

זיקת ההנאה שלא לטובת מקרקעין

בעל הזיקה בתור בעל המקרקעין הנדונים, אך הוא בעל הזיקה היחיד. אמת נכון הדבר כי כאשר מישהו אחר יחליף אותו בתור בעל המקרקעין האלה, תעבור אליו גם הזיקה, אך היא תעבור בתנאי שאז תהיה עוד קיימת, ובצורה שתלבש או; ואין לחליף הזכות שקודמו יימנע מלהפקיע את הזיקה ומלהכניס בה שינויים.

כאשר המדובר בזיקה לטובת שורת בני אדם — זה המכהן כעת בכהונה מסויימת (או הנמצא במעמד מסויים, וכדומה) ואלה שיחליפו אותו בעתיד — קיימות שתי אפשרויות. הראשונה מקבילה להסדר הנוהג ה"ג"ל בענין הזיקה לטובת מקרקעין, שלפיה בעל הזיקה היחיד כעת יהיה בעל הכהונה הנוכחי, כך שהוא מוסמך להסכים לכל שינוי; וחליפיו ירכשו את הזכות אם תהיה קיימת ובצורה שבה תהיה קיימת או. האפשרות השניה מקבילה להסדר שדחינו לגבי זיקת המקרקעין, שלפיו זכאים גם בעל הכהונה הנוכחי וגם חליפיו, כך שהראשון אינו יכול לשנות מאומה, כיון שהוא רק אחד מבין בעלי הזכות. נראה לנו כי אף את האפשרות השניה הזאת אין לדרות כאן, בענין הזיקה שלא לטובת מקרקעין, כיון ששורת האנשים הבאים זה אחרי זה, שבה המדובר, תיחשב כ"סוג בני אדם" לפי סעיף 92. דעתנו נוטה איפוא לראות את שתי הצורות הנדונות אפשרויות בזיקה שלא לטובת מקרקעין, ותהא שאלת פרשנות להחליט לאיזו מן השתיים התכוונו תנאי הזיקה.

#### לה. זיקה שחטרים בה הזכאים להעבירה

נשאלת השאלה אם בזיקה לטובת הציבור או לטובת סוג בני אדם "פתוחה" — להבדיל מן הזיקה לטובת אדם פלוני — קיימת למעשה אפשרות ההעברה (בסייגים שבסעיף 95). נוסף על הזיקה לטובת אדם, סעיף 95 מדבר על הזיקה לטובת סוג בני אדם וקובע באילו תנאים רשאים בעלי הזיקה להעביר את זכותם. הציבור — נפקד מקומו. לא ייאמר כי עצם הרעיון הזה, שזיקת הציבור תועבר לזולת, אינו רעיון סביר לפי ענין הציבור: עולות על הדעת גסיבות שבהן העברת הזיקה לידי גוף ציבורי מאוגד היתה עשויה להיות לטובת הענין. אך בוודאי ראה המחוקק שאין זה אפשרי כי "הציבור" יסכים להעברה; לא רק משום שזה לא מעשי שכל בני הציבור הנוכחיים יסכימו אלא גם משום שלא סגי שיסכימו הם, להוציא את אלה העתידים להצטרף אליהם להבא, שאף הם בכלל בעלי הזיקה.

אך שיקול אחרון זה כוחו יפה גם בענין כל קבוצה "פתוחה". לפיכך נראה שאין מנוס מן המסקנה כי, כאשר מדובר בסעיף 95 ב"בעלי הזיקה" בקשר לזיקה לטובת סוג בני אדם, הכוונה צריכה להיות לקבוצה "סגורה", זאת שהבריה מוגבלים לחבריה הנוכחיים בלבד.

## אגב הפסיקה

### סמכות הטבועה של בית-המשפט: מקור לסעדי יושר

א

בד"צ 22/73 ינאל בן-ישראל נ' יוסף מחלב<sup>1</sup> התעוררה השאלה "האם בכוחו של ביהמ"ש להוסיף סעד לחייב על-פי פסק-דין בהסכמה, איך לא פרע את חובו במועד שנקבע בפסק-הדין מחמת כורח נסיבות שאירעו לאחר מתן פסק-הדין ושלא היתה לו שליטה עליהן?" על שאלה זו השיב בית-המשפט, פה אחד, בהרכב של המישה שופטים, בחיוב. הטעם לקביעתו זו הינו "הכלל כי לבית-המשפט סמכות טבועה (Inherent Jurisdiction) להאריך מועד שנקבע בפסק-דין לעשיית דבר אם אי-העשייה גובעת מסיבות שלא היתה למבקש שליטה עליהן והארכת המועד נחוצה כדי למנוע אי-צדק"<sup>2</sup>.

בין הצדדים לדיון הנוסף נעשה בעבר הסכם פשרה, איך קיבל תוקף של פסק-דין, פשרה זו אמורה היתה להביא לקיצה תביעת סילוק-יד או פינוי, אשר הגיש העותר כנגד המשיב<sup>3</sup>. בהסכם הפשרה נקבעה יתרת ההוב המגיעה לעותר ודרך סילוקה. כמו-כן נקבע, שאם לא ישולמו שני תשלומים רצופים, מתחייב המשיב לפנות את הדירה. המשיב שילם כסדרם ששה תשלומים, ולא יסף. הסתבר, כי לפני המועד לתשלום השביעי לקה המשיב בשיתוק, והוא מצוי במצב של חוסר אונים מוחלט, ואינו מסוגל לא לדבר ולא לזוז.

העותר פתח נגד המשיב בהליכי הוצאה לפועל, ובנו של המשיב פנה לבית-משפט השלום בבקשה להאריך בארבעה חודשים את מועדי הפרעון של התשלומים החודשיים, ולעכב את הליכי הפינוי. הבקשות נדחו. בערעור לבית-המשפט המחוזי התקבל הערעור ברוב דעות מהטעם "שיש לקרוא לתוך הסכם הפשרה תנאי מכללא שאם המשיב יהיה שרוי במצב של חוסר אונים מוחלט יידחה מועד הביצוע לתקופה סבירה"<sup>4</sup>. נימוק זה נדחה על-ידי כל שלושת השופטים אשר דנו בענין בבית-המשפט העליון<sup>5</sup>, אך שניים

1 פד"י כ"ח (2) 91.

2 **שם**, בעמ' 103, דברי השופט אשר, אך כאמור, למסקנה זו הגיעו גם השופטים האחרים. השופט ברנזון, **שם**, בעמ' 92-93, השופט ח' כהן, **שם**, בעמ' 100-101, השופט י' כהן, **שם**, בעמ' 101, השופט מגי, **שם**, בעמ' 102.

3 לתביעת סילוק היד קדם הסכם מכר של הדירה על-ידי העותר למשיב. בהסכם נקבע, שחלק ממחיר הדירה ישולם בתשלומים חדשיים, והותנה, שאם יחול פיגור באתר התשלומים, יפנה המשיב את המקום, והתשלומים יחשבו כדמי-שימוש (פרט לדמי קדימה שיוחזרו). כשפיגר המשיב במספר תשלומים, הגיש העותר בתחילה תביעה לסילוק הפיגורים, ומאוחר יותר תביעה לסילוק יד או פינוי בטענה של הפרת הסכם.

4 **שם**, בעמ' 92.

5 ע"א 597/72 ינאל בן ישראל נ' יוסף מחלב, פד"י כ"ז (2) 449.

סמכותו הטבועה של בית-המשפט: מקור לסעדי יושר

מהשופטים (השופטים י' כהן וחי' כהן) בחרו להתייחס לענין בדרך אחרת והגיעו למסקנה כי –

”הסמכות בידי בית-המשפט להושיט סעד לאדם, אשר איחר בעשיית דבר שמועדו נקבע בפסק-דין, אם האיחור נגרם על-ידי נסיבות שלא היתה למאחר שליטה עליהן, ואם יש צורך במתן סעד כדי למנוע אי-צדק”<sup>6</sup>.

ומשום כך דחו את הערעור. וכך הגיע הענין לדיון נוסף בפני בית-המשפט העליון. שאלת סמכותו של בית-המשפט להושיט סעד במקרה כגון זה התעוררה, אמנם, בעבר, בפני בית-המשפט העליון, אך טרם הגיעה לכדי הכרעה ברורה<sup>7</sup>. הוראת חוק ברורה וחד-משמעית, המעניקה סמכות לבית-המשפט (או שוללת אותה), גם היא לא היתה בפני בית-המשפט<sup>8</sup>, לפיכך ניצבים אנו מחדש בפני שאלה של חסר בדין.

במקרה כגון זה, כל עוד תקף סימן 46 לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל, 1922, וכל עוד לא בוטל, שומה על בית-המשפט להסלים את החסר, כשהסר זה מהווה לקונת, מתוך עיקרי המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים. כך לפחות מבחינה פורמלית. אך זה בכפוף לסייג שעקרונות אלה אכן הולמים את תנאי הארץ וחושביה. ואמנם סייג זה שימש את בית-המשפט, בדיון הגוסף, כדי להימנע מלהחיל את הלכת המשפט המקובל: משהתברר לכבוד השופט ברנזון, כי במשפט האנגלי פסק-דין אשר נותן תוקף להסכם שבין הצדדים בדרך כלל אינו מעניק סמכות לבית-המשפט לשנותו או לתקנו לאחר נתינתו<sup>9</sup>, הגיע השופט למסקנה, כי ”לעולם שמורה לנו הזכות לסטות מהלכת המשפט המקובל, כאשר אנו סבורים שאינה הולמת את תנאי הארץ ותושביה לפי חוש הצדק המפעם בהם ושביית-המשפט צריך להיות להם לפה ולשמש להם אות ומופת”<sup>10</sup>.

אך אל שאלת חסר הסדר בדין ניתן להתייחס גם בדרך אחרת. ניתן לטעון, כי מאחר ושאלת הסמכות לא הוסדרה בחוק, משמע התכוון המחוקק שלא להעניקה. במלים אחרות, לפנינו הסדר שלילי. הענין לא הוסדר, משום שהמחוקק התכוון כי במקרים כגון אלה לא יוענק סעד ולא ישונה פסק-הדין. לו סבר בית-המשפט העליון כך, צריך היה לקבל את הערעור ולפסוק על פינוי.

אך לא כך סבר בית המשפט. למרות שהסמכות להאריך את מועד ביצועו של פסק-הדין, בגסיבות שהתעוררו לפניו, לא הוענקה לו במפורש בחוק, קבע הוא כי סמכות זו מצויה בידו. ומנין? היא טבועה בטבע בריאתו של בית-המשפט. משמע, מטבע בריאתו של בית-המשפט יש לו סמכויות גם אם אלה לא הוענקו לו במפורש בחוק הכתוב.

- 6 שם, בעמ' 454, דברי השופט י' כהן.
- 7 כך קבע השופט י' כהן בע"א 597/62, ה"ש 5 לעיל, עמ' 454-455, בסקרו את הפסיקה הקודמת בנושא זה.
- 8 שם, בעמ' 456, הסכם הפשרה נעשה לפני תחילתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח תשל"א, עמ' 16.
- 9 בהבדל מפסק-דין שניתן על-ידי בית-המשפט על דעתו, המעניק סמכות שכזו.
- 10 ד"נ 22/73, שם, בעמ' 93.

## ב

הסעד שהעניק כאן בית-המשפט העליון הוא סעד שביושר במשמעות המקורית של מושג זה. כמקור להענקת סעד זה שימשה סמכותו הטבועה של בית-המשפט. ואם אכן רואת עצמו בית-המשפט העליון כבעל סמכות טבועה להעניק סעדים שביושר, הרי שמכאן ולהבא אין מגיעה שיפנו בעל-דין אל מקור זה ויבקשו מבית-המשפט לשאוב ממנו סעדי יושר נוספים ואחרים. באמצעות סמכותו הטבועה של בית-המשפט העליון לעשות צדק, תוכל גם שיטת המשפט הישראלית לפתח מערכת של עקרונות יושר כתופעה הצומחת, מתפתחת ופועלת בצדו של ההוק הכתוב וכמשלימה טבעית ונחוצה לו.

בכל שיטה משפטית פועלים בצוותא הצורך ליצור מערכת כללים בהירה, יציבה, שווה לכל נפש, באמצעותה יוכלו בני החברה להסדיר את יחסי הגומלין ביניהם מתוך אפשרות סבירה לצפות את הנדרש מהם ולהזות את שיעשו "רעהם", והצורך בגמישות אשר יאפשר התאמתו של כלל ההתנהגות הצופה מספר בלתי מוגבל של מקרים לצרכיו של המקרה הפרטי:

"שמור תשמרון את מצות ה' אלוהיכם ועדתיו וחקיו  
אשר צוך, ועשית הישר והטוב בעיני ה'..."<sup>11</sup>.

את החוקים והמצוות יש לקיים ולשמור, אך בכך לבד אין די, בצדם קיימת החובה לעשות הישר והטוב.<sup>12</sup>

תחום פעולה זה שבין דרישת המשפט לאחידות ויציבות לבין דרישותיו של המקרה הפרטי שמור לדיני היושר. מבחינה זו דיני היושר הם שיטה, באמצעותה ניתן לתאם בין האינטרסים של החברה ביציבות ואחידות לבין האינטרסים של הפרט בצדק אינדיבידואלי.<sup>13</sup> החוק הוא חוק כפי שהוא יוצא מידי המחוקק, וכך יש לקיימו. דיני היושר באים להוסיף עליו רמה של מוסריות,<sup>14</sup> אשר בכפוף לה מיושם הכלל המשפטי. כך מתווספת לדין מידה של יושר.<sup>15</sup> שיטתם של דיני היושר היא שיטה דינמית, הנמצאת בתהליך מתמיד של שינוי ויצירה. בשלבים הראשונים של ההיסטוריה הדרישה הבסיסית של חברה הוא בטחונה, ועל כן גם המשפט מתנהל בהסתמך על כללים נוקשים. הסגנון-דרטיים באמצעותם שופטים התנהגות הפרט מוכתבים יותר על-ידי דרישות החברה ופחות לפי צרכיהם של הפרטים המתנהגים.<sup>16</sup> אך ככל שנעשים המוסדות האנושיים

11 דברים, ו' 18.

12 ראה מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים, תשכ"ד, פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית, עמ' 98-99.

13 R. A. Newman, "The Hidden Equity", 19 (1967) *The Hastings Law Journal*, 13.147.

14 ניומן מעמיד את הרמה המוסרית על שלושה עקרונות: תוסילב, גקיון-כפיים ורוחב-לב, עליהם הוא למד מהשוואתם של דיני היושר בשיטות המשפט השונות: R. A. Newman, "Equity in Comparative Law", 17 (1968) *I.C.L.Q.* 807.

15 אין לזהות את דיני היושר עם עקרונות מוסריים. דיני היושר מגמתם לגשר בין צורך חברתי ביציבות לבין צרכי המקרה הפרטי. לכן לא את עקרונות המוסר כופים דיני היושר אלא הם מספקים למשפט עקרונות, שלאורם מיושם הכלל המשפטי.

16 R. Pound, *Introduction to the Philosophy of Law*, 1954, pp. 14-15.

סמכותו הטבועה של בית-המשפט: מקור לסעדי יושר

הומניים יותר, רואים הם לנגד עיניהם גם את צרכיו של הפרט. תפקיד זה של התאמת הכלל המשפטי לצרכיו של המקרה הפרטי יכול ויופעל על-ידי שליט או כהן דת, הפרטור הרומי או הציניסלור האנגלי. בהדרגה נקלטים העקרונות האקוויטביליים בכללי הדיון, באופן שכללי המשפט מעוצבים כך, שיש בהם כדי לגשר על הפער שבין הדרישה ליציבות והצורך הפרטי בגמישות. כך אירע למרביתן של שיטות המשפט בעולם<sup>17</sup>, ובדרך זו פוסע כיום גם המשפט הישראלי<sup>18</sup>. יוצאת-דופן מבחינה זו היא שיטת המשפט האנגלית, אשר בה החלו דיני היושר את התפתחותם באמצעותו של הציניסלור כ-"fountain of justice", והמשיכו להתפתח כמערכת נפרדת מהדיון, וגם לאחר איחודם של בתי-המשפט באנגליה לא התאחדו שתי המערכות לאחת, והמשיכו להתקיים במקביל<sup>19</sup>.

אך אפילו מצטמצם הפער, קיומו הוא הכרח הנובע מאופיה של השיטה המשפטית. כדי לתפקד ביעילות שומה עליה, על השיטה המשפטית, להשיג ולגשר על פני הפער, ולספק מתוכה אמצעים אשר יאפשרו התפתחות דינמית של השיטה המשפטית, ובאמצעותם ניתן יהיה להתאים כללי משפט נוקטים לצרכים קונקרטיים. גשר זה יכול ויהיה תוצר של חקיקה: "ועטית הישר והטוב"<sup>20</sup> קובעים דיני היושר המקראיים. עקרון יושר זה, יצירה חוקית מובהקת, אפשר לחכמי המשפט העברי בתקופות מאוחרות יותר ליצור דיני יושר מיוחדים אשר הקלו בשמירתו וקיומו של המשפט<sup>21</sup>. אך הגשר יכול ויהיה פרי יצירה שיפוטית. כאלה היו דיני היושר האנגליים בתחילת דרכם, וכזו היא סמכותו הטבועה של בית-המשפט לעשיית הצדק. בד"נ 22/73 פעל בית-המשפט העליון כ"בית-משפט של יושר". ההליך השיפוטי שימש מקור להעניק סעד שביושר, והסמכות להעניקו לא נבעה מהגוף המחוקק אלא היא טבועה במהותו של הגוף השופט, וניזונה משיקוליו הוא את מושגי הצדק.

### ג

כנגד גישה זו ניתן לטעון, כי יש בה כדי להעניק שיקול דעת מוגזם לבית-המשפט. אך כפי שניסיתי להראות, שיטה משפטית נוקקת לדיני יושר כדי לתפקד ביעילות. דיני יושר במשמעותם הנכונה הם דינמיים ונוקקים לגמישות כדי לשמור על אופיים ולהצדיק את קיומם. לצורך הפעלתם של דיני יושר יש לשקול את נסיבותיו של המקרה הפרטי. ושקילתן של הנסיבות אינו יכול להעשות ללא שיקול דעת לרשות השופטת.

A. Ross, *On Law and Justice*, 1958, London, pp. 282-283; R. Newman, *Equity 17 and Law: A Comparative Study*, 1961, New York, p. 11

18 ראה לדוגמה סעיף 3 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח תשל"א, עמ' 16, הקובע את זכותו של נפגע לאכיפת חוזה, אך מקנה לבית המשפט שיקול דעת שלא להעניק סעד זה כאשר אין זה צודק בנסיבות הענין. כן ראה סעיף 132(א) לחוק הגנת הדייר (נוסח משולב), תשל"ב-1972, ס"ח תשל"ב, עמ' 176, המקנה לבית-המשפט שיקול דעת שלא לצוות על פינוי גם כשקיימת עילת פינוי, כאשר אין זה צודק לתיתו.

מבחינתם של דיני היושר אין זה חשוב אם הם מהווים יצירה שיפוטית או חלק מהחוק, אין הם מאבדים מאופיים כשהופכים הם לחלק מהחוק.

C. Allen, *Law in the Making*, 7th ed., 1964, Oxford, pp. 413-414 19

20 דברים, ו' 18, י"ב 28; שמה, י"ח 20.

21 ר' זילברג, ה"ש 12 לעיל, עמ' 97-138.

גם אם יקבע המחוקק עקרונות יושר כלליים, בתהליך יישומם – יפעיל בית-המשפט את שיקול דעתו.

אינני מתעלמת מכך, שפיתוחם של עקרונות יושר באמצעות תהליך השיפוט, יש בו כדי להרעיד את היציבות והוודאות הנדרשת לשיטה המשפטית, אך יסוד חוסר ודאות אינו ניתן לצמצום בדרך של איסור השימוש בסמכות טבועה, שהרי "סמכות זו היא הביטוי החיצוני לחוש הצדק הפנימי שהיטופט ניחן בו והגותו לו פורקן בעשייה היומיומית שלו"<sup>22</sup>, וגם אין זה רצוי לאסור שימוש זה, המאפשר לבית-המשפט לתפקד לא רק כבית-משפט של דין אלא גם כבית-משפט של יושר, וזו כשלעצמה תופעה רצויה, אך יסוד חוסר ודאות זה עשוי להצטמצם, כאשר השימוש בסמכות טבועה על-ידי בית-המשפט יהפך לתהליך מודע.

זרם המחשבה הריאליסטי אשר התפתח בסוף המאה ה-19 ותחילת המאה ה-20 ביוריספרודנציה של משפט ארצות-הברית<sup>23</sup> השכיל להצביע על כך, שלימוד המשפט מחייב יותר מאשר התייחסות לשיטה של כללים, וכי היכולת לצפות מה בית-המשפט יעשה למעשה קטנה הרבה יותר ממה שהחוקים מתיימרים להניח<sup>24</sup>, מבלי להכנס לשאלות ערכיות יכולה גישה זו להביא תועלת אם תאומץ כנקודת מוצא, ובעקבותיה ייעשה ניסיון לחשוף ולגלות אותם יסודות בלתי צפויים, להעלותם על פני השיטה ובכך להפכם ליסודות גלויים, לחלק מהשיטה המשפטית בתהליך העשייה.

סמכויות הטבועות בטבע בריאתו של בית-המשפט הינן אחד היסודות הללו, אשר על התבססותם בתהליך העשייה השיפוטית מן הראוי להצביע, ואת גבולם לתחום. השימוש בסמכות טבועה מעלה על פני השיטה אותם יסודות "בלתי יציבים", המצויים בבסיסו של תהליך שיפוטי: כיצד אישיותו של השופט, הלחץ שמפעילות עליו עובדות המקרה הקונקרטי, וידיעתו את התוצאה הנגזרת מיישומו של כלל ספציפי, מהווה מניע להכרעתו בדרך מסויימת.

השימוש שנעשה בסמכותו הטבועה של בית-המשפט בד"נ 22/73 מדגים את כוונתם של חסידי האסכולה הריאליסטית. שאלת הסמכות הטבועה התעוררה לראשונה בערעור לפני בית-המשפט העליון, בבית-המשפט המחוזי הוכרע הדין על יסוד הנימוק שיש לקרוא לתוך הסכם הפרשה שנעשה בין הצדדים, ואשר קיבל תוקף של פסק-דין, תגיה מכללא לפיה אם המשיב יהיה זרוע במצב של חוסר אונים מוחלט יידחה מועד הביצוע לתקופה סבירה. נימוק זה נדחה על-ידי כל ילושת השופטים שדנו בערעור בבית-המשפט העליון, אך שופטי הרוב קבעו, יבניתן להושיט סעד למשיב באמצעות סמכותם הטבועה. על כך שהיתה זו הלכה חשובה, קיטה ומחדשת מעיד עצם קיומו של הדיון

22 ד"נ 22/73, ע"ב, בעמ' 96, דברי השופט ברנזון.

23 זרם זה היה נחלתם הכמעט בלעדית של משפטנים אקדמאיים באוניברסיטאות הגדולות של ארצות-הברית: רוורד, ייל, קולומביה. לסקירה ממצה של הדמויות הבולטות והמאפיינות זרם מחשבה זה, ראה W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 1973, London, pp. 3-83. ועל עמדת המשפט הישראלי בשאלה זו ראה: מ' לנדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטיים, א (תשכ"ח), עמ' 292. A. Witkon, "Some Reflections on Judicial Law Making", 2 (1967) *Is. L. Rev.* 475.

24 "The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious are what I mean by the law" Oliver Wendell Holmes אשר נאמרו במאמרו המפורסם: "The Path of the Law", 10 (1897) *Harv. L. Rev.* 457, 461.

הנוסף<sup>25</sup>. על השתלשלות עניינים כזו ניתן להתגבר אם וכאשר צדדים לדיון יהיו מודעים לכך, שבית-המשפט נזקק לסמכותו הטבועה כדי להעניק סעד, ולפיכך יבקשו את הסעד או ינסו לטעון לחוסר סמכות לחיתו בנסיבות הענין. בדרך זו תהפוך הסמכות הטבועה מגורם של הפתעה, היוצר חוסר ודאות, ליסוד מדעי אשר ניתן להיוקק לו תוך עשיית צדק לכני הצדדים לדיון, שיוכלו למצות טענותיהם בנקודה זו.

בעקבות עמדתו של בית-המשפט העליון בד"נ 22/73 והיוקקותו לסמכותו הטבועה כדי להעניק סעדי יושר, אין עוד כיום כל מניעה לנסות ולפנות אל בית-המשפט בבקשה שאכן יפעל כך. השאלה היא, רק, עד כמה יהיה מוכן בית-המשפט העליון להיוקק לסמכותו זו. סמכות טבועה של בית-משפט איננה מושג חדש גם בפסיקה הישראלית. בעבר שימשה היא בעיקר "כסמכות מינימלית בענייני נוהל, יעילות משפט..."<sup>26</sup>. לאחרונה השתמש בה בית-המשפט כדי למחוק תובענה, שאינה אלא שימוש לרעה בהליך משפטי<sup>27</sup>, וכן נקבעה "הסמכות הטבעית המוענקת לכל שופט מטבע תפקידו להפסיק דיבורו של בעל-דין מטריד"<sup>28</sup>.

החידוש בד"נ 22/73 הוא שבמקרה זה הסמכות שמדובר בה אין עניינה נוהל ויעילות משפט אלא צדקתו של משפט "...סמכות הדרושה לבית-המשפט כדי שיוכל למלא את התפקיד שלמענו הוא קיים: עשיית משפט צדק"<sup>29</sup>. המיוחד בסמכות הטבועה אשר בה נעשה שימוש בד"נ 22/73 בנותנה לבימ"ש סמכות להעניק סעד הדרוש כדי להביא לעשיית הצדק, כדי להמחיק את הדין הקיים ולהוסיף לו מידת יושר. בית-המשפט העליון פעל כאן כבית-משפט של יושר במשמעותו המקורית של המושג כממתיק, מקל ומוסיף על הדין הקיים<sup>30</sup>.

הפתח נפתח ועל ראשיתו ניתן להצביע: סביר להניח שבית-המשפט ימשיך להיוקק לסמכותו הטבועה בעניינים שבנוהל וביעילות משפט. סביר גם להניח, שימשיך ויעניק סעדי יושר בעניינים הקשורים לצדקת המשפט, ואשר יש להם נגיעה לסעדים שנתנו על-ידי בית-המשפט עצמו, שהרי בד"נ 22/73 הסעד שהוענק היה הארכת מועד לביצוע פסק-דין אשר ניתן על-ידי בית-המשפט בעבר. אך מכאן ואילך נפרץ הסכר וקשה לנבא את סופו.

נכון הוא שבעבר סירב בית-המשפט העליון לפסוק מוזנות לאשה בהסתמך על טעמי צדק ויושר. היה זה בפרשת ר. יגר נ' ז. פלביץ ואח'י<sup>31</sup>. המבקשת והמשיב חיו כבעל ואשה במשך שנים רבות, אך לא יכלו לבוא בברית הנישואין מאחר והמבקשת היתה אשת איש, אשר נטש אותה בחוץ-לארץ ועקבותיו נעלמו. המבקשת טיפלה במשך השנים בילדו של המשיב, נולד להם בן משותף והיא היתה כאשתו לכל דבר. משונח

25 סעיף 8 לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957.

26 ד"נ 22/73, שם, בעמ' 96.

27 בג"צ 9/74 נבארה נ' ביהמ"ש המחוזי בת"א, פד"י כ"ח (2) 518, 525; ע"א 8/74 ש' ואורלי לירוביץ נ' לירוביץ, פד"י כ"ח (2) 436, 439. וכן ראה ע"פ 244/73 אורי רבר נ' מדינת ישראל, פד"י כ"ח (1) 798, 710-711.

28 ע"א 183/75 רב אלון נ' בדינת ישראל, פד"י כ"ט (2) 124, 126.

29 ד"נ 22/73, שם, בעמ' 96.

30 H. Maine, *Ancient Law* (first published 1861), 1954, London, J. M. Dent & Sons Ltd., p.15

31 ע"א 563/65, פד"י כ' (3) 244.

אותה המבקש, פנתה לבית-המשפט בבקשה לפסוק לה מוזנות, בין השאר, בהסתמך על טעמי צדק ויושר. בקשתה זו נדחתה, והשופט ברנזון אמר את הדברים הבאים:

"יש הרבה דברים בעולמנו, שאנשים רבים חושבים שהם צודקים וישרים והיו רוצים לראות בהתגשמותם מבחינה כלכלית, הברתית או מוסרית. אך על כגון דא אי-אפשר לתלות תביעה. אין יוצר מופשט שאפשר לבסס עליו תביעה משפטית. יוצר המאפשר זאת חייב להיות חלק מהדיון, שנוהגים על פיו; ודין כזה, שמטעמי צדק ויושר יש לחייב אדם במוזנות לאשה תהיה עמו שלא בנישואין, גם כשהיא ידועה בציבור כאשתו — דין כזה אינו ידוע לי ובא-כוח המערערת לא היה יכול לאמר שהוא בנמצא"<sup>32</sup>.

לאור עמדתו של בית-המשפט העליון בד"נ 22/73, ובהתחשב בשינויי הגישה באשר לצדקת מעמדה של הידועה בציבור, ארישה לעצמי להטיל ספק אם גם כיום היה גוקט בית-המשפט העליון עמדה דומה באשר לתביעת המוזנות. אך גם אם יחזור על עמדתו, הרי שבין המקרים עליהם הצבעתי לעיל לבין מקרה זה קיימת קשת רחבה של מקרים, בהם יכול בית-המשפט העליון להיזקק לסמכותו הטבועה כדי להעניק סעדי יושר מקוריים שלא נקבעו בחוק הכתוב דווקא.

דליה אבן