

אכיפת חוזים לרכישת מקרקעין

(בר"ע 178/70 בוקר ואח' נ. חברה אנגלוישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח' /
כ"ה פד"י (2), 121; המר' 1815/71 (ת"א י"ם 166/70) זעורר נ. נבולסי,
טרם פורסם)

ביום 27 במרץ 1971 נכנס לתקפו חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970. חוק זה קובע, בין השאר, כי הנפגע מהפרת חוזה זכאי "לתבוע את אכיפתו"¹. עד לאותו יום חלו בארץ הדינים הסוגיים בדבר תרופות בשל הפרת חוזה עפ"י החוק העותמני יחד עם הדינים שנשאבו בזמנו מעיקרי המשפט המקובל ודיני היושר של אנגליה, ואשר נכנסו לתוך מכשפת הארץ במרוצת השנים עליידי הפסיקה. ביום 1 בינואר 1970, למעלה משנה לפני תחילתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, נכנס לתקפו חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969. חוק זה קובע, בין השאר, כי "בעניני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922—1947"² וכן כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק"³. נשאלת השאלה, מה דינם של חוזים לרכישת מקרקעין שנכרתו בין 1 בינואר 1970—תחילתו של חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, לבין 27 במרץ 1971—תחילתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970? האם ניתן לתבוע את אכיפתם או שמא התרופה במקרה של הפרתם היא פיצויים כספיים בלבד? לכאורה נראה היה שבשל קוצר התקופה אין צורך להקשות יתר על המידה שמא כל ויכוח יהיה בבחינת פלפול אקדמאי גרידא ללא השלכות מעשיות. אלא שנתברר ששאלה זו אינה תיאורטית בלבד ובינתיים אף הובאה בפני בתי המשפט, שהחליטו בה עד כה בשלילה. נגע בה לראשונה, מבלי שהדבר נתעורר בפניו הלכה למעשה, השופט זוסמן באמרת אגב, בפסקדינו בענין בוקר ואח' נ. חברה אנגלוישראלית לניהול ואחריות בע"מ ואח' ; ואלו דבריו:

"אגב, עם ביטול הויקה לדיני היושר האנגליים החל מיום 1 בינואר 1970, בו נכנס חוק המקרקעין לתקפו, נתבטל גם הסעד של ביצוע בעין שבתי המשפט בארץ היו נותנים אותו כדי לבצע חוזה מכירת מקרקעין. גם ביסודו של סעד זה מונח העקרון של קנין שביושר אשר הקונה רכש לו: ע"א 136/50 (פס"ד ח', 958). עכשיו, למן יום 27 במרס 1971, רשאי בית המשפט לצוות על אכיפת חוזה בעין מכוח סעיף 2

1 סעיף 2.

2 סעיף 160.

3 סעיף 161.

4 בר"ע 178/70, כ"ה פד"י (2), 121.

אכיפת חוזים לרכישת מקרקעין

לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970. אך מה יעשה בחוזים שנעשו בין שני התאריכים הנ"ל? ⁵

עם כל הכבוד, נראה לי שהשופט זוסמן לא דייק בנקודה זו. מדבריו גובע שאין לצוות על אכיפת חוזה למכירת מקרקעין שנכרת באותה תקופה, מאחר שהאכיפה, הידועה גם כ"ביצוע בעין", נובעת מזכות שביושר. מכיון שכיום אין זכויות שביושר מוכרות עוד במקרקעין, הרי, אליבא דהשופט זוסמן, אין אכיפה שבעין. לתמיכת דבריו הביא את אשר אמר בענין עזבוני המנוח זיכרם נ. בית זחלה בע"מ בפירוק ואח' ⁶. אך בדיקת הענין לאור הפסיקה והספרות הדנה בשאלה זו מעלה תוצאה הפוכה. קנין שביושר קיים כאשר, בין שאר התנאים, ניתן לדרוש את ביצועו בעין של החוזה, ולא, כפי שסבר, שניתן לדרוש ביצועו בעין רק כאשר הוכרה זכות הקנין שביושר:

"The specific performance may give the plaintiff an equitable interest in the subject-matter of the contract."⁷

וכן, ביצוע בעין אינו בהכרח מצמיח זכות שביושר ⁸. הסיבה להבחנה זו בין ביצוע בעין לבין קנין שביושר געוזה בהבדל שבמהותו שביניהם. הביצוע בעין הינו תרופה במסגרת דיני החוזים, ואילו הקנין שביושר הינה זכות במישור דיני הקנין ⁹. קיומה של הזכות שביושר תלוי בתרופה החוזית של הביצוע בעין ¹⁰. ההיפך אינו מדוייק.

על הבחנה זו עמד כבר ביהמ"ש העליון בזמן המנדט בענין קורנשטיין נ. פלסטר ואח' ¹¹, באמר:

"...Specific performance...is not a claim, strictly speaking, to the ownership of the land, but is an action to obtain the fulfilment of a contract."¹²

גם בפסיקה של ביהמ"ש העליון בישראל מוצאים גישה זו. כך, למשל, נאמר בפסק-דינו של השופט לגדוי שאליו הצטרפו השופטים ברנזון, ויתקון והלוי, בענין שטרן ואח' ¹³:

"...הסכם הגיתן לביצוע-בעין, שבכוחו להוליד זכות קנין שביושר בהוזה, הטובה מיד גם כלפי צד שלישי"¹⁴.

5 שם, בעמ' 137.

6 ע"א 136/50, ח' פד"י, 963, 958.

7 G. H. Treitel, *The Law of Contract*, London, 1970, 3rd ed., p. 835.

8 ראה *Talby v. Official Receiver* (1888) 3 App. Cas. 523, 548.

9 ראה א. הינסהיימר (היום — ידון), "קיום ממש זכויות צדק", (1944) הפרקליט, כרך א', חוברת 8, עמ' 12; מ. דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל, מהדורה שניה, תשי"ג, ירושלים, עמ' 183—189; והקדמתו של א. ידון לספר L. Doukhan-Landau, *Equitable Rights to Land and the Remedy of Specific Performance of Contracts for the Sale of Land*, 1968, Jerusalem, p. IV.

10 ראה Megarry & Wade, *The Law of Real Property*, London, 1959, 2nd ed., p. 567.

11 ע"א 153/41, 8 פל"ר, 377.

12 שם, בעמ' 378.

13 ד"ר 30/67, כ"ב פד"י (2), 36.

14 שם, בעמ' 45. וראה גם ע"א 528/66 שטרן נ. חברת חלקה 36 בנרש 6127 בע"מ ואח', כ"א פד"י (2), 353, 342.

ואין לשכוח כי הביצוע בעין אינו תרופה הכרוכה רק ברישום של זכות קנין שטרם נרשמה.¹⁵

נראה, איפוא, כי אין בנימוק של היסופט זוסמן שנתן בענין בוקר¹⁶, כדי לבטל את התרופה של ביצוע בעין של חוזים לרכישת מקרקעין שנכרתו אותה תקופה קצרה. אלא שבינתיים התעוררה שאלה זו הלכה למעשה בפני ביהמ"ש המחוזי בירושלים, בענין זערוור נ. גבולסי¹⁷. בית-משפט זה (הנשיא בקר) החליט כי אין לצוות על ביצוע בעין של חוזים כאלה מגימוק נוסף.

העובדות במקרה זערוור היו אלה: גבולסי — הנתבע, כרת חוזה עם זערוור — התובע, לפיו התחייב הנתבע להעביר לתובע מקרקעין שבבעלותו בסכום כולל של — 78,000 ל"י. סכום של — 5000 ל"י שולם בשעת חתימת החוזה ביום 4.3.70, אך כאשר בא התובע כעבור שבוע, ביום 11.3.70 לשלם, כמוסכם, את יתרת — 73,000 ל"י, סירב הנתבע לקבל את יתרת הסכום וכמובן אף סירב להעביר את המקרקעין על-שם התובע. התובע פנה לבית המשפט המחוזי בירושלים וביקש, בין השאר, לצוות על ביצוע בעין של החוזה תמורת הפקדת יתרת הסכום בבית המשפט לזכות הנתבע. הנתבע, לעומתו, ביקש למחוק את התביעה על הסף מהנימוק שמיום תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969 (1.1.70) ועד ליום תחילתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א — 1970 (27.3.71) בטל הסעד של ביצוע בעין. בבקשתו הסתמך הנתבע על דברי השופט זוסמן במשפט בוקר¹⁸. נוסף לכך טען הוא שמכיון שתרופת הביצוע בעין מקורה בדיני אנגליה, הרי עתה, מכוח הוראת סעיף 160 לחוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969, הקובע כי "בעניני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922 — 1947", אין להיוקק לתרופה זו מיום תחילת תקפו של חוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969.

בית המשפט המחוזי לא דן באמרת האגב של השופט זוסמן בענין בוקר אלא הסתפק באימוץ הנימוק השני — השמטת הבסיס החוקי לתרופת הביצוע בעין בארץ, בתקופת הביניים שבין תחילתם של שני החוקים האמורים. אך האמנם פירוש זה הוא הפירוש שיש לתת לאותה הוראה בחוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969? מסופקני. אמנם נכון כי בסעיף 160 לחוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969, לא נאמר "בעניינים שחוק זה דן בהם" אלא "בעניני מקרקעין", כפי שמציין כב' הנשיא בקר בפסק-דינו, אלא שתרופת הביצוע בעין אינה "מעניני מקרקעין". תרופה זו, כפי שכבר ראינו, היא במישור אחר — במישור דיני החוזים. היא "מעניני חוזים". חוק המקרקעין, תשכ"ט — 1969, דן במישור דיני הקנין. הוא דן בזכויות ולא בסעדים.¹⁹

יתר על כן, התרופה של ביצוע בעין, כתרופות אחרות שמקורן בדיני היושר של אנגליה, כגון צו מניעה וצו עשה, הפכו להיות כבר חלק ממשפט הארץ. הן אמנם נשאבו בזמנו למשפט הארץ מכוח סימן 46 לדבר המלך, אלא הפכו ברבות הזמן לחלק בלתי

15 כך, למשל, העניק ביהמ"ש העליון בזמן המנדט סעד של ביצוע בעין למסירת החזקה במקרקעין בענין אפטה נ. קריגר ואח' (ע"א 287/43, 10 פל"ר, 642).

16 ראה לעיל הערה 4 והאמור בסמוך לה.

17 המר' 1815/71 (ת"א י"ם 166/70) (טרם פורסם). פסק הדין ניתן ב-22.4.72.

18 ראה הערה 17 לעיל.

19 ראה האמור בסמוך להערה 5 לעיל.

20 וראה לעיל בסמוך להערה 11 את ההבחנה שעשה ביהמ"ש בענין קורנשטיין.

אכיפת חוזים לרכישת מקרקעין

גפרד מהמשפט המקומי וכך נכנסו, בשלמותם, כפי שהיו ערב קום המדינה, לתוך משפט מדינת ישראל עפ"י סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח—1948. צו ביצוע בעין, למרות מקורו האנגלי, מופיע גם בחוקים החרותים של ישראל. די לנו אם נזכיר כאן את סעיף 34 לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, המקנה לכל בית-משפט הדן בענין אזרחי סמכות לתת צו ביצוע בעין, בנוסף לישראל הצוים והסעדים המפורטים באותו סעיף. אם נקבל הבחנה זו, בין סעדים וזכויות שמקורם אמנם בעקרונות המשפט המקובל ודיני היושר, אלא שבמשך הזמן הפכו לחלק ממשפט הארץ (לפחות אם נתגבשו כך עד לקום המדינה שאז הפכו לחלק ממשפט הארץ מכוח סעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח—1948), לבין שאר סעדים וזכויות שטרם נתגבשו כחלק ממשפט הארץ ואשר קיימים בעקרונות המשפט המקובל ודיני היושר באנגליה, נוכל להבין מפני מה היה צורך בשני סעיפים נפרדים: 160 ו-161 בחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969. שאם נקבל את גירסתו של בית המשפט המחוזי בירושלים, הרי סעיף 161 לחוק—מיותר. זכויות שביושר במקרקעין בישראל נשאבו לשיטת המשפט שלנו מדיני היושר שבאנגליה לאור הוראות סימן 46 לדבר המלך²¹. לפי פירושו של בית המשפט המחוזי לסעיף 160, הרי גם זכויות אלה—זכויות שביושר במקרקעין—היו פוסקות מלהתקיים מכוח סעיף 160, כי הרי קובע הוא "בעניני מקרקעין לא יחול סימן 46...". ובכל זאת מצא המחוקק לבחון לתת גם את סעיף 161 הדן במפורש בשלילת זכויות שביושר. ללמדך כי סעיף 160 אינו כולל את אותן זכויות ותרופות שביושר שכבר הפכו לחלק ממשפט הארץ, שכדי להפסיק את תחולתן יש צורך בהוראה נפרדת ומפורשת בחוק.

קבלת פירושו זה של בית המשפט היה מרוקן מתוכן את סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, לגבי אותה תקופת ביניים. סעיף זה מעניק עדיפות לבעל חוזה ראשון כנגד בעל חוזה מאוחר שנרשם בלשכת רישום המקרקעין שלא בתמורה או בתום לב. כיצד יפעיל בעל החוזה הראשון את זכותו שהוענקה לו בחוק אם בית-משפט לא יוכל להשיט לו את התרופה של ביצוע בעין? בית המשפט המחוזי אמנם היה ער לתוצאה שמביאה דרך פרשנותו, אלא שתשובתו היא שאכן סעיף זה רוקן מתוכו, עוד טרם נכנס לתקפו, וכך נשאר עד ליום תחילתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970. זוהי תוצאה מוזרה. האם לא נכון יותר היה להעדיף את הפירוש המקיים את כוונתו של המחוקק על זה המרוקן את החוק מתוכנו?²²

אימוץ פירושיהם של בית המשפט המחוזי בירושלים בענין זערוור ושל השופט זוסמן בענין בוקר, לגבי אי-אכיפתם של חוזים לרכישת מקרקעין שנכרתו בפרק הזמן שבין 1.1.70 ל-27.3.71, יחזירונו, לגבי אותם חוזים, למצב ששרר בזמן המנדט לפני שנת 1938²³, לאור החוק העותומני. לגביהם יעשה בית המשפט את ההיפך ממה שנראה לצדק בעיני בתי המשפט בארץ במשך תקופה של למעלה מדור שלם.

דוד א. פרגל

21 ראה ענין חמד ג. ברסלינה ואח' (ע"ק 1/36, 3 פל"ר, 178).
22 וראה את דברי א. סוכובולסקי ברשימת ההערכה לספרה של ל. דוכנילגודי *Equitable Rights to Land*, שפרסם בהפרקליט (1969), כרך כ"ה, עמ' 738, 739.
23 עת ניתן פסה"ד בענין חמד, לעיל הערה 21.