

# ביטול ללא ביטול

אם ברור לחלוטין שהחוזה לא יקיים כך ש"ברירת הקיום" נשללה מן הנפגע, האם עדיין יש לדרוש מהנפגע לשלוח הודעת ביטול, או אפשר לזכותו בסעדים בעקבות ביטול חוזה גם ללא ההודעה הפורמלית?

נילי כהן



פרופ' נילי כהן,  
חברת האקדמיה הלאומית  
למדעים; מופקדת הקתדרה  
לדיני חוזים השוואתיים,  
הפקולטה למשפטים,  
אוניברסיטת תל אביב

ביטול. בנסיבות אלה עליו להבהיר לצד השני באיזו אפשרות בחר. אולם בעוד שההחלטה אם לבטל את החוזה נתונה בידי הנפגע (בהנחה שיש בידו עילת ביטול), הרי שקיום החוזה אינו בשליטתו במקרים רבים. לעיתים אין כלל אפשרות לקיים את החוזה (הנכס הושמד, אבד או נמכר לצד שלישי), וגם אם אפשר לקיים את החוזה, הנפגע עשוי שלא לזכות באכיפה נוכח המגבלות המוטלות על סעד זה.

אם ברור לחלוטין שה-  
חוזה לא יקיים כך ש"ברירת  
הקיום" נשללה מן הנפ-  
גע (למשל, הנכס הייחודי  
אבד או הועבר לצד שלישי  
שרכש עדיפות), האם עדיין  
יש לדרוש מהנפגע לשלוח  
הודעת ביטול, או אפשר  
לזכותו בסעדים בעקבות  
ביטול חוזה גם ללא ההוד-  
עה הפורמלית? השאלה  
מעוררת את המתח המוכר  
בין צורה למהות, המת-

סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 קובע כי לנפגע הזכות לתרופות החוזיות, וכי הוא רשאי לבחור בין אכיפה לביטול. על פי סעיף 8 לחוק, ביטול חוזה נעשה על ידי הודעה שעל הנפגע לשלוח למפר בתוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה. הפסיקה לא הטילה על ההודעה דרישת צורה או תוכן מסוימים, והיא נוטה לפרש-  
נות ליברלית. די שמההודעה תשתמע בבירור כוונתו של הנפגע להביא את החוזה לידי סיום (דניאל פרידמן ונילי כהן, **חוזים** כרך ד סעיף 36.44 (2011)).

ביטולו של חוזה על ידי הנפגע הוא תנאי לתביעת השבה, והפסיקה ראתה בתביעת השבה של הנפגע הודעה משתמעת על ביטול החוזה.

הדרישה להודעת ביטול מושתתת על ההנחה שיש לנפגע ברירה בין קיום ובין

**לעיתים אין כלל אפשרות לקיים את החוזה, למשל במקרה שהנכס הושמד, אבד או נמכר לצד שלישי, וגם אם אפשר לקיים את החוזה, הנפגע עשוי שלא לזכות באכיפה נוכח המגבלות המוטלות על סעד זה**

עורר בהקשרים שונים במשפט והזוכה לא פעם לתשובות מנוגדות, הנובעות מעמדות סותרות. בכל הנוגע לדרישות הצורה למיניהן (חוזה מקר-קעין, צוואות) נע המשפט הישראלי מעמדה פר-רמליסטית נוקשה למדי לעמדה אנטי-פורמליסטית בעייתית (נילי כהן, "נאמנות הפרשן", **עיוני משפט** לה 587, 632-637 (2013)). כעיקרון, לד-רישת הצורה אין תכלית כשלעצמה; היא מבטאת ערכים של ביטחון, יציבות וודאות. לכן תחליף מהותי בדמות קיום החוזה מרפא את הפגם או את החסר בדרישת הצורה. הדיון החל על מקרה שבו מבקשים לכוון חוזה, שהוא פעולה משפטית שלה

שותפים לכל הפחות שניים (הצדדים לחוזה), יפה גם למקרה שבו מבקשים לבטל חוזה על ידי הודעה, שהיא פעולה משפטית חד-צדדית הנעשית על ידי הנפגע. השאלה היא מה התכלית ביסוד דרישת הצורה, ואם אפשר להגשימה בדרכים אחרות, יעילות באותה מידה.

#### התכלית בהודעת הביטול.

מה אפוא תכליתה של הודעת הביטול? זו נועדה להעמיד את המפר על כך שהעידן לקיום החוזה איננה, וכי

מעתיקה אין הוא צריך לקיים את החוזה. האם הודעה כזאת דרושה כאשר אין אפשרות לקיים את החוזה, אפשרות שלה מודע המפר? נראה שהתשובה שלילית. אם ממילא אין בכוחו של המפר לקיים את החוזה, והוא מודע לכך, מה טעם להודעה כל-שהי שתבהיר את מה שהוא יודע ממילא? מוכר הנכס שהפר את החוזה ומכר אותו לאחר, ומודיע כי לא יקיים את החוזה, אינו יכול לטעון כי הואיל ולא קיבל הודעת ביטול, אין הוא יודע מה מצבו מבחינת החוזה. בעשותו מעשה שאינו מתיישב עם קיום החוזה ובהודעתו כי אינו נכון לקיימו, הוא גרם בפועל לביטול החוזה. עתה הוא מנוע מלטעון שעקב אי משלוח הודעת הביטול הוא נמצא בחוסר ודאות, ובלא ההודעה חסום הנפגע מלהפעיל את

הסעדים הנובעים מביטול החוזה. הכלל הראוי בני-סיבות אלה הוא זה: כאשר לקיומו של החוזה אין תוחלת, וכאשר הנפגע אינו עומד על קיום חליפי (למשל, על ידי דרישה לביצוע מקורב או תחליף קיום), יש להכיר בכך שלרשות הצדדים עומדים הסעדים המוקצים בעקבות ביטולו כדין של החוזה, וכי במקרה זה לא נדרשת כלל הודעת ביטול. שתיקת הנפגע נוכח חוסר האפשרות לקיום חוזה, שלה מודע המפר, מהווה תחליף להודעה על ביטול החוזה. התוצאה היא אפוא שלשני הצדדים, הן הנפגע הן למפר, תעמוד עילת תביעה להשבת התמורה העצמית, זאת על בסיס ההנחה שהחור זה בוטל. כמו כן יוכל הנפגע לתבוע פיצויים, שיחושבו על בסיס ההנחה שהחוזה בוטל. עתה אבחן ביתר פירוט כיצד נדונה הבעיה בה-קשר לזכות ההשבה.

**זכותו של המפר  
עשויה להיות כפופה  
להפחתה לטובת הנפגע  
מכוח חיובו בפיצוי כלפי  
הנפגע או בשל הפעלת  
סעיף 2 לחוק עשיית  
עושר, המעניק הגנה  
מפני תביעת השבה, כפי  
שאירע בעניין האס**

#### הזכות להשבה בהיעדר הודעת ביטול

**זכות הנפגע.** הבחירה בזכות האכיפה או הביטול הנדונה לנפגע כפופה למגבלות מעשיות ומשפטיות. אם במציאות המשפטית או העובדתית אין אפשרות שהחוזה יקיים, אין מנוס מהמסקנה שהוא הגיע לקיצו, על כל המשמעויות הנובעות מכך, לרבות ההכרה בזכות ההשבה של שני הצדדים. לכן אם פלונית התחייבה למכור את מכוניתה, והקונה שילמה לה מראש את מחירה, ולפני מסירתה לקונה נהרסה המכוננית לחלוטין באשמת המוכרת או נמכרה לצד שלישי בתנאי תקנת השוק, תוכל הקונה לתבוע את השבת המחיר מפלונית גם ללא הודעת ביטול. גם אם מגישה הקונה תביעה נגד פלונית חמש שנים לאחר מכן, היא תהיה זכאית להשבה. הטענות שהחוזה לא בוטל על ידי הקונה או שהודעת הביטול הגלומה בתביעת ההשבה ניתנה באיחור אינן עומדות למוכרת. בכל מקרה שבו ברור לחלוטין שהחוזה לא יקיים ושהמכוננית לא תימסר לקונה, אין צורך בהודעת ביטול; החוזה הגיע לסיומו על ידי פעולת



לא יקוים החוזה. החוזה מגיע אפוא לסיומו בדרך זו, ובכך קמה לצדדים הזכות להשבה. **זכות המפר.** הדגשתי עד כה את מעמדו של הנפגע כמי שלא שלח הודעת ביטול, וכמי שתובע עתה השבה בעקבות חוסר האפשרות המעשית או המשפטית לקיים את החוזה. ביטול החוזה מעניק זכות השבה לשני הצדדים, גם למפר. החוזה מתבטל לא רק כשאי אפשר לקיימו בפועל (מניעה עובדתית), אלא

ההפרה שמנעה את ביצועו. אותו דין חל גם במקרה שאין אפשרות משפטית לקיים את החוזה. נפגעת הגישה תביעה לא־כיפת החוזה, ובית המשפט דחה את תביעתה לא־כיפה משיקולים הנוגעים לסעד זה, למשל משום שהאכיפה לא מוצדקת, או מדובר בכפייה לעשות או לקבל עבודה אישית כאמור בסעיף 3(2) לחוק התרופות. דחיית התביעה מצהירה על מציאות שבה

**ההכרעה.** בית המשפט המחוזי (השופט יהודה פרגו) קבע כי על בעל הקרקע להשיב את הסכום לקבלנים, וממנו יש להפחית סכום המגיע לבעל הקרקע כפיצוי. בית המשפט העליון הגיע למסקנה דומה, אך הפחית לטובת בעל הקרקע סכום גדול יותר מזה שקבע בית המשפט המחוזי כפיצוי, זאת על פי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, שחל על חובת ההשבה לפי סעיף 9 לחוק התרופות. שופטי בית המשפט העליון נחלקו בשאלה מהו המקור לחובת ההשבה. השופט אליקים רובינשטיין קבע שהדרישה להסכמת המינהל הופכת את החוזה אוטומטית לחוזה מותלה, ומשלא התקיים התנאי, מתבטל החוזה על פי סעיף 29 לחוק החוזים, וחלה חובת השבה הדדית.

המשנה לנשיא מרים נאור קבעה שאין מדובר בחוזה על תנאי, ואפילו היה מדובר בחוזה כזה, הוא נהיה חוזה המטיל חיובים מוחלטים בשל כך שהקבלנים הם שמנעו את קיום התנאי. להשקפתה של השופטת נאור, תורת התנאי אינה יכולה להיות מכשיר לביטולו של החוזה ולתליית ההשבה בביטול זה, שכן מדובר בחוזה המטיל חיוב מוחלט על הקבלנים. אלא שאי אפשר לקיים את

החוזה בפועל (אף לא בקירוב), ובעל הקרקע לא בחר להגן על זכויותיו מול המינהל, ועל כן יש להחשיב את החוזה כאילו בוטל, ומכאן שחלה חובת השבה הדדית (גם לטובת המפר). וכך היא מציינת:

"על אף שהקבלן הפר את החוזה ועל אף שלקבלן יש חלק מרכזי בכך שהחוזה כבר אינו ניתן לקיום – אין מנוס אלא להורות על ביטול החוזה... משהחוזה אינו ניתן עוד לקיום אין מנוס אלא להורות על ביטול והשבה".

ואילו השופט ניל הנדל הסכים עקרונית עם נקודת המוצא של השופטת נאור, שחובת ההשבה מכוח סעיף 9 חלה על מקרה שבו אי אפשר לקיים את החוזה, אך דן בקושי הנובע מכך "שדיני החוזים אינם מתייחסים בצורה מפורשת למצב בו החוזה

גם כאשר קיימת מניעה משפטית, למשל כאשר בית המשפט אינו מורה על אכיפה. בעניין ע"א 423/80 **אבדני נ' קסוטו**, פ"ד לז(1) 704, 701 (1983) נקבע שכאשר נפסק שאין לאכוף חוזה בשל אכיפה בלתי צודקת, זכאים הקונים להשבה אף שהם היו מפרים. בית המשפט מאשר את הכלל שלפיו אין החוזה מתבטל בעקבות ההפרה, וכי החוזה מגיע לסימומו רק על ידי הפעלת ברירת הביטול על ידי הנפגע או עד "שיבוטל על ידי בית המשפט, כשהנסיבות מצדיקות זאת". באופן טכני החלטה שלא לאכוף אמנם אינה בגדר ביטול, אך משמעותה היא שהחוזה לא יקיים, ובכך קמה הזכות להשבה.

הזכות להשבה תעמוד כאמור גם למפר חרף אי משלוח הודעת ביטול על ידי הנפגע. אך אם המפר עשה את קיומו של החוזה לבלתי אפשרי, האם אין סתירה מסוימת בין מעשה ההפרה שהמפר אחראי לו ובין זכותו של המפר להשבה המוקנית לו על פי סעיף 9 לחוק התרופות? כיצד ליישב ביניהם?

### **עניין האס והשבה ללא הודעת ביטול**

**עובדות.** הבעיה עלתה בעניין **האס נ' חברת הבונים בקרית משה בע"מ**

(18.11.2012); השופטים נאור, רובינשטיין והנדל. בשנת 1994 נחתם חוזה בין בעל זכויות בקרקע (בהמשך: בעל הקרקע) לקבלנים. הקבלנים שילמו לבעל הקרקע 450 אלף דולר והתחייבו להעביר לבעלותו שש דירות. החוזה היה כרוך בחתימת חוזה פיתוח עם מינהל מקרקעי ישראל. התנהלו הליכים לחתימת הסכם בין הקבלנים ובין מינהל מקרקעי ישראל, אולם בסופו של דבר החוזה לא נחתם. הסיבה הייתה התנערותם של הקבלנים מהעסקה. התברר עוד כי בינתיים פורסם על ידי המינהל מכרז חדש ובו גם המקרקעין הנדונים, והוכרז זוכה במכרז. בעקבות זאת דרשו הקבלנים השבה מבעל הקרקע, וזה סירב; לטענתו הקבלנים הפרו את החוזה, העסקה עומדת בעינה, הוא לא ביטל את החוזה ואין עילת השבה.

**משהובהר שהחוזה הגיע בפועל לסימומו, תקום לשני הצדדים - לנפגע ולמפר - זכות השבה, וזאת אף אם ביצוע החוזה נמנע עקב פעולת המפר, ואפילו הנפגע לא שלח הודעת ביטול כלל או לא שלח את ההודעה בזמן**

איננו בר-ביצוע, והנפגע איננו מעוניין בביטול החוזה". לכאורה, לפי סעיף 2 לחוק התרופות מוקנית לנפגע הזכות לבטל חוזה. לכן אף שהחוזה אינו בר-ביצוע, אין חובה על הנפגע לבטל את החוזה. בני-סוח אחר, אין למפר כוח לדרוש מן הנפגע לבטל את החוזה. ומכאן עולה השאלה, ועימה התשובה: "האם בחירת הנפגע שלא להפעיל את זכות הביטול – מונעת את האפשרות שהמפר יזכה בה-שבה? סבורני כי הדין והצדק אינם תומכים בתוצאה כזו". וממשיך השופט הנדל ומבהיר שגם הפעלת זכות הביטול כפופה לעקרון תום הלב. בנסיבות המקרה, אי הפעלת זכות הביטול על ידי הנפגע, כאשר התמורה שולמה על ידי המפר וכאשר יתרת העסקה אינה יכולה להתבצע, אינה הגונה ופוגעת בא-מון בין הצדדים. היא מהווה הפרה של חובת תום הלב. התוצאה היא שבעל הקרקע מנוע מלעמוד על זכותו שלא לבטל את החוזה, ומכאן שהחוזה התבטל אף שלא נשלחה הודעת ביטול.

לצד הנמקה מרכזית זו מצביע השופט הנדל על שתי הנמקות נוספות המרליכות לאותה תוצאה. ההנמקה הראשונה מקורה בדיני הפרות: באי-ביטול החוזה בנסיבות אלה אפשר לראות הפרה יסודית מצד הנפגע

המקורי. בעל הקרקע, הנפגע המקורי, נהפך למפר בכך שאינו מבטל את החוזה, ובכך הוא מאפשר לקבלנים – המפרים המקוריים הנהפכים לנפגעים – לבטל את החוזה. ביטול כזה ממילא מקים חובת השבה החדידית. זו פרשנות מרחיקת לכת: אם אי-ביטול הוא הפרה, יגרור הדבר תביעת פיצויים כלפי

הנפגע המקורי שלא ביטל. מדוע להעניק תביעת פיצויים על אי הביטול כאשר אפשר לומר בפשטות שהחוזה התבטל אף שלא נשלחה הודעת ביטול? ההנמקה השנייה, המוצגת בלשון רפה יותר, מקורה בדיני עשיית עושר: העברת הכסף מהקבלנים לבעל הקרקע התבססה על ציפייה להשלמת החוזה. המשך החוזה זקת הכסף נוכח כישלון הציפייה הוא עשיית עושר ולא במשפט, והוא מחייב השבה של הכסף לקבלנים. אלא שגם הנמקה זו בעייתית: הואיל ומדובר בהשבה בה-קשר חוזי, דיני עשיית עושר כשלעצמם אינם יכולים לתת מענה הולם. השאלה היא אם על פי הכללים של דיני חוזים נחשבת ההחזקה של בעל הקרקע בכסף כהחזקה כדין (מכוח חוזה שלא בוטל) או שלא כדין (מכוח העובדה שיש להתייחס לחוזה כאילו בוטל). כאמור, ההנמקה הראשונה של השופט הנדל מבוססת, ודי בה להצדיק את המסקנה שהחוזה בוטל בנסיבות המקרה.

**הערכה.** סיכומו של דבר, עניין האס מבהיר את הכלל הראוי: משהוברר שהחורזה הגיע בפועל לסיומו כך שאין דרך שבה יכול הנפגע לקיימו, תקום לשני הצדדים (גם למפר) זכות השבה, וזאת אף אם ביצוע החוזה נמנע עקב פעולת המפר,

ואפילו הנפגע לא שלח הודעת ביטול כלל או לא שלח את ההודעה בזמן. זכותו של המפר עשויה להיות כפופה להפחתה לטובת הנפגע מכוח חיובו בפיצוי כלפי הנפגע או בשל הפעלת סעיף 2 לחוק עשיית עושר המעניק הגנה מפני תביעת השבה, כפי שאירע בעניין האס.



**השופט הנדל מבהיר שגם הפעלת זכות הביטול כפופה לעקרון תום הלב. אי הפעלת זכות הביטול על ידי הנפגע, כאשר התמורה שולמה על ידי המפר וכאשר יתרת העסקה אינה יכולה להתבצע, מהווה הפרה של חובת תום הלב**