

## מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

### חגי ויניצקי ומיכל טמיר\*

א. מבוא. ב. צדק חלוקתי קונקרטי ותחולתו במשפט הפרטי. ג. מודלים אפשריים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי: 1. מודל התחולה הישירה; 2. מודל התחולה על הרשות השופטת; 3. מודל היעדר התחולה; 4. מודל התחולה העקיפה; 5. בחירה בין המודלים. ד. המודל המוצע – מודל התחולה העקיפה המסויג: 1. דיני החוזים; 2. דיני הנוזיקין; 3. דיני עשיית עושר ולא במשפט; 4. דיני הקניין; 5. דיני עבודה; 6. דיני ראיות; 7. משפט בין-לאומי פרטי. ה. סיכום.

### א. מבוא

דיונים ב"צדק חלוקתי" מלווים את התפתחות המשפט מהמקרא<sup>1</sup> דרך אריסטו<sup>2</sup> ועד ימינו.

\* ד"ר חגי ויניצקי, מרצה, מכללת שערי משפט; ד"ר מיכל טמיר, מרצה בכירה, מכללת שערי משפט. המחברים מודים לד"ר יחיאל בהט, לד"ר ויקטור בוגנים, לד"ר חמי בן נון, לרב פרופ' נריה גוטל, לד"ר משה גלברד, לפרופ' סיני דויטש, לד"ר אביעד הכהן, לד"ר אסף הראל, לד"ר עמוס הרמן, לד"ר לאה ויזל, לפרופ' דפנה לוינסון-זמיר, לפרופ' גדעון פרחומובסקי, לפרופ' נחום רקובר, לד"ר רונה שוז, לפרופ' אליאב שוחטמן, לד"ר חיים שיין, לד"ר בנימין שמואלי ולמשתתפי הסמינר המחלקתי במכללת שערי משפט על הערות והארות מועילות בנוגע למאמר. המאמר הוצג בכנס השנתי של ארגון משפט וחברה, שנערך בדצמבר 2008 בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית. המחברים מודים לד"ר ישי בלנק שישב בראש הפנל. תודה גם לעוזר המחקר ארו א' קורן, לקורא האנונימי ולמערכת "המשפט". מובן שתוכן המאמר באחריות הכותבים בלבד.

1 קיימות מצוות "צדקה" ספציפיות (לצד מצוות הצדקה הכללית) שתוצאתן, בין השאר, צמצום הפערים בין עשירים לעניים, כגון: (א) מתנות עניים, ויקרא יט 9–10; ויקרא כג 22; דברים כד 19–22; (ב) מעשר עני, דברים יד 28–29; (ג) שמיטת כספים, דברים טו 1–2, 9–10; (ד) מעשר כספים (מיעוט מקרב הפוסקים סבור שהחיוב הוא מן התורה, כך משתמע מהתלמוד הבבלי, תענית ט, א, תוספות, ד"ה "עשר תעשר" ויש סוברים שהחיוב מדברי חכמים, ט"ז יו"ד סימן שלא, סעיף לב ויש סוברים שהחיוב מחמת מנהג, ב"ח, שם. בכל מקרה מדובר על הגדרה למידה בינונית לקיום מצוות הצדקה, ראו הרב אליעזר מלמד, צדקה ומעשר כספים. הגדרה למידה בינונית לקיום מצוות הצדקה, ראו הרב אליעזר מלמד, צדקה ומעשר כספים. [www.yeshiva.org.il/midrash/Shiur.asp?id=7238](http://www.yeshiva.org.il/midrash/Shiur.asp?id=7238) (נבדק לאחרונה ב-17.2.2010); (ה) מתנות

עם זאת, זהו מושג תאורטי, אמורפי ומורכב. אנו נעסוק בפן אחד של צדק חלוקתי – צמצום הפער בין עשירים לעניים שנועד למנוע קיטוב בין שכבות האוכלוסייה בחברה<sup>3</sup>. במשפט הציבורי עקרון הצדק החלוקתי בא לידי ביטוי בעיקר באמצעות מיסוי פרוגרסיבי, ביטוח לאומי, ביטוח בריאות ממלכתי וסובסידיות<sup>4</sup>. בשיח המשפטי קיימים דיונים רבים המתמייחסים ליישום "צדק חלוקתי מערכתי" במשפט הפרטי, דהיינו לעיצוב כללים שאמורים לשפר את מצבו של בעל דין המשתייך לקבוצה שפרטיה נתפסים כ"חלשים" יותר (בין שהוא אכן חלש בפועל ובין שלא), לעומת הצד שכנגד, המשתייך לקבוצה שפרטיה אמורים להיות "חזקים" יותר (בין שהוא חזק בפועל ובין שלא)<sup>5</sup>. אף השאלה אם ניתן לצמצם את הפערים הכלכליים בחברה באמצעות התחשבות במצבו הפיננסי של תובע או נתבע קונקרטי במשפט פרטי (להלן: "צדק חלוקתי קונקרטי"), זכתה לדיונים רבים והתייחסויות שונות<sup>6</sup>. אלא שטרם נערך דיון ממצה בשאלת האופן שבו ראוי ששיקולים אלה יקבלו ביטוי במשפט הפרטי.

לאבינונים, אסתר ט 22. לתכנית החלוקתית של המורשת היהודית ראו חנוך דגן "דיני עשיית עושר – בין יהדות לליברליזם" **משפט והיסטוריה** 165, 178–180 (מנחם מאוטנר ודניאל גוטווין עורכים, התשנ"ט).

- 2 אריסטו **אתיקה** 110–137 (מהדורת ניקומאכוס, יוסף ג' ליבס מתרגם, התשל"ג).
- 3 בשל קוצר היריעה, אנו נעסוק בחלוקת עושר בלבד ולא בחלוקת טובין אחרים כגון חירות, הדרת כבוד, מעמד וכו'. לאינטרס הציבורי בצמצום הפערים הפיננסיים בחברה, ראו צחי קרן-פז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי "משפט וממשל" ז 541, 554 (2004). בנוסף, לא נעסוק גם בשאלות של צדק תוך קבוצתי. בעניין זה ראו: TSACHI KEREN-PAZ, TORT LAW, EGALITARIANISM AND DISTRIBUTIVE JUSTICE 64–65, 74 (2007); Richard Craswell, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L. REV. 361, 372–377 (1991).
- 4 ראו אייל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** 100 (1996). דוגמה נוספת לחוק שמטרתו צדק חלוקתי במשפט הציבורי הוא חוק הדיור הציבורי (זכויות רכישה), התשנ"ט-1998. בהתאם לדברי ההסבר להצעת החוק, מטרת החוק היא לצמצם את הפערים בחברה בין עשירים לעניים, באמצעות מתן זכות רכישה של דירה למי שמתגורר בדירה של הדיור הציבורי השייכת למדינה במחיר מוזל ביותר, בתנאי שהמתגורר אינו בעלים של דירה אחרת. הצעת חוק הדיור הציבורי, התשנ"ח-1998, ה"ח 306.
- 5 ראו למשל: Daphna Lewinson-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006). ראו גם חנוך דגן **קניין על פרשת דרכים** 55–65 (2005). לסקירת הספרות הדנה בשיקולים נגד ובעד חלוקת העושר במשפט הפרטי בכלל, ובדיני החוזים בפרט, ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 100–104. ראו גם ע"א 10064/02 "מגדל" **חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, 468, פס' 38–40 (פורסם בנבו, 27.9.2005).
- 6 עמדות אלו יוצגו להלן בפרק ב'.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

דומה שגם הפסיקה עדיין מחפשת את דרכה בשאלה זו. כך, למשל, בע"א 89/04 **נודלמן נ' שרנסקי**<sup>7</sup>, הפחית בית המשפט את שיעורם של פיצויים בגין עוולת לשון הרע, שיש בהם מוטיב הרתעתי בשל מצבו הכלכלי של הנתבע. לעומת זאת, בע"א 2121/04 **מינהל מקרקעי ישראל נ' דיקסטרא**, שלל בית המשפט באופן חד-משמעי את האפשרות ליישם את עקרון הצדק החלוקתי בתחום המשפט הפרטי<sup>8</sup>. בכל מקרה, ניתן להניח כי בהיעדר בסיס חוקי ברור להתחשבות בצדק חלוקתי, קיימים מקרים שבהם שופטים התחשבו בעיקרון זה, מבלי להודות בכך מפורשות<sup>9</sup>. מסגרת נורמטיבית ברורה באשר ליכולת להתחשב בצדק חלוקתי במקרים המתאימים לכך, תאפשר עקביות בדין, מידתיות ואף יכולת להתבסס על תקדימים באופן מדויק יותר.

במאמר זה ברצוננו להציע מודל תלת-שלבי. בשלב הראשון תיבחן שאלת תחולת הצדק החלוקתי הקונקרטי במשפט הפרטי באמצעות היקש מארבעת המודלים לתחולת זכויות יסוד במשפט הפרטי. בשלב השני ייבחר המודל הראוי לדעתנו. בשלב השלישי יסויג המודל הנבחר, כדי למקסם את היתרונות של המודל, מחד גיסא, ומאידך גיסא, לאפשר התמודדות מיטבית עם הטיעונים נגד החלת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי.

בשלב הראשון ייעשה כאמור היקש מארבעת המודלים לתחולת זכויות היסוד של המשפט הציבורי במשפט הפרטי<sup>10</sup>. מודלים אלו עוסקים בהחזרת זכויות חוקתיות למשפט הפרטי, אולם צדק חלוקתי אינו זכות יסוד אלא אינטרס שהתקבל במשפט הישראלי, לפחות בגזרה הציבורית שלו<sup>11</sup>. עם זאת, מאחר שמודלים אלו מהווים מנגנונים שבאמצעותם ניסו

7 281 (פורסם בנבו, 4.8.2008).

8 פס' 10 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 10.5.2007) (להלן: עניין **דיקסטרא**). יוער כבר עתה כי באותו מקרה נעשה ניסיון לעקוף את דיני הראיות האזרחיים באמצעות עקרונות צדק חלוקתי – ניסיון שנדחה על ידי בית המשפט; תוצאה שאנו תומכים בה כפי שיובהר בהמשך. ברם, לדעתנו אין בכך להצדיק אמירה גורפת של בית המשפט בדבר שלילת תחולת עקרון הצדק החלוקתי במשפט הפרטי.

9 לדוגמאות בתחום אישור התובענות הייצוגיות ראו סיני דויטש "תובענות ייצוגיות צרכניות – קשיים והצעות לפתרון" **מחקרי משפט** כ 299, 355–359, 370–372 (2003). להוכחה אמפירית שישנם שופטים בבית המשפט לתביעות קטנות שמעדיפים את "האדם הפרטי" על פני חברות ביטוח בין השאר משיקולי צדק חלוקתי ראו שמוליק בכר ואבישי קליין "פרדוקס הייצוג בבית המשפט לתביעות קטנות? על תביעות ביטוח, פערי כוחות וכף רגלו של השופט" **הפרקליט** נ 327, 345–366 (2010).

10 לסקירה מקיפה על תחולת זכויות האדם במשפט הפרטי ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי – פרשנות חוקתית 649–697 (1994).

11 במשפט הציבורי הישראלי זכה "הצדק החלוקתי" למעמד של עיקרון שיש לקחתו כשיקול ענייני בכל קבלת החלטות. כך, בבג"ץ 244/00 **עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות**, פ"ד נו" (6) 25 (2002) (להלן: פרשת **שיח חדש**), קבע בית המשפט

שיטות משפט שונות לבצע הכללה (אינקורפורציה) והתאמה של תפיסת צדק שהתפתחה בתחום מסוים (המשפט הציבורי), לתחום אחר שבו היא מעוררת בעייתיות (המשפט הפרטי), הם תומכים בניסיונו למצוא את המסגרת הנורמטיבית להחלת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי<sup>12</sup>.

המודלים שייבחנו הם: **מודל תחולה ישירה**, שלפיו שיקולי צדק חלוקתי חלים ישירות בעימות בין פרטים. מודל כזה אנו מזהים למשל בפנילנד, בשוודיה, בשווייץ ובטייוואן, ששם, מכוח חוק מפורש, ניתן להפחית פיצוי נזיקי שנפסק לנחבע בשל מצבו הפיננסי, ללא כל קשר לדוקטרינה הנדונה; **מודל תחולה עקיפה**, שלפיו ניתן להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי במסגרת דוקטרינות של המשפט הפרטי בלבד. מודל זה ניתן למצוא בארצות הברית, באנגליה ובקנדה; **מודל הרשות השופטת**, שלפיו חל איסור על הרשות השופטת לתת סעדים שיש בהם פגיעה קשה בעקרון הצדק החלוקתי; ו**מודל היעדר תחולה השולל** לחלוטין אפשרות להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי. מודל זה קיים במשפט העברי בכלל "דל לא תהדר בריבו". ברם, ישנה פרשנות שונה לכלל זה, שלפיה ייתכן שהוא הולם דווקא את מודל התחולה העקיפה.

המודל שיוצע במאמר הוא **מודל תחולה עקיפה מסויג**, שלפיו ניתן להחיל שיקולי צדק חלוקתי רק כאשר החוק מתיר זאת במפורש או דרך מושגי שסתום, כאשר לשון החוק או אופיו של מושג השסתום תואמים את תפיסת הצדק הזו, אינם שוללים אותה מפורשות, והשימוש בהם לא יגרור תחולה ישירה "דה פקטו". מודל זה יהיה רגיש אף לתחום המשפטי שבו הוא מיושם. כך, למשל, ברי כי נקל ליישם אותו בתחום דיני העבודה, משום שדיני העבודה, גם הפרטיים, נושאים בחובם מאפיינים ציבוריים רבים. לעומת זאת, יישומו בדיני משפחה מורכב יותר, שכן קיימים בנוסף שיקולים בין-אישיים בין הצדדים<sup>13</sup>.

העליון כי "החובה לשקול שיקולים של צדק חלוקתי היא חלק בלתי נפרד מסמכותה של רשות מינהלית, אשר בסמכותה להחליט על הקצאת משאבים מוגבלים". שם, בעמ' 64. יצוין כי בפסק הדין קבע בית המשפט, בעניין השיקולים שרשאית מועצת מינהל מקרקעי ישראל לשקול בקביעת שיעור הפיצויים, כי המצוקה הכלכלית של ההתיישבות החקלאית אינה שיקול שהרשות המוסמכת במקרה זה רשאית להתחשב בו. שם, בעמ' 73.

12 לדיון על הקשרים בין משפט ציבורי ופרטי ומגמת "האחדות הנורמטיבית וההרמוניה השיפוטית", ראו אריאל בנדור ומיכל טמיר "קלישאות חוקתיות – בין ביטוי ציבורי לכבוד פרטי – בעקבות בג"ץ 6126/94 סנש נ' רשות השידור, פ"ד נג(3) 817" משפטים לב 623 (2002).

13 ראו, למשל, ס' 8(2) לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973, שלפיו בית המשפט או בית הדין רשאים במסגרת איזון המשאבים לקבוע שאיזון שווי הנכסים, כולם או מקצתם, לא יהיה מחצה על מחצה, אלא לפי יחס אחר שייקבע בהתחשב, בין השאר, בנכסים עתידיים, לרבות בכושר ההשתכרות של כל אחד מבני הזוג. בעניין זה ראו גם ת"א (מחוזי-י) 1496/97 בנק ירושלים בע"מ נ' עזבון לוי, פס' 107 לפסק דינו של השופט דרורי (פורסם בנבו,

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

**הפרק השני** יתמודד עם הטיעונים העיקריים שניתן להעלות נגד תחולת "צדק חלוקתי קונקרטי" במשפט הפרטי והביקורת הנמתחת על טיעונים אלו. בפרק זה נטען כי רעיון הצדק החלוקתי הקיים במשפט הציבורי ובאופן מערכתי בתחומים מסוימים במשפט הפרטי, יפה גם במצבים קונקרטיים במשפט הפרטי. עם זאת, יש ליישם את העיקרון בזהירות הראויה ותוך התחשבות בנסיבות המקרה הקונקרטי. לפיכך **בפרק השלישי** יסקרו ארבעה מודלים אפשריים שונים לתחולת הצדק החלוקתי הקונקרטי במשפט הפרטי. אמנם החקיקה והפסיקה בעולם אינן נוהגות להגדיר את "המודל" שבו מוחל צדק חלוקתי במשפט הפרטי, אך, לשיטתנו, ניתוח הדין בעולם בראי המודלים הללו יאפשר ממד השוואתי שיקנה כלים לבחינת הדין הראוי בארץ לאור תפיסת הצדק של המשפט הישראלי. ניתוח זה יאפשר יצירת מודל מיטבי לשיטה הישראלית. בפרק הרביעי יתואר המודל המוצע, **מודל התחולה העקיפה המסויג**. בפרק זה אף נדגים את יישומו של המודל בענפים שונים של המשפט הפרטי. **הפרק החמישי** יסכם.

## ב. צדק חלוקתי קונקרטי ותחולתו במשפט הפרטי

בחירת המודל הראוי לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי תיעשה באמצעות בחינת התאוריות הפוליטיות הרלוונטיות, שקילת הטיעונים שהועלו בארץ ובעולם נגד תחולה זו והביקורות בנוגע לטיעונים אלו. זאת, תוך ניסיון לאתר את המודל שממקסם את היתרונות וממזער את החסרונות. מיצוי הדיון בנושאים אלה חורג מגבולות המאמר, והוא ייעשה רק לצורך הבהרת האדנים הקיימים שעליהם ננסה בפרקים הבאים לבנות את המודל הראוי<sup>14</sup>.

14 (11.12.2003); תמ"ש (ת"א) 37181/97, טי נ' טי (פורסם בנבו, 26.11.2002); מיכאל בירנהק "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין" **מחקרי משפט** כא 439, 492 (2005).  
למקורות נבחרים נוספים שעוסקים בשאלה אם ראוי ליישם שיקולי צדק חלוקתי במשפט פרטי ראו: Arthur Ripstein, *Private Order and Public Justice*, 92 VA. L. REV. 1391, 1395 (2006); Kevin A. Kordana & David H. Blankfein Tabachnick, *Taxation, the Private Law, and Distributive Justice*, 23 SOCI. PHIL. & POL'Y 142 (2006); Peter Benson, *The Basis of Corrective Justice and its Relation to Distributive Justice*, 77 IOWA L. REV. 515 (1992); Duncan Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law: With Special Reference to Compulsory Terms and Unequal Bargaining Power*, 41 MARYLAND L. REV. (1982) 563; Peter Cane, *Distributive Justice and Tort Law*, 2001 N.Z. L. REV. 401 (2001).

ברי כי תאוריה ליברטריאנית הסולדת מהתערבות ממשלתית תתנגד ליישום עקרונות של צדק חלוקתי בכלל ובמשפט הפרטי בפרט<sup>15</sup>. לפי גישה זו, בכל עקרון חלוקה כלולה תפיסה של דפוס מחייב. רוברט נוזיק (Nozick), למשל, שולל כל דפוס חלוקה מכל סוג שהוא, משום שדפוס כזה פוגע ב"עקרון המדינה המינימלית", האוסר פגיעה ביחיד ובמכלול זכויותיו. לשיטתו, כל התערבות היא בלתי־מוצדקת ובלתי־מוסרית, משום שאם מטילים על המדינה משימות חלוקה, היא תתחזק ותתעצם לעומת היחידים, וזכאותם של אלה תיפגע<sup>16</sup>. לעומת זאת, תפיסת עולם קהילתנית (קומוניטאריזם), הדוגלת באחריות קהילתית, תתמוך בצמצום הפער בין עשירים לעניים, והיא עשויה אף לתמוך ביישום שיקולי צדק חלוקתי גם במשפט הפרטי. תאוריה ליברלית, החורת על דגלה שוויון, מחד גיסא, וחופש קניין, מאידך גיסא, תנסה למצוא גישת ביניים לתחולה<sup>17</sup>. כפי שנראה, תפיסות עולם שונות אלה באות לידי ביטוי בטיעונים השונים שהובאו נגד תחולה של צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי ובביקורת שהוטחה מנגד.

הטיעון הראשון מתמקד בהיעדר לגיטימיות של בית המשפט. בבסיס הטיעון עומדת ההנחה שרק המחוקק רשאי ליישם תפיסות של צדק חלוקתי שהן החלטות פוליטיות. לעומת זאת, השופטים שאינם נבחרים אינם רשאים לקבל החלטות מעין אלו<sup>18</sup>. טיעון זה זכה לתשובות בכמה מישורים: ראשית, בפועל, השופטים מקבלים החלטות שעניינן צדק חלוקתי, כאשר הם עוסקים בשאלות של שוויון במשפט הציבורי, ובכך הם מיישמים עקרונות חלוקתיים. בנוסף, גם במסגרת המשפט הפרטי השופטים עוסקים בחלוקת משאבים בחלק ניכר מהחלטותיהם, כגון על דרך הכרה או אי־הכרה בחובת זהירות במקרה מסוים. שנית, ההחלטה שלא ליישם עקרונות מחלקים במשפט הפרטי, היא החלטה ערכית כמו ההחלטה ליישם עקרונות כאלה. שלישית, מהעובדה שהמחוקק לא קבע כללים מפורשים שלפיהם ניתן ליישם עקרונות מחלקים במשפט הפרטי<sup>19</sup>. לא ניתן להסיק את

15 זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 100. לפי יסעור, "ליברטריאניות היא תפיסה רדיקלית במסגרת הליברליזם והמסורת האנרכו־אינדוידואליסטית, שראשיתה בתפיסת מצב הטבע של לוק. ההשלמה עם 'מדינה מינימאלית' היא ביטוי לשלילת זכותה של המדינה להתערבות או כפייה הפוגעים בחירות המלאה של היחיד, כמטרה לעצמה, תוך התעלמות משרירות הגורל הפוגע". אברהם יסעור "תיאוריות של צדק בהגות הפילוסופית" צדק חברתי ושוויון בעולם משתנה 81, ה"ש 59 (אברהם יסעור, יעקב עובד, דני רוזוליו ומנחם רוזנר עורכים, 2003).

16 ROBERT NOZICK, ANARCHY, STATE AND UTOPIA (1974).

17 לסקירה ראו יסעור, לעיל ה"ש 15, בעמ' 14–88. בעניין זה ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 107–100.

18 ERNEST J. WEINRIB, THE IDEA OF PRIVATE LAW 211 (1995).

19 כך למשל: בפיןלנד, בשוודיה, בשווייץ ובטייוואן קיימים כללים סטטוטוריים מחלקים במשפט פרטי. ראו להלן ה"ש 37–42, והטקסט הנלווה אליהן.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

ההנחה כי המחוקק קבע כי הסטטוס קוו הסוציו-אקונומי הוא הראוי. אם המחוקק לא אסר על בתי המשפט ליישם עקרונות מחלקים, יישום כזה הוא לגיטימי. רביעית, הלגיטימיות של המחוקק נשענת על עקרון החלטת הרוב. ברם, טיעון זה נחלש במידה רבה, משום שדווקא המחוקק מושפע מקבוצות חזקות של בעלי עניין שחוסמות חקיקה פרוגרסיבית, ואילו בתי המשפט חשופים פחות להשפעות מסוג זה. חמישית, המחוקק יכול, בקלות יחסית, לשנות פסיקות הנוגדות את עקרון הרוב. בכך תתקיים מידה מסוימת של התאמה בין ההחלטות השיפוטיות לבין רצון המחוקק, והשאלה מי יישם את החלוקה תאבד מחשיבותה<sup>20</sup>. תשובות אלה מעידות כי טיעון היעדר הלגיטימיות אינו משכנע דיו על מנת לשלול יישום צדק חלוקתי קונקרטי במשפט פרטי.

הטיעון השני הוא טיעון עקרוני השואל מדוע בכלל יש להגן על העניי? ייתכן שמצבו של העניי הוא כזה משום שהוא בטלן, עברייני וכדומה. תשובתנו לכך היא, שהן בניתוח דאונטולוגי והן בניתוח אינסטרומנטלי-תוצאתי יש להגן על העניי. מהבחינה הדאונטולוגית, הערכים החברתיים שלנו, ובראשם כבוד האדם, מחייבים הגנה על כבודו של אדם באשר הוא אדם והסיבות למצבו אינן רלוונטיות<sup>21</sup>. מהבחינה האינסטרומנטלית, אם לא נגן על העניי, הוא עלול ליפול למעמסה על החברה, ובסופו של דבר הנזק המצרפי יהיה גדול יותר<sup>22</sup>. בנוסף, החלת צדק חלוקתי קונקרטי תביא לאיזון משפטי של הפער העובדתי-

20 לתשובות לטיעון היעדר הלגיטימיות ראו: Keren-Paz, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23–32. ראו גם קרן-פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 562–585.

21 עיקרון זה הומחש בבג"ץ 4634/04 רופאים לזכויות אדם נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 12.2.2007), שקבע כי גם לאסירים יש זכויות יסוד, וביניהן הזכות לכבוד. זכויות אלה נגרעות מן האסיר רק אם הגבלתן מתחייבת באופן הכרחי משלילת חירותו עקב המאסר, ואם הפגיעה בזכות מוגנת על פי יסודות פסקת ההגבלה שבחוק-היסוד. כך, למשל, זכותו של אדם לישון על מיטה היא תנאי בסיסי לקיום מינימלי, וחריגה מכך מהווה פגיעה בזכות האדם לחיים בכבוד. שם, פס' 9–10. מכאן שהזכות לכבוד קיימת לכל אדם, ואין היא מסויגת רק בשל "אשמתו" בהגעה למצב שבו הוא נמצא. יצוין כי אנו תומכים בגישה פלורליסטית, ועקרון הצדק החלוקתי הוא רק אחד השיקולים שיש להתחשב בהם. ראו קרן-פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 553. ולכן ייתכן שראוי לעתים להתחשב גם בסיבת עוניו של צד לדיון, אם כי הדבר עלול לגרום לייקור עלויות ההתדיינות. לדיון בשאלה אם יש לתת צדקה לעניי שיכול לפרנס את עצמו ונמנע מכך מפני שהוא נסמך על הצדקה, ראו הרב שלמה לוי "מתן צדקה לעניי שיכול להתפרנס" תחומין כט 57 (התשס"ט).

22 כך, למשל, כפיית חיוב שהנתבע אינו יכול לעמוד בו בשל מצבו הכלכלי, עלולה למוטט אותו ותגרום לו להיכנס למצב של פשיטת רגל. פשיטת רגל עלולה לגרום לנזקים מצרפיים נוספים רחבים יותר. פרופ' צפורה כהן שתומכת בצדק חלוקתי מערכתית ואינה תומכת בצדק חלוקתי קונקרטי טוענת בין השאר שאמנם מבחינה מוסרית ניתן לטעון שלא ראוי לחייב את העניי שהזיק לעשיר מופלג לפצותו, כאשר לעניי אין אמצעים כספיים לעשות כן, ואילו העשיר יישא בקלות בנזק, ברם, התשובה לטיעון זה היא שהעניי יכול להשתחרר מאחריותו על ידי כניסה

מציאותי בין עניים לעשירים, פער אשר גורם לכך שעלויות הטעויות של עניים "יקרות יותר"<sup>23</sup>.

הטיעון השלישי, עניינו עלויות ההתדיינות שיווצרו בשל הצורך להוכיח את דלותו של צד מסוים ובשל הצורך לקיים "משפט זוטא" בנוגע ליישום עקרון הצדק החלוקתי בכל התדיינות<sup>24</sup>. באשר לעלות הראשונה יש הטוענים שהוכחת דלות אינה יקרה במיוחד, אם כי הדבר נתון במחלוקת<sup>25</sup>. התשובה בנוגע לעלות השנייה טמונה, כפי שיובהר בהמשך, בבחירת המודל ליישום.

הטיעון הרביעי, עניינו בעלות ההזדמנותית (הערכים שמוותרים עליהם כאשר בוחרים בחלופה אחרת). לפי טיעון זה, יישום צדק חלוקתי באמצעות המשפט הפרטי יעשה על חשבון עקרונות מרכזיים של המשפט הפרטי ובראשם צדק מתקן או יעילות כלכלית. בהתאם לקו מחשבה זה, יש ליישם צדק חלוקתי רק באמצעות דיני המס והביטוח הלאומי,

למצב של פשיטת רגל. צפורה כהן "השפעת אמצעיהם הכספיים של הצדדים על קביעת חובת הזהירות בעולת הרשלנות" מחקרי משפט ד 56, 74, 76, 78 (1986); Glanville Williams, ; (1951) 4 CURRENT LEGAL PROBLEMS 137, 145-146. *The Aim of the Law of Torts*. ברם, הטיעון של פרופ' כהן נועד לפתור את הבעיה האישית של העני, ולא את העלות המצרפית של פשיטת רגל. הנזק המצרפי החברתי מכניסה לפשיטת רגל של העני יהיה בהכרח גדול יותר מאשר החיוב הנזיקי, שממילא לא ניתן יהיה לגבותו מהעני. בנוגע לשאיפה למנוע עלויות משניות כמטרה ראויה, המהווה חלק מהמטרה הכוללת של מקסום היעילות כלכלית המצרפית ראו: GUIDO CALABRESI, THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS : 27-31 (1970).

ניתן לטעון כי אם עשיר ועני מבצעים את אותה עוולה, למשל, מצבו של העשיר טוב יותר שכן הוא ממוצב חברתית באופן שמאפשר לו להסתייע בחברים, הוא בעל אמצעים לשכור עורכי דין טובים וכו'.

24 ראו: MITCHELL POLINSKY, AN INTRODUCTION TO LAW AND ECONOMICS (3<sup>rd</sup> ed. 2003). 152-156.

25 קיימים כיום מדדים ברורים על פי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, הקובעים מיהו עני, שנסמכים על מספר פרמטרים אובייקטיביים כגון גובה ההכנסה של שני בני הזוג, מספר הילדים במשפחה ועוד. הקושי למדוד "דלות" לצורך התחשבות במצב הכספי של הצדדים במסגרת דיון משפטי, שנוי במחלוקת. לדעה הסוברת שהקושי הוא יותר תאורטי מפרקטי, שכן אין צורך להיכנס לבדיקה מפורטת לצורך התחשבות זו, ראו דברי השופט L.J. Megaw בעניין *Leakey v. National Trust for Places of Historic Interest or National Beauty* (1980) 1 All E.R. 17, 37 (appeal taken from Eng.). לדעה הסוברת שמדובר בקושי משמעותי, ראו כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 75, ה"ש 100 והמקורות המצוטטים שם. לדעה שאין להירתע מקשיים ראייתיים העלולים להיווצר כאשר מתחשבים במצב הפיננסי של הנתבע בתובענה ייצוגית ראו דריטש, לעיל ה"ש 9, בעמ' 371, ה"ש 333.



מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

שהם פולשניים פחות ועלותם – מבחינת חירות הפרט – מוגבלת יותר<sup>26</sup>. טיעון זה זכה לתשובות בכמה מישורים שהרלוונטיות ביותר מביניהן נסמכת על עקרון הפלורליזם. פרט לחסידים קיצוניים של שיטות מוניסטיות, ברור כי לא ניתן להשיג מטרה אחת שלא על חשבון מטרת אחרות. אם כן, עלינו לבחון אם האיזון והשקלול של המטרות המושגות במערכת מסוימת הוא רצוי<sup>27</sup>.

הטיעון החמישי הוא טיעון התמריץ השלילי. צדק חלוקתי קונקרטי יגרום מראש (*ex ante*) לייקור חוזים לעניים, שכן אם המתקשר עם העני יעריך שבית המשפט יקל על העני על חשבוננו, הוא ידרוש בטוחות של צדדים שלישיים שייקרו את עלויות העסקה<sup>28</sup>. על כך ניתן להשיב שכאשר אנשים כורתים חוזים עם גורמים דלי אמצעים, הם ממילא חייבים לשקלל את סיכון חדלות הפירעון וחוסר יכולת האכיפה. ונהפוך הוא, דווקא גישה של צדק חלוקתי קונקרטי עדיפה על כללים המבצעים חלוקה באמצעות שכר, שכן כללים אלה יוצרים תמריץ שלילי ליציאה לעבודה או להגדלת היקפה<sup>29</sup>. יתרה מכך, על פי המודל שנציע בהמשך, ההתחשבות במצבו של אדם תיעשה רק במסגרת דוקטרינות מסוימות בדיעבד (*ex post*) ולא מראש. על כן סיכויי ההתחשבות אינם גבוהים דיים כדי להוות תמריץ שלילי לעשיר. לבסוף, גם השוללים חלוקה דרך הכנסה, אינם שוללים שימוש בכללים משפטיים אחרים<sup>30</sup>.

הטיעון השישי הוא טיעון חוסר האפקטיביות. כאשר משווים בין שיטות משפט שבהן בתי המשפט מיישמים עקרונות לצמצום פערים, לבין שיטות משפט שבהן בתי משפט אינם מיישמים עקרונות כאלה, מתברר כי אין הראשונים מצליחים לקדם שוויון יותר מהאחרונים. אחד ההסברים לתופעה זו היא הטענה כי שופטים, בין השאר בשל הרקע הסוציו-אקונומי שלהם, בדרך כלל, שמרניים יותר מהגופים הנבחרים<sup>31</sup>. גם טיעון זה זכה

26 לגישה המעדיפה ליישם צדק חלוקתי בדיני המס בלבד ראו למשל: Kaplow ו-Shavell, הטוענים כי כל ניסיון לשינוי חלוקת משאבים, אם יש בו בכלל צורך, ייעשה על ידי מיסוי ולא על ידי המשפט הפרטי שהוא כלי יעיל פחות עקב עלויות מנהליות גבוהות ויצירת תמריצים שליליים, המובילים להקטנת סך העושר, בהשוואה למנגנונים הציבוריים. Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994). ראו גם: KEREN-PAZ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 42.

27 שם, בעמ' 41–42; קרן פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 586–621.

28 בעניין זה ראו: Kennedy, לעיל ה"ש 14, בעמ' 619.

29 השוו: David A. Weisbach, *Should Legal rules be Used to Redistribute Income*, 70 U. CHI. L. REV. 439, 440 (2003).

30 שם, בעמ' 450.

31 KEREN-PAZ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 55–56; 77, Frederick Schauer, *The Calculus of Distrust*, 77 VA. L. REV. 653, 660 (1991).

לתשובות בכמה מישורים: ראשית, גם אם נכונה הטענה כי יישום עקרונות מחלקים על ידי בתי המשפט הוא אפקטיבי פחות מאשר הרשות המבצעת, הרי תרומה מסוימת לצמצום הפער עדיין קיימת בשיטות המאפשרות לבתי המשפט ליישם עקרונות מחלקים. שנית, כפי שכבר ציינו, בתי המשפט חשופים פחות להשפעתם של בעלי אמצעים וקבוצות כוח<sup>32</sup>.

הטיעון השביעי, עניינו בעידוד לרשלנות ולעונוי. לפי טיעון זה, אנשים היודעים כי גם אם יבצעו עוולות, יתחשב בית המשפט במצבם, עלולים לנהוג בחוסר זהירות או בקלות דעת בנוגע לתוצאות מעשיהם. בנוסף, הסיוע ל"עניי" עלול לפגוע בתמריץ שלו לשפר את מצבו הכלכלי. יתרה מכך, קביעת האחזקות בחיובים לא רצוניים בהתאם למצב הכספי של הצדדים עלולה לפגוע ביכולת התכנון של נמעני המשפט. כפי שיובהר בהמשך, גם התשובה לטיעון זה נעוצה במהות המודל הנבחר.

הטיעון השמיני, עניינו רנדומליות. יישום צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי גורם לתחולה לא שוויונית של הנטל, ועלול לעוות את חלוקת העושר, שעשויה להיות מושגת באופן ראוי יותר באמצעות דיני המס והביטוח הלאומי, ולא באמצעות הפעלה שרירותית של עיקרון זה על סכסוך קונקרטי. בנוסף, חלוקת המשאבים תהיה חלקית בלבד ולא תואמת לחלק המתאים שכל אחד אמור לתת או לקבל. כתשובה לטיעון זה ראוי לזכור כי ראשית, ריבוי המקרים עשוי לפזר את החלוקה בין רבים – עשירים ועניים כאחד<sup>33</sup>. שנית, ייתכן שדרך זו עדיפה על מיסוי פרוגרסיבי מבחינה זו שעשירים רבים זוכים ליחס משפטי מועדף בתחום המס<sup>34</sup>. שלישית, אי-התחשבות בעקרון הצדק החלוקתי הקונקרטי לא תגרום לכך שהנתבע יוכל בהכרח לעמוד בנטל, במרבית המקרים התוצאה תהיה חדלות פירעון. במקרים אלו "הצד החזק" ממילא לא יזכה להשלמת הסעד המבוקש, והוא זה שיישא בנזק<sup>35</sup>. יתרה מכך, התחשבות קונקרטית עשויה "להעמיד" מחדש את הנתבע על "רגליו" הכלכליות ולאפשר לו לעמוד בחלק מחיובו או בכל חובו בפריסה עתידית. רביעית, מאחר

32 KEREN-PAZ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 57; קרן פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 557–558.

33 דגן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 62. ראו גם זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 104.

34 דגן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 55–65.

35 בע"א 6821/93 בנק המזרחי בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט (4) 221 (1995), קבעו השופטים שמגר, ברק וד' לויץ, שהנשיאה בנטל לפתור את משבר חובות המושבים אינה חייבת לחול על כלל הציבור, והיא יכולה לחול רק על הנושים (הבנקים). שהרי גם בהיעדר חקיקה מיוחדת שתפתור את המשבר, מי שהיו נושאים בנזק לפי דיני ההוצאה לפועל וחדלות הפירעון הם הנושים בלבד. גם בשמיטת כספים, על פי המשפט העברי, מי שנושא בנטל הם רק הנושים.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

שחלק ניכר מהנזקים מכוסים בפוליסות ביטוח, הנזק מתפזר בין פרטים רבים יותר באוכלוסייה<sup>36</sup>. בשל התשובות לטיעונים נגד יישום צדק חלוקתי במשפט הפרטי, נראה כי בסופו של דבר היתרונות ביישום צדק חלוקתי במשפט הפרטי עולים על החסרונות.

### ג. מודלים אפשריים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

בפרק זה נסקור ארבעה מודלים ליישום צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי, על פי אנלוגיה שיצרנו ממודלים לתחולת זכויות אדם במשפט הפרטי. עד כה לא נעשה שימוש במודלים אלה בספרות ובפסיקה שדנה בסוגיה, ומצאנו שהשימוש בהם מועיל ראשית, כדי למפות את החקיקה והפסיקה בארץ ובעולם, ושנית כדי לבחור במודל שממקסם את היתרונות וממזער את החסרונות ביישום צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי.

#### 1. מודל התחולה הישירה

בהתאם למודל זה יחולו שיקולי צדק חלוקתי באופן ישיר בעימות בין פרטים. תחולה ישירה תאפשר להתחשב במצבו הפיננסי של התובע או הנתבע, ללא כל קשר לדוקטרינות המשפטיות נשוא הסכסוך בין הצדדים.

מודל זה קיים בפינלנד בתחום דיני הנזיקין. בהתאם לסעיף 1(2) ל-Finnish Tort Liability Act<sup>37</sup> ניתן להפחית פיצוי נזיקי, אם הוא נראה כלא סביר בשל מצבו הפיננסי של המעוול או בשל מצבו הפיננסי של הנפגע. הסעיף מדגיש שאם הנזק נגרם בכוונה, יש לפסוק פיצוי מלא, אלא אם כן קיימות נסיבות מיוחדות שבגינן יש להפחית את הפיצוי. מודל דומה קיים גם בשוודיה. בהתאם לסעיף 6(2) ל-Tort Liability Act, בית המשפט רשאי להפחית את הפיצויים, אם מצא שסכום הפיצויים הנפסק מהווה נטל בלתי צודק בהתחשב במצבו הכלכלי של הנתבע, לאחר ששקל את מכלול הנסיבות, לרבות צורכי הניזוק

36 לטיעון הרביעי ראו: KEREN-PAZ, לעיל ה"ש 3, בעמ' 34-36. ראו גם: Tsachi Keren-Paz, *An Inquiry into the Merits of Redistribution Through Tort Law: Rejecting the Claim of Randomness*, 16 CAN. J. L. & JURIS. 91 (2003).

37 Ch. 2, Sec. 1 of the Finnish Tort Liability Act (412/1974) (להלן: "החוק הפיני"). סעיף 1 לחוק זה קובע שהוא לא חל על אחריות לנזקים על פי דיני החוזים או חוקים אחרים. לתרגום באנגלית של החוק הפיני ראו: [www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1974/en19740412.pdf](http://www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1974/en19740412.pdf) (נבדק לאחרונה ב-29.11.2010).

בפיצויים<sup>38</sup>. מודל דומה קיים גם בשווייץ. בהתאם לסעיף 44(2) ל-Swiss Code of Obligations, ניתן להפחית מגובה הפיצוי, במקרים שבהם הפיצוי יגרום לנתבע מצוקה כלכלית, ובתנאי שהנזק לא נגרם במתכוון או ברשלנות גסה<sup>39</sup>. מובן שסעיף זה מאפשר להתחשב גם במצב הכספי של הצדדים<sup>40</sup>. עם זאת הסעיף לא יחול כאשר קיים כיסוי ביטוחי. חברות ביטוח בהיותן "כיס עמוק" לא אמורות ליהנות מחוקים אלו<sup>41</sup>. בעקבות החוק השווייצרי אומץ כלל זה גם בחוק הטייוואני במסגרת סעיף 218 ל-Civil Code of Taiwan. בהתאם לסעיף זה, אם הנזק לא נגרם בכוונה או ברשלנות גסה, ואם הפיצוי ישפיע מהותית על יכולת המחיה של האחראי לנזק, בית המשפט רשאי להפחית את שיעור הפיצויים<sup>42</sup>. חוקים אלו מדגימים את מודל התחולה הישירה, שכן הסמכות להפחית את הפיצוי איננה תלויה בפרשנות רכיבי העוולה הספציפית שנגרמה. דהיינו, לאחר שהשופטים הגיעו למסקנה שעקרונית יש לפסוק סכום מסוים לתובע, הם יכולים להפחיתו רק על בסיס מצבם הפיננסי של התובע או הנתבע.

בגרמניה ובאיטליה קיים מודל מצומצם של תחולה ישירה. החוק הגרמני מאפשר לבית המשפט לחייב בפיצויים מזיק שבאופן עקרוני פטור מתשלום פיצויים (חולה נפש, קטין), במקרים שבהם הנפגע אינו יכול לקבל פיצוי מצד ג' שחב בחובת פיקוח על חסר הכשרות, וזאת אם החיוב בפיצויים לא יפגע באמצעי המחיה הדרושים למזיק וביכולתו לממן את החובות המוטלים עליו למזונות של אחרים<sup>43</sup>. החוק האיטלקי קובע הסדר דומה שלפיו בית

38 Skadeståndslag [SkadesL] [Tort Liability Act] 6:2 (Swed.) סעיף 2 תוקן בשנת 1975 (1975:404) Skadeståndslag [SkadesL] (1975:404) (Swed.) למקור בשוודית (שתורגם באופן חופשי) ראו: [www.notisum.se/rnp/sls/lag/19720207.htm](http://www.notisum.se/rnp/sls/lag/19720207.htm) (נבדק לאחרונה ב-29.11.2010).

39 Schweizerisches Obligationenrecht (Swiss Code of Obligations) 30.3.1911 art.44 para.2 (Switz); SIMON L. GOREN, THE SWISS FEDERAL CODE OF OBLIGATIONS (as of January 1, 1987) 8 (1984); כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 71 ה"ש 87.

40 Harvey McGregor, *Personal Injury and Death*, INT'L ENC. COMP. L., vol XI: Torts, ch. 9, p. 26 (1983) שם, בעמ' 27.

42 נוסח החוק הטייוואני באנגלית נמצא ב- [law.moj.gov.tw/Eng/Fnews/FnewsContent.asp?msgid=738](http://law.moj.gov.tw/Eng/Fnews/FnewsContent.asp?msgid=738) (נבדק לאחרונה ב-29.11.2010). פירוט על החוק הטייוואני ניתן למצוא גם באתר: C.E.P.S.: Chinese Electronic Periodical Service, [www.ceps.com.tw/ec/ecjnlarticleView.aspx?atliid=1170941&issueid=69108&jnlid=4041](http://www.ceps.com.tw/ec/ecjnlarticleView.aspx?atliid=1170941&issueid=69108&jnlid=4041) (נבדק לאחרונה ב-29.11.2010).

43 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] [Civil Code] Aug. 18, 1896, Reichsgesetzblatt [RGI] 195, as amended, section 823-829 [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html) (נבדק לאחרונה ב-29.11.2010); כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 71-70.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

המשפט מוסמך להשית פיצוי בשיעור הוגן על חסר כשרות, שפטור מתשלום פיצויים, כאשר הנפגע לא יכול לקבל פיצוי מהממונה על חסר הכשרות. בהחלטתו זו בית המשפט צריך לבחון את המצב הפיננסי של שני הצדדים לדיון<sup>44</sup>. בשני המקרים החוק מאפשר לבית המשפט לבחון את מצבו הכספי של המזיק חסר הכשרות (באיטליה גם של הניזוק), ולחייבו בפיצויים, אם מצבו הכספי מאפשר זאת, ולנפגע אין יכולת להיפרע מגורם אחר (כגון האחראי על חסר הכשרות)<sup>45</sup>. גורם אחר יכול להיות גם כיסוי ביטוחי<sup>46</sup>.

בישראל ניתן לומר כי המודל מתקיים בחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. חוק זה קובע כי במקרים שבהם בית המשפט פוסק לטובת קבוצה בתובענה ייצוגית שהוגשה נגד נתבע שאינו המדינה, רשות מרשויותיה, רשות מקומית או תאגיד שהוקם על פי דין, הוא רשאי להפעיל שיקול דעת בעת קביעת שיעור הפיצויים ואופן תשלומם, ולהתחשב גם בנוק העלול להיגרם לנתבע בשל תשלום הפיצוי, שיעורו או אופן תשלומו, בעקבות פגיעה ביציבות הכלכלית של הנתבע<sup>47</sup>. במסגרת זו על בית המשפט לבחון גם את התועלת הצפויה מכך לקבוצה או לציבור. דהיינו, המחוקק מתיר לבית המשפט מפורשות להתחשב במצבו הכלכלי של הנתבע הן בפסיקת שיעור הפיצויים והן באופן תשלומם, ובכך מתיר לשקול שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי. חוק זה מהווה דוגמה לכך שהמחוקק הישראלי מביע עמדה התומכת ביישום צדק חלוקתי קונקרטי ודוחה במשתמע את הטיעונים שאין ליישם צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי, כפי שהוצגו בקצרה בפרק הראשון.

סמכות זו יוצרת מודל של תחולה ישירה קלאסית, שכן הסמכות להפחית את הפיצוי אינה מושפעת מהדוקטרינות השונות נשוא התביעה הייצוגית. ברם, בע"א 345/03 רייכרט נ' יורשי המנוח שמש גרסה דעת הרוב שבמסגרת שיקול דעתו בית המשפט רשאי, בנוסף להפחתת שיעור הפיצויים, אף לסטות מכללי האחריות במקרים של מעוולים במשותף, ולקבוע שהנתבע לא יהיה אחראי יחד ולחוד, אלא רק יחוב בנוק שנגרם על ידו. קביעה זו

44 ס' 2047 ל-Codice Civile. לתרגום החוק מאיטלקית לאנגלית ראו: [www2.law.uu.nl/priv/](http://www2.law.uu.nl/priv/); cefl/Reports/pdf2/Italy%20-%20Legislation.pdf (נבדק לאחרונה ב-29.11.2010). לפירוט בנוגע לסעיפים אלו ראו: Children in Tort Law: as Tortfeasors and Victims Project (נבדק לאחרונה ב-29.11.2010) (להלן: Children in Tort Law).

45 כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 71.

46 Children in Tort law, לעיל ה"ש 44.

47 ס' 20(ד)2 לחוק תובענות ייצוגיות, התשס"ו-2006. ראו גם ת"א (ת"א) 1372/95 עזבון ראבי נ' תנובה מרכז שיתופי לשווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, פס' 133 לפסק הדין (פורסם בנבו, 17.6.2009). למקורה של ההצעה לאפשר שיקול דעת לבית המשפט להגביל את גובה הפיצוי, כך שלא תיפגע היציבות הכלכלית של הנתבע, תוך כדי התחשבות בנושא התובענה ובזהות הנתבע, ראו דויטש, לעיל ה"ש 9, בעמ' 355-359, 370-372.

אמורה להתחשב גם באופי העילה נשוא התביעה הייצוגית<sup>48</sup>. אלמנט זה מוסיף למודל התחולה הישירה, במקרים המתאימים, אף גוון של תחולה עקיפה, לאור ההתחשבות באופי העילה נשוא התביעה. מדובר ב"גוון" בלבד, שכן עדיין לא מדובר בהתערבות דרך שיקול דעת שמוקנה לבית המשפט במסגרת אותה דוקטרינה.

## 2. מודל התחולה על הרשות השופטת

בהתאם למודל זה, לא ניתן להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי, אך הרשות השופטת היא רשות שלטונית בפני עצמה, לא תיתן סעד שיש בו פגיעה קשה בעקרון הצדק החלוקתי<sup>49</sup>. קיימים שני טיעונים נגד מודל זה. ראשית, מודל זה יצר קושי גם בשאלת תחולת זכויות היסוד מתחום המשפט הציבורי במשפט הפרטי, בשל הדיכוטומיה המלאכותית שהוא יוצר בין תפיסת "הדין" לבין תפקידו של בית המשפט<sup>50</sup>. אם הדין קובע כי חוזה מסוים הוא חוקי, אף על פי שהוא פוגע בזכויות היסוד, הרי שהקביעה שלפיה בית המשפט לא ייתן סעד נוגדת את החוקיות האמורה, ועשויה לגרום לכך שהתוצאה המעשית תלויה בסוג הסעד המתבקש מבית המשפט. שנית, המודל מורה לבית המשפט לפעול בניגוד לחוק<sup>51</sup>. בהקשר זה ניתן לומר, שאם ראוי לאפשר שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי, ראוי לעשות זאת בהתאם לדין הקיים, ולא לבצע זאת באופן מלאכותי

48 ראו דעת הרוב של הנשיאה ביניש והשופטת ארבל, פס' 7-24 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, ופס' 1-10 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 7.6.2007). כאמור, פרופ' סיני דויטש הציע לא רק להתחשב בזהות הנתבע, אלא גם בנושא התובענה. דויטש, לעיל ה"ש 9, בעמ' 357. דעת המיעוט של השופט עדיאל סברה שסמכות בית המשפט מוגבלת רק להפחתת שיעור הפיצויים, ואינה מאפשרת התערבות בדין המהותי בנוגע לכללי האחיות. עניין רייכרט, שם, פס' 100 לפסק דינו.

49 יצוין כי הוראה המסמיכה את בית המשפט מפורשות לתת סעד למען הצדק קיימת בס' 15 לחוק יסוד: השפיטה, אלא שהיא מתייחסת לסמכותו של בית המשפט לתת סעד לאזרח כנגד השלטון, ועל כן באופן אינהרנטי אינה מתייחסת למשפט הפרטי.

50 ראו דבריו של בית המשפט הקנדי בסרבו לקבל את מודל התחולה על הרשות השופטת: "The Courts are, of course, [...] bound by the law, and in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute". Retail, Wholesale & Department Store Union v. Dolphin Delivery Ltd. [1986] 33 D.L.R (4th) 174, 196.

51 אפילו סמכותו של בג"ץ לתת לאזרח סעד למען הצדק בהתדיינותו אל מול השלטון, מתפרשת כמאפשרת רק במקרים נדירים לחרוג מהוראת חוק. ראו בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום נ' משרד התשתיות", פ"ד נז(2) 102, 106 (2005): "אמנם, ככלל, יירתע בית המשפט הגבוה לצדק מלהעניק, מכוחו של סעיף 15(ג) לחוק יסוד: השפיטה, סעד אשר אינו עולה בקנה אחד עם דבר חקיקה אחר, אף אם מעמדו הנורמטיבי נמוך יותר. ואולם בנסיבות חריגות ויוצאות דופן, כאשר המקרה 'זועק לשמיים' ואין דרך חוקית אחרת להושיט בו 'סעד למען הצדק', לא מן הנמנע כי בית המשפט ייזקק לסמכות 'בלתי קונוונציונאלית' זו".

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

באמצעות תחולה על בית המשפט<sup>52</sup>. אף על פי שראוי שבית המשפט ייעשה צדק, תפקידו הראשוני הוא פתרון הסכסוך בין הצדדים באמצעות יישום הדין המהותי<sup>53</sup>.

### 3. מודל היעדר התחולה

בהתאם למודל זה, אין אפשרות להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי, מאחר שיש בהתחשבות זו משום הפליה בין בעלי הדין. מודל זה הולם את הפירוש הפשוט לציוויים של התורה לשופט "ודל לא תהדר בריבו", וכן "לא תעשו עול במשפט לא תשא פני דל ולא תהדר פני גדול בצדק תשפוט עמיתך"<sup>54</sup>. מודל זה יתייחס באופן מושלם אם ייאסר על השופט לכפות את הכלל של "לפנים משורת הדין" שמאפשר התחשבות במצבו של הדל, ואכן קיימות דעות שלפיהן לא ניתן לכפות את הכלל של "לפנים משורת הדין"<sup>55</sup>.

52 ראו: פסק דין *Retail*, לעיל ה"ש 50, בעמ' 196: "To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the Charter would, it seems to me, widen the scope of the Charter application to virtually all private litigation"

53 השוו רות גביון "המהפכה החוקתית – תיאור המציאות או נבואה המגשימה את עצמה?" **משפטים** כח 21, 144 (1997): "תפקידו העיקרי של השופט הוא להכריע בעניינים הבאים לפניו ולעשות צדק בין הצדדים, קשה להשתחרר מן הרושם כי את מרכז הבמה מתחיל לתפוש תפקיד מעין-חקיקתי או תפקיד של תיקון עולם והשלטת נורמות ראויות בחברה".

54 שמות כג 3; ויקרא יט 15. רש"י כותב על הפסוק האחרון בנוגע למילים "לא תשא פני דל", "שלא תאמר עני הוא זה והעשיר חייב לפרנסו אזכנו בדין ונמצא מתפרנס בנקיות". מקור נוסף שתומך במודל היעדר התחולה הוא הפירוש לפסוק "עני ורש הצדיקו". תהילים פב 3. פירוש זה מופיע בדברי ר"ש בן לקיש במסכת חולין: "דאמר ר"ש בן לקיש: מאי דכתיב עני ורש הצדיקו? מאי הצדיקו, אילימא בדינים (=לראות לו זכות בדין – רש"י) והא כתיב ודל לא תהדר בריבו, אלא – צדק משלך ותן לו! בבלי, חולין קלד ע"א. דהיינו, לא ניתן ללכת לקראת העני במסגרת הדין, ויש לתת לו צדקה ללא קשר להליך המשפטי. לתמיכה במודל זה ראו גם משנה תורה, סנהדרין, פרק כ', הלכה ד'; ספר המצות, לא תעשה, רעז; טור, חושן המשפט סימן יז, סעיף י; שולחן ערוך, חושן המשפט, סימן יז, סעיף י; סמ"ג לאוין סימן רג, רד; ספר החינוך, מצווה עט. ראו גם מנחם אלון **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** 127–128 (התשנ"ח).

55 בית יוסף, טור חושן משפט, סימן יב; הגהות הרמ"א, שולחן ערוך, חושן משפט, סימן יב, ב (אמנם מצוין שם שיש חולקים על כך); פסקי הרא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן ז. לניתוח הדעות השונות, ודעות נוספות ראו גם הרב שאר ישוב הכהן "לפנים משורת הדין" **ספר אדם-נח – דברי תורה, הגות, מחקר והערכה – זיכרון לר' אדם-נח ד"ר בראון ז"ל עמ' קסה**, קפ–קפח (חיים ליפשיץ והרב שאר-ישוב הכהן עורכים, התש"ל); הרב אברהם ח' שרמן "כפיה לעשות לפנים משורת הדין" **תחומין** כד 44 (התשס"ד); רון ש' קליינמן "כפיית נורמות של 'לפנים משורת הדין' על גופים ציבוריים" **ספר שמגר מאמרים חלק א** 469 (2003). בנוגע לכלל זה ראו גם אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 137–148; ע"א 350/77 **כיתן נ' וויס**, פ"ד לג(2) 785 (1979).





מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

כפי שציינו, הפירוש הפשוט לכלל "ודל לא תהדר בריבו", שאינו מאפשר להתחשב בצדק חלוקתי קונקרטי, ממקם את המשפט העברי במסגרת מודל היעדר תחולה. ברם, יש הסבורים שניתן להתחשב במצבו של הדל במסגרת הכלל של "לפנים משורת הדין", שבית המשפט יכול לכפותו בייחוד על צד "עשיר"<sup>60</sup>. נוסף על המחלוקת בנוגע ליכולת לכפות כלל זה קיימת מחלוקת גם בנוגע לשאלה מהו היקף תחולתו של הכלל<sup>61</sup>. דיון במחלוקות אלה חורג ממסגרת המאמר, ויתרה מכך יש לנהוג משנה זהירות בהשוואת מונחים שהם חלק ממערכת משפטית דתית עם מונחים השייכים למערכת המשפטית האזרחית. לגופו של עניין, בהתאם למודל התחולה העקיפה, האפשרות להתחשב בדל תתקיים רק אם המחוקק התיר זאת במפורש במסגרת דוקטרינה מסוימת או באמצעות פרשנות לרכיבי העילות השונות המקנים שיקול דעת לבית המשפט במסגרת דוקטרינות קיימות במשפט הפרטי. במקרים שבהם מדובר בהיתר מפורש, מדובר בדין שמקורו ברצון לנהוג לפנים משורת הדין, אך הוא נעשה לחלק מהדין, ולכן כבר לא מדובר בהפעלת הכלל של "לפנים משורת הדין" ולא מתעוררת שאלת כפייתו<sup>62</sup>. במקרים שבהם מדובר בהתחשבות בדל באמצעות פרשנות לרכיבים במסגרת העילות השונות המקנים שיקול דעת לבית המשפט

Publications Ltd. et al., 16 A.C.W.S. (2d) 284, 19 (B.C. S.C. 1982) וגם באנגליה ראו: Rookes v. Barnard [1964] 1 All E.R. 367, 411; Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire Constabulary [2001] 3 All E.R. 193 (at para. 133); Watkins v. Secretary of State for the Home Department [2004] 4 All E.R. 1158 at para 60–61 (at 17 of 19) למקורות אלו ראו גם עניין נודלמן, לעיל ה"ש 7; כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 69.

60 רבי אליעזר בן נתן, הראב"ן, מובא במרדכי, בבא מציעא, סימן פב אות רנו ובש"ך, חושן משפט, סימן רנט סעיף ג; רבי אליעזר בן יואל הלוי, הראב"ה, מובא בהג"מ פ"א הלכות גזילה, אות ג, ובמרדכי, בבא מציעא, סימן פב אות רנו, ובש"ך, חושן משפט, סימן רנט סעיף ג; הרב מרדכי בר' הלל אשכנזי, מרדכי, בבא מציעא סימן פב אות רנו; הרב יואל סירקיש, בית חדש, חושן משפט, סימן יב, סעיף ד. לניתוח הדעות השונות, ודעות נוספות ראו גם: הרב שאר ישוב הכהן, לעיל ה"ש 55, שם; הרב שרמן, לעיל ה"ש 55, שם; רון קליינמן, לעיל ה"ש 55, שם.

61 ראו הרב שאר ישוב הכהן, לעיל ה"ש 55, עמ' קע"ג–קפ"ח.

62 בעניין זה ניתן להשוות לכלל של "דינא בר מצרא", שלפיו מי שמוכר מקרקעין צריך לתת זכות קדימה לשכנו, בבלי, בבא מציעא קח; רמב"ם, הלכות שכנים, פ"ג; שולחן ערוך, חושן משפט, סי' קע"ה. וכן לכלל של "דינא דשומא הדר לעולם", שלפיו זכותו של לווה לשלם ולקבל בחזרה את נכסיו שנגבו ממנו לפירעון החוב, בבלי, בבא מציעא ט"ז ע"ב, לה ע"א; משנה תורה, הלכות מלוה ולוה פרק כ"ב; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קג, סעיף ט. מקורם בכלל של "ועשיית הישר והטוב", דברים ו 18, אך הם נקלטו לגמרי בתוך הדין. ראו הרב שאר ישוב הכהן, לעיל ה"ש 55, בעמ' קע"ד. ליחס בין כלל זה לכלל של לפנים משורת הדין ראו שם, שם. אך השוו: הרב אליעזר ברקוביץ **ההלכה כוחה ותפקידה** ק"ב–ק"מ (התשס"ד).

במסגרת דוקטרינות קיימות במשפט הפרטי, מדובר בהליכה "לפנים משורת הדין" שהיא חלק מן הדין במשמעותו הרחבה<sup>63</sup>. אם תתקבל פרשנות זו כפרשנות לגיטימית, נראה כי השופטים יהיו רשאים לפסוק זאת מכוח הוראת המחוקק, ושוב לא אמורה להתעורר שאלת הכפייה של הכלל<sup>64</sup>.

## 5. בחירה בין המודלים

כאמור, בחירת המודל הראוי נעשית על רקע התאוריות הפוליטיות הרלוונטיות, הטיעונים שהועלו בארץ ובעולם נגד תחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי והביקורות שנמתחות על טיעונים אלו.

נראה כי מודל התחולה הישירה הוא המודל המתאים ביותר לתאוריות קהילתניות (קומיניטאריות). לעומת זאת, מודל היעדר תחולה הוא המודל המתאים ביותר לתאוריות ליברטיאניות. מודל התחולה העקיפה יוצר איזון בין שני קטבים אלו, ונראה שהוא המתאים ביותר לישראל אשר בדומה לכל דמוקרטיה ליברלית, מאופיינת בשני עקרונות יסוד: העיקרון האחד הוא הדרישה לשוויון מוחלט בזכויות הפוליטיות של הפרטים הכפופים

63 אלוך, לעיל ה"ש 54, בעמ' 148; ע"א 417/79 מרכוס נ' המר, פ"ד (2) 337, 353 (1983). להשקפה שלפיה "עיקר של לפנים משורת הדין גם הוא נכנס בכלל הדין לפעמים" ראו הרב קוק, להלן ה"ש 72, בעמ' 68. לפסק הדין של בית הדין הרבני הגדול שמצדד בגישה שלא לכפות את הכלל של לפנים משורת הדין, אך סבור שניתן לכפות כאשר מדובר בעניין הכפוף למנהג מדינה, ראו תיק מס' נט/1-35-2734 פלוני נ' אלמוני, פס' 5 לפסק הדין (ניתן ביום 25.3.1999). השאלה מהו "מנהג מדינה" ראוייה כמובן לדיון בפני עצמה. לדיון בסוגיה של "מנהג המדינה" ראו הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל זצ"ל **השופט והמשפט** 56-62 (התשס"ו). אפשרות זו קיימת כאמור רק במסגרת שיקול דעת שקיים בדוקטרינה מסוימת. בהיעדר שיקול דעת רלוונטי לא ניתן לכפות את הכלל של "לפנים משורת הדין". כך, למשל, בבר"ע 733/08 פודים נ' שועו (פורסם בנבו, 15.1.2009) התקבל ערעור על החלטה של בית משפט לתביעות קטנות שפסק ללקוח של עורך דין פיצוי לפנים משורת הדין בסך של 7,000 ש"ח, בשל התרשלות עורך הדין, אף על פי שלא הוכח כל נזק. בערכאת הערעור נקבע בצדק שלא ניתן לפסוק במקרה זה על פי הכלל של "לפנים משורת הדין".

64 בעניין זה חשוב להדגיש שבנושאים ההלכתיים הנדונים במאמר אין אנו מתיימרים להכריע במחלוקות השונות, אלא להביע את דעתנו בלבד. נראה כי מודל התחולה העקיפה אינו מתנגש גם עם גישתו של ד"ר רון קליינמן, המסתמך על מקורות הלכתיים שונים, שלפיה יש להפריד בין שלב הדין לשלב של "לפנים משורת הדין". זאת, כדי למנוע מצב שבו אדם שפעל כדין וחויב במישור של "לפנים משורת הדין" יוחזק בטעות כאדם שפעל שלא כדין. קליינמן, לעיל ה"ש 55, בעמ' 488-490. נראה כי גישה זו עוסקת במקרים שבהם החיוב לנהוג "לפנים משורת הדין" אינו נובע מפירוש רכיבים שונים במסגרת הדוקטרינות השונות, דהיינו הדין במשמעותו הרחבה כדברי פרופ' אלוך, אלא כרובד עצמאי, דהיינו מודל של תחולה ישירה, שנדחה על ידנו, כפי שיובהר בהמשך.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

להכרעות של מוסדות השלטון; העיקרון השני הוא הוויתור, הנובע מתפיסת העולם הליברלית, על דרישה דומה של שוויון בין אותם פרטים בכל הנוגע לזכויות הכלכליות שלהם<sup>65</sup>. בין שני העקרונות הללו שורר מתח תמידי, ובין שתי הממלכות – זו של התחום הפוליטי, השוויוני וזו של התחום הכלכלי, הלא שוויוני – מצוי קו תיחום, שגבולותיו לא תמיד ברורים<sup>66</sup>. הניסיון לשמור על שוויון בפני המדינה, מחד גיסא, ועל תחרות חופשית שמאפשרת יצירת חוסר שוויון כלכלי ואף צבירת קניין פרטי (ללא התערבות המדינה), מאידך גיסא, יוצרת לעתים צורך באיזונים. השוויון וחופש הקניין כמו גם שאר זכויות היסוד אינם מוחלטים, וקיומם ושמירתם מתאפשרים על ידי מציאת האיזון המתאים בין האינטרסים הלגיטימיים השונים<sup>67</sup>. מודל התחולה העקיפה הוא המודל שמנסה לאזן בין השיקולים השונים. הוא אף מביא בחשבון את נפקות ההבחנה בין משפט ציבורי ובין משפט פרטי, מתוך הבנה שהיקף היישום של אינטרסים ציבוריים במשפט הפרטי לא יכול לחול באותה עצמה<sup>68</sup>. להלן נראה כי הוא אף מתמודד בצורה הטובה ביותר עם הטיעונים נגד תחולת הצדק החלוקתי במשפט הפרטי.

כך, למשל, ברור שטיעון היעדר הלגיטימיות חלש יותר בכל הנוגע למודל התחולה העקיפה. מודל התחולה הישירה מאפשר שיקול דעת בלתי מוגבל לשופטים ליישם שיקולי צדק חלוקתי, ואילו מודל התחולה העקיפה מאפשר לשופטים לעשות זאת בנגזרות צרות שעוצבו מראש על ידי המחוקק<sup>69</sup>. כפי שנראה בהמשך, אנו מציעים מודל תחולה עקיפה מסווג שמצמצם עוד יותר חיסרון זה.

עדיפות מודל התחולה העקיפה ביחס למודל התחולה הישירה קיימת גם בנוגע לטיעון של עלויות ההתדיינות. כאשר מדובר במודל התחולה הישירה, השופטים אמורים לנהל סוג של "משפט זוטא" בסוף המשפט וליצור כללים נפרדים של צדק חלוקתי שייקר את עלויות

65 ראו: J. RAWLS, POLITICAL LIBERALISM 5–6 (1993). כן ראו יואב דותן "המעמד החוקתי של זכות הקניין" משפטים כח 535, 537 (1997).

66 ראו מיכל טמיר אכיפה סלקטיבית 202 (2008).

67 אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 131 (2004).

68 כאמור, חוסר השוויון הכלכלי אמור להיקבע במדינה הליברלית במסגרת התחרות החופשית, ולא בשל התערבות שלטונית. עם זאת, המדינה במישור הציבורי פעמים רבות מתערבת בשוק החופשי על מנת לקדם אינטרסים אחרים החיוניים לה כגון במסגרת תכניות העדפה מתקנת שהוזכרו לעיל. עקרון השוק החופשי הטהור ששלט במאה ה-19, פינה את מקומו כבר במאה ה-20 לרעיון מדינת הרווחה. לסקירה בהקשר זה, ראו טמיר, לעיל ה"ש 66, בעמ' 50. עם זאת, ברי שבמשפט הפרטי שבו חולש עקרון האוטונומיה החופשית, התערבות המדינה עוד פחות מתקבלת, ובהתאם לכך הריסונים והבלמים יהיו יותר חמורים.

69 להיחלשות טיעון היעדר הלגיטימיות כאשר מדובר בפיתוח פסיקתי מכוח סמכות המחוקק, ראו קרן פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 545–546, 563–564.

ההתדיינות. לעומת זאת, מודל התחולה העקיפה מאפשר התחשבות בשיקולי צדק חלוקתי במסגרת שיקול דעת הקיים מניה וביה לשופטים, משום שהמחוקק התיר להתחשב בכך במפורש במסגרת דוקטרינה מסוימת או באמצעות פרשנות לרכיבי העילות השונות. על כן עלויות ההתדיינות תהיינה פחותות בהשוואה לעלויות ההתדיינות שייגרמו עקב יישום מודל התחולה הישירה.

אכן, טיעוני הרנדומליות וחוסר האפקטיביות תומכים דווקא במודל התחולה הישירה, שכן מודל זה רלוונטי לכל דיון במסגרת המשפט הפרטי, ואינו תלוי ברלוונטיות מקרית של דוקטרינה שמאפשרת התחשבות בשיקולי צדק חלוקתי. דא עקא, מודל התחולה העקיפה ה"מסויג" שאנו מציעים מתמודד עם הטיעון של **עידוד לרשלנות והיעדר יכולת תכנון** באופן יעיל יותר ממודל התחולה הישירה. מודל זה מתנגד להחלת עקרון הצדק החלוקתי דרך חובת הזהירות ותוכנה במסגרת עוללת הרשלנות<sup>70</sup>, ולכן יישומו יצמצם מקרים של רשלנות ויאפשר יכולת תכנון של נמעני המשפט.

מודל התחולה העקיפה הוא המודל הראוי גם מבחינת סיכויי קבלתו על ידי הצדדים לדיון. הפחתת פיצויים, ללא כל קשר לסכסוך הנדון, יוצרת פגיעה חריפה בקניינו של התובע (החזק), ולכן מעוררת התנגדות. הפחתת ישירה, ללא קשר לעילה הנדונה, עלולה ליצור בנוסף השפלה לנתבע (החלש). לעומת זאת, הטמעת הצדק החלוקתי במסגרת מודל התחולה העקיפה תקל את קבלתו על ידי הצד החזק (התובע), ולא תשפיל את הצד החלש (הנתבע), שכן ההתחשבות במצב הפיננסי של הצדדים נעשית במסגרת רכיבי העילות השונות ולא כעניין חיצוני להן. השימוש בכלים הקיימים במשפט הפרטי יאפשר לרכך את הפגיעה באוטונומיה של הרצון הפרטי ובקניין הנגרמים בכל התערבות של החלת צדק חלוקתי, וכן יפחית את ההשפלה לנפגע<sup>71</sup>.

70 לעניין העדפת מודל התחולה העקיפה המסויג, ומשמעות יישום צדק חלוקתי במסגרת חובת הזהירות ותוכנה ראו להלן פרק ד'.

71 טיעון דומה נטען גם בנוגע לצדק חלוקתי מערכתי, שלפיו כללי המשפט הפרטי מקטינים את ההתנגדות של הצד החזק לנתינה. זאת, משום שהם חלים עליו לאור השתייכותו ל"קבוצה חזקה" (מעביד) בלא קשר לזהותו הספציפית. מאותה סיבה של "אנונימיות" הם אינם משפילים את הצד המקבל, משום שתחושתו היא של קבלה מכוח זכות. זאת, בשל השתייכותו ל"קבוצה חלשה" (עובדים) בלא קשר לזהותו הספציפית, ולא מכוח צדקה (בניגוד להקלות מס שנותנת תחושה של "מסכנים משלמים פחות"), Lewinson-Zamir, לעיל ה"ש 5, בעמ' 330-331. בהקשר של צדק חלוקתי קונקרטי אין את אותה "האנונימיות" אך לפחות הנתינה של החזק והקבלה של החלש היא מכוח הדין ולא כעניין חיצוני לו. לקשר בין דין צודק, ראוי ומובן על ידי הציבור לבין קבלת הדין על ידי הצדדים לדיון, ראו חיים שיין **הפילוסופיה של המשפט – עיון ישראלי** 158, 250 (התשס"ח); **משפטי עוזיאל** ד', א'; יובל פלדמן "היבטים פסיכולוגיים של סודות מסחריים: מוחשיות, יצירה ומוסר ויעילות" **משפט ועסקים** ג 189 (2005).

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

מודל התחולה העקיפה נראה כמתאים ביותר גם מבחינת הפרשנות של הרב קוק זצ"ל לפסוק "ודל לא תהדר בריבו". בהתאם לפרשנות זו, אין כוונת הפסוק "לסלק לגמרי מדת הרחמים מהשפעת הדין, אלא שלא להרכות בשיעורה במדה כזאת שתקלקל את מדת היושר של המשפט"<sup>72</sup>. הרב קוק סבר שקיימת הבחנה בין המחוקקים לשופטים. המחוקק יכול לחוקק חוק המתחשב בדל במידת הרחמים. אם כי ההתחשבות צריכה להיות במידה "שלא תקלקל את מדת הדין". לעומת זאת, השופט מוכרח לדון על פי החוק, הוא חייב להתחשב בשורת הדין, ואינו יכול לפסוק בניגוד לחוק גם אם מידת הרחמים שלו דוחקת בו להתחשב בדל. השופט בפסיקתו אינו יכול להתחשב בדל רק במידת הרחמים מבלי להתחשב בשורת הדין כלל. עם זאת, הרב קוק מתיר גם לשופטים להתחשב במצבו של הדל במסגרת האפשרות לפסוק "לפנים משורת הדין", "בזמן שיש משקל לזה גם כן מצד צורת המשפט ויסודי הדין"<sup>73</sup>.

72 תשובה של הרב אברהם יצחק הכהן קוק שנשלחה במכתב אל הסופר אז"ר, בתגובה לשאלתו, ב"י באדר שני תרפ"ז ושהתפרסמה בספר **זיכרון לאברהם שפיגלמן** 67 (אריה מורגנשטרן עורך, התשל"ט).

73 שם. בעניין זה ראוי להדגיש שתשובת הרב קוק ניתנה לפני קום המדינה, והיא מתייחסת כמובן לשפיטה על פי ההלכה. לעניין זה ראו גם מיכאל ויגודה "ודל לא תהדר בריבו" **פרשת השבוע** 62 (תשס"ב). ד"ר ויגודה הודה לפרופ' נחום רקובר על הפניה חשובה זו. בעניין זה חשוב להדגיש שהרב קוק מציין במקום אחר שבית דין לא יכול לכפות את הכלל של "לפנים משורת הדין" ראו: **באר אליהו**, חושן משפט, יב ס"ק ח-ט. לדעתנו, הרב קוק לא ראה בהתחשבות בכלל של "לפנים משורת הדין" כאשר יש לכך משקל "מצד צורת המשפט ויסודי הדין" ככפייה של כלל זה אלא כיישום של הדין, שכן "עיקר של לפנים משורת הדין גם הוא נכנס בכלל הדין לפעמים" (מכתב התשובה, עמ' 68). כפיית הכלל מתקיימת ככל הנראה כאשר השופט אינו מתחשב כלל בשורת הדין, ופוסק רק על פי מידת הרחמים – שאינה אפשרית כאמור על פי הרב קוק. עם זאת, קיים קושי בהצעתנו, שכן הרב קוק מפנה במכתב התשובה גם למקרה הסבלים ששברו חבית יין (ראו בבא מציעא, פג' ע"א) כמקרה של התחשבות בדל אף שההתחשבות שם הייתה מחוץ לדוקטרינה המשפטית. כתשובה לכך ניתן לומר, לדעתנו, שהפניה למקרה זה הייתה במישור העקרוני כדוגמה בלבד למקרה של התחשבות בדל. עיינו שם, ובהתייחסות הרב קוק למקרה זה ולמקרים נוספים בספר באר אליהו. מכל מקום, גם אנו מציעים, כאמור, להתחשב בכלל של לפנים משורת הדין רק במסגרת דוקטרינות משפטיות קיימות (מודל התחולה העקיפה), ולכן, לדעתנו, המחלוקת בעניין כפיית הכלל כלל לא מתעוררת, ראו טקסט ליד ה"ש 62-64. לדיון בשאלה אם נדרש קשר בין הפעלת הכלל של "לפנים משורת הדין" לבין קיומו של בסיס בדין, במשפט ובצדק לחייב, ורק מסיבה צדדית לא ניתן לחייב, אזי בנסיבות של עוני ועושר יכול בית הדין לחייב, ולשיטות מסוימות אף לכפות, ראו הרב שרמן, לעיל ה"ש 55, שם. בעניין זה ראו גם דברי השופט חיים כהן (דעת מיעוט) בע"א 409/78 **גולן נגד פרקש**, פ"ד לד(1) 813, 820 (1979), שלפיהם הציווי "דל לא תהדר בריבו" לא חל כאשר השופט מוצא "צד זכות" לטובת העני במסגרת הדין.

נראה כי פרשנות זו דוחה את מודל התחולה הישירה. אמנם הכלל של "לפנים משורת הדין" יכול לחול גם כאשר ההתחשבות לא נובעת מיסודי הדין, אך הרב קוק ציין שסמכות השופטים להתחשב במצבו של הדל היא מצומצמת ביחס למחוקקים, ויש לעשות זאת כאשר להתחשבות יש משקל מצד "צורת המשפט ויסודי הדין". במודל התחולה הישירה ההתחשבות בדל אינה קשורה לצורת המשפט וליסודי הדין, שכן היא אינה קשורה לדוקטרינה מסוימת. אמנם, לכאורה, ניתן להתחשב במצבו של הדל אם החוק מתיר זאת בדומה לחוק הפיני, החוק השווייצרי, החוק הטייוואני והחוק השוודי, שכן מדובר בחלק מהדין, אך נראה שחוקים אלו הם דוגמה להתחשבות במידת הרחמים שעלולה "לקלקל" את "מדת הדין". התחשבות במצבו של הדל ללא כל קשר לדוקטרינות המשפטיות עלולה לעוות את הדין, ולכן נראה שאינה רצויה על פי פרשנות הרב קוק. לעומת זאת, מודל התחולה הישירה שקיים במשפט הישראלי בתובענות ייצוגיות אינו "מקלקל" את "מדת הדין" עקב הסיכון הרב שרובץ על הנתבע במקרים של תובענות ייצוגיות – מכשיר שממקסם מלכתחילה את יכולת התביעה – ובייחוד לאור פסיקת בית המשפט שיוצרת במקרים מסוימים קשר לעילות עצמן. בכל מקרה, כאשר אין חוק שמתיר התחשבות ישירה, ולא ראוי להפעיל את הכלל של "לפנים משורת הדין", לא ניתן להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי באופן ישיר.

פרשנות זו דוחה במפורש גם את מודל הרשות השופטת שכן השופט לא יכול להתחשב בדל כאשר ההתחשבות נוגדת את החוק. במקרה כזה על השופט לתת את הסעדים המתבקשים על פי החוק גם אם הדבר נוגד את הרעיון של צדק חלוקתי קונקרטי, וגם אם מידת הרחמים דוחקת בו שלא לתת את הסעד.

לדעתנו, יש יסוד להניח כי פרשנות זו אף אינה מתיישבת עם מודל היעדר התחולה, שכן ההיתר להתחשב במצבו של הדל, במסגרת הכלל של "לפנים משורת הדין", כאשר הדבר אפשרי "מצד צורת המשפט ויסודי הדין", הולם ככל הנראה את מודל התחולה העקיפה. כאשר המחוקק התיר להתחשב בדל במפורש במסגרת דוקטרינה מסוימת מדובר בחלק מהדין, וכאשר מדובר בהתחשבות בדל באמצעות פרשנות לרכיבי העילות השונות המקנים שיקול הדעת לבית המשפט במסגרת דוקטרינות קיימות במשפט הפרטי, אזי הדבר אפשרי "מצד צורת המשפט ויסודי הדין".

בשל האמור, אנו דוחים את מודל התחולה הישירה, בהיותו המודל החשוף ביותר לטיעונים נגד תחולת צדק חלוקתי במשפט הפרטי ובשל הקושי בקבלתו על ידי הצדדים. מודל הרשות השופטת לוקה בכשל פנימי, כפי שהסברנו, ולכן גם הוא אינו רצוי. לעומת זאת, מודל התחולה העקיפה מתמודד טוב יותר עם הטיעונים נגד התחולה, והוא אף רגיש יותר להבדל בין משפט ציבורי למשפט פרטי הדורש הפחתה של התערבות המדינה בתחום

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

הפרטי עד למינימום. מודל זה אף הולם לדעתנו אחדות מהגישות הקיימות במשפט העברי<sup>74</sup>. גישה אחת מתירה כפייה של הכלל של "לפנים משורת הדין", שמאפשר להתחשב בדל בייחוד כאשר הצד השני הוא צד "עשיר". הגישה השנייה, גישתו של הרב קוק, מתירה להשתמש בכלל של "לפנים משורת הדין" כאשר יש להתחשבות משקל "מצד צורת המשפט ויסודי הדין". עם זאת, על מנת להפוך את מידת ההתערבות למיטבית, אנו מציעים לסייג את הכלל, דהיינו: המודל המוצע על ידנו הוא מודל תחולה עקיפה מסויג.

### ד. המודל המוצע: מודל התחולה העקיפה המסויג

מודל התחולה העקיפה המסויג המוצע על ידנו הוא ביסודו מודל של תחולה עקיפה. דהיינו, ניתן יהיה להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי קונקרטי כאשר המחוקק התיר להתחשב בעניין זה במפורש במסגרת דוקטרינה מסוימת או באמצעות פרשנות לרכיבי העילות השונות המקנים שיקול דעת לבית המשפט במסגרת דוקטרינות קיימות במשפט הפרטי. עם זאת, אנו ממליצים לסייג את המודל במובן זה, שתחולת השיקולים הללו תתאפשר רק במסגרת מושגי שסתום אשר הולמים את תפיסת הצדק האמורה ואשר תחולתם אינה "חובקת כול". כך, למשל, דיני תום הלב פרשו כנפיהם לא רק על דיני החוזים, אלא על כל פעולה משפטית, לרבות הפעלת סעדים מענפי משפט אחרים<sup>75</sup>. בנוסף, מאחר שלא קיים הסדר שלילי בין עולות הרשלנות לעוולות הספציפיות<sup>76</sup>, ניתן במרבית המקרים לטעון לעולה הראשונה כך שכמעט אין צורך באחרונות, והיא הפכה לעולת-על".

החלה מכנית של צדק חלוקתי במסגרת מושגי שסתום רחבים אלו של המשפט הפרטי עלולה, ראשית, להביא באופן מעשי למודל תחולה ישירה על הבעייתיות הטמונה בו. שנית, להביא באופן מעשי לשינוי רדיקלי של המשפט הפרטי, תפקיד שהולם את המחוקק אך לא את בית המשפט<sup>77</sup>. שלישית, יישום עקרון הצדק החלוקתי באמצעות חובת הזהירות

74 מאחר שהסוגיה נשוא המאמר, קרי אם ניתן להתחשב במצב הפיננסי של הצדדים בהליך משפטי ובאיזה אופן ניתן להתחשב בו, לא הוסדרה במשפט הישראלי באמצעות החקיקה או הפסיקה חל ס' 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, שלפיו "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, הישר והשלום של מורשת ישראל".

75 ראו להלן ה"ש 106.

76 ע"א 243/83 עיריית ירושלים נ' גורדון, פ"ד לט(1) 113 (1985).

77 יצוין שהרב קוק מבחין כאמור בין המחוקקים שיכולים לקבוע חוק שיתחשב בדל לעומת השופטים שיכולים להתחשב בדל כאשר יש לכך משקל "מצד צורת המשפט ויסודי הדין"

בעוולת הרשלנות יעודד רשלנות ויפגע ביכולת התכנון – שני חסרונות מהותיים. לפיכך אנו ממליצים לאמץ מודל של תחולה עקיפה "מסויג" שלא יתיר ליישם שיקולי צדק חלוקתי במושגי שסתום רחבים כגון אלה, וכן לא יתיר ליישם בדינים רחבים שיש להם רלוונטיות לכל עילה כגון דיני הראיות או הסייג של "תקנת הציבור" לאכיפת פסקי דין זרים. בנוסף, אנו מציעים להתיר לבית המשפט ליישם שיקולי צדק חלוקתי רק באמצעות מושגי השסתום שמעוגנים בחקיקה, להבדיל מכללים המפותחים על ידי הפסיקה. בכך נחלש טיעון היעדר הלגיטימיות, שכן השופטים יפעלו על פי הנחיות המחוקק. כך, למשל, אנו מתנגדים להלכה שנקבעה בע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית, שלפיה במסגרת הדוקטרינה הפסיקתית של "לא נעשה דבר" (non est factum) השאובה מן הדין האנגלי, ניתן להתחשב גם בכוחם הכלכלי ובחוסנם העסקי של הצדדים לחוזה. זאת, אף על פי ששיקול זה אינו חלק מהדוקטרינה המקורית, שהיא דוקטרינה פסיקתית כשלעצמה בישראל<sup>78</sup>. גישה זו שונה ממודל התחולה העקיפה המחוזקת שהומלץ על ידי הנשיא ברק בנוגע לתחולת זכויות היסוד במשפט הפרטי. לפי מודל זה, בהיעדר יכולת להחזיר זכות מסוימת באמצעות מושגי השסתום הקיימים בחקיקה למשפט הפרטי, יש ליצור כלים חדשים שיאפשרו זאת על ידי המחוקק, ובהיעדר פעולה של המחוקק – על ידי הפסיקה<sup>79</sup>. המודל המוצע על ידנו מחייב שימוש במושגי שסתום שמעוגנים בחקיקה, ולכן הוא מודל תחולה עקיפה רגיל ולא מחוזק. בנוסף, אנו מצדדים בשימוש במושגי שסתום שאין להם

ובאופן מצומצם יחסית למחוקקים, הרב קוק, לעיל ה"ש 72, ולכן התחשבות בדל במסגרת מונחים שתחולתם רחבה אינה עולה בקנה אחד עם הנחה זו.

78 פורסם בנבו, 6.8.2007. בהתאם לדוקטרינה אם צד חתם על חוזה ששונה באופן קיצוני מהמסמך שעליו האמין שחתם עקב הטעיה, כך שלא הבין את מהותו או שחתם עליו עקב כפייה קיצונית והוא לא התרשל במעשיו – החוזה בטל. לסקירה מקיפה של דוקטרינה זו ומקורה האנגלי ראו עניין הדר, פס' 30–36 לפסק הדין. לביקורת על פסק הדין ראו בכר וקליין, לעיל ה"ש 9, בעמ' 372–373, ה"ש 177. לדעה המצדדת בפסק הדין ראו מיגל דויטש "בית המשפט העליון וההגנה על צדדים חלשים" הארץ – TheMarker 12.8.2007. דוגמה אחרת להוספת שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי לדוקטרינה שאינה כוללת רכיב המאפשר זאת מצויה בע"א 1806/05 הראל חברה לביטוח נ' עזבון אמיתי (פורסם בנבו, 21.5.2008), שם סברה השופטת ארבל (בדעת מיעוט) שיש להתחשב בהכרעה אם להאריך את תקופת ההתיישנות של תביעת מבוטח לתגמולי ביטוח, בין השאר, בפערי הכוחות הקיימים בין המבוטח למבוטח, המצדיקים נטייה לטובת המבוטח, בייחוד כאשר למבוטח לא נגרם כל נזק או שנגרם נזק לא משמעותי, ואילו הנזק שנגרם למבוטח הוא רב ומשמעותי ביותר עבורו. שם, פס' 16.

79 ברק, לעיל ה"ש 10, בעמ' 679–687. נראה כי מודל התחולה העקיפה המחוזקת אף אינו עולה בקנה אחד עם פרשנות הרב קוק, שכן פיתוח פסיקתי של התחשבות בדל שאינו חלק מהרכיבים של הדוקטרינה, עלול שלא להיחשב כחלק "מצורת המשפט ויסודי הדין". הרב קוק, לעיל ה"ש 72.



מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

תחולה רחבה מדי, ולכן המודל המוצע הוא מודל תחולה עקיפה מסויג. להלן נדגים כיצד ניתן ליישם את המודל המוצע בענפים שונים של המשפט הפרטי.

## 1. דיני החוזים

### 1.1 פרשנות המונח "צדק"

המונח "צדק" מופיע פעמים מספר במסגרת חוקי החוזים הכלליים. כחלק משיקולי הצדק ניתן לשקול גם שיקולים של צדק חלוקתי קונקרטי. כך, למשל, אחד החריגים לסעד האכיפה מתקיים כאשר "האכיפה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין"<sup>80</sup>. הפסיקה שקלה כמה פעמים אם האכיפה היא בלתי צודקת בשל ההכבדה שהיא תיצור על המפר<sup>81</sup>. פרופ' אריאל פורת מתח ביקורת על השימוש באכיפה בלתי צודקת למטרת צדק חלוקתי קונקרטי. לטענתו, יש להעדיף שיקולי צדק חלוקתי מערכתי, שמכוונים התנהגויות עתידיות, על פני שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי, המתחשבים במצבם של הצדדים לחוזה, אינם מתיימרים לכוון התנהגויות עתידיות ונעשים ללא כל קשר לאירוע הקונקרטי שהניב את הסכסוך המשפטי<sup>82</sup>.

80 ס' 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971. לפרשנות הרחבה לסייג הצדק בהקשר זה, ראו ע"א 509/83 דוד נ' יאסין, פ"ד מא(4) 651, 661 (1987); קרן פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 551.

81 בהקשר דומה, בד"נ 22/73 בן שחר נ' מחלב, פ"ד כח(2) 89 (1974), דחה בית המשפט את מועד קיומו של פסק דין שניתן בהסכמה, כדי למנוע פינוי של שוכר שלא עמד בתשלומיו, בשל שיתוק שתקף אותו. למוכנות בתי המשפט לשקול במסגרת סייג הצדק את ההכבדה שתיצור האכיפה על המפר, ראו עניין דוד, לעיל ה"ש 80, בעמ' 661. למקרה שבו נשקלה ההכבדה על המפר במסגרת שיקול הצדק כסייג לאכיפה, אך ניתנה אכיפה בסופו של דבר ראו ע"א 3023/91 ינאי נ' יחיא, פ"ד מז(4) 773 (1993). ראו גם אורי ידין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, 54-61 (פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, מהדורה שנייה, התשל"ח). מקורות אלו נקבצו במאמרו של אריאל פורת "שיקולי צדק ושיקולים של הכוונת התנהגויות בדיני החוזים בישראל" עיוני משפט כב 647, 655 (1999). שם, ה"ש 26. ראו גם אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 148, ה"ש 301. יצוין כי ס' 447(ב)(1) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 יסייג את הסייג של אכיפה בלתי צודקת במקרים שבהם מדובר בחוב כספי, והנפגע קיים את חיוביו על פי החוזה, המזכים אותו בפירעון החוב, מבלי שהמפר התנגד לקיום החיובים.

82 פורת, לעיל ה"ש 81, בעמ' 655. לדיון וסקירה נרחבת של הדעות שהובעו בפסיקה ובספרות נגד ובעד יישום שיקולים ציבוריים ובכללם צדק חלוקתי במסגרת סייג הצדק לאכיפה, ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 231-221 (התשס"ט-2009).

כתשובה לטיעון זה ניתן לומר שהפעלת שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי באמצעות מודל התחולה העקיפה (ודאי כאשר מדובר במודל המסויג), מתחשבת באירוע הקונקרטי שהניב את הסכסוך המשפטי. זאת, מאחר ששיקולים אלו מופעלים רק במקרים שבהם קיים שיקול דעת לבית המשפט במסגרת אותה דוקטרינה נשוא הדיון. בנוסף, אף על פי ששיקולי צדק חלוקתי קונקרטי לא מתיימרים לכוון התנהגויות עתידיות, ראוי לשקול גם אותם, הן מהבחינה הדאונטולוגית והן משיקולי יעילות במקרים שבהם אי-התחשבות במצב הדל תמוטט אותו.

איוון נוסף בין צד חזק לצד חלש יכול להיעשות במסגרת סמכות בית המשפט לאכוף את החוזה בתנאים שיש בכוחם להכביד על הצד החזק "לטובת" החלש או להקל עם החלש "לרעת" החזק<sup>83</sup>. כך, למשל, בית המשפט יכול להטיל על הצד החזק להמציא בטוחות להבטחת חיוביו העצמאיים כדי ליצור ודאות בקרב הצד החלש או לפרוש את חובותיו של הצד החלש למספר תשלומים שיקלו עמו<sup>84</sup>.

יישום שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי אפשרי גם במסגרת סעד הביטול. ביטול חוזה בשל הפרה לא יסודית כפוף לשיקולי צדק<sup>85</sup>. בדומה לסעד האכיפה, גם כאן ניתן להתחשב במצבם הפיננסי של הצדדים, ובהשפעת ביטול החוזה או אי-ביטולו בנוגע לכל אחד מהם<sup>86</sup>. בהתאם למודל התחולה העקיפה המסויג, לא ניתן יהיה להתחשב בשיקולים אלו במסגרת ביטול בגין הפרה יסודית שאינו כפוף לשיקולי צדק<sup>87</sup>.

83 ס' 4 לחוק החוזים תרופות. ראו גם קרן פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 551, ה"ש 41. אמנם סעיף זה מאפשר לבית המשפט להתנות את האכיפה בתנאים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין, ולכן צריך להתקיים בנוגע אליהם קשר ענייני אמיץ לחוזה ולהפרתו. ע"א 288/80 וינקלר נ' ספיר סודרי חברה לבנין בע"מ, פ"ד לו(2) 365, 377 (1981). אך ס' 450 להצעת חוק דיני ממונות, שהוא הסעיף המקביל לס' 4 לחוק החוזים תרופות, מרחיב את סמכות בית המשפט, ולא מחייב שהתנאים התחייבו מן החוזה, אלא רק מנסיבות העניין, והמצב הפיננסי של הצדדים עשוי להיות חלק מנסיבות העניין.

84 ס' 449 להצעת חוק דיני ממונות יקנה במפורש לבית המשפט סמכות לתת צו אכיפה למועד שיהיה מאוחר מהמועד שבו ניתן הצו.

85 ס' 7(ב) לחוק החוזים תרופות.

86 ראו דברי השופט חיים כהן (דעת מיעוט) בע"א 409/78 גולן נגד פרקש, פ"ד לד(1) 813, 820 (1979). ראו גם את דעת היחיד (השופטים האחרים לא עסקו בכך) של השופט אנגלרד בע"א 2825/97, אבו זייד נ' מקל, פ"ד נג(1) 402, 413 (1999). ראו גם ע"א 27/80 ישראל ארגמן חברה לבנין בע"מ נ' ברנדפלד, פ"ד לו(1) 393, 402-403 (1981). ראו גם אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 148, ה"ש 301. לסקירת הדעות השונות בספרות ובפסיקה בסוגיה זו ראו גם: שלו ואדר, לעיל ה"ש 82, עמ' 630-635.

87 אמנם ביטול בשל הפרה יסודית כפוף, ככל סעד, לשיקולי תום לב, אך המודל המסויג לא יאפשר להשתמש במושג זה להפעלת שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי, כפי שיובהר בהמשך. לדעה אחרת בהקשר זה ראו דברי השופט אנגלרד בעניין אבו זייד, שם, בעמ' 413-414.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

להבדיל מסעד האכיפה ומסעד הביטול בגין הפרה לא יסודית, סעד הפיצויים אינו כפוף לשיקולי צדק, ולכן לא ניתן יהיה להפחית פיצויים בשל שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי. עם זאת, מצבו הפיננסי של הנפגע רלוונטי בנוגע לשאלה אם החלטתו שלא לרכוש נכס חלופי הייתה סבירה במסגרת חובתו להקטין את הנזק. כך, למשל, יכולתו של קונה-נפגע דל אמצעים לרכוש דירה אחרת כאשר כספו מוחזק אצל המוכר אינה דומה ליכולתו של קונה-נפגע עשיר<sup>88</sup>.

בית המשפט נדרש לשיקולי צדק גם במקרים של עילת הטעות, כאשר מדובר בטעות שאינה ידועה לצד השני. במקרים אלו אין לטועה סמכות לשלוח הודעת ביטול, והסמכות לביטול מוקנית לבית המשפט שצריך לשקול שיקולי צדק<sup>89</sup>. אחד משיקולי הצדק הוא מצב הצדדים לחוזה. על הטועה לשכנע את בית המשפט כי בשל מצבם הקונקרטי של הצדדים לדיון, יש לבטל את החוזה, דהיינו יש לבדוק את התוצאות האפשריות לכל אחד מהצדדים במקרה של ביטול או אי-ביטול החוזה, ובכלל זה ניתן לשקול את השפעת הביטול על מצבם הפיננסי של הצדדים<sup>90</sup>.

88 ס' 14 לחוק החוזים תרופות; קרן פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 550; ע"א 601/75 אריאל נ' קירשבאום, פ"ד לא(3) 102, 106-107 (1977); ע"א 571/80 אילן רחמים חברה לבנין והשקעות בע"מ נ' טביק, פ"ד לז(2) 77, 82-83 (1983). מקורות אלו נקבצו במאמרו של קרן פז, שם. יצוין כי ייתכן שניתן יהיה להפעיל את סמכות ההפחתה של בית המשפט בנוגע לפיצוי מוסכם, ס' 15(א) לחוק החוזים תרופות, במקרה של ספק אם קיים יחס סביר בין הנזק הצפוי בעת כריתת החוזה לפיצוי המוסכם. במקרה זה, אם יתברר שצד חזק הכתיב פיצוי מוסכם לצד חלש, ינחו שהיחס הסביר לא נשקל כראוי, וייטו להפחית את הפיצוי המוסכם לצד החלש. בנוסף, שיקולי צדק קיימים בנוגע לפיצוי שניתן להטיל על הנושה במקרה של דחיית קיום, על פי ס' 43(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים"); קרן פז, שם, בעמ' 551 ה"ש 41. סעד ההשבה יידון במסגרת דיני עשיית עושר – מקומו הטבעי. שיקולי צדק יתקיימו גם בנוגע למבחן הסיכון שיהיה המבחן המכריע בנוגע למקרי סיכול כאשר תתקבל הצעת חוק דיני ממונות. ס' 131(ב) להצעת חוק דיני ממונות. במסגרת זו ניתן יהיה לשקול גם שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי.

89 ס' 14(ב) לחוק החוזים.

90 ליישום שיקולי צדק בין הצדדים לחוזה בעילת הטעות הלא ידועה, ראו בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 471 (1987), 483; ע"א 406/82 נחמני נ' גלאור, פ"ד מא(1) 494, 501 (1987); דעת המיעוט של השופט לוי בע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נו(4) 817, 830-831 (2003), שהביא בחשבון במסגרת שיקולי הצדק גם את "הפער ביחסי הכוחות בין שני הצדדים לחוזה הביטוח, ובמקרה זה הכוונה בעיקר למעמדה הכלכלי העדיף של המשיבה". השופט לוי המליץ גם על פיצוי לטובת חברת הביטוח בשיעור של 40% מסכום התביעה, בשל ביטול ביטוחי המשנה, ולא ברור מחוות דעתו אם מדובר בפיצוי מלא או חלקי שנבע גם כן מהתחשבות במצב הפיננסי של הצדדים. לדיון בנושא זה ראו גם דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 717-721 (1992); גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי – לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 289 (מהדורה

התחשבות בשיקולי צדק חלוקתי קונקרטי אפשרית גם במסגרת דיני החוזה הפסול. כאשר מדובר בחוזה פסול, בית המשפט מוסמך לפטור מהשבה כולה או חלקה או להורות לאחד הצדדים לקיים את חיובו, אם הצד האחר קיים את חיובו קודם לכן<sup>91</sup>. סמכויות אלו כפופות לשיקולי צדק, ולשיטתנו – גם שיקולי צדק חלוקתי<sup>92</sup>. כך, למשל, ניתן יהיה לפתור מהשבה צד לחוזה פסול אם ההשבה תגרום לקריסתו הכלכלית. אפשרות נוספת יכולה להתקיים במקרה שהצד שביצע את החוזה יקרוס כלכלית אם הצד השני לא יבצע את חלקו. במקרה זה בית המשפט יכול להורות לצד השני לקיים את חיובו. מובן שההתחשבות במצב הפיננסי של הצדדים אינה שיקול העומד בפני עצמו, אלא שיקול הנלווה לשיקולים נוספים, למשל, שהצד שבו מתחשבים הוא גם הצד שאשמתו הפלילית מבין שני הצדדים פחותה יותר.

דוגמה נוספת היא מתחום דיני הגנת הדייר. לבית המשפט קיימת סמכות לסרב לתת פסק דין לפינוי דייר מוגן, על אף קיומה של עילת פינוי, משיקולי צדק<sup>93</sup>. בהקשר זה קבעה הפסיקה שיש להתחשב בתוצאת הפינוי מבחינת הדייר המוגן. כך, למשל, יש להבחין בין דייר של בית עסק לבין דייר של דירה, שזו קורת הגג שלו. גם בנוגע לבית עסק יש להתחשב בתוצאה שעלולה להביא לשבירת מטה לחמו ומקור פרנסתו ופרנסת בני ביתו של הדייר<sup>94</sup>.

## 1.2 עילת הקיפוח בחוזה אחיד

עילת הקיפוח מתקיימת בחוזה אחיד, אם הוא כולל תנאי שיש בו משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן העלול להביא לקיפוח לקוחות<sup>95</sup>. הפסיקה פירשה את מבחן הקיפוח כמבחן "ההגינות והסבירות". "תנאי הוא מקפח, אם יש בו הגנה על אינטרס (כלכלי או אחר) של ספק מעבר לנתפס כראוי בסוג זה של התקשרות. תנאי אינו מקפח, אם הוא נועד לשמור על האינטרס הלגיטימי והסביר של הספק"<sup>96</sup>. מצבו ה"חלש" של הספק עשוי

שלישית, 2005); שלו ואדר, לעיל ה"ש 82, בעמ' 224 ה"ש 166, ובעמ' 226–227 ה"ש 177; פורת, לעיל ה"ש 81, בעמ' 655, ה"ש 26. ראו גם אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 148, ה"ש 301. ס' 31 לחוק החוזים. 91  
 ראו אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 148 ה"ש 301. 92  
 ס' 132 (א) לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], התשל"ב-1972. 93  
 דעת הרוב עניין מרכוס, לעיל ה"ש 63, בעמ' 354–355. ראו גם אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 148–149 ה"ש 305. 94  
 ס' 3 לחוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: "חוק החוזים האחידים"). 95  
 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 528 (1992). לקשר הכללי בין מבחן הקיפוח לחוסר השוויון שביחסי הכוחות בין הצדדים ראו סיני דויטש "שמרנות בפרוש הוראות חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964" הפרקליט לב 27, 30 (1978). 96

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

להקנות לגיטימציה לסעיפים בחוזה האחיד שמקנים לו הגנה יתרה לכאורה. את מבחן הקיפוח יש להפעיל בשים לב למכלול תנאי החוזה ו"לנסיבות האחרות". כאשר מדובר בסכסוך קונקרטי שנדון בבית המשפט, יש להתחשב גם ב"נסיבות המיוחדות של העניין הנדון לפניו"<sup>97</sup>. אחת הנסיבות שהספרות מנתה כנסיבה שיש להתחשב בה במסגרת רכיב זה הוא הפער הכלכלי בין הספק ללקוח<sup>98</sup>. רכיב זה מאפשר, למעשה, להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי הן בנוגע לספק והן בנוגע ללקוח<sup>99</sup>. מובן שהאפשרות להתחשב במצבו של לקוח ספציפי קיימת רק כאשר מדובר בסכסוך קונקרטי שנדון בבית המשפט, והיא אינה מתקיימת כאשר מדובר בדיון כללי בנוגע לחוזה האחיד בבית הדין לחוזים אחרים<sup>100</sup>. התחשבות במצבו של הספק אפשרית גם באמצעות רכיב "הסבירות" שמופיע פעמים מספר בחזקות הקיפוח בסעיף 4 לחוק החוזים האחרים, התשמ"ג-1982 וכן כנימוק לסתירת החזקות השונות. מצבו ה"חלש" של הספק עשוי להקנות לסעיפים בחוזה האחיד שמקנים לו הגנה יתרה לכאורה את ממד הסבירות<sup>101</sup>.

### 1.3 פיצויים בגין נזק שאינו ממוני

באשר לנזק שאינו ממוני, מוקנים לבית המשפט שני מישורים של שיקול דעת. המישור הראשון מאפשר לבית המשפט לשקול אם ראוי לפסוק פיצויים גם במקרה שברור שנגרם

97 ס' 3, 19 לחוק החוזים האחרים.

98 שלר, לעיל ה"ש 90, בעמ' 631. קרן פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 551.

99 השור דברי הנשיא שמגר בעניין **קסטנבאום**, לעיל ה"ש 96, בעמ' 486. שלפיהם חופש הבחירה של מי שבא ביגונו להסדיר את קבורת יקירו אינו יכול להימדד מבחינת שיעורו על פי אמת המידה הנוהגת בתחום ההתקשרות בין ספק ללקוח. ראו גם רע"א 1185/97 **עזבון מילגרם נ' מרכז משען**, פ"ד נב(4) 145, 166–167 (1998), בנוגע לחוסר השוויון בין דייר בבית אבות שאמור להיכנס למחלקה סיעודית לבין בית האבות.

100 לקוח ספציפי יכול לטעון לתנאי מקפח רק בבית המשפט. לקוח ספציפי לא יכול להגיש בקשה לבית הדין לחוזים אחרים לביטול או לשינוי תנאים מקפחים. סמכות זו מסורה רק ליועץ המשפטי לממשלה, לממונה על הגנת הצרכן, לרשויות שנקבעו בתקנות ולארגון לקוחות שקיבל אישור משר המשפטים לעניין מסוים. זאת, מאחר שבית הדין אינו עוסק בענייניו של לקוח מסוים, אלא בכלל הלקוחות הפוטנציאליים של חוזה אחיד מסוים. לפיכך, מול בית הדין לא ניצב לקוח ספציפי שניתן להתחשב במצבו הכלכלי.

101 ס' 4 לחוק החוזים האחרים מונה עשרה סוגי תנאים שחזקה שהם מקפחים. אם מוכח שסעיף בחוזה אחיד דומה לאחת החזקות, נטל השכנוע עובר לספק להוכיח מדוע הסעיף בכל זאת לגיטימי. אחדות מן החזקות בס' 4(1), 4(2), 4(5), 4(6) לחוק החוזים האחרים כוללות רכיב של סבירות, ולכן הספק יכול להוכיח שההגנה היתרה שנטל לעצמו סבירה בשל מצבו הפיננסי הקשה. בנוסף, מצבו הפיננסי הקשה של הספק עשוי להוות נימוק לסתירת כל אחת מעשר החזקות השונות.

נזק לא ממוני. שיקול הדעת הזה לא קיים כאשר מדובר בנזק ממוני<sup>102</sup>. המישור השני מותר לבית המשפט את הסמכות לקבוע את שיעור הפיצויים כפי "שייראה לו בנסיבות העניין". לדעתנו, כאשר מדובר במפר דל אמצעים שגרם לנזק לא ממוני כגון עגמת נפש, בית המשפט עשוי להפעיל שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי ולשלול את הזכאות לפיצויים במקרה זה, או להשית סכום נמוך מהרגיל<sup>103</sup>.

#### 1.4 כלל הפרשנות נגד המנסח

אחת ההצדקות לכלל הפרשנות נגד המנסח שהתקבל בפסיקה מתבססת על שיקולים חלוקתיים, בשל ההנחה כי במרבית המקרים המנסח הוא הצד העשיר בעסקה, ואילו הצד השני הוא הצד ה"חלש" יחסית<sup>104</sup>. בספרות ובפסיקה הובעה דעה שלפיה ייתכן שצריך להחליף את הכלל הפורמלי הבוחן את השאלה הטכנית מי ניסח את החוזה לכלל מהותי הבוחן שאלה חשובה יותר, והיא מי שלט על תוכן החוזה, בהתאם לכוחם היחסי של שני הצדדים. אחת ההצדקות לכלל מדויק יותר היא צדק חלוקתי<sup>105</sup>. דעה זו זכתה לאחרונה לעיגון סטטוטורי. חוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2), התשע"א-2011 עיגן לראשונה את כלל הפרשנות נגד המנסח באמצעות עיצוב גמיש יחסית, וקובע בסעיף 25(ב) כי: "חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו". הכלל הפסיקתי הקודם שיקף צדק חלוקתי מערכתי. במרבית המקרים הצד "החזק" הוא הצד שמנסח עבור הצד ה"חלש". ברם, ייתכנו מקרים שבהם

102 בנוגע לנזק לא ממוני ראו ס' 13 לחוק החוזים תרופות. סעיפי הפיצויים בגין נזק ממוני לא משאירים בידי בית המשפט שיקול לדעת שלא להורות על תשלום פיצויים אם הנפגע עמד במבחני כל סעיף, ראו ס' 10, 11, 15 לחוק החוזים תרופות. ראו גם שלו, לעיל ה"ש 90, בעמ' 586; ע"א 140/73 שרם נ' גרינברג, פ"ד כט(1) 194, 195-196 (1974). במסגרת הצעת חוק דיני ממונות יבוטל שיקול הדעת הראשון. ס' 487 להצעת חוק דיני ממונות קובע כי בית המשפט חייב לפסוק פיצויים בגין נזק לא ממוני בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין.

103 ראו בעניין זה דויטש, לעיל ה"ש 9, בעמ' 372.

104 זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 32, 104-105. קרן פז, לעיל ה"ש 3, בעמ' 551. להתנגדות לכלל בשל המטרה החלוקתית, ראו אוריאל פרוקצ'יה "תוקפו המחייב של חוזה אחד כפונקציה של מבנה השוק" משפטים ט 25, 56-58 (1979).

105 ע"א 4651/95 בני סעיד חמודה קבלני עבודות קווי מים, כיוב וניקוז (שותפות רשומה) נ' המועצה המקומית עראבה, פ"ד נ(5) 81, 86-87 (1997); ע"א 9609/01 מול הים (1978) בע"מ נ' שגב, פ"ד נח(4) 106, 138-139 (2004); שלו, לעיל ה"ש 90, בעמ' 440-441; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך רביעי - פרשנות החוזה 638-639 (2001). ברם, קיימת דעה אחרת המביעה ספק בנוגע למשאלה זו, שכן לא ברור מדוע יש לפרש באופן שונה שתי פוליסות ביטוח זהות רק מפני שאחת נרכשה על ידי לקוח עשיר והאחרת על ידי דל אמצעים. דניאל פרידמן "פרשנות החוזה" חוזים כרך ג 281 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

הצד ה"חלש" דווקא ניסח על פי הוראותיו המהותיות של הצד השני "החזק". לעומת זאת, הכלל החדש יאפשר צדק חלוקתי קונקרטי, ויבחן בפועל מי היה הצד ה"חזק" שהייתה לו עדיפות בנוגע לעיצוב תנאי החוזה, והחווה יפורש כנגדו, לטובת הצד "החלש" בפועל.

### 1.5 דיני תום הלב

דיני תום הלב חלים למעשה על כל העילות והסעדים בחוקים השונים בכלל ובחוקי החוזים בפרט<sup>106</sup>. תחולה רחבה זו עשויה לאפשר שימוש נרחב בשיקולים חלוקתיים כחלק מחובת תום הלב<sup>107</sup>. אם כי ספק בענייננו אם אי־התחשבות בצד השני בשל חולשתו הכלכלית, מהווה חוסר תום לב. תום לב עניינו הגינות. אדם שאינו מתחשב בצד השני ה"חלש" אינו בהכרח לא הגון. המונח צדק עניינו בהשגת תוצאה צודקת, ולכן הוא מתאים יותר לכלול גם שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי. מכל מקום, שימוש במונח תום הלב ככלי להחזרת שיקולים חלוקתיים עלול להביא לשימוש כה נרחב באופן שעלול לטשטש את ההבחנה בין מודל התחולה הישירה למודל התחולה העקיפה, ולכן לדעתנו יש להמעיט את השימוש בו בהקשר זה. ראוי להבחין בעניין זה בין סוגים שונים של שיקול דעת. סוג אחד מקנה לבית המשפט מפורשות אפשרות לשיקול שיקולי צדק, כגון במקרים שבהם האכיפה היא בלתי צודקת, סוג אחר מקנה לבית המשפט בעקיפין אפשרות לשיקול שיקולים מעין אלו באמצעות עקרון תום הלב הכללי. ברם, תחולתו הרחבה של עקרון תום הלב עלולה להוביל לתוצאה הדומה למודל התחולה הישירה. בשל זאת, אנו מציעים שלא לעשות שימוש בעקרון תום הלב לצורך שיקולי צדק חלוקתיים. הבחנה זו עומדת ביסוד טענתנו, שלפיה יש לאמץ מודל מסויג של תחולה עקיפה.

### 2. דיני הנזיקין

#### 2.1 פיצויים עונשיים

106 ס' 61(ב) לחוק החוזים קובע כי "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחויבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". לפיכך חובת תום הלב על פי ס' 39 לחוק החוזים חלה על החקיקה האזרחית כולה ובין השאר, על כל הפעלת סעד שהוא בבחינת פעולה משפטית, ראו בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים ב"ש בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה, פ"ד לה (1) 836, 828 (1980); ע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה (1) 199, 221, 276–275 (1999). ראו גם ס' 2 להצעת חוק דיני ממונות.

107 לאפשרות זו ראו זמיר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 105, וכן ראו דברי השופט אנגלרד בעניין אבו זיד, לעיל ה"ש 86, בעמ' 413–414.

פיצוי עונשי הוא כר נרחב ליישום שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי. סוג זה של פיצוי נועד, בין השאר, להרתיע את כלל הציבור. כאשר מדובר בנתבע דל אמצעים, לא ראוי להשתמש דווקא במקרה שלו כדי לייצר את ההרתעה הציבורית. לפיכך ניתן להפחית פיצויים שיש בהם מוטיב הרתעתי על בסיס מצבו הפיננסי הרעוע של הנתבע. אפשרות זו קיימת בנוגע לפיצוי העונשי בארצות-הברית, באנגליה ובקנדה<sup>108</sup>. גישה זו יושמה בישראל בפסק הדין בעניין **נודלמן**, שבו הפחית בית המשפט משמעותית פיצוי בגין לשון הרע לנתבע "חלש" מבחינה פיננסית, על יסוד הטיעון שהפיצוי בגין לשון הרע משקף גם פיצוי עונשי כיסוד הרתעתי, ובשל כך ניתן להפחיתו כאשר מדובר בנתבע דל אמצעים. בית המשפט לא נרתע מלהודות שההפחתה נובעת ממצבו הפיננסי של הנתבע, כאשר הוא מפנה למקורות העוסקים בצדק חלוקתי<sup>109</sup>. בהקשר זה ניתן לומר כי בתי המשפט ייטו להשית פיצוי עונשי גבוה בעיקר על נתבעים בעלי איתנות פיננסית רבה<sup>110</sup>. האפשרות לשקול שיקולי צדק חלוקתי במסגרת הפיצוי העונשי תתרחב בישראל אם תתקבל הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011. הצעה זו כוללת אפשרות להשית פיצויים עונשיים בנוגע לכל ענפי החיובים<sup>111</sup>.

- 108 ראו לעיל ה"ש 59.
- 109 עניין **נודלמן**, לעיל ה"ש 7. למטרת ההרתעה כאחת המטרות בפסיקת פיצוי בגין לשון הרע ראו גם אורי שנהר **דיני לשון הרע** 370 (התשנ"ז); כן ראו דברי ההסבר להצעת חוק לשון הרע, התשכ"ב-1962, הצ"ח 146.
- 110 כך, למשל, הוטל פיצוי עונשי בסך של 3.5 מיליון דולר על יצרנית הרכב פורד ראו: *Grimshaw v. Ford Motor Co.* [1981] 119 Cal App 3d 757 ובמקרה אחר הושת על חברת Philip Morris פיצוי עונשי בסך של 78 מיליון דולר כאשר הנזק הממשי היה 800 אלף דולר בלבד, ראו: *Philip Morris USA v Williams*, 549 U.S. 346 (2007).
- 111 ס' 461 להצעת חוק דיני ממונות קובע כי "בית המשפט רשאי לפסוק לנפגע פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם מצא שההפרה נעשתה בזדון". האפשרות לשקול שיקולי צדק חלוקתי במסגרת הפיצוי העונשי התקבלה כבר כיום בפסיקה במסגרת יישום ס' 13 לחוק עוולות מסחריות, התשנ"ט-1999 (להלן: "חוק עוולות מסחריות"), שמאפשר פסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק עד לסך של 100,000 ₪. בפסיקה נקבע שאחת המטרות של סעיף זה היא להרתיע מעוולים בכוח. אחד מהשיקולים שיש לשקול בנוגע לגובה הפיצויים הוא "אופיו וגודלו של העסק המפר" – שיקול של צדק חלוקתי קונקרטי, ע"א 3559/02 **מועדון מנויי טוטו זהב נ' המועצה להסדר הימורים בספורט**, פ"ד נט(1) 873, 903-904 (2004). באופן דומה נקבע בפסיקה, במסגרת יישום סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים, 1924, שמאפשר לפסוק פיצויים ללא הוכחת נזק, שיש לשקול את השיקול ההרתעתי. במסגרת שיקול זה, יש לבחון גם את אופיו וגודלו של העסק המפר, ע"א 592/88, **שגיא נ' המנוח ניניו**, פ"ד מו(2) 254, 271 (1988). כידוע, חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: חוק זכויות יוצרים) החליף פקודה זו. אמנם במסגרת השיקולים לפסיקת פיצויים ללא הוכחת נזק, שמנויים בסעיף 56 לחוק החדש, לא



## 2.2 עוולת הרשלנות

ניתן היה לכאורה לכלול במסגרת המבחן לקיומה של חובת הזהירות גם את מצבם הפיננסי של המעוול והנפגע<sup>112</sup>. למשל לא תוטל חובת זהירות על מעוול נתמך סעד. בנוסף, ניתן היה להתחשב בשיקולי צדק חלוקתי קונקרטי גם במסגרת סטנדרט הזהירות. למשל באמצעות קביעה כי סטנדרט הזהירות של נתבע דל אמצעים, שלא יכול היה לשאת בנטל של הוצאות המניעה, הוא נמוך יותר<sup>113</sup>. כתמיכה לטיעונים אלו, ראוי להזכיר כי יש הטוענים כי דיני הרשלנות הקיימים כיום מכילים בעצמם רכיב אינהרנטי של חלוקה גרסיבית כך שבמקרים רבים לא תיחשב פעולה מסוימת כרשלנות, אם הניזוק הוא עני, זאת משום שהוצאות המניעה הנדרשות במקרה כזה גבוהות מתוחלת הנזק, שמחושבת על פי גובה הנזק הצפוי (שנגזר מהשתכרותו של העני) בהתחשב בהסתברות התממשות הסיכון<sup>114</sup>. לפיכך ראוי ליישם במסגרת זו צדק חלוקתי פרוגרסיבי.

ברם, במרבית שיטות המשפט, לרבות בישראל, נקבע כי המבחן לחובת הזהירות הוא מבחן אובייקטיבי שאינו מתחשב בנסיבות הספציפיות של הצדדים לדיון ובמצבם הכספי<sup>115</sup>. הפסיקה בישראל שללה במפורש גם התחשבות במצב הכספי של המזיק והניזוק

- 112 נקבע במפורש שאפשר להתחשב במצב הכלכלי של הצדדים, אך ניתן לכלול זאת במסגרת "מאפייני פעילותו של הנתבע", סעיף 56(ב) (6) לחוק זכות יוצרים.  
לאמירת אגב אוהדת בנוגע להתחשבות בצדק חלוקתי במסגרת עוולת הרשלנות ראו השופט ריבלין בע"א 5604/94 **חמד נ' מדינת ישראל**, פ"ד נח(2) 498, 520 (2004). השופט ריבלין מסתמך על המאמר Tsachi Keren-Paz, *Egalitarianism as Justification: Why and How Should Egalitarian Considerations Reshape the Standard of Care in Negligence Law?* 4 THEORETICAL INQUIRIES IN LAW 275, 328-329 (2003).
- 113 לעניין הפעלת שיקולי צדק חלוקתי בנוגע לחובת הזהירות וסטנדרט הזהירות ראו: Keren-Paz, לעיל ה"ש 3, עמ' 125-127 (לעניין סטנדרט הזהירות) ועמ' 134-136 (לעניין חובת הזהירות).
- 114 Keren-Paz, לעיל ה"ש 36, בעמ' 95-96.
- 115 כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 58-60, 63. ראו גם ע"א 363/59 **גשר הזיו בע"מ נ' פייביש**, פ"ד טו, 469, 478 (1961); ע"א 559/77 **למפרט נ' מדינת ישראל**, פ"ד לג(3) 649, 651-652 (1979). הפסיקה באנגליה לעומת זאת, התחשבה במצבם הכספי של הצדדים בשני מקרים: אחריות תופס מקרקעין לנזק שנגרם למסיג גבול ואחריות תופס מקרקעין לנזק שנגרם לאחר, כאשר מקור הנזק באדמתו, מכוח איתני הטבע, ראו: *British Railways v. Herrington* [1972]; עניין *Leakey*, לעיל ה"ש 1 All E.R. 749 (H.L.); *Goldman V. Hargrave* [1967] 1 A.C. 645, בעמ' 35. הדעה הרווחת גם בשיטה זו לא סוברת שיש לגזור כלל כללי של התחשבות

בשלב קביעת גובה הפיצוי<sup>116</sup>. גישה זו ראויה לדעתנו. אכן, אין להחיל שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי במסגרת מבחני חובת הזהירות, סטנדרט הזהירות וגובה הפיצוי. חובת הזהירות וסטנדרט הזהירות הם ביסודם כלים להכוונת התנהגויות, ולא רק מבחנים הנבדקים בדיעבד (*ex post*) בעת הדיון המשפטי. ראוי שאדם יידע מראש כלפי מי יש לו חובת זהירות ומהו סטנדרט הזהירות האובייקטיבי הנדרש ממנו. התחשבות במצבו הפיננסי של המזיק או ניזוק (לא ידוע מראש) תסכל את הציפיות, ותפגע בוודאות וביציבות המשפטית. התרחבות עוולת הרשלנות בשנים האחרונות יצרה ממילא עמימות באשר לשאלה כלפי מי קיימת חובת הזהירות ומהו תוכנה של חובת הזהירות. קיים חשש שהוספת שיקולים בדבר מצבם הפיננסי של הצדדים הקונקרטיים תסכל לחלוטין את יכולת הערכת חובת הזהירות בתחומים השונים<sup>117</sup>. כשם שעקרון תום הלב פרש את כנפיו על מכלול הסעדים העומדים לזכותו של אדם בכלל ועל דיני החוזים בפרט, כך עוולת הרשלנות, כעוולת מסגרת, תפסה את מקומן של העוולות הספציפיות. הכללת שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי במסגרת פרשנות רכיבי עוולה זו תקרב את מודל התחולה העקיפה למודל של תחולה ישירה. בהתאם למודל התחולה העקיפה המסויג המוצע על ידנו, אנו ממליצים שלא לכלול שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי באשר לחובת הזהירות ותוכנה בעוולת הרשלנות.

### 2.3 עוולות ספציפיות

בהתאם לחוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006, בעל דירה בבית משותף שמסרב סירוב בלתי סביר ל"עסקת פינוי ובינוי" יהיה אחראי בנזיקין כלפי שאר בעלי הדירות באותו הבניין בשל הנזק שנגרם להם עקב אי-ביצוע העסקה<sup>118</sup>. סעיף 3 לחוק קובע כי בית המשפט רשאי משיקולי צדק לקבוע כי הדייר המסרב יישא רק בחלק מנזקי בעלי הדירות. אחד השיקולים שמונה הסעיף כשיקול רלוונטי הוא "כושר פירעונו של בעל דירה מסרב

במצב הכספי של הצדדים בנוגע לחובת הזהירות, והלכות אלו מסויגות למקרים הנ"ל בלבד, ראו כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 66-69 והמקורות המצוטטים הנלווים לה"ש 117.  
116 ע"א 357/80 נעים נ' ברדה, פ"ד לו(3) 762, 769-770 (1981). ראו גם כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 65.

117 כהן, לעיל ה"ש 22, בעמ' 74-76, 78.

118 ס' 2 לחוק פינוי ובינוי (פיצויים), התשס"ו-2006. גם במסגרת ההכרעה אם מדובר בסירוב בלתי סביר, יש להתחשב על פי ס' 2 בקיום "נסיבות אישיות מיוחדות של בעל הדירה המסרב שבשלהן ביצוע עסקת הפינוי ובינוי, בתנאים שסוכמו עם שאר בעלי הדירות, הוא בלתי סביר". ס' 1 לחוק מגדיר "עסקת פינוי ובינוי" כ"חוזים בין זום לבין בעלי דירות בבנין לפינוי ובינוי אשר על פיהם מתחייבים בעלי הדירות בבנין למכור את זכויותיהם בו, כולן או מקצתן, לצורך הריסת הבניין והקמת בנין חדש תחתיו בהתאם לתכנית שלפי חוק התכנון והבניה".

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

לשאת בנזק". חוק זה הוא דוגמה מובהקת ליישום צדק חלוקתי קונקרטי במודל של תחולה עקיפה.

### 3. דיני עשיית עושר ולא במשפט

סעד ההשבה מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט כפוף לשיקולי צדק<sup>119</sup>. הפסיקה ציינה פעמים מספר שאחד משיקולי הצדק הרלוונטיים הוא שיקול של צדק חלוקתי החותר לעשיית צדק בין הצדדים על פי מצבם האובייקטיבי<sup>120</sup>. יתרה מכך, בד"נ 20/82 אדרס בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס<sup>121</sup>, נקבע שכאשר מדובר במקרה שבו אדם הפר חוזה וגרף רווחים העולים על נזקי הנפגע, יכול הנפגע לקבלם במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט. אחת ההצדקות לפסיקה זו התבססה על דחיית תורת ההפרה היעילה והשרשת החובה לקיים חוזים, תוך הרתעת המפר באמצעות שלילת רווחיו העולים על נזקי הנפגע. לדעתנו, מאחר שמדובר ברכיב הרתעתי ביסודו, ניתן להפחית את סכום ההשבה המשקף את רווחי המפר העולים על נזקי הנפגע<sup>122</sup>, לאור שיקולי צדק חלוקתי, במקרים שבהם הנתבע דל אמצעים. כאמור הפסיקה בישראל, בארצות-הברית, באנגליה ובקנדה קיבלה את העיקרון שכאשר מדובר בסעד המוצדק בשל שיקול הרתעתי, לעתים אין ליישמו במלואו על נתבע דל אמצעים. שיקולי הצדק שחלים על סעד ההשבה אינם מצומצמים רק לעילה זו. כך למשל בישראל, סעדי ההשבה בדיני החוזים הם למעשה שלוחה של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולכן גם הם כפופים לשיקולי צדק<sup>123</sup>. לפיכך גם במסגרת סעדים אלו ניתן יהיה להתחשב במצבם הפיננסי של הצדדים.

### 4. דיני הקניין

#### 4.1 דיני תחורות זכויות

- 119 ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979.
- 120 ע"א 5267/03 פרג'-גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, 363 (2005); ע"א 1445/04 ביזמן השקעות בע"מ נ' חליוה, פס' 16 לפסק הדין (פורסם בנבו, 13.11.2008).
- 121 פ"ד מב(1) 221 (1988).
- 122 ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט מדגיש שאחת הסיבות לפטור מהשבה כולה או חלקה היא מקרה בו הזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה.
- 123 ע"א 2702/92 גינזברג נ' בן יוסף, פ"ד מז(1) 540 (1993). בהתאם לפסיקה זו, סעדי ההשבה במקרים של ביטול בשל הפרה – ס' 9 לחוק החוזים תרופות, ובמקרים של ביטול בשל פגם בכריתה – ס' 21 לחוק החוזים, כפופים לשיקולי צדק. סעדי ההשבה והשיפוי במקרים של סיכול כפופים לשיקולי צדק גם מכוח ס' 18 לחוק החוזים תרופות. במקרים של סיכול ודאי שייכת התחשבות במצב הצדדים, ראו גם אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 148 ה"ש 301.

שיקולים של צדק חלוקתי קונקרטי עשויים היו לבוא לידי ביטוי במקרים של עסקאות נוגדות (אדם שהתחייב לשתי עסקאות נוגדות במקרקעין בנוגע לאותם מקרקעין) במסגרת סייג הצדק לסעד האכיפה<sup>124</sup>. הדין החל על מקרים אלו הוא סעיף 9 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, הקובע כי הזכאי הראשון עדיף, אלא אם כן הזכאי השני שכלל את זכותו ברישום בתום לב ובתמורה. כרובד נוסף על תוצאת העימות על פי סעיף 9 ניתן היה להחיל את הסייג לאכיפה שעניינו אכיפה בלתי צודקת. כך, למשל, הזכאי השני שהפסיד בעימות על פי סעיף 9 הוא אדם נכה דל אמצעים הזקוק לדירה, שהיא הדירה היחידה בשכונה בקומת קרקע שהוצעה למכירה, ובשכונה זו גרה משפחתו שתוכל לסייע לו. במקרה זה הנכה שהפסיד בעימות יכול היה לטעון שהנזק שייגרם לו (מעבר לשאלת התמורה) עולה עשרות מונים על נזקו של הזכאי הראשון, ולכן יש להעדיף אותו. ברם, האפשרות לשקול שיקולי צדק בין שני הזכאים (ללא קשר לדוגמה דלעיל) נדחתה במפורש על פי דעת הרוב בד"נ 21/80 ורטהיימר נ' הררי. בית המשפט קבע כי לא ניתן לשקול שיקולי צדק בין שני הזכאים. סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1971 חל רק בנוגע לאי-צדק בין הצדדים לחוזה, דהיינו בין המוכר לבין כל אחד מהזכאים בנפרד (כגון שאחד הזכאים השתהה בקיום החוזה), אך לא בין שני הזכאים<sup>125</sup>. השופט ברק (כתוארו אז) נימק את פסיקתו, בין השאר, בכך שסעיף 9 עוסק בשאלה אחת בלבד, למי מגיע סעד האכיפה, והכפפת התוצאה על פי סעיף זה לסעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות עלולה לשנות את תוצאת העדיפות שנקבעה על פי סעיף 9, שהוא דין מיוחד בהקשר זה. הישענות על סעיף 9 לחוק המקרקעין בלבד ודחיקת סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות נבעה בין השאר מרצון ליצור ודאות משפטית וכן שלא להפלות "בין עשיר לעני, בין רם לשפל בין בריא לחולה"<sup>126</sup>. לגישה זו קיימת תמיכה בספרות שלפיה יש להתחשב במאזן המצוקות שבין הצדדים, אך רק בכל הקשור לגובה התמורה ששולמה בפועל, ואין "לפתוח את קן הצרעות של בירור פרטני של מצבם הכלכלי של כל צמד מתדיינים"<sup>127</sup>. לעומת זאת, שופטי המיעוט לא סברו שמתקיים כאן ניגוד בין שני הסעיפים. זאת, מאחר שסעיף 9 קובע באופן עקרוני למי מגיעה האכיפה, וסעיף 3(4) בודק אם אכיפת החוזה בנסיבות אלו היא צודקת, כולל

124 ראו לעיל ה"ש 80.

125 דעת הרוב, פ"ד לה(3) 253 (1981). גישה זו יושמה גם בע"א 48/81 פומרנץ נ' ק.ד.ש בנין והשקעות בע"מ, פ"ד לח(2) 813 (1984); ע"א 839/90 רז חברה לבנין נ' אירנשטיין, פ"ד מה(5) 739 (1991).

126 השופט ברק בעניין ורטהיימר, לעיל ה"ש 125, בעמ' 264-265. ראו גם א' גיצלטר וש' לברון "לבעיות ביצוע בעין" הפרקליט יא 211, 214 (1955).

127 דגן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 236-254.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

התחשבות בזכאי השני. סעיף 3(4) קובע שאין לאכוף חוזה אם "אכיפת החוזה אינה צודקת בנסיבות העניין". הסעיף אינו מייחד את שיקולי הצדק לצדדים לחוזה בלבד<sup>128</sup>. הזדמנות נוספת ליישום שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי בין שני הזכאים התעוררה לאחרונה בע"א 5205/05 **שחם בע"מ נ' נפ-גל בע"מ**<sup>129</sup>, שם נדון עימות בין זכאי שהוא רוכש עסקי ראשון בזמן ובין רוכשים קשי יום שניים בזמן. ברם, הזכאי השני טען רק לשיקולי צדק בין המוכר לזכאי הראשון, בשל השתהות הזכאי הראשון בעמידה על קיום החוזה. בית המשפט העליון שלל אף התחשבות בשיקולי צדק אלו. פרופ' מיגל דויטש מתח ביקורת על פסק הדין משני היבטים: ראשית, בית המשפט משנה את ההלכה בנדון מבלי להבחין שיש כאן נסיגה אף מהפסיקה המסורתית. שנית, לא רק שהיה צריך לאפשר לזכאי השני לטעון לשיקולי צדק בין המוכר לזכאי הראשון, אלא שלאור ההלכה שנפסקה בע"א 2643/97 **גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ**<sup>130</sup>, היה צריך לסטות מהלכת **ורטהיימר** ולאפשר לשקול שיקולי צדק בין שני הזכאים. הלכת **גנז** קבעה שלזכאי הראשון קיימת חובת תום לב כלפי זכאים פוטנציאלים, ולכן הוא צריך לרשום הערת אזהרה שתזהיר אותם מפני קיומה של עסקה קודמת, למעט חריגים מסוימים. אם בין שני הזכאים ניתן להפעיל שיקולי תום לב, ניתן להפעיל גם שיקולי צדק, כגון שהזכאי הראשון היה רוכש עסקי והשני זוג קשי יום<sup>131</sup>. גישה זו מנוגדת לגישתו של הנשיא ברק שכבר בעניין **גנז** היה ער לסתירה האפשרית להלכת **ורטהיימר** ודחה אותה. הנשיא ברק טען שסעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות וסעיף 9 לחוק המקרקעין עוסקים שניהם בסעד האכיפה, דבר היוצר ניגוד ביניהם, ולכן אין להפעיל שיקולי צדק במקרים של עסקאות נוגדות. ברם, כל הכרעה בשאלת האכיפה כפופה בכל מקרה לשיקולי תום הלב<sup>132</sup>.

אנו מצדדים בגישה התומכת בהפעלת שיקולי צדק בין שני הזכאים. גישה זו עשויה לקבל חיזוק מפסק הדין ע"א 3833/93 **לוינ' נ' לוינ'**<sup>133</sup>, שלפיו שיקולי הצדק בסעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות כוללים גם שיקולי "צדק ציבורי". התחשבות באדם הנכה בהתאם לדוגמה דלעיל כלולה לדעתנו במסגרת "הצדק הציבורי". סעיף 3(4) אינו מייחד את שיקולי הצדק לצדדים לחוזה בלבד, וגם הסעיף המקביל בהצעת חוק דיני ממונות לא יוצר ייחוד

- 128 דעת השופט ח' כהן בעניין **ורטהיימר**, לעיל ה"ש 125, בעמ' 272–273; דעת השופט י' כהן, שם, בעמ' 277–278.
- 129 פורסם בנבו, 20.3.2008.
- 130 פ"ד נז(2) 385 (2003).
- 131 מיגל דויטש "רבים לדירה" **גלובס** – דין וחשבון 25.3.2008; מיגל דויטש, **קניין** כרך ג, 288–302, 475 (2006). ראו גם בירנהק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 491–492.
- 132 הנשיא ברק, עניין **גנז**, לעיל ה"ש 130, בעמ' 398–399, 408–409.
- 133 פ"ד מח(2) 862, 877–878 (1994).

שכזה<sup>134</sup>. אנו סבורים שהפעלת שיקולי צדק אינה נוגדת את סעיף 9 לחוק המקרקעין שיישאר הבסיס להכרעה, שכן לא בכל מקרה מתקיים צורך לשקול שיקולים מעין אלו. מבנה ההכרעה הראוי בעינינו הוא כדלקמן: תחילה יש לבחון מי מבין הזכאים מנצח בעימות על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין. אם השני מנצח, יש לבחון את הרובד של שיקולי הצדק על פי סעיף 3(4) לחוק החוזים תרופות. אם השני מפסיד, יש לבחון את הרובד של הלכת גנז. לאחר ההכרעה על פי הלכת גנז, יש לבחון את הרובד של שיקולי הצדק. כפי שציינו, פרשנות המונח "תום לב" אינה חופפת למונח "צדק". כך, למשל, בהתאם לדוגמה של האדם הנכה דל האמצעים שהפסיד בעימות על פי סעיף 9 לחוק המקרקעין, אם נניח שהלכת גנז לא סייעה בידו (שכן התקיים אחד החריגים לתחולתה) הוא עדין יוכל לטעון לשיקולי צדק בינו לבין הזכאי הראשון. הזכאי הראשון שלא מוותר על אכיפת החוזה עמו אינו חסר תום לב, שכן "תום לב" בוחן את התנהגות הצדדים כולל התנהגות זהירה שמטרתה למנוע מכשול לציבור, אך אין הוא כולל בחובו חובה להסכים לתוצאה "צודקת" בין שני הזכאים. המונח "צדק" כולל את בחינת התוצאות האפשריות לכל אחד מהצדדים אם החוזה לא ייאכף עמו. אנו תומכים בכך שאפשרות לשקול שיקולי צדק תנוצל במקרים מיוחדים מעין אלו ולא במקרים "שגרתיים" יחסית כעימות בין רוכש עסקי לזוג קשי יום, כפי שקרה בעניין שחם<sup>135</sup>.

אפשרות נוספת לתחולת שיקולי צדק חלוקתי קונקרטי בדיני תחרות הזכויות היא במסגרת ההלכה שנקבעה בעניין בנק אוצר החייל נ' אהרונוב<sup>136</sup>. פסק הדין קבע, שזכאי (בעל זכות מעין קניינית) עדיף על נושה כספי שהטיל עיקול. אחת ההצדקות להלכה זו מקורה בצדק חלוקתי מערכתי. הזכאים הם בדרך כלל בני זוג שרכשו דירה (להלן: "הזכאי") ואילו הנושה הכספי הוא בנק<sup>137</sup>. יתרה מכך, עדיפותו של הזכאי מותנית בכך שהיא אכיפה. אם אכיפות הזכאי נשללה בשל אחד הסייגים לאכיפה, הזכאי יהא זכאי רק לסעדים כספיים, וככזה הוא בסך הכול נושה כספי<sup>138</sup>. הפעלת סייג הצדק באכיפה כוללת, לדעתנו, גם התחשבות בנושה הכספי. לפיכך, ייתכן שבמקרים מסוימים יהיה ראוי לשלול את אכיפות זכותו של הזכאי, כך שהזכאי כנושה כספי (הזכאי לסעדים כספיים בלבד) יתחלק עם הספק בהתאם ליחס החובות. זאת, במקרים שבהם הזכאי הוא בנק שזכאי

134 ס' 447(א) להצעת חוק דיני ממונות.

135 עניין שחם, לעיל ה"ש 129. ראו גם דויטש, קניין כרך ג, לעיל ה"ש 131, בעמ' 288–302.

136 ע"א 189/95, בנק אוצר החייל נ' אהרונוב, פ"ד נג(4) 199 (1999).

137 ראו דברי השופט שטרסברג-כהן, שם, בעמ' 244; דויטש, קניין כרך ג, לעיל ה"ש 131, בעמ' 359–360.

138 דויטש, שם, בעמ' 399.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

למשכנתה, ולעומת זאת, הנושה הכספי הוא ספק קשה יום, שעדיפות הזכאי תגרם לקריסתו.

התחשבות בצדק חלוקתי קונקרטי אפשרית גם במסגרת הכלל של תחרות זכויות בדיני סודות מסחריים. כאשר אדם רוכש סוד מסחרי גזול בתום לב ובתמורה ומקבל את הסוד, הוא הופך לבעלים מקביל לבעלים המקורי, אלא אם כן בית המשפט סבור שמשיקולי צדק יש להטיל עליו אחריות כלפי הבעלים המקורי<sup>139</sup>. במקרים אלו, לדעתנו, אחד משיקולי הצדק עשוי להיות שבעל הסוד המקורי הוא דל אמצעים, והרוכש בתום לב ובתמורה הוא תאגיד רב-אמצעים.

#### 4.2 שימוש לרעה בזכות

שיקולי צדק חלוקתי ניתנים ליישום גם במסגרת הדוקטרינה של שימוש לרעה בזכות<sup>140</sup>. דוקטרינה זו נדונה בעניין **רוקר**<sup>141</sup>, שעסק בדייר בבית משותף שהרחיב את דירתו על פי היתר בנייה אך ללא הסכמת השכנים. המחלוקת בקרב השופטים נסבה על היקף שיקול הדעת של בית המשפט שלא להיעתר לבקשת בעל מקרקעין (במקרה שם, שתי משפחות בבית המשותף) להוציא צו הריסה לפולש (השכן שבנה ללא הסכמת השכנים). הדעות השונות נעו בין הגישה הסוברת ששיקול הדעת במקרים אלו הוא מצומצם ביותר ויופעל במקרים נדירים לבין הגישה ששיקול הדעת של בית המשפט אינו מצומצם<sup>142</sup>. אחד השיקולים שנמנו כרלוונטיים בנושא זה הוא שקילה אובייקטיבית של האינטרסים ההדדיים. גישה אחרת איתה בשיקול זה רק שיקול משני, וגישה שלישית התנגדה להתחשבות בשיקול זה<sup>143</sup>. שופטים אחדים ציינו שדוקטרינת השימוש לרעה בזכות היא יישום של

139 ס' 8 לחוק עוולות מסחריות. לפרשנות שלפיה מדובר בכלל של תחרות זכויות ובזכיה בבעלות מקבילה ולא רק בכלל של חסינות נזיקית, ראו מיגל דויטש **עוולות מסחריות וסודות מסחר** 354–359 (2002).

140 דוקטרינה זו באה לידי ביטוי בס' 14 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 הקובע כי "בעלות זכויות אחרות במקרקעין, אין בהן כשלעצמן כדי להצדיק עשיית דבר הגורם נזק או אי נוחות לאחר".

141 עניין **רוקר**, לעיל ה"ש 106.

142 לגישה הדוגלת בשיקול דעת מצומצם ראו דעת השופט טירקל, שם, לעיל ה"ש 106, בעמ' 240–242. לגישה הדוגלת בשיקול דעת שאינו מצומצם ראו דעת השופט אנגלרד, שם, בעמ' 229–230.

143 עניין **רוקר**, לעיל ה"ש 106. לגישה שיש להתחשב בשיקול זה, ראו דעת השופט אנגלרד, שם, בעמ' 221, 230–231. וכן דעת הנשיא ברק, שם, בעמ' 282. לגישה הרואה בכך רק שיקול משני, ראו דעת השופט טירקל, שם, בעמ' 242. לגישה המתנגדת להתחשבות בשיקול זה ראו

עקרון תום הלב<sup>144</sup>. גישה זו מעוררת קושי מבחינת יישום שיקולי צדק חלוקתי, שכן כפי שציינו, אנו סבורים שעקרון תום הלב, עניינו הגינות ולא תוצאה צודקת מבחינת הצדדים המעורבים. בנוסף, עקרון תום הלב הוא רחב מדי ואינו הולם את המודל המסויג כאמור לעיל. ברם, דוקטרינת השימוש לרעה בזכות איננה עקרון-על, אלא שיקול דעת ספציפי, ומבחינה זו היא הולמת את המודל המסויג. בנוסף, אם תתקבל הגישה שיש להתחשב במצב הצדדים המעורבים, היא תתאים להפעלת שיקולי צדק חלוקתי, במיוחד אם תתקבל הגישה שאינה מצמצמת את מרחב שיקול הדעת<sup>145</sup>.

### 4.3 פרשנות המונח "צדק"

בדומה לאפשרות ליישם את עקרון הצדק החלוקתי הקונקרטי באמצעות פרשנות המונח "צדק" בדיני החוזים, ניתן לעשות זאת גם באמצעות פרשנות המונח "צדק" בדיני הקניין. כך, למשל, בהתאם לסעיף 19 לחוק המקרקעין, לבית המשפט קיים שיקול דעת שלא לפנות תופס מקרקעין אם הדבר "צודק". מאחר שסעיף זה בא להגן בעיקר על מחזיק שלא כדין שנושל מהחזקתו, ניתן להתחשב במצב הפיננסי של התופס או של המנושל. באופן דומה, בית המשפט אמור להפעיל שיקולי צדק בנוגע לשאלה אם לחייב אדם שהקים מבנה על קרקע של אחר בדמי שימוש<sup>146</sup>. מצבם הפיננסי של בעל המקרקעין ובמיוחד של המקים עשוי להיות שיקול רלוונטי, בהתאם לעקרון הצדק החלוקתי הקונקרטי. דוגמה נוספת היא מקרים שבהם קיימת תניה בהסכם שיתוף במקרקעין השוללת את הזכות לדרוש פירוק שיתוף לתקופה העולה על שלוש שנים. בית המשפט רשאי משיקולי צדק, לאחר שלוש שנים, לצוות בכל זאת על פירוק השיתוף. מצבם הפיננסי של כל אחד מהשותפים והשפעת הפירוק על כל אחד מהם היא שיקול רלוונטי שמיישם את עקרון הצדק החלוקתי הקונקרטי<sup>147</sup>.

### 5. דיני עבודה

דעת השופט שלמה לוין, שם, בעמ' 287, אם כי הוא רואה בכך התחשבות על יסוד של יעילות כלכלית, ולא כעניין של צדק חלוקתי.

144 ראו דעת השופט אנגלרד, שם, בעמ' 221; דעת השופט ברק, שם, בעמ' 275–276.

145 לגישה שמצדדת בהפעלת שיקולי צדק חלוקתי במסגרת דוקטרינה זו ראו בירנהק, לעיל ה"ש 13, בעמ' 490–491.

146 ס' 24 לחוק המקרקעין.

147 ס' 37(ב) לחוק המקרקעין. לדוגמאות אלו ולדוגמאות נוספות ראו אלון, לעיל ה"ש 54, בעמ' 148, ה"ש 301.



מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

חוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998, מחייב מקומות עבודה לא רק שלא להפלות מוגבלים, אלא גם להתאים את מקום העבודה למגבלותיהם<sup>148</sup>. בכך מיישם החוק צדק חלוקתי מערכתי. החוק משתמש בטכניקה של העדפה מתקנת במשפט הפרטי, וזאת מטעמים של צדק חלוקתי ולא צדק מתקן, שכן אין טענה שקבוצה זו הופלתה בעבר, אלא מדובר בהכרה של המחוקק בחולשתה היחסית. על הרובד המערכתי מוסיף החוק רובד חלוקתי קונקרטי, בכך שנטל ההתאמה תלוי באיתנותו של המעביד. מעביד פטור מנטל ההתאמה אם מדובר ב"נטל כבד מדי". "נטל כבד מדי" נבחן בין השאר בהתאם לנסיבות העניין, בהתאם לגודל העסק ומבנהו, בהתאם להיקף הפעילות ובהתאם למספר העובדים והרכב כוח האדם<sup>149</sup>. דהיינו ככל שמדובר במעביד "חזק", רף נטל ההתאמה גבוה יותר.

## 6. דיני ראיות

יישום שיקולים של צדק חלוקתי קונקרטי בדיני הראיות יכול לבוא לידי ביטוי כאשר תובע דל אמצעים לא הצליח לעמוד בנטל הראיה בתביעה שהגיש מול נתבע "חזק". כך, למשל, בע"א 7375/02 **בי"ח כרמל נ' מלול** פסק בית המשפט העליון (בערכאת הערעור) פיצוי נזיקי משיקולי צדק לתובעת שתבעה בית חולים בגין רשלנות רפואית, אף על פי שהתובעת לא עמדה בנטל הראיה לכך שקיים קשר סיבתי בין הרשלנות המוכחת לנזק שנגרם<sup>150</sup>. בית המשפט לא השתית את פסק הדין על צדק חלוקתי, אך נראה שהתוצאה הושפעה מכך שהתובעת הייתה ילדה בעלת שיעור נכות של 100% והנתבע היה בית חולים. מפסק הדין נובע שבמקרים של סיבתיות עמומה ניתן להטיל את האחריות לנזקם של ה"חלשים" על גופים "חזקים" כחברות ביטוח, מעבידים, יצרנים או רשויות ציבוריות, וזאת, מכוח העיקרון של צדק חלוקתי קונקרטי. דהיינו במקרים שבהם קיומו של הקשר הסיבתי מוטל בספק, הספק יפעל לטובת התובע דל האמצעים<sup>151</sup>. אפשרות זו טומנת בחובה כר נרחב

148 ס' 8(א) לחוק מחייב מעביד שלא להפלות מחמת מוגבלות. ס' 8(ה) מגדיר "הפליה" – לרבות אי-ביצוע התאמות הנדרשות מחמת צרכיו המיוחדים של אדם עם מוגבלות אשר יאפשרו את העסקתו". דהיינו, על המעביד קיים נטל להתאים את מקום העבודה לאנשים עם מוגבלות.

149 ס' 8(ה) לחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998.

150 פורסם בנבו, 31.3.2003. לביקורת על פסק הדין שלפיה התובעת במקרה זה לא הביאה אפילו ראיות סטטיסטיות לקיומו של קשר סיבתי, והפיצוי למעשה נשען כולו על שיקולי צדק, ראו בנימין שמואלי, רון שפירא וקמיל פוקס "הסיבתיות העמומה" – עמומה מדי: על הגברת סיכון, מאזן הסתברויות והערכה כללית המבוססת על צדק" **מחקרי משפט** כג 855 (2007).

151 כך, למשל, דוקטרינת הנזק הראייתי עשויה לגרום לכך שנטל השכנוע יועבר מהתובע לנתבע, כך שאם בסיום המשפט כפות המאזניים תהיינה מעוינות, יזכה התובע בתביעתו, אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראייתי: ההצדקות לאימוצה ויישומה במצבים טיפוסיים של אי ודאות לגרימת נזקים" **עיוני משפט** כא 191, 195 (1997). ואכן, אחת ההצדקות לדוקטרינת

לשימוש בשיקולי צדק חלוקתי כל אימת שתובע "חלש" לא עמד בנטל הראיה כלפי נתבע "חזק". כפי שציינו, אפשרות זו נדחתה במפורש בעניין **דיקסטרא**<sup>152</sup>, שבו נעשה ניסיון לעקוף את דיני הראיות האזרחיים באמצעות עקרונות של צדק חלוקתי. לדעתנו, שימוש בשיקולי צדק חלוקתי קונקרטי במסגרת דיני הראיות יקרב את מודל התחולה העקיפה למודל התחולה הישירה, ולכן אנו לא ממליצים ליישם שיקולים אלו בתחום דיני הראיות, בהתאם למודל התחולה העקיפה המסויג. ואכן לאחרונה, בדיון הנוסף בעניין **מלול** ביטל בית המשפט העליון ברוב דעות את פסק הדין של ערכאת הערעור. בית המשפט צמצם את ההכרה בחריג האחריות היחסית (כחריג לכלל מאזן ההסתברויות), במקרים של סיבתיות עמומה, בעיקר למקרים שבהם המעוול הינו מעוול סדרתי ו/או המוני<sup>153</sup>.

### 7. משפט בין-לאומי פרטי

סעיף 3(3) לחוק אכיפת פסקי-חוק, התשי"ח-1958, קובע כי פסק דין זר ניתן לאכיפה בתנאי שתוכנו אינו סותר את "תקנת הציבור". בהמשך לקו המחשבה שהצענו בנוגע לסייג האכיפה הבלתי צודקת, ניתן לכאורה לטעון שבמצב שבו אכיפתו של פסק דין זר תמוטט את הדל – הרי שהיא סותרת את תקנת הציבור. טענה זו נדחתה לאחרונה בה"פ (מחוזי י-ם) 4318/05 **אונגר נ' הרשות הפלשתינית**<sup>154</sup>, שדן בבקשה של קרובי המשפחה של בני הזוג ירון ואפרת אונגר הי"ד שנרצחו בפגיגה, לאכוף פסק דין שקיבלו בארצות-הברית נגד הרשות הפלשתינית בסכום של יותר ממאה ושישה-עשר מיליון דולר. הרשות טענה שאם פסק הדין ייאכף, לא יהיה לה די כסף לשלם פיצויים לכל אזרחי ישראל האחרים שתובעים אותה בישראל בגין מעשי רצח אחרים, והתוצאה תהיה שהרשות תתמוטט כלכלית. המבקשים השיבו כי טענה זו חסרת כל משמעות משפטית וגם מוטעית עובדתית. לטענתם, מדינת ישראל עיכבה במועד פסק הדין כ-500 מיליון דולר מכספי הרשות הפלשתינית המוחזקים אצלה, ועובדה היא כי הרשות לא "התמוטטה". לפיכך אין סיכוי כי פסק החוק

הנוק הראיתי היא צדק חלוקתי. אריאל פורת ואלכס שטיין "דוקטרינת הנזק הראיתי: תגובה לביקורת" **משפטים** ל 349, 363 (1999).

152 עניין **דיקסטרא**, לעיל ה"ש 8. ראו גם עניין **פודים**, לעיל ה"ש 63.

153 דנ"א 4693/05, **בי"ח כרמל-חיפה נ' מלול** (פורסם בנבו, 29.8.2010). להתייחסות לעקרון הצדק החלוקתי והרלוונטיות או אי-הרלוונטיות שלו לסוגיה זו ראו שם, פס' 56, 139 לפסק דינה של השופטת נאור, ופס' 10 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. בנוסף, ניתן לציין שייחוד החריג בעיקר למעוול סדרתי או המוני ביחס לנתבע שהוא למעשה חסר אונים כלפיו, עולה בקנה אחד עם שיקולי צדק חלוקתי. יתרה מכך, אף על פי שבית המשפט ביטל את פסק הדין של ערכאת הערעור, נקבע שהפיצוי שנפסק לילדה לא יוחזר, עקב חלוף הזמן ופרמטרים נוספים. ניתן לטעון שתוצאה נדירה שכזו משקפת כשלעצמה שיקול של צדק חלוקתי.

154 פורסם בנבו, 3.8.2006.

מודלים לתחולת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי

בסכום המהווה כחמישית מהסכום המעוכב, ימוטט את כלכלת הרשות. בית המשפט דחה את הטענה של הנתבעת, שכן אין לקבל טענה כי אין לאכוף פסק חוץ משום שהאכיפה עלולה למוטט את החייב<sup>155</sup>. אנו מסכימים עם התוצאה הסופית של פסק הדין, שכן אפילו בהתאם למודל התחולה הישירה הקיים בדין הפיני, בדין השווייצרי ובדין הטייוואני, היכולת להתחשב במצב הנתבע מצטמצמת כאשר מדובר במעשים מכוונים<sup>156</sup>. בנוסף, האפשרות ליישם את עקרון הצדק החלוקתי הקונקרטי באמצעות דוקטרינה כה רחבה של "תקנת הציבור" שחלה בנוגע לכל פסקי הדין הזרים, ללא קשר לדוקטרינה ספציפית נשוא פסק הדין, תיצור מודל הדומה למודל של תחולה ישירה, שנוגד את מודל התחולה העקיפה המסויג המוצע על ידנו. שלילת אכיפה בשל הסיכון לקריסת הדל אפשרית רק בדוקטרינה ספציפית כגון אכיפה בלתי צודקת. בנוסף, התחשבות במצבו של הדל יכולה להיעשות במסגרת "חקירת יכולת" על פי דיני ההוצאה לפועל<sup>157</sup>.

## ה. סיכום

המאמר מציע מודל נורמטיבי להפעלת צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי, דהיינו התחשבות במצבו הפיננסי של תובע או נתבע קונקרטי. המודל המוצע – מודל התחולה העקיפה המסויג – נבחר מבין מודלים שונים, לאור יכולתו למקסם את היתרונות בהפעלת צדק חלוקתי קונקרטי וצמצום החסרונות בהפעלה שכזו, על רקע הטענות בעד ונגד יישום צדק חלוקתי קונקרטי במשפט הפרטי. המשמעות של מודל תחולה עקיפה מסויג היא התחשבות בצדק חלוקתי רק באמצעות מושגי סתום במשפט הפרטי, אשר תואמים את תפיסת הצדק האמורה ואשר השימוש בהם לא יוביל לתחולה ישירה של צדק חלוקתי במשפט הפרטי, על החולשות והבעייתיות הנובעות מתחולה שכזו. כך, למשל, כאשר החוק

155 שם, פס' 49–51 לפסק הדין.

156 ראו לעיל ה"ש 37–39, 42 והטקסט הנלווה אליהן.

157 ס' 67–69 ב' לחוק ההוצאה לפועל, התשכ"ז-1967. בנוסף, ראש ההוצאה לפועל צריך "להביא בחשבון את מצבו הכלכלי של מי שנפתח נגדו תיק בהוצאה לפועל. הוא רשאי לקבוע תשלום לשיעורין; לאחד תיקי הוצאה לפועל ולקבוע סכום חודשי אחד שיחולק בין הנושים; להגביל עיקול על סכומי הכנסה של החייב, כדי שקודם יוכל הוא לפרנס את עצמו ובני משפחתו הקרובים; למנוע הטלת עיקול על חפצים בסיסיים המשמשים לקיום היומיומי של החייב ובני משפחתו ועוד". עניין בנק ירושלים, לעיל ה"ש 13. גם במסגרת סדר הדין האזרחי ניתן להתחשב בדל באמצעות כלים נוספים כגון פטור מתשלום אגרה על פי תקנה 13 לתקנות בית משפט (אגרות), התשמ"ח-1987 או הפחתה בגובה ערובה או עירבון. ראו חמי בן נון **הערעור האזרחי** 365–368 (2004).

מעניק לשופטים שיקול דעת לשיקול שיקולי "צדק", אך טבעי הוא כי במסגרת זו יבואו לידי ביטוי שיקולי "צדק חלוקתי". לעומת זאת, תחולת שיקולי צדק חלוקתי במסגרת מושג "תום הלב", במסגרת חובת הזהירות ותוכנה בעולת הרשלנות, במסגרת דיני הראיות או במסגרת אכיפת פסקי חוץ, עלולה ליצור תוצאה הקרובה למודל של תחולה ישירה, ועקב כך לשנות לחלוטין את האדנים שעליהם מבוסס המשפט הפרטי. יישום מודל התחולה העקיפה המסויג המוצע על ידנו, יסייע בקידום הקוהרנטיות של שיטת המשפט הישראלית שבה שיקולים אלה מובאים כיום בחשבון באופן שונה על ידי שופטים שונים, דבר הפוגע בעקרון המידתיות ואף בעקרונות העקיבות, הוודאות והיכולת להסתמך על תקדימים.