

# בשולרי הפסיקה

## תקנת השוק והשפעתה על יחסי מוכר-קונה

(ע"א 39/75, שמחון נ' רדינגר<sup>1</sup>)

במקרה זה קנה המערער מהמשיב, סוחר במכוניות משומשות, מכונית רכישת המכוניות נעשתה כחלק מעסקת חליפין, בה מסר המערער למשיב את מכוניתו בתוספת 2,000 ל"י וקיבל במקומה מכונית משומשת. רשיון הרכב היה על שם גב' כצנלסון. במעמד העסקה מסר המשיב למערער את רשיון הרכב בצירוף שני שטרי מכונית; האחד, חתום, כביכול, על ידי הגב' כצנלסון לטובת אדם בשם לוי; והשני, חתום על ידי אותו לוי, בלא שיופיע בו שם הקונה. בשטר המכר האחרון הוסף שמו של המערער בתור קונה.

המשיב טען כי רכש את המכונית מאלמוני, שלא ידע למסור כל פרטים אודותיו, וכי שילם לו במזומן.

כשניסה המערער להעביר את המכונית על שמו במשרד הרישוי הוברר לו כי המכונית נגנבה מן הגב' כצנלסון. זו, האחרונה, פנתה למשטרה אשר תפסה את המכונית. בבית המשפט תבעה הגב' כצנלסון למסור לחזקתה את המכונית. התביעה הוגשה לפי סעיף 34 לפקודת סדר הדין הפלילי (מעצר וחיפוש) [נוסח חדש] ובה לא נדרש בית המשפט לחרוץ את שאלת הבעלות. הואיל ולא היתה כל מחלוקת, כי המכונית רשומה בשמה של הגב' כצנלסון וכי המכונית נגנבה ממנה, קבע בית המשפט כי היא תחזיק במכונית עד אשר יחליט בית משפט מוסמך בשאלת הבעלות. המערער לא הגיש כל תביעה נגד גב' כצנלסון, אלא תבע מן המשיב השבת המחיר, ששילם עבור המכונית, דהיינו, סך 10,000 ל"י. הוא זכה בתביעתו בבית משפט השלום, אולם בית המשפט המחוזי קיבל את ערעור המשיב ובית המשפט העליון, מפי השופט עציוני, אישר את דחיית התביעה.

מבין השאלות המשפטיות, שהתעוררו במקרה זה, נצביע על שלוש:

(א) הצדדים הסכימו ביניהם כי המערער-הקונה רכש את המכונית כנדרש על פי תקנת השוק. משום כך קבע בית המשפט המחוזי, כי המערער רכש בעלות מלאה במכונית.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> כ"ט (2) פד"י 610.

<sup>2</sup> בית המשפט העליון נמנע מלהכריע בשאלה זו, שכן הוא מצא שלאור התוצאה אליה הוא מגיע בערעור, השאלה נשארת שאלה אקדמית בלבד. ראה דברי השופט עציוני, בע' 613 לפסק-הדין.

(ב) המערער-הקונה טען, כי מסירת המכונית לגב' כצנלסון כמוה כסיכול חוזה המכר והמשיב הודה בטענה של סיכול.

(ג) אף על פי כן נדחתה התביעה מן הטעם, שאין הקונה (המערער) יכול לתבוע השבת כספו מן המוכר (המשיב), מכיוון שהוא עצמו לא עשה דבר כדי להשיב את המכונית למוכר<sup>3</sup> במילים אחרות, כשלון התביעה נעוץ בכלל בדבר הדדיות חובת ההשבה.

אין ספק, כי התוצאה שהושגה במקרה זה מעוררת הרגשת אי-נוחות. הקונה, שרכש מכונית בתום לב מסוחר מכוניות יצא וידיו על ראשו. תביעתו להשבת מחיר המכונית ששולם נדחתה, ואילו המכונית עצמה נלקחה ממנו. נראה, אמנם, שעדיין פתוחה בפניו הדרך לתבוע את המכונית מן הבעלים המקורי, והשופט עציוני<sup>4</sup> ציין כי אין למערער-הקונה להלין אלא על עצמו, שכן מן התבונה היה כי במקרה כזה יצרף את הבעלים המקורי לתביעתו נגד המוכר-הסוחר — ותביעתו תנוסח כאופן, שמן הבעלים המקורי יתבע את המכונית, ולחילופין, יתבע מן הסוחר השבת מחירה.

בכוונתנו לבחון במסגרת רשימה זו מספר שאלות הכרוכות בסוגיה זו.

#### החקיקה הישראלית וההגנה על הצרכן

לדעתנו, אין החקיקה הקודיפיקטיבית הישראלית בתחום האזרחי מעניקה הגנה מספקת לצרכן, ובדרך כלל אין היא מבחינה בין עיסקאות, שנערכו בין ספק ולקוח לצומת עיסקאות שבין צדדים במעמד שווה<sup>5</sup>. הבחנה כזו לא תמצא בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, ובחוק המכר, תשכ"ח—1968. אמנם ניתנת הגנה מסויימת לצרכן בחוק החוזים האחידים, תשכ"ד—1964, אולם חוק זה, אשר נחקק לפני שהחל התהליך הקודיפיקטיבי, איננו מעניק הגנה מספקת.

ניתן להביא מספר דוגמאות לפגיעה באינטרס הצרכן, הנובעת מן העובדה שלהבחנה הנדונה בין סוגי העיסקאות לא הוקדשה, על ידי המחוקק, תשומת לב מספקת. נסתפק כאן בשתיים בלבד: למשל, ביטול זכויות שביושר בדיני מקרקעין נעשה בצורה גורפת והוא עלול לפעול גם נגד לקוח הרוכש לצורך מגוריו דירה מקבלן ועשוי להעניק יתרון דווקא לחברת השקעות או לבנק, שהלוחז כספים לאותו קבלן<sup>6</sup>. סעיפים 160—161 לחוק המקרקעין אינם מבדילים בין מי שעיסקאות

<sup>3</sup> ראה דברי השופט עציוני, בע' 615—616 לפסק-הדין.

<sup>4</sup> ראה דבריו, שם בע' 616.

<sup>5</sup> לסוגיה זו התייחסתי בהרצאה, על היחס בין ברירת הביטול לסעד של אכיפה שניתנה בכנס השופטים בירושלים באוגוסט 1975 והדיון בנקודה זו מבוסס בעיקרו על דברים שנאמרו באותה הרצאה — ד.מ.

<sup>6</sup> השווה לבר"ע 178/70, בזקף נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, כ"ה (2) פד"י 121. לדיון בספק דין זה ראה ידיו, „קונה של דירה וגושה של המוכר — מי מהם עדיף“, כ"ז הפרקליט 471. אמנם במקרה זה המוכר לא היה קבלן, אך נראה כי התוצאה המשפטית היתה זהה אף במקרה המתואר על ידינו. לתיקון החוק בעקבות פסק דין זה ראה חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ג—1972, סעיף 4. וראה גם סעיף 2 (4) של חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה—1974.

במקרקעין הן בגדר עיסוקו הרגיל לבין מי שהפעולה המשפטית שערך במקרקעין איננה חלק מעיסוקו או ממקצועו.

התעלמות זו מיחסי ספק-לקוח בולטת ביתר שאת בחוק המכר, תשכ"ח—1968. החוק מבוסס על איזון בין חיובי המוכר לחיובי הקונה. סעיף 11(3) לחוק קובע, למשל, כי המוכר לא קיים את חיוביו אם מסר „נכס שאין בו האיכות או התכונות הדרושות לשימושו הרגיל או המסחרי או למטרה מיוחדת המשתמעת מן ההסכם”. אולם הוראת סעיף זה הינה דיספוזיטיבית<sup>7</sup>, אף כאשר העיסקה היא בין סוחר לצרכן. יתרה מזאת, על הקונה הוטלה שורה של חיובים הכוללים, בין השאר, בדיקת הממכר מיד לאחר קבלתו<sup>8</sup> והודעה למוכר על אי התאמה מיד לאחר הבדיקה, או מיד לאחר שגילה אותה, הכל לפי המועד המוקדם יותר<sup>9</sup>. הוראות אלה חלות, איפוא, הן על צרכן, הקונה, למשל, מכשיר חשמלי בחנות לממכר מוצרי חשמל והן על מפעל הקונה חמרי גלם ממפעל אחר. יתכן, שהסיבה להעדר הבחנה נעוצה בכך, שהוראותיו של חוק המכר מבוססות על החוק הבינלאומי האחד למכר טובין, שנתקבל באפריל 1964 בוועידה הבינלאומית בהאג<sup>10</sup>. דא עקא, שאין הן מתאימות לפתרון מרבית הבעיות האופייניות בעסקאות מכר, שבין ספק לבין לקוח<sup>11</sup>.

התעלמות החוקים הכלליים, דוגמת חוק החוזים (חלק כללי), חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), חוק המכר וחוק המקרקעין, מן הסוגיה של יחסי ספק-לקוח תחייב חקיקה מיוחדת להסדרת סוגיה זו. יתכן, שבתי המשפט יוכלו, במקרים מסויימים, לפתח הבחנה כזו, למשל, על ידי הסתמכות על הוראות כלליות דוגמת חובת תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים, חובה שניתן להחילה ביתר חומרה על ספק ביהסיו עם לקוח מאשר ביחסים בין שני אנשים פרטיים. אך קשה לצפות, שבתי המשפט יוכלו להשלים את שהחסיר המחוקק. בסיפו של דבר, יהא על המחוקק למלא את מה שהחסיר. חוק המכר (דירות), תשל"ג—1973, וחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ה—1974, יכולים להחשב כגיציגים ראשונים של חקיקה זו<sup>12</sup>, והצעת חוק הליכות מסחר, תשל"ב—1972, עשויה להצביע על צעד אפשרי נוסף בכיוון זה. החקיקה בעניין מכר דירות, אשר נתקבלה רק לאחרונה, מוגבלת לתחום אחד, אף שחשיבותו רבה. כמו כן ראוי היה, לדעתנו, כי העקרונות המיוחדים המתחייבים מקיום יחסי ספק-לקוח ישתקפו

<sup>7</sup> סעיף 4 (ב) לחוק המכר וצלטנר, „חוק המכר, תשכ"ח—1968”, פירוש לחוקי החוזים 30—57 (בעריכת טדסקי, תשל"ב).

<sup>8</sup> סעיף 13 (א) לחוק.

<sup>9</sup> סעיף 14 לחוק, אך זאת בכפוף להוראות סעיפים 15 ו-16 לחוק, דהיינו במקרה של אי-התאמה נסתרת או במקרה של אי-התאמה הנובעת מהעלמת עובדות על ידי המוכר.

<sup>10</sup> צלטנר, לעיל הערה 7, בע' 9.

<sup>11</sup> והשווה לדיון האנגלי שם הוסדרו שאלות אלה במסגרת הסעיפים 14 ו-55 של ה- Sale of Goods Act, 1893 כפי שתוקנו על ידי The Supply of Goods (Implied Terms) Act, 1973.

<sup>12</sup> ראה הגדרת „מוכר” בסעיף 1 לשני חוקים אלה, השווה גם לתיקון לחוק המקרקעין, המוזכר בהערה 6 לעיל, ואשר נתקבל לאחר שהחלו להתגלות התוצאות של ביטול זכויות שביושר במקרקעין.

בחקיקה הכללית ולא ימתינו בכל פעם לחקיקת חוק מיוחד, אשר יסדיר סוגיה ספציפית.

מכל מקום, עובדה היא, כי בעניין שבפנינו לא היה בהוראות חוק המכר הישראלי כדי לסייע ללקוח אשר רכש מכונית בתום לב ממי שעיסוקו במכירת נכסים מסוג זה, בתביעתו נגד מוכר המכונית.<sup>13</sup>

#### תקנת השוק והשפעתה על יחסי קונה-מוכר

במקרה שלפנינו הניחו הצדדים ביניהם כי חלה תקנת השוק, כאמור בסעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.<sup>14</sup> אין צריך לומר, שתקנה זו נועדה להגן על הקונה. אולם במקרה הנוכחי היה זה דווקא המוכר (סותר המכוניות), שהסתמך על תקנת השוק, לטענתו, עובדת היות המכונית גנובה איננה מעלה או מורידה, שהרי המערער-הקונה — זכה בקנין לאור האמור בסעיף 34 לחוק המכר.

סעיף 7 לחוק המכר מחייב את המוכר להעביר לקונה את הבעלות במכר וסעיף 18(א) מחייבו למסור את הממכר „כשהוא נקי מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת של צד שלישי“. וכאן, לכאורה, נעוץ הקושי. כלום יכול מי שמכר נכס, שאיננו שייך לו ולא היה רשאי למכרו, לטעון, כי יצא ידי חובתו בכך, שמכר את הנכס בגדר תקנת השוק ובכך היקנה לרוכש בעלות מלאה ונקיה מכל שעבוד? לדעתנו, התשובה שלילית. היסוד לתקנת השוק הוא תום לבו של הקונה.<sup>15</sup> תום הלב מבוסס על אמונה בזכותו של המוכר להקנות בעלות בממכר כשהיא נקיה מכל זכות של צד שלישי. מבחינת הדין אפשר להניח כי, בין היתר, מבוססת אמונה כזו, בהעדר תנאי מפורש, על תנאי מכללא ברוח זו.<sup>16</sup> בעניין זה עדיף ניסוחו של סעיף 12 ל-“Sale of Goods Act, 1893”<sup>17</sup> האנגלי, הנושא את הכותרת “Implied Under-taking as to title etc.” על ניסוח חוק המכר המקומי. יש לקוות, כי בתי המשפט יסיקו קיומו של תנאי מכללא כאמור, ואכן אפשר להניח כי במקרה הרגיל, אילו נשאלו הצדדים, האם המוכר מתחייב, שהנכס בבעלותו או שהיה בבעלותו בסמוך

<sup>13</sup> הצדדים הניחו, אמנם, כי הקונה זכאי ליהנות מתקנת השוק, ואכן ניתן לומר כי לפחות מבחינות אחדות יש בסעיף 34 לחוק המכר כדי להגן על האינטרס של הקונה. עם זאת, אין הסעיף מיועד כלל להסדיר את יחסי מוכר-קונה, אלא את זכויות הקונה כלפי בעלי זכויות קודמים בנכס; בנקודה זו נדון להלן.

<sup>14</sup> ראה ע' 612 לפסק הדין.

<sup>15</sup> ביחס לכך ראה צלטנר, לעיל הערה 7, בע' 147; גורי, „מכר בשוק פתוח“, ב' עמ"ש 92, בע' 107.

<sup>16</sup> עקרונית קיימת אפשרות לראות בכך מצג גרידא (אשר לא הפך תנאי בחוזה) מצד המוכר בדבר זכויותיו בנכס או, לפחות, בדבר הרשות שיש לו למכרו. מצג כזה אף אם לא נעשה מפורשות ניתן להסיקו מתוך התנהגות המוכר ומעצם נכונותו למכור את הנכס. אנו מעדיפים לראות מצג זה כנכלל בחוזה וכמהווה תנאי מכללא בהסכם, והמשך הדיון יתבסס על הנחה זו. אולם אפילו היה זה מצג בלבד (אשר לא הסך חלק מן החוזה), לא היו מסקנותינו משתנות.

<sup>17</sup> כפי שחוקן על ידי סעיף 1 של The Supply of Goods (Implied Terms) Act, 1973.

למועד העברתו לקונה (א), בהתאם לנסיבות, כי הוא רשאי לפחות למכרו) היו שני הצדדים משיבים על כך בחיוב<sup>18</sup>.

במילים אחרות, זכאי הקונה לטעון כי אין הוא חפץ לרכוש נכס, שהמוכר איננו רשאי למכרו ובודאי שאיננו חפץ ברכוש גנוב, זאת אף אם בידיו להסתמך על תקנת השוק ולרכוש זכות טובה מזו של הבעלים המקורי. מסקנתנו היא, איפוא, כי כאשר המוכר לא היה רשאי להקנות בעלות, הוא הפר בכך את חיובו כלפי הקונה.

אשר לתרומות העומדות לקונה, נראה לנו כי מדובר בהפרה יסודית ומשום כך רשאי הקונה לבטל את החוזה, כאמור בסעיף 7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970. משמעות הדבר כי הקונה מכריו כי אין לו עניין ביתרון, שמעניקה לו תקנת השוק. יתכן, שאין רצונו בדין ודברים עם הבעלים המקורי ואין לו עניין להתדיין אתו, ויתכן שפשוט אין הוא יכול לשאת פניו כלפיו. ביטול החוזה גורר פגיעת הקנין, שהועבר על יסוד תקנת השוק, והחזרתו לבעלים המקורי. בעקבות זאת חייבת החוקה לחזור לבעלים המקורי ואחת היא אם החוקה מוחזרת לבעלים המקורי על ידי הקונה<sup>19</sup> או שהקונה החזירה למוכר והאחרון החזירה לבעלים המקורי. עקרונית, אין המוכר זכאי להתלונן על ביטול המכר בנסיבות אלה ועל החזרת הקנין והחוקה לידי הבעלים המקורי, שכן תקנת השוק לא נועדה לטובת המוכר. יתרה מזאת, הוא חשוף, ממילא, לתביעה בנויקין של הבעלים המקורי. לפיכך, החזרת הנכס לבעליו עשויה לפטור את המוכר מאחריותו כלפי זה או לפחות לצמצמה. בנקודה זו עוד נדון להלן.

מובן, כי הקונה איננו חייב לבטל את חוזה המכר. הוא רשאי לשמור אותו בתוקפו. במקרה כזה, תהא לתקנת השוק השפעה על יחסי מוכר-קונה, זאת בעיקר בשאלת הפיצויים, שכן אם בחר הקונה להשאיר את הנכס בידיו — לא יוכל לטעון לזק שנגרם לו עקב כך שלא רכש קנין בנכס, שהרי הקנין הועבר אליו. תביעת הפיצויים עשויה להצטמצם, איפוא, לשאלות דוגמת הוצאות ההגנה בפני תביעת הבעלים המקורי<sup>20</sup>. ואכן, בעניין שמחון דנן קבע בית המשפט המחוזי כי המוכר הפר תנאי מכללא בחוזה המכר. מפסק דינו של בית המשפט העליון<sup>21</sup> נראה, כי ההפרה נעוצה בקושי שנתקל בו הקונה בנסותו להעביר את רישום המכונית על שמו ולדעת בית המשפט המחוזי היה מקום לפרש את תנאי המכר „באופן שאיננו

<sup>18</sup> אין זה קל להסיק מסעיף 18 (א) של חוק המכר לצורך השאלה שבפנינו, שכן לא ברור מלשון הסעיף אם הממכר צריך להיות נקי מכל זכות של צד שלישי עובר למסירתו לקונה או די בכך שהוא נקי מכל זכות כאמור לאחר שהקונה קנה את הנכס וטוהר באמצעות תקנת השוק. מכל מקום, הוראת ס' 18 (א) היא דיספוזיטיבית. ראה צלטנר, חוק המכר, תשכ"ח—1968, בעמ' 98, והשווה לסעיף 55 (3) של ה-Sale of Goods Act כפי שתוקן ב-1973.

<sup>19</sup> במקרה כזה גושא הקונה לעתים בסיכון אם החזיר את הנכס לאדם, שזכותו איננה טובה מזכות המוכר.

<sup>20</sup> בכך נראה כי המוכר נהנה, לכאורה, מתקנת השוק הגורמת להפחתת סכום הפיצויים שעליו לשלם לקונה. אך זאת רק לכאורה, שכן הוא צפוי לתביעת פיצויים בנויקין, או לתביעה מעין חוות לדמי המכר מצד הבעלים המקורי.

<sup>21</sup> ע' 613—614 לפסק-הדין.

מחייב את הקונה ללכת בדרך יסורים זו וכי הוא רשאי לחזור אל המוכר ולטעון הפרת תנאי מכללא, המצדיקה ביטול המכר והחזרת המצב ליושנו<sup>22</sup>. יש לקבל מסקנה זו ככל הכבוד, אך נראה כי הקושי האמור, בו נתקל הקונה הוא מישני ומהווה, למעשה, תולדה של הבעיה העיקרית והיא, שהמוכר לא היה הבעלים של הרכב. כאמור, השאלה המרכזית היא קיומו או אי-קיומו של התנאי בדבר זכות המוכר להעביר את הבעלות במכונה, וכל יתר השאלות (דוגמת התדיינות עם הבעלים המקורי או קשיים בהעברת הרישום) אינן אלא תוצאה מאי קיומו של תנאי זה.

### האמנם סיכול ?

הקונה טען, כי מסירת המכונה לבעלים כמות כסיכול המכר, כאמור בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970. המוכר הודה בכתב הגנתו כי אכן המכר סוכל "משהתברר... כי המכונה היתה גנובה ושטר המכר על פיו נמכרה מזויף..."<sup>23</sup>. על יסוד טיעון זה הניח בית המשפט העליון כי שאלת הסיכול מוסכמת בין הצדדים ודן בסוגיה זו.

שאלת הסיכול אמנם לא היתה שנויה במחלוקת, אך לדעתנו לא היה זה סיכול. יתרה מזאת, לדעתנו לא היתה לסוגית הסיכול חשיבות רבה בנושא שלפנינו. סעיף 18(א) לחוק התרופות מדבר על הפרת חוזה, שהיא "תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן, או שלא ראה ולא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען...". מפסק הדין עולה, כי נטען שהמאורע המסכל הוא מסירת המכונה לידי הבעלים המקורי. כאמור, לדעתנו הקשיים שנגרמו לצדדים נעוצים בכך שהיתה זו מכונה גנובה והמוכר לא היה הבעלים של הרכב. תפיסת המכונה על ידי המשטרה בשלב מאוחר יותר הינה תולדה של עובדה זו. נשאלת השאלה, האם העובדה שהמוכר איננו הבעלים של הנכס עשויה להוות סיכול במובן סעיף 18(א) הנ"ל? לדעתנו, התשובה שלילית. לא זה המקום להרהיב את הדיבור בשאלה אם סיכול יכול להתייחס למאורע הקיים כבר בעת עריכת החוזה<sup>24</sup> ובשאלה של חפיפה אפשרית בין טענת סיכול לבין עילת הטעות בכריתת חוזה לפי סעיף 14 של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> בע' 614 לפסק-הדין.

<sup>23</sup> ע' 615 לפסק-הדין.

<sup>24</sup> כגון, שנושא החוזה איננו קיים בעת עריכת החוזה, או היה שייך כבר לקונה. מקרים אלה מסווגים בדין האנגלי כמקרי *Res Extincta* ו-*Res Sua*. ראה *Cheshire & Fifoot, The Law of Contract* 204-208 (8th ed., 1972). פרופ' צלטנר מביא מקרים אלה במסגרת סעיף 18 (א) כהמחשה להעדר התחלתי של אפשרות קיום אובייקטיבית של החוזה. ראה צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל 256 ובע' 261.

<sup>25</sup> שאלה אחרת היא אם אכן יוכל המוכר להעלות טענת טעות במקרה בו סבר לתומר שהוא הבעלים של הנכס והתברר כי אין זה כך. האינטרס של המוכר בטענה ממין זה עשוי להיות כדי למנוע תביעה לפיצויים בגין הפרת חוזה מצד הקונה. אך אם הטעות נכללת במסגרת סעיף 14 (ב) של חוק החוזים (חלק כללי), הוא צפוי, במקרה של ביטול החוזה, לתשלום פיצויים בגין הנוק שנגרם לקונה עקב כריתת החוזה.

לצורך הדיון כאן נניח כי את הטענה של סיכול ניתן לעורר גם לגבי מאורע הקיים בעת עריכת החוזה, אף שהנקודה איננה ברורה. אולם השאלה היא, האם בעלות המוכר בממכר היא ממין העובדות שלגביהן הוא יכול לעורר טענת סיכול. נראה, כי התשובה לכך היא שלילית. פרופ' צלטנר בספרו מציע לאמץ את התבונה בין העדר אפשרות קיום סוביקטיבית לבין העדר אפשרות קיום אוביקטיבית;<sup>26</sup> לדעתו אין סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) חל על חוסר אפשרות קיום סוביקטיבית, שהרי „אחרת נגיע לתוצאות שאין הדעת טובלתן, כגון שחרור של מתקשר מקיום חיוביו בגלל חסרון כיס”. מסקנתו היא, איפוא, ש„חוזה אשר אחד הצדדים לו אינו מסוגל לקיימו מסיבות הקשורות בו בלבד, תקף ככל חוזה”.<sup>27</sup> בעינינו נראה כי ראוי לאמץ, בנושא זה, את מה שניתן לכנות כמבחן של „נטילת סיכון” על ידי אחד המתקשרים, נושא המובהר היטב על ידי המלומד Corbin.<sup>28</sup> נבחון את הדוגמאות הבאות:

(א) פלוני מתחייב בהסכם כי למחרת ירד גשם.  
(ב) פלוני מתחייב בהסכם למכור נכס, השייך לצד שלישי<sup>29</sup>. לאחר מכן מתברר כי אותו צד שלישי איננו מוכן בשום פנים למכור את הנכס.  
(ג) פלוני מתחייב בחוזה לשלם סכום כסף לאלמוני. לאחר מכן מסתבר כי המתחייב איננו יכול לעמוד בהתחייבותו, שלא באשמתו. זאת מן הטעם, שצד שלישי אשר היה חייב לו סכום כסף פשט את הרגל ואיננו עומד בהתחייבותו.

בדוגמא (א) צפוי פלוני להתחייב בתשלום פיצויים אם לא ירד גשם, וטענת סיכול לא תעמוד לו, בין ש„הכשלוך” הוא סוביקטיבי או אוביקטיבי (היינו, אף אם לא היה איש בעולם המסוגל להוריד גשם באותו יום). הסיבה לכך היא, כי זהו בדיוק הסיכון שנטל על עצמו פלוני בהתחייבותו החוזית. לפי גישתו של המלומד קורבין ניתן לומר, שבמקרה כזה יש לפרש את ההבטחה כהתחייבות לשיפוי אם המאורע המובטח לא יתקיים.<sup>30</sup>

דוגמא (ג) לעיל מבוססת על הדוגמא שהובאה על ידי פרופ' צלטנר בדבר חוסר יכולת של החייב לקיים את חיובו מחמת חסרון כיס, אך הוסף לה יסוד הבא להמחיש כי פעמים חסרון הכיס איננו באשמת החייב וקיימת אפשרות שהוא פעל כמיטב יכולתו כדי שיעמדו לרשותו האמצעים הדרושים. עם זאת, ניתן לומר כי

<sup>26</sup> ראה צלטנר, לעיל הערה 24, בע' 258.

<sup>27</sup> צלטנר, לעיל הערה 24, בע' 258.

<sup>28</sup> Corbin, 6 *On Contracts* S. 1327-1328 (1962).

<sup>29</sup> ראה Corbin, *op. cit.* at p. 341-342.

<sup>30</sup> Corbin, *op. cit.*, at Sec. 1327. Holmes, *The Common Law* 235 et seq. שאמנם לא דן בה בהקשר של סיכול. לגישתו של הולמס ההתחייבות החוזית במשפט המקובל היא בעיקרה נטילת סיכון. לגבי דוגמת הגשם הוא מציין (בעמ' 235):

“In the case of a binding promise that it shall rain tomorrow, the immediate legal effect of what the promisor does is, that he takes the risk of the event, within certain defined limits as between himself and the promisee”.

אדם המתחייב לשלם סכום כסף נוטל על עצמו את האחריות שיהיו בידיו המזומנים במועד התשלום. העובדה, שאחד מעסקיו נכשל, אף שלא באשמתו, היא בגדר אותו סיכון.<sup>31</sup>

דוגמה (ב) מובאת על ידי Corbin<sup>32</sup> והיא הקרובה ביותר לענייננו. הסיכון לכך שהמוכר לא יוכל לשכנע את הצד השלישי למכור את הנכס הוא בתחום הסיכונים שהמוכר נוטל על עצמו. אם התחייב למכור נכס השייך לצד שלישי מוטל עליו להשיג את הסכמת אותו צד והטענה שהצד השלישי מסרב להעביר את הבעלות, למרות שהוצע לו מחיר סביר, לאו טענה היא בפי המוכר.<sup>33</sup> בדומה לכך, אדם המתחייב למכור נכס איננו יכול לטעון טענת סיכול אם סבר כי הנכס שייך לו והסתבר שאין הדבר כן (זאת אף אם מדובר בטעות שכתום לב וללא רשלנות).<sup>34</sup> מקרה חורג הוא כאשר הבעלות בנכס היא של הקונה. כאן יכולים אנו לומר, שאין זה בגדר סיכון שהמוכר נוטל על עצמו, שכן סיכון זה שייך לשני הצדדים במידה שווה.<sup>35</sup> למעשה, קבע בית המשפט המחוזי, שהיה מדובר בהפרה, אמנם בנקודה אחרת, וכנראה שלגבי הפרה זו לא התעוררה השאלה של סיכול.

נראה לנו, כי לסוגיית הסיכול לא היתה חשיבות רבה בעניין שבפנינו. לפי סעיף 18(א) לחוק התרופות מהווה סיכול טענת הגנה בפני תביעת פיצויים ותביעת אכיפה (אם כי במקרה דנן התובע הוא שבחור להעלותה). אולם התובע לא ביקש פיצויים ואף לא אכיפה, וממילא לא היה האמור בסיפא של סעיף 18(א), אשר לפיו במקרה של סיכול „לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים“

<sup>31</sup> מובן, כי ניתן לתאר מקרים נדירים בהם העדר מזומנים באותו יום הינו תולדה של מאורע, אשר איננו בגדר הסיכון, אשר החייב נוטל על עצמו. יתכן, שכן הדבר אם, למשל, הוקפאו על ידי רשות שלטונית, הפועלת על יסוד סמכות שבחוק, כל הפעולות במזומנים למשך אותו יום לצורך החלפת מטבע.

<sup>32</sup> Corbin, *op. cit.* Sec. 1327.

<sup>33</sup> זאת, כמובן, בהעדר התגאה אחרת בחוזה המכר.

<sup>34</sup> השווה לפסק הדין האוסטרלי בעניין *McRae v. Commonwealth Disposals Commission*, (1951) 84 C.L.R. 377, אם כי שם נמצא כי היתה רשלנות מצד המוכרת ונשוא החוזה לא היה קיים כלל.

<sup>35</sup> במקרה זה מסווג בדין האנגלי כ- *Res Sua*. ראה *Bingham v. Bingham*, (1748) 27 E.R. 934; *Cooper v. Phibbs*, (1867) L.R. 2 H.L. 149. *Fifoot, supra note 24*, at p. 206. בעינינו ניתן גם בדין הישראלי לכלול שאלה זו בגדר סוגיית הטעות, אשר בפרק השני של חוק החוזים (חלק כללי). לדעת פרופ' צלטנר נכלל מקרה זה במסגרת סעיף 18(א) של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). ראה צלטנר, לעיל הערה 24, בע' 261. אך מי מן הצדדים יחשב כ„מפר“: האם זה המוכר, שאין בידיו להעביר בעלות מכיוון שזו שייכת לקונה, או שמא זהו הקונה, אשר אין בידיו לקבל בעלות מן המוכר מכיוון שהבעלות כבר מוקנית לו? לקושי זה השווה Friedmann and Maoz, „The Right of a Defaulting Party to Restitution When a Contract Has Not Been Rescinded“, 9 *Is. L.R.* 352, 355 n. 13 (1974).



רלבנטי לנושא<sup>36</sup>. עם זאת, אין טענת סיכול מונעת ביטול החוזה על ידי הצד הנפגע על יסוד האמור בסעיף 7 לחוק התרופות, שהרי טענת סיכול משמשת, כאמור, הגנה בפני הסעדים של אכיפה ופיצויים, אך לא בפני הסעד של ביטול. סעיף 18(ב) מורה, כי במקרה של סיכול, כאמור בסעיף 18(א), "רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, להיב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה...". ואכן, הסעד שנתבע היה השבה. אולם את אותו סעד עשוי היה התובע להרוש במקרה של ביטול החוזה מחמת הפרתו (סעיף 9 לחוק התרופות). קיימים אמנם, הבדלים בין הזכות להשבה במקרה של סיכול לתביעת השבה במקרה של הפרת שאיננה בגדר סיכול<sup>37</sup>, אולם הבדלים אלה לא היה בהם כדי להעלות או להוריד בעניין שבפנינו.

### בעיית ההשבה

תביעת הקונה להשבה נכשלה, למעשה, מטעם אחד. היינו כי הוא מצידו איננו יכול להשיב את המצב לקדמותו, שכן המכונת איננה בידיו, אלא בידי הבעלים המקורי<sup>38</sup>. במילים אחרות, המכשול נעוץ בעקרון ההדדיות בהשבה — עקרון שהיה מוכר עוד בתקופה שקדמה לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970<sup>39</sup>. אף שהעקרון רוכך במידת מה על ידי סעיף 9 של החוק, בכך שהוא מאפשר,

<sup>36</sup> אולם סעיף 18 (ב) לחוק מקנה לבית המשפט שיקול דעת להיב את המפר, במקרה של סיכול, לשפות את הנפגע על הוצאות סבירות שהוציא והתחייבויות סבירות שהתחייב לשם קיום החוזה. אך במקרה הנוכחי לא הוגשה תביעה כזו לשיפוי.

<sup>37</sup> הזכות להשבה במקרה של הפרת קמה רק אם בוטל החוזה מחמת הפרתו (סעיף 9 לחוק). לעומת זאת, במקרה של סיכול ניתן לבית המשפט שיקול דעת לצוות על השבה, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו (סעיף 18 (ב) לחוק). כמו כן כפופה ההשבה, במקרה של סיכול, לשיקול דעת בית המשפט, מה שאין כן במקרה של ביטול מחמת הפרת. על תחומי שיקול דעת זה ועל השאלה אם הוא חל במקרה שהנפגע בחר לבטל את החוזה בעקבות הסיכול, לא נרחיב את הדיבור. מכל מקום, במקרה הנוכחי לא היה בית המשפט מוכן להפעיל את שיקול דעתו כדי לסטות מן הכלל בדבר הדדיות ההשבה החל במקרה של ביטול מחמת הפרת (ע' 615—616 לפסק-הדין).

<sup>38</sup> ע' 615—616 לפסק-הדין.

<sup>39</sup> באותה תקופה התבססה התביעה להשבה על העילה של כשלון תמורה מוחלט. כשלון תמורה חלקי לא זיכה בהשבה. ראה Goff and Jones, *The Law of Restitution* 31–33, 265. *et seq.*, 325 *et seq.* פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט 69 ואילך וע' 107 ואילך. נמצא, שאם קיבל התובע חלק מן התמורה המובטחת בחוזה לא היה בידיו לתבוע השבה, אלא אם הוא היה מוכן ומסוגל להחזיר את המצב לקדמותו. במילים אחרות, רק עם החזרת התמורה, שקיבל התובע (או לפחות עם היותו נכון ומסוגל לכך) שקול המצב מבחינתו לכשלון תמורה מוחלט. ראה Goff and Jones, בספרם הנ"ל, בע' 32; פרידמן, שם בע' 108, 109 וע"א 299/54, בריודה נ' פרידמן, י" פד"י 1002, 1007.

יתרה מזאת, בתקופה שקדמה לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) אף נקבע בפסיקה הישראלית הכלל, כי אין הצד התף זכאי לבטל את החוזה מחמת הפרתו אלא אם יש בידיו להחזיר את המצב לקדמותו. ראה את פסק דינו של הנשיא אגרנט בע"א 305/63,

במקרים מסויימים, תחליף השבה (תשלום השווי במקום השבה בעין)<sup>40</sup> — עדיין לא היה בכך כדי לסייע לקונה, מכיוון שאילו נדרש להשיב את שוויה של המכוננית, היו סכום זה וסכום התביעה מתקווים<sup>41</sup>.

את הדיון בשאלה זו נפתח בחריג לחובת ההשבה, אשר אמנם לא הוזכר בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), אך הוא מבוסס כל צרכו בהגיון ובשיקולי מדיניות משפטית<sup>42</sup>. החריג מתייחס למקרה בו מופעלת ברירת הביטול מחמת הפרתו של החוזה ואותה הפרה היא המונעת השבה. בהקשר לכך נסתפק בשתי דוגמאות<sup>43</sup> הלקוחות מן הפסיקה האמריקאית:

(א) מכירת בקר שמת ממחלה, כאשר המוכר התחייב שבעל התי בריא<sup>44</sup>.

(ב) מכירת מכונית שניזוקה בחאונה עקב פגם במנוע כאשר המוכר התחייב בדבר תקינותו של המנוע<sup>45</sup>.

בשני המקרים קשה להעלות על הדעת, שתביעת הקונה להשבה תידחת מחמת שאין בידיה להשיב את המצב לקדמותו. במקרה הראשון, אם נניח שלנבלת בעל התי המת אין כל ערך, יש לפטור את הקונה כליל מחובת ההשבה, ואילו במקרה השני ניתן לכל היותר לדרוש השבת כלי הרכב במצבו שלאחר התאונה.

בהקשר לכך מפנים המלומדים Dawson & Palmer להוראה ב-U.C.C.<sup>46</sup> שהמוכר רשאי לבטל את קבלת הטובין רק לפני שהיה שינוי ממשי במצבם, אשר לא נגרם על ידי פגמים בטובין עצמם —

“...before any substantial change in condition of the goods which is not caused by their own defects”<sup>47</sup>.

למרבה הצער חסרה הוראה דומה בחוק המכר, תשכ"ח—1968, ובחוק החוזים

פרידלפקי נ' הלר, י"ח (1) פד"י 98 (כיום אם אין השבה בעין אפשרית, ניתן לפסוק תחליף השבה לפי סעיף 9 לחוק התרופות. הסעיף גם מעניק לצד התף ברירה לבחור בתחליף השבה). פסק הדין בעניין פרידלפקי נ' הלר הסתמך על אסמכתאות אנגליות אם כי בדין האנגלי קיימת בצד המגמה המחייבת השבה גם גישה השוללת, במקרים לא מעטים, את זכות המפר להשבה במקרה של ביטול החוזה מחמת הפרתו. ראה פרידמן, „הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה“, ד' עמ"ש 245, 266—267, ה"ש 73 ו-74.

<sup>40</sup> לסעיף 9 ראה ידיו, „חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970“, פירוש לחוקי חוזים 70—72 (בעריכת טדסקי, השל"ב).

<sup>41</sup> ע' 616 לפסק הדין.

<sup>42</sup> לא זה המקום להרחיב את הדיון בשאלה של לאקונה. מכל מקום, משבוטלה בסעיף 24 לחוק הפניה לדין האנגלי, מכוח סימן 46 של דבר המלך במועצתו, 1922, נוכל לצורך ענייננו לפנות אל הפסיקה האמריקאית.

<sup>43</sup> ראה Dawson & Palmer, *Cases On Restitution* 653 (2nd ed.).

<sup>44</sup> *Pleak v. Marks*, 171 Iowa 551, 152 N.W. 63 (1915); *Faulkner v. Klamp*, 16 Neb 174, 20 N.W. 220 (1884).

<sup>45</sup> *Noel v. Garford Motor Truck Co.*, 111 Wash 650, 191 P. 828 (1920).

<sup>46</sup> U.C.C. S. 2 — 608 (1962).

<sup>47</sup> Dawson & Palmer, *op. cit.* at p. 653.

(תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970. אולם בהקשר זה נפנת להוראת סעיף 4 של חוק השומרים, תשכ"ז—1967, הקובעת:

4. שומר אינו אחראי לאבדן הנכס או לנזקו שנגרמו עקב שימוש רגיל בנכס לפי תנאי השמירה או עקב בלאי טבעי או מום שהיה בו בתחילת השמירה, אולם אין בהוראה זו כדי להפחית מאחריותו בשל רשלנות.<sup>48</sup>  
ספק אם אמנם מעמדו של צד לחוזה, אשר קיבל נכסים במסגרת החוזה, כמעמד שומר, גם אם החוזה בוטל לאחר מכן, אם כי יתכן שיחשב כשומר מרגע הביטול ועד למועד מסירתו לצד השני. דיון בשאלה זו חורג ממסגרת רשימה זו.  
בעניין שבפנינו ה"מום" נעוץ בכך, שהמוכר לא היה הבעלים של הנכס. מכל מקום, נראה לנו, שאם צד לחוזה קיבל במסגרת החוזה נכס שיש בו "מום", יקומו של "מום" זה יש בו משום הפרת תנאי החוזה, יהיה הצד פטור מחובת השבה אם עקב אותו "מום" לא היה בידי להחזיר את הנכס<sup>49</sup>, ואחת היא אם ה"מום" נעוץ בתכונה של הנכס או בזכות שיש לצד השני באותו נכס.

נבחון את השאלה תוך התעלמות מסוגית תקנת השוק שהוזכרה לעיל ונניח את הסיטואציה דלקמן: א' מוכר נכס לב' (שלא בתנאי שוק פתוח). כעבור זמן מתברר שהנכס גנוב, ובא הבעלים ונטלו מידי ב'. ב' תובע מא' השבת כספו. כלום רשאי א' להתגונן בטענה כי הואיל ולא קיבל את הנכס בחזרה אין הוא חייב בהשבת מתירו? התשובה לטענה זו היא כי א' זכאי לקבל את אשר העביר על פי החוזה. בחוזה מכר רגיל מעביר המוכר בעלות. משום כך אם נתבטל המכר זכאי היה לדרוש החזרת בעלות. אך במקרה זה לא העביר א' בעלות, ממילא אין הוא יכול להתלונן על כך ש"הבעלות" לא חזרה אליו. יתכן, שיכול הוא לומר כי מסר חזקה ומשום כך הוא מבקש את החזרת החזקה בנכס, אך במקרה שנמסר הנכס לידי הבעלים המקורי — אין זו טענה. אם אכן החזר הנכס לבעליו האמיתי, הרי הוא החזר למי שניתן לכנותו כבעל זכות עליונה כלפי א'. מצב דומה לכך קיים כאשר הופקד נכס והמפקיד איננו הבעלים. אם הנפקד-השומר יתבע על ידי הבעלים הוא חייב למסור לאחורון את הנכס ותהא לו הגנה טובה בפני המפקיד<sup>49</sup>. הוא הדין לגבי יחסי שוכר-משכיר<sup>50</sup>. אמנם אין הוראה מפורשת בכיוון זה בחוק השומרים, תשכ"ז—1967, או

<sup>48</sup> פעמים יגרום ה"מום" רק להפחתה בערך הנכס. במקרה כזה עליו להחזיר את הנכס בערכו המופחת, כגון בדוגמא שהובאה לעיל בדבר מכניית פגומה, אשר עקב הפגם ניווקה בתאונה. במקרה כזה יצא הצד שקיבל את המכונה ידי חובתו אם החזירה במצבה שלאחר התאונה. השווה גם לפסק דינו של השופט לנדוי בע"א 268/67, אשל נ' ליאופולד, כ"א (2) פד"י 383, 391—392.

<sup>49</sup> ראה *Vaines, Personal Property* 113 (5th ed., 1973). טענה זו של הנפקד, בדבר הזכות העליונה של שלישי בנכס, מהווה חריג לכלל כי הנפקד מנוע מלכפור בזכותו הקניינית של מפקיד הנכס.

<sup>50</sup> שוכר, אשר נאלץ למסור את המושכר לשלישי, שהוא בעל הזכות העליונה בנכס (eviction under title paramount), פטור מחובותיו כלפי בעל הנכס. טענה זו בפי השוכר מהווה אף היא חריג למניעות הקיימת בין שוכר-משכיר בדבר זכותו של המשכיר בנכס. כדי למנוע קניניות בין השוכר וצד שלישי נדרש פינני בפועל או איום ממשי לכך ואין זה די, שהשוכר ויתר מרצונו על החזקה. ראה ע"א 497/71, גוטשלק נ' ממש

בחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971, אך יתכן שלגבי השומר, לפחות, ניתן להסיק זאת מהוראת סעיף 4 לחוק השומרים הדנה במום שהיה בנכס בתחילת השמירה. אמנם נכון כי מן הראוי שהשומר או השוכר, ובענייננו הקונה ב', יודיע על תביעת הבעלים המקורי לצד שכנגד ויאפשר לו להתגונן.<sup>51</sup> אולם אם המפקיד או המשכיר, ובענייננו המוכר א', מוכנים להודות כי אכן שלישי הוא הבעלים, הרי אין משמעות רבה להעדר הודעה בנקודה זו.

ראוי לחזור ולציין, כי אם הקונה מציע למוכר לנהל בשמו את ההגנה בפני תביעת הצד השלישי, אין המוכר יכול להעלות את ההגנה של תקנת השוק, כשזו טענה הנשמעת מפי הקונה, אם עמדת הקונה כי במקרה שיוכח כי המוכר לא היה רשאי למכור את הנכס הרי הוא עומד על זכותו לבטל את החוזה. זאת ועוד, מה תהא התוצאה אם ידרש הקונה להשיב את הנכס לידי המוכר? אם זכות המוכר כפופה לזכותו של בעל הזכות העליונה, ידרש המוכר מצידו להשיב את הנכס לאותו בעל זכות. נטילת הנכס מן הקונה ומסירתו במישרין לידי הבעלים המקורי איננה אלא "קיצור דרך" ואין המוכר יכול להלין על כך. כפי שצויין לעיל, המסירה לבעלים המקורי אף מצמצמת את אחריות המוכר כלפי הבעלים המקורי, שהרי הנכס הוחזר לאחרון.<sup>52</sup>

בהקשר לכך ניתן להפנות לפסיקה האנגלית בסוגיה אנלוגית. הכוונה למקרים בהם נמכר נכס על ידי אדם שלא היה הבעלים והקונה תבע השבת הנכס בעילה של כשלון תמורה מוחלט. פסק הדין המנחה הוא *Rowland v. Divall*.<sup>53</sup> במקרה זה רכש סוחר מכוניות רכב מפלוני ולאחר מכן מכרו לאחד מלקוחותיו. כעבור זמן נתפסה המכונית על ידי המשטרה לאחר שהוברר כי היתה גנובה. הסוחר החזיר את דמי המכר ללקוחו ותבע מן האדם אשר ממנו קנה את המכונית השבת הסכום אשר שילם לו בטענה של כשלון תמורה מוחלט. השאלה המרכזית היתה, האם החוקת המכונית במשך זמן מהווה תמורה חלקית השוללת השבה מחמת כשלון תמורה מוחלט. לשאלה זו השיב בית המשפט לערעורים בשלילה. ההסכם היה להעברת בעלות.<sup>54</sup> השאלה של החזרת החוקה במכונית לידי מי שמכרה לתובע לא

שוורץ, כ"ז (2) פד"י 687; וכן *Halsbury, 23 Laws of England 552-553 (3rd ed.)*; *Woodfall, 1 Landlord and Tenant 331 (27th ed.)*.

<sup>51</sup> ראה ע"א 497/71, גוטשלק נ' שוורץ, שם בע' 692, וכן *Halsbury, op. cit.*, at p. 709. למשמעות ההודעה לצורך השאלה אם ממצאי פסק הדין בין הבעלים המקורי לקונה מחייבים את המוכר, ראה האסמכתאות בהערה 67 להלן.

<sup>52</sup> עם זאת, אין הדבר פוטר את המוכר בהכרח מכל אחריות ויתכן שהוא יתחייב, למשל, בירידת ערך הנכס מן התקופה שנמסר לידיו ועד שהוחזר לבעלים המקורי. השווה *The Law Commission, Working Paper No. 65. Law of Contract, Pecuniary Restitution on Breach of Contract 54*.

כן קיימת השאלה אם יוכל לתבוע מן המוכר נזקים נוספים, דוגמת אובדן השימוש בנכס במשך פרק זמן מסוים.

<sup>53</sup> *Goff & Jones, The Law of Restitution 344 (1966)* וכן ראה *2 K.B. 500 [1923]*.

<sup>54</sup> פסק הדין טובב סביב סעיף 12 של ה- *Sale of Goods Act, 1893*, דהיינו ביטול החוזה וההשבה הינם תולדה של הפרת התנאי בדבר זכותו של המוכר למכור את הנכס.

התעוררה כלל. העובדה, שהמכונה היתה בידי המשטרה לא גרעה מזכות התובע להשבה. התמורה נכשלה לחלוטין. פסק דין זה נתמך בשורה ארוכה של פסקי דין<sup>55</sup> וההלכה מקובלת גם בישראל<sup>56</sup>. Goff and Jones אף מרחיקים לכת ומסיקים כי:

"The principle underlying a case of this kind<sup>57</sup> appears to be that, in such circumstances, the defect in the seller's title relieves the buyer from any obligation to restore the goods to the seller<sup>58</sup> or to account to him for their use"<sup>59</sup>.

סיכומו של דבר, העובדה שהקונה החזיר את הנכס במישרין לבעלים המקורי (ולא למוכר) איננה שוללת את זכות הקונה להשבה.

את מסקנת בית המשפט העליון במקרה זה ניתן לקבל אם מניחים כי עמדת התובע איננה מלמדת כי החליט על ביטול החוזה<sup>60</sup>, אשר היה גורר עמו, כאמור, פקיעת הבעלות, שרכש מכוח תקנת השוק. ואכן מפסק הדין משתמע ההנחה, שהקונה זכאי להסתמך על תקנת השוק והוא יוכל, אף לאחר סיום ההתדיינות עם המוכר, לתבוע את המכונה מן הבעלים המקורי.

אם אמנם עומדת לקונה האפשרות לתבוע השבת הרכב מן הבעלים המקורי, אין הוא יכול לתבוע השבה מן המוכר, שאם לא כן יזכה גם בבעלות וגם בדמי המכר, ואילו המוכר מצידו יהא עדיין השוף לתביעתו של הבעלים המקורי בגין אותו נכס.

גישה זו יש בה משום החמרה עם הקונה. בעניינו עדיף היה להניח, לטובתו, כי הגשת התביעה להשבה כמות כהודעה על רצונו בביטול החוזה ולזכותו בהשבה. אך, כאמור, נראה, שבית המשפט לא היה מוכן להניח זאת ואולי לא נטענה הטענה. מכל מקום, פסקי-הדין מבוסס על ההנחה הפוכה, היינו כי הסכם המכר לא בוטל וכי הזכות שרכש התובע מכוח תקנת השוק עומדת בעינה<sup>61</sup>. ואכן כפי שציין השופט

<sup>55</sup> ראה *Karflex Ltd. v. Poole*, [1933] 2 K.B. 251; *Warman v. Southern Counties Car Finance Corporation Ltd.*, [1949] 2 K.B. 576; *Butterworth v. Kingsway Motors*, [1954] 1 W.L.R. 1286. פסיקה זו מובאת ונדונה ב- The Law Commission, Working Paper No. 65, Law of Contract, *Pecuniary Restitution on Breach of Contract* 45 et seq.

<sup>56</sup> ראה ע"א 406/59, לינדסי נ' שיבר, י"ד פד"י 2422, 2430; ע"א 299/54, ברזורה נ' פרידמן, י" פד"י 1002, 1009, וכן פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, סעיף 116 וה"ש 55 (1970).

<sup>57</sup> הכוונה לעניין מסוג זה שנדון ב- *Rowland v. Divall* הנ"ל.

<sup>58</sup> פטור זה מהחזרה למוכר כפוף, לדעתנו, לכך שהנכס יוחזר למי שהוא בעל זכות עליונה לגבי המוכר (או לפחות שימסר למשטרה), שאם לא כן יהא המוכר צפוי הן לתביעת השבה מצד הקונה והן לתביעת מלוא השווי של הנכס מצד הבעלים. בעניין זה ראה להלן.

<sup>59</sup> The Law of Restitution, 32.

<sup>60</sup> יתכן, שניתן לגרוס כי תביעת ההשבה כמות כהכרזה על רצונו של התובע בביטול החוזה.

<sup>61</sup> בית המשפט המהווי הגיח כי עומדת לתובע זכותו כנגד הבעלים המקורי (בע' 614 לפסק-הדין מול האות ב), ונראה כי מסקנה זו נתקבלה על ידי בית המשפט העליון.

עציוני כבית המשפט העליון, אין ספק כי צירוף הבעלים המקורי לתביעה היה מאפשר הסדרת מכלול השאלות שבין הצדדים המעורבים.<sup>62</sup>

#### מערכת היחסים בעלים מקורי—מוכר—קונה

הנתנתו הבסיסית היא, כאמור, שקונה בגדר תקנת השוק רשאי לבטל את המכר אם מתברר לו כי המוכר לא היה רשאי למכור את הנכס. על יסוד הנחה זו נפרט את הנקודות המרכזיות, לדעתנו, ביחסי שלושת הצדדים האמורים:

(1) בחר הקונה להשאיר את הסכם המכר בתוקפו ולהסתמך על תקנת השוק, אין הוא זכאי להשבת דמי המכר, אם כי הוא זכאי אולי לפיצויים על נזקים אחרים, שנגרמו לו עקב העובדה שהמוכר לא היה רשאי למכור את הנכס. אם תוגש נגד הקונה תביעה על ידי הבעלים המקורי הוא זכאי, לדעתנו, לדרוש כי המוכר יגן עליו בפני תביעה זו<sup>63</sup>, ומכל מקום ראוי שיאפשר למוכר לנהל את ההגנה או לפחות להשתתף בניהולה. במסגרת הגנה זו ניתן יהיה להעלות הן טענות הכופרות בזכות מי שטוען לבעלות, והמצביעות על כך שהמוכר היה הבעלים או שהיה רשאי למכור את הנכס, והן את הטענה המסתמכת על תקנת השוק<sup>64</sup>.

(2) הסתבר, כי המוכר אכן לא היה רשאי למכור הנכס וכי זכות הבעלים המקורי טובה מזכותו. אך הקונה רכש בעלות מכוח תקנת השוק וכי הוא עומד על זכותו, כאמור באפשרות (1) לעיל, צפוי המוכר להתחייב בתשלום פיצויים לבעלים המקורי, או לחילופין בתשלום דמי המכר לבעלים המקורי, על יסוד דיני מעין חוזה<sup>65</sup>.

(3) הקונה זכאי לנקוט בעמדה, כי אם לא היה המוכר רשאי למכור את הנכס אין הוא חפץ להסתמך על תקנת השוק וברצונו לבטל את המכר. כן זכאי הוא לתבוע פיצויים בגין הפרת חוזה. שיעור הפיצויים במקרה זה יהא שונה, כמובן, מן השיעור שיחושב במקרה (1) והם עשויים לכלול את שווי הנכס. במקרה כזה, פוקע הקניין, שרכש הקונה מכוח תקנת השוק, ויש להחזיר את הנכס לבעלים המקורי. החזרה זו יכול שתעשה בשני שלבים: החזרה למוכר, שיחזיר לבעלים המקורי, והחזרה במישרין לבעלים המקורי כבעל זכות עליונה.

מובן כי במקרה כזה זכאי הקונה להשבת דמי המכר (אלא אם חושבו הפיצויים כך שיכללו את דמי המכר). העובדה שהנכס הוחזר במישרין לבעלים

<sup>62</sup> ע' 616 לפסק הדין.

<sup>63</sup> בשאלה אם הקונה חייב להודיע למוכר על התביעה ולאפשר לו ליטול חלק בהגנה ראה להלן.

<sup>64</sup> אולם הטענה של תקנת השוק היא, לדעתנו, טענה של הקונה ואין למוכר, "מעמד" לגביה. לגבי שלב זה של ההגנה נראה לנו כי אין כל צורך שהקונה יאפשר למוכר ליטול בו חלק, אם כי הוא חופשי, אולי, לעשות כן. מכל מקום, הנתנתו היא כי בדוגמא זו תוכח הטענה של תקנת השוק.

<sup>65</sup> אם שיפץ המוכר את הנכס והעלה את ערכו אין לחייבו בהשבת מלוא הדמים הכוללים גם את השקעתו. הגבלה זו יתכן שהיא כפופה בדין האנגלי לכך שהמוכר פעל בתום לב. ראה פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, סעיפים 250—251 וה"ש 75—77 וכן את פסק הדין, שניתן לאחרונה, בעניין *Greenwood v. Bennett*, [1972] 3 All. E.R. 586. והשווה לחוק המטלטלין, תשל"א—1971, סעיפים 4 ו-6.

המקורי איננה שוללת את זכות הקונה להשבה (או לפיצויים הכוללים גם את שווי הנכס).

אף בסיטואציה זו ראוי, שהקונה יודיע למוכר על תביעתו של הבעלים המקורי ויתן למוכר אפשרות לנהל את ההגנה בפני התביעה או לפחות להשתתף בניהולה.<sup>66</sup> אולם הפעם לא יהא המוכר רשאי להסתמך, במסגרת הגנה זו, על תקנת השוק, שהיתה עומדת לרשות הקונה אילו בחר לשמור את החוזה בתוקפו.

ניתנה למוכר הודעה כאמור, הרי בין אם ניצל המוכר את האפשרות, שהועמדה לרשותו, להשתתף בהגנה ובין אם לאו, יהיה פסק דין שבין הבעלים המקורי לבין הקונה, בכל הנוגע לזכות הבעלים המקורי בנכס (ואולי אף בקשר לגובה נזקי הבעלים המקורי — אם נפסקו לו פיצויים בגין נזקים אלה), קונקלוסיבי בעניין זה גם ביחסים שבין הקונה לבין המוכר. זאת אף אם המוכר, לאחר שניתנה לו הזדמנות נאותה לכך, בחר שלא ליטול חלק בהגנה.<sup>67</sup>

(4) חוק המכר איננו מורה במפורש כי על הקונה להודיע למוכר על תביעה של הבעלים המקורי, או של צד שלישי אחר, לגבי הנכס. פרופ' צלטנר מעלה את הסברה כי „אולי יש לראות חיוב כזה נובע מהוראות החוק הכלליות“ או מסעיף 6 לחוק המכר (הקובע את חובת תום הלב<sup>68</sup>). אף אנו סבורים, כי מוטל על הקונה להודיע למוכר על התביעה; אולם, לדעתנו, אי מתן הודעה, כאמור, איננו שולל את זכויות הקונה כלפי המוכר, אלא שקונה, אשר לא נתן הודעה ולא איפשר למוכר ליטול חלק בהגנה, מסתכן בכך שהמוכר יכפור בממצאי פסק הדין בתביעה בין הבעלים המקורי לקונה או שהמוכר יטען כי עמדה לרשותו טענה, אשר אילו נתאפשר לו להעלותה, היתה מביאה לדחיית התביעה של הבעלים המקורי, או לפחות, להקטנת דמי הפיצויים; כגון, שפסק הדין יקבע שהנכס אשר נמכר היה גנוב ואילו כאשר יבוא הקונה לתבוע שיפוי מן המוכר יטען האחרון שהנכס לא היה גנוב כלל, אלא הוא רכשו כדיון. אולם השאלה מאבדת מחשיבותה מקום שאין המוכר כופר בממצאי פסק הדין או שהוא מודה כי זכות הבעלים המקורי טובה משלו.

(5) העברת הנכס לבעלים המקורי כאמור ב־(3) מצמצמת את אחריות המוכר כלפי הבעלים המקורי.

(6) התוצאה הסופית, הן בסיטואציה הראשונה (כאשר הקונה מסתמך על תקנת השוק) והן בסיטואציה השלישית (כאשר הקונה מבטל את החוזה), שתוארו לעיל, היא, שהמוכר מפסיד את שווי הנכס שמכר<sup>69</sup>. הפסד זה נעוץ בכך שלא היתה לו זכות בעלות בו ולא היה, לפי הנחתנו, זכאי למכרו. בסיטואציה (3) דלעיל משתקף

<sup>66</sup> ויתכן מאוד שזו אף חובתו של המוכר כלפי הקונה לעשות זאת.

<sup>67</sup> במקרה כזה מחייב פסק הדין לא מכוח הילכות מעשה בית דין (שהרי המוכר לא היה צד למשפט), אלא מכוח אחריותו לשפות את הקונה והתחייבותו לגבי זכותו בנכס (warranty of title). השווה גם לאחריות של מבטח בביטוח אחריות ולע"א 156/50, בריטניה אמריקה אינשורנס קומפני נ' מוזס, ח' פד"י 284, 286—287 וכן ראה סעיף 108 ל- Restatement of the Law of Judgments. השווה גם לגישה המשתקפת בסעיף 10 (ב) לחוק הערבות, תשכ"ז—1967.

<sup>68</sup> צלטנר, לעיל הערה 7, בע' 99.

<sup>69</sup> ופעמים אף עלול המוכר להתחייב בתשלום פיצויים בסכומים העולים על שווי הנכס.

ההפסד בכך, שהוא חייב להחזיר את דמי המכר לקונה ואילו הנכס חוזר לבעלים המקורי. בסיטואציה (1) הוא פטור מהחזרת דמי המכר לקונה, אך הוא צפוי לשלם את שווי הנכס לבעלים המקורי.

(7) במקרה שמעורבים בעניין יותר משלושה צדדים והמוכר עצמו קנה את הנכס מפלוני — יהא לו סעד מתאים כנגד מי שמכר לו את הנכס<sup>70</sup>.

**דניאל פרידמן\*, נינה זלצמן\*\***