

# בשולר הפסיקה

## החובה להתקין נורמות כלליות

(בג"צ 295/65, אופנהיימר ואח' נ' שר הפנים והבריאות (טרם פורסם))

### א. הפעיה

מיסודות המשפט המינהלי הוא, כי במקום שהדין מסמיך פקיד ציבור לעשות פעולה פיזית או לקבוע נורמה אינדיבידואלית, ופקיד הציבור נמנע שלא כדין מלעשות כן, יצווה בית המשפט הגבוה לצדק על פקיד הציבור לעשות את שהוסמך לעשות. אך האם יצווה בית המשפט הגבוה לצדק על פקיד ציבור לקבוע נורמה כללית? שאלה זו טרם נדונה בישראל<sup>1</sup>, ואף בארצות אחרות נדירים המקרים בהם היא התעוררה<sup>2</sup>. מכאן חשיבותו הרבה של פסק דין שניתן על ידי בית הדין הגבוה לצדק, ואשר קבע, ברוב דעות<sup>3</sup>, כי במסיבות מתאימות יצווה בית המשפט על פקיד ציבור להתקין, בכל המהירות הראויה, נורמות כלליות.

הרקע הסטטוטורי לפסק הדין הוא החוק למניעת מפגעים, תשכ"א—1961<sup>4</sup>. אשר נכנס לתקפו ב-1961. חוק זה קובע, בין השאר, בסעיף 2, איסור על גרימת רעש חזק ובלתי סביר אם הוא מפריע או עשוי להפריע לאדם המצוי בקרבת מקום. אי קיום האיסור מהווה הן עבירה פלילית והן עוולה אזרחית<sup>5</sup>. החוק קובע כי שר הבריאות ושר הפנים יחדיו<sup>6</sup> ממונים על ביצוע החוק ורשאים להתקין תקנות לביצועו. נוסף על כך נקבע בסעיף 5 — סביבו התרכזו הדין בפני בית המשפט —

1. בבג"צ 295/65 הג"ל מוזכר בג"צ 192/64 ארגו נ' הוועדה המחוזית לבניה ולתכנון עיר, ירושלים, י"ט פד"י, חלק 1, ע' 95, הדין בבעיה קרובה.
2. בבג"צ 295/65 הג"ל מצוטט פסק דין צרפתי *Arrêt Doublet* ופסק דין אירי *The State (Modern Houses (Ireland)) Ltd. v. Dublin Co.* [1935] I.R. 202 ב- *R. v. Manchester Corporation* [1911] 1 K.B. 560. ניתן צו להתקנת נורמות כלליות, אך הבעיה העקרונית לא נדונה בו.
3. מ"מ הגשיא, השופט זילברג והשופט לנדוי, כנגד דעתו החולקת של השופט כהן.
4. ס"ח 332, תשכ"א, ע' 58. להלן — החוק.
5. כל רשיון הנדרש על פי כל חיקוק מותנה בקיום הוראות החוק (סעיף 9 לחוק).
6. להלן — השרים.

שנמצא במעצר או להשפיל את כבודו על מנת ש"יספר או ידבר"; יש צורך להסביר לאלו העומדים בראש המנגנון המשטירתי כי שום ארץ תרבותית דמוקרטית שבה שולט שלטון החוק והמשפט לא תסבול מעשים או התנהגות כזו מצד השוטרים, ויהיו המניעים של השוטרים החוקרים כאשר יהיו. אין זה מזכותו ואף לא מתפקידו של השוטר לשדל או להשפיע על העצור כדי שיוודה באשמה המיוחסת לו. נהפוך הוא הדבר, חייב השוטר, שעה שעצור נמצא בחזקתו, להודיע לו על זכותו שלא לדבר, ולאפשר לו גישה לעוה"ד או לבני-משפחתו אשר אתם רוצה העצור לבוא במגע. בשום פנים אין להעלים מבני משפחתו או יועצו המשפטי את מקום הימצאו של העצור כדי למנוע בצורה זו מגע מידי עמו.

על הממונים על חינוך השוטרים להזכיר ולהורות לפיקודיהם כי השיטות שלעתים משתמש בהן השוטרים החוקרים לשם הכנת חומר האישום הן שיטות נפסדות, נוגדות את החוק ומטילות כתם על המנגנון המשטירתי, ומה שלא פחות חשוב — הן פוגעות בשמו הטוב ובכבודו של השוטר — כבוד אשר בלי ספק הוא זכאי לו במילוי תפקידיו הקשים.

\* \*  
\*

### דברי קלוקל

לפני זמן קצר פורסמה כתבה באחד המוספים השבועיים של עתון יומי, ובה דברים שנאמרו על ידי חברים למקצוע (בלווית תצלומיהם) עת רואיינו ע"י שליח העתון — דברים אשר תכנם וסגנונם הם לא לכבוד המרואיינים ולא לכבוד המקצוע. יש להצטער על כך שדמות עוה"ד בישראל סולפה במידה רבה על ידי כמה מן המרואיינים — אשר ריח התרברבות נודף מדבריהם, הפוגמים בטעם הטוב ואף גובלים במידה מסויימת עם דברי לעז על עוה"ד במדינה.

אנו מפנים את תשומת לב הקורא לרשימה על נושא זה, שמתפרסמת בחוברת זו, מאת הח' אסף גולדברג, ואין לנו מה להוסיף עליה. אנו מקווים שהציבור בארץ, אשר קרא את הכתבה הנ"ל, לא יראה את רובם של הדברים שנתפרסמו בה כדברים המשקפים את מעמדו, עמדתו או מצבו של עוה"ד בישראל.

א. פ.

כי "השרים יתקינו, בתקנות, כללים לביצוע הסעיפים 2-4, ובין השאר רשאים הם לקבוע מה הם רעש, ריח או זיהום אויר, חוקים או בלתי סבירים". מאז נכנס החוק לתקפו ועד עצם היום הזה לא הותקנו כללים לפי סעיף 5 בכל הנוגע לרעש חזק ובלתי סביר. מחדל זה, כך קבע בית המשפט, מקורו "בהתרשלות מרובה והזנחה". המבקשים במשפט סובלים בחלקם מרעש שנגרם על ידי זולתם, אך הם מתקשים בהפעלת רשויות המדינה לשמירת זכויותיהם לפי החוק כל עוד לא נקבע בתקנות מהו רעש חזק ובלתי סביר. מכאן בקשתם לבית המשפט הגבוה לצדק, כי יצווה על השרים להתקין כללים לביצוע החוקי בנוגע לרעש. כאמור, נעצה להם בית המשפט וברוב דעות ציווה על השרים "להתקין, בכל המהירות הראויה, כללים לביצוע סעיף 2 של החוק".

פסק דין זה מעורר שתי בעיות עקרוניות, והן: (א) האם מוטלת חובה על השרים לקבוע נורמות כלליות לביצוע החוק, והאם חובה זו הופרה במסיבות המקרה; (ב) האם יש סמכות לבית הדין הגבוה לצדק לצוות על השרים למלא חובתם, והאם ישתמש בית המשפט בסמכותו במקרה שכזה. הבעיה הראשונה היא מתחום המשפט המינהלי-הסובסטיבי, ואילו הבעיה השנייה היא מתחום המשפט המינהלי-הפרוצדורלי. להבחנה זו בין שתי הבעיות חשיבות מרובה בכלל, ובמקרה שלפנינו בפרט, שכן אפילו לא יתערב בית המשפט במחדל השרים (כדעת שופט המיעוט), עדיין אין פירוש הדבר שמחדלם חוקי הוא.

#### ב. המישור הסובסטיבי – החובה להתקין תקנות

סמכות מחוקק המשנה לקבוע נורמות כלליות, יש והיא סמכות רשות, ויש והיא סמכות חובה. הסמכות שהוענקה לשרים לפי סעיף 5 היא, לדעת בית המשפט, סמכות חובה. במסקנה זו תומכים שלושה שיקולים: (א) הסעיף נוקט לשון מגדטורית. נאמר בו כי "השרים יתקינו, בתקנות, כללים"; (ב) ההשוואה עם סעיפי הסמכה אחרים בחוק מבליטה תכונה זו של הסמכות הקבועה בסעיף 5, שכן בסעיפים האחרים משתמש המחוקק בלשון "רשאי להתקין". כדי לתת משמעות לשוני זה יש לומר כי הראשונה היא סמכות חובה והאחרת סמכות רשות; (ג) "החוק כולו הוא 'חוק מסגרת' טפוסי. הכנסת לא עשתה בו את מלאכת החקיקה עד תומה, אלא קבעה מסגרת או שלד והשאירה למחוקקי המשנה את התפקיד להעלות עור וגידים, בדרך התקנת תקנות לפי סעיף 5 וגם לפי סעיף 7. על כן הועידה, שלא כרגיל, לסעיפי הסמכה אלה מקום כבוד בתוך גוף החוק, שלא כמו לסעיף 'הביצוע והתקנות' המקובל, המופיע גם בחוק זה בסופו. מכאן שהכנסת הביעה את דעתה מראש שללא התקנת התקנות יישאר החוק ערטילאי ובלתי שלם". כיוון שהסמכות היא סמכות שבחובה, הרי שבכך "יצר [המחוקק] חובה משפטית ממש, המחייבת את השרים למלא – ולא רק לרצות למלא – את החובה שהוטלה עליהם". על כן, "אם מחוקק המשנה נמנע מלמלא חובה להתקין תקנות בגלל דעה משפטית מוטעית או כאשר הוא מזניח את מילוי החובה מעיקרה במשך זמן כה רב, עד שהזנחה עולה כדי

7. בין העותרים, יש הסובלים מרעש חזק ובלתי סביר, ויש הסובלים מריח חזק ובלתי סביר. פסק הדין מצמצם לבעיית הרעש בלבד.

התעלמות מרצון המחוקק הריבוני – כי או התערב יתערב בית משפט זה ויצווה על תיקון המעוות.”

מסקנה זו נראית משכנעת כל כך, עד כי מפליא הדבר כי לא נמצא לה סימוכין בפסיקת בתי המשפט. יתכן וסיבת הדבר בכך שרשויות הציבור שהוענקו להן סמכויות חובה היו זרזות למלאן תוך זמן סביר, ולא הוצרכו ל”זרז” מטעם בית המשפט; ואף שאין אנו חולקים על המסקנה, נראה לנו כי מבחינה עקרונית<sup>8</sup> – אשר, כאמור, לא הוצרכו לה במשפט שלפנינו – יש מקום לשתי הערות:

(א) השופט לנדוי קבע סייג להלכתו, באומרו כי “אם האחור בהתקנת התקנות נובע משיקולי מדיניות, השייכים מטבעם לתחום הרשות המבצעת – ימשוך [בית המשפט] ידו מלהתערב בדבר”. סייג זה, בין שהוא פרי מסורת “ההבלגה השיפוטית” של בית המשפט הגבוה לצדק בישראל, ובין שהוא לא בא אלא כדי לרכך את הזעזוע שפסק הדין עשוי לגרום לרשות המבצעת, אין לפרשו כמאפשר לרשות הציבורית לקבוע לעצמה מדיניות שתכליתה למנוע התקנת תקנות. מדיניות כזו סותרת את לשון החובה של החוק, ועל כן היא בלתי חוקית. כאשר מוטלת על רשות ציבורית חובה לעשות מעשה (בין מעשה פיזי, בין קביעת נורמה אינדיבידואלית ובין קביעת נורמה כללית), היא חייבת לעשותו במהירות הראויה<sup>9</sup>, ושיקול דעת ניתן לה לקבוע לעצמה סדרי עדיפות במסגרת אותו זמן. אך לא ניתן לה שיקול דעת שלא לעשות את המעשה בכלל, או לעשותו שלא במהירות הראויה. על כך, יכולה הרשות הציבורית לקבוע לעצמה מדיניות אשר תכוון את צעדיה באשר לקביעת סדרי עדיפות בביצוע תפקידיה, ובית המשפט לא יתערב במדיניות זו, כל עוד בהפעלתה אין הרשות חורגת מעבר למהירות הראויה. אך אם המדיניות מבוססת על חריגה מעבר לזמן זה, או שביצועה גורר בפועל חריגה מעבר לזמן זה, כי אז המדיניות או ביצועה אינם חוקיים, ועל בית המשפט להתערב. כפי שאמר השופט חשין, בהתייחסו למדיניות כלכלית<sup>10</sup>: “אין קסם מיוחד במלים ‘מדיניות כלכלית’. אינני מתעלם כלל מן ההלכה שנפסקה על ידי בית משפט זה, ושאין עליה עוררים עוד, כי אין להתערב במדיניותה הכלכלית של הממשלה, וכי התוויית קוויה של מדיניות זו וגיבוש מעמדה הם עניינים הנתונים לה זרק לה, אך במה דברים אמורים? כשמדיניות זו הותוותה לפי עקרונות שנתקדשו בקדושת החקיקה”. כאשר הסמכות היא סמכות רשות, חייבים שיקולי המדיניות להיות שיקולים רלבנטיים במסגרת החוק יוצר הסמכות; כאשר הסמכות היא סמכות חובה, חייבים שיקולי המדיניות לגרום לכך שהחובה תבוצע במהירות הראויה. מדיניות החורגת ממסגרת החוק המסמך (בסמכות רשות), ומדיניות הגוררת אחריה אי-ביצוע החובה (בכלל או במהירות הראויה) (בסמכות חובה) אינה חוקית, ועל בית המשפט לפסלה.

(ב) פסק הדין של הרוב מבוסס על העובדה, שהסמכות שהוענקה לשרים היא סמכות חובה. מהדגשה זו של בית המשפט ירצו אולי ללמד, כי דין אחר תל

8. להבדיל ממסגרת המשפט שבפנינו או משיקולים שבטכניקה שיפוטית: ראה הערה 15 להלן.

9. סעיף 6 לפקודת הפרשנות (נוסח חדש).

10. בג”צ 125/57, אניות מיכל ומשא בע”מ נ’ שר האוצר, פד”י י”א, 1490 בע’ 1499. לשאלת המדיניות בכלל ראה ד”ר ויתקון, פוליטיקה ומשפט, ירושלים, תשכ”ה.

כאשר הסמכות היא סמכות רשות בלבד. לדעתנו, לא תהיה מסקנה זו מוצדקת. כאשר החוק מעניק סמכות רשות, הוא מאפשר לפקיד הציבור להשתמש בסמכותו או שלא להשתמש בה, אך הוא מחייב אותו בכל מקרה לשקול שיקולים כשרים בלבד. אין רשות ציבורית יכולה לקבוע לעצמה מדיניות של "שב ואל תעשה", אם מדיניות זו אינה מתיישבת עם מטרת החוק המסמך. נניח כי חוק פלוני מסמך את שר האוצר להעניק פטור ממס לסוגים שונים של אנשים. השר רשאי להשתמש בסמכותו זו או לא להשתמש בה, אך הוא חייב להפעיל שיקול כשר. כך, למשל, אם מחזלו של השר להעניק פטור מבוסס על שיקולים פסולים כגון שיקולים מפלגתיים, הוא חרל בניגוד לחוק, ועל בית המשפט לצוותו להימנע משיקול זה ולשקול שיקולים כשרים בלבד.

מכאן, שהמרחק בין סמכות חובה לבין סמכות רשות אינו רב כלל ועיקר. בשני המקרים חייבת הרשות לשקול בדבר, ואינה יכולה להימנע ממעשה בלא מחשבה תחילה. ומששקלה בדבר, הרי בשני המקרים חייב השיקול להיות כשר. כלומר, במסגרת החוק המסמך, בסמכות חובה — השיקול חייב להובילו לביצוע הסמכות במהירות הראויה; בסמכות רשות — ביצוע הסמכות או מחזלה חייב להתבסס על שיקולים רלבנטיים לחוק המסמך.

ג. המישור הפרוצדוראלי — הקיימת סמכות. לבית המשפט הגבוה לצדק?  
סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק יונקת מהוראת סעיף 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ז—1957<sup>11</sup>, הקובעת בין השאר, כי בית המשפט מוסמך "לתת צווים לרשויות המדינה לגופים ולאנשים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין". מתן צו עשה, שיחייב את השרים לקבוע נורמות כלליות, נופל ללא ספק במסגרת הסמכות שהוענקה לבית המשפט בסעיף 7 הנ"ל.

הקושי המתעורר באשר לשאלת הסמכות נובע משאלת השפיטות (justiciability)<sup>12</sup> המשיבים טענו כי בית המשפט אינו צריך להתערב במקרה שלפנינו, שכן השאלה אם להתקין תקנות אם לאו אינה שאלה "שפיטה", ויש להניחה לרשות המתקינה עצמה, ולביקורת המופעלת עליה על ידי הכנסת. טענה זו נדחתה על ידי כל השופטים שישבו בדין.

השופט זילברג קובע, כי קיימת עקרונית שאלה שאינה "שפיטה", כאשר הקונטרוברסה שבין המבקש והרשות האדמיניסטרטיבית סובבת סביב עניינים של מדיניות, אך לדעתו זה אינו המצב במקרה שלפנינו, שכן "ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדינה ואינה יכולה להיות מדיניות, מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדימורליזציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה". בדעה דומה היה גם השופט לנדוי: "הענין בו נתבקשו לפסוק, נופל בגדר הסעיף 7 (ב) (2) של חוק בתי המשפט, תשי"ז—1957. פרקליט המדינה הציע לנו לנהוג במידת 'ההבלגה השיפוטית'. אכן, זו מידה נאה, אך לא שוכנעתי שהיא צריכה לעמוד הפעם בין מצוות החוק ובין הפעלתו הלכה

11. ס"ח 233, תשי"ז, ע' 148.

12. ראה לשאלה זו Vitkon, Justiciability, *Isr. L.R.* [1966] Vol. 1, p. 40.

למעשה. אינני סבור שקיימת כאן סכנה של שיבוש אמון האזרח בשלטון, אם נתפרק מן הסמכות הגתובה לנו. איזון גכון של סמכויות השלטון על רשויותיו השונות דורש שכאשר הכנסת מעבירה סמכויות חקיקה חשובות לרשות המבצעת, תישמר סמכות הפיקוח על חקיקת המשנה בידי הרשות השופטת. הלכה פסוקה היא אצלנו שסמכות זו קיימת לגבי בדיקת סבירותה של חקיקת-משנה, ואינני רואה כל טעם שאותה סמכות לא תופעל במקרה של הפרת החובה לחוקק חקיקת משנה, כשהכנסת הטילה חובה כזאת – ולא רק רשות – על הזרוע המבצעת<sup>13</sup>.

אכן, לא נראה לנו כי הבעיה שעמדה בפני בית המשפט היתה שאלה פוליטית שאין לפתרה על פי קניי-מידה משפטיים. השאלה היתה משפטית – האם מחדל המינהל מהתקנת תקנות מנוסס על שיקולים כשרים – ועל כן גם התשובה עליה נקבעת על ידי קניי-מידה משפטיים המצויים בידי בית המשפט. יש, כמובן, מקום לטענה כי רצוי הדבר שהפונקציה החקיקתית תשאר בידי הגוף המחוקק, וכל עוד היא בידינו לא יתערב בית המשפט בהפעלתה. אך כאשר פונקציה זו הועברה, מטעם זה או אחר, מידי הגוף המחוקק לידי הרשות המבצעת, הרי הפעלתה צריכה להיות כפופה לפיקוח בית הדין הגבוה לצדק, כמו כל פונקציה אחרת של המינהל.

פסק הדין שלפנינו מגלה גטיה רצויה של השוואת אקטים כלליים לאקטים אינדיבידואליים בכל הנוגע לפיקוח בית המשפט<sup>14</sup>. מגמה זו החלה בעבר בסוגיות כמו סבירות, מטרה זרה ופגיעה בזכויות הפרט. פסק הדין שלפנינו משמש חוליה נוספת במגמה רצויה זו. בענין זה לא הסתיימה עדיין המשימה, שכן קיימות עדיין סוגיות, כגון כללי הצדק הטבעי והטרואקטיביות, אשר בהן קיימת הבחנה בין פיקוח בתי המשפט על נורמה אינדיבידואלית לבין פיקוחו על נורמה כללית אשר מן הדין לבטלה גם כן בבוא העת.

כמובן, אין אפשרות לזהות בכל את הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק על נורמות כלליות לזה הקיים על גורמות אינדיבידואליות, שכן יהיו תמיד הבדלים בין השנים הנובעים מעצם השוני העובדתי בין נורמה כללית לבין נורמה אינדיבידואלית. כך, למשל, הנורמה האינדיבידואלית היא מטבעה מוגדרת וברורה. על כן יכול בית המשפט לעתים לנטה בעצמו במקום הרשות המוסמכת. הנורמה הכללית, לעומתה, אינה מוגדרת ונוגעת לשטחים רבים ושונים שאין עליהם ידיעה לבית המשפט. בית המשפט לא ינסה, לכן, את הנורמה הכללית במקום הרשות המוסמכת. אך שוני זה אינו איכותי. האופי המיוחד של הנורמה הכללית עשוי להשפיע על היקף ועצמת ההתערבות, אך לא על עצם השאלה אם להתערב אם לא.

בפסק דינו זיהה השופט זילברג את שאלת השפיטות עם שאלת המדיניות, בהגדירו ענין בלתי שפיט כענין אשר בו "הקונטרורסה שבין המבקש והרשות האדמיניסטרטיבית טובבת סביב עניינים של מדיניות". בכך נתן השופט זילברג פירוש רחב מדי לסוגיית השפיטות. נראה לנו, כי שאלת המדיניות לחוד ושאלת השפיטות לחוד, בעיית השפיטות מתעוררת, בין השאר, כאשר הבעיה היא בעלת אופי פוליטי (political question), אך לא רק כאשר הבעיה היא מתחום המדיניות (policy question). בעיית המדיניות שייכת לסוגיית שיקול הדעת ומניחה עקרונית

13. ראה לשאלה זו ברק, פיקוח בתי המשפט על חקיקת המשנה, הפדקליט, כרך כ"א, ע' 463.

סמכות התערבות של בית המשפט. הבעיה הפוליטית, לעומתה, חורגת ממסגרת שיקול הדעת, שכן היא מעמידה בספק את עצם סמכותו של בית המשפט.

ד. המישור הפרוצסואלי – התופעל סמכותו של ביהמ"ש הגבוה לצדק? בהגנתם בפני הצו על תנאי טענו השרים מספר טענות טרומיות, שכוונתן למנוע את התערבות בית המשפט במקרה שלפנינו. טענות אלה אינן נוגעות לשאלת הסמכות אלא לנכונותו של בית המשפט להפעיל את הסמכות הנתונה לו ממילא. טענות אלה הן בעיקר שתיים: (1) מעמד; (2) העדר הצורך בתקנות.

#### 1. מעמד:

הלכה פסוקה היא, שלא כל אדם רשאי לפנות לבית הדין הגבוה לצדק ולהתלונן על פעולה בלתי חוקית או מחדל בלתי חוקי של המינהל. "עצם הטלת החובה הכללית עדיין אינה מספיקה למתן המעמד, אלא העותר צריך להראות שעקב אי מילוי החובה נפגע אינטרס אישי ישיר שלו". כלומר, יש להראות שיש אינטרס בחוקיות התנהגות המינהל. משיש לו אינטרס זה, פורס בית המשפט את כנפי הסותרו עליו ובכך מעניק לו, ipso facto, זכות משפטית, שכן הזכות המשפטית אינה אלא אינטרס המוגן על ידי המשפט. שאלת המעמד תלויה, איפוא, בשאלת הזכות, שהיא מצידה תלויה בשאלת האינטרס. בסקרו את המקרה שלפנינו קבע בית המשפט כי לעותרים יש אינטרס, שכן מחדל השרים פוגע בהם בעניינים הבאים: ראשית, כל עוד לא הותקנו התקנות יקשה עליהם להוכיח חוסר סבירותו של רעש או חזקה, שכן אין הם יודעים מה הם המבחנים לפיו גקבעת שאלה זו; שנית, כל עוד לא הותקנו התקנות נטל ההוכחה בענין הפרעה לאדם המצוי בקרבת מקום מוטל עליהם, ולא על המזיק להם; שלישית, כל עוד לא הותקנו התקנות נתקלים העותרים בקשיים בהפעלת המשטרה, שמצידה אינה יודעת מהו התחום שבמסגרתו היא רשאית לפעול.

לענין אינטרס זה קבע בית המשפט, כי אין נפקא מינה אם החובה שהטיל החוק על הרשות הציבורית היא חובה לטובת כל האזרחים או חובה לטובת סוג מסוים של אזרחים. להבחנה אחרונה זו יש, כנראה, חשיבות במסגרת תביעת הנזיקין של "היפר חובה חקוקה", אך לא לענין המעמד.

#### 2. העדר הצורך בתקנות:

בשאלה זו נתגלתה המחלוקת בין השופט זילברג ולנדוי לבין השופט כהן. השופט כהן סבר, שאין כל צורך בהתקנת התקנות כדי שהעותרים יבואו על סעדם המלא. לדעתו, שערי בית המשפט המוסמך פתוחים לפניהם גם ללא תקנות (שכן אלה רלבנטיות רק לענין נטל ההוכחה), ואף המשטרה יכולה לפעול ללא תקנות. שופטי הרוב סברו כי מבחינה מעשית חשוב ביותר לעותרים כי התקנות יותקנו וזאת בשל הסיבות שעמדנו עליהן בסוגיית המעמד. הפלוגתא בין הרוב לבין המיעוט, מצביעה על שוני בהשקפות באשר לתפקידו של בית הדין הגבוה לצדק; האם על בית המשפט להתערב רק במקרה שללא התערבותו, תוצאה מסויימת לא תושג (כדעת המיעוט), או שעל בית המשפט להתערב גם כאשר תוצאה מסויימת תושג בלא התערבותו, אך התערבותו תקל על השגתה (כדעת הרוב).

## ה. סיכום

יתכן ותוך כדי פירוק ההחלטה לגורמיה השונים, נמצא כי אין בפסק הדין כל חידוש או העזה. אולם פסק דין זה, בדומה לפסקי דין גדולים אחרים, יש לבחון באספקלריה מקיפה ולא של פרטים. מנקודת מבט זו יש בו הן מהחידוש והן מההעזה.

מן החידוש כיצד? שכן מקרה נדיר הוא כי בית משפט יצווה על רשות ציבורית לקבוע נורמות כלליות. פרקליטי הצדדים התקשו במציאת דוגמאות לכך, ואף בפסק הדין אין למצוא אסמכתאות שלאורן הולך בית המשפט.

מן ההעזה כיצד? שכן במקרה שלפנינו הכריע בית המשפט בדילמה קשה שעמדה לפניו: הלהתערב במחדלי הרשות הציבורית — ובכך להגביר את שלטון החוק במדינה או לא להתערב מהחשש שההתערבות עשויה לגרור אחריה תגובה בלתי רצויה מצד הגוף המחוקק המופעל על ידי המינהל. בהכריעו לטובת ההתערבות המשיך בית המשפט העליון במסורת שהחל בה בעבר בכיוון העמקת הפיקוח על המינהל. העמקה זו יש והתקבלה כדבר מובן מאליה, זיש ונתקלה בתגובה של הכנסת, שתוצאותיה הסופיות החזירו את הגלגל אחורנית.<sup>14</sup>

תוצאותיו של משפט זה, מי ישורן; אולם יש לקוות כי המינהל ישתכנע בנכונות ההלכה ובחשיבותה, לא רק לאורח עצמו אלא גם לשמירת היחסים ההוגנים בינו לבין האזרח. יש גם לקוות כי השופטים יפתחו הלכה זו בהתאם לגישתם המסורתית בדבר "הריסון העצמי".<sup>15</sup>

ד"ר אהרן ברק

## היש בתזכיר החברה כזי להצביע על אופי עסקיה לצרכי מס?

(A. U. 124/65, סוכנות לביטוח "מבטח" בע"מ נ' פקיד השומה ת"א, פד"י כ" (1), 26)

ברבים מפסקי הדין הדנים לאזורגה בענייני מסים, נקראים בתי המשפט להחליט אם העיסקה הנדונה היא בעלת אופי הוגני והריווח העולה ממנה הנו רווח הון החייב במס רווחי הון גרידא, או שמא נושאת העיסקה אופי מסחרי, ולו גם חד-פעמי, והייתב בשיעורי מס-הכנסה מוגדלים.

במרוצת הפסיקה פותחו מבחנים שונים בעזרתם נוכל לעמוד על טיב ואופי העיסקה. כב' השופט ויתקון מונה בין החשובים שבמבחנים אלה את טיב הנכס, מקצועו של המוכר ומידת בקיאותו, תדירותן של פעולות דומות, נסיבות הרכישה

14. לסקירת תהליך זה, ראה ברק, שם.

15. מבחינה זו, טוב עשה בית המשפט על שצימצם את הלכתו לסמכויות חובה בלבד. המשך פיתוח ההלכה לסמכויות רשות מן הדין שיעשה במקרים עתידיים מתאימים.

והמכירה של הנכס, מטרתן, צורת הטיפול בהן ואורך הזמן שעבר ביניהן. פסיקת בתהמ"ש, שניתנה לאחרונה, צימצמה ביותר את תחומן של הפעולות שעדיין נוכל לכנותן כהונות.

אחד המבחנים אשר הודגש לאחרונה הוא קביעת אופי הפעולה לאור מטרת החברה כמפורטות בתזכיר. במקרה הנדון ברשימתנו זה, הובאו מספר נימוקים ע"י כב' השופט מני, המורים על האופי ההוני של הפעולה, אולם הנימוק החשוב והראשון עליו הושם דגש קשור במטרות החברה כמופיעות בתזכיר.

עובדות המקרה היו כדלקמן: המערערת, כפי ששמה מעיד עליה, משמשת כסוכנות לעסקי ביטוח. היא התקשרה בשנת 1961 עם מספר בעלי הון ורכשה חלקת קרקע ממינהל מקרקעי ישראל לשם הקמת מרכז תיירות, וזאת בתיאום עם החברה הממשלתית לתיירות. הקרקע נרכשה באמצעות חברה שהוקמה לצורך כך ואשר המערערת לקחה 45% ממניותיה. היוזמים צרפו כעבור זמן קצר ביותר (שלושה שבועות לערך) משקיע נוסף ע"י ויתור על חלק מהמניות שהגיעו להם בחברה. ויתורה של המערערת הגיע לכדי 10% ממניותיה, ובשל כך היא הפיקה רווח בסכום של 14.729 ל"י.

מדוע מהווה פעולה זו עיסקה בעלת אופי מסחרי ולא הוני? נימוקו הראשון של ביהמ"ש הנו, כי "השקעת המערערת נעשתה לא בקרקע גופה, אלא במניות של חברה שמטרתה כללו בנוסף ליכל עסקי נאמנות או ניהול עוד 33 מטרות, וביניהן: 'לרכוש ולהחזיק בכל מקרקעים... זכויות, רשיונות, מכונות, מפעלי חרושת ותעשייה...'; '...לקנות... כל מיני... זכויות פטנטים... לנצלן ולהפיק כל תועלת מהן...'; '...לקנות, לעסוק, למכור או להעביר כל מניות, סטוק, בטחונות וניירות ערך...'; 'לנהל עסקי מסחר, יבוא, יצוא, חליפין...'; 'לעסוק בתורת משקיעים, מממנים, בעלי זכויות וסוחרים, וכן להתקשר, לנהל ולבצע כל סוג של פעולות כספיות, מסחריות או אחרות'."

המטרות הנ"ל, אומר כב' השופט מני, מצביעים בעליל כי החברה אינה חברת השקעה (Holding Company) גרידא, אלא חברה מסחרית. האם יש בסעיף המטרות כדי להצביע על אופיה של החברה או השלכה על אופי פעולותיה וחבותה בתשלומי מס? מרביתם של תזכירי החברות בישראל ובאנגליה כוללים שורה ארוכה של מטרות שפורטו ב"סיטונות" בתזכירים, וזאת כדי למנוע את הסכנה שבהחלת עקרון החריגה מסמכות (ultra vires). בצדק מעיר פרופ' גאואר, בהתייחסו לנוהג זה, כי —

"Surprising as it may seem, the modern gold mining Company may quite probably have power under its memorandum to operate fried-fish shops."<sup>3</sup>

1. ויתקון: דיני מסים, מהד' שלישית, עמ' 66. ר' גם ע.א. 4/63, אנצ'ביץ' נ' פקיד השומה, פד"י י"ז, 1302.
2. כך תוארה הפעולה במסק'הד"ן. מבחינה משפטית לא ברור לנו טיב הפעולה, שכן מניות נרכשות ע"י הקצאה, העברה או תסיבה, ואילו ויתור זה פירושו, כנראה, "ויתור" על המניות שהוקצו ליוזמים בתזכיר, ופעולה זו הייבט להעשות בדרך של העברה.
3. Gower, Modern Company Law, 2nd ed., p. 84.

ניסוח מטרות כוללניות, הנו תוצאת הפחד מפני עקרון החריגה מסמכות. פרקליטים מלומדים הרגילו עצמם לנסח סעיפי מטרות המשתרעים על מספר נכבד של עמודים, וביניהן מטרות שמייסדי החברה כלל לא העלו על דעתם. די מקובל למצוא בין מטרות חברה שהוקמה כדי לנהל חנות הלבשה, את הסמכות לעסוק בעסקי יבוא ויצוא, הטסת מטוסים וניהול קווי אוויר, הקמת מוסכים ומבדוקים וכו' וכו'.

כתוצאה מנוהל מקובל זה, "נוטרלה" המטרה העיקרית של סעיף המטרות. לא אחת נדמה שכל עיקרו של כלל ה"חריגה מסמכות" תלוי במידה זו או אחרת ברשלנותו או במאומנותו של נסח המטרות, אם השכיל לכלול את כל הפעולות האפשריות (כאשר במשרדו מצויה דוגמה משרדית המנוסחת בצורה רחבה), הרי לא יהא מקום לכלל ה"חריגה מסמכות", כיוון שמירב העסקים והפעולות יכללו בתזכיר ויהיו לכן בסמכות החברה, אך אם "התרשל" הנסח ופרט רק מספר מצומצם של מטרות, הרי אז תקום ה"הגנה" של החריגה מסמכות והחברה תוגבל למסגרת שתחם לה עורך-דינה.

לנו נראה כי לאור פרקטיקה זו, אין כל מקום ליתן משקל למטרות החברה על מנת ללמוד מהן על אופי העיסוק הנעשות על ידה. יהא זה כאילו נוכל לעמוד על עצמתה הפיננסית של החברה לאור ההון הרשום שלה, אם נבחון, לרגע, את רשימת המטרות של החברה הנדונה ואשר צוטטו לעיל, נראה כי אין בהן כמעט חידוש או תוספת על המטרות שהיו מצויות מכללא בידי החברה בתוקף התוספת השניה לפקודת החברות. למעשה, נראה כי נוסח המטרות הנ"ל כפי שצוטט ע"י ביהמ"ש, הועתק כמעט באופן מילולי ובסדר כרונולוגי מהתוספת השניה לפקודה. עובדה מתמיהה זו, נוכל למצוא במרבית תזכיריהן של החברות בארץ, אין כל סיבה (מלבד, אולי לגבי שכ"ט עורך-דין) לנפח את סעיף המטרות בהעתקה סיווגית של התוספת השניה החלה מכללא על כל חברה. נוהג בלתי מובן זה שהשתרש בצורה רחבה בארץ אין בכוחו להפוך את כל החברות בארץ לחברות מסחריות לצרכי-מס.

ההסטוריה בת מאה שנה של כלל האולטרא-וירס בדיני חברות, אשר הביאה לפירוט הרחב והמקיף של סעיף המטרות, חייבת ללמד אותנו בבירור כי סעיפי המטרות, מלבד מספר סעיפים ראשונים, הנן כלי-ריק אשר אין בו כדי להצביע על אופי פעולות החברה, ובוודאי שאין בו כדי להצביע על אופי עיסוקיה של החברה וחבותה לשלם מס-הכנסה.

יוסף גרום

## הוכחה נסיבתית של רשלנות

(ע.א. 332/65, חברת תרמאויל בע"מ נגד בנקרס אנד טריידס חברה לביטוח בע"מ.  
פד"י י"ט (3) 682)

פסק דין קצר זה של בית המשפט העליון הוא בבחינת "מועט המחזיק את המרובה". העובדות שנידונו במקרה זה היו כדלקמן: אדם קנה תנור חימום מתוצרת הנתבעת. התנור לא פעל כהלכה ונמסר פעמיים לתיקון. זמן-מה לאחר מכן, עלתה להבה מן התנור וגרמה לדליקה בדירת הקונה.

בבית המשפט המחוזי השתדלה התובעת להוכיח כי הדליקה פרצה כתוצאה מפגם ייצור מסויים, והוא: נקבובית במיכל הדלק של התנור. בית המשפט לא השתכנע מקיומו של פגם מיוחד זה. הנתבעת, לעומת זאת, הצביעה על שלוש אפשרויות לקרות התאונה, אשר כל אחת מהן היתה משחררת אותה מן האחריות לבזק (הושבה בלתי נכונה של התנור; רוח פרצים; מציאות מים בתוך הנפט). בית המשפט המחוזי דחה את שלושת ההסברים המוצעים, בחלקם על פי העובדות ובחלקם על פי שיקולים של הסתברות ונסיון החיים.

נמצא, כי בית המשפט חייב היה לחתוך את הדין על פי העובדות הפיסיות של עצם קרות התאונה, ללא ידיעה כלשהי על הסיבה המדוייקת של הנזק.

לגבי עצם קרות התאונה מעיר שופט בית המשפט המחוזי, כי –

"אלו את הנסיבות הנזכרות בלבד הוכיחה התובעת, הייתי מסיק מהן משהו בלתי תקין במבנהו של התנור, והייתי פוסק נגד הנתבעת בהתאם לכך".

בסוף ההחלטה, לאחר דיון בראיותיהם של שני בעלי הדין, קובע השופט:

[ה]שאלה היא אם אי-הצלחת התובעת במחלוקת הנקבובית, גדרת אחריה את הכשלת התובעת בגדר של הכלל הדבר מדבר בעדו, כביכול לא עלתה גם על דעת מומחי התובעת בתור עילת רשלנות מצד הנתבעת, אלא הנקבובית לבדה. לא בלי היסוס מעדיף אני לחשוב שהדברים המדברים נגד הנתבעת באופן כללי, רק נחלשו אך עדיין עומדים בחוקם. לפיכך הריני מחליט שהנתבעת היא האחראית לשריפה אשר פרצה".

בית המשפט העליון אינו רואה פגם במסקנת השופט כי על פי הסתברות הדברים הדליקה קרתה עקב איזה פגם בייצור התנור שטיבו לא נתגלה בפרשת ההוכחות. בית המשפט העליון אינו מפרט בפסק דינו את הבסיס המשפטי לאחריותו של היצרן, ולכן יש להניח כי הוא קיבל את הנמקת שופט בית המשפט המחוזי, אשר הזכיר במפורש את הכלל "הדבר מדבר בעדו" ועילת הרשלנות. הנתבעת חייבה איפוא במסגרת דיני הנזיקין<sup>1</sup>.

אולם, חיובו של היצרן בעוולת הרשלנות תוך הסתמכות על הכלל הגזר מעורר מספר שאלות. הכלל "הדבר מדבר בעדו" מצא במשפט המקומי את ביטויו הסטטוטורי בסעיף 54 לפקודת הנזיקין<sup>2</sup>. לא בית המשפט המחוזי ולא בית המשפט

1. השוה גם את הסתמכותו של בית המשפט העליון על סעיף 9 של פרשת התביעה, אשר זו לשונו: "הנתבעת אחראית לנזק שנגרם למבוטח כתוצאה מהשריפה ועליה מוטלת חובת הוכחה כי התנור התלקח ו/או כי האש פרצה ללא כל רשלנות מצידה".

2. ע.א. 135/51, פד"י ז' 553, 554.

העליון מזכירים סעיף זה. והנה, הסקת רשלנות סתמית ובלתי מוגדרת מעצם קרות התאונה, היא המאפיינת את החלת הכלל הנזכר ומבדילה מדרך הוכחה נסיבתית רגילה.<sup>3</sup>

השאלה הראשונה שמן הראוי לדון בה היא: האם נתקיימו התנאים המיוחדים של סעיף 54? הקושי העיקרי מתעורר לגבי תנאי השליטה המחייב שליטה מלאה על הנכס המזיק מצד הנתבע.<sup>4</sup> אין ספק כי בומן התאונה לא היתה בידי היצרן הנתבע כל שליטה ממשית על הנכס שגרם לנזק. בידי היצרן היתה אמנם שליטה מלאה בשעת ייצור התנור, אך לנו נראה כי סעיף 54 דורש קיום שליטה בשעת התאונה דווקא.<sup>5</sup>

נוכח מסקנתנו כי הכלל הנזכר בלבושו הסטוטורי אינו יכול לחול בנסיבות המקרה, הבעיה השניה היא, האם רשאים אנו להסיק רשלנות סתמית על פי שקילת ההסתברויות, וזאת במסגרת דיני הראיות הכלליים? לבעיה זו שני אספקטים שונים. האחד: האם דיני הראיות הכלליים מכירים בהסקת רשלנות סתמית כזאת ומאפשרים את חיובו של הנתבע על פיה; והאחר: האם גישוהו הסטוטורי של הכלל "הדבר מדבר בעדו" והתניית החלתו בקיום יסודות שונים, אינם מונעים הסקת רשלנות סתמית בהעדר היסודות המיוחדים? לדעתנו התשובה לשאלה על שני צדדיה היא חיובית: ההבדל בין ההסתמכות על ראיות נסיבתיות לצורך הסקת מעשה רשלנות מסויים ומוגדר, ובין ההסתמכות עליהן לצורך הסקת רשלנות סתמית ובלתי מוגדרת — אינו הבדל איכותי כי אם כמותי. יש אמנם בהסקת רשלנות סתמית התרחקות-מה מרעיון האשמה, דבר המעניק לה גוון מהותי. אולם, לא היינו מרחיקים לכת עד כדי הדרישה כי הליך זה של הוכחת הרשלנות יכול להעשות אך ורק במסגרת כלל סטוטורי עצמאי. ואמנם ברוב ארצות המשפט המקובל אין רואים בהסקת רשלנות סתמית מעצם קרות התאונה, דבר החורג מהוכחה נסיבתית במסגרת דיני הראיות הרגילים.<sup>6</sup>

גם העובדה כי המחוקק הועיד לדרך הוכחה זו סעיף מיוחד בפקודה, אינה צריכה להצר את דרכי ההוכחה הפתוחות בפני התובע בנוזיקין. מטרתו של סעיף 54 היתה להקל על התובע את נטל ההוכחה, ולא לעמוד לו לרועץ כאשר עשוי הוא להצליח בתביעתו על פי דיני הראיות הכלליים.<sup>7</sup>

3. ראה את ההמחשה של הבדל זה בספרנו, הכלל "הדבר מדבר בעדו" בדיני נזיקין, ירושלים תשכ"ה, ע' 12 ואילך.

4. לדעתנו, התנאי של אי ידיעת התובעת את הסיבה הממשית של התאונה נתקיים, על אף שהיא השתדלה להוכיח את הגורם המסויים, והוא: הנקבובית במיכל הדלק. עם כשלונה לשכנע את בית המשפט בקיום גורם זה, הרי יש לחשבה כאינה יודעת את סיבת התאונה. השווה ע.א. 318/62, פד"י י"ז 1442, 1445, וזאת הדיון בבעיה זו בספרנו, שם, ע' 23 ואילך.

5. ראה אנגלרד, שם, ע' 112 ואילך.

6. Cf. Winfield, *On Torts*, 7th ed., London 1963, p. 196; 59 A.L.R. 468 (Annotation); Prosser, *The Law of Torts*, 3rd ed., St. Paul, 1964, p. 217.

7. השווה ע.א. 77/53, פד"י ט' 449, 451, ובמיוחד ת.א. 1746/55, פס"מ י"ז 284, 294; ע.א. 55/62, פס"מ ל"ד 385, 389.

מסקנה זו מעוררת, כמובן, מיד את השאלה העקרונית, מה טעם ראה המחוקק להקדיש סעיף מיוחד לדרך הוכחה זו ולהתנות את החלתו בקיום תנאים אחרים, שעה שאפשר לעקוף תנאים אלה על ידי ההסתמכות על הוכחה נסיבתית בהתאם לדיני הראיות הרגילים.

לדעתנו, השיבותו העצמית של סעיף 54 מצויה בתוצאותיו הדיוניות. בהבדל מההוכחה הנסיבתית, הוא גורם להעברת נטל השכנוע אל שכמי הנתבע, ונכל להדגים הבדל חשוב זה באמצעות עובדות המקרה הנידון. לו היה בית המשפט מוצא בסוף כל הראיות, כי מאזן ההסתברויות הוא מעויין, הרי מחוייב היה לדחות את התביעה, כי לפי דיני הראיות הרגילים נושא התובע בנטל השכנוע של קיום הרשלנות. אם, לעומת זאת, השופט היה קובע (בסוף ראיות התובע) כי סעיף 54 חל, באשר תנאיו התמלאו, הרי הספק בסוף המשפט היה פועל לרעת הנתבע אליו עבר נטל השכנוע מכוח הוראת סעיף 54.<sup>8</sup>

בנסיבות המקרה הנידון מצא השופט שלמטה — תוך היסוס — כי מאזן ההסתברות נוטה עדיין לחובת הנתבע ולטובת הגירסה כי היתה רשלנות כלשהי באירוע התאונה. העולה מכך כי רשאי היה לפסוק לזכות התובע על פי כללי הראיות הרגילים.

כדי להבחין בין מקרה של הסקת רשלנות סתמית מעצם קרות התאונה על פי דיני הראיות הרגילים ובין החלת סעיף 54 על תוצאותיו הדיוניות העצמאיות, מן הדין היה ליחד את השם "הכלל הדבר מדבר בעדו" לסעיף 54 בלבד, או לפחות לכנות את הוראותיו "הכלל של סעיף 54".

אנו רואים בפסק הדין הנדון צד חשוב נוסף: הוא אחד המקרים הבודדים בו העז בית המשפט להסיק רשלנות סתמית מעצם קרות התאונה, בלי שתהיה לו אפילו סברה כלשהי על מעשה רשלנות מסויים.<sup>9</sup> גישה זו טומנת בתוכה אפשרויות מעניינות להקלת נטל ההוכחה בו נושא התובע בניזקין. הקלה מעין זו רצויה, לדעתנו, בסוגים מסויימים של תאונות, כגון תאונות דרכים.

במקרה הנדון הסקת הרשלנות מעצם קרות התאונה היתה נועזת למדי. להלכה היא היתה צריכה להעשות בשני שלבים. השלב הראשון הוא הסקת המסקנה כי מקור התאונה נעוץ בפגם ייצור של התנור. בית המשפט מצא בעובדות המקרה (שני תיקונים קודמים) חיזוק להסתברות של קיום פגם ייצור.

אך בקביעה זו בלבד אין עדיין בסיס מספיק כדי לחייב את היצרן במסגרת אחריותו הנויקית. דרושה עדיין ההוכחה כי הפגם הוא תולדה של מעשה התרשלנות בתהליך הייצור. בית המשפט חייב להיות משוכנע, בעודף הסתברות, כי אפשר היה למנוע את הפגם על ידי נקיטת אמצעי זהירות סבירים.

בית המשפט אינו עומד במיוחד על בעיה זו, כך שהנחתו נראית להיות כי מציאותו של פגם ייצור בתנור, מצביעה כשלעצמה על התרשלנות בייצור. במילים אחרות: סברתו היתה כי תנור שאינו פועל כשורה נוצר ברשלנות. הנחה זו החייבת להתבסס — בהעדר ראיות ספציפיות — על נסיון החיים הרגיל, שהוא מן המפור-

8. על מסקנתנו זו יש חולקים. ראה את הדיון במכלול הבעיה הזאת בספרנו, שם, ע' 147 ואילך.

9. ראה את ניתוח הפסיקה המקומית בספרנו, שם, ע' 39 ואילך.

סמות, ספק רב אם יש לה בסיס איתן במציאות. דרך זו של הסקת רשלנות סתמית מעצם קרות התאונה הופכת את אחריותו של היצרן כמעט לאחריות מוחלטת (במובן) (Strict liability), וההסתמכות על יסוד ההתרשלות היא פורמלית בלבד<sup>10</sup>. בנסיבות המקרה הנדון, אפשר היה, אולי, להשתית את אחריותו של היצרן בדרך פשוטה יותר במסגרת העילה הזוהית, בתנאי שבין היצרן והצרכן קיימת יריבות חוזית — דבר שאינו מבורר די נרכו בעובדות שפורטו בפסק הדין — הרי מציאותו של פגם ייצור מהווה כשלעצמה הפרת חוזה. כי בדרך כלל בחוזה להספקת מצרך מצויה תנייה מכללא כי המצרך ויאושי לשימוש וכי הוא נקי ממומים, היינו מפגמי ייצור<sup>11</sup>. מכאן, שאין הצרכן נושא בנטל להוכיח את דבר התרשלותו של היצרן. האחרון חב בנוק שנגרם כתוצאה מפגם בתוצרתו, ובלבד שלא יוכיח צידוק כגון, למשל, מעשה של כוח עליון במוגן סעיף 108 לחוק העותומני לפרוצדורה אורחית.

ד"ר יצחק אנגלרד

### לבעיית מעמדה המשפטי של חברת חוץ\*

(המר' ת"א 4242/53, בנדיקט נ' פיננס טרסט ר.ג., פס"מ י"א 133)

המחוקק המנדטורי הקדיש בפקודת החברות 1929<sup>1</sup> שלושה סעיפים בלבד לחברות המכוננות "נכריות" (אנו מעדיפים את המונח "חברת חוץ"<sup>2</sup>) והם הסעיפים 248, 249, 250<sup>3</sup>.

סעיף 2 (1) לפקודת החברות קובע כי "חברה נכרית — פירושה כל חברה הרשומה מחוץ לישראל, וכן כל התאגדות או שותפות שיש בה יותר מעשרה חברים ואשר נרשמה או נתאגדה מחוץ ישראל".

הגדרה זו, ובמיוחד המונח "התאגדות", הנם רחבים ביותר. במונח "שותפות" שיש בה יותר מעשרה חברים" ביקש, כנראה, המחוקק המנדטורי להתייחס לסעיף 4 של פקודת השותפויות משנת 1930, הקובע כי שותפות הנוצרת בישראל לא תכלול

10. Cf. Fleming, *The Law of Torts*, 2nd ed., Sidney, 1961, p. 270.

11. השוה ע.א. 61/47, פס"ע ה' 29, 33; ע.א. 269/56, פד"י י"ב 261; ע.א. 308/59, פד"י י"ד 2396.

\* הערת העמדת: ראה את דו"ח הוועדה לתיקון חוק החברות (ועדת צלטנר), נובמבר 1965, בייחוד סעיף 19, לפיו ממליצה הוועדה לתקן את סעיף 248 לפקודה ולכלול בו הוראה האוסרת על חברה זרה לייסד מקום עסקים בארץ טרם רישומה.

1. דרייטון, חוקי א"י, פרק כ"ב, כרך א', ע' 155.  
2. ר' "עברית כהלכה", פרץ, חלק א'.  
3. סעיף 249 בוטל ע"י המחוקק הישראלי בשנת 1953 (ס"ח 139), אך במקומו חוקק בשנת 1951 סעיף 119 (ס"ח 58), שאינו שייך לתחום נושאנו.

יותר מעשרה אנשים. מעמד שותפות נכרית הכוללת פחות מעשרה אנשים מוסדר ע"י חלק ט' של פקודת השותפויות.

סעיף 248 (1) לפקודת החברות קובע:

„שום חברה נכרית שלא נרשמה עדיין כתברה נכרית בישראל לא תקים בישראל מקום עסקים אלא אם כן נרשמה כתברה נכרית ע"פ סעיף זה”.

סעיף זה נקבע בעקבות סעיף 343 לחוק החברות האנגלי משנת 1929 והוראות סעיף 406 לחוק החברות האנגלי משנת 1948 דומות לו.

עד להתקנת פקודת החברות המנדטורית משנת 1929, חל בארץ בענין זה סעיף 80 של פקודת החברות משנת 1921 שקבע קנה-מידה אחר לחיוב ברישום, והוא הרצון לנהל עסקים בארץ.<sup>4</sup>

מבחן עשיית עסקים נקבע גם ע"י הקורפוס יוריס סקונדום<sup>5</sup> וע"י דוגמת חוק ההתאגדויות העסקיות האמריקניים<sup>6</sup>.

מה פירושה של עשיית עסקים? סעיף 1829 של הקורפוס יוריס סקונדום

קובע:<sup>7</sup>

“A foreign corporation is doing, transacting, carrying on or engaging in business within a state when it transacts some substantial part of its ordinary business therein.”

הריסטייטמנט האמריקאי<sup>8</sup> מגדיר „עשיית עסקים” כ„עשיית סידרה של פעולות דומות במטרה לממש טובת הנאה כספית על ידי כך, או עשיית פעולה בודדת למטרה כזו בכוונה ליוזם ע"י כך סידרת פעולות כזו”.

בקשר לניהול עסקים באנגליה, נקבע כי:

(א) העסק חייב להעשות באנגליה ולא רק עם אנגליה.

(ב) הסוכן חייב לפעול במקום עסקים קבוע לתקופה מסוימת.<sup>9</sup>

סעיף 406 לחוק החברות האנגלי, 1948 קובע כי „חברות שנתאגדו מחוץ לבריטניה הגדולה, ואשר, לאחר חקיקת אקט זה, מקימות מקום עסקים בתוך בריטניה הגדולה”, הן חברות חוץ אשר החוק האנגלי מחייבן ברישום.

לאור הקביעה הנ"ל ברור כי חברת חוץ המנהלת עסקים בבריטניה בלי

4. ר' ע.א. 140/26, פל"ר 1, 99; ע.א. 23/27, פל"ר 1, 156.

5. Corpus Iuris Secundum, Vol. 20, par. 1818.

אולם החוק האנגלי נוקט במונח “carrying on business” ה Model Corp. Act “transacting business”, ואילו הקורפוס יוריס סקונדום כוללם: ר' חלק 20, סעיף 1829: “doing, transacting, carrying on or engaging in business”.

6. Model Business Corporation Act Annotated, West Publishing Co. 1960, Vol. 2, p. 72, par. 99.

7. קורפוס יוריס סקונדום, כרך 20, ע' 46, סעיף 1829.

8. Restatement, Conflict of Laws, p. 244, par. 167.

9. Cheshire: Private International Law, 5th ed., 194.

לקיים מקום עסקים, אינה נכללת במסגרת סעיף 406 ואינה חייבת ברישום. דעה זו מתאשרת גם ע"י פלמר<sup>10</sup>.

פסק הדין האנגלי החשוב בו נקבעה ההפרדה בין ניהול עסקים לבין ייסוד מקום עסקים הוא פסק הדין של "לורד אדבוקט"<sup>11</sup>. חברת השקעות קנדית העסיקה בבריטניה סוכנים אשר פנו לציבור וניקשו השקעות באג"ח של החברה. אלו נחתמו בקנדה והומצאו למשקיעים ע"י הסוכנים המקומיים. לחברה לא היה כל משרד. הסוכנים היו עורכי דין מקומיים שקיבלו שכר טרחה ולא משכורת.

ביהמ"ש, שנקרא להכריע בטענת שוויון ניהול העסקים (carrying on business) והקמת מקום העסקים (Establishing a place of business), קבע מפי השופט דנדין (Dunedin), כי ניהול עסקים הנו דבר אחד והקמת מקום עסקים הנו דבר אחר. כדי שאפשר יהיה לייחס לחברה מקום עסקים כדרוש לפי החוק, חייב להיות מקום כלשהו, משרד וכד' בו ינוהלו העסקים, והמזוהה עם החברה.

הבחנה זו אושרה גם בפסק דין מאוחר יותר משנת 1944<sup>12</sup>. בפסק דין אחר נקבע כי הדרישות של ייסוד מקום עסקים באות על סיפוקן אם מיקום החברה אינו נושא אופי חולף<sup>13</sup>.

הפסיקה האנגלית איננה כוללת הגדרה מפורשת הקובעת ניהול עסקים מהו, בדומה להגדרות המצויות בקבצים האמריקאיים. עם זאת נקבעו באנגליה מספר הלכות בשאלה זו:

- (א) קבלת כספים עבור מניות אינה מהווה ניהול עסקים<sup>14</sup>.
- (ב) קיום סוכן אינו מהווה עדיין ניהול עסקים<sup>15</sup>.
- (ג) השגת הון עבור חברה קנדית ע"י מנהליה באנגליה, נקבע כי היא "ניהול עסקים"<sup>16</sup>.
- (ד) ניהול העסקים חייב להתבצע ע"י מישהו ולא דרך מישהו; כלומר ע"י גוף בעל עצמאות מסוימת שאינו מהווה "צינור" גרידא להעברת עניינים להכרעת החברה בחו"ל<sup>17</sup>.

10. Palmer's Company Law, 20th Ed., by C.M. Schmitthoff, Stevens & sons Ltd., 1959, p. 764.

11. The Lord Advocate v. The Huron & Erie Loan & Saving Co. (1911) S.C. 612 (616).

12. Re Fovarishestvo Manufactur Lindvig Rebenek (1944) Ch. 404 (1944) 2 A.E.L.R. 559.

13. Re Lloyd Generale Italiano (1885) 29 Ch.D. 219.

14. Badcock v. Camberland Gap Co. (1893) 62 L.J. Ch. 247.

15. Deverall v. Grant Advertising Inc. (1954) All E.R. 389, 391.

אולם מאיון ראה:

Le Bourgogne (1889) A.C. 431.

16. Actiesselskabet Damskib Hercules v. Grand Trunk Pacific Railway (1912) 1 K.B. 222.

17. Thames & Mercey Marine Ins. Co. v. Societe di Navigazione (1914) 30 T.L.R. 474.

סעיף 248 (1) לפקודת החברות קובע כי —

„שום חברה נכרית שלא נרשמה עדיין כחברה נכרית בישראל לא תקים בישראל מקום עסקים, אלא אם כן נרשמה כחברה נכרית ע"פ סעיף זה.“  
בפסה"ד הנדון ברשימתנו זו, קבע ביהמ"ש המחוזי בתל-אביב מפי השופט ד"ר י. לם :

„הסעיף 248 אינו מדבר על ניהול עסקים. גם חברה זרה שאינה מנהלת עסקים בישראל חייבת להרשם בתור גוף זר כשמייסדת היא מקום עסקים, ובעיני חובה זו חלה אפילו על גוף אשר בלי כל השקעה מקבל במתנה מקום לנהל את עסקיו ולאחר שייסדו במקום כזה חלה עליו החובה להרשם. מאידך, חברה אשר מנהלת את עסקיה בלי שייסדו מקום עסקים בארץ, אינה חייבת להרשם כאמור בסעיף 248.“

**בעקבות הפסיקה האנגלית בענין זה קובע בית המשפט :**

„אכן, לא יזוהה ניהול העסקים עם מקום העסקים, ברום ניהול עסקים יכול לגרום לכך כי חברה המנהלת עסקיה בארץ תחשב כי יסדה מקום עסקים כאן, אפילו מבחינה טכנית אין לה Place of business במובן הרגיל של המלה.“ (ההדגשות אינן במקור — צ.ט.)  
אם בפסיקה הראשונה קובע ביהמ"ש כי חברה המנהלת עסקים אינה חייבת להרשם, ואם בפסיקה השניה הוא מערער במקצת את קביעתו הראשונה ואומר שעל אף אי-הזוהה הניהול יכול להחשב כמקום עסקים, הרי בפסיקה השלישית המצוטטת להלן נראה לנו שביהמ"ש מרחיק לכת ביותר וקובע כי יש במקרה זה הנחה (לפחות, אם לא חפיפה גמורה) של קיום מקום עסקים וחובת רישום. ספק הוא אם הפסיקה הראשונה והפסיקה השלישית יכולות לדור בכפיפה אחת.

**וזו לשון הפסיקה השלישית :**

„סבורני, איפוא, כי במקרה שיוכח כי חברה זרה ע"י נציגיה פעלה באופן קבוע ועשתה עסקים בארץ, בין שפתחה לה מקום עסקים כהלכה ובין שהסתפקה לנהל את עסקיה במקום מיועד לדברים אחרים, תחשב כבעלת מקום עסקים כאן וצריכה היא כעבור 30 יום לאחר שפתחה מקום עסקים כזה להרשם כחברה זרה.“

מקריאת פסק הדין קשה לקבוע מה ההבדל בין ניהול עסקים לבין מקום עסקים.

**בקשר לבעיית ההבחנה הנ"ל בישראל נורשה להעיר :**

(א) סעיף 80 של פקודת החברות משנת 1921, אשר בוטלה ע"י פקודת החברות משנת 1929, קבע כי חברה זרה הרוצה לנהל עסקים Desirous of carrying business בארץ, חייבת להרשם כחברה זרה לפי הפקודה. סעיף 248 קבע, כאמור, קנה-מידה אחר, והוא : ייסוד מקום עסקים, בעקבות חוק החברות האנגלי משנת 1929 שקבע הוראה דומה. שנה לאחר מכן חזר המחוקק המנדטורי וחוקק את פקודת השותפויות, וכאן חזר וקבע בסעיף 71 (1) לפקודה, כי „כל שותפות שסודרה מחוץ לישראל שאינה רשומה עדיין, והרוצה לנהל עסקים בישראל, הרי...“ וכו'. אולם פרט לחזרה לקנה-המידה הישן שהיה קיים בענין זה, חוקק סעיף נוסף בפקודה זו, סעיף 74 הקובע :

„בחלק זה המונח 'לנהל עסקים' פירושו פתיחת מקום עסק בישראל, בין במישרין ובין באמצעות מורשה.“

ברור מכאן, שלפחות לגבי שותפויות ההבחנה בין ניהול עסקים ומקום עסקים היא קלושה, אולם די בכך לדעתנו להעמיד בסימן שאלה את טובת קליטת הקוק-טרינה האנגלית המבחינה בענין זה.

פרט לפסה"ד הנדון של בית המשפט המחוזי הישראלי, ניתן למצוא מספר פסקי דין מנדטוריים בשאלתנו<sup>18</sup>, אך אלה אינם קובעים כל הלכות חשובות. למיטב ידיעתנו, בית המשפט העליון טרם קבע הלכה כלשהי בשאלת מעמדה של חברת חוץ.

#### אירישום ותוצאותיו

האפשרויות הן שלוש:

- (א) חובת הרישום היא אימפרטיבית, ואי-ציות לה קובע את כל פעולות חברת החוץ כבטלות מעיקרן (Void).
- (ב) אירישום אינו פוגע כלל בתוקפן המלא והמחייב של פעולות החברה, וזו האחרונה צפויה אך ורק לעגשים הקבועים בחוק בשל אי-הציות.
- (ג) פתרון ביניים: פעולות החברה יש והן קיימות, יש והן בטלות, ויש והן ניתנות להיבטל (Voidable).

מספר פסקי דין מנדטוריים משנות העשרים והשלושים המוקדמות קבעו, כי חברת חוץ שלא נרשמה כדין היא חברה בלתי חוקית או שפעולותיה אינן חוקיות<sup>19</sup>. כל פסקי הדין האלה מתייחסים לקנה-המידה של "רצון לעשות עסקים" לפי הפקודה משנת 1921 אשר בוטלה ע"י פקודת 1929 הקיימת עד היום. אם בשל סיבה זו או מסיבה אחרת — פסקי דין אלה לא נדונו בפסק הדין הנדון אשר קבע הלכה הפוכה בנידון.

ההלכות החשובות אשר נקבעו בפסק הדין בקשר לשאלתנו הן שתיים:

הראשונה, כי אין חברת חוץ כפיפה לקביעה שבסעיף 3 בפקודת החברות — האוסרת ניהול עסקים של חברה שלא נרשמה — ומשום כך יש לראות בחברת חוץ שלא נרשמה בישראל, התאגדות המוכרת ע"י החוק החרות במדינה.

והשנייה, כי הוראת סעיף 248 אינה אימפרטיבית, אלא מדריכה בלבד, ואי-רישומה של חברת חוץ, במועד שנקבע בסעיף הנ"ל, אין בו כדי להכשיל תביעה שהוגשה ע"י אותה חברה. והנימוק הוא: חברת חוץ קיבלה כבר את התכונה של האישיות המשפטית בנכר ועצם הרישום בישראל אינו מוסיף לה בנידון זה ולא כלום.

אכן, מהוראות סעיף 248 (2) משתמע מכללא, כי חובת הרישום היא מדריכה בלבד ולא מצווה<sup>20</sup>.

עם זאת, עלינו לזכור כי קיים בארץ חריג לכלל שנקבע בפסק דין פייננס טרסט הנ"ל. החריג הוא בקשר להקדשות לצרכי צדקה, וסעיף 38 (3) של הפקודה משנת 1924 קובע לאמור:

"היו נכסים בישראל מוקנים כהקדש לאיגוד גברי ולא נרשם כאגודה, יכול היועץ המשפטי לממשלת ישראל לבקש את בית המשפט למנות ואמן כאילו לא היה נאמן קיים".

18. C.D.C.T.A. 55/39 1940 T.A. 3; C.A.D.C. Ha. 81/36 P.P. 15.12.36; C.A. 181/37: 4 P.L.R. 302; 1937 S.C.J. (N.S.) 419; 2 Ct. L.R. 118; C.A.D.C. T.A. 149/37; Apelbom's Annotated Laws of Palestine, Bursi 1948, p. 410; C.A. 194/33: 2 P.L.R. 289; 4 R. 1443; P.P. 24.4.35.

19. C.A. 140/26 1 P.L.R. 99; C.A. 194/33 (Shtibel v. Omanut) 2 P.L.R. 289.

20. ר' ליבמן נ' ליפשיץ; ע.א. 87/50, פד"י ו', ע' 57.

עובדת אי-הרישום הכריעה במשפט שנערך בבית המשפט המחוזי, ושבו נדונו קביעות הסעיף הנ"ל<sup>21</sup>. לפנינו מקרה ברור לפיו נמנעו זכויות מאיגוד חוץ הואיל ולא נרשם בתורת שכונה. ברור שמקודת ההקדשות לצרכי צדקה היא בבחינת *lex specialis* בהשוואה להוראות פקודת החברות הדנה בחברות חוץ בכלל. ויש להניח שהואיל והמדובר הוא בהקדש קרקעות ובנאמנות, מצא המחוקק המנדטורי מקום לקבוע כלל נוקשה יותר. אך, עם זאת ניתן אולי להציע כי אילו היו הוראות סעיף 248 קונסטיטוביות, ייתכן ולא היה צורך באותה הוראה ספציפית של סעיף 38 לפקודת ההקדשות הנ"ל.

אם כי ההלכה שנקבעה ע"י השופט לם במשפט הנדון בעיגה עומדת, מן הראוי לציין כי טיוטת הצעת חוק החברות משנת 1957 קבעה הלכה הפוכה בענין זה. סעיף 290 להצעת החוק קובע, כי הוראות הסעיפים 4, 118 עד 120 יחולן גם על פעולות בארץ של חברת חוץ, בין רשומה בין בלתי רשומה. וסעיף 4 קובע:

"מיום הרישום תהיה החברה גוף משפטי, כשר לכל חובה, זכות ופעולה משפטית".  
ברור שע"י החלת סעיף 4 הנ"ל בקשר לרישום חברת חוץ הביע המחוקק בהצעת החוק את רצונו לסטות מהעיקרון שנקבע ע"י ביהמ"ש במקרה הנדון, ולקבוע את חובת הרישום כחובה קונסטיטובית. לדעתנו חייב החוק לקבוע, כי חברת חוץ אשר לא תרשם, לא תהווה גוף משפטי מוכר.

צבי נ. טמור

### הסתייגות במקומה

(א.ו. 301/65, פ"ד י"ט (4), ט' 272)

הענין במקרה הנדון קשור בפירוש סעיף של פיצוי קבוע מראש בחוזה שבין שני צדדים אשר הופר ע"י צד אחד. נטען, כי הצד שהפר התחייב בכך בתשלום סכום הפיצוי הקבוע מראש בסך — 15,000 ל"י.

בית המשפט העליון ציין, כי למרות שאין חולק כי הסכום שנקבע אמנם מהווה פיצוי קבוע ומוסכם מראש, הרי כאשר טען הצד הנדרש לשלם את הפיצוי, כי "עדיין חייב הצד המקיים להוכיח שסבל נזק כל שהוא, להבדיל ממידת נזק", זה חידוש שלתמיכתו לא הביא הטוען כל אסמכתא. ובהעדר אסמכתא, סבר ביהמ"ש שעצם הניסוח של סעיף 111 של חוק הפרוצדורה העותומני נוגד רעיון זה: "תכליתה של קביעת פיצויים מראש היא דוקא הערכה מראש של הנזק העלול להיגרם, כדי שבמקרה של הפרת ההסכם יהיה הצד המקיים פטור מן הטרחה של הבאת הוכחות על שאלת הנזק כולה — לא רק על מידת הנזק אלא גם על עצם גרם הנזק".

בית המשפט העליון פסק כפי שפסק, מאחר שב"כ המערער "לא הביא כל אסמכתא לתמיכת גירסתו זר", משמע, שאילו היתה מובאת אסמכתא בפני בית המשפט העליון, היה שוקל אותה. אם מתברר, איפוא, כי יש אסמכתא, הרי פסה"ד

21. הק. 134/צפח; אפוטרופסי הקדש אטלינגר נגד פקידים ואמרכלים של הקהילות היש-ראליות בארץ הקדושה; פס"מ ל, ע' 309.

ב"ע.א. 301/65 לא צריך לחייב כתקדים, כי אם להיפך. השאלה יכולה להראות  
כפתוחה גם לאור מה שנאמר ב" Rupert Cross — Precedent in English Law  
(Oxford — 1961), p. 138-139. וגם לאור סעיף 33 לחוק בתי המשפט.

ב"ע.א. 88/43 (פל"ר 1943, כרך 10, ע' 202, שם בע' 4—203) נקבע, כי  
הגם שיש בחוזה סכום קבוע של פיצויים, הרי מאחר ובמקרה זה אין חולק כי  
המערער לא סבל נזק, הרי הוא איננו זכאי לזבוע פיצויים כלשהם.  
הנה כי כן קיימת האסמכתא שבית המשפט העליון חיפש, ואשר למרבה  
הצער לא צוטטה בפניו, ועם כל הכבוד, נראה כי הזהירות בניסוח פסק הדין הוכיחה  
את עצמה. רשאי, אפוא, בית המשפט העליון, אם וכאשר נקודה זו תתעורר פעם  
נוספת, לחזור ולשקול בעניין.

ועוד: מהלך והקשר הסעיפים 106--112, המהווים את הפרק הדין בפיצויים  
בחוק הפרוצדורה העותומנית, מלמדים כי אכן קביעת פיצויים מראש איננה עוד  
הוכחה לעצם התהוות נזק כלשהו. בסעיף 112, אשר בוטל ע"י חוק פסיקת רבית,  
נאמר בפירוש שביחס לתשלום סכום כסף בתאריך מסויים פוסקים כפיצוי לנזק  
בשל האחור בתשלום, רבית בשעור קבוע בחוק. ובסעיף 112 גם נאמר: "רבית זו  
נפסקת מבלי לדרוש מהנושה להוכיח שאמנם סבל נזק".<sup>2</sup> והנה באף אחד מהסעיפים  
106—111, שתחולתם בכל ענייני נזקים הנובעים מחושים (למעט חיוב בתשלום  
כסף בתאריך מסויים שבו דן סעיף 112, בו פסקה מועצת המלך כאמור) אין הוראה  
כזו מקבילה הפוטרת הוכחת עצם קרות נזק כלשהוא, כפי שקיימת בסעיף 112.  
הסעיף 112 חל רק בהפרת התחייבות מסויימת, והיא — לשלם סכום כסף  
בתאריך מסויים, אז (ורק אז!) קבע המחוקק שאין צורך להוכיח קרות נזק כלשהו  
כדי לזכות בפיצויים שהחוק קבע.

בהקשר זה נעיר הערה נוספת:

בית המשפט העליון ב"ע.א. 301/65, מצייין כי הרעיון שעל אף קביעת סכום  
כסף מראש כפיצוי במקרה של הפרת החוזה, עדיין חייב הצד המקיים להוכיח שסבל  
נזק כלשהוא, להבדיל ממידת נזקו — רעיון זה נוגד את הכתוב בסעיף 111 של חוק  
הפרוצדורה האזרחית העותומנית. לפי התרגום האנגלי, הידוע בתור "תרגום בגדדי"  
של הסעיף 111, לא זוהי התוצאה מדרך ניסוחו של הסעיף. יתירה מזו, הסעיף  
תורגם לאנגלית גם ב"עמ"מ 30/39 איוב-פרוקי (פל"ר 1941 (כרך 8), ע' 110, שם  
בע' 118—119). גם לפי הנוסח הבגדדי וגם לפי הנוסח שב"עמ"מ הנ"ל, יוצא כי  
הסעיף רק קובע שבמקרה שהצדדים הסכימו שעקב הפרה ישולם סכום קבוע של  
פיצויים, הרי לא יפסוק בית משפט סכום העולה עליו או פחות ממנו. דוקא תוצאה  
זו, שהחוק קובע להסכם הצדדים על סכום פיצוי קבוע מראש בשל הפרה ע"י אחד  
הצדדים, מדגישה כי מטרת ההוראה בסעיף זה היא אחת ויחידה, היינו כאשר סכום  
פיצוי קבוע מראש, לא ניתן בידי בית המשפט לשנותו. ובאיוב נגד פרוקי הוסיפה  
מועצת המלך סייג, היינו שתוצאה זו תחול רק במקרה שסכום הפיצוי קבוע מראש  
ולא קנס. ואכן, בערעור הנדון לא היתה מחלוקת שהסכום של — 15,000 ל"י שנקבע

1. השוה דברי השופט גויטיין ב"בג"צ 287/51, פס"ע ט"ו, ע' 304, 311 למטה, על התעלמות  
מסעיף או מתקנה של החוק החרות.

2. השוה תרגום סעיף 112 ב"עמ"מ 30/39, איוב-פרוקי. הרי אין חולק כי פס"ד מועצת המלך  
הוא חוק שהיה בחוק בתאריך קום המדינה, ולכן חוק הוא גם היום כל עוד לא תוקן.

היה סכום פיצוי קבוע מראש ולא קנס. התוצאה היא שבפיצוי כזה זוכה אף מי שלא סבל נזק כלשהוא עקב אי-תשלום סכום כסף בתאריך מסויים, כדינו של זה שסבל נזק, ושניהם פטורים מלהוכיח. זוהי גזירת האמור בפירוש ובמיוחד בס' 112 הנ"ל החל על תשלום כסף בלבד, כפי שקבעה מועצת המלך ב"עמ"מ 30/39.

מאחר ואין הוראה כזו בסעיף 111 הדן בקביעת סכום-פיצוי קבוע ומוסכם מראש למקרה של הפרת חוזה בהתחייבות אחרת מאשר תשלום סכום-כסף בתאריך מסויים, אלא סעיף זה רק קובע כי ההסכמה על סכום-פיצוי קבוע מראש מחייבת את הצדדים, ובית-המשפט פוסק אותו סכום "לא יותר ולא פחות", — נמצאת למד כי הסעיף 111 בא רק לשחרר מהוכחת גובה הנזק לפי הסעיפים 109 ו-110, ולכן הוא בא אחריהם בתור סעיף 111, ואינו משחרר מעצם הוכחה שנזק כלשהו אירע, כפי שזה בפירוש נאמר בסעיף 112, אבל לא נאמר באף אחד מסעיפים 106—111. יוצא בעליל שזאת היתה האבחנה אשר אבחן בית-המשפט העליון בומן המנדט כאשר פסק ב"ע.א. 88/43 כנ"ל כי באין הוכחה של נזק כלשהו בית-המשפט אינו פוסק אף את הסכום של פיצוי קבוע ומוסכם מראש, כמו שאינו יכול לפסוק פיצוי בשים לב להוכחת הנזק שאירע בהעדר הוכחת נזק כלשהו.

ושוב יוצא כי באין נזק אין שום פיצוי, כאשר יש נזק כלשהו על הניזק להוכיח נזקו וזכאי לפי המקרה לקבל פיצויים לפי קנה-המידה של סעיפים 109—110, למעט מקרה של סכום-פיצויים קבוע ומוסכם מראש אשר משחרר מהוכחת גובה הנזק וגובה הנזק בלבד. הרי אף בענייני נזיקים אזרחיים (Torts) לא פעם קורה באנגליה שהצדדים הסכימו כי אם אמנם קיים חוב בתשלום נזק, הרי גובה הנזק הוא כך וכך ובית-המשפט מתבקש להכריע רק בשאלת החבות; והוא הדין במקרה של נזקים כתוצאה מהפרת חוזה, בית המשפט אינו דן ב"שקילות תמורה" בחוזה כאשר לא מוכחש שהיתה תמורה, אולם כאשר נטען כי היה כשלון מלא של התמורה נכנס בית המשפט לגוף העניין ובודק היתה תמורה אם לאו.

והוא הדין בענין פיצויים קבועים מראש, כאשר אין מחלוקת שהיה נזק כלשהו הרי אין בית המשפט בודק מה היה הנזק — שעה שסכום הפיצויים קבוע מראש בחוזה, אולם ההיפך תהיה עמדתו כאשר נטען בפניו שלמרות סעיף הפיצויים הקבועים מראש, לא נגרם כל נזק בפועל לצד המקיים.

ולבסוף: הגע בעצמך, מאז פסק-הדין של מועצת המלך באיוב נגד פרוקי קיימא לן שאפילו הסכימו הצדדים על סכום-פיצויים קבוע ומוסכם מראש, אין בית המשפט פוסק אותו סכום כאשר יוצא כי הסכום הקבוע הנו קנס ולא פיצוי. נכון כי בית משפט אינו עוסק בשאלה האם סכום קבוע הנו קנס או פיצוי קבוע מראש כל עוד הדבר אינו נטען בפניו, אבל כאשר נטען הדבר, הרי עוסק בית המשפט בבעיה זו וקובע את מסקנתו לאור החוק, אם נטען כי בכלל לא נגרם נזק, הרי בודאי יש באכוף תשלום סכום הפיצוי הקבוע מראש משום פסיקת קנס — מקל והומר.

התוצאה העולה מכל אלה היא כי באין הוכחה שאירע נזק כלשהו או הודאה שכך היה המעשה, — יש ללכת לאור האסמכתא שב"ע.א. 88/43 הנ"ל, ומותר לקוות כי כאשר השאלה שוב תעלה בבית-המשפט העליון יתן דעתו על מקור ההלכה והסר תעפותה ויגיע למסקנה הנכונה. שכן קשה להלום שהיושר מאפשר לפסוק פיצוי — בין קבוע מראש ובין לאחר הוכחה — באין נזק כלל.

מ. שרף

## סמכות ועדת ערר לפטור מתשלום מס רכוש

(בג"צ 94/63, 1963, 1) ט"ו (1), ע' 3

סעיף 45 (א) של חוק מס רכוש וקרן פיצויים, תשכ"א—1961, פטר מתשלום חלק מהמס את הבעלים שנכסיהם שמשו למטרה ציבורית שענינה דת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד וכיו' ואשר אין להנו הכנסה או שהכנסתם מוקדשת למטרות המפורטות בסעיף זה.

בשנת 1964 תוקן החוק ותוכנו של סעיף 45 (א) הנו"ל הועבר בשנויי נוסח לסעיף 39(6) של החוק המתוקן. הפטור כיום מתייחס למס כולו.

39. ואלה פטורים מתשלום מס רכוש:

(6) מוסד צבורי שמטרתו היא דת, תרבות, חינוך, מדע, בריאות, סעד או ספורט, לגבי נכסיו המשמשים לאותה מטרה — ושאינו עמם הכנסה, או שכל ההכנסה מהם משמשת לאותה מטרה בלבד — וכן בעל קרקע או בנין של הקדש לצרכי חינוך שאין מנהלים אותו למטרות ריאות, או שפירותיו משמשים להחזקת בית ספר בלבד.

לענין סעיף זה, "מוסד צבורי" — חבר בני אדם של שבעה לפחות שרוב חבריו אינם קרובים זה לזה.

בבג"צ 94/63, שפורסם באיחור, נדונה בעיית פיתורו ממס של "מוסד ציבורי" במובן סעיף 45 (א) של החוק (סעיף 39 (ה) של החוק המתוקן).

העותרת, מנהלת מוסד לאשפוז קשישים, פנתה אל המשיבים, מנהל מס רכוש וקרן פיצויים ואח' בבקשה לפטור אותה מתשלום שני שלישי מהמס כקבוע בחוק, בטענה שהיא "מוסד צבורי" במובן סעיף 45 (א) של החוק. המשיבים סרבו להענות למבקשת והיא פנתה לבג"צ בבקשה לצו על תנאי.

בג"צ קיבל את התנגדות המשיבים לצו על תנאי, ביטל את הצו ופסק כי על העותרת היה להשתמש בסעדים המנויים בסעיפים 26 (א) ו-27 (א) של החוק ועל כן היה עליה לפנות לוועדת ערר ולא לבג"צ.

בג"צ דחה טענות בא-כוח המבקש כי התרופות המצויות בסעיפים 26 ו-27 הנו"ל מכוונות רק כלפי טענות הנוגעות לערך הנכס, כי גם קובלנות המסתמכות על טענות משפטיות מסוג הטענות שהסתמכו עליהן בבקשה זו, נכנסות לגדר הסעדים האמורים בסעיפים 26 ו-27, והן מתיישבות בהחלט עם האמור בסעיף 29 (ב) של החוק האומר, "לבטלה או להחליט בדרך אחרת".

סעיף 26 (א) הנוכח בהחלטה דן ב"השגה" על הודעת השומה של המנהל וזה האחרון נותן, "החלטה" על ההשגה.

סעיף 27 (א) דן בזכותו של הרואה עצמו מקופח בהחלטת המנהל לפי סעיף 26 (א) לערור לפני ועדת ערר.

סמכויותיה של ועדת ערר נקבעו בסעיף 29 (ב) של החוק:

"ועדת ערר 29 (ב) הועדה רשאית לאשר את השומה, להפחיתה, לבטלה או להחליט בדרך אחרת, אך לא להגדילה".

אנו רואים כי לוועדת ערר הסמכות לדון אך ורק בשומה. נוסח סעיף 29 (ב) אינו משאיר, הן מבחינה מילולית והן מבחינת הדבק הדברים, מקום לספק בדבר פרושו: כל הכתוב בו מתייחס לשומה, לרבות המלים, "לבטלה או להחליט בדרך

אחרת", שהרי גם המלים, "אך לא להגדילה" המסיימות את הסעיף דנות בשומה ולא בכל דבר אחר.

מכאן, לוועדה אין סמכות לדון אלא אך ורק בשומה. שומה היא קביעת שווי של נכס. בלשון החוק [ראה סעיף 7 של החוק וכן סעיף 19 (א) (ב)]. הפטור מתשלום מס של "מוסד צבורי" הנוכח בסעיף 45 (א) של החוק (סעיף 39 (6) של החוק המתוקן איננו בגדר "שומה". גם הנכס של "מוסד צבורי" טעון שומה כמו כל נכס אחר. שמים את הנכס ולא את בעליו. הפטור מתשלום מס מתייחס לזוהתו של בעלי הנכס (אם הוא מוסד צבורי או לא) ואילו השומה מתייחסת לנכס עצמו (ראה בנדון סעיף 20 (ב) בנוסח המתוקן המבחין באופן ברור ביותר בין שומה שנעשתה לנכס ובין בעליו הפטור מתשלום המס בהיותו "מוסד צבורי").

נדמה לכן, עם כל הכבוד, כי לאור האמור לעיל קשה לקבל את הפרוש שנתן בג"צ בבקשה הנ"ל למלים, "לבטלה או להחליט בדרך אחרת", כאילו באו להעניק לוועדת ערר גם את הסמכות לדון בפטור מתשלום המס.

המלים, "לבטלה או להחליט בדרך אחרת" באו לאפשר לוועדת ערר לקבוע שומה לא רק ע"י הפחתתה או ביטולה, כגון ע"י קביעת שומה אחרת במקומה, אלא גם להחליט החלטות אחרות כמו החזרת השומה למנהל בצרוף הערות לשם עריכתה מחדש או שהמנהל טעה בסווג הנכס ולכן יש לערוך שומה מחדשת בהתאם לסווג שקבעה הוועדה וכו'.

הפטור מתשלום המס הוא פעולה מנהלית המוטלת על שר האוצר או על מנהל מס רכוש וקרן פיצויים (ראה סעיפים 40 (ג) (ד), 45 (ב) של החוק (נוסח 1961) וכן סעיפים 40 (ג), 45 (נוסח 1964)). לכן, במקרה של סרוב מצד המנהל לפטור מתשלום המס, הפניה בבקשת סעד נגד סרוב זה היא לבג"צ ולא לוועדת ערר. נראה אפוא, כי הדרך בה הלכה העותרת בבג"צ 94/63 הנ"ל היתה כדיון ולא היה מקום, עם כל הכבוד, לסגור בפניה את שערי בג"צ.

מנחם אביגדור

### היום הקובע לגבי הערכת מלאי לצרכי מס רכוש

(המ"ר 134-135/65 — טרם פורסם)

חוק מס רכוש וקרן פיצויים תשכ"ה—1965, מטיל הובה על בעלי מלאי סחורות לשלם מס רכוש בשנת מס מסויימת בשיעור מסויים בשווי של המלאי שהיה בבעלותם באותה שנה. "שנת המס" כהגדרתה בסעיף 1 לחוק היא: "שנים עשר החודשים המתחילים באחד באפריל של כל שנה", וקביעת שווי של המלאי נעשית על יסוד סעיף 15 (א) לאותו חוק הקובע: "שווי של המלאי בשנת המס יהיה מחיר המלאי שהיה לבעליו באחד באפריל של כל שנה". היום הקובע לגבי שווי של המלאי שישמש כבסיס לקביעת שיעור המס — הוא אפוא האחד באפריל של אותה שנת מס. אולם, במטרה להקל על נישומים שיום זה אינו נוח להם לקבוע בו את שווי המלאי שבבעלותם, מאפשר סעיף 15 (ב) חריגה מן הכלל וקובע: "על אף האמור בס"ק

(א) רשאי המנהל לקבוע לפי בקשת בעל המלאי כי שוויו של המלאי בשנת המס יהיה מהירו ביום הראשון של תקופת השומה המיוחדת שהוכרה לבעל המלאי על פי סעיף 7 לפקודת מס הכנסה 1947....." וסעיף זה מסביר מהי תקופה שומת מיוחדת לענין זה: „נוכח פקיד השומה שאדם פלוני רגיל לסכם חשבונות עסקו ביום שאינו האחרון לשנת המס רשאי הוא להרשות שההשתכרות או הרווחים מאותו עסק יחושבו לענין פקודה זו, על יסוד ההכנסה של השנה המסתיימת באותו יום שבשנת המס.”

התוצאה היא איפוא שאם אדם מסכם חשבונותיו ועורך מאזניו לאו דוקא ליום האחד באפריל ניתנת לו ההזדמנות הנאותה לבקש שינוי המועד וע"י כך לחסוך מעצמו את הטורח ואת ההשקעה המיוחדת שיש בקביעת שוויו של המלאי, כי אז יש לאל ידו להסתמך על ספירת המלאי שנערכה לצורך סיכום חשבונותיו ועריכת מאזניו.

המחוקק לא גילה מהו היום הראשון של תקופת השומה המיוחדת, האם כוונתו ליום הראשון שלפני תחילת שנת המס הרגילה או שמא מתכוון הוא ליום הראשון שלאחר תחילתה? אם נבחר באלטרנטיבה הראשונה יחול „היום הראשון” מהוץ לתחומיה של שנת המס ואילו אם נבחר באלטרנטיבה השנייה כי אז יחול „היום הראשון” בתוך מסגרת שנת המס הרגילה.

על רקע זה התגלע הסכסוך שהוא סלע המחלוקת בתיקים הנדונים. העובדות הצריכות לענין היו כדלקמן:

למשיבות הוכרה תקופת שומה המתחילה ביום האחד בינואר ע"פ סעיף 7 לפקודת מס הכנסה, 1947. המנהל (הוא המערער) קבע לפי בקשת המשיבות כי שוויו של המלאי בשנת המס יהיה מהירו ביום האחד בינואר ולא ביום האחד באפריל. השאלה השנויה במחלוקת בין בעלי הדין היא אם לפי קביעת המערער יש לחשב שוויו של המלאי לשנת המס 1961 לפי מחירו ביום 1.1.61 או לפי מהירו ביום 1.1.62. לאחר ששקל את טענות הצדדים הכריע ביהמ"ש את הכף לטובת המשיבות וקבע: „שאת שווי המלאי לצורך שנת המס המתחילה באחד באפריל 1961 יש לקבוע לפי המחירים של יום האחד בינואר 1961. ביהמ"ש העדיף איפוא את היום הראשון של תקופת השומה המיוחדת שלפני תחילת שנת המס הרגילה, וע"י כך קבע כי בסעיף 15 (ב) התכוון המחוקק לאלטרנטיבה השנייה כלומר שהיום הקובע לענין הישוב שוויו של המלאי לשנת מס מסויימת יחול דווקא מהוץ לתחומיה של שנת המס הרגילה.

הנימוק הראשון היה כי „מכיון ששנת המס לענין החוק מתחילה באחד באפריל (סעיף 1), הדעת נותנת שמחיר המלאי לצורך קביעת שוויו יהיה לכל שנת מס מחירו ביום שלפני תחילתה של שנת המס — אם לא באחד באפריל כי אז ביום שלפני האחד באפריל”. נימוק זה אין לו לדעתנו על מה שיסמוך, ראשית מפני שבאותה מידה של הצדקה יכול אתה לומר את היפוכו של דבר, היינו: מכיון ששנת המס לענין החוק מתחילה באחד באפריל (סעיף 1) הדעת נותנת שמחיר המלאי לצורך קביעת שוויו יהיה לכל שנת מס מחירו ביום שלאחר תחילתה של שנת המס — אם לא באחד באפריל כי אז ביום שלאחר האחד באפריל. ואם כן הדבר במה יפה כוחה של העובדה ששנת המס מתחילה באחד באפריל כדי להקנות את הבכורה למסקנה זו או אחרת?

שנית, ביהמ"ש התעלם מפרזומפציה משפטית חשובה, שכן בסעיף 15 (ב) נהג המחוקק בדרך של איזכור סעיף אחד שיש להסתמך עליו. והרי במקרים אלו חזקה עליו שהתכוון להחיל רעיון דומה לזה המבוטא בסעיף המאוזכר ובמקרה שלנו סעיף 7 לפקודת מס הכנסה 1947. מסעיף זה אנו למדים כי אם מעתיקים את היום הקובע של סיכום החשבונות לא ייעשה הדבר אלא בתחומיה של שנת המס וכלשון הסעיף עצמו: „באותו יום שבשנת המס." ומכח האנלוגיה אתה מחוייב להסיק כי הוא הדין לגבי שינוי מודע ע"פ סעיף 15 (ב) לחוק מס רכוש. למסקנה זוהי הגיע כב' השופט שילה בפסק דינו בע.א. ת"א 589/64 אם כי מתוך שיקולים שבהגיון ולא מתוך השענות על הפרזומפציה המשפטית הנזכרת. ואלה דבריו: „מתקבל על הדעת כי כאשר תקופת שומה מיוחדת שונה משנת המס יוכל מנהל מס רכוש לבחור את אותו היום הקובע שבתקופת שומה מיוחדת המצוי בתוך אותו פרק זמן שבו תקופת השומה המיוחדת ושנת המס חופפות זו את זו ולא את אותו היום המצוי אמנם בתקופת השומה המיוחדת אבל אינו מצוי בשנים עשר החדשים המהווים את שנת המס."

שלישית, אם ההלכה שנקבעה נכונה היא, מה יהא דינו של נישום שביום הקובע, היה אמנם מלאי של סחורות בבעלותו אך הספיק לחסל אותו לפני תחילתה של שנת המס? האם יהיה חייב בתשלום המס באותה שנה או שמא יהיה פטור? אם נניח שהוא חייב, יבוא הוא ויטען כי סעיף 2 (א) לחוק פוטר אותו מתשלום המס בקבעו: „מס רכוש ישולם ע"י בעלי נכסים לכל שנת מס על נכסים שהיו להם באותה שנה", והרי „באותה שנה" לא היה לו שום מלאי מפני שהספיק לחסלו לפי תחילתה. ואם כך הדבר האם נניח שהוא פטור? והרי לפי סעיף 21 (א) מתהווה עילת החיוב במס לגבי מלאי של סחורות אף אם נקבע מועד אחר „לחישוב שווי המלאי לפי סעיף 15 (ב)"? אין איפוא שום מנוס מן המסקנה כי ההלכה שנקבעה בטעות יסודה.

בנימוקו השני אומר כב' השופט כהן: „אין טעם ואין הגיון בכך שמשלם המס יהא באפרייל של שנה פלונית חייב במס ששיעורו נקבע לפי שווי המלאי (שיהיה) בינואר של השנה שלאחריה". נימוק זה מושתת כנראה על הנחה מוטעית והיא כי בכל מקרה שאדם מבקש ממנהל מס רכוש שינוי המועד לקביעת שווי המלאי ע"פ סעיף 15 (ב) הרי שהוא מתכוון להעתיק את היום הקובע ליום האחד בינואר דווקא, ואז אמנם עלול להיווצר פער עמוק של תשעה חדשים. אולם לא כך הדבר במציאות, ורבים מאוד הם התאגידיים בארץ העורכים את חשבונותיהם ועורכים מאזניהם ליום האחד באפרייל, או ליום האחד ביולי או ליום האחד באוקטובר, ורק מיעוטם בחר ביום האחד בינואר. רק מקרה הוא שהמשיבות בתיק זה מסכמות חשבונותיהן ליום אחד בינואר, ויתכן מאד כי ביהמ"ש לא היה מגיע למסקנתו הנ"ל אם במקרה היה היום הקובע האחד ביולי או האחד באוקטובר. מכל מקום אף אם אמנם צדק כב' השופט כהן „שאין טעם ואין הגיון" לדחות את מועד קביעת שווי המלאי עד ליום האחד בינואר הרי שביחס למקרים אחרים, שהם הרוב המכריע, היה נימוקו זה מאבד את יסוד עצמתו ולא היה עוד יפה לגביהם. כי בהם מצטמק הפער עד כדי שלושה חדשים בלבד או לכל היותר עד כדי ששה חדשים. לא נראה לי איפוא כי נימוק זה דיו כדי לשכנע שהחריגה מתחומיה של שנת המס בצדק יסודה. בנימוקו השלישי אומר כב' השופט כהן: „דין הוא שהתאריך אשר לפיו

קובעים את השווי יהא מוקדם מאפריל ולא מאוחר ממנו". ומה הגיעו לקבוע עמדה זו? משום שלדעתו זוהי הדרך היעילה, כדי ששיעור המס יהא ניתן לקביעה באפריל".

סבורני כי בהחלטה זו יש משום שלילה של "כלל הזהב" בפרשנות החוק. שכן פירוש כזה של סעיף 15 (ב) איננו מתיישב עם הוראה אחרת בסעיף 21 א (א) של אותו חוק עצמו הקובעת: "... בעל מלאי שנקבע לו מועד לחישוב שווי המלאי לפי סעיף 15 (ב) ... ישלם לא יאוחר מ-30 באפריל של שנת המס על חשבון המס לאותה שנה מקדמה".... הוראת סעיף זה מעידה כמאה עדים שלנגד עיניו של המחוקק עמדה גם עמדה השאלה מה יהיה הדין כאשר שיעור המס אינו ניתן לקביעה באפריל, ולא עוד אלא שמצא לה פתרון ברור ומוחלט. ומהו הפתרון? כאשר לא ניתן לקבוע את שיעור המס באפריל של שנת מס מסויימת בעטיו של שינוי במועד לפי סעיף 15 (ב) אזי תשולט ע"י בעל המלאי, "מקדמה" בסכום המס שחוייב בתשלומו בשנת המס הקודמת". ומכאן משתמע ברורות כי שיעור המס הסופי ייקבע לאחר שתתאפשר קביעת שווי המלאי שאושר לנישום ע"פ סעיף 15 (ב), היינו לא מוקדם מאפריל אלא דווקא מאוחר ממנו, הוזה אומר: בתוך תחומיה של אותה שנת המס ולא מחוצה לה.

נתן זינר

## לשאלת תחולתם למפוע של הסכמי הסגרה

(תיק ב.ש. ת"א 288/65; טרם פורסם)

בהחלטה שניתנה ביום 31 בדצמבר 1965 על-ידי בית המשפט המחוזי בתל-אביב (כב' השופט ד"ר דולב) נדונה לראשונה בישראל שאלת תחולתו למפרע של הסכם הסגרה אשר לא נכללה בו הוראה בנדון.

המדובר היה בבקשת ממשלת ארה"ב להסגיר לידיה אחד ג'ורג' בלאדס (Bluds), שהואשם בניו-יורק ביום 29 באפריל 1964 בשלושה פרטי אישום של גניבה ובשנים-עשר פרטי אישום של זיוף, כשהעבירות שיוחסו לבלאדס נעברו בין ה'1 בינואר 1961 וה'27 במארס 1963.

בקשת ממשלת ארה"ב היתה מבוססת על הסכם ההסגרה שבין ישראל וארה"ב, אשר נחתם בוואשינגטון ביום 10 בדצמבר 1962 ושנכנס לתוקף, עם חילוף כתבי האשור בירושלים, ביום 5 בדצמבר 1963.

בשעת בירור בקשת ההסגרה בפני בית המשפט המחוזי בתל-אביב, טען בא-כוחו של בלאדס, בין השאר, כי להסכם ההסגרה האמור אין תחולה לגבי מרשהו, באשר העבירות שיוחסו לו נעברו כולן לפני היכנס ההסכם לתוקפו (ובחלקן אף לפני היחתמו). בא-כוחו של בלאדס הסתמך על הוראות סעיף 19 של ההסכם, לפיו "אמנה זו תיכנס לתקפה עם החלפת כתבי האשור", והסיק מהוראה זו שההסכם

1. ראה כתבי אמנה מס' 505 מיום 5 בדצמבר 1963, כרך 14, ע' 795.

2. שם, ע' 804.

תופס רק לגבי עבירות שנעברו לאחר אותו מועד, דהיינו, לאחר ה-5 בדצמבר 1963. כב' השופט ד"ר דולב דחה את טענת ההגנה וקבע בהחלטתו, כי "בהעדר הוראה כלשהי באמנה הקובעת את ההיפך, נראה לי שאין כל הצדקה לטענת הרטרור אקטיביות כפי שנטענה על-ידי ב"כ המשיב".

סתם השופט ולא פירש את החלטתו, ודומה על כן שקביעתו זו — שהיא לדעתנו, נכונה כשלעצמה בנסיבות המקרה הנדון — ראויה לדיון ולהבהרה, שכן היא נראית לכאורה כעומדת בסתירה לעקרון הרגיל החל בדיני אמנות, לפיו אין לאמנה תחולה למפרע אלא אם כן נקבע מפורשות ההיפך בגוף האמנה.<sup>3</sup>

ברם, במה דברים אמורים? כאשר המדובר באמנה אשר באמת ובתמים מתימרת לפעול למפרע, וזאת על-ידי יצירת זכויות או על-ידי הטלת חובות בהסתמך על אירועים שהתרחשו לפני כריתת האמנה.

שונים פני הדברים כאשר המדובר באמנת הסגרה. במקרה כזה אין אנו עוסקים באמנה היוצרת עבירות חדשות שלא היו קיימות בטרם כריתת האמנה. מבחינה זו לית מאן דפליג שאמנת הסגרה אינה כוללת הוראות הנוגעות למשפט הפלילי הסובסטנטיבי, ולכן אין גם מקום במקרה כזה להחלתו של הכלל *nulla poena sine lege* ("אין עונשים את האדם עד שמוזרים אותו").

ואולם, בעוד שאין חולקין על כך שהוראותיה של אמנת הסגרה אינן בגדר הוראות של המשפט הפלילי המהותי, הרי קיימים חילוקי דעות בקשר לשאלה אם ניתן לראותן כחלק מהמשפט הפלילי הדיוני. כידוע, הוראות המשפט הדיוני נחשבות כרטרואקטיביות מאליהן. לפי הדעה הרווחת, יש באופיין הדיוני של הוראותיו של הסכם הסגרה כדי להסביר את תחולתן למפרע אף בהעדר הוראה מפורשת בנדון, כך, למשל, קובע המחבר השווייצרי שולץ (Schultz), כי —

"...ein Auslieferungsvertrag [ist] keine Vorschrift des materiellen Strafrechtes, sondern des Verfahrensrechtes.... Verfahrensrechtliche Vorschriften sind, abweichende Bestimmungen vorbehalten, anwendbar auf alle Fälle, welche entschieden werden müssen, nachdem die Vorschrift in Kraft trat."<sup>4</sup>

ואולם, עצם שלילת אופיין המהותי של הוראותיו של הסכם הסגרה עדיין אין בה כדי לחייב את המסקנה כי המדובר בהוראות דיוניות דווקא. ניתן אולי לראות כהוראות דיוניות את ההוראות המסדירות את צורת הגשתה של בקשת הסגרה, דרכי הדיון בה וצורת הסגרתו של ברי-הסגרה אשר על הסגרתו ציווה בית משפט מוסמך. אך אין לראות בעצם הסכמתן של מדינות להסגיר זו לזו עבריינים שביצעו עבירות מסויימות בתוך שטחה של המדינה האחרת משום הוראה דיונית כלל ועיקר. לכן מציין בצדק מרסיה (Mercier) שמבחינת המשפט הבינלאומי —

"Là où l'extradition peut être accordée même en l'absence d'un traité,

3. ראה דבריו של סר המפרי וולדוק (Sir Humphrey Waldock), המדווח המיוחד של הוועדה למשפט בינלאומי לעניין דיני האמנות, שנכללו בדיון-וחשבון הראשון שלו שהגיש לוועדה בשנת 1962 ושנתפרסמו בשנתון הוועדה למשפט בינלאומי לשנת 1962, כרך שני, ע' 71.

4. Schultz, *Das Schweizerische Auslieferungsrecht*, 1953, S. 98.

on ne voit pas pourquoi on exigerait, pour accorder une extradition en application d'une convention, que l'infraction fût antérieure à celle-ci.”<sup>6</sup>

תופעה זו של הסגרה עבריינים על-פי הסכמי הסגרה אד-הוק משמשת כראייה מסייעת לא רק לעצם „הרטרואקטיביות” של מוסד ההסגרה, כי אם גם מעידה על העדר אופי דינוני, במשמעותו המקובלת של מונח זה.<sup>7</sup> לפיכך נראית יותר הדעה שלפיה מקור תחולתם למפרע של הסכמי ההסגרה געוץ בכך שהסכם הסגרה אינו נוגע כלל לזכויותיו ולחובותיו של הפרט. תכליתו להסדיר את היחסים שבין המדינות, ולאור עובדה זו אין כלל מקום להשמעתה של הטענה המקובלת בתחום דיני העונשין בדבר אי-תחולתו למפרע של חוק. ברוח זו מציין האצ'ק (Hatschek), בדברו על הסכמי ההסגרה, כי —

“...eine... Art der Rückwirkung [ist] völkerrechtlich zugelassen, nämlich die der Verträge selbst: da aus dem Auslieferungsvertrag nur Rechte der Staaten, nicht Rechte der Ausgelieferten entstehen...”<sup>7</sup>

ברוח זו הלכה אף הפסיקה במדינות השונות כל אימת שהתעוררה בפניה השאלה המשמשת נשוא דינונו זה.<sup>8</sup>

תימוכין לדעה שגם ישראל רואה את הסכמי ההסגרה כבעלי תחולה למפרע מאליהם ניתן למצוא, לדעתנו, בהסכמי ההסגרה הזמניים שכרתה בשנות החמישים עם צרפת ובלגיה.<sup>9</sup> בהסכמים אלה, שנערכו בצורת חילופי איגרות לתקופה של שנה אחת כל פעם, נאמר שבהסדרת סוגיית ההסגרה בין המדינות המתקשרות תחילנה הוראותיו של הסכם ההסגרה האנגלו-צרפתי מיום 14 באוגוסט 1876<sup>10</sup> ושל הסכם ההסגרה האנגלו-בלגי מיום 29 באוקטובר 1901, כפי שתוקן<sup>11</sup>. בסעיף 11 של ההסכם האנגלו-צרפתי האמור נקבע, כי —

5. Mercier, “L'Extradition”, 33 *Recueil des Cours* (1930—III), p. 171, en p. 188.

6. אשר למצב השורר בישראל, מן הראוי להזכיר בהקשר זה, כי על-פי סעיף 2(1) לחוק ההסגרה, תשי”ד—1954, אחר התנאים להסגרתו של אדם מישראל למדינה אחרת הוא שבין המדינה המבקשת להסגירו ובין ישראל קיים הסכם הקובע הודיות בהסגרת עבריינים. (ס”ה תשי”ד, מס’ 163 מיום 1 בספטמבר 1954, ע’ 174).

7. Hatschek, *Völkerrecht im Grundriss*, 1926, S. 107 f. (ההדגשה במקור)

8. ראה בנדון Travers, *Ledroit pénal international*, tome 4, 1921, pp. 726-733; Elman, “The Retroactivity of the U.S.-Israel Extradition Treaty”, 1 *Israel Law Review* (1966), p. 356 ff.

9. באשר להסכמים עם צרפת, ראה כתבי אמנה מס’ 31 מיום 18 בנובמבר 1951, כרך 2, ע’ 1; כתבי אמנה מס’ 82 מיום 21 באפריל 1953, כרך 3, ע’ 361; כתבי אמנה מס’ 131 מיום 18 בפברואר 1954, כרך 4, ע’ 139; כתבי אמנה מס’ 160 מיום 9 בינואר 1955, כרך 5, ע’ 51. באשר להסכמים עם בלגיה ראה כתבי אמנה מס’ 159 מיום 2 בינואר 1955, כרך 5, ע’ 39; כתבי אמנה מס’ 204 מיום 30 בדצמבר 1956, כרך 7, ע’ 373; כתבי אמנה מס’ 214 מיום 26 בפברואר 1957, כרך 7, ע’ 549.

10. ראה כתבי אמנה מס’ 160 מיום 9 בינואר 1955, ע’ 52 ואילך.

11. ראה כתבי אמנה מס’ 159 מיום 2 בינואר 1955, ע’ 41 ואילך.

„לא ייענו לבקשה הסגרה אם המבוקש... מאז ביצוע המעשים שנאשם בהם... השיג פטור מתביעה משפטית... בתוקף התיישנות לפי חוקיה של אותה ארץ“<sup>12</sup>.

הוראה דומה מצויה בסעיף 9 של הסכם ההסגרה האנגלו-בלגי האמור<sup>13</sup>. הואיל והסכמי ההסגרה ישראל-צרפת וישראל-בלגיה נכרתו לתקופה של שנה אחת כל פעם, אין משמעות כלשהי להוראות ההתיישנות הללו אלא אם כן מניחים כדבר מובן מאליו את תחולתם למפרע של הסכמי ההסגרה, שכן תקופות ההתיישנות של עבירות פליליות חמורות (וכאלה הן העבירות בנות ההסגרה) עולות בהרבה על שנה אחת. ואכן, קיומם של סעיפי התיישנות בתוך הסכמי ההסגרה הנכרתים לתקופות קצרות נחשב הן על-ידי הדוקטרינה והן על-ידי הפסיקה כביטוי לרצונם של הצדדים המתקשרים להחיל למפרע הסכמים כאלה<sup>14</sup>.

מבין אחד-עשר הסכמי ההסגרה שנכרתו עד כה על-ידי ישראל ושפורסמו ב„כתבי אמנה“<sup>15</sup> מכילים שבעה בצורה זו או אחרת הוראות בדבר תחולתם למפרע, בעוד שארבעה שותקים בנקודה זו. ואולם, השוני הקיים בשאלה זו בין הסכמי ההסגרה השונים אינו צריך להיראות כבעל משמעות לענייננו, שכן הסכמי ההסגרה המכילים הוראות בדבר תחולה רטרואקטיבית אינם אלא קובעים — *cautela* — דבר שהוא מובן מאליו. אף אם אינו נזכר בצורה מפורשת<sup>16</sup>, לפיכך אין מקום לעריכתם של חישובים אריתמטיים או להסקתן של מסקנות משפטיות לכאן או לכאן בהסתמך על שוני כזה<sup>17</sup>.

סיכומו של דבר: נראית לנו קביעתו של מור (Moore) לפיה —

“Extradition treaties, unless they contain a clause to the contrary, cover offences committed prior to their conclusion.”<sup>18</sup>

לעניין תחולתו של כלל זה אין נפקא מינה אם כל הסכמי ההסגרה של מדינה מסוימת מתבאיים בסיוגן אחד בשאלה זו, או אם קיימים הבדלי גירסה ביניהם, כפי שאירע הדבר במקרה הספציפי של ישראל.

ד"ר יהודה צ. בלום

12. כתבי אמנה מס' 160, ע' 58—59.

13. כתבי אמנה מס' 159, ע' 48. סעיף 9 של הסכם ההסגרה האנגלו-בלגי מתנה את תחולת הפטור בשל התיישנות בהוראות החוק של המדינה המתבקשת להסגיר, בעוד בסעיף 11 של הסכם האנגלו-צרפתי מדבר על התיישנות לפי חוקיה של המדינה המבקשת את ההסגרה.

14. ראה שולץ, שם, ע' 99.

15. בשעת כתיבתה של רשימה זו (חודש מאי 1966), קשורה ישראל בהסכמי הסגרה עם הולנד (כתבי אמנה, כרך 7, ע' 625), בלגיה (שם, ע' 637), לוכסמבורג (שם, ע' 653), איטליה (שם, ע' 667), צרפת (שם, כרך 10, ע' 379), שווייץ (שם, ע' 391), דרום אפריקה (שם, ע' 649), בריטניה (שם, כרך 11, ע' 65), אוסטרליה (שם, כרך 13, ע' 1), ארה"ב (שם, כרך 14, ע' 795) ושוודיה (שם, כרך 15, ע' 25). ההסכם עם צרפת טרם נכנס לתוקף, בשל היעדר אשרור מצדה של צרפת.

16. שולץ, שם.

17. נסיון כזה נעשה על-ידי אלמן, שם, בע' 362.

18. Moore, *Digest of International Law*, vol. IV, 1906, p. 269.