

12 בינואר 2012

עקרונות היסוד בהצעת חוק דיני ממונות (סעיפים 1-5) – נייר עמדה מעודכן

ישיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט 27.12.2011

פרופ' טליה איינהורן*

נייר עמדה זה בוחן את עקרונות היסוד בהצעת חוק דיני ממונות (סעיפים 1-5). הוא עוסק בתכליות החוק (1); עקרון תום הלב (2); בהוראה שאין חוטא נשכר (3); בזוטי דברים (4); ובכשרות משפטית לזכויות וחובות (5). הנייר בוחן באופן ביקורתי ותמציתי כל אחד מנושאים אלה, באספקלריה של משפט משווה. בסוף כל חלק כללתי הצעה לגבי ההוראה הרצויה לעניין זה לענ"ד.

1. סעיף 1 – תכליות החוק

1. תכליות החוק

התכליות המנויות להלן הן מתכליות חוק זה:

(1) הבטחת צדק, הגינות וסבירות;

(2) קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט;

(3) התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי;

(4) שמירה על זכויות מוקנות;

(5) הגנה על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים.

דעתי כדעת הייעוץ המשפטי לוועדה (נייר עמדה, נקודות לדיון, מיום 27.11.2011, להלן – "נקודות לדיון"), שלסעיף 1 אין מקום בקודקס. לסעיף 1 אין אח ורע בחוקים ישראלים אחרים וגם לא בקודקסים של שיטות משפט זרות. הטעם לכך ברור – תכליתם של הקודקסים היא להודיע לאזרח את זכויותיו וחובותיו קודם שבית משפט יכריז עליהן. הוראת סעיף 1 איננה מסייעת בידי האזרח, בין אם הוא אדם פרטי, איש עסקים, או חברה, וגם לא בידי פרקליטו, שיכיר את זכויותיו וחובותיו. היא מופנה לבית המשפט ומקנה לו שיקול דעת רחב ביותר, שיאזן בין תכליות שונות, גם כאלה שאינן מופיעות ברשימה, או יבחר את זו המתאימה לעניין שבפניו. ואולם, המטרה של קודיפיקציה איננה לספק לשופט עיקרי מתכון או, ליתר דיוק, רשימת מרכיבים לא מחייבת, לאפיית פסק דין, אלא להודיע לאזרח את ההוראות שעל פיהן עליו לכלכל את צעדיו.

הוראה זו היא דוגמה מובהקת לאחת הבעיות המרכזיות בקודקס המוצע, המעביר למעשה את כל כובד המשקל מהרשות המחוקקת, האמורה להודיע לאדם את זכויותיו וחובותיו, לרשות השופטת. על עניין זה עמדו יועציה המשפטיים של הוועדה בהרחבה (נקודות לדיון, עמ' 3-1).

הצעה: להוציא את סעיף 1 מהקודקס. במקומו ניתן להוסיף הוראה לבית המשפט כיצד יטפל בחסרים בקודקס (*lacunae*), אשר ינוסח ברוח סעיף 1 (2) לקודקס השוויצרי:

In the absence of a provision, the court shall decide in accordance with customary law and, in the absence of customary law, in accordance with the *rule* that it would make as legislator (emphasis added – TE).

משמעותה של הוראה זו: בעת ששופט נתקל בחסר בקודקס, עליו קודם כל לפנות למנהג, אך בהיעדר מנהג לעניין הנדון, עליו להכריע בעניין על פי הכלל שהוא היה קובע אילו היה המחוקק. במלים אחרות, לאחר שהשופט השתכנע שיש חסר, עליו לקבוע את הכלל שלדעתו המחוקק היה

* פרופ' למשפטים, המרכז האוניברסיטאי אריאל – המחלקה לכלכלה ומנהל עסקים/ עמית מחקר בכיר אורח, אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה לניהול. <mailto:taliaeinhorn@gmail.com>

קובע אילו נתן דעתו על העניין, ורק לאחר שקבע את הכלל העקרוני עליו להחיל את הכלל על המקרה שבפניו.¹ יתרונה של הוראה כזו בכך שהיא מרגילה את בתי המשפט לדון ברמה עקרונית, ולא רק למצוא פתרון שייראה לשופט צודק במקרה שנדון בפניו.

2. סעיף 2 – עקרון תום הלב

בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב.

הרעיון שיש לאזן: (1) בין החוק הכללי, שהוא פורמלי מעיקרו, לבין המקרה הפרטי החריג שהחלת החוק הכללי עליו תגרום עוול קשה; ו-(2) בין החוק הכללי לבין צורכי הדור והמציאות המשתנה, קיים הן במשפט העברי והן אצל אומות העולם. במשפט העברי אנו מדברים על שיפוט "לפנים משורת הדין", שיכול שיהיה מבוסס על "ועשית הישר והטוב", על "כופין על מידת סדום", וכיו"ב כללים שבאמצעותם ניתן גם למנוע שימוש בזכות לרעה.² אצל אומות העולם, החל בפילוסופיה היוונית³ ובמשפט הרומי⁴ וכלה במשפט הקונטיננטלי, משתמשים בעקרון תום הלב להשגת הגמישות האמורה.⁵ במשפט האנגלי הושג האיזון באמצעות פיתוחם של דיני היושר (ה-Equity), שהוחלו תחילה במערכת בתי משפט נפרדת מזו של המשפט המקובל.⁶ כיום המערכת משותפת ואולם ההבדלים המושגיים ממשיכים להשפיע על אופן החלת הסעדים מדיני היושר.

במשפט הישראלי הפך עקרון תום הלב לעקרון על, על פי הפסיקה אחד מ"מושגי השסתום", שעל פיהם ייחרץ הדין.⁷ ואכן, בתי המשפט בישראל, ובית המשפט העליון בראשם, השתמשו בעקרון תום הלב, כפי שמשתמשים בשסתום בדרך כלל, כדי ל"סתום חורים" ולהשלים חסרים בחוקים הקיימים ולהכריע את הדין על פי מאזן תום הלב של הצדדים. לצורך כך, בוחנים בתי המשפט בישראל את תום לבו של התובע, של הנתבע ואף של שני הצדדים (ולעתים מגיעים למסקנה – במיוחד כאשר שני הצדדים הם אנשי עסקים – ששום צד איננו תם לב⁸). בפועל, הפכו בתי המשפט בישראל את עקרון תום הלב למנגנון המאפשר לכל שופט לקבוע את תוצאת פסק הדין על פי חוש הצדק שלו.

המשפט הישראלי שאב את עקרון תום הלב בחוק החוזים הישראלי (סעיפים 12, 39 לחוק החוזים (חלק כללי)), מהוראת §242 שבפרק החיובים של ספר החוקים האזרחי הגרמני.⁹ עקרונית, ניתן היה לשאוב הוראה זו גם מכללי המשפט העברי. ואולם, אופן הפעולה של

¹ Eugen Huber, *Recht und Rechtsverwirklichung* (Helbing und Lichtenhahn 1920), 351ff., esp. 355-356. לגבי הדמיון בעניין השלמת החסרים (*lacunae*) בין המשפט השוויצרי לדינים הקונטיננטליים האחרים (אעפ"י שבדינים הקונטיננטליים האחרים אין הוראה מפורשת מעין זו בקודקסים), ר' Basler Kommentar/Honsell, 4th ed. (Helbing Lichtenhahn 2010), Art. 1, marginal number 34.

² ר' בהרחבה מחקריו של פרופ' אהרן קירשנבאום Aaron Kirschenbaum, *Equity in Jewish Law – Halakic Perspectives in Law: Formalism and Flexibility in Jewish Civil Law* (Ktav/ Yeshiva University Press 1991); id., *Equity in Jewish Law – Beyond Equity: Halakic Aspirationism in Jewish Civil Law* (Ktav/ Yeshiva University Press 1991).

³ אריסטו, *אתיקה* (מהדורת ניקומאכוס, תרגום: י. ליבס) (שוקן 1985), ספר ה', פרק י/10.

⁴ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press 1995), numerous references to good faith and to *iudicia bonae fidei*.

⁵ Reinhard Zimmermann/ Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press 2000).

⁶ Frederick Pollock & Frederick William Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I* vols. 1, 2 (The Lawbook Exchange 2007); Edward Jenks, *A Short History of English Law* (Little, Brown 1922).

⁷ ר' למשל ע"א 10419/03 תומר ודורית דור נ' רמת הדר, מאגר נבו (5.9.2005).

⁸ ר' למשל ע"א 3912/90 Eximin SA נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי, פ"ד מז(4), 64 (22.8.1993), אשר בו קבע בית המשפט העליון שאף לא אחד מהצדדים נהג בתום לב בביצוע החוזה. פסק הדין זכה בעניין זה למספר רב של אזכורים חיוביים בפסיקה מאוחרת יותר.

⁹ **Section 242:** Performance in good faith

An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.

ההוראות בישראל שונה באופן מהותי הן מאופיים המצומצם בהרבה של הכללים המקבילים במשפט העברי,¹⁰ והן מ-§242. במשפט הגרמני "תום לב" איננו "מושג שסתום". הוא משמש למניעת הסתמכות של התובע על זכות המגיעה לו על פי דין באותם מקרים שבהם הסתמכות כזו גורמת נזק לא מידתי לנתבע (או להפך, ז"א הסתמכות של הנתבע על זכות שיש לו על פי דין, שמזיקה באופן לא מידתי לתובע), או במקרים של שימוש ברור בזכות לרעה, או כדי להטיל חיוב משני, מעין תנאי מכללא, כגון חובת גילוי מידע, או לשם הקלה בנטל הראיה המוטל על התובע אם, בנסיבות המקרה, יש פער במידע כזה, שעקרון תום הלב, בהתחשב בדרך המקובלת, מחייבים את העברת הנטל לנתבע לאחר שהתובע הביא ראשית ראיה להוכחת תביעתו.

יתר על כן, המחקר המשפטי סיווג את המקרים שבהם ניתן להסתמך על עקרון תום הלב במשפט הגרמני לקטיגוריות ברורות (*Fallgruppen, groups of cases*), שבהן ניתן להסתמך בהצלחה על עקרון תום הלב.¹¹ אף על פי שסעיף 242 כלשונו חל על חיובים, תחום תחולתו של העיקרון הורחב גם לתחומי משפט אחרים.¹² למרות זאת, בשל הסיווג לקבוצות מקרים שבהן ניתן להסתמך על עיקרון זה, אין כמעט הפתעות באופן שבו העיקרון מוחל על ידי בתי המשפט. לא זו אף זו – ככל שקטגוריה של מקרים מתגבשת בבהירות באמצעות הפסיקה, היא מוצאת את דרכה לתוך הקודקס עצמו.¹³ לבסוף, חשוב לציין שהמשפט הגרמני קובע את עקרון תום הלב תוך התייחסות לדרך המקובלת, הכוללת את מנהג הסוחרים וכן את אופן ההתנהגות המקובל בחברה.¹⁴ לעניין זה חשיבות רבה גם כיום. אציין שגם במשפט העברי הפסיקה לפניו משורת הדין, או קביעת החרג לכלל המשפטי שנקבע במשפט העברי, עשויים להיות עניין של "הכל כמינהג המקום", "הכל לפי המידה, הכל לפי הזמן".¹⁵

בדיקה מדגמית שערכתי העלתה שאחוז פסקי הדין שבהם בית המשפט הפדרלי העליון בגרמניה מתייחס בהחלטתו לעקרון תום הלב קטן בהרבה מאחוז פסקי הדין שבהם בית המשפט העליון בישראל מתייחס בהחלטתו לעקרון תום הלב. יתר על כן, בית המשפט הפדרלי העליון בגרמניה בוחן רק דבר אחד: האם ההסתמכות על זכות פוגעת בעקרון תום הלב? לא מצאתי אפילו מקרה אחד שבו בית המשפט בחן את תום לבו של התובע, של הנתבע ובוודאי לא של שניהם.¹⁶ ההתייחסות לעקרון תום הלב, בכל אחד מהמקרים שבחנתי, הסתכמה במשפט אחד בלבד, המתייחס לשאלה האם עקרון תום הלב, בהתחשב בדרך המקובלת, מחייב תיקון תוצאה שהיתה מתחייבת על פי הדין, כגון: מניעת פינוי של דייר בשל הפרה קלה של החוזה שאמנם על פי החוזה ועל פי דין מזכה את המשכיר בפינוי ללא התראה, אך עמידה על זכותו של המשכיר בנסיבות סותרת את עקרון תום הלב; היפוך נטל הראיה על פי דין, בשל פערי מידע בין הצדדים; שלילת תוקפה של הוראה בחוזה אחיד הקובעת פיצוי בסכום שאין אפשרות להעריכו בשל אי בהירותו, וכיו"ב.

במשפט השוויצרי מקומו של עקרון תום הלב הוא בראש הקודקס, בסעיף 2:

¹⁰ ר' מחקריו המקיפים של פרופ' קירשנבאום, הערה 2 דלעיל.

¹¹ Münchener Kommentar/Roth, 5th ed. (Beck 2007), § 242, marginal numbers 4ff.

¹² Münchener Kommentar/Roth, ibid., § 242, marginal numbers 2, 30.

¹³ דוגמה: סעיף 313 לספר החוקים האזרחי הגרמני שהוסף בשנת 2001, כדי לכסות את המקרים שבהם שינוי הנסיבות לאחר כרייתת החוזה היה כה גדול שאילו הצדדים היו ערים לנסיבות החדשות החוזה לא היה נכרת כלשונו. קודם לרפורמה של שנת 2001, טפלו מקרים אלה באמצעות סעיף 242 (*Treu und Glauben*). ר'

Münchener Kommentar/Roth, 5th ed. (Beck 2007), § 242, marginal number 6.

¹⁴ Münchener Kommentar/Roth, 5th ed. (Beck 2007), § 242, marginal number 12f.

¹⁵ Aaron Kirschenbaum, *Equity in Jewish Law – Halakhic Perspectives in Law: Formalism and Flexibility in Jewish Civil Law*, supra n. 2, p. 116f.

¹⁶ אינני מתייחסת לשאלת תום הלב של קונה בתמורה ובתום לב, שלגביה משתמש המשפט הגרמני במונח שונה – *guter Glaube*, להבדיל מה-*Treu und Glauben* של "תום לב ודרך מקובלת". לגבי האבחנה ביתר פירוט, ר' Reinhard Zimmermann/ Simon Whittaker, *Good Faith in European Contract Law* (Cambridge University Press 2000), pp. 30f.

Article 2

¹ Every person must act in good faith in the exercise of his or her rights and in the performance of his or her obligations.

² The manifest abuse of a right is not protected by law.

אך, כאמור, מבחינה מעשית אין הבדל מבחינת תחומי התחולה של סעיף זה לתחומי התחולה של סעיף 242. בדומה לסעיף 242 של הקודקס הגרמני, גם סעיף 2 (1) חל על קבוצות מקרים שהן דומות לקבוצות הקיימות במשפט הגרמני.¹⁷

הן הקודקס הגרמני והן הקודקס השוויצרי מבחינים בין עקרון תום הלב של סעיף 2 לקודקס השוויצרי לבין תום הלב הנדרש מקונה של נכסים בתום לב, בו עוסק סעיף 3 לקודקס.¹⁸ מדובר במושגים שתוכנם שונה בתכלית, והקודקס הגרמני המקפיד על שימוש במינוח אחיד, אכן משתמש לגבי האחד ב-*Treu und Glauben* ולגבי השני ב-*guter Glaube*, כדי למנוע בלבול.

בעת הדיון בסוגיה זו בישיבת הוועדה ביום 11.12.2011, הועלתה ההצעה להגביל את הוראת תום הלב בכך שעמידה על זכות בדין לא תיחשב הפרה של עקרון תום הלב. לענ"ד, הצעה זו מרוקנת במידה רבה את עקרון תום הלב מהתוכן שראוי שיהיה לו, שכן תכלית מרכזית של הסעיף, אם משתמשים בו כהלכה, היא למנוע שימוש ברור בזכות לרעה, שלא ייקוב הדין את ההר. לעומת כן, תשאיר הצעה זו בעינה את הבעייתיות הקיימת בהוראה כיום, כאשר בתי המשפט, באחוז משמעותי של התיקים המתבררים בפניהם, נהיו בוחני כליות ולב, העוסקים בקביעה איזה מהצדדים יותר תם לב מרעהו, במקום שיעסקו בתפקיד שלו הוכשרו, קרי שיפוט על פי דין.

מסקנות: השימוש הרחב שנעשה בעקרון תום הלב במשפט הישראלי מאפשר לבתי המשפט לשפוט על פי חוש הצדק של השופט. ואולם, תפקידו של השופט הוא להכריע על פי הדין, ולהשתמש במנגנונים מתקנים רק כאשר אלה דרושים כדי למנוע תוצאה בלתי נסבלת הנובעת מהחלת הדין המהותי או הפרוצדורלי, שלא ייקוב הדין את ההר. כך הוא המצב במשפט העברי וכך הוא גם אצל אומות העולם.

הצעה: ההוראה שעניינה שימוש בזכות וקיום חיוב בתום לב חשובה, ומומלץ שתישאר בקודקס. ואולם השימוש שנעשה עד כה בהוראות העוסקות בקיום חוזה ובמו"מ לקראת חוזה, והחשש הסביר שבתי המשפט ימשיכו להשתמש בהוראה על פי חוש הצדק שלהם במקום לשפוט על פי דין, מצביע על כך שרצוי לנסח את הסעיף בלשון שניתן יהיה ללמוד ממנה שמדובר בעיקרון שיש להחיל אותו על סוגי מקרים חריגים. בכל מקרה, ראוי לענ"ד לנקוט שני צעדים:

(א) להחזיר את "הדרך המקובלת" להוראת סעיף 2. בכך ישוב המשפט הישראלי להיות דומה הן למשפט העברי והן למשפט הקונטיננטלי:

(א) בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת.

(ב) בנוסף, חשוב לקבוע הוראה בדומה לכלל הקיים במשפט העברי האוסר על שימוש בזכות לרעה וכן לס"ק 2 (2) לספר החוקים האזרחי השוויצרי, הקובע ששימוש ברור (manifest) בזכות לרעה אינו מוגן על ידי הדין.

(ב) שימוש ברור בזכות לרעה אינו מוגן על ידי הדין.

¹⁷ Basler Kommentar/Honsell, 4th ed. (Helbing Lichtenhahn 2010), Art. 2, marginal numbers 12-22.

¹⁸ לגבי הקודקס הגרמני, ר' ה"ש 9 דלעיל. לגבי הקודקס השוויצרי, ר' Basler Kommentar/Honsell, ibid., Art. 3, marginal numbers 3ff.

המילה ברור חשובה בהקשר זה, והיא אף עולה בקנה אחד עם המשפט העברי.¹⁹ באופן זה, ניתן לקוות שכשם שבת המשפט למדו להיזהר בשימוש בתקנת הציבור כדי לגרוע מזכויותיו על פי דין של מאן דהוא, כך תסייע הוראה מעין זו לשימוש זהיר יותר בעקרון תום הלב. יתר על כן, נוסח זה מחייב את בית המשפט קודם כל לקבוע את הזכות ורק לאחר מכן לדון האם היה שימוש ברור לרעה באותה זכות.

(ג) ניתן גם להדגיש את מקורו העברי של עקרון תום הלב על ידי מתן הכותרת "ועשית הישר והטוב". אמנם הכלל במשפט העברי איננו זהה לעקרון תום הלב במשפט הקונטיננטלי,²⁰ ואף על פי כן יש די קווי דמיון, כולל הזהירות באופן הפעלתו, כדי להצדיק את השימוש בביטוי הלקוח מהמשפט העברי. יש לקוות שיהיה בכך גם תמריץ למחקר המשווה את הפעלת העיקרון במשפט העברי ובמשפט הישראלי, שיכלול מסקנות לגבי הדין הראוי בסוגיה זו במשפט הישראלי.

3. סעיף 3 – אין חוטא נשכר

בית המשפט רשאי לשלול או להגביל זכות של אדם, בנסיבות שבהן מוצדק הדבר, בשל כך שהזכות צמחה עקב התנהגות של הזכאי הנוגדת חיקוק או נוגדת את תקנת הציבור.

הערה לשונית לעניין כותרת הסעיף: מקורו של הביטוי במשפט העברי. אך בתלמוד הכלל הוא "שלא יהא חוטא נשכר". מה שהיה ידוע לחכמי התלמוד – שבמציאות דווקא יש חוטאים נשכרים – רצוי שיעמוד גם לעיני המחוקק הישראלי.

ואולם לא רק בענייני לשון עסקינן. סעיף זה מעורפל ונותן בידי בית המשפט שיקול דעת רחב מדיי לשלול או להגביל זכות [כל זכות!] של אדם בשל התנהגות הנוגדת חיקוק [כל חיקוק!] או נוגדת את תקנת הציבור.

בחוק החוזים (חלק כללי) (סעיף 30) וכך גם בהצעת החוק (סעיף 109), יש הוראה ברורה הקובעת שחוזת שכריתתו, תוכנו או מטרתו בלתי חוקיים או סותרים את תקנת הציבור – בטל, וכן יש הוראות המאפשרות לצד התמים ביטול חוזה שנכרת בשל הטעיה, תרמית או עושק שביצע הצד השני. הוראות אלה מפורטות בהרבה מסעיף 3 וכוללות גם סייגים להפעלתן (למשל, שגם אם החוזה בטל, רשאי בית המשפט לחייב כל אחד מהצדדים להשיב לצד השני [גם אם הוא התובע-החוטא] את מה שקיבל על פי החוזה שהוכרז בטל, ואם צד קיים את חיובו על פי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו, גם אם הקיום הוא כלפי הצד החוטא). ניסוח כזה אפשרי מפני שהנושא בו ההוראות עוסקות מוגדר בבהירות.

נוסחו של סעיף 3 רחב ומעורפל גם בהרבה מהנוסח של ההוראות הקבועות כיום בפקודת הנזיקין (סעיפים 64-67). המסמך המקיף והמצוין, שהגיש משרד המשפטים, לקראת ישיבת הוועדה, בעניין החלת הכלל "מעילה בת עוולה לא תצמח עילת תביעה", כולל רשימה ממצה, ככל האפשר, של פסקי-הדין שבהם נתבקשו בתי המשפט בישראל על ידי נתבעים לפטור אותם מחבותם על פי הכלל. עיון מדוקדק בפסקי הדין מצביע על כך שכמעט בכלם הטענה נדחתה! באותם מקרים שבהם שני הצדדים היו בבחינת חוטאים, העדיפו בתי המשפט לקבוע שהתובע (הניזוק) תרם לנזקו, ולהפחית את סכום הפיצוי בהתאם לאשמו התורם (סעיף 68 לפקודת הנזיקין), ולא לשלול את הפיצוי לחלוטין (אף כי במקרה אחד נקבע שהאשם התורם הוא 100%²¹). במקרה אחד (פורץ שנורה על ידי אדם ברובה צה"לי),²² פסק בית המשפט שליווה

¹⁹ Aaron Kirschenbaum, *Equity in Jewish Law – Halakhic Perspectives in Law: Formalism and Flexibility in Jewish Civil Law*, supra n. 2, p. 241ff.

²⁰ Cf. Aaron Kirschenbaum, *Equity in Jewish Law – Halakhic Perspectives in Law: Formalism and Flexibility in Jewish Civil Law*, supra n. 2, p. 277ff.

²¹ ת"א (מחוזי ת"א) 2476/01 כלף נ' מע"ץ – מחוז ת"א והמרכז, מאגר מידע נבו (2.11.2008).
²² ע"א 11172/05 אלון נ' חדד ומדינת ישראל – משרד הביטחון, מאגר מידע נבו (21.10.2009).

עומדת טענת הגנה עצמית ומשום כך לא מגיע לפורץ פיצוי. ואולם, בעצם היותו פורץ (ז"א, חוטא) לא ראה בית המשפט די כדי לשלול סעדים בנזיקין. המקרים בהם הטענה נתקבלה מעטים מאוד, ביניהם: תביעה של אישה למזונות עבור הבת שנולדה מיחסים שקיים הנתבע עימה בעת שהיתה בת 16-17, תביעה אשר קשה להניח שלא היתה מתקבלת כיום;²³ תביעת יורשיו של אדם שהתאבד לאחר שנשכב על פסי הרכבת נגד רכבת ישראל (גם על יסוד הסתכנות מרצון של המנוח ושאינן זה ראוי להטיל על הציבור את הנטל הכספי הנובע ממוות כזה);²⁴ תביעת אבי אוסקי, הנהג של ח"כ נעמי בלומנטל, נגד המדינה שלדבריו אילצה אותו לחתום על הסכם עד מדינה (שבמסגרתו לא הוגש נגדו כתב אישום) ובכך גרמה לו נזק, שכן הוא נתפס בציבור כעבריין אף על פי שלא הוגש נגדו כתב אישום. בית המשפט ציין שהתנהגותו היא שגרמה לנזקיו, שהרי הוא חתם על ההסכם מרצונו כדי שלא יוגש נגדו כתב אישום. בהגשת התביעה יש אפוא ניצול לרעה של הליכי בית משפט (במאמר מוסגר יוער שמקרה זה הוא דוגמה לשימוש ברור בזכות לרעה);²⁵ תביעה לחלוקת שלל בין גנבים.²⁶

יש גם הוראה ברורה בחוק הירושה (סעיף 5) שאדם שהורשע בשל כך שגרם במתכוון למותו של אדם אחר, או שניסה לגרום למותו של אדם אחר, פסול לרשת אדם זה. אילו נתפרשה הוראה זו ברוחו של סעיף 3, יכול היה בית המשפט לשלול, על פי שיקול דעתו, גם את זכותו בירושה של אדם שגרם למותו של אביו ברשלנות. יתר על כן, תוצאת המשפט היתה תלויה בשיקול דעתו ובחוש הצדק של כל שופט בנפרד. הסעיף המוצע מעורר אפוא את שאלת היחס בינו לבין ההוראות הקיימות בהצעה לגבי חוזים ולגבי ירושה.

בסיכום המסמך המקיף שהוגש על ידי משרד המשפטים, לגבי תחולת העיקרון בדיני נזיקין, נאמר ש"קשה למצוא עקביות בשימוש שעשו בתי המשפט בעיקרון כי 'מעילה בת עוולה לא תצמח [עילת] תביעה" וכי "קיימת נטייה לשלול את תחולת העיקרון". ואולם, קריאת פסקי הדין מעלה כי בפועל, בתי המשפט בישראל נמנעו מלהחיל את העיקרון. אף כי לא פעם הדגישו את קיומו של העיקרון בפסק הדין, השימוש בו למעשה נשאר בעיקר בגדר הרטוריקה.

יש לתמוה אפוא על הצעת הקודיפיקציה בעניין זה, המבקשת לקחת עיקרון, שהשימוש בו עד כה נעשה במשורה, ואשר בחקיקה ובפסיקה הקיימת הוצבו לו מגבלות רבות, ולהעמיד אותו כעיקרון מרכזי בראש הקודיפיקציה, כשהוא חף מכל מגבלה. אמנם פרופ' דויטש מדגיש, בתגובתו התמציתית מיום 5.12.2011 לנייר העמדה של הייעוץ המשפטי, ש"סעיף 3 לקודקס אינו מהווה למעשה חידוש לעומת הדין הקיים", אך קשה להאמין שכך יהיה המצב בפועל. שופטים ומתדיינים כאחת יסיקו ממקומו החדש של הכלל, העומד בראש הקודיפיקציה, ללא שום סייג, שללא ספק היתה כוונה לשדרג את מעמדו ולאפשר שימוש רחב בהרבה מזה שנעשה בו עד כה. לאור מה שקרה לעקרון תום הלב במשפט הישראלי, קיים חשש סביר שקביעתו של סעיף כללי מעין זה תתפרש כמתן שיקול דעת מוחלט בידי כל שופט להחיל אותו על-פי חוש הצדק שלו. הצבת הסעיף בראש הצעת החוק אף יוצרת את הרושם שמדובר בהוראה שהיא אבן יסוד לקודקס הישראלי.

מאחר ש"אדם אין צדיק בארץ אשר יעשה טוב ולא יחטא", נקל לראות עד כמה ניתן להרחיק עם פרשנות סעיף זה. גם התנהגות לא מוסרית גרידא עלולה להיתפס בגדרו, ככל שניתן למצוא חיקוק שהתנהגות סותרת אותו (למשל, מפני שבעיני בית המשפט היא סותרת את עקרון השוויון, אף אם עיקרון זה איננו אמור לחול על אנשים פרטיים כפי שהוא חל על גופים ציבוריים). ואף אם בסופו של דבר יבחרו בתי המשפט שלא להרחיב את תחולת הסעיף, תהיה להוראה תרומה ניכרת להגברת ההתדיינות בנושא ולביטול זמן שיפוטי יקר (פסקי הדין המובאים

²³ ע"א 360/64 פרלה אבוטבול נ' אליהו קליגר, פד יט 429 (ערעורה של האשה נדחה ברוב דעות כב' השופטים לנדוי וזילברג נגד דעתו החולקת של חיים כהן) (22.2.1965).

²⁴ ע"א 2199/99 עזבון המנוח לזר ז"ל נ' רשות הנמלים והרכבות, פד נו(1) 938 (28.11.2001).

²⁵ בש"א (מחוזי ת"א) 21191/07 מדינת ישראל נ' אוסקי, מאגר מידע נבו (21.5.2008).

²⁶ ת"א (שלום ירושלים) 13661/01 חיים מלול נ' רשת מרגלית, מאגר מידע נבו (13.10.2004).

בהערות השולים אכן מצביעים על כך שהדיון בתיקים שבהם הועלתה טענה זו, בין אם הטענה נדחתה ובין אם לאו, ארך בדרך כלל מספר שנים).

מצד המשפט המשווה, ראוי לציין שעל-פי מחקר מקיף ביותר של דיני הנזיקין במשפט האירופי,²⁷ בתי משפט בכל רחבי אירופה נמנעים מלהחיל את העיקרון בדיני נזיקין (אף כי הם מכירים בקיומו של העיקרון), ומעדיפים להפחית את הפיצוי המגיע לתובע על יסוד אשמו התורם (כפי שהדבר נעשה בארץ), וזאת גם אם מעשהו של התובע היה בגדר עבירה פלילית. מחקר מקיף על השימוש בטענה זו בדיני חוזים ובדיני נזיקין במדינות ארה"ב (אשר לכל אחת מהן משפט פרטי משלה),²⁸ מצביע על כך שבמאה השנים האחרונות הצרו בתי המשפט מאוד את תחולת הכלל. במדינות ארה"ב יש מקום לדחיית תביעה על יסוד הכלל רק אם נקבע ש"חטאו השניים כאחד" (שכן הכלל במלואו קובע: "מעילה בת עוולה לא תצמח עילת תביעה. חטאו השניים כאחד, תהיה יד הנתבע על העליונה"). אחרת – אין לכלל תחולה כלל ועיקר. כמו-כן, חובה שהמעשה הפלילי של התובע הוא הסיבה הקרובה לנזק שנגרם לו, וכן שהפגם המוסרי במעשיו של התובע צריך להיות חמור. חריגים נוספים שנקבעו לכלל: חריג המבוסס על תקנת הציבור; כשהתביעה מבוססת על חוק שנועד במיוחד להגן על התובע והאיסור נועד להגנתו.

הצעה: להחליף את ההוראה בהוראה מעין זו של סעיף 2 (2) של ספר החוקים האזרחי השוויצרי:

שימוש ברור בזכות לרעה אינו מוגן על ידי הדין.

בחינת המקרים הבודדים שבהם נעשה שימוש בכלל מצביעה על כך ששימוש בעקרון תום הלב בצירוף הוראה מעין זו די בהם כדי לספק פתרון ראוי למקרים הבודדים אשר בהם ראוי לדחות תביעה של אדם שישודא במעשה לא חוקי שביצע. חשוב שבתי המשפט יתנו פירוש מצמצם להוראה זו, כפי שהם נוהגים בעניין תקנת הציבור.

4. סעיף 4 – זוטי דברים

לא תוגש תביעה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו.

אינני יודעת מהו מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו. בענייני תלונות, יש לאנשים טבע ומזג שונה, ואין לי ספק שאנשים סבירים רבים מאוד מלינים מידי יום על מעשים שהם לא היו שוקלים אפילו הגשת תביעה בגינם. אם אכן הכוונה היא לאסור הגשת תביעות בשל מעשים שאדם סביר לא היה מלין עליהם, נראה לי שמדובר בסעיף חסר תוכן. ואולם, ממסמך התגובה מיום 5.12.2011 של פרופ' דויטש, החוקר הראשי של הוועדה, עולה כי הבחירה במילה "מלין" נעשתה במכוון, כדי לצמצם את תחולתו של הסעיף עד מאוד, ז"א, כדי לאפשר לאנשים להגיש תביעה בגין כל מעשה, ובלבד שאיננו כה קל ערך שהם אפילו לא היו מלינים עליו. אם כך הדבר, יש להתפלל שהוראה כה מצומצמת מצויה בראש הקודקס.

ואולם, גם אם מדובר במעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מגיש תביעה בגינו, ראוי לציין שאין הוראה דומה בספר החוקים האזרחי של גרמניה, שוויץ, צרפת, הולנד, וכיו"ב. הבעייתיות שבהוראה זו הוצגה יפה על ידי הייעוץ המשפטי של הוועדה (נקודות לדיון, עמ' 7-8). הטעם לכך ברור: ההרחבה של ההוראה המצויה כיום בפקודת הנזיקין, כלשונה, לכל תחומי

²⁷ Christian von Bar, *The Common European Law of Torts* (Oxford University Press 2000), vol. 2, pp. 542ff.

²⁸ Dov Goldberg, "Does the Doctrine of Not Enforcing 'Illegal Contracts' Really Work? – A Comparative Law Study" (November 10, 2010). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1707005>

ובכ"ז במדינת ניו יורק הוחל הכלל על ידי בית המשפט המדינתי שדחה תביעה של ילדה שהיתה קורבן אונס בהיותה בת 11. מספר חודשים לאחר האונס, כשהתברר לה שהיא בהריון, עברה הפלה אשר, כתוצאה מרשלנותו של הרופא, גרמה לה נזקים כבדים. תביעתה נגד בית החולים נדחתה מאחר שהחוק אוסר ביצוע הפלות בשלב כה מתקדם של ההריון (השבוע ה-24). בית המשפט סבר שהילדה ובית החולים חטאו כאחד – *Symone T. v. Lieber*, 613 NYS.2d 404 (App. Div. 1994)

המשפט, איננה אפשרית (וכפי שנראה להלן, גם אין בה צורך), ומרגע שמנסחים אותה כעניין של סדר דין ("לא תוגש תביעה") אין לה מקום מאחר שקודקס עוסק בקביעת הזכויות והחובות של האזרחים, ולא באופן מימוש הזכויות (חריג: הוראות בדבר קיזוז).

ההוראה העיקרית בנושא זה במשפט האזרחי מצויה כיום בפקודת הנזיקין, על פיה "לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג רגיל לא היה בא בנסיבות בתלונה על כך" (ההדגשה הוספה – ט"א). הוראה זו עוסקת בשאלת ההגדרה של עוולה ולא באופן מימוש זכות. זה איננו אך עניין סמנטי. הנייר המקיף מאוד שהגיש משרד המשפטים לקראת ישיבת הוועדה מנתח את הפסיקה של בתי המשפט בישראל בעניין זה. על פי המסמך (סעיף א.6), "במרבית פסקי הדין שנבדקו, נמצא כי בתי המשפט דנו בטענה רק לאחר שבחנו את נסיבות המקרה ורק לאחר שהתרשמו כי אכן בוצעה העוולה. דהיינו, בתי המשפט אינם רואים בטענה טענת-סף, המצדיקה את סילוק התביעה ללא דיון בה לגופו של עניין". ואולם, אם תתקבל הגישה המוצעת על פי סעיף 4, יהיה על בתי המשפט לסלק את זוטי הדברים על הסף! יתר על כן, מאחר שבהוראה החדשה נמחק הסייג שכדי שלא להיחשב עוולה המעשה צריך להיות כזה "שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת" מרחיבה מאוד את המעשים שיבואו בגדר זוטי דברים.

כאמור, ההוראה המוצעת איננה מתייחסת אך ורק לדיני נזיקין. המסמך שהגיש משרד המשפטים מתייחס ברובו המכריע לפסיקה בענייני נזיקין. אין אף מקרה שבו הורחב הכלל לדיני חוזים. ואכן, האם יעלה על הדעת שהמחוקק מתכוון כעת להתיר לחייבים לקיים את חיוביהם החוזיים כדי ארבעים חסר אחת? או לנכות מכל חיוב, באופן חד-צדדי, סכום שייחשב קל ערך דיו כדי לחסום הגשת תביעה נגדם לקיום מלוא החיוב? באשר לדיני קניין – נאמר במסמך כך: "עקרון זוטי הדברים ... שולל מאדם תביעה בנזיקין בשל הפגיעה שנפגע ובשל הנזק שניזוק, וככזה הוא פוגע בקניין" (ההדגשה שלי – ט"א). ואולם, בכל הכבוד, זכות תביעה איננה קניין, אלא היא כולה בתחום דיני החיובים. יתר על כן, הדין כפי שהוא היום, אף איננו פותח פתח לבלבול מעין זה. הקביעה שזוטי דברים אינם עוולה איננה, כמובן מאליו, פגיעה בקניין. ואין זה מובן כלל ועיקר למה מתכוון המחוקק כשהוא מבקש להחיל את העיקרון גם על דיני קניין. האם מותר לאדם לבנות גדר בתוך חצרו של שכנו כל עוד לא התרחק מאוד מהגבול שבין החלקות? האם מותר לאדם שלא להשיב לאדם אחר חפץ פעוט ערך ולדרוש לדחות את תביעתו של הלה על הסף מטעם זה?

הרחבת ההוראה בהצעת הקודיפיקציה לכל תחומי המשפט והצבתה בראש הקודקס, מעין אבן פינה נוספת לקודקס, היא, שוב, הזמנה לריבוי התדיינויות. ומכיוון שכעת מדובר בדרישת סף, היא גם תביא להתדיינות רבה לא רק בערכאה ראשונה אלא גם בערכאות ערעור, כמקובל במקרים מעין אלה. עוד יוער כי הוראה מעין זו מייצרת לכאורה את בית המשפט לתביעות קטנות שכל עיסוקו בזוטי דברים.

שימור ההוראה הקיימת כיום בדיני נזיקין, אשר עליה נוספים עקרון תום הלב בצירוף הוראה האוסרת שימוש ברור בזכות לרעה, די בהם כדי לתת מענה על המקרים שבהם באמת לא היה מקום להגיש תביעה.

הצעה: להשאיר בקודקס את ההוראה הקיימת של סעיף 4 לפקודת הנזיקין בין ההוראות העוסקות בדיני נזיקין

לא יראו כעוולה מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג רגיל לא היה בא בנסיבות בתלונה על כך.

ולצרף לה את ההוראה המוצעת כתחליף לסעיף 3 (או כסעיף 2(ב))–

שימוש ברור בזכות לרעה אינו מוגן על ידי הדין.

5. סעיף 5 – כשרות משפטית לזכויות ולחובות

(א) כשרות משפטית לזכויות ולחובות נתונה לאדם מגמר לידתו ועד יום מותו, ולתאגיד – על פי הקבוע בחיקוק.

(ב) על כשרות משפטית לזכויות ולחובות יחולו הוראות חוק הכשרות.

סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962, קובע:

1. כשרות לזכויות ולחובות

כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו.

אין זה ברור שמקומו הנכון של סעיף 5 הוא בין הסעיפים הראשונים. יש מקום לשקול את מיקומו בראש ההוראות העוסקות בכשרות לפעולות משפטיות (סעיף 17-32 להצעת החוק).

ניתוח ס"ק (א)

באשר לבני אדם – לענ"ד, הוראת סעיף 1 בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות מנוסחת טוב יותר מבחינה תחבירית. גם כאשר יבואו לתרגם את הסעיף לשפות זרות, עניין חיוני כשבתי משפט זרים מחילים את הדין הישראלי, הנוסח הקיים ייתרגם טוב יותר (על פי הנוסח הקיים (Legal capacity to rights and duties is granted...), בעוד שעל פי הנוסח הקיים "כל אדם כשר". לא ברור מיהו ה"נותן" את הכשרות בנוסח המוצע). כפי שהצביעו היועצים המשפטיים של הוועדה, נוסח זה גם מדויק יותר, לגבי סיום הזכויות: "עד מותו" מדויק יותר מאשר "עד יום מותו".

באשר לתאגיד – הנוסח בעייתי. הפנייה ל"חיקוק" יוצרת את הרושם שיש לחפש את התשובה במקום כלשהו בספר החוקים. מאחר שכיום קורה לא אחת שבתי משפט חייבים להחיל דין זר, הוראה מעין זו יוצרת קושי גדול. קשה מאוד להוכיח דין שמנוסח על דרך של הפנייה ל"חיקוק" בעלמא. מכיוון שהמחוקק הישראלי בוודאי מעוניין שאזרחים ישראלים יוכלו להסתמך על הדין הישראלי, חשוב לנקוט לשון בהירה ככל האפשר. גם מבחינת המשפטן הישראלי, הנוסח המוצע בעייתי, שכן מלשון הסעיף אין זה ברור באיזה חיקוק מדובר. יצוין כי בדברי ההסבר להצעת חוק היחיד והמשפחה כתבו המחברים בדברי ההסבר את הדברים הבאים:

"אם כי לגבי גופים משפטיים מתעוררות מקצת מאותן שאלות שחלק זה עונה עליהן לגבי האישיות הפיסיית: כושר לזכויות ולפעולות, שם, מקום מושב, וכו', הרי התכנית להסדיר שאלות אלה לגבי גופים משפטיים במסגרת חוק זה אינה נראית לנו. לדעתנו, מוטב להתרכז כאן בדיני האדם בתורת יחיד ובתורת בן משפחה, ולהשאיר את שאלת כושרם, שמם, וכו' של גופים משפטיים לחוק אחר שידון באופן מקיף בכל הגופים המשפטיים לסוגיהם, או לחוקים הדנים כל אחד בסוג אחד של התאגדות".

הדברים נכונים גם כיום. עד כה, בחרה הכנסת בדרך השנייה, ז"א, בחוקים הדנים כל אחד בסוג אחד של התאגדות. מכיוון שכך, די לציין בדברי ההסבר להצעת החוק שכך הוא המצב.

מאחר שדיני התאגידיים שלנו בלאו הכי מחוקקים בנפרד ואינם מכוסים על ידי הקודקס, מוצע לוותר על הסיפא של ההוראה.

ניתוח ס"ק (ב)

הוראת ס"ק (ב) איננה ברורה. באשר לכשרות לזכויות ולחובות, יש בחוק הכשרות רק הוראה אחת – סעיף 1 לחוק ("כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו"). אם הכוונה לכשרות לזכויות ולחובות, לא ברור מדוע יש צורך בס"ק (ב). ההבדלים בינו לבין ההוראות בהצעת

החוק עלולים ליצור בלבול ואי-בהירות. באשר לכשרות לפעולות משפטיות – בהצעת החוק, בחלק הראשון עצמו (סעיפים 17-32), נידונות למעשה שאלות מסוימות של כשרות לפעולות משפטיות, בהרחבה רבה יותר ותוך הכנסת שינויים בהשוואה להוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. מכל מקום, חשוב יהיה להוסיף הוראה בקודקס לגבי מקום מושבו של קטין.

בהיבט של המשפט המשווה:

הקודקס הגרמני: הספר הראשון, חלק כללי, כולל שתי הוראות הנוגעות לכשרות משפטית:

Section 1. Beginning of legal capacity

The legal capacity of a human being begins on the completion of birth.

Section 2. Beginning of majority

Majority begins at the age of eighteen.

בהמשך הקודקס יש הוראות לגבי כשרות לפעולות משפטיות, הוראה לגבי אחריות של קטינים ומי שאחראים עליהם בנזיקין (828, 832), הוראות לגבי כשרות לנישואין. כמו-כן יש הוראות מיוחדות לגבי מינוי אפוטרופוס מיוחד (curator) לשמירת זכויותיהם של עוברים.

Part 1: Law of Persons, Title 1: Natural Persons, יש פרק מיוחד, Chapter 1: Legal Personality, שמוקדש לכלל ההוראות העוסקות בכשרות משפטית לזכויות וחובות ולכשרות לפעולות משפטיות וגם הוראות בדבר אחריות קטינים בנזיקין (סעיפים 11-38). כמו כן יש הוראות מיוחדות לגבי כשרות לכתוב צוואה (סעיפים 467 – 469). יצוין כי קודקס זה קובע הוראה מיוחדת לגבי כשרות עובר לזכויות וחובות ובלבד שנולד חי:

Art. 31

¹ Personality rights begin on the birth of the living child and end on death.

² The capacity of an unborn child is withheld until its birth.

על-פי המשפט השוויצרי הכשרות קמה מיד לאחר הלידה, אך פעולתה רטרואקטיבית ומכסה גם את תקופת ההריון (מועד ההתחלה המדויק שנוי במחלוקת).

הצעה: לענ"ד, רצוי לנסח את הסעיף כך:

סעיף 5. כשרות לזכויות ולחובות

כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו.