

## הרהורים על דיני מעין-חוזים

מאת

פרופ' זאב צלטנר

המהפכה שחולל המחוקק הישראלי בדיני החוזים עם פנייתו החדה מן הדין האנגלי אל הדינים הקונטיננטליים — האם היא מעיבה גם על דיני מעין-חוזים? אומר סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973:

"הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".

כמה וכמה שאלות נכבדות צפות מאליהן עם קריאת הוראה זו: פעולה משפטית מהי? מהם החיובים שאינם נובעים מחוזה להבדיל מפעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה? אך למטרת חיבור זה נסתפק בשאלה מצומצמת יותר: היש לכלול בהוראה זו גם מעין-חוזים? השיבותה של השאלה ברורה. אם מעין-חוזים נכללים במסגרת ההוראה הרי שיש לנהוג בהם במסגרת וברוח הדין הקונטיננטלי — הוא השורר בחוק הגדון, ואם על-ידי הכללה זו "דן" בהם חוק החוזים (חלק כללי) הנ"ל, הרי בכך נחסמה הפגיה לדין האנגלי בתוקף הוראת סעיף 63 לאותו חוק, הקובעת כי

"בענינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך כמועצתו לארץ ישראל, 1947-1922".

בשאלת הכללת מעין-חוזים בסעיף 61(ב) נגענו קצרות כבר במקום אחר<sup>1</sup> והבענו את הדעה כי בעוד שהמחוקק הישראלי הסדיר מספר בעיות מעין-חוזיות בחוקים הדנים בחוזים<sup>2</sup>, הרי את יתרון השאיר במסגרת הדין האנגלי<sup>3</sup>. ניתן בודאי לטעון כי אילו רצה המחוקק לבטל את הדין האנגלי לגבי מעין-חוזים, יכול היה לבחור בנוסחה יותר חד-משמעית, ומאחר שלא עשה כן, שומה עלינו להמשיך ולהזקק לדין זה בכפוף לאותן הוראות שהעביר המחוקק לדיני החוזים, ובהתאמה עם תנאי הארץ — מושג שיש לכלול בו גם את ההסדרים המשפטיים הכלליים. לאור הניגודים העמוקים שבין

1 צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, תל-אביב, תשל"ד-1974, עמ' 19.

2 כך דן המחוקק בבעיה ההשבה אחרי ביטול חוזה בשל פגם בכריתתו בחוק החחים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 21; בשאלת ההשבה בחוזה פסול בשל אי-חוקיות, אי-מוסריות או סתירה את תקנת הציבור — בסעיף 31; בהשבה אחרי סיכול — בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, סעיף 18(ב); ובהשבה אחרי ביטול בשל הפרת חוזה — בסעיף 9 של חוק אחרון זה.

3 זו גם דעתו של Friedmann, "Infusion of the Common Law into the Legal System of Israel", 10 (1975), *Is. L. Rev.* 324, 375.

הדין הישראלי החדש לבין הדין האנגלי בשטח דיני החיובים בדרך כלל, ובהתחשב בהסדרים המיוחדים שעשה המחוקק הישראלי לגבי אותם ענינים שהוציא מן הדין האנגלי בדבר מעין-חוזים והסדרים בנפרד<sup>4</sup> – היקפה זו אינה מושכת ביותר.

אבל מצד שני: האם מהווה התעשרות שלא כדין פעולה משפטית כמוכן סעיף 61(ב) הנ"ל? בישראל כבר הופיעה ספרות עשירה למדי הבודקת את מהותה של הפעולה המשפטית<sup>5</sup>, וקיימים חילוקי דעות לגבי היקפה. אך למטרותינו הגוכחיות אין צורך לדון בפלוגתא זו, כיוון שאין ספק כי חיוב מעין-חוזי נכנס למסגרת המושג השני בו דן סעיף 61(ב) הנ"ל, דהיינו "חיוב שאינו נובע מחוזה"<sup>6</sup>.

עד כאן הכל ברור וחלק ותהא נוטה לומר כי דיני מעין-חוזים כלולים בסיפא של סעיף 61(ב), וכי לכן אין מקום להיוקק לגביהם לדין האנגלי. אלא שהרהור נוסף עשוי לעורר ספק בלבך: אם תבוא להחיל את הוראת סעיף 61(ב) על חיוב פלוני, הרי התנאי המוקדם והראשוני לכך הוא קיומו של חיוב כזה. ומנין לך כי קיים חיוב כזה? אם תאמר כי תמצא אותו בסעיף 61(ב) עצמו, הרי יהא בכך משום *petitio principii* והסעיף יהא משול לעכביש המוציא את קורני ריבתו מגופו הוא, או לברון האגדי מינכ-האוזן, שהציל את עצמו מטביעה בבצה עליידי משיכה בצמתו שלו. ודאי אין לומר כי לגבי מקור החיוב המעין-חוזי עלינו להיוקק לדין האנגלי, אפילו נחיל עליו לאחר מכן – אולי – הסדרים של דין אחר, כי בכך הרי יהא עשיית דבר והיפוכו; ואילו בדין החרות שלנו אין לנו הוראה המכירה במוכד זה, פרט לאותם מקרים מיוחדים בהם

4 לדוגמא: רצה צד לבטל חוזה בשל פגם בכריתתו או בשל אי-חוקיות, אי-מוסריות או סתירה את תקנת הציבור, אין העדר-אפשרות כצדו להחזיר את מה שקיבל מהווה מניעה לביטול זה. עליו רק לשלם את שווי: חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 22 סיפא וסעיף 32. הדין האנגלי, לעומת זאת, אינו מחיר ביטול אם מי שחפץ בו אינו מסוגל להחזיר את המצב לקדמותו: Treitel, *The Law of Contract*, 4th Ed., London, 1975, 243, 245. גם במובן אחר סטה בית-המשפט העליון מעקרונות הדין האנגלי בסוגיה הנדונה והרחיב את גבולותיה: ע"א 280/73, פד"י כ"ט (1) 597, 607, מול האותיות ב-ג' – מ"מ הנשיא (השופט זוסמן).

5 היא קובצה אצל צלטנר, שם, שם, ה"ש 16. אנגלר, חוק הכשרות המשפטית והאמורפוזות, 1962, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת טדסקי), ירושלים, 1972, § 9, עמ' 26-27; ברק, שליחות, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת טדסקי), ירושלים, 1975, § 44, עמ' 68-69; טדסקי, "הצעת חוק התנאים (חלק כללי), תש"ל-1970, וגבולותיה", *מכתבים*, ג (1971), עמ' 105, 108; פרנקצ'יה, חוק השליחות, 1965, תל-אביב, 1975, כרך 1, עמ' 58-62; צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, תל-אביב, 1974, עמ' 18-19, בעיקר בה"ש 16, וכן בעמ' 336, ולאחרונה המר"ת א"א 9871/74, פ"מ תשל"ה (א) 213, השופט לובנברג.

6 השקפה זו מבססת חיוב מעין-חוזי על צו של המחוקק. היא הובעה כבר עליידי הלורד Mansfield בפרשת *Moses v. Macferlan*, 97 E.R. 676 (1760), שדיבר על צדק טבעי ועל *aequum et bonum*. אבל אם תשתית את תורת המעין-חוזים על תניה מכללא שבחזוה בין הצדדים, כפי שהדבר נעשה עליידי הלורד Sumner בפרשת *Sinclair v. Brougham*, [1914] A.C. 398, 452, יהא עליך להתבסס במישרין על הוראות חוק החוזים (חלק כללי), ובודאי שלא יהא מקום להיוקק לדין האנגלי. הורה חדשה לביסוס של מעין-חוזים הוצעה עליידי Stoljar בספרו *The Law of Quasi-Contract*, Sydney, 1964. בעוד שלדעתו הב-סיס לחלק מן הפרשות בהן נזקקו לתורת המעין-חוזים נמצא בדיני החוזים, הרי הוא מבסס את רובן על עקרון ההגנה על אינטרס הבעלות (proprietary). אבל גם במקרים אחרונים אלה בסיס התובענה הוא חיוב שאינו נובע מחוזה.

הרהורים על דיני מעין-חוזים

הנהיג המחוקק הסדר מעין-חוזי במצבים ספציפיים.<sup>7</sup> בנדון זה יזנה איפוא מצבנו מזה השורר תחת שלטון הקודם הגרמני<sup>8</sup> או האיטלקי<sup>9</sup>.

משום כך מתעוררת השאלה האם מוסד ההתעשרות שלא כדין הינו מוסד אוניברסלי, הקיים בכל שיטה חוקית או לפחות בשיטות המערביות עליהן מושתת הדין שלנו. תהא התשובה לשאלה זו חיובית, נוכל להחיל על מצבים כגון דא את הוראת סעיף 61(ב), משמע את עקרונות חוק החוזים (חלק כללי), בשינויים המחוייבים, למעט אותם מקרים בהם הסדיר המחוקק שלנו סוגיה השייכת כדין האנגלי לתחום המעין-חוזות. תהא התשובה שלילית, אין להיזקק לסעיף 61(ב), ופתוחה הדרך לפנות לסעיף 63, שוב למעט אותם מקרים בהם אנו מוצאים הסדר ישיר כדין ישראל.

בספרו *Unjust Enrichment*<sup>10</sup> בחר לו Dawson כמותו שתי מימרות:

- a) "A person who has been unjustly enriched at the expense of another is required to make restitution to that other."
- b) "For this by nature is equitable, that no one be made richer through another's loss."

לאחר כמה כורות אומר הוא בסגנונו המרשים והשואף להרשים, כי המימרה הראשונה גלקחה מן ה-*Restatement*<sup>11</sup> האמריקאי, בעוד השניה הינה מאת *Pomponius*<sup>12,13</sup>. יתכן שהמימרה המיוחסת לפומפוניוס, בהסתמכותה על חוקי הטבע, אינה פרי עטו כלל, אלא תוספת של משפטן יווני מאוחר יותר ששמו נעלם מעינינו<sup>14</sup>. אבל הרעיון המרכזי הגלום במימרה זו עתיק הרבה יותר מפומפוניוס, וצמח עוד במאה השניה אחרי הספירה. רעיון זה אינו רעיון של משפטן דוקא, אלא רעיון הרבה יותר כללי. מן הדין להסתמך כאן על פילוסוף בעל שם עולמי, על אריסטוטלס. אומר הוא באתיקה הניקומאית<sup>15</sup>:

"כאשר אנו שמים לנגד עינינו כמטרת הצדק את שמירת האיזון החומרי בין חברי החברה, הרי כוחה של הדרישה להתערבות משפטית לשם השבת כפול מכוח הדרישה לפיצויים, כי (במקרה הראשון) לא רק שפלוננו שלל יחידה אחת מאלמוני, אלא עודנו מחזיק בה, וכך נעשה הוא עשיר מחברו בשתי יחידות."

אמת, בהשוותנו את שני הזרמים הגדולים של המחשבה המשפטית המערבית — הדין הרומי-קונטיננטלי והדין האנגלו-אמריקאי — בשניהם נמצא את מוסד ההתעשרות שלא כדין מעוגן היטב.

7 דוגמאות ניתנו לעיל בה"ש 2.

8 סעיף 1812(1), משפט ראשון: "מי שקיבל דבר ללא צידוק חוקי עלידי פעולתו של הנותן או באופן אחר על חשבונו של הלה, חייב להשיבו לו".

9 סעיף 2041(1): "מי שהתעשר תוך גרימת נזק לזולתו ללא צידוק חוקי, חייב, בגבולות התעשרות זו, לפצות את הלה בשל פגיעה זו ברכושו".

10 Boston, 1951.

11 Restatement on Restitution, St. Paul 1937, para. 1.

12 Cf. also D. 50. 17. 206.

13 עמ' 3.

14 Pringsheim, "Bonum et Aequum", 25 (1932), Zeitschrift der Savigny Stiftung fuer Rechtsgeschichte (Roemische Abteilung) 133.

15 1132 a-b.

אמנם ביקרו קשות את תקדים *Moses v. Macferlan* הנ"ל<sup>16</sup>, בשל כך שהתבסס על הצדק הטבעי היושר, אבל בתקדים *Fibrosa v. Fairbairn*<sup>17</sup> יכול היה הלורד Wright להשיב למבקרים אלה, כי אמנם היה צורך לסייג תקדים זה – כפי שתמיד יש לסייג הכללות גדולות, וכי למעשה אמנם הושמו לו סייגים, באשר קנה-המידה הוגדר ביתר דיוק וצומצם למה שעולה בקנה אחד עם המצפון הטוב – אבל כי ככלות הכל נשארה ההשקפה המשפטית כפי שנקבעה על-ידי הלורד מנספילד.

ההשקפה האמריקאית סוכמה כאמור בריסטייטמנט על השבה.

באשר לדינים הקונטיננטליים, הצבענו כבר על הפתרון של הענף הגרמני כפי שנקבע בב.ג.ב.<sup>18</sup>, אשר ביטא את השקפת הדין האירופאי הכללי, כי התעשרותו של אדם ללא צידוק מתוך רכושו של הזולת, יוצרת לגבי אדם כזה חיוב להשבת התעשרות זו<sup>19</sup>. הדין הצרפתי הגיע לתוצאות דומות תודות לפסיקת בתקדים מפורסם – *Boudier*<sup>20</sup>, מיום 15.6.1892 – היה על בית-המשפט לקסאציה לפסוק בתביעתו של ספק זבל נגד מחכיר השדה שזובל, בגין מתיר הזבל. אמנם הזבל לא סופק לנתבע, אלא לאדם שחזר ממנו את השדה, אך החוכר לא יכול היה לעמוד בהתחייבותו, לא שילם את תמורת הזבל ואף לא את דמי החכירה לנתבע, ובשל כך פונה על-ידי המחכיר מן השדה. כתוצאה מכך נהנה הנתבע מן הזבל. בית-המשפט קיבל את התביעה, משום שסבר כי היושר אינו מתיר התעשרותו של הנתבע על-ידי הפסדו של התובע, וכי אף שהחוק החרות אינו אוסר דבר זה, יש להכיר בתביעה כזאת ללא תנאי. נכון, תקדים זה מרחיק לכת יתר על המידה, וזמן קצר לאחר שנפסק צומצם במידה ניכרת על-ידי שני פסקי-דין של אותו בית-משפט לקסאציה. בראשון – מיום 7.7.1898<sup>21</sup> – נדחתה תביעה שהגיש ספק בגדים נגד אשת איש, אשר היתה שותפה בנכסים מסויימים שנרכשו במשך נישואיהם, בעוד הרכוש שהיה לכל אחד מבני הזוג לפני נישואיהם נשאר בבעלותם הנפרדת. לביסוס התביעה נטען כי, בהיות האשה שותפה עם בעלה בנכסים אותם רכש במשך נישואיהם, הרי שהתעשרה היא מן הסחורות שסיפק התובע לבעלה, ואשר תמורתן לא יכול היה הכעל לשלם. התביעה נדחתה בנימוק כי על-מנת לזכות בה היה על התובע להוכיח העדר-צידוק (*causa*) להתעשרותה של הנתבעת, ודבר זה לא עלה בידו. כמה חודשים אחרי פסקי-דין זה, ב-10.10.1898<sup>22</sup>, נדחתה תביעה של פועל חקלאי נגד מחכיר-שדות, שהיתה מבוססת על חוזה-שירות בין התובע לבין החוכר. יש להדגיש כי בשני פסקי-דין אלה לא הטילו פקפוק בעיקרון של משפט בודיה, וסיווגו של עיקרון זה מהווה הקבלה מעניינת לסיווגו של תקדים *Moses v. Macferlan* בדין האנגלי.

כבר הצבענו על עמדת הקודכס האיטלקי משנת 1942<sup>23</sup>, המהווה את מעשה החקיקה החדש ביותר באירופה בשורת הקודיפיקציות הגדולות.

16 ה"ש 6 לעיל.

17 [1943] A.C. 32 (H.L.).

18 ראה ה"ש 8 לעיל.

19 Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 8 Aufl. Bd. II, 1900, § 421

20 D. 92. 1. 596; S. 93. 1. 281

21 D. 1898. 1. 18

22 D. 1899, 1, 105

23 ה"ש 9 לעיל.

הרהורים על דיני מעין-חוזים

לאור התפתחות זאת ניתן להצטרף לדעתו של Stoljer האומר :

"...no legal system can call itself scientific or civilised unless unjust enrichment is recognised as a separate rubric."<sup>24</sup>

אבל אפילו נקבל דעה זו, תתעורר שאלת ההיקף של מוסד המעין-חווה. קיימים הבדלים ניכרים בין ההסדרים הלאומיים. כך מכיר, למשל, הדין הגרמני בזכות השבה עקרונית רק במידה שהתעשרותו של הנתבע ממשיכה להתקיים בעת הגשת התביעה נגדו<sup>25</sup>, הגבלה שאינה ידועה לדינים אחרים. לשם קביעת ההיקף ניתן לבחור בדרך שהוצעה למטרות אחרות במשפט הבינלאומי הפרטי, דהיינו בסיווג השוואתי, משמע עיצוב מוסדות על-ידי השוואת דינים, כך שאין המוסד בהכרח מודהה, לא עם מוסד מקביל של ה-*lex fori*, אך גם לא עם זה של ה-*lex causae*<sup>26</sup>. Rabel, אבי רעיון זה הגדיר אותו כך :

"העובדות להן מתייחסת הוראת ההתנגשות (של הדין הבינלאומי הפרטי)<sup>27</sup> אין לסווגן על-פי תופעה של ה-*lex fori*, אליה יש להיזות תופעות של דינים זרים, אלא מלכתחילה על-פי המכנה המשותף של התופעות המשפטיות"<sup>28</sup>. במלים אחרות : כשבאים להרכיב את המושג "מעין חווה", בהקשר זה של הדברים, יש לחפש את המכנה המשותף למושג זה בכל הדינים, או לפחות ברובם. אמת, כמו בכל בחירה, קודמת המטרה אליה שואף הבוחר להגיע לקבלתו או דחייתו של יסוד זה או אחר<sup>29</sup>. לפני שהנגד משבץ את האלמנטים במקומם, זקוק אתה לשיטת קואורדינטים קבועה. אך במקרה שלנו ניתנת לך שיטה כזאת על-ידי עצם ההוראה של סעיף 61(ב) של חוק החוזים (חלק כללי), המפנה אותך להוראות אותו חוק. אולי לא למותר להוסיף כי דוקא בשנים האחרונות, בהקשר להופעת האנציקלופדיה הבינלאומית לדין השוואתי<sup>30</sup> הובלטה השיטה של עיצוב מושגים על-לאומיים<sup>31</sup>. לאור כל השיקולים הנ"ל אין לומר בודאות מהו הדין החל בארץ על סוגיית המעין-חווה.

התסבוכת הזאת נוצרה על-ידי נטייתו האומללה של המחוקק הישראלי להפנות סיטוגיות, המתבטאת גם בסעיף 61(ב) הנ"ל. נטייה זו גורמת להעברת סמכויות נרחבות, השייכות בעצם מהותן לתחום הרשות המחוקקת, לידי הרשות השופטת ומטילה על בתי-המשפט אחריות העוברת את גבול המותר ויצרת חוסר-הדאות בשטחים רבים. טוב יעשה המחוקק אם לפחות בשטח זה של מעין-חוזים יחוקק חוק שיבהיר את המצב.

24 ה"ש 6 לעיל; שם, עמ' 15.

25 ב.ג.ב., סעיף 818(3).

26 Kegel, *Muenchen u.a.O.*, 1960, 88

27 (Kollisionsnorm).

28 "Das Problem der Qualifikation", 5 (1931) *Zeitschrift fuer Auslaendisches und*

*Internationales Privatrecht*, 241, 257

29 Kegel, *op. cit.*, 90

30 *International Encyclopaedia of Comparative Law*, Tuebingen

Rheinsten, *Einfuehrung in die Rechtsvergleichung*, Muenchen, 1974, 14, Anm. 31

.10; 16, Anm. 2