

## המהפכה במעמדה של תרופת האכיפה: דין, תיאוריה וממצאים אמפיריים

מאת

לאון יהודה אנידג'ר, איל זמיר ואורי כץ\*

במשפט הישראלי יש הסכמה רחבה שחוק התרופות חולל מהפך במעמדה של תרופת האכיפה. בעקבות המשפט המקובל, עד חקיקתו של החוק בשנת 1970 התרופה הראשית בשל הפרת חוזה הייתה פיצויים, וביצוע בעין נחשב לסעד מן היושר הניתן במקרים חריגים. לפי החוק, שאימץ את עמדת המשפט הקונטיננטלי, אכיפה היא הסעד הראשוני והעיקרי בשל הפרת חוזה, הנשללת רק בהתקיים אחד החריגים שבסעיף 3 – חריגים המתפרשים בצמצום. אף על פי כן, ישנן סיבות רבות לפקפק בהסכמה הרווחת. ראשית, לנוכח שיקולי המדיניות הכבדים בעד ונגד תרופת האכיפה, קשה להאמין ששיטות משפט תאמצנה בנושא זה פתרונות קצה מנוגדים; שנית, חוקרים של משפט משווה טוענים שגם כאשר מדובר בשיטות משפט שנקודות המוצא הדוקטרינריות שלהן בנושא זה מנוגדות, ההבדלים המעשיים ביניהן אינם כה גדולים; שלישית, שורה של הבדלי סיווג ומינוח, המשתקפים גם במשפט הישראלי, מצמצמים את הפער בין המשפט המקובל למשפט הקונטיננטלי; לבסוף, שיקולים שעניינם היתרונות והמגבלות המעשיים של שימוש בתרופות מצמצמים את ההשפעה של הדין הנוהג. אל מול הדיון העיוני וההשוואתי העשיר, עד כה רק מחקרים מעטים, בארץ ובעולם, בחנו היבטים שונים של תרופת האכיפה בכלים אמפיריים. אף אחד ממחקרים אלה לא ערך השוואה כמותית של פסיקת בתי המשפט בסוגיה זו בשני המשטרים המשפטיים המנוגדים.

על רקע המחלוקת התיאורטית בדבר מעמדה הרצוי של תרופת האכיפה, והדיונים הדוקטרינריים וההשוואתיים העשירים, מציג המאמר את הממצאים האמפיריים של מחקר כמותני רחב היקף שבחן את פסיקת בית המשפט העליון בנושא תרופות בשל הפרת חוזה במשך 69 שנים, מקום המדינה ועד סוף שנת 2016, וכן מדגם של כמה מאות פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים משני העשורים האחרונים. השערת המחקר הייתה, שבניגוד למוסכמה הרווחת בקרב מחוקקים, שופטים ומלומדים, לא חלה מהפכה של ממש במעמדם של סעדי האכיפה בעקבות חקיקתו של חוק התרופות. להפתעתנו, גילינו שלא זו בלבד שלא חלה עלייה בהיקף ההיזקקות לסעדי אכיפה אחרי חקיקתו של חוק התרופות – למעשה חלה ירידה ניכרת! המאמר בוחן שורה של הסברים אפשריים לתוצאה זו תוך שימוש בכלים

\* לאון אנידג'ר הוא דוקטור למשפטים ומרצה מן החוקן, איל זמיר הוא פרופסור מן המניין, ואורי כץ הוא תלמיד לתואר דוקטור ועמית מחקר בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. מאמר זה מבוסס בחלקו על פרקים מעבודת הדוקטור של לאון אנידג'ר בנושא "הדין והתיאוריה של אכיפת חוזה" שאושרה באוניברסיטה העברית בשנת 2017. אנו מודים לנטע ברק-קורן, ליהונתן גבעתי, לדוד גליקסברג, לאסנת יעקבי, לברק מדינה, למירב פירט, ליותם קפלן ולחברי מערכת משפטים על הערות מצוינות לגרסאות קודמות של המאמר, לרון פקטור ולמשה שעיו על שיחות מועילות; לעדיאל מויאל על הסיוע הראשוני בעיבודים הסטטיסטיים ולרועי יאיר על עזרתו במחקר. מחקר זה נתמך על ידי תכנית מרכזי המצוינות של הוועדה לתכנון ותקצוב והקרן הלאומית למדע (מענק מס' 1821/12).

אמפיריים ואנליטיים וניתוח של התפתחויות שחלו בחברה הישראלית במהלך השנים. במחקר לא נמצאה עדות להשפעה מעשית של חוק התרופות על היקף ההיזקקות לסעדי אכיפה. לעומת זאת, נמצא קשר מובהק בין משך ההליכים המשפטיים ובין מידת ההיזקקות לסעדי אכיפה: ככל שההליכים מתארכים – כפי שאירע משנות השבעים של המאה העשרים – כך פוחתת ההיזקקות לסעדי אכיפה. המאמר דן במגבלות המחקר האמפירי ובמשמעויות של הממצאים.

**מבוא. א. המהפכה שחולל חוק התרופות. ב. סיבות לספקנות. 1. שיקולי מדיניות בעד ונגד תרופת האכיפה; 2. משפט השוואתי; 3. מינוח, סיווג, כללים וחריגים; 4. שיקולים מעשיים; 5. סיכום. ג. המחקר האמפירי: מטרות, מתודולוגיה ומגבלות. 1. מחקרים קודמים; 2. מתודולוגיה; 3. חוזקות וחולשות. ד. ממצאים: ירידה בהיזקקות לסעדי אכיפה. 1. סוגי החוזים; 2. התרופות שנפסקו; 3. העדפות התובעים והכרעות בתי המשפט; 4. עסקאות במקרקעין; 5. בסיס הנתונים המשלים של הפסיקה המחוזית; 6. סיכום והערות נוספות. ה. הסברים אפשריים לירידה בהיזקקות לסעדי אכיפה. 1. שינויים אחרים בדיני התרופות; 2. החינוך המשפטי של השופטים; 3. משך ההליכים; 4. מקולקטיביזם לאינדיבידואליזם; 5. סיכום. סיכום, מסקנות והשערות נוספות. נספח: שאלון.**

## מבוא

אכיפה היא התרופה הראשונה משלוש התרופות העיקריות שחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א–1970 (להלן – חוק התרופות) עוסק בהן. תרופת האכיפה היא הדבר הקרוב ביותר לקיום החוזה כמוסכם, ולכן לכאורה זו צריכה להיות התרופה הרגילה והשכיחה ביותר בכל מקרה של הפרת חוזה. אולם למרות הסיסמה הרווחת שחוזים יש לקיים, למעשה אין שום שיטת משפט הפועלת לפי סיסמה זו בכל חומרתה. בקווים כלליים ניתן לחלק את שיטות המשפט לשתי קבוצות: בקבוצה הראשונה, הכלל הוא שהנפגע אינו זכאי לאכיפה אלא לסעד כספי, ואכיפה היא חריג. זו התפיסה המקובלת במשפט האנגלו-אמריקני. בקבוצה השנייה – שהמשפט הגרמני נחשב למייצגה המובהק – אכיפה היא התרופה הרגילה לכל הפרה, זולת מקרים חריגים שבהם היא נשללת. לפי התיאור הרווח בפסיקה ובספרות המשפטית, לפני חקיקתו של חוק התרופות השתייך המשפט הישראלי – בעקבות המשפט האנגלי – לקבוצה הראשונה; ובעקבות המהפך שחולל החוק אנו משתייכים כעת לקבוצה השנייה. כלומר, בעוד בעבר אכיפה הייתה סעד חריג שניתן במקרים מיוחדים, כעת זו התרופה הראשונה והשגרתית בשל הפרת חוזה. במילים אחרות, ניתן להניח שבעקבות חוק התרופות גברה הנטייה של בתי המשפט לפסוק את תרופת האכיפה, ולפיקך גם גברה הנטייה של נפגעים מהפרת חוזה לתבוע תרופה זו.

למרות ההסכמה הרחבה בנושא זה, יש כמה סיבות לפקפק בהתרחשותו של מהפך כזה, הלכה למעשה. ראשית, הספרות התיאורטית הענפה בנושא תרופת האכיפה מציינת שיקולים כבדי משקל הן בעד הרחבת הזכאות לתרופת האכיפה הן בעד צמצום זכאות זו, תוך הסתפקות בסעדים כספיים. היה מפתיע במקצת אילו למרות עוצמתם ומורכבותם של שיקולים אלה, ולמרות הדמיון הבסיסי בתנאים הכלכליים והחברתיים בין שיטות משפט שונות – ובתוך מדינת ישראל לפני חקיקתו של חוק התרופות ואחריה – שיטות שונות היו נוקטות עמדות מנוגדות בסוגיה חשובה זו. בהקשר זה, המחקר ההשוואתי מלמד שבמקרים

רבים שיטות משפט היוצאות מנקודות מוצא דוקטרינריות הפוכות, הלכה למעשה מגיעות במצבים דומים לתוצאות אופרטיביות דומות. בענייננו, אם החריגים לשלילת האכיפה בשיטות המשפט המשתייכות לקבוצה הראשונה מספיק רחבים, אם החריגים לאכיפה בשיטות המשתייכות לקבוצה השנייה רחבים אף הם, ואם החריגים לכלל בקבוצה הראשונה הם תמונת ראי של החריגים לכלל בקבוצה השנייה, נקל להבין כיצד כל השיטות יכולות להתקרב מאוד זו לזו הלכה למעשה. על כך יש להוסיף הבדלים טרמינולוגיים בין הדין שקדם לחוק לדין הנוהג (המהדהדים הבדלים דומים בין המשפט המקובל למשפט הקונטיננטלי) – בפרט ההבדל בין מושג הביצוע בעין (specific performance) בדין הקודם למושג האכיפה בחוק התרופות – שאף הם מעוררים ספק לגבי ההצגה הסכמתית של הניגוד בין הדינים. לבסוף, הפער המעשי בין הדינים עשוי להצטמצם בשל שיקולים פרגמטיים שונים המשפיעים על האינטרסים של הצדדים ועל האופן שבו בתי המשפט מיישמים את הדינים.

על רקע זה, המאמר מציג את הממצאים של מחקר אמפירי כמותני מקיף של פסיקת בית המשפט העליון מאז קום המדינה ועד סוף שנת 2016 ושל פסיקת בתי המשפט המחוזיים בשנים האחרונות בנושא של תרופות בשל הפרת חוזה בכלל ותרופת האכיפה בפרט. תכליתו המקורית של המחקר הייתה לבחון אם אכן התחולל מהפך במעמדה של תרופת האכיפה במשפטנו בעקבות חקיקתו של חוק התרופות, או שמא, לפי ההשערה החלופית, מהפך כזה התרחש בחקיקה, ברטוריקה השיפוטית ובספרות המשפטית – אך לא בהתנהלותם של תובעים ובתי משפט.

להפתעתנו, מצאנו שלא זו בלבד שהממצאים האמפיריים אינם תומכים בעמדה הרווחת, שלפיה בעקבות חוק התרופות גדלה מאוד ההיזקקות לאכיפה כתרופה הרגילה והשגרתית בשל הפרת חוזה, אלא שלמעשה שיעור התביעה של תרופה זו אחרי חוק התרופות ירד ירידה ממשית. אשר לשיעור פסיקת התרופה בבתי המשפט במקרים שבהם היא נתבעת, לא זו בלבד שהוא לא עלה, אלא שככל שהתרחש שינוי כלשהו, הוא היה בכיוון ההפוך. כלומר, ההתנהלות של התובעים ובתי המשפט אינה תואמת את התפיסה הרווחת במשפטנו, ולא זו בלבד אלא שהיא אינה תואמת אפילו את ההשערה הספקנית שלפיה לאחר החוק לא חל שינוי בפרקטיקה השיפוטית.

מאחר שאין להניח שהעלאת מעמדה של תרופת האכיפה בחוק התרופות גרמה לירידה בשימוש בה, המחקר בוחן שורה של הסברים אפשריים לתופעה זו, לרבות שינויים שחלו בתרופות אחרות בשל הפרת חוזה (כמו ביטול והשבה, פיצויי ציפייה וסעדים כספיים העולים על אינטרס הציפייה של הנפגע), החינוך המשפטי של השופטים, התארכות ההליכים המשפטיים ועליית האינדיווידואליזם בחברה הישראלית. ניתוח של המצב המשפטי ושל הנתונים בדבר התנהלות התובעים ובתי המשפט לפני החוק ולאחריו אינו מספק תמיכה חזקה לאפשרות שהירידה בהיזקקות לתרופת האכיפה נבעה משינויים בתרופות האחרות. כפי שנראה, אף החינוך המשפטי של השופטים אינו מסביר תוצאה זו. ככל שנמצא הבדל בין שופטים שקיבלו את חינוכם המשפטי במדינות המשתייכות למשפחת המשפט המקובל ובין אלה שהתחנכו בשיטות משפט קונטיננטליות, הראשונים נוטים לפסוק אכיפה יותר מהאחרונים. לבסוף, קשה מאוד לדעת אם לעליית האינדיווידואליזם הייתה השפעה בהקשר הנוכחי. לעומת זאת, מצאנו קשר מובהק בין משך ההליכים המשפטיים ובין הנטייה לתבוע אכיפה והנטייה לפסוק אותה, אף כאשר שולטים

במשתנים כמו המצב המשפטי (לפני או אחרי חוק התרופות), השנה שבה ניתן פסק הדין, סוג החוזה וסוג התובע. ככל שפרק הזמן החולף (ומן הסתם גם זה שניתן לצפות שיחלוף) בין הגשת התביעה לקבלת פסק הדין בבית המשפט המחוזי או בבית המשפט העליון ארוך יותר, כך מצטמצם התפקיד של תרופת האכיפה.

כמו מחקרים אמפיריים תצפיתיים אחרים, גם למחקר הנוכחי יש מגבלות של ממש הנובעות הן מהיקף לא שלם של הנתונים האמפיריים העומדים לרשותנו, בייחוד כאשר מדובר בערכאות נמוכות ובתקופות המוקדמות יותר, הן מהקושי האינהרנטי להסיק סיבתיות ממתאמים סטטיסטיים. עם זאת, יש למחקרנו גם יתרונות ניכרים ובפרט העובדה שהוא משווה בין משטרים משפטיים שונים באותה מדינה (להבדיל ממחקרים המשווים בין מדינות שונות).

בהתחשב במגבלות המחקר (וגם בלי קשר אליהן), יש לנקוט זהירות רבה כאשר מבקשים לגזור מן הממצאים האמפיריים מסקנות תיאורטיות, נורמטיביות, אנליטיות, או השוואתיות. בד בבד, יש בממצאים שיוצגו להלן כדי לשפוך אור על עצם ההבחנה בין המשטרים המשפטיים השונים ועל חשיבותה המעשית; על ההשפעה היחסית של שיקולי מדיניות מופשטים, לעומת שיקולים פרגמטיים; על הפרקטיקה המשפטית; וגם על סוגיות רחבות יותר כמו היחס בין רטוריקה שיפוטית לפרקטיקה שיפוטית.

המאמר מתחלק לחמישה פרקים עיקריים. פרק א מתאר את התפיסה הרווחת במשפטנו, בפסיקה ובספרות כאחת, שלפיה חוק התרופות חולל מהפך דרמטי במעמדה של תרופת האכיפה במשפטנו. פרק ב מנתח את הסיבות לפקפק בהסכמה רווחת זו: מורכבותם של שיקולי המדיניות בעד ונגד תרופת האכיפה, הלקח שניתן ללמוד מהשוואה בין שיטות משפט שונות, הבדלי מינוח בין הדין הקודם לדין הנוהג ושיקולים פרגמטיים שונים. פרק ג מתאר מחקרים אמפיריים קודמים בנושא תרופת האכיפה, מציג את המתודולוגיה שבה השתמשנו ועומד על המגבלות של המחקר הנוכחי. פרק ד מנתח את הממצאים בנושא שיעור הפסיקה של סעדי אכיפה בפסיקה של בית המשפט העליון ושל בתי המשפט המחוזיים, שיעור התביעה של סעדים אלה בידי התובעים, ושיעור הפסיקה שלהם במקרים שבהם נתבעה אכיפה. פרק ה עוסק בהסברים אפשריים לירידה בהיזקקות לתרופת האכיפה אחרי חוק התרופות: שינויים בדיני התרופות שהגבירו את האטרקטיביות של תרופות אחרות, החינוך המשפטי של השופטים, העלייה במשך ההליכים המשפטיים ועליית האינדיווידואליזם בחברה הישראלית בעשורים האחרונים. הניתוח האמפירי בפרקים ד ו-ה מתייחס הן לפסיקה של בית המשפט העליון בנושא תרופות בשל הפרת חוזה לכל אורך התקופה שמהקמת המדינה ועד סוף שנת 2016, הן למדגם גדול של פסיקה מחוזית מהשנים האחרונות. לבסוף, נסקם את ממצאי המחקר, מגבלותיו והשלכותיו האפשריות.

## א. המהפכה שחולל חוק התרופות

לפי סעיף 3 לחוק התרופות, הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם התקיים אחד מארבעה חריגים המנויים בחוק.<sup>1</sup> בפסיקה ובספרות מקובל לראות בשינוי במעמדה של תרופת

1 ס' 3 לחוק התרופות, שכותרתו "הזכות לאכיפה" קובע: "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה: (1) החוזה אינו בריביוע; (2) אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או

האכיפה את השינוי הגדול ביותר שחולל החוק בדיני התרופות בשל הפרת חוזה במשפטנו. כבר בהצעת החוק (שבה הזכאות לתרופת האכיפה הייתה מוגבלת יותר מזו שנקבעה בחוק כפי שהתקבל, משום שלפיה הנפגע לא היה זכאי לאכיפה אם הוכח שפיצויים הם תרופה צודקת יותר) הוסבר ש"זכותו הראשונית של הנפגע היא לאכיפת החוזה שהופר"<sup>2</sup> וכי "זכות לאכיפת החוזה מוצעת כזכות שבחוק ולא כזכות שביושר בלבד. להבדיל מן הדין הקיים, קובע החוק המוצע שהנפגע הוא בדרך כלל זכאי לתרופה זו"<sup>3</sup>. באותה רוח, סמוך לאחר חקיקתו של החוק, בפסק הדין בעניין צרי, הטעים השופט זוסמן ש"עם חקיקת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, עלתה אכיפת חוזה שכמותה כביצוע-בעין ממעמדה הנחות שבדין האנגלי. זכות אכיפה עומדת עכשיו בדרגה שווה עם פסיקת פיצויים, אם לא למעלה מזה, בעוד שעד כה לא היתה משמשת אלא סעד משני, כשאין בתשלום דמי נזק כדי לפצות את הצד שנפגע"<sup>4</sup>.

בית המשפט העליון הדגיש כי לפי החוק החדש, אכיפה היא "הסעד הראשוני והעיקרי שהנפגע זכאי לו"<sup>5</sup>, הסעד "הראשון במעלה והראשוני בעדיפות"<sup>6</sup>, הסעד שלו ניתן בדיני החוזים "מעמד בכורה"<sup>7</sup>, ו"ראשון בין מי שאינם שווים ונעלה הוא על סעדים אחרים"<sup>8</sup>. על כן "בכל מקרה – מלבד באלה המנויים בסיפא של סעיף 3 – ייאכף כל חוזה על-פי תביעת הנפגע כדבר מובן מאליו"<sup>9</sup>. בניגוד לדין האנגלי, שבו תרופת הביצוע בעין (specific performance) נחשבה לתרופה מן היושר, שפסיקתה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט, לפי חוק התרופות, "קבלת הסעד של אכיפה היא זכותו של הנפגע, ואין הסעד דבר התלוי בשיקול דעת של בית-המשפט"<sup>10</sup>. ספציפית, לפי הדין הקודם נשללה תרופת האכיפה אם פיצויים העניקו הגנה הולמת לאינטרסים של הנפגע,<sup>11</sup> ואילו כיום אין בעובדה שפיצויים הם תרופה הולמת כדי לשלול את הזכאות לאכיפה, וזו נשללת רק בהתקיים אחד החריגים

- שירות אישי; (3) ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל; (4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין".
- 2 דברי ההסבר לסעיף 3 להצעת חוק דיני החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשכ"ט-1969, ה"ח 396.
- 3 שם, בעמ' 392.
- 4 בג"ץ 254/73 צרי חברה פרמצבטי וכימית בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד כח(1) 372, 384 (1974).
- 5 ע"א 91/75 פרץ נ' ביטון, פ"ד ל(1) 367, 373 (1975). על ביטוי זה חזר בית המשפט בפסקי דין רבים נוספים. ראו למשל ע"א 846/75 עוניסון – חברה לבניין נ' דויטש, פ"ד ל(2) 398, 405 (1976); ע"א 189/76 מפלגת העבודה הישראלית נ' לויץ, פ"ד לא(2) 265, 271 (1977); ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ, פ"ד לג(2) 281, 291 (1979); ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 542 (1982); ע"א 540/79 שמואלי נ' לויט, פ"ד לו(2) 45, 50 (1982); ע"א 108/84 סתם נ' מרקוביץ – חברה לבניין והשקעות, פ"ד מב(1) 757, 765 (1988); ע"א 3380/97 תמגר, חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ' גושן, פ"ד נב(4) 673, 688 (1998); ע"א 8320/09 אלחדד נ' שמיר, פס' 34 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 29.3.2011).
- 6 ע"א 48/81 פומרנץ נ' ק.ד.ש. בניין והשקעות, פ"ד לח(2) 813, 817 (1984).
- 7 ע"א 2112/95 אגף המכס ומע"מ נ' אלקה אחזקות בע"מ, פ"ד נג(5) 769, 779 (1999).
- 8 ע"א 3023/91 ינאי נ' יחיא, פ"ד מז(4) 773, 778 (1993).
- 9 עניין עוניסון, לעיל ה"ש 5, בעמ' 405.
- 10 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 291; עניין סתם, לעיל ה"ש 5, בעמ' 765.
- 11 ראו למשל ע"א 155/52 פרחודניק נ' אקרמן, פ"ד י 72, 74 (1956).

שבסעיף 12.3 זאת ועוד, מאחר שסעד האכיפה הוא הכלל – או "דרך המלך"<sup>13</sup> – והסייגים להענקתו הם החריג, הנטל לשכנע את בית המשפט כי אכן התקיים אחד החריגים לתרופת האכיפה מוטל על המפר.<sup>14</sup> יתר על כן, הפסיקה הוסיפה וקבעה כי יש לפרש בצמצום את היקף תחולתם של הסייגים המנויים בסעיף 3: "רק במקרים חריגים ויוצאי דופן יימנע בית המשפט מלצוות על אכיפת החוזה".<sup>15</sup>

הדגמה לעמדה כללית זו ניתן למצוא בעניין למיט אחזקות.<sup>16</sup> במקרה זה דחה השופט (כתוארו אז) גרוניס את הטענה שהתערערו יחסי האמון בין הצדדים מצדיקה את הפעלתו של סייג השירות האישי הקבוע בסעיף 3(2) לחוק התרופות. לדבריו, עצם התערערו יחסי האמון בין הצדדים אינה עולה כדי אותו ממד אישי שבו עוסק סעיף 3(2) לחוק התרופות, אשר קובע כי אין לאכוף חוזה למתן שירות אישי או עבודה אישית. לדידו, מסקנה זו מתבקשת "במיוחד לאור הפרשנות המצמצמת שיש ליתן לחריגים לסעד האכיפה, בהיותו הסעד הראשון במעלה שמקנים דיני החוזים בישראל בגין הפרת חוזה".<sup>17</sup> המחשה נוספת לעמדה הנחרצת בנושא תרופת האכיפה ניתן למצוא בעניין אזימוב.<sup>18</sup> באותו עניין נדונה עסקה למכירת דירה. הקונה, גב' אזימוב, הייתה אם חד-הורית אשר בנה סבל מפיגור שכלי ונזקק להשגחה רצופה. כדי להסתייע באחותה, היא ביקשה לעלות לארץ ולהתגורר סמוך לאחותה. המוכרים, בני הזוג בנימיני, היו "למודי אסונות". בנם הצעיר חלה במחלת נפש ובנם הבכור נפטר ממחלת הסרטן. המוכרים החליטו למכור את דירתם מתוך מחשבה כי שינוי מקום המגורים יסייע להם להתגבר על אובדן בנם הבכור. לאחר החתימה על החוזה בין הצדדים וביצוע תשלומים אחדים על פיו, ביקשו בני הזוג בנימיני להשתחרר מהחוזה "מטעמים הומניים" – אחרי הכריתה חלה הרעה במצבה הנפשי של הגב' בנימיני והיא חשה שהיא אינה יכולה "להיפרד מזכרו של בנה המנוח האצור בין כתלי הבית".<sup>19</sup> הם אף הביעו נכונות להשיב את הסכומים ששולמו עד אז ולפצות את הקונה על הפרת החוזה. בית המשפט העליון נדרש להכריע אם בנסיבות העניין חל סייג הצדק הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות. השופטת (כתוארה אז) אסתר חיות פסקה כי במסגרת זו על בית המשפט להחליט למי מהצדדים ייגרם עוול גדול יותר הן במובן המעשי הן במובן המוסרי אם תתקבלנה טענותיו של הצד שכנגד. היא הטעימה ש"בעשותו במלאכת השקילה, חשוב לזכור שהנפגע והמפר אינם ניצבים באותה נקודת מוצא [...] מאזני הצדק נוטים, על כן, לכתחילה לטובת הנפגע הזכאי לאכיפת החוזה כסעד אשר לו מעמד הבכורה והם יוסיפו וייטו לטובתו אלא אם כן יוכיח המפר כי מתקיימים שיקולים כבדי משקל ההופכים את האכיפה לבלתי צודקת

12 ראו למשל עניין רבינאי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 292.

13 ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 90, 60 (1983).

14 ראו שם; עניין ינאי, לעיל ה"ש 8, בעמ' 778; עניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 543; עניין רבינאי, לעיל ה"ש 5, בעמ' 292.

15 ע"א 455/82 מאיר נ' מזרחי, פ"ד לז(3) 583, 579 (1983).

16 רע"א 1516/05 למיט אחזקות בע"מ נ' אלישר בע"מ (פורסם בנבו, 22.2.2005).

17 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס.

18 ע"א 5131/10 אזימוב נ' בנימיני (פורסם בנבו, 7.3.2013) (להלן: ע"א אזימוב). בקשה לדין נוסף בפסק הדין נדחתה (ראו דנ"א 2532/13 בנימיני נ' אזימוב (פורסם בנבו, 21.5.2013)).

19 ע"א אזימוב, שם, פס' 3 ו-5 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות.

בנסיבות העניין וכי אי-הצדק שייגרם מהאכיפה הוא חמור ומהותי במיוחד<sup>20</sup>. בית המשפט קיבל את הערעור והורה על אכיפת ההסכם בין הצדדים.

לפני יותר מעשרים שנה אחד מאתנו הביע הסתייגות מרטוריקה זו.<sup>21</sup> אולם להוציא הסתייגות זו,<sup>22</sup> הספרות המשפטית שותפה לעמדה הנחרצת שהובעה בפסיקה בדבר המהפך שחולל חוק התרופות בהעניקו מעמד בכורה לתרופת האכיפה. בין היתר, באה עמדה זו לידי ביטוי בכתיבתם של אורי ידין (מי שעמד בראש הוועדה שהכינה את החוק),<sup>23</sup> זאב צלטנר,<sup>24</sup> גבריאלה שלו ויהודה אדר,<sup>25</sup> דניאל פרידמן ונילי כהן,<sup>26</sup> דוד קציר,<sup>27</sup> מיגל דויטש<sup>28</sup> ואחרים.<sup>29</sup>

לא זו אף זו, השינוי שחולל חוק התרופות במעמדה של תרופת האכיפה נתפס כשינוי בתפיסת מהותו של החוזה: "החוזה אינו רק מקור לחובת תשלום פיצויים בגין אי-קיום האמור בו, אלא הוא, בראש ובראשונה, מקור לקיום החיובים, הקבועים בו".<sup>30</sup> במילים אחרות, "כאשר נעשה חוזה למכירת סוס, רוכש הקונה זכות לקבלת סוס ולא זכות לפיצויים בגין אי-קבלת סוס".<sup>31</sup> תפיסה עקרונית זו הנחתה את בית המשפט בפיתוח דיני האכיפה: למשל, אכיפה באמצעות מינוי של כונס נכסים להשלמתו של פרויקט בנייה<sup>32</sup> והנכונות להורות על אכיפה תוך שערור התמורה שכנגד בתקופות של אינפלציה גבוהה.<sup>33</sup> היא הנחתה את בית המשפט אף מחוץ לדיני האכיפה, כגון בעניין ההכרה הרחבה בזכותו של

20 שם, פס' 18.

21 איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 676-679 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גר טדסקי עורך, 1994) (להלן: זמיר חוק חוזה קבלנות).

22 תימוכין להסתייגות זו הוצגו לאחרונה במאמר של יונתן ארבל. ראו Yonathan A. Arbel, *Contract Remedies in Action: Specific Performance*, 118 W. VA. L. REV. 369 (2015); כן ראו ה"ש 104-99 להלן והטקסט הסמוך להן.

23 אורי ידין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 54 (מהדורה שנייה, בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גר טדסקי עורך, 1979).

24 זאב צלטנר "דיני חוזים (הוראות כלליות)" הפרקליט כח 329, 331-334 (1973); זאב צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל כרך א' 401 (1974).

25 גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 191-194 (2009).

26 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד' 104-105 (2011). ראו גם נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" עיוני משפט לג 241, 249 (2010).

27 דוד קציר תרופות בשל הפרת חוזה כרך א' 294-297 (1991).

28 מיגל דויטש "הנדרסת" הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – הצעת מבנה" משפטים כט 587, 606 (1999); מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כרך א' 301-307 (2005).

29 ראו למשל שירלי רנר "דיני חוזים – מגמות והערכה" משפטים כא 33, 53 (1991); רנה סנילביץ "האם אכיפת חיוב כספי יכולה להיות בלתי צודקת?" ספר זיכרון לגד טדסקי 563, 563 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראביליו וגבריאלה שלו עורכים, 1995); עלי בוקשפן המהפכה החברתית במשפט העסקי 367-373 (2007); מאיה לקשטיין סעדים עצמיים חוזיים 28-29 (2011); אלעד פלד "תרופת האכיפה בדיני הנויקין" דין ודברים ו' 602, 614 (2012).

30 עניין נוביץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 542.

31 ד"נ 20/82 אדרס חמרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, 277 (1988).

32 עניין עוניסון, לעיל ה"ש 5.

33 ראו למשל, עניין רבינאי, לעיל ה"ש 5.

הנפגע ליטול את רווחי המפר מההפרה, מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, שנשמכה בין היתר על מעמדה של תרופת האכיפה במשפטנו.<sup>34</sup> מעמדה של תרופת האכיפה משפיע על סוגיות אחרות, כגון השאלה אם הנושה רשאי להתעלם מההפרה צפויה ולדבוק בחוזה.<sup>35</sup> לבסוף, מעמדה של תרופת האכיפה במשפטנו נתפס בעיני אחדים מהשופטים כמנוגד לתורת ההפרה היעילה (שבה נדון להלן), המזוהה עם הגישה הכלכלית למשפט, ואף כנימוק לדחייתה של גישה זו:<sup>36</sup>

הגישה הכלכלית אינה נותנת די משקל לשיקולים שלא ניתן ליתן להם משקל כלכלי. דיני החוזים לא באו אך להגביר את היעילות הכלכלית. הם באו לאפשר חיי חברה תקינים. חוזה יש לקיים – ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו – כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם.

לפי החקיקה, הפסיקה והספרות המשפטית יש להניח אפוא שבעקבות חוק התרופות גדלה מאוד הנכונות של בתי המשפט לפסוק את תרופת האכיפה ובעקבותיה אף הנטייה של נפגעים מהפרת חוזה לתבוע תרופה זו.

## ב. סיבות לספקנות

על אף ההסכמה הרחבה בקרב המחוקקים, השופטים והמלומדים, ניתן לפקפק אם אמנם חולל חוק התרופות את המהפכה המיוחסת לו, הלכה למעשה. בחלק זה נדון בארבע קבוצות של סיבות לספקנות בעניין זה: קיומם של שיקולי מדיניות כבדים בעד ונגד תרופת האכיפה, שבגינם קשה להניח ששיטת משפט כלשהי תנקוט עמדה קיצונית – לכאן או לכאן – בסוגיה זו; התובנה הרווחת במשפט ההשוואתי, שגם שיטות משפט המאמצות נקודות מוצא דוקטרינריות מנוגדות, במקרים רבים מתקרבות זו לזו הלכה למעשה; הברדלים טרמינולוגיים ונימוקים דוקטרינריים שבגינם הפער בין הדין הנוהג לדין שקדם לחוק קטן ממה שנחזה בראשונה; ושיקולים מעשיים המשפיעים על תביעת אכיפה ועל פסיקתה בידי בית המשפט.

### 1. שיקולי מדיניות בעד ונגד תרופת האכיפה

בחלק זה נמנה בקצרה שיקולים שונים – דאונטולוגיים, תוצאתיים ומוסדיים – בעד ונגד הכרה נרחבת באכיפה כסעד הראשון במעלה בשל הפרת חוזה. מטרתו העיקרית של הדיון להראות שקיימים נימוקים מוסריים, חברתיים, כלכליים ומוסדיים כבדי משקל בעד ונגד פסיקתה של תרופת האכיפה – נימוקים העושים את הסוגיה לאחת המורכבות בדיני חוזים

34 עניין אדרס, לעיל ה"ש 31, בעמ' 275–279.

35 ראו למשל גד טרסקי "סיכול החוזה בהיפסק ענין הנושה בביצוע החייב" מסות במשפט 106, 181–182 (1978); גבריאלה שלו דיני חוזים 486–487 (מהדורה שנייה, 1995).

36 עניין אדרס, לעיל ה"ש 31, בעמ' 278.



ובמשפט הפרטי בכלל.<sup>37</sup> מורכבות זו מערערת את הסברה שבנושא זה עבר המשפט הישראלי למעשה מקיצוניות לקיצוניות, כמשתמע מן הפסיקה והספרות. כאשר שיקולי מדיניות כבדי משקל מושכים בכיוונים הפוכים, ניתן לשער – הגם שהדבר אינו הכרחי – שבפועל יאמץ המשפט גישה ביניים מורכבת, ולא גישה נחרצת לכאן או לכאן.

#### (א) שיקולים דאונטולוגיים

עם השיקולים המרכזיים להענקת אכיפה כדבר שבשגרה, ניתן למנות בראש ובראשונה את החובה המוסרית לקיים הבטחות. ביטוי מודרני לתפיסה של החוזה כאגד של הבטחות מצוי בספרו רב ההשפעה של Charles Fried משנת 1981.<sup>38</sup> לפי התפיסה הליברלית, כל אדם הוא אישיות אוטונומית. על כל אדם להתייחס לזולתו כתכלית, ולא כאמצעי להשגת מטרתו שלו.

כאשר אדם מקבל עליו מרצונו הטוב והחופשי התחייבות כלשהי, עליו לעמוד בהתחייבותו, שאם לא כן הוא אינו מכבד את הזולת. הבטחות, לרבות חוזים, מאפשרות לאנשים ליהנות ממאמציהם וממשאביהם של אחרים בלי לפגוע באוטונומיה של האחרונים, משום שהדברים נעשים בהסכמה. הרעיון הליברלי מציב סייג או אילוץ דאונטולוגי לחופש הפעולה של הפרט: הפרת חוזה אינה מתיישבת עם הדרישה המוסרית להתייחס בכבוד לצד השני לחוזה. לדידו של פריד, החובה המשפטית לקיים חוזים נובעת מהחובה המוסרית לקיים הבטחות.<sup>39</sup> בהעניקו תרופות בשל הפרת החוזה, המשפט רואה במבטיח יצור אוטונומי, רציונלי, בוגר ואחראי.

מאחר שפריד התמקד במתן הצדקות לדין הנוהג בארצות הברית, הוא טען שפיצויי ציפייה – פיצויים המיועדים להעמיד את הנפגע במצב שבו היה נמצא אילו קיים החוזה – מגשימים באורח מלא את הציווי המוסרי לקיים הבטחות,<sup>40</sup> ולא דן כלל בתרופת האכיפה. אולם כפי שטענו בצדק מבקריו של פריד, אם המטרה של דיני התרופות היא לתת לנושה את התמורה החוזית שהובטחה לו, הרי התרופה המתבקשת היא, בראש ובראשונה, אכיפה.<sup>41</sup> לאחרונה הכיר פריד בכך שהקשר בין עקרון ההבטחה לפיצויי ציפייה אינו הכרחי.<sup>42</sup>

37 הדיון שלהלן הוא תמציתי. לניתוח מפורט יותר של תרופת האכיפה באספקלריה של התיאוריות השונות של דיני חוזים, ראו לאון אנידג'ר הדין והתיאוריה של אכיפת חוזה 6–50 (עבודת גמר לתואר "דוקטור במשפטים", האוניברסיטה העברית בירושלים – הפקולטה למשפטים, 2017).

38 CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE: A THEORY OF CONTRACTUAL OBLIGATION (1981).

39 שם, בעמ' 7–17. על טיעון זה ועל המסקנות המשפטיות שגזור ממנו פריד נמתחו ביקורות מביקורות שונות, שעיון בהן חורג מהמסגרת הנוכחית. ראו למשל Patrick S. Atiyah, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation*, 95 HARV. L. REV. 509 (1981); Anthony T. Kronman, *A New Champion for the Will Theory*, 91 YALE L.J. 404 (1981); Richard Craswell, *Contract, Default Rules and the Philosophy of Promising*, 88 MICH. L. REV. 489 (1989). DORI KIMEL, FROM PROMISE TO CONTRACT: TOWARDS A LIBERAL THEORY OF CONTRACT (2003).

40 ראו FRIED, לעיל ה"ש 38, בעמ' 17–19. לעמדה דומה ראו Daniel Markovits, *Making and Keeping*, 92 VA. L. REV. 1325, 1361 (2006).

41 ראו KIMEL, לעיל ה"ש 39, בעמ' 95; Liam Murphy, *The Practice of Promise and Contract*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 151, 156–157 (Gregory Klass,

כמובן, מי שכופר בחובה המוסרית לקיים הבטחות במקרים שבהם ההפרה אינה גורמת נזק למקבל ההבטחה,<sup>43</sup> או אף במקרים שבהם אי-קיום יביא לתוצאות טובות יותר בסך הכול<sup>44</sup> – כמו גם מי שכופר בכך שחווה הוא מקרה פרטי של הבטחה – עלול שלא להשתכנע מהטיעון הליברלי בעד תרופת האכיפה. לדידם של בעלי שיטות אלה, דיבורים על "קדושת החוזה" נשמעים כפטישיזם – האלהה של מוסד חברתי שאיננו אלא מכשיר להשגת תכליות מעשיות. אם חוזה הוא מכשיר להשגת תוצאות, ואם נוצר מצב שבו חוזה כלשהו שוב אינו משיג אותן תוצאות, או שיש דרכים טובות יותר להשיגן, אין מקום לדבוק בו כאילו הוא תכלית לעצמו.

זאת ועוד, אל מול השיקול הליברלי בעד הרחבת הזכאות לתרופת האכיפה ניתן להעלות שיקול ליברלי נגדי: הפגיעה בחירות הפרט שתרופה זו כרוכה בה. כאשר עוברים מהמשור המוסרי למישור המשפטי, השאלה איננה רק מדוע יש לקיים הבטחות או חוזים, אלא גם ובעיקר מדוע ראוי להפעיל את כוח הכפייה של המדינה כדי להכריח אנשים לקיים את התחייבויותיהם. גם אם מקבלים את עמדתו (השנויה במחלוקת) של פריד, שהחובה המשפטית לקיים חוזים נובעת מהחובה המוסרית לקיים הבטחות, השיקול הליברלי קורא למזער את הפגיעה בחירותו של המפר בתגובה להפרה. כל עוד הדין מגשים את המטרה של מתן תוקף לחובה המוסרית לקיים התחייבויות, מוטב להשיג מטרה זו באמצעים הכרוכים בפגיעה פחותה בחירות הפרט. במקרים רבים – בייחוד כאשר מדובר בחיובי עשייה (להבדיל מחיובי נתינה), בחיובים פוזיטיביים לבצע פעולה (להבדיל מחיובי הימנעות מפעולה), ובחיובים בעלי אופי אישי – השיקול הליברלי מהווה אפוא שיקול נגד תרופת האכיפה ובעד הסתפקות בתרופות כספיות.<sup>45</sup> כך למשל, כפיית אדם לבצע מלאכה כלשהי במשך פרק זמן ארוך פוגעת קשות בחירותו. כפי שציין השופט זוסמן בעניין צרי, "ריח של עבדות" נודף מכפייה על אדם לעבוד בניגוד לרצונו.<sup>46</sup> אף במקרים מובהקים פחות, שיקולי הוגנות דורשים לאזן בין האינטרסים של שני הצדדים. ייתכן שהמפר הפר שלא באשמתו (גם אם אין מדובר בנסיבות העולות כדי סיכול), וייתכן שאכיפת חיוביו תסב לו נזק רב,

George Letsas & Prince Saprai eds., 2014); Seana Shiffrin, *The Divergence of Contract and Promise*, 120 HARV. L. REV. 708, 722–724 (2007)

42 Charles Fried, *The Ambitions of Contract as Promise*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 17, 25 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014)

43 זו עמדתם של מי שסבורים כי במרכז דיני החוזים עומדים האיטורים לגרום נזק לזולת ולהתעשר על חשבוננו, ולא האיטור להפר הבטחות כשהוא לעצמו. לדין ראו למשל, PATRICK S. ATIYAH, PROMISES, MORALS, AND LAW (1981)

44 זו העמדה השלטת בניתוח הכלכלי של המשפט, שיידון להלן.

45 KIMEL, לעיל ה"ש 39, בעמ' 95–109; שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 187–188. לדין נוסף בטיעון זה ראו Stephen A. Smith, *Performance, Punishment and the Nature of Contractual Obligation*, 60 MOD. L. REV. 360, 369 (1997); Rosalie Jukier, *Taking Specific Performance Seriously: Trumping Damages as the Presumptive Remedy for Breach of Contract*, in TAKING REMEDIES SERIOUSLY, 85, 94–97 (Robert J. Sharpe & Kent Roach eds., 2010); Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*, 93 CAL. L. REV. 975, 1020 (2005)

46 עניין צרי, לעיל ה"ש 4, בעמ' 385.

ואילו האינטרסים של הנפגע יוגנו בצורה הולמת גם באמצעות סעד כספי חלופי. במקרים כאלה, טיעונים ליברליים ונימוקי הוגנות תומכים בהימנעות מתרופת האכיפה. לצד השיקול הליברלי-אינדיווידואליסטי, ניתן לייחס לערך של כיבוד הבטחות חשיבות חברתית כללית. כיבוד הבטחות בכל תחומי החיים הוא חלק מהדבק בין חברי החברה. התחייבות יוצרת אמון והסתמכות של הצד האחר, וכיבוד מלא של אמון והסתמכות אלה דורש לקיים את ההתחייבות (ושלא להסתפק בתשלום פיצויים במקום הקיום). כמצוטט לעיל, בעניין אדרס הכריז השופט ברק שקיום הבטחות עומד ביסוד חיינו כחברה וכעם.<sup>47</sup> הסתפקות בפסיקת פיצויים נותנת גושפנקה, אף אם עקיפה וחלקית, להפרת התחייבויות, ובכך פוגעת בחברה כולה. משמעות הדבר, שלאדם אשר התקשר בחוזה אין ברירה לגיטימית בין קיום החוזה ובין תשלום פיצויים חלף הקיום. השיקולים המוסריים והחברתיים דלעיל משמיעים שהפרת חוזה היא דבר פסול גם אם המפר נכון לשלם פיצויים לנפגע, ולכן יש לעמוד על תרופת האכיפה. השיקול החברתי מעביר את מרכז הכובד מן הצדדים לחוזה אל החברה בכללותה ומשיקולים של צדק בדיעבד לשיקולים של הכוונת התנהגות לעתיד. נפנה אפוא לבחינת הסוגיה מנקודת מבט תוצאתית.

#### (ב) שיקולים תוצאתיים

כאשר עוברים משיקולים דאונטולוגיים של רצון, חירות והוגנות לשיקולים תוצאתיים של השאת הטוב החברתי והכוונת התנהגות, השיקול המרכזי שמתבקש לבחון הוא שיקול ההרתעה. הטענה המתבקשת היא שדרך אפקטיבית במיוחד להרתיע אנשים מפני הפרות חוזים היא להבהיר להם מראש שבסופו של דבר הם יוכרחו לקיים את התחייבויותיהם. הרתעה כזו דרושה, משום שחוזים הם הבסיס לכלכלת השוק ולהקצאה המיטבית של משאבים בחברה. הפרה מועילה למפר, אך פוגעת בחברה בכללותה, בין היתר משום שהיא מכרסמת בנורמה שחוזים יש לקיים, העומדת ביסוד כלכלת השוק. כפי שכותבים שלו ואדר, פסיקתה של אכיפה לעיתים קרובות עשויה לכוון "ביטחון ואמון [ש] הם תנאי חיוני לכינונה של כלכלת שוק המבוססת על הקצאה פרטית, רצונית וחופשית, של משאבים באמצעות חוזים".<sup>48</sup>

תשובה אפשרית לטיעון זה היא, שניתן להשיג הרתעה חזקה עוד יותר מפני הפרות חוזים על ידי נקיטת סנקציות חמורות יותר על הפרות, כמו סעדים כספיים העולים על אינטרס הציפייה, פיצויים עונשיים, ואולי אף סנקציות מנהליות ואחרות. אולם התשובה הרווחת יותר בקרב מי שמדגישים את תפקידו של המשפט כאמצעי להכוונת התנהגות, ובראשם אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט, היא שהשאת הרווחה החברתית הכוללת איננה דורשת להשיג הרתעה מרבית מפני הפרות חוזים, אלא דווקא הרתעה אופטימלית, כלומר יעילה. הניתוח הכלכלי אינו מכיר באילוץ דאונטולוגי נגד הפרת הבטחות או חוזים, אלא דוגל בהמרצת אנשים לפעול באופן שיקדם את הרווחה החברתית הכוללת – גם אם הדבר כרוך בהפרת הבטחות. כלומר יש להמריץ אנשים לקיים את החוזה כל עוד הקיום מקדם את התועלת החברתית, ולהימנע מקיום כאשר אי-קיום מקדם את התועלת החברתית. טיעון זה,

47 עניין אדרס, לעיל ה"ש 31, בעמ' 278.

48 שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 186.

שנודע בכינוי תורת ההפרה היעילה, ממשיך להעסיק את התיאורטיקנים של דיני חוזים עשרות שנים מאז הועלה לראשונה.<sup>49</sup>

כאמור, מנקודת מבט כלכלית, הכלל הראוי איננו "חוזים יש לקיים" אלא "חוזים יש לקיים, זולת אם יעיל יותר להפר אותם". אם סך כל התועלת מקיומו של חוזה נמוכה יותר מסך כל התועלת מאי-קיומו, הרי מוטב שהחוזה יופר. כדי שהחייב יפר את החוזה אם ורק אם ההפרה יעילה, יש להבטיח שהוא יפנים את העלויות שההפרה מטילה על הנפגע. לפי הטעון הבסיסי, הדבר תומך בפיצויי ציפיה כתרופה בשל הפרת חוזה, משום שפיצויים נמוכים יותר יביאו לידי הפרות רבות מדי (גם כאשר נזקי הנפגע עולים על רווחי המפר), ופיצויים גבוהים יותר יביאו לידי הפרות מעטות מדי (גם כאשר נזקי הנפגע נופלים מרווחי המפר מההפרה). בעולם המודלים הכלכליים, פיצויי ציפיה, המעמידים את הנפגע במצב שבו היה נמצא אילו קיים החוזה, הם התרופה שבה יבחר מראש שני מתקשרים רציונליים כדי להשיא את הרווח הכולל מהעסקה – רווח שיתחלק ביניהם באורח כלשהו באמצעות המחיר שעליו יסכימו. אכיפה, לעומת זאת, עלולה למנוע הפרות יעילות ולכן אינה רצויה לצדדים מלכתחילה.<sup>50</sup>

טיעון זה חשוף לביקורות שונות. מקצת הביקורות עוסקות ביחס שבין פיצויי ציפיה כפי שהם נראים בעולם המודלים (הופכים את הנפגע לאדיש בין קיום החוזה ובין קבלת פיצויים בשל הפרתו) ובין פיצויי ציפיה כפי שהם במציאות. במציאות, הנפגע כמעט לעולם אינו אדיש לבחירה בין קיום לפיצויים בגלל התופעה הרווחת של פיצוי חסר. עם המכשולים הניצבים בדרכו של הנפגע לקבל פיצויים שיעמידו אותו במצב שבו היה נמצא אילו קיים החוזה ניתן למנות את הצורך להוכיח את הנזק ולכמת אותו, להוכיח קשר סיבתי בין ההפרה לנזק, לשכנע שהנזק היה צפוי באורח סביר מנקודת מבטו של המפר בעת הכריתה, להתמודד עם טענות של אי-הקטנת הנזק ואשם תורם, ולהתגבר על הרתיעה של בתי המשפט מפסיקת פיצויים על נזק לא ממוני בשל הפרת חוזה. אף אם התגבר על כל המכשולים הללו, ואף שעקרונית במשפטנו התובע זכאי לשיפוי על הוצאות ההתדיינות, במקרים רבים הפיצוי איננו מלא.<sup>51</sup> אם פיצויי ציפיה אינם הופכים את הנפגע לאדיש בין

49 ראו למשל Robert L. Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, 24 RUTGERS L. REV. 273 (1970), John H. Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, 1 J. LEGAL STUD. 277 (1972); Richard Craswell, Benjamin E. Hermalin & Avery W. Katz, *Contract Law*, in HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 3, 93–94 (Mitchell Polinsky & Steven Shavell eds., 2007); Gregory Klass, *Efficient Breach is Dead; Long Live Efficient Breach*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 362 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014); עמרי בן שחר ויובל פרוקציה "חוזים" הגישה הכלכלית למשפט 153, 200–222 (אוריאל פרוקציה עורך, 2012).

50 השו Alan Schwartz, *The Myth Promisees Prefer Supra-compensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures*, 100 YALE L.J. 369 (1990) (הטענה שפיצויים מוסכמים העולים על אינטרס הציפיה של הנפגע אינם משתלמים לאיש מהצדדים).

51 על התופעה של פיצוי חסר, שאינה מיוחדת למשפט הישראלי, ראו למשל איל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג–1973 486–492 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך, 2002) (להלן: זמיר חוק המכר (דירות)); G.H. TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ACCOUNT; (1988); Richard Craswell, *Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of*

קיום להפרה, הרי ישנו חשש ממשי שתהיינה הפרות לא יעילות, וזה שיקול בעד תרופת האכיפה.<sup>52</sup>

שיקול זה – התומך בהענקתה של תרופת האכיפה גם מנקודת מבטה של תיאוריית הרצון או ההבטחה – חזק במיוחד במקרים שבהם יש הסתברות גבוהה שהערך הסובייקטיבי שהנושה מייחס לקיום החוזי גבוה משווי השוק שלו, כפי שקורה לעיתים קרובות בחוזים לרכישת מקרקעין או מיטלטלין ייחודיים (כגון יצירת אמנות מקורית). הן מנקודת מבט של תיאוריית הרצון הן מנקודת מבט של יעילות כלכלית, יש להעמיד את הנפגע במצב קרוב ככל האפשר לזה שבו היה אילו קיים החוזה, כלומר לפצותו לפי הערך הסובייקטיבי שהוא מייחס לקיום. דא עקא שלנפגע יש אינטרס ברור להפריז בהצגה של ערך סובייקטיבי זה, ולכן הפיצוי מחושב בדרך כלל לפי שווי השוק של הזכאות. תרופת האכיפה מיתרת קושי זה, משום שהיא נותנת לנושה את הדבר שלשם קבלתו התקשר בחוזה (ואם החייב מייחס לפטור מקיום חיובו ערך גבוה יותר, הוא יכול לשאת ולתת עם הנושה על פטור מהקיום).<sup>53</sup>

אולם, כפי שטענו Daniel Markovits ו־Alan Schwartz, פיצויים עשויים להיות עדיפים על אכיפה גם אם אין בכוחם להפוך את הנפגע לאדיש לבחירה בין קיום לפיצויים. די בכך שהתועלת לחייב מהאפשרות להפר את החוזה תוך תשלום פיצויים רבה יותר משווי הזכות לאכיפה לנושה. במצב דברים זה, דין השולל אכיפה ישתלם לשני הצדדים משום שהוא יבוא לידי ביטוי במחיר שהחייב ישלם – זהו הדין הדיספוזיטיבי ששני צדדים רציונליים יעדיפו.<sup>54</sup> יש המוסיפים ומסיקים מניתוח זה כי הפרות יעילות אינן מנוגדות כלל לחובה המוסרית לקיים הבטחות, משום שבהיעדר הסכמה מפורשת אחרת, כל חוזה כולל אופציה לקיים או לשלם פיצויי ציפיה (שאינם אלא דרך חלופית לקיום החוזה).<sup>55</sup>

- Efficient Breach*, 61 S. CAL. L. REV. 629, 637 (1988); William S. Dodge, *The Case for Punitive Damages in Contracts*, 48 DUKE L.J. 629, 664–665 (1999)
- Alan Schwartz, *The Case for Specific Performance*, 89 YALE L.J. 271, 274–278, 284–291 (1979) 52  
; ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בגין הפרת חוזה" עיוני משפט כב 685, 701 (1999); Klass, לעיל ה"ש 49, בעמ' 362, 370–368.
- Thomas S. Ulen, *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*, 83 MICH. L. REV. 341, 360–364 (1984) 53
- Daniel Markovits & Alan Schwartz, *The Myth of Efficient Breach: New Defenses of The Expectation Interest*, 97 VA. L. REV. 1939 (2011); Daniel Markovits & Alan Schwartz, *(In)Efficient Breach of Contract*, in OXFORD HANDBOOK OF LAW AND ECONOMICS 20 Richard Craswell, *Promises and Prices*, 45 SUFFOLK U. L. REV. 735 (2012). (Francesco Parisi ed., 2017) 54
- Steven Shavell, *Why Breach of Contract May Not Be Immoral Given the Incompleteness of Contracts*, 107 MICH. L. REV. 1569 (2009); Steven Shavell, *Is Breach of Contract Immoral?*, 56 EMORY L.J. 439 (2006); Richard Posner, *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, 107 MICH. L. REV. 1349 (2009) 55  
Seana V. Shiffrin, *Could Breach of Contract Be Immoral?*, 107 MICH. L. REV. 1551 (2009); EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, *LAW, ECONOMICS AND MORALITY* 265–267 (2010).

אולם ניסויים שערכה דפנה לוינסון-זמיר, לרכות בהשתתפות אנשים בעלי ניסיון מסחרי עשיר, מלמדים שהסכומים שאנשים דורשים כדי להסכים מראש לוותר על הקיום ולהסתפק בפיצויים, גבוהים להפליא, וחלק ניכר מהאנשים אינם מוכנים להסתפק בפיצויים תמורת שום הנחה במחיר!<sup>56</sup> כלומר, אם הקריטריון לעיצוב דיני התרופות הוא ההסדר שהמתקשרים היו מסכימים עליו מראש בעולם שבו העלות של ניהול משא ומתן היא אפס, הטיעון של שוורץ ומרקוביץ נכון בעולם המודלים, אך כנראה אינו נכון במציאות. זאת ועוד, בהסתמך על ממצאים ניסויים, הועלתה הטענה שכאשר לאנשים יש העדפה חזקה לקבל את אובייקט החוזה, עצם הנכונות שלהם לערוך את החוזה מלכתחילה גבוהה במידה ניכרת אם הם זכאים לאכיפת החוזה.<sup>57</sup> מחקרים אמפיריים נוספים הראו כי בניגוד לניתוח הכלכלי הסטנדרטי, אנשים שופטים הפרות חוזה המכוונות להגדיל את רווחיו של החייב בחומרה רבה יותר מאשר הפרות המיועדות להקטין את הפסדיו.<sup>58</sup>

בכך אין הדיון מסתיים. גם אם נניח שפיצויי ציפיה מעמידים את הנפגע במצב שבו היה נמצא אילו קיים החוזה, תורת ההפרה היעילה אינה מובילה בהכרח למסקנה שיש לשלול את זכאותו של הנפגע לאכיפה, משום שזכאות כזו לאו דווקא מונעת הפרה יעילה. נניח, למשל, שאדם שלישי מציע למוכר תמורת הממכר, שהוא נכס ייחודי, סכום העולה על שווי של הנכס לקונה. תורת ההפרה היעילה דורשת שבמקרה כזה יגיע הנכס לידיו של האדם השלישי, ולא לידי הקונה.<sup>59</sup> אולם גם אם הקונה זכאי לאכיפה, אין מניעה שהאדם השלישי ירכוש את הנכס מהקונה, או שהמוכר יבוא בדברים עם הקונה וישלם לו סכום שבעדו יוותר הקונה על זכותו החוזית, כך שיהיה ניתן להעביר את הנכס לאדם השלישי מבלי להפר את החוזה הראשון.

גם אם אין מדובר בקונה שני, אלא במניעת הפסדים שהקיום יגרום לחייב בשל עלייה בהוצאותיו, אכיפה לא תסכל מניעה של הפסדים אלה, משום שהחייב יוכל לשלם לנפגע סכום שיהיה כדאי לשניהם בעד ויתור על הקיום.<sup>60</sup>

התשובה הרווחת של מתנגדי האכיפה לטיעון זה היא שמשא ומתן לשחרור החייב מחובתו כלפי הנושה מתקיים בתנאים של מונופולין דו-צדדי ובהיעדר מידע מלא ומדויק על הזכאות של הקיום החוזי לכל אחד מהצדדים. לכן המשא ומתן עלול להיכשל או לפחות להתעכב. על כן, כך הטענה, יעיל יותר להפר ולשלם פיצויי ציפיה.<sup>61</sup> אולם טענה זו אינה

56 Daphna Lewinsohn-Zamir, *Can't Buy Me Love: Monetary versus In-Kind Remedies*, 2013 U. ILL. L. REV. 151 (2013) (להלן: Lewinsohn-Zamir, *Can't Buy Me Love*).

57 Christoph Engel & Lars Freund, *Behaviorally Efficient Remedies – An Experiment* (Working Paper No. 2017/17, 2017) available at <http://bit.ly/2A2xKpo>.

58 Johnathan Baron & Tess Wilkinson-Ryan, *Moral Judgments and Moral Heuristics in Breach of Contract*, 6 J. EMPIRICAL L. STUD. 407 (2009); Daphna Lewinsohn-Zamir, *Taking Outcomes Seriously*, 2012 UTAH L. REV. 861; Maria Bigoni et al., *Unbundling Efficient Breach: An Experiment*, 14 J. EMPIRICAL L. STUD. 527 (2017).

59 לאמיתו של דבר, במקרה כזה התוצאה היעילה תתרחש גם אם הקונה לא יקבל סעד כלשהו בשל ההפרה. הטעם לדרישה מהחייב לפצות את הנפגע הוא אינסטרומנטלי גרידא: להבטיח שלא תבוצענה הפרות שאינן יעילות.

60 Daniel Friedmann, *The Efficient Breach Fallacy*, 18 J. LEGAL STUD. 1, 4–6, 12 (1989).

61 Ulen, לעיל ה"ש 53, בעמ' 382–381.

משכנעת במיוחד. כפי שהסביר דניאל פרידמן, יישוב מחלוקות אחרי הפרה חד-צדדית של החוזה – בייחוד, אך לא רק, אם הן מביאות להתדיינות משפטית – יקר ומסובך הרבה יותר מאשר משא ומתן לפני הפרה בתנאי מונופולין דו-צדדי (או מרכישת הנכס מידי הקונה הראשון).<sup>62</sup> דווקא ההיכרות הממשית בין הצדדים לחוזה וההסכמות הקיימות ביניהם בקשת רחבה של נושאים הקשורים לחוזה, עשויות לסלול את הדרך להשגת הסכמה על שחרור החייב מחיובו תמורת פיצוי מתאים לנושה.<sup>63</sup> מכל מקום, מבחינות אלה יש הבדל בין חוזה למכירת נכס ייחודי קיים ובין חוזה לייצור נכס כזה, לביצוע מלאכה או למתן שירות. במקרה הראשון כישלון המשא ומתן בין החייב לנושה לא ימנע את התוצאה היעילה, משום שהאדם השלישי המעוניין בנכס יוכל לרכוש אותו מהקונה, ואילו במקרים האחרונים כישלון המשא ומתן עלול להביא לבזבז משאבים (ולנקיטה מראש של צעדים יקרים למניעת בזבז כזה).<sup>64</sup> בהקשר זה אף הועלו טיעונים סותרים במענה לשאלות כיצד עצם הזכאות לתרופת האכיפה משפיעה על הערך שהקונה מייחס לזכותו החוזית וכיצד הבחירה בין לקיחה חד-צדדית של זכות זו בידי החייב המפר, ובין לקיחתה בהסכמה, משפיעה על הסיכוי שהצדדים יגיעו להסכמה על גובה התשלום לנושה, לאור תובנות התנהגותיות.<sup>65</sup>

אם מתמקדים בסיטואציה הפרדיגמטית, שבה מוכר יכול להפר את החוזה ולמכור את הנכס לאדם שלישי המעריך את הנכס יותר מאשר הקונה, ניתן לומר שתורת ההפרה היעילה מקצה את הסיכוי להפיק את הרווח הנוסף למוכר החייב. ההנחה המשתמעת היא שהערך של הזדמנות זו בעיני המוכר גבוה יותר מאשר בעיני הקונה: זהו הכלל הדיספוזיטיבי המשקף את מה שרוב הצדדים היו קובעים בחוזה שביניהם בהיעדר עלויות עסקה, משום שאדם שלישי המעוניין לרכוש את הנכס או השירות יפנה מטבע הדברים למי שעיסוקו בהספקת אותם נכסים או שירותים ולא למי שבמקרה רכש אותם מהמשווק. אולם הנחה זו איננה מובנת מאליה. אם, למשל, החוזה נערך בין יצרן לסיטונאי או בין סיטונאי לקמעונאי, ייתכן שהאדם השלישי יפנה דווקא לקונה.<sup>66</sup> לבסוף, אם הצדדים יכולים להתנות מראש על

62 שם, בעמ' 382–383, Friedmann; לעיל ה"ש 60, בעמ' 6–7.

63 Ulen, לעיל ה"ש 53, בעמ' 371–376.

64 Steven Shavell, *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis*, 84 TEX. L. REV. 831 (2006).

65 Jeffrey J. Rachlinski & Forest Jourden, *Remedies and the Psychology of Ownership*, 51 VAND. L. REV. 1541 (1998); Ben Depoorter & Stephan Tontrup, *How Law Frames Moral Intuitions: The Expressive Effect of Specific Performance*, 54 ARIZ. L. REV. 673 (2012); Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioral Studies*, 80 TEXAS L. REV. 219 (2001). EYAL ZAMIR & DORON TEICHMAN, BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS 229–234 (2018). ראו גם דפנה לוינסון-זמיר "בזכות הגנה על זכויות באמצעות כללי קניין" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 197, 201–210 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

66 על כך ניתן להשיב, שמוטב להתמקד במקרים שבהם האדם השלישי פונה למוכר, משום שבמקרים שבהם הוא פונה לקונה לא תתעורר שאלת הסעדים בשל הפרה, משום שהחוזה בין המוכר לבין הקונה הראשון לא יופר. השאלה מתעוררת במקרים שבהם האדם השלישי פונה למוכר והלה מפר את החוזה

זכאותו של הנושה לתרופת האכיפה במקרה של הפרה, הדין הדיספוזיטיבי בעניין זה ישפיע על המשא ומתן בנושא, ובמיוחד על התמריצים של הצדדים לגלות זה לזה סוגים שונים של מידע.<sup>67</sup>

### (ג) שיקולים מוסדיים ומעשיים

לצד השיקולים הנורמטיביים העקרוניים, ניתן להעלות גם טיעונים מוסדיים ופרגמטיים בנוגע לתרופת האכיפה.<sup>68</sup> במישור המוסדי, מחד גיסא, ניתן לומר שעל המחוקק ובתי המשפט מוטל תפקיד חינוכי חשוב. עליהם להשריש בציבור נורמות מוסריות וחברתיות של כיבוד חוזים, ולכן עליהם להעניק את תרופת האכיפה ביד רחבה. מאידך גיסא, ניתן לומר שתפקידם של דיני החוזים אינו לחנך אנשים, אלא להביא להכרעות צודקות ויעילות בסכסוכים פרטיים. שיקול מוסדי אחר עניינו הפחתת העומס בבתי המשפט. מצד אחד, הכרה רחבה בתרופת האכיפה עשויה להרתיע במידה אפקטיבית יותר מפני הפרות חוזים, ואם תפחתנה ההפרות, יפחתו גם הסכסוכים המשפטיים ויפחת העומס בבתי המשפט בתחום זה. מהצד האחר, בהנחה שאכיפה היא תרופה אפקטיבית במיוחד, ניתן לטעון שדווקא פסיקה של תרופות אחרות (או אף אי־הענקה של תרופות כלשהן) צפויה להקטין את העומס בבתי המשפט: ככל שהסעד השיפוטי שהתובע יכול לצפות לו אפקטיבי פחות, כך פוחת התמריץ לפנות לבית המשפט מלכתחילה. כמובן, אל מול הטיעון האחרון עומד החשש שבהיעדר מערכת אכיפה משפטית אפקטיבית – כגיבוי למערכות תמריצים מוסריות, חברתיות וכלכליות – תפחת הנטייה לקיים התחייבויות והדבר עלול לפגוע בתפקוד השוק. שיקול מוסדי פרגמטי נוסף עניינו העלות של עיצוב והפעלה של תרופות שיפוטיות שונות. גם בהקשר זה ניתן להעלות טיעונים לכאן ולכאן. תרופת האכיפה חוסכת לבית המשפט את הצורך לתחום ולחשב את הפיצויים שיעמידו את הנפגע במצב כספי דומה לזה שבו היה נמצא אילו קיום החוזה. תיחום וחישוב אלה עלולים לדרוש הצגה ושקילה של ראיות רבות בדבר היקפו של הנזק, כימותו, הקשר הסיבתי בין ההפרה לנזק, אשם תורם,

עם הקונה הראשון, ולכן רק אלה הם המקרים שעליהם יש לחשוב כאשר קובעים את התרופה. סיבוך נוסף נובע מכך שהשאלה למי יפנה האדם השלישי אינה בלתי תלויה במצב המשפטי. אם הקונה זכאי לאכיפה, רבים הסיכויים שהאדם השלישי לא יפנה כלל למוכר, בידועו שרק אם ישיג את הסכמת הקונה, ישיג את הנכס. כמו כן, הזכאות לאכיפה מחלישה את התמריץ של החייב לתור אחר הזדמנויות לעסקאות יעילות יותר (ראו מדינה, לעיל ה"ש 52, בעמ' 699–700). השיקול האחרון נדון גם ובעיקר בקשר לתרופה של נטילת רווחי המפר. ראו למשל Sidney W. DeLong, *The Efficiency of Disgorgement as a Remedy for Breach of Contract*, 22 IND. L. REV. 737, 742–745 (1989); HANOCH DAGAN, *THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION* 272–277 (2004).

67 מדינה, לעיל ה"ש 52.

68 על שיקולים מוסדיים העשויים להצדיק שלילה של תרופת האכיפה, ראו למשל *Co-operative Insurance Society Ltd. v. Argyll Stores (Holdings) Ltd*, [1998] AC 1 (HL) 11 (appeal taken from Eng.); ANDREW S. BURROWS, *REMEDIES FOR TORTS AND BREACH OF CONTRACT* 475–481 (2004); אסנת יעקובי היציאה מהחבות החוזית: ממודל חד צדדי למודל מוסכם – מבט נוסף על תרופת האכיפה 46–50 (חיבור גמר לתואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת בר אילן, 2009); TREITEL, לעיל ה"ש 51, בעמ' 47; Schwartz, *The Case for Specific Performance*, לעיל ה"ש 52, בעמ' 292–296.



עמידה בנטל הקטנת הנזק וכדומה. אתגר זה גדול במיוחד כאשר החוזה מתייחס לנכס או לשירות ייחודיים, בין משום שאין להם מחיר שוק ברור ובין משום שהשווי הסובייקטיבי שמייחס להם הנושה עשוי להיות גבוה הרבה יותר משווי השוק שלהם. הן מנקודת מבט של תיאוריות ליברליות של דיני חוזים הן מנקודת מבט של יעילות כלכלית, על הדין לפצות את הנושה לפי השווי הסובייקטיבי שהוא ייחס לקיום החוזה. דא עקא שלנושה יש אינטרס ברור להפריז בתיאור השווי הסובייקטיבי שהוא ייחס לאובייקט החוזה, ולכן בתי המשפט אינם יכולים להסתמך בעניין זה על עדותו של הנפגע. תרופת האכיפה מייתרת את הצורך לזהות את הערך הסובייקטיבי שמייחס הנושה לקיום החיוב החוזי.

אל מול המקרים שבהם אכיפה היא סעד פשוט וזול יותר להפעלה מסעדים כספיים, ישנם מקרים שבהם דווקא הענקת אכיפה תטיל על מערכת האכיפה עלויות גבוהות יותר. כך הדבר כאשר מדובר באכיפת הביצוע של פרויקט מורכב וממושך, שביצועו דורש שיתוף פעולה הדוק בין הצדדים ופיקוח הדוק על התנהגות החייב. סעיף 3(3) לחוק התרופות נותן ביטוי מפורש לשיקול זה בכך שהוא שולל את האכיפה במקרים שבהם "ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל".

הניתוח דלעיל עסק בשיקולים דאונטולוגיים, תוצאתיים ומוסדיים החלים, פחות או יותר, על כלל החוזים. מלבד שיקולים אלה, ישנם שיקולים ספציפיים יותר העשויים לחול במקרים מיוחדים. כך למשל, פסיקתה של תרופת האכיפה עשויה להשפיע במישרין על האינטרסים של אנשים שלישיים. האדם השלישי עשוי לצאת נשכר מאכיפת החוזה, אם האכיפה חיונית כדי לאפשר לנפגע לקיים חיוב שנטל על עצמו כלפי האדם השלישי (למשל, כאשר אכיפת חיוב לספק מכונה תעשייתית תאפשר לקונה לייצר באמצעותה מוצרים שהתחייב לספק לאדם השלישי). במקרים אחרים – כמו במקרה של התחייבויות סותרות למכור אותו נכס לשני אנשים ובמקרה של אכיפת העסקה של עובד שפוטר שלא כדין ובינתיים נשכר אדם אחר להחליפו – אכיפה דווקא תפגע באינטרסים של האדם השלישי. יתרה מזו, פערים חמורים במסוימות עשויים להביא למסקנה שלא נכרת כלל חוזה בין הצדדים (גם אם הייתה גמירת דעת להתקשר בחוזה), ובמקרים חמורים פחות – למסקנה שאמנם נכרת חוזה, אך מוטב להסתפק במתן סעדים כספיים בשל הפרתו, ולא להורות על אכיפתו.<sup>69</sup>

עד כאן מקצת טעמי המדיניות בעד ונגד תרופת האכיפה. לאור הגיוון של שיקולים אלה ומשקלם הניכר, היה מפתיע במקצת אילו במישור המעשי, להבדיל מנקודות המוצא הדוקטרינריות, שיטות משפט מודרניות שונות היו מאמצות פתרונות מנוגדים זה לזה. מאותו טעם אף מתעורר ספק אם חולל חוק התרופות מהפך במעמדה המעשי של תרופת האכיפה במשפטנו.

69 ראו למשל ע"א 611/80 צדקה נ' הכהן, פ"ד לז(4) 313, 322–320 (1983); עניין סתם, לעיל ה"ש 5, בעמ' 765–766. הבחירה בין תרופות שונות עלולה להיות מושפעת גם משיקולים הנוגעים לתוקפו של החיוב הנאכף, כמו במקרה של חוזה בלתי חוקי, חוזה הנוגד את תקנת הציבור, או חוזה אחד מקפח. אמנם עקרונית יש להבחין בין הסוגיה של תוקף החיוב לבין הסוגיה של התרופות בשל הפרתו, אולם לפעמים ההבחנות מתעמעמות (ראו איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 52–53 (1996); איל זמיר "טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התרחשויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות הטועה" דין ודברים י 57, 88–89 (2018)).

**2. משפט השוואתי**

בהמשך לניתוח שלמעלה, אף הלקח שניתן ללמוד מהמשפט ההשוואתי עשוי לערער את העמדה הרווחת שלפיה חוק התרופות חולל, הלכה למעשה, מהפכה במעמדה של תרופת האכיפה. אחת הטענות השגרתיות בפי מומחים למשפט השוואתי היא שגם שיטות משפט הנבדלות מאוד במושגים ובכללים שלהן, לעיתים קרובות מגיעות לתוצאות מעשיות דומות במצבים דומים. בהקשר הנוכחי, הטענה היא שלמרות נקודות המוצא המנוגדות של המשפט האנגלו-אמריקני (שבו פיצויים הם הכלל וביצוע בעין החריג) ושל המשפט הקונטיננטלי (שבו תרופת האכיפה היא תרופה שגרתית בשל הפרת חוזה, הנשללת רק במקרים חריגים),<sup>70</sup> ההבדלים המעשיים בין שתי המשפחות של שיטות משפט אינם גדולים.

בעשרות השנים האחרונות ניטשת מחלוקת בין המלומדים בשאלה אם התפיסות הסותרות של שיטות המשפט השונות בנושא זה אכן מובילות לפרקטיקות שיפוטיות מנוגדות, או שמא בפועל רב המשותף מן המפריד בין השיטות. ישנם מלומדים, ובהם Solène Rowan ו-Lucinda Miller, הסבורים שההבדלים הדוקטרינריים באים לידי ביטוי מוחשי בחיי המעשה וכי יש פערים ניכרים בין השיטות.<sup>71</sup> מנגד, עם המלומדים שהביעו את התרשמותם כי קיימת התקרבות ניכרת בין שיטות המשפט הקונטיננטליות ובין שיטות המשפט המקובל מבחינת הנטייה להעניק את תרופת האכיפה, נמנים Frederick Lawson,<sup>72</sup> René David,<sup>73</sup> Louis Romero,<sup>74</sup> Guenter Treitel,<sup>75</sup> Konrad Zweigert ו-Hein Kötz,<sup>76</sup> Henrik Lando ו-Caspar Rose,<sup>77</sup> ו-Stephen Smith.<sup>78</sup>

- 70 E. Allan Farnsworth, *Comparative Contract Law*, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE LAW 899, 929–932 (Mathias Reiman & Reinhard Zimmerman eds., 2006); JAN M. SMITS, *CONTRACT LAW: A COMPARATIVE INTRODUCTION* 11 (2014).
- 71 Shael Herman, *Specific Performance: a Comparative Analysis*, 7 EDINBURGH L. REV. 5 (2003) (המחבר משווה בין הדין האמריקאי לדין הספרדי); SOLÈNE ROWAN, *REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE PROTECTION OF PERFORMANCE* 18–69 (2012); Anthony Ogus, *Remedies, English Report*, in *CONTRACT LAW TODAY – ANGLO-FRENCH COMPARISONS* 243, 259 (Donald Harris & Dennis Tallon eds., 1989); Lucinda Miller, *Specific Performance in the Common Law and Civil Law, Some Lessons for Harmonisation*, in *RE-EXAMINING CONTRACT AND UNJUST ENRICHMENT: ANGLO-CANADIAN PERSPECTIVES* 281, 301 (Paula Giliker ed., 2007).
- 72 FREDERICK H. LAWSON, *REMEDIES OF ENGLISH LAW* 213 (2nd ed. 1980).
- 73 RENÉ DAVID, *ENGLISH LAW AND FRENCH LAW* 126–127 (1980).
- 74 Louis J. Romero, *Specific Performance of Contracts in Comparative Law: Some Preliminary Observations*, 27 LES CAHIERS DE DROIT 785 (1986).
- 75 TREITEL, לעיל ה"ש 51, בעמ' 71.
- 76 KONRAD ZWIEGERT & HEIN KÖTZ, *AN INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW* 484 (Tony Weir trans., 3rd ed. 1998).
- 77 Henrik Lando & Caspar Rose, *The Myth of Specific Performance in Civil Law Countries*, 24 INT'L REV. L. & ECON. 473 (2004).

יהא אשר יהא גודל הפער בין השיטות המנוגדות, ברור למדי שבמהלך השנים הוא הולך ומצטמצם. כך למשל, Rowan מקדישה בספרה דיון נרחב להגנה הבלתי מתפשרת של הדין הצרפתי על הזכאות החוזית ומצביעה על כך שדין זה מעניק הגנה רחבה יותר לזכות החוזית מאשר הדין האנגלי.<sup>79</sup> אולם בשנת 2016 תוקן סעיף 1221 לקוד סיביל הצרפתי, וכעת הוא שולל מהנפגע את תרופת האכיפה לא רק במקרים שבהם ביצוע החוזה אינו אפשרי, אלא גם כאשר קיימת דיספרופורציה בין האינטרס של הנושה באכיפה ובין עלותה לחייב. תיקון זה לאו דווקא סוגר את הפער בין הדין הצרפתי לדין האנגלי, ומוקדם לחזות כיצד הוא יתפרש בפסיקה, אולם אין ספק שהוא מצמצם את הפער בין הדינים.<sup>80</sup> בד בבד, מעברה השני של תעלת למאנש (או, כפי שהיא מכונה באנגליה: "התעלה האנגלית"), גברה בעשרות השנים האחרונות הנכונות להעניק את סעד האכיפה, למשל בחוזי עבודה – התפתחות שאף היא תורמת לצמצום הפער בין השיטות.<sup>81</sup>

נראה כי הבדלי המינוח בין שיטות המשפט השונות (כמתואר להלן); קיומם של חריגים חשובים לכלל הבסיסי (עם מתאם ניכר בין המצבים שעליהם חל הכלל בשיטות המשפט האנגלו-אמריקניות ובין המצבים שעליהם חלים החריגים לכלל המנוגד בשיטות המשפט הקונטיננטליות, ולהפך); יחסי הגומלין בין הדין המהותי ובין הפרוצדורלי;<sup>82</sup> כמו גם פערים בין הרטוריקה המשפטית ובין הפרקטיקה השיפוטית – כל אלה מביאים לידי כך שהפערים בין שיטות המשפט השונות קטנים במידה ניכרת ממה שהם נחזים. במידה שזה אכן המצב במבט השוואתי, ניתן לשער שגם במשפט הישראלי, היפוך נקודת המוצא בנוגע למעמדה של תרופת האכיפה לאו דווקא הביא להפך אופרטיבי בפסיקה של תרופה זו.

- 78 STEPHEN SMITH, ATITYAH'S INTRODUCTION TO THE LAW OF CONTRACT 386 (2006). ראו גם Leon Y. Anidjar, *Globalization of the Law of Specific Performance in Contracts: Israel as a Case Study*, 12 J. COMP. L. 22 (2017).
- 79 ROWAN, לעיל ה"ש 71, בעמ' 38–56.
- 80 Jan M. Smits & Caroline Calomme, *The Reform of the French Law of Obligations: Les Jeux Sont Faits*, 23 MAASTRICHT J. EUR. & COMP. LAW 1040 (2016); Rowan Solène, *The New French Law of Contract*, 66 INT'L & COMP. L. Q. 805 (2017); Yves-Marie Laithier, *Exécution Forcée en Nature*, in THE CODE NAPOLEON REWRITTEN: FRENCH CONTRACT LAW AFTER THE 2016 REFORMS 257 (John Cartwright & Simon Whittaker eds., 2017).
- 81 GARETH JONES & WILLIAM GOODHART, SPECIFIC PERFORMANCE ראו לתיאור ההלכה האנגלית 171–172 (1996); Peter Charleton, *Employment Injunctions: An Over-Loose Discretion*, 9(2) JUDICIAL STUD. INST. J. 1, 6–7 (2009); CHITTY ON CONTRACTS vol. 1: General Principles Martha S. 1979–1982 (32d ed. 2015).
- 82 West, *The Case against Reinstatement in Wrongful Discharge*, 1988 U. Ill. L. Rev 1. כך למשל, לפי ס' 887 לקוד הפרוצדורה האזרחית הגרמני, כאשר בית המשפט מורה על אכיפה של חיוב לבצע פעולה כלשהי, אך החייב אינו מבצע אותה, ואותה פעולה יכולה להיעשות בידי אדם אחר, בית המשפט מוסמך להורות על ביצוע הפעולה בידי אדם שלישי על חשבונו של החייב. במקרה כזה, אף שניתן צו אכיפה, התוצאה הסופית היא סעד כספי חלופי. לדין באופני האכיפה השונים בדין הגרמני ראו BASIL S. MARKESINIS, HANNES UNBERATH & ANGUS JOHNSTON, THE GERMAN LAW OF CONTRACT: A COMPARATIVE TREATISE 403–406 (2006).

### 3. מינוח, סיווג, כללים וחריגים

מורכבותם של שיקולי המדיניות בעד ונגד תרופת האכיפה, והטיעונים ההשוואתיים שלפיהם הפער המעשי בין המשפט האנגלו-אמריקני לשיטות משפט קונטיננטליות קטן בהרבה ממה שנראה במבט ראשון, קוראים להשוואה בין הדין הישראלי הנוהג ובין הדין הישראלי שקדם לו, אשר לכאורה מייצגים שתי גישות מנוגדות. כמה הבדלי מינוח וסיווג בין שני המשטרים המשפטיים, כמו גם בחינה קרובה של הדינים, מעוררים ספק בעניין קיומו של פער גדול בין הדינים.

ראשית, אין חפיפה בין המונח "ביצוע בעין" – תרגומו של הביטוי האנגלי specific performance – ובין המונח "אכיפה" בחוק התרופות. האחרון כולל במפורש גם "צו לסילוק חיוב כספיים" (לפי הגדרת אכיפה בסעיף 1 לחוק התרופות), ואילו הראשון אינו מקיף חיובים כספיים. לפי המינוח המקובל באנגליה, תביעת חוב, debt, אינה נתפסת כלל כמקרה של specific performance – ביטוי הכולל רק חיובים שאינם כספיים. כאשר מדובר בחיובים כספיים, כגון חיובו של קונה לשלם את המחיר או חיובו של לוה לפרוע את ההלוואה, בתי המשפט באנגליה מעניקים צו המחייב לבצע את התשלום כדבר שבשגרה, ואין מדובר כלל בתרופה מן היושר הכפופה לשיקול דעתו של בית המשפט.<sup>83</sup> הנכונות הרחבה לאכוף חיובים כספיים אינה נתפסת אפוא כחריג לכלל השולל ביצוע בעין, משום שהכלל אינו חל על אכיפת חיובים כאלה. לאמיתו של דבר, יש מקום לטענה שחוק התרופות גורע מזכותו של הנושה לאכיפה של חיוב כספי בהשוואה לדין הקודם, משום שכעת גם אכיפה של חיוב כזה כפופה לסייג הצדק שבסעיף 3(4) לחוק.<sup>84</sup>

הוא הדין בחיובי הימנעות חוזיים. אף חיובים כאלה נאכפים בדין האנגלי כדבר שבשגרה. בדומה לאכיפה של חיובים כספיים, אכיפה של חיובי הימנעות, כגון חיוב להימנע מתחרות, אינה נתפסת כחריג לכלל השולל ביצוע בעין, משום שצו מניעה (injunction) אינו כלול במושג הביצוע בעין.<sup>85</sup> נמצא שגם בנוגע לצווי לא-תעשה (שלפי הגדרת "אכיפה" בסעיף 1 לחוק התרופות נכללים בביטוי "אכיפה") לא חולל חוק התרופות שינוי במצב המשפטי שקדם לו.

לצד שני אלה, החריג המרכזי לשלילת הזכות לביצוע בעין לפי המשפט האנגלו-אמריקני מתייחס לעסקאות במקרקעין. מאחר שהן לפי המשפט המקובל ולפי הדין שקדם לחוק התרופות, הן לפי הדין הנוכחי, חוזים למכר מקרקעין נאכפים כדבר שבשגרה, גם מבחינה זו אין לצפות להבדל של ממש בין הדינים. לפני שנים אחדות בדק מנחם מאוטנר את כל פסקי הדין של בית המשפט העליון בתחום דיני החוזים שפורסמו בקובץ פסקי הדין של בית המשפט העליון בערך "חוזים" בשישים שנותיה הראשונות של ישראל (כרך א' עד כרך ס'). הוא מצא ששיעורם של חוזי מכר מקרקעין בפסיקתו של בית המשפט

83 BURROWS, לעיל ה"ש 68, בעמ' 433.

84 לדיון ביקורתי בטענה זו ראו סנילביץ, לעיל ה"ש 29; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 147–163. ס' 447(ב1) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, שולל את תחולתו של סייג הצדק על אכיפה של חיוב כספי "ובלבד שהנפגע קיים את חיוביו על פי החוזה, המזכים אותו בפירעון החוב, בלי שהמפר התנגד לקיום החיובים".

85 BURROWS, לעיל ה"ש 68, בעמ' 527–529.

העליון עומד על 26% ושיעורן של כלל העסקאות במקרקעין (לרבות שכירות ועסקת קומבינציה) עומד על 86.36.5%<sup>86</sup> ממצאים אלו מלמדים כי דיני החוזים של ישראל מתפתחים במידה רבה על גבן של עסקאות המקרקעין. ייצוגן של עסקאות אלה בפסיקתו של בית המשפט העליון גבוה במידה ניכרת מייצוגה של כל עסקה אחרת המגיעה לפתחו של בית המשפט העליון. כאשר בתי המשפט מצווים על ביצוע חוזים אלה, קרוב לוודאי שהם היו עושים כן גם לפי הדין שקדם לחוק התרופות.

לפיכך כל אימת שבית המשפט אוכף חוזים להעברת זכויות במקרקעין (החריג המרכזי לשלילת הביצוע בעין בדין האנגלי), חיובים כספיים וחיובי הימנעות (שאכיפתם אינה נתפסת כמקרה של ביצוע בעין לפי הדין האנגלי), אין מדובר בהכרח בסטייה מהדין הקודם. לבסוף, סיבה חשובה נוספת שבגינה ניתן לפקפק בהתרחשותו של מהפך מעשי במעמדה של תרופת האכיפה במשפטנו בעקבות חקיקת חוק התרופות, נעוצה בארבעת החריגים לזכאות לתרופה זו, שסעיף 3 לחוק התרופות מונה. אף שבפסיקה ובספרות מדגישים שאין לפרש וליישם חריגים אלה בהשראת המשפט האנגלי, בפועל יש חפיפה ניכרת בין החריגים הללו ובין שיקולים שהועלו במשפט האנגלי נגד תרופת אכיפה, כגון הימנעות מאכיפת חיובים שאינם בני ביצוע (לפי סעיף 1) לחוק התרופות) ומאכיפה של חיובים למתן שירות אישי, כגון חיוביהם של עובדים (לפי סעיף 3(2)).

#### 4. שיקולים מעשיים

גם במקרים שבהם הנפגע זכאי עקרונית לאכיפה לפי חוק התרופות, ישנם שיקולים מעשיים נגד תביעה של סעד זה ונגד פסיקתו במקרים שנתבע. מתוך כלל הסכסוכים המגיעים לבתי המשפט (שהם מן הסתם חלק קטן יחסית מהמקרים שבהם מתגלעות מחלוקות בין צדדים לחוזים), מתקבל על הדעת שרק בחלק לא גדול נתבעת אכיפה – ואף אם היא נתבעת מלכתחילה, התובע עשוי לוותר עליה במהלך ההתדיינות ולהסתפק בתרופות כספיות. סיבה מרכזית לכך נעוצה בפער הקיים בין הדין המהותי לדין הפרוצדורלי. השגת צו אכיפה אפקטיבי, בין לקבלת נכס, לביצוע מלאכה או להימנעות מעשייה, דורשת בדרך כלל השגת צו ביניים. כדי שתהא משמעות לאכיפת חיוב למסור נכס, נחוץ צו ביניים שיאסור על המפר להעביר את הנכס לאדם אחר או להשמידו עד לסיום ההתדיינות. כדי לאכוף על קבלן לסיים עבודות בנייה, חיוני שהוא ימשיך בבנייה גם במהלך ההתדיינות, שכן השבתת פעולות הבנייה במשך שנים של התדיינות כרוכה בנזק עצום לנפגע. הוא הדין באכיפה של התחייבות להימנע מלהתחרות, שבהיעדר צו ביניים לא תשיג את מטרתה משום שהלקוחות שיעברו למתחרה כבר לא יחזרו לספק המקורי, הסודות כבר יועברו למעביד המתחרה וכיוצא באלה (ועצם ההתחייבות להימנע מלהתחרות עשויה לפקוע בטרם תסתיים ההתדיינות).

דא עקא שמטבע הדברים צווי ביניים ניתנים לפני שבית המשפט מקיים את הדיון בתביעה העיקרית, שומע את העדויות ומכריע במחלוקות העובדתיות והמשפטיות בין

86 מנחם מאוטנר "כיצד מתפתחים דיני החוזים של ישראל?" עיוני משפט לד 525, 545–546 (2011) (להלן: מאוטנר "דיני החוזים של ישראל").

הצדדים. לכן בתי המשפט נרתעים מלתת צווי ביניים, בייחוד אם מדובר בצווי עשה (להבדיל מצווי אל תעשה), בצוויים המשנים את הסטטוס קוו (להבדיל מצוויים המיועדים להקפיא אותו) או בצוויי ביניים שתוכנם זהה, למעשה, לסעד העיקרי המבוקש בתביעה. ההלכה היא שמתן צוויי ביניים נתון לשיקול דעת בית המשפט, והוא שוקל בין היתר אם סעד כספי יוכל לפצות בדיעבד על הפגיעה שתיגרם לתובע אם לא יקבל כעת צו ביניים.<sup>87</sup> כלומר, בעוד לגבי תרופת האכיפה נפסק שאין בעובדה שסעד כספי יכול להגן באורח אפקטיבי על האינטרסים של הנפגע כדי להוות שיקול נגד מתן אכיפה, באשר לצוויי ביניים הכלל ההפוך עומד בעינו גם אחרי חקיקתו של חוק התרופות. על פי רוב, תובע שלא הצליח לקבל צו ביניים, כבר לא ינסה לקבל צו אכיפה בתביעה העיקרית (אלא יסתפק בתרופות כספיות), משום שכבר לא יהיה בו טעם רב. וגם אם התובע יעמוד על דרישתו לקבל צו אכיפה, בית המשפט מן הסתם יסרב לתת צו שאין בו טעם. יתר על כן, גם כאשר בית המשפט נכון להוציא צו ביניים, עליו לעשות כן "בכפוף להמצאת התחייבות עצמית [...], וכן ערבות מספקת, להנחת דעתו, לשם פיצוי בגין כל נזק שייגרם למי שאליו מופנה הצו כתוצאה ממתן הצו".<sup>88</sup> מאחר שמתן ערבות מספקת עלול להיות יקר למדי, התובע עשוי להימנע מלבקש צו ביניים, או לוותר עליו בהמשך הזמן – הימנעות ויתור שמשמעותם המעשית היא זניחת התביעה של סעדי אכיפה.<sup>89</sup> לדין הפרוצדורלי יש אפוא השפעה רבה על היקף הפסיקה של תרופת האכיפה.

שיקול מעשי נוסף קשור לכלל הקטנת הנזק.<sup>90</sup> עוד לפני הגשת התביעה, לעיתים קרובות עמידה על אכיפה של החוזה משמעה שהנפגע אינו נוקט אמצעים למנוע או להקטין את נזקו (למשל, מכירת הנכס לאדם אחר בעקבות הפרה מצד הקונה, או קניית נכס דומה מאדם אחר בעקבות הפרה של המוכר). אם בסופו של דבר הנפגע לא יזכה בסעד אכיפה מטעם כלשהו ויהיה עליו להסתפק בפיצויים, לפי סעיף 14(א) לחוק התרופות הוא לא יפוצה על נזק ש"יכול היה באמצעים סבירים, למנוע או להקטין". אם בדיעבד ימצא בית המשפט שבחירת הנפגע באכיפה הייתה בלתי סבירה, הוא עשוי לשלול או להגביל את זכותו לפיצויים לפי כלל זה.<sup>91</sup> נקיטת אמצעים למניעת הנזק או להקטנתו – שמשמעותה המעשית במקרים רבים היא ויתור על תביעה של סעדי אכיפה – עשויה אפוא להיות החלופה הבטוחה יותר.

87 ראו למשל רע"א 1868/98 סייג נ' המועצה הארצית לייצור ולשיווק צמחי נוי, פס' 3 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.4.1998); רע"א 5843/05 איגוד ערים לאיכות הסביבה דרום יהודה נ' שרון דן השקעות בע"מ, פס' 5 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.12.2005); רע"א 5946/06 קרש נ' Lowell Investment Ltd, פס' 6 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.12.2006); רע"א 9213/12 רשת ננה בע"מ נ' ישראל 10 – שידורי הערוץ החדש, פס' 32 לפסק הדין (פורסם בנבו, 20.1.2013); אורי גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 907 (מהדורה שתיים עשרה, 2015) ("צו עשה זמני המשנה מצב קיים ראוי שיינתן במצבים חריגים בלבד, רק כשנוכח בית המשפט כי התערבותו חיונית בכדי למנוע תוצאה קשה ביותר וכאשר הנזק שעלול להיגרם אינו ניתן לתיקון באמצעות פיצוי כספי הולם"); יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי 617 (מהדורה שביעית, שלמה לויין עורך, 1995).

88 תק' 364(א) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. ראו גם דודי שוורץ "סעדים זמניים – קווים מנחים להפעלת שיקול הדעת השיפוטי" מחקרי משפט יג 441, 454-457 (1996).

89 השו"ח Herman, לעיל ה"ש 71, בעמ' 18-19.

90 על כלל זה ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 357-374; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 724-743.

91 ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 362-363; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 729.

סיבה נוספת לכך שאין נפגעים מהפרת חוזה ממהירים לתבוע אכיפה, נעוצה בפרק הזמן הארוך העשוי לחלוף מהגשת התביעה ועד ההוצאה לפועל של פסק הדין. במקרים רבים, צו אכיפה הניתן ונאסף כעבור שנים מהמועד שבו היה החוזה צריך להיות מקוים, איננו מעמיד את הנפגע במצב שהוא אפילו דומה למצב שבו היה אמור להימצא מלכתחילה. לדוגמה, גם אם קונה של מכונית משומשת או מחשב חדש מצליח לקבל צו עיקול זמני המונע מהמוכר למכור את הממכר לאדם אחר, קבלת המכונית המשומשת או המחשב כעבור שנים אחדות היא לעג לרש. במקרה כזה, התובע מן הסתם יעדיף להסתפק בסעדים כספיים (אם כי קבלת הסעד הזמני עשויה לחזק מאוד את מעמדו של התובע במשא ומתן לפשרה).

תובעים עשויים להימנע מלתבוע אכיפה גם בשל התערעורת היחסים ואובדן האמון בצד האחר, שבגללם הם אינם מעוניינים להמשיך ולהיות בקשר עמו.<sup>92</sup> לבסוף, יש לזכור כי הבחירה בין סעדים שונים בשל הפרה מושפעת לא רק מהאינטרסים של הנפגע מההפרה, אלא גם מאלו של עורך דינו. במקרים רבים עורכי דין המייצגים נפגעים מעדיפים סעד כספי, שמתוכו יהיה קל יותר לגבות את שכר טרחתם, על פני סעד של אכיפה.<sup>93</sup>

מכל הסיבות הללו, אנשים מעדיפים להימנע כליל מהתדיינויות משפטיות, ואם הם בכל זאת מגיעים לבית משפט, הם מעדיפים במקרים רבים להימנע מלתבוע אכיפה. דוגמה אופיינית לחוזים שכמעט לעולם אין מבקשים את אכיפתם הם חוזים למכירת נכסים נחלפים כגון קמח, ברזל, או מחשב חדש. אם הקונה יכול להשיג נכס חלופי בשוק החופשי, כמעט תמיד הוא יעדיף לקנות במהירות את התחליף, ולכל היותר לתבוע פיצויים על הנזקים שגרמה לו אי-הספקת הממכר המקורי. יתר על כן, גם במקרים שבהם התביעה המקורית כוללת דרישה לאכיפה, ככל שההליכים הולכים ומתמשכים, ייטה התובע לוותר על סעד זה – המאבד מטעמו – ולהסתפק בסעדים כספיים חלופיים.

## 5. סיכום

בפרק זה מנינו שורה של סיבות לפקפק ברטוריקה הרווחת במשפט הישראלי, שלפיה חוק התרופות חולל מהפך דרמטי במעמדה של תרופת האכיפה במשפטנו. יש להטעים כי גם אם מקבלים את כל הטענות שפורטו לעיל, לא בהכרח נובע מהם שלא התרחש שום שינוי בעקבות חוק התרופות בהשוואה לדין הקודם. הגם שאין קשר הכרחי בין רטוריקה לפרקטיקה שיפוטית, איש לא יטען שאין שום קשר בין השתיים וכי ככלל, שינויים ברטוריקה אינם מביאים לשינויים בפרקטיקה השיפוטית. כל שביקשנו להראות בפרק זה הוא שישנן סיבות רבות וטובות לפקפק בעמדה הרווחת בדבר המהפך שחולל חוק התרופות. בסופו של דבר השאלה אם הלכה למעשה התחולל מהפך במעמדה של תרופת האכיפה בעקבות חוק התרופות היא שאלה אמפירית, שאותה יש לנסות לברר בכלים אמפיריים.

92 לפי ההלכה הפסוקה, גם במקרים שבהם מוטל על הנפגע נטל לאפשר למפר לתקן את ההפרה, התערעורת האמון בין הצדדים עשויה לפטור את הנפגע מהנטל (ראו זמיר חוק חוזה קבלנות, לעיל ה"ש 21, בעמ' 510; זמיר חוק המכר (דירות), לעיל ה"ש 51, בעמ' 607–609).

93 ראו זמיר חוק המכר (דירות), שם, בעמ' 597; Arbel, לעיל ה"ש 22, בעמ' 388–389.

### ג. המחקר האמפירי: מטרות, מתודולוגיה ומגבלות

בפרק זה נעמוד ביתר פירוט על המטרות של המחקר האמפירי על רקע מחקרים אמפיריים קודמים בקשר לתרופת האכיפה, נתאר את המתודולוגיה שבה השתמשנו ונלבן את החוזקות והמגבלות של מתודולוגיה זו.

#### 1. מחקרים קודמים

השאלה אם הלכה למעשה התחולל מהפך במעמדה של תרופת האכיפה במשפטנו היא בסופו של דבר אמפירית בעיקרה. אולם לעומת הספרות התיאורטית העשירה בדבר הבחירה בין תרופות בשל הפרת חוזים והספרות המשפטית-אנליטית הנרחבת בנושא הדינים הנוהגים בשיטות משפט שונות, רק ניסיונות מעטים נעשו עד כה, בישראל או בעולם, להאיר את הסוגיה בכלים אמפיריים – ולכולם יש מגבלות של ממש. כך למשל, Daphna Lewinsohn-Zamir ערכה מחקר ניסויי שבו היא בדקה את העדפותיהם של אנשים לגבי הבחירה בין תרופות כספיות לתרופות בעין.<sup>94</sup> המחקר הקיף הן הדיוטות הן אנשים בעלי ניסיון עסקי ומסחרי והתייחס הן לבחירה בדיעבד בין תרופות הן לבחירה ביניהן מראש, בעת הכריתה (כאשר במקרה האחרון המשתתפים נשאלו גם על הסכומים שתמורתם הם יסכימו להסתפק מראש בסעד כספי). הגם שהוא חשוף לביקורות הרגילות בדבר התוקף החיצוני של ניסויי מעבדה, מחקר זה שפך אור חדש על הטענה החוזרת ונשנית שצדדים לחוזים, או לפחות אנשי עסקים מנוסים, אדישים לבחירה בין קבלת הביצוע החוזי עצמו ובין הגנה כספית מלאה על אינטרס הציפייה שלהם. הממצאים מעידים בבירור על כך שצדדים לחוזים אינם אדישים. אולם המחקר לא עסק בשאלה עד כמה נפגעים מהפרת חוזה תובעים למעשה – ועד כמה בתי המשפט מעניקים – צווי אכיפה, שהרי החלטותיהם של תובעים ושופטים מן הסתם מערבות שיקולים רבים נוספים שקשה לבחון אותם באמצעות תרחישים פשוטים ומופשטים יחסית.

מגבלות אלה מאפיינות גם שני ניסויי מעבדה עם תמריצים שנועדו לבחון את התנהגותם של המשתתפים הכפופים למשטרים משפטיים שונים בנושא תרופות בשל הפרה. Ben Depoorter ו־Stephan Tontrup מצאו שכאשר ברירת המחדל היא זכאות לביצוע בעין, נושים חוזיים הפגינו התנגדות חזקה להפרות יעילות ורצון לאכונף את זכויותיהם החוזיות, ואילו בהיעדר זכאות לביצוע בעין, הם נטו במידה רבה יותר לקבל הפרות כאלה.<sup>95</sup> Christoph Engel ו־Lars Freund מצאו בניסוי מסוגן שהמשתתפים נטו לתרום כסף לקרן צדקה (charity) לפי בחירתם, כאשר התאפשר להם לרכוש "ביטוח" שהכסף אכן יגיע ליעדו, יותר מאשר במקרה שבו הם יכלו לקבל רק זכאות להגנה כספית על אינטרס הציפייה או אינטרס ההסתמכות שלהם. אולם הברזל זה בין ה"תרופות" לא נמצא בניסוי מקביל שעסק ברכישת חפסות שוקולד לפי טעמים של המשתתפים.<sup>96</sup>

94 Lewinsohn-Zamir, *Can't Buy Me Love*, לעיל ה"ש 56.

95 Depoorter & Tontrup, לעיל ה"ש 65.

96 Engel & Freund, לעיל ה"ש 57.



מחקר הקשור לענייננו באורח ישיר יותר נערך בידי Caspar Rose<sup>97</sup> ו-Henrik Lando השניים בדקו את שיעורי התביעה והפסיקה למעשה של תרופת האכיפה בפסיקה הדנית שהתפרסמה בקובץ פסקי הדין הרשמי בין השנים 1950 ו-2000, ומצאו שממעים מאוד להיזקק לתרופה זו.<sup>98</sup> דא עקא שמחקר זה אינו מפרט כיצד נאספו ונותחו הממצאים האמפיריים. חשוב מכך, המחקר אינו מקיף את מלוא הסעדים הכלולים במושג האכיפה, או אפילו במושג הצר יותר של ביצוע בעין כמשמעו במשפט המקובל (שאינו כולל אכיפה של חיובים כספיים וחיובי הימנעות), אלא מתייחס רק לאכיפה של חיובי עשייה – חיובים לספק שירות או לבצע מלאכה, להבדיל מאכיפה של חיובי נתינה, הימנעות מעשייה או הימנעות מנתינה. מאחר ששיעור האכיפה של חיובי עשייה נמוך למדי בכל שיטות המשפט, המסקנות שניתן להסיק ממחקר זה מוגבלות ביותר. לבסוף, כדי להשוות בין שיטות קונטיננטליות לאנגלו-אמריקניות, רצוי לבחון נציגים של שתי הקבוצות, דבר ש-Lando ו-Rose לא עשו.

לבסוף, Yonathan Arbel ערך מחקר אמפירי איכותני בישראל, שבמסגרתו הוא ראיין 18 אנשים שהיו צדדים להתדיינות משפטיות שהסתיימו בפסק דין: חמישה תובעים שזכו בתביעה לאכיפה, נתבע אחד שניתן נגדו צו אכיפה, אחד עשר עורכי דין וראש משרד הוצאה לפועל אחד.<sup>99</sup> בין היתר הראה מחקר איכותני זה שתביעות לאכיפה אינן מוגשות לעיתים קרובות ובתי המשפט אינם נוהגים לפסוק אכיפה לעיתים קרובות.<sup>100</sup> בין הסיבות למיעוט היחסי של תביעות ופסיקות של סעד האכיפה שעלו מהראיונות ניתן להזכיר את ההעדפה של עורכי הדין לסעד כספי,<sup>101</sup> שינוי בהעדפותיו של התובע לנוכח פרק הזמן הארוך שחלף בין הגשת התביעה למתן פסק הדין,<sup>102</sup> והקושי לוודא את איכות הביצוע לפי צו האכיפה.<sup>103</sup> בד בבד, נמצא שלפעמים תביעות אכיפה אינן נובעות מהרצון לכפות על הנתבע לקיים את חיוביו, אלא מרצון לסמן לבית המשפט שמניעיו של התובע ראויים, להקטין עלויות פרוצדורליות ועיכובים בהכרעה השיפוטית, או לשפר את עמדת המיקוח במשא ומתן עם הנתבע.<sup>104</sup> ממצאים מעניינים אלה מחזקים את הספקות בנוגע לתיאורים הרווחים בפסיקה ובספרות. אולם המספר הקטן יחסית של הראיונות, העובדה שמדובר במחקר איכותני ללא בדיקה כמותית של הדברים, והיעדר השוואה בין המציאות הנוכחית למציאות שקדמה לחקיקתו של חוק התרופות, מגבילים את המסקנות שניתן להסיק ממנו. עולה מהמקובץ שאף אחד מהמחקרים האמפיריים הקודמים לא השתמש במתודולוגיה כמותנית לבחינת המידה שבה תובעים ובתי משפט נזקקים למעשה לתרופת האכיפה. כדי להתחיל למלא פער זה, ערכנו את המחקר שיתואר להלן.

97 Lando & Rose, לעיל ה"ש 77.

98 המחברים מתארים במאמרם גם את המצב בשיטות המשפט הגרמנית והצרפתית, אולם בנוגע לשתיים אלה הם מסתמכים אך ורק על הערכות של מלומדים ולא על נתונים אמפיריים כלשהם.

99 Arbel, לעיל ה"ש 22.

100 שם, בעמ' 387–390.

101 שם, בעמ' 388–389.

102 שם, בעמ' 389–390.

103 שם, בעמ' 399–400.

104 שם, בעמ' 390–392.

## 2. מתודולוגיה

כדי לבחון את השפעתו של חוק התרופות על תרופת האכיפה יצרנו בסיס נתונים שבו קודדו נתונים רבים בנוגע לכל פסקי הדין של בית המשפט העליון שהייתה לנו גישה אליהם בתחום דיני התרופות בגין הפרת חוזה, בין השנים 1948 ו-2016. בסיס הנתונים כלל הן פסקי דין שפורסמו בקובץ הרשמי של פסקי הדין של בית המשפט העליון (פד"י) הן פסקי הדין שלא פורסמו בקובץ הרשמי, אך מצויים במאגר פסקי הדין של "נבו". הבדיקה כללה את כל פסקי הדין שהתפרסמו בפד"י עד ליום 27 במרץ 1971, מועד כניסתו לתוקף של חוק התרופות, ואת כל פסקי הדין שנכללו בערך "תרופות בשל הפרת חוזה" באינדקס של הפד"י אחרי מועד זה. אולם לא כל פסקי הדין של בית המשפט העליון התפרסמו בקובץ הרשמי, ולמעשה שיעור פסקי הדין שפורסמו מתוך כלל פסקי הדין של בית המשפט העליון השתנה בתקופות שונות. בשנים האחרונות התפרסמו במסגרת המאגרים האלקטרוניים פסקי דין רבים שלא פורסמו בקובץ הרשמי של פסקי הדין של בית המשפט העליון. לצורך איתורם של פסקי דין של בית המשפט העליון שעסקו בדיני תרופות אך לא פורסמו בקובץ הרשמי, או שפורסמו בפד"י אך לא נכללו באינדקס של פד"י בערך "תרופות בשל הפרת חוזה", ערכנו חיפוש במאגר נבו לפי אזכור של "חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970" או הופעת הביטוי "תרופות בשל הפרת חוזה". הנחתנו הייתה שפסקי דין העוסקים בדיני תרופות, או לפחות רובם המכריע, יזכירו את החוק או ישתמשו בביטוי האמור. חלק ניכר מפסקי הדין שבהם נמצאו האזכור או הביטוי האמורים עסקו בסוגיות אחרות ולא בתרופות בשל הפרת חוזה – ואלה לא נכללו בבסיס הנתונים. גם אם ייתכן שהחמצנו אי-אלו פסקי דין רלוונטיים שנכללו במאגר נבו, אנו בטוחים למדי שקודדנו כמעט את כולם.

בסיס הנתונים הראשי שלנו כלל 531 פסקי דין של בית המשפט העליון. ב-42 מקרים בית המשפט דן לעיצומן בתרופות שתבעו שני הצדדים, ולכן בסיס הנתונים כולל 573 תצפיות. במקרים המעטים שבהם קיים דיון נוסף בפסיקתו של בית המשפט העליון, כללנו בבסיס הנתונים שלנו רק את הפסיקה בדיון הנוסף, כדי להימנע מכפילויות. מתוך 531 פסקי הדין (573 התצפיות), 169 (175 תצפיות) ניתנו במהלך פרק זמן של כמעט 23 שנה מקום המדינה ועד 26 במרץ 1971 – יום לפני כניסתו לתוקף של חוק התרופות; ו-333 (369 תצפיות) בפרק זמן של כמעט 46 שנים מ-27 במרץ 1971 עד סוף שנת 2016. למען הנוחות, נכנה את פרק הזמן הראשון התקופה "שלפני 1970" ואת השני – התקופה "שאחרי 1970". נוסף על כך, 29 פסקי דין (29 תצפיות) ניתנו אחרי כניסתו לתוקף של חוק התרופות, אך התייחסו לחוזים שנכרתו לפני כן. על חוזים כאלה חל הדין שקדם לחוק התרופות, אולם לא תמיד ברור אם בפועל החיל בית המשפט את הדין הקודם – וגם במקרים שבהם הוא עשה כן, ישנה אפשרות מוחשית שבית המשפט הושפע בפסיקתו מהדין החדש, במודע או שלא במודע. מסיבה זו, כל אימת שהשווינו בין הפסיקה שאחרי החוק לפסיקה שלפניו, לא כללנו 29 פסקי דין אלה (פסקי הדין מ"תקופת הביניים") בניתוח (אולם כללנו אותם בניתוחים אחרים).<sup>105</sup>

105 כמתואר להלן, השיקול שבגיניו השמטנו מהשוואה בין התקופות פסקי דין של בית המשפט העליון שניתנו אחרי 1970 אך התייחסו לחוזים שנכרתו לפני כן, הצדיק השמטה מקבילה של פסקי דין מחוזיים

בבסיס הנתונים הראשי לא נכללו פסקי דין של ערכאות נמוכות שלא נדונו בפסיקתו של בית המשפט העליון, משום שרק במקרים נדירים נכללו פסקי דין אלה בקובץ הרשמי של הפסיקה המחוזית (פס"ם), וככל שמדובר בפסקי דין שקדמו לשנות האלפיים, הם אף לא נכללו בשיטתיות במאגרים האלקטרוניים. עם זאת, יצרנו וניתחנו בסיס נתונים משלים של כל פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בענייני תרופות בשל הפרת חוזה שניתנו בשנים 2005, 2008, 2011 ו-2014 (279 תצפיות בסך הכול) שנכללו במאגר נבו. איתור פסקי הדין נעשה על ידי בדיקה של כל פסק דין שבו הופיע הביטוי "תרופות בשל הפרת חוזה" והכללת אלה מהם שעסקו למעשה בתרופות בשל הפרת חוזה. המאגר המשלים נועד להתמודד, ולו חלקית, עם הקושי שמקורו בכך שפסקי הדין של בית המשפט העליון אינם מדגם מייצג של מכלול הפסיקה, כמוסבר להלן. מטרתו המרכזית של בסיס הנתונים המשלים הייתה אפוא לבחון עד כמה התמונה של פסיקת בתי המשפט המחוזיים העולה מתוך בסיס הנתונים הראשי, תואמת את התמונה העולה ממדגם גדול של פסיקה מחוזית בתקופה מקבילה, פחות או יותר (בסיס הנתונים המשלים).

בנוגע לכל אחד מפסקי הדין שבבסיס הנתונים הראשי קודדו הנתונים האלה: מספר התיק בבית המשפט העליון, שמות השופטים והמדינה שבה רכשו את השכלתם המשפטית, השנה שבה הוגשה התביעה לראשונה, המועד שבו ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון, סוג החוזה בין הצדדים, הסעדים שנתבעו בעת פתיחת ההליכים המשפטיים, הסעדים שפסק בית המשפט המחוזי,<sup>106</sup> הסעדים שפסק בית המשפט העליון ופסק כל אחד משופטי ההרכב ותוכנו של הצו לביצוע בעין או לאכיפה.<sup>107</sup> נתונים דומים, בשינויים המחויבים, קודדו בבסיס הנתונים המשלים של פסקי הדין המחוזיים. תחילה נערך קידוד מלא של כל הנתונים הנזכרים בשני בסיסי הנתונים. ככל שמדובר בנתונים המרכזיים – התקופה שאליה משתייך פסק הדין (לפני החוק, אחריו או תקופת הביניים), סוג החוזה, הסעדים שנתבעו, הסעדים שנפסקו בידי בית המשפט המחוזי ובידי בית המשפט העליון ותוכנם של צווי האכיפה – נערך קידוד עצמאי נוסף של פסקי הדין שנכללו בבסיס הנתונים הראשי.<sup>108</sup> במקרים שבהם לא הייתה התאמה מלאה בין שני הקידודים של פסק דין כלשהו, לרבנו ההבדלים עד שהושגה הסכמה על הקידוד הנכון. ברוב הגדול של המקרים הייתה התאמה בין הקידודים. בבסיס הנתונים הראשי, איסוף הנתונים על סוגי התרופות שנתבעו המתדיינים ושפסק בית המשפט המחוזי נסמך על פסיקתו של בית המשפט העליון. ככל שנמצא תיעוד במאגרים האלקטרוניים לפסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים שנדונו בפסיקתו של בית

שניתנו אחרי 1970 בנוגע לחוזים שנכרתו לפני כן. במקרה יצא שקבוצת ביניים זו זהה בהרכבה לקבוצת הביניים בפסיקת בית המשפט העליון. כאשר השווינו בין התרופות שהתבקשו בידי התובעים בכל אחת מהתקופות, השמטנו מההשוואה תביעות שהוגשו אחרי 1970 בנוגע לחוזים שנכרתו לפני כן. בקבוצה זו, שאינה זהה בהרכבה לקבוצה הקודמת, נכללו 23 פסקי דין (23 תצפיות).

106 ב-29 מפסקי הדין דן בית המשפט העליון בסכסוכים שנדונו תחילה בבית משפט השלום, אחר כך בערעור לבית המשפט המחוזי ולבסוף בערעור שני לבית המשפט העליון. כדי להימנע מסיבוך מופרז, ומאחר שמדובר במספר קטן יחסית של תיקים, לא קודדנו את התרופות שפסק בית משפט השלום (אך שנת הגשת התביעה והתרופות שנתבעו מלכתחילה קודדו לפי התביעה המקורית בבית משפט השלום).

107 כמתואר בנספח, קידוד פסקי הדין כלל נתונים נוספים, כגון שמות הצדדים, שלא נזקקנו להם בנייתוחים שיתוארו להלן.

108 הקידוד המלא נערך בידי לאון. הקידוד הנוסף נערך בידי איל, אורי ועוזר המחקר רועי יאיר (כמאה פסקי דין קודדו בידי רועי והשאר בידי איל או אורי).

המשפט העליון, פסקי דין אלה נבחנו גם כן במהלך איסוף הנתונים וקידודם, אולם ברוב הגדול של המקרים לא היה תיעוד כזה ולכן הסתפקנו בתיאור שבפסיקה של בית המשפט העליון.

ככל שמדובר בתרופות שנתבעו או שנפסקו בבתי המשפט המחוזיים ובבית המשפט העליון, התמקדנו בסעדי האכיפה וקודדנו את סוג צו האכיפה שהתבקש או נתבע (צו לתת, צו להימנע מלתת, צו לבצע, צו להימנע מלבצע או תביעת חוב). כמוסבר לעיל, לנוכח הבדלי המינוח בין "אכיפה" בחוק התרופות ובין "ביצוע בעין" בדין שקדם לו, אנו משתמשים בביטוי "סעדי אכיפה" כדי לתאר "אכיפה" לפי החוק ואת המכלול של ביצוע בעין, צווי מניעה וצווים לפירעון חוב בדין הקודם. מנגד, הקידוד שתוצאותיו יתוארו להלן אינו מבחין בין התרופות השונות, שאינן אכיפה, אשר נפסקו או נתבעו: פיצויים (לרבות קטגוריות המשנה של פיצויים רגילים, פיצויים ללא הוכחת נזק, פיצויים על נזק לא ממוני ופיצויים מוסכמים), הצהרה על ביטול, השבה ונטילת רווחי ההפרה.

כאשר תובע (לרבות תובע בתביעה שכנגד) תבע הן סעד אכיפה הן סעד אחר, או שבית המשפט פסק שני סעדים אלה במצטבר, קודדנו זאת כסעד אכיפה. על פי רוב סעדי אכיפה אינם מרפאים במלואה את הפגיעה שההפרה גרמה לנושה, ולו רק משום שקיום החיוב לפי צו האכיפה מתרחש זמן ניכר אחרי המועד שהוסכם מלכתחילה. בין אם במקרים כאלה הנפגע תבע או קיבל גם פיצויים נוסף על סעד האכיפה, ובין אם לאו, הנקודה המכרעת לענייננו היא שהוא תבע או קיבל סעד אכיפה.

### 3. חוזקות וחולשות

ככל הידוע לנו, המחקר שלנו הוא המחקר הכמותני הראשון של פסיקת סעדי אכיפה. מטבעו, מחקר כמותני מחמיץ חלק ניכר מהמורכבות שעליה ניתן לעמוד בניתוח דוקטרינרי ואמפירי-איכותני. עם זאת, יש לו גם יתרונות ייחודיים. הערכה של הפרקטיקה השיפוטית, שאינה מבוססת על ניתוח כמותני, עלולה לסבול מהטיות שונות. אנשים נוטים לקבוע את ההסתברות והשכיחות של אירועים מסוג כלשהו לפי הקלות שבה הם מסוגלים לזכור אירועים מאותו סוג – תופעה שזכתה לכינוי "הטיית הזמינות" (availability).<sup>109</sup> מאחר שפסקי דין נבדלים זה מזה מבחינת הבולטות (saliency) והזכירות (memorability) שלהם, יש חשש ממשי שחוקרי משפט ומשפטנים אחרים יפריזו בהערכת השכיחות של תופעות שבאו לידי ביטוי בפסקי דין בולטים וימעטו בהערכת השכיחות של תופעות שבאו לידי ביטוי בפסקי דין שאינם בולטים.<sup>110</sup> אנשים אף נוטים ללקות בהטיה של "חשיבה מונעת" (motivated reasoning) וב"הטיית האישוש" (confirmation bias): הם נוטים באורח אוטומטי ולא מודע לאסוף, לעבד ולזכור מידע באופן המאושש את עמדותיהם וציפיותיהם.<sup>111</sup> בהקשר הנוכחי, אנשים הסבורים שחוק התרופות חולל (או לא חולל)

Amos Tversky & Daniel Kahneman, *Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability*, 4 COGNITIVE PSYCHOL. 207 (1973)

Jeffrey J. Rachlinski, *Does Empirical Legal Studies Shed More Heat than Light? The Case of Civil Damage Awards*, 29 RATIO JURIS 556, 560-561 (2016)

Raymond S. Nickerson, *Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises*, 2 REV. GEN. PSYCHOL. 175 (1998)

מהפכה במעמדה של תרופת האכיפה, עלולים להתעלם מראיות הסותרות את הסברה שלהם, או להעריך אותן הערכת חסר. מחקר כמותני יכול להתגבר על מכשלות אלה. בד בבד, מחקר כמותני של הפסיקה כרוך בקשיים משלו.<sup>112</sup> כאמור בתת-הפרק הקודם, בנוגע לחלק ניכר מהתקופה שהמחקר מכסה, אין לנו גישה לכל פסקי הדין של בית המשפט העליון, אלא רק לאלה שפורסמו בפד"י. אין בידינו מידע מדויק לגבי שיעור פסקי הדין של בית המשפט העליון שפורסמו בפד"י בכל תקופה נתונה. רק מאמצע שנות התשעים של המאה העשרים החל מאגר נבו לכלול את כל פסקי הדין של בית המשפט העליון. מן הסתם, הבחירה של פסקי הדין שפורסמו בפד"י בשנים המוקדמות של המחקר לא נעשתה באקראי. אנו מודים במגבלה זו, אולם התרשמותנו היא ששיעור פסקי הדין שהתפרסמו בפד"י בעשורים הראשונים של קיום המדינה היה גבוה למדי וכלל את רוב רובם של פסקי הדין שכללו הנמקה מהותית (להבדיל, למשל, מפסקי דין שרק אישרו פשרות בין הצדדים או שדחו ערעורים מטעמים פרוצדורליים ללא דיון לגופו של עניין). מכל מקום, קשה לחשוב על סיבה שבגללה בחירת פסקי הדין לפרסום בפד"י בעשורים הראשונים מעוותת את הממצאים שלנו באופן שיטתי בכיוון זה או אחר.<sup>113</sup>

אשר לשיטת הקידוד, המחקר שלנו מתאפיין בחסרונות וביתרונות של קידוד שנעשה ברובו הגדול בידי החוקרים הראשיים. החיסרון המרכזי הוא שהקידוד לא היה עיוור, כלומר מבצעי הקידוד היו מודעים להשערת המחקר (אם כי זו השתנתה בין הקידוד הראשון ובין הקידוד הנוסף שנערך בשלב מאוחר יותר). היתרון המרכזי הוא שלא הסתמכנו כמעט כלל על סטודנטים, שהמומחיות המשפטית שלהם מוגבלת יותר.<sup>114</sup> קידוד הנתונים המרכזיים בבסיס הנתונים הראשי פעמיים באורח עצמאי מגביר במידה ניכרת את המימנות הקידוד. מגבלה כללית של מחקרים אמפיריים תצפיתיים (להבדיל מניסויים) היא שבכוחם לזהות מתאמים, אך הם נתקלים בקושי רב להוכיח קשרים סיבתיים. כאשר מוצאים מתאם מובהק בין תופעה א' לתופעה ב', במקרים רבים קשה לדעת אם א' גורמת ל-ב', ב' גורמת ל-א', או שמה תופעה שלישית, ג', גורמת לשתייהן. למשל, נניח שהיו מוצאים כי הנטייה של בתי משפט בצרפת לפסוק סעדי אכיפה גבוהה יותר מזו של בתי המשפט באנגליה. הבעיה הזו יכול לנבוע מהבדלים בין הכללים המשפטיים החולשים על תרופת האכיפה בשתי שיטות המשפט, אולם בה במידה הוא יכול לנבוע מהבדלים משפטיים, כלכליים, חברתיים, או מוסדיים אחרים רבים מספור בין צרפת לאנגליה (ואם כך הדבר, שינוי הכללים המשפטיים לאו דווקא ישנה את הפרקטיקה השיפוטית).

112 ראו באופן כללי Mark A. Hall & Ronald F. Wright, *Systematic Content Analysis of Judicial Opinions*, 96 CAL. L. REV. 63 (2008); Gregory Klass, *A Critical Assessment of the Empiricism in the Restatement of Consumer Contract Law* (Working paper, 2017), available at <https://ssrn.com/abstract=3001212>.

113 הועלתה באוזנינו ההשערה שמאחר שתרופת הביצוע בעין נתפסה כחריג בדין שקדם לחוק התרופות, פסקי דין שבהם נפסקה תרופה זו עוררו עניין רב יותר ולכן הנטייה לכלול אותם בפד"י הייתה גבוהה יותר מהנטייה לכלול פסקי דין שבהם הוענקו פיצויים. אולם אנו מסופקים אם יש יסוד להשערה זו, בין היתר משום שהכללים בדבר זכאות לתרופת הביצוע בעין בדין הקודם – לרבות הזכאות לה כתרופה שגרתית בחוזים למכר מקרקעין – היו מגובשים למדי בעקבות הדין האנגלי, כך שספק אם הפעלתם עוררה עניין מיוחד.

114 עזור המחקר שהשתתף בקידוד הנוסף של פסקי הדין במאגר הראשי היה תלמיד השנה השלישית.

איננו כופרים בקושי זה, ולכן יש לקוות שמחקרים עתידיים ישתמשו במתודולוגיות מחקריות נוספות כדי להעמיק את הבנת הנושא של תרופות בשל הפרת חוזה. אולם מבחינה זו למחקר הנוכחי יש לפחות יתרון אחד, בכך שהוא אינו משווה בין משטרים משפטיים במדינות שונות, אלא בין שני משטרים באותה מדינה, תוך ניצול ה"שוק החקיקתי" שחולל חוק התרופות. כמוכן, במהלך 69 השנים שהמחקר שלנו מכסה התחוללו לא מעט התפתחויות חברתיות, כלכליות, פוליטיות ומשפטיות נוספות בחברה הישראלית, אשר היו עשויות להשפיע על הנטייה של תובעים לתבוע סעדי אכיפה ועל הנכונות של בתי המשפט לפסוק אותם. כדי לזהות קשרים מתאמיים, השתמשנו בסדרה של רגרסיות לוגיסטיות שבהן שלטנו במשתנים מסבירים שונים, לרבות המשטר המשפטי (לפני או אחרי 1970), אורך ההליכים המשפטיים, שנת פסק הדין, סוג החוזה וסוג התובע. ובכל זאת אין אנו יכולים לשלול את ההשפעה של משתנים אחרים, נסתרים או שאינם ניתנים למדידה, על התביעה והפסיקה של סעדי אכיפה.

כאמור לעיל, המחקר שלנו מתמקד בפסיקה של בית המשפט העליון, משום שרוב רובם של פסקי הדין של ערכאות נמוכות, בייחוד מהעשורים הראשונים לקיום המדינה, לא פורסמו מעולם ואינם נגישים במאגרים כלשהם. רק משנות האלפיים ואילך החל מאגר נבו לכלול בשיטתיות את כל פסיקת בתי המשפט המחוזיים. על כן אין אפשרות מעשית לקבל תמונה אמינה של פסיקת הערכאות הנמוכות לאורך רוב התקופה שבדקנו.

כשמבקשים לתאר את חיי המשפט למעשה, להבדיל מהמשפט שבספרים, התמקדות בפסיקה של בית המשפט העליון היא כמובן בעייתית. מחקרים הראו שרוב המחלוקות החוזיות מיושבות ללא מעורבות של עורכי דין, וגם אם עורכי דין מעורבים במחלוקת, רובן מיושבות ללא הגשת תביעה לבית המשפט.<sup>115</sup> מתוך הסכסוכים החוזיים המוצאים את דרכם אל מערכת בתי המשפט, רבים מאוד מסתיימים בפשרה לפני מתן פסק דין, או בפסק דין שעליו לא הוגש ערעור לבית המשפט העליון, או בפשרה אחרי הגשת הערעור. כל המקרים הללו אינם כלולים בבסיס הנתונים הראשי שלנו. לא זו בלבד שמספר הסכסוכים בענייני הפרת חוזה שבהם ניתן פסק דין של בית המשפט העליון הוא קרוב לוודאי זניח בהשוואה לכלל הסכסוכים החוזיים, אלא שאף אין סיבה להניח שמדובר במדגם אקראי של כלל הסכסוכים המגיעים להכרעתם של בתי המשפט, ובוודאי לא של כלל הסכסוכים החוזיים. מאחר שהחלטותיהם של המתדיינים קובעות אילו סכסוכים יגיעו להכרעה שיפוטית (ואף אילו יגיעו עד להכרעה של בית המשפט העליון); ומאחר שהחלטות אלה תלויות בציפיות של המתדיינים לגבי ההכרעה השיפוטית, אפקט הסלקציה (selection effect) שהחלטות אלה יוצרות מגביל מאוד את האפשרות להסיק מפסקי הדין של בית המשפט העליון מסקנות בדבר ההכרעות של הערכאות הנמוכות ובדבר פשרות מחוץ לכותלי בית המשפט.<sup>116</sup>

תשובה חלקית לקושי זה היא שסכסוכים שעניינם תרופות בשל הפרת חוזה הם על פי רוב רבי-מדיים. בדרך כלל הצדדים חלוקים לא רק, או אפילו בעיקר, על התרופה הראויה

Stuart Macaulay, *Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55, 60–62 (1963); Hugh Beale & Tony Dugdale, *Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, 2 BRIT. J. LAW & SOC'Y 45 (1975)

George L. Priest & Benjamin Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, 13 J. LEGAL STUD. 1 (1984)

בשל הפרת החוזה, אלא גם, ולעיתים קרובות בעיקר, על שאלות נוספות כגון אם בכלל נכרת חוזה; אם נפל פגם בכריתתו; אם דבקה בו אי־חוקיות; אם החוזה הופר ובידי מי. לכן, גם אם הצדדים מסוגלים לחזות בדיוק מושלם את הפסיקה בנושא התרופה, הסכסוך בכל זאת יכול להגיע להכרעה שיפוטית או אף להכרעה בערעור מסיבות אחרות. פערי המידע שבין הצדדים, ההטיות הקוגניטיביות שהם לוקים בהן (כגון אופטימיות יתר), וגורמים אחרים עשויים אף הם למתן את אפקט הסלקציה.<sup>117</sup> מאחר שכל אחד מהצדדים לחוזה (למשל, המוכר או הקונה), כל אחד מהצדדים לסכסוך (למשל, זה שטוען שרעהו הפר את החוזה וזה שכוּפּר בהפרה), וכל אחד מהצדדים להתדיינות בערכאה הנמוכה (התובע או הנתבע) עשוי לערער על פסק הדין לבית המשפט העליון, קשה מאוד לדעת כיצד, אם בכלל, הסלקציה של תיקים המסתיימים בפסק דין של בית המשפט העליון מטה את התמונה העולה מפסקי דין אלה.

כאמור לעיל, כדי לקבל מושג על השפעתו של אפקט הסלקציה בהקשר הנוכחי, ניצלנו את העובדה שמאז תחילת שנות האלפיים, הפסיקה של בתי המשפט המחוזיים נכללת במלואה, או כמעט במלואה, במאגר נבו (לפי מידע שקיבלנו מהוצאת נבו). יצרנו אפוא בסיס נתונים משלים הכולל את כל פסקי הדין של בתי המשפט המחוזיים בנושא תרופות בשל הפרת חוזה מהשנים 2005, 2008, 2011 ו־2014, ובסך הכול 279 תצפיות. איתור פסקי הדין נעשה על ידי בדיקה של כל פסקי הדין משנים אלה שבהם הופיע הביטוי "תרופות בשל הפרת חוזה" והכללת אלה מהם שעסקו למעשה בתרופות בשל הפרת חוזה. שלא כבסיס הנתונים הראשי, בסיס נתונים זה הוא מדגמי בלבד. השווינו בין התרופות שנתבעו ושנפסקו בבתי המשפט המחוזיים בבסיס הנתונים המשלים ובין התרופות שנתבעו ושנפסקו בבתי המשפט המחוזיים ככל שהדבר משתקף בפסיקה של בית המשפט העליון שבמאגר הראשי. כדי שהבסיס להשוואה יהיה רחב דיו, נכללו בו מתוך המאגר הראשי כל פסקי הדין המחוזיים שניתנו בשנים 2000–2016, ובסך הכול 83 תצפיות. השוואה זו מאפשרת לנו להעריך עד כמה התמונה העולה מבסיס הנתונים הראשי מוטה עקב הסלקציה של תיקים שעליהם מוגש ערעור לבית המשפט העליון והם מסתיימים בפסק דין (אך לא על הסלקציה של סכסוכים שבהם מוגשת תביעה מלכתחילה ומסתיימים בפסק דין של בית המשפט המחוזי). יש לציין כי המגבלה שמקורה באפקט הסלקציה מאפיינת את כלל המחקרים התצפיתיים העוסקים בפסיקה של ערכאות עליונות, ומבחינה זו אנו מצטרפים לרשימה מכובדת של מחקרים כאלה שנערכו בארץ<sup>118</sup> ובעולם.<sup>119</sup>

Lucian Bebchuk, *Litigation and Settlement under Imperfect Information*, 15 RAND J. ECON. 404 (1984); Donald Wittman, *Is the Selection of Cases for Trial Biased?*, 14 J. LEGAL STUD. 185 (1985); Steven Shavell, *Any Frequency of Plaintiff Victory at Trial is Possible*, 25 J. LEGAL STUD. 493 (1996); Jennifer K. Robbennolt, *Litigation and Settlement*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW 623 (Eyal Zamir & Doron Teichman eds., 2014).

118 ראו למשל יורם שחר ומירון גרוס "קבלתן ודחייתן של פניות לבית המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" מחקרי משפט יג 329 (1996); מאוטנר "דיני החוזים של ישראל", לעיל ה"ש 86; Keren Weinshall-Margel, *Attitudinal and Neo-Institutional Models of Supreme Court Decision Making: An Empirical and Comparative Perspective from Israel*, 8 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 556 (2011); Theodore Eisenberg, Talia Fisher & Issi Rosen-Zvi, *Does the Judge Matter? Exploiting Random Assignment on a Court of Last Resort to Assess Judge and Case*

מגבלה נוספת של המחקר היא שהוא אינו כולל את הפסיקה של בית הדין לעבודה. אמנם הכרעות של בית הדין הארצי לעבודה מגיעות לפעמים לפתחו של בית המשפט העליון במסגרת סמכותו כבית משפט גבוה לצדק, אולם רוב רובן מסתיימות במערכת הנפרדת של בתי הדין לעבודה.<sup>120</sup> גם תחום זה ייאלץ אפוא להמתין למחקרים עתידיים. נוסף על הספקת מידע ישיר על הפרקטיקה השיפוטית של בית המשפט העליון, מידע עקיף על הפרקטיקה של הערכאות הנמוכות ושל תובעים, ומידע ישיר על הפרקטיקה של בתי המשפט המחוזיים בשנים האחרונות, למחקר הנוכחי יש משמעות גם כאשר רוצים להבין טוב יותר את הכללים המשפטיים עצמם. הפסיקה של בית המשפט העליון מהווה הלכה פסוקה.<sup>121</sup> גם אם אין זה ברור אם שופטים של ערכאות נמוכות ופרקליטים מושפעים בעיקר מההנמקות של בית המשפט העליון או שמא מהכרעותיו המעשיות (ככל שיש ביניהן פער), ברור שלפסיקה של בית המשפט העליון יש השפעה החורגת מעניינם של המתדיינים שלפניו. במילים אחרות, הפסיקה של בית המשפט העליון היא בעת ובעונה אחת ביטוי למשפט בפעולה ולמשפט עלי ספר. כעת, בעוד המשמעות של דבר חקיקה נלמדת בראש ובראשונה מהטקסט שלו, המשמעות של הלכה פסוקה תלויה הן ברטוריקה השיפוטית הן בפסיקה האופרטיבית שלו. במידה שהרטוריקה הרווחת בדבר השינוי שחולל חוק התרופות במעמדה של תרופת האכיפה אינה תואמת את הפסיקה האופרטיבית, מתעורר ספק לגבי התוקף של רטוריקה זו ואולי אף לגבי הכנות שלה. עצם הבחינה של היחס בין הרטוריקה לפרקטיקה השיפוטית של בית המשפט העליון מעוררת עניין מעשי ועיוני רב גם מנקודת המבט של תורת המשפט והשפיטה. מכל מקום, מנקודת מבט זו, העובדה שבסיס הנתונים שלנו אינו כולל פסקי דין שלא פורסמו בעשורים המוקדמים אינה מעוררת קושי, שכן למעשה פסקי דין אלה לא עיצבו את המשפט הישראלי.

#### ד. ממצאים: ירידה בהיזקקות לסעדי אכיפה

פרק זה מתאר את ממצאי המחקר האמפירי שערכנו. הוא פותח בתיאור סוגי החוזים שנדונו בפסיקת בית המשפט העליון שעניינה תרופות בשל הפרת חוזה. לאחר מכן הוא מתאר את סוג התרופות שפסקו בית המשפט העליון ובתי המשפט המחוזיים, לפני חוק התרופות

*Selection Effects*, 9 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 246 (2012); David Gliksberg, *Does the Law Matter? Win Rates and Law Reforms*, 11 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 378 (2014)

119 ראו באופן כללי LEE EPSTEIN, WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE BEHAVIOR OF FEDERAL JUDGES: A THEORETICAL AND EMPIRICAL STUDY OF RATIONAL CHOICE* (2013)

120 מאז שנות התשעים של המאה העשרים ניכרת מגמה להרחיב את זכאותם של עובדים לאכיפת חוזה העבודה, אם כי נקודת המוצא עורנה שעל עובדים להסתפק בסעדים כספיים במקרה של פיטורין שלא כדין, ומעבידים אינם זכאים כלל לאכיפת החוזה על עובדים. ראו למשל דב"ע (ארצי) 209-3/11 מפעלי תחנות בע"מ נ' יניב, פד"ע לג 289 (1996); ע"ע (ארצי) 1123/01 בית ספר תיכון עירוני "כל ישראל חברים" בתל אביב יפו נ' צויזנר, פד"ע לו 438 (2001); בג"ץ 4485/08 אלישע נ' אוניברסיטת תל-אביב, פס' 13 (פורסם בנבו, 5.10.2009); שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 206–211; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 199–206. אולם בהיעדר מחקר אמפירי כמותני, קשה להעריך את ההשפעה של שינוי ההלכה על הפרקטיקה בבתי הדין לעבודה ומחוצה להם.

121 ראו ס' 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה ("הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט העליון").



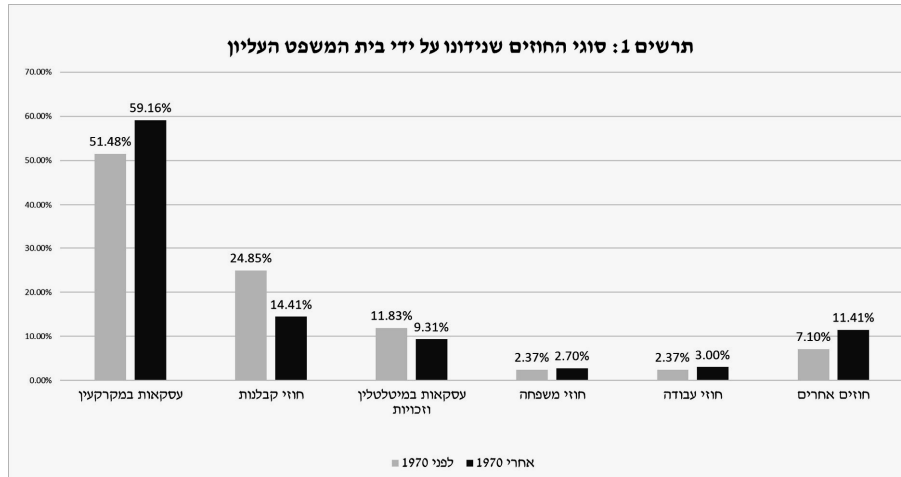
ואחריו, ככל שהדברים משתקפים בבסיס הנתונים של פסיקת בית המשפט העליון. בהמשך בוחן הפרק שני גורמים אפשריים לירידה הבולטת בפסיקה של סעדי אכיפה: העדפה של התובעים לתבוע תרופות אחרות, והכרעת בתי המשפט במקרים שבהם נתבעו סעדי אכיפה. תשומת לב מיוחדת ניתנת לעסקאות במקרקעין, משום שיותר ממחצית פסקי הדין של בית המשפט העליון בנושא תרופות בשל הפרת חוזה מתייחסים לעסקאות אלה. לבסוף, אנו מנתחים את הממצאים העולים מבסיס הנתונים המשלים של פסיקת בתי המשפט המחוזיים לתקופה האחרונה.

### 1. סוגי החוזים

מאחר שהנכונות להעניק תרופה כלשהי בשל הפרת חוזה עשויה להיות תלויה בסוג החוזה שהופר, בדקנו את התפלגות החוזים השונים שנדונו בבית המשפט העליון בהקשר זה. טבלה מס' 1 מפרטת את המספרים המוחלטים ואת השיעור היחסי של הסוגים השונים של החוזים מתוך כלל פסקי הדין שבבסיס הנתונים, ותרשים מס' 1 מציג את השיעור היחסי של הסוגים השונים בצורה גרפית – בשני המקרים, תוך הבחנה בין התקופה שקדמה לחוק לתקופה שאחריו.

טבלה מס' 1: סוגי החוזים שנדונו בפסיקתו של בית המשפט העליון

סוג החוזה	מספר החוזים בתקופה שלפני 1970 (ושיעורם היחסי)	מספר החוזים בתקופה שאחרי 1970 (ושיעורם היחסי)
עסקאות במקרקעין (חוזי מכר, חכירה, שכירות, רישיון, מתנה והסכמי קומבינציה)	87 (51.48%)	197 (59.16%)
קבלנות (לרבות שירותים ובנייה)	42 (24.85%)	48 (14.41%)
עסקאות במיטלטלין וזכויות (מכר והשכרת מיטלטלין, לרבות עסקאות בניירות ערך)	20 (11.83%)	31 (9.31%)
חוזי משפחה (נדוניה, נישואין, גירושין ומזונות)	4 (2.37%)	9 (2.7%)
חוזי עבודה	4 (2.37%)	10 (3%)
חוזים אחרים (כגון הלוואה, בנקאות, מתנה, פשרה, שותפות ומיזם משותף)	12 (7.1%)	38 (11.41%)
סך הכול	169 (100%)	333 (100%)



כפי שניתן להתרשם מטבלה מס' 1, ובייחוד מתרשים מס' 1, שיעור החוזים השונים שנדונו בפסיקתו של בית המשפט העליון לפני חקיקת חוק התרופות דומה למדי לשיעורם בפסיקתו של בית המשפט העליון לאחר מכן. השוואה בין כל אחת מהקטגוריות בנפרד מצביעה על הבדל מובהק רק בקטגוריה של חוזי קבלנות.<sup>122</sup> רוב הירידה בקטגוריה של חוזי קבלנות נבעה מכך שבתקופה שקדמה לשנת 1970, 15 מתוך 169 פסקי הדין (9%) עסקו בחוזי תיווך, ואילו אחרי 1970 עסקו בחוזים אלה רק שישה מתוך 333 פסקי הדין (2%).<sup>123</sup> בשתי התקופות, יותר ממחצית החוזים שנדונו בבית המשפט העליון בתחום דיני התרופות התייחסו לעסקאות במקרקעין. חלקם של כלל החוזים הקשורים למקרקעין (מכר, שכירות, רישיון, עסקת קומבינציה ומתנת מקרקעין) מתוך כלל פסקי הדין שעסקו בדיני התרופות

122 עסקאות במקרקעין:  $\chi^2(1)=2.69$ ,  $p=0.1$ ; קבלנות:  $\chi^2(1)=8.3$ ,  $p=0.004$ ; עסקאות במיטלטלון:  $\chi^2(1)=0.167$ ,  $p=0.68$ ; חוזי משפחה:  $\chi^2(1)=0.05$ ,  $p=0.82$ ; חוזי עבודה:  $\chi^2(1)=0.783$ ,  $p=0.38$ ; אחרים:  $\chi^2(1)=2.323$ ,  $p=0.13$ . המובהקות הסטטיסטית (p) מציינת את ההסתברות שההבדל בין התקופות התקבל במקרה ואינו משקף הבדל אמיתי ביניהן. לפי המקובל במדעי החברה, תוצאה נחשבת למובהקת סטטיסטית אם הסתברות זו אינה עולה על 5% ( $p=0.05$ ). תוצאה נחשבת ל"מובהקת באופן שולי" (marginally significant) כאשר הערך של p הוא בין 0.05 ל-0.1, או במילים אחרות, כאשר ההסתברות שהתוצאה התקבלה במקרה היא בין חמישה לעשרה אחוזים.

123 ניתן לשער שגורם מרכזי לירידה זו נעוץ בהרחבת הסמכות העניינית של בתי משפט שלום מבחינת גובה התביעות הנדונות בהם, משנת 1985 ואילך (צו בתי המשפט (הגדלת סכום תביעות אזרחיות בבית משפט שלום), התשמ"ו-1985) ובייחוד בשנת 2001 (צו בתי המשפט (הגדלת סכום תביעות אזרחיות בבית משפט שלום), התשס"א-2001). מאחר שתביעות לדמי תיווך מתייחסות בדרך כלל לסכומים נמוכים יחסית, ומאחר שבית המשפט העליון נוטה שלא לדון בערעורים על פסקי דין שבהם בית המשפט המחוזי דן כערכאת ערעור (ראו רע"א 103/82 חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור (הדר חיפה) בע"מ, פ"ד לו(3) 123 (1982)), פחת מאוד העיסוק בחוזים אלה בפסיקתו של בית המשפט העליון.

היה 51% בשנים 1970–1948, ו־59% בשנים 1970–2016.<sup>124</sup> תוצאה זו עולה בקנה אחד עם ממצאיו של מאוטנר, שלפיהם דיני החוזים של ישראל מתפתחים בראש ובראשונה אגב עסקאות במקרקעין.<sup>125</sup> יצוין כי מאוטנר בדק את כלל החוזים שנדונו בבית המשפט העליון, ואילו הבדיקה שלנו נוגעת רק לפסקי הדין שעסקו בתרופות בשל הפרת חוזה. כמובן, החלק היחסי של סוגי החוזים השונים בפסיקת בית המשפט העליון אינו משקף את חלקם במשק, או אפילו בכלל הסכסוכים המגיעים לבתי המשפט (שהטיפול ברבים מהם מסתיים בבתי משפט השלום ובבתי המשפט לתביעות קטנות). רוב הסכסוכים המתגלעים בקשר לעסקאות שהיקפן קטן יחסית אינם מגיעים לבית המשפט העליון הן משום שלא משתלם לנהל בעניינם התדיינות כזו הן משום שהם נדונים לראשונה בבתי משפט השלום, ובית המשפט העליון אינו ממהר לדון בערעור שני על עניינים שכבר נדונו בשתי ערכאות.<sup>126</sup> מבחינה זו, העובדה שסכסוכים הנוגעים למכר מקרקעין ולחכירה לדורות נדונים בבית המשפט המחוזי כערכאה ראשונה, היא שווי התביעה אשר יהא,<sup>127</sup> תורמת להגדלת חלקם היחסי של סכסוכים אלה בפסיקת בית המשפט העליון (ובפסיקה של בתי המשפט המחוזיים). אף סכסוכים בקשר לעסקאות גדולות בין גופים מסחריים מיושבים על פי רוב מחוץ לכותלי בתי המשפט.<sup>128</sup> עסקאות במקרקעין הן על פי רוב גדולות מספיק כדי להצדיק התדיינות משפטית, לרבות ערעור לבית המשפט העליון, ובהיותן חד-פעמיות ו"עסקתיות" (transactional) – להבדיל מעסקאות המבוססות על יחסים נמשכים (relational) – התמריצים ליישובן בדרכי שלום וללא התדיינות חלשים יותר. כך או אחרת, גם אם פסיקת בית המשפט העליון אינה משקפת את כלל הסכסוכים החוזיים, את כלל הסכסוכים שבגינם מוגשת תביעה, או אפילו את כלל הסכסוכים שבהם הוגש ערעור על פסקי דין של ערכאות נמוכות יותר (ערעורים העשויים להסתיים בפשרה ללא פסק דין), יש לה חשיבות יתרה משום שהיא מהווה הלכה פסוקה.

## 2. התרופות שנפסקו

### (א) בית המשפט העליון

בהתאם לעמדות המשתקפות בחקיקה, בפסיקה ובספרות המשפטית, היה ניתן לצפות לעלייה ניכרת בפסיקה של תרופות אכיפה בבית המשפט העליון. טבלה מס' 2 מציגה את המספר המוחלט ואת השיעור היחסי של התרופות שפסק בית המשפט העליון בשנים 1970–1948 ובשנים 1970–2016, מתוך כלל התרופות שנפסקו לטובת אחד מהצדדים.<sup>129</sup>

124 לעלייה זו עשויים להיות הסברים אחדים. אחד ההסברים הוא הריבוי היחסי של חוזי מקרקעין שהגיעו להכרעתו של בית המשפט העליון בתקופת האינפלציה הגבוהה ששררה במדינת ישראל בין השנים 1973 ו־1985. לפי בסיס הנתונים שלנו, 64% מהתביעות שהוגשו בתקופה זו והגיעו להכרעה של בית המשפט העליון, עסקו במקרקעין.

125 מאוטנר "דיני החוזים של ישראל", לעיל ה"ש 86, בעמ' 543–545, 553–555.

126 ראו לעיל ה"ש 123.

127 ס' 51 לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד–1984.

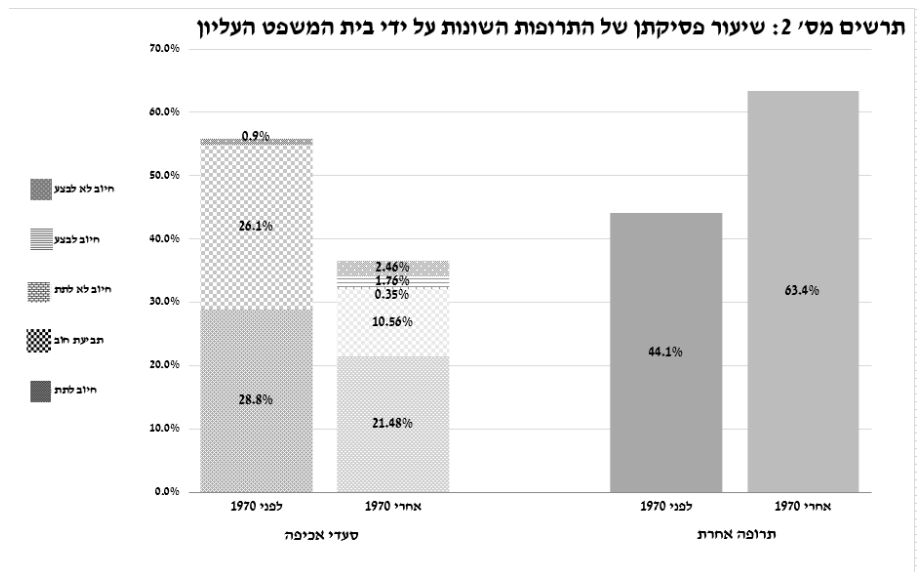
128 Macaulay, לעיל ה"ש 115, בעמ' 60–62; Beale & Dugdale, לעיל ה"ש 115; מאוטנר "דיני החוזים של ישראל", לעיל ה"ש 86, בעמ' 546–574, 559–560.

129 לפי מחקרם של שחר וגרוס (לעיל ה"ש 118, בעמ' 332), שהתייחס לכל פסקי הדין של בית המשפט העליון בשנים 1948–1994 שהתפרסמו בפר"י, בתחום המשפט הפרטי (להבדיל מהתחומים הציבורי

תרשים מס' 2 מציג את שיעור הפסיקה של התרופות השונות בצורה גרפית. מתוך כלל התצפיות שבהן נפסקו תרופות בשל הפרת חוזה, שיעור סעדי האכיפה בתקופה שאחרי 1970, 37%, נמוך במידה ניכרת משיעורם לפני 1970, 56% ( $\chi^2(1)=12.121, p<0.001$ )! ממצאים אלה אינם תואמים את מה שהיה ניתן לצפות לו לפי האמור בחוק התרופות, בפסיקה ובכתבי המלומדים. ממצאים אלה אף אינם תואמים את ההשערה הספקנית, שלפיה למרות התפיסה הרווחת, למעשה לא חל שינוי במעמדה המעשי של תרופת האכיפה אחרי חקיקתו של חוק התרופות.

טבלה מס' 2: התרופות שפסק בית המשפט העליון

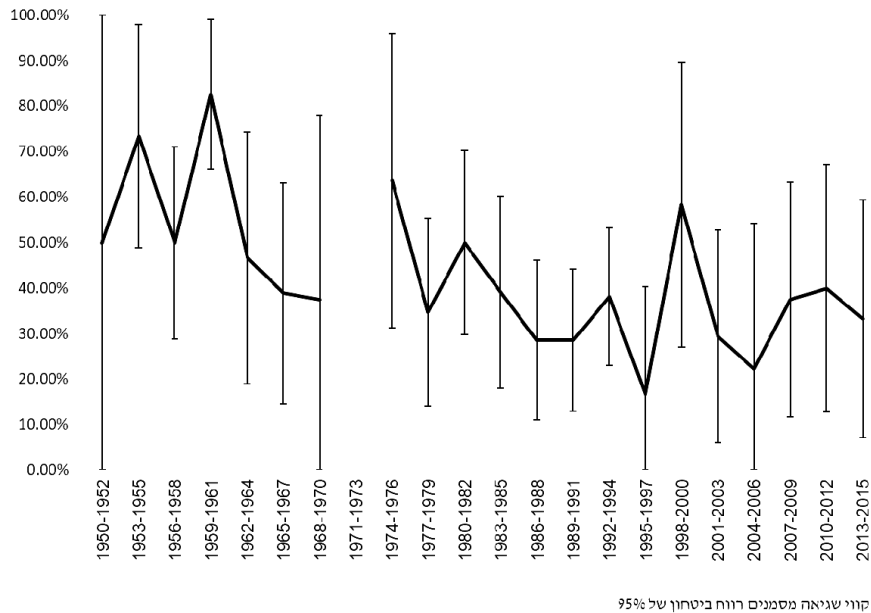
סוג התרופה	מספר הפעמים שנפסקה בתקופה שלפני 1970 (ושיעורה היחסי)	מספר הפעמים שנפסקה בתקופה שאחרי 1970 (ושיעורה היחסי)
צו לתת	32 (28.83%)	61 (21.48%)
צו להימנע מלתת	0 (0%)	1 (0.35%)
צו לבצע	0 (0%)	5 (1.76%)
צו להימנע מלבצע	1 (0.9%)	7 (2.46%)
תביעת חוב	29 (26.13%)	30 (10.56%)
תרופה אחרת	49 (44.14%)	180 (63.38%)
סך הכול	111 (100%)	284 (100%)



והפלילי), 40% מהערעורים התקבלו במלואם או בחלקם, ו-60% נדחו. המחקר שלנו עוסק בפרטי התוכן של פסיקת בית המשפט העליון, ולכן שיעורי הקבלה או הדחייה של ערעורים, כשהם לעצמם, מעניינים אותנו פחות. עם זאת, ניתן להתרשם ששיעורי הקבלה והדחייה של ערעורים שמצאו שחר וגרוס במחקר שלהם דומים למדי לאלה שבבסיס הנתונים שלנו.

מלבד חקיקתו של חוק התרופות בשנת 1970, במהלך התקופה הארוכה שבה עוסק מחקרנו התרחשו שינויים רבים נוספים שהיו עשויים להשפיע על הפסיקה של סעדי אכיפה, לכאן או לכאן. כדי לבחון אם חוק התרופות השפיע על פסיקת סעדי אכיפה בבית המשפט העליון במקרים שבהם נפסקה תרופה כלשהי, בחנו פסיקה זו לאורך זמן. תרשים מס' 3 מציג את שיעור פסיקות האכיפה בבית המשפט העליון לפי פרקי זמן של שלוש שנים מ-1950 ואילך. השתמשנו ביחידת זמן של שלוש שנים מכיוון שמספרם הקטן של פסקי הדין שבהם נפסקה תרופה כלשהי בכל שנה – כשישה פסקי דין – גורמת לגרף שנתי להיות מאוד לא יציב. לנוכח השמטת פסקי הדין שניתנו לאחר 1970 ואשר עסקו בחוזים שנכרתו לפני 1970, לא היו תצפיות בין השנים 1971 ו-1973. אף שהשתמשנו ביחידות זמן של שלוש שנים, רווחי הביטחון היו רחבים מאוד ולכן האינפורמטיביות של תרשים מס' 3 היא מוגבלת מאוד.

תרשים מס' 3: שיעור פסיקת האכיפה על ידי בית המשפט העליון לפי שנים



כאשר השווינו בין פרקי זמן קצרים (שלוש, שש ותשע שנים) לפני 1970 ולאחר 1974 (בין השנים 1968–1970 לשנים 1970–1974, בין השנים 1965–1970 לשנים 1974–1979, ובין

השנים 1970–1962 לשנים 1974–1982) לא נמצא הבדל מובהק בין התקופות השנים 1970–1962 לשנים 1974–1982) לא נמצא הבדל מובהק בין התקופות  $\chi^2(1)=0.267, p=0.605$ ;  $\chi^2(1)=0.194, p=0.66$ ;  $\chi^2(1)=1.269, p=0.26$ .<sup>130</sup> הבחינה לאורך זמן והשוואה בין התקופות הסמוכות לחקיקתו של חוק התרופות אינן מספקות תימוכין אמפיריים להשפעה של החוק על פסיקת סעדי אכיפה בבית המשפט העליון; אולם יש להדגיש כי לנוכח המספר הקטן של פסקי דין שניתנו מדי שנה, ממצאים אלה גם אינם שוללים את האפשרות שהייתה השפעה כזו. מכל מקום, גם אם אין בידינו לשלול את האפשרות שהחוק הגביר את הנכונות לפסוק סעדי אכיפה, ברור שהשפעה זו הייתה חלשה למדי בהשוואה לגורמים שפעלו בכיוון ההפוך והביאו להקטנת הפסיקה של סעדי אכיפה, כמתואר בהמשך.

### (ב) בתי המשפט המחוזיים

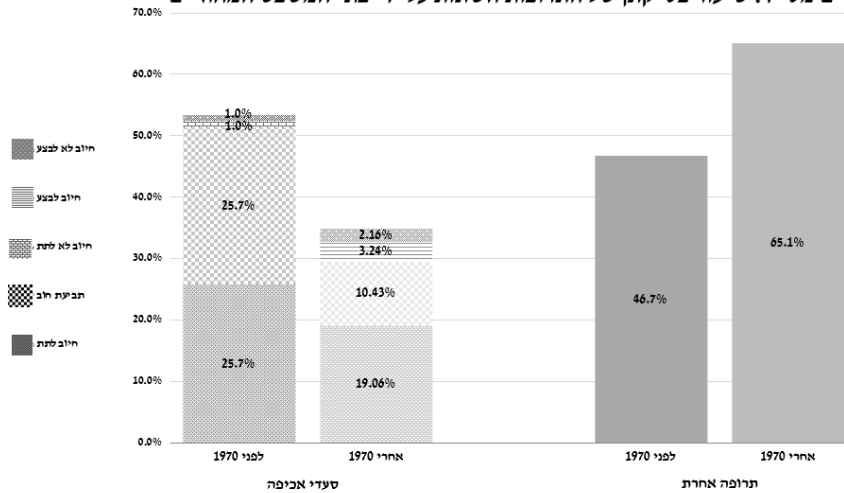
התמונה העולה מניתוח הפסיקה של סעדי אכיפה בבתי המשפט המחוזיים, במקרים שנדונו לאחר מכן בפסיקה של בית המשפט העליון, דומה לתמונת הפסיקה בבית המשפט העליון. הניתוח שלהלן מתייחס רק למקרים שבהם בית המשפט פסק תרופה כלשהי בשל הפרת חוזה. טבלה מס' 3 מתארת את מספר התרופות שפסקו בתי המשפט המחוזיים בתיקים שהגיעו להכרעתו של בית המשפט העליון בשנים 1970–1948 ובשנים 1970–2016 לפי סוגיהן ואת שיעורן היחסי מתוך כלל התרופות שנפסקו. תרשים מס' 4 מציג בצורה גרפית את השיעור היחסי של סוגי התרופות השונים.

### טבלה מס' 3: התרופות שפסקו בתי המשפט המחוזיים

סוג התרופה	מספר הפעמים שנפסקה בתקופה שלפני 1970 (ושיעורה היחסי)	מספר הפעמים שנפסקה בתקופה שאחרי 1970 (ושיעורה היחסי)
צו לתת	27 (25.71%)	53 (19.05%)
צו להימנע מלתת	1 (0.95%)	0 (0%)
צו לבצע	0 (0%)	9 (3.24%)
צו להימנע מלבצע	1 (0.95%)	6 (2.16%)
תביעת חוב	27 (25.71%)	29 (10.43%)
תרופה אחרת	49 (46.67%)	181 (65.11%)
סך הכול	105 (100%)	278 (100%)

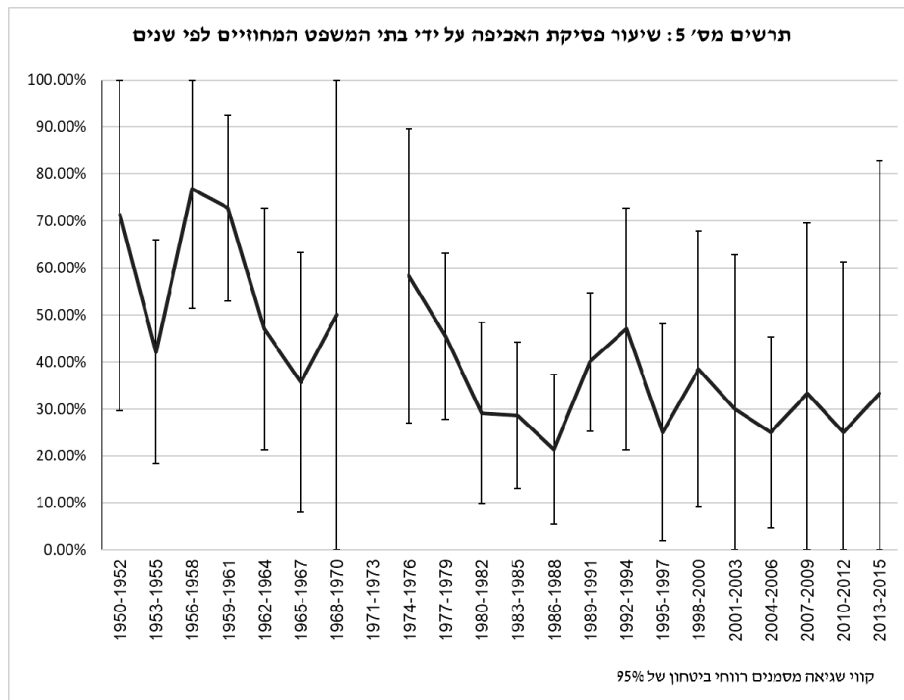
130 גם כאשר כללנו את התקופה שבין 1971 ל-1973, שבה לא ניתנו פסקי דין רלוונטיים, לא נמצא אפקט מובהק (בין 1970–1965 לבין 1971–1976)  $\chi^2(1)=1.973, p=0.16$ , ובין 1970–1962 לבין 1971–1979  $\chi^2(1)=0.054, p=0.817$ .

תרשים מס' 4: שיעור פסיקתן של התרופות השונות על ידי בתי המשפט המחוזיים



כאשר משווים בין שתי התקופות, מתוך כלל התצפיות שבהן נפסקו תרופות בשל הפרת חוזה בבתי המשפט המחוזיים, פסיקת סעדי האכיפה ירדה במידה ניכרת מ-53% ל-35% (כמו הממצאים לגבי פסיקתו של בית המשפט העליון, גם  $\chi^2(1)=10.804$ ,  $p=0.001$ ) – ממצאים אלה אינם עולים בקנה אחד עם התפיסה הרווחת בפסיקה ובספרות המשפטית – ואפילו אינם תואמים את ההשערה הספקנית שלא חל שינוי במעמדה המעשי של תרופת האכיפה אחרי חקיקתו של חוק התרופות.

כמו במקרה של פסיקת בית המשפט העליון, גם בנוגע לפסקי הדין המחוזיים ערכנו בחינה לאורך זמן. הממצאים מתוארים בתרשים מס' 5. בשנים 1971–1973 היה רק פסק דין אחד, ולכן לא כללנו את הצגתו בתרשים ובהשוואות שלהלן. גם בתרשים זה ניתן לראות שבעקבות המספר המצומצם של פסקי הדין, רווחי הביטחון רחבים והיכולת להסיק מהם מסקנות מוגבלת ביותר.



גם ביחס לפסיקות של בתי המשפט המחוזיים, כאשר ביצענו השוואות בין פרקי זמן קצרים של שלוש, שש ותשע שנים, לא נמצא הבדל מובהק ביניהם (1970–1968 אל מול  $\chi^2(1)=0.44$ , 1979–1974 ;  $\chi^2(1)=0.113$ ,  $p=0.737$  ; 1976–1974 אל מול 1970–1965 ;  $\chi^2(1)=0.015$ ,  $p=0.904$  ; 1982–1974 אל מול 1970–1962 ;  $p=0.507$  גם ממצאים אלה אינם תומכים בטענה בדבר ההשפעה של החוק על פסיקת סעדי אכיפה.

### 3. העדפות התובעים והכרעות בתי המשפט

הממצא שלפיו הן בפסיקתו של בית המשפט העליון הן בפסיקתם של בתי המשפט המחוזיים (במקרים שנדונו לאחר מכן בבית המשפט העליון) חלה ירידה חזקה ומובהקת בפסיקה של סעדי אכיפה אחרי 1970 בהשוואה לתקופה שלפני 1970 עשוי לנבוע משני גורמים. גורם אחד הוא התרופה שנפגעים מהפרת חוזה בוחרים לתבוע והגורם האחר הוא ההכרעה של בתי המשפט בעניין התרופה שתיפסק לנפגע במקרים שבהם הוא תבע את אחד מסעדי האכיפה. להלן נתאר את תוצאות הבדיקה של כל אחד מגורמים אפשריים אלה.

131 גם כאשר כללנו את התקופה של 1973–1971, שבה ניתן רק פסק דין אחד רלוונטי, לא נמצא אפקט מובהק בהשוואה בין השנים 1970–1965 לשנים 1976–1971 ( $\chi^2(1)=1.463$ ,  $p=0.226$ ) ובין השנים 1970–1962 לשנים 1979–1971 ( $\chi^2(1)=0.376$ ,  $p=0.54$ ).

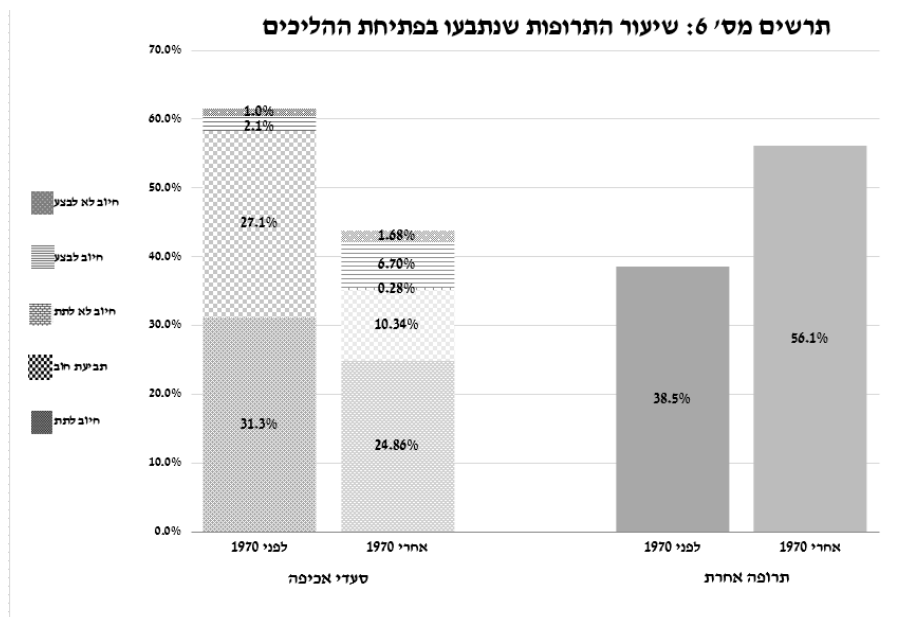


**(א) התרופות שנתבעו**

ככלל, בתי המשפט אינם מעניקים תרופות וסעדים שהצדדים לא ביקשו.<sup>132</sup> על כן, כדי לעמוד על גישתו של בית המשפט לתרופות השונות, יש לבחון את הפסיקה על רקע הסעדים והתרופות שהמתדיינים עותרים להם בעת פתיחת ההליכים המשפטיים. טבלה מס' 4 מציגה את המספר המוחלט של כל אחד מסוגי הסעדים שנתבעו ואת שיעורם היחסי, ותרשים מס' 6 מציג את השיעור היחסי בצורה גרפית, בחלוקה לשתי התקופות. הטבלה והתרשים מתייחסים לסוגי התרופות שנתבעו בעת פתיחת ההליכים המשפטיים בתיקים שבהם ניתן בסופו של דבר פסק דין של בית המשפט העליון.

**טבלה מס' 4: התרופות שנתבעו בפתיחת ההליכים המשפטיים**

סוג התרופה	מספר הפעמים שנתבעה בתקופה שלפני 1970 (ושיעורה היחסי)	מספר הפעמים שנתבעה בתקופה שאחרי 1970 (ושיעורה היחסי)
צו לתת	60 (31.25%)	89 (24.86%)
צו להימנע מלתת	0 (0%)	1 (0.28%)
צו לבצע	4 (2.08%)	24 (6.70%)
צו להימנע מלבצע	2 (21.04%)	6 (1.68%)
תביעת חוב	52 (27.08%)	37 (10.34%)
תרופה אחרת	74 (38.54%)	201 (56.159%)
סך הכל	192 (100%)	358 (100%)

**תרשים מס' 6: שיעור התרופות שנתבעו בפתיחת ההליכים**

<sup>132</sup> ראו למשל ע"א 529/78 איליט בע"מ נ' אלקו חרושת אלקטרו מיכנית ישראלית בע"מ, פ"ד לד (2) 13, 21 (1979); זוסמן, לעיל ה"ש 87, בעמ' 162.

כמתואר בטבלה מס' 4, בשנים 1948–1970 נדונו בבית המשפט העליון 192 תיקים שבהם נתבעו תרופות ובשנים 1970–2016 נדונו בבית המשפט העליון 358 תיקים שבהם נתבעו תרופות (לא כולל תיקים שבהם החוזה נכרת לפני שנת 1970). הממצא הבולט ביותר הוא שאחרי 1970, שיעור התביעות של כלל סעדי האכיפה מתוך כלל התצפיות ירד באורה חד-מ-61% ל-44% ( $\chi^2(1)=15.491, p<0.001$ ).

מנתונים אלה עולה כי אף שלפי הדין שקדם לחוק התרופות, הסעד הראשי בגין הפרת חוזה היה פיצויים, סעדי האכיפה נתבעו בשיעור גבוה יותר במידה ניכרת מתרופות אחרות. בד בבד, אף שחוק התרופות העניק לתרופת האכיפה מעמד בכורה, בפועל לאחר חקיקתו נתבעו סעדי אכיפה בשיעור נמוך יותר במידה ניכרת מהתרופות האחרות. כמו הממצאים הקודמים שתיארנו, אף ממצאים אלה מפתיעים למדי בהתחשב בתפיסה הרווחת בקרב שופטים ומלומדים בדבר השינוי במעמדה של תרופת האכיפה; והם אף אינם מתיישבים עם ההשערה הספקנית, שלפיה לא חל שינוי של ממש בהיקף השימוש בסעדי אכיפה אחרי חקיקתו של חוק התרופות.

גם בנוגע לשיעורי סעדי האכיפה שנתבעו, ערכנו בחינה לאורך זמן, וממצאיה מתוארים בתרשים מס' 7. גם במקרה זה, ניתן להבחין ברווחי הביטחון הרחבים המגבילים את היכולת להסיק מסקנות חד-משמעיות מהגרף.



כאשר השוונו בין פרקי זמן של שלוש, שש ותשע שנים, לא מצאנו הבדל מובהק ביניהם (1970–1968 אל מול 1974–1971 :  $\chi^2(1)=1.05$ ,  $p=0.306$  ; 1970–1965 אל מול 1976–1971 :  $\chi^2(1)=0.004$ ,  $p=0.948$  ; 1970–1962 אל מול 1979–1971 :  $\chi^2(1)=0.004$ ,  $p=0.95$ ).<sup>133</sup> אף ממצאים אלה אינם מספקים תמיכה לטענה שהחוק השפיע על שיעורי התביעה של סעדי אכיפה.

#### (ב) פסיקת בתי המשפט במקרים שבהם נתבעה אכיפה

כמוסבר לעיל, בצד העדפות התובעים, הגורם השני העשוי להסביר את הירידה החדה בשיעור הפסיקה של סעדי האכיפה הוא הכרעותיהם של בתי המשפט במקרים שבהם נתבעו סעדים אלה. לפי החקיקה, הפסיקה והספרות המשפטית, היה ניתן לצפות לעלייה בנכונות של בתי המשפט לפסוק סעדים אלה.

למעשה, כאשר בוחנים רק את המקרים שבהם אחד מסעדי האכיפה נתבע מלכתחילה ובית המשפט פסק תרופה כלשהי, הענקת סעדי האכיפה בבית המשפט העליון ירדה מ-89% לפני 1970 ל-84% אחרי 1970, ובבתי המשפט המחוזיים (כפי שהכרעותיהם משתקפות בבסיס הנתונים הראשי) היא ירדה מ-87% לפני 1970 ל-81% אחרי 1970. כלומר, לא זו בלבד שאחרי חוק התרופות פחתה הנטייה של תובעים לדרוש סעדי אכיפה, אלא שגם מתוך התיקים שבהם נתבע הסעד הזה והתביעה התקבלה, בתי המשפט נטו פחות לפסוק סעדי אכיפה. עם זאת, בשני המקרים הירידה אינה מובהקת סטטיסטית (בית המשפט העליון :  $\chi^2(1)=0.84$ ,  $p=0.36$  ; בתי המשפט המחוזיים :  $\chi^2(1)=1.379$ ,  $p=0.24$ ), כך שהגורם המרכזי לירידה בפסיקת סעדי אכיפה אחרי 1970 נעוץ בהעדפות התובעים.

כמתואר ביתר פירוט בהמשך, סביר להניח שבחירת התרופות הנתבעות בידי הנפגעים מביאה בחשבון את הערכתם לגבי נכונותם של בתי המשפט לפסוק את התרופות השונות. נפגע הצופה שבית המשפט לא ייעתר לתביעת אכיפה, ייטה פחות לתבוע תרופה זו. לפיכך אין להסיק מהממצאים שלא חלה ירידה ממשית גם בנכונות של בתי המשפט לפסוק את סעדי האכיפה.

#### 4. עסקאות במקרקעין

כמתואר לעיל, הקטגוריה הגדולה ביותר של חוזים בבסיס הנתונים שלנו גם בפסיקת בית המשפט העליון בדיני חוזים בכלל) – 87 מתוך 169 התצפיות בתקופה שלפני 1970 ו-197 מתוך 333 בתקופה שאחרי 1970 – היא עסקאות במקרקעין, לרבות מכר, חכירה לדורות, עסקאות קומבינציה, שכירות ומתנה (ראו טבלה מס' 1). חוק התרופות לא היה אמור לשנות את המצב המשפטי בנוגע לחוזים אלה, משום שגם לפי הדין הקודם, בעקבות המשפט האנגלי, היה ניתן לקבל צו לביצוע בעין שלהם.<sup>134</sup> טבלה מס' 5 מציגה את המספר

<sup>133</sup> גם כאשר כללנו את התקופה שבין 1971 ל-1973, שבה ניתן רק פסק דין אחד רלוונטי, לא נמצא אפקט מובהק (בין השנים 1970–1965 לשנים 1979–1971 :  $\chi^2(1)=1.463$ ,  $p=0.226$ ) ובין השנים 1970–1962 לשנים 1979–1971 :  $\chi^2(1)=0.376$ ,  $p=0.54$ ).

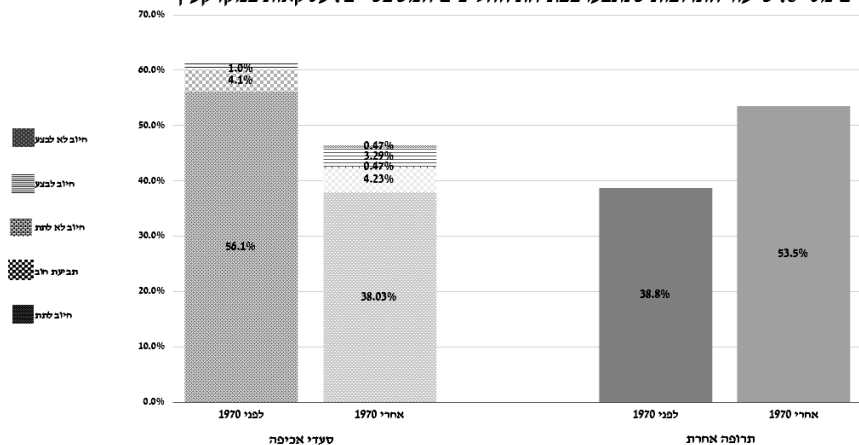
<sup>134</sup> ראו Jones & Goodhart, לעיל ה"ש 81, בעמ' 128–132 (על אכיפת עסקאות המתייחסות למקרקעין, זכויות במקרקעין ורישיון במקרקעין). הקטגוריה של עסקאות במקרקעין כוללת גם חווי מתנה. במשפט

המוחלט והשיעור היחסי של התרופות השונות שנתבעו בשל הפרתם של חוזי מקרקעין, מתוך כלל התרופות שנתבעו, בחלוקה לשתי התקופות (לפני ואחרי 1970), ותרשים מס' 8 מציג את השיעור היחסי בצורה גרפית. כאשר בוחנים את שיעור התביעה של התרופות השונות מתוך כלל התצפיות המתייחסות לעסקאות במקרקעין, הממצאים דומים לאלה שהתגלו בבדיקה של כלל סוגי החוזים. בתקופה שאחרי 1970 הנטייה של תובעים לבקש סעדי אכיפה ירדה במידה ניכרת, מ-61% ל-46% ( $\chi^2(1)=5.841, p=0.02$ ).

טבלה מס' 5: התרופות שנתבעו בפתיחת ההליכים המשפטיים: עסקאות במקרקעין

סוג התרופה	מספר הפעמים שנתבעה בתקופה שלפני 1970 (ושיעורה היחסי)	מספר הפעמים שנתבעה בתקופה שאחרי 1970 (ושיעורה היחסי)
צו לתת	55 (56.12%)	81 (38.03%)
צו להימנע מלתת	0 (0%)	1 (0.47%)
צו לבצע	1 (1.02%)	7 (3.29%)
צו להימנע מלבצע	0 (0%)	1 (0.47%)
תביעת חוב	4 (4.08%)	9 (4.23%)
תרופה אחרת	38 (38.78%)	114 (53.52%)
סך הכל	98 (100%)	213 (100%)

תרשים מס' 8: שיעור התרופות שנתבעו בפתיחת ההליכים המשפטיים: עסקאות במקרקעין



האנגלי אין מורים על ביצוע בעין של חוזים כאלה, לא משום המגבלות המוטלות על תרופה זו, אלא משום שבשל דרישת התמורה (consideration), חוזי מתנה כלל אינם בעלי תוקף מחייב (כלל שלעיתים ניתן להתגבר עליו בדרכי עקיפין שאינן מעניינות). אולם מאחר שמבחינת השיקולים הנוגעים לסעדי האכיפה, אין הבדל ניכר בין מכר למתנת מקרקעין, כאשר משווים בין הדין הישראלי לפני 1970 לדין אחריו יש לכלול גם מתנת מקרקעין בקטגוריה של עסקאות במקרקעין.

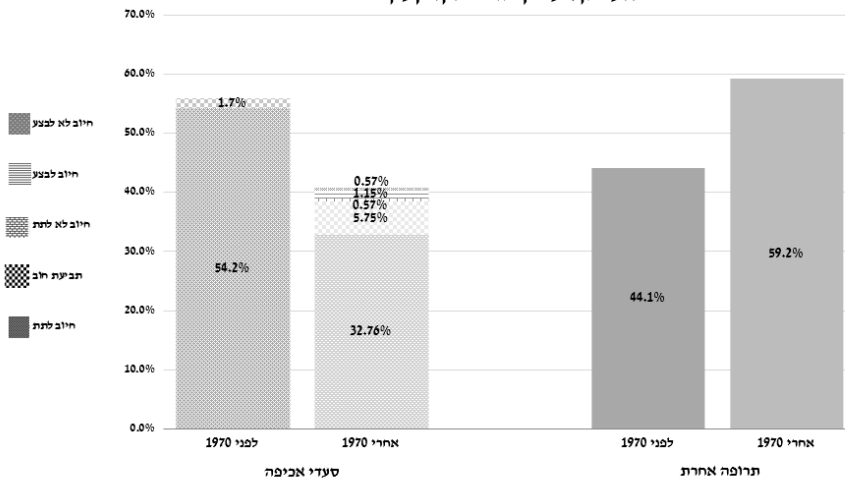
תמונה דומה מצטיירת כאשר משווים את שיעור הפסיקה של סעדי אכיפה בכתי המשפט המחוזיים (במקרים שבהם התביעה לא נדחתה): ירידה מובהקת שולית מ-50% ל-37% (0.088,  $\chi^2(1)=2.918$ ). אולם כאשר מגבילים את הניתוח למקרים שבהם נתבעו סעדי אכיפה מלכתחילה, ההבדל בין התקופות – ירידה בפסיקה של סעדי אכיפה מ-82% ל-80% – שוב אינו מובהק סטטיסטית (0.85,  $\chi^2(1)=0.036$ ).

לבסוף, טבלה מס' 6 מציגה את המספר המוחלט והשיעור היחסי של התרופות השונות שפסק בית המשפט העליון בשל הפרות בעסקאות מקרקעין (במקרים שבהם הוענקה תרופה כלשהי), מתוך כלל התרופות, בחלוקה לשתי התקופות (לפני ואחרי 1970), ותרשים מס' 9 מציג את השיעור היחסי בצורה גרפית.

טבלה מס' 6: התרופות שנתבעו בבית המשפט העליון: עסקאות במקרקעין

סוג התרופה	מספר הפעמים שנתבעה בתקופה שלפני 1970 (ושיעורה היחסי)	מספר הפעמים שנתבעה בתקופה שאחרי 1970 (ושיעורה היחסי)
צו לתת	32 (54.24%)	57 (32.76%)
צו להימנע מלתת	0 (0%)	1 (0.57%)
צו לבצע	0 (0%)	2 (1.15%)
צו להימנע מלבצע	0 (0%)	1 (0.57%)
תביעת חוב	1 (1.69%)	10 (5.75%)
תרופה אחרת	26 (44.07%)	103 (59.25%)
סך הכל	59 (100%)	174 (100%)

תרשים מס' 9: שיעור פסיקתן של התרופות השונות על ידי בית המשפט העליון: עסקאות במקרקעין

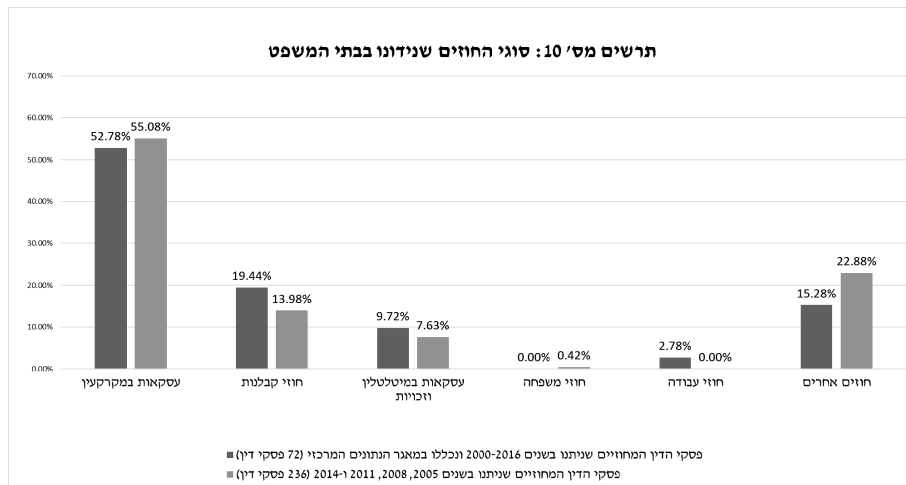


מתוך כלל התצפיות, שיעור הפסיקה של סעדי אכיפה בבית המשפט העליון ירד מ-56% ל-41% ( $\chi^2(1)=4.08, p=0.04$ ), אולם כאשר מגבילים את הניתוח למקרים שבהם נתבעו סעדי אכיפה מלכתחילה, ההבדל בין התקופות – ירידה בפסיקה של סעדי אכיפה מ-87% ל-86% – שוב אינו מובהק סטטיסטית ( $\chi^2(1)=0.004, p=0.95$ ).

הירידה החדה בנטייה של תובעים לתבוע סעדי אכיפה בעסקאות מקרקעין אחרי 1970 היא מפתיעה ומנוגדת להתבטאויות הרווחות בפסיקה ובספרות המשפטית. לעומת זאת, היעדר הבדל מובהק סטטיסטית בפסיקת סעדי אכיפה בבתי המשפט בין התקופות, במקרים שבהם נתבעו סעדים כאלה, אינו מפתיע, משום שכמוסבר בתת-פרק ב.3 לעיל, חוק התרופות לא שינה למעשה את הכלל המשפטי הנוגע לאכיפה בעסקאות מקרקעין.

### 5. בסיס הנתונים המשלים של הפסיקה המחוזית

הניתוחים דלעיל התבססו על נתונים אמינים ומלאים פחות או יותר של פסיקת בית המשפט העליון (ושל בחירות התובעים ופסיקותיהם של בתי המשפט המחוזיים במקרים שנדונו בפסקי דין של בית המשפט העליון) לכל תקופת המחקר, 1948–2016. לעומת זאת, בנוגע לרוב תקופת המחקר, לרבות כל התקופה שקדמה לחוק התרופות, אין דרך מעשית להשיג את הפסיקה של בתי המשפט המחוזיים (או של בתי משפט השלום) בכל המקרים שלא הסתיימו בפסק דין של בית המשפט העליון. כיסוי שיטתי של הפסיקה המחוזית במאגר נבו החל רק בשנות האלפיים. כדי להתגבר באופן חלקי על מגבלה זו, ביקשנו לבדוק עד כמה התמונה של פסיקת בתי המשפט המחוזיים ושל בחירות התובעים מלכתחילה, העולה מבסיס הנתונים הראשי, משקפת את התמונה של כלל פסקי הדין המחוזיים בנוגע לתקופה שבה יש בידינו נתונים על כלל הפסיקה המחוזית. כדי לבצע בדיקה זו, יצרנו בסיס נתונים משלים שכלל את כל פסקי הדין המחוזיים שעסקו בתרופות בשל הפרת חוזה ואשר ניתנו בשנים 2005, 2008, 2011 ו-2014. בסך הכול, מדובר ב-236 פסקי דין וב-279 תצפיות. לא בדקנו שנים מוקדמות יותר, משום שהכיסוי של הפסיקה המחוזית במאגר נבו באותן שנים היה חלקי. כדי שנוכל להשוות את התמונה העולה מפסקי דין אלה למספר גדול דיו של תצפיות בבסיס הנתונים הראשי, התייחסנו לכל התצפיות בבסיס הנתונים הראשי שבהן פסק הדין המחוזי ניתן בין השנים 2000 ו-2016, ובסך הכול 72 פסקי דין ו-83 תצפיות. ראשית, ביקשנו לבחון עד כמה השיעור היחסי של סוגי חוזים שונים בבסיס הנתונים המשלים תואם את השיעור היחסי שלהם ב-72 פסקי הדין שבבסיס הנתונים הראשי. כפי שניתן לראות בתרשים מס' 10, התמונה הכללית דומה למדי. ישנו הבדל מובהק שולית בין סוגי החוזים שנדונו ב-72 פסקי הדין שבבסיס הנתונים הראשי ובין אלה שנדונו ב-236 פסקי הדין שבבסיס הנתונים המשלים ( $\chi^2(5)=9.803, p=0.081$ ). כיוצא בזה, גם מבחינת סוג התובעים – אנשים פרטיים, תאגידים או גופים ציבוריים – לא היה הבדל של ממש בין שני בסיסי הנתונים ( $\chi^2(2)=0.415, p=0.813$ ).



לאחר מכן השווינו בין הנטייה של התובעים לתבוע אכיפה ושל בתי המשפט המחוזיים לפסוק אכיפה, כפי שהיא עולה משני בסיסי הנתונים. נמצא הבדל מובהק סטטיסטית מבחינת תביעת האכיפה בין 83 התצפיות שבבסיס הנתונים הראשי (שבהן נתבעה אכיפה ב-38% מהתצפיות) ובין 279 התצפיות שבבסיס הנתונים המשלים (שבהן נתבעה אכיפה ב-26.5% מהתצפיות) ( $\chi^2(1)=4.471, p=0.034$ ). לעומת זאת, מבחינת פסיקת האכיפה בבתי המשפט המחוזיים במקרים שבהם נפסקה תרופה, לא נמצא הבדל מובהק בין המאגרים ( $\chi^2(1)=2.406, p=0.121$ ). מתוך המקרים שבהם נתבעה תרופת האכיפה מלכתחילה ובסופו של דבר נפסקה תרופה כלשהי, בתי המשפט המחוזיים פסקו תרופה זו ב-65% מ-23 התצפיות שבבסיס הנתונים הראשי וב-77% מ-47 התצפיות שבבסיס הנתונים המשלים. שוב, הבדל זה אינו מובהק סטטיסטית ( $\chi^2(1)=1.011, p=0.315$ ).

כאמור, ההבדל המובהק היחיד בין שני המאגרים נמצא בנטייה של התובעים לתבוע סעדי אכיפה, שהייתה גבוהה יותר בבסיס הנתונים הראשי. קשה להצביע על גורם ברור להבדל זה, ובהיעדר נתונים על תקופות אחרות (בפרט התקופה שלפני 1970) אף קשה להסיק ממנו מסקנות ברורות. מכל מקום, ההבדל עשוי להעיד על כך שהנטייה של תובעים להימנע מלתבוע סעדי אכיפה בעשורים האחרונים, כפי שהיא משתקפת בבסיס הנתונים הראשי שלנו, חזקה עוד יותר בכלל פסקי הדין (לרבות אלה שלא הגיעו לדיון בבית המשפט העליון). כלומר, ככל שמבחינה זו קיים אפקט סלקציה בהגשת ערעורים לבית המשפט העליון, אפקט זה אינו מחליש את הממצאים שלנו אלא מחזק אותם.

## 6. סיכום והערות נוספות

חמישה ממצאים מרכזיים עולים מהניתוח שהוצג לעיל. ראשית, הן לפני חקיקתו של חוק התרופות הן אחריה, הסעד העיקרי שנפסק בבית המשפט העליון ובבתי המשפט המחוזיים (במקרים שהגיעו להכרעתו של בית המשפט העליון) לא היה הסעד העיקרי בשל הפרת

חווה. לפני 1970, כאשר פיצויים נחשבו התרופה הראשונית, סעדי אכיפה נפסקו בבית המשפט העליון ב-56% מפסקי הדין שבהם ניתן סעד כלשהו, ואילו אחרי 1970, כאשר אכיפה נחשבה הסעד הראשוני והעיקרי, הם נפסקו ב-37% מפסקי הדין בלבד. מדובר בירידה של 19 נקודות אחוז, או 34%. בבתי המשפט המחוזיים הירידה הייתה מ-53% ל-35%, כלומר ב-18 נקודות אחוז או 34%.

שנית, הגורם הישיר לירידה האמורה היה הירידה החדה בנטייה של תובעים לתבוע סעדי אכיפה, מ-61% ל-44%, כלומר ירידה של 17 נקודות אחוז, או 28%. ככל שמדובר בפסיקת סעדים אלה בבתי המשפט, בניגוד לתפיסה הרווחת בפסיקה ובספרות המשפטית, לא זו בלבד שלא חלה עלייה בפסיקה זו במקרים שבהם נתבעו סעדי אכיפה, אלא שאף חלה ירידה מסוימת: מ-89% ל-84% בפסיקה של בית המשפט העליון (כלומר, ב-5 נקודות אחוז, או ב-6%) ומ-87% ל-81% בפסיקה של בתי המשפט המחוזיים כפי שהיא משתקפת בפסיקה של בית המשפט העליון (כלומר, ב-6 נקודות אחוז, או ב-7%) – אם כי ירידות אלה אינן מובהקות מבחינה סטטיסטית. כמובן, הירידה בשיעור התביעה של סעדי אכיפה עשויה לנבוע מההערכות של התובעים בדבר נכונותו של בית המשפט להעניק את הסעדים השונים. שלישית, הנטייה של תובעים למצט בתביעה של סעדי אכיפה בשנות האלפיים הייתה חזקה בבסיס הנתונים המשלים יותר מאשר בבסיס הנתונים הראשי, אך בשורה התחתונה לא היה הבדל מובהק סטטיסטית בפסיקה של סעדים אלה בבתי המשפט המחוזיים בין בסיס הנתונים הראשי לבסיס הנתונים המשלים. אם תמונת הפסיקה המחוזית, כפי שהיא מצטיירת בבסיס הנתונים הראשי, הושפעה מאפקט סלקציה, נראה אפוא שאפקט זה אינו מחליש את הממצאים שלנו, אלא אף מחזק אותם.

רביעית, הניתוח לאורך זמן והשוואה בין פרקי זמן של שלוש, שש ותשע שנים לפני ואחרי חקיקתו של חוק התרופות לא העלו הבדל מובהק סטטיסטית בנטייה לתבוע או בנכונות להעניק סעדי אכיפה. אולם יש להתייחס להיעדר ממצא זה בזהירות רבה, משום שמדובר במספר קטן של תצפיות בכל אחת מהשנים.

חמישית, התמונה שתוארה לעיל בנוגע לשיעור הפסיקה של סעדי אכיפה בבית המשפט העליון נמצאה גם כאשר בדקנו רק עסקאות במקרקעין.

נוסף על הניתוח הנפרד שערכנו לעסקאות במקרקעין, יש לזכור כי גם כאשר מדובר באכיפה של חיובים כספיים ובהוצאה של צווי מניעה, חוק התרופות לא חולל בהכרח שינוי לעומת המצב המשפטי הקודם.<sup>135</sup> כאשר בוחנים רק את המקרים שבהם העניק בית המשפט סעד אכיפה אף שלא היה מדובר בעסקה במקרקעין, בחיוב לפרוע חוב או בצו מניעה, מתברר שלא היו מקרים כאלה בתקופה שלפני 1970, היה מקרה אחד כזה בתקופת הביניים והיו שבעה בתקופה שאחרי 1970.<sup>136</sup> אולם אפילו במקרים הללו, לא נראה שחקיקתו של

135 ראו לעיל ה"ש 83–86 והטקסט הסמוך להן.

136 מלבד שמונה פסקי דין אלה, הקטגוריה של עסקאות במקרקעין כוללת גם עסקאות קומבינציה ובמקרים נדירים צו האכיפה בחוזים אלה עשוי להתייחס לביצוע עבודות בנייה – פעולות שבאורח מסורתי נמנע המשפט האנגלי מלאכוף. פסק הדין המרכזי בנושא זה הוא פסק דין בעניין עוניסון (לעיל ה"ש 5). אולם כמוסבר בפסק הדין (שם, בעמ' 405–407), במרוצת השנים התרחבה הנכונות לאכוף חוזי בנייה גם במשפט האנגלי (ראו גם JONES & GOODHART, לעיל ה"ש 81, בעמ' 184–189; I. C. F. SPRY, THE



חוק התרופות חוללה שינוי. בפסק הדין שניתן בתקופת הביניים (והוכרע לפי הדין הקודם) ובשלושה משבעת פסקי הדין מהתקופה שאחרי 1970, היה מדובר בחיוב למכור או להקצות מניות בחברות שאינן נסחרות בבורסה.<sup>137</sup> חיובים כאלה ניתנים לאכיפה גם במשפט האנגלי, לפחות מאז המאה התשע עשרה.<sup>138</sup>

מתוך ארבעת פסקי הדין הנותרים, באחד דובר בצו אכיפה לביצוע עבודות בנייה בידי קבלן, שניתן בהסכמת הצדדים כחלק מהסכם פשרה שלבקשתם קיבל תוקף של פסק דין – ולא מכוח הוראה של בית המשפט המנוגדת לעמדת הקבלן.<sup>139</sup> בפסק דין אחר – פרשת הביציות של בני הזוג נחמני<sup>140</sup> – דחה בית המשפט העליון, ברוב של חמישה מול ארבעה שופטים, את התנגדותו של בעל שנפרד מאשתו, לכך שבית החולים שהחזיק בביציות המוקפאות ימסור אותן לאישה לשם השלמת התהליך באמצעות אם פונדקאית. ספק אם פסק הדין ראוי בכלל להיכלל ברשימה שלנו, משום שלשיטתם של שופטי הרוב, פסיקתם לא אכפה על הבעל לבצע דבר כלשהו, אלא רק הכריעה שאין תוקף להתנגדותו למסירת הביציות בידי בית החולים.<sup>141</sup> במקרה השלישי מתוך הארבעה הורה בית המשפט, ברוב דעות, על החזרתו לעבודה של עובד שפוטר שלא כדין בידי מעביד ציבורי.<sup>142</sup> הגם שפסיקה זו סותרת את הדין שקדם לחוק התרופות, ואף את פסיקתו של בית המשפט העליון בתקופת

PRINCIPLES OF EQUITABLE REMEDIES: SPECIFIC PERFORMANCE, INJUNCTIONS, RECTIFICATION AND EQUITABLE DAMAGES 110–116 (4th ed. 1990). יתר על כן, אף שלפי הנמקתו, פסק הדין עוסק בתרופת האכיפה, מאחר שדובר שם במינוי כונס נכסים שישתלט על אתר הבנייה וישלים את הבנייה – ולא באכיפה על חברת הבנייה עצמה להשלים את הבנייה – לפי הסיווג המקובל באנגליה צו כזה אינו נתפס כלל כביצוע בעין ואף ספק אם יש לראותו כאכיפה במשפטנו. Rowan, לעיל ה"ש 71, בעמ' 18–19.

137 ראו ע"א 26/73 מגן נ' נקר, פ"ד כט(1) 189 (1974) (חוזה למכירת מניות משנת 1968); ע"א 826/75 חל"צ (חברה לשיווק צמיגים בישראל) בע"מ נ' צמג – צמיגים ושירותים בע"מ, פ"ד ל(3) 831 (1976) (הקצאת מניית יסוד בחברה שהעניקה לבעלת המניה זכות לרכוש צמיגים בתנאים דומים לתנאים שניתנו לשאר בעלי מניות היסוד; בית המשפט ניתח את השאלה לפי חוק התרופות ולפי הדין האנגלי שקדם לחוק התרופות, ומצא שלפי שניהם יש מקום לאכוף את החיוב, משום שאמנם הקצאת המניה כרוכה ביחסים מתמשכים למכירת מיטלטלין, אך אין כל אי-ודאות באשר לאופן הקיום ובעצם מדובר רק באכיפה של תנאי תשלום מסוימים); ע"א 8456/06 צעדי נ' בן צבי (פורסם בנבו, 24.8.2010) (הקצאת מניות בחברה פרטית); ע"א 6437/13 ארו כוכבא אחזקות (1999) בע"מ נ' קי וסטינג בע"מ (פורסם בנבו, 24.6.2015) (אכיפה של זכות סירוב ראשונה לרכישת מניות בחברה).

138 ראו JONES & GOODHART, לעיל ה"ש 81, בעמ' 161–164 (A contract to transfer shares in an unquoted company will generally be specifically enforced at the suit of either purchaser or vendor. A contract to purchase new shares to be issued by a company may also be specifically enforced" [footnotes omitted]).

139 ע"א 506/81 קוסטה נ' לוי, פ"ד לה(4) 274 (1981).

140 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661 (1996).

141 שם, בעמ' 745–747 (פסק דינו של השופט בך). אמנם שופטי המיעוט סברו שיש בהכרעת הרוב כדי לכפות על הבעל הורות נגד רצונו (שם, בעמ' 687, פסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן), אולם לענייננו חשוב האופן שבו שופטי הרוב מסגרו את השאלה, ולא האופן שבו שופטי המיעוט, שדחו את תביעת האישה, מסגרו אותה.

142 בג"ץ 1719/11 פונדקי נ' בית הדין לעבודה (פורסם בנבו, 19.11.2013).

הביניים,<sup>143</sup> יש לזכור שבסוגיה זו חלו בארבעים השנים האחרונות שינויים משמעותיים לא רק בדין הישראלי, אלא גם בדין האנגלי – ובשניהם גברה הנכונות לאכוף חוזי עבודה על מעבידים גדולים, ובמיוחד על מעבידים ציבוריים.<sup>144</sup> שינוי ההלכה בסוגיה זו לא נבע מחקיקתו של חוק התרופות, ולאמיתו של דבר הוא מנוגד לסעיף 3(2) לחוק, השולל במפורש את האכיפה של חיוב לתת או לקבל שירות אישי.

נותר אפוא פסק הדין בעניין פלוריאן, שבו בית המשפט העליון הורה על אכיפה אחרי חוק התרופות בנסיבות שבהן מן הסתם לא היה ניתן לקבל סעד זה בדין שקדם לחוק התרופות ואף אי-אפשר לקבלו בדין הנוהג באנגליה כיום.<sup>145</sup> באותו מקרה דובר באכיפה של חוזה מסחרי לקניית שטיחים, שהופר בידי יצרנית השטיחים. בית המשפט המחוזי העניק לקונה את הסעד הראשי שביקש – אכיפה. באורח אירוני, הערעור הוגש בידי הקונה, שניחם על תביעתו, וקבל על כך שבית המשפט המחוזי העניק לו את הסעד הראשי שביקש ולא את הסעד החלופי של פיצויים. בית המשפט העליון דחה את הערעור בנימוק שאין תובע יכול לערער על כך שקיבל את מבוקשו.

עולה מהמקובץ, שאף אם בוחנים רק את פסקי הדין הבודדים שאינם עסקאות במקרקעין ואינם תביעות לצווי מניעה או לאכיפת חיוב כספי, אין ראיות ממשיות לקיומו של מהפך בהיזקקות המעשית לסעדי האכיפה.

## ה. הסברים אפשריים לירידה בהיזקקות לסעדי אכיפה

גם אם חוק התרופות לא חולל כל שינוי מעשי במעמדם של סעדי האכיפה במשפטנו, אין בכך כדי להסביר את הממצאים שתוארו בפרק הקודם. לפי ממצאים אלה, לא זו בלבד ששיעורי התביעה והפסיקה של סעדי האכיפה לא עלו בעקבות חקיקתו של חוק התרופות – למעשה הם ירדו. מאחר שקשה להעלות על הדעת שהפיכתה של תרופת האכיפה לסעד "הראשוני והעיקרי" של הנפגע בחוק התרופות גרמה לירידה בהיזקקות לה, תרנו אחר גורמים אחרים העשויים להסביר תופעה זו. בפרק זה נבחן ארבעה גורמים אפשריים: שינויים שחלו בתרופות אחרות בשל הפרת חוזה, החינוך המשפטי של השופטים, התארכות ההליכים המשפטיים ועליית האינדיווידואליזם בחברה הישראלית.

### 1. שינויים אחרים בדיני התרופות

אחד הגורמים האפשריים לירידת ההיזקקות לסעדי אכיפה הוא שינויים שחולל חוק התרופות, או שחוללה הפסיקה, בזכאות לתרופות אחרות בשל הפרת חוזה. אם תרופות אחרות הפכו אטרקטיביות יותר בעקבות החוק והפסיקה, אך טבעי הוא שתפחת ההיזקקות לסעדי האכיפה. שלושה שינויים כאלה ראויים לבדיקה: הקלה בשימוש בתרופת הביטול,

143 ראו עניין צרי, לעיל ה"ש 4.

144 ראו לעיל ה"ש 81 ו-120 והטקסט הסמוך להן.

145 ע"א 121/86 פלוריאן נ' גלנוט כרמל בע"מ, פ"ד מר(1) 504 (1990).

הקלה בתביעה של פיצויי ציפייה, והאפשרות לקבל סעדים כספיים העולים על אינטרס הציפייה של הנפגע. נבחן אותם לפי סדר זה.

#### (א) תרופת הביטול

האם השינויים שחולל חוק התרופות בקשר לתרופת הביטול יכולים להסביר את הירידה בהיזקקות לסעדי אכיפה? בדין שקדם לחוק התרופות התאפשר ביטול של החוזה רק כאשר הופר תנאי יסודי של החוזה, ובתי המשפט נרתעו מלאפשר ביטול חלקי של החוזה.<sup>146</sup> לעומת זאת, לפי חוק התרופות המבחן לביטול אינו טיבו של החיוב המופר אלא יסודיותה של ההפרה (סעיפים 6 ו-7 לחוק התרופות); ואם החוזה ניתן להפרדה לחלקים, ניתן לבטל את החלק שהופר (סעיף 7(ג) לחוק).<sup>147</sup> עם זאת, קשה לומר אם ועד כמה הגבירו שינויים אלה את האטרקטיביות של תרופת הביטול. אמנם לפי החוק החדש ניתן לבטל את החוזה גם בשל הפרת חיוב שאינו יסודי, אולם ביטול בשל הפרה שאינה יסודית (בין של חיוב יסודי ובין של חיוב שאינו יסודי) כפוף לדרישת הארכה ולסייג הצדק שבסעיף 7(ב) לחוק. יתרה מזו, כל שימוש בזכות הביטול כפוף לחובה להשתמש בזכויות ובתרופות חוזיות בדרך מקובלת ובתום לב.<sup>148</sup> דיני הביטול שקדמו לחוק התרופות אף הקלו עם הנפגע בכך שהכירו ביתר קלות באפשרות של התבטלות החוזה לנוכח השלמת הנפגע בשתיקה עם ההפרה, ואילו סעיף 8 לחוק התרופות דורש הודעה של הנפגע למפר תוך זמן סביר.<sup>149</sup> זאת ועוד, הן לפי הדין הקודם הן לפי סעיף 8 לחוק התרופות, ביטול החוזה בידי הנפגע אינו דורש פנייה לבית המשפט. משמע, שברוב המקרים שבהם נדונה תרופת הביטול בבתי המשפט, נלווה דיון זה לתביעות השבה או פיצויים. אם הירידה בתביעה ובפסיקה של סעדי אכיפה נבעה משינויים בתרופות אחרות, היה זה אפוא בראש ובראשונה בשל שינויים שחלו בתרופות העשויות להתלוות לביטול: השבה ופיצויים. נפנה אפוא לבחון את אלה.

#### (ב) פיצויי ציפייה

הן לפי סעיף 10 לחוק התרופות הן לפי הדין האנגלי שהשתקף בדין הישראלי שקדם לחוק התרופות, זכאי הנפגע לפיצויים שיעמידו אותו במצב כספי שבו היה נמצא אילו קיים החוזה; וזכאות זו דורשת הוכחת הפרה, נזק, קשר סיבתי בין ההפרה לנזק, היותו של הנזק ניתן לצפייה מראש מנקודת מבטו של המפר, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של

146 ראו זאב צלטנר "הצעת חוק דיני החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשכ"ט-1969" הפרקליט כו 276, 277-278 (1971) (להלן: צלטנר "הצעת חוק דיני החוזים"); דניאל פרידמן "תרופות בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ג 134, 135-136 (1973).

147 על הוראות אלה ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 541-553, 576-667; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 293-350.

148 ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 667-694; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 367-373.

149 על הדין שקדם לחוק התרופות ראו מרדכי קרמניצר "האם 'קבלה' (תגובה להפרה) היא אלמנט מרכיב או תנאי מוקדם להפסקת חוזה?" משפטים א 628 (1969). על הדין הנוהג, ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 637-667.

ההפרה, וכימות הנזק.<sup>150</sup> אולם בעוד הדין הקיים תואם את ההלכה האנגלית בעניין תרופת הפיצויים, לכאורה הוגבלה תרופה זו בדין הקודם לפי הדין העות'מאני ששרר אז. לפי סעיפים 106 ו-107 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאני, הותנתה זכותו של הנפגע לפיצויים במשלוח התראה נוטריונית למפר (זולת אם כלל החוזה ויתור על הצורך בהתראה כזו);<sup>151</sup> ולפי סעיפים 109 ו-110, רק במקרה של הפרה שיסודה בכוונה רעה, היה הנפגע זכאי לפיצויים בעד אובדן רווח, ולא רק על חסרון כיס.<sup>152</sup> זאת ועוד, לפי ההלכה הקודמת תניית פיצויים מוסכמים שללה את זכותו של הנפגע לתבוע פיצויים על הנזקים שנגרמו לו למעשה, אף אם הם עלו על הפיצויים המוסכמים;<sup>153</sup> ובתי המשפט נרתעו מפסיקת פיצויים על נזק שאינו ממוני.<sup>154</sup>

אולם כל ההבדלים הללו משמעותיים פחות מכפי שהם נראים. ככל שמדובר בצורך בהתראה נוטריונית, יש להזכיר כי כלל זה, שמקורו במשפט הצרפתי ושאינו מוכר במשפט האנגלי, לא נשא חן בעיני הפסיקה והספרות שקדמו לחוק התרופות.<sup>155</sup> לכן הנטייה הייתה לוותר על הצורך בהתראה במקרים שבהם לא היה בה כדי להועיל,<sup>156</sup> והפסיקה הכירה בויתור מכללא על הצורך בהתראה גם אם החוזה לא כלל ויתור מפורש.<sup>157</sup> אשר להבחנה בין הפסד רווחים לחסרון כיס, בניגוד לפסיקה בתקופת המנדט, בית המשפט העליון פסק כי מוכר שאינו מקיים את חלקו, חייב לפצות את הקונה על הפער בין המחיר המוסכם לשווי הנכס בעת ההפרה אף אם ההפרה לא הייתה "בכוונה רעה", כלומר, סיווג את ההפרש האמור כחסרון כיס ולא כאובדן רווח.<sup>158</sup> יתר על כן, כאשר הממכר הוא נכס מניב, כגון מכונות טוויה או בית שניתן להשכירו, פסק בית המשפט שגם הרווחים שהיה הנפגע יכול להפיק מהנכס – הרווחים מהפעלת המכונות ודמי השכירות מהשכרת הבית בדוגמאות אלה

150 על הדין האנגלי ראו Hadley v. Baxendale, (1854) 9 Exch. 341; Victoria Laundry (Windsor), [1949] 2 K.B. 528; CHITTY ON CONTRACTS; Ltd. v. Newman Ind., Ltd., [1949] 2 K.B. 528. לעיל ה"ש 81, בעמ' 1849-1798. על הדין הנוהג ראו באופן כללי שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 351-281; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 531-554, 564-675.

151 ראו פרידמן, לעיל ה"ש 146, בעמ' 134; צלטנר "הצעת חוק דיני החוזים", לעיל ה"ש 146, בעמ' 280.

152 ראו פרידמן, לעיל ה"ש 146, בעמ' 134; צלטנר "הצעת חוק דיני החוזים", לעיל ה"ש 146, בעמ' 280.

153 ראו צלטנר "הצעת חוק דיני החוזים", שם, בעמ' 282.

154 ראו פרידמן, לעיל ה"ש 146, בעמ' 136.

155 ראו גר טדסקי "ההתראה הנוטריונית והדינים האנגליים בהפרת החוזה" הפרקליט כג 140, 231, 244 (1963) (שני חלקים) (להלן: טדסקי "ההתראה הנוטריונית"); זאב צלטנר דיני חוזים: חלק כללי, כרך שלישי 253 (1970) (להלן: צלטנר דיני חוזים).

156 שם, בעמ' 250-252; טדסקי "ההתראה הנוטריונית", לעיל ה"ש 155, בעמ' 144-150.

157 ראו ע"א 286/67 פרץ נ' נעמה, פ"ד כא 741 (1967) (שם הוסק הויתור מקיומה של תניית פיצויים מוסכמים על כל יום של איחור בהשלמת המלאכה); צלטנר דיני חוזים, לעיל ה"ש 155, בעמ' 253. במאמר מוסגר נעיר כי לדעתו של טדסקי (שם, בעמ' 234-238), פרשנות תכליתית של החקיקה העות'מאנית הייתה צריכה להביא לכלל מסקנה שדרישת ההתראה חלה אף במקרים שבהם הנפגע היה מעוניין בסעדי אכיפה או בביטול החוזה בשל הפרתו.

158 ראו ע"א 99/49 דוויק נ' לאלו, פ"ד ה 625, 630-644 (1951); צלטנר דיני חוזים, לעיל ה"ש 155, בעמ' 191-193.

– הם בבחינת חסרון כיס.<sup>159</sup> בית המשפט פירש את המושג חסרון כיס בהשראת המבחן של "נוק טבעי" שנקבע בהלכת *Hadley v. Baxendale* האנגלית,<sup>160</sup> ובכך צמצם מאוד את הפער בין הדין המקומי לדין האנגלי, המאפשר פיצוי על נזקים תוצאתיים אף אם ההפרה לא הייתה בכוונה רעה.<sup>161</sup> על ההלכה שלפיה תניית פיצויים מוסכמים חוסמת את דרכו של הנפגע לתבוע פיצויים על נזקיו הממשיים הגבוהים יותר התגברו בתי המשפט על ידי סיווגה של התניה כקובעת קנס (כאשר היא לא הבחינה בין הפרות שונות) ולפיכך כבטלה.<sup>162</sup> לבסוף, הגם שסעיף 13 לחוק התרופות הרחיב את סמכותו של בית המשפט לפצות את הנפגע על נזקים לא ממוניים, אף כיום אין בתי המשפט נחפזים לפסוק פיצויים כאלה.<sup>163</sup> סיבות אלה ואחרות מביאות לידי כך שהפער בין דיני הפיצויים שקדמו לחוק התרופות לדיני הפיצויים לפי החוק אינו כה גדול.<sup>164</sup> הגם שאיננו שוללים את האפשרות שהעלייה באטרקטיביות של תרופת הפיצויים תרמה לירידה בהיזקקות לסעדי אכיפה, מסתבר שזו לא הייתה סיבה מרכזית.

#### (ג) סעדים כספיים העולים על אינטרס הציפייה

אם תובעים יכולים לקבל תרופות שיעמידו אותם במצב טוב יותר מזה שבו היו נמצאים אילו קיום החוזה, הם ייטו פחות להסתפק באכיפה, שלכל היותר מעמידה אותם במצב זה. שתי תרופות כאלה הן נטילת הרווחים שהפיק החייב מהפרתו והשבה (בעין או בשווי) בעקבות ביטול חוזה בשל הפרתו, שבמשפטנו עשויות לעלות על אינטרס הציפייה של הנפגע.<sup>165</sup> אולם גם האפשרות לתבוע ולפסוק תרופות אלה אינה יכולה להסביר את התוצאות שתוארו לעיל. ככל שמדובר בהשבה בעקבות ביטול החוזה, העשויה לעלות על אינטרס הציפייה, אפשרות זו לא התחדשה אחרי חוק התרופות, אלא הייתה ועודנה מקובלת גם בשיטות המשפט המקובל.<sup>166</sup> אשר לנטילת רווחי המפר, הזכאות לה הוכרה באורח גורף בפסק הדין בעניין אדרס משנת 1988, אולם בכל בסיס הנתונים יש רק מקרה אחד שבו תרופה זו נתבעה, אין אף מקרה שבו היא נפסקה בבית המשפט המחוזי, ויש רק שניים שבהם היא נפסקה בבית המשפט העליון (ובאחד מהשניים היא לא חרגה מהגנה על אינטרס הציפייה).<sup>167</sup>

159 ראו ע"א 1/62 כרמי, עו"ד, באופן אישי ובחור מקבל-הנכסים של חברת מאירטקס בע"מ נ' שעשוע, פ"ד טז(2) 1190, 1196–1204 (1962).

160 עניין *Baxendale*, לעיל ה"ש 150.

161 עניין כרמי, לעיל ה"ש 159, בעמ' 1203–1204.

162 עניין דוויק, לעיל ה"ש 158, בעמ' 630, 643–644.

163 ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 299–312; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 26, בעמ' 676–682.

164 ראו גם צלטנר דיני חוזים, לעיל ה"ש 155, בעמ' 147–245.

165 ראו למשל שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 66–67.

166 ראו למשל *CHITTY ON CONTRACTS*, לעיל ה"ש 81, בעמ' 2141; E. ALLAN FARNSWORTH, *FARNSWORTH ON CONTRACTS* 334 (3RD ED. 2004).

167 שני פסקי הדין של בית המשפט העליון הם עניין אדרס (לעיל ה"ש 31) וע"א 8728/07 אנריפרם אינטרנשיונל בע"מ נ' מאירטון (פורסם בנבו, 15.7.2010), ורק בראשון נטילת רווחי המפר חרגה מהגנה על אינטרס הציפייה של הנפגע. ממצאים אלה עולים בקנה אחד עם הממצאים של מחקר שבדק את כל אזכוריה של הלכת אדרס (שם) בפסיקה הישראלית. לדיון ראו איל זמיר "שנאת הפסד ונטילת רווחי

תרופה נוספת העשויה, לפחות תיאורטית, לחרוג מהגנה על אינטרס הציפייה של הנפגע היא פיצויים ללא הוכחת נזק לפי סעיף 11 לחוק התרופות.<sup>168</sup> אולם שוב, בבסיס הנתונים שלנו היו רק תשעה מקרים שבהם נתבעה תרופה זו, שבעה שבהם היא נפסקה בבתי המשפט המחוזיים וחמישה שבהם היא נפסקה בבית המשפט העליון. הממצאים שהוצגו לעיל לא היו משתנים באורח מהותי אפילו השמטנו מקרים אלה מהניתוח. לבסוף, ניתן לטעון שגם פיצויי הסתמכות וסעדים כספיים המכוונים לשחזר את השקילות החוזית עשויים לעלות במשפטנו על אינטרס הציפייה של הנפגע,<sup>169</sup> אולם גם אם כך הדבר, מספר המקרים שבהם נתבעו או נפסקו סעדים כאלה הוא זניח, ולכן אין בהם כדי להסביר את התוצאות דלעיל. לאמיתו של דבר, אם לזמינות של תרופות העולות על אינטרס הציפייה הייתה השפעה כלשהי על תביעת סעדי אכיפה, קרוב לוודאי שהיא הפכה אותם לאטרקטיביים יותר בחלק מהתקופה שאחרי 1970. בין השנים 1973 ו-1985 חוותה ישראל אינפלציה גבוהה מאוד. חלף זמן מה עד שהשוק החל להתמודד עם תופעה זו באמצעות הצמדה של תמורות חוזיות כספיות – וגם כאשר הוא עשה זאת, ההתמודדות לא הייתה מושלמת. כתוצאה מכך, מוכרים רבים הפרו את חוזהיהם, משום שבהיעדר מנגנוני הצמדה אפקטיביים, התמורה הכספית שלהם היו זכאים לפי החוזה נפלה במהירות מתחת לשווי הריאלי של הנכס שהם התחייבו לספק (בשל הירידה בערך הכסף). ברבים ממקרים אלה, החל מפסק הדין בעניין רבינאי,<sup>170</sup> בתי המשפט אכפו על המוכרים לבצע את חיוביהם, תוך התנאת האכיפה בתשלום התמורה הכספית שטרם שולמה, כשהיא משוערכת או צמודה למדד כלשהו, החל ביום התשלום המוסכם ועד התשלום בפועל.<sup>171</sup> אולם בדרך כלל, ההצמדה או השערוך היו חלקיים בלבד, ולכן נדרשו הנפגעים מההפרה לשלם סכום שהיה נמוך בערכים ריאליים מהתמורה החוזית המוסכמת.<sup>172</sup> בנסיבות אלה, במהלך התקופה של האינפלציה הגבוהה, אכיפה הייתה אפוא סעד אטרקטיבי במיוחד, שבמקרים רבים העמיד את הנפגע במצב כספי טוב יותר מזה שבו היה נמצא אילו קיים החוזה. ואף על פי כן, כפי שראינו, שיעורי התביעה והפסיקה של אכיפה אחרי 1970 ירדו בהשוואה לשיעוריהם לפני 1970.

עולה מהמקובץ, שגם אם עקרונית הנפגע מהפרת חוזה עשוי לזכות במשפטנו בסעדים העולים על אינטרס הציפייה, אין בזכאות תיאורטית זו כדי להסביר את הירידה בשימוש בתרופת האכיפה אחרי 1970.

המפר – בעקבות הלכת אדרס" ספר שלמה לוינ' 323, 333–337 (אליעזר ריבלין, אשר גרוניס ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

168 בין היתר, משום שהנפגע זכאי לפיצויים כאלה גם אם הקטין למעשה את נזקיו (ראו למשל רע"א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד נז(5) 787 (2003)).

169 ראו איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית" משפטים לד 91, 128–176 (2004).

170 עניין רבינאי, לעיל ה"ש 5.

171 רנר, לעיל ה"ש 29, בעמ' 48–53.

172 שם, בעמ' 50–52.

**(ד) הערות נוספות**

בתת-פרק זה דנו בהשערה ששינויים בדיני הביטול והפיצויים, כמו גם ההכרה באפשרות לקבל סעדים כספיים העולים על אינטרס הציפייה של הנפגע, מסבירים את הירידה בהיזקקות לסעדי האכיפה אחרי 1970. הגם שאי-אפשר לשלול את האפשרות של שינויים אלה הייתה השפעה כלשהי על האטרקטיביות היחסית של סעדי האכיפה, מהטעמים שפורטו לעיל דומה שזו לא הייתה השפעה חזקה.

כך או כך, ניתוח הירידה בנטייה של התובעים לתבוע סעדי אכיפה ובכוננות של בתי המשפט לפסוק אותם אחרי 1970 מותיר קושיה שאין לנו תשובה טובה לה. כפי שניתן ללמוד מטבלאות 2 עד 6 ומתרשימים 2 עד 9, חלק גדול מהירידה בהיזקקות לסעדי האכיפה נעוץ בירידה בהיקף התביעות לאכיפת תשלום כספי – סעד שחוק התרופות לא חולל בו שינוי של ממש.<sup>173</sup> אמנם גם ללא התביעות והפסיקות של סעדים לאכיפת חיוב כספי נותר פער ניכר בין שיעורי התביעה והפסיקה של סעדי אכיפה לפני החוק ולאחריו,<sup>174</sup> אולם בעוד ניתן לתלות את הירידה בשיעורי התביעה והפסיקה של סעדי אכיפה לא-כספיים בהתמשכות ההליכים המשפטיים בתקופה שאחרי 1970,<sup>175</sup> הסבר זה אינו חל על סעדים כספיים, משום שהתמשכות ההליכים משפיעה באותה מידה על האטרקטיביות של תשלום פיצויים ושל תשלום חוב. תביעה לאכיפה של חיוב כספי הייתה ונתרה תביעה אטרקטיבית ביותר, בייחוד אם זוכרים שאין מניעה לתבוע לצדה גם סעדים אחרים לפי סעיף 2 לחוק התרופות. ייתכן שהירידה בתביעות לאכיפת חיוב כספי קשורה לשינויים מסוימים בסוג החוזים שנדונו בבית המשפט העליון אחרי 1970 (כגון הירידה בשיעור התיקים שעסקו בחוזי תיווך, שבהם כמעט תמיד התביעה מוגשת בידי מתווך שלא קיבל את שכרו),<sup>176</sup> או בסוג ההפרות (בתקופות של אינפלציה חריפה, ניתן לשער שרוב ההפרות היו מצד המוכרים ולא מצד הקונים, כך שפחתו התביעות לאכיפת חיוב כספי). אולם אין בידינו תשובה חד-משמעית לשאלה. תיק"ו.

**2. החינוך המשפטי של השופטים**

אחד הגורמים העשויים להתקשר לפסיקת סעדי אכיפה הוא החינוך המשפטי של השופטים. בשנים הראשונות שאחרי קום המדינה, כל שופטי בית המשפט העליון רכשו את השכלתם

173 אכן, שלא כמו הדין הקודם, לפי חוק התרופות גם אכיפה של חיוב לתשלום כספי כפופה לסייג הצדק שבסעיף 4(3) לחוק התרופות. אולם עצם ההצדקה לתחולתו של סייג הצדק במקרה זה מפוקפקת (ראו עניין סנילביץ, לעיל ה"ש 29); היישום שלו באכיפת חיובים כספיים נדיר למדי (ראו שלו ואדר, לעיל ה"ש 25, בעמ' 219–220); ובמקרים שבהם הוא יושם, נועד הדבר להשוות את דין האכיפה הכספית לדין הקטנת הנזק החל על תביעת פיצויים (ראו למשל ע"א 3437/93 "אגד" אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אדלר, פ"ד נדר (1) 817, 836–840 (1998)), כך שאין מדובר ביתרון כלשהו של תביעת הפיצויים לעומת התביעה לאכיפת התשלום הכספי.

174 הירידה בתביעות לאכיפה של חיובים לא-כספיים, מ-47% ל-37%, היא מובהקת סטטיסטית (3.858,  $p=0.05$ ,  $\chi^2(1)$ ); הירידה בפסיקה של סעדים כאלה בידי בתי המשפט המחוזיים, מ-37% ל-27%, היא מובהקת שולית (2.77358,  $p=0.096$ ,  $\chi^2(1)$ ); והירידה בפסיקה שלהם בידי בית המשפט העליון, מ-40% ל-29%, אף היא מובהקת שולית (3.525,  $p=0.06$ ,  $\chi^2(1)$ ).

175 ראו תת-פרק ה.3. להלן.

176 ראו לעיל ה"ש 123 והטקסט הסמוך לה.

המשפטית בחוץ לארץ. ככל שחלף הזמן, עוד ועוד מהם למדו משפטים בישראל. השערה אפשרית היא ששופטי בית המשפט העליון אשר רכשו את השכלתם המשפטית באחת משיטות המשפט הקונטיננטליות – שבהן יש נכונות עקרונית רחבה להעניק סעדי אכיפה – ייטו לפסוק סעדים כאלה במידה רבה יותר מאשר שופטים שהתחנכו על ברכי המשפט האנגלו-אמריקני – שבו ביצוע בעין הוא החריג. לבחינת השערה זו יש חשיבות עצמאית, החורגת מהניסיון להסביר את הירידה בהיזקקות לסעדי אכיפה אחרי שנת 1970. ההשערה מתקשרת לשאלה רחבה יותר, עד כמה הכרעותיהם של שופטים מוכתבות על ידי הכללים המשפטיים שאותם הם מפעילים, ועד כמה הן מושפעות מהרקע ומההשקפות האידיאולוגיות שלהם, או מהיבטים מוסדיים של הרשות השופטת.<sup>177</sup> בעשרות השנים האחרונות נחקרה שאלה זו גם בכלים אמפיריים, לרבות במשפט הישראלי,<sup>178</sup> אולם עיון בה חורג מענייננו. בענייננו אין מדובר (או, לפחות, אין מדובר במובהק) בהשקפות פוליטיות או אידיאולוגיות, אלא בתפיסות משפטיות.

איסוף הנתונים בדבר השכלתם של שופטי בית המשפט העליון בתקופת המחקר התבסס על האתר של הנהלת בתי המשפט, המפרט את ההשכלה והתעסוקה של כל שופטי בתי המשפט בישראל בכלל ושל שופטי בית המשפט העליון בפרט, בעבר ובהווה. במסגרת זו, התמקדנו בשיטת המשפט של המדינה שבה רכשו שופטי בית המשפט העליון את השכלתם המשפטית הבסיסית: תואר ראשון במשפטים. ההנחה היא שהשכלה זו מעצבת את תפיסת עולמם של השופטים אף אם אחדים מהם רכשו השכלה משפטית נוספת, בלימודי תואר שני או דוקטורט, בשיטת משפט אחרת. לפיכך, בנתונים שיוצגו להלן, אנו מבחינים בין שופטי בית המשפט העליון שרכשו את השכלתם המשפטית הראשונה במדינה שבה נוהגת שיטת משפט אנגלו-אמריקנית, אלה שרכשו את השכלתם המשפטית בקונטיננטל ואלה שרכשו את השכלתם המשפטית בישראל.

בסך הכול כיהנו בבית המשפט העליון בתקופת המחקר ארבעה עשר שופטים שהתחנכו בשיטת משפט קונטיננטלית כלשהי (במצטבר מדובר ב-135 שנות שיפוט), אחד עשרה שופטים שהתחנכו בשיטה אנגלו-אמריקנית (187 שנות שיפוט במצטבר) וחמישים שופטים שהתחנכו בישראל (442 שנות שיפוט במצטבר).<sup>179</sup> בתקופה שקדמה לחוק התרופות, איש

177 על התיאוריות השונות שפותחו בתחום זה ראו למשל, Herbert M. Kritzer & Mark J. Richards, *Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making*, 96 AM. POL. SCI. REV. 305 (2002); CASS R. SUNSTEIN, DAVID SCHKADE, LISA M. ELLMAN & ANDRES SAWICKI, ARE JUDGES POLITICAL? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF THE FEDERAL JUDICIARY (2006); FRANK B. WEINSHALL-MARGEL, CROSS, DECISION MAKING IN THE U.S. COURTS OF APPEALS (2007) לעיל ה"ש 118.

178 ראו למשל שם; Eisenberg, Fischer & Rosen Zvi, לעיל ה"ש 118; Gliksberg, לעיל ה"ש 118.  
179 להלן סיווג השכלתם של שופטי בית המשפט העליון בתקופת המחקר (המספרים בסוגריים מציינים את שנות כהונתו של כל שופט בבית המשפט העליון עד סוף שנת 2016). השופטים שהתחנכו בשיטת משפט קונטיננטלית היו: משה זילברג (22), משה זמורה (6), שמחה אסף (5), מנחם דונקלבלום (3), אלפרד ויתקון (26), בנימין הלוי (6), חיים ה' כהן (21), יצחק קיסטר (10), משה עציוני (7), בנימין כהן (1), יצחק כהן (13), שלמה אשר (6), בן ציון שרשבסקי (2) ואברהם חלימה (7). השופטים שהתחנכו בשיטת משפט אנגלו-אמריקנית: שניאור חשיין (11), שמעון אגרנט (26), יצחק אולשן (17), משה לנדוי



משפטי בית המשפט העליון לא רכש את השכלתו המשפטית בישראל, ולכן ההשוואה יכולה להתייחס רק לשתי הקטגוריות האחרות. הוצאת השופטים שהתחנכו בישראל מההשוואה מוצדקת גם משום שהשיטה המשפטית שלנו היא בכללותה שיטת משפט מעורבת, ולכן קשה לסווג את מי שרכשו את השכלתם בה לאחת השיטות. שלא כבניתוחים הקודמים, שבהם כל תצפית התייחסה לפסיקה של בית המשפט בתביעה או בתביעה שכנגד, הניתוח הנוכחי מתייחס לפסיקה של כל שופט ושופט כתצפית נפרדת. בד בבד, אין להתעלם מכך שיש מתאם גבוה בין הפסיקה של השופטים השונים באותו הרכב עקב זהות הנסיבות והשיג והשיח המתקיים בין שופטי ההרכב. מחקר של יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס העלה שב-94% (וכנראה יותר) מפסקי הדין של בית המשפט העליון בשנים 1948–1994 לא נחלקו השופטים בפסקתם.<sup>180</sup> מאחר שרגרסיה לוגיסטית מניחה אי-תלות בין התצפיות, ולפי המקובל בניתוח כמותני של החלטות שיפוטיות, לצורך חישוב טעות התקן קיבצנו אפוא יחד את פסקי הדין של כל השופטים בכל תיק. טבלה מס' 7 מציגה את ניתוחי הרגרסיה הלוגיסטית שערכנו כדי לבחון אם ניתן לחזות את החלטות השופטים בעניין הבחירה בין תרופות שונות לפי החינוך המשפטי שלהם – קונטיננטלי או אנגלו-אמריקני.<sup>181</sup> הניתוח מתייחס רק לפסקי דין שבהם הוענקה תרופה כלשהי בשל הפרת חוזה, ולא לתיקים שבהם התביעה נדחתה (או הוחזרה לדין בבית המשפט המחוזי). הניתוח מתייחס ל-558 החלטות של שופטים שקיבלו את חינוכם המשפטי מחוץ לישראל. כפי שעולה מהטבלה, החינוך המשפטי של השופטים לא היה קשור בקשר מובהק סטטיסטית לפסיקה של סעדי אכיפה. תוצאה זו לא השתנתה גם כאשר שלטנו במשטר המשפטי – לפני או אחרי 1970 (מודל 2), או בשנה שבה ניתן פסק הדין ובמשך ההליכים המשפטיים (מודל 3).<sup>182</sup>

(29), יואל זוסמן (29), צבי ברנזון (24), דוד גויטיין (8), אליהו מני (15), מאיר שמגר (20), יצחק שילה (1) וניל הנדל (7). שאר השופטים רכשו את השכלתם המשפטית הבסיסית בישראל.

180 יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיה ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ 749, 755–756 (1997).

181 רגרסיה לוגיסטית היא שיטה סטטיסטית להערכת הקשר בין משתנה בלתי תלוי, או כמה משתנים בלתי תלויים (בענייננו, למשל, סוג החוזה או אורך ההליכים), לבין התרחשותו של משתנה תלוי בינרי (בענייננו, תביעה/פסיקה של סעד אכיפה או הימנעות ממנה).

182 שלטנו במשטר המשפטי (לפני 1970 או אחרי שנה זו) ובשנת פסק הדין בנפרד כדי לשלול כל חשש למולטי-קוליניאריות (multicollinearity), כלומר החשש לעיוות בתוצאות בשל המתאם הגבוה (0.802) בין שני משתנים אלה. כפי שיוסבר ביתר פירוט בתת-הפרק הבא, משך ההליכים בכל תיק הוערך על ידי הפחתת השנה שבה ניתן פסק הדין בבית המשפט העליון מהשנה שבה הוגשה התביעה לערכאה הראשונה שדנה בה (מקרים שבהם הנתון האחרון היה חסר לא נכללו במודל 3 של הרגרסיה). בניתוח השתמשנו בטרנספורמציה לוגיסטית של משך ההליכים, משום שההשפעה השולית של משך ההליכים מן הסתם פוחתת (לא הרי ההשפעה של התארכות ההליכים משנה אחת לשנתיים כהרי ההשפעה של התארכתם משש לשבע שנים). הוספנו לשנים מספר קבוע של 1 לפני ביצוע הטרנספורמציה, משום שבאחדים מהתיקים משך ההליכים היה 0 (פסק הדין ניתן בשנה שבה הוגשה התביעה), ולוג של 0 הוא ערך לא מוגדר.

## טבלה מס' 7: החינוך המשפטי של השופטים ופסיקת אכיפה

משתנה	מודל 1	מודל 2	מודל 3
חינוך משפטי <sup>א</sup>	0.092 (0.168)	0.102 (0.167)	0.027 (0.175)
קונטיננטלית			
משטר משפטי <sup>ב</sup>			
אחרי 1970		-0.609 (0.285)	
תקופת הביניים <sup>ג</sup>		-0.236 (0.495)	
שנת מתן פסק הדין			-0.021* (0.011)
לוג של משך ההליכים			-1.288 (0.708)
(קבוע)	-0.065 (0.15)	0.135 (0.201)	43.01* (20.966)
תצפיות	558	558	543
החי-בריבוע של המודל	0.3	5.26	10.34
פסאודו R <sup>2</sup>	0.0004	0.014	0.026

הערות: טעויות התקן (מקובצות לפי פסקי דין) מופיעות בסוגריים.

א חינוך של המשפט המקובל משמש קטגוריית התייחסות.

ב לפני 1970 משמש קטגוריית התייחסות.

ג תקופת הביניים מתייחסת לפסקי הדין שניתנו אחרי 1970 ועסקו בחוזים שנערכו לפני 1970.

\* p < .05, \*\* p < .01, \*\*\* p < .001

לאחר מכן חזרנו על אותם ניתוחים בהתייחס רק לתיקים שבהם נתבע מראש סעד של אכיפה, כלומר ללא התיקים שבהם סעד כזה לא נתבע מלכתחילה. טבלה מס' 8 מציגה את התוצאות. הפעם, כאשר בחנו את החינוך המשפטי של השופטים ושלטנו בשנת פסק הדין ובמשך ההליכים (מודל 3) – אך לא במודלים האחרים – היה קשר מובהק סטטיסטית בין השכלת השופטים ובין ההסתברות שיפסקו סעדי אכיפה. אולם להפתעתנו הקשר היה הפוך מהצפוי: במודל שבו הוא נמצא, נטייתם של השופטים שהתחנכו בשיטות משפט אנגלו-אמריקניות לפסוק סעדי אכיפה הייתה גבוהה יותר מזו של השופטים שהתחנכו ביבשת אירופה.

**טבלה מס' 8 : החינוך המשפטי של השופטים ופסיקת אכיפה כאשר התבקשה**

משתנה	מודל 1	מודל 2	מודל 3
חינוך משפטי <sup>א</sup>	-0.568 (0.303)	-0.563 (0.313)	-0.733* (0.306)
קונטיננטלית			
משטר משפטי <sup>ב</sup>			
אחרי 1970		-0.273 (0.504)	
תקופת הביניים <sup>ג</sup>		-0.091 (0.87)	
שנת מתן פסק הדין			-0.027 (0.017)
לוג של משך ההליכים			-1.455 (1.324)
(קבוע)	2.049*** (0.278)	2.127*** (0.355)	56.04 (33.13)
תצפיות	319	319	306
החי-בריבוע של המודל	3.51*	3.86	9.1
פסאודו R <sup>2</sup>	0.012	0.014	0.042

הערות: טעויות התקן (מקובצות לפי פסקי דין) מופיעות בסוגריים.  
 א חינוך של המשפט המקובל משמש קטגוריית התייחסות.  
 ב לפני 1970 משמש קטגוריית התייחסות.  
 ג תקופת הביניים מתייחסת לפסקי הדין שניתנו אחרי 1970 ועסקו בחוזים שנערכו לפני 1970.  
 \* p < .05, \*\* p < .01, \*\*\* p < .001

היעדרו של קשר בין החינוך המשפטי של השופטים ובין נטייתם לפסוק סעדי אכיפה מתיישבת עם הטענה שלמרות נקודות המוצא המנוגדות שלהן, שיטות המשפט הקונטיננטליות והאנגלו-אמריקניות אינן נבדלות במידה רבה בהכרעות האופרטיביות שלהן.<sup>183</sup> כמובן, היעדרו של קשר כזה אף מתיישב עם הסברה שהשופטים מיישמים בנאמנות את הכללים המשפטיים בהתעלם מהרקע המשפטי של כל אחד מהם. לעומת זאת, אין בידינו הסבר מניח את הדעת לכך שבאחד מהמודלים נמצא קשר מובהק בין חינוך משפטי קונטיננטלי לנטייה פחותה לפסוק סעדי אכיפה.

183 ראו תת-פרק ב.4 לעיל.

### 3. משך ההליכים

משתנה נוסף שהיה עשוי לגרום לירידה בשיעור התביעה והפסיקה של סעדי אכיפה אחרי 1970 הוא משך ההליכים המשפטיים. כפי שהוסבר בתת-פרק ב.4 לעיל, לעיתים קרובות המתנה של שנים אחדות להשלמתה של מלאכה כלשהי, לקבלתו של נכס או לתיקון של נכס הלוקה באי-התאמה, אינה מעשית. במקרים כאלה, סעד כספי עשוי להיות הולם יותר. על כן שיערנו שככל שחולף פרק זמן ארוך יותר בין הגשת התביעה ובין פסק הדין הסופי של בית המשפט העליון, כך סעדי האכיפה הופכים פחות אטרקטיביים לתובעים ולבית המשפט כאחד וכך עולה האטרקטיביות היחסית של סעדים כספיים – יהיה הכלל המשפטי אשר יהיה. מבחינה זו, צו לפירעון חוב כספי דומה יותר לפיצויים ולהשבה כספית מאשר לצו המורה לבצע או להימנע מלבצע פעולה כלשהי, או להעביר או להימנע מלהעביר נכס כלשהו – גם אם מבחינה אנליטית ודוקטרינרית צו לפירעון חוב מהווה "אכיפה" כמשמעה בחוק התרופות. לאמיתו של דבר, קווי הגבול בין אכיפת חוב כספי, פיצויים בשל הפרה של חיוב כספי והשבת שווי במקום השבה בעין, עשויים להיות עמומים למדי.<sup>184</sup>

לעיתים קרובות פסקי הדין של בית המשפט העליון אינם מציינים את המועד המדויק שבו הוגשה התביעה המקורית, אולם מאחר שמספר ההליך בערכאה הראשונה כולל את השנה שבה הוגשה התביעה, בסיס הנתונים שלנו כולל נתון זה.<sup>185</sup> בסיס הנתונים אף כולל את התאריך של פסק הדין של בית המשפט העליון. לפיכך יכולנו להעריך את משך ההליכים בכל תיק על ידי הפחתה של שנת התביעה משנת פסק הדין. תרשים 11 מתאר את משך ההליכים הממוצע בכל התיקים הנכללים בבסיס הנתונים הראשי שלנו לפי שנים. בהתחשב במספר הקטן יחסית של פסקי דין בכל שנה (שמונה בממוצע), וכדי למנוע תנודתיות בגרף, הנתונים בגרף הם לפי ממוצע נע של חמש שנים לאחור משנת 1952 ואילך (כלומר, בכל שנה מחושב ממוצע משך ההליכים של כלל פסקי הדין בחמש השנים העוקבות המסתיימות באותה שנה).

184 טלו את הדוגמה של חוזה למכירת נכס תמורת 100 ש"ח – שווי השוק של הנכס – שבו המוכר מספק את הנכס, אך הקונה אינו משלם את המחיר. המוכר עשוי לתבוע ולקבל את הסכום של 100 ש"ח כאכיפה של חיוב התשלום; כפיצויים על הפרת חיוב זה; או כהשבה של שווי הנכס שמסר לקונה (לפי סעיף 9 לחוק התרופות, הנפגע זכאי לבחור בין השבה בעין להשבת שווי).

185 שנים עשר תיקים (המהווים 16 תצפיות), שבהם שנת ההגשה של התביעה המקורית לא הייתה ידועה, הושמטו מהניתוח.

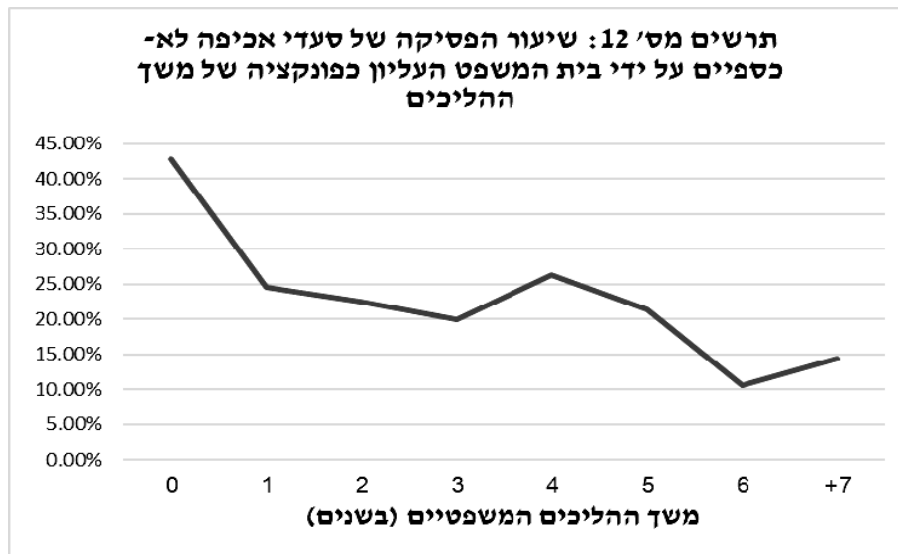


כפי שמלמד תרשים 11, מאז הקמתה של מדינת ישראל בשנת 1948 ועד תחילת שנות השבעים של המאה העשרים, המשך הממוצע של הליכים משפטיים בתיקים שהסתיימו בפסק דין של בית המשפט העליון ואשר מתייחסים לתרופות בשל הפרת חוזה, היה בין שנתיים לארבע שנים. מאמצע שנות השבעים ועד שנות התשעים המאוחרות, משך ההליכים הממוצע התארך בהדרגה עד הגיעו לסביבות שבע שנים, ומאז הוא נותר בסביבות שש עד שבע שנים.

אם המשך הצפוי של הליכים משפטיים משפיע על הנטייה של תובעים לתבוע סעדי אכיפה לא-כספיים, ועל הנטייה של בתי המשפט לפסוק אותם, ניתן לצפות שנטיות אלה תפחתנה עם התארכות משך ההליכים. תרשים 12 מתאר את שיעור הפסיקה של סעדי אכיפה לא-כספיים מתוך כלל התרופות שנפסקו במקרים שבהם התביעה לא נדחתה, כפונקציה של משך ההליכים.<sup>186</sup> לפי ההשערה, ככל שהתארכו ההליכים המשפטיים, כך, ככלל, ירדה ההסתברות של פסיקת סעדי אכיפה לא-כספיים.

186 ההתפלגות של התיקים כפונקציה של משך ההליכים המשפטיים הייתה כדלקמן:

משך ההליכים	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
מספר התיקים	7	53	80	90	80	47	61	45	43	11	16	15	2	2	0	2	2	1



כדי לבחון את הקשר בין משך ההליכים להחלטת בית המשפט אם לפסוק סעדי אכיפה לא-כספיים, השתמשנו בניתוחי רגרסיה לוגיסטית. מאחר שהדעת נותנת כי ההשפעה השולית של משך ההליכים פוחתת (למשל, ההשפעה של עלייה במשך ההתדיינות משנתיים לארבע שנים מן הסתם רבה יותר מהשפעת עלייה מחמש לשבע שנים), השתמשנו בטרנספורמציה לוגיסטית של משך ההליכים המשפטיים.<sup>187</sup> תחילה ערכנו את הניתוח בנוגע לפסקי דין שבהם פסק בית המשפט העליון תרופה כלשהי בשל הפרת חוזה. התוצאות מוצגות בטבלה מס' 9, הכוללת ארבעה מודלים. מודל 1 כולל את משך ההליכים המשפטיים כמשתנה הבלתי תלוי ופסיקת סעדי אכיפה לא-כספיים היא המשתנה התלוי. במודל 2 שלטנו גם במשטר המשפטי – לפני 1970, אחרי 1970, ומקרים שבהם בית המשפט הכריע אחרי 1970 בנוגע לחוזים מלפני 1970 (המתוארים כ"תקופת הביניים"). מודל 3 שולט בשנה שבה ניתן פסק הדין.<sup>188</sup> מודל 4 שולט במשטר המשפטי, בשנת פסק הדין, בסוג החוזה ובסוג התובע (אדם פרטי, תאגיד או גוף ציבורי).

187 הוספנו 1 למשך ההליכים, משום שתיקים אחדים הסתיימו באותה שנה שבה החלו, ולוג של 0 הוא ערך לא מוגדר.

188 שלטנו במשטר המשפטי ובשנת פסק הדין בשני מודלים נפרדים, 2 ו-3, כדי להסיר כל חשש לעיוות בתוצאות בשל המתאם הגבוה (0.802) בין שני משתנים אלה (מולטי-קוליניריות).

## טבלה מס' 9 : משך ההליכים וההסתברות לפסיקת סעדי אכיפה לא-כספיים

משתנה	מודל 1	מודל 2	מודל 3	מודל 4
לוג של משך ההליכים	-1.623*** (0.5)	-1.597** (0.527)	-1.540** (0.543)	-1.51* (0.639)
משטר <sup>א</sup>				
אחרי 1970		0.14 (0.269)		0.134 (0.51)
תקופת הביניים		0.899 (0.529)		0.869 (0.643)
שנת מתן פסק הדין			-0.003 (0.007)	-0.009 (0.014)
סוג החוזה <sup>ב</sup>				
עסקאות במקרקעין				1.563* (0.638)
שירותים				-1.684 (0.954)
עסקאות במיטלטלין				-0.196 (0.826)
משפחה				-0.72 (1.231)
עבודה				1.511 (0.983)
סוג התובע <sup>ג</sup>				
אדם פרטי				--1.901 (1.368)
תאגיד				-2.079 (1.402)
(קבוע)	-0.978*** (0.115)	-0.22 (0.488)	-0.98*** (0.115)	0.677 (1.616)
תצפיות	398			
החי-בריבוע של המודל	10.77***	13.62**	10.93**	83.012***
Nagelkerke R <sup>2</sup>	0.038	0.048	0.039	0.271

הערות: טעויות התקן מופיעות בסוגריים.

א "לפני 1970" משמשת קטגוריית התייחסות (תקופת הביניים מתייחסת לפסקי הדין שנתינו אחרי 1970 ועסקו בחוזים שנכתבו לפני 1970).

ב קטגוריית "חוזים אחרים" משמשת קטגוריית התייחסות.

ג המגזר הציבורי משמש קטגוריית התייחסות.

\*p < .05, \*\* p<.01, \*\*\* p<.001

טבלה מס' 9 מלמדת שמשך ההליכים המשפטיים קשור לפסיקת סעדי אכיפה לא-כספיים בקשר מובהק מאוד סטטיסטית בכל המודלים.<sup>189</sup> ברגרסיות אלה, המשתנים האחרים אינם קשורים בקשר מובהק לפסיקת סעדי אכיפה לא-כספיים, מלבד באחד מסוגי החוזים: חוזים העוסקים במקרקעין.

לבסוף, כפי שצינו למעלה, בהנחה שתובעים מסוגלים (בעזרת פרקליטיהם) לחזות בקירוב את משך ההליכים המשפטיים, הנטייה לתבוע סעדי אכיפה לא-כספיים תהא מן הסתם קשורה למשך ההליכים בפועל, המשמש במקרה זה קירוב לתחזיות התובע מראש. טבלה מס' 10 מציגה את התוצאות של ניתוחי רגרסיה לוגיסטית דומים לאלה שהוצגו בטבלה מס' 9, בכפוף לשלושה הבדלים: ראשית, מאחר שתרגנו אחר המשתנים הבלתי תלויים שיכולים לחזות אם התובע יבקש סעד אכיפה לא-כספי, הניתוח התייחס הן לתיקים שבהם תרופות כאלה נתבעו, הן לתיקים שבהם הן לא נתבעו. שנית, תביעות שהוגשו לפני כניסתו לתוקף של חוק התרופות נכללו בקטגוריה של "לפני 1970", גם אם בית המשפט העליון הכריע בהן אחרי שהחוק נכנס לתוקף, משום שהניתוחים הנוכחיים לא התייחסו לפסיקה של בית המשפט, אשר עשויה להיות מושפעת מהחוק החדש (ותביעות שהוגשו לפני 1970 התבססו מן הסתם על הציפייה שבית המשפט יכריע לפי הדין שחל אז). שלישית, הניתוחים התייחסו הן למקרים שבהם בדיעבד בית המשפט פסק תרופה כלשהי בשל הפרת חוזה, הן למקרים שבהם לא נפסקה כל תרופה – דבר שאותו התובעים מן הסתם לא ידעו מראש.

טבלה מס' 10: הקשר בין משך ההליכים ובין ההסתברות לתביעת סעדי אכיפה לא-כספיים

משתנה	מודל 1	מודל 2	מודל 3	מודל 4
לוג של משך ההליכים	-1.191*** (0.389)	-1.158** (0.416)	-1.202** (0.428)	-1.228* (0.487)
משטר <sup>a</sup>				
אחרי 1970		0.21 (0.209)		0.287 (0.404)
תקופת הביניים		-1.32** (0.428)		1.304* (0.506)
שנת פתיחת ההליך			0 (0.006)	-0.006 (0.011)
סוג החוזה <sup>b</sup>				
עסקאות במקרקעין				0.496 (0.342)
שירותים				-1.893*** (0.954)
עסקאות במיטלטלין				-1.141* (0.505)
משפחה				-1.432 (0.840)

189 כאשר ערכנו ניתוחי רגרסיה דומים רק בנוגע למקרים שבהם נתבעו סעדי אכיפה מלכתחילה (144 תצפיות), התוצאות היו באותו כיוון, אולם הן לא היו מובהקות סטטיסטית.



משתנה	מודל 1	מודל 2	מודל 3	מודל 4
עבודה				0.379 (0.678)
סוג התובע <sup>3</sup>				
אדם פרטי				-1.519 (1.326)
תאגיד				-1.867 (1.344)
(קבוע)	-0.629*** (0.9)	-0.485 (0.398)	-0.629*** (0.09)	0.706 (1.385)
תצפיות	557			
החי-בריבוע של המודל	9.557**	19.654***	9.56**	105.255***
Nagelkerke R <sup>2</sup>	0.023	0.048	0.023	0.237

הערות: טעויות התקן מופיעות בסוגריים.

א "לאחר 1970" משמשת קטגוריית התייחסות (תקופת הביניים מתייחסת לפסקי הדין שניתנו אחרי 1970 ועסקו בחוזים שנכתבו לפני 1970).

ב קטגוריית "חוזים אחרים" משמשת קטגוריית התייחסות.

ג המגור הציבורי משמש קטגוריית התייחסות.

\*  $p < .05$ , \*\*  $p < .01$ , \*\*\*  $p < .001$ .

כמשוער, בכל ארבעת המודלים, משך ההליכים בדיעבד (המשמש קירוב למשך ההליכים שהתובע ציפה לו מראש) קשור בקשר מובהק סטטיסטית להחלטה של התובע אם לתבוע סעדי אכיפה לא-כספיים מלכתחילה: ככל שההליכים היו ממושכים יותר, כך פחתה הנטייה של התובעים לתבוע סעדים כאלה. כמו כן נמצא קשר מובהק סטטיסטית עם שני סוגי חוזים: תובעים נטו פחות לתבוע סעדי אכיפה לא-כספיים בחוזים לביצוע מלאכות ושירותים ובעסקאות במיטלטלין.

כדי לבדוק את ההשפעה האפשרית של אפקט הסלקציה בהגשת ערעורים לבית המשפט העליון על הקשר שבין משך ההליכים ובין הנטייה לפסוק סעדי אכיפה לא-כספיים, ערכנו בדיקה דומה בבסיס הנתונים המשלים של הפסיקה המחוזית, שתואר בתת-פרק 5.7 לעיל. מאחר שבסיס הנתונים המשלים היה קטן במידה ניכרת מבסיס הנתונים הראשי, יכולנו לבדוק קשר זה בבדיקה מהימנה רק בנוגע לכל התצפיות שבהן נתבעה תרופה כלשהי בשל הפרת חוזה (סך הכול 192 תצפיות שבהן נפסקה תרופה כלשהי בבית המשפט המחוזי ומשך ההליכים ידוע), מבלי להוציא את התצפיות שבהן לא נתבעה אכיפה מלכתחילה (הוצאה כזו הייתה מותרת אותנו עם 67 תצפיות בלבד).<sup>190</sup> טבלה מס' 11 מציגה את התוצאות של

190 ההתפלגות של התיקים כפונקציה של משך ההליכים המשפטיים בבסיס הנתונים המשלים הייתה כדלקמן:

משך ההליכים	0	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17
מספר תיקים	14	30	42	35	29	41	25	26	14	8	6	2	1	1	0	0	0	1

ניתוחי רגרסיה לוגיסטית שערכנו בדומה לניתוחים שערכנו בנוגע לפסקי הדין של בית המשפט העליון (טבלה מס' 9).

**טבלה מס' 11: הקשר בין משך ההליכים ובין פסיקת אכיפה לא-כספית במאגר הנתונים המשלים**

משתנה	מודל 1	מודל 2	מודל 3
לוג של משך ההליכים	-1.783*	-1.646*	-2.166*
	(0.727)	(0.777)	(0.871)
שנת מתן פסק הדין <sup>א</sup>			
2005		-0.33	-0.110
		(0.734)	(0.758)
2008		0.531	0.816
		(0.599)	(0.631)
2011		0.851	0.921
		(0.531)	(0.554)
סוג החוזה <sup>ב</sup>			
עסקאות במקרקעין			0.087*
			(0.581)
שירותים			-0.858
			(0.929)
עסקאות במיטלטלין			-20.057
			(10005.84)
משפחה			-18.75
			(40192.97)
סוג התובע <sup>ג</sup>			
אדם פרטי			-0.292
			(1.252)
תאגיד			-0.877
			(1.304)
(קבוע)	-0.761	-1.134	-0.335
	(0.446)	(0.528)	(1.428)
תצפיות	192		
החי-בריבוע של המודל	5.982*	10.209*	20.067*
Nagelkerke R <sup>2</sup>	0.055	0.093	0.187

הערות: טעויות התקן מופיעות בסוגריים.

א. שנת 2014 משמשת קטגוריית התייחסות.

ב. "חוזים אחרים" משמשים קטגוריית התייחסות.

ג. גוף ציבורי משמש קטגוריית התייחסות.

\* p < .05, \*\* p < .01, \*\*\* p < .001

כפי שמלמדת טבלה מס' 11, יש קשר מובהק סטטיסטית בין עלייה במשך ההליכים המשפטיים ובין ירידה בהסתברות שתיפסק תרופת אכיפה לא-כספית (מודל 1). הוא הדין כאשר שולטים בשנת פסק הדין (מודל 2). גם כאשר שולטים בשנה של פסק הדין, בסוג החוזה ובסוג התובע, הקשר ממשיך להיות מובהק סטטיסטית. מכאן שבסיס הנתונים המשלים תומך בממצא הפוזיטיבי המרכזי העולה מבסיס הנתונים הראשי, דהיינו שככל שההליכים המשפטיים מתארכים, כך פוחתת הפסיקה של סעדי אכיפה לא-כספיים.

עקרונית, קיומו של קשר מובהק בין שני משתנים אינו מעיד על קיומו של קשר סיבתי בין השניים. ייתכן שמשנתה פלוני השפיע על אלמוני, ייתכן שמשנתה אלמוני השפיע על פלוני, וייתכן ששניהם הושפעו ממשנתה שלישי. בהקשר הנוכחי, הועלתה באוזנינו האפשרות שהירידה בפסיקת סעדי אכיפה לא-כספיים לא נבעה מהתמשכות ההליכים המשפטיים, אלא גרמה לה, שכן פסיקה של סעדים כספיים מצריכה הצגה וניתוח של ראיות רבות יותר וחישוב מורכב יותר של גובה הסעד מאשר פסיקה של סעדי אכיפה לא-כספיים. כדי לבחון השערה זו, השווינו את השינויים שחלו במרוצת השנים במשך ההליכים בתיקים שבהם נפסקה תרופה שאיננה אכיפה, אל מול כלל התיקים. מצאנו שהשינוי בהתמשכות ההליכים היה דומה גם בהליכים שבהם נפסקה תרופה שאיננה אכיפה. אילו התמשכות ההליכים הייתה נגרמת מהגידול היחסי של התיקים שבהם נפסקה תרופה שאיננה אכיפה, ממוצע משך ההליכים של תיקים אלה בלבד היה צריך להישאר פחות או יותר קבוע. הממצא שלפיו גם בתיקים שבהם נפסקה תרופה שאיננה אכיפה התארכו ההליכים אינו מפתיע, אם זוכרים שבעיית התמשכות של ההליכים המשפטיים בישראל אינה מיוחדת לתביעות של תרופות בשל הפרת חוזה, או לתרופות חוזיות בלבד, אלא היא בעיה כללית של מערכת המשפט בישראל בעשורים האחרונים.

#### 4. מקולקטיביזם לאינדיווידואליזם

עד כה דנו בהסברים לירידה בהיזקקות לסעדי אכיפה הנעוצים בדיני התרופות (היתרונות היחסיים של תרופות שונות) ובמערכת המשפט (החינוך המשפטי של השופטים ומשך ההליכים). אולם ייתכן שהירידה בהיזקקות לסעדי האכיפה בעשורים האחרונים קשורה להתפתחויות רחבות יותר בתפיסות הערכיות הרווחות בחברה הישראלית, שאינן קשורות לדיני התרופות או למערכת המשפט. לפי טענה אפשרית זו, השיעור הגבוה של סעדי האכיפה בפסיקתו של בית המשפט העליון לפני חקיקתו של חוק התרופות והשיעור הנמוך של פסיקת אכיפה אחרי חקיקת החוק מתיישבים עם תהליכים סוציולוגיים רחבים בחברה הישראלית. לאורך שנותיה מיטלטלת החברה הישראלית בין שני קטבים מנוגדים המעצבים את זהותה: קולקטיביזם ואינדיווידואליזם. דוגמאות למאפיינים קולקטיביסטיים של החברה הישראלית בראשית ימיה הן הקיבוץ, תנועות הנוער, מעמדה המרכזי של ההסתדרות, צה"ל שעוצב ככור היתוך של החברה הישראלית והלאמת נכסי המקרקעין.<sup>191</sup> לעומת זאת,

191 להרחבת הדיון בתפיסה הקולקטיביסטית שרווחה בראשית ימיה של המדינה ראו יונתן שפירא עילית ללא ממשכים 26 (1984); דן הורוביץ ומשה ליסק מצוקות באוטופיה: ישראל – חברה בעומס יתר 153–154 (1990); פנינה להב "העוז והמשרה: בית המשפט העליון בעשור הראשון לקיומו" עיוני משפט יד 479, 497 (1989); סמי סמוחה "תמורות בחברה הישראלית לאחר יובל שנים" אלפיים 17 239

בעשורים האחרונים אנו עדים לתהליכים שונים של אינדיווידואליזם המעמידים במרכז את הווייתו של היחיד, חירותו ורצונותיו, ואת כלכלת השוק. בין היתר, הדבר בא לידי ביטוי בתהליכי פירוק של התא המשפחתי המסורתי, הפרטה, ירידת כוחה של ההסתדרות, הרחבת הפערים החברתיים, הפרטת נכסי המקרקעין של ישראל והחלפת תפיסת כור ההיתוך בתפיסת ישראליות רב תרבותית.<sup>192</sup>

לפי סברה זו, ייתכן שהשיעור הגבוה של סעדי האכיפה בפסיקתו של בית המשפט העליון לפני חקיקתו של חוק התרופות הוא ביטוי לערכים קהילתיים ולסולידריות חברתית באותן שנים. לעומת זאת, לאחר חקיקתו של חוק התרופות בשנת 1970, ובייחוד משנות השמונים של המאה העשרים ואילך, המתדיינים בישראל תבעו פיצויים, ובית המשפט פסק אותם, בשיעור גבוה יותר מסעד האכיפה, כפועל יוצא של מערכת ערכים אינדיווידואליסטית. כלומר, יש קשר בין הסתפקות בסעד כספי ובין עליית קרנם של ערכי אוטונומיית הפרט וחירותו. סעד כספי מפצה את הנפגע על נזקיו מבלי לכפות על המפר את המשך קיום הקשר החוזי נגד רצונו.<sup>193</sup> הוא עולה בקנה אחד עם תפיסה אינסטרומנטלית של החוזה, שלפיה החוזה הוא מכשיר להגשמת האינטרסים של כל אחד מהצדדים לו. אין זה מקרה שדווקא במשפט האמריקני, שבו רווחות תפיסות אלה, הובעה העמדה שחוזה אינו אלא אופציה לקיים או לשלם פיצויים,<sup>194</sup> ותפיסה זו אף זכתה לאישוש בידי אנשי האסכולה הכלכלית של המשפט.<sup>195</sup> לפי ההשקפה הנגדית, "contractual relationship (even in commercial settings) is [...] not only [...] a locus of competition or an instrument for the allocation of risks and the production of wealth, but also [...] a zone of mutual cooperation and confidence, dependence and vulnerability"<sup>196</sup> אין זה מקרה שבמשפט הקונטיננטלי, המייחס משקל רב יותר לחובות המוסריות והחברתיות של המתקשרים

(1999); אליעזר בן רפאל "זהות קולקטיבית בישראל", חברה במראה 489 (חנה הרצוג עורכת, 2001); בני פורת "אדם לאדם – אח ורע: על המטפורה החברתית במקרא" מסע אל האחוה 13, 13–14 (ידידיה צ' שטרן ובני פורת עורכים, 2014). עם זאת, ראוי לציין כי אורית רוזין טענה כי התדמית המקובלת של הציבור הישראלי הוותיק בשנות החמישים – כציבור מגויס למען המדינה והעם – אינה נכונה. מגזרים רחבים בחברת הוותיקים, טוענת רוזין, אופיינו באינדיווידואליזם ויצאו נגד הקולקטיביזם הכפוי מלמעלה על ידי המדינה (ראו אורית רוזין חובת האהבה הקשה: יחיד וקולקטיב בשנות החמישים (2008)).

192 ראו פורת, לעיל ה"ש 191; מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי 119–127 (1993) (להלן: מאוטנר ירידת הפורמליזם). ראו גם מנחם מאוטנר משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת 145–160 (2008).

193 ראו לעיל ה"ש 45 והטקסט הסמוך לה.

194 ראו Oliver W. Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 10 HARV. L. REV. 457, 462 (1897) ("The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it – and nothing else") Joseph M. Perillo, *Misreading Oliver Wendell Holmes* on *Efficient Breach and Tortious Interference*, 68 FORDHAM L. REV. 1085 (2000).

195 ראו לעיל ה"ש 49–67 והטקסט הסמוך להן.

196 DAGAN, לעיל ה"ש 66, בעמ' 278.

בחוזה,<sup>197</sup> מעלים על נס דווקא את תרופת האכיפה. סעד האכיפה מקדם עקרונות של סולידריות חברתית ואמון בין אישי.<sup>198</sup> כאשר נפגע מהפרת חוזה עותר לקבל את סעד האכיפה, וכאשר סעד כזה נפסק לזכותו בסיום ההליכים המשפטיים, יש בכך ביטוי לרצון הצדדים (או לפחות לרצונו של התובע) לשמר יחסי אמון וסולידריות בין הצדדים בעת סיום ההליכים המשפטיים, או לפחות דרישה כזאת שהמשפט מציב בפניהם. פירוש הדבר שסעד האכיפה מקדם המשך שיתוף פעולה בין הצדדים גם לאחר הסכסוך החוזי בין הצדדים.<sup>199</sup> טיעון זה אינו מניח שיש קשר הכרחי בין מתן עדיפות לתרופת האכיפה ובין תפיסה חברתית של דיני החוזים, או בין העדפת סעדים כספיים ובין תפיסה אינדיווידואליסטית שלהם. הטענה היא רק שיש קשר טיפוסי בין השקפת עולם חברתית וקהילתית, שממנה נגזרת תפיסה מסוימת של היחס החוזי, ובין נטייה רבה יותר לתבוע ונכונות רבה יותר לפסוק את תרופת האכיפה, וקשר טיפוסי בין תפיסה אינדיווידואליסטית, ותפיסת החוזה הנגזרת ממנה ובין העדיפות הניתנת לסעדים כספיים.<sup>200</sup>

הגם שזהו הסבר אפשרי לירידה שמצאנו בתביעה ובפסיקה של סעדי אכיפה, יש להודות שאין הוא הכרחי וכי ניתן להעלות גם טיעוני נגד. ראשית, נוכחנו שהגורם העיקרי לירידה בהיזקקות לסעדי האכיפה נעוץ בבחירה של תובעים שלא לתבוע סעדים אלה. בהנחה שהעדפות התובעים אינן רק שיקוף של ציפיותיהם בנוגע לפסיקה של בית המשפט, לא ברור אם נפגע מהפרת חוזה, שמן הסתם פועל בראש ובראשונה לפי האינטרסים שלו ולא לפי השקפות העולם הרווחות בחברה, יותר על תביעת אכיפה אם זו משרתת את האינטרסים

197 ביטויים מובהקים לחובות אלה מצויים, למשל, במעמדו המרכזי של עקרון תום הלב במשפט הגרמני (ראו למשל Werner F. Ebke & Bettina M. Steinhauer, *The Doctrine of Good Faith in German Contract Law*, in GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW 171 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995), ובמעמדה החשוב של חובת הלוואיות ביני החוזים הסקנדינביים (ראו למשל Jori Munukka, *The Contractual Duty of Loyalty: Good Faith in the Performance and Enforcement of Contracts*, in THE NORDIC CONTRACTS ACT: ESSAYS IN CELEBRATION OF ITS ONE HUNDRETH ANNIVERSARY 203 (Torgny Håstad ed., 2015)).

198 לדיון כללי באשר לאופן שבו דיני חוזים מקדמים סולידריות חברתית ראו Robert Gordon, *Macaulay*, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law, 1985 WISCONSIN L. REV. 565 (1985); Ethan J. Leib, *Contracts and Friendships*, 59 EMORY L.J. 649 (2010); Daniel Markovits, *Good Faith as Contract's Core Value*, in PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF CONTRACT LAW 273 (Gregory Klass, George Letsas & Prince Saprai eds., 2014).

199 בוקשפן, לעיל ה"ש 29, בעמ' 368–369 ("ההטמעה של רעיון האמון הבינאישי בהתחייבות החוזית לא הייתה שלמה אם ההגנה עליה הייתה מוגבלת אך לפיצוי בגין "חסרון כיס" שנגרם במקרה של הפרתה או אף לפיצוי כספי גבוה יותר בגין אי התרחשותה [...] בסעד האכיפה יש כדי לאותת כי שיטת המשפט אינה מתרכזת אך במניעת הנזק בגין הפרת חוזה, אלא גם בהטמעה דקלרטיבית ותרבותית של דרכי חשיבה ופעולה המבססים את קיומן של הבטחות והתחשבות בציפיותיו של הזולת. זאת ועוד: סעד האכיפה אף שולל במשתמע את רעיון ה'יריבות' של דיני חוזים ומקבע את היחס' והמחויבות הבינאישית והחברתית הנוצרת בעקבות האינטראקציה החוזית").

200 ראו גם Roy Kreitner, *Frameworks of Cooperation: Competing, Conflicting, and Joined Interests in Contract and Its Surroundings*, 6 THEORETICAL INQ. L. 59, 79–80 (2005).

שלו (אם כי ייתכן שהתשובה על כך נעוצה בציפיות של התובעים בדבר הכרעות בית המשפט).

שנית, לפי טיעון מתחרה, בשנים הראשונות לקיומה של מדינת ישראל, דווקא על רקע התפיסות הקולקטיביסטיות שרווחו בחברה, מילא בית המשפט את התפקיד של הגנה על ערכים ליברליים וקידומם.<sup>201</sup> לעומת זאת, משנות השמונים של המאה העשרים ואילך, על רקע העלייה של תפיסות אינדיווידואליסטיות, בית המשפט מקדם ערכים של סולידריות חברתית והתחשבות הדדית, כמשקל נגד למגמות האינדיווידואליסטיות.<sup>202</sup> במשפט הפרטי, ובדיני חוזים בפרט, בא הדבר לידי ביטוי בהרחבת האחריות המשפטית ביחסים שבין אדם לחברו ובהעצמת התרופות במקרים של אי-עמידה בסטנדרטים ראויים של התחשבות, מחויבות הדדית ושיתוף פעולה.<sup>203</sup>

עיון מעמיק יותר בסוגיות אלה חורג מהמסגרת הנוכחית. קשה לומר איזה משני הטיעונים המתחרים משכנע יותר, ומכל מקום יש להודות שתרומת המתודולוגיה האמפירית שבה אנו משתמשים לעיון זה היא מוגבלת למדי.

## 5. סיכום

בפרק הקודם נוכחנו כי אחרי חקיקת חוק התרופות ירדה במידה ניכרת ההיזקקות לסעדי אכיפה, בהשוואה לתקופה שלפני חוק התרופות, וכי הגורם העיקרי לירידה זו היה העדפות התובעים. בפרק זה דנו בארבעה הסברים אפשריים לתופעה זו.

ההסבר הראשון התייחס לשינויים שחולל חוק התרופות בדיני הפיצויים והביטול, ולאפשרות העקרונית לקבל במשפטנו סעדים כספיים העולים על אינטרס הציפייה של הנפגע (כגון נטילת רווחי המפר והשבה בעקבות ביטול החוזה). הגם שאין בידינו לשלול הסבר זה, ומן הסתם הייתה לעליית האטרקטיביות של תרופות אחרות השפעה על מידת ההיזקקות לסעדי אכיפה אחרי 1970, נראה לנו שאין מדובר בהשפעה חזקה.

ההסבר השני היה החינוך המשפטי של השופטים. לא מצאנו תימוכין להשערה אפשרית שלפיה שופטים שקיבלו את חינוכם המשפטי במדינות המשתייכות למשפחת המשפט הקונטיננטלי ייטו לפסוק סעדי אכיפה יותר משופטים שהתחנכו במדינות המשפט המקובל. ככל שהיה הבדל בין שתי הקבוצות, דווקא שופטים שהתחנכו במדינות המשפט המקובל נטו יותר לפסוק סעדי אכיפה.

ההסבר השלישי שאותו בדקנו היה התארכותם של ההליכים המשפטיים בישראל בעשורים האחרונים. מצאנו קשר מובהק מאוד בין משך ההליכים המשפטיים ובין שיעור הפסיקה של סעדי אכיפה לא-כספיים בבית המשפט העליון: ככל שההליכים מתמשכים

201 ראו למשל מאוטרנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 192, בעמ' 122–127.

202 ראו שם, בעמ' 101–108; איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק 343, 364–378 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג, עורכים, 2009) (להלן: זמיר "השופט ברק ודיני חוזים").

203 ראו רנר, לעיל ה"ש 29; מאוטרנר ירידת הפורמליזם, לעיל ה"ש 192, בעמ' 105–108.

יותר, כך פוחתת הפסיקה של סעדי אכיפה לא-כספיים. קשר זה התקיים, גם אם לא באותה רמה של מובהקות סטטיסטית, כאשר שלטנו בשורה של משתנים אחרים. קשר זה נמצא גם בבסיס הנתונים המשלים של הפסיקה המחוזית. קשר דומה נמצא גם בין משך ההליכים (שלעניין זה מהווה קירוב לאורך ההליכים שהתובעים יכלו לחזור מראש) ובין הנטייה של תובעים לתבוע סעדי אכיפה לא-כספיים מלכתחילה.

ההסבר הרביעי והאחרון היה עליית האינדיווידואליזם בחברה הישראלית בעשורים האחרונים. בהקשר זה הצבענו על טיעונים וטיעוני נגד אפשריים, שקשה להכריע ביניהם, ומכל מקום אי-אפשר לבחון אותם בבחינה אמפירית באמצעות הנתונים העומדים לרשותנו.

### סיכום, מסקנות והשערות נוספות

מלומדים, מחוקקים ושופטים בכל העולם מתחבטים בשאלה אם לאפשר לנפגע מהפרת חוזה לתבוע מהמפר לקיים את חלקו, או שמא לזכות את הנפגע בסעדים חלופיים בלבד. הספרות התיאורטית העשירה בשאלה זו מציעה מגוון רחב של שיקולים וטיעונים מתוחכמים בעד ונגד כל אחד מהכללים. הספרות ההשוואתית מתלבטת בשאלה עד כמה ההבדל בין הכלל הרווח במשפט המקובל, שלפיו הנפגע זכאי לביצוע בעין רק במקרים חריגים, ובין הכלל הרווח בשיטות המשפט הקונטיננטלי, שלפיו הנפגע זכאי בדרך כלל לאכיפה, משפיע על ההכרעות האופרטיביות של בתי המשפט. ממצאי המחקר האמפירי שלנו תורמים לשתי הספרויות. ככל שמדובר בספרות התיאורטית, הממצאים עשויים להעיד ששיקולים פרגמטיים ולא מתוחכמים כלל, כמו משך ההליכים המשפטיים, עשויים להשפיע על הבחירה בין התרופות, בידי תובעים ובידי בתי המשפט, יותר מאשר הכללים המשפטיים הפורמליים והשיקולים המורכבים שביסודם. ככל שמדובר בספרות ההשוואתית, הממצאים מעידים שתחת הכלל של המשפט הקונטיננטלי תובעים ובתי משפט עשויים בתנאים מסוימים להיזקק לתרופת האכיפה פחות מאשר תחת הכלל של המשפט המקובל.

לפי ממצאינו, הגורם המרכזי לירידת השימוש בסעדי אכיפה אחרי 1970 היה הירידה בתביעת סעדים אלה בידי התובעים, ואילו הירידה בנטייה של בתי המשפט לפסוק אותם, כאשר הם נתבעו, הייתה קטנה יותר ולא מובהקת מבחינה סטטיסטית. אולם תהא זו טעות להסיק ממצאים אלה שבתי המשפט לא מילאו תפקיד מרכזי מבחינה זו, משתי סיבות. ראשית, עצם המובהקות הנמוכה במקרה של פסיקת בתי המשפט מוסברת בחלקה בכך שמספר התצפיות קטן יותר. בעוד ההבדל שנמצא בבחירה של התובעים התייחס לכלל התיקים, ההבדל הקטן יותר והמובהק פחות בנטייה של בתי המשפט לפסוק אכיפה התייחס רק למקרים שבהם סעדי אכיפה נתבעו – ומתוכם רק למקרים שבהם התביעה התקבלה והוענקו סעדים כלשהם. שנית, סביר להניח שהחלטה אם לבקש סעדי אכיפה מושפעת מהערכת התובע בדבר הסיכויים שבית המשפט יעתר לבקשתו, כך שהירידה בשיעור התביעות היא לפחות בחלקה פרי הנטייה הנמוכה יותר של בתי המשפט להעניק סעדי אכיפה. יתרה מזו, גם אם נניח שלא חלה ירידה של ממש בנטיית בתי המשפט לפסוק סעדי אכיפה, חשוב לזכור שתכלית הבדיקה שלנו לא הייתה להוכיח את השפעתו של חוק

התרופות על הפסיקה (שאז המובהקות הנמוכה של התוצאות הייתה בעוכרנו), אלא דווקא לשלול את הסברה שהשפעה כזו התקיימה. הממצאים שלנו אכן מפריכים את הסברה שאחרי חקיקתו של חוק התרופות גברה הנטייה לפסוק סעדי אכיפה בהשוואה לתקופה שקדמה לו. לא זו בלבד שנטייה זו לא התרחבה – בפועל היא הצטמצמה.

יש לשוב ולהדגיש כי הממצאים שלנו אינם מוכיחים שזכאות רחבה לתרופת האכיפה אינה מגבירה את הנטיות לתבוע ולפסוק תרופה זו, שהרי ייתכן שבלעדי הרפורמה החקיקתית שחולל חוק התרופות, והרטוריקה השיפוטית המדגישה את העלאת קרנה של תרופת האכיפה, שיעורי התביעה והפסיקה של תרופה זו היו קטנים עוד יותר ממה שהם כיום. אולם גם אם זכאות רחבה לתרופת האכיפה מגבירה את הנטיות לתבוע ולפסוק תרופה זו, לפחות בהקשר הישראלי מתברר שלגורמים מתחרים הייתה השפעה מכרעת בכיוון ההפוך. גורם אחד כזה, שנמצאו לו תימוכין במחקר שלנו, הוא משך ההליכים המשפטיים. אולם ייתכן מאוד שגורמים נוספים, שקשה להבחין בהם ועוד יותר קשה למדוד אותם, ממלאים אף הם תפקיד בסוגיה זו.

מגבלה מרכזית של המחקר הנוכחי היא שלא בדקנו את התנהגותם של צדדים לחוזים במקרים שבהם אין מוגשת תביעה משפטית, או כאשר התביעה מסתיימת בפשרה לפני שבית המשפט אומר את דברו. אפשר לשער שמאז חקיקתו של חוק התרופות בשנת 1970 פחתו הפרות החוזים בישראל, ובמקרים של הפרות הנתבעים ממהירים להסכים לפשרות המיטיבות עם הנפגעים מההפרה, משום שהם מניחים כי אם יופר החוזה והעניין יגיע להכרעה שיפוטית, הנושה יזכה להגנה אפקטיבית בדרך של אכיפת חיוביו של החייב. השערה נגדית היא, שביודעם עד כמה מערכת בתי המשפט בישראל לוקה בעומס יתר המקשה עליה לתת סעדים אפקטיביים – ובפרט סעדי אכיפה לא-כספיים – בתוך זמן סביר, חייבים חוששים פחות מסנקציות משפטיות (ובפרט מאכיפה של חיובים לא כספיים) ולכן הם נוטים יותר להפר חוזים ונוטים פחות להתפשר אם הוגשה נגדם תביעה בשל ההפרה. הירידה בשיעור התביעות לאכיפה של חוזים בתקופה שאחרי 1970 מתיישבת עם ההשערה האחרונה, שלמיטב הערכתנו היא מסתברת לפחות כמו הראשונה. אולם אין בידנו לאשש או להפריך אחת משתיהן על בסיס הממצאים האמפיריים שלנו.

יהא הדבר כאשר יהיה, ההשערה שלפיה למרות הירידה בפסיקת סעדי האכיפה, הזכאות העקרונית של נפגעים מהפרת חוזה לאכיפה, לפי החוק והפסיקה, מרתיעה חייבים חוזיים מלהפר את חיוביהם ומסייעת להשגת פשרות לטובת הנפגעים, מעוררת שאלה כללית יותר: האם צדדים לחוזים, מתדיינים ופרקליטים מושפעים בראש ובראשונה מההנמקה של בתי המשפט, או שמא מהפרקטיקה השיפוטית. אילו לצדדים לחוזים ולמתדיינים היה מידע מושלם על הרטוריקה והפרקטיקה השיפוטיות, ניתן להניח שהם היו מושפעים בראש ובראשונה מהפרקטיקה. אולם לפרקליטים, ובוודאי ללקוחותיהם, לעולם אין מידע מושלם שכזה. על כן ניתן לצפות שהם יושפעו הן מהרטוריקה השיפוטית הן מהפרקטיקה. Meir Dan-Cohen הצביע על היתרונות האפשריים של "הפרדה אקוסטית" בין כללי התנהגות, המכוונים לציבור הכללי ומיועדים לכוון את התנהגותו, ובין כללי החלטה המשמשים את



השופטים בעבודתם.<sup>204</sup> הבחנה רלוונטית נוספת (בייחוד בהקשר של בית המשפט העליון ובשיטה של תקדים מחייב, כמו ישראל) היא בין שני התפקידים שבית המשפט ממלא: יישוב סכסוכים שבעבר והכוונת התנהגות לעתיד. באורח טיפוסי, יש התאמה בין ההנמקה השיפוטית לכללי התנהגות, ובין השורה התחתונה של פסיקת בית המשפט לכללי החלטה שהוא מפעיל. ככל שיש פער בין הרטוריקה לפרקטיקה השיפוטית בנושא של תרופת האכיפה אחרי 1970, פער זה עשוי אפוא למלא תפקיד חברתי מועיל.<sup>205</sup> בדומה למשפט הגרמני, למשל (שבו בתי המשפט מורים לעיתים על אכיפת החוזה אך לפי כללי הפרוצדורה האזרחית בשלב הביצוע של צו האכיפה הוא מומר בתשלום כספי),<sup>206</sup> הרטוריקה המשפטית מטעימה את החובה המוסרית והמשפטית לקיים חוזים, חובה המגובה בנכונות לתת סעדי אכיפה בשל הפרה, גם אם בפועל שיעור החוזים שבעקבות הפרתם ניתן צו אכיפה אינו כה גדול.

הנושא האחרון שהממצאים שלנו מעוררים – נושא שחשיבותו והשלכותיו חורגים מהסוגיה של תרופות בשל הפרת חוזה – הוא בעיית ההתמשכות היתרה של ההליכים המשפטיים בישראל. נושא זה, שאינו ייחודי לישראל, מעסיק את קובעי המדיניות בישראל ובעולם.<sup>207</sup> במסגרת הנוכחית לא נוכל להרחיב את הדיבור עליו.

בשובנו מהנושאים הרחבים יותר שאליהם מתקשר המחקר הנוכחי לנושא של תרופות בשל הפרת חוזה, אנו מכירים במגבלות המחקר האמפירי שלנו. אנו בוודאי מקבלים ששום מסקנה אנליטית או נורמטיבית אינה נובעת באורח ישיר או הכרחי מהממצאים שלנו. אף על פי כן, אנו מאמינים שממצאינו, שבמידה רבה סותרים את התפיסות וההנחות המקובלות במשפטנו זה עשרות שנים, יכולים להעשיר את הדין התיאורטי, ההשוואתי והאנליטי בנושא תרופות בשל הפרת חוזה.

Meir Dan-Cohen, *Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*, 97 HARV. L. REV. 625 (1984)

205 זמיר "השופט ברק ודיני חוזים", לעיל ה"ש 202, בעמ' 399–409.

206 ראו לעיל ה"ש 82.

207 ראו למשל EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE, TOWARDS EUROPEAN TIMEFRAMES FOR JUDICIAL PROCEEDINGS: IMPLEMENTATION GUIDE (2016); Tania Sourdin & Naomi Burstyner, *Justice Delayed is Justice Denied*, 4 VICTORIA U. L. & JUST. J. 46 (2014).

## נספח: שאלון

שם פסק הדין: \_\_\_\_\_

שמות השופטים: \_\_\_\_\_

השכלת השופטים: \_\_\_\_\_

סוג החוזה: \_\_\_\_\_ מושא החוזה: \_\_\_\_\_

אופי החוזה: \_\_\_\_\_

הצד המפר: \_\_\_\_\_

עיסוק המפר: \_\_\_\_\_

עיסוק הנפגע: \_\_\_\_\_

סוג ההפרה: \_\_\_\_\_

האם הייתה או לא הייתה הפרת חוזה לפי הערכאה I: \_\_\_\_\_

האם הייתה או לא הייתה הפרת חוזה לפי ערכאת הערעור: \_\_\_\_\_

מועד הכריתה: \_\_\_\_\_

מועד ההפרה: \_\_\_\_\_

מועד התביעה: \_\_\_\_\_

מועד פסק הדין בערכאה I: \_\_\_\_\_

מועד פסק דין בערעור: \_\_\_\_\_

תוצאות הערעור או הערעורים: \_\_\_\_\_

התרופות שנתבעו: \_\_\_\_\_

התרופות שנפסקו בערכאה I: \_\_\_\_\_

התרופות שנפסקו בערעור: \_\_\_\_\_

התרופות שנפסקו על ידי כל אחד משופטי בית המשפט העליון: \_\_\_\_\_

רטוריקה בשבח/בגנות האכיפה: \_\_\_\_\_

אם נפסק לטובתו של הנפגע צו אכיפה – מה תוכנו של הצו? \_\_\_\_\_