

ספר יצחק אנגלרד

עורכים

דפנה ברק־ארז • גדעון ספיר

רכז מערכת

אורי ניר

ביצוע בקירוב

נלי כהן

יצחק אנגלרד – השילוב הייחודי בין תאוריה לפרקטיקה

יצחק אנגלרד הטביע חותם בולט על הפסיקה בבית-המשפט הגליון. פסקי-הדין שלו מתאפיינים בחשיבה מדויקת; בהנמקה ברורה הנשענת על מקורות משפטיים עשירים; בלשון רהוטה – פשוטה ועשירה כאחת; בקיצור מרענן; ובעיקר – בתוצאות צודקות, שבהן התמזגו לתפארת הרקע האקדמי העשיר שלו, מצד אחד, והחוש המעשי, המאפיין את אישיותו, מן הצד האחר.

יצחק אנגלרד, אחד המלומדים המדולים בתחום המשפט האזרחי, הוא גם הוגה משפטי ותאורטיקן חשוב של דני הוביקן. אחד החששות הרובצים למתחו של משפטן תאורטי הוא שההתרכזות במבנים התאורטיים תרחיק אותו ממיציאות החיים הרוחשת, המורכבת, המחכה להרתת הסבך. חשש זה לא התממש כלל בעבודתו השיפוטית של יצחק אנגלרד. נהפוך הוא: על עצמו הוא מעיד כי בא ממשפחת סוחרים, והדבר ניכר היטב בגסקי-הדין שלו.

אף-על-פי שאיסוף העובדות אינו מהווה מרכיב מרכזי בעבודתו של עורכת, ועודו, נדענת כמובן לצד העובדתי חשיבות מכרעת. חשוב לתבין מה קרה, וחשוב במיוחד לתבין לאיזה מרט לייזס חשיבות. קריאת פסקי-הדין של השופט אנגלרד מצביעה על הבנת עמוקה של מורכבות החיים ושל חולשות אנשי, ועם זאת על עומק תאורטי ועל ידע מקיף ומפרט של הכללים. נוסף על כך, השופט אנגלרד ניזון ממשלש תרבויות משפטיות שבכולן חש עצמו

1 מרוססור מן המניין, מוסקדת הקודרת לחזים השוואתיים על-צם בנו גיטר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מבקשת להודות לעמיתי מרופ' עמר גרוסקופף על הערותיו המביטות ולעוזרות המחקר עורכת-הדין מאיה לקסטיין ודני חורב על סיוען המצוי.

כריתת החוזה באמצעות הדוקטרינות של טעות,² סיכול³ או פרשנות החוזה.⁴ שיטתים אלה אינן משפיעים תמיד על תוקף החוזה או על תוכנו. אם אין בכוונתם של השיטתים להפחית דוקטרינה מזהות כלשוני, הם נותרים בתחומם של דיני התרופות. השאלה הנשאלת בהקשר זה היא מתי השלכתו של השיטת של התרופה שהפגע תובע, ובעיקר על זכותו לאכיפת החוזה. נקודה אחרונה זו מעלה את שאלת מעמדה של האכיפה בשיטת המשפט, ובה מדון עתה.

מעמדו של סעד האכיפה במשפט הישראלי

שיטות משפט יכולות לבחור דרכים מגוונות לתקן נזק שנגרם בשל פגיעה בזכות. ההבחנה המרכזית, שבאה לידי ביטוי במאמרום של Calabresi & Melamed, היא זו שבין כלל קנייני לבין כלל אחריות.⁵ כלל קנייני מעניק לנפגע בעין את הזכות שהוא זכאי לה; כלל אחריות מעניק לו תחליף כספי חלק הזכות שהוא זכאי לה. בכל הנגע

בן בית: זו של המשפט העברי, שאותו ינק מסחר ילדותו; זו של המשפט הקונטיננטלי, שבחסונו גדל; זו של המשפט האנגלי, שהיווה בסיס לשיטת המשפט שלנו.

השופט אנגלד, כמו גם החוקר אנגלד, מגלים שילוב ייחודי בין התרבותיות השונות שמוקד ינק, כמו גם בין התאוריה לפרקטיקה. אחת מיתרונותיה המקוריות והמרגעות לפסיקה האחרונה באה לידי ביטוי בשיטת ביוע ב ק י ר ו ב, שלו אקדיש את מאמרי. טיטא זה נוגע ביחס בין הזכות המהותית לסעד, בחשיפת עקרונות היסוד של דיני החוזים בישראל, ובעיקר בשאלת המחח בין חופש החוזים לבין התערבות המדינה – באמצעות בתי המשפט – בחופש זה.

הבעיה – שינוי נסיבות והשלכתו על תרופות הנפגע

בין כריתת החוזה לבין ביצועו עובר בדרך-כלל זמן. מעבר הזמן חושף לעיתים טעויות בהנחות שביסוד החוזה, והוא אף עשוי לחולל שינוי בנסיבות, כך שלא ניתן יותר לבצע את החוזה. הסיבות לכך יכולות להיות מגוונות. לעיתים הדבר נובע ממעשה מכוון של המתקשר, ולעיתים קורה שלא הייתה לו שליטה על ההתרחשות שחביאה לידי כך. שינוי הנסיבות יכול להיות דרמטי, למשל הנכס הנמכר כבר לא נמצא יותר בידי המוכר, והוא יכול להיות מתון יותר, למשל הנכס שנהג באופיו או שלא ניתן להעבירו במועד.

מצבים אלה מעוררים שורה של שאלות. ראשית, האם שינוי הנסיבות מותר את החוזה בעתה? שנית, האם נותרת בעינה אחריותו של הצד המפר? שלישית, האם לנפגע עומדת זכות לתבע קיום החוזה מהקיום המקורי? ורביעית, האם למפר זכות לתבע קיום החוזה מהקיום המקורי?

שאלות אלה מצביעות לכאורה על טשטוש בין הדין המהותי לבין דיני התרופות. הדין המהותי מטפל בהשפעתם של שיטתים בהנחות היסוד של החוזה ובעייתיים שהתרחשו לאחר

2 סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; דניאל פרידמן וגילי כהן חוזים כרך ב, סעיפים 14.28 ואילך, עמ' 694 ואילך (1992) (להלן: פרידמן כהן חוזים ב).

3 דוקטרינות הסיכול מסוקמת בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרצ חוזה), תשל"א-1970 (להלן: "חוק התרופות"), והיא מנסחת כדוקטרינה המעניקה פטור מסכדים. לאמיתו של דבר נגזרת הפעולה תוצאות מהותיות. לדין מפורט בסעיף 18 בנושא הסיכול ראו ברק מדינה "סיכול החוזה" דניאל פרידמן וגילי כהן חוזים כרך ג, פרק 28, עמ' 111 ואילך (2003) (להלן: פרידמן כהן חוזים ג). בתוכני חוק דיני מגונות – הקודקס האזרחי, 2004, חל שינוי. סיכול נכלל בחלק המהותי, ותוצאתו היא מקיפת החוזה או השיטתו: סעיפים 131-137.

4 דניאל פרידמן "פרשנות החוזה" פרידמן כהן חוזים ג, טס, סעיפים 25.68-25.82, עמ' 311-295.

5 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View from the Cathedral*, 85 Hark L. Rev. 1089 (1972) על ההבחנה ומתחה ביקורת שמקורה בכך שאין בה קו המבחין בין מחיר עבור מעשה מותר לפיצוי בגין הפרת חוזה או עולה או מעשה אסור, ואין היא מספקת הסבר כולל לאחריות המיקיית: Daniel Friedmann, *Rights and Remedies, in Comparative Remedies for Breach of Contract* 3, 14-15 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds, 2005).

בראש ובראשונה זכות לפיצויים, שכן במקרים רבים הנפגע יכול להשיג בעצמו קיום חלופי יעיל יותר מזה שיושג באמצעות פנייה לבית משפט. כמאן, כך סובר המשפט האנגלי, ברוב המקרים יהיה נכון יותר להכיר בכך שהמספר בין הפרטים יביא לידי המסקנת הקשר החוזי ביניהם, ואילו הפגיעה בזכותו החוזית של הנפגע תתוקן על ידי תביעת פיצויים. אולם באותם מקרים שבהם לא יהיה הנפגע אדיש לזרותו של הסעד, בעיקר כאשר לא יהיה ניתן להחליף את הקיום המקורי בקיום חלופי הוא יהיה זכאי לסעד של ביצוע בעין מכוחם של דיני הושר.¹⁰

סעד האכיפה הוא הראשון מבין הסעדים בשל הפרת החוזה שודק התרופות מונה. סעיף 2 קובע שכאשר הופר החוזה, "זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, חא הוא לתבוע פיצויים, בטופף על אחת התרופות האמורות או במקומו...". במקומו של סעד האכיפה בתזמנים הגלויים אליו יש כדי לבטא את השינוי שביקש וכחוקק לחולל במעמדו במשפט הישראלי. במשפט הישראלי, הנפגע זכאי לאכיפה כסעד ראשוני, בלי תלות מקדמית בשאלת זכותו לפיצויים. חוק התרופות דחה אפוא את עמדת המשפט האנגלי,¹¹ ואימץ בעניין זה את עמדתו של המשפט הקונטיננטלי, המביא את האכיפה בראש סולם הסעדים.¹² כאמור, מנקודת הזמן של כריתת החוזה, סעד האכיפה הוא רביעי הטבעי בשל הפרת החוזה. הנפגע מוגדר בסעיף 1 לחוק התרופות "כמי שזכאי לקיום החוזה שהופר". אכיפה משותרת בקירוב הגדול ביותר את הקיום שעליו הסיכמו הצדדים בחוזה המחייב ביניהם.

בתרופות בשל הפרת חוזה, בחרו שתי שיטות המשפט המערביות המרכזיות, השיטה הקונטיננטלית, והשיטה האנגלו-אמריקאית, כל אחת בכלל שונה: השיטה הקונטיננטלית בחרה בנקודת מוצא של כלל קנייני, כלומר בסעד אכיפה. המעניק לזכאי את הקיום החוזי שנהבטח לו.¹³ ואילו השיטה האנגלו-אמריקאית בחרה בנקודת מוצא של כלל אזרחיות, המעניק לנפגע בראש ובראשונה את הערך הכספי של מה שהבטח לו (כלומר פיצוי קיום) או את הערך הכספי של מה שהוא נתן תמורת ההבטחה (כלומר, השבה).¹⁴ יש הטוענים שהבדלים אלה היטשטשו במהלך השנים וכי המרחק בין השיטות אינו קיים במעלה! אולם אטייחס לנקודת המוצא ולרעיון העומד ביסוד כל אחת מהן: בשיטה הקונטיננטלית הערך המרכזי הוא זה של רצון הצדדים, שבא לידי ביטוי בחוזה שכתרו, ומועד הזמן הנחשב הוא מועד הכריתה. מנקודת זמן זו הערך החשוב הוא קיומו של החוזה, ואכיפה היא אפוא הסעד הטבעי. בשיטת המשפט המקובל הזכות המחותרת נתפסת בראי הסעד, בדיעבד, לאחר פרוץ המשבר בין הצדדים.¹⁵ הפרת חוזה מעניקה

6 T. REITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT 43, sec. 38 (1988) לחלק; G.H. TREITEL, Remedies
7 לקיחה כוללת ולהבחנת בין השיטות ראו: T. REITEL, REMEDIES, ס' 6 בעמ' 72-38, 38-43.
8 Melvin A. Eisenberg, *Actual and Virtual Specific Performance, The Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law* 93 CAL. L. REV. 975 (2005); Douglas Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule*, 103 HARV. L. REV. 687 (1990); Daniel Friedmann, *The Performance Interest*, 111 L. Q. REV. 628, 648-649 (1995). גרסה עברית של המאמר היא: דניאל פרידמן "אינטרס הקיום בפיצויים החוזיים" ספר ירחון לנואלטיריו פרוקציה חיבורי משפט 377, 402-403 (בעריכת אהרן ברק, מפעלי למישור, אורחיל פרקציה ומרכז א' ראביל, 1996).
9 להבחנה יפה של הגישות השונות לגבי הסעדים כממוקמות כל אחת במישור זמן שונה ומכוננות הנותנות שונות בדבר שלמות החוזה (בשיטה הקונטיננטלית החוזה נתפס כחזה שלם; בשיטה האנגלית החוזה טעון חלמה בזמן פרוץ המשבר); Barak Medina, *Efficient Breach and Adjustment: The Choice of Remedy for Breach of Contract as a Choice of Contract-Modification Theory*, in *Comparative Remedies for Breach of Contract* 51 (Nili Cohen & Ewan McKendrick ed., 2005).

10 G.H. TREITEL, *The Law of Contract* 1020-1026 (11th ed. 2003). סעד אכיפה ניתן במקרים שבהם אין די בפיצויים כדי להשיג תחליף לביצוע החוזה באמצעות הסדק. למשל, כאשר מדובר בטובין ייחודיים ודומת מקרקעין, עבודות אמנות וחפצים בעלי ערך דושימנטלי. כך גם במשפט האמריקאי: ראו: Morris v. Sparrow, 225 Ark. 1019, 1020, 287 S.W.2d 583, 585 (1956) (במקרה זה ניתן סעד אכיפה להסכם למכירת סוס שנבקע שוהה בעל איכויות ביריות). אך להרחבת הוכנות להעניק ביצוע בעין ראו: היש' 21 לחלק. במסגרת ומס' 10 בל לא עמד לרשותו של הנפגע סעד של ביצוע בעין, אלא במקרים שבהם דובר באכיפת חיוב כספי: נילי כהן "זכות תרופה באכיפת חיוב כספי" פרקוליס 355, 360-361 (2006).
11 ע"א 84/80 קאסם ל' קאסם, פ"ד (3) 60, 40 (1983).
12 לפירוט: Treitel, Remedies, לעיל ח"ש' 6, בעמ' 51-59, 44-55; ר' טיילביץ תרופות בשל הפרת חוזה במשפט קונטיננטלי 14-12 (1997).

בשלב זה הם מערבים צד שלישי – המדינה, באמצעות בתי-המשפט – שיכריע בסכסוך ביניהם. לעיתים קרובות הסכסוך מגיע לבית המשפט כאשר מועד הביצוע כבר עבר או צפוי לעבור עד אשר תיפול הכרעה. הזמן גורר שינוי במצמד העדדים ובנורמטיבם. לרוב הביצוע כבר לא יהיה תואם במדויק את הביצוע המקורי. האם בשל כך יוגד הפגם את זכותו לאכיפה, או שזכות האכיפה כוללת גרעין קיום מרכזי, שהפגם זכאי לעמוד עליו, גם אם איש תואם במדויק את הביצוע המקורי? האם השוני במעמדו של כגד האכיפה בשיטתו ובשיטה האגלית מחולל הבדל בכל הנגע באפשרות קיומו המקורב של החוזה באופן נסיבות שבין מועד צד לקיומו של החוזה השאלות כרוכות במובן ביחס לבין הזכות לאכיפה לבין החריגים לזכות זו, ואלו אותיחס.

חריגים לתביעת אכיפה

כאמור, קיים שוני בין השיטה האגלית לקונטיננטלית, שבעקבותיהרלכנו, כאשר לזכותו של הנמע לאכיפה. עם זאת, השוני בין שתי השיטות מצטמצם לנושא העובדה שבשתייהן קיימים חריגים השוללים את הענקתו של סעד האכיפה בנסיבות מסוימות.¹¹ סעיף 3 לחוק התרופות, הקובע את הזכות לאכיפה, פותח במילים: "הנפגע:זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה." ארבעה חריגים מסייגים את הזכות לאכיפה. שלושה מהם מפרטים נסיבות מיוחדות, והרביעי הוא סעיף עוללות.¹² ואילו החריגים:

ההנחה היא שהצדדים הם השופטים הטובים ביותר של העדפותיהם, וכי יש לקיים חזים שנבדו כיון על-פי מה שהתסכם ביניהם. אם די התרופות חותרים להגן על אינטרס הקיום בחוזה שהורג, מה טוב יותר מטעד שיעניק לפגם את הקיום עצמו? כאשר הצדדים הסכימו ביניהם שמוכרת תמכר לקונה את בניה, הם התכוונו שהקונה תקבל את הבית, ולא פיצויים בגין המק שנבט לה עקב סירובה של המוכרת להעביר את הבית לרשותה.¹³ גם אם זוכה הקונה בדיעבד בסעד הפיצויים, ברור מכל מקום שההנחה החחית הייתה שהיא זכאית לבית. אכן, כך אמר בעניין אדריס: "על-פי גישתנו שלנו, כאשר נעשה חוזה למכירת סוס, רוכש הקונה זכות לקבלת סוס ולא זכות לפיצויים בגין אי-קבלת סוס".¹⁴

העובדה שלפגם זכות לאכיפה הופכת את הברדה התועה לו לבחור בסעד שבו הוא חפץ, הקצמיה בסעיף 2 לחוק התרופות, לברדה של ממש. זאת, כביכול, בניעד לשיטה האגלר-אמריקאית, שממנה משתמע כי אם אין הנמע זכאי אלא לפיצוי בגין ההפרה, הגד האחר יוכל להפר את החוזה באופן חריגדי, ולפגם אין על מה להלין, שהרי ממילא עליו להסתפק בסעד הפיצויים.¹⁵ בשיטתו ברדת הקיום היא לפגם, והוא רשאי להחליט אם הוא קומד על אכיפה או שדי לו בפיצויים.

אולם מה משמעותה של הזכות לאכיפה: הזכות נבועת כאשר פרוץ משבר בין הצדדים.

- 13 אוליבר ונדל הולמס ציין באמרה ידועה ש"החובה לקיים חוזה על-פי המשפט המקובל משמעה תחית שעלך שלום פיצויים אם לא תקייםם, זאת וחו לא": Oliver Wendell Holmes, *Path of Law*, reprinted in 110 Harv. L. Rev. 991, 995 (1997) שחולמס מרש לא נכון: Joseph M Perillo, *Misreading Oliver Wendel Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference*, 68 FORDHAM L. REV. 1085 (2000).
- 14 ד"ר אדריס חמיר בגין בע"מ 7 הרלו אבד גונם נג.ב.ג.ה., פ"ד מנב"1 221, 277 (1988).
- 15 חוץ ואכור משתמע לדבריו של פרולק בדיוכה בינו לבין הולמס. בדיוכה זה טען פרולק, בניעד לעמות הולמס, שמי שקונה סוס קונה זכות לסוס, ולא לפיצויים, וראו: Daniel Friedmann, *Good Faith and the Efficient Breach Fallacy* 18 J. LEO. Stud. 1 (1989); Daniel Friedmann, *Good Faith and Remedies for Breach of Contract*, in *GOOD FAITH AND FAULT IN CONTRACT LAW* 399 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds, 1995).
- 16 לפמיה נבנהה זו: Eisenberg, לעיל ח"ש 8, בעמ' 1018 וח"ש 86.

17 Thirtia, Remedies; Laycock, supra note 8, לעיל ח"ש 6, בעמ' 74-71, 74-70. ציין שניתן לאתר במשפט הקונטיננטלי שתי גישות מרכזיות: האחת, הגעה לידי ביטוי במשפט הגרמני, גורסת שאכיפה היא הכלל כאשר מדובר בסוגים מסוימים שלרדיובים, והיא לא תינתן הערפיה, מניחה שאכיפה היא הכלל זאת כמוף לחריגים מספר. האחרת, המשתקפת במשפט כעיקרון בדיוכים אחרים. שתי הגישות היבואת מהתהיכוד של עליונות עקרונית של סעד האכיפה: Thirtia, Remedies; לעיל ח"ש 6, בעמ' 51 פ"ד 44.

18 סעיף 448(נ) בתוכני חוק דיני ממונות – תקוקטק האחרון, 2006, תורד על החריגים הקיימים בנוסח שונה במעט, ומוסוף חריג חמישי, שעניוהו: "חרופת הפיצויים היא החרופת המתאימה בשים לב לאופיו של החיוב". בדברי ההסבר (עמ' 186) נאמר שהסיני חדש חוסף "לאור איתור

האכיפה במשפט הישראלי. כאמור, הסייגים לסעד האכיפה קיימים הן בשיטה הקונטיננטלית והן בשיטה האנגלו-אמריקאית. הרבדל בין השיטות מתבטא למעשה בהיחס שבין היקפו של הכלל המעיק אכיפה לבין היקפם של החרגים השוללים סעד זה.²¹ ירשימה מתמקדת בעיקר בחריג הראשון, הקובע שלא ייתן צד אכיפה כאשר החוזה אינו בר-ביצוע, אך היא נוגעת גם בחריג הרביעי, המתקשר אליו, הוא חריג הנדק. היא עוסקת בשאלה מתי בכל זאת ניתן לצוות על אכיפה אף-על-פי שלא ייתן לבצע את החוזה. הירשימה עוסקת אפוא בחריג לצוות לזכות האכיפה, ובמילים אחרות, בגסיבות המקימות בכל זאת זכות לאכיפה כאשר החוזה אינו בר-ביצוע.

החריג הראשון: החוזה אינו בר-ביצוע

ההוראה שאכיפה לא ניתנת כאשר החוזה אינו בר-ביצוע²² מרובת כוונותיה. אם לא ניתן לבצע את החוזה, מה טעם להורות על ביצועו הדבר כרוך לא יק באובדן משאבים, אלא גם בפגיעה במעמדו של בית המשפט, המוציא צוים לשוא:²³ יתר על-כן: דומה

21 גם בשיטה האנגלו-אמריקאית ניכרת כיום נטייה להעניק את סעד הביצוע בנידוח יחסית ולבסוס בקטגוריות רחבות למדי: Andrew Burrows, Remedies for Torts and Breach of Contract 504-505 (3rd ed., 2004) (להלן: Eisenberg (Burrows, Remedies)), לעיל הש" 8, בעמ' 1018 ובהיש" 86.

22 בנוסחו של סעיף 444(א)(1) לתוכר חוק דני ממונות - החקיקה האזרחית, 2006, נאמר: "לא ניתן לקיים את החיוב".

23 יודעו שסעיף 1(3) לחוק התרומות מניח בתחילה כי אף-על-פי שהחוזה אינו בר-ביצוע, הוא בכל זאת מחייב, אכן הוא מתבטל. מאכן שהסעיף אינו חל במקרים שבו הן איה יכולת לבצע את החוזה מונעת בתוקמו של החוזה. כך, למשל, אם מסתבר שבנת כריח החוזה לא היה נשוא החוזה בעולם, והצדדים לא ידעו על כך, ייתכן שהחוזה בטל על-פי הדיקטוריה שתנאי לקיומו של החוזה הוא קיום נשואו, ואם לא אינו, מתבטל החוזה מאליו: סעיף 29-27 לחוק החוזים, מודפס כהן, חחיש ב לעיל הש" 2, פרק 22. בדומה לכך, אם מסתבר שלא ניתן לקיים את החוזה בשל גסיבות שהתרחשו לאחר כריתת החוזה ואשר לא היו בשליטת הצדדים, ניתן להקלות טענה כי החוזה סוכל, ופי לכך אין החוזה בר-ביצוע. סעיף 18(א) לחוק התרומות, הן בפסוד

- (1) החוזה אינו בר-ביצוע;
- (2) אכיפת החוזה היא כפייה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;
- (3) ביצוע צו-אכיפה דורש מידה בלתי-סבירה של פיקוח מטעם בית-משפט או לשכת הוצאה לפועל;
- (4) אכיפת החוזה הינה בלתי-צודקת בגסיבות העניין.

הסייגים לסעד האכיפה נובעים בהתאמה מארבעה טעמים עיקריים, המוצאים ביטוי הן בשיטה המשפט האנגלו-אמריקאית והן בקונטיננטלית.²⁴

הראשון מקודם ברובם שבני המשפט אינם מוציאים צו-סרק, ולכן אם אין אפשרות מעשית לקיים את החוזה, אין גם טעם להורות על אכיפתו (סעיף 1(3)); השני מקודם בחשש שתהיה באכיפת החוזה משום התערבות לא-מידתית בזכות הפרט של המפר. חשש זה בא לידי ביטוי במיוחד כאשר הגטל לקיים את החוזה מוטל על המפר באופן אישי (סעיף 2(3)); השלישי מקודם בגטל שהמדינה עשויה לשאת בו אם עליונות האכיפה יהיו גבוהות מדי, ללא יחס סביר למעלת שפיק הנפגע (סעיף 3(3)); הרביעי מקודם בצורך לאן בצורה אחת בין הנפגע למפר, בעיקר במקרה שבו עליונות האכיפה גבוהות במיוחד למפר ותועלתה למפגע אינה גבוהה (סעיף 4(3)).

במונחים שפתחו במשפט האמריקאי ניתן לומר ששלושת החרגים הראשונים הם בבחינת כללים, ואילו החריג הרביעי הוא סטנדרט, המונעו בידי בית המשפט שיקול דעת רחב ביותר בשאלה אימתי ייתן צד אכיפה, אימתי ישלל.²⁵ הפעלתו של חריג זה, הנענע בבאן הנדק והיעילות בין הנפגע למפר הלכה למעשה, היא שתקבע את מעמדו של סעד

הוראות דני הניקון והוראות דני החיים. עיון שייחון שיישום מבין הנדק ומבין התחאמה של תרומת האכיפה לחיוב יהיה שונה בחקשר החוזה ובחקשר הניקן, לפי העניין.
 19 לחרגים בשיטת המשפט האנגלו-אמריקאית: Taft, Remedies, לעיל הש" 6, בעמ' 65-69 וס' 64-67; והקונטיננטלית: Taft, Remedies, שם, בעמ' 52-53 ס' 67.
 20 להבחנה בין כללים וסטנדרטים וליישומה במשפט הישראלי: מנחם מאיסטר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים 321 (1987).

ביצוע בקיור

פרשת זו מקבילה לאופן שבו דוקטרינת הסיכול מועלת. דוקטרינה זו חלה לא רק על מצב שבו קיומו של החוזה בלתי אפשרי, אלא גם כאשר הינו בלתי-מעש. ²⁴ אך מתי נאמר שהחזרה אינה בביצועת תאם חלף המועד לקיום החוזה הופך אותו לחוזה שלא ניתן לבצעו? אם הוטל על המוכר לפי החוזה להעביר את הדידה לקונה ב־1 בינואר 2000, והוא מכר, כך שאפשר להעביר את הדידה לקונה רק ב־1 באוגוסט 2002, לא יראה זה הקיום המקורי של החוזה. ניתן אף לומר שבשלב ממוזמן, ביצועו של החוזה בלתי-אפשרי. למרות זאת, יש לפרש את המילים "החוזה אינו בביצוע" ביתר צמצום. ²⁵ כאשר ממוזמן אינו מטל את אפשרות קיומו של החוזה, לא יהפך האיחוד כשלעצמו את ביצועו של החוזה לבלתי-אפשרי. אם בכל זאת יעמוד הקונה על אכיפת החוזה, תהיה ועבודתו של הנכס במאי 2002 משום קיום החוזה, ולא קיום מקורב שלו, למחות לא במשכונות הטכנית של בטיח זה. עם זאת, הפגיעה בקונה מנקודת המבט של ממוזמן (האיחוד בהעברה) תבוא על תקינה על-ידי פיצוי על הנזק שנגרם לו מהאיחוד בוועברת הנכס אליו.

ביטוי לכך שדחיית המועד אינה פוגעת באפשרות קיומו של החוזה נמצא בסעיף 43 לחוק החריש, היוצר ככל הנראה של המועד החריש כאשר קיימת מניעה לקיים; או כאשר מי שהוטל עליו לקיים ראשון אינו מקיים; או כאשר צד שעליו לקיים נדבד עם הנז האחר אינו מקיים. ההנחה היא שדחיית המועד אינה מפקיעה את החוזה, וגבל היא מחייבת שינוי שהלם את הסיכונים שהצדדים נטלו על עצמם בחוזה. ²⁶ כך, למשל, שטען, שצריך לקיים אחר ראובן, לא יחויב לקיים בביצוע מועד הקיום שלו אם ראובן עייין לא קיים, וכן, אם שני הצדדים צריכים לקיים במקביל, וצד אחד לא קיים, לא יחויב הוד האחר לקיים לפניו. לפינוי הסדר השלמה הקובע במועד קיום שנתן אף מקורב לבי המועד החוזה. הסדר השלמה זה הוא ברין המותר, אך ממוזמן או למדים שבמקרים רבים, למרות חלף הזמן, עדיין ניתן לקיים את החוזה וכן התאמו, ומיטל ניתן גם לאכזבו.

24 ברק מדינה "סיכול חוזה" מרימז'ן חוזה, ג, לעיל ה"ש, 3, סעיפים 28.1-28.19, עמ' 433-422.
 25 ע"א 256/89 פרוץ נ' כובס, פ"ד מו(3) 557, 568 (1992).
 26 דינאל מרימז'ן "אכיפת חוזה" הכמפות לנאטי" מרימז'ן חוזה, ג, לעיל ה"ש, 3, סעיפים 23.17-23.22, עמ' 84-92.

יש למרש את החריג כלה לא רק על מצב שבו קיומו של החוזה בלתי-אפשרי, אלא גם כאשר קיומו בלתי-מעשי, במובן זה שהוא טיול נטל בלתי-סביר על המפר ותועלתו למפע תהיה פטוטה; ובמילים אחרות, כאשר עלויות הביצוע השתנו באופן דרסטי. למשל, בחוזה בין שני בעלי זכויות משותפות בקרקע סוכם ששיניהם יבנו על הקרקע, כל אחד מהם בחלק אחר בה. במועד ניצל אחד מהם את מלוא זכויות הבעיה. האחר תבע אכיפת זכותו, כלומר תבע להרוס את הגבית ולהגיע בדרך זו לקיום החוזה, נטה אף-על-פי שהייתה אפשרות להרוס את הגבית כדי לאפשר לו לבנות על-פי החוזה. בית המשפט לעמדה שאין מקום לאכיפה, שכן הנסיבות הופכות את ביצועו של החוזה לבלתי-אפשרי; לחלופין, אכיפת החוזה בלתי-צודקת.²⁷ ספק בעיניי אם בית המשפט הגיע לתוצאה הרצויה. היה נכון לקבוע שהבעלת בבנין שנבנה משותפת, ולא להסתמך בביצועים. אך אנו רואים, כי אי-על-פי שהיה ניתן להגיע לאכיפת החוזה (על-ידי הריסת הבנין שנבנה), החללה כן מפרשת המרחיבה את חוסר האפשרות לקיים את החוזה והמחילה אותה גם על מצב שבו קיום החוזה יהיה בלתי-מעשי.²⁸

24 בשל אונס או סיכול, קובע כי מצב של אונס מתקיים כאשר קיום החוזה הינו בלתי-אפשרי. הביטויים "החוזה אינו בביצוע" ו"קיומו של החוזה הוא בלתי-אפשרי" חזים בעיני. התוצאה המשפטית הנבדקת בחוזה מסיכול היא שהמפר אינו כפוף לביצועה ונמ לא לסעד הביצועים. לגבי הקשר בין טעות לסיכול: מרימז'ן חוזה, ג, לעיל ה"ש, 2, סעיפים 14.72-14.82.
 24 ע"א 4796/95 אלחוביץ נ' אלעובד, פ"ד נא(2) 669, 677 (1996) (להלן - עניין אלחוביץ ו' אלעובד).
 25 העובדה שביצוע החוזה אינו מעשי עשויה להשליך לא רק על סעד האכיפה, אלא גם על סעד הפיצויים. משמחה הוא, במקרים רבים, שהמגן לא יוכל לתבוע תוצאות תיקון, אלא ייידת ערד בלבד. כך, למשל, אם הקבלן בנה תקרה הנומכה בנטימסטר או שניים מתחנן שבו הוא מחויב כלפי רוכשי הדידה, לא רק שלא יניתן אכיפה, אלא שגם הפיצוי שיוקנה יהיה נמוך משמעותית מעלויות התיקון. ראו החלטה של בית הדין ברוך: Ruxley Electronics and Construction (U.K.) Ltd v. Forsyth [1996] AC 344 (HL, 1995) (appeal taken from Eng.).
 התעורה בחריפתה לראשונה בספק הדין האמריקאי & Peevyhouse v. Garland Coal Mining Company 382 P. 2d 109 (Okla. 1962).
 G.H. Treitel, The Law of Contract: לדין תיווח: (11th ed. 2003); E. Allan Farnsworth, Contracts sec. 12.13 788-792 Contract 946-948 (11th ed. 2003); E. Allan Farnsworth, Contracts sec. 12.13 788-792 (3rd ed. 2004).

ביצוע בקירוב – מקור היסטורי: דיני הקדש

שאלת קליטתה של דוקטרינת הביצוע בקירוב ומיקומה במשפט הישראלי התעוררה בפסקי דין אחדים עם קום המדינה ולאחר חקיקתו של חוק החוזים, ואליהם נתייחס בהמשך. אולם דיון מפורט ושיטתי בממרו של הסעד במשפט האנגלי, בהתפתחותו ההיסטורית שם ובתולדות קליטתו במשפט הישראלי נערך להאשונה על-ידי השופט אנגלרד בפסק הדין **איימן'ן קדמת עזן בע"מ**.³¹

מסתבר כי הדוקטרינה של ביצוע בקירוב, או *cy près*, עוצמה וחלק מהסעד של ביצוע בעין לא על-ידי בתי המשפט, אלא על-ידי המשפטן פריי בספרו *Specific Performance of Contracts*.³² הוא עצמו שאב את הדוקטרינה מדיני ההקדש לצרכי צדקה, ושחל אותה ביחמתו במסגרת הסעד של ביצוע בעין.³³ משמעותה של הדוקטרינה בידי ההקדש היא שכאשר התחולל שיעור נסיבות המונע את השגת רצונו המקורי של יוצר ההקדש, יש למצוא דרך חלופית שתשיג רצון זה בכל שניתן.³⁴ דוקטרינה זו נקלטה בביקורת הישראלית בידי ההקדש. סעיף 23(a) לחוק האמנות, תשל"ט-1979, מעניק לבית המשפט סמכות מפורשת "לשנות או לבטל הוראה מנוראות יוצר ההקדש, אם מטעמים שייצר ההקדש הביא לפניו האם משום שדאגה כי חל שיעור של ממש בנסיבות המצדיק לעשות כן שהיבריר תואם את אומרו דעתו של יוצר ההקדש".³⁵ נוסף על כך פיתחה הפסיקה הישראלית דוקטרינה מקבילה, מעונה, בידי הצוואה.³⁶ "בהתאם לתורה זו, כאשר אומנם הבריר הצוואה את כוונתו, אך

מובן שקיימים חזים שממד חומן טובע בהם בבסיס החוזה, והם לא יזיהו ניתן לקיים את החוזה במועד אחר. במקרים אלה אכן נאמר שהחוזה אינו בר-ביצוע. למשל, אמנן ותמר הזמינו שירותי תומורת למסיבת החתונה שלהם. התומורת לא הופיעה במועד, והחתונה התקיימה ללא צלילי המוזיקה. בטעותה של התומורת להופיע יום לאחר-מכן בביתם של אמנן ותמר ולהשמיע להם צלילים ערביים לא תוכל לקיים את החוזה. מתן שירותי התומורת קשור למועד מסוים ולזוויעו מסוים שכבר חלמו, עברו. אפשר אף לומר שעם חלוף המועד החוזה מתבטל מאליו (אם כי התומורת תחויב לשלם פיצויים בשל ההפרה). אך מכל מקום, קיום החוזה לאחר מועד זה בלתי אפשרי, ולכן אין אפשרות לאוכפו.

חוזה אינו בר-ביצוע בנסיבות מעונות, למשל, כאשר קיומו כפוף להסכמת צד שלישי, או אינה מושגת,³⁷ או כאשר ביצועו אינו חוקי. דהיי כן כאשר הנכס שהוא החוזה אבד או כאשר הנכס נמצא בידיים אחרות, עדיפות. מוכר תחייב למכור נכס ל"א, ולאחר-מכן תחייב את הנכס ל"ב, וכשם כוונת לב ובתמורה. לפי הדין המהותי – ב עדיף,³⁸ החוזה עם א אינו בר-ביצוע. כאשר מחייב באובדו הפיזי או המשפטי של הנכס, ניתן לעולם לקיים את החוזה באמצעות נכס חלופי, קרוב, אם כי לא זהה. וכאן עולה השאלה: האם במסגרת הסכמת לאכיפה ככלי עניין קיום מוכרי, שאף כי הוא שונה מהחובה המקורי, עדיין הוא נטון עניין שבוכות לפענע בגילום אחרות, האם הסכמת לאכיפה כללית גם זכות לביצוע מקורב? כלום קיים הבל עניין זה בין שיטה שבה אכיפה זוכה למעמד בנדרה לבין שיטה שבה אכיפה נתפסת כסעד משני? האם ברירת הקיום העונה לפענע כאשר זכותו לאכיפה מוכרת דבקה גם בזכותו לקיום המקורב של החוזה? היש למפר מעמד כלשהו המאפשר לו לפנות על הפנע ביצוע מקורב?

- 31 ע"א 2686/99, פ"ד נה(5) 365 (2001) (להלן: **איימן'ן קדמת עזן**);
 32 Edward Fry, *A Treatise on the Specific Performance of Contracts* (by George Russell Northcote, 6th ed. 1985).
 33 *Bettesworth v. St Paul's (Dean of)* (1728) 1 Eng. Rep. 541 (פסק הדין (H.L.) (appeal taken from Eng.)). ציון שלא נעשה בפסק הדין שימוש במטבע הלשון של *cy près*; ע"א 2686/99, פ"ד נה(5) 365, 374 (2001).
 34 פ"ד נה(5) 374, 365 (2001).
 35 שלמה כרם נאמנות 727-734, סעיפים 345-348 (מחזרה רביעית מעודכנת ומתוקנת, 2004).
 36 ע"א 102/80 מורכובניו'ן מן דוד אדום בישראל, פ"ד לה(4) 739 (1982); ע"א 1900/96

- 29 עניין אלחנבה'ן אלעובד, לעיל הש" 24, בעמ' 678.
 30 סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971. לפירוט: גילי כהן *התערבות ביחסים חוזיים* (1982); טייל דויטס קניין כרך 2 91 ואילך (2006).

לחלף היצירה, הנקודת זמן זו גם אין מעד אינטרסים טובע. מנקודת מבטו של יוצר ההקדש או המפצה, עצם תכליתו של הקדש או צוואה הוא קיומם. לכן ייעשה כל מאמץ לקיים תכלית זו ולמשימם.³¹

חובה הוא כלי שונה. אין הוא מצדי. לעיתים חייו קצרים במיוחד. הוא ביטוי לרצון של שני מתקשרים לפחות. בועד עצם קיומם של צוואה או הקדש הוא גם תכליתו, הדבר שונה בחובה, שהרי סעד הפיצויים הוא כלי יעיל המשמש להגנה. בקצרה, מעגן המסדיר במפורט את קיום ההקדש או הצוואה הוא חייב; מעגן כזה חייב פחות במערכת החוזית.

ההבדל בין צוואה והקדש מזה לבין חובה מזה מבחינה מדוע – לפחות מנקודת המבט הקלטי של דני חזים – לא הוכרה הדוקטרינה של *cy près* באזור היקף שבו הוכרה בהקדש ובצוואה. חובה כלל מעגם טבעו "תחזית יציאה" בעקבות הפרה של צד. "תחזית היציאה" מופעלת לעיתים כאשר המפעל לחלץ לגלגל את החובה בשל הפרה של המתקדש האחר, ופעמים הן נכפות על המפעל כאשר בית המשפט ממאן להעניק לו אכיפה. אכיפה, בוחא כן ביצע בעין, הוא סעד הכרחי בשיקול-דעתו של בית המשפט. אם התחוללו שיתיים

העושים את ביצועו של החובה שונה מזה שהצדדים הסכימו עליו, מדוע ימנה בית המשפט את השיעור מנקודת מבטו של הנפגע הוא יחס, מכל מקום, בפיצויים; ומנקודת מבטו של המפר, הנסמך על התארוך הקלטי, אין לבית המשפט סמכות לכפות עליו שיעור ארמוסם,

שהרי בית המשפט אינו יכול לערוך תזה חדש בעבר הצדדים.³²

לא ייפלא שהשופט אנגלד מפנין ש"כבל, הדין האנגלי אינו מעניק סעד של ביצוע בעין תוך התאמה, כאשר ההתאמה תרומם לשיעור מהותי של החובה... נראה כי הנטייה לגבי ביצוע בעין במשפט האנגלי היא לצמצם את השיעור עד מינימום. כלומר, אם חל שיעור

אין אפשרות לבצע באופן מהותי ביותר את תוכן החובה המקורי, לא ינתן ביצוע בעין.³³

39 ראו גם סעיף 58 לחוק העמותות, תשמ"ט-1980 (תקובע כי בהקדש הוראת חקנון בדבר דרך הטיפול בנכסי עמותה שמורקת, ו"קדש" אותם נכסים לפי הוראות בית-המשפט למטרות שקבע בית המשפט בקריבה למטרות העמותה). בהקדש הסדר כזה (גם בהקדש של הקדש), נראה כי הנכסים היו חוזיים ליצור ההקדש או לחברי העמותה (באמצעות טאמנט טבעת - *resulting trust*), ובמסרת הסודר המיוחד היא למפעל זאת.

40 *Kentucky Water Service Co. v. City of Middlesboro* 247 S.W. 2d 40, 42 (Ky. 1952).

41 בעניין איימן'ן *קדמת עזן*, לעיל הר"ש 31, בעמ' 375. כך גם לגבי צוואה זאת בניגוד לסמכותו

הוראת הברורה אינה ניתנת לקיום כלשונו, כגון צוואה ארם מנה לבית יעושים פלמי האוהו בית היעושים נסד, הרי יש מקום לנקוט צעד, שגא לבצע את כוונתו הברורה של המפצה, אם כי בדרך שונה במקצת, אשר – ממוחים אג – הייתה מקובלת עליו, אילו נתן היה לשאלו

אוהו, כגון להעביר את המנה שציווה לבית היעושים שביעיים עבד מן העולם לבית יעושים דומה לראשון מבחינת מטמנת החיובין והורכב התימכם. בהחלפת עקרון *cy près* יודעים

אנו את כוונת המפצה ומקיימים אנו את רצונו, אם כי בדרך שונה במקצת.³⁴

כאמור, הדוקטרינה החולה במשפט האנגלי גם בדיו הביצוע בעין, אך כפי שהשופט אנגלד מעיר, "האמת היא כי במשפט האנגלי אין כל קשר, מעבד למיזון רעיוני רחוק, בין

הדוקטרינה המסורתית של *cy près* לבית הקדש לעוצרי ציבור לבין המונח המושאל של *specific performance cy près*". עיין שהשופט *specific performance cy près*

près אינו נמצא בשימוש בספרות ובמסיקה האנגלית העוסקות בביצוע בעין, והוא מיוחד שם להקשר של הקדש וצוואה.³⁵

ההשתייכות המלווה את החלת הדוקטרינה במסגרת צו"האכיפה, לעומת הנכונות לחולה במיוחד בהקשר של הקדש ואף בזה של צוואה, ברורה למדי. הקדש או צוואה הם סוגים של מתנות חד-צדדיות. הקדש יכול להיות מצדי, ומטבע הדברים עשויות להתעורר בו בעיות

הכרוכות בשיעור נסיבות. צוואה היא פעולה משפטית חד-צדדית המתגשמת כאשר יוצרה כבר איש בין החיים. בשני המקרים ראוי להתרכז ברצון אחד – רצון היוצר. איתור רצונו של היוצר אינו סדך בדרך-כלל במעורבות של צדדים אחרים, שהרי אלה לא היו שותפים

37 לעניין זה האוטונומיה הכללית, ב"ד 217 (2/82) 832-833 (1999), המדבר על "הגושט אומד דעת המפצה בקירוב"; ע"א 490/99 *הקדש אייטנו* נ' אבן טוב, פ"ד (5) 148, 21 (2003).

38 ראו אהרן ברק, *פרשנות במשפט כרך חמישי: פרשנות הצוואה* 336 (2001). ע"א 102/80 פרוכטנבויש'ן נ' מנן דוד ארנס בישראל, פ"ד (4) 747, 730 (1982).

39 ראו: דוד קציר *תרוסת בשל הפרת חובה כרך א* 452 הר"ש (1991), וכן השופט אנגלד באיימן'ן נ' *קדמת עזן*, לעיל הר"ש 31, בעמ' 374. ראו גם ע"א 8704/99 בן ציון נ' *החשדות הכללית של העובדים*, פ"ד (1) 136, 120 (2003), שבו הוחלה הדוקטרינה בהקשר של

מנהג הברכה בדיוק הנצחה. בית המשפט החיל את הדוקטרינה של ביצוע בקירוב, והכיר בכך שיאשר דבר המנהג עוד קיים, ניתן לקיים את חיובו הנצחה בדרך אחרת, בקירוב. ראו להלן בח"ש 59 וכן להלן בטקסט סמוך להר"ש 90.

מתי בגלל זאת הודו בתי המשפט באנגליה על ביצוע שונה של החוזה כאשר לא היה ניתן לבצע את החזה אלא באופן חלקי, למשל בשל אי־חוקיות⁴² או סאטור, לטובת הזמן שעבר מאז נכרת החוזה, הוחזק הצד לביצוע בהתאמה של המחיר למועד הביצוע.⁴³ באופן דומה הופעלה הדוקטרינה גם במשפט האמריקאי, "כלומר בהתקשרות מודרה וחריזה. כפי שהושפוט אנגלנד מעיין: "האפשרות של בית המשפט לחתום את הביצוע בעין לנסיבות חדשות מובחלת היא אינן היא מעינה לאפשרויות העונות לבית המשפט במסגרת הדוקטרינה המסודרות של ה־cy præs"⁴⁴

קליטת הדוקטרינה במשפט הישראלי

על־אף שיוכח הממוקם של הדוקטרינה לדיני חוזים, היא נקלטה בשנותיה הראשונות של המדינה במסגרת דיון פרטנ'ל יחודאי, זאת בהסתמך על ספרו של פריי. האם עלתה החלטה של הדוקטרינה באותו מקרה בקנה אחד עם הגבולות שהוצבו לדוקטרינה זו

של בית המשפט בהקדש, שם אין מוטלת הבחלה לשינוי מודרי. ראו נוסח סעיף 23(א) המדבר על שינוי או ביטול כתב הקדש אם תל שינוי של ממש בנסיבות⁴⁵.

42 *Bettesworth v. St Paul's*, לעיל הרש 33.
 43 *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Company of Canada* [1985] 3 W.L.R. 276 (U.K.) (appeal taken from Eng.).
 44 *Cavney v. Ashheim* 274 P2d 281 (Or. 1954). בית המשפט מפעיל את הדוקטרינה על־מנת לאפשר ביצוע חלקי ותואמת הסכם במקרים או אי־חוקיות או חוסר צמנוניות. ראו: *Frostifresh Corp. v. Reynolds* 281 N.Y.S. 2d 964, 965 (App. Term. 1967). בית המשפט מוזן במקרים אלה בין שיקולי הרענה לבין הרצון לקיים את החוזה תוך התאמתו. ראו: Ian Ayres, *Empire of Residue: Competing Visions of the Contractual Canon* 26 Fla. St. U.L. Rev. 897, 902-903 (1999).

45 בעניין איימן'ל קדמת עין, לעיל הרש 31, בעמ' 375.
 46 ע"א 29/49, פ"ד 1950) 375 כ"ב כב, קבוצת, שט השוטרי, בעקבות פריי, מושט specific performance cy-près: *Robert J. Sharpe, Instructions and Specific Performance* 420-421 (1983).

בגרותה האנגלית?

אלה היו העובדות במרת פרתנ: במסגרת בדיקה נקבע שיש לפרק פתומת מסוימת בדרך חקיקה במסג. השותפות התייחסה לכתב חכירה של בנין שכלל ייחודג אחרות. עתה הייתה החכירה אמורה להתחלק בין שני בעלי זכויות. העירייה הייתה בעלת הרמגוש שהבנין ניצב עליו, והיא קבעה - בעקבות מניית הצד התובע עתה ביצוע בעין - וךן מסוימת לחלוקת השותפות, שתאמה אומנם בחלקה את פסק־ההודר, אך חרזה ממוג בחלקה. בחלק החורג נקבע שבמקרה של חוסמת לבנין, יקום הצד שיבנה ראשון את חוד המודרת על־חשבתו, וחצד האחר יחזיר לו את המחצית כאשר ייש לבנות את חלקו בבנין. כן נקבע שבמקרה של חילוקי־דעת בבנין זה, יהיה הבודר ראש עיריית חיפה. כאמור, לא היה זכר לקביעות אלה במסגרת הבודר, אך השופט ילברג ציין שמדובר בחוסמת שולית שאינן משמטת את אופיו של החוזה, ואין הן מחות מעינה לביצוע פסק־הבודרות.⁴⁷ לעומת זאת סבר השופט אלשן, בעמדת מיעוט, שהחוסמת הלה חורגת מחיקפה של דוקטרינת הביצוע המקורב. "לא הייתה בידו של באי־טוח המעוררים כל אסמכתה לכך שבית המשפט, כדי לממש את אשר הוא רואה כמאות החוזה, רשאי לעשות חוזה חדש בין הצדדים, זו להטיל על הצדדים תנאים נוספים גם במקרה שאי־אפשר לראותם כנתיים שהצדדים הכימו עליהם מכללא. גם מאמצי למצא סימוכין לכך, לא הוכתרו בהצלחה."⁴⁸

עובדות פסק־הדין ממוחישות את־כן את הבעיה המובנית בדוקטרינה של ביצוע בקירוב, הנוצרת מהמתח בין תוכנו של החוזה, מצד אחד, לבין סמכותו של בית המשפט לצוות על ביצוע החוזה תוך טייה ממש, מן הצד האחר.

חוק התרומות איש כולל דוקטרינה עצמאית של ביצוע או אכיפה בקירוב. השאלה אם דוקטרינה זו מהווה חלק מדני החוזים הישראליים נידונה סמוך לאזור חקיקתו של חוק התרומות בעניין אשר'ל לובר,⁴⁹ "שב העתודרה השאלה בנסבות אלה:" קבלו התחייב להעביד

47 הדיון הודר לבית המשפט המחזי להמסך הוכיעה בתביעת הביצוע. עניוהו של השופט ילברג שיקפה את דעת הרוב.
 48 שם, בעמ' 391-392.
 49 ע"א 289/78, פ"ד 1978) 13 (להלן: אשר'ל לובר).
 50 העובדות מוצגות בצורה שולית, ללא התעכבות על פרטי המקרה.

דירה מזרחית לקונה ב. התגבר שדירה זו כבר נמכרה קודם לכן לקונה א. הקבלן היה מוכן להעביר לקונה ב את הדירה המערבית באותה קומה (הדבר הופיע בבתי הטענות שלו), אך הסתבר שהוא התחייב למכור אותה דירה לקונה ב. בין יתר טענותיו לגבי זכותו לדירה המערבית, הסתמך קונה ב על הדוקטרינה של ביצוע בקירוב (cy près), שקלטתה מן המשפט האנגלי, ועמדו על התקבלה על דעתה של השופטת בן-פורת. היא סברה שהדוקטרינה ממשיכה להיות חלק מהמשפט הישראלי, שכן מדובר בעניין שתוק התרופות אינו דן בו.⁵¹ לחלופין, הפגנע זכאי, לדעתה, לביצוע מקורב על-סמך עקרון תום-הלב.⁵²

וגם כפי שציינה את השאלה: האם עלתה החלטה של הדוקטרינה באותו מקרה בקנה אחד עם הגבלות שהתנב הדוקטרינה זו בגרסתה האנגלית על-פי פשוטו של פסק, לקונה ב, שעל-פי החוזה עם הקבלן היה זכאי לדירה X, מקוגית זכות לקבל דירה Y באותו בניין לאחר שהקבלן מכר את הדירה X למישהו אחר. אולם נראה שזו קריאה רחבה מדי של החלטת, ואין זה ברור אם הדוקטרינה הביצוע בקירוב הייתה מאפשרת פרשנות כזו. אי סכורה שחוטת של הקונה לקבל את הדירה Y בענה לא מהדוקטרינה, אלא מהגבולות של הקבלן להעביר לו אותה דירה, הנטחה שלא הייתה אומנם מעוגה בחוזה כתוב, האילן לכן היה צורך

51 שם, בעמ' 19-20. סעיף 24 לחוק התרופות מוציא את תחולתו של סימן 46 לזכר המלך "בענינים שחוק זה דן בהם". בנושא שחוק אינו דן בו לא הייתה מביעה להמשיך לקלוט את המשפט האנגלי. טכניקה פרשנית זו הייתה מקובלת בעניינים אחרים בידי חוקים: כך, למשל, המשיכו ביה המשפט להחיל את הכלל של "פרשנות נגד המנסה במקור ספק" אף שאינו הופיע בחוק החוקים; וזיאל מירדמן "פרשנות החוזה", לעיל ח"ש 4, סעיפים 25.54-25.56, בעמ' 280-283. בנוסח גם המשיכו ביה המשפט להחיל את הדוקטרינה של גניה מכללא, אף שלא הופיעה בחוק החוקים הכללי. כיום מקובלת העמדה שקרקון תוס' ח"ב החליף את התניה מכללא: ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' ארמונים שיכון ירושם (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (1995). לביקורת: מנחם מאטנר "כיצד הרחבה דוקטרינת התנאי מכללא ממעמדה בידי החוקים של ישראל? ספר יוספן 429 (שלום לזר הדמה ליוספן/זמיר עורכי, 2002) 429.

52 הכתיב בסעיף 6 לחוק המס, תשי"ח-1968. שם, בעמ' 20, זאת בהסתמך על אורי ירין חוק החוקים (תרופות בשל הפרת חוזה), חש"א-1970 53-52 (2002) מסדרת פירוש לחוקי החוקים בעריכת ב' דוסקי, מהדורה שנייה, 1979. השופט בבור נטה לדעתה בלא להכריע (בעמ' 20), החילו השופט ברוך השאיר את הנטח שבג"ד עיניו (בעמ' 21). בע"א 540/79 שמואלי נ' לויט, פ"ד ל(2) 45 (1982) הישארה השאלה בגדר עיניו.

ביצועה על-ידי דוקטרינת עזר תרופות.⁵³

פסיקה מאחרת יותר נפגעה שוב לדוקטרינה ובדקה את א-שרות החלטה⁵⁴ את הבסיס להמשיך קליטתה. במסקר חרין עמיתו מלון ירושלים נ' טיין ציין הנשיא שמגר כי ניתן להסמיכה על כלל הפרשנות שבסעיף 25, שלמי מניחים שהנכדים היו גבונים לקיים את החוזה "ותוך סטייה קלה או... כותסת נטף או תוך גריעת נטפן ובלבד שיקיים העיקר עליו נטב החוזה, וקיום כאמור הוא במסגרת הדרך המקובלת ובתוך-לב, כמדרש לפי סעיף 39 לחוק".⁵⁵ מיקומה של הדוקטרינה לפי עמדה זו אינו במישור הרחופות, אלא במישור המהותי, ומכל מקום, הואיל והדוקטרינה לא הוחלה שם, ניתן להרייחוס לעמדה שהובעה שם כאל אמרת-אב. גם נחמ פסקי דין מאוחרים יותר לא הכייעו בכבי תחולת הדוקטרינה ומקרה.⁵⁶ עם זאת ציין ש"נטייתו של בית-המשפט היא, בכל מקרה שהדבר ניתן, להביא לשימוש התחבובות, אף שהדבר כרוך בחוסמת או בשינוי, שאינם מורחים תנאים הדרשים או משנים את אופניו של החסום...".⁵⁷

ההכרעה בעניין זה נעשתה במסקר חרין איימן נ' קדמת ערן בע"מ, שבו קבע השופט האגלוד שהדוקטרינה הגבולית מקלטה אצלנו על יסוד כמלה האחד, מורמלי, המבוסס על הסמכות הכללית הקבועה בסעיף 4 לחוק התרופות, שלפיה בית המשפט רשאי להחנות את אכיפת החוזה "בנתיים אחרים המתחייבים מן החוזה בנסיבות הענין";⁵⁸ האחד, המצטרף ליסוד הראשון, הוא עקרון תום-הלב, הפרש את כמיו גם על דרך אכיפתו של החוזה.⁵⁹

53 לחלן טקסט סמוך לחי"ש 80.

54 ע"א 216/80 בויאר נ' שיכון עובדים בע"מ, פ"ד ל(2) 568, 561 (1984): הדוקטרינה לא הוחלה במקרה שבו היה החסום חסר. בית המשפט הסכים לעמדת בית המשפט המחוזי כי חסרתו של החסום אינו מאפשר מתן צ'ראיפה או סעד של ביצוע בקירוב.

55 ע"א 672/81 פ"ד מ(3) 169, 199 (1985).

56 בע"א 261/86 תבור דנו הישראלית נ' ורושפול, פ"ד מנ(1) 160, 165-166 (1989), שבו לא הוחלה הדוקטרינה, לא ראה בית המשפט להתייחס למרכיביה של הדוכרינה ולשאלת תחולתה בישראל; ע"א 256/89 שם, בהסתמך על ע"א 540/79 שמואלי נ' לויט, פ"ד ל(2) 45, 50 (1982).

57 ע"א איימן נ' קדמת ערן, לעיל ח"ש 31, בעמ' 378.

59 איימן נ' קדמת ערן, שם, בהסתמך על גביראלה שלו דני חוקים 537 (מהדורה שנייה, 1995).

למעשה, בטיס כפול זה גם היווה יסוד למסיקתה של השופטת בן-פרדח באשר ל' לזכו, אם כי שם נטמן הבסיס התורפתי על הצטרף של סימן 46 לדבר המלך, בעוד השופט אנגלד מסתפק על סעיף 4 לחוק התרופות.

דוקטרינה מהותית או תרופתית?

ההתבססות על סעיף 4 במקור לדוקטרינה של ביצוע בקירוב אינה מקובלת על הכול.⁶⁰ סעיף 4 עוסק בתנאים לאכיפה, כלומר בתנאים שעל הנפגע לעמוד בהם כדי שיוכל לזכות באכיפה.⁶¹ סוגיית הביצוע בקירוב אינה מעלה תמיד את הבעיה של תנאים לאכיפה. למשל, אם הנפגע תובע אכיפת חוזה למכירת קרקע אחת, וזו מוחלפת בקרקע אחרת שערכה נמוך, האמת בהנחה שהדוקטרינה חלה במקרה כזה, לא מתעוררת בעיה של תנאים לאכיפה. כלומר, הנפגע עשוי לזכות במקרה זה בביצוע מקורב (קרקע חדשה במקום קרקע מקורית) מבלי שיהיו כרוכים בדבר תנאים לאכיפה שהמפר מבקש להשיגם על הנפגע כתנאי לאכיפה. דוקטרינה הביצוע בקירוב היא מעין חרב שהנפגע יכול לבסס באמצעותה את תביעתו. עם זאת, לעיתים יוטל על הנפגע תנאים שעליו למלא כדי לזכות בביצוע המקורב, למשל אלה הנוגעים בהתאמת מחיר: בניין איימון הותנתה זכותו של הקונה לביצוע המקורב בכך שישלם את המחיר הראוי בעד הדירה המשופרת שדרש

וכן ע"א 8704/99, לעיל ה"ש 38, שם, שלא אהר אומנם את הלכת איימון ל קדמת עדי ה"ל, אך החיל את הדוקטרינה בעסקת מתנה בהסתמך על הכרעה במשפטי הן בדיוני חוזים והן בדיוני צוואות. ראו לעיל ה"ש 38 וכן להלן הטקסט סמוך לה"ש 90.

60 להסתייגות מוחלטתו של סעיף 4 בהקשר זה: איל זמיר עקרון התאמה בקיום חיים 287 (1990); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי פרשנות החוזה 241 (2001), וכן איימון ל קדמת עדי, לעיל ה"ש 31, בעמ' 379 (2001). אולם בניין איימון ל קדמת עדי דחה השופט אנגלד הסתייגות זו: שם, בעמ' 379.

61 בית המשפט החיל את סעיף 4 בהקשר לשיערוך המחיר החוזי, בקובעו ששיערוך המחיר החוזי בתנאי אינפלציה הוא תנאי לאכיפה המוטל על הנפגע המסתמך מן החוזה: ע"א 158/77 רבניא ל חברת מן שקר בע"מ (בציון), פ"ד (232) 281 (1979).

לקבל, והתנאה כזו אכן יכולה להיסמך על סעיף 4.⁶² כאן פועלת ה' דוקטרינה כמגן למפר וכמחסום בפני הנפגע, ורק אם יציאות להתאים את המחיר, יזכה: ביצוע המקורב.

השאלה המרכזית לעניין הפעלתו של סעיף 4 משתנה לקליטתו של הדוקטרינה תובעת מלשנו של הסעיף, המדברת על "תנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי העניין".⁶³ במילים אחרות, השאלה היא אם דוקטרינת הביצוע בקירוב מתחייבת מן החוזה עצמו או מהו היחס בינה לבין החוזה.

אכן, על-פי העמדה שהובעה בעמיתי מלון ירושלים ל טייק, והפעלה של הביצוע בקירוב היא תנאי מתחייב מן החוזה: כאשר לא ניתן לבצע את הקיום המקורי, הרי שעל-פי פרשנותו האוטונומית של החוזה, יש לחתור לקיום הדומה לביצוע המקורי והמגשים את מטרת החוזה. לפי הסבר זה אין בית המשפט מתערב כלל בתוכנו המקורי של החוזה, שכן תוכנו המקורי מאפשר את שיעור החוזה ההתאמתו למסירת החדשות שנתצו. גם כך הדבר, והתורפה שטמנה בזכות המהותיות, מה טעם יש בתורפה פגודה: התורפה אבה "ביצוע או אכיפה בקירוב", אלא "אכיפה" סתם, שכן הסבת לביצוע המקורב היא חלק מן החוזה, ואכיפתה היא אכיפת החוזה המקורי.

נראה לכן שמקורו של הביצוע המקורב אינו בחוזה, שהרי אם היה כלול בו, היה בית המשפט מורה על אכיפתו הישירה של הביצוע המקורב מכוח החוזה עצמו, ולא היה נזקק לדוקטרינה נפרדת שתסמך אותו לעשות כן. במילים אחרות, הדוקטרינה של ביצוע בקירוב אינה דוקטרינה פרשנית, על כל פנים לא במובן הצר שמיחייבים ל"פרשנות", והיא חלק מן ההסמכה הכללית המוענקת לבית המשפט בבואו להעניק סכך חוזי.⁶⁴

62 אך לא עצמם זכותו לקבל את הדירה השונה (התמורה הנגדית).

63 בתדירי הוק דני ממונת - הקדקס הארזי, 2006, חל שיעור בבטחה של סעיף 4: סעיף 451 המחליף אותו קובע: "בית המשפט רשאי להחנות את אכיפת הירוב בתנאים המתחייבים ממיסבות העניין". ומדברי ההסבר עולה (עמ' 187) ששונות המונח "בע" "מבין" רחב וגמיש אשר מקנה לבית המשפט מרחב תמרון בדונו בשאלה התנאות האכיפה.

64 השו"ע UCC section 2-716(2), לעיל ה"ש 9, בעמ' 53. כך גם במשפט הארייקאי בית המשפט יכול להחנות את סעד האכיפה בתנאים הכלליים הרוואות לתאמת החוזה. עם זאת נעשה שימוש בכלי זה רק לעיתים נדירות. ראו: City of Lafollette v. Lafollette Water, Light & Tel Co., 158/77 רבניא

זעקת האישה נתפסת כנעדרת את העיקרון של חופש החוזה.

לכן, בין אם מדובר במישור הסעדים ובין אם במישור המהוגני, הדוקטרינה נובעת מתפיסתו של החוזה כמכשיר לשיעור-פעולה בין הצדדים המחייב התחייבות ונאמנות בביצוע הוודוהרש מן המתקשרים לנהוג על-פי רוח הוודוהרש, ולא על-פי חיצוני הכולליל שלה.⁶⁷ תפיסה זו, שניתן לבססה כיום על עקרון תום-הלב, המורש את מצדדו גם במישור הסעדים, אומרת בהקשרו שראוי לחזרת על ביצוע מקורב המגשים את מטרת החוזה כאשר ביצוע המקורי של החוזה אינו אפשרי. אך בוודוהרש מכשיר היוזן מאומד דעתם המודער של המתקשרים, הדוקטרינה מדחית מפני אומד דעתם הממשי. לכן, אם צוין בחוזה שיש לקיימו ככוב הכלשוה וכי אין להזקק לדוקטרינה מרכבת בעניין זה, יש לכבד זאת, לא יודיה ניתן להפעיל את הדוקטרינה של ביצוע בקירוב.⁶⁸

לסיכום: מקומה הטובני של הדוקטרינה כיום אינו שנוי במחלוקת. ניתן אף לומר שאם היוודוהרש הדוקטרינה חלק בלתי-נפרד מן השיטה שקומה לחוק התרופות, שיטה שהושחתה על המשפט המקובל דיני הישר, מקל וחומר ראוי שוודוהרש חלק בן המשפט הישראלי הדיני, הזאת לטכח מעמדו של סעד האכיפה. בשיטה האנגלית, שבה יש עליזות לסעד הפיציאלי, ראו מקום לקלוט את הדוקטרינה של ביצוע בקירוב כדי לו לסכל את האפשרות להזיק צו של ביצוע בעין במקום שראוי לתן צו כזה. אצלנו, כאשר החתיחה לקיימו של החוזה על דרך האכיפה היא עוד ראשוני, המשך קליטתה של הדוקטרינה הוא צעד מתבקש מאילנו, והוא אף נובע מעקרונות תום-הלב.

אציין שחרף התפיסה, שלפיה ההסדר של "ביצוע בקירוב" וכלל במילא בזוק התרופות, זכנה הדוקטרינה להסדר מיוחד בזכיר חוק דיני ממונות, חוקרס: אזורי, 2006, בסעיף 449, שכוודוהרש "אכיפה בקירוב". הסעיף קובע: "לא זכאי הנפגע לאכיפת החיוב על-פי הוראת סעיף 448, רשאי בית המשפט, לבקשת הנפגע, לחזרת על אכיפת החיוב בקירוב, ובלבד שלא יודיה בכך כדי לשנות את מחוזה של החיוב או לערום ידול למפר; דין אכיפה

למאי נפאק מנה אם הדוקטרינה מושותת על החוזה עצמו או על סמכותו של בית המשפט בהפעלת סעד האכיפה: לפחות לפי הדוקטרינה הקלסית, שבמרכזה עמד עקרון חופש החוזה, אם אין החוזה כולל אפשרות לביצוע מקורב, אין לצד התובע זאת זכות לביצוע כזה על-פי החוזה. תקנתו תבוא מכח סמכותו של בית המשפט במישור הסעדים. בעניין זה אציין שעם בתקופת הוודוהרש של חופש החוזה הייתה מטרה לבית המשפט סמכות התערבות נרחבת למשי בחוזה הסעדים, בין על-ידי ביטול תנעי חחית (תניית פיציאלי קבועים מראש שהיא בבחינת נקט)⁶⁹ ובין על-ידי תוספת לחוזה (הסעד של ביצוע בקירוב). סמכות זו הייתה מבוססת רעיונית על כובד רצונם של הצדדים; על הצורך להתגבר על הפער שבין מועד כריחת החוזה לבין מועד הפעלת הסעדים; ועל כך שהפעלת הסעדים מאפשרת לצד שלישי מוסמך – בית המשפט – לאון בצורה נאודתה בין זכיות הצדדים ולהתאימן לנסיבות הוודוהרש.

השאלה אם הסעד של ביצוע בקירוב מושותת על החוזה או על סמכותו של בית המשפט נבאדת כיום מחשיבותו. חופש החוזה התוערי לטכח ההתערבות העמוקה והנרחבת של המחוקק ושל בית המשפט. התערבותו של בית המשפט העליון בתוכן החוזה גורפת במיוחד, והיא מאפשרת לו להגיע לתוצאה הרצויה לו והנראית בעיניו, אפילו היא נגדת את לשון החוזה, זאת מכח כללי פרשנות נרחבים המלוים בעקרון תום-הלב.⁷⁰ מבחינת אלה, הסמכות של הביצוע בקירוב על עיקרון פרשני-מהותי, אפילו אין הוא מכח בחוזה, אינה

252 F. 762, 772-3 (6th Cir. 1916); Aluminum Co. of Am. (Alcoa) v. Essex Group, Inc., 499 F. Supp. 53 (W.D. Pa. 1980).

לינוח מקרים אלה: Richard E. Speidel, *Court-Imposed Price Adjustment Under Long-Term Supply Contracts*, 76 Nw. U. L. Rev. 369 (1982); Robert A. Hillman, *Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law*, 1987 *Duke L. J. 1*.

Melvin Aron Eisenberg, *The Limits of Cognition and the Limits of Contract*, 47 *Stan. L. Rev.* 211, 225-240 (1995).

66 ע"א 4628/93 מדנית ישראל ל אפרוים שיכון ויוזם (1991) בע"מ, כ"ד מט"ו (2) 265 (1995), שבו נעשתה האבחנה בין פרשנות במובן הצר לפרשנות במובן הרחב. זו האחרונה כוללת בחובה את עקרון תום-הלב.

67 מנחם מאטינס "תום-לב ותאמים מכללא" פרידמן כהן חחיים ג, לילד 3, ש"ס סעיפים 26-26.

26.24, עמ' 338-340.

68 אהרן ברק פרשנות במשפט כוך חמישי פרשנות הצוואה 337 (2001).

מתי ראוי ומתי אין זה ראוי להעניק ביצוע בקירוב

ביצוע מקורב וביצוע שונה: אגב דיון בקליטתה של הדוקטרינה במשפט הישראלי הצגתי מקרים אחדים שהדגמינו את אופן מעולותה. דוקטרינה של ביצוע בקירוב כשמה כן היא: היא מזכה את הנפגע לתבוע ביצוע קרוב לביצוע המקורי כאשר הביצוע המקורי אינו אפשרי עוד. אין היא מאפשרת קיום שונו לחלוטין של החוזה, אלא קיום דומה לו. אם הביצוע שהנפגע מבקש שונה לחלוטין מביצוע המקורי, הוא לא יזכה באכיפה, ויאלץ להסתפק בפיצויים.⁷² ניתן להשתמש בהושג זה בהיקש למבחן הראוי של ההפרה היסודית, המופיע בסעיף 6 לחוק התרופות. כלומר מדובר בשינוי, שלו היה אדם סביר רואה אותו מראש, הוא לא היה מבטל בניגו או החוזה. מבחן חלופי אחר שם דגש במה שהנפגע צמיו לקבל בעקבות השינוי. אם אין רשינוי שולל מהנפגע באופן מהותי את מה שהיה זכאי לצפות לו על-פי החוזה,⁷³ ראוי ליישם את הדוקטרינה של ביצוע בקירוב.

לעיתים ישנו מותי כזה יכול להיעט כמצאה מנטיבות מסכלות. במקרה זה תחול דוקטרינת הסיכול המשחררת את המפר לא רק ממפיות לטעם הארפה, אלא גם ממפיות לטעם הפיצויים.⁷⁴ אולם אם בכל זאת ניתן לקיים, ול בקירוב, חוזה גביצוע המקורי סוכל,

בקירוב כרין אכיפה.⁷⁵ אפשר לתמוה מדוע זכה דווקא החסדר של ביצוע בקירוב בהסדר מפורט בתוכי חוק דיני ממונות, ושאלות אחרות הנוגעות באכיפה, כגון מהם שיקולי הצדק שבאכיפה, לא פורטו. העניין מערדר שאלה עקרונית הנגעת במדיניות של ועדת הקודיפיציה, שבה לא אטסקו. ובחקטי שלו מדובר מן הסתם בנשוא נקודתי שלא עודר מחלוקת אפשר לא חייב פירוט יתר.

מכל מקום, הסודית "אכיפה בקירוב" מניחה שמקורה של הדוקטרינה אינו ברין מהותי, אלא ברין התרופות.⁷⁶ סאמר, בעניי, אין לדבר חשיבות רבה כיום. מכל מקום, מדובר בהוסטה של בתי המשפט להעניק טעו זה בריעב, ולא בהוראת השלמה מהותית, מבחינת תניה ממללא, המהווה חלק מהחחה מרעג כריתות.

ההסדר המצג מטוס ברזח הקוים המנעם של הדוקטרינה כפי שהיא מוכרת במשפט האנגלי: ראשית, מדובר בזכות של הנפגע;⁷⁷ שנית, מדובר בביצוע קרוב למקורי, שאינו משנה את מהות החחה; שלישית, אין בביצוע המקורב כדי לגרום עוול למפר. הסעיף מסיים בקביעה שרין אכיפה בקירוב כרין אכיפה. משמעות הדבר היא שכל הסיים החלים על טעם האכיפה חלים גם על האכיפה בקירוב. מקודרד מבט זו סקק אם היה טעם מיוחד לציי, שאכיפה בקירוב לא יתנון אם יש בה כדי לגרום עוול למפר, שהרי במקרה כזה בית המשפט מוטמן ממילא לשלול את האכיפה מטעמי צדק.

72 Cedar Holdings Ltd v. Green [1981] Ch. 129 (Eng. C.A.)

73 ראו סעיף 444(1) לתוכי לחוק דיני ממונות, המדיר "הפרה יסרית" של החחה כ"הפרה השוללת באופן מהותי מהנפגע את אשר הוא היה זכאי לצפות לו על-פי החחה...". ראו גם *Unidroit Principles of International Commercial Contracts, Article 7.3.1 (2) (a): "the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract"*

74 ראו לעיל הי"ש 23 ולחלן הי"ש 110. בסעיף 136 לתוכי חוק דיני ממונות - הקודקס הארחי, 2006, נקבע הסדר של "קיום בקירוב" של חחה שסוכל. הסיבה שהתוכי מדבר על "קיום בקירוב" ולא על "אכיפה בקירוב" (כפי שנאמר בסעיף 449 לתוכי): רבדעת מהתפיסה החדשה של התוכי בסעיף 132, שלפיה הסיכול מביא לידי פקיעת החחה. קוים מחיה את החחה שפקע, בדומה לנו הקוים שנית המשפט מוסמך לתת בהקשר של זה בלתי-חוקי לפי סעיף 31 לחוק החיים.

69 ציינו לעיל כי בתוכי חוק דיני הממונות, סעיף 451, הוא הסעיף הסביל לסעיף 4 לחוק התרופות, מטוס בצורה נגישה המנוקת אותו מלשון החחה (לעיל הי"ש 63). הניסוח החדש היה מאפשר להשחית עליו את הדוקטרינה של הביצוע בקירוב, אולם ייתכן שלטוב התחלכות שהייתה כרוכה בקליטתה של הדוקטרינה נקבע במפורש הסודר בעניין זה. השונו עניין זה להסדר המוצע לבני אכיפת חיוב סספי: כחן, לעיל הי"ש 10.

70 השונו ההסדר המקביל בסיכול, המנוחה "קיום בקירוב", לחלן הי"ש 74.

71 על הבעיה (אכחו של הנפגע) לחלן טקסט סמול להי"ש 102-104.

שחלקת הקרקע העקובה בזהה הכתוב לא הייתה בעלת המוכר, אך זהה היה מוכן להעביר לקונה חלקה אחרת, שהייתה בעלתו. הקונה הסכים, והדבר בא לידי ביטוי במהלך דיון בבית המשפט שבו העלתה ההסכמה על הכתב ניתן לה חוקף של החלטה. כאמור, אפשר להשתית את הוכחת הביצוע לכבי המגרש החדש על הדוקטרינה של רביצוע בקירוב,⁷⁸ אך נכון יותר להתייחס להסכמה דיונית האמורה כאל חוזה המגבש מחדש את רצון הגדדים. ייתכן שההיסוס לקבוע שטצה חוזה חדש בין הגדדים מקורו בכך שהגדדים לא נכשלו את ההסכמה החדשה ב"כתב מהותי", מדרש בזהה מקרקעין; אך נראה לי שלשט הרפיון בגרשונה הפנימית של דרישת הכתב המהותית ולשכפי נפיתות לפקרון חס"הלב,⁷⁹ די בהסכמה דיונית למלא דרישה זו.

ביצוע בקירוב כשאין הסכמה למסור דירו אחרת: באשר ל' לצור הושתתה וכותו של הקונה לביצוע מקורב על הסכמתו של הקבלן להעביר לכותו דירה אחרת. אך בהעדר הסכמה כזו, הניתן להורות לקבלן להעביר לקונה דירה אחרת, מטיה, באותו בניין; האם דירה בניין רב-דירות נעשית קרובה להגדרה של נכס בר-חליפין? התשובה אינה ברורה מאלה. פסק אם הדוקטרינה המקורית, כמי שהיא מומעלת באגלה ובאוצות הברית, תכלי מקרה כזה.⁸⁰

ראוי להודות על כך כדי להציל את קיומו של החוזה. כאשר קיים פער ממשי בין הביצוע המקורי לביצוע המקורב, לא ניתנת איכפה. כך, למשל, התייבש קבלן למסור דירה לקונה, אך הדירה נמוכה ליקונה אחר בתום לב ובמזמרה. קיום החוזה במסגרת אלה בלתי אפשרי. מטעם שהקבלן בנה בניין באזור שונה לחלוטין, ובו דירות פניות. הקונה לא יהיה זכאי לדרוש דירה בבניין האחר. הביצוע החדש שונה לחלוטין מביצוע המקורי, ואין הוא יכל להחשב ביצוע מקורב.

צו לביצוע מקורב ניתן במקרים אלה: כאשר מוכר בעל מקרקעין חלק מיוחדת קרקע, אך לא היה ניתן להעביר אותו חלק בנפרד, הורה בית המשפט להעביר לקונה חלק בלתי-מתחלק מכל היחידה.⁸¹ במקרה אחר ניתן צו לביצוע בקירוב של פחות מן המוסכם.⁸² אגלת העושה יכל להיות נתון במסגרת הדוקטרינה של קיום חלקי.⁸³

ביצוע בקירוב והסכמה בע'ל'מ' למסור דירה אחרת: מובן שצד יכל לעבור על ביצוע בקירוב אם הדבר מוסכם על הצד האחר. לאמיתו של דבר, ספק אם ראוי לעבור במקרה זה על ביצוע בקירוב. נכון יותר לדבר על שינוי הדי בתנאי החוזה, היעצ' הסכמה חדשה. כך, למשל, מוכר הותיב להעביר חלקת קרקע לקונה. הסתבר

75 ע"א 478/62 קלקס נ' דנגבר, פ"ד יז 2244 (1963); ע"א 250/63 אהרונסון נ' מרידמן, פ"ד יז 2488 (1963).

76 ע"א 250/63 אהרונסון נ' מרידמן, פ"ד יז 2488 (1963). ראו גם ע"א 5628/99 מרקין נ' משה, פ"ד נא(1) 14 (2002), שבו התייבש בעל קרקע למסור חלק מסוים ממקרקעין בעלתו. סוכס שהחלק הנמוך יזמר מתחלקה כולה ויועבר על-שם הקונה. הקונה התייבש בחלקו, אך החלקה לא הומרה ולא נושמה על שמו. כעבור שנים הופקע חלק מהקרקע. יורשי הקונה טענו שהם זכאים לקבל את כל החלק שהובטח באטו בזהה, אילו יורשי המוכר טענו שעל הקונה לסגור את חלקו בהפקעה. השופט אנגלרד, שכתב את מסקין הדיון המרכזי, קבע שעל הקונה לסגור את חלקו בהפקעה לפי מידת פגיעה בו במפעל (אלא באופן יחסי להיקף הפקעה הכולל). השופט רבליץ ציין כי התוצאה שלפיה הקונה מקבל פחות ממה שהובטח לו בגין ההפקעה היא ביצוע בקירוב של החוזה המאפשר מנח סעיפים 4 ו-3 לחוק התרופות, והוא אף נתן ביטוי לכונת הגדדים (שם, בעמ' 25). ליתוח מסקין הדיון: איל זמיר ותמי קרי-אל"ה "השפעת הפקעה מאוחרת על מבר מקרקעין: סיכול, מירוש או הוצאת הסיכון" שנילי ע"א 5628/99 מרקין נ' משה" משפטים לה 331 (2005).

77 לחלן קטסט סמוך לה"ש 105-109.

78 בית המשפט הוסיף זאת למעלה מן הדרוש בלא להכריע בכך, והסתפק בהסכמה דיונית: ע"א 4018/03 שריבש נ' בן-אחרון, פ"ד נט(4) 343, 351 (2005).

79 נילי כהן "צורת הדין: הפרקטיקה של 383, 440-448 (1989); דניאל פרידמן ונילי כהן חיים סרן א סעיפים 10.63-10.73, עמ' 457-469 (1991). באותו כיוון "אחרונה: ברע" (מחוז ת"א) 3029/05 חייא נ' חאג' חייא, מ"א ר"ר מחוז 14(106) 331, עמ' 3 (נשיא בית המשפט המחוזי בתל-אביב א' נדר) (2006).

80 Scott on Trusts, The Law of Trusts vol. 3, section 208.4, pp. 271-272 (by William Fratcher, 4th ed. 1988). שבו, כאשר מוכר נאמן נכס נאמנות קיבל כדן, היו בטר-מס שטברו כי ניתן לכמת על האופן לרכוש נכס דומה בעבור הנאמנות המוכר מציין שוכאשר מדרב בכנס בר-חליפין, נכח מניות, תחאה זו נראית נכונה, אולם מן הוראת לאמנן לרכוש קרקע אחרת ולהתייבש בנאמנות נראה בעיניו מרויח-לכת. מוכר מקרקעין נתמס כנאמן לטובת הקונה (ע"א 1599/99 ציבאל נ' תורגמן, פ"ד מ(5) 49 (2003)), נראה שהחלכת בחקטי נאמנות ניתנת לחלילה גם אגלת נבבולות מסוימים, כלומר ניתן לחייב קבלן להעביר דירה אחרת באותו בניין (דמיון לנכס בר-חליפין). אך ספק אם ניתן לחייב מוכר חלקת מקרקעין שהפיר את

110: האם בית המשפט מוסמך להטיל על המפגע כונאי לביצוע הנק'רב חובה לשלם למפר (בכפיו הפיצי שגורם למפגע בשל ההפרה)?
 השאלה התעוררה בעניין **איימון נ' קדמת ערן בע"מ**⁸². קונן התקשר עם חברה א לרכישת דירת נופש בחודו. החברה נקלעה לקשיים, והפרויקט במזר לחברה ב, כפוף לזכותו החוזית של הקונן לקבל דירת נופש. הסתבר שדירת הנופש הגובית על-ידי חברה ב משוללת מזו שהיה הקונן אמור לקבל על-פי החוזה עם חברה א. חברה ב טענה כי בנסיבות אלה אין אכיפת החוזה אפשרית ואינה צודקת. בית המשפט קבע שהשיעור בין שתי הדירות אינו מהותי, ובנסיבות אלה יש לחזור לקוננו של החוזה על-פי הדוקטרינה של הביצוע בקיור. הקונן עומד על אכיפה, אך אכיפה נדרשת תנאי לו יותר ממה שמגיע לו. לכן, הן משיקולים של עשיית עושר והן של וונס'לב, הקונן יציב להוסיף למחיר את הערך של השבחת הנכס. במילים אחרות, התמורה שהקונה חייב לשלם חשונה בהתאם למחיר השוק של הדירה החלופית שקיבל.⁸³

82 פ"ד 50(ה) 365 (2001).

83 לפסיקה אנגלית ראו: *Harvela Investments Ltd. v. Royal Trust Company of Canada* (U.K.) (appeal taken from Eng.) 3 W.L.R. 276 (1985). במקרה זה הורה בית המשפט על ביצוע בין של חוזה לכרית מניות לאחר עיכוב של-לאובע שנים מצד המוכר המזר. ביטניים חלה עליהם בערך המניות. בית המשפט חייב את הקונה לשלם בעד המניות מחיר בבה מזה שהוסכם עליו בחוזה. השוו לשאלה של שיעורן התברר החוזית: להלן טקסט סמוך להיש 113-117. שאלת הפיצויים שהקונה זכאי להם בין דו-מפר תידון בגמרו, שם, בעמ' 380. במקרה תידון התעוררה רק שאלת המחיר שעל הקונה לשלם חלק הדירת. אצ"ן שהדרישה המרכזית של רוכשי דירות הנופש הייתה לקבל את המחיר החוזי המקורי שהוגשם להם. בית המשפט דחה למעשה דרישה זו בעיקרה, וחייב את הרוכשים בתשלום מחיר-השוק הנוכחי של הנכס (זוהא למעט 12.6% שישלמו בעבר). על-כן, מבחינה מעשית, לא קיבלו רוכשי דירות הנופש אכיפה, שכן לא שומרו על המחיר (תנוח ככל הנראה) שבו רכשו את הנכס בשנת 1991, בשלב מוקדם של הפרויקט. נהוג הוא, בית המשפט אפשר לו זכות למכור את הקרקע לצד ג כשהוא משתחרר כמעט לחלוטין מהתחייבויות המוכרת אף שייך עליהן. (מבחינתו, הוא גרש לתת לרוכשים אלה רק הנחה של 12.6% מחיר-השוק בשנת 1999 או בשנת 1999, לפי הנמוך מבניהם, וזו בוודאי אינה דרישה מבחינה בנאיור). מדוע לאבדן בית המשפט לקוים את האפשרות ליהנות מהפסקה הסובב שעשו (רכישה על הנניר כשדירות היו נזלת)? הסבר

מקרה כזה גם עשוי לעודד את השאלה אם התקיימה דרישת הכנס, אך טרא שניתן להגביר עליה. ההסבר לכך הוא זה: הכנס במקרקעין חל על התחייבות לעשות עסקה (סעיף 8 לחוק המקרקעין). עסקה מוגדרת כהקניה רצונית של זכות (סעיף 6 לחוק המקרקעין). מנקודת מבטו של דרישת הכנס, אם הכנס התקיים בעסקה המקורית, די בכך. אין דרישה שהכנס יוסיף להתקיים גם לגבי הקיום החלופי, שהרי הקיום החלופי אינו נובע מהתחייבות חדשה לעסקה. כפי שציינו, לקיום החלופי שני בסיסים פרשניים. על-פי בסיס הפרשנות הראשון, הגססן על עקרון חוסי-הלב, הזכות לביצוע המקורב נחנה לזכאי מכללא מכוח החוזה, ומכאן שהחובה המקורית מכסה אותה (כחלק מהותאים הנוכללים מכללא בחוזה); לחלופין, בית המשפט רשאי למפות על המפר ביצוע בקיור מכוח הסמכות הנחנה לו על-פי סעיף 4 לחוק התחזומת. זו אומנם סמכות הקשורה בסיונית חוזה הנובעת ממש, אך היא נכפית על המפר. ממילא אין מחובר בה תחייבות מקורית או חדשה (במובן זה שהיא נובעת מרצו של הצד), דרישת הכנס בו דואי אינה חלה עליה. אפשר גם לטעון שהמוכר המתנדב למתן צד אכיפה לביצוע מקורב בשל העדרו של מססן כטוב יהיה מפע מלטעון זאת,⁸⁴ אם גם באשמו לכך שהדירה שהתחייב למכור נחנע במצאת עתה בידי צד שלישי.

יור על-כן: אחר התפקידים המרכזיים של דוקטרינת הביצוע בקיור הוא התמודדות עם מצבים שהאפשרות לבצע אכיפה של החוזה "ככתבו ולעשות" נכשלה בהם על-ידי המפר בדרך. את עניין **אשד נ' לזר** ניתן להבין גם על רקע עובדה זו (ולא רק על רקע ההסתמה הדיונית). המוכר בעניין זה היה מפר דונוי סדרתי. חוסר האפשרות הביצוע נוצר באשמתו. שיטת משפט שבה יש למפע זכות לאכיפה חייבת להעמיד לרשותו של המפגע אמצעים שימנעו מהמפר אפשרות לתוחמת מהאכיפה באמצעות הסתלת הקיום.

ביצוע בקיור והתאמת המחיר: אם בית המשפט מודה על העמדת דירה אחרת לרשות הקונה כביצוע מקורב של החוזה, עלה השאלה של היחס בין ערך הדירות לבין התאמת המחיר. התאמתו של המחיר החוזי היא דרך שגרתית לביצוע מקורב. גניח ששווי הנכס המקורי הוא 100 וערך הביצוע המקורב הוא 90. הנושה יהיה זכאי, טסף לביצוע המקורב, גם ל-10% כפיצוי על הנזק שגורם לו בשל ההפרה. אך מה אם הביצוע המקורב הוא

חייבו לרכוש קרקע אחרת ולהעבירה לקונה (אלא אם הוא בעלים של חלקות קרקע אחרות).

81 כמו בעניין **אשד נ' לזר**, לעיל היש' 49.

גם בהקשר של חזרה שביצועו אינו חוקי ניתן להורות ביצוע בקירוב, זאת במסגרת שקיל' הדעת הנחתן לבית-המשפט בסעיף 31. על-פי סעיף זה, בית-המשפט רשאי להורות, בתנאים שישמא' למנן "הגבחה שצד אחד ביצע את חובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החוב שנבד, כולו או מקצתו". ההסדר מסמך את בית-המשפט להורות על ביצוע החוזה בדרך חוקית, כדי לאפשר את קיומו החוקי, גם כאשר ביצוע זה לא מקבץ בחוזה המקורי. כך, למשל, חזרה שתשלמו מקבץ במטבע זו נחשב בעבר לא-חוקי, אך הוא הוכשר על-ידי ביצועו בקירוב בתשלום במטבע ישראלי.⁸⁴ הביצוע החוקי, המסיד את יסוד אי-החוקיות המקורי, הוא ביצוע בקירוב,⁸⁵ אף שלא כנה בשם זה, והוא התבטא בהתאמת המחזר למטבע החוקי. התערבותו של בית המשפט היא בצד המוחזר, ולא התרופתי: הוא משנה את תוכן החוזה על-ידי התערבות בתוכן ההסדר, אך הוא עושה זאת אגב הפעלת הסדרים שהחוק מעמיד בהקשר זה.⁸⁶

אחד נעוץ בשוני במפרט הגבייה. אך נראה שבשוני זה היה מקום להתחשב באמצעות הערכה שמאית של ההבדלים, ולא דרך שינוי של בסיס החישוב כולו. הסבר אחר, הנראה מוצלח יותר, הוא שהימור של הרוכשים נכשל למעשה: הם קנו דירה בשלבים מוקדמים, והמוכר שינעמו ערכו את החוזה לא הפליה לעמוד בהתחייבויותיו. במצב דברים זה אין הם זכאים לשמירת הרווח החוזי מהעסקה הכושלת שעשה על נבו של צד ג' מנגד ניתן לטעון שכאשר קנה צד ג' את הנכס הוא הביא מן הסתם בחשבון את הקליחת הרכיבות בפשרה עם רוכשי דירות הנפש. אילו רצה להיעזב מסיכון זה, היה יכול לדרוש שלפני הקניה יבוטלו העסקות עם באמצעות הליכים מתאימים (למשל יתור על נכס סכבי). השו"ע ע"א 184/77 שניב ג' וולובלסקי, פ"ד לב(1) 265 (1977), וראו עפר גרוסקופף "יתור על נכס סכבי" המשפט 33 ו (2001).

84 ע"א 701/87 ביהם ג' בן יוסף, פ"ד מד(1) 1, 17-18 (1989); עופר גרוסקופף "חזרה מסול" פרידמברגן חיים ג סעיף 29,115, עמ' 615.

85 ראו גם בב"ץ 6231/92 זנווי ג' בית-הדין הרצוי לעבודה, פ"ד ס(4) 749 (1995), שבו התקשר גוף מתקבץ בחוזה החודג מהשכר המקובל בלא שניתן לכן אישור משר האוצר, ובית-המשפט הרדה על המחנת השכר שביצעו שבו היה של האוצר מאשר "ככל הנראה" את ההסכם. לדיון: עופר גרוסקופף "חזרה מסול" פרידמברגן חיים ג סעיפים 29,121-29,122, עמ' 622-624. לעמדה דומה של המשפט האמריקאי ראו לעיל הר"ש 44.

86 יליסרי'הגומלין בין הסעד לכות המוחזר: Daniel Friedmann, *Rights and Remedies*, in: (Nilli Cohen & Ewan McKendrick

ניתן להתייחס את המחזר החוזי לא רק כדי לתקן מקרים העבעים בשינוי נטיבות שהתרחשו לאחר כריעת החוזה, כגון במגרה של סחרור אינפלציוני,⁸⁷ אלא גם כדי לתקן טעות בהערכת שווי של הנכס שהתחזשה כבר בעת כריעת החוזה. כך, למשל, בקונה רכש חלקת קרקע מבלי להבין שחלק מהקרקע שנתר בידי המוכר אינו כפוף להגבלו בניה, כך שהמוכר יוכל לבנות על אותו חלק בעתיד. למוכר, שתבע אכיפה, ניתנה ברה: להסכים להגבלת הבניה על החלק שנתורה בידי כתמי לאכיפה או לא לכות באכיפה כל.⁸⁸ מקרה אחרון זה מרמז כיצד ניתן לתקן את אי-ההבנה בכריעת החוזה באמצעות סמכותו של בית המשפט להורות על אכיפה בתמי.

ביצוע בקירוב של תנאי הדוקטרינה חלה לא רק על החיובים העיקריים, אלא גם על תנאי לתקופה של החוזה.⁸⁹ בעניין עמיתו מלון ירושלים ג' טייק נוחם חוזה למכירת מלון הילטון בירושלים. החוזה היה מותנה בכך שהקוני יקבל הלוואה מיוחדת מהאוצר לרכישת המלון. אישורו של שר האוצר למתן ההלוואה לא ניתן, ואף שהמוכרס היו מוכנים להעמיד לרשות הקונים הלוואה ממקורותיהם הם בתנאים זהים, סירבו הקונים להיענות לתצהה וטענו כי לנוכח אי-קבלת ההלוואה מהאוצר, לא הצמלא התנאי לקיומו של החוזה, והחוחה בטל. המוכרס טענו, מגד, שהתנאי מתקיים כאן בקירוב, שהרי הם מוכנים להעמיד לרשות הקונים הלוואה בתנאים זהים. טענה זו נדחתה. קבע שקיים שוני מהותי בין מלווה ממלכתי לבין מלווה פרטי, בענייני – המוכרס. ההלוחה לא הייתה עניין שולי שקיומו אינו מסיף או נרע. השינוי המתבקש היה שינוי מהותי בתנאי החוזה שאינו מאפשר את חלפת הדוקטרינה של ביצוע בקירוב.

אציין שבעניין האמור נבחה הדוקטרינה לא בהקשר של חרמת באכיפה, אלא בהקשר של

87. (2005).

87 ע"א 158/77 רבניא מן שקד בלימ' (במירוק), פ"ד לג(4) 281 (1979). לקשר בין הדוקטרינה של ביצוע בקירוב לבין זו של שקילות התמורה החוזי: איל זמיר "תרופות בשל הפרת חוזה: מצינו ציפיה, מצינו הסתמכות, השבת התערות ופחזור השקילות החוזית" משפטים 91, 148-146 (2004).

88 Bascomb v. Beckwith (1869) LR 8 Eq 100. על תנאים באכיפה: כישפט האנגלי: Barrows, Remedies, לעיל הר"ש 21, בעמ' 507-508.

89 ע"א 672/81 עמיתו מלון ירושלים ג' טייק, פ"ד מ(3) 169, 198-199 (1985).

רשאית להעביר את השכירות לאחר או להשכירה בשכירות משנה. בין המשפט רשאי לבקוע הושהכירות תבטל אלא אם יסכים המשיכר להעברתה לאחר.⁹²

גם כאן, בדומה לביצוע המקורב של תנאי לקיומו של החוזה, מדובר בזוקטרינה מהותית, הפועלת לשיטוי של החוזה באמצעות כוחו של בית המשפט להעניק או לא להעניק סעד של ביטול. בין כך ובין כך, ההבחנה בין העברות מהותית לבין התערבות תרופתית הולכת ומיטשטשת: כוחו של בית המשפט להתערב בתוכנו של החוזה באמצעות השליטה בסעד הביטול מקבל לסמכותו של בית המשפט לחוות על אכיפה בקירוב.

בין ביצוע בקירוב לתחליף קיום

כאמור, הזוקטרינה של ביצוע בקירוב מאפשרת חריגה מהביצוע המקורי של החוזה, ובלבד שאין בחריגה משום שינוי מהותי של החוזה המקורי. בית המשפט העליון של קנדה הפעיל את הזוקטרינה בניסיונות אלה: מוכר התחייב למכור בס לקונה. הנכס נשוא החוזה נמכר לצד שלישי בתנאי תקנת השוק. נקבע כי זכותו של הקונה הנפגע לתמורה ששילם הצד השלישי למוכר המפר היא ביטוי לעיקרון של *cy præs*.⁹³

האין בעמדה זו משום הרחבת יתר של הזוקטרינה והחלתה על מצב הגורר עמו שינוי מהותי של תנאי החוזה? התשובה מורכבת. הקוראת הישראלית לא הצבתה מהותצצה אלאה המע בית המשפט העליון הקנדי, אך היא תתמוך בודאי על שיוכה לזוקטרינה של הביצוע המקורב. הזוקטרינה של הביצוע בקירוב מאפשרת למגע לזכות בביצוע קרוב לביצוע המקורי. בודאי שאין לומר כי זיכיו של הנפגע בערך כספי חלקי הביצוע ראי ביצוע קרוב לביצוע המקורי.⁹⁴ אולם הרעיון לזכות את הנפגע בתחליף הכספי של הנכסוראו רעיון מוכר ודוע,

פרשנות החוזה. השאלה המהותית שנשאלה הייתה אם צד שהוטל עליו למלא תנאי לתקופה של החוזה רשאי לתבוע את קיומו של החוזה על-סמך קיומו בקירוב של התנאי. הזוקטרינה מהותית זו יכולה לבוא לידי ביטוי תרופתי: אילו סבר בית המשפט שהתנאי יכול להתקיים בקירוב, הוא היה מורה על אכיפתו בקירוב של החוזה לטובת המוכר, שרדש זאת.

ביצוע בקירוב של חיוב הכרוך במתנה: לפי סעיף 4 לחוק המתנה, תשי"ח-1968, יכול שהמתנה "תחייב את המקבל לעשות מעשה ברב-המתנה או להימנע מעשותו". במקרה אחר נהג הדין, שבתום טרחה במלחמת השחרור, מרש במתנה להסתדרות מנת שיוקם עליו בית הסתדרות שיציג את שם בנם. הפעילות בבית הסתדרות הצטמצמה, ונעה, לאחר קרוב לארבעים שנה, מבקשת החסתדרות למכור את הנכס. בית המשפט אישר זאת. נציג הסתדרות הבחיר כי הסתדרות מתכוונת להנציח את הבת בדרכים אחרות. בית המשפט החיל בניסיוח העניין את הזוקטרינה של ביצוע בקירוב, והכיר בכך שכאשר דבר המתנה אינו קיים עוד, ניתן לקיים את חיוב ההנצחה בדרך אחרת, בקירוב.⁹⁵

ביצוע בקירוב ותיקון טעות: זוקטרינת הביצוע בקירוב מקשרת אותנו לשיקול-הרעה, הנתון לבית-המשפט בסעיף 14(ב) לחוק החוזים, לבטל חוזה שנכרת עקב טעות חד-צדדית, כלומר טעות שהצד האחר לא ידע ואל היה עליו לדעת עליה. הסעיף מעניק לבית המשפט סמכות להיעתר לצד המבקש ביטול תוך אפשרות להשיח עליו פיצויים, או לא להיעתר לביטול ולהודיע את החוזה בתוקף. על-פי הפרשנות הראייה, סמכות לבטל באופן מוחלט סללת גם סמכות לבטל בתנאים. פרשנות זו – שכמו הזוקטרינה של ביצוע בקירוב אינה מפורשת בחוק – מאפשרת לבית-המשפט אל להיעתר לביטול החוזה על-ידי הצד המבקש זאת אם הצד שאינו מבקש את הביטול יהיה מוכן לתקן את החוזה. ביטול בתנאי מעין זה, הנתון ברדה לאותו צד (שאינו מבקש את הביטול) לקבל את הביטול או לקיים את החוזה בתוקף הטעות, הוא אמנצי ביצוע מקורב של החוזה.⁹⁶ לדוגמה, נציג ששוכרת שכרה נכח לחמש שנים והסתכנה להפעיל בו ממפל אשפרה. הסתבר שאין היא יכולה להפעיל את המפעל במושכר בשל קיומה של מטרסה שכמה. נציג עוד שלמי תנאי השכירות אין השוכרת

92 זו דוגמה שלא עלתה במסיקה, אך היא מסתכנת על שינוי בעובדות: "א"א 240/77 שלמה כרמל בע"מ ב' מרמרי ושות' בע"מ, פ"ד (1) 701 (1979); וראו מרידמן-כרן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, סעיף 14.53, עמ' 722-721.

93 Webb v. Dipenta [1925] 1 D.L.R. 216 (SC).

94 אלא אם כן הביצוע המקורי הוא ביצוע של חיוב כספי. כך היה בכיון על"א 672/81 עמית

90 ע"א 8704/99, לעיל ה"ש 38, בעמ' 136-137. השיקולים כאן דומים לאלה המופעלים בדיון הקודם וצוואות. ראו לעיל הטקסט סמוך לה"ש 31-39.

91 מרידמן-כהן חוזים ב, לעיל ה"ש 2, סעיפים 14.52-14.54, עמ' 719-723.

שמא את בנישור החקיקה גם אנגל.

הכלל, שלפיו חוסר היכולת לקיים את החוזה על-פי הקיום המקורי איש מפיקע בהכרח את החוזה, וכי ניתן לחשוב במצבים אלה על קיום חלופי, בא לידי ביטוי בסעיף 52 לחוק החוזים (חלק כללי), המדגדג על "תחליף קיום". הסעיף קובע לאמור:

נעשה קיומו של חיוב בלתי-אפשרי, ויש בשל כך לחיוב זכות לפיצוי או לשיפוי כלפי אדם שלישי, על הנייב להעביר את הובות, או מה שקיבל על-פיה כדי שוויו של החיוב.

ההסדר, שמקורו בסעיף 281 לספר החוקים האזרחי הגרמני,⁹⁵ מבטא תפיסה רכשית של החיוב הובות לקיום שיש לעשה כלפי החייב אפיפי מוקעת מיידידת כאשר אין החייב יכול לקיים, אלא מתגלגלת באופן רעיוני לתחליף הכספי שקיבל החייב מצד שלישי או לובות הכספית שיש לחייב כלפי צד שלישי בגין אותו קיום. בחקיקה הישראלית קיימים הסודי חקיקה לא-מעייב שהרעיון של תחליף לובות בא בהם לידי ביטוי, בעיקר כאשר הובות היא קניינית.⁹⁶ סעיף 52 מרחיב רעיון זה ומחיל אותו גם על זכות חוזית או על כל זכות אזרחית הנטענת מחיוב.

יודגש: הסעיף מעניק לעשה זכות לתבוע את תחליף הקיום מן החייב או מן הצד

מלון **דיושל** ב' טייק, פ"ד (3) 169 (1985), שבו, נוסף לתחולתה של הדוקטרינה של הביצוע בקירוב, ניסו המחברים להגבט על הדוקטרינה של תחליף קיום: ההלוחה שהם מעמידים לרשות הקונים היא תחליף לקיום המקורי של ההלוחה מהאוצר. גם טענה זו נדחתה; שם, בעמ' 201.

95 נילו כהן "השפעת תביית מטור על זכות מעין-חוזית לקבלת כספים שהגיעו למתקשר מצד ב' עיוני מטסט ז 460, 485-481 (1979-1980) (להלן: כהן "השפעת תביית מטור"); נילו כהן הנענובות בחיבים חוזיים טעייסם 310-311, 315 (1982); נילו כהן **גום הפרת חוזה טעייסם** 134-133 (מסדרת דיני הוביקן העולמית השונות בעניית ב' טדסקי, 1986); דניאל מרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט טעייסם 2.28-2.29, 15.35-15.36, 15.65-15.64 (מהדורה שנייה, 1998).

96 כהן "השפעת תביית מטור", לעיל ה"ש 95, בעמ' 466-469.

השלישי, אך אין הוא מחייב לעשות כן. הובות היא בבחינת ברה שהנפשה רשאי לבחור בה אם ברצונו להמשיך בקיומו של החוזה, או רשאי לבחור גם בטעום אחרים העומדים לעשותו. מכל מקום, בבוא שאלן החייב יכול לנפות על הנשה לנשות שימוש בובות הנעזנה לו על-פי סעיף 52.

קיומו של החוזה נעשה בלתי-אפשרי כאשר הנכס אבד, נזוק על-ידי מויק או נמכר על-ידי צד שלישי שרכש אותו בתום-לב ובתמורה. נקודה אחרונה זו בועוררת בעיה לגבי השאלה אם הקונה הראשון רשאי לתבוע בגדר סעיף זה את דמי המכר שנקיבל המוכר מהקונה השני. "מחיר" אינו פיצוי או שיפוי. יתר-על-כן: "פיצוי" או "שיפוי" מוקינים נוק לאינטרס של הנשה, ואילו המחיר עשוי לשקף ערך העולה על מחיר-השוק, בלומר רוחח שהפיק החייב כתוצאה מהמכירה לקונה השני. אך מנקודת מבטו הרחבה של הרעיקף והרעיון העומד מאחוריו, אם נמכר הנכס לצד שלישי, והקונה הנשה מבקש לתבוע מן-החייב המוכר או מן הצד השלישי את דמי המכר, מודע לא תחסה התביעה בצל של הסעיף?⁹⁷

ראוי אם-כן להרחיב את תחולתה של תביעת סעיף 52 ולהחילו כאשר הקונה הראשון תבוע את דמי המכר מן הקונה השני או מן המוכר. אך לאימושו של דבר, לשאלה נעצמה יש כיום חשיבות תאורטית בלבד. הסיבה לכך היא שהמסיקה הישראלית הכירו ממילא בובותו של הקונה לתבוע את הרווח שהפיק המוכר כתוצאה ממכירת אותו נכס לקונה שני, וזאת על-סמך העיקרון הכללי של דיני עשיית עושר ולא במשפט.⁹⁸ זכותו של הקונה לנכס נישאת אופיי רכשית, והמכרה בובות זו נובע שהוא זכאי לכל תחליף לנכס, לרבות המוכר שקיבל המוכר או שהוא עתיד לקבל מצד שלישי. השאלה לא התעוררה בהקשר של סעיף 52, אולם, כאמור, סעיף 52 מבטא רעיון הועיון בדיני עשיית עושר ולא במשפט.⁹⁹ הרעיון הכללי הקבוע בסעיף

97 במשפט גרמני, המחיר שהפיק החייב-המוכר ממכירה לקונה שני נכלל בגדר העיקרון של תחליף קיום: 361, section 281, (Beck Muenchen 2001) Pal andt.

98 ר"ד 20/82 ארס חמרי בגיין ב'עמ' ל' הרלו אנד נ'נס ג'מ'ב' פ"ד מב(ו) 221 (1988). ראו גם יוחנן אבולדד "כספי הנשר תוררנס: דיני עשיית עושר ולא במשפט" ס"ר היכרון לבד טדסקי 37, 41-39 (יחנן אבולדד, אחרן ברק, מרדכי א' רובינולו הנביאלה שלו ז'רכיט, 1995).

99 בתוצרי חוק דיני ממונות - הקודקס האזרחי, 2006, שינה ההסדר של תחליף קיום את מקומו, והוא מצוי עתה במסגרת ההשבה בסעיף 419. נכך מודגש הפן הרעיוני של הסעיף, שעניינו ביכולתו של הנשה לעקוב אחר נישאת ונכסו גם אם זה משנה את זכותו. הסעיף החדש

1 לחוק עשיית עושר חובק מצבים שאינם נכללים – ולו באופן מילולי – בסעיפים המיוחדים, דוגמת סעיף 52. הוא מרחיב את קשת המצבים שהסעיפים המיוחדים מתייחסים אליהם. מכאן, בין אם נרחיב את סעיף 52 על דרך ההיקף ובין אם נרחיב באמצעות העיקרון הכללי של עשיית עושר, יכלול גם קונה שני בבד "האדם השלישי" שממנו או מן המוכר יהיה ניתן לתבוע את המחיר כתחליף קיום לכנס עצמו. התוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון בקבדה¹⁰⁰ תקפה אפוא גם בשיתותו.

הטשטוש בין הדוקטרינות של ביצוע בקירוב ותחליף קיום טבע מהרעיון המשותף לשתייהן. רעיון זה מקורו בשאיפה לשמר את קיומו של החוזה אף שביצועו המקורי אינו אפשרי, זאת כאשר קיימת אפשרות סבירה לביצוע חלופי שלו. והנה, בעוד פסק הדין הקנדי מנמק את תחליף הקיום שלו במסגרת הדוקטרינה של הביצוע בקירוב, ניתן להצביע על פסק דין שלו הממקם את הביצוע בקירוב במסגרת תחליף הקיום, זאת על-ידי הרחבתו של סעיף 52 גם על מצבים שאינם מקימים "זכות למיציא או לשיפוי". בעניין הרוניאן נ' עובזן חליפה ז"ל¹⁰¹ הגישו קונים תביעה לאכיפת ירושם זכויות במקרקעין נגד הקבלן. הועלתה טענה שאיננה אינה אפשרית מהטעם שלקבלן רק זכות אובליגטורית כלפי בעלי הזכויות הקנייניות בבט. נקבע, בצדק, שעל הקבלן (החייב) להגיב לקונים (הנשוא) את זכויותו כלפי בעל המקרקעין (הנד השלישי). ההעברה הושתתה על היקש לסעיף 52.

סעיף זה מרחיב הרחבה של אפשרות הקיום החוזי על-ידי כפיית המחאה של זכויות חזיות על החייב לטובת הנשוא. מנקודת מבט זו החלתו של סעיף 52 על מצב זה ארויה ומוצדקת; אך הואיל ואין מדובר במחאה של זכות כספית, שסעיף 52 מתרכז בה, אפשר להציג את פסק הדין כדוגמה ארויה ומוצדקת להפעלתה של הדוקטרינה של הביצוע המקורב.

זהו כמעט בנוסחו לסעיף הקיים, אך כסמוהו חוספת האומרת: "כטרום ההעברה כאמור ייחשבו הזכות או מה שהתקבל כמחוזקים באמנתו עברו הנשוא". סעיף 419 מאגד להסדר אחד את ההסדרים הקיימים של חוק המכר, חוק המשכון וחוק השומרים.

100 לעיל ה"ש 93.

101 ע"א 281/83, פ"ד (ט) 20.

מי זכאי לתבוע ביצוע בקירוב

הזכות לתבוע ביצוע בקירוב היא זכותו של הנפגע כשם שהזכות לתבוע תחליף קיום היא זכותו של הנושה. אך כלום קיימות נסיבות שבהן מוקנית למפר זכות לתבוע ביצוע כזה ולכפות אותו על הנפגע? בעניין שליט נ' סוסיטה אנוניס בלג¹⁰² רכשה קונה חלקים בבניין מסחרי גבוה. החלקים היו אמורים להירשם על-שמה לאחר שהברין כולו יירשם כבית משותף. הנכסים הועברו לתוקחה של הקונה, אך הסתבר כי לא יכלו להירשם על-שמה במועד הקבוע בחוזה, שכן לא היה ניתן בשלכ זה לרשום את הבית כבית משותף. הסיבה לכך הייתה שהמקלט לא ענה על דרישות הרשויות. הדבר לא נגב מאשמת המוכרת, שכן הרשויות הן ששינו את דרישותיהן לאחר התחלת הבנייה. הנצב היה עתיד להיות מתוקן בהמשך, כאשר יוקם אגף נוסף של הבניין, שבו ייבנה מקלט תת-קרקעי שייספק את דרישותיו של הבניין כולו. לכן הועלתה הצעה שעד להסדרת הבניה, תרשום המוכרת לזכות הקונה חכירה לתקופה של 99,000 שנה. הקונה התנגדה לכך, ובית המשפט המחוזי קיבל את עמדתה בקובעו כי בקשה לביצוע בקירוב יכולה לבוא מצד הנפגעת, הקונה, אך לא מצד המוכרת, שהפרה את החוזה. אולם בית המשפט העליון ביטל את פסק הדין בקובעו שגם המוכרת יכולה להציע ביצוע בקירוב של החוזה.

כיצד ניתן להסביר את עמדת בית המשפט? האם טבע ממנו שהמפר יכול לכפות ביצוע מקורב על פגע שאינו מעוניין כלל בביצוע החוזה? החשובה של לית, לו הייתה הקונה מבקשת לבטל את החוזה, לא הייתה המוכרת יכולה לכפות עליה ביצוע מקורב. אך הקונה ביקשה לקיים את החוזה. היא רחי ישבה כבר בבט ולא רצתה לצאת זמנו. בשלכ זה הייתה הדרך לקיים את החוזה המקורי הריסת הבניין והקמתו מחדש. אך זה לא התקבל על הדיעה, במיוחד לטעם העובדה שדובר במניעה זמנית. ככל הנראה, הוסיף בית המשפט, נבעה עמדתה הנקטשה של הקונה מרצון להציע לפני המוכרת דרישות מופרות לקבלת מיצויים. בניסבות אלה הייתה התנגדותה של הקונה בלתי-סבירה לחלוטין.¹⁰³ לכן, לטעם עמדתה של הקונה

102 ע"א 165/78 שליט נ' סוסיטה אנוניס בלג דאקספלוסצין דה לה נובאיון אריאן (מבנה), פ"ד (נ) 477 (1979).

103 ש"ס, בעמ' 480.

המבקשת לקיים את החוזה, תירשם בשלב זה הכרזה לזכותה, והיא תוכל לתבוע פיצויים על הנזק שנגרם לה בשל הטייה מחוזה המקורי.

יעין שפסק-דין ת"פ 1562/03 חקיקתו של חוק החוזים בטרום הושרש עקרון זה: הלב בשיטתו. בית המשפט מסתיר את התנהגותה של הקונה כבלתי-סבירה. המיעוט המקובל כיום לחיבור התנהגותה של הקונה הוא חסר תוס' לב. חוסר תוס' הלב הוא מצד הנמנע המתנד לקיום המקורב. הכלל הנהלה מהלכה זו הוא שנמנע המבקש לקיים את החוזה לא יוכל להתנגד לדרישתו של הממיר לקיום מקורב, אם קיום כזה מנשם באופן הסביר ביותר את מטרת החוזה.

ניתוח חלופי של פסק-דין מתקשר לטובת כוחו של הממיר (המוכר במקרה) לתבוע פיצוע כאשר ההפרה שלו אינה יסודית, בשא שייבחן להלן, ובמסגרתו אטייחס שוב לפסק-דין.¹⁰⁴

לסיכום הנקודה: "סטייה קלה" בביצוע, שאינה מלווה באשמה של ממש מצד הממיר, תאפשר לממיר ביצוע מקורב הן על הממיר והן על הנמנע (ברוח הרעיון של שיתוף-פעולה בהגשמתה של תכלית ההתקשרות). לעומת זאת, "סטייה מהותית" בביצוע ראי למנות רק על הממיר, זאת במסגרת שבחן חוסר האפשרות של הביצוע מצד באשמה (כמו במקרה של אשד נ' לבד), תפיסה כזו של דוקטרינת ה"ביצוע בקירוב" מתקשרת לרעיון שאכיפה היא תוצאתה הראשונה של הנמנע. שיטת משפט המכירה ברעיון של "הפרה יעילה" מתירה לצד לבצע פעולות המונעות את ביצוע החוזה (כל עוד הוא מוכן לשלם פיצויים); שיטת משפט הדוגלת ברעיון שלנמנע יש זכות לאכיפה מחויבת לנקוט צעדים שמטרתם למנוע מהממיר התחמקות מחאכיפה באמצעות הכשלה של אפשרות הקיום.

קיום חלקי וקיום מהותי כביצוע מקורב של הממיר

ביצוע בקירוב שונה מהביצוע המקורי, והוא מונעו לנמנע המעוניין בו. אך שיקול-הדעת הנתון לבית-המשפט בכל הנוגע בהפעלת הסעיפים בשל הפרת חוזה עשוי לסתל את

בחירתו של הנמנע בסעד שהוא מעוניין בו. כך, למשל, שלילתו של סעד האכיפה תסכל את בחירתו של הנמנע בקיום החוזה ותעביד את הבחירה לממיר, המבקש להיחלץ מן החוזה. ואילו ביטולו של הביטול יסכל את בחירתו של הנמנע להחליץ מהחוזה ויממש דווקא את בחירתו של הממיר בקיום החוזה.¹⁰⁵ לשאלות אלה יש וישלכה גם על הנושא של ביצוע בקירוב.

אצני שאלה זו אב הבחנה בין שלשה מצבים שבהם לא ניתן לקיים את החוזה באופן מקורי בשל הפרה של החייב קיום חלקי, קיום מהותי וביצוע בקירוב.

אטייחס תזילה לקיום החלקי: מוכר החייב בחוזה לספק שח מסעות למפעלו של הקונה. הוא מסוגל לספק מסעה אחת בלבד. המוכר הפר את החוזה אך הוא יכול לקיימו בחלקו על-ידי הספקתה של אותה מסעה אחת. על-פי סעיף 7(ג) לחוק התחזומות, יש לבחון את השאלה אם החוזה ניתן להפרדה. אם ניתן לנמנע את החוזה לשני חלקים, ולספק מסעה אחת, לא יוכל הקונה לבטל את החוזה כולו, אלא רק את החלק הבצוע למסעה השנייה. אך אם שני חלקי החוזה כרוכים זה בזה והם מהווים יחידה אחת, כן שלא ניתן לקיים את תכלית החוזה על-ידי הספקתה של מסעה אחת בלבד, הקונה רשאי לבטל את החוזה כולו או את חלקו, למי בחירתו.

אטייחס למקרה שבו החוזה ניתן להפרדה: בנמצ זה אין החוק מאפשר לקונה לבטל את החוזה, והוא מחייב אותו לקבל קיום חלקי של החוזה ולהסתפק בביצועו בשל החלק שלא קיים. התוצאה היא שהמוכר שומר רשאי למנות על הקונה, הנמנע, ידום חלקי של החוזה, השנה מהקיום המקורי שעליו הסכימו. בפניית הקיום של חלקו האחר של החוזה על הנמנע תצמצמו את תביעת הפיצויים שלו כלפי הממיר רק לגבי אותו חלק שלא קיים.

דעה, לפניו תמונת ראי של הביצוע בקירוב: כאשר מדובר בביצוע בקירוב, הנמנע רשאי לתבוע פיצוע חלקי (כביצוע בקירוב), והממיר לא יישמע בטענה שהיאל והביצוע החלקי שונה מהמקורי, אין לזכות את הנמנע באכיפה. ואילו כאן, כאשר החוזה ניתן להפרדה, לא יהיה הנמנע רשאי לבטל את כולו, והתוצאה חייא שהממיר יהיה רשאי למנות עליו ביצוע

105 דניאל מרידמן "על היחס בין ברדת הביטול והסעד של אכיפת חוזה" קובץ הרצאות בייא העיון לשופטים השל"ח 87 (בצרכית סמוען שטרית, 1976); דליה אבן "משמעותה של הזכות לתחזומות בין הפרת חוזה" עיוני משפט 121 ו 121 (1978).

104 להלן טקסט סמוך לה"ש 108-109.

שלא הצדיקה את ביטולה של החוזה. לכן הנפגע (הקונה) לא היה רשאי לבטל את החוזה (הוא אף לא יקיש זאת). במסיבות אלה היה המוכר, שהפר הפרה לא יסודיות, זכאי לתבוע את ביצוע החוזה, וממילא גם את ביצועו המקורב, שהתבטא ברישום חכירה ל-99,000 שנה לזכות הקונה.

מכל האמור עולה שאם בוצע החוזה כולו תוך סטייה מהביצוע והנפגע יבקש לבטל את החוזה בשל ההפרה הלא־יסודית, בית המשפט עשוי למנוע אה הביטול ולקיים את החוזה על אפיו ועל חמתו של הנפגע. התוצאה תהיה שהנפגע יחויב לקבל קיום של חוזה שונה מזה שהצדדים הסכימו עליו, והוא יזכה בפיצויים על חסך בין ובסטייה. מניית הקיום על הנפגע תצמצם את תביעת הפיצויים שלו כלפי המפר.

ושוב, לפני תמונת ראי של הביצוע בקירוב: כאשר מדובר בביצוע נקורב, לא יהיה המפר רשאי לטעון, במקרה שלא ניתן לקיים את החוזה באופן מלא, כי הנפגע אינו זכאי לאכיפה. החוזה ייאקף חלקית באופן מקורב. ואילו כאן, כאשר הסטייה מהביצוע אינה משמעותית, לא יהיה הנפגע רשאי לבטל את החוזה, והתוצאה היא שהמפר יהיה רשאי למנות על הנפגע ביצוע מקורב, לא מלא.¹⁰⁶

המסקנה הכללית המשמעותית מן המאמץ שזכות הביטול מוסדרת בו והן מאומן הסדרתה של זכות לאכיפה היא שהחזירה לקיומו של החוזה עומדת בדרגה ראשונה. סטייה לא־מהותית מהקיום המקורי לא תאפשר את ביטולה של החוזה על־ידי הנפגע (אזו כאשר המפר מתחבב לביטול והביטול איש צדק), ולא תמנע הענקת צו לאכיפתו של החוזה לזכות הנפגע (זאת כאשר המפר מתחבב לאכיפה), אך בשני המקרים ימנע הנפגע על צדק שבגם לו בשל הקיום החדש או השתה מן המוסכם.

שינוי נסיבות, ביצוע בקירוב ותום לב – מן הזכית לתרופה

ציניתי בראשית דברי כי משבר בין מתקשרים חוזיים המוליד הפרה נובע לרוב משינוי נסיבות בעקבות פער הזמנים שבין כריחת החוזה לבין ביצועו. לענינים הוא יכול לבצוע

מקורב חלקי.

ועתה לקיים המרות: המוכר החזיכי בחוזה לספק לקונה 100 גלילי בד, אך הוא מספק 99 בלבד. בכך מפר המוכר את החוזה. אולם היכול הקונה לבטל את החוזה? על פי הדינים אהם לא צוין בחוזה אחרת, הפרושו של המוכר אינה הפרה יסודית. מאכן שעל־פי סעיף 2(ב) לחוק החוזות ניתן למנוע את ביטולה של החוזה. התאנים לכך הם שהמוכר מתחבב לביטול זמן סביר לאחר מתן הודעת ביטול על־ידי הקונה, וביטול החוזה הוא בלתי־צדק במסיבות העניין.¹⁰⁷ "בלתי צדק" משמעו שניקו למוכר יהיה גדול בהרבה מתועלתו לקונה. מנקודת מבטו של הקונה, ובהנחה שמדוי הוב לא ירד, לא ברור מרי והשעלת הגלומה בביטול. יתר על־כן: אם יבוטל החוזה, משמעות הדבר היא שיש להשיב את החוזה בחזרה למוכר, דבר הכולך בהתאמת, שייטולה על המוכר. נוסף על כך יבעו מהביטול התוצאות הכרוכות בעריכת עסקה נטפסת למכירת החוזה, ואולי אף בעריכת שתי עסקות נוספות, האחת של המוכר (למכירת גלילי הוב שהחוזר מהקונה) והאחרת של הקונה (לרכישת גלילי בד ממוכר אחר). נתונים אלה מחזקים את המסקנה שביטולה של החוזה במסיבות אלה הוא בלתי־צדק.¹⁰⁸

דוגמה זו מקשרת אותנו למסקנת הדין שליט בו סוסייטת אגונים בלג'י: ניתן להנחיש להפרה של המוכר, שלא היה יכול להעביר זמנית את הבעלות לקונה, כאל הפרה לא־יסודית

106 ראו ע"א 3694/99 ארדמן נ' חברת פרויקט אורנים בע"מ, פ"ד נח(2) 385 (2000), שבו ביטל בית המשפט את הביטול כאשר ההפרה של המפר לא הייתה משמעותית. והנפגע ביטל את החוזה לאחר שנים רוק כאשר הגיש המפר תביעה נגד הנפגע בעילה אחרת; ע"א (חי) 77/80 ברדב נ' וקנין, פ"ס החשמי"ב(2) 363, 376-375, 381 (1981), שבו ביטל בית המשפט את הביטול על־ידי המוכר בשל אי־חלום במועד של ירדת המדוי לנכות העובדה שהמוכר לא ביטל את החוזה מיד אף לא ניתן לנכות את הסכום. ליישושו של סוג הצדק שבסעיף 2(ב): מייל דויטש ביטול חוזה בעקבות הפרושו 179-187 (1993).

107 השו"ל לרוקטרינה של ה־"substantial performance", שמתחנה במסגרת המקובל: קיום משמעותי יאפשר למפר לקבל את הסכך החוזי ביוכי מה שלא ביצע. הרוקטרינה הוחלה בתחילה על קיום שלא ניתן להשיבו בעין, אולם תחולתה התרחבה בהספך גם על חוזים למכירת שחוזות. אמנת ונה המירה את מבחן הקיום המשמעותי במבחן של "ההפרה היסודית" הנהוג גם אצלנו, כלומר הפרה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה, אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה: E. ALLAN, FRANSWORTS, CONTRACTS, section 8.12 (3rd ed., 2004).

לעיל ח"ש 102.

109 ד' מרידמן, חוזים ג סעיף 25.71, עמ' 298-299.

ניתו כי החוזה אינו שלם מלכתחילה, וכי הסיבות המשתנות מצדיקו את שינוי¹¹⁰ בודאי באמצעות הסידורים. במישור הפורמלי הטענה היא שהפעלתו של סעד האכיפה נעשה בידי בית המשפט: זו הסמכות הבררית או ראוי להעניק את הצו על-ידי מבחני צדק שניתן לקדםם לנסיבות המאחרות.¹¹¹

מבחני הצדק באכיפה מופעלים תוך איוון בין אינטרס המפר (במחנה לאכיפה) לזה של הנפגע (המחנה אכיפה). הבעיה שהדוקטרינה של הביצוע בקירוב בוועדות קמה כאשר לא ניתן לקיים את החוזה במקורו, אך ניתן לבצעו באופן שלא יחדר הריעה של ממש מן הביצוע המקורי. במקום לשלול את האכיפה בשל אי-יכולת לקיים את החוזה, הדוקטרינה מאפשרת להעניקה תוך התאמתו של החוזה לנסיבות החדשות. אם נחזר לדוגמת האינפלציונית: ניתן להיענות לתביעה של הקונה לאכיפת החוזה תוך הסלת מלח הסיכון האינפלציונית על המוכר; לחלופין, ניתן להיענות לדישת המוכר לא לאסוף את הרהה תוך הסלת מלח הסיכון האינפלציונית על הקונה; אך ניתן להגיע לאיוון מה בין המוכר לקונה על-ידי התאמתו של החוזה גם באמצעות דיני התרומות. בית המשפט יתנה את סעד האכיפה בכך שהקונה ישלם מחיר משוער של הנכס.¹¹² בדרך זו יימך החוזה תוך ביצועו בקירוב.¹¹³

גם מאי-הבנה בעת כריתת החוזה. כאשר המשבר חריף והוא משנה באופן עמוק את קיום החוזה, דיני הסיכול (או הטעות) עשויים להמציא פתרון, המוביל בשיטתו לניתוק הקשר בין הצדדים.¹¹⁴ דיני הסיכול והטעות כרוכים במובח בין העיקרון שחוזים יש לקיים לבין התפיסה שקיום החוזה מותנה בקיומן של הנחות יסוד שעמדו בבסיס ההתקשרות. תחולת דיני הסיכול (כמו גם הטעות החד-צדדית) במשפטנו אינה נרחבת, אולי בגלל התוצאה הדרוסטית – ניתוק הקשר – הנובעת מהם, ובדיני הסיכול אף בשל החשש שהגדרתו של אירוע מסוים (שביטה, אסון-טבע, מלחמה) כמסלול תפתח פתח עצום להתחמקות מאחריות חזית. כך, למשל, דין הסיכול לא הוחל כמעט לפתרון בעיה של סחרור אינפלציוני. אך בעיה זו, כמו גם בעיות אחרות הנובעות משינוי נסיבות, באו לעתים על פתרון באמצעות הכלים של פרשנות החוזה ועקרון תום-הלב, שניתן להפעילם במישויות והמאפשרים להשאיר את החוזה בתוקפו תוך התאמתו לנסיבות החדשות.¹¹⁵

דיני התרומות מצאים בשוליו של תחום הסיכול. מתועדת בהם בעיה קרובה, שמקורה בכך שקיים פער זמנים בין כריתת החוזה לבין ביצועו, פער שעשוי להוליד שינוי נסיבות, אולם הם מבוססים על ההנחה שהאחריות החזית בעיה עומדת. השאלה המתעוררת במסגרתם היא: האם השינוי מהווה סיבה לא להעניק למפע סעד של אכיפה?

עניין זה מתקשר לדין המהותי ולתוכן החוזה. סעד הפגיעים מאפשר למפר לחולץ מהחוזה (אם תשלום פגיעים). אולם נעו שמדובר בחוזה שהסעד השטרתי בגין הפרוזה הוא אכיפה, למשל חוזה למכירת מקרקעין, וכי החוזה הטיל את מלוא הסיכון לקיומו על המוכר. מדוע להפיר את האיוון החוזי באמצעות דיני התרומות ולהעניק למוכר סטור מקיטמו (אפילו יחויב בתשלום פגיעים) כאשר החוזה עצמו אינו מאפשר זאת? אכן, אלה הרואים בחוזה מכשירי להקצאת סיכונים¹¹⁶ ירסו כי אין לשבח את הקצאת הסיכונים שקבעו הצדדים בעת כריתת החוזה, אף לא באמצעות הסידורים. אך אלה שחוזה הוא לביעה ממשי לשתוף-פעולה

110 דיני הסיכול שוללים במובל – על-ידי הגבלת הטענים – את האחיות החוזיות.

111 ברק מדינה "סיכול חוזה" מירומות-תוכן חודש 28.1-28.2, עמ' 412-413.

112 Christine Jolls, *Contracts as Bilateral Commitments: A New Perspective on Contract Modification*, 26 J. LEO. STUO. 203 (1997).

113 Mark P. Gergen, *In Defense of Judicial Reconstruction of Contracts*, 71 IHO. L. J. 45 (1995); Robert A. Hillman, *Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law*, 1987 DUKE L. J. I; Jeffrey L. Harrison, *A Case for Loss Sharing*, 56 S. CAL. L. REV. 573 (1983); Richard E. Speidel, *Court-Imposed Price Adjustment Under Long-Term Supply Contracts*, 76 NW. U. L. REV. 369 (1982).

114 במסיקה האמריקאית יש עמדות סותרות בשאלה אם שינוי נסיבות לאירור כריתת החוזה צריך להטעינו על הנקנתו של סעד האכיפה: (Tex. 1920) *Bergstedt v. Bealer* 222 S.W. 547; מות המוכר שולל את זכות הביצוע בעין; (Mo. 1967) *Tuckwiller v. Tuckwiller* 413 S.W. 2d 274 (Mo. 1967); ביצוע בעין העניקת אף-על-פי שהתחרות בעד הנכס הייתה הסיכול במעורבות שמת זמן קצר לאחר כריתת החוזה.

115 י"א 158/77 רביטני ב' חברת מן שקד בע"מ (במירוק), פ"ד לג(2) 281, 293-29 (1979).

116 יש תהלי בין שיערוך הנעשה במכשיר המהותי (של פרשנות ועקרון צדק-הלב) לבין שיערוך הנעשה בבלי התרומתי (של ביצוע בקירוב). שיערוך במקרה האחרון לו יחול בתקופה החוזית: הוא יחול מן המועד שבו היה הספק צריך להימנע בידי של המוכר. ואילו על-פי פרשנותו של החוזה ועקרון תום-הלב, השיערוך יכול להיעשות בתוך התקופה החוזית. להבחנות וליישום:

הנחת האכיפה בשיעורן שישמש בסעיף 4 לחוק התרופות מעלה נקודה שראוי להדגישה. הצדדי שתי גישות שימוטיות לבקשה של שינוי נסיבות האחת, עמידה על החוזה המקורי תוך הימנעות מהתחייבות בשינוי הנסיבות האחרת, בכיית חוזה חדש המתחשב בשינוי הנסיבות באמצעות הדוקטרינה של ביצוע בקיבוב.¹¹⁰ אלה כמובן עמדות הקצה, אך אפשריות בעינין עמדות ביניים, שהמרכזיות שבן היא הצעת חוזה חדש תוך מתן ברדת ודחיה לאחד הצדדים (לרוב, הנפגע). כאשר בית המשפט עושה שימוש בסעיף 4 לחוק התרופות, אין הוא מחייב את הנפגע לקבל חוזה חדש, אלא רק מקנה לו בררה לקבל או לדחות.¹¹¹ לדוקטרינה של הביצוע בקיבוב יש תחולה אף מעבר לחוק התרופות, אף שאין קוראים לה בשם זה, והיא חובקת את שלל המקרים שבהם ניתן לבית המשפט שיקול-דעת אם לקיים חוזה או לבטלו. הרעיון העובד כחוט השני בשיטתו הוא שאין לאפשר לשינוי לא-מוחזר להשגיל את הקיום החדש. שינוי כזה מחייב אומנם התאמה, אך בעינין של התערבות מדרגתית דרסטית ביצירת החוזה הנתכונן, התאמת החוזה או ביצוע בקיבוב נחשבת כהתערבות מנוגדת העולה בקנה אחד עם רוחו של החוזה ועם הציווי לשיעור-פעולה המאפיין את המערכת החוזית.

הדוקטרינה של ביצוע בקיבוב בנושפט האנגלי אמורקא מקבילה לזו של ה-*substantial performance*, שלפיה, אם קיים המפר קיום משמעותי של החוזה (אף כי לא מלא), לא יוכל הנפגע לבטל את החוזה. שתי הדוקטרינות מכריזות בבירור שחוקים החוזי לא יושל על-ידי שינוי קל בנסיבות ואף לא על-ידי הפרה קלה. לבית המשפט סמכות להפעיל את הסעיף כך שלא הנפגע יכשיל (על-ידי ביטול החוזה) את הקיום המשמעותי על-ידי המפר ולא המפר יטען (על-ידי הוצאתו לסעיף הביצוע) קיום מקורב של החוזה.

הנה, חוק התרופות שלטו מסדיר את הדין של המפר שקיים קיום מוחזי אך לא

110 דניאל מרידן "פרשנות החוזה" מרידמן כותב חיים ג, לעיל ה' ש, סעיפים 25.74-25.78, עמ' 300-305; מנחם מאסטי "חוסר-היתכנות מכלול" מרידמן כותב חיים ג, לעיל ה' ש, סעיף 26.45, עמ' 355-356; ברק מדינה "ביטול חוזה" חיים ג סעיפים 28.14-28.18.

111 הדקויות בחוזה חשן תבוא בגל' את לודי ביטוי על-ידי חיובו של המפר במצוי על הפער שבין הביצוע המקורי לביצוע המקורב.

112 כאשר בית המשפט מנתה את הביטול בתנאי, תועוק הבררה למפר: השוו ע"א 27/80 ישראל ארזן נגד הברכה לבנין בע"מ ב' ברושלה, פ"ד (ל' 1) 383 (1981).

ביצוע בקיבוב

מדויק בחוסמו במצב זה את אפשרות הביטול של החוזה על-ידי הנפגע, אך אין הוא מסדיר את הביעה של הביצוע בקיבוב. למרות חסרו זה המשיכה הפסיקה להפיע את עקרון הביצוע בקיבוב, וקבעה שניתן לבטלו במשולב על סמכותו של בית המשפט לרדת את אכיפת החוזה בתנאים ועל עקרון תום-הלב.¹¹³

הפעולה של עקרון תום-הלב בשיטתו עוררה לא אחת בעיות. אנו עדים לפסיקה שהחילה אחריות חוזית בנסיבות שבהן ספק אם נקשר חוזה,¹¹⁴ או פטרה מתקשר נאחריות אף-על-פי שהחזה הטיל עליו אחריות ברורה כזו.¹¹⁵ התעוזה שבה נעשתה ההתערבות ברצון הצדדים במקרים אלה מצויה בתמורה מסוימת את הדקויות והחירות שבהן נהג בתי-המשפט לרוב בהפעילם את הדוקטרינה של "ביצוע בקיבוב", שאף היא נטמכת על עקרון תום-הלב.

אני סבורה שמידת החירות הייתה צריכה לשמש את בתי-המשפט חוקא במקרים הקדומים, זאת מתוך אמונתו לערך המרכזי של החוזה, שהוא רצון המותן-שרים. טוב לראות שפיתוחו של עקרון תום-הלב בהקשר של הביצוע המקורב עלה בקנה אחד עם ערך זה, והוא אף יושם בצורה הראויה.

113 המאמר מחקרי בהפלת העסקים על-ידי בית-המשפט, אך הוא מתן שר גם לאפשרויות העוסקות לפני הצדדים המנהלים משיאומתן בעקבות הפרה לאחר שינוי נסיבות. במצב זה הענקת טעם אכיפה מפורט את הנפגעים בכוח מרוב חוקים, והוא יוכל גם לזכות ברוב הרווחים שיווצרו כתוצאה מהתאמת החיסום. הענקתם של פיצוי ציפיה תשפר את מצבו של המפר-בזאת, אם כי הוא עשוי לזכות במצוי נבזת מאד אם המזרים בשוק דושתנו. ראו: Narashimhan, *Mocification, The Self Specific Performance Remedy*, 97 YALE L. J. 61 (2004); Daphna Lewinsohn-Zamir, *The Choice Between Property Rules and Liability Rules Revisited: Critical Observations from Behavioural Studies*, 80 TEXAS L. REV. 219 (1987); Oren Bar-Gil & Omri Ben-Shahar, *The Law of Duress and the Economics of Credible Threats*, 33 J. LEG. STUD. 391 (2004).

114 מרידמן כותב חיים א, סעיף 10.60, שבו בקרית על ע"א 692/86 יעקב בויקובסקי נגד חברה ליבוא ושיווק בע"מ ל' נג' פ"ד (ד' 1) 57 (1989). ראו גם ע"א 6201/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רענה לבניית ומסדר בע"מ, פ"ד (ג' 3) 289 (2002), שבו מנתחה ואחריות על-פי סעיף 12 מעבר למידת הראויה.

115 ד"ר 2045/05 ארזן מנדלי יקות-אנחה חקלאית שיתופית בע"מ ב' מדינת ישראל, פדארן עליון (10) 106 (2006).

לשופט אנג'לר היה כאן תפקיד בולט. הוא שרטט את אופן הפעולה של הדוקטרינה וכן מן התיבט של הנפגע והן מן התיבט של המפר. הוא הבחיר מה הן הנסיבות שבחן ראוי למתן את זכותו של המפר להותקש על ביצוע מדויק של החוזה המקורי. הוא אף הבחיר את הנסיבות שבחן ראוי למתן את זכותו של הנפגע לעמוד על הביצוע המקורי אם הוא עצמו זוכה בביצוע משופר של החוזה. הוא הדגיש שביצוע בקירוב לא ייטק כאשר יש בו שתי מהותי של החוזה. הוא קבע הלכה ברורה האומרת שכאשר טרעין הקיום המרכזי של החוזה משמר, ראוי לזכות את הנפגע באכיפה גם אם זו שונה במעט מהקיום המקורי. הוא ביטא באופן מוצלח את הרעיון הבסיסי שחוזים יש לקיים לא רק במישור המהותי, אלא גם במישור התרופתי.