקא "גזורים לפי המידות" (כמותם כהוראות אחרות על פטור המטופל (לעיל, ב4)). ואכן, נוכחנו כי אחדים מהם רחבים מכפי הצורך ואחרים בלתי מספיקים; או שחסרות לגמרי הוראות בעניינים שבהם הזכאי חשוף להתיישנות ללא יכולת למונעה. איש לא יעלה על דעתו שהפרשנות תקצץ את הכללים "הנדיבים" ותעמידם על כעין מיטת-סדום. למשל, לא נבטל את "סרת העודף" שהחוק (סעיף 16 ו-18, סיפא) הוסיף להשעיה לאחר שחלל העיכוב – אף אם במקרה זה או אחר, לאור הנסיבות, לא היה צורך בו. לעומת זאת, מתקבל הרושם שבפסיקה קיימת נטיה להרחיב את דיני ההפסקה¹¹⁵ וההשעיה¹¹⁶, ונשאלת השאלה אם יש לחייב מגמה זו ואם אין להרחיק לכת ולהקיש מכללי ההשעיה הנקבעים בחוק לגבי מקרים אחרים.

ברי לנו כי כפיפותו של זכאי להתיישנות כשאינו "ישן על זכותו" אינה לפי רוחם של רבים. מכאן המגמה הנ"ל בפסיקדין, כאשר לא הרגישו חובה לעמוד בפני שאיפת לבם¹¹⁷. אפשר להבין לרוחם זו ואף להסכים עמם מבחינת המשפט הרצוי. אך, כל עוד מדובר במשפט הנוהג, ההגבלות הנובעות מהוראות החוק בדבר הפסקת ההתיישנות והשעייתה יעמידו אותנו על מהות המוסד ועל יעודו במשפט הישראלי.

לפי ההסדר שבחוק ההתיישנות, אין לראות את יסוד ההתיישנות כמעין סנקציה על רשלנות הזכאי "הישן על זכותו", כפי שנוהגים לומר. אף הנימוק שהתנהגותו הפסיבית של הזכאי עלולה לגרום שהחייב לא ישמור על אמצעי-ההגנה שעמדו לו, אין לראותו

112..... מכלי-מקום, לפי סעיף 10 לחוק הנדון עומדות לצרכן הזכויות שהוא מקבל מפקודת הנזיקין.
113 ראה סעיף 131(1) לאמנת וינה בדבר יחסים דיפלומטיים, 1961 (כ"א 22 מס' 749, בעמ' 13). ראה י' דינשטיין, סמכות המדינה בלתי פנים (1972) 121-122.

114 ראה סעיף 31(4) לאמנה הנ"ל.

115 ראה ע"א 169/65 הנ"ל (לעיל, הערה 97).

116 ראה ע"א 242/66 הנ"ל (לעיל, הערה 106).

117 לפי דברי השופט זוסמן שהבאנו לעיל (ליד הערה 109).

אלא כנימוק משני. לשלילת ההתיישנות בוודאי לא היתה מכרעת הוכחה שיתן התובע אשר לפיה מירוך הזמן לא הרע בזה את מצב הנתבע.

יסוד ההתיישנות הינו בפער העלול להתחולל בין ההסדר לפי הדינים ובין המצב במציאות החברתית. פער זה אינו רצוי למשפט, השואף בראש-דבר לשונה לאיחויז על-ידי שליטת הדין המצייד לשם כך את הזכאי באמצעים להגשמת זכותו (קרי: תביעת קיום). אך, אם תוך זמן סביר לא ייעלם הפער בדרך זו, כי אז המשפט יראה את עצמו נאלץ לפתור את הבעיה בכיוון אחר. כלומר: יקטינו את הפער בקרבם את ההסדר המשפטי למציאות על-ידי מתן הגנה לחייב מפני תקיפה מאוחרת של הזכאי (כך בחוק ההתיישנות), אף אם לא בזהותם את המצב הקיים למעשה בתור המצב על-פי דין (בהבדל מן ההסדר המיוחד שבסעיף 94 לחוק המקרקעין ובחוקים אחרים). בעיני החוק אין להתגבר על הפער הנדון על-ידי התנאה מראש בין הצדדים, כי לא ניתן להם הכוח לבטל את ההתיישנות אלא רק לפי סעיף 19 לחוק לקצר (או להאריך) את תקופתה, בגבולות הסבירות, כמובן. ובכן, העיקר הוא בניוון שהזכות סובלת כל אימת שאינה משתקפת במצב הריאלי, בין שהזכאי היה "אשם" בכך ובין שהדבר אירע ללא כל רשלנות מצדו, לפי הנסיבות¹¹⁸.

כדי לגבור על ניוון זה ולהחזיר לזכות את חיוניותה, חוק ההתיישנות צופה שתי דרכים בלבד. האחת היא הודאת החייב אשר בכוחה אף לבטל התיישנות שכבר הושלמה; והשנייה – היחידה העומדת לרשות הזכאי – הינה תביעתו המשפטית.

מניעה עובדתית, או אפילו משפטית, לקיומו של נטל ההפסקה אינה מהווה כשלעצמה השעיה למירוך ההתיישנות, כיוון שאינה שוללת את גיוונה האובייקטיבי של הזכות. כמו כן אין לומר כי הטלת נטל מניחה מבחינה הגיונית שאפשר לקיימו בכל המקרים (כאמור לעיל, ג'11).

בכליזאת אין חוק ההתיישנות מתגבר לחלוטין למצבים שבהם קיימת מניעה משפטית או עובדתית כנ"ל. אך כרי לנו שלא כיקש לקבוע השעיה לגבי כולם. אילו רצה בכך, כי אז שומה היה עליו שלא לנקוט שיטה קוואיסטית, שגורלה להביא לידי השמטות. המקרים שלא נתקבלו בנוסחאות החוק הם מרובים וכולטים מכדי היעלמותם מהמחוקק. לנגד עיני המחברים עמדו דוגמאות שונות, כגון נוסח הקודקס הגרמני (סעיף 203, פסקה שנייה), הכולל מניעה מחמת אונס מידי שמים (*Hohere Gewalt*) בכללה, והם הלכו בדרך אחרת. בחרו במקרים אחרים בלבד אשר נראו להם מצטיינים לפי חשיבותם ולפי פומביות

118 אך לעומת זאת ראה את דברי השופט זילברג בע"א 449/67 צפירי עירון נ' דוקל (לעיל, הערה 92), בעמ' 273: "כל התיישנות והתיישנות יש בה גרעין (ההדגשה – במקור) של שיהיו ואשמה"; ואת דברי השופט ח' כהן בע"א 242/66 (לעיל, הערה 106), בעמ' 91: "כוונת המחוקק בחוקי ההתיישנות היא [...] 'שהחולך לישון על תביעותיו, אינו זכאי לקבל עזרת בתי המשפט' [...] אכל לא ידעתי ולא שמעתי שתביעה תעלה 'חלודה', אף אם התובע לא ישן כלל על זכויותיו, אלא היה צר ורגיש כל הזמן, ומסיבות שלא היו תלויות בו (אלא בנתבע שהצליח להתחמק ולהתחבא מפניו) לא היה יכול, אף אילו רצה, להגיש תביעתו". בדבריו אלו השופט כהן מתפלמס נגד דעתו של השופט האנגלי סטריטפילד (*Streatfield*) במשפט *R. B. Policies at Lloyd's v. Butler* (1949) 2 All E.R. 229, 226, אשר לפיה הפתרון שהשופט כהן מצדד בזכותו "יביא (בתרגום השופט כהן, שם) לידי תוצאות מבהילות אם מי שהוא, שאבר לו שעות, והוא גילה אותו לאחר חמשים או ששים שנה ברשות אדם תמים והף מפשע אשר קנה אותו שנים רבות קודם לכן, יכול להגיש תביעה להשבתו רק מפני שלא ירע מי ומי היה הגנב לפני חמשים או ששים שנה". יצוין שנוסח החוק האנגלי אינו זהה לנוסח סעיף 8 לחוק ההתיישנות הישראלי.

המצב, המסירה בעיני כל הנוגעים בדבר משמעות לאי־ההפסקה. כאן קבעו פסק־דמיון שבו מירון ההתיישנות יהיה תלוי ועומד.

לפי השיקולים דלעיל, ההיזקקות לפרשנות מרחיבה ולהיקש בקשר לכללי ההשעיה שבחוק חייבת להיות הסכנית וההידרה ביותר, הן לגבי השעיה מסיבות עובדתיות והן לגבי השעיה מטעמים משפטיים.

אם המשפט הנוהג הוא כזה שהשתדלנו לברר, אין זאת אומרת שכך צריך להיות גם משפטנו העתידי. כיום פוגעת ברגש המשפטי אי־עקיבותו של החוק אשר פירושה הוא אי־שוויון בין מצבי אונס דומים. כדי להתגבר עליה יש לנטוש את הגישה הקוואיסטית המאפיינת את חוק ההתיישנות הנוהג לטובת ניסוחים כוללניים יותר. הוצע גם לנקוט עמדה גמישה יותר¹¹⁹, ורגמת החוק האנגלי האחרון¹²⁰. אולם, אין למסור את העניין כולו לשיקול־דעתו של בית־המשפט לפי הנוסח ש"יעשה צדק" בלי ויתורו של המחוקק על תפקידו לתת הנחיות במידה סבירה. אין גם להנהיג השעיה בכל מקרה שייבצר מן הזכאי להגיש תובענה בלי להגיע לתוצאות כגון אלה שעליהן הצביע השופט האנגלי סטריפילד בדבריו דלעיל ולסכל עלידי כך את יעוד המוסד.

9. תחולת חוק ההתיישנות על נזיקין ועל שטרות

נשאלת השאלה מהם גבולות תחולתו של חוק ההתיישנות; כלומר, מבחינת ענייננו כאן, מהם גבולות תחולתם של הסייגים למירון ההתיישנות. הכוונה היא הן לתחולתם הישירה והן להיקש מהם לגבי מקרים דומים, פחות או יותר.

לכאורה, יש מקום לתחולה ישירה כנ"ל כאשר, בחיקוק זה או אחר, חסרה כל הוראה לגבי תביעות המוסדרות באותו חיקוק¹²⁰. או שהסדרו לקוי. כמזכיר נמצא סימן שיש להיזקק לחוק ההתיישנות, להשלמה, אם בחיקוק האחר יש התייחסות לחוק ההתיישנות; או, להיפך, בחוק ההתיישנות יש התייחסות לעניין החיקוק האחר, אף אם מדובר בהתייחסות לשם סטיה מהסדר ההתיישנות הכללי, כגון קיצור התקופה (למרות היות הקיצור כשלעצמו סימן שלילי להענקת השעיה).

לפי השיקולים האלה, חוק ההתיישנות יחול עקרונית בענייני נזיקין ובענייני שטרות. בעניין הנזיקין חוק ההתיישנות מצטרף לסעיף 89 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. כלל זה הוא אחד הכללים שהוסיפו בפקודת הנזיקין עלידי חוק משנת תשט"ו¹²¹, והוא הכלל היחיד שהמחוקק קים כאשר ביטל את הנותרים עם חקיקת חוק ההתיישנות¹²². שאלה היא אם ההוראה הנדונה מתיישבת עם סעיף 8 לחוק ההתיישנות או אם היא מיועדת להתליף אותו. השופט כך תומך ברעה ששני הכללים קיימים יחד¹²³. לנו נראה כי הסיפא

119 ראה דברי השופט ברק בע"א 165/83 בוכרים נ' דיור לעולות, פ"ד (4) 554, 559.

120 Limitation Act, 1980. ראה במיוחד סעיפים 11, 14, 28, 32, 33.

121 אך לא כן אם תביעה זו או אחרת תיחשב כבלתי מתיישנת מעצם טיבה. לפי המקובל בעולם, באות בחשבון תביעות בדיני משפחה ותביעות אחרות הנובעות מכללים כופים.

122 ראה חוק לתיקון פקודת הנזיקין האזרחיים (תיקון מס' 2), תשט"ז-1956.

123 ראה סעיף 24 לחוק ההתיישנות.

124 ראה בע"א 244/81 מאיר פתאל נ' קסת החולים, פ"ד (3) 673, 680-682. השופט ברק (שם, בעמ' 688) ביקש להשאיר את השאלה בצריך עיון.

לסעיף 89(ב) מסייג את סעיף 8 בקובעו כי תתיישן התובענה אם לא הוגשה תוך עשר שנים מיום אירוע הנזק.

חוק ההתיישנות מתייחס גם (בסעיף 25) לפקודת השטרות, כפי שהוא מתייחס לפקודת הנזיקין, וקיימת תמימות דעים כי סעיף 96 לפקודת השטרות [נוסח חדש] אינו מהווה הסדר שלילי לתחולת חוק ההתיישנות, ושמעבר להסדר הספציפי שבפקודה ימשיך חוק ההתיישנות לחול. כך מלמד בספרו השופט י' זוסמן¹²⁴ וכך הוחלט בשורת פסקידין, רובם של השופט זוסמן עצמו¹²⁵. יש לציין כי שינוי לתקופת ההתיישנות הקבועה בפקודת השטרות נעשה בסעיף 25 לחוק ההתיישנות, ללמדך שהמחוקק סבר כי סעיף 96 לפקודת השטרות הינו הסדר ספציפי במסגרת חוק ההתיישנות.

10. היקש מחוק ההתיישנות על סעיף 94 לחוק המקרקעין

בין חוק ההתיישנות ובין הסדר סעיף 94 הנ"ל קיים ההבדל שלפיו, בעוד שחוק ההתיישנות פועל במשפטנו במישור הדיוני, סעיף 94 מאפשר למשתמש במשך שלושים שנה לרכוש זיקת הנאה. אמנם לבעלים עומדת עוד בעלותם, לפי טיבה הגמיש של זכות הבעלות, אך עליה רובצת כבר זיקת הנאה; ולכן מתחוללת כאן התוצאה במישור המהותי. הבדל זה אינו מונע שגם בקשר לרכישת זיקת הנאה מכוח שנים ניתן לבעלים הכוח להפסיק את התהליך המתחולל והולך לרעתם. הוראת סעיף 94(ב), המאפשרת הפסקה זו, מאשרת, מצד אחד, את דמיון הבעייתיות בין שני המקרים, אך, מצד אחר, מיתרת כל שאלה של היקש מחוק ההתיישנות. לעומת זאת, בעניין מקרי השעיה אפשריים, עומדת השאלה אם יחולו, מכוח היקש, כללי ההשעיה שבחוק ההתיישנות, פרט לאלה שאין להם מקום כאן לפי המצב העובדתי ופרט לאלה שהיו מיותרים כאן, כיוון שסעיף 94(ב) מרשה לבעלים דרך שונה מתובענה, לשם עמידתם על זכותם כנגד המשתמש. הגב' ל' רוכדלנדר דוחה את היקש מסעיפים 10-17 בנימוק שהמחוקק לא התכוון ליתן למשתמש את האמטלעות והצידוקים הנקבעים בהם¹²⁶. אך ההוראות הנדונות פועלות דווקא לטובת

124 ראה י' זוסמן, דיני שטרות (מהדורה שיטתית, תשמ"ג) 379-384.

125 ראה ע"א 114/62 קורצמן נ' מיכלסון, פ"ד טו(4) 2677, 2686; ע"א 35/68 מועלם נ' האפורטרופוס לנכסי נפקדים, פ"ד כב(2) 174; ע"א 369/57 נפבת נ' סלום, פ"ד יג 584, 587-588; ע"א 331/74 כהן נ' גרודינסקי, פ"ד כט(1) 589, 597; ע"א 169/82 כץ נ' מצינה, פ"ד לט(1) 511, 519. בפסקדין אחרון זה רבני השופט נתניהו אמנם אינם ברורים, לכאורה, כשהיא אומרת: "להבחנה בין עילת התביעה על פי שטר לבין עילת התביעה על פי עסקת היסוד נודעת חשיבות, לעיתים מכרעת, בשל תוצאות משפטיות שונות החלות על האתה ואינן חלות על האחרת [...] אחד ההבדלים החשובים הוא ענין ההתיישנות. הוראות סעיף 96 לפקודת השטרות [נוסח חדש] החלות רק על עילת שטר, אינן זהות עם הוראות חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958, שרק הן חלות על עסקת היסוד (ראה להבדלים זוסמן, דיני שטרות 379-384)". כוונתה היא כי בהתייחס להוראות הספציפיות שבפקודת השטרות הדין שונה בין עילה על-פי שטר לבין עילה על-פי עסקת היסוד, שכן על עילה על-פי שטר חל ההסדר הספציפי השונה של פקודת השטרות; אולם אין בכך ללמד שמקום שאין הוראות ספציפיות בפקודת השטרות לא יחולו ההסדרים הכלליים של חוק ההתיישנות. נהפוך הוא: השופט נתניהו מפנה לספרו של זוסמן, דיני שטרות 379-384, שם קובע זוסמן מפורשות, כאמור, כי, מקום שאין הסדרים ספציפים בפקודת השטרות, יחולו ההוראות הכלליות של חוק ההתיישנות. ל' רוכדלנדר, "חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" הפרקליט כו (תשל"ו) 101, 126.

הבעלים ולא לטובת המשתמש. לעומת חוק ההתיישנות, בסעיף 94 הגנת החוק על הבעלים נמרצת יותר, לפי התקופה הארוכה יותר ולפי דרך ההתנגדות לשימוש הנוחה יותר, ולכן מסתבר שיש גם מקום להיקש הנדון בעניין ההשעיה. לפי אמרת השופט אגרנט בעניין אחר¹²⁷ ניתן לומר: אם כך כדאי בדבר התיישנות דיונית – בהתיישנות מהותית, על-אחת-כמהזכמה. מה גם שהתקופה הארוכה יותר אינה מייצגת את מקרי ההשעיה הנ"ל. למשל, אם פלוני היה בעל-הקרקע במשך 15 שנה, בהיותו קטין, ויורשו עוד במשך 15 שנה, בהיותו קטין גם הוא, לולא היקש מסעיף 10 היתה מתחוללת הרכישה ללא אפשרות להתנגדות הבעלים (חוץ מאשר באמצעות נציגם – דבר שסעיף 10 אינו רואה בו נימוק מספיק לשלילת ההשעיה).

11. חוק ההתיישנות והפיצוי בשל הלנת שכר

בע"א 128449/67 נדונה השאלה בדבר תחולתו של חוק ההתיישנות, על כללי ההשעיה שבו, לגבי התיישנות הזכות לפיצוי בשל הלנת השכר¹²⁸. השופטים ראו את הקושי העיקרי לתחולה זו בטיבה המהותי של ההתיישנות הנדונה לעומת טיבה הדיוני של ההתיישנות לפי חוק ההתיישנות. ככל-זאת התגברו על קושי זה – בניגוד למסקנה שלפיה פסק אחר כך בית-הדין הארצי לעבודה¹²⁹ – וקבעו שיחול סעיף 15 לחוק האחרון¹³⁰.

מצד שני, בפסקה-הדין הנדון לא התחשבו בקושי אחר העלול לעמוד כאבד-נגף בדרך ההיקש – הוא המועד הקצר שקבע סעיף 17 לחוק הגנת השכר. לפי הנוסח שהיה נוהג בזמן הדיון, התיישנה הזכות אם לא הוגשה תובענה תוך שנה מהיום שבו רואים את השכר כמולן או תוך 14 יום מהיום שבו קיבל העובר את השכר שבו קשור הפיצוי – הכול לפי המוקדם (מכוח תיקון משנת התשמ"ה, במקום 14 יום נקבע 30 יום). בנוסח זה הוסיפו כי "בית-המשפט או הממונה" (כעת "בית הדין האזורי") רשאים להאריך את תקופת 14 יום לתקופת 30 יום (כעת 60 יום)¹³⁰. נקודה זו נראית לנו חשובה, כי תקופה קצרה מעידה על דאגתו היתירה של המחוקק למנוע מצב שבו תהיה הזכות תלויה ועומדת. הסמכותו את בית-המשפט להארכת הזמן הקצוב מעידה אף היא על רצונו לשלול כללי השעיה אחרים.

כאשר תקופת ההתיישנות היא קצרה, טיב ההתיישנות המהותי אינו נימוק להיקש מחוק

- | | |
|------|---|
| 127 | בע"א 113/69 תתמי ללוידס פרינק ברידפורד נ' רמי לב, פ"ד כג(2), 230, 232. |
| 128 | ראה לעיל, הערה 118. |
| 129 | חוק הגנת השכר, תשי"ח-1958, בתיקונים לפי חוק הגנת השכר (תיקון מס' 3), תשכ"ד-1963. אחר הדיון הנ"ל, בסעיף 17א, אשר היה מוקד הדיון, הוכנס שינוי בחוק בית-הדין לעבודה, תשכ"ט-1969, סעיף 2(5) לתוספת ראשונה אשר בו. |
| 129* | כדיון מס' 15-2, 14-2 עזבון המנחה ש"נ כהן ז"ל נ' א' רוזנברג, פ"ד ע' 4, 169 החליטו כי סעיף 17א הנ"ל הוא "גורמה משפטית בפני עצמה". |
| 130 | אבל, בסופו של דבר פסקו שהתקיימה ההתיישנות, משום שהעובר לא הגיש את תביעתו לבית-המשפט תוך 14 יום מיום תשלום השכר המולן שנעשה לאחר החלטת הממונה על גביית השכר. |
| 130* | ראה חוק הגנת השכר (תיקון מס' 16), התשמ"ה-1985. |

ההתיישנות בעניין ההשעיה: בהתיישנות המהותית יש לראות כאן סימן לרצון המחוקק כי כעבור התקופה יהיה קץ לכל העניין. אחרי התיקון לסעיף 17 לחוק בתי-הדין לעבודה, הבעיה המיוחדת הנדונה בפסק-הדין – תחולת סעיף 15 לחוק ההתיישנות אחרי סיום הדיון אצל הממונה על גביית השכר – אינה עוד אקטואלית באותה צורה. אך עומדת עדיין בעיית הדיקס מכללי ההשעיה שבחוק ההתיישנות בכללם על הזכות דלעיל. היבט אחר לפרשה שעודנו בעל נפקות הוא ההיבט הבא. הבירור המשפטי אצל הממונה¹³¹ נארך לא-פחות משמונה-עשר חודש, ובכל זאת איש לא טען כי לפני סיומו של בירור זה התיישנה זכות העובד. יש לראות כאן משום אישור לדברינו דלעיל, כי ההשעיה, כל עוד נמשך הבירור המשפטי שהתובענה פתחה בו, היא עיקרון המקובל מכלל גם במשפט הפרוצדורלי הישראלי.

12. מקרי גבול

תקופת התיישנות קצרה והסדר מיוחד להארכתה האפשרית, הנקבעים בחוק זה או אחר, הם לבאורה סימנים מובהקים לרצון המחוקק לנעול דלת בפני היזקקות לכללי ההשעיה שבחוק ההתיישנות. לפיכך פסקו לגבי חוק הנכים (תגמולים ושיקום), תשי"ט-1959 [נוסח משולב], אשר, אגב ההתיישנות המהותית הנקבעת בו, כולל הוראות כנ"ל בסעיפים 17 ו-32א (אף אם השמיעו השופטים דברי ביקורת על החוק ובקשה למחוקק לעשות חסד עם הנכה)¹³². למסקנה דומה יש להגיע בקשר לסעיף 50 לחוק שירות המדינה (גימלאות) [נוסח חדש], תש"ל-1970, וכמובן בקשר לסעיף 43 לחוק שירות הקבע בצבא הגנה לישראל (גימלאות), תשי"ד-1954.

באחד מפסקי-הדין הנ"ל, ע"א 347/77, השופט ח' כהן מבקש לאבחן בעניין זה את חוק הנכים הנרון לעומת חוק נכי המלחמה בנאצים, תשי"ד-1954, אשר לפיו פסקו להיפך בעבר¹³³. חוק אחרון זה קובע בסעיף 7(ב) כי הזכות להגיש בקשה לתגמול תתיישן כתום שנה אחת מיום פרסום החוק ברשומות. השופט ויתקון נימק את החלטתו לטובת תחולתו של סעיף 11 לחוק ההתיישנות (א-רשפיות) בכך שסעיף 7(ב) קובע את המועד להגשת בקשה לפי החוק ובוז הוא פותח את הדרך להפעלת חוק ההתיישנות. לא נראה לנו שזוהי הנמקה משכנעת. אמנם אין כאן הסדר חלופי לכללי ההשעיה שבחוק ההתיישנות על-ידי דרך אחרת להארכת התקופה, אך קביעת התקופה הקצרה מיום פרסום החוק ברשומות מעיד על רצון המחוקק לראות את המועד הסופי כמועד "גורלי", ללא דיחוי אפשרי. גם בעניין ההתיישנות בשלוש שנים שחוק חופשה שנתית, תשי"א-1951, קובע "לכל תביעה על פי חוק זה" גילה, אגב אורחא, בית-הדין הארצי לעבודה דעה דומה, בפסק-דינו הנ"ל¹³³.

131. שעכשיו היה מתקיים בבית-הדין האזורי, לפי התיקון משנת תשכ"ט.
 132. ראה ע"א 347/77 קצין התגמולים נ' אורי, פ"ד לא(3):777; ר"ע 166/83 הלל נ' קצין התגמולים, פ"ד לח(3):13.
 133. ע"א 392/61 פורמן נ' הרשות המוסמכת לפי חוק המלחמה בנאצים, תשי"ד-1954, פ"ד כר(2):686, 685.
 *133 לעיל, הערה 128.

המקרים דלעיל – ואחרים מהם, במיוחד – מוכיחים בעליל כי דברי השופטים מ' וילברג וח' כהן שהבאנו לעיל, כאילו אשם הזכאי הוא תמיד תנאי ררוש להתיישנות, אינם משקפים את משפטנו הנוהג.

מקרים אחרים הם מפוקפקים יותר, ונראה כי שתי כפות המאזניים מעוינות בהם. בחוק האחריות למוצרים פגומים נקבעת תקופת שלוש שנים להתיישנות התביעה (סעיף 6א) ועוד נקבע שלא תוגש התובענה אלא תוך עשר שנים מתום השנה שבה יצא המוצר משליטת היצרן (סעיף 6ב). בחוק זה אין כל התייחסות לחוק ההתיישנות ואין כל הסדר משלו בעניין השעיה. לעומת זאת, ב"דברי ההסבר"¹³⁴ נאמר שיחול חוק ההתיישנות. משום אמירה זו הדעה נוטה לחייב את תחולת חוק ההתיישנות, תוך סטייה מסעיף 8 לחוק ההתיישנות עקב סעיף 6ב הנ"ל.¹³⁵ באמנה לאיחוד כללים מסוימים בדבר תובלה אווירית בינלאומית¹³⁶, קבע סעיף 129(1) תקופת שנתיים להתיישנות מהותית. סעיף 129(2) הוסיף כי אופן חישוב הזמן ייקבע עלפי דיני בית המשפט הדין בעניין. ב"ג 136/84¹³⁶ בעניין אמנה זו, קבעו השופטים ברק ורבך לזין – כנגד דעתו התולקת של השופט

134 ה"ח 1376, בעמ' 32.

134 לתוצאה דומה, שלפיה תקופת התיישנות קצרה יותר בחוק ספציפי איננה שוללת את תחולת עילות הארכה של הדין הכללי, הגיעו בתי המשפט בפירוש להסדרי ההתיישנות שבחוקי הביטוח הלאומי. ההסדר הנ"ל הוא מיוחד במינו: ישנה תקופת שיהיו בת 12 חודש מיום היווצרות העילה, שבמהלכה על הזכאי להגיש תביעה למוסד לביטוח לאומי (אם כי, אף אם הגיש לאחר חלוף התקופה, ניתן למוסד שיקול-דעת לתת את הגמלה או מקצתה) על-פי סעיף 128 לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), תשכ"ח-1968. עם חלוף 12 החודשים תיתכן טענת שיהיו, ואילו ההתיישנות מתחילה עם מתן החלטה שלילית של המוסד, ואז ניתנים שישה חודשים להגשת תביעה לבית-הדין לעבודה, על-פי סעיף 10(ב) לתקנות הביטוח הלאומי (מועדים להגשת תובענות), תשל"ז-1969 (ק"ת 2489 תשל"ז 4, 12.69). עמ' 536. בתום ששת החודשים, מתיישנות זכות התביעה. הפסיקה פירשה הסדר זה כתהליך דו-שלבי, כאשר השלבים באים בזה אחר זה, ולא במקביל: מירון השיהיו נפסק על-ידי הבירור בדרג המנהלי על-ידי המוסד. כל עוד נמשך בירור זה ישנו "פסק זמן" בין השיהיו שנפסק ובין תקופת ההתיישנות שמירוצה יחל רק עם מתן החלטה שלילית על-ידי המוסד (ראה דיון מס' לח/95-0 המוסד לביטוח לאומי נ' בר, פר"ע י (תשל"ס) 247, 252). כמובן נקבע שתקנה 10(ב) הנ"ל קובעת תקופת התיישנות קצרה יותר מזו של החוק הכללי, ותו לא, ושאינ מניעה לפנות לעילות הארכה של החוק הכללי (ראה דיון מס' לח/95-0 הנ"ל, שם; דיון מס' לו/11-0 בר אילן נ' המוסד לביטוח לאומי, פר"ע ז (תשל"ו) 340, 344, וכן דברי השופט ברנזון בבג"צ 136/70 אלקים נ' ביה"ד לערעורים לבטוח לאומי, פ"ד כד(2) 87, 89. לעומת השופט ברנזון, העיר השופט קיסטר כי יש לו ספקות באשר לתחולת חוק ההתיישנות הכללי על ההתיישנות הספציפית שבתקנות הביטוח הלאומי. אולם, השאלה הזו לא הוכרעה שכן בבג"צ 136/70 הנ"ל (כמו גם בדיונים לח/95-0 דלו/11-0, שנזכרו לעיל) לא היתה קיימת בפועל שום עילת השעיה או הארכה של דין ההתיישנות הכללי וכל הקביעות נאמרו בדרך אגב.

חוק גוסף הקובע תקופת התיישנות קצרה יותר מזו של הדין הכללי, ותו לא, הוא סעיף 26א) לחוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום), תש"י-1950, כפי שתוקן על-ידי חוק משפחות חיילים שנספו במערכה (תגמולים ושיקום) (תיקון מס' 4), תשכ"ה-1965.

135 כ"א 8, בעמ' 479. וראה חוק התובלה האווירית, תש"ם-1980.

136 טייכנר ואח' נ' אייר פרנס, נתיבי אויר צרפתיים (טרם פורסם). הד"נ הנ"ל אישר את התוצאה שנקבעה בע"א 20/83, ר"ע 371/83 דרון ואח' נ' אייר פרנס, נתיבי אויר צרפתיים פ"ד לחא(3) 785, 800-805.

בך – כי עקרונית ניתן להרכיב במישור את הוראותיו של חוק ההתיישנות שלנו, הדיוני, על דין התיישנות מיוחד הקובע התיישנות מהותית. עם זאת לדעתם תידחה הוראה זו או אחרת של חוק ההתיישנות הכללי אם הפרשנות הנכונה של שני החוקים תשולל תחילה כזו. לעומתם סבר השופט בך שחוק ההתיישנות הדיוני אינו יכול לחול על חוק התיישנות מהותי במישור, ואולם רמז שאינו שולל היקש במקרה המתאים¹³⁶. לגופו של עניין הכריעו כל ארבעת השופטים (כנגד דעתו החולקת של השופט ברק) כי, על סמך עבודת ההכנה של האמנה, עולה שזו לא התכוונה להפנות למשפט המקומי לענין החריגים ממרוץ ההתיישנות, אלא לקבוע תקופה אבסולוטית שאינה ניתנת להארכה, ולכן רחו את תחולת סעיף 10 לחוק ההתיישנות, בעניין קטין. רצוי שבעתיד תהיה לשון החקיקה מפורשת יותר ביחס לחוק ההתיישנות הבסיסי.

ו. חובת זהירות ונטל זהירות בקשר לעולות הרשלנות

1. החובה שמטילים סעיפים 35-37 לפקודת הנזיקין

מסעיפים 35-37 לפקודת הנזיקין נובעת החובה שלא לגרום נזק לזולת ברשלנות. לעומת זאת, אין כללים אלו כשלעצמם מטילים סתם חובה להזהר פן ייגרם נזק לזולת. אמנם, באותן הוראות לכאורה מדובר בסתם חובה כזאת המוטלת על אדם כלפי הזולת אף בטרם נגרם כל נזק, אך הדברים האלה אינם מכוונים לחולל חובה עצמאית אלא רק להבהיר כיצד יש לפרש את מרכיב ההתנהגות הבלתיזהירה בחובה דלעיל שלא להזיק לזולת; כלומר: כוונתם היא להכניס סייגים להטלת אותה חובה. נוהגים לציין את מרכיב הרשלנות בתור "חובה מושגית"¹³⁷, אבל דווקא דקדוקי המושגים מחייבים שלא לזהותה בתור חובה. הפרת אותה "חובה" – כלומר: התנהגות בלתי זהירה – אינה מהווה, כשלעצמה, עוולת רשלנות.

2. חובות זהירות מחוץ לפקודת הנזיקין

חובות זהירות נמצא למכביר מחוץ לפקודת הנזיקין. די להזכיר את דיני התעבורה, את הדינים על בטיחות העבודה¹³⁸ ואת חובות הזהירות הנובעות מכמה עבירות שבחוק העונשין, תשל"ז-1977 – אלה שמציעים לציין בתור עבירות של התנהגות לעומת

*136 הנשיא שמגר והשופט נתניהו לא התייחסו למחלוקת עקרונית זו, והסתפקו בהצטרפות לתוצאה של השופט לוין לגוף העניין, כלומר שבמקרה דנן אין להרכיב את עילת ההארכה של החוק הכללי על תקופת ההתיישנות המהותית הקבועה באמנה.

137 ראה, למשל, בספרות האנגלית: Salmond, *supra* note 7) §11-96; Clerk and Lindsell (ראה, למשל, 74 Winfield, *Tort* (12th. ed. 1984); 190; *supra* note 7); ובפסיקה הישראלית, למשל, ע"פ יערי נ' מדינת ישראל, פ"ד לה(1) 769, 777-776, 781; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית, בית שמש, פ"ד לו(1) 113, 123 ואילך.

138 ראה, למשל, תקנות 21, 25, 26 ו-27 לתקנות הבטיחות בעבודה, התשכ"א-1961; סעיפים 36, 37, 50 ו-96 לפקודת הבטיחות בעבודה [נוסח חדש], תשל"ז-1970 (להלן: פקודת הבטיחות בעבודה).

העבירות של תוצאה¹³⁹. ברגיל, הפרתן מביאה לידי סנקציה בלבד אך יש שלבית-המשפט ניתנת הסמכות לכפות תיקון למצב המסוכן הנדון¹⁴⁰.

תכונה אחת להוראות כגון אלו היא שהיקפן נוגע רק לתחום זה או אחר ושגם בתחום שנוגעות לו הן הוראות יחידות ומיוחדות, כדרך של ההוראות הפליליות.

תכונה שנייה היא שלעומתן אינה מתייצבת זכות פרטית של האדם אשר הפרת החובה עלולה להזיק לו. הפרה זו גורמת הליך פלילי אשר יחמתו היא בידי היועץ המשפטי ובאי-כוחו. לפרט הנוגע בדבר אין זכות עמידה בדיון, ולפי מהות העבירות הנדונות אף לא ניתן לו להגיש קובלנה פלילית. אמנם, סעיף 63 לפקודת הנזיקין עשוי להקנות לו תביעה בשל הפרת חובה חקוקה אך הקניה זו מותנית בעובדה שנגרם לו נזק, ולכן אין להוראה זו, כשלעצמה¹⁴⁰, נפקות לגבי המצב הקיים בטרם אירע הנזק.

לפי שני ההיבטים הנ"ל גם יחד שינוי מוחלט תחולל, אם תתקבל, ההצעה לחוק חובה עבודה, תשמ"ה-1985¹⁴¹. לפיה מטילים על המעביד את החובה להנהיג ולקיים שיטות עבודה ותנאים נאותים לשמירת בטיחותו של העובד, וגם על העובד – את החובה לנהוג בכיצוע עבודתו באופן שלא יסכן את בטיחותו או בטיחותו של אדם אחר. חובות אלו נחשבות חלק מחובה-העבודה ולכן ניתנות לאכיפה לפי תביעת המתקשרים. מכל-מקום, אין בכוח ההוראות המוצעות האלה – ומכל-שכן לא בכוח ההוראות שהתייחסנו אליהן קודם – לייתר חובה וזכות שתתקיימנה על סמך דיני הנזיקין. מקובל שכאשר בעניין מסוים חובה וזכות נובעות הן מדיני הנזיקין והן ממקור אחר, הרי שהן קיימות כולן, כל אחת לפי תכונותיה.

3. החובה הנובעת מהצווים

נחזור עתה לפקודת הנזיקין, שמא הדיון דלעיל על חובת הזהירות – לפי סעיפים 35–37 כשלעצמם, בדד אמותיהם – אינו ממצה לפי הוראות הפקודה בכללן. אנו מתכוונים במיוחד לצווים שהיא קובעת בפרק ח ולסעיף 3 שלה.

הדעה שגם בקשר לעולות הרשלנות יש מקום להזקק לצורמניעה עלולה להיראות אפיקורסית למשפטן הישראלי המורגל לפרש את הפקודה לאור המסורת האנגלית העומדת מאחריה. תגובתו המסתברת לטענה הנ"ל תהיה שבאנגליה אמר השופט דנינג כי לא שמע מימיו על צורמניעה בעולות הרשלנות¹⁴², וכך מלמדים בספרות¹⁴³.

הזו מצב העשוי, אולי, להיראות נימוק מספיק בעיני האנגלים, אבל בהחלט לא על-פי המשפט הישראלי.

139 ראה, למשל, סעיפים 338, 339, 340 ו-361. ראה S. Z. Feller, "Endangering as a Criminal Act" *Israeli Reports to the XI Congress of Comparative Law* (ed. S. Goldstein, Jerusalem, 1982) 312. ראה שם, בעמ' 328, שיקולי המחבר על חשיבות עבירות אלו בחברת ימינו.

140 ראה פקודת הבטיחות בעבודה, סעיף 226.

140* אך לא כן לחשש המכוסס מפני עוולה זו: להלן, סעיף 33, בסוף.

141 ה"ח התשמ"ה, 1718, 129.

142 *Miller v. Jackson* (1977) Q.B. 966, 980; *BBC v. Hearn* (1977) 1 W.L.R. 1004.

143 ראה 651 (137) *Winfield* (*supra* note 7) 555; *Salmond* (*supra* note 7).

ואכן, מצירוף סעיפים 35–37 עם סעיף 3 נובעת זכות "כל הנפגע או הניזוק" לתרופה המפורשת בפקודה¹⁴⁴. בתור "תרופות לעוולות" מתכוונת הפקודה גם לצוויים הנקבעים בחלק ח שלה – אף אם מבחינה עיונית מותר לפקפק בנכונותו של כינוי זה לצו שאינו מרפא עוול ונוק שנעשו, ובכוחו רק למנוע עוול ונוק אחרים בעתיד. אין ספק כי גם עוולת הרשלנות עשויה להיות עוולה נמשכת (למשל, מחלל מתמשך בעניין הבטיחות) וחוזרת, כלומר: בעלת המידות שנוהגים לדרוש קיומן לשם מתן הצווים הנדונים.

אין לערוב את השאלה העקרונית של מתן צווים בקשר לרשלנות כשאלה אם לפי משפטנו יש מקום לצו "מחמת חשש" (*quia timet*) או לתלות את הפתרון החיובי לבעיה הראשונה בפתרון חיובי לאחרת. ואכן, ממה נפשך? אם, לפי פרשנות דווקנית ללשון הפקודה בסעיף 3 ובסעיף 71, אין מקום לצוויים הללו אלא עלי-סמך "עוולה שנעשתה", כי אז יש לשלול הענקתם הן בקשר לעוולות הרשלנות והן בקשר לעוולות אחרות – וקו הפסיקה הישראלית המקובל ייחשב *contra legem*. ואם, לעומת זאת, יש לנקוט עמדה אחרת, אין מנוס מלפסוק בחיוב גם בעניין הרשלנות. אין לשלול כי, לעומת הקושי הפרשני דלעיל, בזכות עמדה זו מצדדים הן שיקול פרגמטי והן שיקול עיוני. לא כדאי לחכות לעוול ולנוק כאשר נשקף סיכון מובהק; למשל, אם במגרש השוכן בקרבת בית-ספר יש בורות לא מכוסים ולא מגודרים. ולפי דברינו דלעיל על טיב הצווים שאינם מרפאים עוול ונוק שכבר התחוללו ובמחם רק למנוע את אירועם בעתיד, אין הבדל מהותי בין צו שניתן עלי-סמך עוולה שכבר נעשתה ובין צו עלי-סמך *quia timet*. לכל היותר אפשר לומר כי במקרה הראשון רבה יותר ההסתברות לחזרת הפגיעה בעתיד, אך גם זו היא הנחה המבוססת, אולי, בדרך-כלל והעלולה להיות מוטעית במקרה מיוחד זה או אחר¹⁴⁵.

לשליטת הצווים בקשר לרשלנות יטענו אולי כי, לפי המסורת האנגלית, הם נתונים לשיקול-דעתו (דיסקרציה) של בית-המשפט. גם באנגליה קביעה זו כבר חדלה להיות נכונה בקשר לנהוג המקובל והמגובש בפסיקה¹⁴⁶. בישראל רוחם אותה דברי הפקודה המפורשים, בצינעם (סעיף 3) את הנפגע או הניזוק כזכאי לתרופה.

מהכרה בצווים בקשר לרשלנות נובעת חובה לנהוג בזהירות, כלומר: לא ליצור מצב של סיכון – עלידי ביצוע העוולה, כשהיא מתמשכת או חוזרת, אם מגבילים את מתן הצווים לפי גרסה זו – או אף בלערי תנאי זה, אם מכירים גם בתביעה "מחמת חשש". נוצר אפוא יחס משפטי בין המאיים בגרימת נזק ובין הקורבן הצפוי לכך אשר כינו אותו, בצדק, יחס "אקטופילקטי" (שומר), להבטחת יחס "אנדופילקטי" (שומר)¹⁴⁷, שהוא היחס הנוצר לכשיבצעו את העוולה.

144 הכרה כללית בתוצאות אלו נמצאת גם בפסיקה הישראלית. ראה, למשל, בע"א 44/76 – המ' 101/76 אתא נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785, 799–800; וכמרכן בספרות: סדסקי, אנגלרד, ברק, חשין, דיני הניזוקין – תורת הניזוקין הכללית (מהדורה שנייה) סעיף 325 (צווים בכל עוולה).

145 על עניין זה בכלל, ולא ביחס לרשלנות במיוחד, עמדנו במאמר "על מושג 'ניזוקין', מסות במשפט (תשל"ח) 213, 232–238.

146 ראה: [1953] 149, 181; *Pride of Derby and Derbyshire Angling Ass. v. British Celanese* (supra note 7) §7–03; Winfield (supra note 137) 651, note 12. Clerk and Lindsell (supra note 7).

147 Kocourek, *Jural Relations* (2nd ed., Indianapolis, 1928) 346.

ברומה לחשש מפני עוולת הרשלנות יפעל החשש מפני הפרת חובה חקוקה, ולפיכך לחובות הזהירות שמחוץ לפקודת הנזיקין תהא נפקות גם במסגרת פקודה זו.

4. נטל הזהירות

כתוצאה מעוולת הרשלנות – וכמורכן כתוצאה מהצווים לפי שתי הגרסאות הנ"ל, אם מקבלים את הראשונה מהן או את שתיהן – יש מקום לנטל הזהירות בנוף ה"רשלנות" הכולל. לפי יסוד שלישי זה משלושת היסודות האלה, כדי לא להיחשף לכפיפות לצווים וכדי לא להיקלע – אם ייגרם נזק, למעשה – לאחריות בשל העוולה, שומה על כל אדם, בתור מוסיקבכות, לנהוג בזהירות. לא "חובה מושגית" כי אם נטל הוא הגרסה הנכונה לפי מהותו של היסוד הנדון.

לפי הנסיבות, נטל זה לובש צורות שונות, פחות או יותר חמורות (אזהרה או נקיטת אמצעים יותר יעילים) הוא נתון לגבולות לפי קרבת הנזיקיבכות למטופל. וכמורכן הוא נתון לסייגים אשר יש בהם זיקה לבעיית האונס.

לכאורה, השם רשלנות מעיד שיסוד העוולה הוא בהנחה כי המזיק לא פעל מחמת אונס, כי אדם שנבצר ממנו שלא לגרום את הנזק אין לומר עליו שהוא רשלן. כידוע, לא זה הדין הנהוג. על-סמך ה"תורה האובייקטיבית" שהפקודה מאמצת, אין מתייחסים למצבו הסובייקטיבי של המזיק, לאשמו, אם התנהגותו נופלת מרמת התנהגות זהירה נאותה. לפיכך היינו צריכים להתעלם ממידת יכולתו הגופנית, השכלית והכלכלית של המזיק, ולכן, למשל, מכושרו הפיזי. אולם, בפסיקה ובספרות המקבלות עקרונית את השקפת התורה האובייקטיבית אין מביאים את תוצאותיה לקיצוניות כזאת. למשל, אם מדובר בנער, אין מטילים עליו נטל כשל מבוגר.¹⁴⁸

בנוגע לבעלי-מום או בעל כושר לקוי אמנם מכריזים עקרונית שעליו לא להעמיד את עצמו לפי בחירתו במצב מסוכן לוולת. אבל יחד עם זאת קובעים שאין להטיל עליו את הגזירה להסתגר בביתו ולהינזר מכל פעילות שהוא מסוגל לה. ומוסיפים כי בפעילותו זו אין לדרוש ממנו את אשר נבצר מיכולתו, אף אם אדם במצב תקין היה יכול למנוע את הנזק שהוא גרם.¹⁴⁹ נמצא שממתנים עליו, למעשה, את המסקנות הנובעות מן התורה האובייקטיבית. והוא הדין לגבי מצב פיזי זמני כגון התקף אפילפטי, התעלפות, שינה, שבו יימצא באורח פתאומי, ללא אפשרות לנקוט מראש אמצעי זהירות מתאימים למען הוולת.¹⁵⁰

מתחשבים גם במצבו הכלכלי של אדם ופוטרים מאחריות אדם שאין ביכולתו לנקוט אמצעים יעילים למניעת הנזק אשר בעל משאבים גדולים יותר היה יכול לנקוט.¹⁵¹ עינינו הרואות: השם רשלנות עלול להטעות בכיוון אחד, כלומר בכיוון ההתחשבות באונס לשם שלילת הנטל, כאמור; אך התורה האובייקטיבית עלולה גם היא להטעות, בכיוון ההפוך, לעומת הקו המקובל.

148 ראה Salmond (*supra* note 7), 208.

149 ראה Prosser, *Torts* (4th ed. 1980) 151; Salmond, *ibid.*

150 ראה Clerk and Lindsell (*supra* note 7) §10-44.

151 ראה Clerk and Lindsell, *op. cit.* §10-37.

אשר לנסיבות אונס אחרות, אין השאלה עומדת בצורתה הנ"ל – ממי נבצר קיום הנטל – אלא מתי הוא נבצר. כבר אמרנו שהימצאו או אי-הימצאו של האונס משתנה לפי הזמן שאנו מתייחסים לו. אפשר שמגיעת הנזק נבצרה אמנם – למזיק ולכל אדם אחר – בפרוס המועד שבו אירע הנזק אך היתה אפשרית אילו ננקטו בעוד מועד אמצעי זהירות מתאימים. כאשר כבר אז היה מקום לצפות את הסיכון, נשאלת השאלה אם יש לראות את הנזק שנגרם כתוצאה מאונס אם לאו; כלומר: מהו המועד הקובע להכרעה.

בהבדל מעניינים אחרים שעליהם עמדנו לעיל (ב3), כאן לא סגי, לפטירת המטופל מחמת אונס, בעובדה שהנטל נבצר ממנו בשעת התנהגותו הנדונה. לעומת זאת, נשלל האונס כל פעם שניתן למטופל למנוע את גרימת הנזק בעוד מועד. כאשר גלום הסיכון בטיבו של הרבר, הצפיות לנזק תיחשב כקיימת מאז ומתמיד ולכן הנטל לנקוט אמצעי זהירות יעילים יחול על האדם עם ראשית שליטתו בדבר המסוכן. בעניינים אחרים אפשר שהסיכון, שאינו טבוע ומסתבר בנסיבות הרגילות, יתחיל ויתפתח רק במשך הזמן, לפי נסיבות מנסיבות שונות, ולפיכך יחול נטל הזהירות.

ז. מהותה של "הקטנת הנזק"

1. הקטנת הנזק בתחיקה

סעיף 14(א) לחוק התרופות קובע כי "אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין". וסעיף 61(א) לחוק חוזה הביטוח: "אין המבטח חייב בתגמולי ביטוח בעד נזק שהמבוטח יכול היה למנוע או להקטין, בקרות מקרה הביטוח או לאחר מכן, בנקיטת אמצעים סבירים או אמצעים שהמבטח הורה לו לנקוט"¹⁵². כמרכז פקודת הנוזקין (נוסח חדש) קובעת בסעיף 68(א): "סבל אדם נזק, מקצתו עקב אשמו שלו ומקצתו עקב אשמו של אחר, לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק מחמת אשמו של הניזוק, אלא שהפיצויים שייפרעו יופחתו בשיעור שבית המשפט ימצא לנכון ולצורך תוך התחשבות במידת אחריותו של התובע לנזק[...]".

עליאף ההבדלים בין שלושת הכללים הללו, קיים בהם גרעין משותף. אם א סבל נזק שמייחסים לו חלק בו, לא ניתן לו לקבל מלב פיצוי או שיפוי מלא, כפי שהיה זכאי לולא השתתפותו הנ"ל; הפיצוי או השיפוי יופחת לפי שיעור הנזק שמייחסים לו.

משום הצר המשותף לשלוש ההוראות יש להניח כי, כאשר בפסיקה או בספרות מביעים דעה זו או אחרת על מהותה של הקטנת הנזק, היא נוגעת לשלושת המקרים גם יחד, אף אם מדובר רק באחד או בשניים מהם. וכיוון ש"הקטנת הנזק", לפי הגרעין הנ"ל, מקובלת גם בשיטות משפט אחרות, עלינו להתחשב בדעות שהביעו על טיבה במסגרת שיטות אלו.

בספרות הישראלית הדעה הכללית היא שבכל המקרים דלעיל קיים נטל¹⁵³. גם באיטליה הפרשנים נוטים לזהות מקרים אלו בתור נטל, אף כאשר לשון החוק היא לשון

152 על הרחבת תחולתו של כלל זה, ראה סעיפים 54(ב) ו-67 לאותו חוק.

153 ראה צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל 446; ירון, תרופות ולעיל, הערה 61, סעיף 58, בעמ'

118; חוזה ביטוח (לעיל, הערה 8) סעיף 138: G. Shalev, "Remedies for Anticipatory

חובה¹⁵⁴. באנגליה ובארצות-הברית רוחים את רעיון החובה אף אם למעשה ממשיכים לומר חובה. כאשר מבקשים לדייק, בארצות-הברית, בהתייחסם ללוחו של הוהפלד (Hohfeld) מדברים על disability, כלומר: חוסר-יכולת¹⁵⁵. בגרמניה רעיון הנטל מקובל על רבים, ובספרות סמכותית אמרו שוהי דווקא דוגמת הנטל החשובה ביותר¹⁵⁶. לעומת זאת, מבין המשפטנים הדגולים אחרים נזקקים לרעיון החובה, כראותם בהקטנת הנזק תחולה של סעיף 242 לסה"ח הגרמני, ההוראה הנודעת בדבר "תום הלב"¹⁵⁷. יצוין כי גם בישראל תמיכתו במושג הנטל לא מנעה את הפרופ' ידן מראותו בהוראת סעיף 61 לחוק חוזה הביטוח משום פיתוח סטטוטורי של עקרון תוסדהלב המתבטא בסעיף 39 לחוק החוזים הכללי¹⁵⁸.

2. העיקרון בדבר נשיאת הנזק העצמית ותוצאותיו

"הסובל נזק בעטיו נחשב כאילו לא סבל נזק כלל"¹⁵⁹. אמרה רומאית זו נודעת ומקובלת והיא נכונה גם לפי משפטנו. אולם, היא עלולה להטעות בעוררה את המחשבה כאילו מדובר כאן בסנקציה המוטלת על ניזוק-מויק בשל אשמתו. ולא היא: הנזק העצמי אינו יוצא-מהכלל לעומת עיקרון שלפיו הנזק ראוי לפיצוי. נהפוך הוא: בדרכ-כלל, כאשר הנזק חל – שם ירכיב: כל אחד ישא את הנזק הפוגע בו, בין שהוא גרם אותו ובין שהגורם היה חיצוני. מוצאים מכלל זה מקרים מיוחדים שבהם מעבירים את נשיאת הנזק מן הניזוק לזולת, משום נימוק זה או אחר. והנימוק, מלבד חוזה לשיפוי שהניזוק כרת עם הזולת, יהיה בראש-דבראשונה שהזולת גרם את הנזק.

מכאן נובע מהו הפתרון הטבעי כאשר קיים אחד מהנימוקים הנ"ל להעברת הנזק, ויחד עם זאת מייחסים לניזוק השתתפות בגרימתו. רבותה ההוראות שבחוק בענייננו היא בקביעתו, במפורש או מכללא, מתי ובאיזו מידה נזק אשר פלוני חייב עקרונית לפצות או לשפות ייחשב כנזקו העצמי של הניזוק. בהבדל מהמקרה שבו אדם גורם לבדו נזק לעצמו וישא את הנזק אף אם גרימתו לא היתה כרוכה באי-הזדירות, ואף אם הוא קטין או פסול דין – כאן יש למשפט הברירה לקבוע, כאמור, מתי ובאיזו מידה ייחשב הנזק

123, 128 (1973) 8 *Isr.L.R.* "Repudiation"; אנגלרד, כספר: טדסקי, אנגלרד, ברק, חשיו, דיני הניזוק (לעיל, הערה 144), סעיף 143, בעמ' 252. כך גם ש' גנוסר, חוק הערבות, תשכ"ז-1967 (פירוש לחוקי החוזים) (תשל"ט), סעיף 29, בקשר לסעיף 10 לאותו חוק.

154

בעניין הביטוח ראה להלן, הערה 160.

155

ראה *Rock v. Vandine* 106 Kan. 588, 189 P 157 (1920); Goetz and Scott, "The Mitigation Principle" *Virginia L. Rev.* (1983) 967; C.T. McCormick, *Handbook on the Law of Damages*, (St. Paul, Minn., 1935); Notes in: 28(1918-19) *Yale L. Rev.* 827; 32 (1922-23) *Yale L. Rev.* 380.

156

Enneccerus-Lehmann, *Schuldrecht*, 15. Bearb. (1958) §3 II, p. 14.

157

ראה *Esser, Schuldrecht* (3 ed. 1968) I §47 V; *Larenz, Schuldrecht* (10 ed., 1970) I §13.

158

ראה ידן בפירושו לחוק חוזה הביטוח, הנ"ל, שם.

159

Dig. 50, 17, 203: *quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire*.

נזקו העצמי. אחרי ייחוס זה יצא ממילא הפתרון שלפיו ישא הנזק אותו חלק מהנזק שיש לייחס לו, ולא יוכל לתבוע פיצוי או שיפוי אלא לפי החלק הנותר. לביסוס מסקנה זו אין להיזקק לשום "חובה להציל" או "נטל להציל"¹⁶⁰, כפי שרבים נוהגים לומר. כמרכן אין לבסס את "הקטנת הנזק" על יסוד דומה ליסוד סעיף 39 לחוק החוזים הכללי¹⁶¹. ההוראה האחרונה היא הוראה ריגמית בזכותה את הנושה בזכות ובהטילה חובה על החייב. עקרון הקטנת הנזק הוא עיקרון סטטי: אין הוא מחולל יחס זכות-חובה ואין הוא מביא לידי יתרון משפטי כלשהו לנזוק. בכלל, לפי מהותה שאמרנו לעיל, אין הקטנת הנזק זקוקה להנמקה זו או אחרת, בעוד שזקוקה להנמקה כל סטיה שירצו לסטות ממנה. יתר עם זאת, לא נאמר כי עקרון סעיף 39 הוא חסר-נפקות בענייננו. רעיון ההגיונות ושיתוף הפעולה הנאמן בין הצדדים, הגלום בשיטתנו המשפטית והמוצא ביטוי מובהק בהוראה הנ"ל, ישמש השראה לפרשן לקביעת ההיקף שלפיו תחול "הקטנת הנזק" שעה שלשון החוק אינה מדייקת או אינה ברורה. כך בעניין הנזק העתידי (להלן, 441[3]).

אשר למונח disability, השגור בפי השופטים והסופרים האמריקניים, נכון הדבר כי, במידה שלא הקטין את נזקו כפי יכולתו, לא יוכל הנזוק לתבוע את פיצויו מן הזולת. אך זהו רק היבט משני, במישור הפרוצדורלי, לבעיה שיש להעמידה במישור המהותי. חוסר-יכולתו לתבוע הוא כאן תוצאה מחוסר זכותו. אם עלינו להתייחס ללוחו של ההפלה, אין להתייחס בראש-זבראשונה לעימות power-disability, אלא לעימות right-no right.

3. הקטנת הנזק נוכח הפרה צפויה ונוכח "מקרה ביטוח" צפוי

בשאלה אם תחול "הקטנת הנזק" במקרה של הפרה צפויה אין תמימות-דעים בין הפרשנים. בע"א 638/70¹⁶² דועלתה השאלה, והשופט אגרנט השאירה בצריך עיון. בפסקדין זה אוזכרה המתלוקת בפסק-הדין האנגלי הנודע *White v. McGregor*¹⁶³, שם סבר הרוב כי

160 על "חובת הצלה" בקשר לביטוח מדבר סה"ח האיטלקי, סעיפים 1914-1915. על "נטל הצלה" מדברים פרשנים סמכותיים: ראה, למשל, A. Donati, *Trattato del diritto delle assicurazioni private* (1954) II §474, p. 416 sqq. אך ישנם גם הרבקים כמושג החובה: V. Salandra, in: *Comment. cod. civ.*, a cura Scialoja - Branca, artt. 1861-1932 (3ed., 1966) 339. לגבי סעיף 1227 לספ"ח האיטלקי, המקביל לסעיף 14(א) לחוק התרופות שלנו, חלוקות הרעות. בעד נטל: Gorla, in: *Temi emil* (1940) I 181. בעד חובה: Barbero, *Sistema del dir. priv. ital.* (6ed., 1962) II 69; Rescigno, in: *Riv. dir. civ.* (1965) I 275. בגרמניה, בעד חובת המבוטח ראה V. Ehrenberg, *Handbuch des gesamten Handelsrecht* (Leipzig, 1922) VIII 1, 637-638. על חובה (ראה, למשל, Besson, in: *Picard et Besson, Assurances Terrestres* (5. ed., 1982) I 200. אך על-פירוב נמנעים מלדון במהותה של "הקטנת הנזק" ואף מלכנותה כינוי כלשהו. ראה, למשל, Mazeaud, *Responsabilité civile* (6ed., 1970) II 621 sqq.

161 ראה ידין, חוק חוזה הביטוח (לעיל, הערה 8), סעיף 138, בעמ' 150. אחרי אזור סעיף 39 לחוק החוזים הכללי, הוא קובע: "סעיף 61 לחוק חוזה הביטוח הוא בבהינת פיתוח סטטוטורי של עקרון תום הלב".

162 איחוד בתי-ספר טכניקום-הרמס נ' אדלר, פ"ד כה(2) 679, 692 ואילך. חוק התרופות נחקק כבר לפני דיון זה, אבל לא חל על הפרשה הגרונה.

163 *White and Carter (Councils), Ltd. v. McGregor* [1962] App. Cas. 413.

אין תחולה להקטנת הנזק בהפרה צפויה, ולעומתם דעת המיעוט היתה שמתן פיצוי במקרה של נזק צפוי שהיתה אפשרות להקטינו עושה פלסטר את הכלל הנדון. פרופ' צלטנר מחווה דעתו לטובת "הקטנת הנזק" גם בקשר להפרה צפויה¹⁶⁴. לעומתם פרופ' ידן ופרופ' שלו דוחים כאן את הקטנת הנזק, בנימוק כי, כאשר ההפרה צפויה, סעיף 17 לחוק התרופות מקנה ברירה לנפגע להפעיל את זכותו על-סמך ההפרה הצפויה או להמתין עד ההפרה עצמה, ועד אז לראות את החוזה כתקף¹⁶⁵.

נימוק זה אינו משכנע אותנו. נקיטת אמצעים להקטנת הנזק לא תוציא מיד הנפגע את הברירה השייכת לו. כל עוד לא החליט עליה, יטיב לעשות אם ישתדל להקטין את הנזק הנובע מן ההפרה הצפויה, פן יפסיד אם בהמשך הזמן יבחר בתביעת פיצויים. כלילת הנזק הצפוי במסגרת סעיף 14 לחוק התרופות היא אפשרית לפי לשון ההוראה ורצויה בתור מדיניות משפטית; מה גם שהוראת סעיף 17 מוכיחה כי החוק נותן תרופה אף לנזק צפוי¹⁶⁶. העירו גם כי, כאשר מדובר באדם שגרם לחלק מנזקו, אין לומר שחלק זה נגרם לו "עקב ההפרה", כלשון סעיף 10 לחוק התרופות¹⁶⁷.

אשר לנזק העתידי וחובה הביטוח, בטרם חוקק חוק חובה הביטוח, פסקו שלא מוטל על מבוסח להקטין נזק עתידי וקבעו כי, בהבדל מחוזה רגיל, דמיה הנזק על-פי חובה ביטוח הם אכיפת החוזה ולא פיצוי על נזק¹⁶⁸. בעניין זה לשון סעיף 61(א) לחוק חובה הביטוח אינה ברורה כל צורכה. מצד אחד, ההוראה מטילה על המבוטח את מניעת הנזק, והמניעה אינה יכולה להתייחס אלא לנזק עתידי. מצד אחר, נאמר "בקרות מקרה הביטוח או לאחר מכן", כלומר: שמתייחסים לנזק כחווה או בעבר – להוציא, לכאורה, נזק עתידי. במצב זה אנו נוטים לכלול ב"הקטנת הנזק" גם נזק צפוי. ה"מניעה" שבה מדובר בהוראה עשויה להיות כללית או חלקית, וההקטנה שבה מדובר בהמשך ההוראה מתייחסת לנזק שכבר אירע ומשום כך אינו ניתן למניעה אלא רק להקטנה.

4. אשם תורם בקשר לעוולה צפויה

כיוון ש"אשם תורם" נוגע לסעיף 68(א) לפקודת הנזיקין, ושהוראה זו, המתורגמת ב"נוסח חדש", נובעת מהוראה אנגלית¹⁶⁹, טבעי הוא כי בראשיתו ראשונה נפנה למשפטאות האנגלית כדי להיוודע מהי עמדתה בעניין. ניווכח שהעמדה השלילית לנפקות האשם התורם בטרם בוצעה העוולה היא כה בטוחה בעיניהם שהם נמנעים אפילו מהעמדת

164 דיני חוזים של מדינת ישראל 430.

165 א' ידן, תרופות (לעיל, הערה 61), סעיף 76, עמ' 147-148 (אך ראה גם את דבריו בסעיף 62, עמ' 124); (supra note 124) G. Shalev, "Remedies for Anticipatory Repudiation" (supra note 153).

166 תחולתה של "הקטנת הנזק" אף במקרה של הפרה צפויה ושל עוולה צפויה מקובלת גם במשפט הגרמני. ראה, §§243-254; §§245-268, (12ed., 1983) Staudingers Kommentar z. BGB. 1983, באותה מגמה, במקרה של הפרה צפויה, באיטליה ראה Massimo Bianca, in Comment. (supra note 144), artt. 1218-1229, 2ed., 1980, 429.

167 ראה ת"א (י"ם) 353/79 ברק נ' עליאן, פ"מ תשמ"ב (ג) 505, 515-521.

168 ע"א 639/77 ססיים נ' ינאי, פ"ד לגז' 533, 542.

169 Law Reform (Contributory Negligence) Act, 1945, s. 1(1).

השאלה. רעתם מתגלית רק בעקיפין, בציינם את כעל האשם התורם כאדם שסבל כבר עוולה שבוצעה לרעתו¹⁷⁰. לכאורה אין סייג לעמדתם הנדונה אף במקרה שמדובר בעוולה נמשכת ובאשם התורם שבאִי־הקטנת הנזק הצפוי מהמשכה¹⁷¹. אולם, לשון ההוראה אינה מאשרת רעה זו. אין בה כל רמז להגבלת הזמן שבו יחול אשמו התורם של הניזוק. משום־כך אנו מסכימים לסברה שאשם תורם ראוי להתחשבות גם בכאוב בטרם בוצעה העוולה והיא רק צפויה¹⁷². כמובן, אין לדרוש מהניזוק שבהקטנת הנזק ירחיק לכת מעבר לגבול הסבירות, כשמדובר בשני אנשים זרים זה לזה ולא במתקשרים אשר החוזה מחייבם לנאמנות הדדית.

5. סעיף 10 לחוק הערבות

מלבד שלושת הכללים הנדונים לעיל, ראוייה להתחשבות כאן הוראת סעיף 10 לחוק הערבות. סעיף קטן (א) לאותו סעיף קובע כי "הערב לא יהיה זכאי לחזור על החייב במידה שהוא עשוי להיות מופטר על ידי טענה שעמדה לחייב כלפי הגושה [...]". נראה לנו כי גם זה מקרה של "הקטנת נזק", או ביתר דיוק: של מניעת נזק. נזקו של הערב בשלמו לנושה יישאר נזק שלו, ללא זכות מצדו להעבירו לחייב. במה דברים אמורים? במקרה שטענת החייב שלפיה הערב היה עשוי להיות מופטר מתשלום היתה ידועה לו, כדברי ההוראה הנ"ל. ממנה נובע נטל לחייב להודיע לערב בעוד מועד טענה כנ"ל שלא היתה כבר ידועה לערב.

6. מתי הקטנת הנזק היא נטל

לכאורה תמוהה לשונו של סעיף 68(א) לפקודת הנוזיקין בציינה לא רק את הפתרון המאומץ אלא גם את הפתרון הנרחב [...] לא תיכשל תביעת פיצויים בעד הנזק [...] – תופעה נדירה בחקיקה. אך לשון זו מוכנת יפה למשפטן הידוע את הרקע ההיסטורי לחוק האנגלי שממנו נובעים דברי הפקודה הנ"ל. לפי מסורת "המשפט המקובל", אכן היה קיים בדיני הנוזיקין הכללי (אמנם מסיג בסייגים) אשר לפיו המשתתף בגרימת נזק לא יוכל לתבוע פיצויים כלל, כלומר: אף לא לפי שיעור הנזק שגרם המזיק¹⁷³. על פי כלל זה הקטנת

170 ראה Salmond (*supra* note 7) 519-520; Winfield (*supra* note 137) 623; Clerk and Lindsell (*supra* note 7) §506.

171 בארצות־הברית, בעוד שבדרך־כלל נוקטים גסיכין עמדה זו, מוכנים, כנראה, לסטות ממנה במקרים כאלה. ראה *Mobile and O. Ry. Co. v. Red Feather Coal Co.*, 218 Ala. 582, 119 So. 606, 609 (1928); McCormick. (*supra* note 155) §37, p. 137-140.

172 ראה אנגלרד בספר מדפסי, אנגלרד, ברק, חשין, דיני הנוזיקין (לעיל, הערה 144), סעיף 143.

173 ראה דברי השופט בלקברן (Blackburn) במשפט 9, *Cayzer Irvine v. Carron* (1884), App. Cas. 873, 881: *The rule of law is that if there is blame causing the accident on both sides, however small that blame may be on one side, the loss lies where it falls*"

הנוק ראויה להיקרא נטל, כיוון שהיא תנאי ליתרון המשפטי שבזכות לתבוע פיצוי בגין הנוק שגרם הוולת, להבריל מן התועלת המעשית בלבד כפי שהיא בדין הנוהג.

7. מתי הקטנת הנוק היא חובה

כאשר מכירים ב"הקטנת הנוק" כמובן שהנוק ה"נמנע" אינו בריפיצוי, אין מקום להכרה בחובת הניזוק להקטין את הנוק. הוראת סעיף 39 לחוק החוזים הכללי, אף אם נניח שהיא מסוגלת כשלעצמה להטיל חובה כנ"ל, מיועדת להגן על מתקשר אשר לולא דאגת החוק לא היה משיג מן המתקשר השני את אשר עקרונות ההגיונות והנאמנות ההדדית מחייבים, ואילו "הקטנת הנוק" מייתרת את הבעיה.

לעומת זאת, יש להעמיד את הבעיה על הכרה בחובה להקטין את הנוק כאשר לא תחול "הקטנת הנוק" הנ"ל. כאמור, לפי דעתנו, אין זה המקרה בעניין הנוק העתידי בחוזה ביטוח. אך זהו המקרה של סעיפים 11 ו-15 לחוק התרופות – כפי שיצא מסעיף 14(א) לאותו חוק – וכמרכז של סעיף 61(ג) לחוק חוזה הביטוח¹⁷⁴. מתעוררת כאן השאלה אם יש להבין את הדחיה הנ"ל של "הקטנת הנוק" כהתנגדות החוק גם לחובה האמורה. ואם התשובה על שאלה זו היא שלילית, כי אז יישאל אם סעיף 39 עשוי לשמש מקור מתאים להטלת החובה.

נראה לנו כי דחיית "הקטנת הנוק" בהוראות שהזכרנו היא טכנית בלבד, בנימוק כי שלושת ההסדרים הנדונים בסעיפים 11 ו-15 לחוק התרופות ו-61(ג) לחוק חוזה הביטוח אינם מתיישבים עם ניכוי בשל אִי-הקטנת הנוק מצד נושה הסכום. לעומת זאת, אין אנו רואים סתירה בין הסדרים אלו ובין חובה של נושה הסכום להתחשב באינטרס של הצד האחר ולהקטין לפיכך את הנוק הניתן למניעה. הדבר לא ישפיע במישרין על סכום הפיצוי או השיפוי כפי שהוא נובע מהסדרים אלו, אך כנגד זה אפשר להפעיל את חובת המתקשר כנאמן. משום כך לא היינו אומרים כי הכרה בחובה זו תעשה פלסטר את דברי החוק.

אשר לשאלה על תחולתו של סעיף 39 לחוק החוזים הכללי, אנו נתקלים בקושי הפרשני אשר כבר נזכרנו בו אגב עניין אחר, נטל ההודעה. סעיף 39 כשלעצמו אינו מטיל סתם חובת תוס'לב, אלא מטיל חובה זו "בקיום של חיוב הנובע מחוזה ובשימוש בזכות הנובעת מחוזה" ואילו כאן מדובר בהתנהגות מתקשר שאינה בקיום חיובו או בשימוש בזכויותיו החוזיות. אך אולי ניתן לפרשן לגבור על הקושי בהקישו מהוראה זו בהתחשבו ברוחה שהיא מתאימה לרוח שיטתנו המשפטית בכללה.

מקרה אחר שבו הקטנת הנוק עשויה לחול בתור חובה, על-סמך "תום הלב", נוגעת לשימוש בתרופות בשל הפרת חוזה. נטיית הפסיקה היא לחייב הקטנת הנוק בשימוש בהן ולקשור אותה לסעיף 175¹⁷⁵. ואכן, אין לראותה כנכללת בהוראות סעיף 14(א) לחוק

174 ראה ירון, תרופות (לעיל, הערה 61), סעיפים 58, 61: חוזה ביטוח (לעיל, הערה 8), סעיפים 139, 138.

175 השוה, למשל, ע"א 409/78 גולן נ' פרקש, פ"ד (1) 813, 821 (דעת המיעוט של השופט ח' כהן); בג"צ 59/80 שרתי תחבורה צבוריים באר-שבט נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד (1) 828, 836; ע"א 15/83 בירם נ' סרנס, פ"ד (4) 267, 279.

התרופות, ולעומת זאת היא נוגעת ל"שמוש בזכות הנוכעת מחוזה" שבו מדובר בסעיף 39.

שאלה מקבילה אפשר לעורר גם בעניין אחר. ישנן נסיבות שבהן אזהרה לפוגע (בכוח או כבר בפועל) עשויה להביא למניעת הנזק או להקטנתו. הכוונה היא להצבעת הנפגע (בכוח או כבר בפועל) על עובדות שלפיהן הפוגע יגרום לנזק שאינו מודע לו. אזהרה כזו אינה נכללת גם היא בהוראת סעיף 14(א) אך אין לכפור שהיא עשויה לנבוע מעקרון תום-הלב, בהיקף התחום שבו יש לראות תחולה לעיקרון זה.