

הצעת חוק דיני ממונות – נייר עמדה
שיבת ועדת חוקה, חוק ומשפט 29.11.2011
פרופ' טליה איינהורן*

נייר עמדה זה תומך בכינונו של קודקס בישראל. הצלחתו של הקודקס מותנה בכך שהוראותיו תהיינה ברורות ותאפשרנה לתושבי ואזרחי ישראל (ולעתים גם לזרים המתקשרים עימם), לתכנן את חיייהם ועסקיהם ולדעת בוודאות סבירה מהן זכויותיהם וחובותיהם זה כלפי זה הן במישור האישי והן במישור העסקי. הנייר מתייחס לנושאים שיידונו בישיבת הוועדה כסדרם: הצורך בכינונו של קודקס בישראל (1); התאמת הקודקס לשיטת המשפט בישראל (2); במסגרת ההשלכות האפשריות של הקודקס על המשפט בישראל (3), נייר העמדה סוקר תנאים מוקדמים שהצלחת הקודקס תלויה בקיומם (3.1) ומספר דוגמאות מהצעת החוק שבאות להמחיש את נחיצותו של כל אחד מהתנאים (3.2); מקורות ההשראה הראויים לקודקס (4).

1. הצורך בכינונו של קודקס בישראל

החיים במדינות מפותחות מאופיינים, כיום יותר מאי פעם, בחיי מסחר ערים, ובאנשים, שירותים, טובים והון שחוצים גבולות מדינתיים ללא הרף. כדי להיות חלק מהעולם המודרני, מדינה זקוקה לתשתיות, לא רק של תקשורת ותעבורה, אלא גם של מדע ומשפט.

ישראל מדינה קטנה וגם איננה מרכז מסחרי עולמי גדול. גם השפה שלנו מדוברת על ידי מספר לא רב של אנשים. משום כך, אי אפשר לצפות ששיטת המשפט שלנו תתפתח בעילות מספקת מתקדים לתקדים. בעיות חדשות מתעוררות חדשות לבקרים, ובהיעדר חקיקה ותקדימים, אנשים נאלצים להביא כל בעיה בפני בית המשפט. דא עקא, שבמקום שאין חקיקה ותקדימים אין גם לבתי המשפט אין במה להיאחז. אמת, שעורכי הדין ובתי המשפט משתדלים ללמוד גם מהכללים שפותחו במדינות זרות, ואולם שימוש נכון במשפט משווה מחייב עבודה מעמיקה, כלים וזמן שאין לבתי המשפט (וגם לא לצדדים וב"כ). התוצאה היא שבתי המשפט סבורים לא אחת שהכלל המשפטי שפיתחו כדי לפתור את הבעיה דומה לזה הקיים בשיטות משפט זרות, בשעה שאין הדבר כך כלל ועיקר.

קודיפיקציה מנוסחת היטב ומבוססת כראוי על משפט משווה תעזור רבות לשיפור המצב הקיים וגם תשמש תשתית לפיתוח עתידי של המשפט הישראלי, כפי שארע במדינות אחרות שאימצו קודיפיקציות.

2. התאמת הקודקס לשיטת המשפט בישראל

עקרונית, יש שתי שיטות משפט – זו של המשפט המקובל (דוגמת אנגליה וארה"ב), המתפתחת מתקדים לתקדים, וזו של המשפט האזרחי (דוגמת מדינות אירופה הקונטיננטלית), שבה יש לרוב המדינות ספר חוקים אזרחי רב היקף.

בשל המנדט הבריטי על ארץ ישראל וחינוך המשפטנים בבתי הספר למשפטים, ישראל שאבה רבות מהמודל של המשפט האנגלי. עם זאת, יש הבדלים משמעותיים. באנגליה רמת הריכוזיות במערכת השפיטה גבוהה בהרבה מאשר אצלנו, ובתי המשפט מקפידים הרבה יותר שלא לסטות מהתקדימים, מתוך הבנה שבשיטת משפט כזו התקדימים הם מקור יציבותה היחיד של השיטה. יצוין שמאז הצטרפה בריטניה לאיחוד האירופי, גם המשפט שלה מושפע במידה

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

רבה מהגישה הקונטיננטלית, ולא רק באותם נושאים (רחבים למדיי כיום) שעליהם חל המשפט האירופי במישרין, אלא גם בנושאים אחרים.

במדינות שבהן יש קודקס המצב נוח יותר. הקודקס קובע את המסגרת לדיון. במקרים רבים הוא מספק פתרון לבעיה הקונקרטית, אך תמיד ניתן לדלות ממנו את עקרונות היסוד של השיטה שלפיהם ניתן למצוא מענה למקרים חדשים, שכמובן מתעוררים גם כאן, במיוחד ככל שהשנים חולפות מאז ההוראה נחקקה. חשוב גם לזכור שבשום מדינה הקודקס לא היווה מעולם סוף פסוק. ספרי החוקים האזרחיים עוברים רפורמות חקיקתיות שמאפשרות טיפול בנושאים שלא טופלו, או לא טופלו באופן מניח את הדעת, בעבר, ומאפשר את שילוב ההתפתחויות בעולם המשפט בקודקס עצמו.

אצלנו, כאשר בתי המשפט משנים ומחדשים כל העת, אין לפרטים ולאנשי עסקים ביטחון מספיק בתכנון חייהם. אדרבא! השיטה מזמינה אותם לבוא לבית המשפט וגם לא לרצות להתפשר, כיון שתמיד יש להם סיכוי, אפילו סביר, לזכות בדיון. אי הוודאות מובילה להתדיינות יתר ומקשה על השופטים את ההכרעה בדיון. עקב כך, נוצר עומס רב על מערכת בתי המשפט, ולצדדים, כמו גם למערכת, נגרמות הוצאות ישירות ועקיפות שיש להן מחיר משקי כבד.

האם ניתן לעבור משיטה אחת לאחרת? ראשית, בשום מדינה לא היה קודקס מאז ומעולם. נסיון של המדינות שבהן נחקק קודקס מצביע על כך שהדבר אפשרי. שנית, בשל החקיקה שכבר נעשתה בישראל מאז שנות ה-50 של המאה ה-20, משפטים ישראלים וזרים מגדירים את השיטה שלנו כ-mixed system, ז"א שיטה שיש בה הן מהמשפט המקובל והן מהמשפט האזרחי.

3. ההשלכות האפשריות של הקודקס על המשפט האזרחי

3.1 תנאים מוקדמים להצלחת הקודקס

כדי שלקודקס תהיה השפעה חיובית על המשפט הישראלי, עליו לעמוד במספר תנאים:

- (1) הכללים צריכים להיות מנוסחים בלשון בהירה;
- (2) הכללים צריכים לכסות באופן כוללני את התחומים שהם עוסקים בהם;
- (3) הכללים צריכים להיות מופנים קודם כל לציבור, שיידע ככל האפשר את זכויותיו וחובותיו על פיו. יש להימנע מהוראות שמקנות לבית המשפט שיקול דעת רחב כיצד לפסוק, מפני שהוראות כאלה עלולות לסכל את מטרת הקודיפיקציה;
- (4) מכיוון שבעולם כיום יש תנועה רבה של אנשים, טובין, שירותים והון מעבר לגבולות מדינתיים, רצוי שהדין הישראלי יהיה דומה לדינים מודרניים אחרים. יש להימנע ככל האפשר מפתרונות מקוריים שלא נוסו במדינות מפותחות אחרות. המשפט האזרחי צריך להקל על האזרחים את החיים במציאות מורכבת, ולא להיות שדה ניסויים. בכל מקרה, בחירה בפתרון חדשני צריכה להיעשות לאחר בחינה ביקורתית של השלכותיה.

3.2 דוגמאות

3.2.1 ניסוח בלשון בלתי בהירה

סעיפים 11 – 16 להצעת החוק עוסקים בפעולה משפטית חד-צדדית. כך למשל קובע סעיף 11:

11. קליטת פעולה חד-צדדית

פעולה משפטית חד-צדדית טעונה קליטה בידי האדם שהפעולה משנה את זכויותיו (בסימן זה – נמען הפעולה), אלא אם כן נקבע אחרת בחוזה או בחיקוק או שהפעולה איננה טעונה קליטה לפי

מהותה; לעניין זה, "קליטה", בידי נמען הפעולה – ידיעה של נמען הפעולה על הפעולה ואם ששלחה לו הודעה על הפעולה, יראו בקליטה גם הגעת ההודעה למענו של נמען הפעולה.

הסעיפים 11 – 16 מאוד מופשטים ואינם בהירים. על פי דברי ההסבר, נעשה כאן היפוך לעומת הדין הקיים. סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי) קובע ש"הוראות חוק החוזים יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן חוזה". עדיף לחזור למתכונת המקורית ולקבוע כללים מפורטים לדיני חוזים, וסעיף המאפשר שימוש באותם כללים ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים על פעולות משפטיות שאינן חוזה.

אפילו בספר החוקים האזרחי הגרמני שיש בו חלק כללי, החלק הכללי איננו מגיע לרמה כזו של הפשטה וסעיפיו פשוטים וברורים בהרבה. יצוין שבגרמניה התפתח, מאז ראשית המאה ה-19, מחקר משפטי מעמיק ונרחב שהקל מאוד על כל העושים במלאכה את ההתמודדות עם קודקס יחסית מופשט. במרבית הקודקסים אין חלק כללי כלל (ראו הקודקס השווייצרי, הבלגי וההולנדי שהוא החדש מכולם). הטעם לכך ברור – כדי שהקודקס יהיה נגיש ונהיר יותר. יש מקום לחזור ולבחון האם אין זה עדיף לוותר על החלק הכללי, כפי שעשו מדינות אלה.

3.2.2 כיסוי כוללני של תחום

הצעת החוק מגדירה בעלות בנכסים, אך איננה קובעת כיצד הבעלות נרכשת וכיצד מאבדים זכות בעלות. אין גם הוראה לגבי תניית שימור בעלות, אף כי יש לנושא זה חשיבות רבה בחיי המעשה. לגבי מקרקעין – יש לשקול האם אין זה מן הראוי לחזור לגישה המקורית על פיה נתפרש חוק המקרקעין תחילה, על פיה "עסקה במקרקעין טעונה כתב", כתב של ממש עם כל הפרטים, ולא מספר פרטים מצומצם שבית משפט ישלים עבור הצדדים. לנוכח מספר ה"תאונות" וההתעסקות הרבה בהן בפסיקה הישראלית (שאינן לה מקבילה בשיטות המשפט האחרות שבהן יש רישום זכויות במקרקעין בלשכת רישום מקרקעין) יש לשקול אם אין זה רצוי לדרוש, כמקובל בשיטות האחרות ששימשו מודל בעת ניסוח חוק המקרקעין, חוזה מפורט שייערך בפני נוטריון, ואשר בלעדיו אין תוקף לחוזה מכר מקרקעין. יש מקום לקבוע הוראות נפרדות למקרקעין שאין לגביהם רישום מסודר בלשכת רישום המקרקעין. משום כך, ראוי גם להפריד בין ההוראות העוסקות במקרקעין לאלה העוסקות במטלטלין.

נושא יחסי ממון בין בני זוג מכוסה באופן חלקי ביותר בהשוואה לקודקסים אחרים ובהתייחס לבעיות שהתעוררו בישראל בחיי המעשה.

בפרק השליחות, עדיף להגדיר חוזה שליחות כחוזה על פיו אדם התחייב לפעול בעסק או לתת שירות בהתאם לתנאי החוזה, במקום הנוסח הקובע ש"כל פעולה משפטית יכול שתהיה נושא לשליחות, אלא אם כן לפי מהותה, תנאיה או לפי חיקוק יש לבצעה באופן אישי"; הסעיף על היזמים בדיני חברות מופיע גם בחוק החברות אך הניסוח שונה, דבר שיש בו כפילות מיותרת ומקור לאי התאמה בין ההסדרים; אמנם נאמר שאין שלוח עושה שלוח, אבל לא נאמר מה התוצאה כאשר על אף האיסור השלוח הפקיד את עשיית שליחותו בידי אדם אחר. יש מקום לקבוע הוראות גם לגבי הסוכן המסחרי (commercial agent), שהכללים החלים עליו שונים מאלה החלים על שלוח בדרך כלל; שאלות נוספות מתעוררות לגבי הצורך בהרשאה מיוחדת כדי לחייב את השולח להסכים לבוררות, להסכים לפשרה וכיו"ב הוראות שקיימות בקודקסים אחרים.

בסעיפים רבים בהצעת החוק נאמר "ובלבד שאין הדבר נוגד חוזה או חיקוק או את מהות הזכות" או נוסח מעין זה. סייגים כאלה אינם מקובלים בקודקסים אחרים, ויש לבחון בכל מקרה את מידת נחיצותם.

3.2.3 סעיפים שמופנים לבית המשפט תוך מתן שיקול דעת רחב

הדוגמה המובהקת ביותר היא סעיף 1, שאין לו אח ורע בקודקסים אחרים, ומשאיר לשופט שיקול דעת רחב ביותר.

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.

הוראה כזו איננה מסייעת בידי איש עסקים, או פרקליטו, כדי לקבוע את זכויותיו וחובותיו. היא מופנה לבית המשפט, שיאזן בין התכליות השונות או יבחר את זו המתאימה לעניין שבפניו. ואולם, מטרת הקודיפיקציה 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.

סעיף 2 קובע את חובת תום הלב ("בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב, יש לנהוג בתום לב"). סעיף 3 קובע ש"בית המשפט רשאי לשלול או להגביל זכות של אדם בנסיבות שבהן מוצדק הדבר בשל כך שהזכות צמחה עקב התנהגות של הזכאי הנוגדת חיקוק או הנוגדת את תקנת הציבור". לשם השוואה, בקודקס השוויצרי ההוראה המקבילה (סעיף 2) קובעת שיקול דעת מצומצם בהרבה לבית המשפט:

- (1) כל אדם חייב לנהוג בתום לב בעת שהוא משתמש בזכות או מבצע חיוב.
- (2) שימוש בוטה בזכות לרעה אינו מוגן על פי דין.¹

משום כך, בשיטות המשפט האזרחי, אדם כמעט שאינו מסתמך על עקרון תום הלב, וזכויות וחובות אינן נחתכות על פי עקרון זה, אלא באופן יוצא מן הכלל (רוב סוגי המקרים שנפתרו על פי עקרון תום הלב שולבו מאוחר יותר בקודיפיקציה עצמה), בעוד שבארץ ההתעסקות בתום הלב של הצדדים למשפט גדולה לאין שעור, יוצרת ערבוב בין משפט למוסר, לוקחת זמן שיפוטי יקר, ומסיטה את תשומת לב הצדדים ובית המשפט מהסוגיות המשפטיות המרכזיות שעל הפרק.

3.2.4 התאמה לשיטות משפט אחרות

- (1) בקודקסים אחרים אין מוצאים בדר"כ סעיפי הגדרות אלא כללים משפטיים;
- (2) הרכבת דיני עשיית עושר ולא במשפט על דיני ההשבה הקבועים בפרקים אחרים לא אומצה על ידי שיטות משפט אחרות והיא ראויה לעיון מחודש אצלנו;
- (3) איחוד התרופות בדיני חוזים, דיני נזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט ראוי לעיון ביקורתי;
- (4) בפרק על ההתיישנות ראוי לשקול את הגישה לפיה התיישנות היא עניין של דין מהותי ולא של סדרי דין גרידא. גישה זו איננה מחייבת שהזכות תפקע לאחר חלוף תקופת ההתיישנות, אלא רק שתהיה בלתי אכיפה (ז"א, צד שקיים התחייבות שהתיישנה, לא יוכל לתבוע השבה). יתרונה בכך שאין צורך בהתדיינות בבית משפט כדי שההתיישנות תחול;
- (5) יש לשקול בחיוב הוספת חלק העוסק במשפט בינלאומי פרטי. סוגיות שמעורב בהן גורם זר מתעוררות חדשות לבקרים מבלי שיש לצדדים או לבית המשפט כללים שהם יכולים להיאחז בהם כדי להתמודד עימן.

¹ 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.

4. מקורות השראה ראויים לקודקס

הקודקסים הקיימים כבר בשיטות משפט של המשפט האזרחי הם מקור השראה רב חשיבות. במיוחד ראוי לבחון קודקסים שעברו רפורמות מקיפות בשנים האחרונות (גרמניה, שוויץ) וקודקסים חדשים (הולנד, קוובק/קנדה). כמו-כן יש מקום לבחון עבודות שנעשו באירופה להתאמת דינים, כגון ה-PECL (Principles of European Contract Law), וכן עבודות שנעשות בשנים האחרונות במסגרת הנסיונות להתאים את המשפט הפרטי של מדינות אירופה, ה-Draft Common Frame of Reference.

בפרק העוסק במשפט בינלאומי פרטי ראוי ללמוד מהנושאים שכבר אוחדו על ידי משפט האיחוד אירופי, וכן לבחון את הקודיפיקציות המודרניות של שוויץ, בלגיה, קוובק (קנדה) ואיטליה.

עם זאת, יש נושאים שאין להם מקבילה במשפט האזרחי, כדוגמת: (1) נאמנויות שעל פי הדין הישראלי, בעקבות הדין האנגלי, נוצרות בעקבות פעולה חד-צדדית של יוצר הנאמנות. את ההוראות שחלות על נאמנות כזו יש לשאוב מהדין האנגלו-אמריקאי; (2) דיני המקרקעין בשיטה הקונטיננטלית מתאימים לשיטת משפט שיש בה מרשם מקרקעין המכסה את כלל המקרקעין. אפשר לאמץ הסדרים אלה במקום שיש אצלנו מרשם. אך במקום שאין מרשם יש לבחון הסדרים אחרים, דוגמת אלה הקיימים באנגליה ובארה"ב, שיבטיחו ודאות בעסקאות במקרקעין ולא יתעלמו מהמצב הקיים שבו לא ניתן לרשום את הזכויות בהם בלשכת רישום המקרקעין.

כמובן מאליו, טוב לבחון את הסוגיות גם מנקודת הראות של המשפט העברי ולראות אם ניתן לגבש על פיו כללים שראוי לשלב בקודיפיקציה.