

מזכה שאינו אלא מזיק — מפלאי דיני-ההשבה בעקבות הפרת חוזה

(בעקבות ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49)

מאת

יצחק אנגלרד*

בפרשת לוי נ' מבט נדונה בהרחבה אפשרות צירופם של סעד ההשבה וסעד הפיצויים, העולה משילוב הוראות סעיף 2 וסעיף 9(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970. הרשימה מבקרת את דרך ההתמודדות של בית-המשפט עם הבעייתיות שבמתן שתי תרופות סותרות לכאורה: הביטול וההשבה הנגזרת ממנו, מגמת פניו אחרת — למצב הטרם חוזי, ואילו פיצויי הציפיות מגמת פניהם קדימה אל מה שהיה לו קיים החוזה. המחבר מציע בסיס רעיוני מושגי חדש להתמודדות עם בעייתיות זו, שביסודו הדעה כי סעיף 9 לחוק התרופות מעמיד לרשות הנפגע שתי חלופות של ביטול חוזה. האחת, מטרתה להחזיר הצדדים למצבם הטרם-חוזי והשנייה תכליתה להביא הנפגע למצב בו היה לו קיים החוזה. המחבר עומד על המשמעות השונה של תרופת הביטול וסעד ההשבה הנובע ממנה, בכל אחד מהמקרים. הוא אף גורס כי בהבחנה זו יש כדי להבהיר כי תרופת ההשבה הינה חוזית ואין היא מבוססת, כגישת הפסיקה, על העיקרון של מניעת עשיית עושר ולא במשפט. יישומה של ההבחנה המוצעת על עובדות פרשת לוי נ' מבט תומך במסקנת בית-המשפט, אך מטעמים שונים המציבים את ההחלטה על אדנים מוצקים וברורים יותר.

לבי עם בית-המשפט העליון, ההולך ומסתבך בסבך הסעדים העומדים לרשות הצדדים בעקבות ביטול החוזה בשל הפרתו. לאחר שהנשר הגדול — שהוא סמל העיקרון של

* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

עשיית עושר ולא במשפט — פרש את כנפיו על כל סעדי ההשבה¹, מתגלה כי נוצר מתח רב בינם לבין בנייהחבורה השוכנים בקרבתם, הלוא הם הפיצויים. אין כל ספק, כי המחוקק שלנו מאפשר לנפגע לצרף את סעד ההשבה עם סעד הפיצויים. הדבר עולה בעליל משילוב הוראות סעיפים 2 ו-9(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. ואמנם, עקרון הצירוף הוכר בכמה פסקי-דין של בית-המשפט העליון². בפרשת לוי הנידונה דן הנשיא שמגר בהרחבה באפשרות הצירוף, בסכמו: "מכאן שניתן לצרף בתביעה אחת ביטול והשבה הנגזרת ממנו יחד עם פיצויי ציפיות, ובלבד שלא יינתן כפל פיצוי"³. הנשיא שמגר מודע לכך, כי בשיטות רבות צירוף מעין זה הוא מן הנמנע בגלל הקושי המושגי במתן שתי תרופות הנראות סותרות: הביטול מגמת פניו אחורה — למצב הטרם חזוי, ואילו אינטרס הצפיות מגמת פניו קדימה, אל מה שהיה לו קויים החוזה⁴. לדעת הנשיא שמגר, סתירה זו אינה אלא לכאורית: "החוזה אמנם בוטל ועמו בוטלו חיוביו הראשוניים, אך החובה לשלם פיצויי צפיות עומדת במסגרת החיובים ה'משניים' — הקמים עם ביטול החוזה"⁵.

אולם כוח ההסבר הזה מוגבל מאוד: הוא מסלק מדרכנו את הטענה, שהושמעה בשיטות אחדות⁶, כי עם ביטול החוזה אין עוד לתבוע פיצויים באשר הם תרופה חוזית, דהיינו: בהיעדר חוזה אין סעד חוזי. על קרשיה זו משיבה ההבחנה בין חיובים ראשוניים ובין חיובים משניים, כלומר: הפיצויים הם בבחינת חיוב משני הקם מכוח הדין בשל ההפרה. חיוב זה אינו נפגע על-ידי ביטול החוזה, שפעולתו בעיקרה מכאן ואילך, אך אין בהסבר זה תשובה לטענה המהותית כנגד צירוף של פיצויים עם השבה — סעדים אשר במהותם סותרים זה את זה: האחד שואף לתוצאה של קיום החוזה, והאחר — להחזרת

1 הדימוי הצירורי של כנפי הנשר הגדול הוא פרי מחשבתו של השופט אהרן ברק: ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221, 266; ראו באופן כללי "אנגלרד" כנפי הנשר הדורסני — דיני עשיית עושר ולא במשפט" ספר זיכרון לגד טדסקי — מסות במשפט אזרחי (תשנ"ז) 37.

2 ע"א 156/82 ליפקין נ' דוד הזהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85, 96: "ההשבה עליה מורה סעיף 9(א) נגזרת כאמור שם מהביטול אשר עמו ניתן כאמור לתבוע גם פיצוי ובלבד שטיבו ושיעורו לא יביאו יחד עם ההשבה לכפל תרופה על אותו נזק"; ד"ע 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., לעיל הערה 1, בעמ' 268-269.

3 ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פ"ד מז(4) 49, 57[ד].

4 שם, בעמ' 56[ב].

5 שם, בעמ' 56[ד].

6 G.H. Treitel "Remedies for Breach of Contract" *International Encyclopedia of Comparative Law* (1976) VII, ch. 16, pp. 183-184; I. England "Restitution of Benefits Conferred Without Obligation" *ibid.* (1991) X, ch. 5, p. 138.

המצב הטרומ-חוזי⁷. כיצד ליישב בין מטרת מנוגדות אלה? כי הרי אם הנפגע רוצה להסתלק לחלוטין מן העסקה, מה הטעם שיבקש להעמידו במצב כאילו קויימה במלואה ללא הפרה כלשהי? הקושי המושגי חמור במיוחד אם נצא מן ההנחה, כי ההשבה מושתתת על עקרון התעשרות שלא כדין. המצב של קיום החוזה מניח, כי התמורות הוחלפו בין הצדדים כדין, כלומר: כל אחד קיבל את ביצועו של הצד האחר על יסוד זכותו החוזית. אם הביטול פועל מכאן ואילך, כך שניתן לקיים את הזכות המשנית של הצד התמים לפיצויי ציפייה – הרי אין זכותו להשבה יכולה להיות מבוססת על כישלונו למפרע של כל החוזה⁸.

7 ואננס, על קושי זה עמר השופט ד' לוי בפרשת ע"א 277/89 צ"אם מוצרי מזון ישראל בע"מ נ' טעימקו בע"מ, פ"ד מו(3) 288, 289:

נכון הוא, שתרופת הביטול מקימה גם זכות להשבה על-פי סעיף 9 לחוק התרופות. השילוב בין תרופת ההשבה לפיצויים, בדרך כלל, אינו אפשרי, כיוון שההשבה מחזירה את הצדדים למצב, שבו היו לפני שנכרת החוזה, ואילו הפיצוי בא להיטיב עם המקיים עד להעמדתו במצב שאמור היה להיות בו בתום תקופת ההסכם.

מן הראוי להזכיר, כי השופט א' ברק אינו מסכים עם ההנחה שמטרת ההשבה היא להחזיר את המצב לקדמותו. לדעתו, ביסוד ההשבה טמון הרעיון של עשיית עושר ולא במשפט. וכך הוא אומר בפרשת ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורביץ, פ"ד לה(3) 533, 540:

[אין] בין החזרת המצב לקדמותו לבין ההשבה קשר הכרחי. מהי אפוא מטרת ההשבה? מטרת ההשבה היא למנוע התעשרות שלא כדין. כל עוד עמד החוזה בתוקפו, החזיק כל צד כדין במה שקיבל על-פי החוזה. משבוטל החוזה, שוב אין צידוק לכך, ועל-כן יש להביא להשבה.

על דברים אלה חזר השופט א' גולדברג בפרשת ע"א 687/89 לירן נ' גבריאלי, פ"ד מה(2) 189, 193[א]. ניתוח זה אינו מקובל עלי. העיקרון של מניעת עשיית עושר שלא כדין אינו אלא הבסיס הרעיוני להחזרת מצב הצדדים לקדמותו. כלומר: משום שאין צידוק כי צד מן הצדדים ימשיך להחזיק בזכייה שבאה לו מאחר, עליו להשיבה כך שהמוצה חוזר למצבו המקורי. אמת, מושג הזכייה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט רחב מאוד, ויש מקרים שבהם אין "השבה" של מה שניתן בפועל על-ידי המזכה, אלא הוצאת רווח שהפיק הזוכה תוך כדי הפרת זכויותיו של המזכה. ראו ד"צ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה., פ"ד מב(1) 221. בנסיבות אלה העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט רחב מן המושג "השבה" כמובן הצר. זאת ועוד אחרת: לטעמי, עקרון עשיית עושר ולא במשפט כלל אינו חולש על ההשבה כמסגרת סעיף 9(א) לחוק התרופות, שהיא בעיקרה תרופה חוזית. כפי שנראה בהמשך דברינו, מקרי ההשבה במסגרת סעיף 9(א) הנזכר מתחלקים לשתי קבוצות הנבדלות ביניהן מהותית מבחינת מטרתם. על היחסים המורכבים בין רעיון ההתעשרות הבלתי-צודקת ובין השבה ופיצויים והחזרת הצדדים למצבם הטרומ-חוזי ראו E.G. Andersen "The Restoration of Contract" 53 Maryland Law Rev. (1994) 1 Interest and Damages for Breach of Contract. ניתוח המחבר הוא על רקע המשפט האמריקני, אך יש בו תובנות מעניינות התומכות בגישתי העקרונית.

8 קושי זה בולט במיוחד על רקע הניסוח של סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, השם את הרגש על השלב של קבלת הזכייה ("מי שקיבל שלא על-פי זכות שבדין..."). הקפדה על תנאי

גם אם נתעלם מן הקושי המושגי של מטרות מנוגדות, ההוראות המיוחדות של סעיף 9(א) עצמן סותרות את ההנחה הכוללת של השבת הצדדים למצבם הטרום-חוזי לפי עיקרון של עשיית עושר ולא במשפט. המחוקק החליט להעניק לנפגע ברירה לדחות את ההשבה בעין הן מצד המפר הן מצדו-שלו. התוצאה היא, כי בכוחו לקיים את העסקה תוך שינוי התניות. נמחיש את הדבר: הנפגע מכר נכס לקונה תוך מתן אפשרות לשלם את המחיר בתשלומים. הקונה אינו עומד באחד התשלומים והמוכר מבטל את המכר, אך מחליט לא לדרוש את השבת הממכר בעין, אלא את תשלום שוויו. התוצאה היא כי בפועל המכר מקויים, אלא שהמוכר זכאי כעת לקבל את ה"מחיר" מיד בתור שווי ההשבה⁹. המצב דומה אם המפר הוא המוכר: גם כאן הקונה הנפגע רשאי לקיים את המכר על-ידי הבחירה של תשלום השווי במקום השבת הממכר בעין¹⁰. בנסיבות אלה אין כל מקום לדבר על החזרת הצדדים למצבם הטרום-חוזי¹¹.

זה מחייב את ביטולו למפרע של החוזה. עם זאת יש לציין, כי ישנה נטייה להרחיב את ההוראה גם על מצב שבו הזכייה נתקבלה על-פי זכות שבדין, אלא שהמשך ההחזקה בה אינה נראית מוצדקת בשל כשלון העסקה. אך גם בהנחה זו, המקרה הנידון של סיום יחס חוזי מכאן ואילך, שבו מקוימת זכות הנפגע לפיצויי ציפיה, אינו מתיישב יפה עם הרעיון שההשבה מבוססת על העיקרון של התעשרות בלתי-צודקת. ראו אנגלרד, לעיל הערה 1, בעמ' 51-52.

9 שאלה אחרת היא חישוב השווי של הממכר. ייתכן כי יש הבדל בין המחיר החוזי ובין המחיר הראוי (מחיר השוק). יש הגורסים כי המוכר זכאי למחיר הגבוה מביניהם: ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) סעיף 491, בעמ' 451. לדעתי, אין לקבל מסקנה זו, משום שאין לאפשר לנפגע לקבל יותר מאשר היה מקבל לו קויים החוזה. לגבי השאלה הכללית של היחס בין המחיר הראוי ובין המחיר החוזי במקרי השבה בעקבות הפרת חוזה ראו I. England "Restitution of Benefits Conferred Without Obligation" *International Encyclopedia of Comparative Law* (1991) X, ch. 5, p. 140.

10 השאלה היא שוב דרך חישוב השווי. יש הגורסים, כי הקונה הנפגע ישלם את הנמוך מבין המחיר החוזי לבין מחיר השוק — ד' פרידמן, שם, שם.

11 ראו במיוחד ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) סעיף 491, בעמ' 450-451: "בכך ניתנה [לנפגע], למעשה, אפשרות להתנער מן החוזה המקורי, ולכפות על המפר 'הסכם' חדש, בתנאים שונים, באמצעות דיני השבה". המחבר מציין, שם, הערה 32, כי ברירה זו אינה עומדת למתקשר המבטל את החוזה בשל פגם בכריתתו במסגרת סעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי). כלומר: המתקשר האחר זכאי להשיב את הנכס בעין. לדעתי, הבדל מהותי זה במעמד הצדדים הוא סימן מובהק לכך כי העיקרון המונח בהשבה אינו זהה בשני המקרים. בפרשה הנידונה לוי נ' מבט, הנשיא שמגר, מתוך הסכמה, מפנה להבאה הנזכרת מתוך ספרו של ד' פרידמן — שם, בעמ' 60[ג]. אולם מטרתו של הנשיא שמגר היא לבסס את הנחתו כי חיובי ההשבה של המתקשרים על-פי סעיף 9(א) לחוק התרופות אינם חיובים שלובים. הנחה זו של הנשיא שמגר מוקשית, משום שאין כל הכרח כי ההדדיות של חיובים תלויה בוות תוכנם. שאלת היחס בין חיובי ההשבה ההדדיים של המתקשרים היא מורכבת. במשפט הגרמני ישנן שתי תורות מנוגדות: האחת גורסת, כי שתי התביעות הן עצמאיות לחלוטין

יתירה מזו: אם הנפגע דורש נוסף על ביטול החוזה גם פיצויי ציפייה, הרי הרעיון כי "השבת השוויה" כנסיבות אלה מבוסס על רעיון של עשיית עושר ולא במשפט נראה מלאכותי מאוד, אם לא מופרך לחלוטין. משום־כך אני גורס, כי בנסיבות אלה הוראות סעיף 9 לחוק התרופות הן חלק אינטגרלי של דיני־החוזה ומטרתן להסדיר את יחסי הצדדים לאתר סיום החוזה בשל הפרתו. המטרה העיקרית אינה להחזיר את הצדדים למצבם הטרם־חוזי, אלא סיום היחסים תוך שמירת האינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים. במאזן האינטרסים יש העדפה ברורה של אלה הנוגעים לנפגע. התיאום בין הסעדים השונים צריך להיעשות מתוך האספקלריה של היחס החוזי המופר. בניגוד לתפישת הפסיקה, אין לערבב בהליך זה את הוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט. מן הכלל אל פרטי המקרה הנידון: מעשה בקונה דירה שביטל את המכר בשל ליקויים חמורים של דליפות ורטיבות. המוכר לא הצליח לתקן את הפגמים על־אף נסיונותיו במשך שנים. בית־המשפט קמא פסק לטובת הקונה סכום כסף המשקף את ערכה – ליום ההערכה – של הדירה שנקנתה, אילו היתה במצב תקין. מסכום זה ניכה בית־המשפט סכום המגלם תשלום שכר־דירה עבור השימוש בדירה במשך שמונה שנים. בקביעת סכום זה הובאה בחשבון העובדה שמדובר בשימוש בדירה במצב ירוד. השאלה

(Zweikondiktionentheorie), כך שמקרה שצד אחד פטור מהשבה – למשל: בשל אובדן ההתעשרות – האחר עדיין חייב בהשבה מצדו. לפי התורה האחרת, יש תלות פנימית בין שתי התביעות בשל רעיון ההתעשרות. כלומר: אם מתקשר אחד אינו משיב את מה שקיבל מן הצד האחר, הרי בה־במידה נגרעת התעשרותו הכוללת של הצד האחר (Saldotheorie). במלים אחרות: לפי תורה זו (שתרגומה המילולי הוא תורת־המאזן), ההתעשרות הבאה לצד האחר מן התמורה הנגדית של המתקשר האחר מופחתת בשיעור של תמורתו העצמית שהעביר למתקשר האחר. כי סוף־סוף, בהנחה שהמתקשר האחר אינו משיב לו את תמורתו העצמית, הזכייה שלו, שהיא התמורה הנגדית, הושגה בשווי התמורה העצמית שלו (השווה סעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט). ואמנם, אימוץ התורה של "שתי תביעות השבה" הנפרדות זו מזו מחליש את רעיון ההתעשרות המונח כביכול ביסוד ההשבה. הערה נוספת בנושא ההדדיות: גם אם נניח כי שתי תביעות ההשבה בלתי־תלויות במהותן, עדיין עשויה להיווצר הדדיות בשלב הביצוע, דהיינו: לאתר שנקבע קיום החיוב והיקפו לגבי שני הצדדים. התוצאה תהיה אז כי כל עוד, למשל, המוכר אינו משיב את המחיר, הקונה אינו חייב להחזיר את הממכר. עיין ודוק ע"א 687/89 לירץ נ' גבראל, פ"ד מה(2) 189, 194[ב]. ואמנם, במשפט השווייצרי, שבו מקובלת תורת "שתי התביעות", הביצוע בפועל של שני החיובים הוא Zug um Zug, דהיינו: מהלך תחת מהלך. ראו BG 5 Feb. 1957, BGE 83 II 18, 25.

המרכזית בערעור היתה, אם החיוב בתשלום שכר-הדירה היה כדין. הקונה הנפגע העלה את הטענה כי אין לחייבו בשכר-הדירה, משום שלו הדירה היתה תקינה, הוא היה נשאר הבעלים בלא כל חובה לשלם דמי-שכירות. בית-המשפט העליון קיבל את הטענה הזאת ושחרר את הקונה מתשלום שכר-הדירה. אמנם, הנשיא שמגר הכיר עקרונית בחובת ההשבה ההדדית במסגרת סעיף 9 לחוק התרופות, אך במקרה הנדון שבו הנפגע מבקש פיצויי קיום, החובה לשלם שכר-הדירה מסכלת את התוצאה של העמדת הנפגע במצב שבו היה לו קויים החוזה ואת ההגנה על אינטרס הקיום שלו¹². מסקנה זו מושתתת על הרעיון כי המוכר-המפר חייב לפצות את הקונה-הנפגע על חיובו לשלם דמי-שימוש — חיוב הנובע מחובת ההשבה של האחרון¹³. ברוח דומה הכיר השופט ת' אור גם הוא בחובת ההשבה העקרונית לגבי השימוש בדירה, אך תשלומו היה בגדר נזק במובן סעיף 10 לחוק התרופות, אשר בגינו הקונה זכאי לפיצוי מן המוכר¹⁴.

הרעיון, שלפיו הקונה חייב להשיב את שכר-הדירה למוכר, אך בעת ובעונה אחת חייב המוכר לפצות אותו על עצם ההשבה הזאת — רעיון זה נשמע משונה ביותר. ואמנם, כיצד אפשר להניח כי מצד אחד, השימוש בדירה מצריך השבה על יסוד העיקרון של עשיית עושר ולא במשפט, ומן הצד האחר, כי השבה זו אינה צריכה להתבצע בשל חובתו של המזכה לפצות את הזוכה על ההשבה? במצב דברים זה הסברה אומרת כי הזוכה לא התעשר שלא כדין ורק בשל כך ההשבה למזכה (המוכר) יכולה להיחשב כנזק בר-פיצוי. שורש הבעיה מצוי בצירוף הבלתי-שיטתי של הגנה על אינטרס הקיום עם השאיפה להחזיר את הצדדים למצבם הטרם-חוזי. דומה כי צירוף זה הוא האחראי לתוצאה המוזרה של זכייה, שהיא בעת ובעונה אחת כדין ושלא כדין.

לשם פתרון הבעיה יש לחזור ולבדוק את הנחות-היסוד של סעיף 9 לחוק התרופות. לדעתי, המפתח מצוי בהכנה שונה של מושג הביטול. מן הראוי להבחין בין שני מצבים בסיסיים של ביטול חוזה בעקבות הפרתו. המצב האחד הוא ביטול לשם החזרת הצדדים למעמדם הטרם-חוזי; המצב האחר: ביטול לשם הפסקת היחס החוזי, כשהמטרה היא להביא את הנפגע למצב כאילו קויים החוזה. הברירה בין שני סוגי הביטול נתונה בידי הנפגע. נמחיש את הדבר בשתי דוגמאות שונות של הסדרת היחסים בין נפגע למפר לאחר ביטול חוזה, תוך כדי הישענות על הנסיבות הנידונות של מכר דירה פגומה. נניח תחילה, כי מחירי הדירות ירדו במידה ניכרת לאחר עשיית העסקה בין הצדדים

12 פסק-דין לוי, לעיל הערה 3, בעמ' 59[ד], 60-61[א].

13 שם, בעמ' 61[ב]-[ד]. הנשיא שמגר קובע, כי הנפגע אינו צריך לתבוע בנפרד פיצוי בגין חיוב השבת כספים שיכול שיוטל עליהם עקב ביטול החוזה עם המפר. התביעה לפיצויי ציפיות כוללת חיוב מעין זה בתוכה, מעצם היותה תביעה להעמדת הנפגע במצב שבו היו אלמלא הופר החוזה; שם, שם.

14 שם, בעמ' 63[ו].

לחוזה, כלומר: המדובר בעסקת־הפסד מצד הקונה. בבואו לבטל את המכר בשל הפגם שבדירה, הקונה לא ירצה כי יעמידו אותו במצב של קיום החוזה, משום שמשמעות הדבר הנצחת ההפסד. במלים אחרות: אם המוכר יחויב להעמיד לרשותו של הקונה, בתור פיצויי קיום, את סכום־הכסף לקניית דירה תקינה, הראשון יוכל לעשות זאת בסכום קטן בהרבה מן המחיר החוזי המקורי. לכן הקונה מעוניין להסתלק לחלוטין מן העסקה. הוא ירצה לקבל בחזרה מן המוכר את המחיר ששילם לו, כך שההפרש בין מחיר זה לבין מחיר הדירה העכשווי (הנמוך) יישאר בידיו. בנסיבות אלה לפנינו ביטול עסקה המכוון להעמיד את הצד הנפגע למצבו הטרומ־חוזי. לפי הוראת סעיף 9 לחוק התרופות, על כל צד להשיב את מה שקיבל על־פי החוזה. פירושו של דבר, כי על המוכר להשיב לקונה את מחיר הדירה בתוספת ריבית, כשהאחרונה מייצגת את טובת־ההנאה שבאה לו מן השימוש בכסף. על הקונה מצדו להחזיר למוכר את הדירה בתוספת דמי השימוש עבור הדירה.

ניטול כעת את מצב הדברים של הפרשה הנידונה. כאן עלו מחירי הדירות בתקופה שבין מכר הדירה ועד לביטול החוזה. הקונה מעוניין לקבל פיצויי קיום, דהיינו: סכום כסף שיאפשר לו לרכוש כעת דירה תקינה כפי שהובטח לו על־ידי המוכר. אין הוא רוצה לשוב למצבו הטרומ־חוזי, אלא למצב של קיום החוזה. עם זאת, ברצונו להשתחרר מן העסקה הקיימת שהביאה לרשותו דירה שיש בה ליקויים רציניים. מכאן חפצו להחזיר למוכר את הדירה הפגומה שנמכרה. יש כאן ביטול חוזה, אך במשמעות שונה מן המקרה הראשון. אין כאן הסתלקות מוחלטת, שמשמעותה כעין ביטול למפרע של החוזה, אלא שחרור הקונה מן העסקה בצורתה הנוכחית, תוך כדי העמדתו למצב של קיום חוזה. הביטול בנסיבות אלה הוא בבחינת הפסקת החוזה מכאן ואילך, הגוררת אחריה חובת תשלום פיצויים מצד המפר על ציפייתו של הנפגע. השבתה של הדירה היא אחד האמצעים המאפשר להעמיד את הנפגע במצב של קיום החוזה: רכישת דירה תקינה. נמצא, כי ההשבה היא סעד חוזי המצטרף כאן לתשלום הפיצויים. לנפגע אפשרויות נוספות כדי להגיע לאותה תוצאה: הוא יכול להחזיק בדירה הפגומה ולקבל פיצויי קיום על הפרש המחיר בין הראשונה ובין דירה תקינה. דרך זו תאפשר לו לרכוש דירה תקינה לאחר מכירת הדירה הפגומה. למעשה, השבת הדירה למוכר תמורת תשלום פיצויים בגובה המחיר של דירה תקינה כמותה כמכירת הדירה הפגומה למוכר בתוספת תשלום ההפרש האמור. כלומר: השבת הדירה הפגומה למוכר תוסכת מן הקונה הנפגע את המאמץ למצוא קונה אחר. משמעותה המעשית של הוראת סעיף 9 לחוק התרופות היא אפוא מתן אפשרות לקונה־הנפגע לאלץ את המוכר־המפר לשוב ו"לקנות" ממנו את הממכר הפגום. ניתוח זה מאושש את השקפתנו, כי בנסיבות אלה הסדרת היחסים בין

הצדדים מתנהלת במסגרת דיני-החוזים, וההשבה אינה עניין של עשיית עושר ולא במשפט¹⁵.

נבחן כעת את שאלת חובתו של הקונה לשלם למוכר דמי שימוש על הדירה שהוא עומד להחזיר לאתר ביטול החוזה. אם צדקנו בנייתוחנו, הרי החוזה מופסק מכאן ואילך. נמצא, כי עד לתאריך הביטול הקונה ישב בדירה על יסוד חוזה-המכר. אין כאן עשיית עושר ולא במשפט, משום שהשימוש בדירה נעשה על-פי זכות שבדין, כלומר: כדין חוזה-המכר. במקביל לכך, המוכר השתמש בכספו של הקונה על-פי אותו חוזה-מכר. התוצאה היא, כי שני הצדדים פטורים מלהשיב את הזכייה שקיבלו על-פי החוזה עד לביטול-סיומו. אמנם, גישה זו תומכת במסקנת בית-המשפט בפרשה הנידונה, אם כי לא מטעמו. עם זאת, הפתרון המוצע מחייב עיון בעניין נוסף: עובדה היא כי הקונה שילם למוכר מחיר מופרז על הדירה הפגומה, כלומר: מחיר השוק של דירה שיש בה ליקויים, כפי אלה המצויים בדירה המכורה, נופל ממחיר דירה תקינה. נמצא, כי המוכר נהנה מהפרש המחיר במשך כל התקופה עד לביטול החוזה. מדוע אפוא לא ישיב לקונה את הריבית על השימוש בהפרש זה? האם זכייה זו של המוכר (הריבית) אינה בעצם בבחינת נזק שנגרם לקונה, משום שהאחרון יכול היה להשתמש בעצמו בסכום ההפרש של המחיר? לכאורה יש רגליים לטענה כי על המוכר לפצות את הקונה על נזק זה, שהוא נזק הנגרם עקב ההפרה, אולם אם נבחן מקרוב את טיב התרופות המוענקות לקונה הנפגע, מסקנה זו של המבט הראשון אינה מדויקת; כי הרי הקונה מקבל בתור פיצוי קיום את מחירה העכשווי (הגבוה) של דירה תקינה. נמצא, כי דין כל כספו שמסר למוכר

15 על-פי סעיף 28 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, לקונה תרופה נוספת: ניכוי מהמחיר. תרופה זו עומדת בין ביטול החוזה לקיום החוזה. משמעותה האמיתית היא קיום חוזה שונה בין הצדדים, דהיינו: מכר של ממכר פגום במחיר מופחת ביחס למחיר החוזי המקורי. השווה א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968, פירושו לחוקי החוזים (בעריכת ג' טרסקי, תשמ"ז) 561: "הקונה קרוב למצב שבו היה אילו מלכתחילה התייחס החוזה לממכר הפגום, אילו לא נכרת החוזה למסירת הממכר המתאים. הניכוי מקביל להשבה לאחר ביטול חלקי של החוזה (סעיף 9(ב) לחוק התרופות), ולא לאכיפה או לפיצויים חיוביים בשל ההפרה". לגבי שיטת החישוב של סכום הניכוי וכדאיות הבחירה בתרופת הניכוי לעומת פיצויים ראו בהרחבה שם, § 559-550. נוסחתו של המחבר בדבר היחס בין פיצויים לניכוי נכונה גם לגבי קבלת פיצויי קיום במסגרת ביטול החוזה לפי סעיף 9 לחוק התרופות כנסיבות הנידונות בטקסט. כי מבחינה זו ביטול החוזה — שמשמעותו היא הפסקתו מכאן ואילך — אינו נוגע אלא לגורל הדירה (השבתה למוכר). באשר ליחס בין ביטול למפרע של החוזה לבין תרופת הניכוי ראו שם, § 560. המחבר קובע, כי "ככלל, אם חלה ירידה ניכרת במחיר-השוק של הממכר לעומת המחיר החוזי, לקונה כראי הביטול המלא של החוזה אף יותר מניכוי". תרופת הניכוי נקבעה גם בסעיף 9(א)(2) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971; וכן בסעיף 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974. לגבי החוק האחרון ראו א' זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, פירושו לחוקי החוזים (בעריכת ג' טרסקי ז"ל, תשנ"ה) § 329-343.

כאילו הושקע בדירה תקינה והוא זכאי אפוא לעליית ערך הדירה. אם המוכר-המפר נידון כאילו השקיע את כסף הקונה בדירה תקינה, אין זה נראה צודק כי יוסיף על כך את התשואה כאילו הכסף הושקע גם בהלוואה נושאת ריבית. מסקנה זו אינה משתנית גם בהנחה שהתשואה הריאלית על הכסף גבוהה מעליית ערך הדירות. כנגד הדרישה כי לקונה ישולם לפחות ההפרש הזה אפשר להעלות את הטענה, כי בפועל הקונה התכוון להשקיע את כספו בדירה¹⁶.

המסקנה העולה מדברי היא, כי סעיף 9 לחוק התרופות מעמיד לרשות הצד הנפגע שתי חלופות של ביטול חוזה: האחת, ביטול שמטרתו להעמיד אותו ואת מתקשרו במצב כאילו לא נכרת כיניהם חוזה¹⁷. כל צד ישיב לאחר את מה שקיבל על-פי החוזה. נוסף על כך, על המפר לשלם לצד הנפגע פיצויי הסתמכות, אם כניסתו לחוזה גרמו לאחרון הוצאות או נזקים אחרים. הבסיס הפורמלי להשבה הוא סעיף 9 לחוק התרופות, אך אין לצפות לכך כי בית-המשפט העליון יסטה כאן מדעת רוב חבריו, שביסוד השבה זו מצוי העיקרון של מניעת עשיית עושר ולא במשפט¹⁸.

החלופה האחרת היא ביטול חוזה, שמטרתו להעמיד את הצדדים במצב כאילו קויים החוזה. כאן לתרופת הפיצויים ולתרופת ההשבה אופי חוזי מובהק. ההשבה אינה אלא אמצעי להבטיח לנפגע יתרונות מסוימים בעיצוב ההסדר של סיום היחסים החוזיים בינו לבין המפר. מבחינתו של הנפגע, בסיום זה יש משום קיום חוזה, אם כי לא בדרך של אכיפה בפועל.

הברירה בין שתי החלופות היא בידי הנפגע. היא מתבצעת על-ידי מהות הדרישה לפיצויים: אם אין דרישה לפיצויים, או שהיא מצטמצמת לפיצויי הסתמכות, הביטול

16 עם זאת, כאשר התשואה הריאלית על הכסף גבוהה מעליית ערך הדירות, לקונה-הנפגע הברירה לבחור בחלופה של ביטול החוזה המכוון להעמידו למצבו הטרום-חוזי. כפי שעולה מניתוחנו, הוא יהיה אז זכאי להשבת המחיר בתוספת ריבית, אם כי בניכוי דמי השימוש עבור הדירה.

17 אני נמנע מלהגדיר את ביטול החוזה כביטול למפרע, משום שאין לזהותו עם ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו. כמו-כן, אין מקום להנחה כי ביטול בשל הפרת חוזה יפגע בזכויות של צד שלישי. לטעמי, גם ביטול זה אינו גורע מן האופי החוזי של הסדרת היחסים בין המתקשרים. עם זאת, בחירתו של הנפגע להעמידו במצב כאילו לא נכרת חוזה מקרבת את סוגיית ההשבה לרעיון של עשיית עושר ולא במשפט. ראו דברינו בסמך.

18 בסוגייה זו ראו את ביקורתי י' אנגלרד "כנפי הנשר הדורסני – דיני עשיית עושר ולא במשפט" ספר זיכרון לגד טרסקי – מסות במשפט אזרחי (תשנ"ו) 37. אני מודה, כי הביטול שתכליתו להחזיר את הצדדים למצבם הטרום-חוזי קרוב יותר לעיקרון של עשיית עושר ולא במשפט. במאמרי הנזכר לא הבחנתי בין שני סוגי הביטול. עם זאת, אני עדיין גורס, כאמור בהערה הקודמת, כי גם ההשבה בנסיבות אלה היא ביטול עניין חוזי. ראו בהקשר זה את הניתוח המפורט של Andersen, לעיל הערה 7, המגדיר, על רקע המשפט האמריקני, את החלופה הזאת כ-"restoration interest" להבדיל מ-"restitution interest" ובניגוד ל-"expectation interest".

הוא בבחינת סיום בדרך של חיסול שפניו למפרע. במקרה זה ההשבה מתבצעת, על-פי הלכת בית-המשפט העליון, לפי חוק עשיית עושר ולא במשפט. לעומת זאת, אם הנפגע דורש פיצויים על ציפיותו החוזית, ביטול החוזה הוא סיומו בדרך של קיום. הפרשה הנידונה לוי ג' מבט מדגימה את החלופה השנייה של ביטול והשבה, שמטרתם להעמיד את הנפגע במצב כאילו קויים החוזה. דוגמא לחלופה הראשונה — שהיא החזרת הצדדים למצבם הטרום-חוזי — מצויה בפרשת ע"א 687/89 לירן ג' גבריאלי¹⁹. גם כאן בוטל חוזה למכירת דירה בשל פגמים תמורים בדירה. הקונה ביקש את השבת המחיר המלא. בית-המשפט העליון הכיר בזכותו העקרונית של המוכר לקבל את דמי השימוש (דמי-שכירות ראויים) עבור התקופה שבה החזיק הקונה בדירה: "מכאן, שכשם [שהמוכרים] משלמים עבור השימוש בכסף, כך צריכים היו המשיבים לשלם עבור השימוש בדירה"²⁰. מקרה אחרון זה נידון ואובחן בפרשת לוי ג' מבט²¹, אך בהיעדר הבחנה ברורה בין שני סוגי הביטול — תוך כדי עמידה על המשמעות השונה הנודעת במסגרתם להשבה — הן הניתוח המושגי הן הבסיס הרעיוני נשארים מעורפלים. מטרת רשימה זו היא להבהיר ולהעמיד על-ידי כך את הסוגייה כולה על תשתית איתנה יותר.

ההסדר של סעיף 9 לחוק התרופות — על שני סוגי הביטול שבקרבנו — מייב עם הנפגע בכך שהוא מעניק לו ברירה בין סעדים חלופיים. אמנם, הבחירה העקרונית בין ביטול חוזה, שפניו למפרע, ובין תביעה לפיצויי קיום שכיחה בשיטות-המשפט השונות (כאמור, רק חלקן מתירות לצרף את התרופה לפיצויי קיום אל תרופת-הביטול). אולם יגעתו ולא מצאתי מקרה מוחשי בשיטה אחרת שבו הותר לנפגע לבטל את החוזה, להשיב את הממכר הפגום למוכר ולקבל פיצויי קיום על הפרת חוזה-המכר המאפשרים לו לרכוש ממכר תקין. עם זאת, דומה כי אפשרות זו עולה בכירור מן ההסדר של חוק התרופות, ועקרונית איני רואה חסרון כמתן ברירה זו בידי הנפגע החפץ לחסוך מעצמו את מכירת הממכר הפגום.

19 פ"ד מה(3) 189, לעיל הערה 7.

20 שם, בעמ' 194. בפועל המוכרים לא קיבלו את דמי-השימוש, משום שלא תבעום. השאלה המרכזית נסבה סביב השבת הכסף על-ידי המוכרים בערכו הריאלי בתוספת ריבית.

21 לעיל הערה 3, בעמ' 59.