

## פיצויים עונשיים בדין האנגלי בראי הדין הישראלי

עו"ד מאיר שריקי

(א) מבוא:

בימי קדם, בתקופה שבה התנהלו החיים במסגרות שבטיות ובהעדר שלטון מרכזי, שימשו המשפט הפלילי והמשפט האזרחי בערבוביה, מבלי שהייתה קיימת הבחנה ברורה ביניהם, והחיוב הכספי שהושת על העבריין-הפוגע שימש, בו זמנית, הן כסנקציה עונשית-פלילית והן כתרופה אזרחית, מבלי שנבחנו והוכרו מרכיביה השונים של הסנקציה, כגון פיצוי לנפגע, הרתעה, גמול, סיפוק רגש הנקם של הקורבן או משפחתו, חינוך ועוד. כך נתערבבו המשפט הפלילי והמשפט האזרחי זה בזה, וחיוב העבריין-המזיק-הפוגע בתשלום הפיצויים, אף עוגן בקודקסים קדומים, כגון זה המופיע בתורה בספר שמות<sup>1</sup>: **יְכִי יִגְנוֹב אִישׁ שׁוֹר אוֹ חֲמוֹר אוֹ שֶׁה וְטָבְחוּ אוֹ מָכְרוּ – חֲמִישָׁה בָּקָר יִשְׁלַם תַּחַת הַשּׁוֹר, וְאֶרְבַּע צֹאן תַּחַת הַשֶּׁה**."

מצב זה של העדר הבחנה בין תחומי המשפט הפלילי והאזרחי, וחיוב העבריין-המזיק לשלם לקורבן העבירה או לבני משפחתו תשלומי כופר כסף בעלי סממנים עונשיים, המשיך לשרור במשך מאות בשנים עד למאה ה-11, שבה החלה להסתמן באירופה מגמה המבחינה בין סמכות בתי המשפט של השלטון המרכזי, לבין זכותם של אנשים פרטיים לערוך ביניהם הסכמים, הגם שנמשך טשטוש הגבולות בין הענישה הפלילית לבין הענישה האזרחית, ובתי המשפט המשיכו לפסוק תשלומים עונשיים גם בעניינים אזרחיים שנדונו בפניהם, מבלי שערכו הבחנה משפטית בין רכיב הטבת הנזק כשלעצמו, לבין הרכיב העונשי הכלול בתשלומים שנפסקו.

בתחילת המאה ה-19 החלה להתפתח באנגליה ההכרה המבחינה בין אופי ההליך האזרחי לבין אופי ההליך הפלילי, בכל הקשור בכימות ובסיווג הנזק. בעוד שהנזק בהליך האזרחי סווג כנזק כלכלי בין אנשים פרטיים, הרי הנזק בהליך הפלילי סווג כנזק לסדר החברתי ולנורמות המסדירות את חיי החברה. פער זה הוליד תוצאה לפיה ניתן לבתי המשפט באנגליה חופש פעולה בקביעת שיעור הפיצויים שישולמו ע"י העבריין-הפוגע בהליך הפלילי והנזיקי, לעומת התערבות מצומצמת וקפדנית בפסיקת פיצויים מופרזים בהליך האזרחי. מכאן הייתה הדרך להתפתחות האיסור לפסוק פיצויים עונשיים בהליך האזרחי סלולה, ומשלב זה ואילך, נקבעו בפסיקת בתי המשפט באנגליה הלכות ברורות שאסרו לפסוק פיצויים עונשיים בהליכים אזרחיים, מעבר לנזק שהוכח ע"י התובע.

ההסבר הנפוץ להתפתחות זו טמון במהפכה התעשייתית של המאה ה-19, ובהתפתחות השווקים הכלכליים שאפשרו לפרטים בחברה לצבור הון ונכסים ולנהל אותם לתועלתם האישית. הגידול בהיקף הפעילות המסחרית, והמעבר לכלכלת שוק חופשי, יצרו איפוא צורך בפיתוח מערכת משפטית מודרנית ויעילה, בצד דיני חוזים שיעמידו לרשותה קודקס אחיד וברור, שייצור ודאות משפטית, ועל רקע זה התבססה הרתיעה מפסיקת פיצויים עונשיים בתחום החוזי-הפרטי, אשר חלש ברובו על חיי המסחר והכלכלה, וְאֶפְשָׁר לכוחות השוק לצפות מראש את היקף האחריות המשפטית שלהם כלפי הצד השני להתקשרות, במקרים של הפרה. מבחינה זו, הפיצויים העונשיים נתפסו כגורם מדכא של הפעילות הכלכלית המתפתחת, ועל כן, נטו בתי המשפט להמעיט בפסיקת פיצויים עונשיים, מתוך הנחה שעיקר הפעילות המסחרית מתבצעת בין גורמים פרטיים ובאמצעות חוזים, המסדירים את יחסיהם המשפטיים לפי רצונם, לרבות במקרים של הפרה.

כפועל יוצא מהתפתחות זו, ואף באופן משולב איתה, התפתחו גם העקרונות המבחינים ביתר שאת בין טיבם ואופיים של תשלומי הפיצוי האזרחי לבין תשלומי הפיצוי העונשי, ובין היתר: אומץ עיקרון-העל לפיו הצדדים לחוזה הם המעצבים הבלעדיים של תוכנו, לרבות התרופות בשל הפרתו; התקשרות חוזית בין אנשים פרטיים משוחררת משיקולים אתיים ומוסריים, אותם באים לשרת הפיצויים העונשיים, וכן אומץ העיקרון לפיו אחריות המפר בתחום החוזי הינה מוחלטת ואינה תלויה במידת אשמתו בהפרה.

<sup>1</sup> שמות, פרק כ"א, פסוק ל"ז

**(ב) עקרון הצדק המתקן בתורה האריסטוטלית והתפתחות הגישה הכלכלית למשפט:**

כחלק בלתי נפרד מההתחקות אחר מקורותיה ויסודותיה של תורת 'הפיצויים' יש להרחיק לזמנים עברו. עד למאה ה-19 שלטה בכיפה תיאוריית "הצדק המתקן" (corrective justice), שמקורה הפילוסופי הקדום מבוסס על תורת האתיקה של אריסטו ביוון העתיקה, לפיה "הצדק" מחולק בחלוקה רעיונית לשני מקטעים שווים בגודלם. המקטע האחד מייצג את מצבו של המזיק (או המפרי בחוזה), והמקטע השני מייצג את מצבו של הניזוק (או הנפגע בחוזה). המצב התקין הוא כאשר שני המקטעים שווים בגודלם, אולם כאשר נגרם "נזק" (או הפרה) שאינו צודק, מופר השוויון, וחלק מהמקטע של הניזוק, המייצג את היקף הנזק או ההפסד, מתווסף למקטעו של המזיק כרווח. לפי תפיסת הצדק המתקן, על השופט לקחת את הרווח ולהחזירו לצד שסבל הפסד או נזק, כלומר, **הצדק המתקן עפ"י אריסטו, הוא מצב אופטימאלי, המכיל מטען אתי-מוסרי, שבו נשמר השוויון בין שני המקטעים.**

החל מהמאה ה-19, עם התפתחות הגישה הכלכלית, ואיתה גם פיתוח העקרונות המבחינים בטיבם של הפיצויים הנפסקים בהליך החוזי האזרחי, לרבות נטרול המרכיב האתי-מוסרי מדיני החוזים, החלה הגישה הכלכלית דוחקת את רגלי תיאוריית הצדק המתקן, שכן נקודת הכובד בהתייחסות בתי המשפט ליחסים שבין שני צדדים מעורבים, נטתה יותר לעבר מתן תוקף ליחסים החוזיים שביניהם, תוך התעלמות מכל שיקול החורג ממישור יחסים זה, לרבות שיקולי צדק.<sup>2</sup>

עפ"י הגישה הכלכלית, ששורשיה נטועים עוד בתחילת המאה ה-19, אין עוד מקום לשיקולי אתיים ומוסריים, ויש צורך להשיג יעילות כלכלית באמצעות שקלול הנזק המצרפי הנגרם לחברה מול התועלת מגרימתו. לפי גישה זו, ניתן היה להטיל פיצויים עונשיים רק אם תושג בכך הרתעה יעילה, שתמנע נזקים עתידיים, ורק כאשר קיימת אפשרות שמזיקים יחמקו מאחריות, כך שההרתעה ומניעת הנזק תצא חסרה. בשיטה זו, יש להגדיל את גובה הפיצוי באותו סכום שבו צריך להשלים את הפיצויים הרגילים התרופתיים, באופן שגובה הפיצוי העונשי ישקף את הסיכון שהמזיק לא יחמוק מאחריות בגין עוולתו, בפסיקת הסעד התרופתי בלבד. הגישה הכלכלית אינה נשענת כאמור על שיקולי מוסר ואתיקה, כמו זו של אריסטו, אלא על שיקולי כדאיות כלכלית.

עם זאת, תיאוריית הצדק המתקן לא נעלמה כליל מן העולם, ועד היום קיימות דעות וגישות שונות ביחס לתוכנו והשימוש הפרקטי בעקרון הצדק המתקן בעידן המודרני. במסגרת זו לא נפרט את הגישות השונות לתיאוריית הצדק המתקן, אך נסתפק באמירה כי באופן כללי, בהיות הצדק המתקן טומן בחובו מטען מוסרי, מטבע הדברים, קיימות ביחס אליו התייחסויות ערכיות שונות, זאת לעומת "הצדק החלוקתי", שאינו נתון לדיון במונחים מוסריים-סובייקטיביים, אלא הוא נתון לניתוח בכלים אובייקטיביים-כלכליים בלבד.<sup>3</sup>

כאמור, עקרון הצדק המתקן לא פס מן העולם, ולמרות הדעות החלוקות ביחס לתוכנו ולאופן יישומו, נוהגים בתי המשפט לעשות בו שימוש במקרים ראויים<sup>4</sup>, ויחד עם זאת, גם באותם מקרים בהם עשה בית המשפט שימוש בעקרון הצדק המתקן, הוא לא התעלם משיקולים כלכליים, כפי שנעשה בפס"ד **אוסמה נ' מדינת ישראל**<sup>5</sup> שם קבע השופט ריבלין **"בפועל לא התעלמה הפסיקה, גם זו המייצגת את עקרון הצדק המתקן, מגורם עלות מניעתו של הנזק"**.

<sup>2</sup> הלן בפרק (1ה) הדן בפיוצויים עונשיים בחוזים בדין האנגלי והאסמכתאות מספרם של Cheshire, Fifoot & Law of Contract, Furmston.

<sup>3</sup> בפסיקה הישראלית אין מרבים לעשות שימוש בעקרון הצדק המתקן, אולם השופט אנגלרד הדגיש בפסיקותיו את מעמדו המרכזי, אם כי לא בלעדי, של עקרון הצדק המתקן במשפט הפרטי: ע"א 3668/98, **בסט בני רשתות שיווק בע"מ נ' פידיאס אחזקות בע"מ**, פ"ד (ג) 180 "...לטעמי, גם אם יש משקל לשיקולים הכלכליים, אין הם בבחינת חזות הכול במסגרת המשפט הפרטי שבמרכזו רעיון הצדק המתקן". וכן גם בע"א 2825/97, **אבו זייד נ' מקל**, פ"ד (ג) 402 'מנקודת ראותו של המשפט הפרטי, במובן הצר, הסדרת היחסים בין המתקשרים כפופה, עקרונית, לרעיון הצדק המתקן'.

<sup>4</sup> דברי השופט שמגר בע"א 44/76, **אתא חברה לטקסיל בע"מ נ' זאב שורץ**, פ"ד (3) 785; דברי השופט חשין בדנ"א 1333/02, **הוועדה המקומית לתנ"ב רעננה נ' יהודית הורוויץ**, פ"ד (6) 289.

<sup>5</sup> ע"א 5604/94, פ"ד (2) 498.

**ג) סיווג הפיצויים בדיני חוזים כסעד תרופתי – "רק פיצוי":**

בדיני החוזים נהוג לסווג את הפיצויים הנפסקים לצד הנפגע כפיצויים רסטיטוטביים, שנועדו להשיב את מצב הנפגע לקדמותו. מבחינה זו נבדל המשפט הפלילי מהמשפט האזרחי בבחינת מטרת הסנקציה המוטלת במסגרתם. בעוד המשפט הפלילי מטיל מאסר וקנס על הנאשם, הרי מטרת הסנקציה במשפט האזרחי היא, כאמור, השבת המצב לקדמותו. אחת הטענות העיקריות המושמעות כנגד פסיקת פיצויים עונשיים במשפט האזרחי גורסת, כי פסיקתם עלולה לערער את ההבחנה הברורה בין שני ענפי משפט אלה וליצור טשטוש בין התחומים בשלושה היבטים עיקריים: **ראשית**, האם ראוי שהאדם הפרטי יטיל סנקציה עונשית (קנס) על רעהו ולא המדינה, שהיא הגוף המניע את הסנקציה במשפט הפלילי; **שנית**, בעוד במשפט הפלילי קיימים מחסומים פרוצדוראליים ומהותיים גבוהים להטלת הסנקציות על הנאשם ברמה של 'מעל לספק סביר', הרי במשפט האזרחי הדרישות לכך הן ברמת 'ההסתברות' בלבד; **שלישית**, עלולה להיווצר בעיה של סנקציה כפולה במסגרתה הניזוק יקבל פיצוי כפול, הן פיצוי תרופתי בגובה הנזק שנגרם לו, והן פיצוי עונשי, שמטרתו היא להעניש את החייב.<sup>6</sup>

ואכן, זוהי גם עמדתו המוצהרת של המחוקק הישראלי. משטר התרופות בחוזים מוסדר בדן הישראלי **בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)**, תשל"א-1970, וסימן ג' שכותרתו "פיצויים" פותח בהוראת סעיף 10 הקובעת: **"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"**.<sup>7</sup>

סעיף 10 הנ"ל נותן ביטוי ממוקד לעמדת המחוקק הישראלי, המאמצת את עיקרון-העל בדיני התרופות, הוא העיקרון של **"השבת המצב לקדמותו"**,<sup>8</sup> לפיו אדם שזכותו המשפטית נפגעה, זכאי לדרוש מהמפר להשיב את מצבו (של הנפגע) לקדמותו, קרי - לתקן את פגעי ההפרה ולהעמיד את הנפגע במקום שבו היה צפוי לעמוד אלמלא התרחשה ההפרה. עפ"י הפסיקה, לעיקרון זה תחולה נרחבת, והוא חולש על כל תחומי המשפט הפרטי, מעבר לדיני החוזים ודיני הנזיקין.<sup>9</sup>

בפרשת **אניסימוב**<sup>10</sup> קבע השופט ברק כי **"המבחן לקביעת שיעור הפיצויים הוא באותו סכום, אשר במנחמים כספיים, יש בו כדי להעמיד את הנפגע, מבחינת הנזק שנגרם לו, באותו מצב בו היה נתון לו קיום החוזה, ולולא התרחשה ההפרה... זהו העיקרון הידוע של 'החזרת המצב לקדמותו', החל לא רק בדיני החוזים, אלא גם בדיני הנזיקין"**.

נמצאנו למדים איפוא כי ככלל, אין חוק התרופות מכיר אלא רק בפיצוי עבור הנזק שנגרם. אין הסעד הנקוב בו סעד עונשי, אלא הוא **סעד תרופתי** שכאמור, נועד להעמיד את הנפגע מהפרת החוזה במקום שבו לא הייתה הפרת החוזה כלפיו, בבחינת **השבת המצב לקדמותו**,<sup>11</sup> ומבחינה זו, הפיצויים לא נועדו להעשיר את הנפגע מההפרה. עיקרון זה מציב "גג עליון" שמעבר לו אין הנפגע זכאי לפיצויים, ובה במידה, נגזרת מעיקרון זה השאיפה להימנע מהעמדת הנפגע במצב שבו יזכה בפיצוי

<sup>6</sup> מאמרו של פרופ' קנת מן, **סנקציות אזרחיות עונשיות**, עיוני משפט טז, 243 (תשנ"א)

<sup>7</sup> מלשון הוראת סעיף 10 הנ"ל ניתן ללמוד כי הזכות לפיצויים אינה כפופה למבחן הצדק, אשר לו כפופים **אכיפת החוזה** (סעיף 4)3 (לחוק התרופות), או **ביטולו בשל הפרה לא יסודית** (סעיף 7) (ב) לחוק התרופות). הוראה דומה קיימת גם בסעיף 76 לפקודת הנזיקין הקובעת: **"פיצויים אפשר שיינתנו הם בלבד או בנוסף על ציווי או במקומו; אלא שאם (1) סבל התובע נזק, יינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושכא במישרין מעולת הנתבע"**.

<sup>8</sup> *Restitutio in intergrum* בלטינית, או בשמו האנגלי *Just Compensation Principle*

<sup>9</sup> ע"א 355/80, **אניסימוב נ' מלון טירת בת-שבע בע"מ**, פ"ד לה (2) 800; ע"פ 4466/98, **דבש נ' מ"י**, פ"ד נו (3) 73.

<sup>10</sup> ראה אזכורו בה"ש 9 לעיל

<sup>11</sup> יצוין כי למרות הקרבה הרעיונית בין העיקרון בדבר **"השבת המצב לקדמותו"** לבין תיאוריית **"הצדק המתקן"**, הפסיקה בישראל אינה מרבה לקשר ביניהם, וכפי שפירטנו בפרק הקודם, בתי המשפט מעניקים מעמד בכורה לשיקולים כלכליים על פני שיקולי צדק ומוסר, עליהם נשענת תיאוריית הצדק המתקן.

יתר. לפיכך אומץ בדיני הפיצויים העיקרון לפיו, ככלל, יש להימנע מפסיקת פיצויים שיהיה בהם כדי להעמיד את הנפגע במצב טוב מזה שבו היה אלמלא ההפרה, ובכך תגרום להתעשרותו בעקבותיה<sup>12</sup>.

כך או אחרת, מקומם של **הפיצויים העונשיים** נפקד מדברי החקיקה שעניינם פיצויים בשל הפרת חוזה, ואופיים של הפיצויים נותר להיות סעד תרופתי<sup>13</sup>. בדרך זו בחר המחוקק לתת תוקף רק לאותם פיצויים שזכרו בסעיף 10 לחוק התרופות ובסעיף 76 לפקודת הנוזקין, קרי – הפיצויים מתוחמים אך ורק לאותו נזק שיעלה בידי התובע להוכיח כי הוא תוצאה מסתברת של ההפרה ושהמפר ראה, או היה עליו, לראותו מראש, בעת כריתת החוזה. ואולם, כפי שנראה בהמשך הדברים, קביעה זו אינה נקייה מספקות.

לגישתם של **פרופ' ג' שלו** ושל **ד"ר י' אדר**<sup>14</sup>, חישוב הפיצויים באמצעות עיקרון-העל של השבת המצב לקדמותו משקף את הדרישה לקשר סיבתי עובדתי בין הנזק הנתבע ע"י הנפגע לבין ההפרה הנטענת על-ידו, והיא עולה בקנה אחד עם הוראתו של סעיף 10 לחוק התרופות לפיה, הנפגע זכאי לפיצויים **"בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה"**, ומכאן שאת שיעור הפיצויים יש לקבוע כסכום המשקף את **השווי הכלכלי** שהפרת החוזה נטלה מן הנפגע. באופן זה, ניתן לומר כי המפתח לקביעת שיעור הפיצויים טמון בהגדרה נכונה של נזקי הפרת החוזה: זוהו והוגדרו נזקי ההפרה, באה תרופת הפיצויים ומבקשת לסלקם באמצעות "שחזור" המסלול החוזי והשבת שווי המשקל החוזי על כנו, באמצעות תחליף כספי שקול. על רקע גישה זו ניתן להבין את גישתה העקבית של פרופ' ג' שלו השוללת את תורת הפיצויים העונשיים<sup>15</sup>.

#### **ד) פיצויים עונשיים בדיני הנוזקין:**

כדי לחדד את משמעות האמירה כי הפיצויים מהווים אך סעד תרופתי (Just Compensation), וכי משטר התרופות בדיני החוזים בדין הישראלי אינו מכיר, ככלל, בפסיקת פיצויים עונשיים, כאן המקום לבחון את מקומם של הפיצויים העונשיים בדיני הנוזקין, שהרי דיני הנוזקין ודיני החוזים נמנים שניהם על המשפט הפרטי, ובחינת הסוגיה, בהיבט הנוזקי שלה, תעניק לנו פרספקטיבה טובה יותר להבנת המצב הנוהג בדיני החוזים, ואת ההתפתחויות שחלו בסוגיה זו ברבות השנים<sup>16</sup>, אך טרם שנעמוד על גישת הדין בישראל, נקדים ונבחן את הסוגיה במשפט האנגלי.

#### **1ד) הפיצויים העונשיים בנוזקין במשפט האנגלי:**

עד לשנת 1964 הייתה מקובלת במשפט האנגלי הגישה שלפיה בכל מקרה שבו פעל המזיק ברשעות, בזדון ומתוך כוונה לפגוע בניזוק, יש מקום להטיל עליו פיצויים עונשיים, ובהתאמה, שללו בתי המשפט את האפשרות להטיל פיצויים עונשיים במקרה של התנהגות רשלנית בלבד, ופסיקת הפיצויים העונשיים נעשתה כמעט במרבית העילות הנוזקיות המוכרות.

ההכרה בפיצויים העונשיים עוררה ויכוח בין האסכולה שתמכה בפסיקת פיצויים כאלה בהתבסס על שיקולי ענישה, הרתעה וחינוך, לבין האסכולה שהתנגדה לרעיון זה בטענה המוכרת כי פסיקת פיצויים עונשיים יוצרת טשטוש הגבולות בין המשפט האזרחי לפלילי, וכי אין זה הוגן שהניזוק יתעשר על חשבון המזיק.

<sup>12</sup> דברי השופט בייסקי בע"א 5/87, **ליפשיץ נ' לוי**, פ"ד מב(2) 177: "ייעודם ומטרתם של דיני הנוזקין הוא להשיב את המצב של הניזוק לקדמותו... אין הפיצויים המשתלמים לניזוק מיועדים להעשירו, אלא רק להעמידו, קרוב ככל האפשר, במצב שהיה נתון בו אלמלא הנזק או לפניו".

<sup>13</sup> ראה: **פירוש לחוקי החוזים**, בעריכת טדסקי, א' ידן על חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, מהדורה שנייה, עמ' 96-95.

<sup>14</sup> בספרם **דיני חוזים – התרופות** (תשס"ט), עמ' 397.

<sup>15</sup> אם כי **ג' שלו** ו-**י' אדר** מסייגים את הקביעה כי עיקרון השבת המצב לקדמותו הוא חזות הכול, ולדעתם מטרת הפיצויים הנפסקים לנפגע היא לפצות אותו על אותם נזקים שניתן וראוי ליחסם למפר, והקשורים קשר סיבתי משפטי להפרת החוזה, ולא אחת יקרה שבמצב כזה לא יושב מצבו של הנפגע לקדמותו – שם. בעמ' 401.

<sup>16</sup> גם בדברי ההסבר להצעת חוק **דיני ממונות, התשע"א-2011**, הצעות הממשלה, 595 בעמ' 712 צוין כי 'הצעת חוק דיני ממונות תאחד את העקרונות של הסדרי התרופות בדיני החוזים ובדיני הנוזקין. אין הצדקה עניינית מספקת להתפתחות מנותקת של ההסדרים בשני התחומים".

בשנת 1964 ניתנה לבית הלורדים באנגליה ההזדמנות להכריע בין עמדות מנוגדות אלה בפס"ד *Rooks*<sup>17</sup>, והלורד Devlin צמצם את היקף תחולתם של הפיצויים העונשיים וקבע כי, ככלל, אין להכיר בפיצויים עונשיים בדיני הנוזיקין, אלא בשלושה מקרים בלבד: (א) כאשר המזיק הוא עובד מדינה הפועל בשירות לב ובזדון; (ב) כאשר התנהגות המזיק נעשתה כדי להביא לעצמו טובת הנאה חומרית, שאינה נשללת ממנו ע"י הטלת הפיצויים הרגילים; (ג) כאשר ישנה הסמכה מפורשת ע"י החוק להטיל פיצויים עונשיים. הלורד דבלין הוסיף וקבע כי גם בשלושה מקרים אלה, יש לשמור על מידתיות סבירה בפסיקת הפיצויים.

בשנת 2001 ניתן בבית הלורדים פס"ד בעניין *Kuddus*<sup>18</sup> ובו ניכרה מגמה אוהדת יותר כלפי הפיצויים העונשיים וחיזוק הלגיטימיות שלהם כסנקציה אזרחית-עונשית, לפחות במסגרת הקטגוריות שנקבעו בפרשת *Rooks*. בעקבות התפתחות זו, ניתן איפוא לסכם את עמדת המשפט האנגלי ולקבוע, כי בכל הנוגע לתחום הנוזיקי, הוא אימץ גישה משולבת השוללת מחד, ובאופן עקרוני, את תורת הפיצויים העונשיים, אך מאידך, הוא אוהד ומכיר בחריגים שבהם מותר להטילם.<sup>19+20</sup>

## 2ד) הפיצויים העונשיים בנוזיקין במשפט הישראלי:

כאמור לעיל, בכל הנוגע לדיני החוזים, חוק התרופות אינו מכיר בפיצויים החורגים מעבר למפורט בהוראותיו, וכך אין הוא מכיר בפיצויים עונשיים, ולמעט במקרים חריגים<sup>21</sup>, הקפיד בית המשפט העליון להימנע מפסיקתם. לא כך הוא המצב בדיני הנוזיקין, ועל אף נוסחו המפורש של סעיף 76 לפקודה לפיו "ינתנו פיצויים רק בשל אותו נזק שעלול לבוא באורח טבעי במהלכם הרגיל של הדברים ושלא במישרין מעולות הנתבע", במקרים בולטים של "עוולה עם כוונת זדון", לא היססו בתי המשפט לפסוק לניזוק גם פיצויים עונשיים.<sup>22</sup>

בשנת 2004 נעשה ניסיון לתקן את פקודת הנוזיקין ולהוסיף לה את סעיף 76א. לפיו יוסמך בית המשפט לפסוק לתובע פיצויים שלא יעלו על 100,000 ₪ "שאינם תלויים בנזק, אם מצא שהעוולה נעשתה בזדון, כשעיקר כוונתו של הנתבע הייתה פגיעה בתובע"<sup>23</sup>, אולם ניסיון זה לא התגבש לכלל חקיקה, ונוסחו של סעיף 76 המקורי נותר כשהיה. עם זאת, מעניין לציין כי בדברי ההסבר להצעת החוק הודגש הבסיס המוסרי שלה, והאפשרות להטיל סנקציה אזרחית על מעוול, תוך שימת דגש על הפן ההרתעתי, בנוסף לצורך להסדיר את המצב החוקי הקיים, שבו אין סמכות מפורשת בחוק לבית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים.

<sup>17</sup> Rooks v. Barnard [1964] A.C. 1129

<sup>18</sup> Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary, [2001] 2 W.L.R. 1789 (H.L.)

<sup>19</sup> בספרו של ד"ר י' אדר, התשלום העונשי כסנקציה בדיני חוזים, עמ' 36.

<sup>20</sup> תורת הפיצויים העונשיים נקלטה במשפט האמריקאי מהמשפט האנגלי, וכבר במאה ה-19 היא התבססה במרבית המדינות בארה"ב. כמו באנגליה, גם בארה"ב התעורר ויכוח נוקב בשאלת הלגיטימיות של הפיצויים העונשיים, אולם להבדיל מאנגליה, הביקורת שנמתחה לא מנעה מבתי המשפט האמריקאיים לפסוק פיצויים עונשיים, לרבות בעולות הרשלנות, אלא שהתפשטות השימוש בהם הביאה לביקורת נוקבת, ואף לרפורמה חקיקתית שהטילה מגבלות על פסיקת פיצויים עונשיים. דוגמה בולטת למגמה מרסנת זו נמצא בפרשת *BMW of North America v. Gore*, 517 U.S. 559, 1996, בבית המשפט העליון בשנת 1996 שדן בערעורה של חברת *BMW* אשר חויבה ע"י הערכאה הראשונה לשלם לתובע פיצוי עונשי בסך 4 מ' דולר, על אף שהנזק שנגרם לתובע לא עלה על 4,000 דולר בלבד, ובערכאה השנייה הופחת הפיצוי העונשי ל-2 מ' דולר בלבד. במקרה זה התובע גילה זמן קצר לאחר שרכש מכונית מדגם *BMW* חדשה שצבע המכונית ניזוק ותוקן טרם הרכישה. ביהמ"ש העליון דן ביחס שבין תורת הפיצויים העונשיים לבין התיקון ה-5 והתיקון ה-14 לחוקה האמריקאית בהם מעוגנת פסקת ההגבלה שתמנע פגיעה בהליך המשפטי ההוגן. ביהמ"ש העליון לא שלל עקרונית את פסיקת הפיצויים העונשיים, אולם כדי למנוע פגיעה בזכויות החוקתיות להליך הוגן של הנתבע, הוא קבע שלושה כללים שבהם תיבחן שאלת הפגיעה בהליך ההוגן: (א) היקף האחריות אותה יש לייחס להתנהגות הנתבע; (ב) היחס לפיצויים התרופתיים שנפסקו לתובע; (ג) השוואה בין הפיצויים העונשיים המוטלים לבין קנסות אזרחיים או פליליים המוטלים בחוק על התנהגות בלתי הולמת דומה. בסופו של דבר, הועמדו הפיצויים העונשיים על 2,000 דולר בלבד.

<sup>21</sup> ראה למשל בפס"ד *אתא נ' שורץ* ובפס"ד *הוועדה המקומית לתו"ב רעננה נ' יהודית הרוויץ* לעיל.

<sup>22</sup> כך למשל במקרה של תקיפה פראית ובזדון ללא התגררות מצד הניזוק בע"א 216/54, *שניידר נ' גליק*, פ"ד ט' 1331, וכן גם במקרה של הסגת גבול בזדון תוך זלזול גמור בזכויות שכנו בע"א 277/55, *רבינוביץ נ' סלע*, פ"ד י"ב 1261, אם כי השופט ברק בספרו *תורת הנוזיקין הכללית* בעמ' 583, מביע ספק בשאלת סמכות בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים. על עמדה זו חזר השופט ברק בע"א 4740/00, *אמר נ' יוסף* (פורסם בנבו), שם העלה ביקורת עקרונית לשימוש בתורת הפיצויים העונשיים.

<sup>23</sup> הי"ח 59, עמ' 38 של חברי הכנסת רשף חן ורוני בריזון.

על אף הניסיון הכושל להסדיר בפקודה את סמכותו של בית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים (פיצויים לדוגמה), לא מנע הדבר מבית המשפט להמשיך כמנהגו, מאז שנותיה הראשונות של המדינה, לעשות שימוש בתורת הפיצויים העונשיים במקרים שבהם הוכחה לפניו עוולת זדון וכוונה, בעיקר במסגרת עוולות של תקיפה והסגת גבול<sup>24</sup>.

בשנות ה-70, בעקבות הלכת<sup>25</sup> *Rooks* שנפסקה באנגליה, בחן בית המשפט העליון בישראל מחדש את סמכותו לפסוק תשלומים עונשיים<sup>26</sup>, אך הוא שב ואישר את ההלכה הקיימת לפיה הדין בישראל אינו כבול להלכה האנגלית המצמצמת ולא הלך בעקבותיה, ואכן תורת הפיצויים העונשיים המשיכה להתבסס בדיני הנזיקין, ואף התרחבה לתביעות דיבה<sup>27</sup> ולעילות נזיקין אחרות<sup>28</sup>, הגם שראוי לציין כי נטיית בית המשפט העליון היא להמעט בשימוש בפסיקת פיצויים עונשיים ובהיקף הסכומים הנפסקים.

בשני פסקי דין בולטים נדונה בפסיקה תורת הפיצויים העונשיים בנזיקין, ויש בהם כדי להשליך על עמדת בית המשפט העליון, בכל הקשור בסוגיה הנדונה, במצב השורר כיום:

(א) בפרשת **אטינגר**<sup>29</sup> נדונה תביעת פיצויים של עיזבון נער שנפטר כתוצאה מנפילה לבור פתוח ברובע היהודי בירושלים, בעילה של אי-גיודור לבטח כנדרש. נפסק כי החברה הנתבעת אשמה בעוולת רשלנות חמורה. השופט עדיאל בבית המשפט המחוזי בירושלים סבר כי לפתחה של הנתבעת רובצים מחדלים חמורים ביותר, ויחד עם זאת, הדגיש כי יש המטילים ספק בדבר עצם הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים, אלא רק בגין עוולות המצריכות כוונה או זדון. בבית המשפט העליון, השופט ריבלין סקר בהרחבה את שאלת הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים, מבלי שהכריע בה, וערך משפט משווה, תוך ציון העובדה כי ישנן שיטות משפט בהן ניתן לפסוק פיצויים עונשיים. בסיכומו של דבר, ציין השופט ריבלין כי **'נראה שאף אם נתונה לבתי המשפט בשיטתנו סמכות לפסוק פיצויים עונשיים – ואין אנו נדרשים להכריע בסוגיה זו – הרי שלא נתקיים במקרה זה טעם מספיק להתערבות בהחלטת בית המשפט המחוזי, שלא לפסוק לטובת המערערים פיצויים עונשיים'**.

(ב) בפרשת **מרציאנו**<sup>30</sup> נדונה תביעת עיזבון אישה שנפטרה מסרטן לאחר שהתגלה בגופה מאוחר מדי, ונפסק כי הרופאים התרשלו בטיפולם במנוחה. בית המשפט המחוזי דחה את תביעת העיזבון לפסיקת פיצויים עונשיים, ובערער שהוגש לבית המשפט עליון, השופט רובינשטיין מאזכר, בהסכמה, את פסה"ד בפרשת **אטינגר**, תוך שהוא מפרט כי הרציונל בפיצויים עונשיים הוא של עונש והרתעה, דבר לא פשוט במשפט האזרחי, אך מוצדק במקרים חמורים ומעוררי סלידה, ובפרט כאשר יש בהם כוונה, אך כיון שבפרשה זו דובר רק בהתרשלות, אין מקום לפסוק פיצויים עונשיים<sup>31</sup>.

24 ראה פסקי הדין שאזכרו בה"ש 21 לעיל.

25 ראה אזכורו בה"ש 17 לעיל.

26 בפס"ד בע"א 30/72, **פרידמן נ' סגל**, פ"ד כז(2) 225.

27 ע"א 670/79, **הוצאת עיתון הארץ בע"מ נ' בצלאל מזרחי**, פ"ד מא(2) 169.

28 ע"א 918/91, **נחשון נ' יוסף**, תק-על 1242 (1)91; ת"א (חיפה) 460/70, **לביא נ' מגן**, פ"מ תשל"ד (2) 263 [עוולת גרם הפרת חוזה]; ע"א (בי"ש) 278/95, **א' נ' שבע באר-שבע בע"מ**, תק-מח 3(96) 1224 [פגיעה בפרטיות] ועוד. אם כי ראוי להזכיר את פסק-דינו של השופט ברק בע"א 4740/00, **אמר נ' יוסף**, תק-על 2001(3) 489 בו הועלתה התנגדות מצידו לשימוש הנעשה בתורת הפיצויים העונשיים, והצביע על הקשיים המהותיים אותם היא מעוררת.

29 ע"א 140/00, **עיזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל ואח' נ' החברה לשיקום הרובע היהודי ואח'** – פורסם בנבו. יש אומרים כי הוא מהווה את פסק דין הדגל בפסיקת פיצויים עונשיים בתחום הנזיקי, והוא מהווה את האסמכתא לקביעה כי לבתי המשפט בישראל הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים.

30 ע"א 9656/03, **עיזבון המנוחה ברטה מרציאנו ז"ל ואח' נ' ד"ר ירום זינגר ואח'** – פורסם בנבו.

31 יוער כי במקרה זה בית המשפט העליון הדגיש ביתר שאת את היסוד הנפשי בפסיקת פיצויים עונשיים. היסודות של 'זדון' או 'כוונה' הם הנתונים את הלגיטימציה לבית המשפט לחרוג מהיסוד התרופתי של הפיצוי הנזיקי ולהחיל אלמנט עונשי גם במשפט אזרחי. לפיכך השופט רובינשטיין נמנע מלפסוק פיצויים עונשיים בעוולת רשלנות, אף אם הייתה רשלנות חמורה במקרה זה. לעומת פסיקתו המתלבטת של בית המשפט העליון בפסיקת פיצויים עונשיים בתביעות נזיקין, הערכאות הנמוכות יותר לא היססו לפסוק פיצויים עונשיים במקרים ראוים. כך למשל בע"א (ת"א) 1059/94, **ג'אבר נ' ג'אבר** (פורסם בנבו), שם נדונה תביעת נזיקין בעילה של הפרת חובה חקוקה של גבר שגירש את אשתו בעל כורחה ובניגוד לחוק העונשין, ונפסקו לחובתו פיצויים עונשיים בסך 84,000 ש"ח, וכן גם בת"א (בי"ש) 930/89, **מנור נ' סנוול ישראל בע"מ** (פורסם בנבו), שם נדונה תביעת נזיקין בעילה של גזל, הריסת עמודי תאורה סולריים וגניבת ציוד, ונפסקו לחובת הנתבעת פיצויים עונשיים בסך 100,000 ש"ח, ובמקרים רבים נוספים.

ניתן איפוא לסכם ולומר כי ככלל, בשיטות המשפט שינקו מהמשפט האנגלי, לרבות ישראל, לא קיימת שלילה גורפת של פיצויים עונשיים במקרים ראויים בנזיקין, ויש מקום לקבוע כי הדין בישראל צועד בעקבות הדין האנגלי ומכיר בפסיקת פיצויים עונשיים בנזיקין, בכפוף למגבלות שהותוו בפסיקה.

#### ה) פיצויים עונשיים בדיני החוזים:

לאור הסקירה בפרק הקודם, בדבר מעמדה של תורת הפיצויים העונשיים בדיני הנזיקין, וההכרה, הלכה למעשה, בפיצויים העונשיים בעילות נזיקיות (אם גם על דרך הריסון והצמצום), נבחן להלן את מעמדה של תורה זו בדיני החוזים, תוך העמדה במבחן של עיקרון-העל בדיני התרופות, הקובע כי הפיצויים נועדו לשם השבת מצבו של הנפגע לקדמותו. בפרק זה נבחן את גבולותיו של כלל זה, ואת מידת תקפותו במצבים משתנים ובסוגיות השונות בדיני החוזים, תוך בחינת התפתחות הפסיקה באנגליה ובישראל בסוגיה זו לאורך השנים, ועד ימנו אלה.

כבר עתה נקדים ונציין, כי אין לראות בקביעה, שהפיצויים נועדו אך להשיב את המצב לקדמותו, חזות הכול, וכפי שנראה בהמשך הדברים, גם אם בתי המשפט לא "קראו לילד בשמו" ולא כינו את הפיצויים שנפסקו על-ידם, תוך חריגה ממסגרת הסעד התרופתי הקלאסי, בשם המפורש "פיצויים עונשיים", הרי שבפועל קיימים מספר תחומי משנה חוזיים, בהם הכירו בתי המשפט בפיצויים כאלה, שזכו בפי השופטים לשמות שונים ותחת קטגוריות משפטיות שונות.

אך בטרם נצעד במתווה שהתוונו לעיל, מן הראוי לבחון תחילה את עמדת הדין האנגלי, כדי שנוכל ללמוד ממנו על שורשי ההלכה בישראל, ועל התפתחותה מימי ראשית שנות המדינה ועד היום.

#### 1ה) עמדת המשפט האנגלי<sup>32</sup>:

בעוד שבדיני הנזיקין נוקט המשפט האנגלי המקובל עמדה עקרונית אוהדת לפסיקת פיצויים עונשיים, הרי שבכל הקשור בדיני החוזים, הוא נוקט עמדה בלתי מתפשרת ודוחה כל אפשרות להחזיר את הפיצויים העונשיים לשדה החוזי. תפיסתו של המשפט האנגלי מקדמת דנא הייתה כי סנקציות עונשיות - מקומן לא יכירן בדיני החוזים, והלכה זו השתרשה בפסיקה מפורשת של בית הלורדים בתחילת המאה ה-20 בפס"ד *Addis v. Gramophone Co. Ltd.*<sup>33</sup>:

בפרשת *Addis* הנ"ל נדונה תביעתו של תובע אשר פוטר ע"י מעסיקתו מתפקיד חשוב אותו מילא בשירותי הדואר בהודו (בתקופת השלטון הבריטי בהודו), שלא כדין ובנסיבות משפילות, שהעיבו לטענתו על סיכוייו למצוא עבודה חדשה בעתיד. בית הלורדים, מפי הלורד *Loreburn*, פסק כי התובע מוגבל בקבלת פיצויים כדי הסכום השווה למשכורתו, במכפלת תקופת ההודעה המוקדמת לה היה זכאי, ודחה את שאר מרכיבי התביעה לקבלת פיצויים בגין דרך פיטוריו, הפגיעה ברגשותיו או סיכוייו של התובע למצוא עבודה חלופית<sup>34</sup>.

פסק הדין בפרשת *Addis* עסק אמנם ביחסי עובד-מעביד, אולם הוא סימן את הנתיב לפסקי דין מאוחרים שבאו בעקבותיו, כגון בפס"ד *Perera v. Vandiyar*<sup>35</sup>, שהבהיר כי האיסור לפסוק פיצויים עונשיים מעבר לסעד התרופתי, משתרע על כל הפרת חוזה באשר היא, ולא דווקא על חוזה עבודה (כמו שהיה בפרשת *Addis*). בעניין *Perera* הדגיש בית המשפט לערעורים כי מעשיו הזדוניים של מפר החוזה – מחפירים ככל שיהיו – אינם יכולים לשמש בסיס לפסיקת פיצויים עונשיים, אם מעשיו אינם (גם) בגדר עוולה נזיקית.

<sup>32</sup> לצורך הכנת הסקירה בפרק זה נעזרנו בספרם של *Law of Contract, Cheshire, Fifoot & Furmston*, מהדורה 16 בהוצאת אוניברסיטת אוקספורד אנגליה, וכן גם בספרו של די"ר י' אדר *התשלום העונשי כסנקציה בדיני חוזים*.

<sup>33</sup> *Addis v. Gramophone Company Ltd.* [1909] A.C. 488 (H.L.)

<sup>34</sup> בספר של *Cheshire*, בעמ' 771.

<sup>35</sup> *Perera v. Vandiyar* [1953] W.L.R.672

בשנת 1995 נשמעה התבטאותו החד-משמעית של בית הלורדים בסוגיה זו, במקרה של הפרת חוזה ברורה, בפרשת *Ruxley Electronics v. Forsyth*<sup>36</sup>. במקרה זה התחייב הנתבע לבנות עבור התובע (*Forsyth*) בריכת שחייה במידות מסוימות, כדי שזה יוכל לצלול אל מי הבריכה. לאחר הביצוע התברר כי הנתבע בנה את הבריכה במידות עומק קטנות מאלו שנקבעו בתנאי החוזה, ובערכאה הדיונית קבע השופט כי אין מניעה לצלול בבריכה גם במידות החדשות והקטנות מאלה שהוסכמו בחוזה, ופסק לתובע פיצויים בסך 2,500 ל"ש, המהווה את ההפרש הכספי שבין מידות הבריכות החוזיות לבין אלו שנבנו בפועל, תוך שהוא מדגיש כי אין זה סביר לפסוק לתובע פיצויים בסכום שיספיק להרוס את הבריכה ולבנותה מחדש, כדרישת התובע. בית המשפט לערעורים ביטל את פסק הדין של הערכאה הדיונית וזיכה את התובע במלוא השווי הכספי של בניית הבריכה מחדש, ואולם בית הלורדים, בהחלטה פה אחד, ביטל את פסק הדין של ערכאת הערעור והחזיר על כנו את פסק הדין של הערכאה הדיונית, תוך הדגשה כי **אין להעניש את הנתבע בפסיקת פיצויים החורגים מהסעד התרופתי**, ומוטב להביא כאן את דברי הלורד Mustill במקורם, כדי שלא לחטוא לרוחם ולמידת תקפותם<sup>37</sup>:

*"... damages for breach of contract must reflect... the loss which the claimant sustained... There is no question of punishing the contract-breaker".*

בספרם *Law of Contract* מנתחים המחברים *Cheshire, Fifoot & Furmston* את תוצאות פסק הדין בפרשת *Ruxley* וקובעים כי פסיקת בית הלורדים עולה בקנה אחד עם עמדת המשפט האנגלי, השוללת פיצויים עונשיים בתחום החוזי. לדברי הלורד Mustill לא קיימות שתי דרכים לכמת את הנזק, אלא דרך אחת בלבד הבורחנת **מהו הנזק האמיתי שסבל הנפגע מהפרת החוזה**. הדבר נכון במיוחד במקרים כגון זה שנדון בפסי"ד *Ruxley*, שבו הנפגע קיבל אמנם תוצאה פחותה מזו המובטחת בחוזה, אך עדיין ניתנת לשימוש בקירוב. לדעת המחברים, עמדת בית הלורדים משקפת תחושה עמוקה שאם התובע (*Forsyth*) היה מקבל את מלוא הפיצוי אותו דרש (21,000 ל"ש), אך היה משאיר ברשותו את הבריכה במתכונת שבה היא נבנתה מבלי לבנותה מחדש, היה הוא מקבל פיצוי יתר, באופן שהנתבע היה נענש בתשלום פיצויים עונשיים<sup>38</sup>:

*"The decision of the House of Lords reflects a strong intuitive feeling that if Mr. Forsyth had received 21,000 pounds and kept the pool as it was, he would have been overcompensated".*

כפועל יוצא מגישת הדין האנגלי השוללת פיצויים עונשיים בחוזים, לא אחת עסקה הפסיקה באנגליה בשאלת סיווגם של "**הפיצויים המוסכמים**" הנקובים בחוזים מסחריים: האם יש לראותם כפיצויים מוסכמים, עליהם רשאים הצדדים להסכים במלאכת עיצוב החוזה ביניהם, או שמא יש להתייחס אליהם כאל פיצויים עונשיים, שאז אין לתת להם תוקף. מטבע הדברים, היו אלה הנתבעים שעשו שימוש נרחב בטענת ההגנה שגרסה כי הפיצויים המוסכמים מהווים, הלכה למעשה, פיצויים עונשיים, וכאמור, בתי המשפט באנגליה עסקו רבות בשאלה זו.

כאמור, הצדדים לחוזה רשאים להסכים ביניהם במעמד כריתת החוזה, מהו הסכום שישולם לנפגע בתור פיצויים במקרה של הפרת החוזה, כמו למשל במקרה שקבלן הסכים להתחייב לשלם 50 ל"ש עבור כל יום איחור בהשלמת הבנייה. הדין האנגלי מסווג התחייבות כזו באחת משתי הקטגוריות האפשריות הבאות:

- (א) פיצוי כזה יכול להיחשב כהערכה סבירה ומסתברת של הנזק שייגרם לנפגע במקרה של הפרת החוזה, ובמקרה זה יש להתייחס אליו כאל סכום הפיצוי שישולם להטבת נזקי הנפגע ("No more and no less"), בלי צורך להוכיח את נזקיו, בבחינת פיצוי מוסכם.
- (ב) פיצוי כזה יכול להיחשב, מאידך, כבעל **אופי הרתעתי** כלפי הצד המתחייב, ומהווה סוג של בטוחה לקיום ההתחייבות. פיצוי מסוג כזה הינו בעל אופי עונשי, וצד לחוזה אשר יעמוד על

*Ruxley Electronics v. Forsyth* [1995] 3 All E.R. 268

בספר של Cheshire, בעמ' 773.

שם. בעמ' 774.

36

37

38



פסיקת פיצוי כזה ייחשב כמי שנוהג בחוסר סבירות, בהעדר יחסיות סבירה בין הפיצוי הנקוב בחוזה לבין הנזק שנוצר. במקרה כזה יכול הנפגע מהפרת החוזה לקבל אך פיצוי על הנזק שנגרם לו למעשה ולא יהיה זכאי לקבל את מלוא הפיצוי העונשי הנקוב בחוזה.

שאלת סיווגם של הפיצויים, כמוסכמים או כעונשיים, נעשית בהתאם לנסיבות המסוימות של המקרה הנדון, בשים לב לכוונת הצדדים במועד כריתת החוזה, והנטל להוכיח כי הפיצוי הנקוב בחוזה מהווה פיצוי עונשי - מוטל מטבע הדברים על הטוען טענה זו.

בפרשת *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.*<sup>39</sup>, נקבעו ע"י הלורד Dunedin ארבעה כללי זהב להבחנה בין פיצוי מוסכם לגיטימי לבין פיצוי עונשי פסול<sup>40</sup>:

- (1) הסכום הנקוב בחוזה יהווה פיצוי עונשי, אם הוא חורג באופן קיצוני מהנזק המירבי העלול להיגרם כתוצאה מהפרת החוזה;
- (2) אם הוסכם בין הצדדים כי התמורה החוזית הנקובה בחוזה תגדל באופן משמעותי במקרה של הפרת החוזה, ובמקרה זה הסכום העודף ייחשב לפיצוי עונשי;
- (3) אם הפיצוי הנקוב בחוזה מורכב משני סכומים, כגון במקרה שבו ישולם פיצוי "מוסכם" של 100 ל"ש בהתרחש הפרת החוזה, וסכום נוסף של 5 ל"ש עבור כל 7 ימים נוספים שבהם המפר ממשיך בהפרת החוזה. במקרה כזה הסכום הנוסף ייחשב לפיצוי עונשי;
- (4) במקרה שנקבע סכום פיצוי בר-תשלום בהתרחש מספר אירועים מפרים, חלקם אירועים משמעותיים וחלקם זניחים, חזקה שהפיצוי הנקוב בחוזה מהווה פיצוי עונשי. מאידך, חזקה זו נחלשת מקום בו לא ניתן לכמת את הנזק המתייחס לכל אחת מההפרות, ובמקרה כזה הסכום שנקבע ע"י הצדדים, אם הוא סביר בנסיבות העניין, ייחשב כפיצוי מוסכם;

בפרשת *Dunlop* הנ"ל סיפקה חב' *Dunlop* לנתבע צמיגים במסגרת הסכם בו התחייב הנתבע לא לעשות שימוש אסור בסימן המסחרי של התובעת, לא למכור מתחת למחירון המוכתב ע"י התובעת, לא לספק צמיגים למי שכלול ברשימת הספקים המושעים שלה, לא לערוך תצוגות של מוצריה ולא לייצא אותן – הכול בלי הסכמתה המוקדמת בכתב, ובמקרה של הפרת אחת או יותר מההתחייבויות הנ"ל, תשלם הנתבעת פיצוי בסך 5 ל"ש כפיצוי מוסכם עבור כל פריט שיהיה כלול בהפרה. בערכאה הדיונית נפסק כי הפיצוי הנ"ל מהווה "פיצוי מוסכם", ואולם בית המשפט לערעורים הפך את פסק הדין קמא וקבע כי הפיצוי מהווה פיצוי עונשי.

בפרשת *Ford Motor Co. v. Armstrong*<sup>41</sup> נדון מקרה דומה בו התחייב זכייין של חב' *Ford* שלא למכור מכוניות או חלפים של החברה מתחת למחירון המוכתב שלה, ולא למכור מכוניות או חלפים לדילרים אחרים ללא רשותה, ובמקרה של כל הפרה הוא יחויב בתשלום "פיצוי מוסכם" בגובה 250 ל"ש. נפסק כי הפיצוי מהווה פיצוי עונשי, בשל כך שהפיצוי נועד להשתלם במספר הפרות שונות, באופן כולל, בלתי סביר ומסתבר מההפרה ומהנזק שניתן היה לצפותו, בניגוד לכלל הרביעי של הלורד Dunedin בפס"ד *Dunlop* לעיל<sup>42</sup>.

סקירת סוגיית הפיצויים העונשיים במשפט האנגלי בפרק זה והפסיקה שפורטה בו, מלמדת כי הדין האנגלי הקים חומה בצורה סביב דיני החוזים, והוא נוקט עמדה בלתי מתפשרת המונעת באופן עקבי החדרה והכרה בסנקציות עונשיות בדיני החוזים<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> *Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd.* [1915] 1 AC 79

<sup>40</sup> בספר של Cheshire, בעמ' 786-787.

<sup>41</sup> *Ford Motor Co. v. Armstrong* [1915] 31 TLR 267

<sup>42</sup> פסיקה דומה חזרה על עצמה בפסקי דין מאוחרים יותר של בית הלורדים באנגליה. ראה למשל בפסק-דין *Bridge v.*

*Financing Ltd v. Baldock* [1963] 2 QB 104, [1963]; *Campbell Discount Co. Ltd.*, [1962] AC 600, [1962] 1 All ER 385

*Jobson v. Johnson* [1989] 1 All ER 621, [1989] 1 WLR 1026; 1 All ER 443

<sup>43</sup> בהשפעת המשפט האנגלי, השתרש במשפט האמריקאי העיקרון שלפיו בדיני החוזים, להבדיל מדיני הנזיקין, אין מקום להתחשב באשמת המפר ובמניעי ההפרה בעת קביעת היקף הסעד הכספי בגין הפרת החוזה. הפסיקה האמריקאית עשתה שימוש נרחב בעיקרון זה, עד כי הוא עוגן באופן מפורש בריסטייטמנט על חוזים (סעיף 342 בריסטייטמנט הראשון קבע נחרצות: *Punitive damages are not recoverable for a breach of contract*).

## 2ה) עמדת המשפט הישראלי:

כפי שהבהרנו בפרק ג' לעיל, עמדתו המוצהרת של המחוקק הישראלי מכירה אך בפיצוי עבור הנזק שנגרם, וסעיף 10 לחוק התרופות מאמץ את העיקרון היסודי בדיני התרופות של "השבת המצב לקדמותו". אדם שנפגע מהפרת חוזה, זכאי לדרוש מהמפר אך להשיב את מצבו לקדמותו ואין הוא זכאי לדרוש ממנו פיצוי עונשי על עצם גרימת הנזק. כפי שהראינו לעיל, לעיקרון זה תחולה נרחבת, והוא חולש על כל תחומי המשפט הפרטי, אולם כפי שנראה בהמשך הדברים, קביעה זו אינה חזות הכול ואין היא נקייה מספקות, אך עדיין שומה עלינו לבדוק תחילה את פשר שתיקתו של המחוקק בחוק התרופות בסוגיית הפיצויים העונשיים.

### שתיקת המחוקק בחוק התרופות בשאלת הפיצויים העונשיים – הסדר שלילי או לאקונה?

בנושא זה, ראוי להפנות למחלוקת מלומדים בשאלה: האם שתיקת המחוקק בחוק התרופות בסוגיית הפיצויים העונשיים מהווה הסדר שלילי או שמא היא מהווה לאקונה מצד המחוקק? בקצה האחד בולטת גישתם של השופט ברק<sup>44</sup> ושל פרופ' ג' שלו<sup>45</sup>, המביעים דעה נחרצת לפיה אין לבתי המשפט בישראל סמכות לפסוק פיצויים עונשיים. בהיות מטרת הפיצויים לפצות את הנפגע ולא ענישת המפר, ובהינתן כי חוק התרופות מציב תפיסה עקרונית של אחריות חמורה ומוחלטת, נטולת אלמנטים אתיים-מוסריים, ממילא מובן על שום מה אין זכר בחוק התרופות, והפסיקה בעקבותיו, לפיצויים עונשיים. בדעה דומה, אם כי פחות נחרצת, מחזיקים גם פרופ' פרידמן ו-כהן בספרם<sup>46</sup>, שהסתפקו באמירה לפיה "חוק התרופות אינו מאזכר אפשרות זו (של הטלת פיצויים עונשיים) והדעה המקובלת היא שאין לפסוק פיצויים עונשיים בשל הפרת חוזה".

מנגד, ד"ר י' אדר בספרו<sup>47</sup> סבור כי קיימים מספר נימוקים כבדי משקל, שיש בהם להצדיק את הדעה שחוק התרופות אינו נוקט בהסדר שלילי, כי אם בְּחֶסֶר (לאקונה), אותו יש למלא:

(א) בדברי ההסבר לחוק התרופות<sup>48</sup>, לא נדונה כלל שאלת הפיצויים העונשיים ויש בעובדה זו כדי ללמד כי לא הסדר שלילי יש בפנינו, אלא חֶסֶר בחקיקה הטעון השלמה;

(ב) גם בתחום דיני הנזיקין לא זכו הפיצויים העונשיים לעיגון בפקודה, אך הדבר לא מנע מבית המשפט העליון להכיר בהם כחלק מהמשפט הנוהג, ואם כך מדוע יישלל ממנו כוחו לעשות כן גם בתחום החוזי?

בריטיטימנט השני בשנת 1981 נוסח הסעיף מחדש (345), ופורטו בו 6 תרופות שיפוטיות שניתן לפסוק בגין הפרת חוזה, אולם פיצויים עונשיים לא נמנו עליהן. אולם, בהבדל מהמשפט האנגלי, שקפא על שמריו בכל הקשור בהפעלת העיקרון האוסר פסיקת פיצויים עונשיים בגין הפרת חוזה, למעט בשלושה חריגים (הפרת הבטחת נישואין, סירוב בנק לכבד המחאת לקוח, הפרת התחייבות שמקורה בשטר חוב), הלך המשפט האמריקאי כברת דרך ארוכה בהפעילו טכניקות חדשות, שפיתחו חריגים נוספים (העוולה העצמאית, השירות הציבורי, מרמה, יחסי האמון ותום הלב), אשר באופן מעשי פערו סדקים נרחבים בעיקרון האוסר פסיקת פיצויים עונשיים, והותירו בידי בתי המשפט כר פעולה נרחב לאקטיביזם שיפוטי בנושא זה. באופן כללי ניתן להצביע על שתי גישות מנוגדות במשפט האמריקאי ביחס לסוגיה הנדונה: האחת, היא "הגישה הנזיקית", השוללת עקרונית את הפעלת תורת הפיצויים העונשיים בתחום החוזים בהעדר עוולה נזיקית, היכולה לשמש עוגן לפסיקת הפיצויים העונשיים; השנייה, היא "הגישה האזרחית", הרואה בפיצויים העונשיים תרופה שיפוטית לגיטימית בתחום החוזי והנזיקי כאחד, ללא הבחנה ביניהן. בעוד במישור הפורמאלי הגישה השלטת היא "הגישה הנזיקית" השוללת, הרי שבפועל הפסיקה במרבית מדינות ארה"ב היא גישה אקטיביסטית וליברלית, שפירושה המעשי הוא הכרה בתורת הפיצויים העונשיים והתקרבות לגישה האזרחית האוהדת. הרחבת קשת החריגים במשפט האמריקאי שינו לבלי הכר את המצב המשפטי במרבית מדינות ארה"ב, וגם אם להלכה, ובאופן הצהרתי, ממשיך המשפט האמריקאי לדבוק בעמדתו המסורתית של המשפט האנגלי, ולשלול פסיקת פיצויים עונשיים בתחום החוזי, הרי שלמעשה, ניכרת מגמה ברורה של אימוץ הפיצויים העונשיים כסנקציה לגיטימית בדיני החוזים (ראה גם בעניין *BMW of North America v. Gore* הנזכר בה"ש 20 לעיל, והגם שהוא סווג בפרק הנזיקי, על בסיס עילה נזיקית, הרי שביסודו של דבר נפסקו שם פיצויים עונשיים גם בעילה חוזית הנובעת מהסכם מכר של מכונית).

44 בספרו "תורת הנזיקין הכללית", בעריכת טדסקי, מהדורה שנייה מורחבת, עמ' 584-583

45 בספרה "דיני חוזים" מהדורה שנייה, עמ' 576

46 ד' פרידמן, נ' כהן, חוזים (ירושלים) תשנ"ג, 635

47 "התשלום העונשי כסנקציה בדיני חוזים", חיבור לקבלת תואר דוקטור למשפטים באוניברסיטה העברית, עמ' 93.

48 הי"ח 857, תשכ"ט, 396-400

ג) כפי שנראה להלן, גם בדיני החוזים פיתח בית המשפט העליון מספר לא מבוטל של סנקציות בעלות רציונל עונשי, שזכרן לא בא בחוק התרופות, כגון "תורת האשם התורם", או "הוצאות לדוגמא", ומכאן שגם בית המשפט העליון אינו רואה בשתיקת המחוקק בחוק התרופות משום הסדר שלילי, שיש בו כדי למנוע כליל הכרה בתרופות או בסנקציות חדשות, ובכללם גם הפיצויים העונשיים.

בכל הכבוד, אנו מצרפים את דעתנו לזו של ד"ר אדר, לפיה חוק התרופות אינו נוקט בהסדר שלילי בשאלת הפיצויים העונשיים, וכל שיש בו הוא **הסדר הטעון השלמה**. לעניות דעתנו, המחוקק אינו נוקט בגישה עקרונית האוסרת באופן גורף לפסוק פיצויים עונשיים בתחום החוזי, וראיה לכך ניתן למצוא בעובדה כי במשך 30 השנים האחרונות, נחקקו לא מעט חוקים בדיני החיובים, הכוללים הוראות חוק מפורשות המסמיכות את בתי המשפט לפסוק "פיצויים לדוגמה"<sup>49</sup> לחובת אדם המפר חוזה או חיוב, ויש בכך כדי ללמד על רצון המחוקק לעשות שימוש בסנקציה זו במקרים ראויים, ואף לראות בכך משום חיזוק לעמדתו של ד"ר אדר לפיה, אין מדובר בהסדר שלילי מצד המחוקק כי אם בלקונה הטעונה השלמה חקיקתית או שיפוטית.

נימוק חשוב נוסף לתמיכה בעמדתנו זו נמצא בדברי החסבר להצעת חוק דיני ממונות<sup>50</sup>, בה צוין כי **"עקודת המוצא באיסוף פרקי החקיקה הקיימים והאחדתם בדבר חקיקה אחד הייתה הדין הקיים, תוך תיקון החסרונות שנמצאו בו... בדומה, תוקנו הוראות הפיצויים שטרם הוסדרו בצורה מפורטת בחקיקה (סעיפים 454 עד 492 המוצעים)"**. בהצעת החוק הנ"ל נכלל סעיף 461 שכותרתו היא "פיצויים לדוגמה" והוא קובע בזו הלשון: **"בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים לדוגמה שאינם תלויים בנוק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון"**. דומה שלאור דברי החסבר הכלולים בהצעת החוק, ולאור נוסחו המוצע של סעיף 461 להצעה, אין עוד ספק כי המחוקק מבקש למלא את הסדר בדין הקיים ולהסדיר בעתיד בחוק את סוגיית הפיצויים העונשיים.

בין אם מדובר בהסדר שלילי, ובין אם מדובר בהסדר הטעון השלמה, נמצא כי סוגיית הפיצויים העונשיים טרם זכתה לעיגון חוקי, וכפי שנראה בהמשך הדברים, עמדתו של בית המשפט העליון נותרה מתלבטת בסוגיה זו עד היום, וטרם נקבע בה תקדים מפורש.

כפי שצוין לא אחת בפרקים הקודמים, עמדת המשפט הישראלי בכל הקשור בתורת הפיצויים העונשיים נעה כמטוטלת בין שני קצוות: בקצה האחד, על אף החסר הקיים בחוק התרופות, ניכר כי המשפט הישראלי מאמץ באופן עקרוני את גישת המשפט האנגלי, השוללת פסיקת פיצויים עונשיים בתחום החוזי, והוא דוגל בעיקרון-העל של **"השבת המצב לקדמותו"** בלבד, אם כי מתוך אמרות אגב רבות של בתי המשפט, ניתן להבחין בסימנים ברורים שאין מדובר באיסור גורף והחלטי, אולם בקצה השני, בצד ההתפתחות עליה נצביע בהמשך, ניצב זקוף כסלע איתן **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, האוסר לפגוע בכבוד האדם ובזכות הקניין שלו, ומצב זה יוצר מתח מובנה בין הנכונות לפסוק פיצויים עונשיים במקרים המתאימים בגין התנהגות מחפירה של נתבע וחיובו בפיצויים עונשיים, לבין זכותו החוקתית (של הנתבע) שלא להיפגע בכבודו, בזכות הקניין שלו ובנכסיו ע"י השתת חיוב כספי-עונשי עליו, הנעדר מקור חוקי מפורש.

משהצבנו את המשוואה לעיל, נבחן להלן את מרכיביה, קרי – את עמדת המחוקק כפי שהיא משתקפת בדברי חקיקה שונים בתחום דיני החיובים, ואת הפסיקה שפיתחה טכניקות שונות להחדרת הפיצויים העונשיים לתחום החוזי-הפרטי, הגם שבתי המשפט לא קראו לתוצאה העונשית אליה הגיעו בשם המפורש שלה. מנגד, נבחן את המשקולת הכבדה הקשורה לרגלי תורת הפיצויים העונשיים, בדמותו של **חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו**, שיש בה כדי להעיב על המשך הפיתוח השיפוטי של תורת הפיצויים העונשיים במצב הנוכחי, וכל עוד לא יסדיר המחוקק סוגיה זו באופן מפורש, ובכפוף לפסקת ההגבלה שבחוק היסוד.

49 למשל סעיף 31א. לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, וכן - סעיף 28א. לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981.

50 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, הצעות חוק הממשלה מס' 595, עמ' 712

**דברי חקיקה בדיני חוזים המכירים בפיצויים עונשיים:**

(א) **חוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981** קובע בסעיף 28א. שבו, כי בגין הפרת חיובו של מבטח לשלם למבוטח תגמולי ביטוח בהעדר מחלוקת בתום לב, רשאי בית המשפט לחייב את המבטח **בריבית מיוחדת**, שתתווסף על תגמולי הביטוח ועל הריבית הרגילה הקבועה בסעיף 28(א) לחוק. באופן זה עלול המבטח לחוב בריבית מיוחדת, בשיעור שגיע עד פי 3 מהריבית שלפי חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961. אין ספק בדבר כי הסדר חקיקתי זה טומן בחובו אלמנט עונשי-הרתעתי מובהק, שהוא תלוי התנהגותו המכוונת וחסרת תום הלב של המבטח, ודברים מפורשים בנושא זה נאמרו גם בדברי ההסבר להצעת החוק<sup>51</sup>. ניתן אפוא לקבוע בפסקנות כי המחוקק אימץ במקרה זה הסדר של פיצוי עונשי ("מכשיר עונשי"), שנועד להרתיע חברות ביטוח מהתנהגות מתנכלת ומכוונת כלפי המבוטחים שלהם, ושיעור הפיצוי העונשי הוגדר ונקבע במפורש בחוק. מאז חקיקת תיקון מס' 2 הני"ל, נעשה בו שימוש נרחב ע"י בתי המשפט, ובמקרים ראויים, לא היססו לפסוק ריבית מיוחדת על מבטחים<sup>52</sup>.

(ב) **חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981** קובע בסעיף 31א. שבו, כי בגין הפרת חיובי העוסק המנויים בסעיף זה, יהיה "רשאי בית המשפט לפסוק, בשל אותה הפרה, פיצויים שאינם תלויים בנזק (בסעיף זה – פיצויים לדוגמה), בסכום שלא יעלה על 10,000 ₪". מעניין להיווכח כי גם במקרה זה נאמרו בדברי ההסבר לתיקון לחוק<sup>53</sup> דברים נחרצים, שאינם מותירים מקום לספק בדבר "הכוונה להעניש, להרתיע ולחנך את הצד המזיק הגורם לנזק, קל וחומר בדיני צרכנות בהם קיים חוסר איזון בעמדות הכוח של הצדדים, כאשר מצב הצרכן חלש יותר לעומת העוסק". באמצעות התיקון לחוק, מצא המחוקק לנכון להעניק הגנות יתרות לצרכן בעסקאות צרכניות, כדי להתגבר בדרך זו על כוחו העודף של העוסק ועל פערי המידע ויכולות המיקוח הבלתי שוויוניות שבין הצרכן לבין העוסק. הנה כי כן, גם מקרה זה מהווה דוגמה מובהקת לעמדתו העקרונית של המחוקק, כי אין הפיצויים העונשיים "מוקצים מחמת מיאוס", כפי שראינו במשפט האנגלי.

(ג) **הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011**<sup>54</sup> קובעת בסעיף 461 שכותרתו "פיצויים לדוגמה" כהאי לישנא: "בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון". בדברי ההסבר לסעיף הני"ל נאמר שמדובר בהוראה חדשה, המקנה לבתי המשפט סמכות לפסוק פיצויים עונשיים (פיצויים לדוגמה), אשר אינם תלויים בנזק, ועל מנת לקבלם אין צורך בהוכחת נזק, אך אלו ייפסקו רק במקרים חמורים ביותר, בהם הוכח שהמפר נהג בזדון. בדברי ההסבר מוגדרים גם השיקולים השונים שביט המשפט יכול להביא בחשבון בבואו לפסוק פיצויים עונשיים, בהם חומרת ההפרה, ניצול חולשת הנפגע, הרווח שצמח למפר בשל ההפרה, טיבו וחשיבותו של האינטרס המוגן ועוד. הסעיף מאמץ את ההלכות שנקבעו בפסיקה באשר לפסיקת הפיצויים, רק בהפרות בהן הוכחה כוונה וזדון, אך אינו מעניק סמכות לפסוק פיצויים עונשיים במקרים של רשלנות. נראה כי לאחר חקיקת חוק דיני ממונות הני"ל (אם וכאשר), עשוי הסעיף הני"ל למלא את החסר הקיים, ולפתור באופן סופי את בעיית הסמכות הקיימת כיום, שכן הוא מעגן סמכות חוקית מפורשת לבית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים, אלא שעוד חזון למועד.

<sup>51</sup> הי"ח חוק הביטוח (תיקון מס' 2), תשמ"ח-1988, 136 ביוזמת ח"כ מרדכי וירשובסקי: 'סעיף זה נועד להרתיע את חברות הביטוח מלהשהות את חיוביהן שאינם שנויים במחלוקת על-ידי אימוץ מכשיר עונשי, המקובל בארצות הוץ. כשם שסעיף 25 לחוק שולל את זכאות המבוטח הנוהג במרמה, כן ראוי שיכלול החוק הוראה בדבר ריבית מיוחדת למקרה של הפרת חובות תום הלב של המבטח. היות והוראות סעיף 28 אינן מעמידות את המבוטח במצב בו היה עומד אלמלא הופרה חובת המבטח, קיים צורך להעניק לבית המשפט כוח להגדיל את פיצוי המבוטח". בשנת 2010, בה"ח 299 ביוזמת ח"כ אמנון כהן, תוקן פעם נוספת סעיף 28א. בתיקון מס' 4, באופן שביט המשפט יהיה חייב לפסוק ריבית מיוחדת כאמור, בביטוחים אישיים.

<sup>52</sup> ראה למשל: ע"א 196/88, כלל חברה לביטוח בע"מ נ' הפועלים ליסינג בע"מ, פ"ד מו(1) 756; ע"א 4819/92, אליהו חברה לביטוח בע"מ נ' ישראל, פ"ד מט(2) 740; ולאחרונה ממש, פס"ד של בית משפט השלום בתל-אביב (כ"ב השופט אלי ספיר) בת"א 10-02-25679, אברהם לקן נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (פורסם בנבו), במקרה שבו תחילה הכירה חברת הביטוח באירוע הביטוחי ובחבותה עפ"י הפוליסה, אך בעיצומו של ההליך המשפטי שינתה את טעמה וכפרה בחבות, על אף ששלחה שמאי מטעמה שקבע את הקשר הסיבתי בין הנזק שאירע לבין מכת הברק שפגע בלוח החשמל. בית המשפט הדגיש את חוסר תום הלב של המבטחת ואת התנהגותה שגרמה לתובע לשנות את מצבו לרעה, וחייב אותה בריבית מיוחדת לפי סעיף 28א. לחוק חוזה הביטוח.

<sup>53</sup> הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון מס' 21), התשס"ז-2006, עמ' 177

<sup>54</sup> הי"ח הממשלה 595 תשע"א-2011, עמ' 712

ד) בנוסף לדברי החקיקה שפורטו לעיל, פוזורים בחוקים רבים אחרים במשפט האזרחי סעיפי חוק שונים המסמיכים את בית המשפט לפסוק פיצויים עונשיים, ויש באלה כדי לסייע לנו בעיצוב עמדתו של המחוקק הישראלי, שאינו שולל באופן נחרץ וגורף את השימוש בתורת הפיצויים העונשיים.<sup>55</sup>

### פיתוחים פרי הפסיקה המהווים "פסיקה עונשית":

בפרק זה נבחן את עמדת הפסיקה בסוגיה הנדונה בשני היבטים: בהיבט האחד נבחן פסיקה של בתי המשפט, שהתלבטה לא מעט בשאלת הפיצויים העונשיים, ובהיבט השני נבחן פיתוחים וטכניקות שונות שפותחו בפסיקה שמשמעותם העקיפה הינה, הלכה למעשה, הכרה בפסיקת פיצויים עונשיים.

### עמדתה המתלבטת של הפסיקה:

(א) בפס"ד שניתן בשנת 1974 בעניין **שרם נ' גרינברג**<sup>56</sup> עסק בית המשפט העליון בשאלת הסמכות לחייב מפר חוזה לשלם לנפגע שלא הוכיח את נזקו, תשלום סמלי בגין עצם הפגיעה בזכותו התווצית, שהוא בבחינת תשלום עונשי. השופט חיים כהן קבע כי מאז חקיקת חוק התרופות, אין בית המשפט האזרחי בישראל מוסמך עוד לפסוק סעדים כספיים שלא בא זכרם בחוק, ובכלל זה תשלום סעד של תשלום סמלי.<sup>57</sup>

(ב) בפס"ד שניתן בשנת 1981 בעניין **גולדמן נ' מיכאלי**<sup>58</sup>, קבע השופט ברק כי גם לפי סעיף 13 לחוק התרופות, המסמיך את בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק שאינו נזק של ממון בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין, אין בית המשפט פטור ממבחנים של סיבתיות וצפיות הנזק, הקבועים בסעיף 10 לחוק, תוך שהוא מפנה לעיקרון הכללי לפיו מטרת הפיצויים – גם במסגרת סעיף 13 – הינה השבת המצב לקדמותו ולא ענישה של המפר, ובלשון המקור: **"סעיף 13 לחוק התרופות לא נועד להוות מנוף לפסיקת פיצויים עונשיים בדיני החוזים. מכאן שזדונו של המפר עשוי להיות רלוונטי, רק במידה שהוא משפיע על חומרת הפגיעה של הנפגע (פיצויים מוגברים – aggravated damages)"**. לדעתו של ד"ר אדר<sup>59</sup>, על אף נחרצות דברי השופט ברק בעניין **גולדמן**, אין בקביעתו לעיל משום ביטוי החלטי מצידו לשלילת תורת הפיצויים העונשיים, שכן הדברים נאמרו כאמרת אגב ולא נדרשו להכרעה בעניין הנדון, וכן עצם נכונותו של השופט ברק להכיר בתורת **"הפיצויים המוגברים"** מרככת במידת מה את התנגדותו של השופט ברק לתורת הפיצויים העונשיים, בין היתר, בשל הקושי להבחין בין שתי תורות אלה (הפיצויים המוגברים והפיצויים העונשיים).

(ג) בפס"ד שניתן בשנת 1992 בעניין **מלון צוקים נ' עיריית נתניה**<sup>60</sup>, נקבע מפורשות כי בדיני החוזים אין תחולה לתורת הפיצויים העונשיים, ועם זאת, השופטים חשין ומצא הביעו תמיכה עקרונית בזכותו של הנפגע מהפרת חוזה לפיצויי הסתמכות גם במקרה של חוזה הפסד, כנגד דעתו החולקת של השופט מלץ שקבע כי עמדת השופטים חשין ומצא **"מנוגדת להלכה המוסרשת, לפיה בדיני החוזים הישראליים אין מקום לפיצויים עונשיים בגין הפרת חוזה"** (עמ' 58). גם במקרה זה סבור ד"ר אדר כי על אף נחרצות דברי השופט מלץ, אין בהם משום אסמכתא למצב המשפטי בישראל, שכן מדובר בדברים שנאמרו באמרת אגב, בניגוד לדעת שני חבריו להרכב, ובעיקר בהעדר אסמכתא מהפסיקה לטענה כי מדובר ב"הלכה מוסרשת", שספק רב אם היא קיימת.

<sup>55</sup> ראה למשל: סעיפים 17 ו-20 לחוק הגנת השכר, תשי"ח-1958; סעיף 10(א)(1) לחוק שוויון ההזדמנויות בעבודה, תשמ"ח-1988; סעיף 13 לחוק עוולות מסחריות, תשנ"ט-1999; סעיף 183 לחוק הפטנטים, תשכ"ז-1967; סעיף 56 לחוק זכויות יוצרים, תשס"ח-2007; סעיף 6(ב) לחוק למניעת הטרדה מינית, תשנ"ח-1998; סעיף 4 לחוק הזכות לעבודה בישיבה, תשס"ז-2007; סעיף 7א. לחוק איסור לשון הרע, תשכ"ה-1965 ועוד.

<sup>56</sup> ע"א 140/73, פ"ד כט(1) 194

<sup>57</sup> ובלשונו של השופט חיים כהן: "... באין הסמכה מתאימה בחוק, אין לתובע שסבל נזק ממון ולא הצליח להוכיח את שיעורו, זכות לסעד זולת סעד הצהרתי בלבד".

<sup>58</sup> ע"א 348/79, פ"ד לה(4) 31

<sup>59</sup> בספרו בעמ' 98

<sup>60</sup> ע"א 3666/90, פ"ד מו(4) 45

(ד) בפס"ד של בימ"ש השלום בחיפה משנת 1995 מפי השופט דנון בעניין **דדון נ' אנג'ל חברה לקבלנות כללית בע"מ**<sup>61</sup>, שעסק בתביעת ליקויי בנייה של רוכשי דירות נגד חברה קבלנית, נקבע כי הנתבעת הפרה באורח בוטה את חיוביה כלפי התובעים ובית המשפט מצא לנכון להוסיף כי **'הסבל שעבר על התובעים ומשפחותיהם הוא משמעותי, ויש מקום לפיצוי עונשי על האופן בו זלזלה הנתבעת בתובעים והתייחסה אליהם בחוסר הגינות ובאדישות ראוי לגנאי'**. למרות נחרצותם של הדברים, יש להתייחס אליהם במידת הזהירות הראויה בהיותם פסיקה של בית משפט שלום, ובפרט שנעדר בהם דיון בשאלת מקור הסמכות לפסוק פיצויים עונשיים, אם כי בית המשפט ציין בפסיקתו כי עילות התביעה הן נזיקיות וחוזיות כאחת, ואולי בכך יש לראות פתח לטענה שהפיצוי העונשי נפסק מכוח עילה נזיקית (הרשלנות) ולא מכוח עילה חוזית.

(ה) בפס"ד שניתן בשנת 1996 בעניין **עוויסאת נ' הוד חפר בע"מ**<sup>62</sup>, דן בית הדין הארצי לעבודה בערעור שהוגש לו, בין היתר, בשאלת חיוב המעביד בפיצויים מוגדלים מעבר לפיצויי הפיטורים, ובית הדין הארצי קיבל את הערעור וקבע, בין היתר, כי: **'בנסיבות העניין זכאים המערערים, לדעתנו, בנוסף ל-100% פיצויי הפיטורים הנ"ל, גם לפיצויים בגין חוסר תום ליבה של המשיבה בדרך ניהול המשפט בבית הדין האזורי, ועל העוול שנגרם להם בפיטוריהם ובהחשדתם... בנסיבות המקרה הייתה הפרת עקרון תום הלב מצד המשיבה בוטה, ומידת הזלזול בעקרונות היושר המתחייבים, ניכרת...'** גם במקרה זה, על אף נחרצות הדברים בעד תורת הפיצוי העונשי, לא ניתן למצוא בפסק הדין דיון בשאלת סמכותו של בית הדין הארצי לפסוק "פיצויים נוספים" על פיצויי הפיטורים, וכן גם דיון בשאלה האם עקרון תום הלב עשוי לשמש עוגן להטלת סנקציות כאלה. מבחינה זו לא ניתן לראות גם בפס"ד זה אסמכתא ברורה לטובת תורת הפיצוי העונשי.

מהפסיקה שנסקרה לעיל, ועל אף שבמרבית המקרים נאמרו הדברים כאמרות אגב, מתברר איפוא כי באופן עקרוני קיימת עמדה השוללת את תורת הפיצויים העונשיים בחוזים, ויחד עם זאת, בתנאי המשפט לא הסתפקו בכך, וחיפשו דרכים לעקוף את ההתמודדות הישירה עם הכלל השולל את תורת הפיצויים העונשיים ופיתחו טכניקות שונות להתגבר על העדר סמכותם המפורשת לפוסקם.

### הכרה עקיפה של הפסיקה בתורת הפיצויים העונשיים<sup>63</sup>:

על פניו, נראה מהסקירה שערכנו בפרק הקודם כי בית המשפט העליון שומר באדיקות על הגישה לפיה אין לפסוק פיצויים עונשים בתחום החוזי (בפסקי הדין שרם נ' גרינברג; גולדמן נ' מיכאלי; מלון צוקים נ' עיריית נתניה). אף על פי כן, בסוגיות שונות בתחום החוזי ניתן לזהות מגמה הפוכה של בית המשפט העליון, אשר יישם תורות תרופתיות קיימות, תוך התחשבות בשיקולים עונשיים מובהקים. בפרק זה נצביע על סוגיות שונות בהן יישם כאמור בית המשפט שיקולים עונשיים, בבואו להטיל סנקציות מוגברות על צד לחוזה, שהתנהגותו התבררה כהתנהגות פסולה ומחפירה, בבחינת פסיקת פיצויים עונשיים מוסוים, מבלי שבית המשפט קורא לילד בשמו המפורש.

### (א) תשלומי השבה:

בפסק הדין התקדימי בפרשת **אדרס**<sup>64</sup> משנת 1988, עיגן בית המשפט העליון לראשונה את סמכותו לפסוק תשלומי השבה כנגד מפר חוזה. במקרה זה ביקשה המערערת לקבל תשלומי השבה מכוח סעיפים 10 ו-11 לחוק התרופות, אולם בקשתה נדחתה. במקום זאת, בית המשפט העליון עשה שימוש בהוראות חוק עשיית עושר ולא במשפט, ודעת הרוב קבעה שניתן להעניק למערערת תשלומי השבה מכוח חוק זה, ופסקה שמגיע למערערת השבה של ההפרש הכספי אותו הרוויחה החברה האירופית על הברזל שהיה שייך למערערת. חשיבותו של פסק דין זה בסוגיה הנדונה נובעת מן העובדה כי לחב' **אדרס** לא נגרם נזק מהפרת החוזה ע"י החברה האירופית, שכן מחיר הברזל אותו רכשה ממנה חב' **אדרס** (שנמכר לצד ג' שלא כדיון) ירד אחרי המלחמה לאותו מחיר שהיה נקוב בחוזה, וכך לא נגרם לה כל נזק. **אמנם חיוב החברה האירופית מהווה השבה מכוח חוק עשיית עושר, אולם**

<sup>61</sup> ת"א (חיפה) 7575/92, דינים שלום, כרך ב' עמ' 90 וגם פורסם בנבו.

<sup>62</sup> דב"ע נה/103-3, פורסם בנבו.

<sup>63</sup> בעריכת פרק זה נעזרנו בספרו של ד"ר אדר "התשלום העונשי כסנקציה בדיני חוזים", עמ' 113-97.

<sup>64</sup> די"נ 20/82, **אדרס נ' הרלו אנד גונס**, פ"ד מב(1) 221.

הוא מהווה בעצם פיצוי עונשי לכל דבר. עיון בפסק הדין מגלה כי בית המשפט ביסס את סמכותו לפסוק תשלומי השבה לחב' אדרס על נימוקים עונשיים מובהקים: התרעה מהפרה מודעת של חוזים; גמול הולם למפר חוזה על חטאו המוסרי (הפרת החוזה והתעשרות על חשבון הנפגע); הבעת סלידה וגינוי כלפי התנהגות המפר; מתן פורקן לתחושת הצדק של הציבור; חינוך המפר והציבור לכיבוד הערך החברתי של קיום הבטחות<sup>65</sup>. הלכת אדרס משקפת איפוא נכונות ברורה של בית המשפט העליון להחמיר בסנקציות בגין הפרת חוזה מטעמים עונשיים מובהקים.

(ב) פיצוי על אינטרס ההסתמכות בחוזה הפסד:

בפרשת צוקים<sup>66</sup> משנת 1992, הביעו השופטים חשין וּמְצָא בדעת רוב עמדה חדשנית לפיה ראוי להכיר בזכותו של נפגע מהפרת חוזה לפיצוי בגין אינטרס ההסתמכות, ללא תלות בשיעורו של אינטרס הציפייה, דהיינו גם כאשר מדובר בחוזה הפסדי<sup>67</sup>. לפי גישה זו, הנפגע זכאי לתבוע מהמפר להעמידו במצב שבו היה עומד אלמלא התקשר בחוזה, כלומר, במצב טוב מזה שבו היה נתון לו קיום החוזה עימו. משמעותה האופרטיבית של עמדה זו היא הטלת סנקציה כספית על המפר בשל נזק שהוא לא גרם, תוך כדי ויתור על הדרישה הבסיסית בסעיף 10 לחוק התרופות להוכחת הקשר הסיבתי בין הפרת החוזה לבין הנזק של הנפגע. עיון בפסק הדין מעלה, כי כמו בהלכת אדרס, גם במקרה זה עמדו בבסיס הצעה זו שיקולים עונשיים מובהקים של חינוך והתרעה מפני הפרה מודעת של חוזים, בנוסף לשיקולי גמול או ריצוי תחושת הצדק של החברה.

(ג) אשם תורם בדיני חוזים:

בפרשת Eximin<sup>68</sup> החיל הנשיא שמגר את הגנת האשם התורם, המוכרת בדיני הנזיקין, על היחסים החוזיים שבין הצדדים. משמעותה המעשית של פסיקה זו, היא הטלת סנקציה כספית על הנפגע מההפרה (הגם שאין מדובר כאן בהטלת סנקציה כספית ממשית על הפרת החוזה). סנקציה זו קיבלה את ביטוייה בהפחתת סכום הפיצויים לו היה זכאי הנפגע, והוא נקבע לא רק על פי מבחנים של תרומה נסיבתית לנזק, אלא גם במידת האשם המוסרי שדבק בהתנהגותו של הנפגע<sup>69</sup>. הטלת סנקציה על צד לחוזה שדבק רבב בהתנהגותו המוסרית, מטעמים של צדק ומוסר, מחזקת את המגמה המסתמנת בפסיקת בית המשפט העליון להחרף את הסנקציות על התנהגות פסולה של צד לחוזה מטעמים עונשיים.

(ד) שערוך חלקי למפר חוזה:

כידוע, כדי להתמודד עם שחיקת ערך הכסף בתקופות אינפלציה גבוהה, הכירה הפסיקה בסמכותה להתנות אכיפת חוזה בשערוך התמורה החוזית, זאת כדי למנוע התעשרות שלא כדין של הנפגע על חשבון המפר<sup>70</sup>, אולם בפועל נמנעים בתי המשפט במרבית המקרים מלהורות על שערוך מלא של הסכומים המשולמים למפר. עיון בפסיקה מגלה שהטעמים העיקריים להלכה זו הם עונשיים: ההימנעות ממתן שערוך מלא למפר משמשת כאמצעי שיפוטי להעניש את המפר ולהבטיח הרתעה הולמת מפני הפרה מודעת של חוזים<sup>71</sup>. בכך חורג בית המשפט במודע מהעיקרון של 'השבת המצב לקדמותו', תוך שהוא מטיל סנקציה כספית עונשית על המפר, ע"י הפחתת התמורה החוזית הריאלית שהייתה מגיעה לו אלמלא התנהגותו המפירה. יודגש כי השיקול העונשי מהווה לא רק בסיס לעצם ההפחתה בשערוך, אלא גם בסיס לקביעת היקפה ועוצמתה, וככל שחומרת התנהגות

<sup>65</sup> השופט ברק בעמודים 277-278 לפסק הדין.

<sup>66</sup> ע"א 3666/90, מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45.

<sup>67</sup> נבחר: בחוזה הפסד אינטרס ההסתמכות גבוה מאינטרס הציפייה, שהרי אלמלא נכרת החוזה (אינטרס ההסתמכות), היה הנפגע מצוי במצב טוב מזה שבו היה, לו אכן החוזה היה מתקיים (אינטרס הציפייה).

<sup>68</sup> ע"א 3912, Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטטיל פראיי בע"מ, פ"ד מו(4) 64.

<sup>69</sup> כדברי השופט שמגר: "[לצורך חלוקת האחריות] יש להשוות הן את התרומה הנסיבתית של כל אחד מהצדדים לנזק, והן את מידת חוסר תום הלב של כל אחד מהם" בעמ' 87 לפסק הדין.

<sup>70</sup> ע"א 158/77, רבינאי נ' מן שקד, פ"ד לג(2) 281; ע"א 260/80, נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537 ועוד.

<sup>71</sup> בעניין נוביק לעיל נקבע כי "... הוראת האכיפה בשערוך אינה צריכה לתת לצד המפר תמורה ריאלית מלאה, אלא תמורה פחותה, כדי שלא יהא המפר נשכר... בכך יינתן ביטוי לעיקרון, כי את החוזים יש לקיים, ואין המפר יכול לצפות לכך, כי השערוך יעמידו באותו מצב, בו היה נתון לולא הפר את החוזה וקיימו במלואו. משופר החוזה, חייב המפר לשלם "מחר" מסוים על כך".

המפר היא מובהקת, כך תיקבע מידת החלקיות של השערוך, ולעיתים התנהגות מחפירה מצד המפר עלולה במקרים קיצוניים אף להביא לשלילה מוחלטת של זכות השערוך<sup>72</sup>

(ה) פיצוי בגין נזק לא-ממוני :

כפי שצינו לא אחת בחיבורנו זה, עמדתו המוצהרת של המחוקק הישראלי בדיני חוזים קובעת שאשמתו המוסרית של מפר חוזה איננה רלוונטית, בשעה שבת המשפט עסקו בפסיקת פיצוי ממוני או פיצוי לא ממוני. ההחלטה בשאלת הזכות לפיצויים ושיעורם נגזרת מעקרון הפיצוי (עיקרון השבת המצב לקדמותו) ונשלטת על-ידי מבחני הצפויות והסיבתיות, ולא על-ידי שאיפה להעניש, להרתיע או לגנות את המפר על התנהגותו הפסולה. אלא שעל אף עמדה מוצהרת זו, עיון בפסיקה מגלה שבפועל הסמכות לפסוק פיצוי לא-ממוני בשל הפרת חוזה מופעלת פעמים רבות לאורם של שיקולים עונשיים גרידא, לצד התחשבות בנתוני הנזק ושיקולי הסיבתיות המסורתיים. במקרים אחדים אף מודגשת במפורש הזיקה שבין חומרתה המוסרית של התנהגות המפר לבין היקף הפיצויים שייפסקו לנפגע. דוגמה מובהקת בין מחויבותו ההצהרתית של בית המשפט לעקרון הפיצוי מחד גיסא, לבין שאיפתו להגשים מטרות עונשיות מאידך גיסא, ניתן למצוא בפסק דין בעניין **מזרח**<sup>73</sup> שעסק בסוגיית הפיצוי הלא-ממוני בגין הפרת חוזה. במקרה זה הדגיש בית המשפט כי **'הפועל היוצא בפסיקת פיצוי לפי סעיף 13 אינו בהענשת מפר החוזה, אלא במתן פיצוי מתאים לצד האחר שהתאכזב'**, אולם, באותה נשימה, הוא פסק לגופו של עניין בסוגיה זו כדלקמן :

**"... התנהגותו של המפר היא בוודאי אחד הדברים שיש להביא בחשבון בהכרעת השאלה אם להטיל עליו פיצוי לפי סעיף 13 "בנסיבות העניין". אם הפר התחייבות בשגגה או בנסיבות מקלות, ייתכן שבית המשפט לא יטיל עליו פיצוי מעבר לנזק בממון, שההפרה גרמה לתובע, או שיקבע את הפיצוי בסכום קטן יחסית, אך אם הופר החוזה בזדון, תהיה הנטייה להטיל על המפר את הפיצוי במלוא כובדו. במקרה שלפנינו אין סיבה להתייחס בסלחנות אל הנתבעת. היה כאן ניסיון נועז להשתמט מכיבוד התחייבות ללא כל סיבה מקילה, אלא פשוט כדי להרוויח מעליית המחירים בשוק הדירות..."**

עולה איפוא בעליל כי למרות "מס השפתיים" ששילם בית המשפט בפתח דבריו לעקרון הפיצוי, הרי מתברר כי מניעי ההפרה וחומרתה המוסרית הינם רלוונטיים ביותר, הן לעניין עצם הזכות לפיצוי הלא-ממוני והן לעניין שיעורם והיקפם.

בפרשת **קסלר**<sup>74</sup> משנת 1983 שעסקה בתביעה על נזק לא-ממוני שנגרם עקב חוסר תום-לב במשא ומתן לכריתת חוזה, נימק הנשיא שמגר החלטה לפסוק פיצוי לא-ממוני כך : **"יהיה זה בלתי סביר אם כל מה שקרה כתוצאה מההתנהגות של שלווחה של המשיבה, שהוא שותפה לבעלות בנכס ואשר הסתיר את העובדות האמתיות במגעו עם המערערים, יהיה רק השבת הכסף ששולם ותו לא"**. בכך גילה הנשיא שמגר את דעתו כי גם מניעי ההפרה עמדו לנגד עיניו, ולא רק השיקול של הסיבתיות וצפויות הנזק, בבואו להגיב תגובה עונשית על התנהגותו הפסולה והמקוממת של המפר.

(ו) סיבתיות עובדתית שהביאה לנזק :

על-פי רוב חקירת האירועים שהביאו לנזקו של התובע נעשית ע"י בית המשפט באופן טכני, כדי להגיע לתוצאה סבירה לקראת הכרעה בשאלת הנזק, אולם במצבים שבהם אין הדבר מתאפשר, עשוי בית המשפט להתחשב גם בדרגת אשמתם המוסרית של הגורמים המערערים. דוגמה מובהקת לכך נמצא בפרשת **קרטיין**<sup>75</sup>, שבה נתבע לדין מנהל תיקי השקעות שפעל תוך ניגוד עניינים מובהק, שעה שהשקיע את כספיו לקוחותיו בחברות שבהן הוא היה בעל עניין. השופט אנגלרד הכיר בקיומו

<sup>72</sup> בעניין **ריבנאי** לעיל קבע השופט ברק "במספר פסקי דין העניק בית משפט זה צו אכיפה וסירב לשערך את המחזיר... תוך שהוא מדגיש את זדונו של המוכר, שלא רק שהפר את החוזה, אלא אף דחה את הקונה בלך ושוב, והתכחש במכוון לכיבוד ההסכם שעשה. באותו אופן נהג בית משפט זה תוך שהוא מדגיש את התנהגותה של המוכרת שהפרה את החוזה בגסות ובעזות פנים, בעוד שהקונה היה נקי מכל רבב".

<sup>73</sup> ת"א (חיפה) 1556/72, **מזרח נ' בורשטיין בע"מ**, פסקים תשל"ד (3) 404.

<sup>74</sup> ע"א 49/83, **קסלר נ' מאירוב**, פ"ד מא(2) 547.

<sup>75</sup> ע"א 3654/97, **קרטיין נ' עתרת ניירות ערך (2000) בע"מ**, פ"ד נג(3) 385.



של קשר סיבתי וייחס למנהל את גרימת הנזק, למרות שהקשר הסיבתי העובדתי שבין ההפרה לבין הנזק לא הוכח. השופט אנגלרד הכיר מפורשות בכך שהכרעתו זו מהווה סטייה ממבחני הסיבתיות המסורתיים, אך לדעתו, הטלת האחריות על המנהל במקרה זה הייתה מוצדקת לאור התנהלותו החמורה בנסיבות העניין, והצורך להרתיע מפני הפרות דומות בעתיד. מקרה זה משקף פעם נוספת שינוי ביישום התרופות המסורתיות בחוזים והטלת ענישה מוסווית משיקולים עונשיים מובהקים.

#### (ז) הוצאות עונשיות והוצאות לדוגמה :

פסיקת הוצאות משפט לתובע שזכה בתביעתו מהווה כידוע אמצעי לפיצוי התובע על הנזק הכלכלי שנגרם לו בשל פתיחתו וניהולו של הליך משפטי מוצדק. לאור הגיון זה, נקבע בבית המשפט העליון כי אין מקום לפסיקת "הוצאות עונשיות" כנגד בעל דין שהפסיד במשפט<sup>76</sup>. אלא שבפועל, לא אחת משמש שיקול הדעת הרחב המוקנה לבית המשפט בפסיקת הוצאות המשפט, כאמצעי לענישת בעל דין על התנהגותו הפסולה בניצול לרעה של הליכים משפטיים, או בהתנהגות חסרת תום לב כלפי בעל הדין שכנגד. השיקול העונשי בא לידי ביטוי בפסיקת הוצאות משפט במספר דרכים: הפחתה מסכום ההוצאות הריאליות שהוציא הצד הזכאי לפסיקת הוצאות לטובתו כדרך להבעת סלידה מהתנהגותו במהלך המשפט; פסיקת הוצאות לדוגמה ע"י הוספה על סכום ההוצאות המקובל והאמור להיפסק במקרים דומים, זאת כדי לבוא חשבון עם הצד שהפסיד בשל התנהגותו הראויה לגנאי; ובמקרי קיצון אף לחייב את הצד שזכה בתביעה בהוצאות הצד שהפסיד במשפט, במקרים של התנהגות מבישה ומחפירה<sup>77</sup>. אין ספק כי בכל אותם מקרים שבהם עושה בית המשפט שימוש בסמכותו ומפחית, או מבטל, או אף מטיל הוצאות על הצד שזכה, הוא עושה כן תוך הישענות על נימוקים עונשיים.

#### (ח) סיכום ביניים :

בכל ההקשרים שנבחנו בפרק זה לעיל בפסיקה, לא נדונה אמנם במישרין שאלת סמכותם של בתי המשפט לפסוק תשלומים עונשיים בתביעות חוזיות, ויחד עם זאת, לכל המקרים שפורטו לעיל קיים מכנה משותף אחד והוא החמרת הסנקציה המוטלת על צד לחוזה או למו"מ, בשל התנהגות פסולה מצידו, תוך שקיימת תאימות בין חומרת ההתנהגות במישור המוסרי, לבין עוצמת הסנקציה המוטלת בתגובה. לכל ההקשרים שנבחנו לעיל מספר מאפיינים משותפים :

- (1) בכל המקרים שנבחנו, בית המשפט מגלה נכונות לסטות מהעיקרון התרופתי הרגיל ומחריף את הסנקציה המוטלת על הנתבע או מפחית את התרופה הנפסקת לטובתו ;
- (2) העילה להטלת חבות היתר (או החסר) נעוצה תמיד בהתנהגות מקוממת הראויה בעיני בית המשפט לגינוי מוסרי ולענישה ;
- (3) התנהגות מקוממת זו פוגעת באינטרס מוגן של התובע, ששיטת המשפט רואה בהגנתו ערך חשוב.

הסקירה שהובאה בפרק זה מלמדת, איפוא, כי בניגוד להתרשמות הראשונית העולה מהתייחסותה של הפסיקה לסוגיית הפיצויים העונשיים והקביעות הדקלרטיביות של בתי המשפט, קיימת, הלכה למעשה, הכרה הולכת וגוברת של בתי המשפט בכך ששיקולים עונשיים הינם רלוונטיים ולגיטימיים בתחום החוזי. מגמה זו תקל מן הסתם על שילוב התשלום העונשי במערך התרופות החוזיות בעתיד, אם וכאשר יחוקק חוק דיני ממונות, אליו נתייחס בהמשך הדברים.

#### (ו) השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על תורת הפיצויים העונשיים :

בפרקים הקודמים (ובפרט בפרק ה2 לעיל), הצבענו על המתח המובנה הקיים בין נכונות המשפט בישראל להכיר בפיצוי עונשי במקרים הולמים, בגין התנהגות מחפירה של נתבע, על אף העדר מקור

<sup>76</sup> רע"א 551/83, ברגר נ' ונטורה, פ"ד לח(1) 266.

<sup>77</sup> ע"א 419/80, הולנדר ושות' נ' הוד אוז בע"מ, פ"ד לה(4) 433.

חוקי מפורש לכך, לבין זכותו החוקתית של הנפגע שלא להיפגע בכבודו ובזכות הקניין שלו ע"י השתתת חיוב כספי-עונשי עליו, מכוח איסורים מפורשים הכלולים בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

כידוע, מטרתו של חוק היסוד היא להגן על כבוד האדם וחירותו (סעיפים 1א ו-2 לחוק היסוד). הואיל והטלת חיוב עונשי בשל התנהגות מחפירה, כרוכה בהבעת סלידת בית המשפט ממעשי הנתבע, הרי באופן טבעי, מהווה הדבר פגיעה בכבודו, בנוסף לפגיעה בזכות הקניין שלו, המוגנת אף היא בסעיף 3 לחוק היסוד. משכך, שומה עלינו לבדוק, האם פסיקת תשלום עונשי, במצב המשפטי הקיים כיום, ובהעדר מקור חוקי מפורש לכך, יכולה להתיישב עם האיסורים הנ"ל שבחוק היסוד.

סעיף 8 לחוק היסוד ("פסקת ההגבלה") מבהיר כי הפגיעה בזכויות יסוד של אדם יכול שתיעשה אך ורק "בחוק" או "לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת שבו". מכאן, ובהינתן כי פסיקת תשלום עונשי על הנתבע מהווה אכן פגיעה בכבודו ובקניינו – הרי שבהעדר מקור חוקי כזה, לכאורה, אין בית המשפט מוסמך כיום לפסוק תשלומים עונשיים בתחום החוזי (ואף לא בתחום הנוזקי לאור סעיף 76 לפקודה).

דומה כי פתרון אפשרי לקושי זה נמצא בסעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, וביישום עקרון תום הלב על תורת הפיצויים העונשיים, ולצורך הדיון בסוגיה זו, נעשה שימוש בפסק דינו המנחה של השופט ברק בסוגיית תום הלב, בבג"צ שירותי תחבורה ציבורית באר-שבע, שבו נדונו הוראות סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים הכללי והסעדים האפשריים מכוחם (בעוד סעיף 12 לחוק כולל סעד של פיצויים, הרי סעיף 39 אינו נוקב בסעד כלשהו).

בבג"צ שירותי תחבורה ציבורית באר-שבע<sup>78</sup> דובר בחברת אוטובוסים שנהגה נהגו לשבות, חדשות לבקרים. הנוסעים המתינו בתחנות ונגרם נזק רציני לחברה. מנהלי החברה הציעו לנהגים "גזר" בדמות פרמיה כתוספת למשכורת, וכדי להימנע משלילתה, אם ירצו לשבות, יצטרכו הם קודם לכן לקבל את אישור מועצת הפועלים בב"ש. אם כך יעשו, תיחשב שביתתם לגיטימית בעיני ההנהלה, אבל אם ישבתו בלי אישור כזה - יישללו מהם הפרמיות. יום אחד, בעיצומו של יום העבודה, הנהגים שבתו וכינסו אסיפת הסברה בעוד התחנות עמוסות בנוסעים. למרות שהנהגים קיבלו אישור לשביתה כמחצית השעה בלבד לפני השביתה, ההנהלה שללה מהם את הפרמיה, ואולם נוצר קושי בעניין: החוזה בין הצדדים לא כלל שום סעיף שקבע כמה זמן קודם לשביתה צריך יהיה לקבל מראש את האישור, וגם לא נקבע שיש חובה להודיע לחברה על קבלת האישור. די בכך שפורמאלית יש אישור בנמצא, מבלי שיש חובת הודעה על כך להנהלה.

בחלקו הראשון של פסק הדין, דן השופט ברק בשאלה האם קיימת חובה להודיע זמן סביר מראש על האישור, ואם יש חובה כזו, מה משמעות ההפרה של חובה זו? השופט ברק קובע שסעיף 39 לחוק קובע שחייבים בחוזה יש לקיים בתום-לב, ובנוסף לכך, באמצעות סעיף 39, דרך עקרון תום הלב, אפשר להשלים סעיפים לחוזה, על אף שמעולם לא היו כתובים בו<sup>79</sup>. מכאן שניתן להשלים במקרה זה סעיף הקובע שלא די בקבלת האישור לשביתה, אלא יש צורך גם להודיע על כך זמן סביר מראש להנהלה, ואם לא כך ייעשה – הרי יש בפנינו הפרת חובת תום הלב מצד נהגי החברה.

בחלקו השני של פסק הדין, דן השופט ברק בסעדים האפשריים בגין הפרת חובת תום הלב, מכוח סעיף 39 לחוק (בפסקה 12 לפסק הדין). השופט ברק מדגיש כי הוא מייצר רשימה פתוחה של סעדים בגין הפרת חובת תום הלב, ומפרט את העיקריים שבהם:

(א) לעיתים תוצאת הפרת חובת תום הלב היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה;

(ב) לעיתים התוצאה תהיה שלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר את חובת תום הלב; למרות שהנפגע מההפרה זכאי לפיצויים או לאכיפה, נוכח התנהגותו חסרת תום לב, יישללו ממנו סעדי הפיצויים או האכיפה, זאת על אף שסעד הפיצויים אינו כפוף לשיקולי צדק (להבדיל מסעד האכיפה הכפוף לסייגים, כגון אכיפה בלתי צודקת או אכיפה בתנאים).

<sup>78</sup> בג"צ 59/80, שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד ל"ה (1) 829

<sup>79</sup> בפס"ד אפרופים אומר השופט ברק שיש להפסיק להשלים סעיפים בחוזה דרך סעיף 25 לחוק, אלא דרך סעיף 39 לחוק.

(ג) לעיתים התוצאה תהיה מתן כוח לבעל החוזה שנפגע מהפרת חובת תום הלב, לפעול בתחום החוזה פעולות שאחרת היו נחשבות להפרת הסכם – כגון השהיית קיום;

(ד) לעיתים התוצאה תהיה שמי שפעל בחוסר תום לב, נראה בפעולתו ככזו שאינה משתכללת ואינה תופסת.

בבג"צ **שירותי תחבורה הנ"ל**, יושם הסעד הרביעי לעיל, ונקבע כי האישור הוצא בחוסר תו"ל, שכן לא נלוותה לו הודעה להנהלה, זמן סביר מראש. ההנהלה דרשה את האישור, כדי להתארגן מבעוד מועד לשביתה ולהודיע לנוסעים מראש על התרחשותה, דבר שאינו בר ביצוע אם מתקבל האישור כמחצית השעה לפני פרוץ השביתה, ונמצא שהאישור הוצא בחוסר תו"ל, וכמוהו כאישור שלא ניתן, ומסקנת האמור הייתה, כי הנהגים שבתו ללא אישור, ובצדק שללה מהם ההנהלה את הפרמיה.

תוצאת הפסיקה בבג"צ **שירותי תחבורה** יכולה אמנם להיבחן בהיבטים שונים בדיני חוזים (פרשנות החוזה, עקרון תום הלב וכיו"ב), אולם לענייננו, בבחינה מעמיקה של התוצאה שהתקבלה, אין ספק כי נעשה במקרה זה שימוש בתורת הפיצויים העונשיים, גם אם לא הייתה התייחסות מפורשת לכך בפסק הדין, שכן משעה שבית המשפט הצדיק, הלכה למעשה, את שלילת הפרמיות מהנהגים, בשל התנהגותם חסרת תום הלב בקיום חיוביהם שבחוזה, אין ספק שבכך נפגעו קניינם ונכסיהם של הנהגים, שנשללה מהם הזכות החוזית לקבל את תוספת הפרמיה למשכורתם, זאת על דרך הפרשנות המרחיבה של סעיף 39 לחוק, וגם בהעדר דבר חקיקה מפורש לכך, כנדרש בחוק היסוד.

נמצא איפוא כי במסגרת גישה מרחיבה זו של עקרון תום הלב, אין כל מניעה לראות בסעיף 39 לחוק החוזים את מקור הסמכות לפסוק תשלום עונשי בדיני החוזים, ובאופן זה להתגבר על המכשול החוקתי שיוצר חוק היסוד בהקשר זה, ולא זו בלבד, אלא שהפעלה מושכלת של עקרון תום הלב והסעדים שבצד הפרתו, אף אינם עומדים בסתירה לפסקת ההגבלה שבסעיף 8 לחוק היסוד, שכן פסיקת תשלום עונשי במקרים מתאימים, יש בה תרומה משמעותית לחברה ולסיפוק הגנה ממשית על זכויותיהם של אזרחי המדינה, שהרי הרציונל העומד בבסיס תורת הפיצויים העונשיים הוא הגנה על ערכי החירות וכבוד האדם וקניינו, עליהם בא חוק היסוד להגן, ערכים הנרמסים ברגל גסה ע"י נתבעים המפריים באופן בוטה את זכויות זולתם.

ולא זו אף זו: סעיף 10 לחוק היסוד – סעיף שמירת הדינים – יכול לשמש אף הוא אמצעי נוסף לעקוף את המחסום החוקתי הכלול בחוק היסוד, שכן לגישתו של השופט ברק המונח "**חוק**" בחוק היסוד כולל גם "**משפט מקובל נוסח ישראל**"<sup>80</sup>.

ראינו איפוא כי על אף החשש הראשוני מאימתו של חוק היסוד, הרי מסתבר כי ניתן ליישב בין הוראותיו הנוקשות לבין עקרון-העל של תום הלב במובנו הרחב, על כל הסעדים העשויים להיפסק מכוחו, וכך להתגבר על המכשולים אותם הוא מציב, ועל כן, לא נראה שיש מניעה עניינית לכך שהפיצויים העונשיים לא ייכללו בתפריט הסעדים הנובעים מחובת תום הלב בקיום חיובים חוזיים, לפי סעיף 39 לחוק ובהתבסס על הלכת בג"צ **שירותי תחבורה**.

## (ז) עמדת המשפט העברי:

כמו בשיטות משפט מודרניות, כך גם המשפט העברי מכיר בחופש ההתקשרות ובזכותם של הצדדים לעצב את החוזה לפי רצונם. בין היתר, זכאים הצדדים להתנות ביניהם על תשלום פיצויים במקרים של הפרה, וגם המשפט העברי מכיר בעקרון הסיביות והצפיות, כאמת מידה לקביעת הנזק בר הפיצוי. אולם, בהבדל מהדיון עד כה, שבו נדונה שאלת סמכותם של בתי המשפט להשית פיצויים עונשיים על הצד המפר במשפט הישראלי המודרני, הרי המשפט העברי עוסק בשאלת זכותם של הצדדים להתנות ביניהם על פיצויים עונשיים במקרה של הפרת ההתחייבות. בכך אין בעצם שוני גדול מהדיון נשוא חיבורנו זה, שכן הכרה בזכותם של הצדדים להסכים ביניהם בחוזה על תשלום פיצויים עונשיים, תיחשב ממילא כהכרה מצד המשפט העברי בתורת הפיצויים העונשיים.

<sup>80</sup> א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי, עמ' 511: "... הדיבור 'חוק' בשפה העברית הוא רב-משמעי... לעיתים הוא מתייחס ל'חוק' במובנו הפונקציונאלי, כלומר: משפט".

עוד בטרם נבוא לבחון את מקומם של הפיצויים העונשיים במשפט העברי, ולצורך הבנת הסוגיות שיידונו בהמשך הדברים בפרק זה, נקדים ונעיר כי בדיני החוזים במשפט העברי קיים דיאלוג מתמיד בין המושגים "התחייבות" ו"קניין", וכדי לשכלל את המעשה החוזי (ההתחייבות), יש צורך לבצע במסגרתו מעשה קניין, שבלעדיו אין החוזה משתכלל: במקרקעין - בשטר קניין או במסירת החזקה, ובמיטלטלין - רק במשיכה (או בהגבהה).

סוגיה נפוצה בדיני ההתחייבות במשפט העברי קרויה "אסמכתא", שפירושה הוא התחייבותו של אדם לשלם לרעהו סכום של כסף, למקרה שלא יקיים התחייבות שלו במועד כלשהו בעתיד, במסגרתה אומר המתחייב לצד השני: **אם לא באתי, או לא נתתי עד יום פלוני, אשלם לך כך וכך**. זוהי התחייבות מותנית בזמן, ותוצאת אי-קיומה היא סנקציה, מסוג של "פיצוי עונשי" שהמתחייב נוקט כלפי עצמו. התחייבות כספית או רכושית של המתחייב, העתידה לעבור ממנו אל הזוכה ולה שני מרכיבים: הזמן והסנקציה העצמית. להתחייבות מסוג זה קורא התלמוד הבבלי **אסמכתא**, ועפ"י רוב, הצד המתחייב נוהג לנקוב בסכומים גבוהים מהמקובל לקיום התחייבותו העתידית, כדי לטעת בלב הצד השני ביטחון לקיום ההתחייבות.

בסוגיית האסמכתא קיימת מחלוקת תנאים ידועה (במשנה) בין רבי יוסי לבין רבי יהודה. בעוד רבי יוסי קובע כי **"אסמכתא קניא"** (אסמכתא כזו היא ברת תוקף משפט), הרי רבי יהודה חולק עליו וקובע **"אסמכתא לא קניא"** (אסמכתא כזו אינה ברת תוקף משפט). כבר עתה נקדים ונאמר כי הלכה כרבי יהודה, כלומר **"אסמכתא לא קניא"**, ולכאורה, אם ההבטחה של המתחייב הייתה מוגזמת ועולה בהרבה על שיעור הנזק העלול להיגרם עקב ההפרה, הרי היא **"לא קניא"** והיא נעדרת תוקף משפטי. לשון אחרת, אדם אשר קיבל על עצמו התחייבות כספית מוגזמת, שהיא בבחינת פיצוי עונשי עצמי, אינה מוכרת ככזו במשפט העברי, וכאמור ההלכה היא כרבי יהודה, השולל את האסמכתא. מאידך, אם ההתחייבות הכספית שהצד קיבל על עצמו עומדת בגבול ההפסד המשוער והסביר, לא ייחשב הדבר לאסמכתא, והמתחייב חייב לשלם את הסכום עליו התחייב.

כדי לבחון מהם אותם מקרים שבהם תיחשב ההתחייבות כאסמכתא (סנקציה עונשית עצמית פסולה) או כהתחייבות חוזית לגיטימית, להלן נבחן מקרים אחדים מייצגים מתוך המקורות:

(א) **תוספתא, בבא מציעא, א', טז-יז** (מפרטת שלושה מקרים להמחשת האסמכתא):

**מקרה ראשון**: שני בעלי דין שניהלו ביניהם משפט, ובשלב מסוים ביקש הנתבע לעשות "פסק זמן" מהדין, ואומר לבעל דינו **אני עוד אשוב ולהבטחת חזרתי עד יום פלוני הנני מפקיד בקופת בית המשפט סכום נכבד של כסף, ואם לא אבוא - סכום זה יועבר לידך**. הגיע הזמן ולא בא. נחלקו התנאים ביניהם האם להתחייבות כזו יש תוקף? ר' יוסף קובע שהתקיים התנאי, ויש להתחייבות תוקף ויש לשלם את הסכום שהתחייב לצד השני. ר' יהודה לעומתו קובע כי אין לשלם לצד השני את הסכום, אלא עליו לתבוע למשפט את הצד שהתחייב ולהוכיח את נזקו ובית הדין הוא שיקבע.

**מקרה שני**: עוסק במשכנתא: **"משכן לו בית, משכן לו שדה, אם לא נתתי לך (את החוב) עד יום פלוני אין לי בידך כלום"**. הגיע הזמן ולא פרע את החוב. האם המשכנתא מחולטת לידי הנושה? ר' יוסי אומר התקיים התנאי המשכנתא מגיעה לנושה. ר' יהודה קובע שלא, ועל הנושה לתבוע את החייב לצורך מימוש החוב מתוך המשכנתא.

**מקרה שלישי**: עוסק בעירבון: **"הענות 'עירבון' על חברו"** (עירבון כאן פירושו מקדמה על הבית ועל השדה), והקונה עושה תנאי עם המוכר שאם לא ישלים את העסקה בתוך חודש **"אין לי כלום"**. הגיע הזמן והקונה לא השלים את העסקה. ר' יוסי קובע התקיים התנאי ומפסיד המקדמה. ר' יהודה אומר צריך להחזיר לקונה את העירבון ולקיים על כך משפט.

(ב) **בבלי, בבא בתרא קסח, א'** (מקור זה עוסק בדיני שטרות):

**"מי שפרע מקצת חובו והשליש את שטריו"** – כאשר החייב פורע את מלוא חובו עפ"י השטר, הנושה מחזיר לידיו את השטר. אולם אם שילם רק **"מקצת חובו"**, משלישים את השטר בידי צד ג'. לאור זאת שהזוכה קיבל חלק מהסכום, הוא אינו יכול להמשיך ולהחזיק בשטר על מלוא הסכום, ומצד שני, אי אפשר להחזירו עדיין לידי החייב. אם לא ישלם החייב בתוך זמן מוסכם, מי שהשטר הושלש

בידו יחזיר את השטר לידי הנושה וזה יגבה את כל סכום השטר, וכך החייב יפסיד את מה ששילם ע"ת החוב. מחלוקת בין רבי יוסי לבין רבי יהודה: רבי יוסי אומר ההתחייבות תקפה: לנושה יש זכות מוקנית בשטר והוא יוחזר לידיו והחייב יפסיד את ששילם ע"ת. ר' יהודה אומר שאין לנושה זכות מוקנית בשטר, ואם הוא מעוניין לקבלו לידיו, עליו לתבוע את החייב על חובו.

בכל המקרים שפורטו לעיל, נוסחת ההתחייבות דומה בכולם: אם לא באתי או לא נתתי עד יום פלוני וכו'... התחייבות המותנית בזמן, והתוצאה היא סנקציה מסוג פיצוי עונשי שהמתחייב נוקט כלפי עצמו. התחייבות כספית או רכושית של החייב שעתידה לעבור ממנו אל הזוכה, שאין דרך אחרת להגדיר אותה אלא רק כפיצוי עונשי. לדעת ר' יהודה, התחייבות זו אינה משתכללת כדי התחייבות קניינית מוגמרת, והיא נשאר חוזית בלבד עליה יש לקיים דיון משפטי, אך רבי יוסי לעומת זאת טוען שהתחייבות כזו מבשילה כדי התחייבות קניינית מוגמרת, ועל-כן הסנקציות שבהן התחייב כלפי עצמו הופכות לזכויות קנייניות מוגמרות של הצד שכנגד.

כאמור, הלכה כרבי יהודה, לפיה אסמכתא לא קונה, אך נשאלת השאלה מדוע אסמכתא לא קונה?

במקורות מצאנו שלושה הסברים אפשריים המבקשים לתת מענה לשאלה זו:

**הרשב"ם** (ר' שמואל בן-משה)<sup>81</sup>: מייצג את הגישה החוזית האומרת שאסמכתא הינה התחייבות מותנית בתנאי, שיש בצידה סנקציה הנקראת אסמכתא, מלשון 'המתחייב סמוך ובטוח שהיא לא תחול עליי', והפגם שיש בה הוא **העדר גמירת דעת**, ועל כן היא אינה קונה.

**הרשב"א** (ר' שלמה בן-אדרת)<sup>82</sup>: מייצג את הגישה הדיונית האומרת שכל התחייבות המותנית בקנס פגומה. הפגם הוא דיוני, כלומר קנס עצמי, והוא בטל בהיותו בעצם עונש. קנס עצמי הוא ענישה עצמית, או הרשעה עצמית, שלהן אין תוקף לפי ההלכה 'אין אדם משים עצמו רשע'.

**הרמב"ם**<sup>83</sup>: מייצג את הגישה הקניינית לפיה התחייבות כספית מותנית, או הסכם מכר מותנה, ללא מעשה קניין - אין להם תוקף, כי המתחייב 'תלה' (סמך או השעין) את התחייבותו במעשה מסוים (שהרי סמך קניינו...). והפגם שיש באסמכתא הוא אחד משניים: בהתחייבות כספית - התחייבות מותנית ונגועה בהעדר גמירת דעת, ובהסכם מכר - הפגם העיקרי הוא בהעדר מעשה הקניין.

מסקנת האמור עד כה היא כי המשפט העברי אינו מכיר בענישה עצמית הכוללת פיצוי עונשי עצמי, ואולם לכלל זה קיימים שני חריגים חשובים:

החריג הראשון מופיע בהלכה זו<sup>84</sup> של הרמב"ם: כל האומר קנה מעכשיו אין אסמכתא כלל וקנה.... במקרה זה מדובר על הסכם מכר מותנה, ללא מעשה קניין שהרי זה אסמכתא, ובכל זאת אסמכתא זו תהיה ברת-תוקף שכן ההתחייבות היא מעכשיו, ולכשיתקיים התנאי, הוא יחול רטרואקטיבית. במקרה כזה מתקיים יסוד גמירת הדעת להתחייב כבר בשעת המעשה (מעכשיו).

החריג השני מופיע בהלכה זו<sup>85</sup> של הרמב"ם: בהסכם הנגוע באסמכתא שנעשה בפני בית דין חשוב – 'הרי זה קנה', ובהכללה – כאשר הדברים נעשים בפני פורום חשוב – הפורום החשוב מחפה על העדר גמירת הדעת, ומבטיח את גמירת הדעת במקום שהיא איננה בשל פגם באסמכתא.

**לסיכום, ראינו איפוא כי המשפט העברי שולל באופן עקרוני את תורת הפיצוי העונשי (העצמי), אולם שלילה זו אינה גורפת והיא כפופה לשני חריגים: האחד, אם ההתחייבות נכנסה לתוקף כבר בשעת עשיית מעשה ההתחייבות (מעכשיו), השני, אם התחייבות זו נעשתה בפני פורום חשוב.**

כדי לקשור עבר עם הווה ו"אסמכתא" עם "פיצוי עונשי", נפנה לדיון שקיימנו לעיל בסוגיית סיווג של הפיצוי המוסכם בדן האנגלי<sup>86</sup> ולדמיון הרב הקיים בסוגיה זו בין הדן האנגלי למשפט העברי:

81 שו"ת הרשב"ם, בבא בתרא, קס"ח א'.

82 שו"ת הרשב"א, חלק א', תתקלג.

83 הרמב"ם, הלכות מכירה, פרק י"א.

84 בהלכות מכירה, פרק י"א לעיל.

85 בהלכות מכירה, פרק י"א לעיל.

86 בפרק (1ה) לעיל הדן בסעיף "פיצויים מוסמכים בחוזה" בדן האנגלי.

כזכור, בפרשת *Dunlop*<sup>87</sup>, נקבעו ע"י הלורד Dunedin ארבעה כללי זהב להבחנה בין 'פיצוי מוסכם' לגיטימי לבין 'פיצוי עונשי' פסול הכלול בחוזה חתום בין שני בעלי החוזה, וגם שם נקבע כי ככל שסכום הפיצוי גבוה מהנוזק הסביר שנגרם מהפרת החוזה, הריהו בגדר "פיצוי עונשי" פסול.

אלא שבהבדל מהדין האנגלי, המשפט העברי מותיר פתח נרחב דיו לעשיית שימוש בפיצוי העונשי במסגרת החריג הראשון של *"כל האומר קנה מעכשיו"*. הגם שבעיני המשפט העברי התחייבות יכולה להיכנס לתוקף רק במעשה קניין, שמטרתו היא להעיד על גמירות דעת מצד המתקשר, הרי במשפט החוזים המודרני, הן האנגלי והן הישראלי, לא נדרש כלל מעשה קניין כזה, ולא זו בלבד, אלא שישוד גמירות הדעת הוא מרכיב בלעדיו אין בכל התקשרות חוזית, כבר בשעת עריכת ההתקשרות.

מכאן שמה שנראה חריג בעיני המשפט העברי, מהווה למעשה את כלל היסוד במשפט הישראלי והאנגלי, ומסקנת האמור היא כי בראי המשפט הישראלי (וגם האנגלי) – המשפט העברי מכיר הלכה למעשה בפיצוי העונשי העצמי, המקבל את ביטויו בהתקשרות חוזית בין שני צדדים.

לשון אחרת, בפרק זה ניסינו לבחון את עמדתו של המשפט העברי בסוגיית הפיצוי העונשי ונמצאו למדים כי ככלל, אין הוא מכיר בפיצוי כזה בהיותו "אסמכתא", והוא – הפיצוי העונשי - יוכר רק בהתקיים שני חריגים, שהמשותף לשניהם הוא אלמנט *גמירות הדעת* (התחייבות מעכשיו או בפני מרום חשוב). אלא שבשיטות המשפט האנגלי והישראלי, יסוד זה של גמירות דעת מהווה נדבך מרכזי בהשתכלות החוזה ובכניסתו לתוקף, ומכאן שהמשפט העברי יכול לשמש מקור להסתמך עליו בשאלת הסמכות לפסיקת פיצוי עונשי, או למצער, להכרה בו כפיצוי מוסכם לגיטימי בחוזה.

סעיף 15 (א) לחוק התרופות מעמיד לדיון סוגיה דומה לזו הנדונה במשפט העברי, והוא מעגן את סמכותם של הצדדים לחוזה לקבוע *"פיצויים מוסכמים"*, כמו גם את סמכותו של בית המשפט להפחיתם, אם אלו נקבעו ללא יחס סביר לנוזק שניתן היה לצפותו מראש בעת כריתת החוזה. בהקשר זה, נשאלת השאלה האם הוראת סעיף זה שוללת או תומכת ברעיון הפיצוי העונשי, והאם ניתן לפרשה על רקע עקרונות המשפט העברי ?

מצד אחד ניתן לטעון שסמכות ההפחתה נעוצה ברצונו של המחוקק להגביל את כוחם של הצדדים לחוזה להטיל זה על זה סנקציות עונשיות החורגות ממטרת הפיצוי<sup>88</sup>, אך מצד שני לא מתבקשת מכך בהכרח המסקנה כי המחוקק מתנגד עקרונית להכיר בפיצוי העונשי. יש לזכור כי לפי לשון סעיף 15 לחוק החוזים, מדובר בסמכות הפחתה בלבד, וכי בית המשפט מפעיל את סמכות ההפחתה עפ"י סעיף זה בזהירות ובצמצום<sup>89</sup>. בהינתן האמור, אין מניעה לדעתנו להיזקק למקורות המשפט העברי כדי לצקת תוכן פרשני לסעיף זה בחוק החוזים ולקבוע כי גם לאורו של המשפט העברי, אין מניעה לכך שהצדדים לחוזה יוכלו לקבל על עצמם התחייבויות כספיות, ולו גם עונשיות, כל עוד נעשה הדבר במודע ותוך גמירות דעת מלאה, בלי כל אונס או כפייה.

מצאנו להרחיב קמעא בעמדתו של המשפט העברי בסוגיה בה עסקינן, שכן כידוע, סעיף 1 לחוק *יסודות המשפט, תש"ם-1980* קובע כי בהעדר תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, *"כריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר, והשלום של מורשת ישראל"*. בפירות המקורות ההלכתיים לעיל מהמשפט העברי, ובאימוץ האמור בהם, עולה כי יש לקבוע שכאשר מדובר בפיצוי עונשי עצמי אותו קיבל על עצמו המתחייב כלפי הצד השני לחוזה, גם אם הסעד הכספי חורג מהנוזק הסביר, ובלבד שנעשה במודע ובגמירות דעת מלאה, מן הראוי שהמשפט הישראלי המודרני ימצא תימוכין במקורות המשפט העברי לגישה התומכת בפיצוי העונשי, כל מקום שהנסיבות מתאימות לכך, כדי לעודד את הערכים של כיבוד התחייבויות וכיבוד הזולת,

<sup>87</sup> ראה אזכורו בה"ש 38 לעיל

<sup>88</sup> ע"א 156/82, *ליפקין נ' דור הזהב בע"מ*, פ"ד (3) 85 שם נקבע כי התנאות על התרופות שבחוק מותרות *"כל עוד מטרתן תרופתית ואין בהן לא עונש כלפי המפר ולא עושה של הנפגע"*.

<sup>89</sup> ע"א 4481/90, *אהרון נ' בן-גיא בע"מ*, פ"ד (3) 427, וכן ע"א 300/77, *רוזנר נ' בנייני ט.ל.מ. בע"מ*, פ"ד (3) 682 שם נקבע כי *"הפחתת הפיצוי המוסכם מותרת רק במקרה חריג, בו מצא בית המשפט העדף "כל יחס סביר" בין אותו פיצוי לבין הנוזק שניתן היה לחזותו מראש. המילה "כל" שהודגשה על-ידי היא הנותנת שהתערבותו של בית המשפט בפיצוי המוסכם היא מצומצמת ונדירה, כל עוד קיים יחס סביר כלשהו, ולו גם דחוק, משאירים את הפיצוי המוסכם בתוקפו"*.

המוגנים בתורת הפיצויים העונשיים. מבחינה זו, ההסתמכות על עקרונות מהמשפט האנגלי ומשאר מדינות העולם, עם כל החשיבות שיש לייחס לה, עלולה להיחשב כ"רעייה בשדות זרים", שעה שהיסודות לעקרונות אלה נמצאים, ובשפע, במקורות המשפט העברי, המשמש אחד המקורות לפסיקת בתי המשפט בחוק יסודות המשפט.

#### (ח) תובנות, סיכום ומסקנות:

כפי שראינו לכל אורכה ורוחבה של עבודה זו, שאלת "הענישה" במשפט הפרטי בכלל, ובתחום החוזי בפרט, שנויה במחלוקת הן בקרב מלומדים והן בפסיקת בתי המשפט לערכאותיו השונות. מצד אחד, בולטת הגישה הסוברת כי הענישה הינה נטע זר במשפט הפרטי ומקומה יכירנה במשפט הפלילי בלבד, וכי אין מקום להחדרת יסודות עונשיים אל תוך סכסוך אזרחי בין גורמים פרטיים, ומן העבר השני, יש החולקים על גישה זו וטוענים כי רעיונות של גמול, הרתעה וחינוך, המרכיבים את תורת הפיצויים העונשיים, יש בהם כדי למלא תפקיד חשוב ורב ערך בעיצוב פניו של המשפט הפרטי בכלל, ובעיצובם של דיני התרופות בעידן המודרני בפרט.

כפי שהראינו בחיבור זה, הן הדין האנגלי והן המשפט הישראלי, מכירים באפשרות להטיל על נתבע במשפט אזרחי סנקציה כספית-עונשית במסגרת המוסד של "פיצויים עונשיים" או "פיצויים לדוגמה" (punitive damages), אם כי סנקציה זו טרם זכתה להכרה מפורשת בתחום החוזי, והשימוש בה, בשתי שיטות משפט אלה, הצטמצם לתחום דיני הניזקין במובהק.

אף על פי כן, ראוי להדגיש ששיקולי ענישה, שנועדו להרתיע ולחנך את הציבור, משתקפים גם בדיני התרופות, אם כי באופן סמוי ומרוכך, בהקשרים שונים שבהם ההכרעה בסוג התרופה שיש להטיל על המפר ובהיקפה, דורשת שיקול דעת שיפוטי רחב. לצד עקרון-העל בדבר *ההשבה לקדמות*, אין להמעיט גם בתפקיד שממלאים שיקולים עונשיים וחינוכיים בעיצוב דיני התרופות בעידן המודרני.

במבוא לחיבור זה, תיארנו את התמורות שחלו בהפרדה בין המשפט הפלילי והמשפט והאזרחי, שלאורך מאות בשנים היו שלובים זה בזה, והחלו להיפרד זה מזה עם התפתחות הגישה הכלכלית בתחילת המאה ה-19. במשך שתי המאות האחרונות התפתחו דינים מודרניים שהסדירו את התחום החוזי ויצרו וודאות משפטית בדבר היקף האחריות אותה נוטלים על עצמם הצדדים להתקשרות החוזית. אלא שעם הזמן, התברר כי אין די בדינים אלה ויש לשקול לשוב ולמזג שני תחומי משפט אלה מחדש, בצורה מודרנית ומתונה יותר, שתתאים לעידן של ימנו. מבחינה זו, תורת הפיצוי העונשי יכולה לשמש גשר למיזוג מעין זה, ומן הראוי לפתח אותה ולהכיר בה בדרך המלך, ולא באופן מהוסס.

דיני החוזים מהווים ביטוי מוחשי ליחסי גומלין מסחריים המתנהלים בין בני אדם, אלא שמעת לעת מתגלות התנהגויות מכוערות ומחפירות של צדדים לחוזה, שדבר אין להן עם קיום הוגן והגון של חיובים חוזיים, ולא אחת הן משיקות עם התנהגות בוטה, כוחנית ולעומתית שאינה עולה בקנה אחד עם המגמה החדשה ליצור שיתוף פעולה והרמוניה בין שני צדדים לחוזה. דיני החוזים שהתפתחו מאז ראשית המאה ה-19 ועד היום לא צפו מן הסתם התנהגויות אלה, והגיעה השעה להתאים את משטר התרופות למצב המשתנה ולצורכי השעה, אם החברה חפצת חיים היא, ואם היא חפצה באמת ובתמים להגן על זכויות משפטיות-חוזיות של צדדים לחוזה.

ואכן, באופן דינמי למדי, מצאנו בשיטות המשפט האנגלי והישראלי ניסיונות לבצע את ההתאמות הנדרשות, הן בתחום החוזי והן בתחום הניזקין, אלא שהדבר נעשה בהיסוס, בהיחבא, באופן מסוה, ומבלי שאיש מעלה על דעתו לקרוא לילד חורג זה בשמו, ולעשות שימוש חזיתי וישיר בתורת הפיצויים העונשיים. ניסיונות אלה יוצרים סרבול וחוסר אחידות בפסיקה, בהעדר מקור חוקי ברור ומפורש המסמיך את בתי המשפט לעשות שימוש בתורה זו.

כך הוא הדבר בדין האנגלי וכך הוא הדבר גם בדין הישראלי: בשתי שיטות משפט אלה, מתגלית במלוא מערומיה גישתם המתבלטת של בתי המשפט, ככל שהדבר נוגע לתחום החוזי, ולא פעם מצאנו גמגום או שימוש במונחים נרדפים, במקום להישיר מבט אמיץ אל תורת הפיצויים העונשיים ולעשות בה שימוש ראוי, ובמקרים הראויים.

ראינו כי גם במצב החוקי הקיים, עומדים לרשות בתי המשפט לא מעט כלים לעשות שימוש בתורה זו. כך למשל ניתן הדבר להיעשות בדרך 'ההיקש' מחוקים אחרים, שבהם קבע המחוקק הישראלי באופן מפורש את סמכות בתי המשפט לפסוק "פיצויים לדוגמה" (חוק חוזה ביטוח, חוק הגנת הצרכן ועוד). כך למשל ניתן הדבר להיעשות בדרך של הסתמכות על 'הלכה פסוקה' בסוגיות משנה שונות שפותחו בתחום החוזי (תורת האשם התורם, למשל), וכך למשל ניתן הדבר להיעשות תוך הסתמכות על מקורות המשפט העברי, המכירים למעשה, אם גם לא להלכה, בתורת הפיצויים העונשיים.

אך מעבר לכל אלה, ניצב לו במלוא כוחו סעיף 39 לחוק החוזים, המקנה לבית המשפט קשת רחבה למדי של סעדים אפשריים להגיב על תוצאה של הפרת חובת תום הלב. כפי שראינו בבג"צ **שירותי תחבורה**, פירט השופט ברק רשימה בלתי ממצה של סעדים אפשריים, למקרה של הפרת חובת תום הלב בקיום חיובים חוזיים, ובהיות עקרון תום הלב נשען על ערכי מוסר, אין סיבה עניינית שלא לעשות בו שימוש, ולגייסו לעזרתה של תורת הפיצויים העונשיים.

בעימות התיאורטי-משפטי שבין עקרון תום הלב במשפט הישראלי, וגבולותיו הרחבים למדי, כפי שנקבעו ע"י השופט ברק בבג"צ **שירותי תחבורה**, לבין ארבעת "כללי הזהב" שנקבעו ע"י הלורד Dunedin בפרשת **Dunlop**, המבחינים בין פיצוי לגיטימי לבין פיצוי עונשי פסול, אנו מעדיפים את עמדתו של הדין הישראלי. ונבהיר:

(א) אין לכחד כי תכליתה העיקרית של תורת הפיצויים העונשיים היא תכלית עונשית מובהקת, ומטרת הפיצוי העונשי, במוצהר, איננה לתקן את הפגיעה שנגרמה לנפגע מהפרת החוזה, כי אם הטלת עונש על הנתבע בשל התנהגותו הפסולה. באופן זה מתקבלת, לכאורה, תוצאה מעוותת של פיצוי כפול או מופרז לנפגע, מעבר לנזק שנגרם לו בפועל מההפרה, מבלי שיש לכך עיגון חוקי. האומנם כך?

(ב) הדעה הרווחת המושמעת כנגד פסיקת תשלום עונשי היא, כי אין מקום לפסוק פיצוי לתובע מעבר לנזק שנגרם לו בפועל, והחורג מעבר לעקרון הסיבתיות והצפיות, ומשמעותה הפשטנית של אמירה זו היא, כי הנפגע מההפרה יזכה לפיצוי אך ורק עבור אותו הנזק שנגרם לו ושהצדדים לחוזה צפו, או היה עליהם לצפותו מראש, בשעת הכריתה, זאת בהסתמך על לשונו של סעיף 10 לחוק התרופות.

(ג) במשולב עם סעיף 10 הני"ל, ובסמיכות לו, מצוי בחוק התרופות סעיף 13, המסמיך את בית המשפט לפסוק לתובע גם פיצוי בגין נזק לא-ממוני, שביסודו של דבר, אמור לפצות את הנפגע מפח הנפש שגרם לו הנתבע ועל עוגמת הנפש שנגרמה לו מהפרת החוזה.

(ד) עוגמת נפש זו של הנפגע אינה עומדת בפני עצמה, ולא נוצרה יש מאין, ולעולם היא תהיה תוצאה של התנהגות המפר שמניעיו אינם טהורים, ובבוא בית המשפט לפסוק פיצוי לא-ממוני כזה לנפגע, יהיה עליו לשקול על כף המאזניים את התנהגות המפר שגרמה לעוגמת הנפש לנפגע.

(ה) ככל שיימצא קשר סיבתי בין התנהגותו הפסולה של המפר במלאכת הפרת החוזה, לבין עוגמת הנפש שנגרמה לנפגע, בית המשפט יפסוק לתובע כזה פיצוי לא-ממוני (גם אם בסכומים לא גבוהים), ופיצוי זה בוודאי מתווסף על "הנזק" שייפסק לו מכוח סעיף 10 לחוק.

(ו) במקרה כזה תתקבל, מכוח הוראותיו המפורשות של חוק התרופות תוצאה לפיה, הנפגע מההפרה יקבל למעשה "תוספת פיצוי", או פיצוי הגבוה מ"הנזק" לפי סעיף 10: הן את הנזק הכלכלי המסתבר מהפרת החוזה בהתאם לסעיף 10 לחוק, והן את הנזק הלא-ממוני – הנפשי – שגרם המפר לנפגע, מכוח סעיף 13 לחוק.

(ז) תוצאה זו, לא זו בלבד שהיא אינה סותרת את עמדת הדין הישראלי, אלא היא אף עולה בקנה אחד עם הוראות מפורשות של חוק התרופות, ובפרשת **קסלר**<sup>90</sup> נתן הנשיא שמגר ביטוי לתחושותיו, שעה שקבע כי "יהיה זה בלתי סביר אם כל מה שקרה כתוצאה מההתנהגות של **שלוחה של המשיבה, שהוא שותפה לבעלות בנכס ואשר הסתיר את העובדות האמתיות במגע עם המערערים, יהיה רק השבת הכסף ששולם ותו לא**". במילים אלו גילה הנשיא שמגר את דעתו כי בבואו לפסוק פיצוי לא-ממוני למערערים, גם מניעי ההפרה עמדו לנגד עיניו, ולא רק השיקול של הסיבתיות וצפיות הנזק.



(ח) נמצאנו למדים איפוא, כי עקרון הצפיות והסיבתיות שבדיני התרופות אינו חזות הכול, ובנוסף לכל הטיעונים שפורטו בחיבורנו זה, נעז ונאמר כי בתי המשפט בישראל מוסמכים לפסוק פיצוי עונשי לנפגע מהפרת חוזה, גם בשים לב למניעי התנהגותו המפירה של המפר, והכול במסגרת הוראותיו של חוק התרופות.

(ט) קביעה זו מקבלת משנה תוקף, והיא בבחינת קל וחומר, גם לאור **עקרון תום הלב**, החולש על דיני החוזים, מכוחו מוסמך בית המשפט לפסוק סעדים מסעדים שונים, שאינם כלולים כלל בתפריט הסעדים והתרופות שבחוק התרופות. כך נעשה ע"י השופט בבג"צ **שירותי תחבורה**, המהווה ציון דרך חשוב ומנחה בהפעלת עקרון תום הלב, שבסעיף 39 לחוק החוזים.

(י) הנה כי כן, הן מכוח הוראות חוק התרופות, והן מכוח עקרון תום הלב, קל וחומר לאור משקלם המצטבר, מגיעים אנו למסקנה כי קיים מקור חוקי במשפט הישראלי לפסיקת פיצויים עונשיים בדין הישראלי.

בחיבורנו זה עמדנו גם על ההבחנה שבין דיני הניזקין לבין דיני החוזים, והצבענו על כך שבעוד בדיני הניזקין נפוצה יותר התופעה של פסיקת פיצויים עונשיים, הרי בדיני החוזים, נוכחותם מצומצמת יותר. הצידוק הרעיוני-מתודי להבחנה זו טמון בהבדל שבין **האינטרסים המוגנים** השונים בשני תחומי משפט אלה. בעוד שבהליך החוזי ההגנה היא על **אינטרס כלכלי טהור של הצדדים המתקשרים**, הנתפס כחמור פחות בעיני החברה, הרי האינטרס המוגן בדיני הניזקין הוא **שמירה על שלמות הגוף, הרכוש, החירות והכבוד**, וככאלה הם נתפסים כבעלי חשיבות רבה יותר מהאינטרס הכלכלי הצדדים המתקשרים בחוזה. בל נשכח כי אחרי הכול, ועל אף היותם מסווגים כחלק מהמשפט הפרטי-האזרחי, דיני הניזקין נועדו בראש ובראשונה להגן על אינטרסים חברתיים מוגנים, שמטרתם היא לשמור על שלמות הגוף והרכוש של הפרט, בתחום האזרחי להבדיל מהפלילי, כדי למנוע מצב של תוהו ובוהו חברתי ושל **'איש הישר בעיני יעשה'**, ביחסים שבין אדם לחברו. אמנם יוזם ההליך בדיני הניזקין הוא התובע-הנפגע, אלא שבאופן פילוסופי-משפטי, הוא מבסס את תביעתו על עילות הנשענות על הסדר החברתי בהיבט הרחב<sup>91</sup>. ולו מבחינה זו, ניתן להצדיק את התייחסות בתי המשפט, בכל אותם מקרים שבהם נפסקו פיצויים עונשיים (או פיצויים לדוגמה) בתביעות ניזקין, בהן התבררה התנהגותו של המזיק כהתנהגות זדונית ומחפירה.

על אף מאפייני ההבחנה המקובלים שבין דיני הניזקין לבין דיני החוזים, עדיין יש לשאול ולתמוה, על שום מה נעדיף לשקול 'התנהגות מחפירה' של מזיק בדיני הניזקין, ואף לפסוק בגינה פיצויים עונשיים לנפגע, ובה בעת נדחה כל שיקול כזה בתחום החוזי? הלא בבסיסה של כל אינטראקציה בין פרטים בחברה אנושית, עומד הרצון להגן על הסדר החברתי ועל הנורמות המסדירות את יחסי הפרטים בחברה, כדי למנוע מצב של תוהו ובוהו חברתי ושל **'כל דאלים גבר'**. בהינתן הנחת בסיס זו – מדוע ייגרע איפוא חלקם של דיני החוזים?! הלא גם דיני החוזים נועדו גם הם להסדיר את היחסים הכלכליים בין הפרטים בחברה, אך משעה שבני אדם הם המעורבים בתהליכים כלכליים אלה (ולא רובוטים נטולי רגשות), לא ניתן עוד לנתק תהליכים אלה לחלוטין מהתנהגויות אנושיות, הטיעונים במטען ערכי ומוסרי.

כפי שצינו לעיל, התפתחות דיני החוזים מאז ראשית המאה ה-19 התרחשה על רקע תרבות אחרת של יחס כבוד לזולת וכיבוד זכויותיו הכלכליות. דינים אלה לא צפו את התמורות שיחולו ברבות השנים בנורמות החברתיות ההולכות ומשתרשות בחברה האנושית, וככל שחי הכלכלה הפכו להיות מסובכים ומורכבים יותר, כך הולכת ומתפתחת לה תרבות חדשה המבשרת מגמה של תחכום, זלזול בכבוד הזולת ובכיבוד זכויותיו. על רקע זה, ייתכן שהגיעה השעה להתאים את משטר התרופות החוזיות למצב המשתנה ולצורכי השעה, ולצרף אליהן גם את תורת הפיצויים העונשיים, כמשכיר חינוכי רב משמעות, כדי להגן בצורה טובה יותר על זכויות משפטיות-חוזיות של צדדים לחוזה, וכך לייתר את ההבחנה המלאכותית שבין דיני החוזים לבין דיני הניזקין.

<sup>91</sup> בלא מעט חוקים אזרחיים נמצא פרק 'עונשין' המקים גם עבירות פליליות בגין הפרה אזרחית של אותן הוראות חוק, כגון פרק ו' בחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, וכך הוא הדבר גם בפקודת הניזקין, הכוללת עולות נזיקיות בנוסף להיותן גם עבירות פליליות בחוק העונשין: ראה העולות בסעיפים 23 (תקיפה) ו-29 (הסגת גבול) בפקודת הניזקין, בהשוואה לעבירות בסעיפים 334 (פציעה) ו-447 (הסגת גבול) בחוק העונשין.

המצב החוקי השורר כיום במשפט הישראלי גורם לתוצאות מעוותות, וגם במקרים מובהקים בהם תוכח התנהגותו הזדונית של המפר, עדיין יימנע בית המשפט מלפסוק לנפגע פיצוי עונשי ויסתפק בפיצוי על הנזק הכלכלי שנגרם לו עפ"י עקרון הצפיות בלבד. טול למשל, מקרה שבו אדם מוכר את ביתו לקונה בסכום הנקוב בחוזה, אך מיד בסמוך לאחר חתימת החוזה הציע לו קונה אחר סכום הגבוה ב- 25% מהתמורה החוזית הנקובה בחוזה עם הקונה הראשון. בהנחה שבחוזה נכלל סעיף פיצוי מוסכם בשיעור של 10% מהתמורה החוזית, מה ימנע בעד המוכר מלהפר את החוזה עם הקונה הראשון, ישלם לו את הפיצוי המוסכם בשיעור 10% ויותר בידיו רווח נאה של 15% ממכירת הבית לקונה השני. האם במקרה כזה השיקול הכלכלי הטהור יהיה חזות הכול?! האם בית המשפט יוכל לעצום את עיניו מראות את העוול הנושא שייגרם לקונה הראשון?! האם לא יהיה זה ראוי לעגוש את המוכר על התנהגותו הבזויה?!

יש לקוות כי **הצעת חוק דיני ממונות** תחוקק בעתיד הקרוב, וכך יבואו על פתרון כל הסוגיות והתהיות שעלו בחיבורנו זה, ועוד יותר יש לקוות כי לא ירחק היום וגם הדין האנגלי יאמץ את החוק החדש ויסמך את בתי המשפט לפסוק פיצויים עונשיים שאינם תלויים בנזק, אם ימצא **”שהפרה נעשתה בזדון”**.

\* \* \*