

מאמרים

"יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים" – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת בחקיקה האזרחית החדשה

מאת
מנחם מאוטנר*

א. הצגת הבעיה – תרומת המשפט להגברת האמינות של מידע
המשמש לקבלת החלטות

1. מידע וקבלת החלטות

כל החלטה כרוכה בבחירה כפולה: בחירה של שינוי שהמחליט מבקש לגרום במציאות; בחירה של האמצעים, שלדעת המחליט עשויים להביא להשגתו של השינוי המבוקש על-ידו¹. מכאן, שכרשותו של המחליט צריך להימצא מידע משני סוגים: מידע אודות המציאות שאותה הוא מבקש לשנות²; מידע בדבר תכונותיהם וכושרם של האמצעים שבהם המחליט מבקש לבחור לצורך השגת השינוי. משמע: התבססות על מידע היא מרכיב הכרחי במסגרת כל תהליך של החלטה³. חשיבותו של מידע לצורך קבלת החלטות עולה בהדגשה מתוך כחביהם של אנשי הזרם של תורת המשפט הידוע כ-"Policy Oriented Jurisprudence"⁴. מושג-מפתח

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לפרופ' נילי כהן על הערותיה מאירות העיניים לכתב-היד.

1 G. Shackle, "Decision -- The Human Predicament" 412 *Am. Acad. Pol. & Soc. Sci.* (1974) 1, 9; G. Shackle, *Decision Order and Time in Human Affairs* (Cambridge, England, 2nd ed., 1969) 3—7 (Hereinafter Cited as *Decision Order and Time*); W. King & D. Cleland, *Strategic Planning and Policy* (New York, 1978) 8; H. Simon, *Administrative Behavior* (New York, 1976) 3—4, 96—99.

2 במקום שהמחליט מבקש להביא לשינוי במציאות המיידית, יהיה עליו לאסוף מידע על טיבה של מציאות זו. מקום שהמחליט מבקש להביא לשינוי במציאות עתידית כלשהי, יהיה עליו לא רק לאסוף מידע על טיבה של המציאות המיידית, אלא אף לנתח ולהעריך כיצד תתפתח מציאות זו עד לשלב העתידי שעליו הוא מבקש לפעול.

3 Shackle, *supra* note 1, at 9; K. Arrow, *The Limits of Organization* (New York, 1974) Ch.2; G. Becker, *The Economic Approach to Human Behavior* (Chicago, 1976) 6—7.

4 זרם זה מזוהה החל משנות הארבעים של המאה העשרים עם Harold Lasswell ו־Myres McDougal והחל משנות השישים — עם Michael Reisman, E. Bodenhimer, *Jurisprudence* (Cambridge, Rev. ed., 1974) 148—151; W. Morison, "Myres S. McDougal and Twentieth Century Jurisprudence — A Comparative Essay", in: *Toward World Order of Human Dignity* (M. Reisman & B. Weston eds., New York, 1976) 3—78.

במסגרתו של זרם זה הוא "תהליך של קבלת החלטה". על-פי זרם זה, מערכת-המשפט היא המערכת שבמסגרתה מתקבלות ההחלטות בדבר חלוקת המשאבים והערכים בחברה (תוך שהגורם המחליט מקיים שני תנאים: הוא נחשב בעל הסמכות לקבל את ההחלטה; ברשותו אמצעים לאכוף את קיום ההחלטה). לצורך גישה זו, נתפש כל תהליך של קבלת החלטה – בין משפטי ובין שאינו משפטי – כמורכב משבעה שלבים נבדלים, שהראשון שבהם הוא השלב של איסוף, ניתוח והערכת המידע שהוא רלבנטי לצורך ההחלטה.⁵

חשיבותו של אלמנט המידע במסגרת תהליך ההחלטה זכתה גם להכרתם של חכמי הכלכלה. המודל האידיאלי שעליו נסמכה התיאוריה הכלכלית הניאו-קלאסית צפה שחקנים הפועלים באורח רציונלי במסגרתו של "שוק משוכלל" במטרה להרכיב את התועלת שלהם.⁶ המונח התייחס בהקשר זה לשחקנים שיש להם כל המידע הנחוץ לצורך החלטותיהם.⁷ עם זאת, בעשרות השנים האחרונות גברה מודעותם של כלכלנים לפער הקיים בין המודל האידיאלי האמור לבין המציאות,⁸ שבה איסוף מידע וניתוחו על-ידי המחליט כרוכים בעלויות⁹ ושה, בפועל, עומד לרשות המחליט לא אחת רק חלק קטן מהמידע הנחוץ לצורך החלטתו.¹⁰ בתוך כך

5 M. Reisman, "Law From the Policy Perspective", in: *Law and Policy* (D. Weisstub, ed., 1976) 75; M. McDougal, H. Lasswell & M. Reisman, "The Intelligence Function and World Public Order" 46 *Temple L. Q.* (1973) 365; M. McDougal & H. Lasswell, "The Identification and Appraisal Diverse Systems of Public Order" 53 *Am. J. Int'l L.* (1959) 1; M. McDougal, H. Lasswell & M. Reisman, "Theories about International Law — Prologue to a Configurative Jurisprudence" 8 *Va. J. Int'l L.* (1968) 189; M. McDougal, H. Lasswell & M. Reisman, "The World Constitutive Process of Authoritative Decision" 19 *J. Legal Ed.* (1967) 253, 403.

6 D. Bell, "Models and Reality in Economic Discourse", in: *The Crisis in Economic Theory* (D. Bell & I. Kristol eds., New York, 1981) 46, 50, 69—72, 77—80; I. Kristol, "Rationalism in Economics, in: *The Crises in Economic Theory*, idem., at 201; K. Arrow, "Limited Knowledge and Economic Analysis" 64 *Am. Econ. Rev.* (1959) 1—2, 10; H. Simon, "Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science" 49 *Am. Econ. Rev.* (1959) 253, 254—255, 272.

7 J. Hirshleifer, "The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity", 61 *Am. Econ. Rev.* (1971) 561; S. Ozga, "Imperfect Markets through Lack of Knowledge" 74 *Q.J. Econ.* (1960) 29.

8 J. Marschak, "Decision-Making — Economic Aspects" in: 4 *International Encyclopedia of the Social Sciences* (New York, 1968) 41, 43; M. Rothschild & J. Stiglitz, "Equilibrium in Competitive Insurance (1976) 629; S. Ozga, Q.J. Econ. on the *Economics of Imperfect Information*" 90 *supra* note 7, at 29; G. Stigler, "The Economics of Information" 69 *J. Pol. Econ.* (1961) 213.

9 על עלויות האיסוף והניתוח של מידע לצורך קבלת החלטה ראה, D. Braybrooke & C. Lindblom, *A Strategy of Decision* (New York, 1963) 41—57; Arrow, *supra* note 6, at 1, 10; A. Kronman, "Mistake, Disclosure, Information and The Law of Contracts" 7 *J. Legal Studies* (1978) 1, 9—18.

10 Shackle, *supra* note 1, at 10; Simon, *supra* note 6, at 272; G. Becker, *supra* note 3, at 6—7; K. Arrow, *supra* note 3, at Chapter 2.

הוכרה התועלת בקיומם של מוסדות ואמצעים שונים המכוונים להביא לכך, שלרשותם של מקבלי החלטות יעמוד מידע אמין רבי-יחסית תוך השקעה מועטת-יחסית של משאבים¹¹.

לעתים התנהגותו של אדם תיצור מצג של מצב המציאות השונה מהמצב לאשורו. אדם אחר האוסף מידע לצורך החלטה עשוי להסתמך על מצב המציאות המוצג ולסבור כי הוא מבטא נכונה את המצב לאשורו. יוצר המצג המוטעה הוא "יוצר סיכונים": כתוצאה מהפער בין המצג לבין המצב האמיתי של המציאות עשוי להיפגע אינטרס של אדם אחר המסתמך על המצג. המסתמך עצמו הוא "נקלע סיכונים": תוך פעולתו לאיסוף מידע לצורך החלטה הוא נקלע למצב של הסתמכות על מצג מוטעה של המציאות, דבר העלול להביא לקבלתה של החלטה שיש בה כדי לגרום לסיכון אינטרס שלו.

המידע הנחוץ למחליט לצורך החלטתו עשוי לעתים להתייחס למציאות המשפטית ביחס לאדם או נכס. מחליט העומד להתקשר בעסקה עשוי להיות מעוניין במידע לגבי מצב הזכויות, הכוחות והחסינויות של אלו שעמם הוא עומד להתקשר¹² או לגבי מצב הזכויות ביחס לנכסים שלגביהם הוא עומד להתקשר¹³. במקרים כאלו, המידע שבהסתמך עליו יפעל המתקשר עשוי להילמד מתוך מצג של המציאות המשפטית שנוצר על-ידי אדם אחר¹⁴. השאלה העומדת ביסודו של מאמר זה היא, מהו היחס בין "יוצרי סיכונים" לבין "נקלעי סיכונים" במצבים שבהם אדם בהתנהגותו יוצר מצג מוטעה של המציאות המשפטית ואדם אחר פועל בהסתמך על

11 Stigler, *supra* note 8, at 216, 220; A. Alchian & W. Allen, University Economics (Belmont, 3rd. ed., 1972) 56, 81–82; S. Ozga, *supra* note 7, at 29; Arrow, *supra* note 3; H. Leland, "Quacks, Lemons and Licensing — A Theory of Minimum Quality Standards" 87 *J. Pol. Econ.* (1979) 1328; G. Akerlof, "The Market for — Lemons' — Quality Uncertainty and the Market Mechanism" 84 *Q.J. Econ.* (1970) 488, 500

12 למשל: האם ראובן העומד למכור לי נכס הוא אכן הבעלים שלו? האם ראובן הפועל בשם חברה מסוגל לחייב את החברה בפעולתו? האם תביעתו הנוגדת של שמעון התיישנה?

13 למשל: האם נוסף על בעלותו של ראובן בנכס קיימת לגבי הנכס זכות שכירות של שמעון?

14 במקום שאדם יוצר כלפי אדם אחר מצג מוטעה ביחס למצב המציאות — המשפטית או אחרת — פעולתו של יוצר המצג עשויה להיות מאחד משני סוגים: (1) פעולה במישורין על תודעתו של אדם אחר בדרך של מסירת מידע מוטעה המתיימר לתאר נכונה קטע מסוים של המציאות. לדוגמא: בקצהו של כביש נחפרה תעלה שאינה מאפשרת המשך המעבר בכביש. ראובן שואל את שמעון באיזו דרך יוכל להגיע למקום מסוים. שמעון משיב — ביודעין או ברשלנות — כי הכביש האמור מגיע למקום המבוקש. ראובן מסתמך על המידע האמור ומפנה את רכבו לכביש תוך אי-ידיעה על חוסר-התכלית שבכך. (2) יצירת המצג המוטעה יכולה להיעשות בדרך של פעולה על המציאות, היינו: הכנסת שינוי במצב המציאות בלא למסור על כך לזולת שבתודעתו מצויה תמונת המציאות שלפני השינוי. לדוגמא: בקצהו של כביש נחפרה תעלה שאינה מאפשרת המשך המעבר בכביש. התעלה נחפרה בידי שמעון, הגוף הממונה על אחזקת הכבישים במדינה. שמעון נמנע — ביודעין או ברשלנות — מלהציב בראשית הכביש שלט המודיע על העדר אפשרות המעבר שבקצה הכביש. ראובן מסתמך על מפת-דרכים ועל חזות ראשית הכביש ומפנה את רכבו לכביש תוך אי-ידיעה על חוסר-התכלית שבכך. במקרים מסוג זה נוצר המצג המוטעה בתודעתו של המסתמך בעקיפין, היינו: בדרך של שינוי המציאות תוך יצירת פער בין מצב התודעה של המסתמך ובין המצב האמיתי של המציאות.

המצג. שאלה זו נדונה בהקשרים רבים בחקיקה האזרחית¹⁵ החדשה שלנו תוך יצירת הסדרים המכוונים להביא, בין היתר, לכך שמקבלי החלטות יוכלו להסתמך על המידע המשפטי הנחוץ להם באורח יעיל. אף שבעיה זוהי נדונה גם בהקשרים רבים אחרים בדין שלנו¹⁶, הדיון שלהלן יוגבל להוראות החקיקה האזרחית האמורה¹⁷.

15 המונח "החקיקה האזרחית החדשה" מתייחס לשורה של כ-18 חוקים בתחום דיני החוזים והקניין שהתקבלו בכנסת החל משנת 1962. לרשימת החוקים ראה החלטת ההצעת חוק לעריכת קובץ דיני ממונות, תש"ס-1980, ה"ח 1463.

16 לדוגמא: סעיף 385(3) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תש"ס-1980, נ"ח 34 (בעלות נחית של פושט רגל בנכסי אדם אחר); פקודת השטרות [נוסח חדש], תשי"ז-1957, נ"ח 2, סעיפים 23(א), 54(2), 55(א), 55(ב), 55(ג) (מגיעות מלכסור בחבות על פי שטר); שם, סעיף 19(ב) (שטר שהושלם והגיע לאוחז כשורה); שם, סעיף 43(2) (שתיקה כהבעת הסכמה לקיבול מסוייג); סעיף 14 לפקודת השותפויות (נוסח חדש), תשל"ה-1975 (כוחו של שותף לחייב את השותפות ואת שותפיו); שם, סעיף 49(ב) (אחריותו של מי שהציג עצמו שותף של פושט רגל); סעיף 105 לפקודת החברות (נוסח חדש), תשל"ה-1975 (כוחו של מנהל לחייב את החברה).

17 אין ספק כי חקיקתה של החקיקה האזרחית החדשה היא המאורע החשוב ביותר שאירע בתחום המשפט האזרחי שלנו מאז קום המדינה. השאלה הנשאלת היא איזה תפקיד האקדמיה המשפטית צריכה למלא ביחס להפעלתה של חקיקה זו. אני סבור כי התשובה לשאלה זו היא, שהאקדמיה צריכה ללוות את החקיקה בכתיבה משלושה סוגים עיקריים: (1) כתיבה העוסקת בהבהרת התכנים של הסוגיות השונות המטופלות בחקיקה, מכחינה דוקטרינרית ומבחינה שיקולי המדיניות המגולמים בהן. כתיבה מסוג זה ניתן למצוא אצלנו למן צאת החקיקה בכמויות לא-מעטות, בין במאמרים המתייחסים לסוגיא זו או אחרת ובין בקומנטרים המתייחסים לדבר חקיקה מסוים בשלימות: (2) כתיבה המבקשת להבהיר את "תורת המשפט" הבאה לידי ביטוי בחקיקה. אני סבור כי על-אף שהחקיקה האזרחית נוצרה בדרך של "חקיקה בשלבים", תוך הפעלתן של קבוצות מומחים נבדלות לגבי כל אחד ממרכיביה, בכל-זאת ניתן לאתר בחקיקה בכללותה עמדה אחידה בשאלות כמו "חלוקת העבודה" הראויה בין המחוקק לבין בתי-המשפט ביצירת המשפט; השימוש בכללים נוקשים לעומת השימוש בסטנדרטים המאפשרים השגתו של צדק פרויקטורי; מידת הסגירות והנוקשות שבקונצפציות המשפטיות שבחקיקה; קביעתם של הסדרי-מסגרת לעומת הסדרים מפורטים וכיו"ב. ניצנים של הטיפול בשאלות אלו ניתן למצוא בספרות שהתייחסה לפרשנות החקיקה האזרחית. ראה א' ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 5 (להלן: לקראת קודיפיקציה); א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה - סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ז) 15 (להלן: עצמאותה של הקודיפיקציה); ד' פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ז) 463 (להלן: עוד לפרשנות החקיקה); ד' פרידמן, "עוד הערה לענין ההוראות בדבר 'עצמאות החוק' אשר בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה (תשל"ג) 349 (להלן: עוד הערה). השווה לספרות האמריקנית בנוגע ל"תורת המשפט" הבאה לביטוי ב"Uniform Commercial Code" האמריקני. ראה, למשל, R. Danzig, "A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code" 27 *Stan. L. Rev.* (1975) 621; J. Bonignore, "Existentialism, The Rule of Law and Article 2 of the Uniform Commercial Code" 8 *Am. Bus. L.J.* (1970) 133; H. Mooney, "Old Contract Principles and Karl's New Kod - An Essay on the Jurisprudence of our New Commercial Law" 11 *Vill. L. Rev.* (1966) 213. (3) כתיבה המבקשת להבהיר את עמדתה של החקיקה, כפי שזו באה לביטוי בגזרותיה השונות, בנוגע לשאלות היסוד של דוקטרינה ושל מדיניות. מספר המאמרים שנכתבו עד כה ושניתן לשייכם לקטגוריה זו הוא מועט. בין היחידים שבכל-זאת ניתן להצביע עליהם בהקשר זה: ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 153 (להלן: תורת התמורה); ד' פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד

2. דרך הדיון בבעיה במאמר זה

הדיון במאמר זה כבעיית ההסתמכות על מצגים מוטעים של המציאות המשפטית יושבת על הבחנה בין שני סוגים עיקריים של מצבים, שבהם הבעיה האמורה עשויה להתעורר: מצבים שבהם יצירת המצג וההסתמכות עליו נעשים שלא בנסיבות של תחרות לרכישת זכות קניין בנכס; מצבים שבהם יצירת המצג וההסתמכות עליו נעשים בנסיבות של תחרות, כאמור בין הצדדים. בשורות הבאות אבהיר פשרה של הבחנה זו.

מצב הרגיל שבו אדם יוצר מצג מוטעה של המציאות המשפטית ואדם אחר מסתמך על המצג – המצג יתייחס למצב הזכויות ביחס לנכס, לקיומם של חיוב או חוב, לגדר סמכות הפעולה של אדם, וכיו"ב¹⁸. מצבים אלו הם "תחרותיים", מבחינה זו שיוצר המצג טוען לקיום מצב הדברים האמיתי, ביחסיו עם המסתמך על המצג, בעוד שהמסתמך על המצג טוען לקיום מצב הדברים המוצג. בהתאם לכך, ההכרעה בתחרות שבין הצדדים עשויה להשפיע על מצב הזכויות והכוחות שביניהם; בין היתר, היא עשויה לגרום להעברה של זכויות לגבי נכסים מאת יוצר המצג למסתמך עליו¹⁹. ואולם, התחרות שבין הצדדים אינה מתקיימת בנסיבות שבהן שניהם פועלים לרכישת זכויות נוגדות בנכס. לעומת זאת, ייתכנו מצבים שבהם אדם המעוניין ברכישת זכות בנכס יצור, תוך התקשרותו לרכישת הזכות, מצג מוטעה של המציאות, ואדם אחר, המעוניין ברכישתה של זכות נוגדת, יפעל בהסתמך על המצג האמור. לדוגמא: שמעון מתקשר עם ראובן בעסקה לרכישת מקרקעיו של האחרון. שמעון נמנע מרישום הערת-אזהרה המשקפת את התקשרותו עם ראובן. זמן רב לאחר-מכן לוי מתקשר עם ראובן בעסקה לרכישת מקרקעיו של ראובן, לא לפני שלוי מוודא בלשכת מרשם המקרקעין כי אין קיימת ביחס למקרקעין זכות מוקדמת של אדם אחר. ניתן לטעון, כי הימנעותו של שמעון מלרשום הערת-אזהרה יצרה כלפי הזולת מצג מוטעה בדבר המצב המשפטי של המקרקעין, היינו: הצגת המקרקעין ככאלה שאינם כפופים להתקשרות חוזית מוקדמת. במצבים כאלו, מתקיימת בין הצדדים "תחרות בתוך תחרות". מצד אחד, מתקיימת תחרות באשר למצב הדברים הצריך לחול במסגרת היחס שבין הצדדים: האם המצב האמיתי של הדברים צריך לחול (העובדה שהתקשרותו של שמעון עם ראובן קדמה להתקשרותו של לוי עם ראובן) או שמא המצב המוצג של הדברים (העדר התקשרותו של שמעון עם ראובן). ואולם, תחרות זו מתקיימת בהקשר של תחרות בין הצדדים לרכישתן של זכויות נוגדות. במצבים כאלו, ההכרעה בתחרות "הפנימית" שבין הצדדים (התחרות בין המצב האמיתי לבין המצב המוצג) עשויה אפוא להכריע בשאלת התחרות "החיצונית" שביניהם (התחרות בדבר רכישת הזכות בנכס). מורכבות זו של "תחרות בתוך תחרות" חסרה במצב הרגיל שבו מתעוררת שאלת ההסתמכות על מצג משפטי מוטעה.

שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245 (להלן: הבעלים המקורי).

מאמרי זה מכון להיות משויך לקטיגוריה זו של כתיבה העוסקת בחקיקה האזרחית.

18 לדיון מפורט במצבים השונים ראה להלן, פרק שני.

19 ראה, למשל, השלכותיו של "ההשתק הקנייני", להלן, טקסט ליד הערות 91 – 95.

בהתאם להבחנה האמורה, החלק השני של מאמר זה יעסוק במצבים שבהם בעיית המצג המשפטי המוטעה מתעוררת בחקיקה האזרחית החדשה כנסיבות בלתי-תחרותיות (במובן שהובהר בפסקה הקודמת), בעור שהחלק השלישי של המאמר יעסוק במצבים שבהם הבעיה האמורה מתעוררת כנסיבות של תחרות בין התקשרויות לרכישת זכויות נוגדות בנכס. כתשתית לדיון בשני חלקים אלו אבחון כשורות שלהלן את ההסדרים העיקריים שהתפתחו במשפט האנגלו-אמריקני ובמשפט הישראלי בסוגיית ההסתמכות על מצגים של המציאות הנוצרים על-ידי הזולת. הדיון ייערך בשלושה מישורים: דיני החוזים, דיני הנויקין ודוקטרינת ההשתק.

3. ההסתמכות על מצג של הזולת – דיני החוזים

(א) החוזה

החוזה משמש מכשיר ראשון-במעלה ליצירת מ: ים בדבר מצב המציאות, שניתן להסתמך עליהם. הדגם החוזי המקובל עלינו כיום בהשתמשנו במונח "חוזה" הוא זה של החוזה-שכולו-לביצוע (The Wholly Executory Contract)²⁰. התכונה המאפיינת חוזה זה היא היותו צופה-פני-עתיד: החוזה נתפש על-ידינו כאמצעי ליצירת מצגים, שניתן להסתמך עליהם, בנוגע למצב המציאות בעתיד, לא כאמצעי להסדרת המציאות שבהווה²¹. ואכן, זה לא מכבר הוכר כי אחת הפונקציות החשובות שאותה החוזה-שכולו-לביצוע אמור למלא היא פונקציית התכנון: באמצעות החוזה ומערכת הסעדים של דיני החוזים, מקבל ההבטחה החוזית רוכש לעצמו ודאות גבוהה-יחסית לגבי מצב המציאות, שבה הוא ימצא, בנקודת-הזמן העתידית שבה המבטיח אמור לקיים את הבטחתו (בכפיפות לסיכון של פשיטת-רגל של המבטיח)²². מקבל ההבטחה החוזית אמור אפוא לכלכל את מעשיו (קרי: לפעול פעולות ולהימנע מפעולות) בין מועד כריתת החוזה לבין המועד הצפוי לקיום הבטחתו של הצד האחר – בהסתמך על הצפייה שההבטחה תקיים.

עם זאת, אין מניעה לכך שחוזה יכלול התחייבויות של צד אחד כלפי משנהו ביחס למצב ההווה. ואכן, התחייבויות כאלו הן חלק בלתי-נפרד כמעט מכל חוזה

20 על התפתחותו של מושג החוזה עד הגיעו לרגם הנוכחי שלו ראה L. Fuller & M. Eisenberg, *Basic Contract Law* (Minn., 3rd ed., 1972) 121–122; M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1680–1860* (Cambridge, Mass., 1977) 161–162.

21 E. Farnsworth, *Contracts* (Boston, 1982) 3–10; *Restatement of Contracts* (2d) 1,2(1); A. Burrows, "Contract, Tort and Restitution – A Satisfactory Division or not?" 99 *L.Q.R.* (1983) 217, 244–245; A. Leff, "Contract as Thing" 19 *Am. U.L. Rev.* (1970) 131, 138.

22 I. Macneil, *The New Social Contract* (1980) 3–10, 47–50; I. Macneil, "A Primer of Contract Planning" 48 *S. Cal. L. Rev.* (1975) 627; I. Macneil, "The Many Futures of Contracts" 47 *S. Cal. L. Rev.* (1974) 691, 712–715; I. Macneil, "Restatement of Contract (2d) and Presentation" 60 *Va. L. Rev.* (1974) 589, 589–591; E. Farnsworth, *supra* note 21, at 89; P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979), Ch. 14, 21, 22; G. Gilmore, *The Death of Contract* (Ohio, 1974) 14, 17.

שכמהותו הוא צופה פני עתיד²³, וקיומן הוכר במסגרת דיני המכר²⁴ ודיני השליחות²⁵ של המשפט האנגלי. יתר-על-כן: העובדה שמצג בדבר מצב ההווה יכול להיחשב חלק מההתחייבויות החוזיות שצד נוטל על עצמו היא המולידה, לא אחת, בעיות פרשנות קשות בדבר כוונת הצדדים, היינו: האם יש להתייחס אל מצג מסוים כאל מצג טרום-חוזי או שמא יש לראותו כחלק מההתחייבויות הנכללות בחוזה²⁶. ואולם, כאמור לעיל, בעיקרו של דבר, הדגם החוזי המקובל כיום אמור להסדיר את פני המציאות העתידית, ולא את מצב המציאות שבהווה²⁷.

הסעד המוקנה על-פי דיני החוזים, לצד שכלפיו נוצר המצג המגובש בהבטחה החוזית, אינו ניתן בגין הסתמכותו של צד זה על ההבטחה, כי אם בגין אי-קיום ההבטחה. במלים אחרות: השאלה באיזו מידה מקבל ההבטחה החוזית אכן הסתמך עליה היא בלתי-רלבנטית, במסגרת דיני החוזים, לעניין עצם זכאותו של צד זה

23 לדוגמא: מצג שנעשה בחוזה על-ידי חברה בנוגע לסמכויות הפעולה שלה ושל מנהליה; מצג שנעשה בחוזה-מכר על-ידי המוכר בדבר מצב הזכויות שלו בנכס; מצג שנעשה בחוזה-מכר על-ידי הקונה בדבר בדיקות שערך בממכר.

24 ה- Sale Of Goods Act 1979 (C.54) מורה כי בחוזה מסוג Sale, היינו: חוזה-מכר שבאמצעותו מועברת הבעלות בטובין מהמוכר לקונה קיים תנאי מכללא מצדו של המוכר שיש לו כוח למכור את הטובין. ראה סעיף 12(1) לחוק. בכל חוזה-מכר קיימת התחייבות מכללא מצדו של המוכר שבעת כריתת החוזה הטובין הם חופשיים מכל שעבוד שלא הודע עליו לקונה. ראה סעיף 12(2)(A) לחוק. כמו-כן ראה פסק-הדין 84 *Mcrae v. Commonwealth Disposals Commission* (1950-1951) 377 C.L.R. שבו קבע בית-המשפט העליון של אוסטרליה, בהסתמך על דיני החוזים של המשפט האנגלי, כי

The only proper construction of the contract is that it included a promise by the commission that there was a tanker in the position specified. The commission contracted that there was a tanker there (Id., at 410).

25 על-פי הדוקטרינה של הפרת ערובת הרשאה, שהתפתחה במסגרת דיני השליחות של המשפט האנגלי, מקום שבו אדם מתקשר בחוזה בהתיימרו לפעול כשלוחו של אדם אחר הוא נחשב כמתחייב מכללא כלפי הצד האחר לכך שהוא בעל סמכות לפעול כשלוחו של האדם שבשמו הוא מתיימר לפעול. התחייבות השלוח על-פי דוקטרינה זו נחשבת התחייבות חוזית. ראה א' ברק, חוק השליחות, תשכ"ה – 1965 (ירושלים, תשל"ה) 306 – 307; ג' שלו, "חוזה נספח Collateral Contract" משפטים א (תשכ"ט) 557, 596 – 598; ע"א 115/62 בנק מרכזי קנדה-ישראל בע"מ נ' אלון, פד"י טז 1363, 1370, 1372; ע"א 79; 207 רביב משה ושות', בע"מ נ' בית יולס, פד"י לז(1) 543, 533.

26 P. Atiyah, 582-580, (לעיל, הערה 25), Burrows, *supra* note 21, at 252-253; "Misrepresentation, Warranty and Estoppel" *Alberta L. 9 Rev.* (1971) 347, 348 – 357; נפקות הסיווג היא בעיקר בשאלת התרופות: על מצג טרום חוזי יחול פרק ב לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973, בעוד שעל התחייבות חוזית יחול חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1971. ראה גם ע"א 760/77 בן עמי ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פד"י לג(3) 567, 574 (קשיי ההבחנה בין הטעיה טרום-חוזית לבין הבטחה חוזית); L. Fuller & W. Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages" 46 *Yale L.J.* (1936/1937) 52, 373, 404 ("...The difficulty of distinguishing between promises and representations...").

27 על-שום אופיו של החוזה כמכשיר הצופה פני עתיד, השימוש כמושג "מצג מוטעה" הוא חסר-משמעות בהקשר החוזי. ניתן לרבר על "מצג מוטעה" ביחס למציאות קיימת או ביחס למציאות שהתקיימה; לא ניתן לרבר על "מצג מוטעה" ביחס למציאות שטרם התקיימה.

לסעד כלפי המבטיח שהפר את הבטחתו. אלא מה שקובע את שאלת הזכאות לסעד, על-פי דיני החוזים, הוא המידה שבה המבטיח אכן קיים את הבטחתו²⁸. יתר-על-כן, שאלת ההסתמכות היא גם בלתי-רלבנטית לגבי היקף הסעד הניתן למקבל ההבטחה שהופרה: הסעד הראשוני של דיני החוזים מכוון להגן על "אינטרס הצפייה" של הנפגע, היינו: הוא נמדד על-פי מידת ההפרה של ההבטחה החוזית, באופן המכוון להביא את הנפגע למצב שבו הוא היה נמצא אילו קוימה ההבטחה²⁹. עם זאת, בנסיבות מסוימות היקף הסעד הניתן לנפגע עשוי להיקבע על-פי מידת הסתמכותו על ההבטחה, היינו: תוך הגנה על "אינטרס ההסתמכות" שלו³⁰.

(ב) הטעיה בתהליך הכריתה של חוזה

ההקשר הבולט ביותר שבו דיני החוזים מקנים הגנה למסתמך על מצג המתייחס למצב המציאות שבהוזה או שבעבר, הוא ההקשר של תהליך הכריתה של החוזה. באמצעות החוזה הרו-צדדי כל מתקשר אמור לקבל יתרון מאת המתקשר האחר (תוך הקניית יתרון למתקשר זה). ההנחה שביסוד דיני החוזים היא, כי כל מתקשר נכנס לקשר החוזי משום שהוא סבור כי מצבו לאחר ביצוע החוזה יהא עדיף על-פני מצבו שלפני החוזה, על-אף הביצוע החוזי הצריך להינתן על-ידי לצד האחר³¹. הנחה זו משתבשת במקום שהמידע שעל-פיו מחליט צד להתקשר בחוזה הוא מוטעה. הטעיה מתקיימת במקום שצד מתקשר בחוזה בהסתמך על מידע מוטעה, המתייחס להוזה או לעבר³², כשמקור הטעות ביחס למידע זה הוא בהתנהגותו של הצד האחר³³. דיני החוזים מאפשרים למתקשר שפעל בהסתמך על הטעות לבטל את חוזהו. דוקטרינת ההטעיה מורכבת אפוא משלושה אלמנטים: יצירת מצג מוטעה של המציאות שבהוזה או שבעבר על-ידי צד אחד, במסגרת תהליך הכריתה של חוזה; ההסתמכות

28 ביטוי לכך ראה בסעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1971. ראה גם ע"א 760/77 בן עמי ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פד"י לג(3) 574, 567 (קשיי ההבחנה בין הטעיה טרום-חוזית לבין הבטחה חוזית); Atiyah, *supra* note 22, at 424–431; Atiyah, *supra* note 26, at 377–378.

29 Restatement of Contracts (2d) 347; E. Farnsworth, *supra* note 21, at 839; Burrows, *supra* note 21, at 218.

30 Restatement of Contracts (2d) 349; E. Farnsworth, *supra* note 21, at 839–840; Burrows, *supra* note 21, at 227–232.

31 A. Kronman, "Wealth Maximization as a Normative Principle" 9 *J. Legal Studies* (1980) 227, 229, 235; A. Kronman, "Contract Law and Distributive Justice" 89 *Yale L.J.* (1980) 472, 475–493; D. Kennedy, "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1685, 1717–1718; Weinberg, "Commercial Paper in Economic Theory and Legal History" 70 *Ken. L.J.* 1981/1982) 567; R. Posner, *Economic Analysis of Law* (Boston, 2nd ed., 1977) 71, 79–80.

32 על כך שהמידע המוטעה במסגרת רוקטרינת ההטעיה צריך להתייחס להוזה או לעבר ראה ג' שלו, פגמים בכריתת חוזה (ירושלים, תשמ"א) 62 – 63.

33 ראה סעיף 15 לחוק החוזי (חלק כללי), תשל"ג – 1973, שממנו עולה כי התנהגותו של המטעה יכולה להיות בין בדרך של הצהרה מפורשת ובין בדרך של "אי גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נהוג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן".

על המצג על-ידי הצד האחר, בדרך של התקשרות בחוזה; סעד לצד המסתמך (ביטול החוזה).

(ג) דרך מקובלת ותום-לב בכריתת חוזה

אמרנו כי בנסיבות של הטעיה, חוזה שנכרת בהסתמך על מצג מוטעה של המציאות יכול להיבטל על-ידי הצד שהסתמך על המצג. סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973³⁴ (להלן: חוק החוזים), עשוי אף הוא לחול בנסיבות זהות לאלו שעליהן חלה דוקטרינת ההטעיה³⁵, תוך שהוא מקנה סעד חלופי ומצטבר בידי הצד שהסתמך על המצג: פיצויים בעד הנזק שנגרם למסתמך עקב המשא-ומתן או עקב כריתת החוזה. יתר על כן, סעיף 12 עשוי להגן לא רק על הסתמכותו של צד למשא ומתן על עובדות שהן רלבנטיות לצורך ההתקשרות אלא אף על הסתמכותו של צד למשא ומתן על צפיה סבירה לכריתת החוזה: צד המנהל משא ומתן לכריתת חוזה בהעדר כוונה להביא לכריתת חוזה או צד המנהל משא ומתן לכריתת חוזה ועקב התנהגותו הרשלנית אין נכרת חוזה – יחובו בפיצויים על נזקי ההסתמכות של הצד האחר³⁶. אף כי סעיף 12 ממוקם במסגרתו של דין חוזים, הרי כפשוטו הוא נראה כסעיף בעל אופי נזיקי מובהק (הטלת חובה על-פי דין והכפפתו של מי שגרם נזק לזולת, בעקבות הפרת החובה, לסעד של פיצוי המכוון להחזיר את הנפגע למצב שבו הוא נמצא לפני גרימת הנזק)³⁷. עם זאת, הפסיקה הפעילה את הסעיף בצורה רחבה וגמישה שעמעמה את אופיו הנזיקי מבחינת מילוי של הסעיף בתוכן³⁸ ובעיקר מבחינת הסעדים שנפסקו בהסתמך עליו. כך, הסעיף הופעל כדי להשתיק צד שנטל חלק במשא-ומתן חוזי מלכפור בתוכן החוזה³⁹ או בקיום החוזה⁴⁰.

34 ס"ח 694.

35 ראה, למשל, ע"א 230/80 פנידר בע"מ ואח' נ' קסטרו, פד"י לה(2) 726,723,713 (אייגלוי מידע בשלב הכריתה של חוזה כהתנהגות שאינה מקיימת את דרישת הדרך המקובלת ותום-הלב); ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ, פד"י לז(1) 533, 544 (כנ"ל).

36 ע"א 800/75 משה קוט נ' ארגון הדיירים במרכז המסחר, רמת יוסף, בתיים, אגודה עותמנית, פד"י לא(3) 813; ע"א 251/84 חברת ס.ג.פ. להשקעות בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י לט(2) 463. הפיצויים הנפסקים בהסתמך על סעיף 12 אמורים לפצות את הנפגע על נזקי ההסתמכות שלו; הפיצויים אינם אמורים לפצות בגין אי-התקיימותה של צפייה אצל הנפגע. ראה ע"א 800/75 דלעיל; ע"א 230/80 פנידר בע"מ ואח' נ' קסטרו, פד"י לה(2) 713, 727; ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולס בע"מ, פד"י לז(1) 533, 552 – 553.

37 על קשיי המיון של סעיף 12 על פי אמות-המידה של דיני החוזים ודיני הנזיקין ראה ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ ואח' נ' קסטרו, פד"י לז(4) 673, 686 – 688; ע"א 783/83 קפלן נ' נוביגרוצקי ואח', פד"י לח(3) 477, 484.

38 ראה, למשל, ד"נ 7/81 פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ ואח' נ' קסטרו, פד"י לז(4) 673.

39 ע"א 846/76 עטיה נ' ארט חב' לביטוח בע"מ ואח', פד"י לא(2) 780; ראה גם ע"א 265/70 לוי נ' דאגר ואח', פד"י כה(1) 344, 356 – 357.

40 ע"א 829/80 שכון עובדים בע"מ נ' זפניק ואח', פד"י לז(1) 579, 583 – 584; ראה גם ע"א 175/81 אדמיר פתוח ואדריכלות בע"מ ואח' נ' קלו, פד"י לח(4) 293, 300; ס' דרייטש, "סעיף 12 לחוק החוזים – האומנם תרופה לכל מכאוב?" מחקרי משפט ד (תשמ"ו) 39; נ' כהן,

(ד) השתק הבטחה (Promissory Estoppel)

התיאוריה הקלסית של החוזה, יצירת המאה התשע-עשרה, ראתה את החוזה כמי שנוצר כמסגרתו של Bargain בין המתקשרים, תוך מתן תמורה על-ידי כל צד כנגד קבלת התחייבותו החוזית של הצד האחר. אלמנט התמורה היווה אפוא קנה-מידה להבחנה בין התחייבויות המצמיחות חבות חזית לבין התחייבויות שאינן מצמיחות חבות כזו. ואולם, דרישת התמורה כתנאי לחבות חוזית לא היתה מוחלטת; במשפט האמריקני הוכרה גם האפשרות שהתחייבות שלא ניתנה כנגדה תמורה תצמיח חבות חוזית במצבים שבהם ההתחייבות היתה עשויה להצמיח, באורח סביר, הסתמכות מצד מי שכלפיו היא הופנתה (בדרך של פעולה או הימנעות מפעולה), והסתמכות כזו אכן התקיימה. עם זאת, על-פי המשפט האמריקני, הסעד שבו יזכה הצד המסתמך בגין אי-קיום ההבטחה לא יהא בהכרח הסעד החוזי הרגיל (אכיפה או פיצוי כספי המכוון להגן על "אינטרס הצפייה" של המסתמך). אלא, הסעד בגין אי-קיום ההבטחה עשוי להיות מוגבל לפיצוי של הצד המסתמך על נזקי ההסתמכות שנגרמו לו.⁴¹

הדוקטרינה של "השתק הבטחה" הוכרה גם במשפט האנגלי, אלא, שבשיטה זו הוקנו לה ממדים מצומצמים מאלו שהוקנו לה במשפט האמריקני. על-פי המשפט האנגלי, מקום שצד הנושה זכות ברעהו יצר כלפיו מצג המהווה הבטחה כי אין בכוונתו לעמוד על קיום הזכות באופן דווקני, הרי במידה שהחייב שינה את מצבו (לא בהכרח לרעה) בהסתמך על המצג ובמידה שלאור המצג וההסתמכות אכיפת הזכות תימצא בלתי-צודקת — הנושה יהא מנוע מלאכוף את הזכות על-פי תנאיה המקוריים והיא תושעה בהתאם למצג. משמע שבניגוד למצב על-פי המשפט האמריקני, באנגליה אין הדוקטרינה של "השתק הבטחה" מצמיחה עילת תביעה ביד הצד המסתמך אלא יוצרת לטובתו השתק, ונוסף על כך הדוקטרינה מוגבלת למצבים של ויתור על זכות.⁴²

"דפוס החוזים ותום לב במשא ומתן — בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט (תשל"ז).

41 Restatement of Contracts (2d) 90; M. Metzger & M. Phillips, "The Emergence of Promissory Estoppel as an Independent Theory of Recovery" 35 *Rutgers L. Rev.* (1983) 472; J. Feinman, "Promissory Estoppel and Judicial Method" 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 678; E. Farnsworth, *supra* note 21, at 92–98.

42 *Hughes v. Metropolitan Ry.* (1877) 2 App. Cas. 439; *Central London Property Trust Ltd. v. High Trees House Ltd.* [1947] K.B. 130; G. Treitel, *The Law of Contract* (6th ed., 1983) 86–95, 100–104, 111–115; Spencer Bower & Turner, *The Law Relating to Estoppel by Representation* (London, 3rd ed., 1977) 367–401; D. Jackson, "Estoppel as a Sword" 81 *L.Q.R.* (1965) 84, 236–243; J. Wilson, "Recent Developments in Estoppel" 67 *L.Q.R.* (1951) 330, 332–341, 343–345, 347–349; Burrows, *supra* note 21, at 239–244; M. Thompson, "From Representation to Expectation — Estoppel as a Cause of Action" 42 *Cambridge L.J.* (1983) 257, 260–266; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed., 1914). קשיי הסיווג של הדוקטרינה של "השתק הבטחה" בין דיני החוזים ודיני הנזיקין ראה, G. Fridman, "The Interaction of Tort and Contract" 93 *L.Q.R.* (1977) 422; Burrows, *supra* note 21, at 218, 224.

הדוקטרינה של "השתק הבטחה" הוחלה גם במשפט הישראלי, אף כי בלא שבת-המשפט הבהירו מהו המקור לתחולת הדוקטרינה במשפטנו. לדוקטרינה הוקנה תוכן גמיש ורחב, על-פי הגישה האמריקנית, מבחינת הנסיבות המצדיקות את החלטה (הבטחה לגבי העתיד והסתמכות). עם זאת, תוצאות ההחלטה של הדוקטרינה נוסחו במונחים של מנע, בדומה לגישתו של המשפט האנגלי⁴³.

4. הסתמכות על מצג של הזולת – דיני הנזיקין

דיני הנזיקין פועלים להגנת יכולת ההסתמכות של אדם על מצג של המציאות שנוצר על-ידי אדם אחר באמצעות שני מכשירים עיקריים: עוולת התרמית והדוקטרינה של מצג רשלני, המהווה קטיגוריית-משנה של עוולת הרשלנות⁴⁴. עם זאת, כפי שאראה בהמשך, עוולת הרשלנות עצמה מהווה אף היא מכשיר חשוב למניעת מצבים שבהם המציאות מוצגת באורח מוטעה.

(א) עוולת התרמית והדוקטרינה המצג הרשלני

נקודת-המוצא של המשפט המקובל היתה, שאין אדם אחראי כלפי רעהו בגין מידע מוטעה שמסר לו אלא-אם-כן התקיימו התנאים של עוולת התרמית, שעיקרם מצג כוזב, העדר אמונה באמיתות המצג, כוונה שמקבל המצג יפעל בהסתמך עליו, הסתמכות של המקבל ונשיאתו בנוק ממון⁴⁵. האפשרות שלצורך הטלת חבות בנזיקין על יוצר המצג ניתן להסתפק בדרישות המצומצמות יותר של עוולת הרשלנות גדונה בפסק-הדין *Derry v. Peek*⁴⁶ ונדחתה. פסק-דין זה אושר מאוחר יותר⁴⁷, ובכפיפות לאחריו שהתייחס למסירת מידע במסגרת יחסי אמון⁴⁸ היתה עמדת המשפט האנגלי במשך שנים רבות, כי עוולת התרמית היא המקור היחיד לחבות בגין מידע מוטעה,

43 ע"א 251/73 תרשיש נ' שיינליט, פד"י כח(1) 572; ע"א 815/81 כליפא נ' שאול, פד"י לו(3) 78; ע"א 19/81 ביבי נ' הורברט, פד"י לז(2) 497. ראה גם ע"א 811/81 שעשוע נ' מועלם ואח', פד"י לח(4) 583; ע"א 118/83 עמר נ' מינהל מקרקעי ישראל, פד"י לט(1) 693.

44 פרופ' טרסקי, בהציעו קווים מנחים לדין נזיקין חדש במשפט הישראלי אומר, כי אחת הזכויות הצריכות לזכות בהגנה במסגרת דין כזה היא הזכות שלא להיות מוטעה עקב קבלת מידע בלתי-נכון. G. Tedeschi, "The Law of Torts and Codification in Israel", 27 *Int'l & Comp. L. Q.* (1978) 319, 327; ג' טרסקי, דיני הנזיקין בקדימיקציה הישראלית – מסות במשפט (ירושלים, תשל"ח) 324, 315.

45 W. Prosser, *The Law of Torts* (4th ed., 1971) 685–686, 700–704; W. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Torts* (11th ed.) 246, 253–254; R. Heuston & R. Chambers, *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (18th ed., 1981) 365, 367–368; H. Street, *The Law of Torts* (7th ed., 1983) 388, 389; ע' בר-שירה התרמית (ירושלים, תשל"ט) 5.

46 14 App. Cas. 337 (1889).

47 *Le Lievre v. Gould* [1893] 1 Q.B. 491.

48 *Nocton v. Lord Ashburton* [1914] A.C. 932.

ואילו עוולת הרשלנות אינה יכולה לשמש מקור כזה⁴⁹. ואולם, כידוע, בשנות השישים ננטשה גישה זו, ובניגוד להלכת *Derry v. Peek* נקבע, כי לצד עוולת התרמית גם עוולת הרשלנות יכולה לחול על מסירת מידע מוטעה⁵⁰. כידוע, בסוגיא זו הקדים המשפט הישראלי את המשפט האנגלי. ההחלה של עוולת הרשלנות על מסירה של מידע מוטעה שגרם לנוק ממון נעשתה בארץ, בהמשך⁵¹ 106/54 וינשטיין נ' קדימה⁵², כתשע שנים לפני שהתפתחות זו אירעה באנגליה. הלכת וינשטיין נ' קדימה פורשה לאחר-מכן בכמה פסקי-דין כמתייחסת למצבים שבהם נמסר מידע על-ידי בעל-מקצוע במסגרת עיסוקיו המקצועיים⁵³. אולם, בפסקי-דין יותר מאוחרים נקבע, כי כללי המצג הרשלני חלים גם מעבר ליחסים מקצועיים⁵⁴.

(ב) עוולת הרשלנות

ראינו כי כיוון ההתפתחות של המשפט האנגלי היה בדרך של הרחבת היקף התחולה של עוולת הרשלנות על-ידי התחלתה על מצגים רשלניים. השאלה הנשאלת היא, מה פשר המושג "מצג" בהקשר זה. בפרשת הדלי בירן⁵⁵ התבטא המצג במתן חוות-דעת כתובה בדבר איתנותה הכספית של חברה. יוצר המצג היה מודע לכך שהוא מוסר מידע שמישהו אחר עומד להסתמך עליו. אולם, בפרשת קלייטון⁵⁶, שסימנה את ראשית המפנה לכיוון החלתה של עוולת הרשלנות על מסירת מידע מוטעה, היה המצג פחות מפורש: ארכיטקט הנחה פועל-בניין באשר לדרך ביצועה של עבודה ובכך נחשב כמי שיצר כלפיו מצג בדבר בטיחותם של תנאי העבודה. פסקי-דין זה רומז לכך שמקרים לא-מעטים הנופלים בגדר של עוולת הרשלנות יכולים להיות

- A. Goodhart, "Liability for Innocent but Negligent Misrepresentations" 74 *Yale L.J.* 49
Donoghue v. Stevenson (1964) 286, 292. יתר על כן: עמדה זו אושרה גם בתקופה שלאחר פסק-הדין.
Stevenson Chandler v. Crane, Christmas & Co. [1951] 2 K.B. 164. ראה [1932] A.C. 562.
 שינוי זה התחולל בשני שלבים. בשלב הראשון, בפסק-הדין *Clayton v. Woodman & Son*.
 50 *Builders Ltd.* [1962] 2 Q.B.(C.A.) 533 נקבע, כי עוולת הרשלנות חלה על מצג רשלני שגרם לנוק
 פיזי. בשלב השני, בפסק-הדין המפורסם *Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*
 465 [1964] A.C. נקבע, כי עוולת הרשלנות חלה גם על מצבים שבהם במסגרת "יחס מיוחד" בין
 הצדדים נמסר מידע מוטעה שגרם נזק ממון.
 פד"י ח, 1317.
 51 ע"א 46/75 מדינת ישראל נ' לבנשטיין, פד"י ל(1) 716, 720.
 52 ע"א 86/76 "עמידר", החברה הלאומית לשיכון עולים בישראל בע"מ נ' אהרון, פד"י לב(2) 337,
 340, 357; ע"א 230/80 פנידר בע"מ ואח' נ' קסטרו, פד"י לה(2) 713, 726 – 727; ע"א
 783/83 קפלן נ' נובוגורצקי ואח', פד"י לח(ד) 477, 484 – 485, 487 – 486; ע"א 790/81
American Microsystems Inc. נ' אלביט מחשבים בע"מ וערעור שכנגד, פד"י לט(2) 785. לעימות
 המשפט האנגלי והמשפט הישראלי בסוגיית המצג הרשלני ראה גם נ' ולצמן, "הצהרה כחובת
 רשלנית בשלב משא-ומתן לכריתת חוזה" עיוני משפט ח (תשמ"א) 55, 70 – 78; ע' בר-שירה,
 "היצג רשלני" הפרקליט כז (תשל"ב) 490.
 54 לעיל, הערה 50.
 55 שם.

מוצגים כמקרים שבהם הוטלה על אדם חבות משום שבהתנהגותו יצר מצג מוטעה בדבר מצב המציאות. משמע שעוולת הרשלנות יכולה לעתים להיתפש כמכוונת להגן על מי שפועל תוך הסתמכות על מצג מוטעה של המציאות שנוצר על-ידי אדם אחר. מושג-המפתח לצורך עוולת הרשלנות הוא "חובת זהירות"⁵⁶. אולם "חובת זהירות" ו"סיכון" הם שני צדיה של אותה מטבע עצמה: חובת הזהירות כלפי הוולת צומחת במקום שפעולתו של אדם עשויה להעמיד בסיכון אינטרס של הוולת⁵⁷. בתי-המשפט מלאו בתוכן את חובת הזהירות בשקלם את היחס בין היקף הסיכון לוולת הכרוך בפעולה לעומת העלות הכרוכה בנקיטת אמצעי הגנה יעילים כנגד הסיכון⁵⁸. תוך הבאה בחשבון של החשיבות החברתית של קיום הפעולה יוצרת הסיכון⁵⁹. הקשר בין שני השיקולים הראשונים, היינו: היקף הסיכון לעומת אמצעי ההתגוננות בפניו, בוטא בצורה מתימטית על-ידי השופט האמריקני הנודע Learned Hand⁶⁰. לדבריו, חבות בגין רשלנות צריכה להיות מוטלת על מי שבהתנהגותו יוצר סיכונים במקום שעלות נקיטתם של אמצעי הגנה כנגד הסיכון הנוצר בפעולתו היא קטנה ממכפלת שיעור הנוק הצפוי בעקבות הפעולה בהסתברות של קרות הנוק כתוצאה מהפעולה⁶¹.

- 56 ראה סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], דיני מדינת ישראל, ג"ח 1, עמ' 2.
- 57 ראה, למשל, ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס ואח', פד"י (1) 63, 74—76; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פד"י (1) 113, 122—126, 127—129, 132; ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר ואח', פד"י (3) 757, 766—767; ע"א 417/81 מלון רמדה שלום נ' אמסלם, פד"י (1) 72, 76—78; ד"נ 22/83 מדינת ישראל נ' חדרה, פד"י (2) 285, 293—295, 307—308; ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פד"י (1) 113.
- 58 ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וציוד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס ואח', פד"י (1) 63, 74—76; ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה ואח', פד"י (1) 141, 159—160; ע"א 744/76 שרתאל, ואח' נ' קפלר, ואח', פד"י (1) 113, 122—124; ע"א 755/76 "משמר" חברה לשמירה, בטחון ושירותים בע"מ נ' עישא, פד"י (2) 656; ע"א 8/79 גולדשמיט נ' ארזי ואח', פד"י (3) 399, 406, 411—413; ע"א 868/79 קובי נ' זיו ואח', פד"י (1) 63; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פד"י (1) 113, 131—132; ע"א 417/81 מלון רמדה שלום נ' אמסלם, פד"י (1) 72, 78; ע"א 796/80 אוהנה נ' אברהם ואח', פד"י (4) 337, 344—345; ע"א 363/59 גשר הויז בע"מ נ' פייביש, פד"י טו 469, 478; ע"א 333/56 סולל כונה נ' נציה, פד"י יב 619, 622—624; ע"א 635/70 מגדלסון נ' קפלן ואח', פד"י (2) 113, 120.
- 59 ע"א 755/76 "משמר" חברה לשמירה, ביטחון ושירותים בע"מ נ' עישא, פד"י (2) 656, 666; ע"פ 186/80 יערי ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י (1) 769, 778—779; ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פד"י (1) 113, 131—132; ע"א 333/56 סולל כונה נ' נציה, פד"י יב 619, 623; ת"א (חי') 577/60 גבטילר נ' גרוס ואח', פס"מ לג 380, 387.
- 60 *Conway v. O'Brien* 111 F. 2d 611, 612 (2d Cir. 1940); *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947). ראה גם 122—123, *R. Posner supra* note 31.
- 61 נוסחת הרשלנות של לרנר הנד מבוססת על מבחני הרשלנות המסורתיים של ה-"Common Law". ראה R. Posner, "A Theory of Negligence" 1 *J. Legal Studies* (1972) 29, 32; R. Epstein, "A Theory of Strict Liability" 2 *J. Legal Studies* (1973) 151, 154—155. לרנר הנד ראה גם Epstein, *idem.*, at 154—160; I. England, "The System Builders — A Critical Appraisal of Modern American Tort Theory" 9 *J. Legal Studies*

נוסחת הרשלנות המסורתית בוחנת את שאלת הרשלנות תוך התמקדות בנתבע⁶², תוך הכרה בכך שייתכן "אשם תורם" לקרות הנזק מצדו של התובע. בשנים האחרונות הוצעו בספרות המשפטית בארצות-הברית הצעות בדבר התוכן הנאות של עוולת הרשלנות, על-פי אמות-מידה כלכליות. הצעות אלו מתבססות על נוסחת הרשלנות של השופט Hand⁶³, אך זאת תוך שקילה, זו מול ח, של עלות ההתגוננות בפני הסיכון לתובע ולנתבע. במלים אחרות: על-פי הצעות אלו יש לבחון ביחס לכל סיכון את עלות ההתגוננות בפניו לתובע, מצד אחד, ולנתבע, מצד שני, ויש להטיל אחריות ברשלנות על הנתבע רק במקום שעלות ההתגוננות מפני הסיכון עבורו היתה נמוכה מהעלות המקבילה של התובע. לאמור: תובע שהיה יכול להתגונן מפני הסיכון שנקלע אליו בעלות נמוכה מעלות ההתגוננות של הנתבע, ייכשל בתביעתו⁶⁴. בהפעילם את עוולת הרשלנות תבעו בדרך-כלל בתי-המשפט מיוצריהם של סיכונים או ממי שהיו מודעים לסיכונים כי ינקטו צעדים אקטיביים לסילוק המצב המסוכן⁶⁵. אולם לא אחת סברו בתי-המשפט כי די בכך שיוצר הסיכון או מי שמודע לקיום הסיכון יביא לידיעת הזולת מידע בדבר קיום הסיכון, באופן שיאפשר לאחרון

62. (1980) 27, 52—54; P. Atiyah, Accidents, Compensation and the Law (London, 3rd ed. 1980) 43—45; להחלה של נוסחת לרנר הנד במשפט הישראלי ראה

ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה ואח', פד"י (1) 141, 159—158.

63. ראה P. Atiyah, *supra* note 64, at 34—35; Posner, *supra* note 64, at 33.

64. ראה לעיל, טקסט ליד הערות 60—61.

65. Posner, *supra* note 61, at 33, 39, 40; R. Posner, *supra* note 31, at 123—124; R. Posner, "Strict Liability — a Comment" 2 J. Legal Studies (1973) 205, 205—266; R. Posner, "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law" 10 J. Legal Studies (1981) 187, 201; G. Calabresi & A. Melamed, "Property Rules, Liability Rules and Inalienability — One View of the Cathedral" 85 Harv. L. Rev. (1972) 1089, 1096—1097; G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (New Haven, 1970), Chapter 7; G. Calabresi & J. Hirschoff, "Toward a Test for Strict Liability in Torts" 81 Yale L.J. (1972) 1055, 1060.

במשפט הישראלי ראה ע"א 420/75 כהן נ' אייזן, עו"ד, פד"י (2) 29. ראה גם ע"א 20/80 פליישר ואח' נ' לקטוש ואח', פד"י (3) 617, 624—625; י"א אנגלרד, "האחריות לגביבת מכונית מתוך חניון — קשר השמירה ובעיותיו", משפטים יא (תשמ"א) 295, 302.

66. ראה, לדוגמא, ע"א 587/73 שאולי נ' מזרחי ואח', פד"י (1) 533, 537—538, 543 (המלווה ילד בן שבע כחציית כביש חייב לאחוז בידו באופן שימנע ממנו חצייה מסוכנת); ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה ואח', פד"י (1) 141, 160 (כשהמדובר בהתנהגות מסוכנת כגון ציבורי שבבעלות עירייה "יש נסיבות בהן ... יעלה הצורך בגידור, בהזמנתה הקבועה של המשטרה או אף בסגירתו של מקום פלוגי"); ע"א 316/75 שור ואח' נ' מדינת ישראל ואח', פד"י (3) 299, 308 (התופר חעלה לרוחב כביש חייב להציב לאורך שני צדיה חביות או אמצעי גידור אחרים כדי למנוע גישה אל פתח התעלה); ע"א 701/77 רשות הנמלים בישראל נ' עזרא, פד"י (1) 737, 740—741 (מעביד חייב לנקוט אמצעי זהירות למניעת סכנה לעובדיו, כגון התקנת מעקה יציב כדי לאפשר ירידה בטוחה ממנוף); ע"א 733/77 גיאור נ' חגן, פד"י (3) 533 (הבעלים של כלב המועד לפרץ לכביש בהישמע רעש קטנועים, לנבוח ולרוץ אחריהם — חייב למנוע זאת מכלבו); ע"א 862/80 עיריית חדרה נ' זוהר ואח', פד"י (3) 757, 768 (עירייה חייבת לטפל בסכנה שבתחומה באופן שימנע נפילת חלק ממנה על השוהים בה).

נקיטת אמצעי זהירות מפני היקלעות לסיכון". מקרים אלו הם חשובים לענייננו משום שהטלת החבות בגין רשלנות בהם יכולה להיתפש כמושתתת על יצירת מצג מוטעה של מצב המציאות בדרך של אי-הבאה לידיעת הזולת מידע על קיומו של מצב מסוכן, שאין הזולת יכול לעמוד על קיומו בכוחות עצמו.

5. ההסתמכות על מצג של הזולת – דוקטרינת ההשתק

(א) יסודות הדוקטרינה

ראינו כי רק לפני כעשרים שנה, בשלב מאוחר-יחסית, הכיר המשפט האנגלי בקיומה של עילת תביעה לפיצויים בגין נזק שנגרם כתוצאה ממצג רשלני של המציאות. עם זאת, המשפט האנגלי העניק הגנה נרחבת ליכולת ההסתמכות על מצג של הזולת באמצעות דוקטרינת ההשתק. דוקטרינה זו היתה באופן מסורתי המכשיר המובהק של המשפט האנגלי להגנה על יכולת ההסתמכות על תמונת המציאות המוצגת על-ידי הזולת⁶⁷. אף ייתכן שקיומה של הגנה נרחבת זו על המסתמך החלישה את מידת הדחיפות בהכרה בעילת תביעה לפיצויים בגין מצג רשלני, ותרמה לכך שעילה כזו לא הוכרה במשפט האנגלי במשך תקופה ארוכה.

במסגרת ההשתק הידוע כ-*Estoppel In Pais*, ההשתק השכיח ביותר הוא זה הידוע כ"השתק מחמת מצג"⁶⁸. על-פי דוקטרינה זו, במקום שאדם יוצר בהתנהגותו כלפי הזולת מצג בדבר התקיימותו של מצב עובדתי מסוים, ובהסתמך על מצג זה

66 ע"א 285/73 לגיל טרמפולין וצידד ספורט ישראל בע"מ נ' נחמיאס ואח', פד"י כט (1) 63, 68, 74, 76 (הטלת חובת הדרכה ואזהרה ביחס לשימוש בחפץ מסוכן); ע"א 557/77 שפס נ' "פרמה" פריזנר ושות' בע"מ, פד"י לב (3) 119, 124 (הטלת חובה להזהיר את המשתמשים בחפץ כי הוא כולל מנגנון נסתר מסוכן); ע"א 288/79 "דווקר זכריה", חברה קבלנית לעבודות בנין ופתוח בע"מ נ' פרילוצקי (רפיד) צידד לבנין בע"מ ואח', פד"י לה (2) 342, 349 – 349 (הטלת חובה להודיע למשתמש במכשיר כי הוא כולל חלק המועד לשבירה); ע"א 145/80 ועקנין נ' המועצה המקומית בית שמש ואח', פד"י לו (1) 113, 132 (הטלת חובה להציב שלט האוסר קפיצה לבריכת מים רדודים מקום שהקפיצה נראית בלתי-מסוכנת, חוך שלמעשה כרוך בה סיכון); ע"א 316/75 שור נ' מדינת ישראל ואח', פד"י לא (1) 299 (הצבת מחסום וחץ כמתן הודעה לציבור על קיום תעלה לרוחבו של כביש בהבדל מנקיטת אמצעים פיזיים למניעת אפשרות הנפילה לחעלה); ע"א 684/76 אייל נ' פוקסמן ואח', פד"י לא (3) 349, 359 – 360 (הטלת חובה על מהנדס-עיר להודיע לדיירים על קיום מבנה מסוכן); ע"א 8/79 גולדשמיט נ' ארזי ואח', פד"י לה (3) 399, 411 – 413 (הצבת שלטי אזהרה המודיעים על קיום פעילות מסוכנת במקרקעין בהבדל מגידור שטח המקרקעין והצבת שמירה בו). ראה גם ע"א 363/59 גשר הזיו נ' פייביש, פד"י טו 469, 479; ע"א 233/79 עדני נ' כרמל, פד"י לה (1) 692, 695 – 696; ע"א 343/74 גרובנר נ' עיריית חיפה, פד"י ל (1) 141; ע"א 56/77 לה נסיונל חברה לביטוח בע"מ נ' סטרפלאסט תעשיות (1967) בע"מ ואח', פד"י לג (1) 337, 339 – 340.

67 על מעמדה של דוקטרינת ההשתק במשפט האנגלי ראה Jackson, *supra* note 42, at 84–85.

68 1506, 1591 Halsbury's Laws of England (4th ed.), 16. ראה גם שמו של החיבור הקלסי במשפט האנגלי בסוגיית ההשתק, ספרו של ספנסר באור ("ההשתק מחמת מצג"), Spencer Bower & Turner, *supra* note 42. תחת שם זה המחבר כולל את כל הקטיגוריות המקובלות של דוקטרינת ההשתק, זולת זו שמקורה במעשה בית-דין.

הזולת פועל באופן המביא לשינוי לרעה במצבו — יוצר המצג יהא מנוע מלטעון, ביחסיו עם הזולת, להתקיימותן של עובדות הסותרות את תוכן המצג שיצר".

דוקטרינת ההשתק מושתתת על שלושה מרכיבים.

ראשית, אלמנט המצג: המצג שעליו מושתת ההשתק צריך להתייחס לעובדה בעבר או בהווה, בהבדל מכוונה ביחס לעתיד⁶⁹. אף מצג של מצב משפטי, בהבדל מחיווי דעה בשאלה משפטית, ייחשב מצג שבכוחו ליצור השתק⁷¹. המצג יכול להיווצר בכל דרך של העברת מידע⁷²: דיבור בעל-פה, כתב, מעשה, התנהגות⁷³, שתיקה ומחדל. תנאי מוקדם לכך שיווצר השתק מחמת שתיקה או מחדל הוא שיוצר המצג בשתיקה או במחדל ייחשב כמי שמוטלת עליו חובה כלפי המסתמך על המצג לגלות לו את המצב האמיתי של המציאות⁷⁴. מצבים אלו מכונים לעתים "השתק מחמת רשלנות" (Estoppel by Negligence)⁷⁵. ואכן, באנגליה נקבע כי חובת הזהירות הקיימת כלפי הזולת במסגרת עוולת הרשלנות וחובת הזהירות הקיימת כלפי הזולת במסגרת ההשתק מחמת שתיקה או מחדל, הן זהות⁷⁶.

שנית, אלמנט ההסתמכות: על המסתמך להראות שפעל או שנמנע מפעולה בהסתמך על המצג וכתוצאה מכך שינה את מצבו לרעה, היינו: סבל הפסד של כסף או שווה כסף⁷⁷. הפעולה או ההימנעות מפעולה צריכות להיות כאלו שאליהן התכוון

69 להגדרת המרכיבים המרכיבים את דוקטרינת ההשתק ראה Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 4; See Also 16 Halsbury's Laws of England (4th ed.) 1501, 1505; Thompson, *supra* note 42, at 257—258; Wilson, *supra* note 42, at 332.

70 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 30; 16 Halsbury's Laws of England (4th ed.) 1593; G. Treitel, *supra* note 42, at 92—93.

71 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 38—42; 16 Halsbury's Laws of England (4th ed.) 1594; Jackson, *supra* note 42, at 224—226.

72 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 45.

73 השתק מחמת מצג בדרך של התנהגות הוא, ככל הנראה, ההשתק הנפוץ ביותר. פסק-הדין היסודי במשפט האנגלי בסוגיית המצג בדרך של התנהגות הוא *Cornish v. Abington* (1859) 157 E.R. 956. על השתק מחמת התנהגות במשפט הגרמני ויחסו לדוקטרינה המקבילה במשפט האנגלי ראה ז' צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), חש"ל — 1970" עיוני משפט ג (תשל"ג) 124—123, 121.

74 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 48—50, 61—69; 16 Halsbury's Laws of England (4th ed.) 1505, 1618, 1620. א' ברק, "זיוף במשיכת שיק — מטרה ואמצעים בחלוקת הסיכון בין הבנק ולקוחו" משפטים א (תשכ"ח) 134, 139; ע"א 488/69 בית ינאי, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' הולנדר, פד"י כד(1) 378, 398.

75 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 72—74; ברק (לעיל, הערה 74), 139. על הפרובלמיות הכרוכה במונח "השתק מחמת רשלנות" ראה *Gallie v. Lee* (1971) A.C. 1004, 1038.

76 *Mercantile Credit Co. Ltd. v. Hamblin* [1965] 2 Q.B. 242; ברק (לעיל הערה 74), 139, הערה 31; Atiyah, *supra* note 26, at 378—380; *Moorgate Mercantile Co. Ltd. v. Twitchings* [1976] 3 W.L.R. 66. על השתק מחמת רשלנות ראה גם "Duty Situations" and Policy Considerations — The Need for Business Sense 35 *Cambridge L.J.* (1976) 225; C. Manchester, "Estoppel by conduct" 127 *New L.J.* (1977) 259.

77 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 91—115; 16 Halsbury's of Laws England (4th ed.) 1601.

יוצר המצג או שאדם סביר היה צופה כי יתרחשו בעקבות המצג⁷⁸. גם בנקודה זו קיים אפוא דמיון בין עוולת הרשלנות ובין דוקטרינת ההשתק. טענת ההסתמכות תידחה כל אימת שלטוען אותה יהיה ניתן לייחס ידיעה או "עצימת עיניים" מלדעת אודות המצב האמיתי של הדברים⁷⁹. המסתמך יכול להיות לא רק מי שהמצג הוצג כלפיו במישרין אלא גם כל מי שחסר זיקה ישירה ליוצר המצג, ואולם במהלך הרגיל של הדברים המצג היה עשוי להיות מוכא לידעתו, ובפועל אכן כך קרה⁸⁰. שלישית, אלמנט המנע: מקובל לראות את דוקטרינת ההשתק כפועלת במישור הראייתי; הפעלתה מונעת מיוצר המצג הבאת ראיה שתוכנה נוגד את תוכן המצג שיצר⁸¹. העמדה המסורתית של המשפט האנגלי היתה, שאין בכוחה של הדוקטרינה לבסס עילת תביעה לצורך רכישת זכויות וניתן להפעילה בבחינת "מגן", אך לא בבחינת "חרב"⁸². על-פי גישה זו, אף כי חלק מהאלמנטים המרכיבים את ההשתק עשויים לשמש גם לצורך הקמת עילת תביעה הנסמכת על גזרות אחרות שבדין המהותי⁸³, הרי שהיווצרותה של חפיפה כזו היא מקרית, וההסתמכות על המצג כשלעצמה איננה מצמיחה ביד המסתמך זכויות כלפי יוצר המצג. עם זאת, אין צורך לומר שהמנע עשוי להיות בעל השלכות מרחיקות-לכת לגבי היחס שבין יוצר המצג והמסתמך עליו, משום שיחס זה יתפשט ככולל את המצג, תחת המצב האמיתי של המציאות⁸⁴. יתר-על-כן: אף במסגרת הגישה המסורתית בסוגיית ההשתק הוכר באנגליה קיומם של מצבים מסוימים שבהם המצג וההסתמכות עליו עשויים להצמיח עילת תביעה למסתמך. מצבים אלו, הידועים כמצבים של "השתק רכוש"

Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 91—115; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) 1599, 1600 78

Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 133—135; ברק, (לעיל, הערה 74), 143. 79

Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 116—119; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) 1600 80

Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 7; Jackson, *supra* note 42, at 257; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) 1501 ("Estoppel is often described as a rule of evidence, but the whole concept is more correctly viewed as a substantive rule of law") ע"א 488/69 בית ינאי אגודה חקלאית שיתופית כע"מ נ' הולנדר, פד"י (1) 378. 81

Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 7, 10—15; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed.), 1501, 1593; Jackson, *supra* note 42, at 103—105; Wilson, *supra* note 42, at 331 צלטנר (לעיל, הערה 73), 124. בשנים האחרונות קמו עוררין על הגישה שלפיה אין בכוחה של דוקטרינת ההשתק, כשלעצמה, להצמיח עילת תביעה. בספרות האנגלית נשמעו קולות שלפיהם יש לראות את הדוקטרינה כמי שעשויה לשמש בסיס עצמאי לעילת תביעה העשויה להביא לרכישת זכויות. ראה Thompson, *supra* note 42; Jackson, *supra* note 42; Atiyah, *supra* note 26, at 369—374; note 42. 82

Jackson, *supra* note 42, at 88—95, 103 — לגבי היחס שבין השתק ועילת תביעה בחוזים ראה 105, 226—228; Wilson, *supra* note 42, at 330—331 ברשלנות ראה Jackson, *supra* note 42, at 96—105. 83

Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 7, 112—114; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) 1602 ראה לעניין זה 84

(Proprietary Estoppel), מתאפיינים בכך שאדם יוצר, במחדל⁸⁵ או בפעולה⁸⁶, מצג ביחס למצב הזכויות לגבי נכס מקרקעין⁸⁷, ואדם אחר פועל בהסתמך על מצג זה תוך שינוי מצבו לרעה⁸⁸. במקרים כאלו הוכר בדין האנגלי כוחו של המסתמך לתבוע אכיפה של הזכויות כפי שהוצגו על-ידי יוצר המצג⁸⁹.

דוקטרינת ההשתק צריכה להיות מובחנת משתי דוקטרינות קרובות: דוקטרינת הבחירה (Election) ודוקטרינת הויתור (Waiver). על-פי דוקטרינת הבחירה, במקום שאדם נתקל, במסגרת יחסיו עם הזולת, בשתי דרכי פעולה חלופיות, והוא נוהג באופן העשוי לגרום לזולת לסבור כי בכוונתו לבחור באחת מדרכי הפעולה ולוותר על האחרת, ובעקבות זאת הזולת משנה מצבו לרעה – אותו אדם יהא מנוע, לאחר-מכן, מלנקוט בדרך הפעולה שהתנהגותו העידה על כוונה לוותר עליה⁹⁰. שני הבדלים בולטים בין דוקטרינת ההשתק לבין דוקטרינת הבחירה: המצג שביסוד דוקטרינת הבחירה אינו חייב להתייחס למצב עובדתי; על-פי דוקטרינת הבחירה יוצר המצג לא יהא מנוע מלטעון לקיומו של מצב עובדתי מסוים, כי אם מלהפעיל דרך פעולה מסוימת⁹¹.

על-פי דוקטרינת הויתור, במקום שאדם מתנהג באופן העשוי ללמד על כוונתו לוותר על זכות או כוח העומדים לו ביחסיו עם הזולת – אותו אדם יהא מנוע מלטעון, לאחר-מכן, כי הזכות או הכוח עדיין עומדים לו. ההבדל הבולט בין דוקטרינה זו לבין דוקטרינת ההשתק הוא, שעל-פי דוקטרינת הויתור די בהתנהגותו של יוצר המצג, ואין נדרשת הסתמכות מצדו של הזולת שכלפיו נוצר המצג⁹².

85 מצבים שבהם בעל נכס מקרקעין שותק לנוכח פעולתו של אדם אחר במקרקעין המבוססת על טעות ביחס למצב הזכויות בהם ידועים בשם "Acquiescence". ראה: G. Treitel, *supra* note 42, at 105; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) 1510.

86 מצבים שבהם בעל נכס מקרקעין יוצר בהתנהגותו מצג מוטעה ביחס למצב הזכויות במקרקעין ידועים בשם "Encouragement". ראה: G. Treitel, *supra* note 42, at 105; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) 1511.

87 באופן מסורתי הוחלה הדוקטרינה של השתק רכושי לגבי נכסי מקרקעין. השאלה אם ניתן להחיל את הדוקטרינה גם לגבי נכסים אחרים נותרה פתוחה. ראה: G. Treitel, *supra* note 42, at 107–108. לטיעון שלפיו הוחלה הדוקטרינה גם לגבי נכסים שאינם מקרקעין ראה: Thompson, *supra* note 42, at 272–275.

88 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 12–16, 283–309; Jackson, *supra* note 42, at 228–232; Thompson, *supra* note 42, at 266–272; G. Treitel, *supra* note 42, at 104–114.

89 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 303–306; G. Treitel, *supra* note 42, at 112; 16 *Halsbury's Laws of England* (4th ed.) 1511. Thompson, *supra* note 42, at 270; ראה גם צלטנר (לעיל, הערה 73), 123, 124, 126.

90 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 313.

91 *idem.* at 316. על דוקטרינת הבחירה ראה גם ע"א 27/80 ישראל ארגמן חברה לבנין בע"מ ואח' נ' ברדנפלד וערעור שבנגד, פד"י לו(1) 393; ע"א 533/81 "עגמון" חברה ליצור גומי ופלסטיקה בע"מ נ' עמית ואח', פד"י לו(3) 553.

92 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 318–319; *Black's Law Dictionary* (Waiver, 5th ed., 1979). על דוקטרינת הויתור ראה גם ע"א 156/76 מאיר שטרן ואח' נ' הלמוט פרידמן ואח', פד"י לו(1) 572; ע"א 268/78 יורשי סמרה פרסי ז"ל ואח' נ' וינטראוב ואח', פד"י לד(3) 813; בג"צ 501/80 זועבי נ' אבו רביעה, פד"י לה(2) 262; ע"א 540/79 א' שמואלי ואח' נ' לויט ואח', פד"י לו(2) 45; ע"א 241/81 שמן חשיות בע"מ ואח' נ' חברת תבלין בע"מ ואח', פד"י לט(1) 561.

(ב) דוקטרינת ההשתק – בין דיני החוזים ודיני הנזיקין

ראינו כי דיני החוזים, דיני הנזיקין ודוקטרינת ההשתק – כולם קובעים הסדרים למצבים של יצירת מצג של המציאות והסתמכות על המצג על-ידי הזולת. מתוך קריאת הדברים דלעיל, ניתן להבחין באופייה "המעורב" של דוקטרינת ההשתק, היינו: היותה כוללת סממנים חוזיים ונזיקיים כאחת. להבהרת תכונתה זו של הדוקטרינה אבחן בשורות הבאות שישה מאפיינים עיקריים שלה, על-פי ששת הפרמטרים שלהלן: קטע הזמן שהמצג מתייחס אליו; הזיקה שבין יוצר המצג והמסתמך על המצג; דרך יצירת המצג; מקור החבות של יוצר המצג; סוג האחריות המוטלת על יוצר המצג; הסער המוקנה למסתמך על המצג. בחינה זו מגלה כי בעוד שעל-פי ארבעת הפרמטרים הראשונים דוקטרינת ההשתק מגלה קרבה לדיני הנזיקין, הרי שעל-פי שני הפרמטרים האחרונים הדוקטרינה נוטה דווקא לדיני החוזים.

קטע הזמן שהמצג מתייחס אליו: המצג הכלול בהבטחה החוזית הטיפוסית מתייחס לעתיד⁹³. הגנתם של דיני הנזיקין (באמצעות עוולת התרמית ועוולת הרשלנות) מתייחסת למצגים מוטעים של המציאות שבהווה או שבעבר⁹⁴. דוקטרינת ההשתק קרובה לדיני הנזיקין, מבחינה זו שהמצג שלגביו היא חלה מתייחס אף הוא להווה או לעבר, אך לא לעתיד⁹⁵.

הזיקה שבין יוצר המצג והמסתמך על המצג: הצעה חוזית עשויה להיות מופנית לניצע מסויים, לקבוצה מוגדרת של ניצעים או אף לעולם כולו. בדרך כלל, נדרש שהניצע ימסור למציע "הודעת קיבול" ועם מסירתה של זו נכרת החוזה⁹⁶. דוקטרינת ההשתק נדרשת במקום שנוצר מצג מוטעה המצמיח חבות על-פי דיני הנזיקין; מצג כזה עשוי להיווצר בין צדדים שיש ביניהם קשר ישיר, שבמסגרתו יוצר המצג מודע לקיום ההסתמכות, ואף בין צדדים שהם זרים זה לזה⁹⁷. דוקטרינת ההשתק קרובה לדיני הנזיקין מבחינה זו, שאף על-פיה הזיקה בין יוצר המצג ובין המסתמך על המצג עשויה להיות דוקטורית או חד-סטרית⁹⁸.

דרך יצירת המצג: כדי שתצמח חבות חוזית נדרש אקט פוזיטיבי של יצירת התחייבות⁹⁹. לעומת זאת, מצג מוטעה העשוי להצמיח חבות בנזיקין עשוי להיווצר בין במעשה ובין במחדל¹⁰⁰. דוקטרינת ההשתק קרובה לדיני הנזיקין, מבחינה זו שאף על-פיה המצג המוליד את הקנע עשוי להיווצר במעשה או במחדל¹⁰¹.

93 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 21; (1960) 3A, section 752, *Corbin on Contracts*.

94 Burrows, *supra* note 21, at 245–249.

95 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 70.

96 ראה סעיפים 1, 2, 5 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973.

97 תרמית ומצג רשלני ייווצרו בין צדדים שיש ביניהם זיקה של סמיכות; עוולת הרשלנות עשויה לחול הן בין צדדים שיש ביניהם זיקה של סמיכות והן בין צדדים שהם זרים זה לזה.

98 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 70–76.

99 ראה סעיפים 2 ו-5 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973.

100 ראה סעיפים 35 ו-56 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], נ"ח 1.

101 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 70–76. העובדה שהמצג העשוי להצמיח מנע במסגרת דוקטרינת ההשתק עשוי להיווצר במעשה, גרמה לעתים לכך שנטען כי יש להתייחס למצגים כאלו לא במסגרת

מקור החבות של יוצר המצג: מקור החבות על-פי דיני החוזים הוא אי-קיומה של ההבטחה החוזית¹⁰². מקור החבות על-פי דיני הנזיקין הוא כנוק שנגרם לנפגע כתוצאה מהתנהגותו של המעוול¹⁰³. דוקטרינת ההשתק קרובה לדיני הנזיקין, מבחינה זו שאף על-פיה המקור למניעתו של יוצר המצג אינו בעצם יצירת המצג על-ידו, כי אם בפגיעה שנגרמה לצד שהסתמך על המצג, בעקבות הסתמכותו¹⁰⁴. סוג האחריות המוטלת על יוצר המצג: האחריות המוטלת על מפר ההבטחה החוזית היא "מוחלטת", מבחינה זו שאין תלויה בהתנהגותו של הצד הנפגע¹⁰⁵. האחריות המוטלת על המעוול על-פי דיני הנזיקין עשויה להיות "יחסית", מבחינה זו שהיא עשויה לקטון בהתאם לתרומתו של הנזיק לפגיעה בו¹⁰⁶. דוקטרינת ההשתק קרובה לדיני החוזים, מבחינה זו שהתוצאה הנקובה על-פיה (מניעתו של יוצר המצג) אינה יכולה להיות מסויגת בדרך הבאתה בחשבון של מידת התרומה של המסתמך על המצג לפגיעה בו.

הסעד המוקנה למסתמך על המצג: הסעד הטיפוסי של דיני החוזים הוא אכיפה של ההתחייבות החוזית, מתוך כוונה להביא את הנפגע למצב שבו הוא היה נמצא אילו קיומה ההבטחה¹⁰⁷. הסעד הטיפוסי של דיני הנזיקין הוא פיצוי כספי המכוון להביא את הנזיק למצב שבו הוא נמצא בטרם שנגרמה הפגיעה באינטרס שלו¹⁰⁸. דוקטרינת ההשתק קרובה לדיני החוזים, מבחינה זו שאף על-פיה הסעד המוענק למסתמך על המצג הוא אכיפה של המצג המוטעה, במסגרת היחס שבין יוצר המצג והמסתמך עליו: כל-אימת שצד לתביעה עושה שימוש בדוקטרינת ההשתק כנגד יריבו הוא למעשה אוכף עליו את תמונת המציאות שהוצגה על-ידו, מבחינה זו

דוקטרינת ההשתק כי אם במסגרת דיני החוזים, כאילו הם היו התחייבויות חוזיות של יוצריהם כלפי הוולת. ראה, Wilson, *supra* note 42, at 330–331; Jackson, *supra* note 42, at 88, 88–95. המשותף לגישות 103–105, 226–228; Thompson, *supra* note 42, at 273–274, 277–278. דלעיל שהן תופשות מצבים של השתק כמצבים חוזיים, היינו: מאפשרות התייחסות אל מצבי ההשתק כאילו נוצר בהם חוזה מחייב בין הצדדים. הגבול בין דיני החוזים לבין דוקטרינת ההשתק טושטש גם מהכיוון ההפוך, היינו: התייחסות אל דיני החוזים כאילו האחריות בהם מוטלת בגין הסתמכותו של מקבל ההבטחה החוזית על המצג הכלול בהבטחה שהופנתה על-ידי המבטיח. P. Atiyah, *supra* note 22, at 771–778; P. Atiyah, "Contracts, Promises and the Law of Obligations" 94 L.Q.R. (1978) 193, 209, ff.

102 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 28.

103 ג' טרסקי (עורך), דיני הנזיקין, תורת הנזיקין הכללית (מהדורה שניה, ירושלים, תשל"ו) 159 ואילך; Burrows, *supra* note 21, at 254.

104 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 77–80.

105 ראה סעיף 2 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1971; השווה אנגלרד (לעיל, הערה 64), 300–301, 303. עם זאת, שאלת היקף האחריות של המפר עשרה להיות מושפעת מהתנהגותו של הנפגע בעקבות ההפרה. ראה סעיף 14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1971.

106 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 63.

107 Burrows, *supra* note 21, at 221, 225.

108 ג' טרסקי (לעיל, הערה 103), 25, 27, 556, 571, 226, 221, 219; Burrows, *supra* note 21, at 219, 221, 226, 254, 571, 556, 27, 25, 103.

שבמסגרת היחס שביניהם יתעלמו מהמצב האמיתי של המציאות ותחת זאת יניחו כי המצב המוצג הוא המצב האמיתי¹⁰⁹.

(ג) קליטת דוקטרינת ההשתק במשפט הישראלי

דוקטרינת ההשתק הופעלה במשפט הישראלי בחקופה שלפני חוק יסודות המשפט, תש"ם—1980¹¹⁰, לגבי מצגים שנעשו בכתב¹¹¹, בהתנהגות¹¹², במחלוקת¹¹³ ואף במקרה של השתק רכושי¹¹⁴. הדוקטרינה הופעלה גם בתקופה שלאחר צאת החוק האמור, בלא להתייחס לשאלת המקור שלה בדין שלנו¹¹⁵. בשני מקרים הופעל סעיף 12 לחוק החוזים כדי להשתיק צד שנטל חלק במשאומתן חוזי מלכפור בתוכן החוזה¹¹⁶ או בקיום החוזה¹¹⁷. גוסף על כך, בפסיקה הועלתה האפשרות שעם ניתוק

[E]stoppel by misrepresentation is ... a remedy for misrepresentation which corresponds in some respects with the remedy of specific performance for breach of promise. It corresponds with that remedy in that the innocent party is in both cases entitled to hold the other party to his word. A party who is estopped from denying the truth of the facts he has represented is in a similar position to a promisor who has broken his promise, but who is sued for specific performance (Atiyah, *supra* note 26, at 371). ראה גם הנ"ל, עמ' 374.

110 ס"ח 978.

111 בג"צ 135/75 סאי טקס בע"מ ואח' נ' שר המסחר והתעשייה, פד"י (1) 673; בג"צ 640/78 בוריס קצאן את יוסף הרשטיג, חברה לבנין ולהנדסה בע"מ נ' יו"ר הוועדה המקומית לתכנון עיר נתניה ואח', פד"י (2) 1, 7—12; ע"א 753/77 אשדוד זיקוק מתכות בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י (2) 182, 184—185.

112 ע"א 309/63 החברה להנדסה חקלאית לישראל בע"מ נ' נאג'י, פד"י (3) 290; ע"א 260/66 רובינשטיין נ' מושב עובדים בית חנניה בע"מ ואח', פד"י (1) 75.

113 ע"א 74/62 קופרמן נ' אנגלברג, פד"י טז 1714; ע"א 35/66 חברת אפריקה ארץ ישראל להשקעות בע"מ נ' רייה ואח', פד"י (3) 350; בג"צ 77/69 שדה צבי אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' רשם האגודות השיתופיות ואח', פד"י (1) 269, 276—277; ע"א 434/74 לשם נ' הדרים (הוד השרון) בע"מ ואח', פד"י (1) 826, 831—833. הכללים של "השתק מחמת רשלנות" הוחלו בע"א 550/66 א' שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ, פד"י (1) 240, 245; ע"א 377/68 מטע בע"מ נ' פרל, פד"י (1) 98; ע"א 488/89 בית ינאי, אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' הולנדר, פד"י (1) 378; ע"א 618/75 עובד פנינה טנגבאום נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח', פד"י (3) 141. ראה לעניין זה גם ברק (לעיל, הערה 74). ד' פרידמן, "סוגיות בחתום החוזים האחידים" עיוני משפט ו (תשל"ט) 490, 503—505.

114 ע"א 478/65 בורלא ואח' נ' החברה הא"י לבנין וקבלנות בע"מ ואח', פד"י (3) 688.

115 ע"א 815/81 כליפא ואח' נ' שאול ואח', פד"י (3) 78, 83 (השתק בדיבור); ע"א 682/82 בן אריה נ' "סהר" חברה לביטוח בע"מ, פד"י (3) 589, 598—600 (השתק במחלוקת); ע"א 151/85 י' רודן נ' א' רודן, קטין באמצעות אמו ואח', פד"י (3) 186, 193 (השתק בהתנהגות).

116 ע"א 846/76 עטיה נ' אדרט חב' לביטוח בע"מ ואח', פד"י (2) 780. ראה גם ע"א 265/70 לוי נ' דאגר ואח', פד"י (1) 344, 356—357.

117 ע"א 829/80 שכון עובדים בע"מ נ' זפניק ואח', פד"י (1) 579, 583—584. ראה גם ע"א 175/81 אדמיר פתח ואדריכלות בע"מ נ' קל, פד"י (4) 293, 300.

של המשפט הישראלי מהמשפט האנגלי יוכל חוק ספציפי כמו חוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969¹¹⁸, לשמש בסיס לדוקטרינת ההשתק בנוגע לעסקאות במקרקעין¹¹⁹. בספרו על חוק השליחות, תשכ"ה – 1965¹²⁰, יצא הפרופ' ברק מההנחה שהדוקטרינה ממשיכה לתול אף לאחר צאת החקיקה האזרחית החדשה¹²¹. ברעה זו תמך אף הפרופ' פרידמן¹²². לנוכח השימוש רחב-ההיקף שנעשה בדוקטרינה בתקופה שלפני צאת חוק יסודות המשפט¹²³, הרי שלאור לשון סעיף 2(ב) לחוק זה ניתן לומר שהדוקטרינה מהווה חלק מהדין הישראלי אף כיום¹²⁴. עם זאת, ידועה גישתו של הפרופ' צלטנר שלפיה דוקטרינת ההשתק "מסתתרת בקיפולים" של סעיף 39 לחוק החוזים ו"טמונה בתוכו" של סעיף זה, ולנוכח שורשיו של הסעיף בסעיף 242 של ה.ב.ג.ב. הגרמני וניתוק הזיקה לדין האנגלי בעניינים שחוק החוזים דן בהם¹²⁵ – יש לחדול מלמלא את הדוקטרינה בתוכן השאוב מהדין האנגלי ותחת זאת יש למלאה בתוכן השאוב מהדין הגרמני¹²⁶. אולם, הן הפרופ' פרידמן¹²⁷ והן הפרופ' ברק¹²⁸ הביעו הסתייגות מדעה זו.

6. סיכום

בחינת התייחסותו של המשפט האנגלו-אמריקני במאתיים השנים האחרונות לשאלת היחס שבין יוצרי מצגים והמסתמכים על המצגים מגלה ברורה של הרחבת האחריות המוטלת על יוצרי מצגים כלפי המסתמכים עליהם¹²⁹. מגמה זו באה לידי ביטוי במסגרת דיני החוזים, בצמיחתה של דוקטרינת ההטעיה, תוך דחיקת רגליו של הכלל "יזהר הקונה"¹³⁰, וכן בצמיחתו של "השתק ההבטחה" כמקור להקמת חבות חוזית. במסגרת דיני הנזיקין, מגמת ההרחבה האמורה באה לביטוי בהכרה בקיומו של המצג הרשלני, כתת-קטגוריה של עוולת הרשלנות. התרחבות זו של ההגנה

- 118 ס"ח 575.
- 119 ע"א 285/75 דינגר נ' קימלמן, פד"י (1) 812, 804.
- 120 א' ברק (לעיל, הערה 25).
- 121 שם, בעמ' 17 – 19.
- 122 פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" (לעיל, הערה 17), 488.
- 123 ראה גם ברק (לעיל, הערה 25), 17 ("עקרון המניעות" (estoppel) הינו עקרון כללי המוכר כנראה בישראל).
- 124 ראה ד' פרידמן, עשיית עושר ולא במשפט (תל אביב, תשמ"ב) 133, הערה 21; נ' כהן, "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים", הפרקליט לה (תשמ"ד) 215, 223.
- 125 ראה סעיף 63 לחוק.
- 126 צלטנר (לעיל, הערה 73), 129. ראה גם ד' צלטנר, "עקרונות מנחים בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג – 1973" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה – החקיקה האזרחית החדשה (ירושלים, תשל"ו) 69, 74.
- 127 פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 259, הערה 53.
- 128 ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה" (לעיל, הערה 17), 25, הערה 71.
- 129 P. Atiyah, *supra* note 22, at 771, 777, 778.
- 130 *idem.*, at 771.

המוקנית למסתמך על מצגו של הזולת הוצגה לא אחת כמשקפת את המעבר מחברה הנשלטת על-ידי אידיאולוגיה של "ליסה פיר", שבה מצווה אדם לסמוך על משאביו וכישוריו-הוא בלבד, לחברה הנשלטת על-ידי אידיאולוגיה של סולידריות, המאפיינת את "מדינת הסעד" של המאה העשרים¹³¹. אולם דומה, כי לא פחות מכך ניתן לומר שהגנה מצומצמת על יכולת ההסתמכות על מצגי הזולת התאימה לעידן של מציאות כלכלית פשוטה ויציבה יחסית, בעוד שהמערכת הכלכלית הנוכחית, המתאפיינת ברמה גבוהה יחסית של מורכבות ובשינויים תכופים, מחייבת כי מקבלי החלטות יהיו מוגנים באורח רחב יותר מפני מצגים מוטעים של המציאות הנוצרים על-ידי הזולת¹³².

ב. החקיקה האזרחית החדשה – הגנתו של המסתמך על מצג הזולת במסגרת יחסים בלתי-חרותיים

במסגרת החקיקה האזרחית החדשה שלנו ניתן למצוא מקרים רבים שבהם המחוקק נדרש להגן על האינטרס של יכולת ההסתמכות על מצג של המציאות הנוצר על-ידי הזולת. במלים אחרות: המחוקק נדרש להסדיר שורה של מצבים שהתאפיינו ביצירת מצג מוטעה של המציאות, במעשה או במחדל, והסתמכות על המצג על-ידי הזולת. לצורך מקרים אלו המחוקק נדרש לבחור בסעד שבאמצעותו יגן על הצד המסתמך. בפני המחוקק עמדו הסעד "הנוזקי" של פיצויים בגין הנזקים שנגרמו למסתמך על המצג והסעד "ההשתקיי-חוזי" המבוסס על "אכיפת"¹³³ המצג כנגד יוצרו. כפי שאראה בהמשך, המחוקק בחר בדרך-כלל בדרך של הגנת האינטרס באמצעות סעד "האכיפה", ולא בדרך של העמדת סעד הפיצויים לרשות הצד המסתמך. אולם, תהא זו טעות לסבור כי סעד "האכיפה" ננקט על-ידי המחוקק בדרך של החלת דוקטרינת ההשתק, היינו: קביעת תוצאת המניעות במצבים של יצירת מצג מוטעה של המציאות והסתמכות על המצב על-ידי הזולת. אלא שסעד "האכיפה" ננקט בדרך של קביעת הסדר מהותי של מצב הזכויות והכוחות שבין הצדדים, בהתאם למה שמתחייב על-פי המצג. נקודה זו אובחנה על-ידי הפרופ' צלטנר המנוח עוד בשנת 1970, בשלב מוקדם-יחסית של החקיקה האזרחית החדשה שלנו¹³⁴. ואכן, ההבדל בין דוקטרינת ההשתק לבין דרך הפעולה המהותית שנבחרה על-ידי המחוקק שלנו הוא חשוב. דוקטרינת ההשתק מבוססת על הפרדה בין המישור המהותי ובין המישור הדיני. בעקבות החלתה של הדוקטרינה, הסדרי הדין המהותי, האמורים לחול על

131 R. Stevens, *Hedley Byrne v. Heller — Judicial Creativity and Doctrinal Possibility* 27 *Mod. L. Rev.* (1964) 121, 122, 132–133; P. Atiyah, *supra* note 22, at 6–7, 673, 773; .Feinman, *supra* note 41, at 681–684

.R. Stevens, *supra* note 131, at 122 132

133 למותר לציין כי המונח "אכיפה" אינו נקט כאן כמובנו בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1971, אלא כמובן של ראיית היחס שבין הצדדים הנוגעים בדבר כאילו הוא נשלט על-פי תוכנו של המצג ולא על פי מצבו האמיתי. ראה לעיל, טקסט ליד הערה 109.

134 צלטנר (לעיל, הערה 73), 121–122, 126–128.

המקרה, נשאים בלא שינוי ובלא התאמה לנסיבות של יצירת המצג וההסתמכות עליו. אולם במסגרת הדיון, הסדרים אלו של הדין המהותי מוחלים על היחס שבין הצדדים כאילו מסכת העובדות המרכיבה יחס זה היא זו המוצגת, בהבדל ממסכת העובדות האמיתית. לעומת זאת, הדרך שנקטה על-ידי מחוקק החקיקה האזרחית שלנו היא הדרך של הכנסת שינויים בדין המהותי עצמו: לצד הסדריו הרגילים של הדין המהותי נקבעו הסדרים נוספים, האמורים לחול במקרה המיוחד שבו מצג מוטעה של המציאות הוביל להסתמכות של הזולת.

אנו רואים אפוא שביסוד דרך הפעולה שנקטה על-ידי מחוקק החקיקה האזרחית לטיפול בסוגיית המצג המוטעה עמדה הכרעה כפולה. ראשית, בחירה בין דרכי ההגנה על המסתמך על המצג כאמצעות סעד הפיצויים או כאמצעות סעד "האכיפה". שנית, משנבחרה דרך ההגנה כאמצעות סעד "האכיפה", נדרש המחוקק לבחור בין דרך הפעולה המהותית לבין דרך הפעולה הדיונית. נקל להבין את הבחירה בדרך הפעולה המהותית, אחר שנבחר סעד "האכיפה": מאחר שפעולת המחוקק ביצירת החקיקה האזרחית החדשה נעשתה במישור המהותי, הרי שגם הטיפול במצבי המצג המוטעה נעשה במישור זה. אולם מהו הטעם שבגינו, לצורך טיפול בסוגיית המצג המוטעה, הועדפה דרך הפעולה המבוססת על הפעלת סעד ה"אכיפה" על-פני דרך הפעולה המבוססת על הפעלת סעד הפיצויים? בשורות הבאות אבחן שאלה זו, תוך ניסיון לאתר את השיקולים שהיו עשויים להדריך את מעשה הבחירה של המחוקק¹³⁵. לאחר-מכן אבחן מקרים בחקיקה האזרחית החדשה המהווים דוגמא לטיפול בסוגיית המצג המוטעה כאמצעות סעד ה"אכיפה", ומקרים המהווים דוגמא לטיפול בסוגיית המצג המוטעה כאמצעות סעד הפיצויים.

1. פיצויים לעומת אכיפה – יתרונות וחסרונות

היתרון העיקרי של סעד הפיצויים על-פני סעד האכיפה כאמצעי להגנה על אינטרס הוא, שהראשון מצטיין ברמה גבוהה של דיוק ומתאם בין היקף הסעד הניתן לנפגע ובין השיקולים הנחשבים רלבנטיים לצורך מתן הסעד. לעומת זאת, סעד האכיפה הוא "גס" ובלתי-מדויק, מבחינת המידה שבה הוא מאפשר מתן ביטוי באמצעות הסעד לשיקולים העומדים ביסוד מתן הסעד. יתרונו זה של סעד הפיצויים בא לידי ביטוי בשלושה מישורים עיקריים.

ראשית, סעד האכיפה הוא הסעד הראשוני בשיטה שלנו להגנה על הזכות החוזית¹³⁶. מקום שסעד זה מופעל כלפי מתקשר חוזי, פירוש הדבר הוא שהמתקשר נכפה לקיים את החיוב החוזי שנטל על עצמו. ההצדקה לכפייה כזו יכולה להתקיים במקום שהחיוב הנאכף נוצר מתוך רצון וגמירת-דעת; אכיפתם של חיובים שאינם

135 לעקרונות בדבר הכללים הרצויים בסוגיית הסעדים בשיטה שלנו ראה ד' פרידמן, "תרופות בשל הפרת חוזה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 134, 138, 142 – 143, 149 – 150.

136 ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פד"י לז(3) 60; ג' כהן, התערבות ביחסים חוזיים (תל-אביב, תשמ"ב) 61; ד' פרידמן, "על היחס בין כרית הביטול לסעד של אכיפת חוזה", קובץ ההרצאות בימי עיון לשופטים (ירושלים, תשל"ה) 87, 88 – 89.

מכטאים רצון וגמירת-דעת של יוצריהם פירושה, שאנשים יידרשו לעמוד בהתחייבויות שאינן מקדמות את האינטרסים שלהם, דבר החותר תחת היסוד של היות החוזה מכשיר לשיפור מצבם של המתקשרים¹³⁷. ואכן, עוד יהרינג, במאמרו המפורסם על אשם בכריתת חוזה, הבחין בין חיובים הנסמכים על רצון, והראויים להגנה באמצעות הסעדים החוזיים, ובין חיובים הנסמכים על רצון פגום של יוצריהם, והראויים להגנה באמצעות סעדים מרחיקי-לכת פחות מהסעדים החוזיים¹³⁸. הבחנה זו אומצה בדין שלנו לא רק בפרק ב לחוק החוזים, המאפשר ביטולו של חוזה המבוסס על רצון פגום¹³⁹, אלא אף בסעיף 12 לחוק החוזים, שהסעדים היכולים להינתן במסגרתו, לפחות על-פי לשונו, אין בהם כדי להביא לאכיפתה של התנהגות טרום-חוזית שלא הגיעה למעלה של חיוב חוזי¹⁴⁰. במשפט האמריקני אומצה ההבחנה האמורה בשורה של סעיפים ב-*Restatement, Second of Contracts* המקנים להבטחות שניתנו שלא במסגרת עסקה חוזית (*Bargain*) או תוך פגם ברצון – הגנה לאו דווקא באמצעות הסעדים החוזיים הרגילים¹⁴¹. כשכוחנים בפרספקטיבה זו את סוגיית המצג המוטעה של המציאות, הסעד של "אכיפת" המצג נראה בלתי-מתאים. מצג כזה אינו ניתן במסגרת עסקה חוזית (*Bargain*) המכוונת לתת ביטוי לרצון ולגמירת-הדעת של יוצר המצג. במקרה השכיח, המצג נוצר מתוך התנהגות – שיסודה לא אחת ברשלנות – כלפי הצד האחר ולא מתוך כוונה מפורשת להבטיח לצד האחר כי אכן יוכל להסתמך על כך שמצב המציאות הוא כפי המצב המוצג¹⁴². משמע, הפעלת סעד ה"אכיפה" לגבי מצג כזה היא מנוגדת לרעיון שביסוד אכיפתם של חיובים חוזיים, היינו: היותם ביטוי לרצון ולגמירת-הדעת של יוצריהם בדבר מה שמקדם את האינטרס שלהם¹⁴³.

137. ראה לעיל, הערה 31.

138. Y. Ben Dror, "The Perennial Ambiguity of *Culpa in Contrahendo*" 27 *Am. J. Legal History* 138 (1983) 143, 145–151; Fuller & Perdue, *supra* note 26, at 86–87; F. Kessler & E. Fine, "Culpa in Contrahendo, Bargain in Good Faith, and Freedom of Contract – A Comparative Study" 77 *Harv. L. Rev.* (1964) 401, 401–403. 'ז' צלטנר, "המצאות במשפט הפרקליטי" (תשכ"ג) 122, 124–127. ראה גם 382, 363–365, Atiyah, *supra* note 26, at 363–365, 382. ראה לעיל, טקסט ליד הערה 31–33, לגבי ביטול חוזה מחמת הטעיה שאירעה בתהליך כריתתו.

140. ג' שלו, "כריתת חוזה", פירוש לחוקי החוזים (המכון למחקר חקיקה ע"ש הרי סאקר, ג' טרסקי עורך, תשל"ח) 99–100. עם זאת, בע"א 829/80 שכון עובדים בע"מ נ' זפניק ואח', פד"י לו(1) 579–583, 584 הופעל סעיף 12 כדי להשתיק צד שנטל חלק במשא-ומתן לקראת חוזה מלכפור בקיום החוזה. לעיל, טקסט ליד הערות 34–40.

141. R. Hudec, "Restating the 'Reliance Interest'", 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 704, 706–707; C. Knapp, "Reliance in the Revised Restatement – The Proliferation of Promissory Estoppel" 81 *Colum. L. Rev.* (1981) 52, 55–58; J. Perillo, "Restitution in The Second Restatement of Contracts" 81 *Colum. L. Rev.* (1981) 37, 40–43.

142. ראה לעיל, הערה 75.

143. Fuller & Perdue, *supra* note 26, at 373 ("The complex of policies which dictates a judicial protection the expectation interest is strongest in the case of a promise which forms part of a bargain or 'deal' and which has for its subject matter some economic value dealt with on an open market").

יתר-על-כן: אכיפתו של מצג בלתי-חזי תורגת מההבחנה היסודית בין חיובים הנסמכים על רצון (והנתינים לכן לאכיפה) וחיובים שביסודם רצון פגום (המאפשרים ביטול החיוב תוך השכחה הדדית) – הבחנה שכאמור אומצה בחקיקה שלנו. סעד ה"אכיפה" הוא אפוא "גס" ובלתי-מדויק, כשהמדובר במצג מוטעה של המציאות, מבחינה זו שהוא מופעל בהקשר שעל-פי השיקולים המצדיקים הפעלתו של סעד זה במסגרת דיני החוזים אין הוא צריך להיות מופעל בו.

שנית, סעד הפיצויים מצטיין ברמה גבוהה של דיוק והתאמה בין מידת הפגיעה באינטרס המוגן ובין היקפו של הסעד הניתן להגנת האינטרס: יוצר המצג אמור לפצות את המסתמך על המצג בשיעור הנזק שנגרם לו בגין הפער שבין המצג והמציאות. מכאן שאם למרות המצג לא נגרם לצד המסתמך כל נזק עקב הסתמכותו על המצג המסתמך לא יזכה בפיצויים. לעומת זאת, סעד ה"אכיפה" אמור להינתן לצד המסתמך באורח זהה בין אם כתוצאה מהסתמכותו על המצג נגרם לו נזק קל-ערך ובין אם נגרם לו נזק משמעותי¹⁴⁴. הפעלתו של סעד ה"אכיפה" עשויה אפוא להביא לתוצאה שעל-פיה המצג עשוי "להיכף" על יוצרו אף אם הפגיעה שנגרמה לצד המסתמך על המצג היא קלת-ערך, בעוד שהכפפת יוצר המצג לסעד של "אכיפה" עשויה להיות כרוכה בקשיים ניכרים מבחינתו. במצבים כאלו באה לידי ביטוי בולט ההבחנה בין סעד הפיצויים ובין סעד "האכיפה": סעד הפיצויים יפצה את הנפגע באורח נאות תוך הכפפת יוצר המצג לנטל קל; סעד "האכיפה" יפצה את הנפגע באורח מופרז תוך הכפפת יוצר המצג לנטל כבד, שאינו עומד בשום יחס להיקף הפגיעה שנגרמה לאינטרס המוגן של הנפגע¹⁴⁵.

שלישית, סעד הפיצויים מצטיין ברמה גבוהה של דיוק והתאמה בין דרך ההתנהגות של שני הצדדים עובר לפגיעה באינטרס המוגן ובין היקפו של הסעד הניתן לאחד מהם כנגד משנהו: תוך שקילתו של הפיצוי המגיע לצד המסתמך ניתן לשקול את מידת התרומה של יוצר המצג ושל המסתמך על המצג לקרות הנזק שנגרם למסתמך, היינו: ניתן להעריך לא רק את דרך ההתנהגות של יוצר המצג אלא אף את זו של המסתמך על המצג¹⁴⁶. לעומת זאת, סעד "האכיפה" הוא "גס" ובלתי-מדויק מבחינה זו שלא ניתן לכלול בגדרו באורח משוכלל שיקולים בדבר תרומתו של המסתמך על המצג לקרות הנזק שנגרם לו: "אכיפה" היא סעד מהסוג של "הכול או לא כלום", היינו: המסתמך על המצג עשוי לזכות במלוא הסעד על-אף תרומה מסוימת שלו לנזק שנגרם לו¹⁴⁷.

שני פסקי-דין ישראליים מדגימים יפה את החולשה האמורה הכרוכה בהגנה על אינטרס באמצעות סעד האכיפה. בשני פסקי-הדין התעוררה שאלת התחולה של

144 ראה גם ברק (לעיל, הערה 74), 140 – 141, 145.

145 ראה גם סעיף 15(א) לחוק התרופות (בית-המשפט רשאי להפחית פיצויים מוסכמים "אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק...").

146 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 62. ראה גם פסקי-דין של השופט ד"ר חמן שלח ז"ל בת"א (ירושלים) 353/79 ברקי נ' עליאן, פס"מ תשל"ד (ג) 505, 515.

147 אולם תכונתו זו של סעד "האכיפה" עשויה להיות מרוכבת באמצעות הכפפתו של סעד זה לתנאים שמקבל הסעד יידרש לקיים. ראה להלן, טקסט ליד הערות 264 – 284.

דוקטרינת ההשתק המבוססת, כזכור¹⁴⁸, על "אכיפת" המצג שנוצר על-ידי יוצר המצג. פסק-הדין הראשון הוא ע"א 550/66 א' שטאובר בע"מ נ' בנק המזרחי בע"מ¹⁴⁹; פסק-הדין השני הוא ע"א 618/75 עובד פנינה טננבאום נ' בנק לאומי לישראל בע"מ ואח"כ¹⁵⁰. בשני המקרים ביקש לקוח לכפור בתקפות חיובי חשבונו על-ידי בנק, שנעשו בהסתמך על שיקים שלו שחתימותיו עליהם זויפו. הלקוח נכשל בשני המקרים. בפרשת שטאובר נקבע על-ידי הערכאה דלמטה כי הבנק התרשל בכך שקיבל את השיקים המזויפים בלא בדיקה מספקת¹⁵¹. השופט ויתקון דאח כ"רצינית" את הטענה שלפיה עקב התרשלות הבנק אין הלקוח מנוע מלעורר את טענת הזיוף, ואולם, בסופו של דבר, הוא התעלם מרשלנותו התורמת של הבנק¹⁵². בפרשת טננבאום, נקבע על-ידי הערכאה דלמטה כי הבנק התרשל בכך שלא בדק בצורה ראויה את החתימות שעל השיקים וכי זיוף חתימת הלקוח היה בלתי-מוצלח¹⁵³. אולם בהסתמכו על פסק הדין בפרשת שטאובר נמנע בית המשפט מלייחס נפקות לרשלנות הבנק¹⁵⁴.

אם כך, מתעוררת השאלה מדוע, על-אף מה שנראה לכאורה כעדיפות בולטת של סעד הפיצויים על-פני סעד האכיפה, מחוקק החקיקה האזרחית החדשה שלנו בחר בדרך-כלל להגן על האינטרס של יכולת ההסתמכות על מצג של הזולת באמצעות סעד "האכיפה" דווקא, ולא באמצעות סעד הפיצויים. התשובה לשאלה זו קרובה ברוחה לתשובה שניתנה לשאלה, מדוע בחרו דיני החוזים להגן על האינטרס של הצד הנפגע עקב הפרת חוזה באמצעות פיצויים המכוונים להגן על אינטרס הצפייה של הנפגע ולא באמצעות פיצויים המכוונים להגן על אינטרס ההסתמכות שלו. במאמרם הקלאסי¹⁵⁵ דירגו פולר ופרדו את האינטרסים השונים המוגנים על-ידי דיני החוזים לפי מידת הדחיפות שבה מתבקשת ההגנה עליהם. לדבריהם, הדחיפות הגבוהה ביותר מתקיימת לגבי אינטרס ההשבה; שני בסדר הוא אינטרס ההסתמכות,

148 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 109.

149 פד"י כב(1) 240.

150 פד"י ל(3) 141.

151 פד"י כב(1) 240, 243, 244.

152 שם, בעמ' 245 – 246. ראה גם ברק (לעיל, הערה 74), 144, לביקורת על עמדתו של השופט ויתקון בנקודה זו. בעקבות פסק-הדין בפרשת שטאובר כתב הפרופ' ברק את הדברים הבאים:

המניעות היא ... מכשיר בלתי יעיל להגשמת מבחן 'האשמה'. חוסר יעילות זו, לענין מבחן 'האשמה' נובע ממהותה של המניעות, שהינה מכשיר בלתי גמיש. המניעות פועלת על מלוא הסכום או שאינה פועלת כלל. אין להפעילה לשעורים... מכאן ששיטת משפט... הדוגלת במבחן 'האשמה' אינה צריכה להשתמש [במניעות] כלל" (ברק [לעיל, הערה 74], 145 – 146).

153 פד"י לא(3) 141, 142 – 143.

154 שם, בעמ' 145. בעקבות פסק-הדין בפרשת טננבאום כתב הפרופ' פרידמן את הדברים הבאים: תוצאת ההשתק היא הטלת מלוא הנזק על... צד (הלקוח) כאשר חוסר זהירותו של הצד האחר איננה מעלה או מורידה. קשה להסכים לתוצאה זו, וסבורני כי מקום שהיה חוסר זהירות מצד הבנק, אין זה מוצדק לאפשר לו להסתמך, כלפי הלקוח, על הלכת ההשתק מחמת רשלנות (פרידמן [לעיל, הערה 113], 504).

155 Fuller & Perdue, *supra* note 26.

ואילו הדחיפות הנמוכה ביותר קיימת לגבי הצורך בהגנתו של אינטרס הצפייה. בהתאם לכך – לדברי פולר ופרדו – קיימים נימוקים חזקים לכך שכללי הפיצויים של דיני החוזים יהיו מבוססים על הגנת אינטרס ההסתמכות של הצד הנפגע בעקבות הפרה ולא על הגנת אינטרס הצפייה שלו. אולם, לדבריהם, כללי הפיצויים של דיני החוזים מבוססים על הגנת אינטרס הצפייה של הצד הנפגע משיקולים משניים: הפעלתם של כללי פיצויים המבוססים על הגנת אינטרס הצפייה היא פשוטה וקלה (היא מחייבת את שיבוץם של נתונים מועטים בנוסחה מתימטית פשוטה); הפעלתם של כללי פיצויים המבוססים על הגנת אינטרס ההסתמכות מחייבת את הוכחתם של נתונים רבים וכרוכה בשומות ובחישובים מפורטים¹⁵⁶. בדומה לכך ניתן לומר, כי מחוקק החקיקה האזרחית החדשה שלנו העדיף בדרך-כלל את סעד "האכיפה" על-פני סעד הפיצויים כמכשיר להגנת יכולת ההסתמכות על מצג הנוצר על-ידי הזולת על שום העלויות הנמוכות הכרוכות בהפעלתו של סעד "האכיפה" בהשוואה לעלויות הכרוכות בסעד הפיצויים: במקום שהמחוקק מורה כי התוצאות המשפטיות הנובעות מהמצג "יאיכפו" על יוצר המצג, נחסך הצורך בהמשך פעולתו של בית-המשפט מעבר לשלב שבו הוכח כי התקיימו התנאים הנותנים מקום להחלת הסעד (מצג, הסתמכות וכו'); אילו המחוקק היה מורה כי המסתמך על המצג יהא זכאי לפיצויים בגין נזקי ההסתמכות שנגרמו לו, הרי שלאחר שלב הוכחת התנאים הנותנים מקום להחלת הסעד היה נפתח בדיון שלב נוסף, מסובך מבחינת הראיות והשומות הכרוכות בו, שבו היה על בית-המשפט לעסוק בקציבת הסעד המגיע לנפגע¹⁵⁷. כאמור, השערתנו היא שמתוך רצון לחסוך את השלב הזה העדיף המחוקק להגן על מי שהסתמך על מצג מוטעה של המציאות באמצעות סעד האכיפה.

2. "אכיפה" של המצג – קביעת הסדר מהותי של זכויות וכוחות בין הצדדים כמתחייב על-פי המצג

ציינתי כי ההסדר המקובל בחקיקה האזרחית החדשה לצורך הסדרת היחס שבין יוצר המצג המוטעה ובין המסתמך עליו מבוסס על "אכיפת" המצג, בדרך של החלת זכויות וכוחות בין הצדדים, כמתחייב על-פי המצג. בשורות שלהלן אבחן הסדרים שונים המדגימים דרך פעולה זו של החקיקה.

אשר לשאלה בדבר מידת ההצדקה לקביעתם של הסדרי ה"אכיפה" בכל אחד מהמקרים הפרטיקולריים שיידונו כאן, שאלה זו דומה לשאלות המתעוררות במצבים הנזיקיים שבהם אדם פועל בהסתמך על מצג מוטעה של המציאות, שנוצר על-ידי

C. Goetz & R. Scott, "Enforcing Promises — an Examination of the Basis of Contract" 89 *Yale L.J.* (1980) 1261, 1291; E. Farnsworth, *supra* note 21, at 814, 888—890.

157 השווה גישת המשפט האנגל-אמריקני שלפיה הסעד של ביצוע בעין יינתן, כן היתר, במקום שקשה לשום את שווי הפיצויים שהנפגע זכאי להם בגין ההפרה. על המשפט האנגלי ראה E. Farnsworth, *supra* note 21, על המשפט האמריקני ראה, Treitel, *supra* note 42, at 765—766 at 827—828; A. Schwartz, "The Case for Specific Performance" 89 *Yale L.J.* (1979) 271, 272—273, 275, 292; *Restatement of Contracts* (2d) 360.

הזולת; במצבים שבהם מתעוררת שאלת תחולתה של דוקטרינת ההשתק ובמצבים הטרומ-חוזיים שבהם מתעוררת שאלת ההטעיה. המשותף לשאלות אלו הוא, שהן מצריכות הכרעה בשאלה אם הצד שהסתמך על המצג המוטעה של המציאות אכן היה רשאי לעשות כן. הכרעה זו נעשית תוך שקילת והשוואת מידת היכולת של כל אחד משני הצדדים המעורבים – יוצר המצב והמסתמך על המצג – להתגונן בפני הסיכונים הכרוכים בפער שבין המצב המוצג של המציאות ובין המצב האמיתי של המציאות. בהקשר זה, לצורך הערכתם של ההסדרים שיידונו בשורות הבאות נוכל להסתייע במבחן שהוצע בספרות המשפטית האמריקנית על-ידי אנשי הניתוח הכלכלי של דיני הנזיקין, שלפיו יש לשלב במסגרת עולת הרשלנות את התנהגויות התובע והנתבע כאחת, תוך שקילת העלויות הכרוכות בהתגוננות מפני הסיכון לתובע ולנתבע, ותוך הטלת האחריות על הצד שעלויות ההתגוננות שלו נמוכות משל רעהו.¹⁵⁸

מה שמאפיין אפוא את המצבים שיידונו להלן הוא אופיים "המעורב": הורתם במצבים בעלי אופי "נזיקי" וסיומם בסעד המבוסס על רעיון האכיפה החוזי.

(א) מצבים שבהם מוקנה למסתמך על המצג פטור מחיוב שלו כלפי יוצר המצג

סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט – 1969¹⁵⁹ (להלן: חוק המחאת חיובים) צופה מצב שבו נושה המחא את זכותו כלפי חייב לנמחה, ואולם החייב פרע את הזכות לממחה, בטרם הודיע הממחה לחייב על ההמחאה או בטרם שהוצגה לפני החייב המחאה בכתב מאת הממחה. הסעיף מורה כי בנסיבות כאלו "מופטר החייב, זולת אם פעל שלא בתום לב"¹⁶⁰. סעיף 2(ג) לחוק המחאת חיובים צופה את המצב ההפוך, שבו ממחה הודיע לחייב על המחאת הזכות לנמחה, או שהוצגה בפני החייב המחאה בכתב מאת הממחה, ובהסתמך על כך פרע החייב את הזכות לנמחה. הסעיף מורה כי בנסיבות כאלו, אם לא עברה הזכות לנמחה, "מופטר החייב...זולת אם פעל שלא בתום לב". סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א – 1971¹⁶¹ (להלן: חוק השכירות והשאלה) צופה מצב המקביל לזה הנדון בסעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים: המשכיר העביר את זכויותיו במושכר לאחר, ואולם השוכר שילם למשכיר את דמי השכירות וקיים את שאר חיוביו למשכיר, לפני שהמשכיר נתן לשוכר הודעה על העברת הזכויות, או קודם שנודע לשוכר על העברת הזכויות ממקור אחר.¹⁶²

158 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 60 – 64.

159 ס"ח 573.

160 עם זאת, ממחה שהחייב קיים כלפיו את הזכות לאחר המחאתה יחוב כלפי הנמחה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. על סעיף 36(ב) לחוק החוזים כמי שמקנה הגנה לחייב בדומה להגנה המוקנית לו בסעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים ראה ד' פרידמן, "השפעת גירושיו של המבוטח ונישואיו מחדש על זכויות מכת פוליסה לכיסוח חיים", עיוני משפט ו (תשל"ח) 413, 434.

161 ס"ח 633.

162 על סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א – 1971, ועל העיקרון שלפיו "מכר אינו דוחה שכירות" המגולם בו ראה ג' כהן (לעיל, הערה 136), 192 – 197; ג' כהן, "זכות שימוש

הסעיף מורה כי בנסיבות כאלו "מופטר השוכר בתשלום דמי השכירות וקיום שאר חיוביו למשכיר".

בסעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים ובסעיף 21 לחוק השכירות והשאילה הנמחה יוצר מצג מוטעה כלפי החייב בדרך עקיפה, היינו: על-ידי שינוי מצב המציאות בלא להודיע על כך לחייב, הנסמך על מצב הידיעה המוקדם והבלתי-מעודכן שלו¹⁶³. בסעיף 2(ג) לחוק המחאת חיובים הנושה הנכון יוצר מצג מוטעה כלפי החייב במישרין, היינו: על-ידי שהנושה מאפשר מסירת מידע מוטעה לחייב בדבר נושהו החדש. שלושת הסעיפים צופים אפוא נסיבות שבהן מתקיים פער בין המצב האמיתי של המציאות המשפטית ובין הדרך שבה מציאות זו מוצגת לחייב. על-פי סעיפים 2(ב) ו-21, המצב האמיתי הוא שזכותו של פלוני הומחאה לאלמוני, ואולם עקב מצג שאלמוני יוצר כלפי החייב סובר החייב כי זכותו של פלוני, נושהו המקורי, שרירה ותקפה במקודם. על-פי סעיף 2(ג), המצב האמיתי הוא שפלוני הוא נושהו של החייב, ואולם עקב מצג שפלוני יוצר כלפי החייב סובר כי נושהו הוא אלמוני. בנסיבות כאלו, על-פי שלושת הסעיפים האמורים, ייחשב החייב מופטר כלפי נושהו הנכון בגבולות החיוב שקיים כלפי הנושה הבלתי-נכון. למעשה, הסעיפים האמורים מגלמים שניים מתוך שלושת היסודות של דוקטרינת ההשתק: מצג והסתמכות (בדרך של קיום חיוב). אולם ההבדל בין שלושת הסעיפים האמורים ובין דוקטרינת ההשתק הוא בתוצאה הנגזרת מקיום המצג וההסתמכות: על-פי שלושת הסעיפים

במקרקעין כ"זכות במקרקעין", עיוני משפט ד (תשל"ה) 432, 437; ש' גנוסר, "הזכויות הרכושיות – סיווג חדש ונפקותו", משפטים ט (תשל"ט) 19, 15, 5; הערה 63; "ריסמן", מושגי יסוד בדני קניין – סקירה ביקורתית", משפטים יא (תשמ"א) 41, 62, 80.

163 סעיף 2(ב) לחוק המחאת חיובים מעורר את השאלה אם עסקת ההמחאה מושלמת עם כריתת חוזה ההמחאה (קרי: הנמחה הוא הבעלים של הזכות עם כריתת החוזה) או שמא תנאי להשלמתה הוא מתן הודעה לחייב, באופן שהנמחה ייחשב בעל הזכות רק לאחר מתן הודעה זו. ניסוח אחר של השאלה הוא, אם עסקת ההמחאה על-פי שיטתנו היא ריאלית או אובליגטורית. תפישה אובליגטורית של העסקה חכלול את עסקת ההמחאה בקטיגוריה של עסקאות מכר המקרקעין, מכר המיטלטלין והמתנה המבוססת בשיטתנו, כולן, על הבחנה בין השלב האובליגטורי והשלב הריאלי של העסקה. אולם, נראה, כי יש להתייחס אל עסקת ההמחאה בשיטתנו כאל עסקה ריאלית: בין הממחה והנמחה העסקה מושלמת עם כריתת חוזה ההמחאה, בלא צורך במתן הודעה על ההמחאה לחייב. עם זאת, כלפי צד שלישי תתפוש ההמחאה רק עם מתן הודעה לחייב. ניתן להתייחס אפוא אל עסקת ההמחאה כדומה לעסקת המשכון, שאף על-פיה המשכון נוצר בהסכם בין החייב והנושה, ואולם כדי שהמשכון יהא תקף כלפי נושים אחרים נדרש קיומו של אלמנט נוסף כגון רישום או הפקדה. ראה ע"א 471/73 מקבלי נכסים זמניים של אלקטרוניקס בע"מ נ' אלסינט בע"מ ואח', פד"י כט(1) 125, 121; ע"א 64/80 בנק ארץ ישראל בריטניה בע"מ (בפירוק) נ' מדינת ישראל – משרד השיכון, פד"י לח(3) 589. מ' בן-פורת, חוק המחאת חיובים, תשכ"ט–1969 (ירושלים, תשל"ב) 20–21; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 121; כהן (לעיל, הערה 124), 221, הערה 34, 233, הערה 105; ש' לרנר, "קיצוח נגד נמחה" משפטים טו (תשמ"ה) 81, 88. על-פי ניתוח זה ניתן להתייחס אל הנמחה כאל נושהו הנכון של החייב כבר מעת כריתת חוזה ההמחאה, ואין צורך בהודעה לחייב אודות ההמחאה כדי ליצור יריבות בין הנמחה והחייב. לניתוח זה השלכה על סעיף 21 לחוק השכירות והשאילה, שהוא סעיף ספציפי הצופה עסקת המחאה של זכות שכירות. ראה נ' כהן (לעיל, הערה 136), 193–194.

האמורים נקבעת התוצאה המהותית של בטלות החיוב בגבולות שבהם הוא קיים על-ידי החייב; על פי דוקטרינת ההשתק היתה נקבעת במקרים כאלו התוצאה של מניעת הנושה הנכון מלהפעיל את כוח התביעה שלו כלפי החייב ביחס לחיוב שקיים על-ידי החייב¹⁶⁴.

עם זאת, על-פי כל אחד משלושת הסעיפים האמורים מתעורר קושי באשר לטיב מצב הידיעה של החייב הנדרש כדי שהחייב ייחשב מופטר מהחיוב שקיים בהסתמכו על המצג המוטעה. מלשון שלושת הסעיפים ברור, כי חייב שקיים חיובו כלפי נושהו הבלתי-נכון, תוך ידיעה בפועל על היותו הנושה הבלתי-נכון, לא ייחשב מופטר כלפי הנושה הנכון. אולם באיזו מידה נדרש קיומו של אלמנט "נגטיבי" ביחס למצב ידיעתו של החייב, היינו: חוסר-יכולת מצדו לעמוד על המצב האמיתי של המציאות המשפטית, כתנאי לכך שיותר לו להסתמך על המצג המוטעה? בנקודה זו קיים הבדל בין סעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים, מצד אחד, ובין סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה, מצד שני: סעיף חוק המחאת חיובים שוללים מהחייב את יכולת ההסתמכות "אם פעל שלא בתום לב". לעומת זאת, בסעיף 21 לחוק השכירות והשאלה השוכר יהא פטור מחיוביו אם פעל בטרם נתן לו המשכיר הודעה על העברת הזכויות או לפני שנודע לשוכר על ההעברה ממקור אחר.

השימוש במונח "תום לב" בסעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים הוא מוקשה. בבג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים¹⁶⁵ הבחין השופט ברק בין שני הקשרים שבהם ננקט המונח "תום לב" בחקיקה שלנו: ההקשר של רכישת זכות עדיפה וההקשר של התנהגות ראויה לביצועה של זכות קיימת. בהקשר הראשון, המונח צריך להיטען בתוכן סובייקטיבי, היינו: מצבו הנפשי של הטוען לזכות עדיפה הוא הקובע. בהקשר השני, המונח צריך להיטען בתוכן אובייקטיבי, היינו: יתולו סטנדרטים חיצוניים של יושר, הגינות ואמון¹⁶⁶.

164 הפרופ' צלטנר הביא את סעיפים 2(ב) ו-2(ג) דנן כדוגמא לעיקרון שלפיו "החוק מעניק הגנה לאמון אשר אדם סביר רוחש להתנהגות של הצד שעמו הוא יוצר יחס משפטי... ואפילו של אדם... שאין לו אתו מגע כלל". (צלטנר [לעיל, הערה 126], 69, 77). על ההבחנה בין יצירת מצג מוטעה בעקיפין ובמישרין ראה לעיל, הערה 14.

165 פד"י לה (1) 828.

166 שם, בעמ' 834–835. ראה גם ע"א 716/72 רוזנשטריך נ' חב' א"י לאוטומובילים בע"מ, פד"י כז (2) 713, 709 (תוכן סובייקטיבי למונח "תום-לב" בהקשר של תחרות של זכויות נוגדות); ע"א 352/74 מ' דנקנר ובניו בע"מ נ' פסט את מטירני ואח', פד"י לה (2) 796, 803–806 (כנ"ל); בר"ע 305/80 שילה ואח' נ' רצקובסקי ואח', פד"י לה (3) 449, 461–462 (מבחן תוך הלב בגדר סעיף 39 אינו סובייקטיבי); ע"א 701/79 שוחט (נסים) נ' לוביאניקר ואח', פד"י לו (2) 113, 120–121, השופטת בן-פורת (מבחן אובייקטיבי למונח "תום-לב" במסגרת סעיף 39 לחוק החוזים); ע"א 435/81 מ' זנוורי ואח' נ' ש' מהצרי ואח', פד"י לו (2) 561, 567 (כנ"ל); ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ, ואח' נ' בית יולס בע"מ ואח', פד"י לז (1) 533, 544–545. השופט ברק (מבחן אובייקטיבי למונח "תום-לב" במסגרת סעיף 12 לחוק החוזים); ר"ג 7/81 פנודר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ ואח' נ' קסטרו, פד"י לו (4) 673, 689. השופט שמגר (מבחן אובייקטיבי למונח תום-הלב שבסעיף 12 לחוק החוזים). השווה ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פד"י לב (1) 231, 248: השופט י' כהן ("הביטוי

השאלה לאיזה משני ההקשרים האמורים יש לסווג את דרישת תום-לב שבסעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים אינה קלה. מצד אחד, ניתן לטעון כי דרישת תום-לב הנמנית בסעיפים האמורים צריכה להיחשב כממוקמת במישור יחסי החייב והנושה הבלתי-נכון שלו, משום שהדרישה מתייחסת לפעולת החייב תוך קיום חיובו כלפי נושהו הבלתי-נכון. על-פי גישה זו, למונח "תום-לב" שבסעיפים 2(ב) ו-2(ג) יוקנה תוכן אובייקטיבי, שמשמעותו "לא היה עליו לדעת, כאדם סביר, על כך שהוא מקיים את חיובו כלפי הנושה הבלתי-נכון". אולם — לדעתי — יש לראות את דרישת תום-לב שבסעיפים אלו כממוקמת במישור יחסי החייב והנושה הנכון שלו. הסעיפים האמורים עוסקים במצבים שבהם החייב מבקש להתגבר על זכותו של הנושה הנכון נגדו, היינו: מצבים שבהם, על-פי המצב האמיתי של הדברים, קיימת זכות ל-א, ואולם ב מבקש להתגבר על זכותו של א ולשלול אותה תוך הסתמכות על אלמנטים מסוימים שהתקיימו בהתנהגותו-הוא. מבחינה זו, החייב שבשני הסעיפים האמורים כמוהו כמתקשר השני בזמן על-פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, וסעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א—1971, וכרוכש מכוח סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח—1968, שאף הם מבקשים להתגבר על זכותו של אדם אחר בדרך של מתן תמורה בתום-לב¹⁶⁷. על-פי גישה זו תום-לב שבו עוסקים סעיפים 2(ב) ו-2(ג) הוא אפוא סובייקטיבי וככזה הוא ייחשב כעולה בקנה אחד עם התנהגות שיש בה משום רשלנות מצד החייב, אף כי לא עם התנהגות העולה כדי עצימת עיניים מצדו¹⁶⁸.

העובדה שסעיפים 2(ב) ו-2(ג) נוקטים לשון "תום לב", בהבדל מ"ידע או היה עליו לדעת", מתקשרת לעובדה שהתרופה הנקובה בהם היא "אכיפה" של המצג בדרך של שלילת זכותו של הצד היוצר את המצג. אילו התרופה שבסעיפים אלו היתה פיצויים או מניעות מכוח דוקטרינת ההשתק, היה ניתן להתייחס להתנהגותו של הצד המסתמך על המצג במונחים של "ידע או היה עליו לדעת". אולם מאחר

תום-לב כפשוטו ובמובנו הרגיל משמעותו היא סובייקטיבית, לרבות לצורך סעיף 12 לחוק החזים).

167 הפרופ' ויסמן טוען, כי אין הבדל בין תוכן הביטוי "תום-לב" לבין תוכן הביטוי "ידע או היה עליו לדעת" כפי שהם ננקטים בחקיקה האזרחית החדשה, ואולם הביטוי "תום-לב" נקט במקום שנדרש קיומו של תום-לב על דרך החיוב, בעוד שהביטוי "ידע או היה עליו לדעת" נקט במצבים "נגטיביים", שבהם מצוין העדרו של תום-לב. ויסמן, "אבני נגף בחוק הנאמנות" עיוני משפט ז (תשל"ט) 282, 298—299. ראה גם נ' כהן (לעיל, הערה 136), 286 (כשהמחוקק דן בשאלה של עדיפויות הוא מתאר את מצבו של הצד השלישי באופן פוזיטיבי, ברכו על "תום-לב").

168 ראה ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 670—672; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 270; א' רייכמן, "הערת האזהרה — מהות, יצירה והגנה כנגד עסקאות נוגדות", עיוני משפט י (תשמ"ד) 297, 334—335 (להלן: הערת האזהרה); א' רייכמן, "השפעת זיקת ההנאה על הלכות שכנים — שעבודי נזיקין מכללא" עיוני משפט ד (תשל"ה) 121, 143—144. השופטת בן-פורת מעוררת את השאלה המעניינת אם חייב שנודע לו על נושה הנכון שלא בודקים הקבוצות בסעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים יוכל להיחשב תום-לב. נראה כי נטייתה היא להשיב על שאלה זו בשלילה. ראה מ' בן-פורת (לעיל, הערה 163), 21—22.

שהתרופה היא ביטול זכות, אף שעל-פי המצב האמיתי של הדברים הזכות היתה צריכה להיחשב כקיימת, הרי ההתייחסות להתנהגותו של הצד המסתמך על המצג היא במושגים של "תום לב", כבכל מקרה אחר שבו אדם מבקש להתגבר בהתנהגותו על פער בין המצב המשפטי האמיתי ובין המצב המשפטי הנחוזה, שבהסתמך עליו הוא פעל.

כזכור, אף שסעיף 21 לחוק השכירות והשאלה הוא קרוב מבחינה עניינית לסעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים, הרי הדרישה של קיום תום-לב אצל החייב חסרה בסעיף 21, ותחת זאת עולה מהסעיף הדרישה של העדר ידיעה אצל החייב אודות העברת הזכות. הבדל זה מדגיש את חוסר-האחידות שהוא אופייני לחקיקה האזרחית החדשה¹⁶⁹. עם זאת, לנוכח הדמיון הקיים בין הסוגיות המוסדרות בסעיפים, אני סבור שיש לפרש את סעיף 21 באופן שלא למנוע הידיעה שבו יוקנה תוכן דומה לזה שבסעיפים 2(ב) ו-2(ג) שבחוק המחאת חיובים.

(ב) מצבים שבהם למסתמך על המצג מוקנית חסינות מפני הפעלת כוח על-ידי יוצר המצג

הוראות מספר בדיני החוזים שלנו עוסקות בשאלת כוחו של צד שהתקשר בחוזה לבטל את החוזה, באורח חד-צדדי, בהסתמך על התנהגותו של המתקשר האחר. כך, סעיף 20 לחוק החוזים מורה כי ביטול חוזה בעקבות פגם בכריתתו "יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול"¹⁷⁰. סעיף 8 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א – 1971¹⁷¹ (להלן: חוק התרופות) מורה, כי ביטול חוזה על-ידי הנפגע עקב הפרת חוזה צריך להיעשות, במקרה של הפרה יסודית, תוך זמן סביר לאחר שנודע לנפגע על ההפרה, ובמקרה של הפרה בלתי-יסודית – תוך זמן סביר לאחר שחלפה האורכה לקיום החוזה שהנפגע היה אמור לתת למפר. המגבלה של זמן סביר שבגדרו על הנפגע להפעיל את תרופתו אינה קבועה בחוק התרופות ביחס לתרופת האכיפה. אולם מכוח סעיף

169 השווה פרידמן, "תורת התמורה" (לעיל, הערה 17), 171 ("השאלה המרכזית נוגעת לגישתה הכללית של החקיקה הישראלית בסוגיה זו, והאם מלאכת החקיקה נעשית לאור קונספציות כלליות, או שמא היא מותנית ברקע היסטורי של הסוגיה או במקור המשפטי ממנו נשאב הפתרון"); שם, בעמ' 173 (כשהעקרונות הכלליים המנחים את המחוקק אינם ידועים או אינם ברורים "ניתן לצפות לתופעות של חוסר התאמה בין החוקים השונים, ולהעדר אחידות בניסוח..."); פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 257 ("שיטת הפרשנות המילולית אינה יפה, לדעתי, בדרך כלל לגבי החקיקה הישראלית החדשה. זאת, מכיוון שאין בה הקפדה מספקת על ניסוח ועל אחידות כנדרש לצורך פרשנות כזו").

170 במצבים של כפייה הביטול צריך להיעשות תוך זמן סביר לאחר שנודע למתקשר שפסקה הכפייה. ראה סעיף 20 לחוק. לשיהוי בביטול חוזה מחמת פגם בכריתתו כמחסום לתביעה לביטול החוזה בתקופה שלפני חוק החוזים ראה ע"א 379/69 מעודד נ' דון ואח', פד"י כד(1) 285, 288 – 289.

171 ס"ח 610.

3(4) לחוק, תרופת האכיפה עשויה להישלל מנפגע שלא הודיע למפר על בחירתו בה תוך זמן סביר¹⁷².

סעיפים 14 – 16 לחוק המכר, תשכ"ח – 1968¹⁷³ (להלן: חוק המכר), עוסקים בסוגיא של הודעת הקונה למוכר על אי-התאמת הממכר: על הקונה להודיע למוכר על אי-ההתאמה של הממכר מיד לאחר מועד הבדיקה של הממכר או מיד לאחר שהקונה גילה את אי-ההתאמה – הכול לפי המוקדם יותר¹⁷⁴. קונה שלא הודיע על אי-ההתאמה, כאמור, מאבד את זכותו להסתמך עליה¹⁷⁵. עם זאת, מקום שאי-ההתאמה אינה ניחנת לגילוי בבדיקה סבירה, הקונה זכאי להסתמך עליה עם גילויה, ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה¹⁷⁶. אולם במכירת נכס נד אין הקונה זכאי לחזור בו מהחוזה אם הודיע למוכר על אי-ההתאמה לאחר שעברו שנתיים ממסירת הממכר, ואין הקונה זכאי ליתר התרופות בשל הפרת חוזה אם הודיע למוכר על אי-ההתאמה לאחר שעברו ארבע שנים ממסירת הממכר¹⁷⁷. עם זאת, מקום שאי-ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה ולא גילה אותן לקונה – הקונה זכאי להסתמך על אי-ההתאמה בכל עת, ובלבד שהודיע עליה למוכר מיד לאחר שגילה אותה¹⁷⁸.

סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד – 1974¹⁷⁹ (להלן: חוק חוזה קבלנות) עוסק בשאלת אי-ההתאמה בהקשר של חוזה קבלנות. הסעיף מורה כי מקום שהמלאכה או השירות נשוא חוזה הקבלנות לא היו בהתאם למוסכם על המזמין להודיע לקבלן על הפגם זמן סביר לאחר שגילה אותו או שהיה עליו לגלותו¹⁸⁰ ואין המזמין זכאי להסתמך על הפגם אם לא הודיע לקבלן על הפגם, כאמור, זולת אם ידע הקבלן על הפגם, וכן אין המזמין זכאי להסתמך על פגם שמקורו בסיבה שהוא אחראי לה¹⁸¹.

כל אחד מההסדרים שבארבעת דברי החקיקה דלעיל מכונן להגן, במידה זו או אחרת, על האינטרס של יכולת ההסתמכות על מצג המציאות המוצג על-ידי הזולת. כך, סעיף 20 לחוק החוזים מכונן להגן על יכולת ההסתמכות של המתקשר שכנגדו קיימת העילה לביטול החוזה. מתקשר זה צריך לדעת אם החוזה יקיים או יבוטל: במידה שהחוזה יקיים יהא עליו לקיים את חיוביו-הוא; בעקבות ביטול החוזה יהא

172 ע"א 48/81 פומרנץ ואח' נ' ק.ד.ש. בנין והשקעות בע"מ, ואח', פד"י לח(2) 813, 818 – 820. ראה גם ע"א 581/80 בוכהלטר נ' כנרת ואח', פד"י לח(2) 89, 98; ע"א 216/80 בוואר נ' שיכון עובדים בע"מ ואח', פד"י לח(2) 561, 567.

173 ס"ח 529.

174 סעיף 14(א) לחוק.

175 סעיף 14(ב) לחוק. ראה גם ע"א 266/80 הרם ואח' נ' איזנברג דורפמן חברה לבנין בע"מ ואח', פד"י לז(1) 434, 438 – 439.

176 סעיף 15 רישא לחוק. ראה ע"א 368/77 זיקית מפעלי צביעה, הדפסה ואשפזה בע"מ נ' סריגי אלדיט בע"מ, פד"י לב(3) 487, 498 – 499.

177 סעיף 15 סיפא לחוק.

178 סעיף 16 לחוק.

179 ס"ח 742.

180 סעיף 3(א) לחוק.

181 סעיף 3(ב) לחוק.

על כל צד להשיב לצד האחר את מה שקיבל על-פי החוזה¹⁸². שתיקה של הצד הנפגע עשויה ליצור אצל הצד הפוגע את הרושם שהנפגע מקבל על עצמו את החוזה, היינו: שהחוזה יקיים¹⁸³. לפיכך, מקום ששתיקת הנפגע חורגת מעבר לתקופה של זמן סביר, הנפגע ייחשב כיוצר כלפי הצד האחר מצג בדבר רצונו בקיום החוזה, והנפגע יהא מנוע מלהפעיל לאחר-מכן את כוח הביטול לגבי החוזה¹⁸⁴. שיקולים שונים עומדים ביסוד הטלת מגבלת הזמן הסביר על כוחו של הנפגע לבחור בתרופות בעקבות הפרת חוזה. אחד השיקולים הוא הרצון שלא לאפשר לנפגע "רכיבה על תנודות השוק", היינו: הפעלת כוח הבחירה שלו במועד מאוחר תוך לקיחה בחשבון של שינויי השוק שאירעו בינתיים. "רכיבה על תנודות השוק" עשויה לזכות את הנפגע ביתרון בלתי-הוגן ולהגדיל את חבותו של המפר מעבר לרצונו¹⁸⁵. אולם בדומה למצב לגבי ביטול חוזה מחמת פגם בכריתתו, שיקול נוסף שביסוד מגבלת הזמן הסביר מבוסס על הרצון לאפשר למפר לכלכל את מעשיו נכונה בעקבות ההפרה: במידה שהחוזה יקיים יהא עליו לקיים את חיוביו על-פי החוזה לרבות החיוב שהופר, ולקבל מאת הצד האחר את חיוביו-הוא; בעקבות ביטול החוזה יהא על כל צד להשיב לצד האחר את מה שקיבל על-פי החוזה¹⁸⁶. שתיקה של הצד הנפגע בעקבות ההפרה עשויה ליצור אצל המפר את הרושם שהנפגע משלים עם ההפרה ולא יעמוד על אכיפת החיוב או על ביטול החוזה, אלא יסתפק בתרופה של פיצויים בלבד¹⁸⁷.

182 סעיף 21 לחוק החוזים.

183 "במקרה של חוזה צריך הצד האחר, אם עדיין לא קיים את חיוביו, לרעת כיצד ינהג והאם עליו לקיימם. כמו כן, אם קיים חלק מחיוביו, הרי הוא זכאי להשבה. משום כך מוטל על הצד, שבידיו ברירת הביטול, לפעול תוך זמן סביר, כך שהצד האחר ידע כיצד לנהוג ויוכל, במקרה המתאים, לממש את זכויותיו" (ד' פרידמן [לעיל, הערה 124], 617, הערה 227); ג' שלו (לעיל, הערה 32), 151 – 152.

184 הזמן הסביר מתחיל להימנות במסגרת סעיף 20 החל מהמועד שבו נודע למתקשר בפועל על קיום העילה לביטול החוזה. ע"א 10/81 חיים כהן ושות' חברה קבלנית לבנין בע"מ ואח' נ' גרע ואח', פד"י לז' (4) 635, 643; ג' שלו (לעיל, הערה 32), 152. לגבי כפייה, ראה לעיל, הערה 170, אף שסעיף 20 דורש כי הביטול ייעשה בדרך של "הודעת המתקשר לצד השני", הרי נראה שאף התנהגות חד-משמעית של הנפגע בדבר רצונו לבטל את החוזה תוכל להיחשב כמספקת לצורך סעיף 20. ראה ע"א 760/77 בן עמי ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פד"י לג' (3) 567, 575; ג' שלו (לעיל, הערה 32), 150. השווה ע"א 440/75 זנדבנק, ואח' נ' דנציגר, ואח', פד"י לז' (2) 260, 273 – 274. ראה גם ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פד"י לג' (2) 533, 555.

185 ראה דברי השופטת בן-פורת בע"א 815/80 הרלו אנד ג'ונס ג.ט.ב.ה נ' אדרס חמרי בנין בע"מ, פד"י לז' (4) 225, 230.

186 חוק התרופות, סעיף 9.

187 ע"א 71/75 מרגליות ואח' נ' אברבנאל ואח', פד"י כט' (2) 652, 657; ע"א 672/79 לוי ואח' נ' איצקוביץ, פד"י לה' (2) 636, 639 – 640; ע"א 64/80 בנק ארץ ישראל כריטיניה בע"מ (בפירוק) נ' מדינת ישראל – משרד השיכון, פד"י לח' (3) 589, 597 ("... אם צד, שנפגע מהפרת חוזה רוצה להביא לידי ביטולו, חייב הוא להודיע לצד השני, וזאת כדי שהצד השני ידע, שרעהו אינו רואה עוד את החוזה ככר תוקף, ויוכל גם הוא לנהוג בהתאם. שאם לא תאמר כן, יכול המפר לחשוב שלמרות ההפרה עדיין רואה הצד השני את החוזה בתוקף וימשיך לפעול לפיו, ורק לאחר מכן יופתע לשמוע, כי רעהו ביטל את החוזה, והוא לא ידע"). ביטול חוזה על-פי סעיף

גם ביסודם של סעיפים 14–16 לחוק המכר עומדים שיקולים אחדים. אחד השיקולים הוא הרצון להגן על המוכר מפני ניסיון של הקונה לייחס למכר פגמים שלא היו בו – בפועל או בכוח – בעת המסירה¹⁸⁸. אולם לצד שיקול זה קיים השיקול המבוסס על הרצון לאפשר למוכר לדעת את מצבו בעסקה ולכלכל בהתאם לכך את מעשיו: האם העסקה יכולה להיחשב מבחינת המוכר כמי שהסתיימה בדרך של קיום חיוביו על-פיה, או שמא המוכר עשוי עדיין להיכפף, במסגרת העסקה, לסעדים בגין מסירת ממכר בלתי-מתאים¹⁸⁹.

שני השיקולים האמורים שביסוד דיני המכר בסוגיית אי-ההתאמה עומדים גם ביסוד הסדרו של חוק חוזה קבלנות בסוגיית הפגם במלאכה או השירות שהם נשאו חוזה הקבלנות¹⁹⁰.

שתי נקודות משותפות להסדרים שבארבעת דברי החקיקה דלעיל. ראשית, התוצאה הנגזרת על-פיהם מהמצב שהצד הנפגע יוצר במחדלו היא שלילת כוחו של הנפגע להפעיל כלפי הצד האחר את הכוחות המשפטיים שהיו עשויים לעמוד לרשותו כתגובה להתנהגותו של הצד האחר. במלים אחרות: היחס שבין הצדדים לא יתפש על-פי מצבו האמיתי אלא על-פי הדרך שבה הוא הוצג על-ידי מחדלו של הצד הנפגע. שנית, התוצאה האמורה תחול בלא קשר להשלכות של מחדלו של הצד הנפגע על הצד האחר. במלים אחרות: כדי שהתוצאה האמורה תחול בין הצדדים לא נדרש שייגרם לצד הפוגע נזק, שינוי מצב לרעה או אף שינוי מצב כלשהו, ודי בכך

8 יכול להיעשות בדרך של התנהגות, על-אף שהסעיף מדבר על "הודעת הנפגע למפר", ובלבד שהמפר יוכל לעמוד על כוונת הביטול של הנפגע באורח חד-משמעי. ראה ע"א 557/75 אג'י נ' כהן, פד"י (2) 64, 72; ע"א 566/77 דיקר נ' מוך ואח', פד"י (2) 141, 144; ע"א 278/78 אמפא בע"מ נ' רום כרמל חעשיות בע"מ, פד"י (1) 29, 32–33; ע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ ואח' נ' טרבלוס ואח', פד"י (1) 197, 201; ע"א 355/80 נתן אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת בת שבע בע"מ, פד"י (2) 800, 803; ע"א 27/80 ישראל ארגמן חברה לבנין בע"מ ואח' נ' ברנדפלד, פד"י (1) 393, 402. ראה גם נ' כהן (לעיל), הערה (136), 141–146. השווה דברי השופט ברק בבג"צ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ ואח' נ' שר התקשורת ואח', פד"י (4) 617, 621 על ההבדל בין שיהוי בהגשת עתירה לבג"צ לבין התיישנות: "לא הרי שיהוי כהרי התיישנות. עבור הזמן כשלעצמו אין בו כדי להוות שיהוי. בבסיסו של השיהוי עומדת העובדה, כי עבור הזמן גרם לשינוי המצב ולפגיעה באינטרסים ראויים להגנה".

188 ראה המועד המוקדם העומד לרשות הקונה לגלות את אי-ההתאמה; הצורך להודיע על אי-ההתאמה למוכר "מיד"; קציבת החקופות למחן ההודעה בדבר אי-ההתאמה.

189 ראה גם ע"א 465/80 ש' סולונץ בע"מ נ' "התכופ" חרושת ברזל בע"מ ואח', פד"י (3) 630, 637; ד' צלטנר, "חוק המכר, תשכ"ה – 1968" (פירוש לחוקי התחום, המכון למחקר ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי, עורך, תשל"ב) 92 ("הוראות סעיפים 13–15 ... מטרתן להזהיר את המוכר כי אין הקונה רואה את החוזה כמקריים").

190 להשוואה בין הסדרי חוק המכר בסוגיית אי-ההתאמה והסדרי חוק חוזה קבלנות בסוגיית הפגם ראה ע"א 368/77 זיקית מפעלי צביעה, הדפסה ואשפורה בע"מ נ' סריגי אלדיט בע"מ, פד"י (3) 487, 499. ראה גם סעיף 5 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב – 1962, העוסק בפעולות משפטיות של קטין, שאף שנעשו שלא בהסכמת נציגו הן תקפות, ואולם הן ניתנות לביטול. הסעיף קובע את הגורמים המוסמכים לבטל את פעולת הקטין ואת הזמן המוקצב לצורך הביטול.

שהצד הנפגע יצר כלפי הצד האחר מצג בדבר תגובתו להתנהגותו של הצד האחר. ניתן אפוא לראות בהסדרים אלו ביטוי לדוקטרינת הויתור¹⁹¹. עם זאת, בנקודה אחת קיים הבדל משמעותי בין הסדרים של חוק החוזים וחוק התרופות ובין הסדרים של חוק המכר וחוק חוזה קבלנות. נקודה זו מתייחסת למצב הידיעה של הצד הפוגע. על-פי שני החוקים האחרונים, מצב הידיעה של הצד הפוגע הוא רלבנטי לשאלת הכוחות העומדים לרשות הצד הנפגע. מקום שהמוכר ידע או היה עליו לדעת¹⁹² בעת גמירת החוזה¹⁹³, על העובדות שמהן נבעה אי-ההתאמה – הקונה יוכל להסתמך על אי-ההתאמה אף אם לא עמד במגבלות הזמן הנקובות בסעיפים 14 ו-15 לחוק המכר, ובלבד שנתן למוכר הודעה על אי-ההתאמה מיד לאחר שגילה אותה. חוק חוזה קבלנות מרחיק לכת עוד יותר בכך, שידיעת הקבלן על הפגם אמורה לכפר על כל איחור של המזמין בהודעה לקבלן על הפגם: מקום שהקבלן ידע¹⁹⁴ על הפגם, המזמין יוכל להסתמך על הפגם אף אם לא הודיע עליו לקבלן תוך זמן סביר לאחר שגילה אותו או שהיה עליו לגלותו. לעומת זאת, אלמנט הידיעה של הצד הפוגע הוא בלתי-רלבנטי לשאלת הכוחות העומדים לרשות הצד הנפגע במסגרת ההסדרים שבשני חוקי החוזים דלעיל. נניח שחוזה נכרת בנסיבות חמורות של כפייה או עושק. נניח שהצד הנפגע לא ביטל את החוזה במסגרת הזמן הסביר שעמד לרשותו לעשות כן. על-פי סעיף 20 לחוק החוזים, כפשוטו, הנפגע יהא מנוע מלבטל את החוזה אף שהחל מרגע כריתת החוזה ידע הצד האחר על קיום העילה לביטול החוזה. בדומה לכך, נניח שמתקשר הפר את חוזהו הפרה יסודית ואולם הנפגע לא הגיב על ההפרה במסגרת הזמן הסביר שעמד לרשותו לעשות כן. על-פי סעיף 8 לחוק התרופות, כפשוטו, הנפגע יהא מנוע מלתבוע ביטול של החוזה, אף שהחל מרגע ההפרה המפר ידע על קיום העילה לכך מצד הנפגע¹⁹⁵.

- 191 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 92; ראה גם E. Farnsworth, *supra* note 21, at 620–627.
- 192 השווה מצב הידיעה של המוכר בסעיף 16 לחוק המכר למצב הידיעה של הקונה בסעיף 12 לחוק. ראה גם ע"א 531/75 מרקו נ' רוטפלד ואח', פד"י (2) 393, 397; ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פד"י לב(1) 231, 235.
- 193 על הקשיים הנובעים מכך שמצב הידיעה של המוכר על-פי סעיף 16 מיוחס לשלב גמירת החוזה ולא לשלב מסירת הממכר ראה ע"א 659/77 שורקה נ' קרים ואח', פד"י לב(1) 393. ראה גם זלצמן (לעיל, הערה 55), 69–70; ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תל אביב, תשל"ו) שער שני, 53.
- 194 סעיף 3 לחוק חוזה קבלנות נוקט לשון "ידע" בהתייחסו למצב הידיעה של הקבלן ואין ייחוס של ידיעה זו למועד מסוים (כגון מועד גמירת החוזה, מועד עשיית המלאכה, מועד מתן השרות וכו'). כזכור, סעיף 16 לחוק המכר נוקט לשון "ידע או היה עליו לדעת" בהתייחסו למצב הידיעה של המוכר, ומצב זה מיוחס בסעיף למועד גמירת החוזה.
- 195 עם זאת, על פי שני דיני החוזים דנן, הנפגע יהא מנוע מלהפעיל את כוח הביטול רק בחלוף "זמן סביר" מהמועד שבו היה ביכולתו לעשות כן בראשונה. השימוש בסטנדרט הגמיש של "זמן סביר" בהקשרים אלו יאפשר לבתי-המשפט שיקול-דעת רחב לגבי השאלה אם לשלול את כוח הביטול מהנפגע, במקרים פרטיקולריים. ניתן להעריך, כי שיקול-דעת זה יופעל בהתאם למירת הקוגנטיות של שני השיקולים דלעיל, היינו מידת הפגיעה בצד האחר כתוצאה מהשהיית הביטול על-ידי הנפגע והמידה שבה השתהוה של הנפגע עשויה לאפשר לו "רכיבה על תנודות השוק".

יוצא ששני חוקי החוזים צופים "משחק אסטרטגי" נוקשה בין הצדדים: מהלך של הצד הגורם לפגם בכריתת החוזה או מהלך של הצד המפר את החוזה נחשבים כגוררים בעקבותיהם מהלך של הצד הנפגע, בין במעשה ובין במחדל, והיחס שבין הצדדים נקבע על-פי טיב מהלכיהם אלו בלבד. גישה כזו מעלה את רמת הוודאות בין הצדדים משום שהיא מאלצת את הצד הנפגע להגיב או להיחפש על חוסר-תגובתו. לעומת זאת, חוק המכר וחוק חוזה קבלנות, בחריג לפחות לגישתו של חוק התרופות, צופים "משחק אסטרטגי" מרוכך: היחס שבין הצדדים נקבע לא רק על-פי התגובה או העדר התגובה של הצד הנפגע לדרך שבה המפר קיים את חיוביו, אלא הצד הנפגע יכול להסתמך גם על מצב הידיעה של המפר. גישה כזו מורידה את רמת הוודאות בין הצדדים, משום שהיא מגדירה את היחס שבין הצדדים לא רק על-פי הצעדים הננקטים על-ידם אלא אף על-ידי גורם שהוא חיצוני לצעדים אלו, היינו: מצב הידיעה של המפר.

(ג) מצבים שבהם מוקנית למסתמך על המצג זכות כלפי יוצר המצג

1. חייבים יחד ולחוד שבטל חיובו של אחד מהם

הצבעתי על סעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים ועל סעיף 21 לחוק השכירות והשאלה כעל סעיפים המקנים למסתמך על המצג פטור מחיוב שלו כלפי יוצר המצג¹⁹⁶. שורה של הוראות בחקיקה האזרחית החדשה עוסקות במצב ההפוך, שבו המסתמך על המצג רוכש זכות כלפי יוצר המצג.

סעיף 55(ב) לחוק החוזים מורה, כי מקום ששניים חייבים יחד ולחוד ו"בטל או בוטל חיובו של אחד החייבים, בטל גם חיובו של השני". אולם בהמשכו של הסעיף נקבע חריג לכלל זה – החייב השני ימשיך לחוב על-אף שחיובו של החייב האחד בטל או בוטל "אם הביטול נובע מפגם בכשרותו או בייצוגו של החייב האחד"¹⁹⁷.

הערב והחייב אחראים כלפי הנושה יחד ולחוד¹⁹⁸. חבותם של הערב והחייב היא אפוא מקרה פרטי של המקרים שבהם דן סעיף 55(ב) לחוק החוזים¹⁹⁹. ואכן, בחוק הערבות, תשכ"ז – 1967²⁰⁰ (להלן: חוק הערבות), ניתן למצוא הסדר מקביל לזה שבסעיף 55(ב) האמור. סעיף 2 לחוק הערבות מורה כי "אין ערבות אלא לחיוב בר תוקף"²⁰¹. אולם סעיף 17 לחוק מונה שני חריגים לכלל זה, המקבילים לחריגים

196 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 159 – 169.

197 ראה גם סעיף 56(ד) לחוק החוזים, שלפיו מקום שביטול חיובו של חייב נובע מפגם בכשרותו או בייצוגו של החייב – החייב האחר, האמור לשאת לכדו בכל החיוב, לא יוכל לחזור על החייב שחיובו בוטל, כאמור.

198 סעיף 8 לחוק הערבות, תשכ"ז – 1967, ס"ח 496.

199 עם זאת, במצב של חבות יחד ולחוד, חבותו של כל חייב מקבילה לחבותו של כל חייב אחר. לעומת זאת, במצב של ערבות חבותו של החייב היא החבות "העיקרית" וחבותו של הערב היא חבות "משנית".

200 ס"ח 496.

201 ראה גם סעיפים 4(א) ו-7(א) לחוק הערבות בדבר הוויקה שבין חבות החייב וחבות הערב.

הנמנים בסעיף 55(ב) לחוק החוזים: במקום שחיובו של החייב פגום "רק מבחינת כשרותו או ייצוגו של החייב" יראו את הערבות, במישור יחסי הערב והנושה, כהתחייבות לשיפוי במובן סעיף 16 לחוק²⁰².

הנחת היסוד המשותפת לסעיף 55(ב) לחוק החוזים ולסעיף 17 לחוק הערבות היא, שבין החייב המשותף ובין הנושה – הראשון הוא בעל היכולת העדיפה לאתר פגם בכשרות או בייצוג של החייב האחר. לפיכך, במקום שחיובו של חייב נחשב חסר-תוקף מחמת פגם, כאמור, הרי החייב החב עמו ביד וליחוד נחשב כמי שיצר כלפי הנושה, על-ידי נכונותו לחוב במשותף עם החייב האמור, מצג בדבר תקפות חיובו מבחינת הכשרות או הייצוג, והוא ייחשב מנוע מלטעון לקיומו של פגם כזה. שני הסעיפים צופים אפוא מצב שבו על שום בטלות חיובו של אחד החייבים המשותפים, החיוב המשותף היה צריך להיחשב חסר-תוקף מלכתחילה. אולם החיוב המשותף ייחשב כר-תוקף בכל-זאת לגבי אותו חייב שיצר כהתנהגותו מצג בדבר תקפות חיובו של החייב שחיובו היה בטל.

ראוי לשים לב כי בסעיפים האמורים אין התייחסות למצב הידיעה של הנושה: האפשרות שהנושה פעל בחוסר תום-לב, מבחינה זו שהוא ידע או היה יכול לדעת אודות הפגם בכשרות או בייצוג של החייב, אינה זוכה להתייחסות בסעיפים האמורים; הנחת היסוד שלהם היא שהחייב האחר ידע או היה יכול לדעת אודות הפגם, בעוד שהנושה לא ידע ולא היה יכול לדעת אודותיו²⁰³. גם לשאלת ההסתמכות של הנושה על המצג הנוצר על-ידי החייב אין התייחסות בסעיפים האמורים. אולם מובלעת בהם ההנחה כי הנושה אכן שינה את מצבו לרעה בהסתמך על המצג, היינו: הסכים לסמוך על החיוב המשותף.

ניתן אפוא לראות את סעיפים 55(ב) ו-17 האמורים כמושתתים על יסודות קרובים לאלו המרכיבים את דוקטרינת ההשתק: מצג, הסתמכות ונפקות הנגזרת מהקשר שבין המצג וההסתמכות. אך, בעוד שעל-פי דוקטרינת ההשתק, הנפקות שהיתה צריכה להיגזר בהקשר דנן היא מניעת החייב מלכפור בתקפות חיובו, הרי הנפקות הנקובה בסעיפים 55(ב) ו-17 היא במישור המהותי: חיובו של החייב נחשב תקף למרות בטלות החיוב של שותפו ובטלות החיוב המשותף שבעקבותיה.

2. חוזה למראית עין

סעיף 13 רישא לחוק החוזים מורה כי "חוזה שנכרת למראית עין בלבד – בטל". הבטלות שבה הסעיף עוסק היא בטלות מדעיקרא (Void) היינו: במקום שחוזה נכרת

202 ואולם, במישור יחסי הערב והחייב לא יחולו סעיפים 9, 11, 12 לחוק הערבות. השווה סעיף 56(ד) לחוק החוזים (לעיל, הערה 197). להפעלת סעיף 17 ראה ע"א 162/74 פרידמן ואח' נ' בדריאן, ואח', פד"י כט(2) 724, 726 – 727. ראה גם סעיף 57(ג) לפקודת השטרות [נוסח חדש]: ע"א 316/79 תמדאן נ' ליאני ואח', פד"י לד(2) 309.

203 במצבים עובדתיים שבהם הנחה זו לא מתקיים, היינו: מצב הידיעה של הנושה לא יצדיק את הסתמכותו על המצג שבהתנהגות החייב, יהיה ניתן להימנע מהחלת הסעיפים האמורים. הדרך להגעה לתוצאה זו תידון בהמשך. ראה להלן, טקסט ליד הערות 264 – 284.

למראית-עין בלבד לא נוצרות כל זכויות וחבויות בין הצדדים²⁰⁴. יוצא אפוא כי בכריתת חוזה למראית-עין בלבד נוצר על-ידי הצדדים פער בין המצב האמיתי של העולם (היות החוזה, על-פי כוונת הצדדים²⁰⁵, חוזה למראית-עין בלבד ולכן חסר כל נפקות²⁰⁶) ובין הדרך שבה הוצג מצב המציאות לזולת על-ידי הצדדים (קיומו של חוזה מחייב ביניהם)²⁰⁷. מכיוון שכך, הדין נדרש להגן על הזולת שפעל בהסתמך על המצג שיצרו הצדדים²⁰⁸: הסיפא של סעיף 13 מורה כי בטלותו של החוזה למראית-עין אין בה "כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה"²⁰⁹.

תנאי לכך שזכותו של הצד השלישי תוכר הוא, שהצד השלישי הסתמך על קיום החוזה בתום-לב. אינני סבור כי מתעורר קושי לגבי תוכנו של המושג "תום לב" בהקשר זה בדומה לקושי המתעורר בהקשר המקביל במסגרת סעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים²¹⁰. הצד השלישי שבו סעיף 13 דן מבקש ליצור זכות יש מאין, כאשר על-פי המצב האמיתי של הדברים זכות כזו אינה קיימת. המונח "תום לב" ננקט אפוא בסעיף בהקשר של רכישת זכות עדיפה²¹¹. לכן נראה, שלתום-הלב שבסעיף 13 לחוק החוזים יש להקנות תוכן סובייקטיבי²¹².

204 ע"א 414/78 רכב ישראל בע"מ נ' פקיד השומה ת"א 2, פד"י (ג) 337, 344; ע"א 459/78 חברת בני פיפסקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות' בע"מ ואח', פד"י (ה) 169, 180; ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 406, הערה 20; ג' שלו (לעיל, הערה 32), 14, 22; שלו, "סעיף 12 לחוק החוזים – תום לב במשא ומתן" משפטים ז (תשל"ז) 118, 131; שלו, "פגמים בכריתת החוזה – קווים מנחים" משפטים יא (תשמ"א) 439, 461 (להלן: קווים מנחים).

205 ג' שלו (לעיל, הערה 32), 15 – 16, 24; ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 406.
206 לשאלה אם סעיף 13 עוסק במצבים של סימולציה מוחלטת וסימולציה יחסית ראה ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה ואח', פד"י (ה) 514 – 515; ג' שלו (לעיל, הערה 32), 16 – 19; שלו, "קווים מנחים" (לעיל, הערה 204), 453 – 454.

207 על הפער הנוצר באמצעות החוזה למראית עין בין המציאות האמיתית לבין המציאות המוצגת ראה ע"א 630/78 ביטון ואח' נ' מזרחי, פד"י (ג) 576, 581 – 582; ג' שלו (לעיל, הערה 32), 16 – 18, 24; שלו, "קווים מנחים" (לעיל, הערה 204), 453.

208 ע"א 459/78 חברת בני פיפסקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות' בע"מ ואח', פד"י (ה) 169, 180; צלטנר (לעיל, הערה 126), 72; שלו, "קווים מנחים" (לעיל, הערה 204), 457 – 458.

209 ע"פ 768/80 ש' שפירא ושות', חברה קבלנית בנתניה בע"מ ואח' נ' מדינת ישראל, פד"י (ו) 337, 362; פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 262; ג' שלו (לעיל, הערה 32), 24. להשוואת ההגנה הניתנת לצד השלישי בסעיף 13 לחוק החוזים לעומת העדר הגנה כזו בסעיף 30 לחוק ראה פרידמן, שם, בעמ' 262 – 263; ג' כהן (לעיל, הערה 136), 135 – 136.

210 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 165 – 168.

211 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 166. ראה גם ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 633; ג' כהן (לעיל, הערה 136), 286, הערה 135. עשויה להתעורר השאלה, אם מקרים הבאים בגדרו של סעיף 13 דנן צריכים להידון בחלק השני של מאמר זה או בחלק השלישי של המאמר, העוסק במצבים של תחרות לרכישת זכות נוגדת בנכס. אכן, בדרך כלל התחרות שבה דן סעיף 13 תתייחס לרכישת זכויות בנכס, ואולם מכיוון שהחלק השלישי של המאמר צופה תחרות בין שני צדדים הפועלים לרכישת זכויות נוגדות באמצעות שתי עסקאות נוגדות, בעוד שסעיף 13 צופה מצג ועסקה אחת, מצאתי לנכון לדרוך בסעיף 13 במסגרת החלק השני של המאמר.

212 ראה גם ג' שלו (לעיל, הערה 32), 27 – 28; שלו, "קווים מנחים" (לעיל, הערה 204), 443, הערה 10.

השאלה הבאה המתעוררת היא, מה פשר ההסתמכות הנדרשת מהצד השלישי במסגרת סעיף 13. הסעיף נוקט לשון "זכות שרכש אדם שלישי", ולכאורה עולה מכך שנדרשת מהצד השלישי תמורה, בהבדל מקבלת הזכות במסגרת עסקת מתנה. מצד שני, בהבדל מסעיפים אחרים בחקיקה שלנו שבהם הוסמכה דרישת התמורה במפורש לדרישת תוס-הלב, הדרישה המפורשת לתמורה נעדרת בסעיף 13²¹³. נראה כי ניתן לקבוע שאין צורך בתמורה מאת הצד השלישי במסגרת סעיף 13, מצד אחד, ואולם, מצד שני, קבלת הזכות על-ידי הצד השלישי במסגרת עסקת מתנה לא יהא בה די כדי להגן על זכותו של הצד השלישי. אלא שלצורך הסעיף יהא די בדרישת-ביניים בין שני המצבים הקיצוניים האמורים, היינו: שינוי מצב לרעה על-ידי הצד השלישי²¹⁴.

קל לאתר בסעיף 13 את יסודות המצג וההסתמכות המהווים חלק מדוקטרינת ההשתק²¹⁵. עם זאת, אף בסעיף זה הנפקות המיוחסות להתקיימות שני היסודות איננה מניעות של יוצר המצג מלכפור בתוקפו של חיוב שלו כלפי המסתמך על המצג, אלא הנפקות היא במישור המהותי: המסתמך ייחשב כמי שרכש זכות תקפה.

3. סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז – 1967

כפי שאראה בהמשך²¹⁶, לגבי נכסי מיטלטלין, הכלל האוניברסלי הוא שהחזקה מזוהה עם הבעלות, באופן שהמתקשר עם המחזיק במיטלטלין רשאי להניח כי המחזיק הוא הבעלים שלהם. סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז – 1967²¹⁷ (להלן: חוק המשכון), מגלם הנחה זו בהקשר של תחרות בין הבעלים של נכס מיטלטל ובין מי שרכש משכון בנכס, שלא בהסכמת הבעלים. הסעיף מורה כי מקום שנכסים נדים²¹⁸

213 ע"א 459/78 חברת בני פימפשוּבין בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות' בע"מ ואח', פד"י לה(3) 169, 181. ראה גם פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 260 (הסיבה לכך שסעיף 13 סוטה מדרישת התמורה הקיימת בסעיף 9 לחוק המקרקעין ובסעיף 12 לחוק המיטלטלין נעוצה במקור השונה של דברי החקיקה, היינו: דיני הקונטיננטל לעומת דיני היושר האנגליים); ג' כהן (לעיל, הערה 136), 278, הערה 104 (כנ"ל).

214 ראה גם פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 260, הערה 54 (השאלה מתעוררת אם קבלת מתנה על-ידי הצד השלישי מהווה הסתמכות לצורך סעיף 13 "או שמא 'הסתמכות' משמעותה פעולה החורגת מגדר הסכמה לקבלת טובת הנאה, דוגמת מתן תמורה או לפחות שינוי מצב לרעה..."); ג' שלו (לעיל, הערה 32), 27 ("ההסתמכות הנדרשת בסעיף 13, טיפא, אינה זהה עם מתן תמורה. אולם כדי לבסס קיומה של ההסתמכות אין די בהוכחת עצם נכונותו של האדם השלישי לקבל נכס. ההסתמכות טעונה לפחות שינוי מצב, ואולי אפילו שינוי מצב לרעה...").

215 פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" (לעיל, הערה 17), 488 ("סעיף 13 לחוק החוזים כולל הוראה שאפשר לראותה כמבוססת על מעין רעיון של השתק"); ג' שלו (לעיל, הערה 32), 24 – 25, 28 (סעיף 13 כמגלם יסודות של דוקטרינת ההשתק).

216 ראה להלן, טקסט ליד הערות 363 – 369.

217 ס"ח 496.

218 לפשר המושג "נכסים נדים" בסעיף 5 לחוק המשכון ראה י" ויסמן, "חוק המשכון, תשכ"ז – 1967" (פירוש לחוקי החוזים, המכון למחקרי חקיקה ע"ש הרי סאקר, ג' טדסקי עורך, תשל"ה) 150.

היו בחזקתו של אדם והוא משכן אותם בדרך של הפקדה או בדרך של רישום, "יהיה כוחו של המישכון יפה לכל דבר, אף אם הממשכן לא היה בעל הנכסים או לא היה זכאי למשכנם, ובלבד שהנושה פעל בתום לב והנכסים באו לידי הממשכן על דעת בעליהם או על דעת מי שהיה זכאי להחזיקם".

השוואה בין תקנת השוק לגבי מכירת מיטלטלין (סעיף 34 לחוק המכר) ובין תקנת השוק לגבי משכון מיטלטלין (סעיף 5 דנן), מאלפת. ראשית, על-פי סעיף 34, יוכל הרוכש לגבור על זכותו של הבעלים בלא קשר לשאלה באיזו דרך יצא הנכס מידי הבעלים (האם מכוח עסקה רצונית או שלא ברצון הבעלים). על-פי סעיף 5, הנושה יוכל לגבור על הבעלים של הנכס או על הזכאי להחזיק בנכס²¹⁹ רק אם הנכס בא לידי הממשכן על דעת הבעלים או על דעת הזכאי להחזיק²²⁰. שנית, על-פי סעיף 34, נדרש שהמוכר יהא "מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר, והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו". דרישה כזו או דומה לה ביחס לאופיו של הממשכן חסרה בסעיף 221⁵. שלישית, על-פי סעיף 34 נדרש שהקונה רכש את הנכס בתמורה ובתום-לב²²². על-פי סעיף 5 נדרש שהנושה פעל בתום-לב²²³, וחסרה דרישת התמורה²²⁴.

הכדלים אלה נובעים כחלקם מהמקור ההיסטורי השונה של סעיפים 34 ו-221⁵, וכחלק מהמטרות השונות שביסוד סעיפים אלו: סעיף 34 מכוון לחזק את מעמדם של מוכרים שהם בעלי עסקים קבועים למכירת מיטלטלין. טעם זה חסר בסעיף 5. תחת זאת, הסעיף מכוון להסדיר את התחרות בין שני צדדים תמי-לב (הבעלים או הזכאי להחזיק, מצד אחד; הנושה, מצד שני) שנפלו קורבן למעשה מרמה של צד

219 על משמעות המושגים "בעלים" ו"מי שזכאי להחזיק" בסעיף 5 ראה י' ויסמן, שם, בעמ' 152.
220 ע"א 352/74 מ' דנקנר ובניו נ' פסט את מטרני ואח', פד"י ל(2) 796, 800–802; י' ויסמן (לעיל, הערה 218), 149; פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 254–255; א' פורקציה, דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (ירושלים, תשמ"ד) 114.

221 י' ויסמן (לעיל, הערה 218), 149.

222 דרישת התמורה אינה נקובה בסעיף 34 בלשון מפורשת. אולם לנוכח הימצאות סעיף 34 בחוק המכר ולאור הגדרת מושג המכר בסעיף 1 לחוק אין ספק כי אלמנט התמורה נדרש כדי שתתקיים התוצאה שבסעיף 34. ראה ר' גורי, "מכר בשוק פתוח" עיוני משפט ב (חשל"ב) 92, 108. כמו-כן ראה פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 252.

223 על אלמנט תום-הלב שבסעיף 5 ראה ע"א 352/74 מ' דנקנר ובניו נ' פסט את מטרני ואח', פ"ד ל(2) 796, 806–802; י' ויסמן (לעיל, הערה 218), 153–157; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 273–275.

224 ראה גם ע"א 459/78 חברת בני פיפסקוביץ בע"מ נ' אבני יצחק ושות' בע"מ, פד"י לה(3) 169, 181. עם זאת, הסעיף עוסק ב"נושה" של "חייב", וניתן אפוא לסבור כי על-פי טבעו אין הוא יכול לחול בנסיבות של העדר תמורה. השאלה עשויה להחצוור, אם מקרים הבאים בגדרו של סעיף 5 דנן צריכים להידון בחלק השני של מאמר זה או בחלק השלישי של המאמר, העוסק במצבים של תחרות לרכישת זכות נוגדת בנכס. מכיוון שהחלק השלישי של המאמר צופה תחרות בין שני צדדים הפועלים לרכישת זכויות נוגדות בנכס באמצעות שתי עסקאות נוגדות, בעוד שסעיף 5 צופה עסקה מאוחרת העשויה לפגוע בזכויות קיימות של צד אחר, מצאתי לנכון לרונן בסעיף 5 במסגרת החלק השני של המאמר.

225 מקורו של סעיף 34 בדיני ה"מכר בשוק פתוח" של אנגליה. לעומת זאת, מקורו של סעיף 5 ברין הקונטיננטלי. ראה פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 251–252.

שלישי (הממשכן). השאלה המתעוררת היא על-פי אילו שיקולים נקבעה ההכרעה שבסעיף 5. נראה כי אחד השיקולים החשובים הוא מידת הזיקה של כל אחד מהצדדים המתחרים לממשכן, ומידת היכולת של כל אחד מהצדדים המתחרים למנוע את עצם היווצרותו של מצב התחרות. הנחת-היסוד של סעיף 5 היא, שבין הבעלים או הזכאי להחזיק ובין הנושה – הבעלים או הזכאי להחזיק הוא בעל זיקה אינטנסיבית יותר לממשכן באופן המאפשר לבעלים או לזכאי להחזיק להתגונן באורח יעיל יותר כנגד מרמה אפשרית מצד הממשכן. במלים אחרות: במקום שהבעלים או הזכאי להחזיק מוסר את הנכס לחזקת הממשכן, הבעלים או הזכאי להחזיק יוצר פער בין המצב המוצג של המציאות (בעלותו של הממשכן, היכולה להילמד מעובדת החזקה שלו) ובין המצב האמיתי של המציאות (בעלותו של הבעלים, למרות החזקתו הממשכנית). פער זה עשוי להיות מסוכן עבור נושה שיפעל בהסתמך על המצב המוצג של המציאות אך יוכפף לאחר-מכן למצב האמיתי של המציאות²²⁶.

הניתוח דלעיל עשוי להשפיע על ההכרעה כשאלה עד איזה שלב נדרש על-פי סעיף 5 כי יתקיים בנושה תום-הלב: האם עד שלב עריכת הסכם המשכון או שמא עד השלב המאוחר יותר שבו הופקד הנכס או נרשם המשכון. בסעיף 5 אין התייחסות מפורשת לשאלה זו²²⁷. הפרופ' ויסמן מביא בהרחבה הנמקה העשויה לתמוך בגישה שלפיה די בכך שתום-הלב של הנושה התקיים בשלב ההסכם:

ניתן לומר כי אצל נושה אשר התקשר בהסכם מישכון בהיותו תם לב מתמלאים כל יסודות ההשתק המצדיקים החלת תקנת השוק, אף אם תום הלב לא נמשך גם בעת ההפקדה או הרישום הרישום. הנושה סמך על המצג שנוצר עקב העובדה שבידי הממשכן היתה החזקה בנכס הממושכן, ועל יסוד מצג זה פעל ושינה את מצבי בהתקשרו בהסכם המישכון. העובדה שבעת ההפקדה או הרישום כבר היתה לנושה ידיעה על זכות הבעל האמיתי אינה גורעת מיסודות

226 השווה י' ויסמן (לעיל, הערה 218), 151–152, 154; פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 252–253; כהן (לעיל, הערה 124), 235; א' רייכמן, "התוצאות הקנייניות של הלכת שיתוף נכסים בין בני זוג לאחר תחילת חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969" עיוני משפט ו (תשל"ח) 289, 308. כלל המזהה חזקה בנכס עם בעלות עומד במתח עם הכלל שבסעיף 34(3) לחוק המשכון, שלפיו כוחו של המשכון יפה כלפי נושים אחרים של החייב עם רישום המשכון. מצד אחד, הנושה הרושם משכון מבקש לקנות בכך בטוחה קניינית המתייחסת לנכס שלגביו נרשם המשכון. מצד שני, נושים אחרים של החייב וכן רוכשים עשויים להסיק מעובדת החזקה של החייב בנכס כי לחייב בעלות בלתי-מסויגת בנכס. משילוב של סעיף 34(3) האמור והלכת ע"א 716/22 רוזנשטריך נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פד"י כז(2) 709 עולה, כי במשפטנו בתחרות שבין הנושה, שלזכותו נרשם המשכון, ובין נושה מאוחר יותר – יגבר הראשון; ואולם בתחרות שבין הנושה שלזכותו נרשם המשכון לבין רוכש מאוחר שעמד בתנאי תקנת השוק – יגבר האחרון. לעניין זה ולעניין המתח שבין הכללים האמורים ראה א' פרוקציה (לעיל, הערה 220), 114.

227 ראה י' ויסמן (לעיל, הערה 218), 156. השווה סעיף 34 לחוק המכר.

ההשתק, שנתמלאו בשלב המכריע בו קשר עצמו הנושה בהסכם עם הממשכן²²⁸.

למרות זאת, בסופו של דבר, הפרופ' ויסמן גורס, מטעמים לשוניים, כי דרישת תוס'הלב של הנושה צריכה להתקיים עד לשלב ההפקדה או הרישום²²⁹. אני סבור כי מן הראוי להבחין בהקשר דנן בין שני סוגים של מצבים. על-פי המצב הראשון, ניתנה על-ידי הנושה תמורה לממשכן כנגד התחייבות הממשכן, תוך שהנושה פעל בתום-לב, ואולם תוס'הלב של הנושה חדל מהתקיים בטרם הופקד הנכס נשוא הממשכן או לפני שנרשם הממשכן. במצב כזה, יצירת המצג על-ידי הבעלים או הזכאי להחזיק, שהפקידו את הנכס ביד הממשכן, בצירוף תוס'הלב וההסתמכות של הנושה בדרך של מתן תמורה — די בהם כדי להצדיק מתן תוקף להסכם הממשכן. אמנם, סעיף 12 לחוק המיטלטלין מתנה את הקניית העדיפות למתקשר המאוחר בכך שמתקשר זה ירכוש זכות קניין בנכס, אולם סעיף 5 דנן שונה מסעיף 12 בכך שבסעיף 5 קיים האלמנט — החסר בסעיף 12 — של תרומת המתקשר המוקדם (הבעלים או הזכאי להחזיק) לעצם היווצרותו של מצב התחרות. קיומו של אלמנט זה בסעיף 5 מצדיק — לדעתי — הקניית עדיפות לנושה אפילו בטרם בשלה זכותו לזכות קניין.

על-פי המצב השני, תוס'הלב של הנושה התקיים בשלב של הסכם הממשכן, ואולם הוא חדל מהתקיים בטרם ניתנה על-ידי הנושה תמורה כנגד התחייבות הממשכן. במצב כזה, למרות קיומו של המצג על-ידי הבעלים או הזכאי להחזיק, שהפקידו את הנכס ביד הממשכן, הרי בהעדר מתן תמורה על-ידי הנושה — אין מקום לתת תוקף להסכם הממשכן, ויש להגן על זכותם של הבעלים או הזכאי להחזיק.

אנו רואים אפוא כי סעיף 5 לחוק הממשכן מבוסס על קיומם של יסודות המצג וההסתמכות הקיימים גם במסגרת דוקטרינת ההשתק. אילו דוקטרינה זו היא שהיתה מוחלת על הנסיבות שהסעיף דן בהן, זכותו של הנושה היתה מוכרת, משום שלצורך הכרעה בשאלת תוקפה של הזכות היתה מונחת התמונה העובדתית של המצב המוצג, היינו: בעלותו של הממשכן-המחזיק. אולם פועלו של סעיף 5 הוא במישור המהותי: הסעיף קובע את כוחו של הנושה לרכוש זכות בנכס הממושכן בנסיבות של יצירת המצג וההסתמכות הנדונות בו.

4. שליחות נסתרת

סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה — 1965²³⁰ (להלן: חוק השליחות), צופה מצב שבו שלוח פעל בגדר הרשאתו, ואולם כלפי הצד השלישי לא נוצרה כלל חזות של שליחות ("לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה על קיומה של השליחות") או

228 י" ויסמן (לעיל, הערה 223), 155 — 156.

229 שם, בעמ' 156.

230 ס"ח 462.

שנוצרה חזות של שליחות, ואולם הצד השלישי "לא ידע את זהותו של השולח".
סעיף 7 כורך יחדיו את שני המצבים האמורים בקובעו, בין היתר, כי בשניהם
"תחייב פעולת השלוח את השולח והשלוח יחד ולהוד" כלפי הצד השלישי.²³¹

מנקודת-הראות של יצירת סיכונים והיקלעות לסיכונים, כריכתם יחד של שני
המצבים האמורים לצורך הטלת אחריות על השלוח מעוררת שאלות. במצבים שבהם
הצד השלישי אינו יודע כלל כי הצד הסמוך לו פועל כלפיו כשלוח – פעולת
השלוח יוצרת פער בין המצב האמיתי של המציאות (יצירת יריבות בין הצד השלישי
והשולח) ובין המצב המוצג של המציאות (יצירת יריבות בין הצד השלישי והשלוח).
במצבים כאלו יש מקום להטיל אחריות על השלוח בגין המצג המוטעה של
המציאות שיצר כלפי הצד השלישי, כפי שאכן נעשה בסעיף 7.

לעומת זאת, במצבים שבהם הצד השלישי יודע על קיום השליחות אך אינו יודע
את זהותו של השולח, לא ניתן לדבר על יצירת מצג מוטעה של המציאות על-ידי
השלוח. תיאור מדויק של התנהגות השלוח במצבים כאלו הוא מסירת מידע חלקי,
תוך הסבת תשומת-לבו של הצד הסמוך לכך שהמידע הנמסר לו הוא חלקי והעמדתו
בפני הברירה להסתלק מהעסקה עד קבלת המידע המלא (זהות השולח) או להמשיך
בעסקה על-אף חלקיות המידע. במקום שהצד השלישי בוחר להמשיך בעסקה, קשה
להצדיק הטלת אחריות על השלוח, שגילה לצד השלישי "גילוי מלא" בדבר חלקיות
המידע הנמסר לו.²³² יצירת יריבות במצבים כאלו בין הצד השלישי והשולח בלבד
תשקף באורח יותר נכון את כוונותיהם של צדדים אלו ואת חוסר-הדופי שבפעולת
השלוח.

שלוש נקודות ראויות לציון ביחס לסעיף 7. ראשית, הטלת החבות מכוח הסעיף
על השולח והשלוח תתקיים רק במקום שהצד השלישי לא ידע ולא היה עליו לדעת
על קיומה של השליחות או את זהותו של השולח.²³³ בהבדל מהוראות אחרות
בחקיקה, המתייחסות למצב הידיעה של הצד המסתמך על המצג במונחים של "תום
לב",²³⁴ סעיף 7 נוקט במושג "ידע או היה עליו לדעת". עם זאת, אף שלכאורה

231 עוד מורה סעיף 7 כי פעולת השלוח הנסתר "תזכה את השלוח בלבד". להשוואת ההסדר שבסעיף 7
עם ההסדר בד"ר האנגלי ובר"ר הקונטיננטלי ראה ע"א 493/79 שמשיתס חברה קבלנית לבנין ופיתוח
בע"מ ואח' נ' הרשמן ואח', פד"י (4) 149, 152; ע"א 831/79. ראו בן וקסלמן ושות' חברה
קבלנית לבנין בע"מ נ' חברת חלקה 35 בגוש 6663 בע"מ ואח', פד"י (2) 533, 538; ג' פרוקציה,
דיני שליחות בישראל (תל-אביב, תשמ"ו) 270 – 273; א' ברק (לעיל, הערה 25), 323 – 325, 351;
א' ברק, "חוק השליחות ותורת האורגנים" עיוני משפט ב (תשל"ב) 302, 322. לעמדת המשפט
האנגלי ראה G. Fridman, *The Law of Agency* (3rd ed., 1971) 187–200.

232 ראה גם א' ברק (לעיל, הערה 25), 241 (הצדקת הטלת חבות על השלוח וביקורת על זיכוי
השלוח כלפי הצד השלישי, מקום שהצד השלישי ידע על קיום השליחות אך לא ידע את זהות
השולח בין היתר בהסתמך על השיקול שהצד השלישי היה יכול לעמוד על גילוי זהותו של
השולח). כמורכב ראה ע"א 831/79 ראו בן וקסלמן ושות' חברה קבלנית לבנין בע"מ נ' חברת
חלקה 35 בגוש 6663 בע"מ ואח', פד"י (2) 533 (הבחנה בין שני סוגי השליחות הנסתרת
שבסעיף 7 לעניין היחס שבין סעיף 7 ובין סעיף 8 לחוק המקרקעין, חש"ט – 1969).

233 ראה א' ברק (לעיל, הערה 25), 338 – 342.

234 לדוגמא: סעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חייבים; סעיף 13 לחוק התחומים. ראה לעיל, טקסט
ליר הערות 159 – 169, 204 – 215.

המושג "תום לב" מגלם גישה סובייקטיבית והמושג "ידע או היה עליו לדעת" מגלם גישה אובייקטיבית, נראה כי ההבדל בין שני המושגים בהקשר דנן אינו רב. לגישתו של הפרופ' פרידמן, "הצורך באחידות בשיטתנו מחייב... ליתן במידת האפשר לביטוי 'ידע או היה עליו לדעת' פירוש העולה בקנה אחד עם המושג של העדר תום לב"²³⁵. גם הפרופ' וייסמן, בהתייחסו לשימוש שנעשה בחקיקה בביטויים "תום לב" ו"היה עליו לדעת" סבור כי "שני הביטויים משמשים לציון תוכן זהה"²³⁶. על-פי גישה זו, רשלנות בלבד אינה באה בגדר "היה עליו לדעת", ואולם "עצימת עיניים" תבוא בגדר המושג²³⁷.

שנית, "אכיפת" המצג על השלוח במסגרת סעיף 7 אינה מותנית בשינוי מצב לרעה של הצד השלישי. מבחינה זו ה"אכיפה" שבה הסעיף עוסק דומה לאכיפה העומדת למתקשר בחוזה: כזכור, במקום שנוצרת הכטחה חוזית היא תיאכף בלא כל שינוי לרעה במצבו של מקבל ההבטחה, ועצם הצפייה שנוצרה אצל מקבל ההבטחה לשפר את מצבו כתוצאה מקיומה כלפיו יהא די בו כדי לזכותו באכיפת ההבטחה²³⁸. בדומה לכך, על-פי סעיף 7, עצם היווצרות צפייה אצל הצד השלישי לקיומה של יריבות בינו לבין השלוח די בה כדי ליצור יריבות כזו. תוצאה זו מתקבלת על הדעת במקרה שבו הצד השלישי אינו יודע על כך שהצד הסמוך לו מתיימר לפעול כלפיו כשלוח. במקרה כזה, פעולת השלוח והצד השלישי יכולה להיתפש כיוצרת חוזה בין שני צדדים אלו. אולם במקרה שבו הצד השלישי יודע על קיום השליחות אך אינו יודע את זהותו של השולח לא מתקיימת ההצדקה החוזית להטלת חבות על השלוח כלפי הצד השלישי, והטלתה של חבות כזו בלא שינוי לרעה במצבו של הצד השלישי היא מוקשית.

שלישית, במקרה שבו הצד השלישי ידע על קיום השליחות אך לא ידע את זהות השולח — הטלת החבות על השלוח משמעה "אכיפה" יוצאת-דופן של המצג על השלוח: אף שהשלוח יוצר כלפי הצד השלישי מצג שלפיו נוצרה יריבות בין הצד השלישי לבין שולח כלשהו, הרי ה"אכיפה" שתעמוד לרשות הצד השלישי תהא לא רק כלפי אותו שולח אלא אף כלפי השלוח עצמו²³⁹.

(ד) מצבים שבהם מוקנית למסתמך על המצג הגנה על תקפותה של פעולה שנעשתה כלפיו שלא בסמכות

1. חריגה מהרשאה ופעולה בלא הרשאה

הנחת-היסוד של חוק השליחות היא ששולח אינו חייב בגין פעולה שפעל שלוח שלא בגדר הרשאתו, היינו: לא נוצרת יריבות בין הצד השלישי ובין השולח בגין

235 ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 672.

236 וייסמן (לעיל, הערה 167) 298.

237 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 168.

238 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 28 — 30.

239 השוהה Restatement of Agency (2d) 321.

פעולתו החורגת של השלוח²⁴⁰. משמע כי במקום שהשלוח פועל שלא בגדר הרשאתו הוא מכפיף את הצד השלישי לסיכון שלא תיווצר יריבות בינו לבין השולח, אף כי על-פי החזות החיצונית של הדברים יריבות כזו אמורה להיווצר. בנסיבות כאלו סעיף 6(ב) לחוק השליחות מטיל אחריות על השלוח החורג כלפי הצד השלישי. הסעיף מקנה לצד השלישי ברירה בין סעד של פיצויים לבין סעד של "אכיפה" כלפי השלוח: הצד השלישי יכול "לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השלוח את נזקו" או "לראות את השלוח כבעל דברו"²⁴¹. עם זאת, הברירה האמורה תעמוד לצד השלישי רק אם בפועל הוא לא ידע על החריגה של השלוח ובתנאי שלא היה עליו לדעת, כאדם סביר, על החריגה²⁴².

סעיף 15 לחוק השליחות עוסק במקרה פרטי של המצב שבו פעולת השלוח היא חורגת, היינו: המקרה שבו פעל השלוח לאחר שהשליחות הסתיימה²⁴³. במישור היחסים שבין השלוח והצד השלישי, ההבחנה שביסוד הסעיף היא בין מצבים שבהם השלוח לא ידע על סיום השליחות, תוך שכאדם סביר לא היה עליו לדעת על סיום השליחות, ובין מצבים שבהם השלוח ידע על סיום השליחות או שהיה עליו לדעת, כאדם סביר, על סיום השליחות. במצבים מהסוג הראשון אין מקום להטלת אחריות

240 ע"א 569/80 אלסינט בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לה(4) 80, 82; ע"א 825/79 אחים שרביט חברה לבנין בע"מ נ' שוורצבורד ואח', פד"י לו(4) 197, 206; ע"א 318/82 יעבץ נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ ואח', פד"י לח(4) 85, 88; א' ברק (לעיל, הערה 25), 281; ג' פרוקצ'יה, "סעיף 6 לחוק השליחות (חלק שני)", הפרקליט לג (תשמ"א) 465, 471.

241 במקום שהשלוח מסוגל לעמוד בחבות המוטלת עליו על-פי סעיף 6(ב), שחרורו של השלוח מחבות והטלת החבות על השלוח יהיו בעלי משמעות מועטה-יחסית מבחינתו של הצד השלישי. במקרים כאלו הסיכון "הראשוני" הכרוך בפעולה חורגת של השלוח ייחשב מוטל על הצד השלישי, ואולם הסיכון "הסופי" יועבר לשלוח. אולם מקום שהשלוח מוכפף להליכי פשיטת-רגל או פירוק, הסיכון "הראשוני" הוא גם הסיכון "הסופי", היינו: הסיכון מוטל בסופו של דבר על הצד השלישי, משום שהמחוקק בחר להטיל את הסיכון מלכתחילה עליו ולא על השלוח. השווה דברי השופט ברק בע"א 318/82 יעבץ נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ ואח', פד"י לח(4) 85. הסעדים הנתינים לצד השלישי כלפי השלוח אינם מצטברים; כחירה בסעד האחד מוציאה את יכולת הכחירה באחר. ראה ג' פרוקצ'יה, "סעיף 6 לחוק השליחות (חלק שלישי)" הפרקליט לג (תשמ"א) 17, 26. מבחינה זו קיים דמיון בין סעדי הצד השלישי על-פי סעיף 6(ב) לחוק השליחות ובין הברירה הנתונה לנפגע על-פי חוק התרופות לבחור בין אכיפה ובין ביטול (בצירוף פיצויים). הדמיון בין סעיף 6(ב) ובין חוק התרופות קיים מבחינה זו שכשם שהאחריות המוטלת על מפר חוזה היא "מוחלטת" כך גם אחריותו של השלוח החורג היא "מוחלטת". ראה א' ברק (לעיל, הערה 25), 306; פרוקצ'יה, שם, בעמ' 19–20. להפעלת סעד "האכיפה" שבסעיף 6(ב) ראה ע"א 541/74 פרמינסקי נ' סנדרוב, פד"י כט(2) 253, 258. לסעד "האכיפה" שבסעיף 6(ב) השווה סעיף 25(א) לפקודת השטרות [נוסח חדש]. ראה ע"א 695/79 מפעל התורה למען הישיבות בארץ ישראל נ' כהן, פד"י לו(2) 52, 67.

242 ראה סעיף 18 לחוק השליחות שלפיו "לענין חוק זה רואים אדם כיודע דבר אם היה עליו כאדם סביר לדעתו...". ראה גם א' ברק (לעיל, הערה 25), 286, 287; פרוקצ'יה (לעיל, הערה 241), 20. ראה גם סעיף 6(א) לחוק השליחות המקנה ל"שולח" כוח לאשר את פעולת ה"שלוח" בדיעבד.

243 א' ברק (לעיל, הערה 25), 518–519; ג' פרוקצ'יה, "סעיף 14 לחוק השליחות, תשכ"ה – 1965" עיוני משפט ט (תשמ"ג) 27, 33.

על השלוח כלפי הצד השלישי: אמנם פעולת השלוח נחזית כיוצרת יריבות בין הצד השלישי לבין השולח, תוך שבפועל יריבות כזו אינה נוצרת, ואולם השלוח לא ידע ואף לא היה עליו לדעת על כך. לעומת זאת, מצבים מהסוג השני, שבהם השלוח פעל כלפי הצד השלישי תוך שהשלוח ידע או שהיה עליו לדעת על סיום השליחות, דומים למצבי הפעולה החורגת שבהם סעיף 6(ב) לחוק עוסק ודינו של סעיף זה, היינו: הטלת אחריות על השלוח כלפי הצד השלישי, יפה אף למצבים אלו²⁴⁴. ואכן, סעיף 15 (ב) לחוק מורה כי הברירה שבסעיף 6(ב)²⁴⁵ תעמוד לצד השלישי כלפי שלוח שידע או שהיה עליו לדעת על סיום השליחות, ובלבד שהצד השלישי עצמו לא ידע ולא היה עליו לדעת, כאדם סביר, על סיום השליחות²⁴⁶.

יתר על כן: במישור יחסי השלוח והשולח, סעיף 15(א) לחוק מורה כי מקום שהשליחות הסתיימה והשלוח לא ידע על כך תוך שלא היה עליו, כאדם סביר, לדעת על כך — הוא זכאי כלפי השולח לראות את השליחות כנמשכת. בדומה לכך, במישור יחסי השולח והצד השלישי, סעיף 15(ב) לחוק השליחות מורה כי מקום שהשליחות הסתיימה והצד השלישי לא ידע על כך תוך שלא היה עליו, כאדם סביר, לדעת על כך — הצד השלישי זכאי כלפי השולח לראות את השליחות כנמשכת.

סעיפים 6(ב) ו-15 לחוק השליחות מבוססים על שורה של הנחות בדבר הצדדים שהם בעלי היכולת העדיפה לדעת אם המציאות הנחזית באמצעות פעולת השלוח היא גם המציאות האמיתית מבחינת עצם קיום השליחות ומבחינת היקף הרשאת השליחות, במקום שהשליחות מתקיימת. כך, בין השלוח ובין הצד השלישי ההנחה היא שהראשון הוא בעל היכולת העדיפה לדעת אם הוא פועל מכוח הרשאה אם לאו, ובמידה שהוא פועל מכוח הרשאה — מהו היקפה²⁴⁷. בכך שהחוק מטיל אחריות על השלוח הפועל בלא הרשאה או בחריגה מהרשאה, החוק חוסך מהצד השלישי את הצורך לתבוע מהשלוח כי יוכיח לו את קיום הרשאתו ואת היקפה. עם זאת, מקום שהצד השלישי מבקש להבטיח לעצמו יריבות עם השולח כתוצאה מפעולת השלוח — עליו לעמוד על קיומה של הוכחה, כאמור.

בין השולח והשלוח ובין השולח והצד השלישי הנחתו של חוק השליחות הוא שהשולח הוא בעל היכולת העדיפה לדעת על סיום השליחות²⁴⁸. במקום שהשולח יוצר כלפי השלוח או הצד השלישי מצג מוטעה בדבר קיום השליחות או היקפה —

244 פרוקציה (לעיל, הערה 240), 472.

245 אף הסערים שמכוח סעיף 15(ב) הם חלופיים. ראה פרוקציה (לעיל, הערה 240), 473.

246 ראה א' ברק (לעיל, הערה 25), 520. סעיף 15 יחול רק מקום שהצד השלישי ידע על קיום השליחות. הסעיף מניח קיום ידיעה כזו אצל הצד השלישי כהנחה סמויה. ע"א 386/77 בלומנטל נ' ג'מיל, פד"י לב(2) 677, 680 — 681; ע"א 372/77 פרל אינשורנס קומפני לימיטד נ' קנטי ואח', פד"י לג(3) 38, 44 — 45; ע"א 318/82 יעבץ נ' סוכנות מכוניות לים התיכון בע"מ ואח', פד"י לח(4) 85, 89 — 90; א' ברק (לעיל, הערה 25), 521 — 522. השווה א' בן נפתלי, "לענין סיום השליחות ללא ידיעת צד ג" עיוני משפט ז (תשמ"ז) 503; ג' פרוקציה (לעיל, הערה 231), 371 — 375.

247 א' ברק (לעיל, הערה 25), 282, 306, 516; פרוקציה (לעיל, הערה 241), 17.

248 א' ברק (לעיל, הערה 25), 516.

קיימת הצדקה להטיל עליו אחריות כלפי הצד האחר²⁴⁹. נקודת-המוצא המשותפת לסעיפים 6(ב) ו-15 לחוק השליחות היא, ששניהם צופים מצב שבו אדם פעל בחזות של שלוח תוך שבפועל הוא חסר-הרשאה או חרג מהרשאתו. נקודת-מוצא זו הפוכה לזו של סעיף 7 לחוק, העוסק במצבים של "שליחות נסתרת", שלפיה שלוח פעל בגדר הרשאתו ואולם כלפי הצד השלישי לא נוצרה כלל חזות של שליחות או שנוצרה חזות של שליחות ואולם הצד השלישי לא ידע את זהותו של השולח²⁵⁰. עם זאת, ההסדר שבסעיפים 6(ב) ו-15 דומה לזה שבסעיף 7 מבחינת מצב הידיעה של הצד האחר שכלפיו נוצר המצג המוטעה; מבחינת העדר הצורך בשינוי מצב לרעה של הצד השלישי או השלוח כתנאי לאכיפת המצג; מבחינה זו, שבמקרים שבהם נאכף מצג על שלוח שפעל בלא הרשאה או בחריגה מהרשאה — האכיפה היא יוצאת-דופן: אף שהשלוח יוצר כלפי הצד השלישי מצג שלפיו נוצרת יריבות בין הצד השלישי והשולח, הרי האכיפה שתעמוד לרשות הצד השלישי לא תהא כלפי השולח כי אם כלפי השלוח²⁵¹.

2. הקניית שליחות בדרך של התנהגות

הצבענו על כך שבעוד שדוקטרינת ההשתק מסדירה את סוגיית ההסתמכות על מצגי הזולת במישור הדיוני-ראייתי, הרי החקיקה האזרחית החדשה מסדירה את הסוגיא במישור המהותי, בדרך של קביעת זכויות וכוחות בין הצדדים, בהסתמך על תוכן המצג²⁵². דוגמא טובה לכך ניתן למצוא בסעיף 3 לחוק השליחות. במשפט האנגלו-אמריקני, אחד היישומים של דוקטרינת ההשתק בתחום דיני השליחות הוא בדוקטרינה של "שליחות מחמת השתק", שעל-פיה במקום שאדם יצר כלפי הזולת מצג בדבר היות אדם אחר שלוח שלו, והזולת הסתמך על המצג — יוצר המצג יהא מנוע מלכפור באחריותו כשולח למעשיו של מי שהוצג על-ידו כשלוח²⁵³. על-פי סעיף 3 לחוק השליחות, אחת הדרכים ליצירת השליחות היא על-ידי התנהגות השולח כלפי השלוח או כלפי הצד השלישי. ההבדל בין הדוקטרינה האנגלו-אמריקנית של "שליחות מחמת השתק" לבין שליחות בדרך של התנהגות על-פי סעיף 3 הוא שהדוקטרינה האנגלו-אמריקנית צופה מצב שבו בפועל לא התקיימו יחסי שליחות, ואולם בגלל המצג ש"השולח" יצר הוא מנוע מלכפור בקיום

249 על כך שסעיף 15(ב) נותן חוקף לחזות החיצונית של הדברים כפי שזו הוצגה על-ידי השולח ראה ע"א 318/82 יעבץ נ' סוכנות מכונות לים התיכון בע"מ ואח', פד"י (4) 85, 90—91, 93—92.

250 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 230—239.

251 השווה לעיל, טקסט ליד הערות 233—239. ראה גם ג' פרוקציה (לעיל, הערה 231), 257—258.

252 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 135.

253 Spencer Bower and Turner, *supra* note 42, at 182—185; G. Fridman, *supra* note 231, at 40—43; *Restatement of Agency* (2d) 8B, ע"א 44/59 חכים ואח' נ' האחיות מנצרת, פד"י טו 1107—1105, 1093.

השליחות. לעומת זאת, סעיף 3 צופה יצירתה של שליחות "אמיתית", ולא רק שליחות נחזית, בדרך של התנהגות השולח²⁵⁴.

יוצא שעל-פי סעיף 3, שולח שאינו מתכוון להקנות שליחות לאדם אחר עשוי בכל-זאת להיות קשור בפעולותיו של אותו אדם אם התנהגותו כלפיו או כלפי הצד השלישי היתה עשויה להתפרש כמעידה על רצון להקנייתה של שליחות²⁵⁵. בנקודה זו קיימת חפיפה בין אלמנט ההתנהגות שבסעיף 3 לבין אלמנט המצג של דוקטרינת ה"שליחות מחמת השתק". עם זאת, שלא כמו הדוקטרינה, סעיף 3 אינו מצריך הסתמכות מצדו של הצד השלישי, ואולם ייתכן כי על-פי אמות-המידה של הדוקטרינה, עצם התקשרותו של הצד השלישי עם השלוח עשויה להיחשב הסתמכות²⁵⁶. מכל-מקום, כפי שצוין בפתח הדברים, להחלתו של סעיף 3 השלכות שונות מאלו הכרוכות בהחלתה של דוקטרינת ה"שליחות מחמת השתק".

3. הרשאה מכללא של שלוח

כפי שציינתי בשלב קודם של הדיון²⁵⁷, על-פי כלל היסוד שבסעיף 6(ב) לחוק השליחות, שלוח שפעל בלא הרשאה או בחריגה מהרשאה יחוב אישית כלפי הצד השלישי, ואולם אין בכוחו לחייב בפעולתו את השולח. היקף הרשאתו של השלוח נקבע על-פי שני מקורות: הרשאה מפורשת והרשאה מכללא. הרשאה מפורשת היא זו שנכללה בגדר גילוי רצונו של השולח שהשלוח ישמש שלוחו. "ההרשאה מכללא כוללת את כל אותן הפעולות המשפטיות אשר יש להניח כי השולח, אילו נשאל לגביהן על ידי השלוח, היה מגלה את רצונו כי יוכלו להיעשות בשמו על ידי השלוח"²⁵⁸. מקובל לקבץ את מקרי ההרשאה מכללא לשלוש קבוצות עיקריות:

254 ע"א 474/80 גרובר נ' חל יוסף, קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ, פד"י לה(4) 45, 60; א' ברק (לעיל, הערה 25), 167–170; צלטנר (לעיל, הערה 126), 76. להתייחסות אל סעיף 3 במונחים של דוקטרינת ההשתק בכל-זאת ראה ע"א 372/77 פרל אינשורנס קומפני לימיטר נ' קנטי ואח', פד"י לג(3) 38, 47; ע"א 475/79 חייט נ' סוכנות מכוניות לים התיכון ואח', פד"י לה(2) 330, 332–333. למקרים שבהם הוחל סעיף 3 באופן שהשולח נחשב כמי שיצר הרשאה בהתנהגותו ראה ע"א 466/65 מליח נ' "אררט" חברה לביטוח בע"מ ואח', פד"י כב(2) 860; ע"א 721/68 מזרחי נ' חוסיין, פד"י כג(2) 206, 209; ע"א 595/69 אפטה נ' אפטה ואח', פד"י כה(1) 561, 567; ע"א 541/74 פרמינסקי ואח' נ' סנדרוב, פד"י כט(2) 251, 255 (דעת-מיעוט של השופט ברנזון); ע"א 391/77 דבש נ' "אריה" חברה לביטוח בע"מ, פד"י לב(3) 649; ע"א 372/77 פרל אינשורנס קומפני לימיטר נ' קנטי ואח', פד"י לג(3) 38; ע"א 475/79 חייט נ' סוכנות מכוניות לים התיכון ואח', פד"י לה(2) 330; ע"א 474/80 גרובר נ' חל יוסף, קבוצת פועלים להתיישבות שיתופית בע"מ, פד"י לה(4) 45; ע"א 695/79 מפעל התורה למען הישיבות בארץ ישראל נ' כהן ואח', פד"י לז(2) 52, 63; ע"א 84/80 קאסס נ' קאסס ואח', פד"י לז(3) 60; ר"ע 501/84 "הסנה" חברה ישראלית לביטוח בע"מ נ' רוטבן, פד"י לט(1) 26.

255 א' ברק (לעיל, הערה 25), 138–139.

256 א' ברק (לעיל, הערה 25), 169.

257 ראה טקסט ליד הערות 240–242.

258 א' ברק (לעיל, הערה 25), 150–151.

הרשאה מכללא לביצוע פעולות משפטיות אינצידנטליות, היינו: הרשאה לעשיית הפעולות המשפטיות הנחוצות באופן סביר לביצוע התקין של נושא השליחות; הרשאה מכללא מכוח מעמד, היינו: הרשאה לעשיית הפעולות המשפטיות שנושא תפקיד כמו זה של השלוח מורשה כרגיל לעשותן; הרשאה מכללא על-פי נוהג, היינו: הרשאה לעשיית הפעולות המשפטיות שעל-פי נוהג יש הרשאה לעשותן בעסקה²⁵⁹. מבין שלושת הסוגים האמורים של הרשאה מכללא נקבע בחוק השליחות הסדר רק לסוג הראשון²⁶⁰. אולם אין לראות בהסדר זה משום "הסדר שלילי" לגבי שני הסוגים האחרים ואף אותם יש לראות כנכללים בגדר הרשאתו של שלוח על-פי החוק²⁶¹. עם זאת, מעמדן של ההרשאה המפורשת וההרשאה מכללא אינו זהה: ההרשאה השנייה כפופה לראשונה, במובן זה שרצונו המפורש של השלוח יכול להוציא מגדר ההרשאה של השלוח מה שמלכתחילה היה אמור להימצא כלול בה במסגרת ההרשאה מכללא²⁶². יוצא שכל עוד השלוח לא סייג את הסמכות מכללא של השלוח, השלוח יהא מחויב בפעולת השלוח כלפי הצד השלישי²⁶³.

4. אכיפת המצג – דיני אכיפה במובן הצר לעומת דיני אכיפה במובן הרחב

בשלב קודם של הדיון הצבעתי על ליקויים אחדים העשויים להיות כרוכים בהפעלתו של סעד האכיפה לגבי מצג מוטעה של המציאות. טענתי כי מקורם של ליקויים אלה

259 שם, בעמ' 151, 154 – 156, 204 – 206.

260 ראה סעיף 5(א) לחוק השליחות.

261 א' ברק (לעיל, הערה 25), 152.

262 שם, בעמ' 152, 205; ע"א 569/80 אלסינט בע"מ נ' מדינת ישראל, פד"י לה(4) 80, 82.

263 כדוגמא להפעלת הכלל בדבר הרשאה מכללא מכוח מעמד ניתן להצביע על ע"א 475/79 חייט נ' סוכנות מכונות לים התיכון, פד"י לה(2) 330. לקוח מילא טופס להזמנת משאית במשרדו של יבואן רכב. על-פי הטופס, מחיר העסקה לא היה אמור לכלול את ארגוני-המשאית. פקידת היבואן הוסיפה על הטופס הערה שלפיה יכלול המחיר גם את הארגון. משהגיעה המשאית כפר היבואן בחבותו לספק לקונה ארגון. הקונה התקין ארגון באמצעות-הוא ותבע מהיבואן פיצויים לכיסוי הוצאותיו. היבואן טען, כי פקידתו חרגה מהרשאתה בעת שהוסיפה הערה בדבר היכללות הארגון במחיר, ועל-פי סעיף 6(ב) לחוק השליחות לא קמה חבות מצדו בנוגע לחריגה זו. השופט לנדוי קיבל את טענת היבואן בנקודה זו. (שם, בעמ' 332 – 333). לכאורה, היה צריך אפוא הקונה למצוא את תרופתו בדרך של תביעה מאת השלוח (הפקידה) לכיסוי הנזקים שנגרמו לו עקב החריגה. אולם מסתבר, כי הפקידה חדלה בינתיים לעבוד אצל היבואן ומקום הימצאה לא נודע. הקונה הוא שהיה צריך אפוא לשאת בסופו של דבר בסיכון של חריגת הפקידה. אולם כדי להימנע מתוצאה קשה זו הפעיל השופט לנדוי את הכלל של הרשאה מכללא מכוח מעמד, כדי להחייב את היבואן בגין פעולת הפקידה. לדבריו, "הפקידה... הורשתה על ידי הנתבעת לפעול מטעמה בתפקיד של מוכרת משאיות, ובתור שכזאת היתה רשאית למלא מטעם הנתבעת את כל התפקידים שמוכרת בתפקיד אחראי כזה ממלאת כרגיל כלפי קהל הקונים. צורכי המסחר ומנהגי המסחר ככגון דא מחייבים שהשלוח יכבד את אשר עשה שלוחו במילוי תפקידו, אלא אם הצד השלישי ידע על הגבלה מיוחדת, שהשלוח הטיל על היקף שליחותו של השלוח" (שם, בעמ' 333). עוד הוסיף השופט לנדוי כי, "אם תמצ' לומר, יש כאן מעין מניעות מטעם החוק על פי המשחמע מהתנהגות השלוח" (שם).

נעוץ בכך שסעד האכיפה, כפשוטו, הוא סעד "גם" ובלתי-משוכלל בהשוואה לסעד הפיצויים. טענתי כי אחד הליקויים העיקריים העשויים להיות כרוכים בהגנה על אינטרס כלשהו באמצעות סעד האכיפה הוא חוסר היחס העשוי להתקיים לעתים בין היקף הפגיעה באינטרס המוגן לבין הסעד המופעל לצורך הגנת האינטרס: אותו סעד עצמו מופעל בין אם הפגיעה באינטרס המוגן היא קלת-ערך ובין אם היא חמורה, וזאת תוך אי-הבאה בחשבון של ההשלכות הקשות העשויות להיגרם לצד הפוגע כתוצאה מהכפפתו לסעד²⁶⁴.

כידוע, במשפט האנגלו-אמריקני סעד הפיצויים הוא הסעד "הראשוני" הניתן לנפגע בגין הפרת חוזה בעוד שסעד האכיפה ("ביצוע בעין") הוא סעד "משני", שמקורו בדיני היושר ושהפעלתו נעשית על-פי שיקול-דעתו של בית-המשפט²⁶⁵. אחד השיקולים העשויים לגרום לבית-משפט שלא לזכות את הנפגע בסעד האכיפה הוא שהכפפת המפר לסעד זה עשויה לגרום לו קשיים יוצאי-דופן²⁶⁶ או שההוצאות שייגרמו למפר תוך קיום התחייבותו בעין יהיו חסרות-יחס לתועלת שתצמח לנפגע בעקבות קבלת הביצוע החוזי בעין²⁶⁷. שיקול נוסף שלא לזכות את הנפגע כתוצאה מהפרת חוזה בסעד האכיפה במשפט האנגלו-אמריקני הוא העדר יחס הולם בין שווי החיוב החוזי שהמפר נטל על עצמו בחוזה לבין התמורה שהמפר היה אמור לקבל מהנפגע על-פי החוזה²⁶⁸. במידה שכללים אלו ייקלטו אל תוך המשפט שלנו, הרי שהדבר ייעשה במסגרת סעיף 3(4) לחוק התרופות, היינו: שבמצבים האמורים תיחשב אכיפת החוזה "בלתי צודקת בנסיבות הענין"²⁶⁹. ואכן, ניתן לומר כי לפחות השיקול המתייחס לקשיים העשויים להיגרם למפר אם יוכפף לסעד האכיפה כבר הוכר על-ידי בתי-המשפט שלנו כנכלל בגדר סעיף 3(4), וזאת בשורה ארוכה של פסקי-דין שבהם היו בתי-המשפט מודעים לכך שהכפפת מוכרים-מפירים לסעד

264 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 144.

265 G. Treitel, *supra* note 42, at 764; E. Farnsworth, *supra* note 21, at 818—823.

266 G. Treitel, *supra* note 42, at 769; *Restatement of Contracts* (2d) 364.

267 E. Farnsworth, *supra* note 89, at 818—821; *Restatement of Contracts* (2d) 348.

268 G. Treitel, *supra* note 42, at 769—770; *Restatement of Contracts* (2d) 364.

269 השיקול של דיות התמורה הוכר כשיקול רלבנטי בשיטתנו במפורש במסגרת סעד הפיצויים. על-פי סעיף 12 לחוק התרופות, מקום שהתמורה שהמפר קיבל כנגד החיוב שהופר על-ידו היא בלתי-סבירה או מקום שהמפר לא קיבל כל תמורה כנגד החיוב שהופר — בית-המשפט רשאי להגביל את סכום הפיצויים שהמפר יחויב בהם לתקרה הקבועה בסעיף 11 לחוק תוך התעלמות מהיקף הנזק שנגרם לנפגע למעשה. כאמור, במשפט האנגלו-אמריקני סעד האכיפה הוא סעד "משני" בעוד שבדין שלנו זהו סעד "ראשוני". אולם ניתן לטעון, כי ההבדל בין שתי השיטות אינו גדול כפי שהוא נראה ממבט ראשון. סעיף 3 לחוק התרופות מכפיף את מתן סעד האכיפה בשיטתנו לשורה של חריגים המקרבים, בסופו של דבר, את המצבים שבהם יישלל סעד האכיפה מהנפגע בשיטתנו, על-אף ראשוניותו, למצבים שבהם יישלל הסעד מהנפגע במשפט האנגלו-אמריקני.

האכיפה בתנאים של אינפלציה מואצת עשויה להטיל על המפירים נטל כבד מדי, ולפיכך הורו בתי-המשפט על אכיפה בכפוף לתנאי של שיערוך המחיר²⁷⁰. כללים אלו, "המרככים" את הפעלתו של סעד האכיפה החוזי, עשויים להיות מוחלים גם במצבים כדוגמת אלו שנדונו בפסקאות הקודמות ושבהם החקיקה מורה על אכיפתו של מצג מוטעה של המציאות שנוצר בנסיבות בלתי-חוזיות. החלה כזו תוכל להיעשות בדרך של היקש מכוח סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם—1980²⁷¹, או בדרך של הפעלת סעיף 39 לחוק החוזים, באמצעות סעיף 61(ב) לחוק, באופן שהצד המשתמש בזכות, בכוח או בחסינות שהוקנו לו על-ידי החקיקה ייחשב כפועל שלא "בדרך מקובלת ובתום לב". עם זאת, לא בכל מקרה יהא צורך בהחלה, כאמור, ולא בכל מקרה יהא זה ראוי לנקוט החלה כאמור. כך, במצבים שבהם עוסקים סעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים וסעיף 21 לחוק השכירות והשאלה²⁷², וכן במצבים שבהם עוסקים סעיף 55(ב) לחוק החוזים, סעיף 17 לחוק הערבות וסעיף 5 לחוק המשכון²⁷³ — קשה להעלות על הדעת כי יתעורר קושי מבחינת חוסר-היחס בין מידת הפגיעה באינטרס של הצד המסתמך על המצג ובין הנטל המוטל על יוצר המצג בעקבות אכיפת המצג שנוצר על-ידו. במצבים שעליהם חלים סעיף 20 לחוק החוזים, סעיף 8 לחוק התרופות, סעיפים 14—16 לחוק המכר וסעיף 3 לחוק חוזה קבלנות²⁷⁴ — קיימים שיקולים נגד ריכוך האכיפה באמצעות הבאתם בחשבון של שיקולים בדבר הנטל היחסי של יוצר המצג והמסתמך עליו²⁷⁵. לעומת זאת, במצבים שעליהם חלים סעיף 13 לחוק החוזים וסעיפים 7, 6(ב), 15, 3 ו-5(א) לחוק השליחות²⁷⁶ — ייתכנו נסיבות שבהן הנטל שיוטל על יוצר המצג בעקבות אכיפת המצג עליו לא יעמוד ביחס לפגיעה שנגרמה למסתמך על המצג ויהא מקום להפעיל את ההוראות האמורות בצירוף אמצעי הריכוך שאובים מדיני האכיפה של חוזים.

270 ראה, למשל, ע"א 206/79 רייטברג נ' ניסים, פד"י (לד) 314; ע"א 260/80 נוביץ נ' לייבוויץ, פד"י (ל) 537; ע"א 43/80 ללוש נ' מלמוד, פד"י (ל) 387.

271 ער חוק יסודות המשפט, תש"ם—1980, היחה בעיה בנוגע להחלת חוק התרופות מעבר לתחום השתרעותו. הסיבה לכך היתה, שחוק זה לא כלל הוראה כדוגמת הוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים. אולם עם אימוצו של ההיקש כמכשיר להכרעה משפטית בשיטתנו, בחוק יסודות המשפט, הוסר קושי זה. ראה גם דברי השופט ברק בד"נ 21/80 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח', פד"י (ל) 253, 270; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 61, הערה 63. ראה גם א' ידין, חוק החוזים (תרופות של הפרת חוזה), תשל"א—1971 (ירושלים, תשל"ב) 19—20 (יש להחיל את חוק התרופות גם על חיובים שמכוח החוק); רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 336 כנ"ל; א' ידין, שם, בעמ' 20 ("אחת ממטרות החוקים החדשים בשטח המשפט האזרחי היא ליצור שיטה שלמה ואחידה. מטרה זו מחייבת לתת לחוקים אלה תחולה רחבה ככל שהחוק מרשה זאת. ניתן לקוות שבתי המשפט יהיו מוכנים להגשים את מטרת המחוקק על ידי שימוש במידות הפרשנות של הקש גזירה ולהזקק לחוק התרופות — בתנאים ומידה שהפסיקה תגבש — גם כשמדובר לאו דווקא בהפרת חוזה").

272 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 159—169.
273 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 197—203, 216—229.
274 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 170—195.
275 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 192—195.
276 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 204—215, 230—263.

טענתי גם, כי ליקוי עיקרי נוסף העשוי להיות כרוך בהגנה על אינטרס באמצעות סעד של אכיפה הוא חוסר-היכולת להביא בחשבון באורח משוכלל את תרומתו של הצד הנפגע לפגיעה באינטרס שלו²⁷⁷. במשפט האנגלו-אמריקני, אחד השיקולים העשויים לגרום לבית-משפט שלא לזכות את הנפגע כתוצאה מהפרת תווה כסעד האכיפה הוא התנהגותו של הנפגע בשלב של כריתת החוזה ובשלב ביצוע החוזה²⁷⁸. הרלבנטיות של דרך ההתנהגות של הנפגע בשלב של ביצוע החוזה, וכן בתקופה שבין ההפרה ועד המועד שבו הנפגע תבע את סעד האכיפה, הוכרה אף במשפט הישראלי, במסגרת הפעלתו של סעיף 3(4) לחוק התרופות²⁷⁹.

במסגרת דוקטרינת ההשתק, תרומת המסתמך לפגיעה באינטרס שלו תיבחן במסגרת אלמנט ההסתמכות: הסתמכות בלתי-מוצדקת על המצג לא תביא למנע. אולם בהסדרים שנדונו בפסקאות הקודמות ושבהם התקיקה האזרחית שלנו קובעת כי ייאכף מצג של המציאות שנוצר בנסיבות בלתי-חוזיות – שיקול זה בא לביטוי מפורש באורח חלקי בלבד. כך, סעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים, סעיף 13 לחוק החוזים וסעיף 5 לחוק המשכון מתנים את אכיפת המצג המוטעה בכך שהצד שהסתמך על המצג פעל בתום-לב. סעיפים 6(ב), 15 ו-7 לחוק השליחות מתנים את אכיפת המצג בכך שהצד שהסתמך עליו לא ידע ואף לא היה עליו לדעת, כאדם סביר, על היותו בלתי-נכון. תנאי דומה קיים בסעיפים 14 – 16 לחוק המכר, בעוד שסעיף 3 לחוק חוזה קבלנות מתנה את האכיפה בכך שהצד המסתמך על המצג לא ידע על היותו בלתי-נכון. תנאי אי-הידיעה נקב גם בסעיף 21 לחוק השכירות והשאלה. תנאי מהסוג הנדון כאן חסר בסעיף 20 לחוק החוזים ובסעיף 8 לחוק התרופות, ואולם קיימים טעמים העשויים להסביר את העדרו של התנאי האמור בסעיפים אלו²⁸⁰. עם זאת, תנאי, כאמור חסר בסעיף 55(ב) לחוק החוזים ובסעיף 17 לחוק הערבות. לגבי כל אחד מסעיפים אלו ניתן להעלות על הדעת מצבים שבהם לנוכח מצב הידיעה של הצד שהסתמך על המצג – יהא זה בלתי-מוצדק לאכוף את המצג לטובתו, אף כי השיקול בדבר מצב הידיעה של צד זה אינו נזכר בסעיף. במקרים כאלו יהיה ניתן להביא בחשבון את אלמנט הידיעה של הצד המסתמך בדרך של היקש מסעיף 3(4) לחוק התרופות, בדרך של היקש מהסדרים קרובים לאלו שבסעיפים האמורים²⁸¹ או אף בדרך של החלת סעיף 39 לחוק החוזים²⁸².

יתר על כן: הגישה המוצעת כאן בדבר הדמיון הקיים בין אכיפה של חיוב חוזי לבין "אכיפתו" של מצג בלתי-חוזי של מצב המציאות עשויה להיות מועילה

277 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 146 – 154.

278 E. Farnsworth, *supra* note 21, at 837; *Restatement of Contracts* (2d) 364; G. Treitel, *supra* note 42, at 769.

279 ע"א 821/77 אופק נ' טוריקאן, פד"י לג(1) 93; ע"א 611/80 צדקה נ' בן ארצי הכהן, פד"י 313; ע"א 581/80 בוכהלטר נ' כנרת, פד"י לח(2) 98; ע"א 48/81 פומריג' נ' ק.ד.ש. בנין והשקעות בע"מ, פד"י לח(2) 813.

280 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 195.

281 ראה הדיון בסעיפים 2(ב) ו-2(ג) לחוק המחאת חיובים ובסעיף 21 לחוק השכירות והשאלה, לעיל, טקסט ליד הערות 159 – 169.

282 השווה לעיל, טקסט ליד הערות 271 – 272.

בהקשרים רחבים יותר מאלו הנמנים בסעיף 3(4) לחוק התרופות. על-פי גישה זו, כל כללי האכיפה שבחוק התרופות יוכלו לשמש להשלמת ההוראות בדבר אכיפתם של המצגים הבלתי-חוזיים. כך, למשל, סעיף 3(2) לחוק התרופות קובע כי חיוב תחזי לא ייאכף אם אכיפתו משמעה כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי. סעיפים 6(ב) ו-15(ב) לחוק השליחות מאפשרים לצד השלישי לראות את השלוח שפעל בלא הרשאה או בחריגה מהרשאה כבעל-דבר, כאילו עמד בנעלי השלוח על-פי המצג שיצר השלוח. מובן כי החריג שבסעיף 3(2) האמור צריך לחול לגבי אופציה זו של הצד השלישי²⁸³. בדומה לכך, סעיף 4 לחוק התרופות מאפשר לבית-המשפט להתנות את אכיפתו של חיוב חוזי "בתנאים... המתחייבים... לפי נסיבות הענין". על-פי הגישה המוצעת כאן, כוחו זה של בית-המשפט יצמוד לו גם במצבים שבהם החקיקה מורה על אכיפת מצג של המציאות בנסיבות בלתי-תחיות²⁸⁴.

283 ניתן להגיע לתוצאה זוהי אף אם נאמר, כי הצד השלישי רשאי לראות את השלוח כבעל-דבר ועם הפרת החיוב על-ידי השלוח תעמוד לו במישור ההגנה שבסעיף 3(2) לחוק התרופות. ראוי לשים לב, כי בסעיף 7 לחוק השליחות מוקנה לשלוח הכוח לאמץ לעצמו את זכויות השלוח כלפי הצד השלישי שנוצרו במסגרתה של "שליחות נסתרת", וזולת אם הדבר נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה, או נסיבות הענין. סייג כזה אינו קיים לגבי כוחו של הצד השלישי לראות את השלוח כבעל-דבר במקום שהשלוח פעל בלא הרשאה או בחריגה מהרשאה. אולם, כאמור, ניתן להגיע להחלטה של סייג כזה בדרך של היקש מסעיף 3 לחוק התרופות. היקש אפשרי נוסף הוא מסעיף 7 לחוק השליחות עצמו.

284 כנגד הגישה המוצעת כאן ניתן יהא, לכאורה, לטעון כי מקום שהמתקן קבע הסדר ליחסי יוצר המצג והמסתמך עליו, לרבות בדבר האלמנטים שקיומם נדרש כתנאי לאכיפת המצג, אין להשלים הסדר זה בהוראות שמחוצה לו, ואפילו ממטריה שהיא קרובה מבחינה עניינית. ביקורת כזו היא בלתי-מוצדקת, לרעתי. החקיקה האזרחית החדשה שלנו מצטיינת בקיצור מופלג. ראה ברק, "לקראת קודיפיקציה" (לעיל, הערה 17), 13–16; ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה" (לעיל, הערה 17), 13–16; ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה" (לעיל, הערה 17), 17. לא חוכל להיעשות לגביה טעות גדולה יותר מאשר לסבור כי הוראותיה מתיימרות להסדיר באורח ממצה את הסוגיות שבהן הן עוסקות. ראה ד' פרידמן, "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה' (תשל"ג) 91, 94–98; ברק, "לקראת קודיפיקציה" (לעיל, הערה 17), 7, 16; פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה" (לעיל, הערה 17), 465–470. אלא, יש לראות בחקיקה ניסיון להתוות מערכת ראשונית, רחבה, של קואורדינטות של כללים התוחמים את הסדר-היסוד בגזרות השונות של המשפט האזרחי תוך השארת המלאכה של טוויית הרשת הצפופה של הכללים לבתי-המשפט. במסגרת "חלוקת עבודה" כזו בכל הנוגע ליצירת המשפט האזרחי שלנו אין מניעה לכך שכללים שהתפתחו בגזרה של אכיפת החיובים החוזיים יוחלו גם בגזרות-משנה שבהן שאלת האכיפה מתעוררת. ראה גם ברק, "לקראת קודיפיקציה" (לעיל, הערה 17), 9, 12–13; ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה" (לעיל, הערה 17), 21, 29, 31, 32. כמובן ראה החלתם של סעיפים מחוק התרופות על פיצויים מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, וזאת מכוח הוראתו של סעיף 12 לחוק החוזים. השווה ע"א 27/80 ישראל ארגמן חברה לבנין בע"מ ואח' נ' ברנפלד ורעור שכנגד, פד"י לו(1) 393, 403–404; ד' פרידמן, "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30–31 לחוק החוזים (חלק כללי)" עיוני משפט ה' (תשל"ז) 618, 631–634; א' פרוקציה (לעיל, הערה 220), 173.

5. מצבים שבהם מוקנה למסתמך על המצג סעד של פיצויים בגין הנוזקים שנגרמו לו כתוצאה מהסתמכותו על המצג

אף שהחקיקה האזרחית מגינה בדרך-כלל על האינטרס של המסתמך על מצג מוטעה של המציאות בדרך של אכיפת המצג, הרי במקרים אחדים החקיקה נוקטת דרך של הקניית סעד פיצויים למסתמך על המצג, בגין הנוזקים שנגרמו לו עקב הסתמכותו, בין כסעד יחיד ובין כסעד חלופי לסעד האכיפה.

(א) חריגה מהרשאה ופעולה בלא הרשאה

סעיפים 6(ב) ו-15(ב) לחוק השליחות מקנים לצד השלישי, ששלוח פעל כלפיו בהעדר הרשאה או בחריגה מהרשאה, ברירה לראות את השלוח כבעל-דבר²⁸⁵ או "לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השלוח את נזקו". החידוש שבסעיפים אלו הוא כמתן הברירה לצד השלישי לראות את השלוח כבעל-דבר. לעומת זאת, בהקנותם לצד השלישי סעד של פיצויים כלפי השלוח הסעיפים האמורים הולכים בעקבות הדוקטרינה האנגלו-אמריקנית של "הפרת ערובת הרשאה".

השאלה העיקרית שמתעוררת לגבי כוחו של הצד השלישי לתבוע מהשלוח החורג את נזקו על-פי סעיפים 6(ב) ו-15 היא מה מהותה של תביעה זו: האם זו תביעה בעלת אופי חוזי, נזיקי או שמא זו תביעה שהיא *Sui Generis*, שהכללים החלים עליה צריכים להילמד מחוק השליחות עצמו²⁸⁶? שאלה זו היא בעלת חשיבות משתי בחינות: ראשית, מהו היקף הנזק שהוא בר-פיצוי: הנזק הכרוך בסיכול הצפייה של הצד השלישי לזכות ביריבות כלפי השולח או שמא הנזק הכרוך בהסתמכות על פעולת השלוח, שנחזתה ליצור יריבות בין הצד השלישי והשולח. לגבי הנזק מהסוג האחרון השאלה מתעוררת אם ייכללו בו רק ההוצאות שהוצאו על-ידי הצד השלישי בהסתמך על המצג שיצר השלוח, או שמא נוסף על הוצאות כאלו ייכללו בו גם הנוזקים הכרוכים באובדן הזדמנויות על-ידי הצד השלישי עקב צפייתו לזכות ביריבות כלפי השולח²⁸⁷. אין צריך לומר כי גישה המגינה לא רק על הוצאות

285 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 240 – 251.

286 השווה א' ברק (לעיל, הערה 25), 304 – 305.

287 בספרות המשפטית האמריקנית מקובלת ההבחנה בין אינטרס הצפייה ובין אינטרס ההסתמכות במסגרת הדיון באינטרסים השונים, שדיני החוזים ודיני הנזיקין מגינים עליהם. המאמר היסודי בהקשר זה הוא Fuller & Perdue, *supra* note 26. הבחנה זוהי נקטה על-ידי יהוינן בראמרו הקלסי על אשם בכריתת חוזה. יהוינן קרא לאינטרס הצפייה "האינטרס החיובי", ולאינטרס ההסתמכות – "האינטרס השלילי". ראה Ben Dror, *supra* note 138, at 148. להגדרת המושגים "אינטרס הצפייה" ו"אינטרס ההסתמכות" ראה Restatement of Contracts (2d) 344 ; ע"א 156/82 ליפקין נ' דור הוזהב בע"מ ואח', פד"י לט(3) 85 ; ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 457 – 458 ; ג' שלו (לעיל, הערה 140), 99 – 100. במסגרת המושג "האינטרס השלילי" כלל יהוינן לא רק הוצאות שהוצאו אלא אף אובדן הזדמנויות. ראה Ben Dror, *supra* note 138, at 149. גם פולר ופרדו כללו במסגרת המושג "אינטרס ההסתמכות" הוצאות ואובדן הזדמנויות כאחת. Fuller & Perdue, *supra* note 26, at 54, 417. עם זאת, הם נזהרו מלקבוע באופן גורף מסקנה לגבי השאלה אם כל-אימת שיוגן אינטרס ההסתמכות ייכללו במסגרתו לא רק הוצאות בעין אלא

שהוצאו בעין בהסתמך על מצג מסוים אלא אף על אובדן הזדמנויות בעקבות הסתמכות על המצג מטשטשת מאוד את ההבחנה בין הגנה המוקנית לאינטרס הצפייה ("האינטרס החיובי") ובין הגנה המוקנית לאינטרס ההסתמכות ("האינטרס השלילי")²⁸⁸. שנית, מהם הכללים בדבר הגבלת היקף הנזק שהוא בר-פיצוי, מבחינת הקשר הסיבתי שבין התנהגות השלוח והנזק, צפיות הנזק, נטל הקטנת הנזק המוטל על הצד השלישי וכיו"ב²⁸⁹.

שאלות אלו אינן ייחודיות להקשר של סעיפים 6(ב) ו-15(ב) לחוק השליחות. המלה "נזק" נזכרת אף במקומות אחרים בחקיקה האזרחית החדשה שלנו בלא שיינקב לצדה מובנה²⁹⁰. אולם השאלות האמורות מתחדדות ומחריפות בהקשר של הסעיפים האמורים של חוק השליחות, משום שפעולת השלוח הגורמת לנזק היא בעלת אופי כפול: אופי "חוזי" (הפרת הבטחה מכללא מצד השלוח לגבי היותו פועל בגדר הרשאה) ואופי "נזיקי" (יצירת מצג מוטעה של המציאות על-ידי השלוח). הפרופ' ברק מעלה בספרו שורה של נימוקים בעד ראיית התביעה של צד השלישי כנזיקית²⁹¹: מקום שהמחוקק ביקש להקנות לתביעה אופי חוזי הוא עשה זאת במפורש בין בדברי חקיקה אחרים ובין בחוק השליחות עצמו; המחוקק היה מודע לגישה החוזית הנקוטה במשפט האנגלי בסוגיא זו, אך הוא נמנע מלאמץ אותה במפורש; התביעה היא בעלת אופי נזיקי בהיותה מבוססת על התנהגות שלא כדין של השלוח הגורמת נזק. כנגד זאת הפרופ' ברק מעלה נימוקים בעד ראיית התביעה של הצד השלישי כחוזית²⁹²: הימנעותו של המחוקק מלהקנות לתביעה אופי חוזי במפורש והימנעותו מלאמץ במפורש את הגישה החוזית הנקוטה במשפט האנגלי אינן צריכות להיות מכריעות; התנהגות השלוח שביסוד התביעה יש בה גוון חוזי, היינו: הבטחה מכללא מצדו כי הוא פועל כשלוח בגדר הרשאתו. אולם הפרופ' ברק מסכם את דבריו באומרו, כי "יתכן שכל מה שניתן לומר הוא כי זוהי זכות או תביעה מיוחדת במינה (*Sui Generis*), שאינה הפרת חוזה ואף לא מעשה נזיקי, אלא שיש לה גוונים חוזיים ונזיקיים כאחד. אשר לשאלות הכלליות המתעוררות בענין סוג אחריות זה, יש לפתור אותן אחת לאחת לפי הגוון החוזי או הנזיקי או

גם הנזקים הכרוכים באובדן הזדמנויות. פולר ופרדו השאירו את ההכרעה בשאלת היקפו של אינטרס ההסתמכות להקשר המיוחד שבו השאלה מתעוררת. ראה Fuller & Perdue, *supra* note 26, 417–418. עם זאת, נטען כי התמריץ לכך שמערכת המשפט תגן על הוצאות בעין שהוצאו בהסתמך על מצג הוא רב יותר מהתמריץ לכך שהמערכת תגן על הנזקים הנגרמים בגין אובדן הזדמנויות בהסתמך על מצג. ראה Hudec, *supra* note 141, at 719–720.

Fuller & Perdue, *supra* note 26, at 418 288

על ההבדלים הקיימים בנקודות אלו בין דיני החוזים ודיני הנזיקין ראה W. Bishop, "The Contract — Tort & Boundary and the Economics of Insurance" 12 *J. Legal Stud.* (1983) 241, 248–254; פרידמן (לעיל, הערה 135), 144–148; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 383–385.

ראה, למשל, סעיף 19(ג) לחוק המשכון; סעיף 57 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב — 1962. ראה א' ברק (לעיל, הערה 25), 304.

א' ברק (לעיל, הערה 25), 305. 291

שם, בעמ' 305. 292

המורכב שלהן, בלי לנסות ולמצוא את כל התשובות במערכת דינים אחת נתונה מראש²⁹³.

אני סבור כי לגבי שאלת היקף הנזק שהוא בר-פיצוי על-פי הסעיפים 6(ב) ו-15(ב) לחוק השליחות הגישה הרצויה היא, שבמקום ששלוח חרג מהרשאתו או פעל בלא הרשאה יוגן לא רק אינטרס ההסתמכות של הצד השלישי (הכולל הוצאות שהוצאו ואובדן הזדמנויות) אלא אף אינטרס הצפייה של הצד השלישי. גישה זו יכולה להיתמך בנימוקים אחדים. ראשית, פעולת השלוח מצמיחה ביד הצד השלישי צפייה ליריבות כלפי השולח. הגישה הרצויה היא שכל-אימת שצומח ביד אדם אינטרס המוכר על-ידי הדין – אינטרס זה יימצא מוגן על-ידי סעד הולם ורק במקרים יוצאים מהכלל יימצא אינטרס בלתי-מוגן²⁹⁴. מכיוון שכך, יהא זה בלתי-רצוי לפטור את השלוח מאחריות לפגיעה באינטרס הצפייה שהוא יצר אצל הצד השלישי. שנית, על-פי סעיפים 6(ב) ו-15(ב) לחוק השליחות מוקנית לצד השלישי כרירה בין סעד של אכיפה כלפי השלוח ("לראות את השלוח כבעל דברו") לבין סעד של תביעת נזקיו מהשלוח. העובדה שבסעיפים אלו מוענקת לצד השלישי הגנה באמצעות הסעד החוזי של אכיפה יכולה ללמד, כי אף ההגנה המוענקת לצד השלישי באמצעות הסעד של תביעת נזקיו מהשלוח צריכה להיות בעלת אופי חוזי²⁹⁵. שלישית, ניתן להקיש לענייננו מהעולה של גרס הפרת חוזה²⁹⁶. עולה זו מגינה על האינטרסים החוזיים של המתקשר בחוזה מפני פגיעה על-ידי צד שלישי שהוא זר לחוזה. בעשותה כן העולה מגינה הן על אינטרס ההסתמכות והן על אינטרס הצפייה של המתקשר²⁹⁷. מכאן שאף גישה "נויקית" עשויה להביא להגנה על אינטרס הצפייה החוזי. בהיקש מעולה זו ניתן לטעון, כי השלוח החורג מתחייב

293 שם, כעמ' 305 – 306. השווה Fuller & Perdue *supra* note 26, at 417–418; Hudec, *supra* note 141, at 717–718, 753.

294 השווה פרידמן (לעיל, הערה 135), 149 – 152.

295 נקודה זו מתחזקת כשמשווים את סעיפים 6(ב) ו-15(ב) לסעיף 15(א) של חוק הערכות. סעיף 15(א) מורה כי במקום שניתנה ערכות לחיוב עתידי, הערב רשאי, כל עוד לא נוצר החיוב הנערב, לבטל את ערכותו על-ידי הודעה בכתב לנושה, "אולם עליו לפצות את הנושה בעד הנזק שנגרם לו עקב הביטול". מסעיף זה עולה, כי בכוחו של הערב לבטל את התחייבותו באורח חד-צדדי ואין הנושה יכול לאכוף על הערב לקיים את ההתחייבות, ואולם על הערב לפצות את הנושה בגין הנזק שהביטול גרם לו. ניתן לטעון כי העובדה שבסעיף 15(א) לחוק הערכות הוקנה לערב, במפורש, הכוח שלא להיאכף לקיים את התחייבותו יכולה ללמד על כך שהפיצוי שבו מדובר בסעיף זה יגן על אינטרס ההסתמכות של הנושה אך לא על אינטרס הצפייה שלו. קור-מחשבה דומה יביא לסברה שמכיוון שבסעיפים 6(ב) ו-15(ב) הוקנתה לצד השלישי הכרירה של אכיפת המצג, הרי שהפיצוי שבו מדובר בסעיפים אלו יגן על אינטרס הצפייה של הצד השלישי. מאידך גיסא, ניתן לטעון כי כשם שבמקרים שבהם חל סעיף 3 לחוק התרופות, הנפגע יזכה בפיצויים להגנת אינטרס הצפייה שלו למרות שלילת האכיפה, כך גם שלילת האכיפה בסעיף 15(א) לחוק הערכות אינה מעידה, בהכרח, על הגבלת הפיצויים להגנה על אינטרס ההסתמכות בלבד של הנושה.

296 סעיף 62 לפקודת הנויקין [נוסח חדש].

297 ע"א 255/59 תעשיית שעם "דוד" ושות' בע"מ נ' אלרועי ואח', פד"י יד 177, 193; ת"א חי' 460/70 שלמה לביא נ' "מגן" ליברמן בע"מ, פס"מ תשל"ד (2) 263, 276 – 279.

כביכול ליצור התקשרות חוזית בין הצד השלישי והשולח, ואולם בהבטת השלוח מסכל את הצפייה החוזית הנוצרת אצל הצד השלישי, משום שעקב חריגת השלוח מהרשאתו השולח לא יהא חייב לעמוד בקשר החוזי שהשלוח התיימר ליצור בינו לבין הצד השלישי.

עם זאת, גישה התומכת בכך שאף הפסדי צפייה שנגרמו לצד השלישי יהיו בני-פיצוי על-פי סעיפים 6(ב) ו-15(ב) לחוק השליחות אינה מחייבת בהכרח תמיכה בכך שהכללים בדבר הגבלת היקף הנזק, שהוא ברי-פיצוי על-פי הסעיפים האמורים, ישאבו מדיני החוזים ולא מדיני הנזיקין. כשם שבמסגרת העוולה של גרם הפרת חוזה אינטרסים חוזיים מוגנים באמצעות כללים של דיני הנזיקין, כך גם האינטרס החוזי של הצד השלישי עשוי להיות מוגן במסגרת הסעיפים 6(ב) ו-15(ב) על-פי גישה נזיקית.²⁹⁸

(ב) ערב שביטל את ערבותו ביחס לחיוב עתידי

סעיף 15(ב) לחוק הערבות מורה כי במקום שניתנה ערבות לחיוב עתידי, בהסכמת החייב, והערב ביטל את ערבותו, כל עוד לא נוצר החיוב הנערב, בלא שנתן לחייב הודעה על כך זמן סביר מראש – "על הערב לפצות את החייב בעד הנזק שנגרם לו עקב אי מתן ההודעה".

מאלפת ההשוואה בין סעיף 15(א) לחוק הערבות ובין סעיף 15(ב) לחוק. סעיף 15(א) מאפשר לערב לבטל באורח חד-צדדי את התחייבותו כלפי הנושה, ביחס לחיוב עתידי, בכפיפות לפיצוי הנושה "בעד הנזק שנגרם לו עקב הביטול". משמע שהנושה לא יוכל לאכוף על הערב את קיום הערבות ואולם לצד כוח הביטול המוקנה לערב מוטלת עליו החובה לפצות את הנושה בגין הנזקים שביטול הערבות גרם לו. לעומת זאת, סעיף 15(ב) מגלם גישה שעל-פיה, במישור היחסים שבין הערב והחייב, יוכל הראשון לבטל את התחייבותו כלפי הנושה באורח חד-צדדי ובלא לחוב בפיצויים כלפי החייב בגין הביטול כשלעצמו.²⁹⁹ אלא שסעיף 15(ב) מכונן לפצות את החייב על נזקים שנגרמו לו כתוצאה מהסתמכותו על מצג מוטעה

298 השווה א' ברק (לעיל, הערה 25), 308.

299 סעיף 3 לחוק הערבות מכחין בין יצירת ערבות בדרך של הסכם בין הערב והנושה ובין יצירת ערבות בדרך של התחייבות הערב שהודעה עליה ניתנת לנושה. נראה כי סעיף 15(א) לחוק חל על ערבות שנוצרה בשתי הדרכים. ראה ג' כהן, "דין חוזים ודין ערבות" עיוני משפט ז (תשל"ט) 225, 235, הערה 33. עם זאת, לאורך חוק הערבות לא ניכרת הבחנה בין ערבות שנוצרת במסגרת עסקת חסד ובין ערבות שנוצרת במסגרת עסקה מסחרית. ראה גם כהן, שם, בעמ' 234 – 237. נראה כי סוג הערבות הנצפה על-ידי סעיף 15 הוא זה שנוצר בהקשר של עסקת חסד. לגבי עסקאות חסד הדין מקל עם הצד המתחייב מבחינת הדרך שבה נשפטה התנהגותו ומבחינת הסעדים שלהם הוא עשוי להיכפף במקרה של הפרת ההתחייבות. ראה פרידמן, "תורת התמורה" (לעיל, הערה 17), 156, 157, 159 – 160. בהתאם לכך, כוחו של הערב להשתחרר מהתחייבותו והסעדים הנקובים בסעיף 15 יכולים ללמד על תפישת הערבות בסעיף זה כנוצרת בהקשר של עסקת חסד. השווה סעיף 29 לחוק השכירות והשאלה; פרידמן, שם, בעמ' 159, 161 – 162, 177.

שיצר הערב — מצג שקיימת ערבות תקפה שלו לגבי חיובו העתידי של החייב כלפי הנושה; הערב ביטל את ערבותו באורח חד-צדדי, אך לא נתן לחייב הודעה על כך זמן סביר מראש; לחייב נגרם נזק כתוצאה מכך שהודעת הערב בדבר ביטול הערבות נמסרה לו באיחור; הערב יחוב בגין הנזק האמור של החייב.

סעיף 15(ב) אינו מתייחס למצב הידיעה של החייב. אולם לנוכח אופיו של הסעיף נראה כי ניתן להחיל בהקשר זה גישה "נזיקית" שלפיה "אשם תורם" של חייב שהיה יכול לדעת אודות ביטול הערבות על-ידי הערב יביא להפחתת שיעור הפיצויים שבהם יזכה, ואף לשלילתם.

6. סיכום

שורה של הסדרים בחקיקה האזרחית החדשה מקנים הגנה למי שפועל בהסתמך על מצג של המציאות שנוצר על-ידי אדם אחר. ההגנה מוקנית למסתמך בדרך של ראיית היחס שבינו לבין יוצר המצג כאילו המצב המוצג הוא אף המצב האמיתי של המציאות, תוך קביעת זכויות וכוחות בין צדדים אלו בהתאם למצב המוצג. בכך החקיקה האזרחית דומה לדוקטרינת ההשתק, שאף היא מושתתת על אכיפה של המצב המוצג, במסגרת היחס שבין הצדדים. עם זאת, החקיקה האזרחית נבדלת מדוקטרינת ההשתק בכך שהגנתה על הצד המסתמך היא במישור המהותי, בעוד שהגנתה של דוקטרינת ההשתק היא במישור הדיוני, היינו: על-ידי מניעתם של תובעים ונתבעים בהליכי משפט מלטעון לקיומו של מצב הדברים האמיתי, תחת מצב הדברים המוצג.

דוקטרינת ההשתק יכולה להיחשב כחלק משיטת המשפט שלנו, על שום אימוצה בהלכה הפסוקה בתקופה שלפני חוק יסודות המשפט, תש"ם — 1980³⁰⁰. בהתאם לכך, לצד הסדרי החקיקה האזרחית המגינים על מי שמסתמך על מצג הזולת, אין מניעה להפעלתה של הדוקטרינה במצבי ההסתמכות שאינם מוסדרים בחקיקה ושנופלים בגדרה של הדוקטרינה.

ג. יצירת מצג מוטעה של המציאות המשפטית כשיקול בהכרעה בין בעלי זכויות נוגדות

המצבים שדנו בהם בחלק הקודם של מאמר זה התאפיינו בהתקיימותם של שלושה אלמנטים: יצירת מצג מוטעה של המציאות המשפטית; הסתמכות על המצג על-ידי הזולת; ייחוס נפקות, במישור הזכויות והכוחות שבין הצדדים, לקיום המצג וההסתמכות עליו. גם במצבים שבהם נדון בחלק זה של המאמר, אלמנט המצג ואלמנט ההסתמכות מתקיימים. אולם במצבים אלו קיים אלמנט נוסף, בעל חשיבות רבה, שאינו קיים במצבים שנדונו עד כה: הן יוצר המצג והן המסתמך על המצג פועלים לרכישת זכות, בנסיבות שבהן הקניית הזכות לאחד מהם תוציא מכלל אפשרות הקניית הזכות לאחר (עסקאות חופפות) או, לחלופין, בנסיבות שבהן

300 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 110 — 128.

הקניית הזכות לאחר תגרע מהזכות שבה יזכה האחר (עסקאות סותרות)³⁰¹. מצבים אלו מתאפיינים אפוא בהתקיימותה של "תחרות בתוך תחרות": תחרות בין יוצר המצג לבין המסתמך עליו לגבי השאלה אם היחס שביניהם ייחתך על-פי המצב המוצג או על-פי המצב האמיתי של המציאות ("התחרות הפנימית"); תחרות בין שני צדדים אלו לגבי רכישתה של זכות קניין בנכס ("התחרות החיצונית"). השאלה המתעוררת במצבים אלו היא, באיזו מידה ההכרעה ב"תחרות הפנימית" שבין הצדדים צריכה להשפיע על ההכרעה ב"תחרות החיצונית" שביניהם³⁰².

1. כלל-היסוד – הכלל בדבר עדיפות זכותו של המתקשר הראשון בזמן

נניח כי ראובן מתקשר עם שמעון בחוזה לרכישה עתידית של זכות שבבעלותו של שמעון. נניח כי זמן-מה לאחר-מכן לוי מתקשר עם שמעון בחוזה זהה. בתחרות שבין ראובן ולוי – מי מהצדדים צריך להיות מועדף על-ידי הדין, במובן זה שלו יינתן הקניין בזכות שלרכישה הוא התקשר בחוזה? בנתונים כפי שהוצגו כאן קיים הבדל אחד בלבד בין התקשרותו של ראובן עם שמעון ובין התקשרותו של לוי עם שמעון: התקשרותו של ראובן קדמה בזמן להתקשרותו של לוי. היש מקום להתלות בהבדל זה ולהכריע על-פיו בלבד בשאלת התחרות שבין הצדדים? התשובה המיידית המתבקשת והנראית מובנת מאליה על-פי תחושת הצדק היא התשובה החיובית: יש להעדיף את ראובן על פני לוי משום שזכותו של ראובן נוצרה קודם להיווצרות זכותו של לוי³⁰³. ואכן, הכלל שלפיו בתחרות בין בעלי זכויות שמעמדן שווה גובר זה שזכותו נוצרה ראשונה בזמן הוא אחד מאבני-היסוד של דיני היושר³⁰⁴ והוא משמש יסוד גם לשורה של הסדרים שהם מאשיות השיטה שלנו בסוגיית התחרות בין בעליהן של זכויות נוגדות³⁰⁵. אולם מהו ההיגיון שביסוד הנטייה להעדיף את בעל הזכות שהוא הראשון בזמן?

301 להבחנה בין עסקאות חופפות ועסקאות סותרות ראה רייכמן, "הערות האזהרה" (לעיל, הערה 168), 131 – 333. לדין במצבים שונים שבהם מתעוררת בעיית התחרות בין עסקאות חופפות או בין עסקאות סותרות ראה ג' כהן (לעיל, הערה 136), 190 – 208.

302 לדין מפורט בהבחנה בין שני סוגי תחרויות אלה ראה לעיל, טקסט ליד הערות 18 – 19.
303 ההקשר היומיומי הנפוץ ביותר שבו אנו מסגלים לעצמנו פֶּעַם אחר פעם את הכלל שלפיו הראשון בזמן צריך לזכות בעדיפות על פני המאוחר בזמן הוא, כמובן, ההקשר של עמידה בתור. עם זאת, קביעה זו אינה נכונה בהכרח לכל תרבות ולכל זמן. סעיף 44 לחוק הפרוצדורה האזרחית העות'מנית (21 יוני 1879) נדרש לקבוע, כי "הצדדים הבאים לבית המשפט ביום הנועד יחזמו על-ידי שמש בית המשפט ראשון ראשון כפי התור לפי הכלל כל שקדם קודם...". ראה חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מנית (21 יוני 1879), קובץ החוקים העות'מניים (חרגום מ' לאניאדו) כרך ראשון.

304 אחת משתי-עשרה המקסימות של דיני היושר מורה, כי "מקום שהזכויות שוות תגבר הראשונה בזמן" (*Qui prior est tempore, potior est jure*). ראה *Snell's Principles of Equity* (London, 26th ed., by R. Megarry & P. Baker) 30, 33 49–51; H.G. Hanbury, *Modern Equity* (London, 9th ed., by R. Maudsley) 699. ראה גם ג' כהן (לעיל, הערה 136), 28 – 29. כלל זהה קיים גם במשפט הצרפתי. ראה שם, בעמ' 31 – 32.

305 ראה להלן.

אני סבור, כי הסבר אפשרי להעדפתו של בעל הזכות שהוא הראשון בזמן הוא שביסוד העדפה זו עומדת שאיפה של הדין להקטין את נזקי ההסתמכות הנגרמים לצדדים המתקשרים בחוזים, מקום שהעסקאות שלהם משתבשות ואינן יוצאות אל הפועל.

במאמרם הקלסי הבחינו פולר ופרדו בין שני סוגים של נזקי ההסתמכות העשויים להיגרם לצד המתקשר בחוזה. ראשית, "הסתמכות חיונית" (Essential Reliance), היינו: הוצאות שהמתקשר הוציא לצורך קיום חיוביו הוא על-פי החוזה וכן אובדן הזדמנויות להתקשר בחוזים מקבילים כתוצאה מהסתמכותו של המתקשר על החוזה שבו התקשר. שנית, "הסתמכות אגבית" (Incidental Reliance), היינו: הוצאות שהמתקשר הוציא בהסתמך על הצפייה כי ההבטחה החוזית של הצד האחר תקום והתמורה החוזית המובטחת תימצא בידי של המתקשר³⁰⁶. בזכרנו הבחנה זו, נניח כי הזכות נשוא ההתקשרויות שבהן דובר בדוגמא דלעיל היא זכות השכירות של חנות הממוקמת במרכז מסחרי. נניח כי הזכות עצמה עומדת להיות מוקנית לכל אחד משני הרוכשים המתחרים חודשים אחדים לאחר כריתת החוזה לרכישת הזכות. לאחר כריתת החוזה, כל אחד משני המתקשרים יבצע שורה של פעולות ויחדל משורה אחרת של פעולות בהסתמכו על העובדה שעל-פי החוזה שבו התקשר הוא עומד לקבל לידי בתוך חודשים אחדים את זכות השכירות לגבי החנות: המתקשר ישלם תשלומים למשכיר על חשבון שכר-הדירה וימנע מלחפש חנויות אחרות שהיו עשויות להתאים לצרכיו ("הסתמכות חיונית"); המתקשר יתקשר בחוזים אחרים ביחס לעסק שאותו הוא עומד לפתוח בחנות (חוזים עם אדריכל, נגר, פרסומאי, ספקים, עובדים, וכיו"ב) ("הסתמכות אגבית"). הכלל המקנה עדיפות למתקשר הראשון בזמן מבוסס על ההנחה שנוקי ההסתמכות שייגרמו למתקשר הראשון בזמן, אם לא יקבל לידי בסופו של דבר את הזכות שלגביה הוא התקשר בחוזה, הם גדולים יותר מנזקי ההסתמכות שייגרמו למתקשר השני בזמן אם הוא יחזיק שלא יקבל לידי את הזכות. הנחה זו מקשרת אפוא את משך ההסתמכות עם היקפה: ככל שמשך ההסתמכות גדול יותר כן רב יותר היקף ההסתמכות של המסתמך על ההבטחה החוזית³⁰⁷.

306 Fuller & Perdue, *supra* note 26, at 78—79; Hudec, *supra* note 141, at 723—728. על אינטרס ההסתמכות ראה גם לעיל, הערה 287.

307 אין צריך לומר כי הטיעון המובא בשורות אלו איננו שתמיד, כדבר שבהכרח, יתקיים יחס ישר בין משך ההסתמכות ובין היקפה. מובן כי ייתכנו מקרים שבהם יתקיים היקף נרחב של הסתמכות במשך זמן קצר (למשל, על-ידי המתקשר השני בזמן) או היקף מצומצם של הסתמכות במשך זמן ארוך (למשל, על-ידי המתקשר הראשון בזמן). אולם הטיעון הוא שיהא זה סביר להניח כי בדרך-כלל יתקיים יחס ישר בין משך ההסתמכות ובין היקפה, וכי הנחה זו יכולה להסביר את קיומו של הכלל שלפיו בין בעלי זכויות מדרגה שווה יגבר הראשון בזמן. לכאורה ניתן לטעון, כי הטיעון האמור נחלש במקום שהזכות הראשונה בזמן היא מצומצמת בהיקפה בעוד שהזכות השנייה בזמן היא רחבת-היקף. על-פי קרמחשבה זה, הטיעון בדבר קיומו של יחס ישר בין משך ההסתמכות ובין היקפה יכול להתקבל כשהמדובר בזכויות שוות או כשהמדובר בזכות ראשונה שהיא רחבת-היקף מהזכות השנייה בזמן. ואולם, לדעתי, ביקורת כזו אינה משכנעת. נזקי ההסתמכות שייגרמו למתקשר ביחס לזכות כעלת היקף מצומצם (למשל, זיקת הנאה כמקרקעין; שכירות) עשויים להיות גדולים מנזקי ההסתמכות שייגרמו

2. כלל-המשנה – הכלל בדבר יכולתו של המתקשר השני בזמן לזכות בעדיפות, בהתקיים תנאים מסוימים

הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר הראשון בזמן איננו מוחלט. אף כי נקודת-המוצא של הדין היא שמלכתחילה ייחשב המתקשר הראשון בזמן כבעל העדיפות, הרי במציאות עשויים להתחולל שינויים ביחס לזכות נשוא ההתקשרויות שיחייבו הכנסת עדכון בעמדת הדין, תוך נטישת העדפתו הראשונית של המתקשר הראשון בזמן והענקת העדיפות למתקשר יותר מאוחר.

מקרה מובהק שבו יתעורר הצורך לעדכן את עמדת הדין ולהקנות עדיפות למתקשר המאוחר דווקא הוא המקרה שבו המתקשר השני בזמן השלים את העסקה, היינו: קיבל בעלות בזכות שלגביה הוא התקשר בחוזה. כזכור, טענתי כי הכלל בדבר עדיפות זכותו של המתקשר הראשון בזמן יכול להיות מוסבר בשאיפת הדין להגן על אותו מתקשר שסיכול העסקה עשוי לגרום לו לנזקי הסתמכות גדולים יותר. היגיון זה מחייב, כי בנסיבות שלגביהן ניתן להניח שדווקא נזקי ההסתמכות שייגרמו למתקשר השני בזמן אם צפייתו לקבל את הזכות תסוכל יהיו גדולים מאלו שייגרמו למתקשר הראשון – תועדף זכותו של המתקשר השני בזמן ותידחה זכותו של המתקשר הראשון. נסיבות שלגביהן ניתן להניח ברמה גבוהה של סבירות כי אכן נזקי ההסתמכות של המתקשר השני בזמן בעקבות סיכול צפייתו יהיו גדולים מנזקי ההסתמכות של המתקשר הראשון בעקבות סיכול הצפייה שלו הן נסיבות שבהן התקשרותו של המתקשר השני בזמן הגיעה עד לשלב הסיום שלה, שבו הוקנתה הזכות נשוא ההתקשרות למתקשר. בגזרה הצרה של יחסי המתקשרים עם הבעלים המקורי של הזכות ("הסתמכות חיונית"), ניתן להניח כי המתקשר השני בזמן, שכבר זכה בקניין בזכות, העביר את מלוא התמורה לבעלים המקורי של הזכות. לעומת זאת, ניתן להניח כי המתקשר הראשון בזמן, שהעסקה שלו עם הבעלים נמצאת בשלב מוקדם יותר, העביר תמורה פחותה יותר לבעלים. אולם ההנחה בדבר היקף ההסתמכות הגדול יותר-יחסית של המתקשר השני בזמן שזכה בקניין יכולה להיתמך בעיקר בהנחות המתייחסות למכלול הרחב של פעולותיו של מתקשר כזה ("הסתמכות אגבית"): היקף ההסתמכות של מי שזכה בבעלות לגבי זכות מסוימת אמור להיות רחב יותר מהיקף ההסתמכות של מי שרק התקשר בחוזה לקבלת הבעלות בזכות במועד עתידי כלשהו. משמע, הכלל בדבר העדפתו של המתקשר השני בזמן, שזכה בקניין בזכות, על-פני המתקשר הראשון בזמן, שזיקתו לזכות היא במישור האובליגטורי בלבד, מכון להגביר את היציבות והוודאות אצל צדדים המתקשרים בחוזים ולאפשר להם להסתמך בתכנון פעולותיהם, באורח יעיל, על הזכויות הנרכשות על-ידם.

ואכן, הכלל שלפיו בתחרות בין מתקשר ראשון בזמן לבין מתקשר שני בזמן יגבר האחרון אם רכש קניין בזכות, הוא כלל-יסוד המקוז את תוקפו של הכלל בדבר

למתקשר ביחס לזכות רחבת-היקף (למשל, בעלות). מכאן שהשיקול בדבר היקף הזכות נשוא ההתקשרות אינו יכול להכתיב את תוכנו של הכלל בדבר עדיפותו של הזכויות המתחרות, נותרת ההנחה הקושרת ביחס ישר את משך ההסתמכות והיקפה.

עדיפותו מלכתחילה של המתקשר הראשון בזמן, הן במסגרת דיני היושר³⁰⁸ והן בשורה של הסדרים בשיטה שלנו העוסקים בסוגיית התחרות בין בעלי זכויות סותרות³⁰⁹.

3. יוצרים סיכונים ונקלעי סיכונים – היש מקום להביא בחשבון שיקולים בדבר יכולתם של הצדדים להתגונן בפני הסיכון של אובדן הזכות, לצורך הכרעה בשאלת העדיפות

הדיון בפסקאות הקודמות התבסס על הטיעון שלפיו הרציונלה העיקרית החולשת על הכללים המסדירים את סוגיית התחרות בין בעלי זכויות נוגדות היא השאיפה להקטנת נזקי ההסתמכות של צדדים מתקשרים והגברת יכולת ההסתמכות של צדדים אלו על הזכויות – החוזיות והקנייניות – הנרכשות עליהם. אולם קיים שיקול נוסף העשוי להיות רלבנטי, לעתים, לסוגיית התחרות: השיקול בדבר מידת יכולתו של כל אחד מהמתקשרים המתחרים להתגונן בפני הסיכון שיגרמו לו נזקי הסתמכות בעקבות מתן העדיפות לזכותו של המתקשר האחר. בשורות הבאות אנתח שיקול זה ואנסה להבהיר באיזו מידה ראוי שיינתן לו משקל לצורך הכרעה במצבים של תחרות בין בעלי זכויות נוגדות.

מקום שאדם מתקשר בחוזה לרכישתה של זכות כלשהי הוא גורם לשינוי במצב המציאות המשפטית: הזכות, שקודם-לכן נמצאה בבעלותו המלאה של בעליה, כפופה מעתה לזכות החוזית של המתקשר. השאלה המיידית המתבקשת במצבים כאלו היא, באיזו מידה השינוי שחל במצב המציאות המשפטית יכול לבוא לביטוי חיצוני, באופן שהזולת ידע כי המצב המשפטי האמיתי הוא שבעלותו של בעל הזכות כפופה לחיוב חוזי שלו כלפי המתקשר. נניח שהתשובה לשאלה זו היא, שלרשות המתקשר עומד אמצעי נוח ופשוט שבאמצעותו יוכל לגרום לזולת לדעת אודות המצב האמיתי ביחס לזכות. נניח כי למרות קיומו של אמצעי זה, המתקשר נמנע מלעשות בו שימוש. נניח כי לאחר-מכן התקשר אדם אחר בחוזה לרכישתה של

308 Snell, *supra* note 304, at 53; H. Hanbury, *supra* note 304, at 697 ע"א 528/66 שטרן נ' חבי' חלקה 36 בגוש 6217 בע"מ ואח', פד"י כא(2) 342, 349; ע"א 156/51 פרנקל נ' מ' נאמן וכהן-מלמד, פד"י ח 1456, 1447; ע"א 73/53 זילברשטיין נ' פלק ואח', פד"י ט 57, 70; ע"א 661/74 עזיאל ואח' נ' דרשובני, פד"י (3) 763, 755; ע"א 145/79 אסלאן ואחרים נ' דיאב ואח' פד"י לה(1) 732, 729; ע"א 411/81 זידאן נ' עדיד ואח', פד"י לח(3) 449, 458, 460; נ' כהן (לעיל), הערה 136, 41. כלל זהה קיים גם במשפט הצרפתי. ראה שם, בעמ' 31 – 32. כזכור, טענתי כי הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר הראשון בזמן הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר השני בזמן שרכש קניין בזכות, מבוססים על שאיפת הדין להגן על אותו מתקשר שאמור לסבול נזקי הסתמכות רבים יותר אילו תסוכל ציפייתו לזכות בזכות. טיעון זה מתחזק לנוכח הכלל בדין האנגלי שלפיו כדי שהמתקשר השני בזמן יגבר על המתקשר הראשון נדרש כי תינתן על-ידו תמורה בעין, בעלת שווי ממש, בהבדל מהבטחה חוזית למתן תמורה בעין בעתיד (הנחשבת, כידוע, תמורה נאותה להעמדת חוזה). ראה ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 673 – 676; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 279 – 282. משמע, תנאי לכך שהמתקשר השני בזמן יגבר על המתקשר הראשון הוא שבמישור "ההסתמכות החיונית" (ראה לעיל, טקסט ליד הערה 306) המתקשר השני ימצא במצב שבו הסתמכותו היתה הסתמכות של ממש, במובן של הפרדות בעין מנכס בעל שווי כלכלי מהותי.

309 ראה להלן.

זכות חופפת או סותרת לזכות שלגביה התקשר המתקשר הראשון בזמן. נניח כי המתקשר השני הפעיל את האמצעי המאפשר ידיעה אודות קיומם של מתקשרים קודמים, ומשלא מצא עקבות לקיומו של המתקשר הראשון – החליט להתקשר בעסקה. בנסיבות כאלו נוכל לומר, שהמתקשר הראשון יצר במחדלו פער בין המצב האמיתי של המציאות המשפטית ובין המצב המוצג של מציאות זו, וכי המתקשר השני בזמן פעל בהסתמך על המצג המוטעה שיצר המתקשר הראשון. הדין עשוי לטפל בנסיבות כאלו באמצעות שתי דוקטרינות עיקריות: עוולת הרשלנות של דיני הנויקן ודוקטרינת ההשתק.

על-פי עוולת הרשלנות, התנהגותו של המתקשר הראשון תיחשב רשלנית בהיותה יוצרת מצג מוטעה של המציאות, הן על-פי הגישה "המסורתית" של דיני הנויקן בסוגיית הרשלנות³¹⁰ (המתקשר הראשון ייחשב כמי שהיה יכול למנוע פעולות נמוכה את נזקי ההסתמכות הנגרמים למתקשר השני בעקבות סיכול צפייתו לזכות בזכות, והמתקשר השני לא ייחשב כמי שתורם ברשלנותו-הוא לנזקיו) והן על-פי הגישה "הכלכלית", שהוצעה בשנים האחרונות בספרות האמריקנית³¹¹ (המתקשר הראשון ייחשב כמי שהיה יכול למנוע את נזקי ההסתמכות שנגרמו למתקשר השני בעלויות נמוכות מאלו שהיו נדרשות לצורך פעולת המניעה – קרי: איתור קיומו של המתקשר הראשון – על-ידי המתקשר השני). החלטה של עוולת הרשלנות בנסיבות אלו תביא לכך, שהמתקשר הראשון יחויב לפצות את המתקשר השני על הנזקים שנגרמו לו כתוצאה מהפעולות שפעל והמחדלים שחדל בהסתמך על המצג המוטעה³¹². הפעלתה של עוולת הרשלנות בנסיבות כאלו לא תהא כרוכה במתח עם כלל-היסוד בדבר עדיפות זכותו של הראשון בזמן במקום שהזכויות המתחרות הן שוות מעמד. נהפוך הוא: כלל זה ועוולת הרשלנות מתיישבים זה עם זה – מצד אחד, מוכרת עדיפותו של המתקשר הראשון; מצד שני, המתקשר השני מפוצה על-ידי המתקשר הראשון בגין הנזקים שנגרמו לו עקב הסתמכותו על המצג המוטעה³¹³.

310 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 54 – 59.

311 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 60 – 64.

312 עם זאת, תביעת הפיצויים היתה עשויה להיתקל בקשיית על שום הכלל המסורתי של המשפט המקובל שלפיו לא ניתן להפעיל את עוולת הרשלנות לפיצויים על "נזק כלכלי" כשלעצמו, שאינו נלווה לנזק גוף או רכוש. ראה Salmond, *supra* note 45, at 191–198. להתפתחות עמדתו של המשפט הישראלי בסוגיא זו ראה י' אנגלרד, "תרומת הפסיקה להתפתחות בדיני נזיקין – דימויה העצמי ומציאות" עיוני משפט יא (תשמ"ו) 67, 81 – 82.

313 השילוב של הכרעה קניינית בתחרות בין בעלי זכויות נוגדות, מצד אחד, והטלת תובת פיצויים לאיזונה של הכרעה זו, מצד שני, אינו מקובל בפסיקת בתי-המשפט. מקום שמחיימת הכרעה לגבי זכויות מתחרות אין ההכרעה מלווה בפסיקת פיצויים. אולם במאמר קצר, אך חשוב ביותר, רמו הפרופ' פרידמן על אפשרות להחלטה של גישה כזו. הפרופ' פרידמן הצביע על כך שבע"א 842/79 נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204 הכריע בית-המשפט בתחרות בין בעלי הזכויות הנוגדות על-פי "דין הקניין", אך זאת תוך התחבטות נרחבת בשאלת האשם היחסי של הצדדים, ובמיוחד בשאלת אשמו של אותו צד שזכותו זכתה בסופו של דבר לעדיפות. הפרופ' פרידמן העיר על פסק-דין זה כי "לא הועלתה כלל האפשרות, הנפוצה כל כך בדיני נזיקין, של חלוקת הנזק בין הצדדים על יסוד אשמתם היחסית". ד' פרידמן, "דין הקניין ודין האשם" ספר ווסמן

במסגרת דוקטרינת ההשתק, המתקשר הראשון ייחשב בנסיבות האמורות כמי שיצר מצג, שהמתקשר השני היה רשאי לפעול בהסתמך עליו כאילו שיקף נכונה את מצב המציאות. החלתה של דוקטרינת ההשתק בנסיבות דנן עשויה אפוא להביא לכך שבהתדיינות בין המתקשר הראשון והמתקשר השני ביחס לזכות, המתקשר הראשון ייחשב מנוע מלהסתמך על קיום זכותו החוזית הקודמת בזמן, והדיון ייחתך כאילו לא קיימת ביחס לזכות תחרות, אלא כאילו קיימת זכותו החוזית של המתקשר השני בלבד. ניכר מיד, שהפעלתה של דוקטרינת ההשתק בנסיבות אלו כרוכה במתח עם הכלל בדבר עדיפות זכותו של המתקשר הראשון בזמן: על שום אלמנט "האכיפה" הטבוע בה, הפעלתה של דוקטרינת ההשתק תביא לתוצאה מקוטבת לזו שהיתה מתבקשת על-פי הכלל בדבר עדיפותו של הראשון בזמן. זאת, כרומה לאפקט של הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר השני בזמן שזכותו הבשילה לקניין, על הכלל בדבר עדיפות זכותו של המתקשר הראשון בזמן.

ואכן, דוקטרינת ההשתק ושיקולים הקרובים לה כרוחם הוכרו במסגרת דיני היושר של המשפט האנגלי כמי שיכולים להיות מובאים בחשבון לצורך הכרעה בתחרות בין זכויות שמעמדן שווה: נקבע באנגליה כי התנהגות של המתקשר הראשון בזמן, שמתקיימים בה האלמנטים של דוקטרינת ההשתק, עשויה להביא להחלתה של דוקטרינה זו במסגרת היחס שבין המתקשרים המתחרים, באופן שהמתקשר הראשון יהא מנוע מלכפור בתקפות זכותו של המתקשר השני³¹⁴. כמו-כן נקבע באנגליה, כי רשלנות רבתי מצד המתקשר הראשון בזמן עשויה להביא לכך שהעדיפות תוקנה למתקשר השני³¹⁵. הלכות אלו הוחלו גם במשפט הישראלי בתקופה שלפני החקיקה האזרחית³¹⁶.

(ירושלים, תשד"ס) 241, 251. יתר על כן: בהמשך דבריו, בהצביעו על סימנים של ראשית הכרה מצד הדין ברלבנטיות של התנהגות הצדדים המתחרים על ההכרעה בתחרות שביניהם (ראה להלן) הפרופ' פרידמן מציג את השאלה "האם לא יתוארו נסיבות בהן תישקל חוסר זהירותו של האחד לעומת חוסר זהירותו של האחר ויושג פתרון של חלוקת הנזק, כנהוג כדין הרשלנות?" שם, בעמ' 252.

314 Snell, *supra* note 304, at 62–63.

315 נ' כהן (לעיל, הערה 136), 372–373; *idem.*, at 63.

316 ע"א 156/51 י' פרנקל נ' מ' נאמן וכהן-מלמד, פד"י ח 1447, 1456 (הראשון בזמן יגבר על השני בזמן, "אלא אם יצליח מתחרו להצביע על נסיבות מיוחדות העשויות להוציא את הראשון ממעמדו העדיף"); ע"א 73/53 זילברשטיין נ' פלק ואח', פד"י ט 57, 70–71 (בין הנסיבות המיוחדות העשויות לשלול מהראשון בזמן את עדיפותו נמנות, בין השאר, רשלנות מצדו של המתקשר הראשון "שהיה בה כדי להביא שינוי לרעה במצבו של בעל הזכות שביושר האחר"); ע"א 367/71 טייג נ' ישראלי ואח', פד"י כו(1) 710, 716 ("עלול בעל הזכות הקודמת להפסיד את זכות היתר שלו, אם בעל הזכות הקודמת אשם במעשה מרמה, או ברשלנות חמורה או אם נוצר השתק הפועל לטובת בעל הזכות המאוחרת"); ע"א 661/74 עוזיאל ואח' נ' דוחובני, פד"י ל(3) 763, 779–780 (רשלנות מצד המתקשר הראשון בזמן בנוגע לרישום זכותו תביא לביטול עדיפותו); ע"א 145/79 אסלאן ואח' נ' דיאב ואח', פד"י לה(1) 729, 732–733, 734–735 (כנ"ל). ראה גם דברי השופט זוסמן בע"א 528/66 שטרן נ' חב' חלקה 36 בגוש 6127 בע"מ ואח', פד"י כא(2) 342, 349–350. כמו כן ראה כהן (לעיל, הערה 136), 224, הערה 50, ובעמ' 239–240. במאמרו על "דין הקניין ודין האשם" הצביע הפרופ' פרידמן על כך שבדרך-כלל ההכרעה הקניינית אינה תלויה בשיקולים בדבר קיומו של "אשם" בהתנהגות

בחקיקה האזרחית החדשה שלנו כמעט שלא ניתן למצוא ביטוי לגישה זו. הסדרי החקיקה החדשה מבוססים בדרך-כלל על הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר הראשון בזמן ועל הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר השני בזמן שזכותו הגיעה למעלה של זכות קניין, ואילו בשאלת התחרות בין כעליהן של זכויות מדרגה שווה לא ניתן משקל בחקיקה לשיקולים בדבר התנהגותו הרשלנית של המתקשר הראשון. זוהי אפוא נקודה הראויה לציון: בעוד שבמצבים ה"בלתי-תחרותיים" החקיקה האזרחית החדשה קובעת הסדרים המושתתים על מתן נפקות להסתמכות על מצגים מוטעים, וזאת בדרך של הקניית זכויות וכוחות לצדדים בהתאם למצג, הרי במצבים ה"תחרותיים" אין מוקנית נפקות כזו בחקיקה לצורך הכרעה בתחרות שבין הצדדים לרכישתן של זכויות קניין³¹⁷. אולם לדברים אלו קיים חריג אחד בולט: סעיף 4 לחוק המחאת חיובים יכול להיחשב כקובע הסדר הזונח את שני כללי העדיפות המקובלים ומקנה, תחת זאת, משקל קונקלוסיבי לשיקולי התנהגותו הרשלנית של המתקשר הראשון³¹⁸. יתר-על-כן: אף באותם מקרים שבהם קבעה החקיקה כי שאלת התחרות תוכרע על-פי שני כללי העדיפות האמורים ולא על-פי שיקולי התנהגותו של המתקשר הראשון – הפסיקה הפעילה לעתים את השיקול בדבר התנהגותו הרשלנית של המתקשר הראשון כשיקול העשוי להשפיע על ההכרעה בשאלת התחרות³¹⁹.

4. סעיף 4 לחוק המחאת חיובים

סעיף 4 לחוק המחאת חיובים הוא דוגמא טובה להעדפה של המתקשר השני בזמן על-פני המתקשר הראשון בזמן, מקום שהמתקשר הראשון יצר פער בין המצב האמיתי של המציאות המשפטית לבין המצב המוצג של מציאות זו, והמתקשר השני פעל בהסתמכו על המצג המוטעה. הכלל שברישא לסעיף 4 מאמץ את כלל-היסוד בדבר עדיפות זכותו של המתקשר הראשון בזמן. הרישא מורה כי מקום ש"המחאה הנושה זכות לאחד וחזר והמחאה אותה לאחר, הזכות היא של הראשון". הכלל שבסיפא לסעיף 4 קובע תנאים שבהתקיימם יועדף הנמחה השני בזמן: "אולם אם הודיעו לחייב על המחאה השנייה לפני שהודיעו לו על הראשונה, הזכות היא של השני".

של אחד הצדדים המתחרים או שניהם. פרידמן (לעיל, הערה 17), 247–248, 249. אולם לדבריו, "בכל זאת, כה עמוקה היחה השפעת רעיון האשם עד שגם דין הקניין לא זכה לחסינות גמורה בפניה". שם, בעמ' 249. הפרופ' פרידמן דן בדוגמאות הממחישות השפעה זו. אחת הדוגמאות המובאות על-ידו מתייחסת לדוקטרינת ההשתק: "עדים אנו להתפתחות הדוקטרינה של השתק מחמת רשלנות. השתק עשוי כידוע להשפיע על דין הקניין, אם תוצאתו היא שמחמת ההשתק מנוע הבעלים מלהסתמך על זכותו כלפי אדם הטוען לנכס. ... אין צריך לומר כי עצם התפתחותה של דוקטרינה זו מלמד על השפעה (אמנם מסוייגת ומוגבלת) של רעיון האשם על דין הקניין". שם, בעמ' 249–250.

317 לפשר המונחים "תחרותיים" ו"בלתי-תחרותיים" בהקשר זה ראה לעיל, טקסט ליד הערות 18–19.

318 ראה להלן.

319 ראה להלן.

הכלל שבסיפא לסעיף 4 הולך בעקבות כלל מפורסם בדין האנגלי, הידוע ככלל של *Dearle v. Hall*.³²⁰ כל נמחה המתקשר בעסקת המחאה עשוי להיות מוטרד מהחשש שמא הזכות המומחית לו כבר הומחאה קודם-לכן לאחר, ומהחשש שמא זכותו של הממחה כפופה להתחייבות מוקדמת מצדו להמחות את הזכות לאחר. מאחר שהנכס נשוא עסקת המחאה הוא זכות ערטילאית, הנמחה לא יוכל ללמוד על מצב הזכויות לגבי הזכות על-פי עובדה כמו חזקה. בהעדר מרשם לגבי הזכות, הנמחה לא יוכל ללמוד על מצב הזכויות לגביה על-פי מרשם זכויות כלשהו. הפתרון לבעייתו של נמחה כזה, שאומץ בסעיף 4, הוא פשוט ומחוסם: הפיכת החייב ל"מרשם הזכויות" ביחס לזכות נשוא המחאה, באופן שהודעה לחייב תיחשב שקולה כנגד רישום קונקלוסיבי של זכותו של הנמחה. באופן כזה, נמחה שלא הודיע על זכותו לחייב נחשב כיוצר מצג מוטעה של המציאות, ומקום שנושה אחר פועל בהסתמך על מצג זה – המצג שנוצר על-ידי המתקשר הראשון "יאיכף" עליו, מבחינה זו שזכותו לא תיחשב קיימת לצורך התחרות, כביכול, עם זכותו של הנמחה השני.³²¹

ייחודו של סעיף 4 הוא אפוא בכך שהוא מאפשר דחיה של הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר הראשון בזמן לא בהסתמך על כך שהמתקשר השני בזמן רכש זכות מדרגה יותר גבוהה מזכותו של המתקשר הראשון, כי אם בהסתמך על המצג המוטעה של המציאות שנוצר בעקבות מחדלו של המתקשר הראשון בזמן. בהתאם לכך, סעיף 4 אינו מתנה את עדיפותו של המתקשר השני בכך שתינתן על-ידו תמורה. הטעם לכך הוא ברור: בסעיפים שבהם עדיפותו של המתקשר השני מותנית במתן תמורה על-ידו, עדיפותו של המתקשר השני מבוססת על הרציונלה של מתן הגנה למתקשר העשוי לסבול נזקי הסתמכות בהיקף רב יותר באופן יחסי; עדיפותו של המתקשר השני בסעיף 4 מבוססת על רציונלה אחרת, היינו: יכולתו של המתקשר הראשון למנוע את נזקי ההסתמכות של המתקשר השני והתרשלותו מלעשות כן.³²² לפיכך, על-פי סעיף 4, נמחה מכוח עסקת חסד, שהודיע לחייב על המחאה, יגבר על נמחה קודם במסגרת עסקת תמורה, שלא הודיע לחייב על המחאה.³²³

320 (1828) 3 Russ. I, H. Hanbury, *supra* note 304, at 645–646, 647–648; Snell, *supra* note 304, at 71–74.

321 הגישה שעליה נסמך הדיון שכשנורות אלו היא זו שלפיה בין הממחה והנמחה מושלמת עסקת המחאה עם כריתת חוזה המחאה, ואולם תנאי לתוקפה של המחאה כלפי צדדים שלישיים הוא שהודעה על המחאה תימסר לחייב. ראה לעיל, טקסט ליד הערה 163. השווה גם תוצאתה של הודעה לחייב על-פי סעיף 4 (הגנת זכותו של הנמחה מפני עסקאות נוגדות שהן מוקדמות ומאוחרות בזמן) לתוצאת רישומה של הערחה-אזהרה להבטחתה של זכות במקרקעין (הגנת הזכות רק מפני עסקאות מאוחרות בזמן).

322 סעיף 6 להצעת חוק העברת חיובים, תשכ"ה–1965, ה"ח 657, התנה את עדיפותו של הנמחה השני בזמן בכך שתינתן על-ידו תמורה בתום-לב. שתי דרישות אלו הושמטו בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים. השמטה זו מבטאת את המעבר מרציונלה של הקטנת נזקי הסתמכות לרציונלה של הטלת אחריות על המתקשר שביכולתו למנוע יצירת פער בין המצב האמיתי של המציאות ובין המצב המוצג של המציאות.

323 נ' כהן (לעיל, הערה 136), 121–122; כהן (לעיל, הערה 124), 234.

לפי לשונו, סעיף 4 הוא קיצוני מבחינה זו שאינו מתנה את עדיפותו של הנמחה השני בכך שתתקיים לגביו הדרישה של תוס'לב. בד"ן האנגלי, תנאי לכך שהנמחה השני יגבר על הנמחה הראשון הוא שתתקיים בנמחה השני דרישת תוס'הלב, אך זאת לא עד שלב מתן ההודעה לחייב אלא במשך שלב העסקה עם הנמחה בלבד³²⁴. דרישת תוס'הלב הופיעה בסעיף 6 להצעת חוק העברת חיובים, תשכ"ה – 1965³²⁵, תוך החלתה עד לשלב המאוחר-יחסית שבו הנמחה השני בזמן זכה לפרעון הזכות מידי החייב ("אולם נעבר בתמורה שנפרע בתוס' לב אין מוציאים מידו"). אולם דרישת תוס'הלב הושמטה בעקבות טיעון מצד נציגי הבנקים³²⁶. על השמטה זו נמתחה ביקורת על-ידי השופטת בן-פורת³²⁷.

לכאורה, גישה שעל-פיה מוקנה משקל קונקלוסיבי לאימתן ההודעה לחייב על-ידי הנמחה הראשון ולא מובא בחשבון מצב הידיעה של הנמחה השני מקילה את ההכרעה בתחרות שבין הנמחה הראשון והשני ומגבירה את הוודאות בקרב שני נמחים אלו בדבר הווכה בתחרות שביניהם, משום שהתחרות בין הנמחים מוכרעת על-פי נתון עובדתי פשוט – הודעה לחייב – ואין מובאים בחשבון לצורך ההכרעה נתונים סובייקטיביים המתייחסים לתוס'הלב של הנמחה השני. אולם בהקשר דנן, שלא כבהקשרים אחרים³²⁸, לא נראה כי קיימים טעמים העשויים להצדיק קונקלוסיביות של נתון עובדתי חיצוני והתעלמות ממצב הידיעה של הנמחה השני. יתר-על-כן: אם אכן הרציונלה שביסוד סעיף 4 היא התרשלותו של הנמחה הראשון למנוע את הסתמכותו של הנמחה השני על מצג מוטעה של המציאות, כי אז מתבקש שנמחה שני, שהסתמך שלא בתוס'לב על העדר הודעה לחייב על המחאה קודמת, לא יוכל לגבור על נמחה קודם אף אם זה לא הודיע לחייב על ההמחאה.

עם זאת, תחום השתרעותו של סעיף 4 הוא במצבים של תחרות בין שתי המחאות סותרות. הגישה המגולמת בסעיף זה בדבר הפיכת החייב ל"מְרַשֵּׁם הזכויות" ביחס לזכות המומחית מוגבלת רק למצבים של תחרות מהסוג האמור. אין גישה זו חלה במצבים של תחרות בין נמחה לבין בעל אינטרס בזכות שלא מכוח המחאה. בע"א 165/75 מרדכי לוינגר, עו"ד נ' הפאוק הזואולוגי, רמת גן בע"מ, ואח' ³²⁹ נדונה המחאה של זכות לנמחה, לאחר שהוטל על החוב עיקול. בית-המשפט קבע כי הממחה לא היה יכול להעביר לנמחה יותר ממה שהיה לו בעת ההמחאה, היינו:

324 H. Hanbury, *supra* note 304, at 645, 647; Snell, *supra* note 304, at 71

325 ה"ח 657. ראה גם לעיל, הערה 320.

326 מ' בן-פורת (לעיל, הערה 163), 25.

327 "נעיר שאם המטרה היתה לפשט, הרי מצד אחד אמנם הקלו על הנושה (והחייב) למעלה מן המידה, אך יחד עם זאת גם פתחו פתח לקגנוניות". מ' בן-פורת (לעיל, הערה 163), 25. הערה 4; "לא מובן מדוע לא דרש המחוקק מאת הנמחה השני תוס' לב ומתן תמורה, כפי שדרש במקרים דומים אחרים. הערה זו מקבלת משנה תוקף לאור הדרישה לתוס' לב בחוק זה עצמו בכמה מסעיפיו, וכן לאור העובדה שמדובר בזכות עדיפה". שם, בעמ' 25. כמובן ראה כהן (לעיל, הערה 129), 124 ("סעיף 4 אינו דורש כלל תוס' לב או תמורה מצידו של הנמחה השני, כתנאי לעדיפותו. ניתן לסבור כי לפחות דרישת תוס' לב מחייבת").

328 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 159 – 192.

329 פד"י ל(2) 25.

זכותו של הנמחה היתה כפופה לזכותו של המעקל. סעיף 4 לא נמצא עלידי בית-המשפט רלבנטי לעובדות המקרה, ובצדק. אולם גישה המבקשת למנוע מצבים שבהם נמחה יפעל בהסתמך על ההנחה המוטעית שלפיה הזכות המומחית לו נקיה מאינטרסים נוגדים של צדדים שלישיים – תטיל חובה אף על בעל אינטרס כזה (כגון מעקל) להודיע לחייב על האינטרס שלו, כתנאי להכרה באינטרס³³⁰.

5. סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969

(א) יתרונות המרשם

אחת הבעיות שבפניהן ניצבת כל שיטת משפט היא, באיזו דרך לקבוע את אופן

330 השווה ד"ר 30/67 שטרן ואח' נ' שטרן ואח', פד"י כב(2) 36. שאלה נוספת המתעוררת לגבי תחום השתרעותו של סעיף 4 היא, אם הוא חל על מצבים שבהם הושלמה המחאה לנמחה אחד ולאחר מכן הושלמה המחאה נוגדת לנמחה אחר או שמא הסעיף חל גם על מצבים שבהם ממחה התחייב להמחות זכות לנמחה אחד ולאחר-מכן, בטרם הושלמה המחאה זו, הממחה התחייב להמחות את הזכות לנמחה אחר. הועלתה סברה שלפיה סעיף 4 חל רק על מצבים מהסוג הראשון, בעוד שעל מצבים מהסוג השני יחול סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א – 1971. ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 668; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 121 – 122. ספק בעיני אם לא ניתן להחיל את סעיף 4 גם על מצבים של תחרות בין בעלי התחייבויות נוגדות להמחאה. אמנם הסעיף נוקט לשון "המחה" הנותנת, לכאורה, מקום לסברה שלפיה עניינו של הסעיף הוא בעסקאות המחאה שהושלמו ולא בעסקאות של התחייבות להמחות. אולם, לדעתי, אין לייחס ללשון זו כוונה להוציא מגדר סעיף 4 את עסקאות ההתחייבות. ראשית, אף סעיף 1 לחוק המכר נוקט לשון שממנה משתמע כאילו עסקת-המכר הנצפית עלידי חוק המכר היא עסקה ריאלית, בהבדל מהתחייבות למכור, ובכל-זאת אין ספק כי דגם העסקה הנצפה עלידי החוק הוא זה של עסקת-המכר האובליגטורית. ראה ז' צלטנר (לעיל, הערה 189), 15 – 16. שנית, עלי-פי הגישה האמורה מתקבלת תוצאה קשה שלפיה ההגנה על נמחה ראשון בזמן שעסקת-המחאה שלו הושלמה היא חלשה יותר מההגנה על נמחה ראשון בזמן שעסקת-המחאה שלו נמצאת עדיין בשלב האובליגטורי: הדרישות שהנמחה השני צריך לקיים במסגרת סעיף 4 הן קלות יותר מהדרישות שאותן המתקשר השני צריך לקיים במסגרת סעיף 12 לחוק המיטלטלין (עם זאת, תומכי הגישה האמורה ערים לקושי זה). שלישית, אני סבור כי אין מניעה, מהבחינה העניינית, שסעיף 4 יחול גם על התחייבות להמחאה. התנאים שקיומם נדרש עלי-פי סעיף 12 כדי שהמתקשר השני בזמן יגבר על המתקשר הראשון בזמן נובעים מחוסר היכולת של המתקשר הראשון בזמן בעסקה המתייחסת למיטלטלין להודיע לזולת על קיום ההתחייבות לטובתו. ראה להלן. לעומת זאת, הגישה הרואה את החייב כ"מרשם הזכויות" ביחס לזכות המומחית מאפשרת למי שקיימת כלפיו התחייבות להמחאה להודיע לזולת על קיום ההתחייבות כלפיו לזולת. במלים אחרות: הוראת סעיף 4 נראית קרובה יותר מבחינה עניינית למצב של התחייבות להמחות מאשר הוראת סעיף 12. רביעית, מקורו של סעיף 4 בסעיף 6 להצעת חוק העברת חיובים, תשכ"ה – 1965. ניתן לטעון כי סעיף 6 נוסח במתכונת של הקניית עדיפות מלכתחילה לזכות האובליגטורית הראשונה בזמן עלי-פני זכות אובליגטורית מאוחרת בזמן תוך קביעה כי הזכות המאוחרת בזמן היא שתגבר אם נרכשה בתוס-לב ובתמורה. אם טיעון זה נכון, הרי המצב שעמו ביקש סעיף 4 להתמודד מלכתחילה הוא המצב של שתי התחייבויות להמחאה שהן נוגדות (הספק המתעורר במקרה זה נובע מלשון סעיף 6 להצעת החוק, שהיא לא חדר-משמעות: "העביר נושה זכות לאחר וחזר והעבירה לאחר, הזכות היא של הראשון; אולם נעבר בתמורה שנפרע בתוס-לב אין מוציאים מידו").

העברת הזכויות בעסקאות המתייחסות לנכסים השונים הכפופים לשיטה. אחת הדרכים האפשריות היא הדרך של יצירת מרשם זכויות האמור לשקף את מצב הזכויות לגבי הנכסים השונים, באופן שרק עם רישומה של זכות במרשם תוכל הזכות להיחשב כקיימת על-פי השיטה.

שלושה יתרונות גדולים עומדים ביסודה של שיטה המבססת את מצב הזכויות לגבי נכסים על רישום הזכויות במרשם. היתרון העיקרי הוא השגת ודאות כרמה גבוהה ביחס למצב הזכויות בנכס: רוכש הזכויות הפועל בהסתמך על המרשם משוריינ מפני תביעתם של בעלי אינטרסים נוגדים, מוקדמים יותר, שהאינטרס שלהם לא בא לביטוי במרשם³³¹. היתרון השני בשיטה של מרשם זכויות הוא השגת ודאות כרמה גבוהה מפני שלילה בלתי-רצונית של הזכויות לגבי הנכס: בעל הזכויות בנכס יודע כי כל רכישת זכות הוגדת לזכותו תהא מותנית בהסכמתו לרישום הזכות במרשם³³². שני יתרונות אלו מגבירים את רמת הוודאות ביחס לזכויות לגבי נכסים ובכך הם תורמים להעלאת רמת היעילות בקרב הצדדים העוסקים בזכויות אלו. היתרון השלישי הוא האפשרות לפצל בקלות את הזכויות ביחס לנכס: המרשם מאפשר הקניה של זכויות-משנה מקבילות ביחס לנכס וכן זכויות העוקבות אחת את רעותה מבחינת סדר הזמנים³³³.

נכסים שונים מתאימים במידה שונה לכך שהזכויות לגביהם ייקבעו על-פי תוכנו של מרשם זכויות. כדי שנכס ייחשב מתאים לשיטה של מרשם נדרש כי יתקיימו בו שלוש תכונות עיקריות. ראשית, העברת הזכויות בנכס צריכה להיעשות כתדירות נמוכה. נכס שעל-פי טיבו הוא מיועד לעבור מיד ליד בתדירות גבוהה לא יצלח לשיטה של מרשם זכויות³³⁴. שנית, הנכס צריך להיות בעל שווי רבייחיות. בגלל העלויות הכרוכות בקיומה של שיטת מרשם, נכסים בעלי שווי נמוך-יחסית לא יוכלו לשאת בעלויות קיומה של השיטה³³⁵. שלישית, הנכס צריך להיות בעל זיקה גיאוגרפית קבועה וקרובה למרשם מסוים כדי שיהיה ניתן לאתר בקלות את מצב הזכויות לגביו³³⁶. על-פי אמות-מידה אלו, ברור שמקרקעין הם הנכס בה"א הידיעה המתאים לקביעת הזכויות לגביו בשיטה של מרשם זכויות³³⁷.

- 331 ע"א 528/66 שטרן נ' חב' חלקה 36 בגוש 6217 בע"מ ואח', פד"י כא(2), 342, 348—349 ד"נ 30/67 שטרן ואח' נ' שטרן ואח', פד"י כב(2), 36, 42; בר"ע 178/80 בוקר ואח' נ' חברה אנגלית ישראלית לניהול ואחזקות בע"מ, פד"י כה(2), 121, 127; ע"א 842/79 נס ואח' נ' גולדה, פד"י לו(1), 204, 213; ע"א 411/81 זידאן נ' עידר ואח', פד"י לח(3), 449, 453; וייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 354; כהן (לעיל, הערה 124), 239; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 50—52; D. Baird & Jackson, "Information, Uncertainty, and the Transfer of Property" 13 *J. Legal Stud.* (1984) 299, 303; R. Epstein, "Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes" 55 *S. Cal. L. Rev.* (1982) 1355—1356; Gravells *supra* note 76, at 230; א' פרוקציה (לעיל, הערה 220), 73; א' פרוקציה, "הערות להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), חשל"ג—1973" משפטים ה (תשל"ג) 452—453.
- 332 Baird & Jackson, *supra* note 331, at 303; Gravells, *supra* note 76, at 230
- 333 Baird & Jackson, *supra* note 331, at 303; Epstein, *supra* note 331, at 1345—1355
- 334 Baird & Jackson, *supra* note 331, at 304—306
- 335 *idem.*
- 336 Epstein, *supra* note 331, at 1354—1355
- 337 Baird & Jackson, *supra* note 331, at 304

(ב) "יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים" – סעיף 9 לחוק המקרקעין

ההנחה שביסוד חוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969³³⁸ (להלן: חוק המקרקעין), היא שבמדינה פועל מרשם לרישום הזכויות ביחס למקרקעין שבמדינה³³⁹, ומרשם זה, הוא בלבד, משקף את מצב הזכויות ביחס למקרקעין, היינו: שלא תיחנן זכות במקרקעין אם אין לה ביטוי במרשם³⁴⁰. הנחה זו באה לידי ביטוי בולט בסעיף 7 לחוק המורה, כי עסקה במקרקעין טעונה רישום ועסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה. יתר-על-כן: מגמת החוק להפוך את המרשם למכשיר המבטא באופן קונקלוסיבי את מצב הזכויות לגבי המקרקעין שבמדינה באה לידי ביטוי גם בכך שהחוק נותן תוקף לרכישת זכות במקרקעין, על-פי המרשם, גם במקרים שבהם הרישום במרשם אינו משקף נכונה את מצב הזכויות לגבי המקרקעין³⁴¹.

השאלה המתעוררת היא, באיזו מידה המגמה האמורה חולשת גם על עמדתו של חוק המקרקעין בסוגיית התחרות בין בעליהן של זכויות חזיונות נוגדות ביחס לנכסי מקרקעין. כידוע, החוק מעמיד לרשותו של מי שהתקשר בחוזה לרכישת זכות במקרקעין אמצעי של רישום הערת-אזהרה כדי לשקף במרשם את עובדת קיומה של זכות³⁴². בעל התחייבות שרשם הערה, כאמור, רוכש חסינות מפני רישום זכות נוגדת לטובת מתקשר מאוחר יותר³⁴³ וכן מפני רכישתה של זכות נוגדת מאוחרת שאינה תלויה ברישום³⁴⁴. לפיכך, היה ניתן להציע בסוגיית ההתחייבויות הנוגדות להקניית זכות במקרקעין פתרון ברוח ההסדר שנקבע בסעיף 4 לחוק המחאת חיובים³⁴⁵: בתחרות בין בעלי התחייבויות נוגדות להקניית זכות במקרקעין יגבר הראשון בזמן, ואולם אם המתקשר הראשון לא רשם הערת-אזהרה ביחס לזכותו והמתקשר השני בזמן רשם הערה, כאמור – יגבר האחרון. גישה כזו היתה עולה

338 ס"ח 575.

339 ראה גם סעיפים 115 – 151 לחוק.

340 בר"ע 178/80 בוקר ואח' נ' חברה אנגלו-ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פד"י כה (2) 121, 134, 137; רייכמן (לעיל, הערה 168), 162; י" ריסמן, חוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969 –

מגמות והישגים (ירושלים, תש"ל) 85 – 89. עם זאת, חוק המקרקעין מכיר בתקופה של

שכירות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אף בהעדר רישום. ראה סעיף 80 לחוק. כמו-כן,

על-פי סעיף 94 לחוק, זיקת הגאון מכוח שנים יכולה להיות תקיפה אף בהעדר רישום. על-פי

סעיף 152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב – 1972, שכירות לתקופה שאינה עולה על

עשר שנים בדירה או בבית-עסק אינה טעונה רישום. ראה א' רייכמן, "השפעת זיקת הגאון על

הלכות שכנים – שעבודי נזיקין מכח שנים" עיוני משפט ד (תשל"ה) 368. ראה גם רייכמן

(לעיל, הערה 168), 143, הערה 112; י" ריסמן, שם, בעמ' 87 – 88.

341 סעיף 10 לחוק. ראה גם ע"א 599/77 קורצפלד ואח' נ' אדלר ואח', פד"י לד (2) 29, 33; ע"א

842/79 נס נ' גולדה ואח', פד"י לו (1) 204, 212 – 213.

342 ראה סעיף 126 לחוק.

343 סעיף 127 (א) לחוק המקרקעין; רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 311, 313,

333 – 335; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 8, 54, 273.

344 רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 333 – 335.

345 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 320 – 330.

בקנה אחד עם התפישה שלפיה יש להטיל אחריות על "יוצרי סיכונים" בגין הימנעותם מלנקוט אמצעי זהירות כנגד פגיעה באינטרסים של הזולת. בעל התחייבות לרכישת זכות במקרקעין יכול לשקף את זכותו במרשם על-ידי רישום הערת-אזהרה ובכך, באמצעי זול ופשוט, להודיע לכולי עלמא מהו המצב המשפטי האמיתי של המקרקעין. לעומת זאת, מתקשר הבוחן את מצב המרשם ביחס למקרקעין ומגלה כי זכותו של המוכר בלתי-מסויגת – יזקק להשקעות עצומות כדי לאתר את עובדת קיומה של התחייבות נוגדת מוקדמת ביחס למקרקעין, שאינה משתקפת במרשם. מכאן, שהעדפת המתקשר השני בזמן שרשם הערת-אזהרה ביחס לזכותו, במקום שהמתקשר הראשון בזמן לא רשם הערה, כאמור, היתה ממריצה מתקשרים בעסקאות המתייחסות למקרקעין לשקף במרשם את הזכות החוזית הקיימת לטובתם, ובכך היתה מוגברת רמת הוודאות בעסקאות המתייחסות למקרקעין.

אולם לא זו הגישה שאומצה על-ידי חוק המקרקעין. סעיף 9 לחוק מאמץ את שני הכללים המסורתיים המסדירים את התחרות בין עסקאות נוגדות במסגרת דיני היושר³⁴⁶: על-פי כלל-היסוד, זכותו של בעל ההתחייבות הראשונה בזמן עדיפה³⁴⁷; אולם, הזכות השנייה בזמן תועדף אם בעליה "פעל בתום לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום לב"³⁴⁸. מכאן שעל-פי כלל-המשנה שבסעיף 9, צד המתקשר לרכישתה של זכות במקרקעין, בהסתמך על בעלותו הבלתי-מסויגת של מוכר הזכות על-פי המרשם, עשוי בסופו של דבר שלא לזכות בזכות אם עד רישום זכותו ייוודע לו על קיומה של ההתקשרות הנוגדת המוקדמת בזמן. זאת, אף אם המתקשר השני בזמן רשם הערת-אזהרה להבטחת זכותו³⁴⁹. תוצאה זו מחלישה את מעמדו של המרשם כמבטא באורח קונקלוסיבי את מצב הזכויות ביחס למקרקעין שבמדינה³⁵⁰ ובכך היא גורמת להקטנת רמת הוודאות בקרב המתקשרים בעסקאות

346 ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 18, 666, הערה 177; ג' כהן (לעיל, הערה 136), 43, 44, 48–49, 52; י' ויסמן (לעיל, הערה 340), 13–14.

347 ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פד"י כח(2) 182, 187.

348 ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), 286–287, 667, הערה 178; ג' כהן (לעיל, הערה 136), 264–267; כהן (לעיל, הערה 124), 238. השווה Epstein, *supra* note 331, at 1356–1357. כזכור, טענתי כי הכלל המקנה למתקשר השני בזמן עדיפות במקום שזכותו הושלמה לזכות קניין, מבוסס על ההנחה שמתקשר שזכותו הגיעה למעלה כזו יסבול נזקי הסתמכות רחבי היקף יחסית אם תסוכל ציפייתו להיות בעל-הזכות. בפרספקטיבה של נזקי הסתמכות, ניתן לטעון שמתקשר ששילם למוכר את מלוא התמורה יסבול את מירב נזקי ההסתמכות – במובן של "הסתמכות חיונית" – האפשריים. אולם סעיף 9 אינו מסתפק בנזקי הסתמכות כאלו לצורך הקניית עדיפות למתקשר השני בזמן, אלא מתנה את הקניית העדיפות למתקשר זה ברישום זכותו. משמע, על-פי הסעיף, המתקשר השני צריך להיות במצב שבו תוכל להתקיים לגביו ההנחה שסבל נזקי הסתמכות "אגביים" בהיקף נרחב כתנאי לכך שתוקנה לו עדיפות על-פני המתקשר הראשון. ראה גם א' גולדנברג, "חוק המקרקעין, תשכ"ט – 1969 – הוראות המעבר ומורשת העבר" עיוני משפט ב (תשל"ג) 839, 850 ("דומה שהחוק החמיר יתר על המידה דווקא עם הקונה השני, כאשר דרש שתום לבו ימשיך עד למועד הרישום כתנאי לעדיפותו").

349 רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 335; ג' כהן (לעיל, הערה 136), 265.

350 השווה רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 333–335.

המתייחסות למקרקעין. אולם אף שהתוצאה האמורה נובעת ממחדלו של המתקשר הראשון בזמן לרשום הערת-אזהרה המשקפת את קיום ההתחייבות לטובתו – מתקשר זה לא ישא באחריות לתוצאה. נהפוך הוא: למרות מחדלו, הוא יועדף על-פני מתקשר מאוחר שטרם השלים את זכותו לזכות קניין. מטעמים אלו, ההסדר שבסעיף 9 לחוק זכה לאחרונה לביקורת נוקבת במאמר פרייטטו של הפרופ' א' רייכמן³⁵¹. תחת ההסדר הנוכחי הציע אפוא הפרופ' רייכמן הסדר הקרוב ברוחו להסדר שבסעיף 4 לחוק המחאת חיובים:

יש להכיר בהימנעות מרישום הערה משום הכשלת קונים אחרים והפרתה של נורמת ההתנהגות המקובלת. תהיה זו תוצאה סבירה שמי שלא רשם הערה, וגרם לכך שאחר יכנס עקב כך לקשר חוזי – לא יוכל עוד לאכוף את עדיפותו³⁵². ... [יש לתקן את חוק המקרקעין באופן שיקבע כי] בעל ההתחייבות שלזכותו נרשמה הערת אזהרה, עדיף על פני בעליה של כל זכות חיובית אחרת, קודמת או מאוחרת בזמן, שבגינה לא נרשמה הערה קודמת. עדיפות זו תמיר, אם נרשמה הערה, את מערכת העדיפויות הקבועה בסעיף 9 לחוק המקרקעין³⁵³.

השאלה המתעוררת היא, אם התוצאה של העדפת המתקשר השני בזמן על-פני המתקשר הראשון, על-שום מחדלו של המתקשר הראשון לשקף את העסקה שלו במרשם, לא תושג על-ידי הפסיקה, על-אף לשונו של סעיף 9. ראינו כי על-פי דיני היושר האנגליים, רשלנות-רבתי מצד המתקשר הראשון או יצירת מצג על-ידיו במובן של דוקטרינת ההשתק – עשויים להביא להעדפתו של המתקשר השני³⁵⁴. ראינו כי הלכות אלו אומצו במשפט המקומי בתקופה שלפני החקיקה האזרחית³⁵⁵. במקרה אחד, ת"א (ת"א) 1533/76 עזבון המנוח אליהו בלום, ואח' נ' נחום, ואח'³⁵⁶, הקנתה השופטת ולנשטיין עדיפות למתקשר השני, במסגרת תחרות על-פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, לנוכח התנהגותו הרשלנית של המתקשר הראשון³⁵⁷. אולם

351 רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 333 – 335.

352 שם, בעמ' 337.

353 שם, בעמ' 358. לרדכים להגיע לתוצאה המבוקשת באמצעים החקיקתיים הנוכחיים ראה שם, בעמ' 337 – 340; כהן (לעיל, הערה 136), 376 – 377.

354 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 314 – 315.

355 ראה לעיל, טקסט ליד הערה 316.

356 פס"מ תשל"ז(2) 16.

357 דירה נמכרה לקונה א. כעבור שלוש שנים נמכרה הדירה לקונה ב. הקונה ב התקשר עם המוכר לאחר שכרך את פרטי המרשם ביחס לדירה ומצא כי בעלותו של המוכר היא בלתי-מסויגת. תביעתו של הקונה א לאכיפת חוזהו נדחתה. השופטת ולנשטיין אמרה, כי הקונה ב עשה את כל אשר לאל ידו של קונה הנוהר זהירות סבירה בעוד שהקונה א התעלם התעלמות גמורה מסעיפים 126, 127 לחוק המקרקעין, דבר שהגיע לכדי החרשלות שהיה בה כדי לפגוע בקונה ב (עם זאת, שיקול נוסף שעמד ביסוד החלטתה של השופטת ולנשטיין היה שיקול מצוקתו של הקונה ב. ראה להלן). בע"א 714/79 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח', פד"י לר(3), 645, 648 אמר השופט ח' כהן על פסק-הדין של השופטת ולנשטיין בפרשת עזבון בלום: "על פסיקה זו סימן

מתעוררת השאלה, אם לנוכח הלכת ד"נ 21/80 ורטהיימר, ואח' נ' הררי, ואח' 358, ניתן עוד להשלים את כללי העדיפות שבסעיף 9 בשיקולים כלשהם שמחוץ לגדרו של סעיף זה³⁵⁹. עם זאת, בספרות ניתן למצוא תמיכה חד-משמעית בכך שעל-אף הלכת ורטהיימר שיקולים בדבר רשלנותו של המתקשר הראשון יוכלו לבוא בגדרו של סעיף 9, באופן שיביא להקניית העדיפות למתקשר השני³⁶⁰. ייתכן אפוא, שבסופו של דבר יושלם סעיף 9 על-ידי כלל יציר הפסיקה שלפיו רשלנות מצד

אני את שתי ידי. על פסק-הדין עזובן בלום ראה גם נ' כהן (לעיל, הערה 136), 374 — 375; רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 336.

פר"י לה (3) 253.

השופט ברק קבע, כי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין מצמיחה בידיו של המתקשר הראשון זכות המוגנת, על-פי סעיף 9, כלפי המתקשר השני. מכאן ש"סדר האכיפה הוא תוצאת העדיפות הקבועה בסעיף 9 לחוק המקרקעין, ואין תוצאת העדיפות מותנית בסדר האכיפה. הסדר נגדר אחר הזכות, ואין הזכות נגזרת אחר הסדר". פר"י לה (3) 253, 263. משמע, סעיף 3(4) כפוף לסעיף 9, ולא להיפך. בהמשך דבריו אמר השופט ברק, כי בסעיף 9 הורה המחוקק שלא שיקולי הצדק הם שיכריעו בתחרות שבין הצדדים כי אם סדר הזמנים של רכישת הזכויות. לדבריו, זהו אף הפתרון הרצוי ועולה ממנו כי ננטשה הגישה של דיני היושר באנגליה שלפיה "האכיפה משפיעה על מהות הזכות, ועדיפות הזכות משפיעה על האכיפה. כיום, זכותו של קונה בהתחייבות לעשות עסקה עומדת על רגליה היא, ושאלת אכיפתה נגזרת מההכרעה המהותית בדבר העיסקה הנוגדת". שם, בעמ' 265 — 266. מכאן, שוב, עדיפותו של המתקשר הראשון אינה יכולה להישלל מכוחם של שיקולים הלקוחים מגזרת האכיפה. ואכן, בהמשך דבריו השופט ברק מביע עמדה חד-משמעית בשאלת היחס שבין סעיף 9 וסעיף 3(4): "היתכן כי מה שניתן בסעיף 9 לחוק המקרקעין יילקח בסעיף 3 לחוק התרופות? ... אין להכניס בדלת המשנית של הסדר (על-פי סעיף 3 לחוק התרופות) את מה שהוצא בדלת הראשית של הזכות (על-פי סעיף 9 של חוק המקרקעין). התחשבות בשיקולי הצדק של הקונה השני כמוה כריקון סעיף 9 לחוק המקרקעין מתכנו המעשי". שם, בעמ' 266. ראה גם עמ' 267. השופט ברק הזכיר אמנם את ההלכה שלפיה ניתן להתחשב בשיקולי התנהגותו של המתקשר הראשון, אלא שזאת כי כוונתו היא שבמישור יחסי המתקשר הראשון והמיוצר יוכלו שיקולים כאלו להילקח בחשבון אך לא במישור התחרות שבין המתקשר הראשון והמתקשר השני. ראה שם, בעמ' 267 (יצוין כי בע"א 48/81 פומרנץ נ' ק.ד.ש. בנין והשקעות בע"מ ואח', פר"י לה (2) 813, 822 חזרה השופטת בן-פורת על הלכת ורטהיימר. השופטת בן-פורת ציטטה את דבריו אלו של השופט ברק, וגם מדבריה עולה כי יש להקנות להם תוקף רק במישור יחסי המתקשר הראשון והמיוצר ולא במישור התחרות שבין שני המתקשרים). מאידך גיסא, השופט ברק השאיר בצריך עיון את שאלת השפעתו של סעיף 39 לחוק החוזים על הסוגיא. שם, בעמ' 271. יתר על כן, השופט ברק ציין כי מאחר שבנסיבות המקרה דנן היה מקובל על הצדדים שהמתקשר הראשון לא היה יכול לרשום הערת-אזהרה "אמנע אף אני מלדון בשאלה, מה השפעה יש לאירישום הערת אזהרה על זכותו של הקונה הראשון, אילו ניתן היה לרשום הערת אזהרה". ראה גם רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 337.

לפי גישתה של ד"ר נ' כהן, אין לראות את סעיף 9 כקובע כלל ממצה החוסם את הדרך בפני חוצאה המנוגדת לזו הקבועה בסעיף, ומכל-מקום אין לפרש את הלכת ורטהיימר כשוללת מתן עדיפות למתקשר השני בהסתמך על שיקולים בדבר התנהגותו של המתקשר הראשון ומצוקתו של המתקשר השני. ראה כהן (לעיל, הערה 124), 239 — 240; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 379, 397. על-פי גישתו של הפרופ' א' רייכמן, הלכת ורטהיימר איננה מתייחסת כלל למצבים שבהם מתבקשת הבאה בחשבון של התנהגות המתקשר הראשון. ראה רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 336 — 337.

המתקשר הראשון בכל הנוגע לשיקוף ההתחייבות הקיימת כלפיו במרשם תביא לאובדן עדיפותו הלכאורית של מתקשר זה^{362, 361}.

361 אך ראה נ' כהן (לעיל, הערה 136), 375 ("במשפטנו, הנהוג של רישום הערת אזהרה הוא רשות ולא חובה; הלכה הקתנה את עדיפותו של א' ברישום הערת אזהרה, תהפוך למעשה את רישומה של זו לחובה ותקעקע את היסוד שעליו בנוי סעיף 9").

362 שאלה נוספת המתעוררת היא, מה אם לא ניתן למצוא כל דופי בהתנהגותו של המתקשר הראשון, ואולם מסתבר כי נזקי ההסתמכות שייגרמו למתקשר השני, בעקבות סיכול ציפיותו, כתוצאה ממתן העדיפות למתקשר הראשון, יהיו חמורים לאין ערוך מנזקי ההסתמכות שייגרמו למתקשר הראשון, במידה שתינתן עדיפות למתקשר השני דווקא, וציפיותו של המתקשר הראשון היא שתוכל. האם במקרה כזה יש להעדיף את המתקשר השני על-שום נזקי ההסתמכות החמורים בהרבה שייגרמו לו כתוצאה ממתן העדיפות למתקשר הראשון? בתקופה שלפני זאת חוק המקרקעין הכיר בית-המשפט העליון במקרה אחד, ע"א 73/53 (לעיל הערה 308), ברלבנטיות של השיקול בדבר מצוקתם היחסית של המתקשרים-המתחרים לצורך ההכרעה בתחרות שביניהם. ראה דברי השופט לנדור, שם, בעמ' 80–82 ודברי השופט אגונט, שם, בעמ' 76. בתקופה שלאחר שחוק המקרקעין, עמדה שאלת הרלבנטיות של מצב המצוקה היחסי של הצדדים ביסוד שני פסקי-הדין שניתנו על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת ורטהיימר. ע"א 714/79 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח', פד"י לד(3) 645; ד"נ 21/80 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח', פד"י לה(3) 253. דעת רוב השופטים בדיון הנוסף היתה, כי במסגרת כללי העדיפות הנמנים בסעיף 9 לחוק המקרקעין אין מקום להביא בחשבון את היחס בין המצוקה העשויה להיגרם למתקשר השני לעומת המצוקה העשויה להיגרם למתקשר הראשון, במידה שהמתקשר הראשון הוא שיועד. דעת-המיעוט היתה, שמקום שהקניית העדיפות למתקשר הראשון עשויה להביא לפגיעה חורגת במתקשר השני, יחסית לפגיעה העשויה להיגרם למתקשר הראשון, במידה שעדיפותו תישלל – המתקשר השני עשוי לזכות בעדיפות, על-אף כללי העדיפות שבסעיף 9. גם בת"א (ת"א) 1533/76 עוזבון המנוח אליהו בלום ואח' נ' סמיר נחום ואח', פס"מ תשל"ז(2) 16, בדומה לגישת המיעוט בפרשת ורטהיימר, אחד השיקולים שגרמו לשופטת ולנשיאין להעדיף את המתקשר השני היה ההשלכות הקשות שהיו עשויות להיגרם לגביו, במידה שהעדיפות היתה ניתנת למתקשר הראשון, לעומת הקלות היחסית של הפגיעה במתקשר הראשון, במידה שהעדיפות במקרה זה היתה ניתנת למתקשר השני. ראה שם, בעמ' 21. אני סבור כי השאלה איזה כלל צריך לחול על מקרים כאלו, והאם יש לסטות במקרים כאלו מכללי העדיפות המקובלים – היא שאלה קשה ביותר. מאחר שההנחה שביסודה של שאלה זו, קרי: אריצירת מצב מוטעה של המציאות על-ידי מתקשר אחד כלפי המתקשר האחר, היא הפוכה מההנחה שביסוד דיונו, אסחפק בהצעות ראשוניות בדבר אמות-המידה הראויות לטיפול בשאלה. ראשית, כלל שיכריע בין מתקשרים נוגדים על-פי מידת ההסתמכות של כל אחד מהם יצור תמריץ לכל מתקשר, הפועל כתנאי אירודאות באשר להיותו ראשון או שני, להשקיע הוצאות הסתמכות גבוהות. כשהמדובר בהוצאות של "הסתמכות חיונית" (קרי: תשלום המחיר למוכר), הרי על-פי שיקולים של יעילות כלכלית אין משמעות לכך שמתקשר שילם למוכר מעט או הרבה על חשבון המחיר. לא כן כשהמדובר בהוצאות של "הסתמכות אגבית". כל-אמת שהעדיפות לגבי הנכס מוקנית למתקשר אחד, הרי הוצאות "ההסתמכות האגבית" של המתקשר האחר יורדות לטימיון, בבחינת בזבז של משאבים בלא תכלית. כלל שיכריע בשאלת העדיפות על-פי היקף הוצאות ההסתמכות של הצדדים יצור תמריץ לכל מתקשר להגדיל את היקף הוצאות ההסתמכות שלו. בכך יימצא, בסופו של דבר, מתקשר שהפסיד בתחרות לגבי הנכס, ואולם הוצאות ההסתמכות שלו הן גדולות יותר ממה שהיה מוצא על-ידו לולא הכלל הקושר זכייה בנכס בהיקף ההסתמכות. על-פי שיקולים של יעילות כלכלית, הכלל המתחשב בהיקף ההסתמכות לצורך ההכרעה בתחרות שבין המתקשרים נראה אפוא בלתי-רצוי. השווה S. Shavell, "Damage Measures for Breach of Contract" 11 Bell J. Econ. (1980).

466. שנית, מנקודת-הראות של מתקשרים פוטנציאליים, כלל המכריע בשאלת התחרות בהתחשב בהיקף ההסתמכות של הצדדים עשוי להיחשב רצוי. יתרונו הגדול של כלל כזה מבחינתם

של המתקשרים הוא שכרונה בו הקטנה של סך כל נזקי ההסתמכות העשויים להיגרם למתקשרים, בהשוואה למצב שבו כלל כאמור אינו נמצא. מטעמים אלו ניתן להניח, כי אילו העמדנו בפני קבוצה של מתקשרים פוטנציאליים בעסקאות מקרקעין את הברירה בין משטר משפטי הכולל כלל, כאמור, לבין משטר משפטי שבו הכלל אינו נמצא, הרי בהנחה שכל מתקשר כזה יעדיף כי סיכוייו להיות המתקשר הראשון ביחס לנכס שווים לסיכוייו להיות המתקשר השני — רוב המתקשרים היו בוחרים במשטר משפטי שבו הכלל נמצא. מכאן שניתן להצדיק את הכלל בכך, שזהו הכלל שעליו היו רוב המתקשרים הפוטנציאליים מסכימים אילו נמצאו במצב שבו התקשרות מראש ביניהם לקביעת כללי התחרות ביניהם, ערב התקשרויותיהם, היתה אפשרית. השווה R. Coase, "The Problem of Social Cost," *J. Law & Econ.* (1960) 1; E. Weinrib, "The case for a Duty to Rescue", 90 *Yale L.J.* (1980) 247, 269; T. Jackson, "Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditors' Bargain" 91 *Yale L.J.* (1982) 857, 857—868. שלישית, ניתן להצדיק את הכלל שלפיו התחרות בין המתקשרים עשויה להיות מוכרעת על-פי היקף ההסתמכות שלהם בדרך נוספת. נניח כי לשני מתקשרים מסתבר כי הם מתקשרים מתחרים. נניח כי נזקי ההסתמכות של המתקשר הראשון הם בהיקף של 2, ונזקי ההסתמכות של המתקשר השני הם בהיקף של 8. אם נקנה עדיפות למתקשר הראשון — כפי שמתחייב על-פי כלל היסוד שבסעיף 9 — יצטרך המתקשר השני לתבוע מאת המוכר פיצויים לכיסוי נזקיו. נניח כי אופציה זו תיחשב על-ידי המתקשר השני בלחי רצויה (מחמת היעלמות המוכר, פשיטת רגל, משך הזמן הארוך הכרוך בהליכים וכו'). ההיגיון מורה כי לא מן הנמנע שבנסיבות כאלו יחל משאומתן בין המתקשרים המתחרים שבו יבקש מתקשר השני לרכוש מאת המתקשר הראשון את הזכות שהוקנתה לו ביחס לנכס מכוח הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר הראשון: המתקשר הראשון עשוי להסכים לוותר על עדיפותו כנגד תמורה בשיעור העולה על נזקי ההסתמכות שנגרמו לו; המתקשר השני עשוי להסכים לרכוש את הזכות מאת המתקשר הראשון בסכום הנמוך מהפסדי ההסתמכות שייגרמו לו במידה שהעדיפות ביחס לנכס תינתן למתקשר הראשון. בנסיבות אלו, במסגרת הדוגמא דלעיל, כל מחיר בין 2 ל-8 שבו ירכוש המתקשר השני מידי המתקשר הראשון את הזכות ביחס למקרקעין — עשוי להיות משתלם והיגיוני מבחינתם של שני הצדדים. אם כך, ניתן להצדיק את "כלל המצוקה" דלעיל בכך שהוא קובע כצד שיזכה בנכס את אותו צד שאליו היה הנכס עשוי בסופו של דבר להגיע, על-פי הסכמת הצדדים, תוך חיסכון הוצאות העסקה שהיו נדרשות לצורך הגעה לתוצאה זו בדרך של משאומתן בין הצדדים. כלכלנים מכירים בשני מבחנים עיקריים להערכת מידת הרצויה של דרכים שונות להקצאת משאבים בין פרטים. על-פי המבחן הראשון — המזוהה עם שמו של פארטו — הקצאת משאבים ב עדיפה על-פני הקצאת משאבים א אם כתוצאה מהמעבר מהקצאה א להקצאה ב, לפחות אחד הפרטים הנוגעים בדבר שיפר את מצבו בלא שהורע מצבו של אף פרט אחר הנוגע בדבר. כל מעבר מהקצאה א להקצאה ב באמצעות חוזה בין הפרטים הנוגעים בדבר ייחשב כממלא את המבחן האמור, משום שההנחה שביסודו של מוסד החוזה היא שמצבו של כל מתקשר, בעקבות החוזה, הוא טוב ממצבו שערכ החוזה. בהתאם לכך, כל פתרון הנכפה על הצדדים מבחוץ — למשל, בדרך של חקיקה — והמשקף חוזה היפותטי שאליו היו הפרטים הנוגעים בדבר מגיעים אילו ניתנה להם ההזדמנות לכך — ייחשב אף הוא כממלא את המבחן האמור. המבחן השני — המזוהה עם שמם של קלדור והיקס — הוא גרסה מרוככת על המבחן הקודם. על-פי גרסה זו, ניתן לכפות על פרטים הקצאה מחורשת של משאבים בינם לבין עצמם לא רק בדפוסי חוזה היפותטי ביניהם, שעל-פיו תעבור בפועל תמורה מצד אחד למשנהו, אלא כל-אימת שההקצאה היתה מאפשרת באורח תיאורטי לפרטים שמצבם ישתפר כתוצאה מההקצאה המחודשת לפצות את הפרטים שייפגעו כתוצאה מההקצאה, אף אם כרוך שפיצוי כזה לא יתרחש בפועל. ראה Kronman, "Wealth Maximization", *supra* note 31, 229—232, 235—236; Kronman, *Contract Law and Distributive Justice*, *supra* note 31, at 475—493; B. Ackerman, *Economic Foundations of Property Law* (1975) XI—XIII. בדוגמא שנונה לעיל, הקניית הנכס למתקשר השני העשוי לסבול נזקי הסתמכות של 8, בלא שבפועל מתקשר זה ייכפה לפצות את המתקשר הראשון העשוי לסבול נזקי הסתמכות של 2 — איננה ממלאת את המבחן הראשון דלעיל (מבחן פארטו), משום שבפועל המתקשר הראשון אינו מפרצה על נזקיו, ואולם היא ממלאת את המבחן השני, המרוכך

6. סעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א – 1971

טענתי כי לא כל הנכסים מתאימים במידה שווה לכך שהזכויות לגביהם ייקבעו על-פי תוכנו של מרשם זכויות. עוד טענתי כי כדי שנכס ייחשב מתאים לשיטה של מרשם נדרש שייתקיימו בו שלוש תכונות עיקריות: תדירות נמוכה של העברת הזכויות בנכס; שווי יחסי רב של הנכס; זיקה גיאוגרפית קבועה וקרובה בין הנכס והמרשם המתייחס אליו³⁶³. בפרספקטיבה כזו ברור, כי כשם שמקרקעין הם הנכס בה"א הידיעה המתאים לקביעת הזכויות לגביהם בשיטה של מרשם, כך גם מיטלטלין הם הנכס בה"א הידיעה שאינו מתאים לקביעה כזו של הזכויות לגביהם: תדירות העברת הזכויות במיטלטלין היא בדרך-כלל גבוהה; שוויים של נכסי מיטלטלין אינו בהכרח גבוה דיו באופן שהם יוכלו לשאת בעלויות הכרוכות בקיום המרשם; ניידותם של נכסי המיטלטלין מונעת אפשרות קיומה של זיקה גיאוגרפית קבועה בינם לבין מרשם כלשהו.

אם כך, מתעוררת השאלה מהי השיטה הנאותה לקביעת הזכויות בנכסי מיטלטלין. במלים אחרות: במקום שאדם מתקשר בעסקה לרכישת זכות במיטלטלין, כיצד יוכל לדעת כי מי שמתיימר להקנות לו את הזכות הוא אכן הבעלים של הזכות? התשובה לשאלה זו היא, ששיטות המשפט השונות מזהות בדרך-כלל חזקה במיטלטלין עם בעלות בהם³⁶⁴. במלים אחרות: המתקשר עם המחזיק במיטלטלין רשאי להניח כי המחזיק הוא הבעלים שלהם, אלא-אם-כן קיימת סיבה לסברה כי הבעלים הוא מישהו הנבדל מהמחזיק³⁶⁵.

(מבחן קלדור-היקס), הדורש רק יכולת פוטנציאלית לפצות את הנפגע. רביעית, אף אם על-פי שיקולים כלשהם היינו מגיעים למסקנה שלפיה יש להתחשב בהיקף ההסתמכות של הצדדים לצורך הכרעה בשאלת התחרות שביניהם – עדיין היתה מתעוררת השאלה אם לנוכח השקעת המשאבים הניכרת מצד בית המשפט הכרוכה בשומה ובהערכה של נזקי הסתמכות – מן הראוי היה לסטות מכללי העדיפות שבסעיף 9, שהם נוחים וקלים להפעלה. ראה לעניין זה גם R. Posner, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", 2 J. Legal Stud. 399 (1970).

363 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 334 – 336. דרך זו של ניתוח היא הצריכה להיות מופעלת לצורת הכרעה בשאלה אם יש להתייחס אל רישום מכונית בספרי משרד-הרישוי כאל רישום קונסטיטוטיבי, אם לאו. אני סבור שניתוח כזה צריך להביא לתשובה חיובית לשאלה זו, היינו: בפרספקטיבה של הניתוח האמור מכונית צריכה להיחשב כנכס הקרוב יותר לנכס מקרקעין מאשר לנכס מיטלטל. אני מזדהה אפוא עם הגישה ורוח הדברים בפסק-דינו של השופט לנדוי בע"א 634/79 קון נ' חסין ואח', פד"י לה(3) 611. אני חולק איפוא על הגישה ורוח הדברים שבמאמר ט' בנד וא' פזנר, "תקנת השוק במכר מכוניות – האמנם?!" משפטים יג (תשמ"ד) 319.

364 D. Baird & T. Jackson, "Possession and Ownership – An Examination of the Scope of Article 9" 35 Stan. L. Rev. (1983) 175, 178, 180 – 181; D. Baird, "Notice Filling and the Problem of Ostensible Ownership" 12 J. Legal Stud. (1983) 53 – 54, 55 – 57; ראה גם קוד סיביל, סעיף 2279; ב.ג.ב. סעיפים 929, 932; נ' כהן (לעיל, הערה 136), 237 – 238; סעיף 385 (3) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], תשמ"מ – 1980, דמ"י 34; סעיף 34 לחוק המכר; סעיף 5 לחוק המשכון.

365 לרוגמא: מקום שמכונית נושאת סימון המצביע על היותה בבעלותה של חברה להשכרת רכב;

בהעדר מרשם זכויות לגבי נכסי מיטלטלין לא ניתן אפוא להציע כי בשאלת התחרות בין מתקשרים בעסקאות נוגדות לגבי מיטלטלין יחול כלל בנוסח הכלל שבסעיף 4 לחוק המחאת חיובים. אלא שלגבי נכסי מיטלטלין יש מקום להחלת כללי עדיפות כמו שני הכללים שבסעיף 9 לחוק המקרקעין. ואכן, שני כללי העדיפות שבסעיף 12 לחוק המיטלטלין, תשל"א – 1971³⁶⁶ (להלן: חוק המיטלטלין), דומים לשני הכללים המקבילים שבסעיף 367⁹.

יתר-על-כן: השיקולים המצדיקים את שני כללי העדיפות שבסעיף 368⁹ יכולים להצדיק גם את שני כללי העדיפות שבסעיף 12³⁶⁹.

7. תחרות בין הבעלים המקורי הזכאי להשבה לבין צד שלישי

כידוע, אין בחוק החוזים ובחוק התרופות הסדר לסוגיית התחרות בין הבעלים המקורי והצד השלישי, נֶעְבְּרוּ של הקונה מהבעלים המקורי, במצבים שבהם בוטל החוזה שבין הבעלים המקורי והקונה מחמת פגם בכריתתו או מחמת הפרת החוזה על ידי הקונה. סוגיא זו נדונה עד כה בשלושה פסקי-דין³⁷⁰, וההלכה העולה מהם אינה אחידה³⁷¹.

כסא-נוח בחוף רחצה; מכונה תעשייתית הנושאת שילוט המצביע על בעלותה של חברת שכר-מכר.

ראה Baird & Jackson, *supra* note 364, at 190 194.

366 ס"ח 636.

367 על-פי כלל-היסוד, בתחרות בין מתקשרים שזכותו התחזית של אף אחד מהם טרם הבשילה למעלת זכות קניין – המתקשר הראשון בזמן הוא שיוכה בעדיפות. אולם על-פי כלל-המשנה, מקום שהמתקשר השני "קיבל את המיטלטלין... בתום לב ובחמורה – זכותו עדיפה". כמו סעיף 9, אף סעיף 12 מאמץ כללים שהתפתחו בדיני היורש של אנגליה. ראה ר' פרידמן (לעיל, הערה 124), 18, 666, הערה 177; פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" (לעיל, הערה 17), 471; א' פרוקציה (לעיל, הערה 220), 103 – 105.

368 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 338 – 361.

369 כידוע, על-פי הוראת סעיף 13(א) לחוק המיטלטלין, הוראות חוק המיטלטלין "יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשנויים המתחייבים, גם על זכויות". נראה כי עיקר כוונתו של סעיף זה לזכויות ערטיאליות כגון פטנטים, סימני מסחר וכו'. ראה נ' כהן (לעיל, הערה 136), 120. במידה שלגבי הזכויות בזכויות אלו מתנהל מרשם זכויות, יפים לגביהן הדברים שאמרנו לעיל לענין חוק המקרקעין באשר ליצירת סיכונים בדרך של אי-שיקופה של התקשרות חוזית במרשם. ראה לעיל, טקסט ליד הערות 338 – 361. לשאלה אם יש להתחשב במצב המצוקה היחסי של המתקשרים לצורך הכרעה בתחרות שביניהם ראה לעיל, הערה 362.

370 ע"א 248/77 בנק הפועלים בע"מ נ' גרבורג, פד"י לב(1) 253; ע"א 459/78 חברת בני פישקוביץ בע"מ נ' אבני יצחק ושות' בע"מ, פד"י ל"ה(3) 169; ע"א 842/79 נס ואח' נ' גולדה, פד"י לו(1) 204.

371 מפסקי-הדין גרבורג עולה כי ביטול החוזה, בין מחמת פגם בכריתתו ובין מחמת הפרה, משיב את הקניין בנכס, באורח מידי, לבעלים המקורי. מפסקי-הדין חברת בני פישקוביץ בע"מ עולה כי ביטול החוזה, מחמת הפרה, מצמיח חיוב אובליגטורי של הקונה להשיב את הנכס לבעלים המקורי, אך אין הביטול כשלעצמו מחולל שינוי בעולם הקניינים. מפסקי-הדין נס נ' גולדה עולה, כי ביטול החוזה על-ידי הבעלים המקורי, מחמת הפרתו, משיב את הקניין בנכס, באורח מידי, לבעלים המקורי. לגיטומה שלושה פסקי-דין אלו ראה כהן (לעיל, הערה 124).

בספרות הוצעו פתרונות לסוגיא על-פי ארבעה מצבים עיקריים המוכתבים על-פי שילוב של סדר הזמנים של העסקאות הנוגדות (ביטול החוזה שבין הבעלים המקורי והקונה לפני התקשרותם של הקונה והצד השלישי; ביטול, כאמור, לאחר התקשרותם של הקונה והצד השלישי) ושל עילת הביטול (ביטול מחמת פגם בכריתת חוזה; ביטול מחמת הפרת חוזה)³⁷². בין היתר הוצע, כי הפתרון לסוגיית התחרות — חלקה או כולה — ימצא באנלוגיה לסעיף 9 לחוק המקרקעין ולסעיף 12 לחוק המיטלטלין³⁷³.

אכן, ההבחנה היסודית לצורך ניתוח הסוגיא דגן צריכה להיעשות על-פי לוח-הזמנים של ה"עסקאות" הנוגדות. במצב שבו הקונה התקשר עם הצד השלישי לאחר ביטול החוזה שבין הבעלים המקורי והקונה — האנלוגיה להסדר שבסעיפים 9 ו-12 אכן מתבקשת. במצב כזה, הבעלים המקורי יכול להיחשב כאילו הוא המתקשר הראשון לקבלת הקניין בנכס, שלאחר-מכן התקשר לגביו מתקשר שני, הוא הצד השלישי, בעסקה נוגדת. אולם אם אכן הכלל בדבר עדיפותו של המתקשר הראשון, המגובש בסעיפים 9 ו-12, מבוסס על ההנחה שהמתקשר הראשון הוא זה שיסבול נזקי הסתמכות גדולים יותר במידה שתסוכל צפייתו לקבלת הנכס, האם ניתן לומר שהנחה זו מתקיימת גם במצב התחרות שבו עסקינן? אני סבור שהתשובה לשאלה זו היא חיובית. מהבחינה של נזקי "הסתמכות חיונית"³⁷⁴, הבעלים המקורי נפרד מהנכס נשוא התחרות כנגד תמורה בלתי-הולמת (במצבים של פגם בכריתתה) או כנגד תמורה שנכשלה (במצבים של הפרת חוזה). כנגד הבעלים המקורי עומד הצד השלישי, שהתקשרותו עם הקונה עדיין נמצאת בשלב החוזי, שבו טרם עבר אליו הקניין בנכס. בגסיבות אלו, אמנם קשה לטעון, כי "ההסתמכות החיונית" של הבעלים המקורי תהא בדרך-כלל רחבת-היקף מזו של הצד השלישי. אולם מהבחינה של נזקי "הסתמכות אגבית", הסתמכותו של הבעלים המקורי במסגרת העסקה שלו עם הקונה היא משני סוגים: בתחילה, הבעלים המקורי מסתמך על צפייתו למכור את הנכס לקונה ולקבל בעדו תמורה; לאחר ביטול החוזה הבעלים המקורי מסתמך על צפייתו לקבל חזרה את הנכס. לעומת זאת, הסתמכותו של הצד השלישי, על-פי המצב הנדון כאן, היא קצרה מזו של הבעלים המקורי, ומקורה רק בצפייה לקבל את הנכס. ניתן להניח אפוא, כי נזקי "ההסתמכות האגבית" שייגרמו לבעלים המקורי בעקבות סיכול צפייתו יהיו גדולים מאלו שייגרמו לצד השלישי³⁷⁵.

372 ר' פרידמן (לעיל, הערה 124), 333—635, 638—640; פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 261—262; כהן (לעיל, הערה 124), 226, 235—242.

373 ר' פרידמן (לעיל, הערה 124), 633—635; פרידמן, "הבעלים המקורי" (לעיל, הערה 17), 261—262; כהן (לעיל, הערה 124), 235—242; רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 335. לגישה שלפיה האנלוגיה האמורה צריכה להילקח מסעיף 13 ראה ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה" (לעיל, הערה 17), 23, 32; ג' שלו (לעיל, הערה 32), 146; שלו, "קווים מנחים" (לעיל, הערה 204), 464—465.

374 על "הסתמכות חיונית" ו"הסתמכות אגבית" ראה לעיל, טקסט ליד הערה 306.

375 אך ראה רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 356, המעלה ספקות אם בכלל ניתן להשוות את סיכוני ההסתמכות של מוכרי נכסים וקוני נכסים מבחינת חומרתם והיקפם.

אולם מנקודת-המבט של "יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים", ניתן לטעון כי במצב שבו הקונה התקשר עם הצד השלישי לאחר ביטול החוזה שבין הבעלים המקורי והקונה — הבעלים המקורי, שיודע על קיום זכותו להשבת הנכס לידיו אך משאירו ביד הקונה, יוצר בכך פער בין המצב האמיתי של המציאות (קיום תביעת ההשבה של הבעלים המקורי) ובין המצב המוצג של המציאות (המשך השליטה של הקונה בנכס). לגבי נכסי מקרקעין, היה ניתן לטעון, כי במקום שהבעלים המקורי ביטל את החוזה שומה עליו לשקף את זכותו להשבה בדרך של רישום הערת-אזהרה³⁷⁶, ומקום שלא עשה כן, ולאחר-מכן נולדה התקשרותם של הקונה והצד השלישי — יש להעדיף את זכותו של הצד השלישי על-פני זכותו של הבעלים המקורי. ואכן, הפרופ' א' רייכמן, בהתאם לגישתו בשאלת התחרות שבמסגרת סעיף 9 לחוק המקרקעין³⁷⁷, הציע כי במצב התחרות הגדון כאן, לפחות במקום שהעילה לביטול החוזה היא הפרתו על-ידי הקונה, צד שלישי שרשם הערת-אזהרה להבטחת זכותו יגבר על בעלים מקורי שנמנע מעשות כן³⁷⁸. בדומה לכך, לגבי נכסי מיטלטלין, ניתן לטעון כי במקום שהבעלים המקורי ביטל את החוזה, שומה עליו לשקף את זכותו להשבה בדרך של הגשת תביעה להשבת הנכס, ובמסגרתה הגשת בקשה להטלת עיקול על הנכס, באופן שימנע את המשך החזקה בו על-ידי הקונה³⁷⁹; ומקום שהבעלים המקורי לא עשה כן, ולאחר-מכן נולדה התקשרותם של הקונה והצד השלישי — יש להעדיף את זכותו של הצד השלישי על-פני זכותו של הבעלים המקורי.

יתר-על-כן: מנקודת-המבט של "יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים" ב"מובן הרחב", ניתן לטעון כי מקום שעילת ביטול החוזה על-ידי הבעלים המקורי היא הפרת החוזה על-ידי הקונה — הבעלים המקורי הוא זה שיצר מצב מסוכן מלכתחילה, בכך שהסכים להיפרד מהשליטה בנכס וליצור ביחס אליו בעלות נחזית של הקונה כנגד קבלת חלק מהתמורה בלבד³⁸⁰. בדומה לכך ניתן לטעון, כי במקום שעילת

376 לפירוט דרכי רישום ההערה בהקשר זה ראה רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 354–355.

377 ראה לעיל, טקסט ליד הערות 351–353.

378 רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 353–357. לתמיכה ברלבנטיות של השיקול בדבר היכולת היחסית של הצדדים למנוע את הנזק כשיקול להכרעה בתחרות שביניהם ראה כהן (לעיל, הערה 124), 242. עוד מן הראוי לשים לב כי שיקולים אלו הופעלו — אף כי לדעת כותב שורות אלו, שלא כהלכה — בפרשת גס נ' גולדה על-ידי כל שלושת השופטים שישבו לדין.

379 תקנות 360–375 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984, ק"ת 4685. ראה גם סעיף 702–(2) של ה-UCC האמריקני הקוצב למוכר תקופה בת 10 ימים בלבד לדרוש השבה של טובין שמסר לקונה, בעסקת אשראי, כשהקונה היה בלתי-סולבנטי. מגבלת עשרת הימים מכוונת להמריץ את המוכר לפעולה מהירה לצורך שלילת החזקה של הקונה בטובין שלמוכר יש תביעה ביחס אליהם.

380 רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 354. ראה גם כהן (לעיל, הערה 124), 235. כמובן ראה ההבחנה המסורתית של המשפט המקובל בין מכר במזומן לבין מכר באשראי. במקרה הראשון, מקום שהחזקה בטובין נמסרה לקונה וזה מכרם לצד שלישי, שרכשם בתמורה ובתום-לב — הבעלים המקורי גבר על הצד השלישי, במידה שהסתבר כי הבעלים המקורי רומה על-ידי

ביטול החוזה על-ידי הבעלים המקורי היא פגם בכריתת החוזה במובן של טעות, ואולי אף הטעיה – הבעלים המקורי הוא זה שיצר מצב מסוכן מלכתחילה, בכך שהתנהגותו בשלב כריתת החוזה הולידה חוזה שביטולו נדרש מאוחר יותר. גם על-פי גישות כאלו, העדיפות תינתן לצד השלישי ולא לבעלים המקורי.

הגישה המוצעת כאן לצורך ההכרעה בתחרות שבין הבעלים המקורי והצד השלישי היא אפוא בעלת אופי "נוזק". באופן מסורתי, המשפט האנגלו-אמריקני הכריע בתחרות זו על-פי גישה שניתן לכנותה "גישת גשר העסקאות": כל חוליה חוזית בדרכו של הנכס מהבעלים המקורי לצד השלישי נבחנה, ובמידה שבאחת החוליות נמצא "נתק" – בהתאם לאופיו של "נתק" זה הוכתבו המידות שקיומן נדרש מאת הצד השלישי, כתנאי לכך שהוא יגבר על זכויותיו של הבעלים המקורי (תוס' לב ותמורה, רכישה כתנאי תקנת השוק וכו'). ברור כי בגישה כזו מובלעת נקודת-מוצא המקנה עדיפות לבעלים המקורי על-פני הצד השלישי. לעומת זאת, הגישה המוצעת כאן בוחנת את התחרות האמורה באמות-מידה נזיקיות: הבעלים המקורי והצד השלישי הם שני צדדים "רחוקים", זרים זה לזה, שנדרשת לגביהם הכרעה מי משניהם הוא שישא בסיכון מסוים. הכרעה בשאלות כאלו עומדת ביסודם של דיני הנוזקין. בהקשר דנן, על-פי הגישה האמורה, ההכרעה תהא לטובת הצד השלישי כל-אימת שיהיה ניתן לומר כי התנהגותו של הבעלים המקורי היא שיצרה את סיכון הפגיעה בזכותו של הצד השלישי, בנסיבות שבהן עמד לרשות הבעלים המקורי אמצעי פשוט ביחס למניעת התקיימותו של סיכון זה, בעוד שהצד השלישי היה נדרש להשקעתם של משאבים רבים-ביחס לצורך איתורו של הסיכון³⁸¹. "גישת גשר העסקאות" נראית ראויה לחול במקרים שבהם לא ניתן לומר כי התנהגותו של הבעלים המקורי היא שיצרה את סיכון הפגיעה בזכותו של הצד השלישי. במקרים כאלו, "גישת גשר העסקאות" תביא להקטנת נזקי ההסתמכות של הצדדים המתחרים. כך, נקודת-המוצא המקנה עדיפות לבעלים המקורי על-פני הצד השלישי תיחשב מוצדקת במקרים כאלו, משום שלכאורה בין הבעלים המקורי והצד השלישי – הבעלים המקורי עשוי להיקלע כתוצאה מהתחרות להפסדים גדולים יותר, היינו: אובדן זכות הבעלות שלו בנכס. בדומה לכך, על-פי "גישת גשר העסקאות", הצד השלישי יוכל לגבור על הבעלים המקורי רק אם ניתן על-ידו, בתום-לב, "ערך" עבור

הקונה. במקרים כאלו, בעלותו של הקונה נחשבה void title. לעומת זאת, מקום שהעסקה שבין הבעלים והקונה הייתה עסקת אשראי, הצד השלישי גבר על הבעלים, אם רכש את הטובין בתום-לב ובתמורה. במקרים כאלו, בעלותו של הקונה נחשבה voidable title, והבעלים נחשב כמי שנטל על עצמו את הסיכון שהקונה, שנטל חוקה בטובין, ימכרם לאחר, בעוד שהכטחת התשלום מצד הקונה – חופר. ראה 63 "The Commercial Doctrine of Good Faith Purchase" G. Gilmore, Yale L. J. (1954) 1057, 1057–1062. כנגד זאת ניתן, לכאורה, לטעון כי אף הצד השלישי יצר מצב מסוכן, בכך שהתקשר ביחס לנכס שבידי הקונה מבלי ליטול בו חזקה. אולם במסגרת התחרות שבין הבעלים המקורי והצד השלישי, האחרון מסתמך על מצב מסוכן שיצר הראשון, ולא להיפך. ראה גם ע"א 459/78 חברת בני פיפסקוביץ בע"מ נ' אבני יצחק ושות', פד"י לה (3) 169; כהן, שם, בעמ' 237–238.

381 ראה גם פרידמן (לעיל, הערה 313), 251–252, וכן ראה לעיל, הערה 313. במרכז ראה Ingram v. Little [1961] 1 Q.B. 31.

הנכס, ו"ערך" בהקשר זה מובנו "תמורה מבוצעת" – בהבדל מ"תמורה עתידית" – שהיא בעלת שווי ממשי, בהבדל משווי סמלי, ביחס לנכס³⁸².

במצב שבו הקונה התקשר עם הצד השלישי קודם שהתחזה שבין הבעלים המקורי והקונה בוטל על-ידי הבעלים המקורי, מתעורר, לכאורה, קושי בהחלת האנלוגיה שבסעיפים 9 ו-12. במצב כזה, על-פני הדברים, דווקא הצד השלישי הוא שצריך להיחשב כמתקשר הראשון לקבלת הקניין בנכס, בעוד שהבעלים המקורי צריך להיחשב כמתקשר השני. יוצא, לכאורה, שבמצב דנן, האנלוגיה האמורה צריכה להביא להעדפה מלכתחילה של הצד השלישי, אלא-אם-כן הבעלים המקורי שב ורכש קניין בנכס³⁸³.

אולם ניתן לטעון, כי אף במקרה כזה השיקול של הקטנת נזקי ההסתמכות של הצדדים צריך להביא לכך שהבעלים המקורי הוא שייחשב כמתקשר הראשון בזמן, ומלכתחילה יועדף על-פני הצד השלישי. ראיית הבעלים המקורי כמתקשר הראשון בזמן תיתכן אם כנקודת תחילת המעורבות שלו בעסקה לא תיחשב נקודת ביטול החוזה על-ידו אלא נקודת כריתת החוזה שבינו לבין הקונה. על-פי גישה כזו, נזקי ההסתמכות של הבעלים המקורי יוכלו להיחשב כמורכבים הן מאלו שנוצרו בשלב שלפני ביטול החוזה על-ידו והן מאלו שנוצרו בשלב שלאחר ביטול החוזה על-ידו³⁸⁴. גישה כזו תאפשר אפוא הסרת הקושי להחלת האנלוגיה מסעיפים 9 ו-12 הנובע מסדר-הזמנים השונה שבין העסקאות³⁸⁵.

אשר לנקודת-המבט של "יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים", יש – לדעתי – להבחין בין "המובן הצר" של נקודת-מבט זו לבין "המובן הרחב" שלה. במובן "הצר", היינו: יצירת פער בין המצב האמיתי של המציאות לבין המצב המוצג של המציאות – במצב התחרות הגדון כאן אין רלבנטיות לנקודת-המבט של "יוצרי סיכונים" ו"נקלעי סיכונים". מאחר שבמצב שבו עסקינן ההתקשרות שבין הקונה והצד השלישי מוקדמת לביטול החוזה על-ידי הבעלים המקורי לא ניתן לומר כי יש להקנות עדיפות לצד השלישי על-שום הסתמכותו, כביכול, על מצג מוטעה של המציאות שנוצר, כביכול, על-ידי הבעלים המקורי. לעומת זאת, כשנקודת-המבט האמורה מוחלת במובן "הרחב", היינו: ראיית הבעלים המקורי כמי שיוצר מצב מסוכן במקום שהוא נפרד מהנכס שלא כנגד מלוא התמורה או בנסיבות של טעות, ואולי אף הטעיה – עשוי להתעורר שיקול להעדפת הצד השלישי על-פני הבעלים המקורי³⁸⁶.

382 ד' פרידמן (לעיל, הערה 124), בעמ' 673 – 675; נ' כהן (לעיל, הערה 136), בעמ' 279 – 280.
 383 ואכן, הפרופ' רייכמן תומך בהחלה כזו של האנלוגיה הלקוחה מסעיף 9 לצורך ההכרעה בתחרות שבה עסקינן. ראה רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 355.
 384 השווה לעיל, טקסט ליד הערה 374.
 385 לגישה זוהי והנמקה נוספת להצדקתה ראה כהן (לעיל, הערה 124), 236. לתמיכה בגישה ובהנמקה ראה רייכמן, "הערת האזהרה" (לעיל, הערה 168), 357.
 386 לשאלה אם יש להתחשב בהיקף ההסתמכות היחסי של המתקשרים לצורך הכרעה בתחרות שביניהם ראה לעיל, הערה 362.

8. סיכום

העיקרון שלפיו כאשר אדם מסתמך על מצג מוטעה שנוצר על-ידי הזולת, היחס שבין הצדדים ייחתך על-פי המצב המוצג – בא לידי ביטוי בשורה של הוראות בחקיקה האזרחית, שאינן עוסקות בתחרות לרכישתה של זכות קניין בנכס. אולם עיקרון זה אינו בא לידי ביטוי בחקיקה המסדירה את התחרות בין מתקשרים נוגדים לרכישתן של זכויות קניין במקרקעין. ניתן לראות את סעיף 9 לחוק המקרקעין כמשקף מדיניות של הדין להקנות את זכות הקניין בנכס לאותו מתקשר שהיקף ההסתמכות שלו על התקשרותו היה רחב משל חברו. במלים אחרות: הסעיף האמור יכול להיתפש כמי שמכוון להקטין את נזקי ההסתמכות של המתקשרים. בפרספקטיבה כזו היה ניתן לצפות, כי לצורך הכרעה בסוגיית התחרות, הסעיף יתייחס גם למצבים שבהם נזקי ההסתמכות של המתקשר המאוחר נגרמו כתוצאה ממצג מוטעה של המציאות שנוצר על-ידי המתקשר המוקדם, שנמנע מלשקף את התקשרותו במרשם, באופן שהמתקשר המאוחר יוכל לעמוד על קיומה. הסדר שלפיו במצבים כאלו תוכרע התחרות לטובת המתקשר המאוחר שפעל בהסתמך על מצג מוטעה אשר נוצר על-ידי המתקשר המוקדם היה עולה בקנה אחד הן עם עקרון הגנתו של המסתמך על מצג הזולת – המגובש, כאמור, בשורה של הוראות בחקיקה – והן עם שיקול המדיניות שביסוד "סעיפי העסקאות הנוגדות" שלנו, היינו: הקטנת נזקי ההסתמכות של הצדדים. אולם, כאמור, סעיף 9 אינו פוסע צעד נוסף בתלם זה, באופן שהתחרות תוכרע לרעתו של יוצר המצג. גישה כזו מקובלת בדיני היושר של המשפט האנגלי והיא אומצה גם בפסיקה שלנו, בתקופה שלפני צאת החקיקה האזרחית. הסיכוי שהצעד האמור ייעשה על-ידי הפסיקה בעתיד אינו ברור. עם זאת, בספרות ניתן למצוא תמיכה נמרצת להשלמת סעיף 9 בהתאם לגישה האמורה.

בחקיקה לא ניתן למצוא הסדר לסוגיית התחרות בין המוכר של נכס הזכאי להשבתו בעקבות ביטול החוזה מחמת פגם בכריתתו או מחמת הפרתו, ובין צד שלישי שהתקשר בחוזה לרכישת הנכס מהקונה. עמדת הפסיקה בסוגיא זו טרם הובהרה די צורכה. בספרות הוצע כי ההסדר בסוגיא ייקבע באנלוגיה להסדר שבסעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין. אכן, מכיוון ששיקול המדיניות החולש על "סעיפי העסקאות הנוגדות" יכול לחול אף כסוגיית התחרות דנן, יש מקום לאנלוגיה כזו. בדומה לדברים שאמרנו לגבי סעיף 9 לחוק המקרקעין, במסגרת האנלוגיה האמורה יש מקום להביא בחשבון את השיקול בדבר יכולתו של המוכר לשקף את תביעתו להשבת הנכס במרשם או לשלול מהקונה את החזקה בנכס, באופן שהימנעותו של המוכר מעשות כן תביא לכך שהצד השלישי יזכה בנכס. זאת, הן לגבי נכסי מקרקעין והן לגבי נכסי מיטלטלין.