

# אגב הפסיקה

## חליפין בתשלום משלים

(בג"צ 187/77, שלום קופטש – חברה לבנין בע"מ, עלת, חברה להשקעה בע"מ, ש. קופטש ב' שר הפנים, קצין מחוז ת"א, הממונה על מחוז ת"א, עיריית גבעתיים, פ"ד לב (1) 309)

### א. הפרשה

בין עיריית גבעתיים ובין שתי חברות לבנייה ומנהלן נערך הסכם משולש: (א) הסכם שלפיו התחייבה העירייה להעביר מגרש (שכונה בחוזה "תעשייה") תמורת מקרקעין מסוימים (שכונת "הנכס") ועוד סכום שישם אלף לירות; (ב) הסכם שלפיו מכרה העירייה מגרש שקראו לו "ערד" תמורת תשלום בסך 420,000 לירות; (ג) הסכם לעבודת שיפוץ בבניין הכלול ב"נכס" הנ"ל, תמורת התחייבות העירייה לשלם 290,000 ל"א. את ההסכם הראשון כינו הצדדים עסקת חליפין ואת השני – עסקת מכר. בהקדמה לחוזה הוצהר כי חברות הבניין מתנות את הסכמתן לעסקת החליפין בקיום עסקת המכר, ותוקף ההסכם כולו הותנה בקבלת אישור של שר הפנים.

האישור ניתן לעסקת החליפין, אך השלטונות סירבו לאשר את עסקת המכר, בנימוק כי לגבייה דרוש פירסום מכרו. משום כך ערכו הצדדים הסכם נוסף שבו הפרידו את ביצוע החליפין (הסכם א') מביצוע המכר (הסכם ב') וזיתרו על עסקת השיפוץ (הסכם ג'). את עסקת החליפין ביצעו, ובעתירה לבג"צ ביקשו החברות שיוצהר כי שר הפנים חייב לאשר את ההסכם כולו וכי מבוטלת החלטת קצין מחוז תל-אביב שלפיה על העירייה לפירסם מכרו לגבי עסקת המכר (הסכם ב').

### ב. הבעיות ופתרון לפי דעת הרוב ולפי דעת המיעוט

סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש], תשכ"ד–1964, קובע שלא תתקשר עירייה בחוזה להעברת מקרקעין (או טובין) אלא על-פי מכרז פומבי. ואולם בתקנות שהוציא שר הפנים נקבע חריג מחובת המכרז לגבי העברת מקרקעין במסגרת חליפין.<sup>2</sup>

משום הסדר זה, נתעוררה השאלה אם ההסכם הגידון היה בגדר חליפין או בגדר מכר. ביתר דיוק, נתעוררה השאלה אם ההסכם בעניין א' וההסכם בעניין ב' הם שתי עסקאות נפרדות (שאחת מהן תהא חליפין והשנייה מכר) או אם הם עסקה אחת –

1 ראה גם חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 4), תשכ"ז–1967.

2 תקנות עיריות (מכרזים ודרכי הומנתן וקבלתן של הצעות מחירים), תש"ד–1959, ק"ת 215, סעיף 1(2) (ה). את התקנות האלה החליפו בהמשך הומון תקנות בדבר מכרזים, תשל"ה–1977, ק"ת 3780 (ראה סעיף 2(2) (1)).

ובמקרה זה אם היא עסקת חליפין. שופטי הרוב, השופטים עציוני וויתקון, בחרו בפתרון האחרון (עסקה אחת והיא חליפין), שופט המיעוט, השופט אשר — בפתרון האחר (שתי עסקאות).

### ג. בין עסקה אחת ובין עסקאות צמודות

בפסק דינו של השופט עציוני הבעיה הראשונה הנ"ל (עסקה אחת או שתי עסקאות) לא נידונה ברורות כבעיה עצמאית — במובחן מן הבעיה על מהותם של חליפין-בתשלום-משלים. השופט מדבר גם על "שתי העסקאות" וגם על "העסקה" (הכוללת)<sup>3</sup>. ואולם שיקולו מוכיח שהוא רואה בהסכמים בעניינים א' וב' משום עסקה אחת. אלמלא זאת לא היה יכול להסיק את המסקנה "שגם עסקת 'ערד' [ההסכם בעניין ב'] נעשתה במסגרת חליפין"<sup>4</sup>, כאשר נאמרים דברים אלה על רקע התורה שהוא מאמץ ושלפיה חליפין-בתשלום-משלים יהיו חליפין או מכר לפי כוונת הצדדים. אילו נידון ההסכם בעניין ב' כשלעצמו, כי אז היה נחשב בגדר מכר טהור.

השופט ויתקון שולל מפורשות פיצול בין שני ההסכמים הנ"ל, בראותו אותם כמקשה אחת.

לעומתם מטעים השופט אשר כי הקשר הקיים, לפי רצון הצדדים, בין שתי עסקאות — תלות תקפה של אחת בתוקף השגייה ובביצועה — אין בכוחו להפכן לעסקה אחת. ישנם חוזים שהם מורכבים מיסודות השייכים לחזים טיפוסיים שונים ובכל זאת, לפי מהותם ולפי הטיפוסיות החברתית-כלכלית שלהם, נחשבים חוזים אחדותיים. כזה, למשל, הוא החוזה בבית מלון, שלפיו מעמיד המלונאי חדר לרשות האורח ומספק לו אוכל ושירותים שונים. מצד אחר, קיימים חוזים שבמקרה הקונקרטי יש לראותם צמודים ביניהם (צמידות חד-צדדית או הדדית) לפי תפקידם הכלכלי המתואם. למשל, אחד מאלה מיועד למלא תפקיד בטוחה ביחס לחוזה האחר, או שהוא מיועד לבצעו או לאפשר את ביצועו.

שני ההסכמים א' וב' שבפרשה הנידונה אינם שייכים לא לאלה ולא לאלה. כדי להיות "חבילה אחת" (או "מיקשה אחת") — ויהיה פירוש המשפטי של ביטויים אלה אשר יהיה, לפי המקרים — יש צורך בהתנאה מיוחדת, אף אם הם נכללים במסמך אחד. התנאה כזאת מוצאים אנו בדברי החוזה הנדון המתייחסים להסכם א' ולהסכם ב', אך התעוררה בבג"צ השאלה אם היה בכוחה לחולל את מיוזגם לחוזה אחד או אך ורק צמידות בין שני חוזים נפרדים.

ובכן, ברירת הפרשן היא כאן בין עסקה אחת בריבוי הצהרות ובין ריבוי עסקאות צמודות ביניהן. המבחן צריך להיות: אם כל אחת מן ההצהרות מחוללת תוצאות משלה (אף כאשר היתנו הצדדים תלות בין העסקאות) או אם נקשרו התוצאות אך ורק למכלול ההצהרות כולן.

בפרשה הנידונה, הסימנים הם לטובת שתי עסקאות צמודות. אמנם הותנתה צמידות כיוון שעניין העירייה התמקד בהסכם א', משום תכניותיה לגבי "הנכס"; ואילו הצד

3 ראה בעמ' 317, אות א.

4 ראה בעמ' 317, פסקה ראשונה.

השני לא היה מסכים להסכם א' בלי ההסכם ב'. אבל לא הרחיקו לכת מן הצמידות בין שני הסכמים נפרדים.

הצדדים קראו לעסקה אחת "חליפין" ולשנייה "מכר" וציינו בנפרד את התמורה שקיבלה העירייה לפי ההסכם א' ולפי ההסכם ב'.

אמנם סימנים אלה אינם תמיד חד-משמעיים. אפשר כי הכינוי שבו השתמשו הצדדים אינו מתאים לעצם הדברים וכמו כן אפשר שהתמורה אחת לדעתם אף אם היא מסומנת לפי מרכיביה השונים. אך, במה דברים אמורים? כאשר יש סימנים מובהקים בכיוון האחדות. כאן אין כאלה. אחדות המסמך אינה עשויה להיחשב כזאת, נוכח ההסדר הנפרד, בסעיפים שונים, בין שלוש העסקאות (חליפין, מכר והזמנת שיפוץ) — שלגבי האחרונה מהן לא נאמר בהווה שהיה מיזוג עם האחרות או אף צמידות להן. הצמידות שבעלי החוזה קבעו בין הסכם א' ובין הסכם ב' מסתברת להיות צמידות ותו לא — להבדיל ממיזוג שני ההסכמים לעסקה אחת. הצורך שהם הרגישו לבטא צמידות זו מעיד דווקא על מודעותם שלא עשו עסקה אחת כי אם שתיים.

#### ד. חליפין בתשלום משלים בתור חליפין או מכר, לפי המקרים

לעומת הניגוד החרیف הקיים בין שופטי הרוב ובין שופט המיעוט לגבי השאלה שנדונה בפרק הקודם, יש תמימות דעים יחסית ביניהם לגבי המקרה שבו מספק א' נכס (שונה מכסף) <sup>5</sup>, תמורת נכס וכסף גם יחד. כאן יש לדעותיהם גרעין משותף שלפיו עסקה זו אינה חדלה להיות חליפין, והיא נתונה כולה לדיני החליפין כל פעם שהתשלום המשלים הוא טפל, היינו כאשר החלפת נכס בנכס היא מרכזי הכובד של העסקה.

ההבדלים בין השקפות השופטים נוגעים למהות המבחן בין עסקה שנשארת במסגרת החליפין ובין עסקה החורגת ממנה. השופט עציוני בוחר במבחן סובייקטיבי מובהק: כוונת הצדדים תקבע אם מדובר בחליפין בתשלום משלים, שהם תמיד בגדר חליפין, או במכר. השופט ויתקון מעדיף מבחן אובייקטיבי: במה היה עיקר התמורה, בכסף או לא בכסף? והשופט אשר נוטה לדרך ביניים: ידובר בחליפין כל עוד ברור כי התשלום המשלים הוא טפל בהרכב התמורה העיתנת לנכס המוחלף, ושהצדדים התכוונו לחליפין ולא למכר.

לפיכך סבור השופט אשר כי התשלום בסך 60,000 ל"י שקיבלה העירייה לפי הסכם א' (בנוסף על "הנכס" ששוויו 940,000 ל"י, תמורת מגרש "תעשייה" בשווי 1,000,000) אין בכוחו להוציא את העסקה מגדר חליפין — כמוהו כשלטונות המינהל שאישרו עסקה זו. שופטי הרוב, בראותם את ההסכמים א' וב' כעסקה אחת, קבעו כי עסקה כוללת זו אף היא עסקת חליפין. כאן מעיר השופט אשר כי, אילו היתה קיימת עסקה אחת כוללת, כדעת הרוב, סך 480,000 לירות "אינו נראה, לכאורה, כסכום טפל בהשוואה עם שוויו של ה'נכס'"; <sup>6</sup> כלומר כי ספק אם היו קיימים חליפין.

ובכן, הגרעין המשותף בין דעות שלושת השופטים הוא בדעה שעסקת חליפין בתשלום משלים אינה חורגת בהכרח מגדר חליפין, ושיש להתליט מפעם לפעם אם יחול עליה

5 להלן: נכס.

6 שם, בעמ' 322.

(במלואה) הסדר החליפין או הסדר המכר. מכאן ואילך נבדלות המגמות, לטובת מבחן אובייקטיבי או סובייקטיבי או מעורב, כפי שמגמות אלה מיוצגות גם בארצות אחרות.<sup>7</sup> פרט למקרה שבו הנכס והכסף הניתנים תמורת נכס משתווים בשווים, המבחן האובייקטיבי הוא קל-תחולה.<sup>8</sup> ואולם נשאלת השאלה אם מוצדק לראות עסקה כעסקת חליפין כולה רק משום שהיא כזאת עד כדי 51%.

אשר לגישה הסובייקטיבית, בין יתר היבטי העניין לפי בחינה זו, בארצות אחרות דנו בשאלה אם יש לייחס חשיבות לעובדה שהצדדים העריכו בכסף את הנכסים שהחליפו — כפי שהעריכו אותם בהסכמים או ו' הנדונים כאן. בוודאי, חשיבות מכרעת לשומה שבחווה קיימת כאשר היא שקולה כנגד קביעת מחיר לנכסים המוחלפים (וזה היה המקרה בהסכם ב' הנ"ל): כאן אין חליפין כלל וכלל אלא שני חוזי מכר הדדיים, אף אם אחר כך אחד מהצדדים או שניהם גונגים נכס במקום המחיר (datio in solutum). אבל, כאשר נעשתה השומה לשם חישוב התמורה, אין לראות בה סימן שבכוונת הצדדים מרכז הכובד של החליפין-בתשלום-משלים שביניהם הוא ביסוד התשלום יותר מאשר ביסוד הנכס שנתן צד אחד יחד עם התשלום הכספי.<sup>9</sup>

בדרך כלל, חסידי הגישה הסובייקטיבית משתדלים לקבוע אם בדעת הצדדים יסוד החליפין היה חשוב יותר מיסוד המכר שבעסקתם אך קשה מאוד לוודא זאת, ועל-פי רוב לא תהיה לצדדים דעה משותפת על כך. ושוב: אפילו אפשר היה לקבוע מה בעיני הצדדים העיקר ומה הטפל, איפה הצורך להבליע את הטפל לתוך העיקר ולהטיל על הטפל הסדר שאינו מתאים לו?

משופטי הבג"צ דנו השופטים אשר חיתקון בשאלה אם כוונת הצדדים ראויה להיחשב כמכרעת לפתרון הבעיות שהיו לפני בית המשפט: אם קיימת עסקה אחת או שתיים ואם חליפין-בתשלום-משלים ייחשבו כחליפין אם לאו; ולא היו תמימי דעים בעניינים אלה.

7 בעד הגישה האובייקטיבית ראה לפי המשפט הצרפתי: Cass. Civ. 26 juin 1973, D. 1973 Somm. 143; Laurent *Droit civil*, t. 24, no 617; Guillouard, *Vente* (3 éd., Tartufari, *Vendita* (6. ed., לפי המשפט האיטלקי; 1902—1904) II, no 918 p. 463 המשפט הגרמני; Staudinger, *Komm. zu BGB* (11. ed., 1957—1978) §515, p. 459; Gorla, *Compravendita* (Torino, 1937) 25 p. 28 seq.; Torino, 1936) n. 18 p. 28 seq.; Palandt, *Komm. zu BGB* (33rd ed., 1974) §515, p. 484, סעיף 1554, צידד בזכות גישה זו בקשר ל-*laesio enormis* (ראה להלן, הערה 17). בעד הגישה הסובייקטיבית ראה בצרפת: Marcadé, *Code Napoléon* (5 éd., 1859) VI, art. 1702 (ולגבי המקרים שהם על הגבול לפי הבחינה האובייקטיבית, ראה Guillouard, *Vente* (2. ed., Milano, 1962) 240; Scheggi, *Compravendita* (Napoli, 1937) 12; Rubino, *Compravendita* (Milano, 1960) 24; Giannattasio, *Permuta* (Milano, 1960) 24).

8 ואולם ישנם הסבורים שהתורה ייחשב חליפין תמיד, ובלבד שהתשלום בכסף לא יעלה על שווי הנכס שמשלם נותן לצד השני עד כדי כך שהכסף צריך להיחשב עיקר החיוב שלו. ראה: Aubry & Rau., *Cours de droit civil* (4. éd.) IV, §360, p. 459; Baudry Lacantinerie & Saignat, *Vente*, no 975; Planiol & Ripert, *Droit civil*, X (2. éd.) no 403, p. 519. לעומת זאת ישנם הסבורים כי, אף כאשר התשלום המשלים מגיע עד כדי שליש בלבד, יש להיזקק ליסודות אחרים כדי להחליט אם לפנינו חליפין או מכר. ראה Laurent ו-Guillouard, שם.

9 על שאלות אלה ראה, למשל, את הפסיקה האמריקאית המאוזכרת ב-*C.J.S.* 33 ("Exchange of Property"), 5—6; 30 *Am. Jur.* 2d ("Exchange of Property"), p. 365—366.

הצדדים בני-חורין לעצב חווים כרצונם, ובבחרם עיצוב זה או אחר הם גורמים לכך, שיחול עליו הסדר זה או אחר. אם הם רוצים להחליף ביניהם נכסים מסוימים<sup>10</sup>, הם עשויים לערוך חוזה חליפין, פשוטו כמשמעו (בתשלום משלים או בלעדיו), אך הם יכולים גם לערוך שני חוזי מכר ולקזוז את שני החובות ההדדיים (עד כדי החוב הקטן יותר, אם אינם שווים). במקרה הראשון יחולו דיני החליפין במלואם, ובשני – דיני המכר במלואם. אם נקטו בהסדר הנדון בכנות ולא למראית עין בלבד, יעמוד הוא בעיני המשפט, ויהיה מניע הצדדים לבחירתו אשר יהיה, למשל, בחרו הצדדים בחליפין ולא במכר כדי שלא להעמיד אחד מהם לסיכון האינפלציה, או לא להעמיד אחד (או כל אחד) מהם לסיכון שהצד האחר לא ישלם לו את המחיר; או אפילו התכוונו לחסוך מס או דמי-תיווך; או, בעניין שבפרשה הנידונה בבג"צ הנ"ל, התכוונו שלא להצריך עירייה להיזקק למכרו<sup>11</sup>. אבל אין ביכולת הצדדים לעצב חוזה מסוים ובו בנמך לקבוע שיחול עליו ההסדר של חוזה אחר. אם גיתן יפוי-כוח לחוזה מסוים ולפי כוונת השולח יש לפרש את ההרשאה כנוגעת לחוזה זה ותו לא, לא יוכלו השלוש ובעל-חוזתו להציג חוזה אחר כוזה לחוזה המותר לשלוח. במיוחד, לא ייתכן שיעשו למעשה חוזה אסור לפי הדינים ויחד עם זאת יקבעו שיהיה נתון להסדר של חוזה מותר; שיעשו מכר (או חוזה שבו גם יסוד של מכר), האסור עליהם, ויקבעו שעליו יחול ההסדר של חליפין. והוא הדין אם יעשו חוזה מסוים ויטענו שלפי כוונתם הוא חוזה שונה, כדי להתחמק ממש או מדמי-תיווך.

השופט ויתקון סבור כי התריג מהכלל שבסעיף 197 לפקודת העיריות, לפי תקנות העיריות, אין לפרשו על דרך הצמצום, כדעת השופט אשר. לפי דעתנו כל חריג אינו ניתן לפרשנות מרחיבה, וכאשר מדברת התחיקה בחליפין בתור חריג מן הדין החל על מכירה מצד עירייה, צריך להבינה כמתייחסת לעסקת חליפין טהורה או לעסקה מורכבת מחליפין ומקנייה, מצד עירייה<sup>12</sup> (כשעירייה נותנת תשלום משלים), אך לא כמתייחסת לעסקה המורכבת מחליפין ומכירה, מצד עירייה (כשהעירייה היא זו שצריכה לקבל תשלום משלים).

השופט ויתקון מוסיף ואומר:

"מבחינת גודל החשש ממעשה שחיתות אין כל הבדל בין שני סוגי העסקאות האלה [כלומר, חליפין של מקרקעין גרידא, מצד אחד, וחליפין של מקרקעין במקרקעין בתוספת תשלום כסף, מצד אחר]. בהחלפת מקרקעין במקרקעין ניתן לשבש סדרי מינהל תקינים ולקפח זכויות של אזרחים לא פחות מאשר בהחלפת מקרקעין במקרקעין, שיש בה גם תוספת חלק מהתמורה בכסף".

10 בהווי שבזמננו ישנם מקרים טיפוסיים להחלפה כזאת. למשל, מחזירים למייצר מכונית, מקרר או מוצר אחר, משומש, מדגם נוסף, כדי לקבל במקומו מוצר מדגם הדיש. ועוד, מעבירים מקרקעין – מגרש שעליו עומד בניין ישן – למפעל בנייה שיהרוס את הבניין ויבנה בניין חדש, דירה אחת ממנו תהיה של מעביר המקרקעין.

11 נוכל לדבר על פסילת החוזה משום הערמה על החוק רק במקרה שברי לנו כי החוק התכוון לאסור לחלוטין על הצדדים להשיג מטרה מסוימת – ויהיו הדרכים להשגת זו אשר יהיו.

12 ראה תקנות בדבר מכרזים, תשל"ח-1977 (לעיל, הערה 2), סעיף 2(1).

ברם, על-ידי הרחבת התחום שבו תותרנה העסקאות המעוררות חשש (כדעת השופט עצמו), מגבירים את הסיכון. ועוד יש מקום להערה: כי שיקול שבו נשמעת נימה של ביקורת על החוק אינו עשוי לשמש יסוד לפרשנות החוק.

אין לאמר כי הדעה השוללת את הפטור — כל עוד אין החליפין חליפין ללא תשלום משלים המגיע לעיריה — תמנע מן העיריה את מילוי תפקידיה. במשפט הגדון נודע לנו כי עיריית גבעתיים, בהיותה מעוניינת בהשגת "הנכס", שקלה את האפשרות להפקעתו. השופט ויתקון מעיר כי "זהו הליך מסובך וממושך, ויתכן שאין היא [העיריה] יכולה או מוכנה ללכת בדרך זו, למשל, מחמת חוסר אמצעים לשלם את הפיצויים". בין כה וכה, אם אין לעיריה משאבים אחרים, עליה להתקרב מקרקעין שלה כדי להשיג נכס שהיא מעוניינת בו, ואין לקבוע a priori כי על-ידי מכרו לציבור לא תקבל עד כדי התמורה הדרושה לנכס המבוקש (אם יש להניח כי, בעסקת חליפין, במקרקעין הנדונים היה משום תמורה מספקת). מכל מקום, הנחת המחוקק היתה דווקא ההנחה ההפוכה: שעל-ידי הליך המכרו אפשר לעיריה להשיג יותר מאשר על-ידי משא ומתן פרטי. בוודאי, מכירה על סמך מכרו והפקעה הן "הליך מסובך וממושך", אך כיצד להשיג גם נוחות ומהירות, מצד אחד, וגם, מצד אחר, מניעת הסיכונים שהחוק חשש מפניהם ושהשופט ויתקון עצמו ער לקיומם?

#### ה. חליפין בתשלום משלים בתור עסקה מעורבת

לפי דעתנו, עסקה שבה מחליפים נכס בנכס ובכסף גם יחד אינה בדיוק חליפין — שהם החלפת נכס בנכס — ולא בדיוק מכר — שהיא החלפת נכס בכסף. היא עסקה מעורבת<sup>13</sup>, המשתתפת גם בחליפין וגם במכר. הקביעה החוזרת בפסיקה ובספרות, בארצות שונות, שחליפין-בתשלום-משלים אינם חדלים להיות חליפין, אין אולי לראותה כמוטעית, ובלבד שנוסיף (או שנראה כמובן מאליו) את הסייג: אך חדלים להיות חליפין גרידא. גניח שמחליפים בית ששוויו 9 במגרש ששוויו 6 ועוד 3 בכסף. בהנחה שמדובר בעסקה אחת, אין לאמר כי לפנינו עסקת חליפין (שני שלישים מן הבית תמורת המגרש) ועוד עסקת מכר (שליש מן הבית תמורת 3 בכסף). פסק דין של בית המשפט העליון בצרפת דן בחוזה שבו התשלום המשלים היה שוה שבע תשיעיות מן הנכס שהוקנה למשלם, ופסק כי חוזה זה הוא חוזה מעורב ממכר ומחליפין גם יחד<sup>14</sup>. על פסק דין זה השיגו שהחווה הגדון הוא אחד ובלתי ניתן להפרדה<sup>15</sup>. הביקורת היתה מוצדקת אילו נמתחה על השקפה שלפיה קיימים שני חוזים נבדלים, אך אינה תופסת ביחס להשקפה

13 השווה: Barbero, *Sistema del dir. priv. italiano* (6. ed., Torino, 1962) II, 327; Bianca, *La vendita e la permuta* (Torino, 1972) 1019; Palandt, *Komm. zu BGB* (33. ed., 1974) §515, p. 485 (ואולם בספר אחרון זה, כאשר תמורת נכס ניתנים נכס וכסף, מציגים את החוזה המעורב רק בתור אחד מן הפתרונות האפשריים, על יד פתרון החליפין ופתרון המכר).

14 ראה: Cass. civ. 30 oct. 1950, D. 1950, J. 753. שם גם רשימה מאת לנואן (Lenoan) על הסוגיה וחולדותיה, בכיוון שונה ראה, Cass. civ. 1962 II 12838, J.C.P. 1962, 6 mars 1962, G.P. 1962 I 406; Cass. civ. 26 juin 1973, cit. supra, n. 7.

15 ראה: H., L. & J. Mazeaud, *Leçons de droit civil* (2. ed., Paris, 1963) III, no. 1036, p. 848.

הרואה בעסקה המעורבת משום עסקה אחידה שבה קיימים שני היסודות<sup>16</sup> לפי היחס האמור, וכזאת היתה גם השקפת בית המשפט העליון הצרפתי בפסק דינו הנ"ל. המשפט נסב על תחולת סעיף 1407 לסה"ח הצרפתי בעניין השיתוף בין בני-זוג. ההוראה קובעת כי, אם רכש בני-זוג מקרקעין תמורת מקרקעין שבבעלותו האישית, תחול סוברוגציה חפצית והמקרקעין המוקנים ייחשבו גם כן קניינו האישי; ואולם, אם שילם תשלום משלים בכספי השיתוף, יחוב החזרת הכסף לשיתוף. כבר בטרם נערך ה"קוד סיוויל" לימד פותייה<sup>17</sup> הוראה כזאת ואולם הוסיף כי, אם מגיע התשלום המשלים כמעט לשוויו הנכס שנתן בני-הזוג או אפילו עולה עליו, יש לראות את החוזה כ"חוזה מעורב במכר ובחליפין" ולכן יהיו המקרקעין הנרכשים שייכים לשיתוף לפי החלק היחסי של התשלום המשלים לעומת מקרקעי בני-הזוג שניתנו. פסק הדין הצרפתי משנת 1950 הולך בתלם זה. כמוכח, לאור סעיף 1407 הנ"ל אין השאלה מתעוררת כאשר התשלום המשלים טפל, אך, כל פעם שאין הוראה חקיקתית כופה עלינו פתרון אחר, נראה לנו שהעסקה מעורבת, ויהא שיעור התשלום המשלים אשר יהא.

אם יבקשו להחיל את הסדר החליפין על העסקה כולה, לכל הפחות כשהתשלום המשלים הוא טפל — לפי הדעה של שופטי הבג"צ הגדון ושל רבים בארצות אחרות — יהווה הדבר אונס לעסקה שלפיו יטמיעו בה את יסוד המכר לתוך החליפין. והוא הדין אם — במקרה שהיחס בין שווי המגרש ובין התשלום בכסף יהיה הפוך — יבקשו להחיל על העסקה כולה את הסדר המכר.

כל עוד לא נכפה עלינו, אין פתרון זה ראוי לאימוץ. משתי התורות העיקריות שהציעו החכמים לגבי החוזים המעורבים בכללם, "תורת ההטמעה"<sup>18</sup> ו"תורת הצירוף"<sup>19</sup>, לפחות כאן נראית לנו השנייה עדיפה.

אם יחול מס על מכר ולא על חליפין, שורת ההיגיון מחייבת כי יחול על עסקה מעורבת בחליפין ובמכר לפי חלקו היחסי של יסוד המכר הנכלל בה — ויהיה היחס בין שני היסודות אשר יהיה. כמו כן, אם נוגע המס הן למכר והן לחליפין, אך בשיעור שונה בשני החוזים, מן הראוי שיהול על כל אחד משני היסודות לפי חלקו היחסי בעסקה הכוללת.<sup>20</sup>

16 Troplong, *Commentaire des titres de l'échange et du louage* (in *Le code civil expliqué*, t. 1) no 5. לפי רעיון זה נתנה הפסיקה הצרפתית לנושה התשלום המשלים את ה"פריבילגיה של המוכר" שלפי סעיף 2103 לסה"ח, עד כדי שווי התשלום המשלים. ראה: Dalloz, *Rep. de Droit Civ.* (2 éd., 1977) III, Echange, no 71.

17 Pothier, *Traité de la Communauté*, no 197 (in *Oeuvres*, Bruxelles, 1830, 17 IV, 76).

18 (Absorptionstheorie). ראה: Lotmar, *Arbeitsvertrag* (Leipzig, 1902—1908). יצוין כי גם חסדי ה"הטמעה" אינם מגיעים, בדרך כלל, עד כדי הטלת ההסדר המתאים ליסוד העיקרי על היסוד הטפל, פשוטו כמשמעו (אף אם טוענים כי להסדר הראשון יש השפעה מסוימת על השני). הם טוענים כי השאלות הנוגעות לחתה בכללו (התהוותו, בטלותו, התיישנותו, למשל) ייפטרו לפי דיני היסוד העיקרי.

19 (Kombinationstheorie). ראה: Hoeniger, *Vorstudien zum Problem der Gemischten Verträge* (Freib. Diss.), 1906, *Gemischte Verträge in Ihren Grundformen*, 1910.

20 ראה הדין הנכלל בקודקס הפיסקאלי בצרפת (Code Gén. des impôts), סעיף 684, פיסקה שנייה, ועל כך ראה: Dalloz, *Rep. de Droit Civ. cit.*, no 82.

והוא הדין אם ידובר לא במס אלא בדמי-תיווך המגיעים למתווך בשיעור מסוים לגבי מכר ובשיעור שונה לגבי הליפין.

כאשר חל דין הצמדה על מחיר של מכר, אין נימוק שלא להחילו על העסקה המעורבת הנדונה — לפי יסוד המכר (כלומר, לפי שיעור התשלום) שבה.

במשפט הצרפתי אחד מן הגורמים לדיון בדבר מהותה של עסקת חליפין-בתשלום-משלים — אשר ממנו הפיקו חומר שופטי הבג"צ הנדון — הוא בהוראת ה"קוד סיוול" בעניין ה-*Jaesio enormis*. בעקבות המשפט הרומאי קובע ה"קוד סיוול" (סעיף 1674) כי מכר מקרקעין שבו המחיר המוסכם נופל בהרבה משווי הממכר<sup>21</sup> הוא ברי-ביטול; ובמפרש שוללים (סעיף 1706) פתרון מקביל בעניין חליפין. לא נתיימר כאן להציע למשפטים הצרפתיים מה צריך להיות בשיטתם המשפטית הדין במקרה של עסקה מעורבת בחליפין ובמכר<sup>22</sup>. אך, אילו אותם הכללים היו נוהגים בשיטתנו המשפטית, לא היינו מהססים לאמר: ה-*laesio enormis* קיימת — בדוגמה שהבאנו לעיל — אם היא קיימת כאשר בודקים את 3 כמחיר של החלק השלישי מן הבית. ומכיוון שהחליפין-בתשלום-משלים הם עסקה אחת שאין לבטלה לגבי שלישי בלבד<sup>23</sup>, כל העסקה היא ברי-ביטול.

בדומה לדין ההיפותטי הוה, נאמר לגבי הדין הקיים שעליו נסוב משפט הבג"צ הנדון. דרישת המכרז נוגעת ליסוד המכר שבעסקה המעורבת, חליפין-בתשלום-משלים. אך, כיוון שאין לקיים את המכרז רק לגבי חלק יחסי ממנה, כל העסקה כולה נתונה לדרישה זו; ואם לא קיימו אותה, כל העסקה כולה בטלה<sup>24</sup>. כאשר, בנסיבות, דין המכרז הופך את העסקה המעורבת לבלתי אפשרית, על העיריה למכור נכסים שלה (בהליך המכרז) ולקנות (או להפקיע) את הנכס שהיא זקוקה לו. אמרנו לעיל (עמ' 316) מדוע לדעתנו, אין הפרשן צריך להיבהל ממשקנה זו, שלפיה בנסיבות מסוימות לא יהיה מקום לחריג שבתקנות בדבר מכרזים ולכן עשויה עיריה להודקק לשתי עסקאות תחת עסקה אחת בלבד. נוסף כי לשון סעיף 197 לפקודת העיריות [נוסח חדש] היא מוחלטת, ללא יוצאים מן הכלל לגבי העברת נכסים ששוים מועט.

כנגד שיקולים אלה יטען אולי הטוען כי בעניין מסוים מתבטא חוק המכר, תשכ"ח—1968, בעד עקרון ההטמעה, שדחינו אותו בענייננו. סעיף 2 לחוק זה קובע לאמור: "חווה להספקת נכס שיש להפיקו או לייצרו, רואים אותו כחווה מכר, זולת אם המזמין קיבל עליו לתת את עיקר החמרים הדרושים להפקת הנכס או לייצורו". אבל מהוראה

21 כאשר המחיר אינו עולה עד כדי מחצית השווי, לפי המשפט הרומאי; עד כדי שבעה חלקי שניים-עשר, לפי המשפט הצרפתי.

22 סה"ח האיטלקי משנת 1865, סעיף 1554, קבע במפרש כי תרופת ה-*laesio* עשויה לעמוד לאדם הנותן מקרקעין תמורת כסף ומקרקעין רק במקרה שבתמורה זו יעלה הכסף על שווי המקרקעין. סה"ח משנת 1942, סעיפים 1447—1448, הרחיב את התרופה מעבר לחווה המכר, בהסדר הדומה להסדר שבסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973.

23 השווה סעיף 19 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973.

24 אמנם, במקרה שלנו הפרדה אפשרית כשלעצמה: המתחייב לתת את הנכס א' וסכום כסף תמורת נכס ב' היה יכול לקבל חלק יחסי מנכס ב' תמורת הנכס א' לבדו. אך, כיוון שאין זה כדאי להיכנס לשיתוף עם אחרים, יש לראות את החווה כ"בלתי ניתנת להפרדה" (לפי פירושו הסביר והמסתבר של סעיף 19 הג"ל) ולכן את כולו כבטל. סעיף 19 מתייחס לחווה ברי-ביטול ויש להפעילו באורח היקש על חתה בטל ומבוטל.



מיוחדת להספקת נכס לא נוכל להסיק מסקנות לגבי עניין מיוחד אחר. יתרה מזו: אין המשל דומה לגמשל. סעיף 2 הנ"ל נוגע להיבט של העסקה הנדונה בו שהוא עשוי להיות כפוף לשני הסדרים אפשריים (מכר או קבלנות) אך, בסופו של דבר, אינו יכול להיות מוסדר אלא לפי אחד מהם. נאלצים להעדיף אחד משני הסדרים אלה על-פני השני, כיוון שאין אפשרות שיחולו שניהם. לעומת זאת, בחליפין-בתשלום-משלים שני היסודות, של מכר ושל חליפין, בהיותם ניתנים להבחנה ברורה ביניהם ולא ממוזגים, עשויים להיות כפופים כל אחד להסדרו הטבעי.

### ו. הבעיה הנדונה ובעיה המתעוררת עקב זכות קדימה

בפסיקה הצרפתית נדון עניין נוסף הנוגע גם לחליפין-בתשלום-משלים. כאשר לשמעון יש זכות קדימה בקניית נכס מסוים של ראובן, נשאלת השאלה אם ראובן רשאי להחליף אותו בנכס אחר של לוי, ללא התחשבות בזכותו של שמעון (או אם רשאי הוא, לפחות, כאשר שמעון לא יוכל או לא ירצה להציע לו, תמורת הנכס הנדון, נכס בעל התכונות שראובן מעוניין בהם, הקיימות בנכס הנדון של לוי). ואם עונים בחיוב על שאלה זו, תתעורר השאלה הנוספת מהו הדין לכשידובר בחליפין-בתשלום-משלים.

הפסיקה הצרפתית עונה בחיוב על השאלה הראשונה, ובלבד שפעל ראובן בתום לב<sup>26</sup>. אך היא מכניסה סייג למסקנתה זו במקרה שראובן יקבל בחליפין תשלום משלים שעה שהתשלום הזה הוא בעל חשיבות עיקרית בעסקה.

אילו התשובה על השאלה הראשונה היתה נכונה, היה סביר להסכים גם לסייג האמור. לפיכך היה מקום לצדד כאן בתורת ההטמעה שדחינו בהיבטים אחרים בבעיית החליפין-בתשלום-משלים. ברם, אם לדון בעניין לפי המשפט הישראלי, לא היינו נוטים ללכת בעקבות הפסיקה הצרפתית<sup>27</sup>.

בולטת ההקבלה בין המצב המשפטי הנוצר משום חובת המכרוז ובין המצב הנוצר משום קיום זכות קדימה. ואולם בולט גם ההבדל כי, לפי המשפט הישראלי, קיימת נראה מיוחדת בדבר החליפין, במקרה הראשון, ואילו היא נעדרת במקרה השני. אין לשלול a priori את האפשרות שתינתן לבעיות אם זכות הקדימה של ראובן תמנע משמעון לערוך חליפין בכלל או חליפין-בתשלום-משלים שיקבל מן הצד השני תשובה שונה לפי המקרים. השאלה היא שאלת פרשנות כיצד יש לפרש את הדין או את הפסיקה המעניקים את זכות הקדימה, לפי מטרותם. אך נראה שבדרך כלל אפשר לקבוע הנחיה מסוימת לפי היעד שעצם הזכות הנדונה מעיד עליו.

כאשר על-פי דין או על-פי הסכם, יש לפלוני זכות קדימה במקרה שהבעלים ימכרו

Cam. Soc. 13 mai 1949, D. 1949, 477; Ch. réun. 3 juill. 1957, J.C.P. 1957. II 25  
10104; Ourliac & de Juglart, "Echange et préemption", ibid 1957, I, 1396

Cam. civ. 26 juin 1973, D. 1973 Somm. 143 26

27 יש לציין כי בצרפת עצמה פתרון הפוך לעומת הפתרון המקובל בפסיקה נינקט בחקיקה לגבי מקרים מסוימים. ראה סעיפים 2—L211, 16—R211, 20—R211 ל- Code de l'urbanisme et de l'habitation (Daloz, *Rép. de droit civil, cit.*, p. 2977, "Préemption", no 18)

נכס מסוים, לא נאמר אמנם כי אסור לבעלים לתת את הנכס במתנה<sup>28</sup> או להשכירו<sup>29</sup> לכל אדם אחר<sup>30</sup>,<sup>31</sup>. אלה הן עסקאות הנעשות למטרה שונה לגמרי ממטרת המכר. אך נראה כי קיום זכות קדימה אוסר על הבעלים לסכלה בהיזקקם לחליפין. הם יצטרכו למכור למישהו אחר, אם בעל זכות הקדימה לא יפעיל אותה — ובמחיר שיקבלו יקנו את הנכס שהם מבקשים. אמנם אפשר כי במקרים מסוימים כגון זה שעמד לדיון בבג"צ הנ"ל, ראובן יהיה מעוניין להשיג נכס מסוים של לוי ולוי יהיה מעוניין להשיג את הנכס הנדון של ראובן ולא יסכים להעביר לו את נכסו בלא תמורת נכסו הנדון של ראובן; כך שאם יאלץ ראובן לוותר על החליפין עם לוי וימכור את הנכס לשמעון, אחר כך לא יוכל לקנות את הנכס של לוי שהוא מעוניין בו. מקרים אלה לא יהיו מרובים ביותר. אך, מכל מקום, נראה לנו כי, בין שני האינטרסים של שמעון ושל ראובן שהם דומים ביניהם, עדיף האינטרס של שמעון, כיוון שעליו מגן המשפט על-ידי מתן זכות קדימה. לכן נדמה לנו שאסור על ראובן לסכל את זכות שמעון ומשום כך אפילו במקרה זה אין אנו רואים מקום להחיל על חליפין-בתשלום-משלים את תורת ההטמעה.

פרופ' ג' טדסקי

28 ראה סעיף 104 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969. פתרון ההיתר יחול, קל וחומר, כשמדובר בזכות קדימה במקרה של מכירה, ולא בזכות קדימה, סתם, ועל איסור להעברת הנכס הנדון (בניגוד לזכות תחיא), כלשון סימן ד' לפרק ז' בחוק הנ"ל.

29 ראה י' ויסמן, חוק המקרקעין תשכ"ט—1969, מגמות והישגים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי, ירושלים, תשל"ל) 63.

30 וגם לא לעשות את הנכס משותף לזולת — כשמדובר בחוזה, למשל, בזכות קדימה בקשר למכירת נכס (אך לא כאשר יחול סימן ד' לפרק ז' לחוק המקרקעין הנ"ל, כיוון שבפעולה הנדונה יש משום העברה). ראה בכיוון ההיתר, בצרפת, Dalloz, *Rép de droit civil*, cit., V, p. 1977 ("Préemption" no 19); Ourliac & de Juglart, loc. cit.

31 אשר למישכון, ראה סעיף 3(ב) לחוק המישכון, תשכ"ז—1967, ועל זה י' ויסמן, חוק המישכון, תשכ"ז—1967 (פירוש לחוק החוזים), בעמ' 89, 237. הוראת סעיף 3(ב) היא בוודאי דיסט-פוזיטיבית ולכן מותר המישכון כאשר כך קבע החוזה מפורשות או מכללא. בצרפת הדעה המקובלת היא, שעל אף זכות הקדימה, מותר המישכון (ראה Dalloz במקום שצוטט לאחרונה).