

## ההוראה בדבר "עצמאות החוק" ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה \*

מאת

פרופ' דניאל פרידמן \*\*

החקיקה הישראלית החדשה בשטח האזרחי ניתנת לשיעורין. היא מורכבת ממספר ניכר של חוקים, אשר כל אחד מהם מבקש להסדיר שטח ספציפי, והיא נתקבלה לפני שנקבעו העקרונות הכלליים בשטח דיני החיובים. טכניקת חקיקה זו כרוכה בקשיים ניכרים. אחד מהם נוגע לכך שיש צורך לחזור בכל חוק ספציפי על מספר ניכר של עקרונות שניתן היה לקבעם בדבר חקיקה כללית. כך, למשל, חונרת בחוקים רבים ההוראה הנוגעת לקיומן חובות שהצדדים חבים זה לזה עקב עיסקה אחת המשמשת נשוא החוק. מובן שאילו הוסדרה סוגיה זו בדבר חקיקה כללית, היה הדיון בנושא זה בכל אחד מהחוקים הספציפיים מיותר. עם זאת, עדים אנו, במקרים רבים, לכך שהוראה, המבטאת עקרון כללי מסוים, נכללת בחוק אחד אך איננה מופיעה בחוקים אחרים, ולא תמיד קל לעמוד על הסיבה לכך.

כך, בחוקים אחדים, נקבעה הוראה מפורשת לפיה רשאים הצדדים, בהסכם שביניהם, לסטות מהוראות אותו חוק, בעוד שבחוקים אחרים נפקד מקומה של הוראה כזו. למשל, סעיף 4(ב) לחוק המכר, תשכ"ח-1968, קובע כי "הוראות חוק זה יחולו... באין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים". אך אין הוראה דומה בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. האם יש משמעות להבדל זה? גישת הפרשנות

\* רשימה זו נמסרה לדפוס לפני שנתקבל בכנסת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ברצוני להודות למערכת "משפטים" אשר איפשרה לי לכלול, במסגרת ההגהות, הפניית אחדות לחוק החדש. מובן, כי במסגרת זו לא ניתן היה לעמוד על כל השינויים המתחייבים בעקבות קבלתו של חוק זה.

\*\* תודתי נחונה לגב' ניגה זלצמן, אסיסטנטית באוניברסיטת תל-אביב, על עזרתה הרבה בהכנת רשימה זו.

- 1 ראה בנושא זה: פרוקצ'יה, "חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת", עיוני משפט, א', עמ' 41.
- 2 ראה למשל, ס' 10 לחוק השומרים, תשכ"ז-1967, ס' 13 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, ס' 32 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, וס' 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.
- 3 השווה כיום לסעיפים 53 ו-61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
- 4 אלא אם היה מתעורר צורך לסטות לצורך החוק הספציפי, מן העקרון שנקבע בחוק הכללי.
- 5 ראה מאמרו הנ"ל של פרוקצ'יה, עמ' 46 ואילך. המתברר גם מצביע על כך שהוראה החותרת בחוקים שונים איננה מופיעה תמיד בנוסח זהה.
- 6 סעיפים ספציפיים בחוק הג"ל מתייחסים אמנם לאפשרות של הסכם בין הצדדים, דוגמת ס' 15 הדן בפיצויים מוסכמים, וראה גם סעיף 21 לחוק הדן במתן הודעה לפי החוק, אך, כאמור, אין הוראה כללית בנידון זה.

המילולית תבקש להסיק מכך מסקנות מרחיקות לכת. אך, לדעתי, העובדה שהמחוקק הישראלי איננו מקפיד על אחדות במבנה, בשיטה ובניסוח בחוקיו – איננה מצדיקה, כשלעצמה, גישה דווקנית כזו. כך, למשל, נניח שהוסכם כי לא תהיה לנפגע זכות עכבון, כאמור בסעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) – כלום יש סיבה שלא ליתן חוקף לכוונת הצדדים?<sup>7</sup>

נראה לי, כי יש לבדוק את הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) הנ"ל בכל מקרה ומקרה לגופן, מבלי לייחס משמעות מרחיקת לכת להעדרה של הוראה כללית, דוגמת זו המצוייה בחוק המכר הנ"ל.<sup>8</sup>

שאלה זו מתעוררת גם בקשר להכללתה, או אי הכללתה, של הוראה השוללת את תחולת סימן 46 לדבר המלך במועצתו 1922, בחקיקה הישראלית החדשה. הוראה כזו נקבעה בחוק הירושה, תשכ"ה-1965, בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ובחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.<sup>9</sup> מאידך גיסא, אין כל התייחסות לשאלת תחולתו של סימן 46 בחוקים רבים אחרים. שיטת הפרשנות האנגלית נוטה לייחס משמעות רבה להבדלי נוסח אלו.<sup>10</sup> אך, כאמור, אינני בטוח שטכניקת פירוש כזו הולמת את החקיקה הישראלית.

לעיצומו של ענין, נראה לי, כי אין לייחס חשיבות מרחיקת לכת לשאלה אם הוראה כללית כזו נכללה, או לא נכללה, בדבר חקיקה ישראלית מסויים. הטעם לכך הוא שהוראה כזו ממילא איננה פותרת דבר ואין בה כדי להקל על מלאכתו של הפרשן.

התנאי לתחולתו של סימן 46 הנ"ל הוא שעניין מסויים איננו מוסדר בחקיקה המקומית. דבר זה עולה מסימן 46 עצמו. מכאן, כאשר נושא מסויים מוסדר בחקיקה המקומית, ממילא נשללת הפניה, באותו עניין, לדין האנגלי וזאת מכוח סימן 46 עצמו. לפיכך, כל הוראה נוספת בחוק מקומי, המציינת כי באותם עניינים שהחוק עוסק בהם אין לפנות לדין האנגלי, מהווה חזרה מיותרת על הוראת סימן 46.

עיקר הקושי שמעורר סימן 46 הנ"ל הוא מתי תחשב שתיקת המחוקק המקומי כהסדר שלילי ומתי כחוסר הסדר. זוהי בעיית הלאקונה. ובלשונו של השופט זוסמן בע"א 108/59 פריצקר נ. ניב<sup>11</sup>:

"כיצד עלינו להתייחס לשתיקת המחוקק המקומי; האם נראה בה שתיקה מדעת,

7 בהנחה שאין מקום לתקוף תנאי זה על יסוד הוראות חוק החוזים האחדים, תשכ"ד-1964, או על יסוד עקרון כללי כלשהו המקובל בדיני החוזים.

8 מובן כי לא ניתן להתנות על האמור בסעיף 15 לחוק הנ"ל המקנה לבית המשפט כוח להפחית פיצויים שנקבעו מראש, וייתכן גם שלא ניתן להתנות על האמור בסיפא של ס' 6 לחוק. מאידך גיסא, אין כל סיבה שלא להתיר לצדדים להתנות, כי בקביעת סכום הפיצויים יובא בחשבון הסכום שהנפגע קיבל לפי הוזה ביטוח. זאת למרות האמור בס' 16 לחוק הנ"ל. השאלה אם תנאי כזה עלול לפגוע בזכות הסוברוגציה של המבטח ואם נדרשת הסכמת המבטח לתנאי כזה תורגת ממסגרת רשימה זו.

דעה שונה מזו שבטקסט הובעה על-ידי פרופ' ידן בספרו חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), עמ' 15 ואילך.

88 לאחרונה נקבעה הוראה כזו בסעיף 63 לחוק החוזים (חלק כללי).

9 ראה מאמרו הנ"ל של פרופ' פרוקצ'יה, בעמ' 46.

10 פד"י י"ד, 1545, 1549. ראה גם ע"א 472/63 מנדלבוין נ. "רביצ'א" בע"מ, פד"י י"ח (2), 163, 158.

ההוראה בדבר "עצמאות החוק" ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה

יצירה מכוונת של הסדר שלילי, המוגעת פניה למשפט האנגלי, או שמא נראה בה מעין שיכחה בהסח הדעת, השמטה בלתי מובנת של עקרון משפטי שיחול באותו ענין?

הקשיים הכרוכים בפתרון בעיה זו הורגים ממסגרת רשימה זו<sup>11</sup>. לענייננו, חשוב לציין כי הוראה בחוק המקומי השוללת פניה לדין האנגלי בנושא שבתחום אותו חוק, איננה מסייעת בפתרון בעיה זו. השאלה נשארת כשהיתה, דהיינו, מהו הענין או הנושא שבתחום ההסדר של אותו חוק מקומי, שהרי אם ענין פלוני הינו בגדר אותו חוק, לא נפנה לדין האנגלי בין אם הדבר נאמר במפורש בחוק עצמו ובין אם לאו. דוגמא בולטת להעדר תועלת מעשית שבהוראה כזו, יוכל לשמש סעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת הוזה), תשל"א-1970. סעיף זה קובע כדלקמן:

"בעניינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1927-1922".

אך השאלה היא מהם ה"עניינים שחוק זה דן בהם". סעיף 24 איננו משיב על כך. זוהי, אם כן, שאלה שעלינו לבחון, בלי כל קשר לסעיף 24<sup>12</sup>. מנימוק זה, ובמסגרת התחומים שפורטו לעיל, אני מסכים להשקפתו של פרופ' ידין<sup>13</sup>, כי ההוראות בדבר "עצמאות החוק" שבחוקים הישראליים השונים, הן דקלרטיביות בלבד.

נכון הדבר שקיים הבדל בין ההוראה בדבר עצמאות החוק אשר בחוק התרופות לבין זו המצויה בחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ובחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. בעוד שחוק התרופה שולל פנייה לדין האנגלי ב"עניינים שחוק זה דן בהם" שולל חוק הירושה את תחולת סימן 46 "בענייני ירושה" וחוק המקרקעין – "בענייני מקרקעין". מהבדל זה בניסוח ניתן אולי להסיק, כי יתכנו מקרים שהם בגדר "ענייני מקרקעין" או "ענייני ירושה", אשר לא נידונו כלל בשני דברי החקיקה האמורים, וכי גם לגבי עניינים אלו תשולל הפנייה לדין האנגלי. לפי גישה זו יש משמעות מסויימת להוראות "עצמאות החוק" אשר בחוק הירושה ובחוק המקרקעין. המשמעות היא לגבי אותם "ענייני ירושה" או "ענייני מקרקעין" אשר לא נידונו כלל במסגרת אותם חוקים. לעומת זאת שולל הניסוח של סעיף 24 לחוק התרופות אפשרות זו שהרי אם אין החוק דן בנושא מסויים אין הוא בגדר סעיף 24.

מסופקני אם אמנם כך הדבר. השאלה מה הם "ענייני מקרקעין" או "ענייני ירושה" אינה צריכה להיות נידונה, לדעתי, על יסוד תאוריות מופשטות בלבד. הבעיה של קלסיפיקציה מסוג זה היא בעיה קשה ביותר, מה גם ששאלות משפטיות רבות ניתן לשייך בעת ובעונה אחת למספר קטגוריות משפטיות. כך, למשל, האם שאלת הפגמים ברצון לגבי צוואה, דוגמת טעות, הטעיה או לחץ הינה בגדר "ענייני ירושה" או שמא שייכת אותה שאלה לענפי משפט אחרים. הוא הדין לגבי פגמים ברצון בהתחייבות

11 בנושא זה ראה צלטנר, "הסימן 46 לדבר המלך במועצתו כהוראת משפט בין שכבתי", הפרקליט, ט"ו, 300; טדסקי, "בעית הליקויים בחוק (lacunae) וסימן 46 לדבר המלך במועצתו", מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה 2, עמ' 132.

12 ניתן אולי לטעון שיש ללמוד מהוראה דוגמת זו שבסעיף 24 הנ"ל, כי הכוונה היא להורות ששתיקת המחוקק תחשב בכל מקרה ל"הסדר שלילי" וכי בדרך זו תושג "עצמאות החוק". גראה לי כי לא ניתן לקבל טענה כזו וכי היא תוליך לתוצאות שאין הדעת סובלת.

13 ידין, "כיצד יפורש חוק השומרים", הפרקליט, כ"ד, 493, 494.

לעיסקה במקרקעין. שאלות מסוג זה יש לפתור, לדעתי, על יסוד בחינת הוראות החוק הנוגע בדבר. אם יסתבר, כי אותו חוק אמנם התכוון "לכסות" סוגיה משפטית זו הרי היא תחשב לצורך עניינו כנכללת בגדר "עניני ירושה" או "עניני מקרקעין". מכאן, שלדעתי אין לייחס משמעות רבה לניסוח השונה של סעיף עצמאות החוק בחוקים השונים.

כאשר אנו נתקלים בשתיקת המחוקק בחקיקה הישראלית החדשה, לגבי סיטואציה כלשהי, מתעוררות למעשה, אותן שאלות שנתעוררו בעבר לגבי החקיקה המקומית. השאלה הראשונה היא אם שתיקת המחוקק נחשבת כהסדר שלילי, אם לאו. במקרה שהתשובה לשאלה זו חיובית, הרי בכך בא הענין לסיומו. אך אם התשובה הינה שלילית, מתעוררת השאלה מנין ישאב ביהמ"ש את הפתרון לאותה סיטואציה. כאן קיימות שתי אפשרויות עיקריות: האחת, פתרון על יסוד פרשנות של אותו חוק עצמו, דוגמת לימוד הפתרון מתוך מטרתו המשוערת של המחוקק או על-ידי הסקת מסקנות מהוראות אחרות שנכללו באותו חוק.<sup>14</sup>

ראוי להצביע על כך כי במקרה כזה, אף שמדובר בשתיקה של המחוקק, אין זו לאקונה בגדר סימן 46. זאת הואיל והפתרון לסוגיה נמצא על יסוד פרשנות (הגם פרשנות מורחבת) של החוק הנוגע בדבר. נמצא שהפתרון הוא בגדר השיטה המשפטית המקומית ואין צורך ב"השלמה מבחוק". ייתכן שאת ההוראות בדבר עצמאות החוק אפשר לראות כהבעת רצון מצד המחוקק לנקוט בדרך פרשנות זו. אך, שוב, מסופקני אם יש הצדקה לנקוט בדרך פרשנות זו מקום שקיימת הוראה בדבר עצמאות החוק ולא לנקוט בה לגבי החוקים שלא נקבעה בהם הוראה מסוג זה.

האפשרות השנייה, פנייה לדין הישראלי הכללי. ראוי להדגיש, כי שאלה זו איננה שונה במהותה מן השאלות המתעוררות בשיטות משפט אחרות שאינן מכילות הוראה דוגמת זו המצוייה בסימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922, כאשר מתעוררת בהן שאלת פירושו של דבר חקיקה ספציפי המוגבל בתחולתו. ההבדל בין שיטתנו אנו לשיטות אחרות נעוץ בכך שכאשר אנו פונים לדין הישראלי הכללי, ייתכן מאוד שניזכר, כי העקרון הנוגע לאותה סיטואציה נשאב לתוך הדין המקומי מן הדין האנגלי דרך סימן 46 הנ"ל.

לאמיתו של דבר לא קיימת אפשרות של פנייה ישירה לדין האנגלי לשם השלמת דבר חקיקה ישראלי. זאת, בין אם דבר החקיקה הנוגע בדבר שולל במפורש את תחולת סימן 46 הנ"ל ובין אם לאו, שכן שאלת הלאקונה איננה נבחנת אך ורק על יסוד החוק הספציפי הנוגע בדבר, אלא מנקודת ראותה של השיטה המשפטית בכללותה. למשל, חוק הערבות, תשכ"ו-1967, איננו מכיל כל הוראה בשאלת כשרותם המשפטית של הצדדים. לביורור שאלה זו עלינו לפנות לדין הישראלי הכללי. מכיוון שהתשובה מצוייה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, אין מקום — מנקודת ראות השיטה המקומית בכללותה — לפנות לדין האנגלי. השאלה אם לפנות לדין האנגלי אם לאו, היתה מתעוררת רק כאשר נושא זה לא היה מוסדר בדין הישראלי הכללי.<sup>15</sup>

14 ראה דוגמא לכך בע"א 83/68 עובד פינקלשטיין נ. פינקלשטיין, פד"י כ"ב (1), 618, בו התעוררה השאלה לגבי חוק הירושה.

15 עניין זה הובהר על-ידי פרופ' ברק במאמרו: "ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על

ההוראה בדבר "עצמאות החוק" ובעית הלאקונה בחקיקת הישראלית החדשה

אמנם, במקרים רבים שואב הדין הישראלי עקרונות כלליים מן המשפט האנגלי, ולמעשה נקלטו בו, בדרך זו, ענפי משפט שלמים<sup>16</sup>. משום כך מתקבל לעיתים הרושם שדבר חקיקה מקומי מושלם, כביכול, במישרין תוך פנייה לדין האנגלי<sup>17</sup>. אך, כאמור, ההשלמה נעשית בדרך עקיפין, היינו, פנייה לדין המקומי הכללי, אשר קלט את העקרון הנוגע לאותו ענין מן הדין האנגלי.

השאלה של השלמת דבר חקיקה מקומי במישרין על-ידי הדין האנגלי, מתעוררת רק לגבי אותן פקודות מנדטוריות המורות על כך במפורש<sup>18</sup>. אף לגבי פקודות אלו, נראה לי, כי יש לקבל את גישתו של פרופ' ברק<sup>19</sup> שהועלתה בקשר לפקודת השטרות, לפיה לגבי עניינים הנמצאים בגדר הפקודה הנוגעת בדבר, "במובן המצומצם", יש לפנות לשם השלמה במישרין לדין האנגלי. אולם לגבי נושאים אחרים, שאינם בגדר הפקודה הנוגעת בדבר "במובן המצומצם", יש לפנות לדין הישראלי הכללי.

מכיוון שאין באף אחד מן החוקים הישראליים החדשים הפנייה ישירה לדין האנגלי, הרי שהפנייה לשם השלמה תיעשה תמיד לדין הישראלי הכללי. נבחון נושאים אחדים אשר לגביהם עשויה להתעורר השאלה של שתיקת המחוקק והשלמת החסר על-ידי פנייה לדין הישראלי הכללי:

- (1) פלוני ערך הסכם לקניית מקרקעין והוא מבקש לתבוע את אכיפתו.
  - (2) שניים ערבו לחיוב אחד והערב שפרע מבקש לתבוע השתתפות מחברו.
  - (3) ראונו מינה את פלוני כשלוה ופלוני ערך הסכם עם צד שלישי תוך הפרת החובות המוטלות עליו לפי סעיף 8 לחוק השליחות. ההפרה היתה על דעת הצד השלישי, כאמור בסעיף 9(ב) לחוק השליחות וראונו מבקש לתבוע מהצד השלישי השבת הרווח שהפיק.
- המשותף לדוגמאות דלעיל הוא שבכל מקרה קיים חוק ישראלי הקרוב לנושא הנדון, אך אף אחד מחוקים אלה אינו דן בבעיה הספציפית שהצגנו<sup>20</sup>. דוגמא מס' 1 עוסקת בהתחייבות לערוך עיסקה במקרקעין. חוק המקרקעין, תשכ"ט-

הערב 'אוול', הפיקלים, כ"ד, 404. במאמר זה נידונה שאלת דינה של הוראה בפקודה מנדטורית המפנה במישרין, לצורך פירוש, לדין האנגלי. ענין זה יידון להלן.

16 למשל, דיני המשפט הבינלאומי הפרטי ודיני עשיית עושר ולא במשפט, אשר נקלטו כמעט כמלואם. ראה ע"א 108/59 פריצקר נ. ניב, הנ"ל.

17 כידוע, התירה המגילה ריבוי ערבים אולם לא דנה בשאלה של תביעת השתתפות ביניהם. בתי המשפט פסקו כי אין הסדר שלילי והחילו את דיני ההשתתפות הנוהגים בדין האנגלי: ע"א 206/47 ליפשיץ נ. ארנולד, פ"ע ב', 186, וראה גם ע"א 108/59 פריצקר נ. ניב הנ"ל. אף במקרה כזה אין זה מדוייק לומר כי הדין האנגלי השלים במישרין את הוראות המגילה. בית המשפט בחן אם קיימת בשיטה המשפטית הישראלית הכללית הוראה הדנה בהש"ת תפוח בין אנשים החייבים אותו חוב. מאחר ולא נמצאה תשובה לכך בהוראה מקומית כלשהי, נפתח הפתח לקליטת הדין האנגלי הנוגע לענין. אולם למראית עין נראה כאילו הושלמו הוראות המגילה במישרין על-ידי הדין האנגלי.

18 אולם הוראה בחוק המפנה לדין האנגלי לצורך פרשנות כפופה כיום לחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972.

19 במאמרו שאווכר בהערה 15 לעיל.

20 לגבי דוגמה מס' 1 מדובר בתקופה בטרם תל חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ואילו לגבי דוגמה מס' 2 מדובר בתקופה שלפני כניסתו לתוקף של חוק החוזים (חלק כללי).

1969, מכיל הוראות אחדות בקשר להתחייבות כוונת<sup>21</sup>, אך אין הוא דן בתרופות בשל הפרתה. מה משמעות שתיקה זו. לדעתי, אין לראות בה הסדר שלילי. המחוקק פשוט לא ניסה להסדיר את מכלול הבעיות הכרוכות בהתחייבויות לעיסקות במקרקעין. מכאן, שבכל הנוגע להתחייבויות כאלה – ואשר אין לגביהן הוראה מיוחדת בחוק המקרקעין – עלינו לפנות לדין הישראלי הכללי. כך הדבר למשל, לגבי הסוגיה של פגמים ברצון (טעות, מצג שוא, אילוף וכו'). כאשר בפנה לדין הישראלי הכללי נזכרת, כי דין זה שואב חלק נכבד מן העקרונות בנידון מן הדין האנגלי. מכאן, שכל עוד לא נתקבלה הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, יחולו בענין זה כללים רבים השאובים מן המשפט האנגלי<sup>22</sup>.

סעיף 160 לחוק המקרקעין, הקובע כי "בעניני מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1927-1922", אינו מעלה ואינו מוריד בענין זה דבר. השאלה היא, מהם "עניני מקרקעין" במובן סעיף 160 הנ"ל. התשובה יכולה להינתן רק לאור ניתוח הוראות חוק המקרקעין בכללותו. מסיצאנו כי החוק הנ"ל אינו מתיימר להסדיר את מכלול השאלות הכרוכות בהסכמים לרכישת מקרקעין, נוכל לומר, כי הסכמים אלה אינם בגדר "עניני מקרקעין" במובן סעיף 160 הנ"ל.

גישה דומה יש לנקוט לגבי הבעיה של אכיפת חוזה לרכישת מקרקעין. חוק המקרקעין אינו עוסק כלל בשאלה זו. מכאן, שאת התרופות עלינו למצוא בדין הישראלי הכללי. בתקופה שקדמה לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, שאב הדין הישראלי את העקרונות הנוגעים לתרופות בשל הפרת חוזה משני מקורות: מחוק הפרוצדורה האזרחית העותומני ומן הדין האנגלי. התרופה של ביצוע בעין, שמקורה בדין האנגלי, היוותה באותה תקופה חלק מן הדין הישראלי הכללי<sup>23</sup>.

הוראת סעיף 160 לחוק המקרקעין הנ"ל כוגבלת ל"עניני מקרקעין". לכן השאלה היא אם סוגיית התרופות בשל הפרת חוזה לרכישת מקרקעין הינה בגדר "עניני מקרקעין", היינו בגדר אותו מכלול עניינים שחוק המקרקעין בא להסדיר ולפתור. ומשנמצא כי התשובה לכך שלילית, ממילא לא תחול הוראת סעיף 160 הנ"ל.

אולם כאשר התעוררה השאלה בע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ג. ג. בירדמן<sup>24</sup>, דחה בית המשפט את האפשרות להעניק סעד של ביצוע בעין לגבי הסכם לרכישת מקרקעין. בית המשפט הצביע על כך שסעיף 161 לחוק המקרקעין הנ"ל ביטל זכויות שביושר במקרקעין. אמנם באותו ענין היה מדובר בתביעה בין צדדים סמוכים, אך בית המשפט ציין כי "רק מכוח סימן 46 הוסמכו בתי המשפט ליתן את הסעד לגבי מקרקעין. אך מועצת המלך נתנה והכנסת לקחה. בבטל את הויקה לסימן 46 בסעיף 160 לחוק

21 ראה ס' 8 ו' 9 לחוק הנ"ל.

22 כיום מוסדרת סוגיה זו בפרק השני של חוק החוזים (חלק כללי). תחולתו של חוק זה הורחבה על יסוד האמור בס' 61(ב) לאותו חוק.

23 קבלת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, איננה מכנה את הגישה דלעיל. מדובר בהתחייבות לרכישת מקרקעין, ומשנסתבר כי חוק המקרקעין הנ"ל אינו דן בתרופות בשל הפרת אותה התחייבות, עליו לפנות לדין הישראלי הכללי. ההבדל הוא שכיום נמצא את הפתרון בדבר חקיקה מקומי, דהיינו בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), הנ"ל.

24 פד"י כ"ז (2), 781.

ההוראה בדבר "עצמאות החוק" ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה

המקרקעין בטל מאתנו המחוקק הישראלי את 'העושר' שהעניק לנו סימן 46 והחזיר אותנו אל התקופה העותומנית"<sup>24</sup>.

מן הנימוקים שפורטו לעיל, נראה לי, כי בית המשפט ייחס לסעיף 160 לחוק הנ"ל משמעות מעבר לזו הנדרשת<sup>25</sup>.

מן הראוי לציין כי הנושא הספציפי, ששימש ושווא הדיון בע"א 726/71 גרופמן את ק.ב.ק. נ. בידרמן הנ"ל, בא על פתרונו על-ידי תיקון החוק<sup>26</sup>. אך עדיין נותרו שאלות אחרות הנוגעות לחווי מקרקעין (כמו הבעיה של פגמים ברצון) מבלי שנמצא להן פתרון בחוק המקרקעין עצמו. לפיכך, גם השאלה כיצד לפרש את שתיקת המחוקק באותם עניינים, נשארת במקומה.

דוגמא מס' 2 שהובאה לעיל, מתייחסת להשתתפות בין ערבים. חוק הערבות, תשכ"ו-1967, מכיר באפשרות של ריבוי ערבים. בסעיף 13 לחוק נאמר, כי "שנים או יותר שערבו לחיוב אחד אם במאוחד או בנפרד יהיו אחראים יחד ולחוד...". אך לגבי השאלה של השתתפות בין הערבים שותק החוק שתיקה גמורה<sup>27</sup>. השאלה היא מהי המשמעות שיש לייחס לשתיקה זו של המחוקק.

נראה כי לדעת המחוקק הסוגיה של השתתפות בין ערבים איננה שייכת לדיני ערבות דווקא, אלא היא מהווה חלק מבעיה כללית של השתתפות בין חייבים יחד ולחוד. לכן, לשם בירור מערכת יחסים זו עלינו לפנות לדין הישראלי הכללי, ודין זה שואב את התוראות בנידון מן הדין האנגלי<sup>28</sup>.

שוב, אין הפתרון דלעיל מבוסס דווקא על העדר הוראה מפורשת בדבר עצמאות החוק. אפילו היתה הוראה כזו בחוק הערבות הנ"ל לא היתה המסקנה, לדעתי, שונה. אז היתה נשאלת השאלה אם הסוגיה של השתתפות בין ערבים היא סוגיה שבדיני ערבות. זוהי בעיה של קלסיפיקציה, אשר אותה יש, לדעתי, לבחון לא רק לאור קונספציות כלליות אלא גם לאורן של הוראות החוק האחרות. מן העובדה שחוק הערבות הנ"ל לא דן בנושא זה של השתתפות בין ערבים, ניתן ללמוד כי המחוקק לא ראה את הסוגיה הזו כספציפית דווקא לדיני ערבות.

דוגמא מס' 3 מעוררת קושי. סעיף 9(ב) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, העניק לשולח סעד ספציפי (תביעת פיצויים) כנגד הצד השלישי אשר כלפיו עשה השלוח פעולה

24 עמ' 792, שם.

25 ראה גם פרנקל, "אכיפת חוזים לרכישת מקרקעין", משפטים, כרך ד', עמ' 494.

26 ס' 5 לחוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ג-1972 (פורסם: ס"ח, תשל"ג, עמ' 18) קובע כדלקמן:

"אין בחוק העיקרי כדי למנוע מתן צו של ביצוע בעין, לפי הדין שעמד בתוקפו ערב תחילת החוק העיקרי, בשל התחייבות לעשות עסקה במקרקעין שאדם התחייב בה בתקופה שבין תחילת החוק העיקרי לבין תחילת חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970".

ראה גם ע"א 442/26 משה נ. גביריו, פד"י כ"ו (1), 579, ובר"ע 3/73 גלעד נ. סופר, פד"י כ"ו (1), 596.

27 מענין להצביע על כך כי ההוראה בדבר השתתפות בין ערבים הופיעה בהצעת החוק. ראה הצ"ח מס' 632, תשכ"ה, עמ' 71 ס' 19. אך כאמור, לא נכללה בחוק עצמו.

28 מדובר בתקופה שלפני כניסת חוק החוזים (חלק כללי) לתוקפו. כיום מוסדרת הסוגיה של השתתפות בין חייבים חיוב אחד בפרק ו' לחוק החוזים. וראה גם ס' 61(ב) לאותו חוק.

המהווה הפרת חובה כלפי השולח. זאת, בתנאי שהפרת החובה נעשתה על דעת הצד השלישי.

השאלה היא, איפוא, אם קביעת הסעד של פיצויים מהווה הסדר שלילי לגבי התרופה של השבת הרווח<sup>28</sup>. כשלעצמי, הייתי מעדיף פתרון שאיננו רואה בכך הסדר שלילי, והפותח בפנינו את האפשרות לפנות בעניין זה לדין הכללי<sup>29</sup>. אלא, שכאמור, אין העדרו של סעיף בדבר עצמאות החוק מקל עלינו בפתרון השאלה, אם קיים הסדר שלילי אם לאו. פתרון שאלה זו מותנה הן בפרשנותו של סעיף 9(ב) והן בשאלה, אם כעניין של מיון (קלסיפיקציה) צריך הסעד של השבה כנגד הצד השלישי למצוא את מקומו דווקא בחוק הדין בשליחות.

28 כן מכיר ס' 9(ב) לחוק באפשרות ביטול העיסקה כלפי הצד השלישי. למשמעות הביטול ותוצאותיו יש לפנות לדין הישראלי הכללי, וברור כי ביטול מחייב השבה משני הצדדים. אך אין בכך כדי לפתור את הסוגיה הנדונה לעיל, שכן הכוונה היא למקרה בו מבקש השולח לתבוע השבת רווח מבלי לנסות ולבטל עיסקה כלשהי, כגון שהשליח, תוך הפרת תובתיו כלפי השולח, גילה לצד השלישי אינפורמציה סודית השייכת לשולח ובעזרת אינפורמציה זו הפיק הצד השלישי רווח.

29 לעומת זאת, גיתן למצוא חיזוק לגירסה, לפיה קיים הסדר שלילי מתוך השוואה לסעדים שהעניק החוק לשולח כלפי השלוח. כלפי האחרון נקבעו הן הסעדים הכלליים הניתנים בשל הפרת חוזה (הכוללים, כמובן, גם פיצויים) (ס' 9(א) לחוק) והן השבת רווח (ס' 10 לחוק). לעומת זאת דן החוק רק בסעד של פיצויים הצומד לשולח כלפי הצד השלישי. אך, כאמור, ספק בעיני, אם טכניקת הפרשנות המילולית הולמת את החקיקה הישראלית החדשה.