



הכנסת

הלשכה המשפטית

תחום חקיקה
ומחקר משפטי

עקרונות היסוד בהצעת הקודקס האזרחי

– סקירה משווה –

הקודקס האזרחי הגרמני

מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט

כתיבה: עו"ד גלעד נוח

י"ח בחשון התשע"ב

15 בנובמבר 2011

אישור:

עו"ד הודיה קין, ממונה (חקיקה ומחקר משפטי)

מסמך זה הוא סקירה משפטית משווה ואינו חוות דעת משפטית

סקירה משפטית

תמצית

מסמך זה נכתב כחלק מסדרת מסמכים העוסקים בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן - הצעת הקודקס הישראלי),¹ שהונחה לאחרונה על שולחנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט.

מסמך זה, שכאמור מהווה חלק מסדרת המסמכים הראשונה,² סוקר את עקרונות היסוד המופיעים בחלק הכללי של הקודקס הגרמני, תוך בחינה האם קיימות בו מקבילות לעקרונות היסוד המופיעים בפרק עקרונות היסוד בהצעת הקודקס הישראלי (הכולל את הסעיפים הבאים: תכליות החוק, תום הלב, אין חוטא נשכר, זוטי דברים, כשרות משפטית לזכויות ולחובות וכן חלק של הגדרות כלליות); ובמידה שלא, האם ניתן למצוא עקרונות דומים בחלקים האחרים של הקודקס הגרמני.

יוער, כי הבחירה בקודקס הגרמני נעשתה, בין היתר, לאור העובדה כי הוא אחד משני הקודקסים המרכזיים בשיטה הקונטיננטלית (השני הוא הקודקס הצרפתי) אשר השפיעו רבות על קודקסים ושיטות משפטיות ברחבי העולם, ואשר חלקים ממנו אף השפיעו על הדין הישראלי בתחומים פרטניים (ובראשם דיני החוזים).

מן הסקירה עולות הנקודות הבאות:

- ככלל, וכפי שיפורט להלן, **הקודקס האזרחי הגרמני שונה באופן משמעותי מהצעת הקודקס הישראלי במבנהו, בנושאים שנכללו בו ובצורת הגדרתם.**
- הקודקס הגרמני מאופיין בכמה תפיסות מרכזיות שהנחו את מנסחיו. הקודקס משמש כדבר חקיקה מקיף ורחב, המבוסס על **מחקר היסטורי מעמיק של שיטת המשפט הגרמנית כתחום ממוקד, מדעי ומקצועי**; לגישת המנסחים, במסגרת הקודקס צריכים היו להיקבע **כלים משפטיים סיסטמטיים** (מערכתיים) **בעלי סדר פנימי אשר ישמשו את מומחי המשפט, וזאת על בסיס "עקרון ההפשטה"** (שמשמעותו הפשטה של ההגדרות וההוראות בקודקס לכדי כללים בסיסיים, תוך שימוש במבנה נוח ובאחידות ניסוחית); הקודקס מהווה **קונסולידציה** (איחוד) **של מערכות המשפט וההוראות שקדמו לניסוחו**. מעבר לכך, דגש מיוחד ניתן בניסוח ובקביעה של הקודקס **לאוטונומית הפרט** כמרכז משמעותי של הוראות הקודקס, וכן **לעקרון הפרדה** (הפרדת הוראות העוסקות בהתחייבויות והוראות העוסקות בקניין).
- **הקודקס הגרמני כולל חמישה ספרים נפרדים** העוסקים בתחומים מגוונים: **חלק כללי, חלק העוסק בדיני חיובים, חלק העוסק בדיני קניין, חלק העוסק בדיני משפחה וחלק העוסק בדיני ירושה.**
- החלק הכללי של הקודקס הגרמני מהווה **שילוב של הוראות טכניות** (בעיקר הגדרות למונחים שונים, בדרך-כלל כלליים, שנעשה בהם שימוש בכל יתר חלקי הקודקס) **והוראות מהותיות.**
- בשונה מהצעת הקודקס הישראלי, **הקודקס הגרמני אינו כולל פרק נפרד ועצמאי העוסק אך ורק ב"עקרונות היסוד" של הקודקס**. יחד עם זאת, בחלקים שונים של הקודקס נקבעו **הוראות מהותיות הדומות בחלקן להוראות הנכללות בפרק "עקרונות היסוד" שבהצעת הקודקס**

¹ לשם הנוחות ייעשה שימוש במסמך זה בכינוי הנפוץ יותר לתיאור הצעת החוק האמורה כ"קודקס" ולא בקיצור העושה שימוש בשם המלא של הצעת החוק.

² למסמכים הנוספים שנכתבו לצורך זה בתחום חקיקה ומחקר משפטי של הלשכה המשפטית, ראו: **עקרונות היסוד בהצעת הקודקס האזרחי - סקירה משווה - הקודקס האזרחי הצרפתי**, כתב: עו"ד ירון אונגר, **עקרונות היסוד בהצעת הקודקס האזרחי - סקירה משווה - הקוד המסחרי האחיד בארה"ב**, כתב: עו"ד נתי פרלמן.



הישראלי.³ כך לדוגמה, בחלק הכללי נכללו שני הנושאים הבאים המופיעים גם בהצעת הקודקס הישראלי:

- כשרות משפטית: בדומה להצעת הקודקס הישראלי, על-פי הקודקס הגרמני הכשרות המשפטית לזכויות ולחובות (Legal Capacity), של אדם תחל מגמר לידתו.
- בגרות משפטית: על-פי הקודקס הגרמני גיל הבגרות המשפטית הוא 18 שנים.

• כאמור, בחלק הכללי של הקודקס הגרמני נקבעו הוראות מגוונות רבות, שלעיתים קרובות, **חורגות בצורה ניכרת בהיקפן ו בנושאים שהן מכסות ממקבילותיהן בפרקי המבוא של הצעת הקודקס הישראלי**. כך, חלק זה של הקודקס כולל הוראות והגדרות ביחס לפרטים ולתאגידים, לחפצים, לעסקאות (פעולות משפטיות), לכשרות משפטית לביצוע פעולות, דרכי פרשנות ועוד.

בהקשר זה, ראוי להדגיש כי **עקרון תקנת הציבור ואיסור גביית "ריבית נשך" או עשיית פעולות המנוגדות להוראות סטטוטוריות או הוראות של בית-המשפט**, המעוגנים בחלק הכללי של הקודקס הגרמני, זוכים לסוג של מעמד מיוחד במסגרת תתי פרקי המבוא. עקרונות אלה מעוגנים בסעיפים רחבים המאפשרים להכריז על פעולות משפטיות מסוימות כבטלות וחסרות תוקף משפטי.

• כאמור, "עקרונות היסוד" המופיעים בהצעת הקודקס הישראלי מוצאים ביטוי בקודקס הגרמני. אולם, **עקרונות אלה אינם מעוגנים במסגרת פרקי מבוא כלליים, אלא במסגרת חלקים ספציפיים העוסקים בסוגיות פרטניות יותר** (כדוגמת החלקים העוסקים בדיני חיובים, בדיני קניין ועוד). עקרונות אלה מבוססים, בדרך-כלל, על רעיון הדומה לזה שבפרק "עקרונות היסוד" שבהצעת הקודקס הישראלי, אך לעיתים קרובות הגדרתם ותחולתם אינה רחבה כמו זו של המקבילות בהצעת הקודקס הישראלי:

○ תום הלב: עקרון תום הלב מעוגן בכמה סעיפים שונים בקודקס הגרמני. העיקרון עצמו נקבע כמעין עקרון הנובע מהמתודולוגיות והתפיסות הגרמניות המשפטיות שבעיקרן חקר רכיביו של עקרון תום הלב כעקרון פילוסופי וקביעת קטגוריות שונות שלו אליהן פעולות שונות משתייכות. כך, בהיבטים שונים של **דיני הקניין** - העיקרון מבוסס על **תורת "היעדר הידיעה"** (ראו הסבר להלן); ואילו בהיבטים של **דיני החיובים** - הוא מבוסס על רעיונות אבסטרקטיים של **"אמונה"** ו**"נאמנות"** הנמדדים יחדיו על בסיס **"מנהג"** (מנהג מקובל או מנהג מסחרי מקובל). בתמצית, הכללים הבסיסיים ביחס לעקרון תום הלב קובעים כדלקמן:

▪ **בדיני הקניין אדם שאינו יודע על כך שהמעביר אליו נכס אינו הבעלים האמיתי של הנכס ייחשב כמי שהיה תם לב** (תורת "היעדר הידיעה"); לעומתו, אדם שידע, או שהיה עליו לדעת או שברשלנות חמורה הביא לכך שלא ידע כי המעביר אינו הבעלים, ייחשב כמי שחסר תום לב.

▪ **בדיני החיובים תום הלב זכה לפרשנות מרחיבה, וזאת למרות הלשון המצמצמת של הסעיף בו העיקרון מעוגן**. בעקבות פרשנות זו זכה העיקרון למעמד מיוחד בדין הגרמני. העיקרון מבוסס על כך שכל אחד מבין הצדדים

³ סעיפים 1-6 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 ("החלק הראשון" של הצעת הקודקס הישראלי).



להתחייבויות זכאי להסתמך על כך שהצד השני ימלא אחר התחייבויותיו
כהלכתן ובאופן המממש את העסקה ביניהם; וזאת, על בסיס הקריטריון של
"מנהג" שנועד לשמש סוג של קנה מידה קונקרטי למדידת החיובים.

יודגש, כי צורת הפרשנות של העיקרון בידי בתי-המשפט, הפכה מוקד לביקורת בספרות
המקצועית. רבים טענו כנגד השימוש התדיר בעיקרון תום הלב כדי להגיע לתוצאות
"רצויות" במשפט, וגרסו כי שימוש זה לא רק מביא לפגיעה באוטונומית הפרט (שהוא
כאמור עיקרון על ביסוד הקודקס הגרמני), אלא משמש גם ככר פורה ל"פוזיטיביזם
שיפוטי"⁴, לאור העובדה שהדבר יכול לשמש להרחבת שיקול דעתו של בית המשפט,
דבר העלול להביא לתוצאות "שליליות" או לתוצאות שאינן בהכרח "נכונות" באופן
אוניברסאלי.

○ "אין חוטא נשכר": עקרון זה אינו זוכה לעיגון מפורש וישיר בקודקס הגרמני, אולם
היבטים יישומיים שלו זכו לעיגון בכמה סעיפים בקודקס ובמסגרתו. כך, במסגרת
דוקטרינות משפטיות אחרות הגיעו בדין הגרמני לאותן התוצאות או לתוצאות דומות
גם אם לא זהות לתוצאות המתקבלות מיישום עקרון זה בצורתו הרחבה. דוגמה בולטת
לכך היא שפעולות שנובעות מהפרה של תקנת הציבור ייחשבו כבטלות ובמקרים
מסוימים אף לשלילת זכויותיהם של פרטים לתבוע לעצמם סעד כלשהו (לדוגמה בדיני
עשיית עושר ולא במשפט).

○ זוטי דברים: גם עקרון זה לא זכה לעיגון מפורש וישיר בקודקס הגרמני וגם במקרה זה
נעשה שימוש בדוקטרינות אחרות בכדי להגיע לתוצאות משפטיות דומות גם אם לא
זהות. כך, בסעיפים שונים ברחבי הקודקס הגרמני יושמו דוקטרינות אלה כדי לדחות
תביעות קנטרניות בגין זוטי דברים (לדוגמה, באמצעות תקנת הציבור ותום הלב). כך,
בין היתר, בדיני הנזיקין, בדיני הקניין, בדיני התאגידים, הגבלים עסקיים ואף בדיני
החוזים נעשה שימוש בדוקטרינות הנובעות מעיקרון זה, וזאת למרות שהוא לא מעוגן
באופן מפורש בקודקס.

● שלא בשולי הדברים יודגש, כי בקודקס הגרמני אין התייחסות כלשהי ל"תכליות החוק", וזאת
בשונה מהצעת הקודקס הישראלי. אומנם ניתן ללמוד מהספרות המקצועית, מדברי ההסבר
לקודקס וממקורות אחרים מה היו הרעיונות או העקרונות שעמדו ביסוד ניסוח החקיקה; אולם
חשוב לציין ולזכור כי תכליות אלה לא נקבעו במפורש בקודקס ואף לא נקבעה הוראה המחייבת
כי פרשנות הקודקס תעשה לאורן של תכליות אלה. יחד עם זאת, ולשם שלמות התמונה יצוין
כי בגרמניה קיים כלל פרשני הנובע מדוקטרינת ה-Drittwirkung. דוקטרינה זו מחייבת כי
עקרונות היסוד החוקתיים של השיטה והחירויות הבסיסיות יהיו בעלי השפעה ישירה
ועקיפה הן על היחסים שבין הפרט למדינה והן על היחסים שבין פרטים לבין עצמם.

⁴ "פוזיטיביזם שיפוטי" (או משפטי) היא אסכולה בתורת המשפט המבוססת על שתי טענות מרכזיות - החוק נוצר בידי בני
אנוש; וכן כי אין קשר הכרחי בין חוק לבין מוסר. כתוצאה מכך, יש הוגים הרואים במשפט דבר המבוסס על בחירה
(ובצורה מוקצנת יותר גם אם זו נעשית בצורה מכוונת כדי להשיג תוצאות הנראות בעיניהם כרצויות). להרחבה ראו: עדי
פרוש, "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי - השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה, עיוני משפט
יז(3), 755-717 (1993) וכן מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עיוני משפט יז, 593-503
(1993).

הקודקס הגרמני

כאמור, מסמך זה יעסוק בקודקס הגרמני, בדגש על עקרונות היסוד של הקודקס, הקבלתם לעקרונות המופיעים בקודקס הישראלי, פרשנותם של עקרונות היסוד בפסיקה ובספרות המקצועית הגרמנית והביקורת (ככל שהייתה) כנגד הכללתם בקודקס או כנגד השימוש בהם. מעבר לכך, ולשם שלמות הדיון, הסקירה שבחלק זה לא תתמקד רק בנושאים האמורים לעיל, אלא גם תספק רקע תיאורטי משפטי קצר בנוגע להליכי הגיבוש של הקודקס הגרמני ומאפייניו הרחבים יותר אשר השפיעו רבות על צורתו הסופית ועל עקרונות היסוד שנכללו בו.

יודגש, כי בשונה מהצעת הקודקס הישראלי, בקודקס האזרחי הגרמני לא נקבע פרק עצמאי ונפרד העוסק במישרין אך ורק ב"עקרונות היסוד" של הקודקס. יחד עם זאת, בקודקס הגרמני, ובפרט בחלק מתתי הפרקים שבחלק הכללי של הקודקס (להרחבה על מבנה הקודקס הגרמני ראו להלן), נקבעו הוראות מהותיות שבחלקן דומות להוראות הנכללות בפרק "עקרונות היסוד" שבהצעת הקודקס הישראלי (כדוגמת הוראות פרטניות הנוגעות לכשירות משפטית או לעקרון תום הלב).⁵

1. רקע כללי

הקודקס האזרחי הגרמני אושר ברייכסטאג ונכנס לתוקף בשנת 1901. מטרת הקודקס היו מגוונות וכללו, בין היתר, רצון ליצור הרמוניזציה במדינות השונות שהרכיבו את גרמניה לאחר האיחוד.⁶ גיבוש הקודקס הגרמני נעשה על בסיס עבודת ועדות מקצועיות שונות שנקבעו לצורך הניסוח של הקודקס; ועדות אלה כללו הן מומחים מעולם המשפט הגרמני ומקורותיו (וזאת, כפי שיוצג להלן, לאור עקרון המחקר המשפטי המדעי-היסטורי עליו מבוסס הקודקס) והן נציגים לא משפטיים שייצגו ענפים שונים שלקודקס הייתה השפעה לגביהם.⁷

הקודקס בנוי בצורה של חמישה ספרים נפרדים: החלק הראשון הוא החלק הכללי (Allgemeiner Teil)⁸ שכולל עקרונות יסוד והוראות כלליות שנועדו ליישום בכל יתר חלקי הקודקס (מטבע הדברים נתמקד בעיקר בחלק זה בסקירה, וזאת על אף שחלק מהעקרונות המרכזיים של הקודקס מופיעים גם בחלקיו האחרים); החלק השני עוסק בדיני החיובים (Recht der Schuldverhältnisse);⁹ החלק השלישי עוסק בדיני הקניין (Sachenrecht);¹⁰ החלק הרביעי העוסק בדיני משפחה (Familienrecht);¹¹ ואילו החלק החמישי עוסק בדיני הירושה (Erbrecht).¹² יוער, כי במקור לקודקס היה גם חלק שישי שעסק ביחסים

⁵ להרחבה בנושאים אלה ראו חלקים 1.2.1 ו-1.2. להלן.

⁶ גרמניה אוחדה בשנת 1871 בתקופת שלטונו של הקאנצלר (ראש הממשלה) אוטו פון ביסמרק. כחלק מתהליכי האיחוד (וכהמשך למגמות קודמות מהמאה ה-19) נעשו ניסיונות להביא להרמוניזציה משפטית ברחבי גרמניה המאוחדת; אחד מהמהלכים מסוג זה היה חקיקת הקודקס האזרחי הגרמני; להרחבה ראו: רועי קרייטנר, "קודקס, מדע, חוזה: טיול שורשים בחשיבה הקודיפיקטיבית", משפטים לו 327 (2006).

⁷ Mathias W. Reimann, "Nineteenth Century German Legal Science", B.C. L. Rev. 837 (1990). The German Civil Code (Simon Goren trans.), v-xxii.

⁸ The German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch), § 1-240.

⁹ Ibid, § 241-853.

¹⁰ Ibid, § 854-1296.

¹¹ Ibid, § 1297-1921.

¹² Ibid, § 1922-2385.



שבין השלטון המרכזי והמדינות בגרמניה ובסוגיות שונות מהמשפט הבינלאומי הפרטי; עם זאת, בסופו של יום חלק זה נחקק כחוק נפרד מהקודקס האזרחי.¹³

חלק מהמטרות ומהרעיונות שעמדו ביסוד הקודקס הגרמני היו שונים מאלה שגובשו בקודקסים אחרים באירופה במהלך המאה ה-19 (ובמובנים רבים בעיקר מהקודקס הצרפתי). בין המטרות והמאפיינים המרכזיים של הקודקס הגרמני ניתן למנות את הבאים:¹⁴

- **קביעת דבר חקיקה מקיף ורחב המבוסס על מחקר של המשפט כתחום ממוקד, מדעי ומקצועי.** גישה זו נבעה, בין היתר, מהתפיסה כי המשפט מהווה תוצר היסטורי של התפתחותן של אומות שונות (מעין "רוח העם" – Volksggeist), המתפתחת באופן אורגני ואבולוציוני בדומה לשפה או מאפיינים תרבותיים אחרים).¹⁵ כתוצאה מגישה זו, ננקטו פעולות הכנה שכללו **לימוד מעמיק של עקרונות היסוד ההיסטוריים של השיטה המשפטית הגרמנית** (ולא קביעת הנחות יסוד לגבי טבע האדם כפי שנעשה בקודקס הצרפתי למשל).¹⁶ רעיון זה בא לידי ביטוי בכך שעקרונות היסוד נותרו חלק מרכזי ומשמעותי מהמשפט הגרמני ולא בוטלו כתוצאה מחקיקתו.¹⁷

- **הקודקס אינו מיועד להיות מדריך להדיטות לעולם המשפט, אלא כלי בידיהם של מלומדים ובעלי מקצוע בעולם המשפט** (להבדיל מתפיסות קודיפיקטיביות אחרות). הציפייה הייתה כי משפטנים יוסיפו לעשות את אותה עבודה כבעבר, אך יזכו לכלים עדיפים, מאורגנים ומסודרים יותר - **כלים משפטיים סיסטמטיים בעלי סדר פנימי**. כלים שיובילו אותם בפחות מאמץ לרמה גבוהה יותר של תוצרים משפטיים.¹⁸

מטרה זו קיבלה ביטוי מוחשי **בעקרון ההפשטה** (Abstraktionsprinzip). עקרון זה נועד להפוך את הקודקס לכלי נוח יותר תוך הפשטת ההגדרות והוראות הקודקס, שימוש במבנה נוח ובאחידות ניסוחית. יחד עם זאת, יש הסוברים כי עקרון זה הביא גם **להכללות רבות ולכפיית מבנה מלאכותי על חלקים שונים בקודקס הגרמני**.¹⁹ כך, כנגד עקרון ההפשטה נשמעה ביקורת

¹³ EBGB - Einführungsgesetz zum Bürgerliches Gesetzbuch. חוק זה עבר שינויים רבים לאורך השנים וכיום הוא מצומצם יותר. להרחבה בנושא תחולתו, ראו: v-xxii : The German Civil Code (Simon Goren trans.).

¹⁴ John Henry Merryman and Rogelio Perez-Perdomo, THE CIVIL LAW TRADITION (3rd Edition, Stanford University Press 2007). Mathias Reimann, "Nineteenth Century German Legal Science", 31 B.C. L. Rev. 837 (1990). The German Civil Code (Simon Goren trans.), v-xxii.

¹⁵ תפיסה זו הינה תפיסתו של המלומד סאבני (Friedrich Carl von Savigny). להרחבה ראו: מנחם מאוטנר, "שיבת המורחק: על מעמדה של התרבות במדעי האדם ובמשפט", הרצאה בטכס קבלת "פרס צלטנר", 27 במרס 2007. מנחם מאוטנר, **משפט ותרבות** (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, 2008). רועי קרייטנר, "תורת המשפט של משפט ותרבות - בעקבות מנחם מאוטנר משפט ותרבות (2008)", **משפט וממשל י"ב**, תש"ע. וכך ראו:

Friedrich Karl Von Savigny, SYSTEM OF THE MODERN ROMAN LAW (photom. Reprint 1993 William Holoway trans., J. Higginbotham Publishers 1867). Friedrich Karl Von Savigny, ON THE VOCATION OF OUR AGE FOR LEGISLATION AND JURISPRUDENCE (Abraham Hayward, trans., 1831) (1814).

¹⁶ בהקשר זה יוער, כי לגבי מקורותיו של הקודקס הגרמני ישנה מחלוקת אקדמית מסוימת, בין אלו הסוברים כי המקורות שלו בעיקר נעוצים במשפט הרומי (הקוד היוסטיניאני) לבין אלה הסוברים כי המקורות נבעו דווקא מהמשפט שהתפתח לאורך השנים במדינות השונות המרכיבות את גרמניה המאוחדת ("המשפט של השבטים הגרמנים"). להרחבה ראו רועי קרייטנר, "קודקס, מדע, חוזה: טיול שורשים בחשיבה הקודיפיקטיבית", **משפטים לו** 327 (2006).

¹⁷ בשולי הדברים יוער, כי חלק מעקרונות אלה עודכנו ותוקנו לאורך השנים (עם התפתחות המשפט הגרמני עצמו), ובפרט העקרונות הנוגעים לדיני משפחה וירושה. להרחבה בנושא זה ראו: The New German Law of Obligation, Historical and Comparative Perspectives, Oxford University Press, 2005.

¹⁸ רועי קרייטנר, "תורת המשפט של משפט ותרבות - בעקבות מנחם מאוטנר משפט ותרבות (2008)", **משפט וממשל י"ב**, תש"ע.

¹⁹ אורי ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", **עיוני משפט ו** 506.



היוצאת בעיקר כנגד "הגדרות יתר" וכנגד הרצון להוספת "הגדרות בעלות משמעות כללית", ובייחוד הגדרות הנכללות בחלקים כלליים ובמנותק מהקשרן הטבעי של הוראות אלה. לדעת רבים הגדרות אלה ועקרון ההפשטה כפי שהוא מתבטא בהן לא רק שאינם מסייעים לפירוש החוק, אלא מכבידים עליו ומסבכים אותו.²⁰

• הקודקס אינו שיטת משפט חדשה השוללת את המשפט שקדם לו, אלא נועד להוות איחוד של הדינים במדינות המרכיבות את גרמניה (מעין קונסולידציה מורחבת). זאת, כאמור לעיל, על בסיס לימוד היסטורי ומדעי של מערכות המשפט הגרמניות. כך, לפי גישה זו הקודיפיקציה צריכה, בין היתר, גם לאחד את המשפט בגרמניה ולפתור את הכשלים הנובעים משיטות משפט מפולגות בין האזורים העצמאיים.²¹

מעבר לכך, כמה עקרונות יסוד כלליים נוספים שהנחו את מנסחי הקודקס זכו לביטוי במסגרתו (הגם שלא נקבעו או עוגנו במפורש במסגרתו), וביניהם:²² אוטונומית הפרט (Privatautonomie) המדגישה כי הפרט רשאי לבצע כל דבר (כל עוד הוא אינו נוגד את החוק), ובפרט להתקשר עם פרטים אחרים, ולעצב כרצונו את ההתקשרויות האמורות; עקרון ההפרדה (Trennungsprinzip) שבמרכזו עומד הרעיון שנקבע בקוד היוסטיניאני²³ והוא הפרדת חלקי הקודקס העוסקים בצד החוזי (התחייבות - Obligation) לבין ההעברה בפועל של הקניין (Property). לעקרונות אלה ביטוי משמעותי ברחבי הקודקס והשפעתם גם ניכרת בספרות המקצועית ובפרשנות בתי-המשפט והם נחשבים כסוג של מוקד של הקודקס.

דוקטרינת ה-Drittwirkung

דוקטרינה מרכזית נוספת, בעלת השפעה רבה בדין הגרמני (ובייחוד ביישומו בהקשרים אזרחיים), היא דוקטרינת ה-Drittwirkung. דוקטרינה זו לא עוגנה בפועל בקודקס הגרמני, אלא פותחה על-ידי בתי המשפט הגרמניים (בייחוד לאחר מלחמת העולם השנייה). חשוב להזכיר דוקטרינה זו לשם מתן תמונה מלאה ורחבה יותר של המשפט הפרטי בגרמניה המבוסס גם על פסיקת בתי המשפט.

הדוקטרינה קובעת כי עקרונות היסוד החוקתיים של השיטה והחירויות הבסיסיות (Grundfreihei) יהיו בעלי השפעה ישירה ועקיפה על היחסים שבין הפרט למדינה ובין הפרט לבין פרטים אחרים בחברה. כלומר, עקרונות היסוד החוקתיים משפיעים גם על מערכות היחסים שבין אנשים פרטיים (תחולה עקיפה) באמצעות פרשנות של דוקטרינות של המשפט הפרטי. יצוין, כי דוקטרינות דומות אף אומצו במשפט האיחוד האירופאי (החל באותם תחומים פרטניים עליהם הסכימו המדינות החברות באיחוד).²⁴

²⁰ שם. להרחבה נוספת ראו להלן.

²¹ גישה זו הושפעה רבות מהמלומד Anton Thibaut. עמדתו של Thibaut עמדה במידה רבה בניגוד לעמדתו של סאביני, שחשש כי קודיפיקציה שאינה "רגישה" לתרבות ולהיסטוריה המשפטיות של גרמניה תפגע בהתפתחות הרגילה של הקודקס. להרחבה בנושא זה ובמאבק בין הגישות האמורות, ראו: רועי קרייטנר, "תורת המשפט של משפט ותרבות - בעקבות מנחם מאוטנר משפט ותרבות (2008)", משפט וממשל י"ב, תש"ע.

²² להרחבה בעניין עקרונות אלה ראו להלן בניתוח של סעיפיו הפרטניים של הקודקס (עקרונות היסוד בקודקס הגרמני) וכן: Christian von Bar & Ulrich Drobnig, THE INTERACTION OF CONTRACT LAW AND TORT AND PROPERTY LAW IN EUROPE - A COMPARATIVE STUDY (European Law Publishers 2004).

²³ הקוד היוסטיניאני נקבע בתקופת שלטונו של יוסטיניאנוס הראשון והיווה את יסודות מערכת המשפט באימפריה הרומית ואף בשיטות קונטיננטליות שונות שנבעו ממנה.

²⁴ Javier Mijangos Gonzales, "The Doctrine of the Drittwirkung Der Grundrechte in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights", InDret, vol. 1, 2008. Eric Engle, "[Third Party Effect of Fundamental Rights \(Drittwirkung\)](#)", Hanse Law Review, Vol. 5, No. 2, 2009. Georg Sommeregger, "The Horizontalization of Equality: The German Attempt to Promote Non-Discrimination in the Private Sphere



2. עקרונות היסוד בקודקס האזרחי הגרמני

חלק זה של המסמך בנוי כך שבתחילה יוצגו (בקצרה) ההוראות המרכזיות שבחלק הכללי של הקודקס הגרמני (החלק הראשון – Allgemeiner Teil), וזאת בכדי לספק תמונה רחבה, מלאה והשוואתית ביחס לנושאים שנכנסו לגדר חלק זה. לאחר מכן, ולאור העובדה שחלק מעקרונות היסוד הגרמניים מקבלים ביטוי דווקא בחלקים האחרים של הקודקס הגרמני, יוצגו באופן פרטני ההוראות המקבילות להוראות שבפרק "עקרונות היסוד" שבהצעת הקודקס הישראלי.

2.1. עקרונות היסוד שבחלק הכללי

כאמור לעיל, החלק הכללי של הקודקס האזרחי הגרמני רחב במיוחד ועוסק בסוגיות רבות ומגוונות. החלק כולל תתי פרקים שונים המהווים כפרקי מבוא כלליים הקובעים הגדרות רחבות המשמשות את יתר חלקי הקודקס.

החלק הכללי אינו מהווה חלק נפרד העוסק במישרין אך ורק בעקרונות היסוד של הקודקס, אלא הוא כולל (בחלק מבין תתי הפרקים האמורים) **הוראות מהותיות המגלמות במובנים רבים את עקרונות היסוד שלו והוראות שלעיתים מקבילות לאלה שנקבעו בקודקס המוצע בישראל**. עוד יודגש, כי בקודקס הגרמני אין סעיף "תכליות חוק" מהסוג המוצע בישראל (וזאת, ככל הנראה, גם לאור העקרונות שעמדו ביסוד קביעת הקודקס הגרמני והרעיונות שהובילו לקביעת הקודקס ושפורטו לעיל).

תתי הפרקים שבחלק הראשון של הקודקס הגרמני רחבים הרבה יותר מאלה שבפרק "עקרונות היסוד" שבהצעת הקודקס הישראלי. לאור זאת, בחרנו להביא תמצית קצרה של תתי הפרקים המופיעים בחלק הראשון של הקודקס האזרחי הגרמני, תוך מתן דגש להוראות המקבילות להוראות בישראל או להוראות מהותיות ומרכזיות אחרות שנקבעו בחלק זה של הקודקס הגרמני, וזאת בכדי לספק לקורא תמונה רחבה ומלאה של תתי פרקים אלה:

- **פרטים ותאגידים:**²⁵ תת פרק זה עוסק בהוראות ובהגדרות שונות ומגוונות בדבר פרטים (Natural persons) ותאגידים (Legal persons). **תת הפרק כולל בעיקר הגדרות טכניות כלליות**, ובייחוד הגדרות רחבות ומונחים גנריים בהם נעשה שימוש בכל חלקי הקודקס האחרים (וזאת בהתאם לעקרון ההפשטה ולרעיון הקונסולידציה שתוארו לעיל). יחד עם זאת, **חלקים מתת פרק זה כוללים גם הוראות וקביעות מהותיות יותר, שבחלקן אף מקבילות לפרק "עקרונות היסוד" שבהצעת הקודקס הישראלי**.²⁶

בין היתר, נקבעו בתת הפרק ההוראות המהותיות הבאות:

- **כשרות משפטית - הכשרות המשפטית לזכויות ולחובות (Legal Capacity) של אדם תחל מגמר לידתו**.²⁷ הוראה זו דומה להוראה הקיימת בהצעת הקודקס הישראלי הקובעת כי הכשרות המשפטית של אדם נתונה לו מגמר לידתו ועד יום מותו.²⁸

via Legislation", & Ulrich Preuss, "The German Drittwirkung doctrine and its Socio-Political Background", in Andras Sajo and Renata Uitz, *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, (Eleven International Pub, 2005).

²⁵ The German Civil Code, § 1-14 .

²⁶ בפרט סעיפים 5 ו-6 להצעת הקודקס הישראלי (סעיף הכשרות המשפטית לזכויות ולחובות וסעיף ההגדרות הכלליות).

²⁷ The German Civil Code, § 1.



○ גיל הבגרות המשפטית - גיל הבגרות המשפטית הוא 18 שנים,²⁹ וזאת באופן זהה להוראה שקיימת בסעיף ההגדרות הכלליות שבהצעת הקודקס הישראלי.³⁰

כמו כן, נקבעו בתת הפרק הוראות כלליות ומשמעותיות בדבר המעמד המשפטי של תאגידי מסוגים שונים, דרכי הפעולה המותרות לתאגידי אלה והוראות מהותיות שונות אחרות (שניתן להתנות על מרביתן במסמכי התאגיד), בנוגע לחבויות תאגידי, חברי ההנהלה ועוד.³¹ מאחר והוראות אלה חורגות מהנושאים המטופלים במסמך זה, בחרנו שלא לסקור הוראות אלה.

● הוראות בנוגע לחפצים (Things):³² הוראות אלה עוסקות בהגדרות הטכניות של המונח חפץ (Thing). ההוראות שבתת הפרק טכניות בעיקרן ומתמקדות בהגדרות ביחס לדברים שיכולים להיכלל תחת המונח חפץ, זכותו של אדם לזכות בפירות הנובעים מחפץ שבעלותו, החובה לפצות את מי שמפיק פירות מחפץ בעבור אדם אחר ועוד.³³ יוער, כי בתת הפרק נקבעו גם הוראות שיכולות להיחשב כהוראות תיאורטיות-מהותיות, כגון: רק דברים מוחשיים יכולים להיחשב כ"חפץ" (אך בעלי-חיים אינם נכללים במונח זה), כמו גם כי הזכויות הנלוות למקרקעין חלק בלתי נפרד מהמקרקעין עצמם ועוד.³⁴

● הוראות כלליות בנוגע לעסקאות (פעולות משפטיות):³⁵ המונח בו נעשה שימוש בתרגום הרשמי של תת פרק זה הוא Legal Transaction (עסקאות); יחד עם זאת, ההוראות בתת הפרק עוסקות במגוון סוגיות שונות מדיני החוזים והחובים, ובפועל הכוונה למרחב גדול יותר של נושאים היכולים להיכנס בגדר המונח.³⁶ בין היתר עוסק תת הפרק בסוגיות הבאות:

○ כשירות לביצוע התקשרויות חוזיות – כאמור לעיל, ככלל ההוראות הרלוונטיות לעניין כשירותו של אדם להתקשר בעסקה מצויות בתת הפרק העוסק בהוראות כלליות בנוגע לעסקאות שנסקר לעיל. יחד עם זאת, גם בתת הפרק העוסק בהוראות כלליות בנוגע לעסקאות נקבעה קבוצת הוראות רלוונטיות העוסקות בנושאים שונים מתחום הכשירות. כך, בין היתר, הוראות אלה קובעות כי מי שלא מלאו לו 7 שנים, או מי שסובל מהפרעה נפשית פתולוגית (State of Pathological Mental Disturbance) אינם כשירים להתקשר בעסקאות. כמו כן, נקבע בתת הפרק כי קטין שגילו עולה על 7 שנים יהיה מוגבל בביצוע פעולות מסוימות וכי לגבי חלקן תידרש הסכמת האפוטרופוס של הקטין לצורך ביצוע התקשרויות חוזיות.

²⁸ סעיף 5(א) להצעת הקודקס הישראלי.

²⁹ The German Civil Code, § 2.

³⁰ על אף שבתת הפרק העוסק בהוראות בנוגע לעסקאות נקבעו חריגים לכך כפי שיוצג להלן.

³¹ The German Civil Code, §21-89.

³² Ibid, §90-103.

³³ Ibid, §101-103.

³⁴ Ibid, §90-100.

³⁵ Ibid, §104-185.

³⁶ לשם האחידות הלשונית עם הטקסט הגרמני ייעשה שימוש בתיאורים ובהסברים שבתת פרק זה בתרגום למונח הגרמני. כך שלאורך תת הפרק ייעשה שימוש במונחים כמו עסקאות או התקשרויות חוזיות, וזאת בהתאם לפעולה המתוארת.



○ Declaration of Intent (Willenserklärung) – חלק זה עוסק בנושאים שונים הקשורים להצהרת הכוונות של צדדים לעסקה.³⁷ בעיקרו עוסק חלק זה ב"יסוד הנפשי" של הצדדים וקובע הוראות מגוונות לעניין בטלות עסקאות בהן אחד הצדדים יודע על מניעה נפשית של הצד השני (Mental Reservation), או עסקאות שנעשות רק לצורך מצג שווא (Sham transactions),³⁸ או כאשר הצהרת הכוונות אינה רצינית (Lack of Seriousness), או במקרה של טעות או הטעייה,³⁹ או במקרים של מרמה או איומים (Deceit or Duress).

כן, נקבעו בחלק זה הוראות לעניין פרק הזמן שבו ניתן לבטל הצהרת כוונות, חבות בנזקים של צד המכריז על בטלות הצהרת כוונות, צורת ההצהרה (הצהרות בכתב, מסמך אלקטרוני, צורה אחרת המוסכמת על-ידי הצדדים וכדומה), דרכים להודעה על בטלות הצהרת כוונות, השפעת בטלות ועוד.

מעבר לכך, בחלק זה נקבעו גם כמה הוראות מהותיות ורחבות יותר שאינן מוגבלות רק לנושא של הצהרת כוונות, אלא עוסקות גם בעסקאות באופן כללי, וביניהן:⁴⁰

- פרשנות של הצהרת כוונות – הצהרת כוונות צריכה להתפרש לפי הכוונה האמיתית של הצדדים (true intention), ולא על סמך פרשנות מילולית גרידא של ההצהרה (Literal meaning).⁴¹
- עסקה המנוגדת להוראה סטטוטורית או הוראה של בית-משפט – עסקה המפרה הוראה סטטוטורית דינה בטלות, אלא אם נקבע אחרת בהוראה סטטוטורית. כמו כן, אם ההקצאה/ההעברה של דבר כלשהו נוגדות הוראה סטטוטורית, שנועדה לטובת ההגנה על קבוצת אנשים ספציפית, אזי ההקצאה תחשב כבטלה ביחס לקבוצה זו.⁴² הוראות בתי-משפט או רשויות ציבוריות

³⁷ **הקודקס הגרמני אינו מגדיר את המונח Declaration of Intent.** הפרשנות המקובלת בעולם העסקים של המונח היא מסמך רשמי בעל נפקות ותוקף, בו מצוין מה אדם או קבוצה מתכוונים לעשות, וזאת על אף שאינו בעל תוקף משפטי של חוזה. ראו לדוגמה ההגדרות המילוניות הבאות: "Declaration of Intent – An official document stating what a person or group intends to do, but which does not have the legal force of a formal contract". Macmillan Dictionary - "Declaration of Intent - A formal or official Statement that (you intend to do something.)". התפיסה המקובלת **בדין הגרמני ביחס למונח היא כי מדובר בביטוי לרצונו של אחד הצדדים בתוצאה מסוימת** (בדומה למצג בחוזה בנוגע לכוונת הצדדים). יוער, כי על-פי הספרות המקצועית הגרמנית **ההבדל המרכזי בין עסקה (transaction) לבין הצהרת כוונות (declaration of intent) רלוונטי רק במקרים בהם העסקה מורכבת מכמה הצהרות כוונה** (כדוגמת המקרה של חוזה). להרחבה בנושא זה ראו:

Friedrich Schade, WIRTSCHAFTSPRIVATRECHT: GRUNDLAGEN DES BÜRGERLICHEN RECHTS SOWIE DES HANDELS-UND WIRTSCHAFTSRECHTS, Kohlhammer; 2. Auflage (2009). Dr. hc Dieter Medicus, ALLGEMEINER TEIL DES BGB, 9. Auflage (2006), S. 100.

³⁸ יוער כי עסקת מרמה לא תחשב כבטלה אם היא מהווה כסות לעסקה חוקית (להרחבה ראו סעיף 117 לקודקס הגרמני).

³⁹ יודגש כי הקודקס קובע תנאים מסוימים שצריכים להתקיים בטרם ניתן להתייחס למסמך כבטל בשל טעות, ובעיקרם כי ניתן היה לצפות כי ככל שהצד שביצע את הצהרת הכוונות היה יודע את העובדות לאשרן הוא לא היה מבצע את הצהרת הכוונות.

⁴⁰ The German Civil Code, § 133-141.

⁴¹ Ibid, § 133: "When a declaration of intent is interpreted, it is necessary to ascertain the true intention rather than adhering to the literal meaning of the declaration".

⁴² Ibid, § 134: "A legal transaction that violates a statutory prohibition is void, unless the statute leads to a different conclusion"; § 135: "If the disposition of a thing violates a statutory prohibition against disposal intended solely for the protection of particular persons, the disposition is ineffective only in relation to these



הפועלות לצורך מילוי תפקידן ייחשבו לצורך העניין כהוראות סטטוטוריות ויחולו עליהן ההוראות הרלוונטיות בקודקס.

■ עסקה המנוגדת לתקנת הציבור ואיסור גביית "ריבית נשך" – הוראה זו מתירה את ביטולן של עסקאות הנוגדות את תקנת הציבור, ובכלל זה עסקאות שנקבעה בהן "ריבית נשך" (Usury). בסעיף נקבעו הוראות השוללות את תקפותן של עסקאות, שבהן אחד הצדדים ניצל חוסר ניסיון, היעדר שיקול דעת או חולשה ניכרת אחרת של צד אחר, כדי להשיג לעצמו יתרונות כספיים שאינם פרופורציונאליים לעסקה. יש הסוברים כי השימוש בתקנת הציבור כדי לשלול עסקאות צריך להתבצע באופן מצומצם (ראו הרחבה להלן בחלק העוסק בעיקרון תום הלב).⁴³

בהקשר של "ריבית נשך", לדברי נציגי משרד המשפטים בגרמניה הניסוח הכללי של הוראה זו נועד לאפשר לבתי-המשפט בגרמניה שיקול דעת רחב בסוגיות חוזיות, בהתאם לנסיבות של כל מקרה ומקרה. שיקול הדעת חל גם על קביעת הריבית בהסכם באופן שייחשב לסביר.⁴⁴ חרף זאת, ולמרות שיקול הדעת הנרחב המותאם לכל מקרה ומקרה, בית-המשפט הפדראלי לצדק קבע במעין כלל-אצבע כי ריבית ששיעורה יותר מפי שניים מהשיעור המקובל בעסקאות הלוואה תיחשב ריבית נשך.⁴⁵

■ בטלות יחסית – אם חלק מעסקה בטל, אזי העסקה כולה תחשב כבטלה, אלא אם ניתן היה לצפות כי בכל זאת הייתה נעשית התקשרות בעסקה גם ללא החלק הבטל.⁴⁶

■ פרשנות חוזרת - עסקה שכנגזרת שלה נקבעה עסקה נוספת והעסקה הראשונה בטלה, אזי העסקה הנגזרת (או הנוספת) תחשב כתקפה רק אם ניתן היה להניח כי הצדדים היו מתקשרים בעסקה הנוספת גם אם בטלות העסקה הראשונה הייתה ידועה.⁴⁷

persons. A disposition by legal transaction is equivalent to a disposition which is effected by means of execution or attachment."

⁴³ Ibid, § 138 Legal transaction contrary to public policy; usury: "(1) A legal transaction which is contrary to public policy is void. (2) In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance".

⁴⁴ להרחבה בנושא זה ראו מרכז המחקר והמידע של הכנסת, מנגנון קביעת הריבית בחוקים להסדרת הלוואות חוץ בנקאיות – סקירה משווה, כתב עו"ד גלעד נוה, אוקטובר 2010. כמו כן, חלק זה מבוסס על תשובה שהתקבלה ממר הולגר שיפס, הלשכה המשפטית במשרד המשפטים בגרמניה, מכתב מיום 6 באוגוסט 2010.

⁴⁵ DTI, The Effect of Interest Rate Controls in Other Countries, July 2004, p. 7.

⁴⁶ The German Civil Code, § 139.

⁴⁷ Ibid, § 140.



○ חוזים - בחלק זה נקבעו הוראות שונות ביחס לכריתת הסכמים, ובעיקרן הוראות הנוגעות ליסודות ההצעה והקיבול של חוזה (חובת צד המציע הצעה לעמוד בהצעתו; תוצאות פקיעת ההצעה; פרק הזמן לקיבול הצעה; מעמדן של הצעות מאוחרות; מוות ואובדן כשרות ועוד).⁴⁸

הוראה מהותית ומרכזית הקבועה בסעיף זה נוגעת לפרשנות של הסכמים ולעקרון תום הלב. ההוראה קובעת כי **חוזים צריכים להתפרש על בסיס עקרון "תום הלב"** ("אמונה" ו"נאמנות" - Treu und Glaube), **תוך התחשבות ב"דרך המקובלת"**. לעניין הפרשנות והמשמעות של עקרון תום הלב בדין הגרמני ראו פרק 2.2.1 להלן, המוקדש לעקרון בדין הגרמני ומבהיר את המונחים השונים המרכיבים אותו בדין הגרמני.⁴⁹

○ תנאים ומועדים למימוש עסקאות – חלק זה קובע הוראות בנוגע לתנאים לקיום עסקאות, תקופת ההשהיה שיכולה לנבוע מתנאים אלה, ההשפעה הרטרואקטיבית של עסקאות בשל תנאי ועוד.⁵⁰ במסגרת סעיפים אלה נקבע **כלל פרשני לטובת הצד החלש בעסקאות במקרים של חוסר תום לב ביישום תנאים שנקבעו** (כך, אם יישום של תנאי בעסקה נמנע בחוסר תום לב בידי הצד שיישום התנאי דווקא יכול להזיק לו, אזי ייחשב הדבר כאילו והתנאי התמלא; לעומת זאת, אם יישום התנאי בוצע בחוסר תום לב בידי הצד שמימוש התנאי יהיה לו ליתרון, אזי ייחשב הדבר כאילו והתנאי לא התמלא).⁵¹

○ הענקת סמכויות ושלוחים – חלק זה קובע הוראות טכניות ביחס לשלוחים, סמכויותיהם, יכולתם לחייב את שולחיהם, המגבלות החלות עליהם במקרים פרטניים (שליחות המוגבלת בתנאים), הדרכים להענקת סמכות לאדם אחר ועוד.⁵²

○ הסכמה ואישור – חלק קצר זה עוסק בעיקר בהוראות טכניות בעניין אישור והסכמה של עסקאות והסכמים (הדרך שבה צד ג' שהסכמתו נדרשת לצורך ההסכם יכול להודיע על הסכמתו, הדרך להודעה על ביטול הסכמה, אישור בדיעבד של הסכם ועוד).

● הוראות בנוגע למועדים ופרקי זמן:⁵³ הוראות אלה הינן הוראות טכניות יותר באופיין, והן עוסקות בקביעת מועדים וחישוב פרקי זמן ביחס להוראות בחקיקה, הוראות בתי המשפט והוראות בהסכמים.

● הוראות בנוגע להגבלות:⁵⁴ הוראות אלה נוגעות למשך הזמן המקסימאלי שניתן להגביל אדם מלבצע פעולות והמקרים בהם תקופת ההגבלה תושהה, תוארך או תחודש. הסעיפים כוללים מקרים שונים לפי סוגי פעולות שונים (פעולות הנוגעות למקרקעין, מעמד וכדומה), ובהתאם לכך

⁴⁸ Ibid, § 145-156.

⁴⁹ Ibid, § 157: "Contracts are to be interpreted as required by good faith, taking customary practice into consideration."

⁵⁰ Ibid, § 158-163.

⁵¹ Ibid, § 162: "(1) If the satisfaction of a condition is prevented in bad faith by the party to whose disadvantage it would be, the condition is deemed to have been satisfied. (2) If the satisfaction of a condition is brought about in bad faith by the party to whose advantage it would be, the condition is deemed not to have been satisfied".

⁵² Ibid, § 164-181.

⁵³ Ibid, § 186-193.

⁵⁴ Ibid, § 194-225.



את משך המגבלה המקסימאלית והמקרים האפשריים בהם תקופת המגבלה תוארך, תושהה או תחודש.⁵⁵ מעבר לכך, בתת פרק זה נקבעו הוראות בדבר ההשלכות המשפטיות של סיום תקופות של מגבלה (כדוגמת ביטול עסקאות, החזרת מכר ועוד).

- **הוראות בנוגע למימוש זכויות, הגנה עצמית ועזרה עצמית:**⁵⁶ הוראות מגוונות אלה כוללות סעיפים שונים העוסקים באיסור של מימוש זכות במטרה לפגוע באדם אחר (Chicanery), ההגנות מפני תביעה בגין נזקים שנוצרו במהלך הגנה עצמית או הכרח (והמגבלות על הגנות אלה), וכן ההגדרות של המונח המשפטי עזרה עצמית.
- **הוראות בנוגע לבטוחות:**⁵⁷ תת פרק זה עוסק בהגדרות של בטוחות (Securities) מסוגים שונים. בכלל זאת, קיימת בתת הפרק התייחסות פרטנית לסוגים ספציפיים של בטוחות (מקרקעין, מטלטלין ועוד).

2.2. עקרונות יסוד המקבילים לאלו שבהצעת הקודקס הישראלי

כאמור לעיל, בהצעת הקודקס הישראלי מופיעים עקרונות שאינם מוגדרים במישרין בחלק הכללי (החלק הראשון) של הקודקס הגרמני. יחד עם זאת, וכפי שצוין לעיל, עקרונות אלה (או עקרונות הדומים לעקרונות שבישראל) מופיעים לעיתים בחלקים האחרים של הקודקס הגרמני. לאור זאת, ולשם שלמות התמונה, ובעיקר בכדי שניתן יהיה להשוות את עקרונות היסוד שבהצעת הקודקס הישראלי למקבילותיהם בקודקסים אחרים, בחרנו להביא בחלק זה סקירה של המקבילות לעקרונות היסוד שבהצעת הקודקס הישראלי (ככל שקיימות מקבילות כאלה).

2.2.1. תכליות יסוד

בקודקס הגרמני אין התייחסות כלשהי ל"תכליות החוק", וזאת בשונה מהצעת הקודקס הישראלי. אומנם ניתן ללמוד מהספרות המקצועית, מדברי ההסבר לקודקס וממקורות אחרים מה היו הרעיונות או העקרונות שעמדו ביסוד ניסוח החקיקה; אולם חשוב לציין ולזכור כי תכליות אלה **לא נקבעו במפורש בקודקס ואף לא נקבעה הוראה המחייבת כי פרשנות הקודקס תעשה לאורן של תכליות אלה**. יחד עם זאת, ולשם שלמות התמונה יצוין, כי בגרמניה קיים כלל פרשני הנובע מדוקטרינת ה-Drittwirkung. דוקטרינה זו מחייבת כי **עקרונות היסוד החוקתיים של השיטה והחירויות הבסיסיות יהיו בעלי השפעה ישירה ועקיפה הן על היחסים שבין הפרט למדינה והן על היחסים שבין פרטים לבין עצמם**.

2.2.2. עקרון תום הלב

לאורך הקודקס הגרמני נעשה שימוש בשני מונחים מרכזיים לתיאור של מה שמכונה בדין הישראלי "תום לב" (בלעז - Good Faith). המונח הראשון - Gutem Glaube - שבתרגום מילולי מתורגם כ"אמונה טובה" משמש בדיני הקניין לתיאור התנהגות "תמת לב"; ולעומתו המונח השני - Treu und Glaube - שבתרגום מילולי מתורגם כ"נאמנות ואמונה" משמש בעיקר בדיני החיובים אולם כפי שיובהר להלן

⁵⁵ Ibid, §194-202.

⁵⁶ Ibid, §226-231.

⁵⁷ Ibid, §232-240.



תחולתו הורחבה באופן משמעותי והוא אף משמש כמעין סעיף-על החולש על כל ספר החוקים הגרמני.⁵⁸ שני המונחים האמורים מבטאים את נקודות המבט העיקריות בדין הגרמני ביחס למונח "תום לב".

Gutem Glaube

השימוש במונח זה נעשה בעיקר בחלק הרביעי של הקודקס הגרמני – החלק העוסק בדיני הקניין.⁵⁹ השימוש במונח נעשה, בדרך-כלל, בהקשר של תורת "היעדר הידיעה".⁶⁰

כך, עקרון תום הלב מתפרש בחלק זה כחוסר ידיעה כי מי שמעביר קניין אינו בעליו האמיתי של הקניין. יחד עם זאת, לפי תורת היעדר הידיעה, חוסר תום לב (Mala Fides) מוגדר בדין הגרמני לא רק כאשר קיימת ידיעה בפועל כי הקניין אינו שייך למעביר, אלא גם כאשר "היעדר הידיעה" הוא ברשלנות גסה או במזיד (Dolus ו- Culpa Lata).⁶¹ כלומר, הגדרת תום הלב בהקשרים אלה אינה מסתמכת רק על מצבו "הפסיכולוגי" של המחזיק, אלא אף שוללת את תום הלב כאשר מקור הטעות ברשלנות (או בזדון).⁶² כך, אמת המידה הזו אינה סובייקטיבית בלבד אלא גם אובייקטיבית, בכך שהיא מתייחסת גם לרכיבים (דוגמת רשלנות הנמדדת באופן אובייקטיבי – כלומר על סמך אמת מידה חיצונית ביחס למעשיו של אדם).

יצוין, כי עקרון זה מגולם בכמה סעיפים פרטניים בקודקס הגרמני העוסקים בסוגיות שונות של העברת הבעלות בקניין, ואשר פורשו (ועודם מפורשים) באופן דומה על בסיס תורת "היעדר הידיעה".⁶³

Treu und Glaube

המונח True und Glaube שימש עוד בתקופת ימי הביניים כמילה נרדפת (או תיאור דומה) לעיקרון "תום הלב" במונחו המודרני (Bona fides או Good Faith), המשמש לתיאור יחסים מסחריים.⁶⁴

השימוש במונח זה נעשה בעיקר בחלק השני של הקודקס הגרמני (החלק העוסק בדיני חיובים) ובכמה סעיפים כלליים בחלק הראשון (החלק הכללי של הקודקס).⁶⁵ הסעיף המרכזי בו מעוגן העיקרון ושהיה גם הבסיס לפרשנותו בדין הגרמני הוא סעיף 242 לקודקס הגרמני (יחד עם זאת, וכאמור לעיל סעיף זה אינו הסעיף היחיד בקודקס הגרמני בו נעשה שימוש במונח זה).

⁵⁸ גואלטיארו פרוקציה, קווים לתורת תום-הלב, עיוני משפט יג (תשמ"ה-תשמ"ט), 41.

⁵⁹ בהקשר זה יוער כהערה כללית כי דיני הקניין הגרמניים הם דינים "אבסטרקטיים" ולא דינים "קאזואלים" (כלומר, דינים מופשטים המבוססים על עקרונות ונורמות בסיסיות להבדיל מכאלה המבוססים או מותנים בעובדות המקרה הספציפי). על כן, לעיתים התוצאות המקובלות ביחס לנושאים שונים בדיני הקניין הגרמניים יהיו שונות (לעיתים בצורה ניכרת) מהתוצאות המקובלות בשיטתנו בה התייחסות היא קזואליסטית ומשתנה ממקרה למקרה. להרחבה ראו: ע"א 110/53 הארי ג'יקובס נ' יעקב קרטו, פד"י ט 1401; דינים עליון 1955 (1) 22.

⁶⁰ German Civil code, § 932, 932a, 933, 934, 936(2), 937.

⁶¹ ראו כדוגמה בולטת לכך סעיף 932 לקודקס הגרמני. כמו כן, גואלטיארו פרוקציה, קווים לתורת תום-הלב, עיוני משפט יג (תשמ"ה-תשמ"ט), 41; ו- 655-656, J. von Staudinger, Kommentar zum B.G.B. (Berlin, 11th ed., 1956), pp. 655-656.

⁶² וזאת למרות שהיא לכאורה ברוח המסורת המשפטית הרומניסטית. להרחבה בנושא זה ראו גואלטיארו פרוקציה, "קווים לתורת תום-הלב", עיוני משפט יג (תשמ"ה-תשמ"ט), 41.

⁶³ German Civil code, § 932, 932a, 933, 934, 936(2), 937.

⁶⁴ Adalbert Erler, "Treu und Glauben", in: Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte (1992), 317. Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law (Cambridge University Press, 2000), pp 8-18.

⁶⁵ German Civil code, § 157, 162, 242, 320, 325.



כיום, התפיסה המקובלת היא שסעיף 242 בקודקס הגרמני הוא המקור המרכזי לעיקרון תום הלב בדיני החוזים בישראל.⁶⁶ ככלל, ולמרות שסעיף 242 לקודקס הגרמני אינו ניתן לתרגום מדויק לעברית, התרגומים הקיימים והמקובלים של הסעיף מתפרשים כדלקמן:

"חובת החייב לבצע את חיוביו לפי עקרון תום הלב תוך התחשבות בנוהגי המסחר";⁶⁷

או בגרסה מעט שונה הדומה יותר למקור הגרמני:

"חובת החייב לבצע את חיוביו באמונה ובנאמנות בהתחשב עם הנוהג".⁶⁸

כלומר, כפי שגם יפורט להלן, סעיף 242 קובע כי החייב נדרש לקיים את חיובו באופן המממש את העסקה ולנהוג באופן מצפוני כלפי הצד האחר, כמו גם, כי הנושה זכאי להסתמך על "נאמנות" החייב, והחייב נדרש לנהוג בדרך שלא תאכזב אותו על בסיס הנוהג המקובל.⁶⁹ בהקשר זה יוער, כי רבים סוברים שסעיף 39 לחוק החוזים הישראלי הינו ביטוי נאמן לתוכנו של סעיף 242 הגרמני.⁷⁰

בספרות הגרמנית המקצועית מפרשים את המונחים בהם נעשה שימוש בסעיף - "אמונה" (Glauben), "נאמנות" (Treu) ו-"מנהג" (Verkehrssitte), כדלקמן:⁷¹

- **"אמונה"**: המשמעות המקובלת של מונח זה היא כי כל אחד מבין הצדדים לעסקה יודע ומודע לכך כי העסקה תקינה והוא יכול ורשאי להסתמך על כך. כלומר, המדובר בהסתמכות של כל אחד מבין הצדדים על הנכונות ועל הרצון של הצד השני למלא אחר התחייבויותיו בנאמנות.⁷²
- **"נאמנות"**: המשמעות של מונח זה היא הנכונות למלא את ההתחייבויות כהלכתן. מהות הקיום של ההתחייבויות אינה תלויה (בהכרח) בכך שהצדדים סיכמו אותה לפרטי פרטים בכתב, ויישומה אף יכול להיעשות כפועל יוצא של העסקה בכללותה.⁷³ בהקשר זה יודגש, כי ככל שמתרחשת פגיעה בנאמנות הרי שבדין הגרמני היא אינה חייבת לכלול מאפיין של זדון או אשם, ומכאן שאמת המידה לאבחון של מונח זה היא אובייקטיבית.⁷⁴
- **"מנהג"**: מטרת הקביעה של אמות מידה התלויות במנהג הייתה יצירת קנה מידה קונקרטי למדידת החיובים. כך, בהיעדר קנה מידה אחר יכול בית-המשפט לעשות במנהג המקובל שימוש לשם מדידת קיום ההתחייבויות.⁷⁵ יוער, כי נושא מרכזי בו נעשה שימוש נרחב במונח "מנהג" לצורך פרשנות היה בתחום החוזים האחידים (בטרם נקבעו הוראות פרטניות בדין הגרמני ביחס

⁶⁶ כיום עיקרון תום הלב בדין הישראלי קבוע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") – חובת הצדדים למשא ומתן וצדדים לחוזה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במהלך המשא ומתן, ובקיום חיובים הנובעים מחוזה.

⁶⁷ גבריאלה שלו, דיני חוזים - החלק הכללי (תשס"ה), עמודים 89-90.

⁶⁸ מנחם מאוטנר, "תום לב ותנאים מכללא", בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (2003), עמודים 313-327.

⁶⁹ Y. Sussman, "A Forecast of Problems in the Law of Contracts", 2 T.A.U. Studies in Law (1976) 18-19.

⁷⁰ מנחם מאוטנר, "תום לב ותנאים מכללא", בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (2003), עמודים 313-327.

⁷¹ להרחבה בעניין הפרשנות המקובלת בגרמניה בנוגע למונחים אלה ראו:

Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law (Cambridge University Press, 2000).

⁷² שם, שם; וכן ראו: S. Siebert, Kommentar zum B.G.B. (Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag. 1959), 809.

⁷³ דרורה לפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני", הפרקליט לו (1984), 53, 55.

⁷⁴ שם, 55-56.

⁷⁵ שם, שם; וכן ראו: S. Siebert, Kommentar zum B.G.B. (Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag. 1959), 809.



לסוג זה של חוזים). יוער, כי בהצעת הקודקס הישראלי הושמטו המילים "בדרך מקובלת" (שהופיעו בעבר גם בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים ובחוקים אחרים שהצעת הקודקס הישראלי נועדה להחליף).

לפרשנות המונחים האמורים, ובייחוד לפרשנות סעיף 242 כביטוי המרכזי לעקרון "תום הלב" דיני החוזים בגרמניה, תרמו רבות בתי המשפט הגרמניים שהוסיפו בפסיקותיהם נדבכים רבים לסעיף זה. יחד עם זאת, בספרות המקצועית ניתן למצוא גם ביקורת שהושמעה כנגד דרכי הפרשנות של בתי- המשפט של עקרונות אלה:

- פוזיטיביזם שיפוטי ומעמד סעיף 242: במהלך החצי הראשון של המאה הקודמת הפכה ההרחבה של עקרון "תום הלב" באמצעים פרשניים למוקד של מאבקים מתודולוגיים-משפטיים חריפים בגרמניה. מאבקים אלה כוונו בעיקרם כנגד הפוזיטיביזם השיפוטי⁷⁶ שהיה אינהרנטי למהלך מסוג זה.⁷⁷

כך, יש הסוברים כי לשון סעיף 242 מצומצמת וממוקדת בהשוואה למעמד המיוחד שניתן לסעיף בפסיקה הגרמנית. כמו כן, כי כלל לא בטוח אם המחוקק הגרמני התכוון להעניק למונח זה את המעמד המיוחד ממנו הוא נהנה כיום (וזאת, בין היתר, על בסיס השוואה לטיוטות המוקדמות של הקודקס הגרמני והשיטה המשפטית המוקדמת בגרמניה, בה התפיסה החוזית הייתה של *exceptio doli generalis* – טענת ההגנה המבוססת על תרמית/הונאה).⁷⁸

מקרה מפורסם בו בית המשפט בחר באמצעים פרשניים להרחיב בצורה ניכרת את עקרון תום הלב כפי שהוא קבוע בקודקס הגרמני, היה בפס"ד משנת 1923 בעניין הצמדת שערי החליפין של המארק הגרמני. בפרשה זו עשה בית המשפט הגרמני (Imperial Supreme Court) שימוש בעקרון תום הלב כבסיס לקביעתו כי לווה שלקח הלוואה שגובתה בבטוחה, לפני מלחמת העולם הראשונה (קרי- לפני ירידת הערך של המארק הגרמני), אינו יכול להשתחרר מחובו רק על בסיס תשלום הערך הנומינלי של החוב.⁷⁹

כך, היו מי שראו במהלך זה ובפעולות דומות של בתי המשפט הגרמניים פגיעה במערכות וביסודות המשפטיים הבסיסיים ביותר של גרמניה;⁸⁰ בעוד שאחרים ראו בהם דבר חיובי

⁷⁶ כאמור לעיל, "פוזיטיביזם שיפוטי" (או משפטי) היא אסכולה בתורת המשפט המבוססת על שתי טענות מרכזיות - החוק נוצר בידי בני אנוש; וכן כי אין קשר הכרחי בין חוק לבין מוסר. להרחבה ראו: עדי פרוש, "אקטיביזם שיפוטי, פוזיטיביזם משפטי ומשפט טבעי - השופט ברק ודוקטרינת הכנסת הכל-יכולה, עיוני משפט יז(3), 717-755 (1993) וכן מנחם מאוטנר, "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי", עיוני משפט יז, 503-593 (1993).

⁷⁷ Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law (Cambridge University Press 2000), pp 19-20.

⁷⁸ Ibid, pp 18-20.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ פגיעה שלדעת חלק ממלומדי המשפט אף הביאה לתוצאות קשות במיוחד בעיקר במהלך מלחמת העולם השנייה, בכך שיצרו בסיס רעיוני-תפיסתי לגישות של פרשנות מרחיבה ו"יצירתית" של חוקים, בידי מי שהיו לכאורה אמונים על שמירת המשפט ובסופו של יום עשו שימוש לרעה בסמכויותיהם (כדוגמת החלטות בתי המשפט הגרמניים על בסיס עקרון תום הלב בעניין שלילת זכויות פנסיה מיהודים וסילוק בעלי מניות יהודים מתאגידים בגרמניה הנאצית). ראו:

Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law (Cambridge University Press 2000), pp 20-22.



שהביא לפיתוח המשפט הגרמני, למניעת עיוותים שנוצרים בשל היעדר חקיקה או חקיקה לא מספקת וליצירה של סעיף שהוא בגדר "Queen of rules".⁸¹

יחד עם זאת, כיום מקובלת התפיסה כי על בתי המשפט הגרמניים לפרש את עקרון "תום הלב" במעין דרך ביניים מאוזנת. כך, מחד, העיקרון לא הופעל בכל מקרה ומקרה בו אחד הצדדים נהג בדרך שיכולה הייתה להתפרש כאי צדק (Inequitably); ומאידך, העיקרון גם לא הוגבל אך ורק לאותם המקרים בהם כל מטרת הפעולה שנעשתה הייתה הסבת נזקים.⁸² כמו כן, יוער כי כיום בתי המשפט אף מפרשים את העיקרון על בסיס דוקטרינת ה-Drittwirkung שהוזכרה לעיל.

• אוטונומית הפרט: ביקורת נוספת שנשמעת לא פעם כנגד פרשנות הסעיף בידי בתי המשפט הגרמניים נוגעת לפגיעה שיכולה להיגרם לאינטרסים המוגנים תחת עקרון אוטונומית הפרט.⁸³

עקרון זה מהווה עקרון יסוד בתפיסה המשפטית הגרמנית של הדין הפרטי והוא אף זוכה לביטוי משמעותי בקודקס הגרמני, בייחוד בחלקיו של הקודקס העוסקים בדיני חיובים. במרכזה של תפיסה זו, הרעיון כי הפרט רשאי לבצע כל דבר (כל עוד הוא אינו נוגד את החוק), ובפרט להתקשר בעסקאות עם פרטים אחרים ולעצב כרצונם את ההתקשרות שביניהם.⁸⁴

כך, רבים רואים בקודקס כולו, ובעיקר באותם החלקים העוסקים בדיני החיובים, כמבוססים על הרעיון של Reasonable self dependent and judicious person, קרי- הקודקס מיועד לסייע לפרט לממש את אוטונומית הפרט שלו. לכן, יש מי שאינם מקבלים את הצמצום של אוטונומית הפרט באמצעים פרשניים, ובכלל זאת באמצעות פרשנות המבוססת על עקרון תום הלב או עקרונות אחרים (כגון תקנת הציבור), שלגישתם צריכים להתפרש באופן מצמצם.⁸⁵

למרות ביקורת זו, וכתוצאה מפרשנות בתי-המשפט הגרמניים של עקרון תום הלב (כפי שהוא קבוע בסעיף 242 לקודקס הגרמני), נוצר לסעיף מעמד ייחודי בשיטת המשפט הגרמנית כמעין "סעיף על", החולש על כל ספר החוקים האזרחי הגרמני ועל חלקים נוספים מהמשפט הגרמני (כולל לעיתים גם בתחומים בהם קיימות דוקטרינות פרטניות).⁸⁶ הלכה למעשה, ובעקבות הליך הפרשנות הבלתי פוסק

⁸¹ Ibid, i.e., p 20: "The source of the baneful plague gnawing in a most sinister manner at the inner core of our legal culture". Justus Wilhelm Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln; eine Gefahr für Recht und Staat (1933), 10. Reinhard Zimmermann, "An Introduction to German Legal culture", in: Werner F. Ebke, Matthew W. Finkin (eds.), INTRODUCTION TO GERMAN LAW (1996).

⁸² Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law (Cambridge University Press 2000). Antonio Gambaro, "Abuse of Right in Civil Law Tradition" (1995) 3 European Review of Private Law pp. 561-570. Hans Jürgen Sonnenberger, Treu und Glauben – ein supranationaler Grundsatz?, in: FESTSCHRIFT ODERSKY, BERLIN (1996) 703-721

⁸³ להרחבה בעניין עקרונות אלה ראו להלן בניתוח של סעיפיו הפרשניים של הקודקס (עקרונות היסוד בקודקס הגרמני) וכן: Christian von Bar & Ulrich Drobnig, THE INTERACTION OF CONTRACT LAW AND TORT AND PROPERTY LAW IN EUROPE - A COMPARATIVE STUDY (European Law Publishers 2004).

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Franz Jürgen Säcker, "The Transition From German to European Civil Law - Effective Competition, Fairness and Reasonableness of Contract and Consumer Protection as new Principles of a Modern Social Civil Law in Europe, Freie Universität Berlin. Reinhard Zimmermann & Simon Whittaker, Good Faith in European Contract Law (Cambridge University Press 2000).

⁸⁶ ככלל, מקובלת הסברה כי לסעיף זה לא ניתנה תשומת לב מיוחדת בעת ניסוח הקודקס הגרמני ואף לא נעשה בו שימוש נרחב עד לשנות העשרים של המאה הקודמת (בתקופה שבין שתי מלחמות העולם), שבמהלכן חלה התדרדרות במצב הכלכלי בגרמניה (ובעולם). בתקופה זו החלו בתי המשפט הגרמניים לפתח את דוקטרינת תום הלב ובעקבות כך גם הקנו לה מעמד מיוחד. להרחבה ראו: גבריאלה שלו, דיני חוזים - החלק הכללי (תשס"ה), עמודים 89-90; מנחם מאוטנר, " תום לב ותנאים מכללא", בתוך דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים (2003), עמודים 313-327;



לאורך השנים, יצרו בתי המשפט הגרמניים **קבוצה לא סגורה של קטגוריות של מקרים אופייניים שנכנסו לגדר המונח תום לב, המשמשת כיום בבחינת העיקרון**.⁸⁷ כך, העיקרון עצמו נקבע כנגזרת מהמתודולוגיות ומהתפיסות הגרמניות המשפטיות, שבעיקרן חקר רכיביו של עקרון תום הלב, ואילו פיתוחו נעשה תוך קביעת קטגוריות שונות אליהן פעולות שונות משתייכות.⁸⁸

מעבר לכך, ושלא בשולי הדברים יוער, כי חובות נוספות, כדוגמת **חובת הגילוי הנאות** (duty to disclose), **חובת הנאמנות** (duty of loyalty) ו**חובת הזהירות** (duty of care), הנקשרות בדרך-כלל לחובת תום הלב, **מעוגנות אף הן בדין הגרמני** (בין בסעיפים נפרדים או במסגרת פרשנות בתי המשפט לסעיף 242).⁸⁹

2.2.3. אין חוטא נשכר

כאמור לעיל, **ככלל הקודקס הגרמני אינו קובע עקרונות יסוד או עקרונות-על מהסוג שנקבעו בהצעת הקודקס הישראלי, ובכלל זה גם ביחס לעיקרון של "אין חוטא נשכר"**. יחד עם זאת, בהיבטים הפרטניים של הקודקס, ובפרט **ההוראות היישומיות**, ניתן לאתר הוראות המביאות לתוצאות הדומות להוראות שבעקרונות היסוד שבהצעת הקודקס הישראלי גם אם הן אינן דוגמאות לשימוש בעקרון זה בצורתו המלאה המוצעת כיום בישראל. יודגש, כהערה מקדמית, כי גם באותם המקרים בהם נמצאות הוראות כאמור בקודקס הגרמני, ובדומה לשיטות משפטיות אחרות, **הקודקס אינו קובע כי הכלל "אין חוטא נשכר" מוחלט ורק במקרים נדירים יחסית הוא משמש כדי לחסום באופן מלא ומוחלט את זכותו של אדם לפנות לערכאות**.⁹⁰

להלן יובאו כמה דוגמאות בולטות להוראות המבוססות על הרציונלים שבבסיס עיקרון זה:

- **עשיית עושר ולא במשפט**: דוגמה בולטת לשימוש באמצעי המביא לתוצאות דומות לעיקרון "אין חוטא נשכר" מצויה בסעיף 817 לקודקס הגרמני.⁹¹ סעיף זה מהווה חלק מהוראות הקודקס הגרמני ביחס לדיני עשיית עושר ולא במשפט (הנכללים בספר העוסק בדיני חיובים).⁹² הסעיף קובע עקרון הדומה לזה שמקובל כיום בישראל, אך תוצאותיו של העיקרון לעיתים שונות מאלה שקבע בית-המשפט הישראלי.⁹³

⁸⁷ להרחבה בנושא זה ראו דרורה פלפל, "סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 והזיקה לדין הגרמני", **הפרקליט** 10 (1984), 53.

⁸⁸ EUROPEAN CONTRACT LAW: MATERIALS FOR A COMMON FRAME OF REFERENCE TERMINOLOGY, GUIDING PRINCIPLES, MODEL RULES, Edited by Association Henri Capitant & Société de législation comparée (Munich, 2008).

⁸⁹ German Civil Code, §§ 241, 242 & 442. Giuditta Cordero Moss, Presentation on Comparative Private Law - Good Faith, Univeristy of Oslo. Giuditta Cordero Moss, "The Function of Letters of Intent and Their Recognition in Modern Legal Systems", in R. Schulze (ed.), NEW FEATURES IN CONTRACT LAW, Sellier. European Law Publishers (2007), pp. 139-159.

⁹⁰ Walter van Gerven, Pierre Larouche and Jeremy Lever, CASES, MATERIALS AND TEXT ON NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL TORT LAW (Oxford, Hart Publishing, 2000).

⁹¹ German Civil code, § 817: "If the purpose of performance was determined in such a way that that the recipient, in accepting it, was violating a statutory prohibition or public policy, then the recipient is obliged to make restitution. A claim for return is excluded if the person who rendered performance was likewise guilty of such a breach, unless the performance consisted in entering into an obligation; restitution may not be demanded of any performance rendered in fulfilment of such an obligation."

⁹² Ibid, title 26 – Unjust enrichment, §§ 812-822.

⁹³ ראו והשוו לע"א 110/53 הארי ג'יקובס נ' יעקב קרטזו, פד"י ט 1401; דינים עליון 1955 (1) 22. כך, בעוד שבתי המשפט הישראליים פסקו כי כתוצאה מהסכם לא חוקי (בו לכאורה שני הצדדים "חטאו"), התוצאה תהיה שיד הנתבע תגבר על



בסעיף 817 נקבע העיקרון הבסיסי - אם מטרת הביצוע של פעולה (purpose of performance) נעשתה (או נקבעה) באופן כזה שקיבולה בידי אחד הצדדים היה **בניגוד להוראה סטוטורית או לתקנת הציבור, אזי הצד המקבל (או הזוכה) של הפעולה יהיה חייב בסעד ההשבה (Restitution)**. יחד עם זאת, **תביעה כאמור תישלל ולא תידון בפני בית המשפט אם הצד שישם אותה (the person who rendered performance) היה אשם באותה מידה בהפרה**; זאת, אלא אם הפעולה באה לידי ביטוי בכניסה להתחייבות. להלן כמה דוגמאות מהפסיקה בגרמניה להבהרת הוראות הסעיף:

○ במקרה של חוזה לביצוע עסקים אסורים בשוק השחור תבע אחד הצדדים, ששילם מקדמות לצד השני על בסיס החוזה (הלא חוקי), לקבל בחזרה את כספו. בית המשפט דחה את התביעה על בסיס סעיף 817, וקבע כי **כחריג מנטיית החוק למנוע עשיית עושר שלא במשפט, במקרה של הסכם הנוגד את החוק (או המוסר), בית המשפט לא יתערב ולא יענה לבקשת עזרה מן הצד הנפגע**. כך, תוצאת ההחלטה הייתה כי התובע מנוע מלהעלות את טענותיו ולתבוע את כספו בחזרה.⁹⁴

○ במקרה אחר של שכירת דירה למטרה לא חוקית נקבע כי **גם אם המשכיר ידע כי הדירה מושכרת לצרכים לא חוקיים ובכל זאת העביר את הדירה לשוכר, אזי הוא יכול לזכות בסעד ההשבה (פינוי השוכר לפני תום תקופת השכירות)**, וזאת מבלי שהצד השני יוכל לחייבו בהחזר דמי השכירות.⁹⁵ הלכה למעשה, תפיסה זו מבוססת על כך שהדין הגרמני מבוסס על **תפיסה "אבסטרקטית" (להבדיל מתפיסה "קאזואלית") המעדיפה את זכות הקניין על פני יסוד החיוב**,⁹⁶ כמו גם על העובדה כי **הכלל "חטאו שניהם כאחד, יד הנתבע על העליונה" חל בגרמניה רק על תביעות מסוג Condictio (שהיא בעצם תביעה לפעולה) ולא על Rei Vindicatio (שהיא סוג התביעה שיש לבעל הנכס עצמו בנוגע לנכס שבבעלותו)**.⁹⁷

● עסקאות (פעולות) המנוגדות לתקנת הציבור: דוגמה נוספת בהיבט התיאורטי הרחב נמצאת בסעיף 138 לקודקס הגרמני.⁹⁸ כאמור לעיל, סעיף זה עוסק בפעולות (עסקאות) המנוגדות לתקנת הציבור (ולאיסור גביית "ריבית נשד"י).⁹⁹ בסעיף נקבע כי פעולות משפטיות המנוגדות לתקנת הציבור (contra bonos mores) יהיו בטלות. מכאן, שתביעות המבוססות על פעולות כאמור לא

התובע ותביעתו תדחה; הרי שבתי המשפט הגרמניים סברו שעצם אי החוקיות בשילוב עם מאפיינים נוספים של הדין הגרמני (ראו הבהרה להלן בגוף המסמך) יביאו לתוצאה הפוכה וייתכן ותביעה על בסיס הסכם לא חוקי דווקא תצלח.

⁹⁴ להרחבה בנושא זה ראו: אהרון קירשנבאום, "הכלל –NEMO TURPITUDINEM SUAM ALLEGANS AUDITUR– מחקר השוואתי", **דיני ישראל ג' (תשל"ב)**. וכן: 177 (1956/1) Neue Juristische Wochenschrift 9.

⁹⁵ שילה, "אין חוטא נשכר ואין חוטא משכיר", **הפרקליט יג (1957)**. כן ראו ע"א 110/53 **הארי ג'יקובס נ' יעקב קרטו**, פד"י ט 1401; דינים עליון 1955 (1) 22.

⁹⁶ להרחבה בנושא והשוואה לדין הישראלי, ראו פסקה 13 לפסק-דינו של השופט זילברג בפרשת ג'יקובס הנזכרת לעיל.

⁹⁷ הווה אומר, מבחינה משפטית-טכנית יש שיטענו כי אין כל פגם במבנה המשפטי המוביל לתוצאות האמורות שכן הוא מתיישב עם הדין, אולם יש שיראו בתוצאות התפיסה האמורה תוצאות קשות. ראו לעניין זה ע"א 110/53 **הארי ג'יקובס נ' יעקב קרטו**, פד"י ט 1401; דינים עליון 1955 (1) 22.

⁹⁸ German civil code, § 138(1).

⁹⁹ להרחבה בעניין סעיף 138 והוראותיו, ראו לעיל פרק 2.1 – עקרונות היסוד שבחלק הכללי.



יתקבלו בידי בתי המשפט מכיוון שלא תהיה להן נפקות משפטית ולעיתים לא ניתן יהיה להסתמך עליהן.¹⁰⁰

- **דיני נזיקין:** אומנם, אדם העושה מעשה שיש בו כדי לפגוע במוסר הטוב (Guten Sitten) יהיה חייב בתשלום בגין הנזקים לפי הקודקס; אך, אין הוראה מקבילה ביחס להשלכות של פעולה המהווה *contra bonos mores* (כדוגמת, חסימת האפשרות לתבוע), אלא לכל היותר "רק" הוראה בדבר אשם תורם (ראו סעיף 254 לקודקס הגרמני), שעשויה להביא לכך שהאחריות בגין הנזקים תצמצם, אך בכל מקרה לא תמנע הזכות של התובע להגשת התביעה.¹⁰¹

2.2.4. זוטי דברים ("מעשה של מה בכך")

כאמור לעיל, בקודקס הגרמני אין הוראה עצמאית הדומה להוראה שבהצעת הקודקס הישראלי ביחס לעקרון בנושא "זוטי דברים" (de minimis). עקרון זה אף אינו מעוגן בקודקס הגרמני במישרין כעקרון יסוד או כעקרון-על החולש על כל הקודקס. יחד עם זאת, בחלק מבין סעיפי הקודקס הגרמני נעשה שימוש בדוקטרינות המביאות לתוצאות דומות או זהות לאלו שהיו מתקבלות משימוש בעיקרון זה בהקשרים פרטניים. כך, אף נקבעו דוקטרינות מיוחדות מכוחם של סעיפים אלה, המאפשרות לבתי המשפט לדחות תביעות מסוג זה:

- **דיני נזיקין:** בהיבטים ספציפיים יישומיים של דיני הנזיקין נעשה **יישום של דוקטרינת זוטי הדברים כדי לדחות תביעות קנטרניות או תביעות שאינן עולות על סף משמעותי מינימאלי**. יוער, כי בעבר אומנם עלתה האפשרות של הוספת סעיף מסוג זה ביחס לנזק שאינו ממוני, אך בסופו של יום הוחלט **שלא לקבוע סעיף כללי ומפורש שכזה**. זאת, בין היתר, על בסיס העובדה כי בתי המשפט הגרמניים יכולים לנקוט באקט פרשני ולקבוע סף מינימאלי לתביעות ולפיצויים (מכוח ה-Equity).¹⁰²

יחד עם זאת, יש לציין כי בעקבות **דירקטיבה של האיחוד האירופי בנושא אחריות למוצרים פגומים** נקבעה הוראה בדבר סף מינימאלי של נזקים (500 יורו).¹⁰³ כמו כן, ובהקשר של חקיקת האיחוד, יצוין כי הוצע לקבוע סעיף **ביחס לנזקים שאינם חוזיים שיאפשר לבתי המשפט להתעלם מתביעות בגין נזקים טריוויאליים**.¹⁰⁴

- **דיני קניין:** דוגמה נוספת לשימוש ברעיון שביסוד העיקרון מצויה בסעיף 906 לקודקס הגרמני (בחלק העוסק בבעלות, בשימוש ובהעברת הבעלות בקניין).¹⁰⁵ סעיף 906 קובע כי **הבעלים של**

¹⁰⁰ Walter van Gerven, Pierre Larouche and Jeremy Lever, CASES, MATERIALS AND TEXT ON NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL TORT LAW (Oxford, Hart Publishing, 2000). Gerhard Dannemann, ILLEGALITY AS DEFENCE AGAINST UNJUST ENRICHMENT CLAIMS, Oxford U Comparative L Forum 4 (2000).

¹⁰¹ Walter van Gerven, Pierre Larouche and Jeremy Lever, CASES, MATERIALS AND TEXT ON NATIONAL, SUPRANATIONAL AND INTERNATIONAL TORT LAW (Oxford, Hart Publishing, 2000), pp 729/10, 729/13-17.

¹⁰² Helmut Koziol, [De Minimis Non Curat Praetor](#), AIDA (2008). Ulrich Magnus, [The Reform of the German Tort Law](#), InDert Working Paper No: 127.

¹⁰³ Helmut Koziol, [De Minimis Non Curat Praetor](#), AIDA (2008).

¹⁰⁴ Ibid. The Study group on European Civil Code (European Common Frame of Reference), PEL. Liab.Dam., Article 6:102: De Minimis Rule "Trivial damage is to be disregarded."

¹⁰⁵ German Civil code, § 906.



מקרקעין אינו יכול להגביל את הפליטה של מטרדים מסוגים ספציפיים (עשן, ריח, רעש וכדומה) הנובעים מחלקת מקרקעין אחרת, כל עוד אין בהם הפרעה לשימוש שלו במקרקעין או שההפרעה אינה משמעותית (insignificant interference). בסעיף מוגדר המונח "הפרעה שאינה משמעותית" כהפרעה שאינה עולה על המגבלות שהוגדרו בהוראות סטוטוריות כלשהן (בין אם נקבעו בידי הממשל הגרמני הפדראלי או בידי גוף סטטוטורי אחר).¹⁰⁶

• דיני תאגידים והגבלים עסקיים: דוגמאות נוספות נוגעות דווקא לאותם התחומים שאינם מכוסים בקודקס הישראלי (וביניהם דיני תאגידים והגבלים עסקיים). כך, נקבעו הוראות בדבר סכומי מינימום בנושאים שונים הנדרשים בכדי שתהיה אפשרות להגשת תביעות, וביניהם: מיזוגים ורכישות שהשפעתם על התחרות בשוק נמוכה ו/או בשווקים שאינם משמעותיים,¹⁰⁷ או ביחס לצווי הפסקת מתן שירותים (Cease and Desist) ביחס לחברות שאינן עומדות ברף מינימאלי של פעילות¹⁰⁸ ועוד.¹⁰⁹

• דיני חוזים: בדומה למדינת ישראל, גם בגרמניה נעשה לעיתים שימוש בעיקרון תום הלב ודוקטרינות כלליות אחרות בדיני החוזים (תקנת הציבור לדוגמה) בכדי לחסום את הגשתן של תביעות בנושאים המהווים זוטי דברים.¹¹⁰

יודגש, כי בספרות המקצועית הגרמנית הושמעה ביקורת מסוימת כנגד הרצון להפוך את עקרון "זוטי הדברים" לעקרון כללי בדיני האיחוד האירופי (ובעקבות כך גם בדין הגרמני – בשל עליונות דין האיחוד על פני הדין המדינתי). מוקד הביקורת שהושמעה היה בנושא הפיצוי בגין נזקים נמוכים מפוזרים (dispersed trifle losses). כלומר, נזקים הנחשבים כנמוכים עבור פרט ספציפי (או בנקודת זמן ספציפית), ואשר הופכים במצטבר לנזקים גבוהים, לגביהם למערכת המשפט דווקא כן יש אינטרס לטפל (כדוגמת הנזקים שיכולים להיגרם מאיחור בתחבורה ציבורית, נזק כתוצאה מעישון פסיבי ועוד). אומנם, בד בבד עם הביקורת גם צוין כי כבר כיום קיימות דרכים לטיפול בחלק מבין הסיכונים האמורים (תביעות ייצוגיות, חקיקה "פטרנליסטית" האוסרת על התנהגויות מזיקות ועוד), אולם לפי הביקורת על המחוקק לתת דגש רב יותר לנושא ולקבוע את החקיקה בתחום באופן זהיר תוך תשומת לב לתוצאות המשפטיות שיכולות להיגרם מכללים מסוג זה.¹¹¹

¹⁰⁶ Helmut Koziol, [De Minimis Non Curat Praetor](#), AIDA (2008).

¹⁰⁷ Andreas Boos, Gordon Christian, Thorsten Pries, [The Application of the German and UK de minimis regimes in theory and in practice - a comparative analysis](#), European competition Law Review 6, 2010.

¹⁰⁸ Cornelius Renner, [Abmahnung - Blaues Auge oder Beinbruch? Die missbräuchliche Verfolgung von Unterlassungsansprüchen](#), Humboldt Forum Recht, 10-2009. Christiane Krueger, [Private Cease-and-desist orders](#), German American Law Journal, May 2000.

¹⁰⁹ למרות שהדבר אינו במוקד הדיון, ראוי לציין כי בדין הגרמני (ובכלל זאת בקודקס הגרמני) נעשה איזון מסוים בהקשר זה, שכן למרות קביעת רף מינימאלי נעשו גם שינויים תוך החמרת רף האחריות, במטרה לאזן בין גורמים אלה ולמנוע מצב של הגבלת תביעות שרצוי היה שהמערכת השיפוטית תדון בהן.

¹¹⁰ Franz Jürgen Säcker, "The Transition From German to European Civil Law - Effective Competition, Fairness and Reasonableness of Contract and Consumer Protection as new Principles of a Modern Social Civil Law in Europe, Freie Universität Berlin

¹¹¹ Willem H. van Boom, De Minimis Curat praetor - Redress for dispersed trifle losses, 4 *Journal of Comparative Law* (2009), p. 171-185.

