

נייר עמדה בנושא:

# פרק העקרונות הצעת חוק דיני ממונות תשע"א-2011

מוגש לוועדת חוקה, חוק ומשפט של הכנסת

כתיבה: הרב עדו רכניץ

ייעוץ: הרב ד"ר איתמר ורהפטיג

כסלו, תשע"ב      דצמבר 2011

## א. תקציר והמלצות

### עקרונות מנחים:

- הערכים שביסוד החוק צריכים להשתקף בפרטי החוק.
- יש חשיבות גבוהה בוודאות המשפטית, על כן יש לצמצם את הסטייה מלשון החוק על פי עקרונות מופשטים, למקרים חריגים.

א. מוצע להשמיט את פרק העקרונות למעט סעיפים 4-5, וזאת מהטעמים הבאים:

1. הניסוח הנוכחי פוגע באופן חמור בוודאות המשפטית.
2. לא ברור מהניסוח הנוכחי האם מדובר בעקרונות פרשניים במקום של ספק, או בעקרונות-על.
3. הניסוח הנוכחי פוגע בבהירות החקיקה ובאפקטיביות שלה, ומעביר את נטל ההכרעה אל השופט.
4. דווקא בגלל חשיבותם של העקרונות ישנו הכרח לפרט מה ההשלכה המעשית שלהם.
5. ניסוח רחב שכזה אינו מקובל בקודקסים של המשפט העברי (ואף לא בקודקסים אחרים בעולם).

ב. לחילופין, מוצע להבהיר את סעיף התכליות (סעי' 1) ולשנות את הסדר הפנימי שלו באופן הבא:

1. התכליות המנויות להלן, כמשמען במשפט העברי, הן מתכליות חוק זה, ועל פיהן יש להכריע במקרה של ספק, לפי סדר החשיבות הבא:
  - (1) שמירה על זכויות מוקנות;
  - (2) הגנה על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים;
  - (3) הבטחת צדק, הגינות וסבירות;
  - (4) קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט.
  - (5) התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי.

נוסח זה, מבהיר את תפקידו של הסעיף, כהנחיות פרשנות במקרה של ספק. סדר התכליות שונה כך שנתנה עדיפות לזכויות קונקרטיות על פני ערכים כללים, וכן לערכים מהותיים (צדק והגינות) על פני ערכים פרוצדוראליים.

ג. יש להשמיט את סעיף תום-הלב (סעי' 2).

יש לבטא את חשיבותו המוצדקת של עיקרון תום הלב במקומות הספציפיים בהם הוא בא לידי ביטוי ולא כעיקרון-על.

במשפט העברי (כמו גם בקודקס הגרמני) שמור מקום של כבוד לעיקרון תום-הלב, אולם, הדבר בא לידי ביטוי ספציפי וקונקרטי. כך יש לנהוג גם בחוק זה, כדי לשמור על הוודאות המשפטית, ועל האיזון הנכון בין שיקול הדעת השיפוטי לבין הוראות החוק.

## ב. מבוא

במבוא לקובץ דיני ממונות הובהרה תכליתו של פרק העקרונות:

כמקובל בקודקסים אחרים, החלק הראשון של הצעת החוק קובע עקרונות כלליים, החלים על כל ההוראות שבהצעה. כך הוא לעניין עקרון תום הלב ולעניין העיקרון כי "אין חוטא נשכר". עקרונות אלה פורשים את כנפיהם על החוק כולו. כל זכות, חירות, כפיפות או כוח הנזכרים בהצעה מופעלים על פי עקרונות כלליים אלה.

רוצה לומר, לפרק עקרונות היסוד משמעות מכריעה באשר "זכות, חירות, כפיפות או כוח הנזכרים בהצעה מופעלים על פי עקרונות כלליים אלה". במילים אחרות, כאשר תעלה שאלת פרשנות החוק, הן על ידי מי שפועל על פיו, וחשוב מכך, על ידי בית המשפט שידון על פיו, הפרשנות תיעשה על פי עקרונות היסוד. יתירה מזו, הניסוח משאיר מקום לומר שאין מדובר אך ורק בהכרעות פרשנות, אלא מדובר ביצירה כלל-על אליהם יהיו כפופים הוראות החוק הקונקרטיות. אמירה זו מחייבת בחינה מדוקדקת של עקרונות היסוד המוצעים.

פרק העקרונות כולל לחמישה סעיפים: (1) תכליות החוק, (2) תום לב, (3) אין חוטא נשכר, (4) זוטי דברים, (5) כשרות משפטית. במסגרת זו נדון בשני הסעיפים הראשונים.

## ג. דיון כללי

ראשית כל, יש לדון בעצם הצורך והתועלת בקביעת עקרונות-על לקודקס.

כאמור, ניתן לפרש את מטרת פרק העקרונות בשתי דרכים: הראשונה, כאשר החוק ניתן **להתפרש** בשתי אפשרויות, יש להעדיף את הפרשנות התואמת את עקרונות הקובץ. והשנייה, שיש **להכפיף** את החוק לעקרונות כלליים של "צדק, הגינות וסבירות", מעין חוק-יסוד אליו יש להכפיף כל הוראה אחרת בקובץ.

**עצם העובדה שתכלית פרק העקרונות נתון לפרושים שונים באופן ניכר, פוגעת בוודאות המשפטית אותה החוק אמור ליצור.**

יתירה מזו, גם אם הכוונה להנחיה במקרה של ספק יש בה בעייתיות רבה, וזו מכמה סיבות:

1. ראשית אין הצדקה ליחיד פרק פרשנות לחוק ספציפי, במובחן משאר החקיקה. כללי פרשנות, אם בכך מדובר, מקומם יכירם בחוק יסוד: השפיטה. יתירה מזו, בהינתן שמדובר בכללי פרשנות יש לדון בהם בכובד הראש השמור לחוקי יסוד.

2. גם אם מדובר בכללי פרשנות, יש חשש סביר שקביעת עקרונות תביא להעדפה של פרשנות מסוימת, גם אם היא רחוקה ממשמעותו הפשוטה של החוק, בגלל שהיא תואמת את העקרונות של הקובץ.

**עמדת המשפט העברי:** כאמור למעלה ניתן להבין תכלית זו בשתי דרכים, נבחן את שתיהן על פי המשפט העברי.

פרשנות ספק בחוק על פי עקרונות אלה – עקרון זה מקביל לעקרון "דרכיה דרכי נעם וכל נתיבתיה שלום" (משלי ג, יז). בתלמוד (סוכה לב, א; שם, ב; יבמות טו, א; שם פז, ב) מובא שכאשר ישנו ספק בפרשנות דין של התורה, יש להעדיף פרשנות שתואמת עקרון זה. אולם, כאמור אין הצדקה ליחיד הוראות פרשנות לחוק מסוים.

הכפפת הדין האזרחי לעקרונות-על – דומה שתכלית זו מקבילה להוראה "ועשית הישר והטוב" (דברים ו, יח), וכפי שביאר זאת הרמב"ן (שם): "ולרבותינו בזה מדרש יפה, אמרו זו פשרה ולפנים משורת הדין. והכוונה בזה, כי מתחלה אמר שתשמור חקותיו ועדותיו אשר צוך, ועתה יאמר גם באשר לא צוך תן דעתך לעשות הטוב והישר בעיניו, כי הוא אוהב הטוב והישר". הרמב"ן מבאר שהוראה זו מתייחסת למה שנמצא מעבר לדרישות החוק, כגון, לפנים משורת הדין. במקרים כאלה, בדרך כלל המשפט העברי אינו מתרגם את עקרון-העל לחיוב קונקרטי, ומותיר אותו למצפונו ולשיקול דעתו של האדם. לאור זאת, מוצע:

#### **להשמיט את פרק העקרונות, למעט סעיפים 4-5.**

במידה וההצעה להשמיט את פרק העקרונות לא תתקבל, יש לדון בעקרונות לגופם.

#### **ד. תכליות החוק**

סעיף מס' 1, מונה את תכליות החוק:

1. 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.

סעיף התכליות מעורר כמה שאלות:

#### **1. מה מטרת התכליות?**

האם מדובר בכללי פרשנות או בכללי-על? כמובן שיש להעדיף את אפשרות הראשונה כדי לשמור על הוודאות המשפטית.

#### **2. האם יש היררכיה בין התכליות, והאם היא משתקפת בסדר התכליות?**

עצם העובדה ששאלה כזו עולה, מהווה פגיעה חמורה בוודאות המשפטית, וביכולת של שופט למצוא בסעיף זה מצפן שינחה אותו בפרשנות החוק.

#### **3. בהנחה שקיימת היררכיה, האם סדר התכליות משקף היררכיה ראויה?**

שאלה זו צריכה להיבחן בשני מישורים :

א. האם יש להעדיף שיקולים מהותיים (כגון, צדק ושמירה על זכויות) על פני שיקולים אחרים (ודאות ויעילות, והתאמה בין הסדרים שונים).

ב. האם יש להעדיף שמירה על זכויות קונקרטיות, כגון, זכויות מוקנות והסתמכות, על פני עקרונות כללים, כגון, צדק.

**עמדת המשפט העברי** : הנחת היסוד של המשפט העברי היא שהחוק הקונקרטי מבטא ערכים של צדק (דברים פרק ד, פסוק ח) :

ומי גוי גדול אשר לו חקים ומשפטים **צדיקים** ככל התורה הזאת אשר אנכי נתן לפניכם היום. לגבי חיוב לפני משורת הדין, מתוך רצון לממש צדק שאיננו כלול בדין, הובאה מחלוקת בהלכה (רמ"א חושן משפט סימן יב סעיף ב) :

ואין בית דין יכולין לכוף ליכנס לפני משורת הדין, אף על פי שנראה להם שהוא מן הראוי, ויש חולקים.

נושא זה נדון בהרחבה במקורות שונים (ראו : הרב עו"ד ירון אונגר, "למען תלך בדרך טובים" – על הפסיקה לפני משורת הדין במשפט התורה", בתוך : משפטי ארץ – דין, דיין ודיון, עפרה, תשס"ב) שצינו מקרים בהם יש מקום לחרוג מן הדין.

זירה נוספת שבה באים לידי ביטוי עקרונות צדק, היא זירת הפרשנות. הרא"ש (שו"ת הרא"ש כלל עח, סימן א) קבע עקרון :

על אחת כמה וכמה הבא לגזול חברו בערמתו ולעבור על דברי תורה... שנבטל ערמתו...

אולם, בסופו של דבר התמודד הרא"ש עם הניסיון לנצל פרצות בחוק לרעה, תוך שימוש בעקרונות החוק עצמו (ראו שם) ולא על-ידי הסתמכות על עקרונות-על. במילים אחרות, הרא"ש ראה עצמו מחוייב לעקרונות-על של צדק ויושר, בבואו לפרש את החוק, אולם, לא כעקרון שפורץ את גבולות החוק.

מכל זה עולה שהמסר העיקרי הוא שככלל יש לנהוג על פי הדין, ולא על פי מה שנראה "ראוי". ועל כן, נראה שבראש רשימת התכליות יש להעמיד את השמירה על הזכויות האלמנטריות.

יתירה מזו, המשפט העברי מקבל את הזכויות המוקנות כנתון אלמנטרי אליו מתייחס החוק. רוצה לומר, הקניין והחיוב בדרך כלל אינם יצירי החוק, אלא נתון אליו החוק מתייחס כאשר הוא מורה להגן עליהם (רבי שמעון שקאפ, שערי ישר, שער חמישי, פרק ב). לפיכך, נראה שתכלית השמירה על **הזכויות המוקנות** צריכה להיות התכלית הראשונה והחשובה ביותר של החוק.

**הסתמכות** מעוגנת בדיני הנזיקין (בבא קמא צט, ב; שולחן ערוך חושן משפט סימן שו, סעיף ו). ככזו, היא שנייה להגנה על זכויות מוקנות.

רק בהמשך לכך, יש לתת משקל לשמירה על **צדק, הגינות וסבירות** המאפשרים חריגה מן הדין.

בנוגע לשמירה על **בטחון, יעילות וודאות** ישנה מחלוקת בין חכמי המשפט העברי<sup>1</sup> בשאלה האם ישנו משקל כלשהו לשיקולים כאלה. עמדת הרא"ש היא שיש לחתור לסיום סכסוכים גם כאשר לא ניתן להכריע מי צודק (שו"ת הרא"ש כלל קז, סימן ו):

שצריך לגמור ולהשלים את הדין כדי להטיל שלום בעולם.

לעומת זאת הרמב"ם לא ראה טעם בהכרעה שאין בה צדק (רמב"ם סנהדרין כד, ג) ואסר על דיין להכריע ללא ראיות ונימוקים.

בכל מקרה מוסכם שלשיקולי יעילות יש להעניק משקל נמוך יחסית.

המשקל הנמוך ביותר ניתן לשמירת הקוהרנטיות הפנימית של הקובץ. תכלית שאין לה ולא כלום, לא עם שאיפה לצדק, ולא עם שיקולי יעילות. להיפך, היא נותנת עדיפות לפרשנות שתחזק את הקוהרנטיות של הקובץ, גם על פני פרשנות פשוטה יותר או מוצדקת יותר שתיצור הבחנה בין חלקים שונים של הקובץ. לפיכך, נראה שאין לקבל תכלית זו, ולכל היותר יש לתת לה את העדיפות הנמוכה ביותר ביחס לתכליות האחרות. לאור האמור, מוצע נוסח חדש לסעיף התכליות:

1. התכליות המנויות להלן, כמשמען במשפט העברי, הן מתכליות חוק זה, ועל פיהן יש להכריע במקרה של ספק, לפי סדר החשיבות הבא:
  - (1) שמירה על זכויות מוקנות;
  - (2) הגנה על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים;
  - (3) הבטחת צדק, הגינות וסבירות;
  - (4) קידום בטחון, ודאות ויעילות במשפט.
  - (5) התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי.

## ה. תום לב

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

המושג תום לב מקורו ב- BGB הגרמני. הוא מוזכר בחוק המכר ובחוק החוזים. בפסיקת בתי המשפט הוגדר תום הלב כ"עקרון מלכותי" (ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ ואח', פ"ד נז(2) 385), הפורש את כנפיו על כל התחומים המשפטיים.

<sup>1</sup> ראו עדו רכניץ, "לגמור את הדין כדי להטיל שלום בעולם" – עיון בשיטות הרא"ש והרמב"ם", באתר דין תורה, בקישור: <http://www.dintora.org/files/ligmorEtAdin.pdf>.

שלו מגדירה תום לב באופן כללי כך: "תום לב הוא מונח המציב דרישות מוסריות לפני גורמים שונים הקשורים בחוזה" (שלו, 2008, 65). אולם, תום הלב לא הוגדר הגדרה פוזיטיבית וקונקרטי, לא בחוק ולא בפסיקה, "ותוכנו נקבע בדיעבד על פי המקרים בהם הופעל הלכה למעשה" (שם, 69). אמנם במשך השנים פסיקת בתי המשפט נתנה לו תוכן ומאפיינים (שם, 70).

**עמדת המשפט העברי:** בפתח הדברים יש להעיר על הקושי בקיומו של "עקרון מלכותי", שתופס את הסעיף השני בקובץ דיני ממונות, אשר איננו נושא תוכן קונקרטי ותוכנו נקבע בדיעבד בלבד. מצב זה, פוגע בוודאות המשפטית באופן ניכר ולא סביר.

לגופו של עניין, עקרון תום הלב נועד כאמור לשלב את הדרישות המוסריות בתוך החוק, ולא להסתפק בביצוע מדוקדק של הוראות החוזה. מלומדים רבים טענו כי עקרון זה עולה בקנה אחד עם המשפט העברי ועל כן יש לקבל אותו.

אלא שהעקרונות המוזכרים במשפט העברי הם עקרונות בעלי משמעות קונקרטית, חלקה משפטית וחלקה מוסרית בלבד. כיון שכך ברור לדין ולאדם שמעוניין לפעול באופן הראוי כיצד עליו לנהוג או לפסוק. זאת, בניגוד להצעת החוק שמשמעותה תתברר רק בדיעבד, לאחר שבית המשפט ייצוק לתוכה תוכן, על פי רוחב דעתו וללא שום הנחיה של החוק.

גישה זו תואמת הנחיה הלכתית המוזכרת בשולחן ערוך (שולחן ערוך חושן משפט סימן ב, סעיף א):

כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בא"י, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות, היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש, ואפילו אין בדבר עדות גמורה. ואם הוא אלם, חובטים אותו על ידי עובדי כוכבים. וכל מעשיהם יהיו לשם שמים; ודוקא גדול הדור, או טובי העיר שהמחוס ב"ד עליהם.

קרי, במקום בו חשים הדיינים שאין מענה בדין לאתגרים שמציבה המציאות הם רשאים לסטות מן הדין. ברור לכל, שהוראה זו היא יוצא מן הכלל המעיד על הכלל. הכלל הוא שיש לפעול ולפסוק על פי החוק, אולם, במקרים יוצאי דופן רשאי בית הדין לסטות מן הדין. יתירה מזו, הוראה זו מאפיינת מערכת משפט דתית בה השופט הוא בעל סמכות החורגת מהחוק, והיא רחוקה עד מאד ממערכת משפט במדינה דמוקרטית בה מערכת המשפט פועלת ליישום החוק. לכך יש להוסיף כי דברי השולחן ערוך מוסבים על ענישה פלילית ("דיני עונש"), ולא על סעד אזרחי. לאור זאת מוצע:

**יש להשמיט את הסעיף.**

**את חשיבותו המוצדקת של עיקרון תום הלב יש לבטא במקומות ספציפיים ולא כעיקרון-על.**