

עקרונות היסוד בהצעת חוק דיני ממונות (סעיפים 4-1) – נייר עמדה

שיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט 11.12.2011

פרופ' טליה איינהורן*

נייר עמדה זה בוחן את עקרונות היסוד בהצעת חוק דיני ממונות (סעיפים 4-1). הוא עוסק בתכליות החוק (1); עקרון תום הלב (2); בהוראה שאין חוטא נשכר (3); ובזוטי דברים (4). 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 קובע אילו נתן דעתו על העניין, ורק לאחר שקבע את הכלל העקרוני עליו להחיל את הכלל על

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

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.

עקרון תום הלב הפך לעקרון על במשפט הישראלי, על פי הפסיקה אחד מ"מושגי השסתום", שעל פיהם ייחרץ הדין.² ואכן, בתי המשפט בישראל, ובית המשפט העליון בראשם, השתמשו בעקרון תום הלב, כפי שמשמשים 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 לב³). 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 סעיף 242 שבפרק החיובים של ספר החוקים האזרחי הגרמני.⁴ ואולם, אופן הפעולה של ההוראות בישראל שונה באופן מהותי מזה של §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 בוטה בזכות לרעה, או כדי להטיל חיוב משני, מעין תנאי מכללא, כגון חובת גילוי מידע).

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.⁵ אף על פי שסעיף 242 כלשונו חל על חיובים, תחום תחולתו של העיקרון הורחב גם לתחומי משפט אחרים.⁶ 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 בבחירות באמצעות הפסיקה, היא מוצאת את דרכה לתוך הקודקס עצמו.⁷ לבסוף, חשוב לציין שהמשפט הגרמני קובע את עקרון תום הלב

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

³ 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.

⁴ **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.

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

⁶ Münchener Kommentar/Roth, *ibid.*, § 242, marginal numbers 2, 30.

⁷ דוגמה: סעיף 313 לספר החוקים האזרחי הגרמני שהוסף בשנת 2001, כדי לכסות את המקרים שבהם שינוי הנסיבות לאחר כריתת החוזה היה כה גדול שאילו הצדדים היו ערים לנסיבות החדשות החוזה לא היה נכרת כלשונו. קודם לרפורמה של שנת 2001, טופלו מקרים אלה באמצעות סעיף 242 (*Treu und Glauben*). ר' Münchener Kommentar/Roth, 5th ed. (Beck 2007), § 242, marginal number 6.

תוך התייחסות לדרך המקובלת, הכוללת את מנהג הסוחרים וכן את אופן ההתנהגות המקובל בחברה.⁸ לעניין זה חשיבות רבה גם כיום.

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 הזכות פוגעת בעקרון תום הלב? לא מצאתי אפילו מקרה אחד שבו בית המשפט בחן את תום לבו של התובע, של הנתבע ובוודאי לא של שניהם.⁹ ההתייחסות לעקרון תום הלב, בכל אחד מהמקרים שבחנתי, הסתכמה במשפט אחד בלבד, המתייחס לשאלה האם עמידתו של הצד על זכותו תואמת את העיקרון או פוגעת בו.

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

Art. 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.¹⁰ גם ספר החוקים האזרחי השוויצרי מבחין בין עקרון תום הלב של סעיף 2 לבין תום הלב הנדרש מקונה של נכסים בתום לב, בו עוסק סעיף 3 לספר החוקים האזרחי השוויצרי.¹¹

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, שלא יקוב הדין את ההר.

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:

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

(ב) בנוסף, חשוב לקבוע הוראה בדומה לס"ק 2 (2) לספר החוקים האזרחי השוויצרי, שתקבע ששימוש בוטה (manifest) בזכות לרעה אינו מוגן על ידי הדין. באופן זה, ניתן לקוות שכשם שבתי 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 בוטה לרעה באותה זכות.

⁸ Münchener Kommentar/Roth, 5th ed. (Beck 2007), § 242, marginal number 12f.

⁹ 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.

¹⁰ Basler Kommentar/Honsell, 4th ed. (Helbing Lichtenhahn 2010), Art. 2, marginal numbers 12-22.

¹¹ Basler Kommentar/Honsell, *ibid.*, Art. 3, marginal numbers 3ff.

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.

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.

בדיני חוזים (גם בהצעת החוק) יש הוראה ברורה הקובעת שחובה שכריתתו, תוכנו או מטרתו בלתי חוקיים או סותרים את תקנת הציבור – בטל (סעיף 109) להצעת החוק, 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, מפני שהנושא בו הן עוסקות מוגדר בבהירות. נוסחו של סעיף 3 רחב ומעורפל גם בהרבה מהנוסח של ההוראות הקבועות כיום בפקודת הנזיקין (סעיפים 64-67). 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.

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).

לאור מה שקרה לעקרון תום הלב במשפט הישראלי, קיים חשש סביר שקביעתו של סעיף כללי מעין זה תתפרש כמתן שיקול דעת מוחלט בידי בתי המשפט לעשות בה, ככל הנראה לחוש הצדק של השופט. הצבת הסעיף בראש הצעת החוק אף יוצרת את הרושם שמדובר בהוראה שהיא אבן יסוד לקודקס הישראלי.

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

שימוש בוטה בזכות לרעה אינו מוגן על ידי הדין.

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.

הבעייתיות שבהוראה זו הוצגה יפה על ידי הייעוץ המשפטי של הוועדה (נקודות לדיון, עמ' 7-8). אין הוראה דומה בספר החוקים האזרחי של גרמניה, שוויץ, צרפת, וכיו"ב. הטעם לכך ברור: ספר החוקים האזרחי עוסק בקביעת הזכויות והחובות של האזרחים, ולא באופן מימוש הזכויות (חריג: הוראות בדבר קיזוז).

הצעה: להסתפק בהוראה המוצעת כתחליף לסעיף 3 –

שימוש בוטה בזכות לרעה אינו מוגן על ידי הדין.