

מבוא

- א. כללי
- ב. תולדות החוק
- ג. מקורות החוק
- ד. היקף החוק
- ה. מבנה החוק וניסוחו
- ו. מגמות היסוד בחוק
 - 1. כללי
 - 2. הגשמת הציפיות הסבירות של הצדדים
 - 3. עקרון תוס־הלב
 - 4. מתן תוקף מירבי לרצונם המשותף של הצדדים
 - 5. עידוד הבטחון המסחרי
 - 6. שוויון בין הצדדים
 - 7. מרכזיותה של המסירה לעומת ההקניה
 - 8. עקרון ההתאמה
- ז. מילוי פערים בחוק
 - 1. כללי
 - 2. היחס לדין הקודם, לחוקי חוזים אחרים ולשיטות משפט זרות
 - 3. חוק יסודות המשפט, תש"ס—1980
- ח. לקראת קובץ דיני ממונות

מבוא

א. כללי

§ 1 בחברה פרימיטיבית מאד יכול היה אדם לספק את כל צרכיו בעצמו ובאמצעות בני־משפחתו. ככל שהתפתחה החברה פחתה אפשרות זו ועלתה חיוניותה של ההתמחות. להתמחות חשיבות כלכלית רבה, הנובעת לא רק מההבדלים בכישוריהם של בני האדם ובחומרי הגלם הטבעיים המצויים במקומות שונים, אלא גם מעצם מהותה. ההתמחות מאפשרת רכישת מיומנות גבוהה, כתוצאה מההתמקדות בתחום פעילות צר, ומיומנות זו מגבירה את כמות התוצר ואיכותו. ההתמחות חוסכת את העלויות הכבדות הכרוכות במעבר מתחום התעסקות אחד למישנהו. המיומנות הנרכשת מאפשרת פיתוחם של שיטות, מכשירים ומכונות החוסכים עבודה ומגבירים את התפוקה. הכלכלה המודרנית מבוססת, איפוא, על התמחות של יחידות הייצור והחלפת התוצרים השונים אלה באלה. בעבר הרחוק הדרך המקובלת היתה להחליף את הנכסים אלה באלה בעיסקאות חליפין. דרך זו כרוכה בקשיים ובסירבול רב, ועם המצאת הכסף תפס המכר את מקום החליפין כעיסקה הנפוצה ביותר. תחילה ניתן היה להסתפק בעיסקאות פשוטות של "שלם וקח", בהן הוחלפו כסף ונכסים על־אתר, ללא הטלת חיובים עתידיים על הצדדים. אט אט גבר הצורך בעשיית עיסקאות הצופות פני־עתיד, כתנאי לתכנון כלכלי ולפעילות ארוכת־טווח. כך תפס חוזה המכר האובליגטורי את מקומה של עיסקת המכר הריאלית. בימינו חוזה המכר הוא העיסקה הנפוצה ביותר והחשובה ביותר, בתחום המסחרי, בתחום הצרכני ובתחום הפרטי בכללו.¹

1 על תהליך ההתמחות ראה E. Durkheim, *The Division of Labor in Society* (Eng. Trans., New-York, 1964) R.E. Speidel, R.S. Summers & J.J. גם ראה White, *Commercial and Consumer Law*, 3rd ed. (St. Paul, Minn., 1981), 620 et seq.

התפתחות חברתית-כלכלית זו משתקפת גם במשפט. על כן דיני המכר הם מהדינים המרכזיים במשפט הפרטי בכל השיטות המודרניות, וחוק המכר הוא ראש וראשון לחוקים המסדירים את סוגי החוזים המיוחדים.

ב. תולדות החוק

2 § בשנת 1964, לאחר עבודת הכנה שנמשכה החל משנת 1929, נערכה בהאג ועידה בינלאומית בנושא האחדת הדין החל על חוזים למכר טובין בינלאומי². בוועידה זו נתקבלו שתי אמנות. האחת בענין חוק אחיד למכר טובין בינלאומי³, והשניה בענין כריתת חוזים למכר טובין בינלאומי⁴. מדינת ישראל נטלה חלק בוועידת האג, ושני החוקים אף נקלטו למשפטנו הפנימי בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), תשל"א—1971, ובחוק המכר (עשיית חוזים למכר טובין בין-לאומי), תשל"ח—1978⁵. לשתי האמנות היתה השפעה רבה מאד על חקיקת החוזים בישראל, בפרט בנושאים של מכר, כריתת חוזה ותרופות בשל הפרת חוזה⁶.

2 על עבודות ההכנה שקדמו לוועידת האג, ועל דיוני הוועידה עצמה, ראה E. Rabel, "A Draft of an International Law of Sales", 5 *U. Chi. L.R.* (1938) 543; E. Rabel, "The Hague Conference on the Unification of Sales Law", 1 *Am. J. Comp. L.* (1952) 58; J.O. Honnold, "A Uniform Law for International Sales", 107 *U. Pen. L.R.* (1959) 299; *Diplomatic Conference on the Unification of Law Governing the International Sale of Goods, The Hague, 2—25 April 1964* (The Hague, 1966), 2 Vol's.; J.O. Honnold, "The 1964 Hague Convention and Uniform Laws on the International Sale of Goods", 13 *Am. J. Comp. L.* (1964), 451; G. Eörsi, "The Hague Conventions of 1964 and the International Sale of Goods", 11 *Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae* (1969) 321.

3 כ"א, כרך 22, עמ' 561. להלן — החוק האחד משנת 1964.

4 כ"א, כרך 26, עמ' 353.

5 פ"ח תשל"א, עמ' 42; פ"ח תשל"ח, עמ' 196. שני החוקים נכנסו לתוקף ביום שבו הודיע שר המשפטים על כניסתן של האמנות לתוקפן לגבי ישראל. ההודעה לגבי החוק האחד משנת 1964 פורסמה באוגוסט 1972 (ק"ת, תשל"ג, עמ' 786), וההודעה ביחס לחוק על כריתת חוזה למכר טובין בינלאומיים פורסמה בנובמבר 1980 (ק"ת, תשמ"א, עמ' 287). על היחס בין חוק המכר לחוק המכר (מכר טובין בין לאומי), תשל"א—1971 ראה § 85 להלן.

6 ראה גם ז' צלטנר, "על דיני המכר", בתוך קובץ הרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ח — החקיקה האזרחית החדשה (ירושלים, תשל"ו) 79; שלו—כריתת חוזה, § 2, הערת-שוליים 3, בעמ' 2; ז' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, שער ראשון (תל-אביב, תשל"ד) 53, 106, 109, 226, 264—265, 388—389, 419—420, ועוד.

ישראל היא המדינה הראשונה, ולעת עתה היחידה, שעיצבה את חוק המכר הפנימי שלה בהסתמך על החוק האחיד משנת 1964.

עבודת הניסוח של חוק המכר החלה במשרד המשפטים כבר לפני ועידת האג, תוך הסתמכות על הטיוטות שקדמו לחוק האחיד משנת 1964. בהצעת החוק, אשר הובאה לקריאה ראשונה בכנסת ביום י"ג בתמוז תשכ"ה (13 ביולי 1965) ניכר חותמו של פרופ' א' ידין המנוח, שעמד בראש מפעל החקיקה האזרחית החדשה. ההצעה הועברה לוועדת החוקה, חוק ומשפט, וזו הכניסה בה שינויים רבים, שמרביתם היו, או נועדו להיות, שינויי סגנון ונוסח בלבד. החוק נתקבל בקריאה שניה ושלישית ללא כל הסתייגויות ביום כ"ג בסיון תשכ"ח (19 ביוני 1968). החוק פורסם ביום 28 ביוני 1968 ונכנס לתוקף ביום 1 באוקטובר 1968. בסידרת חוקי החוזים קדמו לו חוק השליחות, תשכ"ה—1965, חוק השומרים, תשכ"ז—1967, חוק המשכון, תשכ"ז—1967 וחוק הערבות, תשכ"ז—1967. ביחד עם חוק המכר נתקבל גם חוק המתנה, תשכ"ח—1968, ובעקבותיהם חוקקו שאר החוקים בסידרה. עד היום תוקן חוק המכר פעם אחת בלבד, בתיקון שהתפרסם ביום 6 באוגוסט 1971, ובו הוספו סעיפים 34 ו-34⁷.

ג. מקורות החוק

3 § המקור החשוב ביותר לחוק המכר הוא החוק האחיד משנת 1964. מנסחי החוק הישראלי שאפו ליצור הרמוניה בין הדין שעתידי היה לחול על חוזי מכר בינלאומיים ובין הדין החל על חוזי מכר מקומיים. ההסתמכות על החוק האחיד ועל עבודות ההכנה שקדמו לו איפשרו ליהנות מהמחקר ההשוואתי המקיף שנערך לשם ניסוחו. עם זאת, חוק המכר איננו העתקה או תרגום של החוק האחיד. אמנם רבים מהעקרונות, המושגים והכללים שבחוק המכר שאובים מהחוק האחיד, אך בצידם מצויים כללים, מושגים ועקרונות שריקעם שונה. גם כאשר הלך המחוקק הישראלי בעקבי החוק האחיד, אין בו בהכרח אימוץ מלא של ההסדר המשפטי המצוי שם.

שיטות משפט שונות השפיעו על תוכנו של החוק האחיד משנת 1964, וככל שחוק המכר מבוסס על החוק האחיד, ניכרת השפעתן העקיפה של אותן שיטות

7 פ"ח, תשל"א, עמ' 186. ראה גם §§ 691—718 להלן. הצעת חוק גוססת, לתיקון סעיף 2 לחוק המכר, פורסמה אך לא נתקבלה. ראה הצי"ח, תשל"ב, עמ' 380; § 97 להלן.

גם בו. בפרט ראוי לציין בהקשר זה את חוקי המכר הסקנדינביים מהשנים 1905—1907, ואת ה-B.G.B. הגרמני.⁸ השפעתן של שיטות המשפט המקובל על החוק האחד משנת 1964 לא היתה רבה, ואף בחוק המכר רישומן אינו ניכר.⁹ עקרונות וכללים מסויימים בחוק שאבו את השראתם ישירות משיטות משפט זרות, אף שבחוק האחד משנת 1964 אין הם מצויים.¹⁰

כמו בחוקים אחרים, הדגישו יוזמי החוק את השפעתו של המשפט העברי על הוראותיו, אך למעשה השפעה זו מועטה ביותר. זיקת החוק למשפט העברי, ככל שהיא קיימת, היא סמנטית בעיקרה ולא מהותית.¹¹

בשנת 1980 נערכה בווינה ועידה נוספת, שבה נחתמה אמנה חדשה בדבר מכר טובין בינלאומי, בחסות ארגון האו"ם.¹² האמנה החדשה מבוססת על האמנה משנת 1964, בשינויים הנובעים, בין היתר, מהתרחבות מעגל המדינות המשתתפות ומלקחים שהופקו מיישומו של החוק האחד משנת 1964. אף שהחוק הבינלאומי משנת 1980 איננו נמנה עם מקורותיו ההיסטוריים של חוק המכר, יש ענין רב בהשוואה אליו, משום שהוא מיוסד על אותם כללים ומושגים, ומשקף התפתחות נוספת בתחום זה.¹³

8 ראה F. Schmidt, "The International Contract Law in the Context of Some of Its Sources", 14 *Am. J. Comp. L.* (1965—1966) 1, 33; ראו (1938), הערה 2 לעיל, במיוחד בעמ' 549.

9 ראה צ'לסטר, דיני המכר, הערה 6 לעיל, בעמ' 80. להשקפה שונה ראה: A. Szakats, "The Influence of Common Law Principles on the Uniform Law on the International Sale of Goods", 15 *Int. & Comp. L.Q.* (1966) 749.

10 ראה, לדוגמא, סעיפים 3, 6 ו-33, §§ 113, 154—153, 624 להלן.
11 ראה דברי שר המשפטים בהביאו את הצעת חוק המכר לקריאה ראשונה בכנסת, דהיי, כרך 43, עמ' 2571, 2572; צ'לסטר, דיני המכר, הערה 6 לעיל, בעמ' 80—81; §§ 20, 154 להלן.

12 שם האמנה: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), והיא תכונה להלן — החוק הבינלאומי משנת 1980. האמנה מבוססת על עבודתה של ועדת האו"ם על משפט מסחרי בינלאומי — United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). על אמנת וינה והעבודות שקדמו לה ראה, באופן כללי: "Unification of International Trade Law: UNCITRAL's First Decade", in 27 *Am. J. Comp. L.* (1979), 201—352; J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, (Deventer/Netherlands, 1982), p. 37 et seq.; G. Eörsi, "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", 31 *Am. J. Comp. L.* (1983) 333.

13 מעניין לציין שבנושאים לא מעטים, בהם סטה חוק המכר הישראלי מהסדריו של

גם כאשר ניתן לאתר את הדינים שמהם שאבו מנסחי חוק המכר את השראתם, אין משמעות הדבר שניתן לאמץ במשפטנו את מערכת המושגים והפירושים הנלווים לאותם דינים במכרזם. חוק המכר איננו העתקה של דין זה או אחר, אלא סינתזה ישראלית מקורית המשלבת רעיונות ומושגים משיטות רבות.

ד. היקף החוק

4 § חוק המכר דן בחיובי המוכר והקונה — תוכנם, קיומם ותוצאותיהם — וכן בתרופות מיוחדות בשל הפרת חיובים אלה. בכך נבדל החוק הן מהדין שקדם לו, הספר הראשון למגילה, והן מהחוק האחד משנת 1964 ומהחוק הבינלאומי משנת 1980. בניגוד לאותם חוקים, חוק המכר איננו חי הנושא את עצמו, אלא חוליה במסכת החקיקה האזרחית. על-כן אין הוא דן בכריתת החוזה ותוקפו, בכשרות הצדדים, בהמחאת חיוביהם וזכויותיהם של הצדדים, בתרופות העיקריות בשל הפרת חוזה, וכדומה. בנושאים שבהם דן החוק, הוא דין מיוחד לעומת חוק החוזים הכללי וחוק התרופות. בכל שאר הנושאים הקשורים לחוזה המכר יחול החוק בצד הדינים המסדירים אותם היבטים¹³.

ה. מבנה החוק וניסוחו

5 § חוק המכר מחזיק שלושים ותשעה סעיפים הנחלקים לארבעה פרקים. הפרק הראשון (סעיפים 1 עד 6) עוסק בהיקף תחולתו של החוק מבחינת הגדרת העיסקה, סוגי הנכסים והיחס לחוקים אחרים ולהסכמת הצדדים. סעיף 6 קובע חיוב לקיים את החוזה בתום-לב. הפרק השני דן בחיובי הצדדים, והוא כולל הוראות שעניינן חיובי המוכר (סעיפים 7 עד 18), חיובי הקונה (סעיפים 19 עד 22) והוראות משותפות למוכר ולקונה (סעיפים 23 עד 26). הפרק השלישי (סעיפים 27 עד 32) מוסיף על התרופות שבדין הכללי בגין הפרת חוזה מכר. הפרק האחרון כולל הוראות שונות בנוגע להיבטים הקנייניים של העסקה וכן סעיפי ביטול, תחילת תוקף והוראות מעבר (סעיפים 33 עד 37, לרבות סעיפים 34 ו-34א).

החוק האחד משנת 1964, קובע החוק הבינלאומי משנת 1980 כללים הדומים דווקא לאלה של חוק המכר הישראלי. ראה, לדוגמא, §§ 173, 198, 533, 564 להלן.
13 על היחס בין חוק המכר לפרקים אחרים בחקיקה האזרחית החדשה ראה §§ 55—85, 531—539 להלן.

[6]

שהוספו בשנת תשל"א). מבנה זה תואם באופן כללי את מבנהו של החוק האחד משנת 1964, בשינויים הנובעים מקיומם הנפרד בישראל של חוק תרופות וחוק שומרים¹⁴.

§ 6 נוסחו של החוק מתאפיין בהוראות קצרות, כמעט לאקונויות, שאינן דנות בפרטי הדין אלא מסתפקות במתן הנחיות כלליות לנמעני החוק כיצד ליישמו ולמלאו בתוכן¹⁵. ביטויים כגון "תום-לב", "העמדת הממכר לרשות הקונה", "בדיקה", "המחיר הראוי", "מסמכים המתייחסים לממכר", וכדומה, מותירים כר נרחב להפעלת שיקול דעת משפטי בקביעת תוכנם המדוייק.

ו. מגמות-היסוד בחוק

1. כללי

§ 7 כאשר באים להשלים פערים המצויים בכל דבר-חקיקה, יש לעשות כן, ככל שהדבר ניתן, על-פי מגמות-היסוד, העקרונות והמטרות שבבסיס החוק. כאשר דנים בחוק המכר, יש משנה חשיבות לאיתור עקרונותיו, משום שחוק המכר הוא אחד מהנדבכים הבסיסיים שעליהם נבנתה מאוחר יותר החקיקה האורחית החדשה, הן בנוגע לדין החוזים הכללי והן בתחום החוזים המיוחדים. תרמו לכך סיבה היסטורית, חקיקתו המוקדמת של החוק בהשוואה לחוקים אחרים, וסיבה מהותית — היות המכר העיסקה הנפוצה והחשובה ביותר בכלכלה המודרנית. המסגרת הנוכחית איננה מתאימה לדיון מקיף בעקרונות ובקוי-היסוד של החוק. נסתפק, על-כן, בציון תמציתי של אחדים מהקיום המנחים של חוק המכר, אשר חלקם מיוחדים לחוזה המכר וחלקם משותפים לחקיקת החוזים החדשה בכללה.

14 ראה M. Aronovsky, "Comments on the New Law of Sales", 4 *Isr. L. Rev.* 141 (1969).

15 ראה U. Yadin, "The Uniform Sales Law of the 1964 Hague Convention and the Israel Sales Law of 1968". *Ius Privatum Gentium*, Festschrift für Max Rheinstein (Tübingen, 1969) Bd. I, S. 455.

2. הגשמת הציפיות הסבירות של הצדדים

§ 8 בדומה לשאר חוקי החוזים בישראל, אף ביסודו של חוק המכר מונחת השאיפה להגשים את הציפיות הסבירות של הצדדים¹⁶. עיקרו של החוק הוא בהוראות השלמה לחוזה שבין הצדדים, והצלחתו נמדדת במידה שבה הוא אע"פ קולע בהוראותיו לציפיות הטיפוסיות והסבירות של הצדדים. כך, למשל, לקונה ישנה ציפיה מוצקה לקבל ממכר שהוא מתאים מכל בחינה למה שהוסכם, והחוק מגן על ציפיותיו (סעיף 11). כאשר הסכימו הצדדים על ביצוע המסירה תוך תקופה פלונית, מגשים החוק את ההנחה המסתברת שהמוכר יוכל לבצע את המסירה במועד שהוא יבחר בתוך אותה תקופה. אולם החוק אינו נותן בידי המוכר כח בלתי-מוגבל, אלא דורש ממנו להודיע לקונה זמן סביר מראש על מועד המסירה, כדי שהאחרון יוכל להיערך לקראתה כראוי (סעיף 9). דוגמא נוספת ניתן להביא ממצבו של בעל זכות בנכס המשמשת כערובה לחיוב כספי, מקום שהנכס נמכר במכירה על-פי דין. סעיפים 34 ו-33 קובעים שבמקרה כזה תיפקע זכותו של אותו אדם בנכס ותעבור לפדיון מהמכירה. מכיוון שמלכתחילה לא נועדה זכותו אלא לאפשר מימושה על-ידי מכירת הנכס, הרי שהעברתה לפדיון מהמכירה תואמת את ציפיותיו¹⁷.

לא תמיד השכילו מנסחי החוק להגשים את הציפיה הסבירה של הצדדים, ובמקרים אלה ראוי החוק לביקורת. לדוגמא, ניתן לשער שבחוזה רגיל, בו חיובי המסירה והתשלום הם חיובים מקבילים, על הצדדים לבצע חיובים אלה באותו מקום ובאותה שעה. לגבי המועד, סעיף 21 אכן קובע זאת, אך לגבי מקום-התשלום נקבע שהוא ייעשה במקום-עסקו של המוכר בלי להתחשב במקום שבו נערכת המסירה¹⁸. דוגמא חריפה יותר נוגעת להסדרי המסירה למוביל שבסעיפים 8(ג), 10(ג) ו-22(ב) לחוק, עליהם נעמוד בדיון על סעיפים אלה¹⁹.

16 השווה ברק-שליחות, § 19, בעמ' 32-34; ג' שליו, "פגמים בכריתת החוזה – קווים מנחים", משפטים יא (תשמ"א) 439, 452 ואילך.

17 ראה §§ 694-696 להלן. לדוגמא מובהקת נוספת (בסעיף 29), ראה § 563 להלן.

18 ראה § 444 להלן.

19 ראה §§ 188-199, 218-220, 484-491 להלן.

3. עקרון תום-הלב

9 § אחד הקיום המנחים הבולטים בחוק המכר הוא עקרון תום-הלב. נוסף על ביטוי המפורש בסעיף 6 לחוק, עומד עקרון זה ביסודם של כללים רבים בחוק, שניתן לראותם כקונקרטיזציה שלו. לדוגמא ניתן להזכיר את סעיפים 12, 16 ו-18(ב). סעיף 12 שולל מהקונה את הזכות להסתמך על אי-התאמה בממכר אם ידע עליה מראש. סעיף 16 שולל מהמוכר את הזכות להסתמך על אי-קיומם של נטלי הבדיקה וההודעה המיידיות כמחסום להסתמכות הקונה על אי-התאמה, אם המוכר ידע או היה עליו לדעת על אי-ההתאמה. סעיף 18(ב) מטיל על המוכר חובת גילוי על כל תביעת זכות לגבי הממכר שידע או שהיה עליו לדעת עליה. עקרון תום הלב חולש על חוק המכר, ומאז חקיקת חוק החוזים הכללי הוא עקרון על במשפט האזרחי הישראלי בכלל²⁰. עקרון זה עשוי למתן את התוצאות הנובעות מעקרונות אחרים, כגון הביטחון המסחרי. נעמוד עליו ביתר הרחבה כשנעסוק בסעיף 6 לחוק²¹.

4. מתן תוקף מירבי לרצונם המשותף של הצדדים

10 § אחת המגמות העיקריות של חוק המכר הינה לתת תוקף מירבי להסכמת הצדדים. אמנם לאחר חקיקת חוק החוזים הכללי, מגמה זו איננה מיוחדת עוד לחוק המכר, ובכל זאת ראוי לעמוד עליה, בין היתר משום שניתן לשער שעיצובם של הדינים הכלליים הושפע מחוק מוקדם זה. למגמה הנדונה ישנם היבטים אחדים. היבט אחד הוא הדיספוזיטיביות העקרונית של החוק. למעט הוראות ספורות, החוק מאפשר לצדדים להתנות על כלליו ככל שיחפצו. כלל זה מפורש בסעיף 4(ב), סיפא, ונתמך גם בהוראות השלמה והעדיפות שבסעיף 5. היבט אחר הוא היעדרן של דרישות מוקדמות למסוימות החוזה, ומתן תוקף לגמירת דעתם של הצדדים להתקשר בחוזה גם אם חסרה הסכמה על מרכיבים בסיסיים בעיסקה. כך, למשל, נכון הדין להכיר בתוקפו של חוזה מכר שבו לא הוסכם על המחיר ואפילו לא על דרך קביעתו (סעיף 20(א)). דוגמא נוספת ניתן למצוא בסוגיית אי-ההתאמה. לפי סעיף 11, קנה-המידה הראשון במעלה להתאמתו

20 ראה ד' פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי)", תשל"ג—1973 והזיקה לדין הגרמני", הפרקליט 10 (תשמ"ד) 53.
21 ראה §§ 153—169 להלן.

או אי-התאמתו של הממכר הוא הסכמת הצדדים (ולאו-דווקא ציפיותיו של צד זה או אחר)²².

5. עידוד הבטחון המסחרי

11 § הדין שקדם לחוק המכר, הספר הראשון למג'לה, התאים בעיקר לכלכלה פרימיטיבית המבוססת על חקלאות. הכלכלה המודרנית מבוססת על חילופים מהירים של כספים ונכסים, ועל כן אחד מתפקידי החוק הוא לאפשר את המסחר המהיר והשוטף. מכיוון שהטיפול בנושאים כמו הגנת הצרכן וחוזים אחידים נעשה במשפטנו בחקיקה נפרדת, אין קושי שחוק המכר הכללי אכן יגשים את המגמה של עידוד הבטחון המסחרי²³. מטרה זו זכתה להדגשה בחוק האחיד משנת 1964, אשר דן בסחר בינלאומי ונוסח בעיקר על-ידי נציגיהן של מדינות מתועשות ובעלות מסחר מפותח. מהחוק האחיד נקלטה מגמה זו לחוק המכר, אף כי הגשמתה אינה מלאה בשל קיומם של עקרונות אחרים כמו עקרון תום-הלב²⁴. יש לזכור שבחוק המכר, כמו בשאר חוקי החוזים החדשים, אין הבחנה בין עיסקאות פרטיות לעיסקאות מסחריות, והדינים חלים בשווה על שני הסוגים.

עידוד הבטחון המסחרי מתבטא הן בתוכנו של החוק והן בצורתו. מבחינת התוכן ניתן להצביע, למשל, על הנטלים שקובע החוק כתנאי להסתמכות הקונה על אי-התאמה בממכר ועל תקנת השוק הרחבה יחסית. החוק קובע גטלים של בדיקה והודעה מיידית על אי-התאמה (סעיפים 13, 14), ואף קוצב תקופות מקוצרות לפקיעת זכות הקונה להסתמך על אי-ההתאמה (סעיף 15). בכך מוגבר בטחונו של המוכר בסיום מהיר של העיסקה על כל ספיחיה²⁵. מנגד, בטחונו של הקונה בכל הנוגע לזכויות בממכר זוכה להגנה על-ידי תקנת-שוק רחבה (סעיף 34).

12 § מבחינת הצורה, מסייע חוק המכר למסחר השוטף והמהיר בכך שהוא קובע כללים ברורים ובהירים²⁶. מושגי החוק פשוטים ומוחשיים. אין הוא

22 ראה § 224 להלן.

23 ראה גם § 13 ו-§§ 69–71 להלן.

21 ראה גם § 9 לעיל ו-§§ 153–169 להלן.

25 ראה § 278, 315 להלן.

26 השווה לסעיף U.C.C. ל-102(2)(a) האמריקאי, הקובע שאחת מהמטרות החשובות של הקוד היא: "to simplify, clarify and modernize the law governing commercial transactions".

מבוסס על פיקציות משפטיות או על ביטויים הטעונים משמעויות מורכבות וסבוכות. דוגמא מובהקת לכך מצויה במושג אי-ההתאמה. חוק המכר משוחרר מההבחנות והבחנות-המשנה הרחחות במשפט האנגלו-אמריקאי ובמידה מסוימת אף במשפט הקונטיננטלי בכל הנוגע לסוגים שונים של אי-התאמה. במקום כללים מורכבים המעוגנים בהיסטוריה משפטית ארוכה, משתמש החוק במושג אי-התאמה יחיד ואחיד²⁷. דוגמא אחרת היא קשירת מירב הנפקויות המשפטיות למושג המוחשי של מסירה, ולא למושג הערטילאי של העברת הבעלות²⁸. פשטות החוק כשלעצמה תורמת לוודאות המסחר.

6. שוויון בין הצדדים

§ 13 מרבית חווי המכר הנערכים בחקופתנו נעשים בין צדדים שאינם שקולים מבחינת כוחם הכלכלי, כוח המיקוח שלהם, מומחיותם והמידע הרלבנטי שבידם. למרות זאת מניח החוק שקיים שוויון בין המוכר והקונה. "המגמה הכללית היתה לגשת לחוק זה מתוך עמדה שקולה, אובייקטיבית ומעשית כאחת, ולמצוא דרך לקדם את המסחר ולהגן על האינטרסים המוצדקים של כל צד במידה שווה"²⁹. להבדיל ממשכון או ביטוח, למשל, במכר אין צד שהוא החלש והפגיע מטבע העיסקה. כשם שישנם צרכנים הרוכשים מצרכים מבתי-עסק גדולים, כך גם גופים עסקיים גדולים נוהגים לקנות נכסים מספקים קטנים. על-כן הפתרון לעיוותי-השוק בעיסקות מכר איננו יכול להימצא במסגרת דין המכר הכללי, אלא בחוקים צרכניים מיוחדים. בין האחרונים ניתן להזכיר את חוק המכר (דירות), תשל"ג—1973, חוק החוזים

האחידים, התשמ"ג—1982 וחוק הגנת הצרכן, התשמ"א—1981³⁰.

לפיכך, כאשר יש ליישם את החוק או למלא בו פערים, יש לעשות זאת מתוך התחשבות בתחולתו הן על חוזים שבהם המוכר הוא הצד החזק, הן על אלה שבהם הצד החזק הוא הקונה, והן על חוזים שבהם הכוחות שקולים.

27 ראה גם § 221 להלן.

28 ראה ש' לרנר, "הפיחות במעמדה של הבעלות באספקלריה של מועד העברת הבעלות במכר מיטלטלין", מחקרי-משפט ה (תשמ"ז) 77, במיוחד בעמ' 113 ואילך.

29 דברי שר המשפטים, ד' יוסף, בהביאו את חוק המכר לקריאה ראשונה בכנסת. דהיי, כרך 43, בעמ' 2572.

30 על היחס בין חוק המכר לחקיקה הצרכנית ראה §§ 69—71 להלן.

7. מרכזיותה של המסירה לעומת ההקניה

§ 14 הגדרתו של חוזה המכר מבוססת על חיוב העברת הבעלות בממכר ולא על חיוב העברת החזקה בו. מבחינת אפיון החוזה והבחנתו מעסקאות אחרות חיוב ההקניה הוא כמעט תנאי הכרחי ומספיק לקיומו של חוזה מכר, בעוד שהמסירה מאפיינת גם עסקאות אחרות, כגון שכירות. אף-על-פי-כן, לצרכים אופרטיביים החוק שם את הדגש דווקא על חיוב המסירה, ואילו חיוב ההקניה מטופל באופן שולי בלבד. חוק המכר מתמקד ביחסים שבין המוכר והקונה, ובמסגרת זו אין חשיבות יתרה למועד או לאופן שבו מועברות הזכויות בנכס. עיקר חשיבותה של ההקניה הוא ביחסים שבין המוכר והקונה לבין אנשים שלישיים, מישור שהחוק אינו דן בו כמעט³¹.

הדגשתו של חיוב המסירה לצרכים מעשיים מתבטאת, למשל, בכך שהחיוב המקביל לחיוב התשלום הוא חיוב המסירה (סעיף 23). המסירה גם קובעת את המועד להעברת הסיכון לגבי אובדן הממכר או קילקולו (סעיף 22). חיוב ההקניה נדון בעיקר בפרק האחרון של החוק, שעניינו "שונות". בעוד שמרבית הוראותיו האחרות של החוק מתמקדות במסירה, בחיובים הנלווים לה ובתוצאותיה. אף הכלל הרגיל לגבי דרך העברת הבעלות ומועדה (סעיף 33 לחוק) כורך את ההקניה בחיוב המסירה. ההדגשה המעשית של חיוב המסירה מתיישבת היטב עם מגמת החוק לקשור תוצאות משפטיות לפעולות מוחשיות וברורות, ולא להישען על מושגים ערטילאיים, אשר עלולים לעורר קושי בחיי המעשה³². יש לציין שלעיתים החוק מרחיק לכת בהדגשת המסירה, כפי שהדבר, למשל, בסעיף 18. סעיף זה קושר גם את החיובים הנוגעים להתאמת הזכויות בנכס לחיוב המסירה, ולא לחיוב ההקניה כמסתבר³³.

8. עקרון ההתאמה

§ 15 אחד העקרונות החשובים בחוק המכר הוא עקרון ההתאמה. על המוכר למסור ממכר המתאים מכל הבחינות למה שהוסכם בין הצדדים ואף להקנות את הבעלות כמוסכם. לכאורה, אין רבותא בעקרון שאדם חייב לקיים את אשר התחייב לקיים. למעשה, קביעת עקרון כללי של התאמה משקפת את שיאה

31 ראה לרנר, הערה 28 לעיל, במיוחד בעמ' 86 ואילך. ראה גם §§ 625–626 להלן.

32 ראה גם § 12 לעיל.

33 ראה § 352 להלן.

של התפתחות ארוכה בדיני המכר החוזים בכלל. השוואה לחוקים אחרים בעולם, לרבות המודרניים שבהם, כגון חוק מכר טובין האנגלי משנת 1979, מגלה שאפילו בחוקים אלה טרם הגיעו להכללה של עקרון ההתאמה, כפי שנעשה הדבר בחוק המכר, בעקבות החוק האחד משנת 1964.³⁴

לאחר חוק המכר נקבעו כללים דומים בחוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971 (סעיפים 6 ו-28) ובחוק חוזה קבלנות, תשל"ד—1974 (סעיף 3), ואף הושם דגש על חיוב ההתאמה בחקיקה הצרכנית, כמו, למשל, בחוק המכר (דירות), תשל"ג—1973.

ז. מילוי פערים בחוק

1. כללי

16 § התוויית הדרך למילוי פערים בחוק חייבת להיגזר מתפיסה כוללת לגבי פרשנות, מילוי לאקונוט (ושאלת היחס ביניהם), שיקול דעת שיפוטי, וכדומה. אולם דיון בנושאים אלה חורג ממסגרת חיבור זה. בנוסף לכך, חוק המכר הוא אחד הפרקים במסכת חוקי החוזים החדשה. הדבר מחייב לאמץ גישה עקיבה במילוי פערים בו ובחוקים האחרים, מתוך ראייה כוללת שלהם כמרכיבי קודקס החיובים הישראלי.³⁵ דומה שהספרים שנכתבו עד כה בסידרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת פרופ' ג' טרסקי אכן משקפים גישה עקרונית דומה בפירוש החוקים השונים.³⁶ אף מטעם זה אין מקום לשוב ולהעמיק בסוגיות הכלליות של פירוש החקיקה האזרחית החדשה. נסתפק, איפוא, בתיאור קצר של זיקות החוק לדין הקודם, לשיטות-משפט שמהן נשאבו הוראותיו ולפרקים אחרים בחקיקת החוזים החדשה. כמו-כן נציין את נפקותו האפשרית של חוק יסודות המשפט לענייננו.

34 ראה סעיף 11 לחוק; § 221 ואילך, להלן.

35 ראה א' ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיני משפט ג (תשל"ג) 5; א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים", משפטים ז (תשל"ו) 15. אי נקיטה בגישה עקיבה עלולה להוביל בשיטתנו ל"מגדל בבל יחידיו", כלשונו של פרופ' א' פרוקצ'יה (א' פרוקצ'יה, דיני פשיטת רגל והחקיקה האזרחית בישראל (ירושלים, תשמ"ד) 173).

36 ראה, בין היתר, ברק—שליחות, §§ 15—18, בעמ' 23—27; ירון—תרופות, § 3, בעמ' 13—17; ראביליו—מתנה, § 3, בעמ' 16; ויסמן—משכון, § 1, 3, בעמ' 2, 4.

2. היחס לדין הקודם, לחוקי חוזים אחרים ולשיטות משפט זרות

17 § בהשוואה לחוקים אחרים בחקיקה האזרחית החדשה, חוק המכר הוא חוק מפורט יחסית, ועל-כן ניתן לשער שהיקף העניינים שאין הוא דן בהם מצומצם מאשר בחוקים אחרים. אף-על-פי-כן, גם הוראותיו אינן מספקות תשובה חד-משמעית לכל שאלה, גם בו ישנם פערים. במילוי פערים אלה יש לשאוף למצוא את הפתרונות מתוך החוק עצמו ומתוך העקרונות שעליהם הוא מבוסס. אולם שאיפה זו איננה מובילה למסקנה שיש לעצום את העניינים בפני מקורות משפטיים שמחוץ לחוק המכר. עיון זהיר במקורות נוספים – בין שהם בני-תוקף במשפט הישראלי, בין שהיו כאלה, בין שהם חלק משיטות משפט זרות ובין שהם חלק מחשיבה משפטית שמעבר לשיטת-משפט פוזיטיבית זו או אחרת – הוא אמצעי חיוני למילוי פערים בחוק, לפירוש החוק. "פנייה כזו מרחיבה את אופק המחשבה, ועשויה להרחיב את האופציות הפרשניות"⁸⁷.

מעמדם של המקורות השונים שצינו איננו שווה. ההבחנה העיקרית היא בין מושגים, כללים ועקרונות שהם חלק מהמשפט הפוזיטיבי הישראלי ובין עקרונות, כללים ומושגים שאינם חלק ממשפטנו הנוהג (אף שהבחנה זו עלולה להיות מסופקת כשלעצמה). כאשר מדובר במושג המשמש גם בחוקים ישראליים אחרים, ובפרט בחוקים מאותו רובד חקיקתי (כמו, למשל, מושגי המסירה ואי-ההתאמה המצויים בכמה מחוקי החוזים החדשים), כי אז יש להתחשב בשימושיו השונים. התחשבות זו אינה מובילה בהכרח למסקנה שתוכן המונחים זהה בכל החוקים, ולעיתים אף באותו חוק עצמו ישנם מובנים שונים לאותו מונח. אולם הדבר אינו גורע מהצורך האמור. הוא הדין לגבי כללים, ובעיקר לגבי עקרונות, שהם חלק מהשיטה המשפטית הישראלית. טבעם של עקרונות שאינם מיוחדים דווקא לחוק זה או אחר. מידת השפעתם עשויה להשתנות, אך גם כשהיא מצומצמת היא עודנה קיימת. מילוי הפערים בחוק תוך התחשבות בכלל השיטה המשפטית מאפשר פיתוח הרמוני, טבעי וראציונלי של השיטה. התחשבות זו נתמכת כיום גם במיצותו של חוק יסודות המשפט, להיזקק להיקש לשם פתרון של שאלות משפטיות.

שונה מעמדו של חומר משפטי שאיננו חלק מהמשפט הישראלי הנוהג. אמנם גם בתחום זה לא היינו פוסלים עיון והתחשבות בכל חומר שהוא, אולם כאן חירותו של המעיין להתחשב או לא להתחשב בחומר "הזר" גדולה הרבה יותר. כל חומר רלבנטי

37 ברק, עצמאותה של הקודיפיקציה, הערה 35 לעיל, בעמ' 21.

הוא "קביל" אולם "המשקל הראייתי" שיינתן לו ישתנה ממקרה למקרה. אין לפסול התחשבות בכללים והלכות שהם חלק מהדין הקודם שבוטל על-ידי חוק המכר, בחוקים זרים, וכדומה. אפילו שיטות משפט המבוססות על מקורות היסטוריים שונים לגמרי מזה של חוק המכר עשויות במקרים רבים לספק רעיונות שניתן ליישם בשיטתנו. גם אם העקרונות היסודיים נבדלים, זהות הבעיות שעל השיטות השונות להתמודד עימן מובילה במקרים רבים לדמיון בכללים האופרטיביים או ביישומם של הכללים השונים. חשיבותה של הפניה לשיטות זרות גדלה כאשר גלוי וידוע שהן מבוססות על אותם עקרונות ומושגים שמהם שאבו מנסחי חוק המכר את השראתם.³⁸ במקביל לכך, יש ענין מיוחד לפנות להלכות שנקבעו בישראל לפני חוק המכר, ככל שיש בהן כדי לשקף השקפות חברתיות, כלכליות ומשפטיות המאפיינות את ישראל.³⁹

3. חוק יסודות המשפט, תש"ם—1980

§ 18 בניגוד לחוקים אחרים בסידרת החקיקה האזרחית החדשה, אין בחוק המכר הוראה בדבר אי-תחולת סימן 46 לדבר המלך על העניינים הנדונים בו.⁴⁰ הובעה בעבר הדעה שלאור אופיים הקודיפיקטיבי של חוקי החוזים החדשים אין עוד מקום למצוא בהם פערים שיש למלאם בהתאם לסימן 46.⁴¹ אולם ההשקפה המקובלת היתה הפוכה, ולפיה כל עוד לא בוטל סימן 46, ובהיעדר הוראה בדבר עצמאות החוק בחוק זה או אחר, לא ניתן להתעלם מקיומו.⁴² סימן 46 לדבר המלך בוטל בסעיף 2 לחוק יסודות המשפט, תש"ם—1980, ומכיוון שמדובר בחוק מהותי, תוקפו של הביטול הוא מכאן ולהבא ולא רטרואקטיבי. סעיף 1 לאותו חוק קובע שאם ראה בית-משפט שאלה משפטית ולא מצא לה מענה בדבר חקיקה או בהלכה הפסוקה, ואף לא בדרך של היקש, "יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל". לכאורה, נודעת, איפוא, חשיבות רבה לשאלה אם

38 ראה § 2, 3 לעיל.

39 ראה § 727 להלן.

40 השווה, למשל, סעיף 63 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973; סעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970; סעיף 10 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד—1974.

41 ראה א' ידן, "כיצד יפורש חוק השומרים", הפרקליט, כד (תשכ"ז) 493.

42 ראה מ' לבדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים א (תשכ"ט) 292, 298; ברק—שליחות, § 18, בעמ' 26.

חווה מכר נכרת לפני תחילתו של חוק יסודות המשפט או אחריו. במקרה הראשון יחול על החווה חוק המכר שאת פעריו יש למלא על-פי סימן 46 לדבר המלך, ואילו במקרה השני, אם מדובר בפער שטרם נתמלא, פתרונו יהא לפי חוק יסודות המשפט. לדעתנו, לא צריכה להיות לחוק יסודות המשפט השפעה ניכרת בענין חוק המכר ולהערכתנו גם לא תהא לו השפעה כזו הלכה למעשה. מסיבה זו, וגם מפאת קוצר היריעה, לא נדון בשאלות הרבות שמעורר כל אחד מסעיפיו.⁴³

הנסיון מלמד, שאף לפני חקיקת חוק יסודות המשפט, לא נחפזו בתי-המשפט להחיל את סימן 46 לשם מילוי פערים בחוק המכר, משום שהוא מבוסס על מושגים ועקרונות אחרים מאלה של המשפט המקובל האנגלי. הרכבה של המשפט האנגלי על חוק המכר לא היתה מסייעת לפתרון פערים המצויים בו, אלא רק מקשה על כך. להלכה, אין להוציא מכלל אפשרות שבעתיד יינתן פסק-דין לגבי חווה שנכרת לפני תחילתו של חוק יסודות המשפט, ואשר בו ימצא בית המשפט פער ויפנה למשפט המקובל ולדיני היושר האנגליים כדי למלאו. אולם אפשרות זו נראית בלתי-מסתברת.⁴⁴

כשם שלא היתה נפקות לסימן 46, נראה שגם לסעיף 1 לחוק יסודות המשפט לא תהא נפקות ממשית ביחס לחוק המכר. בניגוד לסימן 46, אשר חוקק על רקע שיטת משפט בלתי-מפותחת ובחלקה אף בלתי מוכרת למשפטי הארץ, חוק יסודות המשפט מתייחס לשיטה שבמרבית התחומים מכילה כבר תשתית חקיקתית ופסיקתית לא מעטה. במיוחד כך הדבר בדיני החוים, ובדיני המכר בפרט. דומה שבמצב זה האופן שבו יופעל שיקול-הדעת השיפוטי הוא נושא שאינו נתון להסדרה חקיקתית או פרטיבית, נושא שכמעט אינו "חקיק".

אף בהנחה שיש לחוק יסודות המשפט משמעות מעשית, ישנה מגמה לצמצם מאד את היקף תחולתו. מקובל לאמר שהחוק מבחין בין מילוי פערים לבין שאלות פרשנות ואף בין לאקונות לבין "הסדרים שליליים"⁴⁵. לפי השקפה רווחת זו, אין

43 לדיון כללי בחוק ראה, בין היתר, מ' חשין, "מורשת ישראל ומשפט המדינה", בתוך זכויות אזרח בישראל – קיבוץ מאמרים לכבודו של חיים ה' כהן (ירושלים, תשמ"ב) 47; ג' פרוקציה, "חוק יסודות המשפט, תש"ם–1980", עיתני משפט י (תשמ"ד) 145; ג' טדסקי, "על מהות הפקדון הבנקאי", בתוך ספר זוסמן (ירושלים, תשמ"ד), 209, 235–237; א' קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט – מציאות וציפיות", עיתני משפט יא (תשמ"ו) 117; ד"ר 13/80 הנדלס ג' קופת עמ, ס"ד לה (2) 785.

44 מלבד הנימוק הענייני שהובא, אין לכפור בקיומו של נימוק פסיכולוגי שבגיניו נוטים, במקרים של ספק, לדמות את הדין הקודם לדין הקיים.

45 ראה, למשל, פסק-דין הנדלס, הערה 43 לעיל, בעמ' 793 (השופט אלון), 797 (השופט ברק), 799 (הנשיא לנדוי).

החוק חל על פתרון שאלות של פירוש חוקים, ואף לא במקרים שהפער הוא, לאמיתו של דבר, הסדר שלילי. הבחנות אלה, ובמיוחד ההבחנה בין פרשנות למילוי פערים, עשויות להביא לצמצום קיצוני בתחולת החוק. בתחומים שבהם ישנה תשתית חקיקתית נרחבת, וכך הדבר בנוגע למכר, אין קושי לסווג כל שאלה, או כמעט כל שאלה, כמתייחסת לפירוש החוק. ביסוד המגמה לצמצם את תחולת החוק בכלל, ובנוגע לחקיקה האזרחית ולחוק המכר בפרט, מונחת ההשקפה שאין זה רצוי או מועיל לנסות לפתור שאלות המתעוררות במסגרתו לאור העקרונות שבסעיף 1, סיפא, לחוק יסודות המשפט. כל אחת מהמילים המרכיבות את הסיפא, והסיפא בכללותו, מעוררים קושיות רבות שאין להן מענה. זוהי פשרה בין השקפות משפטיות, ובעיקר השקפות ערכיות, המנוסחות באופן עמום ככוונה תחילה. אולם בין שמדובר בעקרונות מופשטים ובין בכללים של המשפט העברי, לא נראה שיש בסיפא כדי לסייע למילוי פערים בחוק המכר. פתרון פערים בחוק חייב להיעשות לאור העקרונות שביסודו של אותו חוק. במקרה של חוק המכר אין ספק שהחוק לא נוסח לאורם של עקרונות מזרשת ישראל, אלא אם נייחס להם משמעות מופשטת עד כדי חוסר משמעות.

אכן, רצוי להימנע ממילוי פערים בחוק המכר לאור העקרונות שבסעיף 1, סיפא, לחוק יסודות המשפט, ואולם הדרך לכך איננה בצמצום תחולתו. אנו נוטים לדעה שאין משמעות להבחנה בין פירוש חוק ובין מילוי פערים בו. בשני המקרים, אם אין תשובה חד משמעית למצב כלשהו בחוק הרי גדרשת הפעלת שיקול-דעת למציאת התשובה ועיצובה. אין הבדל עקרוני בנוגע לאופן מציאת התשובה בין מקרה שניתן לכנותו פירוש החוק ובין מילוי פער בו. מכל מקום, גם אם יש מקום להבחנה זו, לא נראה שחוק יסודות המשפט נזקק לה. החוק חל בשני המקרים. אשר למושג "הסדר שלילי", אין הוא מושג מנוגד למושג הפער בחוק, אלא זהו פתרון אפשרי לפער. הקביעה שקיים הסדר שלילי משמעותה האמיתית שהיה פער בחוק, ובדרך של היקש באנו למסקנה שפתרונו של פער זה הוא באי-קיום זכות או חובה, וכיוצא בזה. ההבחנה בין "לאקונה" ל"הסדר שלילי" היא הבחנה בין פתרונות שונים לשאלה המשפטית, ולא הבחנה מקדמית בין קיום פער להיעדרו. עקרונית, יחול איפוא חוק יסודות המשפט בכל מקרה שבו הדין אינו מכיל תשובה אפריורית יחידה לשאלה המשפטית.

למרות תחולתו העקרונית הרחבה של החוק, לא תהא, אף לפי גישתנו, נפקות ממשית לסיפא של סעיף 1. הטעם לכך נעוץ, בין היתר, במושג ההיקש שברישא. ההיקש הוא לב ליבו של חוק יסודות המשפט. בהקשר זה אין להבין היקש כמצטמצם

להחלת דין דומה על שני מקרים שיש ביניהם דמיון ענייני. ההיקש גם חורג מטעונו פשוטים דוגמת לאו מכלל הן, הן מכלל לאו, קל-והומר, וכיוצא בזה. יש להבין את ההיקש במשמעות הרחבה הניתנת לו בהקשרים חוץ-משפטיים. גיזון סטיוארט מיל, המנתח את מושג האנאלוגיה קובע בצדק שהיא כוללת כל טיעון הנסמך על גסיון או מידע קודם.⁴⁶ בחוק יסודות המשפט מדובר אומנם בהיקש במערכת פרוספקטיבית (המשפט) ולא במערכת דיסקריפטיבית שבה דן מיל, אולם הדבר אינו מוביל לצמצום המושג, ואולי אף להרחבתו. ההיקש כולל, איפוא, כל טיעון המשמש לפתרון שאלה משפטיות ואשר נסמך על השיטה המשפטית הקיימת. ההיקש בחוק יסודות המשפט מאפשר להפעיל את שיקול הדעת השיפוטי על-פי דרכי החשיבה, הניתוח וההנמקה המשפטיות הרגילות ומתוך המקורות הרגילים. לפיכך אין מקום או צורך לפנות לעקרונות מורשת ישראל שבסיפא. התוצאה היא שאין בחוק יסודות המשפט כדי להשפיע למעשה על שיקול הדעת המשפטי, וזו תוצאה רצויה מהטעמים שזכרו למעלה.

ה. לקראת קובץ דיני ממונות

19 § מלכתחילה לא נועד חוק המכר לעמוד בפני עצמו, אלא להיות פרק בספר-חוקים אזרחי ישראלי. לאחר שהכנסת חוקקה את מרבית החוקים העתידיים להשתלב בקודקס האזרחי המתוכנן, הונחה על שולחנה בשנת 1980 הצעת חוק לעריכת קובץ דיני ממונות, אשר לפיה תוסמך ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לקבוע נוסח שייאחד את כל החוקים שעניינם דיני ממונות, ונוסח זה יחליף את החוקים הנפרדים.⁴⁷ עד היום לא נתקבלה הצעת חוק זו. כנראה, הסיבה לכך היא, שנסתבר שהאחדתם של כל החוקים דורשת התאמות ושינויים החורגים מהמקובל ב"נוסח חדש" או ב"נוסח משולב" של חוק, במידה כזו שאין מנוס מהבאת הקובץ לאישורה של הכנסת כמקובל לגבי כל חוק. בכל אופן, המטרה החשובה של האחדת חוקי הממונות לא נזנחה, ובתקופה האחרונה שוקדת ועדת משפטנים על עריכת הקובץ החדש.

46 ראה, *J.S. Mill, A System of Logic, 1874* (University of Toronto Press, 1973), 554 et seq.

47 הצי"ח תש"ם, עמ' 184.

מקומו של הפרק על חוזה המכר הוא באותו חלק של הקובץ שיעסוק בחוזים המיוחדים, בצד פרקים שעניינם חוזה המתנה, חוזה הקבלנות, השכירות והשאלה, וכדומה. בהיותו העיסקה היסודית והחשובה ביותר, ראוי להציב את ההוראות בדבר המכר בראש אותו חלק, כפי שמקובל בקודקסים אורחיים רבים בעולם⁴⁸. שילובו של חוק המכר בקובץ דיני הממונות ידרוש השמטת סעיפים אחדים, שינויי מיקום ושינויי נוסח. בין ההוראות שניתן יהיה להשמיטן, כדי למנוע כפילות עם החלק הכללי של דיני החוזים, ניתן להזכיר את סעיפים 4(ב), 5, 6 ו-32 לחוק אשר חופפות הוראות דומות בדיני החוזים הכלליים, ללא שישנה לכך הצדקה מיוחדת. בין ההוראות שניתן לשקול העברתן לחלק הכללי ניתן להזכיר, למשל, את סעיף 28, אשר מתאים לחול אף על עיסקאות אחרות⁴⁹. כדוגמא לשינויי נוסח נחוצים ניתן להצביע על המושג "גמירת החוזה", שאינו מתאים למושג המשמש בחוק החוזים הכללי — "כריתת החוזה"⁵⁰.

נוסף על השינויים הטכניים הנזכרים, נראה שיהיה צורך גם בשינויים מהותיים בחוק. חלק משינויים אלה מקורם באי־התאמות בין הדין שקובע חוק המכר ובין הדין הקבוע בחוקים מקבילים, ללא הצדקה עניינית לדינים השונים. כך, למשל, אין הצדקה להטיל על הקונה נטל הודעה מיידית על אי־התאמה בממכר, כאשר במקרים אחרים של הפרת חוזה מסתפקים בכך שהנפגע מודיע עליה תוך זמן סביר⁵¹. דוגמא אחרת היא הצורך לקבוע נוסחה אחידה לחישוב סכום הניכוי בשל אי־התאמה⁵². בהודמנות זו של רביזיה בחוקים, ובהנחה שלא יהיה מנוס מהבאת קובץ דיני הממונות לאישורה של הכנסת בדרך הרגילה, מוצע לתקן עניינים נוספים בחוק,

48 השווה לסעיפים 433—853 ל-B.G.B. הגרמני; סעיפים 1470 ואילך לקודקס האורחי האיטלקי.

49 ראה גם § 540 להלן.

50 ראה גם §§ 270, 328 להלן.

51 ראה § 278 להלן.

52 ראה §§ 550—553 להלן.

אשר בהם נפלו טעויות או אי-בהירויות בעת שנתקבל בכנסת. דוגמאות לתיקונים נחוצים כאלה מצויות הן בפסיקה והן בספרות המשפטית, ונעמוד עליהן בדיון על סעיפי החוק⁵³.

53 לדוגמא, החלפת ההגדרה הריאלית בהגדרת מכר אובליגטורית בסעיף 1 (55, 20, 23 להלן); התאמה בין סעיף 2 לחוק המכר ובין סעיף 8 לחוק חווה קבלנות, תשל"ד—1974 (5, 108 להלן); הבהרה בסעיף 3 שיראו כל אחד מהצדדים כמוכר הנכס שעליו להעביר וקונה של הנכס שיועבר אליו (55, 113, 123 להלן); תיקון בהגדרות של מסירת ממכר לא מוזהה ומסירה למוביל בסעיף 8 (55, 184, 187 ו-188—199 להלן); החלפת הרישוא בסעיף 9 (א) (5, 201 להלן) והרחבת תחולתו של סעיף-קטן 9 (ג) (55, 176, 208 להלן); הפרדה בין העניינים השונים הנדונים בסעיף 13 (5, 272 להלן); שינוי המועד הקובע בסעיף 16 (5, 328 להלן); הרחבת סעיף 18 (א) (55, 349—350 להלן); תיקון מקום התשלום בסעיף 21 (5, 444 להלן); תיקון נושא ההצמדה בסעיף 25 (55, 516—518 להלן), ועוד.