

## שניים או חזים: קניין, אחריות, חלוקה

### נילי כהן\*

משפט הוא זירת הכרעה בתחרות על זכויות. במקרים רבים התחרות מוכרעת על-ידי הכרעה על זוכה אחד, שיזכה במושא זכותו בעין או בערך הכספי שזכותו משקפת. זהו כלל הקצאה שתוצאתו היא שהצד הזוכה זוכה בכל ואילו המפסיד נושא בנטל כולו. אך לא אחת התחרות מוכרעת על-ידי חלוקה בין הצדדים.

הכרעה בתחרות מחייבת בירור של העובדות ואיתור הדין החל עליהן. קורה שבית-המשפט מתקשה להכריע בשאלה מה התרחש לאמיתו של דבר מבחינה עובדתית. לעיתים אף קיימת מחלוקת משפטית בשאלה מהו הכלל המשפטי או כלל ההקצאה שיש להחיל על הסכסוך. קשיים אלה חושפים את דילמת הצדק הנצחית: האם על בית-המשפט לחתור להכרעה בינרית, אשר מקבלת את גרסתו של צד אחד ודוחה את גרסת האחר, או שמא עדיפה הכרעה ביניים הכופה פשרה על הצדדים, ואשר בה כל צד הוא מפסיד וזוכה כאחד?

רשימה זו תתרכז בנגזרותיה של דילמה זו במשפט הפרטי, כפי שאלה התבטאו בהחלטות אחדות של השופטת פרוקצ'יה. במוקד הדיון ניצבת השאלה אם ניתן להצדיק, מבחינה פורמלית ומבחינה מהותית, את המעבר מכללי ההקצאה הבינריים הקובעים את מערך הזכויות במשפט לכללים חלוקתיים. ההצדקה הפורמלית עניינה ההסמכה החקיקתית לסטייה מהסדרים קיימים על-פי שיקולים חלוקתיים; ואילו ההצדקה המהותית עוסקת בתוכנם של השיקולים העשויים להשפיע על חלוקתו מחדש של משאב, ובצידוק להפעלתם במקרים הנידונים.

הנושא יוצג על רקע תופעות משפטיות הכרוכות בשאלה האמורה: תופעה אחת מתאפיינת במעבר פורמלי מכללים בינריים לכללים חלוקתיים;

---

\* פרופסור, מופקדת הקתדרה לדיני חוזים השוואתיים, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לשופט פרוקצ'יה עופר גרוסקופף, לפרופ' חנוך דגן ולעוזרי-המחקר אלי בלכמן, אלון שפירא בר-אור, נמרוד אברמוב, עמרי רחום-טוויג, אלון פייר וגלעד מילס על הערותיהם המצוינות. תודה מיוחדת לנימרוד אהרון על סיועו באיסוף החומר ובבדיקתו ועל הערותיו המצוינות. כן ברצוני להודות לעורך **משפט ועסקים** תומר מגל ולחברי המערכת עטרה שובע וניר צ'רניק על תרומתם החשובה.

תופעה אחרת, שבאה לידי ביטוי בולט במשפט הישראלי, מתאפיינת בנטייה לעמעם את כוחם של הכללים ולהעדיף עליהם עקרונות מופשטים, אשר מעצימים את שיקול-הדעת השיפוטי, ובדרך זו מאפשרים לבתי-המשפט להחיל על הסכסוך פתרונות חלוקתיים – מעין פשרה שהדין כופה על הצדדים; ותופעה שלישית נוגעת בשגשוגם של אמצעים ליישוב סכסוכים המבוססים על חתירה לפתרונות-ביניים תוך שיתופם של הצדדים בהכרעה. הרשימה תבחן מקרים אחדים שנידונו בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה הכרוכים במתח בין כללי הקצאה בינריים לבין כללי חלוקה. במהלך הרשימה נבחן את הבעיות הבאות: ראשית, האם רצוי ליצור הכלאה חלוקתית בין כלל המקצה זכויות לבין כלל אחריות בכל הנוגע בהכרעה על בעלות בנכס? שנית, עד כמה כללי אחריות מהווים בסיס ליצירת הסדרים חלוקתיים בתחרות על משאב אישי? שלישית, האם חלוקה הסכמית של זכות קניין בנכס יכולה להיבלם כליל בעקבות מגבלה המוכתבת על-ידי שיקולים ציבוריים או שמא ניתן לממשה באמצעות כללי אחריות? רביעית, עד כמה שיתוף או זיקה עסקיים מצדיקים חלוקת אחריות בין מי שפרע חוב בטעות לבין מקבל הפירעון שפעל בתום-לב?

המסקנה המוצעת ברשימה זו היא שבכל הנוגע בהכרעה שיפוטית (שבה אין בית-המשפט פועל כמפשר בין הצדדים) יש לכבד באופן עקרוני את ההקצאה הקניינית הקבועה בחוק. אין זה רצוי לסטות מן ההקצאה הקניינית על-ידי פנייה לכללי-מסגרת אמורפיים המאפשרים חלוקה, אלא אם כן קיים מנגנון פנימי של שיקול-דעת במסגרת החוק עצמו. ניתן כמובן לאמץ פתרון חלוקתי אם הוא משקף הסכמה של הצדדים. בהעדר הסכמה, וכאשר מערכת כללי ההקצאה אינה ברורה, ניתן להצדיק פתרון חלוקתי המבוסס על שיקולי מוסר של אשמה וצורך.

## הקדמה

פרק א: מזכות קנויה לחלוקה

1. משפט שלמה ושניים אוחזים בטלית – חלוקה שטעמיה שונים
2. ספק כצידוק לחלוקה
3. פשרה וחלוקה מול המאבק למשפט
4. פשרה וחלוקה – בין דין לשלום
5. פשרה וחלוקה, זכות קנויה ותורת האיזונים

פרק ב: מזכות קנויה לחלוקה – הדגמה: הרכישה של כנען

1. הבעיה: כלל ההכרעה הבינרי וחלוקת הסיכון
2. האם תיתכן חלוקה מחדש תוך שינוי כלל ההכרעה
3. מה פרשת כנען מלמדת?
4. שאלות חלוקתיות נוספות

- פרק ג : הצידוק הפורמלי והצידוק המהותי לסטייה מההכרעה הקניינית
- פרק ד : מזכות קנויה לחלוקה בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה
1. שניים או חוזים בזכות בדירה
- (א) הבעיה : הסדר העסקאות הנוגדות וההכרעה הבינרית
- (ב) ההחלטה בעניין ויינברג נ' אריאן
- (ג) השפעתה של הלכת גנו
- (ד) האם קיים צידוק להתערבות בכלל הקנייני?
- (ה) שיקולי הצורך והאשם מצויים בכלל ההכרעה הקנייני
- (ו) פיתוח ההלכה – חלוקת הקניין בין המתחרים והיחס להלכת ויינברג
2. שתיים או חוזות בבעל
- (א) הבעיה : מעמדה של הבטחת נישואים
- (ב) ההחלטה בעניין פלונית
- (ג) הדילמה : המשפט ככלי לשינוי או כתגובה על מצב קיים
- (ד) ממצב של העדר תחרות לתחרות שבה אין כלל קנייני
- (ה) השלכת התחרות על החלוקה
3. שני אחים או חוזים בזכות למשק
- (א) הבעיה : חלוקת משק חקלאי
- (ב) ההחלטה בעניין חיים נ' חיים
- (ג) האם קיים צידוק להתערבות בכלל הקנייני?
4. שניים או חוזים בחוב
- (א) הבעיה : פרעון חוב תקף בטעות
- (ב) ההחלטה בעניין בייזמן
- (ג) המבנים הפורמליים של הזכויות הקנייניות
- (ד) האם קיים כלל קנייני?
- (ה) ספק ופעולה משותפת מולידים חלוקה

סוף דבר

## הקדמה

משפט הוא זירת הכרעה בתחרות על זכויות. במקרים רבים התחרות מוכרעת על-ידי הכרזה על זוכה אחד, שיזכה במושא זכותו בעין או בערך הכספי שזכותו משקפת. זהו כלל הקצאה שתוצאתו היא שהצד הזוכה זוכה בכל, ואילו המפסיד נושא בנטל כולו. לצידם של כללי הכרעה בינריים קיימים כללים המאפשרים חלוקה בין הצדדים הניצים, שמכוחה כל צד הוא מפסיד וזוכה כאחד. מה הבסיס להפעלתם של כללי הכרעה בינריים מזה או כללים חלוקתיים מזה?

הכרעה בתחרות מחייבת בירור של העובדות ואיתור הדין החל עליהן. קורה לא אחת שבית-המשפט מתקשה להכריע בשאלה מה התרחש לאמיתו של דבר מבחינה עובדתית. לעיתים אף קיימת מחלוקת משפטית בשאלה מהו הכלל המשפטי או כלל ההקצאה שיש להחיל על הסכסוך. קשיים אלה חושפים את דילמת הצדק הנצחית: האם על בית-המשפט לחתור לאיתור הזוכה האחד – קרי, להכרעה בינרית אשר מקבלת את גרסתו של צד אחד ודוחה את גרסת האחר – או שמא עדיפה הכרעת-ביניים מפשרת שתחלק את מושא המחלוקת בין הצדדים, ואשר בה שני הצדדים יהיו גם זוכים וגם מפסידים.

רשימה זו תתרכז בנגזרותיה של דילמה זו במשפט הפרטי, כפי שבאו לידי ביטוי בהחלטות אחדות של השופטת פרוקצ'יה, אשר לה מוקדשת רשימה זו. "ועשית הישר והטוב" הוא הציווי המרכזי שהמשפט אמור לפעול על-פיו. כפי שאראה במהלך הדברים, הכרעותיה של השופטת פרוקצ'יה מתמודדות בהצלחה עם האתגרים המורכבים של המשפט הפרטי: עם המתח בין תועלת למוסר; עם קוצר-ידו של הכלל המשפטי המוחלט; עם הקושי להרכיב דוקטרינות אשם על דין קניין; ועם פערי הכוחות בין צדדים מתחרים. אם ניתן לחשוב על שופטת שפסיקה ואישיותה מגלמות את "הישר והטוב", הרי זו השופטת אילה פרוקצ'יה.

במוקד הרשימה ניצבת השאלה אם ניתן להצדיק, מבחינה פורמלית ומבחינה מהותית, את המעבר מכללי ההקצאה הבינריים הקובעים את מערך הזכויות במשפט לכללים חלוקתיים. ההצדקה הפורמלית עניינה ההסמכה החקיקתית לסטייה מהסדרים קיימים על-פי שיקולים חלוקתיים; ואילו ההצדקה המהותית עוסקת בתוכנם של השיקולים העשויים להשפיע על חלוקתו מחדש של משאב, ובצידוק להפעלתם במקרים הנידונים.

הנושא יוצג על רקע תופעות משפטיות הכרוכות בשאלה האמורה. תופעה אחת, המשתקפת בשיטות משפט רבות, מתאפיינת במעבר פורמלי מכללים בינריים לכללים חלוקתיים. בשיטות רבות קיימים כללים פורמליים המסמיכים את בתי-המשפט לחרוג מכלל ההקצאה הבינרי ולהורות על חלוקה בין צדדים לסכסוך, במיוחד ככל שהדבר נוגע בסכסוך כספי. למשל, בשיטת המשפט האנגלי אימוצם של כללים חלוקתיים בדיני הנזיקין חולל שינוי דרסטי בתפיסת-היסוד שנהגה שם קודם, אשר גרסה כי הזוכה במשפט זוכה בכל, ואין למתן את האחריות כלפיו על-ידי גריעה ממנה. תופעה אחרת, שבאה לידי ביטוי בולט במשפט הישראלי, מתאפיינת בנטייה לעמעם את כוחם של הכללים ולהעדיף עליהם עקרונות מופשטים, אשר מעצימים את שיקול-הדעת השיפוטי ומאפשרים לבתי-המשפט להתעלם מכללי ההקצאה או למתנם. בדרך זו בתי-המשפט מחילים לעיתים על הסכסוך פתרונות חלוקתיים – מעין פשרה שהדין כופה על הצדדים, הפועלת לכרסום במערך ההקצאות ההתחלתיות שקובע החוק. תופעה שלישית, כלל-עולמית, נוגעת בשגשוגם של אמצעים ליישוב סכסוכים – פישור וגישור – המבוססים על חתירה לפתרונות-ביניים תוך שיתופם של הצדדים בהכרעה.

אף ששלוש התופעות – מעבר לכללי חלוקה פורמליים, ירידת הכללים ושגשוגם של אמצעים חלופיים ליישוב סכסוכים – מתמזגות לעיתים בפועל, יש ביניהן מתח רעיוני מסוים. פישור וגישור מבוססים על אוטונומיה, שיסודה בהערכת סיכונים בדבר מצב

הזכויות המתחרות. סיכונים אלה נקבעים על-סמך כללי ההקצאה ההתחלתיים. אפשרות החלוקה ובעיקר ירידת הכללים והחלפתם בשיקול-דעת פוגעות מראש באוטונומיה, שהרי תמונת הזכויות מתערפלת, ובדיעבד הדבר מקשה הערכה סבירה של סיכונים, שאמורה להוביל לפשרה הוגנת. מצד אחר, מטרת הפנייה לאמצעים חלופיים ליישוב סכסוכים היא לרוב הגעה להסכמה על כללי משחק שיהיו מקובלים על הצדדים לנוכח אותה מגמה של ירידת הכללים בבתי-המשפט. במצב של אי-ודאות באשר לכללים שיופעלו, הערכת הסיכונים המגשימה את האוטונומיה של הצדדים תוביל כמעט תמיד לפשרה.

כאמור, הרשימה תבחן מקרים אחדים שנידונו בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה הכרוכים במתח שבין כללי הקצאה בינריים לבין כללי חלוקה. המקרים עוסקים במצבים מגוונים: תחרות על נכס מסוים (עסקאות נוגדות במקרקעין או הסכם חלוקה שניתן לבצעו בפועל רק לטובת צד אחד); תחרות הכרוכה במשאב אישי (נישואים מול הבטחת נישואים); תחרות על נכס לא-מסוים (פורע חוב מול הנפרע). בחלק מהמקרים התקיימו בין המתחרים יחסים קודמים בדרגה כזו או אחרת (חוזה הקובע הסדר חלוקה בנכס בין מתקשרים; תשלום החוב של פורע החוב לנפרע); ובחלק אחר היו המתחרים זרים זה לזה (מתחרים בעסקאות נוגדות; מקבלת הבטחת נישואים מול האישה הנשואה). אחדים מהמקרים היו כפופים לכללי הקצאה ברורים (כללי העסקאות הנוגדות, שלפיהם הנכס מגיע לצד אחד, ולא לאחר); לעיתים כללי ההקצאה לא היו ברורים והתעוררה לגביהם מחלוקת (פרעון החוב); ולעיתים מלכתחילה לא היה הסכסוך כפוף לכלל הקצאה קנייני, אך התקיימו לגביו כללי אחריות, שהיו להם השלכות חלוקתיות עקיפות (הבטחת נישואים).

במהלך הרשימה נבחן את הבעיות הבאות: ראשית, האם רצוי ליצור הכלאה חלוקתית בין כלל המקצה זכויות לבין כלל אחריות בכל הנוגע בהכרעה על בעלות בנכס? שנית, עד כמה כללי אחריות מהווים בסיס ליצירת הסדרים חלוקתיים בתחרות על משאב אישי? שלישית, האם חלוקה הסכמית של זכות קניין בנכס יכולה להיבלם כליל בעקבות מגבלה המוכתבת על-ידי שיקולים ציבוריים או שמא ניתן לממשה באמצעות כללי אחריות? רביעית, עד כמה שיתוף או זיקה עסקיים מצדיקים חלוקת אחריות בין מי שפרע חוב בטעות לבין מקבל הפירעון שפעל בתום-לב?

המסקנה המוצעת ברשימה זו היא שבכל הנוגע בהכרעה שיפוטית, שבה אין בית-המשפט פועל כמפשר בין הצדדים, יש לכבד באופן עקרוני את ההקצאה הקניינית הקבועה בחוק. אין זה רצוי לסטות מן ההקצאה הקניינית על-ידי פנייה לכללי-מסגרת אמורפיים המאפשרים חלוקה, אלא אם כן קיים מנגנון פנימי של שיקול-דעת במסגרת החוק עצמו. ניתן כמובן לאמץ פתרון חלוקתי אם הוא משקף הסכמה של הצדדים. בהעדר הסכמה, וכאשר מערכת כללי ההקצאה אינה ברורה, ניתן להצדיק פתרון חלוקתי המבוסס על שיקולי מוסר של אשמה וצורך.

## פרק א: מזכות קנויה לחלוקה

### 1. משפט שלמה ושניים אוזנים בטלית – חלוקה שטעמיה שונים

משפט שלמה, המפורסם מבין משפטי התנ"ך, מציג לפנינו את דילמת הצדק בהתגלמותה: שתי נשים נלחמות על תינוק. כל אחת מהן טוענת כי הוא בנה. הנשים גרות יחד, ואין אב בתמונה. אין ראיות חיצוניות שיאפשרו לקבוע מי האם האמיתית. שלמה המלך, החכם מכל אדם, מפעיל תכסיס פסיכולוגי: הוא מורה לחלק את התינוק, בהניחו כי האם האמיתית תוותר על תינוקה ובלבד שלא יאונה לו רע. אכן, רחמיה של אחת האימהות נכמרים על תינוקה, והיא מבקשת מן המלך כי הילד יינתן לאחירת, ואילו האחירת דורשת במפגיע: "גם לי גם לך לא יהיה, גזרו". שלמה מורה לתת את התינוק לאם הרחומה, באומרו: "תנו לה את הילד החי והמת לא תמיתהו, היא אמו".<sup>1</sup> במאבק בין שתי מתחרות על אותה זכות, הפעיל שלמה המלך את כלל החלוקה הבסיסי: שוויון, אך זאת רק למראית-עין, שהרי כוחו של כלל זה מוגבל. גבולותיו קבועים על-ידי כוחות הטבע, בוודאי בימי שלמה המלך: תינוק הוא פרי בטנה של אם אחת, וחלוקה היא בלתי-אפשרית כי היא תפגע בילד.

הורות יוצרת זכות מוחלטת, שאינה ניתנת לחלוקה. ומה באשר לטלית – האם היא ניתנת לחלוקה? המשנה הראשונה במסכת "בבא מציעא" דנה בשאלה:

"שנים אוזין בטלית: זה אומר 'אני מצאתיה', וזה אומר 'אני מצאתיה'. זה אומר 'כולה שלי', וזה אומר 'כולה שלי' – זה יִשָּׁבַע שאין לו בה פחות מחציה, וזה יִשָּׁבַע שאין לו בה פחות מחציה, ויחלוקו. זה אומר 'כולה שלי', וזה אומר 'חציה שלי' – האומר 'כולה שלי' יִשָּׁבַע שאין לו בה פחות משלושה חלקים, והאומר 'חציה שלי' יִשָּׁבַע שאין לו בה פחות מרביע. זה נוטל שלושה חלקים, וזה נוטל רביע."<sup>2</sup>

האם יש הבדל בין מקרה שלמה לבין מקרה הטלית? ברור שכן. במקרה התינוק, בוודאי בתקופת שלמה המלך, אין אפשרות חלוקה.<sup>3</sup> התינוק שייך באופן ייחודי לאם

1 מלכים א, ג 26–27; דניאל פרידמן הרצחת וגם ירשת – משפט, מוסר וחברה בסיפורי המקרא 37–39 (2000).

2 משנה, בבא מציעא א, א.

3 אך ראו את דבריו של השופט מלצר בדנ"א 1892/11 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוגית, פס' 61 (פורסם בנבו, 22.5.2011): "והרי ניתן היה לנקוט בפרשה תנ"כית זו אף פתרון אחר – של מסירת הילד לאימוץ אצל הורים נאצלים (צדדים שלישיים) ולהפריד את התינוק משתי הנשים (בתקופת המקרא נמצאו לעתים פתרונות יצירתיים לנסיבות. כך, למשל, בספר שמות, ב' א'–א"א – מסופר כי משה רבנו, לאחר שנמשה מהתיבה, אומץ במעין 'אימוץ-פתוח' על ידי בת פרעה, כאשר אמו הביולוגית מיניקה אותו...)". לתחרות בין הורים מאמצים לבין הורים טבעיים ראו את מחזהו הנודע

אחת. במקרה הטלית, לעומת זאת, קיימת אפשרות לבעלות משותפת, ובעלות משותפת כזו ניתן לחלוק במשותף ואף לחלק. ואם הנכס אינו ניתן לחלוקה בפועל, הוא יחולק כלכלית על-ידי הערכת שווי.

## 2. ספק כצידוק לחלוקה

אך מה עומד מאחורי החלטת החלוקה? לפנינו שתי גרסאות סותרות: האחד טוען שהטלית כולה שלו, וגם האחר טוען שהטלית כולה שלו, ומי צודק? והרי תפקידו של בית-המשפט הוא לדרת לחקר האמת ולקבוע מיהו בעל הטלית באמת – הראשון, השני ואולי שניהם כבעלים משותפים. בית-המשפט משתמש באופן חלקי בלבד במכשיר לגילוי האמת, מבלי לקבוע מסמרות: הוא מחייב את הצדדים להישבע שאין לכל אחד מהם פחות ממה שבית-המשפט עומד לפסוק לטובתו על-פי עיקרון חלוקתי, ולאחר-מכן קובע את הפתרון החלוקתי. בפועל בית-המשפט מתקשה לקבוע מהי הגרסה הנכונה, כי מול גרסת הצד האחד עומדת גרסתו של הצד האחר, ושתיהן סותרות זו את זו, ואין ברשותו ראיות חיצוניות.

האם ניתן להפעיל את הכלל החלוקתי בכל מקרה של סכסוך על נכס – למשל, כאשר בעל הנכס טוען כי גזלו אותו ממנו? גם חכמינו היו ערים לבעיה, והשאלה מה הבסיס לחלוקה נתונה במחלוקת. יש האומרים שהאחיזה המשותפת מצביעה על שיתוף בנכס, ולא על מקרה של גזלה, ואחרים מסבירים שכלל החלוקה מיושם בשל הספק הראייתי שנוצר, והשבועה נועדה לסיים את המחלוקת.<sup>4</sup>

אכן, חקר האמת הוא משימה קשה ביותר.<sup>5</sup> לא רק שלכל צד יכולה להיות גרסה שהוא מאמין בה באמת ובתמים, אלא שלעיתים צדדים פשוט אינם אומרים את האמת. יכולתו של בית-המשפט לקבוע את מידת אמינותה של גרסה זו או אחרת אינה גבוהה, ובפתרון החלוקתי יש משום הודאה בקוצר-ידו של בית-המשפט. פתרון זה עוקף את

של ברכת **מעגל הגיר הקווקזי**, שם התחרות על הילד היא בין האם הביולוגית לבין המשרתת גרושה, אשר חילצה את הילד מסכנה וגידלה אותו לאחר-מכן. השופט אצדק מעמיד את הילד במרכז המעגל ומצווה על הנשים לתפוס בידיהן של הילד, בסוברו כי "האם האמיתית תמצא בה את הכוח למשוך אליה את הילד מתוך המעגל". גרושה מסרבת לפגוע פיזית בילד ואינה מושכת בידיה, והשופט אצדק מזכה אותה בילד. ברטולט ברכת **מעגל הגיר הקווקזי** פרק ו 108–125 (נתן זך מתרגם, 1983). בישראל התעוררה תחרות על ילדה שנחטפה מביתה בין הוריה האמיתיים (מברזיל) לבין הורים מאמצים (מן הארץ). בית-המשפט החליט כי הילדה תוחזר להוריה. ראו בג"ץ 243/88 **קונסלוס נ' תורג'מן**, פ"ד מה(2) 626 (1991). ההנחה הייתה כי במקרה של חטיפה טובת הילד ממלאת תפקיד משני. בדעבד, ספק אם ההחלטה פעלה לטובת הילדה.

4 שהרי אם הכלל החלוקתי אכן מושתת על בעלות משותפת, לשם מה השבועה? לליבון היחס בין העדות, השבועה, החשש לעדות-שקר והספק הראייתי בסוגיה זו ראו יהודה (אודי) פרומן "יישום השיטה בפירוש תחילת פרק שנים או חזין" **התלמוד כהוייתו** [www.daat.ac.il/daat/toshba/hatalmud/nispah-2.htm](http://www.daat.ac.il/daat/toshba/hatalmud/nispah-2.htm)

5 אהרן ברק "על משפט, שיפוט ואמת" **משפטים** כז 11 (1996).

הצורך ההוכחתי על-ידי כך שהוא מסתפק בשבועה, ומגיע להכרעה על-ידי חלוקה, שהיא במובן-מה פתרון שרירותי, אבל אולי שרירותי פחות מהפתרון המוחלט.<sup>6</sup> אפשר גם שהשבועה אינה משנה דבר (אלא אם כן צד אחד מסרב להישבע, ובמקרה כזה לשבועה יש ערך ראייתי, אם כי לא "חיצוני"), שהרי אם שניהם נשבעים, השבועה רק מאשרת את החלוקה.

ומה כיום? הכרעה חלוקתית שמקורה בקושי ראייתי יכולה להתעורר לא רק לגבי משאב חיובי (דוגמת טלית), אלא גם לגבי משאב שלילי, כגון אחריות לחוב או לנזק שנגרם, ואפילו לגבי אחריות פלילית.<sup>7</sup> כך, עקרון השוויון החלוקתי פותר ספק ראייתי גם כיום. למשל, אם שני כלבים השייכים לבעלים שונים תקפו את פלוני, ואי-אפשר לדעת איזה חלק מהנזק גרם כל כלב, תוטל אחריות שווה על כל אחד מבעלי הכלבים.<sup>8</sup> רעיון דומה ניתן למצוא בדוקטרינת "הסיבתיות העמומה": כאשר אין די ראיות הקושרות את פלוני לנזק, אך מבחינה סטטיסטית קיימת הסתברות לכך שפלוני גרם (או תרם) לו, יחויב פלוני בחלקו זה, המשוער, בלבד. זהו פתרון חלוקתי מובהק, שתוצאתו היא שהניזוק והמזיק-בכוח יחלקו במשותף בנזק.<sup>9</sup>

6 לדיון רחב בדילמה שבין הכרעה דיכוטומית לבין הכרעה חלוקתית, ולדעה חיובית לגבי הכרעה חלוקתית של שופט בערכאה דיונית, ראו גם שלמה לבנוני "השפיטה: הכרעה דיכוטומית או פסיקה משקללת? האומנם 'הכול או כלום'?" **עלי משפט** ג 531 (2003).

7 טליה פישר "ענישה הסתברותית" **עיוני משפט** לב 515 (2011). הטענה היא שיש מקום לסברה שמשטר של ענישה המבוסס על מידת הוודאות שהנאשם אכן ביצע את העברה עדיף על השיטה הבינרית, שאינה מתקיימת באמת במציאות.

8 ד"ר 15/88 **מלך נ' קורנהויזר**, פ"ד מד(2) 89, 116–130 (1990) (השופט בך בדעת מיעוט). לסוג אחריות זה ראו אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי-ודאות בגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא 191 (1998). לביקורת ראו ישראל גלעד "דוקטרינת הנזק הראייתי: האם הורם נטל השכנוע?" **משפטים** ל 317 (2000). לתשובה לביקורת ראו אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: תגובה לביקורת" **משפטים** ל 349 (2000).

9 דנ"א 4693/05 **בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול** (פורסם בנבו, 29.8.2010) (להלן: עניין **מלול**) (צמצום חריג העמימות הנסיבתית של השופטת נאור בע"א 7375/02 **בית חולים כרמל, חיפה נ' מלול**, פ"ד ס(1) 11 (2005), על-ידי המשנה לנשיאה ריבלין, בהסכמת הנשיאה ביניש והשופט לוי ובניגוד לדעתה החולקת של השופטת פרוקצ'יה, תוך יצירת חריג צר יותר באמצעות הדרישה להטיה נשנית; הושאר בצריך עיון על-ידי השופט גרוניס והשופט ג'ובראן). למקרה שבו אין ספק כי המעוול גרם לנזק אך שיעור תרומתו מוטל בספק ראו ע"א 9344/08 **פלוני נ' סהר חברה ישראלית לביטוח** (פורסם בנבו, 26.8.2012).

למקרים שבהם נפסק כי אין די בעמימות נסיבתית להצדיק חריגה ממאזן ההסתברויות והחלת אחריות יחסית ראו ע"א 761/06 **יהוד נ' בית החולים קפלן** (פורסם בנבו, 14.4.2011); רע"א 3675/09 **מדינת ישראל – משהב"ט נ' דאוד** (פורסם בנבו, 11.8.2011); ע"א 8985/09 **ספקטור נ' קקון** (פורסם בנבו, 20.9.2011); ע"א 9936/07 **בן דוד נ' ענטבי** (פורסם בנבו, 22.2.2011). השווה להצעה לקבוע, במקום כלל ההתיישנות הבינרית, כלל חלופי-חלוקתי שלפיו מן הנזק שהנפגע תובע יפחת סכום המשקף את ערך העדות שאבדה בגין חלופי הזמן: Ehud Gutel & Michael Novik, A



הדגשתי את קשיי ההכרעה בדבר האמת העובדתית. לקשיים אלה נלווה לא אחת גם הקושי להגיע לפתרון משפטי. קושי זה נובע בחלקו מן הספק העובדתי הנלווה לכל הכרעה משפטית, וגם ממחלוקת בשאלה מהו הפתרון הנכון משפטית מבין כמה פתרונות אפשריים. ניטול לדוגמה את עמדתה של המשנה בשאלה מה הדין כאשר האחד טוען לבעלות מלאה על הטלית ואילו האחר טוען לבעלות על מחציתה: המשנה קובעת כי הראשון יקבל שלושה רבעים ואילו השני יקבל רבע, כלומר, מוחל כאן כלל החלוקה השווה על הנתח השנוי במחלוקת, שהוא חצי. לאחר שמבודדים את גזרת המחלוקת, שהיא חצי, מחילים עליה את כלל החלוקה הבסיסי, שהוא שוויון, ומכאן הרבע שהאחר זוכה בו.<sup>10</sup> אבל זה אינו הפתרון האפשרי היחיד: על-פי אריסטו, יש ליטול כנקודת מוצא לא את גזרת המחלוקת, אלא את בסיס הסכסוך כולו.<sup>11</sup> מכיוון שבסיס המחלוקת משתרע במקרה זה על שלושה חצאים (שני חצאי טלית שלמה ועוד חצי טלית), יקבל מי שטוען לבעלות מלאה שתיים מתוך שלוש היחידות, כלומר שני-שליש טלית, ואילו הטוען למחצית יקבל שליש טלית. פתרון זה משפר, אפוא, את מעמדו של הטוען למחצית הטלית בלבד על פתרונו של המשנה.

העמדה שלפיה במקרה של ספק משפטי יש לכוף פשרה על הצדדים באה לידי ביטוי מפורש במשפט העברי במקרה הבא: כאשר שניים טוענים לזכות מעבר, ואין אפשרות להכריע בטענותיהם על-פי הדין, נקבע כי חובה על הדיין להציע פשרה על-ידי הערכת גובה התשלום שיינתן למי שיוותר ראשון על זכות המעבר. אם איש מהמתדיינים אינו מוכן לקבל את ההצעה מרצונו, יכפה הדיין את קבלת ההצעה על-ידי הטלת גורל בין בעלי-הדין.<sup>12</sup> ההגרלה במקרים אלה מדגימה יפה את השרירותיות הכרוכה בהכרעה שיפוטית קשיחה שאינה נסמכת על ראיות מספקות לכאן או לכאן. הדבר אנלוגי להטלת מטבע.<sup>13</sup>

*New Approach to Old Cases: Reconsidering Statutes of Limitation*, 54 *TOR. L.J.* 129 (2004). הסדר ברוח זו קיים בס' 24 לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א-1981. סעיף זה פוטר מבטח מאחריות כאשר המבוטח לא נתן הודעה במועד על קרות מקרה הביטוח, אם ובמידה שקיום החובה במועד היה מאפשר למבטח להקטין את אחריותו.

10 "תורת המשחקים ודיני פשיטת רגל – מנחה לפרופ' ישראל אומן, חתן פרס נובל לכלכלה 2005, עם הענקת הפרס במוצ"ש פרשת ויצא, תשס"ו" פרשת ויצא, תשס"ו, גיליון מס' 234 (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, 2005) [www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/234-2.htm](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/234-2.htm)

11 אריסטו **אתיקה – מהדורת ניקומאכוס** 110–124 (יוסף ליבס מתרגם, הוצאת שוקן, 1985).

12 מנחם אלון "הדין, האמת, השלום והפשרה – על שלושה וארבעה עמודי המשפט והחברה" **מחקרי משפט** יד 269, 325–328 (1998). עולה מכאן שכאשר יש לחלק משאב מוגבל, מבלי שיש קנה-מידה ענייני להכרעה בין המועמדים, ניתן להשתמש בהגרלה. ראו גם נילי כהן "גורל ומשפט" **הפרקליט** מט 23, 43–45 (2007).

13 ראו ע"א 1444/95 **עיריית אילת נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מט(3) 749 (1995), שבו הוצעו לציבור מגרשים אחדים בשיטת "בנה ביתך", ומספר המציעים המעוניינים והכשירים היה גבוה ממספר המגרשים. ההכרעה נעשתה על-ידי הגרלה, ובית-המשפט אישר אותה. מכאן ניתן להסיק שכאשר מוצע משאב מוגבל ובלתי-ניתן לחלוקה – בין שהמשאב חיובי בין שהוא שלילי (למשל, על

### 3. פשרה וחלוקה מול המאבק למשפט

הקושי העובדתי שבית־המשפט ניצב בפניו, שאליו מצטרף לא אחת גם קושי משפטי, מעורר את השאלה למה בית־המשפט צריך לחתור בהכרעת־הדין: האם עליו להכריע בסכסוך בין הזכויות המתחרות תוך חתירה ליישומם של כללים ברורים וחדים (בהנחה שהם קיימים), היוצרים ודאות ויכולת חיזוי ותכנון, או שמא עליו להניח את הדין הנוקב ברקע, להבין כי אין ברה אלא לחיות עם הספקות, ולהגיע לפתרון־ביניים? פתרון־הביניים החלוקתי הוא מעין פשרה שבית־המשפט כופה על הצדדים. מכאן עולה השאלה אם תפקידו של בית־המשפט הוא להכריע בסכסוך לאחר איתור הזכויות הקנויות או לחתור לפשרה. בעניין זה שוררת מחלוקת ישנה נושנה, והמשפט נע ונד בין שאיפות סותרות.

השאיפה לחשוף את האמת המשפטית והעובדתית היא ברורה מאליה. וכי יש מי שכופר בכך שעל גולן להשיב את גולתו לבעלים? אכן, יש הרואים במשפט כלי למימוש של צדק מוחלט התובע מאבק. זו עמדתו של רודולף פון יהרינג (Rudolph von Jhering), כפי שהביע אותה בספרו **המאבק למשפט**, שפורסם בגרמניה בשנת 1872.<sup>14</sup> יהרינג התנער מהתפיסה ההיסטורית שלפיה המשפט הוא תרכובת של מנהגים שהתגבשו במהלך הדורות, בגורסו כי המשפט הוא פרי מאבק בין פרטים מתחרים וקבוצות חברתיות מתחרות המבקשים הכרה משפטית בזכויותיהם ואכיפתן. על־פי עמדתו, המשפט הוא מכשיר הכרחי לגיבוש זכויות ולמימושן. כל מי שפוגע בזכותנו פוגע בעצם היותנו, בכבודנו. המשפט מספק לנו כללים ומנגנונים כדי להגן על עצמנו מפני שרירות, אלימות לא־חוקית, תרמית ורשלנות הגורמות לנו נזק. עלינו להפעיל את המשפט ללא חת כדי להגן על זכויותינו, ובדרך זו לשקם את העצמי שלנו, את כבודנו.

ברוח דברים אלה אפשר להבין את לב הסכסוך הפותח את מחזהו של ויליאם שקספיר **המלך ריצ'רד השני**. ריצ'רד השני נקרא להכריע במחלוקת שבין בולינגברוק, דוכס הרפורד, המאשים את מוברי, דוכס נורפוק, בגנבת כספי ציבור (שיועדו לתשלום לחיילי הצבא). אין ראיות חיצוניות התומכות בגרסתו של מי מהצדדים. בתחילה ריצ'רד מנסה לפשר בין השניים, בציינו: "אנשי חמה, תנו ואמשול בכם, הקיזו כעס אל תקיזו דם... הגיעה העת לשכוח ולמחול". אולם הצדדים אינם נענים להפצרתו של המלך. מוברי מגיב באומרו: "לוהט הדם, ורק אם יישפך, יוכרע דבר... הלא ביזו אותי, כבודי

מי להקריב את עצמו לטובת הכלל) – וכאשר אין לגביו אמות־מידה ענייניות להכרעה, ניתן להכריע על־ידי הגולה. ראו כהן, לעיל ה"ש 12, בעמ' 44.

14 RUDOLPH VON JHERING, *THE STRUGGLE FOR LAW* 21–31 (John J. Lalor trans., 2nd ed. 1915). ראו גם: William Seagle, *Rudolph von Jhering: Or Law As a Means to an End*, 13 U. CHI. L. REV. 71, 81–82 (1945); Roscoe Pound, *The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence*, 25 HARV. L. REV. 140, 140–147 (1911); Roscoe Pound, *Mechanical Jurisprudence*, 8 COLUM. L. REV. 605, 610 (1908); Christopher Tomlins, *History in the American Juridical Field: Narrative, Justification, and Explanation*, 16 YALE. J. L. & HUMAN. 323, 361–365 (2004).

חולל, חנית דיבה ארסית פילחה ליבי, ולא ירפא לי אלא דם ליבו של מטפטף הארס." הדברים הבאים מפיו מהדהדים בעוצמה עד עצם היום הזה: "Mine honor is my life; both grow in one. Take honor from me, and my life is done". שיקום כבודו של מוכרי יוכל להתגשם רק על-ידי הכרעה משפטית בינרית ברוח הימים ההם, כלומר, בדו-קרב. אלא שעם תחילתו של הקרב המלך משנה את דעתו: "יניחו לקסדות ולרמחים... מפחד פן תוכתם אדמת ארצנו בדם יקר...". המלך גוזר על שני הצדדים גלות: האחד לשש שנים (לאחר שעונשו הופחת בשל קרבתו של אביו למלך) והאחר לצמיתות. מפאת החרדה לשלום הממלכה, מיתן ריצ'רד את התוצאה הבינרית (המחייבת את מותו של אחד הצדדים בדו-קרב) על-ידי "הכתמת" שני הצדדים לסכסוך (שניהם נשלחים לגלות) – כל אחד על-פי חלקו.<sup>15</sup>

ריצ'רד השני נוקט עמדה פשרנית, העומדת בניגוד לתפיסה שלפיה יש להפעיל את המשפט ללא חת כדי להגן על זכויותינו ולשקם את כבודנו. אכן, ניתן להצדיק את הרתיעה מפני הכרעה חותכת, בינרית, אשר מכתימה את האחד ומנקה את האחר. שהרי מי לא היה עד – אם במישרין ואם בעקיפין – לקוצר-ידו של המשפט, לגבולותיו השרירותיים, לחולשת הזיכרון וליכולת המוגבלת לשחזר את האמת, לקיומם של מקרי-ביניים, ולחוסר היכולת לקבוע מראש פתרון צודק לכל סכסוך שיתעורר?<sup>16</sup> הכרה בכל אלה מוליכה לא אחת את המשפט לחיפוש אחר פשרה. מגמה זו של פשרה עולה בקנה אחד עם הרעיונות של שוויון וזכויות לכל, ועם עליית האמונה בכוחו של השוק. כי מהי דמוקרטיה, אם לא פשרה בין קבוצות שונות, ומהו שוק, אם לא מצבור של חושים המבוססים על הסכמות שיסודן בפשרה בין רצונות מתחרים? ניתן אף לומר כי אילו ניצבו צדדים לסכסוך שההכרעה בו על-פי הדין אינה מובנת מאליה (בהעדר ראיות או כללים ברורים) מאחורי "מסך בערות", היו גם הם מעדיפים פתרון-ביניים על הפתרון של "הכל או לא-כלום".

פשרה, במשמעותה הרגילה, היא הסכם שהצדדים כורתים כדי לסיים סכסוך. על רקע הכללים החלים על הסכסוך, ומתוך הערכת הסיכונים והסיכויים, הצדדים מגיעים להסכם המבוסס על ויתורים הדדיים.<sup>17</sup> זוהי מהותה של פשרה הסכמית. אך יש הטוענים כי

15 ויליאם שקספיר **המלך ריצ'רד השני** (שמעון זנדבנק מתרגם, 1988) (מערכה ראשונה, תמונה 1, בעמ' 29–36). פשרה זו לא הועילה בסופו של דבר, שכן בולינגברוק הפר את צו הגלות, קם על המלך, ונהפך להנרי הרביעי. דברי מוכרי צוטטו לא אחת על-ידי השופט חשין אגב דיון בכבוד האדם: ע"פ 8295/02 **ביטון נ' סולטן**, פ"ד נט(6) 554, 598 (2005); בג"ץ 6126/94 **סנש נ' רשות השידור**, פ"ד נג(3) 869, 817 (1999).

16 להמחשת הבעיה במשפט הישראלי ראו אריה רטנר "הרשעות שלא בצדק: טעויות במערכת המשפט" **פלילים** ג 262 (1992).

17 ע"א 2495/95 **בן לולו נ' אטרש**, פ"ד נא(1) 577, 590 (1997) (השופט אור). להבחנה בין פשרה לגיטימית לבין פשרה לא-לגיטימית במישור הפוליטי ראו: AVISHAI MARGALIT, ON COMPROMISE AND ROTTEN COMPROMISES (2010) (פשרה לא-לגיטימית מבוססת על אכזריות והשפלה). להחלת ההבחנה על פשרה בעקבות התדיינות ראו: Carrie Menkel-Meadow, *Compromise, Negotiation, Morality*, 26 NEGOTIATION J. 483 (2010).

תפקידו של כל בית-משפט הוא לחתור לפשרה, וכי זו משמעותו של דין צדק. רש"י, בפירושו למשמעות הציווי "ועשית הישר והטוב" (דברים ו 18), מסתמך על מדרש האומר: "זו פשרה לפני משורת הדין".

מנקודת-מבטו של המשפט העברי, דבריו של רש"י מעוררים קושי: אם מפרשים הוראה זו כמופנית אל השופט, יוצא שהפשרה נעלה על הדין, שהרי היא מגלמת את הישר והטוב. מאליה עולה השאלה: הייתכן שדין תורה אינו ישר וטוב דיו, כך שיש צורך לפסוק בפשרה ולפנים משורת הדין?<sup>18</sup> חכמינו, שהתלבטו בסוגיה, השיבו על שאלה זו בשלילה. דין תורה אכן מגלם את הצדק. אך ברוח הטענה "כי המשפט לאלהים הוא",<sup>19</sup> השופט אינו יכול להשיג בשכלו האנושי את הדין הצודק והאמיתי, ולהחילו כראוי על המקרה שלפניו. הוא עלול לטעות, ולטעות זו עלולות להיות תוצאות חמורות, שישפיעו לא רק על גורל הצדדים, אלא גם על גורלו של הדיין עצמו, הצפוי לעונש כבד בשל כך. "בהקשר זה של אחריות הדיין וחובתו למשפט ולדרך הנהגתו מובן גם מדוע הוא חייב לראות עצמו לעולם: 'כאילו חרב מונחת לו בין ירכותיו וגיהנם פתוחה לו מתחתיו'".<sup>20</sup>

אכן, במקורותינו אנו מוצאים לא אחת שדיינים חוששים מפני טעות בדין, וכדי להגן על עצמם מפני העונש הצפוי להם בגינה, הם פונים לבעלי-הדין וממליצים על פשרה בחסות המשפט.<sup>21</sup> כלומר, פסק-הדין יהיה בבחינת פשרה שהצדדים מתחייבים בהסכמה לקבלה. מתפיסה זו ניתן להגיע למסקנה כוללת שלפיה בשל מוגבלות כוחו האנושי של השופט, מצווה על כל שופט לשאוף להגיע לפשרה – עליו לחתור לכך שכל פסק-דין ישקף בבסיסו הסכמה בין הצדדים.<sup>22</sup>

#### 4. פשרה וחלוקה – בין דין לשלום

לכל זה יש ביטוי גם בהווה המשפטית של ימינו: החל בשנות השבעים התפרסמו

18 ברכיהו ליפשיץ "שני מושגים של פשרה – 'ועשית הישר והטוב'", פרשת ואתחנן, תשס"ג, גיליון מס' 133 (אביעד הכהן ומיכאל ויגודה עורכים, 2003) [www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/133-2.htm](http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/133-2.htm). על המתח בין דין לפשרה במשפט העברי, המחייב את הדיין בגבולות דיוניים (למשל, אין להציע פשרה בשלב מתקדם שבו הדיין כבר נוטה להכרעה, אם כי גם לכך יש חריגים כדי להשכיח שלום) ראו בהרחבה אצל איתי ליפשיץ "פשרה עד היכן? – גבולות הדיון בפשרה" **שנתון המשפט העברי** כד 63 (2006–2007).

19 דברים א 17. על משפט זה נאמר בבבלי, סנהדרין ח, ע"א: "אמר רבי חמא ברבי חנינא: אמר הקדוש ברוך הוא, לא דיין לרשעים שנוטלין מזה ממון ונותנים לזה שלא כדין, אלא שמטריחין אותי להחזיר ממון לבעליו." אריאל רוזן-צבי "כי המשפט לאלהים הוא": על כוח המשפט ועוצמתו מול מגבלותיו וגבולותיו" **עיוני משפט** יז 5 (1992).

20 רוזן-צבי, שם, בעמ' 8. הציטוט הוא מבבלי, סנהדרין ז, ע"א.

21 השו"ע שם, בעמ' 13. על פשרה במשפט העברי ראו גם יעקב בוק "ישו"ב סכסוכים בדרך של פשרה במשפט העברי" **סיני** עא 64 (1972).

22 למתח בין הכרעה בינרית לבין כללים חלוקתיים במשפט האנגלי ראו: Joseph Jaconelli, *Solomonic Justice and the Common Law*, 12 OXFORD J. L. STUD. 480 (1992).

מחקרים המבקרים את אופייה של החברה האמריקאית כחברה מתדיינת ואת העלויות הכרוכות בכך.<sup>23</sup> רבים חיפשו דרכים חלופיות ליישוב סכסוכים, אשר ימתנו את חריפותן של התוצאות ויובילו לפתרונות-ביניים. אכן, במהלך השנים האחרונות קנתה לה אחיזה בכל מדינות המערב, ובכלל זה בישראל, הפרקטיקה של פישור וגיבור ככלי חלופי לפתרון סכסוכים.<sup>24</sup> שיטות אלה, המבקשות לנטרל את הכפייה שבמשפט, מעמידות במרכז ההליך את האוטונומיה של הצדדים בהכרעה במחלוקת המשפטית ביניהם.

הוויכוח הישן בדבר מהותו של המשפט – אם יש לראותו כהליך למימוש הצדק או כהליך לפתרון סכסוך בדרכי שלום – ליווה גם את התפתחותן של הדרכים החלופיות ליישוב סכסוכים. בשנת 1984 יצא אוון פיס (Owen Fiss) במאמר ידוע שכותרתו "נגד פשרה".<sup>25</sup> במוקד התנגדותו של פיס עומדת הטענה – המזכירה את עמדתו של יהירנג, שהושמעה כמאה ועשר שנים קודם לכן<sup>26</sup> – שלפיה פשרה אינה יכולה להוות תחליף להכרעה שיפוטית, שכן תפקידו של בית-המשפט אינו רק לפתור סכסוך פרטי, אלא גם לעצב את ערכי החברה. במינוח מודרני טענתו של פיס היא שפשרה חוטאת לחובתו של בית-המשפט לקדם ערכים חוקתיים. המשפט אינו רק כלי לסיום סכסוך פרטי; הוא מעצב את חיינו הציבוריים, הוא קובע הנחיות לעתיד בדמות תקדים. פשרה, לעומת זאת, היא עניין פרטי – היא חותרת להשאת רווח פרטי ובולמת את גיבושו של הצדק החברתי. פיס גם כופר בטענה שפשרה מקדמת את האוטונומיה של הצדדים בהכרעה במחלוקת ביניהם. לטענתו, פשרה דווקא מנציחה את הפערים הקיימים בכוח המיקוח של הצדדים, ואינה מאפשרת לשופט לחוש ולסייע לצד החלש במגמה לתקן פערים אלה.<sup>27</sup>

בשנת 2009, עשרים וחמש שנים לאחר כתיבת המאמר, ולנוכח נצחונן המספרי המוחץ של פשרות ודרכים חלופיות אחרות ליישוב סכסוכים, בחן פיס את עמדתו שוב, אך לא חזר בו ממנה.<sup>28</sup> הוא היה מוכן אומנם להודות כי פשרה המבוססת על הסכם של

Bayless Manning, *Hyperlexis: Our National Disease*, 71 NW. U. L. REV. 767 (1977); 23  
JETHRO K. LIEBERMAN, *THE LITIGIOUS SOCIETY* (1981); Marc Galanter, *Reading the  
Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our  
Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 UCLA L. REV. 4 (1983)

ROBERT H. MNOOKIN ET AL., *BEYOND WINNING: NEGOTIATING TO CREATE VALUE IN  
DEALS AND DISPUTES* (2000) 24

Owen M. Fiss, *Against Settlement*, 93 YALE L.J. 1073 (1984) 25  
David Luban, *Settlements and the Erosion of the Public Realm*, 83 GEO. L.J. 2619 (1995)  
לפיתוח עמדתו תוך הדגשת היסוד של העדר שוויון בין הצדדים לפשרה לגבי המידע הנוגע בתוצאות  
ההתדיינות ראו: Ezra Friedman & Abraham L. Wickelgren, *No Free Lunch: How Settlement  
Can Reduce the Legal System's Ability to Induce Efficient Behavior*, 61 SMU L. REV. 1355  
(2008).

ראו לעיל ליד ה"ש 14. 26

להמחשת הטענות במשפט הישראלי ראו רינה בוגוש, רות הלפרין-קדרי ויעל רונן "מגדר וגיבור  
בהליכי גירושין" **המשפט** ז 335 (2002); איילה מלאך-פיינס, חמוטל גת ויעל טל "הבדלי המינים  
בניהול משא ומתן בתהליך גישור לגירושין" **שיחות** יג(3) 231 (1999).

Owen M. Fiss, *The History of an Idea*, 78 FORDHAM L. REV. 1273 (2009) 28

ממש עדיפה על התדיינות משפטית, אך לדעתו, המקרים שבהם פשרה היא פרי הסכמה אמיתית הם מועטים ביותר, ולכן, ככלל, יש צורך בהתערבותו של בית-המשפט לשם השגת צדק.

עמדה זו אינה מקובלת על הכל – לא מצידה העיוני ואף לא מצידה התיאורי. בפועל פשרה ודרכים חלופיות אחרות כבשו את עולם המשפט, ומבלי להיכנס לעובי המחלוקת, רבים הם הטוענים כי בכוחה של פשרה לקדם ערכים חוקתיים וכי ראוי לעודדה.<sup>29</sup> פישור וגישור ככלים ממוסדים לפתרון סכסוך הם תופעה שכיחה, שניתן להסבירה לא רק על רקע העומס הכבד המוטל על בתי-המשפט, והחשדנות המסוימת השוררת לעיתים כלפי המערכת השיפוטית, אלא גם על בסיס התפיסה שלפיה יש לעודד את סיום ההליך בדרך-ביניים ובשיתוף הצדדים. תפיסה זו ניוונה משיקולים של תועלת ומוסר כאחד: תועלת הנובעת מחיסכון בזמן שיפוטי, ומוסר המושגת על כך שבאמצעות הפשרה נמנעת כפייתו של דין שעלול להיות בלתי-צודק. דין הנתפס כבלתי-מקובל על אחד הצדדים פוגע גם בכבודו של המוסד השיפוטי, ואף ממשיך להניע את גלגלי האיבה בין הצדדים.<sup>30</sup> מוטב לכן שהצדדים יקבלו את ההכרעה בסכסוך ביניהם בהסכמה. כפי שנאמר באחד מפסקי-הדין:

29 Samuel Issacharoff & Robert H. Klonoff, *The Public Value of Settlement*, 78 FORDHAM L. REV. 1177 (2009); Amy J. Cohen, *Revisiting Against Settlement: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values*, 78 FORDHAM L. REV. 1143 (2009) (הטענה היא שיש לקרוא את פיס על רקע האקלים המשפטי ששרר בארצות-הברית בשנות השמונים של המאה העשרים, וכי הניסיון שנצבר מאז מעיד כי דרכי הכרעות חוץ-שיפוטיות יכולות לקדם צדק חברתי). כן ראו: Leora Bilsky, *Transnational Holocaust Litigation*, 23 EUR. J. INT'L. L. 349, 369–375 (2012) (דווקא הסדר הפשרה בתביעות השבה של קורבנות הנאצים נגד התאגידים שבהם הועסקו תרם למימד הציבורי של הפרשה ולחשיפת סיפור מעורבותם של התאגידים במשטר הנאצי). ראו גם רונית זמיר "שני הפרויקטים של הגישור: הגישור בין הגמוניה להעצמה" **עלי משפט** י 125, 165–173 (2012) (בכוחו של שיח הגישור לעורר שינוי חברתי, שכן שפת הגישור החדשה, המכירה באינטרסים משותפים, ממוקמת במסגרת רחבה מזו של הסכסוך הספציפי, ומיועדת ליצור קשר בין הצדדים המסוימים בהקשר החברתי הרחב).

30 לטענה שצדדים לסכסוך משפטי יוכלו להיחלץ משאיפת הנקם הכרוכה בהפסד אם ההליך ייתפס כזירת תחרות שבה לכל צד יש סיכון וסיכוי, ובתנאי שניהול ההליך יהיה מבוסס על עקרונות נוקשים של צדק דיוני, ראו: Lief H. Carter, *Law and Politics as Play*, 83 CHI.-KENT L. REV. 1333 (2008). הצעה זו עולה בקנה אחד עם הרעיונות העומדים מאחורי ההליכים החלופיים להתדיינות משפטית. ראו נילי כהן "משפט ומשחק – הסוחר מונצ'יה" ו'התקלה' **הפרקליט** נא 407, 437–438 (2012). למחקרים אמפיריים התומכים בכך ראו: TOM R. TYLER, *WHY PEOPLE OBEY THE LAW* (2006), הגורס כי נכונותם של מתדיינים להשלים עם החלטת בית-המשפט בעניינם תלויה, בעיקרו של דבר, בהגשמה ראויה של הצדק הדיוני. ראו דרר אבירם "האם המשפט בעניינם תלויה, בעיקרו של דבר, בהגשמה ראויה של הצדק הדיוני? – **משפט חברה ותרבות** – האם המשפט חשוב? 27, 36 (דפנה הקר ונטע זיו עורכות, 2011). לקריאה לפיתוח כללים של צדק מהותי לצד הכללים הקיימים של הצדק הדיוני בהליך הגישור ראו אלעד פינקלשטיין "הפרטה ורגולציה: ההסדרה המשפטית של הליך הגישור" **עיוני משפט** ל 623 (2008).

"לדין – פנים זועפות, לפשרה – פנים שוחקות. הפשרה מאירה פנים לכל המתדיינים, מכבה את אש המחלוקת שביניהם ואינה משאירה גחלים לוחשות העלולות להציתה מחדש. לעומתה, ההכרעה השיפוטית 'מזעיפה', בדרך כלל, את פניה למי מן המתדיינים, היא סופה המשפטי של המחלוקת, אולם לא בהכרח מכבה את גחליה."<sup>31</sup>

כיום הליכים חלופיים ליישוב סכסוכים זוכים בלגיטימציה מוחלטת של המשפט. המחוקק הישראלי הגיב אף הוא באמצע כיוונים אלה אל ליבו של ההליך השיפוטי. לבית-המשפט יש סמכות מפורשת מכוח חוק לפעול בהסכמת הצדדים כמפשר או להעביר עניין לבוררות או לגישור (סעיפים 79א, 79ב, 79ג לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 (להלן: חוק בתי-המשפט)),<sup>32</sup> וזאת בעקבות ההסדר שאומץ בשעתו בחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.<sup>33</sup>

רבים מהשופטים רואים את תפקידם כחתימה ליישוב הסכסוך, ולא דווקא להכרעה בנוגע לזכויות הצדדים. רבים מהם מבקשים להוביל את הצדדים להסדר שיסיים את המחלוקת או למצער להניע אותם להסמיך את בית-המשפט לתת הכרעה על-דרך הפשרה, לפי סעיף 79א לחוק בתי-המשפט, ביחס לאותם נושאים שהם אינם מסוגלים להגיע להבנות לגביהם. היתרון המרכזי של הליך כזה הוא היכולת להציע לצדדים מתווה שיאפשר פתרונות שהכרעה שיפוטית רגילה אינה יכולה להגיע אליהם, ולא רק תוצאת-ביניים חלוקתית. כך, למשל, אם קיימת בין הצדדים מחלוקת בשאלה אם החוזה בוטל כדין או אם יש לאכוף את החוזה, החלטה על-דרך הפשרה עשויה לשנות את תנאי החוזה באופן שישפר את מצבם של שני הצדדים.

אחד השיקולים המרכזיים הגורמים לצדדים להסכים לפשרות הוא התמשכות ההליכים המשפטיים בכלל וקיומם של הליכי ערעור בפרט. מטעם זה ניתן להעריך כי רוב הפשרות מוטות כלפי הנתבע, שכן הוא זה שמרוויח, במקרה הרגיל, מהתמשכות ההליכים, ועל-כן כדי לוותר על "זכות-היסוד לערער" הוא דורש פיצוי. היתרון הגדול בהכרעה לפי סעיף 79א – הניתנת ללא הנמקות – הוא שעל הכרעה כזו אין (מבחינה מעשית) אפשרות לערער. בפועל הסמכות לפי סעיף 79א משמשת מכשיר משלים

31 ע"א 1639/97 **אגיפוליס בע"מ נ' הקסטודיה איטרנציונלה דה טרה סנטה**, פ"ד נג(1) 337, 349–350 (1999) (השופט טירקל, על משקל פתיחתו של החיבור "הלכה ואגדה" של ח"נ ביאליק); חמי בן-נון ועמוס גבריאל "ייקוב הדין את הפשרה? לביקורת סעיף 79א לחוק בתי המשפט, התשמ"ד-1984 **הפרקליט** מו 257, 260–266 (2003).

32 לפירוט ראו יעקב אבי ברוך טירקל "אחד לדין ואחד לפשרה" – על פשרה ועל פסק דין על דרך הפשרה **שערי משפט** ג 13 (2002). לביקורת על כך שהמחוקק לא יצק תוכן של ממש לערכים שצריכים להנחות את בית-המשפט בפוסקו בדרך של פשרה, לבד מזה של החשת ההתדיינות, ראו איתי ליפשיץ "הפשרה התלמודית – בין תיווך להכרעה" **ספר אורי קיטאי** 89, 128–129 (בוועד סנג'ור עורך, 2008).

33 ס' 4(ג) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, מסמיך את בית-המשפט לשמש מפשר בהסכמת הצדדים.

לנסיונות הגישור שנעשים על-ידי שופטים, ויש לראותה כחלק ממגוון האמצעים המופעלים במסגרת ההליך ולצידו מתוך מגמה לסיים את הסכסוך בדרכי-ביניים. כאמור, מרכז-הכובד ברשימה זו אינו פשרה שהצדדים מגיעים אליה מתוך הסכמה או הסמכה של בית-משפט, אלא פשרה או חלוקה הנכפית על הצדדים על-ידי בית-המשפט במסגרת הכרעתו הפורמלית.<sup>34</sup> פשרה בהסכמה שמה דגש בתהליך; חלוקה כפשרה שמה דגש בתוצאה. מעניין שהאטימולוגיה של פשרה צופנת בחובה את שתי המשמעויות שאנו דנים בהן: יש הסבורים כי פשרה היא הסכמה;<sup>35</sup> ואחרים מצביעים על כך שפשרה היא הפרדה וניתוק בין הצדדים.<sup>36</sup>

הצגתי בקצרה את הדיון במעמדה של פשרה במשפט, ואת הביקורת עליה כאילו היא מקדמת את השלום על-חשבון הדין. אותה דילמה שבין דין לשלום – או הכרעה על-פי הדין לעומת סיום הסכסוך בדרך-ביניים – מלווה גם את המקרה של פשרה שבית-המשפט כופה על הצדדים. עם זאת, במקרה של פשרה כפויה לא מתעורר הספק, שעליו דיבר פיס, בדבר קיומה של הסכמה אמיתית של הצדדים לפשרה. בהקשר הנוכחי, שבו הפשרה נכפית על הצדדים, הסכמתם אינה רלוונטית. מכאן שלא מתעורר הקושי שעליו הצביע פיס, והוא שהפשרה תנציח את אי-השוויון ההתחלתי בין הצדדים. בית-המשפט הכופה חלוקה על הצדדים (בהנחה שכפייה כזו לגיטימית) יוכל להתחשב באי-השוויון ההתחלתי שבין הצדדים ולתקנו. בית-המשפט יוכל גם להמשיך לפקח על הסכסוך בין הצדדים – אפשרות שאינה קיימת תמיד במקרה של פשרה.<sup>37</sup> עם זאת, נראה שמעמדה

34 לעיתים נטען כי לחצם של השופטים על המתדיינים להגיע לפשרה עולה כדי כפייה. טענה זו הועלתה ונדחתה ברע"א 4976/00 בית הפסנתר נ' מור, פ"ד נו(1) 577, 585–590 (2001). ברקע הדברים חשוב לזכור את מגמת בית-המשפט שלפיה בהעדר טעם מיוחד, כבד-משקל ומשכנע, לא יתקבלו טענות נגד פסק-דין המעניק תוקף לפשרה, שכן ההנחה היא שהוא ניתן בהסכמתם של הצדדים, אשר ערים לויתורים ההדדיים שעשו. ראו בעניין זה ע"א 165/50 עפשטיין נ' זילברשטיין, פ"ד ו 1201, 1225 (1952). למקרה חריג שבו ניאות בית-המשפט לבטל הסכם פשרה בשל טעות ראו ע"א 7663/11 דדון נ' חרד, פס' 8–12 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 29.4.2013) (השופט דנציגר הדגיש את חריגותן של הנסיבות שיצדיקו ביטול הסכם פשרה – שם, פס' 9 לפסק-דינו).

35 ברכיהו ליפשיץ "פשרה" המסורת הפוליטית היהודית לדורותיה 83 (משה הלינגר עורך, 2010).

36 איתי א' ליפשיץ "פשרה ופשרה" עלי משפט ח 395 (2010). מאמר מרתק זה דן באטימולוגיה של פשרה אגב הבהרת אופייה הן כמוסד חלופי לדין (פשרה כהסכמה בין הצדדים) הן כאפיון של פסיקת הדין (חלוקה שהמשפט כופה). הוא מצביע על הפלא הנעוץ בכך שמילה שמקורה בהפרדה מבטאת פעולה שתכליתה התקרבות ופיוס. יצוין כי רעיון החלוקה כבסיס למשפט או לצדק בא לידי ביטוי מובהק בערבית. המילה הערבית "נצפ" משמעה חצי, וממנה נגזר הפועל "אנצפ", שפירושו נהג לפי מידת הצדק. תודתי נתונה לטל קיטנפלון על שהביא נקודה זו לתשומת-ליבי.

37 אם כי ניתן להוסיף להסדר פשרה, על-פי ס' 79 לחוק בתי-המשפט, תניה בדבר סמכות פיקוח של בית-המשפט, ובכל מקרה ניתן להגיש בקשות לתיק גם לאחר סגירתו. הדבר תלוי ברצון הצדדים ובכוננותה של השופטת.



המשפטי של החלטה כזו וערכה התקדימי לא יהיו גבוהים במיוחד, בשל הסטייה מכלל ההכרעה הבסיסי והדבקות בפרטי המקרה.<sup>38</sup>

## 5. פשרה וחלוקה, זכות קנויה ותורת האיזונים

התחרות בין הכרעה לפשרה והנושא של פשרה הנכפית על הצדדים על-ידי בית-המשפט מקשרים אותנו לנושא קרוב, שאותו העלה אביגדור לבונטין במאמרו "הזכות הקנויה ויריביה"<sup>39</sup>. במאמר זה מותח לבונטין ביקורת חריפה על "יציאתה מן האופנה" של התיאוריה של הזכות הקנויה או הזכות המוחלטת, ועל השתלטותה של אופנת האינטרסים והאיזונים. ברוח תורתו של ירינג, מביע לבונטין געגועים לעולם משפטי המושתת על כללים ברורים. בעולם זה הצדדים ועורכי-דינם יכולים לדעת במידה ניכרת של ודאות למה הם זכאים ומה סיכויי התביעה שלהם. לבונטין אינו מדבר מפורשות על הסדרי פשרה, אך אופנה זו שהוא מבקר בחריפות, אשר מבכרת לעמעם זכויות מוקנות ומושתתת על אינטרסים ואיזונים, ממריצה בפועל כפייה של הסדרי פשרה.

היחס בין פשרה או פתרון-ביניים, משטר זכויות ושיקול-דעת מעורר שאלה נצחית במשפט. יש הטוענים כי התפיסות הנוגדות של הכרעה מצד אחד ושל פשרה מצד אחר משקפות לא רק תפיסות-יסוד שונות לגבי תפקיד המשפט (דין מול שלום), אלא גם שני סדרים חברתיים שונים: התרבות המערבית, המעודדת מאבק ותחרות, מקדמת את רעיון הזכויות המוקנות; ואילו תרבויות אחרות, דוגמת התרבות הסינית, המבוססות על סובלנות והבנה, מעודדות פשרה.<sup>40</sup> אולם ביטוי למאבק בין כללים נוקשים לבין כללים ממתנים ניתן למצוא לא רק בין שיטות שונות וסדרים חברתיים שונים, אלא גם בתוך שיטות המשפט עצמן. הבה נזכר בהתפתחות ההיסטורית של המשפט האנגלי, אשר פיתח, לצד כללי המשפט המקובל הנוקשים, כללים מתקנים במסגרת דיני היושר, אשר התגבשו בסופו של דבר והוטמעו בתוך השיטה. רבים מכללי היושר נגסו בנוקשות של הדין, והביאו עימם הן תוצאות הפוכות מאלה שקבע הדין והן תוצאות חלוקתיות. מגמה דומה משתקפת גם בכללי המשפט הגרמני, שם פותחה תורת תום-הלב תוך שהיא נוגסת בכללים הפורמליים, משנה אותם או ממתנת אותם.<sup>41</sup> כללים ממתנים אלה אומצו גם במשפט הישראלי. לעיתים הובילו כללים ממתנים אלה להכרעה בינרית שונה – למשל, כאשר כללי תום-הלב ביטלו את דרישת הכתב, הם הכירו בזכותו של קונה שלא הסתמך על מסמך כתוב, ולא הכירו בזכותו של מוכר אשר נשאר כביכול הבעלים של הנכס בשל

38 Jaconelli, לעיל ה"ש 22, בעמ' 504–505.

39 אביגדור לבונטין "הזכות הקנויה ויריביה" משפטים לג 3 (2003).

40 René David, *Two Conceptions of Social Order*, 52 U. CIN. L. REV. 136, 147–148 (1983)

רנה דויד מציין כי דרך הפשרה והגישור אינה מתאימה לכל סכסוך, ומציע לאמצה רק באותם תחומים שבהם קיים מראש שיתוף-פעולה בין פרטים (עסקים ומשפחה).

41 להדגמת אופן הפעולה של שתי השיטות בכל הנוגע באחריות בשלבים שונים של משא-ומתן ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חושים כרך א 514–515 (1991).

העדרו של מסמך כתוב;<sup>42</sup> אך לעיתים הם השאירו את התוצאה בעינה, ומיתנו אותה על-ידי הטלת פיצויים על הצד הזוכה.<sup>43</sup> על כך ניתן להוסיף גם ששער המשפט פתוח כיום יותר לפני קבוצות אשר בעבר הוא היה חסום בפניהן או שהיה קשה להן לחדור דרכו, כגון נשים או קבוצות מיעוט. ההרכב המגוון של המתדיינים בבתי-המשפט והפערים הגדולים ביניהם המריצו חקיקה מיוחדת המסדירה תחומים רגישים (עבודה, צרכנות, בנקאות, ביטוח).<sup>44</sup> אך רבים מהכללים מנוסחים באופן כוללני, במשיכות מכחול עבות, ובתי-המשפט חשים לעיתים צורך לעדן את הכללים ולהתאימם לנסיבות המיוחדות במקרים המובאים לפניהם.

מידת דבקותה של שיטה משפטית בעמדה פורמלית או בעמדה של שיקול-דעת משתנה מזמן לזמן. לבונטין מסביר את האופנה הנוכחית בריבויין של נורמות מעורפלות במסמכים חוקתיים ובפעילות-יתר של שופטים הקובעים בדיעבד זכויות שלא היו מלכתחילה. הוא מזהיר אותנו מפני קריסת המשפט, ומטעים כי שפיטה לא בדרך של יישום כללים אינה עשיית משפט.<sup>45</sup>

כאשר לבונטין מדבר על פעילות-יתר של שופטים הקובעים בדיעבד זכויות שלא היו מלכתחילה, הוא מוביל אותנו לנושא של תהליך קבלת ההחלטות במישור הציבורי ולתורת "הבחירה הציבורית" (public choice).<sup>46</sup> היבט מסוים של תורה זו מסיר את מחלצות התפקוד הרשמי והלשון המקצועית, וחושף את שיקוליהם האנושיים של ממלאי תפקידים ציבוריים. בהקשר שלנו הטענה היא שקיימת תחרות טבועה בין מחוקקים לבין שופטים בשאלה בידי מי ראוי להפקיד את הסמכות העליונה לקבוע נורמות. ההכרעה בתחרות זו תלויה, בין היתר, בהשקפת-העולם ובהלך-הנפש של ממלאי תפקידים ציבוריים. שופטים הסבורים כי הסמכות צריכה להיות מופקדת בסופו של דבר בידיהם ירבו לעשות שימוש סוחף בעקרונות-העל בדבר תקנת הציבור, תום-לב, סבירות, מידתיות וצדק, כדי לתקן פגמים שהם מוצאים בעבודתם של קובעי הנורמות האחרים, יהיו אלה המחוקק, רשויות המנהל או כותבי החוזים והצוואות. בעשרים השנים האחרונות אנו עדים לשכיחותה של מגמה זו, אשר הוגשמה באמצעות עלייתם

42 להכרה בזכות הקונה למרות הליקוי הפורמלי ראו ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד (1) 185 (1996).

43 השוו ע"א 285/75 זינגר נ' קימלמן, פ"ד ל(1) 804, 812 (1976) (תביעת הקונה נדחתה בשל העדרו של חוזה בכתב מספק, אך הוכרה זכותה לתבוע פיצויים בשל הנזקים שנגרמו לה).

44 לביטוי לכך בהקשר הצרכני ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א – יסודות ועקרונות (2001).

45 לבונטין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 8–10.

46 התיאוריה הכלכלית של "בחירה ציבורית" מתמקדת בדמיון בין עיצוב כללים לבין אופן פעולתם של שווקים. ההנחה היא שכללים משפטיים קיימים, אפילו אין הם הכרחיים או יעילים, בשל העובדה שקבוצות-עניין מאורגנות היטב מסוגלות להפעילם. ראו: Jonathan R. Macey, *Symposium: Public and Private Ordering and the Production of Legitimate and Illegitimate Legal Rules*, 82 CORNELL L. REV. 1123, 1134–1136 (1997); RESEARCH HANDBOOK ON PUBLIC CHOICE AND PUBLIC LAW (Daniel A. Farber & Anne Joseph O'Connell eds., 2010).

של עקרונות-העל והובילה לירידתם של הכללים הספציפיים בכל גזרות המשפט הישראלי. תופעה זו גררה פגיעה בוודאותו של המשפט, קרי ביכולת ההסתמכות של הקהילה המשפטית כולה על כללים, וגלומה בה סכנה של העדר שוויון בהחלת כללים משפטיים על מצבים דומים.<sup>47</sup> במשפט הפרטי יושמו העקרונות של תקנת הציבור ותום-לב בהרחבה ניכרת ביותר.<sup>48</sup> הם גם שימשו בסיס להכרעות חלוקתיות אחדות. לאחרונה ניכרת בפסיקה בית-המשפט העליון נטייה לבלימת התהליך המהפכני, ואנו עדים לפסיקה אשר חוזרת לשימוש בכללים<sup>49</sup> ופועלת בזהירות בכל הנוגע בעיצובן של נורמות.<sup>50</sup>

על רקע הדברים הללו אחזור עתה לפשרה מן הדין או לחלוקה שהשופט כופה על הצדדים, ואברוק כיצד בא לידי ביטוי המתח בין מיצוי הדין לבין הפשרה שבית-המשפט עושה (אף מבלי לשתף את בעלי-הדין). תחילה אציג את הדילמות המתעוררות בהקשר של תחרות על משאב בהתייחס לדוגמה של תקנת השוק, ולאחר-מכן אבחן את הבעיה בכמה מהכרעותיה של השופטת פרוקצ'יה במשפט הפרטי בסוגיות אחדות של תחרות.

- 
- 47 ראו לבונטין, לעיל ה"ש 39, בעמ' 10–11. ראו גם דודי שוורץ "עידן הטשטוש" הפרקליטים 5, 29 (2001); מנחם מאוטנר "על אי-הוודאות במשפט וכמה מהשלכותיה" משפט וממשל ט 223 (2005).
- 48 ראו ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 302, 305–306, 328–325 (1995), שבו הופעל עקרון תום-הלב כדי לתקן חוזה בניגוד להסדר המפורש שבו. לביקורת ראו נילי כהן "נאמנות הפרשן" עיוני משפט לה 587 (2013).
- 49 ע"א 5856/06 לוי נ' נורקייט בע"מ, פס' 27 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 28.1.2008); ע"א 5925/06 בלום נ' אנגלו סכסוך-סוכנות לנכסים (ישראל 1992) בע"מ, פס' 43 לפסק-דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 13.2.2008) (כללי פרשנות חוזה התואמים את ס' 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים)); ע"א 7193/08 עדני נ' דוד, פס' 9 לפסק-דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 18.7.2010); ע"א 10859/07 חברה קדישא גחשא שעל יד הרבנות הראשית והמועצה הרתית תל-אביב-יפו והמחוז (ע"ר) נ' לוי, פס' 7 לפסק-דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 22.1.2012) (כללים מסורתיים לגבי הסכמים מוקדמים וכריתת חוזה); ע"א 9073/07 מדינת ישראל – משרד הבינוי והשיכון נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, 22 (פורסם בנבו, 3.5.2012) (פסק-דינה של השופטת חיות – כללים מסורתיים לגבי כריתת חוזה, אחריות בשל הפרת תום-הלב במשא-ומתן ואחריותה של רשות בשל הבטחה החורגת מחוקי התקציב); בע"מ 11116/08 פלוני נ' אלמוני (פורסם בנבו, 5.7.2012) (להלן: עניין אלמוני) (פסק-דינו של השופט מלצר); וכן בע"מ 8300/11 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 2.8.2012) (להלן: עניין פלוני) (פסק-דינו של השופט הנדל – כללים פורמליים לגבי כריתת צוואה).
- 50 ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני, 24–25 (פורסם בנבו, 13.5.2012) (דעת רוב של המשנה לנשיא ריבלין והשופט מלצר – חשיפת פרטיו של מפר זכויות יוצרים במרשתת מחייבת הסדרה חקיקתית).

## פרק ב: מזכות קנויה לחלוקה – הדגמה: הרכישה של כנען

### 1. הבעיה: כלל ההכרעה הבינורי וחלוקת הסיכון

הנחת-היסוד לדיון היא קיומה של תחרות על משאב בין שני צדדים, לאו דווקא צדדים ישירים לחוזה. המשאב יכול להיות בעל אופי רכושי (דירה, חוב שנפרע) או אישי (הבטחת נישואים). במצבי תחרות רבים (אך לא בכולם) בית-המשפט מונחה על-ידי כללים הקובעים מי ראוי לזכות במשאב. אלה הם כללי הכרעה. כללים אלה מקצים את המשאב לאחד מן הצדדים המתחרים על-פי אמות-מידה הקבועות בהם. על-פי המינוח של מלמד וקלברזי (Calabresi & Melamed), קיימים שני סוגים של כללי הכרעה: האחד, כלל הכרעה קנייני, המקצה את המשאב בעין לזוכה; והאחר, כלל אחריות, המעניק לזוכה, חלף המשאב בעין, את ערכו הכספי.<sup>51</sup>

כדוגמה להכרעה קניינית תשמש התחרות בין בעלים מקורי של נכס מיטלטלין לבין מי שרכש את הנכס ממי שלא היה מוסמך למוכרו, המוסדרת בסעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר). נקודת המוצא של ההסדר היא שאיש אינו יכול להעביר זכויות רבות יותר בנכס מאלה שיש לו עצמו. לכן, מבחינה עקרונית, הבעלים המקורי עדיף. אולם אם הנכס נמכר לקונה שפעל בתום-לב לאורך כל הדרך עד לרכישת הקניין, והמכירה הייתה בשוק פתוח (כלומר, על-ידי מי שמוכר נכסים מסוגו של הממכר, והמכירה הייתה במהלך הרגיל של עסקיו), יזכה הקונה בנכס.<sup>52</sup> מטרתו של הסעיף כפולה: להקטין את הסיכון לביצוע עסקאות ברכוש הזולת ולהבטיח את סחירותם של מיטלטלין. מטרת אלה מבוססות בעיקרן על השיקול מיהו מונע הנזק הזול ביותר או מיהו הצד שלגביו עלות השגת המידע היא הזולה ביותר.<sup>53</sup> ההסדר עורך איזון בין הצדדים באופן הבא: הנחת-היסוד של הכלל היא שיש להכיר בסדר הדברים הקיים, הסטטי, אולם בשם ההגנה על הדינמיות של המסחר, יזכה בנכס מי שרכש אותו בשוק פתוח, ובלבד שהוא לא היה שותף לפגם בקניין (פעל בתום-לב) והשקיע משאבים ברכישת הנכס (קנייה משמעה רכישה בתמורה). על-פי סעיף 34 לחוק המכר, בית-המשפט אינו יכול לפעול כמו הדיין במחלוקת על הטלית: הוא אינו יכול לכפות שיתוף

51 Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 HARV. L. REV. 1089 (1972).

52 לניתוח ראו איל זמיר **חוק המכר, תשכ"ח-1968** 717-677 (1987). הסדר זה לטובת הקונה חורג מהצדק המתקן, ומהווה ביטוי לצדק חלוקתי: IZHAK ENGLAND, *CORRECTIVE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE FROM ARISTOTLE TO MODERN TIMES* 181 (2009). ראו להלן ה"ש 75 והטקסט שלידה.

53 ברק מדינה "העדפת הקונה בתמורה ובתום לב במצבי תחרות מול הבעלים המקורי, לשם עידוד השקעה בהשגת מידע" **המשפט** 117 (2000). ליישום בהקשר של תקנת השוק במקרקעין ראו ע"א 624/13 **מורדכיוב נ' מינץ** (פורסם בנבו, 4.8.2014).

על השניים אם שיתוף כזה אינו קיים ביניהם בפועל.<sup>54</sup> עליו להכריע בשאלה מי הבעלים על-פי מערכת השיקולים שהחוק קובע, והכרעתו צריכה להיות בינרית: הבעלים המקורי או הרוכש החדש.

כאשר בוחנים את סעיף 34 לחוק המכר מקרוב, עולה שהמחוקק הישראלי מתמקד בנסיבות הרכישה של הרוכש, תוך התחשבות בשיקולים של הגנת חיי המסחר, העדר אשמה מצד הרוכש, השקעה ברכישת הנכס על-ידי הרוכש והשלמת הרכישה. שיקולים אלה מבססים את ההנחה כי קונה אשר השקיע ברכישת הנכס נקט מידת זהירות מיטבית באשר לוודוא הזכויות בנכס. החוק אינו מתייחס לשאלה באילו נסיבות יצא הנכס משליטת הבעלים המקורי: אם הוא נפרד מחזקתו מרצון – למשל, השכיר את הנכס לאחר, אשר עשה בו שימוש לא כדין – או שמא הנכס נגנב ממנו.<sup>55</sup> הוא אינו מתייחס לשאלה מה הערך הסובייקטיבי שהקונה בשוק הפתוח מייחס לנכס (הקונה יכול להיות סוחר או מי שהשקיע את מיטב כספו בנכס אחד ויחיד) לעומת הערך שהבעלים המקורי של הנכס מייחס לו (הבעלים המקורי יכול להיות סוחר או מי שהנכס הוא ירושת אבות שלו). החוק אינו כולל שיקולים המתייחסים ליכולת הפירעון של מי שגרם לתסבוכת והוביל לתאונה המשפטית. החוק אף אינו מתייחס למידת יכולתם הכלכלית היחסית של הצדדים הנוגעים בדבר. על פני הדברים, כל אלה אינם יכולים להישקל, שכן סעיף 34 לחוק המכר אינו מכיל מנגנון פנימי של שיקול-דעת. סעיף 34 אינו עוסק בשיקולים המוסריים של אשמה (מצד הבעלים המקורי) וצורך, אלא בחלוקת סיכונים בין שני הצדדים.<sup>56</sup> מובן שהצד המפסיד יכול לחזור אל מוכר הנכס ולתבוע את נזקו, אולם

54 אולם, כזכור, יש המפרשים את המשנה כאילו היא מושתתת על ההנחה שבפועל אכן מתקיים שיתוף בנכס. ראו לעיל ליד ה"ש 4. השוו למלך קצ'יא, שכפה שיתוף במקרה של תחרות הפוכה, שבה כל אחד רצה להיפטר מנכס כדי לא להיחשב גזלן. השיתוף נוצר על-ידי כך שהמלך הציע לצדדים להשיא את ילדיהם זה לזה, כך שהנכס יהיה בבעלות המשותפת של המשפחה המורחבת. ראו ע"א 5664/93 **כנען נ' United States of America**, פ"ד נא(1) 114, 138 (1997) (השופט טל) (להלן: ערעור **כנען**). ראו גם נילי כהן "מצויינות במשפט" **הפרקליט** 233 (2002). רעיון של שיתוף בין שניים אשר ניצים על אותו נכס בא לידי ביטוי גם בס' 4-6 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, שמכוחם חיבור וערכוב של נכסים שאינם טפלים זה לזה והשקעת עבודה המביאה לידי שינוי מהותי בנכס יוצרים בעלות משותפת בין בעלי הנכסים.

55 במשפט הקונטיננטלי, אם יצא הנכס מרצון מחזקת הבעלים המקורי, והועבר לא כדין על-ידי המחזיק, יגבר הרוכש החדש אם פעל בתום-לב, שכן הבעלים המקורי נושא בסיכון הנובע מן האמון שנתן באותו מחזיק אשר לו מסר את הנכס מרצונו. ראו ס' 932 לספר החוקים האזרחי הגרמני (BGB). להבחנה בין השיטות השונות בנקודה זו ראו דניאל פרידמן "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ד 245, 252-253 (1975).

56 דניאל פרידמן "דין הקניין ודין האשם (בעקבות ברנט נ' ברנט)" **ספר זוסמן** 241, 245 (אהרן ברק עורך, 1984). לגמישותם של דיני עשיית עושר ולא במשפט – באשר להתחשבות בנסיבות לעניין גובה ההשבה ובאשר להתחשבות בשיקולי צדק הן לעצם העילה והן להגנות מפניה – לעומת "קשיחותם" של דיני החוזים, ולבחירה בין החלופות, ראו מיגל דויטש "על 'גנים' משפטיים והתחרות דינים: לסוגיית היחס בין דיני חוזים לדיני עשיית עושר" **עיוני משפט** יח 557, 562-563,

פעמים אפשרות זו אינה קיימת כי המוכר חדל-פירעון או כי אי-אפשר לאתרו, ולכן הצד המפסיד נותר בלא כלום. התוצאה היא שהפתרון של סעיף 34 נראה שרירותי לא אחת, במיוחד כאשר התחרות היא בין שני צדדים תמי-לב.

## 2. האם תיתכן חלוקה מחדש תוך שינוי כלל ההכרעה

על רקע זה עולה השאלה: האם ניתן להסתייע בעקרונות-העל כדי ליצור סדר קנייני חדש, קרי, חלוקה שונה של זכויות שתתחשב בכל אותם שיקולים שהחוק עוצם כביכול את עיניו לגביהם, ובאיזה אופן? האם ראוי להפוך את סדר הזכויות או למתן אותו – למשל, על-ידי חלוקת הנכס (או שוויו) בין הניצים או על-ידי הטלת אחריות על הזוכה לטובת המפסיד, הסדר שכמוהו כחלוקת אחריות? אם נחזור לדוגמת הטלית ונשנה אותה מעט, האם רצוי להטיל על בעל טלית שטליתו נגנבה ממנו אחריות נזיקת כלפי קונה שלא הצליח לבסס כלפיו זכות קניין טובה, בשל כך שבעל הטלית שכח אותה בבית-הכנסת (שאלת האשמה)?<sup>57</sup> או האם יש להתחשב בעובדה שהטלית היא ירושת אבות של הבעלים המקורי, בעוד הקונה בשוק הוא סוחר טליתות (שאלת הצורך במשאב מכונן)?

## 3. מה פרשת כנען מלמדת?

בעניין כנען<sup>58</sup> התמודד בית-המשפט עם קנייה בשוק של נכס יקר-ערך – תמונה של הצייר ראובן. התמונה נגנבה ממוזיאון והתגלגלה לשוק. ערכה האובייקטיבי של התמונה היה גבוה עשרת מונים (כמאה אלף דולר) מן המחיר ששילמה הקונה בעבורה למוכרת בשוק הפשפשים (מאתיים וחמישים שקלים). על פניו נראה שלפנינו מקרה קלסי שבו קונה רוכשת מציאה בשוק, ואם היא פועלת בתום-לב, אזי על-פי תנאי הסעיף הנכס שלה. כך אכן פסקו אחדים מהשופטים.<sup>59</sup> אולם רוב השופטים הגיעו לעמדה אחרת, המעדיפה את הבעלים המקורי. ההסבר המרכזי לכך התמקד בדרישת התמורה. שופטי הרוב קבעו כי יש להעריך את התמורה בהתאם לשוויו הממשי של הנכס, בעוד שופטי המיעוט סברו כי דרישת התמורה צריכה להיבחן לפי ערכו המדומה של הנכס בעיניו של הקונה.<sup>60</sup>

589 (1994). ראו גם ע"א 1445/04 בייזמן השקעות בע"מ נ' חליוה (חליבה), פס' 28 לפסק-דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 13.11.2008) (להלן: ערעור בייזמן).

57 ליחס בין דין הנזיקין לבין דין הקניין, ולאפשרות שדין הנזיקין יכרסם בדין הקניין, ראו פרידמן, שם, בעמ' 249–253.

58 דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נו(2) 632 (2003) (להלן: דיון נוסף כנען).

59 המשנה לנשיא ש' לויין והשופטים אנגלרד וטירקל. שם, בעמ' 646–649, 693–695, 707–708.

60 לדין ולחמיכה בעמדת הרוב ראו חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 281–284 (2005).

חלק משופטי הרוב הציגו את המבנה המשפטי הבא: החוזה בין המוכרת לקונה נכרת בשל טעות משותפת. על-כן, לנוכח הפער הבלתי-סביר בתמורות, ביכולתו של בית-המשפט לבטל את החוזה. אומנם, המוכרת לא פנתה לבית-המשפט בבקשה לבטל את החוזה (באשר אין לה אינטרס, שהרי בית-המשפט עלול לצוות עליה להעביר מיידית את התמונה לבעלים המקורי, אם לא תוכיח שהיא עצמה קנתה את הנכס בתנאי תקנת השוק, ואף לחייבה בהחזרת התמורה לקונה ממנה). אך בנסיבות המיוחדות של המקרה הנוכחי כוח הביטול, שאינו מופעל על-ידי המתקשרת, עובר, על-פי רעיון העקיבה, אל הבעלים המקורי, וזה האחרון מוסמך לבקש מבית-המשפט את ביטול החוזה (שהוא אינו צד לו) בשל הטעות המשותפת.<sup>61</sup>

פרשנות יצירתית זו של בית-המשפט מעוררת בעיות הן מבחינת דיני הטעות הן מבחינת דיני תקנת השוק. כידוע, נכונותו של בית-משפט לבטל חוזה בשל טעות משותפת אינה גבוהה במיוחד, שהרי הצד הטועה מבקש לצאת מן החוזה במקרה שבו לא דבק כל אשם בהתנהגותו של הצד האחר.<sup>62</sup> מנקודת-המבט של דיני הטעות אין זה ברור אם בית-המשפט היה נעתר לבקשה לביטול החוזה אילו הוגשה הבקשה לביטול החוזה על-ידי המוכרת שמכרה את התמונה לכנען. אכן, בפסק-הדין שבערעור הובלטה הבעיה, ואוזכרו מקרים דומים שנידונו בפסיקה זרה, שבהם לא בוטל החוזה בשל טעות.<sup>63</sup> אך הבעיה מחריפה מנקודת-המבט של דיני תקנת השוק, שכן ניתן לטעון כי תקנת השוק לא העניקה כאן הגנה במקרה מובהק שבו היא הייתה אמורה לעשות זאת, כלומר, כאשר קונה רוכשת בשוק, בתום-לב, נכס חסר ערך, ומתברר כי מדובר במציאה גדולה. הרי שוק הפשפשים נחשב בבירור שוק מציאות, כלומר, שוק שבו הסיכון שנכס חסר ערך יתגלה כמציאה מוטל על המוכר.

בית-המשפט הוציא את התמונה מידי הקונה והכיר בזכותו של הבעלים המקורי, אולי כדי לא לתת גושפנקה למכירתו של נכס, כנראה גנוב, שהוא בכחינת אוצר תרבותי. עם זאת, בית-המשפט מיתן את החלטתו על-ידי הקביעה כי הקונה בשוק, שהפסידה את הנכס, תקבל מידי הבעלים המקורי לא רק את מאתיים וחמישים השקלים שאותם שילמה בעבור התמונה (השבה בשל ביטול החוזה המוטלת לא על המוכר, אלא על הבעלים המקורי), אלא גם סכום נוסף של עשרת אלפים שקלים, בשל כך שפעלה בתום-לב ואף

61 הרעיון הוצע במאמרו של עופר גרוסקופף "יחסי קונה מוכר וזכויות הבעלים המקורי" המשפט ד 202, 211–208 (1998), ואומץ על-ידי בית-המשפט (הן על-ידי השופט אור – ראו דיון נוסף כנען, לעיל ה"ש 58, בעמ' 671–679; והן על-ידי הנשיא ברק, שהוסיף על כך גם את האפשרות שאם אי-ביטול החוזה הוא התנהגות העולה כדי חוסר תום-לב, אזי כוח הביטול עובר לבעלים המקורי – שם, בעמ' 688–692).

62 במשפט האנגלי אפשרות זו מוגבלת למדי. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 694–696 (1992). ראו: EDWIN PEEL, TREITEL: THE LAW OF CONTRACT 311–331 (13th ed. 2011). גם במשפט הישראלי לא הופעלה עילת הביטול בנדיבות. ראו, למשל, ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (1978).

63 ערעור כנען, לעיל ה"ש 54, בעמ' 122–125 (השופט שטרסברג-כהן).

הובילה להשבת התמונה אליו. חיוב זה של הבעלים היווה תנאי לזכותו לקבל את התמונה בחזרה.<sup>64</sup>

זוהי הכרעה חלוקתית מובהקת, המכרסמת בכלל הזכאות הקיים. כלל הזכאות אינו מטיל חובה על הבעלים להחזיר לקונה את מחיר הרכישה, ובוודאי אין הוא מטיל עליו חובת שיפוי נוספת לטובת הקונה. מהו, אם כן, הבסיס הנורמטיבי להחלטה זו? אציע לכך שלוש אפשרויות.

**האחת** – זו שעליה התבסס בית-המשפט – מושתתת על סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים), המעניק לבית-המשפט, הנעתר לבקשה לביטול חוזה, סמכות להטיל פיצויים על הצד המבטל לטובת הצד המבקש להשאיר את החוזה בתוקפו. במקרה שלפנינו, כשם שבית-המשפט העניק לבעלים המקורי, שאינו צד לחוזה, זכות לביטול החוזה על-פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, כך הוכפף הבעלים המקורי לסנקציית הפיצויים של אותו סעיף לטובת הקונה, שביקשה דווקא להמשיך לקיים את החוזה. הטלת הפיצוי מקורה בשיקולי צדק, לנוכח התנהגותה תמת-הלב של הקונה לאורך כל הדרך ותרומתה להשבת האבדה.<sup>65</sup>

**אפשרות אחרת** יכולה להימצא בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט), הממתן את חובת ההשבה שבסעיף 1 לאותו חוק. כלומר, משלא הוכיחה כנען את זכאותה על-פי תנאי תקנת השוק, היא חייבת להשיב את הנכס לבעלים המקורי, אך בית-המשפט עשוי למתן את חובת ההשבה המוטלת עליה על-ידי כך שיטיל חובה על הבעלים המקורי לשלם לה סכום גבוה בהרבה מסכום הרכישה ששילמה (ובו-בזמן נמוך בהרבה משווי האמיתי של הנכס). סכום זה הוא ביטוי לשיקול של צדק, והוא משקף מקצת מן הנזק שנגרם לכנען בשל האילוץ להיפרד מהנכס יקר-הערך שאותו רכשה בתום-לב.

**אפשרות שלישית** מקורה בסעיף 3 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המטיל על הזכאי להשבה (הבעלים המקורי) חובה לשלם לזוכה (כנען) את ההוצאות שהוציאה להשגת הזכיה, או בסעיף 5 לאותו חוק, המטיל חובה על זוכה לשלם למי שעשה פעולה לטובתו.

מבין האפשרויות המוצעות, זו שבסעיף 14(ב) היא הנוחה ביותר, שכן היא מצויה בגוף שיקול-הדעת הפנימי של בית-המשפט, כפי שהופעל בפסק-הדין. האפשרויות האחרות כרוכות ביחס בין הכלל (סעיף 34 לחוק המכר) לבין הסטנדרט (עקרונות עשיית עושר), והפעלתן עשויה לעורר את השאלה עד כמה מוצדק לפגוע בהנחיה החקיקתית הברורה שבסעיף 34, שבה אדון בהמשך.<sup>66</sup>

64 דיון נוסף כנען, לעיל ה"ש 58, בעמ' 679-680, 694-695, 702, 712.

65 שם, בעמ' 679-680 (השופט אור).

66 דויטש, לעיל ה"ש 56; דנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנאות בע"מ (פורסם בנבו, 17.7.2011) (להלן: דיון נוסף בייזמן).



#### 4. שאלות חלוקתיות נוספות

השאלה החלוקתית (המלאה או החלקית) יכולה להתעורר גם בהקשרים אחרים של רכישה בתנאי תקנת השוק, המנוטרלים משאלת הטעות בחוזה בין חוליית-הביניים, המוכר בשוק, לבין הקונה בשוק. הבה נבחן את המקרה הבא: קונה קנה בתנאי תקנת השוק נכס במחיר השוק. מסתבר שמדובר בירושת אבות של הבעלים המקורי. שוויו הסובייקטיבי של הנכס לבעלים המקורי גבוה בהרבה מערכו האובייקטיבי לקונה. מובן שהבעלים המקורי יכול להציע לקונה מחיר גבוה מהמחיר ששילם הקונה, ובדרך זו לדאוג להשבת הנכס בחזרה אליו. אך אם משא-ומתן כזה אינו מתקיים או נכשל, האם גם אז ניתן להפעיל את עקרון תום-הלב או את שיקול-הדעת של בית-המשפט ולהורות על השבת הנכס לבעלים המקורי, בכפוף לכך שיחזיר לקונה את ערכו? האם בית-המשפט יכול להפעיל את עקרון תום-הלב כדי לנגוס בהכרעה הקניינית? מנקודת-מבטו של הבעלים המקורי הנכס הוא משאב מכוון, ואילו זיקתו של הקונה אל אותו נכס היא כלכלית גרידא. האם לא ראוי שדיני הקניין יעניקו הגנה ראויה לנכסים שהם חלק מאישיותו של אדם?<sup>67</sup> מקרה זה מעורר את שאלת הצורך כבסיס מוסרי להכרעה חלוקתית.

ומה כאשר בהתנהגותו של הבעלים המקורי דבקה אשמה? למשל, הבעלים המקורי זוכה בנכס כי המתחרה אינו מצליח לבסס קנייה בתנאי תקנת השוק, אולם הבעלים נהג ברשלנות כי לא הודיע בציבור כראוי על זכותו. האם מוצדק להטיל אחריות נזיקית על הבעלים המקורי לטובת הקונה שהפסיד?<sup>68</sup>

67 זו אכן עמדתו של המשפט העברי, המאפשר לבעל הנכס לקבל בחזרה את הנכס בכפוף לסכום ששילם בעבורו הטוען הנגדי, המחזיק עתה בנכס: משנה, בבא קמא י, ג; בבלי, בבא קמא קטו; ישראל צינגלאוב "תקנת השוק: התפתחותה של תקנה ופיתוחו של דין" **משפטים** לא 837, 837-873 (2001). השוו' לס' 510 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח הממשלה 712 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות), הקובע כי הבעלים המקורי יהיה זכאי, בתוך שנה ממועד הרכישה המאוחרת, לפדות את הנכס שלו בתשלום שוויו ביום הפדיון. זאת, לעומת גישת המשפט העברי, שלפיה הנכס ייפדה בתשלום הוצאותיו של הרוכש בעת רכישתו, ולא לפי שוויו ביום הפדיון.

68 השוו' להערותיו של השופט מלצר לגבי האפשרות להטיל אחריות נזיקית על הבעלים המקורי כלפי קונה שלא קנה בתנאי תקנת השוק: ע"א 4630/06 שפר נ' **תרבות לעם (1995) בע"מ**, פס' 48 לפסק-דינו של השופט מלצר (פורסם בנבו, 8.7.2012). זאת, בהסתמך על קביעותיו של השופט בנימיני בת"א (ת"א) 2267/00 שפר נ' **תרבות לעם (1995) בע"מ**, פס' 66-67 (פורסם בנבו, 6.4.2006).

## פרק ג: הצידוק הפורמלי והצידוק המהותי לסטייה מההכרעה הקניינית

בהקשר הנוכחי מתעוררות אפוא שתי שאלות. הראשונה נוגעת ביחס בין כללים וסטנדרטים ובהסמכה החקיקתית לסטייה מהסדרי זכאות קיימים על-פי שיקולים חלוקתיים של תועלת והגינות שאינם מפורטים בהסדר החוקי. בהנחה שהתשובה לכך חיובית, עולה השאלה השנייה, והיא מהם אותם שיקולים של תועלת והגינות העשויים להשפיע על חלוקתו מחדש של משאב.

לגבי השאלה הראשונה, הנוגעת ביחס בין כללים וסטנדרטים: בפסיקה הישראלית קיימת נטייה לעקוף הסדרים קיימים – בין הסדרי זכאות בין הסדרי אחריות – על-ידי שימוש בעקרונות-המסגרת, בעיקר אלה של תום-הלב, עשיית עושר ועוולת הרשלנות. עניין זה עורר ויכוח לוהט בקרב שופטים וחוקרים.<sup>69</sup> מובן שאין מניעה לפתח את הדין באמצעות עקרונות-המסגרת, אך פיתוח זה חייב להיעשות בזהירות הראויה לאור ההסדר הקיים, שיקולי המדיניות המוכנים בו ואלה שראוי לקדם.<sup>70</sup> בהקשר הנוכחי של תקנת השוק, ההסדר הקיים מבוסס כאמור על חלוקת סיכונים ברורה למדי. לערכים של ודאות ויציבות יש חשיבות מיוחדת במיוחד בכל הנוגע בהסדרים הקובעים זכויות קניין. מכאן חשיבותה של "הרשימה הסגורה" של זכויות הקניין.<sup>71</sup> רוויזיה שיפוטית בתקנת השוק עלולה לערער את הביטחון הקנייני, והיא גם מעוררת שאלה כבדה בדבר הלגיטימציה הפוליטית לעשות זאת לנוכח העיקרון של הפרדת הרשויות.<sup>72</sup> ההסדר הקנייני צריך אפוא להיחשב ממצה באופן עקרוני.

69 ראו, למשל, עופר גרוסקופף הגנה על כללי תחרות באמצעות דיני עשיית עושר ולא במשפט 57–60 (2002); נילי כהן "תרופות בשל הפרת חוזה – מהזכות לתרופה; מחוק התרופות לקוד האזרחי" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 57, 91–92 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

70 השוו חגי ויניצקי ומיכל טמיר "מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי" המשפט יד 469 (2011). המחברים בוחנים אפשרות של שינוי הכללים הקיימים על-ידי פנייה לעקרונות-מסגרת, במטרה ליצור חלוקה מחדש שתשפר את מצבם של מי שמשתייכים לקבוצות חלשות. עמדתם היא ששיקולים של צדק חלוקתי יחולו רק כאשר יש לכך הסמכה מפורשת בחוק. כאשר להפעלתם באמצעות מושגיה-השסתום, הם גורסים כי יש לעשות זאת בזהירות.

71 יהושע ויסמן דיני קניין – חלק כללי 75–87 (1993); מיגל דויטש קניין כרך א 81–96 (1997).

72 לביקורת על הפעלתם של שיקולים של עשיית עושר ולא במשפט בהקשר הקנייני, אגב דיון במקרה הנידון (בערכאה הראשונה), ראו איל זמיר "תקנת השוק, טעות משותפת, עשיית עושר ועוד" משפטים כו 359 (1996). השוו: Avihay Dorfman, *Property and Collective Undertaking: The Principle of Numerus Clausus*, 61 U. TORONTO L.J. 467 (2011). טענתו של דורפמן היא כי אין די בהצדקת המקובלות לעקרון הרשימה הסגורה, שאותן הוא מכנה פונקציונליות, שכן לצדדים לחוזה אין סמכות פוליטית לגיטימית ליצור זכויות קניין חדשות.

למרות הקושי להצדיק את ההחלטה בעניין **כנען** מבחינת הדין הקיים, נראה שניתן להצדיקה רעיונית. בעניין **כנען** ההכרעה הקניינית עוררה שאלות קשות. דעת הרוב, שסברה כי אין מקום לקיומו של חוזה תקף בנסיבות הנוכחיות, הפעילה בין הצדדים עיקרון של צדק מתקן, המבטל חוזה שנכרת מתוך תקלה קוגניטיבית. אלא שהעיקרון הופעל על סכסוך בין צדדים רחוקים, ויצר תוצאות חלוקתיות מעבר להסמכה החקיקתית. ההחלטה לחייב את הבעלים המקורי לשלם לקונה תמורת השבת התמונה את מאתיים וחמישים השקלים שאותם שילמה למוכרת, וכן עשרת אלפים שקלים נוספים, גורעת מהעיקרון של הצדק המתקן, החותר להחזיר את המצב לקדמותו, ומביאה לידי חלוקה מחדשת של משאבי הצדדים. היא מעוגנת בטעמים של הגינות (פעולתה תמת-הלב של כנען) ויעילות (המרצת מוצאי נכסים אבודים, במיוחד אוצרות-תרבות, להשיבם לבעלים), והיא מהווה מעין פשרה בין דעת הרוב לדעת המיעוט.

סעיף 14(ב) לחוק החוזים, כמו-גם עקרונות-המסגרת של עשיית עושר ולא במשפט, משמשים עוגן פורמלי, דחוק מעט, לתוצאה זו. אך יש קולות לא-מעטים הקוראים לשינוי רדיקלי יותר של תקנת השוק, אשר יביא בחשבון פתרונות חלוקתיים המתחשבים בשיקולים מעודנים יותר של אשמה וצורך.<sup>73</sup> שינוי מסוג זה צריך להיעשות בחקיקה.<sup>74</sup> התרכזנו בתקנת השוק, אך השאלה באיזו מידה ניתן לסטות מהסדרי זכאות קיימים על-פי שיקולים חלוקתיים של תועלת והגינות רחבה הרבה יותר, ועשויה להתעורר בהקשרים "רכים יותר" – למשל, בתחרות בין זכויות פחותות מקניין או במצבים שלגביהם אין הסדר מפורש, שבהם השאלה נתונה ממילא להכרעה שיפוטית. במצבים אלה אדון בהמשך.

ועתה לשאלה השנייה, הבוחנת את השיקולים העשויים להשפיע על חלוקתו מחדש של משאב. ככלל, נראה שראוי להתחשב בשיקולים הבאים: מידת התרומה של צד למשאב וההשקעה ביצירתו או בהשגתו; הערך שהוא מייחס לו (יכולת ההנאה ממנו); מידת הצורך של הצד במשאב; מידת האשמה של הצד המקורי בגרימת התאונה המשפטית שיצרה תחרות; מידת האשמה של הצד המתחרה. עניין האשמה כולל בחובו

73 לתמיכה בשינוי תקנת השוק לאור עקרונות של אשמה וצורך ראו ציגנלאוב, לעיל ה"ש 67, בעמ' 880-893; יחיאל בהט "גבולות החלוקה הבינארית בדיני תחרות" **ספר שמגר: מאמרים** חלק ג 459, 476-488 (אהרן ברק עורך, 2003); Barak Medina, *Augmenting the Value of Ownership by Protecting It Only Partially: The "Market-Overt" Rule Revisited*, 19 J. L. ECON. & ORG. 343 (2003); Robert E. Scott & Alan Schwartz, *Rethinking the Laws of Good Faith Purchase*, 111 COLUM. L. REV. 1332 (2011).

74 כך, בהשאלה, ראו את דבריה של השופטת שטרסברג-כהן בע"א 2643/97 **גנו נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**, פ"ד נז(2) 385, 414 (2003), בנוגע לתום-ליבו (או לחלופין למידת אשמתו) של הקונה הראשון במצבים של עסקאות נוגדות: "נראה כי ההסדר החקיקתי אינו דורש – במכוון ובמפגיע – כי תום-הלב יהיה רכיב מן הרכיבים הנדרשים לצורך קביעת עדיפותו של בעל העיסקה הראשונה. אי-דרישת תום-לב מצד בעל העיסקה הראשונה איננה השמטה מקרית. זהו גילוי דעת מפורש של המחוקק המסדיר מערכת עדיפויות בעסקאות נוגדות – שהיא בעייתית כשלעצמה – בהסדר שהיגיון בצדו."

שיקולים של תקנת הציבור, כמו גם כאלה הנוגעים בהערכה המוסרית השלילית או החיובית של התנהגות הצדדים. אם כן, שיקולים ציבוריים ופרטיים של צדק מתגמל כלולים במסגרת הצדק החלוקתי, ועשויים להוביל לשלילת מעמד הבכורה של צד, ולהותרת הנכס אצל האחר, או להטלת אחריות כלשהי על הצד המרוויח לטובת הצד המפסיד.<sup>75</sup>

לשם הבהרה והדגמה אבדוק את תחולתם של השיקולים הללו בהקשר של תקנת השוק (שלגביה הבעתי את הדעה כי עקרונית אין לחרוג מההסמכה החקיקתית אלא בחקיקה): השאלה היא אם מידת ההשקעה ומידת הצורך של הבעלים המקורי לעומת אלה של הקונה בשוק, או מידת זיקתו האישית של מי מהצדדים לנכס (יכולת ההנאה),<sup>76</sup> צריכות להשפיע על שינויו של הכלל הנובע מסעיף 34 לחוק המכר. בפרשת **כנען** הצדיקו שיקולים אלה את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט: מידת התרומה או ההשקעה של הקונה ברכישה הייתה זעומה, והיא אף לא ייחסה לתמונה ערך של ממש, שהרי לטענתה היא התעניינה במסגרת, ולא חפצה כלל בתמונה. מן הצד האחר, הבעלים המקורי ייחס ערך רב לתמונה כנכס תרבותי, ויכולתו ליהנות מהנכס עלתה – ועולה – לאין שיעור על זו של הקונה. זאת ועוד, התמונה, אשר הייתה כאמור מוצג מוזיאוני, הייתה אמורה לעמוד לרשות הציבור כולו, והשאתה אצל הקונה הייתה עלולה לחסום אפשרות זו. עם זאת, יש להניח כי הקונה לא הייתה מתנגדת לכך שהמוזיאון יקנה ממנה בחזרה את התמונה. השאלה היא רק באיזה מחיר: במחיר שהיא שילמה, כלומר מאתיים וחמישים שקלים, או במחיר המשקף את ערכו הממשי של הנכס, שהוא מאה אלף דולר. על-פי עמדת המיעוט המשכנעת, אילו הייתה השאלה עולה, היה צריך להציע לה מאה אלף דולר כדי לשכנעה למכור את הנכס בחזרה למוזיאון.<sup>77</sup> לא כן דעת הרוב, שקבעה כי הנכס אינו שלה, ולכן עליה להחזירו ולהסתפק בקבלת מאתיים וחמישים ש"ח. אך כאמור, לנוכח העדרה של אשמה אצל הקונה ופעולתה ה"אזרחית" הראויה לציון, זכתה הקונה ב"פיצוי" מהבעלים המקורי, ובכך הוגשם בפסק-הדין רעיון חלוקתי.

75 השוו לדבריו של השופט אנגלרד בע"א 2825/97 **אבו זייד נ' מקל**, פ"ד נג(1) 402, 413 (1999), המציין בהקשר של תרופת הביטול כי ביחסים חוזיים "אין להתעלם לחלוטין מהשלכות ההסדר על הרווחה המיצרפית, הנשלטת מצדה על-ידי רעיון הצדק המחלק". עוד השוו ע"א 2287/00 **שוהם מכונות ומבלטים בע"מ נ' הרר**, פס' 27 לפסק-דינו של השופט ריבלין (פורסם בנבו, 5.12.2005), אשר מפרט, מנקודת-המבט של דיני עשיית עושר ולא במשפט, את השיקולים שהענקת צווי מניעה כאשר מדובר בחיקוי או בהעתקה של מוצר, והם מידת השליטה במשאב ומידת הפסלות בנטילת המשאב.

76 ציגנלאוב, לעיל ה"ש 67, בעמ' 880–893 (היקף הגנתה של תקנת השוק על בעלותו של הקונה המאוחר תלוי בשיעור השקעתו – ביחס בין הערך הריאלי לבין התמורה הממשית שניתנה).

77 ברוח ס' 510 להצעת חוק דיני ממונות (אם כי אין בסעיף התייחסות לשאלה אם הטעות במקרה הנידון מאפשרת ביטול חוזה כפי שנעשה בעניין **כנען**). לביקורת על ההסדר המוצע בקודקס האזרחי ראו מיגל דויטש **קניין** כרך ד 231 (2007); יובל סיני **ישום המשפט העברי בבתי המשפט בישראל** כרך ראשון 507 (2009).

## פרק ד: מזכות קנויה לחלוקה בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה

על רקע הבהרתם של קווי הדיון אחזור עתה אל השופטת פרוקצ'יה, ואציג ארבעה מצבי תחרות שעלו בפסיקתה. שניים מהם עוסקים בתחרות על נכס מקרקעין (דירה, משק במושב); מצב אחר עוסק בתחרות על זכות אישית, בהקשר של הפרת הבטחת נישואים; ומצב נוסף עוסק בתחרות על חוב שנפרע. מתוך ארבעת מצבי התחרות, שניים עוסקים בעסקאות נוגדות (דירה, הבטחת נישואים); והשניים האחרים מבוססים על מצבים של שיתוף או מעין שיתוף (משק במושב, פרעון חוב).

בהמשך אבחן כל מצב בנפרד ואאתר את כללי ההכרעה הפורמליים האמורים לקבוע מיהו הזוכה באותם מצבי תחרות. אבדוק את היחס האפשרי בין כללי ההקצאה הקנייניים (אם הם קיימים) לבין כללי האחריות, הסוללים את הדרך להחלטות חלוקתיות. אתיחס לשאלה מה מידת ההצדקה הפורמלית לחריגה מכללי הקניין בדרך של הכפפתם לכללי אחריות, ומהם השיקולים המהותיים המבססים חריגה זו. אבחן עד כמה הכרעתה של השופטת פרוקצ'יה משקפת עמדות ראויות בתחרויות על משאב מוגבל.

### 1. שניים אוחזים בזכות בדירה

#### (א) הבעיה: הסדר העסקאות הנוגדות וההכרעה הבינרית

במציאות הישראלית השגרתית מקום מגורים נחשב למשאב החשוב ביותר בחייהם של פרטים. השאלה מתי חוזה לרכישת דירה נהפך למחייב אינה פשוטה, והיא עברה תהפוכות לא-מעטות. כך, למשל, ניתנו תשובות שונות לשאלות אם זכרון-דברים מחייב או אם חוזה לא-חתום למכירת דירה מחייב.<sup>78</sup> נראה שתופעה זו האיצה מצבים שבהם התקשרה בעלת דירה למכירת דירתה בשנית, לאחר שסברה (בטעות) כי היא אינה מחויבת בהתקשרות הראשונה. אך הבעיה התעוררה גם כאשר מוכרים התנכרו בפשטות לזכויות חוזיות ברורות של קונים – למשל, כי הצליחו להשיג מחיר גבוה יותר בהתקשרות השנייה. במקרים אלה מתעורר הצורך להכריע בין המתחרים ולקבוע למי הדירה שייכת. הזוכה יקבל את הדירה, והצד המפסיד יוכל כמובן לתבוע את נזקו מהמוכר שהפר כלפיו את החוזה.<sup>79</sup>

על המצב של עסקאות נוגדות חל סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: סעיף 9) (או סעיף 12 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971), הקובע כעיקרון את עדיפותו של בעל החוזה הראשון, אלא אם כן השני רכש את זכותו בתום-לב ובתמורה. כלומר, הקניין כולו ניתן לאחד הצדדים, והצד המפסיד יסתפק בתביעה כספית כלפי מי

78 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 41, בעמ' 291–304, 448–456.

79 לעיתים גם לצד הזוכה תהיה תביעה כלפי המוכר – לא בשל אובדן העסקה, אלא בשל נזק נלווה, כגון איחור במסירת הדירה.

שהתחייב להקנות לו את הזכות.<sup>80</sup> במילים אחרות, ההסדר של סעיף 9 הוא הסדר הקצאה, ולא הסדר חלוקה. ההקצאה נופלת לטובת צד אחד או לטובת צד אחר על-פי הקווים המותווים בסעיף 9. בדומה לכלל ההקצאה של תקנת השוק בחוק המכר, בית-המשפט אינו יכול לפעול כמו הדיין במחלוקת על הטלית: הוא אינו יכול לכפות שיתוף על השניים, אם אין ביניהם שיתוף כזה בפועל. עליו להכריע בשאלה מי הבעלים על-פי מערכת השיקולים שהחוק קובע, והכרעתו חייבת להיות בינרית: בעל החוזה הראשון או הרוכש השני.

### (ב) ההחלטה בעניין ויינברג נ' אריאן<sup>81</sup>

המצב השכיח של עסקאות נוגדות הוא זה שבו שני רוכשים מתחרים על אותו נכס. בעיה מקבילה מתעוררת כאשר אחד המתחרים הוא בעל זכויות פחותות מבעלות – למשל, מלווה שהובטחה לו משכנתה על הדירה. זו הבעיה שהתעוררה בעניין ויינברג. על דירת המגורים באותו מקרה התחרו שני זכאים חוזיים: הראשון, מלווה של בעל הדירה, בעל זכות חוזית למשכנתה על הדירה; והשני, קונה שביקש לרכוש את הדירה. הקונה היה ער לקיומה של זכות למשכנתה בנכס, אם כי פרטיה לא הובהרו לו על-ידי המוכר, ולפי תנאי החוזה הוא היה רשאי להניח, לאחר ששילם את מלוא הסכום ואף תפס חזקה בדירה, כי המשכנתה אינה קיימת. בעל המשכנתה לא רשם הערת-אזהרה על זכותו אלא לאחר שהקונה שילם את מלוא המחיר ותפס חזקה בדירה.

בדומה לבעיה המתעוררת לגבי תקנת השוק, הסדר ההקצאה של הזכויות צריך להיות רגיש לשיקולים של הקטנת הסיכון לביצוע עסקאות ברכוש הזולת והבטחת סחירותם של נכסים.<sup>82</sup> כאשר מדובר בנכסי מקרקעין, שלגביהם יש מרשם זכויות, מונע הנזק הזול ביותר הוא זה הדואג לרישום זכותו ולהפיכתה לפומבית. לכן רישומה של הערת-אזהרה הוא האמצעי הזול ביותר לחשיפת הזכות ולהקטנת הסיכון לעשיית עסקאות נוגדות במושא הזכות. אולם חוק המקרקעין אינו מתייחס מפורשות להשלכות שיש לרישומה

80 לעיתים יכולה להיעשות התחשבות ישירה בין הצד המפסיד לצד הזוכה. למשל, אם המפסיד זכאי להשבה מן המוכר, והזוכה טרם שילם את מלוא התמורה למוכר, יהא המפסיד זכאי לתבוע את הסכום מן הזוכה על יסוד הרעיון של דיני עקיבה או של ס' 52 לחוק החוזים, המדבר על תחליף קיום.

השוו ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204, 220–221 (1981), שבו התעורר מצב מקביל: מוכר (גולדה) מכר דירה לקונה (נס), שהפר את החוזה. גולדה ביטל את החוזה, אך בינתיים מכר נס את הדירה לקונה ממנו (דודמן). נקבע שגולדה זכאי לדירה בעקבות ביטול החוזה עם נס. לכן הוא היה חייב להחזיר לנס (שהפר) את סכום התמורה שקיבל ממנו בעבור הדירה. בית-המשפט קבע כי סכום זה יועבר ישירות מגולדה (הזוכה) אל דודמן (שהפסיד את הדירה). השופט אלון המליץ, שם, כי מהסכום לא ינוכו הפיצויים שנס חייב לגולדה בשל הפרה, ושגולדה יעביר לדודמן את הסכום כולו. לדין ראו נילי כהן "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים" הפרקליט לה 215 (1983).

81 ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769 (2004).

82 מדינה, לעיל ה"ש 53.

או לא־ירישומה של הערת־אזהרה על זכויותיהם של שני הצדדים המעורבים, ואינו מעניק הכוונה נאותה למתקשרים בעסקאות מקרקעין. לפיכך החלה הפסיקה למלא את החלל שנוצר.<sup>83</sup> עניין ויינברג כרוך בסוגיה זו.

בהתדיינות הראשונה בפרשה זו נקבע כי בעל הזכות החוזית למשכנתה עדיף, מפאת היותו הראשון ולנוכח העובדה שהקונה לא מילא את התנאים לעדיפות על־פי סעיף 9 (הדירה לא נרשמה על שמו).<sup>84</sup> אולם השופט ברק העלה את השאלה אם אין מקום – לנוכח השיהוי ברישום הערת־האזהרה מצד בעל הזכות למשכנתה – להטיל על הזוכה בתחרות הקניינית, בעל הזכות למשכנתה, אחריות בנוזיקין כלפי הקונה השני, אשר לא זכה בדירה.<sup>85</sup> מובן שהקונה מיהר לנצל את ההזדמנות שנפתחה לפניו, ואף להגיש תביעת נזיקין כלפי בעל הזכות למשכנתה. שאלה זו הייתה מושא הדיון בגלגול השני של עניין זה שהגיע לבית־המשפט העליון. השופטת פרוקצ'יה קבעה כי אומנם קיימת חובת זהירות מושגית וקונקרטית בנוזיקין המוטלת על רוכש שהתמהמה ברישום הערת־אזהרה על הנכס, אולם במקרה הנידון בעל הזכות הראשונה למשכנתה נקט אמצעי זהירות סבירים, ואילו הקונה השני תרם באשמו לנזק שנגרם לו.

#### (ג) השפעתה של הלכת גנז

יצוין כי ההכרעה בעניין התחרות הקניינית ניתנה לפני הלכת גנז,<sup>86</sup> אשר שינתה את הסדר העדיפות הקניינית הקבוע בסעיף 9. על־פי הלכת גנז, הסדר העדיפות הקניינית כפוף לעקרון תום־הלב. לכן, אם בעל הזכות הראשונה לא נהג בתום־לב כלפי בעל הזכות השנייה, הוא עלול לאבד את עדיפותו, אף אם בעל הזכות השנייה טרם רשם את הדירה על שמו. במילים אחרות, יש להביא בחשבון את מאזן הנוחות ואת תום־ליבו של הראשון ביחסו למתחרו כבר בשלב של התחרות הקניינית. לכן, אם הראשון השתהה ברישום הערת־אזהרה, הוא עלול לאבד את עדיפותו אף אם השני לא קיים את התנאים לעדיפות על־פי סעיף 9. הטעם לכך הוא שא־ירישום הערת־אזהרה במשך שנים גורם למצג־שווא לגבי מצב הזכויות בנכס, שבעטיו בעל הזכות השנייה עלול לסבור בטעות כי הנכס נקי מכל זכות.<sup>87</sup>

83 הצעת חוק דיני ממונות מתייחסת לעניין של רישום הערת־אזהרה ולהשלכתו על עדיפות הזכויות. ס' 511(ב) קובע כי אם הראשון התרשל בא־ירישום הערת־אזהרה, תהיה זכות השני עדיפה, אם רשם הערת־אזהרה על זכותו בעודו בתום־לב. ראו גם להלן ה"ש 87.

84 ע"א 1235/90 הרבסט נ' חברת מ. אריאן קבלן לעבודות חשמל בע"מ, פ"ד מו(4) 661 (1992).

85 שם, בעמ' 672–673. ראו מיגל דויטש קניין כרך ג 92–94, 223, 474 (2006); אריאל פורת הגנת אשם תורם דיני חוזים 209–210 (1997); מנחם מאוטנר "עיסקאות נוגדות" ורשלנות הקונה שאינו רושם הערת אזהרה" הפרקליט מ 521, 533 (1992).

86 עניין גנז, לעיל ה"ש 74.

87 ס' 511(ב) להצעת חוק דיני ממונות מאמץ את הלכת גנז. לדיון בשאלה אם ההסדר המוצע יעיל והוגן ראו דפנה לוינסון זמיר "הקודיפיקציה האזרחית – סוגיות נבחרות בתחרות זכויות" משפטים לו 663, 670–679 (2006).

אלא שהלכה מאוחרת זו לא חלה על המקרה של ויינברג נ' אריאן, ולשאלה בדבר תום-הלב באי-רישום הערת-האזהרה על-ידי הראשון לא היה משקל לגבי ההכרעה הקניינית. כזכור, השאלה שבה דנה השופטת פרוקצ'יה הייתה אם חובת תום-הלב המוטלת מכוח הלכת גנז על המתחרים בינם לבין עצמם משליכה על האחריות הנזיקית שהראשון חב כלפי השני. שאלה זו נבעה מהלכת גנז, אך לא היוותה יישום ישיר שלה. כדבריה של השופטת פרוקצ'יה:

"ההכרה המשפטית בדבר קיומה של חובת תום-הלב בהפעלת זכות במישור דיני הקניין והשפעתה על התחרות בין עיסקאות נוגדות בקניין מקרינה במישורין גם על תחום האחריות בנזיקין ועל הגדרת חובת הזהירות המושגית בעולת הרשלנות. חובת תום-הלב, שמכוחה מוטל על בעל העיסקה הראשונה נטל רישום הערת אזהרה כדי להזהיר את בעל העיסקה המאוחרת הפוטנציאלי מפני התקשרות בעיסקה נוגדת, אוצלת במישורין על גיבושה של חובת זהירות בנזיקין המוטלת על בעל עיסקה כזה, שבהפרתה הוא עשוי להתחייב בפיצוי כלפי בעל העיסקה השנייה אם זה סבל נזק ממחדלו.<sup>88</sup>"

הלכת גנז מכריעה כאמור בהיבט הקנייני, כלומר, היא קובעת למי יוקצה הנכס. הלכת ויינברג פותחת פתח לכרסום בהקצאה הקניינית, על-ידי הטלת כלל אחריות על הזוכה לטובת המפסיד. אולם השופטת פרוקצ'יה מציינת במקרה הנידון לגבי בעל ההתחייבות למשכנתה, שזכה בקניין, כי "יש להניח כי אילו נבחנה התנהגותו במישור הקנייני במשקפי הילכת גנז, שנפסקה מאוחר יותר, גם אז היה זוכה בעדיפות קניינית... מאחר שנתקיימה בו חובת תום-הלב בהפעלת זכותו בתחום הקניין. התוצאות במישור הקניין ובמישור הנזיקין מתיישבות אפוא זו עם זו במקרה זה".<sup>89</sup> כאמור, השופטת פרוקצ'יה קבעה במקרה הנידון כי בעל הזכות הראשונה למשכנתה נקט אמצעי זהירות סבירים, ואילו הקונה השני תרם באשמו לנזק שנגרם לו. כלומר, ההקצאה הקניינית וההכרעה הנזיקית תאמו זו את זו. הזוכה זכה בנכס במלואו. האפשרות להטיל עליו אחריות נזיקית לטובת המפסיד, שהייתה גורעת מזכותו ויוצרת חלוקה מחדש (חלקית) של ההקצאה הקניינית, נדחתה במקרה דנן.

#### (ד) האם קיים צידוק להתערבות בכלל הקנייני?

אחזור ואציג את השאלה הבסיסית בהקשר זה: האם קיים בסיס להסמכה החקיקתית לסטייה מהסדרי ההקצאה הקיימים על-פי שיקולים חלוקתיים של אשמה וצורך או הגינות ותועלת? האם רצוי להתערב בדיון הקניין באמצעות הטלת אחריות נזיקית על

88 עניין ויינברג, לעיל ה"ש 81, בעמ' 799. לדיון מקיף ראו מנחם מאוטנר "תחרות זכויות": השפעת החוק, נפתולי הפסיקה ויחסי האקדמיה ובית המשפט" ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן 331 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008).

89 עניין ויינברג, לעיל ה"ש 81, בעמ' 805.



הזוכה הקנייני? האם נכון לפתוח דיון נוסף בשאלת האשמה לאחר ששאלת הקניין כבר הוכרעה? ובכלל, האם השיקולים של הכלל הקובע את כוחה של זכות הקניין אינם צריכים להקיף מראש את מכלול השיקולים הרלוונטיים להכרעה, ומשנקבעת ההקצאה הקניינית, עליה להוות סוף-פסוק?

הסוגיה אינה פשוטה, שהרי בכל הקצאה קניינית המערבת שני צדדים תמי-לב יש מידה של שרירותיות. כאמור, השאלה אם ניתן לתקן חקיקה המובילה לתוצאה שרירותית על-ידי סטייה מכלל ההקצאה ומעבר לכלל חלוקתי היא מורכבת, והתשובות לה אינן אחידות.<sup>90</sup>

### (ה) שיקולי הצורך והאשם מצויים בכלל ההכרעה הקנייני

כאמור, סעיף 9 לחוק המקרקעין אינו מאפשר חלוקה בין המתחרים. שניים האוחזים בדירה לא יזכו במחצית הדירה כל אחד, אלא אם כן הם שותפים בה. על בית-המשפט להכריע לכאן או לכאן. השאלה מהם שיקולי ההכרעה היא כמובן שאלה מרכזית. בהקשר הספציפי שלנו מדובר בהכרעה מי מבין הצדדים זכאי לקניין בנכס. כאשר בית-המשפט שוקל אם להקנות את הקניין לבעל הזכות החוזית הראשונה, שיקול-הדעת שלו רחב מאוד, שכן תנאי לעדיפותו של הקונה הראשון הוא הכרה בזכותו לאכיפה. הזכות לאכיפה אינה מוחלטת. על-פי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות), ניתן לשלול את סעד האכיפה מטעמים של צדק. "צדק" הוא מושג מורכב ונרחב, המקיף שיקולים של אשמה וצורך.<sup>91</sup> מכאן ששיקולים אלה הם חלק טבעי בהפעלתו של סעיף 9 ובקביעת סולם העדיפות על-פיו. אלא שבזמנו נקט בית-המשפט העליון עמדה המצמצמת את מערך השיקולים בהפעלת סעיף 9, בקובעו כי אין להתחשב בשיקולי אשמה של בעל הזכות הראשונה כלפי מתחרהו, ואף

90 השוו בהקשר שונה לדיון בסטייה מדרשת צורה בעניין ע"א 86/79 קניג נ' כהן, פ"ד לה(1) 176 (1980); ד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701 (1982) (להלן: דיון נוסף קניג). פסק-הדין נתן ביטוי לעמדה הפורמלית של החוק. עמדת המיעוט (של השופט ברק) סברה כי יש לפרש את החוק כך שיוליך לתוצאה צודקת. לדיון ביקורתי ולהעדפת עמדת המיעוט של השופט ברק ראו: Celia Wasserstein Fassberg, *Form and Formalism: A Case Study*, 31 AM. J. COMP. L. 627 (1983); John H. Langbein, *Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law*, 87 COLUM. L. REV. 1, 49-50 (1987) השופט אלון, גם הוא בדעת מיעוט, נתן תוקף למסמך שעמד במרכזה של הפרשה, אך התייחס אליו כאל צוואת שכיב מרע. ראו דיון נוסף קניג, לעיל, בעמ' 729-743. עמדתו העקרונית של השופט ברק נהפכה לדעת רוב בה"א 7818/00 אהרן נ' אהרוני, פ"ד נט(6) 653 (2005). עמדתה של דעת הרוב עוררה סימני שאלה. ראו דניאל פרידמן "פורמליזם וערכים – ביטחון משפטי ואקטיביזם שיפוטי" המשפט יא 9, 10, 15-16 (2006). לבלימת עמדה זו ראו את פסק-דינו של השופט מלצר בעניין אלמוני, לעיל ה"ש 49, וכן את פסק-דינו של השופט הנדל בעניין פלוני, לעיל ה"ש 49. לדיון כולל ראו כהן, לעיל ה"ש 48.

91 נילי כהן "חריג הצדק באכיפת חוזה – מוסר ויעילות כשיקולים של צדק חלוקתי" עיוני משפט לג 241, 256-250 (2010).

לא בצורך של המתחרה.<sup>92</sup> צמצום זה לא היה מוצדק. כזכור, בעניין גנו הפעילה דעת הרוב את עקרון תום-הלב כדי להטיל בנסיבות מסוימות על הזכאי הראשון חובה כלפי מתחרהו, שעשויה להפוך את כללי ההקצאה.<sup>93</sup> התוצאה היא, אפוא, שהלכת גנו החליפה את ה"צדק" שבאכיפה בשיקולים של "תום-לב", ותיקנה את העיוות שיצרה ההלכה הקודמת בכל הנוגע בהכרעה הקניינית בשאלת העדיפות.<sup>94</sup>

מעניין שבעניין גנו הסתייגה השופטת פרוקצ'יה (בדעת יחיד) מנקודת המוצא השוללת אפשרות שבעל עסקה שנייה בזמן שאינו בעלים רשום יזכה בעדיפות על הראשון מכוח קיום הדרישות של סעיף 9 סיפא. היא סברה כי יש להתאים את כללי התחרות של סעיף 9, ולהחילם, בשינויים המחויבים, גם על עסקאות נוגדות מעין-קנייניות שבהן המוכר אינו בעלים רשום. בעסקה המעין-קניינית שבה המוכר אינו בעלים רשום, יתפוס את מקום רישומה של זכות הקניין רישומה של הערת-אזהרה.<sup>95</sup>

אנו רואים אפוא כי שתי העמדות – עמדת הרוב ודעת היחיד של השופטת פרוקצ'יה – מפעילות את שיקולי הצורך והאשם באופן שונה: דעת הרוב עושה זאת על-ידי התמקדות בתום-ליבו של הקונה הראשון; ואילו דעת היחיד, של השופטת פרוקצ'יה, עושה זאת על-ידי הגמשת אופיו של הכלל הקנייני והתאמתו למקרה שבו רישום מלא אינו אפשרי.

נחזור עתה לדין שקדם להלכת גנו: בתקופה שבה לא היה אפשר להתחשב בשיקולי "צדק" בהפעלתו של סעיף 9, האפשרות להטיל אחריות נזיקית על הראשון לטובת השני הייתה אמורה לתקן את הכלל המצמצם שקדם להלכת גנו. אפשרות זו עלתה בקנה אחד עם תפיסות תיאורטיות המצביעות על טשטוש ההבחנה בין דין הקניין לבין דין האשם;<sup>96</sup> עם ההלכה בדבר חובת תום-הלב, החולשת גם על השימוש בזכות

92 ד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253 (1981).

93 עניין גנו, לעיל ה"ש 74. מידת "אשמתו" של הקונה הראשון ברכישה המאוחרת היא רלוונטית אם במסגרת חובת תום-הלב (הנשיא ברק, שם, בעמ' 408), אם במסגרת עולת הרשלנות (השופטת שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 415–416) ואם על-ידי השתק (המשנה לנשיא ש' לויך והשופט ריבלין, שם, בעמ' 417–418, 430–432). לפסיקה מאמצת ראו ע"א 3099/10 אבו שקרה נ' חדאד (פורסם בנבו, 9.10.2012); ע"א 8881/07 לב נ' טובי (פורסם בנבו, 27.8.2012); ע"א 7750/10 בן גיאת נ' הכשרת היישוב ביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 11.8.2011). כן ראו מיגל דויטש "נטל הרישום של הערת אזהרה במקרקעין – הלכת גנו והשלכותיה" הפרקליט מז 181 (2003).

94 דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד 247–248 (2011). ראו גם ע"א 580/10 ניר שיתופי – אגודה ארצית שיתופית להתיישבות עובדים נ' עיריית הוד השרון (25.7.2013), שם מציין השופט מלצר כי יש לצאת מנקודת ההנחה שדעת הרוב בעניין ורטהיימר מחייבת, אולם בנסיבות מתאימות ניתן להעמידה במבחן (שם, פס' 22). במקרה הנידון ידעו הקונים המאוחרים על ההסכם הקודם. עם זאת, לנוכח ויתורו של הקונה הראשון, השתית השופט מלצר את חוות-דעתו על דעות היחיד של השופטים ריבלין ולויך בעניין גנו, לעיל ה"ש 74, שלפיהן עדיפותו של השני בזמן מבוססת על השתק של הראשון (שם, פס' 25–30).

95 עניין גנו, לעיל ה"ש 74, בעמ' 419–421.

96 פרידמן, לעיל ה"ש 56.

קניינית;<sup>97</sup> וכן עם העמדה התופסת כל בעל קניין כמעין "סוכן חברתי" החב חובות מסוימות לקהילה הסובבת אותו.<sup>98</sup>

אולם לנוכח תיקונו של הכלל הקנייני בפרשת גנו (אם כי לא באמצעות השיקולים לאכיפה, ואף לא באמצעות התפיסה שלפיה הערת-אזהרה מקבילה להשלמת הקניין, אלא במסגרת שיקולי תום-הלב),<sup>99</sup> נראה שהטעם לפתח כלל חלוקתי שיטיל על הזוכה אחריות נזיקית הצטמצם מאוד, אם לא התבטל לחלוטין. כאמור, איני רואה הבחנה בין שיקולי תום-הלב לבין שיקולי הצדק שיש להפעיל על הקונה הראשון ביחסיו עם הקונה השני בקביעת כלל ההקצאה. בין כך ובין כך, שיקולי התועלת וההגינות יכולים לשמש לצורך הכרעה בשאלה הקניינית.<sup>100</sup> ממילא מתייחר הצורך לבחון את שאלת האשמה והאחריות של הראשון כלפי השני באספקלריה נזיקית.

#### (ו) פיתוח ההלכה – חלוקת הקניין בין המתחרים והיחס להלכת ויינברג

אלא שהלכת ויינברג ממשיכה להתקיים, והפסיקה טרם בחנה את הצידוק להמשך קיומה לאחר הלכת גנו. והנה, בפרשת לחאם<sup>101</sup> התעורר מצב של עסקאות נוגדות בנוגע לחלוקת קרקע בת כמה דונמים. לקרקע היו טוענים אחדים, שכל אחד מהם אחז בהתחייבות לטובתו. בית-המשפט המחוזי (השופטת בר-זיו) ייחס אשם הן למוכרים הן לקונים, ועל-פי תורת האשם התורם<sup>102</sup> – חילק את חלקת הקרקע בין הטוענים.<sup>103</sup> זוהי הלכה חדשנית הקובעת הסדר חלוקתי בפועל בין המתחרים במצב של עסקאות נוגדות. הלכה זו חורגת מגדר ההנחיה של סעיף 9, שהרי ההסדר בסעיף זה שולל הסדר חלוקתי לגבי הקרקע עצמה, ומורה להכריע לכאן או לכאן בין הטוענים. בבית-המשפט העליון בוטל פסק-הדין, והשופט רובינשטיין ציין כך: "פסק הדין ביקש לעשות 'צדק מעשי', ובדומה למאמץ פשרה או גישור צדק לא אחת משמעו פיתרון ביניים. מנגד, מלשונו של

97 רע"א 6339/97 ווקר נ' סולומון, פ"ד נה(1) 199 (1999) (אך לבעלים, שזכותם נפגעה, הוענקה באותו מקרה הגנה מלאה); ע"א 8661/10 נעמה נ' טורקיה (פורסם בנבו, 19.2.2012) (שם סויגה הגנת הבעלות בעין). ראו דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט, כרך א 436–439 (מהדורה שנייה, 1998) (כפיית שעבוד (זיקת הנאה) בנכסי הזולת באמצעות מטרד או בדרך אחרת).

98 דגן, לעיל ה"ש 60, בעמ' 51–55.

99 הנשיא ברק סבר שהלכת גנו עולה בקנה אחד עם הלכת ורטהיימר (עניין גנו, לעיל ה"ש 74, בעמ' 398–399), אולם השופט ריבלין העיר כי הלכת גנו גורעת מתוקפה של הלכת ורטהיימר (שם, בעמ' 431).

100 לא למותר לציין את הערותיהם של המשנה לנשיא ש' לויין והשופט ריבלין, המבחינים בין תום-הלב האובייקטיבי-האובליגטורי הנדרש מן הקונה הראשון לבין תום-הלב הסובייקטיבי-הקנייני הנדרש מן הקונה המאוחר, וזאת כדי לא לטשטש את הגבולות שבין השניים. שם, בעמ' 417–418, 431. ראו, בניגוד לכך, את דעתו של הנשיא ברק, המשווה בין תום-הלב הנדרש מן הקונה הראשון לבין זה הנדרש מן הקונה המאוחר. שם, בעמ' 406–407.

101 ע"א 4856/07 לחאם נ' לחאם (פורסם בנבו, 1.12.2009) (להלן: עניין לחאם).

102 לליבונוה של תורת האשם התורם בהקשר החוזי ראו פורת, לעיל ה"ש 85.

103 ת"א (מחוזי חי') 238/99 לחאם נ' לחאם (פורסם בנבו, 11.4.2007).

סעיף 9 עולה, כי הוא מציג פיתרון בינארי – בזכות זוכה או בעל העסקה הראשונה או בעל העסקה השנייה, אך לא שניהם, ולא חלק לזה וחלק לזה...<sup>104</sup> אולם, מוסיף השופט רובינשטיין, במקרה שבו דבקה אשמה הן בקונה הראשון הן בקונה השני, "אין הבינאריות של סעיף 9 מחייבת שיצא חוטא נשכר – לשם כך נועדו דיני הנזיקין, המשלימים במקרים אלה את דיני הקניין, ומי שרואה עצמו נפגע מהתנהגות או מחוסר תום לב של צד זה או אחר, יוכל לתבוע פיצוי על כך... המקום לדון בשאלות של אשם תורם יהא, כנהוג, במסגרת תביעה נזיקית...". וכאן מפנה השופט רובינשטיין לפרשות **הרבסט וויינברג**.<sup>105</sup>

אלא שכאן יש להעיר כי דחיית העיקרון של אשם תורם מצד הזוכה כמצדיק את חלוקת הנכס והמרתו באחריות נזיקית המוטלת על הזוכה בנכס מעוררות קושי. מבחינה כלכלית מדובר במהלך זהה, הגורע מזכותו המלאה של הזוכה. הרי אם מכירים בכך שניתן להטיל אחריות נזיקית על הקונה הזוכה בנכס, האין גורעים בכך מהבעלות שלו באותו היקף שמשקפת חבותו הכספית? ואם כן, מדוע לא לעשות זאת ישירות על-ידי חלוקה של הנכס, כך שמהזוכה ייגרע אותו חלק המשקף את אשמו (בהנחה שחלוקה כזו אפשרית)? האם מהלך מפוצל של הכרעה בקניין ולאחר-מכן בחינת אחריותו של הזוכה כלפי המפסיד עדיף על מהלך כולל שבו אשמו של הזוכה כלפי המפסיד מחושב בקביעת היקף זכותו בנכס?

כאמור, לדעתי, השאלה כולה צריכה להתנתק מרעיונות חלוקתיים – בין חלוקה של הנכס בעין בין הצדדים, בין חלוקה רעיונית בדרך של הכפפת הזוכה לאחריות נזיקית. על המחלוקת להיחתך על-ידי הפעלת הצדק שבאכיפה, המאפשר להתחשב באינטרס של צדדים שלישיים כדי למנוע מהזכאי בחוזה את זכותו הקניינית או לסייגה. בהקשר של עסקאות נוגדות נראה שעניין זה צריך להכריע במחלוקת בין הצדדים ולסיימה.<sup>106</sup> אין צידוק להטלת אחריות נזיקית על הזוכה, ואף לא להסדרי חלוקה שייצרו שיתוף בין צדדים מתחרים. הליכים כאלה הם מסורבלים, ימריצו סכסוכים והתדיינות, ויפגעו בוודאות המשפטית.<sup>107</sup>

104 עניין **לחאם**, לעיל ה"ש 101, פס' יא לפסק-דינו של השופט רובינשטיין.

105 שם, פס' יב לפסק-דינו של השופט רובינשטיין. בערעור שהוגש על פסק-דינו השני של בית-המשפט המחוזי (ע"א 7113/11 **עזבון ביאר נ' עזבון לחאם** (פורסם בנבו, 27.2.2014); ביום 16.3.2014 הוגשו עתירות לדיון נוסף) החיל בית-המשפט את הלכת **גנו** והעניק עדיפות למאוחר בזמן. אולם השופט עמית ציין כי פסק-הדין הראשון של בית-המשפט המחוזי היה צודק במובן זה שהוא חילק את השטח בין כל הצדדים הניצים (שם, פס' 31).

106 מובן שהצד הזוכה רשאי לתבוע בנוזיקין את בעל העסקה הנוגדת אם זה גרם ביוזמין להפרת זכותו. נילי כהן **גרם הפרת חוזה** 164–163 (1986).

107 ראו את הדיון אצל Jaconelli, לעיל ה"ש 22, בעמ' 493–496, בהקשר של השבה בעקבות ביטול חוזה ותחרות עם צד שלישי.

## 2. שתיים או חוזות בבעל

### (א) הבעיה: מעמדה של הבטחת נישואים

עד כה התמקדנו בתחרות בין שניים הטוענים לאותה דירה. עתה נעבור לתחרות בעלת אופי שונה לחלוטין, שבה מושא התחרות הוא בעל, והמתחרות הן האישה החוקית ומי שקיבלה מהבעל הבטחת נישואים. מובן שתחרות כזו אפשרית גם לגבי אישה, אלא שמרבית הפסיקה התייחסה למקרה של הבטחת נישואים הניתנת על-ידי גבר.

הן בתחרות על דירה הן בתחרות על בעל, בתווך נמצא מי שהתחייב התחייבויות כפולות סותרות (בעל הדירה, הבעל). אולם ברור מאליו שאופי היחסים בכל אחד מהמקרים מוליד תוצאות שונות לחלוטין, שיש להן השלכות חלוקתיות אחרות. במקרה של הבטחת נישואים מדובר בהתחייבות בעלת אופי אישי מובהק. בהעדר יכולת אכיפה כלפי המפר, מעמדה של התחייבות כזו לא רק מנותק מההסדר של העסקאות הנוגדות, אלא גם מעורר את השאלה אם מדובר בכלל בהתחייבות מחייבת.<sup>108</sup>

השאלה הכללית מה כוחה המחייב של הבטחת נישואים (לאו דווקא כזו הניתנת על-ידי אדם נשוי, אלא גם זו הניתנת על-ידי פנוי) עברה במשפט הישראלי תהפוכות דרמטיות.<sup>109</sup> במשך שנים רבות ביטאה הפסיקה הישראלית מורת-רוח מכוחה המחייב של הבטחה כזו, והציעה לבטלה. עם זאת, היא גרסה כי מי שמוסמך לערוך שינוי כזה הוא המחוקק, ולא בתי-המשפט.<sup>110</sup>

לעמדה מסויגת זו כלפי מעמדה של הבטחת נישואים שותפות שיטות משפט רבות. במדינות רבות בעולם ביטלו – בתהליך הדרגתי, שתחילתו בשנות השלושים בארצות-הברית – את עילת התביעה בשל הפרת הבטחת נישואים.<sup>111</sup> המחוקק האנגלי קבע,

108 באופן עקרוני, גם לגבי התחייבות נוגדת למכירת נכס ניתן לשאול אם מדובר בהתחייבות תקפה, בהיותה נוגדת חוזה קודם. לדין ולמסקנה שהתחייבות כזו עשויה להיות מנוגדת לתקנת הציבור אם היא כרוכה בגרם הפרת חוזה, ראו נילי כהן **התערבות ביחסים חוזיים** 74–78 (1982). לפסיקה שלפיה אין לראות בהכרח בהתחייבות נוגדת משום סתירה לתקנת הציבור ראו ההפניות אצל עופר גרוסקופף "חוזה פסול" **חוזים** כרך ג 473, 549–550 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

109 לדין מפורט ראו פנחס שיפמן "הבטחת נישואין – חוזה מחייב?" **משפטים** יג 104 (1983) (להלן: שיפמן "הבטחת נישואין"); פנחס שיפמן **דיני המשפחה בישראל** כרך א 194–223 (מהדורה שנייה, 1995) (להלן: שיפמן **דיני המשפחה בישראל**); עופר גרוסקופף וסלה חלבי "הפרה של הבטחת נישואין: מדגם הפיתוי הגברי" לדגם 'שברון הלב' **משפט חברה ותרבות – משפטים על אהבה** 107 (ארנה בן-נפתלי וחנה נוה עורכות, 2005); נילי כהן "ירידתה ועלייתה של הבטחת נישואין" **המשפט** יא 27 (2006).

110 ע"א 647/89 **שיפברג נ' אבטלין**, פ"ד מו(2) 169, 176 (1992); ע"א 416/91 **ממן נ' טריקי**, פ"ד מז(2) 652, 657 (1993). ראו גם שיפמן **דיני המשפחה בישראל**, שם, בעמ' 204, וכן שיפמן "הבטחת נישואין", שם, בעמ' 112, הגורס כי ניתן לעשות את השינוי גם באפיקי הפסיקה.

111 לסקירה השוואתית בעניין זה ראו את פסק-דינו של השופט ריבלין בע"א 5258/98 **פלונת נ' פלונת**, פ"ד נח(6) 209, 229–231 (2004) (להלן: עניין **פלונת**). ראו גם הסקירה של המשפט האירופי בסוגיה: John PRECONTRACTUAL LIABILITY IN EUROPEAN PRIVATE LAW 140–162 (Cartwright & Martijn Hesselink eds., 2008).

בשנת 1970, כי הבטחת נישואים אינה חוזה מחייב,<sup>112</sup> וכך כבד נקבעו בחקיקה שם הסדר של פיצוי בגין הוצאות שהוציא צד בעקבות הבטחה כזו וכן הסדר להשבת מתנות.<sup>113</sup> עילת התביעה בגין הפרת הבטחת נישואים נתפסה כשריד אנכרוניסטי, ששיקף את מעמדה המשפטי-החברתי הנמוך של האישה. ביטול תוקפה של הבטחה כזו ביטא את המהפך החברתי במעמדן של נשים: את עצמאותן המשפטית-הכלכלית ואת התפיסה כי נישואים אינם מהווים עסקה המיועדת להבטיח את מצבן הכלכלי של נשים משועבדות, אלא מסגרת רגשית לקיום משפחה על בסיס ערכים של שוויון. ביטול תוקפה של הבטחת הנישואים מהווה הצהרה כי למדינה – באמצעות בתי-המשפט – אין עוד עניין לעסוק בה, וכי הנושא נותר בעיקרו בתחום האישי של הצדדים. יש להסדיר אומנם את המחלוקות הכספיות, אך זאת בלי קשר לשאלת ההפרה ולשאלת האשמה הכרוכה בכך.

למרות הקריאות החוזרות ונשנות של הפסיקה הישראלית למחוקק להתערב בנושא ולבטל את תוקפה של ההבטחה, בחר המחוקק הישראלי לכל אורך השנים לא להתערב, וכך נותרה עילת התביעה בשל הפרת הבטחת נישואים על כנה. אולם הפסיקה עצמה סייגה את תוקפה המחייב של ההבטחה, וזאת כאשר היא ניתנה על-ידי בן-זוג נשוי. הבטחה כזו נתפסה כמנוגדת למוסר ולתקנת הציבור. עם זאת, בשני מקרים היה אפשר לתבוע את נותן ההבטחה חרף היותו נשוי: ראשית, כאשר בעת מתן ההבטחה היו חיי הנישואים של המבטיח מעורערים ללא תקנה;<sup>114</sup> שנית, כאשר בעת מתן ההבטחה הסתיר המבטיח את עובדת היותו נשוי. התביעה במקרה האחרון הושתתה על העילות הנזיקיות של תרמית או מצג-שווא.<sup>115</sup>

112 Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970, ch. 33 § 1 (Eng.). העילה של הפרת הבטחת נישואים בוטלה גם באירלנד. ראו: Family Law Act 1981 § 2. ס' 4 לאותו חוק אירי קובע הסדר להשבת מתנות, וס' 7 מסדיר את נושא ההוצאות. כך גם בסקוטלנד: Law Reform (Husband and Wife) (Scotland) Act 1984. לגבי השבת מתנות אירוסים ראו: Rebecca Tushnet, *Rules of Engagement*, 107 YALE L.J. 2583 (1998); Adam D. Glassman, *I Do! Or Do I? A Practical Guide to Love, Courtship, and Heartbreak in New York – or – Who Gets the Ring Back Following a Broken Engagement?*, 12 BUFF. WOMEN'S L.J. 47 (2004).

113 Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1970, §§ 2, 3. לעניין השבת המתנות בישראל ראו דב פרימר "השבת מתנות אירוסין בגין הפרת הבטחת נישואין לאור החקיקה האזרחית החדשה" **משפטים** י 329 (1980).

114 ע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון, פ"ד יז 1009 (1963); ע"א 563/65 יגר (פלינק), הידועה גם בשם **פלבין נ' פלבין**, פ"ד כ(3) 244 (1966); ע"א 4/66 פרץ נ' הלמוט, פ"ד כ(4) 337 (1966); ע"א 116/75 **חאיק נ' ספיה**, פ"ד לא(1) 90 (1976).

115 ע"א 174/65 **ברש נ' שדה**, פ"ד כ(1) 617, 627–628 (1966) (השופט קיסטר); ע"א 609/68 נתן נ' עבדאללה (אילן), פ"ד כד(1) 455 (1970); ע"א 386/74 פלוני נ' אלמונית, פ"ד ל(1) 383 (1975).

**(ב) ההחלטה בעניין פלונית<sup>116</sup>**

הלכות אלה נהגו במשפט הישראלי עד לפסק-הדין בעניין פלונית, שבו נפסק פה אחד לעניין זה (אם כי רק בדעת רוב לעניין התוצאה הסופית) כי הבטחת נישואים שנתן פלוני לפלונית בהיותו נשוי לאחרת היא מחייבת, אפילו לא היו יחסי הנישואים של המבטיח מעוררים. הנשיא ברק כתב את פסק-הדין המרכזי, אך השופטת פרוקצ'יה הייתה שותפה מרכזית בהכרעה, ואף הוסיפה החלטה משלה.

לכאורה, הצעד שעשה בית-המשפט אינו כה דרמטי. הרי גם בעבר הוכר תוקפה של הבטחת נישואים שניתנה על-ידי בן-זוג נשוי, וזאת כאשר נישואיו היו מעוררים. האין בהכרה זו משום פגיעה במוסד הנישואים, והאין ההחלטה בעניין פלונית המשך טבעי שלה? כדי להבהיר זאת, אתייחס בקצרה למוסד הנישואים ולשאלת יכולת היציאה ממנו במשפט הישראלי. שאלה זו משליכה גם על מעמדה של הבטחת הנישואים.

במשפט הישראלי קיים לא אחת קושי להשתחרר מקשר הנישואים בשל מגבלות המוטלות מכוח הדין הדתי המסדיר אותם. המוסד של "ידועים בציבור" – שהוכר הן בפסיקה הן בחקיקה, ואשר נותן תוקף לנישואים דה-פקטו שאינם יכולים להתממש דה-יורה – נולד מתוך כוונה, קרי, מגבלות החופש לממש את הזכות לנישואים ומגבלות החופש לצאת מקשר הנישואים. כאשר ניתן תוקף למוסד ה"ידועים בציבור" כאשר בני-הזוג נשואים לאחרים,<sup>117</sup> ההנחה היא שחיי הנישואים מעוררים.<sup>118</sup> בפועל מתקיימת במצב זה מעין ביגמיה: נישואים דה-יורה (שאינם ממומשים ואשר ריקים מכל תוכן) ונישואים דה-פקטו (שהם הנישואים ה"אמיתיים").<sup>119</sup>

המקרה של הבטחת נישואים הניתנת על-ידי אדם בעודו נשוי מעורר בעיה מקבילה. למעשה, לפנינו מעין עסקאות נוגדות, אלא שכאן העסקה הראשונה (הנישואים) כבר הושלמה, ואילו העסקה השנייה – הבטחת הנישואים – היא בגדר חוזה התחלתי. כדי להימנע ממתן תוקף למצב מעין-ביגמי או להכנה למצב מעין-ביגמי, נאותו בעבר בתי-המשפט להכיר בכוחה המחייב של הבטחת נישואים של אדם נשוי רק כאשר נישואי המבטיח היו מעוררים, ולא במקרה שבו הנישואים היו תקינים. ניתן כמובן לתהות אם אין בהבטחת נישואים על-ידי אדם נשוי משום עדות לנישואים מעוררים,<sup>120</sup> אולם בתי-המשפט הבהירו כי חוקיות ההבטחה תלויה בנסיבות: אם בעת מתן ההבטחה היו חיי הנישואים של המבטיח מעוררים מן היסוד, ללא תקווה לשיקומם, ההבטחה חוקית. הרי אין לשכוח כי במצב כזה אף ניתן לרכוש זכויות של "ידועים בציבור". אך אם היה

116 עניין פלונית, לעיל ה"ש 111.

117 ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102 (1962); ע"א 233/98 כץ נ' קרן מקפת מרכז לפנסיה ותגמולים, פ"ד נד (5) 493 (2000).

118 לא תמיד מוכן המחוקק להסכין עם מצב זה. לכן לעיתים הגדרת ה"ידועים בציבור" מוגבלת למקרה שבו בן-הזוג אינו נשוי – למשל, במקרה של הענקת זכויות מכוח ירושה. ראו ס' 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965.

119 שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה 267–360 (2005).

120 ראו את דברי הנשיא ברק בעניין פלונית, לעיל ה"ש 111, בעמ' 223.

עדיין סיכוי לקיום הקשר בין בני-הזוג, ולא פסה התקווה לאיחוי הקרע ביניהם, אזי הבטחת הנישואים בטלה – כך נפסק בעבר – בהיותה בלתי-מוסרית ומנוגדת לתקנת הציבור.<sup>121</sup>

כאמור, בהלכה זו התחולל שינוי מהפכני בעניין פלונית,<sup>122</sup> שבו נקבע כי אין להבחין בין מצב שבו חיי הנישואים של המבטיח היו מעורערים לבין מצב שבו הם היו תקינים, וכי בכל מקרה הבטחת הנישואים מחייבת.

### (ג) הדילמה: המשפט ככלי לשינוי או כתגובה על מצב קיים

פסק-הדין בפרשת פלונית הציג אידיאולוגיה חדשה – מפתיעה במובן-מה, בהתחשב בעמדתה הקודמת של הפסיקה – בכל הנוגע במעמדה של הבטחת נישואים.<sup>123</sup> אם בעבר נחשבה העילה של הפרת הבטחת נישואים מוקצית מחמת מיאוס ועל גבול הלגיטימיות, הנה בא בית-המשפט במקרה זה ומעניק לה לגיטימציה מלאה. וכך מסבירה השופטת פרוקצ'יה:

“אין טעם מוסרי, חברתי או משפטי להוצאת הבטחת הנישואין מתחום התפרשותו של המשפט... העילה החוזית בגין הפרת הבטחת נישואין ראויה היא אפוא ונחוצה כמענה למצבים שבהם בן-זוג נפגע מהפרת הבטחה...”<sup>124</sup>

כאמור, בית-המשפט דחה את ההבחנה שנהגה לגבי הבטחה שניתנה על-ידי גבר נשוי, ונקבע כי הבטחה זו תקפה ומחייבת בין אם הנישואים תקינים ובין אם לאו.<sup>125</sup> בית-המשפט משתית את תקפותה של הבטחת נישואים, גם אם היא ניתנת על-ידי מי שנישואיו תקינים, על הליברליזציה במוסד הגירושים והסובלנות לגבי קשר זוגי מחוץ לנישואים;<sup>126</sup> על הנחה בדבר אי-תקינותו של הקשר לנוכח קיומה של ההבטחה;<sup>127</sup> ועל קדושת ההבטחה והמחויבות להכיר בה כדי לפצות על נזקי ההסתמכות.<sup>128</sup> העמדה שהובעה בפסק-הדין, אשר מחזקת את תוקפה של הבטחת נישואים ומעניקה לה תוקף גורף, מעוררת מחלוקת. יש הטוענים כי ההלכה מבטאת רוח ליברלית, משוחררת מהכבילות שהטילה מורשת העבר על קשר הנישואים, וכי מכוחה יכולות לעמוד זו בצד זו מחויבותו של הבעל כלפי אשתו והבטחתו כלפי בת-זוגו. ההכרה

121 ע"א 649/70 הלמוט נ' פרץ, פ"ד כה(2) 35, 40 (1971); עניין חאיק, לעיל ה"ש 114, בעמ' 92.

122 לעיל ה"ש 111.

123 לעיון ביקורתי ראו כהן, לעיל ה"ש 109. דיון נוסף בעניין זה נדחה. ראו דנ"א 8484/04 פלוני נ' פלונית (לא פורסם).

124 עניין פלונית, לעיל ה"ש 111, בעמ' 235–236.

125 לעניין זה לא היה הבדל בין דעת הרוב לבין דעת המיעוט. הנשיא ברק מציין, לחלופין, כי גם אם היא אינה מחייבת, ניתן לתת פיצויים בגינה מכוח ס' 31 לחוק החוזים. שם, בעמ' 224–225.

126 שם, בעמ' 222–223.

127 שם, בעמ' 223.

128 שם, בעמ' 224.



בתוקפה של ההבטחה מאשרת את חירותו של הבעל לממש את רגשותיו ולהגשים את עצמו למרות המחויבות הנובעת מקשר הנישואים. היא מכירה בכך שמוסד הנישואים מורכב, ושהוא טומן בחובו גרעין של חירות. אך כנגד זאת, אם חופש הוא ערך עליון, מה טעם לכבול צדדים להבטחות בתחום הרגש? זאת ועוד, בהסתמך על כך שפלוני "לא הצביע על כך שהבטחת הנישואין הביאה לפגיעה ביחסיו עם בת הזוג החוקית"<sup>129</sup>, אפשר לומר שבית-המשפט מחזיר אותנו שנים רבות אחורה, שכן באופן משתמע ניתנת כאן גושפנקה לביגמיה בפועל.<sup>130</sup> במילים אחרות, הלכה הקשובה לרווחות הליברליות הייתה מגבילה את תוקפה המחייב של הבטחת הנישואים, ובוודאי לא מרחיבה את כוחה, וזאת במטרה להמריץ שינוי חברתי.

אך מן הצד האחר, האמונה שהמשפט יכול לחולל שינוי אינה יכולה להתגשם אם אין קרקע פורייה שתוביל להנבטת השינוי. העילה של הפרת הבטחת נישואים נושאת אופי מגדרי, ורוב התביעות מוגשות על-ידי נשים. למרות החתירה לשוויון, קיימים עדיין פערים חברתיים וכלכליים נרחבים בין גברים לנשים.<sup>131</sup> חופש מיני אינו נחלת כל המגזרים, ובעניין זה קיים עדיין מוסר כפול. בחברה הישראלית מוקנה מעמד מרכזי למשפחה, ורווחות גישות הרואות עדיין בנישואים כלי למימוש עצמי של נשים, ובכוננות לחיים משותפים מצד האישה – תמורה אשר לא הייתה ניתנת אלמלא הבטחת הנישואים. בחברה רב-תרבותית כשלנו, השלכותיה של הפרת הבטחת נישואים אינן אחידות; הן יכולות להיות הרוות-גורל לנשים לא-מעטות,<sup>132</sup> ובמובן זה ראוי שהגבר יישא ולו בחלק מהנזק הכבד שגרם לאישה.

קשה אפוא להגיע למסקנה חד-משמעית בדבר הערכתה של ההלכה, ובשאלת תרומתה לדפוסי ההתנהגות הבין-אישיים והמשפחתיים בישראל. על רקע הספקות שהיא מעוררת, אתיחס עתה לאופייה החלוקתי.

#### (ד) ממצב של העדר תחרות לתחרות שבה אין כלל קנייני

ההלכה שנהגה בעבר, שלפיה להבטחת נישואים של גבר נשוי יהיה תוקף רק אם חיי הנישואים שלו היו מעוררים, ראתה בנישואים תקינים מצב היוצר מונופול של האישה

129 שם, בעמ' 225.

130 יחסי מין שגבר נשוי מקיים מחוץ לנישואים אינם מהווים בדרך-כלל עילה לגט, בעוד אישה המקיימת יחסי מין עם מי שאינו בעלה תגורש ותאבד את זכויותיה הממוניות, וילד שיוולד כתוצאה מיחסים אלה ייחשב ממזר. רות הלפרין "בגידת הבעל כעילה לכפיית גט" **מחקרי משפט** ז 297 (1989).

131 לטענה כי גם בחברה המערבית של ימינו מוסד הנישואים אינו מושתת על שוויון, וכי הוא מדכא נשים, ראו דפנה הקר "מעבר ל'בתולה זקנה' ול'סקס והעיר הגדולה': רווקות כאפשרות חשובה לנשים ויחסו של המשפט הישראלי אליה" **עיוני משפט** כח 903 (2005).

132 בעניין נתן, לעיל ה"ש 115, בעמ' 466, מציין השופט ברנזון כי התובעת במקרה דנן נפגעה קשות מהפרת ההבטחה על-ידי בן-זוגה, באומרו כי "בעדה הבבלית, שאלה היא משתייכת, ובחוג קרובי משפחתה, ניזק שמה הטוב, והיא ממש מנודה מקרבם... סיכוייה להינשא פחתו בהרבה... גם בשל המושגים השוררים בסביבתה ובעדה שאלה היא משתייכת".

החוקית. כלל זה מנע תחרות משפטית על שירותי הבעל, שהרי הבטחת נישואים שנתן הבעל במצב זה אינה תקפה כלל. מונופול זה נפרם כאשר חיי הנישואים מעורערים, שאז הבטחת הנישואים תקפה, והאישה השנייה מצטרפת לתמונה באופן לגיטימי: תקוותה ליצירת קשר נישואים עם הבעל, המחוזקת על-ידי ההתחייבות מצידו, אינה עומדת בסתירה מהותית למחויבותו כלפי אשתו בשל כשלון הנישואים. במילים אחרות, כאשר חיי הנישואים מעורערים, מתקיימות שתי מחויבויות במקביל: האחת פורמלית, כלפי האישה החוקית; והאחרת מהותית, כלפי האישה השנייה. שתי המחויבויות תקפות מבחינה משפטית. בפועל, הואיל ואי-אפשר לאכוף אותן, הבעל הוא שיחליט איזו מהן לממש (אם בכלל), והאישה שבה יבחר היא ש"תזכה" בו.<sup>133</sup> אם יבחר בראשונה או אם בכל מקרה לא יממש את התחייבותו כלפי השנייה, תזכה האישה השנייה בפיצוי בשל הפרת ההבטחה.

בעניין פלונית נערך איזון חדש ששינה את כלל התחרות, והפך אותה לקיימת גם כאשר חיי הנישואים תקינים. הבעל הוא שיחליט איזו מבין ההתחייבויות לקיים (במישור האישי והרגשי, לא הכלכלי), והוא אף רשאי להחליט שהוא יכול לקיים חלקית את שתי ההתחייבויות במקביל, כלומר, שירותיו ניתנים לחלוקה. פסק-הדין הופך אפוא את הכללים: מכלל המזכה רק את האישה הראשונה מתחולל מעבר לכלל חלוקתי, שבו שתי הנשים זכאיות מבחינה משפטית (במישור האישי-הרגשי ההחלטה עדיין בידיו) ליהנות משירותי הבעל וממחויבותו במקביל (מעין ביגמיה חוקית).

#### (ה) השלכת התחרות על החלוקה

ציינתי שהמקרה של "שתיים אוזות בבעל" מקביל למצב של "עסקאות נוגדות", אך הוא שונה ממנו מהותית, ובעניין פלונית הבעיה גם לא התעוררה חזיתית. ראשית, הדיון המשפטי בעניין פלונית התנהל מול גורם הביניים (הבעל שפגע בקשר הנישואים עם אשתו והפר את התחייבותו לשנייה), ולא בין שתי הטוענות ל"נכס" (שתי הנשים). שנית, ההכרעה בשאלה מי יקבל את ה"נכס" אינה נעשית על-ידי המשפט, אלא על-ידי גורם הביניים. שלישי, המשפט עושה כמיטב יכולתו על-מנת למנוע זיקה בין שתי הנשים. במצוות החוק, האישה השנייה לא תהיה אחראית לפגיעה בקשר הנישואים של הבעל כלפי אשתו, שכן העוולה של גרם הפרת חוזה אינה חלה על גרם הפרת חוזה נישואים.<sup>134</sup> רביעית, בכלל הנוגע בהיקף הפיצויים בגין הפרת ההבטחה, עילת התביעה

<sup>133</sup> לשאלת היחס בין אכיפה ועדיפות בחוזים לבין העברת נכסים ראו כהן, לעיל ה"ש 108, בעמ' 208–215.

<sup>134</sup> שכן נישואים אינם נחשבים חוזה על-פי ס' 62(ב) לפקודת הנוזקין [נוסח חדש]. העיקרון שביסוד הסעיף משפיע גם על תביעה בעוולת-מסגרת. ראו ע"א 8489/12 פלוני נ' פלוני (פורסם בנבו, 29.10.2013) (דחיית תביעתו של בעל נגד צד שלישי שקיים יחסים אינטימיים עם אשת הבעל; הבעל השתית את תביעתו על רשלנות, אך בית-המשפט קבע כי העיקרון שביסוד ס' 62 לפקודת הנוזקין חוסם תביעה כזו גם במסגרת עוולת הרשלנות). העוולה אף אינה חלה – מקל וחומר – על גרם הפרת הבטחת נישואים. ראו כהן, לעיל ה"ש 106, בעמ' 252–258. מעניין שהן נישואים והן יחסי עבודה מוצאים מכלל התחולה הרחבה של גרם הפרת חוזה (ס' 62(ב) קובע כי "שביתה והשבתה לא ייחשבו

היא בעלת ערך סמלי בעיקרו, וזאת להבדיל מהתביעה נגד גורם-הביניים במצבים האחרים של עסקאות נוגדות, שאמורה להניב פיצוי של ממש.

כאמור, בית-המשפט בעניין פלונית התמקד בשאלת היחסים בין הבעל לבין מקבלת ההבטחה, האישה השנייה, מבלי שהתייחס לשאלה של הפרת המחויבות של הבעל כלפי האישה הראשונה. האם לפי פסק-הדין עשויה לעמוד עתה עילת תביעה לאישה החוקית כלפי הבעל שהפר את הבטחתו כלפיה לחדול מהקשר עם האישה השנייה? האם שתי ההבטחות הסותרות יכולות לעמוד בעינן? בית-המשפט נשאר ניטרלי בעניין זה.

כלל העסקאות הנוגדות קובע הקצאה קניינית, אשר מקנה את הזכות בפועל לזוכה, והמפסיד זוכה בפיצוי. במקרה של הפרת הבטחת נישואים פועל כלל אחריות, כי כאמור, בהיות הקשר אישי, אי-אפשר לכפות את הבעל לדבוק בהתחייבותו, ומובן שסעד של אכיפה מבטא הכרעה קניינית של בית-המשפט. בהקשר שלנו קיימת בפועל הקצאה קניינית: אחת בלבד "תזכה" להיות אשתו החוקית של הבעל. אלא שבמקרה זה לא בית-המשפט מכריע, אלא הבעל.

יתר על כן, נראה שאילו החליט הבעל לקיים את הבטחת הנישואים כלפי השנייה, הוא לא היה חייב לפצות את אשתו על הפרת המחויבות כלפיה, והסדרי הפיצויים היו נבלעים בהסדרי הרכוש.<sup>135</sup> אך משחלטי הבעל לחזור ולקיים את מחויבותו כלפי אשתו, הוא חויב לפצות את בת-זוגו הננטשת. מה ההשלכות החלוקתיות של מחויבות זו?

ברוב המקרים יבואו הפיצויים מהקופה המשותפת. האישה החוקית, אשר חלקה את בעלה עם מקבלת ההבטחה בתקופה שבה ניתנה ההבטחה, תחלוק עכשיו, מקופת המשפחה, גם את נזקי נטישתה.<sup>136</sup> היא עצמה לא תוכל לקזז מנזקים אלה את סך הנזק שגרמה לה השנייה בשל גרם הפרת המחויבות של בעלה כלפיה, שהרי השנייה, כאמור,

---

כהפרת חוזה". קשרים שהיו חזקים ביותר והקנו זכויות מעין-רכושיות לבעל ולמעביד נהפכו עם השנים לקשרים המשותפים על חירות ושוויון לאישה ולעובד, בהתאמה. עקב כך, ובשל אופיים האישי, הם נעשו חלשים יותר מיחסים חוזיים רגילים. נילי כהן "סטטוס, חוזה וגרם הפרת חוזה" הפרקליט לט 304 (1990).

135 הלפרין, לעיל ה"ש 130, בעמ' 324-328.

136 כפי שטען בא-כוחו של הבעל בטיעונו בעניין פלונית, לעיל ה"ש 111, בעמ' 217. יצוין כי הכלל הפורמלי בדיני משפחה הוא שאין כוללים בגדר השיתוף בחובות חובות שיצר אחד הצדדים תוך הפרת נאמנות כלפי הצד האחר. ראו, למשל, ע"א 7442/97 עמית נ' עמית, פ"ד נד(4) 625, 629 (2000) ("...שיתוף בנכסים בין בני-זוג כולל בחובו כרגיל, לצד השיתוף בזכויות, גם שיתוף בחובות, וזאת ביחס לחובות שנצברו בדרך הרגילה על-ידי אחד מבני-הזוג בתוך תקופת השיתוף ביניהם, כאשר הם מנהלים אורח חיי משפחה תקינים, להוציא חובות שהם בעלי אופי אישי מובהק ואשר מעצם טיבם ייתכן שאין זה מן הצדק לשתף את בן-הזוג האחר בעולם. יישומם של עקרונות אלה עשוי להביא בנסיבות המתאימות לכלל מסקנה כי גם אם קמה חזקת השיתוף בחובות בין בני-זוג המנהלים משק בית משותף, עדיין תיטה הכף לעבר אי-הכללתו של חוב מסוים במסגרת החובות המשותפים, כאשר הוכח בראיות כי החוב האמור הינו תוצר של פעילות חריגה של אחד מבני-הזוג שאיננה משרתת את היחידה המשפחתית, או במקרים מסוימים, אפילו חותרת תחתיה"). אולם במהלך החיים הרגיל, חוב שיפרע הבעל ייגרע מנכסי המשפחה.

פטורה מאחריות כלפי הראשונה, שכן העוולה של גרם הפרת חוזה אינה חלה על גרם הפרת חוזה נישואים. הפטור הנזיקי האמור משקף תפיסה ליברלית המושתתת על השאיפה להבטיח מידה של חירות בחיי הנישואים, ויש הסבורים כי יש מקום לתפיסה דומה – אולי מקל וחומר – בעניין תוקפה המחייב של הבטחת נישואים. אך בית-המשפט לא אימץ גישה זו, הרווחת במדינות המערב, שלפיה בכל הנוגע בהבטחה שעיקרה רגש ראוי להעדיף את זכות החרטה על המחויבות להבטחה. בית-המשפט סבר כי יש לפעול על-פי העיקרון של קדושת ההבטחה, ומכוחו העניק להבטחת הנישואים משנה תוקף, תוך התעלמות מהפגיעה האפשרית בזכותה של האישה הראשונה.

התוצאה היא שהליך הליברליזציה פועל באופן חד-כיווני: הוא מאפשר חירות פעולה בחיי הנישואים עצמם, ושולל מחויבות כלפי האישה הראשונה הן מצד הבעל הן מצד המתחרה שפעלה ביודעין; אך חופש מקביל אינו קיים בכל הנוגע ביחסי הבעל עם האישה השנייה, שהרי הבעל מחויב לפצותה על נטישתה, וכאמור, הפיצוי עשוי לבוא מהמשאבים המשותפים של הבעל ואשתו. בעקיפין האישה נושאת אפוא באחריות כלפי צרתה. עם זאת, ספק אם הסכום הנמוך שנפסק בעניין פלוניא (35,000 ש"ח) מצדיק את ההתדיינות מבחינה כלכלית, ובכל מקרה אין הוא נגזר מערכו של "נכס" המריבה. למעשה, הסכום שנפסק הוא בבחינת איתות לכך שהסיכון בשל הנזק שנגרם למקבלת ההבטחה מוטל בעיקרו עליה. במצב דברים זה, יותר משהעילה הנידונה דומה לתביעה בגין אי-קבלת "נכס" מובטח, היא שקולה לתביעה בגין הוצאת לשון-הרע: היא מאפשרת בירור משפטי של סכסוך, אך ההכרעה בה יכולה להניב סיפוק במישור הרגשי בלבד.

### 3. שני אחים אוזנים בזכות למשק

#### (א) הבעיה: חלוקת משק חקלאי

עד כה הצגתי שני מצבי תחרות שנגרמו עקב עשיית עסקאות נוגדות בעלות אופי שונה: באחד דובר בתחרות במישור הרכושי; ובאחר – במישור האישי. עתה נעבור לשני מצבי תחרות שמקורם בשיתוף: באחד מדובר בשיתוף ברכוש משפחתי; ובאחר – בחוב עסקי. נבחן כיצד הפעילה בהם השופטת פרוקצ'יה את עקרונות החלוקה. תחילה אתייחס לתחרות על משק חקלאי.

רוב היישובים החקלאיים במדינת-ישראל פועלים על קרקע של המדינה. קרקע זו מוחכרת לאגודה השיתופית, שהיא הכלי המשפטי שבאמצעותו היישוב פועל. מבנה זה יוצר סבך בעיות. חברי המשק הם כביכול בעליו, אולם מבחינה משפטית זכויותיהם פחותות מבעלות, ויכולתם לעשות בזכויות אלה עסקאות מוגבלת הן מצד המדינה הן מצד האגודה השיתופית.<sup>137</sup> לכן לא אחת קורה שהסכמות חוזיות בין בני משפחה אינן יכולות להתממש בשל התנגדות של האגודה או של המדינה (לרוב באמצעות מנהל מקרקעי ישראל).

137 כמ"ג מצד גופים שהאגודה השיתופית חברה בהם, כגון תנועת המושבים או התנועה הקיבוצית.

מה הדין כאשר קיימות הסכמות פנימיות בין בני המשפחה שאינן זוכות באישורן של הרשויות? האם דין הקניין הקובע למי הנכס ממלא תפקיד בלעדי או שמא לצידו ניתן לתת תוקף פנימי גם להתחייבות, להטיל על בעל הקניין אחריות לטובת מי שנדחה, ובדרך זו להגיע לפתרון שיחלק את הנכס בין בני המשפחה, ולו מבחינה כלכלית? השאלה אם ההגבלה החיצונית משפיעה על ההסכמה הפנימית מעוררת מחלוקות עיוניות: על-פי עמדת-קצה אחת, עקרון הקניין מכריע, ולכן חוזה שנכרת בניגוד לעקרון הקניין המונע העברה הוא בטל; עמדת-הקצה האחרת מגבילה את השפעתו של עקרון הקניין לעניין הסעדים, ומכאן שחוזה שנכרת בניגוד לעקרון הקניין הוא תקף; ואילו על-פי עמדת-הביניים, חוזה כזה עשוי להיות לעיתים תקף ולעיתים בטל, בהתאם לנסיבות.<sup>138</sup> עמדות אלה באו לידי ביטוי בפסיקה שהשופטת פרוקצ'יה הייתה שותפה לה, כפי שיתואר להלן.

### (ב) ההחלטה בעניין חיים נ' חיים<sup>139</sup>

בפרשת חיים נ' חיים התמודדו שני אחים על זכויות במשק שהיה שייך לאמם. האם מינתה את אליהו להיות בן ממשיך במשק, אולם הוא חתם על תצהיר שלפיו לאחר מות האם יבוא חזקיהו להתגורר עם משפחתו בביתה, ושני האחים יחלקו ביניהם את המשק. בהמשך נערך הסכם בין האם לבין חזקיהו, ובו העבירה האם לו ולאשתו את הזכויות בבית המגורים. לאחר פטירתה פרץ סכסוך מר בין האחים באשר לזכויותיהם במשק ובבית המגורים.

מערכת היחסים המשפטית הנוגעת בזכויותיהם של כל הצדדים המעורבים מושתתת על המבנה הבא: הקרקע היא קרקע מדינה המנוהלת על-ידי המנהל, אשר משכיר אותה לסוכנות היהודית כגורם מיישב. הסוכנות מצידה מעניקה רשות שימוש במשבצת קרקע לאגודה השיתופית, והאגודה, ככת-רשות, מעניקה רשות שימוש לחבר אגודה בנחלה. מעמדו של חבר האגודה הוא מעמד של בר-רשות. ההלכה הפסוקה הגדירה זכות זו כזכות אישית שאינה קניינית. עם זאת, אף שרשות השימוש היא זכות אישית, היא עבירה, בכפוף לתנאי ההסכמה בין מעניק הזכות לבין מקבל זכות השימוש. העברה כזו – הן מחמת פטירה הן בחיים – מותנית בהסכמת המנהל בכתב ומראש, וכן בהסכמת הסוכנות, אשר תינתן לאחר שהאגודה הודיעה בכתב לסוכנות את עמדתה.

במקרה דנן התקבלו כל האישורים הנדרשים למינויו של אליהו כבן ממשיך, אולם לא התקבלו אישורים לגבי זכותו של חזקיהו – לא לגבי בית המגורים של אמו ואף לא

138 יהושע וייסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 107–110 (1997) (תכלית ההגבלה היא שקובעת; לעיתים תישלל תוקפה של המחאת זכות גם בין הצדדים – למשל, אם ההגבלה רשומה או אם למתקשר יש ידיעה עליה); שלום לרנר המחאת חייבים 97–100 (2002) (אם הגבלת העבירות אינה קובעת שהמחאה בטלה, ניתן לתת להמחאה תוקף בין הצדדים); דויטש, לעיל ה"ש 77, בעמ' 462–465 (להגבלות עבירות המהוות חלק מהותי מהגדרת הזכות יש תוקף בין הצדדים).

139 ע"א 1662/99 חיים נ' חיים, פ"ד נו(6) 295 (2002).

לגבי חלקו במשק. על רקע זה כפר אליהו בזכותו של חזקיהו הן בבית המגורים הן במשק.

כיצד ניתן לפתור את הסכסוך? האם ההכרעה הקניינית צריכה לסיים את הסכסוך ולהוציא ממעגל הזכויות את מי שאינו זכאי למגורים ולמשק על-פי ההוראות הרלוונטיות? ואולי נכון להגיע כאן לפתרון חלוקתי, שישלב את שיקולי המדיניות לגבי ניהול המשק עם ההסכמות הפרטיות בין הצדדים?

שופטי בית-המשפט העליון נחלקו בסוגיה, ועמדוניהם שיקפו את המחלוקת העקרונית בעניין זה. לדעת השופטת פרוקצ'יה, שנותרה במיעוט, ההכרעה הקניינית צריכה למצות את הסכסוך. כך היא מסבירה זאת: אליהו מונה על-ידי אמו כבן ממשך בלא סייג ובלא תנאי, וכך הוא גם אושר על-ידי המוסדות המיישבים הנוגעים בדבר. לעומת זאת, ההסכם בין חזקיהו לבין האם, כמו-גם ההסכם בין שני האחים, לא הובאו לידיעתם של הגופים הרלוונטיים ולא זכו באישורם. מבחינתם, הסכמים אלה אינם יכולים לסייג את זכותו של אליהו כבן ממשך לגבי הנחלה כולה, לרבות בית המגורים (וזאת עקב העיקרון שלפיו אין לפצל משק חקלאי). באשר למישור היחסים הפנימיים, הן הסכמתו של אליהו, הבן הממשיך, להתיר לחזקיהו להשתמש בבית המגורים לאחר פטירת האם, והן ההסכם שבו העבירה האם את השימוש בבית המגורים לאחר מותה לחזקיהו, הם הסכמים התלויים בתנאי מתלה, שהוא אישור של המוסדות המיישבים להעברת הזכויות. הצדדים לא קבעו תקופה מוגדרת לקיום התנאי בדבר קבלת אישוריהם של המוסדות המיישבים. למן ההתחייבות כלפי חזקיהו חלפו כעשרים שנה, ולמן ההסכם להעברת בית המגורים חלפו עשר שנים. בכל אותה תקופה לא התקבלה הסכמתן של הרשויות. משחלפה תקופת זמן סבירה והתנאי לא התקיים, התבטלו ההסכמים, והם אינם מעמידים זכות לפיצויים.

ברור שהחלטה זו גורמת עוול לחזקיהו. היא מסכלת את רצון האם, אשר נכונותה להעניק לאליהו מעמד של בן ממשך הייתה שלובה ומותנית בהעברת הזכויות בבית המגורים ובמשק לחזקיהו. השופטת פרוקצ'יה מצרה על כך, אך אינה רואה דרך פורמלית-משפטית שיכולה לתקן את המצב:

**"המסקנה המשפטית שהגעתי אליה בעניין זה נושאת עמה תוצאה קשה לגבי חזקיהו ובני משפחתו. היא גם אינה מתיישבת עם רצונה של האם לתת לבנה חזקיהו ולמשפחתו זכות שימוש בבית המגורים וכן אינה מתיישבת עם תחושתם של שאר האחים והאחיות המבקשים לקיים את רצון האם... הפער בין המצב המשפטי המתואר לבין הקושי האנושי שנוצר בעקבות מינוי בן ממשך אחד במשפחה והאיסור לפצל נחלה בין בנים אחדים גורר אחריו סיכול ציפיות טבעיות של בני משפחה להנאה מחלקים מן הנחלה. קושי זה מצריך התייחסות מתאימה של הרשויות הציבוריות הנוגעות בדבר לצורך מציאת פתרונות ראויים במישור הארצי הכולל... אשר למקרה זה, לא למותר להביע תקווה כי במסגרת בירור זכויותיו הכספיות של חזקיהו בגין בית המגורים יעשו הצדדים, ובייחוד אליהו, מאמץ להגיע להסדר מוסכם ברוח טובה לפתרון בעיית מגוריו של**

**חזקיהו ומשפחתו, וכי במסגרת המגעים להסדר כזה לא תפונה משפחת חזקיהו מהבית כל עוד לא ימצא הסדר חלופי נאות למגוריה.**<sup>140</sup>

עמדת הרוב, שבוטאה על-ידי השופטת שטרסברג-כהן והנשיא ברק, הייתה שונה. נכון שבמישור היחסי שבין האם ואליהו לבין הגורמים המיישבים אליהו הוא בן ממשיך יחיד, אך לא כך ככל שמדובר במערכת היחסים הפנימית שבין האם לבין אליהו וחזקיהו. אליהו מחויב להסכם בינו לבין חזקיהו, הגם שאי-אפשר לאוכפו כיום. השופטת שטרסברג-כהן הוסיפה כי הוא גם מנוע ומושקף מלטעון להעדר תוקפו של ההסכם בין אמו לבין חזקיהו, אם מכוח תורת המניעות וההשתק, ואם מכוח עקרון תום-הלב.<sup>141</sup> אף שהתחייבותה של האם כלפי אליהו והתחייבותה כלפי חזקיהו כוללות תנאי מפורש ומכללא בדבר הצורך באישורם של המוסדות המיישבים, העדר האישור אינו מביא לידי בטלותם של ההסכמים. בהיותם תקפים, חזקיהו זכאי לתבוע מכוחם את אליהו, ואף שאין הם ניתנים לאכיפה, בכוחם להעניק לו פיצוי שישקף את זכותו בבית המגורים ואת חלקו במשק.

התוצאה עולה בקנה אחד עם התפיסה החוזית שלפיה אדם יכול להתחייב להעביר גם את מה שאין בידו. במקרים כאלה לא יינתן סעד אכיפה, אך החוזה יישב תקף. מערכת האחריות היא נפרדת – היא חלה במקביל למערכת הקניינית, ואינה מתערבת בה כלל. אליהו בחר להתחייב בחוזה כלפי חזקיהו, ואף שהחוזה אינו ניתן לביצוע, האחריות בגין הפרתו קיימת.

**(ג) האם קיים צידוק להתערבות בכלל הקנייני?**

עניין חיים הוא מקרה מובהק שבו היה מקום להפעיל עיקרון חלוקתי. בשל המבנה המשפטי המיוחד שעלה לדיון, הכרוך באישורים של הגורמים המיישבים, לא חלו על המשאב המשפחתי דיני הירושה הרגילים. הסדר החלוקה החוזי בין האם לבין שני האחים, אשר נעשה בחיי האם, משקף את הרעיון הבסיסי שלפיו משאב משפחתי העובר לבני הדור הבא מתחלק ביניהם כעיקרון באופן שווה, וכך בעצם נקבע בו. הצדדים הסכימו ביניהם על חלוקה, וזו הייתה כוונת אמם. לפנינו מקרה שבו שניים או חוזים בטלית, ולאחיותם המשותפת יש בסיס ראייתי מוצק ביותר, הוא ההסכמים ביניהם.

מדוע השופטת פרוקצ'יה, אשר שקלה לא אחת פתרונות חלוקתיים, לא יישמה במקרה הנידון פתרון חלוקתי? התשובה נעוצה בכך שהשופטת סברה כי הייתה התנגשות חזיתית בין השיקולים הציבוריים (המחייבים אישורים להסכמות המשפחתיות) לבין השיקולים החלוקתיים שנעשו בהסכמים הפנימיים. בהתנגשות בין השיקול הציבורי לבין השיקול הפרטי, נתנה השופטת עדיפות לאינטרס הציבורי, תוך הבעת צער על התוצאה: משלא ניתן אישורן של הרשויות המוסמכות, ניטל מההסכמה

140 שם, בעמ' 334 (ההדגשות הוספו).

141 שם, בעמ' 340–343. הנשיא ברק לא הביע עמדה באשר לעקרון המניעות ועקרון תום-הלב. עמדתו העקרונית הייתה שהחוזה הפנימי מחייב את אליהו מעצם היותו צד לו. שם, בעמ' 351.

תוקפה גם לעניין היחסים הפנימיים בין הצדדים. כלומר, כלל הקניין, הקובע למי הנכס במישור הציבורי, גובר על כלל האחריות ההסכמי במישור הפרטי ומבטל אותו כליל.<sup>142</sup> לעומת זאת, תשובתה של דעת הרוב הייתה שהתנגשות חזיתית כזו אינה קיימת, ושניתן ליישב בין התוצאה הקניינית לבין ההסדר החלוקתי. עמדת הרוב מעניקה עדיפות לשיקול הציבורי רק בכל הנוגע במימוש הזכות. אכן, אי־אפשר לפצל את הנחלה, ובן ממשיך יש אחד בלבד. לכן הבן הממשיך, שמעמדו אושר על־ידי הרשויות המוסמכות, הוא שמממש את הזכויות בעין. התוצאה היא שאי־אפשר לאכוף בעין לטובת חזקיהו את ההסכם שלו עם אחיו אליהו, הבן הממשיך, ואף לא את ההסכם שלו עם אמו, אשר אליהו היה מודע לו. המקרה דומה במובן־מה למשפט שלמה – גם כאן חלוקה בעין היא בלתי־אפשרית. אולם בניגוד למשפט שלמה, שבו ההכרעה הקניינית הבינרית היא קונקלוסיבית ואין לצידה כלל אחריות, כאן המקרה שונה, שכן מבחינה כלכלית ניתן למזג את כלל הקניין עם כלל האחריות: אליהו יזכה בקרקע, אך עקב התחייבותו שלו והתחייבות האם כלפי חזקיהו, יהא על אליהו לפצות את חזקיהו בשיעור הנזק שנגרם לו כתוצאה מאי־מימוש ההתחייבויות. אם כן, אכיפה לחוד ופיצויים לחוד, וההכרעה הקניינית הוכפפה בצדק לכלל אחריות. כאמור, זהו המקרה המובהק של שניים אוחזים בטלית מתוך טענת שיתוף. כל אחד מהם זכאי למחציתה, ומשאין יכולת לחלק את הטלית בעין, יחויב מי שזכאי להחזיק בכולה לשלם את ערך מחציתה לצד האחר.

#### 4. שניים אוחזים בחוב

##### (א) הבעיה: פְּרֵעוֹן חוֹב תִּקַּף בְּטֵעוֹת

בעניין כנען, שבו עסקנו בפרק ב לעיל, נידון מקרה שבו יצא נכס מסוים מבעליו לא בהסכמתו והתגלגל לקונה שקנתה אותו בשוק, ובית־המשפט אפשר לבעלים המקורי לעקוב אחר הנכס ולקבלו בחזרה. גם כסף יכול לצאת מבעליו לא בהסכמתו ולהתגלגל לצדדים שלישיים. האם בעל הכסף זכאי לעקוב אחר כספו? בשני המקרים מתעוררות שאלות בנוגע להשקעה בהשגת מידע, למזעור הסיכון של ביצוע עסקאות ברכוש הזולת, ולשאלה מיהו מונע הנזק הזול ביותר,<sup>143</sup> אולם בניגוד לתמונה (הנכס בעניין כנען), כסף הוא נכס לא־מסוים. בהקשר הנוכחי לא אוכל לעסוק בהרחבה בשאלות המורכבות

142 לדיון מעניין ומקיף בסוגיה ראו ע"א 8382/06 בּוֹטַח נ' כהן (פורסם בנבו, 26.8.2012). שבו דן השופט מלצר בשאלה אם הגבלת עבירות חלה במעגל הפנימי ובמעגל החיצוני כאחד, ואגב כך הציג (שם, בפס' 35 לפסק־דינו) את המחלוקת שבין שופטי הרוב לבין שופטי המיעוט בעניין חיים. השופט מלצר מאמץ (שם, בפס' 36 לפסק־דינו) את עמדתו של פרופ' וייסמן (לעיל ה"ש 138, בעמ' 107–110), שלפיה על־סמך תכליתה ומאפייניה של תניית הגבלת העבירות יש לקבוע אם היא חלה רק במעגל הפנימי או גם במעגל החיצוני. השופט מדגיש גם את הסייגים שעליהם עמד פרופ' וייסמן, אשר בהתקיימם לא יהא תוקף להעברת הזכות. במקרה הנידון, לנוכח הידיעה על הגבלת העבירות, היא חלה גם במעגל הפנימי. יצוין כי בעניין חיים הידיעה על הגבלת העבירות לא הייתה בעוכריו של מי שהסתמך על החוזה. ראו עניין חיים, לעיל ה"ש 139, בעמ' 347.

143 מדינה, לעיל ה"ש 53.



הכרוכות בזכות עקיבה על נכסים מסוג זה.<sup>144</sup> אתמקד במצב אחד, שבו מתעוררת תחרות בין פורע חוב, המשלם אותו מתוך טעות, לבין הנפרע, אשר יש לזכותו חוב קיים, ואשר פועל בתום-לב מבלי שהוא יודע על הטעות של הפורע, כך שלמעשה הוא שותף לאותה טעות. הסוגיות הבסיסיות המתעוררות במצב זה הן אלה: האם כאשר הפורע מגלה את טעותו הוא זכאי להשבה מהנפרע מכוח העובדה שהוא נפרד מכספו לא מרצון? ולעומתו, האם הנפרע זכאי להגן על זכותו במושא החוב ולהסתמך על כך שהחוב כבר נפרע ושהוא פעל בתום-לב? כיצד יש להכריע בתחרות בין פורע החוב לבין הנפרע?

מובן שקיים הבדל בסיסי בין כסף, שהוא נכס לא-מסוים, לבין נכס מסוים. לכסף אין סממני-זיהוי מיוחדים, ומטבע הדברים הזיקה בינו לבין בעליו חלשה יותר מהזיקה בין תמונה מסוימת לבין בעליה. סכום כסף גם ניתן לחלוקה, בעוד נכס דוגמת תמונה אינו בר-חלוקה. יתר על כן, במקרה של התמונה, הוציא אותה בעליה המקורי מחזקתו למטרה מוגבלת – הצגתה במוזיאון. מטרה זו סוכלה לא מרצונו, והתמונה התגלגלה אל המחזיק, אשר הבעלים המקורי לא הכיר, לא צפה ומעולם לא הסכים להחזקתו. לעומת זאת, במקרה של פירעון חוב קיים לצד שלישי, ידע הפורע למי הוא משלם, והוציא את כספו מרצונו (אם כי מתוך טעות) כדי לפרוע לאותו נפרע. האם ההבדלים בין המקרים הנוגעים בסוג הנכסים ובעוצמת הפגמים ברצון משליכים על היקף זכותו של הפורע בטעות ועל השאלות החלוקתיות הכרוכות בכך?

### (ב) ההחלטה בעניין בייזמן<sup>145</sup>

בפרשת בייזמן נידונה סוגיה שהתעוררה סביב העובדות הבאות: אדם בשם חליוה רכש מפלוגית זכויות במקרקעין. לשם תשלום המחיר לווח חליוה כספים מהבנק, ולשם הבטחת החוב משפן לבנק את זכויותיו במקרקעין. כעבור זמן מכר חליוה את המקרקעין לחברת בייזמן השקעות, וזו פרעה לבנק את חובו של חליוה, כפי שנקבע בהסכם בינה לבין חליוה. מאוחר יותר הסתבר שלפלוגית לא היו זכויות במקרקעין. הדבר גרר את התוצאות הבאות: לחליוה לא היו כל זכויות, ומכאן שחברת בייזמן לא רכשה דבר; המשכון של הבנק לא היה תקף; והתשלום ששילמה חברת בייזמן לבנק לפירעון חובו של חליוה היה פרי טעות. לא הקונה ולא הבנק ידעו זאת בזמן עריכת העסקאות עם המוכר, כי שניהם פעלו בתום-לב. מובן שאת עיקר התרעומת היה עליהם להפנות כלפי חליוה, אך הואיל ולא היה אפשר לגבות ממנו, הגישה חברת בייזמן תביעה כלפי הבנק, ודרשה ממנו להשיב לה בחזרה את הסכום ששילמה בטעות.

מצב תחרותי זה בין משלם בטעות, התובע את השבת התשלום, לבין מי שקיבל את התשלום בתום-לב כפירעון של חוב תקף, העומד על זכותו לתשלום, מעורר שאלות

144 להרחבה ראו פרידמן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 841–857.

145 ראו פסק-הדין בערעור בייזמן, לעיל ה"ש 56, אשר אושר בדיון נוסף בייזמן, לעיל ה"ש 66. לדיון מפורט ראו מיטל גלבוש "זכותו של פורע חוב על יסוד הנחה מוטעית להשבה מן הנושה – בעקבות פרשת בייזמן" עיוני משפט לה 403 (2012).

מורכבות ביותר בחבר שבין דיני חוזים לבין דיני עשיית עושר ולא במשפט. הוא מעלה לדיון את השאלה למי מושא החוב שייך – לבנק המקבל או לחברת בייזמן המשלמת. בית-המשפט המחוזי (השופט ג'רג'וריה) פסק כי יש לחלק את נטל הטעות, ולפיכך על הבנק להחזיר לחברת בייזמן את מחצית הסכום שזו שילמה לו.<sup>146</sup> בבית-המשפט העליון נחלקו הדעות. השופטת ארבל סברה כי בשל הטעות בתשלום, על הבנק להחזיר את מלוא הסכום ששולם לו, וכי אין לקלוט בישראל את ההגנה של קבלת פירעון בתום-לב.<sup>147</sup> השופט אדמונד לוי סבר כי לבנק יש זכות מלאה להחזקת החוב. הבנק קיבל בתום-לב את הכסף מכוח זכות שבדין, הנובעת מהחוב שחליוה חב לו ואשר חברת בייזמן התחייבה כלפי חליוה לפורעו לבנק. משנפרע החוב, ירד המסך על היחסים בין חליוה לבנק, וחברת בייזמן, אשר לה אין קשר חוזי עם הבנק, יכולה לבוא בטענות כלפי חליוה בלבד.<sup>148</sup> השופטת פרוקצ'יה סברה כי נוצר קשר חוזי בין המשלמת (חברת בייזמן) לבין הבנק, וכי חוזה זה ניתן לביטול על-ידי בית-המשפט בשל טעות לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים. ביטול החוזה מחייב השבה על-פי סעיף 21 לחוק החוזים, אך במקרה זה יש להורות על השבה חלקית, שכן שני הצדדים היו שותפים ל"תאונה המשפטית", וכנגד טעותה של חברת בייזמן יש לזכור שהכספים שימשו לפירעון חוב אמיתי של הבנק. תוצאה זו של השבה חלקית ניתן לבסס על כך שתביעת ההשבה כפופה לעקרונות של דיני עשיית עושר, לרבות ההגנה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.<sup>149</sup>

לנוכח המחלוקת בין שלושת השופטים, נקבעה התוצאה לפי סעיף 80(ב) לחוק בתי-המשפט, הקובע כי במקרה של מחלוקת בין השופטים שבעקבותיה אין רוב אף לא לאחת מהדעות, תכריע דעתו של אב בית-הדין – במקרה זה דעת השופטת פרוקצ'יה, שנקטה עמדת-ביניים. זכות ההשבה של הבנק ושל חברת בייזמן כלפי חליוה – כל אחד ביחס לחלקו (מחצית החוב) – נותרה בעינה, אך כאמור, ערכה המעשי היה כנראה מוגבל.<sup>150</sup>

בדיון הנוסף<sup>151</sup> אושרה עמדתה של השופטת פרוקצ'יה: בפסק-דין מפורט, שעיקרו נכתב על-ידי השופטת נאור, אימצה דעת הרוב את הפתרון החלוקתי.<sup>152</sup> לפתרון זה הצטרפה הפעם גם השופטת ארבל, ובכך ירדה מן הפרק העמדה שלפיה הקונה זכאי

146 ת"א (מחוזי חי') 534/99 **בייזמן השקעות בע"מ נ' חליוה** (פורסם בנבו, 19.11.2003). זאת, בהסתמכו על עמדתו העקרונית של השופט אור בדיון נוסף **כנען**, לעיל ה"ש 58, בעמ' 662–666, לעניין ביטול חוזה עקב טעות על-פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים.

147 ערעור **בייזמן**, לעיל ה"ש 56, פס' 18 לפסק-דינה של השופטת ארבל. להגנה של פירעון בתום-לב ראו פרידמן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 841–857.

148 ערעור **בייזמן**, לעיל ה"ש 56, פס' 4–5 לפסק-דינו של השופט לוי.

149 שם, פס' 15–17 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה.

150 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 94, בעמ' 459, ה"ש 237 (ההערה מצדדת בעמדתו של השופט לוי).

151 דיון נוסף **בייזמן**, לעיל ה"ש 66.

152 שם, פס' 39–40 לפסק-דינה של השופטת נאור. גם היא דחתה את ההגנה של פירעון בתום-לב (שם, פס' 10).

להשבה מלאה. אך המחלוקת נותרה בעינה (אף שהצטמצמה): השופט לוי לא שינה את עמדתו, שלפיה יש להכיר בזכותו המלאה של הבנק, ולתוצאה זו הצטרף השופט ריבלין.<sup>153</sup>

### (ג) המבנים הפורמליים של הזכויות הקנייניות

מהו המבנה הפורמלי של הטיעון בכל אחת מן הגרסאות?

- **הקונה זכאי להשבה מלאה – הסיכון מוטל במלואו על הבנק:** התשלום הוא פעולה חד-צדדית שמקורה בטעות. פעולה זו הובילה להתעשרותו לא כדין של הבנק. בנסיבות אלה חל סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המזכה את הקונה בהשבה. אין לסייג את זכות הקונה מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, הקובע הגנות מפני תביעת השבה. לחלופין, התשלום לבנק הוא פרי הסכם עם הקונה שמקורו בטעות. לבית-המשפט יש סמכות לבטל חוזה זה על-פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים. עם ביטול החוזה הבנק חייב להשיב לקונה את הסכום ששילם, וזאת על-פי סעיף 21 לחוק החוזים. אין לסייג את זכות הקונה מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, הקובע הגנות מפני תביעת השבה.
- **הקונה אינו זכאי להשבה כלל – הסיכון מוטל במלואו על הקונה:** פירעון החוב לבנק על-ידי הקונה הוא פעולה חד-צדדית הנשלטת על-ידי דיני עשיית עושר. הקונה פרע חוב קיים, הבנק פעל בתום-לב, והוא מחזיק בכספים כדין על-פי סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. אף אם הבנק קיבל את התשלום בטעות (והוא כפוף לחובת השבה ראשונית), הוא זכאי להישען, מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, על ההגנה המוכרת בדין האמריקאי של קבלה בתום-לב של תשלום לפירעון חוב תקף.<sup>154</sup> הגנה זו חוסמת לחלוטין את זכותו להשבה של הקונה. לחלופין, גם אם ניתן לראות את התשלום לבנק כפרי הסכם עם הקונה שמקורו בטעות, אין מקום לביטול חוזה זה על-פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, שכן בפורעו חוב קיים לבנק, מבלי לברר מראש את אמיתותה של זכות הקניין שרכש, נטל הקונה על עצמו את מלוא הסיכון בעניין זה.
- **הקונה זכאי להשבה חלקית – הסיכון בשל פירעון בטעות יחולק בין הקונה לבנק:** התשלום הוא פעולה חד-צדדית שמקורה בטעות. פעולה זו הובילה להתעשרותו לא

153 אם כי טעמו היה שונה. השופט ריבלין התייחס למערכת בין הבנק לבין הקונה-המשלמת, חברת בייזמן, כאל מערכת חוזית, וקבע כי אין צידוק לבטל את החוזה בשל טעות על-פי ס' 14(ב) לחוק החוזים. אגב אורחא הוסיף השופט ריבלין כי גם אילו היה צידוק לביטול, לא היה אפשר לסייג את חובת ההשבה הקבועה בס' 21 לחוק החוזים באמצעות ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, שכן דיני ההשבה החוזיים אוטונומיים, וס' 2 האמור אינו חל על עילת השבה חוזית. ראו שם, פסק-דינו של השופט ריבלין. עמדה זו מנוגדת לפסיקה קודמת.

154 שאלת תחולתה של הגנה זו, אשר נדחתה על-ידי השופטות נאור וארבל, הושארה בצריך עיון על-ידי השופט מלצר, שם, פס' 9 לפסק-דינו.

כדין של הבנק. בנסיבות אלה חל סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המזכה את הקונה בהשבה. אולם לבית-המשפט יש שיקול-דעת לשלול השבה באופן מלא או חלקי על-פי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, ושיקולי הצדק מצדיקים השבה חלקית בלבד.

לחלופין, בין הקונה לבין הבנק נכרת בטעות חוזה, אשר בית-המשפט יכול לבטלו על-פי סעיף 14(ב) לחוק החוזים. עם ביטול החוזה הבנק חייב להשיב לקונה את הסכום ששילם, וזאת על-פי סעיף 21 לחוק החוזים. שיקול-הדעת של בית-המשפט בביטול החוזה על-פי סעיף 14(ב) מאפשר לפסוק השבה חלקית. הטעם לכך הוא שהשלם כולל את חלקו, ואם ניתן לבטל או לא לבטל, אזי ניתן גם לבטל בתנאים<sup>155</sup> ואלה יכולים להתייחס להיקף ההשבה. לחלופין, סעיף 21 לחוק החוזים כפוף להגנה של סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, המקנה לבית-המשפט שיקול-דעת לשלול השבה באופן מלא או חלקי. הואיל ושני הצדדים לא ערכו בירור נאות באשר לזכותו של המוכר בנכס, על שניהם לשאת יחד בסיכון הנובע מטעותם, ומכאן שהקונה יקבל מהבנק רק מחצית מסכום החוב שפרע.

כאמור, בית-המשפט בדיון הנוסף אימץ בסופו של דבר את הפתרון האחרון, החלוקתי, שהוצע על-ידי השופטת פרוקצ'יה בערעור האזרחי. פתרון זה רואה רוכשים ומממנים, במיוחד מממנים-בנקים שמעמדם ציבורי, כשותפים באותו מיזם, החולקים ביניהם את הסיכונים הנובעים מפגם בזכויות הקניין של מוכר הנכס.

#### (ד) האם קיים כלל קנייני?

פרשת בייזמן מדגימה את הקושי באיתור האמת המשפטית. עמדת הקונה, התובע השבה, ועמדת הבנק, הכופר בחובה זו, משקפות גישות בינריות לפתרון הסכסוך. השופטת פרוקצ'יה בחרה בפתרון שלישי, אפשרות-ביניים, והיא חלוקת הנטל בין שני הצדדים. בסוגיות קודמות במצבי תחרות (תקנת השוק, עסקאות נוגדות) עלתה לדיון השאלה אם ניתן להתערב בכלל הקנייני על-ידי קביעת כלל קנייני שונה או על-ידי הכפפת הכלל הקנייני הקיים לכלל אחריות הנוגס בו (למשל, על-ידי הטלת אחריות נזיקית על הזוכה לטובת המפסיד). במקרה הנידון מתעוררת השאלה אם קיים בכלל כלל קנייני.

הסוגיה שנידונה בעניין זה, העוסקת בפרעון חוב בטעות, כרוכה בשלוש מערכות יחסים: האחת, בין הקונה (המשלם) והמוכר שלו (הלווה); השנייה, בין המוכר (הלווה) והבנק (הנפרע); והשלישית, בין הקונה (המשלם) והבנק (הנפרע). אכן, לא בכדי נאמר על סוגיה זו כי "היא מן הסבוכות והמורכבות ביותר בדיני הטעות"<sup>156</sup>. המשפט האמריקאי היה מצדד, ככל הנראה, בזכותו הקניינית של הבנק, על-סמך ההגנה של

155 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 62, בעמ' 721–723. עמדתו של השופט ריבלין (בדעת מיעוט) שונה: הוא סובר שאם בית-המשפט מבטל את החוזה, אין לו שיקול-דעת להורות על השבה חלקית. ראו דיון נוסף בייזמן, לעיל ה"ש 66, פס' 14 לפסק-דינו. כן ראו לעיל ה"ש 153.

156 פרידמן, לעיל ה"ש 97, בעמ' 841.

קבלת פירעון בתום-לב, ועל פני הדברים עמדה זו משכנעת מאוד.<sup>157</sup> אך במשפט האנגלי קיימת פסיקה סותרת, אשר על חלקה זכאי הקונה, פורע החוב, להישען כדי לבסס את זכותו הקניינית לכסף.<sup>158</sup>

עמדות סותרות אלה מעידות על הקושי בקביעת כללי ההקצאה בתחרות בין זכותו הקניינית של הבנק להחזיק במושא החוב לבין זכותו הקניינית (ואולי האובליגטורית) של המשלם להשבת תשלום שמקורו בטעות. מתעורר גם ספק לגבי הנחת-הבסיס: האם נקודת המוצא היא הכלל המכיר בזכותו של מי שמשלם בטעות להשבה או דווקא הכלל המעניק את ה"קניין" בכסף לבנק, הנשען על הגנה מקבילה לזו של תקנת השוק? דעת הרוב הכירה בזכותו ההתחלתית של המשלם, ועם זאת צמצמה את זכותו להשבה; ואילו דעת המיעוט הכירה בזכותו ההתחלתית של הבנק, וסברה כי יש מקום להותירה על כנה. כאמור, כלל ההקצאה אינו ברור, ואחיזתו של כל אחד מהצדדים בזכותו מתקרבת לאחיזה בטלית.

נקודה נוספת שעלתה בעניין בייזמן נוגעת במהות היחסים בין הבנק לבין המשלם: בית-המשפט התלבט בשאלה אם התשלום לבנק היה פירעון חד-צדדי או שהוא נעשה מכוח חוזה. בסופו של דבר השתיתה דעת הרוב את ההכרעה על כל אחת משתי האפשרויות באופן חלופי. אילו שילם חלויה ישירות את הכסף לבנק, ברור שהוא לא היה יכול לתובעו בחזרה. אם כן, אם במקום לשלם ישירות לבנק הוא הורה לצד שלישי (חברת בייזמן) לשלם במקומו, מדוע תיפגע זכותו של הבנק? כלומר, על פני הדברים, כאשר המשלם פועל כמעין שליח של החייב, מבלי שנוצר קשר ישיר בינו לבין מקבל התשלום, זכותו של מקבל התשלום נראית חזקה יותר. לעומת זאת, כאשר נוצרת זיקה ישירה בין הבנק למשלם, ניתן לחשוב שיסוד השיתוף בין השניים מתחזק, וחלוקת הסיכונים משתנה: הבנק, מקבל התשלום, וחברת בייזמן, המשלמת, נהפכים לשותפים במיזם המחייב כל אחד מהם לנקוט משנה זהירות באשר לטיב העסקה שעשו, בין כמממן בין כרוכשת. השאלה המרכזית נוגעת אפוא בטיב ההשקעה המצופה מכל אחד מהם באשר לוודוא הזכויות בנכס מושא החוב. רוכשת נכס אמורה לערוך בדיקות נאותות לגבי טיב הזכויות בנכס, ובאותה מידה אמור לעשות זאת גם מי שמממן את העסקה. זאת ועוד, מעמדו הציבורי-המקצועי של בנק מחייב אותו לא רק כלפי שותפיו החוזיים, אלא גם כלפי צדדים שלישיים המסתמכים על מצגים הנובעים מחוזים שהוא עושה עם לקוחותיו. במילים אחרות, גם המבנה של פירעון חד-צדדי מחייב את הבנק בחובת זהירות כלפי צדדים שלישיים הפועלים עימו.<sup>159</sup> חלוקת הנטל בין הצדדים

157 ראו ס' 67 ל-*Restatement 3rd Restitution*, הקובע את ההגנה של פירעון בתום-לב של חוב קיים בפני תביעת השבה.

158 ולכן גם לא נכללה ההגנה של פירעון בתום-לב ב-*Restatement* האנגלי העוסק בהשבה: ANDREW BURROWS, A RESTATEMENT OF THE ENGLISH LAW OF UNJUST ENRICHMENT 135 (2012).

159 לחובת זהירות של בנקים כלפי צדדים שלישיים ראו רות פלאטור-שנער דיני בנקאות – חובת האמון הבנקאית 126–143 (2010).

משקפת את אשמת שני הצדדים, והאפקט התקדימי של החלטה זו מייצר חובות זהירות הדדיות הנגזרות ממעורבותם של הצדדים כולם בעסקה כזו.

### (ה) ספק ופעולה משותפת מולידים חלוקה

אחד המקרים ההולמים פתרון על-דרך הפשרה הוא זה שבו קיימת מחלוקת בסיסית בין המתדיינים המשליכה על יכולת ההחלטה של בית-המשפט – בין מחלוקת שבעובדה (כמו במקרה של שניים או חזים בטלית) בין מחלוקת שבחוק (כמו במקרה של שני הטוענים לזכות מעבר).<sup>160</sup> המקרה שלנו נופל לגדר הקטגוריה האחרונה. העדרו של כלל הקצאה ברור בשאלת התחרות בין המשלם לנפרע ואשמתם השווה מוליכים אותנו לעבר פתרון חלוקתי.

אחיזת הצדדים בזכותם לתשלום היא אחיזה נוגדת שגלום בה מעין שיתוף. החלוקה במקרה זה אינה נובעת משיתוף דה-פקטו כמו במקרה חיים, אלא משיתוף דה-יורה, הנובע מהמעמד הציבורי של בנק, ממיומנותו, ומחובתו כלפי לקוחות ומשתתפים אחרים המסתמכים על מקצועיותו, מצד אחד, ומן הנטל המוטל על רוכשים לברר את טיב זכויותיהם בנכס, מצד אחר. קונה נכס אשר אינו עושה בדיקות ראויות לגבי טיב הקניין שהוא רוכש פועל מתוך אשם, ונוטל על עצמו סיכון; ובאותה מידה בנק המעניק הלוואה ללא בדיקה של טיב הבטוחה שהוא מקבל פועל אף הוא מתוך אשם, שיש בו נטילת סיכון. נכון שההלוואה שנתן הבנק נפרעה לכאורה, והוא פעל בתום-לב. אולם מעורבותם של כל הצדדים בעסקה והזיקה ההדדית בין הבנק למשלם (בין מכוח חוזה בין מכוח הסתמכות) מערערות את זכותו של הבנק להחזיק במלוא הסכום, ובאותה מידה גם את זכותו של הלקוח להשבת מלוא הסכום.

התוצאה החלוקתית משקפת קושי משפטי ועובדתי: הקושי המשפטי נובע, כאמור, מהעדרו של כלל הקצאה ראשוני ברור ומחוסר נכונותו של בית-המשפט לקבוע כלל כזה; ואילו הקושי העובדתי נובע ממיזוג האשמות של השניים ומהיקף הסיכון שכל צד נטל על עצמו כלפי האחר. כמו במקרה של השניים האוחזים בטלית, גם כאן הולידו הספק והפעולה המשותפת חלוקה. במישור התוצאתי החלוקה אף קלה ליישום יותר מאשר במקרה הטלית, כי מדובר בתחרות על נכס לא-מסוים – כסף.

בראשית הדברים התייחסתי לדילמה שבין פשרה וחלוקה, מצד אחד, לבין הכרעה חותכת, מצד אחר. דילמה זו השתקפה לא רק בעצם ההכרעה בפרשת בייזמן, אלא גם בחשיפת המחלוקת הרעיונית הכרוכה בה. אפשר שיש מי שיראו בגישה החלוקתית מעין התחמקות מתפקידו השיפוטי של בית-המשפט. אכן, שופט המיעוט ריבלין,<sup>161</sup> אשר

160 ראו לעיל ליד ה"ש 12. השוו שלמה לויך תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 184 (מהדורה שנייה, 2008). ראו גם את דבריו של השופט אור בעניין בן לולו, לעיל ה"ש 17, בעמ' 590: "ניתן להגדיר פשרה כ'הסכם ליישוב סכסוך בין שני צדדים בתנאים אותם הצדדים רואים כהוגנים, אשר נעשה מתוך מודעות לאי וודאות עובדתית או משפטית...". הכוונה כאן היא לפשרה בהסכמת הצדדים, ולא לפשרה כפויה.

161 דיון נוסף בייזמן, לעיל ה"ש 66, פס' 22 לפסק-דינו של השופט ריבלין.

הכריע נגד ההכרעה החלוקתית והכיר בזכותו הקניינית של הבנק, בחר לצטט את עמיתו השופט (כיום הנשיא) גרוניס, אשר בפרשה אחרת, נזיקית, הביע חשש מכללי חלוקה, העשויים לפתוח –

“פתח בלתי ראוי שיאפשר לשופטים לברוח מהכרעות במקרים בהם קיימת התלבטות קשה. תחת ההכרעה על פי הדין תבוא הפשרה, והכל בלא שבעלי הדין נתנו הסכמתם להליכה בדרך כזו.”<sup>162</sup>

הגישה החלוקתית מטילה את מחיר ההתלבטות המשפטית על שני הצדדים, אך מותרת גם ספק לעתיד. הניתן להימנע מהדילמה בין הצדק הפרטי, המוליך לחלוקה, לבין הצדק הכללי, התומך בהכרעה קניינית? האם פתרון חלוקתי לגבי הצדדים המתדיינים, מצד אחד, וקביעת הלכה הקצאתית שפניה לעתיד (במקרה של ספק הלכתי), מצד אחר, עשויים לפתור את הבעיה? מבלי להיכנס לעובי הקורה אציין כי הלכה מסוג זה מציבה בעיות רבות, שעיקרן פגיעה בהליך השוויון במקרה הקונקרטי ופתיחת פתח להפעלת שיקול-דעת רחב במקרים אחרים, שתוצאתה עלולה אף היא לפגוע בעקרונות השוויון.<sup>163</sup>

## סוף דבר

הצגתי קשיים אחדים המתעוררים בקשר להפעלתם של כללי חלוקה, הפועלים לכרסום במערך ההקצאות ההתחלתיות שקובע החוק. הקושי הראשון מעלה את השאלה מהו תפקידו של בית-המשפט ולאזו מטרות עליו לחתור. בהקשר זה הדילמה בין הכרעה קניינית לבין חלוקה משמשת זירה להמחשת חילוקי-הדעות בדבר דרך פעולתו של המשפט: האם על בתי-המשפט להיאבק למען חשיפת האמת והוצאתה לאור, כדי לקבוע

162 עניין **מלול**, לעיל ה"ש 9. ביטוי נוסף לפתרון חלוקתי הכופה פשרה על הצדדים משתקף בע"א 7726/10 **מדינת ישראל נ' מחלב** (פורסם בנבו, 16.10.2012), שבו ביקש נציב מס הכנסה להורות, מכוח סמכותו החוקית, על ביטולן בשל טעות משפטית של שומות מס שנקבעו על-פי הסכם פשרה עם נישומים. בבית-המשפט התגלעה מחלוקת. שופטי הרוב (רובינשטיין ופוגלמן) הורו על פתרון חלוקתי, שלפיו ישלם הנישום רק מחצית הסכום השנוי במחלוקת. השופט דנציגר קבע כי לנוכח אופיו של ההסכם כפשרה, ולנוכח החבות המוגברת המוטלת על המדינה, אין לבטל את ההסכם. שם, פס' 35 לפסק-דינו של השופט דנציגר. עמדה זו עדיפה בעיניי.

163 עניין **מלול**, לעיל ה"ש 9, פס' 44–45 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ע"א 6821/93 **בנק המזרחי המאוחד נ' מגדל כפר שיתופי**, פ"ד מט(4) 221, 276, פס' 28(א) לפסק-דינו של הנשיא לשעבר שמגר (1995); בועז שנור "הלכה ואין מורין כן: על היחס בין קביעת הלכה משפטית להכרעת הדין במקרה הספציפי – בעקבות דנ"א 4693/05 בית חולים כרמל-חיפה נ' מלול" **עלי משפט** 7, 17–20 (2012).

עם מי הצדק, או שמא עליהם לעודד פשרות ולהותיר את הצדדים במצב שבו שניהם מנצחים ומנוצחים כאחד? המאבק למשפט מבוסס על אמונה ביכולתו של המשפט לחשוף את האמת העובדתית ולאחר את האמת המשפטית. במציאות יכולת זו מוגבלת. החשש מטעויות ממריץ שופטים וגם מתדיינים לחתור לפשרה. אך האם נכון לכפות על מתדיינים פתרונות חלוקתיים (מעין פשרה שאין הם מסכימים לה), ומה מקור הסמכות לכפייה כזו?

שאלה אחרונה זו מעוררת הן קושי פורמלי, הנוגע במקור הסמכות, הן קושי מהותי, שעניינו איתור המקרים הראויים להחלת כללים חלוקתיים. בחקיקה פזורים כללים חלוקתיים רבים, המבוססים על שיתוף באחריות או בזכות. כך הדבר לגבי חייבים משותפים, נושים משותפים ומזיקים משותפים.<sup>164</sup> עקרון השיתוף באחריות הורחב, וחל גם על יחסים בין מזיק וניזוק כאשר אשמתו של הניזוק תרמה לנזק.<sup>165</sup> רעיונות חלוקתיים מקבילים פותחו בחקיקה ובפסיקה גם בהקשר של אחריות חוזית<sup>166</sup> ואחריות

164 ס' 83–84 לפקודת הנויקין [נוסח חדש] דנים בחלוקת הנזק בין מזיקים משותפים; חוק החוזים, פרק שישי, דן בחייבים ובנושים משותפים. לדיון בחייבים משותפים ראו דניאל פרידמן ונילי כהן "ריבוי חייבים" דיני חייבים – חלק כללי 155 (דניאל פרידמן עורך, 1994); מיגל דויטש "ריבוי נושים" דיני חייבים – חלק כללי 331 (דניאל פרידמן עורך, 1994).

165 ראו ס' 65 ו-68 לפקודת הנויקין [נוסח חדש], הדנים באשמו של התובע, העשוי להוביל לפטור או לחלוקה. אולם פער באשמות עשוי לשלול חלוקה. ראו ע"א 9057/07 אפל נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.4.2012), שבו קבע השופט מלצר כי כעיקרון אין להחיל את הגנת אשם תורם על מזיק שחויב בתרומת שממנה הפיק רווחים ישירים. ראו גם את עמדתו התומכת של השופט רובינשטיין, שם, פס"ו-יא לפסק-דינו, וכן את עמדתו המסתייגת של השופט הנדל (אם כי לא לענין התוצאה), שם, פס"ג-7 לפסק-דינו.

166 נטל הקטנת הנזק, הקבוע בס' 14 לחוק התרופות, מבוסס על שיתוף באחריות לאחר התרחשות הנזק. לשיתוף באחריות חוזית קודם להתרחשות הנזק ראו פורת, לעיל ה"ש 85, בעמ' 257–266; ע"א 3912/90 Eximin S.A, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראורי בע"מ, פ"ד מז(4) 64 (1993). לאימוץ הרעיון ראו ס' 460 בהצעת חוק דיני הממונות; גבריאלה שלו ויהודה אדר "תרופות בשל הפרת חיוב – מבט על פרק התרופות בהצעת הקודקס האזרחי החדש" קריית המשפט ו 185 (2006). לדיון בהקשר של התרופות החוזיות ראו רועי קרייטנר "הערעור נתקבל בחלקו: תרופות-אמצע בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ל 265 (2007) (תפיסת החוזה כמכשיר לשיתוף-פעולה, להבדיל ממכשיר להקצאת סיכונים, מקדמת תרופות-אמצע). להתנגשות בין עמדה של "הכל או לא-כלום" לבין עמדה חלוקתית בהקשר ביטוחי ראו ע"א 3260/10 חתמי לויטס נ' סלוצקי (פורסם בנבו, 15.9.2013). באותו מקרה התעוררה מחלוקת בין מבוטח שלא מילא את חובתו לשמור את תכשיטיו בכספת שהייתה מותקנת בביתו (חובה שהוטלה עליו במסגרת חוזה הביטוח) לבין חברת ביטוח שכפרה לחלוטין בחבותה בגין גנבת התכשיטים. בית-המשפט (מפי השופט ברק-ארז) פסק לטובת המבוטח, ולא יישם פתרון חלוקתי, אף שפתרון זה מוצע בס' 18(ג) לחוק חוזה הביטוח. הטעם לכך הוא עמדתה הדיונית של חברת הביטוח, שסברה כי מדובר במקרה שבו אין היא אמורה לשאת בחבות כלל, ולא הניחה תשתית דיונית להכרעה יחסית, שהייתה עשויה להפחית את חבותה כלפי המבוטח. בית-המשפט היה ער לתוצאה הקשה, שבה חרף התרשלות המבוטח הוא זכה בכל דמי הביטוח, ולכן, אף שערעורה של חברת הביטוח נדחה, לא הוטלו עליה הוצאות לטובת המבוטח. לבלוימה מוצדקת של חלוקת אחריות בחוזים ראו ע"א 8068/11 עיני נ' שיפריס (פורסם



בעשיית עושר.<sup>167</sup>

הן בנוזיקין, הן בחוזים והן בעשיית עושר, המשפט עובר תהליך הדרגתי שבו התפיסה הבינרית המקורית מוחלפת לעיתים על-ידי תפיסה של אחריות משותפת. האחריות המוחלטת מפנה לא אחת את מקומה לאחריות המושתתת על תפיסות של אשם. אחריות זו מבוססת בנוזיקין על עוולת הרשלנות; בחוזים – על עקרון תום-הלב;<sup>168</sup> ובדיני עשיית עושר – על הכפפת כללי ההשבה המיוחדים לעקרונות-המסגרת בחוק עשיית עושר ולא במשפט. אשמו של התובע (הניזוק, הנפגע, המזכה) עשוי להיות גורם המצדיק את הפחתת אחריותו של הנחבע (המזיק, המפר, הזוכה), וממילא לגרום לחלוקת אחריות בין השניים.

בהקשר הנוכחי הצטמצמו לבדיקת סוגיות אחדות של חלוקת אחריות שעלו בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה, ואלה עיקרן: האם רצוי ליצור הכלאה חלוקתית בין כלל המקצה זכויות לבין כלל אחריות בכל הנוגע בהכרעה על בעלות בנכס? עד כמה כללי אחריות מהווים בסיס ליצירת הסדרים חלוקתיים בתחרות על משאב אישי? האם חלוקה הסכמית בנכס יכולה להיבלם כליל בעקבות מגבלה המוכתבת על-ידי שיקולים ציבוריים או שמא ניתן לממשה באמצעות כללי אחריות? עד כמה שיתוף או זיקה עסקיים מצדיקים חלוקת אחריות בין מי שפרע חוב בטעות לבין מקבל הפירעון שפעל בתום-לב?

סוגיות אלה עלו לדיון בפסיקתה של השופטת פרוקצ'יה בשני דפוסים תחרות. האחד מקורו בזיקה בין זרים כתוצאה מעסקאות נוגדות. בהקשר זה נבחנו שני מקרים: באחד התחרו על דירה בעל זכויות למשכנתה וקונה הדירה (עניין ויינברג);<sup>169</sup> ובאחר התעורר מצב תחרותי עקב הבטחת נישואים שנתן בן-זוג בהיותו נשוי לאחרת (עניין פלונית).<sup>170</sup> דפוס התחרות האחר מושתת על קשר בין המתחרים. גם כאן הוצגו שני מקרים: באחד דובר בשני אחים, צדדים להסכם, שהתחרו על זכויות במשק ובכית מגורים במושב, כאשר זכויותיו של אח אחד אושרו כדין ואילו זכויותיו של האח האחר לא אושרו כדין (עניין חיים);<sup>171</sup> ובמקרה האחר התחרו שניים על סכום כספי שנבע מפירעון חוב – משלם החוב, שתבע את השבתו בשל טעות, והנפרע, הבנק, שטען לזכות מלאה בו, בהיותו נפרע בתום-לב של חוב קיים (דיון נוסף בייזמן).<sup>172</sup>

בנבו, 11.2.2014) (אחריותו של מוכר שידע על פגם בממכר לא תופחת חרף רשלנות הקונה, וזאת על-פי ההנחיה העולה מס' 16 לחוק המכר, שאופיו קוגנטי; השופטים מלצר וסולברג בדעת רוב מול השופט רובינשטיין בדעת מיעוט).

167 למשל, רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4) 289, 499–502 (1998) (המשנה לנשיא ש' לרין); ע"א 1156/10 האס נ' חברת הבונים בקרית משה בע"מ, פס' לג-לח לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.11.2012).

168 לפירוט ולהסברים נוספים ראו פורת, לעיל ה"ש 85, בעמ' 55–83.

169 לעיל ה"ש 81.

170 לעיל ה"ש 111.

171 לעיל ה"ש 139.

172 לעיל ה"ש 66.

במקרי העסקאות הנוגדות התחרות היא לרוב בין צדדים זרים שאין ביניהם זיקה התחלתית. הזיקה נוצרת בדיעבד בשל מצב התחרות, ומי שמכריע בתחרות הוא בית-המשפט על-פי כללי העסקאות הנוגדות. עניין ויינברג נבע ממצב של עסקאות נוגדות, אך הוא עסק בשאלה אחרת, והיא אחריותו הנזיקית של הזוכה כלפי המפסיד בתחרות, הנובעת מאשמתו של הזוכה. כעיקרון, כללי הכרעה קנייניים אמורים לבטא ערכים של ודאות ויציבות. הפעלתם מיועדת לקבוע בצורה ברורה את מערך הזכויות הקנייניות. בהקשר הנוכחי אין מדובר בתחרות על בעלות, אלא בתחרות בין זכות חוזית לבין זכות קניינית או חוזית מאוחרת יותר. במצב זה שיקול האשמה אמור להיות מובנה אל תוך הכלל הקנייני, המבוסס על זכויותיהם של המתחרים לאכיפה. בעבר פורש הכלל הקנייני בצורה צרה מדי, ותיקונו נעשה על-ידי הכפפתו לכלל הנזיקי. השופטת פרוקצ'יה בחנה את האפשרות להטיל אחריות נזיקית על הזוכה, אך לא יישמה אותה, שכן היא קבעה כי בזוכה לא דבקה אשמה. כיום שיקול האשמה (כמו-גם שיקול הצורך) מובנה אל תוך הכלל הקנייני (באמצעות עקרון תום-הלב או הצדק באכיפה). אין אפוא צידוק לייצר כלל אחריות נזיקי לאחר ההכרעה הקניינית, מה-גם שכלל כזה ייצור אפקט חלוקתי שיסרב את ההליך ויפגע בעקרון הוודאות הקנייני.

פסק-דין פלונית לא עסק בהכרעה בתחרות, אלא דן בשאלת תוקפה המחייב של הבטחת נישואים שניתנה על-ידי אדם נשוי שנישואיו תקינים. אולם פסק-הדין שינה את כללי המשחק, שכן הוא הפך את ההבטחה לכשרה, ובכך יצר בעקיפין תחרות משפטית בין שתי הנשים: בין האישה החוקית לבין מקבלת ההבטחה, הזכאית עתה לתבוע את הבעל בגין נזקה.

שאלת התחרות לא נידונה בפסק-הדין. כאשר מדובר ביחסים אישיים, כמו במקרה של הבטחת נישואים, בהעדר אפשרות אכיפה, אין כלל קנייני המסדיר את התחרות, ומי שפוסק בתחרות הוא המתחייב עצמו, אשר הכריע במקרה הנידון לטובת אשתו. גם שאלת הזיקה בין המתחרות לא נידונה בפסק-הדין. אולם ברור שהכרה בתוקפה של הבטחת נישואים במצב זה משליכה על חיי הנישואים. יתר על כן, ניתן לטעון כי ראוי להטיל אחריות על השנייה כלפי הראשונה, שכן היא פגעה ביועץ במחויבותו של הבעל כלפיה. אלא שסעיף 62(ב) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] משחרר את השנייה מאחריותה הנזיקית במצב זה.<sup>173</sup> התוצאה הפרדוקסלית היא שהאפשרות שנסקלה בעניין ויינברג להטיל אחריות נזיקית על הזוכה בתחרות כלפי המפסיד (אפשרות אשר בצדק לא יושמה שם) הוחלה בעקיפין בעניין פלונית: בין שתי הנשים אין יריבות ישירה, אך השותפות הרכושית בין הבעל לאשתו מטילה בפועל על האישה החוקית חלק מהאחריות כלפי צרתה, מקבלת ההבטחה.

נעבור עתה לדפוס התחרות האחר, המבוסס על קשר התחלתי בין המתחרים. מקרה חיים מושתת על הסכם לחלוקת רכוש משפחתי בין שני אחים. זהו המקרה הקלסי שבו שניים אוהזים בנכס, ובמקרה הרגיל על בית-המשפט לצוות על החלוקה המתבקשת מכוונת הצדדים. אולם השופטת פרוקצ'יה, אשר שקלה לא אחת פתרונות חלוקתיים,

173 ראו לעיל ה"ש 134 והטקסט שלידה.

העדיפה במקרה זה את האינטרס הציבורי: הסכמים מסוג זה, הנוגעים בהעברת זכויות במשק ובבית מגורים במושב, מחייבים את אישורן של הרשויות המוסמכות, ומשלא ניתן האישור, ניטל מההסכמה תוקפה גם לעניין היחסים הפנימיים בין הצדדים. כלומר, כלל הקניין (הקובע למי הנכס) גבר על כלל האחריות (של האחד כלפי רעהו) וביטל אותו כליל. הייתה זו דעת מיעוט. דעת הרוב ערכה הפרדה בין הכלל הקנייני לבין כלל האחריות. היא המירה את הכלל הקנייני שנקבע בין הצדדים (ואשר לא היה ניתן למימוש) בכלל אחריות המוביל לחלוקה, ובכך שימרה את כוונת הצדדים.

לבסוף, גם בעניין בייזמן התקיימה זיקה עסקית בין הצדדים – הבנק והמשלם – ויש שסברו כי הזיקה ביניהם התבססה על חוזה ממש. השופטת פרוקצ'יה חילקה את הזכות והנטל בין שני הצדדים, כך שכל אחד זכה במחצית: הנפרע, הבנק, זכה בכך שמחצית החוב נפרעה, כלומר, מחצית הסכום נותרה אצלו; ואילו המשלם בטעות, אשר שילם את חובו של צד שלישי מתוך טעות שגם הבנק היה שותף לה, זכה בהשבת מחצית הסכום. כאשר מדובר בתחרות על חוב כספי, עקרון החלוקה יכול להיות מיושם לגביו ביתר קלות מאשר במקרה של תחרות על זכות קניין בנכס מסוים, אשר חלוקתו טעונה תרגום כספי. במקרה הנידון, שותפותם של הצדדים בעסקה, שחוזקה על-ידי מעמדו הציבורי של הבנק, ורשלנותם של שני הצדדים בבדיקת זכות הקניין בנכס (שקנייתו על-ידי המשלם שימשה בסיס לחוב שנוצר אצל הבנק), הפכו את הבנק ואת פורע החוב לשותפים לסיכון.<sup>174</sup> על כך נוסף הספק המשפטי בשאלה מהו כלל ההקצאה. השותפות בעסקה ובאשמה והספק המשפטי הולידו חלוקה, בדומה למקרה של "שנים או חזים" בטלית".

פסק-הדין שימש זירת התדיינות פומבית בשאלה אם הניסיון לחפש צדק פרטי הוא מוצדק, ואם ראוי שבית-המשפט יכפה פשרה על המתדיינים. אכן, הסוגיה כולה נטועה בשאלה מה תפקידו של בית-המשפט: האם עליו לפעול על-פי כללי המשפט, ולהתרכז בקביעת הלכה ובהשלכות התקדימיות של פסיקתו, או שמא עליו לדאוג לכך שהתוצאה תהיה צודקת (לאו דווקא משפטית) בהקשר הספציפי של המתדיינים לפניו, וזאת כאשר

174 דוגמה נוספת לחלוקה שמושחתת על שותפות ואשמה ואשר פוגעת בכלל הקנייני ההתחלתי היא זו של ע"א 4263/04 קיבוץ משמר העמק נ' מפרק אפרוחי הצפון בע"מ (פורסם בנבו, 21.1.2009). במקרה זה הייתה תחרות בין נושים של החברה לבין בעל מניות שהוא גם נושה מובטח של החברה בעת פירוק. מפאת התחייבויותיה הרבות של החברה, לא היה די בהון החברה לזכות את כל הנושים. ההלכה הרווחת הייתה שמימון דק (קיום פעילות עסקית ונטילת התחייבויות על בסיס הון זעום) אינו עילה מספקת להרמת מסך, ושנדרש רכיב נוסף המעיד על חוסר תום-לב. במקרה זה היה בעל המניות נושה מובטח, ולכן בפירוק הוא נהנה מעדיפות על נושים אחרים של החברה (בניגוד לבעל מניות רגיל, שזכותו היא להון השיורי של החברה לאחר פרעון התחייבויותיה). השופטת פרוקצ'יה ביקשה לשנות את ההלכה כך שמימון דק יהווה כשלעצמו, במקרים מסוימים, "דבר-מה נוסף" המעיד על חוסר תום-לב, ויאפשר הרמת מסך מסוג הדחייית חוב, וזאת כדי להתגבר על תוצאת התחרות המוחלטת. בעל המניות נדחק אפוא ממעמדו כנושה מובטח, ונהפך בפועל לנושה רגיל. שם, פס' 61–62 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה. על דעתו החולקת – לא לעניין התוצאה – של השופט רובינשטיין ראו שם, פס' מח-מט לפסק-דינו.

ההלכה המשפטית נראית מחמירה יתר על המידה עם אחד מהם? הגישה הראשונה מתמקדת בצדק העתידי, בהשלכות הציבוריות של ההכרעה; ואילו הגישה השנייה משקיפה מקרוב על המתדיינים, בוחנת בדיעבד את התנהגותם וחותרת לצדק ספציפי. הגישה הראשונה מתמקדת בחלוקת הסיכונים; ואילו השנייה – בהשלכות המוסריות של ההחלטה על המתדיינים. במשפט הישראלי הנושא כרוך בסוגיה הכללית של היחס בין עקרונות-המסגרת לבין הכללים המיוחדים. להבדיל מכללי האחריות, המכילים בתוכם מנגנון פנימי גמיש של חלוקה (למשל, אשם תורם), כללי הקניין נוקשים יותר, וקובעים מראש הסדר הקצאה המעניק את הנכס לאחד הצדדים על-פי שיקולים של יעילות ומוסר המוקנים בחוק. אכן, רוב שיטות המשפט לא אימצו פתרונות חלוקתיים כאשר התחרות היא קניינית.<sup>175</sup> הכרעה קניינית מחייבת פשטות וודאות. לערכים של ודאות ויציבות יש חשיבות מיוחדת, בפרט בכל הנוגע בהסדרים הקובעים זכויות קניין. מכאן חשיבותה של "הרשימה הסגורה" של זכויות קניין. מסיבה זו נראה שאין זה רצוי לסטות מן ההקצאה הקניינית הבסיסית שהחוק קובע (מקום שהקצאה כזו קיימת) על-ידי פנייה לכללי-מסגרת אמורפיים, אלא אם כן קיים מנגנון פנימי של שיקול-דעת במסגרת החוק עצמו.

175 זמיר, לעיל ה"ש 52, בעמ' 684–685. זו הסיבה לכך שבעניין **מורדכיוב**, לעיל ה"ש 53, שעסק בתחרות קניינית על דירה, יושם פתרון בינרי ונדחה פתרון חלוקתי, אך בית-המשפט פנה לזוכה בבקשה לפצות לפנים משורת הדין את מי שהפסיד את הדירה.