

## בין נטל השכנוע לטענת "פרעתי" הרהורים על ההלכה בעניין טפר

משה בר-עם\*

- א. מבוא
- ב. המסגרת הנורמטיבית
  1. על נטל השכנוע – כללים ועקרונות
  2. עילת תביעה, הודאה והדחה ומה שביניהן
  3. טענת "פרעתי" וטענת הודאה והדחה בדין הנוהג
- ג. בחינה מחדש של ההלכה בעניין טפר
  1. כללי
  2. טענת "פרעתי" כנגד חיוב חוזי, האומנם הודאה והדחה?
  3. יסוד הפרת החיוב – רכיב מהותי בעילת התביעה או תיאור רקע בלבד
- ד. סיכום

### א. מבוא

בפסק דין שנתן בית המשפט העליון בשנות השישים, ע"א 642/61 טפר נ' מרלה,<sup>1</sup> נקבעה הלכה בעלת חשיבות כללית מרחיקת לכת בתחום דיני הראיות, שהשפעתה על ניהול הליכים משפטיים אזרחיים ניכרת ביותר. באותו עניין נדונה תביעה חוזית לאכיפת תשלום תמורה כספית בגין סחורה שסופקה לנתבע. הנתבע טען כי פרע את החוב ואילו התובע הודה בקבלת התשלום, אולם הוסיף וטען כי הוא שולם לפירעון חוב אחר. כבוד השופט זוסמן סקר את ההלכה בעניין נטל השכנוע וקבע כי: "הטענה 'פרעתי' היא טענת 'הודאה והדחה', בחינת: 'כן' – אבל", האומר 'פרעתי' מודה בכך שנולד החוב ופוטרו את התובע מהוכחתו, אבל, לאחר מכן, אומר הוא, נפקע החוב שנולד".<sup>2</sup>

מפסק הדין עולה, כי די שהנתבע הודה בחיוב כדי לפטור את התובע מהוכחת נסיבות הפרתו במועד שנקבע לקיומו. יסוד הפרת החיוב, במובחן מלידתו, איננו

\* שופט בית משפט השלום בירושלים.  
1 פ"ד טז(2) 1000 (להלן: עניין טפר).  
2 שם, בע' 1005.

מהווה לכאורה עובדה מהותית ויסוד רלוונטי בעילת תביעה חוזית ועל כן התובע איננו נושא בנטל הוכחתה. ההלכה בעניין טפר שימשה בסיס להכרעה בפסקי דין רבים, בעיקר בנוגע לתביעות כספיות,<sup>3</sup> עד כי נדמה שכיום אין מהרהרים אחריה. אין צורך להכביר מילים בהסברת חשיבותה המעשית של ההלכה, שהנה ממושכלות היסוד של דיני הראיות, לנוכח הכללים הנוהגים בקשר להכרעה בסכסוכים אזרחיים. כאשר נטענת טענת "פרעת" ובית המשפט ניצב לפני גרסאות סותרות ושקילות ראייתית, הוא חייב לקבל את התביעה, בשל נטל השכנוע המוטל על הנתבע. זאת ועוד, עיון בפסיקה מעלה, כי בתי המשפט הרחיבו את תחולת ההלכה, והיא חלה לא רק על חיוב חוזי כספי, אלא גם על כל חיוב חוזי אחר.<sup>4</sup> באחרונה, בע"א 11100/02 חצור נ' דותן,<sup>5</sup> חזר בית המשפט, מפי כבוד השופט גרוניס, על ההלכה והדגיש כי: "אין יסוד להבחנה בין טענה כי החיוב החוזי נפרע, לבין טענה כי החיוב בוטל בהסכמת הצדדים. במקרה הראשון כמו גם במקרה השני מודה הנתבע בכך שהחיוב התקיים בעבר, ומציין עובדה נוספת אשר לגרסתו פוטרת אותו מן החיוב בהווה".<sup>6</sup>

כידוע, הקביעה, מי מבעלי הדין נושא בנטל השכנוע, נעשית על בסיסם של שני כללים יסודיים, האחד: "המוציא מחברו עליו הראיה", והשני: "דיני הראיות הולכים אחרי הדין המהותי", הן לעניין הוכחת יסודות העילה/ההגנה והן לעניין הפרכתן של חזקות.<sup>7</sup> לשון אחר, נטל השכנוע במשפט אזרחי נקבע בדרך כלל על יסוד העיקרון כי בעל הדין צריך לשכנע את בית המשפט בקיום אותן עובדות שבהן מותנית התוצאה המשפטית הנובעת מן ההלכה שהוא מסתמך עליה. את התשובה על השאלה, על מי מבעלי הדין חל נטל השכנוע, גוזרים אפוא מן הדין המהותי.<sup>8</sup>

יודגש כי התובע נושא בנטל השכנוע בנוגע לכל יסודותיה העובדתיים של עילת תביעתו, לרבות יסודותיה השליליים, ואילו הנתבע נושא בנטל השכנוע בנוגע לכל יסודותיה העובדתיים של טענת הגנתו.<sup>9</sup> ברגיל, מתגונן הנתבע בטענה שאינה אלא הכחשה מנומקת ומפורטת של עילת התביעה ואז נושא התובע בנטל הוכחת עילת תביעתו, על כל יסודותיה, אולם לעתים מתגונן הנתבע בטענה המכילה הודאה בכל עובדות עילת התביעה אך מצרף אל ההודאה טענת הגנה, אשר אם תוכח – תפטור

3 ע"א 748/88 בנק צפון אמריקה בע"מ נ' רכטשפר, פ"ד מה (4) 696; רע"א 7454/96 סמיון נ' טיטלבוים, תק-על (1)97 (368) (להלן: עניין טיטלבוים); ע"א 256/89 פרץ נ' כובס, פ"ד מו(5) (3) 557, 562; ע"א 166/90 אזולאי נ' א"ב, מפעלי תיירות אילת בע"מ, פ"ד מו(5) 344, 351; ע"א (נצרת) 426/99 סיאדה נ' חברת אלקה אחזקות בע"מ, תק-מח 2000 (2) 23195; ת"א (י"ם) 1181/96 ננר נ' אסייג דגן, תק-מח 99 (3) 697; ת"א (נצרת) 435/96 פאהום נ' תעשיית אבן, תק-מח 98 (2) 329; ע"א 178/99 זינגר נ' ג'ורג', תק-על (2) 720.

4 ע"א 71/77 אייזנברג ושות' נ' אילו, פ"ד לא(2) 502 (להלן: עניין אייזנברג).

5 תק-על 2004 (1) 1168 (להלן: עניין חצור).

6 שם, בע' 1176.

7 יעקב קדמי על הראיות (מהדורה משולבת ומעודכנת, תל-אביב, תשס"ד, חלק שלישי) 1508.

8 עניין טפר, לעיל הערה 1.

9 קדמי, לעיל הערה 7, בע' 1511 והפסיקה המובאת שם.

אותו מחבותו. טענה כפולה זו נקראת "הודאה והדחה". ההבדל בין הכחשה מנומקת ובין הודאה והדחה, מכריע לעניין נטל השכנוע, שכן הכחשה מנומקת פוטרת את התובע מנטל השכנוע רק אם הנתבע הודה "בכל עובדות העילה"<sup>10</sup>. הודאה והדחה מעצם טיבה כוללת הודאה בכל עובדות העילה ופוטרת את התובע מנטל השכנוע. דוגמה נפוצה בפסיקת בית המשפט ובכתיבה האקדמית לשימוש בטענת הודאה והדחה היא טענת "פרעתי", שלפיה מודה הנתבע בחיוב החוזי, לרוב חיוב כספי, אך מוסיף נסיבות שבגינן הוא זכאי, לטענתו, לפטור מהחיוב, בדרך כלל הטענה כי החיוב נפרע. אולם הטיעון המרכזי שיובא להלן, עיקרו כי טענת "פרעתי" תיחשב כטענת הודאה והדחה אמיתית רק כאשר אין התובע נדרש להוכיח, במסגרת עילת התביעה, את הפרת החיוב הנטען. בכל מקרה אחר, טענת "פרעתי" לא תהיה שונה מטענת הכחשה אחרת לעניין הפרת החיוב, חוץ מהיותה מפורטת ומנומקת, ולא תהווה טענת הודאה והדחה, שכן הנתבע לא הודה בכל יסודות עילת התביעה. לפיכך גם בתביעה חוזית, שעניינה הפרת חיוב כספי או אחר, כאשר הנתבע מתגונן בטענת "פרעתי", מהווה טענתו הודאה בחיוב בלבד ומכאן שהנטל להוכחת הפרת החיוב נותר על כתפי התובע, בהיות יסוד ההפירה עובדה מהותית בעילת תביעתו. מאידך גיסא, נתבע המתגונן בטענה, כי מכוח דין אחר הוא פטור ממילוי החיוב,<sup>11</sup> מודה בכל יסודות עילת התביעה, לרבות בעניין אי-מילוי החיוב. טענת ההדחה מבוססת על הוספת עובדות מפקיעות, המהוות את עילת הגנתו<sup>12</sup> ולפיכך נושא הנתבע בנטל הוכחתו.<sup>13</sup> במילים אחרות, כאשר נטענת טענת "פרעתי" כנגד חיוב חוזי או חיוב מן הדין, יש, ברגיל, לראות בטענת הנתבע הודאה לעניין החיוב בלבד. הטענה איננה כוללת הודאה בהפרת החיוב והכול, אם לא נקבע אחרת בדין המהותי. מכאן שהנטל להוכחת יסוד הפרת החיוב, כיסוד עובדתי שלילי, ככל שיסוד זה מהווה חלק מעילת התביעה, מוטל על התובע ואם יימצא בסיומו של הדיון כי כפות המאזניים שקולות – תידחה טענתו. החיבור יכלול שני חלקים עיקריים: ראשית אעמוד על המסגרת הנורמטיבית לכלל נטל השכנוע, לטענת הודאה והדחה, לטענת "פרעתי" ואעמוד על היחס ביניהם והכול, כפי שנקבע בהלכה הפסוקה. לאחר מכן יובא הטיעון המרכזי לעניין טענת "פרעתי" כנגד חיוב בכלל וכנגד חיוב חוזי בפרט ולעניין הנטל להוכחתה.

10 יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, ירושלים, 1995) 321.  
 11 למשל, בשל טענה לפגם שנפל בכריתת החוזה, ראו סעיפים 13–18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973 (להלן: חוק החוזים).  
 12 ע"א 530/89 בנק דיסקונט נ' נופי, פ"ד מז(4) 116, שם נטענה טענת ויתור.  
 13 עניין חצור, לעיל הערה 5, בע' 1171, שם טען הנתבע לביטול ההסכם שעמד בבסיס עילת התביעה.

## ב. המסגרת הנורמטיבית

## 1. על נטל השכנוע – כללים ועקרונות

מושכלות יסוד בדיני ראיות מבחינים, לעניין נטלי ההוכחה, בין נטל השכנוע ובין נטל הבאת הראיות. נטל השכנוע או נטל ההוכחה (burden of proof or onus of proof), מבטא את החובה העיקרית המוטלת על בעל דין (תובע או נתבע), להוכיח את טענותיו כלפי יריבו במידת ההוכחה הנדרשת במשפט האזרחי, קרי הטיית מאזן ההסתברויות, כאשר השקילות ברמת הוודאות פועלת לחובתו.<sup>14</sup> נטל הבאת הראיות מבטא חובה נלווית, משנית לחובה העיקרית, והיא החובה להביא ראיות כדי לעמוד בנטל השכנוע. זאת ועוד, "נטל השכנוע הוא הנטל העיקרי ובדרך כלל הוא קבוע ועומד ואיננו עובר במהלך המשפט מבעל דין אחד למשנהו. נטל הבאת הראיות הוא הנטל המשני ועשוי להתחלף במהלך המשפט. ובקיצור לשון: נטל השכנוע עניינו מהימנות הראיות, נטל הבאת הראיות, אין עניינו אלא דיות הראיות".<sup>15</sup> הבחנה זו בין הנטלים, אשר מקורה במשפט המקובל, אומצה על ידי בית המשפט העליון בפסק דין מנחה, ע"פ 28/49 זרקא נ' הי"מ.<sup>16</sup> על משמעותו של כלל נטל השכנוע עמד בית המשפט בד"נ 4/69 נוימן נ' כהן,<sup>17</sup> אחד מפסקי הדין המרכזיים בעניין זה. מפאת חשיבותם יובאו דברי בית המשפט במלואם:

"נטל השכנוע (החובה מס' 1) פירושו, כי בעל-הדין, שנושא בו, חייב להוכיח את העובדה השנויה במחלוקת ואשר הוכחתה מהווה תנאי לזכייתו במשפט, כך שאם לא ישכיל להוכיחה, תיפול ההכרעה בגינה לרעתו... כיון שיש לפנות אל המשפט המהותי, על-מנת להיווכח, מה הם היסודות המרכיבים את עילת התביעה ומה העובדה או העובדות המקנות לנתבע הגנה כלפיה, הרי שהמשפט המהותי הוא, בעיקר, הקובע בשאלה, על מי מהצדדים חל נטל השכנוע, הגם שבבוא בית-המשפט להחליט בה, הוא ייעזר גם בכתבי-הטענות, מהם עולות השאלות העובדתיות, שהן במחלוקת... אין צריך לומר, שחשיבותה המיוחדת של קביעת נטל השכנוע היא בכך: שאם בסוף המשפט העריך השופט שההוכחות של הצדדים הן שקולות ומאוזנות, כי אז יכריע את הדין לרעת הצד הנושא בנטל השכנוע".<sup>18</sup>

14 קדמי, לעיל הערה 7, בע' 1505; אליהו הרנון דיני ראיות (ירושלים, תשמ"ה, חלק א) 189; ראו גם רע"א 1436/90 גיורא ארד חברה לניהול נ' מנהל מס ערך מוסף, פ"ד מו(5) 101.

15 הרנון, שם. ראו גם נתן קנת וחיים קנת נטל ההוכחה וחזקות במשפט האזרחי ובמשפט הפלילי (תל-אביב, תשס"ב); ע"א 641/66 אריה נ' קליבנסקי, פ"ד כא(2) 358.

16 פ"ד ד(1) 504 (להלן: עניין זרקא).

17 פ"ד כד(2) 229.

18 שם, בע' 288–289; מכאן ש"תובע המבקש סעד נושא בנטל השכנוע שנתקיימו כל העובדות המהוות את עילת התובענה – היינו אותן עובדות בהן מתנה הדין המהותי את מתן מבוקשו".

מכאן שעל התובע מוטל הנטל להוכיח את כל יסודות עילת תביעתו, לרבות יסוד שלילי ויסוד הנמצא בידיעתו המיוחדת של הנתבע.<sup>19</sup> בעניין זה יש להבחין "הבחין היטב בין 'יסוד שלילי' שהוכחתו על התובע לבין טענת הגנה שהוכחתה על הנתבע".<sup>20</sup>

## 2. עילת התביעה, הודאה והדחה ומה שביניהן

מתכונת הדיון בהליכים משפטיים בכלל ובעניינים אזרחיים בפרט נקבעת על יסוד כתבי הטענות והמחלוקות העולות מהם. המסגרת העובדתית נקבעת, ברגיל, על ידי עילת התביעה המובאת בתובענה ועל ידי טענות הנתבע לגביה בכתב הגנתו.<sup>21</sup> מקומה הגיאומטרי של עילת התביעה, שהיא לב לבו של הדיון האזרחי ובלעדיה נדון ההליך לכישלון, נקבע בתקנה 9(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד–1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי), ולפיה על הנתבע לפרט בכתב תביעתו את "... העובדות העיקריות המהוות את עילת התובענה ואימתי נולדה". בעניין זה נקבע כי עילת התביעה מגלמת את כל העובדות המהותיות שעל פי הדין המהותי זכאי התובע בגינן לסעד המבוקש.<sup>22</sup> מנגד, תקנה 86 לתקנות סדר הדין האזרחי קובעת כי הנתבע חייב לטעון בכתב הגנתו "... לגופו של עניין" ולפרט את גרסתו ואין די בכך שיסתפק בהכחשה סתמית. על כך עמד השופט זוסמן בספרו: "הכחשה מנומקת כזאת היא בבחינת 'הודאה במקצת'. התובע פטור מן ההוכחה במידה והנתבע הודה אך עליו להוכיח את עילתו במידה שהנתבע כופר בה",<sup>23</sup> שאז יפתח התובע "בהרצאת פרשתו ויביא ראיותיו".<sup>24</sup>

לעתים הנתבע מתגונן בטענה שיש בה הודאה בכל יסודות העילה, ואולם הוא מצרף להודאתו טענה אחרת, אשר אם תוכח, תפטור אותו מחבותו. "טענה כפולה זו נקראת הודאה והדחה (confession and avoidance) לאמור, הנתבע מודה אך יחד עם זאת הוא מביא עובדות נוספות, העשויות למנוע את החיוב הנובע מההודאה".<sup>25</sup> מבחינת כללי הטיעון ישנו הבדל מהותי לעניין כללי השכנוע בין הכחשה מנומקת ומפורטת ובין הודאה והדחה, שכן "הכחשה מנומקת פוטרת את התובע מנטל השיכנוע רק במידה שהנתבע הודה: הודאה והדחה... שטיבה הודאה בכל עובדות העילה".<sup>26</sup> כדי

ראו גם הרנון, לעיל הערה 14, שם; ע"א 1842/90 בר לב נ' רפפורט, פ"ד מח (5) 221; וגם ע"א 1845/90 סיני נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מז(5) 661.  
19 קדמי, לעיל הערה 7, בע' 1511 והפסיקה המובאת שם. ראו גם הרנון, לעיל הערה 14, בע' 201.  
20 קדמי, שם, בע' 1514.  
21 שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד (ירושלים, תשנ"ט) 128.  
22 ראו ע"א 109/49 חברה להנדסה ולתעשייה בע"מ נ' מזרח שרות לביטוח, פ"ד ה(3) 1585; ראו גם לויין, שם, בע' 148.  
23 ראו זוסמן, לעיל הערה 10, בע' 320.  
24 תקנה 158(א)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי.  
25 ראו זוסמן, לעיל הערה 10, בע' 320.  
26 ראו שם, בע' 321. בנוסף ראו ע"א 98/68 באומן נ' לנגסנר, פ"ד כב(2) 505.

שנטל השכנוע יעבור אפוא אל כתפי הנתבע, בכתב טענותיו צריכה להיטען טענה מן הסוג של הודאה והדחה, כלומר כן – אבל: כן – לכל העובדות המהותיות המהוות את עילת התביעה, אבל – עובדות נוספות שיש בהן כדי להפקיע את זכותו של התובע.<sup>27</sup> ואולם אם הוכחשה ולו אחת מהעובדות המהותיות המהווה חלק מעילת התביעה, יהיה על התובע לפתוח בהבאת ראיותיו ולשאת בנטל השכנוע.<sup>28</sup>

כללו של דבר, "לסיטואציה של הודאה והדחה יש פן מהותי ופן דיוני. הפן המהותי הוא העברת נטל השכנוע לכתפי הנתבע. משמעות הדבר היא, כי אם כפות המאזניים יישארו בסופו של המשפט מעויינות כאשר לטענות הנתבע, יזכה התובע בתביעתו, שהרי הנתבע הודה בכל רכיביה... הפן הדיוני הוא, כי סדר הטיעון הרגיל, הקבוע בתקנה 158 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984 נהפך".<sup>29</sup>

בפסיקה נדונו מקרים שונים, שבמסגרתם נטענו טענות מסוג הודאה והדחה, שהנטל להוכחתן הוטל על הטוענים אותן. בע"א 530/89 בנק דיסקונט נ' נופי<sup>30</sup> נטען, כי הסכם לסילוק חוב וקיום החיובים שנקבעו במסגרתו, מהווה פירעון מלא של החוב, במועד שקדם לחתימתו של ההסכם. בית המשפט, מפי כבוד השופט חשין, קבע כי הטענה בדבר פקיעת החיובים שקדמו להסכם שקולה למעשה לטענת "פרעת" לעניינם של אותם חיובים, והנטל להוכחת הטענה מוטל על הנתבעים, בהיות הטענה מסוג הודאה והדחה. למעשה טענו הנתבעים לחוזה מאוחר, שבמסגרתו ויתרה התובעת על מקצת החוב. טענה זו הנה טענת הודאה והדחה. יש בה הודאה בעילת התביעה לעניין החוב, והדחה בשל עובדות מפקיעות. בע"א 491/71 רוזנר נ' שטרן<sup>31</sup> נדונה תביעה לאבדן רווחים בשל הפרת הסכם. שם נטען כי הנפגע לא עשה די להקטנת נזקו. בית המשפט העליון קבע כי הטענה בדבר הקטנת הנזק היא בבחינת הודאה והדחה, שהנטל להוכחתה מוטל על המפר. הודאה כיצד? כיוון שהמפר לא חלק על שיעור הנזק שגרם בגין הפרת ההסכם, ובכך הודה בכל עילת התביעה. הדחה כיצד? כיוון שהוסיף עובדות מפקיעות לעניין שיעור הנזק, כולו או מקצתו, מכוח דין אחר<sup>32</sup> שעניינו מתן פטור מחבותו של מפר להיטיב את הנזק, שהיה יכול הנפגע להקטין. בע"א 357/72 עזיז נ' בצלציוני<sup>33</sup> נטען כי הסכם, שלפיו התקבל סכום חלקי של כסף לסילוק סופי של פסק דין, נכרת בכפייה ובוטל כדין. בית המשפט קבע, כי על הטוען לפגם בכריתת החוזה ולביטולו, בשל טענת אילוץ, מוטל הנטל להוכיח את העובדות הנחוצות לביסוס טענתו, כמו בכל מקרה אחר שבו צד מבקש

27 ע"א 777/80 שרייבר נ' שטרן, פ"ד לח(2) 143.

28 ראו ר"ע 677/85 דורקום מחשבים בע"מ נ' רוט, פ"ד לט(4) 654 (להלן: עניין דורקום).

29 רע"א 3592/01 עיזבון המנוח סימן טוב מנשה נ' אהרונוב, פ"ד נה(5) 193, 194-195.

30 ראו לעיל הערה 12.

31 פ"ד כז(1) 78.

32 הקטנת הנזק, סעיף 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים תרופות).

33 פ"ד כז(1) 741.

להשתחרר מהתחייבויותיו בטענת מרמה או אילוץ, והוסיף כי אין מקרה זה דומה למקרה שבו נטענה טענת "פרעתי", שלפיה רובץ נטל השכנוע "עד הסוף על החייב ואינו עובר לזוכה".<sup>34</sup> בכל הכבוד הראוי, נדמה כי טענת אילוץ איננה שונה מכל טענת הודאה והדחה אחרת, כיוון שהטוען איננו כופר בחיוב שנקבע בהסכם, אלא מוסיף עובדה מפקיעה מכוח דין אחר.<sup>35</sup> כך לעניין אילוץ וכך לעניין כל פגם אחר הנשען על מקור בדין.<sup>36</sup> ברע"א 677/85 דורקום מחשבים בע"מ נ' רוט<sup>37</sup> נדונה תביעה לאכיפת הסכם ולפיצויים בשל הפרתו. הנתבע טען כי ההסכם בוטל בשל הפרה יסודית. בית המשפט קבע כי הטענה בדבר ביטול ההסכם הנה טענה מסוג הודאה והדחה, שכן הטוען מודה בקיומו של ההסכם ומוסיף עובדות שיש בהן כדי להפקיע את החיוב על פיו, בשל ביטולו מכוחו של דין אחר,<sup>38</sup> ועליו מוטל הנטל להוכיח טענתו. בעניין חצור נדונה תביעה לאכיפת הסכם שכר טרחה ונשאלה השאלה, אם בוטל הסכם, שנכרת בעל פה, בהסכמת הצדדים. בית המשפט קבע כי הצדדים לא השכילו לבסס עדיפות ראייתית זה כלפי זה ולהוכיח כי גרסת אחד מהם מסתברת יותר. בנסיבות אלה, כאשר כפות המאזניים שקולות, פסק הדין מוכרע על פי כלל הנטל וכנגד מי שמוטל עליו נטל השכנוע. בית המשפט קבע כי הטענה בדבר ביטול ההסכם הנה טענה מסוג הודאה והדחה ולקביעה זו, בכל הכבוד הראוי, אני מסכים, ואולם לגזרה השווה שעשה בית המשפט בין הטענה בדבר ביטול החיוב לבין הטענה כי החיוב החוזי נפרע, אני מתקשה להסכים. בית המשפט חזר על ההלכה בעניין ספר וקבע כי אין מקום להבחין בין הטענות, שכן בשתייהן הנתבע מודה בכך "שהחיוב התקיים בעבר" ובשתייהן מציין עובדה נוספת הפוטרת אותו "מן החיוב בהווה". האומנם? אני סבור, בכל הכבוד הראוי, כי יש מקום להבחין בין טענת "פרעתי", שעיקרה טענה כנגד הפרת החיוב החוזי במועד שנקבע לקיומו, ובין טענה המפקיעה את החיוב מכוח דין אחר, הפוטר את הנתבע מחבותו.

### 3. טענת "פרעתי" וטענת הודאה והדחה בדין הנוהג

#### (א) כללי

טענת "פרעתי" הנה טענה מסוג מיוחד. היא איננה נשענת על נסיבות אחרות, שעל פי הדין מפקיעות את החיוב ופוטרות את הטוען מחבותו. היא יוצאת כנגד החיוב לגופו בטענה שהוא מולא. טענה כזו איננה נזקקת למקור אחר בדין וממילא אין להטיל את הנטל להוכחתה על הטוען אותה, וזאת על יסוד הכללים הבסיסיים הנוהגים לעניין

34 שם, בע' 744.

35 כפייה – סעיף 17 לחוק החוזים.

36 פרק ב לחוק החוזים: ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו.

37 עניין דורקום, לעיל הערה 28.

38 חוק החוזים תרופות, פרק ב סימן ב: ביטול החוזה.

נטל השכנוע. לפיכך טענת "פרעתי" איננה טענת הודאה והדחה, שכן אין בה הודאה באי-מילוי החיוב ואין בגדרה עובדות מפקיעות שמכוחן, ועל יסוד דין אחר, פטור הטוען מחבותו. מכאן שטענת "פרעתי" איננה שונה מטענת הכחשה רגילה, חוץ מהיותה מפורטת, בשל גרסה מנומקת, שהובאה בגדרה, לעניין מילוי החיוב. לכן בנסיבות רגילות הטוען לחיוב, הנטל להוכחת הפרתו מוטל עליו, אלא אם כן פטור הוא מלעשות כן מכוח הדין הרלוונטי, שלפיו יסוד הפרת החיוב איננו נמנה עם יסודות התביעה. בדין הכללי ישנם לפחות שני מקורות עיקריים, מוכרים יותר, שאינם כוללים, כחלק מעילת התביעה, את יסוד הפרת החיוב והם תביעה מכוח שטר ובקשה לביצוע פסק דין על פי חוק ההוצאה לפועל.

#### (ב) טענת "פרעתי" בדיני שטרות

בתביעה מכוח שטר, עילת התביעה העומדת לזכותו של אוחז בשטר, המבקש להיפרע על פיו, נגזרת, ברגיל, מסעיף 37(1) לפקודת השטרות [נוסח חדש] (להלן: פקודת השטרות). לפי פקודת השטרות, אחיזה בשטר, די בה להקים עילת תביעה על פיו, וזאת בשים לב לחזקות הקבועות שם לטובת האוחז (למשל, לעניין התמורה, המסירה ואחיזה כשורה).<sup>39</sup> במסגרת הגנתו רשאי הנתבע להעלות טענות כנגד זכותו של האוחז בשטר, ובין היתר לטעון טענת "פירעון כשורה" הנסמכת על סעיף 60(א) לפקודת השטרות. בנסיבות אלה, ועל יסוד הוראות הדין הרלוונטי, עילת תביעה על פי שטר איננה כוללת, כעובדה מהותית וכחלק מרכיביה, את יסוד הפרת החיוב. כל שנדרש לעניין הקמת החיוב, הוא יסוד האחיזה בשטר.<sup>40</sup> מאידך גיסא, טענת "פרעתי" הנה טענת הגנה אפשרית, שכן היא נסמכת על מקור בדין ולפיו פטור הנתבע מחבותו אם יוכיח את טענתו. מהמקובץ עולה כי טענת "פרעתי" בדיני שטרות, הנה מקרה פרטי של הודאה והדחה. הנתבע מודה בכל יסודות העילה, הן לעניין היסודות המנויים בסעיף 3 לפקודת השטרות והן לעניין האחיזה בשטר,<sup>41</sup> אך מעורר טענה נוספת, המפקיעה את זכותו של האוחז בשטר מכוח סעיף 60(א) לפקודת השטרות. לפיכך בדין נקבע, כי הנטל להוכחת טענת "פרעתי" כנגד שטר, מוטל על הנתבע ולעולם איננו עובר אל התובע.<sup>42</sup>

#### (ג) טענת "פרעתי" בדיני ההוצאה לפועל

על פי הדין הנוהג, משזכה תובע בתביעתו וקיבל פסק דין, הוא רשאי להגישו, ברגיל,

39 סעיפים 29(א), 20(ג), 29(ב) לפקודת השטרות וראו גם יואל זוסמן דיני שטרות (מהדורה שישיית, ירושלים, תשמ"ג) 257–262.

40 עניין טפר, לעיל הערה 1, בע' 1005.

41 לפיכך כאשר חסרה חתימת ידו של המושך, והשטר הוטבע בחותמת גומי בלבד, הנטל להוכחת יסוד החתימה, הוא על האוחז בשטר. ראו ע"א 566/71 פייג נ' שפיצקופף, פ"ד כז(1) 355.

42 ע"א 402/59 פויראייזון נ' איזנר, פ"ד טו(2) 937, 943 (להלן: עניין פויראייזון).



ללשכת ההוצאה לפועל הקרובה למקום מגוריו ולנקוט הליכים לביצועו של פסק הדין על פי הוראות חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז–1967. בנסיבות אלו הטוען כי בשל דין אחר הוא פטור מחובתו למלא את הוראות פסק הדין, עליו הנטל להוכיח, כי נתקיימו הנסיבות המפיקעות מכוח הדין האמור<sup>43</sup> על פי הכללים הבסיסיים הנוהגים בעניין זה.<sup>44</sup> לעניין ביצועם של פסקי דין, הנטל להוכחת טענת "פרעתי" מוטל אפוא ברגיל<sup>45</sup> על החייב.

### ג. בחינה מחדש של ההלכה בעניין טפר

#### 1. כללי

הפרופוזיציה הכללית שאני מבקש להציג בחיבור לעניין טענת "פרעתי" בכלל ולעניין טענת הגנה מפני חיוב חוזי בפרט, היא, כי כאשר נטענת טענת "פרעתי" כטענת הגנה מפני חיוב בדין או בחוזה, טיבה, לעניין הודאה והדחה, ייקבע על פי המקור הנורמטיבי של החיוב ובתשובה על השאלה, אם יסוד הפרת החיוב (או אי-מילוי) מהווה חלק מעילת התביעה. כאשר נטענת טענת "פרעתי" כטענת הגנה מפני חיוב חוזי, היא איננה שונה מכל טענת הכחשה מפורטת ומנומקת אחרת, מכיוון שיסוד הפרת החיוב, במובחן מעצם לידתו בחוזה, מהווה גם הוא חלק מעילת התביעה. לפיכך הנטל להוכחתו מוטל על התובע, על אף היותו יסוד שלילי, ואם ימצא בסיום הדיון כי כפות המאזניים שקולות, תידחה תביעתו.

הוכחת הטיעון תיעשה בכמה שלבים. תחילה אבחן את ההלכה שנפסקה בעניין טפר, בקשר לטענת "פרעתי" כטענת הודאה והדחה ואת ההנמקות שעמדו בבסיסה ואעמוד על ההבחנה שיש לעשות בין תביעה חוזית ובין תביעות אחרות לקיום זכות. בהמשך אנתח את יסודות עילת התביעה החוזית ובייחוד את יסוד ההפרה ונברר, אם יסוד זה הוא רכיב מהותי מרכיבי התביעה ואסיים בהצגת הניתוח הראוי לעניין טענת "פרעתי" בכלל ובחוזים בפרט.

43 סעיף 19 לחוק ההוצאה לפועל, שם נקבע כי "חייב הטוען שמילא אחר פסק הדין... עליו הראיה..."; ע"א (חיפה) 1503/00 קרויט נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, תק"מח (1)2001 10856; ע"א (חיפה) 1124/00 סיסנוביק נ' גוס, תק"מח (1)2001 1581; ע"א (ב"ש) 1190/99 אופיטק שיטות נ' בנק המזרחי, תק"מח (2)2000 9135; ע"א (חיפה) 4224/99 אסאו נ' בנק דיסקונט, תק"מח (2)2000 1576.

44 דוד בר-אופיר הוצאה לפועל: הליכים והלכות (מהדורה חמישית, תל-אביב, חלק שני) 616–625 והפסיקה המובאת שם.

45 למעט מקרים שבהם נקבעו בפסקי הדין חיובים, שאינם ניתנים לביצוע במסגרת ההוצאה לפועל אלא בהליכים אחרים, כגון בזיון בית המשפט, שם הנטל להוכחת "הפרתם" מוטל על מבקש הבקשה. ראו סעיף 6 לפקודת בזיון בית משפט.

## 2. טענת "פרעתי" כנגד חיוב חוזי, האומנם הודאה והדחה?

בעניין ספר הוגשה תובענה לאכיפת חוזה ותשלום התמורה על פיו. הנתבע טען "פרעתי" ובית המשפט קבע כי טענתו היא מסוג הודאה והדחה. האומנם? ההנמקה שעמדה ביסוד קביעת בית המשפט בדבר טיבה של טענת "פרעתי" נשענה על דוגמה מדיני שטרות.<sup>46</sup> בית המשפט אִזכר את סעיף 137(1) לפקודת השטרות, שלפיו די באחיזה בשטר כדי להקים עילת תביעה. ואולם אין הנדון דומה לראיה. בדיני שטרות, כפי שסקרנו לעיל, יסוד הפרת החיוב איננו חלק מעילת התביעה, ואילו בענייננו הוא מהווה נדבך מרכזי ועובדה מהותית ולפיכך הנטל להוכחתו, בשונה מדיני שטרות, מוטל על התובע, בבחינת פשיטא. מכאן שההיקש שעשה בית המשפט מדיני שטרות לדיני חוזים, עם כל הכבוד הראוי, אין לו על מה לסמוך. זאת ועוד, גם הפסיקה שהובאה לשם תמיכה בפסיקת בית המשפט,<sup>47</sup> עניינה היה בתביעה מכוח שטר ולפיה, הטוען "פרעתי" כנגד שטר, נושא בנטל השכנוע להוכחת טענתו, אך על כך כאמור אין חולק.

בפסק הדין קבע בית המשפט, ולכך אני מסכים, כי טענת הודאה והדחה היא טענה שבה מודה הנתבע בכל העובדות המהותיות המקימות את עילת התביעה, ואולם על אף האמור, משנדרש בית המשפט ליישם את הכלל, הוא קבע כי כאשר מודה הנתבע "בכך שנולד החיוב", הוא פוטר את התובע "מהוכחתו", ולא רק מהוכחת היווצרות החיוב אלא גם מהוכחת הפרתו. קביעה זו של בית המשפט מוקשית.

אכן נכון, טענת פירעון בהכרח מכירה בקיומו של חיוב ובלידתו בחוזה ובעיקר מכירה בפרשנותו המעשית מבחינת תוכנו ומועד חלותו. ואולם הודאה בחיוב היא עצמה לא בהכרח מלמדת גם על הודאה בדבר הפרתו במועד שנקבע לקיומו ואין בה יותר מ"הודאה במקצת",<sup>48</sup> כלומר התובע צריך להיות פטור מהוכחת קיום החיוב (או לידתו), אך איננו צריך להיות פטור מהוכחת הפרתו.

לפיכך אני סבור כי בעניין ספר שגה בית המשפט כאשר קבע, לעניין טענת "פרעתי" הנתענת כנגד חיוב חוזי, כי די בהודאת הנתבע בדבר לידתו של החיוב, כדי לפטור את התובע מהוכחת הפרתו וכדי להטיל על הנתבע את הנטל להוכיח את פקיעתו. גם אין מקום לגזרה שווה בין הטענה כי החיוב החוזי נפרע לבין הטענה כי החיוב בוטל.<sup>49</sup> מאידך גיסא, אני סבור כי ניתן היה להגיע לידי אותה תוצאה שם, על פי הכללים הרגילים הנוהגים לעניין נטלי השכנוע והבאת הראיות בלי להידרש לסוגיית הודאה והדחה, שלא חלה לשיטתי בנסיבות שם.

46 עניין ספר, לעיל הערה 1, בע' 1005.

47 עניין פויראייזן, לעיל הערה 42, בע' 1006.

48 זוסמן, לעיל הערה 10, בע' 320.

49 עניין חצור, לעיל הערה 5, בע' 1178.

## 3. יסוד הפרת החיוב – רכיב מהותי בעילת התביעה או תיאור רקע בלבד

ניתוח ההלכה בעניין טפר מעורר סוגיה כללית יותר והיא השאלה, אם יסוד ההפרה בעילת תביעה חוזית הוא עובדה מהותית, שהנטל להוכחתה מוטל על התובע, או שמא זהו "תיאור רקע בלבד". לכאורה אין ולא צריך להיות חולק על היות יסוד ההפרה עובדה מהותית בעילת תביעה מכוח חוזה, שכן עסקינן במושכלות יסוד.<sup>50</sup> גם דיני הראיות במשפט המקובל, שעליהם מבוססים דיני הראיות במשפטנו, מורים כך.<sup>51</sup> ועל אף כל זאת קבע בית המשפט בעניין אייזנברג כי בתביעה לאכיפת הסכם מכר מיטלטלין "טענתו [של התובע] שהממכר לא סופק לו אינה רכיב מרכיבי עילתו, כי אם תיאור רקע בתור בסיס לסעד האכיפה המבוקש על ידו",<sup>52</sup> וכל זאת משום שאם מודה הנתבע בקבלת התמורה, אולם מוסיף וטוען למסירת הממכר כנגדה, "עליו להוכיח שהממכר סופק, שכן רואים אותו כמי שמודה ומדיח". בית המשפט הבחין בין מקרה זה ובין סוג אחר של הפרה, שעניינה פגם בממכר, שאז על התובע הנטל להוכיח את טענתו שהממכר סופק עם פגם. בית המשפט גזר גזרה שווה מטענת "פרעתי" הנטענת לעניין חיוב כספי וחזר על ההלכה ש"הטענה שההלוואה לא הוחזרה אינה חלק מן העילה".<sup>53</sup> הוא השווה את קביעתו לעילה אחרת בדין הכללי, שעניינה תביעה לסילוק יד במקרקעין. בית המשפט הביא דוגמה מדיני מקרקעין, שלפיה תובע יכול לבסס את תביעתו לסילוק יד ממקרקעין אך על זכותו בהם כאשר טענתו, לפיה הנתבע מחזיק במקרקעין בלא זכות, מובאת כטיעון רקע בלבד ועל הנתבע הנטל להוכיח את זכותו שלו להחזיק במקרקעין. רק אם יש בידי הנתבע "להצביע" על זכותו במקרקעין, מכוח רישיון או שכירות, חייב התובע לטעון זאת ככתב תביעתו ולהוכיח את העובדות שבגינן הנתבע הנו מסיג גבול חרף הרישיון או החוזה.

בכל הכבוד הראוי, אני סבור כי את התשובה על השאלה, על מי מוטל נטל השכנוע, יש לגזור מהדין המהותי, שמכוחו מובאת עילת התביעה ועליו בלבד. התשובה איננה צריכה להיות תלויה באופן שבו הצדדים בחרו לנסח את כתבי טענותיהם. סעיף 16 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, התוחם את גדרה של ההגנה על הזכות להחזיק במקרקעין, קובע כי לצורך הקמת עילת תביעה על פיו, "על התובע להוכיח הן את זכותו שלו להחזיק בקרקע והן את העדר זכותו של הנתבע להחזיק בה. בהוכחת

50 זוסמן, לעיל הערה 10. בע' 133 נאמר לעניין העובדות המהותיות המהוות את עילת התביעה בכלל ולעניין הדוגמה שניתנה לתביעה מכוח חוזה בפרט: "בחווה המכר שנעשה בין ראובן ושמעון מורכבת העילה מעובדות אלה: (1) ראובן ושמעון התקשרו בחוזה מכר, לפיו התחייב שמעון לשלם לראובן סכום פלוני תמורת הנמכר. (2) ראובן מסר את הנמכר אך שמעון לא שילם את המחיר זהו שלד של עילת תביעה" [הדגש לא במקור – מ"ב].

51 ראו: M.N. Howard *Phipson on Evidence* (15th ed., London, 2000) 58–59, והדוגמאות המובאות שם לעניין נטל ההוכחה בעילות תביעה שונות, לרבות עילות תביעה מכוח חוזה.

52 עניין אייזנברג, לעיל הערה 4, בע' 503.

53 שם, שם.

תנאים מצטברים אלה תלויה הצלחת התביעה<sup>54</sup>. כלומר יסוד היעדר זכותו של הנתבע להחזיק במקרקעין, על אף היותו יסוד שלילי, הנו רכיב מהותי וחלק בלתי נפרד מעילת התביעה והנטל להוכחתו מוטל על התובע.

לפיכך אין ממש בדוגמה שהובאה בפסק הדין, לצורך ההשוואה וההנמקה שניתנה שם לעניין יסוד הפרת החיוב, ואי-היותו כביכול חלק מעילת התביעה החוזית, והיא איננה יכולה לעמוד. הוא אשר אמרתי, זכותו של בעל דין, בין שהוא התובע ובין שהוא הנתבע, נגזרת מהדין המהותי וממנו בלבד ורק הדין המהותי קובע את גדרה של הזכות וממילא את יסודותיה, לרבות יסוד הפרתה.

ואכן, בעניין טיטלבאום נדון טיבה של טענת "פרעתי" כנגד חיוב חוזי ונשאלה השאלה "האם עצם הודאת המבקשים בכריתת הסכם לרכישת דירה, תוך הכחשת טענת המשיב כי התמורה לא שולמה במלואה, מהווה הודאה והדחה ומעבירה את נטל השיכנוע אל המבקשים"<sup>55</sup>. בית המשפט קיבל את הטענה כי לצורך עילת תביעה בחוזים יש להבחין בין יסוד הכריתה (של החיוב) ליסוד ההפרה ולכאורה צריך התובע להוכיח את שניהם. עם זאת והגם ש"טענת פרעתי מהווה הכחשה של אותה הפרה נטענת... אין לומר שהכחשת ההפרה משמעה שלא היתה 'הודאה' במובן טענת הודאה והדחה... ברור ש'ההודאה' הדרושה לצורך יצירת מצב של הודאה והדחה איננה כוללת הודאה בהפרה הנטענת"<sup>56</sup>. ואם כך הוא הדבר, כלומר יסוד ההפרה הנו חלק מעילת התביעה החוזית, ואם אין בטענת "פרעתי" משום הודאה בהפרת החיוב, מדוע אפוא יש בכל זאת לראות בה טענת הודאה והדחה? על כך משיב בית המשפט: "שאחרת מתרוקן הכלל הראייתי במידה רבה מתוכן". לפיכך, סיכם בית המשפט, "גם מצבים בהם ההפרה עצמה מוכחשת נכללים במסגרת 'הודאה והדחה'".<sup>57</sup>

אם עד פסק הדין בעניין טיטלבאום סברנו כי הרציונל העומד בבסיס טענת "פרעתי" הנטענת כנגד חיוב חוזי הוא הרציונל שנקבע בעניין טפר, שלפיו יש בה הודאה בכל יסודות עילת התביעה, כאן, בעניין טיטלבאום, העמיד לכאורה בית המשפט את ההלכה על מכונה,<sup>58</sup> ואולם הרחיב את תחולתה של טענת הודאה והדחה והחילה גם על נסיבות שבהן טוען הנתבע טענת "פרעתי" כנגד חיוב כספי ואף שהוא

54 רע"א 5518/98 יוסף נ' עוקשי, פ"ד נה(3) 294, 304 (להלן: עניין עוקשי). יצוין, כי גם האזכור שהובא בפסק הדין בעניין אייזנברג, לעיל הערה 4, בקשר לעילת תביעה לסילוק יד ממקרקעין, איננו קובע לכאורה את אשר מצא בו בית המשפט בעניין הנדון בקשר ליסוד היעדר זכותו של המחזיק, הנתבע, להחזיק במקרקעין. ראו גם ע"א 246/66 ו-247/66 קלוז'נר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 574, דברי כבוד הנשיא אגרנט: "אין אני מסכים להנחתו המשפטית של בא כוח המערערים, באומרו, כי מקום שבעל בית תובע את פינני המושכר על ידי הדייר, יוכל הראשון להסתפק, באשר לניסוח פרשת התביעה, בציון עובדת בעלותו בנכס הנדון, הואיל ועובדה זו מספקת כדי לבסס את עילת תביעתו".

55 עניין טיטלבאום, לעיל הערה 3, בע' 369.

56 שם, שם.

57 שם.

58 שם.

מכחיש בהודאתו את יסוד ההפרה, עדיין תהווה טענתו טענת הודאה והדחה והכול בשל החשש שאם לא כן יתרוקן הכלל הראייתי במידה רבה מתוכן. ההצדקה שניתנה שם להטלת נטל השכנוע על הנתבע הייתה מטעמים מעשיים ולפיה, קל יותר להוכיח טענה חיובית מלהוכיח טענה שלילית. לכאורה, אכן יעיל יותר להטיל על צד, הטוען טענה חיובית, את הנטל להוכיח את טענתו, כמי שנחשב ל"מונע הנזק הזול", ובכך להפחית מעלות ההתדיינות הכוללת. זאת ועוד, הכרעה במשפט טומנת בחובה סיכון של טעות הקיים כל אימת שמדובר בהכרעה לפי הסתברות. על פי הכללים הנוהגים לעניין נטלי ההוכחה, חלוקת הסיכון נעשית בדרך שוויונית, שכן כלל נטל השכנוע מוצמד לבעל העילה, אשר נדרש להוכיח את עילת תביעתו או עילת הגנתו לפי מאזן ההסתברויות ולבסס את עדיפותה הראייתית, שאם לא כן היא תידחה.<sup>59</sup> לפיכך יש בכלל הנטל כדי לקדם יעילות כלכלית, לתרום למזעור טעויות שיפוט ולגרום למקסום הרווחה המצרפית.<sup>60</sup> בנסיבות אלה, העברת נטל השכנוע אל כתפי הנתבע בסוג מסוים של טענות היא יעילה יותר, שאם לא כן קבלתן במצב של שקילות ראייתית תיצור חוסר יעילות.<sup>61</sup>

נוסף על הטעם הכלכלי, קיים לכאורה טעם נוסף ולפיו צודק יותר לעשות כן לנוכח ההנחה, שהטוען טענות חיוביות מקפיד לשמור על ראיות המבססות את טענתו. אולם נדמה כי העניין תלוי במידה רבה בנסיבות. טלו, למשל, מקרה שבו נטען איחור במסירת החזקה ומתבקש פיצוי בגין הפרה של הסכם מכר דירת מגורים, ומנגד טוען הקבלן כי החזקה נמסרה במועד, כפי שנקבע בהסכם ובדרך של העמדת הדירה לרשות הקונה, שסירב לקבלה. לכאורה ועל פי אותו היגיון, יוטל נטל השכנוע להוכחת הטענה בדבר העמדת הדירה לרשות הקונה במועד, על הקבלן וזאת משום שהודה "בכריתת ההסכם ובתנאיו", לרבות במועד מסירת החזקה ומשום שטענתו לעניין ההפרה הנה טענה חיובית. אולם הלכה למעשה הדבר איננו פשוט כלל ועיקר ולא תמיד יהיה יעיל יותר להטיל על הקבלן את הנטל להוכיח את הטענה, שכן אין זה מובן מאליו כי יש בידיו מלוא הראיות הנחוצות לביסוסה. לפיכך נדמה כי הטעם שהובא בעניין טיטלבוואם מתאים יותר לסוג מסוים של טענות ובעיקר לטענת פירעון חוב כספי, שם ניתן להניח שהטוען שמר בידיו את הראיות לביסוס טענתו, ואולם אין בטעם האמור כדי להצדיק טענות חיוביות אחרות.

יתרה מזו, אינני סבור כי יש מקום לחשש שהובע שם, שכן עדיין ישנו כר נרחב לשימוש בכלל הראייתי, בנסיבות ראיות, כאשר מודה הנתבע בעילת התביעה, אך מעלה טענת הגנה אחרת הפוטרת אותו מקיום החיוב ואין בדחייתו של הכלל, בנסיבות המקרה שם, כדי לרוקן אותו מתוכנו.

59 אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי־ודאות בגרימת נזקים" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 191, 244.

60 שם, בע' 246.

61 שם, שם.

מאידיך גיסא, שימוש יתר ושימוש בלתי ראוי בכלל יעביר את נטל השכנוע אל כתפי הנתבע שלא לצורך ובלא הצדקה ויגרום, בנסיבות שבהן ייכשל הנתבע בהוכחת קיום החיוב, ובעיקר אם יימצא בסוף הדיון בשקילות ראייתית, למתן פסק דין לחובתו. לא זו אף זו, הגם שלכאורה קבע בית המשפט את גדרה של טענת "פרעתי" כטענת הודאה והדחה כנגד חיוב כספי בלבד, יש בה סממנים של ה"מדרון החלקלק", שהרי אין הבדל מהותי לענייננו בין חיוב כספי לחיוב חוזי אחר,<sup>62</sup> שכן ההיגיון העומד ביסודה הוא אותו היגיון. מכאן שהסכנה הרבה הטמונה בשימוש מוטעה בטענת "פרעתי", בנסיבות שאינן הודאה והדחה, והעברת הנטל להוכחת קיום החיוב אל כתפי הנתבע, יש בה כדי לקעקע במידה רבה את התכלית העומדת ביסוד כלל נטל השכנוע ואת הרציונל המצדיק את קיומו ולפגוע בזכותם הדיונית של נתבעים להליך הוגן.

נדמה כי הדרך הראויה להתמודד עם הקושי הכרוך בהוכחת יסוד שלילי איננה כאמור בהעברת נטל השכנוע, אשר חל גם על עובדה בעלת אופי שלילי<sup>63</sup> אלא באמצעות שימוש בנטל המשני, הוא נטל הבאת הראיות. כך גם נקבע בפסיקה ובספרות.<sup>64</sup> הפתרון הראוי להתמודדות עם טענת "פרעתי" הנטענת כנגד חיוב חוזי איננו מצוי אפוא תחת כנפיה של טענת הודאה והדחה, אלא תחת כנפיו של כלל נטל הבאת הראיות, אשר מתחשב בטיבה של הראיה וקובע אמת מידה אחרת, מקלה, לעניין דיות הראיות וכמתחייב מהיותה יסוד שלילי בעילת התביעה. רק מיון נכון של טענות הודאה והדחה בכלל וטענת "פרעתי" בפרט, ישמור על עקרונות היסוד בדיני הראיות ועל האיזון העדין הקיים בין צדדים לתובענה, לעניין הקצאת הסיכונים הדיוניים ביניהם. מיון זה ייעשה, כאמור, על בסיס בחינת מקורו הנורמטיבי של החיוב ובדיקה אם נמצא בו יסוד עובדתי שלילי, לעניין הפרתו, שהוא ממרכיבי עילת התביעה.

יצוין כי אין מדובר בהבחנה סמנטית בלבד, שכן חשיבות המיון בקשר לטענת "פרעתי" הנה לעתים קריטית והיא מקבלת משנה תוקף במקרים שבהם הוכחת קיום החיוב כרוכה בראיות רבות ושבהם לאי-העמידה בנטל יש השלכות חמורות.<sup>65</sup> לסיכום פרק זה יצוין כי שימוש נכון בכללי הנטל בנסיבות עניין טפר, הן לעניין נטל השכנוע והן לעניין נטל הבאת הראיות, היה משיג את אותה תוצאה, אך בדרך ראויה ונכונה יותר. לא זו אף זו, בעניין טפר נטענה מעין טענת הודאה והדחה כפולה. הנתבע

62 עניין אייזנברג, לעיל הערה 4, בע' 504.

63 קרמי, לעיל הערה 7, בע' 1514; הרנון, לעיל הערה 14, בע' 203; ע"א 296/82 נבנצאל נ' ג'רסי ניוקליאר – אבקו, פ"ד מ(3) 281, 301. וראו גם ע"א 5578/93 נדב נ' סרגובי, פ"ד מט(2) 459, 477; ע"א 7303/01 עסאף נ' מינהל מקרקעי ישראל, נז(2) 847, וראו גם עניין עוקשי, לעיל הערה 54, בע' 304, לעניין היעדר זכותו של המחזיק.

64 הרנון, לעיל הערה 14, בע' 204: "הנושא בנטל השכנוע צריך לפתוח בהבאת ראיות לכאורה. אולם בגלל היות העובדה בעלת אופי שלילי – ולכן קשה להוכחה, הסתפק בית-המשפט בכמות פחותה של ראיות להרמת נטל הבאת הראיות והעברתו לצד שכנגד".

65 רע"פ 7148/98 עזרא נ' זליזניאק, פ"ד נג(3) 337, שם נדונה הטענה בדבר הפרת הסכם שקיבל תוקף של פסק דין במסגרת הליכי ביזיון בית משפט.

טען טענת "פרעתי", התובע הודה בקבלת התשלום אך ייחס אותו לחוב אחר. בית המשפט קבע כי על הנתבע מוטל הנטל להוכיח את פירעון החוב (הודאה והדחה – פעם אחת) ואולם לנוכח הודאת התובע בקבלת התשלום, הוטל עליו הנטל להוכיח את ייחוס התשלום לחוב אחר (הודאה והדחה – פעם שנייה).

נדמה כי תחת השימוש בכלי ההודאה וההדחה, שנעשה באופן הדדי לנוכח הטענות שהועלו, היה נכון וראוי יותר לנתח את הסוגיה באמצעות הכללים הרגילים. לפי כללים אלה, משלא הודה הנתבע בכל יסודות עילת התביעה, ולענייננו ביסוד ההפרה, לא עבר אליו נטל השכנוע להוכיח את פירעון החוב. אולם משהודה התובע בקבלת התשלום, ובשים לב להוראת הדין לעניין "זקיפת תשלומים בחיובים אחדים",<sup>66</sup> המאפשרת לנתבע לייחס תשלום לכל חוב, אלא אם כן הוסכם אחרת, לא נותרה בידי התובע עילת תביעה ראויה, שכן הוא לא הוכיח את ייחוס התשלום לחוב אחר ומשום כך דין התביעה להידחות.

## ד. סיכום

בעניין ספר קבע בית המשפט הלכה גורפת בעניין טענת "פרעתי" הנטענת כנגד חיוב חוזי ולפיה, על הטוען את הטענה לשאת בנטל הוכחתה, בהיותה טענה מסוג הודאה והדחה, וזאת במנותק מטיבו של החיוב וגדרו ומהיות יסוד ההפרה יסוד עובדתי נדרש וחלק מעילת התביעה. בית המשפט קבע כי בטענת "פרעתי" יש הודאה בכל יסודות עילת התביעה ומאידך גיסא יש בה יסוד מדיח, בשל ציון עובדה נוספת המפקיעה את החיוב. על יסוד ההלכה בעניין ספר נקבע הכלל בדבר סיווגה של טענת "פרעתי" כטענת הודאה והדחה בכלל וכנגד כל חיוב חוזי, כספי או אחר – בפרט. הלכה זו אוזכרה בפסקי דין רבים, מאוחרים, עד העת האחרונה בעניין חצור.<sup>67</sup>

במהלך החיבור טענתי וניסיתי להוכיח כי ההלכה בעניין ספר היא בעייתית, שכן טענת "פרעתי" כנגד חיוב חוזי איננה בבחינת הודאה והדחה. הטוען "פרעתי" איננו מודה בכל יסודות עילת התביעה, אלא בלידתו של החיוב ואין בהודאתו הכרה ביסוד ההפרה, באשר זה מהווה עובדה מהותית ורכיב מרכזי נפרד בעילת התביעה ועל כן אין לראות בטענת "פרעתי" אלא הודאה בחיוב בלבד, בבחינת "הודאה במקצת". אין אפוא מקום להעביר את נטל הוכחת ההפרה, כלומר אי-קיום החיוב, על אף היותה יסוד שלילי, אל הנתבע.

הדרך הראויה לדון בטענת "פרעתי" היא להותיר את נטל השכנוע על כתפי התובע ומאידך גיסא להמעט בדרישת דיות הראיות. הטיעון הכללי העולה מהחיבור הוא כי

66 סעיף 50 לחוק החוזים.

67 עניין חצור, לעיל הערה 5, שם.

היחס בין נטל השכנוע לטענת "פרעתי" נגזר ממקורו הנורמטיבי של החיוב, שכנגדו נטענה הטענה, ואם מקור זה ראה את יסוד הפרת החיוב כחלק מעילת התביעה. לפיכך כל אימת שנטענת טענת "פרעתי" כנגד חיוב, בדין או בחוזה, יש לבחון את גדרו של החיוב ומקורו בדין המהותי, לרבות הבדיקה אם יסוד ההפרה בו הוא יסוד מהותי ועל בסיס אלה לקבוע אם יש לפנינו טענת הודאה והדחה אמיתית או לחלופין טענת הכחשה מנומקת ומפורטת. אם בטענת הכחשה מנומקת מדובר, אין להעביר את נטל השכנוע אל כתפי הטוען אותה.

כפי שצייתי בפתח דברי, אני סבור, בכל הכבוד הראוי, כי ההלכה שנקבעה בעניין ספר בדבר תחולתה של טענת "פרעתי" על תביעות חוזיות היא בעייתית, הנמקתה מוקשית, יסודה בהיסק אינדוקטיבי מוטעה ויישומה גרם לכרסום ממשי בכלל "המוציא מחברו", הביא לידי שינוי בהקצאת הסיכונים הדיוניים המוטלים על צדדים להליכים משפטיים ופגע בזכותו של הנתבע להליך הוגן מעבר למידה ראויה ולפיכך יש לשקול מחדש את תחולתה.