

עקרון "זוטי דברים" (*De Minimis*) כעקרון יסוד בהצעת חוק דיני ממונות, התשס"ו–2006 *

(הקודקס האזרחי החדש)

אבישי אדד **

א. פתח דבר; ב. עקרון "זוטי דברים" בדיני הניזקין; 1. פקודת הניזקין [נוסח חדש], התשכ"ח–1968; 2. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981; ג. התגלמותו של עקרון "זוטי דברים" בדינים הלבר נזיקיים כיום; 1. חוזים; 2. עשיית עושר; 3. קניין (מקרקעין); 4. קניין רוחני (פטנטים); 5. הגבלים עסקיים; 6. דיני העונשין; ד. ביטוי של עקרון ה-*De Minimis* בדין הדיוני; 1. תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984; 2. חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב–1982; 3. התיישנות; ה. שיקול הדעת בהפעלת העיקרון; ו. עקרון ה-*De Minimis* בהצעת חוק דיני ממונות ("הקודקס החדש"); 1. מיקומו הגיאוגרפי של העיקרון והשלכותיו; 2. נוסח העיקרון כפי שבא לידי ביטוי בהצעת הקודקס; 3. השוואת נוסחים – הווה ועתיד; 4. נטל הראיה ומידת ההוכחה; ז. הקשיים בתחולה רחבה של העיקרון; 1. עקרון ה-*De Minimis* כעיקרון כללי; 2. ניסיון להשיב לביקורת אפשרית על דברי הביקורת דלעיל; ח. אימתי ישתמש בית המשפט בעיקרון ככלי לסילוק תביעות זכות (מקרים להמחשה); ט. סוגיית ההכרעה בהתנגשות בין עקרונות לבין חוקים וחוקה; 1. שאלת האיזון הראוי – המעגל הפנימי; 2. שאלת האיזון הראוי – המעגל החיצוני – עקרונות חקוקים – נורמות חוקתיות-על-חוקיות; י. היחס בין זכות הגישה לערכאות לבין עקרון ה-*De Minimis*; יא. עקרון ה-*De Minimis* ונקיטת "סעד עצמי"; יב. סוף דבר

* תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו–2006 (להלן: הצעת חוק דיני ממונות או הצעת הקודקס) www.justice.gov.il/MOJHeb/TazkireiHok (last visited 20.6.06).

** עורך-דין. סטודנט לתואר שני, הפקולטה למשפטים – אוניברסיטת תל-אביב. תודתי לפרופ' מיגל דייטש על הערותיו החשובות והטובות לטיוטת המאמר. הכתוב במאמר הוא על אחריות המחבר בלבד.

מאמר זה מוקדש להוריי היקרים, יזכו לחיים ארוכים

א. פתח דבר

עוד מקדמת דנא היה מקובל כי "אין החוק נועד לזוטות" (*De Minimis Non Curat Lex*) וכי אין להביא בגדרי החוק את שהוא לא נועד לכסותו. "אין החוק פורס את גזרתו על זוטות"¹; "כך דרכו של בית המשפט בכל תחום ותחום. אין הוא נוטה לעסוק בזוטי דברים [...] בהתאם לכך אין הוא נוטה לעסוק בפגיעה מזערית בזכות"². מכל מקום, נראה כי הקרקע שהצמיחה את העיקרון דגלה ברעיון, כי מ"חובתו של שופט טוב למנוע התדיינות מיותרת" (*Boni Judicis Est Lites Dirimere*)³.

עקרון ה-*De Minimis* מיועד לאותם מצבים בהם נגרמה פגיעה מינימלית בזכותו של בעל דין. כך, לדוגמה: אדם הולך לתומו ברחוב ומכונית נוסעת במהירות על כביש רטוב, כתוצאה מכך ניתזים מים על בגדיו של הולך הרגל המסיבים לו נזק שערכו פעוט. בכגון דא ייאמר, כי אפילו שלכאורה השתכללה עילת תביעה, הרי שבית המשפט לא יורה על מתן סעד בנסיבות המקרה⁴.

עיקרון זה לכאורה אינדיפרנטי לשאלת הגורם (הסיבה) שהביא לנזק לניזוק והוא נותר כמעט שווה נפש באשר ליסוד הנפשי (*Mens Rea*) של המזיק. מכאן, שאפילו נגרם הנזק לניזוק בכוונת מכוון (זדון), הרי שאם הנזק הוא מיסודות העוולה או העבירה, והוא נופל תחת הקטגוריה של "פגיעה מינימלית בזכות", אפשר כי האחראי לנזק, המזיק, ימצא פטור מלתת את הדין על עוולתו או עבירתו. עיינינו הרואות, כי מושג ה"דבר של מה בכך" נועד להוציא מגבולות ההכרעה השיפוטית את כל אותן פגיעות שלא הותירו אחריהן נזק ממשי לנפגע. לפיכך, כאשר יסוד הנזק (בניזיקין) או יסוד התוצאה המזיקה (כפלילים) אינם נדרשים לשם שכלולה של העוולה או העבירה, סביר להניח כי תחולתו של העיקרון תהא מועטה ביותר.

עקרון ה-*De Minimis* משמש סייג לאחריות – נזיקת כפלילית – בדין הנוהג כיום בישראל. מחברי הצעת הקודקס ראו להופכו מעיקרון "צדדי" לעקרון יסוד "כללי". על כך ניתן ללמוד ממיקומו הגיאוגרפי בין "דרי מעלה" ומכריכתו יחדיו עם עקרונות נוספים, אשר קנו להם שביתה במשפטנו ("סבירות", "תום לב" ו"אין חוטא נשכר"), החוצים את המשפט לאורכו ולרוחבו, בהקשרים רבים ומגוונים.

כעולה מהיותו של העיקרון בבחינת הגנה מפני חבות, נראה, כי פועלו של זה

1 ראו תרגומו זה של פרופ' ש"ז פלר יסודות בדיני עונשין כרך ב 615 (1987).

2 בג"ץ 3434/96 הופנונג נ' יו"ר הכנסת, פ"ד נ(3) 57, 68–69 (1996); דנ"א 1333/02 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה, רעננה נ' הורביץ, פ"ד נח(6) 289, 333 (2004).

3 בתרגום חופשי מאנגלית "It is the duty of a good judge to prevent litigation".

4 דוגמה זו לקוחה מספרם של המלומדים יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין דיני הנזיקין – תורת הנזיקין הכללית 338 (גד טרסקי עורך, מהדורה שנייה, התשל"ז).

יהיה עוד בשלב הפרלימינרי של ההליך המשפטי. שלא כעקרונות אחרים שהונחו לצדו בהצעת הקודקס, עקרון "זוטי דברים" אינו דורש מבית המשפט עריכת כירור עובדתי מעמיק לשם עמידה על תחולתו בנסיבותיו של מקרה קונקרטי. לפיכך, סביר להניח כי השימוש אותו יעשו המתדיינים (הנתבעים) בעיקרון יהא כטענת סילוק על הסף, בין בכתבי הגנתם ובין בבקשה נפרדת שתוגש לבית המשפט בטענה כי עילת התביעה אינה מגבשת נושא ראוי לכירור משפטי, שכן אדם סביר לא היה מטריח עצמו להלין עליה.

בחיבור זה אנסה לעמוד על היבטיו השונים של העיקרון, ובעיקר על השלכותיהם האפשריות של מיקומו, ניסוחו ותחולתו הרחבה של העיקרון, כפי שאומצו על ידי הצעת חוק דיני ממונות, אשר ראתה בו אחד מעקרונות היסוד של הקודקס האזרחי החדש.

ב. עקרון "זוטי דברים" בדיני הנזיקין

את עקרון "זוטי דברים" במשפט הישראלי ניתן למצוא כיום, כהוראה חקוקה, במספר מצומצם של דברי חקיקה, והם שלושה במספר: פקודת הנזיקין [נוסח חדש], חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א–1981, וכן חוק העונשין, התשל"ז–1977. עם זאת, דומה, שזהו אחד העקרונות המושרשים בשיטתנו המשפטית, ולא פעם ניתן למצוא הוראות בחוק הישראלי המשמשות ליישומו⁵. כמו כן, יש שבית המשפט מפעיל מעצמו עקרונות קרובים על-מנת לנפות תביעות קנטרניות או טורדניות, אפילו קיימת זכות תביעה לתובע.

עקרון ה-*De Minimis* בישראל קבוע כיום בדיני הנזיקין, בשני דברי חקיקה: בסעיף 4 לפקודה⁶, ובסעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות.

1. פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח–1968

פקודת הנזיקין, כפי ששמה מעיד עליה, חלה עוד מימי המנדט הבריטי על ארץ ישראל, והיא קלטה אל בין שיטיה את חוק הנזיקין הקפריסאי. עם הכרזת המדינה והחלת דין רציפות המשפט, הוסיף המשפט הישראלי להחזיק במוסרות הפקודה⁷. בשנת 1968 חוקק נוסח חדש להוראות הפקודה המנדטוריות⁸ ונוצקו לה יסודות ישראליים, עד כי הנוסח המחייב של הפקודה הוא זה העברי, ואין פונים עוד מאז, אלא לצורכי פרשנות גרידא, להוראות הפקודה האנגלית. עם זאת, ניחות אנגלי עז

5 נדון בהן בחלקה השני של רשימה זו, בפרק העוסק ב"תחולת העיקרון בדינים הלכרי נזיקיים".

6 פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח–1968 (להלן: הפקודה).

7 מכוחו של ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948 (להלן: פקודת סדרי השלטון והמשפט).

8 בהתאם לס' 16(א) לפקודת סדרי השלטון והמשפט. לפני משלה בכיפה פקודת הנזיקים האזרחיים, 1944 (להלן: הפקודה המנדטורית).

עולה עת משקיפים אנו על התפתחות דיני הנזיקין במשפט הישראלי, מאז ועד היום. גם עקרון "זוטי דברים" אומץ אל חיק דיני הנזיקין שלנו מהדין האנגלי.⁹ בפרק ב לפקודה, תחת הכותרת "זכויות וחבויות בנזיקין", קבע המחוקק את העיקרון בסעיף 4 לפקודה, לפיו:

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

בסעיף זה כיוון המחוקק להתוות את עקרון ה"מעשה של מה בכך" ואף ליתן קנה מידה אובייקטיבי ליישומו על עובדות מקרה קונקרטי. כך, לא כל תביעה המגלה נזק שערכו הכלכלי זעום למדי תיתקל בחומות בצורות ובמחסומים עקב הפעלת העיקרון, בה בעת שלא כל טענה המקימה עילת תביעה תזכה את התובע בסעד הקבוע עלי חוק. אליבא דאמור בסעיף 4 לפקודה, עקרון ה-*De Minimis* יחול כאשר מעשה העוולה, לו טוען התובע, אפילו "היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת" עד כי "אדם בר-דעת ומזג כרגיל" ("אדם סביר" בשפתנו) "לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך". נמצא, כי אם היה במעשהו של הפוגע, אילו היה חוזר ונשנה, כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, אזי המעשה לא ייחשב ל"דבר של מה בכך" והמזיק לא ישתמש בהגנה זו. היטיב להסביר זאת פרופ' ברק, על רקע העימות האפשרי בין עוולת הסגת גבול הקבועה בפקודה¹⁰ לבין עקרון "זוטי דברים", בציינו:

"כך, למשל, עליה על רכוש ללא רשות היא הסגת גבול. אך אם העליה היא חד פעמית בלא סיכוי לחזרה, ובלא לגרום לנזק רב אלא רק לנזק פעוט, אין אינטרס בהתדיינות סביבה, והפקודה משחררת את העובר מאחריות. לא כן אם בנסיבות המקרה יש חשש לחזרה על פעולה זו, שכן יש אפשרות כי מכוח החזרה תעלה הטענה לזכות מעבר. במקרה אחרון זה לא תחול הגנת ה'מעשה של מה בכך', ותוכר אחריות של מסיג הגבול"¹¹.

- 9 ראו ס' 16(ז) לפקודת סדרי השלטון והמשפט; וכן ס' 1 לפקודה; סעיף 3 סיפא לפקודה המנדטורית קבע כי הזכות לתבוע על פי הפקודה המנדטורית כפופה, למעשה, לעיקרון ה-*Minimis*. לשון הסיפא במקור היתה: "Provided that an act which if repeated would not tend to establish an adverse claim and which is an act of which in the circumstances a person of ordinary sense and temper would not complain shall not be deemed to be a civil wrong" ראו גר טרסקי ואברהם רונטל פקודת הנזיקין לאור התהוותה ותיקונה 16 (1960) המביאים בנוסף את דברי ההסבר של מנסח הצעת החוק הקפריסאית, ברוחה, כאמור, נחקקה הפקודה המנדטורית ולאחר מכן הפקודה בנוסחה החדש. לפי דברי ההסבר החדש. "The proviso gives effect to the principle 'de minimis non curat lex' והשוו ס' 4 לפקודה (המובא להלן).
- 10 ס' 29 לפקודה, עניינו בעוולה של הסגת גבול במקרקעי הזולת; ס' 31 לפקודה עניינו בעוולה של הסגת גבול במיטלטלי הזולת.
- 11 ברק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 339.

היה ואין מדובר בפעולה שאילו הייתה חוזרת ונשנית היה בה כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, יחול המבחן האובייקטיבי שקובע הסעיף, ולפיו עלינו לבחון כלום "אדם בר־דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך", שאם לא היה בא בתלונה על מעשה הזולת דהאידינא – תסולק תביעתו מכוח עקרון "מעשה של מה בכך". כדרכם של מבחנים אובייקטיביים שהניח המחוקק עלי חוק, גם פרשנותו של מבחן זה תיעשה על רקע נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. "יחד עם זאת, יש להניח כי חד פעמיות הפעולה או הישנותה הם גורמים שיש לקחתם בחשבון. בדומה, נראה כי עשויה להיות חשיבות למניע של העושה, וכן להשפעת פעולתו על הסדר הציבורי בדרך כלל"¹².

(א) נפקות ניסוחו של העיקרון כ"הגנה מהותית"

יושם אל לב, כי עקרון ה-*De Minimis* הקבוע בסעיף 4 לפקודה קובע הגנה "מהותית" לנתבע, ולא רק הגנה "דיונית". סעיף 4 מורה כבר בראשיתו, כי "לא יראו בעוולה מעשה...". ובית המשפט הוא המוסמך להחליט אם חלה ההגנה בנסיבות המקרה, אם לאו. היות ההגנה הגנה מהותית משמעותו אינן זכות התביעה של הניזוק בהתקיים תנאיה (*Damnum Sine Injuria*). הנה כי כן, מקום בו חלה ההגנה לא רק שלא ניתן להגיש תביעה אישית בגין המעשה הנזיקי אלא שגם צד ג', ששיפה את הניזוק בגין מעשה המזיק, לא יוכל להיפרע מאותו מזיק כדי דמי הנזק ששילם בעד הנזק¹³. והוא הדין באדם שהיטיב את נזקו של זולתו וחפץ בשיפוי מאת המזיק¹⁴.

הווה אומר, לשם המחשה, כי אם הניזוק מבוטח בביטוח המכסה את נזקיו שנגרמו לו מידי המזיק, והמבטח שילם לניזוק – בהתאם לחוזה הביטוח – את דמי הביטוח בגין נזקיו, ובית המשפט קיבל במסגרת תביעת הניזוק נגד המזיק את טענת "דבר של מה בכך", הרי שלמבטח (כמו לכל מיטיב של נזק) נחסמת הדרך להיפרע מאת המזיק. הטעם לכך הוא שהגנת ה-*De Minimis* לא רק שמונעת מהניזוק היפרעות מהמזיק, אלא שבהיותה הגנה מהותית היא מפקיעה, למעשה, את זכות התביעה מהניזוק, כמו גם מחליפיו¹⁵. ברי, אפוא, כי לאקט הפקעה זה יש תוצאות של עשיית עושר, אף שזו נעשית בחסות החוק כאמור.

12 ברק, שם.

13 ס' 5(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979; השוו לדין החל לפי ס' 6(א) לחוק הניזקים האזרחיים, התשי"ח-1958; והפסיקה שנדונה לעניין זכות השיפוי וההשתתפות של מזיק משותף מהמדינה: ע"א 303/75 מדינת ישראל נ' רפאל, פ"ד כט(2) 601 (1975); ע"א 507/79 ראונדנאף (קורן) נ' חכים, פ"ד לו(2) 757 (1982); והשוו נוסח ס' 379-384 להצעת חוק דיני ממונות.

14 ס' 2 לחוק לתיקון דיני הניזקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964.

15 ראו למשל ע"א 3765/95 חוסיין נ' טורם, פ"ד (נ5) 573, 578-582 (1996), פסק דינו של השופט אור; בעניין זה עמד בית המשפט על ההבחנה בין "הגנה דיונית" לבין "הגנה מהותית" ככל שזו נוגעת לזכותה של מבטחת לשיפוי ו/או השתתפות מהמזיק, וזאת, במקרה

ולא זאת, אלא שתוצאתה של קבלת הטענה — בהיותה הגנה מהותית — משמעותה לכאורה דחיית התובענה, ולא אך מחיקתה, שכן מה לי פגיעתו המינימליסטית של פלוני היום, מה לי אותה פגיעה מחר שאם חליפיו מנועים מלהיפרע על יסוד עילת התביעה. כלום יעלה על הדעת להתיר לנפגע עצמו להוסיף ולהחזיק בזכות תביעתו?¹⁶

לבסוף, חשוב להוסיף ולציין, כי מהלכיו של סעיף 4 לפקודה אינם מצטמצמים לדל"ת אמותיה של פקודת הנוזיקין. תחולתו של עקרון ה-"*De Minimis*", במתכונתו הנוכחית, הנה רחבה והוא חל בנוסחו דלעיל כמעט על כל החקיקה הנוזיקית, על דרך הקורפורציה, מכוח הוראות ההפניה לפקודה הגלומות בדברי חקיקה שונים ומגוונים.¹⁷

(ב) עוולות שאינן דורשות קיומו של נזק לשם התהוותן סוגיה נוספת אליה מן הראוי להתייחס הינה תחולת העיקרון על עוולות ש"נזק" אינו מהווה תנאי להטלת אחריות בגינן. כזה הוא המצב כשבאים לרון בתחולת עקרון ה-"*De Minimis*" על מעשים הנופלים תחת עוולת התקיפה¹⁸ או תחת ראש הנזק של פגיעה באוטונומיה של החולה, שעליו ניתן להלין בגרדי עולות הרשלנות.¹⁹ ניטול את עוולת התקיפה. עוולה זו מונה יסודות אחדים לשם התהוותה, ביניהם אין דרישה לקיומו של נזק. אדם מתחזה לרופא שיניים ונותן טיפול למטופל. המטופל אינו יודע כי הרופא המתחזה הוא מתחזה, לבסוף מצליח הטיפול מעל

בו אירע נזק עקב תאונת דרכים והוחמר לאחר מכן — כפי הנטען — על ידי רשלנות רפואית של המוסד והרופא שטיפלו בניזוק לאחר שהוכל אל בית החולים בעקבות תאונת הדרכים. המבטחת ביקשה להשתפות מבית החולים ומהרופא המטפל בגין החמרת הנזק שאירעה בעטיו של הטיפול הרשלני. בית המשפט שלל את זכות המבטחת להשתפות או להשתתפות על יסוד "סעיף ייחוד העילה", ס' 8(א) לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975, בקבלו את טענת המשיבים, כי מדובר בהגנה מהותית; לביקורת הלכה זו ראו שמואל מורד "נזק גוף שראשיתו בתאונת דרכים וסופו ברשלנות רפואית" הפרקליט מח 105 (2005); הלכה זו ורוככה קמעה לאחרונה בעניין ע"א 8535/01 ליפשיץ נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(6) 656 (2003), פס" 10 לפסק דינה של השופטת חיות: "נזק הנובע מרשלנות רפואית, שהתרחשה לאחר מתן פסק הדין בתביעה על-פי חוק הפיצויים, אינו נכלל בעילה על-פי חוק זה ואין רואים אותו כאילו מוצה בפסק הדין".

16 אך ראו האמור בהמשך הדברים על הנימוקים לתמיכה בתוצאה של מחיקת התובענה על פני דחייתה עקב קבלת הטענה, וזאת, לאור הרוויזיה המוצעת בס' 4 להצעת חוק דיני ממונות. ראו, למשל, ס' 7 לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965; ס' 8 לחוק האחריות למזרמים פגומים, התשמ"ב-1980; ס' 6(א) לחוק למניעת הטרדה מינית, התשנ"ח-1998; ס' 11 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999; וכן על חלקים נרחבים של החקיקה האזרחית. ראו למשל: ס' 4א(3) לפקודת זכות יוצרים, 1924; ס' 4א(ג) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984; ס' 7 לחוק המחשבים, התשנ"ה-1995; ס' 41 לחוק שירות נתוני אשראי, התשס"ב-2002.

18 ס' 23 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח-1968.

19 ראש נזק בלתי מוחשי זה פותח על ידי הפסיקה בעניין ע"א 2781/93 עלי דעקה נ' בית חולים "כרמל" חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999).

למשוער. אף-על-פי-כן, המטופל מגיש תביעה נגד "הרופא" בעוולה של תקיפה²⁰ ובגין פגיעה באוטונומיה של החולה.²¹

כאמור, למטופל לא אירע כל נזק, אדרבה, הטיפול הצליח למעלה מן המשוער, אלא שיסוד הנזק כלל לא נדרש לשם הטלת אחריות בעוולת התקיפה. במקרה כזה, לא מן הנמנע, כי אם תעלה מצד המעוול טענת "דבר של מה בכך" לא ייפסקו פיצויים לטובת התובע או שבית המשפט עשוי להתחשב בתוצאותיו המוצלחות של הטיפול במסגרת הערכת הפיזיים, אף-על-פי שהיעדר נזק מוחשי לניזוק אינה משמיעה בהכרח כי לפנינו "דבר של מה בכך". על-פניו, סביר יותר יהיה להניח, כי בית המשפט ייטה לילך אחר האופציה השנייה, ולא ישלול לחלוטין את תרופת הפיזיים מהניזוק²². זאת, מתוך רצונו שלא לשמוט את הקרקע מתחת לתביעות בעילת התקיפה אשר כל תכליתן לשפות אדם על עצם הפגיעה באוטונומיה גופו על רקע אי מתן הסכמה מדעת לטיפול הרפואי המבוצע בגופו²³.

על כן, לעניות דעתי, העיקרון לא יחול מקום בו הוא מרוקן מתוכן את עילת התביעה מנקודת השקפה רחבה. במילים אחרות, כאשר שלילת תרופה מאת הנפגע או שלילת עצם גישתו לערכאות עלולה, למעשה, לעקר את זכות התביעה החקוקה או ההלכתית במקרים דומים, רק בשל כך שתוצאות הפגיעה אינן מוחשיות או ממשיות דיין בנסיבות אותו מקרה — אין מקום להחיל את העיקרון, אחרת עשויה שיטת המשפט לצאת נפסדת יתר על המידה (hard cases make bad law).

2. חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981

סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות²⁴ מעגן את ההגנה על זכותו של כל אדם מפני פגיעה בפרטיותו על-ידי הזולת. הסעיף קובע, על דרך ההכללה, כי "לא יפגע אדם

20 ראו, למשל, ע"א 560/84 נחמן נ' קופת חולים של ההסתדרות הכללית של העובדים בארץ ישראל, פ"ד מ(2) 384 (1986); ע"א 3108/91 רייבי נ' וייגל, פ"ד מז(2) 497 (1993).

21 ראו, למשל, עניין עלי דעקה, לעיל ה"ש 19; ע"א 6153/97 שטנדל נ' שדה, פ"ד נו(4) 746 (2002); יש שראו במתן טיפול מבלי שהמטפל קיבל את הסכמתו מדעת של המטופל לטיפול, שבסופו נגרם נזק למטופל, כרשלנות המטפל: ע"א 4384/90 ואחורי נ' בית חולים לניאדו, פ"ד נא(2) 171, 182 (1997); ע"א 434/94 ברמן נ' מור — המכון למידע רפואי בע"מ, פ"ד נא(4) 205, 218 (1997).

22 ראו דברי השופט (כתוארו אז) אור בעניין עלי דעקה, שם, בעמ' 581-586; ראו גם צחי קרן-פו "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט 20, 67 (2005); גילי קרק-אייל "אופן הערכת הפיזי בגדר ראש הנזק של פגיעה בזכות לאוטונומיה" המשפט 21, 37, 38-40 (2006). אכן, לא כל "פגיעה" עשויה להקרא אל תיבת "נזק" בפיצוי. ראו והשוו, למשל: רע"א 11467/03 פורי מוחמד נ' אליהו ציון, תק-על 2004(1) 3163 (2004). עם זאת, מקום שהנזק אינו מיסודות העוולה, לא ראוי להימנע מפסיקת פיצוי בכלל.

23 ראו כיום לעניין החובה לקבל הסכמה מדעת של המטופל, הקבועה בס' 13(א) לחוק זכויות החולה, התשנ"ו-1996; מן הראוי לציין, כי במקרה כזה, הפיצוי שייפסק יהיה פיצוי נומינלי.

24 חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הגנת הפרטיות).

בפרטיות של זולתו ללא הסכמתו". סעיף 2 לחוק הגנת הפרטיות מונה שורה של מצבים אשר כניסה לאחד מהם תיחשב כ"פגיעה בפרטיות" לצורך סעיף 1 לחוק הגנת הפרטיות.

סעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות קובע עוולה נזיקית – אזרחית – למי שפעל בניגוד לסעיף 1 בצירוף אחת החלופות שבסעיף 2, והוא מורה כי "פגיעה בפרטיות היא עוולה אזרחית, והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו עליה בכפוף להוראות חוק זה". סעיף 5 מתווה את המסגרת הנורמטיבית הפלילית בקובעו, כי "הפוגע במזיד בפרטיות זולתו, באחת הדרכים האמורות [...], דינו – מאסר 5 שנים". על כל אלה בא סעיף 6 ומשמיענו מפורשות, כי "לא תהיה זכות לתביעה אזרחית או פלילית לפי חוק זה בשל פגיעה שאין בה ממש".

בהקשר זה עולה השאלה, לשם מה הטריח עצמו המחוקק להודיענו פעם נוספת את שקבע כעקרון יסוד בסעיף 4 לפקודה? אחרי ככלות הכל, סעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות אינו מחדש דבר. בסעיף 4 לפקודה כבר נאמר כי "מעשה של מה בכך" לא יהיה בבחינת עוולה כלל, ואף בחוק הגנת הפרטיות עמד המחוקק על כך ש"לא תהיה זכות תביעה [...]" בשל פגיעה שאין בה ממש²⁵, קרי – כאשר מדובר ב"פגיעה שאין בה ממש" אין נצמחת כלל עוולה או עבירה לפי החוק. תמונה עוד יותר ההיזקקות לדיבור החוק המפורש בסעיף 6 (*Lex Specialis*) כאשר בקביעת העוולה (בסעיף 4 לחוק הגנת הפרטיות) הפנה המחוקק ישירות, על דרך הקורפורציה, להוראות פקודת הנזיקין. הוא שאמר: "והוראות פקודת הנזיקין [נוסח חדש] יחולו [...]" בכפוף להוראות חוק זה.

אפשר, עם זאת, כי אימוץ עקרון ה-*De Minimis*, כפי שנוסח בחוק הגנת הפרטיות, משמעו הגמשה כלשהי בשיקול הדעת השיפוטי שאותה ביקש המחוקק לעודד. בעוד שמלשון הפקודה, כפי שהובאה לעיל, יחול העיקרון רק מקום בו עניין לנו ב"מעשה, שאילו היה חוזר ונשנה לא היה בו כדי ליצור תביעה לזכות נוגדת, ואדם בר-דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך"²⁶, הרי שמלשונו של סעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות ניתן לגזור פרשנות נדיבה בהרבה, ולפיה כל אימת שנמצא כי אין בפגיעה נזק של ממש – ממוני או בלתי ממוני – לא מן הנמנע כי כלל לא תצמח לנפגע (מינורית) זכות תביעה לפי חוק הגנת הפרטיות.

באשר לסעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות, אף כאן ניתן להעלות אותה תמיהה, שהשמענו מעלה, באשר להוראה האזרחית. סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות קובע עבירה פלילית בנסיבות מסוימות שהוגדרו בחוק הגנת הפרטיות כמהוות "פגיעה בפרטיות"²⁷. ברם, גם העבירה הקבועה בסעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות לא

25 ס' 6 לחוק; והשוו גם: דניאל מור "מבט ביקורתי על עקרונותיה של הרפורמה המוצעת בדיני הנזיקין" משפטים (ל) 3 (703, 716–717 (2006)).

26 ס' 4 לפקודה.

27 לרשימת המצבים הנקראים אל תיכת "פגיעה בפרטיות", ראו ס' 2 לחוק הגנת הפרטיות.

לבדד תשכון, וחלים עליה עקרונות דיני העונשין²⁸. סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע סייג לאחריות פלילית הבא בדמותו של סייג "זוטי דברים" — אחזי התאום הפלילי (והלא זהה) של סעיף 4 לפקודה — הקובע, כי "לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

אמנם, אף כאן, ניתן לסבור כי הלשון הפתוחה — "פגיעה שאין בה ממש" — בה עשה המחוקק שימוש בסעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות, מותירה כר נרחב לשיקול דעת בית המשפט בעת שמוגש כתב אישום בעבירה על סעיף 5 לחוק הגנת הפרטיות. עם זאת, על פי אלו אמות מידה יכריע בית המשפט בשאלת תחולת הסייג בנסיבות הפרטיקולריות? האם לא יהיו אלה קרוב לוודאי אותם תנאים לתחולת סייג "זוטי דברים" שבסעיף 34 לחוק העונשין: (1) טיבה ואופיה של הפגיעה בזכות לפרטיות; (2) נסיבות הפגיעה הקונקרטיות; (3) הנזק — אם בכלל — שהוסב לנפגע; ו-(4) מדיניות ציבורית ראויה לאור אותה פגיעה בפרטיות? נראה, כי ניתן ליישב כפילות פלילית זו בנקל, וזאת מן הפן ההיסטורי. שכן, הוראת סעיף 34 לחוק העונשין נוספה לחקיקה העונשית רק בשנת 1994 — כשני עשורים לאחר חקיקת חוק העונשין — עת תוקן החלק הכללי והמקדמי לחוק העונשין, שבו ניסח המחוקק מחדש את פרק הסייגים לאחריות הפלילית²⁹. זאת, בעוד שחוק הגנת הפרטיות נחקק בשנת 1981, כ-15 שנה קודם לכן, כשהחקיקה הפלילית נעדרה הוראה חקוקה ברוח זו. אפס, כיום עדיין עולה הצורך להסיר את הכפילות מקום שאין צידוק מהותי לקיומה באין משים.

28 מכוח ס' 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, המורה, כי "באין בחוק הוראות לסתור, יחולו הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי גם על עבירות שלא לפי חוק זה". הגם שפרק הסייגים לאחריות פלילית הכולל את סייג "זוטי דברים" (ס' 34 לחוק) אינו נמנה עם "הוראות החלק המקדמי והחלק הכללי", הרי שבהתאם להלכת הורבין, לעיל ה"ש 2, "כך דרכו של בית המשפט בכל תחום ותחום". לפיכך, נראה, כי גם כאשר בהוראה פלילית שמחוץ לחוק העונשין עסקינן, אין זה ראוי שדינה יהיה שונה מזו החוסה תחת קורתו של חוק העונשין. אין כל צידוק ענייני להבחנה בין הוראה פלילית פלוגית, הקובעת עבירה המופיעה בחוק ספציפי, לבין הוראה פלילית הקובעת עבירה המופיעה דווקא בחוק העונשין הכללי. הדברים מקבלים משנה תוקף כשמדובר בעבירה הקבועה בס' 5 לחוק הגנת הפרטיות, שאלמלא חפץ המחוקק לכלול אותה במשולב עם מערכת דינים אזרחית — מסיבות שאינן נוגעות לענייננו — היתה ניצבת בינות לשיטי חוק העונשין. השור, למשל: השימוש שנעשה, ובצדק, בס' ההגדרות הקבוע בחוק העונשין, ס' 34 לחוק, למרות לשונו הברורה של ס' 34, לשם פרשנות חקיקה פלילית אחרת, ראו ע"פ (ת"א מחוזי) 70002/04 מדינת ישראל נ' שרון, תק"מ 2004 (1) 4305 (2004), פס' ח לפסק דינה של השופטת ברלינר.

29 חוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994, ס"ח 1481 (אשר נכנס לתוקפו ביום 23.8.1995).

ג. התגלמותו של עקרון "זוטי דברים" בדינים הלכר נזיקיים

1. חוזים

אף שעקרון ה-*De Minimis* מקורו בדיני הנזיקין, ואף ששם זכה להוראת חוק מפורשת הנקראת על שמו, ניתן ללמוד על קיומו גם בדיני החוזים, וזאת, מהוראות חוק התרופות³⁰. כך, מורה סעיף 3(4) לחוק התרופות³¹, כי "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, וזולת אם נתקיימה אחת מאלה: [...] אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין". ניתן לראות סעיף זה כקונקרטיזציה, בנסיבות מתאימות, של עיקרון "זוטי דברים"³².

שיקולי צדק אינם זרים גם הם לחוק החוזים³³. כך, למשל, סעיף 30 לחוק החוזים קובע, כי חוזה פסול דינו בטלות. סעיף 31 לחוק החוזים מרכז קמעה את תוצאת הפסלות באפשרו לבית המשפט, בכואו להצהיר על בטלות החוזה מחמת אי-חוקיות, אי-מוסריות או סתירה לתקנת הציבור, לשקול אם יהא זה צודק ונכון להשיב לצד לחוזה הנפגע מביטולו את שהוציא עקב כריתת החוזה הפסול. והוא הדין בחוזה הנגוע בפגם של טעות חד-צדדית בכריתתו. כך, סעיף 14(ב) לחוק החוזים מתיר לבית המשפט להתחשב בצד הטועה עד כדי ביטול החוזה, למרות אי-ידיעת הצד השני לחוזה על טעותו, וזאת, "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת"³⁴. הנה כי כן, גם מכוח שיקולי צדק אלו יוכל בית המשפט, בנסיבות מתאימות, להתחשב בעקרון ה-*De Minimis*.

2. עשיית עושר

סעיף 1(א) לחוק עשיית עושר³⁵ מקים חובת השבה למי שקנה טובת הנאה על גבו של זולתו "שלא על פי זכות שבדין". על מנת שההתעשרות תיחשב כמנוגדת לדין, החסר אינו מחויב להראות מקור חקוק לזכותו כדי שדרישת ה"שלא כדין" תתמלא. אכן, "אין צורך להצביע על חיקוק כלשהו שההתעשרות מנוגדת לו, ודי אם זו נעשתה בדרך הנוגדת את תפיסת הצדק והיושר"³⁶. יסוד ההתעשרות "שלא

30 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות).

31 ראו המקבילה המוצעת בס' 448(א)(4) להצעת חוק דיני ממונות.

32 השוו יחסי הגומלין בין העקרונות – תום הלב וצדקת האכיפה – בעניין רע"א 1233/91 ג'רבי נ' בן דוד, פ"ד מה(5) 661 (1991); ראו טובה שטרסברג-כהן "עקרונות כלליים במשפט הפרטי" המשפט ז' 523, 529 (2002).

33 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

34 ראו, למשל, אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 63–64 (1997), הסוקר את השתלבות "עקרונות של צדק וסבירות בתוך דיני החוזים".

35 חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979 (להלן: חוק עשיית עושר).

36 ע"א 4437/99 א.ד.י מערכות סטריאו נ' אפריל טקליין בע"מ, פ"ד נה(2) 232, 237 (2000); ראו גם ע"א 827/76 גרשון ישראל נ' בנק הפועלים, פ"ד לב(1) 153 (1977); דניאל פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך א' 30 (מהדורה שנייה, 1998).

על פי זכות שבדין "עשוי לצמוח מהתנהגות פסולה של הנתבע או מנסיבות אחרות אשר הופכות את ההתעשרות לבלתי צודקת"³⁷. בעוד שמעיף 1 לחוק עשיית עושר משמיענו אימתי קמה "חובת השבה", בא סעיף 2 לחוק וקובע סייג לחובה זו:

"בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזוכה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת"³⁸.

מדובר בהוראת חוק המתירה לבית המשפט לפטור את הזוכה מהשבת הזכיה שנתעשר בה שלא כדין על גבו של המעשיר שלא מרצון, מקום בו "הזכיה לא היתה כרוכה בחסרון מזכה", קרי – סיטואציה שבה "זה נהנה וזה לא חסר", "או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת", כגון: שהזוכה עשה סחורה על גב הנושה, כאשר סחורתו של הנושה נגועה בגזל³⁹ או שהזכיה פעוטה ואינה משתווה להוצאות ההליך המשפטי הנדרש לשם עמידה עליה⁴⁰. ניתן, אפוא, לראות בהגנה הגלומה בסעיף 2 לחוק עשיית עושר משום אימץ של עקרון "זוטי דברים", בנסיבות המצדיקות זאת⁴¹.

שיקולי צדק פזורים בכל רחבי החקיקה האזרחית שלנו. הנאמר לעניין זה בהקשר חוק החוזים, חוק התרופות וחוק עשיית עושר מהווה דוגמאות סטטוטוריות להמחשה. הפועל היוצא מן האמור הוא, כי לא מן הנמנע להביא בגדרי שיקולי הצדק גם את עקרון "זוטי דברים", כפוף, כמובן, לעמידה בתכליות הניצבות ביסוד העיקרון ובתכליות זכות התביעה הקונקרטית נגדה מועלית הטענה התולה עצמה בעיקרון זה.

37 רע"א 371/89 ליבוביץ נ' א. את י. אליהו בע"מ, פ"ד מד(2) 309, 331 (1990).

38 ס' 420 להצעת חוק דיני ממונות מהווה את המקבילה המתוקנת של ס' 2 לחוק; ראו בעיקר ס' 420(1) ו-420(7) להצעת חוק דיני ממונות.

39 ודוק, ככלל, עד עתה, בדיני הקניין במשפט הישראלי, אין מקובלת טענת *Jus Tertii* יחד עם זאת, נראה, כי אם יוכיח הזוכה שהנושה אינו בעל דברים דידו לא יהא זה מן הצדק לחייבו בהשבת הזכיה. וראו דברי הנשיא אגרנט בפרשת ע"א 17/72 אליהו נ' פישל, פ"ד כז(1) 337, 347–348 (1973); רע"א 5518/98 יוסף נ' עוקשי, פ"ד נה(3) 294, 309–310 (2001).

40 עניין זה מעלה שאלה נוספת, והיא: האמנם כל הליך משפטי שנוקד עלול לעלות על תועלתו נחוץ דינו לכליה? ומהם, למעשה, גבולות התפרשותו של העיקרון?

41 בספרות המשפטית עלתה שאלת תחולתה של ההגנה הקבועה בס' 2 לחוק עשיית עושר במקרים בהם נקבעה חובת השבה בחקיקה הספציפית אך המחוקק לא סייגה ולא קבע הגנה מקבילה לזו שבס' 2 לחוק עשיית עושר. עמדתו של פרופ' דניאל פרידמן היא, "כי הגנות אלו יפות, בדרך כלל, גם להוראות בדבר השבה שבחוקים הספציפיים, שבהן לא נכללה הגנה מקבילה. הטעם לכך הוא שההגנה הכללית, אשר בס' 2 לחוק עשיית עושר, נקבעה כהגנה בפני העיקרון הכללי" ראו פרידמן, לעיל ה"ש 36, בעמ' 48; ולא רק בפני הוראת ס' 1 לחוק עשיית עושר.

3. קניין (מקרקעין)

סעיף 14 לחוק המקרקעין⁴² משמיענו, כי "בעלות וזכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי-נוחות לאחר". הוראת חוק זו מגלמת בתוכה עיקרון שבע ימים האוסר שימוש לרעה בזכות⁴³ (abus de droit). לא בכדי ראו נסחי הצעת הקודקס לכלול עיקרון זה כעקרון יסודי צוותא חדא עם החובה לנהוג בתום לב⁴⁴ תוך השמטתו מפרק הנכסים שלהצעת החוק⁴⁵. אפס, כי אין כל מניעה לראותו כמבטא נכוחה, בנסיבות מתאימות, גם את עקרון ה-*De Minimis*⁴⁶.

בעניין רדומילסקי⁴⁷ דובר במתיחת חוט אנטנה מדירת המשיב לגג הבית הסמוך שנעשתה ברום מקרקעיה של המערערת. המערערת טענה, כי מדובר בהסגת גבול מקרקעיה, שכן בהתאם לסעיף 11 לחוק המקרקעין בעלותה משתרעת "בכל העומק שמתחת לשטח הקרקע, ..., והיא מתפשטת בחלל הרום שמעליו...". לפיכך, דרשה המערערת כי יינתן צו להסרת חוט האנטנה. בית המשפט העליון, מפי הנשיא זוסמן, דחה את הערעור על יסוד עקרון ה- *De Minimis*, בצינו:

"הדעה המודרנית היא, שהחודר אל תחום האוויר של הזולת מסיג את גבולו... מוכן אני להניח לטובת המערערת, שסעיף 11 לחוק המקרקעין מגלם את העיקרון המקובל היום, לפיו נתונה בידי הבעלים זכות מוחלטת לשטח האוויר מעל רכשו, עד לחלל החיצון, שהוא כנראה עדיין בבחינת רשות הרבים... אך על אף מקורה הקנייני של זכות המערערת, אין פירושו של דבר, שבית המשפט יוציא צו מניעה בשל 'דבר של מה בכך' [...] הפגיעה בזכות המערערת היא אפסית, ולמעשה אין המשיב מסיג את גבולה אלא באופן טכני. מטעם זה הייתי דוחה את הערעור"⁴⁸.

וכך סיכם זאת השופט (כתוארו אז) חיים כהן, בהפנותו לסעיף 14 לחוק המקרקעין כמקור נורמטיבי להגבלת עמידתו של בעל הזכות הקניינית על זכותו, באומרו:

"ובא הכלל הגדול שבסעיף 14 לחוק וקובע שזכות הבעלות כשלעצמה אין בה כדי להצדיק עשיית כל דבר, ומתן צו מניעה בכלל זה, 'הגורם נזק או אי-נוחות לאחר' – רוצה לומר, אין להתיר את השימוש בזכות הבעלות

42 חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין).

43 ראו, למשל, אריאל רחן-צבי "שימוש לרעה בזכות מקרקעין" עיוני משפט ד' 651 (1975); יהושע ויסמן "שימוש לרעה בזכות" משפטים כז(1) 71 (1996); יהושע ויסמן דיני קניין – בעלות ושיתוף 50, 52-55 (1997); כיום נוסח העיקרון בס' 2 להצעת חוק דיני ממונות.

44 בס' 2 להצעת חוק דיני ממונות.

45 השוו הוראות הפרק החמישי להצעת חוק דיני ממונות.

46 ראו מיגל דויטש קניין כרך א' 121 (1997).

47 ע"א 782/70 רדומילסקי נ' פרידמן, פ"ד כה(2) 523 (1971).

48 שם, בעמ' 526-527.

כעילה לגרוע נזק או אי-נוחות אפילו למסיג גבול, מקום שהשימוש בעילה זו אינו דרוש באורח סביר למימוש זכות הבעלות עצמה או למטרה חוקית אחרת. בענין כמו זה שלפנינו, שאינה יכולה להיות מחלוקת כלשהי בין השוכר לבין המשכיר בדבר זכות בעלותו של המשכיר, ושכלל הצעדים שנקט בהם המשכיר לא נקט אלא לגרוע 'אי-נוחות' לשוכר, לא יושיט לו בית-המשפט של דין ולא בית-משפט של יושר — כל עזרה"⁴⁹.

בעניין אחר שבא לפני בית המשפט העליון⁵⁰, כעבור שנים רבות, נדון היקף שיקול הדעת המסור לבית המשפט בתביעה לסילוק יד בעילה קניינית, על רקע העימות האפשרי בין הזכות הקניינית לחובת בעל הזכות להשתמש בה "בתום לב ובדרך מקובלת"⁵¹ ושלא על מנת לגרוע "נזק או אי נוחות לאחר"⁵². באותו מקרה, דובר בדייר בבית משותף שהשתלט על קומת מרתף הבניין המשותף ועל החצר המשותפת הצמודה לדירתו והקים לעצמו דירת גן, וזאת, מבלי שקיבל את הסכמת הדיירים בבית המשותף.

דעת הרוב באותה פרשה הייתה שאין להסכים לדחיית תביעתם של הדיירים לסילוק ידו של הפולש, בין באמצעות הפעלת שיקול דעת שיפוטי באמצעות מושגי השסתום — תום לב ושימוש לרעה בזכות, ובין באמצעות עקרון "זוטי דברים" ולהורות על הריסת הבנייה הבלתי חוקית. היטיב להביע זאת השופט יעקב טירקל על רקע נסיבותיו המיוחדות של אותו עניין, בציינו:

"אין מדובר בפגיעה שהיא בגדר 'דבר של מה בכך', דוגמת ככל הטלוויזיה שהסיג גבול בחלל הרום של המקרקעין שמעליהם עבר (דברי כבוד מ"מ הנשיא (כתוארו אז) ' ' ווסמן בע"א 782/70 הנ"ל, שם, בעמ' 527). דברים אמורים בבנייה של ממש שהייתה כרוכה בהריסת מקלט ובהקמה במקום אחר של מקלט חדש ומחסנים חדשים; בסגירת חלק של החלל שבין העמודים שעליהם ניצב הבית המשותף; בתפיסת המעבר שלפני המקלט וכן חלק משטח הדשא שלפני הבית ובנייה עליהם. בנייה כזאת משנה את אופיו, את צורתו ואת מראהו של הבית וממילא גם פוגעת בהנאתם של הדיירים מרכושם הפרטי ומרכושם המשותף. יתר על כן, לא הסגת גבול זמנית ברכוש המשותף כאן, אלא תפיסה לצמיתות של השטח הבנוי על ידי המערערים, על ידי הצמדתו בפועל לדירתם. בכך הוקטן כלל הרכוש

49 שם, בעמ' 530; יש ליתן את הדעת לסעד הנתבע באותו מקרה, שהוא סעד של ציווי (injunction). הן הסעד המנדטורי והן הסעד הפרוהיבטורי הם סעדים שבית המשפט נותנם משיקולים שבדיני היושר (equity). אפשר שאם היתה המערערת עותרת לקבלת סעד של פיצויים, כנסיבות אותו מקרה, היה בית המשפט נעתר לה אך פוסק פיצויים בשיעור מתון נוכח היות הפגיעה קלת ערך.

50 רע"א 6339/97 רוקח נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199 (1999).

51 בהתאם לס' 39 ר-61(ב) לחוק החוזים.

52 בהתאם לס' 14 סיפא לחוק המקרקעין.

המשותף בבית, וממילא הוקטן חלקה היחסי של כל דירה ברכוש המשותף. תוצאה נוספת של הבנייה היא שעל ידי כך ניצלו המערערים לטובתם בלבד חלק מאחוזי הבנייה של הבית המשותף, שגם הם בבעלות משותפת של כל בעלי הדירות, וגרעו מחלקם של המשיבים באחוזים אלה. בנסיבות אלה – גם כאשר מביאים בחשבון את הוצאותיהם הצפויות של המערערים עבור החזרת המצב לקדמותו – שיקול דעתו של בית המשפט הוא מצומצם ביותר, אם נותר בידיו שיקול דעת בכלל. בוודאי ובוודאי שאין לראות את תביעתם של המשיבים כשימוש לרעה בזכות הבעלות שלהם, המונע מהם את קבלת הסעד שביקשו⁵³.

4. קניין רוחני (פטנטים)

סעיף 49(א) לחוק הפטנטים⁵⁴ קובע את זכותו של בעל פטנט: "בעל פטנט זכאי למנוע כל אדם זולתו מנצל בלי רשותו או שלא כדין את האמצאה שניתן עליה הפטנט, בין בדרך המוגדרת בתביעות ובין בדרך דומה לכך שיש בה, לנוכח המוגדר באותן התביעות, עיקר האמצאה שהוא נושא הפטנט (להלן – הפרה)". סעיף 1 לחוק הפטנטים מגדיר "ניצול אמצאה", למעט, בין היתר, "פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי".

בעניין אחד, שבא לפני בית המשפט המחוזי⁵⁵, התבררה תביעתה של חברת תרופות ופרמצבטיקה נגד חברה מתחרה על רקע פקיעת פטנט שרשמה הראשונה על הרכיב הפעיל בתרופה לטיפול בדיכאון, שזכתה להצלחה מסחרית רחבה. במסגרת זו, נדרש בית המשפט לבחינת מהותו של ניצול האמצאה על-ידי החברה המתחרה, ולשאלה אם ניתן לראות בשימוש הנסיוני שעשתה המתחרה באמצאה כ"פעולה שאינה בהיקף עסקי ואין לה אופי עסקי", שאז אין היא נופלת תחת הגדרת "ניצול אמצאה" כמובא לעיל.

בהקשר זה, העלה בית המשפט על הכתב את הדמיון הקיים בין סייג 'העדר האופי וההיקף העסקי' בדיני הפטנטים לבין העיקרון הכללי של *De Minimis*, שלפיו אין במעשה של מה בכך כדי להתיר תביעת זכות. על אף הדמיון הרב בין הטענות מצא בית המשפט, מפי השופטת קובו, לעמוד על ההבחנות ביניהן, בציינו:

"למרות הדמיון, כך סבורה אני, אין חפיפה מלאה בין השניים. סייג 'העדר

53 עניין רוקר, לעיל ה"ש 50, בעמ' 243; וראו דעתו החולקת, של השופט אנגלרד (בדעת המיעוט), שסבר, כי בנסיבות אותו מקרה יש להסתייע בדוקטרינת "השימוש לרעה בזכות" הבאה לידי ביטוי בס' 14 לחוק המקרקעין כפועל יוצא מהעיקרון התלמודי לפיו "כופין על מידת סדום" (בבלי, כתובות, קג, 1; בבלי, עירובין, מט, 1; בבלי, בבא בתרא, יב, 2, נט, 1, קסח, 1) ולהימנע מליתן סעד של צו להריסת המבנה הבלתי חוקי.

54 חוק הפטנטים, התשכ"ט–1969 (להלן: חוק הפטנטים).

55 ת"א (מחוזי ת"א) 881/94 Eli Lilly נ' טבע תעשיות פרמצבטיות, תק"מח 98(3) 1586 (1998).

האופי וההיקף העסקי הוא צר יותר ורחב יותר מכלל ה-*De Minimis*. הוא צר יותר במובן זה שיתכנו פעולות בקנה-מידה מזערי, שהן בכל-זאת בעלות אופי עסקי ולכן אסורות. הוא רחב יותר במובן זה שקיימות פעולות שאינן בהיקף של מה בכך ובכל-זאת אין הן בהיקף עסקי. השוני נובע מהבדל המטרות שבבסיס הכללים. כלל ה-*De Minimis* בא להבטיח כי בתי-המשפט וצדדים לא יוטרדו, ולא יבוזזו משאבים בשל פגיעות זניחות וחסרות חשיבות. סייג העדר האופי וההיקף העסקי בא להבטיח כי הגנת הפטנט תיפרש רק על אותן פעולות שהאינטרס הציבורי מצדיק את מניעתן (אף אם לבעל הפטנט יש אינטרס לא זניח למנוע גם פעולות נוספות).⁵⁶

5. הגבלים עסקיים

סעיף 14(א)(1) לחוק ההגבלים⁵⁷ מעניק לממונה על ההגבלים העסקיים, האחראי על אכיפת חוק ההגבלים, סמכות להתיר התקשרות ב"הסדר כובל" מבלי שהצדדים לאותו הסדר יידרשו לקבל את אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים, וזאת, בנוסבות ש"הכבילות שבהסדר הכובל אינן מגבילות את התחרות בחלק ניכר של שוק המושפע מן ההסדר, או שהן עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר משוק כאמור".

בעבר עלתה השאלה, כלום ניתן וראוי לאמץ אל תוך חוק ההגבלים את עקרון ה-*De Minimis*, בצד סעיף 14(א)(1) לחוק, באמצעות ההלכה הפסוקה "באופן שייקבע, כי צדדים להסדרים שאמנם נחשבים ככובלים, אך הינם בעלי השפעה מזערית על התחרות, יהיו פטורים מן הצורך לאשר את ההסדר"⁵⁸. המגמה בפסיקה היא, כי באשר לסוגי כבילות מסוימים, כגון: הסדרי אי-תחרות בין עובד לבין מעביד, יחול עקרון "זוטי דברים". כך, לדוגמה, בפרשת טבעול⁵⁹ קבעה דעת הרוב בבית המשפט העליון, כי לעניין הסכמי אי-תחרות בין עובד למעביד או בין שותפים בשותפות, אין מקום לפגוע בנוהג הקיים והרצוי, המאפשר סיום קשרים עסקיים אלה ללא חשש מתחרות. על כן, נפסק, כי מן הדין להחיל לגבי הסדרים כאמור, מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, את עקרון "זוטי דברים", לצד ובנוסף

56 שם, בעמ' 1597. בית המשפט השתמש במונח "כלל" כדי להגדיר את סייג "זוטי דברים". עם זאת, נראה כי המונח הנכון להגדרת סייג זה הינו "עיקרון". בעוד ש"הכלל" אינו מגיח מקום לשיקול דעת — כגון: הכלל האוסר לנהוג מעל 90 קמ"ש בכביש בינעירוני, העיקרון קורא לבית המשפט ליצוק תוכן אל תוכו, שכן הוא מנוסח כמושג שסתום מלכתחילה. על ההבחנה בין "כלל" לבין "עיקרון" ו"אמת מידה" ראו למשל: אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 249 (2004); וכן ראו מנחם מאוטנר "תום לב ותנאים מכללא", דינאל פרידמן וגילי כהן חוזים כרך ג 313, 332–333 (2003); גם נסחי הצעת הקודקס מצאו לקבוע את מושבו בין עקרונות היסוד של הקודקס האזרחי.

57 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח–1988 (להלן: חוק ההגבלים).

58 צחי יגור דיני הגבלים עסקיים 339 (מהדורה שנייה, 1999).

59 ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נב(3) 145 (1998).

לפטור הגלום בסעיף 14(א) לחוק, וזאת, בין היתר, על רקע הרצון ליצור הרמוניזציה בין חוק ההגבלים לבין הדין הנוהג בסוגיית אי התחרות.⁶⁰

6. דיני העונשין⁶¹

סעיף 34 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, קובע את סייג "זוטי דברים" בדין הפלילי:

"לא יישא אדם באחריות פלילית למעשה, אם, לאור טיבו של המעשה, נסיבותיו, תוצאותיו והאינטרס הציבורי, המעשה הוא קל ערך".

אף כאן בא המחוקק להשמיענו, כי החוק לא נועד לזוטות (*De Minimis Non Curat Lex*) וכי בתי המשפט לא יטריחו עצמם להידרש לכירור תביעה שלא נדרשת בה הגנה על פגיעה של ממש (*Minima Non Curat Praetor*). אפס, כי בעוד הגנת "מעשה של מה בכך" בדין האזרחי מהווה כיום הגנה מהותית, הרי שסייג "זוטי דברים" אינו נוטל את העוקץ מהפליליות שבמעשה העבירה, אלא אך פוטר את העושה מלשאת באחריות הפלילית שהדין קבע לאותו מעשה פלילי. פרופ' ש"ז פלר⁶², עומד על ההבחנה בין סייגים מסוג "פטורים" לבין סייגים מסוג "הצדקים"⁶³, כאשר ההבחנה היא כמעין ההבחנה שנודעה בין "הגנה דיונית" לבין "הגנה מהותית" בדין האזרחי, בהן דנו לעיל. את סייג ה-*De Minimis* מסווג פרופ' ש"ז פלר בקבוצת ה"מעין סייגים לפליליות המעשה"⁶⁴.

עם זאת, בשונה מן הדין האזרחי, קובע חוק העונשין, כי "מלבד אם נאמר בחיקוק אחרת, חזקה על מעשה שנעשה בתנאים שאין בהם סייג לאחריות פלילית"⁶⁵ (*Praesumptio Juris Tantum*). מכאן, שנטל ההוכחה להראות כי מעשה העבירה נעשה בתנאים שחל בהם סייג לאחריות פלילית, מן המנויים בסימן ב' לפרק ה' לחוק העונשין, רובץ על כתפי הנאשם (*Reus Excipiendo Fit Actor*), אך די לו שיעורר ספק סביר בדבר החשש לקיום הסייג כדי שתיסתר חזקה זו (*In Dubio Pro Reo*), ומשייעורר הספק – יתהפך הנטל ויעבור אל כתפי התביעה.⁶⁶ באחת הפרשות, שבאו לפני בית המשפט העליון⁶⁷, נדון אישומו של אדם

60 שם, בעמ' 171–173; ראו יגור, לעיל ה"ש 58, בעמ' 340, הסוקר את ההלכה שלעניין; וראו לדעתו המצדדת של המחבר בהלכה, שם, בעמ' 342. באנגליה חל עקרון ה-*De Minimis* בהקשר דיני ההגבלים העסקיים, בס' 21(2) ל-The Restrictive Trade Practices Act, 1976 (Eng).

61 תת-חלק זה, שעניינו בדיני העונשין, חורג למדי מנושא החיבור שעניינו בתחולת העיקרון והשפעותיו בחקיקה האזרחית. הדברים מובאים, אפוא, רק למען שלמות התמונה המשפטית, ומשום כך אין לראות בהם סקירה מלאה של הדין הנוהג בפלילים.

62 פלר, לעיל ה"ש 1.

63 שם, בעמ' 503–506.

64 שם, בעמ' 617.

65 ס' 34 לחוק העונשין.

66 ראו ס' 34(ב) לחוק העונשין; וראו פלר, לעיל ה"ש 1, בעמ' 365; ש"ז פלר "על הקטגוריות של החזקות" מחקרי משפט יג(2) 357 (1997).

67 צ"פ 807/99 מדינת ישראל נ' עזיזיאן, פ"ד נג(5) 747 (1999).

בשותפות לעבירות הצתה⁶⁸, היזק בזדון⁶⁹ וגניבה⁷⁰. אירוע המעשה נסב סביב התפרצותו של המון זועם לאחת הדירות בשכונת מאה שערים בירושלים והשתתפות כרוש שהיה בדירה אותה העת, והכול – על רקע חשדו של ההמון כי בבית מתגוררים נוצרים מיסיונרים. המשיב בערעור נאשם יחד עם אחרים בכניסה לבית ונטילת חפצים מתוכו. אלא שבית המשפט קמא ראה לזכותו משלושת האישומים שיוחסו לו בכתב האישום, ולהרשיעו בעבירה של הסגת גבול⁷¹, שכן את החפצים הזדרז להשיב לתחנת המשמר האזרחי הקרובה ומאחר שערכם של החפצים שנבזזו היה זעום. לפיכך, החיל בית המשפט קמא את עקרון "זוטי דברים" וזיכה את המשיב מההאשמות המיוחסות לו.

תוך שהוא דוחה את נימוקי ערכאה קמא ומקבל את עמדת המדינה, עמד בית המשפט העליון על אמת המידה להפעלת העיקרון, על-פיה אין די בהיות ערכה של הפגיעה באינטרס הציבורי נמוך מבחינה כלכלית, ויש להביא בחשבון את כלל נסיבותיו של מעשה העבירה:

"הערך האפסי של החפץ הגנוב הוא אחד השקולים ובנסיבות מסוימות יתכן שיהיה השקול המכריע. כשאדם מובא לדין בעבירה של גניבה על ידי מציאה כהגדרתה בסעיף 383(ב)(3) לחוק העונשין⁷², יהיה משקל רב לעובדה שמדובר בחפץ בעל ערך אפסי, שלגביו אין זה הגיוני להטריח את המוצא לחפש את הבעלים ויהיה מקום לזכות את המוצא ונטל את החפץ לעצמו מכח סעיף 34 לחוק. לעומת זאת אם אותו חפץ ניטל מתוך דירת הבעלים בנסיבות כפי שהיו כאן, כאשר המון מתפרע פרץ את הדירה וההמון בוזז אותה חורק את תכולתה למדורה, ואדם שנכנס לדירה לאחר שכבר נפרצה ולא היה כלל בתחילת האירוע, מצטרף להמון ומרשה לעצמו ליטול משהו מן הרכוש של בעלי הדירה, שלא על מנת להשיבו לבעליו ויהיה זה אפילו רכוש בעל ערך אפסי, לא יוכל ליהנות מהגנתו של הסעיף כי 'טיבו של המעשה, תוצאותיו והאינטרס הציבורי המעשה הוא קל ערך' במקרה כזה מתחייבת תגובה עונשית מבחינת האינטרס הציבורי. מי ש'מצטרף לחגיגה' בנסיבות כאלו ומשתתף בביזה של דירה כזאת לא יוכל לטעון שמדובר בדבר קל ערך שלא ראוי בגללו להכתימו בפלילים. הוא מכתם בפלילים לא בגלל ערכה הכלכלי של הגניבה אלא בגלל הנסיבות שבה נעשתה"⁷³.

68 ס' 448(א) לחוק העונשין.

69 ס' 452 לחוק העונשין.

70 ס' 383(א)(1) לחוק העונשין.

71 ס' 447 לחוק העונשין. בית המשפט עשה כן מכוח הסמכות הנתונה לו בס' 184 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982.

72 כן נכתב במקור, אך דומה כי הכוונה לס' 383(ג)(1)(ד) לחוק העונשין.

73 עניין עזיזיאן, לעיל ה"ש 67, בעמ' 762.

נמצאנו למדים, כי אף-על-פי שערכו של הנזק עשוי לשמש קנה מידה להחלת סייג "זוטי דברים" בדין הפלילי, אין הוא קנה המידה היחיד (*Sine Qua Non*) וקיימים שיקולים הנוגעים את נסיבותיו הקונקרטיות של מעשה העבירה, ובכלל זה אף בהתחשב בנסיבותיו הסובייקטיביות של העושה. כך, לדוגמה, אפשר כי בית המשפט ישיקף על אדם עני, שאין הפרוטה מצויה בכיסו, הנוטל כיכר לחם מחנות המכולת, בעין שונה מזו שיאמץ כלפי מי שללא כל סיבה סבירה ביצע אותה העבירה. אכן, מצווים אנו על "ודל לא תהדר בריבו"⁷⁴, ועם זאת, מציאות החיים מתווה מדיניות משפטית המוכנה לספוג פגיעות "של מה בכך" בעיקרון הקובע "שוויון הכל בפני החוק", מה גם שלפחות בנסיבות שבדוגמה ניתן לחשוב על שוני רלוונטי בעטיו אין מופר עקרון השוויון בפני החוק.⁷⁵

ד. ביטוי של עקרון ה-*De Minimis* בדין הדיוני

1. תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984
תקנה 100(2) לתקנות סדר הדין האזרחי⁷⁶ מקימה לבית המשפט הדין בהליך אזרחי את הסמכות לסלק על הסף תביעות, מקום שמצא על פניו כי התובענה הינה טרדנית או קנטרנית.

"בית המשפט או הרשם רשאי, בכל עת, לצוות על מחיקת כתב תביעה נגד הנתבעים, כולם או מקצתם, על יסוד אחד הנימוקים האלה: [...] (2) נראה לבית המשפט או לרשם מתוך הכתב שהתובענה היא טרדנית או קנטרנית..."

למרות הלשון הדווקנית למדי שאותה נקט מחוקק המשנה – "מחיקת כתב תביעה נגד הנתבעים" – פירשה הפסיקה כי סמכותו של בית המשפט לעשות שימוש הולם בתקנה דלעיל פורשת עצמה גם על כתבי טענות נוספים הנופלים להגדרת "תובענה", כמשמעותו הרחבה של דיבור זה בתקנה 1 לתקנות סדר הדין האזרחי⁷⁷. בעוד שעקרון ה-*De Minimis* מהווה סייג מהותי בדיני הנזיקין, המנקה את המזיק מכל רבב, תקנה 100(2) לתקנות סדר הדין האזרחי מהווה כלי דיוני, שעל

74 שמות כג, 3.

75 השוו למשל: ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 30 (1999); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 419, 440 (2002). ודוק: יש הסבורים, כי על יסוד שיקולים של צדק חלוקתי יהא זה ראוי לעתים לסטות מעיקרון השוויון בפני החוק גם כשלא קיים שוני רלוונטי, וזאת על מנת לקדם קבוצות חלשות בחברה. ראו, למשל: חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 211–213 (2005). לסקירה ביקורתית של גישה זו ראו: יהושע ויסמן "על ספרו של פרופ' חנוך דגן 'קניין על פרשת דרכים'" המשפט 23, 89–90, 91 (2007).

76 תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 (להלן: תקנות סדר הדין האזרחי).

77 ראו ע"א 207/74 The Russian Ecclesiastical Mission In Jerusalem נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 836 (1975).

אף שתוצאתו המשפטית דומה לתוצאות החלת העיקרון, הרי שאין בו כדי לשלול את עצם עילת התביעה, אלא רק כדי להוות אמצעי דיוני בו יעשה בית המשפט שימוש זהיר ובמשורה, כאשר התביעה — על פניה — טורדנית או קנטרנית. אכן, "זהירות כפולה נדרשת כאשר התביעה על פניה מגלה עילה, והטענה היא רק שאין להיזקק לה מפני שהיא טורדנית או קנטרנית"⁷⁸. כך, לא די שהנתבע יראה כי התובע הגיש תביעתו אך כדי לזכות ביתרון כלשהו, ותו לא: "אין לראות נקיטת צעד מסוים בתביעה כדי להשיג באמצעותו יתרון מסוים כמעניק לתביעה עצמה אופי טורדני או קנטרני"⁷⁹.

הנשיא זוסמן מדגיש בספרו⁸⁰ "את המילים 'מתוך כתב התביעה', אשר מטרתן להגביל את כוחו של בית המשפט לאותו מקרה, שהעיון בכתב התביעה בלבד, בלא גביית עדויות, מאפשר לו לקבוע כי התביעה אינה אלא מעשה של הטרדה או קנטור"⁸¹. כך, למשל, אין באי תשלומו של חוב פסוק בהליך אחד כדי להתיר פתיחתו בשנית בדרך של הגשת תביעה כספית מחדש, מבלי שניתן הצדק סביר לכך⁸².

תקנה נוספת שאותה מן הראוי להזכיר היא תקנה 91(א) לתקנות סדר הדין האזרחי המאפשרת לבית המשפט, מיוזמתו שלו או לבקשת בעל דין, "להורות כי יימחק או יתוקן כל ענין בכתב טענות שאין בו צורך או שהוא מביש או עלול להפריע לדיון הוגן בתובענה, לסבכו או להשהותו".

התקנה נוקטת לשון פתוחה — "כל ענין [...] שאין בו צורך [...] או עלול להפריע לדיון הוגן" — והיא אינה מוגבלת לסוגי עניינים מוגדרים. לפיכך, רשאי בית המשפט — אם ראה לעשות כן במקרה מתאים — להורות על מחיקת עילת תביעה מכתב טענות, גם מן הטעם שמדובר בפגיעה מינימלית בנתבע שהעיסוק בה עלול להפריע לדיון הוגן בתביעה, כגון: כאשר בראש מעייני התביעה נושא אחד, ואילו עילת התביעה שאחד מיסודותיה הוא הפגיעה המינימלית אשר עלולה להאריך את הדיון שלא לצורך, להשהותו או לסבכו, עת ברי לכל מהי עילת התביעה העיקרית שעליה נסבה תביעת התובע⁸³.

78 ע"א 206/75 סלון 100 בע"מ נ' פנטריסה בע"מ, פ"ד (1) 732, 735 (1976).

79 שם.

80 יואל זוסמן סדרי הדין האזרחי (מהדורה שביעית, שלמה לוינ עורך, 1995).

81 זוסמן, שם, בעמ' 397.

82 ראו ע"א 427/89 מקור הנפקות וזכויות בע"מ נ' מרחב, פ"ד (4) 86, 90 (1992); אורי

גורן סוגיות בסדר דין אזרחי 165 (מהדורה תשיעית, 2007).

83 ראו גם תק' 91(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי. אם נדרש בית המשפט לעשות שימוש בתק' 91(א) לתקנות על-ידי בעל הדין שכנגד, יהא זה תנאי להפעלת סמכותו של בית המשפט כי בעל הדין המבקש הקדים לפנות לבעל דינו "תוך חמישה עשר ימים מיום המצאת כתב ההגנה האחרון או התשובה, לפי המאוחר, בבקשה למחוק או לחקן את העניין או את כתב הטענות". אולם, מלשון התקנה עולה, כי אין בהיעדר פנייה כאמור לשלול מבית המשפט את סמכותו העצמאית, להורות מיוזמתו על מחיקת או תיקון כמפורט לעיל.

תקנה 524 לתקנות סדר הדין האזרחי מקנה, אף היא, סמכות לבית המשפט "בכל עת לתקן כל פגם או טעות בכל הליך, ולתת הוראות בדבר הוצאות או בעניינים אחרים ככל שייראה לו צורך, וחובה לעשות כל התיקונים הדרושים כדי לברר מה הן באמת השאלות השנויות במחלוקת בין בעלי הדין; והוא הדין לגבי הרשם לעניין פגם או טעות בהליך שלפניו". לאור מיקומן של תקנות 91(א) ו-524 בתקנות סדר הדין האזרחי, מקובל לראות את תקנה 91(א) ככלי שרת בידי הערכאה הדיונית הדנה בתיק התביעה, שעה שתקנה 524 מקנה סמכות כללית לתיקון⁸⁴. על כן, לא מן הנמנע, כי בית המשפט יזדקק לתקנות סדר הדין האזרחי אלו גם כשמוגשת תובענה שאחת מהעילות שבבסיסה מיוסדת על מסכת עובדתית שניתן לקרואה אל תיבת עקרון ה-*De Minimis*. למשל, כאשר התובע מלין על פגיעה שהיא רגשית ביסודה ונטולת ערך כלכלי ממשי, כך שקשה להניח כי עניינו עשוי לבוא על סיפוקו במסגרת הליכי המשפט. בית המשפט מוסמך, בנסיבות מתאימות, להפעיל את סמכותו הדיונית ולהורות לתובע לתחום היטב את השאלות הענייניות שבאמת שנויות במחלוקת בין בעלי הדין, וזאת, בין היתר, על רקע עקרון "זוטי דברים", "ככל שייראה לו צורך".

2. חוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982
סעיף 62(א) רישא לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], מורה:

"ראה תובע שהועבר אליו חומר החקירה שהראיות מספיקות לאישום אדם פלוני, יעמידו לדין, זולת אם היה סבור שאין במשפט ענין לציבור" (ההדגשה שלי — א' א').

נמצא, כי גם בשלב קבלת ההחלטה על ידי שלטונות התביעה, אם להעמיד לדין את החשוד אם לאו, בוחנת התביעה הכללית את האינטרס הציבורי שנפגע בעטיו של מעשה העבירה. במכלול שיקוליה, על התביעה להביא בחשבון את העניין הציבורי שבהעמדה לדין של החשוד. לפיכך, אם האינטרס הנפגע הוא מינורי ואין לו השלכות מיוחדות על הציבור בכללו, לא מן הנמנע כי לא יוגש כתב אישום נגד העושה, למרות שקיים את יסודות העבירה החקוקה במעשהו.

ודוק: סגירת תיק מן הטעם של היעדר עניין לציבור מניחה אפשרות לקיומן של ראיות שבכוחן להביא להרשעתו של החשוד בעבירה, אלא שמסיבות של מדיניות ציבורית אין מקום להעמידו לדין⁸⁵. תחולתו של סייג "זוטי דברים" — שבסעיף 34 לחוק העונשין — הינה אך משהוגש כתב אישום, והסמכות להפעילו נתונה לבית המשפט ולו בלבד. אולם, עד להגשת כתב האישום, רשאית התביעה,

84 ראו, למשל, רע"א 4360/01 סימבר מסחר והובלות בע"מ נ' חברת רונדה מט בע"מ (בפירוק), תק-על 2001(3) 681 (2001), פס' 5 לחוות דעתו של הרשם שחר.

85 ראו, למשל, בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 507-508 (1990).

בבואה להעריך את סיכויי ההרשעה בתיק, לבחון את השיקולים המקימים את הסייג בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה על רקע העבירה המיוחסת לחשוד, וזאת, כחלק מבחינת ה"עניין הציבורי" – אם בכלל – הגלום בתיק⁸⁶.

3. התיישנות

ראובן עבד כטייח בחברת בנייה. במהלך ועקב עבודתו נכרתה אצבעו. המוסד לביטוח לאומי קבע לראובן 5% נכות צמיתה בגין אבדן אצבעו. ראובן שב לעבוד בחברה והועבר לתפקיד של מנהל עבודה. לאחר למעלה משבע שנים פוטר ראובן מהחברה ופנה לעבוד כקבלן, אז נדרש לבצע עבודת טייחות. על רקע זה הבחין ראובן כי הוא מתקשה עד מאוד בביצוע מלאכת הטייחות עקב כריתת אצבעו. לפיכך, הגיש ראובן תביעה נגד החברה לפיצויים בגין הפסד ההשתכרות שנגרם לו עקב פיטוריו ומוגבלותו לעסוק כטייח.

השאלה שעמדה לפני בית המשפט הייתה: כלום יש לראות את יום גילוי הנזק הראשוני – "כאב וסבל" – כמועד הקובע לתחילת מירון ההתיישנות, או שמא יש להכיר ביום התגבשות הנזק – "אבדן ההשתכרות" – כמועד הקובע לראשית מניין ימי ההתיישנות⁸⁷?

בית המשפט סבר, כי יש להחיל מבחן גמיש שלפיו ההתיישנות מתחילה מהיום בו אדם סביר היה מגיש תביעה בגין נזקו⁸⁸. אף שלגופו של עניין דחה בית המשפט את ערעורו של הניזוק בעטיה של התיישנות תביעתו – שכן בנסיבות המקרה שם, סבר בית המשפט כי הניזוק יכול היה לדעת את שיעור נזקו ואת היקפו כבר במועד בו אירע – עמד בית המשפט העליון על הצורך לאזן בין אינטרס הנתבע (המזיק) לבין אינטרס התובע (הניזוק) על ידי הפעלת עקרון ה-*De Minimis*, בציינו:

"לא די בהתגלות נזק כלשהו, כדי שתקופת ההתיישנות תחל במרוצתה. התגלות הנזק תחל את ההתיישנות, אם הניזוק, כאדם סביר, היה בנסיבות העניין כולו מגיש תביעה בגינו. אם, לעומת זאת, הנזק בהתגלותו הוא נזק של 'מה בכך', אשר 'אדם בר־דעת ומזג כרגיל לא היה בא בנסיבות הנתונות בתלונה על כך' (סעיף 4 לפקודת הניזוקין [נוסח חדש]), כי אז אין לראות בהתגלות זו כמועד תחילת ההתיישנות, ויש לדחות אותו מועד עד להתגלותו של אותו נזק, שאדם סביר היה תובע בנסיבות העניין כולו בגינו. תפיסה זו

86 ראו, למשל, ע"פ (מחוזי ת"א) 1720/95 מדינת ישראל נ' יוסף, תק"מ 3957 (3) 96 (1996), פס' 3 לפסק דינו של השופט גרוס; למעשה, ראשונה הייתה התביעה מוסמכת לשקול בין שיקולי סגירת תיק חקירה שיקולים של "עניין לציבור", ורק עם חקיקתו של תיקון מס' 39 לחוק העונשין בשנת 1994, ס"ח 1481; שם, הוכרה בחוק סמכותו של בית המשפט לזכות נאשמים בעבירות שפגיעתן באינטרס הציבורי פעוטות. ראו, למשל: דניאל פרידמן "שיקול דעת שיפוטי בהעמדה לדין פלילי" הפרקליט לה 155 (1983).

87 ע"א 165/83 בוכרים נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד לח(4) 554 (1984).

88 שם, בעמ' 559.

של מהות 'הנזק', אשר התגלותו מתחילה את מרוץ ההתיישנות, מתבקשת היא מהמדיניות החקיקתית, העומדת ביסוד דיני ההתיישנות. מדיניות זו היא איוון ראוי בין האינטרסים הלגיטימיים של הצדדים השונים. אין 'להעניש' ניזוק על שאינו תובע במקום שאדם סביר, על-פי מערכת הנסיבות כולן, לא היה תובע. הציבור כולו יוצא נשכר מכך. ציפייתו הסבירה של המזיק אינה נפגעת, שכן אין הוא מצפה כלל, כי בגין נזק שכזה תוגש תביעה נגדו. טול ניזוק, אשר כף ידו נשרטה. נזק זה גלוי הוא, אך אדם סביר לא היה תובע בגין נזק זה את המזיק כאחראי. לימים מסתבר, כי אותה שריטה גרמה לגידול ממאיר. אין לראות את יום התגלות השריטה כיום תחילת ההתיישנות"⁸⁹.

פרשנות זו מבקשת לצמצם, ככל האפשר, את נעילת שערי בתי המשפט בפני זה התובע את זכותו כדין, אך מחמת טענת התיישנות⁹⁰, ולפיה יש לבחון כל מקרה לגופו: האם אכן שיעור הנזק כזה שאדם בר דעת היה מלין עליו בתוך תקופת שבע השנים שמאז היוולדו⁹¹.

ה. שיקול הדעת בהפעלת העיקרון

לא אחת נתקלים אנו במעשה המקיים יסודותיה של עוולה, אך הפגיעה הגלומה במעשה נחשבת בעינינו כמעשה של מה בכך. בסעיף 4 לפקודה התווה המחוקק מבחן אובייקטיבי, שלפיו לא יראו כעוולה מעשה ש"אדם סביר" לא היה בא באותן נסיבות בטענה לגבי. "הפקודה אינה קובעת במפורש את השיקולים שיש להתחשב בהם בתשובה לשאלה אם אדם בר דעת ומזג כרגיל היה בא בתלונה על המקרה"⁹², והדבר עשוי להשתנות ממקרה למקרה. בספרות הוצגו השיקולים הבאים, שאותם על בית המשפט לשקול עת יבחן את התביעה המונחת לפתחו:

- (א) האם פעולתו של העושה הנה חד-פעמית או שחזרה על עצמה מספר פעמים?
- (ב) מהו מניעו של העושה? האם מניע זדוני (in anger; malicious) או שמא מעידה רשלנית גרידא (negligence)?
- (ג) מהן — אם בכלל — ההשפעות הקיימות או העוללות להיות לפעולת העושה על הסדר הציבורי (public order)?

89 שם.

90 ראו זלמן יהודאי דיני התיישנות בישראל תוך זיקה למשפט האנגלי והאמריקני כרך א 46 (1991).

91 ראו עוד ע"א 220/84 אגיוף נ' קיברץ גבת — אגודה שיתופית, פ"ד מ(1) 528, 531 (1988); ע"א 702/86 איטונג בטרומ (אינווג) בע"מ נ' בן הרוש, פ"ד מד(1) 160, 169–170 (1989); יהודאי, שם, בעמ' 517.

92 ברק, לעיל ה"ש 4, בעמ' 339.

כך, למשל, לא יראו נשיקת אדם זר לזולתו ללא הסכמתו כנשיקת דוד לאחיינו, למרות שלא קיבל את הסכמתו לכך. שהראשונה נגועה בפגיעה באוטונומיית גופו של אחר, שעה שאת האחרונה אין לסווג אל תיבת התקיפה במוכנה המרע. אכן, "לא הרי נשיקה הניתנת מתוך דחף מיני כהרי נשיקה הניתנת ביחסי משפחה"⁹³. אכן, לשאלת המניע מיוחס מקום של כבוד בבחינת מהותה של הפעולה הפוגעת. ככל ששיטת המשפט מכירה בהתהוותן של עוולות ועבירות בהתמלא רכיביהן החקוקים, בה בעת אין היא מתעלמת ממניעו של העושה (או היושב "באפס מעשה" כשחובה עליו לפעול) מניע תמים, ויש ובית המשפט יפוטרו מאחריות למעשה.

"In other words, it becomes apparent that the 'trifles' which the courts 'regard', or do not 'regard', are not only measured in cents, seconds, inches, etc., but are measured in terms of the purpose behind the rule of law sought to be interpreted and in terms of the injustice that may be done by a strict and technical application of that rule. The 'regard' must receive at least as much emphasis as 'trifles' if the courts are to reach a reasonable result and administer substantial justice"⁹⁴.

עם זאת, בתביעה המעלה שאלה משפטית החורגת מעניינים הפרטי של הצדדים הישירים להליך, כגון: בנושא שההלכה השיפוטית טרם נתנה דעתה עליו, או שקיימת אי בהירות באשר להלכה שלעניין, ראוי יהיה לדחות טענה הנסמכת על עקרון ה- *De Minimis* ולו בשל העניין הציבורי שבמתן מענה הולם לבעיה העקרונית שהובאה לפתחו של בית המשפט. זאת, גם אם הפגיעה בעטיה הוגשה התביעה הייתה נדונה ברגיל לסילוק מחמת משקלה הסגולי הנמוך.

תכליות עקרון ה-*De Minimis*

מהפסיקה המעטה שהתייחסה לנושא חיבור זה, ניתן היה לדלות שלוש תכליות עיקריות שאותן בא להגשים עקרון "זוטי דברים", ואלו הן:

1. "מניעת הצפת בתי המשפט על ידי 'ים' של תביעות"⁹⁵ בעילות שפגיעתן הנורמטיבית או הממונית הינה פעוטה (trifles);

93 ברק, שם; המפנים לפסק הדין בעניין ע"א 360/64 אבוטבול נ' קלינגר, פ"ד יט (1) 449, 469 (1965); באותו עניין מביא השופט זילברג את הדוגמה דלעיל, והוא פוטר את הדוד מאחריות, מנקודת הסתכלות על היסוד הנפשי הנדרש לכינונה של עוולת התקיפה "In anger".

Max L. Veech & Charles R. Moon, *De Minimis Non Curat Lex*, 45 MICH. L. REV. 537, 94 (1946-1947) 551.

95 ע"א 210/88 החברה להפצת פרי הארץ בע"מ נ' הועדה המקומית, פ"ד מו (4) 627, 650-651 (1992).

2. צמצום הכוח להגיש תביעה למקרים בהם ניכרת פגיעה של ממש בזכות.⁹⁶ במילים אחרות, מניעת שימוש לרעה בזכות;
3. חיסכון בעלויות הכרוכות בניהול משפטים על לא מאומה.⁹⁷

ו. עקרון ה-*De Minimis* בהצעת חוק דיני ממונות ("הקודקס החדש")

1. מיקומו הגיאוגרפי של העיקרון והשלכותיו
 הקודקס החדש מעלה את קרנה של הגנת ה-*De Minimis* לכלל עיקרון-על החולש לא רק על דיני הנזיקין – החיובים הבלתי רצוניים – כי אם גם על כל החקיקה האזרחית החוסה תחת הקודקס החדש. ועדת הקודקס ניסחה ביודעין את ההצעה לכלול את סייג "זוטי דברים" כעיקרון-גג, והעלתה אותו ל"מעלת קדושים". הנה הוא שם, מעליו ימלכו עקרונות "תום הלב" ו"אין חוטא נשכר" והוא ישכון לבטח תחתם.

לפני שנפנה לדיון בכפילויות אפשריות בין עקרונותיה של הצעת הקודקס, אשר יש שהאחד מכיל מתוכו או מתוכנו את רעיו העקרונות, ננסה להבין מדוע בחרו נסחי הצעת החוק רבתי לחלוץ דווקא עקרונות אלה מיני רבים ולקובעם כעקרונות היסוד של הקודקס.

ככל שהדבר נוגע לעקרון תום הלב, הרי שאין כל תימה באשר לחשיבות הכללתו כעקרון יסוד ממעל להוראות הצעת החקיקה החדשה. אחרי הכול, אף אלמלא היה כובש לו עיקרון זה מקום של כבוד בראשיתו של הקודקס, כבודו לא היה נגרע כהוא זה⁹⁸. עקרון תום הלב קנה שביטה במשפטנו והשתרש זה מכבר כערך יסודי כמעט בכל רחבי המשפט האזרחי⁹⁹. יש שהוא לובש צורתו שלא בשמו המפורש, ויש שהוא פושט מלבושיו ועוטה אצטלות ומלבושים המכסים על מקורותיו, עד כי רק בסיוע עינו של משפטן דעתן יוכל הקורא לדעת אי מזה בא ול'אן הוא הולך.

שעה שעקרון תום הלב היכה שורשים במשפטנו, כך שהצעת החוק החדשה אינה מעלה ואינה מורידה כמעט דבר מהדין הנוהג כיום במקומותינו, אין הדבר כך באשר לשני העקרונות האחרים בדבר "זוטי דברים" ו"אין חוטא יוצא נשכר". אכן, אף כאן, ניתן לראות בקלות יחסית גזירתו של עקרון "אין חוטא יוצא נשכר" מעקרון תום הלב עצמו או מעקרון "תקנת הציבור", עת הושמו שני אלה בין דרי

96 ראו, למשל, עניין הופנונג, לעיל ה"ש 2; עניין הורביץ, לעיל ה"ש 2.

97 ראו, למשל, עניין החברה להפצת פרי הארץ, לעיל ה"ש 95.

98 ראו מיגל דויטש "הנדסת" הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – הצעת מבנה משפטים כט 587, 595–596 (1999).

99 ראו למשל בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1)

828, 834 (1980); בג"ץ 1683/93 יבין פלסט בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מז(4)

702, 708 (1993); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד

נו(3) 289, 297 (2002).

מעלה שלדבר חקיקה¹⁰⁰. ברם, קשה יותר לגזור גזירה שווה ישירה מעקרון תום הלב לעניין עקרון "זוטי הדברים"¹⁰¹. עד כאן, הבנו את הצורך בהכללת עקרון "זוטי הדברים" כעיקרון נפרד בין כותלי עיקריה של הצעת הקודקס, אך טרם הבהרנו מדוע זה בחרו המציעים להביאו לכלל עיקרון יסודי וכללי. עניין אחר, לו נייחד דברים אחדים, הוא שאלת האזון הראוי בין עקרונות הקודקס לבין עצמם, ובין לבין הוראות חוקי היסוד החדשים.

2. נוסח העיקרון כפי שבא לידי ביטוי בהצעת הקודקס
סעיף 4 להצעת חוק דיני ממונות קובע כהאי לישנא:

"לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מליץ עליו".

השוואה בין סעיף 4 לפקודה לבין סעיף 4 המוצע מעלה, כי קיימים הבדלים בנוסח הסייג. עם זאת, דומה, כי נוסח זה – על אף הקיצור שבו – ממצה כראוי את המסר הגלום בעקרון "זוטי הדברים": "מעשה קל ערך", אשר המבחן לתחולתו נותר מבחן אובייקטיבי – "שאדם סביר לא היה מליץ עליו". ככל מושג שסתום, יהא על בית המשפט ליצוק את התוכן לדרישת ה"סבירות" לשם החלת העיקרון. הקושי ביישום העיקרון הוא בעצם הסמכות הניתנת לבית המשפט ל"סנן" תביעות שלישטתו לא היו צריכות כלל להתברר בבית המשפט. שאלה יפה היא אם סמכות זו אכן ראוי שתהיה מסורה לבית המשפט. האם לא הייתה ראוייה יותר בחירה בפתרון דרסטי פחות, כגון: העברת תיקים למסלולי התדיינות אלטרנטיביים, דוגמת גישור או פישור, כאשר נקרה לפתחו של בית המשפט מקרה שאינו הולם לדעתו בירור בין כתליו? מדוע לבחור דווקא בהענקת סמכות לבית המשפט למנוע גישה לערכאות, בהסתמך על אמת מידה אובייקטיבית שתיושם באופן שונה ממקרה למקרה?¹⁰²

ואולם לדידנו הווי עובדה, כי העיקרון מצוי עלי חוק מזה שנים רבות עמנו ולא רבות שמענו על אודותיו, קל וחומר על יישומו. מבחינות רבות, במשפט הישראלי. זהו, בלשונו של השופט (כתוארו אז) חשין, "שדה-בור שטרם נכבשה בו דרך"¹⁰³. נרדה, אפוא, אל השדה לתור אחר דרך לילך בה.

100 ראו דויטש, לעיל ה"ש 98.

101 ודוק, גם פרופ' מיגל דויטש, שם, בעמ' 595, מציין בקיצור נמרץ – על רקע שאר העקרונות להם ניתן הסבר מעמיק למדי – כי "הוחלט בשלב זה לקבוע את עיקרון ה-*De Minimis* כעיקרון כללי". וגם לאחרונה, עם צאת ספרו על פרשנות הקודקס האזרחי, להלן ה"ש 117, בעמ' 66–67, אין הוא מאריך בדברים אודות העיקרון ונחיצותו כעיקרון יסודי. דומני, כי לא בכדי. עקרון ה-*De Minimis* אליבא דדידי אינו מצדיק כלילתו כעקרון יסודי כללי. עיקרון זה אינו מהווה מושג שסתום נורמטיבי במובנו הרגיל, והוא עתיד לעורר קשיים במסגרת ההתדיינות המשפטית, כפי שעמדתי על כך לעיל ועוד אעמוד להלן; להשגות גם על כלילת עיקרון תום הלב כעיקרון יסודי כללי ראו: מור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 712–713.

102 בעניין זכות הגישה לערכאות ועקרון "זוטי דברים" נדון בהמשך החיבור, בחלקו האחרון.
103 ע"פ 1888/02 מדינת ישראל נ' מקדאד, פ"ד נוס' (5) 328, 330 (2002).

3. השוואת נוסחים – הווה ועתיד

כפי שראינו, עקרון ה-*De Minimis* מנוסח כיום, ומזה כ-40 שנה, כעיקרון המקנה הגנה מהותית לעומד בתנאיו. סעיף 4 לפקודה קובע, כי מקום בו חלה הגנת "דבר של מה בכך" מאבדת העוולה מהיותה עוולה; "לא יראו בעוולה מעשה..." נאמר בסעיף.

עיון בסעיף 4 להצעת חוק דיני ממונות מעלה, כי נסחי ההצעה ביכרו להצר את מהלכיו של עיקרון זה, כך שיקנה הגנה דיונית בלבד לחוסה בצילו; "לא תוגש תובענה" הטעמו¹⁰⁴. נראה, כי הגמשת העיקרון היתה מחויבת, בראש ובראשונה, על רקע העברת ההגנה לרום מעשה החקיקה והפיכתו לעיקרון כללי שתחולתו הורחבה על עניינים שבעבר לא היה להם שיג ושיח כה ער עמו.

אכן, לא בנקל תוכל הקהילייה המשפטית לעכל הפיכת הגנה נשכחת למדי לעיקרון מרכזי החל בכל גדרי המשפט האזרחי¹⁰⁵. מעניין יהיה לראות כיצד יעכלו בית המשפט, ואם ינקוט שיקול דעת מרוסן בשימוש בכלי זה, וזאת, במיוחד לאור תכליות העיקרון ולאור תכלית הגשמתה של הזכות הנתבעת¹⁰⁶.

הנה כי כן, אם תתקבל הצעת הקודקס במתכונתה דהיום, אפשר כי עקרון ה-*De Minimis* ישמש כר פורה להתכתשויות משפטיות. עם זאת, הנסחים דאגו כי קבלת טענה התומכת יחידותיה בעיקרון זה לא תחסום תביעת זכות נוספת היונקת חיותה מהתביעה שסולקה בעטיו של העיקרון.

שאלה אחרת היא, אם קבלת הטענה מביאה בהכרח לדחיית התובענה או שמא נידונה היא למחיקה. לתוצאה זו משמעות מעשית באשר להיתר להגיש תובענה נוספת מטעם אותו בעל דין בגין אותה מסכת עובדתית¹⁰⁷. נראה, כי ראוי לאמץ גישה אוהדת, שלפיה קבלת טענה זו תביא למחיקת התביעה ולא לדחייתה. שני טעמים עיקריים עומדים ביסוד גישתי זו:

ראשית, אם תאומץ תוצאה של דחייה תחת תוצאה של מחיקה, נמצא שכרנו יוצא בהפסדנו. לעניות דעתי, אם הלך הנסח צעד אחד קדימה לקראת חליפי התובע בנסחו את הגנת הנתבע כסייג דיוני גרידא, מדוע ימנע מהתובע עצמו להגיש תביעה מטעמו על רקע אותה מסכת עובדתית המקימה לו זכות תביעה, מקום בו יש בידו להראות, באמצעות ראיות נוספות המעמידות תביעתו הראשונה באור שונה, כי אין מדובר בפגיעה מינימלית מכוחה סולקה תביעתו בעבר. שנית, עקרון מעשה-בית-דין (*Res Judicata*) קם לתחייה עת נדחת תובענה,

104 על הנפקות בין "הגנה מהותית" לבין "הגנה דיונית" ראו הדיון בטקסט שבה"ש 14-17 לעיל; ראו גם, למשל: מור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 716.

105 ראו אהרן ברק שיקול דעת שיפוטי 33 (1987).

106 לשיקול הדעת השיפוטי בהפעלת הפרשנות התכליתית ראו, למשל, אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 259-271 (2003).

107 ראו תק' 527 לתקנות סדר הדין האזרחי, הקובעת, כי "מחיקת תובענה אינה מעשה בית דין ואין בה, כשהיא לעצמה, כדי למנוע את התובע מהגיש תובענה חדשה בשל אותה עילה". ומכלל לאו לעניין "מחיקה" אתה שומע הן לעניין "דחייה".

והוא נושא ענינו למקרים בהם ניתנה הכרעה פוזיטיבית באשר למסכת העובדתית, ונפסק בה לגופה¹⁰⁸. אם נניח, כי הגנת הנתבע תעמוד כטענה מקדמית כבר בראשית הדיון בתביעה, הרי שסביר כי בית המשפט כלל לא ייזקק לדיון לגופו של עניין, וקביעותיו השיפוטיות יתייחסו, קרוב לוודאי, לטיבה של הפגיעה בעטיה קמה עילת התביעה, ולא ליישומו של הדין על עובדות התביעה.

4. נטל הראיה ומידת ההוכחה¹⁰⁹
עד כאן העסיקה אותנו שאלת התחולה של עקרון/הגנת "זוטי דברים" והיקפה. בה בעת לא ניתן להתעלם מנטל הראיה וממידת ההוכחה המהווים תנאי לתקומת העיקרון. במסגרת זו נדרשים אנו לפענח על מי מוטל הנטל להוכיח את הסייג וכן מהי מידת הוכחה, מבחינת היקף הראיות, שעל הנושא בנטל לעמוד בה לשם תחולת העיקרון.

(א) נטל השכנוע
הכלל במשפט האזרחי הינו, כי "המוציא מחברו עליו הראיה"¹¹⁰. בהיבט זה, אימץ המשפט הישראלי אל חיקו את הכלל הרווח בדיני הממונות שבמשפט העברי. בכל הנוגע לפן ההגנתי של עקרון ה-*De Minimis*, הרי שבהיות העיקרון מועלה כטענת הגנה מצד הנתבע, הבאה להדוף תביעת זכות, נראה כי יש להטיל את נטל השכנוע על כתפי הטוען לתחולתו. מכאן, שעל הנתבע יהיה להראות כי תביעתו של התובע לא רק שהיא מגוללת פגיעה קלת ערך אלא שעליו יהיה לשכנע את בית המשפט כי "אדם סביר לא היה מליץ" על המעשה נושא התביעה עד כי על בית המשפט למשוך את ידו מלעסוק בזוטה זו.

ניתן, עם זאת, לחשוב על סיטואציות מעטות בעטיין תוטל חובת הוכחה על כתפי התובע דווקא. כך, למשל, בבקשה לסעד זמני המוגשת עוד קודם לבירור התביעה לגופה¹¹¹ ומבלי שבית המשפט נזקק לדון בהן בעת ובעונה אחת¹¹².

108 ראו ע"א 246/66 קלאודינר נ' שמעוני, פ"ד כב(2) 561, 583 (1968); נינה זלצמן מעשה-בית-דין בהליך האזרחי 29 (1991).

109 חלק זה מתייחס למשפט האזרחי. בכל הנוגע למשפט הפלילי, ראו הדיון בסייג "זוטי דברים" בפלילים, לעיל ה"ש 61.

110 ראו אליהו הרנון דיני ראיות חלק ראשון 187, 200 (1985); עוד על הכלל וחריגיו ראו יעקב קדמי על הראיות – הדין בראי הפסיקה חלק שלישי 1508–1515 (מהדורה שלישית, 2003).

111 ראו תק' 362 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984; ראו ה"ש 154 להלן, שם; בנוסף, ניתן ללמוד מע"א The Russian Ecclesiastical Mission In Jerusalem 207/74 נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(1) 836 (1975); לעניין מחיקת תובענה מחמת שהיא טורדנית או קנטרנית כמצוות ת' 100(2) לתקנות סדר הדין האזרחי, גם לעניין סמכותו של בית המשפט להורות על מחיקת הליכים שאינם מתבררים במסגרת "כתב התביעה" דווקא.

112 כפי שהדבר נעשה לא אחת במשפטים שעניינם בבקשות לציווי זמני בנושא הקניין הרוחני, שאז נהוג לשמוע מומחים לדבר עוד בשלב הדיון המקדמי בסעד הזמני. אך השוו לדברי

במקרים כאלה, בהם טרם התבררה נכונות התביעה, כשעל התובע הנטל, בין היתר, להביא ראיות מהימנות לכאורה לקיומה של עילת תביעה על מנת שבית המשפט יהא מוסמך להיעתר לבקשתו לסעד זמני עוד קודם שהוכחה זכותו המוגמרת, נראה שמן הראוי שנטל השכנוע באשר לעיקרון זה יוטל על התובע (דומה, כי בהיות עקרון "זוטי דברים" עיקרון יסודי וכללי אין הוא מוגבל אך לדיון בתיק העיקרי, וניתן להשמיעו עוד בשלב המקדמי). לפיכך, העלאת טענה זו מצד הנתבע – המשיב בבקשה לסעד הזמני – עשויה להטיל על התובע (המבקש) את הנטל להוכיח בשלילה, כי הגנת העיקרון אינה עומדת לנתבע בנסיבות המקרה, שכן הסעד הזמני המבוקש לא נועד לרפא פגיעה פעוטה.

(ב) מידת ההוכחה

מידת ההוכחה בדין האזרחי הינה, ככלל, נטיית מאזן ההסתברויות לטובת בעל הדין הנושא בנטל השכנוע¹¹³. "הדרישה איננה לעדיפות מכרעת, אלא רק שגרסתו של התובע תיראה יותר מגרסת הנתבע"¹¹⁴. "משמעותה של מידת ההוכחה האמורה היא: שלדעת בית המשפט – על בסיס העמדה שהוא נוקט באשר למהימנותן של הראיות שבאו פניו, כמותן, דיותן והמשקל הראייתי שיש להעניק להן – גרסה אחת (באשר לעניין השנוי במחלוקת) מסתברת יותר ומתקבלת יותר על הדעת מן הגרסה שכנגד"¹¹⁵. נראה, כי אין כל צידוק לחרוג ממידת ההוכחה הרווחת במשפטים אזרחיים, ובאימוץ מידת הוכחה גבוהה יותר¹¹⁶.

ז. הקשיים בתחולה רחבה של העיקרון

1. עקרון ה-*De Minimis* כעיקרון כללי

"לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מליץ עליו", כך מורה אותנו סעיף 4 להצעת חוק דיני ממונות. כפי שהבאנו לעיל, סעיף 4 להצעת הקודקס זכה להיכלל בחלק העקרונות הכלליים של הקודקס. ודוק: עיקרון כללי אינו בהכרח עיקרון שחשיבותו יתירה. בצדק ציין פרופ' מיגל דויטש, כי –

"החלק הראשון בקודקס עוסק בעקרונות אשר מצויים ברמה הכוללנית

הנשיא אגנט בעניין ע"א 342/64 אמריקן סינאמיד קומפני נ' הירשהורן-גילרמן שותפות, פ"ד יט(1) 62, 64–65 (1965).

113 הרנון, לעיל ה"ש 110, בעמ' 213.

114 הרנון, שם, בעמ' 214.

115 קדמי, לעיל ה"ש 110, בעמ' 1548; ראו גם הדין בעניין ע"א 6283/97 יאניקה נ' מדינת ישראל, פ"ד נב(3) 254 (1998).

116 באשר לרמות הוכחה שונות שאומצו בדין האזרחי ולהיגיון העומד בצדן, ראו הרנון, לעיל ה"ש 110, בעמ' 214–218, הסוקר במקביל לפסיקת ארצנו את הדין המשווה בארצות-הברית ובאנגליה.

הגבוהה ביותר, כך שהם חלים על כלל ההסדרים בקודקס (ואף מחוצה לו). אין מדובר בהכרח בעקרונות החשובים ביותר, אלא בעקרונות הכוללניים ביותר"¹¹⁷.

במסגרת עקרונות היסוד של החקיקה האזרחית מצאו מחבריה של הצעת החוק לכלול את העקרונות המצויים ברמת ההפשטה הגבוהה ביותר, החוצים, למעשה, את המשפט לכל אורכו. בהצעת הקודקס ניתן למצוא, זה לצד זה, את מרבית מושגי השסתום, הפזורים ברחבי החקיקה האזרחית דהיום, כעקרונות יסוד. באופן זה, מוצאים אנו בנוסח ההצעה עקרונות, כמו סבירות¹¹⁸, יעילות¹¹⁹, תום לב¹²⁰ ותקנת הציבור¹²¹, חגים ממעל לקודקס האזרחי המוצע.

מן הבחינה הירוריספרודנטלית אין זה ברור כלל, כי עקרון "זוטי דברים" מיקומו הטבעי בכפיפה אחת עם שאר העקרונות הדריים מעליו בהצעת הקודקס. נראה, כי לא בכדי ראה המחוקק המנדטורי, ולאחריו המחוקק הישראלי, לקובעו דווקא בתוך גבולות משכנם של החיובים הבלתי-רצוניים. אפשר, כי ירידת קרנה של האנליזה המושגית היא שהנחתה, בין היתר, את מחברי הצעת החוק להעלות את עקרון "זוטי הדברים" למעלת עיקרון כללי החולש על הדין האזרחי בכללותו, גם אם, כפי שהטעים פרופ' מיגל דויטש לעיל, אין משמעות הדבר הכרה בחשיבותו היתירה.

בהיות עקרון "זוטי דברים" מגן מפני תביעת זכות שאלמלא תחולתו הייתה מתבררת עד תום, ספק בעיניי אם קיים הצדק לכלול אותו בין עקרונות כתום לב וסבירות, אשר "מרחפים" אינהרנטית מעל לכל פעולה וזכות משפטית, ואשר ככאלה לא יקשה לעכל את מיקומם החדש כעקרונות יסוד כלליים. לא כן כאשר לעקרון ה-*De Minimis* המהווה, לכתחילה, סייג לאחריות הנתבע אגב היות הרציונל החוסה בקרבו בבחינת עיקרון¹²².

תוצאתו הישירה של החלת העיקרון הינה, בדרך כלל, סילוק תביעת זכות, בעוד השלכותיהם של שאר העקרונות מגוונות ומשתלבות, מעצם טבען, במצבים רבים שאותם מזמנות המטריות השונות אותן מקיפה הצעת הקודקס.

זאת ועוד, העברת עקרון ה-*De Minimis* לקדמת הבימה משמעותה, דה-פקטו, אף אם לא דה-יורה ככוונת מנסחי הצעת החוק, הוספת טענת הגנה לרבות

117 מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כך א 67 (2005).

118 ס' 1 (א) להצעת חוק דיני ממונות.

119 ס' 1 (ב) להצעת חוק דיני ממונות.

120 ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות.

121 ס' 3 להצעת חוק דיני ממונות.

122 השוו מבנה חוק העונשין, התשל"ז-1977 לאחר שתוקן בחוק העונשין (תיקון מס' 39), התשנ"ד-1994, ס"ח 348; בתיקון זה הוכנסו בחלק הכללי והמקדמי לחוק העונשין וכן תוקן פרק הסייגים לאחריות פלילית. הגנת "זוטי דברים" שהוכנסה בינות לשיטי התיקון מוקמה בחלק הסייגים לאחריות הפלילית, ראו ס' 34 לחוק העונשין.

מההתדיינות המשפטיות, ההולכות ומתרבות. אם מביאים בחשבון כי תכליתו העיקרית של העיקרון הינה מניעת התדיינות "על לא מאומה" (trifles), הרי שיש מקום לשקול מחדש את מיקומו של העיקרון.

דעתי היא, כפי שאעמוד עליה ביתר פירוט גם בהמשך הדברים, כי יש להותיר את מיקומו של עקרון ה-*De Minimis* בגדרי החיובים הבלתי-רצוניים, כפי שנעשה הדבר עד כה בחקיקה הנוהגת במשפטנו. עם זאת, יהא ניתן לשקול את השימוש בעיקרון זה, בעת הצורך, מחוץ לדיני החיובים הבלתי-רצוניים, במצבים מתאימים ומצומצמים, כנגזרת מעקרון תום הלב. יצירת כלי "על-משפטי" הנתון ליושב על מדין ותחולתו על הכול, באופן הקורא, למעשה, למתדיינים לקרוא תיגר על תביעות זכות, כאשר עקרון ה-*De Minimis* משמש להם מגן לעת מצוא, אינה ראויה, שכן היא עשויה לפגוע באופן בלתי מידתי בעקרונות — חשובים לא פחות, ואולי אף יותר — של יציבות, ודאות, אחידות וביטחון בעסקאות.

תחולה בכל רחבי המשפט האזרחי

החלת נורמה משפטית באופן רחב מעוררת, מעצם טיבה וטבעה, שאלות באשר לדרכי יישומה בכל קשת התחומים שעליהם היא עתידה לחול. על אחת כמה וכמה כאשר עוסקים בהרחבת תחולתה של נורמה קיימת מתחום אחד — אשר גדריה לא ייודעו עד ליישומה על עובדות מקרה קונקרטי לכשיגיע למבחן השיפוטי — על שלל תחומים היונקים את חיותם ממקורות רבים.

כזו היא, דומני, הבעיה העיקרית העולה מהחלתו של עקרון ה-*De Minimis* על כלל הוראות המשפט האזרחי, ללא כל הבחנה, ובמיוחד, החלתה הכוללת בדיני החיובים הרצוניים. החלה אינדוקטיבית — מדיני החיובים הבלתי רצוניים על כלל הדינים האזרחיים — מעין זו המוצעת, אשר אינה התאמה פרטנית, מתעלמת, למעשה, מהתמודדות עם בעיות עתידיות העוללות בסבירות גבוהה להתגלע בסבירות גבוהה ביישומו של העיקרון. ולמעלה מכך, היא מתעלמת מתוצאות יישומו על פרטי הדינים והשלכותיהן על כלל המערכת המשפטית האזרחית.

כמה דברים אמורים? טול את א' וב' הכורתיים ביניהם חוזה הלוואה, שלפיו א' נותן הלוואה לב' בסך של 100 ש"ח, וב' מתחייב להשיב את ההלוואה לא' עד למועד מוסכם. בהגיע המועד המוסכם ב' מסרב להשיב את ההלוואה. א' מגיש תביעה נגד ב' בעילות של הפרת חוזה ועשיית עושר. ב' טוען להגנתו כי מדובר בסכום "של מה בכך" שאין מקום להטריח בעטיו את בית המשפט. לאור סעיף 4 להצעת הקודקס (שעתיד להפוך לחוק מחייב), על בית המשפט לדחות את התביעה.

לחלופין, טול את א' וב' הכורתיים ביניהם חוזה הלוואה, שלפיו א' נותן הלוואה לב' ע"ס 1,000,000 ש"ח, וב' מתחייב להשיב את ההלוואה עד למועד מוסכם בצירוף הצמדה וריבית כדין. בהגיע המועד המוסכם, ב' משיב לא' את סכום

ההלוואה המקורי, אך נמנע בתוקף מלהשיבו סך של 20,000 ש"ח המהווים את יתרת ההצמדה והריבית. א' מגיש תביעה נגד ב' בעילות של הפרת חוזה ועשיית עושר. ב' טוען להגנתו כי השיב את סכום ההלוואה במלואו ויתרת השערך מהווה סכום "של מה בכך" — בייחוד לאור היקפה של ההלוואה (כ-2%). על כן, לפי סעיף 4 להצעת הקודקס (שעתיד להפוך לחוק מחייב), על בית המשפט לדחות את התביעה.

אלו הן דוגמאות מתחום דיני החיובים, אשר כיום קיים להן מענה חד-משמעי בפסיקה, כי ברגיל, אין זה מתפקידו של בית המשפט, במיוחד בשיטת משפט אדוורסרית כשלנו, לפרש את שאינו טעון פרשנות וליצוק תוכן החוטא לאוטונומיית רצונם הפרטי של הצדדים לחוזה. החלת עקרון *De Minimis* במקרים אלו נראית, אם כן, כפי שניתן היה להבחין בינות לשיטי הדוגמאות דלעיל, מתנגשת לכאורה עם עיקרי דיני עשיית עושר ולא במשפט, עת בית המשפט נותן את ידו להתעשרות — גם אם מינימליסטית או מינימליסטית יחסית — שלא כדין. ידועה אמרתם של חז"ל: "דין פרוטה כדין מאה"¹²³. איני מוצא מענה הולם לשאלת תוקף סמכותו של בית המשפט לשלול סעד של השבה מבעל דין המקיים את תנאי החוק שלעניין. איני רואה תשובה נאותה למקור סמכותו של בית המשפט להתערב, באופן שאינו מוצא את ביטוי בחוזה שבין הצדדים או בנסיבותיו החיצוניות, במשכנם החוזי של הצדדים, באמצעות טענת כנף התולה עצמה בקרני העיקרון בדבר "זוטי דברים". כידוע, תכליתם העיקרית של דיני החוזים הינה, כי "חוזים יש לקיים" (*Pacta Sunt Servanda*)¹²⁴.

גם מבחינה חברתית-חינוכית, איזה שיעור מבקשת שיטת משפט המחילה את עקרון "זוטי דברים" על חיובים וודאיים ובלתי מותנים ללמד צדדים לחוזה פרטי או מסחרי, כאשר יש וצד אחד לא יוכל לסמוך על קיום החוזה על ידי רעהו כמתחייב, שכן לעולם תוכל להיות מופרכת לחלל הדיון המשפטי טענת הגנה בדמותו עקרון ה-*De Minimis*. האמנם אין בתחולה רחבה, מעין זו המוצעת, על מנת להוציא "חוטא נשכר" ובנוסף להוציא את שיטתנו המשפטית כששכרה יצא בהפסדה? טענת "דבר של מה בכך", כפי שהיא ניבטת כיום משורות הצעת החוק, היא בלתי מוגדרת ואמורפית. על כן, לכל הפחות, היה מצופה מהמחוקק כי יניח קווי גבול ברורים לתחולתה או לדרכי החלתה, כדי למנוע היגררות בתי המשפט לשימוש עודף בעיקרון זה וכדי לייחדה לסיטואציות ספורות ומדודות בקפידה.

123 רש"י, דברים א' 17, ד"ה "כקטון כגדול תשמעון".

124 ע"א 6601/96 Aes Systems Inc. נ' סער, פ"ד נד(3) 850, 861–862 (2000), פסק דינו של השופט ברק קובע כך: "החוזה הוא ה'חוק' שהצדדים קבעו ביניהם, ואותו עליהם לקיים. חברה מתוקנת לא תוכל להתקיים ולהתפתח אם חוזים הנכרתים בה לא יכובדו. אינטרס הציבור — אינטרס המשקף תפיסות של צדק, מוסר ועילות חברתית גם יחד — הוא שהתחייבות שנטל על עצמו אדם (בגיר) תכובד על-ידיו [...] לעיקרון של חופש החוזים יש ליתן משקל כבד, שכן הוא משקף זכות חוקתית ואינטרס ציבורי מרכזי".

2. ניסיון להשיב לביקורת אפשרית על דברי הביקורת דלעיל

הרוצה להשיב על דברי הביקורת דלעיל עשוי לתמוך יתדותיו בעיקרון אחר – שאף הוא עלה במרוצת השנים, ועתה במסגרת הצעת הקודקס – למעלת עיקרון כללי. הכוונה לעקרון "תום הלב", שכיום שוכן לבטח בחוק החוזים ובחקיקה חוזית מיוחדת¹²⁵, וכעת הוצע להעמידו כעיקרון גג למראשותיה של כלל החקיקה האזרחית.

גם עיקרון זה הינו בלתי מוגדר, גם עיקרון זה נעדר צורה ברורה וגם עם עיקרון זה נדרשה הפסיקה להתמודד וליצוק לו תוכן ממשי וקונקרטי, וכזאת עשתה. אכן, כדברי הנשיא שמגר: "כאשר הסתפק המחוקק בקביעת מסגרות כלליות בלבד, ממילא הטיל על בתי המשפט את התפקיד למלאן תוכן משפטי במקרים קונקרטיים"¹²⁶. כך, ניתן לטעון שאם עקרון "תום הלב" התרחב לכדי עיקרון מלכותי רב פנים¹²⁷, אף עקרון "זוטי דברים" עשוי להתקבל בזרועות פתוחות ולפלוס לעצמו את מקומו הראוי.

אליבא דדידי, אין הנדון דומה לראיה. במה דברים אמורים? עד כמה שעקרון תום הלב מהווה מושג שסתום שהפסיקה נדרשה למלאו תוכן יוצר, בחינת "חקיקה שיפוטית", הרי שעליית קרנו נעשתה טיפין טיפין, ורק משחלחל ומשנודעו גדריו וסעדי נמצא מקום לכלול אותו כעיקרון כללי, רחב תחולה. מה שלא ניתן לומר לגבי עקרון ה-*De Minimis*, אשר פסיקה מעטה התייחסה לגדריו ולאופן החלתו, וטרם הצטברה אותה "מסה קריטית" של הלכות שהפנימו את העיקרון, אף לא במסגרת הפסיקה הנזיקית בתחומה היה מצופה כי יידון.

על שום מה, אם כן, ראו הנסחים להניח עיקרון זה בין עקרונות היסוד של הצעת החוק. השאלה מתחזקת, לאור דבריו של פרופ' מיגל דויטש, לפיהם, יש, לדעתו, לדחות תביעות ב"מקרה שבו נותרו ספיחים זניחים בלבד שלא קיומו של עסקה שאינה כשלעצמה בגדר *De Minimis* [...] במקרה זה, בהתקיים תנאיה של הטענה בדבר *De Minimis*, ראוי להחיל טענה זו גם בתחום החוזי, שכן היא תואמת גם את ציפיות הצדדים למניעת הטרדה משפטית בנושאים פשוטים"¹²⁸. בכל הכבוד, מהם בדיוק אותם ספיחים זניחים ומה גדרם? האם הזניחות הינה נגזרת של סכום התביעה והערכת הנזק הכולל שנגרם לתובע, או שמא יש לגזור דווקא מטיבה ומהיקפה של הפגיעה בזכותו?¹²⁹

125 ראו למשל: ס' 4 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971; ס' 6 לחוק המכר, התשכ"ח-1968.

126 ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 464 (1989).

127 ראו, למשל, הפסיקה הנזכרת בה"ש 99 לעיל.

128 דויטש, לעיל ה"ש 117.

129 בהקשר זה לא למותר יהיה להזכיר את הצעתו – שנגנוה בעודה באיבה – של שר המשפטים לשעבר, מאיר שטרית, שהציע למנוע אפשרות לגבות שטרות המשוכים על סכומים שלמטה מסך 100 ש"ח באמצעות מערכת ההוצאה לפועל. לעניות דעתי ועם כל הכבוד, הצעה מעין זו, לו התקבלה, לא הייתה עומדת במבחן החוקתיות, שכן היא פוגעת,

קושיה נוספת מכוח עקרון "תום הלב" יכול שתעלה מעצם נביעתו של עקרון *De Minimis* מבין שורותיו. שכן, החובה להפעיל את הזכות בהגינות ובתום לב עשויה להכיל בתוכה גם את החובה שלא להלץ על "דבר של מה בכך". ועדת הקודיפיקציה הייתה ערה לכך, ואף-על-פי-כן ראתה לכלול עיקרון זה כעיקרון עצמאי בין עקרונות היסוד של הקודקס, נשאלת השאלה: מדוע?

בנוסף, עקרון "תום הלב" או חובת תום הלב נוסח בהצעת הקודקס ככלי אפקטיבי בידי בית המשפט לסילוקן של תביעות מהן עולה שימוש לרעה בזכות. נשאלת השאלה, לשם מה נדרשת התייחסות ספציפית לעקרון "זוטי דברים", כאשר בלאו הכי קנויה לבית המשפט סמכות רחבה למדי לסכול הליכים טורדניים על יסוד דוקטרינת ה"שימוש לרעה בזכות"¹³⁰. והוא הדין לעניין הפקעת זכות התביעה מכוח העיקרון "אין חוטא יוצא נשכר"¹³¹ המעגן בחובו את תקנת הציבור.

ח. אימתי ישתמש בית המשפט בעיקרון ככלי לסילוק תביעות זכות (מקרים להמחשה)¹³²

באחד המקרים שבאו לפני בית המשפט לענייני משפחה בתל אביב¹³³, הוגשה תביעה של אב נגד בנו על שלמרות שיחסייהם עלו על שרטון מזה זמן רב "העז" הבן להשתמש בשמו של האב ולרושמו צוואת חדא עם אמו על הזמנה לחתונתו. האב טען, כי פרסום שמו על גבי ההזמנה ללא רשותו מהווה פגיעה בפרטיותו, כמשמעות ביטוי זה בסעיף 2(6) לחוק הגנת הפרטיות, הקובע, כי יראו "שימוש בשם אדם, בכינויו, בתמונתו, או בקולו לשם רווח" כ"פגיעה בפרטיות". לפיכך, טען האב, כיצד הבן עוולה נזיקית של פגיעה בפרטיות בעצם השימוש שעשה בשמו בהזמנה לחתונה ללא הסכמתו¹³⁴. לחלופין ובנוסף, טען האב, כי יש בפרסום משום פרסום לשון הרע לפי חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965.

בית המשפט פטר את התביעה על-ידי החלת עקרון ה"מעשה של מה בכך", וקבע כי מדובר בפגיעה מינימלית — אם בכלל — ואף הוברר לבית המשפט כי

הכללה גורפת, בזכות הקניין והיא אף מנוגדת לעקרונות דיני השטרות והייתה עלולה לפגוע בחיי המסחר, על כי השטר היה מאבד מערכו לנוכח ההתפתחות המדאגה שהוצעה. הפחתת העומס בבתי המשפט אינה חזות הכול. ומכל מקום, קיימים אמצעים חלופיים, פוגעניים פחות, לשם הגשמת תכלית זו.

130 זאת, אף שאין בהכרח חפיפה תמידית בין עקרון "זוטי דברים" לבין דוקטרינת ה"שימוש לרעה בזכות", שעקרון "תום הלב" מהווה כלי לביטוייה. לפסיקה הדנה בדוקטרינת ה"שימוש לרעה בזכות"; ראו, למשל, ע"א 579/90 רוזין נ' בן-נון, פ"ד מו(3) 738 (1992); ע"א 2452/01 דרור נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נח(1) 577 (2003).

131 ס' 3 להצעת חוק דיני ממונות.
132 לרשימת מקרים נוספים להמחשה ראו, למשל: מור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 715 בטקסט שבה"ש 40.

133 בש"א (שלוס ת"א) 132254/98 פלוניס נ' פלוני, תק"מ 99(2) 207 (1999).

134 בהתאם לס' 1 ו-4 לחוק הגנת הפרטיות.

הבן ניסה להתפייס עם אביו, ולא העלה את שמו של האב על גבי ההזמנה אלא כדי לפייסו ולקשר דעתו.

כאן המקום לציין, כי בית המשפט נזקק באותה פרשה, לחלופין, להוראת סעיף 18(2) לחוק הגנת הפרטיות, שעניינה "פגיעה בפרטיות שנעשית בתום לב"; בעילות מחיקה של סדרי דין – תביעה טורדנית וקנטרנית (תקנה 100(2) לתקנות סדר הדין האזרחי); ולדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות. מכאן, כי לכאורה היה ניתן להגיע לאותה תוצאה גם אלמלא קיומו של העיקרון הכללי שעניינו "מעשה של מה בכך" בסעיף 6 לחוק הגנת הפרטיות.

בעניין אחר, שבא לפני בית המשפט העליון¹³⁵, נדונה תכנית בניין עיר, אשר הגדילה שטח לצרכים ציבוריים על חשבון שטח פרטי, כתוצאה מהתכנית נפגעה, בין היתר, המערערת. לפיכך, הגישה המערערת תביעה לפיצוי בגין הפגיעה בקניינה לוועדה המקומית לתכנון ולבנייה על-יסוד סעיף 197(א) לחוק התכנון והבניה¹³⁶ הקובע, כי "נפגעו על ידי תכנית, שלא בדרך הפקעה, מקרקעין הנמצאים בתחום התכנית או גובלים עמו, מי שביום תחילתה של התכנית היה בעל המקרקעין או בעל זכות בהם זכאי לפיצויים מהוועדה המקומית, בכפוף לאמור בסעיף 200". הוועדה המקומית דחתה את התביעה, והמערערת הגישה ערר לוועדה המחוזית, אך גם זו דחתה את תביעתה לפיצויים בגין הפגיעה במקרקעיה. התביעה נדחתה לפי סעיף 200(1) ו-200(2) לחוק התכנון והבניה.

סעיף 200 לחוק התכנון והבניה, בעטיו נדחתה תביעת הפיצויים מורה, כי:

"לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים:

(1) שינוי בתחום אזורי ובתנאי השימוש בקרקע שבהם;

(2) קביעת המירווח מסביב לבנינים וביניהם..."

(הדגשה שלי – א' א')

המערערת הגישה המרצת פתיחה ובה ביקשה לחייב את הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה לשלם לה פיצויים, כאמור, שאף היא נדחתה על-ידי בית המשפט המחוזי. לפיכך, היא הגישה ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון, וזה נדרש לפרשנות הדיבור "פגיעה סבירה" שבסעיף 200 לחוק, בו תמכה הוועדה המחוזית את יתדותיה בדחתה את תביעת המערערת לפיצויים.

במסגרת זו בחן בית המשפט, מפי השופט מלץ, כלום "פגיעה סבירה" היא בהכרח פגיעה העולה כדי פגיעה מינימלית דווקא. וכך הוא מנסח את השאלה:

"האם מבחן הסבירות הקבוע בסעיף 200 הוא למעשה מבחן הבורק אך את

135 עניין החברה להפצת פרי הארץ, לעיל ה"ש 95.

136 חוק התכנון והבניה, התשכ"ה–1965 (להלן: חוק התכנון והבניה).

השאלה אם הפגיעה היא 'מינימלית' ולפיכך אינה מזכה בפיצויים, בעוד כל הפגיעות שמעבר למינימום 'חורגות מתחום הסביר', ולפיכך הן בנות פיצוי?¹³⁷

בית המשפט השיב על כך בשלילה, תוך שהוא מסתייע בהשוואת תנאי ה"פגיעה הסבירה" לדרוש לשם כינון הגנת ה"מעשה של מה בכך" שבסעיף 4 לפקודה. ובלשונו:

"מבחן הסבירות האמור בסעיף 200 לחוק איננו קונקרטיזציה של הכלל הנזיקי לפיו 'מעשה של מה בכך' אינו מקנה עילה לפיצויים, כגון הכלל הקבוע בסעיף 4 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]. הדבר נובע מהרציונאל שבבסיס סעיף 200. כפי שצויין, רציונאל זה מבוסס על העובדה, שלא כל התועלת שמניבה תכנית זורמת אל הרשות בצורת כסף נזיל. לפיכך קיים חשש, שחוסר תקציב לשלם פיצויים עבור כל הפגיעות שבצידה של התכנית יגרור התנערות מתכניות, למרות שתועלתן עולה על הפגיעה שבצידן. שיקול נוסף שהוזכר, כעומד בבסיסו של סעיף 200 לחוק, הוא החשש, לפיו אם כל הפגיעות ללא יוצא מן הכלל תהיינה ברות פיצוי, עלויות ההתדיינות שתרכזנה על שכם הרשות תהיינה ללא נשוא. אילו השיקול האחרון, זה של עלויות ההתדיינות, היה השיקול היחיד שבבסיס סעיף 200, כי אז הפרשנות של מבחן הסבירות כמיישם כלל של '*De Minimis*', היתה אפשרית. מניעת הצפת בתי המשפט על ידי ים' של תביעות היא אחת מהסיבות לקיומו של הכלל המאפשר לשיטת המשפט להתעלם מ'פגיעות של מה בכך'. אולם, השיקול הראשון, העיקרי, העומד בבסיס סעיף 200 הוא זה הקשור לחשש, שמא התקציב הדליל של הרשות ימנע ממנה מליישם תכניות שיתרונן עולה על פגיעתן, מקום שיתרונן אינו טומן בחובו הזרמת כספים נזילים לקופת הרשות. שיקול זה הוא בעל משקל מספיק על מנת להרחיב את מתחם הפטור מפיצויים מעבר למתחם הצר, הפטור מפיצויים אך ורק בפגיעות מינימאליות. הגבול העליון האפשרי להרחבת הפטור הוא אותם מקרים, בהם נפגעה הזכות הקניינית בעוצמה כזו, שהיא מעבר לסביר. גבול עליון זה הינו, כאמור, מעבר ל-'פגיעות של מה בכך' "¹³⁸

(הדגשה שלי — א' א')

מכאן, עולה שבית המשפט סבר שאין להסתייע בעקרון ה-*De Minimis* מקום בו קיימים שיקולים של יעילות כלכלית — "עלויות ההתדיינות" — מהם ניתן ללמוד כי לא די בפגיעה מינימלית בזכות כדי לדחות תביעה. שאלה היא, אם לאור סעיף 1(2) להצעת חוק דיני ממונות, המצהיר כי אחת

137 עניין החברה להפצת פרי הארץ, לעיל ה"ש 95.

138 שם, בעמ' 650-651.

מתכליות הקודקס האזרחי המוצע היא "יעילות", נס לחו של פסק הדין הנ"ל. אמת, נכון הדבר: דיני התכנון והבנייה לא עברו כל רויזיה במסגרת הקודקס החדש, אך אין להוציא מכלל אפשרות כי הקודקס יאומץ למסגרות חקיקה אחרות על דרך ההיקש הפרשני. אם אכן ייעשה כן, הרי שחבירת שיקול ה"יעילות" לעקרון "זוטי הדברים" עלולה לייתר לכאורה תביעות פיצוי לפי סעיף 197(א) לחוק התכנון והבניה בשכיחות גבוהה יותר. אף, שאז תעלה שאלת חוקתיות הפגיעה בזכות הקניין בנסיבות המקרה.

ט. סוגיית ההכרעה בהתנגשות בין עקרונות לבין חוקים וחוקה

1. שאלת האיזון הראוי – המעגל הפנימי

(א) התנגשות בין עקרונות חוקים לבין עצמם

כיצד תיושב סתירה בין פעולה שנעשית בחוסר תום לב לבין היותה של אותה פעולה יעילה עד מאוד מבחינת הפועל? ראובן כרת חוזה עם שמעון. שמעון מפר את החוזה על רקע עסקה כדאית יותר, אחרת, שהוצעה לו בסמוך לאחר כריתת החוזה עם ראובן על-ידי דוד. ראובן מגיש תביעה בעילה של הפרת חוזה ובעילה של קיום חוזה בחוסר תום לב. שמעון טוען להגנתו, כי אולי יש משום הפרת חוזה בפעולתו אך זו תישלל עקב אינטרס לגיטימי שהיה לו בהפרת החוזה עם ראובן. לחלופין, טוען שמעון, אפילו יש בפעולתו מקצת חוסר תום לב, הרי שבפעולת ההפרה שלו קידש עיקרון ראוי לשמו – יעילות – עד כי המחוקק הזדרז לכוללו כאחד מאדניו של הקודקס האזרחי בכללותו. זוהי דוגמה אחת מיני רבות, ובהחלט ניתן לחשוב על מצבים נוספים.

אם כן, מה דינה של אותה "הפרה יעילה" (effective breach) של שמעון אל מול חובתו לקיים את החוזה בתום לב? המושג "יעילות" זכה להיכלל בין עקרונות היסוד של הקודקס ומשמש כאחת מתכליותיו¹³⁹, כמוהו גם עקרון תום הלב: "בשימוש בזכות, בביצוע פעולה משפטית ובקיום חיוב יש לנהוג בתום לב"¹⁴⁰.

אליבא דדידי, בנסיבות העניין, בהתנגשות בין עקרון תום הלב לבין תכלית היעילות, ידו של עקרון תום הלב תהא על העליונה. אך האם לעולם יהא חוסנו של עקרון תום הלב עדיף על תכלית היעילות המשפטית? האין בעצם הגדרת אחת מתכליות החקיקה האזרחית כ"קידום היעילות במשפט" כדי להזרים אל תוכו, כיד הדמיון הטובה הנחה על בעלי הדין או על בית המשפט, גישות כלכליות העשויות לחולל תמורות ולהפר את "קידום הודאות במשפט" ו"להוציא חוטא נשכר"?¹⁴¹

139 ראו ס' 2(1) להצעת חוק דיני ממונות.

140 ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות.

141 לפיתוח הפסיקה שלעניין, ראו פסק דינו יוצא הדופן של השופט חשין (כתאורו אז) בפרשת ע"א 3798/94 פלוגי נ' פלוגית, פ"ד נ(3) 133, 154–189 (1996); וכן ראו השימוש שנעשה אגב אזכור העיקרון בעניין בג"ץ 706/94 רונן נ' שר החינוך, פ"ד נג(5) 389, 415–419 (1999).

חלילה. לא מן הנמנע להשקיף גם על עקרון ה-*De Minimis* כקונקרטיזציה של תכלית "קידום היעילות במשפט" כפתח ליישומן של תיאוריות כלכליות במשפט, שכן תכליתו העיקרית של עיקרון זה עצמו הינה צמצום בעלויות של ניהול משפטים וחסכונן, מקום בו הזכות הנפגעת נמוכה מן התועלת שבניהול משפט (trifles).¹⁴²

(ב) עקרונות חקוקים – הוראות חקיקתיות

מה יהא הדין, לדוגמה, כאשר בהתאם לעקרון ה-*De Minimis* יש מקום לסילוק על הסף של תביעה בעילת הפרת חוזה בגין סכום פעוט, בה בעת שלפי הוראות פרק החוזים "חוזים יש לקיים" (*Pacta Sunt Servanda*), ולפי פרק התרופות, זכאי הנפגע לסעד בגין ההפרה (*Ubi Ius, Ibi Remedium*)?

מענה לשאלה זו מניח מאבק בין תכליותיו הספציפיות של דבר החקיקה אל מול עקרון היסוד בדבר "זוטי דברים". יוצא, אפוא, כי התשובה לשאלה זו ולדומותיה היא פונקציה של נקודת המוצא של הפרשן המשפטי. פרשנות הדבקה במוסרות החוק המקיים את הזכות והאמונה על שמירת הוודאות במשפט תטה, כך יש להניח, בדרך כלל, לתת משקל יתר לתוקפה ולהיקפה של הוראת החוק המקיים את הזכות, ובתוך כך תגן ביתר עוז על העקרונות והתכליות שאותן הוא בא להגשים. לעומתה, פרשנות הרואה את אחת מתכליותיו של דבר החקיקה כנגזרת מעקרונות היסוד של החקיקה האזרחית – כפי שהותו על ידי נסחי הצעת הקודקס – ומהווה את אחת מתכליותיה של הוראת החוק שלעניין, תיטה יותר לאמץ קו גמיש ביישום עקרון היסוד בדבר "זוטי דברים", כשם שהדבר נעשה כאשר לעקרונות אחרים.¹⁴³

דעתי שלי היא, כי, ככלל, יש לתת עדיפות לתכליות המיוחדות להוראה החקיקתית, ואך אם אלה מתיישבות, בנסיבות העניין, עם עקרון ה-*De Minimis* יש להתחשב אף בו בשכלול התוצאה המשפטית הסופית.

2. שאלת האיזון הראוי – המעגל החיצוני – עקרונות חקוקים – נורמות חוקתיות-על-חוקיות

הכלל הפרשני הנקוט בידינו הוא, כי הוראת חוק אשר זכתה להכרה כנורמה חוקתית-על-חוקית גוברת על נורמה חוקית המעוגנת בחקיקה הראשית (*Lex Superior Derogate Inferiori*)¹⁴⁴. ברי, כי שלילת עמידתו של בעל דין על זכותו עלולה לפגוע באחת מזכויות היסוד המוקנות לו בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו

142 השוו לנאמר בעניין החברה להפצת פרי הארץ, לעיל ה"ש 95; עניין הופנונג, לעיל ה"ש 2; עניין הורביץ, לעיל ה"ש 2.

143 השוו גישת הנשיא ברק שעליה חזר בעניין ע"א 2643/97 גנ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, 400 (2003).

144 ראו, למשל, בג"ץ 1384/98 אבני נ' ראש הממשלה, פ"ד נב(5) 206, 209 (1998).

או בחוק-יסוד: חופש העיסוק. פגיעה כזו חייבת לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה¹⁴⁵, קרי — עליה להיות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

על כן, משתועלה לפני בית המשפט טענת *De Minimis*, שומה על בית המשפט לבחון אם קבלת הטענה משמעה פגיעה בזכות אדם חוקתית-על-חוקית מוגנת, ואם כן, יהא עליו לבחון את חוקתיות הפגיעה, וממילא את חוקיות הפעלת הסמכות הקנויה לו בדין לסילוק התביעה נוכח הטענה.

עניין זה מעלה את שאלת תחולת המשפט החוקתי בין בעלי דין פרטיים לבין עצמם. אף ששאלה זו טרם זכתה למענה חד-משמעי בהלכה הפסוקה, היא החלה נותנת אותותיה להלכה, גם אם טרם הגיעה לדרגת הבשלה מעשית ומגובשת. פרופ' ברק סוקר בספרו¹⁴⁶ מודלים שונים לתחולת זכויות היסוד המוגנות במשפט הפרטי, והוא בוחר ב"מודל התחולה העקיפה המחזקת"¹⁴⁷, שמשמעותו המעשית הינה הכרה בזכות תביעה חוקתית — במשפט הפרטי — שבצידה סעד ההולם את אופי הפגיעה בזכות ואת היקפה¹⁴⁸.

הנושא זכה לדיון אגבי בפרשות שונות¹⁴⁹ שנדונו מאז חוקקו חוקי היסוד החדשים, אך טרם נאמרה המילה האחרונה בנדון¹⁵⁰. נראה, עם זאת, כי בית המשפט נדרש בעבר לא אחת לשאלת תוקפן של הנורמות החוקתיות במשפט הפרטי בדונו בסוגיית הסעדים הזמניים, ובמיוחד בסעד העיקול הזמני. בעניין אחרון זה, העביר בית המשפט העליון — תחילה מפי השופט דורנר¹⁵¹ ואחר כך על ידי המשנה לנשיא ש' לוי¹⁵² — את מרכז הכובד שבתכליתו של סעד העיקול הזמני מ"יחוד נכסים לצורך ביצוע פסק דין עתידי לכשיינתן לטובת התובע" אל "מניעת הכבדה על ביצוע פסק הדין".

145 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

146 אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי — פרשנות חוקתית 653–697, 701–792 (1994).

147 שם, בעמ' 679–681.

148 שם, בעמ' 376, 695–696.

149 ראו, למשל, ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד (מו) 464, 532 (1992); ועיינו בדברי הביקורת והאבחון, בדעת המיעוט של השופט אנגלרד, בפרשת ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון, פ"ד נג(3) 600, 637–646 (1999).

150 בית המשפט הותיר את שאלת תחולתן של ההגנות החוקתיות במשפט הפרטי בצריך עיון בכמה פרשות. ראו לאחרונה הנאמר, על ידי המשנה לנשיא אור, בעניין ע"א 9185/03 טננברום נ' הרצאת עיתון הארץ בע"מ, פ"ד נח(1) 359, 364–366 (2003); ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' מקדונלד, פ"ד נח(4) 314 (2004), פס' 62 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין; וראו רע"א 10771/04 רשת תקשורת והפקות (1992) בע"מ נ' אטינגר, פ"ד נט(3) 308 (2004), בפס' 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש.

151 בש"א 4459/94 סלמונוב נ' שרבי, פ"ד מט(3) 479, 483 (1994); השופטת דורנר חזרה על כך מאוחר יותר, בהקשר של סעד כינוס נכסים זמני, בעניין רע"א 9911/01 טלפו תדלוק והשקעות בע"מ נ' פז חברת נפט בע"מ, פ"ד נו(6) 550, 555–556 (2002).

152 רע"א 8420/96 מרגליות נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ, פ"ד נא(3) 789, 799–800 (1997).

התמורות החלו עם החלת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, וההגנה על הקניין המעוגנת בו¹⁵³, כסטנדרט המחייב עריכת איזון ראוי בין זכותו של הנתבע להגנה על קניינו לבין זכותו הבלתי מוכחת של התובע לפגוע בקניינו זה, של הנתבע, באמצעות הטלת עיקול על נכסיו. המבחן שנקבע בפסיקה לצורך זה ואשר אומץ בשנת 2001 בתקנות סדר הדין האזרחי היה והינו "מבחן ההכבדה על ביצוע פסק הדין"¹⁵⁴. כיום נדרש זה המבקש עיקול זמני לעמוד בבקשתו בתנאי מקדמי של "חשש סביר להכבדה על ביצוע פסק דיין"¹⁵⁵ ועוד קודם לכן עליו להביא "ראיות מהימנות לכאורה לקיומה של עילת תביעה"¹⁵⁶, וכן לעמוד, בין היתר, בחובות בדבר תום לב, תכלית ראויה ומידתיות¹⁵⁷ ובדרישת מאזן הנזקים¹⁵⁸ קודם שינתן לו מבוקשו.

בפרשות אלו¹⁵⁹, קבע בית המשפט העליון, כי חובתו של בית המשפט, שלא ליתן את סעד העיקול הזמני על דרך השגרה¹⁶⁰ אלא במשורה, בשים לב למכלול השיקולים שהובאו לעיל, מחויבת על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שכן בית המשפט הוא בכלל "רשויות השלטון" המתויבות לכבד את הוראות חוק זה¹⁶¹.

נוכח האמור, אין להוציא מכלל אפשרות היזקקותו של בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק (בג"ץ) לעתירות בדבר חוסר סבירות וחריגה מסמכות של בית המשפט היושב על מדין, כמו גם שימוש בסמכות באופן הפוגע באורח בלתי מידתי בזכות התובע, וזאת, על רקע הפעלתו של עקרון ה-*De Minimis* באופן בלתי סביר או בלתי מידתי.

153 ראו ס' 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

154 ראו תק' 374(א) לתקנות סדר הדין האזרחי; ליישומה של תקנה זו ראו למשל, גם לאחרונה רע"א 6614/06 כפריית תעשיות (1993) בע"מ נ' ICC INDUSTRIES INC, תק-על 2006(3) 3845 (2006); רע"א 7513/06 גב ארי פיתוח והשקעות בע"מ נ' גייר (טרם פורסם, 29.1.2007).

155 שם.

156 תק' 362(א) לתקנות סדר הדין האזרחי.

157 תק' 362(ב)(2) לתקנות סדר הדין האזרחי.

158 תק' 362(ב)(1) לתקנות סדר הדין האזרחי.

159 ראו לעיל ה"ש 151–152, שם.

160 ראו גם רע"א 5242/95 סיגל שירותי אלקטרוניקה נ' דנבאר בע"מ, תק-על 95(3) 786 (1995), פס' 3 לפסק דינו של המשנה לנשיא שלמה לוי.

161 כמצוות ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; אפשר, כי בית המשפט בפרשות אלו, לעיל ה"ש 151–152, ביודעין או באין יודעין, נטה לאמץ את "מודל התחולה על הרשות השופטת", הגם שלא נקב בשמו המפורש ולא ייחס משמעות מיוחדת לאמצעי התחולה; לטיעונים בעד ונגד "מודל התחולה על הרשות השופטת" ראו ברק, לעיל ה"ש 146, בעמ' 663–665; לסקירת מודל זה במשפט המשווה (ארצות-הברית) ראו ברק, לעיל ה"ש 146, בעמ' 676–678.

י. היחס בין זכות הגישה לערכאות לבין עקרון ה-"*De Minimis*"

זכות הגישה לערכאות הוכרה זה מכבר כאחת מזכויות היסוד של האדם במדינה דמוקרטית¹⁶². כך שומעים אנו מפי השופט (כתוארו אז) ברק, כי "נעילת דלתותיו של בית-משפט זה בפני עותר חסר אינטרס המתריע על פעולה שלטונית שלא כדין פוגעת בהשלטת החוק, שכן באין דיין אין דין. יכולת הפניה לבית המשפט היא אבן הפינה של שלטון החוק"¹⁶³. ובמקום אחר משמיענו השופט חשין, כי "דלתותיהם של בתי המשפט פתוחות לרווחה לפני המבקשים סעד, ויכולת הפניה לבתי משפט היא מזכויות היסוד של האדם"¹⁶⁴. אכן, "זכות הגישה של אדם לערכאות משפטיות היא אחת מזכויות היסוד החשובות של משפטנו, אשר יש אף הסוברים כי היא זכות חוקתית המוגנת על-ידי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"¹⁶⁵.

בין הסוברים, כי זוהי זכות יסוד חוקתית-על-חוקית המעוגנת בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ניתן לציין את גישתו של פרופ' אהרן ברק בספרו פרשנות במשפט:

"חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק אינם קובעים במפורש זכויות אקטיביות...שאלה יפה היא, אם הזכות לפנות לערכאות השיפוטיות מעוגנת בחוק-היסוד הקיימים. אין היא מופיעה כזכות פרטיקולרית בעלת שם. גדר הספיקות הוא אם אין להסיקה מזכות המסגרת בדבר כבוד או חירות. כמו כן, שאלה היא, אם אין לראותה כחלק אינטגרלי (ואקטיבי) של כל זכות וזכות, אשר באמצעותו מגן בעל הזכות על זכותו. אכן, דעתי היא כי קיומה של זכות פלונית כוללת בחובה כחלק אינטגרלי ואקטיבי שלה, את הזכות לפנות לבית-משפט אם הזכות נפגעת. שלילת הזכות לפנות לבית המשפט כמוה כשלילה (אפקטיבית) של הזכות עצמה. 'באין דיין אין דין'. על כן, מזכות חוקתית-על-חוקית לאי פגיעה (*Status negativus*) נגזרת גם זכות חוקתית-על-חוקית לפנות לערכאות השיפוט להגנה מפני הפרת הזכות (*Status activus*)"¹⁶⁶.

יש הסוברים, כי זכות הגישה לערכאות מהווה נגזרת של זכות היסוד לקניין בהתאם לסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. אחרים חושבים, כי יש לראות בה זכות

162 ראו, למשל, רע"א 544/89 איקל תעשיות (1985) נ' נילי מפעלי מתכת, פ"ד מר(1) 647, 651 (1990); רע"א 7543/04 ליסטר נ' ליסטר, תק-על 2004(4) 51 (2004), פס' 3 לפסק דינו של השופט גרוניס.

163 בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הביטחון, פ"ד מב(2) 441, 462 (1988).

164 ע"א 579/90 רוזין נ' בן-נון, פ"ד מו(3) 738, 742 (1992).

165 רע"א 9572/01 דדון נ' וייסברג, פ"ד נו(6) 918, 921 (2002); ע"א 4980/01 כהן נ' גלאם, פ"ד נח(5) 625 (2004); ע"א 1480/04 מליבו ישראל בע"מ נ' מדינת ישראל — משרד הבינוי והשיכון, תק-על 2006(3) 4241 (2006), פס' 16; ראו עוד שלמה לוי "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים" הפרקליט מב 451, 452–455 (1996); שלמה לוי "תורת הפרוצדורה האזרחית — מבוא ועקרונות יסוד 6–7, 21–29 (1999).

166 ברק, לעיל ה"ש 146, בעמ' 363.

יסוד עצמאית "בעלת משקל במלוא מובן המילה"¹⁶⁷; ומכל מקום, "הכל מסכימים כי המדובר הוא בזכות מן המעלה העליונה"¹⁶⁸. עמד על כך השופט (כתוארו אז) חשין, בציינו:

"דעתי-שלי היא, כי זכות הגישה לבית-המשפט אין היא זכות-יסוד במובנו הרגיל של המושג זכות-יסוד. שייכת היא למיסדר נורמות אחר בשיטת המשפט. ניתן לומר – וכך אומר אני – כי נעלה היא על זכות-יסוד. לא עוד, אלא שקיומה הינו תנאי הכרחי וחיוני לקיומן של שאר זכויות-היסוד. זכות הגישה לבית – המשפט הינה צינור החיים של בית-המשפט. התשתית לקיומם של הרשות השופטת ושל שלטון החוק. בזאת נשתנתה הרשות השופטת משתי אחיותיה – הרשות המחוקקת והרשות המבצעת – ששתי אלו האחרונות יוזמות ועושות, אם בתחום החקיקה ואם בתחום המעשה, בעוד אשר הרשות השופטת יושבת על מושבה ומצפה כי יבואו אליה לקבל את חוות-דעתה ואת הכרעותיה. וכנאמר על משה: 'ויהי ממחרת וישב משה לשפוט את העם ויעמוד העם על משה מן הבוקר עד הערב' (שמות יח ג). שניים אלה הם הנדרשים לשיפוט: שופט היושב על מושבו ומתדיינים העומדים לפניו. באין מתדיינים יישב בית-המשפט בטל וחסר-מעש, ובית-משפט שאין מתדפקים על שעריו כמוהו כמו-לא-היה. נדע מכאן, כי חסימת הדרך לבית-משפט – בין במישרין בין בעקיפין – ולו באורח חלקי, חותרת תחת ה-'raison detre' של הרשות השופטת. ופגיעה ברשות השופטת פירושה פגיעה ביסוד הדמוקרטי של המדינה"¹⁶⁹.

עקרון ה-*De Minimis*, כנוסחו בסעיף 4 להצעת חוק דיני ממונות קובע, כי "לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלץ עליו". באשר לרוחב אופקיו של הדיבור "מעשה קל ערך" דנו בהרחבה לעיל. החלת עקרון "זוטי דברים" באורח כללי ומקיף על כל דברי החקיקה האזרחית, למגדול ועד קטון, עשויה לזמן קיומו של דיאלוג מתמיד בין תחולת העיקרון לבין זכות הגישה של הפרט בישראל לערכאות, הנתונה בידו כאמצעי לעמידה על זכותו כתובע או כעותר.

דיאלוג זה יילך ויחריף עם כינונו של העיקרון אל מחוץ לדלת אמותיה של הפקודה, וחדירתו כדבר שבשגרה לכלל ההתדיינות המשפטיות שעניינן בדיני החיובים. לא זו אף זו, הנחתו של העיקרון כשווה בין שווים בין עקרונות היסוד שממעל לחקיקה האזרחית כולה, טומנת בחובה אפשרויות נרחבות לפרשנות באשר לחשיבות שיש להעניק לעיקרון זה, עד כי לא מן הנמנע כי לא ירחק היום ונימצא למדים כי לא עקרונות כלליים ברמת הפשטה גבוהה לפנינו – ככוונת

167 לסקירה ממצה של הגישות השונות ראו יורם רבין "זכות הגישה לערכאות" זככות חוקתית 142–150 (1998).

168 ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577, 632 (1997).
169 שם.

נסחי הצעת החוק¹⁷⁰ — אלא דווקא עקרונות יסוד חשובים, אם לא עקרונות יסוד מן המעלה הראשונה, שאליהם שומה על בית המשפט לשאת את עניו קודם שידון בהליך המשפטי לגופו.
עמד על כך בית המשפט העליון באחת הפרשות, בציינו:

"משראה הילד אוויר עולם, ניתק טבורו מאמו, המחוקק הוא בבחינת מי שסיים מלאכתו (לאותה עת) — מעין *functus officio* — ומעתה כעל הסמכות הוא בית המשפט, לפירושו של החוק ולקביעת תוקפו, תחום התפרסותו ותוכנו. זו — על רגל אחת — תורת הפרדת הרשויות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, ואידך — פירושא, זיל גמור [...] לאחר השלמתו של מעשה חקיקה, יצא החוק מחצרה של הרשות המחוקקת. חי הוא כמו לעצמו, ופירושו — במובנו הרחב של המושג — ניתן הוא, בסופו של תהליך, לבתי המשפט, ולהם בלבד (בכפוף, כמובן, לסמכות המחוקק לשוב ולחוקק, במגבלות שהוא עצמו נתון בהן)"¹⁷¹.

קביעתו של עקרון "זוטי דברים" כעקרון יסוד והחלתו ללא סייג על הוראות החקיקה האזרחית, מלגו ומלבר, עלולות לפגוע בזכות הגישה לערכאות, ולמצער עלולות ליצור "אפקט מצנן" (*chilling effect*) להגשתן של תביעות זכות אשר אלמלא העיקרון, מיקומו כעיקרון יסוד ותחולתו הרחבה מיני ים, היו מוגשות ומתבררות לגופן כדבר של יום ביומו.

הקושי העיקרי, לשיטתי, טמון בשתי הבעיות הללו: (א) בעיית הכללתו של העיקרון בין עקרונות היסוד של הצעת הקודקס; ו-(ב) תחולתו הרחבה על כלל הוראות המשפט האזרחי. לעניות דעתי, אין די בניסוח העיקרון כ"סייג דיוני", תחת נוסחו כיום כ"סייג מהותי", כדי להתגבר על תכיפות השימוש הפוטנציאלי בהגנה שאותה הוא מקנה ללא כל חריג בהליך המשפטי האזרחי.

מוטב לו, אפוא, לעקרון "זוטי דברים" כי יותר במקומו מונח, בינות להוראות הפקודה, כך גם כאשר להותרת תחולתו כדיני החיובים הבלתי רצוניים גרידא. אין לכתח, כי שימוש בלתי מבוקר בעקרון ה-*De Minimis* עלול להצמיח כר פורה לפגיעה בזכות הגישה לערכאות, ועמה להביא לפגיעה בהגשמת זכות התביעה ולשלילת הסעד הקבוע בצידה. אכן, לא בכל מקרה יהיה בהפעלת העיקרון משום פגיעה בלתי חוקתית בזכות הגישה לערכאות. יש שקיומו של העיקרון יסייע לשמירת משאביה של המערכת המשפטית לתיקים המצריכים באמת ובתמים התייגנות בבתי המשפט, ובהיעדר העיקרון יידחו מעת לעת בשל הותרת תיקים המגלים פגיעות פעוטות בזכות שאדם סביר לא היה מלין עליהן. אף-על-פי-כן,

170 ראו דויטש, לעיל ה"ש 117 בטקסט המקושר.

171 רע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח(3) 485, 500–501, פסק דינו של השופט חשין (1994).

יש לעשות שימוש זהיר ומדוד בעיקרון זה, במיוחד עת עסקין בתביעת זכות לגיטימית על פניה גם אם שבהשקיפנו על הפגיעה הזועקת מקרבה אין אנו מתרשמים כי פגיעה משמעותית הנה. אליבא דדי, ככלל, אין זה מתפקידו של בית המשפט להיזקק לעקרון "זוטי דברים" על דרך השגרה, ועליו לאתר אמצעי הפוגע כמה שפחות בזכות הגישה של הפרט לערכאות המשפטיות.¹⁷²

יא. עקרון ה-*De Minimis* ונקיטת "סעד עצמי"

עד כאן נסב דיוננו סביב יחסי הגומלין בין עקרון ה"דבר של מה בכך" – מיקומו, ניסוחו והקשיים העלולים להתגלע על רקע תחולתו הכללית – לבין הפרשנויות וההשלכות העשויות לנבוע מהן, באופן ובהיקף הפעלת העיקרון באורח כללי ובחלי מסוג דיו על ידי היושבים על מדין.

סוגיה נוספת ומעניינת, העשויה לעלות ברבות הימים, היא תחולתו של העיקרון על סיטואציות בהן מופעל "סעד עצמי" (self help) הקנוי לבעל הזכות בחוק. "עשיית דין עצמית היא בגדר חריג לכלל הרחב האומר שיש להפוך בעלי ריב לבעלי דין, כדי למנוע הפרת הסדר ציבורי"¹⁷³. כך, למשל, מצינו את סעיף 18 לחוק המקרקעין המאפשר ל"מחזיק במקרקעין כדין" נקיטת סעד של סילוק יד של מסיג גבול מהמקרקעין שהוא מחזיק בהם¹⁷⁴. בנוסף, החקיקה האזרחית רוויה בהוראות חוק המאפשרות לזוכה להפעיל סעד עצמי של עכבון רכושו של החייב עד לתשלום המלא של החוב¹⁷⁵; וכן סעיף 53 לחוק החוזים קובע, הוראה המתירה לצד לחוזה לקזז את חיוביו עם חיובי הצד שכנגד¹⁷⁶, גם סעיף 7 לחוק התרופות מקים סעד עצמי של ביטול לנפגע מהפרת חוזה¹⁷⁷.

172 ראו ס' 8 ו-11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו והאמור לעיל.

173 ויסמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 121.

174 ראו דריטש, לעיל ה"ש 46, בעמ' 377–384 הדן במצבים המאפשרים את הפעלת הכוח הגלום בסעד העצמי שלפי ס' 18 לחוק המקרקעין.

175 אופן הפעלת זכות העיכבון קבוע בהוראת ס' 11 לחוק המיטלטלין, התשל"א–1971, בעוד המקורות הנורמטיביים ליזכות העיכבון עצמה פזורים על-פני החקיקה האזרחית. ראו למשל ס' 88 לחוק לשכת עורכי הדין, התשכ"א–1961; ס' 12 לחוק השליחות, התשכ"ה–1965; ס' 31 לחוק המכר, התשכ"ח–1968; ס' 19 לחוק התרופות; ס' 5 לחוק תחזה קבלנות, התשל"ד–1974; ראו יננה ולצמן עיכבון (1998); ס' 49 לפקודת הנוזיקין קובע עוולה נזיקית של "עיכוב נכס שלא כדין".

176 אף שהוראת ס' 53 לחוק החוזים אינה הוראת החוק היחידה שעניינה קיזוז חיובים, במסגרת המשטר החוזי היא ההוראה המרכזית בסוגיית הקיזוז. כך נפסק בעניין ע"א 377/82 התעשייה האווירית לישראל בע"מ נ' צור גת חברה לפיתוח ולגידור בע"מ, פ"ד מב(2) 725, 734 (1988) (פסק דינו של השופט ברק); ראו גם גר טרסקי "על מהותו של קיום חיוב" משפטים טו 21, 29–30 (1985); מנחם מאוטנר "קיצוז" דיני חיובים – חלק כללי 475, 481–477 (דניאל פרדימן עורר, 1994); לסעד הקיזוז בדיני פשיטת הרגל ופירוק החברות ראו למשל ע"א 4752/92 מקט בע"מ (בכינוס נכסים) נ' החברה לביטוח, פ"ד נא(2) 214, 228 (1997); ע"א 1689/03 כרטיסי אשראי לישראל בע"מ נ' כונס הנכסים הרשמי, פ"ד

נקודת המוצא תהא בלשונו של סעיף 4 להצעת הקודקס הקובע, כי "לא תוגש תובענה בשל מעשה קל ערך שאדם סביר לא היה מלין עליו". לפיכך, אימוץ קו פרשני נוקשה יחייב, לכאורה, התעלמות מהוראת חוק זו והותרתה למקרים בהם מתקיימת התדיינות בערכאות משפטיות גרידא¹⁷⁸. עם זאת, נראה, כי אימוץ פרשנות תכליתית, ישיל מעל דבר החקיקה שלעניין את דיבור ה"תובענה" דווקא, ויאפשר את תחולתו של עקרון ה-*De Minimis* גם במצבים בהם אין מדובר בסכסוך שבעטיו ננקט אקט של הגשת תובענה בבית משפט¹⁷⁹.

עם זאת, ראוי יהיה לשקול את תיקון העיקרון כך שיתיימר מאליו הצורך בפרשנות במקרים מעין אלה. קבלת הגישה שהובעה בהלכה הפסוקה, בדבר תחולתו של העיקרון "בכל תחום ותחום"¹⁸⁰, אין פירושה החלה זהה של העיקרון בכל אחד מתחומי החקיקה, ואין בה, *per se*, כדי לתרום להחלת העיקרון במצבים שאינם חוסים תחת כנפיו של ההליך השיפוטי.

כמו כן, בהיות תכליתו העיקרית של עקרון ה-*De Minimis* מניעת הצפת בתי המשפט¹⁸¹, אין כל ערובה כי הותרת ניסוחו של העיקרון על כנו תאפשר בעתיד להיזקק ליישומו ההולם במקרה של שימוש בסעד העצמי, כגון: כאשר תובא לפני בית המשפט תביעה על עיכוב נכס שלא כדין על רקע, למשל, של עיכוב סכום כסף בלתי פרופורציונלי לחוב הנטען, כאשר סכום החוב הריאלי בעטיו הופעל סעד העיכובן הוא קל ערך עד כי "אדם סביר לא היה מלין עליו".

זאת ועוד, לא מן הנמנע כי תישמע בהקשר לסיפא של סעיף 4 להצעת הקודקס — "אדם סביר לא היה מלין עליו" — כי לכשתועלה הטענה נגד הפעלת הסעד העצמי בעטיו של עקרון "זוטי דברים", עשוי בעל הזכות לטעון לשלילת העיקרון, שכן אמנם כ"אדם סביר לא היה מלין" על מעשהו של הפוגע בבית המשפט, אך אין זאת אומרת שלא היה משתמש בסעד עצמי הנתון לו בדין בנסיבות אותו עניין. עם זאת, מנגד, תעמוד הטענה לצמצום הכוח לשימוש בסעד העצמי לנסיבות מיוחדות ולמצבים בהם אין דרך אחרת לעמוד על הזכות באמצעות ההליך

נח(6) 186 (2004); שלמה לרין ואשר גרוניס פשיטת רגל 236 (מהדורה שנייה, 2000); צפורה כהן פירוק חברות 676–677 (2000); דליה אבן-להב "פירוק חברות: היום הקובע לקיוזו" הפרקליט מח 5 (2005).

177 לאופיה של תרופת הביטול כ"סעד עצמי" ראו: דוד קציר תרופות בשל הפרת חוזה חלק ב 627–629 (1991); מיגל דויטש ביטול חוזה בעקבות הפרתו 109–120 (1993).

178 השוו הדין החל בעניין התיישנות. לפי חוק ההתיישנות, התשי"ח–1958, ההתיישנות לפי חוק זה הינה "דיונית" ותחולתה בהליכים המתנהלים בבתי המשפט בלבד. ראו ס' 1 לחוק להגדרות של "בית משפט" ו"תובענה" וכן ס' 2 לחוק; ע"א 522/71 בנין נ' בנין, פ"ד כח(2) 309, 326 (1974); יהודאי, לעיל ה"ש 90, בעמ' 63–64; אך ראו לאחרונה הנפסק בעניין ת"א (שלום חי) 22872/99 קושינסקי נ' עיריית חיפה (טרם פורסם, 23.6.2004).

179 דרוק, האמור ברשימה של מצבים שלמעבר לנקיטה של "סעד עצמי", כגון: הליכים מעין שיפוטיים בוועדות הערר השונות, הליכי בוררות וכדומה.

180 כדברי השופט זמיר בעניין הופנונג, לעיל ה"ש 2.

181 ראו לעיל הדיון בתכלית עקרון ה-*De Minimis* והפסיקה הנזכרת שם.

השיפוט¹⁸². מכל מקום, נראה, כי על סוגיית הסעד העצמי ראוי שתוסיף לחול דוקטרינת ה"שימוש לרעה בזכות"¹⁸³, בידיה של זו להציע די כלים להתמודדות עם שימוש בלתי הוגן או בלתי מידתי בכוח הטמון בהפעלת סעדים עצמיים¹⁸⁴.

יב. סוף דבר

עקרון ה-*De Minimis* אינו כשאר העקרונות שאנו מורגלים בהם, כדוגמת: תום לב, תקנת הציבור וסבירות, זאת, אף שפעמים עקרונות אלו משמשים בערכוביה. כך, ניתן לגזור את עקרון "זוטי דברים" מהאיסור להשתמש בזכויות לרעה ובחוסר תום לב בהתקרא הליך משפטי במסגרתו נדונה פגיעה מינימלית בזכות. ועדיין, עיקרון זה אינו משמש אך כאמת מידה (standard) מקדמית לפתיחה בהליכי משפט. יחד עם היותו עיקרון לבחינת סיטואציות משפטיות מגוונות (עשיית עושר, התיישנות, הגבלים עסקיים, קניין ועוד) לשבט או לחסד, עיקרון זה מהווה הגנה לנתבע מפני תביעת זכות הקנויה לו בדין.

דעתי היא, כי לעת הזו, מומלץ להותיר את עקרון ה-*De Minimis* מחוץ למגרש עקרונות היסוד של הקודקס המוצע. יש לעשות לפיתוחו של עיקרון זה, עקב בצד אגודל, בעודו שוכן בחיק החיובים הבלתי רצוניים. קיים חשש לא בלתי סביר, כי העיקרון יהווה כר פורה לסילוקן של תביעות זכות המוגשות על ידי מעוטי היכולת, שערכן הכלכלי, פעמים רבות, מבטא פגיעות קלות ערך אליבא דאמת המידה של "האדם הסביר".

הנה כי כן, למעט שינוי העיקרון, מהגנה מהותית להגנה דיונית, איני רואה טעמים חזקים דיים להחילו באורח כללי ובלתי מסווג על כלל המשפט האזרחי. מיקומו הגיאוגרפי ברמה נותן מקום לחשש, כי העיקרון לא יובן כשיטת מנסחור, וסופו שתוענק לו חשיבות יתירה.

מטרת חיבור זה הייתה, בין היתר, להסב את תשומת הלב לקשיים שעקרון "זוטי דברים" כעיקרון כללי עלול לעורר אם יתקבל כחוק מחייב, ככתבו וכלשונו. כמו כן, רצוננו היה לעורר למחשבה על הניבט מן העיקרון ועל המסתתר מאחוריו, ככלי נוסף ב"ארגז הכלים" להבניית שיקול הדעת השיפוטי בהפעלת העיקרון.

182 לגישה המבכרת את צמצום השימוש בסעד העצמי — בהקשרו של ס' 18 לחוק המקרקעין — ככלי לפתרון סכסוכים, ראו יהושע ויסמן דיני קניין — חלק כללי 271 (1993).

183 ראו ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות.

184 ראו ויסמן, לעיל ה"ש 43, בעמ' 49–52; ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות.