

הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי

מאת

איל זמיר*

חלק־המשנה "חוזים מיוחדים" מחזיק כרבע מההוראות בהצעת הקודקס האזרחי. רשימה זו מנתחת ומבקרת הוראות אלה. הרשימה עוסקת בהיקף העניינים המוסדרים בחלק־המשנה זה ועורכת השוואה בין ההסדר המוצע לחקיקה הקיימת, תוך התמקדות בהסדרים החדשים לחוזי קבלנות, שירות ותיווך. לגבי היקף הנושאים הכלולים בחלק־המשנה החדש, מציע המחבר להשמיט כליל את הפרקים שעניינם "חווה להרשאת שימוש בכספי הוולת" ו"הסכם יחסי ממון", ולהעביר את הפרק על חוזים אחדים לחלק־המשנה העוסק בדיני החוזים הכלליים. המחבר מבקר את היעדרו של פרק על חווה להלוואה, ומתאר את ההסדרים שבהם על פרק זה לעסוק, לדבות מועד הפירעון, ריבית והצמדה, צורת החוזה, העכרת מידע ללווה, תניות האצה והלוואת בכסים. באורח כללי יותר, מבקר המחבר את הותרתה של רוב החקיקה הצרכנית מחוץ לקודקס, ובמיוחד מדגיש את הצורך לכלול בקודקס חקיקה צרכנית שתחולתה אינה מוגבלת ליחסי עסק־צרכן, כמו חוק המכר (דירות).

בצד דברי שכת על הגברת הפירוש, שיפור הגישה, ההאחדה וההתאמה של ההסדרים השונים בפרק החוזים המיוחדים, מצביע המחבר גם על ליקויים שנפלו בהסדר המוצע, כמו למשל ביחס לתרופת הניכוי ולסוגיית של מכירה על ידי רשות. כן מצביע המחבר על נטייה מופרזת להכללה ולהפשטה העלולות לפגוע בשימושיותו של הקודקס.

המחבר סוקר את הפרקים המזליפים את חוק חווה קבלנות הקיים בשלושה הסדרים חדשים ומפורטים על חוזי קבלנות, חוזי שירות וחוזי תיווך. בצד השיפור העצום שחל בנושא זה, מצביע המחבר גם כפרקים אלה על כמה עניינים שבהם ניתן לשפר את ההסדר המוצע.

- א. מבוא. ב. חלק־המשנה "חוזים מיוחדים": מבנה, היקף ותחולת. 1. כללי;
2. "שוהים בלתי־חוקיים": פרקים שמקומם לא יכירם בחלק־המשנה – "חוזים מיוחדים"; 3. נפקדים; 4. נוכח נפקד: הסכם ממון; 5. נפקדים

* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית. המחבר היה חבר בוועדת הקודיפיקציה. יחשע ויסמן, דפנה לוינסון־זמיר וברק מדינה קראו חלקים מחיבור זה והעירו הערות מועילות. המחבר מודה להם על תרומתם וליתודה הרבט על עזרת מחקר מצוינת.

נוכחים; 6. סיכום; 7. השוואה לדין הנהג: כללי. 1. מטרות; 2. הגברת הפירוס ושיפור הניסוח; 3. האחדה והתאמה; 7. השוואה לדין הנהג - קבלנות, שירות ותיווך. 1. עיקרי הפערים בדין הנהג; 2. עיקרי הרפורמה; 7. סיכום והערכה.

א. מבוא

230 סעיפים מתוך 856 סעיפי הקודקס האזרחי המוצע - יותר מרבע מכלל ההוראות - נכללים בחלק-המשנה השלישי של החלק הרביעי, שכותרתו "חוזים מיוחדים". החלק הרביעי בכללותו עוסק ב"חייבים", והוא מופיע אחרי החלק השלישי, שעניינו "פעולות משפטיות". החלק הרביעי כולל עוד תמישה חלקי-משנה.¹ חלק-המשנה "חוזים מיוחדים" מחולק ל-11 פרקים, שכל אחד מהם - או כמעט כל אחד מהם - מוקדש לסוג מיוחד של תווה כגון מכר, שכירות, ערבות וביטוח.² ארבעה מתוך 11 הפרקים (מכר, קבלנות ושירות, ערבות וביטוח) מחולקים ל"סימנים".

הצורך בהסדרה מיוחדת לתווים מיוחדים נובע מכך שחלק-המשנה העוסק בחוזים באופן כללי מגושה בדרגות גבוהות של הכללה והפשטה, כגדרש מהוראות החלות על כל סוגי החוזים. הוראות כלליות כל כך אינן יכולות להסדיר בצורה משביעת-רצון את המגוון הרחב של שאלות המיוחדות לתווה זה או אחר. ככלל, ההוראות שבחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" עוסקות בתוכן הזכויות והחייבים של הצדדים. אין הן עוסקות בשאלות של כריתת תווה, פגמים בכריתה, תרופות בשל הפרת תווה, המתאת זכויות וחבויות, כשרות הצדדים וכדומה. שאלות אלה נדונות בהוראות החוזים הכלליות, בהוראות המשותפות לכל החייבים, או אף בהוראות המשותפות לכל הפעולות המשפטיות. בהקשר זה יש לברך על עצם המעבר להסדרה שיטתית ולוגית יותר של המשפט האזרחי שלנו, תוך קביעת ארבע דרגות של הכללה והפשטה: פעולות משפטיות - חייבים - חוזים - חוזים

1 ששת חלקי-המשנה בחלק הרביעי הם אלה: 1. הוראות כלליות לחייבים; 2. הוראות מיוחדות לחוזים; 3. חוזים מיוחדים; 4. חייבים בלתי-רצוניים; 5. חייבים אחרים; 6. תרופות בשל הפרת חיוב. בסך הכול מחזיק החלק הרביעי 463 סעיפים, שהם יותר ממחציתו של הקודקס המוצע.

2 11 הפרקים בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" הם אלה: 1. תווה מכר; 2. תווה מתנה; 3. תווה קבלנות תווה שירות; 4. תווה תיווך; 5. תווה שכירות; 6. תווה שאילה; 7. תווה להרשאת שימוש בנכסי הזולת; 8. תווה ערבות; 9. תווה ביטוח; 10. חוזים אחדים; 11. הסכם יחסי ממון.

מיוחדים.³ הסדרה זו מזכירה מאוד את החשיבה הגרמנית, והיא עתידה להשפיע לא רק על החקיקה אלא גם על האופן שבו משפטים בישראל חושבים על המשפט הפרטי, לומדים אותו ומלמדים אותו.⁴ זהו צעד מהותי חשוב בהתפתחות המשפט הפרטי בישראל, המתאפשר בזכות המעבר משרשרת של חוקים נפרדים לקודקס שלם.

בצד הברכה שבעצם הגברת השיטתיות בחקיקת החוזים והחייבים בכלל, עיון קרוב בהצעה שלפנינו מעלה לא מעט שאלות ותהיות, מהן חשובות ועקרונות ומהן שחשיבותן פחותה. מאמר זה מוקדש לעיון ביקורתי בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" שבהצעת הקודקס. המאמר מתחלק לשלושה פרקים. פרק ב' עוסק בהיקף העניינים המוסדרים בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" – מה שיש בו ומה שאין בו; פרק ג' מוקדש להערכה כללית של השינויים שנעשו בפרקים הכלולים בחלק-המשנה זה בהשוואה לחקיקה הקיימת; פרק ד' מתמקד ברפורמה הבולטת ביותר בחלק-המשנה זה של הקודקס המוצע – המרתו של חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 בהסדרים נבדלים לחוזי קבלנות, לחוזי שירות ולחוזי תיווך.

ב. חלק-המשנה "חוזים מיוחדים": מבנה, היקף ותחולה

1. כללי

המעיין בתוכן העניינים של הקודקס האזרחי המוצע עשוי להתרשם שחלק-המשנה "חוזים מיוחדים", הנחלק ל-11 פרקים, מטפל ב-11 סוגים של חוזים מיוחדים; לאמתו של דבר הספירה יותר מסובכת. כפי שנראה להלן, חלק-המשנה זה מטפל, בדרגות שונות של פירוט, בכמה סוגי חוזים שלא הוסדרו בפרקים משלהם, וכד בבד אחדים מפרקיו מתייחסים לעניינים שאינם חוזים מיוחדים במשמעות המקובלת, קרי: סוג מוכר ומוגדר יחסית של חוזה, הנבדל מחוזים מוגדרים אחרים (ומחוזים אינומינטיים, בני-כלי-שם, שאינם תואמים תבנית מוכרת כלשהי) בתוכן החיובים והזכויות של הצדדים.

המשכו של פרק זה במאמר מחולק לארבעה חלקים. תת-פרק 2 עוסק בנושאים שלא היה מקום לכלול אותם בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים", או שאין

3 למעשה ישנן יותר מארבע דרגות הפשטה, משום שהפרקים בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" כוללים לעתים סיווגי-משנה נוספים, כגון ההבחנה בין סוגים שונים של ביטוח בפרק החשיצי וההבחנה בין סוגים שונים של ערבות בפרק השמיני.

4 השו" Basil S. Markesinis, *The German Law of Obligations*, vol. 1: *The Law of Contracts and Restitution: A comparative Introduction* 13-27 (Basil S. Markesinis, Werner Lorenz & Gerhard Dannemann eds., 1997).

להם כלל מקום בקודקס האזרחי ("שוהים בלתי-חוקיים"); תת-פרק 3 מתאר סוגי חוזים מיוחדים שראוי היה לדון בהם בחלק-משנה זה ("נפקדים"), ובעיקר מבקר את היעדרו של הסדר על חוזי הלואה; תת-פרק 4 מצביע על חוזה שלכאורה הוסדר בחלק-המשנה הנוכחי – הסכם ממון בין בני זוג – אך למעשה אין הדבר כך ("נוכת נפקד"). תת-פרק 5 מונה סוגים של חוזים שלכאורה אינם מוסדרים בחלק-המשנה הנוכחי או בקודקס המוצע בכלל, אך למעשה הם מוסדרים כאן או במקומות אחרים ("נפקדים נוכחים").

2. "שוהים בלתי-חוקיים": פרקים שמקומם לא יכירם בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים"

הפרק השביעי בחלק-המשנה על חוזים מיוחדים עוסק ב"חוזה להרשאת שימוש בנכסי הוולת", והפרק העשירי מוקדש לחוזים אחדים. בשורות הבאות אטען כי הפרק על חוזים אחדים אין מקומו בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים", וכי הפרק על הרשאת שימוש בנכסי הוולת – אין לו כלל מקום בחקיקה. נפתח בחוזה להרשאת שימוש בנכסי הוולת.

(א) "חוזה להרשאת שימוש בנכסי הוולת"

אחד החידושים בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" הוא הוספת הפרק השביעי על "חוזה להרשאת שימוש בנכסי הוולת". פרק זה כולל שלושה סעיפים. סעיף 310 מגדיר חוזה להרשאת שימוש כחוזה להקניה, בתמורה או שלא בתמורה, של זכות להשתמש בנכס מכלי להחזיק בו; סעיף 311 מחיל על חוזה כזה, בשינויים המחויבים, את הוראות הפרקים על שכירות ועל שאילה; וסעיף 312 קובע כי זכות שימוש לפי פרק זה אינה זכות בנכס (כלומר: אינה זכות קניינית), וכי לענין דיני ההתחייבויות הסותרות, יראו את מי שזכאי לשימוש כמי שהתחייבו להקנות לו זכויות בנכס החל מהשעה שבה החל להשתמש בפועל באותו נכס. בניגוד למכר, לשכירות, למתנה או למשכון, דומה כי "חוזה להרשאת שימוש בנכסי הוולת" איננו מוכר למרבית האנשים. התגבשותם של חוזים מיוחדים כתופעה חברתית וכלכלית קודמת להסדרתם המשפטית בכלל ולהסדרתם החקיקתית בפרט. על הקודקס לענות על צורכי המציאות, ולכן עליו להסדיר את אותם חוזים מיוחדים שהתגבשה לגביהם תבנית מוכרת ומוגדרת יחסית (ושהתקיימו לגביהם תנאים נוספים המאפשרים את הסדרתם בחקיקה).⁵ אין זה

5 לדיון בשיקולים הרלבנטיים לשאלה אם להסדיר סוג כלשהו של חוזה בחקיקה, בהקשר של חוזי תיווך, ראו איל זמיר, "לקראת חקיקה של דיני התיווך", בתוך ספר זכרון לגד טרסקי – מסות במשפט אזרחי 225, 233–235 (בעריכת יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' זמיר).

מפתיע אפוא שהחוק כולל, למשל, פרק על חוזה מתנה ואינו כולל פרק על חוזה לביצוע מלאכה או שירות ללא תמורה. לכאורה, כשם שהקודקס כולל הסדר למכר ולמתנה, עליו לכלול בצד פרק הקבלנות גם פרק על ביצוע מלאכה חינם. אולם, מאחר שמסיבות כלכליות שונות חוזים לביצוע מלאכה ללא תמורה נדירים למדי ולא התגבשו לכדי תבנית מוכרת ושכיחה, אין בחלק-המשנה הנוכחי פרק על חוזים כאלה.⁶ מסעם זה לא היה מקום לנסח פרק נפרד העוסק ב"חוזה להרשאת שימוש בנכסי הווילת".

הבעייתיות של הפרק השביעי אינה מתמצה בכך. לפי דברי ההסבר, פרק זה צמח מסעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971.⁷ סעיף 31 מחיל את פרק השכירות שבאותו חוק, בשינויים המתויבים, על "זכות שהוקנתה בתמורה להשתמש בנכס שאין עמה הזכות להחזיק בו"; ואת פרק השאלה – על זכות כזו שהוקנתה ללא תמורה. כדי לבחון את הוראות הפרק השביעי נידרש אפוא להתייחס בקצרה למשמעות של סעיף 31 לחוק השכירות.

קיימות דעות שונות לגבי משמעותו של סעיף 31, לגבי אופייה של זכות השימוש האמורה בו ולגבי היחס בינה לבין מוסד הרישיון במקרקעין, שנקלט בדין המקומי שקדם לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 ולחוק השכירות והשאלה. לפי דעה אחת – המתיישבת היטב עם דברי ההסבר להצעת חוק השכירות⁸ – בעקבות חקיקתם של חוקי השכירות המקרקעין בטל מן העולם (או, ליתר דיוק: בטל מעולם המשפט הישראלי) מוסד הרישיון. במקומו באו לעולם השכירות, השאלה, זכות השימוש האמורה בסעיף 31 לחוק השכירות וזיקת התנאה שבחוק המקרקעין (תחופפת חלקית את זכות השימוש שבסעיף 31).⁹ פונקציות נוספות

ראביליו וגבראלה שלו, תשנ"ז). בין השיקולים הללו ניתן להזכיר את המידה שבה מדובר בחוזה שכיר וחשוב במציאות הישראלית, את התדירות שבה נדרשים בתי המשפט להתמודד עם שאלות הקשורות לאותו חוזה, את המידה שבה קיימת הומוגניות בהתקשרויות מאותו סוג, את קיומם או היעדרם של הסדרים חקיקתיים אחרים שבהם ניתן למצוא מענה לשאלות שמעורר אותו חוזה, ואת המידה שבה מורגש צורך להסדיר היבטים של אותו חוזה באורח קוגנטי.

6 סעיף 230 להצעת הקודקס האזרחי מחיל על חוזים כאלה את פרק המתנה בשינויים המתויבים. ראו גם איל זמיר, חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, 172-174 (בסדרה פירוש לחוקי החמים בעריכת גד טדסקי, תשנ"ה). ראו גם סעיף 208 להצעת הקודקס האזרחי, המחיל את דיני המכר בשינויים המתויבים על חליפין, וסעיף 315, המחיל חלק מהוראות הערבות על התחייבות אוסונומית לשיפוי. ראו גם תת-פרק ב.5 להלן.

7 ראו משרד המשפטים, הקודקס האזרחי חוק דיני ממונות – דברי הסבר לעיון הציבור 116 (תשס"ד). ראו גם מיגל רושש, פרשנות הקודקס האזרחי 89 (תשס"ה).

8 ראו המבוא ודברי ההסבר להצעת חוק השכירות, תשל"ל-1970, ח"ח 288, 294.

9 ראו ע"א 318/83 אגוד שפע בע"מ נ' אגוזין, פ"ד (4) 322, 333-334; ע"א 7139/99 אלוני נ' ארד (לא פורסם, 1.4.2004), פסקה 2 לפסק-דינו של הנשיא ברק; המ' (י"ם)

שמילא הרישיון ממולאות על ידי כללים ודוקטרינות כלליים כגון השתק.¹⁰ התוצאה שלפיה מצבים שונים שנתפסו קודם כרישיון במקרקעין נופלים כיום בגדר זכויות, חוזים ודוקטרינות משפטיות מגוונות, נובעת מגיוון המצבים והזכויות שנכללו בעבר תחת אותו מושג בזיל ועמם. הרישיון כלל מצבים שבהם לבר-הרשות הייתה זכות להשתמש בנכס אך לא זכות להחזיק בו, בצד מצבים שבהם הייתה לו גם התזקה בנכס. הוא כלל הן זכויות שהוענקו בתמורה, הן זכויות שהוענקו ללא תמורה. לעתים הוא ציין זכות אישית, *in personam*, העומדת רק כלפי בעל הנכס, אך במקרים אחרים היה לו נופך קנייני, *in rem*, מובהק.¹¹ יותר מאשר תיאור של זכות או התקשרות שנערכה למעשה בין שני אנשים, שימש הרישיון אמצעי פיקטיבי-במדידה לשים התגברות על מה שנתפס כהסדרים בלתי-רצויים בדין הנהוג. שתיים מתכליותיו העיקריות של הרישיון – כפי שהשתמשו בו הן מתקשרים חוזיים והן בתי המשפט – היו לאפשר עקיפה של חוקי הגנת הדייר (שחלו על שכירות ולא על רישיון) ושל הגבלות חוזיות על העברה של זכויות השוכר (כאשר החוזה אסר על השכרת-משנה והעברת השכירות על ידי השוכר, אך לא על הרשאת שימוש לאדם אחר בידי השוכר).¹²

לא זו בלבד שמושגי החקיקה האזרחית החדשה והעקרונות הגלומים בה מסוגלים להסדיר יפה את המצבים שלפני כן סווגו כרישיון במקרקעין, אלא שהבעיות שבהן הוא נועד לספל מלכתחילה נפתרו בינתיים בדרכים מספקות הרבה יותר. תחולתם של דיני הגנת הדייר צומצמה מאוד, כך שכיום אין קושי

3309/86 בסול נ' האוניברסיטה העברית בירושלים, פ"מ תשמ"ז(2), 296, 305–306; גילי כהן, "זכות שימוש במקרקעין כזכות במקרקעין", עיתון משפט ד' 425 (תשל"ה); גר טדסקי, "פגם, פטול בחוזה או אי-כריתתו (ועוד)", משפטים טו 411, 424 (תשמ"ו); משה לבדני, "חוק המקרקעין (כללי) וזיקות הנאה לפי חוק המקרקעין", עיתון משפט א' 86, 90–88 (תשל"ג).

10 בפסיקה שקדמה לחקיקה האזרחית החדשה שימש לעתים מושג הרישיון כתחליף או כביטוי קונקרטי לדוקטרינת ההשתק, ולא רחוקא בתיאור להסכמה אקטואלית של בעל מקרקעין להתיר שימוש (ובמיוחד שימוש בלתי-הדיר) במקרקעין. לתוצאה זו ניתן להגיע גם כיום במקרים הסתמיים תוך שימוש בדוקטרינת ההשתק, שעודנה חלק ממשפטנו (ראו פסק דין אגוזי שפע, שם, בעמ' 334; השוו נינה ולצמן, "רישיון במקרקעין", הפרקליט מב' 24, 35 (תשמ"ה)). כיוצא בזה, לפי סעיף 29 לפקודת הגזיקין [נוסח חדש], הסגת גבול היא כניסה למקרקעין "שלא כדין", ולכן אדם הנכנס למקרקעין בהרשאת בעליהם לא ייחשב כמסיג גבול. אף לשם כך אין צורך להכיר בסוג נוסף של זכות או עסקה מיוחדת (ראו פסק דין אגוזי שפע, שם, בעמ' 334; טדסקי, שם, שם; ולצמן, שם, בעמ' 53–54).

11 ראו כהן, הערה 9 לעיל, בעמ' 430–426; יהושע ויסמן, "על ההבחנה בין שכירות במקרקעין לרישיון", הפרקליט יט 299 (תשכ"ג); הפרקליט ב' 40 (תשכ"ד); ולצמן, שם, בעמ' 27–34; מיגל דויטש, קנקן ב' 413–415 (תשמ"ט).

12 ראו ויסמן, שם, בעמ' 299–300; כהן, הערה 9 לעיל, בעמ' 427; ולצמן, הערה 10 לעיל, בעמ' 25; שלום לרנר, שכירות נכסים 33 (תש"ז).

ליצור שכירויות חדשות שאינן כפופות לדיני הגנת הדייר בלי להסוותן כרישיון.¹³ סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה מגן באורח קוגנטי על האינטרס של השוכר ועל האינטרס החברתי להגביר את העבירות של נכסים, בהתירו למשכיר להתנגד להעברת השכירות ולהשכרת-משנה מסעמים סבירים בלבד.¹⁴ אכן, גם כיום ניתן לחשוב על מצבים שבהם צד לחוזה יחפוץ להסוות שכירות (או זכות אחרת) כרישיון; כך, למשל, משכיר עשוי להיות מעוניין לעקוף את ההגנה הקוגנטית שסעיף 22 מעניק לשוכר. אולם, דווקא כדי להגשים את המדיניות המשפטית הראויה שביסוד סעיף 22 ראוי למנוע עקיפה כזו.¹⁵ לאחרונה כתב הנשיא אהרן ברק את הדברים הבאים בפסק דין אלוני, בהקשר של "הסכמי ההרשאה" במגזר החקלאי:¹⁶

המושגים ["רשות" ו"רישיון"] אינם כלולים ברשימת הזכויות המנויה בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, או בחקיקה אחרת. ספק בעיני אם יש עוד מקום להגדיר את זכויות המתיישבים כ"רשות" או "רישיון". ניתן ואף ראוי לסווגם תחת הזכויות המנויות בחוק המקרקעין או בחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, כגון "שכירות", "שאלה", "זיקת הנאה" או "זכות שימוש".

באותה רוח סיווג בית המשפט במקרה אחר את "הסכם האירוח" בין האוניברסיטה העברית לבין הסטודנטים הדרים במעונות הסטודנטים כתווה שכירות לכל דבר.

13 ראו סעיפים 9 ואילך לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1972; יהושע ויסמן, דק המקרקעין, תשכ"ט-1969: מגמות הישגים 59-61 (תשל"ל).

14 על הוראה זו ראו באופן כללי יהושע ויסמן, "עיונים בנושא השכירות", משפטים לג 329, 367-396 (תשס"ג). אם מוסיפים להגנה שמעניק סעיף 22 לשוכר גם רוקטרינות חזיות כלליות כמו עקרון תום הלב, פירוש החוזה והמגבלות על תרופת הביטול, לא נראה שהגנה אפקטיבית על האינטרסים הלגיטימיים של השוכר דורשת כיום להשתמש בקונסטרוקציה של רישיון.

15 ראו גם דויטש, הערה 11 לעיל, בעמ' 304-305. חשוב להדגיש כי סעיף 22 לחוק השכירות והשאלה אינו מעניק לשוכר זכות בלתי-מסויגת להעביר את המושכר או להשכירו בשכירות-משנה; להפך: גקודת המוצא היא שהעברת השכירות והשכרת-משנה מעונות הסכמה של המשכיר וכי המשכיר רשאי להתנגד לכך מסעמים סבירים. אף במקרקעין קיימים מצבים שבהם יש למשכיר אינטרס לגיישימי למנוע את העברת השכירות או את השכרת-המשנה של הנכס. כך הדבר, למשל, כאשר אדם משכיר לקרוב משפחה חדר בדירה שבה הוא ממשיך להתגורר בדמי שכירות נמוכים. ככל שהשכירות קצרה יותר ובכל שהקשר בין המשכיר והשוכר אישי יותר, כך יגבר החופש של המשכיר למנוע העברה של השכירות או השכרת-משנה במסגרת סעיף 22 עצמו. לשם השגת התוצאה הראויה אין אפוא צורך בפתיחת הפתח לעקיפת סעיף 22 על ידי שימוש ב"רישיון".

16 פסק דין אלוני, הערה 9 לעיל, בפסקה 2 לפסק דינו של הנשיא ברק.

ועניין.¹⁷ לא זו בלבד שסיווג כזה מקדם את הקוהרנטיות של השיטה ואת התפתחותה העצמאית, אלא שגם תוצאותיו האופרטיביות ראויות יותר, כאמור. אל מול העמדה המתוארת – שאני שותף לה באורח מלא – עד עצם היום הזה נכרתים חוזים המתיימרים להקנות רשות במקרקעין. בפסיקה ובספרות יש הממשיכים לדון ברישיון כאילו היה חלק מדיני החוזים והקניין הישראליים.¹⁸ מלומדים שונים תרו במרץ אחר "סדקים" בתחולת המונחים "שכירות", "שאילה", "זיקת הנאה" ו"זכות שימוש" – סדקים שבהם יוכל הרישיון להמשיך ולהתגדר;¹⁹ אחרים מכנים את זכות השימוש שבסעיף 31 לחוק השכירות בשם "רשות", "רישיון" או "הרשאת שימוש".²⁰ ככל שמדובר במנהגם של מנסחי חוזים מסוימים להמשיך להשתמש במונחים "רישיון" או "הרשאת שימוש" במקום במונחי החקיקה האזרחית החדשה, ובמיוחד להשתמש באותם מונחים כמסווה לחוזים שמבחינה מהותית הם שכירות לכל דבר ועניין – אין הוא מכריע בשאלת הסיווג המשפטי. בין אם הדבר נעשה מכוח האינרציה ובין אם הדבר נעשה כדי לעקוף את הוראותיו של הדין הנוהג (כגון סעיף 22 לחוק השכירות והשאילה), סיווגם של חוזים וזכויות נעשה לפי מהותם המשפטית ולא דווקא לפי הכינוי שנתנו להם הצדדים.²¹ כשם שהמשך השימוש בביטוי "כרירה מחמת מום" (שאף הוא מצוי במקומותינו) אינו טקס לתחייה את הוראות המגילה בנושא התאמת הממכר או המושכר, כך אין השימוש במונחי הרישיון או ההרשאה משנה את מהותם של חוזים שלפי הדין הנוהג הם השכרה, השאלה, מתן זיקת הנאה או הענקת זכות שימוש. הנטייה הנמשכת בפסיקה ובספרות להמשיך להשתמש במונחי הרישיון – במקום להשיב לשאלות העשויות להתעורר באמצעות המונחים שבחוקי השכירות והמקרקעין ובאמצעות דוקטרינות כלליות כגון ההשתק – איננה רצויה. אחת השאלות שבה התחבטו הפרשנים היא אם זכות השימוש האמורה בסעיף 31 לחוק השכירות והשאילה היא זכות קניין, העומדת למשתמש כלפי כולי עלמא, או שמא מדובר בזכות אישית העומדת לו רק כלפי בעל הקרקע. נראה, שכאשר מדובר בזכות להחזיק ולהשתמש בנכס בתמורה, הרי זוהי שכירות, שלפי

17 ראו פסק דין בסול, הערה 9 לעיל, בעמ' 305–306.

18 ראו, למשל, ולצמן, הערה 10 לעיל; פנחס גרקס, רשות במקרקעין (מהדורה מורחבת ומעודכנת, תשנ"ו); ע"א (י"ם) 383/02 עיוסון מוטה נ' תורגמן (לא פורסם, 24.7.2003); ת"א (פ"ת) 3245/03 בנאשילי נ' בנק הפועלים בע"מ (לא פורסם, 14.10.2004); ת"א (חי') 1068/99 חזבי נ' צרופה מושב עובדים לחתיישבות שיתופית בע"מ (לא פורסם, 30.6.2004).

19 ראו, למשל, ויסמן, הערה 13 לעיל, בעמ' 60–61; ולצמן, הערה 10 לעיל; לרנר, הערה 12 לעיל, בעמ' 35.

20 ראו דויטש, הערה 11 לעיל, בעמ' 413–417.

21 ראו, למשל, גד סדסקי, "חליפין בתשלום משלים", משפטים ט 311, 315 (תשל"ט); זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 116–118.

סעיפים 21 ו-22 לחוק השכירות והשאלה יש לה מאפיינים קנייניים מובהקים.²² גם כאשר מדובר בזכות שימוש ללא החזקה, שהוענקה בתמורה – מכיוון שחלות עליה הוראות פרק השכירות (לרבות סעיפים 21 ו-22), בשינויים המחויבים, הנטייה הרווחת היא לומר שהזכות היא קניינית.²³ הדברים פחות חד-משמעיים לגבי השאלה ולגבי זכות שימוש (ללא החזקה) שהוענקה ללא תמורה, שהמאפיינים הקנייניים שלהן מסויגים יותר.²⁴ אחד המניעים לשמר את מוסד הרישיון אחרי התקיקה האזרחית החדשה נעוץ אפוא ברצון להותיר את האפשרות ליצור זכות שימוש – ואולי אף זכויות החזקה ושימוש – שיש להן תוקף in personam ולא תוקף in rem. אולם, גם אם מבקשים להותיר אפשרות זו, הרי – כפי שכתב פרופ' ויסמן והסכים הנשיא ברק – מסתבר שהדבר ניתן להיעשות ללא החייאתו של מוסד הרישיון.²⁵ לדידו של ויסמן, מאחר שסעיף 21 לחוק השכירות (הקובע שזכות השוכר עומדת גם כלפי מי שהמשכיר העביר לו את זכויותיו בנכס) הוא דיספוזיטיבי, ומאחר שסעיף זה הוא המבטא את הקנייניות של השכירות במשפטנו, הרי שהתניה תקפה על סעיף 21 יוצרת שכירות שאינה קניינית.²⁶ קל החומר שהדבר ניתן להיעשות בחרה המעניק רק זכות שימוש בנכס, ללא זכות להחזיק בו. מנגד, ניתן לטעון שזכותו הבלתי-אמצעית של השוכר כלפי המושכר – זכות בנכס עצמו ולא רק כלפי המשכיר – באה לידי ביטוי חשוב גם בסעיף 22, שעניינו עבירות זכותו של השוכר ואשר אפשרות ההתניה עליו מוגבלת. מכל מקום, לפי הדעה שתוק השכירות עצמו מאפשר ליצור שכירות שאין לה – או שכמעט אין לה – מאפיינים קנייניים, הרי שגם שיקול זה לשימורו של מוסד הרישיון מאבד מכוותו.

- 22 ראו לרנר, הערה 12 לעיל, בעמ' 34; דויטש, הערה 11 לעיל, בעמ' 413. זהו כמדומה גם עמדתה של כהן (הערה 9 לעיל).
- 23 ראו כהן, הערה 9 לעיל, בעמ' 431-436; דויטש, הערה 11 לעיל, בעמ' 410-412.
- 24 ראו כהן, הערה 9 לעיל, בעמ' 436-441. כאשר זכות השימוש מהווה גם זיקת הנאה במקרקעין אין ספק לגבי הקנייניות שלה אף אם הוענקה ללא תמורה, שהרי זיקת הנאה מוכרת כזכות קניין. קביעה זו מניחה שסעיף 31 לחוק השכירות חל בטקרים המתאימים גם על זיקת הנאה לשימוש במקרקעין שאין עמן החזקה (ראו, למשל, ויסמן, הערה 14 לעיל, בעמ' 350). לעמדה אחרת, מוקשית למדי, שלפיה סעיף 31 ודיני זיקת הנאה שבחוק המקרקעין יוצרים שני מסלולים מקבילים ונפרדים ליצירת זכויות ולהסדרתן, ראו דויטש, הערה 11 לעיל, בעמ' 422-427. ראו גם הערה 28 להלן.
- 25 ראו ויסמן, הערה 14 לעיל, בעמ' 336-338; פסק דין אלזוני, הערה 9 לעיל, פסקה 3 לפסק דינו של הנשיא ברק.
- 26 ראו גם כהן, הערה 9 לעיל, בעמ' 441 (בכפוף להוראות הקוגנטיות המצומצמות, שכירות יכולה להתערסל מאופייה הקנייני בהתאם לרצון הצדדים); ולצמן, הערה 10 לעיל, בעמ' 51.

על רקע הירידה החדה בצורך להשתמש במוסד הרישיון בעשרות השנים האחרונות, והאפשרות להשיג את תכליותיו הלגיטימיות של מוסד זה גם במסגרת המונחים והכללים של החקיקה האזרחית החדשה (שעליהם עמדו חברים מרכזיים בוועדת הקודיפיקציה בכתביהם), לא לגמרי ברור מניין צמח הפרק על "חוזה להרשאת שימוש בנכסי הזולת". ככל שסעיפים 310 ו-311 נועדו להחיל על חוזים המעניקים זכות להשתמש בנכס מבלי להחזיק בו את ההוראות החוזיות שבפרקי השכירות והשאלה – הרי הם אכן ראויים; אולם, לשם השגת תוצאה זו מוטב היה לדבוק בנוסחו של סעיף 31 הנוכחי, שאינו נזקק למושג ההרשאה. יתר על כן: סעיף 31 הנוכחי אינו מתיימר להגדיר סוג של חוזה מיוחד אלא מתמקד בזכות השימוש בנכס. בעוד שזכות קניין יכולה להיות מוקנית בתמורה או שלא בתמורה (כאמור בסעיף 31), קשה לקבל הגדרה של חוזה ("חוזה להרשאת שימוש בנכסי הזולת") הכוללת הן הקניה בתמורה הן הקניה חינם, שכן מרכיב התמורה (או היעדרו) הוא ברגיל יסוד מכונן בסיווגם הכלכלי והמשפטי של חוזים.

זאת ועוד: דברי ההסבר לסעיף 311 – שלפיהם ההוראה חוזרת על האמור כיום בסעיף 31 לחוק השכירות והשאלה בשינויי נוסח²⁷ – אינם מדויקים ואף עלולים להטעות. אי-הדיוק נעוץ בכך שסעיף 31 לחוק השכירות והשאלה מחיל על זכות להשתמש בנכס שאין עמה זכות להחזיק בו גם את סעיפים 21 ו-22 לחוק השכירות והשאלה, הם הסעיפים המקנים לשכירות הישראלית את מאפייניה הקנייניים. לעומת זאת, בהצעת הקודקס האזרחי הועתקו סעיפים אלה לחלק העוסק בנכסים (סעיפים 621–624), וסעיף 311 אינו מפנה להוראות אלה. הדבר מצביע, כנראה, על כוונת המנסחים להקים לתחייה את מוסד הרישיון במקרקעין כזכות שאינה קניינית – מהלך בלתי-נחוץ ובלתי-מוצדק מהנימוקים שפורטו לעיל. אגב כך נשמטה מההסדר המוצע ההחלה בשינויים המחויבים של דיני השכירות והשאלה על תווה ליצירת זיקת הנאה לשימוש במקרקעין, שכן בניגוד לסעיף 31, הסעיפים המוצעים אינם חלים על תווה ליצירה של זיקת הנאה, שהיא זכות קניין מובהקת (בעוד שזכות השימוש הגדונה בפרק הנוכחי איננה זכות בנכס לפי סעיף 312).²⁸ החלה זו נחוצה, למשל, כדי להטיל על בעל המקרקעין אחריות תווית בשל אי-התאמה או פגם (למשל, חסימת שביל המונעת מימוש של

27 ראו דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, שם.

28 השמטה זו עולה בקנה אחד עם עמדתו של פרופ' דויטש, שלפיה זכות שימוש במקרקעין לפי סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, וזיקת הנאה לשימוש שאין עמה תחזקה במקרקעין המוסדרת בחוק המקרקעין, הם שני מוסדות משפטיים נבדלים ונפרדים (דויטש, הערה 11 לעיל, בעמ' 424–427). יש לבכר את הדעה שלפיה במצבי החפיפה בין שני הדינים אין האחד רווחה את תחולתו של רעהו, אלא שכל אחד מהם מתמקד בהיבט אחר של הזכות: תוק השכירות והשאלה מתמקד ביחסים שבין בעל המקרקעין לבעל זכות השימוש, ותוק המקרקעין מתמקד בהיבטים הקנייניים של הזכות.

זכות המעבר שהעניק בעל המקרקעין) וכדי להסדיר את זכויותיו ותורפותיו של בעל זכות השימוש בשל אותם אי-התאמה או פגם. סעיף 312 רישא נוקט "עמדה מעניינת", שלפיה "זכות שימוש על פי פרק זה אינה זכות בנכס".²⁹ זוהי הוראה מיתרת ובלתי-רצויה גם אם מצודדים בהכרה בזכויות לשימוש ואו להחזקה בנכסי הזולת שאינן קנייניות. שני טעמים לדבר. ראשית, אני נוטה לסברה שסיווגן של זכויות כזכויות קניין או כזכויות אובליגטוריות הוא עניין למדע המשפט ולא למחוקק. על הקודקס להתמקד בקביעת כללים אופרטיביים ובהגדרות הדרושות לצורך אותם כללים, ולא בשאלות עיוניות.³⁰ שנית, אם מבקשים להכיר בשכירות שאינה תופסת כלפי כולי עלמא אלא רק ביחסים עם בעל הנכס – נראה שהדבר ניתן להיעשות אף במסגרת מושגי השכירות הקיימים, כמוסבר לעיל. קל וחומר שהדבר אפשרי לגבי זכות שימוש ללא החזקה.

נותר אפוא הסיפא של סעיף 312, המורה שלעניין כללי תחרות זכויות "יראו את מי שזכאי לשימוש כמי שהתחייבו להקנות לו זכויות בנכס החל מהשעה שבה החל בשימוש בפועל". קשה לרדת לסוף כוונתם של המנסחים בהוראה זו. לפי פשוטו, הסיפא קובע שגם אם ביום א' התחייב בעל מקרקעין כלפי אדם אחר להרשות לו להשתמש בנכסיו החל ביום ד', לא יראו את ההתחייבות כנוצרת ביום א' אלא רק ביום שבו יחל השימוש בפועל. משמע, שאם ביום ב' ערך בעל המקרקעין חוזה למכירת המקרקעין וביום ג' הועברה הבעלות במקרקעין לקונה, רואים את הקונה כבעל ההתחייבות הראשונה. הדעת נותנת שלא לתוצאה מוזרה זו כיוונו המנסחים. מוטב אפוא לקרוא את סעיף 312 שלא לפי פשוטו, ולומר שלצורך דיני ההתחייבויות הסותרות רואים את "השעה שבה החל השימוש בפועל" כשקולה לשעה שבה הוקנתה הזכות הקניינית. פירוש זה יותר הגיוני, אולם גם הוא חושף את המתח הפנימי החריף בסעיף 312. אם, לפי הרישא של סעיף 312, זכותו של בעל ההרשאה אינה "זכות בנכס" – קרי: שגם לאחר קבלתה אין היא מעניקה למורשה אלא זכות *in personam*, שאינה עומדת ואיננה

29 דו"ט, הערה 7 לעיל, בעמ' 89 ("בנושא מרכזי והוא שאלת מעמדה הקנייני של זכות השימוש, נושא שזכה לעיין ברחב בספרות, נוקט הקודקס עמדה מעניינת").

30 ראו יהושע ויסמן, דיני קניין – בעלות ושינוע 336–337 (תשנ"ו) ("המחוקק הוא הקובע את הדינים החלים על זכות מסוימת, אך השאלה האנליטית כיצד לסווג את הזכות לאור הדינים החלים עליה היא עניין לתורת המשפט ולא למשפט. אין המחוקק בן חורין לנהוג כבתוך שלו בתורת המשפט. עניין זה הוא בתחומם של חכמי המשפט, ולא של עושי המשפט"). ראו גם זאב צלטנר, חוק המכר, תשכ"ח–1968 16 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת גד סדסקי, תשל"ב), שם מצוטט המחבר בהסכמה את ההערה המפורסמת של הקיסרית מריה תרויה משנת 1772 על כך שיש להשמיט מספר החוקים דברים שאין מקומם בפי המחוקק אלא בבית המדרש, כמו הגדרות וחלוקות.

מיועדת לעמוד כלפי אנשים שלישיים – כיצד היא עשויה לגבור על זכותו של הקונה המאוחר בדוגמה דלעיל? ואם החלת דיני ההתחייבויות הסותרות נועדה להעניק למקבל ההרשאה עדיפות על רוכשים אחרים, לרבות קונים ושוכרים של המקרקעין (וכאשר ההתחייבות להעניק את זכות השימוש קדמה להתחייבות למכור או להשכיר את המקרקעין וקיום ההתחייבות האחרונה לא הושלם בתמורה ובתום-לב, או כשההתחייבות להעניק זכות השימוש נתנה אחרי ההתחייבות למכור או להשכיר את הנכס, אך הושלמה בתמורה ובתום-לב בסרם הושלמו המכר או ההשכרה) – מה הטעם להטעים את אי-היותה זכות קניינית?³¹ הרבנות בין זכות in rem לזכות in personam איננה ביחסים שבין שני הצדדים אלא בין בעל הזכות לבין אנשים שלישיים. המקרה המובהק שבו מתעוררת שאלת היחס לאנשים שלישיים הוא זה של התחייבויות סותרות. לפי סעיף 312 רישא, זכות השימוש "אינה זכות בנכס", ולפי הסיפא, לענין התחייבויות סותרות "יראו את מי שזכאי לשימוש כמי שהתחייבו להקנות לו זכויות בנכס". מתח ברור (ומיותר) זה אינו תורם לקוהרנטיות של הדין.³² כך או אחרת, הסוגיה של תחרות זכויות אין עניינה ביחסים הדו-צדדיים בין בעל הנכס לבין מקבל ההרשאה, ולכן מקומה אינו בחלקה-המשנה "חוזים מיוחדים". מוטב אפוא למחוק את הפרק השביעי ולהחזיר על כנו את סעיף 31 לחוק השכירות והשאלה, תוך הבהרת משמעותו.

(ב) חוזים אחדים ומקומה של החקיקה הצרכנית בקודקס האזרחי

הפרק העשירי בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים", שעניינו חוזים אחדים, איננו עוסק בעסקה מסוג כלשהו אלא בפיקוח שיפוטי ומנהלי על תניות בחוזים אחדים. פרק זה מבוסס על חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, המהווה חלק מהחקיקה הצרכנית, שרובה נותרה מחוץ לקודקס.³³ בניגוד לשאר הפרקים בחלק-המשנה על

31 לדעה אחרת, המצדדת בהסדר זה, ראו דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 135. ראו גם ולצמן, הערה 10 לעיל, בעמ' 39, הערה 61 (ספק אם יש מקום להעניק להתחייבות חוזית שכלל אינה צופה הקניית זכות במקרקעין – ההתחייבות לתת רשות גרידא להשתמש במקרקעין – את ההגנה שסעיף 9 לחוק המקרקעין נותן למי שניתנה לו התחייבות לקבל זכות קניין בנכס).

32 על "שיפור הודאות באמצעות קידומה של קוהרנטיות" כתכלית ראשונה במעלה של פרויקט הקודיפיקציה ראו באופן כללי דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 22-25.

33 על מאפייני החקיקה הצרכנית ועל השתייכותו של חוק החוזים האחדים לקבוצת החוקים הצרכניים ראו, באופן כללי, סיני דויטש, דיני הגנת הצרכן, א: יסודות ועקרונות 289-299 (תשס"א) (להלן: "דויטש, יסודות"); אורנה דויטש, מעמד הצרכן במשפט 317-322 (תשס"ג) (להלן: "דויטש, מעמד הצרכן"); אריאל כרמון, חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982 10 (בסדרה פירוש לחוק החוזים בעריכת גד שדמקי, תשמ"ז); ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל בישראל ג' התאחדות לכדורגל בישראל, פ"ד מה(5) 89, 100 ("חוק החוזים האחדים הינו

חוזים מיוחדים, הפרק על חוזים אחדים אינו עוסק בתוכן הזכויות והחובות של הצדדים אלא בתוקף החוזה ותנאיו – יהא סוג העסקה שבה מדובר אשר יהיה. קיימים שיקולים כבדי-משקל בעד הכללת החקיקה הצרכנית – לפחות החלקים החוזיים והנויקיים שלה, להבדיל מהחלקים המנהליים והפלייליים – בקודקס האזרחי. הותרת החקיקה הצרכנית מחוץ לקודקס עלולה להיתפס כמצביעה על כך שהיא פחות חשובה, שהחזנה הצרכנית הוא יוצא-הדופן וכדומה. מסקנות אלה אינן נכונות ואינן רצויות.³⁴ גם אם לכאורה תוקפן ומשמעותן של הוראות חוק אינם תלויים במיקום של ההוראות, ניתן לצפות כי החלקים שייכללו בקודקס האזרחי ייתפסו עם הזמן כהסדרים הראשיים של המשפט הפרטי, הסדרים הנתנים ממעמד של בכורה וקביעות, הסדרים שאליהם פונים תחילה כאשר תרים אחר פתרון לשאלה משפטית. החוקים שייוותרו מחוץ לקודקס ייתפסו אז כמשניים וארעיים יותר – הסדרים ששיקולי המדיניות העומדים ביסודם שונים מאלה שביסוד הקוד האזרחי.³⁵ כתוצאה מכך, המשמעות שתניתן לכללים שבקודקס האזרחי עלולה להתחשב פחות מן הראוי בשיקולים חברתיים וציבוריים (כמו קידום ההגנות ביחסים חוזיים, חלוקה מחדש של כוח ועושר והגנה על אנשים מפני טעויותיהם ומגבלותיהם). זאת ועוד: מחקרים מצביעים על כך שכאשר מדובר במחלוקות בין פירמות, על פי רוב הן נפתרות ללא הסתייעות בבתי המשפט, ולעתים קרובות

חוק צרכני במובן הרחב של מושג זה". ראו גם סיני דויטש, "החקיקה הצרכנית והקודיפיקציה האזרחית", משפטים לו 499 (תשס"ז) (להלן: "דויטש, חקיקה הצרכנית").

34 ראו דניאל פרידמן, "סוגיות בתחום החוזים האחדים", עיוני משפט ו 490, 499–501 (תשל"ט); דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים א 137–139 (תשנ"א); דויטש, יסודות, שם, בעמ' 282–284 (ואם כי מסקנתו הסופית של דויטש היא שמוטב לא לכלול את החקיקה הצרכנית בקודקס האזרחי; דויטש, חקיקה צרכנית, שם. ראו גם Gabriela Shalev, "Codification of Private Law and Consumer Protection," in *European Legal Traditions and Israel* 493 (Alfredo Mordechai Rabello ed., 1994); Ewoud H. Hondius, "Protection of the Weak Party in Dutch Contract Law," in *Welfarism in Contract Law* 253, 259–260 (Roger Brownsword, Geraint Howells & Thomas Wilhelmsson eds., 1994); Norbert Reich, "Diverse Approaches to Consumer Protection Philosophy," 14 *J. Consumer Pol'y* 257, 264–267 (1999). על השינוי שחל במשפט הגרמני בנושא זה, ראו גם הערה 47 להלן והסקט הסמוך לה.

35 Guido Alpa & Roossella Delfino, "The EC Directive on Unfair Contract Terms (93/13) and the Proposal for Its Implementation in Italy," in *Essays on European Law* 461, 468 (Alfredo M. Rabello ed., 1996) (כאשר נדרשה איטליה לקבוע הוראות להגנת הצרכן בהתאם לדירקטיבה האירופית, ההוראות נכללו בקודקס האזרחי כדי להטעים שדיני הגנת הצרכן אינם עניין סקטוריאלי אלא נוגעים בזכויות של כל אדם ואדם). השוו דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 34. פרופ' דויטש מסביר את הותרתה של החקיקה הצרכנית מחוץ לקודקס בכך שמדובר בהסדרים ה"נשענים" על קווי מדיניות מיוחדים, ואינם נושאים אפי ארזי 'ציטרלי', המאפיין את גישתו הכללית של הקודקס.

אף ללא היוקקות לדיני החוזים שמספקת המדינה.³⁶ אם כך הדבר, הרי שלהוראות הקודקס האזרחי יש חשיבות יתרה דווקא בתחולתן על חוזים צרכניים ופרטיים. אכן, גם חוזים צרכניים עלולים שלא להיאכף במערכת המשפט – לא להיאכף כלל, או להיאכף באמצעים שאינם כרוכים במערכת השפיטה.³⁷ אולם, כאשר צרכנים אוכפים את זכויותיהם, לעתים קרובות הם מסתמכים על הדינים הכלליים (להבדיל מהחקיקה הצרכנית המיוחדת).³⁸ אין זה רצוי אפוא שהדינים הכלליים יתפתחו במנותק מהחקיקה הצרכנית ובהתעלם מהשיקולים שביסודה.³⁹ בדברי ההסבר גאמר בהקשר זה שהקודקס אינו עוסק ב"עניינים ספציפיים" הדורשים פירוט רב, עדכון שוטף ושילוב הסדרים אזרחיים עם הסדרים מנהליים.⁴⁰ אלו שיקולים כבדי-משקל, אך ניתן לפקפק, למשל, אם ההסדר בנושא בתים משותפים הוא פחות ספציפי, מפורט וטעון עדכון מהסדרי האחריות

36 ראו, למשל, Stuart Macaulay, "Non Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," 28 *Am. Soc. Rev.* 55 (1963); Ian R. MacNeil, "The Many Futures of Contracts," 47 *S. Cal. L. Rev.* 691 (1974); Hugh Beale & Tony Dugdale, "Contracts between Businessmen: Planning and The Use of Contractual Remedies," 2 *Brit. J. L. & Soc'y* 45 (1975); Lisa Bernstein, "Private Commercial Law," in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law* vol. 3, 108-114 (Peter Newman ed., 1998). ראו גם זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 391-394.

37 על תת-האכיפה של חוזים צרכניים ראו משה בר נב, "האכיפה של חוק הגנת הצרכן על-ידי המגזר העסקי", עיוני משפט יז 299, 300-302 (תשנ"ג); משה בר נב, "גבולה של התובענה הצרכנית הייצוגית", עיוני משפט יט 251, 252-253 (תשנ"ה); אורנה דויטש, "מקורות החולשה של האינטרס הצרכני", קריית המשפט: שנתון הקריה האקדמית ב 367, Samuel Issacharoff, "Group Litigation of Consumer Claims: Lessons (2002) 379-378 From the U.S. Experience," 34 *Tex. Int'l L.J.* 135 (1999); Iain D.C. Ramsay, "Consumer Redress Mechanisms For Poor-Quality and Defective Products," 31 *U. Toronto L.J.* 117 (1981).

38 ראו סיני דויטש, "דיני חוזים והחקיקה להגנת הצרכן", מחקרי משפט ט 133, 143 (תשמ"ב) ("ניסיוני, כיועץ המשפטי לארגון הצרכנים הגדול בישראל, לימדני, שיותר מ-90% מתלונות הצרכנים נפתרות במסגרת דיני החוזים והמכר הכלליים ולא במסגרת חוק הגנת הצרכן"); Shalev, הערה 34 לעיל, בעמ' 497 ("It is interesting to note that the influence of the Consumer Protection Law has been quite limited, and most consumer complaints are currently resolved within the framework of the general contract (codification, which is not specifically oriented towards consumer protection").

39 על שיקול זה ראו גם דויטש, שם, בעמ' 152-154.

40 ראו משרד המשפטים, הקודקס האזרחי חק דיני ממונות – נוסח לעין הציבור 5 (תשס"ד). ראו גם משרד המשפטים, הקודקס האזרחי חק דיני ממונות – מודיף למשתמש 4 (תשס"ד); מיגל דויטש, "הנדסת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – הצעת מבנה", משפטים כט 587, 592 (תשנ"ט). לשיקולים נוספים נגד הכללת החקיקה הצרכנית בקודקס האזרחי ראו דויטש, יסודות, הערה 33 לעיל, בעמ' 284.

שבחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973.⁴¹ לכו מכך, בעת ההכללה של חוק צרכני בקודקס האזרחי ניתן לנסחו מחדש בצורה פחות מפורטת ולהותיר מחוץ לקודקס את חלקיו המנהליים והפלייליים.

גם אם אין כוללים את כל החקיקה הצרכנית בתוך הקודקס האזרחי, ראוי לאמץ קריטריונים שיטתיים להכללה או לאי-ההכללה של חקיקה צרכנית בקודקס – קריטריונים שקשה לעמוד עליהם בהצעה הנוכחית.⁴² כך, למשל, חוק החוזים האחידים וחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981 הם חלק מהחקיקה הצרכנית במובן הרחב, אך הם חלים גם על חוזים בעלי אופי מסחרי מובהק – חוזים הנערכים בין שתי פירמות מסחריות במסגרת פעילותן העסקית (חוק החוזים האחידים חל בסיטואציה השכיחה של "קרב הספטים" וחוק חוזה הביטוח חל גם כשהמבוטח הוא חברה מסחרית).⁴³ על כן, אפשר לומר שחוקים בעלי אופי צרכני – כאלה שיש בהם ביטוי ברור לשיקולים חלוקתיים, שיקולים של תיקון כשלי-שווק ושיקולים פטרנליסטיים – ייכללו בכל זאת בקוד אם תחולתם איננה מוגבלת לחוזים בין עוסק לצרכן. לפי מבחן זה, חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981 יישאר מחוץ לקוד, אך חוק המכר (דירות) – החל גם על מכירה של מבנים מסחריים – צריך להיכלל בו.⁴⁴ כך נעשה, למשל, בקוד סיביל הצרפתי כשהוסדרה אחריותם של קבלנים ומוכרי בניינים לליקויי בנייה.⁴⁵ כך נעשה גם בהצעה שלפנינו לגבי חוק חוזה הביטוח וחוק החוזים האחידים, הכוללים יסודות בעלי אופי צרכני מובהק. מנגד, הקודקס המוצע כולל בפרק הערכות גם את הסימן העוסק ב"ערב

41 סעגת נגד אפשרית היא, כמובן, שיש להוציא מהקודקס גם את ההסדר בנושא בתים משותפים וכמהו הסדרים מפורטים אחרים הסעונים עדכון מדי פעם בפעם.

42 ראו ביתר פירוט דויטש, חקיקה הצרכנית, הערה 33 לעיל.

43 ראו דויטש, מעמד הצרכן, הערה 33 לעיל, בעמ' 318-324; ע"א 4602/97 רדאל (אשרד 88) בע"מ ג' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד נגד (2) 577, 593-594 (דיון בהבדלים שבין יישום חוק החוזים האחידים בחוזה צרכני לבין יישומו בחוזה מסחרי) ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ, חוזים אחידים 15-18 (תשנ"ר) סיני דויטש, "חוזים אחידים (ביקורת ספרים על ספרן של ורדה לוסטהויז וטנה שפניץ)", משפטים כו 639, 655-656 (תשנ"ו); שחר ולר, חובת גילוי של מבוטחים בחוזה ביטוח 403-405 (תשס"ב) (על תחולתו הרחבה של חוק חוזה הביטוח); ע"א 4819/92 אליהו חביה לביטוח בע"מ ג' ישר, פ"ד מס (2) 749 (על התצדקה לתחולתו של חוק חוזה הביטוח גם כשהמבוטח הוא פירמה).

44 ראו גם איל זמיר, חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973 124-127 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת גר סדסקי, תשס"ב); Shalev, הערה 34 לעיל, בעמ' 498 ("It is not rational to separate this special law [the Sale (Housing) Law, 1973] from the General Sale Law, 1968, which will, of course, become part of the Code"). דויטש, חקיקה הצרכנית, הערה 33 לעיל.

45 ראו סעיפים 1-1601 עד 4-1601, 1-1642, 1-1646, 1648 סיפא, 1792, 1-1792 עד 6-1792, 2270 לקוד סיביל הצרפתי, כפי שהוספו או תוקנו בשנים 1967 ו-1978. על רפורמה זו ראו גם זמיר, שם, בעמ' 34-36.

יחיד",⁴⁶ שהיקפו כשני-שלישים מכלל פרק הערבות. מאחר שהוראות אלה חלות רק על ערבויות צרכניות במהותן, הרי שבין לפי אמות-המידה שהפעילו מנסחי ההצעה לגבי שאר החקיקה הצרכנית (ככל שניתן לעמוד עליהן) ובין לפי הקריטריון השיטתי יותר שהצעתי, מקומן לא יכירן בקודקס האזרחי. כאמור לעיל, עמדותי העקרונית היא שיש להותיר הוראות אלה בקודקס ושיש לכלול בקודקס את ההוראות האזרחיות (להבדיל מהוראות מנהליות או פליליות) של כלל החקיקה הצרכנית. בין הקודקסים המודרניים, העוסקים בהרחבה בחוזים צרכניים (אף כי גם בהם לא תמיד קל להצביע על קריטריון שיטתי להכללה או לאי-הכללה של חקיקה צרכנית בקודקס האזרחי, ניתן להזכיר את ה-BGB הגרמני (במיוחד לאחר תיקונו ברפורמה שנכנסה לתוקף בשנת 2002)⁴⁷ ואת הקודקס האזרחי האיטלקי.⁴⁸

כך או אחרת, משבחרו מנסחי הקודקס לכלול בו את חוק החוזים האזרחיים, ראוי היה למקם אותו בחלק-המשנה העוסק בדיני חוזים באורח כללי ולא בחלק-המשנה העוסק בחוזים מיוחדים. כך נהגו, למשל, בגרמניה ובאיטליה ביחס

46 סעיפים 328א-342 להצעת הקודקס האזרחי.

47 ראו, למשל, סעיפים 13 ו-14 (הגדרת צרכן ועוסק), 305-310 (חוזים אחידים), 312 (מכר ברכילות), 312b-312d (מכר מרחוק) 474-479 (מכר צרכני), 481-487 (יחידות נופש, timesharing), 491-498 (הלוואות צרכניות), 499-504 (אשראי צרכני), 505 (מכר צרכני בהספקה לשיעורין), 506 (קוגנסיות ההוראות הקודמות), 507 (תחולת ההוראות הקודמות גם לטובת עסקים קטנים), 651a ואילך (חוזי תיירות) ל-BGB. ראו גם, Manfred Löwisch, "New Law of Obligations in Germany," 20 *Ritsumeikan L. Rev.* 141, 152-156 (2003); Wolfgang Ernst, "New Rules of Breach of Contract in Germany," 5 *Cambridge YB Eur. Legal Stud.* 33, 337 (2003); Reinhard Zimmermann, *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations* 1-5 (Centro di Studi e ricerche comparato e straniero - Saggi, Conferenze e Seminari 48, 2002) דויטש, החקיקה הצרכנית, הערה 33 לעיל.

48 ראו, למשל, סעיפים 1341 (דרישה להסכמה מיוחדת לגבי סוגים מסוימים של תניות חוזים אחידים), 1370 (פירוש נגד המנסח), 1469bis עד 1469sexies (הסדר מפורש ביותר של פיקוח על תניות מקפחות בחוזים צרכניים, שהוסף לקוד בשנת 1996 בעקבות הדירקטיבה האירופית), 1681-1682 (הוראות מיוחדות בפרק ההובלה להובלת נוסעים), 1783-1786 (אחריות בתי מלון לשמירת נכסי האורחים, לרבות הוראות שהוספו או תוקנו בשנת 1978), 1834-1860 (הוראות לגבי עסקאות בנקאיות, שלחלקן אופי צרכני), 1882-1932 (הסדר הביטוח, שחלק ניכר מהוראותיו קוגנסיות או ניתנות להתניה לטובת המבוטח בלבד) לקודקס האזרחי האיטלקי. לגיתוח השוואתי של ההסדר שנקבע בעקבות הדירקטיבה האירופית ראו, Cristiana Cicoria, "The Protection of the Weak Contractual Party in Italy vs. United States 'Doctrine of Unconscionability' - A Comparative Analysis", available at <http://www.dsg.unito.it/ut/data/papers/cicoriaprotection.pdf>.

לפרקים המקבילים.⁴⁹ אחרי הכול, ההערכה הרווחת היא שיותר מ-90% מהחוזים הנכרתים בימינו הם חוזים אחידים, ופרק זה אינו עוסק בחוזה ספציפי זה או אחר מבחינת תוכן הזכויות והחובות של הצדדים, כפי שנעשה לגבי החוזים המיוחדים האחרים המוסדרים בחלק-משנה זה. עמדה זו אינה כופרת בכך שחוזים אחידים הם במובן מסוים חוזים מיוחדים; הם חוזים מיוחדים מבחינת הליך הכריתה שלהם. אולם מובן זה איננו המובן הרלבנטי לסיווג ולמבנה של חלק-המשנה "חוזים מיוחדים". כדי לסבר את האוזן, גם חוזים מנהליים וחוזים לטובת אדם שלישי הם במובן מסוים חוזים מיוחדים (הראשונים מבחינת הוהות של אחד המתקשרים, והאחרונים מבחינת אופן היצירה של הזכויות והחובות של מי שלא היה צד ישיר ליצירתן). אולם לא זה המובן הצריך לענייננו, ולכן איש לא היה מציע להסדירם בחלק-המשנה העוסק בחוזים מיוחדים.

3. נפקדים

(א) כללי

בנגד הפרקים שמקומם לא יכירם בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים", ישנם חוזים חשובים ושכיחים למדי הבולטים בהיעדרם מחלק-משנה זה. כפי שנראה, בולק מהמקרים יש סיבות טובות ומשכנעות לאי-הסדרה של חוזים אלה בקודקס האזרחי; במקרים אחרים קשה למצוא סיבות כאלה ומדובר לפיכך בפער בלתי-מוצדק; ובמקרים נוספים ותמונה פחות ברורה וניתן להעלות שיקולים לכאן ולכאן.

שני סוגי חוזים שוועדת הקודיפיקציה שקלה את האפשרות להקדיש להם פרק נפרד בקודקס והחליטה לא לעשות כן הם חוזה הובלה וחווה בנייה. על שני חוזים אלה חל עקרונית הפרק הדין בחוזה הקבלנות.⁵⁰ חוזה הבנייה לא הוסדר בקודקס משום שמדובר בחוזה מיוחד מאוד, הדורש הוראות מפורטות מאוד ועדכוני תכופים. פרויקט בנייה טיפוסי כולל רשת מורכבת של חוזים בין גורמים שונים: המזמין; המהנדס המכין את התוכנית, מפקח על הבנייה ומכריע בחליקידעות בין המזמין לקבלן; הקבלן; קבלני-משנה; המממן; המבטח ועוד.

49 ב־BGB הגרמני, הפרק על חוזים אחידים (סעיפים 305–310) כלול בחלק של דיני החיובים, אחרי הפרק על מושא החיוב ולפני הפרק על חיובים חוזיים, ולא בפרק החוזים המיוחדים (המתחיל בסעיף 433). אף בקודקס האיטלקי הוסף הפרק על תניות מקפחות בחוזים צרכניים בסוף הפרק הכללי על דיני חוזים, לפני הפרק על חוזים מיוחדים.

50 ראו איל זמיר, "הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים", משפטים כו 97, 103, 114–115, 117–118 (תשנ"ה) (מבוא דברי הסבר להצעת החקיקה שהיוותה בסיס לדיוניה של ועדת הקודיפיקציה בנושא חוזה הקבלנות וחווה השירות).

בפרויקט בנייה טיפוסי גדרשים שינויים והתאמות תדירים במהלך הבנייה, וכן מערכת של כללים המסדירים את הסמכויות בעניין השינויים הללו ואת השפעותיהם על לוח-הזמנים, התמורה הכספית וכדומה.⁵¹ במדינות אחרות מקובל להסדיר את מערכת היחסים בין המזמין לקבלן בחוזים סטנדרטיים המנוסחים כמסא ומתן המתנהל בין ארגוני הקבלנים, המזמינים והמהנדסים. חוזים אלה מהווים מעין "חקיקה פרטית" בתחום זה. הוראותיהם מפורטות יותר מההוראות שניתן לכלול בחקיקה בכלל ובחקיקה קודיפיקטיבית בפרט, ואף קל יותר להתאימם לצרכים המשתנים.⁵² בישראל רווח השימוש בחוזה הסטנדרטי המשמש את משרדי הממשלה להתקשרויות קבלניות, ומהווה דגם גם להתקשרויות שהמדינה איננה צד להן. כמשך שנים רבות היו הוראותיו של החוזה מוטות בצורה חזקה לטובת האינטרסים של המזמין, שכן הוא נוסח על ידי משפטני המדינה לצורך התקשרויות של המדינה כמוזמינה בחוזה הנדסה ובניין. בשנת 1990 הגישה התאחדות הקבלנים והכונים בישראל בקשה לבית הדין לחוזים אחדים לפסילת החוזה כמקפת. הגשת התביעה הולידה משא ומתן ממושך בין באי-כוח ההתאחדות לבין אנשי הייעוץ המשפטי של משרד השיכון, שבסופו הוגש לאישורו של בית הדין נוסח מוסכם, הוגן ומאוזן של החוזה.⁵³

חוזה ההובלה לא הוסדר משום שהובלה אווירית וימית מוסדרת על ידי דינים ואמנות בינלאומיים (ככל הידוע לי, היקף ההובלה האווירית והימית בתוך ישראל הוא זניח), ואילו הובלה יבשתית בתוך ישראל אינה חשודה דיה כדי להצדיק את העבודה הרבה שהייתה כרוכה בהכנת פרק נפרד שיוקדש לה. יש לקוות שעם התקדמות תהליך השלום בין ישראל לשכנותיה תהיה משמעות גדולה בהרבה להובלה יבשתית, כפי שהדבר באירופה ובארצות-הברית, למשל, ואז גם יהיו צורך והצדקה להשלמת ההסדר המשפטי בנושא זה.⁵⁴

שני סוגים נוספים של חוזים, הבולטים בהיעדרם מחלק-המשנה הנוכחי, הם חוזה העבודה וחוזה ההלוואה, ולהם נייחד את הדיבור להלן.

(ב) חוזה עבודה אישי

תחום יחסי העבודה כולל הן הסכמי עבודה קיבוציים, הן הסכמי עבודה אישיים. עקרונית, בשני המקרים עומד קשר חוזי ביסוד היחסים בין העובד למעביד.⁵⁵

51 ראו באופן כללי זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 56-63 והמקורות הנזכרים שם.

52 ראו Werner Lorenz, *Contracts for Work on Goods and Building Contracts*, in VIII Int. *Encyc. Comp. L* 11-20 (1980); זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 56.

53 תח"א 12/90 התאחדות הקבלנים והכונים בישראל נ' מדינת ישראל.

54 ראו ביתר פירוט זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 64-70.

55 ראו מנחם גולדברג, "מהותם של יחסי עובד מעביד", הפיקליט לב 81, 86 (תשל"ט); מנחם גולדברג, "עובד ומעביד" - תמונת מצב, עיוני משפט יז 19, 29 (תשנ"ב). קביעה

ניתן לומר אפוא שדיני העבודה הם חלק מדיני החוזים במובן הרחב. עם זאת, בעשרות השנים האחרונות התפתחו דיני העבודה באופן כה ייחודי ומסועף, עד שאיש לא יציע לכלול את מכלול ההסדרים החלים ביחסי עבודה בחלק הקודקס העוסק בחוזים מיוחדים (מבחינה זו דומים דיני העבודה לדיני התאגידים). שאלה אחרת – שדיון בה חורג מענייננו – היא אם ראוי לערוך קודיפיקציה של מכלול החוקים המסדירים את יחסי העבודה.⁵⁶ קודיפיקציה כזו יכולה להיות חלק מהקודקס האזרחי⁵⁷ או להיות קודקס נפרד.⁵⁸ הלכה למעשה, ועדת הקודיפיקציה לא נתבקשה ולא קיבלה על עצמה לערוך קודיפיקציה של דיני העבודה, בין בתוך הקודקס האזרחי ובין לצדו.

נותנת האפשרות לכלול בקודקס האזרחי פרק שיסדיר לפחות את ההיבטים המרכזיים של חוזה העבודה האיש. הלכה למעשה התפרסמו בעבר שתי הצעות חוק ממשלתיות שנועדו להסדיר את חוזה העבודה האיש. בחוק שלפי תוכנו וסגנונו ראוי היה להיחשב – אילו התקבל – כחלק מהחקיקה האזרחית החדשה.⁵⁹ שתי הצעות החוק לא צלחו את הליך החקיקה בכנסת, בין היתר בגלל חילוקי-דעות אידיאולוגיים.⁶⁰ ניתן להתרשם שחילוקי הדעות שהכשילו את הצעת החוק בשנות ה-60 וה-80 התעצמו בשני העשורים האחרונים בחברה ובזירה הציבורית בישראל. יש אפוא יסוד לסברה שהייתה זו החלטה פרגמטית נכונה שלא לעסוק בנושא זה.

- זו הועמדה בספק בדג"צ 4601/95 סחסי נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד (נב) 817, 832, 844; אולם גם אחרי פסק דין זה, המקרים שבהם עשויים להכיר ביחסי עובד-מעביד ללא התקיימות של קשר חוזי בין הצדדים יהיו נדירים. ראו סטיב אדלר, "היקף תחולת משפט העבודה – מכפפות לתכלית", בתוך ספר מנחם גולדברג: לקט מאמרים בדיני עבודה ובשחון סוציאלי 18 (תשס"ב). ראו גם מנחם גולדברג, "מיהו 'עובד' ומיהו מעבידו – עידן אי-הוודאות", קרית המשפט: שנתון הקריה האקדמית א' 259, 268–274 (תשס"א).
- 56 לתמיכה ברעיון זה ראו, למשל, אורי ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", עיוני משפט ו' 506, 507–508 (תשל"ט).
- 57 כמו, למשל, בהולנד, שבה עיקר החקיקה בנושא יחסי העבודה מצויה בספר השביעי של הקודקס האזרחי.
- 58 כמו, למשל, במשפט הצרפתי ובמשפט ההונגרי.
- 59 הצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח–1968, ה"ח, 384; הצעת חוק חוזה עבודה, התשמ"ה–1985, ה"ח, 129.
- 60 ביטוי ברור לחילוקי דעות אלה ניתן למצוא בדיון שנערך במליאת הכנסת בקריאה הראשונה של הצעת החוק משנת 1985, ד"כ 101 (תשמ"ה), 2002–2011. כך, למשל, בהצעות החוק נקבע חריג מפורש לכלל השולל אכיפה של חיוב לקבל שירות אישי (סעיף 214) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970, שלפיו ניתן בנסיבות מתאימות לאכוף על המעביד את המשך העסקתו של העובד במקרה של פיסורין המהווים הפרת חוזה. למחלוקת בסוגיה זו שורשים אידיאולוגיים ברורים.

(ג) תווה הלואאה

ועדת הקודיפיקציה התלבטה אם לייחד פרק לחוזה ההלוואה ובסופו של דבר החליטה בשלילה.⁶¹ ביסוד החלטה זו עמדה ההתירשות שחלק מהעניינים שראוי להסדירם בפרק ההלוואה מטופלים בכללים החלים על כלל החוזים, חלקם מתאימים יותר לחקיקה צרכנית (כזכור, רוב החקיקה הצרכנית נותרה מחוץ לקודקס), ובסופו של דבר אין "מסה קריטית" של הוראות שתצדקנה לייחד הוראות נפרדות לחוזה זה.

אכן, ישנם עניינים שבקודקסים אחרים מוסדרים בפרק ההלוואה, ובמשפט הישראלי הם ימצאו את הסדרם המספק בהוראות אחרות. כך, למשל, סעיף 1822 לקודקס האזרחי האיסלקי מטיר למי שהתחייב לתת הלוואה להימנע מקיום התחייבותו אם המצב הכספי של הלווה השתנה באופן שיקשה עליו מאוד לפרוע את ההלוואה, כל עוד לא הציע האחרון בטוחה הולמת להבטחת הפירעון. ישנם קודקסים שבמקרה כזה מאפשרים למלווה לבטל את החוזה כליל,⁶² ואחרים מאפשרים לו להימנע ממתן ההלוואה רק אם הלווה נהפך לחדל-פירעון ממש.⁶³ במשפטנו, הסדר משביע-רצון למצב זה מצוי בסעיף 192(ב) להצעת הקודקס האזרחי, הקובע כדלקמן: "היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי אשר מועדו טרם הגיע, זכאי הצד השני לחוזה לדרוש המצאה של בטוחה סבירה לקיום וזכאי הוא לדחות את קיום חיוביו עד להמצאתה".⁶⁴ בצד ההוראה הספציפית בפרק ההלוואה מכיל הקודקס האיסלקי גם הוראה כללית (סעיף 1461) דומה לזו שבסעיף 192(ב) המוצע. כפילות זו תורמת לשלמותו של ההסדר הספציפי

61 השאלה אם לייחד פרק לחוזה ההלוואה נדונה פעמים אחדות במהלך עבודתה של ועדת הקודיפיקציה. בישיבה שנערכה ביום 12 ביוני 1990 (פרוטוקול מס' 57), על בסיס דין וחשבון השותף שהכין לבקשת הוועדה פרופ' ריקרדו בן-אוליאל התגלעו בעניין זה חילוקי דעות, ופרופ' בן-אוליאל התבקש להציע טקסט להסדר חקיקתי של חוזה זה. בישיבות שנערכו בשנים 1999, 2001 ו-2002 נדונה ואושרה הצעה לכלול בקודקס פרק על חוזה ההלוואה, שבו נותרו שני סעיפים בלבד. בישיבה שנערכה ביום 13 בנובמבר 2003 הוחלט להשמיט פרק זה.

62 ראו, למשל, סעיף 1490 ל-BGB הגרמני.

63 כך, למשל, סעיף 809 לקודקס האזרחי היווני קובע שאדם זכאי לחזור בו מהתחייבותו לתת הלוואה אם הלווה נהפך חדל-פירעון או שהיה חדל-פירעון כבר בעת ההתחייבות מבלי שהמלווה ידע על כך, שלא באשמתו. סעיף 316 לקודקס החיוכים השווייצרי קובע כלל דומה למדי. ראו גם סעיף 589 לקודקס האזרחי היפני (חדלות-פירעון של כל אחד מהצדדים אחרי כריתת החוזה מפקיעה את תוקפו).

64 לדיון בסוגיה זו על רקע הדין הנהוג בישראל ראו דניאל פרידמן, "ביצוע תווה נוכח חשש בדבר קבלת התמורה הנגדית", עיני משפט י' 165 (תשמ"ד); גד סדסקי, "חיובים מקבילים", הפורקליט לו 293, 316-317 (תשמ"ו); איל זמיר, חוק המסר, תשכ"ח-1968: 516-518 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת גד סדסקי, תשמ"ז).

ולשימושיות הקודקס גם בידיהם של מי שאינם מומחים. אולם, בהתחשב במגמת הקיצור המאפיינת את החקיקה האזרחית החדשה בישראל – מגמה שנשמרה גם בהצעת הקודקס שבפנינו – ניתן להסתפק במקרה זה בהוראה הכללית.

אם מדובר בהלוואת חנם (הלוואה שאינה נושאת ריבית), ראוי לאפשר למתחייב להימנע ממתן ההלוואה לא רק בשל הרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הלווה, אלא גם בשל הרעה ניכרת שחלה במצב המלווה. אולם, גם לשם כך אין צורך בקביעת הוראה מיוחדת בפרק ההלוואה. בעקבות סעיף 5 לחוק המתנה נקבע בפרק המתנה שבהצעת הקודקס כי במקרה של הרעה כזו (ובנסיבות נוספות, כמו התנהגות מחפירה של המקבל) רשאי מי שהתחייב לתת מתנה לחזור בו מהתחייבותו הכתובה.⁶⁵ לפי סעיף 230 להצעת הקודקס, הוראה זו חלה בשינויים המחויבים על כל חחה ללא תמורה, ולכן היא תחול גם על חוזה שבו אדם מתחייב לתת לרעהו הלוואה ללא ריבית.

אולם הדוגמה של זכותו של אדם שהתחייב להלוות להימנע מקיום חיובו בשל חשש סביר שהלווה לא יוכל לפרוע את ההלוואה (או בשל הרעה ניכרת במצב הכספי שלו עצמו) איננה הכלל כי אם התריג. לגבי רוב העניינים שמתבקש להסדיר בפרק ההלוואה אין במשפט הנוהג ואף אין למצוא בהצעת הקודקס הסדר משביע-רצון (בין אם בחלקים הכלליים של ההצעה ובין אם בחקיקה הצרכנית שנותרה מחוץ לקודקס). נוכח העובדה שההצעה שבפנינו כוללת פרק על שאילה המחזיק ארבעה סעיפים, ופרק על הרשאת שימוש בנכסי הזולת (שמסעמים אחרים – שעליהם עמדתי קודם – אין כמדומה הצדקה לקיומם) המחזיק שלושה סעיפים בלבד, קשה להבין את החשש שלא ימצאו די עניינים שתהא הצדקה להקדיש להם הוראות בפרק על הלוואה. הלוואות הן עסקאות הרבה יותר שכיתות והרבה יותר חשובות מבחינה כלכלית וחברתית משאילה ומהרשאת שימוש. כפי שנראה להלן, יש כמה וכמה עניינים מהותיים שראוי להסדיר בפרק ההלוואה. הימנעות מהסדרת חוזה ההלוואה בקודקס האזרחי תותיר בו פער ממשי ותציב את הקודקס האזרחי הישראלי בבדידות לא-רדיוקא מזהרת בהשוואה לכלל הקודקסים האזרחיים שבדקנו.⁶⁶

65 סעיף 235(א) להצעת הקודקס האזרחי. על כלל זה ראו מרדכי א' ראביליו, חוק המתנה, תשכ"ח-1968: 384-388 (מהדורה שנייה, בסדרה פירוש לחוקי התחומים מיסודו של גד מרסקי, תשנ"ז).

66 כל הקודקסים האזרחיים שבדקתי כוללים פרק על חוזה הלוואה. ראו, למשל, סעיפים 498-488, 609-607 ל-BGB הגרמני (כפי שתוקן בשנת 2002); סעיפים 1874, 1914-1892 לקוד סיביל הצרפתי; סעיפים 1874, 1914-1892 לקודקס האזרחי הבלגי; סעיפים 1822-1813 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיפים 2312, 2314-2316, 2332-2327 לקודקס האזרחי של קוויבק; סעיפים 2891, 2892, 2910-2925 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה; סעיפים 1933, 1934, 1961-1953 לקודקס האזרחי הפיליפיני; סעיפים 806-809 לקודקס האזרחי היווני;

זאת ועוד: להוראות דיספוזיטיביות יש חשיבות רבה בחקיקת החוזים. הן חוסכות בעלויות ההתקשרות של הצדדים, משקפות ומעצבות את העדפויותיהם, ממריצות אותם לחלוק מידע וקובעות אמות-מידה שלאורן מתפרשת – ולעתים נפסלת – הסכמת הצדדים. לאמיתו של דבר, הוראות דיספוזיטיביות הן במקרים רבים ובמידה רבה קוגנטיות למדי.⁶⁷ אולם, גם מי שאינו מייחס חשיבות ניכרת להוראות דיספוזיטיביות, יסכים שיש חשיבות רבה לחקיקה במקרים שבהם נדרשות הוראות קוגנטיות, שתגבלנה את חופש החוזים של הצדדים. מקרים כאלה אינם מוגבלים להתקשרויות בין עוסק לצרכן. גם בחמים בין שתי פירמות יש מצבים רבים שבהם שיקולים כלכליים, חלוקתיים, פטרנליסטיים ומוסריים אחרים עשויים להצדיק הוראות קוגנטיות. כך הוא הדבר, למשל, בחוזי ביטוח ובחוזי משכון – גם אם המבוטח או בעל הנכס הממושכן הם פירמות ולא צרכנים.⁶⁸ הוא הדין בחוזי הלואה. תרתי הלואה מתאפיינים בפערי מידע, בפערי כוחות ובבעיות של רציונליות מוגבלת לא פחות מחוזי ביטוח ומשכון.⁶⁹ כשם שבחוק חוזה הביטוח יש הוראות קוגנטיות רבות לטובת המבוטח (החלות גם על מבוטחים עסקיים), וכשם שחוק המשכון כולל הוראות קוגנטיות לטובת בעל הנכס הממושכן (גם אם הוא פירמה מטחירת) – כך גם בחוזי הלואה יש הצדקה מלאה לקיומן של הוראות קוגנטיות לקידום היעילות ולהגנת הלווה (מפני המלווה ומפני עצמו). לאמיתו של דבר, עיקר ההצדקה לקיומן של הוראות קוגנטיות בחוק המשכון, החלות ביחסים שבין הממשכן למקבל המשכון, געוץ במאפייני היחסים שבין לווה למלווה. בדין

סעיפים 2384–2397 לקודקס האזרחי המקסיקני; סעיפים 983–1001 לקודקס האזרחי האוסטרי; סעיפים 587–592 לקודקס האזרחי היפני; סעיפים 648–652 לקודקס האזרחי האיראני; סעיפים 312–318 לקודקס החיובים השווייצרי.

67 ראו, באופן כללי, Jan Ayres & Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules," 99 *Yale L. J.* 87 (1989); איל זמיר, פירוש חזלמה של חידם (תשנ"ו); גד טדסקי, "על הדיספוזיטיבי", עיוני משפט טו 5 (תש"ץ); אוריאל פרוקצ'יה, "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט", משפטים יח 395, 401–406 (תשמ"ט).

68 ביתס לתוזי ביטוח ראו שחר ולר, חוק חחה הביטוח, התשמ"א–1981, 130–94, 159–155 (כרך ראשון, בטורה פירוש לחוקי החוזים מיסודו של גד טדסקי, בעריכת איל זמיר, מרכזי א' ראבילו, גבראלה שלו חס"ה) (המחבר מצביע על כך שרק חלק מההצדקות להוראות הקוגנטיות של חוק חוזה הביטוח חלות במקרים שבהם המבוטח הוא פירמה). השוו איל זמיר, "הבסיס התאורטי של חוק המכר (דירות)", משפטים ל 459 (תש"ס) (על ההצדקות להסדרים הקוגנטיים שקובע חוק המכר (דירות) גם כאשר הממכר הוא בכס עסקי והקונה הוא פירמה).

69 ראו גם אברהם וינרוט, ריבית 19–20 (תשנ"ח); אברהם וינרוט וברק מרינה, דיני הלואות – הגנה על הלוח במשפט בישראל 51 (תש"ס) (המחברים מצביעים על כך ששוק ההלוואות בישראל אינו שוק ממוכןלל בשל מספרם הקטן של הבנקים ובשל כך שהריבית במשק נקבעת במידה מכרעת בידי השלטון המרכזי באמצעות המכרז המוניטרי של בנק ישראל).

הנוהג, הוראות קוגנטיות מצויות בחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993, אך תחילתו של חוק זה צרה למדי: אין הוא חל אם המלווה הוא תאגיד בנקאי, אין הוא חל אם המלווה הוא תאגיד, ומקצת הוראותיו אינן חלות אם סכום ההלוואה עולה על 25,000 ש"ח.⁷⁰ הוראות מסוימות מצויות בחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981 והוראות אחרות מצויות בהוראות שמוציא המפקח על הבנקים, אך כפי שנראה הן אינן מכסות את מכלול העניינים שראוי היה להסדיר בפרק ההלוואה. כשם שהקודקס המוצע עונה על הצורך בהסדרה קוגנטית של היבטים מסוימים בחוזי משכון וביטוח, כך עליו לעשות גם בנושא ההלוואה. על רקע זה נמנה להלן כמה נושאים שמתבקש להסדירם בפרק על חוזי ההלוואה שייכלל בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" בקודקס האזרחי.

1. מועד הפירעון של ההלוואה. לפי הדין הנוהג – סעיף 41 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 – אם לא הוסכם על המועד להחזרת ההלוואה, על המלווה להתחייב לכל המאוחר "זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנשט לחייב זמן סביר מראש".⁷¹ זהו אכן הכלל החולם את הנוהג הכללי ואת הציפיות הסבירות של הצדדים בחוזי הלוואה שבהם לא נקבע בכלל, או לא נקבע במדויק, מועד הפירעון. המלווה יודע מראש שיצטרך לפרוע את ההלוואה תוך זמן סביר, אולם כל עוד לא פנה אליו המלווה ודרש את הפירעון, תוך מתן זמן סביר להיערכותו של המלווה – לא ייחשב המלווה כמפר.⁷² בדין הנוהג נקבעו

70 ראו הגדרות "לווה" ו"מלווה" בסעיף 1 והסייג לתחולה המצוי בסעיף 15(ב) לחוק.

71 לכל המאוחר – משום שלפי סעיף 42 לחוק החוזים הכללי (כאן המלווה לפרוע את ההלוואה אף לפני חלוף הזמן הסביר (או המועד המוסכם), וכלכך שהודיע על כך למלווה זמן סביר מראש והדבר לא יפגע במלווה. על הקדמת הפירעון ראו גם להלן. ישנם קודקסים הכוללים הוראות השלמה ספציפיות יותר למקרים מיוחדים. כך, למשל, סעיף 2385 לקודקס האזרחי המקסיקני קובע שבהלוואה תוצרת חקלאית, ההנחה היא שמועד הפירעון הוא בעונת הקציר או הקטיף הבאה.

72 על סעמיו של כלל זה ראו ד"ר 32/84 עיון ויליאמס ג' Israel British Bank (London) (in liquidation), פ"ד מד(2) 265, 278-279. כלל זה או כללים דומים לו נוהגים גם בשיטות משפט אחרות. ראו, למשל, סעיף 3488 (3) ל-BGB הגרמני (בהלוואה כסף, אם לא הוסכם על מועד הפירעון, כל אחד מהצדדים יכול לקבוע את מועד הפירעון בהודעה מראש של שלושה חודשים); סעיף 1608 (1) ל-BGB (בהלוואה נכסים נחלפים, אם לא נקבע מועד להשבת ההלוואה, מועד ההשבה תלוי במתן הודעה של המלווה ללווה); סעיף 1591 (1) לקודקס האזרחי היפני (בהיעדר הסכמה על מועד ההשבה של ההלוואה, המלווה יכול לקבוע פרק זמן סביר לפירעון הסכום או להשבת נכסים דומים); סעיף 318 לקודקס החיובים השוויצרי (בהיעדר הסכמה על מועד הפירעון, על המלווה לפרוע אותה בתוך שישה שבועות מהיום שבו דרש זאת המלווה). סעיף 2385 (3) לקודקס האזרחי המקסיקני מפנה בעניין זה לסעיף 2080 לקודקס, המורה כי אם לא נקבע מועד לתשלום, על הנשט לדרוש את התשלום בהודעה מראש (שעליה חלות דרישות פורמליות) של תודע ימים. סעיף 807 לקודקס האזרחי היווני קובע שאם לא נקבע מועד להשבת ההלוואה, כל אחד

חריגים מוצדקים לסיפא של סעיף 41 בחוקים העוסקים במכר, בשכירות ובקבלנות, ככל שמדובר בחיובי המסירה המוטלים על המוכר, על המשכיר ועל הקבלן. לפי חוקים אלה, המוכר, המשכיר והקבלן – החייבים בחיובים הרלבנטיים – הם הנדרשים להודיע לקונה, לשוכר ולמזמין מתי בדיוק ימסרו להם את הממכר או את המושכר ומתי בדיוק תושלם המלאכה, בתוך הזמן הסביר.⁷³ חריגים אלה מוצדקים בהתחשב במאפיינים של חיובים אלה.⁷⁴

בהצעת הקודקס האזרחי נהפכו החריגים לכלל, ולפי סעיף 116(ב), אם לא נקבע מראש מועד קיום מדויק – החייב הוא זה שצריך להודיע לנושה על מועד הקיום המדויק זמן סביר מראש. מאחר שלא נקבע חריג לכלל זה בפרק ההלואה (משום שאין פרק כזה), ומאחר שאף לא נקבעו לו חריגים במקרים אחרים של חיובי תשלום (למשל: לגבי תשלום המחיר והשכר בחווי מכר או קבלנות באשראי ולגבי תשלום דמי הביטוח בחוזה ביטוח),⁷⁵ הרי שגם לגבי חיובים כספיים התוצאה היא שהחייב (הלווה, הקונה או המזמין באשראי, המבוטח לגבי דמי הביטוח) יישא באחריות להפרת חיוב התשלום גם אם לא הוצגה לו דרישה מוקדמת לפירעון החוב. כלל זה אינו הוגן, אינו יעיל ואינו תואם את הציפיות הסבירות של הצדדים. בנושא של מועד התחור של ההלואה, הצורך בהוראה

מהצדדים זכאי לקבוע את המועד בהודעה של הודש מראש (משמע שהמלווה אינו יכול לסעון שהלווה הפר את חיובו אם לא נתן הודעה כזו).

73 ראו סעיף 9(ג) לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 5(ב) סיפא לחוק השכירות והשאלה; סעיף 6א(א) סיפא לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974. על דינים אלה ראו באופן כללי זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 218-219; לרנר, הערה 12 לעיל, בעמ' 87-88; זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 604-608.

74 בחווי העוסקים במכר, בשכירות ובקבלנות, לעתים קרובות המוכר, המשכיר והקבלן אינם יודעים בוודאות מתי יוכלו להעמיד את הממכר, המושכר או הנכס שבו נעשתה המלאכה לרשות הקונה. בעייתיות זו קיימת במיוחד כשמדובר בנכסים שיש לייצרם, להרכיבם, להשיגם מאדם שלישי או להובילם ממקום מרוחק. אין זה יעיל ואין זה הוגן אפוא שהקונה, השוכר, או המזמין יקבעו את מועד הקיום המדויק.

75 סעיף 366(א) להצעת הקודקס האזרחי מורה שהמבטח אינו זכאי לבטל את חוזה הביטוח אלא לאחר שנתן למבוטח ארכה בכתב של 21 יום. כלל זה חל גם במקרה שבו נקבע מועד מדויק לתשלום והמבוטח הפר את חיובו לשלם באותו מועד. משמע, שגם במקרה זה – מבחינה אנליטית ומעשית כאחד – אין מדובר בהודעה מראש והקובעת את מועד הקיום (כפי שהמצב בדיו הנוכחי גם בחווי ביטוח לפי סעיף 14 לחוק חוזה הביטוח ולפי סעיף 41 סיפא לחוק החוזה הכללי), אלא בגטל המוטל על המבטח לפני שתממש את תרופתה בשל הפרת החיוב. אם בחוזה ביטוח שבו נקבע מועד מדויק לתשלום המבוטח זכאי לקבל ארכה של 21 יום אחרי הפרתו, בחוזה ביטוח שבו לא נקבע מועד כזה הדעת נתנת שהמבוטח זכאי לא רק לארכה של 21 יום, אלא גם להודעה מוקדמת על מועד הקיום המדויק. זהו המצב בדיו הנוהג, אך לא לפי סעיפים 116 ו-366 להצעת הקודקס האזרחי.

מיוחדת בקודקס החדש תריף אפוא הרבה יותר מאשר בדין הנוהג. מנגד, אם בקודקס האזרחי ישיבו על כנו את הכלל הקבוע בסעיף 41 סיפא לחוק החוזים הכללי, לא יהיה צורך בכלל מיוחד לעניין זה בפרק ההלוואה (אך אז יהיה צורך בהשבת הכללים המיוחדים הקבועים כיום בחוקים העוסקים במכר, בשכירות ובקבלנות).

נוסף על השאלה מי קובע את המועד המדויק לפירעון ההלוואה, יש מקום לשקול את הצורך בהסדר מיוחד לגבי פירעון מוקדם, במיוחד בהלוואות צרכניות ובהלוואות הנושאות ריבית. כיום קיימת חקיקה רגולטורית המסדירה נושא זה ביחס לסוגים מסוימים של הלוואות בנקאיות,⁷⁶ וקיימת הוראה מיוחדת לגבי פירעון מוקדם של הלוואה המובטחת במשכון.⁷⁷ ראוי לבחון את הצורך בהסדרה כללית יותר של הסוגיה, כפי שנעשה בקודקסים זרים.⁷⁸ ככל שמדובר בהלוואה שאינה נושאת ריבית, לפי סעיף 117 להצעת הקודקס (החזור על הכלל הקבוע בסעיף 42 לחוק החוזים הכללי), חיוב יכול שיקום לפני מועדו (לאחר מתן הודעה זמן סביר מראש), אם הקיום המוקדם לא יפגע בנושה. הודעה נותנת שבהלוואה שאינה נושאת ריבית הקדמת הפירעון אכן לא תפגע בנושה; אולם כלל ספציפי, שיקבע ברורות כי בהלוואה כזו זכאי הלווה להקדים את הפירעון, יתרום להבהרת הדין.⁷⁹

יש קודקסים המטמיכים את בית המשפט לתת ללווה ארכת-חסד או להתיר לו לחלק את הפירעון לכמה תשלומים.⁸⁰ אינני סבור שיש מקום לקבוע הסמכה כזו

76 ראו סעיף 13 לפקודת הבנקאות, 1941, כפי שהוחלף בשנת תשמ"א (סעיף 37(ז) לחוק הבנקאות (רישוי), התשמ"א-1981) וחוקן בשנת תש"ן (ס"ח, 119); צו הבנקאות (עמלת פירעון מוקדם), התשמ"ב-1981; חוק הבנקאות (עמלת פירעון מוקדם) (הוראת שעה) התשנ"ג-1993. ראו גם בג"צ 3627/90 בראשי ג' נגיד בנק ישראל, פ"ד (1) 109; ויגורט ומדינה, הערה 69 לעיל, בעמ' 109-110.

77 ראו סעיף 13 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967 וסעיף 24 להצעה החדשה לחוק המשכון (דברי המסביר, הערה 7 לעיל, בעמ' 265). על הוראה זו, ראו באופן כללי יהושע ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 251-286 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת גד שדסקי, תשל"ה).

ראו גם סעיף 88 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 וסעיף 763 להצעת הקודקס האזרחי. 78 ראו, למשל, ההסדר המפורט שקובע סעיף 489 ל-BGB הגרמני. הסדר זה מבחין בין הלוואה בריבית קבועה להלוואה בריבית משתנה ובין הלוואה צרכנית להלוואות אחרות. להוציא חריגים, ההסדר הוא קוגנטי לסובת הלווה. סעיף 2396 לקודקס האזרחי המקסיקני מתיר לפרוע הלוואה בריבית העולה על הריבית הסטטוטורית (9% לשנה לפי סעיף 2395 לאותו קוד) כעבור שישה חודשים מכריזת החוזה, תהא התקופה המוסכמת אשר תהיה, תוך מתן הודעה של חודשים מראש ותשלום הריבית שהצטברה עד אז.

79 סעיף 488(3) ל-BGB הגרמני וסעיף 807 סיפא לקודקס האזרחי היווני מורים שבהלוואה ללא ריבית זכאי הלווה להקדים את הפירעון אף ללא הודעה מוקדמת ללווה. ראו גם סעיף 591(2) לקודקס האזרחי היפני.

80 ראו, למשל, סעיף 652 לקודקס האזרחי האיראני.

בקודקס, משום שיש בה משום התערבות יתרה בחופש החוזים ובתוקפו המתייב של החוזה. אולם, גם ללא הסמכה כזו, במקרים מסוימים התוצאה במשפטנו עשויה להיות דומה לפי דיני ההוצאה לפועל (ובמקרים קיצוניים ביותר אולי גם מכוח הכלל הדורש לממש זכויות חוזיות בדרך מקובלת ובתום לב).⁸¹ יש קודקסים המתייחסים גם למשמעותה של הסכמה שלפיה הלווה יפרע את ההלוואה כשהיו לו האמצעים לכך, וקובעים שבמקרה כזה בית המשפט מוסמך לקצוב את תקופת ההלוואה בהתאם לגסיבות.⁸²

2. ריבית. הלוואות נחלקות להלוואות-חינם, שבהן המלווה אמור לקבל את הסכום שהלווה ותו-לא, ולהלוואות בתמורה. בדומה לחוזים העוסקים בהשאלה, במתנה ובערבות-חינם, בהלוואות-חינם הלווה נהנה מטובת-הנאה (בענייננו, ההגאה מהכסף או מהנכסים הנחלפים שלוה) מבלי לתת תמורה בעד הנאה זו. לעומת זאת, בהלוואות בתמורה הלווה נותן תמורה בעד הנאות, בין אם בתשלום ריבית נוסף על השבת הקרן (אם מדובר בהלוואה כספית) ובין אם בתשלום נפרד, הצלווה להתחלת נכסים דומים לאלה שלוה (בהלוואה נכסים). קיומו או היעדרו של חיוב לשלם ריבית קובע אפוא את סיווג החוזה כתווה חינם או כתווה בתמורה, ומהווה שיקול מרכזי בבחינת הכדאיות של החוזה מבחינת שני הצדדים. יש לשקול את האפשרות לקבוע כלל דיספוזיטיבי שלפיו חוזה הלוואה שלא נאמר בו דבר לגבי תשלום ריבית הוא חוזה חינם,⁸³ או כלל הפוך, שלפיו בכפוף להסכמה נוגדת על הלווה לשלם ריבית;⁸⁴ ואפשר כמובן להימנע מקביעת הנחה כלשהי לכאן או לכאן. למרות שמן הסתם רוב ההלוואות (ובוודאי רוב ההלוואות שסכסוכים לגביהן מגיעים לבירור משפטי) נושאות ריבית, דומה שיש להעדיף כלל דיספוזיטיבי שלפיו הלוואה אינה נושאת ריבית וזאת אם הוסכם על כך.

81 ראו סעיפים 7א (בקשת חייב לצו תשלומים), 69 (תשלום בשיעורים), 1281 (אופן הוצאה לפועל של משכנתה או משכון לגבי דירת מגורים) לחוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז-1967. שני הסעיפים הראשונים עניינם פריסה של פירעון חובות, והסעיף השלישי שולל מימוש משכנתה על דירת מגורים כל עוד לא חלפו שישה חודשי איחור בפירעון ההלוואה. ראו גם דוד בריאפיר, הוצאה לפועל - הליכים וחלכות 63 (מהדורה שנייה, תשמ"ה).

82 ראו סעיפים 1901 לקוד סיביל הצרפתי ו-1817 סיפא לקודקס האזרחי האיטלקי. לעומת זאת, סעיף 2919 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה קובע שבמקרה כזה תיפרע ההלוואה רק כשיעמרו לרשות הלווה האמצעים הדרושים.

83 כך, למשל, סעיף 313 רישא לקודקס החיובים השוויצרי קובע שהלוואה לא מסתרת אינה נושאת ריבית אלא אם כן הוסכם אחרת. סעיף 1956 לקודקס האזרחי הפיליפיני קובע שאין המלווה זכאי לריבית אלא אם כן הדבר התנה מפורשות ובכתב. אף הקוד סיביל הצרפתי דורש בסעיף 1907 שהסכמה על שיעור הריבית תהיה בכתב.

84 ראו, למשל, סעיף 1815 לקודקס האזרחי האיטלקי וסעיף 2330 לקודקס האזרחי של קוויבק. סעיף 313 סיפא לקודקס החיובים השוויצרי קובע כלל זה לגבי הלוואות מסתירות בלבד.

כלל כזה לא ישקף את העדפת הצדדים ברוב חוזי ההלוואה המסחריים והצרכניים (אין הוא "דין חקיין").⁸⁵ אולם, מאחר שרוב המלווים בריבית עושים זאת דרך עיסוק, יעיל והוגן להמריץ אותם להבהיר ללווה שעליו לשלם ריבית – דבר שיושג על ידי התניה מפורשת על הכלל הדיספוזיטיבי שלפיו אין הלווה חייב בריבית (בבחינת "הוראת השלמה עונשית").⁸⁶ בין אם ייקבע כלל דיספוזיטיבי לגבי קיומו או היעדרו של חיוב לשלם ריבית ובין אם לאו, מן הראוי לקבוע בקודקס האזרחי כללים שיסדירו לפחות מקצת השאלות המתעוררות בחוזים שבהם חל חיוב בריבית, כגון מהו מועד הפירעון של הריבית⁸⁷ וכיצד היא תחושב.⁸⁸ כמו כן יש מקום לשקול כלל דיספוזיטיבי לגבי קיומה או היעדרה של הצמדה בתקופה החוזית,⁸⁹ תוך הבחנה אפשרית בין חוזים קצרי-טווח לחוזים ארוכי-טווח ובין טיפוסים שונים של לוויים ומלווים.

בדין הנוהג, ההסדרה החקוקה של הריבית המרבית שניתן לגבות בסוגים שונים של הלוואות איננה שיטתית ואינה מקיפה. כך, למשל, צו הריבית קובע ריבית מקסימלית בהלוואות צמודות מדר, חוק הלוואות לדיור קובע ריבית מרבית

85 ראו פרוקצ'יה, הערה 67 לעיל, שם.

86 על השימוש בהוראת השלמה עונשית כאמצעי לפתרון של בעיות מידע ראו, באופן כללי, Gertner & Ayres, הערה 67 לעיל. ליישום רעיון זה בהקשר של העברת מידע על תוכנם של כללים משפטיים ראו איל זמיר, "אחריות הקבלן כשומר – שיקולי מדיניות", עיוני משפט י' 95, 112–114 (תשנ"ב).

87 ראו, למשל, סעיפים 2488 (2) ו-609 ל-BGB הגרמני.

88 השווה, למשל, סעיף 1815 לקודקס האזרחי האיטלקי, המורה שבהיעדר הסכמה על שיעור הריבית תשולם ריבית כשיעור הסטטוטורי הקבוע בסעיף 1284 (או מכוחו, בידי שר האוצר). סעיף 314 רישא לקודקס החיובים השווייצרי מורה שבהיעדר הסכמה על שיעור הריבית, על הלווה לשלם ריבית כשיעור המקובל בהלוואות מאותו סוג במקום ובמועד שבו ניתנה ההלוואה. הסעיף מוסיף וקובע, שבהיעדר הסכמה אחרת רואים את הריבית המוסכמת כריבית שנתית. אותו סעיף שולל הסכמה על ריבית דריבית, להוציא בתחומים מסחריים שבהם הדבר מקובל. הקוד האזרחי הפיליפיני כולל הוראות לגבי אופן החישוב של הריבית (סעיף 1959: כלל דיספוזיטיבי שלפיו הריבית עצמה אינה נושאת ריבית) ומשמעותה של "ריבית" האמורה להיות משולמת בנכסים (סעיף 1958). סעיף 2397 לקודקס האזרחי המקסיקני שולל לחלוטין ריבית דריבית. ישנם קודקסים הכוללים הוראות מיוחדות ביחס לריבית ששולמה בטעות; ראו, למשל, סעיף 1906 לקוד סיביל הצרפתי וסעיף 1960 לקודקס האזרחי הפיליפיני. אף בהנחה שאין אסורים על ריבית דריבית יש לשקול הוראה דיספוזיטיבית (ואולי אף קוגנטית) לגבי התזירות שבה נוספת הריבית שהצטברה לסכום הנושא ריבית. על סוגיה זו ראו ויגרוס ומדינה, הערה 69 לעיל, בעמ' 25–29; ויגרוס, הערה 69 לעיל, בעמ' 151–174.

89 סעיפים 1895 לקוד סיביל הצרפתי, 2329 לקודקס האזרחי של קוויבק ו-2913 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה קובעים הגנת מוצא נומינליסטית; לעומתם, סעיף 988 לקודקס האזרחי האוסטרי קובע חובת פירעון בערכים ריאליים.

בהלוואות לדיור וחוק הלוואות חוץ-בנקאיות קובע תקרת ריבית להלוואה שנותן מלווה שאינו תאגיד בנקאי ללווה שאינו תאגיד.⁹⁰ חקיקה זו אינה חלה על הלוואות רבות. היה רצוי לבחון את הנושא ולהסדירו בצורה כללית, שיטתית והגיונית יותר.⁹¹ גם אם ייעשה הדבר, מן הסתם ייוותר עיקרה של חקיקה זו מחוץ לקודקס האזרחי, ולכל היותר תימצא הפניה אליה מתוך הקודקס, כפי שנעשה בחלק מהקודקסים הזרים.⁹² יש קודקסים המסמיכים את בית המשפט להפחית את הריבית בנסיבות הדומות לעושה (סעיף 18 לחוק החוזים הכללי, סעיף 180 להצעת הקודקס האזרחי),⁹³ אולם דומה שבמשפטנו די בהסדר הקבוע בחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות ובדוקטרינות הכלליות של דיני החוזים.

3. צורת החוזה והעברת מידע ללווה על תוכנו. שיטות משפט שונות קובעות שחיי הלוואה, או לפחות חווי הלוואה צרכניים, חייבים להיעשות בכתב ולכלול שורה לא קצרה של פרטים על התוכן של חיוכי הצדדים וחוביותיהם.⁹⁴ חיוכים אלה מיועדים להעביר ללווה מידע מפורט וברור ככל האפשר על תנאי ההלוואה לפני שהוא מתקשר בחוזה, ולמנוע במידת האפשר חילוקי-דעות בדיעבד לגבי תוכנו. במשפט הישראלי מצויות הוראות כאלה בסעיפים 2-4 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, בתקנות הגנת הצרכן (פרטי חוזה הלוואה שאינה הלוואה

90 ראו חוק הריבית, תש"ז-1957; צו הריבית (קביעת שיעור הריבית המכסימלי), תש"ל-1970; חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, התשנ"ג-1993; חוק הלוואות לדיור, התשנ"ב-1992. לניתוח מערכת דינים מסועפת זו ראו וינרוט, הערה 69 לעיל.

91 ראו גם סיני דויטש, "יחסי בנק-לקוח - אספקטים חוזיים וצרכניים", בתוך ספר זימרון לגד טרסקי, הערה 5 לעיל, בעמ' 163, 199-201.

92 ראו, למשל, סעיף 1907 לקוד סיביל הצרפתי; סעיפים 1957 ו-1961 לקודקס האזרחי הפיליפיני. הקודקס האזרחי של לואיזיאנה קובע בסעיף 2924 הוראות מפורטות למדי לגבי שיעור הריבית, לרבות ריבית מרבית, אולם הוראות אלה חלות בכפוף לחקיקה שמתוך לקודקס העוסקת באשראי צרכני, ואין הן חלות כלל על הלוואות מסחריות.

93 ראו, למשל, סעיף 2395 לקודקס האזרחי המקסיקני. סעיף 2332 לקודקס האזרחי של קוויבק כולל הסמכה רחבה עוד יותר, לשנות כל תנאי מתנאי החוזה כדי למנוע חוזה שתנאיו גרועים במידה בלתי-סבירה (lésion).

94 במשפט האמריקני ראו החוק הפדרלי Truth in Lending Act, 1968. על חוק זה ראו, למשל, William Sterling Robbins, Jr., "Consumer Credit: Disclosure Requirements Under the Federal Truth in Lending Act," 22 Washburn L.J. 564 (1983); Edward L. Rubin, "Legislative Methodology: Some Lessons from the Truth-in-Lending Act," 80 Geo. L.J. 233 (1991); William C. Whitford, "The Functions of Disclosure Regulation in Consumer Transactions," 1973 Wis. L. Rev. 400 (1973). במשפט הגרמני ראו סעיפים 492 ו-494 ל-BGB (סעיף 493 קובע כללים מיוחדים לגבי מסירת מידע על ידי בנק ללקוח כשהלוואה ניתנת בצורת הרשאה למשיכת-יתר מחשבון עובר ושכ).

בנקאית), התש"ן-1989,⁹⁵ ובכללים שקבע נגיד בנק ישראל מכוח סעיף 5 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח). מבחינות מסוימות, הכללים שקבע נגיד בנק ישראל פחות קפדניים ומחמירים מהכללים שקבע המחוקק ביחס להלוואות חוץ-בנקאיות.⁹⁶ בנושא זה יש מקום לקבוע הסדר כללי – אף אם פחות מפורט וטכני – בקודקס האזרחי. כמו חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, ראוי שהסדר זה יבחין בין מי שעיסוקו במתן הלוואות לבין מלווה אקראי,⁹⁷ וכמו באותו חוק (ובניגוד לתקנות הגנת הצרכן הנזכרות לעיל), ראוי שהסדר לא יחול לא רק על הלוואות צרכניות.⁹⁸

4. תניות האצת. תניות האצת הן תניות המאפשרות למלווה (או לנותן אשראי) לתבוע פירעון מיידי של יתרת חובו של המלווה (או של מקבל האשראי) בגין אי-תשלום או בגין איחור בתשלום של אחד או יותר מהתשלומים העתיים (ולעיתים אף בגין אירועים נוספים, לפי שיקול דעתו של המלווה). תניות אלה משרתות את האינטרס הלגיטימי של המלווה שלא להגיש תביעות נפרדות כמספר

95 לא ברור מדוע לא בוטלו תקנות אלה במקביל לחקיקתו של חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, ולא ברור מהי ההצדקה להבדלים הזעירים בין ההסדרים הקבועים בשני החיקוקים האלה (ולמשל, בעוד שלפי תקנה 9(3) לתקנות הגנת הצרכן, על המלווה לציין בחוזה האם יש אפשרות של פירעון מוקדם של ההלוואה ומתם תנאיו, אין תובה כזו בחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות). זכויות המלווה לפי כל אחד משני החיקוקים אינן גורעות מוכיותיו לפי החיקוק האחר. על חובות הגילוי לפי שני חיקוקים אלה ראו, באופן כללי, ויגרוס ומדינה, הערה 69 לעיל, בעמ' 129–131.

96 השוו, למשל, סעיף 3(ב) לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות וכלל 15 לכללי הבנקאות (שירות ללקוח) (גילוי נאות ומסירת מסמכים), התשנ"ב-1992, לענין היקף הפרטים שעל המלווה לגלות בחוזה ההלוואה. בעוד שסעיף 3(ב)(11) מחייב את המלווה החוץ-בנקאי לפרט בחוזה את ריבית הפיגורים, אין חובה כזו בכלל 15 הנזכר לעיל, ואף ההתייחסות בכלל 17 לאותם כללים איננה ממלאת את החסר. אף הדרישה לפרט את הצעדים שהמלווה זכאי לנקוט בשל פיגור בתשלום, החלה על הלוואות חוץ-בנקאיות לפי סעיף 3(ב)(10), איננה מצויה בכללים העולים על בנקים. לסקירה כללית של חובות הגילוי המוטלות על הבנקים בנושא הלוואות ראו ויגרוס ומדינה, הערה 69 לעיל, בעמ' 119–129.

97 בניגוד למלווה מסחרי, מלווה אקראי אינו נהנה מעדיפות מסשית על המלווה מבחינת ידע ומומחיות. בעוד שמלווה מסחרי יכול לסגל לעצמו נהלי-עבודה שיפחיתו מאוד את העלויות של עמידה בחובות צורניות ובחובות של העברת מידע ללווים – העלות של קיום חובות אלה בידי לווה אקראי עשויה להיות פרוהיביטיבית.

98 חלק מהוראותיו של חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות חל רק על מלווה דרך עיסוק, וחלקן גם על מלווה אקראי (ראו סעיף 15(א)). החוק אמנם אינו חל על לווה שהוא תאגיד (ראו הגדרת "לווה" בסעיף 1), אך הוא חל על הלוואות למטרות עסקיות ולא רק על הלוואות למטרות אישיות, ביתיות או משפחתיות (ראו הגדרת "צרכן" בחוק הגנת הצרכן).

התשלומים שלגביהם מפר הלווה את חיובו.⁹⁹ בד בבד, הן פותחות פתח לפגיעה קשה בלווה, שמן הסתם אינו מסוגל לפרוע את מלוא ההלוואה כבת-אחת. הגבלות מסוימות על תוקפן של תניות האצה מצויות בסעיף 7 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות, בסעיף 12 לחוק הגנת הצרכן ובתקנות שהוצאו מכוחו של האחרון.¹⁰⁰ כיום אין הגבלות חקיקתיות על תוקפן של תניות האצה בחוץ ההלוואה של הבנקים. התחשבות במכלול האינטרסים של הצדדים ובמכלול שיקולי המדיניות הרלבנטיים איננה מובילה למסקנה שיש לשלול לחלוטין את תוקפן של תניות האצה. אולם, ברוח ההסדרים שבחקיקה הנזכרת וכפי שנעשה אף בקודקסים זרים,¹⁰¹ יש מקום להטיל מגבלות וסייגים על תוקפן של תניות האצה. כך, למשל, אפשר להגביל את כוחן של תניות האצה בהתחשב במספר התשלומים שבהם חל איחור בתשלום, בתקופת האיחור, בשיעורם של הסכומים שלא נפרעו במועדם מסך כל ההלוואה ובאופי החוזה (פרטי, מסחרי או צרכני). כמו במקרים אחרים, אין מקום להסתפק בתחולה הבלתי-יורדת של עקרונות ודוקטרינות כלליים כמו מבחן הקיפוח שבחוק החוזים האחדים, החובה להשתמש בזכויות חוזיות בדרך מקובלת ובתום לב, או חובות האמון המוטלות על בנקים כלפי לקוחותיהם.¹⁰²

99 אף כאשר מתקיימת הפרה צפויה של חיובי התשלום העתידיים, בהיעדר תניית האצה המלווה יוכל אמנם לקבל צו אכיפה גם לגבי התשלומים העתידיים, אולם הצו יורה ללווה לפרוע כל אחד מהתשלומים במועדו המקורי (ראו סעיף 572 להצעת הקודקס האזרחי, המבוסס על סעיף 17 לחוק התרופות). משמע, שהמלווה יאלץ לפנות להוצאה לפועל ביחס לכל תשלום בנפרד, או להמתין עד שתצטרבנה הפרות של חיובים אחדים.

100 תקנה 4 לתקנות הגנת הצרכן (מכירות באשראי, מכירה מיוחדת ועסקה ברכילות), התשמ"ג-1983.

101 ראו, למשל, סעיף 498 ל-BGB הגרמני, החל על הלוואות צרכניות.

102 כפי שניתן לצפות, ההסתמכות על עקרונות כלליים אלה הובילה במקרים שונים לתוצאות שונות, תוך פגיעה בוודאות המשפטית. בע"א 57/89 בנק הפועלים בע"מ, סניף עומר ג' מכבישים הדרום בע"מ, פ"ד מה(3) 182 נזכר ניסיון כושל להעלות טענת קיפוח בחוזה אחד ביחס לתניית האצה בערכאה הראשונה (שם, בעמ' 184), והתקבל הערעור על פסיקתו של בית המשפט המחוזי שלפיה ההסתמכות על התניה כאותו מקרה לקתה בתוסר תום לב. בה"פ (י"ם) 627/01 צ'צב ג' בנק לאומי למשכנתאות בע"מ (לא פורסם, 23.7.2003) נדחו טענות בדבר קיפוח בחוזה אחד (משום שלא נטענו כראוי) וחוסר תום לב בהסתמכות של הבנק על תניית האצה, תוך הדגשת החשיבות של שמירה על יציבות המערכת הבנקאית והאינטרס הציבורי שלא להעמיס על הבנקים הוצאות יתרות שתגולגלנה על שכמם הלקוחות. גם בת"א (ת"א) 1641/91 ד.ש.ל. השקעות ויעוץ ג' בנק לאומי (לא פורסם, 30.6.1992) נדחו טענות קיפוח בחוזה אחד, בין היתר ביחס לתניות האצה בחוזה הלוואה בנקאי, בנימוק שהן לא נטענו כראוי. על אי-הצלחה של הניסיונות לפקח על תניות בחוזים בנקאיים באמצעות חוק החוזים האחדים ראו גם דויטש, הערה 91 לעיל, בעמ' 174-183. מנגד, בת"א (י"ם) 2178/00 בנק דיסקונט לישראל בע"מ ג' מאסי פיתוח ובניה

תניה רווחת נוספת בחוזי הלוואה, החלה במקרה של איתור בפירעון, עניינה ריבית פיגורים. תניה כזו כפופה לפיקוח של בית המשפט לפי הכלל החל על פיצויים מוסכמים,¹⁰³ אולם יש מקום לשקול הסדר ספציפי וקונקרטי יותר (ולכן גם ודאי יותר) שיחול על חוזי הלוואה.¹⁰⁴

5. הלוואת נכסים. חוזה הלוואה יכול להתייחס לא רק לכסף אלא לכל נכס נתון שהוא. במקרה כזה, על הלווה להחזיר נכסים דומים לנכסים שקיבל מבחינת סוגם,

(1994) בע"מ (לא פורסם, 13.7.2003), (בפסקה 30 לפסק הדין), שעסק בחחה לליזוי פיגוסי של פרויקט בנייה, נפסק כי החובות החלות על בנק בשל מעמדו המיוחד "כוללות גם הימנעות מפעולה חד צדדית המעמידה את החוב לפירעון מידי ואסורות על ניצול כוח ללא אינטרס מוצדק". דרישה לפירעון מידי של הלוואה חייבת להתבסס על בסיס אובייקטיבי ועליה להיות סבירה ותואמת את הנהגים הבנקאיים המקובלים. בת"א (ת"א) 803/88 אלקטרו בסיס בע"מ נ' הבנק הבינלאומי לישראל (לא פורסם, 14.7.1988) בפסק שאמור לבנק לדרוש פירעון מידי של הלוואה באורח קפריזי וללא בסיס הולם. בה"פ (חי) 1620/95 מעיינות הגליל המערבי סחר בע"מ נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (לא פורסם, 13.8.1998) ובת"א (י"ם) 1302/98 בנק פועלי אגודה ישראל בע"מ נ' ירושלים תור חיפה 95 בע"מ (בפירוק) (לא פורסם, 20.3.2003), בפסקה 12 לפסק הדין, סמכו בתי המשפט את ירידם על אותה פסיקה, אך פסקו שבנסיבות המקרה פעלו הבנקים כראוי. ראו גם וינרוט ומדינה, הערה 69 לעיל, בעמ' 139-140. על הקשיים והמחלוקות שעוררה הפסיקה האמריקנית שהשתמשה בעיקרון תום הלב ביחסי מלווה-לווה בכלל ובהקשר של תניות האצה בפרט (על רקע סעיף 1-208 ל-Uniform Commercial Code, המחייב להפעיל תניות המעניקות כוח בלתימסויג להאיץ תיובים בתום לב), ראו למשל, Jill Pride Anderson, "Lender Liability For Breach of the Obligation of Good Faith Performance," 36 Emory L.J. 917, 939-944 (1987); Mark Snyderman, "What's So Good About Good Faith? The Good Faith Performance Obligation in Commercial Lending," 55 U. Chi. L. Rev. 1335 (1988); Dennis M. Patterson, "Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code," 68 Tex. L. Rev. 169 (1989); R. Wilson Freyermuth, "Enforcement of Acceleration Provisions and the Rhetoric of Good Faith," 1998 B.Y.U.L. Rev. 1035 (1998); Paul Matthew Jones, "Good Faith Theories of Lender Liability," 48 La. L. Rev. 1181 (1988).

103 לפי סעיף 15(א) סיפא לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חובה), תשל"א-1970 (להלן: "תק התרופות") (סעיף 369א) להצעת הקונקס האזרחי, בית המשפט מוסמך להפחית פיצויים מוסכמים אם מצא שהם נקבעו ללא כל יחס סביר לנוק שניתן היה לצפותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. הגם שריבית פיגורים נקובה באחוזים ולא בסכומי כסף, מבחינה מהותית היא נועדה לפצות את המלווה בשל הפרת הלווה, ולכן הכלל האמור חל עליה. ראו ע"א 18/89 חשל הברה למסחר תאמנות בע"מ נ' פרידמן, פ"ד (מו"5) 257, 262-263.

104 קיימות בדין הנוהג הנבלות על שיעורה של ריבית פיגורים בסעיף 2 לצו הריבית (קביעת שיעור הריבית המכסימלי). ובסעיף 6 לחוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות: אולם תחולתן של הוראות אלה מוגבלת למדי ואין הן מסדירות את הנושא באורח שיטתי. ראו גם וינרוט, הערה 69 לעיל, בעמ' 129-135, 197-198.

איכותם וכמותם.¹⁰⁵ על פי רוב, הקודקסים האירופיים דנים בהלוואות כסף ובהלוואות נכסים בנשימה אחת, תוך קביעת הוראות מיוחדות לאחד משני הסוגים במקרים שבהם הדבר נדרש. יוצא־דופן מבחינה זו הוא ה-BGB הגרמני, כפי שתוקן בשנת 2002, המקדיש לכל אחד משני הסוגים פרק נפרד. במציאות המודרנית, העסקה השכיחה והחשובה יותר מבחינה כלכלית ותברתית היא ללא ספק הלוואת כסף, ולכן יש לנסח את פרק ההלוואה תוך מתן תשומת־לב מיוחדת לסוג זה של הלוואה. עם זאת, במסגרת פרק ההלוואה ראוי לספל גם בהלוואות נכסים. בהלוואה הבעלות בנכסים עוברת ללווה והוא הנושא בסיכון של אבדנם.¹⁰⁶ הכללים בנושא העברת הבעלות והעברת הסיכון התלים בתמי מכר וחליפין ראויים עקרונית לתול גם על הלוואה.¹⁰⁷ ראוי לקבוע הוראות לגבי אחריות המלווה להתאמת הנכסים שאותם הוא מלווה, תוך הבחנה בין הלוואות־חינם להלוואה הנושאת ריבית.¹⁰⁸ כללים אלה צריכים לעלות בקנה אחד עם חובי התאמה של המוכר ושל נותן המתנה.¹⁰⁹ ניתן לשקול את קביעתו של הכלל המצוי בכמה קודקסים, ולפיו

105 השו" סעיף 1607 (1807) ל-BGB הגרמני; סעיף 1892 לקוד סיביל הצרפתי; סעיף 1813 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיף 992 לקודקס האזרחי האוסטרי; סעיף 2329 לקודקס האזרחי של קוויבק; סעיף 587 לקודקס האזרחי היפני; סעיף 648 לקודקס האזרחי האיראני. ישנם קודקסים הקובעים שאם השבת נכסים דומים נהפכה בלתי־אפשרית, על הלווה לשלם את שוריים במועד (ובמקום) שבו היה עליו להשיבם. ראו, למשל, סעיף 1903 לקוד סיביל הצרפתי; סעיף 2921 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה; סעיף 1818 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיף 592 לקודקס האזרחי היפני. קודקסים אחרים מודים שבמקרה כזה ייקבע השווי לפי המועד והמקום שבו ניתנה ההלוואה (ראו, למשל, סעיף 2388 לקודקס האזרחי המקסיקני; סעיף 1955 לקודקס האזרחי הפיליפיני). אם תהיה התייחסות לשאלה זו בקודקס, נראה שהכלל הראשון עדיף, בין היתר משום שהוא מתיישב טוב יותר עם הכלל שלפיו על הלווה להחזיר נכסים דומים בכמותם, בסוגם ובאיכותם גם אם חל שינוי בשוויים מאז קבלת ההלוואה (ראו הערה 110 להלן והשקטם הסמוך לה).

106 השו" סעיף 1893 לקוד סיביל הצרפתי; סעיף 2327 לקודקס האזרחי של קוויבק (הבעלות והסיכון עוברים ללווה עם מסירת הנכסים לידיו); סעיף 2911 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה; סעיף 1814 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיף 649 לקודקס האזרחי האיראני (הסיכון של אבדן הנכסים אחרי מסירתם לידי הלווה מוטל עליו).

107 ראו סעיפים 217 ו-228 להצעת הקודקס האזרחי.

108 הבחנה כזו מצויה, למשל, בסעיף 590 לקודקס האזרחי היפני ובסעיף 1821 לקודקס האזרחי האיטלקי. הוראות בנושא אחריות לפגמים בנכסים מצויות בקודקסים נוספים; ראו, למשל, סעיף 1898 לקוד סיביל הצרפתי; סעיף 2328 לקודקס האזרחי של קוויבק; סעיף 2390 לקודקס האזרחי המקסיקני.

109 ראו סעיפים 218-226, 236-237 להצעת הקודקס האזרחי.

החויב להחזיר נכסים דומים אינו מושפע מעלייה או מירידה בערך השוק שלהם.¹¹⁰
יש לשקול גם את הצורך בכללים לגבי מקום המסירה וההשבה של הנכסים.¹¹¹

4. נוכח נפקד: הסכם ממון

הפרק ה-11 בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" עוסק בהסכם יחסי ממון בין בני-זוג. פרק זה מחזיק סעיף יחיד המגדיר "הסכם ממון" כ"הסכם בין בני זוג המסדיר יחסי ממון שביניהם", ומורה שיחולו עליו ההוראות של חוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973. מדוע נכלל פרק זה – שאפילו המינוח שלו אינו תואם את המינוח המקובל בחלק-המשנה הנוכחי ("הסכם" לעומת "חוזה") – בהצעת הקודקס האזרחי? מבחינה מהותית, סעיף 435 אינו משנה במאומה את המצב המשפטי שהיה מתקיים בלעדיו: ההגדרה של הסכם ממון מצויה ממילא בסעיף 1 לחוק יחסי ממון, והתחולה של אותו חוק על הסכם זה נובעת ישירות מאותו חוק. מדברי ההסבר ניתן ללמוד שתכלית הסעיף להבהיר כי הוראות הקודקס האזרחי יחולו על הסכם ממון בשינויים המחויבים ובכל שאין בחוק יחסי ממון הוראה מיוחדת אחרת.¹¹² הסבר זה אינו משכנע משום שהבהרה זו אינה נחוצה. קיימים אינספור חוזים נוספים כגון מסמכי התאגדות של חברה, הסכמי פשרה, הסכמי גירושין, חוזה עבודה וחוזי בוררות, שדיני הפעולות המשפטיות, החיובים והחוזים שבקודקס האזרחי יחולו עליהם (בכפוף לדינים מיוחדים, חקוקים ושאינם חקוקים), ללא צורך בהוראת הפניה שכזו.¹¹³ אי-ההסדרה של יחסי הממון בין בני-זוג בקודקס המוצע קשורה, מן הסתם, לכך שרוב דיני המשפחה נותרו מחוצה לו. דיון בנושא זה חורג מענייננו.¹¹⁴

110 ראו, למשל, סעיף 1897 לקוד סיביל הצרפתי; סעיף 992 לקודקס האזרחי האוסטרי (אותו קודקס קובע בסעיף 988 כלל של השבה בערכים ריאליים כשמדובר בהלוואת כסף); סעיף 2329 לקודקס האזרחי של קוריבקי; סעיף 1955 לקודקס האזרחי הפיליפיני; סעיף 650 לקודקס האזרחי האיראני.

111 השווה, למשל, סעיפים 2386-2387 לקודקס האזרחי המקסיקני; סעיף 2920 לקודקס האזרחי של לואיזיאנה.

112 ראו דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 158.

113 הוראה דומה, ומבחינות מסוימות תמוהה אף יותר, מצויה בסעיף 497 להצעת הקודקס האזרחי. סעיף זה מהווה את הפרק השלישי בחלק-המשנה על חיובים בלתי-רצוניים, וכל-כחלו הגדרה של חיוב המזונות, ללא מרכיב אופרטיבי כלשהו. ההסבר שניתן לסעיף זה דומה מאוד להסבר שניתן לקיומו של סעיף 435 (דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 191) והוא בעייתי באותה מידה.

114 ראו ידן, הערה 56 לעיל, בעמ' 508; דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 30-31.

5. נפקדים נוכחים

ישנן שתי קבוצות של חוזים ששמותיהם אינם מופיעים ברשימת הפרקים שבחלקי המשנה "חוזים מיוחדים", ובכל זאת יש להם הסדר – או לפחות התייחסות – בהצעת הקודקס האזרחי. הקבוצה הראשונה כוללת חוזים הדומים במידה זו או אחרת לחוזים המוסדרים בפרקי המשנה הנוכחי, אך בהיעדר הצדקה לקביעת הסדרים מפורטים לגביהם, מחילים עליהם בשינויים המחויבים או באורח מסויג הוראות העוסקות בחוזים אחרים. כך, פרק המכר חל בשינויים המחויבים גם על חליפין,¹¹⁵ פרק המתנה חל בשינויים המחויבים על חוזים לביצוע מלאכה ללא תמורה ועל חוזי חינם אחרים,¹¹⁶ וחלק מההוראות של פרק הערבות חלות על התחייבות עצמאית לשיפוי או "ערבות אוטונומית".¹¹⁷ בשלושה מקרים אלה אכן לא היה מקום לייחד לסעיף יחיד, הקובע תחולה בשינויים המחויבים או תחולה מסויגת של הוראות כלשהן על עסקה אחרת, פרק משלו.

אגב השאלה אם להקדיש פרק נפרד לחוזה מיוחד זה או אחר, קשה להבין מדוע בפרק השלישי – שכותרתו "החזה קבלנות וחזה שירות" – הוכללו שני סוגי חוזים נבדלים, שהקשר ביניהם מוגבל ומכל מקום קטן יותר, למשל, מהקשר בין חוזה קבלנות לחזה מכר.¹¹⁸ המלאכותיות שבקיבוץ שני חוזים אלה לפרק אחד בולטת כבר בכותרת הפרק, שהיא היחידה המתייחסת לשני סוגי חוזים; אותה מלאכותיות באה לידי ביטוי בגוף הפרק, שאינו כלל ולו תראה אתה החלה מעצמה על שני סוגי החוזים (בניגוד לחלוקה לסימנים בפרקים על מכר, ערבות וביטוח, הכוללים הוראות רבות החלות על כל סוגי החוזים הצדונים באותו פרק).

ארבעה חוזים נוספים שלא הוקדש להם פרק בחלקי המשנה הנוכחי, אך למעשה יש להם הסדר בקודקס המוצע, הם שליתות, שמירה, משכון ונאמנות.

115 סעיף 208 להצעת הקודקס האזרחי.

116 סעיף 230 להצעת הקודקס האזרחי.

117 סעיף 315 להצעת הקודקס האזרחי. ניסוחו של סעיף זה משונה במקצת. הסעיף קובע: "הוראות פרק זה, למעט סעיפים 314... לא יחולו על התחייבות עצמאית של אדם לשפות גרשה בשל אי קיום חיובו של חייב כלפי הגרשה"; כלומר: הקביעה אלו הוראות תחולנה על התחייבות עצמאית לשיפוי אינה מפורשת בסעיף אלא רק משתמעת ממנו (השווה לסעיף 16 לחוק הערבות, תשכ"ז-1967).

118 מבחינות רבות, חוזים לבניית בית או לשיפוץ מנוע, למשל, קרובים יותר למכר של בית (במיוחד אם על המוכר לבנותו) או של מנוע, מאשר לחוזים לטיפול רפואי או לייצוג משפטי, למשל. כמו חוזי מכר ובניגוד לחוזי שירות, במרכוסם של חוזי קבלנות עומדים חיובי תוצאה ולא חיובי השתדלות, וחלים בהם דיני ההתאמה. כמו חוזי מכר ובניגוד לרבים מחוזי השירות, חוזי קבלנות מתייחסים בדרך כלל לנכסים. כמו חוזי מכר ובניגוד לרבים מחוזי השירות, ברגיל לא נדרש בהם קיום אישי, יחסי-האמון בין הצדדים פחותים וכן הלאה. ראו זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 33-36, 53-55, 71-75; זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 100, 104-105.

הגם שארבעה אלה הם גם חוזים או יכולים להיות חוזים (וברוב המקרים אכן נוצרים ומוסדרים בחוזה), הם גדונים בחלקים אחרים של הצעת הקודקס: השליחות גדונה בחלק על פעולות משפטיות (סעיפים 99–113); השמירה – בפרק על "חובים אחרים" (סעיפים 498–510); המשכון והנאמנות – בחלק הנכסים (סעיפים 628–668 ו-679–710, בהתאמה). בהקשר זה יש להעיר כי ההסדרה הייחודית של חוזה המשכון ויצירת הנאמנות בפרק הנכסים – ללא כל התייחסות אליהם בפרק החוזים המיוחדים – שונה מההסדר שנקבע לגבי שכירות ולגבי שאילה, שהיבטיהן החוזיים מוסדרים בחלק-המשנה על חוזים מיוחדים שבחלק החובים, והיבטיהן הקנייניים מוסדרים בחלק-המשנה על זכויות בנכסים שבחלק הנכסים.¹¹⁹ ככל שמדובר במשכון, ייתכן שטרם נתקבלה החלטה סופית בעניין מיקום ההוראות בנושא זה, משום שההצעה נמצאת בשלב מקדמי יחסית, אך לפחות כפי שהדברים מוצגים כעת בקודקס, נראה שהנטייה היא לכלול את כל ההוראות בפרק הנכסים.¹²⁰ אם כך הדבר, לא לגמרי ברורה ההצדקה לטיפול המבני השונה במשכון ובשכירות. ככל שמדובר בנאמנות, מדובר בהכרעה מהותית ולא רק מבנית, שכן היא מכריעה באורח חד במחלוקת הקיימת לגבי האופי הקנייני של הנאמנות בישראל.¹²¹

6. סיכום

- לו דעתי הייתה נשמעת, היה חלק-המשנה "חוזים מיוחדים" עובר שורה של שינויים, לפי הפירוט הבא:
- * הפרק השלישי ("חווה קבלנות וחווה שירות") היה מפרצל לשני פרקים, האחד על חווה הקבלנות והאחר על חווה השירות;
 - * הפרק השביעי ("חווה להרשאת שימוש בנכסי הזולת") היה נמחק, ובמקומו היו נכללות הוראות מעין סעיף 31 לחוק השכירות והשאילה בפרקים העוסקים בשכירות ובשאילה;
 - * אתרי פרק השאילה היה נוסף פרק חדש על חווה ההלוואה, כמתואר לעיל;
 - * הפרק העשירי היה מועבר לחלק-המשנה העוסק בחלק הכללי של דיני החוזים;
 - * הפרק ה-11 ("הסכם יחסי ממון") היה מושמט כליל.

119 ראו סעיפים 284–305, 306–309, 614–624, 625–627 להצעת הקודקס האזרחי.

120 ראו דברי החסר, הערה 7 לעיל, בעמ' 245–268.

121 ראו יהושע ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות", עיתון משפט ז' 282, 284–289 (תש"ס); שלמה כרם, חוק הנאמנות, תש"ס–1979 20–24 (מהדורה שנייה, בסדרה פירוש לחוקי החוזים, בעריכת גד טרסקי, תשנ"ד).

נוסף על כך, ראוי לשלב את ההוראות החוזיות שבחקיקה הצרכנית בקודקס האזרחי, מקצתן (למשל: רוב הוראותיו של חוק הגנת הצרכן) בחלק-המשנה העוסק בחוזים בכלל, ומקצתן (למשל: חלק מהוראותיו של חוק הסדרת הלוואות חוץ-בנקאיות) בחלק-המשנה העוסק בחוזים מיוחדים. לכל הפחות יש לכלול בקודקס את "החקיקה הצרכנית" שתחולתה איננה מוגבלת ליתסי עוסק-צרכן, כגון חוק המכר (דירות).¹²²

ג. השוואה לדין הנוהג: כללי

1. מטרת

מלכתחילה נועדו החוקים המרכיבים את החקיקה האזרחית החדשה להיכלל בקודקס אזרחי שלם. הפרקים השונים חוקקו בנפרד ובהדרגה מטעם פרגמטי. בניגוד למה שנעשה בעשרות מדינות אחרות שקיבלו עצמאות בשנות ה-40, ה-50 או ה-60 של המאה ה-20, בישראל לא הוסדר המשפט הפרטי באמצעות זיקה נמשכת למשפט המקובל האנגלי או באמצעות תרגום והתאמה של קודקס אזרחי אירופי קיים לשפה ולנסיבות המקומיות. החקיקה האזרחית החדשה היא חקיקה מקורית, שאמנם שאבה השראה מדינים קיימים, אך איננה מהווה העתקה – ואפילו לא העתקה מקורבת – של דין זר כלשהו. מדובר אפוא בפרויקט חקיקתי אדיר, במיוחד על רקע היעדרה של מסורת משפטית מקומית ותיקה ומגובשת. פרויקט כזה ניתן היה לבצע רק באורח הדרגתי, בשלבים.¹²³

122 כוחה של עמדה עקרונית זו יפה גם ביחס לדיני נזיקין "צרכניים", אולם נושא זה חורג מענייננו.

123 על התהליך הרב-שלבי של החקיקה האזרחית החדשה בישראל ראו, באופן כללי, Guido Teseschi & Yaacov S. Zemach, "Codification and Case Law in Israel," in *The Role of Judicial Decisions and Doctrines in Civil Law and in Mixed Jurisdiction* 272, 287 et seq. (Joseph Dainow ed., 1974); דין, הערה 56 לעיל; אורי ידן, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית הישראלית", עיוני משפט ג 26 (תשל"ג); אורי ידן, "כיצד יפורש חוק השומרים", הפרקליט כד 493 (תשכ"ח); אורי ידן, "שוב על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט כו 190 (תשל"ג); גואלטידו פרוקציה, "חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת", עיוני משפט א 41 (תשל"א); אהרן ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג 5 (תשל"ג); אהרן ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים", משפטים ז 15 (תשל"ו); אהרן ברק, "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי 'נוסה' ישראל", בתוך ספר זכרון לגר טדסקי, הערה 5 לעיל, בעמ' 115; Daniel Friedmann, "Independent Development of Israeli Law," 10 *Isr. L. Rev.* 515, 536 et seq. (1975); Gabriela Shalev & Shael Herman, "A Source Study of Israel's Contract Codification," 35 *La. L. Rev.* 1091 (1975); דריטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 19–29.

תכלית מרכזית של הקודיפיקציה הייתה לסלק את אי-ההתאמות המושגיות, הסגנוניות והמהותיות שנוצרו בין פרקי הקודקס כתוצאה כמעט בלתי-נמנעת משיטת החקיקה בשלבים. מטרה נוספת הייתה להתמודד עם ליקויים שנתגלו בחקיקה הקיימת, שעליהם הצביעו שופטים ומלומדים במשך השנים. כך, למשל, הצביעו על כך שאחדים מפרקי החקיקה הם כה קצרים ולקוניים עד שעצם שימושיותם מוטלת בספק;¹²⁴ הצביעו על חסרונם של פרקים שלמים בחקיקה הקיימת;¹²⁵ במקרים אחרים נתגלתה עמימות יתרה בדין הנוהג;¹²⁶ לבסוף נמתחה ביקורת על כך שרבים מהכללים המתחייבים הם בלתי-יעילים, בלתי-צודקים וכדומה.¹²⁷ ועדת הקודיפיקציה השתדלה להתמודד עם כל האתגרים הללו, אך בד בבד הונחתה על ידי העיקרון שלא לסטות מההסדרים המצויים בחקיקה הקיימת אם אין סיבה טובה לעשות כן.

פרק זה בוחן עד כמה הצליח חלקי-המשנה "חוזים מיוחדים" לעמוד באתגרים אלה. התמונה המצטיירת היא בעיקרה חיובית; השוואה בין חלקי-המשנה "חוזים מיוחדים" לבין החוקים הקיימים מגלה שברוב העניינים קיימת המשכיות ביחס לדין הנוהג ולא נעשו שינויים מרחיקי-לכת. משפטן ישראלי המכיר את החקיקה הקיימת לא יתקשה להתמצא בקודקס האזרחי החדש, לפחות לאחר תהליך קצר של למידה והסתגלות. בד בבד, בהרבה עניינים ספציפיים – ולפעמים גם בסוגיות כלליות ועקרוניות – הוכנסו שינויים שברוב המקרים משפרים את ההסדר

124 ראו, למשל, גד טדסקי, "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968", משפטים א 639 (תשכ"ט) ("... קיצור החוק הוא קוצר העוק... בענין המתנה – וכן גם בעניינים אחרים – לא הגיענו המחוקק עד כה אלא 'מברק'. עלינו להמתין עד שדואר ישראל יביא לנו 'מכתב' ובו דבר דבור על אופניו" (שם, בעמ' 644); זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 32-33, 42-46 (ביחס לחוק חוזה קבלנות); דניאל פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט א 22-23 (מהדורה שנייה, תשנ"ח) (ביחס לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979).

125 ראו פרק ב.3.ג) לעיל (חוזי הלוואה); פרק ג להלן (חוזי שירות ותיווך).

126 לתיאור קצר של אחדות מהעמיתיות הבולטות ושל המחלוקות שהן הצמיחו בפסיקה ובספרות, ראו הפירוש הקצר לחוקים במשפט הפרטי 31-34, 45-49 (מהדורה שנייה, איל זמיר, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, תשנ"ו) (על הטבוכה שהשתררה בפסיקה ובספרות המשפטית לגבי משמעותם של סעיפים 7 ו-21 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962) שם, בעמ' 102-104 (על הדעות השונות בעניין ידיעת הצד השני בהוראת הטעות שבסעיף 14 לחוק העצום הכללי); שם, בעמ' 463-464 (על משמעותו של סעיף 34 לחוק המכר). אלה הן רק דוגמאות ספורות מתוך מקרים רבים מאוד.

127 ראו, למשל, זמיר, הערה 44 לעיל, בעמ' 447-448, הערת שוליים 532 (תיאור התוצאות החמורות של התקלה הניסוחית שנפלה בהגדרת "הפרה יסודית" בסעיף 6 לחוק התרופות); פרק ג.3.ב) להלן (על נטלי הבדיקה וההודעה שעמידה בהם מהווה תנאי להסתמכות על אי-התאמה). שוב, אלה הן רק שתי דוגמאות מיני רבות.

המשפטי לעומת ההסדר הקיים. עם זאת, אין לכחד שגם בהצעת הקודקס שבפנינו נפלו פה ושם תקלות וגקבעו הסדרים הראויים לביקורת, כמפורט בהמשך.

2. הגברת הפירוש ושיפור הניסוח

במקרים מסוימים הוחלף ההסדר המברקי הקיים בהסדר מפורט יותר. שתי דוגמאות בולטות לכך מצויות בפרק המתנה ובפרק הקבלנות. למרות שגם בהצעה שבפנינו נשמר סגנון החקיקה התמציתי, ונמשך השימוש הנרחב בסטנדרטים גמישים המותירים שיקול-דעת רחב לבית המשפט, חלק משמעותי מהשאלות שלא קיבלו התייחסות בחקיקה הקיימת וכו' לכך כעת. כך, למשל, סעיף 236 להצעת הקודקס קובע כי "אין המתחייב להקניית מתנה אחראי בשל אי קיום החיוב, אלא אם כן הוא נגרם בהתרשלותו". ניתן להעלות שיעונים לכאן ולכאן בשאלה אם הגדרת חיוביו של המתחייב לתת מתנה כחיובי השתדלות – ולא כחיובי תוצאה – היא רצויה; אולם ברור שעצם ההכרעה החקוקה בשאלה זו היא דבר רצוי ביותר, נוכח אי-הבהירות השוררת בדין הנוהג בשאלה זו.¹²⁸ מסתבר שההוראה מתייחסת לכל הפרה שהיא מצד המתחייב, לרבות אי-מסירת דבר המתנה, מסירתו באיחור ומסירת נכס הלוקה באי-התאמה. לפי סעיף 230 להצעת הקודקס, כלל דיספוזיטיבי זה חל בשינויים המחויבים על כל חוזה ללא תמורה (לרבות, כך נראה, התחייבות לבצע מלאכה חיצונית או לתת הלוואה ללא ריבית), והוראה ספציפית התואמת אותו מצויה גם בסעיף 309 שבפרק השאילה.

דוגמאות נוספות לטיפול בשאלות שנותרו ללא מענה בחקיקה הקיימת מצויות בסעיפים 218(ב)(5) (אי-התאמה באריוה של הממכר),¹²⁹ 290(ד)(3) (אי-תחולה של חובת המשכיר לתקן פגמים במושכר בחוזה חכירה), 295 (עריכת שינויים במושכר על ידי השוכר) ו-347(ב) (זכותו של מושב המשתתף בתשלום דמי הביטוח לדרוש העתקים של הפוליסה) להצעת הקודקס.¹³⁰ בהמשך תידונה דוגמאות בולטות למילוי פערים בהקשר של חוזים לעשיית מלאכה, למתן שירות ולתיווך. ביחס לחוזים אלה לא הסתפקה ועדת הקודיפיקציה בהוספת הוראות בודדות, אלא הוסיפה פרקים שלמים החסרים בחקיקה הקיימת – הסימן על חוזים למתן שירות והפרק על חוזה התיווך.¹³¹

128 על סוגיה זו ראו איל זמיר, עקרון ההתאמה בקיום חוזים 366–369 (תש"ץ) והמקורות הנזכרים שם; ראבילי, הערה 65 לעיל, בעמ' 54–55.

129 השוו זמיר, שם, בעמ' 244–246; זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 275.

130 השוו זמיר, הערה 68 לעיל, בעמ' 263.

131 ראו פרק ד להלן.

בצד דברי השבח על הגברת הפירוס וסילוק עמימויות המצויות בחקיקת החוזים המיוחדים הקיימת, יש בהצעת הקודקס גם ניסוחים שניתן לשפרם (ובדרך הטבע, אף אחרי שיתקבל הקודקס החדש יתגלו בוודאי שאלות חדשות שהדעת לא ניתנה עליהן). כך, למשל, בסעיף 212(ב) סיפא, הקובע את מקום המסירה בחוזה מכר שבו הוסכם כי המוכר ישפל בסידורי ההובלה, נאמר שהמסירה תבוצע "במקום שהוסכם עליו עם המוכר". מן הסתם הכוונה היא למקום שהוסכם עליו עם המוביל.¹³²

כיוצא בזה, סעיף 33 לחוק המכר קובע כיום: "הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות". לעומת זאת, סעיף 217 להצעת הקודקס קובע: "הבעלות במיטלטלין עוברת לקונה במועד שהסכימו עליו הצדדים; בהיעדר הסכמה עוברת הבעלות עם מסירת המיטלטלין לקונה". השוואה בין שני הניסוחים מגלה, בין היתר, את שני ההבדלים הבאים: ראשית, בעוד שההוראה הקיימת מתייחסת לכל ממכר (לרבות מקרקעין, זכויות אובליגטוריות וזכויות קניין רחני), ההוראה החדשה מתייחסת רק לנכסים מוחשיים שאינם מקרקעין.¹³³ שנית, בעוד שההוראה הקיימת עוסקת באופן ההקניה, מועדה ומקומה (מסירת הנכס מחוללת את העברת הבעלות; הבעלות עוברת במועד ובמקום שבו נמסר הנכס),¹³⁴ נראה שההוראה החדשה עוסקת במועד ההקניה בלבד. על כן, גם כשקיימים בדין הנוהג הסכמה מיוחדת או דין מיוחד לגבי אחד ההיבטים של ההקניה (למשל: העברת הבעלות במקרקעין טעונה רישום במרשם המקרקעין), סעיף 33 מסדיר את ההיבטים הנותרים (בהיעדר הסכמה אחרת, על המוכר להשלים את העברת הבעלות במקרקעין במועד המסירה).¹³⁵ לעומת זאת, בהצעת הקודקס אין הוראת השלמה כלשהי בשאלה אימתי על המוכר להקנות את הבעלות בממכר כשהממכר הוא נכס שאינו מיטלטלין אלא מקרקעין, זכויות אובליגטוריות או קניין רחני.¹³⁶

תמיהות קשות יותר מעוררות השמטות בלתי-מוצדקות של הוראות המצויות בחקיקה הקיימת, הפוערות פערים שלא היו עד כה. כך למשל, לא ברור מדוע הושמטה ההוראה המצויה כיום בסעיף 30 לחוק המכר, שעניינה "מכירה על פי

132 ראו סעיף 10(ג) לחוק המכר; זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 230-232.

133 ראו הגדרת "מיטלטלין" בסעיף 5 להצעת הקודקס האזרחי.

134 ראו זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 661.

135 ראו שם, בעמ' 675.

136 בדברי ההסבר לסעיף 217 (דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 84) נאמר שההוראה חוזרת על הוראת החוק הקיים בשינויי נוסח, ושהסדר לגבי מקרקעין מצוי בסעיפים 712 ו-713 להצעת הקודקס שלפיהם עסקה במקרקעין טעונה רישום. למעשה, השינויים אינם ניסוחיים גרידא וסעיפים 712 ו-713 אינם שייכים לשאלה אימתי על המוכר להעביר את הבעלות במקרקעין ובוודאי אין בהם תשובה לגבי נכסים לא מוחשיים.

מפרט".¹³⁷ בניגוד לאמור בדברי ההמבר,¹³⁸ סעיף 30 אינו חוזר על האמור בדיני התרופות הכלליים אלא קובע תרופה מיוחדת – גוחה להפעלה, הגיונית ורצויה.¹³⁹

תמיהה דומה מעוררת השמטתם של סעיפים 34 ו-334 לחוק המכר.¹⁴⁰ כפי שהסברתי במקום אחר, סעיף 34 קובע שבמכירה על ידי רשות (למשל: מכירת נכסים מעוקלים על ידי לשכת הרוצאה לפועל) פוקעות זכויותיו של אדם שלישי בממכר ששימשו ערובה לחיוב כספי, ולפי סעיף 34 עוברות אותן זכויות לפדיון מהמכירה. אותן זכויות נועדו להבטיח את פירעונו של חיוב כספי באמצעות מימוש הנכס, ולכן פקיעתן ביחס לממכר והעברתן לפדיון הכספי מתיישבות עמן ומגשימות את ייעודן המקורי. מחד גיסא, העברת הזכויות לפדיון מאפשרת לרשות להציע למכירה נכס נקי מזכויות המשמשות ערובה לחיוב כספי, ובכך לעודד השתתפות קונים במכירה ולהשיג מחיר גבוה יותר בעד הנכס. מאידך גיסא, בעל הזכות אינו נפגע מהעברתה לפדיון – העברה העולה בקנה אחד עם תוכן הזכות ותכליתה.¹⁴¹ בעבר נעשה ניסיון לקרוא את סעיפים 34 ו-334 בקובעים מעין תקנת-שוק במכירה על ידי רשות,¹⁴² אולם ניסיון זה נדון לכישלון משום

137 סעיף 30 לחוק המכר קובע כדלקמן:

(א) ביתנה לקונה הזכות לקבוע מידה, מגין, משקל או נתונים אחרים הנוגעים לממכר או לתנאי המכר, והקונה לא קבעם תוך הזמן המוסכם בתחנה, ובאין נמך מוסכם – תוך זמן סביר אחרי שקיבל הרישה לכך מאת המוכר, זכאי המוכר, תוך זמן סביר, לחזור בו מן החתה כאילו הופר או לקבוע נתונים אלה בעצמו בהתחשב בצרכיו של הקונה במידה שהם ידועים לו.

(ב) קבע המוכר נתונים כאמור והודיע על כך לקונה, תהא קביעתו מחייבת, וזאת אם קבע הקונה את הנתונים מיד לאחר שקיבל את ההודעה.

על סעיף זה ראו, באופן כללי, זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 599–614.

138 ראו דברי ההמבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 372.

139 ראו זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 611–614.

140 סעיפים אלה, שהוספו לחוק המכר בשנת תשל"א (ס"ח, עמ' 186), קובעים כדלקמן:
34א. מכירה על-ידי רשות

נמכר נכס על-ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, עוברת הבעלות לקונה נקייה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס, חוץ מזכות שלפי תנאי המכירה אינה מתבטלת ומוכת שאינה משמשת ערובה לחיוב כספי.

34ב. תחולת זכויות על הפדיון

שעבוד, עיקול וזכות אחרת בנכס המשמשים ערובה לחיוב כספי ולפי סעיפים 34 או 34א אין להיזקק להם נגד הקונה, יחולו על הפדיון מן המכירה.

141 ראו זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 719–747, ובמיוחד בעמ' 722–728, 742–743.

142 ראו ויסמן, הערה 77 לעיל, בעמ' 332–337; אוריאל פרוקצ'יה, דיני פשיטת רגל והחקיקה האחרית בישראל (תשמ"ד) 35–36, 115–116; דניאל פרידמן, "הערות בדבר זכויות

שהוא מעורר סדרה ארוכה של תמיהות שלא ניתן ליישבן, כמו למשל: מדוע סעיף 34 מורה על פקיעתן של זכויות המשמשות ערובה לחיוב כספי ולא על פקיעת זכויות המשמשות ערובה לחיוב שאינו כספי? מדוע אין הוא מפקיע זכויות אחרות בנכס, כמו בעלות או שכירות? מדוע הסעיף אינו מתנה את פקיעת הזכויות בכך שהרוכש לא ידע על קיומן (והרי תום לבו של הרוכש הוא אבן הפינה לכל הכללים המשתייכים לדוקטרינת הרכישה בתום לב)?¹⁴³

אכן, המסקנה שסעיפים 34 ו-34ב אינם קובעים תקנת שוק איננה שוללת את הצורך בתקנת שוק במכירה על ידי רשות על פי דין. האופי המוסדי והרשמי של מכירות הרשות והרצון לעודד השתתפות של קונים במכירות אלה מצדיקים לקבוע תקנת שוק כזו במקביל לתקנת השוק המצויה בסעיף 34 לחוק המכר.¹⁴⁴ ראוי היה אפוא לנצל את ההזדמנות של הכנת הקודס האורחי ולהוסיף תקנת שוק במכירה על ידי רשות.¹⁴⁵ אילו כך נעשה, היו בהצעת הקודס האורחי שני כללים נחוצים: כלל אחד, שלפיו במהלך הדברים הרגיל מכירה של נכס על ידי רשות על פי דין מעבירה זכויות שנועדו לשמש ערובה לחיוב כספי מהנכס (העובר לידי הקונה נקי מזכויות אלה) אל הפדיון מהמכירה; וכלל שני, שלפיו במקרים "פתולוגיים" שבהם המכירה מנוגדת לזכויות של אנשים שלישיים בנכס – ככל ואת "יהנה הקונה מתקנת שוק".¹⁴⁶ יודגש כי, ניתן להסכים על הצורך בשני כללים אלה בלי קשר לשאלה איזה משניהם קבוע כיום בסעיפים 34 ו-34ב לחוק המכר.

הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיני משפט ד 245, 247 (תשל"ה); צלטנר, הערה 30 לעיל, בעמ' 149.

143 ראו ביתר פירוט זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 722–728. ראו גם דורון שנער, "מכירה עלידי מפרק, כמכירה עלידי רשות", הפרקליט מ 162 (תשנ"א); עופר שפירא, "סידור נכסים במכירתם עלידי רשות עלידי דין", הפרקליט מ 567 (תשנ"ז); בג"צ 2274/99 שפיר נ' בית הדין הרבני האזורי רחובות (לא פורסם, 18.11.01), בפסקאות 56 ואילך לפסק הדין; ע"א (חי') 1479/00 בהאי נ' הממונה על המרשם (לא פורסם, 6.6.01); ת"א (י"ם) 1504/96 סקן נ' אפומרוזוס על נכסי נפקדים (לא פורסם, 8.1.99).

144 ראו גם זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 728. צורך ממשי זה מסביר את הדבקות בפירוש סעיף 34 כקובע תקנת שוק במכירה בדי רשות למרות שפירוש זה אינו מתיישב כלל עם לשון הסעיף או עם תולדות חקיקתו.

145 באותה הזדמנות יש לסלק את הקשיים שמקורם בתחולתו של סעיף 34 על מכירה בתנאי תקנת השוק לפי סעיף 34 לחוק המכר. ראו זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 747. דומה שקשיים אלה אכן סולקו על ידי סעיף 494 להצעת הקודס האורחי. על הנראה זו ראו גם להלן.

146 שני כללים מעין אלה מופיעים, למשל, זה בצד זה, בסעיפים (1)1242 ו-1244 ל-BGB הגרמני.

הלכה למעשה, בהצעת הקודקס האזרחי הוחלף סעיף 34א בסעיף 586, המצוי בפרק שעניינו "תחרות זכויות". סעיף זה, שכותרתו "רכישה נוגדת מרשות", קובע לאמור: "נמכר נכס על ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, עוברת הבעלות לרוכש חופשית מכל זכות קודמת בנכס ומעיקול".¹⁴⁷ סעיף 34ב הוחלף בסעיף 494, שכותרתו "דין התחלוף", המצוי בפרק על עשיית עושר ולא במשפט.¹⁴⁸ אולם, לא זו בלבד שהוראות אלה לא סילקו את המבוכה שעוררו סעיפים 34א ו-34ב לחוק המכר, אלא שהן בעייתיות עוד יותר. לפי מיקומו ולפי דברי ההסבר המתייחסים אליו, נועד סעיף 586 לשמש תקנת שוק במכירה על ידי רשות. העובדה שהסעיף מתייחס לכל זכות קודמת, ולא רק לזכויות שנועדו לשמש ערובה לחיוב כספי, מתיישבת יפה עם תכלית זו. דא עקא, סעיף 586 אינו דורש שהרוכש קנה וקיבל את הנכס בתום לב, וקשה להלום תקנת שוק שאינה מותנית בתום לבו של הרוכש. נגיה, למשל, שבמסגרת הליכי הוצאה לפועל נגד שדה עוקל נכס שהיה מצוי ברשותה, משום שהמעקלים סברו בטעות שהוא שייך לה. נגיה עוד, שלאמיתו של דבר הנכס שייך ללאה וכי עובדה זו ידועה היטב לרחל. היש הצדקה לאפשר לרחל לקנות את הנכס מלשכת ההוצאה לפועל כשהוא ממורק מזכויותיה של לאה? כלל כזה איננו יעיל ואיננו הוגן.¹⁴⁹ במקום לשמר את סעיפים 34א ו-34ב כהוראות המסדירות את גורלן של זכויות המשמשות ערובה לחיוב כספי במכירה על ידי רשות (קרי: מורות על העברת זכויות כאלה מהנכס לפדיון), ולקבוע בצדן תקנת שוק למכירות כאלה,

147 ראו גם דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 226.

148 ראו גם דייטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 118. סעיף 494 קובע כדלקמן:
זכה אדם בנכס או בזכות כלפי אדם שלישי (בפרק זה – תחלוף) חלף נכס שבו הייתה למזכה זכות, אשר אבד, ניזוק או הועבר יחולו הוראות אלה –
(1) היה המזכה הבעלים של הנכס – חייב המזכה להשיב למזכה את התחלוף; כל עוד לא השיב את התחלוף, ייחשב התחלוף כמחזוק בנאמנות עבור המזכה;
(2) הייתה למזכה זכות בנכס שאינה בעלות – עוברת זכותו של המזכה בנכס אל התחלוף; כל עוד לא הועברה זכויות של המזכה אל התחלוף תיחשב הזכות כמחזוקת בנאמנות עבור המזכה.

149 הכלל אינו יעיל, משום שבעובדות אלה הרוכש מהרשות הוא מונע הגזק הכול יותר, ביורעו על כך שמכירת הנכס בידי הרשות מתבטלת עם זכויותיו של הבעלים האמיתי. הכלל אינו הוגן, משום שהרוכש מהרשות פוגע ביוזעין בזכויות הבעלים האמיתי, מבלי שבאחרון דבק בהכרה אשם כלשהו. בפסק דין ששיר (הערה 143 לעיל, בפסקאות 66–67 לפסק הדין) עשה השופט מישאל חשין מאמצים כבירים לשתול בסעיף 34א את דרישת תום הלב ובכך לפתוח פתח לפירושו כקובע תקנת שוק במכירה על ידי רשות. לשם כך אף היה השופט חשין נכון לערב מין (תובת תום הלב בקיום חיובים ובשימוש בזכויות לפי סעיף 39 לחוק התזוים הכללי) בשאינו מינו (דרישת תום הלב במצבים של תחרות זכויות).

הצעת הקודקס האזרחי משמיטה את ההסדר הקיים וקובעת תקנת שוק שאינה מותנית בתום לבו של הרוכש.

דיון בסעיף 494 להצעת הקודקס חורג מענייננו, ולכן אסתפק בשתי העדות לגביו. ראשית, ביסודו של הסעיף כה מסורבל, עד כי חוששני שלא רק משפטנים מהשורה אלא אפילו מומחים מובהקים יתקשו להבינו, במיוחד (אך לא רק) בתחולתו על מכירה על ידי רשות. כמו חלקים אחרים בהצעת הקודקס, אף סעיף 494 לוקה בשאיפה מופרזת להכללה ולהפשטה, שאינן תורמות לבהירות הדין או לקוהרנטיות שלו.¹⁵⁰ שנית, סעיף 494 אינו תחליף מוצלח לסעיף 334 הנוכחי. כדי לשמר את הכלל שקובעים כיום סעיפים 334 ו-334 לחוק המכר די בהוראה מעין זו: "נמכר נכס על ידי בית משפט, לשכת הוצאה לפועל או רשות אחרת על פי דין, יעברו כל שעבוד, עיקול וזכות אחרת המשמשים [או: שנועדו לשמש] ערובה לחיוב כספי מהנכס אל הפדיון מן המכירה". בצד כלל זה, יש מקום לתקנת שוק מעין זו שקובע סעיף 586, תוך הוספת הדרישה לתום לב של הקונה.

די ברוגמאות אלה כדי ללמד שמבחינת דרגת הפירוס ואיכות הניסוח, הצעת הקודקס האזרחי אינה עשויה מעור אחד. בצד סוגיות ונושאים רבים שבהם הועלתה דרגת הפירוס ושופר הניסוח, קיימים לא מעט עניינים שבהם יש עדיין מקום לשיפור מבחינת הבהירות, הפירוס ואיכות הניסוח. מבחינה זו, חלקי-המשנה "חוזים מיוחדים" דומה לחלקים אחרים בהצעת הקודקס האזרחי.¹⁵¹

150 יש מקום לסברה ששאיפה כזו באה לידי ביטוי גם בחלקי-המשנה השישי בחלק החיובים, שבכפוף לאי-אלו דינים מיוחדים מאחד את דיני התרופות בשל הפרת חוזה עם דיני התרופות בנזיקין. האחרת זו מצריכה הוראות לא אלגנטיות, כמו סעיפים 521 ("לעגן חלק משנה זה דין חובה להימנע מכיצוע עוולה כדין חיוב"), 524(א)(5) ("הנפגע זכאי לאכיפת החיוב, אלא אם כן התקיים אחד מאלה - ... (5) אכיפת החיוב גוגדת את אופיו של החיוב"), 521(א)(4) ו-521(ב)(2) ("הנפגע זכאי לאכיפת החיוב, אלא אם כן התקיים אחד מאלה - ... (4) אכיפת החיוב היא בלתי צודקת בנסיבות הענין", אולם: "הוראות סעיף קטן (א)(4) לא תחול על אחד מאלה - ... (2) חיוב להימנע מפגיעה בנכס במקרקעין או במיטלטלין, אלא אם כן מצא בית המשפט כי קיימים טעמים מיוחדים לנהוג אחרת"; דהיינו: הסדר המורכב מכלל, חריג לכלל, חריג לחריג, וחריג לחריג לתריג התלוי בשיקול דעתו של בית המשפט).

151 כדי לא להרחיב את הידיעה נסתפק בשתי דוגמאות מחוץ לחלקי-המשנה הנוכחי, האחת חיובית והאחרת שלילית. דוגמה להסדר פגום בחקיקה הנוכחית שהוחלף בהסדר בהיר וראוי יותר מצויה בסעיף 520, שהחליף את התגדרה הבעייתית מאוד של "הפרה יסודית" המצויה כיום בסעיף 6 לחוק התרופות בהגדרה מוצלחת יותר (ראו גם הערה 127 לעיל המקור הנזכר בה). דוגמה להסדר עמום בחקיקה הנוכחית, שעמיתו נשמרה במלואה גם בהצעת הקודקס, מצויה בסעיף 177 להצעה שעניינו ביטול חוזה בשל טעות. כמו סעיפים 14(א) ו-14(ב) לתוק החוזים הכללי, גם הסעיף החדש משתמש בביטויים "הצד השני ידע או

3. האחדה והתאמה

(א) כללי

כאמור לעיל, תכלית מרכזית נוספת של פרויקט הקורפיקציה הייתה לסלק אי-התאמות והבדלים בלתי-מוצדקים בין הסדרים שונים בחקיקה האזרחית החדשה, שמקורם בעובדה שהחוקים הקיימים נוסחו בהדרגה, במשך כשני עשורים, על ידי אנשים שונים. מקצת אי-ההתאמות היו גיסויות וסמנטיות גרידא, אך במקרים אחרים מדובר בהבדלי השקפה מהותיים בין החוקים השונים. להלן נתמקד בשתי דוגמאות להאחרה ולהתאמה בין הסדרים שונים: האחת מוצלחת (חיקף האחיות בשל אי-ההתאמת האובייקט והנטלים המוטלים על נפגע המבקש להסתמך על אי-ההתאמה), והאחרת פחות (תרופת הניכוי).

בטרם אציג את שתי הדוגמאות, ראוי להצביע על סכנה הפוכה המתגלת במידה מסוימת בהצעת הקודקס, היא הסכנה של האחדות-יתר של הסדרים משפטיים, גם כשרצוי להבחין בין מצבים שונים. דוגמה נקודתית שהוזכרה לעיל בהקשר אחר עניינה השמטת ההבחנה המוצדקת בין חיובים שונים לעניין השאלה מי יקבע את מועד הקיום הטוויק כשלא הוסכם מראש על מועד כזה: הנושה או החייב.¹⁵² דוגמה אחרת – מחוץ לחלקי-המשנה "חוזים מיוחדים" – עניינה תחולתו של פרק עשיית עושר על כל חיובי ההשבה שבהצעת קודקס.¹⁵³ כך, למשל, לפי סעיפים 488 ו-496 להצעה, בית המשפט רשאי לפטור ספר תורה מתובתו להשיב לנפגע את מה שקיבל לפי החוזה אם קבלת הזכייה לא גרמה חיסרון לנפגע, או אם המפר שינה את מצבו בתום לב בהסתמך על קבלת הנכס מהנפגע. אמנם מדובר בהענקת שיקול דעת לבית המשפט, וצריך להאמין ששיקול דעת זה יופעל באורח מושכל, אולם עצם הרעיון שכל הוראות ההשבה שבקודקס עשויות מעור אחד, ושביסוד כולן מונח רציונל משותף של מניעת התעשרות ולא במשפט (תהא משמעותו אשר תהיה), הוא בעייתי ביותר.¹⁵⁴ כפי שרמזתי לעיל, חשש

היה עליו לדעת על כך, ו"לא ידע הצד השני ולא היה עליו לדעת על כך" – ביטויים שעליהם נשברו קולמוסים רבים (ראו גם את מראה המקום בהערה 126 לעיל).

¹⁵² ראו הטקסט הסמוך להערות 71–75 לעיל.

¹⁵³ ראו סעיפים 487–496, ובמיוחד סעיף 488 להצעת הקודקס האזרחי; דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 185–186; דויטש, הערה 7 לעיל, בעמ' 115–119.

¹⁵⁴ לדעות שונות בשאלה מהו הרציונל של חובת ההשבה החלה על הצדדים בעקבות ביטול חוזה בשל הפרתו, ובמקרים אחרים של השבה בהקשרים חוזיים, ראו למשל ע"א 186/77 סוכניות (חשכרת רכב) בע"מ ג' טרבלום, פ"ד לג' (1) 197; ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ ג' עיריית נתניה, פ"ד מד' (4) 45, 67–72; ע"א 2702/92 גינזברג ג' בן יוסף, פ"ד מו' (1) 540; ע"א 5393/03 פד"ג ג' מיטל (לא פורסם, 18.1.2005); גר סדמקי, "היגטים ל'עשיית עושר'", משפטים יא 385, 398–407 (תשמ"א); פרידמן, הערה 124 לעיל, בעמ' 38–51; יצחק אנגלרד, "כפף הגשר הדורסני: דיני עשיית עושר ולא במשפט", בתוך ספר זיכרון לגר

להאחדת יתור עלול להתעורר גם בסוגיות אחרות שבהן נעשתה סיסטמטיזציה של ההסדר, כמו ההאחדה החלקית של דיני התרופות בחוזים ובנויקין וההסדר בנושא תחרות זכויות,¹⁵⁵ אך נושאים אלה חורגים מעניינינו. כללית, יש לברך על האחדת הדינים במקרים שבהם יש כיום הבדלים שמקורם היסטורי והצדקתם העניינית מפקפקת.

(ב) התאמת האובייקט

הדוגמה הבולטת ביותר בחלקי המשנה "חוזים מיוחדים" להאחדה של הסדרים שכיום יש ביניהם הבדלים בלתי-מוצדקים מצויה בנושא התאמת האובייקט. בהשוואה לשיטות משפט אחרות, הדין הישראלי מצטיין בכך שמבחינה מושגית ואנליטית הוא מכיר במושג כללי של "אי-התאמה". מושג זה מקיף במשפטנו את כל ההיבטים של אי-התאמת האובייקט, לרבות מבחינת איכותו, התאמתו לשימוש רגיל ולשימוש מיוחד, כמותו, התאמתו לדגם או לדוגמה שהוצגו ללקוח וכיוצא באלה. מושג זה מתייחס לכלל החיובים למתן נכס (לרבות השכרתו) ולביצוע מלאכה, שהם חיובי תוצאה, ובפרט לחיובים של המוכר, של המשכיר ושל הקבלן. בתחום זה, מצבו של הדין הישראלי טוב לאין שיעור מהמצב בשיטות משפט אחרות – הן אלה המשתייכות למשפחת המשפט המקובל הן אלה המשתייכות למשפחה הקונטיננטלית – אם כי ברבות מהן נעשים בהדרגה צעדים משמעותיים לקראת ההכרה במושג כללי כזה.¹⁵⁶ בצד הצטיינות עקרונית זו של הדין הישראלי, הדין הנוהג סובל

מדסקי, הערה 5 לעיל, בעמ' 37; יחזק אנגלרד, "מוכה שאינו אלא מוּק – מפלאי דיני ההשבה בעקבות הפרת חוזה", משפטים כז 42 (תשנ"ז); אגמון-גונן, שם; מיכל אגמון-גונן, ההשבה בהקשרים חוזיים: דיני חוזים או דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשס"א); מיכל אגמון-גונן, "ההשבה בעקבות ביטול חוזה בשל הפרתו – תרופה חוזית או תרופה שבצטיית עושר ולא במשפט", בתוך ספר שמגר ג 261 (בעריכת אהרן ברק, תשס"ג). כשלעצמי, אינני שותף לדעה שכל חובות ההשבה בהקשרים חוזיים מיועדות למנוע עשיית עושר ולא במשפט (כדעתו של פרופ' פרידמן וכדעה השלטת בפסיקה, למשל), ואף לא לדעה שכולן נעוצות ברציונלים חוזיים (כדעתה של ד"ר אגמון-גונן, למשל). הוראות שונות – ולעתים אפילו אותה הוראה עצמה בנוסבות שונות – מיועדות להגשים תכליות שונות.

¹⁵⁵ ראו הערה 150 לעיל והטקסט הסמוך לה.

¹⁵⁶ ראו באופן כללי זמיר, הערה 128 לעיל; Byal Zamir, "Toward a General Concept of Conformity in the Performance of Contracts," 52 La. L. Rev. 1 (1991). הדוגמה המובהקת ביותר לרפורמה המקדמת את ההכרה במושג כללי של התאמת הקיום החוזי מצויה בתיקון ה-BGB הגרמני שנכנס לתוקפו בשנת 2002. על היבט זה של הרפורמה ראו, באופן כללי, Peter Rott, "German Sales Law Two Years After the Implementation of Directive 5 German L.J. 237 (1999/44/EC); Ernst, הערה 47 לעיל, בעמ' 349-352; Zimmermann, הערה 47 לעיל, בעמ' 1-5; Peter Schlechtriem, "The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures

מאוד מכך שהוראות ההתאמה השונות חוקקו בהדרגה (חוק המכר בשנת 1968, חוק השכירות והשאלה בשנת 1971 וחוק חוזה קבלנות בשנת 1974), וכל אחד מההסדרים יותר תמציתי ויותר חלקי ולקוי מקודמו.¹⁵⁷

בהצעת הקודקס האזרחי נבחנו כל הוראות ההתאמה והוסדרו במבט כולל. ההסדרים מצויים בסעיפים 218–223 ו-225–227 שבפרק המכר, בסעיפים 242 ו-252–257 שבפרק הקבלנות ובסעיפים 290 ו-296–300 שבפרק השכירות. רבות מהוראות אלה משתמשות בשיטה של החלת הוראות המכר "בשינויים המחויבים" על החוזים האחרים. גם אם אפשר לחלוק על פרט כזה או אחר בהסדר המוצע, אין ספק שבנושא זה הצעת הקודקס האזרחי מהווה שיפור עצום לעומת החקיקה הקיימת. כך, למשל, עצם התיאור של אי-התאמה, שבגינה נושא החייב באחריות, נבדל מאוד בכל אחד מהחוקים הקיימים.¹⁵⁸ לעומת זאת, בהצעת הקודקס האזרחי, הכללים התחממים את היקף האחריות של המוכר לאי-התאמה (סעיפים 218–221) חלים כמעט כלשונם (ובשינויים המחויבים) גם על אחריות הקבלן (סעיפים 252–255) והמשכיר (סעיפים 296–297); וככל שיש ביניהם הבדלים – בדרך כלל יש להם הצדקה עניינית.¹⁵⁹

מעבר לעצם הסילוק של הבדלים בלתי-מוצדקים בין הכללים, נעשו בהוראות אלה גם שינויים מהותיים, למשל בנושא הגטל המוטל על הנרשם (הקונה, המזמין והשוכר) לבדוק את האובייקט ולהודיע על אי-התאמה בו, ולגבי התוצאות של אי-עמידה בנטלים אלה. לפי חוק המכר, על הקונה לבדוק את הממכר מיד לאחר קבלתו (סעיף 13(א)) ולהודיע למוכר על כל אי-התאמה שגילה, או שניתן היה לגלותה בבדיקה סבירה, מיד לאחר מועד הבדיקה או מיד לאחר שגילה אותה,

of the Law of Obligations in Europe," *Oxford U. Comparative L. Forum* 2 (2002) available at <http://ouclf.iuscomp.org/articles/schlechtriem2.shtml#07>

157 להשוואה מפורטת בין ההסדרים המצויים בחוקים השונים, ראו זמיר, הערה 128 לעיל, בעמ' 185–207, 210–276, 312–391.

158 השו"ס סעיפים 11 ו-12 לחוק המכר, סעיף 6 (הרישא ופסקה (1)) לחוק השכירות והשאלה, וסעיף 13(א) רישא לחוק חוזה קבלנות. ראו גם זמיר, הערה 128 לעיל, בעמ' 185–266.

159 הבדל מוצדק (לפחות לכאורה) הוא שבעוד שסעיפים 221 ו-296 פוטרים את המוכר והמשכיר מאחריות לאי-התאמה שהקונה והשוכר ידעו עליה בעת כריתת החוזה, אין פסוק דומה בפרק הקבלנות. ההנחה היא שהואיל והמלאכה נעשית אחרי כריתת החוזה (על החומרים שמספק הקבלן חלות, לפי סעיף 242, הוראות פרק המכר בשינויים המחויבים), המזמין אינו יכול לדעת על אי-התאמות בה כבר ברגע הכריתתה. על סוגיה זו ראו זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 478–479. הבדל אחר עניינו אי-התאמה שמקורה בסביבתו של הנכס ולא כנכס עצמו. בעוד שסעיף 296 מטיל על המשכיר אחריות לאי-התאמה, לא רק אם היא מצויה במושכר עצמו אלא גם אם מקורה בסביבתו של המושכר, הוראה כזו אינה מצויה בפרק המכר. הדעת נותנת שבמקרים המתאימים לא יתקשו בתי המשפט להקיש בעניין זה משכירות למכר.

לפי המוקדם יותר (סעיפים 14(א) ו-15). אף במקרה שבו המוכר ידע או היה עליו לדעת על אי-התאמה והוא הסתירה מהקונה, חל על הקונה הנטל להודיע עליה למוכר מיד לאחר שגילה אותה למעשה (סעיף 16). לא הודיע הקונה למוכר על אי-התאמה כאמור – אין הוא זכאי להסתמך עליה (סעיף 14(ב)).¹⁶⁰ סעיף 16(2) לחוק השכירות והשאילה קובע הסדר מתון הרבה יותר, שלפיו די בכך שהשוכר יודיע למשכיר על אי-התאמה שהייתה במושכר בעת מסירתו בתוך זמן סביר (ולא מיד) אחרי שגילה אותה למעשה (אין מוטל עליו נטל לערוך בדיקה סבירה, או בדיקה כלשהי, של המושכר לאחר קבלתו).¹⁶¹ נטל ההודעה שבחוק השכירות אינו חל כלל במקרה שבו ידע המשכיר על אי-התאמה. אף סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות מסתפק בהודעה על אי-התאמה ("פגם" בלשונו של חוק זה) תוך זמן סביר, ואף בו פטור המזמין כליל מנטל ההודעה אם הקבלן ידע על הפגם. אולם בניגוד לשוכר, על המזמין להודיע לקבלן לא רק על אי-התאמה שגילה למעשה, אלא גם על אי-התאמה שהיה עליו לגלותה, ואי-עמידה בנטל זה תשלול את הסתמכותו עליה.¹⁶²

בפרק המכר, סעיף 222 להצעת הקודקס דן בנושא זה.¹⁶³ הסעיף מסתפק בהודעה תוך זמן סביר, נמנע מהטלה של נטל בדיקה כללי,¹⁶⁴ פוטר את הקונה

160 להצגה תמציתית של הוראות חוק המכר בנושא נטלי הבדיקה וההודעה המוטלים על קונה המבקש להסתמך על אי-התאמה ראו זמיר, הערה 128 לעיל, בעמ' 295–296. לביתוח מלא של הוראות אלה ראו זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 283–304, 309–355.

161 להשוואה מדויקת בין הוראה זו לבין נטלי הבדיקה וההודעה הקבועים בחוק המכר, ראו זמיר, הערה 128 לעיל, בעמ' 298–301.

162 להשוואה מפורטת בין הוראה זו לבין נטלי הבדיקה וההודעה הקבועים בחוק המכר ובחוק השכירות והשאילה, ראו זמיר, שם, בעמ' 301–304. לביתוח מלא של נטל ההודעה בחוק חוזה קבלנות, ראו זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 487–501, 513–515.

163 סעיף 222 קובע כדלקמן:

(א) הקונה אינו זכאי להסתמך על אי התאמה בנכס –

(1) אם לא הודיע עליה למוכר בתוך זמן סביר לאחר שגילה אותה או שהיה עליו לגלותה, תוך פירוט סביר של אי התאמה; הוראה זו לא תחול על אי התאמה שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליה;

(2) אם לא נתן למוכר הזדמנות סבירה לבדוק את הנכס.

(ב) על אף האמור בסעיף קטן (א), זכאי הקונה להסתמך על אי התאמה אם ובאותה מידה שבה אי קיום הנטלים המנויים בו לא פגע[ה] במוכר.

164 במקום נטל הבדיקה הסבירה שמטילים סעיפים 13 ו-15 לחוק המכר, סעיף 222(א)(1) מסתפק במילים "או שהיה עליו לגלותה". ביטוי זה ניתן ליישום גמיש בהתאם לכלל נסיבות המקרה ובמיוחד בהתחשב במיתתו של הקונה (לפירושו של הביטוי הדומה המצוי בסעיף 3(א) לחוק חוזה קבלנות, ראו זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 496–498. כמובן, שפעם השתנות "הסביבה החקיקתית" אף הפירושו של אותו ביטוי עשוי להשתנות). ראו גם דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 86.

לחלוטין מנטל ההודעה במקרים שבהם המוכר ידע או היה עליו לדעת על אי-התאמה, וקובע שגם אם לא עמד הקונה בנטל מתון זה – בכל זאת הוא זכאי להסתמך על אי-התאמה באותה מידה שבה אי-קיום הנטל לא פגע במוכר. סעיף 256 מחיל הוראה זו בשינויים המחויבים על קבלנות וסעיף 298 – על שכירות. אגב: שינויים אלה מתייכים גם תיקון של ההוראה בעניין נטל ההודעה המוטל על רוכש דירה לפי סעיף 4 לחוק המכר (דירות).¹⁶⁵ ראוי לכלול תיקון זה בסעיף התיקונים העקיפים שבסוף הקודקס, או – באורח אלגנטי יותר – לחוקק תיקון ישיר לחוק המכר (דירות) במקביל לחקיקת הקודקס, או – מה שראוי עוד יותר, כמוסבר לעיל – לכלול את חוק המכר (דירות) בתוך הקודקס תוך התאמתו לשינויים שחלו בהוראות הכלליות על חוזי מכר.¹⁶⁶

(ג) תרופת הניכוי

מהלך נוסף של האחדת דינים הקשור לנושא של אי-התאמה עניינו ההחלפה של שלוש ההוראות הנפרדות המסדירות כיום את תרופת הניכוי – סעיף 28 לחוק המכר, סעיף 9(א)(2) לחוק השכירות והשאלה וסעיף 4(א)(2) לחוק חוזה קבלנות – בהוראה יחידה שנקבעה בחלק-המשנה "תרופות בשל הפרת חיוב" (סעיף 574).¹⁶⁷ במצב הנוכחי, לא זו בלבד שהוראות הניכוי מנוסחות באופן שונה בכל אחד מהסעיפים, אלא שמקצת הניסוחים הם כה משובשים עד כי קורא שאינו מכיר תרופה זו יתקשה מאוד לעמוד על מהותה ומאפייניה מתוך קריאת החוק.¹⁶⁸ ועדת הקודיפיקציה קיבלה אפוא את ההצעות שהועלו בספרות המשפטית לאחד את

165 לניתוח ביקורתי של סעיף זה על רקע הדינים הכלליים ראו זמיר, הערה 44 לעיל, בעמ' 577-515.

166 ראו פרק ב.2(ב) לעיל.

167 סעיף 574 מורה כדלקמן:

(א) הופר חיוב ההתאמה בנכס או במלאכה, זכאי הנפגע לניכוי מהתמורה, ובלבד שנתן תחילה למפר הזדמנות סבירה לתיקון אי ההתאמה, אך הספר לא תיקן אותה תוך זמן סביר.

(ב) שילם הנפגע את התמורה בעד הנכס או המלאכה, זכאי הוא להשבה בשיעור הסכום שאותו היה זכאי לנכות על פי סעיף קטן (א), אלמלא שולמה התמורה.

(ג) הניכוי מהתמורה בעד הנכס או המלאכה יחושב בהתאם לשיעור שבו פחת שוויים בשל אי ההתאמה לעומת שוויים אלמלא אי ההתאמה; שוויים של הנכס או המלאכה ייקבע על פי שוויים במועד כריתת החוזה.

168 ראו Eyal Zamir, "The Failure of the Remedy of Reduction in Israeli Law – Causes and Lessons," 23 *Isr. L. Rev.* 69, 477-482, 495 (1989).

הוראות הניכוי ולהעבירן לחלקהמשנה העוסק בתרופות.¹⁶⁹ למרבה הצער, חלק מאי-ההבנות שאפיינו את החקיקה הקיימת לא הוסרו באופן מלא מהנוסח שבפנינו, ובהצעה אף נוספה אי-הבנה חדשה וחמורה לא פחות מהקיימות.

תרופת הניכוי היא תרופה מיוחדת להפרה של חיובי התאמה. הניכוי מאפשר לנפגע מאי-ההתאמה להפחית את התמורה שעליו לשלם בעד הנכס או המלאכה באותו שיעור (יחס) שבו פחת שווי הנכס או המלאכה עקב אי-ההתאמה. אם, למשל, אי-ההתאמה גרעה שתי-חמישיות משווי השוק של הממכר, זכאי הקונה לניכוי בשיעור של שתי-חמישיות מהמחיר המוסכם.¹⁷⁰ הניכוי הוא תרופה חלופית לפיצויים בעד ירידת ערכו של האובייקט (אך לא לפיצויים בשל נזקים תוצאתיים שגרמה אי-ההתאמה, שאותם ניתן לקבל נוסף על סכום הניכוי).¹⁷¹ סכום הניכוי עשוי להיות זהה לסכום הפיצויים בעד ירידת הערך של האובייקט, גבוה ממנו או נמוך ממנו (הדבר תלוי בעיקר ביחס שבין התמורה המוסכמת לבין שווי האובייקט במועד שלפיו מתושבים הפיצויים).¹⁷² כמו אכיפה, פיצויים והשבה בעקבות ביטול חוזה, הניכוי הוא תרופה מהותית בשל הפרת חוזה. אין הוא דרך למימוש זכות (בניגוד לקיזוז, למשל).¹⁷³ הניכוי מיועד לשחזר את השקילות החוזית שהופרה עקב אי-ההתאמה.¹⁷⁴

לאחר קביעת תנאי הזכאות לתרופת הניכוי בסעיף קטן (א), סעיף 574(ב) מטעים שהזכאות לניכוי קיימת גם אם הנפגע כבר שילם את התמורה הכספית, וזאת כדי למנוע את הסברה השגויה שניכוי כמוהו כקיזוז, האפשרי רק אם טרם שולמה התמורה. דא עקא, שבמקום לומר את הדברים כלשון ישירה ופשוטה (למשל: "הנפגע זכאי לניכוי אף אם כבר שילם את התמורה בעד הנכס או המלאכה"; או: "הנפגע זכאי לניכוי בין אם התמורה בעד הנכס או המלאכה שולמה כבר ובין אם טרם שולמה"),¹⁷⁵ סעיף-קטן זה קובע:

169 ראו, למשל, דניאל פרידמן, "תרופות בשל הפרת חוזה", עיתוי משפט ג' 134, 143–144 (תשל"ג); זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 560; זמיר, הערה 168 לעיל, בעמ' 499–500; זמיר, הערה 128 לעיל, בעמ' 327.

170 על אופן החישוב של סכום הניכוי ראו זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 569–576.

171 ראו זמיר, שם, בעמ' 567.

172 ראו זמיר, שם, בעמ' 576–582.

173 ראו זמיר, שם, בעמ' 584–586.

174 ראו איל זמיר, "תרופות בשל הפרת חוזה: פיצויי ציפייה, פיצויי הסתמכות, השבת התעשרות ושחזור השקילות החוזית", משפטים לד' 91, 143–176 (תשס"ד).

175 השו"ס סעיף 50 לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס-1999 ("אם הטובין אינם תואמים את החוזה, בין אם המחיר שולם כבר ובין אם טרם שולם, זכאי הקונה להפחית את המחיר על פי אותו היחס...").

שילם הנפגע את התמורה בעד הנכס או המלאכה, זכאי הוא להשבה בשיעור הסכום שאותו היה זכאי לנכות על פי סעיף קטן (א) אלמלא שולמה התמורה.

דברי ההסבר מציינים שזוהי הוראה חדשה הקובעת "זכות השבה" מיוחדת,¹⁷⁶ אך אין הדבר כך. כשם שנפגע הזוכה בפיצויים אינו זוכה ב"השבה", וכשם שמלווה האוכף פירעון של הלוואה אינו מקבל "השבה", כך גם נפגע התובע ומקבל את סכום הניכוי אינו מקבל "השבה". טעות זו אינה מושגית או ניסוחית גרידא; לסעיף 574(ב) עלולה להיות גם תוצאה מעשית בלתי-רצויה, משום שלפי סעיף 488 להצעת הקודקס, הוראות הפרק על עשיית עושר חלות על כל חיובי ההשבה בקודקס המוצע. גם אם לצורך הדיון נניח שכל חיובי ההשבה אכן מבוססים על הרעיון של מניעת התעשרות ולא במשפט, ושראוי להחיל על כולם את הפרק העוסק בעשיית עושר,¹⁷⁷ אין מקום להחיל פרק זה על חיובים שאינם חיובי השבה כמו החיובים לפרוע הלוואה, לשלם פיצויים או לשלם את סכום הניכוי לנפגע מאי-התאמה. כמו כן אין זה סביר שהיקפה של תרופת הניכוי יהיה תלוי בעובדה המקרית אם אי-ההתאמה נתגלתה לפני תשלום התמורה התוזית או שמא אחריה (ביודענו שרק על המקרה האחרון חל סעיף 574(ב)).

המילה "בשיעור" מופיעה בסעיף 574(ב) במשמעות של "בגובה". אותה מילה מופיעה גם בסעיף-קטן (ג) המתאר את נוסחת החישוב של סכום הניכוי. אם יניחו נמעני החוק שלמילה זו יש אותה משמעות בשני מופעים באותו סעיף, כי או יתעמעם מאוד הייחוד של נוסחת החישוב של תרופת הניכוי, משום שבסעיף קטן (ב) היא אינה מרמזת ליחס בין שני ערכים אלא לערך יחיד וקצוב. לכן, מוטב היה לדבוק בניסוח שלפיו "הניכוי מהתמורה בעד הנכס או המלאכה יהיה באותו היחס [או: על פי היחס] שבו פחת שוויים עקב אי-ההתאמה לעומת שוויים אילו התאימו למוסכם".¹⁷⁸

בהצעה המקורית שהונחה על שולחנה של ועדת הקודיפיקציה נכללה גם הוראה שתכליתה להבהיר את היחס בין תרופת הניכוי לבין התרופות האחרות בשל הפרת חוזה:

היחס לתרופות אחרות

(א) הנפגע זכאי לבחור בין תרופת הניכוי לבין תרופות האכיפה והביטול.

¹⁷⁶ ראו דמי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 220.

¹⁷⁷ על הבעייתיות של הגנה זו ראו הערות 153–154 לעיל, המקורות הנזכרים בהן והסקט הסמוך להן.

¹⁷⁸ השוו לניסוח הרישא של סעיף 50 לחוק המכר (מכר טובין בינ-לאומי), המצוטט בהערה 175 לעיל.

(ב) הנפגע זכאי לבחור בין ניכוי לבין פיצויים בשל פחיתת שוויים של הנכס או המלאכה; אין בניכוי כדי לגרוע מזכות הנפגע לפיצויים בעד נזקים אחרים.

לחלופין הוצע להשמיט סעיף זה ולהסתפק בהוספת הניכוי להוראה הכללית המסדירה את היחס בין התרופות בשל הפרת חוזה, סעיף 2 לחוק התרופות, שבנוסחו הנוכחי מתייחס רק לאכיפה, לביטול ולפיצויים.¹⁷⁹ לא זו בלבד שהסעיף המוצע לא נכלל בהצעת הקודקס האזרחי, ולא זו בלבד שהניכוי לא הוסף לסעיף המקביל לסעיף 2 לחוק התרופות הקיים, אלא שמנסחי ההצעה הגדילו לעשות והשמיטו את סעיף 2 עצמו מהצעת הקודקס. במקומו (כך נרמז בכותרת השוליים ובדברי ההסבר) הוכנס סעיף 522, שאינו דן כלל ביחס שבין התרופות השונות בשל הפרת חוזה.¹⁸⁰

אם לא יתוקנו הליקויים הללו, קיים חשש שתרופת הניכוי, שנהפכה אות מתה בחקיקה הקיימת, תמשיך להימצא במצב זה, וגם אם תקום לתחייה – חייה לא יהיו חיים.

179 סעיף 2 לחוק התרופות קובע: "הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את התוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה". על היחס בין התרופות השונות בשל הפרת חוזה לפי הוראה זו ראו, באופן כללי, אורי ידן, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 43-45 (מהדורה שנייה, בסדרה פירוש לחוקי החוזים בעריכת גר טרסקי, תשל"ט). ראו גם זמיר, הערה 64 לעיל, בעמ' 566-567. לשם השוואה, סעיף 41 לחוק האחד למכר טובין בין-לאומי שבתוספת לחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א-1971 (החוק שקלט את אמנת האג משנת 1964 בדבר מכר טובין בין-לאומי, והוחלף בחוק שקלט את אמנת וינה משנת 1980 באותו נושא) הורה כדלקמן:

(א) נתן הקונה למוכר הודעה נאותה על אי-התאמת הטובין לחוזה, רשאי הוא [...] - (1) לדרוש מן המוכר את קיום החוזה; (2) להודיע על ביטול החוזה; (3) להפחית את המחיר.

(ב) הקונה רשאי גם לתבוע פיצויים [...]. כלומר: סעיף קטן (א) מונה את תרופות האכיפה, הביטול והניכוי כשלוש תרופות חלופיות, לפי סעיף קטן (ב) ניתן לצרף לכל אחת מהן - או לתבוע במקומן - פיצויים.

180 סעיף 522 קובע: "הופר חיוב, זכאי הנפגע כלפי המפר לתרופות הנתונות לו על פי חלק משנה זה". על כך שסעיף 522 אמור להחליף את סעיף 2 לחוק התרופות ראו דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 203.

ד. השוואה לדין הנוהג – קבלנות, שירות ותיווך

הרפורמה המשמעותית ביותר בחלקהמשנה "חוזים מיוחדים" (ואחת הרפורמות הבולטות בהצעת הקודקס כולה) בהשוואה לדין הנוהג, מתייחסת לחוזים לביצוע מלאכה ולמתן שירות. במקום הוראותיו המעטות והלקוניות של חוק חוזה קבלנות (5 סעיפים אופרטיביים בסך הכול), הצעת הקודקס כוללת יותר מ-40 סעיפים המטפלים בסוגיות רבות שלא נדונו כלל בחקיקה הקיימת. להלן נתאר את עיקרי הפערים בדין הנוהג ואת האופן שבו הם מולאו בהצעת הקודקס. ההוראות של הצעת הקודקס בנושא זה מבוססות על הצעת חקיקה מלווה בדברי הסבר שהכנתי לבקשת משרד המשפטים.¹⁸¹ כפי שאפשר לשער, עמדתי לגבי ההוראות המבוססות על הצעותי חיובית למדי, בעוד שבמקרים שבהם הנוסח הסופי סטה מהצעותיי לא תמיד אני שלם עם השינוי.

1. עיקרי הפערים בדין הנוהג

פורמלית, חמש הוראותיו האופרטיביות של חוק חוזה קבלנות מסדירות כיום חוזי בנייה; חוזי הובלה (של אנשים ושל סחורות, ביבשה, בים ובאוויר); חוזים לרכישת השכלה במוסדות להשכלה גבוהה וכל חוזה הוראה אחר; חוזים למתן טיפול רפואי, פסיכולוגי ואחר; חוזי תיווך; חוזי שידוכין; חוזים למתן ייעוץ כלכלי, משפטי או אחר; חוזים למתן שירותים של תחזוקה, אבטחה, בילוש, טיפול קוסמטי; צפייה בסרט או בהצגה; חוזים לעריכת טיולים מאורגנים; חוזי אמרגנות; תמיכה בשימוש בתוכנות וכן הלאה. בפועל, חמש ההוראות האופרטיביות של חוק חוזה קבלנות אינן מספקות תשובה ברורה כמעט לשום שאלה באף אחד מחוזים אלה, וכתוצאה מכך גם ההזיקקות לחוק זה בפסיקה מצומצמת למדי. מצב זה מטריד במיוחד בהתחשב בשינויים שחלו מאז המהפכה התעשייתית של המאות הקודמות. בחברה הבתר-תעשייתית שבה אנו חיים, בכל הכלכלות המפותחות – לרבות בישראל – משקלם של חוזים לביצוע מלאכות ולמתן שירותים עולה על משקלם של חוזים למכירת נכסים.¹⁸² התמקדות בחוזי מכר ושכירות, הזנחה של חוזים לביצוע מלאכות, והתעלמות כמעט מוחלטת

181 הצעת החקיקה ודברי הסבר מפורטים לסימנים שעניינם חוזי קבלנות וחוזי שירות התפרסמה בכתב העת משפטים (זמיר, הערה 50 לעיל). העקרונות המנחים את הפרק שעניינו חוזה התיווך תוארו במאמר שהתפרסם בספר הזיכרון לגד טרסקי (זמיר, הערה 5 לעיל).

182 ראו זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 27–29.

מתחזים למתן שירות (בהיעדר יחסי עבודה בין הצדדים), הולמת את המאות ה'18 או ה'19 ולא את המחצית השנייה של המאה ה'20 או את המאה ה'21. אם מנסים לסכם את הלקונות הרבות בחוק חוזה קבלנות הקיים, הרי הן משתייכות לשלוש קבוצות:¹⁸³

1. התעלמות מההבחנה בין חוזים שבמרכוזם חיובי תוצאה לחוזים שבמרכוזם חיובי השתדלות. מאחר שהחוק הקיים נוסח בהשראת חוק המכר, הוראותיו הולמות לכל היותר חוזים שבמרכוזם מצויים חיובי תוצאה כמו חוזי בנייה, חוזים לביצוע תיקונים או מלאכות אחרות בנכסים, וחוזי הובלה. הן אינן הולמות כלל חוזים למתן שירותים מקצועיים כמו חוזים לייעוץ, לריפוי, לייצוג, להוראה וכדומה, שבמרכוזם עומדים חיובי השתדלות.

2. התעלמות מהאופי המורכב והנמשך של חוזי קבלנות רבים. באורח סיפוי, חוזי קבלנות הם מורכבים יותר מחוזי מכר, משום שמדובר בהם בקיום הנמשך לאורך זמן ולא בקיום רגעי, משום שרווחת בהם ההזקקות לקבלני-משנה, משום שבאורח שכיח ביותר הם מצריכים שינויים והתאמות של חיובי הצדדים במהלך הביצוע וכדומה.

3. אף אם מניחים בצד את החוזים שבמרכוזם חיובי השתדלות ואף אם מתעלמים מהאופי המורכב, המתמשך והיחסי (relational) של חוזים רבים לביצוע מלאכה ולמתן שירות – ומתמקדים בחוזים לביצוע מלאכה שבמרכוזם עומדים חיובי תוצאה פשוטים וקצרי-טווח, כמו חוזה לתיקון מכונית במוסך – הפרוץ בחוק הקיים עולה על העומד. כך, למשל, בעוד שהנושא של אי-התאמת האובייקט נדון בחוק המכר בעשרה סעיפים, הרי שלמרות שבחוזי מלאכה הוא מעורר בעיות רבות יותר, הוקדשו לו בחוק חוזה קבלנות שני סעיפים בלבד.

2. עיקרי הרפורמה

(א) כללי

בהצעה שלפנינו מוסדרים החוזים לביצוע מלאכה ולמתן שירות בסעיפים 241 עד 283. סעיפים אלה מחולקים לשני פרקים. הפרק השלישי בחלק-המשנה על חוזים מיוחדים עוסק בחוזי קבלנות ובחוזי שירות,¹⁸⁴ והפרק הרביעי מוקדש לחוזי תיווך.

183 לתיאור מלא יותר של הפערים בחוק חוזה קבלנות ראו ומיר, שם, בעמ' 43-46. על הדרכים לגשר על פערים אלה בדיון הנוהג ראו שם, בעמ' 46-51.

184 על היעדר הצדקה להכללת חוזי הקבלנות והשירות באותו פרק בהתחשב בהבדלים העמוקים בין שני חוזים אלה, על העובדה שקיימת קרבה רבה יותר בין חוזי קבלנות לחוזי מכר מאשר בינם לבין חוזי שירות, ועל כך שאין בפרק העוסק ב"חוזה קבלנות

כפי שהוסבר לעיל, ועדת הקודיפיקציה שקלה גם את האפשרות להקדיש פרקים נפרדים לחווי בנייה ולחויי הובלה, אך הגיעה למסקנה שמוטב לוותר עליהם, לפחות בשלב זה.¹⁸⁵ המאפיינים המרכזיים של הרפורמה בנושאים הנדונים הם אלה:

1. הפרדה בין הסדר החל על חוזים שבמרכזם עומדים חיובי תוצאה לבין חוזים שבמרכזם חיובי השתדלות וקביעת הסדר נפרד לחויי תיווך.
2. התחשבות בכך שבאורח טיפוסי, מבצע המלאכה או השירות – לרבות המתווך – הוא פירמה שעיסוקה בביצוע אותם מלאכה או שירות, בעוד שהמומין עשוי להיות פירמה או אדם פרטי.
3. התחשבות באופי המורכב והנמשך של חוזים לביצוע מלאכה ולמתן שירות (בהשוואה לעסקת מכר, למשל, העשויה להיות קצרה ופשוטה).
4. הגברה ניכרת של הפירוש והארגון.

להלן אעמוד בקצרה על כל אחד ממאפיינים אלה.

(ב) ההפרדה בין חויי קבלנות לחויי שירות והתייחסות הנפרדת לתיווך

המאפיין הבולט ביותר ברפורמה לגבי חויי המלאכה והשירות הוא ההפרדה בין חוזים שבמרכזם עומדים חיובי תוצאה לחוזים שבמרכזם עומדים חיובי השתדלות. הבחנה זו, שמקורה במשפט הצרפתי, נקלטה בשנים האחרונות בספרות ובפסיקה הישראלית.¹⁸⁶ מרבית החיובים החוזיים הם חיובי תוצאה, ובהם נושא המפר באחריות זולת אם יוכיח שנתקיימו נסיבות של אונס או סיכול, או שהצד השני מנע את הקיום. לעומת זאת, האחריות בשל הפרת חיוב השתדלות מותנית בכך שיוכח כי החייב לא פעל במיומנות סבירה או לא נקט את השקידה והזהירות

החובה שירות" ולו הוראה אחת החלה ישירות על שני סוגי החוזים – ראו השקטת הסמך להערה 118 לעיל.

185 ראו פרק ב.13(א) לעיל.

186 ראו, באופן כללי, Rene Demogue, *Traite des obligations en general* T. 5, No. 1237, p. 536 et seq. T. 6, No. 599, 644 (1925); Joseph Frossard, *La distinction des obligation de moyens et des obligations de résultat* (1965) זמיר, הערה 128 לעיל, בעמ' 108–103; רנה סניליניץ, "חובה למתן שירות עריכת-דין והאחריות בגין הפרתו – היבט השוואתי", בתוך ספר לגדי ג' 1465, 1471–1490 (בעריכת אהרן ברק ואליוער מזון, תשנ"ה); ע"א 2887/91 גול נ' אודיעל (לא פורסם, 28.9.1995) בפסקאות 7–11 לפסק הדין; ע"א 444/94 אורח ייצוג אומנים הפקות נ' עטרי, פ"ד נא(5) 241, 252–254; ע"א 7664/00 אברהם רובינשטיין ושות' המרה קבלנית בע"מ נ' עדיית חלק, פ"ד נו(4) 117, 131–132; ע"ש (י"ם) 195/97 הירצץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי (לא פורסם, 10.6.2004) בפסקאות 103–105 לפסק הדין; ו"ע (י"ם) 2030/01 איתוראן איתור ושליטה בע"מ נ' הירצץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 26.1.2004) בפסקאות 55–60, 103–109, 115–121; ע"א (ת"א) 3232/99 חחת היען – נהל שלמה בע"מ נ' חרט (לא פורסם, 26.12.2000).

הראויות לשם השגת היעד. במילים אחרות: בחיובי תוצאה אי-השגת התוצאה המבוקשת או השגת תוצאה פגומה מהוות כשלעצמן הפרה של החוזה. מנגד, בחיובי השתדלות החייב נושא באחריות רק אם ניתן לייחס את אי-השגת התוצאה המבוקשת או את השגתה החלקית לחוסר-מיומנותו, להתרשלותו וכיוצא בזה.

עם החוזים שבמרכז עומדים חיובי תוצאה נמנים, בין היתר, חוזי בנייה וחוזים לביצוע מלאכות במיטלטלין, כמו תיקון, הרכבה, ייצור והובלת נכסים. בחוזים אלה, נקודת המוצא היא שהקבלן נושא באחריות חוזית מלאה, שממנה הוא פטור רק בנסיבות של סיכול, בנסיבות שבהן הנושה גרם להפרה וכדומה. הקבוצה השנייה כוללת, בין היתר, חוזים למתן שירותים כגון תיירות, הוראה, טיפול רפואי, סיעוד, ייצוג משפטי, אבטחה וייעוץ לסוגיו. בחוזים אלה חיובי המרכזיים של נותן השירות הם חיובי השתדלות, כלומר: עליו לפעול בסבירות, במיומנות, בנאמנות, בזהירות ובשקידה כדי להשיג את התוצאות המקוות, והוא יישא באחריות לאי-השגה של אותן תוצאות אם פעל ברשלנות או שלא בנאמנות. משמעות הדבר היא שבדומה לאחריות המסורתית בנויקן, האחריות במקרה זה מותנית בקיומו של אשם ואיננה אחריות חוזית מלאה או strict liability. למעשה, כמעט כל חוזה מכיל חיובים משני הסוגים, וההתייחסות היא לפיכך לחיובים המרכזיים של הקבלן ושל נותן השירות.

ההפרדה בין שני סוגי החוזים אפשרה לקבוע לכל אחד מהם הוראות ההולמות אותו. בין הדוגמאות לכך ניתן לציין את סעיף 266 להצעת הקודקס האזרחי, המבהיר את אופי אחריותו של נותן השירות כחיוב השתדלות גרידא. סעיף 267 דן בחובת הקיום האישי החלה על נותן השירות, חובה שבאורח דיספוזיטיבי אינה חלה בחוזי קבלנות.¹⁸⁷ סעיף 268 עוסק בחובת האמון של נותן השירות כלפי המזמין, שאף היא מאפיין של חוזים אלה שאינם מתקיים בהכרח בחוזי קבלנות שבמרכזם חיובי תוצאה.¹⁸⁸ מנגד, סעיפים 252–257 שבפרק הקבלנות מספלים בנושא התאמת המלאכה. הם יוצרים הרמוניה בין ההסדר החל בקבלנות ובמכר (תוך התחשבות בהבדלים הרלבנטיים בין שני חוזים אלה), ואינם מחילים הוראות אלה – שאינן הולמות חיובי השתדלות – על חוזה למתן שירות.¹⁸⁹

בצד ההוראות על חוזי קבלנות ועל חוזי שירות, הוסף לקודקס האזרחי פרק מיוחד שעניינו חוזי תיווך. בעיקרו של דבר, פרק זה משקף בצורת חקיקה את הפסיקה העשירה שהצטברה בישראל ביחס ליחסי הצדדים בחוזים לתיווך במקרקעין (הגם שתחולתו אינה מוגבלת לחוזי תיווך אלה). ריבוי ההתדיינות

187 ראו גם זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 218–220.

188 ראו גם זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 151 (סעיף 8), 161–162.

189 ראו זמיר, הערה 128 לעיל, בעמ' 103–108; זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 439–441. ראו גם פרק 3.1 (ב) לעיל.

בין מתווכים ללקוחותיהם נובע מהצטרבות המאפיינים של חוזה התיווך: רוב חוזה התיווך הם עסקאות חד-פעמיות, ובסיום פעולת התיווך אין הצדדים צופים הסתברות גבוהה שישבו וייוקקו זה לזה – מה שמחליש מאוד את מערכת התמריצים הלב-משפטיים (כלכליים, חברתיים ומוסריים) לקיום החוזה; אובייקט מרכזי של החוזה הוא מידע שמספק המתווך ומידע הוא מוצר ציבורי שקשה להבטיח בלעדיות בשימוש בו; דמי התיווך תלויים בהשגת התוצאה של כריתת חוזה התיווך (קרי: בתועלת שהלקוח יפיק מהתיווך) ואינם תלויים בהיקף העבודה של המתווך – דבר הגורם למקצת הלקוחות לנסות להתחמק מתשלום דמי התיווך במקרים שבהם סרחת המתווך הייתה מעטה; הנוהג ששכרו של המתווך משולם רק אחרי שנכרת החוזה מושא התיווך, כלומר: אחרי שהמתווך השלים את חלקו בחוזה, מונע הסתמכות על דין ההקבלה בין חיובים כדי להבטיח את התשלום; הנוהג שמתווכים רבים מתקשרים עם שני הצדדים לחוזה מושא התיווך פותח פתח לניגודי-אינטרסים בפעילות המתווך.¹⁹⁰

פרק התיווך שבקודקס מתמודד עם בעייתיות זו ומטפל בשאלות שמעוררים חוזה תיווך על ידי קביעת התנאים לזכאות המתווך לשכרו,¹⁹¹ עיגון הנוהג שדמי-התיווך נקבעים בשיעור מסוים משווי החוזה מושא התיווך,¹⁹² הסדרת האפשרות להתקשר עם שני הצדדים לעסקת התיווך.¹⁹³ ועוד.¹⁹⁴

190 ראו ביתר פירוט זמיר, הערה 5 לעיל, בעמ' 227–229.

191 סעיף 277(ב) להצעת הקודקס האזרחי קובע חזקת לגבי היותו של המתווך הגורם להתקשרות בחוזה מושא התיווך. סעיף 278 עוסק במקרים שבהם החוזה שנכרת בין הלקוח לאדם השלישי שונה במתכונתו מהחוזה שכריתתו הייתה מטרת חוזה התיווך ובמקרה שבו העביר הלקוח את המידע לאדם אחר שהתקשר באותו חוזה. סעיף 279 עוסק בתשלום דמי התיווך במקרים שבהם החוזה מושא התיווך בוטל בשל פגם בכריתתו או הפרת חוזה, חתמה בתנאי מתלה או מפסיק, בוטל על ידי הצדדים בהסכמה או לקה בפסלות. לשיקולים העומדים ביסוד הכללים שנקבעו בסוגיות אלה ראו זמיר, הערה 5 לעיל, בעמ' 249–257.

192 סעיף 280 להצעת הקודקס האזרחי; ראו זמיר, הערה 5 לעיל, בעמ' 257–259.

193 סעיף 282 להצעת הקודקס; זמיר, הערה 5 לעיל, בעמ' 248–249.

194 בד בבד עם חקיקתו של הקודקס האזרחי יהיה צורך לתת את הדעת לשאלה מה יעלה בגורלו של חוק המתווכים במקרקעין, חתשנ' 1996–1996. בדברי ההסבר להצעת הקודקס האזרחי (דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 103) נאמר בהקשר זה שחוק המתווכים במקרקעין עוסק ברישוי ובפיקוח על פעולתם של מתווכי מקרקעין בלבד. לאמיתו של דבר אין הדבר כך. כמה וכמה הוראות בחוק המתווכים במקרקעין עוסקות, ישירות או בעקיפין, ביחסים שבין המתווך ללקוח. ראו במיוחד סעיף 8 (חובת הגינות וזהירות), סעיף 9 (דרישת כתב והוראות לגבי זכויות הצדדים וחוביהם במקרה של הסדר בלעדיות), סעיף 10 (גילוי עניין אישי), סעיף 11 (איסור גילוי ידיעה) וסעיף 14 (זכאות לדמי תיווך). לדעתי, הפתרון המיטבי הוא ששטל לבטל את חוק המתווכים במקרקעין. ככל שמדובר ביחסים שבין המתווך ללקוח – הכללים שקובעת הצעת הקודקס האזרחי הם

(ג) הקבלן, נותן השירות והמתווך בפירמות

סיבות רבות מובילות לכך שבכל שלושת סוגי החוזים (קבלנות, שירות ותיווך), מבצע המלאכה או השירות הוא כמעט תמיד אדם שעיסוקו בביצוע אותם מלאכה או שירות. ההכשרה הדרושה, הכלים, הרישיונות, והיותם של החוזים ארוכי-טווח במקרים רבים – כל אלה גורמים לכך שאין כמעט חוץ קבלנות בין שני אנשים פרטיים. בחוזים לבנייה, להובלה, לריפוי, לסיעוד, לתיקון וכדומה מבצע המלאכה או השירות איננו אדם פרטי אלא פירמה. המזמין בכל אחד מהמקרים עשוי להיות אדם פרטי, שאז מדובר בחוזה צרכני, או פירמה אחרת, שאז מדובר בדרך כלל בחוזה מסחרי.¹⁹⁵

באורח טיפוסי, מאפיין זה של מבצע המלאכה או השירות כרוך בהבדלים ניכרים בין הצדדים מבחינת המקצועיות, המומחיות והכוח הבא עמם. מאפיין זה לא נלקח כלל בחשבון בחוק חוזה קבלנות הקיים. החוק הנוכחי מבוסס על חוק המכר, ובחוזי מכר המוכר בהחלט יכול להיות אדם פרטי, ולעתים גם הצד הפחות מתוחכם והיותו חלש. זוהי אחת החולשות הבולטות של החוק הקיים שהצעת הקודקס מבקשת לסלק. בין הדוגמאות להתחשבות במאפיין זה בהצעה שבפנינו, ניתן להזכיר את אלה:

1. הכרה בחיוב חוץ (ולא רק חובה במישור המנהלי או הפלילי) שהקבלן ונותן השירות יהיו מצוידים בהכשרה וברישינות הדרושים לביצוע המלאכה;¹⁹⁶
2. הטלת חובה חוזית (ולא רק מנהלית או פלילית) על הקבלן ונותן השירות לפעול לפי התקנים החקוקים החלים על ביצוע המלאכה או מתן השירות;¹⁹⁷
3. קביעת כללים שלפיהם על הקבלן להודיע למזמין על פגמים בחומרים, בתכניות ובהוראות שהמזמין נותן לקבלן.¹⁹⁸

משביע-רצון, ומכל מקום אין הצדקה לקיומן של שתי מערכות כללים מקבילות החלות על יחסים אלה. אם טוברים שבהיבט זה או אחר הוראותיו של חוק המתווכים במקרקעין עדיפות על ההוראות שבהצעת הקודקס האזרחי, יש לתקן את האחרונות בהתאם. אשר להיבט הרגולטורי של חוק המתווכים במקרקעין – הגבלת העיסוק במקצוע זה והכפפתו למערכת רישוי ופיקוח – במקום אחר הסברתי מדוע אין כל צורך ברגולציה זו, שבאזרח של הגנת הקוחות מגינה על המתווכים מפני הגברת התחרות. ראו זמיר, הערה 5 לעיל, בעמ' 230–233.

195 ראו ביתר פירוט זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 39–42.

196 ראו סעיפים 258 ו-273 להצעת הקודקס האזרחי. ראו גם זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 362–363; זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 109 (סעיף 6), 124–125, 150 (סעיף 4) ו-158.

197 ראו סעיפים 253 ו-272 להצעת הקודקס האזרחי. לדיון בסוגיה זו ראו זמיר, הערה 128 לעיל, בעמ' 246–249; זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 49–51, 262–263, 453–454; זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 109 (סעיף 5), 123–124, 150 (סעיף 3), 157–158.

ראוי היה לכלול בפרקים הנדונים הוראות נוספות שתבטאנה את פערי המומחיות והמקצועיות בין הקבלן, נותן השירות והמתווך לבין לקוחותיהם. בין היתר, ההתחשבות במומחיותו של הקבלן לעניין הנטל להודיע למזמין על מומים או ליקויים בנכסים, בתכניות או בהוראות שנתן המזמין נדרשת לא רק בהקשר של אחריות הקבלן לאי-התאמה (סעיף 255) ובהקשר של העברת הסיכון (סעיף 259(ב)(2)), אלא גם בהקשר של אחריות הקבלן כשומר (סעיף 264, שממנו הרשמה משום מה הוראה זו).¹⁹⁹ בסימן שעניינו חווי שירות ראוי היה לטפל גם בבעיות המיוחדות לחוזים שבהם השכר תלוי בתוצאה (contingent fee), ולהסמיך את בית המשפט להפחית שכר שנקבע בדרך זו אם מצא שהשכר המוסכם נקבע ללא כל יחס סביר לשכר הראוי אף בהתחשב באי-הודאות של השגת התוצאה.²⁰⁰ כיוצא בזה, ראוי היה לכלול בפרק התיווך הוראה שלפיה אין תוקף לתניה שלפיה זכאי המתווך לדמי תיווך גם אם לא גרם לכריתת החוזה בין הלקוח לאדם השלישי (או לפחות שאין תוקף לתניה כזו זולת אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה).²⁰¹ ליקוי חמור עוד יותר בפרק התיווך מצוי בסעיף 283, שלפיו כאשר התחייב הלקוח להימנע מכריתת חוזה תיווך עם מתווך אחר באותו עניין, יחולו על המתווך חיובי אמון כלפי הלקוח. מנסחי הקודקס העדיפו ניסוח זה על ההצעה לקבוע חובת אמון כללית על כל מתווך, ולא רק על מתווך שקיבל בלעדיות. ההצעה שנדחתה תואמת את העמדה המקובלת בחקיקה, בפסיקה

198 ראו סעיפים 255 סיפא ו-259(ב)(2) סיפא להצעה; זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 110, 112 (סעיפים 10 ו-16(ב)(2)), 130-131, 140. ראו גם זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 372-373, 479-486, 632-633, 656.

199 השוו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 111-112 (סעיף 15(ב)), 138-139.

200 ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 151 (סעיף 7), 159-161; זמיר, הערה 6 לעיל, 1838-185, בעמ' 311-316.

201 ראו זמיר, הערה 5 לעיל, בעמ' 28. דוגמאות לחווי תיווך שהכילו תניה כזו מצויות בע"א (י"ם) 72/61 בלכר ג' בהן, פ"מ לח 333; ע"א (ת"א) 755/83 פטל ג' קובי, פ"מ תשמ"ה(א) 457. לדעה שלפיה יש תוקף לתניה כזו ראו ע"א 264/61 חלגל ג' קאופמן, פ"ד טו 2157. ייתכן שניתן להגיע למסקנה הרצויה בהסתמך על חוק החוזים האחדים או על דוקטרינות אחרות השוללות את תוקפן של התניות על הדין הדיספוזיטיבי, אך עדיף לקבוע הוראה ברורה ומפורשת מאשר להיזקק לדינים כלליים אלה.

ובספרות,²⁰² ומשמע שבעניין זה הצעת הקודקס משנה את המצב המשפטי לרעת הלקוחות.²⁰³

(ד) התחשבות באופי המורכב והנמשך של החוזה

בדומה לחוזי שכירות ולהבדיל מחוזי מכר, למשל, חוזים לביצוע מלאכה ולמתן שירות מתאפיינים בכך שכמעט תמיד הביצוע שלהם איננו רגעי אלא מתמשך. במקרים רבים נוצרים בין הצדדים לחוזים אלה יחסים מתמשכים ומורכבים, הדורשים גמישות, התחשבות ושיתוף פעולה. בחוזים כאלה עשויה לעלות החשיבות היחסית של תמריצים לא-משפטיים לשיתוף פעולה הדדי, אולם גם הכללים המשפטיים צריכים להתחשב במאפיינים אלה.²⁰⁴ אפתח בדוגמאות אחדות לכך שבהצעת הקודקס – להבדיל מחוק חוזה קבלנות הקיים – אכן ניתנה הדעת למאפיינים אלה. אחר כך אציין עניינים נוספים שבהם ראוי היה להתחשב באופי המורכב והממושך של חוזים לביצוע מלאכה ולמתן שירות, אך הדבר לא נעשה.

הסימן על קבלנות מסדיר באורח מפורט יחסית שאלות המתעוררות במצבים של קבלנות-משנה – מצבים שבהם הקבלן מתקשר (כקבלן ראשי) עם קבלן אחר (קבלן-המשנה) בתווה לביצוע חלקים מהמלאכה. סעיפים 261–263 לקודקס קובעים את עצם זכותו של הקבלן להעסיק קבלני-משנה ואת סייגיה (סעיף 261(א)), מתייחסים להשפעה של קבלנות-המשנה על היחסים בין המזמין לקבלן הראשי (סעיף 261(ב)), מטילים על הקבלן חובה מסויגת לפקח בעצמו על ביצוע המלאכה בידי קבלן-המשנה (סעיף 262), מתירים למזמין בתנאים מסוימים לשלם ישירות לקבלני-המשנה את שכרם (סעיף 263(ב-ד)).²⁰⁵ וסגינים על שכרו של

202 ראו, למשל, סעיף 8(א) לחוק המתווכים במקרקעין ("מתווך במקרקעין יפעל בנאמנות, בהגינות ובדרך מקובלת..."); גר סדסקי, "תיווך ושליחות", השרקליש לג' 336, 343–344 (תש"ט). ראו גם ע"א (חי') 48/49 מ'סלר ב' גרוזרמן, פ"מ ג' 233; ע"א 793/76 לוקמן ב' שיף, פ"ד לג' (2) 533; זמיר, הערה 5 לעיל, בעמ' 246–248.

203 ייתכן שניתן להטיל על מתווך שאין לו בלעדיות חיובי אמן מכוח ההוראה הכללית שבסעיף 513 לקודקס, אך עצם קיומו של סעיף 283 עלול במקרה זה לעמוד לרועץ, משום שהוא משמיע די בבירור שבנסיבות רגילות אין מוטלים על מתווך חיובי אמן כלפי לקוחו.

204 ראו זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 391–394.

205 בסעיף 263(ב) נקבעה זכותו של מזמין ששילם ישירות את שכרם של קבלני-המשנה "להשבה" של סכום זה מהקבלן הראשי. קשה להבין מדוע השתמשו בהקשר זה במונח "השבה" ולא במונח "שיפור", המתאים יותר. לשימוש במונח "השבה" עלולות להיות תוצאות מרחיקות-לכת בשל החלתן של הוראות הפרק שעניינו עשיית עושר ולא במשפט על כלל הוראות ההשבה שבקודקס. ראו גם הסקסט הסמוך להערות 153–154, 175–177 לעיל.

קבלן-המשנה על ידי ראיית הכספים ששולמו לקבלן הראשי בעד עבודתו כמחזקים בנאמנות לשובת קבלן-המשנה (סעיף 263(א)).²⁰⁶

התחשבות באופי המורכב והמתמשך של חווי קבלנות באה לידי ביטוי גם בהוראה המאפשרת למזמין להורות לקבלן לבצע מלאכה נוספת או לערוך שינויים במלאכה המוסכמת, ככל שהדבר דרוש לשם הגשמת תכליתו של החוזה. סעיף 251 קובע מערכת איוונים בין זכות זו של המזמין לבין יכולתו של הקבלן להתנגד לתוספת או לשינוי מטעמים סבירים, תוך התאמת מועדי הקיום וגובה השכר לתוספת או לשינוי.²⁰⁷ אף התחשבותם של דיני ההתאמה ודיני העברת הסיכון באפשרות שהחומרים, התכניות או ההוראות שנתן המזמין הם אלה שגרמו לאבדן הנכס או לנזקו מבטאים התחשבות באופי המיוחד של חווי קבלנות.²⁰⁸

אולם, ההתחשבות באופי המורכב והמתמשך של תחום לביצוע מלאכה ולמתן שירות בקודקס המוצע איננה שלמה ואיננה מספקת. בין היתר, ראוי היה שלא להסתפק בחובתו של הקבלן לבצע את המלאכה תוך זמן סביר (חוב הנגור מסעיף 116(א) רישא להצעת הקודקס), אלא גם לחייבו לבצעה ברציפות.²⁰⁹ כמו כן, בנוסח

206 להסבר תמציתי של כללים אלה ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 143-149; דברי ההסבר, הערה 7 לעיל, בעמ' 99-100. לדין נרחב בשאלות הקשורות לקבלנות-משנה ראו איל זמיר, "קבלנות-משנה: יחסי מזמין, קבלן, קבלן-משנה", מחקרי משפט יא 45 (תשנ"ד). בנוסח שבפנינו לא נתקבלה ההצעה לשלול מפורשות את תוקפה של תניה המתלה את זכותו של קבלן-המשנה לשכרו בכך שהמזמין ישלם את שכרו של הקבלן הראשי (אלא אם כן אי-התשלום נגרם מסיבה שקבלן-המשנה אחראי לה). ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 113 (סעיף 20), 145-146. כמו כן, לא נתקבלה ההצעה להסדיר בהוראות אלה את זכות העיכבון של קבלן-המשנה בנכסי המזמין שנמסרו לו לביצוע מלאכתו (ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 113 (סעיף 21(ב)), 147-148). על מצב שבו קבלן-משנה מחזיק בנכסי המזמין לצורך ביצוע מלאכתו עשוי לחול סעיף 676(ב) להצעת הקודקס האזרחי; אולם, מאחר שקבלן-משנה מודע ברגיל לכך שהנכס שנמסר לו איננו של הקבלן אלא של המזמין, ייטג העיכבון מפני זכויותיו של המזמין בנכס (כך לפחות עולה מדברי ההסבר להצעת הקודקס האזרחי (הערה 7 לעיל, בעמ' 272), המתארות את סעיף 676(ב) כמעין תקנת שוק - משמע שדרישת תום הלב המופיעה בהוראה זו מתייחסת לאי-יריעה של הקבלן על זכויות האדם השלישי). הגם שהדבר אינו נקי מספקות, דעתי היא שבמצב זה ראוי להעניק לקבלן-המשנה זכות עיכבון בנכסי המזמין, שאינה נסוגה בפני זכויות המזמין בנכס, גם אם ידע קבלן-המשנה שהנכסים שייכים למזמין ולא לקבלן. ראו זמיר, "קבלנות-משנה", שם, בעמ' 91-94.

207 על סוגיה זו ראו באופן כללי זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 406-416. להסבר תמציתי של הכלל (בנוסח שהונהג על שולחנה של ועדת הקודיפיקציה) ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 111 (סעיף 14), 136-137.

208 ראו סעיפים 255 ו-259(ב2) להצעת הקודקס האזרחי; הערות 198, 199 לעיל, המקסט הסמוך להן והמקורות הנזכרים בהן.

209 הנוסח שהצעתי בנושא מועד הביצוע של המלאכה היה כדלקמן:

המוצע של הסימן על חוזה הקבלנות חסרה תוראה בדבר זכותו של המומין להפסיק את קיום החוזה ובדבר תוצאותיה של הפסקה כזו.²¹⁰ בדומה לכך, בסימן על חוזה השירות חסרות תוצאות חשובות בנושא סיום החוזה עם מותו של אחד הצדדים, הגבלת כשרותו או פירוקו, ובנושא הכוח להפסיק את החוזה באורח חד-צדדי ותוצאותיה של הפסקה כזו.²¹¹ לבסוף, בחווי קבלנות ושירות כאחד, הכלל שלפיו התשלום מבוצע רק בסיום הביצוע של המלאכה או השירות (סעיפים 249 ו-270 להצעה) איננו הולם חודים ארוכי-טווח. ראוי היה להוסיף ולקבוע כי במלאכה ובשירות נמשכים, הקבלן וגותן השירות זכאים לתשלומי-ביניים בהתאם להתקדמות המלאכה או השירות ולהוצאות הכרוכות בהם, כמקובל בחוזים מאותו סוג.²¹²

(ה) הגברת הפירוס והארגון

המרת הוראותיו הספורות והלקוניות של חוק חוזה קבלנות ב-43 הסעיפים שבפרקים השלישי והרביעי בחלקי-המשנה "חוזים אחידים", תוך יצירת הבחנה ברורה בין חווי קבלנות לחווי שירות ולחווי תיווך, הגבירה את הפירוס והארגון בהשוואה לדין הקיים ותרמה למילוי פערים רבים בו. הסימן על חוזה שירות והפרק על חוזה התיווך הם חידוש גמור לעומת החקיקה הקיימת. בפרק הקבלנות הומד ההסדר החלקי והלקוי בנושא אי-ההתאמה בהסדר שלם ומפורט יותר (סעיפים 252–258 וכן סעיף 242),²¹³ הוסדרו בצורה ברורה יותר חיובי הממין לשלם את התמורה ולקבל את הנכס (סעיפים 247–250),²¹⁴ והוספו הוראות הקשורות לאופיו המורכב והמתמשך של חוזה הקבלנות, כמפורט לעיל.

(א) לא הוסכם על מועד הביצוע של המלאכה, על הקבלן לבצעה תוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה. הוסכם על מועד ההתחלה של המלאכה, על הקבלן לבצעה ברציפות ולהשלימה תוך זמן סביר מאותו מועד.

(ב) לא הוסכם על מועד הביצוע של המלאכה, או הוסכם על ביצועה תוך תקופה פלוגית, תוך זמן סביר או במועד משוער – על הקבלן להודיע לזממן זמן סביר מראש על מועד הביצוע.

ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 109 (סעיף 4), 121–122.

210 ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 112–113 (סעיף 18), 141–143; גד טרסקי, "על זכות המומין לפרוש מחוזה קבלנות או לשנותו", משפטים ה' 738 (תשל"ד); זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 394–403.

211 ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 151–152 (סעיפים 11–12), 163–167; זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 403–406.

212 ראו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 109 (סעיף 8(ב)), 126, 150 (סעיף 6(ב)), 159. כמפורט שם, כללים אלה משקפים את הדעה המקובלת בפסיקה ובספרות והם תואמים הוראות-חוק המצויות בקודקסים זרים.

213 ראו פרק ג.3(ב) לעיל.

214 ראו גם זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 109–110 (סעיף 8), 126–127.

עם זאת, נדמה שגם בהצעת הקודקס שבפנינו יש מקום לשקול שיפורים מבחינת הפירוט, הניסוח והארגון של מקצת ההוראות העוסקות בחוזים לביצוע מלאכה ולמתן שירות. לדוגמה, סעיף 256 מטיל על מזמין המבקש להסתמך על אי-התאמה נטל לאפשר לקבלן לתקן את אי-ההתאמה או לבצע את המלאכה מחדש "ככל שהדבר סביר בנסיבות הענין". מאחר שזהו מוקד שכיח ביותר לחילוקי דעות ולחילוכים בין קבלנים למזמינים, ראוי היה להתאמץ ולקבוע ניסוח קצת פחות עמום לגבי היקפו של הנטל לאפשר תיקון בידי הקבלן. כך, למשל, ניתן היה לקבוע שהנטל יחול זולת אם בנסיבות הענין תיקון אי-ההתאמה בידי הקבלן אינו אפשרי או אינו סביר בשל ההכבדה הכרוכה בו למזמין. בשל התערערות היחסים בין הצדדים או מסיבה אחרת.²¹⁵ דוגמה אחרת עניינה מעמדם של הקבלן ונותן השירות כשומרים. לפי סעיפים 264 ו-274 להצעת הקודקס האזרחי, הקבלן ונותן השירות נחשבים כשומרי שכר ששמירת הנכס היא המטרה העיקרית של החזקתם בו. הוראות אלה תואמות את הדין הקיים (סעיף 6(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות).²¹⁶ דא עקא, שכמו הסעיף הקיים, מסתפקים הסעיפים המוצעים בסיווגו של הקבלן כשומר, מבלי לקבוע מפורשות שחל עליו חוב חוזי לשמור על נכסי המזמין. קביעה כזו רצויה ולו למען הסר ספק.²¹⁷ כפי שהזכרתי לעיל, בסעיף 264 אף נשמטה, כמדומה בסעות, ההתייחסות לאבדן או לנזק שמקורם בחומרים, בתכניות או בהוראות שנתן המזמין. שיפורי ניסוח מתבקשים במקומות נוספים, כמו בהגדרה של חוזה תיווך,²¹⁸ וכמו כן רצוי לשקול מחדש את הסדר של מקצת הסעיפים בפרק התיווך.²¹⁹

215 השוו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 110 (סעיף 11(א)(3)), 133-134. על סוגיה זו ראו באופן כללי זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 501-511.

216 על שיקולי המדיניות שביסוד כלל זה ראו זמיר, הערה 86 לעיל.

217 השוו זמיר, הערה 50 לעיל, בעמ' 111 (סעיף 15(א)), 98, 151 (סעיף 9) זמיר, הערה 6 לעיל, בעמ' 636-637.

218 סעיף 275 להצעת הקודקס מגדיר: "חוזה תיווך הוא חוזה בין מתווך ללקוח, תמורת דמי תיווך, ליצירת קשר בין הלקוח לבין אדם שלישי, במטרה שייכרת חוזה בין הלקוח לבין אותו אדם". מוטב שהמילים "תמורת דמי תיווך" יבואו אחרי המילים "ליצירת קשר בין הלקוח לבין אדם שלישי" ולא לפנייהן.

219 סעיף 276, שעניינו חובת הלקוח להודיע למתווך על כריתת החוזה עם האדם השלישי, מופיע כהוראה האופרטיבית הראשונה בפרק התיווך, מיד לאחר ההגדרה של החוזה. תובת הלקוח להודיע למתווך על כריתת החוזה בינו לבין האדם השלישי היא חוב גלוי באופיו, שספק אם ראוי לייחד לו סעיף נפרד, ומכל מקום אין מקומו לפני כל ההוראות המהותיות הרבה יותר. מקומו הטבעי הוא כסעיף-קטן (ב) של סעיף 281, שעניינו מועד התשלום של דמי התיווך. לגוף העניין, ראוי היה לקבוע חוב להודיע על כריתת החוזה למתווך מיד. בהיעדר דרישה כזו חל הכלל הרגיל שיש למסור את ההודעה תוך זמן סביר. כלל זה אינו תואם את הציפיות הסבירות של הצדדים ואף אינו עולה בקנה אחד

ה. סיכום והערכה

בחלק-המשנה "חוזים מיוחדים" משתקפים מאפיינים רבים של הצעת הקודקס האזרחי בכללותה. בצד שיפורים ממשיים וחשובים מבחינה ניסוחית, מבנית ותכנית, לוקה פרק זה גם בליקויים לא זניחים מבחינת היקף העניינים הנדונים (ושאינם נדונים) בו, הניסוח של מקצת הוראותיו ותוכן כלליו. רוב הליקויים ניתנים לתיקון במאמץ קטן יחסית, בהסתמך על עבודות ההכנה שנעשו במהלך עבודתה של ועדת הקודיפיקציה. עם זאת, ישנם גם ליקויים (כמו היעדרו של פרק על חוזה הלוואה ואי-שילובם של חוק המכר (דירות) ואולי גם חקיקה צרכנית נוספת) שתיקונם יצריך עבודה ניכרת. אם יתוקנו ליקויים אלה (וליקויים דומים המצויים בחלקים אחרים של הצעת הקודקס), נוכל להתברך בקודקס אזרחי עדכני, מאורגן היטב ואיכותי מאוד, שיתרום רבות לחברה ולכלכלה בישראל, לעשייה ולחשיבה המשפטיות. פרסומה של הצעת הקודקס האזרחי הוא נקודת ציון חשובה ביותר בתהליך זה, ובלבד שלא תיראה כנקודת הסיום.

עם סעיף 281, המורה שדמי התיווך ישולמו "במועד כריתת החוזה בין הלקוח לאדם השלישי". סעיף 280, שעניינו שיעור דמי התיווך, צריך להופיע סמוך לסעיף 277(א) הקובע את חובת התשלום של דמי התיווך.

