

בבית המשפט העליון

ע"א 1445/04

בפני : כבוד השופטת א' פרוקצ'יה
כבוד השופט א' לוי
כבוד השופטת ע' ארבל

המערערת : בייזמן השקעות בע"מ

נגד

המשיבים : 1. משה חליוה (חליבה)
2. משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ

ערעור וערעור שכנגד על פסק-דינו של בית המשפט המחוזי
בחיפה מיום 19.11.03 בע"א 534/99 שניתן על-ידי כבוד
השופט ר' ג'רג'ורה

תאריך הישיבה : י"א באדר ב' תשס"ה (22.3.05)

בשם המערערת : עו"ד אליהו מאיר

בשם המשיב 1 : בעצמו

בשם המשיב 2 : עו"ד יאיר שילה

פסק-דין

השופטת ע' ארבל:

האם מי שפרע את חובו של אחר על פי חוזה שנערך בין המשלם לחייב, יכול לקבל את כספו חזרה ממקבל התשלום, במקרה שהחוזה בין המשלם לחייב מתבטל. שאלה זו היא העומדת לפנינו.

הרקע העובדתי

1. אלו העובדות בקצרה, כפי שקבע אותן בית המשפט המחוזי. נגה היא בעלים של נכס מקרקעין (להלן: הנכס). פלונית (להלן: "המוכרת") זייפה את תעודת הזהות של נגה, וערכה הסכם למכירת הנכס למשיב מס' 1 (להלן: חליווה), שלא בידיעתה ושלא בהסכמתה של נגה. לטובתו של חליווה נרשמה הערת אזהרה במרשם המקרקעין.

בעקבות הסכם זה, פנה חליווה אל המשיב מס' 2 (להלן: הבנק) לקבלת הלוואה. בין הבנק לחליווה נערך הסכם הלוואה ומשכון. הבנק נתן לחליווה הלוואה בסך של 820,000 ש"ח וחליווה מישכן את זכויותיו בנכס לטובתו של הבנק. בעקבות הסכם זה, נרשמה לטובת הבנק הערת אזהרה אצל רשם המשכונות בדבר המשכון.

זמן קצר לאחר מכן, ביקש חליווה למכור את הנכס. חליווה מצא רוכשת, היא המערערת (להלן: בייזמן). בין בייזמן לחליווה נערך הסכם מכר. חליווה התחייב למכור את הנכס לבייזמן, ובייזמן התחייבה, כחלק מתשלום התמורה, לפרוע את חובו של חליווה לבנק.

זמן מה אחרי פירעון החוב על ידי בייזמן, התגלתה התרמית, והתברר שלחליווה מעולם לא היו זכויות כלשהן ביחס לנכס. משהתברר כי לחליווה אין זכויות ביחס לנכס, התברר גם כי פירעון החוב על ידי בייזמן נעשה בטעות. בית המשפט המחוזי קבע באופן חד משמעי כי בייזמן והבנק פעלו שניהם בתום לב וללא ידיעה כי הנכס נשוא המשכון והמכר שייך לנגה, אשר לא הסכימה לעסקאות שנערכו בעניין הנכס ולא היתה מודעת להן כלל.

2. הערעור בפנינו עוסק בדרישתה של בייזמן לקבל חזרה את הכספים שהיא שילמה לבנק. להשלמת התמונה אציין, כי חליווה לא התייצב לדיון ולא הגיש תגובה לבית המשפט, אולם הצדדים הצהירו בפנינו כי הם אינם מבקשים להביא לשינוי בתוצאות פסק הדין של בית המשפט המחוזי בכל הקשור אליו – בכל מקרה יחויב חליווה לשלם 834,960 ש"ח. השאלה אינה אלא מי זכאי לכספים שבייזמן שילמה לבנק ומי יצטרך להיפרע מחליווה. למותר להוסיף, כי להערכת הצדדים, זכות החזרה אל חליווה אינה, כנראה, בעלת ערך רב.

כן יש לציין, כי בדיון שנערך בפנינו המלצנו לצדדים לבחון אפשרויות של פשרה והם אף ניהלו משא ומתן במטרה זו. ברם, ניסיונותיהם לא הניבו פרי ועלינו להכריע אפוא בסכסוך.

ההליך בבית המשפט המחוזי

3. ההליך שהתקיים בבית המשפט המחוזי בחיפה (כב' השופט ר' ג'רג'וריה) התייחס לפרשה כולה, והשתתפו בו צדדים רבים: נגה, חליווה, באי כוחו של חליווה,

בייזמן והבנק. לאחר התדיינות ארוכה ניתן פסק דין חלקי, שהכיר בזכותה של נגה לנכס. סוגיה מרכזית אחת בלבד נותרה להכרעה בפסק הדין נשוא ערעור זה והיא נוגעת, כאמור, לזכותה של בייזמן להשבת הכספים שהיא שילמה לבנק.

4. בית המשפט המחוזי קבע ארבע קביעות מרכזיות הנוגעות לענייננו. ראשית, נקבע כי בין בייזמן לבנק נכרת חוזה, לפיו בייזמן תפרע את חובו של חליווה, ובתמורה יגרום הבנק לשחרור המשכון. שנית, נקבע כי נפל פגם בכריתת החוזה, טעות משותפת לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, תשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים): שני הצדדים – בייזמן והבנק – הניחו כי לחליווה זכויות הממושכות לטובת הבנק וכי הבנק יוכל להיפרע מהן במידה וחליווה לא יפרע את חובו. שלישית, נקבע, כי בשל הטעות רשאי בית המשפט על-פי בקשת הצדדים לבטל את החוזה ולהורות על השבה, כולה או מקצתה, על-פי שיקול דעתו, וכי בפועל בייזמן אכן ביקשה סעד זה. רביעית, נקבע כי יש לבטל את החוזה ולהורות על השבה חלקית, שכן ראוי לחלק את "הנזק הכספי שנגרם בעטייה של הטעות המשותפת" בין בייזמן לבנק. כלשון בית המשפט:

"לאחר ששקלתי את "אשמם התורם היחסי" של הבנק ושל בייזמן למצב העגום אשר נקלעו, וכן את טענותיו של הבנק בדבר הקטנת סיכוייו לגבות את החוב לאחר שסגר את תיק ההלוואה בעקבות פרעונה על ידי בייזמן, הגעתי למסקנה כי זה יהיה צודק להורות על השבה חלקית בלבד של התשלום ששילמה בייזמן לבנק. לפיכך אני מחייב את הבנק לשלם לבייזמן את מחצית הסכום של 834,960 ₪, שקיבל הבנק מבייזמן."

טענות הצדדים בערעור

5. על פסק הדין של בית המשפט המחוזי הוגשו ערעור וערעור שכנגד. בייזמן טוענת כי בית המשפט צדק בקביעתו כי בינה לבין הבנק נכרת חוזה, וכן כי נפל פגם בכריתת החוזה. כן טוענת היא, כי צדק בית המשפט בקביעתו כי יש לבטל את החוזה ולהורות על השבה. לדבריה, ניתן היה אף להגיע לתוצאה זהה גם בהעדר הסכם בינה לבנק, שכן פירעון חוב מהווה פעולה משפטית במונח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, ומכאן שעל פירעון חוב חלים סעיף 14 של אותו חוק שמכוחו ניתן לבטל את החוזה וסעיף 21 שמכוחו יש להשיב את הכספים שניתנו לבנק מכוח החוזה שבוטל.

יחד עם זאת, טוענת בייזמן, בית המשפט שגה בקביעה כי ניתן לסייג את הזכות להשבה על-פי שיקול דעתו. לפי בייזמן, אין סמכות לבית המשפט במסגרת

סעיפים 14 ו-21 לחוק החוזים להורות על השבה חלקית בלבד. זאת ועוד, גם אם מוסמך בית המשפט להורות על השבה חלקית בלבד, אין כל הצדקה לכך במקרה זה. לטענתה, בית המשפט המחוזי שגה בקביעה כי מצבו של הבנק הורע בעקבות כריתת החוזה ואם יורה בית המשפט על השבה מלאה, הבנק יוכל לפנות לחליווה לפרעון החוב, בדיוק כפי שהיה עושה אלמלא בייזמן נכנסה לתמונה. כן היא טוענת, כי שגה בית המשפט בקובעו כי על בייזמן לשאת בנזקים הנובעים מטעותו של הבנק. לטענת בייזמן, היא נכנסה לתמונה אחרי שהבנק העמיד לחליווה הלוואה בסך של 820,000 ש"ח ללא בטוחה של ממש. מכאן, שאם תרם צד כלשהו להכשלתו של הצד האחר, היה זה הבנק שתורם להכשלתה של בייזמן, שכן בייזמן היתה רשאית להניח כי הבנק בדרך, לפני מתן ההלוואה, כי לחליווה זכויות בנכס, ובייזמן נקשרה בחוזה עם חליווה, בין היתר, בהסתמכה על בדיקתו של הבנק. על יסוד טענות אלו מבקשת בייזמן כי נורה על השבה מלאה של הכספים ששולמו לבנק.

6. הבנק מצידו משיג על קביעת בית המשפט המחוזי לפיה נוצרו יחסים חוזיים בינו לבייזמן. לטענתו, פרעון החוב על ידי בייזמן היה פעולה משפטית חד-צדדית. על טעות במצבים אלו חלים דיני עשיית עושר ולא במשפט, ובפרט דוקטרינת "תשלום בתמורה" ("Discharge for Value") שמקורה במשפט האנגלו-אמריקאי ואשר אומצה, לדברי הבנק, במשפט הישראלי. בהתאם לדוקטרינה זו, מקבל תשלום בתום לב עבור חוב אמיתי פטור מהשבה. כן טוען הבנק כי מצבו הורע עקב פירעון חובו של חליווה על ידי בייזמן, שכן זכות שהיתה לו נגד חליווה נמחקה. לשיטתו של הבנק, התוצאה המתבקשת על פי דיני עשיית עושר ולא במשפט ועל פי הפסיקה במקרים מעין אלו, הינה להותיר את הכספים בידי הבנק, שכן התעשרותו היתה כדין – נפרע חוב אמיתי המגיע לו. תוצאה זו מתבקשת לטעמו של הבנק גם על פי שיקולי מדיניות ראויה, שכן בכך יוטלו נזקי הטעות על הצד אשר יכול היה למנוע באופן טוב יותר את הטעות ואשר נטל על עצמו את סיכונה – הצד שטעה, שהוא גם הצד שמיוזמתו פרע את חובו של האחר. על בסיס שיקולים אלו מבקש הבנק כי נקבל את הערעור שכנגד, ונורה על השבת הכספים שהבנק החזיר לבייזמן מכוח פסק דינו של בית המשפט המחוזי (מחצית הסכום ששולם לבנק על-ידי בייזמן).

הסוגיות הטעונות הכרעה בערעור

7. כפי שציינתי, מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי כי בייזמן והבנק פעלו בתום לב ולא ידעו במועד פירעון החוב כי לחליווה אין זכויות ביחס לנכס. מכאן מסקנתו של בית המשפט המחוזי – אשר אף היא מקובלת עלי – כי בביצוע התשלום

נפלה טעות יסודית ומשותפת. על בסיס קביעות אלו, עלינו לדון בשאלה הניצבת בפנינו: האם בייזמן זכאית להשבת הכספים, כולם או מקצתם? ברם, תחילה יש לבחון את טיב היחסים בין בייזמן לבנק ואת הדין החל על טעות הנוצרת על רקע יחסים אלו.

טיב היחסים בין בייזמן לבנק והדין החל על טעות הבאה על רקע יחסים אלו

8. בית המשפט המחוזי הסיק כי בין בייזמן לבנק נוצר חוזה: בייזמן תפרע את חובו של חליווה, ובתמורה יגרום הבנק לשחרור המשכון. בבסיס מסקנה זו עמדה קביעתו של בית המשפט המחוזי כי הבנק ידע שעורך הדין שהסדיר את פירעון החוב (להלן: עו"ד שילה) פעל מטעמה של בייזמן. בית המשפט דחה בכך את טענת הבנק כי האמין שעו"ד שילה פעל מטעמו של חליווה. מטענותיו בדיון בפנינו ומסיכומיו של הבנק עולה, כי הבנק זנח את הטענה שהאמין כי עו"ד שילה פעל מטעם חליווה, ותחת זאת מבסס הוא את טענותיו על ההנחה כי ידע שמדובר בצד שלישי, אך למרות זאת לא נכרת חוזה בינו ובין הצד השלישי, בייזמן. לטענת הבנק, אין לדבר על יחסים חוזיים עצמאיים מקום שעל הבנק היתה מוטלת חובה לקבל את התשלום, בין מכוח חוק ובין מכוח ההסכם בינו ובין חליווה.

9. אומר כבר עתה, כי השאלה האם נכרת חוזה בין בייזמן לבנק אם לאו אין בה, לטעמי, כדי לקבוע את המסגרת הנורמטיבית המתאימה למקרה דנן. בטענתה כי נכרת חוזה בינה ובין הבנק, מבקשת בייזמן לשלול את תחולתו של סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר ולא במשפט), המקנה שיקול דעת לבית המשפט לפטור את הבנק מחובת ההשבה, כולה או מקצתה. גם הבנק טוען כי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט אינו חל על המקרה דנן. לדעתו, הפתרון מצוי בסעיף 1 לחוק זה, ובקביעה כי קבלת תשלומו של חוב אמיתי, גם כאשר התשלום נעשה בטעות, אינה מהווה קבלת נכס "שלא על-פי זכות שבדין", ואינה מקימה זכות השבה כלשהי.

הצדדים שניהם סבורים אפוא כי לבית המשפט אין שיקול דעת להורות על השבה חלקית כאשר בפניו סוגיה של טעות בתשלום מעין זו שבענייננו. הבנק מבקש לשלול את שיקול דעתו של בית המשפט להורות על השבה כלשהי, ואילו בייזמן מבקשת לשלול את שיקול דעתו של בית המשפט לפטור מהשבה, ולו פטור חלקי.

אין בידי לקבל טענות אלו. להשקפתי, הפתרון לסוגיה דנן מצוי במסגרת סעיפים 1 ו-2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, ובשיקולי הצדק המונחים בבסיס הוראותיהם. סעיפים אלו קובעים:

1. חובת ההשבה

(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.

(ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.

2. פטור מהשבה

בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

לטעמי, בין אם נכרת חוזה בין בייזמן לבנק, בין אם פירעון החוב בוצע על ידי בייזמן כפעולה חד-צדדית, קמה לבייזמן, עקב הטעות שנפלה בתשלום שביצעה, זכות להשבה מכוח סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. אולם בין אם נכרת חוזה בין אם לאו, העניק המחוקק לבית המשפט שיקול דעת, מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, להורות על פטור מהשבה, כולה או מקצתה. אבהיר את עמדתי.

סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט וקיומו של חוזה

10. אם נכרת חוזה בין בייזמן לבנק, כי אז אין ספק כי פרק ב' לחוק החוזים, ובפרט סעיפים 14 ו-21 שלו, מסדירים את תוצאות הטעות היסודית והמשותפת שנפלה בכריתת החוזה או בביצועו. עם ביטול החוזה מכוח סעיף 14, יחול סעיף 21 לחוק החוזים הקובע: "משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה". ברם, סעיף 21 לחוק החוזים אינו עומד לבדו ויש ליישמו תוך תיאום עם ההוראות הכלליות הנוגעות לעשיית עושר ולא במשפט. ואכן, בית משפט זה קבע, כי על השבה מכוח סעיף 21 לחוק החוזים חלה הוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט (ראו: ע"א 5393/03 פרג' נ' מיטל (טרם פורסם, ניתן ביום 18.1.05) (להלן: עניין פרג')); ראו גם: ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, 1998,

כרך ב) 776-781. להלן: פרידמן)). אמנם קיימות בעניין זה גישות שונות (ראו: ע"א 5393/03, שס, באסמכתאות המובאות בחוות דעתה של חברתי השופטת פרוקצ'יה), אך נקבע בבית משפט זה, כי:

"רעיון ההשבה בסעיף 21 לחוק החוזים משתלב באורח הרמוני עם עקרונות היסוד של חוק עשיית עושר ולא במשפט, המאפשרים בנסיבות מיוחדות סטייה מכללי ההשבה ברובד הבסיסי כדי להגשים תכלית של צדק ויושר בנסיבות מקרה נתון..."

...ביישום עקרונות ההשבה בחוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו עשוי הרקע החוזי שקדם להשבה, ובכלל זה התנהגותם ומעמדם היחסי של הצדדים לחוזה שבוטל וחלוקת הסיכונים ביניהם, להשפיע על דרכי ההשבה ואופן החלטה. וכך, עקרונות עשיית עושר ולא במשפט ונורמות השאובות מדיני החוזים מתערבים אלה באלה ביישומה של תורת ההשבה בחוזה שבוטל כאמור (ע"א 4012/90, 3666/09 מלון צוקים נ' עיריית נתניה, פ"ד מו(4) 45, פסקה 4 לפסק דינו של השופט חשיין). (עניין פרג').

במסגרת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט בוחן בית המשפט את הנסיבות כולן. בין נסיבות אלו נבחן גם טיב היחסים שבין הצדדים – הזוכה והמזכה. מתוך יחסים אלו ניתן לעתים להסיק כיצד הצדדים עצמם ביקשו לחלק את סיכוני הטעות. שאלה זו קשורה קשר בל ינתק לשאלת ההשבה. ברם, אין בעצם העובדה כי נכרת חוזה כדי לשלול את שיקול דעתו של בית המשפט מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. יפים לעניין זה דבריו של הנשיא ברק:

"על פי גישתי שלי, חלים דיני עשיית עושר ולא במשפט - כמעין נשר גדול הפורש כנפיו על כל הדינים השונים - בין שיש בהם הוראות בעניני עשיית עושר ולא במשפט ובין שאין בהם הוראות כאלה..." (ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 266. להלן: עניין אדרס).

בעניין אדרס הוחל עקרון זה על רקע חוזה שהופר ובעניין פרג' הוחל עקרון זה על רקע חוזה בו נפל פגם בכריתתו. בעניין פרג' נידון אמנם ביטול חוזה בגין הטעיה לפי סעיף 15 לחוק החוזים ואילו בענייננו עסקינן בטעות משותפת לפי סעיף 14(ב). ברם, לטעמי הדברים הינם בבחינת קל וחומר. אם במקרה של הטעיה, לגביו סעד הביטול אינו מסור לשיקול דעתו של בית המשפט נקבע שסעד ההשבה מסור לשיקול דעתו, על אחת כמה וכמה שבמקרה של טעות משותפת, לגביו סעד הביטול מסור

לשיקול דעתו של בית המשפט מכוח סעיף 14(ב) לחוק החוזים, מן הראוי לקבוע שסעד ההשבה מסור לשיקול דעתו. לשון אחר, אם לבית משפט סמכות לפטור את המטעה מהשבה, היתכן שלא יוכל לפטור את הטועה? אין בידי אפוא לקבל את טענתה של בייזמן לפיה קיומו של חוזה בינה לבנק יש בו כדי לשלול את תחולתו של סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. עם זאת ברי, כי לקיומו של חוזה השלכה רבת משמעות במסגרת השיקולים אותם יש להביא בחשבון ביישום סעיף 2 לחוק הנ"ל. לנושא זה אחזור בהמשך.

סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט ותשלום חוב כפעולה חד-צדדית

11. למסקנתי זו, לפיה על המקרה דנן חל סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, נגיע גם אם נצא מנקודת ההנחה כי לא נכרת חוזה בין בייזמן לבנק, אלא בייזמן פרעה את החוב מכוח החוזה שלה עם חליווה בלבד. זוהי עמדת הבנק, הטוען כי ביצוע התשלום על יד בייזמן הינו בגדר "פעולה משפטית חד-צדדית". לטענת הבנק, סעיפים 14 ו-21 לחוק החוזים לא חלים על פעולה חד-צדדית מסוג תשלום חוב, והמסגרת המתאימה לטעות בתשלום הינה סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט הקובע, לגישת הבנק, כי קבלת התשלום על ידם היתה "כדין". לפיכך, סבור הבנק כי לא מוטלת עליו חובת השבה. בייזמן, לעומת זאת, מבקשת לשכנענו כי חוק החוזים חל גם על פעולות חד-צדדיות כגון תשלום חוב. אולם לשיטתה, כאשר חלים דיני הביטול וההשבה של חוק החוזים, אין מקום לפטור מהשבה מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

ראשית אעיר כי ניתן להחיל את סעיף 14 (וסעיף 21) לחוק החוזים גם על פעולות משפטיות שאינן "כריתת חוזה", וזאת על פי לשונו הברורה של סעיף 61(ב) לחוק החוזים. (ראו: ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4), 817, 827-830). השאלה כאן היא אם "פעולה משפטית חד-צדדית" מסוג פרעון חוב נופל בגדרו של סעיף 61(ב) הנ"ל. בשאלה זו קיימות גישות שונות. פרופ' טדסקי נטה לראות את ההסדרה של טעויות בקיום חיובים – לרבות תשלום חיובים כספיים – בגדרו של חוק החוזים, ולא בגדרם של דיני עשיית עושר ולא במשפט (ג' טדסקי "על מהותו של קיום החיוב" משפטים טו (תשמ"ה) 21, 31 (להלן: טדסקי)). ברם, קיימות גם דעות אחרות, הגורסות כי דיני הטעות לפי חוק החוזים אינם חלים כלל על טעויות בקיום חיובים (ראו: ד' פרידמן ונ' כהן חוזים (תשנ"ג, כרך ב') 768-769; והשוו פרידמן, שם, בעמ' 628-629).

איני רואה צורך להידרש לסוגיה זו, כי לדעתי שתי הגישות מובילות לתוצאה אחת, לפחות במקרה דנן.

בייזמן טוענת, כי חוק החוזים – ובפרט סעיפים 14 ו-21 שבו – הוא המסדיר טעות בקיום חיובים. בטענתה זו כשלעצמה, אין כדי לשלול את תחולתו של חוק עשיית עושר ולא במשפט. כאמור, סעיף 21 לחוק החוזים אינו שולל תחולתו של סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. אכן, כשם שסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט עשוי לסייג את חובת ההשבה כאשר קיימים יחסים חוזיים, כך עשוי הוא לסייג את חובת ההשבה כאשר מדובר בפעולה חד-צדדית כגון תשלום חוב. מסקנה זו מתבקשת מהאמור בעניין פרג'.

12. טענתו של הבנק באה מהכיוון השני. לגישתו, על פעולה חד-צדדית כגון תשלום חוב לא חלים דיני הביטול של חוק החוזים, אלא הדוקטרינה של קבלת תשלום בתמורה (Discharge for Value). בהתאם לדוקטרינה זו, הפתרון לסוגייתנו מצוי בלשונו של סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, שכן הבנק לא התעשר "שלא כדין".

הבנק אינו טוען כי טעותה של בייזמן אינה טעות יסודית. הבנק טוען כי טעותה של בייזמן אינה רלבנטית, כי הכספים התקבלו על ידי הבנק לפרעון חוב אמיתי. לפיכך, טוען הבנק, אין מקום לבטל את התשלום ולהורות על השבת הכספים. לטענתו, השאלה אינה אם הבנק זכאי לפטור מהשבה מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, אלא האם התשלום ניתן לביטול והאם על הבנק מוטלת חובת השבה. קרי, האם הבנק קיבל את הכספים "שלא במשפט".

על פניו, אין הבדל בין אם נאמר כי קמה חובת השבה (כי התשלום נעשה בטעות) אך מנגד הבנק פטור מהשבה (כי התשלום נעשה עבור חוב אמיתי), לבין אם נאמר כי על הבנק לא חלה חובת השבה כלל כי התשלום נעשה עבור חוב אמיתי, גם אם הוא נעשה בטעות. הבחנות אלו נראות, על פניהן, כפלפול תיאורטי, כניסיון להעביר פיל דרך קופו של מחט, וחזרה (ראו: בבא מציעא ל"ח ע"ב). בסופו של דבר, לא ניתן להפריד בין השאלה אם בייזמן זכאית להשבה לבין השאלה אם הבנק התעשר שלא כדין. השאלה אם הבנק התעשר שלא כדין אם לאו, הינה דרך אחרת לנסח את השאלה אם בייזמן זכאית להשבה.

ברם, קיימות השלכות לסיווגה של השאלה שבפנינו ומשום השלכות אלו עומד הבנק על כך שיש ליתן מענה לשאלה, האם בייזמן זכאית להשבה, במסגרת סעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. סעיף 1 לחוק קובע עילה ואילו סעיף 2 לחוק קובע הגנה. שוני זה עשוי להשליך הן על חלוקת הנטל הראייתי, הן על פתרון קשיים פרשניים (ע"א 588/87 כהן נ' שמח, פ"ד מה(5), 297, עמ' 323 (להלן: עניין כהן)).

שאלה צורנית-ניסוחית זו – האם להציג את השאלה במונחים של חובה ופטור, או במונחים של חובה והעדר חובה – נעוצה בשאלה מהותית-עקרונית: האם ראוי שנקודת המוצא תהיה כי העברת עושר מאדם לחברו צריכה להיעשות בפעולות רצוניות, להבדיל ממעשי טעות? לטעמי, התשובה לשאלה זו חיובית. זו היתה נקודת המוצא במשפטנו מימים ימימה (ראו: 278/56 סופרגז, חברה להפצת גז בע"מ נ' מזרחי, פ"ד יב(1) 394, 409 – 410), ועל אחת כמה וכמה צריכה זו להיות נקודת המוצא לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד), אשר נותן ביטוי למעלתה החוקתית של זכות הקניין.

גישה זו מתיישבת לא רק עם מעלתה החוקתית של זכות הקניין, אלא גם עם מקומה המרכזי של אוטונומיית האדם בעקרונות היסוד של שיטתנו (ראו: H. Dagan "Symposium: Restitution and Unjust Enrichment: Mistakes" 79 Tex. L. R. (1801-1797, 1795). גישה זו אף נשענת על יסודות של תועלת כלכלית. שכן, בעוד שקיימת חזקה, לפיה עסקאות רצוניות ממקסמות רווחתם של הצדדים לעסקה וחזקה זו היא שמצדיקה, מבחינת תועלת כלכלית, את אכיפתם של חוזים, הרי שחזקה זו נסתרת כאשר מתברר בדיעבד שהעסקה התבצעה תוך טעות (ראו: Craswell, R. "Two Economic Theories of Enforcing Promises" in The Theory of Contract Law (P. Benson, ed. 2001) 24-25).

גם המבנה של חוק עשיית עושר ולא במשפט מצביע על תפיסה זו, לפיה העברת עושר מאדם לחברו צריכה, ככלל, להיעשות בפעולות רצוניות. חוק זה נוסח על דרך של חובה כללית של השבה ומנגד פטור מהשבה בנסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת. החוק אמנם פוטר את הזוכה מהשבה במקרים מסוימים – ואת השאלה אם לבנק עומד פטור אבחן בהמשך – אך נקודת המוצא כאמור היא, כי אדם אינו מאבד את כספו ואת קניינו עקב העברות שבוצעו בטעות (ראו: 278/56 ה"ל). המסקנה המתחייבת מהנחה זו הינה, כי המסגרת המתאימה לבחינת טענותיו של הבנק במקרה דנן היא סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט והפטור מהשבה המוסדר בו.

13. להשלמת התמונה אציין, כי יצאתי מנקודת הנחה שהטעות הרלבנטית לענייננו היא זו אשר אירעה במועד הפרעון על-ידי בייזמן, ובמערכת היחסים בין בייזמן לבנק (יהיה אופיים של יחסים אלו אשר יהיה). זו הייתה הנחתי על בסיס קביעתו של בית המשפט המחוזי ולטעות זו התייחסו באי כוח הצדדים בטענותיהם בדיון ובסיכומיהם. ברם, כשלעצמי, אני נוטה לסבור כי הטעות הרלבנטית לענייננו היא זו שאירעה בכריתת החוזה בין בייזמן לחליווה. על סמך טעות זו ניתן היה לבטל את החוזה בין בייזמן לחליווה, ולהורות על השבת הכספים ששילמה בייזמן לבנק לצורך ביצוע החוזה. אכן, בית משפט זה הלך בדרך זו בסוגיה בה נדונה – כמו במקרה דנן – השבת כספים ששולמו לצד ג' לקיום חוזה בו נפלה טעות בכריתתו (ראו: ע"א 760/77 בן עמ"י נ' בנק לאומי לישראל, פ"ד לג(3) 567, 575-578 (להלן: עניין בן עמ"י)). בעניין בן עמ"י קבע בית המשפט כי על השבת כספים מצד ג' שאינו צד ליחסים בהם נפלה הטעות, לא חל סעיף 21 לחוק החוזים, אלא חלים דיני עשיית עושר ולא במשפט. הנה כי כן, גם לו היינו הולכים בדרך בה הלך בית משפט זה בעניין בן עמ"י, היינו באים בשערי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

לסיכום נקודה זו, השאלה העומדת להכרעתנו אינה אלא זו המוסדרת בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, והיא: האם, על רקע נסיבות המקרה, זכאית בייזמן להשבה, או שמא קיימת סיבה צודקת לפטור את הבנק מהשבת הכספים מקצתם או כולם?

סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט – פטור מהשבה

14. לעיל הבאתי את לשונו של סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, אולם אביאנו בשנית כאן, לשם הנוחות:

2. פטור מהשבה

בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזוכה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

סעיף 2 נוסח בצורה גמישה ("...נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת") ואין לטעמי מקום ליצור במסגרתו כללים נוקשים. ראוי לציין, כי המשפט האנגלו-אמריקאי יצר מבחנים מכניסטיים וברורים בסוגיה שעומדת בפנינו עתה. במדינות אלו

נוהגת הדוקטרינה של קבלת תשלום בתמורה (Discharge for Value). דוקטרינה זו פוטרת מהשבה בהתקיים מספר תנאים מוגדרים, אותם אפרט בהמשך הדברים. לגישה האנגלו-אמריקאית יתרונות. היא מבטיחה בהירות וודאות משפטית. היא מבטיחה תוצאות דומות במקרים דומים. ברם, שיטתם אינה שיטתנו. המחוקק שלנו, העדיף לתת כלים גמישים בידי בית המשפט, על מנת להבטיח תוצאה צודקת במקרה הספציפי. עמד על כך השופט (כתוארו אז) מצא:

"כל ניסיון להגדיר מראש את כל העקרונות להפעלתו של סעיף 2 יהא, לכן, לא רק קשה ויומרני, אלא אף בלתי-רצוי ומנוגד למדיניותו המותווית של המחוקק. הדרך הנאותה ליצירתן של נורמות בדרך החקיקה השיפוטית היא בהתקדמות ממקרה קונקרטי אחד למשנהו, ולא בגיבושן מראש של מסגרות נוקשות. דרך זו, שיתרונותיה גדולים ומרובים מחסרונותיה (א' ברק, חקיקה שיפוטית, משפטים יג (תשמ"ג-מ"ד) 25, 47, ואילך), מאפיינת את גישתו הרגילה של בית-משפט זה (לדוגמא, מן השנים האחרונות, ראה בג"צ 441/86 מסדה בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים ואח', פ"ד מ 788 (4), 795-796). בדרך זו שומה עלינו ללכת גם בסוגיה שהוצבה לפנינו בערעור זה. אסתפק איפוא בהתייחסות רק לאותם עקרונות יסודיים, הנראים לי נחוצים לביקורת פסיקתו של בית המשפט המחוזי בענייננו." (עניין כהן, בעמ' 324).

יחד עם זאת, אין משמעותם של הדברים כי כל שופט פוסק על פי תפיסת עולמו האישית. יפים לעניין זה דברי הנשיא זוסמן:

"... (ש)לא רגש הצדק של השופט האינדיווידואלי קובע אלו הן נסיבות המחייבות השבה על-פי כללי היושר, ex aequo et bono, אלא שבמרוצת הזמן נתגבשו עקרונות מסויימים שעל-פיהם פוסקים...". (ע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153, 157).

שומה עלינו אפוא לתור אחר עקרונות מנחים, אך אל לנו להפכם לכללים נוקשים. בענייננו הועלו מספר שיקולים למתן פטור מהשבה. כפי שראינו, הבנק טוען כי די בכך שהכספים התקבלו עבור חוב אמיתי כדי לפטור מהשבה. כן נטען כי הבנק שינה את מצבו לרעה בעקבות התשלום. בנוסף, עלינו לבחון את הטענה, לפיה בייזמן נטלה על עצמה את סיכוני הטעות, כמו גם את קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה "אשמה התורם" של בייזמן מצדיק פטור חלקי. עלינו לבחון שיקולים אלו, כמו גם את יתר הנסיבות של המקרה, כמצוות המחוקק בסעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. אבחן שיקולים אלו כסדרם.

קבלת תשלום בתמורה – הדוקטרינה של "Discharge for Value"

15. האם ראוי להכיר בפטור מהשבה כאשר הזוכה קיבל תשלום בתום לב עבור חוב אמיתי? סוגיה זו, כלשונו של פרופ' פרידמן, הינה "מן הסבוכות והמורכבות ביותר בדיני הטעות", וקיימות בעניינה גישות שונות (ראו: פרידמן, כרך ב', בעמ' 841 והדיון שם בהרחבה). שאלה זו, על היבטיה, טרם הוכרעה בבית משפט זה, וגם במקרה דנן אינני רואה צורך להכריע בה מעבר לנדרש לענייננו. בעבר, השאלה עלתה בעיקר אגב אורחא, ובית המשפט כרך את התייחסותו בניתוח הדין החל בהקשר זה במשפט האנגלו-אמריקאי (ראו: ע"א 68/292 יעקוב יפת ושות' נ' איסטווד, פ"ד כג(1) 604; ע"א 310/75 איגוד ברייער להשקעות נ' גרבורג, פ"ד לא(2) 337; ע"א 347/76 מדינת ישראל נ' א' טרגר להשקעות ולבנין בע"מ, פ"ד לא(1) 645; עניין בן עמי הנ"ל). ואמנם, תולדות סוגיה זו במשפט האנגלו-אמריקאי הינן רבות שנים.

16. פסק הדין האנגלי הישן בהקשר זה נותר גם פסק הדין המנחה, ונסיבותיו דומות לנסיבות המקרה דנן. בפסק הדין Aiken v. Short 156 ER 1180 (1856) (להלן: עניין Aiken) דן בית המשפט בתשלום ששילם התובע לנתבע לסילוק משכנתא שהיתה רובצת על נכס מקרקעין שהתובע רכש מחייבו של הנתבע (להלן: המוכר). על פי הסכם המכר שנערך בין התובע לבין המוכר, התובע התחייב לשלם את התמורה לנתבע, נושהו של המוכר. לימים התברר שזכותו של המוכר במקרקעין התבססה על צוואה שבוטלה. משהתברר שלמוכר אין קרקע למכור (לתובע) או למשכן (לנתבע), דרש התובע את השבת הכספים ששולמו לנתבע. בית המשפט האנגלי דחה את תביעתו של התובע להשבה. השופט פלט (Platt) הסביר את העיקרון המונח ביסוד פסק הדין:

"The action for money had and received lies only for money which the defendant ought to refund *ex aequo et bono*. Was there any obligation here to refund? There was a debt due to Short, secured by a bond and a supposed equitable charge by way of collateral security. The property on which Short had the charge was conveyed by Carter to the bank. Short having died, the defendant, his executrix, applied to George Carter for payment of the debt due to her husband, the testator. Carter referred her to the bank, who paid the debt, and the bond was satisfied. The money which the defendant got from her debtor was actually due to her, and there can be no obligation to refund it"

כדברי בית המשפט, שיקולי צדק (ex aequo et bono) – "הישר והטוב" (דברים 1, יח) – אינם יכולים לחייב השבה ממי שקיבל כסף לתשלום חוב אמיתי. לגישת בית המשפט, אין לראות קבלת פירעון חוב כהתעשרות "שלא כדין". להלכה זו נוספו במהלך השנים נדבכים נוספים וההלכה הנוהגת היום באנגליה במקרים של תשלום בטעות סוכמה על ידי השופט גוף (Goff) (Barclay's Bank Limited v.) (Simms [1980] QB 677, 695):

From this formidable line of authority certain simple principles can, in my judgment, be deduced.

1. If a person pays money to another under a mistake of fact which causes him to make the payment, he is prima facie entitled to recover it as money paid under a mistake of fact.

2. His claim may however fail if: (a) the payer intends that the payee shall have the money at all events, whether the fact be true or false, or is deemed in law so to intend; (b) the payment is made for good consideration, in particular if the money is paid to discharge, and does discharge, a debt owed to the payee (or a principal on whose behalf he is authorised to receive the payment) by the payer or by a third party by whom he is authorised to discharge the debt; (c) the payee has changed his position in good faith, or is deemed in law to have done so.

נקודת המוצא של המשפט האנגלי הינה אם כן כי טעות מזכה בהשבה, אך לכלל זה שלושה סייגים. ראשית, זכות ההשבה תקום רק כאשר מדובר בטעות יסודית, אך לא כאשר ניתן לקבוע, מבחינה עובדתית או משפטית, כי גם אלמלא הטעות היה המשלם מבצע את התשלום. כן קיימות שתי הגנות: כאשר התשלום נעשה לפרעון חוב אמיתי וכאשר מקבל התשלום שינה את מצבו לרעה.

17. הלכת Aiken אומצה גם במשפט האמריקאי ונקבעה בסעיף 14 לריסטייטמנט האמריקאי ((Restatement of the Law of Restitution (1937))):

14. Discharge for Value

(1) A creditor of another having a lien on another's property who has received from a third person any benefit in discharge for the debt or lien, is under no duty to make restitution therefore, although the discharge was given by mistake of the transferor as to his interests or duties, if the transferee made no misrepresentation and did not have notice of the transferor's mistake.

על פי גישת הריסטייטמנט, מקבל התשלום פטור מהשבה כשמתקיימים שני יסודות מצטברים: תום לב (שלא הציג מצג שווא ולא ידע על הטעות) ותמורה (שהתשלום פרע חוב אמיתי). דרישות אלו דומות ליסודות של תקנת השוק. ואמנם, בדברי ההסבר לריסטייטמנט (*Comment a*) צוין, כי סעיף 14 מהווה יישום ספציפי של תקנת השוק. על פי סעיף 14 והדוקטרינה של Discharge for Value, קבלת תשלום בתום לב ובתמורה, בדומה לקבלת נכס בתום לב ובתמורה, יש בה כדי "לטהר" את הפגם שנפל בפעולה המשפטית אשר הביאה להעברת הזכות לידי של מקבלה.

18. לאחר שעיינתי באסמכתאות הרבות שהביאו הצדדים, הגעתי לכלל מסקנה שאין מקום בשיטתנו לאמץ את הדוקטרינה של קבלת תשלום בתום לב (Discharge for Value). לטעמי, אין בעצם קיומו של חוב אמיתי כדי להפיג את הפגם של העדר רצון שנפל בביצועו של התשלום ואין בו כדי להצדיק מתן פטור מהשבה. לדעתי, קיומו של חוב קודם אף אינו ראוי, ככלל, לשמש כשיקול רלבנטי במערכת השיקולים שבמסגרת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט. אכן, גם לטעמי תופק תועלת רבה אם נשווה את הדוקטרינה של קבלת תשלום בתמורה לדינים של תקנת השוק. השוואה כזו תביא לשיטתי למסקנה, כי במקרה של קבלת תשלום בתמורה נעדרים אותם שיקולים כבדי משקל של עשיית צדק ומזעור נזקים אשר עומדים ביסוד הדינים המסדירים את תקנות השוק למיניהם.

הדוקטרינה של קבלת תשלום בתמורה ותקנת השוק

19. על הדמיון בין תקנת השוק הכללית, ובין הסוגיה של קבלת תשלום בתמורה עמד השופט (כתוארו דאז) ברק בעניין בן עמי:

"כשם שקונה של "נכס נד" רוכש בו קנין מלא, ואינו חייב בהשבתו, אם הוא קונה אותו על-פי "תקנת השוק"

(סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968) כך יתכן שצד שלישי אינו יודע על דבר הטעות או ההטעיה, והוא עשוי על כן, בנסיבות מתאימות, לרכוש "קניין" טוב בכספים שקיבל ועל כן פטור מהשבתם. (עניין בן עמי, בעמ' 577).

ברם, השוואה זו אינה מובנת מאליה. ראשית יש להבהיר, שלהבדיל ממקרים אחרים של תקנת השוק, במקרה של תשלום בתמורה, הנכס – קרי, הכסף – מועבר מתם לב אחד לתם לב אחר, שלא באמצעותו של אותו אחד שהפגיש בין הצדדים ואשר בגללו אירעה אותה טעות או "תאונה משפטית" כלשונה הציורית של פרופ' נ' כהן ("חוזה של קטינה, לרכישת דירה, מול נושה של המוכר", הפרקליט מא (תשנ"ג) 161, 185). יחד עם זאת, דילמה דומה – חלוקת נזקים בין שני תמי לב הפועלים על רקע מסחרי – קיימת הן במקרה של תשלום בתמורה והן במקרים של תקנת השוק. השיקולים העומדים ביסוד הדינים של תקנת השוק – שיקולי צדק, מזעור נזק וסופיות – ראויים אפוא להתוות את דרכי הפתרון גם במקרים של פרעון חוב בתום לב. אכן, שינוי קל בעובדות המקרה עשוי ללמד על הדמיון הרב למקרים של תקנת השוק. לו בייזמן היתה משלמת את הכסף לחליווה וחליווה היה מעביר את הכסף לידי הבנק לצורך פרעון החוב, כי אז עובדות המקרה דגן היו קרובות מאד לעובדות המקרים של תקנת השוק "הקלאסית". אכן לטעמי, הקושי בתפיסת הריסטייטמנט אינו נעוץ בשאלה הטכנית, האם בייזמן העבירה את הכסף לחליווה או שילמה אותו ישירות לבנק. שאלה זו עשויה להיות בעלת חשיבות, אך לטעמי חשיבותה תבוא לידי ביטוי במסגרת הדיון בשאלה, האם במקרה של תשלום בתמורה מתקיים אותו יסוד מרכזי של תמורה – בחינת גולת הכותרת של הדוקטרינה – אשר עשוי להצדיק קיומה של תקנת שוק. לטעמי, התשובה לשאלה זו שלילית. במה דברים אמורים.

קבלת תשלום בתמורה ויסוד התמורה

תמורה מבוצעת

20. להבדיל ממצבים אחרים של תקנת השוק, קשה לאתר במצב של "תשלום בתמורה" ("Discharge for Value") את יסוד התמורה. כפי שראינו, גישת הריסטייטמנט היא, כי תשלום החוב מביא לפקיעת זכותו של הנושה ואבדן הזכות הוא התמורה. אכן, ניתן היה גם לטעון כי התמורה הינה הכספים שנתן הנושה במועד יצירת החוב נשוא הפרעון. ברם, מסיבות אשר עליהן אעמוד להלן, מנסחי הריסטייטמנט העדיפו להצביע דווקא על פקיעת הזכות בהווה ולא על התמורה ששולמה לצורך יצירתה בעבר. ואולם

גישה זו, לפיה ביטול החוב מהווה תמורה, אינה חפה מקשיים. ראשית, השאלה אם התשלום פרע את חובו של האחר, היא השאלה העומדת להכרעה. הנחת היסוד של הריסטייטמנט – שהחוב נפרע והזכות פקעה – הינה בבחינת הנחת המבוקש. יפים לעניין זה דברי פרופ' פרידמן:

“אפילו נניח שחוב קודם מהווה תמורה, הרי השאלה אם החוב אכן נפרע היא השאלה כולה. “פרעון” הוא ענין מושגי ואם מכירים בזכותו של א (המשלם) להשבה, ממילא מובן כי אין רואים את החוב כנפרע.”

אכן, להבדיל ממצבים אחרים של תקנת השוק, בהם לא ניתן להשיב את התמורה אל הרוכש בקלות ובמהירות, במקרה של פרעון חוב, כל שנדרש הוא שינוי טכני של רשומות מקבל התשלום. מסיבה זו סירב בית המשפט במדינת ניו יורק ליישם את הדוקטרינה, באומרו:

“A mere matter of bookkeeping ought not to defeat the right of recovery” (Herlihy v. Independence State Bank 261 N.Y. 309, 315 (1933)).

ואמנם, ספק אם ניתן ליישב את הגישה לפיה קבלת פרעון חוב קודם מקיימת דרישה של תמורה, עם ההלכה המקובלת אצלנו, כי תמורה – בהקשר של תקנת השוק – חייבת להיות מבוצעת (ראו: ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ נ' חסן, פ"ד מז(5) 1, 22-24). רוכש בתום לב שהתחייב בתשלום התמורה – אך טרם ביצע את החיוב – יצר חוב. אולם, כשם שיצירת חוב אינה נחשבת למתן תמורה בהקשר זה – כיוון שניתן להשיב את התמורה על ידי מחיקת החוב – כך מחיקת זכות לא צריכה, לטעמי, להיחשב למתן תמורה, כיוון שניתן לרשמה מחדש.

תמורה ממשית

21. אך גם אם נניח לצורך הדיון כי מחיקת החוב כשלעצמה תיחשב למתן תמורה, גישה זו קשה היא מסיבה נוספת. שכן, במקרים רבים, והמקרה דנן ביניהם, לא ברור כלל כי התמורה (החוב הקודם שנמחק) היתה בעלת ערך ממשי (מבחינה אובייקטיבית) במועד התשלום. כפי שהתברר בדיעבד, ההלוואה ניתנה לחליווה ללא כל בטוחה אמיתית, שכן לחליווה לא היו זכויות למשכן. מפסק דינו של בית המשפט המחוזי עולה, כי כיום קיים ספק לגבי כושר הפרעון של חליווה, ואין סיבה להניח כי במועד

התשלום המצב היה שונה. במצב דברים זה, כפי שהתברר בדיעבד, סביר להניח כי הבנק לא יכול היה להשיג תמורה של ממש לו היה מוכר (ממחה) את תיק ההלוואה של חליווה. אכן, גם אם נתעלם מהעובדה כי ניתן היום להשיב את המצב לקדמותו, לבטל את התשלום, ו"להחיות" את החוב של חליווה, ספק אם ניתן לראות את אבדן החוב האבוד כאבדן ממשי.

בפרשת כנען (ע"א 5664/93 כנען נ' United States of America, פ"ד נא(1) 114; דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות הברית, פ"ד נז(2), 632), דן בית משפט זה באריכות בדרישה של תמורה ממשית בהקשר של תקנת השוק על פי סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן: חוק המכר). באותו עניין אימץ בית המשפט ברוב דעות את הגישה לפיה התמורה הנדרשת לעניין סעיף 34 לחוק המכר הינה תמורה ממשית "אובייקטיבית". היינו, כי דרישת התמורה הממשית נמדדת על פי ערכו האמיתי של הנכס (או התמורה), ולא מנקודת מבטם של הצדדים לעסקת המכר, כפי שהם העריכו את הנכס (או את התמורה) בעת ביצוע העסקה. לו היינו מיישמים דרישה זו בהקשר דנן, משמעות הדברים היתה כי השאלה אם הבנק נתן תמורה ממשית אם לאו, היתה נמדדת על-פי השווי האובייקטיבי של החוב שנפרע, ביחס לכספים שקיבל לפרעון החוב. על-פי העובדות, כפי שקבע אותן בית המשפט המחוזי, התשובה לשאלה זו היתה, לדעתי, שלילית. מסיבה זו, יצוין, אין גם מקום לראות בפגיעת המשכון כתשלום תמורה שכן בדיעבד התברר שהמשכון לא נוצר כלל.

אחת המטרות המרכזיות של שתי ההלכות הנ"ל – הדרישה לתמורה מבוצעת ולתמורה ממשית-אובייקטיבית – הינה למזער את הנזק הכולל שנגרם לשני הצדדים תמי הלב. לצורך כך, ניתנת עדיפות לצד שיפגע יותר עקב שלילת הנכס ממנו (ע"א 109/87 הנ"ל, בעמ' 23; ע"א 5664/93 הנ"ל, בעמ' 128). אכן, כאשר הרוכש לא שילם תמורה ממשית, מבחינה אובייקטיבית, או שילם, אך ניתן להשיב את התמורה בפעולה טכנית פשוטה, כי אז אין הצדקה להעדיפו על פני הבעלים המקורי, ואין לפרוש מעליו את ההגנה של תקנת השוק. מכאן אין הצדקה לפטור את הבנק מהשבה מטעם זה בלבד שנפרע חוב אמיתי.

תמורה מאותה עסקה

22. עם זאת, ניתן לכאורה לטעון שהבנק נתן תמורה, שכן הבנק נתן את כספו לחליווה. כפי שצינתי לעיל, גישת הריסטיטמנט היא לראות ב"מחיקת" החוב הקודם על ידי הנושה – להבדיל מהכספים שנתן בעבר לצורך יצירתו – כמתן תמורה. הטעם

לגישה זו כרוך בהגיון שביסוד הדרישה לתמורה. הדרישה למתן תמורה מתייחסת למועד העסקה "שהפגישה" בין הצדדים תמי הלב, המשלם ומקבל התשלום (בתקנת השוק של תשלומים), או הבעלים האמיתי והרוכש תם הלב (בתקנת השוק של נכס נד). דיני תקנת השוק נועדו לחלק את הנזקים הנובעים מעסקה זו, ולא את הנזקים שנגרמו לצדדים בעסקאות אחרות. דיני תקנת השוק בוחנים אפוא את הנזק שייגרם לרוכש תם לב (או למקבל התשלום) עקב ביטול עסקת הרכישה (או התשלום) לעומת הנזק שייגרם לבעלים המקורי (או למשלם) עקב קיום עסקת הרכישה (או התשלום). ודוק: תקנת השוק לא נועדה לתקן "נזקים היסטוריים" אשר נגרמו לאחד הצדדים, עוד בטרם עריכת אותה עסקה אשר "הפגישה" ביניהם.

ברם, לעתים קשה לקבוע אם הכספים שניתנו בעבר ניתנו במסגרת העסקה הרלבנטית או במסגרת עסקה נפרדת. לשון אחר, האם אמנם מדובר ב"חוב קודם". כך למשל, בהקשר של תקנת השוק של נכס נד, יתכן שהרוכש שילם את התמורה לפני מסירת הנכס. קבלת הנכס בנסיבות אלו אינה מהווה קיום חיוב קודם, אלא קיום חיוב במסגרת עסקת הרכישה עצמה. השאלה אותה יש לבחון אינה, כמובן, פרק הזמן שעבר ממועד יצירת החיוב ועד לקיומה, אלא האם כספים שניתנו בעבר ניתנו בהסתמך על הנכס נשוא העסקה ובתמורתה. רק בנסיבות אלו ניתן יהיה לראות את הכספים שניתנו בעבר, כ"תמורה" לנכס שניתן בהווה.

ואולם, התמונה מיטשטשת במקרים דוגמת זה שבפנינו. הבנק נתן כספים לחליווה בהסתמך על כך שחליווה יפרע את ההלוואה. לו חליווה היה משלם בעצמו את החוב – ולו בכספים שקיבל מבייזמן – כי אז ניתן היה לומר שכספים אלו התקבלו "בתמורה" לכספים שהבנק נתן לחליווה. מדוע אפוא יש להבחין בין מצב זה ובין מצב בו בייזמן משלמת ישירות לבנק? (השוו: A. Kull "Defenses to Restitution: The Bona Fide Creditor" 81 B.U.L. Rev. 919 (2001) 945. להלן: Kull). שאלה זו אינה קלה, אך יתכן שהתשובה לה כרוכה בבדיקת הציפיות של הבנק והיקף הסיכונים שקיבל על עצמו במועד מתן ההלוואה לחליווה. לו לכתחילה היתה העסקה בנויה כעסקה אחת משולשת, דהיינו – הבנק מלווה לחליווה; חליווה מוכר לבייזמן; ובייזמן משלמת לבנק – כי אז ניתן לומר שהבנק הסתמך במתן ההלוואה על כספו של בייזמן. אך לא כך אירע. התשלום על ידי בייזמן לא נפל לתחום הציפיות וההסתמכויות שעמדו ביסוד עסקת ההלוואה בין הבנק לחליווה ומכאן שיש להגדיר את התשלום על ידי בייזמן כפרעון חוב שנוצר בעסקה קודמת ונפרדת.

ברם, וכפי שציינתי למעלה, גישת הריסטייטמנט הינה כי לא קמה חובת השבה במקרה של תשלום בתמורה, על אף שהחוב שנפרע הינו "חוב קודם" ועל אף שבמקרים רבים שוויו של החוב במועד הפרעון אינו ממשי ביחס לכספי התשלום. גישה זו יוצרת חריג ביחס למצבים אחרים של תקנת השוק. כיצד ניתן להצדיק חריג זה?

וודאות המסחר ועקרון המידתיות

23. יש מסבירים את הפער בין הדין של קבלת תשלום בתום לב ובתמורה לבין תקנת השוק בהקשרים אחרים בקיומו של שוני בין כסף לנכסים אחרים (Kull, 935-936). לעיל עמדתי על אחד השיקולים המרכזיים המשמשים לעיצוב תקנת השוק, והוא הרצון למזער את הנזקים הנגרמים לצדדים הישירים. ברם, קיים גם שיקול נוסף, הנוגע לייעול המסחר ולהבטחת ודאות בעסקאות. אכן, גם כאשר שיקולי הצדק נוטים לטובת הבעלים המקורי, יתכן שמשיקולי יעילות תקנת השוק תשלול ממנו את הנכס. תקנת השוק, על-פי גישה זו, משמשת נקודת איזון בין זכותו של הפרט לקניינו, לבין האינטרס הציבורי בייעול המסחר (ראו: ע"א 716/72 רוזנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים, פ"ד כז(2) 709, 713-712). הנכסים השונים אינם זהים מבחינת הזיקה של בעליהם אליהם מחד גיסא, או מבחינת חשיבות הסופיות במסחרם מאידך גיסא. האופי של כסף, כאבן היסוד של המסחר המודרני, מצדיק תקנת שוק רחבה. לכסף חסרה אף הזיקה המיוחדת הקיימת בין האדם לבין נכסיו האחרים (Kull, שם).

ברם, גם בהנחה ששיקולי יעילות עשויים לעתים להצדיק תקנת שוק, אין להתיר פגיעה בקניין אלא בהתאם למגבלות הקבועות בחוק היסוד. אכן, יתכן כי שיקולי יעילות כמו גם החשיבות הרבה שיש לסופיות התשלום מהווים תכליות ראויות, אך בכך לא סגי. סעיף 3 לחוק היסוד קובע את מעמדה החוקתי של זכות הקניין. כאמור למעלה, מעמדה החוקתי של זכות הקניין מחייב כי נקודת המוצא תהיה, כי משכונע תשלום בטעות, המשלם יהיה זכאי לקבל את כספו חזרה. לפי סעיף 8 לחוק היסוד, אין לפגוע בזכות זו אלא בחוק ובמידה שאינה עולה על הנדרש. בענייננו, מבקש הבנק שנאמץ את תקנת השוק של קבלת תשלום בתמורה דרך הפסיקה. אעיר, כי בהקשר זה הביע פרופ' מ' דויטש ספק אם לאחר חקיקת חוק היסוד ניתן ליצור תקנות שוק מכוח הפסיקה (ראו: מ' דויטש קניין (תשנ"ז, כרך א) 280).

כשלעצמי, איני רואה צורך לקבוע עמדה בשאלה זו, שכן ספק אם תקנת השוק בהיקף הקבוע בריסטייטמנט נדרשת. יתכן שניתן להסתפק בתקנת שוק מצומצמת יותר כדי להגשים את המטרה של הבטחת האינטרסים של הנפרעים, ובכך לעודד הסתמכות

בקבלת תשלומים. די לעניין זה אם תובטח עדיפותו של הנפרע במקרה של שינוי מצב לרעה לאחר מועד קבלת התשלום, או לחלופין פיצויו על נזקים שנגרמו לו עקב קבלת התשלום. איני רואה אפוא הצדקה לקבוע כלל – ולו כלל מנחה – לפיו קיומו של חוב קודם כשלעצמו מצדיק פטור מהשבה. יצוין, כי בעבר נזכרה גישת הריסטייטמנט של תשלום בתמורה בפסיקת בית משפט זה (ראו: ע"א 292/68 ה"ל; ע"א 310/75 ה"ל; ע"א 347/76 ה"ל; עניין בן עמי). ברם, דברים אלו נאמרו בעיקר אגב אורחא, בנסיבות שונות מאלו המתעוררות כאן ובטרם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לסיכום נקודה זו, איני סבורה שראוי לאמץ את גישת הריסטייטמנט וליצור כלל לפיו קבלת תשלום בתום לב עבור חוב קודם שוללת חובת השבה. איני סבורה כי יש מקום לאמץ כלל נוקשה כזה ואיני סבורה כי העובדה שהתשלום התקבל לפרעון חוב קודם צריכה לשמש כשיקול בעל משמעות במסגרת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

שינוי מצבו של הנפרע לרעה

24. בשל הקשיים בגישת הריסטייטמנט, והפער שהיא יוצרת בין דין קבלת תשלום בתמורה לבין תקנת השוק בהקשרים אחרים, אימצו חלק מבתי המשפט באמריקה מבחן אחר להכרעה במקרים אלו (ראו: Kull, בעמ' 931-933). הסתייגות דומה קיימת בקרב חלק מן המלומדים (ראו: פרידמן, כרך ב', עמ' 846). לפי גישה זו, על מקבל התשלום להצביע על שינוי מצב לרעה כדי לזכות בפטור מהשבה. כאמור, בדין האנגלי שינוי מצב לרעה משמש הגנה חלופית. גם במשפטנו רווחת הגישה לפיה שינוי מצב לרעה עשוי לשמש שיקול לפטור מהשבה במסגרת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט (ראו: פרידמן, שם, בעמ' 1184 – 1197). ברם, איני רואה סיבה להרחיב בסוגיה זו, או בשאלה אם שינוי מצב לרעה עשוי להביא לפטור מלא, חלקי או לחובת פיצויים על הנזקים שנגרמו למקבל התשלום. לדעתי, הבנק לא שינה את מצבו לרעה בעקבות קבלת התשלום. אמנם, בית המשפט המחוזי קבע אמנם כי יש להתחשב בטענות הבנק בדבר "הקטנת סיכוייו לגבות את החוב לאחר שסגר את תיק ההלוואה בעקבות פרעונה על ידי בייזמן", אולם לא מצאתי בסיס למסקנה זו בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט. אם נקבע כי הבנק חייב להשיב את הכספים שקיבל מבייזמן, ממילא יוכל הבנק לפתוח מחדש את תיק ההלוואה של חליווה (ראו למעלה; כן ראו: Dagan, בעמ' 1820). מחיקת החוב כשלעצמה, אינה שינוי מצב לרעה.

יחסים חוזיים, נטילת סיכונים והטלתם

25. הבנק טוען כי על בייזמן לשאת בסיכונים שנטלה על עצמה עת פרעה את חובו של חליווה. לטעמו, היה על בייזמן להעלות על דעתה את האפשרות שמסיבה זו או אחרת יתגלה פגם בעסקת היסוד עם חליווה. משפרעה בייזמן את חובו של חליווה על אף סיכונים אלו, עליה לשאת בתוצאות התממשותם.

אכן, נטילת סיכון לקיומה של הטעות עשויה לשמש שיקול מכריע בסוגיית ההשבה. על בית המשפט לבחון אפוא אם נושא זה הוסדר על ידי הצדדים לתשלום – המשלם והנפרע. כאשר קיימים יחסים חוזיים בין הצדדים, על בית המשפט לפנות תחילה אל החוזה על מנת לברר אם היתה בפועל כוונה שכזו. כאן עשויה לבוא לידי ביטוי חשיבותם של היחסים החוזיים שבין הצדדים לתשלום, שכן אלו עשויים ללמד על דרך ההכרעה הראויה בסוגיית ההשבה, באופן שיגשים את הציפיות הלגיטימיות של הצדדים.

אולם בענייננו לא מצאתי כל ביסוס לטענת הבנק לפיה בייזמן נטלה על עצמה את סיכוני הטעות. טענה זו אינה אלא חזרה על טענותיו האחרות של הבנק, בשינוי נוסח. ככל שמדובר בסיכון שיתברר שלחליווה אין זכויות למקרקעין, מקובלת עלי קביעתו של בית המשפט המחוזי שנפלה בענייננו טעות יסודית במובן סעיף 14 לחוק החוזים, טעות החורגת מהסיכונים שבייזמן נטלה על עצמה.

זאת ועוד. איני רואה כל היגיון, מבחינת מערכת היחסים שבינה לבנק, מדוע היתה בייזמן מסכימה לשאת בסיכונים אלו. מוכנה אני לצאת מנקודת ההנחה, כי לבייזמן היה אינטרס בביצוע התשלום ישירות לבנק. בצורה זו יכולה היתה בייזמן להבטיח שהתמורה ששולמה עבור המקרקעין תביא לפקיעת השעבוד שרבץ עליהן. אולם באופן דומה, גם לבנק היה אינטרס בכך שהכספים ישולמו ישירות אליו ולא לחליווה. אכן, לכל אחד מהצדדים לתשלום – הבנק ובייזמן – היה עניין "לעקוף" את חליווה. משום כך מקובל עלי, ולו כנקודת מוצא, שעל שני הצדדים – הבנק ובייזמן – לשאת בסיכונים שכרוכים בעקיפתו של חליווה. עלינו אפוא לשאול, האם הסיכון שהתממש בענייננו – שלחליווה אין זכויות ביחס לנכס – הינו סיכון הכרוך בעקיפתו של חליווה. תשובתי לשאלה זו הינה שלילית.

אמנם, סיכון זה הינו סיכון שכל אחד מן הצדדים – הבנק ובייזמן – נטל על עצמו, אך לא במסגרת "עקיפתו" של חליווה, אלא במסגרת העסקאות שכל אחד מהצדדים ערך, בנפרד, עם חליווה. גם בהקשר זה, אין להניח שהצדדים נטלו על עצמם את סיכוני הטעות מעבר לסיכונים הכרוכים בצורך לבטל עסקה בה נופלת טעות יסודית. לענייננו, מכל מקום, רלבנטיים אך ורק אותם הסיכונים שנטלו הצדדים על עצמם על מנת לעקוף את חליווה. כך למשל, לו בייזמן, לצורך קיום חיובה כלפי חליווה, היתה משלמת, בטעות, לבנק אחר ולא לבנק דנן ובכך היתה משחררת, בטעות, מקרקעין אחרים ולא אלו שמושכנו ונמכרו על ידי חליווה, כי אז על בייזמן ועליה בלבד היו נופלות העלויות הכרוכות בתיקון טעות זו, במידה שהיא היתה ניתנת לתיקון, שכן טעות זו נוגעת ישירות לעקיפתו של חליווה ונבעה היא מרצונה של בייזמן לשלם את הכספים ישירות לבנק. ברם, לא כך אירע בענייננו.

הנה כי כן, כל אחד מהצדדים נטל על עצמו את הסיכון לפיו לחליווה אין זכויות ביחס לנכס. מנקודת הראות של הבנק, סיכון זה זהה בטיבו לסיכון שנטל על עצמו הבנק בכל עסקת הלוואה ומשכנתא. בנקים נוטלים על עצמם סיכונים, וסיכונים אלו באים לידי ביטוי בריביות שהם גובים מלקוחותיהם, מקבלי ההלוואות. כשם שהבנק אינו סבור שעליו להתחלק עם בייזמן בריביות שקיבל כדי לשאת בסיכונים אלו כך איני סבורה שעל בייזמן להתחלק בנזקים שנובעים מהתממשותם של סיכונים אלו.

אכן, מנקודת ראותה של בייזמן, גם היא נטלה על עצמה את הסיכון שלחליווה אין זכויות. הבנק וגם בייזמן טעו את אותה טעות, והנה בייזמן יוצאת ללא נזק, בעוד הבנק צריך לתור אחר חליווה ולתבוע ממנו את אשר שלו. תיאור זה אינו מדויק. הסיכונים שנטל כל אחד מהצדדים – הבנק ובייזמן – אינם זהים, על אף שנוגעים הם לאותה אפשרות – שלחליווה אין זכויות ביחס לנכס. ברם, הבנק מסר את כספו לחליווה, בעוד שבייזמן מסרה את כספה לבנק. על כל צד להתמודד עם הקשיים הכרוכים בהשבה מזה שקיבל ממנו את הכסף. אכן, בייזמן והבנק טעו ונפלו, כל אחד בבור, אך לא כל הבורות שווים. יש בור יש בו מים, ויש בור ריק, אין בו מים (ראו: בראשית לז, כד; וכן ראו: שבת כב, ע"א).

להשלמת התמונה אבקש לציין שוב, כי ככל שמדובר בנזקים הנגרמים לבנק כתוצאה מהביטול, מוכנה אני להניח שעל הבנק ובייזמן לשאת בנזקים אלו במשותף. אולם, כפי שצינתי לעיל, שאלה זו אינה מתעוררת בענייננו, שכן הבנק לא הצביע על נזקים כאלו.

26. מסיבה דומה יש גם לדחות את טענת הבנק כי בייזמן יכולה היתה למנוע את הנזקים באופן יעיל יותר – בבחינת “מונע הנזק הזול” – ומכאן שיש להטיל נזקים אלו עליה. ככל שמדובר בנזקים שנגרמו לבייזמן עקב העסקה עם חליווה, אני סבורה כאמור, שנזקים אלו ניתנים לתיקון על ידי ביטול התשלום; ככל שמדובר בנזקים שנגרמו לבנק עקב ביטול התשלום, נזקים אלו לא הוכחו; ככל שמדובר בנזקים שנגרמו לבנק עקב ההלוואה שנתן לחליווה, הרי שהבנק, ולא בייזמן, הוא זה שיכול היה למנוע את התרחשותם.

27. בטרם אסיים פרק זה, מן הראוי לציין כי פרופ' פרידמן כתב בספרו על עשיית עושר ולא במשפט כדלהלן:

“...סבורני כי ב- *Aiken v. Short* אכן ראוי היה שלא להכיר בזכות להשבה. התובע שילם ביודעין את חובו של צד ג' לנתבע. בהתחשב בכך שהחוב היה חוב אמיתי והנתבע פעל בתום לב – לא הצדיקה חומרת הטעות את פתיחת העניין מחדש.” (פרידמן, כרך ב, עמ' 849).

דעתי כאמור הינה, כי אין בעובדה שהתשלום נעשה על ידי בייזמן ביודעין כדי ללמד על נכונותה ליטול על עצמה את סיכוני הטעות. לטעמי, אין גם מקום להתחשב בעובדה שהתשלום פרע חוב אמיתי, שכן החוב שנפרע לא נוצר במסגרת מערכת היחסים שבין המשלם לנפרע, אלא במסגרת מערכת היחסים שבין הנפרע לחייבו. כמו כן, איני סבורה ש“פתיחת העניין מחדש” תגרום לבנק נזקים. “פתיחת העניין מחדש” תביא אך להשבת המצב לקדמותו, להבאת הבנק למצב שבו היה עומד אלמלא הטעות. מסיבות אלו רואה אני קושי בהלכת *Aiken v. Short*.

רשלנותו של המשלם

28. בית המשפט המחוזי קבע, כי יש להתחשב “באשמו התורם היחסי” (כך במקור) של בייזמן. פרידמן בספרו מביע ספק אם רשלנותו של המשלם במתן התשלום עשויה, כשלעצמה, להוות שיקול לשלילת ההשבה (פרידמן, שם, בעמ' 1184). גישה זו, המבוססת על הפסיקה האנגלית (ראו: *Kelly v. Solari* 152 E.R. 24 (1841)), אומצה גם בשיטתנו, כלשון השופט ויתקון:

“יתכן מאד שהטעות היתה פרי רשלנותו של הבנק (המשלם – ע.א.), אך הלכה פסוקה היא שרשלנות –

ואפילו רשלנות ניכרת – אינה מכשילה את זכות ההשבה". (ראו: ע"א 292/68 ה"ל, בעמ' 613).

אכן, במקרה הרגיל רשלנות כשלעצמה אינה מביאה לאבדן זכות קניינית (ראו: ד' פרידמן "דין האשם ודין הקניין" 99 זוטמן (תשמ"ד) 241, 249; אך ראו: ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385). בהקשר זה ראוי להזכיר, כי תקנת השוק של נכס נד לפי סעיף 34 לחוק המכר אינה נותנת משקל לשאלה כיצד יצא הנכס מרשותו של הבעלים האמיתי, להבדיל ממקבילו במשפט הגרמני (ראו: דנ"א 2568/97 ה"ל, עמ' 647). ברם, אין צורך להרחיב בשאלה זו, שכן אין בקביעותיו העובדתיות של בית המשפט המחוזי כדי לתמוך במסקנה כי בייזמן התרשלה. לא כל טעות מצביעה על התרשלות. בייזמן ערכה מספר פגישות עם חליווה, ביקשה לפגוש את "המוכרת" והסתמכה על הרישום ברשם המקרקעין וברשם המשכונות. בסיכומיו לא הצביע הבנק על פעולה כלשהי שלדעתו בייזמן היתה צריכה לנקוט, אך לא נקטה. אכן, הבנק בעצמו האמין כי לחליווה זכויות בנכס, ועל סמך אמונה זו נפרד מ-820,000 ש"ח ללא בטוחה אמיתית.

"נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת"

29. מלבד השיקולים של פרעון חוב בתמורה, שינוי מצב לרעה, ניתוח הסיכונים ורשלנות, בהם דנתי בסעיפים הקודמים, הבנק מצביע על שיקול נוסף שלדעתו מצדיק פטור מהשבה. לדעת הבנק, דין לפיו הוא יחויב בהשבה יטיל עליו עלויות רבות הכרוכות בבדיקת כל תשלום המגיע אליו, על מנת לבחון אם קיים סיכון לטעות. לבדיקות אלו עלויות שתגולגלנה על כלל הציבור, ומצב זה אינו צודק.

ככל שטענה זו נוגעת לנזקים הנגרמים לבנק עקב טעותה של בייזמן בביצוע התשלום, כבר ציינתי למעלה כי הבנק לא הצביע על נזקים כלשהם שנגרמו לו עקב התשלום או ביטולו. ברם, דומה שהבנק מתכוון שוב לנזקים שייגרמו לו אם הוא יצטרך לחזור לחליווה לצורך גביית החוב. כפי שציינתי לעיל, איני רואה כל הצדקה לגלגל על בייזמן את הנזקים שנגרמו לבנק עקב החלטתו להלוות כסף לחליווה ללא בטוחה של ממש. בהנחה שהחוב של חליווה הינו חוב אבוד, כי אז הבנק ישא בנזקיו אלו כדרך שהוא עושה במקרים אחרים בהם הוא מגלה שאין לו ממי או ממה להיפרע.

כאמור, הבנק טוען כי מעתה הוא יצטרך לערוך בדיקות בטרם יסכים לקבל תשלום בנסיבות כגון אלו שבפנינו. אכן, מקובלת עלי גישתו של הבנק, כי מן הראוי

לערוך בדיקות כדי לוודא שלחייב יש נכס שניתן למשכנו. לטעמי, ניתן וראוי לערוך בדיקות אלו בטרם יצירת המשכון ולא בעת פדיונו.

בהקשר זה אוסיף, שגם לו היתה השאלה העומדת בפנינו שאלה של פיזור נזק והיה עלינו להחליט אם על בייזמן לשאת בנזק הנגרם עקב עסקת המכר, או שמא על הבנק לשאת בנזק הנגרם עקב עסקת ההלוואה – וכאמור איני חושבת שיש לערב סוגיות אלו זו בזו – כי אז יתכן שהיה מקום לקחת בחשבון את אפשרויות הביטוח העומדות בפני רוכש מקרקעין למקרה שיתגלו פגמים בחוליות הקנייניות הקודמות, לעומת אפשרויות הביטוח העומדות בפני בנק מסחרי למקרה שיתגלו פגמים בזכויות הממשכן (ראו: Dagan, בעמ' 1819; והשוו: ד"נ 15/88 מלך נ' קורהויזר, פ"ד מד(2) 89, 113-114). גם מסיבה זו דומני שאין הצדקה להעדיף את הבנק.

סוף דבר

30. בייזמן טענה. כתוצאה מטענה, היא שילמה כספים לבנק. אם הבנק יחזיר את הכסף שקיבל מבייזמן, לא ייגרם לבנק כל נזק מעבר לאותו נזק שהבנק גרם לעצמו במתן ההלוואה לחלווה. איני רואה במצב דברים זה כל סיבה לשלול מבייזמן את כספה וקניינה.

אני מציעה אפוא לקבל את ערעורה של בייזמן, לדחות את ערעורו של הבנק, ולחייב את הבנק בהשבת יתרת הכספים ששילמה בייזמן (417,480 ש"ח) בתוספת ריבית והפרשי הצמדה כחוק, וזאת מיום 10.2.99 ועד התשלום המלא בפועל.

הבנק ישא בהוצאות של בייזמן בסך של 40,000 ש"ח.

ש ו פ ט ת

השופט א' א' לוי:

1. לצערי, לא אוכל להצטרף לדעתה של חברתי, השופטת ארבל. אין אני סבור, כי את הדיון בשאלה שבפנינו תוחם משולש, שקודקודיו הם בנק משכן, חליוה וחברת בייזמן השקעות בע"מ. עניננו אינו אלא במערך היחסים שבין בייזמן לבין חליוה, בו אין לבנק חלק וממילא אין הוא נושא בחבות כלשהי.

2. חליוה נקשר בהסכם הלוואה עם הבנק, בגדרו משפן, כנגד כספים שקיבל, את מה שסבר לכאורה שהן זכויותיו בנכס מקרקעין. מוכן אני להניח, כי לו ידעו הצדדים את מצב הזכויות בנכס לאשורו, לא היו נותנים את ידם – ולכל הפחות כך הבנק – לקשירת ההסכם. יתרה מכך, אלמלא נכנסה בייזמן לתמונת הדברים, סביר הוא כי הבנק היה מוצא עצמו ביום מן הימים נטול יכולת להיפרע מחליוה. אך כל זה אינו מעלה ואינו מוריד. משהתגלגלו הדברים כפי שהתגלגלו, קם ונקשר ההסכם, והואיל ואיש מן הצדדים לו לא עתר לביטולו חרף הטעות שנתגלתה, עמד הוא בתוקפו עד שקוים במלואו עם פירעון החוב לבנק, שבעקבותיו בוטל גם המשכון ועבר מן העולם. למה הדבר דומה? למצב בו לאחר שנקשר בהסכם עם הבנק, נתגלגל לידי חליוה סכום כסף נכבד, שהיה בו כדי לכסות במלואה את הלוואה שנטל. לו פרע אז חליוה את חובו, כלום נודעת הייתה נפקות כלשהי להיותן של הבטוחות – לאור מצב הזכויות האמיתיות בנכס – משענת קנה רצון?

אינני סבור, אפוא, כי יש להביט על המקרה במשקפיה של דוקטרינת הטעות המשותפת בקשירת חוזה. יתרה מכך, לא ראיתי מה תחולה יש לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, וזאת משנמצא, כי זכותו של הבנק לקבלתם של הכספים שהלווה לחליוה, זכות שבדין היא.

3. בייזמן, מנגד – ושלא כאמור בפסק-דינו של בית המשפט המחוזי – לא נקשרה בחוזה עם הבנק. לא די היה בידיעתו של הבנק על ענינה בפירעון הלוואה ואפילו בנכונותה לשלם את הסכום ישירות לידי הבנק ובהסכמתו של זה לקבל את הכסף מידיה (עמ' 15 לפסק-הדין קמא), כדי לכונן יחסים חוזיים בין הצדדים. פירעון הלוואה בידי בייזמן לא היה פרי חובה כלשהי בה נשאה כלפי הבנק, ואף לא הצמיח לה זכות כלפיו. בייזמן אך מילאה את שהתחייבה בו לחליוה, ואחת היא אם העבירה את התמורה ישירות לידי או שעשתה כן בהעברתה לידי הבנק. שווה בנפשך, כי בייזמן לא הייתה מקימת את המוטל עליה. כלום היה בכוחו של הבנק לתבעה בגין הפרת חוזה? ולחלופין, לו השיג מאן דהוא בדרכי מרמה את כספה של בייזמן ועשה בו שימוש לפירעון הלוואותיו, האם היה בכך כדי להקים לבייזמן עילת תביעה כלפי הבנק המלווה? ועוד: לו סירב חליוה, לאחר תשלום הסכום לבנק בידי בייזמן ולאחר שבוטל המשכון, לקיים את חלקו בהסכם עם בייזמן אפילו היו זכויותיו בנכס שרירות וקיימות – למשל בכך שהיה מוכר זכויות אלו לצד ג', היעלה על הדעת כי היה הדבר מקים לבייזמן זכות תביעה כלפי הבנק? תשובתי על שאלות אלו כולן היא בשלילה. בדומה,

הבנק – בבטלו את המשכון – קיים אף הוא אך את חלקו בהסכם עם חליוה, ולא פעל מכוח חבות כלשהי כלפי בייזמן.

4. על כן, משירד המסך על הקשר החוזי שבין הבנק לבין חליוה, ומשנמצא כי בין הבנק לבין בייזמן לא נקשרו יחסים חוזיים כלל, כל שנותר הוא ההסכם בין בייזמן לבין חליוה, והוא שגודר את הסוגיה שלפנתחנו. במסגרתו של הסכם זה, לא התחייבה בייזמן לשים עצמה בנעליו של חליוה. היא לא קיבלה עליה את חבותו, אף כי פרעה את חובו. היא לא זכאית הייתה ליהנות, באורח ישיר על כל פנים, מכל טובה שעשויה הייתה לצמוח לחליוה מן הבנק, כשם שלא נשאה בסיכונים הכרוכים בהתקשרות עם מוסד פיננסי זה. הסיכון שנטלה על עצמה בייזמן הוא אך הסיכון כי חליוה לא יקיים את חלקו בהסכם עמה, לאמור – לא ימסור לידיה את זכותו בנכס כשהיא נקייה מכל שעבוד, או חמור מכך – כי לא ימסור לידיה זכות כלל.

ככל צד לחוזה, יכלה בייזמן לבטח עצמה מפני סיכונים אלה. היה בכוחה להתנות תנאים שיגנו על זכויותיה, או לדרוש מחליוה להעמיד לרשותה בטוחות והלא ברי, כי השעבוד שנרשם לטובת הבנק על "זכותו" של חליוה בנכס, לא סיפק לבייזמן מעטה הגנה כלשהו. שעבוד זה בא לעולם ומטרתו היחידה היא שמירת ענינו של הבנק. על כן, משמצאה עצמה בייזמן, כמסתמן, בפני שוקת שכורה וללא יכולת להיפרע מחליוה, לא תוכל היא להלין אלא על עצמה.

5. דעתי היא, אפוא, כי יש לקבל את ערעורו של הבנק ולבטל את החיוב שהוטל עליו בבית-המשפט המחוזי. עוד יש לקבל, חלקית, את ערעורה של בייזמן, במובן זה שייקבע כי חליוה – ורק הוא – חייב לשלם לידיה, במלואו, את הסכום ששילמה בייזמן לבנק (סכום של 834,960 ש"ח, בתוספת הפרשי הצמדה וריבית כחוק מיום 10.2.99). זאת, ללא קשר לחיובו של חליוה בתשלום הפיצוי המוסכם, אשר נותר על כנו. לאור תוצאה זו, אך ברי הוא כי אין הבנק זכאי לכל תמורה נוספת מאת חליוה, והחיוב בו חויב חליוה כלפי הבנק בבית-משפט קמא בטל אף הוא.

השופטת א' פרוקצ'יה:

1. המחלוקת המשפטית בהליך זה מורכבת. חברי, השופטים לוי וארבל הגיעו למסקנות שונות זה מזו באשר לפתרונה הראוי. לצערי, לא אוכל להצטרף לאף אחת מהעמדות שננקטו. דעתי היא כי יש לדחות את הערעורים ההדדיים של הבנק ושל חב' בייזמן, ולהותיר את פסק דינו של בית משפט קמא על כנו.

2. מאחר שיריעת המחלוקת המשפטית נפרשה בהרחבה בפסק דינה של השופטת ארבל, אוכל לקצר ביותר בהצגת השיקולים העיקריים למסקנה המשפטית שנראית בעיני ראוייה, לפיה יש לחלק את נזקי הטעות המשותפת ששותפים לה חב' בייזמן והבנק, באופן שכל צד יזכה בחלק יחסי מתביעתו, ויספוג את הנזק הנובע מדחיית תביעתו לגבי יתרת הסכום השנוי במחלוקת.

השאלה המשפטית

3. המשיב 1 (להלן - חליווה) התקשר בחוזה עם פלונית לקניית נכס מקרקעין. לשם רכישת הנכס לקח הלוואה מהמשיב 2 (להלן - הבנק) כנגד מישכון זכויותיו בנכס. לאחר זמן, ביקש חליווה למכור את הנכס למערערת, היא חב' בייזמן. כחלק מהתמורה בעבור רכישת הנכס, התחייבה חב' בייזמן לפרוע את חובו של חליווה לבנק כנגד סילוק השעבוד על המקרקעין. חב' בייזמן שילמה את החוב של חליווה לבנק, והבנק הסיר את השעבוד על הנכס. לאחר תשלום החוב לבנק בידי חב' בייזמן, התגלה כי פלונית, שהתימרה למכור את הנכס לחליווה, כלל לא החזיקה בזכויות קניין בנכס, וכי עקב כך, חליווה לא רכש כל זכויות במקרקעין. מכאן, שלא יכול גם להעביר זכויות בנכס לחב' בייזמן. בעקבות זאת, חב' בייזמן תבעה את הבנק להשבת הכספים ששילמה לפרעון חובו של חליווה לבנק. מה דין תביעת השבה זו? הנחתנו במערכת עובדות זו היא כי חזרה בתביעת השבה לחליווה אינה מעשית, משהוא אינו בר-פרעון. עוד יש להניח כי הן חב' בייזמן והן הבנק פעלו בקשר ביניהם בתום לב, בלי לדעת דבר על כך שחליווה לא רכש זכויות בנכס, מאחר שרכש אותו ממוכרת שלא היתה בעלת הזכויות בו. לפעולתם של הבנק וחב' בייזמן נתלוותה טעות בתום לב ביחס לתוקפה המשפטי של העברת זכויות קניין בנכס מכוח העיסקה הנדונה. ממילא, השעבוד שהטיל הבנק על נכס המקרקעין להבטחת ההלוואה שנתן לחליווה היה חסר ערך.

4. העיסקה בין חב' בייזמן לבין חליווה נכשלה, וחב' בייזמן לא רכשה זכויות בנכס המקרקעין. עם זאת, היא פרעה את חובו של חליווה לבנק, אף שלא זכתה לכל תמורה בעבור פרעון החוב כאמור. מנגד, הבנק קיבל מחב' בייזמן כספים שנועדו לפרוע חוב אמיתי שעמד לזכותו בגין הלוואה שנתן לחליווה. הן הבנק והן חב' בייזמן טעו טעות כנה ביחס לתוקף המשפטי של עיסקת העברת הזכויות לחליווה שבגינה נלקחה ההלוואה מהבנק.

5. השאלה היא, מה דין תביעת חב' בייזמן להשבת הכסף ששילמה לבנק כדי לפרוע את חובו של חליווה לבנק? מהן זכויותיו של הבנק לכספים שקיבל בגין חוב אמיתי שעמד לזכותו? כיצד ראוי לאזן בין האינטרסים של הצדדים היריבים במערכת הנסיבות שאירעה?

המסגרת המשפטית

הגדרת טיב היחסים המשפטיים בין הבנק לחב' בייזמן

6. לצורך בירור שאלת ההשבה, יש להגדיר מהבחינה המשפטית את מערכת היחסים בין חב' בייזמן לבין הבנק. טוענת חב' בייזמן, כי בינה לבין הבנק קיימת מערכת חוזית המושתתת על התחייבותה לשלם לבנק את חובו של חליווה תמורת הסרת השעבוד על הנכס. חוזה זה בוטל מחמת טעות, ולכן, לטענת חב' בייזמן, מכוח דין החוזים יש לבצע השבה הדדית של כל מה שהועבר מצד אחד למשנהו על-פי החוזה. משמעות הדבר היא, כי על הבנק להשיב לחב' בייזמן את כל הכספים ששילמה לו לפרעון החוב; חב' בייזמן מפנה בענין זה לסעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן - חוק החוזים).

7. לגישתו של הבנק, לא נקשר כל חוזה בינו לבין חב' בייזמן. לטענתו, התשלום שנעשה על-ידי החברה לצורך פרעון חובו של חליווה לבנק היה בבחינת פעולה משפטית חד-צדדית במסגרת החוזה בין חב' בייזמן לחליווה. על פעולה מסוג זה חלים, לטענת הבנק, דיני עשיית עושר ולא במשפט, שבמסגרתם אין הבנק חייב להחזיר את מה שקיבל, שכן התשלום שניתן לו נועד לפרעון חוב אמיתי שהתקבל על-ידו בתום לב. בענין זה, מסתמך הבנק על דוקטרינת ה-Discharge for Value, המקובלת במשפט האמריקאי.

8. מבין שתי הגישות להגדרת טיב היחס המשפטי בין חב' בייזמן לבנק, אני נוטה לעמדתה של חב' בייזמן, לפיה נוצר קשר חוזי בינה לבין הבנק, ולכן דין החוזים חולש

על קשר משפטי זה. חוזה זה בנוי על התחייבות הדדית של הצדדים זה לזה במובן הבא: חב' בייזמן התחייבה לשלם את חובו של חליווה לבנק. כנגד התחייבות זו, קיבל על עצמו הבנק להסיר את השעבוד על הנכס שהוטל כבטוחה להלוואה. אילו היה הבנק מסרב להסיר את השעבוד לאחר שקיבל את פרעון החוב מחב' בייזמן, היתה מתגבשת בידי החברה זכות תביעה חוזית לאכוף עליו את הדבר על-פי ההסכמה החוזית שנקשרה ביניהם. מכאן, שלפנינו מאפיינים של התקשרות חוזית בין הבנק לחב' בייזמן, הכפופה לדין החוזים. כך גם השקיף בית המשפט המחוזי על הקשר המשפטי בין חב' בייזמן לבין הבנק, באומרו (פיסקה 10 לפסק דינו):

"ניתן לומר, כי הוכחה הסכמה בין הבנק לבין בייזמן, לפיה תפרע בייזמן את חובו של חליווה, ובתמורה יגרום הבנק לסילוק השעבוד אשר רבץ על המגרש. ביסודה של הסכמה זו עמדה טעות משותפת של הבנק ושל בייזמן כי השעבוד הרובץ על המגרש הינו בעל ערך כלכלי ממשי, דהיינו, כי במידה שלא יפרע חליווה את החוב, יוכל הבנק להיפרע מזכויותיו של חליווה בנכס. טעות זו התבררה להם רק לאחר שפרעה בייזמן את החוב. אכן, הבנק פעל לביטול רישומה של הערת האזהרה שנרשמה לטובתו במרשם המקרקעין..."

אכן, ביסוד הקשר החוזי עמדה טעות משותפת של הבנק ושל חב' בייזמן בדבר תוקפה המשפטי של העברת הזכויות בנכס לחליווה, ובאשר לתוקפו של השעבוד על הנכס, שהוטל בנילווה להלוואה שניתנה למימון עיסקת רכישת הנכס. טעות זו הקימה לכל אחד מהצדדים זכות לבטל את החוזה. בית המשפט נעתר לבקשתה של חב' בייזמן לבטל את החוזה בינה לבין הבנק, והחוזה ביניהם בוטל (פסקה 14 לפסק הדין).

עקרונות ההשבה בחוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו

9. על חוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו חל סעיף 21 לחוק החוזים, הקובע:

"השבה לאחר ביטול משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויו של מה שקיבל".

על-פי הוראה זו, יש, לכאורה, לבצע השבה הדדית מלאה בין צדדים לחוזה שבוטל. עם זאת, בכללי ההשבה החוזיים משולבים גם עקרונות מתחום דיני עשיית עושר ולא במשפט. עיקרי חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן - חוק

עשיית עושר ולא במשפט), חלים גם על מערכות יחסים חוזיות הכורכות עמן השבה (ע"א 5393/03 פרג' נ' מיטל, פד"י נט(5) 337 (2005) (להלן - פרשת פרג')).

10. הוראות השבת מצב לקדמותו פזורות על פני החקיקה האזרחית בהקשרים רבים ושונים. רעיון ההשבה אינו חד-ערכי, ויישומו הלכה למעשה עשוי להשתנות בהתאם לתכלית שלהגשמתה נועדה ההשבה. ההשבה עשויה לקדם מטרה של החזרת המצב לקדמותו, או תכלית של מניעת התעשרות שלא כדין, או שילוב בין שניהם, על-פי המהות הרעיונית של ההשבה (פרידמן, כהן, חוזים, כרך ב', עמ' 1151). כאשר היסוד הרעיוני העומד מאחורי ההשבה הוא מניעת התעשרות, הדגש ביישום ההשבה הוא על התעשרות מקבל הטובה, והשבתה. כאשר היסוד הרעיוני הוא חוזי, הדגש הוא על הנזק הנגרם למעביר הטובה, תוך חלוקת הסיכונים בין הצדדים (מיכל אגמון-גונן, השבה בהקשרים חוזיים (2001), עמ' 19). הסדרי ההשבה בדיני החוזים עצמם עשויים, על-פי הקשרם, לקדם את התכלית האחת או האחרת, או שתיהן כאחת (ע"א 588/87 כהן נ' שמש, פד"י מה(5) 297 (1991) (להלן - פרשת כהן); ד"נ 20/82 אדרס, חמרי בניין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה, פד"י מב(1) 221 (1988) (להלן - פרשת אדרס)).

11. הדעה הרווחת בהלכה הפסוקה כיום היא, כי השבה בחוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו בנויה ביסודה על מושגים שאובים מדיני עשיית עושר ולא במשפט (פרשת פרג', פסקה 4 לפסק דיני; פרשת אדרס; ע"א 741/79 כלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ נ' הורוביץ, פד"י לה(3) 533, 540-1 (1981)). עקרונות עשיית עושר ונורמות הנשאבות מדיני החוזים שלובים אלה באלה בהחלת תורת ההשבה בחוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו. ביישום העקרונות של השבה בחוזה שבוטל מחמת פגם בכריתתו-

"עשוי הרקע החוזי שקדם להשבה, ובכלל זה, התנהגותם ומעמדם היחסי של הצדדים לחוזה שבוטל וחלוקת הסיכונים ביניהם, להשפיע על דרכי ההשבה ואופן החלתה. וכך, עקרונות עשיית עושר ולא במשפט ונורמות שאובות מדיני החוזים, מתערבים אלה באלה ביישומה של תורת ההשבה בחוזה שבוטל כאמור" (פרשת פרג', שם, פסקה 4) (כן ראו ע"א 4012/90 מלון צוקים בע"מ נ' עיריית נתניה, פד"י מו(4) 45 (1992), פסקה 4 לפסק דינו של השופט חשין)).

12. מנוסחו של סעיף 21 לחוק החוזים, הקובע את כלל ההשבה בחוזה שבוטל עקב פגם בכריתתו, עולה עקרון ההדדיות שבהשבה אשר, לכאורה, אינו מתחשב בשאלת ה"אשם" לקיומו של הפגם. אולם, כבר נפסק, כי יסודות ההשבה בחוזה שנתבטל מחמת

פגם בכריתה נשענים על דיני עשיית עושר ולא במשפט, וקיים מירווח שיקול דעת שיפוטי ביישומם של דיני ההשבה לדרישות הצדק והיושר ביחסים שבין הצדדים לעסקה שנתבטלה. ההדדיות של ההשבה בחוזה שהתבטל מחמת פגם בכריתה בנויה על דיני עשיית עושר ולא במשפט, אשר נקלטו בישראל באמצעות דיני היושר, שתכליתם להחדיר לדיני התרופות עקרונות של צדק טבעי והלכות יושר שמכוחם יש להחזיר כסף או נכסים שנתקבלו, בין היתר, במסגרת חוזה שנתבטל בשל פגם בכריתה (ע"א 278/56 סופרג, חברה להפצת גז בע"מ נ' מזרחי, פד"י יב(1) 394, 408 (1958); פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, כרך א', (מהדורה שניה), עמ' 8-9).

13. אף כי כללי ההשבה הבסיסיים על-פי סעיף 21 לחוק החוזים מנוסחים, לכאורה, בדרך נייטרלית ושוות-נפש, שאינה מייחסת משמעות למכלול הנסיבות האופפות את הקשר החוזי ואת התנהגות הצדדים בהקשר אליו, הרי כללים אלה, בהיותם קשורים באופן מושגי לדיני עשיית עושר, יונקים ממערכת דינים זו, ומכוחם מוענק שיקול דעת לבית המשפט להתערב למען הצדק ביישום כללי ההשבה החוזיים המעוגנים בסעיף 21 לחוק. "הם מאפשרים, בנסיבות מסוימות, סטייה מכללי השבה ההדדיים הניטרליים, על מנת להשיג תוצאה צודקת בין הצדדים. וכך, דיני עשיית עושר ולא במשפט, ובמיוחד סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, חולשים על הוראות ההשבה הפזורות בחוקים שונים, מקום שמטרתן למנוע התעשרות שלא כדיון" (פרשת פרג', שם, פסקה 11 לפסק דיני; ע"א 2702/92 גינזבורג נ' בן יוסף, פד"י מז(1) 540, 556-7 (1993); פרשת כהן, שם, עמ' 326; ע"א 1846/92 לוי נ' מבט בניה בע"מ, פד"י מז(4) 49 (1993)).

14. רעיון ההשבה בסעיף 21 לחוק החוזים משתלב, אפוא, באורח הרמוני עם עקרונות היסוד של עשיית עושר ולא במשפט המאפשרים, בנסיבות מיוחדות, סטייה מכללי ההשבה הבסיסיים האמורים בו, כדי להגשים תכלית של צדק ויושר בנסיבות מקרה נתון, בדרך של איזון ראוי בין האינטרסים הלגיטימיים של שני הצדדים.

תחולת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט

15. סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע:

"פטור מהשבה

בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת השבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה, או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".

16. הוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט נותנת בידי בית המשפט כלים להתאים את הסדרי ההשבה במקרה נתון לדרישות הצדק ביחסי הצדדים המעורבים (פרידמן, כהן, שם, עמ' 1201; ע"א 827/76 ישראל נ' בנק הפועלים, פד"י לב(1) 153, 159 (1977); פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט, כרך ב' (מהדורה שניה), סעיף 29.3). הוראת סעיף 2 לחוק חולשת גם על דין ההשבה מכוח סעיף 21 לחוק החוזים. במסגרת כללי היושר, מוסמך בית המשפט לשקול במקרים יוצאי דופן את כלל נסיבות המקרה, ולהורות על היקף ההשבה הראויה בין הצדדים. על בית המשפט לשקול שיקולי צדק בהשבה, ולפסוק על-פיהם:

"הגנה כללית של טעמי צדק ויושר מציבה, אפוא, בעצם טיבה, את התנהגות הצדדים במוקד שיקול הדעת השיפוטי. היא בוחנת את שאלת האשם של מבקש ההקלה או פטור מהשבה; היא משווה את תרומתם של הצדדים להיווצרות הצורך בהשבה, להיקף הנזק שנגרם, ולהיווצרות הנסיבות שבגינן מתבקשת הגנה שבצדק וביושר; היא מאפשרת התחשבות בעקרונות של צדק חלוקתי, החותר לעשיית צדק בין הצדדים לחוזה על פי מצבם האובייקטיבי".

(פרשת פרג', שם, פסקה 11 לפסק דיני; וראו גם פרשת כהן (מפי השופט מצא), שם, עמ' 325). תכלית הוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט להביא לתוצאה צודקת ביחסים בין הצדדים, מתוך מבט חברתי רחב וכולל. מושג "הצדק" בהוראה זו הוא בבחינת "רקמה פתוחה" המתמלאת בתוכן ממשי ממקרה למקרה.

17. דין החוזים קובע כנקודת מוצא חובת השבה הדדית בחוזה שבוטל בשל פגם בכריתה. אלא שדיני עשיית עושר, החלים על ההשבה, פותחים פתח להגנת פטור או הפחתה מחובת ההשבה כדי להשיג תוצאה צודקת בין הצדדים. השימוש בהגנה זו הוא בבחינת סטייה מן הכלל, ולכן אין נוקטים בו דרך שגרה (פרידמן, כהן, שם, עמ' 1202); לבית המשפט נתון שיקול דעת לסטות בנסיבות יוצאות דופן מדרישת ההדדיות והנייטרליות של השבה הנובעת מסעיף 21 לחוק החוזים, ולהתאימה לדרישות הצדק, כפי שאלה נובעות מנסיבות המקרה, ומיחסי הצדדים האחד לרעהו. המטרה בכך היא להביא לתוצאת הוגנת, אשר תאזן בדרך ראויה בין האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים, ותתיישב, בד-בבד, עם ערכים מוכרים של תקינות ומוסר חברתי. במסגרת שיקולים חברתיים כלליים, נלקח בחשבון, בין היתר, הצורך למזער את העלויות החברתיות של "תאונה משפטית" העשויה להתרחש בהתקשרות בין הצדדים, את משמעות שינוי מצבו לרעה של הזוכה כתוצאה מהסתמכותו על הזכייה, את עלות

אפשרויות המניעה של "תאונות" כאמור בעתיד, ועלויות ההתדיינות המשפטית בעקבותיהן (חנוך דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית", עיוני משפט כ(3) (1997) 601, 626).

מן הכלל אל הפרט

18. הנחת המוצא לצורך ענייננו היא, כי על-פי סעיף 21 לחוק החוזים, משבוטל החוזה בין הבנק לבין חב' בייזמן בשל טעות משותפת, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על-פי החוזה. חובת השבה זו יש לבחון גם ב"משקפיה" של תורת עשיית עושר ולא במשפט, ולברר האם דרישות ההגינות והצדק מצדיקות סטייה מקיום חובת השבת מלאה או חלקית של כספים שהבנק קיבל מחב' בייזמן בנסיבות המיוחדות של המקרה.

19. במערכת הנתונים המיוחדת של מקרה זה, נראה לי כי צדק בית המשפט המחוזי בקובעו כי על שני הצדדים - חב' בייזמן והבנק - לחלוק במידה שווה את הזכויות בצד הסיכונים שנתלו לעיסקת פרעון ההלוואה שנקשרה ביניהם. הפירוש המעשי של הדבר הוא, כי על הבנק להשיב לחב' בייזמן מחצית מסכום התשלום ששולם לו לפרעון חובו של חליווה. דרישות הצדק, בהתייחסותן לנסיבות ולצדדים לעיסקה, תוך ראייה רחבה יותר של תכליות צדק חברתי, מצדיקות, לגישתי, מסקנה זו.

20. במישור היחסים בין הבנק לחב' בייזמן בתורת הצדדים לעיסקת פרעון ההלוואה, יש למנות את השיקולים הבאים:

ראשית, שני הצדדים - הבנק וחב' בייזמן - הם תמי לב ביחס לעיסקה זו, מאחר שלא ידעו כי נפל פגם בזכויותיו של חליווה בנכס, וכי רכש אותו ממי שלא היתה בעלת זכויות בו. במובן זה, לא רובץ אשם מוסרי על אף אחד מהצדדים לעיסקה.

שנית, יש לבחון מי מבין שני הצדדים - הבנק או חב' בייזמן - צריך לשאת בסיכון של אי-בירור מצב הזכויות בנכס בחוליות שקדמו לעיסקה עם חליווה. בשאלה זו, התשובה המתבקשת לטעמי היא כי מבין חב' בייזמן לבין הבנק, מוטל הסיכון של אי-בירור מצב הזכויות בנכס על החברה. החברה היא הצד הישיר שרכש את הזכויות בנכס מחליווה. הדעת נותנת, שאם בכלל, רוכש הנכס מחליווה הוא זה שאמור לחקור ולדרוש בדבר "שושלת היוחסין" של הנכס, לפחות בחוליות הסמוכות לעיסקה עמו. מסקנה זו מתחזקת נוכח העובדה כי חב' בייזמן ידעה בעת העיסקה עם חליווה כי הנכס

לא נרשם על-שמו במרשם המקרקעין, ונסיבות אלה היו אמורות להדליק בפניה נורה אדומה, ולהניעה לברר ביסודיות את מצב הזכויות בנכס לאשורו. ייתכן כי אילו עשתה כן, היתה מתחקה על הפגם בזכויות שדבק בהחזקתו של חליווה בנכס.

מנגד, הבנק מעורב בעיסקה עם חליווה כנותן אשראי בלבד. הוא התבקש להלוות כסף לקונה נכס, אגב שעבוד הנכס כביטחון להלוואה. לבנק אין נגישות קרובה ומיידית לעיסקה שבין המוכרת לחליווה, שבגינה ניתנה ההלוואה. לפיכך, הציפייה כי הבנק הוא שיערוך, בכל מקרה, עובר למתן הלוואה בעבור רכישת נכס, בירור בדבר תוקפה החוזי והקנייני של העיסקה שבגינה מבוקש האשראי, אינה מתבקשת ואינה מעשית, אלא במקום שעולה חשד המצריך תשומת לב מיוחדת. עיסוק שוטף של מתן הלוואות בנקאיות לציבור לצורך רכישת נכסי מקרקעין הוא ענין שבאינטרס הציבור בכללו, ועיכוב מהלך מתן ההלוואות לצורך התחקות אחר שאלת תקפותה המשפטית של העיסקה שבגינה מתבקש האשראי, עלול לייקר עד מאד את השירות הבנקאי. הוא עלול, בה-בעת, גם לפגוע באינטרס ציבורי כללי בקיומו של שירות בנקאי יעיל ומהיר, העונה לצרכים דחופים של לקוחות הבנק, המבקשים אשראי לצורך התקשרות בעסקאות.

21. יתר על כן, במתן הלוואה כנגד שעבוד נכס, פועל הבנק במהלך השוטף של עסקיו הבנקאיים הרגילים. הנחתו במהלך עסקיו היא כי בקשות להלוואות כנגד ביטחונות בקרקע נהנות מחזקת התקינות והחוקיות. קיים אינטרס הסתמכות מובהק של הבנק על אמינות ותקפות זרימת התשלומים המתבצעת במהלך עסקיו הרגיל. הטלת מלוא הסיכון על הבנק בקשר לבדיקת תוקף העיסקה שבגינה מתבקשת הלוואה, או בקשר לפרעון הלוואה שניתנה אשר צד שלישי מבקש לפרעה, סופה שתטיל על הבנק את עלויות הביטוח מפני תקלה העלולה להיגרם בשל פגם שנילווה לעיסקה שבשלה נתבקש האשראי ובגינו מתבקש הפרעון. ביטוח כזה יוטל בסופו על שכמ הציבור הרחב, שהוא זה שיישא בנטל הסיכון. אכן, שיקולים של יעילות הכלים הפיננסיים הנתונים לציבור באמצעות הבטוחות השונות בעסקאות אשראי הם בעלי משקל בענייננו (זלצמן וגרוסקופף, משכון זכותו החוזית של רוכש מקרקעין, ספר ויסמן, 133, 137-8); עם זאת, כאשר בקשה לאשראי בנקאי חושפת על פניה פגמים האמורים לעורר את תשומת לבו של הבנק, עשוי הסיכון הנילווה למתן אשראי כזה לרבוץ כולו עליו.

22. יש לתת משקל יחסי גם לאינטרס ההסתמכות של הבנק בניהול עסקיו, אשר קיבל את פרעון ההלוואה מידיה של חב' בייזמן, בתורת צד שלישי, ופעל על יסוד הסתמכות זו בניהול עסקיו השוטפים. מתן משקל להסתמכותו של הבנק על פרעון

הלוואה שנתן, מקדם אינטרס ציבורי רחב במתן הגנה על מהלך העסקים השוטף של הגוף הבנקאי, המשרת את המערכת הפיננסית ואת עניינם של לקוחות הבנק.

23. עוד יש להוסיף מבחינת מעמדו של הבנק, כי הוא קיבל פרעון של חוב אמיתי שחליווה חב לו בגין הלוואה שקיבל ממנו. כספי הפרעון שולמו אמנם על-ידי צד שלישי במסגרת עיסקה נגועה בפגם, אך אין לדבר במקרה זה על "התעשרות" שלא כדין מצד הבנק, אשר קיבל לידיו כספים שנועדו לכסות הלוואה אמיתית שנתן.

24. מנגד, ניצב עניינה של חב' בייזמן, אשר פרעה לבנק את חובו של חליווה מתוך טעות, בהניחה כי היא רוכשת זכויות בנכס, וגורמת בכך לשחרור שעבוד בעל תוקף משפטי שהטיל הבנק על הקרקע להבטחת ההלוואה. תום לב וחסרון כיסה של חב' בייזמן עקב אירועים אלה אינם מוטלים בספק. יש לתת לגורמים אלה את משקלם הראוי בקביעת שיעור ההשבה. נזקה של חב' בייזמן בעקבות הקשר החוזי עם הבנק, שנוצר עקב טעות, הוא ברור. יש לתת משקל גם לטענה כי אלמלא שילמה חב' בייזמן לבנק בטעות את כספי ההלוואה שלקח חליווה, היה נותר הבנק מחזיק בנשייתו כלפי חליווה, ולפיכך ניצבת השאלה, מדוע ישנה את מצבו לטובה רק בשל הטעות שחלה אצל חב' בייזמן כאשר פרעה, בתורת צד שלישי, את חובו של אחר. אלא שלמול חב' בייזמן עומד אינטרס הבנק, תם הלב, לקבל פרעון הלוואה שנתן, בין מהלווה ובין מאדם הפועל מטעמו, תוך יצירת אינטרס הסתמכות שהוא חיוני בניהול עסקי בנקאות שוטפים ומתן שירות בנקאי לציבור.

25. במקרה שלפנינו, שני הצדדים - הבנק וחב' בייזמן - טעו טעות בתום לב בהתקשרות ביניהם לפרעון ההלוואה של חליווה, ושניהם שותפים ל"תאונה המשפטית" שקרתה. במורכבות הנסיבות שאירעו, נראה לי כי דרישות הצדק היחסי בין הצדדים, בהקרנתן גם על האינטרס החברתי הכללי, מצדיקות את המסקנה כי על שני הצדדים - חב' בייזמן והבנק - לחלוק ביניהם ביחס שווה את הסיכון ואת הזכייה בכספים ששולמו לבנק לפרעון ההלוואה. לפיכך, צדק בית המשפט המחוזי כאשר קבע כי תביעת ההשבה של חב' בייזמן תתקבל במחציתה, וכי סכום ההשבה יעמוד, על כן, על מחצית הסכום ששולם לבנק, הכל כפי שנקבע בפסק הדין קמא.

26. אין צריך לומר, כי זכות החזרה כלפי חליווה שמורה הן לחב' בייזמן והן לבנק, ביחס ליתרת הכספים שנגרעה מכל אחד מהם; הבנק - ביחס לסכום ההלוואה שנתן לחליווה, וחב' בייזמן - ביחס לסכום הכולל ששילמה לבנק לפרעון ההלוואה האמורה.

אציע, אפוא, לדחות את שני הערעורים ולהימנע ממתן צו להוצאות.

ש ו פ ט ת

בהתאם להוראות סעיף 80(ב) לחוק בית המשפט (נוסח משולב) התשמ"ד-
1984, הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

ניתן היום, ט"ו בחשון תשס"ט (13.11.08).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט ת