

אבד בתרגום: על זכויות תביעה בנוזיקין של חדלי פירעון*

רונן פרי**

מאמר זה בוחן אם זכות התביעה בנוזיקין של חדל פירעון והפיצויים המגיעים או משולמים בעקבות מימושה אמורים להישאר בידי הקורבן או לעבור לידי הנאמן בהליכי חדלות הפירעון לצורך חלוקה בין הנושים. בפרשת **ידידיה** נקבע על יסוד פרשנות סעיף 21 לפקודת הנוזיקין כי תביעה בגין נזקי גוף ופירותיה נותרים בידי הקורבן, ואילו תביעה בגין נזקי רכוש ופירותיה עוברים לנאמן. בפרשת **גינר** חולל בית המשפט העליון מהפכה כשקבע כי גם הזכות לפיצוי בגין הפסדי השתכרות במקרים של פגיעה גופנית (עבור התקופה שעד למתן הפטר בהליך חדלות הפירעון) עוברת לידי הנאמן, בניגוד לזכות התביעה בגין ראשי נזק אחרים אשר נותרת בידי פושט הרגל. המאמר טוען שהתוצאה אליה הגיע בית המשפט בפסק הדין המאוחר אמנם נכונה מבחינה משפטית, אולם ההנמקה שגויה. בראש ובראשונה, המאמר מראה כי השינוי שהתחולל בעניין **גינר** התבסס למעשה על פרשנות בניגוד ללשונה המפורשת של פקודת הנוזיקין, פעולה שיפוטית מרחיקת לכת שאמורה להיות נדירה ביותר אף בשיטת הפרשנות המקובלת בישראל, מבלי שהתקיימה אחת הנסיבות החריגות והמיוחדות המצדיקות מהלך כזה. לאחר מכן קורא המאמר תיגר על הנימוקים הפורמליים והמהותיים שהציע בית המשפט העליון בעניין **גינר** לפרשנות החדשה. לבסוף, המאמר מסביר כי אילולא אבדה אבחנה לשונית חשובה בתרגום הנוסח האנגלי של פקודת הנוזיקין לעברית, בתי המשפט היו יכולים לקבוע באופן ברור ומייד, ללא צורך בלוליניות שיפוטית, כי זכות התביעה בגין פגיעה בכושר ההשתכרות עוברת לידי הנאמן בהליכי חדלות הפירעון.

- א. מבוא. ב. המהפכה המשפטית. 1. המסגרת הסטטוטורית. 2. הפרשנות המסורתית. 3. הפרשנות החדשה. ג. ביקורת. 1. פרשנות בניגוד ללשון. 2. הנימוקים הפורמליים לפרשנות החדשה. 3. הנימוקים המהותיים לפרשנות החדשה. 4. אבד בתרגום. ד. סיכום.

א. מבוא

מאמר זה עוסק בסוגיה משפטית שהיא, מצד אחד, בעלת חשיבות עצומה עבור נשות ואנשי המעשה, ומצד שני, אינה מופשטת ותאורטית דיה כדי לצוד את עינם של חוקרות וחוקרי משפט בני זמננו. עסקינן באלה אשר נגזרה עליהם פורענות כפולה, באשר נקלעו למצוקה כלכלית קשה שהובילה להליכי חדלות פירעון ובנוסף לכך נפלו קורבן למעשה נוזיקין. לעיתים הפורענות האחת גוררת או

* המאמר נכתב לכבודו של המשנה לנשיא בית המשפט העליון (בדימוס) אליעזר ריבלין ועתיד להתפרסם גם בספר אליעזר ריבלין (בהוצאת המשפט ונבו).

** פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה. אני מודה לעומר קמחי ולחברות וחברי מערכת "המשפט" על הערותיהם המועילות לטיטות המאמר.

מעצימה את רעותה, ולפעמים כל אחת עומדת על רגליה שלה. השאלה היא אם בנסיבות אלה עילת התביעה בנוזיקין והפיצויים המגיעים או משולמים בעקבות מימושה נותרים בידי הקורבן, או עוברים לידי הנאמן בהליכי חדלות הפירעון לצורך חלוקה בין הנושים.

שאלה זו זכתה למענה חותך לפני יותר מיובל שנים, זמן קצר לאחר פרסום נוסחה החדש העברי של פקודת הנוזיקין. נקבע אז כי תביעה בגין נזקי גוף ופירותיה נותרים בידי הקורבן, ואילו תביעה בגין נזקי רכוש ופירותיה עוברים לנאמן.¹ אלא שלאחרונה חולל בית המשפט העליון מהפכה כשקבע כי גם הזכות לפיצוי בגין הפסדי השתכרות במקרים של פגיעה גופנית (עבור התקופה שעד למתן הפטר בהליך חדלות הפירעון) עוברת לידי הנאמן.² טענתי, בקליפת האגוז, היא שהתוצאה שאליה הגיע בית המשפט בפסק הדין המאוחר אומנם הייתה נכונה מבחינה משפטית, אולם ההנמקה הייתה שגויה ונבעה בסופו של דבר ממגבלות התרגום לעברית של הנוסח המקורי האנגלי של פקודת הנוזיקין.

פרק א מציג בשיטתיות את ההתפתחות המשפטית. תת־פרק 1 מנתח את סעיף 21 לפקודת הנוזיקין הקובע את המסגרת הסטטוטורית לבחינת זכויות תביעה בנוזיקין של חדלי פירעון ונגדם. תת־פרק 2 מסביר את שלושת מרכיביה של הלכת **ראובן**,³ אשר קבעה את ההבחנה המסורתית בין עילות תביעה בגין נזקי רכוש, העוברות לנאמן, לבין עילות תביעה בגין נזקי גוף, הנותרות בידי פושט הרגל, ודחתה את הניסיונות להבחין בין העילה לבין פירותיה ובין ראשי נזק ממוניים לבלתי ממוניים. תת־פרק 3 מראה כיצד סייג בית המשפט העליון את הלכת **ראובן** בפסק הדין **גינר**,⁴ בקובעו שזכות התביעה בגין פגיעה בכושר ההשתכרות של פושט הרגל במקרה של פגיעה גופנית עוברת לנאמן, בניגוד לזכות התביעה בגין ראשי נזק אחרים. בית המשפט אומנם הסכים לקיים דיון נוסף על החלטה זו, אך בסופו של יום החליט להותירה על כנה.⁵

פרק ב מותח ביקורת על המהפכה השיפוטית. תת־פרק 1 טוען כי השינוי שהתחולל בעניין **גינר** הצריך, על פי הנחותיו של בית המשפט באותו מקרה, פרשנות בניגוד ללשונה המפורשת של פקודת הנוזיקין. פרשנות בניגוד ללשון נתפסת כפעולה שיפוטית רדיקלית ומסוכנת, שמרבית שיטות הפרשנות הנוהגות (כגון טקסטואליזם, אינטנציונליזם ואף הפרשנות התכליתית המקובלת בישראל) מסתייגות ממנה. סטייה מן הלשון המפורשת נסבלת רק בשיטות פרשנות שאינן מילוליות ורק אם קיים צידוק מיוחד שעוצמתו תואמת את מידת החריגה מן הלשון. המסגרת המשפטית שמתווה פקודת הנוזיקין לטיפול בנוזקי חדל הפירעון אינה מייצרת, באופן כללי או בפרשת **גינר**, את הנסיבות החריגות והמיוחדות שעשויות להצדיק סטייה כזו, ובית המשפט אף לא ניסה לטעון לקיומן של נסיבות כאלה.

תת־פרק 2 דוחה בזה אחר זה את הנימוקים הפורמליים שהציע בית המשפט העליון בעניין **גינר** לפרשנות החדשה. תת־פרק 3 מצביע על חולשת הנימוקים המהותיים שהוצעו לסיוגה של הלכת **ראובן**, המתבססים על תכלית דיני פשיטת הרגל ודיני הנוזיקין, באופן המדגיש עוד יותר את חשיבות הדיוק של הניתוח הלשוני. לבסוף, תת־פרק 4 מסביר כי אילו היו בתי המשפט בוחנים את המקור האנגלי של סעיף 21 לפקודת הנוזיקין, הם היו מסיקים באופן ברור ומייד, ללא צורך בלוליינות שיפוטית, כי זכות התביעה בגין פגיעה בכושר ההשתכרות עוברת לידי הנאמן בהליכי

¹ ראו להלן פרק א.2.

² ראו להלן פרק א.3.

³ ע"א 38/68 הנאמן בפשיטת-רגל של ראובן נ' ראובן, פ"ד כב(2) 141 (1968).

⁴ ע"א 10217/16 ב.ת.ב. – בניני תעשיה באר-שבע בע"מ נ' גינר (נבו) 17.1.2019.

⁵ דני"א 1996/19 קוגן נ' ב.ת.ב. – בניני תעשיה באר-שבע בע"מ (נבו) 11.1.2021.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

חדלות הפירעון. אם כך, בית המשפט בעניין ג'ינר אומנם הגיע לתוצאה הנכונה, אולם על בסיס הנחות שגויות שהצריכו מהלך פרשני בעייתי.

ב. המהפכה המשפטית

1. המסגרת הסטוטורית

סעיף 21 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]⁶ עוסק בזכויות תביעה בנזיקין של פושט רגל (כיום יחיד חדל פירעון) ונגדו. הנוסח העברי המקורי של הסעיף היה סבוך יחסית. חלקו העיקרי הורה כי "על אף האמור בפקודת פשיטת רגל... יכול פושט רגל להיות תובע ונתבע על עוולה, אך לא תוגש תובענה על עוולה לזכותם של נכסי פושט רגל או לחובתם". לכלל זה נקבעו כמה סייגים, שהעיקרי שבהם הופיע בסעיף 21(1): "הזכות לתבוע על עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי פושט רגל תעבור לידי הנאמן או תמומש בידי". מהבחינה הלשונית, ההבחנה הראשית היא בין זכויות תביעה של פושט הרגל לבין זכויות תביעה נגד פושט הרגל.

בכל הנוגע לזכויות בנזיקין נגד פושט הרגל, הפקודה קבעה (בסעיף 21) שניתן לממשן באמצעות תביעה נגד פושט הרגל, אך לא באמצעות תביעה נגד נכסי פושט הרגל. הוראה זו התיישבה עם הוראת סעיף 172(1) לפקודת פשיטת רגל [נוסח חדש]⁷, שלפיה תביעות לדמי נזק בלתי קצובים שאינן נובעות מחוזה או מהבטחה (בעיקר תביעות נזיקין) אינן בנות תביעה בהליך פשיטת רגל. ככלל, צו כינוס נכסים במסגרת הליך פשיטת רגל הביא לעיכוב כלל ההליכים המשפטיים התלויים ועומדים ולאיסור על פתיחת הליכים חדשים נגד החייב והותיר את הדיון בכולם בידי בית המשפט הדין בהליך פשיטת הרגל.⁸ אולם, הוראה זו חלה אך ורק על חובות בני תביעה בפשיטת רגל, ומכיוון שתביעת נזיקין הוצאה מן ההגדרה של חוב בר תביעה בפשיטת רגל, הניזוק היה יכול להמשיך לנהל תביעת נזיקין או להגיש תביעת נזיקין חדשה כנגד פושט הרגל גם לאחר צו הכינוס.⁹ החיוב שנוצר עם מתן פסק דין בתביעת נזיקין כנגד פושט רגל היה בר תביעה וניתן למימוש בהליכי פשיטת הרגל. בכל הנוגע לזכויות תביעה של פושט הרגל, הפקודה קבעה הבחנה משנית בין שני מצבים. זכות תביעה על עוולה שגרמה "נזק ממון לנכסי פושט רגל" עברה לידי הנאמן על נכסיו של החייב בהליך פשיטת הרגל ומומשה על ידו. לעומת זאת, זכויות תביעה על עוולות אחרות שפגעו במושט הרגל ניתנות היו למימוש על ידי פושט הרגל עצמו, ולא על ידי הנאמן. השאלה הפרשנית החשובה שמעוררת הבחנה זו היא אימתני נגרם נזק ממון לנכסי פושט הרגל, שכן אם נגרם נזק כזה – זכות התביעה עוברת לידי הנאמן בפשיטת הרגל, ואם נגרם נזק אחר – זכות התביעה נותרת בידי פושט הרגל. הפולמוס השיפוטי על פרשנות הביטוי "נזק ממון לנכסי פושט רגל" הוא העומד במרכז של רשימה זו.

לצורך השלמת התמונה חשוב להזכיר כי בשנת 2018, במסגרת רויזיה בדיני פשיטת הרגל, תוקנה גם פקודת הנזיקין. סעיף 364 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי (להלן: חוק חדלות

⁶ ס' 21 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

⁷ ס' 171(1) לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש], התש"ס-1980.

⁸ ס' 20(א) לפקודת פשיטת רגל.

⁹ ראו שלמה לוין ואשר גרוניס פשיטת רגל 115 (מהדורה שנייה 2000). עיקרון זה יושם בין היתר בע"א 1516/99 לוי נ' חייג'אזי, פ"ד נה(4) 730, 742 (2001); ת"א (מחוזי מ"ר) 23450-05-13 מדינת ישראל נ' אברג'יל, פס" 9 (נבו 31.1.2017); ת"א (מרכז) 36782-05-13 בסון נ' פסיפס אירוח וסגנון חיים בע"מ (19.3.2015); ת"א (שלום ת"א) 18-05-19856 פלונית נ' משיח (28.6.2020); ת"א (שלום חי) 45862-02-18 תוהמי נ' באבילו (23.12.2018); תא"ם (שלום ת"א) 17-09-17 8287 איי.די.איי. חברה לביטוח בע"מ נ' פרי, פס" 8-9 (נבו 31.12.2018); ת"א (שלום קריות) 43345-04-15 פלוני נ' הרוט, פס" 9-17 (4.6.2017); סע"ש (אזורי ת"א) 34015-12-17 מרב – מזון כל בע"מ – שוקר, פס" 13-14 (נבו 5.5.2019).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

פירעון¹⁰ הכניס שני שינויים חשובים בסעיף 21 לפקודה. ראשית, נושא התביעות נגד פושט רגל הוצא מסעיף 21 והוסדר על ידי חוק חדלות פירעון. הדבר נעשה על ידי החלפת הרישה של הסעיף בנוסח "מי שניתן נגדו צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון... יכול לתבוע על עוולה". האפשרות להיתבע על עוולה אינה נזכרת עוד, וזכויות תביעה בנוזיקין נגד פושט הרגל ממומשות כעת כמו כל תביעת חוב אחרת, לפי סעיפים 209 ואילך לחוק חדלות פירעון.¹¹

שנית, מעמדן של תביעות בנוזיקין של פושט רגל הוסדר בצורה פשוטה ובהירה יותר. מי שניתן לגביו צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון אומנם יכול לתבוע על עוולה, אבל (כפי שהיה בעבר) "הזכות לתבוע על עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי מי שניתן לגביו צו [כאמור] תעבור לידי הנאמן או תמומש בידיו". לשון אחר: ההבחנה בין עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי פושט הרגל לבין עוולות אחרות נותרה בעינה, ועימה השאלה הפרשנית היסודית: אימתי נגרם נזק ממון לנכסי פושט הרגל? לשאלה פרשנית זו נפנה כעת.

2. הפרשנות המסורתית

פסק הדין המנחה בסוגיית מעמדן של זכויות תביעה בנוזיקין של פושט רגל ניתן לפני יותר מחמישים שנים בעניין **ראובן**.¹² המשיב באותה הפרשה נפגע בתאונת דרכים. כעבור קצת יותר מחצי שנה הוכרז כפושט רגל וניתן נגדו צו קבלת נכסים ולאחר כשבועיים נוספים הגיע לפשרה עם חברת הביטוח אשר ביטחה את הרכב שהיה מעורב בתאונה. חברת הביטוח העבירה כמחצית מסכום הפיצויים לכונס הנכסים הרשמי, אשר הודיע לה על צו קבלת הנכסים. בית המשפט המחוזי הורה לכונס הנכסים הרשמי להעביר את הסכום למשיב, והנאמן בפשיטת הרגל ערער. בהחלטתו בערעור קבע בית המשפט העליון שלוש הלכות חשובות.

ראשית, נפסק שסעיף 21 לפקודת הנוזיקין חל לא רק על זכות התביעה של פושט הרגל, אלא גם על פירות התביעה, כלומר הפיצויים המתקבלים בעקבות מימוש זכות זו, בין בהליך משפטי ובין בהסכם מחוץ לכותלי בית המשפט.¹³ אם זכות תביעה מסוימת עוברת לנאמן בפשיטת הרגל, גם פירות אותה התביעה עוברים לידי הנאמן, ולהפך.¹⁴ ביתר דיוק: זכות תביעה בגין "נזק ממון לנכסי פושט רגל" וגם פירותיה של תביעה כזו עוברים לידי הנאמן, ואילו זכות תביעה בגין נזקים אחרים ופירותיה של תביעה כזו נותרים בידי פושט הרגל.

הנימוק העיקרי לקביעה זו היה פורמלי. פסק הדין בעניין **ראובן** ניתן בשנת 1968, כאשר בית המשפט העליון היה עדיין מחויב, מכוח הוראתו המפורשת של סעיף 1 לפקודת הנוזיקין, לפרש את הוראותיה "לפי עיקרי הפרשנות המשפטית המקובלים באנגליה" ובכפוף לחזקה שמשמעות ביטויים המשמשים בפקודה היא "כמשמעות הנודעת למקבליהם במשפט האנגלי".¹⁵ המונח "זכות לתבוע על עוולה" ודומים לו פורשו בפסיקה האנגלית ככוללים את הזכות לפירות התביעה,

¹⁰ ס' 364 לחוק חדלות פירעון ושיקום כלכלי, התשע"ח–2018.

¹¹ עם זאת, ס' 529 (ביחד עם ס' 121(3) לחוק חדלות פירעון מאפשר לבית משפט של חדלות פירעון להוציא את ניהול התביעה הנוזיקית ממסגרת הליכי חדלות הפירעון ולהעבירה להכרעת בית משפט רגיל. כך או כך, שאלת אחריותו של החייב בנוזיקין נבחנת על פי דיני הנוזיקין.

¹² עניין **ראובן**, לעיל ה"ש 3.

¹³ שם, בעמ' 143–144.

¹⁴ שם.

¹⁵ רק שנים אחדות לאחר שניתן פסק הדין תוקנה פקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948, ונקבע בה ש"כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותה או ביטויים שבו לפי דיני אנגליה או לפי עיקרי פרשנות משפטית המקובלים באנגליה – לא תהיה עוד הוראה מחייבת". הנוסח המקורי של ס' 15(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח–1948, ע"ר תוס' א 1. זה היה גם הנוסח שהוסף בחוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), התשל"ב–1972, ס"ח 51. ס' 1 אומנם לא בוטל רשמית (ועל כן מופיע בספר החוקים), אך הפך לאות מתה.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

כך שאם נשמרה זכות התביעה בידי פושט הרגל, לא ניתן היה ליטול ממנו את פירותיה.¹⁶ בהתאם לכך הכריע בית המשפט העליון שגם אצלנו דין הפירות כדין העץ.¹⁷ בית המשפט הוסיף כי אין שום היגיון בהותרת זכות תביעה בידי פושט הרגל אם פירותיה עוברים לידי הנאמן, שהרי אם ידע שהפירות ייגזלו ממנו, לא יהא לו תמריץ לממש את הזכות: המזיק יצא נשכר בלית תביעה, הניזוק יצא נפסד, ולנושים בלאו הכי לא תצמח כל תועלת.¹⁸

שנית, בית המשפט העליון קבע כי הנאמן מקבל אך ורק את עילות התביעה שעומדות לפושט הרגל בגין נזקי רכוש (ופירותיהן), בעוד שכל עילת תביעה בגין נזקי גוף (על פירותיה) נותרת בידי פושט הרגל וניתנת למימוש על ידו. ההסבר לכך נעוץ בלשונו של סעיף 21. המחוקק העביר לנאמן רק את "הזכות לתבוע על עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי פושט רגל". את המושג "נזק ממון לנכסי פושט רגל" פירש בית המשפט על בסיס הגדרת המושגים "נזק ממון" ו"נכס" בסעיף 2 לפקודת הנזיקין. "נזק ממון" הוא "הפסד או הוצאה ממשיים הניתנים לשומה בכסף ואפשר למסור עליהם פרטים", ו"נכס" מוגדר כ"מקרקעין או מיטלטלין". לכן מה שעובר לנאמן הוא "נזק ממון שנגרם לנכסי פושט הרגל, כלומר – למקרקעיו ולמיטלטליו, ולא לגופו".¹⁹ בית המשפט אף הציג פסיקה אנגלית התומכת בפרשנות זו.²⁰ סיכומו של דבר, נזק רכוש הוא נזק ממון לנכסי פושט הרגל, ולכן תביעה בגינו עוברת לנאמן; נזק גוף אינו נזק ממון לנכסי פושט הרגל, ולכן תביעה בגינו אינה עוברת לנאמן, כולה או מקצתה.²¹ בהינתן הבחנה זו, אם מעשה הנתבע גרם נזק הן לגופו והן לרכושו של התובע, נוצרות שתי עילות תביעה נפרדות מבחינת דיני הנזיקין ומופרדות לצורך הליכי פשיטת הרגל: עילת התביעה בגין נזקי הרכוש אשר עוברת אל הנאמן, ועילת התביעה בגין נזק הגוף אשר אינה עוברת אל הנאמן ונשארת בידי פושט הרגל.²²

שלישית, בית המשפט דחה את טענתו של כונס הנכסים הרשמי שלפיה זכות התביעה בגין נזק גוף ניתנת לפיצול לנזקים ממוניים ובלתי ממוניים, באופן שהזכות לפיצוי בגין נזקי ממון עוברת לידי הנאמן והזכות לפיצוי בגין נזקים שאינם ממוניים נותרת בידי פושט הרגל. נפסק כי מנוסח סעיף 21 "עולה ברורות כי המחוקק העביר לנאמן רק זכות תביעה על עוולה הגורמת נזק ממון לרכוש. משמע, שדמי נזק מכל סוג שהוא המגיעים בשל עוולה הגורמת נזק לגוף אינם עוברים לנאמן ונשארים בידי פושט הרגל".²³ לדעת בית המשפט בפרשת **ראובן**, עילת תביעה בגין נזק גוף אינה ניתנת ל"פיצול" לצורך הליכי פשיטת הרגל. כפי שנראה מיד, מסקנה שלישית זו היא היחידה שבית המשפט העליון הסכים, כעבור שנים, לסגת ממנה. במרבית התביעות על נזקי גוף ראשי הנזק הממוניים הם המרכיב העיקרי של הפיצויים,²⁴ ועל כן ברורה חשיבותה המעשית העצומה של השאלה מי יקבל מרכיב זה.

במשך יותר מיובל הסתמכו בתי המשפט בכל הערכאות על ההלכות שנקבעו בעניין **ראובן**.²⁵ המצב המשפטי היה יציב וברור לניזוקים, למזיקים, לנושים, לחברות ביטוח. יחד עם זאת, בין

¹⁶ בית המשפט הסתמך על שלושה פסקי דין ותיקים למדי: *Beckham v. Drake*, 9 E.R. 1213 (1849); *In re Wilson*, 8 Ch. 364, 366-67 (1878); *Rose v. Buckett*, 2 K.B. 449 (1901).

¹⁷ עניין **ראובן**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 144.

¹⁸ שם.

¹⁹ שם.

²⁰ שם, בעמ' 1228; עניין *Beckham v. Drake*, לעיל ה"ש 16, בעמ' 1223.

²¹ עניין **ראובן**, לעיל ה"ש 3, בעמ' 144.

²² שם, בעמ' 145.

²³ שם.

²⁴ ע"א 10064/02 "מגדל" **חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**, פ"ד ס(3) 13, 25 (2005): "ראש הנזק של הפסד ההשתכרות משמש, תכופות, מרכיב מרכזי בפסיקת הפיצויים בגין נזקי גוף".

²⁵ ראו למשל ע"א 456/71 **פילוסוף נ' מדינת ישראל**, פ"ד כה(2) 604, 608 (1971).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

שופטי הערכאות הנמוכות הלכו וגברו הקולות שקראו לשינוי ההלכה.²⁶ הביקורת התמקדה בכך שהלכת **ראובן** שללה מנושיו של פושט רגל שנפגע בגופו גישה לכל מרכיבי הפיצוי, לרבות פיצוי בגין אובדן השתכרות וכושר השתכרות שאמור להחליף הכנסה המגיעה ברגיל לידי הנאמן בפשיטת רגל.²⁷

3. הפרשנות החדשה

השינוי במעמד של פושט רגל בדיני הנזיקין אירע, כאמור, בחלוף יותר מחמישים שנים. בעניין **גינר**,²⁸ כמו בעניין **ראובן**, נפגע המשיב בתאונת דרכים.²⁹ כעבור זמן מה הגיש בקשה להכרזתו כפושט רגל, ולאחר מתן צו לכינוס נכסים ניתן תוקף של פסק דין להסכם פשרה בינו לבין הנתבעים בתביעה לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים.³⁰ המשיב טען כי אין להעביר את הפיצויים שקיבל לנאמן בפשיטת הרגל והסתמך, כצפוי, על הלכת **ראובן**, שלפיה הפיצויים שהתקבלו בעקבות תביעת נזיקין בגין נזק גוף, ולא רק עילת התביעה העומדת ביסודם, אינם עוברים לקופת פשיטת הרגל.³¹ בית המשפט המחוזי קיבל את הטענה.³² בערעורה לבית המשפט העליון ביקשה אחת מבעלות החוב לבטל את הלכת **ראובן** ולהעביר את מלוא הפיצוי שניתן בגין נזקי הגוף לקופת פשיטת הרגל, או, לחלופין, להעביר לקופה זו את הפיצוי בגין הנזקים הממוניים (אובדן כושר השתכרות, החזרי הוצאות).³³ לשכת עורכי הדין הצטרפה להליך כידידת בית המשפט וקראה לדבוק בהלכת **ראובן** על כל מרכיביה.³⁴

השופטת **וילנר**, בהחלטה מהפכנית, סייגה את הלכת **ראובן** על ידי ביטול חלקה השלישי וקביעת הבחנה בין ראשי נזק שונים בתביעות בגין נזקי גוף. נקודת המוצא של השופטת הייתה זהה לזו של בית המשפט בעניין **ראובן**: הזכות לתבוע בגין עוולה שגרמה "נזק ממון לנכסי פושט רגל" עוברת לידי הנאמן או ממומשת על ידו, והמושגים "נזק ממון" ו"נכס" מתפרשים על פי הגדרותיהם בסעיף 2 לפקודת הנזיקין.³⁵ עם זאת, לדבריה, הגדרת המושג "נכס" השתנתה בעשורים שחלפו מאז שניתן פסק הדין בעניין **ראובן**.³⁶ בפרט, בתי המשפט החלו להתייחס לכושר ההשתכרות של אדם כ"נכס" לצורך דיני הנזיקין.³⁷ מכך הסיקה השופטת כי "פרשנות עדכנית של סעיף 21(1) לפקודת הנזיקין... מובילה למסקנה לפיה 'עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי פושט רגל' כוללת אף עוולות שגרמו נזק ממון לכושר השתכרותו של פושט הרגל".³⁸ בנוסף לכך ציינה השופטת כי ההלכה האנגלית שעליה נסמכה הלכת **ראובן** השתנתה, וכעת מוכרת גם במשפט האנגלי הבחנה בין פיצוי בגין הפסד השתכרות לבין פיצוי בגין נזקים אחרים, כאשר הרכיב הראשון עובר לנאמן בפשיטת רגל.³⁹ לבסוף

²⁶ ראו למשל פש"ר (חיי) 20767-08-18 **מטיאש נ' כונס נכסים רשמי מחוז חיפה והצפון**, פס' 4-6 (נבו 3.12.2018); פש"ר (חיי) 48710-03-17 **גרנות נ' כונס נכסים רשמי מחוז חיפה והצפון**, פס' 4-6 (נבו 16.1.2018); פש"ר (חיי) 11177-03-17 **טרביה נ' כונס נכסים רשמי מחוז חיפה והצפון**, פס' 4-6 (נבו 9.11.2017); פש"ר (נצי) 39899-02-16 **חאג' יחיא נ' כונס הנכסים הרשמי** (נבו 30.10.2017); פש"ר (חיי) 569-05 **מיכאלוב נ' נוימן**, פס' 53-59 (נבו 1.10.2014).

²⁷ שם.

²⁸ עניין **גינר**, לעיל ה"ש 4.

²⁹ שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³⁰ שם, בפס' 4 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³¹ שם, בפס' 5 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³² שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³³ שם, בפס' 9-12, 14-15 לפסק הדין של השופטת וילנר. פסק הדין עוסק גם במקרה נוסף שעובדותיו דומות מאוד לאלה של מקרה **גינר** – עניין **קוגן**, לעיל ה"ש 5, אשר נתן את שמו לפסק הדין בדיון הנוסף.

³⁴ עניין **גינר**, שם, בפס' 21-25 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³⁵ שם, בפס' 28 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³⁶ שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³⁷ שם. השופטת וילנר הסתמכה על שלושה פסקי דין של השופט ריבלין, והסתמכות זו תידון להלן בפרק ב.2.

³⁸ שם, בפס' 34, 57 לפסק הדין של השופטת וילנר.

³⁹ שם.

כתבה השופטת כי ניתוק הזיקה למשפט האנגלי בחוק יסודות המשפט⁴⁰ מערער את בסיסה של הלכת **ראובן**, שנשמכה במידה רבה על פסיקה אנגלית.⁴¹

לצד הנימוקים הפורמליים, השופטת הוסיפה כי הפרשנות המעניקה לנאמן בפשיטת רגל זכות לתבוע בגין עוולה שפגעה בכושר ההשתכרות של פושט הרגל עולה בקנה אחד עם תכליות דיני פשיטת הרגל ודיני הנזיקין. סעיף 111 לפקודת פשיטת הרגל הסמיך את בית המשפט להורות לפושט רגל לשלם לנאמן תשלומים עיתיים מתוך משכורתו (והכנסות אחרות) ולהקציב לפושט הרגל סכומים הדרושים למחייתו ולמחיית התלויים בו מתוך סכום זה. הדבר נועד, מחד גיסא, לאפשר כינוס נכסי החייב לשם חלוקתם ההוגנת והיעילה בין נושיו, ומאידך גיסא, לאפשר שיקום של חיי החייב.⁴² העברת רכיב הפיצוי בגין פגיעה בכושר השתכרות של פושט רגל לנאמן משרתת תכליות אלה, שכן הפיצוי על פגיעה בכושר השתכרות מחליף את ההשתכרות שעליה חל סעיף 111.⁴³ מנקודת המבט של דיני הנזיקין, העברת הפיצוי בגין פגיעה בכושר השתכרות לקופת הכינוס מעמידה את פושט הרגל במצב שבו היה מצוי לולא העוולה – אז משכורתו ממש הייתה עוברת לקופת הכינוס.⁴⁴ אם פושט הרגל יורשה לשמור בידיו את הסכומים ה"מחליפים" סכומים שהיו עוברים לנושים, מצבו יהיה טוב יותר מהמצב שבו היה לולא העוולה.⁴⁵

סיכומו של דבר: פגיעה בכושר השתכרות היא "נזק ממון לנכסי פושט רגל" לצורך סעיף 21 לפקודת הנזיקין, ועל כן זכות התביעה בגינה והפיצויים המתקבלים בעקבות מימושה עוברים לידי הנאמן בפשיטת הרגל.⁴⁶ בה בעת, אין הנאמן רוכש את הזכות לפיצוי או את הפיצוי בראשי הנזק האחרים, בין שהם בלתי ממוניים (כאב וסבל, קיצור תוחלת חיים, פגיעה באוטונומיה) ובין שהם ממוניים (הוצאות טיפול רפואי, עזרת צד ג' וכולי). אלה נותרים בידי פושט הרגל.⁴⁷ השופטת וילנר הבינה כי יישום ההלכה עלול לעורר קושי כאשר התביעה מסתיימת בפשרה, בפסיקה בדרך של פשרה או בפסק דין שבו נקבע פיצוי "גלובלי" (על דרך האומדנה), שאז לא ניתן לדעת מהו בדיוק הסכום שנפסק בגין פגיעה בכושר השתכרות, אשר אותו ורק אותו יש להעביר לנאמן. כדי להתגבר על קושי זה, קבעה השופטת כי בתי משפט הדנים בתביעות נזיקין של ניזוקים שנמצאים בהליכי פשיטת רגל נדרשים לפרט בהחלטתם את רכיב הפיצוי בגין הפסד השתכרות ואופן חישובו ולהימנע ממתן תוקף פסק דין להסכם פשרה שאין בו פירוט כזה.⁴⁸ אם מסיבה כלשהי לא פורט בהחלטה או בהסכם הפשרה הסכום המשולם בגין הפסדי השתכרות או אם התביעה הסתיימה לפני שהתובע הוכרז פושט רגל, בית המשפט הן בהליכי פשיטת הרגל נדרש לחשב סכום זה.⁴⁹

כלל חשוב נוסף ביישום ההלכה הוא שהנאמן יקבל אך ורק את הפיצוי בגין הפסדי השתכרות וכושר השתכרות בתקופה שעד מתן ההפטר, משום שגם לולא הפגיעה, לא היה פושט הרגל נדרש להעביר את שכרו לנושים לאחר אותו מועד.⁵⁰ פושט הרגל יכול לשמור בידיו כל סכום שנפסק בגין אובדן השתכרות וכושר השתכרות בתקופה שלאחר המועד שנקבע למתן הפטר. כמו כן

⁴⁰ חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980.

⁴¹ עניין **גינר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 35 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴² שם, בפס' 37 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴³ שם, בפס' 38 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴⁴ שם, בפס' 39 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴⁵ שם.

⁴⁶ שם, בפס' 40, 55 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴⁷ שם.

⁴⁸ שם, בפס' 44 לפסק הדין של השופטת וילנר.

⁴⁹ שם.

⁵⁰ שם, בפס' 45, 47 לפסק הדין של השופטת וילנר.

יוכל פושט הרגל לשמור בידי את הסכומים הדרושים לו ולתלויים בו לצורך מחיה בכבוד (כאמור בסעיף 111 לפקודת פשיטת רגל).⁵¹

השופט אלרון בדעת יחיד הסתייג מן הניתוח בהיבט אחד. הוא אומנם הסכים עם השופטת וילנר שהנאמן בפשיטת רגל יכול לקבל את הפיצויים שנפסקו לפושט הרגל בגין אובדן השתכרות וכושר השתכרות ("פירות" העילה).⁵² יחד עם זאת, הוא סבר כי הזכות להגיש ולנהל תביעה בגין נזקי גוף אינה יכולה לעבור לידי הנאמן, אפילו באופן חלקי (דהיינו ביחס להפסדי השתכרות).⁵³ שני טעמים לדבר. האחד הוא מניעת פגיעה חמורה בפרטיות פושט הרגל: הגשה וניהול של תביעה בגין נזקו הגופני כרוכים בבדיקות רפואיות ובמתן חוות דעת לגבי מצבו הרפואי לולא העוולה ובעקבותיה, והעברת הזכות לנאמן תחשוף בפניו מידע הנוגע לצנעת הפרט.⁵⁴ העברת פירות התביעה אינה כרוכה בפגיעה דומה.⁵⁵ הטעם השני הוא מניעת ניגוד עניינים בין הנאמן לבין פושט הרגל. האחרון עשוי להעדיף פשרה על פני התדיינות ממושכת משום הרצון לקבל פיצוי מהיר וודאי ולהימנע מבדיקות פולשניות, בעוד שהנאמן ירצה למקסם את תוחלת הפיצוי תוך נכונות לקחת סיכונים שפושט הרגל היה דוחה.⁵⁶ סעיף 21 נועד לשמר את מהותה האישית של זכות התביעה בגין נזקי גוף ולמנוע מעורבות של הנאמן בניהולה.⁵⁷ הבסיס הלשוני לעמדה זו הוא הקביעה שלפיה "הזכות לתבוע על עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי פושט רגל תעבור לידי הנאמן": במקרה של נזק גוף העוולה גרמה נזק "מעורב", ולכן זכות התביעה לא תעבור לידי הנאמן.⁵⁸ החשש שהעלה בית המשפט בפרשת **ראובן**, שלפיו הותרת זכות תביעה בידי פושט הרגל והעברת הפירות לנאמן ייצרו תמריץ שלא לממש את הזכות, אינו ישים ביחס להפרדה בין זכות לפירות שהציע השופט אלרון מכיוון שהניזוק עדיין יכול לקבל את הפיצוי בראשי הנזק האחרים ואף בגין הפסדי השתכרות לאחר ההפטר.⁵⁹

שתי התפתחויות חשובות אירעו לאחר מתן פסק הדין. ראשית, ההחלטה אומנם פורסמה לאחר חקיקת חוק חדלות פירעון, אך לפני כניסתו לתוקף. על כן כל השופטים הסתמכו על נוסחו המקורי (העברי) של סעיף 21. יחד עם זאת, ההלכה הפרשנית חלה גם על ההסדר החדש.⁶⁰ כלומר, זכות התביעה של מי שניתן נגדו צו לפתיחת הליכים לפי חוק חדלות פירעון בגין אובדן השתכרות וכושר השתכרות עוברת לנאמן וניתנת למימוש על ידו, ואם ניתן פסק דין בתביעה של מי שניתן נגדו צו כזה, הפיצוי בגין אובדן השתכרות וכושר השתכרות עובר לידי הנאמן ומשמש חלק מקופת הנשייה. בידי מי שכנגדו ניתן הצו נותר הכוח האקסקלוסיבי להגיש תביעה בגין מרכיבים אחרים של נזק הגוף והוא יכול לשמור בידי את הפיצויים המתקבלים בגין ראשי נזק אלה.

⁵¹ שם, בפס' 48 לפסק הדין של השופטת וילנר; שם, בפס' 15 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁵² שם, בפס' 1-2, 13 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁵³ שם, בפס' 2, 8, 13 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁵⁴ שם, בפס' 4-5, 8 לפסק הדין של השופט אלרון; שם, בפס' 59 לפסק הדין של השופטת וילנר (השופטת השיבה כי אדם הנכנס להליכי פשיטת רגל מותר בלאו הכי על פרטיותו); עניין **קוגן**, לעיל הי"ש 5, בפס' 11 לפסק הדין של השופט עמית (השופט חוזר על הדברים ומוסיף שהגשת תביעת נזיקין כרוכה תמיד בויתור על פרטיות).

⁵⁵ עניין **גינר**, לעיל הי"ש 4, בפס' 10 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁵⁶ שם, בפס' 6-8 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁵⁷ שם, בפס' 58 לפסק הדין של השופטת וילנר היא השיבה כי החשש מפני ניגוד עניינים הוא בדיוק הסיבה לכך שזכויות התביעה הנוגעות לנכסי החייב עוברות דווקא לנאמן.

⁵⁸ שם, בפס' 9 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁵⁹ שם, בפס' 12 לפסק הדין של השופט אלרון.

⁶⁰ ראו למשל את דברי השופט עמית, אגב אורחא, ברע"א 7542/20 **רשות ניקוז ונחלים שרון נ' נייר חדרה בע"מ**, פס' 12 (נבו 4.2021): "וכיום, לנאמן על נכסי ניזוק שהינו פושט רגל מוקנית הזכות לתבוע בגין עוולה שפגעה בכושר השתכרותו של הניזוק שנחשבה קודם לכן לזכות אישית".

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

שנית, בקשה לקיים דיון נוסף בפסק הדין שבערעור התקבלה בשלהי 2019, וההחלטה בדיון זה פורסמה בינואר 2021.⁶¹ במהלך הדיון חזר בו המבקש מהבקשה ככל שהיא נוגעת לקביעה שלגביה שלושת שופטי הערעור היו תמימי דעים, דהיינו שהנאמן בפשיטת רגל יכול לקבל את הפיצויים שנפסקו לפושט הרגל בגין הפסדי השתכרות. השאלה שנותרה לדיון היא כיצד להכריע במחלוקת שנפלה בין השופטים וילנר וסולברג לבין השופט אלרון לגבי זכות התביעה בגין הפסדי ההשתכרות (להבדיל מפירותיה), ובשאלה זו אומצה דעת הרוב בערעור (כנגד דעתו החולקת של השופט אלרון, אשר נמנה עם חמשת השופטים בדיון הנוסף). עם זאת, השופט עמית קבע שבפועל לא תהיה הפרדה בין שתי תביעות, אחת של פושט הרגל והשנייה של הנאמן. תביעת נזיקין אחת תתנהל (לאחר אישורה על ידי בית המשפט של חדלות הפירעון) על ידי פושט הרגל, ורק אם הלה יסרב בחוסר תום לב לנהל את התביעה, בית המשפט יוכל לאשר לנאמן להיכנס בנעליו.⁶² ברגיל, תפקיד הנאמן הוא לפקח על הליך הנזיקין, ולא להתערב בו.⁶³

ג. ביקורת

1. פרשנות בניגוד ללשון

פסקי הדין **ראובן וג'ינר** אומנם אימצו עמדות פרשניות שונות, אולם נקודת המוצא של שניהם הייתה זהה: פרשנות הביטוי "נזק ממון לנכסי פושט רגל" בסעיף 21 צריכה להתבסס על הגדרות המושגים המרכיבים אותו, "נזק ממון" ו"נכס", בסעיף 2 לפקודת הנזיקין.⁶⁴ דא עקא, "נכס" מוגדר בפקודה כ"מקרקעין או מיטלטלין", "מקרקעין" הם "קרקע, עצים, בתים, בנינים וקירות או מבנים אחרים", ו"מיטלטלין" הם "דומם או חיה, לרבות כסף, פרי עצים וגפנים, דגנים, ירקות ויבולים אחרים ומים, בין בתלוש ובין במחובר".⁶⁵ כאשר ביקש המחוקק לכלול במונח "נכס" גם דברים שאינם מקרקעין או מיטלטלין, בעיקר זכויות בלתי מוחשיות (intangible property), הדבר נעשה במפורש.⁶⁶ בפקודת הנזיקין נבחרה הגדרה צרה יחסית, הכוללת אך ורק מקרקעין ומיטלטלין; הגדרה זו אומנם הפכה לחריגה בחקיקה האזרחית הישראלית,⁶⁷ אך המחוקק נמנע מהרחבתה במשך כמעט שמונים שנים. מבחינה לשונית, אם קבוצת אובייקטים מסוימת מוגדרת ככוללת כל מה שהוא X או Y, ואובייקט נתון אינו X וגם אינו Y, אין הוא יכול להיכנס לגדרי אותה הקבוצה. מכיוון שכושר השתכרות אינו מקרקעין ואינו מיטלטלין, על פי הגדרתם בסעיף 2 ואף לפי משמעותם הרגילה והטבעית, אין הוא יכול להיחשב ל"נכס" לצורך פקודת הנזיקין.⁶⁸ נסכם ונדגיש:

⁶¹ עניין קוגן, לעיל ה"ש 5.

⁶² שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט עמית.

⁶³ שם, בפס' 7 לפסק הדין של השופט עמית.

⁶⁴ השופט סולברג בדעת יחיד קצרה סבר אחרת, ונרחיב על כך בהמשך.

⁶⁵ ס' 1 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971, וס' 1 לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], מגדירים מיטלטלין כ"נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין". למרות שהגדרה זו אינה חלה על חיקוקים שנחקקו לפני שנת 1971 (ס' 15 לחוק המיטלטלין וס' 1 לפקודת הפרשנות) וממילא אינה יכולה לשמש בפרשנות פקודת הנזיקין – שבה יש הגדרה ספציפית לאותו המושג, ספק אם יש הבדל ממשי בין שתי ההגדרות, שהרי גם ההגדרה שבפקודת הנזיקין מונה סוגים של נכסים מוחשיים.

⁶⁶ ראו למשל שלושה חוקים שנחקקו בדיוק באותה השנה שבה נקבע הנוסח החדש של פקודת הנזיקין: ס' 50 לחוק ניירות ערך, התשכ"ח-1968, המגדיר "נכס" כ"מיטלטלין, מקרקעין או זכויות"; ס' 1 לחוק המתנה, התשכ"ח-1968, שלפיו מתנה היא הקניית "נכס", ודבר-המתנה יכול להיות "מקרקעין, מטלטלין או זכויות"; ס' 1 ר' 4 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, שלפיהם "מכר" הוא הקניית "נכס" תמורת מחיר, והחוק חל על מכר מטלטלין, מקרקעין וזכויות. גם ס' 4 לחוק חדלות פירעון מגדיר "נכס" כ"מיטלטלין, מקרקעין או זכויות".

⁶⁷ ראו דוגמאות שם.

⁶⁸ ניתן, לכאורה, לטעון כי הגדרת המושג "מיטלטלין" שבס' 2 לפקודת הנזיקין כוללת גם "כסף", וכי כושר השתכרות הוא סוג של אינטרס כספי הבא, לפיכך, בגדרי אותה ההגדרה. טענה זו אינה משכנעת מכמה טעמים. ראשית, מיטלטלין – על פי משמעותם הטבעית והרגילה – הם אובייקטים פיזיים מוחשיים שאינם מקרקעין. ראו והשוו ס' 1 לחוק המיטלטלין; ס' 1 לפקודת הפרשנות. ההגדרה בס' 2 לפקודת הנזיקין כוללת אובייקטים פיזיים מוחשיים כאלה, ויש להניח לפיכך שהמונח "כסף" המופיע בה הוא כסף במשמעותו הפיזית המוחשית (דהיינו, אמצעי חליפין פיזיים, שטרות

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

בית המשפט בעניין ג'ינר סבר כי את המילה "נכס" בביטוי "נזק ממון לנכסי פושט רגל" יש לפרש בהתאם להגדרתה בפקודת הנזיקין; הגדרת "נכס" בפקודה כוללת לפי לשונה המפורשת אך ורק מקרקעין ומיטלטלין; למרות זאת קבע בית המשפט כי המילה "נכס" כוללת אובדן כושר השתכרות, שאינו עולה כדי מקרקעין או מיטלטלין. אם כך, הפרשנות שאימצו השופטים בפרשת ג'ינר היא פרשנות בניגוד ללשון הפקודה, כפי שהם עצמם תפסו אותה. סבורני שמדובר במהלך שיפוטי רדיקלי אשר לא נעשה ניסיון מספק להצדיקו.

הכלל הבלתי מעורער והבלתי מפתיע בשיטות הפרשנות המודרניות הוא שלמשמעות המיוחסת לחוק בתהליך הפרשנות צריך להיות עיגון בלשון, ואין היא יכולה להיות מנוגדת ללשון. הנשיא ברק ציין לפני שנים רבות כי "מלאכת הפירוש אינה מוגבלת אך למילים, אך המילים מגבילות את הפירוש",⁶⁹ והנחה זו חוזרת בפסיקה⁷⁰ ובכתיבה האקדמית.⁷¹ לכלל זה כמה צידוקים מרכזיים. ראשית, הפרשן אמור לברר מהי משמעות הטקסט, דהיינו להסביר את הכתוב. אם למשמעות המיוחסת לטקסט אין אחיזה בטקסט, אין מדובר בפרשנות, אלא ביצירת טקסט חדש.⁷² שנית, פרשנות בניגוד ללשון החוק אינה מתיישבת עם עקרון הפרדת הרשויות. בהתאם לעיקרון זה, תפקידם העיקרי של בתי המשפט הוא הכרעה בסכסוכים, בעוד שאת המדיניות קובעת הרשות המחוקקת.⁷³ גם בפרשנות חוק יש לשמור על הפרדה זו: השופט נדרש להוציא אל הפועל את מדיניות הרשות המחוקקת, ולא את רצונו שלו.⁷⁴ פרשנות חוק בניגוד ללשון היא בגדר יצירת חוק חדש, ועל כן יש בה משום הסגת גבולו של המחוקק.⁷⁵ נכון הוא שבשיטות המשפט המקובל יש

ומטבעות, שהיו דומיננטיים בשפת היום יום בעת שנחקקה פקודת הנזיקין). שנית, אף אילו הייתה כוונה לכלול במונח "כסף" גם רשומות בנקאיות, מה שנראה בלתי סביר בהתחשב בזמן חקיקת הפקודה, המונח היה משתרע על כסף שכבר נמצא בידי הניזוק, ולא על זכויות לקבל כסף בעתיד מהסוג שאולי עשוי היה להקיף כושר השתכרות. שלישית, כפי שהוסבר, כל אימת שהמחוקק ביקש לכלול בהגדרת "נכס" גם זכויות בלתי מוחשיות – הוא עשה כן במפורש, ולא בצורה מאולצת, ראו לעיל ה"ש 66. רביעית, בית המשפט העליון לא ניסה לטעון שכושר ההשתכרות הוא "כסף" ועל כן בגדר "מיטלטלין", ולא ניתן להציל את השופטים מטעוניהם הפורמלית על ידי הסבר שהם עצמם לא נתנו.
⁶⁹ ד"ר 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד (לו) 715, 701 (1982).

⁷⁰ ראו למשל בג"ץ 142/89 תנועת לאו"ר – לב אחד ורוח חדשה נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מד(3) 529, 547 (1990): "כל משמעות משפטית ששופט נותן ללשון החקיקה צריכה להיות מעוגנת בלשון החוק"; ע"א 3622/96 חכס נ' קופת חולים "מכבי", פ"ד נב(2) 638, 646 (1998): "המשמעות המשפטית של הלשון, אשר נועדה להגשים את התכלית המונחת ביסודה, חייבת להתיישב עם אחת המשמעויות הלשוניות של הטקסט".

⁷¹ ראו למשל אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שני: פרשנות החקיקה 81 (1993) (להלן: ברק **פרשנות במשפט ב**); אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 55 (2003) (להלן: ברק **פרשנות תכליתית**); אהרן ברק "היצירה השיפוטית לסוגיה: פרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט" **הפרקליט** לט 267, 269–268 (התשנ"א) (להלן: ברק "היצירה השיפוטית").

⁷² William J. Michael, *The Original Understanding of Original Intent: A Textual Analysis*, 26 OHIO N.U.L. REV. 201, 211 (2000): "If a jurist deviates from the text of the Constitution, as written and originally understood, the jurist necessarily makes law"; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 55: "הפרשנות היא פעילות רציונלית הנותנת לטקסט המשפטי מובן שהוא יכול לשאת בשפתו... גבול הפרשנות במשפט הוא גבול הטקסט וגבול הטקסט נקבע על ידי גבולות הלשון"; ברק **פרשנות במשפט ב**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 82: "שופט הנותן לטקסט מובן החורג ממשמעותו הלשונית חדל לעסוק בפרשנות"; בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 277 (2004).

⁷³ Mark D. Rosen, *What Has Happened to the Common Law? Recent American Codifications, and Their Impact on Judicial Practice and the Law's Subsequent Development*, 1994 WIS. L. REV. 1119, 1122–23: "allowing unelected judges to make law was inconsistent with democracy"; Karen M. Gebbia-Pinetti, *Statutory Interpretation, Democratic Legitimacy and Legal-System Values*, 21 SETON HALL LEGIS. J. 233, 265 (1997): "law should be created by democratic methods, through the legislature as the representative of the people".

⁷⁴ אהרן ברק "על השקפת-עולם בדבר משפט ושיפוט ואקטיביזם שיפוטי" **עיוני משפט** יז 475, 494–495 (1993); אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון: תורת הפרשנות הכללית 282–283 (1992) (להלן: ברק **פרשנות במשפט א**); חיים ה' כהן **המשפט** 194 (מהדורה שנייה 1999): "השופט מפרש ומבצע את החוק כפי שהוא מוצאו (*lex lata*), לא כפי שהוא היה רוצה לחוקקו (*lex ferenda*)".

⁷⁵ ראו עניין גניס, לעיל ה"ש 72, בעמ' 288; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 54: "השופט כפרשן לא הוסמך ליצור טקסט משפטי חדש. אכן, עם סיום הפעילות הפרשנית מסתיימת הלגיטימיות השיפוטית היונקת חיותה מעקרון הפרדת הרשויות"; שם, בעמ' 57: "במסגרת עקרון הפרדת הרשויות תפקידו החוקתי של השופט כפרשן הוא לפרש טקסט שנוצר על ידי המוסמכים לכך. תפקידו כפרשן אינו מסמיך אותו ליצור טקסט חדש. לשם כך עליו למצוא עיגון מחוץ לדיני הפרשנות"; שם, בעמ' 102: "השופט רשאי להיקרק לנורמות לבר-פרשניות רק אם שיטת המשפט מאפשרת לו לעשות כן".

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

לבתי המשפט כוח ליצור משפט. אולם כוח זה שמור ברגיל למקרים של לקונה⁷⁶ ובדרך כלל מוענק לבתי המשפט במפורש בחוקה או בחוק, כך שאין מדובר בהסגת גבולו של המחוקק.⁷⁷ שלישית, פרשנות בניגוד ללשון אינה מתיישבת עם עקרון עליונות הפרלמנט.⁷⁸ חברות וחברי הרשות המחוקקת נבחרים על ידי הציבור ואחראים כלפיו, ואם אינם ממלאים בנאמנות את שליחותם, הציבור יכול להחליפם. לאור זאת, ולאור העובדה שהכרעות פרלמנטריות מתקבלות ברוב דעות, המחוקק נחשב לנציג אותנטי של רצון הרוב, שהגשמתו (בכפוף להגנה על זכויות הפרט) עומדת ביסוד הדמוקרטיה. שופטות ושופטים אינם נבחרים על ידי הציבור, הציבור אינו רשאי להחליפם והם אינם רשאים להניח שעמדותיהם האישיות משקפות את עמדות הרוב. לכן, הכרעה שיפוטית שאינה מתיישבת עם הכרעת המחוקק חותרת תחת הדמוקרטיה עצמה.⁷⁹ כל עוד לשון החוק מבטאת נאמנה את הכרעת המחוקק, בתי המשפט נדרשים לדבוק בה.⁸⁰ רביעית, פרשנות בניגוד ללשון עלולה לערער את הוודאות המשפטית. המילה החוקה במשמעותה הרגילה מעניקה לחוק את ודאותו.⁸¹ ככל שסטייתם של בתי המשפט מן המשמעות הרגילה והטבעית של הלשון גדולה יותר, וככל שאמות המידה שהסטייה נעשית על פיהן מופשטות יותר, יתקשו נמעני החוק להסתמך עליו בניהול ענייניהם. חמישית, פרשנות בניגוד ללשון מייצרת דין בעל תחולה רטרואקטיבית, לפחות כאשר דין זה מופעל על המקרה שבו אומצה אותה הפרשנות,⁸² וזאת בניגוד לעקרון שלטון החוק במובנו המהותי.⁸³ אין זה פלא, אפוא, שהמחויבות ללשון מאפיינת את כל שיטות הפרשנות הנהוגות כיום בעולם המערבי, חרף ההבדלים ביניהן. בשיטות מילוליות (textualist), שהן לרוב סטטיות-אובייקטיביות,⁸⁴ הפירוש נקבע על פי המובן הטבעי והרגיל של לשון החוק בשעת החקיקה. הדוגלים בגישה פרשנית כזו נאמנים לחלוטין ללשון. הנחתם היא שהטקסט החוק הוא המוצר היחיד שנהנה מלגיטימציה דמוקרטית מכיוון שהוא המוצר היחיד שנוצר בתהליך דמוקרטי ומייצג את

⁷⁶ ברק מבחין בין השלמת חסר לבין פיתוח משפט (שאינו בגדר השלמת חסר). הבחנה זו נראית כמותית יותר מאשר איכותית, הואיל ובסופו של דבר גם פיתוח המשפט, לפחות לפי הדוגמאות המובאות על ידי ברק עצמו, נועד למלא חללים במשפט. ראו למשל ברק "היצירה השיפוטית", לעיל ה"ש 71, בעמ' 271. לא תמיד מדובר אומנם בחוסר שלמות של הוראה מסוימת או של חוק מסוים, אולם ניתן לומר שבית המשפט נדרש להתמודד עם חוסר שלמות של מכלול החקיקה.

⁷⁷ ס' 15(ג)-(ד) לחוקיסוד: השפיטה, כפי שהתפרשו, בין היתר, בבג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא(2) 458, 449 (1987): "משהעניק המחוקק לבית-משפט סמכות לדון בסוגיה פלונית, בלא שניתן לו דין חקוק לפיו נדון, ממילא אצל לו את הסמכות ליצור הלכות שיפוטיות בעניין נושא הסמכות"; ס' 1 לחוק יסודות המשפט.
⁷⁸ ראו Jane S. Schacter, *Metadecracy: The Changing Structure of Legitimacy in Statutory Interpretation*, 108 HARV. L. REV. 593, 594 (1995): "Our legal culture's understanding of the link between statutory interpretation and democratic theory verges on the canonical and is embodied in the principle of 'legislative supremacy'".

⁷⁹ JOHN HART ELY, *DEMOCRACY AND DISTRUST: A THEORY OF JUDICIAL REVIEW* 103 (1980): "In a representative democracy value determinations are to be made by our elected representatives, and if in fact most of us disapprove we can vote them out of office" ; ברק **פרשנות במשפט א**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 274-275; Michael, לעיל ה"ש 72, בעמ' 223.

⁸⁰ Albert Tate, *The "New" Judicial Solution: Occasions for and Limits to Judicial Creativity*, 54 TUL. L. REV. 877, 913 (1980): "If judges freely ground their new solution on a nonlegislative text – such as ideas based on substantive due process or the individual judge's conception of natural law – the door is open to the arbitrary imposition of rules founded primarily upon the conceptions of judges rather than of legislators"; ראו גם ברק **פרשנות במשפט א**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 277.

⁸¹ ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 422 (החזקה שלפיה תכלית החוק עולה מן המשמעות הטבעית והרגילה של הלשון היא אחת מחזקות התכלית המשקפות את השאיפה לביטחון ולוודאות במשפט); כהן, לעיל ה"ש 74, בעמ' 197.

⁸² ANTONIN SCALIA, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* 11–10 (1997); John Gardner, *Legal Positivism: 5½ Myths*, 46 AM. J. JURIS. 199, 214 (2001) (referring to Dworkin).

⁸³ ראו ברק **פרשנות במשפט א**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 292.
⁸⁴ בשיטות פרשנות סטטיות הפרשן מנסה לזהות את משמעות הטקסט בשעת חקיקתו. בשיטות אובייקטיביות הפרשנות מבוססת על אמות מידה חיצוניות לכוונת היוצר. ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 72–77, 165, 170–171, 201.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

הכרעת הרוב באמצעות נבחריו.⁸⁵ על פי גישה זו, לא ניתן לפרש את החוק בניגוד ללשונו המפורשת, אף אם שיקולי מדיניות כבדי משקל תומכים בכך.⁸⁶ בשיטות אינטנציונליסטיות (intentionalist), שהן סטטיות סובייקטיביות,⁸⁷ נעשה ניסיון לזהות מתוך הטקסט, ולרוב גם לאור ההיסטוריה החקיקתית, את הכוונה הסובייקטיבית של המחוקק.⁸⁸ נקודת המוצא של פרשנות אינטנציונליסטית היא שכוונת המחוקק באה לידי ביטוי במשמעות הטבעית והרגילה של לשון החוק.⁸⁹ על כן, גם בשיטות כאלה המשמעות המיוחסת לחוק אינה יכולה, בדרך כלל, לעמוד בסתירה ללשונו.

בשיטות דינמיות-היברידיות,⁹⁰ דוגמת הפרשנות הפרגמטית, או הפרשנות ה"תכליתית" מבית מדרשו של אהרן ברק, מיוחסת לחוק המשמעות המיטבית בשעת הפרשנות תוך התחשבות בכל מקור רלוונטי, לרבות לשון, היסטוריה חקיקתית ובתרחיקתית, תכליות על של החקיקה בכללותה וערכי יסוד של השיטה בזמן הפירוש.⁹¹ משמעות ההתחשבות במגוון מקורות לצורך פרשנות היא שהמשקל שניתן ללשון בשיטות אלה קטן יותר מזה הניתן לה בשיטות מילוליות ואינטנציונליסטיות. השיטות הדינמיות-היברידיות אומנם שוללות ייחוס משמעות הנעדרת עיגון בלשון, מתוך הכרה בכך שפעולה כזו אינה פרשנות כלל.⁹² אולם עוצמת העיגון הלשוני הנדרש היא לעיתים צנועה למדי.⁹³ כך, למשל, ביסוד שיטת הפרשנות ה"תכליתית" הישראלית מונחים לשון החוק ותכליתו, כאשר התכלית מורכבת מן התכלית הסובייקטיבית שעמדה לנגד עיני היוצר ההיסטורי של החיקוק (כוונת המחוקק) ומהתכלית האובייקטיבית המשקפת, בין היתר, את ערכי שיטת המשפט (כוונת המחוקק הסביר או "כוונת השיטה"); הכלל הוא שעם חשיפת תכליתו של החיקוק "יתן הפרשן ללשון הדין אותה משמעות, אשר יותר מכל משמעות אחרת היא מגשימה את תכליתו".⁹⁴ המחויבות ללשון מתבטאת בכלל שלפיו אי אפשר לתת ללשון מובן שהיא אינה יכולה לשאת מבחינה בלשנית, אף אם הדבר מתיישב עם ראיות חיצוניות בדבר תכליתו: למשמעות

⁸⁵ Gebbia-Pinetti, לעיל ה"ש 73, בעמ' 276–278, 314; ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 332. להבחנה בין טקסטואליזם יש לבין טקסטואליזם חדש ראו שם, בעמ' 324–340. באופן כללי ניתן לומר כי הטקסטואליזם הישן ראה במשמעות הרגילה של הטקסט ביטוי מכריע לכוונת המחוקק, ואילו הטקסטואליזם החדש אינו מתעניין כלל בכוונת המחוקק.

⁸⁶ Brogan v. United States, 522 U.S. 398, 408 (1998): "Courts may not create their own limitations on legislation, no matter how alluring the policy arguments for doing so"; INS v. Cardoza-Fonseca, 480 U.S. 421, 452 (1987): "if the language of a statute is clear, that language must be given effect – at least in the absence of a patent absurdity"

⁸⁷ בשיטות פרשנות סובייקטיביות ניתן משקל מכריע לכוונת היוצר. ראו ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 171–170, 165, 77–72.

⁸⁸ להבחנות בין סוגים שונים של אינטנציונליזם ראו שם, בעמ' 69, 72–73, 186–188.

⁸⁹ לגבי פרשנות לפי הכוונה ראו למשל ELY, לעיל ה"ש 79, בעמ' 16: "The most important datum bearing on what N.Y. Stat. Law § 92(b) (2005): "the intention of the Legislature is first to be sought from a literal reading of the act itself, but if the meaning is still not clear the intent may be ascertained from such facts and through such rules as may, in connection with the "where words of a statute are free from ambiguity and language, legitimately reveal it" ; שם, בס' 76: "express plainly, clearly and distinctly the legislative intent, resort may not be had to other means of interpretation"

⁹⁰ בשיטות פרשנות דינמיות הפרשנות נקבעת תוך התחשבות בנסיבות שהתקיימו לאחר מועד היצירה. שיטות היברידיות משלבות בין כוונת היוצר לבין אמות מידה שאינן תלויות בכוונה זו. ראו ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 171–170, 165, 77–72.

⁹¹ שם, בעמ' 77, 201.

⁹² לניתוח תפיסתו הפרשנית של Dworkin, ועל חשיבות הלשון במסגרת תפיסה זו, ראו שם, בעמ' 345–353.

⁹³ ראו דני"פ 1558/03 **מדינת ישראל נ' אסד**, פ"ד נח(5) 547, פס' 18 לפסק הדין של הנשיא ברק (2004); רע"א 3527/96 **אקסלברד נ' מנהל מס רכוש – אזור חדרה**, פ"ד נב(5) 385, 398–399 (1998): "העיגון הלשוני העשוי לשמש בסיס לפרשנות החוק, תלוי בכך שמבחינה בלשנית יוכל לשון החוק לשאת את הפרשנות המוצעת"; עניין **גניס**, לעיל ה"ש 72, בעמ' 277: "הפרשנות מסתיימת במקום שבו הלשון מסתיימת"; עניין **חכם**, לעיל ה"ש 70, בעמ' 646–647; ע"א 165/82 **קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות**, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985); ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 55–60, 133, 136–137, 147, 190–191, 195, 409–411; ברק "היצירה השיפוטית", לעיל ה"ש 71, בעמ' 268–269.

⁹⁴ ראו גם ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 132–134, 157–159; עניין **אסד**, לעיל ה"ש 93, בפס' 17 לפסק הדין של הנשיא ברק.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

הנבחרת צריך להיות עיגון, ולו מזערי, בלשון.⁹⁵ ככל שמשמעות המונח "נכס" נקבעת על פי הגדרתו בסעיף 2 לפקודה, קשה לדבר על עיגון לשוני להתייחסות לאובדן השתכרות כנכס. המסקנה המתבקשת היא שגם אם הכללת כושר ההשתכרות בהגדרת המונח "נכס" מתיישבת עם תכליתו של סעיף 21, או באופן כללי יותר עם תכליתם של דיני הנזיקין ודיני פשיטת הרגל – כפי שטען בית המשפט בעניין ג'ינר, היא נעדרת את אותו עוגן לשוני מזערי.⁹⁶

כלום ישנן נסיבות שבהן בית המשפט יכול לסטות כך מן הלשון? אם כן, האם נתקיימו נסיבות אלה בעניין ג'ינר? סטייה מן הלשון המפורשת אפשרית רק בשיטות פרשנות שאינן מילוליות (שהרי בשיטות המילוליות הנאמנות ללשון מוחלטת) ורק אם ישנו צידוק מיוחד שעוצמתו הולמת את מידת ההתרחקות מן הלשון. צידוק אפשרי אחד הוא שישנן ראיות פוזיטיביות ברורות לכוונת המחוקק, והלשון כפשוטה אינה מבטאת נאמנה כוונה זו.⁹⁷ או אז יטען הפרשן שהחוק נוסח ברישול או בחוסר תשומת לב.⁹⁸ יחד עם זאת, מסקנה שלפיה הלשון אינה מבטאת את הכוונה היא נדירה למדי. כאשר הלשון ברורה וחדמשמעית, הנטל הרובץ על הטוען שהמחוקק התכוון לדבר שונה מזה המשתקף בלשון כבד מאוד.⁹⁹ בית המשפט העליון בעניין ג'ינר כלל לא הצביע על דיסוננס בין כוונת המחוקק לבין ניסוחן של ההגדרות הסטטוטוריות ולא טען לתקלה בניסוח.

צידוק אפשרי שני לסטייה מן הלשון הוא שהלשון לפי מובנה הרגיל מובילה לתוצאה אבסורדית, אשר לא ייתכן שהמחוקק התכוון אליה.¹⁰⁰ ההנחה היא שהמחוקק לא היה מעוניין בתוצאות אבסורדיות, ומכאן שפרשנות המובילה לתוצאה כזו אינה עולה בקנה אחד עם כוונתו המשוערת.¹⁰¹ בשיטת הפרשנות התכליתית הישראלית, ההנחה שלפיה החוק אינו מוליך לאבסורד פועלת הן כחזקה שבעובדה בדבר התכלית הסובייקטיבית (כוונת המחוקק)¹⁰² והן כחזקה שבדין בדבר התכלית האובייקטיבית.¹⁰³ מכל מקום, הפרשנות הנאמנה ללשונו של סעיף 2 לפקודת הנזיקין אינה מגיעה לכדי אבסורד, ובית המשפט בעניין ג'ינר בלאו הכי לא טען אחרת.

⁹⁵ ראו עניין אסד, שם, בפס' 18 לפסק הדין של הנשיא ברק; עניין אקסלברד, לעיל ה"ש 93; עניין גניס, לעיל ה"ש 72, בעמ' 277: "הפרשנות מסתיימת במקום שבו הלשון מסתיימת"; עניין חכם, לעיל ה"ש 70, בעמ' 646–647; עניין קיבוץ חצור, לעיל ה"ש 93; ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 71, בעמ' 55–60, 133, 136–137, 147, 190–191, 195, 409–411; ברק "היצירה השיפוטית", לעיל ה"ש 71, בעמ' 268–269.

⁹⁶ ניתן לטעון, כי הכללת "כסף" בהגדרת המושג "מיטלטלין", שהוא אחד ממרכיבי המושג "נכס" לפי ס' 2 לפקודת הנזיקין, יכולה לספק את העוגן הלשוני המזערי להתייחסות לכושר השתכרות כ"נכס". כבר הסברתי לעיל מדוע אין טענה זו משכנעת, ראו לעיל ה"ש 68. למעלה מכך, חשוב להדגיש כי טענה זו כלל לא נטענה בפסק הדין, ולכן גם אם הייתה משכנעת, לא היה בה כדי לאיין את הביקורת על בית המשפט בעניין ג'ינר, לעיל ה"ש 4, אלא אך ורק לשנותה. במקום לבקר את בית המשפט על כך שהתייחס לכושר השתכרות כאל "נכס" ללא עוגן לשוני מזערי, ניתן היה לבקר על כך שלא ניסה לאתר ולספק את אותו עוגן לשוני.

⁹⁷ ראו ע"א 6070/04 שיח נ' מדינת ישראל, פ"ד (נט) 76, 83–90 (2005); לגבי פרשנות החוקה ראו Lawrence C. Marshall, *Fighting the Words of the Eleventh Amendment*, 102 HARV. L. REV. 1342, 1349 (1989); ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 71, בעמ' 181.

⁹⁸ ראו למשל עניין שיח, לעיל ה"ש 97, בעמ' 83, שם בית המשפט הסביר שהמחוקק לא שיקף את כוונתו באופן ברור בלשון החוק.

⁹⁹ ראו Marshall, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1349, 1351.

¹⁰⁰ ע"פ 231/76 פרידמן נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(1) 309, 331 (1976); בש"פ 7323/98 מדינת ישראל נ' רג'ואן, פ"ד נג(4) 126, 134–136 (1999); ברק פרשנות במשפט ב, לעיל ה"ש 71, בעמ' 186–187, 277–285; ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 71, בעמ' 122: "where"; WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 60 (1765): "where ; 122 words bear either none, or a very absurd signification, if literally understood, we must a little deviate from the received sense of them"

¹⁰¹ ראו Marshall, לעיל ה"ש 97, בעמ' 1351–1352: "I am not exactly sure what was really intended, but I am very sure that the text does not reflect what was really intended"

¹⁰² ברק פרשנות תכליתית, לעיל ה"ש 71, בעמ' 156. ניתן להניח הנחה שבעובדה, המבוססת על ניסיון החיים של הקהילה המשפטית, ביחס לרצונו הממשי של המחוקק.

¹⁰³ שם, בעמ' 225 (חזקה שהטקסט לא יביא לתוצאות אבסורדיות); שם, בעמ' 425 (חזקה שהחוקה מבקשת להשיג דברים שבהגיון).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

צידוק אפשרי שלישי לסטייה מן הלשון הוא שדבקות בלשון לפי מובנה הרגיל תוביל לפגיעה בלתי חוקתית בזכויות יסוד.¹⁰⁴ במצב דברים כזה עשוי בית המשפט לפרש את החוק באופן שאינו פוגע בזכויות כאמור תוך התרחקות מן הלשון. בישראל, לפחות ככל שמדובר בחוקים שנחקקו לאחר חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק, פרשנות המתיישבת עם הוראות חוקי היסוד הללו, אף בלי עוגן לשוני, עשויה להציל את החוק המתפרש מביקורת חוקתית המסכנת את תוקפו.¹⁰⁵ ההנחה הפרשנית היא שהמחוקק היה מעדיף שהוראת החוק תתפרש באופן המאפשר "תחולה מרבית" לאור המגבלות החוקתיות, ולא תתבטל לגמרי. בענייננו, סעיף 2 לפקודה וסעיף 21 בנוסח המקורי שעמד לפני בית המשפט בפרשת ג'ינר לא נמצאו בסכנת ביטול הואיל וקדמו לחקיקת חוקי היסוד הנזכרים, וממילא לא נראה שיש בהם איזו פגיעה בלתי חוקתית בזכויות אשר עשויה להצדיק פרשנות בניגוד ללשון.

הצידוק האפשרי האחרון לסטייה מן הלשון הוא שיישום לשון החוק כפשוטה מוביל לתוצאה הנוגדת את תקנת הציבור. מהלך כזה נעשה בפרשת פלוני.¹⁰⁶ המערער לא הצליח להביא ילדים לעולם עם אשתו, פיתה קטינה לקיים עימו יחסי מין ולהימנע מהפלה לאחר שהרתה, התנגד למסירת הילד לאימוץ ודרש שיימסר לידיו. המשנה לנשיא ש' לוי (בהסכמת השופט חשין) קבע כי יש לקרוא לתוך סעיף 13 לחוק אימוץ ילדים המונה עילות להכרזה על ילד כבר אימוץ בלי הסכמת הורה "כלל נוסף הקובע שאין הורה רשאי לסרב להכרזת קטין כבר אימוץ אם הדבר נוגד טעמים שבתקנת הציבור הקשורים במעשים שהביאו להולדתו של הקטין. הכלל האמור יחול בלא קשר לעילות הנזכרות [בחוק], והוא מהווה יישום לכלל האוניברסלי שלא ייצא חוץ נשכר".¹⁰⁷ קשה לראות ביצירת עילת אימוץ יש מאין מהלך פרשני. אבל גם אם נקבל עקרונית את האפשרות לסטות מן הלשון מטעמים של תקנת הציבור, אין הדבר יכול להיעשות, אלא בנסיבות קיצוניות ונדירות דוגמת אלה שתוארו בעניין פלוני.¹⁰⁸ המסגרת המשפטית שמתווה לשונם של סעיפים 2 ו-21 לפקודת הנזיקין אינה מייצרת, באופן כללי או בנסיבות של פסק הדין ג'ינר, תוצאה כה קיצונית וחמורה עד שניתן לקבוע שהיא נוגדת את תקנת הציבור. ממילא, כאשר בית המשפט מבקש לסטות מן הלשון מנימוקים של תקנת הציבור, עליו להודות במפורש כי זה המהלך שנעשה ולשכנע כי מתקיימות הנסיבות הקיצוניות המצדיקות מהלך כזה. בית המשפט העליון בעניין ג'ינר לא עשה כן. בשולי הדברים יוער כי לעיתים בתי המשפט מותחים את הפרשנות עד לגבול הסיבולת של הלשון גם מבלי שמתקיים אחד הצידוקים לעיל.¹⁰⁹ אולם ישנו הבדל מהותי בין מתיחת הפרשנות עד לגבול

¹⁰⁴ Bob Jones Univ. v. United States, 461 U.S. 574, 593–96 (1983).

¹⁰⁵ ראו עניין גניס, לעיל ה"ש 72, בעמ' 257–258, 276, 286–288.

¹⁰⁶ ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד (3) 133 (1996).

¹⁰⁷ שם, בעמ' 154. בעמ' 184–185 השופט זמיר סבר שבית המשפט יכול לפרש בניגוד ללשון רק במקרים נדירים, כשכלו כל יתר הדרכים, ואין זה המקרה כאן. בעמ' 189 השופט בך הסכים כי במקרים חריגים בית המשפט יכול להוסיף להוראות החוק הוראה שאינה כלולה בו בדרך של פרשנות "במטרה למנוע תוצאות שהדעת אינה סובלתן" אך סבר שבנסיבות המקרה לא נדרש אמצעי כזה.

¹⁰⁸ ראו שם, בפס' 2 לפסק הדין של השופט לוי: "קשה לתאר במילים את עלילותיו של המערער שעשה שימוש חסר מעצורים בגופה של נערה צעירה כדי לנצלה כמכשיר לצורך סיפוק רצונו בילד תוך ביזוי רגשותיה, תומתה, כבודה וכבוד בני משפחה"; שם, בפס' 6 לפסק הדין של השופט בך: "גם אנוכי, אין בדעתי לשלול את האפשרות שבמקרים חריגים ויוצאי דופן ימצא בית המשפט צורך להוסיף להוראות המפורשות של חוק הוראה אשר אינה כלולה בו, בדרך של מעין פרשנות מכללא, במטרה למנוע תוצאות שהדעת אינה סובלתן, או העושות את החוק פלסטר, או הנוגדות בעליל את תקנת הציבור". דוגמה נוספת לסטייה מן הלשון מטעמים של תקנת הציבור בנסיבות קיצוניות עשויה להיות ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד (3) 365, 385–387, 389–390 (1965), שבו אישר בית המשפט העליון ברוב דעות פסילת רשימת מועמדים לכנסת ללא בסיס בלשון החוק משום שרוב המועמדים בה השתייכו לקבוצה שמטרותיה שוללות "שלילה גמורה ומוחלטת את קיום מדינת ישראל בכלל, וקיום המדינה בגבולותיה בפרט".

¹⁰⁹ כך, לדעתי, נהג שופט המיעוט ברק בעניין קניג, לעיל ה"ש 69, כאשר קבע שהמילה "פגם" שבס' 25 לחוק הירושה, התשכ"ה–1965 (המאפשר לבית המשפט לקיים צוואה אף אם יש פגם בחתימה או בתאריך) כוללת גם "חסר" (כלומר היעדר חתימה או תאריך). השופט הדגיש כי מבחינה בלשנית פגם יכול לכלול חיסרון, וכי למרות שמדובר ב"משמעות

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

הסיבולת של הלשון לבין חציית אותו הגבול. מחד גיסא, כפי שהעיר השופט אור, אחד משופטי המיעוט בדיון הנוסף בפרשת **נחמני**:¹¹⁰ "לעתים ניתן לפרש הוראת חוק, מבחינה לשונית, בשני מובנים: האחד הוא מובנה הרגיל של הלשון והאחר הוא מובן אפשרי שלה, אף כי אינו מובנה הרגיל. אם ניתן להתחקות אחרי תכלית החוק, וזו עולה בקנה אחד דווקא עם המובן שאינו המובן הרגיל של הלשון אך מובן זה אפשרי, הרי לנוכח תכליתה של הוראת החוק אשר נתבררה, יעדיף בית המשפט את המובן הלשוני של הוראת החוק התואם את תכלית החוק".¹¹¹ מאידך גיסא, "כשהוראת חוק ברורה, ואין כל אפשרות לפרשה, מבחינה לשונית, אלא בדרך אחת... [המובן הלשוני של ההוראה מבטא את תכליתה, את כוונת החוק, ואל לו לבית המשפט לברור לו תכלית אחרת, הנראית לו ראויה יותר".¹¹² על פי היגיון זה, שגו שופטי הרוב בעניין **נחמני** כשקבעו כי הסמכות המעוגנת בחוק יסוד: השפיטה לקיים דיון נוסף ב"עניין שפסק בית המשפט העליון בשלושה" משתרעת גם על מקרים שבהם פסק בית המשפט העליון בחמישה.¹¹³ יתר על כן, למרות שלדעתי לא היה בסיס לשוני מספק לדעת הרוב באותו עניין, שופטי הרוב לפחות התאמצו להצביע על אחיזה רופפת בלשון לפרשנות שאימצו (לגישתם המילה "בשלושה" יכולה להחזיק את המשמעות "בשלושה לפחות", כפי שנפסק בהקשרים אחרים).¹¹⁴ בעניין **גינר** לא התקיימה אפילו אחיזה רופפת שכזו בלשון לפרשנות שאימצו בית המשפט העליון: "נכס" מוגדר בסעיף 2 לפקודת הנזיקין באופן ברור ומפורש כמקרקעין או מיטלטלין, וכושר השתכרות אינו מקרקעין ואינו מיטלטלין.

2. הנימוקים הפורמליים לפרשנות החדשה

הזכות לתבוע בגין עוולה שגרמה "נזק ממון לנכסי פושט רגל" עוברת לידי הנאמן או ממומשת על ידו. מאז פרשת **ראובן** ואף בפרשת **גינר** הניח בית המשפט העליון שהמושגים "נזק ממון" ו"נכס" מתפרשים על פי הגדרותיהם שבסעיף 2 לפקודת הנזיקין.¹¹⁵ בפסק הדין המהפכני בעניין **גינר** הציעה השופטת וילנר, עימה הסכים השופט אלרון, שלושה נימוקים פורמליים להרחבת המושג "נכס" המופיע בסעיף 21 לפקודה כך שיכלול גם את כושר ההשתכרות של פושט הרגל. הנימוק הראשון היה שהגדרת המושג "נכס" השתנתה בעשורים שחלפו מאז שניתן פסק הדין בעניין **ראובן**.¹¹⁶ בפרט, בתי המשפט החלו להתייחס לכושר ההשתכרות של אדם כ"נכס" לצורך דיני הנזיקין.¹¹⁷ הנימוק השני היה שהמשפט האנגלי שעליו נסמכה הלכת **ראובן** השתנה ואף הוא מבחין כיום בין הרכיבים הממוניים לבלתי ממוניים בתביעות בגין נזקי גוף, כאשר הראשונים עוברים

לא רגילה", היא מתיישבת עם תכלית החוק; שם, בעמ' 708, שופטי הרוב דבקו במשמעות הרגילה והטבעית של הלשון וקבעו כי "פגם" הוא "החסרת משהו מן השלם" ואינו כולל "חסר" מוחלט. שופטי הרוב הסכימו כי מבחינה לשונית "פגם" – במשמעותו הבלתי רגילה – יכול לכלול "חסר", אבל סברו שלא נתקיימו בנסיבות המקרה הצדקות לסטייה מהמשמעות הרגילה; אפשר לומר שגם בע"פ 787/79 **מזרחי נ' מדינת ישראל**, פ"ד לה(4) 421, 425–428 (1980) נמתחה המשמעות עד לגבול הסיבולת של הלשון כאשר בית המשפט פירש את הביטוי "הבורח ממשמורת חוקית" שבס' 257 לחוק העונשין, התשל"ז-1977 ככולל גם איחזרת אסיר לבית הסוהר בתום החופשה שניתנה לו, כלומר כאשר הייתה מוטלת עליו חובה לחזור.

¹¹⁰ בש"א 1481/96 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט(5) 598 (1996).

¹¹¹ שם, בעמ' 613–614.

¹¹² שם.

¹¹³ שם, בעמ' 602–603.

¹¹⁴ שם, בעמ' 603–605.

¹¹⁵ עניין **גינר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 28 לפסק הדין של השופטת וילנר.

¹¹⁶ שם, בפס' 34 לפסק הדין של השופטת וילנר.

¹¹⁷ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

לנאמן בפשיטת רגל.¹¹⁸ הנימוק השלישי היה שניתוק הזיקה למשפט האנגלי בחוק יסודות המשפט מערער את יסודותיה של הלכת **ראובן**, שהתבססה על פסיקה אנגלית.¹¹⁹

שלושת הנימוקים אינם משכנעים. הנימוק שלפיו בתי המשפט החלו להתייחס לכושר ההשתכרות של אדם כ"נכס" לצורך דיני הניזקין (להבדיל מתחומי משפט אחרים) נסמך על שלושה פסקי דין של השופט ריבלין.¹²⁰ באותם מקרים השופט אכן התייחס לכושר ההשתכרות כנכס, אך הדבר לא נעשה לצורך פרשנות או יישום המונח "נכס" בפקודת הניזקין, אלא במסגרת הצדקתן של החלטות מהפכניות אחרות הנוגעות לחישוב הפיצויים בגין נזקי גוף. פסק הדין המאוזכר הראשון הוא **אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי**,¹²¹ שבו הכיר בית המשפט העליון, תוך הפיכת הלכה ותיקה, בזכות לפיצוי בגין אובדן כושר השתכרות בשנים אבודות. אגב כך העיר השופט ריבלין: "אין מחלוקת שכושר ההשתכרות הוא נכס השייך לבעליו... גריעת שנות חיים מן הניזוק הפוגעת ביכולת ההשתכרות שלו, היא אפוא פגיעה בכושר ההשתכרות, שהוא נכס השייך לבעליו".¹²² פסק הדין השני שעליו נסמכה השופטת וילנר הוא **רז נ' צור**,¹²³ שבו הרחיב השופט ריבלין את הלכת **אטינגר** לתביעות לפי חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים ולצורך כך ציטט את ההתייחסות לגריעת שנות חיים הפוגעת ביכולת ההשתכרות כפגיעה בנכס.¹²⁴ פסק הדין השלישי הוא "**מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא**,¹²⁵ שבו פסק בית המשפט לקטינה פיצוי על אובדן כושר השתכרות בהתאם לשכר הממוצע במשק, למרות שנתוניה האישיים הצביעו על הסתברות נמוכה שתגיע לרמת השתכרות זו. בעשותו כן העיר שוב השופט ריבלין ש"כושר ההשתכרות נתפס כנכס השייך לבעליו... פגיעה בנכס זה מזכה את הנפגע בפיצוי".¹²⁶

ספק גדול אם יש בכוחן של התבטאויות אלה כדי לשנות את הגדרת המושג "נכס" שבפקודת הניזקין. ההקשרים שבהם נאמרו הדברים היו שונים לגמרי מן ההקשר הפרשני שבו אנו עוסקים כאן. בשלושת המקרים שנוכרו לעיל לא נדונו ולא יושמו הוראות חוק הכוללות את המושג "נכס" (דוגמת סעיף 21 לפקודת הניזקין), ועל כן לא נדרשה, לא נדונה ומסתמא גם לא הוכרעה שאלת פרשנותו של מושג זה. השופט ריבלין התייחס לכושר השתכרות כנכס אך ורק אגב פיתוח הצדקה עיונית לפסיקת פיצוי בדרך מסוימת בגין הפגיעה בקורבן העוולה, תחום שנשלט כמעט לחלוטין על ידי דין יציר פסיקה. יתר על כן, קשה להאמין שהשופט ריבלין, מומחה לדיני ניזקין, יסודי וקפדן, היה מחולל שינוי כה משמעותי בהגדרה שנקבעה בפקודת הניזקין כבדרך אגב, מבלי לציין שאלה הם מעשיו וזו כוונתו ומבלי להצדיק את המהלך. לבסוף, גם אם ההקשר היה רלוונטי

¹¹⁸ שם, בפס' 35 לפסק הדין של השופטת וילנר.

¹¹⁹ שם.

¹²⁰ השופטת וילנר הפנתה גם לשני מקורות נוספים שלדבריה תומכים בהתייחסות לכושר השתכרות כאל "נכס", שם בפס' 34: ע"א 2706/11 Sybil Germany Public Co. Limited נ' הרמטיק נאמנות (1975) בע"מ (נבו 4.9.2015) (להלן: עניין הרמטיק); יהושע ויסמן דיני קניין: חלק כללי 89–90 (1993). אולם שני המקורות הללו לא רק שאינם עוסקים בפרשנות המושגים המוגדרים בפקודת הניזקין, אלא שאינם נוגעים לדיני הניזקין כלל. עניין הרמטיק עוסק בפרשנות המושג "נכס" בענף משפטי אחר, דיני חברות, שבו לא הייתה ועדיין אין הגדרה סטטוטורית למושג זה. ביתר דיוק, פסק הדין מפרש את המושג "נכס" שבפקודת החברות (בה, כאמור, המושג לא הוגדר כלל) בדונו בסמכותם של בתי משפט ישראליים להורות על פירוק "חברת חוף שיש לה נכסים בישראל". ויסמן דיני קניין: חלק כללי, בעמודים שאליהם הפנתה השופטת, עוסק באופן כללי בדברים שעשויים לשמש "נכסים", כלומר "כמושאים לזכויות הקניין השונות". הוא אינו עוסק שם בדיני ניזקין וממילא אינו מזכיר את כושר ההשתכרות.

¹²¹ ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486 (2004).

¹²² שם, בעמ' 519–520.

¹²³ ע"א 8022/00 רז נ' צור (נבו 19.3.2006).

¹²⁴ שם, בפס' 10 לפסק הדין של השופט ריבלין.

¹²⁵ עניין אבו חנא, לעיל ה"ש 24, בעמ' 27.

¹²⁶ שם.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

והכוונה הייתה ברורה, הכללת כושר ההשתכרות במושג "נכס" שבפקודת הנזיקין עדיין הייתה בעייתית, בתורת פרשנות בניגוד ללשון.

הנימוק שלפיו הדין האנגלי שעליו נסמכה הלכת **ראובן** השתנה אומנם נשען על הנחה נכונה, אולם היסקו שגוי. בית המשפט בפרשת **ראובן** הפנה, בהקשר זה, לפסק הדין של בית הלורדים בעניין *Beckham v. Drake*,¹²⁷ שבו נקבע שזכות תביעה בגין נזק שנגרם לגופו של פושט רגל היא זכות אישית שאינה עוברת לנאמן.¹²⁸ האסמכתה העיקרית ששימשה את השופטת וילנר לצורך שינוי ההלכה הייתה פסק הדין שניתן בשנת 2000 בעניין *Ord v. Upton*.¹²⁹ באותו מקרה הגיש אדם שנמצא בהליכי פשיטת רגל תביעה בגין רשלנות רפואית שאירעה לפני כניסתו להליכי פשיטת הרגל ובמסגרתה דרש פיצוי על אובדן השתכרות ונזק שאינו ממוני (כאב וסבל). הנאמן ביקש לקבל את הפיצוי בגין אובדן ההשתכרות עד לרגע ההפטר, ואילו הנפגע טען שזכות התביעה במלואה צריכה להיוותר בידיו. בית המשפט פסק כי הפיצוי בגין אובדן השתכרות בתקופה שעד מתן ההפטר צריך להימסר לנאמן משום שהוא חלק מ"נכסי פושט הרגל", בעוד שהפיצוי על הנזק שאינו ממוני (כאב וסבל ואובדן הנאות החיים) ועל הפסדי השתכרות בתקופה שלאחר מתן ההפטר צריך לעבור אל הקורבן.¹³⁰ יחד עם זאת, על מנת שעילת תביעה תישאר בידי פושט הרגל עליה להיות עילת תביעה אישית גרידא. עילת תביעה בנזיקין בגין נזקי גוף היא עילה היברידיה שיש בה רכיב אישי (כאב וסבל) ורכיב רכוש (הפסד השתכרות), ולא עילת תביעה אישית גרידא. על כן היא ממומשת בשלמותה על ידי הנאמן, אשר יחזיק בפיצוי על נזקים שאינם ממוניים (ונזקי ממון עבור התקופה שלאחר מתן ההפטר) בנאמנות עבור הקורבן פושט הרגל.¹³¹

ברם, שינוי הדין האנגלי אינו רלוונטי לניתוחו של סעיף 21 משני טעמים מצטברים. ראשית, חוק חדלות פירעון האנגלי,¹³² העומד ביסודו של פסק הדין *Ord*, מגדיר את המונח "נכס" (המשמש בהגדרת "נכסי פושט הרגל") בהרחבה ככולל, בין היתר, מיטלטלין, כסף, זכויות תביעה, מקרקעין, חיובים וזכויות – לרבות עתידיים או מותניים.¹³³ ההתייחסות לזכות תביעה בגין אובדן השתכרות וכושר השתכרות כנכס עולה בקנה אחד עם לשון החוק. בישראל, לעומת זאת, הגדרתו המפורשת של המונח "נכס" בפקודת הנזיקין צרה יחסית וכוללת מאז ומעולם מיטלטלין ומקרקעין, ותו לאו. שנית, הלכת **ראובן** נקבעה בזמן שבו פרשנות פקודת הנזיקין הייתה חייבת להתבצע על פי הדין

¹²⁷ עניין *Beckham v. Drake*, לעיל ה"ש 16.

¹²⁸ שם, בעמ' 1220, השופט Williams: "no action can be maintained, either by an executor or by an assignee, to recover damages for bodily or mental suffering or personal inconvenience sustained by the deceased or by the bankrupt; the foundation of which is, perhaps, that it would in many cases be attended with extremely harsh and unjust consequences if the discretion, as to whether a redress for wrongs of this nature should be sought, was to be intrusted to any one but the very person who has received the injury" בעמ' 1221, השופט Platt: "[the right of action for] injuries to the bankrupt's person or reputation... would not pass to the assignees, because the cause of action relates immediately to the person, and not to the estate of the bankrupt" שם, בעמ' 1222, השופט Erle: "the assignees cannot sue for... injury to the person" שם, בעמ' 1226-25, השופט Cresswell: "we have it established that by the bankrupt laws it was intended that every right vested in the bankrupt of which profit could be made, including rights of action, should pass to the assignees, and on the other, that the right to recover a satisfaction in damages for a personal injury is to be excepted out of that general rule" שם, בעמ' 1228, השופט Maule: "There is no doubt that the right to bring an action for an injury to the person, character, or feelings of a bankrupt, does not pass to the assignees, and that the right to bring an action for the payment of money agreed to be paid to the bankrupt does pass".

¹²⁹ לא ברור מדוע הזכירה השופטת גם את פסק הדין בעניין *Khan v. Trident Safeguards Ltd.* [2004] E.W.C.A. Civ. 624 (2004), אשר מיישם דווקא את הכלל הפחות רלוונטי לענייננו שנקבע ב-*Ord* (עילת תביעה היברידיה עוברת בשלמותה אל הנאמן) ביחס לתביעה מכוח דיני העבודה; *Ord v. Upton* [2000] Ch. 352 (CA); ¹³⁰ שם, בעמ' 358, 361, 371.

¹³¹ שם.
¹³² Insolvency Act 1986, c. 45.
¹³³ שם, בס' 283 ו-436.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

האנגלי. סעיף 1 לפקודה הורה שיש לפרש את הוראותיה "לפי עיקרי הפרשנות המשפטית המקובלים באנגליה" ובכפוף לחזקה שמשמעות ביטויים המשמשים בפקודה היא "כמשמעות הנודעת למקביליהם במשפט האנגלי". אלא שבשנת 1972 תוקנה פקודת סדרי השלטון והמשפט ונקבע בה ש"כל הוראה בחוק שלפיה יש לפרש אותו או ביטויים שבו לפי דיני אנגליה או לפי עיקרי פרשנות משפטית המקובלים באנגליה, לא תהיה עוד הוראה מחייבת".¹³⁴ בפני בית המשפט העליון בעניין ג'ינר עמדה אפוא הלכה ישראלית ותיקה מאוד (שעל תוקפה איש לא קרא תיגר), ולא הייתה מוטלת עליו חובה כלשהי לשנותה על יסוד שינויים שאירעו בדין האנגלי, ודאי לא כאלה שהתחוללו לאחר ניתוק הזיקה למשפט האנגלי.¹³⁵ בפשטות, המצב המשפטי באנגליה היום אינו שולט בפרשנות פקודת הניזקין.

הנימוק הפורמלי האחרון שהציעה השופטת וילנר, שלפיו חקיקת חוק יסודות המשפט ערערה את בסיסה של הלכת **ראובן**, אינו משכנע משלושה טעמים. ראשית, החלשת הזיקה לדין האנגלי בחוק יסודות המשפט מתמצה בביטול סימן 46 לדבר המלך במועצתו, אשר עסק במקרים של לקונה. פסק הדין **ראובן** נסמך על פסיקה אנגלית מכוח סעיף 1 לפקודת הניזקין, העוסק בפרשנות, ולא מכוח סימן 46 לדבר המלך, משום שנדרש לשאלות פרשניות ולא למילוי לקונה. חוק יסודות המשפט אינו נוגע לעניין. שנית, ניתוק הזיקה למשפט האנגלי בחוק יסודות המשפט (אפילו היה רלוונטי כאן) לא חל רטרואקטיבית. לשון אחר, החוק אינו יכול לערער הלכות שנקבעו על יסוד אדנים אנגליים לפני חקיקתו. למעשה, חוק יסודות המשפט קובע במפורש כי אין בביטול הזיקה למשפט האנגלי "כדי לפגוע במשפט שנקלט בארץ לפני תחילת חוק זה".¹³⁶ שלישית, הטענה שלפיה יש להתחשב בשינוי המאוחר של ההלכה האנגלית (אשר נדונה לעיל) והטענה בדבר ערעור יסודות ההלכה הוותיקה עקב ניתוק הזיקה למשפט האנגלי אינן מתיישבות זו עם זו; שהרי אם הזיקה נותקה כליל, על שום מה יש ליתן משקל לשינויים מאוחרים במשפט האנגלי?

3. הנימוקים המהותיים לפרשנות החדשה

לאחר הניתוח הלשוני מתחייבת, על פי שיטת הפרשנות המקובלת בישראל, בחינה של תכלית החיקוק, שלה מרכיב סובייקטיבי (כוונת המחוקק ההיסטורי) ואובייקטיבי (ערכיה של שיטת המשפט, כוונת "המחוקק הסביר").¹³⁷ סעיף 21 מורה שרק תביעות בגין "נזק ממון לנכסי פושט רגל" תעבורנה לנאמן. אילו נמצאו ראיות לכוונת המחוקק להוציא תביעות בגין נזקי גוף לגמרי מגדרו של ביטוי זה, צריך היה לכבד את הכרעתו, ולא לכלול מרכיבים של תביעות בגין נזקי גוף בקופה העומדת לחלוקה בין הנושים. אילו המחוקק התכוון לכלול את כושר ההשתכרות (או אינטרס אחר שפגיעה ממונית בו מניבה זכות תביעה בניזקין) בגדר "נכסי פושט הרגל", צריך היה לכבד את הכרעתו ולהעביר את הפיצוי בגין הפגיעה בו לקופת הכינוס. למרבה הצער, אין בנמצא ביטוי מפורש לכוונה סובייקטיבית. בשלב זה בהליך הפרשני יש מקום לשקול שיקולי מדיניות מהותיים.

השופטת וילנר טענה שהפירוש המעביר לנאמן בפשיטת רגל את הזכות לתבוע בגין עוולה שפגעה בכושר ההשתכרות של פושט הרגל מתיישבת עם תכליות דיני חדלות הפירעון ודיני הניזקין.

¹³⁴ הנוסח המקורי של ס' 15(ג) לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

¹³⁵ ניתוק זה הושלם עם חקיקת חוק יסודות המשפט, אשר הורה בס' 2(א) על ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, בין השנים 1922–1947.

¹³⁶ ס' 2(ב) לחוק יסודות המשפט.

¹³⁷ עניין **אסד**, לעיל ה"ש 93, בפס' 17 לפסק הדין של הנשיא ברק. על עיקרי הפרשנות התכליתית ראו גם ברק **פרשנות תכליתית**, לעיל ה"ש 71, בעמ' 132–134, 157–159.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

מנקודת המבט של דיני חדלות הפירעון, בית המשפט הוסמך להורות לפושט רגל לשלם לנאמן תשלומים עיתיים מתוך משכורתו (והכנסות אחרות) ולהקציב לפושט הרגל סכומים הדרושים למחייתו ולמחיית התלויים בו מתוך סכום זה.¹³⁸ בהוראה זו משתקף האיזון בין הצורך לאפשר את כינוס נכסי החייב לשם חלוקתם ההוגנת והיעילה בין נושיו לבין הצורך לאפשר את שיקום חי החייב.¹³⁹ העברת הפיצוי בגין הפסד השתכרות של פושט רגל לנאמן משרתת תכליות אלה, שכן פיצוי זה מחליף את ההשתכרות שעליה חלה אותה הוראה.¹⁴⁰ מנקודת המבט של דיני הניזקין, העברת הפיצוי בגין הפסד השתכרות לקופת הכינוס מעמידה את פושט הרגל במצב שבו היה מצוי לולא העוולה, אז משכורתו הייתה עוברת לקופת הכינוס.¹⁴¹ אם פושט הרגל יורשה לשמור בידיו את הפיצוי על אובדן הכנסה שהייתה משמשת לתשלום לנושים, מצבו יהיה טוב יותר מהמצב בו היה לולא העוולה.¹⁴²

יחד עם זאת, נימוקים אלה מציגים רק צד אחד של הדיון הפרשני על תכליתו של סעיף 21. דיני חדלות הפירעון מוציאים מקופת הכינוס מקורות שונים של החייב, למרות שהדבר בוודאי פוגע בנושים. הדין מאזן בין הצורך להגן על הנושים לבין הצורך החשוב לא פחות לשקם את החייב, והשופטת וילנר הרי הכירה בכך. אולם לא די כאן במס שפתיים: את נקודת האיזון בין נושים לבין חייב קובע המחוקק, ובית המשפט נדרש לזהותה ולכבדה. כאשר המחוקק בוחר למנוע מן הנושים גישה למקורות מסוימים, אין להחליף את הכרעתו באיזון יציר פסיקה המעניק לנושים גישה לאותם מקורות, אף אם הוא נראה לשופט ראוי יותר. ברור לגמרי מלשונו של סעיף 21 שהמחוקק התכוון להבחין בין זכויות תביעה בניזקין שעוברות לידי הנאמן לבין זכויות הנותרות בידי פושט הרגל חרף הפגיעה הבלתי נמנעת בנושים. השאלה השנויה במחלוקת היא כיצד נקבע הגבול בין שתי הקבוצות.

הפניה לתכליות דיני חדלות הפירעון אינה מספקת מענה נחרץ לשאלה הפרשנית, הואיל והן עשויות למשוך בכיוונים מנוגדים. מחד גיסא, ישנם נימוקים טובים להעברת הפיצוי בגין הפסד השתכרות לקופת הכינוס, ובראשם, כאמור לעיל, ההיגיון וההגינות שבהתייחסות לפיצוי על אובדן השתכרות וכושר השתכרות כפי שמתייחסים דיני חדלות הפירעון להשתכרות שאובדנה הוא הבסיס לפיצוי. על פי היגיון זה, יחסם של דיני חדלות הפירעון להשתכרותו של פושט הרגל משקף את האיזון הראוי בין הצורך להגן על הנושים לבין הצורך לשקם את החייב, ויש לשמר את נקודת האיזון גם כאשר פושט הרגל הוא קורבן עוולה. לשון אחר, אין להפלות בין פושט רגל "רגיל" שחלק משמעותי מהשתכרותו עובר לנושיו לבין פושט רגל שהוא גם קורבן עוולה אשר לפי הלכת **ראובן** שמר בידיו את מלוא השתכרותו. באופן דומה, יש להגן על נושים מפני שלילת מקור שהיה עומד לרשותם לולא הפגיעה העוולתית בחייב.¹⁴³ מאידך גיסא, ישנם נימוקים להותרת הפיצוי בידי פושט הרגל. ניתן לטעון כי העובדה שעסקינן בקורבנות של פורענות כפולה (חדלות פירעון ואירוע ניזקין)

¹³⁸ ס' 111 לפקודת פשיטת רגל.

¹³⁹ עניין **גינר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 37 לפסק הדין של השופטת וילנר.

¹⁴⁰ שם, בפס' 38 לפסק הדין של השופטת וילנר; שם, בפס' 3 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁴¹ שם, בפס' 39 לפסק הדין של השופטת וילנר.

¹⁴² שם.

¹⁴³ ניתן, לכאורה, להוסיף ולטעון כי שימור האיזון שנקבע בדיני חדלות הפירעון ביחס להשתכרות אף ימנע ניסיונות של חייבים שנפגעו בגופם על ידי מעשי עוולה "להבריח נכסים" מנושיהם על ידי הגשת בקשות לפתיחת הליכי פשיטת רגל. אבל טיעון זה נראה לי חלש. אם החייב באמת חדל פירעון, מן הראוי שיהנה מן ההגנות הנתונות בחוק לחדלי פירעון (ואין כל פסול בכך שהוא מבקש ליהנות מהן). אם החייב אינו חדל פירעון (או קרוב לחדלות פירעון על פי החוק החדש), בית המשפט בלאו הכי ידחה את בקשתו. ס' 18(א)(2) לפקודת פשיטת הרגל קבע כי בית המשפט יחליט "לדחות את הבקשה, אם שוכנע כי הוגשה שלא בתום לב, במטרה לנצל לרעה את הליכי פשיטת הרגל, או כי החייב יכול לפרוע את חובותיו". ס' 104 לחוק חדלות פירעון קובע כי היחיד אינו יכול לבקש צו לפתיחת הליכים, אלא אם "הוא נמצא בחדלות פירעון או שהצו יסייע כדי למנוע את חדלות פירעונו".

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

מצדיקה את הסטת נקודת האיזון בין הגנת הנושים לבין שיקום החייב לטובת האחרון ואת הוצאת תחליף ההשתכרות מקופת הנשייה. יתר על כן, הותרת זכות התביעה במלואה בידי פושט הרגל מונעת הכבדה אפשרית על הליך שיקומו מחמת ניהול לקוי בניגוד עניינים של תביעתו בניזיקין על ידי הנאמן ופגיעה בצנעת הפרט הכרוכה בניהול התביעה על ידי אדם זר, כפי שהסביר השופט אלרון בערעור ובדיון הנוסף.¹⁴⁴

תכלית דיני הנזיקין אף היא אינה מצדדת באופן חד־משמעי בפרשנות שניתנה לסעיף 21 בעניין ג'ינר. נכון הוא שהותרת הפיצוי בגין הפסד השתכרות בידי קורבן עוולה פושט רגל מעמידה אותו במצב טוב מזה שבו היה לולא העוולה, שכן אילולא נפגע הייתה השתכרותו משמשת, לפחות בחלקה, לתשלום חובותיו, ולא נשמרת בידי. כמו כן, מקובל שדיני הנזיקין, וביתר דיוק דיני הפיצויים, מבקשים להשיב את מצב הקורבן לקדמותו (restitutio in integrum).¹⁴⁵ הפרשנות המרחיבה למונח "נכסי פושט הרגל" אכן מתיישבת עם "מטרת על" זו של הפיצוי בדיני הנזיקין. אולם במסגרת ההליך הפרשני יש לזכור כי לעקרון השבת המצב לקדמותו יש חריגים, הן בכיוון המרחיב את הפיצוי מעבר לנדרש לפי עיקרון זה והן בכיוון המצמצם.¹⁴⁶ כך, למרות שפיצוי נזיקין פטורים כיום ממס הכנסה, אין מנכים מהפיצוי בגין הפסדי השתכרות המגיע לקורבן העוולה (או לתלויים בו במקרה של מוות) סכומים המשקפים את המס שהיה מוטל על אותה השתכרות לולא הפגיעה.¹⁴⁷ גם בהקשר זה נקבעה ההלכה לפני עשרות שנים בהשראת המשפט האנגלי וותרה על כנה, בין היתר, מנימוקי יציבות, חרף השינויים שהתחוללו בדין האנגלי בשלב מאוחר יותר.¹⁴⁸ אפילו חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים וחוק האחריות למוצרים פגומים, המורים כי הפסד ההשתכרות יחושב בניכוי המס שהיה משולם על אותה ההשתכרות, קובעים שההפחתה לא תעלה על 25% מן ההכנסה שבגין אובדנה נפסק הפיצוי.¹⁴⁹ לכן, למרות שהלכת **ראובן** נחזית כמאתגרת את עקרון השבת המצב לקדמותו, אין בכך בלבד כדי להצדיק את סיוגה על בסיס הפניה כללית לתכלית דיני הנזיקין. המחוקק עשוי לקבוע סייג לעקרון השבת המצב לקדמותו על מנת להגן על מי שנפלו קורבן לכפל פורענות (חדלות פירעון ומאורע נזיקין) מפני ניהול הליך לוקה בניגוד עניינים על ידי נאמן, פגיעה בפרטיות וכיוצא באלה.

חשוב מכך, עקרון השבת המצב לקדמותו בדיני הנזיקין עוסק, לאמיתו של דבר, באמצעי, ולא במטרה; "באיך", ולא ב"מדוע".¹⁵⁰ אין הוא יכול להיחשב לצידוק או הסבר להטלת אחריות בניזיקין ועל כן אין בו כדי להצדיק או להסביר פרשנות כזו או אחרת של סעיף 21. כדי לברר אם פרשנות מסוימת משרתת את תכלית דיני הנזיקין, יש צורך לבחון בצורה מעמיקה יותר מהי התכלית וכיצד ניתן לקדמה. על פי התפיסה הפלורליסטית המתיישבת עם המציאות המשפטית,

¹⁴⁴ עניין קוגן, לעיל ה"ש 5, בפס' 5–6 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁴⁵ נילי קרקראייל "השבת המצב לקדמותו בתביעות לפיצוי על נזקי גוף – עקרון יסוד שאבד עליו הכלח?" **דין ודברים** ט 175, 176–177, 179–180 (2015) (להלן: קרקראייל "השבת המצב לקדמותו").

¹⁴⁶ ראו למשל שם, בעמ' 224–239.

¹⁴⁷ שם, בעמ' 230–233.

¹⁴⁸ שם.

¹⁴⁹ ס' 4 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה–1975; ס' 5 לחוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם–1980. ¹⁵⁰ ישראל גלעד **דיני הנזיקין – גבולות האחריות** כרך א 313 (2012): "עקרון השבת המצב לקדמותו הוא אמצעי של דיני הנזיקין לממש מטרת אלה"; שם, בעמ' 391: "עיקרון זה אינו מטרה של דיני הנזיקין, אלא אמצעי להגשמת מטרתיהם"; שם, בעמ' 393: "מאחר שהשבת המצב לקדמותו היא כאמור אמצעי של דיני הפיצויים להגשמת מטרת דיני הנזיקין ולא מטרה כשלעצמה, הרי שעצם אפיונה כמטרה הוא בעייתי שכן יש בו כדי להחליש את מעמדן ומשקלן של המטרות ה"אמתיות" של דיני הנזיקין". ראו גם קרקראייל "השבת המצב לקדמותו", לעיל ה"ש 145, בעמ' 185: "השבת המצב לקדמותו אינה מטרה עצמאית של דיני הנזיקין כי אם עיקרון מנחה בהערכת הפיצוי הנפסק לניזוק, שהוא אמצעי להשגת מטרת של דיני הנזיקין". אומנם יש בספרות ובפסיקה התייחסות לעקרון השבת המצב לקדמותו כמטרה, ראו שם, בעמ' 184, ה"ש 24. אולם סבורני שעמדה זו שגויה מהטעמים המובאים, בין היתר, אצל גלעד וקרקראייל.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

דיני הנזיקין מקדמים כמה וכמה תכליות, אשר לעיתים קרובות מתנגשות זו עם זו.¹⁵¹ בענייננו, קשה לדבר על עמדה נחרצת ביחס לפרשנות סעיף 21 הנגזרת מתכליות אלה, בוודאי לא מתוך התמקדות באמצעי (עקרון השבת המצב לקדמותו). ניתן אף לטעון שיש תכליות המצדדות דווקא בהלכת **ראובן**. למשל, העברת זכות התביעה לנאמן עלולה לגרום לניהול התיק באופן שמשרת את האינטרסים של הנושים על חשבון ההעדפות והצרכים של פושט הרגל¹⁵² ובכך לסכל את הגשמת אחת המטרות העיקריות של דיני הנזיקין, קרי, צדק מתקן. כמו כן, ככל שדיני הנזיקין נועדו להעצים קורבנות של התנהגות רעה, במיוחד כזו שיש בה ניצול לרעה של כוח,¹⁵³ מדובר בהצדקה חזקה נוספת להותרת זכות התביעה ומימושה בידי הקורבן. איני טוען בשום אופן שיש בטענות מסוג זה כדי להכריע בשאלת פרשנותו של סעיף 21, אלא שניתוח תכלית דיני הנזיקין בעניין **ג'ינר** (שהתמקד כאמור באמצעי, ולא במטרות) היה בלתי מספק, ושניתוח מדויק ומלא לא היה מניב מסקנה כה נחרצת. ככל שניתוח התכלית אמביוולנטי, לנקודת המוצא הלשונית צריך להיות תפקיד מכריע בתהליך הפרשנות.

עבור אלה שאינם סבורים כי שיקולים מהותיים יכולים להכריע בסוגיה הפרשנית נותרת, בסופו של דבר, הלשון בלבד. תחת ההנחה הפרשנית של בית המשפט בעניין **ג'ינר** (יש לפרש את הביטוי "נכסי פושט רגל" על פי הגדרת המונח "נכס" בדיני הנזיקין), השלמות הגופנית על כל מרכיביה אינה נכס של פושט הרגל, וזכות התביעה בגין פגיעה בה אינה יכולה לעבור לנאמן. אולם כפי שאראה מיד, תחת הנחה פרשנית חלופית, שהיא לטעמי הנכונה, כושר ההשתכרות עשוי להיות חלק מנכסי פושט הרגל שזכות התביעה בגין פגיעה ממונית בהם עוברת לנאמן. עבור אלה שהשתכנעו כי התוצאה שאליה הגיע בית המשפט בעניין **ג'ינר** היא התוצאה הראויה מבחינה מהותית, גם אם בית המשפט לא סיפק ניתוח מקיף דיו התומך במסקנה כזו, הלשון היא לכאורה אבן נגף. כלום ניתן להסירה?

4. אבד בתרגום

נקודת המוצא הפרשנית של פסק הדין **ג'ינר** הייתה זהה לזו של פסק הדין **ראובן**: פרשנותו של הביטוי "נזק ממון לנכסי פושט רגל" צריכה להתבסס על הגדרות המושגים "נזק ממון" ו"נכס" שבסעיף 2 לפקודת הנזיקין.¹⁵⁴ אולם דווקא הנחה זו, שלא הייתה שנויה במחלוקת ולא התערעה עד עצם היום הזה, שגויה מיסודה. כדי להבין מדוע, יש לפנות לגרסה האנגלית המקורית של פקודת הנזיקין,¹⁵⁵ שהייתה הגרסה הרשמית היחידה עד לקבלת הנוסח החדש ב־17.4.1968, חודשיים בדיוק לפני שניתן פסק הדין בעניין **ראובן**.

כמו הנוסח העברי, גם הנוסח האנגלי המקורי הגדיר את המושג "נכס" (property) כ"מקרקעין או מיטלטלין" (immovable or movable property). מקרקעין הוגדרו כקרקע, עצים, בתים, בניינים וקירות או מבנים אחרים (land, trees, houses, buildings, and walls or other constructions). מיטלטלין הוגדרו ככל דומם או חיה, לרבות כסף, פרי עצים וגפנים, דגנים, ירקות ויבולים אחרים ומים, בין שהם מנותקים מקרקע ובין שאינם (any inanimate thing or any animal, and includes money, the produce of trees and vines, cereals, vegetable and other

Ronen Perry, *Pluralistic Legal Theories: In Search of a Common Denominator*, 90 TUL. L. REV. 647, ¹⁵¹ 657-58 (2016).

¹⁵² ראו גם עניין **קוגן**, לעיל ה"ש 5, בפס' 6 לפסק הדין של השופט אלרון.

¹⁵³ ראו למשל Ronen Perry, *Empowerment and Tort Law*, 76 TENN. L. REV. 959, 961 (2009).

¹⁵⁴ השופט סולברג בדעת יחיד קצרה סבר אחרת, ועל כך נרחיב בהמשך.

¹⁵⁵ Civil Wrongs Ordinance, 1380 (Dec. 28, 1944) https://www.nevo.co.il/law_html/law21/PG-e-1380-1.pdf.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

crops and water, whether severed from the land or not). הגדרות המושג "נכס" ושני מרכיביו לא השתנו אפוא מאז שנחקקה פקודת הנזיקין בשנת 1944, ותרגומן העברי מדויק להפליא. אם "נזק ממון לנכסי פושט רגל" הוא "נזק ממון" על פי הגדרתו בסעיף 2 ל"נכסים" של פושט הרגל על פי הגדרתם באותו סעיף, ברי כי הפסד השתכרות אינו "נזק ממון לנכסי פושט רגל" ועל כן – כפי שנפסק בעניין **ראובן** – זכות התביעה בגינו אינה עוברת לנאמן.

ברם, דווקא בתרגום הביטוי "נזק ממון לנכסי פושט רגל" מן המקור האנגלי לשפה העברית אבדה הבחנה לשונית חשובה. לא ניתן לומר שהתרגום אינו מדויק מבחינה מילולית, אולם הוא מחמיץ את כפל המשמעות בשפה המשפטית העברית של המילה "נכסים". לעיתים, מילה מסוימת בשפה אחת מתאימה לכמה מילים בעלות משמעות שונה בשפה שנייה. כך, למשל, המילה העברית "אחריות" יכולה לשמש במשמעות של liability או damages, שתי מילים אנגליות שמשמעותן שונה. בכיוון ההפוך, המילה האנגלית damages יכולה לשמש במשמעות של נזקים (ריבוי של damage) או פיצויים, מילים עבריות שמשמעותן שונה. בדרך כלל נלמדת המשמעות הספציפית של המילה מתוך ההקשר. בשתי הדוגמאות שזכרו לעיל ההקשר המשפטי מכוון על פי רוב למשמעות אחת (אחריות משפטית היא liability, ו-damages במשפט הם פיצויים). אולם הדברים מסתבכים כאשר גם בהקשר המשפטי שני מונחים בשפה אחת מיתרגמים למילה אחת בשפה שנייה, וזה בדיוק מה שקרה בתרגום ההוראה שבה עסקינן. סעיף 5 לנוסח האנגלי של הפקודה, שעליו מתבסס סעיף 21 בנוסח החדש, מורה בזו הלשון (ההדגשות שלי):

Notwithstanding anything contained in the Bankruptcy Ordinance, 1936, a bankrupt may sue and be sued in respect of a civil wrong, and no action in respect thereof shall be brought on behalf of, or against the *estate* of, any bankrupt:

Provided that —

(a) the right of action in respect of any such wrong which caused or causes pecuniary damage to the *estate of a bankrupt* shall pass to or be exercised by his trustee...

סעיף 5 לא עשה שימוש במונח property, אשר הוגדר בסעיף 2, כדי לתאר את מה שזכות התביעה בגין פגיעה עוולתית בו עוברת לידי הנאמן בפשיטת רגל, אלא במונח estate, שכלל לא הופיע בסעיף ההגדרות של פקודת הנזיקין. הביטוי העברי "נכסי פושט רגל" שבסעיף 21 אינו תרגום ל־property of a bankrupt, אלא ל־estate of a bankrupt, ולכן אין לפרשו לאור הגדרת הפקודה למושג "נכס" (property), אלא לפי ההגדרה המקובלת למושג "נכסי פושט רגל" (bankrupt's estate או bankruptcy estate), שהוא מונח מוכר בדיני פשיטת הרגל המקיף את מכלול הנכסים והזכויות העומדים לחלוקה בין הנושים.¹⁵⁶ אומנם גם בדיני פשיטת רגל נעשה לעיתים שימוש בביטוי property of the bankrupt לתיאור מכלול הנכסים והזכויות העומדים לחלוקה, אולם הבחירה במילה estate, ולא במילה property, מצביעה על כך שהצירוף "נכסי פושט רגל" בסעיף 21 אינו אמור להתפרש על פי הגדרתו הצרה של המושג "נכס" בפקודת הנזיקין. בית המשפט העליון בעניין

¹⁵⁶ ראו והשוו: Insolvency Act 1986, c. 45, § 283 (הגדרת המושג bankrupt's estate); 11 U.S.C. § 541 (2021) (עם פתיחת הליכי פשיטת רגל נוצר estate הכולל את כל הנכסים והזכויות המנויים בסעיף).

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

ראובן וכל הערכאות שהסתמכו על פסיקתו או קראו לשנותה התעלמו מניואנס חשוב זה, אשר אבד בתרגום, פשוטו כמשמעו.

כיצד היה הניתוח משתנה אילולא אבדה בתרגום המשמעות שלה כיוון המחוקק? בית המשפט היה נדרש לפירוש המונח "נכסי פושט רגל" כמשמעותו בדיני פשיטת הרגל המקומיים. פקודת פשיטת הרגל משנת 1936¹⁵⁷ הגדירה את הביטוי "נכסיו של פושט הרגל" כנכסי החייב שיש לחלקם בין הנושים בכפוף לסייגים (כגון לבוש החייב ובני משפחתו, כלי בישול וכלי עבודה).¹⁵⁸ המושג "נכסים" הוגדר שם בהרחבה ככולל "כסף, סחורה, תביעות, קרקע וכל מיני נכסים, אחד נכסי מטלטלים ואחד נכסי מקרקעים, אחד נכסים שבפלשתינה (א"י) ואחד נכסים שמחוץ לפלשתינה (א"י); וכן התחייבויות, זכויות הנאה, וכל מין זכות, טובת הנאה וריוח בין שבאו לעולם ובין שלא באו לעולם, בין שקמו למקנה ובין שתלויים בתנאי, הנובעים מתוך הנכסים כמוגדר לעיל או הכרוכים בהם".¹⁵⁹ באופן דומה, סעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל [נוסח חדש] משנת 1980 הגדיר את הביטוי "נכסי פושט רגל" כמכלול "הנכסים העומדים לחלוקה בין נושיו" של פושט הרגל (למעט נכסים שהוא מחזיק בהם כנאמן). הנכסים העומדים לחלוקה על פי סעיף 85 לפקודת פשיטת הרגל הם "כל נכס השייך לפושט הרגל, או המוקנה לו, בתחילת פשיטת הרגל, וכל נכס שירכוש, או שיוקנה לו, לפני הפטרו" להוציא ה"נכסים" המנויים בסעיף 86.¹⁶⁰ המונח "נכסים" הוגדר בסעיף 1 לפקודת פשיטת הרגל בהרחבה כ"מקרקעין ומיטלטלין מכל הגדר שהוא, ובכלל זה כספים ונשיים, בין בישראל ובין מחוצה לה, ולרבות חיוב, זיקת הנאה, זכות, ריווח וזיקה מכל הגדר שהוא, בין הווים ובין עתידיים, בין מוקנים ובין מותנים, הנובעים מנכסים כאמור או כרוכים בהם".

הכנסה מעבודה (או מעסק), לרבות הכנסה עתידית, הייתה ועודנה חלק מ"נכסי פושט הרגל" לצורך דיני פשיטת הרגל. ואומנם, סעיף 111 לפקודת פשיטת הרגל התיר לבית המשפט להורות לפושט רגל לשלם לנאמן תשלומים עיתיים מתוך משכורתו (והכנסות אחרות). כל העוסקות והעוסקים בפשיטת רגל יודעים זאת היטב. על כן פגיעה בהכנסה זו אמורה הייתה להיחשב "נזק ממון לנכסי פושט רגל" לצורך סעיף 21 לפקודת הנזיקין, ללא קשר להגדרת המושג "נכס" בסעיף 2. אם כך, בית המשפט העליון שגה בפירוש סעיף 21 בעניין **ראובן** ולא נזקק לאקרובריטיקה שיפוטית כדי להורות, כפי שעשה בעניין **ג'ינר**, על העברת זכות התביעה בגין פגיעה בכושר ההשתכרות והפיצויים המתקבלים בעקבות מימושה לידי הנאמן בפשיטת הרגל. בית המשפט בעניין **ג'ינר** הגיע לתוצאה הנכונה, אולם בדרך עקלתון.

מבקרי הטיעון המוצג כאן יאמרו שכאשר פקודת הנזיקין מגדירה מושגים מסוימים (כאן המושג "נכס"), אין לצאת מגדרי הפקודה בבירור פירושם. למושג משפטי אחד יכולים להיות פירושים שונים בענפי משפט שונים או אפילו בתחומי משנה של ענף משפטי אחד. ודאי שאין להפעיל ביישום העקרוניות והכללים של ענף א הגדרה שמקורה בענף ב אם ישנה הגדרה מספקת למושג בתוך ענף א. דוגמה מצוינת וידועה לתובנה זו היא הגדרת המושגים "עובד" ו"מעביד" המשמשים בהקשרים שונים בדיני הנזיקין. למשל, מעביד נושא באחריות שילוחית למעשים של העובד תוך כדי עבודתו,¹⁶¹ ועובד ציבור, שהוא עובד של המדינה או של רשות ציבורית, נהנה מחסינות דיونית מפני תביעות נזיקין.¹⁶² למרות שלמושגים "עובד" ו"מעסיק" (בעבר "מעביד") יש הגדרות בדיני העבודה

¹⁵⁷ הנוסח המקורי של פקודת פשיטת הרגל, 1936, ע"ר תוס' 1, 21.

¹⁵⁸ שם, בס' 37.

¹⁵⁹ שם, בס' 2.

¹⁶⁰ ס' 86 לפקודת פשיטת הרגל מחריג סוגים מסוימים של נכסים כמו צורכי אוכל, כלי בית ותרופות או תשמישי קדושה.

¹⁶¹ ס' 13 לפקודת הנזיקין.

¹⁶² ס' 7א לפקודת הנזיקין.

(כיום דומיננטי המבחן המעורב, שבו משקל רב להשתלבות),¹⁶³ אין פונים להגדרות חיצוניות אלה לשם פירושה של פקודת הנזיקין. פרשנות הפקודה נעשית בהתאם להגדרות פנימיות של דיני הנזיקין. מבקריי יטענו שגם ביחס לסעיף 21 אין לפנות להגדרות חיצוניות. התשובה לביקורת זו פשוטה. ישנו הבדל מהותי בין מושגים כמו "עובד" ו"מעביד" שאומנם יש להם הגדרות חיצוניות לפקודה, אך גם הגדרות ספציפיות ברורות בסעיף 2, לבין הביטוי "נכסי פושט רגל" (estate of a bankrupt) שיש לו משמעות בדיני פשיטת הרגל, אך אין לו הגדרה בסעיף 2. הפנייה לדיני פשיטת הרגל נעשית בהיעדר הגדרה פנימית. מעבר לעניין הלשוני הפורמלי, יש לזכור כי ההגדרות הפנימיות למושגים "עובד" ו"מעביד" בפקודת הנזיקין אינן משפיעות על זכויות וחובות בדיני העבודה. הן נוגעות אך ורק לדוקטרינות של דיני הנזיקין. לכן, בכל הנוגע למושגים "עובד" ו"מעביד" ניתן לקיים הפרדה אקוסטית מטפורית בין דיני העבודה והגדרותיהם לבין דיני הנזיקין והגדרותיהם. אין בדיפרנציאציה המושגית כדי לסכל במידה ממשית את פועלו של אחד מענפי המשפט. לעומת זאת, נראה כי אימוץ הגדרות שונות ל"נכסי פושט רגל" בדיני פשיטת הרגל ובדיני הנזיקין עלול לשבש את תפקודם התקין של דיני פשיטת הרגל מבלי לקדם תכלית חשובה של דיני הנזיקין. כפי שהוסבר, אם דבר מה משתייך לנכסי פושט הרגל על פי דיני פשיטת הרגל, הוא אמור להימסר לידי הנאמן לצורך חלוקה בין הנושים. אם סעיף 21 לפקודת הנזיקין יתפרש באופן המוציא את אותו הדבר מ"נכסי פושט הרגל", תימנע מן הנושים הגישה אליו ותסוכל מטרה חשובה של דיני פשיטת הרגל.

בשולי פסק הדין בעניין **גינר**, בדעת יחיד קצרה שלא היו לה הדים בחוות הדעת של השופטים האחרים בערעור או בדיון הנוסף, הודה השופט סולברג שקשה להתייחס לפגיעה בכושר השתכרות כפגיעה ב"נכסי" כפי הגדרתו של מונח זה בפקודת הנזיקין, משום שכושר השתכרות אינו מקרקעין או מיטלטלין. עם זאת, לדבריו, "נכון... לפנות בהקשר הנדון לפקודת פשיטת הרגל ולהעדיף את ההגדרה שבה על פני ההגדרה שבפקודת הנזיקין, מחמת המילים המפורשות 'נכסי פושט הרגל' שהוגדרו בפקודת פשיטת הרגל".¹⁶⁴ זהו, בלי ספק, מהלך פרשני חשוב המתיישב עם עמדת מאמר זה. אולם ניתן ורצוי היה להגיע לאותה המסקנה בדרך ישירה ומדויקת יותר. צריך היה לפנות לפקודת פשיטת הרגל לא משום שפקודת הנזיקין מגדירה אך ורק את המושג "נכסי", ואילו פקודת פשיטת הרגל מגדירה גם את הביטוי "נכסי פושט רגל". ככלל, אין מפרשים מונחים המופיעים בפקודת הנזיקין על פי הגדרות חיצוניות לפקודה כאשר היא מגדירה אותם בעצמה, גם אם ההגדרה נראית לפרשן בלתי מספקת או בלתי ראויה. צריך היה לפנות לפקודת פשיטת הרגל פשוט משום שהגדרת המונח "נכסי" בפקודת הנזיקין מלכתחילה אינה רלוונטית לצורך פרשנות סעיף 21 – שלא עסק ב"property, אלא ב"estate of a bankrupt. הניואנס הזה, הקיים בנוסח האנגלי, אבד בתרגום ונשכח לחלוטין.

שאלה מעניינת וחשובה היא אם, לאור הניתוח המוצע כאן, פרשנותו של סעיף 21 צריכה להשתנות בעקבות תיקונו על ידי חוק חדלות פירעון בשנת 2018. עד התיקון קבע הסעיף כי "הזכות לתבוע על עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי פושט רגל תעבור לידי הנאמן או תמומש בידיו". טענתו, על יסוד גרסתו האנגלית המקורית של הסעיף, כי "נכסי פושט רגל" הם estate of a bankrupt ועל כן כוללים את כושר השתכרותו. ברם, לאחר התיקון קובע סעיף 21 כי "הזכות לתבוע על עוולה שגרמה נזק ממון לנכסי מי שניתן לגביו צו לפתיחת הליכים לפי [חוק חדלות פירעון] תעבור לידי

¹⁶³ בג"ץ 5168/93 מור נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נ(4) 628, 646–647, 650–652 (1996).
¹⁶⁴ עניין **גינר**, לעיל ה"ש 4, בפס' 2 לפסק הדין של השופט סולברג.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

הנאמן או תמומש בידיו". הנוסח המתוקן של הסעיף אינו משתמש במושג שהוגדר בפקודת פשיטת הרגל ("נכסי פושט רגל") או במושג המקביל שהוגדר בחוק חדלות פירעון ("נכסי קופת הנשייה"¹⁶⁵). האם יש להסיק מכך כי תיקון הסעיף ניתק את הזיקה בין הדברים שזכות התביעה בגין פגיעה ממונית בהם עוברת אל הנאמן לבין הדברים שעומדים לחלוקה בין הנושים לפי דיני חדלות הפירעון (estate of a bankrupt)?

מצד אחד, ניתן לטעון שכאשר המחוקק תיקן את סעיף 21 עמדה לנגד עיניו ההנחה הפרשנית (השגויה, לדעתי) שאומצה על ידי בית המשפט העליון בעניין **ראובן**, שלפיה עוברות לנאמן רק זכויות לפיצוי על נזקי ממון ל"נכסים" כפי הגדרתם בפקודת הנזיקין.¹⁶⁶ את הפירוש הזה ביקש המחוקק לקבע על ידי החלפת המונח המתאר את בעל ה"נכסים" שפגיעה בהם מקימה את העילה ("פושט רגל" הוחלף ב"מי שניתן לגביו צו לפתיחת הליכים"). אם טענה זו תתקבל, נידרש לשוב אל הוויכוח על פירושו הנכון של המונח "נכס" בפקודת הנזיקין. מצד שני, ניתן לטעון שהמעורבים בהליך החקיקה, כמו השופטים בעניין **ראובן** ובעניין **גינר**, כלל לא היו ערים לנוסח האנגלי המקורי ועל כן ביצעו תיקון טכני, המתחייב מהחלפת המונח "פושט רגל" במונח "מי שניתן לגביו צו לפתיחת הליכים" בדיני חדלות הפירעון, מבלי לשנות את מהות ההוראה (המתייחסת כאמור ל"estate ולא ל"property"). יתר על כן, הביטוי "נכסי מי שניתן לגביו צו לפתיחת הליכים" שקול, למעשה, להגדרה של "נכסי קופת הנשייה" שבחוק חדלות פירעון, ועובדה זו מצביעה על שימור הזיקה בין דברים שזכות התביעה בגין פגיעה ממונית בהם עוברת אל הנאמן לבין דברים שעומדים לחלוקה בין הנושים לפי דיני חדלות הפירעון.

ד. סיכום

מפעם לפעם מתחוללת במשפט "רעידת אדמה" בזעיר אנפין כאשר בית המשפט העליון משתכנע להפוך הלכה שבעת ימים בעלת חשיבות מעשית רבה. ככל שההלכה נוגעת בהיבט שגרת יותר של העשייה המשפטית וככל שהוותק מתארך וההסתמכות גוברת, המהפכה מטלטלת יותר את העוסקות והעוסקים במלאכת המשפט. אולם דווקא משום כך, מהפכות כאלה הן נדירות יחסית והדוגמאות מעטות. מהפכה כזו אירעה, למשל, עם ביטולה של הלכת **גבריאל**,¹⁶⁷ אשר שללה מקורבן העוולה את הזכות לפיצוי בגין הפסד הכנסה בשנים האבודות. ההלכה, שחשיבותה המעשית רבה, התהפכה זמן לא רב לאחר שמלאו לה שני עשורים.¹⁶⁸ הלכת **זייצוב**,¹⁶⁹ שהכירה בזכות תביעה בגין "חיים בעוולה" של קטין שנולד עם מוגבלות ואשר לולא התרשלות הנתבע לא היה נולד כלל, עוסקת בסוגיה אזוטרת יחסית והאריכה ימים קצת יותר עד לביטולה המהפכני.¹⁷⁰ חשיבותו של דיוננו נעוצה בין היתר בכך שההלכה שהתהפכה נוגעת לתחום חשוב ומרכזי של הפרקטיקה המשפטית והתקיימה למעלה מחמישים שנים. מדובר, בלי ספק, באירוע משפטי דרמטי הראוי לבחינה בשבע עיניים.

מאמר זה הראה כי האופן שבו הפך בית המשפט העליון את אחד ממרכיבי ההלכה שנקבעה בפסק הדין **ראובן** אינו הולם את הוותק והחשיבות המעשית העצומה של הלכה זו. במשך עשרות

¹⁶⁵ ס' 216 לחוק חדלות פירעון.

¹⁶⁶ פסק הדין בעניין **גינר**, לעיל ה"ש 4, ניתן רק לאחר חקיקת חוק חדלות פירעון, אך הוא מאמץ את אותה ההנחה. ע"א 295/81 **עוזבון גבריאל נ' גבריאל**, פ"ד לו(4) 533 (1982).

¹⁶⁷ עניין **עוזבון אטינגר**, לעיל ה"ש 121.

¹⁶⁸ ע"א 518/82 **זייצוב נ' כץ**, פ"ד מ(2) 85 (1986).

¹⁷⁰ ע"א 1326/07 **המר נ' עמית** (נבו) 28.5.2012.

מאמר זה טרם עבר עימוד סופי ומספרי העמודים ישתנו כשיתפרסם הכרך המודפס.
צפויים שינויים נוספים.

שנים פעלו כל השחקנים במגרש המשפטי על בסיס ההלכה שלפיה עילות תביעה של פושט רגל בגין נזקי רכוש עוברות לנאמן, ואילו עילות תביעה בגין נזקי גוף נותרות במלואן בידי פושט הרגל. בעניין ג'ינר החליט בית המשפט העליון שזכות התביעה בגין פגיעה בכושר ההשתכרות של פושט הרגל במקרה של פגיעה גופנית עוברת גם היא לנאמן, בניגוד לזכות התביעה בגין ראשי נזק אחרים שנותרת בידי פושט הרגל. אולם, למרות שתוצאה זו סבירה, הדרך שבה הגיע אליה בית המשפט היא בעייתית. פקודת הנזיקין התפרשה תוך סטייה מלשונה, מהלך שיפוטי מרחיק לכת שאמור להיות נדיר ביותר, מבלי שהתקיים אחד הצידוקים המיוחדים לסטייה כזו. יתר על כן, הנימוקים הפורמליים והמהותיים שהציע בית המשפט להרחבת ההגדרה של המושג "נכס" אינם עומדים במבחן הביקורת. כל התקלות האלה היו נמנעות אילו לא אבדה בתרגום הבחנה לשונית חשובה שהתקיימה בנוסחה המקורי האנגלי של פקודת הנזיקין, בין property לבין estate. למרבה הצער, גם בדיון הנוסף בעניין ג'ינר החמיץ בית המשפט הזדמנות להניח את פרשנות הסעיף על אדנים לשוניים מוצקים.