

בשולי הפסיקה

סמכות האשרור של האסיפה הכללית

(בעקבות *Bamford v. Bamford*¹)

א. מהות הבעיה

היכולה האסיפה הכללית של בעלי המניות לאשרר ברוב רגיל עיסקה שבוצעה על ידי מנהלי החברה, שעה שאלה פעלו שלא, בתום לב ולמען החברה, דהיינו, תוך הפרת חובת האמון שהם חבים לחברה? לשאלה זו עשויה להיות חשיבות בהקשרים שונים². בפרשת *Bamford* התעוררה שאלה זו לענין תוקף פעולת המנהלים ביחסים שבין החברה לצד ג', כאשר הטענה לפסלות האשרור באה מפי בעלי מיעוט המניות בחברה, המתנגדים לאשרור³, ולא מפי צד ג' עצמו⁴. זאת ועוד: יכולת האשרור של האסיפה הכללית מעוררת שתי שאלות: האחת, אם החובה המופרת היא ברת-אשרור ברוב רגיל⁵. בהנחה שהתשובה על שאלה זו היא בחיוב, האם האסיפה הכללית היא האורגן המוסמך מטעם החברה לבצע אשרור זה. בפרשת *Bamford* התעוררה בעיית האשרור לענין השאלה השניה בלבד.

¹ 317 W.L.R. [1968] (ערכאה ראשונה); 969 All E.R. [1969] 1 (ערעור).

² כגון, שהחברה תובעת את מנהליה על שאלה הפרו חובתם כלפיה. המנהלים מתגוננים בטענה כי האסיפה הכללית אשררה ברוב רגיל את פעולתם. היש למנהלים טענה טובה? בעל מניה מגיש תביעה דרביטיבית נגד המנהלים על שהפרו חובתם כלפי החברה. המנהלים טוענים כי לפי הכלל בפרשת *Foss v. Harbottle* דין תביעה להדחות, שכן האסיפה הכללית רשאית לאשרר ברוב רגיל פעולתם. היש טענה טובה למנהלים?

³ השופט *Plowman J.* בערכאה הראשונה ראת את התביעה כתביעה דרביטיבית. השופט *Russel S.J.* ראה אותה כתביעה אישית. שני השופטים הניחו כי יש *locus standi* לבעל המניה, מבלי שדנו במישרין בשאלה זו. אין, איפוא, לראות בפסק הדין אסמכתא חשובה לחריגים בפרשת *Foss v. Harbottle*. אחרת סובר *Wedderburn* בהערה ב- *M.L.R.* 688 (1968) 31.

⁴ אילו באה הטענה מפיו של צד ג' היה מקום לבחון את תחולת הכלל בפרשת *Royal British Bank v. Turquand* בסוגייתו.

⁵ לסוגיה זו, ראה *Gower, Modern Company Law*, 3rd. ed. (1969).

ב. העובדות וההחלטה בפרשת BAMFORD

תקנותיה של החברה קבעו כי הסמכות להקצאת מניות נתונה למנהלים. המנהלים השתמשו בסמכותם זו שלא „בתום לב ולמען החברה“⁶. אסיפה כללית של בעלי המניות אשררה ברוב רגיל פעולת המנהלים. השאלה שהתעוררה היא, היש תוקף לאשרור זה? כל השופטים, בשתי הערכאות, השיבו על שאלה זו בחיוב. השופט Plowman J. ב-Chancery Division⁷ גרס כי המוטיב הבלתי נאות של המנהלים שלל מהם את סמכות ההקצאה. מכיוון שכך, הועתקה סמכות ההקצאה לאסיפה הכללית, שהינה בעלת הסמכות העודפת בענין זה. זו רשאית לאשרר פעולת המנהלים ברוב רגיל. השופטים Harman L. J. ו-Russell L. J. ב-Court of Appeal⁸ הגיעו גם הם למסקנה זוהי אך מהנמקה שונה. לשיטתם, המוטיב הבלתי נאות של המנהלים לא הוציא פעולתם מחוץ לתחום סמכותם, אלא רק הפך פעולתם לנפסדת. הסמכות לרפא את הפגם מצויה בידי האסיפה הכללית, הרשאית להפעיל סמכות זו בהצבעת רוב רגיל.

ג. גדר הפיקות

חלוקת הפונקציות של החברה בין האורגנים השונים (בעיקר האסיפה הכללית ומועצת המנהלים) נעשית בחוק החברות, בתזכיר ובתקנות. משנקבעה חלוקת הפונקציות בין האורגנים השונים, הופך כל אורגן לעצמאי בביצוע הפונקציות שיוחדו לו, ואין אורגן אחד (כגון, המנהלים) כפופים להוראות הבאות מאורגן שני (כגון, האסיפה הכללית)⁹. דין זה כפוף, כמובן, לכוחה של האסיפה הכללית להשתמש בסמכויותיה התחיקתיות, ולהביא בדרך של שינוי התקנות לשינוי בחלוקת הפונקציות. לשם כך יש צורך, בין השאר, בהחלטה מיוחדת. החלטה רגילה של האסיפה הכללית אינה מספקת. על רקע זה מתברר הקושי המונח ביסוד פרשת Bamford. אם אמנם הקצאת מניות שלא „בתום לב ולמען החברה“ היא פונקציה האסורה על מנהלים, מתוקף האמור בתקנות, אין האסיפה הכללית רשאית להתערב בביצוע פונקציה זו בדרך של החלטה רגילה, שהרי החלטת האסיפה הכללית משמעותה שהמנהלים רשאים להקצות מניות „שלא בתום לב ולמען החברה“, וזאת בניגוד לאמור בתקנות. לשון אחרת: אשרור על ידי האסיפה הכללית בהחלטה רגילה משמעותו הינה כי הפונקציה בוצעה כדין על ידי המנהלים, למרות שהתנאי הקבוע בתקנות לביצוע כדין של הפונקציה לא קויים. החוצאה המתקבלת הינה כי האסיפה הכללית ברוב רגיל הביאה למצב דברים שרק שינוי התקנות ברוב מיוחד יכול היה להביא. תוצאה זו אין לקבלה¹⁰.

⁶ לא היה בענין זה ממצא עובדתי, אך זו היתה ההנחה שכל הצדדים הסכימו להניחה לצורך הדיון.

⁷ [1968] 3 W.L.R. 317.

⁸ [1969] 1 All E.R. 969.

⁹ ראה *Shaw & Sons (Salford) Ltd. v. Shaw* [1935] 2 K.B. 113; *Scott v. Scott* [1943] 1 All E.R. 582.

¹⁰ בפרשת *Grant v. United Kingdom Switchback Railways Co.* (1888) 40 Ch.D. 135 ניסו השופטים Colton L.J. ו-Lindley L.J. להתגבר על קושי זה על יסוד ההבחנה

ד. פתרון הקושי באמצעות כללי הסמכות העודפת

כאשר המנהלים מבצעים פונקציה שיוחדה להם בתקנות החברה שלא, בתום לב ולמען החברה, יש להבחין בין שני מצבים עקרוניים: האחד, בו העקרון כי המנהלים חייבים לפעול, "בתום לב ולמען החברה" מהווה חלק מעצם הגדרת הפונקציות הנתונות למנהלים; האחר, בו העקרון האחר מהווה רק חלק מהדין הכללי, אך אינו מהווה חלק מהגדרת הפונקציות למנהלים. נבחון מקרוב כל אחד משני המצבים הללו.

1. החובה לפעול "בתום לב ולמען החברה" מהווה חלק מהגדרת הפונקציות של המנהלים

בהנחה זו, אין המנהלים מוסמכים כלל לפעול¹¹. פעולתם אינה רק בלתי חוקית אלא גם בלתי מוסמכת. נוצר מצב דברים, שהאורגן שכרגיל מבצע את הפונקציה האמורה (המנהלים) אינו מוסמך. לפנינו, איפוא, פונקציה של החברה, שעל פי חלוקת הפונקציות בחברה, אין אורגן המוסמך לבצעו. במקרה זה הדין הוא, שהסמכות העודפת מצויה בידי האסיפה הכללית, וזו הופכת לאורגן המוסמך להפעיל את הפונקציה בהחלטה רגילה¹². פעולת האסיפה הכללית בהחלטה רגילה אינה עומדת בניגוד לתקנות, שכן אין בה כדי להכשיר פעולה בלתי מוסמכת של המנהלים. האסיפה הכללית פועלת — אם בעצמה ואם באמצעות נציגיה¹³ — לביצוע פונקציות שלה. הסבר זה תופס גם במקום שתקנות החברה קובעות הוראה כללית, לפיה כל פונקציה של החברה שלא נקבע לה אורגן מוסמך, המנהלים הם האורגן המוסמך¹⁴. תקנה זו אינה שוללת פעולת האסיפה הכללית ברוב רגיל, שכן התקנה הכללית הזו עומדת בסתירה לתקנה הספציפית השוללת סמכות המנהלים לפעול תוך ניגוד אינטרסים. בהתנגשות זו יד התקנה הספציפית על העליונה.

2. החובה לפעול "בתום לב ולמען החברה" אינה מהווה חלק מהגדרת הפונקציות של המנהלים

בהנחה זו¹⁵, ביצוע הפונקציה בצורה בלתי חוקית, דהיינו, תוך הפרת חובת האמון, אינה חורגת מסמכותם של המנהלים. יש להבחין בין פעולה בלתי חוקית לבין פעולה בלתי מוסמכת. כאשר המנהלים פועלים מתוך אינטרס אישי הם

11 בן אשרור אקט אינדיבידואלי. למפרע לבין הענקת סמכות כללית מראש. להבחנה זו קשה להסכים: ראה Pennington, *Company Law*, 2nd. ed. (1967) p. 486.

ראה גם *Salmon & Quin v. Axtens* [1909] 1 Ch. 311, [1909] A.C. 442.

11 השווה *Irvine v. Union Bank of Australia* (1877) 2 App. Cas. 366.

12 לניתוח מצויין של גישה זו ראה Gower, *op. cit.*, p. 486. Pennington, *op. cit.*, p. 486. ראה גם Gower,

op. cit., p. 136. למעמדה המיוחד של האסיפה הכללית כאורגן בעל סמכות עודפת,

ראה Wedderburn, "The Powers of the Members in General Meeting",

Studi Di Privato No. VIII, p. 765.

13 למען הדיוק, המנהלים הם נציגים של החברה שמונו על ידי האסיפה הכללית, מכוח סמכותה לפעול בעצמה בענין זה.

14 כפי שאכן נקבע בתקנה 80 ללוח א' האנגלי, ותקנה 70 ללוח א' הישראלי.

15 השווה *Hogg v. Cramphorn Ltd.*, [1967] Ch. 254.

מבצעים פעולה בלתי חוקית. פעולה זו עשויה לגרור סנקציות שונות מטעם החברה כלפיהם, ואף ביטול העסקה כלפי צד ג'. אך אין הפעולה מהווה, בשל כך בלבד, חריגה מסמכות. הרשאת האסיפה הכללית לאשרר פעולתם האסורה של המנהלים ברוב רגיל? נראה לנו שהתשובה על כך היא בחיוב. בעוד שהפונקציה של כריתת חוזה בניגוד לכלל של פעולה, בתום לב ולמען החברה" היא בידי המנהלים ובידיהם בלבד, הרי הפונקציה של הסרת הפגם מפעולת המנהלים כמנהלים נתונה בידי האסיפה הכללית. הכלל בדבר פעולה, בתום לב ולמען החברה" בא להגן על החברה. טבעי, על כן, כי בנסיבות מתאימות תוכל החברה לוותר על ההגנה שהחוק מעניק לה. מיהו האורגן המוסמך להפעיל את פונקציה הויתור? אין זה מתקבל על הדעת כי האורגן המוסמך לכך הם המנהלים עצמם. בהעדר תקנה מפורשת המחייבת מסקנה זו¹⁶, טבעי הוא להעניק סמכות זו לאסיפה הכללית במסגרת סמכויותיה העודפות. ניתן לטעון כנגד גישה זו כי הכלל הוא שאישור בדיעבד כמותו כהרשאה מלכתחילה: *Omnis ratihabitio retrotrahitur et mandato aequiparatur*. אם האסיפה הכללית אינה מוסמכת לבצע בעצמה את פעולתם האסורה של המנהלים, כיצד היא יכולה לאשררה? נראה לי כי התשובה על כך היא כפולה:

ראשית, אין העקרון הנזכר נסתר במקרה שלפנינו. סמכות הויתור ניתנת להפעלה הן מראש והן למפרע שכן הפונקציה שיוחדה לאסיפה הכללית היא בויתור על הגנת החוק, ולא בעצם ביצוע הפעולה האסורה;

שנית, העקרון לפיו אין לאשרר את שאין לבצע מראש הוא עקרון של נציגות. אין כלל מקום להפעילו ביחסים שבין המנהלים לבין האסיפה הכללית. המנהלים אינם נציגים של האסיפה הכללית, וזו האחרונה אינה השולחת שלהם. יחסי השליחות קיימים בין המנהלים לבין החברה. מכאן, שהשאלה הרלבנטית אינה אם האסיפה הכללית רשאית לבצע מראש את הפעולה האסורה של המנהלים, אלא אם החברה יכולה לעשות כן. התשובה על כך היא בחיוב בכל מקרה שפעולת המנהלים אינה *ultra vires* החברה. השאלה היחידה היא מי מטעם החברה הוא האורגן המוסמך להפעיל את פונקציות האשרור, וזוהי כאמור האסיפה הכללית. באישיות משפטית ערשילאית, אין כל מיוחד כי פעולותיה יתחלקו בין האורגנים השונים, באופן שהסמכות לפעולה פלוגית (ולו אף בלתי חוקית) תנתן לאורגן אחד (כגון המנהלים), ואילו הסמכות לריפוי הפגם — אך לא לביצוע ראשון של הפעולה האסורה — תנתן לאורגן אחר (כגון, האסיפה הכללית בהחלטה רגילה).

נראה, איפוא, כי סמכותה העודפת של האסיפה הכללית מופעלת בסוגייתנו¹⁷ בשני סוגים של מקרים. האחד, בהענקת סמכויות מנהלים — שאינם מוסמכים או אינם יכולים לפעול; השני, בהענקת סמכות לריפוי פגמים שנפלו בפעולות המנהלים. לשם הפעלת סוג הסמכות הראשון יש להראות כי בשל הפגם שוב אין סמכות למנהלים לפעול. לשם הפעלת סוג הסמכות השני יש להראות שהמנהלים פעלו, ולו באופן בלתי חוקי, במסגרת סמכותם, אך בפעולתם נפל פגם. מכאן מתבקשת מסקנה גוספת: כאשר סוג הסמכות הוא מהסוג הראשון רשאית האסיפה

¹⁶ אין ספק שניסוח מתאים מתקנות עשוי לשלול כל סמכות עודפת: ראה פרשת Bamford [1968] 3 W.L.R. at p. 332.

¹⁷ למקרים נוספים, ראה המקורות הנזכרים בהערת שוליים 12 לעיל.

הכללית לפעול, אם מראש ואם למפרע, לביצוע הפונקציה האסורה. כאשר הסמכות היא מהסוג השני, אין האסיפה הכללית רשאית לפעול לביצוע הפעולה האסורה על המנהלים. סמכותה של האסיפה הכללית היא רק לרפא פגמים, אם על ידי החלטה מראש¹⁸ ואם על ידי החלטה למפרע, שנפלו בפעולה המבוצעת על ידי המנהלים.

ה. ניתוח פסקי הדין בפרשת BAMFORD לאור כללי הסמכות העורפת העקרונית הכלליים שנותחו על ידנו מאפשרים לבחון ביתר דיוק את חילוקי הדעות בין השופטים בפרשת Bamford. השופט Plowman יצא מתוך ההנחה כי פעולת המנהלים בהקצאת המניות מתוך, "תום לב ולמען החברה" הוציאה את הפונקציה של הקצאת מניות מתחום סמכותם¹⁹. לעומת זאת השופטים Harman L. J. ו-Russell L. J.²⁰ סברו כי המנהלים לא הרגו מסמכותם, אלא ביצעו בצורה בלתי נאותה את שהוסמכו לבצע בצורה נאותה. גראה לנו כי כל אחד מהשופטים הגיע לתוצאה נכונה על יסוד ההנחות שהוא הניח. אם אמנם פעולת המנהלים שלא, "בתום לב ולמען החברה" הוציאה את הפונקציה ממסגרת סמכותם, כי אז מוצדקת גישתו של השופט Plowman J., לפיה הקצאת המניות מועתקת לאסיפה הכללית, הרשאית לפעול להגשמתה ברוב רגיל. לעומת זאת, אם צודקים השופטים Harman L. J. ו-Russell L. J. כי אין חריגה מסמכות, הרי עדיין יש מקום להפעלת "סמכות הריפוי" שבידי האסיפה הכללית ברוב רגיל. השאלה היא רק מי מבין השופטים צדק בהנחת היסוד שלו. גראה לנו כי אין כל ספק שהנחתו של השופט Plowman J. אינה נכונה. השופט לא עמד על ההבחנה בין פעולה בלתי חוקית לבין פעולה בלתי מוסמכת. כאשר האיסור על המנהלים לפעול שלא, "בתום לב ולמען החברה" אינו חלק מגיטת הסמכות בתקנות, אין כל סיבה לראות בפעולתם פעולה החורגת מהסמכות. צדקו השופטים Harman L. J. ו-Russell L. J. שראו בכך אופן ביצוע בלתי נאות של הסמכות²¹. הסתמכותו של השופט Plowman J. על פרשת Grant v. United Kingdom Switchback Railways Co. (1888)²² אינה במקום. בפרשת Grant נקבע בתקנות במפורש כי במקרה של ניגוד אינטרסים אסור למנהל להצביע. מכיוון שרוב רובם של המנהלים היו נגועים באינטרס אישי, הרי שנוצר מצב של קפאון²³. בהתאם לכללי הסמכות העורפת מועברת סמכות

¹⁸ יתכן שהחלטה כזו תתקל בקשיים לאור סעיף 205 לחוק החברות האנגלי מ-1948, המקביל לסעיף 77 לפקודת החברות הישראלית.

¹⁹ ראה, בעיקר, בעמ' 332.

²⁰ ראה, בעיקר, בעמ' 972.

²¹ ראה, בעיקר, בעמ' 975.

²² השווה ההבחנה בתחום דיני האחריות השילוחית בנויקין בין חריגה מה- course of employment לבין ביצוע בלתי נאות במסגרת course of employment.

²³ 40 Ch.D. (1888)

²⁴ קפאון ללא חריגה מסמכות. די בקפאון כדי להפעיל כללי הסמכות העורפת: ראה ה"ש 12 לעיל. יש להזהר בהסקת המסקנה כי לפנינו קפאון. רק במקרים ברורים בהם משתתקות פעולות החברה יש להגיע למסקנה זו: השווה Salmon & Quin v. Axtens [1909] 1 Ch. 311; [1909] A.C. 442.

הפעולה לאסיפה הכללית. לא כן המצב בפרשת Bamford. כאן לא נוצר כלל קפאון, שכן החלטת המנהלים להקצות מניות תופסת כהחלטת מנהלים מוסמכים. אמת הדבר, פעולתם היא בלתי הוקית. יתכן גם שללא אישרור היא בטלה ומבוטלת.²⁵ אך משיש אישרור מתרפא הפגם. יחד עם זאת, נראה לי כי הביקורת שמתחו השופטים Harman L. J. ו-Russell L. J. על גישתו של השופט Plowman J. לא תמיד היגה מדוייקת. שופטים אלה קבעו כי טועה השופט Plowman J. שעה שהוא מדבר על סמכות עודפת. ביקורת זו נכונה היא, כל עוד היא מתייחסת לסמכות העודפת מהסוג הראשון שהוזכר לעיל. אין היא נכונה לגבי הסמכות העודפת מהסוג השני. לפי שיטתם של שופטים אלה מוסמכת האסיפה הכללית לאשרר פעולות מנהלים שנפל בהם פגם. סמכות אישרור זו אינה קבועה, לא במפורש ולא מכללא, בתקנות החברה. נהפוך הוא, בתקנות החברה נקבע לרוב, כי כל סמכות של החברה שלא נקבע לה אורגן מוסמך, המנהלים נחשבים כאורגן מוסמך. למרות זאת קבעו שופטים אלה, ובצדק, כי הסמכות לרפא הפגמים היא בידי האסיפה הכללית. מהיכן יונקת האסיפה הכללית סמכות זו? השופטים מציינים כי די בכך שהחברה רשאית לבצע את הפעולה האסורה לביצוע על המנהלים. זה אינו נכון. העובדה שפונקציה פלוגית נתונה לחברה עדיין אין פירושה שהאורגן המוסמך לבצעה היא האסיפה הכללית ברוב רגיל. כדי לבסס את מסקנתם הנכונה של שופטים אלה אין מנוס מהזדקקות לכללי הסמכות העודפת, כללים שנדחו על ידי שופטים אלה עצמם. זאת ועוד: השופט Harman L. J. דוחה מחד גיסא את הודקקותו של השופט Plowman J. אל כללי הסמכות העודפת, אך מאידך גיסא הוא קובע כי האסיפה הכללית רשאית לאשרר פעולות מנהלים שלא מונו כלל או שמונו לא כדיון, או הפועלים ללא קוורום.²⁶ במקרים אלה נוצר מצב של קפאון, המצדיק דווקא את הפעלת הכללים של השופט Plowman J. אם המנהלים לא מונו כלל, אין לפנינו פעולת מנהלים. סמכותה של האסיפה הכללית לפעול ברוב רגיל יונקת במקרה זה רק מכללי הסמכות העודפת אותם אימץ השופט Plowman J. נראה לי כי השופט Harman L. J. ערבב שלא לצורך בין פעולת מנהלים במסגרת סמכותם אך שלא „בתום לב ולמען החברה“ לבין פעולת אנשים המתיימרים להיות מנהלים, אך שבפועל לא מונו כלל כמנהלים או שבמינויים נפל פגם שורשי.²⁷ במקרה הראשון אין תחולה לכללי הסמכות העודפת מהסוג הראשון, ודי בכוחה של האסיפה הכללית לפעול בהחלטה רגילה להסרת הפגם. מקרים אלה אנאלוגיים לעובדות בפרשת Bamford עצמה. במקרה השני אין כלל פעולת מנהלים, ויש תחולה לכללי הסמכות העודפת מהסוג הראשון, ולגביהם תופס הניתוח של השופט Plowman J.

אהרן ברק

²⁵ השופטים Harman L. J. ו-Russel L. J. הדגישו מספר פעמים כי הקצאת המניות בפרשת Bamford לא היתה void אלא voidable. זה נכון, והומך ללא ספק בגישתם. יחד עם זאת, גם אם ההקצאה היא void בשל ניגוד האינטרסים עדיין אין פירוש הדבר שהפעולה היא מחוץ לסמכות. כל פעולה מחוץ לסמכות היא void מבחינה חזקה, אך לא כל פעולה שהיא void היא מחוץ לסמכות.

²⁶ בעמ' 972.

²⁷ כאשר הפגם אינו שורשי, אין תוקף פעולת המנהלים נפגם. ראה טעיף 180 לחוק האנגלי וסעיף 72 לחוק הישראלי, כפי שפורשו בפרשת [1964] A.C. 459 Morris v. Kanssen.

לקראת כללים חדשים לברירת הדין בנוזיקין?

(Boys v. Chaplin [1967] 2 All E.R. 665 (Q.B.D.) ; [1968] 1 All E.R. 283 (C.A.) ;
[1969] 3 W.L.R. 322 (H.L.))

1. משך קרוב למאה שנה שולטים ב-Common Law האנגלי דבריו המעורפלים של השופט Willes¹ בשאלת ברירת הדין בנוזיקין. הגם שקמו עוררים למבחנים שהוסקו מדברי השופט, המשיכו בתי המשפט האנגליים לפסוק לפיהם, ורק בפסקי הדין של Boys v. Chaplin החלה להסתמן מגמה להשתחרר מכבלי אותם כללים ולפתח מבחנים חדשים, המתאימים לתקופתנו.

סדרת BOYS V. CHAPLIN

2. התובע בפסק דין זה ניזוק בתאונת דרכים במלטה בגין רשלנותו של הנתבע. שני הצדדים היו אזרחים בריטיים בעלי מקום מגורים קבוע באנגליה, והם שהו במלטה עקב שירותם הצבאי. בתביעה, שהוגשה באנגליה, התעוררה הבעייה לפי איזה דין יוערכו דמי הנזק לנפגע, האם לפי הדין המלטזי — חוק מקום אירוע הנזק (lex loci delicti) — או לפי החוק האנגלי (lex fori)? לפי הדין המלטזי היה הנפגע זכאי רק ל"פיצויים מיוחדים" ולא היה זכאי לפיצוי עבור כאב וסבל או עבור נזק כספי עתידי, שלא ניתן היה להוכיחו בוודאות בזמן הגשת התביעה. הדין האנגלי זיכה את הניזוק גם בפיצוי עבור ראשי נזיקין גוספים, ובמקרה הנוכחי הוערכו דמי הנזק לפי דין זה בסכום של 2250 ל"ש, לעומת סכום של 53 ל"ש לפי הדין המלטזי.

כדי לענות על הבעיה, שהתעוררה בפסה"ד, היה על השופטים לתת דעתם על שתי שאלות עקרוניות:

א. האם שאלת הערכת הנזק במקרה זה היא שאלת סובסטנטיבית או שאלה פרוצסואלית?

ב. אם זו שאלה סובסטנטיבית, לפי איזה דין יוערכו דמי הנזק?² ברשימה זו לא נכנס לשאלת סיווג הבעיה כפרוצסואלית או כסובסטנטיבית, ונתרכו בתשובה, שניתנה ע"י שופטי שלוש הערכאות לשאלה השניה, ולבעיה הכללית של ברירת הדין בשאלות מהותיות בנוזיקין בסיטואציות קונפליקטואליות.

3. למעשה, הגם שהתוצאה הסופית בשלוש הערכאות היתה זהה, לא ניתן להצביע על דעה אחידה של השופטים ביחס לשאלה הכללית של ברירת הדין. השופטים נחלקו סביב ארבעה מבחנים בשאלה זו:

א. המבחן האנגלי המסורתי — שופט הערכאה הראשונה Milmo J. ראה עצמו כפוף לכללי Phillips v. Eyre,¹ כפי שפורשו בפס"ד Machado v. Fontes,³ לפיהם יש להחיל את חוק הפורום, אם מתקיימים שני תנאים מצטברים:
i. המעשה נשוא התביעה עוולי (actionable) לפי ה-lex fori.
ii. המעשה, אינו מוצדק (unjustifiable) לפי ה-lex loci delicti.

¹ ראה Phillips v. Eyre (1870) L.R. 6 Q.B. 1, pp. 28 et seq.

² לא היתה מחלוקת בין הצדדים, שאם השאלה היא פרוצסואלית, יש להחיל את חוק הפורום, הוא הדין האנגלי.

³ [1897] 2 Q.B. 231.

והיות ובמקרה דנן היה המעשה עוולי הן לפי הדין המלטזי והן לפי הדין האנגלי, החיל השופט את הדין האנגלי וקיבל את התביעה.⁴

דעה דומה הביע שופט הערכאה השניה, Lord Upjohn, שאף הוא ראה עצמו מחוייב ללכת לפי הכללים הנ"ל, בהוסיפו — תוך התייחסות לשאלת רציונל של הכללים — שאין צורך לסטות מהכללים הברורים והמושלמים של Phillips v. Eyre ושהאלטרנטיבה של מבחן ה-"Proper law of the tort" אינה מתאימה לאנגליה והיא עלולה לגרום לקשיים ולאי-וודאות בהחלטה.⁵

בדרך דומה הלך Lord Donovan בפסק דינו הקצר בבית הלורדים.⁶

Lord Pearson סבר, שבדרך כלל אין לסטות מהמבחן האנגלי המסורתי, אך יש להחיל את המבחן בגמישות, וכאשר יש חשש למה שמכונה "forum shopping", יש לפנות לדוקטרינה, שפותחה בפסיקה האמריקאית החדשה ולהחיל את החוק של ה-"natural forum".⁷

ב. התלת חוק מקום אירוע הנוק — שופט המיעוט בביהמ"ש לערעורים, Lord Diplock, קבע, שיש להחיל את ה-lex loci delicti⁸ בשאלת ברירת הדינים, ולדעתו פורשו דברי השופט Willes בפס"ד Phillips v. Eyre בצורה לא נכונה בספרות ובפסיקה, שבאו בעקבותיו, שכן מניחה פסה"ד הנ"ל עולה, שבדעת השופט היה לקבוע את מבחן חוק מקום אירוע הנוק.

ג. "Double actionability" והחלת lex loci delicti, לדעת Lord Guest, יש להחיל על השאלות הסובסטנטיביות, הקשורות במעשה הנוק, שנעשה בחו"ל, את חוק מקום אירוע הנוק, אם המעשה עוולי (actionable) הן לפי חוק מקום המעשה והן לפי חוק הפורום.⁹

גם לדעת Lord Wilberforce יש להעזר במבחן זה ברוב המקרים, אך יש להחילו בגמישות ותוך התייחסות לנסיבות המקרה והתחשבות בויקות הקושרות את הצדדים לשיטות משפט שונות, ולענין, שיש לשיטות אלו להחיל את הוראותיהן על המקרה הנדון. והיות ובמקרה דנן שני הצדדים היו אנגלים, אין להניח, שלדין המלטזי היה ענין להחיל את כלליו בשאלת הערכת הנוק, ועל ביהמ"ש להחיל את הדין האנגלי.¹⁰

ד. "The proper law of the tort" — Lord Denning בביהמ"ש לערעורים, ו-Lord Hodson בבית הלורדים, נזקקו למבחן חדש, שפותח בשנים האחרונות בארצות-הברית, לפיו על ביהמ"ש להחיל את משפטה של אותה מדינה, שאליה קשורים הצדדים בצורה החזקה ביותר מבחינת הזיקות הרלבנטיות. אך בעוד שהשופט Denning הלך לקראת מבחן זה בנפש הפצה וראה בו מבחן, המתאים לפתור את שאלת ברירת הדינים בנזיקין, כל אימת שהיא מתעוררת בבימ"ש

⁴ [1967] 1 All E.R. p. 670.

⁵ [1968] 1 All E.R. p. 294.

⁶ [1969] 3 W.L.R. pp. 335-336.

⁷ S.C. pp. 356-357.

⁸ [1968] 1 All E.R. p. 299.

⁹ [1969] 3 W.L.R. pp. 334-335 אך השופט פסק לבסוף את הדין לפי ה-lex fori.

¹⁰ היות ולדעתו שאלת הערכת הנוק היא שאלה פרוצדוראלית, המוכרעת לפי חוק הפורום.

S.C. pp. 343-344.

אנגלי¹¹, היה השופט Hodson ער לחסרונותיו הרבים של המבחן, והיה מוכן להחילו רק במקום, שלמדינה כלשהי יש ענין רב יותר להחיל את דיניה על הצדדים המתדיינים, מאשר למדינת ה-locus delicti¹². שני השופטים סברו ש"הדין המתאים של הנוק" במקרה הגדון הוא הדין האנגלי.

בעקבות BOYS V. CHAPLIN

4. היכן אנו עומדים כיום, לאחר סידרת Boys v. Chaplin? עקב הדעות השונות של השופטים, שישבו לדין, ספק אם ניתן להצביע כיום בוודאות על מבחן זה או אחר כמבחן הקובע לצורך ברירת הדין בנוזקין. יסודותיו של המבחן המסורתי, ששלט בבתי המשפט באנגליה¹³ ובחלק ממדינות ה-Common Law¹⁴, עורערו במידה ניכרת, אך לא הוכרע מהו המבחן, שיבוא במקומו. לכן עלינו לראות בכל אחד מהמבחנים, שנדונו בפסה"ד, מבחן פוטנציאלי, שעשוי להיות מאומץ בעתיד, ולא נותר לנו אלא להעיר מספר הערות על כל אחד מהמבחנים הנ"ל מבחינת רציותו.

¹¹ [1968] 1 All E.R. pp. 286-287.

¹² [1969] 3 W.L.R. pp. 330-334.

¹³ ראה Carr v. Francis [1902] A.C. 176, 182 (אימוץ המבחן ע"י בית הלורדים); Canadian Pacific Railway Co. v. Parent [1917] A.C. 295, 205 (כאן הובע, אמנם,

ספק אם:

"All the language used by the English Court of Appeal in the Judgement in Machado v. Fontes... was sufficiently precise".

אך ביהמ"ש — ה-P.C. — לא טה מהכללים. ראה גם: Walpole v. Canadian Northern Ry. Co. [1923] A.C. 113; McMillan v. Canadian Northern Ry. Co. [1920] A.C. 120. אשר לפסה"ד 158 E.R. 865 Scott v. Lord Seymour (1862). הגם שנראה, לכאורה, שהשופט Wightman החיל את מבחן ה-lex fori, יש לשים לב לכך, שבדברי הנמקתו הוא מתייחס לדרישת ה-unjustifiability לפי ה-lex loci delicti (בעמ' 872), כך שיתכן וניתן לישוב את הפירוש הגדון עם דבריו של Lord Wightman בפס"ד זה.

¹⁴ ראה אימוצו של מבחן זה בארץ: ע"א 180/51, גולדקורן נ' ויסוצקי, פד"י כרך ח', עמ' 262; ת"א 440/58, בלאו נ' מדינת ישראל, פס"מ כרך כ"ב, ע' 37; ת"א 871/58, היועץ המשפטי נ' פיגיס, פס"מ, כרך כ"ו, עמ' 849; ע"א 98/67, ליבחר נ', גזות רשמים ומפעלי הנדסה של וולקן בע"מ, פד"י כרך כ"א (2), עמ' 243.

על קליטתו בקנדה ראה: Lieff v. Palmer (1937) 63 Que. K. B. 278; Canadian National Steamship Co. Ltd. v. Watson [1939] 1 D.L.R. 273; Mclean v. Pettigrew [1945] 2 D.L.R. 65; Morris and Stulback v. Angel (1956) 5 D.L.R. 30.

ראה בקשר למצב בקנדה גם: MacDougall, Conflict of Laws in Canada, The Calm Before the Storm, U.B.C.L. Rev. (1967) 287.

בקשר לקליטת המבחן בדרום אפריקה, ראה: Rogaly v. General Import [1948] 1 S.A. 1217.

ביקורת המבחנים השונים

5. נקודת המוצא שלנו היא, שיש לשאוף להגיע למבחן, שיתאים לדרישות היסוד ולמטרות של המשפט הבינלאומי הפרטי המודרני ושל דיני הנוזיקין. מכאן, שעלינו לחפש את המבחן, שהוא הצדק ביותר מבחינת הצדדים המתדיינים – וזאת מכוח היות השגת הצדק מטרת יסוד במשפט הבינלאומי הפרטי¹⁶ – ושיתאים לגישה הפונקציונליסטית-אטומיסטית, הרווחת כיום בשאלות ברירת הדין¹⁷. הצד „הנוזיקי“ של המבחן צריך לדרוש, לדעתנו, שבהתנהגות הנתבע – נשוא התביעה – יתגלה יסוד של פשיעה (fault), וזאת עקב התפיסה המודרנית של דיני הנוזיקין, השמה דגש על אלמנט הפשיעה בעולות למיניהן¹⁸.

6. לאור האמור לעיל, גראה לנו, שהגיע הזמן להשתחרר כליל מכבלי המבחן המסורתי האנגלי, שכן אין לו כל ביסוס בהגיון, בצדק או בעקרונות היסוד של דיני הנוזיקין ושל המשפט הבינלאומי הפרטי. לפי מבחן זה לא ידע נתבע פוטנציאלי כיצד לכלכל את צעדיו, שכן תמיד הוא עלול להקלע למסגרת סמכות השיפוט של המדינה, שלפי דיניה מעשהו נחשב לעוול, הגם שלא היה כזה במדינת מקום המעשה. נכון שלפי מבחן זה נדרש גם אלמנט של unjustifiability לפי ה-lex loci delicti, אך לצורך אלמנט זה די בכך שהמעשה ייחשב לפלילי במקום המעשה¹⁸, ואין כל הצדקה להכפיף אדם לאפשרות של תביעה בנוזיקין במדינת הפורום, עקב כך שהתנהגותו היא בעלת אופי פלילי לפי חוק מקום המעשה, שכן דיני הנוזיקין ודיני העונשין מונחים ע"פ שיקולי מדיניות תהיקתית שונים.

¹⁶ למעשה, הדגישו גם השופטים, שיסודו לדין ב- *Boys v. Chaplin*, שהם מונחים ע"י יסוד זה בחיפושיהם אחרי הדין המתאים. ראה: [1968] 1 All E.R. 289 (per Lord Denning); [1969] 3 W.L.R. 332 (per Lord Hodson); S.C. p. 335 (per Lord Donovan); S.C. p. 343 (per Lord Wilberforce); S.C. p. 357 (per Lord Pearson).

וראה גם: *Salvessen v. Administrator of Austrian Property* [1927] A.C. 641; *Starkowski v. Attorney General* [1954] A.C. 155; *National Bank of Greece and Athens v. Metliss* [1958] A.C. 509; *Gray v. Formosa* [1963] p. 259; *Inlyka v. Indyra* [1969] 1 A.C. 33; G.C. Cheshire, *Private International Law* (7th ed. 1965) p. 32; R.H. Graveson, *Towards a Modern Applicable Law in Tort*, 85 L.Q.R. (1969) 505, 508; R.H. Graveson, *The Conflict of Laws* (6th ed. 1969) pp. 7-12.

¹⁶ ראה המבוא של ד"ר א. ח. שאקי לחוברת הרצאותיו במשפט הבינלאומי פרטי ובינדתי (הוצאת מפעל השכפול תל-אביב, תשכ"ח-1968), ע' 7-8.

¹⁷ על הפשיעה כעומדת ביסוד דיני הנוזיקין ראה: Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (2nd ed. 1955) pp. 14 et seq. הרשלנות בעולות הסגת גבול, הפרקליט כרך כ' (1963/64), ע' 333, 334-335 (וראה האסמכתאות שם).

על הפשיעה ביסוד דיני הנוזיקין במשפט העברי ראה אשר גולאק, יסודי המשפט העברי (הוצאת דביר, הדפסה שנייה, תשכ"ו), ספר שני ע' 202-205, והאסמכתאות שם. *Machado v. Fontes* [1897] 2 Q.B. 231. ¹⁸

מצד אחר אין כל הצדקה במקרים רבים לא להכיר בנוקו של תובע, שניזוק ע"י התנהגות של הנתבע, שהיא עוולית לפי חוקי ה-*locus delicti*, אך ורק עקב כך שאין היא כזאת לפי חוקי הפורום. הטענה, שמתן סעד גם במקרה כזה יעמוד בניגוד להשקפות הצדק של השופטים האנגליים, היא טענה שלא תישמע, שכן עומדת היא בניגוד לאשיותיו של המשפט הבינלאומי הפרטי, המכיר בנסיבות מסוימות בזכויות, שנולדו בשיטה משפטית זרה, הגם שאינן מוכרות במשפט האנגלי.¹⁹

7. מבחן ה-*lex loci delicti* עומד על יסודות איתנים יותר, שכן בדרך כלל ניתן לצפות מאנשים, שיתנהגו בהתאם לדיני המדינה בה הם נמצאים. אך גם כאן ייתכנו מקרים, בהם לא תהא כל הצדקה לפנות אוטומטית אל חוק מקום אירוע הנוק, שכן ייתכן והנוכחות באותו מקום היתה ארעית, מקרית, ולפעמים אף לא רצונית ולא יהיה זה צודק לדרוש מנתבע פוטנציאלי לכלכל צעדיו לפי חוקי אותו מקום. טענה זו נכונה ביחוד בתקופתנו, תקופת אמצעי התחבורה היעילים והמהירים, שבעזרתם יכול אדם לחלוף בטיסה אחת מעל מספר רב של מדינות. האין זה אבסורד לדרוש מאדם כזה לכפוף עצמו לכל דיני הנוזיקן של כל אחת ממדינות אלו, רק עקב שהייתו המקרית והארעית מעל לתחומן האווירי? ²⁰ האם לא הגיוני יותר לבדוק בכל מקרה לפי איזה דין ניתן היה לצפות ממנו להתנהג בהתייחס לעוולה הספציפית, הנטענת נגדו ולנסיבות השונות הקשורות בהתנהגותו?
8. מבחן ה-*"double actionability"* תוך החלת חוק מקום אירוע הנוק כפוף לאותה ביקורת כמו המבחן הקודם, וכאן יש להוסיף, שלפי מבחן זה דרישת ה-*"actionability"* גם לפי חוק הפורום היא מלאכותית וחסרת כל הגיון או הצדקה, ולא ניתן להסבירה אלא מתוך חינוכם המשפטי של השופטים האנגליים לחשוב במונחים של כללי *Phillips v. Eyre* בדונם בבירית הדין בנוזיקן.
9. החסרון העיקרי בכל שלושת המבחנים הנ"ל הוא בטכניות שלהם ובשרירות ההפניה אל דין פלוני ביחס לכל השאלות הסובסטנטיביות, הקשורות בעוולה

¹⁹ ראה בין השאר : Wolff, *Private International Law*, (2nd ed. 1950) pp. 266-267;

Phrantzes v. Argenti [1960] 2 W.L.R. 521

²⁰ ראה : Dicey & Morris, *The Conflict of Laws* (8th ed. 1967) pp. 914 *et seq.*; Restatement of the Law (second) (1968), Conflict of Laws (Proposed Draft, Part II) p. 2; *Boys v. Chaplin* [1969] 3 W.L.R. 322, 333 (*per Lord Hodson*), p. 340 (*per Lord Wilberforce*), p. 356 (*per Lord Pearson*); J.H.C. Morris, *The Proper Law of the Tort*, 64 Harv. L.R. (1951) 811, 885; Yntema, *The Hornbook Method and the Conflict of Laws*, 37 Yale L.J. (1927-1928) 468; Stumberg, *Principles of Conflict of Laws* (Tnd ed. 1951) pp. 201 *et seq.*; Ehrenzweig, *Guest Statues in the Conflict of Laws*, 69 Yale L.J. (1959-1960) 595; Currie, *Survival of Actions: Adjudication versus Automation in the Conflict of Laws*, 10 Stan. L.R. 205; *Babcock v. Jackson* [1963] 2 Lloyd's eRp. 286; [1963] C.L.Y. 475; (1963) 12 N.Y. 2d 473; 191 N.E. 2d 279; P.H. Nygh, *Conflict of Laws in Australia* (1968) p. 349; Cavers and others, *Comments on Babcock v. Jackson*, 63, Col. L.R. (1963) 1212, 1219

הנטענת, בלי להתייחס לאופיין השונה של העוולות למיניהן, ובלי להתייחס לזיקות הקשורות את הצדדים בשאלת אחריות בנויקין, לשיטת משפט זו או אחרת. הרעיון, העובר כחוט השני בכל המבחנים הנ"ל, הוא ששאלת האחריות בנויקין היא מענייניו של ריבון טריטוריאלי — זה של מקום הנזק או זה של מקום הפורום — שהוראותיו חייבות לחול על ההתנהגות נשוא התביעה, בלי להיכנס לשאלה אם ניתן היה לצפות מהנתבע להתנהג לפי הוראות אלו. באופן כזה עלול להיגרם עוול לנתבע (ולפעמים לתובע) וניתן להגיע לתוצאות אבסורדיות.

"THE PROPER LAW OF THE TORT"

10. נוכח השלכות בלתי רצויות אלו של כללי ברירת הדין המקובלים, החלו חכמי המשפט הבינלאומי הפרטי בחיפושים אחר מבחן, שיתחשב בנסיבות השונות, הקשורות בהתנהגות נשוא התביעה, ושיגדיר את הזיקות הרלבנטיות לשאלת האחריות האזרחית, שבעזרתן נגיע לדין זה או אחר (ולאו דווקא ל-*lex fori* או ל-*lex loci delicti*). מבחן ברוח זו הוא ה-"proper law of the tort"²¹. אבי מבחן זה הוא המלומד Morris²², שבסידרת מאמרים²³ הציע להחיל בנויקין מבחן ברירת דין, הדומה לזה המקובל בחוזים (the proper law of the contract). לפי המבחן המוצע אין להחיל אוטומטית את חוק האזרחות, חוק הדומיטיל או חוק המגורים של הצדדים, אלא יש לייחס לכל אחד מהגורמים הללו, בנוסף לגורם של מקום הנזק, משקל מתאים לצורך ההכרעה מהו ה-"proper law of the tort"²⁴, ואם נלך לפי שיטה זו

"...We can at least choose the law which on policy grounds seems to have the most significant connection with the chain of acts and consequence in the particular situation before us. The task might not be easy, but at least we should be asking the right questions".

תורתו של Morris לא זכתה בשנים הראשונות להד מתאים באנגליה²⁵, אך היא נקלטה היטב בארה"ב, בה החלו מדינות רבות לזנוח את עקרון ה-*Lex loci delicti*, ששלט בכיפה משך למעלה מ-150 שנה²⁷, לטובת המבחן החדש.

²¹ מבחן זה יכונה על ידינו בעברית בשם "דין הנזק".

²² אך יתכן וניתן למצוא את שרשיו כבר אצל המלומד Westlake.

ראה : Westlake, Private International Law (7th ed. 1925) p. 281.

²³ Morris, Torts in the Conflicts of Laws, 12 M.L.R. (1949) 248, 251-252;

The Proper Law of the Tort, 64 Harv. L.R. (1951) 881.

ראה גם : J.H.C. Morris, Cases on Private International Law (4th ed. 1968), pp. 313-315.

²⁴ 12 M.L.R. p. 252.

²⁵ 64 Harv. L.R. p. 888.

²⁶ ראה : J.J. Gow, Delict and Private International Law, 65 L.Q.R. (1949) 313, 316; Cheshire, *opt. cit.* pp. 253.254.

²⁷ ראה, למשל : 110 (20 Va.) Munf. (1819) 6, *Shaver v. White*.

(... "if a party is justified, as to a transaction, in the country or place in

מגמה זו ניכרת כבר בשנות החמישים של מאה זו²⁸, אך לשיא התפתחותה היא הגיעה בשני פסקי דין של ביהמ"ש לערעורים של מדינת ניו-יורק, האחד מ-1961 Babcock v. — והשני מ-1963 — Kilberg Admn. v. Northeast Airlines Inc.²⁹ Jackson.³⁰

בפסה"ד האחרון, גב' B. התובעת, הצטרפה למשפחת J. לטיול סוף שבוע בקנדה. הם יצאו לדרך במכוניתו של מר J. — הנתבע — שהיתה נהוגה על ידו. בדרך, בהיותם במחוז אונטריו, איבד הנתבע את השליטה על ההגה, וכתוצאה מכך התהפכה המכונית והתובעת ניוזקה. התביעה הוגשה לבימ"ש במדינת ניו-יורק, מדינת המגורים של הצדדים.

השופט Fuld מזכיר את הכלל האמריקאי המסורתי של ברירת הדין בנוזיקין, דהיינו, החלת ה-*lex loci delicti*, את אי-התאמתו לתנאי החברה המודרנית בגין התעלמו משיקולים פרקטיים, הקשורים בעוולה הנטענת ואת הנסיונות השונים לעקפו. השופט מצדיק את זניחת עקרון ה-*lex loci delicti* בפס"ד Kilberg²⁹ ומציע להחיל על ברירת הדין בנוזיקין את הדוקריטנה של "Center of gravity" או "grouping of contacts", שאומצה בארה"ב בקשר לברירת הדין בחוזים. לדעת השופט

"...justice, fairness and 'the best practical result' — ...may best be achieved by giving controlling effect to the law of the jurisdiction which, because of its relationship or contract with the occurrence or the parties, has the greatest concern with the specific issue raised in the litigation"³¹.

לפי המבחן של השופט Fuld יש להתחשב בזיקות השונות, הקושרות את הצדדים ואת ההתנהגות גשוא התביעה לדינים שונים, ובאינטרסים של המדינות ה, מעורבות" בהחלת דיני הנוזיקין שלהן. לאחר שקילת הזיקות והאינטרסים הנ"ל, מחילים את דיני המדינה, שלה הקשר החזק ביותר עם ההתנהגות גשוא התביעה, ובמקרה דנו, לדעת השופט, מדינה זו היא מדינת ניו-יורק, שכן בעוד שלמדינה זו יש אינטרס, שמויק יפצה את הניזוק על מלוא הנזק, שנגרם לו, אין למדינת אונטריו אינטרס להפעיל את חוק הגבלת הפיצויים שלה על זרים, שכן חוק זה מבוסס על שיקולים של מדיניות ביטוח ואין זה מעניינו להגביל גובה הפיצויים, המשולמים ע"י

which it was committed, he is justifiable everywhere" — p. 112); Slater v. Mexican National Railroad Co. (1904) 194 U.S. 347. ראה גם רשימות מפורטות של אסמכתאות אצל Hancock, Torts in the Conflict of Laws (1942) pp. 21 et seq.; Leflar, American Conflicts Laws (1968) s. 132, p. 317

²⁸ פסקי דין, המהווים ציוני דרך בהתפתחות זו, הם: Gordon v. Parker (1949) 83 F. Supp. 40; Elbridge v. Don Beachcomber (1950) 242 Ill. App. 151; 95 N.E. 512; Osborn v. Brochetta (1956) 20 Conn. Supper. 163; 129 A. 2d 238; Watton v. American Arabian Oil Co. (1956) 233 F. 2d 941. ²⁹ [1961] 2 Lloyd's Rep. 406; 9 N.Y. 2d 34; 172 N.E. 2d 526; 211 N.Y. 2d 173. ³⁰ [1963] 2 Lloyd's Rep. 286; [1963] C.L.Y. 475; [1963] 12 N.Y. 2d 473; 191 N.E. 2d 279. ³¹ 191 N.E. 2d 283.

נתבע זר לתובע זר, כשאלו אינם מבוטחים במדינת אונטריו. כן ניתן להגיע לאותה תוצאה לפי מבחן ה"זיקות".

בעקבות פס"ד Babcock, החלה תורת ה-"Proper law of the tort" להתפשט בבתיהמ"ש בכל רחבי ארצות הברית,³² והיא נתקבלה בד"כ בחיוב גם על ידי המלומדים.³³ נראה שגם באנגליה הוכשרה הקרקע בסידרת Boys v. Chaplin לקליטת תורה זו, הגם שחלק משופטי בית הלורדים ובית המשפט לערעורים דחוו מכל וכל³⁴. המבחן עורר תגובות גם במדינות אחרות של ה-Common Law³⁵ ואף מערבה להן³⁶.

11. יתרונו העיקרי של מבחן זה על פני קודמיו נעוץ בהתחשבותו בשיקולים שונים, העשויים להיות רלבנטיים לצורך האחריות בנוזקין. לפי מבחן זה לא נפנה תמיד באופן אוטומטי לדין זה או אחר, אלא נבדוק כל מקרה לפי נסיבותיו ונפנה אל הדין, אליו מפנות מרבית הזיקות, הנוגעות לעניין.

ולא רק זאת. כמו בברירת הדין בחוזים לפי מבחן ה-"proper law of the contract", כך גם כאן, אין הכרה, שדין אחד יענה על כל השאלות הסובסגנו-טיביות, הקשורות בעוולה הנטענת.³⁷ מובן גם, שהשיקולים, שיש להתחשב בהם, משתנים בהתאם לעוולות השונות.³⁸ בכך תואם המבחן את הגישה הפונקציונליסטית-אטומיסטית, המהווה את אחת מנקודות המוצא שלנו בחיפוש אחר המבחן המתאים, כפי שציינו לעיל.

³² ראה, למשל: Griffith v. United Airlines Inc. (1964) 203 A 2d 796; Tremontana v. S.A. Empresa (1965) 30 F. 2d 468; Gore v. Northeast Airlines Inc. (1967) 373 F. 2d 717.

[וראה גם פסה"ד בערכאה ראשונה: 50 F. supp. 229 (1963)].

³³ ראה, למשל, הסימפוזיון באוניברסיטת קולומביה, בה נותחה הלכת Babcock. Comments on Babcock v. Jackson, 63 Col. L.R. (1963) 1212.

³⁴ ראה, בעיקר, התנגדותו של Lord Upjohn בביהמ"ש לערעורים [1968] 1 All.E.R. (294) והתנגדותו של Lord Guest בבית הלורדים [1969] 3 W.L.R. 334. יש לציין גם שרעיון ה-"proper law of the tort" נתקבל באהדה ע"י חלק מהמלומדים האנגליים. ראה, למשל: J.A. Clarene Smith, Torts and Conflict of Laws, 20 M.L.R. (1957) pp. 459-463; Dicey, opt. cit. pp. 914 et seq.

³⁵ בקנדה נדון המבחן ע"י ביהמ"ש העליון של נובה-סקוטיה בפס"ד Abbott-Smith v. Governors of the University of Toronto (1963) 40 D.L.R. 2d. 62.

אשר לאוסטרליה, לדעת המלומד Nygh (opt. cit. p. 351) המבחן החדש "spirit of the present age", ואילו המלומד McClean דוחו מכל וכל בגין אי-הוודאות הכרוכה בו (1969) 183, 191 A.C.J. (Torts in the Conflict of Laws). בתי המשפט באוסטרליה טרם נתנו דעתם על מבחן זה.

³⁶ כך, למשל, אומץ מבחן זה בפס"ד שבדי: Honerud v. Thon, March 5, 1957, (1960) Clunet 522.

ראה בקשר למבחן בשבדיה גם: Eek, The Swedish Conflict Laws (1965) pp. 267-269.

³⁷ Morris, The Proper Law of the Tort, opt. cit. p. 888; Restatement, pp. 2, 6.

³⁸ Morris, ibid., Restatement, ibid.

12. יחד עם זאת יש להימנע מבלבול, שעלול להיווצר כתוצאה מסקירת הפסיקה החדשה והספרות האמריקאית בנושא, בגין אי-הבחנה בין „מבחן הזיקות” ובין „מבחן האינטרסים”, בקשר ל„דין הנוק”³⁹. יש לשים לב לכך, שלפי הראשון בוחנים את ההתנהגות מנקודת מבטם של הצדדים המעורבים, ואילו לפי השני, ההתנהגות נבדקת במשקפי הריבוניות, שיש להם עניין בהתנהגות ובתוצאותיה.

ייתכן ובלבול זה, גובע מאי-הבהרת תפקידן של הזיקות הרלבנטיות בסוגייתנו. בזיקות, כבאלו, אין כל קסם מיוחד, וכל ערכן צריך להיות לדעתנו, בכך, שהן תעזורנה לנו להגיע אל אותה שימת משפט, שניתן היה לצפות באופן סביר מהנתבע להתנהג לפיה בנסיבות המקרה. בכך מתקיים יסוד „הפשיעה”, הנדרש מכח הצד הזיקי של הבעיה, ובדרך זו נגיע גם למבחן צודק מבחינת הצדדים המעורבים. מינין הזיקות פשלעצמן, בלי להיות מונחים ע”י עיקרון זה, יוליד לנו עוד מבחן טכני ושרירותי⁴⁰, והרי מבחנים מסוג זה יש לנו כיום די והותר.

13. לאור נקודת המוצא שלנו עולה, שלדעתנו המבחן המתאים לברירת הדין בנויקין, כשנבדקת התנהגות הצדדים, הוא „ענף הזיקות” של מבחן „דין הנוק”, שכן הוא מבטיח התחשבות בציפיות הצדדים ומביא לתוצאות צודקות. נכון שהכנסת אלמנט ה„סבירות” תגרום לאי-ודאות מסויימת בברירת הדין, אך על כך ניתן להשיב, שחלק גדול מהבעיות המשפטיות נפתר כיום בעזרת מבחן ה„אדם הסביר”, מה עוד שכל המבחנים האחרים, שנסקרו לעיל, אינם בעלי אלמנט חזק יותר של ודאות, מבחינת הצדדים המעורבים (להבדיל מבחינת ביהמ”ש, היושב לדין לאחר שאירעה ההתנהגות). המבחן המסורתי האנגלי מכפיף את הצדדים לשיטת משפט, שלא יכולה היתה לעלות על דעת הצדדים לפני אירוע המעשה, ואילו מבחן ה-Lex loci delicti מפנה אומנם ב„ודאות” רבה אל חוק מקום אירוע הנוק, אך בעוד שזהות החוק ברורה ללא ספק במקרה כזה, ספק אם ההוראות הסוכפסטנטיות של כל הדינים, שמעל תחום תחולתם ניתן לחלוף כיום בטיסה עסקית אחת, יכולות להיות ידועות לנתבע פוטנציאלי השואף לכלכל צעדיו באופן כזה, שלא יהיה בהם יסוד עוללי. והעיקר: אף אם נגוע מבחננו באי-ודאות (וכאמור אין אנו סוברים שדרגת „אי-ודאותו” גדולה משל המבחנים האחרים), יש להעדיפו על פני המבחנים האחרים, שכן הוא מבטיח תוצאות צודקות בברירת הדין בנויקין.

14. מבחן הזיקות כפי שעמדנו עליו לעיל, יעזור לנו, כאמור, לפתור את שאלת ברירת הדין, כשנבחנת התנהגות הצדדים, בנתנו משקל מכריע לציפיות הצדדים. אך ייתכנו מקרים בהם שאלת ציפיות הצדדים לא תתעורר, או שיהיה לה ערך משני בלבד, כגון ביחס לשאלת הרשלנות התורמת⁴¹, חלוקת הנוק, או הערכתו (בהנחה שכל אלו הן שאלות מהותיות). במקרים אלו יהיה מקום לדעתנו, להחיל את „ענף האינטרסים” של „דין הנוק”, שכן לפיו ניתן יהיה להגיע לתוצאות הצודקות ביותר. עובדותיו של פסה”ד Boys v. Chaplin מדגימות היטב את הדרך המוצעת על ידינו. לו היתה מתעוררת שאלת עוליותה של ההתנהגות, היינו מחילים את הדין

³⁹ כתוצאה מבלבול זה, סבור המלומד Leflar, שבמשך הזמן ניתן למוג את שני השיקולים לשיקול מרכזי אחד (op. cit. p. 330).

⁴⁰ ראה: Leflar, *ibid.*; Nygh *opt. cit.* p. 350.

⁴¹ על הרשלנות התורמת במשפט הבינלאומי הפרטי ראה: P.M. North, *Contributory Negligence and the Conflict of Laws*, 16 I.C.L.Q. (1967) 379.

המלטזי מכח „ענף הזיקות“ של מבחנגו, שכן בניסבות המקרה, מכח זיקת הנוכחות, סביר היה לצפות מהנהג הנתבע, שינהג את מכוניתו בהתאם להוראות הדין המלטזי ולא בהתאם להוראות הדין האנגלי (למרות שהזיקות ה„קלאסיות“ של הנתינות, הדומיסיל והמגורים מובילות אל הדין האנגלי) בנהגו בכבישי מלטה. ואילו ביחס להערכת הנוק היינו נעזרים ב„ענף האינטרסים“, שהיה מפנה אותנו אל המשפט האנגלי, כבעל „אינטרס“ חזק יותר לחול על המקרה, מאשר המשפט המלטזי, וזאת היות ולדין המלטזי אין עניין להחיל את ההוראות שלו בקשר לראשי הנוק על נתינים אנגליים, המבוטחים ע"י חברות ביטוח אנגליות. לדין האנגלי, לעומת זאת, יש בהחלט אינטרס לדאוג לכך, שכאשר ניזוק אחד מנתיניו ע"י נתין אנגלי אחר, יפצהו האחרון על מלוא הנוק שנגרם לו, אף אם התאונה היתה מחוץ לאנגליה.

פרוץ ברכה

הפרשי הצמדה לענין מס הכנסה

(ע"א 239/69, פקיד השומה, חיפה נ' אחים רביב את מ. גוטליב בע"מ, פר"י כ"ג, חלק ב', 652)

מעשה בחברה שעסקה בהקמת שיכונים ושימשה קבלן בניה עבור הממשלה. הוסכם בין החברה ובין הממשלה, כי 15% ממחיר כל עבודות הבניה יהווה, מימון עצמי של החברה, באופן שהחברה תלווה את 15% האמורים לבנק אפתיקאי כללי לא"י בע"מ, על מנת שהבנק הזה מצידו יתן את הסכום למשתכנים בהלוואות לפי תנאים שיסוכמו וסוכמו למעשה בין הבנק לבין המשתכנים. מעשית, הסכום שהחברה הלוותה לבנק נוכח מהמחיר הכולל שבהסכם וזוכה ע"י הממשלה לחשבון החברה בבנק כנגד תעודת פקדון לזכות החברה. ההלוואה היתה צמודה לשער החליפין של הדולר.

כשהחברה קיבלה מהבנק את התשלומים בצרוף ריבית והפרשי הצמדה, התעוררה השאלה אם יש לחייב את הפרשי ההצמדה הללו במס הכנסה. בית המשפט המחוזי, בעמ"ה חיפה 156/65 (כפני כב' השופט א. שאל) קיבל את ערעור החברה ופטר את הפרשי ההצמדה מחובת תשלום מס הכנסה. בית המשפט העליון, בע"א 239/69 (פר"י כ"ג, חלק שני, 653), דחה את ערעורו של פקיד השומה והשאיר את פסק דינו של השופט המחוזי על כנו. בפני בית המשפט עמד נושא שכל הלכותיו גובשו בידי הפוסקים, על סמך הלכות קודמות בנושאים דומים וללא כל, "התערבות" מצד המחוקק. ריבוי פסקי הדין בענין מס הכנסה על הפרשי הצמדה ושינויי הגונים של הראציו בכל אחד מהם אחראים לכך כי תחושת אי-בהירות וחוסר עקביות מתלווים לפתרונות הפסיקה הישראלית לנושא הנדון.

פסק הדין בע"א 239/69 נתן הזדמנות נאותה לבית המשפט העליון (מפי כב' השופט העליון ד"ר י. ויתקון, ישבו עמו בדין כב' השופטים ברנזון וקיסטר) לבחון בתמציתיות ובבהירות את העיקר שבכל אחד מפסקי הדין הקודמים בנושא זה וכך לסמן ראשיתו של מעבר מריבוי הלכות להלכה אחידה שממנה משתמעות ונגזרות יתרתן בכל הנוגע לשאלה ספציפית זו. ריבוי ההלכות בנושא זה והסתירות ביניהן העסיק את ד"ר יעקב נאמן בספרו: — The tax consequences of devaluation — The approach of the Israel law (The Israel tax institute — Tel-Aviv 1969). ואכן פסק הדין בפרשה שלפנינו ניתן לאחר צאתו לאור של הספר הזה. לעיצומו של דבר אך טבעי הוא כי נושא זה, שהוא מעשה ידי בתי המשפט בישראל, ראוי לשמש גם דוגמה בפני עצמה ל"התמודדות" בתי המשפט בנושא אחד מתוך נושאים רבים מתחומים שונים שהמחוקק הניח לפתרונם של הפוסקים והעדיף שלא לציידם בהנחיות שבחיקוק על כל החיוב והשלילה שבכך. אכן, אם התמודדות הפוסקים בבעיה מבעיות השעה כאן הרי שפסק הדין בפרשה שלפנינו מתחיל לסמן סיומה של התמודדות וראשיתה של הכרעה, שמשמעה מיצוי וניסוח עיקר ההלכה העוברת כחוט השני בכל פסקי הדין שניתנו עד כה באותו נושא. דוגמה זו מבליטה גם צד אחר ומוכר שבחיקוק השיפוטית: העדרו של פתרון נורמטיבי חד וברור בראשיתה של מלאכת הפסיקה והתגבשותו של זה בסיומה בלבד. הוצאות משפט רבות היו נחסכות ממחדיינים לולא שתיתקן המחוקק אך ענין זה חורג מתחום עניינינו כאן. אפשר שהמציאות הכלכלית יוצרת עובדות

במהירות הרבה יותר גדולה מכפי שהמנגנון העומד לרשותו של המחוקק יכול לעכל, לקבוע עמדה, לשנות ולבטל נורמות קודמות ולבסוף לנסח נורמות חדשות, אך גם ענין זה אינו מתחום ענינינו כאן.

בהתאם לחוק הריבית תשי"ז-1957, הפרשי הצמדה אינם אלא ריבית, וגם כאשר המלווה או עיסקת האשראי הם לתקופה העולה על שנתיים, ניתן בחוק עצמו היתר לפרוץ את סייגי חוק הריבית והסייגים בדבר שיעור ריבית מכסימלית, ככל ששיעור כזה קבוע בצו או בתקנות, אך מבלי שישתמע בכל שינוי ההגדרה של ריבית, והיוצא מכך, כי הפרשי הצמדה הם בכלל ריבית בכל מקרה.

כזכור, שאלת חוקיותה של הצמדה, אמנם תחת נושא של „מניות ערך“ או „סעיפי זהב“, התעוררה בפרשת רוזנבאום נ' זגר (ע"א 248/53, פד"י ט' 533), לפני חקיקתו של חוק הריבית. השאלה שאלת משפט חוזים מהותי היתה, אך בית המשפט מצא לנכון להכריע בה על סמך תקדימים השאובים מנושא מס הכנסה. יותר מאוחר כאשר נתבקשו בתי המשפט בישראל לחוות דעתם בשאלת הפרשי הצמדה לענין מס הכנסה כבר היה חוק הריבית והגדרת הפרשי הצמדה שבו בתוקף, אלא שבתי המשפט העדיפו להכריע בשאלת הפרשי הצמדה לענין מס הכנסה שלא לפי המבחנים הברורים שהספיקו להקבע בינתיים ע"י המחוקק בחוק הריבית אלא ללכת בעקבות ההלכה בפרשת רוזנבאום נ' זגר, למרות שבינתיים הספיקה ההלכה הזאת להבטל מכוח חוק הריבית. נמצא שההלכה של הפוסקים שבוטלה ע"י המחוקק לא הוכרה כבטלה ע"י הפוסקים לענין מס הכנסה שלדעתם אין להכריעו לפי מבחני החיקוק שחוקק בידי המחוקק.

החידוש שבע"א 239/69 הוא בהארת הבעיה מזווית חדשה, מעניינת ולעיצומו של דבר גם מרעית בסבך השאלות הזה.

אכן, נקבע שם דין מס הכנסה של רווחים שמקורם בירידת ערך הכסף הישראלי — אם בשל תנאי ההצמדה ואם בשל החוקת מטבע חוץ שהומר לאחר פיחות — נקבע לפי ההקשר בין פעילותו העסקית של האדם ובין רווחים אלה. ישנן כמובן דרכים שונות העשויות להצביע על ניתוקו של הקשר, והשאלה היא שאלה של משפט ועובדות גם יחד.

בפרשה שבפנינו בית המשפט העליון לא מצא קשר כזה בין שתי עיסקות אלה שהיו כרוכות באותו הסכם, שכן הכנסות שבפירות והכנסות שבהון יכולות לנבוע מאותו הסכם ואילו שילובן אלו באלו — אם מכוח ההכרח ואם משום היעילות העסקית אינו מחייב דין אחד לשתיהן.

אם ד"ר י. נאמן בספרו הנ"ל מדגיש כעקרון מנחה להלכות בענין זה, דבר היות הפרשי הצמדה חלק מהקרן והמגמה המשתמעת כי דין הקרן לענין הכנסה שבפירות או הכנסה שבהון הוא דין הפרשים, בעקבות פרשת רוזנבאום נ' זגר ומתייחס איפוא בביקורתיות לכלל פסק דין שסוטה ממגמה זו, בא בית המשפט העליון להדגיש בפנינו לא רק חומרת המבחן במתן הלוואה לעומת קבלת הלוואה (שם, עמ' 657) אלא גם העתקת מרכז הכובד של הבעייה למידת הקשר של רווחי הפרשים לעסקו של הנשום. אם שיבה ואימוץ הדין המהותי לענין מס הכנסה אין כאן, הרי שאין גם מה שגסתמן קודם כחשש להליכה בתלם הלכה שבטלה.

אין זה מיותר לציין כי השאלה של הקשר והשילוב בין עיסקת מכר ועיסקת הלוואה היא שקבעה אם האחרונה נופלת לגדר חוק הריבית אם לאו, כפי שנקבע —

שוב לאחרונה ביתר תוקף — בפרשת ע"א 112/69 גלר נ' שפניר (פד"י כ"ג, חלק שני, 80).

התקרבות המבחנים של מס הכנסה והדין המהותי היא ברורה ורצויה כל מקום שהיא אפשרית וראוי לבדוק היטב כל מקום שדין מס הכנסה סוטה מן הדין המהותי, אם היה צידוק מספיק לכך ואם המחוקק הביע רצונו המפורש לכך. גם עליו החובה לדאוג לאחידות הגדרות בנורמות פיסיקאליות וסובסטאנטיביות.

מ. קשת

הפרת זכות הטעון: המקור להתערבות ותוצאת הפגם

(ע"א 183/69 עיריית פתח-תקוה והמועצה הדתית פתח-תקוה נ' אברהם טחן ממעברת
"עמישב"; פד"י כ"ג (2) ע' 398)

מבוא: עילות הביקורת

הביקורת על גופים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים, שהופעלה באנגליה בעיקרה באמצעות צו הבירור (צרטיוורי), פותחה ועוצבה במושג הסמכות. אמנם בצד עילת הביקורת של חוסר הסמכות קיימת היתה העילה של טעות שבדין הגלויה על פני ההחלטה, אך זו נזנחה עקב ההגבלות התחיקתיות על כוח הביקורת. כלומר, המחוקק ביקש להצר את סמכות ערכאות הביקורת, ולפיכך ניסח את סמכות הגופים המבוקרים ואת תחום הביקורת כך שביהמ"ש המבקר נעדר היה סמכות לבקר את גוף ההחלטה. עקב כך התפתחה הביקורת במושגי סמכות וגם מקום שלמעשה לא חלה הגבלה לגבי עילת הטעות שבדין, רא' עצמם בתי המשפט בטעות כמוסמכים להתערב רק בעילה אחת והיא חוסר הסמכות. בתי המשפט ראו עצמם משוחררים מההגבלות הללו, כל אימת שסווג הפגם כחוסר סמכות. גישה זו נעוצה בתוצאות החמורות של מעשה הנגוע בפגם זה: חוסר סמכות מביא לאפסות ההחלטה מעיקרה והיא כלא היתה; לפיכך לא ניתן לוותר על הפגם. בהיות ההחלטה בטלה ומבוטלת, היא ניתנת לתקיפה בעקיפין ומותרות ראיות להוכחת הפגם, אם זה אינו גלוי. כאמור, ההגבלות החלות על סמכות הערכאה המבקרת את ההחלטה אינן מופעלות, שכן החלטה שניתנה בחוסר סמכות אינה החלטה כלל.

ערכאות הביקורת שביקשו לפרוץ מעבר לגדר, שהוקצה להן ע"י המחוקק, החלו להרחיב את תחום הביקורת על ידי כך שהעטו על פגמים, שבאורח מסורתי היו פגמים של טעות שבדין, את איצטלת חוסר הסמכות. הליקוי בהרחבה מלאכותית זו בולט: הטעות אינה מביאה לאפסות; תוצאתה היא נפסדות, כלומר משלא מבוטלת ההחלטה על ידי הערכאה המוסמכת בהתקפה ישירה, הריהי קיימת לכל דבר. לו היו נוקטים בתי המשפט בקו הגיוני, הרי כל פגם שסווג כחוסר סמכות, חייב היה לגרור אחריו את התוצאות הבלתי נמנעות של חוסר הסמכות, אך לא כן נהגו בתי המשפט; הם אמנם גרסו כי פגמים מסויימים, לצורך התערבותם הישירה יורדים לסמכות, ולפיכך אין מניעה להתערבותם, אך בהתקפת עקיפין לא התירו ראיות חיצוניות להוכחת הפגם. משתמע, אם כן, כי תוצאת הפגם נתפסה על הדרך המסורתית הנפסדת.¹

גישה זו מנתקת באורח לא הגיוני בין מקור העילה לבין תוצאתה. טעות המסווגת כחוסר סמכות מקימה את העילה להתערבות ומקנה לבית המשפט המבקר סמכות, אך כיוון שהמדובר הוא בפגם שתוצאתו נפסדות, לא יועיל הסיווג המתייחס למקור עילת ההתערבות ולא תוצמדה לפגם התוצאות הנופקות מחוסר סמכות דווקא.

ניתן להצדיק גישה זו על רקע הרצון להרחיב את תחום הביקורת של ערכאת הפיקוח; השגת מטרה זו ועמה הסרת אי-הבהירות גראו להתגשם, כאשר יוצבו באנגליה עילות ההתערבות ונקבעו לשתיים: חוסר סמכות וטעות שבדין הגלויה על

¹ Rubinstein, A., Jurisdiction and Illegality, pp. 81-82 (להלן רובינשטיין).

פני ההחלטה². הלכה זו, שנקלטה בפסיקה הישראלית³ לא הסירה את אי-הבהירות, ששררה לגבי פגמים, שאינם סמכותיים במובן הדוקני, אך בשל היותם המורים, אין בתי המשפט מסתפקים בסיווגם כפגמים של טעות שבדין. דיוננו ייסב על הפגם של פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי על דרך הפרת זכות הטעון, שהוא האופייני ביותר לפגמי ביניים מעין האמורים לעיל.

ניתוח הפגם

לצורך הבהרה ינותח הפגם על דרך ההבחנה בין מקור לבין תוצאה. אשר למקור הפגם ניתן לומר, כי טריבוטל קונה לו סמכות בשעת תחילת הדיון. אם קיימת לטריבוטל סמכות בעת זו, הרי טעות או פגם, שיתעוררו מאוחר יותר, לא יוכלו לעלות כדי חוסר סמכות⁴. כיוון שפגם הפרת זכות הטעון עולה במשך הדיונים, בשלב שבו יש לטריבוטל סמכות מבחינת המקום, הפורום והנושא, הרי יש לראותו לכל היותר כטעות משפטית ולא כפגם היורד לסמכות.

גם מבחינת המבחן הפונקציונלי, שנקבע ע"י השופט אגרנט⁵, ואשר לפיו יש לשאול האם הוסמך הטריבוטל לדון בנושא מסוים, אין בהפרת זכות הטעון משום חוסר סמכות או חריגה מסמכות, כיוון שפגם זה מעורר את השאלה כיצד דן דן הטריבוטל בנושא המסור לממכותו.

מבחינת התוצאה חסר הפגם את המאפיינים לחוסר סמכות טהור: ניתן לוותר על זכות להישמע; קשה להסכים למצב שבו הצד שנשמע יוכל להתקיף את ההליכים על יסוד פגם זה.

המסקנה הבולטת היא, כי הפרת זכות הטעון ניתנת לסווג כטעות, שתוצאותיה נפסדות.

² R. v. Northumberland Compensation Appeal Tribunal Ex p. Shaw [1952] 1 K.B. p. 338.

³ בג"צ 5/53 זרובכל נ' ועדת הערעור לפי חוק משפחות חיילים שנפפו במערכה, פד"י ו', ע' 182; בג"צ 176/54 יהושע נ' ועדת הערעור לפי חוק הנכים, פד"י ט', ע' 617; בג"צ 86/58 כוגנים נ' ראש המטה הכללי צה"ל, פד"י י"ב, ע' 1653. בבג"צ 79/63 פרדלר נ' פקידי הכהירות לוועדות החקלאיות, פד"י י"ז, ע' 2503, סטה ביהמ"ש מההלכה האנגלית וקבע, כי תחום ביקורתו חל על כל סוגי טעויות – גלויות ונסתרות. כיוון הלכה זו אינו ברור, שכן הודגש במספר פסקים, שנפסקו לאחר בג"צ 79/63, כי בג"צ יתערב רק במקום שבו הטעות גלויה על פני ההחלטה. ר' בג"צ 165/63 הרפו נ' הממונה על נביית השכר, פד"י י"ז, ע' 2581.

⁴ בג"צ 175/64 זהבי נ' רשם האגודות השיתופיות, פד"י י"ח (2), ע' 625. דברים אלה כרוכים באבחנה בין המושגים, "חוסר סמכות", "חריגה מסמכות", שמשמעה הוא סמכות שנקנתה אך נשמטה במשך הדיון. השאלה העקרונית היא, אם מכירה תיאוריית הסמכות הטהורה באפשרות שסמכות שנקנתה תוכל להישמט מידי מפעילה. לענין זה ר' רובינשטיין, בע' 219–227. יש להדגיש כי המושגים משמשים בעירבוביה ולצורך הדיון אין חשיבות למינות זה.

⁵ בג"צ 203/57 רובינסקי נ' הפקיד המוסמך לפי חוק בתים משותפים, פד"י י"ג, ע' 1668.

גישת הפסיקה

בתי המשפט לא הסכימו לפתרון האמור המצר את תחום פיקוחם, במקום שמבחינת הצדק, טובת הציבור, נדרשת התערבותם בקפדנות יתירה.

גישת הפסיקה האנגלית היתה אחידה, במקום שדובר במקור הפגם בהתקפה ישירה: הפגם הושווה לחוסר סמכות ולפיכך הותרו ראיות חיצוניות למען הוכחת ההפרה.⁶ אי-אחידות שררה לגבי תוצאת הפגם.

במקרה אחד סווג הפגם כסמכותי הן מבחינת העילה והן מבחינת התוצאה.⁷ במקרה אחר נפסק, כי תוצאת הפגם היא נפסדות.⁸ תוצאה זו מקוממת מבחינת הגיונית: קשה להסכים לתפיסה של עילה המושווית לחוסר סמכות מבחינת המקור, אך השונה מחוסר סמכות מבחינת התוצאה.

הגישה האנגלית, הרואה בהפרת הכלל חוסר סמכות מבחינת העילה לפחות, יכולה להיות מובנת לאור שתי העילות היחידות הקבועות להתערבות ערכאת הביקורת, שאם יסווג הפגם כטעות, לא יורשו תצהירים להוכחתו.

בג"צ, שקלט את ההלכה בדבר שתי עילות התערבות,⁹ עקב אחרי ההלכה האנגלית גם בשאלת העילה להתערבות מחמת הפרת זכות הטעון: אי-שמיעת הצד השני דינה כהריגה מסמכות.¹⁰ דין זה מסמיך את בג"צ להתיר ראיות חיצוניות להוכחת הפגם, והוא לא יהיה מנוע מהתערב בהחלטות בית דין דתי על יסוד הפגם. בכל המקרים, שבהם נדון הפגם, התעוררה השאלה בהתקפה ישירה, ולכן לא הוצרך בג"צ לפסוק בשאלת תוצאת הפגם, שלה משמעות מכרעת לגבי התקפת עקיפין. הזדמנות להכרעה מחודשת בשאלת העילה להתערבות ולהכרעה חדשה בשאלת תוצאת הפגם התעוררה בע"א 183/69,¹¹ נשוא רשימתנו זו.

בערעור זה היו העובדות כדלהלן:

טחן עבד כשוחט של העיריה ופוטר על ידי מועצת העיריה בלא שניתנה לו הזדמנות להשמיע את דברו. טחן לא ראה עצמו כמפוטר והמשיך לעבוד מספר שנים נוספות מבלי שקיבל משכורת. הוא תבע את העיריה בבית המשפט המחוזי לתשלום משכורתו, וטען כי כיוון שהפיטורים היו בטלים מעיקרם, מוסמך בית המשפט המחוזי לדון בהם בתוקף סמכותו האינצידנטלית. כמובן, ההכרעה אם תפסו הפיטורים, אם לאו, היתה דרושה לשם הקביעה אם מגיעה לו משכורת. העיריה טענה כי פגיעה בזכות הטעון הופכת לכל היותר את הפיטורים לנפסדים, ועל כן אין להתקיים בעקיפין. רק בג"צ יוכל לבטלם, ועד לביטולם הריהם תופסים.

⁶ R. v. Wandsworth Justices Ex p. Read [1942] IKB p. 281.

⁷ Ridge v. Baldwin [1964] A.C. p. 40.

⁸ Durayappah v. Fernando [1967] 3 W.L.R. p. 289.

במקרה זה קבע בית המשפט, כי המעשה הוא בטל כשהמדובר בתביעת הנפגע, והוא נפסד כאשר הקובל אינו הנפגע. תוצאה של בטלות לשיעורין כזו מוליכה לקראת מסקנות נפסדות. על כל פנים גם בית המשפט עצמו מסיק, כי תוצאת הפגם אינה אפסות המעשה.

⁹ ראה הערת שוליים מס' 4.

¹⁰ בג"צ 10/59 לוי ג' בית הדין הרבני, פד"י י"ג, ע' 1183; בג"צ 130-2/66; 158 שנגב ג' בית הדין הרבני, פד"י כ"א (2), ע' 505.

¹¹ פד"י כ"ג (2), ע' 398.

השופט זוסמן מעלה את הבעיה העיקרית בפסק הדין: האם פגיעה בזכות הטעון יורדת לשורש סמכות הרשות המחליטה והופכת את החלטה לבטלה מעיקרא. לאחר סקירת הדעות השונות הקיימות באנגליה הוא מסכם את ההלכה באמרו:

„מבחינה עיונית נראה הדבר שמסקנת הבטלות לחלוטין נעשית בלתי נמנעת, אם יוצאים מן המושכל הראשון שאין לך אלא שתי עילות פסלות, חריגה מסמכות וטעות מוכחת על פני הדברים ואין אחרות זולתן. הרי זו ההלכה האנגלית ואם תאמר, כי התעלמות מן החובה לשמוע צד אינה עולה לכדי חריגה מהסמכות, אין הסבר על שום מה גובה בית המשפט ראיות, כשבא אדם וטוען שדברו לא נשמע, ומבטל מעשה הרשות אפילו לא נתגלה לו הפגם האמור על פני הדברים. הלא דין הוא שטעות כזו, כשאינה צפה על פני הדברים, אינה מעלה ואינה מורידה לענין תקפו של מעשה הרשות”¹².

ברור שמסקנה זו נכונה לאור המצב באנגליה, אך האם זה המצב בישראל? השופט זוסמן ער לכך, שבישראל אין הכרח להסיק כי החלטה מסויימת בטלה מעיקרא, רק משרואים את בית המשפט כפועל בחוסר סמכות. במילים אחרות, אפשר היה לקבוע עילת התערבות עצמאית, שתוצאתה היא בטלות החלטה מעיקרא, ולא היה צורך לראות בהפרת כללי הצדק עילת חוסר סמכות. בכך היה הולך השופט זוסמן בעקבות המבחן הפונקציונלי האמור, שלפיו יש לבדוק את הסמכות מבחינת תוכן הפונקציה, שהקנה המחוקק לרשות. אך השופט אינו רואה מקום ליצירת עילה עצמאית כזו. הוא מעדיף בכל זאת ללכת בעקבות המשפט האנגלי ולראות את הפגם כחוסר סמכות עילתי. את תוצאת האפסות הוא משתית על חוסר הסמכות העילתי תוך כדי התאמת המבחן הפונקציונלי לצרכיו, באמרו כי קיימת חשיבות לא רק לשאלה אם הסמך המחוקק את העירייה לפטר פקיד, אלא גם לשאלה כיצד הסמך המחוקק את העירייה לפטר¹³. השופט מני הסכים לדעת השופט זוסמן, והשופט כהן, שהביע דעתו, יוצא אף הוא מהנחה, שמעשה פיטורים הנגוע בפגם בטל מעיקרו¹⁴.

משמעות הלכת מחן לאור הכרעות אפשריות אחרות

כדיוגנו נתרכז בחוות דעתו של השופט זוסמן, שהיא העיקרית בפסק דין זה. החלטת השופט תידון לאור ההבחנה בין מקור העילה ותוצאתה ותוך הצגת אפשרויות אחרות להכרעה.

השופט ביכר את הפתרון לפיו מקור ההתערבות בענין הפגם הוא חוסר סמכות ותוצאתו לפיכך היא אפסות. סיווג הפגם כחוסר סמכות התאפשר לו על ידי ניסוח מסוייג של הסמכות:

„אין העירייה מוסמכת לפטר פקיד אלא תוך שמירה על עיקרי הצדק הטבעי”¹⁵. קשה להסכים, בכל הכבוד, לכך, כי ניסוח סמכות מסוייג זה מצביע על אפסות המעשה הנגוע בפגם. סמכות מסוייגת כזו אינה יודעת גבולות. ניתן לומר כי הרשות אינה מוסמכת לפעול שלא כדין. הביטוי „שלא כדין” כולל טעויות

¹² שם, בע' 403.

¹³ שם, בע' 405, 406.

¹⁴ שם, בע' 406.

משפטיות המביאות לנפסדות בלבד. האם בשל כך, שאין לשער שהמחוקק הסמיך רשות לטעות תהא החלטה מוטעית של הרשות בטלה מעיקרא?
ראינו שבאנגליה קיימות שתי עילות פסלות בלבד והבהרנו את הטעם, שאותו מביא השופט, לסווג הפגם של הפרת זכות הטעון כחריגה מן הסמכות. אך מוסיף השופט, כי –

„כאן בישראל איננו מגבילים את עצמנו בהכרח בכלל, שרק חריגה מן הסמכות וטעות גלויה לעין מצדיקות התערבותו של בית המשפט... ההוראה היחידה בחיקוק המחייבת אותנו היא... ס' 7 (א) לחוק בתי המשפט. מכאן שאצלנו אין מניעה לכך, שעילה פלוגית תסווג כאחת מעילות הבטלות לחילופין, אף אם אין בה כדי חריגה מן הסמכות...”¹⁶.

ואמנם תורם סיווג כזה להבהרת מה של הסמכות ויהד עמו מושגות התוצאות הנובעות מהחלטה הנגועה בחוסר סמכות: גיתן להתקיף הדלטה כזו בעקיפין ומותרות ראיות חיצוניות להוכחת הפגם. לא ברורה, אם כן, מהות המניעה, שהביאה להצמדת תו חוסר הסמכות לפגם הפרת זכות הטעון ואי-אמוץ הפתרון לפיו מקור התערבות בג"צ הוא עצמאי ונפרד מחוסר הסמכות. הגם שהתוצאה זהה לנו של חוסר סמכות.

יתכן כי השופט צפה לקיום גסיבות דומות לאלה שהתעוררו בבג"צ 10/59.¹⁶ במקרה הגדון הותקפה החלטת בית דין דתי בשל הפרת זכות הטעון. כידוע מוגבלת ביקורת בג"צ על בתי דין דתיים מכוח סעיף 7 (ב) (4) בעילת חוסר הסמכות. גיתוק הקשר העילתי בין חוסר הסמכות ובין הפרת זכות הטעון היה מגביל את התערבות בג"צ, לפחות כל עוד המדובר בס' 7 (ב) (4), ויתכן כי גסיבות בג"צ 10/59 היו נחתכות בצורה שונה. מצב דברים כזה מעורר תמיהה; היום כאשר ברורה חומרת הפגם יתכן ובג"צ היה מסרב להתערב. כאשר גדון בג"צ 10/59 לא היתה ברורה אפסות החלטה, ואף על פי כן ראה עצמו בג"צ מוסמך להתערב. יתר על כן: בג"צ לא יהיה מוסמך להתערב בשל העדר עילה, אך משתותקף החלטת בית הדין בעקיפין, יוגש סעד, כי אז קנה המידה אינו מקור התערבות, אלא תוצאת הפגם.¹⁷ הרהורים אלה, שלא מצאו ביטויים בחוות דעתו של השופט זוסמן, נראים מבחינת מדיניות משפטית כמצדיקים את הכרעתו בשאלת סיווג עילת הפגם. אותה מדיניות משפטית, שמשמעותה היחידה היא שמירה קנאית על תחום הביקורת השיפוטית על מעשי המינהל וגטיה להרחבתה, נראית כעומדת ביסוד ההכרעה התוצאתית של האפסות.

השופט זוסמן קשר את תוצאת האפסות עם מקור חוסר הסמכות. תוצאה זו היא בלתי נמנעת מבחינת ההגיון. קשה לקבל הצעה לפיה מקור התערבות הוא חוסר הסמכות, אך תוצאת המעשה הנגוע בפגם היא נפסדות, אם כי למעשה עמד פתרון זה בבסיס הפסיקה האנגלית, שהצמידה לפגם את כינוי חוסר הסמכות, אך לרוב התייחסה למעשה כאל נפסד. מבחינה מעשית פתרון זה הוא אולי הטוב ביותר: תחום הביקורת בהתקפה ישירה אינו מצטמצם, אך אי-הנוחות הנגרמת עקב

¹⁶ שם, בע' 403. גם הסטיה מההלכה האנגלית בבג"צ 79/63 (ר' הערת שוליים מס' 4) הושתתה בין השאר, על גיסותו הרחב של ס' 7 לחוק בתי המשפט, תשי"ו-1957.

¹⁶ לוי נ' בית הדין הרבני, פד"י י"ג, ע' 1183.

¹⁷ הדברים אמורים על יסוד עילת התערבות לפי ס' 7 (ב) (4).

מתן האפשרות לצד, שדברו נשמע, להעלות את הטענה והקשיים האנליטיים הנובעים מיכולת הוויתור וההסכמה מוסרים. עם זאת הסתירה הפנימית בתפיסה של הפרת זכות הזכות הטיעון כפגם סמכותי, שתוצאתו אינה אפסות, שוללת פתרון זה. האפשרות המוצעת האחרונה היא ראיית הפגם כיסוד לעילה עצמאית, שתוצאתה היא נפסדות. מבחינה עיונית זהו הפתרון המושלם ביותר. ראינו כי השופט זוסמן פסע צעד לקראת הכרה בעילה מקורית אך חזר בו.

צעד דומה נפסע גם בשאלת תוצאת הפגם. השופט מצביע על כך כי דעתו של ד"ר רובינשטיין התומך בתוצאת הנפסדות מושכת את הלב. הוא מביא את דעת פרופ' Wade התומך בתוצאת האפסות והמציע, כדרך להתגבר על יכולת הוויתור, ניסוח מסוייג של חובת השמיעה: זו קיימת, זולת אם ויתר הנוגע עליה. לדעת השופט זוסמן ניסוחה המסוייג של חובת השמיעה מתרחק למעשה מרעיון הבטלות לחלוטין, ומקרבנו לתפיסה של דבר אשר ניתן לביטול, שכן הוויתור הוא הימנעות מלבקש את הביטול¹⁸. הערות אלה, המובילות לכאורה למסקנת הנפסדות, נשארו

¹⁸ ע"א 183/69, בע' 404.

ללא מענה, וההערה השניה בענין דברי פרופ' Wade נותרה מופנית לכיוון השופט זוסמן לאור הכרעתו לצד האפסות. נראה כי ביסוד הכרעת האפסות עומדת אותה מדיניות משפטית שעליה דיברנו לעיל: הליכה בקו הנפסדות, כשהמקור להתערבות מגותק מחוסר הסמכות, היתה מצמצמת כמעט לחלוטין את היקף הביקורת על גופים, שעליהם חלה חובת מתן אפשרות הטעון. ברור כי תוצאה זו היתה שוללת העלאת הטענה בעקיפין, אך גם בהתקפה ישירה היה מצומצם היקף הביקורת: לא ניתן היה להתערב מקום שהעילה היחידה היא חוסר סמכות. אך מקום שהפגם נסתר, נראה כי היו מותרות ראיות הייצוגיות להוכחתו, כפי שהן מותרות במקרה טעות, גם שכיוון ההיתר אינו ברור¹⁹. למעשה משווה פתרון זה את היקף ההתערבות

¹⁹ ר' הערת שוליים מס' 4.

בעילת הפגיעה בזכות הטיעון לזה של עילת הטעות שבדין, ואף כי הוא השלם מבחינה עיונית, הוא מחטיא את מגמת הרחבת הפיקוח.

סיכום

ההזדמנות להכריע בשאלת תוצאת הפגם של הפרת זכות הטיעון טמנה בחובה הזדמנות להינתק מכבלי המשפט האנגלי על דרך יצירת עילת התערבות עצמאית. בית המשפט הכריע לצד לאפסות אך לא יצר עילה עצמאית. הכרעה זו הובעה משיקולים של מדיניות משפטית — הרחבת הפיקוח של רשויות המינהל השונות.

נילי גרבולסקי

צד חוץ או צד שלישי?

(ע"א 135/68 פד"י כ"ג (1) 393)

מעצם טיבם של הדברים נובע כי חידושים במישור המשפט מעוררים שאלות שונות. המחדש אינו מסוגל לצפות מראש את תוצאותיה של החלת החידוש לסדרה כמעט בלתי מוגבלת של מקרים מעשיים אשר עלולים לקרות בחיי יום-יום. דבר זה היה ידוע כבר למשפטנים מימי קדם ומכאן החשיבות הרבה של הפסיקה מצד אחד והכוח המוגבל של כל כללי המשפט אשר אינם יכולים להציע פתרון מפורש לכל מקרה ומקרה, כפי שנאמר גם על ידי המשפטן הרומי אולפיאנוס: „סעיפי החוק אינם יכולים לכלול את הכל“ (Non possunt omnes articuli singulatim comprehendi).

חידוש גדול בדינינו הוא גם הכרת קיומה של „עין שותפות“ בין בני-הזוג הנישואים לגבי הרכוש אשר נרכש במשך קיומם של הנישואים, — כל זמן שטרם הוכח ההיפך — אף אם נכס מסויים, מבחינה פורמלית גרידא, רשום על שם אחד מבני הזוג בלבד.

חידוש זה, אשר לאחר פסקי הדין ברגר נ' מנהל מס עזבוני (ע"א 300/64 פד"י י"ט (2), 240), בריקר נ' בריקר (ע"א 253/65, פד"י כ' (1), 589) ובראלי נ' מנהל מס עזבוני (ע"א 135/68, פד"י כ"ג (1) 393) יש לראות בו הלכה פסוקה, עורר שאלות שונות (ראה „הלכת ברגר-בריקר-בראלי — גם כלפי חוץ?“, הפרקליט כ"ה, עמ' 442).

רובן של השאלות אשר הועלו במאמר הנ"ל שאלות כלליות הן, אך יש ביניהן גם שאלה קונקרטית לגבי פסה"ד במקרה בראלי והיא: האם קיימת סתירה בין אמרתו של השופט ברנזון בפסה"ד הנ"ל, הקובעת: „לגבי צד שלישי — שאני לגביי הבעלות הרשומה או החזקה החוקית קובעת גם קובעת“ (שם, עמ' 386, מול אות ג'), לבין החלטתו של בית המשפט העליון לקבל בכל זאת את הערעור ולפטור ממס עזבוני את חלקם של הנכסים אשר הם אמנם רשומים בטאבו בשלמותם על שם המנוח בלבד, בהתחשב בכך שהחלק שפוטר ממס שייך לאלמנתו על סמך רכישה משותפת עם המנוח במשך קיומם של הנישואים בינה לבין המנוח.

אין ברצוני לרדת כאן לשורשי השאלה של ביסוסו התליכי של ה„חידוש“ הנ"ל. אסתפק ואומר כי לפי ענינת דעתי נימוקו של השופט ברנזון: „באמרונו כי במצב זה יש לראות את בני הזוג שותפים שווים ברכוש המשפחה אגו נותנים רק תוקף לעובדת החיים“ (שם, עמ' 246 אות ה') הוא חזק יותר מכל הנימוקים אשר אפשר היה להביאם כתמיכה לקביעה הנ"ל.

הרי עובדות החיים הן הרקע והמקור של הדין, ולא להיפך. העובדה היא תמיד הגורם של כל הלכה משפטית ונימוקו הנ"ל של השופט ברנזון בוטא כבר ע"י גדולי משפט אחרים כמו פרופיסור לואי ז'וסרן, אביה של תורת השימוש לרעה בזכויות, כאשר הודה כי בעולמנו העובדה מכוסה ע"י הדין רק בכמה שאפשר (Dans le monde le fait se couvre de droit autant qu'il peut).

[Louis Josserand: L'abus de droit]

וזהי האמת. גישה זו של ביסוס על עובדות החיים תשמש לנו כמורה דרך להשגת פתרון השאלות השונות אשר התעוררו במקרה הנ"ל.

עובדות החיים מלמדות אותנו כי אין לכל אדם העומד מחוץ לתחומי היחסים המשפטיים בין שני צדדים, תמיד אותו המעמד, כ"כ אין לראות בכל, "צד חוץ" גם, "צד שלישי" במובנו המשפטי הספציפי של מושג זה. בקביעת ההבדל בין "צד שלישי" כזה, אשר עומד בכל הדרישות הספציפיות הדרושות למען קביעתו של המעמד כ"צד שלישי" לבין כל, "צד חוץ" אחר אפשר למצוא את התשובה לכל השאלות הכלולות במאמר הנ"ל. מהו הרקע העובדתי של המושג "צד שלישי" במובנו הנ"ל? מושג זה הוא בעצם סטייה מהכלל העקרוני וההגיוני הקובע את מידתה של העברת הזכויות מהמעביר לרוכש וכלל זה מתבטא בשני כיוונים מגבילים, אחד אשר מגדיר את תחומי ההעברה מבחינת המעביר והשני מבחינת הרוכש ע"י שני הכללים הבאים:

- א. המעביר אינו יכול להעביר לזולתו זכות שאין לו (Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet);
- ב. הרוכש אינו יכול להיות במצב יותר טוב מאשר קודמו שממנו הוא רכש את הזכות (Non possum melioris conditionis esse quam auctor meus, a quo jus in me transit).

עד כאן הכלל הכללי וההגיוני. אך עובדות החיים הן יותר חזקות מאשר הכללים הכלליים, במיוחד כאשר הן נובעות מצרכים כלכליים מוצדקים של הציבור, ואז בא הדין ומאשר יוצאים מן הכלל.

כמו למשל:

- א. הבעלים הרשום של מקרקעין יכול – בניגוד לכללים הנ"ל – להעביר ל"צד שלישי" בעלות על נכס אשר לאמיתו של דבר אינו בבעלותו, וה"צד השלישי" יכול לרכוש בעלות מאדם אשר אינו הבעלים של הנכס.
 - ב. האוחז כשורה בשטר רוכש זכות כספית נגד חותם השטר, למרות שלאמיתו של דבר איש זה אינו חייב פרוטה לאיש שממנו נרכש השטר.
 - ג. אין תביעת נזיקין נגד גול על סמך עילת שליחת יד נגד איש אשר רכש את הנכס בתום לב בשוק חופשי, מאדם הנוהג לעסוק באותו שוק מטלטלין מסוגם של המטלטלין שנגזלו (סעיף 53 לפקודת הנזיקין, גוסס חדש).
- אך כדי שהיוצא מן הכלל ימלא את תפקידו לחזק את הכלל, יש לצמצמו ולהגדירו בדיוקנות כדי למנוע שתרופה זו תגרום לגזק אשר יעלה על תועלתו של הסעד המקווה ממנו.

מכאן נובע הצורך להבדיל בין "צד שלישי" לבין "צד חוץ". זוהי הנקודה העיקרית בה אני מרשה לעצמי להביע דעה שונה מזו של מחבר המאמר הנ"ל. בו בזמן שהמחבר הנכבד רואה כנראה זהות בין שני הביטויים הנ"ל: "צד חוץ" ו"צד שלישי", אין אנו מוצאים בכל הפסיקה המצוטטת במאמרו, לרבות פסה"ד האנגלי National Provincial Bank v. Ainsworth (1956) All E.R. 472; 3 W.L.R. 1/2 (1965), את הביטוי "צד חוץ" אלא אך ורק את הביטוי "צד שלישי" וגם מכך יש להסיק מסקנות.

כדי לראות ב"צד חוץ" גם "צד שלישי" הוא צריך לעמוד בדרישות הבאות:
א. רכישת זכות על סמך עסקה משפטית, במילים אחרות על סמך הסכם דו-צדדי כשר. דבר זה נאמר, במילים ברורות גם ע"י השופט ברנזון בפסה"ד בראלי

(ע' 396 אות ג'): „כל פעולה משפטית כשרה הנעשית בדרך הרגילה על ידי הבעל הרשום או המחזיק בנכס". מכאן:

1. זכות שביושר של בן הזוג הבלתי רשום אשר נרכשה על סמך „מעין שותפות" עם בן הזוג הרשום אינה תופסת:
 - (א) לגבי קונה
 - (ב) לגבי שוכר
 - (ג) לגבי בעל משכנתא
 - (ד) לגבי כל אדם אחר אשר רכש את זכותו על הנכס על סמך עיסקה.
2. להיפך, הזכות הג"ל תופסת לגבי כל אדם אשר אמנם יש לו זכות על הנכס, אך הוא לא רכש אותה על סמך עיסקה, אלא על סמך יסוד משפטי אחר כגון:

האוצר, אשר טוען שמגיע לו מס עובון על מקרקעין אשר רשומים על שמו של אחד מבני הזוג בלבד, כי זכותו זו של האוצר אינה גובעת מתוך עיסקה אלא מבוססת על החוק, ולפי החוק מגיע לאוצר מס עובון ברכוש שבאמת היה בבעלותו של המנוח ולא רק לכאורה, על סמך פיקציה קונסטרוקטיבית, אשר תופסת, כדי לענות לדרישות כלכליות, אך ורק לטובת אדם אשר רכש את הנכס על סמך עיסקה ותו לא.

מהו בעצם הרקע להענקת מס עובון לאוצר? רואים ביורש איש שאליו הועברו נכסי העזבון ללא תמורה, עקב פטירתו של המנוח. במקרה כזה מתקבל על הדעת שגם האוצר ישתתף ברכישה כזו בדרך של מס עובון. אך לגבי נכסים שלאמיתו של דבר לא שייכים לעזבון אלא לבן זוגו של המנוח לא נעשתה שום העברה ואין רכישה מטעם בן הזוג לגבי הנכסים שהיו בבעלותו כבר לפני פטירתו של המוריש. ברור שכאן, מתוך חוסר העברה ורכישה גם אין טעם והצדקה להעניק לאוצר השתתפות בדרך מס עובון על רכישה שאינה קיימת.

ב. הנושה האישי, אשר זכאי לעקל את רכושו של הייבו, אבל אך ורק נכסים אשר לאמיתו של דבר הם חלק מרכושו של החייב ולא רק לכאורה, על סמך פיקציה קונסטרוקטיבית ולאור מה שנפסק בע.א. 30/67 פד"י כ"ב (2) ע' 36 (שטרן ג' שטרן) אין כל ספק כי בעלות שביושר תופסת לגבי הנושה המעקל*.
ג. יורש, הן על פי החוק, הן על פי צוואה אינו אפילו „צד חוק" וקל וחומר הוא אינו „צד שלישי". הוא עומד בנעלי המוריש ובשום פנים אין הוא יכול לדרוש זכות אשר לאמיתו של דבר לא היתה שייכת למוריש, הואיל וירושה היא העברת כל הזכויות אשר היו למוריש, אך לא העברת זכות אשר הופיעה על שמו אך ורק ע"י פיקציה קונסטרוקטיבית.

כפי שצויין לעיל, בכל הפסיקה המצוטטת במאמר הג"ל מדובר אך ורק על „צד שלישי" ולא על „צד חוק".

ברור איפוא שהכוונה היא לאיש אשר רכש את זכותו ע"י עיסקה ולא בדרך אחרת. בפס"ד בראלי אומר השופט ברנזון במפורש:

„על פעולה משפטית כשרה הנעשית בדרך הרגילה על ידי הבעלים הרשום או המחזיק בנכס תופסת...".

* ר' כיום ס' 161 לחוק המקרקעין. המעריכה.

ציטטה זו מרחיקה כל שמץ של סתירה בין הנמקתו של פס"ד הנ"ל וההחלטה לקבל את הערעור. אין כאן שום „פעולה משפטית“ בין המוריש או בין היורש לבין האוצר וכן אין להעניק לאוצר כנושה עבור מס עזבון מעמד של „צד שלישי“ ומאותו טעם קשה לראות במה מתבטא „הפסדו של האוצר“ במקרה זה. בכל פנים אין כאן פגיעה בזכות כלשהי של האוצר.

ד"ר ארנסט לאופר