

## דוקטרינות ישנות, סוגיות חדשות דברים שבכתב – האם אתה רשאי לומר בעל פה?

מאת

אסף פוזנר \*

### פתח דבר

מקובל לומר כי אחת המהפכות במשפט הישראלי היא העדפת דיון ערכי בזכויות והמעטת יסודות פורמליים.<sup>1</sup> חרף זאת נותרו בחקיקה האזרחית מקומות שונים שבהם נזכרים יסודות פורמליים, המגבילים לכאורה את האפשרות לממש את ההסכמות המהותיות שאליהן הגיעו הצדדים ואת האפשרות לחתור לאמת העובדתית בהליך המשפטי עצמו. ברשימה זו אדון בשלושה איים של צורה: בדרישת הכתב כשמדובר בהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין, ובייחוד לנוכח השינויים שצפוי שייעשו בהוראה בקובץ דיני ממונות; בדרישת הכתב כדי להפסיק את מירוצה של ההתיישנות בשל הודאה בקיומה של זכות, ובייחוד לאור דיון חדש בפסיקה בדרישה זו; ובדרישת הכתב לצורך הסכמה לטיפול רפואי. הבחירה באיי הצורה האלה אינה מקרית: באחד מאיי צורה אלה (דרישת הכתב לצורך הסכמה לטיפול רפואי) נעשה שינוי חקיקתי שהשפעותיו טרם נדונו, ואילו השניים האחרים נתונים במהלכם של הליכי חקיקה, המחייבים מחשבה מחודשת לקראת העתיד. יתרה מזו, כפי שיתברר, על אף שונותן של דרישת הכתב לצורך עשיית עסקה במקרקעין ודרישת הכתב המוחקת את ההתיישנות, הכרעות מהתחום הראשון זלגו – בלא דיון של ממש – לתחום השני, כאילו מדובר בהכרעה משותפת, בבחינת "תורת המשפט של הכתב". הבחירה באיי הצורה לצורך רשימה זו נועדה להדגים עד כמה הצורה החיצונית – דרישת הכתב – עלולה

\* אסף פוזנר, עורך דין, היה מרצה מן החוג לדיני קניין ורשלנות רפואית, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית.

1 מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז 503 (התשנ"ג).

להטעות: מדובר בנושאים ובאיזונים שונים, האמורים לזכות לדיון שונה, ואין מקום ל"תורת כתב" משותפת. איי הצורה שנבחרו, נבחרו לדיון גם משום שכל אחד מהם מדגים אירוע בעל מאפיינים שונים, ולצורך עימותם זה כנגד זה, ולא על עצמם בלבד יצאו ללמד, אלא על איי צורה בעלי מאפיינים דומים.

## 1. דרישת הכתב – התחייבות לעשות עסקה במקרקעין

דרישת הכתב הידועה ביותר בחקיקה האזרחית הישראלית היא בלא כל ספק דרישת הכתב הנזכרת בסעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969. סעיף 8 קובע כי "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב". זמן לא רב לאחר חקיקתו של חוק המקרקעין הגיע סעיף זה לדיון בבית המשפט העליון בפרשה הידועה של גרוסמן את ק.ב.ק.<sup>2</sup> באותו עניין מיין ממלא מקום הנשיא (לימים הנשיא) זוסמן את דרישות הכתב השונות לשני סוגים: דרישות מהותיות, קונסטיטטיביות, אשר בהיעדרן אין התחייבות ואין עסקה, ולעומתן דרישות ראייתיות, אשר אם מדובר בהן, ניתן להסתפק בראשית ראייה בכתב בלבד, ואילו את היתרה ניתן להשלים באמצעות עדים בעל פה.

בית המשפט העליון קבע כי הדרישה הגלומה בסעיף 8 דרישה מהותית היא, כשהנימוק שבבסיס הדרישה הוא דרישת רצינות ממי שמתחייב למכור נכס; שלא יתקשר אדם בחיפזון למכירת נכס מקרקעין. משלא יכלו הקונים באותו עניין להציג, לשיטתו, הסכם בכתב (אף שטוטת הסכם הוכנה על ידי בא כוח המוכרים, ואושרה לפי טענת הקונים על ידיהם), לא נוצרה התחייבות כלל, והקונים יצאו וידיהם על ראשיהם. בקרב הדרישות הנדרשות ליצירת חוזה – גמירות דעת ומסוימות – ניתן למקם את דרישת הכתב כפן של גמירות דעת: בלי כתב אין העדה על גמירות דעת (או – כאפשרות אחרת – לחייב את המתחייב לנקוט בפעולה פיזית משמעותית, ובכך לגרום לו לחשוב על העסקה וליצור אצלו גמירות דעת). בית המשפט העליון ציין באותה פרשה כי סעיף 8 לחוק המקרקעין הוא בבחינת חידוש בחוק; גם קודם לכן הייתה דרישת כתב, אלא שזו הייתה דרישה ראייתית, שעוגנה בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמני, סעיף שלא בוטל עד היום.

ההלכה כי הכתב הנזכר בסעיף 8 הוא כתב מהותי מעולם לא נהפכה באופן רשמי. עם זה היא סבלה – כמעט למן לידתה – משחיקה מתמדת, בבחינת מקרים קשים מביאים לידי דין קשה. בפועל התברר כי אין הציבור יכול לעמוד בהלכה הגזורה זו, קונים ומוכרים ערכו עסקאות – בגמירות דעת מלאה – ולא העלו אותן על הכתב. הלכה זו הביאה לידי כך

2 ע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק., שותפות רשומה נ' מנהלי עיזבון המנוח יהושע בידרמן, פ"ד כו(2) 781 (1972).

שמוכרים שגמרו בדעתם ברצינות ושלא בחיפזון כלשהו למכור, יכלו – בהיעדר התחייבות בכתב – להתחמק מהתחייבותם. בתי המשפט ביקשו למנוע התחמקות סיטונית מהתחייבויות, ועל כן עשו כל שביכולתם כדי לצמצם את נזקיה של הלכה זו, והעבירו את אט מאזור גמירות הדעת לעולמה של המסוימות. דברים אלה הובהרו על ידי השופט בך בעניין טוקאן<sup>3</sup>:

דרישת הכתב בחוק המקרקעין פורשה בפסיקה כדרישה מהותית, ולא ראייתית בלבד, מתוך מגמה להרתיע את הציבור מעשיית עיסקאות במקרקעין שלא באמצעות הסכם מפורט... אולם משהסתבר שזוהי דרישה שהציבור אינו עומד בה, צומצמה המשמעות של "מהותיות" דרישת הכתב

הצמצום, להבדיל מביטול רשמי, לא היטיב עם הסוגיה, אלא יצר קשיים: צמצום מסוג אחד היה הגבלת דרישת הכתב. כזכור, הנשיא זוסמן הבחין בין דרישה מהותית, המחייבת כתב, לבין דרישה ראייתית, שניתן להסתפק בעניינה בראשית ראייה בכתב. יישום דווקני של הבחנה זו היה מחייב דרישה מהותית של הסכם מלא ומושלם בכתב, אלא שבפועל נשחקה דרישה זו עד דק, באופן שלמעשה – גם אם לא להלכה – הסתפקו בתי המשפט בבדל ראייה (אם ניתן בכלל לקרוא לזה כך), ולמשל ראו בקבלה משום מסמך בכתב<sup>4</sup>. צמצום זה חתר אפוא למעשה תחת ההבחנה הנזכרת. עם זה, משבחר בית המשפט העליון שלא להפוך את ההלכה, הרי צמצום זה, שדומה שהיה אמור להיות נקודתי ומיוחד לסעיף 8, תועלתו הייתה מרובה מנזקו.<sup>5</sup>

3 ע"א 380/88 טוקאן נ' אלנשיבי, פ"ד מה(5) 410 (1991).

4 ע"א 235/75 קאדרי נ' מנזר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800 (1976). לביקורת על כי בכך יש משום הסתפקות במסמך המעיד על קיומו של הסכם, לעומת סעיף 8 המחייב שהכתב ישקף את ההסכם עצמו, ראו גד טדסקי "הרשאה בלתי הדירה לביצוע מתנה לאדם שלישי" משפטים יט 205, 210 (התשמ"ט). וראו במשפט האנגלי, Law of Property Act, 1925, ss. 52, (2)54, וכן, לדוגמה, ההסדר ב-Queensland, בתוך Property Law Act, 1974 s. 59.

5 מלבד צמצום זה, ועדיין במישור הנקודתי, ניתן להצביע על ניסיונות נוספים לצמצם את דרישת הכתב. כך, למשל, נקבע מפי השופט בך בע"א 571/79 דירות מקסים בע"מ נ' ג'רבי, פ"ד לז(1) 589 (1983), כי דרישת הכתב אינה כוללת חובת חתימה מטעם המוכר (והשוו לעניין דרישת החתימה; Timmins v. Moreland Street Property Co. Ltd, [1958] 1 Ch. 110; Harvey v. Edwards, Dunlop & Co., (1927) 39 CLR 302; Pirie v. Saunders, (1961) 104 CLR 149). כמו כן נקבע שייפוי כוח למכירת מקרקעין אינו מחייב מסמך בכתב: ע"א 831/79 וקסלמן ושות' בע"מ נ' חברת חלקה 35 בגוש 6663 בע"מ, פ"ד לה(2) 533 (1981); ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פ"ד לז(3) 60, 78-79 (1983); צמצום אחרון זה מעורר קושי ענייני, שכן אם אנו עומדים על כך שהמתחייב יקדיש מחשבה רצינית לאקט המהותי של מכירה, היינו אובדן המקרקעין, האם אין אנו רוצים שיקדיש מחשבה לפני שיסמך מישוהו להעביר את

צמצום מסוג שני היה בעייתי יותר: סעיף 8 לחוק המקרקעין מחייב שיהיה מדובר ב"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין". במקרים שבהם לא היה אפילו בדל של מסמך, בחרה הפסיקה לצמצם את המונח "עסקה במקרקעין". כך, למשל, נקבע כי מכירת זכות ביניים – כדיירות מוגנת – אינה "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין", מאחר שזכות הדיירות המוגנת אינה זכות קניינית. בכך הציל בית המשפט עסקה שבה התחייב דייר מוגן – בעל-פה – למכור את זכותו;<sup>6</sup> להלכה זו היו עלולות להיות השפעות רבות בתחומים נוספים. לפיכך צמצם בית המשפט העליון את ההלכה בעניין דיירות מוגנת לסעיף 8 (מאפשר ההתחמקות), בלבד, ובסוגיות אחרות ראה בזכות הדיירות המוגנת משום זכות קניינית או מעין קניינית.<sup>7</sup> עם זה חשוב לציין: ככל שיש היגיון בדרישת הכתב המהותית, הוא נועד למנוע התחייבויות בלא מחשבה בנוגע לנכס בעל חשיבות מרובה, הן כלכלית והן אישית; שחרור דיירים מוגנים מדרישת הכתב, המגנה מפני חיפזון, עלול להביא לידי מצב בעייתי שימכרו הם כלאחר יד את הדיירות המוגנת, שמבחינת החשיבות כמעון משפחתי וכנס יקר אינה שונה באופן מהותי מדירה "קניינית" רגילה.<sup>8</sup>

המקרקעין, דבר שיביא מבחינתו לאותה תוצאה? עם זה, הגם שיש בצמצום זה כדי ללמד על חוסר הנחת מההלכה הדורשת כתב מהותי, הרי הצמצום הוא נקודתי ואינו מעורר קושי של ממש. לגישה דומה במשפט האמריקני ראו Restatement (Second), בסעיף 110, וכן Edward A. Farnsworth, Contracts 338 (3<sup>rd</sup> ed. 1999).

6 ע"א 564/79 רומנו נ' שוחט, פ"ד לו(1) 634 (1982).  
7 ראו, למשל, ע"א 511/88 מנדלבאום נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, ראשון לציון, פ"ד מד(3) 522 (1990), שבו היה מדובר בפיצויים לבעל זכות במקרקעין עקב תוכנית בניין עיר חדשה הפוגעת בזכויותיו (פיצוי לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965). בית המשפט העליון קבע כי הדיירות המוגנת היא זכות קניין "במובן הרחב" של המילה, ועל כן הדייר המוגן זכאי לפיצוי (יישומה של הלכה זו, אף הביא לידי כך שבמקרים מסוימים זכה הדייר המוגן – שזכותו נפגעה – לפיצוי, אף שהבעלים של הנכס לא היה זכאי לפיצוי: עמ"נ (מינהלי י-ם) 201/04 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' טל, פ"מ מינהליים תשס"ג (2003) 856, מפי סגנית הנשיא, לימים הנשיאה, מ' ארד). עם זה ראוי לציין, שמדובר בהלכה נקודתית שלא בהכרח מורחבת לכל דיני התכנון והבניה: עת"מ (מינהלי י-ם) 13/99 יאקאב נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"מ מינהליים תש"ס(2000) 289. אך ראו על החלת ההלכה באופן גורף בעניין התיישנות, ת"א (שלום י-ם) 2549/01 בן שטרית נ' עיזבון המנוחה נחום (פורסם בנבו, 12.9.2002).

8 אפשרות להרחבה נוספת של קו המחשבה, שזכות הדייר המוגן אינה בגדר זכות במקרקעין, נעשתה בע"ש (מחוזי י-ם) 117/96 הסתדרות מדיצינית הדסה נ' הממונה על המרשם (פורסם בנבו, 1998), מפי השופטת פרוקצ'יה; באותו עניין עלתה השאלה אם בעל דיירות מוגנת יכול לרשום הערת אזהרה על זכותו. השופטת פרוקצ'יה מעוררת את השאלה אם דיירות מוגנת היא בגדר "עסקה" לצורך רישום וכנדרש בסעיף 126 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 לשם רישום הערת אזהרה, שאם לא כן, לא ניתן לרשום הערת אזהרה. עם זה, עניין זה לא הוכרע

כחלק מצמצום משמעות המונח "עסקה במקרקעין" (בסעיף 8), אף הגביל בית המשפט העליון את תחולת הלכת גרוסמן במקרים נוספים, נפוצים יותר: במקרים לא נדירים, נכסי מקרקעין אינם רשומים במרשם המקרקעין. הסיבות לכך מגוונות: לעתים לא קיים כלל מרשם מקרקעין באשר לאותם מקרקעין. במקרים אחרים נכס המקרקעין הספציפי ש"בבעלות" המוכר אינו רשום כיחידה נפרדת במרשם המקרקעין, ויש צורך – לשם ייחודו ורישומו – בפעולות רישום הדורשות זמן לא קצר, כגון פרצלציה או רישום בית משותף והפיכת הדיירות לתת-חלקות נפרדות. במקרה כזה כל שהמוכר מחזיק הוא התחייבות של מי שמכר לו, לרשום את הנכס על שמו לכשיתאפשר הדבר. כדי להתחמק מעונשו של סעיף 8 ("עונש" שנגזר במידה רבה מהלכת בית המשפט העליון בעניין מהותו של כתב זה), קבעו בתי המשפט שאם המוכר – במוכרו את "הדירה" – מתכוון להמחות את התחייבות קודמו לקונה החדש (להבדיל מהתחייבות להעביר את נכס המקרקעין לקונה לכשזה יירשם על שם המוכר), הרי אין הוא מעביר את הזכות הקניינית במקרקעין, אלא "רק" התחייבות, שעליה אין סעיף 8 חל.<sup>9,10</sup> גם צמצום זה סובל מהקושי שעליו עמדתי לעיל: אם אכן יש להקפיד על היעדר חיפזון במכירה, מפאת חשיבות הנכס, היש הבדל של ממש מבחינתו של המוכר בין נכס המקרקעין לבין "המחאת הזכות"? יתרה מזו, אף שבמישור התיאורטי ההבחנה היא הבחנה נקייה וברורה, הרי ברוב המקרים היא נקבעת בדיעבד ועל ידי בית המשפט, על פי כוונתם הספציפית של הצדדים (בהנחה דמיונית מעט שאכן היא קיימת).<sup>11</sup>

בפסק הדין, שכן השופטת פרוקצ'יה נסמכת – בסופו של דבר – על נימוקים נוספים לשלילת רישום הערת אזהרה.

- 9 אם כי, כנראה, עדיין תחול ההוראה הראייתית המחייבת קיומו של מסמך: סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמני.
- 10 ע"א 274/79 חורי נ' כנען, פ"ד לה (3) 337 (1981). למקרה נדיר יותר: ע"א 91/77 ביקסר נ' עמידר, פ"ד לב (1) 73 (1977), שם היה מדובר בזכות לקבלת דירה על פי הגרלה.
- 11 לדוגמה ראו המחלוקת שניטשה בין דעת הרוב לדעתה של השופטת פרוקצ'יה, בע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז (2) 385 (2003). לדעתה של השופטת פרוקצ'יה, היה מקום לסווג את החוזה באותו עניין כהמחאת זכות, ולדעת הרוב היה מדובר בהתחייבות למכר זכות במקרקעין, שתועבר לקונה לכשתירשם על שם המוכר (להזכרת עמדה זו בהסכמה: ע"א 3180/05 זריק נ' ג'רייס (פורסם בנבו, 29.4.2007); לסיווג עסקה ספציפית כעסקה במקרקעין ופסילתה בהיעדר כתב: ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נז (1) 158 (2002)). לעמדה שבדרך כלל הכוונה היא להעביר את הזכות החוזית ראו: רע"א 10860/05 דונר נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 26.6.2007); מיגל דויטש "נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין – הלכת גנז והשלכותיה" הפרקליט מז 181, 186 (התשס"ד); מיגל דויטש קניין כרך ד 365 ואילך (2007) (שם מנתח פרופ' דויטש את היתרונות לצדדים הטמונים בעסקת ההמחאה, יתרונות שמהם הוא מסיק עמדה משוערת זו. עם זה פרופ' דויטש טוען לחריג בולט, כאשר מדובר ברכישה מקבלן בעסקת קומבינציה, שם הוא סבור שהכוונה היא לרכישת הזכות במקרקעין דווקא). לפסק דין קיצוני, שבו – חרף

בעיה נוספת שנבעה מצמצום משמעות המונח "עסקה במקרקעין", נגעה להשפעות על תחולת סעיף 7 לחוק המקרקעין. סעיף זה קובע כי כל עוד לא נרשמה עסקה במקרקעין במרשם המקרקעין, מדובר ב"התחייבות" בלבד. לעומת זאת אם מדובר בהמחאת הזכויות גרידא, מדובר בעסקה מושלמת. הבחנה דקה זו הביאה לידי תוצאות שונות, למשל באשר לאפשרות של נותן מתנה לחזור בו מהמתנה שנתן. לפי סעיף 5 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, כל עוד מדובר בהתחייבות לתת מתנה, ולא במתנה מוגמרת, נותן המתנה רשאי – בכפוף לחריגים – לחזור בו ממתן המתנה. הבחנה זו הביאה לידי כך שכאשר בית המשפט סיווג את המתנה כמתנת מקרקעין, התאפשרה חזרה ממתן המתנה כל עוד לא נרשמה המתנה במרשם המקרקעין, אפילו נרשמה ההעברה ברישומי מינהל מקרקעי ישראל.<sup>12</sup> לעומת זאת כאשר בית המשפט סיווג את המתנה כהמחאה, היא הפכה מיד למוגמרת, וזכות החזרה נשללה.<sup>13</sup> גם כאן, ההבחנה ה"נקייה" מבחינה תיאורטית, מביאה לידי תוצאות שונות במקרים שמבחינת הצדדים לעסקה או למתנה הם שווים.<sup>14, 15</sup>

- הוראה סותרת בחוזה – נקבע כי מדובר בהמחאת זכות (מהטעם שלא היה צפוי, בעתיד הנראה לעין, רישום הזכויות) ראו ה"פ (מחוזי ת"א) 1513/00 דכה נ' עיזבון המנוח רבקה טורכינר ז"ל (פורסם בנבו, 15.3.2007), מפי השופט שמואל ברוך.
- 12 ע"א 954/93 חגיבי נ' בן יונה, פ"ד נ(1) 417 (1996).
- 13 ע"א 641/83 פרידמן נ' פרידמן, פ"ד מ(2) 253, 257 (1986); ע"א 6903/99 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' פרח, פ"ד נח(2) 106 (2003); בש"א (משפחה ראשל"צ) 7127/06 ע.א. נ' עיזבון המנוח ד.י. ז"ל (פורסם בנבו, 26.3.2007).
- 14 לביקורת, ככל שהדברים נוגעים לרישומים במינהל מקרקעי ישראל, ראו את פסק דינו של השופט צבי טל בע"א 954/93 חגיבי נ' בן יונה, פ"ד נ(1) 417 (1996). לפסק דין "דוגמטי", שבו בית המשפט מנסה לתת משקל מלא לרישומים בחברות משכנות, שכן "מדוע ייגרע חלקם של מקבל מתנה או של צד שלישי... אשר זכויותיהם נובעות מהתחייבות ללא רישום בטאבו... כאשר הסיבה לאי הרישום אינה נובעת מהתנהגותם של הצדדים לעסקה אלא ממגבלות החוק? היינו, מחוסר האפשרות לרישום את הזכויות בטאבו?" תוך התייחסות לעניין זה כאל "אפליה", ראו ה"פ (שלום רח) 112/06 יעקב נ' צ'צ'יק (פורסם בנבו, 4.2.2007), מפי השופט פינשטיין, אך בלי להיות מודע לכך שנותן המתנה היה יכול – לו רצה בכך – לתת את הזכויות במתנה להברדיל מהזכות הקניינית שטרם הגיעה לידיו (ובלי לבחון את האפשרות שזה אכן היה המצב). לביקורת על ההבחנה, בהקשר של מתנה, ראו מוטי בניאן דיני קניין – עקרונות והלכות 154 (מהדורה שנייה, 2004). בניאן מדגיש את השאלה העקרונית, עד מתי אנו רוצים לתת לאדם לחזור בו ממתנה, ומציע לפרש את חוק המתנה, התשכ"ח-1968 כמתייחס למתנה מוגמרת, כשהיא אכן הייתה כזו "בתודעתו של נותן המתנה" (עמ' 155). מובן שפרשנות זו – שייכתן שהיא אפשרית – חורגת מנושא הדיון העקרוני ברשימה זו.
- 15 לתופעה דומה של ניסיון לצמצם הוראה קשה, גם אם הצמצום מביא לידי חוסר היגיון פנימי, ראו ע"א 3295/94 פרמינגר, עו"ד נ' מור, פ"ד נ(5) 111 (1997). באותו עניין ההתייחסות הייתה לסעיף 33 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972, הקובע שבעת מכירת דירת מגורים, אגב פשיטת רגל של בעלי הנכס, יהפוך פושט הרגל לדייר מוגן, תוך פגיעה ניכרת

הצמצום הקרוב ביותר לביטולה של הלכת גרוסמן נעשה בעניין קלמר.<sup>16</sup> באותה פרשה קבע בית המשפט העליון (בעקבות דעתו של השופט ברק בעניין זוננשטיין),<sup>17</sup> כי במקרים קיצוניים חוסר תום הלב של המוכר, המנסה להתחמק מההתחייבות שבעל-פה, חרף קיום מהותי של העסקה, ימנע מהמוכר את האפשרות להסתמך על היעדר הכתב. אך הלכה זו, אף שהיא נזכרת מעת לעת, לא יושמה בהרחבה, והכול – כך נראה – משום חוסר רצון להפוך את ההלכה הבסיסית, שהכתב הנזכר הוא כתב מהותי.

ההיסטוריה של הפסיקה בעניין סעיף 8 לחוק המקרקעין היא כרוניקה של כישלון ידוע מראש. כישלון זה נובע, בראש ובראשונה, מכך שבית המשפט העליון ניסה להתמודד באמצעות כלי אחד בלבד עם שני מצבים שכיחים אך מנוגדים: המצב הראשון, שהביא לידי הקביעה של הכתב כמהותי, מתייחס למקרה שבו המוכר הוא חסר גמירות דעת ורצינות; מקרה שבו יש להגן על המוכר מפני עושקו, הקונה. המצב השני, שבו עסקה מרבית הפסיקה לאחר מכן, הוא של מוכר מניפולטיבי, המנסה לעשוק את הקונה. אין להתפלל על דואליות זו: מכר מקרקעין אינו כולל – בעת הנוכחית<sup>18</sup> – סיפור אופייני: לעתים הצד החזק הוא

בנושים, וזאת בלא קשר לשוויו של הנכס והצרכים הממשיים של פושט הרגל. כדי להתחמק מתוצאה בלתי רצויה זו, וכדי להעביר את הדיון להוראה הגמישה שבסעיף 86א לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ם-1980, קבע הרוב כי סעיף 33 לא יחול על נכסי מקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין (כפי שאכן היה באותו מקרה). דעת המיעוט, מפי השופט טירקל, עמדה אף היא על הצורך לצמצם את סעיף 33, ואולם הבהירה שראוי להגבילו אך ורק באמצעים פרשניים שאינם מביאים לידי הכרעה שונה במקרים דומים מבחינה מהותית (שהרי אותה בעיה בדיוק עולה גם בנכסים הרשומים במרשם המקרקעין).

16 ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 183 (1996).

17 ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278 (1989). וראו גם גבריאלה שלו "זכרון דברים ותום לב" משפטים יט 457 (1990). דוקטרינת הביצוע החלקי – part performance – מוכרת בארצות המשפט המקובל; ראו לעניין זה, למשל, במשפט האוסטרלי Maddion v. Alderson (1883) App. Cas. 467; במשפט האנגלי Steadman v. Steadman [1976] AC 536, ולסקירת המשפט האמריקני ראו Farnsworth, לעיל ה"ש 5, בעמ' 417.

18 מצב דומה קיים היום בתחום הדיירות המוגנת. כאשר נחקקו מלכתחילה דיני הגנת הדייר, היה קיים "סיפור אופייני"; סיפור זה היה של מחזיק-דייר חסר אמצעים ומקום מגורים חלופי, שהיה צריך להתמודד עם בעל בית בעל אמצעים המנסה להשתמש במחסור בדיוור כדי להפקיע מחיריים. סיפור אופייני זה השתנה במרוצת השנים. ברבות השנים נוצרו מצבים שבו דיירים רבים דווקא הם בעלי האמצעים, ואילו הבעלים של הנכסים הם נעדרי האמצעים ועיניהם כלות לנכס שבאופן תיאורטי נתון בבעלותם – רע"א 7836/06 חאבני (הללי) נ' אטבליסמנט ניהול חברה זרה (פורסם בנבו, 1.2.2007), מפי השופט רובינשטיין. שינוי סוציולוגי זה הביא לידי שינוי כפול: שינויים בחקיקה, הקובעים שדיירים מוגנים מסוגים שונים (שהם בדרך כלל בעלי אמצעים) לא ייהנו מהנחה במחיר שכר הדיירה, אלא ישלמו שכר דירה ריאלי (תקנות הגנת הדייר (דמי שכירות בבתי עסק – אי תחולת השיעורים המרביים וההפחתות), התשמ"ג-1983; ע"א 788/82 חברת בנין פרי נ' קשת, ניקוי יבש, פ"ד לז(4) 76 (1983)), ושינויים בפסיקה,

מוכר המקרקעין, ולעתים הצד החזק הוא קונה המקרקעין; לא ניתן לקבוע מלכתחילה (ואף לא כ"כלל אצבע") על מי אנו צריכים להגן. על כך יש להוסיף אף אירוע-מצב שלישי, שבו צד שלישי נכנס לתמונה, צד שלישי המבקש להסתמך על היעדר כתב (ולבסס את זכויותיו באשר למקרקעין, בין כקונה ובין כנושה של המוכר), או דווקא לטעון לקיומו של הסכם (כנושה של הקונה). מכל מקום, שימוש באותו מכשיר כדי להגן על מוכר אחד ולתקוף מוכר שני, להתמודד עם מחלוקת פנימית בין מוכר לקונה, כמו גם עם מחלוקת חיצונית כלפי צד שלישי, נדון מלכתחילה לכישלון.

הפתרון לאמור צריך להיות גמיש: פתרון אשר יוכל להיות מופעל בדרך שונה – ובאמצעות כלים שונים – כדי להתמודד עם המצבים השונים. ספק רב אם פתרון הצורה הוא הפתרון הראוי. הפתרון צריך להיות באמצעות קביעת גמירות הדעת על פי נסיבות העניין (כגון כתב, ביצוע מקצתו של החוזה, ביצוע תשלומים), ולכל היותר להשאיר את דרישת הכתב לצורך התמודדות עם סוגיית פרטי החוזה, היינו סוגיית המסוימות. הכישלון לפתור את הבעיה הכפולה באמצעי אחד אינו חדש: כך, למשל, המשפט העברי דורש – כתנאי לקיומה של התחייבות – מעשה קניין צורני. בהיעדר מעשה קניין, היה יכול המתחייב – גם אם התחייב במפורש ובמודע – לחזור בו מהתחייבות. מצב זה היה יכול להביא לידי הפרת התחייבות, ועל כן היה צורך במכשיר חוץ-משפטי, בעל שיניים חדות. וכך מציינת המשנה:<sup>19</sup>

משך הימנו פירות ולא נתן לו מעות אינו יכול לחזור בו נתן לו מעות ולא  
משך הימנו פירות יכול לחזור בו אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול  
ומדור הפלגה הוא עתיד להפרע ממי שאינו עומד בדבורו.

יש להניח כי דברים קשים אלה, ואמירה כי "אין רוח חכמים נוחה הימנו", הביאו לידי כך שאנשים נמנעו – חרף היכולת המשפטית לעשות כן – מלחזור בהם מההתחייבות חסרת

שהחלה להקפיד הקפדה יתרה עם דיירים מוגנים תוך פירוש ההגנה בצמצום. ראו, למשל, רע"א 11804/05 נגר נ' משכן – בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (פורסם בנבו, 19.1.2006); רע"א 4135/06 פרוידגר נ' אשכנזי (פורסם בנבו, 28.3.2007); רע"א 3692/07 אביסריס נ' אלברטל (פורסם בנבו, 8.8.2007); רע"א 4387/07 חילו נ' אלאבד (פורסם בנבו, 21.10.2007). חרף הדמיון, אין הנדון דומה לראיה: באשר לדיירות מוגנת הסיפור האופייני אכן השתנה, אך באשר לסעיף 8 לחוק המקרקעין, מעולם לא היה סיפור אופייני, והניסיון להשתמש בהוראת הסעיף לפתרון שתי בעיות נפרדות נדון מלכתחילה לכישלון. משנה, בבא מציעא ד, ב.

הקניין. דברים אלה סימלו את ההכרה בכך ששימוש בצורה כתנאי לעסקאות עלול להביא לידי תוצאות קשות של חזרה מהתחייבויות.<sup>20</sup>

## 2. קובץ דיני ממונות – הזדמנות שהוחמצה

הכנת קובץ דיני ממונות היא בבחינת הזדמנות פז להתמודד עם פסיקת בית המשפט העליון באשר לכתב, ולרענן את המחשבה. כאשר מדובר בפסיקה מבוססת כל כך, על פני ארבעה עשורים, קשה לצפות לשינויים דרסטיים בפסיקה בלא עזרתו של המחוקק. דווקא על רקע זה היה אפשר לצפות לכך שהמחוקק ייחלץ לעזרה, אלא שעזרה זו ספק אם נמצאת בקובץ דיני ממונות; מציע הקובץ בחר בעריכת שינויים מפורשים מועטים בלבד, אמנם רצויים, אך הם אינם מתמודדים כראוי עם הבעיה.

א. סעיף 121 לתזכיר הצעת חוק קובץ דיני ממונות, התשס"ו-2006<sup>21</sup> (להלן: ההצעה) מקבל ומרחיב את הלכת קלמר: אם החוזה "קיים במלואו או בחלקו המהותי", יבוא קיום זה במקום הכתב. מדובר בהרחבה – שאין לזלזל בה – של הלכת קלמר, שעל פי נוסחה כיום מוגבלת למקרים חריגים שבחריגים. יתרה מזו, הוראה זו אינה מחייבת חוסר תום לב בהתכחשות לחוזה דווקא, אלא מדגישה את הפן האובייקטיבי של קיום החוזה. הרחבה זו, שיש לברך עליה ביחסים שבין הצדדים (המוכר והקונה), אינה נקייה מקשיים, ובייחוד ביחסים עם צדדים שלישיים. חוזה מכר משפיע גם על צדדים שלישיים; יש בו כדי ליצור "זכויות שביושר"<sup>22</sup>, הגוברות על עיקולים שהוטלו לאחר יצירת הזכויות.<sup>23</sup> גם המועד שבו

20 לסקירה ארוכה של דיני "מי שפרע", ראו ע"א 6370/00 קל בניין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289 (2002).

21 סעיף 121 קובע בנוסחו המלא כי "נקבע בדין או בחוזה כי צורה מסוימת של החוזה היא תנאי לתוקפו, ותנאי זה לא קיים, אך החוזה קיים במלואו או בחלקו המהותי, יראו את דרישת הצורה כאילו קימה".

22 ע"א 189/95 בנק אוצר החייל בע"מ נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999).

23 פסק הדין בעניין אהרונוב, שם, אמנם קובע שאין חשיבות למישור הזמן, אך הכוונה היא למישור הזמן שבין המועד שבו נוצרה תביעת החוב (שהביאה בשלב מאוחר יותר לידי הטלת העיקול), לבין מועד ההסכם, יוצר הזכויות שביושר. עם זה, דומה שאם בפועל הוטל העיקול לפני ההסכם יוצר הזכויות שביושר, הרי הוא יגבר: ת"א (מחוזי י-ם) 3386/01 פז נ' לילית מפעלי תמרוקים ואירוסלים 1973 בע"מ (פורסם בנבו, 11.1.2006), מפי השופט דרורי. לעמדות שונות באשר לתחרות בין עיקול שהוטל – אך לא נרשם – לבין הסכם מאוחר יותר ראו בש"א 1259/06, פש"ר (מחוזי י-ם) 2041/05 גור נ' עו"ד יעקב אמסטר – בתפקידו ככונס נכסים (פורסם בנבו, 26.11.2006), מפי השופטת בן עמי; ה"פ (מחוזי ת"א) 571/04 טויטו נ' טויטו (פורסם בנבו, 24.5.2004), מפי השופט זפט; מיגל דויטש קניין כרך ג 367 (2006).

נכרת החוזה חשוב ביותר למקרה שבו היו עסקאות נוגדות.<sup>24</sup> כשהצורה<sup>25</sup> – החוזה – נלמדת מביצועו "בחלקו המהותי", תתעורר השאלה, מתי בדיוק צמחו זכויות הקונה. תארוך זכויות אלה הוא גורם מכריע בהתמודדות עם צדדים שלישיים,<sup>26</sup> וספק רב אם עניין זה הובא בחשבון בעת גיבוש ההצעה.<sup>27</sup>

- 24 בין לפי הוראות סעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, ובין לפי הלכת גנו, לעיל ה"ש 11.
- 25 לכך שהכתב אמור להגן גם על צדדים שלישיים ולמנוע, למשל, בידוי ראיות, ראו דברי הנשיא שמגר בע"א 196/87 שוייגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2 (1992). השופט גולדברג הסתייג מדבריהם אלה לאור הפרשנות של סעיף 8 באשר לדרישת הכתב.
- 26 אין לכחד שקושי כזה קיים גם במצבים משפטיים אחרים: "חזקת השיתוף" קובעת שיתוף בין בן זוג הרשום כבעלים של נכס לבין בן הזוג האחר. ככל שחלה חזקת השיתוף, ומדובר בנכסים שנרכשו בתקופת החיים המשותפים, לא מתעורר קושי של ממש, שכן מועד רכישת הזכויות של בן הזוג הלא רשום יהיה בדרך כלל בעת רכישת הנכס, אלא שהפסיקה החילה את חזקת השיתוף גם על נכסים שבן הזוג הרשום רכש לפני תקופת החיים המשותפים. ראו, למשל, ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443 (1984); ע"א 806/93 הדרי נ' הדרי (דרחי), פ"ד מח(3) 685 (1994); בע"מ 5939/04 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(4) 865 (1997). במקרה כזה אין אומרים שזכות בן הזוג הלא רשום צמחה במועד תחילת החיים המשותפים, אלא שהיא נוצרת לאחר זמן לא ידוע, עם התגבשות החיים המשותפים. נקודת זמן זו אינה ברורה, והיא נקבעת על ידי בית המשפט בדיעבד, שלא באופן עובדתי בלבד, אלא באופן המשלב הכרעות ערכיות בהכרעות עובדתיות. עניין זה יכול להשפיע על התחרות עם צדדים שלישיים.
- 27 פתרון סוגיית תאריך ביצוע ה"חלק המהותי" לעניין התחרות עם צדדים שלישיים, מעקלים ורוכשים אחרים, חורג מתחום רשימה זו. אפשרות אחת היא לקבוע כי ההסכם השתכלל כבר במועד עריכת ההסכם (בעל פה), כאשר ביצוע חלק מהותי אך ורק מסיר את מגבלת היעדר הצורה. להתייחסות לדוקטרינה של הביצוע החלקי במונחים של מניעות, תוך קביעה שצדדים שלישיים אינם יכולים להעלות את טענת היעדר המסמך ראו *Sauget v. Villagomez*, 228 F.2d (9<sup>th</sup> Cir. 1955). אפשרות זו אמנם פותרת את הבעיה ה"טכנית" של קביעת המועד, אך היא אינה פשוטה כל עיקר: יש בה כדי להחריף עוד יותר את המגמה (הנובעת מעניין אהרונוב, לעיל ה"ש 22) של "הקדמת" הסכמים (או בלשון "מנומסת" פחות – המצאת "הסכמים" שלא היו מעולם) כדי להבריח נכסים ממעקלים (כאשר המעקל, המנסה להוכיח כי אכן לא היה הסכם כלל, אינו יכול להיות מודע לעובדות ביחסים שבין המוכר לקונה; והשווה ה"פ (מחוזי ב"ש) 4187/97 נעים נ' בנק לאומי לישראל בע"מ (פורסם בנבו, 1999) פתרון זה אף ייצור קושי בהקשר של עסקאות נוגדות: האם כבר במועד ההסכם (בעל-פה) צריך הרוכש – המבקש לשמר לעצמו את העדיפות לעומת קונים מאוחרים – לפעול לרישום הערת אזהרה (או לפעול בדרכים אחרות כדי ליתן פומבי לזכויותיו ובכך למנוע "תאונות משפטיות" מאוחרות) לפי הלכת גנו, לעיל ה"ש 11? תשובה חיובית תטיל על הרוכש נטל לא פשוט, שכן סעיף 126(א) לחוק המקרקעין מחייב הצגת מסמך בכתב בפני רשם המקרקעין; תשובה שלילית תיצור מצב מוזר שעל פיו מי שהוא בעל מעמד חלש יותר (רוכש על פי הסכם בעל פה) יועדף מבעל מעמד חזק יותר (רוכש על פי הסכם בכתב).

קושי נוסף, שאף הוא נגרם מאימוץ הביצוע "בחלק מהותי", והחלתו על תחרות עם צדדים שלישיים, נובע מכך שבעוד ההתחייבות שבסעיף 8 לחוק המקרקעין היא התחייבות המוכר, הרי הביצוע "בחלק מהותי" כרוך מטבעו בקונה. הקונה עלול, במקרה של תחרות (אקטואלית או צפויה) עם צדדים שלישיים, לנסות להגדיל את נזקי ההסתמכות שלו כדי לנסות ולהפוך את הכמות לאיכות, היינו להפכם לביצוע "בחלק מהותי".<sup>28</sup> דומה שאחת המטרות של דיני התחרות היא לנסות לצמצם ככל האפשר את הנזקים של הצדדים המתחרים, ונמצא שההצעה מחטיאה נושא זה.

דומה שפתרון ראוי בנושא זה עשוי להיות בידוד הדיון ביחסי הצדדים הקרובים (הקונה והמוכר) מן הדיון ביחסים שבין הקונה לבין צדדים שלישיים (רוכשים אחרים או נושים של המוכר). פתרון אפשרי הוא לקבוע שכל עוד לא פסק בית המשפט כי קיים הסכם מכר, לא יצמחו "זכויות שביושר". אפשרות אחרת היא להקדים את המועד לזמן שבו פנה הקונה לבית המשפט, תוך מתן אפשרות לרשום הערה בדבר ההליכים – בדומה להערת אזהרה – במרשם המתנהל על פי דין, וזאת על פי צו בית המשפט.

מכל מקום, גם אפשרות זו לא תפתור שאלות נוספות במישור הזמן: האם הרוכש (על פי ההסכם בעל פה) צריך – כדי לגבור על קונים שקדמו לו – להיות תם לב (ולמשל, שלא לדעת על ההסכמים הקודמים) עד להשלמת הביצוע של ה"חלק המהותי"? אם כך הוא, אזי הדרא קושיא לדוכתא. אפשרות אחרת היא להכיר בזכויות הרוכש (שביצע חלק מהותי מההסכם), אך ורק כלפי המוכר (שיהיה מנוע – חרף היעדרה של התחייבות בכתב – מלהכחיש את קיומו של החוזה) ולא כלפי צדדים שלישיים. פתרון זה, אף שהוא פותר במידה רבה את בעיית תאריך החוזה, אף הוא אינו משביע רצון: כך, למשל, הוא מתעלם מהשיקולים המהותיים שעמדו בבסיס עניין אהרונוב, ושהביאו לידי העדפת רוכש לעומת מעקלים. מובן שייתכנו פתרונות ביניים, ואולי אף יש להעדיף הימנעות מפתרון כוללני ונקיטת גישה פרגמטית, הבודקת את כלל האינטרסים ונזקי ההסתמכות של המעורבים באירוע, תוך מתן פתרון נקודתי (ואולי אף תוך חלוקה של הזכויות, בין באמצעות פיצול כפועל של הזכויות בנכס, ובין באמצעות תשלום של הזוכה בנכס לצד האחר; לאפשרות חלוקת הזכויות השוה יחיאל בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות" ספר שמגר כרך ג 459 (2003) ולעומתו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 215 (2005), וכן ע"א 2121/04 מינהל מקרקעי ישראל נ' דיקסטרא (פורסם בנבו, 10.5.2007). לחלוקה בדרך של פיצויים, ראו, למשל, ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769 (2004); ה"פ (מחוזי י-ם) 2247/03 עו"ד רשף, כונס נכסים נ' יוסף (פורסם בנבו, 16.3.2004). ראוי לציין כי התלבטות בין הוראות כלליות לבין פתרונות אד-הוק היא נחלת הפסיקה והספרות לאחר עניין אהרונוב, לעיל ה"ש 22, ובהקשר זה ראו, למשל, ע"א 11502/05 לאניאדו נ' הולנד ישראל (פורסם בנבו, 24.2.2008).

והשוו לפרשה שנדונה בד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253 (1981) שבה הקונה השני, לאחר שנודע לו על הקונה הראשון, הוסיף ושילם את יתרת המחיר וקיבל חזקה, אולי מתוך תקווה שזה ישפיע על זכותו.

ב. בהצעה כלול, לכאורה, תיקון הדין בעניין נוסף: ציינתי לעיל שבעסקת מקרקעין אין בהכרח סיפור אופייני של "חזק" לעומת "חלש"; לא מדובר, למשל, בחוק צרכני שבו החזק והחלש ניכרים בדרך כלל כבר מכותרת החוק. לפיכך העמידה על כך שיש צורך להגן רק על המוכר מפני קלות דעת, היא בעייתית. עניין זה תוקן לכאורה בסעיף 598 להצעה הקובע כי הכתב צריך ללמד על "גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה"<sup>29, 30</sup> עם זה, ניסוח תחילתו של הסעיף – הדומה עד מאוד לנוסח הקיים כיום בחוק המקרקעין – מעורר תהיות גם בנושא זה: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין", הנזכרת בסעיף 8 לחוק המקרקעין, פורשה כמשתרעת אך ורק על התחייבות המוכר; כיצד תפורש ה"התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין", שבסעיף 598? האם המסמך – האמור לשקף את גמירות דעתם של שני הצדדים – הוא מסמך רק של המוכר? המחוקק אינו יכול להתעלם כלאחר יד ממסורת משפטית וממונחים המוכרים לכל משפטן, ומהמטען שהם נושאים.

ג. בעניין נוסף בחר מציע הקודקס לתקן חוסר עקיבות, ולכאורה יש לברך על כך; כפי שציינתי לעיל, אם אכן יש צורך במסמך בכתב כדי ללמד על גמירות הדעת של המתחייב (בשל חשיבות העסקה), קשה לקבל שעסקה זהה – מבחינתו של המתחייב – המתייחסת למקרקעין שאינם רשומים במרשם המקרקעין, תהיה פטורה מכתב. דין אחד צריך להיות לשני מקרים אלה. בעניין זה המציע מרחיב את חובת הכתב. היא לא תחול רק על מקרקעין הרשומים במרשם המקרקעין, אלא גם על המחאה של זכויות (סעיף 598 להצעה).

אך פתרון אחרון זה, העוקר את חוסר העקיבות מהדין, אינו מטפל בשורשה של הבעיה: המציע מתעלם מהכרוניקה של הכישלון: הוא בוחר לקבע את הכישלון, ואולי אפילו להעמיקו. המציע מבהיר – ברחל בתך הקטנה – שמדובר בכתב של גמירות דעת:<sup>31</sup> "התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין... [טעונה] כתב המשקף את גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה" (סעיף 598), ודברים בנוסח דומה נאמרו לעניין מתנה: "התחייבות להקניית מתנה טעונה כתב המשקף את גמירת דעתו של המתחייב להקניית המתנה" (סעיף 182). וכאילו לא היו הדברים מעולם: האם סבור המציע, כי הרצון המובן של היושבים על מדין למנוע את ההתחמקות המניפולטיבית מהתחייבויות של המוכר,

29 סעיף 598 להצעה קובע כי "התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין, וכן המחאה של זכות לקבלת זכות במקרקעין והתחייבות להמחאה כאמור, טעונות כתב המשקף את גמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה".

30 בעניין זה שונה, ובצדק רב, הניסוח לעניין מתן מתנה: כאן, בסעיף 182 להצעה, ההגנה היא רק על נותן המתנה. דבר זה נובע מכך שבחוזה מתנה קיים גם קיים סיפור אופייני.

31 לטענה שההצעה עוברת לדרישה ראייתית ולא מהותית, ולביקורת על כך ראו משה גלברד "דרישת הכתב בחוזים להעברת זכות במקרקעין על פי הצעת הקודקס האזרחי – בחינה ביקורתית" קרית המשפט – שנתון הקריה האקדמית, כרך ו' 231, 242 ואילך ("שטרן וע' כהן עורכים, התשס"ו). לדעתי הנוסח הנוכחי של ההצעה אינו תומך בעמדה הראייתית, וחבל שכך.

תיעלם כלא הייתה?! לכך, כמובן, יהיה אפשר להוסיף – על פי ההצעה – גם ניסיונות מניפולטיביים של קונים להתחמק מחוזים, בשל היעדר כתב המלמד על גמירות דעתם; גמירות דעת גם אם תהא, תוסתר בהיעדר כתב. מכל מקום, הניסיון המצטבר הנובע מהפסיקה מחייב את המסקנה שצפויים לנו פתקים או קטעי קבלות אשר לפתע "למדו" על הרצינות הטהומית של הצדדים... בעניין זה, ההצעה יוצרת מבנה תיאורטי מלא יותר ועקיב יותר, אך מתעלמת מכך שבתי המשפט יכלו להגיע בנקל לאותו מבנה עוד קודם לכן, אך נמנעו מכך בשל שורשה של הבעיה; ההצעה מתעלמת מההוראה שצריכה לעמוד בבסיס כל דבר חקיקה: "וחי בהם"<sup>32</sup>. הצורך הראשוני של דבר החקיקה אינו המבנה התיאורטי המשוכח (גם אם בוודאי יש לחתור לכך), אלא פתרון בעיות: בכך כשלה ההצעה. ולא זאת אף זאת, ב"קיבוע" הכתב ככתב של גמירות דעת מציע ההצעה מקשה על בתי המשפט לעשות את ההתאמות הנדרשות בעצמם. גם בעניינים שבהם ההצעה לא תציע שינויים מפורשים, היא תאפשר (ואולי אף תחייב) מחשבה חדשה ורענון דוקטרינות ישנות. בתופעה דומה כבר נתקלנו בחוקי היסוד. אלה סיפקו לבתי המשפט הזדמנות פז לרענן את המחשבה, ולשנות את הפרשנות שניתנה לדברי חקיקה ישנים. מכוח חקיקת היסוד בחר בית המשפט העליון לשנות את הלכת פייצר<sup>33</sup>; כך הוא שינה גם את דיני המעצרים.<sup>34</sup> דומה שהיה אפשר להגיע לכלל אותה תוצאה גם בלא חקיקת היסוד. בית המשפט העליון – שביצר את זכויות היסוד עוד לפני חקיקת חוקי היסוד – היה יכול לבחור בדרך "החוקתית" עוד קודם לכן; כך, למשל, השופט מנחם אלון אחז בדרך "החוקתית" בנושאי המעצרים זמן רב לפני חקיקת חוקי היסוד. עם זה, חקיקת היסוד הוסיפה לגיטימציה להרהורים החדשים של הפסיקה, ומונעת תחושה של שינויים הנובעים מהבדלים אקראיים באישיות השופטים. חקיקת היסוד אף נותנת הזדמנות ראויה להזכיר לעצמנו את החשיבות של זכויות היסוד. בדומה, גם ההצעה יכולה לשמש עילה (גם אם יהיה מי שיכנה זאת תירוץ) לעיון מחדש בהלכות ישנות. אך דווקא כאשר הגיע הדיון לדרישת הכתב, בחר המציע להכניס את גמירות הדעת למבנה הגנטי של הכתב, ובכך הקשה על בתי המשפט לעצב את השינויים הנדרשים.

32 "וחי בהם – ולא שימות בהם" (בבלי, יומא פה, ע"ב).

33 ע"א 377/79 פייצר נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת גן, פ"ד לה (3) 645 (1981). הלכה זו קבעה שגם כאשר חלקה מופקעת בשלמותה, עדיין יש להפחית מסכום פיצויי ההפקעה סכומים שונים, וזאת אף שבעל החלקה המופקעת לא ייחנה מהעלייה הכללית הצפויה בערך הנכסים באזור בשל התוכנית הפוגעת. הלכה זו בוטלה בע"א 5546/97 הועדה המקומית לתכנון ולבניה קרית אתא נ' הולצמן, פ"ד נה (4) 629 (2001).

34 בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (3) 355 (1995); דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט (4) 589 (1995).

לשיטתי, ההיסטוריה המשפטית מלמדת כי היה ראוי להינתק מההלכה הקובעת את מהותיותו של הכתב הנדרש בסעיף 8 לחוק המקרקעין;<sup>35</sup> גמירות הדעת ראוי שתילמד מכלל נסיבות העניין ותוך הקפדה יתרה בחוזים בעלי משמעות כלכלית חריגה. הזדמנות זו מוחמצת בהצעה; ולא זאת אף זאת, המציע פועל באופן המונע מחשבה חדשה של בתי המשפט, ומביא אותנו לידי פסיקה הצפויה בעתיד – בשל מקרים קשים – לעשות כמיטב יכולתה כדי לעקוף את הוראות החוק.

### 3. דרישת הכתב – הפסקת תקופת ההתיישנות

בעוד דרישת הצורה בסעיף 8 לחוק המקרקעין זכתה בפסיקה לדיון נרחב, הרי דרישת צורה אחרת בחקיקה האזרחית לא זכתה כמעט לדיון. מדובר בדרישת הכתב שבסעיף 9 לחוק ההתיישנות, התשי"ח-1958, דרישה הנמצאת עמנו כבר כמעט חמישים שנה. סעיף 9 לחוק ההתיישנות קובע כי

הודה הנתבע, בכתב או בפני בית משפט, בין בתוך תקופת ההתיישנות ובין לאחריה, בקיום זכות התובע, תתחיל תקופת ההתיישנות מיום ההודאה; ומעשה שיש בו משום ביצוע מקצת הזכות, דינו כהודאה לענין סעיף זה. בסעיף זה, "הודאה" – למעט הודאה שהיה עמה טיעון התיישנות.

הקביעה שבסיפה של הסעיף, המאפשרת הודאה בזכות התובע בד בבד עם העלאת טענת התיישנות, העסיקה את הפסיקה בשל החדשנות שבה: יש בה משום סטייה מדרכו השגורה של החוק, הקובע כי ההתיישנות היא דיונית ונעדרת משמעות מהותית.<sup>36</sup> לעומת זאת לא נערך דיון של ממש – עד העת האחרונה – בדרישת הצורה שברישה של הסעיף, דרישה המחייבת שההודאה תהא בכתב או בפני בית המשפט.

35 למען הסר ספק מדובר בקביעת כלל הדורש ראשית ראייה בכתב כדרישה דיונית, בדומה לסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמני, ולא בויתור כולל על דרישת הכתב.

36 ראו, למשל, ע"א 212/62 סטרכילביץ נ' אפשטיין, פ"ד טז 2377 (1962); באותו עניין טענת השופט חיים כהן מהוראת סעיף 9 סיפה, כי אין צורך עוד ב"חזקה נוגדת" לצורך גיבוש טענת התיישנות. אין צריך לומר כי מסקנה זו היא בלתי אפשרית, שכן יש בה כדי לאפשר לכל חוכר לתקופה ארוכה לטעון טענת התיישנות בסופה, ואכן ההלכה שבה על מכונה בע"א 213/76 גילברג נ' פאנוס, פ"ד לא(2) 272 (1977). בפועל המשמעות היא שלאחר גיבוש טענת התיישנות מלאה, אין עוד צורך – על פי חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958 – ב"טענת זכות": ע"א 875/79 כפר יעבץ נ' עזריאל מושב עובדים, פ"ד לט(4) 617, 624 (1985).

בכמה פסקי דין ניסו באחרונה ערכאות משפטיות להתמודד עם מהותה של ההודאה מפסיקת ההתיישנות. פסקי דין אלה מטפלים במהותה הצורנית של ההודאה מפסיקת ההתיישנות. הקו השווה בפסקי דין אלה הוא ניסיון לסווג את ההודאה הצורנית שבסעיף 9 לחוק ההתיישנות כהודאה ראייתית ולא מהותית; סיווג זה שימש את בתי המשפט כדי להקל את דרישת הצורה ולמנוע טענת ההתיישנות מאוחרת.<sup>37</sup>

א. בעניין גבירצמן<sup>38</sup> היה מדובר, לפי הטענה,<sup>39</sup> בהודאה מוקלטת. האם יש בכך כדי ליצור את הכתב מפסיק ההתיישנות? התובע טען כי המטרה של הכתב היא אך ורק לוודא מבחינה ראייתית את ההודאה; משזו הוכחה – על גבי הקלטה – שוב אין מקום להתעקש על כתב דווקא. הנתבע לעומת זאת טען כי דרישת הכתב נובעת מהצורך לוודא כי הנתבע היה מודע לכך שהוא מותר על טענת ההתיישנות. בית המשפט באותו עניין העדיף את עמדת התובע, והפנה לדיון שנערך באשר לסעיף 8 לחוק המקרקעין וריכך את דרישת הכתב. ב. מקרה נוסף נדון בבית המשפט השלום בעניין ואקנין.<sup>40</sup> באותו עניין היה מדובר בהודאה בעל-פה (ואף בלא הקלטה), שנסמכה על עדות התובעת. השופטת אבניאלי החזיקה בדעה שדרישת הכתב שבסעיף 9 לחוק ההתיישנות היא דרישה ראייתית בלבד, והדגישה במיוחד שטענת ההתיישנות עצמה מסווגת כטענה דיונית. מכאן הגיעה אף השופטת אבניאלי לכלל עמדה שניתן לוותר על מסמך בכתב, ואף היא נסמכה על ההלכה – בנוגע לסעיף 8 לחוק המקרקעין – בעניין קלמר.<sup>41</sup> מכאן עבר בית המשפט לבדיקה אם הייתה הודאה מטעם הנתבע, בדיקה המדגימה – כבר עתה – את הבעייתיות שבוויתור על דרישת הכתב. באותו עניין טענה התובעת כי בינה לבין הנתבע התקיימה מערכת יחסים, כי נתנה לתובע כסף במהלכה, וכי הוא הבטיח יותר מפעם אחת להשיבו. מנגד, הנתבע הכחיש

37 דומה, כפי שיתברר להלן, שבכך פסקי דין אלה ממשיכים את המגמה לקעקע טענות ההתיישנות, כאילו מדובר במוסד פסול מעיקרו, ומתעלמים מטעמיו המהותיים. על נטייה זו עמדה – מתוך ביקורת – דפנה לוינסון זמיר במאמרה "על הקושי ליהנות מטענת ההתיישנות במקרקעין" ספר מנשה שאוה – מחקרים במשפט לזכרו 181 (אהרן ברק ודניאל פרידמן עורכים, התשס"ו).

38 ת"א (מחוזי ת"א) 3133/00 א. גבירצמן מתכננים בע"מ נ' שיא ייזום ופיתוח בע"מ (פורסם בנבו, 9.11.2006) מפי השופטת ענת ברוך.

39 ההתיישנות לנושא בפסק הדין הייתה בגדר אמרת אגב, שכן השופטת ענת ברוך קבעה לגופם של דברים שהתוכן של ההקלטה – לאחר שמיעתה – לא היה בגדר הודאה כל עיקר.

40 ת"א (שלום ת"א) 40720/04 ואקנין נ' דוידי (פורסם בנבו, 11.1.2007) מפי השופטת אבניאלי.

41 השופטת אבניאלי אף הדגישה כי אמנם סעיף 9 לחוק ההתיישנות כולל דרישת כתב, אך מדובר בחיקוק ישן, אשר צריך לקבל איזונים חדשים, שייגעו בין היתר לזכות הגישה לבית המשפט (זכות המוגבלת באמצעות טענת ההתיישנות). היא אף הדגישה את תום הלב כעוקף את דרישת הכתב, שהוא בגדר "זעקת הגינות" כיוון שמדובר בנתבע שעשק את התובעת.

את כל טענות התובעת. השופטת אבניאלי קבעה שאכן הייתה – כטענת האישה – מערכת יחסים בין הצדדים, והאמינה שאכן הייתה שיחה שבמהלכה הודה הנתבע בחוב. מכאן שנפסק מירון ההתיישנות בגלל הודאה לפי סעיף 9.

ג. המקרה האחרון הראוי לציון בהקשר זה, הוא עניין קוזמינוב,<sup>42</sup> שם נדונה הודאה שניתנה בבית משפט. באותו עניין היה מדובר בהתיישנות (לתקופה מקוצרת)<sup>43</sup> על פי החוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998. מאז המעשים שנדונו בתביעה ועד למועד הגשתה חלפה תקופה ארוכה מתקופת ההתיישנות הנקובה בחוק. בית הדין היה פה אחד בדעה שמדובר בהתיישנות דיונית (שאינה מבטלת – גם לאחר חלוף הזמן – את זכות הנפגעת), אך ניטשה מחלוקת אם הודאה של הנתבע במהלך דיון פלילי (עסקת טיעון) היא הודאה המפסיקה התיישנות; דעת הרוב הייתה שאכן מדובר בהודאה מפסיקת התיישנות, ואילו המיעוט (השופט שמואל צור) סבר שההודאה בהליך פלילי לא מפסיקה את מירון ההתיישנות, הן מאחר שלא הייתה הודאה בזכות לתשלום כספי, והן משום שההודאה לא נעשתה ביחסים שבין התובעת לבין הנתבע, אלא ביחסים שבין הנתבע לבין המדינה, כמאשימה בהליך הפלילי. הנשיא אדלר – בדעת רוב – ציין כי לשיטתו די שהעובדות שבהן הודה הנתבע – בהליך הפלילי – יוצרות כמעט מאליהן עילה המזכה בפיצויים (וזאת גם בהיעדר נזק). השופטת נילי ארד, אף היא בדעת הרוב, הפנתה את תשומת הלב לכך שבעסקת הטיעון אף שולם פיצוי למתלוננת, דבר המהווה ביצוע מקצת הזכות.<sup>44</sup>

#### 4. הודאה מפסיקת ההתיישנות – מבט היסטורי

לפני שניגש לבחינת ההיגיון הפנימי שבסעיף 9, והבעייתיות בפסקי הדין הנוכרים, ראוי להתייחס לרקע ההיסטורי של סעיף 9. דרישת הצורה (הודאה בכתב או הודאה בפני בית המשפט), כתנאי להפסקת מירון ההתיישנות, לא התחדשה בחוק ההתיישנות. כך, למשל, סעיף 1674 למג'לה, קובע כי:<sup>45</sup>

אין זכות עוברת ובטלה על ידי קדמות הזמן.

- 42 ע"ע (ארצי) 346/05 שלום נ' קוזמינוב (פורסם בנבו, 15.6.2006).
- 43 סעיף 6(ג) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998 קובע תקופת התיישנות מקוצרת של שלוש שנים.
- 44 עתירה כנגד ההחלטה נדחתה, בהיותה מוקדמת, לפני הכרעה בתביעה עצמה, אך בית המשפט העליון ציין כי מדובר בשאלה לא פשוטה שטרם נדונה בבית המשפט העליון: בג"ץ 5913/06 שלום נ' בית הדין הארצי לעבודה (פורסם בנבו, 25.9.2006).
- 45 הוצאה שלישית, גד פרומקין מתרגם, התשי"ב.

לפיכך, תביעה שיש בה התיישנות והודה הנתבע בפירוש בפני השופט שנשארה לו עדיין לתובע הזכות עד היום, אין משגיחים בהתיישנות ומחייבים את הנתבע לפי הודאתו.

אבל אם לא הודה הנתבע בפני השופט, וטען התובע שהודה הנתבע במקום אחר, הרי כשם שאין נזקקים לעצם תביעתו של התובע, כך אין נזקקים גם לתביעתו בדבר ההודאה. אבל אם ההודאה הנדונה יצא עליה שטר בכתב ידו של הנתבע, ולא נמצא כדי התיישנות מיום כתיבת השטר עד יום התביעה, נזקקים לתביעה בדבר ההודאה<sup>46</sup>

הוראת סעיף 9 רישה לחוק ההתיישנות, וקודמתה הוראת סעיף 1674 למג'לה, תואמות, על פניהן, את ההנמקה הראייתית של דיני ההתיישנות: על פי הנמקה זו, דיני ההתיישנות נועדו לתקן מצב שבו הנתבע נפגע בשל אובדן ראיות, אובדן שנגרם בשל הזמן הרב שחלף מאז האירוע ועד הגשת התביעה;<sup>47</sup> ההנחה שבבסיס הנמקה זו היא כי לנתבע עומדת הגנה טובה, אלא שבשל מעבר הזמן אין הוא מסוגל להוכיח כדבעי את הגנתו. משהודה הנתבע בזכותו של התובע, שוב אין הנחה זו מתקיימת וממילא אין מקום להתיר לנתבע ליהנות מטענת התיישנות.

לעומת זאת הסיפה לסעיף 9 לחוק ההתיישנות, השומרת על תוקף טענת ההתיישנות שהתגבשה, גם אם נלווית לה הודאה, שואבת את כוחה מנימוקים אחרים שבבסיס טענות ההתיישנות, ובהם: כי תביעה באיחור מהווה מצג מטעם התובע שאין בדעתו להגיש את התביעה, מצג שעליו הנתבע מסתמך ומשנה מצבו לרעה;<sup>48</sup> כי תביעה באיחור מהווה הצהרה של התובע בדבר ויתור על זכותו;<sup>49</sup> כי תביעה באיחור מהווה פגם בהתנהגות

46 הוראה זו אף אומצה בעניין התיישנות על פי חוק הקרקעות העותמני: א' בן שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל 64 (1953); משה דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל 314 (מהדורה שנייה, מורחבת ומתוקנת, התשי"ג).

47 ע"א 165/83 בוכריס נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4) 558, 554 (1984); ע"א 244/81 פתאל נ' קופת חולים כללית, פ"ד לח(3) 673, 683 (1984); ע"א 69/85 להבי נ' רשות הפיתוח, פ"ד מ(3) 624 (1986). דימוי יפה לעניין זה מצוי במשנה (בבא בתרא י', ו), שם נאמר כי דרישה לשמור ראיות פרק זמן ארוך מהסביר, כמוה כדרישה מאדם "להיות שומר שוכרו מן העכברים".

48 ע"א 158/54 בוטון נ' בנק המזרחי, פ"ד י 687, 695 (1956); ע"א 69/85 להבי נ' רשות הפיתוח, פ"ד מ(3) 624 (1986). לעמדה ששיקול זה הוא בעל משקל מיוחד לנוכח תביעות ייצוגיות בסכומים אסטרונומיים, ראו ישראל גלעד "תגובה – הסדר חדש לדין ההתיישנות?" משפטים לו 858, 855 (2006).

49 לעמדה שנושא הוויתור בשיטה הישראלית הוא בעל משקל מועט, וזאת לאור דברי ההסבר שבהצעת חוק ההתיישנות, התשי"ז-1957 ראו ת"א (מחוזי ת"א) 1195/99 בלעום עלי מוחמד

התובע.<sup>50</sup> מכל מקום, הנמקות אלה מניחות, שמעבר הזמן פוגע גם במה שהיה מלכתחילה "תביעה טובה" שהייתה ראויה להתקבל.<sup>51</sup>

חרף הדמיון המבני בין סעיף 9 לחוק ההתיישנות לבין סעיף 1674 למג'לה, הרי ניתן להבחין בהבדלים מספר: הבדל אחד, בולט, הוא הדרישה בסעיף 1674 לשטר בכתב ידו של הנתבע; אף שניתן לפטור הבדל זה בשינויי טכנולוגיה בין מועד חקיקת המג'לה לבין המועד שבו נחקק חוק ההתיישנות, הרי אין בכך כדי להקהות את ההדגשה במג'לה לכתב הקשור קשר הדוק לנתבע.<sup>52</sup> הבדל שני מתייחס להודאה בבית המשפט: בעוד חוק ההתיישנות נוקט לשון נייטרלית, הרי על פי התרגומים המקובלים לסעיף 1674 למג'לה, ההודאה צריכה להיות בפני השופט, ודומה שמדובר בהודאה בבית המשפט הדין בתביעה האזרחית בין התובע לנתבע דווקא. הבדל שלישי, נסתר מעט מהעין, הוא המהות השונה של ההודאה הלא פורמלית במשפט הישראלי ובמג'לה. בעוד במשפט הישראלי ההודאה היא בעלת משמעות ראייתית בלבד, היינו היא מעידה על חבות קיימת, הרי המג'לה מייחדת להודאה את הספר השלושה עשר, הכולל 50 סעיפים, וההודאה היא בעלת משקל רב ביותר אולי עד כדי משקל קונסטיטטיבי, יוצר חבות חדשה.<sup>53</sup> עניין זה אף עולה מסעיף 1674: על

נ' הועדה המקומית לתכנון ובנייה עיריית טייבה (פורסם בנבו, 25.7.2005), מפי השופטת משל.

50 עניין ויינברג, לעיל ה"ש 27.

51 נימוקים מתחום האינטרס הציבורי הניתנים לתמיכה בהתיישנות אינם יכולים לתמוך בסעיף 9 סיפה, שכן אין מקום להותיר על פיהם את ההכרעה אם תהיה התיישנות אם לאו, בידיו של הנתבע: על פי נימוקים אלה, אין לחייב את בית המשפט לדון בתביעות שעבר זמנן: ע"א 6805/99 תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים נ' הועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים, פ"ד נז(5) 433 (2003), מפי השופטת פרוקצ'יה; עתירה לדיון נוסף, אם כי בנושאים אחרים, נדחתה: דנ"א 406/04 הועדה המקומית לתכנון ולבניה – ירושלים נ' עמותת תלמוד תורה הכללי והישיבה הגדולה עץ חיים בירושלים (פורסם בנבו, 28.11.2004). הנמקה נוספת היא שכחלוף הזמן הולך ונחלש העניין הציבורי שבאכיפת זכות הבעלים, שמקורה בעבר הרחוק, ומכאן הנטייה להשאיר את המצב הקיים בפועל, תוך התאמת המצב המשפטי למצב העובדתי ומניעת זעזועים. ראו ג' טדסקי "על הנטל ובעיית האונס והסיכול" משפטים טז 335, 373 (התשמ"ז). בע"א 5964/03 עיזבון המנוח אדוארד ארידור ז"ל נ' עיריית פתח תקווה, פ"ד ס(4) 437 (2006), פן נוסף, ציבורי, הועלה על ידי השופטת ארבל, ועל פיו פיצויים נועדו לרפא את הפצעים ואולם הזמן מביא לידי הגלדת הפצעים.

52 אך ראו בחוק מודרני, החוק האנגלי, Limitation Act 1980, s. 30(1) הקובע כי "an acknowledgment must be in writing and signed by the person making it" האנגלית לדרישה זו ראו TERENCE PRIME, GARY SCANLAN, THE LAW OF LIMITATION 57 (2<sup>nd</sup> ed. 2001), ולדרישת הכתב והחתימה, תוך דחיית האפשרות להודאה בעל פה, ראו גם Kadrmas, Lee & Jackson, P.C. v. Bolken, 508 N.W.2d 341 (N.D. 1993); Sorenson v. Sorenson (N.D. 2006).

53 לדיון בעניין זה ראו ע"א 459/59 פינקלשטיין נ' פרושטייר, פ"ד יד 2327 (1960).

פיו הדין – נעדר ההתיישנות – יהיה באשר ל"תביעה בדבר ההודאה", וממילא יכלול המשפט ראיות הנוגעות לאירוע חדש יחסית (שכן למן מועד ההודאה טרם חלפה תקופת ההתיישנות), וזאת לעומת סעיף 9, שבו ההודאה רק מנטרלת את טענת ההתיישנות, אך המשפט עצמו יכלול דיון וראיות באשר לאירוע הישן, האירוע יוצר העילה.<sup>54</sup>

עיון בסעיף 1674 למג'לה, קודמו של סעיף 9, מלמד על המשמעות הרבה שהסעיף מייחס לצורת ההודאה הנדרשת: מדובר בהודאה בכתב ידו של הנתבע או בהודאה פורמלית בתביעה עצמה ולא בכדי: רק הודאה חד-משמעית כזו יכולה לשמר את הוודאות שדיני ההתיישנות ביקשו להשיג, שאם לא כן כל נתבע יהיה חשוף לתביעה בטענה-תואנה כי הודה בעל-פה באחריותו;<sup>55</sup> ודומה שההשוואה בין עניין גבירצמן לבין עניין ואקנין תוכיח: בשני המקרים, טענו התובעים שיש בידם "הודאה". התמזל מזלה של הנתבעת במקרה הראשון, שההודאה הוקלטה, ובית המשפט היה יכול להיווכח כי לא מדובר בהודאה בזכות. מה היה קורה לו התובעת לא היה מקליטה את ה"הודאה"? במקרה כזה דומה שהיה מדובר במצב הדומה למקרה השני, וייתכן מאוד שהתביעה הייתה מתקבלת, על סמך ההתרשמות של העד מטעם התובעת (ואף התובעת עצמה), כי היה מדובר בהודאה. מכל מקום, החרב המתהפכת מעל ראשו של הנתבע תחייב אותו לשמור את כל ראיותיו, בניגוד לרציונל שביסוד דיני ההתיישנות. יתרה מזו, הנתבע הפוטנציאלי ייאלץ לשמר רזרבה למקרה שייתבע בעתיד, ואף זאת בניגוד לנימוקי ההתיישנות. ניסיון להוריד את רף הוכחת ההודאה – על פי סעיף 9 לחוק ההתיישנות – יפגע במידה ניכרת במוסד ההתיישנות, שהוא מוסד משפטי בעל חשיבות רבה.

ונחזור לסעיף 9 לחוק ההתיישנות: סעיף 9 סיפה מוסיף נדבך נוסף: הוא מאפשר לנתבע – בפה מלא – להודות באחריותו, ובד בבד לטעון טענת התיישנות. במקרה זה תגבר טענת ההתיישנות. הוראה זו – שאינה שואבת את כוחה מהנימוק הראייתי שבבסיס ההתיישנות – מלמדת אותנו גם לענייננו שני דברים חשובים:

ראשית, חוק ההתיישנות אינו נשען על הנימוק הראייתי בלבד. המחוקק בחוק ההתיישנות היה מודע לכך, שיש מקרים בהם יש לדחות תביעה בשל התיישנות, אף שאין

54 עם זה, ראוי להפנות לכך שממועד ההודאה ואילך מתחיל מירון התיישנות חדש, דבר שאף בו יש כדי להעניק משקל מיוחד להודאה.

55 "If an oral acknowledgment were allowed to constitute an interruption litigation would be encouraged and litigants would dispute what was said, by whom and to whom. ... Once an acknowledgment has been reduced to writing, there is certainty about the words used and the court need only decide whether the words which have been written amount to an acknowledgment. There is no room for fraud, mistake or failure of memory. The written word speaks for itself." Browne v. Perry, [1991] WLR 1297. להדגשת דרישת הכתב והחתימה, ראו גם באוסטרליה, Limitation of Actions Act 1936, סעיף 42.

חולק שהתביעה היא תביעה "טובה".<sup>56</sup> עניין זה מעקר במידה רבה את ההשוואה והניסיון ללמוד מהניסיון של סעיף 8 לחוק המקרקעין, ובוודאי אינו מתיישב עם עמדת בית המשפט בעניין ואקנין, המדגיש את תקפותה של התביעה כבסיס לדחיית טענת ההתיישנות. שנית, לדעתי סיפה זו מלמדת דווקא על מהותיות הכתב הנזכר בסעיף 9 רישה. המחוקק מניח שהנתבע יכול לשמר לעצמו את טענת ההתיישנות, גם במקרה של הודאה, ובלבד שטען באותו מועד טענת התיישנות. עניין זה מתמקד ב"גמירות הדעת" של המודה: הודאה "סתם" משמעותה כי הוא מוותר על טענת התיישנות (אם עמדה לרשותו כזו, באותו מועד). בעניין זה הכתב מגלה אספקט מהותי ביותר: הוא נותן הזדמנות לכותב לגמירות דעת בשאלה אם הוא מוותר על טענת התיישנות, מצד אחד, ואם הוא רוצה להוסיף הסתייגות, המשמרת לו את טענת ההתיישנות, מצד אחר;<sup>57</sup> "ויתור" על הכתב לפי סעיף 9 רישה מעקר במידה רבה את הוראת המחוקק בסעיף 9 סיפה.

לא זאת אף זאת, סעיף 9 סיפה יכול להצביע גם על קושי ראייתי הנובע מוויתור על הכתב לצורך סעיף 9 רישה. הסיפה מעקרת הודאה בזכות באמצעות טענה, בד בבד, להתיישנות. ככל שאנו עוסקים בהודאה בכתב, דומה שהוראה זו אינה יוצרת קשיים של ממש: בית המשפט יתייחס למסמך כולו. אם הכתב כולל – לצד ההודאה – גם שמירת טענת התיישנות, תתקבל טענת ההתיישנות. אך כאשר אנו עוברים להודאה בעל-פה, הדברים, מבחינה ראייתית, מסתבכים: היכן "יחפש" בית המשפט את ההסתייגות? מתי "מסתיימים" הדברים שבעל-פה? האם בהכרח כל השיחה תהא בפני בית המשפט או שתובא במקוטע ולשיעורין?

דומה אפוא כי הוויתור על הכתב מתעלם ממטרות דיני ההתיישנות, מהוראות חוק ההתיישנות, ואף מההשפעות של פסיקה כזו.<sup>58</sup>

56 הצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004 הציעה לבטל את הוראת סעיף 9 כל עיקר; עם זה, בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט, בהצעת החוק, הוחלט להחזיר את הוראת סעיף 9 רישה, אך בלא הסיפה. אין בכך משום חזרה לעמדה ההיסטורית, כי ההתיישנות באה למנוע רק תביעות "רעות"; אדרבה, ההצעה המקורית מציעה שלאחר זמן תיהפך ההתיישנות להתיישנות מהותית, מעניקת זכויות, ובמקרה כזה לא משנה כלל שתחילתה בחטא.

57 בהקשר זה ראוי להפנות להלכה המובאת בתוך 28 HALSBURY, THE LAWS OF ENGLAND para 1089 (4<sup>th</sup> ed. 1997), אשר על פיה – חרף הצורך בהודאה חתומה על ידי החייב – ניתן להוכיח בראיות שבעל פה שהחייב חתם בעבר על הודאה מתאימה בכתב, אך זו אבדה. אף שהלכה זו מסתפקת לכאורה בראיות שבעל פה, אין היא מוותרת על דרישת הבסיס לקיומו של מסמך בכתב, באופן שההודאה הייתה תוך גמירות דעת המודעת להארכת ההתיישנות.

58 למען הסר ספק, לשיטתי ניתן להסתפק בהקלטה, אם הנתבע הפוטנציאלי יודע כי הוא מוקלט, ומסכים להביע את עמדתו בהקלטה דווקא. עם זה, לא ניתן להסתפק בהקלטת סתר, גם אם היא בידיעת אחד מהמשתתפים האחרים בשיחה (להבדיל מהמודה, שנחוצה גמירות דעתו), ועל כן אינה מנוגדת לחוק האונת סתר, התשל"ט-1979.

## 5. הודאה בבית המשפט כהודאה מפסיקת התיישנות

מלבד הודאה בכתב, חוק ההתיישנות קובע דרך נוספת להודאה מפסיקת התיישנות, היא ההודאה בפני בית המשפט, הודאה שנדונה כאמור לעיל בעניין קוזמינוב. לפני שאדון בבעייתיות הטמונה בהודאה זו, אציין שהוספת ההודאה בפני בית המשפט – לצד ההודאה בכתב – דומה שאף היא מלמדת על מהותיות הכתב שבסעיף 9, שכן הודאה בפני בית משפט נרשמת כעניין שבשגרה בפרוטוקול הדיון. הסתפקות בתרשומת (או הקלטה) של אמרה שבעל-פה הייתה מייתרת את הצורך לציין במיוחד את ההודאה בפני בית המשפט. ומהי ההודאה בבית המשפט? כאמור לעיל, בסעיף 1674 למגילה היה מדובר בהודאה פורמלית, בהליך שבין התובע לבין הנתבע. במקרה כזה, ההודאה אף הייתה מכוננת כלפי התובע. עניין זה אף מתיישב עם הפסיקה – באשר לסעיף 9 לחוק ההתיישנות – הדורש שההודאה תהא, מבחינת תוכנה, מופנית כלפי התובע דווקא.<sup>59</sup> הסיבה לדרישה זו היא כי סביר שהתובע, שאליו מופנית ההודאה, יסתמך על ההודאה, וימנע מלהגיש תביעה. לעומת זאת אדם אחר – שאליו אין ההודאה מופנית – אינו מסתמך עליה, וממילא אינו מחזיק בסיבה מוצדקת שלא להגיש תביעה.

לנוכח רציונל זה נשאלת השאלה, אם ניתן להסתפק בהודאה של נתבע-נאשם בהליך פלילי; היינו גם אם נבחר לפרש את סעיף 9 רישה בהרחבה, החורגת מהודאה באותו הליך מול התובע, האם ניתן להסתפק בהליך פלילי? התשובה על שאלה זו אינה פשוטה: האם מוצדק שהתובע יסתמך על קיומו של הליך פלילי, בנוגע לאותו אירוע, וימנע מלהגיש תביעה? התשובה על שאלה זו אינה חייבת להיות כולה מעור אחד: היא תלויה במידה רבה בשאלה אם ניתן לומר שההודאה נעשתה כלפי התובע. כך, למשל, אם ההליך הפלילי מתנהל על ידי התובע (כגון בקובלנה פלילית פרטית), ייתכן שהנטייה תהא ליברלית יותר: ספק אם נימוקי ההתיישנות האזרחית מתקיימים במקרה כזה: התובע-הקובל מגלה את דעתו שהוא אינו מניח לנושא; הנתבע-נאשם צריך לכן לשמור את ראיותיו, וספק אם רצוי לעודד פתיחת הליך אזרחי מקביל כדי למנוע התיישנות. כמו כן ייתכן שאם קורבן העבירה הפגין מעורבות פעילה בהליכים הפליליים (כגון שהשתתף בהליך גישור פלילי) יהיה מקום לעכב את מירוץ ההתיישנות. ייתכן שאפילו בהליכים פליליים שגורים – שלא על פי קובלנה פלילית פרטית – ראוי לראות את ההליך כמתנהל, ולו בעקיפין, "מול" התובע, הנפגע. המגמה המודרנית היא לשתף את הנפגע בהליך הפלילי, ולהעניק לו זכויות שונות

59 ראו ע"א 2125/00 INTERNAIONALE MUSIKVERLAGE HANS SIKORSKI נ' רשות השידור (פורסם בנבו, 10.11.2005). באותו עניין הופסק מירוץ ההתיישנות כלפי אחד מהתובעים, בשל הודאה כלפיו, ואולם נקבע כי הודאה זו אינה יכולה לשמש את התובע הנוסף, שאליו לא הופנתה ההודאה, חרף הנסיבות הדומות.

בהליך זה. הנפגע אינו עוד זר לחלוטין להליך הפלילי: גישה זו ניכרת, למשל, בחוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001. היריבות, ולו החלקית, של הנפגע בהליך הפלילי ייתכן שמצדיקה כי בינתיים יימנע מלהגיש הליך אזרחי מקביל, עד לסיום ההליך הפלילי. עם זה, אין לכחד שגישה כזו אינה נקייה מקשיים: דיני ההתיישנות במשפט הפלילי שואבים את כוחם מנימוקים שאינם חופפים את דיני ההתיישנות האזרחיים.<sup>60</sup> תקופות ההתיישנות במשפט הפלילי אף אינן שוות לתקופות ההתיישנות האזרחית.<sup>61</sup> תקופות ההתיישנות הפלילית גם מוארכות – לעתים לתקופות ארוכות ביותר – בשל סיבות שונות בתכלית מאלה הנהוגות במשפט האזרחי (כגון חקירה, שיכולה להתמשך זמן רב, המבוצעת על ידי גורמי החקירה).<sup>62</sup> קיים קושי מהותי ביצירת "כלים שלובים" בין ההתיישנות האזרחית לבין ההתיישנות הפלילית, באופן שההליך הפלילי יעצור את ההתיישנות האזרחית. אך גם אם נקבל עמדה זו, קשה לאמצה בכל הנוגע לסעיף 9 לחוק ההתיישנות: סעיף 9 עוסק בתחום מצומצם יחסית: הוא אינו עוסק ביחסים שבין ההליך האזרחי לבין ההליכים האחרים. יחסים אלה נקבעו בסעיפים אחרים בחוק ההתיישנות: סעיף 15 לחוק ההתיישנות עוסק בעיכוב ההתיישנות בשל הליך אזרחי אחר בין הצדדים. אשר להליך פלילי, המחוקק התייחס לכך באחרונה בסעיף 18ב, שהוסף לחוק ההתיישנות באמצעות חוק ההתיישנות (תיקון מס' 4), התשס"ז-2007, והקובע כי

18ב. תקופת ההתיישנות של תביעה בתובענה שהגיש נפגע, בשל עובדות המהוות עבירה כמפורט להלן שבוצעה בו, נגד הפוגע בו שהוגש נגדו כתב אישום בעבירה כאמור, לא תסתיים לפני שעברה שנה מהיום שבו פסק הדין בהליך הפלילי הפך לחלוט:

(1) עבירת התעללות לפי סעיף 3368 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 (בסעיף זה – חוק העונשין), שבוצעה בקטין בידי האחראי עליו; בסעיף זה, "אחראי על קטין" – כהגדרתו בסעיף 18א(ב);

(2) עבירה לפי סעיפים 345, 346(א), 347(א) או (ב), 348(א), (ב), (ג) או (ד), ו-351 לחוק העונשין, או לפי סעיף 75 לחוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, שבוצעה בקטין או באדם שטרם מלאו לו 21 שנים, לפי העניין.

60 השוו ש"ז פלר יסודות דיני עונשין כרך ב 622 ואילך (התשמ"ז); ע"פ 290/63 נאשף נ' היועץ המשפטי, פ"ד יח(2) 570 (1963).

61 סעיף 9(א) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

62 סעיף 9(ג) לחוק סדר הדין הפלילי.

הוראה זו שואבת את כוחה מהנימוקים שעליהם עמדתי לעיל והיא אף מלמדת על כך שהשפעת ההליך הפלילי על ההתיישנות האזרחית טעונה הסדר מפורש; במקרה זה ספק רב אם ניתן להרחיב את ההוראה הנ"ל באמצעות סעיף 9.

יתרה מזו, דומה שקיימים כמה נימוקים כבדי משקל נוספים כנגד הניסיון לראות בהודאה בהליך פלילי הודאה לצורך סעיף 9.

ראשית, ספק רב אם קיים הבדל של ממש, מבחינת שיקולי ההתיישנות האזרחית המהותיים, בין הרשעה אגב הודאה לבין הרשעה שלא אגב הודאה. בשני המקרים ההרשעה היא העניין המרכזי: ההודאה אך משרתת את ההרשעה ומקצרת את ההליכים הפליליים. שנית, המערכת המשפטית מעוניינת בקיומן של עסקאות טיעון; עסקאות אלה מונעות קריסה מוחלטת של המערכת כולה, בשל עומס נוסף. הבחנה (מבחינת ההשפעה על ההתיישנות האזרחית) בין הרשעה אגב הודאה, להרשעה שלא אגב הודאה, תביא לידי כך שהנאשם עלול להימנע מלהגיע לעסקת טיעון שתוצאתה היא תביעה אזרחית, ותחייב את המערכת כולה לקיים הליך פלילי מלא, שאיש אינו חפץ בו.<sup>63</sup>

שלישית, הפסיקה דחתה עד כה, בצדק רב, ניסיון להבחין בין פסק דין שהוא תוצר של עסקת טיעון והודאת נאשם, לבין פסק דין פלילי שהוא תולדת דיון אדוורסרי מלא. לפי סעיף 42 לפקודת הראיות [נוסח חדש] ניתן להגיש פסק דין פלילי מרשיע, כראיה לכאורה בהליך אזרחי.<sup>64</sup> הפסיקה דחתה טענות של מי שהורשעו על סמך הודאתם בהליך הפלילי, כי הודאתם הייתה רק "למטרות" המשפט הפלילי, ועל כן כי אין להשתמש בהרשעה לצורכי ההליך האזרחי.<sup>65</sup> והנה, כמעט מבלי משים, הלכת עניין קוזמינוב בשילוב הוראות סעיף 9 סיפה לחוק ההתיישנות, מאפשרות הבחנה בין הודאה להודאה: החלת סעיף 9 על הדיון הפלילי מחייבת גם שנאשם שהודה וכלל בהודאתו הסתייגות השומרת לו את טענת ההתיישנות האזרחית, יצליח בהסתייגותו. האם כל הבעיה בעניין קוזמינוב הייתה שהנאשם לא חזה התפתחות כזו, ועל כן לא קיבל ייעוץ מתאים? ! או אולי נכניס אל תוך המשא ומתן על עסקת הטיעון אף התדיינות בין הפרקליטים הפליליים על ההסתייגות האזרחיות שיותר לנאשם לציין? ! לדעתי מסקנה מתחייבת זו אינה רצויה. מכל מקום, על פי המצב המשפטי

63 השפעה נוספת: חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001 הביא בחשבון מצב שבו נפגע יבקש להתנגד לעסקת טיעון, ולדרוש שהדין ימוצה עם העבריינין; הדיון בטקסט עלול להביא לידי מצב הפוך: לחץ של הנפגע לסיים את העניין בעסקת טיעון, בלא קשר לאינטרס הציבורי, ובלבד שתהא בידיו "הודאה" לצורך סעיף 9 לחוק ההתיישנות.

64 בפועל מדובר בראיה כמעט מכרעת, משום שהמורשע מנוע – בלא רשותו של בית המשפט, הניתנת במשורה – להגיש ראיות לסתור. ראו סעיף 42 לפקודת הראיות.

65 ע"א 285/80 ש"ף נ' אליאסי, פ"ד לד(4) 752 (1980).

כיום, ייטיב הסנגור הפלילי לעשות אם ייעץ ללקוחו המודה בהליך הפלילי, כי ליתר ביטחון יכול בהצהרתו גם הודעה מסתייגת בנוסח סעיף 9 סיפה לחוק ההתיישנות. סיכומו של דיון זה: אף שניתן להבין את עמדת הרוב בעניין קוזמינוב, דומה שההכרה בהודאה הפלילית כמפסיקת התיישנות אזרחית צריכה להיעשות על יסוד התייחסות כוללת להליך הפלילי (כגון סעיף 18 לחוק ההתיישנות); הכלי של סעיף 9 אינו מתאים בדרכ כלל<sup>66</sup> לכך.

## 6. זרישת הכתב – הסכמה מודעת לטיפול רפואי<sup>67</sup>

לצד חברותיה, המצויות בספר החוקים זה מכבר, הצטרפה אל ספר החוקים לפני כעשור הוראה חדשה הנוגעת להסכמה לטיפול רפואי. טיפול רפואי דורש הסכמה מצד המטופל.<sup>68</sup> הסכמה זו נדרשת משום שמי שאמור להחליט באשר לטיפולים רפואיים ובכל הנוגע למה שיעשה בגופו של אדם, הוא אותו אדם עצמו. עמדה זו משקפת את האוטונומיה של אדם להחליט מה יעשה בגופו. דא עקא שמטופל אינו יודע את העובדות שבבסיס הטיפול לאשורן. הוא אינו יודע את הסיכויים והסיכונים הכרוכים בטיפול; אינו יודע את חלופות הטיפול. לפיכך כל הכרעה של המטופל, בלא קבלת מידע, תהיה חסרת משמעות ולא יותר מהימור. יתרה מזו, היא תביא לידי פטרנליזם של הרופא, שכן החולה – בהיעדר מידע – יצטרך להעביר את יכולת ההכרעה לרופא.

ממילא ברור שבהיעדר מידע ההסכמה אינה הסכמה. על כן דרישה שלא יינתן טיפול בהיעדר הסכמה מחייבת מתן המידע למטופל, ולאחר מכן קבלת הסכמתו. כלל זה נמצא עמנו זה מכבר, עוד לפני חקיקת חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996,<sup>69</sup> והוראות חוק זה

66 ייתכנו, כמובן, מקרים חריגים, שבהם ההודאה מכוונת במפורש כלפי הקורבן; ייתכן שכך היו פני הדברים בעניין קוזמינוב, לעיל ה"ש 42, שכן השופט ארד הדגישה את נושא פיצוי הקורבן בהליך הפלילי; אם אכן ההודאה התייחסה במפורש לכך, ניתן לראות את ההודאה כהודאה על פי סעיף 9 לחוק ההתיישנות.

67 חלק מהרעיונות המפורטים בפרק זה נכתבו על ידי בראשונה בחוות דעת מיעוט, בדין וחשבון של הוועדה לבדיקת האחריות לפגיעה בטיפול רפואי, התשנ"ט-1999, ועדה שבראשה עמד השופט ד"ר ג' קלינג. לחוות דעת מיעוט זו הצטרפו ד"ר פרץ סגל ממשרד המשפטים ועו"ד יראון פסטינגר.

68 ראו, למשל, את פסק דינו של השופט בך בע"פ 480/85 קורטאם נ' מדינת ישראל, פ"ד מ(3) 673 (1986).

69 למשל, ע"א 67/66 בר חי נ' שטיינר, פ"ד כ(3) 230 (1966); ד"נ 25/66 בר חי נ' שטיינר, פ"ד כ(4) 327 (1966); ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993).

מגלמות, בעיקרן, את ההוראות המהותיות שעוצבו בפסיקת בית המשפט העליון עוד קודם לכן.<sup>70</sup>

חידוש מסוים בחוק זכויות החולה נוגע לדרך מתן ההסכמה. כבר לפני חוק זכויות החולה, היה נהוג במערכת הרפואית בישראל לדרוש כי ההסכמה תינתן בכתב דווקא. בתחילה היה מדובר בנוהג ראוי שהונהג במוסדות רפואיים. במקרים אחרים היה מדובר במצוות מחוקק המשנה<sup>71</sup> ולעתים היה מדובר בקביעה של בתי המשפט.<sup>72</sup> עם זה, בטרם נחקק חוק זכויות החולה ונקבעה החובה לקבל הסכמה בכתב בחקיקה ראשית, נמנע בית המשפט מלתת לכתב – או להיעדרו – משמעות של ממש. מקרה מעין זה נדון בעניין נחמן.<sup>73</sup> באותו עניין חתם המטופל על טופס הסכמה. השאלה שנדונה בבית המשפט המחוזי, ולאחר מכן בבית המשפט העליון, הוגדרה כדלקמן:

ספציפית, הבעיה היא, אם הוסברו לתובע, בטרם הסכים, הסיכונים הכרוכים בבדיקה. אם אכן הוסבר לו, כי אז ההסכמה תופסת ומחייבת, ואין לייחס לרופאים שביצעו את הבדיקה מעשה תקיפה או מעשה נזיקין כלשהו. אם לא הוסברו לו הסיכונים, כי אז ההסכמה חסרת נפקות, והבדיקה תיחשב כמעשה תקיפה המהווה עוולה בניזיקין.<sup>74</sup>

- 70 למשל, ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002); ע"א 5373/02 גיא נבון נ' קופת חולים כללית, פ"ד נו(5) 35 (2003); ע"א 8549/00 בית חולים משגב לדרך נ' דבאש, פ"ד נו(3) 844 (2002); ע"א 3263/96 קופת חולים כללית נ' שבוירי, פ"ד נב(3) 817 (1998).  
71 תקנות בריאות העם (טופסי הסכמה), התשמ"ד-1984; תקנות בריאות העם (בדיקת מי שפיר), התש"ם-1980, הקובעות טפסים סטטוטוריים. לעמדה כי הוראות אלה חורגות מסמכות ראו א' נאור "תקנות בריאות העם (טפסי הסכמה)" רפואה ומשפט 2, 9 (1986).  
72 ראו, למשל, ע"א (מחוזי ת"א) 1116/92 ברטין נ' ד"ר פישלביץ (לא פורסם, 27.11.1994), שם נקבע כי יש לפרט את סוג הניתוח בצורה שכל חולה בר דעת יוכל להבין את מהות הדברים; ת"א (מחוזי ב"ש) 298/93 איטח נ' ד"ר זינגר (לא פורסם, 27.2.1997), הקובע חובת פירוט בכתב של הממצא הרפואי והסיכונים הנלווים וכן קובע חובת פירוט בגיליון הרפואי; ת"א (מחוזי י-ם) 1277/98 כץ נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 22.7.2003), ת"א (מחוזי י-ם) 7085/05 קדוש נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 17.12.2008).  
73 ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים של הסתדרות העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384 (1986).  
74 כן ראו ת"א (מחוזי י-ם) 1578/98 מור נ' שגיב, פ"מ התשס"א(1) 865 (2001): "מור חתם על טופס הסכמה לניתוח לפני הניתוח ללא קבלת הסבר בדבר הסיכונים הכרוכים בניתוח. לא הובא לידיעתו כי קיים סיכון שבשל הניתוח ייגרם שבר בעצם האגן, ולא נעשו כל הבדיקות המקדמיות כדי לברר אם קיים מצב אנטומי ופיזיולוגי מיוחד העלול להגדיל את הסיכון שבניתוח. הוא גם לא קיבל הסברים על דרכי הטיפול החלופיות האפשריות בנסיבות המקרה,

גם במקרים מנוגדים – שבהם לא נמצא מסמך – לא מצא בית המשפט לנכון לדרוש מהרופא להוכיח כי נתן הסבר מלא למטופל, ועניין שכיח הוא שבית המשפט דן בשאלה אם הוסברו הסיכויים והסיכונים, ואינו טורד את עצמו בשאלת קיומו של המסמך, לא כתנאי הכרחי ולא כתנאי מספיק.

מצב דברים זה מביא לידי כך, שהדיונים בבית המשפט הדין בתביעת הנזיקין הופכים למצעד של עדים מכל צד, כאשר כל צד מנסה לשכנע את בית המשפט זה בכה וזה בכה; המטופל – כי לא הוסברו לו הסיכונים והסיכויים, ואילו הרופא מנסה להסביר כי אין כל ספק שאכן הוסברו מלוא הסיכונים.

אירוע אופייני כזה – האירוע הנזיקי ולאחר מכן הדיון בבית המשפט – כולל כמה מאפיינים של ההליך המשפטי בין החולה לבין הרופא:

א. הרופא אינו זוכר – ואינו יכול לזכור – מה הסביר לאותו מטופל. לא הגיוני שרופא, שטיפל בוודאי בעשרות, במאות ואולי באלפי מטופלים, יזכור את השיחה שהייתה בינו לבין החולה.<sup>75</sup>

לפיכך חתימתו על טופס ההסכמה לניתוח והסכמתו לעבור את הניתוח לאו הסכמה היא והניתוח שעבר ללא הסכמתו הוא תקיפה; ת"א (שלום י-ם) 14901/01 מלחי נ' ד"ר רובינפור מנצור (פורסם בנבו, 26.12.2006). ראו גם JONATHAN MONTGOMERY, HEALTH CARE LAW 237 (2<sup>nd</sup> ed. 2003): "However, if patients have not in fact consented, an operation will be unlawful even if they have signed a form. The reality prevails over the IAN KENNEDY, ANDREW GRUBB, MEDICAL LAW 584 (2000); F. M. Petry, writing "Medical Practitioners' Liability in German Law, in CASES ON MEDICAL MALPRACTICE IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE 34, 49 (Michael Faure & Helmut Koziol eds., 2001) בסיכום בעמ' 273 מציין Faure כי "The country reports which reflected on the value of an informed consent form almost all state that the signing of a written document itself is not sufficient proof of appropriate information (although it may obviously strengthen the position of the health care provider)". לניסיון לעגן את ביטול ההסכמה באמצעים חוזיים של טעות, ראו פנינה ליפשיץ-אבירם הסכמה מדעת של קטין לטיפול רפואי 35, ה"ש 95 (2006).

מאפיין זה שכיח בענייני רשלנות רפואית, ובגללו בתי המשפט אינם נוטים להאמין ל"זיכרון אקטיבי" של הרופא, גם כאשר מדובר באירוע טרי יחסית. ראו לעניין זה את פסק הדין המנחה בענייני רישומים רפואיים, ע"א 58/82 קנטור נ' מוסייב, פ"ד לט(3) 260, 253 (1985): "...וכאשר לנו עניין ברופא, אשר במרוצת הימים, החודשים והשנים שעברו מאז האירוע ועד למסירת העדות בבית המשפט, טיפל אל נכון בחולים ובעניינים לרוב, כיצד אפשר לקבל בביטחון כה רב וללא היסוס את גרסת המשיב בעדותו, כאילו בדק את המערער היטב ולא נתגלו לעיניו כל ממצאים מעוררי דאגה". נתוני פסק דין זה היו חריגים: המקרה היה באפריל 1978. התביעה הוגשה (על פי מספרה) בשנת 1980 (ת"א 181/80). פסק הדין של הערכאה הראשונה ניתן בדצמבר 1981. במילים אחרות, במהלך השנים 1981-1980 העיד הרופא (ויש

ב. המטופל אף הוא אינו זוכר במקרים רבים מה הוסבר לו.<sup>76</sup> לא מדובר בהתחמקות מטעם המטופל אלא בחוסר זיכרון מובן. במקרים רבים גם כאשר ניתן הסבר, המטופל מעכל אותו כאפשרות רחוקה ובלתי מתקבלת על הדעת. לעומת זאת לאחר האירוע, ובזמן העדות, התובע סובל מההשפעות באופן חד-משמעי וקשה. התובע מביט בעצמו, ומציין כי את זה (היינו הנזק שנגרם לו) לא הסבירו לו, תוך התעלמות מכך שהיה צריך להסביר למטופל על האפשרות ולא על הוודאות.

על קושי אחרון זה, גם אם בהקשר מעט שונה, עמדה השופטת ביניש בעניין דעקה<sup>77</sup>

אין ספק כי קיים קושי מעשי לגלות את עמדתו של החולה במועד הרלוונטי כיוון שתמיד הוא נדרש להתייחס לשאלה במבט לאחור, שעה שהוא סובל מתוצאות הטיפול. בפסקי-דין רבים עמדו בתי-המשפט על כך כי אין זה אנושי להטיל על אדם המתייסר מטיפול רפואי שניתן לו, להעיד ולהציג

להניח שלא יאחר מאמצע 1981 בשל הצורך לכתוב סיכומים). חרף זאת, בית המשפט לא נתן אומן בזיכרונו. ראו גם MONTGOMERY, לעיל ה"ש 74, בעמ' 238.

76 בעניין זה קיימת ספרות רפואית רחבה. ראו, למשל, Atul K. Madan, Davis S. Tichansky, Raymond J. Taddeucci, *Postoperative Laparoscopic Bariatric Surgery Patients Do Not Remember Potential Complications*, 17(7) OBESITY SURGERY 885 (2007); R Lemaire, *Informed Consent – a Contemporary Myth?*, 88-B(1) J BONE JOINT SURG [BR] 2 (2006); H.D. Swan, D.C. Borshoff, *Informed Consent – Recall of Risk Information Following Epidural Analgesia in Labour*, 50(4) OBSTETRICAL & GYNECOLOGICAL SURVEY 276 (1995); B.R. Cassileth, R.V. Zupkis, K. Sutton-Smith, V. March, *Information and Participation Preferences Among Cancer Patients*, 96(2) ANN INTERN MED 832 (1980); M.M. Hutson, J.D. Blaha, *Patients' Recall of Preoperative Instruction for Informed Consent for an Operation*, 73 J BONE JOINT SURG AM. 160 (1991); H.B. Muss, D.R. White, R. Michielutte, F. Richards, M.R. Cooper, S. Williams, J.J. Stuart, C.L. Spurr, *Written Informed Consent in Patients with Breast Cancer*, 43(4) CANCER 1549 (1979); I. A. Priluck, D.M. Robertson, H. Buettner, *What Patients Recall of the Preoperative Discussion after Retinal Detachment Surgery*, 87 AM J OPHTHALMOL 620 (1979); D. Leeb, D.G. Jr Bowers, J.B. Lynch, *Observations on the Myth of "Informed Consent"*, 58(3) PLAST RECONSTR SURG 280 (1976). לצורך ההמחשה נציין שבסקירה הרחבה, החדשה יחסית, של הספרות המחקרית במאמרו של Lemaire, הוא מצביע על כך שבדיקות שנעשו ביום ההסבר, העלו שההסברים זכורים על ידי 18%-81% ממקבלי ההסברים; לאחר שבוע, 25%-58% זכרו את ההסבר; לאחר שישה שבועות – 40%-48%, ואילו לאחר שישה חודשים 10%-29% בלבד. עניין זה הוא בעל משמעות במיוחד לנוכח המועדים שבהם המטופלים מעידים, זמן רב לאחר שישה חודשים מיום האירוע.

77 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נגד (4) 526 (1999), וראו באחרונה ת"א (מחוזי י-ם) 7183/05 בן דוד נ' ענטבי (פורסם בנבו, 15.11.2007), מפי השופטת כנפי שטייניץ.

באופן אמין את התשובה לשאלה מה היה עושה בעת קבלת ההחלטה על הטיפול לו ידע על כל התוצאות האפשריות.<sup>78</sup>

ג. מאפיין נוסף של הדיון הנזיקי בנושא ההסכמה הוא שכל שיש מסמכים או רישומים הנוגעים להסכמה, הרי הם מצויים בידי המטפל הרפואי, העורך אותם ושומר אותם. מדובר במאפיין שגור בתיקי רשלנות רפואית, אשר אף משפיע על נטלי ראייה.<sup>79</sup> על רקע היסטורי ומעשי זה נחקק חוק זכויות החולה. חוק זה ביקש להיות חוק צרכני מובהק, המתמודד עם מצב שבו הרופא נותן שירות רפואי לחולה. למצב זה מאפיינים צרכניים נוספים, המחייבים מתן הגנה מיוחדת למטופל: נותן השירות, הרופא, הוא בעל המעמד העדיף, ואילו צורך השירות, המטופל, מתקשה, מבחינת זמן ויכולת, לבחור היטב את הטיפול ואת המטפל.<sup>80</sup> זאת ועוד, לעתים קרובות החלטת המטופל היא קשה במיוחד בשל עצם השפעת הבשורה המרה, שהוא קיבל, על מצבו הנפשי. בחוק זכויות החולה נקבעה בראשונה בחקיקה ראשית החובה לקבל הסכמה מדעת בכתב לטיפולים מסוימים.<sup>81</sup> אכן, לעומת הצעת החוק, לא נקבע עניין זה כעניין כללי,<sup>82</sup>

78 על הקושי להעריך לאחר מעשה מה היה מטופל עושה לו היה נמסר לו המידע מבעוד מועד, ראו ע"א 718/06 סתחי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 30.10.2007). באותו עניין בחר בית המשפט העליון במבחן אובייקטיבי (היינו מה היה עושה מטופל סביר לו היה נמסר לו המידע), אך זאת כאמת מידה למטופל הספציפי, ומתוך הכרה שיש לבחון מה הייתה עמדתו של המטופל-התובע. למקרה חריג, שבו היה אפשר לקבוע בבירור כי המטופל הספציפי היה מבצע את הטיפול גם לו היה נמסר לו המידע בזמן אמת, ראו ע"א 470/87 אלטורי נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות, פ"ד מז(4) 146 (1993). באותו עניין היה מדובר בפגיעה עקב מתן חיסון, והתברר שהורי המערערת החליטו – גם לאחר הפגיעה במערערת – לתת את החיסון לילד אחר. השאלה אם יש צורך בקשר סיבתי בין היעדר ההסבר לבין הניתוח, והמבחנים הנכונים לקשר סיבתי כזה (ככל שהוא נדרש), חורגים מהיקף מאמר זה.

79 ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805 (1993); ע"א 6160/99 דרוקמן נ' בית החולים לניאדו, פ"ד נה(3) 117 (2001).

80 השוו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א – יסודות ועקרונות 296-297 (2001), לשיקולים לסיווג חוקים כחוקים צרכניים (לרבות מטרת החוק כחוק המיועד להגנת הלקוחות, קיומן של הוראות קוגנטיות, קיומן של הוראות חוק מפורטות וסנקציות פליליות והוראות מנהליות) ולסיווג חוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996 כחוק צרכני. באופן דומה (אם כי לא זהה), ראו אורנה דויטש מעמד הצרכן במשפט 359 (התשס"ג). ראוי לציין כי אורנה דויטש טוענת כי במקור התפתחו דיני הסכמה מדעת מזווית שונה מהזווית הצרכנית, ואולם גם היא מביעה את הדעה שבשנים האחרונות "מתלכדת" התפיסה של יחסי רופא-מטופל עם התפיסה הצרכנית. לדעתי, הוראה זו משמעותה שיש לקבל את ההסכמה גם בכתב, ואולם אין לוותר על ההסבר בעל-פה, הסבר המאפשר שאלות מטעם המטופל. ראו E. Rynning, *Consent to Medical Treatment – Legal Relevancy in Sweden*, in *PATIENT RIGHTS – INFORMED CONSENT, ACCESS AND EQUALITY* 321, 329 (L. Westerhäll & C. Phillips eds., 1994).

ואולם בנוגע לטיפולים שונים נקבעה חובת הכתב בצורה חד-משמעית (הטיפולים המנויים בתוספת לחוק הכוללים ניתוחים, צנתורים של כלי דם, דיאליזה, טיפול בקרינה מייננת (רדיותרפיה), טיפולי הפריה חוץ-גופית וטיפולים כימותרפיים). החוק לא הסתפק בדרישת כתב "סתם": החוק פירט בסעיף 13 את ההסברים המפורטים שצריך לתת למטופל,<sup>83</sup> ולאחר מכן – בסעיף 14(ב) – יצר זיקה חד-משמעית בין ההסבר לבין המסמך בכתב:

הסכמה מדעת לטיפול רפואי המנוי בתוספת תינתן במסמך בכתב, שיכלול את תמצית ההסבר שניתן למטופל.

כתב זה, מה טיבו? האם מדובר בכתב מהותי, כתב של גמירות דעת, או שמא בכתב ראייתי בלבד? האם היעדרו של הכתב מעקר מניה וביה את ההסכמה? עמדתי היא כי ראוי לפרש את הכתב שבו מדובר ככתב מהותי שבא ללמד על גמירות דעת;<sup>84</sup> בהיעדר כתב, אין הסכמה כל עיקר. יתרה מזו, אין להתיר הבאת ראיות החורגות

82 סעיף 17(א) להצעת חוק זכויות החולה, התשנ"ב-1992; עם זה, בסעיף קטנים ב-ד נקבעו לכך חריגים בעניין טיפול רפואי שגרתי, טיפול רפואי נלווה לטיפול עיקרי, מצב שבו לא ניתן לתת הסכמה בכתב מטעמי דת ומקרי חירום.

83 בלשונו של סעיף 13(ב): "לשם קבלת הסכמה מדעת, ימסור המטפל למטופל מידע רפואי הדרוש לו, באורח סביר, כדי לאפשר לו להחליט אם להסכים לטיפול המוצע; לענין זה, 'מידע רפואי', לרבות – (1) האבחנה (הדיאגנוזה) והסכנות (הפרוגנוזה) של מצבו הרפואי של המטופל; (2) תיאור המהות, ההליך, המטרה, התועלת הצפויה והסיכויים של הטיפול המוצע; (3) הסיכונים הכרוכים בטיפול המוצע, לרבות תופעות לוואי, כאב ואי נוחות; (4) סיכויים וסיכונים של טיפולים רפואיים חלופיים או של העדר טיפול רפואי; (5) עובדת היות הטיפול בעל אופי חדשני".

84 זו אף עמדתו של אמנון כרמי בריאות ומשפט כרך א 1080 (2003): "החוק אינו מתייחס לדרכי ההוכחה אלא למומנט של גמירת הדעת, של יצירת הקשר המחייב. המטפל שטח לפני המטופל את מסת המידע הרלוונטי, הוסיף לה את מסקנתו, וקינחה בהצעתו לטיפול. עתה הגיע 'רגע האמת' של המטופל: ברצותו – ימנע מאימוץ ההצעה לעצמו, ברצותו יקבלה". וראו גם עופר קפלן "הסכמה מדעת לטיפול רפואי" ניהול סיכונים ברפואה 117, 127 (משה פייגין, טליה חלמיש-שני, עופר קפלן עורכים, התשס"ד): "בקשה מהחולה לתת את הסכמתו בכתב מבהירה לו את מלוא המשמעות שבהסכמה לטיפולים אלה...". נטייה לכיוון מהותי גילה בית המשפט המחוזי בירושלים בע"א (מחוזי י-ם) 6299/05 צורף נ' ד"ר דב שחור (פורסם בנבו, 8.12.2005) (אם כי בית המשפט הוסיף בסמוך כי גם אם דרישת הכתב מוגדרת כמהותית, יהיו מקרים בהם ניתן להתגבר על דרישה זו באמצעות עקרון תום הלב), ועמדה מהותית זו הובאה בהסכמה בת"א (מחוזי ת"א) 1499/02 פלוני נ' פרופ' משיח (פורסם בנבו, 17.12.2008) (כשהשופט רונן מציינת שהטענה שניתן להוכיח הסכמה בעל פה "תרוקן מתוכן את ההבחנה בין שני סוגי הטיפולים"). להתייחסות לכתב במישור הראייתי בלבד, ראו MONTGOMERY, לעיל ה"ש 74, בעמ' 237-238. עם זה ראוי לציין, כמובהר על ידי המחבר, כי הכתב המדובר הוא וולונטרי בלבד. וראו עוד להתייחסות ראייתית להסכמה לטיפול N.J.B.

מתמצית ההסבר המפורטת בכתב. הפרשנות הזו מתחייבת הן מפרשנות חוק זכויות החולה מתוכו, הן מתכליתו של החוק כחוק צרכני והן ממטרות ראויות נוספות. נעמוד על עניינים אלה:

#### א. פרשנות חוק זכויות החולה

(1) סעיף 13 לחוק זכויות החולה קובע כי כל הטיפולים מצריכים הסכמה מדעת. סעיף 14 מבחין בין סוגי הטיפולים: יש טיפולים אשר בעניינם נדרשת הסכמה בכתב דווקא, ולעומת זאת יש טיפולים אשר די בהם בהסכמה בעל-פה או בהתנהגות; הבחנה זו מתיישבת, כנראה, עם הצורך בגמירות דעת דווקא: באשר לטיפולים מסוימים, המטופל צריך להבין כי מדובר בהכרעה משמעותית; הכתב מאפשר הכרה זו. מכל מקום, אם דרישת הכתב לא תפורש כמהותית – צפוי תהליך של פחות זוחל במעמד דרישת הכתב (כפי שאירע במקרים האחרים שבהם דנתי לעיל), ולא יהיה עוד הבדל של ממש בין המצבים השונים שהחוק קבע.

(2) סעיף 14 לחוק זכויות החולה, קובע – לצד חובת המסמך בכתב – גם את החריגים לחובה. חריגים אלה מלמדים על צורך באירוע דרמטי, שבו החולה יהיה מודע לכך שהוא מסכים לעניין חשוב. כך, למשל, סעיף 14(ג) קובע כי "נזקק מטופל לטיפול רפואי המנוי בתוספת ונמנע ממנו לתת את הסכמתו מדעת בכתב, תינתן ההסכמה בפני שני עדים, ובלבד שדבר ההסכמה והעדויות יתועדו בכתב סמוך ככל האפשר לאחר מכן".<sup>85</sup> בעוד הסיפה של הדברים יכולה להיחשב לניסיון לשמר את הראיה הטובה ביותר,<sup>86</sup> הרי הרישה אינה יכולה להתפרש אלא כמחייבת יצירת אירוע דרמטי חלופי (שני עדים, הצהרה בפני העדים), שבו המטופל יבין כי הוא עומד לפני צומת הכרעה חשוב. ראוי לציין גם כי הכלי שנבחר הוא כלי דומה ביותר לצוואת שכיב מרע, שאינו יכול לעשות צוואה בכתב, כמפורט בסעיף 23 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, דמיון שאף הוא מחזק את הצורך בגמירות דעת.

CLAASSEN, T. VERSCHOOR, MEDICAL NEGLIGENCE IN SOUTH AFRICA 59 (1992); B.A. Koch, H. Koziol, *Country Reports – Austria*, in CASES ON MEDICAL MALPRACTICE IN A COMPARATIVE PERSPECTIVE 57, 61-62 (2001, M. Faure, H. Koziol eds.)  
באותו ספר – המתייחס לדין האירופי – בעמ' 273.

85 סעיף זה יועד במקורו למניעה מטעמי דת, כגון הסכמה שצריכה להינתן בשבת: סעיף 17(ג) להצעה.

86 כרמי, לעיל ה"ש 84, בעמ' 1083, הביע את העמדה כי גם נוכחותם של שני עדים נחוצה לצורך הוכחה בלבד; עם כל הכבוד, לא ניתן לקבל עמדה זו: הדרישה לעדים דווקא (ולא, למשל, להקלטה שלא בידיעת המטופל), והעמידה על שני עדים, אינן מתיישבות עם דרישות הוכחה במשפט הישראלי.

**ב. חוק זכויות החולה כחוק צרכני**

כפי שציניתי לעיל, חוק זכויות החולה הוא חוק צרכני. אפיון זה של חוק זכויות החולה מביא אף הוא לכלל מסקנה כי הכתב הנדרש בחוק הוא כתב מהותי. על אפיון הכתב בחוקים צרכניים, עמד סיני דויטש:<sup>87</sup>

במקרים רבים דרישת הכתב בחקיקה להגנת הצרכן היא יצור ביניים. הדרישה אינה רק ראייתית, שכן מטרתה ותכליתה הן הגנת הצרכן והלקוח... המטרה של דרישת הכתב בחוזים צרכניים היא גילוי פרטים לצרכן בנוסף להסבת תשומת ליבו לסיכונים שהוא נוטל על עצמו בעסקה. דרישת הכתב בחוזים צרכניים יוצרת אפוא מודל שלישי של דרישת כתב. זו אינה ראייתית, אולם המהותיות שלה תהיה במקרים רבים חד צדדית. דרישה זו תשמש טענת הגנה טובה כנגד העוסק בעוד שלחווה יהיה עדיין תוקף. הצרכן יוכל להמשיך להסתמך על תוקפו, אף שהעוסק לא יוכל לעשות זאת. בחינת החקיקה הצרכנית בנושא זה, מלמדת כי דרישת הכתב בחקיקה להגנת הצרכן היא תמיד מהותית, אך לא תמיד יהיה תוקפו של החווה, מבחינתו של הצרכן, תלוי במילוי דרישת הכתב<sup>88</sup>

**ג. מטרות נוספות – תמצית ההסבר**

כאמור בחוק זכויות החולה, המסמך הנדרש צריך לכלול את תמצית ההסבר.<sup>89</sup> לשיטתי יש לקבוע כי מסמך שאינו כולל תמצית, או סיכון שאינו מנוי בתמצית הרשומה, כאילו לא

87 ס' דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 366. השוו אסף פוזנר "הצמדות בבתים משותפים – דעה אחרת" עיוני משפט יא 327 (התשמ"ו), באשר לחוק צרכני אחר, חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973.

88 וראו גם א' דויטש, לעיל ה"ש 80, בעמ' 284: "האם באותם מצבים שבהם יצירת החווה אכן טעונה מסמך בכתב, דרישה זו היא קונסטיטטיבית או ראייתית? כיוון שתכליתה של הדרישה היא להבטיח גילוי נאות באמצעות כתב לפני כריתת החווה, דומה שאין מנוס ממסקנה כי המסמך הדרוש, כאשר הדרישה היא 'חזקה', כאמור לעיל, הוא המסמך שיצר את החווה, דהיינו הדרישה היא בעלת אופי קונסטיטטיבי, ולא די במסמך מאוחר יותר המעיד על החווה... מה תהיה התוצאה המדויקת של היעדר מסמך בכתב, כאשר דרישה זו קונסטיטטיבית? התוצאה היא שהחווה בטל..."

89 ראו S.A. STRAUSS, DOCTOR, PATIENT AND THE LAW 11 (2<sup>nd</sup> ed. 1984); לדעתו ראוי שהטופס יכלול את פירוט הטיפול, ציון הרופאים המטפלים (מנתח ומרדים) בשמם, הגבלות שהוזכרו על ידי המטופל, והטיפולים הנלווים.

הוסבר.<sup>90</sup> מלבד העובדה שעניין זה נובע מדרישת המחוקק לפירוט תמצית ההסבר, יש בכך – כמו גם בקביעה שמדובר בכתב מהותי – כדי להשיג מטרות חשובות נוספות: (1) כפי שטענתי לעיל, הספרות המחקרית מראה שבמקרים רבים המטופל – לאחר מעשה – אינו זוכר מה באמת הוסבר לו. שילוב של חוסר זיכרון זה, עם התקוות והציפיות שהיו למטופל לפני הטיפול הרפואי ועם הפגיעה שאירעה למטופל, ונקבל מטופל מאוכזב, המרגיש מרומה. מטופל כזה הוא כר פורה להגשת תביעות, בין שאלה מוצדקות (היינו שההסברים באמת לא ניתנו לו) ובין שאלה בלתי מוצדקות (היינו שההסברים ניתנו לו). קיומו של המסמך החתום, הכולל את תמצית ההסבר שניתן (להבדיל מבלייל סעיפים, שאין ביניהם לבין הניתוח שעבר המטופל ולא כלום, או שהם חסרי כל מובן לאדם רגיל),<sup>91</sup> ובייחוד כאשר ברור שתמצית זו נוגעת לניתוח הספציפי, עשויה להביא לידי הבנה טובה של המטופל – לאחר מעשה – שההסבר אכן ניתן לו. במקרה כזה תיחסך תביעה לטובת כל המעורבים באירוע.<sup>92</sup>

90 והשוו הנחיות המפקח על הביטוח, שעל פיהן חובה על חברת ביטוח לנמק – במכתב דחייה – את כל נימוקיה, וכי לא תוכל להסתמך לאחר זמן על נימוק שלא פורט במכתב דחייה מטעמה; וראו, למשל, בש"א (מחוזי חי') 12838/02 הכשרת היישוב חברה לביטוח בע"מ נ' גידולי שדה נטופה אגודה שיתופית חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 15.12.2002).

91 לבעייתיות שבמסמכי ההסכמה הסטנדרטיים, ראו עדי אור, אילנה נירנברג רשלנות רפואית 798 (מהדורה שנייה מורחבת ומעודכנת, 2000). אף שהטפסים הפכו לספציפיים יותר, עדיין יש בהם סעיפים הקשים להבנה, וסיכונים חסרי משמעות אף מערפלת את הבנת המטופל עומד לעבור ולא כלום. הוספת סיכונים חסרי משמעות אף מערפלת את הבנת המטופל ויכולתו להבין את ההחלטה אשר עליו לקבל. התופעה של כתבי הסכמה מעורפלים אינה מיוחדת לישראל, וראו, למשל, J.K. MASON, R.A. McCALL SMITH, G.T. LAURIE, LAW AND MEDICAL ETHICS, 313 (2002); וכן B.R. FURROW, T.H. GREANEY, S.H. JOHNSON, T.S. JOST, R.L. SCHWARTZ, HEALTH LAW – CASES, MATERIALS AND PROBLEMS 450 (3<sup>rd</sup> ed. 1997); S.A. STRAUSS, DOCTOR, PATIENT AND THE LAW 10 (2<sup>nd</sup> ed. 1984). בעיה נוספת מתעוררת בנוגע לשפת המסמכים; שכיחים המקרים שבהם מטופלים שאינם דוברים את השפה העברית מוחתמים על טפסים בשפה העברית, כאילו יש בכך כדי לצאת ידי חובה. וראו ת"א (שלום י-ם) 2564/05 דלאשה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 8.1.2007), מפי השופט דראל. באותו עניין ניתן הסבר לאישה בהיריון בנוגע לבדיקת תנועות עובר. ההסבר ניתן בעברית, ואילו האישה דיברה ערבית בלבד. לאחר מעשה, וכעולה מפסק הדין, החל בית החולים להשתמש במסמכי הבהרה ליולדות בעברית, ערבית ורוסית. לדיון בבעיות בהקשר של שפה ומיעוטים, תוך עמדה שספק אם קיים ערך להחתמה על טופס שלא בשפת האם של המטופל, ראו Lemaire, לעיל ה"ש 76. והשוו עניין זה לרע"א 1412/94 הסתדרות מדיצינית הדסה עין כרם נ' גלעד, פ"ד מט(2) 516 (1995). באותו עניין נדונה השאלה אם נפגע זכאי לעיין בדו"ח בדיקה פנימי של המוסד הרפואי, העוסק בו. הנשיא ברק מבהיר כי במקרים רבים דווקא העיון בדו"ח ועדת הבדיקה מונע תביעות כיוון שהחולה מבקש רק לדעת מה אירע עמו. דברים אלה נכונים גם בענייננו:

(2) יתרה מזו, כפי שצינינו לעיל, הדיון בבית המשפט בנושא ההסכמה מדעת מתאפיין בניחושים ובעדים שאינם זוכרים בדרך כלל את אירוע מתן ההסברים לאשורו. הרופא מנסה לתאר מה הוא נוהג בדרך כלל לעשות, ואילו החולה-התובע מנסה להסביר ש"לא ייתכן" שהיה מסכים לניתוח לו הסיכונים האמיתיים היו מוסברים לו. דרישה לקיום תמצית הסבר מזמן אמת עשויה למנוע את ההישענות על ספקולציות עובדתיות, או על נטלי ראייה מנותקים מהמציאות.<sup>93</sup>

(3) בעיה מרכזית במתן הסברים למטופלים היא השגרה, המצב שבו המטפל נותן הסברים "כמצוות רופאים מלומדה".<sup>94</sup> הדרך להימלט מהשגרה ולהפוך את ההסבר-דיון לתהליך פורה, הוא עמידה על כתיבת תמצית, מיוחדת, אישית, בנוגע לכל הסבר.<sup>95</sup> כאשר דן בית המשפט העליון בחובת הנמקת פסק דין, הוא ציין:<sup>96</sup>

חובת ההנמקה – כמה וכמה מטרות לה: אפשרות פיקוח על פסק הדין על ידי ערכאת הערעור, חשיפת פסק הדין לעיני הציבור, ועוד... אך יש גם נימוק נוסף, הרואה את ההנמקה כחלק אינטגרלי מיצירתו ומגיבושו של פסק הדין. וכך כותב השופט ברק:

"חובת ההנמקה חשובה היא במיוחד. כל מי שהתנסה בכתיבה יודע זאת. דבר אחד הוא רעיון המשתלט על המחשבה. דבר אחר הוא העברתו של הרעיון בכור ההיתוך של ההתמודדות האינטלקטואלית המבקשת לתמוך בו, תוך מודעות לתוצאותיו. רבים הם הרעיונות אשר הצורך לנמקם הביא לחדלונם, שכן היה בהם אך הדר חיצוני שלא ניתן היה לבססו. חובת

אם יהא לפני המטופל מסמך אמין שישכנע אותו כי אכן זכה להסבר ראוי, יותר בוודאי על התביעה.

93 וראו גם קפלן, לעיל ה"ש 84, בעמ' 127. קפלן טוען כי "להסכמה בכתב יש גם חשיבות ראייתית, אם יתגלעו חילוקי דעות בסוגיה זו לאחר הטיפול...". דומה שחשיבות כזו יכולה להינתן אך ורק אם תמצית ההסבר בנוגע לטיפול הספציפי והמטופל הספציפי מפורטת במסמך, ולא כאשר מדובר במסמך סטנדרטי הכולל, למשל, סיכונים שאינם נוגעים כלל למקרה הנדון. בחלק מהמדינות בארצות-הברית נקבעה הוראה כי המצאת מסמך חתום על ידי המטופל-התובע תיצור חזקה, שעל המטופל יהא להפריכה, כי ניתן לו ההסבר. לרשימה ראו Furrow et al., לעיל ה"ש 91, בעמ' 450.

94 ת"א (מחוזי י-ם) 117/91 מזרחי נ' הסתדרות מדיציניית הדסה עין כרם ירושלים (פורסם בנבו, 22.7.1996); עניין דלאשה, לעיל ה"ש 91.

95 והשוו אור ונירנברג, לעיל ה"ש 91, בעמ' 798: "המלצתנו היא להשאיר מקום ריק בטופס למילוי בידי הרופא לצורך הערות על ההסבר המיוחד שיינתן לחולה המסוים".

96 רע"פ 1516/90 יקב הגליל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.5.1990).

ההנמקה היא מהחשובים שבאתגרים בפניהם חייב שופט, המפעיל שיקול דעת, לעמוד" (א. ברק, שיקול דעת שיפוטי (פפירוס, תשמ"ז) 46).

97 וכבר היו מקרים שבהם חיוב בהנמקה הביא לידי שינוי העמדה הקודמת.<sup>97</sup> חיוב הרופא לפרט את תמצית ההסבר (בידיעה שלא יוכל לאחר מכן להוסיף, לגרוע או לשנות) יביאו לידי שקילת הדברים בעצמו והשמטת סיכונים וסיכויים שאינם רלוונטיים. תהליך ההסבר וכתיבת התמצית אף יביא לידי הסבר בפועל, התואם את תת-המודע, ואף יעודד את החולה להיות חלק מהתהליך, לשאול שאלות ולבקש הבהרות. (4) השיטתי, ראוי אף לחייב את הרופא למסור למטופל העתק של תמצית ההסבר בזמן אמת.<sup>98</sup> מלבד הגברת האמון של המטופל בהסבר (הגברת אמון שאף תביא, כמבואר, לידי צמצום תחושת ההתמרמרות בקרב מטופלים),<sup>99</sup> יביא הדבר לידי תוספת מהותית להבנת המטופל. לפי סעיף 13(ג) לחוק זכויות החולה, "המטפל ימסור למטופל את המידע הרפואי, בשלב מוקדם ככל האפשר, ובאופן שיאפשר למטופל מידה מרבית של הבנת המידע לשם קבלת החלטה בדרך של בחירה מרצון ואי תלות". מטבע הדברים, התהליך של הסבר פרונטלי, שבו המטופל שומע את ההסבר בעל-פה, אף שהוא חשוב ביותר, עלול להיות בעייתי מבחינת המעמד והתרגשות המטופל. מסירת תמצית כתובה למטופל תאפשר לו לעיין בהסבר בינו לבין עצמו ובינו לבין בני משפחתו. לפי הצורך יוכל המטופל לשוב אל הרופא עם שאלות הבהרה.<sup>100</sup>

(5) כאמור, המחוקק קבע כי המטפל צריך לציין בכתב את תמצית ההסבר; כבילת המטפל לתמצית ההסבר (היינו שבהליך המשפטי המתקיים לא יוכל המטפל לטעון כי מסר

97 רע"א 6886/03 הדרן 2000 שיווק והפצת כרטיסים בע"מ נ' מכבי נתניה כדורגל בע"מ (פורסם בנבו, 25.4.2006).

98 השוו סעיף 5 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981; ניתן לשיקול להגיע לאותה תוצאה תוך שילוב סעיפים 14 ו-18(א) לחוק זכויות החולה. סעיף 18(א) קובע את זכות המטופל לקבל מידע מהרשומה הרפואית, לרבות העתקה.

99 יתרה מזו, מסירת מסמך כאמור תמנע ספק בדבר בידוי ראיות, שיקול שהוזכר גם בהקשר של סעיף 8 לחוק המקרקעין.

100 לאחר מסירתו של מאמר זה לפרסום, פורסם על ידי מנהל הרפואה במשרד הבריאות חוזר מס' 9/2010 מיום 17.2.2010 (שנכנס לתוקף ביום 14.3.2010) על פיו "יש לתת למטופל עותק חתום של טופס הסכמתו לביצוע טיפול רפואי. העתק הטופס יימסר למטופל לאחר שחתם בפני הרופא על טופס הסכמה". לשאלת תוקף הנחיות מנכ"ל משרד הבריאות ראו יוסי גרין "האם נוהל הפסקת הריון הקבוע בחוק העונשין משקף את תקנת הציבור?" רפואה ומשפט 39, 187 (דצמבר, 2008), יונתן דייזיס "האם הוראות חוזר המנהל הכללי יכולות לשמש מכשיר להגנה משפטית?" רפואה ומשפט 39, 203 (דצמבר, 2008).

הסברים נוספים), תהווה תמריץ חד־משמעי לקיים חובה זו, ותביא לידי שיפור הרישום ושיפור ההסבר.<sup>101, 102</sup>

(6) כך מלכתחילה, וכך גם בדיעבד: הצורך במסמך הכתוב מתעורר כאשר משהו השתבש. בשלב זה יש צורך בחלוקת הסיכונים בין המטופל לבין המוסד הרפואי. חלוקת סיכונים ראויה תטיל את הסיכון על המוסד הרפואי, לא רק מלכתחילה ולא רק משום שהוא מונע הסיכון הטוב והיעיל אלא גם משיקולי פיזור הנזק.

דומה אפוא שהנימוקים השונים מובילים למקום אחד: ההסכמה המודעת בכתב – והתמצית שאמורה להיות בה – מהווים כתב מהותי, ובהיעדרו יש לקבוע כי לא ניתנה הסכמה או לא ניתן הסבר (החורג מהתמצית).

### במקום סיכום

ברשימה זו בחנתי על קצה המזלג שלושה סוגים של דרישת כתב. אף שבכל המקרים מדובר לכאורה באותה דרישה, הרי ההצדקות לדרישה הן שונות ואף ההתייחסות צריכה להיות פרטנית, ובלא "תורת משפט" כללית בעניין הכתב.

כאשר מדובר בכתב הנדרש לצורך עסקה במקרקעין, יש להתנתק מהגרסה הדוגמטית של כתב מהותי, ולנסות לעצב כלים שיתאימו להתמודדות עם מקרים שונים בתכלית. הניסיון להשתמש בדרישת הצורה נכשל, ועומדת כיום לפני המחוקק הזדמנות פז לתקן כישלון זה באמצעות הצעת חוק דיני ממונות. ברשימה טענתי שההצעה אינה מנצלת הזדמנות זו, אלא יוצרת טלאים על בגד לא שמיש.

כאשר מדובר בכתב הנדרש לצורך הפסקת מירוץ ההתיישנות, הבעתי את הדעה כי אכן ראוי ליצור רף של צורה אשר יתאים למטרות ולרעיונות שבבסיס דיני ההתיישנות. הפסיקה מהזמן האחרון, בנסותה להגיע לתוצאות פרטניות, החמיצה, לשיטתי, את ההתייחסות הנאותה לדיני ההתיישנות. ראוי לגבש תורת משפט עקיבה בנוגע להתיישנות וממילא גם לדרישת הכתב הכלולה בה. גם כאן ראוי להשתמש בהזדמנות – הנובעת מדיון בהצעה חדשה, הצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004<sup>103</sup> – כדי להבהיר את משמעות הכתב.

101 ע"א 206/89 רז נ' בית חולים אלישע בע"מ, פ"ד מז(3) 805 (1993).

102 לפי מחקרים אמפיריים, שימוש בחומר כתוב לצורך ההסבר אף מגביר את רמת הזיכרון של המטופל באשר למה שהוסבר לו. ראו Lemaire, לעיל ה"ש 76.

103 הצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004, נמשכה על ידי משרד המשפטים, בשלהי הכנסת השבע עשרה, ובשלב הצבעה בוועדת חוקה, חוק ומשפט על הנוסח הסופי לקריאה שנייה ושלישית. הסיבה למשיכת החוק הייתה מחלוקת ביחס לתקופות ההתיישנות. עם זה, קיים להערכת סיכוי של ממש, שהצעה זו – בשינויים מסוימים – תעלה לדיון גם בעתיד.

ספר בך

כאשר מדובר בכתב כמרכיב של ההסכמה לטיפול רפואי, הבעתי את הדעה שראוי ליצוק לדרישה זו של כתב משמעות מהותית, כראוי לחוק צרכני. ניתן להתפלא על כך שעד כה לא נעשה שימוש ניכר בכלי חשוב זה.