



ערעור אזרחי מס' 3666/90

ערעור אזרחי מס' 4012/90

מלון צוקים בע"מ

נגד

[ע"א 3666/90](#)

עיריית נתניה

עיריית נתניה

נגד

ע"א 4012/90

מלון צוקים בע"מ

בבית המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים אזרחיים

[22.7.92]

לפני השופטים י' מליץ, א' מצא, מ' חשין

חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16, סעיפים 9, 10, 13, 14-

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, סעיפים 12(ב), 26-

חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42, סעיפים 1, 1(א)

פקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח 266.

בין המשיבה בע"א 3666/90 (להלן - המשיבה) לבין קבוצת משקיעים נחתם זיכרון-דברים להקמת בית-מלון. המשקיעים הקימו לצורך כך את המערערת בע"א 3666/90 (להלן - המערערת). לאחר מכן התחלף ראש העירייה בראש עירייה חדש, והמשיבה הודיעה, שאינה רואה עצמה קשורה בזיכרון הדברים. המערערת תבעה את המשיבה בבית המשפט המחוזי בגין הפרת חוזה. היא תבעה פיצויים על הפסד הרווח הצפוי, ולחלופין, השבה של הכספים שהוציאה על סמך זיכרון הדברים ושכר ראוי.

בית המשפט המחוזי קיבל את התביעה ופסק, כי המערערת הפסידה סיכוי להקמת מלון נושא רווחים, אך לא ניתן להעריך סיכוי זה בכסף, ולכן נפסק למערערת פיצוי גלובאלי, תוך שימוש בסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. על פסק-דין זה ערערו בעלות הדין לבית המשפט העליון. בית המשפט העליון קבע, כי זיכרון הדברים חייב את בעלות הדין והופר על-ידי המשיבה. עם זאת, טעה בית המשפט המחוזי בפוסקו פיצויים גלובאליים לפי סעיף 13. התיק הוחזר לבית המשפט המחוזי, על מנת שיקבע את גובה הפיצויים שלהם זכאית המערערת וכן מימצא לגבי השאלה, מה הסבירות שהמלון היה מוקם ומהו שיעור ההסתברות לקיום רווח. בית המשפט המחוזי פסק לטובת המערערת הוצאות שונות שהוציאה בהסתמך על קיום זיכרון הדברים, לרבות הוצאות בגין חיפוש משקיעים בארץ ובה"ל. כמו כן חויבה המשיבה לפצות את המערערת בגין שכר הטרחה שהתחייבה לשלם ליזמיה עבור ייזום הקמת המערערת. נדחתה, עם זאת, תביעת המערערת לשלם שכר-טרחה ליזמיה בגין ייזום פרויקט המלון, וכן נדחתה תביעת המערערת לאובדן רווחים, מאחר שלא הוכיחה ברמת הסתברות מספקת שהייתה מרוויחה מהמלון ומהפעלתו ולא הוכיחה שיעור נזק זה במידת הסבירות הדרושה. מכאן הערעור.

בית המשפט העליון פסק:

א. (1) בדרך כלל אין בית משפט שלערעור מתערב במימצאיו של בית המשפט ששמע את העדים והתרשם מדבריהם, מהתנהגותם וממהימנותם. החריגים לכלל זה הם יוצאי דופן, במקרים נדירים ביותר (55 ה-1).

(2) במקרה דנן, אין מקום להתערבות במימצאי הערכאה הראשונה (55 ו).

ב. (1) הוראת סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) עניינה - כלשון כותרת השוליים - "השבה לאחר ביטול", וסעד זה מציב עצמו בצד סעד הפיצויים, בין פיצויים בגין "אינטרס הקיום" ("אינטרס הצפייה") ובין פיצויים בגין "אינטרס ההסתמכות" (ובצד כל אלה - ובראש - עומד סעד האכיפה בעין) (68 ב).

(2) אמירה, כי הוראת סעיף 9 היא "תנאי מכללא" בין בעלי החוזה - כל עוד לא נאמר בחוזה אחרת - אינה אלא פיקציה, ואין היא משקפת אמת שבעובדה. אכן, יש שצדדים יחשבו על סעיף 9 וישיקלו את הנאמר בו, אך ככלל, אין בעלי חוזה נותנים דעתם על קביעת סעיף 9 בתורת שכזה. לפיקציה נועד תפקיד מכריע בהתפתחות הדיון, אך אין לעשות שימוש בפיקציה כשאין בה כל צורך של ממש (68 ה-1).

(3) שיטת המשפט עשויה להעניק - והיא אכן מעניקה - זכויות שונות ותרופות

שונות בגין אותה מסכת עובדות עצמה. הצורך ליתן בידי פלוני זכות מסוג זה או אחר - זכות המתרגמת עצמה לתרופה ולעילת תביעה בבית-משפט - הינו צורך "לבר משפטי", ומקורו בהשקפות החברה מעת לעת. בהתקיים צורך, עשויה שיטת המשפט לתרגמו לזכויות בענף משפט זה או אחר, כשמלאכת התרגום היא רובד משני - אם גם חיוני - לקיום הצורך הראשוני (69 ד-ה).

(4) שיטת המשפט מתרגמת אינטרס לבר משפטי לזכויות מסוגים שונים או במקומות שונים. כך הוא באזור החפיפה שבין דיני חוזים לבין דיני נזיקין, באזור החפיפה שבין דיני חוזים לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט ובאזור החפיפה שבין דיני נזיקין לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט. בכל אזורי חפיפה אלה מצאה שיטת המשפט להעניק זכויות בשני ענפי משפט, או שלא להעניק זכויות, בין על דרך הסתם ובין על דרך שלילי. הכללים החלים על אזורי החפיפה (או ההתנגשות) בכל שיטת המשפט הם, כעיקרון, אותם הכללים עצמם (69 ה-1).

(5) אזור החפיפה, שמכנים בו שני ענפי משפט, שולטים בו הן הכללים הפרטיקולריים, החלים בכל אחד מאותם שני ענפים, והן הדוקטרינות ועקרונות היסוד, הקובעים בכל אחד מאותם שני ענפים. באותו חלל עצמו מרחפים אותם צרכים לבר משפטיים שנתנו - מעיקרם של דברים - חיות הן לכללים החלים והן לדוקטרינות ולו עקרונות היסוד המשפטיים. לשטח חפיפה זה חייבת שיטת המשפט לקבוע כללי התנהגות ותיאום בין הכללים, העקרונות והדוקטרינות, וחייבת היא להוסיף ולקבוע מי יעלה ומי יירד, מי ישלוט ומי יישלט (70 ב-ד).

(6) בסעד ההשבה שבסעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) יש הן מדיני עשיית עושר ולא במשפט והן מדיני החוזים. בבדיקת סעד ההשבה בדיני

חוזים, קיום חוזה אינו אך אירוע היסטורי ואחת הנסיבות העשויות להשפיע על קיום הסעד ועל שיעורו, אלא הוא מעיקרי הדברים מלכתחילה. השאלה הנכונה איננה, אם המדובר בדיני חוזים או בדיני עשיית עושר, אלא מהי המטרה שמבקשים אנו להשיג, בין אם זו מטרה "משפטית" בין אם מטרה "לבר משפטית", ומהו האינטרס שידו תהיה על העליונה (71 ג-ד).

ג. (1) משהוכרו דיני עשיית עושר כענף משפטי העומד על רגליו הוא, יש להישמר

לבל יכבשו טריטוריות הקנויות זה מכבר לענפי משפט אחרים (71 ז).

(2) למושג "עשיית עושר ולא במשפט" שני פנים: האחד, ענף משפטי נפרד

ועצמאי המזין עצמו בעילות

קנייניות ובעילות שמקורן בצדק ויושר; והשני, שיקול לבר-משפט, המזין ומפרנס עילות שונות וענפים שונים במשפט, והוא בצד שיקולים לבר-

משפטיים אחרים (כגון זה שהסכמים יש לכבד, שהמזיק ראוי שיפצה את הניזוק וכו') (71 ז-72 א).

(3) אין לערב שיקולי עשיית עושר ולא במשפט - כשיקולים היוצרים כללי משפט בתחומי משפט שונים - באותו ענף משפט עצמאי שהשם עשיית עושר ולא במשפט קורא עליו. לא כל כלל, ששיקולי עשיית עושר מזינים אותו, "משייך" עצמו לענף עשיית עושר. כך, תרופת הפיצויים בדיני חוזים היא תרופה "חוזית" אופיינית, אף שהיא מזינה עצמה בשיקולי עשיית עושר ולא במשפט, בין שאלה נגלים על פני השטח ובין שהם נסתרים מעין רואה. אין תרופה זו משייכת עצמה לדיני עשיית עושר (72 א-ב).

(4) (אליבא דשופט מ' חשין): תרופת ההשבה לפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), גם אם היא מושפעת מדיני החוזים, היא בבחינת "נציג" של העילה בעשיית עושר ולא במשפט ונועדה למנוע עשיית עושר ולא במשפט, ולפיכך, הנורמות והדוקטרינות החלות על העילות שבעשיית עושר חלות גם על תרופה זו, ובלבד שאין הוראה פרטיקולרית, השוללת חלופה של דוקטרינה זו או אחרת. עילת ההשבה שלפי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) אינה רחבה מהעילה שלפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979. גם "התעשרות נורמטיבית" (או "התעשרות מושגית") הינה התעשרות בגדרי החוק האחרון, והמטרות החברתיות ששתי העילות התכוונו להשיג שתיהן עניינן בעשיית עושר (72 ו-73 ג).

(5) (אליבא דשופט י' מליץ): מבחינה מסוימת עילת ההשבה הנובעת מסעיף 9

לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) רחבה מעילת ההשבה שלפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, בה נדרשת התעשרות בפועל של הנתבע. סעיף 9 האמור עשוי להניב עילת השבה גם מקום שאין התעשרות בפועל של הצד השני לחוזה, וזאת בתנאי שהתניה החוזית נתכוונה מלכתחילה להעשיר בביצועה צד לחוזה (66 ג-ה).

(6) (אליבא דשופט י' מליץ): שתי עילות השבה אלה עשויות להיות שונות, גם

מבחינת הסיטואציות העובדתיות שמקימות אותן. עילת ההשבה מכוח סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) לא מתעוררת בסיטואציה עובדתית שבה אין חוזה בין הצדדים שמסדיר שימוש בנכס מסוים. במקרה כזה, עילת ההשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט כוללת זכות להשבת רווח שהנתבע הפיק שלא על פי זכות שבחוזה או בדין משימוש בנכס של התובע (67 א-ב).

(7) (אליבא דשופט י' מליץ): השבה של מה שקיבל צד אחד מן הצד השני על פי

החוזה באה, מכוח סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), להחזיר את המצב לקדמותו הטרם חוזית, ואילו השבה מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, של הרווח שהפיק הנתבע משימוש בנכס התובע שלא על פי זכות בדין או בחוזה, אינה בפועל השבה, אלא עניינה להציל, כביכול, את בלעו של הנתבע מפיו ולשרת מטרות חברתיות שהמשפט חפץ ביקרן (67 ב-ג).

(8) (אליבא דשופט י' מליץ): בדומה לכך שונה עילת ההשבה לפי סעיף 9

לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) מעילת ההתעשרות שלא כדין של מפר חוזה, שהפיק רווחים על חשבון הנפגע כתוצאה מהפרתו. במקרה הראשון באה ההשבה להחזיר את המצב לקדמותו לשלב הטרם-חוזי, ובמקרה השני הכוונה היא למנוע התעשרות שלא כדין "מחוץ לתחומי החוזה" (67 ד).

ד. (אליבא דשופט מ' חשין): (1) מטרת הפיצויים בדיני חוזים היא להעמיד את הנפגע

באותו מקום שהיה עומד בו אילו קיום החוזה כהילכתו ("אינטרס הקיום" או "אינטרס הציפייה"). בצד אינטרס הקיום מוכר "אינטרס ההסתמכות", והפיצוי הניתן בגין אינטרס זה אומר לזכות את הנפגע ב"פיצויים שליליים", דהיינו, בפיצויים שנועדו לשפות את הנפגע, כעיקרון, על הוצאות שהוציא ועל נזקים שנגרמו לו מפאת קיום החוזה: להעמיד את הנפגע באותו מקום שהיה עומד בו לולא נכרת החוזה. אינטרס הקיום כמו צופה פני העתיד, ואילו

אינטרס ההסתמכות כמו צופה פני עבר (73 ו-ז).

(2) נפגע זכאי הן לפיצוי (סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) והן להשבה (סעיף 9 לחוק), ובלבד שלא יזכה בפיצויי כפל בגין אותו אינטרס

(74 א-ב).

(3) הוראת סעיף 10 לחוק עניינה באינטרס הקיום. עם זאת, ההכרעה לפצות נפגע

בגין אינטרס הקיום הינה הכרעה ערכית. בסעיף דנן יש אחיזה גם לפיצויי הסתמכות, ואלה בצדם של פיצויי קיום. ציפיית הקיום של הנפגע עד ליום ההפרה כוללת, על דרך העיקרון, את אינטרס ההסתמכות, וההוצאות שהנפגע

עמד בהן תוך קיום החוזה ועד ליום ההפרה ראוי לראותן באותה תקופה של קדם הפרה כנבלעות בציפיית הקיום ובאינטרס הקיום, ומשופר החוזה, יש לראותן כנזקים שנגרמו "עקב ההפרה ותוצאותיה" (כאמור בסעיף 10) (74 א-ג, 75 א-ג).

(4) תביעת פיצויי הסתמכות לפי סעיף 10 לחוק אינה מוגבלת למקרים קשים

במיוחד. פיצויי הסתמכות קיימים בכל עניין, בצד פיצויי קיום ותרופת ההשבה, ונפגע יכול זכאי לתבוע גם פיצויים מסוג אחד וגם פיצויים מסוג אחר - ועליהם השבה - ובלבד שיתקיימו בעניינו שני אלה: ראשית, שלא יזכה בפיצויי כפל בגין אותו אינטרס, ושנית שלא יתבע במצטבר שני סעדים המייצגים שתי זכויות שאינן עולות בקנה אחד (175 ו-ז).

(5) מן הראוי שפיצויי ההסתמכות יעמדו על רגליהם הם, מבלי שפיצויי הקיום ישמשו לגביהם כגג עליון (אלא אם כן הסכימו על כך הצדדים במפורש או מכללא). פיצוי בגין אינטרס ההסתמכות, בדומה להשבה בעקבות הפרת חוזה, יכול שיעלה על פיצוי בגין אינטרס הקיום (76 ו-77 א, 78 א).

(6) הסכמים נועדו לקיום, והמפר נוטל על עצמו סיכון שלא יישמע בטענה

שאינטרס הקיום לא נתקיים כמצופה. גם אם ציפייתו לאכול מפירות ההסכם לא נתגשמה, חובתו לקיום ההסכם לא נתבטלה. אם החליט להפר את החוזה באורח חד צדדי - ואפילו ניסה להידבר עם הצד האחר ודרכו לא צלחה - עליו לשאת בכל התוצאות הרעות (בכפוף לנטל הקטנת הנזק המושג על הנפגע מכוח סעיף 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)). כך יחזק הקשר החוזי, תגבר הנחיצות לקיימו כיאות ורגש המוסר יבוא על סיפוקו (77 א-ב, 78 א).

ה. (אליבא דשופט א' מצא): (1) גישתו של השופט חשין בעניין פיצויי ההסתמכות

משקפת את הדין הרצוי, בעיקר מהטעם שחוזים נועדו לקיום, ולא להפרה. לכאורה יהיה זה צודק, שגם הסיכון בגין נזקי ההסתמכות של הנפגע (ובלבד שעומדים הם במבחני הסיביות) יוטל על המפר, ומאחר שנזקי ההסתמכות עשויים לכלול לא רק הוצאות שהוציא הנפגע אגב קיום חלקו בחוזה, אלא גם אובדן רווחים שמקורו בהחמצת קשר חוזי חלופי, ובאופן מעשי ייתכנו מקרים בהם יעלה הפיצוי השלילי על הפיצוי החיובי, הרי אין סיבה לקבוע את גובה פיצויי הקיום כגג עליון (80 ב-ד).

(2) כשהפגיעה באינטרס ההסתמכות מתרחשת בשלב הטרם חוזי, והחוזה אינו משתכלל, נבחנת זכות הנפגע ל"פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא

ומתן", במסגרת סעיף 12 (ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. במסגרת זו, לא יהיה זה, בדרך כלל, נכון לבדוק את גובה הפיצוי שהיה מגיע לנפגע עקב כריתת החוזה (80 ד-ה).

(3) עם זאת, ספק אם לגישתו הרצויה של השופט חשין מצוי עיגון מספיק בלשון סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), ומאחר שהסוגיה אינה מתעוררת במקרה דנן, ניתן להניחה בצריך עיון (80 ו).

ו. (אליבא דשופט י' מלץ): (1) סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) דן באינטרס הקיום בלבד, שהרי הוא בא לפצות את הנפגע על הנזק שנגרם לו עקב

ההפרה ותוצאותיה; כלומר, שואף להחזיר את הנפגע

למצב בו היה אילו קיום החוזה. פיצוי על אינטרס ההסתמכות של הנפגע מהפרת חוזה אינו הכלל כי אם החריג. בדרך כלל יפסוק בית המשפט פיצויים אך ורק בגין אינטרס הקיום. לנפגע לא קיימת אופציה חסרת סייגים לבחור בין פיצוי בגין אינטרס הקיום לבין פיצוי בגין אינטרס ההסתמכות (56 ד-ה).

(2) במקרים בהם קיים קושי אובייקטיבי ממשי להוכיח את שיעור הפיצוי בגין

אינטרס הקיום, עומדת לנפגע האפשרות להסתפק בפיצוי בגין אינטרס

ההסתמכות. העוגן המשפטי לפסיקת פיצויי הסתמכות במקרה כזה הוא, שמניחים לטובת הנפגע שלא נכנס לחוזה הפסד, משמע, שאינטרס ההסתמכות שלו אינו עולה על אינטרס הקיום שלו. משתמשים בגובה אינטרס ההסתמכות כאומד ראייתי לגובה אינטרס הקיום (56 ו, 57א-ב).

(3) ב"חוזת הפסד", היינו: כשאינטרס ההסתמכות עולה על אינטרס הקיום, אין

קשר סיבתי בין ההפרה לבין ההפסד, שהיה צפוי לנפגע גם אילו קיום החוזה כהלכתו. ההפך הוא הנכון. ההפרה חסכה מן הנפגע לפחות חלק מן ההפסד האמור (בהנחה שההפרה הביאה את החוזה אל קצו ובמקרה שהנפגע אף היה מוציא עוד הוצאות הסתמכות אלמלא ההפרה) (57 ו-ז, 58ב-ג).

(4) על כל צד לחוזה לשאת במחדליו הוא. הנפגע יועמד בדיוק במצב שהיה בו לו קיום החוזה כהלכתו, ולפיכך ההפסד, שנגרם מתחשיביו המוטעים, יישאר על שכמו; ואילו המפר יישא בתוצאות שהפרתו גרמה - בפיצויי הקיום שיעמידו את הנפגע במצב בו היה אילו קיום החוזה כהלכתו. גישה המצדיקה פיצוי בגין אינטרס ההסתמכות בשלמותו, גם בחוזה הפסד, שמה את הנפגע במצב טוב יותר מאשר המצב בו היה אילו קיום החוזה ומטילה על המפר יותר מאשר את תוצאות הפרתו ועולה כדי פסיקת פיצויים עונשיים בגין הפרת חוזה (58 ג-ה).

(5) מי שהפר את חובת תום הלב במשא ומתן לקראת כריתת חוזה, נושא בנזק שנגרם לצד השני כתוצאה מהפרה זאת. מעצם הגדרתם, פיצויים אלה הם, בראש ובראשונה, "פיצויים שליליים", שהרי הם שמים את הנפגע מהפרת חובה תום הלב במצב בו היה אלמלא הופרה כלפיו חובת תום הלב. פשיטא, שגם אם הפרה זאת גרמה לנזק העולה על "אינטרס הקיום" שהיה לנפגע אילו נכרת החוזה נושא המשא ומתן - גם אז זכאי הנפגע לפיצוי מלא בגין נזקי הסתמכותו, וזאת מפני שאלה הם הנזקים שנגרמו לו עקב הפרת חובת תום הלב (58 ז-ה).

(6) משבוטל החוזה כדין על-ידי הנפגע, הוא זכאי לקבל את מלוא אינטרס ההשבה, גם אם מחיר זה עולה על הערך שציפה המשלם לקבל תמורתו על פי החוזה.

בנושא זה יש הסדר מפורש בסעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), שאינו מגביל את ההשבה ב"ג" של גובה אינטרס הקיום, והדבר מוצדק, כדי שלא יימצא המפר, במקרה הרגיל, מתעשר על חשבון הנפגע. לא כך כאשר מגלגלים על שכמ המפר את הוצאות ההסתמכות של הנפגע, שלא הועברו על המפר על פי החוזה והעולות על אינטרס הקיום של הנפגע. כאן אין אסמכתא חקוקה לזיכוי הנפגע בגובה הסתמכותו, ובמקרה כזה, זיכוי כזה מחסיר מכיס המפר את ההפסד שהיה צפוי לנפגע אילו קיום החוזה כהלכתו (59 א-ד).

ז. (1) (בעקבות ע"א 411/87 [4]) אין זה תנאי שהמפר צפה או צריך היה לצפות

מראש את שיעורו המדויק של הנזק, ודי לעניין זה שצריך היה לצפות את סוג הנזק (60 ד).

(2) במקרה דנן, הוכח שהוצאות הנסיעה לחו"ל והוצאות אחרות לחיפוש משקיעים אכן נגרמו עקב כריתת החוזה עם המשיבה והסתמכות על קיומו. על המערערת היה באופן סביר לצפות הוצאות אלו. בפרויקט בקנה מידה כה גדול אין להעלות על הדעת, שכל המימון יבוא מצד המערערת עצמה. גיוס הון למימון פרויקטים הוא חלק בלתי נפרד מהחיים העסקיים. הסכם, שנושא עיניו אל הקמת פרויקט גדול, יש לייחס לצדדים לו צפיות סבירה לכך שיזום הפרויקט יוציא הוצאות הדרושות להשגת משקיעים. ככל שהפרויקט

גדול בממדיו, כך הצורך בגיוס משקיעים זרים גובר (60 ב-ד).

(3) במקרה דנן, חייבת המשיבה גם בהוצאות המערערת בגין תכנון אקוסטי,

אדריכלות פנים ותכנונים של תכניות עבודה כלליות, המתקרבות ל- 60% מסך כל עבודות התכנון, למרות שההוצאות נעשו בשלב שלפני קבלת אישור הוועדה המחוזית. לפי ההסכם, חויבה המערערת להקים את המלון תוך זמן סביר, ובכלל זה להשלים את תכנונו המפורט תוך זמן קצוב. לפיכך, השלמת חלק ניכר ממלאכת התכנון עוד לפני קבלת אישור רשויות התכנון והבנייה היוותה חיוב שהוטל על המערערת על פי ההסכם. המערערת גם רשאית הייתה להניח, שהמשיבה תקיים את הבטחתה להשיג (ללא סייג) את אישור רשויות התכנון ואת החכירה מהמינהל (60-ה-ז).

ח. במקרה דנן, לא הצביעה המשיבה על האינטרס הציבורי החיוני, המצדיק השתחררות

מהחובה, ולא על נסיבות יוצאות מגדר הרגיל, שיש בהן כדי להצדיק שחרור

המשיבה מחובתה לפצות את המערערת בפיצוי מלא. לפיכך, לא קיימת כאן השתחררות כדין מחובה שלטונית, ואין להפחית מהפיצויים הנפסקים כנגד הרשות השלטונית (61-ד-ו).

ט. (1) אין זה מן הראוי שערכאת הערעור תתייחס לטענות הצדדים באשר לרישומיו האישיים של שופט בבית המשפט קמא, שייתכן שתוקנו לפני מתן פסק הדין או ששונו (61-ז).

(2) במקרה דנן, אין מקום להתייחס לטענות המשיבה ביחס לטעויות חישוב אריתמטיות, שנעשו על-ידי בית המשפט קמא בדפי החישוב שערך, שכן דפי חישוב אלה, שנערכו על-ידיו, מעולם אל הוגשו כמוצג (61-ו).

י. (1) יום אינו זכאי לתמורה בגין השירותים שהוא מעניק לחברה, אלא אם זכאותו

נקבעה בחוזה שנכרת בינו לבין החברה (62-ה-ו).

(2) במקרה דנן, התובעת בערכאה הראשונה הייתה המערערת. היא המהווה צד לזיכרון הדברים והיא הנפגעת מהפרתו. לא יזמיה בכשירותם האישית (62-ג-ד).

יא. (1) הנוהג מקובל בדיני החוזים כבא להשלים פרטים חסרים בהסכם קיים, אך אין הוא, כשלעצמו, יכול ליצור חוזה "יש מאין" בין צדדים שאין ביניהם הסכם מלכתחילה (62-ז).

(2) במקרה דנן, בנוהג בלבד לשלם ליוזמים כ- 10% - 15% מערך הפרויקט לא סגי. המערערת לא הצביעה על הסכם שבין יזמיה לבינה, הקובע את זכאות היוזמים לשכר טרחה, ולפיכך בדין נדחתה טענתה, לפיה אילו קיים ההסכם עם המשיבה והמלון היה מוקם, הייתה מקבלת כתמורה עבור הייזום והקמת המלון לפחות 10% מהבעלות עליו (62-א-ב, ו, 63-א-ב).

(3) במקרה דנן, זכאות המערערת לתשלום שכר הטרחה ליוזמים בגין ייזום עצם

הקמת החברה, וזאת נוכח קיום חוזה בינה לבין היוזמים לתשלום שכר טרחה זה, והוא תזכיר ההתאגדות עצמו, לפיו השכר הוא בצורת עשר מניות יסוד שערכן חושב לפי שוויין הקובע, בהיעדר תשתית ראייתית כלשהי בעניין שוויין האמיתי (63-ב-ג, ז).

יב. (1) שכר ראוי מגיע עבור עבודה או פעולה מוזמנת, ובבסיסו עשיית עושר ולא במשפט על-ידי המזמין, שקיבל טובת הנאה מעשייתו של הצד השני (64-ג).

(2) במקרה דנן, לא הזמינה המשיבה אצל המערערת כל עבודה או שירות. לפיכך, אין המערערת זכאית לשכר ראוי עבור עבודתה בביצוע ההסכם עד לביטולו, וזאת לא מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, ולא מכוח סעיף 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). המדובר בהסכם שהאינטרס העיקרי שהמשיבה התכוונה להפיק ממנו הוא קבלת דמי חכירה מהמלון. לא היה לה אינטרס כלכלי בהגשת התכניות ובעבודות ההכנה של המערערת, כשלעצמן. המשיבה לא התעשרה מעבודות ההכנה של

המערערת, ואין מדובר בקיום חיוב שכוון להעשיר את המשיבה או להעניק לה טובת הנאה במובן שיש לייחס לסעיף 9הנ"ל (64 ד-65 א, ה, 66א-ג).

(3) במקרה דנן, דחיית תביעה לקבלת שכר ראוי אינה משמיעה מאליה דחיית תביעה לפיצויים מכוח סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) בגין אותה טרחה. נפגע זכאי כעיקרון לפיצויים בעבור טרחה שהוא טורח, ולא הרי פיצויים כהרי שכר ראוי. אולם המערערת לא הוכיחה את הנדרש בהוכחה בשאלה זו ואף לא העלתה בבירור דרישה לעצמה בראש נזקים זה (78 ב-ד).

פסקי-דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] [ע"פ 312/67, 49/68, 80מרדכי ואח' נ' היועץ המשפטי וערעור שכנגד, פ"ד כב \(2\) 63.](#)
- [2] [ע"א 207/86 מגן נ' י' בכר ואח פ"ד מב \(4\) 63.](#)
- [3] [ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ.](#)
- [פ"ד לה \(2\) 800.](#)
- [4] [ע"א 411/87 ע' חזן ואח' נ' פ' דגן ואח', פ"ד מג \(2\) 273.](#)
- [5] [ע"א 260/57 פדווה ואח' נ' פרידמן ואח', פ"ד יד 427.](#)
- [6] [ע"א 525/81 גזית ושחם חברה לבנין בע"מ נ' עו"ד רוזן ואח', פ"ד לו \(2\) 337.](#)
- [7] [ע"א 186/77 סוכנויות \(השכרת רכב\) בע"מ ואח' נ' מ' טרבלוס ואח', פ"ד לג \(1\) 197.](#)
- [8] [ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין \(1978\) בע"מ ואח' נ' ר' הורוביץ ואח' פ"ד לה \(3\) 533.](#)
- [9] [ע"א 588/87 א' כהן ואח' נ' שמש וערעור שכנגד, פ"ד מה \(5\) 297.](#)
- [10] [ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג. מ. ב. ה., פ"ד מב \(1\) 221.](#)
- [11] [ע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לז \(2\) 633.](#)
- [12] [ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הזהב בע"מ ואח', פ"ד לט \(3\) 85.](#)
- [13] [ע"א 687/89 לירן ואח' נ' גבריאל ואח', פ"ד מה \(2\) 189.](#)
- [14] [ע"א 672/82 עמית מלון ירושלים ואח' נ' טייק ואח', פ"ד מ \(3\) 169.](#)
- [15] [ע"א 804/80 sidaar tanker corporation ואח' נ' חברת קו צינור אילת אשקלון בע"מ ואח', פ"ד לט \(1\) 393.](#)
- [16] [ע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב \(1\) 153.](#)
- [17] [ע"א 76/51 בר און נ' י' טופול ואח', פ"ד ח 1.065.](#)
- [18] [ע"א 278/56 סופרגז, חברה להפצת גז בע"מ נ' מזרחי, פ"ד יב 394.](#)
- [19] [ע"א 412/54 עיריית ת"א יפו נ' חברת "ארמון אהרנוביץ 3" בע"מ, פ"ד י 1.835.](#)
- [20] [ע"א 39/47 אשר נ' א' בירנבאום ואח', פ"ד ב 533.](#)
- [21] [ע"א 228/65 חברת החשמל לישראל בע"מ נ' חלקה 6 בגוש 7166 בע"מ ואח', פ"ד כ \(1\) 253.](#)
- [22] [ע"א 280/73 פלאימפורט בע"מ נ' ציבה-גייגי לטד \(לשעבר ציבה לטד\) ואח', פ"ד כט \(1\) 597.](#)
- [23] [ע"א 760/77 בן עמי ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פ"ד לג \(3\) 567.](#)

פסקי-דין ארצישראלים שאוזכרו:

- [24] [ת"א \(ת"א\) 81/43 שורש נ' "העברה", משרד נאמנות בע"מ, המשפט ג 71.](#)

פסקי-דין אנגליים שאוזכרו:

[25] . Ccc films ltd. V. Impact films ltd[1984]. All e 3 . 298R.(q.b).

[26]solloway v. Mclaughlin [1937]. 328All e.r 4 (.p.c).

[27]moses v. Macferlan [1774-1558]. 581All e.r (.k.b).

מקורות המשפט העברי שאוזכרו:

[א] ירמיה, יז, יא.

הערות:

1. לשכר ראוי ראה: [ע"א 739/86 שם אור נ' עיריית קרית-גת, פ"ד מד\(2\) 562](#).
 2. להשתחררות מחוזה שלטוני ראה: [ע"א 144/87 מדינת ישראל נ' אינג' פבר, חברה לבנין ואח' וערעור שכנגד, פ"ד מד\(3\) 769](#).
 3. להתערבות ערכאת הערעור בממצאים עובדתיים של הערכאה קמא ראה: [ע"א 2742/90 שושנה אהרונוב נ' עיזבון המנוח אליהו אהרונוב ז"ל ואח', פ"ד מה\(3\) 159](#).
 4. לדרישת תום הלב בניהול מו"מ לכריתת חוזה ראה: [ע"א 416/89 גל אור נ' חברת כלל \(ישראל\) בע"מ, פ"ד מו\(2\) 177](#).
- ערעורים על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו (סגן הנשיא הגב' ש' וולנשטיין) מיום 12.7.90 בת"א [2511/76](#). הערעורים נדחו.

א' הלפן - בשם המערערת בע"א [3666/90](#) (המשיבה בע"א [4012/90](#));

י' בונה - בשם המשיבה בע"א [3666/90](#) (המערערת בע"א [4012/90](#)).

פסק-דין

השופט י' מליץ: הרקע העובדתי

1.ב-18.10.72 פנו עורכי הדין פוגטש ופרי אל ראש עיריית נתניה, מר בן עמי, בשם קבוצת משקיעים (להלן - היזמים) בבקשה שעיריית נתניה תעניק להם אופציה לרכישת שטח קרקע על שפת ימה של נתניה לצורך הקמת בית-מלון. על פנייה זו השיב ראש העיר, לאחר השגת אישור הנהלת העירייה, בחיוב. ניתנה אופציה כמבוקש למשך ארבעה חודשים. אופציה זו מומשה על-ידי היזמים. העירייה, לאחר ישיבה מיום 8.12.72, החליטה לחתום על הסכמים עם היזמים בקשר להקמת בית-מלון על החוף לפי האופציות האמורות. בעקבות החלטה זו נחתם ביום 11.12.72 זיכרון דברים (מסמך 6 בתיק המוצגים) בין היזמים לבין העירייה.

על-פי זיכרון הדברים, בשלב ראשון היה על היזמים להגיש "את התכניות של

המלון לאשור העירייה" (סעיף 2 לזיכרון הדברים); לאחר אישור עקרוני של העירייה

לתכניות אלו היה על היזמים להגיש "תכניות מפורטות תוך 3 חודשים" (סעיף 3 לזיכרון הדברים); לאחר מכן "העירייה מצידה תגרום לאישור התוכניות בהקדם האפשרי" (סעיף 3 לזיכרון הדברים). סעיף 4 לזיכרון הדברים קובע: "משיאושור התוכניות ע"י הוועדה המחוזית יחתם הסכם סופי בין הצדדים בו תגרום העירייה לכך ששטח הקרקע יוחזר למשקיעים". בנוסף, על-פי סעיף זה של זיכרון הדברים, דמי החכירה למינהל בגין תקופת החכירה יוסדרו על-ידי העירייה ועל חשבונה. בסעיף 5 לזיכרון הדברים נקבע, ש"תמורת החכירה של שטח הקרקע, ישלמו המשקיעים, לעירייה, את הסך של 3500 ל"י לחדר". בסעיף 8 לזיכרון הדברים נאמר, שהמשקיעים יתחילו בבניית המלון תוך זמן סביר מקבלת כל האישורים הנדרשים על-פי הדין.

תכניות ראשוניות של המלון הוגשו לעירייה ואושרו על-ידיה, ותכניות מפורטות הוגשו, כפי שהתחייבו לכך היזמים בזיכרון הדברים, לאישור רשויות התכנון והבנייה. הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה (המורכבת מחברי מועצת העירייה) אישרה את התכניות בישיבתה מיום 12.11.73 ואף המליצה בפני הוועדה המחוזית (ביום 1.2.74) על שינוי ייעוד הקרקע - שינוי שנדרש לשם מימוש התכניות.

ביני לביני - ב-18.1.73 - יסדו היזמים את חברת "מלון צוקים בע"מ" (להלן צוקים). ב-25.1.73 אימצה החברה את כל פעולותיהם של היזמים המתוארות לעיל.

דא עקא, שתכניות המלון מעולם לא הגיעו לדיון בוועדה המחוזית. מסתבר, שהעירייה ביקשה לעכב את הדיון בה "מפני שאז התעוררה שאלת תכנון כל חוף הים הצפוני" (עדויות של מר בן עמי, עמ' 196 לפרוטוקול). בינתיים התחלף ראש עיריית נתניה בראש עירייה חדש - מר בן מנחם. בהמשך הדברים הודיעה העירייה, שאינה רואה עצמה קשורה בזיכרון הדברים, ובשנת 1975 כבר לא נכלל המלון בתכנית המיתאר שהוגשה על-ידי העירייה לפני הוועדה המחוזית.

2. התביעה בבית המשפט המחוזי

צוקים הגישה תביעה לבית המשפט המחוזי בת"א 2511/76 בגין הפרת חוזה. היא תבעה פיצויים על הפסד הרווח הצפוי מפרויקט המלון ולחלופין השבה של הכספים שהוצאו על-ידיה על סמך זיכרון הדברים וכן שכר ראוי. בית המשפט המחוזי (סגן הנשיא השופטת ש' וולנשטיין) קיבל את התביעה. השופטת המלומדת קבעה, שזיכרון הדברים מחייב וכי העירייה הפרה את ההתחייבות שנטלה על עצמה בסעיף 3 לזיכרון הדברים בכך שסיכלה את אישור תכנית המלון בוועדה המחוזית. בכך הפסידה צוקים סיכוי שהתכניות תאושרנה בוועדה המחוזית וסיכוי שהיה נחתם הסכם חכירה עם מינהל מקרקעי ישראל. בכך הפסידה צוקים, כך קבעה הערכאה הראשונה, סיכוי להקמת מלון עושה רווחים. השופטת המלומדת קבעה, כי לא ניתן להעריך סיכויים אלה בכסף, ועל כן פסקה למלון צוקים 1,000,000 שקלים (ישנים) כפיצויים גלובאליים, תוך שימוש בסעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

3. הערעור הראשון לפני בית המשפט העליון

על פסק הדין המחוזי ערערו שני הצדדים לבית המשפט העליון. העירייה

בע"א 679/82, וצוקים - בע"א 703/82. הערעורים נשמעו יחדיו לפני כבוד השופטים ברק, ש' לויין ובך. העירייה בערעורה טענה, כי זיכרון הדברים אינו מחייב, ולחילופין, שהיא לא הפרה את הוראותיו, ועל כל פנים רשאית הייתה להשתחרר

מהוראות ההסכם. עוד טענה העירייה, כי לא הוכח כל נזק, ולפיכך לא היה מקום

לפסוק כנגדה פיצויים. צוקים, בערעורה שכנגד, טענה, שהפיצויים המגיעים לה גבוהים מאלה שנפסקו, וכן המשיכה וטענה, שמגיעים לה שכר ראוי ופיצויים על הוצאותיה.

בית-משפט זה דחה את ערעורה של העירייה. נקבע, שזיכרון הדברים מהווה חבות חוזית תקפה. כן נקבע שהעירייה הפרה התחייבות שנטלה על עצמה להשיג את אישור הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה. כך קבעו השופטים ש' לויין ובך כנגד דעתו החולקת של השופט ברק, שגרס, שהעירייה לא התחייבה לתוצאה של אישור הוועדה

המחוזית, אלא התחייבה אך ורק להתאמץ להשגת אישור זה (ראה עמ' 4 לע"א 679/82, 703 הנ"ל). בנוסף קבע בית משפט זה, שהעירייה לא הייתה רשאית להשתחרר מהתחייבותה החוזית כלפי צוקים.

בית המשפט קבע, שטענתה הערכאה הראשונה שפסקה פיצויים גלובאליים בהסתמך על סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). זאת מפני שאין סעיף 13 האמור בא לפצות על נזק ממוני, גם אם נזק ממוני זה הוא קשה להוכחה. לפיכך קבע בית משפט זה, שיש להחזיר את התיק לבית המשפט המחוזי, על מנת שיקבע את גובה הפיצויים לו זכאית צוקים. כן נקבע, שעל בית המשפט המחוזי לקבוע מימצא לגבי השאלה, מה הסבירות שהמלון היה מוקם (בהנחה שהתכניות היו מאושרות על-ידי הוועדה המחוזית וחוזה החכירה היה נחתם), ומהו שיעור ההסתברות לקיומו של רווח (ראה

ע"א 679/82, 703 הנ"ל בעמ' 9, 11).

4. הדין השני בבית המשפט המחוזי

כך התגלגל התיק לשערו של בית המשפט המחוזי בשנית. השופטת וולנשטיין קבעה מימצאים ומסקנות לגבי גובה הפיצויים להם זכאית צוקים, אם בכלל, ב"ראשי הנזק" השונים.

בית המשפט המחוזי פסק לטובת צוקים, על-פי הראיות שהיו לפניו, הוצאות שונות

שהוציאה בהסתמך על קיומו של זיכרון הדברים (עמ' 7 לפסק הדין המחוזי).

בפרט, חויבה העירייה לשלם לצוקים את ההוצאות שהוציאה בחיפוש משקיעים בארץ ובחו"ל. בנוסף, חויבה העירייה לפצות את צוקים בגין שכר הטרחה שהתחייבה לשלם ליזמיה עבור ייזום הקמת חברת מלון צוקים (עמ' 13 לפסק הדין המחוזי). השופטת המלומדת קבעה, כמימצא, שהתחייבות כזו כלפי היזמים אכן הייתה קיימת (עמ' 9-13 לפסק הדין). לעומת זאת, קבע בית המשפט המחוזי, שהתחייבות מצד צוקים לשלם שכרטרחה ליזמיה בגין ייזום פרויקט המלון לא הייתה (עמ' 17, 18-20 לפסק הדין), ושלפיכך לא זכאית צוקים לפיצוי בגין שכר הטרחה הנ"ל.

התביעה של צוקים לאובדן רווחים נדחתה על-ידי השופטת המלומדת. זאת מאחר שצוקים לא הוכיחה ברמת הסתברות מספקת שאכן הייתה מרוויחה מהקמת המלון ומהפעלתו וכן לא הוכיחה שיעורו של נזק זה במידת הסבירות הדרושה (עמ' 22-23 לפסק הדין).

5. על פסק-דין זה ערערו שני הצדדים לפנינו. הערייה - בע"א 4012/90,

וצוקים - בע"א 3666/90

ערעור הערייה

6. מהימנות דו"ח רואה החשבון

הערייה טוענת, שקיימים ליקויים בעבודתו של רואה החשבון שביקר ואישר את דו"חותיה הכספיים של צוקים. רואה החשבון הגיש לבית המשפט דו"ח (ת/53), המפרט את ההוצאות שהוציאה צוקים בהסתמך על זיכרון הדברים. השופטת המלומדת, ממשיכה הערייה וטוענת, הטילה ספק בטיב עבודתו ובכישוריו של רואה החשבון. לפיכך יש, לטענת הערייה, לפסול את כל דו"ח רואה החשבון ואת עדותו המאשרת דו"ח זה, כראיה.

דין טענה זו להידחות.

אמנם השופטת המלומדת לא מצאה בדו"ח של רואה החשבון ביסוס מלא לכל הסכומים המופיעים בו ולא השתכנעה מעדותו של רואה החשבון, שמן הדין לפסוק לצוקים כפיצויים את הסכומים כולם המופיעים בדו"ח, אולם היא לא פסלה את הדו"ח כולו.

השופטת המלומדת קבעה, איזה חלק מעדותו של רואה החשבון מקובל עליה ואיזה חלק אינו מקובל עליה. רואה החשבון גם נחקר נגדית ואף נשאל שאלות הבהרה על-ידי השופטת המלומדת (ראה עמ' 447-452 לפרוטוקול), ולפיכך אינו מוצא מקום להתערב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי בעניין זה. מדובר בקביעות עובדתיות של הערכאה הראשונה. מן המפורסמות הוא, כי בדרך כלל אין בית-משפט שלערעור מתערב בממצאיו של בית המשפט ששמע את העדים והתרשם מדבריהם, מהתנהגותם וממהימנותם. כך גם

נפסק פעמים רבות (ראה: ע"פ 312/67, 49/68, [1]80, בעמ' 71). החריגים לכלל זה הם יוצאי דופן, במקרים נדירים ביותר (ראה: הנשיא שמגר בע"א 207/86 [2], בעמ' 68). המקרה שלפנינו אינו אחד ממקרים יוצאי דופן אלה. דווקא ההסתייגות, שבה קיבלה השופטת המלומדת את עדותו של רואה החשבון, בקבלה רק חלק מהסכומים שננקבו בדו"ח שלו כמשקפים את הוצאותיה של צוקים, מעידה, שהשופטת המלומדת התייחסה

לשאלת מהימנות העד בכובד ראש.

7. האם הוצאות צוקים היו בציפיית הערייה?

הערייה טוענת, שצוקים הופיעה לפנייה כמייצגת קבוצת משקיעים בעלי הון משלהם ולא כמי שעתידה לגייס משקיעים, ובפרט לגייס משקיעים בחו"ל. לפיכך לא מוצדק

היה, לטענת

העירייה, לחייב אותה בהוצאות צוקים לנסיעות לחו"ל ובהוצאות אחרות שהוצאו לגיוס משקיעים. זאת מפני שהעירייה לא צפתה, ולא צריכה הייתה לצפות, שצוקים תוציא הוצאות מסוג זה בהסתמך על קיום החוזה.

סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) (להלן - חוק התרופות), קובע:

"הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת

של ההפרה."

צוקים תבעה פיצוי בגין ההוצאות שהוציאה לנסיעות לחו"ל לצורך גיוס משקיעים, ובגין הוצאות אחרות שהוצאו לצורך זה. הוצאות אלה הוצאו בהסתמך על הבטחתה של העירייה לגרום לאישור התכנית להקמת המלון על-ידי רשויות התכנון והבנייה, הבטחה שלא קוימה. פיצוי בגין הוצאות שהוצאו בהסתמך על ההתחייבות לקיום החוזה מהווה פיצוי בגין אינטרס ההסתמכות ("reliance interest"), המעמיד את המתקשר במצב בו היה נתון אלמלא נכרת החוזה. זאת להבדיל מפיצוי בגין "אינטרס הקיום" ("expectation interest"), המעמיד את המתקשר במצב בו היה נתון אילו קיים החוזה, כלומר - אלמלא הופר החוזה (ראה מאמרם הידוע של המלומדים "the reliance interest in contract damages", I.I. Fuller and W.R. Perdue, Yale L. J 46(37-1936) 52. וראה פרופ' ד' פרידמן, ופרופ' נ' כהן, [חוזים \(אבירם, כרך א, תשנ"א\) 100-102](#)).

סעיף 10 לחוק התרופות דן באינטרס הקיום בלבד, שהרי הוא בא לפצות את הנפגע על הנזק שנגרם לו עקב ההפרה; כלומר, שואף להחזיר את הנפגע למצב בו היה אילו קיים החוזה.

מכאן, שהפיצוי על אינטרס ההסתמכות של הנפגע מהפרת חוזה איננו הכלל כי אם חריג. בדרך כלל יפסוק בית המשפט פיצויים אך ורק בגין אינטרס הקיום, שלא כמו הדין העולה מפסק הדין האנגלי Ccc, films ltd. V. Impact films ltd

[25] (1984) במשפט הישראלי לא קיימת לנפגע אופציה חסרת סייגים לבחור בין

פיצוי בגין אינטרס הקיום לבין פיצוי בגין אינטרס ההסתמכות.

עם זאת, במקרים כמו המקרה שלפנינו, בהם קיים קושי אובייקטיבי ממשי להוכיח את שיעורו של הפיצוי בגין אינטרס הקיום, עומדת לנפגע האפשרות להסתפק בפיצוי בגין אינטרס ההסתמכות. אכן, במקרה שלפנינו הוכחת שיעורו של הרווח, שהמלון היה מפיק אילו היה מוקם ואלמלא הפרה העירייה את חיובה להשיג את אישור רשויות התכנון והבנייה, הוכחה שכזו היא משימה קשה מאוד, וייתכן שבלתי אפשרית.

מסיבה זו הנחה בית-משפט זה, בגלגולו הקודם של התיק לפניו, את בית המשפט המחוזי לפסוק לצוקים פיצוי על הוצאות שהוציאה בהסתמך על קיומו של החוזה, וזאת לאחר שיקבע בית המשפט המחוזי מימצא באשר לשיעור הוצאות אלו.

בשאלה, אם [סעיף 10](#) לחוק התרופות נותן לנפגע אופציה חסרת סייגים לבחור בין פיצויי הסתמכות לבין פיצויי קיום, שעליה השבתי לעיל בשלילה, לא התכוונתי להאריך. זאת מפני ששאלה זו אינה נדרשת לצורך הכרעה במקרה שלפנינו. אולם, משקראתי את פסקי הדין של חברי הנכבדים, השופט מצא והשופט חשין, וראיתי שהביעו את דעתם בשאלה זו, דעה ששונה היא מדעתי, אוסיף בעניין זה כמה מלים.

כפי שצינתי לעיל, הכלל, לדעתי, הוא, שהנפגע זכאי לפיצויי קיום בלבד. למרות זאת ציינתי, שבמקרה כמו זה שלפנינו, שבו קיים קושי אובייקטיבי ממשי להוכיח את שיעורם של פיצויי הקיום, יוכל הנפגע לקבל פיצויי הסתמכות. העוגן המשפטי לפסיקת פיצויי הסתמכות במקרה כזה הוא, שמניחים לטובתו של הנפגע שלא נכנס לחוזה הפסד, משמע, שאינטרס ההסתמכות שלו אינו עולה על אינטרס הקיום שלו. הנחה זו לטובתו של הנפגע היא ראויה, שהרי אינו מסוגל להוכיח את גובה אינטרס הקיום שלו. ברוב רובם של המקרים קושי הוכחתי זה נגרם, כשלעצמו, עקב ההפרה, שהרי אילו קיום החוזה, ניתן היה לאמוד בנקל את הרווח שהניב החוזה. במצב מעין זה, ניתוח, המסיק שהנפגע לא עמד בנטל המוטל עליו להוכיח את גובה אינטרס הקיום שלו ולפיכך יצא וידיו על ראשו, איננו מוצדק. לפיכך משתמשים בגובה אינטרס ההסתמכות כאומד ראייתי לגובה אינטרס הקיום. זאת למרות שהאחרון הוא ורק הוא עומד בבסיסו של [סעיף 10](#) לחוק התרופות. אם כך, עדיין [סעיף 10](#) לחוק התרופות, מבחינת הנורמה המהותית, פוסק אך ורק פיצויי קיום לנפגע, אלא שבמקרים מסוימים ישתמש בית המשפט בגובה אינטרס ההסתמכות כאמצעי עזר הוכחתי לאמידת אינטרס הקיום.

ומדוע הכלל הוא, לדעתי, [סעיף 10](#) האמור אינו מקנה לנפגע אופציה חסרת סייגים לקבלת פיצויי הסתמכות?

ראשית, לשונו של [סעיף 10](#) לחוק התרופות היא ברורה וחד משמעית. הסעיף מקנה אך ורק פיצויים על נזק שנגרם לנפגע "עקב ההפרה ותוצאותיה". הוצאות הסתמכות, מעצם הגדרתן, היו יוצאות מכיסו של הנפגע בין אם החוזה היה מופר בין אם לאו. הן הוצאות שהוצאו עקב הכריתה של החוזה, ולא עקב הפרתו. אמנם הפרת החוזה, במקרה שהפרה זו מביאה לקץ חייו של החוזה, אכן גוררת שהוצאות ההסתמכות יירדו לטמיון, אולם עצם הוצאתן איננה עקב ההפרה. במלים אחרות, [סעיף 10](#) לחוק התרופות נועד להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילו קיום החוזה כהלכתו, ולפיכך, כיוון שגם אילו קיום החוזה, היו הוצאות אלו יוצאות מכיסו של הנפגע, אין [סעיף 10](#) חל עליהן.

שנית, השאלה, אם יש לתת לנפגע אופציה בלתי מסויגת לבחור בין פיצויי הסתמכות לבין פיצויי קיום, יש לה נפקות מעשית בעיקר כאשר אינטרס ההסתמכות עולה על אינטרס הקיום, דהיינו - ב"חוזה הפסד", אחרת, ממילא יבחר הנפגע בסכום הגדול יותר, המיוחס לאינטרס הקיום, ושאלתנו איננה עולה.

חברי, השופט חשין, מתייחס בהסתייגות להלכה האנגלית המושרשת, לפיה אינטרס הקיום

הוא בכל מקרה "גג עליון", שמעבר לו לא יינתנו פיצויי הסתמכות. וכך אמר בפסקה

21 לפסק דינו:

"...לדעתנו יש מקום אף לפתרון אחר, דהיינו, העמדת פיצויי ההסתמכות על רגליהם הם בלא שנפזול אל פיצויי הקיום כגג עליון. אכן, כך, לדעתנו, מורים הצדק והיושר, ולא מצאנו טעם טוב שלא ללכת בדרך זו".

גם חברי, השופט מצא, בפסק-דינו ראה את דעתו זו של השופט חשין לפחות כדין

רצוי.

דעתם זו של חברי, לפיה ראוי לפצות בגין אינטרס ההסתמכות בשלמותו, גם בחוזה הפסד, אין בידי, לצערי, להסכים עמה. בחוזה הפסד אשר כזה אין קשר סיבתי בין ההפרה לבין ההפסד, שהיה צפוי לנפגע גם אילו קיום החוזה כהלכתו. ההפך הוא הנכון. ההפרה חסכה מן הנפגע לפחות חלק מן ההפסד האמור (בהנחה שההפרה הביאה את החוזה אל קצו ובמקרה שהנפגע אף היה מוציא עוד הוצאות הסתמכות אלמלא ההפרה). גישתם של חברי שמה את הנפגע במצב טוב יותר מאשר המצב בו היה אילו קיום החוזה, שהרי אילו קיום החוזה היה הוא הנושא בהפסד. חברי ערים לקושי זה, אולם לדעתם, לאור העובדה שהחוזה הופר, ראוי הוא מן הצדק ומן היושר להעביר את ההפסד, לו היה צפוי הנפגע אילו קיום החוזה, אל שכמו של המפר.

דעתי שונה. לגישתי, כל צד לחוזה יישא במחליו הוא. הנפגע - יועמד בדיוק

במצב שהיה בו אילו קיום החוזה כהלכתו, ולפיכך ההפסד, שנגרם מתחשיביו המוטעים, יישאר על שכמו של הנפגע. המפר - יישא בתוצאות שהפרתו גרמה - בפיצויי הקיום שיעמידו את הנפגע במצב בו היה אילו קיום החוזה כהלכתו. גישתם של חברי מטילה על המפר יותר מאשר את תוצאות הפרתו ולפיכך מנוגדת היא להלכה המושרשת, לפיה בדיני החוזים הישראליים אין מקום לפיצויים עונשיים בגין הפרת חוזה (ראה פרופ' פרידמן ופרופ' כהן בספרם הנזכר, בעמ' 635 והאסמכתאות המובאות שם, בה"ש 478; פרופ' ג' [שלו, דיני חוזים](#) (ד"ר, תש"ן) 578-579, והאסמכתאות המובאות שם).

חברי, השופט מצא, מזכיר את [סעיף 12\(ב\)](#) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, המקנה פיצויי הסתמכות למי שנפגע מהפרת חובת תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. אכן, מי שהפר את חובת תום הלב במשא ומתן, נושא בנזק שנגרם לצד השני כתוצאה מהפרת חובת תום הלב האמורה (ראה פרופ' פרידמן ופרופ' כהן, בספרם הנ"ל, בעמ' 622-623). מעצם הגדרתם, פיצויים אלה הם, בראש ובראשונה, "פיצויים שליליים", שהרי הם שמים את הנפגע מהפרת חובת תום הלב במצב בו היה אלמלא הופרה כלפיו חובת תום הלב. פשיטא, שגם אם הפרת חובת תום הלב גרמה לנזק העולה על "אינטרס הקיום" שהיה לנפגע אילו נכרת החוזה נושא המשא ומתן - גם אז זכאי הנפגע לפיצוי מלא בגין נזקי הסתמכות. זאת מפני שאלה הם הנזקים שנגרמו לו עקב הפרת חובת תום הלב. לא כך במקרה של הפרת חוזה, שבו הנזק שנגרם עקב הפרת החוזה הוא בגובה אינטרס הקיום בלבד, כפי שציינתי לעיל, ואינו כולל את ההוצאות שהוציא הנפגע בהסתמך על קיום החוזה.

לבסוף ברצוני להתייחס לשאלה השונה, והקשה יותר, שהעלה חברי, השופט חשין: האם, כאשר אינטרס ההשבה עולה על אינטרס הקיום, יקבל הנפגע את מלוא אינטרס ההשבה, או שמא מוגבל הוא לאינטרס הקיום? בשאלה זו מסכים אני, שהנפגע, משבוטל על-ידי החוזה כדין, זכאי לקבל במקרה זה את מלוא אינטרס ההשבה. כך, למשל, כאשר שולם המחיר החוזי לצד השני, והלה הפר את החוזה, הרי שאם בוטל החוזה כדין, זכאי המשלם להשבת מלוא המחיר החוזי ששולם, גם אם מחיר זה עולה על הערך שציפה המשלם לקבל תמורתו על-פי החוזה.

אולם שאלה זו שונה היא מהשאלה המעסיקה אותנו, שהיא, אם מכוח [סעיף 10](#) לחוק התרופות זכאי הנפגע להוצאות הסתמכותו על החוזה, וזאת גם אם אינטרס ההסתמכות עולה על אינטרס הקיום. בנושא ההשבה המחוקק אמר את דברו במפורש [בסעיף 9](#) לחוק התרופות ולא סייג את הזכות להשבה בכך שההשבה מוגבלת ב"גג" של גובה אינטרס הקיום. לא כך באשר להוצאות הסתמכות, שלא הועברו לצד השני על-פי החוזה (ולפיכך אינן בגדר אינטרס ההשבה): לגבי הוצאות הסתמכות כאלה, כפי שציינתי לעיל, לא סיפק המחוקק מכשיר בחוק התרופות, המזכה את הנפגע בגובה הסתמכותו.

יתר-על-כן, אם נגביל את ההשבה לכדי אינטרס הקיום ולא נאפשר את ההשבה במלואה, יימצא המפר, במקרה הרגיל, מתעשר על חשבון הנפגע, שהרי ישלם לנפגע את גובה אינטרס הקיום שלו בלבד, ויתר מה שהועבר למפר על פי החוזה שבוטל יישאר, בלי הצדקה, בידיו של המפר.

לא כך כאשר מגלגלים על שכמו של המפר את הוצאות ההסתמכות של הנפגע, שלא הועברו אל המפר על-פי החוזה והעולות על אינטרס הקיום של הנפגע. במקרה כזה מחסירים אנו מכיסו של המפר את ההפסד שהיה צפוי לנפגע אילו קיים החוזה כהילכתו.

סיכומי של דבר, השאלה שבמחלוקת בין חבריי לביני בעניין זה אינה נדרשת לענייננו, שהרי, כאמור, גם לגיטימי המקרה שלפנינו הוא אחד מאותם חריגים בהם זכאי הנפגע לפיצויי הסתמכות, כאומד ראייתי לגובה אינטרס הקיום שאין בידו להוכיח.

מכל מקום, גם מקום שבית המשפט פוסק פיצויי הסתמכות, הסכום הנתבע, על דרך ההיקש, ובשינויים המחויבים, צריך לעמוד במבחני הסיבתיות והצפויות הסבירה של [סעיף 10](#) סיפא לחוק התרופות. כלומר, נדרש שההוצאות, שהנפגע מההפרה טוען שהוציא בהסתמך על קיום החוזה, תהיינה הוצאות שהמפר ראה אותן או שהיה עליו לראותן מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת מהסתמכות על קיום החוזה (ראה לעניין זה את פסק הדין בעניין [25] Ccc films ltd. הנ"ל, בעמ' 312).

האם העירייה צפתה, או שהייתה צריכה לצפות, כי המימון לפרויקט יהיה מאמצעיהם של משקיעים זרים, שאותם יהיה על צוקים לחפש, תוך הוצאת כספים בחיפושם?

צוקים טוענת, שמדובר בהקמת מלון בן 18 קומות, ממדרגה ראשונה, וברור שפרויקט כזה אינו ממומן רק מאמצעיו העצמיים של היזם. מכל מקום, ממשיכה צוקים וטוענת, אין זכר בהסכם להתחייבות מצד היזם להקים את המלון מאמצעיו העצמיים או לכך שאמצעים אלה מוכנים עמו עוד מלפני ההסכם.

השאלה היא של תיחום הנזק להבדיל מחישוב שיעור הנזק או כימותו (ראה השופט ברק בע"א 355/80 [3], בעמ' 807). השאלה מתחלקת לשתי שאלות משנה: האחת, האם יש קשר סיבתי בין כריתת החוזה והסתמכות על קיומו לבין ההוצאות שצוקים הוציאה? השנייה, האם הוצאות אלה היו צפויות באופן סביר על-ידי העירייה בעת כריתת

החוזה?

הוכח לשביעות רצונו של בית המשפט המחוזי, שההוצאות בנסיעה לחו"ל לחיפוש משקיעים והוצאות אחרות לחיפוש משקיעים אכן נגרמו עקב כריתת החוזה עם העירייה וההסתמכות על קיומו. האם היה על העירייה באופן סביר לצפות הוצאות אלו? על כך

יש לענות בחיוב. יש לקבל את טענת צוקים, שבפרויקט בקנה מידה כה גדול אין להעלות על הדעת שכל המימון יבוא מצד צוקים עצמה. גיוס הון למימון פרויקטים הוא חלק בלתי נפרד מהחיים העסקיים. הסכם, שנושא עיניו אל הקמת פרויקט גדול, יש לייחס לצדדים לו צפיות סבירה לכך שיזם הפרויקט יוציא הוצאות הדרושות להשגת משקיעים. ככל שהפרויקט גדול בממדיו, כך הצורך בגיוס משקיעים זרים גובר, בהיות אפשרויות המימון באמצעות משקיעים מקומיים מוגבלות. עולה מהאמור, שההוצאות במקרה שלפנינו להשגת משקיעים הן בארץ והן בחו"ל הן במסגרת צפיותה הסבירה של העירייה. סוג הנזק, לפיכך, הוא צפוי באופן סביר, ונפסק כבר בבית-משפט זה, כי:

"...אין זה תנאי, שהמפר צפה או צריך היה לצפות מראש את שיעורו המדויק של הנזק, ודי לעניין זה שצריך היה לצפות את סוג הנזק"
(ע"א 411/87 [4], בעמ' 278).

8. הוצאות התכנון

טענה נוספת בפי העירייה, והיא, שאין לחייב אותה בהוצאות צוקים שמעבר לאלה הקשורות ישירות בהגשת תכניות לשינוי תכנית המיתאר ולהגשת תכניות למתן היתר בנייה. לא הייתה הצדקה, לפי טענה זו, להוציא בשלב כה מוקדם, של טרם קבלת אישור הוועדה המחוזית, הוצאות כגון תכנון אקוסטי, אדריכלות פנים ותכנונים של תכניות עבודה כלליות, המתקרבות ל-60% מסך כל עבודות התכנון (ראה עמ' 276 לפרוטוקול).

טענה זו תמוהה בעיניי. היא מנוגדת להסכם שבין העירייה לצוקים. ההסכם מחייב את צוקים להקים את המלון תוך זמן סביר (סעיף 8 להסכם), ובכלל זה להשלים את תכנונו המפורט תוך זמן קצוב (סעיף 3 להסכם). השלמת חלק ניכר ממלאכת התכנון עוד לפני קבלת אישור רשויות התכנון והבנייה היוותה איפוא חיוב שהוטל על צוקים על-פי ההסכם.

טענת העירייה מנוגדת להסכם מסיבה נוספת. העירייה הבטיחה להשיג (ללא סייג) את אישור רשויות התכנון ואת החכירה מהמינהל. כך קובע ההסכם, כפי שפורש, ברוב דעות,

על-ידי בית משפט זה בע"א 679/82, 703 הנזכר. צוקים רשאית הייתה להניח, מבלי להמתין להגשמת הבטחת העירייה, שהבטחה זו תקוים. טענת העירייה היא, למעשה, שעל צוקים היה להטיל ספק בהבטחת העירייה להשיג את אישור הוועדה המחוזית ולא לסמוך עליה. במקביל לכך, אין לקבל את טענת העירייה, שהוצאות אלה לא היו במסגרת צפיותה הסבירה של העירייה בעת כריתת זיכרון הדברים. זאת, הן משום שמזיכרון הדברים עצמו עולה חוב לכצע עבודות תכנון משמעותיות עוד לפני קבלת אישור רשויות התכנון והבנייה, והן משום שזיכרון הדברים עצמו מטיל חוב על העירייה להשיג אישורים אלה.

9. טענת הפחתת פיצויים בחוזה שלטוני

טענה נוספת, חלופית, בפי העירייה: זיכרון הדברים מהווה חוזה שלטוני, הכובל את ידיה כרשות שלטונית, ועל כן קיימות נסיבות יוצאות מגדר הרגיל, שיש בהן כדי להצדיק פיצויים בשיעור שונה ונמוך בהרבה מזה הנפסק על הפרת חוזה.

דין טענה זו להידחות. הטענה הועלתה גם בפני-בית משפט זה בגלגולו הקודם של התיק בע"א 679/82, 703 ונדחתה. השופט ברק, בע"א 679/82, 703 הנ"ל, קבע, תוך התייחסות לטענה זו, כי העירייה לא הצביעה לא על האינטרס הציבורי החיוני

המצדיק השתחררות מהחוזה, ולא על נסיבות יוצאות מגדר הרגיל שיש בהן כדי להצדיק שחרור העירייה מחובתה לפצות את צוקים בפיצוי מלא (פסקה 6 לפסק-דינו של השופט ברק). למעשה, הכריעו כל שופטי בית-משפט זה, בגלגולו הקודם של התיק לפניו, שהעירייה הפרה את התחייבותה על-פי זיכרון הדברים, ושהיא חייבת בפיצויים בגין הפרת חוזה, ככל אדם המפר חוזה. כאמור, העירייה לא הצביעה על אינטרסים

ציבוריים חיוניים, המחייבים מסקנה שונה.

עולה מהאמור, שלא קיימת, במקרה שלפנינו, השתחררות כדין מחוזה שלטוני. רק במסגרת השתחררות כדין חלה ההלכה, לפיה הפיצויים שייפסקו נגד הרשות השלטונית יהיו, בנסיבות מסוימות, מופחתים. במקרה שלפנינו, לפיכך, אין מדובר בהשתחררות כדין מחוזה שלטוני אלא בהפרה לכל דבר ועניין מצד העירייה, והפיצויים שישתלמו על-ידיה אינם בני הפחתה.

10. עיריית נתניה הגישה בקשה להשלים את סיכומי טענותיה. לטענת העירייה,

יש טעויות חישוב אריתמטיות שנעשו על-ידי השופטת המלומדת בדפי החישוב שערכה.

דפי החישוב שערכה לנוחיותה השופטת המלומדת מעולם לא הוגשו כמוצג על-ידי מי

מהצדדים. אין זה מן הראוי שבית-משפט זה יתייחס לטענות הצדדים באשר לרישומיו האישיים של שופט בבית המשפט קמא, שייתכן שתוקנו לפני מתן פסק הדין או ששוננו. לפיכך יש לדחות את בקשתה של העירייה בעניין זה.

11. עולה מכל האמור, שיש לדחות את ערעור העירייה.

ערעור צוקים

שכר ליזמים

12. צוקים טוענת בערעורה, שאילו קיום ההסכם עם העירייה והמלון היה מוקם, הייתה צוקים מקבלת כתמורה עבור הייזום והקמת המלון לפחות 10% מהבעלות עליו, וזאת מכוח נהוג לשלם שכר יזמים עבור ייזום פרויקט מהסוג הנדון בצורת אחוזים משוויו. סכום זה לא קיבלה צוקים, וזאת עקב הפרת החוזה על-ידי העירייה והפסקת הפרויקט. לפיכך זכאית צוקים, לטענתה, לקבלת סכום זה מהעירייה בגין הפרת חוזה.

למעשה, התייחסה השופטת המלומדת לטענה זו, באפיק אחר, מדויק הרבה יותר מן האפיק המחודש בו הוצגה טענת צוקים בערעור שלפנינו. מדובר בסכומים שמלון צוקים בע"מ, המערערת שכנגד והתובעת בערכאה הראשונה, חייבת בהם ליזמי המלון. במלים

אחרות, מדובר בתביעת מלון צוקים בע"מ לפיצוי בגין הוצאות שהוציאה בגין הסתמכותה על כך שהחוזה יקום, הכוללות את הסכומים שהחברה חייבת ליזמיה. וזאת יש לזכור, התובעת בערכאה הראשונה היא, כאמור, מלון צוקים בע"מ. היא המהווה צד לזיכרון הדברים והיא הנפגעת מהפרתו. לא יזמיה בכשירותם האישית. זוהי גם הדרך בה הלך בית משפט זה, בהנחותו את בית המשפט המחוזי, בגלגולו הקודם של התיק לפני בית משפט זה בע"א 679/82, 703 הנזכר, בעמ' 6-7 לפסק הדין, וכך נאמר שם:

"...העירייה צריכה לשאת בנזקו של מלון צוקים, ונזקים אלה כוללים בחובם, בין השאר, אותם סכומים שמלון צוקים חייב בהם ליזמיו שלו... הובאו בפני הערכאה הראשונה ראיות שונות בדבר הוצאות אלה, אך לא נקבע בהם כל ממצא. ואף לא נקבע אם מלון צוקים מחוייב בהוצאות אלה כלפי יזמיו מן הראוי שהדבר ייעשה".

וכך אכן נעשה. השופטת המלומדת בבית המשפט קמא קבעה, בצדק, שיזם אינו זכאי לתמורה בגין השירותים שהוא מעניק לחברה, אלא אם זכאותו נקבעה בחוזה שנכרת בינו לבין החברה (עמ' 10 לפסק הדין בבית המשפט המחוזי; וראה י' כהן, דיני חברות (י' כהן, כרך א, l.c.b. gower, principles of modern company law (1988); 112-113; 4th ed, London, 1979).

13. כן נקבע על-ידי השופטת המלומדת, כי בנוהג בלבד לשלם ליזמים כ-10% עד 15% מערך הפרויקט לא סגי. קביעה זו מקובלת עלי.

הנוהג מקובל בדיני החוזים כבא להשלים פרטים חסרים בהסכם קיים (ראה: [סעיף 26](#) לחוק החוזים (חלק כללי); שלו, בספרה הנ"ל ל-Chitty, j., 1 Vol. 550, at . 1 (1989, ed., by a.g. guest), 328; 26th ed, London, 1989). בעמ' 112-113, 4th ed, London, 1979. יחד עם זאת, הנוהג כשלעצמו אינו יכול ליצור חוזה "יש מאין" בין צדדים שאין

ביניהם הסכם מלכתחילה.

פרופ' ג' טדסקי במאמרו "המנהג במשפטנו הנוהג והעתידי" משפטים ה' (תשל"ג-ל"ד) 9, אומר, בעמ' 17: "... אין מקום לנוהג אלא אם קיימת עיסקה למעשה, כי אין בכוח הנוהג ליצור את העיסקה - שעה שכל כוחו בא מהכוח המושאל לו, לפי ההשערה, על-ידי בעלי העיסקה עצמם. דבר אחרון זה ברור ואינו טעון הסבר".

לעניין שכר ליזמים בגין ייזום פרויקט המלון, צוקים לא הצביעה, לא בבית המשפט קמא ולא בערעורה כאן, על הסכם שבין יזמיה לבינה, הקובע את זכאותם של היזמים לשכר-טרחה. כל שצוקים הצביעה עליו הוא נוהג, שלפיו קיימת זכאות כזו, ובכך, כאמור, לא סגי. לפיכך, דינו של הערעור בנקודה זו להידחות.

14. בנוגע לשכר הטרחה ליזמים בגין ייזום עצם הקמת החברה, קבע בית המשפט המחוזי, שאכן חייבת הייתה חברת מלון צוקים בע"מ לשלם שכר זה. זאת לאור קביעתה של השופטת המלומדת, שקיים חוזה בין החברה לבין יזמיה לתשלום שכר טרחה זה, הוא תזכיר ההתאגדות עצמו (עמ' 11-12 לפסק הדין המחוזי). על-פי תזכיר ההתאגדות התחייבה צוקים ליתן שכר ליזמים בצורת עשר מניות יסוד. ממשיכה השופטת המלומדת וקובעת:

"מתוך תזכיר ההתאגדות למדתי כי ערכה הנקוב של כל אחת ממניות אלו, הוא 10 ל"י. מאחר שלא הובאו ראיות לסתור, לא נותר לי אלא לקבוע כי התמורה בכסף (להבדיל מזכויות אחרות שהוצמדו כאמור לאותן מניות), שקיבלו היזמים המיסדים תמורת ייזום הקמת החברה, שווה לערך מניות הייסוד שלהם ביום בו הוקצו להם (תאריך התזכיר - 22.12.72), קרי - 200 ל"י. 200 ל"י אלו, בשקלים חדשים שווים ל- 0.02 ש"ח. סכום זה, משוערך בהתאם לעליות המדד מאז דצמבר 1972 ועד מדד מאי 1990, שווה לכ- 312.5 ש"ח".

את הקביעה הזו תוקפת צוקים בערעורה. לטענתה, במקום לייחס למניות הנ"ל שווי נומינאלי, הייתה צריכה השופטת המלומדת לייחס להן את שוויין האמיתי, שהוא השווי הפנימי של מלון צוקים בע"מ, דהיינו - שווי נכסיה, לרבות זכויותיה, ובכללן זכויותיה על-פי ההסכמים עם הנתבעת. לפיכך נכסי החברה, לטענת צוקים, כוללים לפחות את הזכויות לפיצוי ולשיפוי שנפסקו לה בתביעתה הנוכחית. אם מגיע למלון צוקים בע"מ סכום מסוים כפיצוי על הפרת ההסכם, ממשיכה צוקים וטוענת, כי אז סכום זה הוא בגדר נכסיה, ומניותיה - שוויין הפנימי הוא הסכום הזה, ולא סכומן הנומינאלי.

טענה זו דינה להידחות. צדקה השופטת המלומדת, שלא הוכחה תשתית ראייתית

כלשהי בעניין השווי האמיתי של מניות הייסוד האמורות.

הטענה, שנכסי החברה האמיתיים כוללים לפחות את סכום הפיצויים שייפסק לטובת החברה בתביעה הנוכחית, חריפה היא, אולם נטענה כלאחר יד, מבלי לתת נוסחה מדויקת, שלפיה ניתן

לחשב את הערך שמגלמות מניות היסוד שהובטחו ליזמים, ולו רק נוסחה המגלה את החלק היחסי של מניות אלה מכלל מניות החברה. מדובר במניות יסוד, המקנות זכות למינוי מנהלים ואינן מקנות, לפי תזכיר ההתאגדות של החברה, זכות לדיווידנד, לעודפים או לנכסים בפירוק. הנתח מנכסי החברה שמייצגות מניות אלה אינו עולה ישירות מתזכיר ההתאגדות. בנסיבות אלה לא נותר לשופטת המלומדת אלא לחשב את ערך המניות על-פי שוויין הנקוב, וכך עשתה.

שכר ראוי בגין ביצוע החוזה

15. טענה חלופית בפי צוקים בערעורה. לפי טענה זו, העירייה הזמינה את פעולותיה של צוקים בביצוע ההסכם, ובפרט הכנת תכניות המלון והגשתן. כיוון שההסכם הופר על ידי העירייה ובוטל כדין על-ידי צוקים, זכאית צוקים לא רק להוצאות שהוציאה בפועל בביצוע ההסכם, אלא גם לשכר ראוי עבור עבודתה בביצוע ההסכם עד לביטולו. זאת, לטענת צוקים, בין מכוח [סעיף 1](#) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ובין מכוח [סעיף 9](#) לחוק התרופות.

טענה זו דינה להידחות.

שכר ראוי מגיע עבור עבודה או פעולה מוזמנת, ובבסיסו עשיית עושר ולא במשפט על-ידי המזמין, שקיבל טובת הנאה מעשייתו של הצד השני (ראה: השופט זילברג

[בע"א 260/57](#) [5], בעמ' 434; [ע"א 525/81](#) [6], בעמ' 340; פרופ' פרידמן ופרופ' כהן, בספרם הנ"ל, בעמ' 96-100).

לא כך המקרה שלפנינו, שבו העירייה לא הזמינה אצל צוקים כל עבודה או שירות. כך נקבע על-ידי בית-המשפט קמא וכן על-ידי בית-משפט זה שאישר קביעה זו בגלגולו הקודם של התיק לפניו (ראה [בע"א 679/82](#), 703 הנזכר, בעמ' 6 לפסק הדין).

מבט על זיכרון הדברים מראה, שמדובר בהסכם שהאינטרס העיקרי שהעירייה

מתכוונת להפיק ממנו הוא קבלת דמי החכירה מן המלון (סעיף 5 לזיכרון הדברים).

אמנם, בסעיף 2 לזיכרון הדברים מתחייבת צוקים להגיש את התכניות הראשוניות של המלון לאישור העירייה, אולם חיוב זה לא נועד להעשיר את העירייה, אלא לאפשר לעירייה, שהתחייבה מצדה להשיג את אישורי רשויות התכנון, לבקר את התכניות לפני שתפעל לקבלת אישור רשויות אלה. מתבקשת המסקנה, שאין לעירייה אינטרס כלכלי בהגשת התכניות ובעבודות ההכנה של צוקים כשלעצמן. לפיכך, צוקים איננה זכאית לשכר ראוי בגין פעולות התכנון שלה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט. [סעיף 1\(א\)](#) לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע חובת השבה כנגד "מי שקיבל שלא על-פי זכות שבדין נכס, שרות או טובת הנאה אחרת..." התכניות הראשוניות של המלון לאישור העירייה, אולם חיוב זה לא נועד להעשיר את העירייה, אלא לאפשר לעירייה, שהתחייבה מצדה להשיג את אישורי רשויות התכנון, לבקר את התכניות לפני שתפעל לקבלת אישור רשויות אל במקרה שלפנינו, כאמור לעיל, לא קיבלה העירייה לא שירות, לא נכס ולא טובת הנאה אחרת. במלים אחרות, אין לפלוני עילת תביעה בעשיית עושר ולא במשפט, אלא אם התעשר. ובמקרה שלפנינו העירייה לא התעשרה מעבודות ההכנה של צוקים.

16. האם זכאית צוקים ל"שכר הראוי" בגין עבודות ההכנה שביצעה במסגרת [סעיף 9](#) לחוק התרופות?

צוקים טוענת שכן, שהרי עבודות ההכנה הן חיוב המוטל עליה על-פי זיכרון הדברים. לפיכך, כך ממשיכה הטענה, עבודות ההכנה נכללות במה שקיבלה העירייה על-פי החוזה, ומשבוטל החוזה כדין, עליה להשיב את שוויו במסגרת [סעיף 9 הנ"ל](#).

השאלה הגדולה לגבי מהותה של ההשבה מכוח [סעיף 9](#) לחוק התרופות העסיקה בית משפט זה בפסקי הדין [ע"א 186/77](#) [7], [וע"א 741/79](#) [8], בעמ' 540. השופט ברק בשני פסקי הדין האמורים סבר, כי חובת ההשבה מכוח [סעיף 9](#) אינה חוזית אלא "לבר חוזית". היא אינה יונקת את חיותה מהחוזה, אלא [מסעיף 9 הנ"ל](#) עצמו, המגלם עיקרון של מניעת התעשרות שלא כדין (ראה בע"א [186/77](#) [7] הנ"ל, בעמ' 204-205, וכן בע"א [741/79](#) [8] הנ"ל, בעמ' 542). תומך בדעה זו פרופ' ד' פרידמן בספרו עשיית עושר ולא במשפט (בורסי - ח. ש. פרץ, מהדורה 2, תשמ"ב) 36-37. לעומת זאת, סבר השופט י' כהן (בע"א [186/77](#) [7] הנ"ל), כי החיוב בהשבה מכוח [סעיף 9](#) הוא חוזי ונובע מהיחסים החוזיים שבין הצדדים לחוזה (ראה שם, בעמ' 204 מול אותיות השוליים א-ב), אליו הצטרף, עקרונית, השופט אשר (שם, בעמ' 206 מול אות השוליים ז); וראה גם פרופ' ס' דויטש, במאמרו:

. Is. L. R 19 "rescission and its effect on restitution", (1984) 406, 388

התומך בעמדת השופט י' כהן).

לניתוח מאלף לגבי סיווג עילות ההשבה במשפט הישראלי ולגבי השלכות הסיווג האמור על סדרי הדין, ראה פסק-דינו של חברי, השופט מצא, בע"א [588/87](#) [9], בעיקר בעמ' 316-320.

במקרה שעומד לפנינו, אין לנו צורך להכריע בין שתי העמדות. הפתרון טמון לא ב"מקום הגאוגרפי" של [סעיף 9](#) לחוק התרופות בשיטת המשפט - חוזי או לבר חוזי אלא בפרשנותו הפנימית של [סעיף 9](#) עצמו. על-פי סעיף זה חובה להשיב רק מה שקיבל צד לחוזה על-פי החוזה. השאלה אם כך הינה, מה נכלל במסגרת "מה שקיבל צד לחוזה על-פי החוזה"? ובמקרה שלפנינו, האם עבודות התכנון וההכנה מצד צוקים הן דבר שקיבלה העירייה על-פי החוזה?

כפי שצינתי, לא הפיקה העירייה טובת הנאה כלשהי מעבודות ההכנה של צוקים. אמנם מקובלת עלי העמדה של פרופ' פרידמן (בספרו הנ"ל, בעמ' 461), שיתכן מצב שבסופו של עניין צד לחוזה לא הפיק תועלת כלשהי ממה שקיבל על-פי החוזה, ובכל זאת יהיה מחויב בהשבה. אולם עדיין נדרש, שאותו צד "קיבל על-פי החוזה" את מה שעליו להשיב. במלים אחרות, נדרש, שעל-פי החוזה, הכוונה המקורית הייתה שאותו צד יפיק טובת הנאה או יתעשר מקיום חיוב פלוני, שהוא עתה נושא תביעת השבה.

לפיכך, כפי שמציין פרופ' פרידמן (שם, בעמ' 461), אם

"לפי ההסכם היה על ב להוביל כלים כבדים לנגב כדי ש-א יבצע בעצמו את העבודה באמצעות כלים אלה.

ב הוביל את הכלים הכבדים לנגב ובשלב זה בוטל החוזה..." מבלי שבוצעה העבודה,

כאן "א קיבל את אשר ביקש. העובדה, שלא הפיק מכך תועלת לאחר מכן, איננה

רלבנטית לצורך השאלה אם קמה זכות להשבה."

לא כך המקרה שלפנינו. אמנם זיכרון הדברים מחייב, לפי סעיף 2, את צוקים להגיש תכניות ראשוניות תוך חודש ימים, ולפי סעיף 3 מוטל על צוקים להגיש תכניות מפורטות תוך שלושה חודשים מיום קבלת אישור עקרוני של העירייה לתכניות הראשוניות. אולם חיוב זה אינו מכוון להעשיר את העירייה או להעניק לה טובת הנאה. מכל מקום, הכוונה אינה להעשיר את העירייה במובן שיש לייחס [לסעיף 9](#) לחוק התרופות. מטרת החיובים הנזכרים - להגיש תכניות בלוח זמנים קבוע מראש - היא לאפשר פיקוח של העירייה על הנעשה. כך תוכל להתרשם מתכניות המלון לפני שתשנס מותניה ותקיים את חיובה על-פי זיכרון הדברים להשיג את אישורי רשויות התכנון ולגרום להחזרת השטח למשקיעים. מדובר באחד מאותם חיובים בעלי אופי פרוצדוראלי, משני, המצויים בחוזים רבים. כך, למשל, אם החיוב המוטל על צוקים להגיש את התכניות בזמן היה מופר, קשה להניח שהעירייה הייתה יכולה לתבוע כפיצויים בגין הפרה זו כשלעצמה יותר מאשר נזקים עקיפים שנגרמו לה עקב העיכוב, כמו למשל הצורך בביורוקרטיה נוספת לקליטת התכניות מאוחר יותר. משמע, על-פי החוזה אין העירייה מצפה לקבל מקיום החיוב להגשת התכניות ערך ממשי כלשהו כמובנו [בסעיף 9](#). העירייה איננה בגדר מזמין. המלון לא נבנה עבודה. היא איננה שותפה על-פי החוזה לרווחיו של המלון, אלא זכאית רק לדמי חכירה קבועים מראש (סעיף 5 לזיכרון הדברים).

אכן, מבחינה מסוימת עילת ההשבה הנובעת [מסעיף 9](#) לחוק התרופות רחבה מעילת ההשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, בה נדרשת התעשרות בפועל של הנתבע.

העיקרון שבבסיס חובת ההשבה [שבסעיף 9](#) הוא עיקרון של עשיית עושר ולא במשפט.

בכך באה לביטוי גישת השופט ברק בע"א 186/77 [7] ובע"א 741/79 [8] הנזכרים. עם זאת, כפי שראינו, [סעיף 9](#) לחוק התרופות (שלא כמו [סעיף 1](#) לחוק עשיית עושר ולא במשפט) עשוי להניב עילת השבה גם מקום שאין התעשרות בפועל של הצד השני לחוזה.

אך על מנת שתהא עילת השבה כזו, [סעיף 9](#) האמור תובע מבחן עזר, הבוחן מהותה של

התניה החוזית. מבחן עזר זה שואל את פי התניה החוזית, האם נתכוונה מלכתחילה להעשיר בביצועה צד לחוזה. רק אם מסתמנת מתוך התניה החוזית כוונה כזו, ביצועה יניב, במקרה המתאים, עילת השבה של מבצעה מכוח [סעיף 9](#) לחוק התרופות. במבחן זה מתבטאת דווקא דעתו של השופט י' כהן בע"א 186/77 [7] הנ"ל, הרואה את עילת

ההשבה [בסעיף 9](#) כנובעת מתניות החוזה.

לפיכך, גם [סעיף 9](#) לחוק התרופות אין בו כדי לחייב את העירייה בתשלום "שכר

ראוי" לצוקים בגין עבודות התכנון.

אכן, אין חולק שצוקים הוציאה הוצאות בתכנון הראשוני של המלון בעומדה בהוראות הנזכרות בזיכרון הדברים, המחייבות אותה לעשות זאת. אולם אלה בגדר הוצאות "הסתמכות", שהוצאו בהסתמך על קיום החוזה. בזכאותה של צוקים לפיצוי מהעירייה בגין הוצאות אלה דנתי בנפרד (ראה גם את פסק דינו של חברי, השופט מצא, בע"א 588/87 [9] הנ"ל, בעמ' 317-318). מכל מקום, יש לדחות את טענתה של צוקים שהיא זכאית לשכר ראוי בנוסף, בגין עבודתה בביצוע עבודות התכנון

האמורות. כפי שראינו, אין [בסעיף 1](#) לחוק עשיית עושר ולא במשפט או [בסעיף 9](#) לחוק התרופות כדי לעזור לצוקים בטענתה זו.

17. מעבר לנדרש לצורך הכרעה בעניין שלפנינו, יש להעיר, שעילת ההשבה מכוח [סעיף 9](#) לחוק התרופות ועילת ההשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט עשויות להיות שונות, כמובן, גם מבחינת הסיטואציות העובדתיות שמקימות אותן.

כך, עילת ההשבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט כוללת זכות להשבת רווח שהנתבע הפיק שלא על-פי זכות שבחזוה או בדין משימוש בנכס של התובע. זאת בעוד שעילת ההשבה מכוח [סעיף 9](#) לחוק התרופות לא מתעוררת בסיטואציה עובדתית מעין זו, שבה אין חוזה בין הצדדים שמסדיר את סוגיית השימוש באותו נכס (ראה את דברי

השופט ש' לוי [בד"נ 20/82](#) [10], בעמ' 235, את דברי השופט מצא [בע"א 588/87](#) [9], בעמ' 316-317, וכן את [ע"א 290/80](#) [11]).

לפיכך, השבה של מה שקיבל צד אחד מן הצד השני על-פי החוזה באה, מכוח [סעיף 9](#) לחוק התרופות, "להחזיר את המצב לקדמותו הטרם חוזית" (ראה דברי השופט ש' לוי [בד"נ 20/82](#) [10] הנ"ל, בעמ' 235), ואילו השבה מכוח [סעיף 1](#) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, של הרווח שהפיק הנתבע משימוש בנכס התובע שלא על-פי זכות בדין או בחוזה, "...אינה בפועל השבה אלא עניינה להציל, כביכול, את בלעו של הנתבע מפיו ולשרת מטרות חברתיות, שהמשפט חפץ ביקרן..". (ראה שם).

בדומה לכך שונה עילת ההשבה לפי [סעיף 9](#) לחוק התרופות מעילת ההתעשרות שלא

כדין של מפר חוזה, שהפיק רווחים על חשבון הנפגע כתוצאה מהפרתו. גם כאן,

"במקרה הראשון באה ההשבה להחזיר את המצב לקדמותו לשלב הטרם חוזי... במקרה

השני הכוונה היא למנוע התעשרות שלא כדין מחוץ לתחומי החוזה..." (ראה דברי השופט ש' לוי [בד"נ 20/82](#) [10] הנ"ל, בעמ' 241).

18. מכל מקום עולה מן האמור בפסקאות 11-16 לעיל, שגם דין ערעור צוקים

להידחות.

19. לפיכך הייתי דוחה את שני הערעורים. בנסיבות אלה לא הייתי פוסק הוצאות.

השופט מ' חשין: קראתי את פסק-דינו של חברי, השופט מליץ, ואני מסכים

למסקנותיו ולהכרעותיו. הואיל ובכמה עניינים שונה דעתי מדעתו, אמרתי אעלה

מחשבותיי על הכתב, וזאת אעשה להלן.

מיקומה של הוראת [סעיף 9](#) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) - בדיני חוזים או בדיני עשיית עושר ולא במשפט? אזורי חפיפה בין ענפי משפט שונים

2. [סעיף 9](#) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), (להלן - חוק התרופות) קובע וזו לשונו:

"השבה 9. (א) משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל לאחר על-פי החוזה, או לשלם לו את שווי של מה שקיבל אם ההשבה ביטול היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על-פי החוזה, או לשלם לו את שווי של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי

אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך.

(ב) בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק. הוראת [סעיף 9](#) עניינה - כלשון כותרת השוליים - "השבה לאחר ביטול", וסעד זה של השבה מציב עצמו בצד סעד הפיצויים, בין פיצויים בגין "אינטרס הקיום" ("אינטרס הציפייה") ובין פיצויים בגין "אינטרס ההסתמכות" (ובצד כל אלה ובראש - עומד כמובן סעד האכיפה בעין).

3. צפה ועלתה שאלה אם חיוב זה להשבה הינו "חיוב חוזי" או שמא אין הוא חיוב חוזי. [בע"א 186/77 \[7\]](#) נתגלעו בשאלה זו חילוקי דעות בין השופט י' כהן לבין השופט ברק. השופט י' כהן סבר, שהחיוב בהשבה לפי [סעיף 9](#) לחוק התרופות הינו "חיוב חוזי" (שם, בעמ' 204), ואילו השופט ברק קבע, כי החיוב הוא חיוב

"לבר חוזי" (שם, בעמ' 204-205). השופט אשר קבע באותו עניין, כי מתקשרים בחוזה "... רואים את הוראות דיני החוזים, המעניקות זכויות ומטילות חובות, כאילו נכללו מכללא בחזויהם..." (שם, בעמ' 206), ולפיכך ניתן לומר כי חיוב ההשבה האמור [בסעיף 9](#) לחוק התרופות "מהווה תנאי מכללא, היינו - שהוא נמצא בגדר של חיוב חוזי, וזאת כל עוד לא נאמר במפורש אחרת בחוזה עצמו" (שם, בעמ' 206-207). חברי, השופט מלץ, עומד על חילוקי דעות אלה, אך אין הוא רואה צורך להכריע בין שתי העמדות (פיסקה 16 לפסק-דין).

4. אמהר ואומר, כי דעתי שונה מדעתו של השופט אשר. האמירה, כי הוראת [סעיף 9](#) לחוק הינה "תנאי מכללא" בין בעלי חוזה - כל עוד לא נאמר בחוזה אחרת - אינה אלא פיקציה, ואין היא משקפת אמת שבעובדה. יש שצדדים יחשבו על [סעיף 9](#) וישקלו את הנאמר בו, אך כולנו ידענו, שככלל, אין בעלי חוזה נותנים דעתם על קביעת [סעיף 9](#) בתורת שכזה. לפיקציה נועד תפקיד מכריע בהתפתחות הדין, אך מה לנו שנעשה שימוש בפיקציה כשאין בה כל צורך של ממש? אכן, מושג ה"תנאי מכללא" - וכמוהו מושג ה"חוזה מכללא" - האכילנו מרורות לא מעטים בהתפתחות דיני עשיית עושר ולא במשפט (וביתר דיוק: בהתפתחות דיני המעין-חוזים - quasi contracts), ולאחר שגירשנוהו בבושת פנים מעל פנינו, כך נעלה אותו באוב ונלמד תורה מפי רוח רפאים?

5. חילוקי הדעות בין השופט י' כהן לבין השופט ברק מורכבים יותר. באומרו שחיוב ההשבה הוא "חיוב חוזי", בוודאי לא נתכוון השופט י' כהן לחיוב שהצדדים קבעוהו בחוזה ביניהם - כתניה בין תניות - והרי דבר שבעובדה הוא, שהצדדים לא קבעו בחוזה חיוב להשבה.

המושג "חיוב חוזי" בלשונו של השופט י' כהן יש לפרשו איפוא בדרך רחבה, ככולל
אף חיובים שלא נקבעו בחוזה, בין מפורשות בין מכללא ("מכללא" - זו הפעם

בהוראתו האמיתית של המושג). ובלשונו:

"... החיוב בהשבה להשיב לנפגע מה שנתקבל לפי החוזה נובע מהיחסים

החוזיים שהיו קיימים בין הצדדים לחוזה. אין אני רואה כל הבדל בין חיוב כזה ובין חיוב בתשלום
פיצויים עקב הפרת חוזה..." (שם [7], בעמ' 204).

ואשר לאמירה כי החיוב הוא "לבר חוזי", בוודאי לא נתכוון השופט ברק לומר, כי חיוב ההשבה יש
לראותו ולפרש את תחומי פריסתו בלא לתת את הדעת כלל לחוזה העומד ברקע, ואשר רוחו שורה אף על
התקופה הבתר-חוזית, לאמור, לאחר שהחוזה הופר ואין הוא עוד קובע נורמות התנהגות לעתיד לצדדים
לו. וכדבריו

בע"א 741/79 [8], בעמ' 541:

"אכן, ההשבה קשורה בחוזה וביטולו, אך אין היא נובעת מהחוזה, ואין היא תנאי מכללא
בחוזה. ההשבה היא לבר חוזית, ואין היא יונקת את כוחה מהחוזה, אלא מעיקרון של
התעשרות שלא כדין, אשר מצא עתה את מקומו בסעיף 9 לחוק התרופות..."

כשאני לעצמי, דומני שהאמת מונחת גם בילקוטו של השופט י' כהן גם בצקלוננו
של השופט ברק, מקצתה כאן ומקצתה כאן. על כך נאמר עתה מספר דברים.

6. שיטת המשפט עשויה להעניק - ותופעה שכיחה היא ששיטת המשפט אכן מעניקה זכויות שונות
ותרופות שונות בגין אותה מסכת עובדות עצמה. הצורך ליתן בידיו של פלוני זכות מסוג זה או אחר - זכות
המתרגמת עצמה לתרופה ולעילת תביעה בבית משפט - הינו צורך "לבר משפטי", ומקורו בהשקפות
החברה מעת לעת. בהתקיים צורך, עשויה שיטת המשפט לתרגמו לזכויות בענף משפט זה או אחר, והרי
מלאכת ה"תרגום" אינה אלא רובד משני - אם גם חיוני - לקיום הצורך הראשוני. כך הוא באזור החפיפה
שבין דיני חוזים לבין דיני נזיקין; כך באזור החפיפה שבין דיני חוזים לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט;
וכך באזור החפיפה שבין דיני נזיקין לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט; שבכל אזורי חפיפה אלה מצאה
שיטת המשפט להעניק זכויות בשני ענפי משפט, או שלא להעניק זכויות, בין על דרך הסתם בין על דרך
של הסדר שלילי. כך בשלושה ענפי משפט מרכזיים אלה וכך בכל אתר ואתר, ששיטת המשפט מתרגמת
אינטרס לבר-משפטי לזכויות מסוגים שונים או במקומות שונים.

7. הכללים החלים על אזורי החפיפה (ואם תרצה: אזורי ההתנגשות) בכל שיטת המשפט הם, כעיקרון,
אותם כללים עצמם, אך אנו נקרב מבטנו לשלושה ענפי המשפט העיקריים שהזכרנו, נתבונן בהם מקרוב
ומהם נוכל ללמוד אף לעניינים אחרים. ניתן לדמות את ענף החוזים, את ענף הנזיקין ואת ענף עשיית
עושר ולא במשפט כעיוגולים (או כל צורה גיאומטרית אחרת) על פני מישטח, והם עיוגולים חופפים זה את
זה בשטח מסוים שבהם. כך, למשל, עיוגול דיני עשיית עושר ולא במשפט מונח בחלקו על עיוגול דיני
חוזים (או להפך), ושני עיוגולים אלה,

בהיותם מונחים כפי שהם מונחים, יוצרים שלושה אזורים: אזור ייחודי לדיני חוזים

(ככל שדיני עשיית עושר הם לעניין, שהרי דיני חוזים חופפים אף ענפים אחרים במשפט); אזור ייחודי לדיני עשיית עושר; ואזור המכוסה הן על-ידי דיני חוזים הן על-ידי דיני עשיית עושר. אנו, ענייננו כאן, כמובן, באותו אזור שלישי, שגם דיני חוזים וגם דיני עשיית עושר שולטים בו. באותה דרך ימצא לנו אף אזור החפיפה בין עיגול דיני הנזיקין לבין עיגול דיני החוזים וכן אזור החפיפה בין עיגול דיני הנזיקין לבין עיגול דיני עשיית עושר.

אזור החפיפה, שמכנים בו שני ענפי משפט, שולטים בו הן הכללים הפרטיקולריים, החלים בכל אחד מאותם שני ענפים, והן הדוקטרינות ועקרונות היסוד, הקובעים בכל אחד מאותם שני ענפים. למותר לומר, שבאותו חלל עצמו ירחפו להם אותם צרכים לבר משפטיים שנתנו - מעיקרם של דברים - חיות הן לכללים החלים והן לדוקטרינות ולעקרונות היסוד המשפטיים, למקטון ועד גדול. והנה, בעוד אשר בשטח החוזי ה"טהור" יחולו אך עקרונות-יסוד ודוקטרינות שמן התחום החוזי; ובשטח ה"טהור" של עשיית עושר יחולו אך עקרונות יסוד ודוקטרינות שמתחום דיני עשיית עושר; בשטח החפיפה של השניים יחולו עקרונות היסוד והדוקטרינות שמשני הענפים, למיצער אלה בצד אלה, ולדעתנו אף אלה בתוך אלה. לשטח חפיפה זה - ואם תרצה: לשטח מריבה זה - חייבת שיטת המשפט לקבוע כללי התנהגות ותיאום בין הכללים, העקרונות והדוקטרינות, וחייבת היא להוסיף ולקבוע מי יעלה ומי יירד, מי ישלם ומי יישלם; ואפשר יכולים הכול לחיות בשלום זה עם זה ולרבוץ זה בצד זה ואין מחריד.

8. כך, למשל, ביחסים שבין דיני נזיקין לבין דיני עשיית עושר. יש שדוקטרינה בדיני נזיקין מעניקה חסינות מפני תביעות בנזיקין, והשאלה הנשאלת היא, מה דינה של עילה בעשיית עושר המתקיימת באותו אזור חפיפה, במקום שעומדת היא כעילה לעצמה? לשאלה זו לא תימצא תשובה אחת גורפת, ובכל עניין יהא הדבר תלוי בפירוש כוונתו ומטרתו של החוק בו דנים, ב"רעה" אותה ביקש למנוע, ובהסדר אותו ביקש לקיים בקובעו את הוראת החוק הנדונה. וזו תהא השאלה: האם ביקש המחוקק להשתלט על סוגי מערכים אלה ואחרים - בין אם השם "נזיקין" קורא עליהם, בין אם לאו או אם כוונתו בהוראת החוק המסוימת הייתה לעשות הסדר בתחום ה"נזיקין" דווקא, באותה "יותרת" של "נזיקין" על "עשיית עושר". ראה עוד: מ' חשין, "נזיקין ו' "עשיית-עושר-ולא-במשפט" דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית (י"ל מאגנס, מהדורה 2, ג' טדסקי עורך, תשל"ז) 16, 23-24.

אותה שאלה תתעורר אף ביחס שבין דיני נזיקין לבין דיני חוזים (ראה, למשל,

י' אנגלרד, "יסודות האחריות בנזיקין" שם, בעמ' 119, 146 ואילך; פרידמן וכהן, בספרם הנ"ל, בעמ' 103-78; מ' חשין, מיטלטלין בדין הנזיקין (י"ל מאגנס, תשל"א) 167 ואילך; פרידמן בספרו הנ"ל, בעמ' 68-71).

9. הבאנו דוגמאות לשטחי חפיפה בין ענפי משפט שונים, ואנו ענייננו כאן הוא בשטח החפיפה שבין דיני עשיית עושר לבין דיני חוזים. שטח חפיפה זה - והגדרתו כשטח שחלים בו גם כללים מתחום אחד גם כללים מתחום שני - חייב להיות מושפע, על-פי עצם טיבם של דברים, הן מדיני עשיית עושר הן מדיני חוזים. אין הוא לא דין עשיית עושר "טהור" ולא דין חוזים

"טהור", ואין תימה בדבר שהיו מלומדים אשר ראו את העילה בעשיית עושר באותו שטח חפיפה כ- "impure" להבדילה מעילת עשיית עושר שהיא "pure" כגון השבת כסף ששולם מחמת טעות שבעובדה. ראה: s. J. Stoljar, the law of quasi

18 (1989,nd. Ed 2, london) contract- חובת ההשבה בענייננו לא נולדה

אלא על רקע חוזה שנכרת, והמשקע החוזי חייב מטבע הדברים להשפיע - וראוי הדבר

שתהיה נודעת לו השפעה, בין במישרין בין בעקיפין - על חובת ההשבה ועל מידת ההשבה. אותה חובה מצאה מקומה בחוק התרופות שבדיני חוזים - הלוא הוא [סעיף 9](#) לחוק התרופות - וממילא חייבת היא להיות מושפעת מהוראות אחרות בחוק שעניינן חוזים, לפירוש הרמוני של החוק, לפירוש החוק מתוכו ובו. בעת ובעונה אחת, מקורה ההיסטורי - והעקרוני - של תרופת ההשבה הוא ב- debt שבמשפט האנגלי, וגידולה וצמיחתה במשפחת דיני עשיית עושר (ex aequo et bono). (ראה עוד והשווה: debt (and contract in the common", a. V. Levontin).

60 (1966) Isr. L. Rev 1 law. מכאן אף מאפייניה ומרבית הגנים היוצרים את

תכונותיה. יש שהגנים של האם ישלטו בבן ואילו הגנים של האב יהיו הגנים הרצסיביים - ולהפך - ויש שישלטו גם אלה גם אלה, כל אחד בתכונות אחרות של הבן המשותף. ואולם זאת נזכור, כי סעד ההשבה [שבסעיף 9](#) לחוק התרופות הינו בן לאביו ולאמו: לדיני עשיית עושר ולדיני חוזים, ויש בו גם מאלה גם מאלה. ראה עוד

והשווה, למשל: [ע"א 156/82](#) [12]; פרידמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 99-100. נוסף עוד ונאמר, כי בבדיקת סעד ההשבה בדיני חוזים, קיומו של חוזה אינו אך אירוע

היסטורי ואחת הנסיבות העשויות להשפיע על קיומו של הסעד ועל שיעורו, והרי הוא

מעיקרי הדברים מלכתחילה.

10. ואולם עיקר הוא, שהשאלה הראויה, השאלה ה"נכונה" - בכל עניין ועניין לא תהיה, אם בדיני "חוזים" ענייננו ואם בדיני "עשיית עושר" - שאלה זו הינה המסובב ולא המניע - אלא מהי המטרה שמבקשים אנו להשיג, בין אם זו מטרה "משפטית" בין אם מטרה "לבר-משפטית", ומהו האינטרס שידו תהיה על העליונה. ומעניין לציין, שגם השופט י' כהן גם השופט ברק הגיעו לאותה מסקנה עצמה משני כיווני מחשבה שונים ואף מנוגדים.

11. [בד"נ 20/82](#) [10] נתגלעו חילוקי דעות בין השופטים באשר לשטח החפיפה

של דיני חוזים ודיני עשיית עושר, והדין הוכרע ברוב של שלושה שופטים נגד שני

שופטים. חילוקי דעות אלה - הפרושים על פני עשרות עמודים - אין הם משקפים

ויכוחים "טכניים משפטיים" על תחום הפריסה של דיני חוזים ושל דיני עשיית עושר; עיקרם הוא בקביעת דוקטרינה ועקרונות יסוד ובשאלה איזה אינטרס ראוי לו שיגבר; חילוקי הדעות הם על ערכים - משפטיים ולבר-משפטיים - ומזינות אותם השקפות יסוד באשר לראוי ולרצוי במדיניות המשפטית של בית המשפט.

12. והערה המובילה להערה: דיני עשיית עושר לחמו שנים רבות להכרה במשפט

המקובל האנגלי כענף משפט העומד לעצמו - בצד דיני חוזים ודיני נזיקין להבדילו מאוסף מקרי של כללים החיים אלה בצד אלה, בצל דיני חוזים ודיני נזיקין. מלחמה זו נסתיימה, ודיני עשיית עושר זכו להכרה כענף משפט העומד על רגליו הוא. ואולם עתה, משהושג הניצחון, ניזר ונישמר, שמא תנוע המוטלת בכוח האנרציה אל מעבר לגבולה הראוי, שלא יכבשו דיני עשיית עושר טריטוריות הקנויות זה מכבר לענפי משפט אחרים. וזה פשר הדברים: המושג "עשיית עושר ולא

במשפט" שני פנים לו: האחד, ענף משפט נפרד ועצמאי המזין עצמו בעילות קנייניות ובעילות שמקורן בצדק ויושר (ex aequo et bono); והשני, שיקול לבר משפט

המזין והמפרנס עילות שונות וענפים שונים במשפט, והוא בצד שיקולים לבר משפטיים אחרים (כגון זה שהסכמים יש לכבד, שהמזיק ראוי שיפצה את הניזוק וכו'). הנה כי כן, תרופת הפיצויים בדיני חוזים - והיא תרופה "חוזית" אופיינית - אף היא מזינה עצמה בשיקולי עשיית עושר ולא במשפט, בין שאלה נגלים על פני השטח בין שהם נסתרים מעין רואה; ואולם איש לא יהיה לומר, כי תרופת הפיצויים בדיני חוזים משייכת עצמה לדיני עשיית עושר. ומדוע כל הדברים האלה הם לענייננו, אלא כדי שלא נתפתה להרחיק לכת וכדי שלא נערב מין בשאינו מינו, לאמור, שלא נערב שיקולי עשיית עושר ולא במשפט - כשיקולים היוצרים כללי משפט בתחומי משפט שונים - באותו ענף משפט עצמאי שהשם עשיית עושר ולא במשפט קורא עליו. לא כל כלל, ששיקולי עשיית עושר מזינים אותו, "משייך" עצמו לענף עשיית עושר.

השבה בחוק התרופות ויחסה לדיני עשיית עושר ולא במשפט

13. נתעוררה שאלה באשר ליחס בין תרופת ההשבה שבהוראת [סעיף 9](#) לחוק התרופות לבין העילה בעשיית עושר שלפי חוק עשיית עושר ולא במשפט (להלן - חוק עשיית עושר). חברי, השופט מלך, מבחין בין זו לבין זו; לדעתו, הגם ששתי העילות בנות הן למשפחת עשיית עושר - במובנו הרחב של המושג - שונות הן השתיים, הן בתחום פריסתן והן ביסודיהן הרעיוניים. כך, למשל, אומר חברי (פיסקה 16 לפסק דינו) כי עילת ההשבה שלפי [סעיף 9](#) רחבה בתחומי התפרסותה מעילת ההשבה שלפי חוק עשיית עושר; שזו האחרונה אינה מתקיימת אלא במקום שיש התעשרות בפועל של הנתבע, בעוד שתרופת ההשבה לפי חוק התרופות עשויה להניב עילת השבה גם במקום שאין התעשרות בפועל של הצד האחר לחוזה. עוד אומר חברי (פיסקה 17 לפסק דינו), שהיסודות הרעיוניים של השתיים שונים הם. לעניין זה נסמך חברי אל דבריו של חברנו, השופט ש' לוי, שלפיהם עילת ההשבה שלפי [סעיף 9](#) לחוק התרופות נועדה "להחזיר את המצב לקדמותו הטרם חוזית" ([ד"נ 20/82](#) [10], בעמ' 235), ואילו ההשבה שלפי [סעיף 1](#) לחוק עשיית עושר, במקום שהמדובר ברווח שהפיק הנתבע משימוש בנכס התובע שלא על-פי זכות בדין או בחוזה "... הנתבע, בעוד שתרופת ההשבה לפי חוק התרופות עשויה להניב עילת השבה גם במקום שאין התעשרות בפועל של הצד האחר לחוזה. עוד אומר חברי (פיסקה 17 לפסק-דינו), שהיסודות הרעיוניים של אינה בפועל השבה אלא עניינה להציל, כביכול, את בלעו של הנתבע מפיו ולשרת מטרות חברתיות, שהמשפט חפץ ביקרן..." (השופט ש' לוי, שם). ואשר למפר חוזה שהפיק רווחים על חשבון הנפגע עקב ההפרה, גם כאן לא הרי זו כהרי זו. ושוב מסתמך חברי על דברי השופט

ש' לוי [בד"נ 20/82](#) [10], בעמ' 241: "במקרה הראשון (תרופת ההשבה שלפי [סעיף 9](#) לחוק התרופות - מ' ח') באה ההשבה להחזיר את המצב לקדמותו לשלב הטרם חוזי... במקרה השני הכוונה היא למנוע התעשרות שלא כדין מחוץ לתחומי החוזה....".

14. ההכרעה בכל שאלות אלו כולן אינה נדרשת לענייננו, ועל-כן איני חש צורך מיידי להאריך ולהעמיק. אבקש לומר עם זאת, שדרכי שונה מדרכו של חברי. לדעתי, תרופת ההשבה שלפי חוק התרופות הינה בבחינת "נציג" של העילה בעשיית עושר שלפי חוק עשיית עושר - ובתקופה עובר לחוק, לפי הדוקטרינה שייסדה וקיימה את דיני עשיית עושר - וגם אם מושפעת היא מסביבתה, לאמור, מדיני החוזים, בת-משפחה היא לעילות האחרות שבעשיית עושר; אותם יסודות היוצרים את העלות בעשיית עושר

יוצרים אף אותה ההשבה אינה עומדת לעצמה:

בת-רוח היא ליסוד עשיית העושר, ונועדה היא למנוע עשיית עושר ולא במשפט. ראה, למשל: [ע"א 687/89](#) [13], בעמ' 193 (מפי השופט גולדברג); [ע"א 741/79](#) [8] הנ"ל, בעמ' 540 (מפי השופט ברק); [ע"א 672/81](#) [14], בעמ' 213-214 (מפי הנשיא שמגר); שלו, בספרה הנ"ל, בעמ' 278. מכאן אף שהנורמות והדוקטרינות החלות על העילות שבעשיית עושר חלות גם על תרופת ההשבה (ראה עוד להלן).

עילת ההשבה שלפי חוק התרופות אינה רחבה, לדעתי, מהעילה שלפי חוק עשיית עושר, וזאת בזוכרנו שגם "התעשרות נורמטיבית" (או "התעשרות מושגית") הינה התעשרות בגדרי חוק עשיית עושר (ראה [ע"א 186/77](#) [7] הנ"ל, בעמ' 205, ו-[ע"א 741/79](#) [8], בעמ' 545). גם לא מצאנו שוני במטרות החברתיות ששתי העילות נתכוונו להשיג, שלדעתי שתיהן עניינן בעשיית עושר. בקיצור לשון נאמר: עילת ההשבה שלפי חוק התרופות הינה בת משפחה לדיני עשיית עושר, והגנים של משפחת עשיית עושר באים אף בה וקובעים את תכונותיה. הדוקטרינות החלות על דיני עשיית עושר תחולנה אף על עילת ההשבה שלפי חוק התרופות, ובלבד שלא תעמוד לפנינו הוראה פרטיקולרית, השוללת חלוקה של דוקטרינה זו או אחרת (ראה, למשל: פרידמן בספרו הנ"ל, בעמ' 29 ואילך, בייחוד בעמ' 36-37, 692-693, [ד"נ 20/82](#) [10], בעמ' 262 ואילך (השופט ברק); [ע"א 588/87](#) [9], בעמ' 315-316, 323 (ובמקומות אחרים) מפי השופט מצא).

במקום אחר (מ' חשין, "מקורות דיני הנזיקין בישראל" דיני הנזיקין - תורת הנזיקין הכללית הנ"ל, בעמ' 73 ואילך), נשאלה שאלה, אם הדוקטרינות הכלליות

שבפקודת הנזיקין [נוסח חדש] חלות אך על העוולות המנויות בפקודת הנזיקין [נוסח חדש], או שמא חלות הן אף על חובות ואיסורים שהורתם ולידתם בחוקים אחרים, אך ניתן לסווגם על-פי תכונותיהם כ"עוולות בנזיקין" (ראה עוד: [ע"א 804/80](#) [15], בעמ' 440 ואילך, מפי השופט ברק). התשובה לשאלה הייתה, כי הדוקטרינות תחולנה

אף על עוולות הנזיקין לבר פקודת הנזיקין [נוסח חדש]. אותם שיקולים שהולכו

למסקנה זו - ושיקולים דומים להם - יוליכונו לאותה מסקנה אף בענייננו אנו.

פיצויים בגין הפרת חוזה - אינטרס ההסתמכות ואינטרס הקיום (אינטרס הציפייה)

15. מקובל לומר, כי מטרת הפיצויים בדיני חוזים היא להעמיד את הנפגע באותו מקום שהיה עומד בו אילו קיום החוזה כהילכתו ("אינטרס הקיום" או "אינטרס הציפייה", *expectation interest* -). בצדו של אינטרס הקיום מכירים אנו ב"אינטרס ההסתמכות" (*reliance interest*), והפיצוי הניתן בגין אינטרס זה אומר לזכות את הנפגע ב"פיצויים שליליים", דהיינו, בפיצויים שנועדו לשפות את הנפגע, כעיקרון, על הוצאות שהוציא ועל נזקים שנגרמו לו מפאת קיום החוזה: להעמיד את הנפגע באותו מקום שהיה עומד בו לולא נכרת החוזה. אינטרס הקיום כמו צופה פני עתיד ואילו אינטרס ההסתמכות כמו צופה פני עבר. נוסף ונזכיר את "אינטרס ההשבה" (*restitution interest*), אשר אף הוא זכאי למקומו הראוי כתרופה בין תרופות העשויה לצמוח עם הפרתו של חוזה (למשל, [סעיף 9](#) לחוק התרופות). הדברים ידועים, ואין טעם שנחזור ונשננם. ראה, למשל, פרידמן וכהן, בספרם הנ"ל, בעמ' 100-103.

16. עד כאן המסגרת התיאורטית הכללית, ומכאן לדין הנוהג. זכותו של נפגע לפיצויים בגין הפרת חוזה נקבעת **בסעיף 10** לחוק התרופות, הקובע וזו לשונו:

"הזכות 10. הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה לפיצויים ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת

כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה."

לא יימצאו חולקים על כך, כי נפגע זכאי הן לפיצוי (**סעיף 10** לחוק התרופות)

והן להשבה (**סעיף 9** לחוק התרופות), ובלבד שלא יזכה בפיצויי כפל בגין אותו

אינטרס (ראה, למשל, שלו, בספרה הנ"ל, בעמ' 568). ואולם נשאלת שאלה: אותו

פיצוי שלפי **סעיף 10** לחוק - מה טיבו? האם הוראת **סעיף 10** לחוק עניינה באינטרס הקיום, באינטרס ההסתמכות או בשניהם יחדיו? ושוב: לא יימצאו חולקים על כך, כי הוראת **סעיף 10** עניינה באינטרס הקיום - זו נשמטת היתרה של משפט החוזים, ולדבר אחיזה חזקה בלשון **סעיף 10**: הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו "עקב ההפרה ותוצאותיה", ופשוט שנזק זה ממקם עצמו (למיצער) באינטרס הקיום. יחד עם זאת, אל ייראו הדברים בעינינו כמובנים מאליהם. ההכרעה לפצות נפגע בגין אינטרס הקיום הינה הכרעה ערכית - הכרעה ראויה, לדעתנו - ואין היא מובנת מאליה כמו הייתה תופעת טבע רגילה. ואמרנו, שמסקנה זו כמו נדרשת מאליה אך באשר כך מקובל לחשוב שנים רבות.

ומה באשר לאינטרס ההסתמכות בתורת שכזה? האם יימצא אף לו בית-אחיזה בהוראת **סעיף 10** לחוק? הדין במשפט האנגלי הוא, שיכול נפגע לבחור בפיצוי זה או בפיצוי זה, ובלבד שלא יזכה שתי פעמים בגין אותו אינטרס (g.h. treitel, the law of contract (8, london, 1991, ed.) . Ccc films ltd.; Ff 832[25]) (th . contract 2, 349, d, contracts 347,) , restatement אשר להוראת **סעיף 10** לחוק התרופות, חברי סובר (בפיסקה 7 לפסק דינו), כי עניינה של זו היא באינטרס הקיום בלבד אך לא באינטרס ההסתמכות. יחד עם זאת מוסיף הוא ומכיר לנפגעים בענייננו זכות לפיצוי בגין אינטרס ההסתמכות. אני מסכים עם חברי, כי התובעים בענייננו זכאים לפיצוי בגין ההוצאות שעמדו בהן - והוא אינטרס ההסתמכות - אך ביקשתי לומר, כי יש מקום אף לדעה אחרת בשאלה, אם בהתאם **לסעיף 10** לחוק זכאי נפגע לפיצוי גם בגין אינטרס ההסתמכות. אכן, יש מקום לדעה, כי **סעיף 10** פורש כנפיו אף על-פיצוי שבגין אינטרס ההסתמכות, ובנושא זה ביקשתי לומר מספר דברים. הואיל ודברים שאני אומר לא נועדו להכרעת הדין בענייננו, אקצר במקום שיכולתי להאריך.

17. נתקשיתי להבין את דעתו של חברי באשר ליסוד המשפטי של פיצוי המשתלם לנפגע בגין אינטרס ההסתמכות. אם **סעיף 10** לחוק התרופות אינו מזכה בפיצויי הסתמכות - ועניינו הוא אך ורק בפיצויי קיום - כיצד עשוי נפגע לזכות בפיצוי בגין אינטרס ההסתמכות, ומהו היסוד המשפטי לפסיקת פיצוי זה? יתרה מזאת: אם ירדתי לסוף דעתו של חברי, נכון הוא לזכות בפיצויי הסתמכות רק במקרים מיוחדים ומיוחדים בלבד - והוא במקרים "בהם קיים קושי אובייקטיבי ממשי להוכיח את שיעורו של הפיצוי בגין אינטרס הקיום..." (פיסקה 7); ואני לא ידעתי מה הוא היסוד המשפטי לצמצום מרחב המחיה של פיצויי הסתמכות ל"מקרים קשים".

18. אכן, דעתי נוטה לסברה, כי יש בו בסעיף 10 לחוק התרופות בית אחיזה גם לפיצויי הסתמכות, ואלה בצדם של פיצויי קיום. השאלה הנשאלת היא על דבר היקף פריסתו של הביטוי "(ה)נזק שנגרם לו (לנפגע - מ' ח') עקב ההפרה ותוצאותיה..." וכשאני לעצמי לא מצאתי טעם טוב - לא טעם שבדוקטרינה ולא טעם שבפרשנות - על שום מה ולמה נצמצם ביטוי זה אך לפיצויי קיום בלבד, תוך שאנו משאירים פיצויי הסתמכות אל מחוץ לגדר. הנפגע עמד בהוצאות תוך קיום החוזה ובמילוי חובותיו על פי החוזה (למיצער), ובאמצע חיי החוזה הפר בעל החוזה האחר את חיוביו הוא.

מדוע לא נראה הוצאות אלו שהנפגע נשא בהן כבאות בגדרי נזק שנגרם לו "עקב

ההפרה ותוצאותיה"? הנפגע כרת חוזה כדי ליהנות מפירות קיומו, ועתה עמד הצד האחר ושבר את הכלים; מדוע לא נראה הוצאות שעמד בהן ונזקים שנשא בהם - וכל אלה, נזכור, עומדים במבחני הסיבתיות וריחוק הנזק - כנזק שנגרם לו עקב ההפרה? או אחרת: שאלת ההפרה, ובצדה שאלת הנזקים שהנפגע נשא בהם עקב ההפרה, לעולם תיבחנה לאחר מעשה, לאחר ההפרה, ולענייננו: לאחר שהחוזה עבר מן העולם. ואם כך נתבונן אל ימי חיי החוזה - במבט לאחור - לא ידעתי מדוע נזקי הסתמכות לא יהיה זה ראוי לראותם כנזקים שבאו "עקב ההפרה ותוצאותיה" ולייחסם להפרה ולתוצאותיה.

יתרה מזאת: עד יום ההפרה הייתה קנויה לנפגע ציפיית קיום, ומדוע לא נראה את זו ככוללת - על דרך העיקרון - את אינטרס ההסתמכות? והרי על דרך הכלל כוללים פיצויי קיום גם פיצויי הסתמכות, בצדם של ראשי פיצוי נוספים. אמנם, אותן הוצאות שהנפגע עמד בהן - ובצדן נזקים שהנפגע נשא בהם תוך ביצוע חיוביו שלפי החוזה - כל אלה היו בעבר, לפני מועד ההפרה, ויכול מי לומר, כי מטעם זה בלבד נזקים אלה לא באו על הנפגע "עקב ההפרה ותוצאותיה": אלה באו לעולם לפני ההפרה, וממילא אין לראות את קיומם עקב ההפרה. ואולם פירוש מצמצם ודקדקני זה אינו נראה לי ראוי, לא בבחינת תורת הפיצויים ולא בבחינת לשון הוראת סעיף 10 אותן הוצאות שהנפגע עמד בהן תוך קיום החוזה - ועד ליום ההפרה - יש וראוי לראותן באותה תקופה של קדם הפרה כנבלעות בציפיית הקיום ובאינטרס הקיום. ואולם משהופר ההסכם, נשארות אותן הוצאות כמו תלויות הן על בלימה, ומאותו יום ואילך - כך אני מציע - יש לראותן כנזקים שנגרמו עקב ההפרה ותוצאותיה. זו פרשנות ראויה להוראת סעיף 10 לחוק התרופות, ומבחינת הדוקטרינה הראויה בוודאי תוצאה זו רצויה. יש אומרים כי הלכה למעשה פסקו בתי המשפט בארץ פיצויי הסתמכות, ולעניין זה ראה ד' קציר, תרופות בשל הפרת חוזה (תמר, 1991) 902 והאסמכתאות שם.

19. משנמצא לנו, כי הוראת סעיף 10 לחוק התרופות עשויה לפרוס עצמה גם

על-פיצויי הסתמכות, ממילא אין מקום - ואין הכרח אפריורי - לצמצום מרחב המחיה של פיצויים אלה למקרים קשים במיוחד. פיצויי הסתמכות חיים וקיימים בכל עניין ועניין, בצדם של פיצויי קיום ותרופות ההשבה, ונפגע יכול וזכאי לתבוע גם פיצויים מסוג אחד גם פיצויים מסוג אחר - ועליהם השבה - ובלבד שיתקיימו בענייני שני אלה: אחד, נפגע לא יזכה בפיצויי כפל בגין אותו אינטרס, ושניים, נפגע לא יוכל לתבוע במצטבר שני סעדים המייצגים שתי זכויות שאינן עולות בקנה אחד (ראה, למשל, ד"נ 20/82 [10], בעמ' 269 (מפי השופט ברק), 27 ואילך (מפי השופט ש' לוי)).

20. אמרנו למעלה, כי בעולם המשפט המקובל עומדת לו לנפגע אפשרות לתבוע

פיצויי קיום או פיצויי הסתמכות, וכעיקרון אין מגבלה שבדוקטרינה לתבוע סעד זה או אחר. נשאלת עם זאת שאלה באשר ליחס בין פיצויי הסתמכות לבין פיצויי קיום, ובה נאמר מלים אחדות. וזו השאלה: מקום שאין אפשרות להוכיח את שיעורם של פיצויי הקיום במקרה נתון - כפי שאירע בענייננו - הדעה המקובלת במשפט המקובל היא, שיכול וזכאי נפגע לתבוע פיצויי הסתמכות תחת פיצויי קיום. ואולם מה דין במקום בו מוכח בעליל כי אינטרס הקיום לא יניב כל פיצוי - כך, למשל, בעסקה כושלת - או במקום בו מוכח כי אינטרס הקיום יכול ועשוי להניב פיצוי שהוא פחות מפיצויי ההסתמכות?

השאלה עלתה בארצות המשפט המקובל, והדעה המקובלת והרווחת היא זו, שנפגע יכול, אמנם, לתבוע פיצוי בגין אינטרס ההסתמכות, ואולם לעולם יש לראות פיצוי בגין אינטרס הקיום כגג עליון, ופיצוי בגין אינטרס ההסתמכות לא יוכל לעלות על-פיצוי בגין אינטרס הקיום. ראה, למשל: פרידמן וכהן, בספרם הנ"ל,

בעמ' 634; treitel, remedies for breach of contracts

97-98, restatement; 349, d, supra 2, handbook on the; 800 (1988) D.b. dobbs, Ff
law of remedies (1973, st. Paul, ראה עוד, לאחרונה

treitel, "Damages for breach of contract in the high court",

26 (1992) of australia. Q. Rev 108. לטרייטל, במאמרו הנ"ל, מציב שלושה

מבחנים - המקובלים במשפט האנגלי - לעניין התחרות בין אינטרס הקיום לבין אינטרס ההסתמכות, והכלל השני הוא, שתובע לא יזכה בפיצויי הסתמכות הגבוהים מפיצויי הקיום. ואומר על כך המחבר, בעמ' 228-229

"of the above three propositions, the second is the easiest to justify"

Result, not of the breach, but of the fact that the plaintiff has the defendant should
not be responsible for loss suffered as a

"made a bad bargain".

האמנם? אכן, לא בכדי לא נתקבלו הדברים (כנראה) על דעת מקצת מן השופטים

בבית המשפט האוסטרלי.

21. השיקולים המורים לכיוון אותו פתרון שאומץ במשפט המקובל הינם כבדי משקל, אך לדעתנו יש מקום אף לפתרון אחר, דהיינו, העמדת פיצויי הסתמכות על רגליהם הם, בלא שנפזול אל פיצויי הקיום כגג עליון. אכן, כך, לדעתנו, מורים הצדק והיושר, ולא מצאנו טעם טוב שלא ללכת בדרך זו. מתוך שהכרעה בשאלה אינה נצרכת בענייננו, נאמר אך מלים קצרות בלבד ונפרט במקום הראוי לכך. לו ראינו באינטרס הקיום פרימאט מחייב ובאינטרס ההסתמכות אך משנה למלך, כי אז לא היה מנוס ממסקנה, שאינטרס הקיום ייצור גג עליון; פשוט הוא, שתלמיד לא יישב על כיסא רבו וכי מבחן עזר לא יוכל להסיג את גבולו של מבחן ראשי. ואולם לא מצאנו כל טעם טוב וראוי להכתיר את אינטרס הקיום כנעלה על כול, כפרימאט מחייב, והוא במקום שבעל חוזה מפר חוזה בנסיבות המזכות את הצד האחר בפיצוי.

ועוד זאת: במקום שנפגע יכול להידרש לתביעת השבה בעקבות הפרת חוזה, אין תביעת ההשבה מוגבלת בכל גג, ועשוי הוא לזכות בהשבה גם אם עולה היא על-פיצויי הקיום (ראה

למשל, פרידמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 477 ואילך; פרידמן וכהן, בספרם הנ"ל, בעמ' 634ה"ש (475). ולא מצאנו כי מבחינת העיקרון - מאזן הצדק בין הצדדים - נשתנתה השבה מפיצויי הסתמכות.

22. ואולם עיקר בעינינו יימצא ביסוד שהוא ספק משפטי ספק לבר משפטי,

שהסכמים נועדו לקיום, לקיום ולא להפרה - pacta sunt servanda והמפר נוטל

על עצמו סיכון, וראוי שייטול על עצמו סיכון, ככל שהנפגע נוגע בדבר. משהפר

המפר את חיוביו על-פי ההסכם, לא עוד נשמע לו שאינטרס הקיום לא נתקיים כמצופה. גם אם ציפייתו לאכול מפירות ההסכם לא נתגשמה, חובתו לקיום ההסכם לא נתבטלה. משנמצא לו שקיום החוזה אינו עוד ראוי, יכול היה לנסות ולשכנע את הצד האחר באי כדאיות המשך קיומו של החוזה. ואולם, משעמד והפר את החוזה באורח חד צדדי ואפילו ניסה להידבר עם הצד האחר ודרכו לא צלחה - עליו לשאת בכל התוצאות הרעות (בכפוף לנטל המוטל על הנפגע לעשות להקטנת הנזק, כאמור [בסעיף 14](#) לחוק התרופות). הנזק שבא על הנפגע מקורו המידי הוא בהפרת ההסכם - הסכם טוב או הסכם רע - וראוי שהמפר יישא בו. אכן, הפרת ההסכם כמו מביאה רווח לנפגע שלולא ההפרה, היה יוצא בהפסד, והנה באה ההפרה ובעקבותיה אומרים אנו לפצות אותו על נזקים "אבודים" - אך דומה בעיניי שראוי הוא כי האלמנט החינוכי המוסרי יגבר. ובדברי הלורד אטקיין (lord atkin) על סוכן ניירות ערך שמעל באמון מרשהו וגנב ניירות ערך שהופקדו בידיו:

Principal benefits, as he occasionally may, by the superior astuteness of forms of relief against dishonest agents, and no injustice is done if the fortunately for the commercial community, the law has many effective

[26] 333, at) . An unjust steward in carrying out a fraud(Solloway v. McLaughlin (1937)

באותו עניין מדובר היה, אמנם, בעוולת נזיקין, ואילו אנו ענייננו אינו אלא בהפרת חוזה, ואולם לדינא לא מצאנו להבחין בין מקרה אחד למשנהו. באותה רוח דובר השופט ברק, באומרו:

"חוזה יש לקיים - ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתו - כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם. קיום הבטחות עומד ביסוד חיינו, כחברה וכעם" ([ד"נ 20/82](#) [10], בעמ' 278).

כך אף דבריו של השופט ש' לוי, בעמ' 237, המדבר על הצורך "להרתיע צד לחוזה מלהפר את התחייבויותיו על-פיו", ועל המעלה היתרה הנודעת לכללים שיש בהם "כדי להשתלב בתחושת הצדק הרווחת בחברה הישראלית, שעל-פיה לא יצא החוטא נשכר"; ועל כל אלה, שעלינו לזכור ולהזכיר ש"מדובר בבני אדם בעלי תחושה מוסרית ולא ברובוטים". באותה רוח דובר אלינו פרופ' פרידמן (d. Friedman) (ואת דבריו מביא השופט ברק, בעמ' 278) במאמרו: restitution of benefits obtained through: the appropriation of property or the commission of a wrong

. Colum l. Rev80(1980)515, 504

Performance of socially or economically inefficient agreements, while there is merit in the underlying concern to avoid compelling the

Importance of contractual obligations, undermining faith in their limitation of a plaintiff's remedy to damages tends to trivialize the

Performance. Seriousness and confidence in each party's ability to rely on full

כך יחזק הקשר החוזי, תגבר הנחיצות לקיימו כיאות ורגש המוסר שבנו יבוא על סיפוקו. ולבסוף: לכלל זה שעמדנו עליו יימצאו כמובן יוצאים, אך כשם שאמרנו לקצר בכלל כן לא נפרט ביוצאים (כגון במקום שהצדדים הסכימו, במפורש או מכללא, על גג לפיצויים).

שכר ראוי ופיצויים בגין נזקים

23. חברי, השופט מלץ, דוחה את תביעת צוקים לקבלת שכר ראוי מן העירייה בגין טרחה שטרחה בביצוע ההסכם. דעתי כדעתו. אכן, צוקים אינה זכאית לשכר ראוי, לא מכוח [סעיף 9](#) לחוק התרופות ולא מכוח [סעיף 1](#) לחוק עשיית עושר. אוסיף עם זאת ואומר - על מישור העיקרון - כי דחיית תביעה לקבלת שכר ראוי בנסיבות מעין אלו, אין היא משמיעה מאליה דחיית תביעה לפיצויים בגין אותה טרחה, זו הפעם כפיצויים בעד נזקים מכוח [סעיף 10](#) לחוק התרופות. צוקים והפועלים מטעמה הוגיעו עצמם לא מעט בביצוע ההסכם, ונפגעו זכאי כעיקרון לפיצויים בעבור טרחה שהוא טורה לפיצויים אם לא לשכר ראוי; ולא הרי זה כהרי זה. ואולם שאלה זו של פיצויים בגין אותה טרחה לא נתבררה כראוי, צוקים לא הוכיחה את הנדרש בהוכחה בשאלה זו ואף לא העלתה בבירור דרישה לעצמה בראש נזקים זה. ממילא לא ראיתי לנכון להעמיק בשאלת זכותה זו לפיצויים, והערתי לא באה אלא לימים יבואו.

אלה תולדות עשיית עושר

24. חברי, השופט מלץ, מזכיר בפסק דינו, מספר פעמים, את פסק דינו של חברנו, השופט מצא, [בע"א 588/87](#) [9]. באותו פסק-דין אומר השופט מצא דברים אלה, בעמ' 325-326:

"באמצע את גישת לורד מנספילד (בפרשת *moses*), לעניין בסיסה הרעיוני של

חובת ההשבה ([בע"א 827/76](#) הנ"ל), חרג הנשיא זוסמן מן הדוקטרינה של מעין חוזה, שאז עוד הוסיפה לשלוט בדין האנגלי, ושבח ראוי עד אז, גם במשפטנו, את הבסיס הרעיוני היחיד לתביעת השבה".

24. חברי, השופט מלץ, מזכיר בפסק דינו,

וכך אני מבין את דברי השופט מצא: עד להלכה שקבע הנשיא זוסמן [בע"א 827/76](#) [16], לא הכתה שורש בארץ הדוקטרינה שהניח הלורד מנספילד בפרשה הידועה של

moses v. Macferlan - (1760) [27] ex aequo et bono דוקטרינה של "תנאי מכללא", "חוזה מכללא", "תנאי מכללא"

וכל כיוצא באלה). בא הנשיא זוסמן וחידש הלכה שלא ידעו ראשונים.

25. דומה, כי את דבריו אלה השתית השופט מצא על דברים שנבעו מעטו של הנשיא

זוסמן עצמו [בע"א 827/76](#) [16], בו דיבר הנשיא על כך ש"לצורך ההכרעה בעניינינו

מוכן אני לאמץ

לעצמי את העקרונות שנקבעו על-ידי lord mansfield בפרשה הנודעה של Moses v. Macpherlan (שם, בעמ' 157). בהמשך דבריו מדבר הנשיא זוסמן בקצרה על הלכת הלורד מנספילד, ובאחרית דבריו אומר הוא כך (שם):

"אגב, גם בהלכה כאן בארץ ישנם רמזים לתורתו של lord mansfield, ראה

[ע"א 228/65](#), בע' 257".

לשון אחר: עד למתן פסק הדין [ע"א 827/76](#) [16] לא הכירה ההלכה בארץ בדוקטרינת ה- ex aequo et bono של הלורד מנספילד, אם כי נמצאו בה "רמזים" לתורתו. בא פסק הדין [ע"א 827/76](#) [16] ואימץ אל ההלכה בארץ את דוקטרינת הלורד מנספילד.

26. לא אוכל להסכים לדברים אלה באשר למקומה של העילה בעשיית עושר בדין ישראל. פסק הדין [ע"א 827/76](#) [16] ניתן בשלהי שנת 1977, ואולם כבר שנים רבות מאוד קודם שניתן הונח המסד לתורת עשיית עושר ולא במשפט בדין ישראל; ולא אך המסד והתשתית הונחו, אלא אף הוחל ביד בוטחת לבנות את הבניין עצמו. לעניין זה נזכור ונזכיר - ולטובה - את ההלכות שנקבעו בפרשות אלו: [ע"א 76/51](#) [17] (מיום 29.7.54); [ע"א 278/56](#) [18] (מיום 28.3.58); [ע"א 412/54](#) [19] (מיום 14.12.56); [ע"א 39/47](#) [20], בעמ' 552-553 (מיום 5.7.49; וראה עוד שם, בעמ' 549-550). כך היה אף קודם הקמת המדינה: [ת"א \(ת"א\) 81/43](#) [24], בעמ' 73 (מיום 30.1.48). ולא זו בלבד, אלא שהשופט ש' ז' חשין טבע את מטבע הלשון של "עשיית עושר ולא במשפט" על-פי ירמיה, יז, יא: "קרא דגר ולא ילד עשה עשר ולא במשפט..."

אכן, לא הבינו את אימרתו של הנשיא זוסמן, כי ב- [ע"א 228/65](#) [21] "ישנם רמזים" לדוקטרינה של הלורד מנספילד. באותו עניין נדונה עילה שמתחום עשיית עושר ולא במשפט, והנשיא אגרנט מדבר על דיני עשיית עושר ולא במשפט - על-פי הלורד מנספילד - כחלק ממשפט הארץ, ותוך שהוא מצטט מדברי השופט חשין [ע"א 278/56](#) [18] (שם, [17], בעמ' 257-258). כך עשה אף מ"מ הנשיא השופט זוסמן ב- [ע"א 280/73](#) [22], בעמ' 603. והדברים הם ברורים, ברורים ופשוטים. ראה עוד, למשל, דברי השופט ברק ב- [בד"נ 20/82](#) [10], בעמ' 272, באשר להכרה בעיקרון של מניעת התעשרות ולא במשפט קודם חוק עשיית עושר; ובעמ' 273, באשר ליכולת הענף של עשיית עושר לאמץ אל חיקו עילות חדשות לבקרים. "... הגבולות (של ענף דיני עשיית עושר - מ' ח) טרם נתחמו עד היום, וייתכן מאד, כי במרוצת הימים תביא

תורת מעין חוזים תחת כנפיה סיטואציות חדשות אשר לא שיערון ראשונים, במגמה לעשות יושר בין בני אדם, וכדי למנוע את האחד מהתעשר שלא כדין על חשבון חברו" [ע"א 278/56](#) [18], בעמ' 409). כך אף [ע"א 760/77](#) [23], בעמ' 576-577. ראה עוד בספרו הנ"ל של פרופ' פרידמן, בעמ' 13, 15. דרך אגב: דומני, כי תורת המעין-חווה האנגלית - התורה להבדילה משמו של הענף - מעולם לא באה במשפט הארץ; היו מי שעמדו בשער, ותורת המעין-חווה נותרה תמיד אל מחוץ לחומה (למשל, פרידמן, בספרו הנ"ל, בעמ' 13).

כללם של דברים

כאשר אמרתי בראש דבריי, אני מסכים למסקנותיו ולהכרעותיו של חברי, השופט מלץ, אך

מתוך שבכמה עניינים שונה דעתי מדעתו אמרתי דברים שאמרתי.

השופט א' מצא: אני מסכים לדחיית שני הערעורים, כמוצע על-ידי חברי, השופט מלץ. בעקבות קריאת חוות דעתו של חברי, השופט חשין, אבקש להעיר שתי הערות קצרות.

1. כדי למצוא ראייה לכך, שבתי המשפט אכן פוסקים פיצויים בגין הפרת אינטרס ההסתמכות גם לנפגע מהפרת חוזה, איננו צריכים להרחיק עדותנו. פסק הדין

בע"א 679/82, 703- שניתן בגלגולה הראשון של פרשתנו - וכמותו גם פסק הדין

אותו מוציאים אנו מתחת ידנו עתה, הם הראייה. בצדק מקשה השופט חשין, שאם היסוד לפסיקתם של פיצויי ההסתמכות איננו מצוי [בסעיף 10](#) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), יסוד לפסיקתם מניין? ובצדק מוסיף הוא ומקשה, שאם נמצא, כי היסוד לפסיקתם של פיצויי ההסתמכות אכן מצוי [בסעיף 10](#), מה טעם יש לתלות את זכות הנפגע לתבוע פיצויי ההסתמכות ביכולתו, או בהיעדר יכולתו, לתבוע נזקי קיום, ומדוע לא יועמדו "פיצויי ההסתמכות על רגליהם הם, בלא שנפזול אל פיצויי הקיום כג

עליון?"

גישתו של חברי נראית לי כדין רצוי, בעיקר מן הטעם שחוזים נועדו לקיום, ולא להפרה; ולכאורה יהיה זה אך צודק, שגם הסיכון בגין נזקי ההסתמכות של הנפגע (ובלבד שעומדים הם במבחני הסיביות) יוטל על המפר. ראוי לזכור, כי נזקי ההסתמכות של הנפגע עשויים לכלול לא רק הוצאות שהוציא אגב קיום חלקו בחוזה, אלא גם אובדן רווחים שמקורו בהחמצת קשר חוזי אלטרנטיבי. ובאופן מעשי ייתכנו מקרים בהם יעלה הפיצוי השלילי על הפיצוי החיובי (ראה ד"ר ד' פלפל, "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן" עיוני משפט יא (תשמ"ו-מ"ז) 307, 324). זאת ועוד: כשהפגיעה באינטרס ההסתמכות מתרחשת בשלב הטרם חוזי, ואין משתכלל חוזה, בוחנים את זכות הנפגע ל"פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן", במסגרת [סעיף 12\(ב\)](#) לחוק החוזים (חלק כללי). במסגרת בחינה כזאת לא יהיה זה, בדרך כלל, נכון לבדוק את גובה הפיצוי שהיה מגיע לנפגע עקב כריתת החוזה. החוזה הלוא מעולם לא נכרת, ותחולתו "בשינויים המחוייבים" (כלשון [סעיף 12\(ב\)](#)), סיפא) גם של הוראות [סעיף 10](#) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), ספק אם היא מכשירה את הגבלת פיצויי ההסתמכות לסכום המרבי (התיאורטי) של פיצויי הקיום, שהיה בידי הנפגע לתבוע, אילו נכרת החוזה. וקשה, לכאורה, להלום, שזכאותו לפיצויי ההסתמכות של הנפגע מהפרת חוזה תהא פחותה - ויכולתו לתובעם יותר מסויגת ומוגבלת - משל מי שהסתמכותו על הציפייה לכריתתו של חוזה לא באה לכלל מימוש. עם כל זאת, אינני סמוך ובטוח, שלגישתו הרצויה של השופט חשין מצוי עיגון מספיק בלשון [סעיף 10](#) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), בפרשתנו, מכל מקום, אין הסוגיה מתעוררת, ואת הדיון בה נוכל להניח לעת מצוא.

2. חברי, השופט חשין, ראה להזכיר לטובה שורת פסקי דין, אשר הקדימו את הנשיא זוסמן (בע"א [827/76](#) [16]) בהסתמכות על מבחן תחושת הצדק והישר (ex aequo et bono), אותו טבע הלורד מנספילד בפרשה הידועה של [27] moses. בהקשר זה אבקש להטעים, כי לנשיא זוסמן שמורה זכות ראשונים בביסוס הפטור מפני חובת ההשבה על אותו מבחן עצמו. חידושו ההלכתי של [ע"א 827/76](#) [16] התבטא בכך, שבית המשפט בחן את שאלת קיומה של הגנה אפשרית מפני

תביעת השבה, בלא להיזקק לשאלת קיומו של השתק, ובכך ניתק את הזיקה הנושנה והמושרשת בין המוסד המשפטי של עשיית עושר ולא במשפט לבין הפיקציה המסורתית של "מעין חוזה". גם המובאה מפסק דיני בע"א 588/87 [9], אותה מצטט חברי בפתח הערתו, לקוחה מפרק העוסק בנסיבות בהן מוצדק להעניק לנתבע פטור מחובת השבה.

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט מלין.
ניתן היום, כ"א בתמוז תשנ"ב (22.7.92).

[הודעה למגויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)