



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5131/10

לפני :
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט נ' סולברג

המערערת : רחל אזימוב

נגד

המשיבים :
1. אפרים בנימיני
2. פנינה בנימיני
3. עו"ד רינה אורון מזרחי (פורמאלית)

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
מיום 11.05.2010 בת.א. 2089/08 שניתן ע"י כב' השופטת
גילה כנפי-שטייניץ

תאריך הישיבה : ז' בתמוז התשע"ב (27.6.2012)

בשם המערערת : עו"ד אבנר סאלם

בשם המשיבים : עו"ד איל יפה

פסק-דין

השופטת א' חיות:

אימתי תהא "אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות הענין" ומהן אמות המידה
הצריכות להנחות את בית המשפט בבואו לשקול שלילת סעד של אכיפה מטעם זה על
פי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק
התרופות)?

1. המערערת, רחל אזימוב (להלן: אזימוב), היא אם חד הורית המתגוררת בארצות הברית מזה עשרות שנים ומגדלת שם את שלושת ילדיה, בהם בנה (יליד שנת 1985) הסובל מפיגור שכלי וזקוק להשגחה רצופה. במשך השנים טיפלה אזימוב בבנה בביתה בכוחות עצמה, אולם לקראת פרישתה לגמלאות מעבודתה כמורה בקהילה היהודית בניו-יורק היא ביקשה לעבור לגור בסמיכות לאחותה, המתגוררת בגבעת זאב, על מנת שזו תוכל לסייע לה בטיפול בבנה. באותה עת הוצעה למכירה דירת המגורים של המשיבים 1-2, בני הזוג אפרים ופנינה בנימיני (להלן: בני הזוג בנימיני). דירה זו, ברח' הלולב 37 בגבעת זאב, סמוכה לבית מגוריה של האחות ורשומה כ"מגרש 707, שכונת מורשת בנימין, שלב א' גבעת זאב" ברישומי החברה המשכנת מורשת בנימין למסחר ובניה (קרני שומרון) בע"מ (להלן: הדירה).

בני הזוג בנימיני הם למודי אסונות. בנם הצעיר חלה בשנת 2002, בהיותו בן עשרים ושתיים, במחלת נפש פסיכוטית ובנם הבכור נפטר בשנת 2005 ממחלת הסרטן והוא בן שלושים ושתיים שנים. בעצת הקרובים להם החליטו בני הזוג בנימיני להעמיד את דירתם למכירה מתוך מחשבה כי שינוי מקום המגורים יסייע להם להתגבר על אובדן הבן המנוח. אזימוב ובני הזוג בנימיני ניהלו משא ומתן ובסיומו נחתם ביניהם ביום 14.8.2007 הסכם לפיו מכרו בני הזוג בנימיני לאזימוב את הדירה (להלן: הסכם המכר או ההסכם). בסעיף 4 להסכם המכר נקבע כי תמורת הדירה תשלם אזימוב לבנימיני סך של 345,000 דולר בחמישה תשלומים שמועדיהם נקבעו בהסכם, וכי התשלום האחרון בסך של 165,000 דולר ישולם לא יאוחר מיום 8.8.2008, כנגד מסירת החזקה בדירה והמצאת כל האישורים הדרושים לשם רישום הזכויות בדירה על שם אזימוב. עוד נקבע בסעיף 10 להסכם המכר כי צד שיפר את הוראותיו ישלם לצד השני סכום השווה בשקלים לעשרה אחוזים מתמורת הדירה, כפיצוי מוסכם, קבוע ומוערך מראש ללא הוכחת נזק.

2. שני הצדדים להסכם המכר יוצגו על ידי המשיבה הפורמאלית 3, עורכת הדין רינה מזרחי-אורון (להלן: עו"ד מזרחי), ובהתאם להסכם ניתן לה יפויי כוח בלתי חוזר לרישום הזכויות בדירה על שם אזימוב. כשלושה שבועות לאחר החתימה על הסכם המכר, ביום 5.9.2007, מסרו בני הזוג בנימיני מכתב לעו"ד מזרחי בו הודיעו על ביטול ההסכם בשל אי-קבלת התשלום הראשון שנקבע בו. עוד באותו היום חזרו בהם בנימיני מהודעת הביטול האמורה לאחר שהסתבר להם כי התשלום הראשון בסך של 35,000 דולר שולם במועד אך בהתאם להסכם המכר הוא מוחזק בנאמנות בידיה של עו"ד

מזרחי עד להמצאת אישור זכויות מן הממונה על הרכוש הנטוש באיזור יהודה ושומרון. אזימוב, באמצעות גיסה ומיופה כוחה מר דוד כהן, אף הסכימה באותו השלב כי סכום זה יועבר לבנימיני ללא המצאת האישור האמור, ובעקבות כך הודיעו בנימיני כאמור על חזרתם מהודעת הביטול. לאחר מכן, העבירה אזימוב לבנימיני שני תשלומים נוספים על חשבון התמורה בסך כולל של 70,000 דולר, אך בחלוף כשלושה חודשים פנה בא-כוחם של בני הזוג בנימיני, עורך הדין יוסף אורון (להלן: עו"ד אורון) אל עו"ד מזרחי במכתב מיום 2.12.2007 והודיעה כי בדעת בנימיני לבטל את הסכם המכר "מטעמים הומניים" וכלשון המכתב:

"מר אפרים בנימיני ביקשני להעלות על הכתב את תוכן שיחתנו מלפני ימים אחדים לפיה בדעתו לבטל ההסכם ולהשיב הכספים ששולמו לו לקונה, מטעמים הומניים כפי שפירטתי לך. כמובן שהודעתני לו כי הדבר כרוך בפיצוי שיטוכם בין הצדדים.
אנא בדקי האפשרויות והודיעני." (ההדגשה במקור)

ביום 9.12.2007 שלח עו"ד אורון מכתב נוסף לעו"ד מזרחי ובו הודיע כי בני הזוג בנימיני החליטו לבטל את הסכם המכר "מטעמים שנמסרו לך על ידי ושיפורטו בהמשך". עוד כתב עו"ד אורון כי הכספים ששילמה אזימוב על חשבון ההסכם יושבו לידיה באופן מיידי לפי דרישתה וכי בני הזוג מוכנים להגיע עם אזימוב לסיכום באשר לסכום הפיצוי המגיע לה או למנות בורר מוסכם לצורך קביעת סכום הפיצוי האמור.

3. במכתבה מיום 16.12.2007 השיבה עו"ד מזרחי לעו"ד אורון כי אזימוב עומדת על זכותה לאכיפת הסכם המכר ועל קבלת החזקה בדירה וכי היא אינה מעוניינת בקבלת הפיצוי המוסכם. עוד צוין במכתב התשובה כי אותם "טעמים הומניים" שהוזכרו במכתביו של עו"ד אורון היו ידועים לבני הזוג בנימיני לפני ובעת החתימה על הסכם המכר והם לא מנעו מהם מלחתום על ההסכם ולקבל חלק ניכר מן התמורה. בני הזוג בנימיני, מצידם, עמדו על ביטול הסכם המכר ובמכתב נוסף ששלח עו"ד אורון לעו"ד מזרחי ביום 17.12.2007 צוין כי הוא הסביר לבני הזוג את ההשלכות הנובעות מהפרת ההסכם אך הם עומדים בסירובם. כמו כן צוין באותו המכתב כי בנימיני מוכנים לשאת בפיצוי בגין תוצאות ההפרה ולהביא את העניין בפני בורר מוסכם או במידת הצורך בפני בית משפט. מכתב נוסף נשלח חודש לאחר מכן, ביום 17.1.2008, מבני הזוג בנימיני לדוד כהן, גיסה של אזימוב, ובו שבו בני הזוג וציינו כי הם אינם מתנערים מאחריותם לפצות את אזימוב וכי כל סכום שישולם על-ידה מאותו מועד ואילך יושב לחשבונה בו ביום. כמו כן שבו בני הזוג בנימיני והציעו להעביר את ההכרעה במחלוקת שנתגלעה בין הצדדים להכרעת בורר. ביום 29.1.2008 העבירו בני

הזוג בנימיני לחשבון הבנק של אזימוב סך של 70,000 דולר (התשלומים השני והשלישי ששילמה), וזאת חרף התנגדותה. בנימיני ביקשו למסור לאזימוב באמצעות דוד כהן המחאה על סכום נוסף של 35,000 דולר (התשלום הראשון ששילמה), אך הוא סירב לקבלה בצינינו כי אינו משמש עוד כמיופה כוחה של אזימוב.

4. משעמדו בני הזוג בנימיני בסירובם לקיום הסכם המכר, הגישה אזימוב ביום 5.3.2008 תביעה לבית המשפט המחוזי בירושלים נגדם ונגד עו"ד מזרחי, בה עתרה להורות על אכיפת הסכם המכר ועל רישום הזכויות בדירה על שמה וכן להורות על פינוי הדירה מכל אדם וחפץ ועל חיוב בני הזוג בנימיני לשלם לה פיצוי כספי בגין הפרת ההסכם, בגין העיכוב במסירת החזקה בדירה ובגין נזקים נוספים שיגרמו לה עד לסיום ההליכים. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 12.3.2008 נעתר בית המשפט קמא לבקשת ביניים שהגישה אזימוב והורה, בהסכמת הצדדים, בצו זמני כי בני הזוג בנימיני ימנעו מביצוע כל עסקה בדירה.

פסק דינו של בית המשפט קמא

5. לאחר שמיעת ראיות, דחה בית המשפט קמא בפסק דינו מיום 11.5.2010 את תביעתה של אזימוב לאכיפת הסכם המכר אך הורה כי על בני הזוג בנימיני לשלם לה את הפיצוי המוסכם שנקבע בהסכם. בית המשפט ציין כי אין מחלוקת של ממש בין הצדדים על כך שבני הזוג בנימיני הפרו את הסכם המכר אך קיבל את טענת בני הזוג בנימיני כי הסיבה לביטול ההסכם על ידם הייתה מצבה הנפשי של הגב' בנימיני וחוסר יכולתה "להיפרד מזכרו של בנה המנוח האצור בין כתלי הבית". בהקשר זה דחה בית המשפט את טענתה של אזימוב, אשר הטילה ספק במניעיהם של בני הזוג וטענה כי ביטול ההסכם נבע מירידה בשער הדולר ועליה במחירי הדירות לאחר כריתתו. בית המשפט קיבל את גרסתם של בני הזוג בנימיני כי הקושי להתנתק מן הדירה הוא שעמד כבר בבסיס הודעת הביטול הראשונה ששלחו ביום 5.9.2007, ועוד קבע כי מן העדויות עולה שעם תחילת ביצוע הסכם המכר הגיעו בני הזוג להכרה שלא יוכלו להתנתק מן הדירה בה גדל בנם המנוח וכי נכונותם לפצות את אזימוב מעידה אף היא שלא טעמים כלכליים הם אלה שהובילו אותם לביטול ההסכם.

בהקשר זה עמד בית המשפט על חוות-הדעת הרפואיות שהגישו הצדדים ביחס למצבה של הגב' בנימיני. על-פי חוות-דעתה של הפסיכיאטרית ד"ר דנית בר-זיו (להלן: ד"ר בר-זיו), שהוגשה מטעם בנימיני, פיתחה הגב' בנימיני תסמונת חרדתית המתבטאת בהתקפים של חרדה וקוצר נשימה, מאז שבנה הצעיר חלה. עוד צוין בחוות-

הדעת כי בעקבות מות בנה הבכור בשנת 2005, חלה החמרה במצבה של הגב' בנימיני והיא נזקקה לטיפול בתרופות אנטי חרדתיות והושמה במעקב במרפאה לבריאות הנפש. ד"ר בר-זיו הוסיפה וציינה כי לאחר מות בנם היו מי שיעצו לבני הזוג למכור את הדירה על מנת שיוכלו להתנתק ולהתגבר על כאבם ובני הזוג בחרו לאמץ עצה זאת, אף שהיו אמביוולנטיים לגביה. עוד צוין בחוות הדעת כי בעת קבלת ההחלטה הייתה הגב' בנימיני מטופלת בשל דיכאון וחרדה ושני בני הזוג היו במצב המקשה על קבלת החלטות שקולות. בית המשפט הוסיף וצייין כי ד"ר בר-זיו העריכה שבני הזוג בנימיני קשורים לדירה כאילו בנם עדיין גר בה וכי הפרידה ממנה, המסמלת עבורם את הזיכרון המוחשי של הבן, תביא לאבל מחודש שעלול להשפיע בצורה קריטית על מצבם הנפשי ובעיקר על מצבה של הגב' בנימיני. מנגד, סקר בית המשפט את חוות-דעתו של הפסיכיאטר ד"ר יוסי הטב (להלן: ד"ר הטב), שהוגשה מטעם אזימוב, ולפיה בעת מכירת הדירה הייתה הגב' בנימיני צלולה ומודעת למשמעות המעשית והמשפטית של מעשיה. ד"ר הטב ציין כי הגב' בנימיני אכן לא העריכה נכון את משמעות מכירתה של הדירה ומביעה חרטה על טעותה וסובלת מדיכאון תגובתי לאבל הפתולוגי, אך יחד עם זאת סבר ד"ר הטב כי לא ניתן לקבוע מבחינה רפואית שביצוע הסכם המכר ופינויה של הדירה יובילו להתדרדרות במצבה הנפשי של הגב' בנימיני. עוד ציין ד"ר הטב בחוות-דעתו כי יש סיכוי טוב ששינוי המקום דווקא יטיב עם הגב' בנימיני לאורך זמן וכי בנותיהם של בני הזוג וחלוף הזמן יסייעו גם הם בכך. ואולם, בית המשפט קמא העדיף בעניין זה את חוות-דעתה של ד"ר בר-זיו וקבע כי נוכח מצבה הנפשי של הגב' בנימיני הסובלת מדיכאון תגובתי לאבל על מות בנה, הפרידה מן הדירה "עלולה להביא למשבר נוסף של אבל מחודש העלול להשפיע לרעה על מצבה הנפשי". בית המשפט הוסיף וצייין כי ד"ר הטב הוא לא שלל אפשרות זו בחוות-דעתו.

6. בהינתן מסקנה זו נפנה בית המשפט לניתוח המשפטי הנדרש בעקבות כך וקבע כי טענת ההגנה המרכזית של בני הזוג בנימיני נסמכת על הוראת סעיף 3(4) לחוק התרופות, לפיה יש לבית המשפט שיקול דעת שלא להורות על אכיפת הסכם אם אכיפתו היא "בלתי צודקת בנסיבות העניין". בית המשפט הוסיף כי בחינת קיומו של "סייג הצדק" תעשה על דרך של איזון האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים וכי הנסיבות שיילקחו בחשבון באיזון האמור הן גם כאלו שנוצרו לאחר כריתתו של הסכם המכר, לפני ואחרי הפרתו. בית המשפט קמא סבר כי העוול שייגרם לבני הזוג בנימיני אם ייאכף הסכם המכר "רב לאין שיעור" מהעוול שייגרם לאזימוב אם תדחה תביעתה לאכיפת ההסכם ותחת זאת ייפסק לה פיצוי כספי. בית המשפט הדגיש בהקשר זה כי עבור בנימיני אין תחליף לדירתם ואילו לאזימוב אין זיקה מיוחדת דווקא לדירה זו ועם קבלת פיצוי כספי היא תוכל לרכוש דירה אחרת באזור. בנסיבות אלו, כך קבע בית

המשפט, נוטה "מאזן העוול" נגד אכיפת הסכם המכר בציינו כי בנימיני הודיעו לאזימוב על ביטול ההסכם זמן קצר לאחר כריתתו וחודשים רבים לפני מועד מסירת החזקה בדירה; כי הם פעלו ביושר ובהגינות והשיבו לאזימוב את עיקר הסכומים שקיבלו על חשבון התמורה; כי רק בשל סירובה של אזימוב לא הוחזרו לה באותו שלב הסכומים ששולמו במלואם; וכי עם ביטול ההסכם הודיעו בנימיני לאזימוב שהם מוכנים לשלם פיצוי בגין ההפרה ולדון בבוררות או בדרך אחרת בשיעורו. בהקשר זה ציין בית המשפט כי ניתן להניח שלו אזימוב הייתה נענית להצעתם כבר באותו שלב, היו נזקיה מצטמצמים באופן ממשי. בשולי הדברים דחה בית המשפט את הצעתה של אזימוב לאכיפת הסכם המכר תוך מתן אפשרות לבני הזוג בנימיני לשכור את הדירה למשך שנים וכן את הצעתה לדחות את מועד אכיפת ההסכם תוך מתן ביטוי כספי לדחייה זו, ולאפשר לה להתחיל בהליכי תכנון לצורך בניית דירה נוספת על אותו המגרש. בית המשפט קבע בהקשר זה כי תנאים אלו אינם מתחייבים מן החוזה ומדובר למעשה בהסכמים חדשים שהיבטיהם הכלכליים לא נשקלו ולא הוכח שניתן להוציאם אל הפועל. על כן לא ניתן להורות עליהם מכוח סעיף 4 לחוק התרופות.

בית המשפט דחה אפוא את תביעתה של אזימוב לאכיפת הסכם המכר, וממילא נדחתה גם תביעתה לפינוי בני הזוג בנימיני מן הדירה ולפיצוי בגין האיחור במסירתה. בית המשפט הוסיף וקבע עם זאת כי על בני הזוג בנימיני לשלם לאזימוב את סכום הפיצוי המוסכם - 34,500 דולר - המהווים 10% מן התמורה שנקבעה בהסכם וכן כי עליהם להשיב לה את התשלום הראשון ששילמה בסך 35,000 דולר, והכל כערכם בשקלים ביום הגשת התביעה ובצירוף הפרשי הצמדה וריבית מיום הגשת התביעה. לבסוף, הורה בית המשפט על ביטול צו המניעה שניתן ביום 12.3.2008 וחייב את אזימוב לשלם לבנימיני את הוצאותיה של ד"ר בר-זיו.

אזימוב אינה משלימה עם תוצאה זו ומכאן הערעור שהגישה.

טענות הצדדים

7. אזימוב טוענת כי שגה בית המשפט קמא בדחותו את הטענה כי הטעם האמיתי שעמד ביסוד ביטול ההסכם המכר על ידי בני הזוג בנימיני היה כלכלי ונבע מאי-כדאיות העסקה. בהקשר זה טוענת אזימוב כי בין מועד החתימה על זיכרון דברים (9.8.2007) ובין המועדים שנקבעו בהסכם המכר לתשלום התמורה, חלה ירידה ניכרת בשער הדולר ועליה משמעותית במחירי הדירות, והדבר הוביל להפסד בתמורה מבחינת בני הזוג בנימיני אך לא לרווח בעבורה, שכן היא מתגוררת בארצות הברית ומנהלת ממילא את

כל ענייניה בדולרים. אזימוב מפנה בהקשר זה לעדותו של עו"ד עדנאן ממשרדה של עו"ד מזרחי, לפיה מר בנימיני היה נסער מאוד נוכח שינוי שער הדולר והנזק הכספי שנגרם לו לטענתו בעקבות כך והוא ציין בפניו כי העסקה כבר לא כדאית עבורו בנסיבות אלה. עוד טוענת אזימוב בהקשר זה כי בני הזוג בנימיני העמידו את דירתם למכירה כבר בשנת 1998, כך שפטירת בנם לא השפיעה על רצונם למוכרה, וכן היא מדגישה כי במהלך המשא ומתן לקראת החתימה על הסכם המכר הנושא היחיד שעמד על הפרק היה הנושא הכספי ובנימיני אף העלו את המחיר המבוקש לאחר שנוכחו לדעת כי היא זקוקה לדירתם. אזימוב מוסיפה וטוענת כי בנימיני לא פירטו במכתבי הביטול ששלחו כל עילה לביטול ההסכם פרט לטענות כספיות וגרסתם הנוכחית לפיה הטעם לביטול קשור במות בנם הועלתה לראשונה בכתב ההגנה שהגישו. עוד טוענת אזימוב כי סירובם של בני הזוג להיעתר להצעות הפשרה שהציעה, במסגרתן יוכלו הם להישאר לגור בדירה במשך תקופה ארוכה, כמו גם נכונותם לשלם לה את הפיצוי המוסכם - הנמוך בהרבה מן ההפרש בתמורה שנגרם מירידת שער הדולר - מעידים אף הם כי הטעם שעמד בבסיס ביטול ההסכם היה כלכלי בלבד.

8. אזימוב מוסיפה וטוענת כי מסקנתו של בית המשפט קמא לפיה בנסיבות המקרה דנן אין לאכוף את הסכם המכר בו התקשרה עם בני הזוג בנימיני היא מסקנה חסרת תקדים ובעלת השפעות רוחב שליליות על כלל הציבור בכל הנוגע לחובת תום-הלב ולוודאות הנדרשת בקיום הסכמי מכר מקרקעין. לטענתה, עם חקיקת חוק התרופות הפך סעד האכיפה לסעד ראשון במעלה ורק במקרים חריגים יימנע בית המשפט מהענקתו. עוד טוענת אזימוב כי הסייג לאכיפה הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות חל רק במקרה שבו התרחש "אירוע מכוון" לאחר החתימה על הסכם המכר, וכי הנטל להוכיח אירוע כזה מוטל על הצד המתנגד לאכיפה - ובענייננו על בני הזוג בנימיני. במקרה דנן, כך טוענת אזימוב, הנסיבות שבגינן קבע בית המשפט כי אין לאכוף את הסכם המכר התרחשו כולן זמן רב לפני כריתתו של ההסכם. כך, פטירתו המצערת של הבן אירעה שנתיים ויותר טרם שנחתם הסכם המכר; הטיפול הרפואי שעברה גב' בנימיני הופסק זמן רב לפני מועד חתימת ההסכם; ויתרה מכך - הנסיבות האישיות הקשות של בני הזוג הן שהביאו אותם לכתחילה להעמיד את הדירה למכירה. עוד טוענת אזימוב כי בשוקלו את מכלול נסיבות העניין לא איזן בית המשפט קמא כראוי בין "מאזן האשמה" ל"מאזן הנזק". לטענתה, בגדר "מאזן האשמה" היה על בית המשפט ליתן דעתו לכך שידם של בני הזוג בנימיני הייתה "קלה" בחתימת ההסכם והם לא חשבו על ההשלכות האפשריות של מעשיהם ועל הפגיעה האפשרית באזימוב כקונה, וכן לכך שהיא קיימה בתום-לב את חיוביה לפי ההסכם. במסגרת שיקולי "מאזן הנזק", כך טוענת אזימוב, היה על בית המשפט לבחון את הנזקים הכספיים שנגרמו לה

ולבנה ולא רק את נזקיהם של בני הזוג בנימיני. מכל מקום, כך טוענת אזימוב, היה על בית המשפט לצאת מנקודת מוצא של אי שוויון נורמטיבי בין הצדדים וליתן משקל רב יותר לנזק שייגרם לה כנפגעת, מאשר לנזק שייגרם לבנימיני - מפירי ההסכם.

אשר לחוות-דעת המומחים, אזימוב טוענת כי לעניין החלתו של הסייג הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות לא היה מקום ליתן משקל למצבה הנפשי של הגב' בנימיני לפני כריתתו של הסכם המכר. עוד טוענת אזימוב כי הקביעה של בית המשפט קמא לפיה אכיפת הסכם המכר תוביל להידרדרות במצבה של הגב' בנימיני היא קביעה שלא נומקה די הצורך ולא התבססה על דיון מקיף בעדויות המומחים. אזימוב מוסיפה וטוענת כי לא הייתה כל מחלוקת בין המומחים על כך שבעת החתימה על הסכם המכר הייתה גב' בנימיני מודעת למשמעות של מעשיה וכשירה לחתום על ההסכם, ודי בכך לטענתה כדי להורות על אכיפתו. אזימוב מציינת עוד כי המחלוקת בין המומחים הצטמצמה לשאלת השפעתה של עזיבת הדירה על מצבה הרפואי של הגב' בנימיני וכי בהקשר זה שגה בית המשפט קמא בהעדיפו את עמדתה של ד"ר בר-זיו על פני חוות-דעתו של ד"ר הטב, שהוא לדבריה פסיכיאטר מומחה בעל שם עולמי מזה למעלה משלושים שנים. אזימוב טוענת כי בית המשפט קמא פירש באופן שגוי את האמור בחוות-דעתו של ד"ר הטב, אשר סבר כי יש להניח ששינוי המקום דווקא יטיב עם הגב' בנימיני לאורך זמן ולא יחמיר את מצבה. עוד מוסיפה אזימוב וטוענת כי ד"ר בר-זיו נסמכה בחוות-דעתה על מסמכים ונתונים שגויים אשר נסתרו בעדותה של הגב' בנימיני ולפיכך, לא היה מקום לבסס עליהם את המסקנות שאליהן הגיעה.

9. בכל הנוגע לנזקים שנגרמו לה עקב ביטול ההסכם, אזימוב טוענת כי היא סובלת מדיכאון וכי נוכח גילה המבוגר היא נאלצה לשלוח את בנה לטיפול במוסד לאחר שנים רבות של טיפול צמוד. עוד טוענת אזימוב כי בית המשפט קמא התעלם מן הנזק הכספי שנגרם לה כתוצאה מן הצורך לפדות הסכונות על מנת לעמוד בתשלומים להם התחייבה בהסכם. אזימוב טוענת לנזקים נוספים ובהם: אובדן ההזדמנות לקנות דירה סמוכה שעמדה בתקופה הרלוונטית על הפרק; נזק כספי הנובע מעליית מחירי הדירות באזור וירידת שער הדולר בשל חלוף הזמן; ונזקים נפשיים שנגרמו לה ולבנה נוכח העובדה שכיום ידם אינה משגת לרכוש דירה באזור המצוי בקרבת אחותה. לטענתה, נזקים אלה עולים עשרות מונים על הפיצוי שנפסק לה. אזימוב מוסיפה וטוענת כי אין להתחשב בכך שחלפו למעלה מחמש שנים מיום החתימה על הסכם המכר משום שלטענתה אין להענישה על התמשכות ההליכים. אזימוב אף טוענת כי בית המשפט קמא שגה בחישוב סכומי הפיצוי וההשבה שעליהם הורה וכי היה עליו להורות

על תשלום בערכים דולריים ולשערך את סכום ההשבה מיום העברת התמורה לבני הזוג בנימיני ולא מיום הגשת התביעה.

10. בני הזוג בנימיני, מצידם, סומכים ידיהם על קביעתו של בית המשפט קמא לפיה אכיפת הסכם המכר היא בלתי צודקת בנסיבות העניין ולטענתם, פרשנותה של אכיפת הסכם המכר (4)3 לסעיף 3(4) לחוק התרופות היא פרשנות דווקנית המבקשת לשלול את שיקול הדעת הרחב המסור, לדעתם, לבית המשפט בשאלה האם לאכוף את ההסכם. בנימיני מוסיפים וטוענים כי הוכח שביטול ההסכם נבע ממצוקתם הנפשית ולא משיקולים כלכליים, כפי שטוענת אכיפת הסכם המכר, ועוד הם טוענים כי קביעתו העובדתית של בית המשפט קמא התבססה על התרשמות ישירה מן העדים שנשמעו לפניו ועל חוות-דעת המומחים ואין בערעור כל נימוק המצדיק סטייה מקביעות אלו. כך, בנימיני טוענים כי בצדק העדיף בית המשפט קמא את האמור בחוות-דעתה של ד"ר בר-זיו על פני חוות-דעתו של ד"ר הטב, משום שעדותה של ד"ר בר-זיו בבית המשפט חיזקה את האמור בחוות-דעתה ביחס למצבה של הגב' בנימיני וביחס לנזקים הצפויים לה אם תאלץ לעזוב את הדירה. לעומת זאת, כך נטען, ד"ר הטב לא שלל את האפשרות שעזיבת הדירה תוביל להרעה במצבם של בני הזוג ובכך שמת את הבסיס עליו נשענה עמדת אכיפת הסכם המכר.

בנימיני מוסיפים וטוענים כי הוכח שהנזק שייגרם להם אם יאכף הסכם המכר גדול מזה שייגרם לאכיפתו כתוצאה מאי-אכיפתו, ועל כן לטענתם בדין קבע בית המשפט קמא כי אין לאכוף את ההסכם, וזאת בפרט בהינתן העובדה שעברו כחמש שנים ממועד כריתתו. בנימיני טוענים עוד כי הדרישה לפנותם מהדירה אף אינה מוסרית וכי התעלמותה של אכיפת הסכם המכר מן הנסיבות הטרגיות שפקדו אותם וניסיונה למזער את חומרת מצבם אינם ראויים, קל וחומר משערעורה שלה מבוסס על הרצון לטפל בבנה הזקוק להשגחה. עוד טוענים בנימיני כי טענותיה של אכיפת הסכם המכר לנזקים הנפשיים שנגרמו לה משוללות יסוד, ומדובר בטענות עובדתיות חדשות שלא הועלו בפני בית המשפט קמא ויש להתעלם מהן. כמו כן נטען כי העובדה שאכיפת הסכם המכר לא הובילה להמשך להתגורר בארצות-הברית בשנים שחלפו מאז כריתת הסכם המכר מעידה אף היא כי לא נגרם לה כל נזק כתוצאה מביטול ההסכם וכי מניעה בהליך דנן הם כספיים גרידא. בנימיני מוסיפים וטוענים כי ביטול ההסכם נעשה זמן רב לפני מועד המסירה שנקבע בו, ולכן אין מקום לטענותיה של אכיפת הסכם המכר להסתמכותה על ההסכם. דברים אלו יפים לטענתם ביתר שאת נוכח העובדה כי אכיפת הסכם המכר לא הובילה להמשך גמישות והעלאתה את דרישותיה לקבלת פיצוי, והדבר מלמד לגישתם על חוסר תום ליבה ועל חוסר הגינותה. לעומתה, כך טוענים בנימיני, הם התנהלו בתום-לב, התעקשו על השבת הכספים שהעבירה להם אכיפת הסכם המכר ואף הציעו לה פיצוי באופן מידי. לבסוף,

טוענים בנימיני כי הפתרונות החלופיים שהציעה אזימוב לאכיפת הסכם המכר מנוגדים לדין ובצדק נדחו על ידי בית המשפט קמא.

דיון

11. בני הזוג בנימיני התקשרו עם אזימוב בהסכם לפיו מכרו לה את דירתם. אזימוב כקונה קיימה ככתבן את התחייבויותיה על פי ההסכם ושילמה לבנימיני על חשבון התמורה את הסכומים שנקבעו בו במועדים שסוכמו. כשלושה חודשים וחצי לאחר חתימת ההסכם וכשמונה חודשים לפני המועד שבו הוסכם על ביצוע התשלום האחרון ועל מסירת החזקה, החליטו בני הזוג בנימיני לבטל את ההסכם בלא שהייתה להם כל עילה בדין לעשות כן. הם הודיעו לאזימוב כי יסרבו לקבל מידה תשלומים נוספים על חשבון התמורה ואף החזירו לחשבונה שניים מן התשלומים שאותם ביצעה. מהלך הביטול של בנימיני בנסיבות שתוארו מהווה הפרה של הסכם המכר על ידם ובנימיני אינם חולקים על כך. אזימוב תובעת את אכיפת ההסכם ונסמכת על הוראת סעיף 2 לחוק התרופות הקובע: "הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו...".

האם צדק בית המשפט קמא בקובעו כי יש לשלול מאזימוב את תרופת האכיפה ובהסתמכו לעניין זה על החריג הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות לפיו ניתן לעשות כן אם האכיפה היא "בלתי צודקת בנסיבות הענין"?

זוהי השאלה המרכזית שהונחה לפתחנו בערעור דנן.

12. טרם שנדרש לשאלה זו על ההיבטים העובדתיים והמשפטיים שהיא מעלה, מן הראוי להסיר מן הדרך את טענת אזימוב לפיה ביטול ההסכם נעשה על ידי בנימיני מטעמים כלכליים גרידא ולא מן הטעם שהציגו והוא - מצבה הנפשי של הגב' בנימיני. טענה זו נדחתה על ידי בית המשפט קמא לאחר שבחן את הראיות שהיו בפניו והשתכנע כי הטעם שעמד ביסוד ביטול ההסכם על ידי בני הזוג בנימיני אכן נעוץ במצבה הנפשי של הגב' בנימיני, וכלשון בית המשפט:

"לאחר ששמעתי את הראיות, שוכנעתי כי הטעם שעמד ביסוד ביטול ההסכם על ידי הנתבעים [בנימיני] היה מצבה הנפשי של הנתבעת [הגב' בנימיני], וחוסר יכולתה להיפרד מזכרו של בנה המנוח האצור בין כתלי הבית ... לא טעמים כלכליים עמדו ביסוד הביטול" (פסקה 15).

ממצא זה נסמך, כאמור, על הראיות שהוצגו לבית המשפט קמא ובהן העדויות של בני הזוג בנימיני אותן מצא בית המשפט אמינות ומשכנעות. כמו כן נסמך ממצא זה על חוות-הדעת של המומחים הרפואיים מטעם שני הצדדים ובעיקר על חוות-הדעת של ד"ר בר-זיו שהוצגה מטעם בני הזוג בנימיני וממנה עולה כי הגב' בנימיני סובלת מדיכאון תגובתי לאבלה על מות בנה המנוח ומתפקדת מזה שנים רק בעזרת טיפול תרופתי. עוד עולה מחוות-הדעת של ד"ר בר-זיו כי "הפרידה מהבית המסמל את הזיכרון המוחשי של הבן תביא למשבר נוסף של אבל מחודש שעלול להשפיע בצורה קריטית על מצבם הנפשי של ההורים ובמיוחד של האם". ד"ר בר-זיו נחקרה בבית המשפט קמא על חוות-הדעת ובית המשפט בחר לאמץ את האמור בה.

כלל ידוע הוא כי לא בנקל תתערב ערכאת הערעור בקביעות עובדה ובמצאי מהימנות של הערכאה המבררת בהתחשב ביתרון המובהק הנתון לה בהקשר זה כמי שיכולה להתרשם באופן בלתי אמצעי מן העדויות. התערבות בקביעות ובמצאים כגון אלה שמורה על כן למקרים חריגים ביותר בהם התגלה פגם היורד לשורש העניין או כאשר מסקנותיה של הערכאה הדיונית מופרכות ובלתי מבוססות על פניהן (ראו למשל: ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון בראשי, פ"ד נב(2) 582, 594 (1998) וכן ע"א 8557/06 עיריית פתח תקווה נ' חב' אולימפיה בניה השקעות ופיתוח (1994) בע"מ, פסקה 9 והאסמכתאות שם (15.9.2010)). כלל זה יפה ואף ביתר שאת מקום שבו מבוססות קביעותיה של הערכאה המבררת על חוות-הדעת של מומחים מקצועיים ובמיוחד כשאלו העידו בפניה (ראו ע"א 4744/05 פלונית נ' שירותי בריאות כללית, פסקה ד(1) (9.8.2006); יעקב קדמי על הראיות חלק רביעי 1919 (2009); ראו והשוו ע"א 7802/08 מדינת ישראל נ' עוגב, פסקה 5 (8.8.2011)). בחינת המקרה דנן על פי הקריטריונים והתנאים הללו מוליכה אל המסקנה כי הוא אינו נמנה עם אותם מקרים חריגים המצדיקים התערבות בקביעות עובדה ובמצאי מהימנות ומשכך אני מאמצת את קביעותיו ומסקנותיו העובדתיות של בית המשפט קמא בכל הנוגע לטעם העומד ביסוד רצונם של בני הזוג בנימיני לבטל את הסכם המכר ואילו טענתה של אזימוב כי בני הזוג ביטלו את הסכם המכר משיקולים כלכליים, דינה להידחות.

13. הממצא לפיו בני הזוג בנימיני ביטלו את הסכם המכר בשל מצבה הנפשי של הגב' בנימיני ונוכח המצוקה העלולה להגרם לה כתוצאה ממעבר לדירה אחרת, אין בו עם זאת כדי לייתר את השאלה המרכזית שהצבנו בפתח הדיון והיא - האם צדק בית המשפט קמא בקובעו כי בנסיבות המקרה דנן ולמרות הפרת ההסכם על ידי בני הזוג בנימיני, יש להפעיל את סייג הצדק הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות, ולהימנע ממתן סעד של אכיפה לטובת אזימוב?

על בכורתו של סעד האכיפה בדין החוזים הישראלי

14. דיני החוזים הישראליים ביצרו מאז חקיקת חוק התרופות את מעמד הבכורה של תרופת האכיפה כתרופה העיקרית שזכאי לה הנפגע בעקבות הפרת חוזה. ביטוי לכך ניתן למצוא בסעיף 1 לחוק התרופות המגדיר "נפגע" כ"מי שזכאי לקיום החוזה שהופר" (ההדגשה הוספה) וכן בסעיף 2 לחוק המציב את תרופת האכיפה בראש רשימת התרופות להן זכאי הנפגע. באמצעו את התפיסה לפיה האכיפה היא זכות המוקנית לנפגע בגין הפרת חוזה כתרופה ראשונה במסדר התרופות, רחק דין החוזים הישראלי במידה משמעותית מן העקרונות של המשפט המקובל האנגלי אשר אומצו ונהגו בישראל כדין הפוזיטיבי טרם חקיקת חוק התרופות וחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים). על פי עקרונות אלה לנפגע מהפרת חוזה זכות לקבלת פיצויים ואילו תרופת האכיפה נתונה לשיקול דעתו של בית המשפט (ראו למשל ע"א 158/77 דבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281, 292 (1979) (להלן: עניין רבינאי); ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פ"ד לו(1) 537, 542 (1982) (להלן: עניין נוביץ)). ביטוי מובהק ואולי אף קיצוני משהו לגישתו של המשפט המקובל בכל הנוגע לתרופות בגין הפרת חוזה ניתן למצוא באמרתו של השופט האמריקאי אוליבר וו. הולמס לפיה "החובה לקיים חוזה במשפט המקובל משמעה החיזוי שאם לא תקיימו יהיה עליך לשלם פיצויים - הא ותו לא" (Justice Oliver W. Holmes, *The Path Of The Law*, 10) (1896-1897) HARV. L. REV. 457, 462. לביקורת על הפירוש המקובל של אמרה זו ראו Lionel Smith, *Understanding Specific Performance in COMPARATIVE REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT* 221, 222-226 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005) (הספר להלן: COMPARATIVE REMEDIES)).

גישתו של המשפט הישראלי שלאחר חקיקת חוק התרופות וחוק החוזים שונה לחלוטין וכדברי השופט (כתוארו אז) א' ברק: "על-פי גישתנו שלנו, כאשר נעשה חוזה למכירת סוס, רוכש הקונה זכות לקבלת סוס ולא זכות לפיצויים בגין אי-קבלת סוס" (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פ"ד מב(1) 221, 277 (1988) (להלן: עניין אדרס)). התפיסה העומדת ביסוד הגישה המעניקה מעמד בכורה לתרופת האכיפה היא כי חוזים יש לקיים - *pacta sunt servanda* "ולא רק לשלם פיצוי בגין הפרתם] - כי בכך מעודדים בני אדם לקיים הבטחותיהם" (עניין אדרס, 278 וראו גם: ההפניות שם; ע"א AES System Inc. 6601/96 נ' טער, פ"ד נד(3) 850, 861-862 (2000); ע"א 3666/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פ"ד מ"ו(4) 45, 77 (1992)). היא שואבת את השראתה מן הדין הגרמני הרואה אף הוא באכיפה תרופה ראשונה

במעלה וסעד הקרוב במידה הרבה ביותר לשחזור תוצאותיו של החוזה אילו היה המפר מקיים אותו (ראו למשל: יואל זוסמן "תום לב" בדיני חוזים - הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו 485 (תשל"ח-תשל"ט); גבריאלה שלו דיני חוזים 18 (מהדורה שניה, 1995) וכן ראו סעיף 241 ל-BGB הגרמני).

15. חוק התרופות הישראלי אף מקנה לנפגע - ולא למפר - את האפשרות לבחור את הסעד שהוא חפץ בו מבין הסעדים העומדים לזכותו בעקבות ההפרה-אכיפה, ביטול ופיצויים אם כי אין מדובר באפשרות בלתי מוגבלת וככל שמדובר בסעד האכיפה, מפרט חוק התרופות בסעיף 3 סייגים שונים לזכות זו (דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד' 110 (2011) (להלן: פרידמן וכהן)). וכך קובע סעיף 3 לחוק התרופות:

הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:

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

ואולם, הואיל וסעד האכיפה הוא הכלל והסייגים להענקתו הם החריג, נפסק לא אחת כי על המפר הנטל לשכנע את בית המשפט כי אכן התקיימו התנאים המצדיקים את החלתו של איזה מן הסייגים השוללים את זכותו של הנפגע לאכיפה, וכל ספק המתעורר בהקשר זה פועל לטובת הנפגע (פרידמן וכהן, 164; ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60, 90 (1983) (להלן: עניין קאסם); עניין נוביץ, 543; ע"א 3023/91 ינאי נ' יחיא, פ"ד מז(4) 773, 778 (1993) (להלן: עניין ינאי)).

סייג הצדק לתרופת האכיפה

16. הערעור שבפנינו עניינו, כאמור, בסייג הקבוע בסעיף 3(4) לחוק התרופות. סייג זה הוא בעל הרקמה הפתוחה ביותר בהשוואה ליתר הסייגים המנויים בסעיף 3, והוא מצריך קביעת אמות מידה מתאימות, תוך התייחסות לנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה העומד לדיון ומתן הדעת למדיניות השיפוטית הראויה בהקשר זה. טרם שאדרש ביתר פירוט לתנאיו ולמאפייניו של סייג הצדק ולאופן שיש ליישמו בדין הישראלי, אקדים את המאוחר ואציין כבר עתה כי אף שהסייג עושה שימוש במונח "צדק", אשר גבולותיו מי ישורן, אני סבורה כי יש לפרשו בזירות הראויה על מנת שלא תיהפך "מלכת התרופות" בגין הפרת חוזה לחריג ושלילתה - לכלל (ראו: נילי כהן "חריג

הצדק באכיפת חוזה - מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" עיוני משפט לג 241, 250 (2010) (להלן: כהן); גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים - התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 217-219 (2009) (להלן: שלו ואדר).

17. דיני החוזים הישראליים עושים שימוש במונח "צדק" בהקשרים שונים. כך, מקנה סעיף 14(ב) לחוק החוזים שיקול דעת לבית המשפט להחליט האם לבטל חוזה שנכרת בשל טעות של צד לחוזה, כשהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על הטעות "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת". וכך, לפי סעיף 31 לחוק החוזים רשאי בית המשפט אם מצא שהחוזה שנכרת פסול, לפטור צד מחובת ההשבה או להורות על קיומו "אם ראה שמן הצדק לעשות כן". כמו כן, שולל סעיף 7(ב) לחוק התרופות את זכותו של הנפגע לבטל חוזה בשל הפרה לא יסודית אם "היה ביטול החוזה בלתי צודק". מסקירה קצרה זו עולה כי ה"צדק" בהקשר החוזי יכול לשמש את בית המשפט להענקת סעד אשר באופן רגיל לא ניתן לתיתו, כמו גם לשלילת סעד המוענק בנסיבות רגילות. סייג הצדק הקבוע בסעיף 3(4) המאפשר את שלילתה של תרופת האכיפה נמנה אף הוא עם אותם המקרים (ראו: כהן, 250-251; פרידמן וכהן, 217-218).

18. אימתי תראה אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין? יתכנו תרחישים שונים אשר יצדיקו את שלילת תרופת האכיפה בשל סייג הצדק שבסעיף 3(4) לחוק התרופות (ראו פרידמן וכהן 221-280 וההפניות שם למקרים שהתעוררו בפסיקה בהקשר זה). השופט (כתוארו אז) מ' חשין התייחס לסוגיה זו באחת הפרשות בכותבו כי "הכרעה זו הינה הכרעה ערכית ממעלה ראשונה, וחוש הצדק המפעם בלבם של שופטי ישראל הוא שינחה אותם הדרך" (עניין ינאי, 779). אכן, אין מדובר ברשימת כללים ברורה וסדורה, אלא במענה הניתן בכל מקרה ומקרה בהתחשב בנסיבות הייחודיות לו (ראו עניין רבינאי, 292) ובלשון השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין ינאי: "רשימת ה'נסיבות' העשויות להשפיע על שיקול הדעת אינה סגורה ולעולם לא תינעל" (עמ' 779). חשוב להדגיש כי בבוחנו את צדקת האכיפה במקרה נתון, על בית המשפט להתחשב במכלול הנסיבות הנוגעות לעניין וזאת לאורך כל ציר הזמן שעד מועד מתן פסק הדין, על מנת שניתן יהיה להביא בחשבון את שיקולי הצדק הרלוונטיים "כפי שהם מתגבשים בעת ההכרעה" (ע"א 288/80 וינקלר נ' ספיר סודרי חברה לבנין בע"מ, פ"ד לו(2) 365, 377 (1981)) וראו גם: ע"א 509/83 דוד נ' יאסין, פ"ד מא(4) 651, 660 (1987); שלו ואדר, 219) וכן על מנת שניתן יהיה להתחקות אחר השפעתה בפועל של ההכרעה בעת הינתנה (עניין קאסס, 90). על כן יש להביא בחשבון הן את הנסיבות שהיו קיימות בעת כריתת החוזה הן את אלה שהתרחשו לאחר הכריתה - לפני ואחרי ההפרה.

בעת שקילת מכלול הנסיבות כאמור במאזני הצדק, יש להניח על כפות המאזניים גם היבטים של אשמה מוסרית. במסגרת זו תבחן התנהלותו של כל צד לחוזה כלפי משנהו כך למשל ייבחנו לגבי המפר חומרת ההפרה, המאמצים שעשה כדי להימנע לכתחילה מן ההפרה, המניעים להפרה וניסיונותיו לתקן או לצמצם את מימדי הפגיעה שגרמה ההפרה לנפגע ואילו לגבי הנפגע ייבחנו בין היתר אשמו התורם להתרחשות ההפרה וקיום החיובים שנטל על עצמו בחוזה. עוד יונחו על כפות המאזניים שיקולים הנוגעים לנזק שייגרם לנפגע אם לא ייאכף החוזה לעומת הנזק שייגרם למפר אם ייאכף (ראו שלו ואדר, 231-237). הנה כי כן, בהידרשו לשאלה האם האכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין, על בית המשפט להחליט למי מהצדדים יגרם עוול גדול יותר הן במובן המעשי הן במובן המוסרי אם תתקבלנה טענותיו של הצד שכנגד (ע"א 4796/95 אלעובר נ' אלעובר, פ"ד נא(2) 669, 677 (1997); ע"א 620/89 חושנג'י נ' אמגר, פ"ד מז(1) 588, 594-595 (1992) (להלן: עניין חושנג'י); עניין ינאי, 780-781).

סעד האכיפה יישלל רק אם בית המשפט יגיע למסקנה כי זוהי התוצאה הצודקת ביותר בהתחשב באינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים (ראו ע"א 256/89 פרץ נ' כובס, פ"ד מו(3) 557, 565-566 (1992)) אך בעשותו במלאכת השקילה, חשוב לזכור שהנפגע והמפר אינם ניצבים באותה נקודת מוצא, ולנפגע - בלשון השופט (כתוארו אז) מ' חשין בעניין ינאי - "יתרון פתיחה המוקנה לו על פני המפר" (עמ' 779). מאזני הצדק נוטים, על כן, לכתחילה לטובת הנפגע הזכאי לאכיפת החוזה כסעד אשר לו מעמד הבכורה והם יוסיפו וייטו לטובתו אלא אם כן יוכיח המפר כי מתקיימים שיקולים כבדי משקל ההופכים את האכיפה לבלתי צודקת בנסיבות העניין וכי אי-הצדק שייגרם מהאכיפה הוא חמור ומהותי במיוחד (עניין רבינאי, 293; שלו ואדר, 218). בהתאם לכך הודגש בפסיקה לא אחת כי יש להעדיף את הנפגע התמים על המפר שפעל בניגוד להתחייבותו בחוזה, כי לא כל הכבדה על המפר תוביל לשלילת זכותו של הנפגע לאכיפה וכי רק אם יוכיח המפר שקיים פער ניכר ביותר בין העוול שיגרם לו מאכיפת החוזה ובין העוול שייגרם לנפגע אם יסתפק בפיצויים, תענה בקשתו לפטור מאכיפה (ראו: שלו ואדר, 238-239 וההפניות שם; עניין רבינאי, 293).

סייג הצדק - משפט משווה

19. במקרה שבפנינו מבקשים המפרים, בני הזוג בנימיני, לשלול את תרופת האכיפה מאזימוב שהתנהלותה הייתה ללא דופי, בשל התדרדרות אפשרית במצבה הנפשי של הגב' בנימיני אם ייאכף החוזה. זהו מקרה חריג אשר כמותו טרם התעורר

בפסיקה הישראלית. בעניין אחד היו אמנם עובדות המקרה זהות כמעט לענייננו (ע"א 1/84 נתן נ' סטרוד, פ"ד מב(1) 661 (1988) (להלן: עניין נתן)), אך הנפגעת שם ויתרה לכתחילה על אכיפת החוזה ודרשה פיצויים בלבד. על כן, לא נדרש בית המשפט לדון בסייג הצדק שבסעיף 3(4) לחוק התרופות. משנדרשים אנו במקרה דנן לחרוש תלמים בקרקע בתולה, נראה כי יש תועלת בהפניית המבט אל עבר שיטות משפט אחרות על מנת לבחון את האופן שבו הן מתמודדות עם סייג הצדק בכלל ועם תחולתו במקרים שבהם עלולה האכיפה לגרום למפר מצוקה, בפרט.

20. המשפט הגרמני אשר ממנו, כפי שכבר צוין, שאבו דיני החוזים הישראלים את השראתם, מעניק לתרופת האכיפה מעמד בכורה כתרופה ראשונה במעלה (ראו סעיף 241 ל-BGB הגרמני). על מעמדה המבוצר של תרופת האכיפה בדין הגרמני ניתן ללמוד, בין היתר, מן העובדה כי על פיו אין נתונה לנפגע ככלל הזכות לבחור בינה ובין ביטול החוזה וקבלת פיצויים. אפשרות הבחירה בין סעדים אלה מוקנית לו בתנאים מסויימים בלבד שהוגדרו בחוק באופן מפורש (ראו למשל סעיפים 250, 251, 253 ו-281 ל-BGB). עם זאת, מכיר גם המשפט הגרמני בכך שייתכנו מקרים אשר בהם אין להעניק לנפגע את תרופת האכיפה. לעניין זה, קובע סעיף 275 ל-BGB כי סעד האכיפה יישלל במקרה שבו הביצוע הפך לבלתי אפשרי (בדומה לחריג הקבוע בסעיף 3(1) לחוק התרופות); במקרה שבו נתבעת אכיפה של חוזה לשירות אישי (בדומה לסעיף 3(2) לחוק התרופות); ובמקרה שבו האכיפה תוביל להוצאה ומאמץ כה גבוהים עד כי אין כל פרופורציה בינם ובין האינטרס של הנפגע באכיפה ולא תהיה זו פעולה בתום-לב לדרוש מהמפר לבצע את החוזה. מכל מקום, כדי שטענה לתחולתו של חריג זה תתקבל על ידי בית המשפט, עצמת ההקרבה הנדרשת לשם ביצוע החוזה מצד המפר צריכה להיות כה גדולה עד שביצועו אינו מעשי (גם אם אפשרי בתיאוריה), ויהיה זה חסר כל תוחלת להורות על אכיפתו (Wolfgang Ernst in Münchener Kommentar, 6th edition,) (BGB, § 275 CC). הדוגמה המוכרת בספרות למקרה הבא בגדר חריג זה היא חוזה שנערך לממכר טבעת שנפלה לים אך לא הושמדה כליל. במקרה כזה ניתן לומר כי ביצוע החוזה אינו בלתי אפשרי לחלוטין אך בנסיבות אלה אין זה סביר לדרוש מהמפר שיקיים את חיובו (על אודות תרופת האכיפה במשפט הגרמני וחריגיה ראו: GUENTER, H. TREITEL, REMEDIES FOR BREACH OF CONTRACT: A COMPARATIVE ACCOUNT 51-53 (1988) (להלן: TREITEL); Dagmar Coester-Waltjen, *The New Approach To Breach of Contract in German Law* in COMPARATIVE REMEDIES 135, 135-140). בהתחשב בכך שחריג חוסר הפרופורציה מופעל במשפט הגרמני רק באותם המקרים אשר בהם אין זה מעשי כלל להורות על אכיפת החוזה, מותר להניח כי החריג האמור

לא יחול על מקרה כמו זה שלפנינו דהיינו במקרה שבו עלולה להיגרם למפר מצוקה נפשית כתוצאה מן האכיפה.

21. גישתו של המשפט המקובל האנגלו-אמריקאי שונה, אך כפי שאפרט להלן, השוני הדוקטרינרי בינו ובין המשפט הגרמני-הקונטיננטלי אינו כה גדול ככל שבחוזי מכר מקרקעין מדובר ובפרט בחוזי מכר דירות, דוגמת החוזה בענייננו. כפי שכבר צוין, המשפט המקובל רואה בפיצוי הכספי תרופה מרכזית ורק במקרים שבהם הפיצוי הכספי הוכח כתרופה שאינה מתאימה בנסיבות העניין, יש לבית המשפט שיקול דעת (להבדיל מזכות העומדת לנפגע) להורות על אכיפה ותרופה זו נחשבת כתרופה חריגה הלקוחה מדיני היושר (ראו: JOSEPH M. PERILLO, CALAMARI AND PERILLO ON CONTRACTS (6th ed., 2009) 550-551 (להלן: PERILLO); TREITEL, 63-65; פרידמן וכהן, 106-108). לפי דיני היושר ייטה בית המשפט להעניק לנפגע את תרופת האכיפה בשני סוגים עיקריים של מקרים. האחד- כאשר קשה עד בלתי אפשרי לאמוד את הסכום הנדרש כדי לפצות על ההפרה והשני- כאשר לנפגע יש אינטרס שהדין מכיר בו ("recognized interest") בקבלת הנכס הספציפי מושא החוזה והתחליף שאותו יוכל לרכוש, אם בכלל, כנגד פיצוי כספי אין בו משום מענה הולם לפגיעה באינטרס זה. במילים אחרות, החוזים הטיפוסיים אשר בהם ייטה בית המשפט להעניק סעד של אכיפה הם חוזים העוסקים בנכסים בעלי אופי ייחודי, לגביהם מניח הדין כי הנפגע אינו אדיש לאופי התרופה וכי יקשה עליו לרכוש תחליף באמצעות פיצוי כספי (במשפט האמריקאי ראו למשל Sale of Uniform Commercial Code § 2-716 (2005); במשפט האנגלי ראו למשל Goods Act § 52 (1979)), כגון חוזים העוסקים ביצירות אמנות, בירושות, בטובין מסחריים ייחודיים שקשה להשיגם בשוק כגון ספינות או מכונאות כבדה אחרת וכן חוזים העוסקים במקרקעין, אשר ככאלה נתפסים כנכס ייחודי (EDWIN PEEL, TREITEL: THE LAW OF CONTRACT 1101-1106 (12th ed., 2007) (להלן: PEEL); (64, TREITEL); במשפט האמריקאי ראו Restatement (First) of Contracts § 360 (1932); לדיון על אודות הסיבות לכך שהמשפט המקובל בחר להעניק את תרופת האכיפה כעניין שבשגרה לגבי חוזים העוסקים במקרקעין, ראו EDWARD YORIO, CONTRACT ENFORCEMENT: SPECIFIC PERFORMANCE AND INJUNCTIONS 259-264 (1989) (להלן: YORIO)).

עם זאת, גם באותם סוגי מקרים אשר לגביהם נקבע כי פיצויים, ככלל, אינם התרופה המתאימה ביותר, כפופה הענקת תרופת האכיפה לשיקול דעת בית המשפט המונחה בהקשר זה על פי עקרונות מדיני היושר, המגדירים את הסייגים למתן תרופה זו. כך, תרופת האכיפה תישלל במקרים שבהם מדובר בחוזה למתן שירות אישי; בחוזה

שאכיפתו תציב לבית המשפט קשיי פיקוח; בחוזה שבלתי אפשרי להוציאו אל הפועל; כשטיבה של העסקה הוא בלתי הוגן באופן מוגזם; כשנפל פגם באופן התנהלותו של הנפגע; כשיש באכיפת החוזה כדי לפגוע באינטרס הציבורי; כשאכיפת החוזה תוביל להוצאה מצד המפר שהיא חסרת כל פרופורציה לרווח הצפוי ממנו לנפגע; וכאשר אכיפת החוזה תגרום למפר מצוקה קיצונית נוכח מחלה או אסון כלכלי (ראו: TREITEL, 66 וההפניות שם; YORIO, 105-126).

הרציונל העומד ביסוד החריג האחרון שצוין, לפיו תישלל תרופת האכיפה במקרים שבהם תיגרם למפר מצוקה קיצונית - "Undue Hardship" - עיקרו בכך שבמקרים אלה האכיפה נתפסת כלא הוגנת וככזו שאינה הולמת את דיני היושר (וראו במשפט האמריקאי: (Restatement (Second) of Contracts § 364(1)(b) (1981)). במובן זה מדובר למעשה בסייג אשר בדומה לחריג במשפט הישראלי, נועד למנוע תוצאה בלתי צודקת. המשפט המקובל פירש את המונח Undue Hardship כמתייחס למקרים שבהם אכיפת החוזה תגרום למפר לתוצאות מפתיעות, קשות והרסניות הנוגדות את המצפון, אשר לא ניתן להניח כי הצדדים שקלו אותן בהיכנסם להתחייבות החוזית (ראו למשל *Lexington & E. R. Co. v. Williams* 209 S.W. 59, 61 (1919); 65 American Law Reports 7, Article III.g.1 (Originally published in 1930); ROBERT J. SHARPE, INJUNCTIONS AND SPECIFIC PERFORMANCE 379 (1983) (להלן: SHARPE)). לעומת זאת, כאשר כל שקרה הוא שהעסקה התבררה כפחות מוצלחת מן הצפוי, אין בכך כדי לשמש סיבה לפטור מאכיפה בהתחשב בכך שאחת ממטרותיו העיקריות של החוזה היא הקצאת סיכונים בין הצדדים (ראו SHARPE, 379 ו-381). כך, מצוקה כספית הנגרמת למי שמאז שכרת את החוזה למכירת ביתו עלו מחירי השוק וכעת יקשה עליו למצוא דיור חלופי, לא תחשב כמצוקה קשה דיה המצדיקה את שלילת סעד האכיפה מהקונה-הנפגע (ראו PEEL, 1109). זאת ועוד, כדי לקבוע האם זכאי המפר לפטור מאכיפה בשל מצוקה שתגרם לו כתוצאה ממנה, בוחנים בתי המשפט על פי המשפט המקובל את הקושי היחסי שיגרם לכל אחד מן הצדדים אם יוענק סעד האכיפה לעומת הענקת פיצויים בלבד (ראו PERILLO, 567). ובמילים אחרות, אין די בכך שהמפר יוכיח שאכיפת החוזה תוביל אותו למצוקה קשה, אלא עליו להוכיח כי מצוקה זו תהיה גדולה מזו אליה ייקלע הנפגע באם תישלל ממנו אכיפת החוזה (ראו SHARPE, 382). כמו כן, בתי המשפט לא ישללו מהנפגע את תרופת האכיפה אפילו צפויה למפר כתוצאה מכך מצוקה קשה, אם הסיבה למצוקה הצפויה טמונה במעשיו של המפר עצמו או בנסיבות שהמפר יכול היה לצפות אותן בעת כריתת החוזה (ראו *Payne v. Clark*, 409 Pa. 557, (1985); *Mohrlang v. Draper*, 365 N.W.2d 443, 447 (1985)).

22. ראוי לציין כי נדירים המקרים שבהם עלתה במשפט המקובל הטענה כי המצוקה הצפויה היא מצוקה רגשית או בריאותית ולא כזו הכרוכה בנסיבות כלכליות (כגון איבוד מקור הכנסה, או חוסר פרופורציה קיצוני לרווח שיפיק הנפגע מהאכיפה). בין אותם מקרים נדירים ניתן להצביע בארצות הברית על *Alba v. Kaufmann*, 27 A.D.3d (2006) 816 שם נפסקה אכיפה למרות טענות המוכר-מפר שמעבר הדירה יגרום להחמרת הטרשת הנפוצה בה חולה אשתו וכן על *Kilarjian v. Vastola*, 379 N.J.Super. (2004) 277 שם נשללה תרופת האכיפה נוכח החמרה במצב הרפואי של המוכרת-המפרה החולה בניוון שרירים עד כדי קשיי נשימה ונכות ברגליה ובידיה והחשש שהמעבר יוביל לפטירתה המוקדמת (כן ראו בקנדה: *Stewart v. Ambrosina* 10 O.R. (1975) 483 (2d) שם נפסקה אכיפה למרות שהמוכרת-מפרה ביטלה את החוזה שישה שבועות לאחר כריתתו נוכח קשיי זוגיות עם בעלה, אשר אף התאבד טרם שהתנהל המשפט והותיר אותה עם שישה ילדים צעירים). פסק הדין הידוע והמצוטט ביותר העוסק במצוקה שאינה כלכלית הוא פסק דין אנגלי משנת 1984 *Patel v. Ali* 1 All E.R. 978 (להלן: עניין Patel). באותו מקרה הייתה בריאותה של המוכרת תקינה בעת כריתת החוזה למכירת דירתה והיה לה ילד אחד. ביצוע החוזה התעכב במשך ארבע שנים מסיבות שאינן תלויות בצדדים וכשהגיע מועד הביצוע, נוצרו נסיבות שונות בתכלית. בעלה של המוכרת ריצה עונש מאסר, נולדו לבני הזוג שני ילדים נוספים וסרטן שהתגלה באחת מרגלי המוכרת הוביל לכריתת הרגל עד מפרק הירך. כריתת הרגל הגבילה באופן משמעותי את יכולת התנועה של המוכרת והיא הפכה תלויה מאוד בחברים ובבני משפחה ובמיוחד באחותה שהתגוררה מרחק בתים ספורים ממנה ובשכנה ידידותית שסייעה לה. באותו העניין פסק בית המשפט כי נוכח שינוי הנסיבות הקיצוני והבלתי-צפוי לחלוטין שהתרחש במהלך העיכוב בביצוע החוזה - שנגרם שלא באשמת איש מן הצדדים - וכן נוכח העובדה שאין כל ספק שלמוכרת יגרמו קושי ומצוקה עצומים מעזיבת הדירה ומההתרחקות ממעגל התמיכה שלה, בעוד לקונים תגרם אכזבה בלבד מכך שלא יקבלו את הדירה לה ציפו במשך כל השנים הללו, אין זה צודק להעניק לקונים-הנפגעים סעד של אכיפת החוזה. חשוב לציין עם זאת שבית המשפט בעניין Patel הדגיש כי רק במקרים חריגים במיוחד בהם נסיבות המקרה הן קיצוניות כמו במקרה חריג זה, יש להיענות לבקשת המפר לפטור מאכיפה:

“The important and true principle, in my view, is that only in extraordinary and persuasive circumstances can hardship supply an excuse for resisting performance of a contract for the sale of immovable property. A person of full capacity who sells or buys a house takes the risk of hardship to himself and his dependants, whether

arising from existing facts or unexpectedly supervening in the interval before completion.” (p. 288)

23. לסיכום פרק זה, ניתן לומר כי תרופת האכיפה נתפסת בדין הגרמני כתרופה העיקרית ונדירים מאוד המקרים אשר בהם יהא הדין הגרמני נכון לשלול אותה. למעשה, ה-BGB אינו מונה בין הסייגים לאכיפה סייג של שיקולי צדק ככאלה. אמנם, הסייג העוסק במקרים שבהם קיים חוסר פרופורציה משמעותי בין אינטרס הנפגע באכיפה ובין ההוצאה והמאמץ הגבוהים הנדרשים מן המפר לצורך ביצועה, מייחס לנפגע חוסר תום-לב בעמידה על האכיפה בנסיבות אלה. אך דומה כי התפיסה שביסוד סייג זה היא בעיקרה תפיסה מעשית והמבחן המיושם בהקשר זה הוא כאמור האפשרות או חוסר האפשרות לבצע את החוזה בפועל. גישה מחמירה זו היא ככל הנראה הסיבה שבגללה לא ניתן היה למצוא בפסיקה הגרמנית מקרים אשר בהם נדונה השאלה כמו זו המתעוררת בפנינו, קרי- האם מצוקה רגשית של המפר יש בה בנסיבות מסוימות כדי לשלול את סעד האכיפה. נקודת המוצא של המשפט המקובל שונה במובן זה שהוא אינו מקנה מעמד בכורה לתרופת האכיפה ועל פיו תרופת הפיצויים היא ככלל התרופה המרכזית בגין הפרת חוזה. יחד עם זאת, ניתן ללמוד מן הסקירה הקצרה שפורטה לעיל כי במקרים הנוגעים לחוזי מכר דירות ובכפוף לשיקול הדעת המסור לו בעניין זה, ייטה בית המשפט האנגלו-אמריקאי להעניק את תרופת האכיפה כסעד עיקרי. בהפעילו את שיקול הדעת אם להעניק סעד זה אם לאו, שוקל בית המשפט, בין היתר, גם שיקולים של צדק ובהקשר זה הוכר גם הסייג הנוגע למצוקה שתגרם למפר אם יאכף החוזה, אך זאת רק במקרים שנסיבותיהם קיצוניות במיוחד, דוגמת אלו שהתגלו בעניין Patel.

מצוקת המפר - האם סייג לאכיפה בדין הישראלי?

24. אימתי ישלול בית משפט ישראלי את תרופת האכיפה מנימוקים של מצוקה שתגרם למפר? הדין הישראלי, בניגוד לדין הגרמני, קבע במפורש בסעיף 3(4) לחוק התרופות סייג לאכיפה מטעמים כלליים של צדק וטעמים אלה יכול שיפרשו עצמם גם על מצבים של מצוקת המפר. על כן נראה כי אין לאמץ את גישתו המצמצמת של הדין הגרמני המחיל בהקשר זה מבחן מחמיר במיוחד לפיו מצוקת המפר ככזו אינה מהווה סייג לאכיפה. מנגד, חשוב לזכור כי הדין הישראלי בדומה לדין הגרמני אימץ את התפיסה לפיה העיקרון המרכזי שעליו יש לשים את הדגש בדין החוזים הוא העיקרון ש"חוזים יש לקיים" וכפועל יוצא מכך ניתן לתרופת האכיפה גם בדין הישראלי מעמד בכורה. תפיסה זו, השונה מתפיסתו של המשפט המקובל, נושאת משקל במערכת האיזונים שעל בית המשפט לערוך בבואו להכריע בנסיבותיו הקונקרטיות של המקרה

הנתון העומד בפניו ובשונה מן המשפט המקובל, נקודת המוצא של הדין הישראלי היא כי לנפגע נתונה זכות לאכיפת החוזה שהופר. על כן, בבוא בית המשפט לשקול את טענת המפר כי האכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין ויש בה כדי לגרום לו מצוקה, לעולם יהא לנפגע יתרון התחלתי על פני המפר במערכת האיזונים שעל בית המשפט לערוך. אוסיף ואומר כי אמות המידה הקפדניות והזהירות שהתפתחו בפסיקה הישראלית במקרים אחרים בהם נטענה על ידי המפר טענה לשלילת תרופת האכיפה מטעמים של צדק, ואשר עליהן עמדנו בסעיף 18 לעיל, ישימות בעיקרו של דבר ואולי במשנה זהירות גם באותם המקרים שבהם מועלית מכוח סייג הצדק טענה שכל כולה תולה עצמה במצוקה שתגרם למפר אם ייאכף החוזה. כך, לטעמי אין להסתפק במקרה כזה בחשש גרידא כי תגרם למפר מצוקה כלשהי כתוצאה מאכיפת החוזה. כדי לשלול את סעד האכיפה על המפר להוכיח, במאזן ההסתברויות הנוהג במשפט האזרחי, שמצוקה כזו אכן תגרם כתוצאה מן האכיפה וכן עליו להראות כי זו תהא קשה וחמורה. עוד על בית המשפט לבדוק בשוקלו את "מאזן העוול" שמא עלולה שלילת סעד האכיפה לגרום מצוקה גם לנפגע, למשל בשל אינטרס ספציפי שיש לו בנכס מושא החוזה.

שיקול מרכזי נוסף אותו על בית המשפט לבחון בהקשר זה נוגע למועד שבו נוצרו הנסיבות עליהן סומך המפר את טענתו זו. שינוי נסיבות משמעותי ומפתיע שארע לאחר כריתת החוזה ושאותו לא יכול היה המפר לצפות, נושא מטבע הדברים משקל רב מזה שיש לייחס, אם בכלל, להערכה מחדש או אף להחמרה של נסיבות שהיו ידועות בעת כריתת החוזה וכן לאלה שניתן היה לצפות את התרחשותן באותו שלב, אך המפר בחר שלא להתייחס לסיכון הנובע מהן. הבחנה זו זכתה להתייחסות מסוימת בעניין חושנג'י. באותו מקרה טענה בין היתר המפרה - אלמנה מבוגרת חסרת השכלה שעמה בדירה הנמכרת התגוררו תשעה מילדיה (רובם בגירים) - לפטור מאכיפה נוכח הקושי שייגרם לה אם תמכור את דירתה. בדחותו את הטענה פסק בית המשפט כי תנאי העסקה היו הוגנים וכי לא נמצא שהיה פגם כלשהו בכריתת החוזה. עוד ציין בית המשפט כי חוסר שביעות הרצון שהביעו ילדיה של המוכרת בדיעבד מעסקת המכר או קשייה של המוכרת במציאת דירה חלופית, אינם מצדיקים את אי-אכיפתו של החוזה משום שלמעשה לא היה כל שינוי בנסיבות אלא רק הערכה מחודשת של המוכרת באשר להשלכות שתהיינה למכירת הדירה עליה ועל משפחתה. פרידמן וכהן עמדו בהקשר זה על הקבלה רעיונית מסוימת הקיימת בין שני מצבים אלה ובין סיכול מזה וטעות מזה, מבחינת נכונותו של דין החוזים להיות קשוב לטענותיו של המפר (ראו פרידמן וכהן, 238). ויודגש - בהבדל ממצב של סיכול בו עוסק סעיף 18 לחוק התרופות (דוגמת רעש אדמה אשר בעקבותיו נכחד הממכר) או ממצב של טעות הנוגעת לתוכן העסקה שבה

עוסק סעיף 14 לחוק החוזים ("בין בעובדה ובין בחוק"), עתירת המפר לשלול מן הנפגע את סעד האכיפה מטעמים של צדק על פי סעיף 3(4) לחוק התרופות, סומכת עצמה כל כולה על נסיבות שהן חיצוניות לחיובי החוזה ואינן משפיעות על יכולתו של המפר לבצעם ברמה האובייקטיבית. כך טענה בדבר מצוקת המפר סומכת עצמה על מצבו האישי של המפר ועל נסיבות - חיצוניות לחוזה - המקשות עליו לקיימו ברמה הסובייקטיבית (לגבי הבחנה זו ראו עניין נתן, 666-667). בעניין Patel למשל, לא הייתה למעשה כל מניעה אובייקטיבית לביצוע החוזה. כל שהיה על המוכרת לעשות הוא לקבל את התמורה ולפנות את הדירה. אולם, השינוי שהתרחש לאחר כריתת החוזה בנסיבות חייה של המוכרת (מאסרו של הבעל, כריתת רגלה והתלות שפיתחה במכריה, בייחוד לאחר הולדתם של שני ילדים נוספים) הם שיצרו קושי אישי-סובייקטיבי, חריג בחומרתו, שהוביל את בית המשפט האנגלי אל המסקנה כי אין להורות על אכיפה בנסיבות אלה.

מן הכלל אל הפרט

25. בענייננו, קבע בית המשפט המחוזי כי אכיפת הסכם המכר שהופר על ידי בני הזוג בנימיני אינה צודקת בנסיבות העניין ודחה את תביעתה של אזימוב לאכיפה בסוברו כי העוול שיגרם לבני הזוג בנימיני אם ייאכף הסכם המכר רב לאין שיעור מזה שייגרם לאזימוב אם ייקבע כי עליה להסתפק בגין הפרתו בפיצוי כספי.

דעתי שונה, ונראה לי כי בחינת נסיבות המקרה כולן על פי אמות המידה שהותוו לעיל מוליכה אל המסקנה שאין לשלול מאזימוב את סעד האכיפה מכוח סעיף 3(4) לחוק התרופות.

ראשית, הטעם שעמד ביסוד ביטול הסכם המכר על ידי בני הזוג בנימיני לא נבע משינוי נסיבות פתאומי ומפתיע. כזכור, החליטו בני הזוג למכור את דירתם לאחר שסביבתם הקרובה יעצה להם כי מכירת הדירה תקל על יגונם ותסייע להם להתנתק מהזכרונות הרעים. בנימיני בחרו לפעול על פי עצה זו והתקשרו עם אזימוב בחוזה המכר בתקווה ששינוי מקום המגורים אכן יסייע להם. בנסיבות אלה, קשה לקבל את הטענה כי לא ניתן היה להעלות על הדעת בעת כריתת החוזה את האפשרות שעזיבת הדירה תתברר כפעולה שלא תועיל אלא אף עלולה להחמיר את מצוקתה הנפשית של הגב' בנימיני (ראו והשוו עניין נתן, 674-675). במילים אחרות, עניין לנו במי שהתקשרו בחוזה מחייב בידיעת כל הנתונים הרלוונטיים כולם, אך בתקווה שבעקבות אותה התקשרות יחול שינוי במצבם. ויודגש- מדובר בשינוי המתייחס לנסיבות שהן

חיצוניות להתחייבויות הקבועות בחוזה ואשר לקונה אין כל קשר אליהן או יכולת להשפיע עליהן. בחוות-דעתה ציינה לעניין זה ד"ר בר-זיו כי "הקרובים והסביבה יעצו להם למכור את הבית מבחינת 'משנה מקום משנה מזל'. הם היו אמביוולנטיים אך האמינו באותה עת שטוב יהיה למכור" (ההדגשה הוספה). כלומר, בנימיני לקחו על עצמם במודע את הסיכון שמכירת הדירה לא תסייע להם, אם כי יתכן שלא העריכו נכונה בעת כריתת החוזה עד כמה תקשה עליהם התממשותו של סיכון זה. מצב הדברים בו עסקינן שונה, אפוא, תכלית השינוי מהתפתחות פתאומית ובלתי צפויה המתרחשת לאחר כריתת החוזה ואשר יש בה כדי לגרום מצוקה קשה למפר, אם ייאכף החוזה בנסיבות החדשות שנוצרו.

שנית, לא הוכח כי עזיבת הדירה אכן תוביל להתדרדרות משמעותית במצבה הנפשי של גב' בנימיני. בית המשפט קמא העדיף אמנם את חוות-הדעת של ד"ר בר-זיו שהוגשה מטעם בנימיני לעניין ההשלכות הנפשיות על הגב' בנימיני במקרה של אכיפת החוזה ובכך אין להתערב, אך חוות-דעת זו מעלה חשש בלבד להחמרה במצב הנפשי של גב' בנימיני והדבר עולה מחוות-הדעת עצמה וכן מן המסקנה אותה גזר בית המשפט מתוכה באומרו: "יש להעדיף את דעתה של ד"ר בר זיו כי הפרידה מן הבית עלולה להביא למשבר נוסף של אבל מחודש העלול להשפיע לרעה על מצבה הנפשי של הנתבעת [גב' בנימיני]" (ההדגשות הוספו). מכאן עולה כי קיימת אפשרות שמעבר הדירה אכן יוביל להחמרה במצבה הנפשי של גב' בנימיני, אך כפי שכבר צוין, שלילת תרופת האכיפה משיקולי צדק ראוי לה כי תעשה במקרים חריגים ביותר בהם הוכח, במאזן ההסתברויות, כי האכיפה תגרום למפר בפועל מצוקה קשה חמורה וכזאת לא הוכח במקרה דנן.

שלישית, דומני כי בית המשפט קמא לא נתן משקל ראוי לנסיבותיה האישיות הקשות של אזימוב עצמה ולמצוקה שתגרם לה אם היא עליה להסתפק בפיצוי כספי. במשפט הישראלי, בדומה לנהוג במשפט המקובל, מקרקעין - ודירת מגורים במיוחד - נחשבים לנכס ייחודי ועל כן רואים את הרוכש כמי שיש לו אינטרס מיוחד בקבלת המקרקעין המסוימים אותם ביקש לעצמו (וראו למשל ע"א 162/74 פרידמן נ' בדריאן, פ"ד כט(2) 724, 728 (1975)) אך חשוב מכך לאזימוב, כפי שפורט, יש בן הסובל מפגיגור שכלי, ולאחר שמשך כל השנים טיפלה בו בביתה ביקשה אזימוב שבגרה לרכוש דירה בארץ בקרבת מגורי אחותה על מנת שזו תוכל לסייע לה בטיפול בבן. הפרת החוזה מצד בנימיני אילצה אותה להישאר בינתיים בארצות הברית, על כל הקושי הכרוך בכך מבחינתה לעניין הטיפול בבן (בהודעת הערעור אף צוין כי בינתיים בשל גילה ומצבה נאלצה אזימוב להשימו לראשונה במוסד טיפולי, אך עובדה זו לא הוכחה

ועל כן אין ליתן לה משקל). שוכנעתי כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט קמא, יש לאזימוב זיקה לדירה המסוימת ואינטרס לגיטימי בשל כך לקבלת דירה זו ולא אחרת, נוכח קרבתה הרבה לבית אחותה. גם אם זיקה זו אינה שווה בעוצמתה לזיקתם של בני הזוג בנימיני לדירה, יש בכל זאת להביאה בחשבון.

זאת ועוד. נקודת הפתיחה של אזימוב מזה ושל בני הזוג בנימיני מזה היא לכתחילה בלתי-שווה במובן זה שאזימוב כמי שקיימה את כל חיוביה על פי החוזה וכמי שזכאית לאכיפה בשל ההפרה, מצויה בעמדת יתרון על פני בנימיני שהפרו את הסכם המכר עת ביטלו אותו ללא עילה שבדין. בהינתן נקודת פתיחה זו ובשל שיקולי המדיניות המשפטית הצריכים להנחותנו בבואנו לשלול סעד של אכיפה מידי מי שזכאי לו, ככלל, כסעד עיקרי בשל הפרה, נראה כי רק פער ניכר ביותר בין העוול שייגרם למפר לעומת זה שייגרם לנפגע עשוי להצדיק את שלילתה של תרופה זו.

26. בענייננו, גם אם אכן תוביל אכיפת החוזה לפגיעה בבני הזוג בנימיני נראה כי בהתחשב במכלול הטעמים שפורטו לעיל, אין מדובר בתוצאה כה בלתי צודקת עד כי היא מצדיקה את שלילתה של תרופת האכיפה מאזימוב (וראו עניין רבינאי, 293). בהקשר זה יש להבהיר כי בניגוד לנרמז בפסק דינו של בית המשפט המחוזי (ראו פסקה 16 לפסק הדין), לא הייתה על אזימוב כל חובה לקבל מידי בני הזוג בנימיני את הכספים ששילמה על חשבון התמורה או להיענות להצעתם לדון בגובה הפיצוי ובכך לנסות להקטין את נזקה (ראו עניין נתן, 673; השוו לעניין אכיפת חיוב כספי 3437/93 אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ נ' אדלר, פ"ד נד(1) 817, 840-836 (1998)). מעמדה של תרופת האכיפה במשפטנו ומעמדה של דירת מגורים כממכר ייחודי, מובילים אל המסקנה כי אין על הנפגע מהפרת חוזה לנסות ולמצוא עסקאות חלופיות כאשר הצד השני לחוזה מבקש להתנער מביצועו, והוא זכאי לכל הפחות לנסות ולפנות אל בית המשפט ולדרוש את אכיפת החוזה כנפגע שהוגדר בסעיף 1 לחוק התרופות כ"מי שזכאי לקיום החוזה שהופר" (לגישה דומה במשפט הצרפתי Yves-Marie Laithier, *Comparative Reflections on The French Law of Remedies for Breach of Contract* in COMPARATIVE REMEDIES 103, 114-116 וראו פרידמן וכהן, 257-250 גם באשר לחוזים שאינם נוגעים לנכס ייחודי).

109 דבר

27. בשל כל הטעמים המפורטים לעיל אציע לחבריי לקבל את הערעור ולהורות על אכיפת הסכם המכר כתביעתה של אזימוב ובלבד שאזימוב תשלם לבני הזוג בנימיני את

מלוא סכום התמורה, בדולרים של ארה"ב, לא יאוחר מיום 2.6.2013, כנגד מסירת החזקה בדירה לידיה והמצאת כל האישורים הנחוצים לשם רישום הזכויות על שם אזימוב בחברה המשכנת. בתביעתה עתרה אזימוב בנוסף לסעד האכיפה גם לקבלת הפיצוי המוסכם בסך 34,500 דולר ארה"ב שנקבע בסעיף 10 להסכם המכר וכן לפיצוי מוסכם בשיעור 50 דולר בגין כל יום איחור במסירת החזקה בדירה. בית המשפט קמא אשר לא נעתר לתביעת אזימוב לאכיפת החוזה הורה עם זאת כי על בני הזוג בנימיני לשלם לאזימוב את הפיצוי המוסכם. התלבטתי האם נוכח התוצאה השונה שאליה הגעתי לעניין אכיפת החוזה יש מקום להוסיף ולחייב את בני הזוג בנימיני גם בתשלום איזה מן הפיצויים המוסכמים שלהם עתרה אזימוב ואני סבורה כי בנסיבות המיוחדות מאוד של המקרה דנן כפי שתוארו לעיל, יש להימנע מכך. מנגד, לא ראיתי מקום לחייב את אזימוב להוסיף ריבית על סכום התמורה הדולרי שהוסכם, למרות חלוף הזמן ולמרות שלהוציא סכום של 35,000 דולר ארה"ב השיבו בני הזוג בנימיני לידיה את הסכומים ששילמה עבור הדירה, סמוך לאחר מתן הודעת הביטול על ידם.

לבסוף אציע לחבריי לחייב את בני הזוג בנימיני לשלם לאזימוב הוצאות בערעור ושכר טרחת עורך דין בסך 20,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט נ' סולברג:

1. המועקה של בנימיני נוגעת ללב. מחלת הבן הצעיר; מותו של הבכור. השכול כואב והוא מכה בנפש פנימה. מנגד, גם חייה של אזימוב קשים ומצבה מכביד. היא נושאת לבדה בעול גידול שלושת ילדיה, ונדרשת לתעצומות נפש באופן מיוחד מחמת הטיפול בבנה הסובל מפגור שכלי. ברם, איננו נדרשים לערוך מאזן מדוקדק של סבל, לקבוע האם צערם של אלו גובר, או צערה-שלה, וזאת מפאת עמדת הפתיחה השונה, כפי שציינה חברתי השופטת חיות: אזימוב מילאה אחר כל חיוביה שלפי הסכם המכר; בנימיני הפרו את ההסכם. כשניכר סבל ממשי משני צדי המתרס, הרי שעמדת הפתיחה השונה, בד בבד עם העקרון המורה ככלל על אכיפה כסעד בגין הפרה – עקרון המעוגן בחוק, בהיגיון ובניסיון החיים – שניים אלו מכריעים את הכף: אין לומר שאכיפת הסכם המכר בנסיבות העניין היא בלתי-צודקת, ואכן, אזימוב זכאית לאכיפתו. אני מסכים אפוא לחוות דעתה המקיפה של חברתי, על יסוד נימוקיה.

2. במשפט העברי מקובלת הבחנה בין הפרת התחייבות חוזית לבין ביטול עסקה שיש בה פגיעה בזכויות קניין. כעקרון, כל עוד לא נעשה מעשה קניין יכול המוכר

לחזור בו, אך יש קלון בהתנהגות שכזו: "משך ממנו פרות ולא נתן לו מעות אינו יכול לחזור בו. נתן לו מעות ולא משך ממנו פרות, יכול לחזור בו, אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול הוא עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדיבורו..." (משנה, בבא מציעא ד, ב). לעומת כן, לגבי קניין: "המקח אינו נקנה בדברים [=בהצהרות]... אבל אם נקנה המקח באחד מהדברים שהוא נקנה בהם [=בדרכי הקניין שקובע הדין] קנה הלוקח... ואין אחד מהם יכול לחזור בו" (משנה תורה לרמב"ם, הלכות מכירה, פרק א, הלכות א-ג). קרקע נקנית במשפט העברי בכסף, או בשטר או בחזקה, אך גם ל"סיטומתא" – מעשה קניין בהתאם למנהג המקום – יש תוקף הלכתי (ראו: רון ש' קליינמן מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא) חיבור לשם קבלת התואר ד"ר למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן, הפקולטה למשפטים, התש"ס). זהו סיכום ההלכה ברמב"ם: "מכר לו בדברים [=בהצהרות] בלבד, ופסקו הדמים ורשם הלוקח רושם (=סימן) על המקח כדי שיהא סימן ידוע שהוא שלו, אף-על-פי שלא נתן מן הדמים כלום, כל החזור בו אחר שרשם מקבל מי שפרעו [=קללת בית דין המוטלת על מי שחוזר בו מהסכמתו להשלים את עסקת המכר]. ואם מנהג המדינה שיקנה הרושם קניין גמור – נקנה המקח ואין אחד מהן יכול לחזור בו, ויהיה זה [=הקונה] חייב ליתן הדמים" (משנה תורה לרמב"ם, הלכות מכירה, פרק ז, הלכה ו). הכלל הוא אפוא שלאחר מתן תוקף קנייני לעסקה, לא ניתן עוד לחזור ממנה.

3. בתלמוד הבבלי מסופר על "ההוא גברא דזבין לנכסיה אדעתא למיסק לארץ ישראל, ובעידנא דזבין לא אמר ולא מידי" (קידושין מט, ב). אדם מכר את נכסיו מתוך מחשבה שהוא עתיד לעלות לארץ ישראל. בשעת המכירה לא אמר על כך דבר. לבסוף נמנעה עלייתו, ולפיכך ביקש לבטל את עסקת המכר ולהשיב לו את נכסיו. לעומתו טען הקונה כי המכירה לא הותנתה בכך שהמוכר יצליח לעלות ארצה, ולכן אין סיבה לבטלה. המחלוקת הובאה לפני רבא שפסק: "הוי [=אלו הם] דברים שבלב, ודברים שבלב אינם דברים". בהשאלה לענייננו: בהעדר אסמכתא בהסכם המכר – התניית תוקפו במצב הנפשי של בנימיני בעקבות השכול – אין משמעות משפטית לאותם דברים שבלב. יש אמנם מצבים של "גילוי מילתא", שהדבר גלוי וברור מתוך התנהגות. כגון שבעת מכירת הנכסים דובר על הכוונה לעלות ארצה, גם אם הדבר לא קיבל ביטוי מפורש בהסכם המכר (רש"י, שם). יש גם מצבים נדירים שאין צורך בהם ב"גילוי מילתא". כגון אדם שחילק את נכסיו לאחרים, ולאחר מעשה נודע לו שיש לו בן חי (בבלי, בבא בתרא קלב, א). ברי לפל שחלוקת הנכסים נעשתה מתוך מחשבה שאין למי להורישם, גם אם לא נאמר על כך דבר, ואם התגלה בדיעבד אותו בן, העברת הנכסים לאחרים מבוטלת למפרע (להרחבה ראו באתר המכללה האקדמית נתניה, המרכז ליישומי משפט עברי, על "ביטול עסקת מכר מטעמים הומאניים", מאת הרב עו"ד ירון אונגר ופרופ' יובל סיני). העקרון המנחה הוא שתנאי נסתר, שאין לו זכר בהסכם המכר

או בהתנהגות הצדדים, אינו מצדיק את ביטול העסקה. זוהי גם המדיניות המשפטית בדין הישראלי. ניסיון החיים מלמד שלצדדים בעסקה יש הנחות ותקוות בקשר לכדאיותה ולתוצאותיה. הצדדים יודעים שיתכן וההנחות יתבדו והתקוות יכזבו. אף-על-פי-כן מעוניינים הצדדים להשלים את העסקה, כי חישובי הסיכונים והסיכויים נראים בעיניהם ככדאיים. אומד הדעת של הצדדים הוא אפוא כזה שיש בהם גמירות דעת לקיים את העסקה, גם אם הערכתם המקורית לגבי תוצאותיה תתבדה. לפיכך אין הצדקה לבטל בדיעבד את ההסכם, אלא רק בהתבסס על תנאי מפורש בכתב או בהתנהגות. רק אז ניתן יהיה לומר בבטחון שלא היתה כוונה לקיים את ההסכם בהתקיים תנאי שכזה.

4. כזכור, במהלך הדיון בערעור ניסינו לנקוט אמת מידה של לפנינו משורת הדין, לתור אחר פתרון מוסכם של ביטול הסכם המכר כנגד פיצוי כספי בשיעור הולם. הדבר לא עלה בדינו. גם בשלב זה רשאים בעלי הדין כמובן לשוב ולשקול מאזן של רווח ושל הפסד ולנסות להגיע לעמק השווה. אך באין פשרה, מחייבת שורת הדין את אכיפת הסכם המכר.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים לפסק דינה של השופטת א' חיות ולהערותיו של השופט נ' סולברג.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ"ה באדר התשע"ג (7.3.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט