

שכר ראוי בגין פיגור בפינוי המושכר — מקצת שאלות פרשנות והעיקרון הכללי בעניין עשיית עושר ולא במשפט

(ע"א 889/75 דרים נ' „אגד" 1)

ברשימתו „פיגור בפינוי המושכר ושכר ראוי" 2 דן פרופ' טדסקי בפסק-הדין בע"א 889/75 דרים נ' אגד שבו נכללה הפניה לספרי דיני עשיית עושר ולא במשפט 3. פרופ' טדסקי מבקר הן את פסק הדין והן את האמור בספרי בנושא זה. אין בדעתי לדון בהרחבה בסוגיה של שכר ראוי, אולם רואה אני לנכון להבהיר את עמדותי בגקודות אחדות הנוגעות לפרשנות ולתהולתם של עקרונות כלליים ובעיקר העקרון בעניין עשיית עושר ולא במשפט.

1. לפי סעיף 480 למג'לה סירה ששכרוה לפרק זמן שחלף בעודה בדרך, על השוכר לשלם את השכר הראוי בעד הזמן העודף עד שתגיע לחוף. פרופ' טדסקי מבקש לצמצם את תחולת הסעיף ל„נסיבות שבהן יש איזה יסוד של אונס בידי שמים", והוא לא היה מגיע „עד הכללת מקרה של פיגור, פשוטו כמשמעו" 4. אינני טבור שכוונת סעיף 480 לאונס בידי שמים 5. ומכל מקום אין לקבל פירוש זה משיקולי קל וחומר. אם מי שפיגר מחמת אונס חייב בשכר ראוי, מי שפיגר סתם (ואפשר אף בודון) — על אחת כמה וכמה; ואילו לשיטתו של פרופ' טדסקי, יתכן כי אחריותו של מי שפיגר בודון תהיה פחותה מזו של מי שפיגר מחמת אונס. חשיבות פרשנותם של סעיפי המג'לה הצטמצמה במידה רבה. אולם הנושא של קל וחומר עשוי להתעורר בהקשרים נוספים. לדוגמא, במאמר שפרסמנו בשעתו, פרופ' רובינשטיין ואנוכי 6, הכענו דעה כי רשלנות כעילת תביעה בנוזיקין הלה על

1 פ"ד לא (2) 20.

2 משפטים ט (תשל"ט) 68.

3 ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (אבוקה, תשל"ל).

4 לעיל, הערה 2, בע' 69.

5 הסעיף איננו מדבר על סערה או כוח עליון ואפילו לפי פשוטו הוא הל, למשל, על משגה (ואפילו משגה רשלני) של השוכר בחישוב זמן הנסיעה, בניזוט וכו'. לכל היותר ניתן להעלות אפשרות לפיה מוגבל הסעיף למקרה שבו נעשתה השכירות לתקופה מסוימת ואין בידי השוכר להחזיר את המושכר בתום התקופה. בכל מקרה ברור מלשון הסעיף כי אחת היא אם השוכר נקלע באשמתו למצב שבו אין בידו להחזיר את המושכר בתום התקופה או שהתוצאה היא פרי גורם שמחוץ לשליטתו. אך לדעתי גם פירוש מצמצם זה אין לקבל משיקולי קל וחומר. בדוגמה שמביא פרופ' טדסקי בדבר מכונית שלא ניתן להתזירה במועד מכיוון שהכביש היה חסום „משום פגע טבעי או משום פקודת השלטונות" (שם, בע' 69), הוא מוכן אמנם להרחיב את הסעיף מן הדוגמה הימית לתחום היבשה, אך יחד עם זאת הוסף לה יסוד שאינו נדרש כלל, ולמעשה אין לו זכר בלשונו של סעיף 480, היינו כי הגורם המעכב נובע ממקור שמחוץ לשליטת השוכר. כאמור משגה רשלני בניזוט נכלל בגדר הדוגמה הימית שבסעיף 480 ואין סיבה להוציאו מן התחום היבשתי.

6 א' רובינשטיין וד' פרידמן „אחריות עובדי ציבור בנוזיקין הפרקליט כא (תשכ"ה) 61, 66.

התנהגות הנופלת מסטנדרד מסויים הנקבע לפי אמת מידה אובייקטיבית, ואחת היא אם הגורם לסטייה הינו זדון, כוונה, אי איכפתיות או חוסר תשומת לב. בין השיקולים התומכים בפירוש זה מצוי, כמובן, גם הרעיון של קל וחומר. פרופ' טדסקי גרס כידוע אהרת,⁷ אך כאשר נדונה הסוגיה בספר דיני הנוזיקין⁸, שבעריכת פרופ' טדסקי עצמו, כתב מחבר אחד, ד"ר חשין, כי אף שהקונסטרוקציה הנדיבה לעוללת הרשלנות, דהיינו זו שהוצעה על ידי פרופ' רובינשטיין ועל ידי איגנה מקובלת על הכל⁹, הרי „שליבו... נוטה אחריה“¹⁰. ואילו מחבר אחר באותו ספר, פרופ' ברק דן בשאלה אם ההגנה של הרשאה חוקית נשללת במקרי זדון שעה שהפקודה לפי לשונה מדברת על שלילתה בעניין רשלנות בלבד. פרופ' ברק נוקט עמדה וזה לזו של פרופ' רובינשטיין וטלי באמרו בין השאר:

„יש מקום להשקפה כי המונח 'רשלנות' במסגרת סעיף 6 אין משמעותו עוללת הרשלנות, אלא כל רשלנות אובייקטיבית. על יסוד השקפה זו ניתן לומר כי גם התנהגות זדונית מנווה סטייה מסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר“.

והוא מוסיף:

„אין ההגיון טובל תוצאה המעמידה במצב נוח יותר את זה הפועל בודון מאשר את זה הפועל ברשלנות“¹¹.
בקיצור קל וחומר.

2. כאנגליה הוחלט בעניין Phillips v. Homfray¹² כי אין לפסוק שכר ראוי במעין תווים עבור שימוש תוך הסגת גבול במקרקעין של הוולת. על פסק הדין נמתחה ביקורת קשה. סבורני שאין לקבל את ההלכה שנקבעה בו ונראה שלא יחול לגבי מטלטלין.

פרופ' טדסקי סבור כי „במשפט האנגלי תביעה לשכר ראוי (כתביעת התעשרות) בשל שימוש בנכס הזולת אינה בנמצא, ולכן מן הנמנע לקולטה ממנו“¹³. המונח „נכס“ לוקה בהכללת יתר. ההלכה נקבעה לגבי מקרקעין ואין סיבה להניח, כמובן מאליו, שתחול גם לגבי מיטלטלין¹⁴. אך אני הולק על הגישה עצמה, הלוקה, לדעתי, בפשטנות יתר. כאשר אנו קולטים דין אנגלי אין זו קליטה בלתי מבוקרת ואין היא מחייבת את בית המשפט לאמץ כל הלכה בתחום שמדובר בו. בית המשפט קולט את הדין תוך שהוא הופשי וצריך להפעיל את שיקולו ואת כוח יצירתו בפיתוח ההלכה. הוא יכול להעדיף מגמה אחת בפסיקה האנגלית על פני מגמה אחרת והוא יכול להרחיב את המגמה העדיפה והעקרונות המשתקפים

⁷ ג' טדסקי „גזקי גוף ללא שימוש בכוח והרשלנות הזדונית“ הפרקליט כנ (תשכ"ז) 170, 180 ואילך.

⁸ ג' טדסקי (עורך), י' אנגלרד, א' ברק, מ' חשין, דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית (כאגנס, מהדורה 2, תשל"ז).

⁹ וכיחוד איגנה מקובלת על העורך פרופ' טדסקי, ראה לעיל, הערה 8, בע' 89.

¹⁰ שם, שם.

¹¹ שם בעמ' 306.

¹² 24 Ch.D. 439 (1883).

¹³ ראה ג' טדסקי לעיל, הערה 2, בע' 73.

¹⁴ ואכן מהמשך הדברים נראה שפרופ' טדסקי עצמו מניח קיום דין שונה לגבי מיטלטלין, לעיל, הערה 2, בע' 74, הערת שוליים 20.

כה, לפתחם ולהגיע, בסופו של דבר לתוצאה שונה מזו שהושגה באנגליה. כך ניתן היה לפתח אצלנו את הלכת מצג השווא הרשלני בתחום דיני הגזיקין, בתקופה שבאנגליה נהגה הלכה שונה. וזאת בתקופה שקדמה לחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ג—1972. בתי המשפט בישראל עצמאיים היו גם ללא חקיקה זו.¹⁴ כך לגבי ענף משפטי דוגמת דיני בוזיקין שנקלט באמצעות חקיקה וכך לגבי ענף משפטי דוגמת דיני עשיית עושר ולא במשפט שנקלט באמצעות הפסיקה. בתחום זה קובעת, למשל, ההלכה האנגלית כי אין להשיב כסף ששולם מחמת טעות שבדין (זאת בכפוף להריגים מסויימים). והנה, כאשר התעוררה השאלה בישראל, דחה בית המשפט העליון את ההלכה האנגלית והגיע למסקנה שיש להכיר עקרונית באפשרות של השבת תשלום שנעשה מחמת טעות בדין.¹⁵ הבסיס, או בקודת המוצא — הינם בדין האנגלי. אך לאחר פיתוח ויצירה מקומית נתקבלה הלכה ישראלית השונה תכלית שינוי מן המקור האנגלי. אפשר היה אולי לגרום — כפי שגורס פרופ' טדסקי בעניין הנוכחי — כי בדין האנגלי תביעה בשל השבת כסף ששולם עקב טעות בדין איננה בנמצא (אלא במקרים חריגים), ולכן מן הנמנע לקלטה ממנו. אך גישתו של בית המשפט העליון — עדיפה.

ההבחנה בין שימוש תוך הסגת גבול במטלטלין לבין שימוש כזה במקרקעין איננה עומדת בפני הביקורת, ואיננה יודע אם בתי המשפט באנגליה עצמה ינהגו כיום לפי הלכת Phillips v. Homfray אם תעלה השאלה בפניהם. עבורנו אין הדבר מכריע. בכל מקרה חפשיים בתי המשפט בישראל בהסתמך על הלכותיו של לורד מנספילד בתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט¹⁶ לדחות הלכה זו ולהחיל אצלנו דין שמקורו, אמנם, בדין האנגלי אך אין הוא זהה לו.¹⁷

3. סעיף 160 לחוק המקרקעין מורה כי, "בענייני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו". פרופ' טדסקי מציע פירוש מרחיב למושג "ענייני מקרקעין" ולכך הוא מצרף השקפה כי, "כל הדינים האנגליים", אפילו נקלטו בעבר בישראל, ואפילו הם דינים כלליים, "שאינם נוגעים למקרקעין בלבד גדחים במידה

¹⁴ השופט זוסמן מכנה את סעיפי, "עצמאות החוק" וכן את ההוראה המשחררת מן החובה לנהוג לפי הפירוש האנגלי (מקום שמצוי היה סעיף המורה כך) כ, "הכרזות עצמאות חקיקתיות". הוא מציין בצדק כי הכרזות אלה הן בעלות חשיבות מעשית מעטה, שכן בתי המשפט עצמאיים היו עוד קודם לכן וחופשיים ואף חייבים היו שלא לפסוק בעקבות תקדים אנגלי, כאשר סברו שאין לעשות כן, ראה Y. Sussman "A Forecast of Problems in the Law of Contracts" 2 Tel Aviv University Studies in Law (1976) 17.

¹⁵ ע"א 292/68 יעקב יפת ושות' נ' איסטווד, פ"ד כג (1) 604.
¹⁶ ראה, למשל, *Moses v. Macferlan* (1760) 97 E.R. 676; *Hambly v. Trott* (1776) 98 E.R. 1136, וכן ע"א 827/76 גרשון ישראלי נ' בנק הפועלים, פ"ד לב (1) 153.

¹⁷ כגישתו לתוקף של חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט—1979 מעוררת שוב את שאלת היחס בין הפסיקה האנגלית לבין החוק. שאלה זו חורגת מתחומי של מאמר זה. אולם, עקרונית, סבורני כי פסיקה ישראלית קודמת ודין אנגלי בשינויים הנובעים מהליכי הקליטה אצלנו ובמידה שהם מתיישבים עם הוראות החוק, ממשיכים לחול. ראה: ד' פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ד) 463.

שנוגעים לענייני מקרקעין"¹⁸. בעוד שסימן 46 לדבר המלך היווה צינור קליטה, הופכת לפי גישה זו ההוראה בעניין עצמאות החוק שבחוק המקרקעין לצינור פליטה. מה שקודם נקלט – כעת נפלט. לא נאמר אם גישה זו חלה גם על הלכות שפותחו במשפט הישראלי, תוך הסתמכות על מקור אנגלי אך עם זאת שונות הן ממנו. מכל מקום דיני עשיית עושר ולא במשפט נקלטו מן הדין האנגלי, ואף שעברו פיתוח מקומי ניכר חשוב – בכל זאת מקורם אנגלי. התוצאה לפיה בתחום הרחב הכלול לפי פירושו של טרסקי בגדר „ענייני מקרקעין” לא נהגו בישראל דיני עשיית עושר ולא במשפט¹⁹, בתקופה שמיום כניסת חוק המקרקעין לתוקפו ועד לכניסת חוק דיני עשיית עושר ולא במשפט לתוקפו, היא בלתי רצויה, ולהערכתנו איננה מחוייבת המציאות. תוצאה זו מרחיקת לכת אף יותר: בהתאם לה, הדלו הדינים הנוגעים לפגמים ברצון, אשר נקלטו מן הדין האנגלי (טעות, מצג שווא, השפעה לא הוגנת, אילוץ) לחול בענייני מקרקעין מיום כניסת חוק המקרקעין לתוקפו. נמצא כי ממועד זה ועד למועד כניסת חוק החוזים לתוקפו, שרר אצלנו ואקום כמעט מוחלט בתחום כה רחב. האמנם? ועוד תוצאה מרחיקת לכת: הצבעתי לא אחת על כך שהחקיקה המכונה „קודיפיקטיבית” מתעלמת כליל מן הנושא של יחסי ספק-לקוח וחוזים אחידים, ואילו הוראות הנוגעות לסוגיה זו, מתקיימות כביכול לצידה²⁰. אחת התוצאות היא שהעקרון החשוב שהתפתח בעיקר בהקשר לחוזים אחידים (אף שאין הוא מוגבל לסוג זה של חוזים), לפיו יש לפרש חוזה, במקרה של ספק, כנגד המנסח, נשמט מחוק החוזים (חלק כללי). להשקפתו, עקרון זה שנקלט בדין הישראלי ממשיך לחול על חוזים שלגביהם הוא רלבנטי לרבות חוזים הנוגעים למקרקעין. אך אפשר כמובן, לגרוס, שחוק החוזים עוסק בנושא של פרשנות חוזה²¹, כי מדובר בעניין שחוק החוזים דן בו, ולאור סעיף 63 לחוק החוזים, אין יותר תחולה לכלל של פרשנות נגד המנסח, אשר נקלט מן הדין האנגלי. יתרה מזאת: כאשר מדובר בחוזים לרכישת מקרקעין (למשל, חוזה אחיד עם קבלן או חברת בניה), אפשר יהיה לצרף לכך את ההשקפה, כי מדובר „בענייני מקרקעין”, לכן לאור סעיף 160 אין להחיל על חוזים כאלה את הכלל של פרשנות נגד המנסח. בכלל זה דבק כתם מוצאו האנגלי ויש לפלטו מדיני חוזים. בכלל ומענייני מקרקעין בפרט. המעיין בפסיקה הישראלית יוכיח כי מודל תיאורטי כזה איננו נוהג במציאות²².

¹⁸ אך הביטוי „כל הדינים האנגליים” הוא בגדר הכללת יתר. סעיף 160 מדבר רק על סימן 46 לדבר המלך, ואין הוא מתייחס כלל לדין האנגלי שנקלט בצינורות אחרים. ראה להלן טקסט להערות 28–28 ב'.

¹⁹ הוראות שונות בדברי חקיקה ישראלים עוסקות בנושאים בתחום עשיית עושר ולא במשפט והן יחולו כמובן בכל מקרה מיום כניסת החוק הנוגע בדבר לתוקפו.

²⁰ ראה לאחרונה: ד' פרידמן „סוגיות בתחום החוזים האחידים” עיוני משפט ו (תשל"ט): 490, 499, בו נזכרה גם הלאקונה בעניין פירוש נגד המנסח.

²¹ ראה סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי).

²² ראה למשל ע"א 177/77 בנק ישראל נ' תוסיה-כהן, פ"ד לב (1) 524, 528; ע"א 659/77. שורקה נ' קרים, פ"ד לב (1) 393, 400; ע"א 780/77 יובל – הברה לביטוח בעיני נ' עזיני, פ"ד לב (2) 632, 636–637.

פרופ' לבונטין וד"ר גולדווטר בחנו את שאלת ההשלכה שתהיה לביטול סימן 46 לדבר המלך על כללי ברירת הדין בישראל, והגיעו למסקנה כי תוקפן של הלכות שנקלטו בארץ איננו מותנה בכך שסימן 46 יעמוד בתוקפו וכי ביטולו איננו מחייב לגרור עמו ביטול הלכות אלה.²³ שאלה דומה נבחנת ע"י פרופ' זמיר לגבי המשפט הציבורי ואף הוא הגיע למסקנה דומה. פרופ' זמיר ציין כי —

„השכל הישר וטובת המערכת המשפטית מחייבים לומר כי מה שנקלט ונעשה חלק מן המשפט המקומי, שוב אין טעם והצדקה לעקור אותו, ובדרך זאת לפתוח מחדש לאקנות ולעורר מבוכה וקשיים“²⁴.

זוהי אף דעתי²⁵ וכפי שניסיתי להראות, הרי פרט ליוצאים מהכלל בודדים, נוהגת כך הפסיקה הישראלית וכי לאמיתו של דבר פוטעת במרבית המקרים גם הספרות המשפטית הישראלית²⁶ באותו תלם.

4. פרופ' טדסקי סבור כי לא ניתן היה להכיר בתביעה לשכר ראוי בדיני עשיית עושר ולא במשפט ממסיג גבול במקרקעין וכן לא ניתן היה להכיר בה כלפי שוכר מקרקעין שפיגר בהחזרת המושכר. לעומת זאת, „בעולות המטלטלין המתאימות יוכל הנפגע לרבות משכיר שלא הוחזר לו המושכר במועד לתבוע תביעה מעין חוזית במקום תביעת נזיקין או תביעה חוזית“²⁷. שיטתו של פרופ' טדסקי מביאה, איפוא, באמצעות פרשנות החקיקה הישראלית וקשריה עם הדין האנגלי, כפי שהם נראים לו, לאותו מודל הנוהג בדין האנגלי, על ההבחנה הבתלי הגיונית בין מקרקעין ומטלטלין המצוייה בו, בכפוף לכך שהתוצאה המושגת היא עוד פחות רצויה מזו הנוהגת באנגליה. זאת מכיוון שאת האמצעי המתקן (היינו „רווחי ביניים“) העומד, במקרה המתאים, לרשות הדין האנגלי — הוא דוחה.

בע"א 238/66 מייכנר נ' אקראוז²⁸, הביע השופט הלוי את הדעה (אם כי הוא משאירה בצריך עיון) כי הפיצויים שניתן לתבוע לפי סעיף 41 לפקודת הנזיקין כוללים, לאור סעיף 2, הוא הסעיף המפנה לדין האנגלי לשם פרשנות²⁹ גם „רווחי ביניים“. פרופ' טדסקי מבקר דעה זו, ולכך הוא מצרף השקפה לפיה אפילו נקלט הדין האנגלי בעניין זה בשעתו, הרי לאור הוראות סעיף 160 לחוק המקרקעין, חדל דין זה להתקיים אצלנו מאז כניסת חוק המקרקעין לתוקפו. לדעתו הוראת סעיף 160 דוחקת את כל הדינים האנגליים באשר ובמידה שהם גוגעים למקרקעין³⁰, אלא שבכך נתפס פרופ' טדסקי לכלל טעות, שכן נשמט ממנו כי סעיף 160 לחוק המקרקעין מדבר אך ורק על כך שסימן 46 לדבר המלך לא יחול בענייני מקרקעין. הסעיף איננו מתייחס כלל לדין אנגלי שנקלט באמצעות דבר חקיקה אחר או

²³ א' לבונטין וד"ר גולדווטר, כללי ברירת הדין והסימן 46 לדבר המלך (המכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי, תשל"ד) 40—41.

²⁴ ז' זמיר, „סימן 46 לדבר המלך וסדרי המינהל הציבורי“ משפטים (תשל"ו) 294, 315.

²⁵ ד' פרידמן, לעיל, הערה 17, בע' 475 ואילך.

²⁶ שם, בע' 480 ואילך.

²⁷ ג' טדסקי, לעיל הערה 2, בע' 74.

²⁸ פ"ד כ"א (1) 7, 28.

²⁹ מספרי הסעיפים לפי הנוסח המקורי של הפקודה.

³⁰ לעיל הערה 2, בע' 74.

באמצעות פירוש ואפילו פירוש מרחיב לדבר חקיקה אחר (שאיננו סימן 46 הנ"ל). הבחנה בין קליטה מכוח סימן 46 לדבר המלך במועצתו לבין קליטת דין אנגלי בצינורות אחרים נדרשת מכל מי שמייחס משמעות לסעיף 160 לחוק המקרקעין, וכל שכן משמעות מרחיקת לכת.

5. לאחר שמתח ביקורת על הפתרון שנתקבל על ידי בית המשפט בע"א „רדים“ נ' „אנרי“, ועל הפתרון אשר הוצע על ידי חוזר פרופ' טדסקי ומציע אותו פתרון עצמו בתור הדין הרצוי. פרופ' טדסקי מכיר איפוא, בכך שהפתרון שנבחר על ידי בית המשפט הוא הפתרון העדיף. על כך בוודאי לא אהלוק ובעיני לפחות אם יש פנים לכאן ולכאן, הרי אף זה בגדר שיקולי הפרשן. אך פרופ' טדסקי סבור שפירוש זה יהיה אפשרי כאשר המשכיר יוכל „להיזקק לדין על עשיית עושר“, אם יקבע דין זה במשפטנו העתידי כדין כללי שיקיף גם את המקרה הנדון כאן.²⁹ כיצד יקבע? כנראה סבור פרופ' טדסקי שעל דרך חקיקה בלבד, ועד אז אין עצה ואין תבונה. ואילו אני מאמין בכוחו היוצר של בית המשפט ואינני סבור שאנו דלים וחסרי אונים עד כדי כך. מי שעקב אחר הנעשה בישראל בתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט לא היה מתקשה לעמוד על ההתפתחויות מרחיקות הלכת שארעו בתחום זה. בתי המשפט העדיפו את גישתו הרחבה והליברלית של לורד מנספילד³⁰ על פני גישות מצמצמות יותר שנגקטו לא אחת בדין האנגלי. פסק הדין בע"א 280/73 פלאימפורט נ' ציבה גייגי, ואח' מהווה דוגמה להתפתחות מרחיקת הלכת שחלה אצלנו בתחום זה וההלכה בעניין השבה מחמת טעות בחוק מהווה דוגמה גוספת.³¹ לשתי התפתחויות אלה אין אח ורע במשפט האנגלי. בעיני צעדו בתי המשפט בישראל מזה שנים לעבר הכרה בעקרון כללי של „עשיית עושר“ – והיתני אומר שעקרון זה קיים היה ונהג אצלנו עוד לפני קבלת חוק עשיית עושר ולא במשפט, ולמעשה נאמרו הדברים בפסיקה מפורשות.³²

²⁹ ג' טדסקי לעיל הערה 2, בע' 73.

³⁰ ראה לעיל הערה 16.

³¹ ע"א 280/73 פלאימפורט נ' ציבה גייגי ואח', פ"ד כט (1) 597 וההפנייה לךעתו של לורד מנספילד בע' 603.

³² ראה לעיל טכסט צמוד להערה 15.

³³ בע"א פלאימפורט, לעיל הערה 31, בע' 602, אומר השופט זוסמן: „אם בוטל פסק הדין בערעור, בטלה העילה לפיה זכה התובע בכסף שגבה... על פי עקרונות כלליים של עשיית עושר ולא במשפט חייב התובע שגבה בהשכח" (ההדגשה לא במקור). משמע עיקרון כללי כזה קיים ומוכר אצלנו. ביתר חרות אומר השופט זוסמן אה הדברים בע"א 827/76 גרשון ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב (1) 153, 157: „לצורך ההכרעה בענייננו מוכן אני לאמץ לעצמי את העקרונות שנקבעו על ידי Lord Mansfield בפרשה הנודעת של *Moses v. Macferlan* (1760)... הכלל שנקבע על ידי Lord Mansfield, שם, היה כי ex aequo et bono תב אדם בהשבת כסף שקיבל ללא משפט, בעילה מעין חזית“. בהמשך הדברים מפנה השופט זוסמן לסעיף 1 ל- *Restatement of Restitution* בו נקבע העיקרון הכללי, ומציין כי אין זה אלא הכלל העתיק שקבע לורד מנספילד לפני למעלה מ-200 שנה בלבד אחר ובניסוח מודרני. כלל זה מאמץ השופט זוסמן.

להשקפתי פסק הדין בע"א "דריים" ג' "אגד" מהווה, איפוא, דוגמה נוספת להחלת עקרון כללי שנתקבל במשפט הישראלי. המבנה שנבנה הוקם בעזרת אבני יסוד שנבררו מן המשפט האנגלי, אך זהו מבנה ישראלי ובנושאים מרכזיים הינו עשיר, מפותח ומתקדם לעומת המקור האנגלי. אין, לדעתי, דבר בחקיקה הישראלית החדשה המהייב אותנו להשליך מאחורי גונו, כאבן שאין לה הופכין, את כל אשר נבנה והוקם במשך שנים רבות, להמתין לדבר חקיקה, לנהוג עד אז כאילו קיים חלל ריק, ואילו לאחר שיחקק להתחיל הכל מבראשית. קבע המחוקק עקרון כללי בעניין "עשיית עושר" — מה טוב. אך אין זאת יצירת יש מאין אלא ביטוי למצב קיים.⁸⁴ בכך דומה הדבר להוראה בחוק החוזים לפיה טעות כוללת טעות בדין⁸⁵ ולהכרזת העצמאות החקיקתיות למיניהן.⁸⁶ מחד גיסא — בתי המשפט עצמאיים היו לפתח את הדין ולסטות מן הדין האנגלי אף קודם לכן, וכך נהגו הלכה למעשה. מאידך גיסא — אין הכרזה כזו מוחקת את הרקע המשפטי-ההיסטורי שלנו. מה שבעיני פרופ' טדסקי הוא העתיד הרצוי, שרק בחסדי המחוקק ניתן היה להשיגו, הוא בעיני ההווה המצוי בזמן שבו ניתן פסק-הדין בע"א "דריים" ג' "אגד" והמשתקף בפסק דין זה.

עם קבלת חוק עשיית עושר ולא במשפט ירדה השאלה מן הפרק לגבי המועד מיום כניסת החוק לתוקפו. אולם היא עומדת בעינה לגבי כל השנים שחלפו עד מועד זה, והיא עומדת בעינה לגבי שורה של עקרונות, ביניהם עקרונות כלליים שנקלטו אצלנו תוך הסתמכות על הדין האנגלי, דוגמת העקרון בדבר השתק (estoppel)⁸⁷ או הכלל בדבר פרשנות נגד המנסח.⁸⁸

דניאל פרידמן *

⁸⁴ חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט—1979 הביא שינויים חשובים בדין הישראלי בתחום זה שלא כאן המקום לעמוד עליהם. אך, כאמור, העקרון הכללי עצמו — מוכר היה.

⁸⁵ סעיף 14 (ג) לחוק החוזים (חלק כללי). ההלכה שנקבעה בפסיקה התייחסה אמנם לדיני עשיית עושר ולא במשפט, אך יש להניח שהלכה דומה היתה חלה בדיני חוזים.

⁸⁶ ראה הערה 14 לעיל.

⁸⁷ א' ברק, חוק השליחות, תשכ"ה—1965 (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי). (ירושלים, תשל"ה) 170, ו-ד' פרידמן לעיל הערה 17, בע' 488.

⁸⁸ ראה לעיל הטקסט הצמוד להערה 22.

* פרופסור, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.