

סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות

הכנס המשפטי השנתי השני של בית-ספר רדזינר למשפטים
(מאי 2005)

גיא זיידמן*, ארז שחם**

פרטי הכנס

יושב-ראש הכנס:

פרופ' אמנון רובינשטיין, דקן בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

מארגני הכנס:

פרופ' מיגל דויטש, בית-ספר בוכמן למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
ד"ר גיא זיידמן, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
עו"ד ארז שחם, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

מושב ראשון – התרבות הקודיפיקטיבית וקווי מדיניות בקודקס

פרופ' אוריאל רייכמן נשיא המרכז הבינתחומי הרצליה
פרופ' אמנון רובינשטיין דקן בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי
הרצליה

* העורך הראשי של כתב-העת משפט ועסקים, מרצה בכיר, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז
הבינתחומי הרצליה.

** העורך של כתב-העת משפט ועסקים, סגל צעיר, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז
הבינתחומי הרצליה.

תודתנו נתונה באופן מיוחד לפרופ' מיגל דויטש, על הסיוע, הסבלנות והבקאות האינסופיות
במשפט האזרחי. תודה גם לפרופ' יורם שחר, לפרופ' אוריאל פרוקצ'יה ולסגניות העורכים
לי-רון בן-זאב ותמר פישר.

פרופ' מיגל דויטש	החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, אוניברסיטת תל-אביב
פרופ' אוריאל פרוקצ'יה	בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
פרופ' יורם שחר	בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
עו"ד שרית דנה	המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי)

מושב שני – דיני קניין

פרופ' מיגל דויטש	החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, אוניברסיטת תל-אביב
ד"ר אמנון להבי	בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
ד"ר סנדי קדר	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
ד"ר אלון קלמנט	בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

מושב שלישי – דיני ירושה

כב' השופט יעקב טירקל	שופט בית-המשפט העליון בדימוס
ד"ר שחר ליפשיץ	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
עו"ד יוסי מנדלסון	מרצה מן החוץ, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה

מושב רביעי – דיני חוזים

פרופ' משה בר-ניב	בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
ד"ר עלי בוקשפן	בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
ד"ר יונתן יובל	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

מושב חמישי – חוזים מיוחדים

כב' השופטת דרורה פלפל	שופטת בית-המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
ד"ר פבלו לרנר	המכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן
עו"ד פנחס רובין	יושב-ראש ושותף בכיר, י. גורניצקי ושות'
פרופ' שלום לרנר	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן

מושב שישי – דיני נזיקין

פרופ' ציפורה כהן	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
פרופ' דניאל מור	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב
עו"ד ארז קמיניץ	משרד המשפטים, מחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי)

מושב שביעי – דיני תרופות

פרופ' מיגל דויטש	החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, אוניברסיטת תל-אביב
------------------	---

משפט ועסקים ד, התשס"ו סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש — הצעת חוק דיני ממונות

ד"ר אריה רייך	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן
כב' השופט גבריאל קלינג	שופט בית-המשפט המחוזי בדימוס
ד"ר רונן אברהם	Northwestern University School of Law

מושב שמיני — הקודקס הישראלי ונקודת-המבט של האיחוד האירופי

ד"ר גיא הרפז	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
ד"ר נלי מונין	מרצה מן החוץ, בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה
ד"ר איריס קנאור	המסלול האקדמי, המכללה למנהל

מושב תשיעי — הקודקס האזרחי בראייה בין-תחומית

פרופ' אלון הראל	הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים
ד"ר שולמית אלמוג	הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה
ד"ר אביעד הכהן	סגן דקן, מכללת "שערי משפט"

מבוא

1. פתח-דבר
2. רקע היסטורי: מרומא לירושלים
 - (א) המשפט הרומי: מקוד אל קוד
 - (ב) הקודיפיקציה במשפט העברי
3. הקודיפיקציה בשיטות המשפט המקובל
 - (א) הקודיפיקציה במשפט הקונטיננטלי
 - (ב) הקודיפיקציה במשפט המקובל — רקע
 - (ג) הקודיפיקציה במשפט המקובל — דיון אידיאולוגי
 - (ד) הקודיפיקציה במשפט המקובל — יישום מעשי
4. הקודיפיקציה והשפעת הקונטיננטל על המשפט הישראלי
 - (א) מקורות הקודיפיקציה במשפט הישראלי
 - (ב) הנחת היסודות ל"קודיפיקציה" במשפט הישראלי
 - (ג) ה"קודיפיקציה" הקיימת במשפט הישראלי
5. שמונה לקחים בדבר קודיפיקציה
 - (א) שאלה של הגדרה: מהו קוד?
 - (ב) הצורך (הפונקציונלי) בקודיפיקציה — רקע חברתי והיסטורי
 - (ג) קודיפיקציה כאירוע מכונן
 - (ד) נותן הקוד: הקודיפיקטור
 - (ה) השימוש במשפט השוואתי ובידע אקדמי עמוק
 - (ו) Practice makes perfect? — דרוש ניסיון קודם

- (ז) תפוצה ותזמון
(ח) טכניקה וסגנון קודיפיקטיביים ומטרותם
פרק א: מושב ראשון – התרבות הקודיפיקטיבית וקווי היסוד בקודקס
פרק ב: מושב שני – דיני קניין
פרק ג: מושב שלישי – דיני ירושה
פרק ד: מושב רביעי – דיני חוזים
פרק ה: מושב חמישי – חוזים מיוחדים
פרק ו: מושב שישי – דיני נזיקין
פרק ז: מושב שביעי – דיני תרופות
פרק ח: מושב שמיני – הקודקס הישראלי ונקודת המבט של האיחוד האירופי
פרק ט: מושב תשיעי – הקודקס האזרחי בראייה בין-תחומית

מבוא

1. פתח־דבר

הכנס השנתי השני של כתב־העת משפט ועסקים עסק בהצעה לקודיפיקציה אזרחית בישראל – הצעת חוק דיני ממונות (להלן: הצעת החוק).¹ הצעת החוק מהווה את שיאו של תהליך בן עשרות שנים, אשר בסיומו עתידה החקיקה האזרחית הישראלית החדשה לקרום עור וגידים. תהליך זה אנלוגי במובן מסוים לתהליך קודיפיקטיבי נוסף הניצב על סדר־היום המשפטי זה שנים רבות: הניסיון הסיזיפי להשלים ולגבש את חוקי היסוד שהתקבלו עד כה לכלל חוקה שלמה.²

1 ההרצאות שנישאו בכנס ואשר מתוארות בהמשך רשימה זו, וכן המאמרים הכלולים בכרך זה, מתייחסים כולם להצעת תוכיר החוק משנת 2004 (להלן: "הצעת תוכיר החוק"). ניתן לעיין בהצעת החוק בנוסחה המלא באתר האינטרנט של כתב־העת משפט ועסקים בכתובת http://www.idclawreview.org/index.php?option=com_content&task=view&id=31&Itemid=94 (28.9.2006). ביום 18.6.2006 פרסם משרד המשפטים את תוכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006, נגיש ב- <http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/F4C8889A-234F-4A90-9B5A-B30C5B1B2E2A/0/mamonot.pdf> (28.9.2006).

2 האנלוגיה (שאותה העלה ברק בשנת 1972 – ראו אהרן ברק "הרצאת הפתיחה: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג 5) אינה מושלמת כמובן. בין ההבדלים ניתן למנות שניים עיקריים: הבדל אחד הוא שבתחום החוקתי קיימות מחלוקות רעיוניות ופוליטיות עמוקות, ואלה מהוות מכשול עיקרי המעכב את השלמת תהליך כינונה של החוקה, ואילו הוויכוח על משמעותה המשפטית של קודיפיקציה בתחום האזרחי – אם היא מסמלת מעבר לתהליך חשיבה וניתוח קונטיננטלי אם לאו – מתנהל בעיקר בהיכלי האקדמיה. לתיאור ראו

הצעת החוק, אם תתקבל, תיצור את דבר החקיקה הארוך והמורכב ביותר במשפט הישראלי – הקודקס של המשפט האזרחי הישראלי: חוק המשלב עשרים וארבעה חוקים קיימים ומונה כ-850 סעיפים המסודרים בשבעה חלקים. מבחינה צורנית מדובר בקפיצת מדרגה לעומת דברי החקיקה הרגילים שהמחוקק הישראלי מפיק, שהינם קצרים למדי ברגיל. אפילו החוקים הארוכים והמפורטים ביותר המצויים כיום בספר החוקים הינם קצרים בהרבה מהקודקס. למשל, חוק העונשין משנת 1977³ מונה 505 סעיפים, חוק השיפוט הצבאי משנת 1956⁴ מונה 563 סעיפים, וחוק החברות משנת 1999⁵ מונה 378 סעיפים "בלבד".⁶ ודוק: מדובר בשלוש הוראות סטטוטוריות דומות לחוק המוצע, בהיותן בעלות אופי קודיפיקטיבי מובהק, אלא שהן חוקקו בשלושה עידנים נבדלים בתולדות המדינה, באמצעות טכניקות חקיקה שונות, והן משקפות אידיאלים וכוונות חקיקתיות נבדלות. על חוקים אלה ועל הצעת החוק המוצעת נרחיב בהמשך הדברים.

מטרת מאמר זה היא להוות פתח דבר לדיון המפורט בהצעת החוק אשר עמדה בבסיסם של שני ימי הכנס השנתי השני של כתב העת שקיימנו במאי 2005. למאמר שני חלקים נפרדים ומשלימים. מטרת חלקו הראשון של המאמר היא להרחיב את היריעה בדבר המושג "קודיפיקציה" מעבר למה שמתאפשר במסגרת המאמרים הספציפיים הכלולים בכרך זה, וזאת בכמה היבטים: ראשית, נעיין במושג "קודיפיקציה" במבט היסטורי, הואיל ואמצעי משפטי זה שימש כלי מרכזי בגיבוש המשפט למן המשפט הרומי והמשפט העברי ועד לרוב שיטות המשפט המערביות; שנית, נבחן את המושג "קודיפיקציה" במימד ההשוואתי, קרי, במשפט הקונטיננטלי ובמשפט המקובל; שלישית, נדון במידה שבה היכה רעיון הקודיפיקציה שורשים במשפט הישראלי; רביעית, ואולי חשוב מכל, נציע שמונה מסקנות משלנו בדבר התנאים והנסיבות שבהם מתרחשת קודיפיקציה נרחבת במערכת משפט. מן הדיון נראה את עומקו של המושג "קודיפיקציה" ואת המגוון הרחב של נסיבות ותנאים המאפיין את אימוצה של קודיפיקציה.

דפנה ברק-ארז "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים" עיוני משפט כב (תש"ס) 793, 794-795, וכן פרק ד להלן. הבדל נוסף – שההיבט הכמותי שלו יוצר בסופו של דבר גם היבט איכותי – הוא שהצעת החוק מבוססת ברובה על חקיקה קיימת. לעומת זאת, על-מנת להסדיר את הנושאים הרבים שטרם עוגנו באחד-עשר חוקי-היסוד הקיימים נדרשות הצעות חוקה מקיפות. לנוסחם של חוקי-היסוד הקיימים ראו http://www.knesset.gov.il/description/heb/heb_mimshal_yesod.htm. כן ראו את האתר <http://huka.gov.il/wiki/>, המרכז את עבודתה המרשימה של ועדת החוקה, חוק ומשפט על הפרויקט "חוקה בהסכמה רחבה". בין המקורות העשירים המצויים באתר זה מצוינות לא פחות מ-28 (!) הצעות חוקה שהועלו עד כה. לביקורת על טכניקת חקיקה זו ראו גואלטירו פרוקצ'יה "חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת" עיוני משפט א (תשל"א) 41.

3 חוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 226.

4 חוק השיפוט הצבאי, התשט"ו-1955, ס"ח 171.

5 חוק החברות, התשנ"ט-1999, ס"ח 189.

6 לשם השוואה, התקנות הקודיפיקטיביות המובהקות ביותר – תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984, ק"ת 2220 – מונות 532 תקנות.

מטרת חלקן השני של המאמר היא לתאר את מושבי הכנס השונים, תוך פירוט עיקרי דבריהם של המשתתפים בכנס, במטרה לנסות ליצור תמונה בהירה ורחבה של החוק שבדרך.⁷ המחשבה בבחירת נושא הכנס הייתה שהליך קידוד כה נרחב ראוי להיבחן בראייה אקדמית, תוך שילוב כוחות של בכירי העוסקים בתחום, במטרה לנסות יחד "לפצח את הקוד". בתשעת מושבי הכנס ביקשנו לקיים בחינה של הקודקס מן הפנים החוצה: מן הפנים – מן ההיבט של השפעת הקודקס על פרשנות הדין הקיים ועל ההכרעה בשאלה אם מדובר בדין ראוי; החוצה – מנקודת-המבט של האיחוד האירופי (מה ניתן ללמוד מנסיונם של אחרים) ומנקודת-המבט הביקורתית של דיסציפלינות תורת-משפטיות (פמיניסטית, היסטורית, עברית).

ביתר פירוט: פרק א' למאמר זה מתאר את המושב הראשון בכנס, אשר עסק, תחת הכותרת התרבות הקודיפיקטיבית וקווי מדיניות בקודקס, בשאלות-הבסיס המתבקשות מדיון בקודקס: האם נחוץ קודקס בכלל ובישראל בפרט (האם המצב הקיים מחייב תיקון)? האם קיימת תרבות קודיפיקטיבית, ואם כן – מהי? מהן מטרות ראויות לחקיקה קודיפיקטיבית? ומהם קווי המדיניות שראוי לגזור מתוך מטרות אלה? המושבים השני עד השביעי עסקו בפרטי החקיקה המוצעת, תוך דיון ביחס שבין המגמות המצויות בקודקס לבין הדין הרצוי והדין המצוי: בפרק ב' מתואר המושב השני, שעסק בדיני הקניין; בפרק ג' מתואר המושב השלישי, שבו נידונו היבטים שונים של דיני הירושה, כגון זכויות הירושה של ידועים-בציבור וכן הסכמי ירושה וצוואות הדדיות; בפרק ד' מתואר המושב הרביעי, שעסק בדיני הקניין תוך דיון בשאלת נחיצותו של דין חוזים כללי ובשינויים הנדרשים בדין החוזים כתוצאה מתבקשת של התמורות החברתיות; בפרק ה' מתואר המושב החמישי, שעסק בחוזים מיוחדים שיוחד להם דין ספציפי בקודקס – דיני מכר, דיני מתנה וחוזי קבלנות ושירותים; בפרק ו' מתואר המושב השישי, שעסק בדיני הנזיקין ובדיני ההתיישנות; ובפרק ז' מתואר המושב השביעי, שבו נידונו דיני התרופות תוך דיון בשאלת הפיצוי בגין השנים האבודות ובקביעת פיצויים עונשיים. המושבים השמיני והתשיעי התבוננו על הצעת החוק מנקודות-מבט חיצוניות: בפרק ח' מתואר המושב השמיני, שעסק בנקודת-המבט של האיחוד האירופי, ובו נבחנו תהליכים מקבילים בדין האירופי והלקחים שראוי ללמוד מהם לגבי הדין הישראלי; בפרק ט' נבחן הקודקס בראייה בין-תחומית, בין היתר מנקודות-מבט פמיניסטיות, יהודיות והיסטוריות.

7 ההרצאות שנישאו בכנס ומידע נוסף על-אודות הכנס ניתנים לצפייה באתר כתב-העת משפט ועסקים, בכתובת <http://www.idclawreview.org>.

2. רקע היסטורי: מרומא לירושלים

(א) המשפט הרומי: מקוד אל קוד

"The most celebrated system of jurisprudence known to the world begins, as it ends, with a Code."

*Henry Sumner Maine*⁸

המשפטן והסוציולוג הנודע הנרי מיינ תיאר בספרו, ובצדק לטעמנו, שניים מן הקודים המפורסמים ביותר בהיסטוריה, כתו הפתיחה וכאקורד הסיום לאלף שנותיו המפוארות של המשפט הרומי.

הקוד ראשון שאליו התייחס מיינ הוא הקוד הראשון של המשפט הרומי, שקבלתו היוותה אירוע מכונן המסמל את ייסודו של המשפט הרומי הכתוב, והלכה למעשה גם את ראשית עלייתה של האימפריה הרומית. זהו הקוד הקרוי "שנים-עשר הלוחות". סיפור הרקע מוכר וידוע. למן שנותיה הראשונות נחלקה החברה הרומית לשתי קבוצות: פטריקים – קבוצה קטנה יחסית של משפחות האצולה והכהונה של העיר; פלבאים – פשוטי-העם. המשפט הרומי בוסס על מנהגים לא-כתובים שעברו בעל-פה מדור לדור ונתפסו כחלק מהמורשת העממית ומהזהות הרומית. כאשר הייתה אי-בהירות ביחס לכלל המשפטי החל במקרה מסוים, הייתה סמכות הפרשנות נתונה לפטריקים. הפלבאים, אשר חשדו כי פסיקתם של האחרונים לא הייתה אובייקטיבית לגמרי, הציעו כי המשפט הנוהג יועלה על הכתב, וכך תוגבל הסמכות השיפוטית הפטריקית באמצעות לשונו המפורשת של החוק. הצעתם של הפלבאים התקבלה, ובשנת 451 לפני הספירה מונתה ועדה שמנתה עשרה אזרחים, אשר הוסמכו לכתוב את המשפט המנהגי הרומי. לאחר נסיעה של שלושה נציגים ליוון למטרת לימוד חוקיו של סולון מאתונה (הנה כבר אז בחרו נציגי העם לקיים פעילות של משפט השוואתי), חרתה הוועדה את המשפט הרומי על שנים-עשר לוחות ברונזה, אשר הובאו לאישור האספה העממית של האזרחים. לאחר אישור האספה נתלו שנים-עשר הלוחות בפורום שבעיר רומא. הלוחות עצמם אינם קיימים עוד, אולם חלקים מהטקסט שוחזרו ממקורות שאוחדו אותו. מאלה אנו למדים כי הלוחות עסקו במגוון רחב של תחומים במשפט הפרטי והציבורי. נוסחם היה לקוני מאוד ולא לגמרי בהיר, ועם זאת, קיקרו מתאר כיצד נדרשו תלמידים ללמוד הוראות אלה על-פה, בהיותם יסודו של המשפט הרומי.⁹

8 הציטוט מתייחס, כפי שיובהר להלן, לראשיתן ולסופן של אלף שנות המשפט הרומי. ראו: Henry Sumner Maine *Ancient Law* (New York: Holt, 1864) 1, available at <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/econ/mainea01.htm> (28.9.2006).

9 להרחבה ולדיון ראו שמואל איזנשטדט *המשפט הרומאי, תולדותיו ותורתו* (מהדורה שנייה, תשכ"ב) 50–51, 55; Peter Stein *Roman Law in European History* (Cambridge University Press, 1999) 3–4; David Johnston *Roman Law in Context* (Cambridge University Press, 1999) 2; Barry Nicholas *An Introduction to Roman Law* (Oxford: Clarendon Press,

סיפורו של הקוד השני, המוכר כקוד יוסטיניאן, ידוע ודרמטי אף יותר, ותחילתו בסימן משבר: לאחר לחץ שנמשך מאות שנים, התמוטטה המחצית המערבית של האימפריה הרומית במהלך המאה החמישית לספירה. העיר רומא נבזזה על ידי השבטים הגרמאניים, הקיסר נרצח והשלטון האזרחי חדל להתקיים.¹⁰ האימפריה הרומית המזרחית – ביזנטיון – תמשיך לחיות כאלף שנים נוספות, עד לנפילת בירתה קונסטנטינופול (כיום – איסטנבול) בידי הכוחות המוסלמים בשנת 1453, אולם כבר בשנים הראשונות לאחר נפילתה של העיר רומא הלך והתברר כי אופייה, משטרה, לשונה, תרבותה ואף דתה של האימפריה המזרחית יהיו שונים בתכלית מאלה של שותפתה הלטינית. מכאן חשיבות מפעלותיו של הקיסר יוסטיניאן (הראשון, יליד 483, קיסר משנת 527 עד מותו בשנת 565). יוסטיניאן היה באמת "הקיסר הרומי האחרון", כפי שהוא מתואר במקורות שונים. בין היתר עלה בידו לכבוש את כל איטליה, ולרגע קסום אחד לאחד את האימפריה של קדם. ברגע אחרון של צלילות הבין יוסטיניאן – אדם בעל השכלה רחבה ומקיפה והקיסר המזרחי האחרון שדיבר לטינית כשפת-אם – כי יש לעשות מאמץ לרכז את המסה הענקית והלא-מסודרת של המשפטנות הרומית הקלסית בצורה ברורה, אחידה ומסודרת. לצורך כך גייס צוות משפטי משובח, אשר אסף, מיין וערך את כל הספרות המשפטית הרומית שהייתה זמינה להם באותה עת. התוצר שהפיקו היה קוד יוסטיניאן, המתואר – יחד עם התנ"ך – כיצירה החשובה ביותר שבאמצעותה הועברה תרבות העולם העתיק אל העולם המודרני. אכן, שום מערכת משפט מערבית – כולל זו של המשפט המקובל וישראל – אינה חופשית מהשפעתו. עם זאת, לאחר השלמת כתיבתו, צלל הקוד לתהום הנשייה ונשכח למשך כחמש מאות שנה. "מציאת" הקוד במאה האחת-עשרה בבולוניה סימנה את התעוררותה של אירופה בימי-הביניים, והובילה להפצת ההשכלה המשפטית המודרנית, לייסוד אוניברסיטות בכל אירופה, וליצירת שפה משפטית משותפת ביבשת כולה, היא ה-"*Jus Commune*".¹¹

15; Steve Bonta "The Republic Matures: The Roman Republic Was Not Built in a Day, but Was the Product of Generations of Reform and Even Some Serious Reverses" 20 *The New American* (2004); Jack Moser "The Secularization of Equity: Ancient Religious Origins, Feudal Christian Influences, and Medieval Authoritarian Impacts on the Evolution of Legal Equitable Remedies" 26 *Cap. U. L. Rev.* (1997) 483, 498–501. לנוסחם המתורגם לעברית של שנים-עשר הלוחות ראו מאיר מינרבי חוק שנים-עשר הלוחות (תשמ"ח). לנוסחם האנגלי ראו: <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/12tables.html>; לפרטים נוספים על המחוקק היווני סולון ראו, למשל, <http://www.e-classics.com/solon.htm>.

10 שנת 476 לספירה הוא המועד המקובל לתיאור סיומה של האימפריה הרומית המערבית. בשנה זו הדיח המנהיג השבטי הגרמאני את הקיסר רומולוס אוגוסטוס, ולא טרח למנות מחליף פורמלי לתפקיד. כס הקיסרות התרוקן. לאמיתו של דבר, אובדן הכת הקיסרי התרחש כבר בראשית המאה החמישית. לתיאור שיטתי ראו *The Roman Empire* http://en.wikipedia.org/wiki/Roman_Empire#The_Byzantine_Empire, 28395.E2.80.931461.29.

11 לדיון ראו איזנשטדט, לעיל הערה 9, בעמ' 94–97, וכן; Charles Donahue, Jr. "On Translating the Digest" 39 *Stan. L. Rev.* (1987) 1057, 1057–1058; Stein, *supra* note 9, at pp. 32–36;

(ב) הקודיפיקציה במשפט העברי

פרק משמעותי בתולדות הקודיפיקציה שמור למשפט העברי, כפוף לשתי הערות מהותיות. ראשית, בהיות האל "המחוקק" במשפט העברי, חוקי התורה נתפסים כחקיקה ראשית, כקוד היסודי של המשפט העברי. כל פעילות קודיפיקטיבית מעשה ידי אדם הינה – מטבעו של יסוד האמונה – מעשה אנושי, ולפיכך ערכה הנורמטיבי פחות (בבחינת "חקיקה-משנה", לכל-היותר) והיא נחשבת מעשה יצירה בלתי-מושלם. בהתאם, אפילו גדול הקודיפיקטורים של המשפט העברי, הרמב"ם, קרא לספרו "משנה תורה".¹² שנית, רבים סוברים כי מבחינה אידיאולוגית קודיפיקציה שיטתית והרמונית אינה דבר רצוי במשפט הדתי. זאת ועוד, בדומה לביקורת על הקודיפיקציה במשפט האנגלו-אמריקאי, אף ביחס למשפט העברי מוסבר כי אופייה ומהותה של ההלכה, כוחה המחייב וסמכותה הם ברציפותה, בקבלתה איש מפי איש, במסורת הדורות. מכאן כי "התורה מסיני" – הן התורה שבכתב והן התורה שבעל-פה, היא מקור סמכותה של ההלכה וראש סולם ערכיה.¹³ עם זאת, מעבר לשאלה האידאולוגית אם רצוי לערוך קודיפיקציה במשפט העברי, ברי כי פעילות של כינוס ועריכה שיטתיים של המשפט העברי נעשתה בכמה הזדמנויות בהיסטוריה היהודית.

את המשנה – המקור הספרותי הגדול והחשוב ביותר של ההלכה, שנערך בסוף המאה השנייה לספירה על-ידי רבי יהודה הנשיא – יש המכנים ה"קורפוס יוריס" של ההלכה.¹⁴ הוויכוח ההלכתי הגדול נסב סביב מטרתו של איסוף זה: האם מדובר בקומפילציה גרידא – כלומר, בכינוס ההלכות והדינים השונים, כפי שהיו מקובלים וידועים בימיו של רבי יהודה הנשיא, וסידורם לפי עניינים ונושאים כדי שיהא אפשר למצוא כך הלכה

Peter Stein "Justinian's Compilation: Classical Legacy and Legal Source" 8 *Tul. Euro Civ. L. F.* (1993) 1; Stephanie Lysyk "Purple Prose: Writing, Rhetoric and Property in the Justinian Corpus" 10 *Cardozo Stud. L. & Literature* (1998) 33; Alan Watson "The Structure of Blackstone's Commentaries" 97 *Yale L. J.* (1988) 795; http://en.wikipedia.org/wiki/Justinian_I

12 ראו <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/210-1.htm>. להסבר נוסף ראו מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (מהדורה שלישית, תשמ"ח, כרך ב) 945, 981. מכאן אף ההתנגדות התורנית לקביעתה של "חוקה" – נורמה עליונה – במשפט הישראלי. ראו לעניין זה אשר כהן "דת ומדינה – חילוניים, דתיים וחרדים" העשור הראשון: תש"ח-תשי"ח (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, תשנ"ח) 227, 231-232 (דיון בהימנעות מכינונה של חוקה כמאפיין של דמוקרטיה הסדרית), נגיש בנוסח מלא באתר <http://lib.cet.ac.il/Pages/item.asp?item=12801>.

13 "וכל הדברים האמורים בהם 'חייבין כל ישראל ללכת בהם'." ראו אלון, שם, בעמ' 945 (ציטוט) וכן בעמ' 946-948, 1023. בהרצאתו בכנס הסביר ד"ר אביעד הכהן כי מבחינה אידיאולוגית המשפט העברי הוא דבר חי, שאינו חותר בהכרח לוודאות, להרמוניה, לביטחון ולמוחלטות. ראו תיאור הרצאתו בכנס להלן בפרק ט וכן <http://www.daat.ac.il/mishpat-ivri/skirot/210-1.htm>.

14 ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 862, 865 והערת-שוליים 76 (שם הוא מצטט את המלומד (Ludwig Blau).

במקומה בדרך נוחה וקלה – או שמא כיוון רבי ליצור קודקס של ממש, שיקבע את ההלכה המחייבת ואשר על-פיו יש לפסוק ולדון.¹⁵

גם לאחר עריכתה וסידורה של משנת רבי יהודה הנשיא, אשר נהייתה לקובץ החוקים המחייב של ההלכה, נמשכה בארץ-ישראל, לתקופת-מה, הפעולה הספרותית של כינוס ועריכת משנתם והלכתם של התנאים. אמוראי ארץ-ישראל פיתחו ויצרו – במקביל לאמוראי בבל – את התלמוד, הכולל פירושים וביאורים למשנה, מימרות, מעשים, שאלות ותשובות, תקנות וגזירות, מנהגים, כללי פסיקה, וכללי מדרש ופרשנות. התלמוד הבבלי נערך על-ידי הרב אשי בתחילת המאה החמישית לספירה, והתלמוד הירושלמי נערך, לדעת רוב החוקרים, כשניים-שלושה דורות קודם לכן. עריכתו של התלמוד הירושלמי נופלת בהרבה מעריכת הבבלי, ככל הנראה בשל התנאים המדיניים הקשים שבהם היה היישוב בארץ-ישראל נתון במאה החמישית, אשר לא אפשרו לחכמי ההלכה עריכת מסודרת ומסכמת.¹⁶ כמו ביחס למשנה, גם ביחס לתלמוד החוקרים חלוקים על מהותו המשפטית-הספרותית של הקובץ: האם שימש התלמוד, נוסף על היותו המפרש המוסמך של המשנה, גם כספר החוקים של המשפט העברי? דעת הרמב"ם היא כי ההלכה שבתלמוד היא התגבשותה של התורה שבעל-פה, והיא נהייתה ליחידה אחת ואחידה עם התורה שבכתב.¹⁷

מעניין כי התקופה שבה קודד המשפט העברי מקדימה במעט את תקופת קידודו של המשפט הרומי על-ידי יוסטיניאן. מעניין אף יותר שהתגברות המגמה הקודיפיקטיבית הרבנית החלה במאה האחת-עשרה, והגיעה לשיאה במאה השתים-עשרה – התקופה שבה התחדש הלימוד של קוד יוסטיניאן ושבה הוא נהפך לבסיס למשפט ולהשכלה ברחבי אירופה וליסוד המשפט הקונטיננטלי. שיאה של מגמה זו בעולם התורני היה פרסומו של ספר הפסקים הגדול והמקורי ביותר שקם להלכה העברית – הוא הספר "משנה תורה" לרמב"ם.¹⁸ בהקדמה לספרו מנמק הרמב"ם את כתיבת הספר באותם נימוקים מוכרים

15 בשאלה זו נחלקו חוקרי ההלכה. ראו שם, בעמ' 865–866. עוד לנושא הקומפילציה כקודיפיקציה ראו להלן.

16 ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 900–901 והערות-שוליים 67, והשוו <http://www.daat.ac.il/daat/toshba/hatalmud/a13-2.htm>.

17 וכשם שאין להוסיף על התורה שבכתב או לגרוע ממנה, והמשך יצירת ההלכה לאחר התורה שבכתב בא בדרך של חקיקה או פרשנות שבאו לעמוד על התוכן הנסתר שבה – כך הדבר גם ביחס לתלמוד. ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 902–904.

18 הרמב"ם נולד בקורדובה שבספרד בשנת 1135. בשל כיבושה של העיר על-ידי מוסלמים קנאים, נאלצה המשפחה לנדוד – תחילה בספרד, משם לצפון אפריקה, משם לארץ-ישראל ולבסוף למצרים, שם שימש הרמב"ם כ"נגיד" של יהודי מצרים עד לפטירתו בשנת 1204. על הרקע לתהליך זה ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 977; אלעזר שביד הפילוסופים הגדולים שלנו – הפילוסופיה היהודית בימי הביניים (1999) 161. לגיתוח מרתק של הנושא בפן של המחלוקת בדבר הזכות לחדש בדורות אחרונים ראו אברהם מלמד על כתפי ענקים – תולדות הפולמוס בין אחרונים לראשונים בהגות היהודית בימי הביניים ובראשית העת החדשה (תשס"ד) 37. מלמד מדגיש כיצד הוויכוח בשאלה זו, בהקשר הפילוסופי-המדעי שלו, פרץ בעקבות המפגש המחודש בין היהדות למחשבה היוונית, הפעם בתיווך מוסלמי, החל במאה העשירית.

שעמדו ביסוד הצורך בקודיפיקציה בכל התקופות: ריבוי החומר ההלכתי, הקושי בהבנת המקורות ובהתמצאות בהם, והמציאות החברתית וההיסטורית. שאיפתו של הרמב"ם היא שחיבורו יהיה ברור ומובן לכל אדם – "הלוא היא המשאלה של מחברי ספרי ההלכות והקודיפיקציות, אך במערכות משפט אחרות".¹⁹

הישגו העצום של הרמב"ם – הכנת "ספר מחוקק" הכולל את כל הדינים במערכת ההלכה העברית – עורר ויכוחים נוקבים והשגות קשות, שביסודן ויכוח מעמיק ונוקב בדבר מהותה ודרכה של הקודיפיקציה העברית.²⁰ הוויכוח לא הביא סוף-פסוק לקודיפיקציה במשפט העברי. בין נקודות-הציון הרבות נזכיר את ספריו של רבי שלמה בן אברהם אדרת, המכונה הרשב"א – גדול ההלכה ומנהיגה המוכר של יהדות ספרד במחצית השנייה של המאה השלוש-עשרה ובתחילת המאה הארבע-עשרה;²¹ את החיבור "ארבעה טורים" של רבי יעקב בן אשר;²² וכמובן את חיבוריו הגדולים של רבי יוסף קארו – "בית יוסף" ו"שולחן ערוך" – מן המאה השש-עשרה.²³ "המשנה היא הקודקס הראשון של ההלכה לאחר התורה שבכתב, נתחברה על-ידי רבינו יהודה הנשיא, שמקומות מגוריו היו בית-שערים וציפורי שבגליל התחתון; וכעבור למעלה מאלף ושלוש-מאות וחמישים שנה, בשנת [1563]... נסתיים חיבורו של הקודקס האחרון שקם להלכה העברית, ה'שולחן ערוך' למר"ן הר"י קארו בבירא ובצפת שבגליל העליון."²⁴ האם יש צורך בעריכת ספר חוקים חדש לנוכח הקודיפיקציות הגדולות והמקיפות של הרמב"ם ורבי יוסף קארו? האם יש אפשרות לערוך קודקס כזה כיום? מעניין לציין כי בשנת 1947, ערב הקמת המדינה, השיב המשפטן משה זילברג, לימים שופט בית-המשפט העליון, בחיוב על שתי שאלות אלה. זילברג הציע הכנת קוד חדש למשפט העברי, שיתקן ליישום במשפטה של מדינת-ישראל. את הקוד החדש ראה זילברג כ"יצירה אזרחית חילונית" שתקבל את היסודות העקרוניים של המשפט העברי, תברור את עיקריו החיוניים של המשפט העברי ותיצור "ספר חוקים אזרחי, כמתכונת ספרי

19 ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 980, וראו את ההקדמה ל"משנה תורה", נגישה ב-<http://www.mechon-mamre.org/i/0000.htm> (במיוחד סעיפים מ, מב).

20 לפיתוח הדיון ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 1005 ואילך, וכן שביד, לעיל הערה 18, בעמ' 307 ואילך. הוויכוח בשאלת היחס בין ראשונים ואחרונים השתלב באופן אורגני בפולמוס הגדול על כתבי הרמב"ם בצפון ספרד, בפירובנס ובאיטליה במאות השלוש-עשרה עד החמש-עשרה. ראו מלמד, לעיל הערה 18, בעמ' 138 ואילך.

21 ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 1054–1058.

22 רבי יעקב נולד באשכנז סמוך לשנת 1270, ברח לספרד בשנת 1303, שימש דיין בבית-הדין בטולדו, ונפטר סמוך לשנת 1343. ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 1058–1080.

23 רבי יוסף נולד בשנת 1488 בספרד, וכעבור ארבע שנים גורש עם הוריו, עבר תחנות רבות והגיע לבסוף לצפת. ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 1087 ואילך, ובמיוחד בעמ' 1115–1118, 1137–1138.

24 ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 1117. לחיבורים קודיפיקטיביים שונים מ"שולחן ערוך" ראו שם, בעמ' 1153 ואילך.

החוקים האזרחיים המקובלים במרכז אירופה". בימי התקווה של ערב הקמת המדינה לא נראה הרעיון מופרך כלל ועיקר.²⁵

3. הקודיפיקציה בשיטות המשפט המקובל

(א) הקודיפיקציה במשפט הקונטיננטלי

כידוע, הקודיפיקציה המשפטית הגיעה לשיאי השפעתה המשפטית במשפט האירופי-הקונטיננטלי. בשיטת משפט זו עמד הקוד המשכיל בבסיס מערכת המשפט; הפרשן המשפטי האקדמי הוא שעמד במרכז העשייה המשפטית, ולא השופט; ותפוצת ההשכלה המשפטית, שבבסיסה לימוד קוד יוסטיניאן, אפשרה אחידות מהותית במשפט האירופי בימי הביניים, עד כדי יצירתו של "משפט מקובל" אירופי ימי-ביניים (הוא ה-*Jus Commune*). זאת ועוד, הקודים הקונטיננטליים – במיוחד אלה המאוחרים, כגון קוד נפוליאון והקוד האזרחי הגרמני (ה-BGB) – נתפסו כפאר היצירה המשפטית וכמשקפים את השפה והערכים הלאומיים של צרפת וגרמניה, בהתאמה. קודים אלה, התוחמים את המאה התשע-עשרה (קוד נפוליאון הוצא בשנת 1804; העבודה על ה-BGB הסתיימה בשנת 1896, והוא נכנס לתוקפו בשנת 1900), באו לעולם מאות שנים לאחר שהמשפט האירופי החל להשתמש בקוד יוסטיניאן (שהתגלה, כאמור, בסוף המאה האחת-עשרה). ככאלה הם משקפים מאות שנות פיתוח ופרשנות משפטיים של הקוד, ועל-כן רמת התחכום המשפטי והצורני שלהם גבוהה מאוד. יתרה מזו, לקודים אלה יש שאיפות עמוקות ביותר להסדרה שיטתית של תחומי המשפט ולארגון הדוק בעל סדר והיגיון פנימיים.²⁶

הקודיפיקציה הקונטיננטלית של המאה התשע-עשרה התיימרה לקבץ ולכלול את כל ההוראות הנורמטיביות בתחום משפטי מסוים, ולסדרן בצורה מדעית, הגיונית, נוחה לעיון וברורה. המטרה המוצהרת של תנועת הקודיפיקציה בתקופה זו לא הסתפקה בכך שהקודקס יהיה המקור היחיד של החוק ויבטל כל דין והכרעה משפטית שקדמו לחיבורו. באשר לקוד

25 ראו משה זילברג "לשאלת עריכת קודקס עברי" הפרקליט ד (1947), 262, 265-262, הציטוט לקוח מעמ' 264 (ההדגשה במקור). הדברים נאמרו בהרצאה שנישאה במסגרת הכינוס העולמי למדעי היהדות שנערך ביולי 1947 בירושלים (ראו שם, בעמ' 288-290). לדברים נוספים מן הכינוס ראו, למשל, פלטיאל דיקשטין "לא תתכן מדינה עברית ללא משפט עברי" הפרקליט ד (1947) 328. על "המהפכה המשפטית" של המשפט העברי שלא הייתה, ראו אסף לחובסקי "משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ-ישראל המנדטורית" רבי-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, תשנ"ח) 633; אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט (תשנ"ט) 689, 713-717 (להלן: לחובסקי תשנ"ט).

כן ראו אריה אדרעי "מדוע לנו משפט עברי" עיוני משפט כה (2001) 467.

26 על הרקע המשפטי וההיסטורי לקוד נפוליאון ול-BGB ראו מרדכי אלפרדו ראבילו "על התהליך הקודיפיקטיבי" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה – חיבורי משפט (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי אלפרדו ראבילו עורכים, תשנ"ז) 133, 144-158.

הצרפתי, הוטל עליו "להוות יצירה שלמה, ברורה, מובנת ומשוכללת כל כך, עד שעם צאתו לאור עולם... יהיה כל צבא עורכי הדין מיותר לחלוטין", משום שהקודקס – כך חשבו באותה עת מחבריו הצרפתים – "יעשה את החוק לפשוט, דמוקרטי ומובן לכל אזרח ואזרח".²⁷ מחברי הקוד הגרמני ויתרו על שאיפה זו לטובת קוד מורכב, בעל שפה פנימית עשירה, המתאימה לשימוש של מומחי משפט בלבד. הדרישות והחלומות שנתלו ברעיון הקודיפיקציה התבדו עד מהרה והאיל והתברר כי לא ייתכן קודקס – אפילו השלם ביותר – שיהיה כולל ויפתור את כל הבעיות המשפטיות הצצות באותו תחום משפטי. מכאן הצורך בראייה מפוכחת של המטרות שניתן להשיג באמצעות קודיפיקציה.²⁸

(ב) הקודיפיקציה במשפט המקובל – רקע

הקודיפיקציה היא אחד המאפיינים המרכזיים של המשפט הקונטיננטלי, והקוד הוא מרכזה הרעיוני של שיטת המשפט כולה, המעניק מעמד מרכזי לאקדמאי-הפרשן ומעמד מינימליסטי לשופט-המיישם. לכאורה, אין למשפט המקובל צורך ועניין בקודיפיקציה, באשר המשפט – כפי שהוא עולה ממקורות המשפט המחייבים של השיטה – נתון לפרשנות השופט ומצוי בזרימה ופיתוח רציפים. לפיכך, בדומה למשפט העברי, אין זה רצוי כלל לתחום את המשפט המקובל בין כרכיו של חיבור יחיד.²⁹ עם זאת, גם בשיטות המשפט המקובל המרכזיות – אלה של אנגליה וארצות-הברית – קיים עניין מסוים ברעיון הקודיפיקציה, הן בפן הרעיוני והן בפן המעשי. בסעיפים הבאים נציין כמה זרמי מחשבה עיקריים בהקשר זה.³⁰ נפתח בארבע הערות-מבוא:

ראשית, זה כמה מאות שנים מתקיים במשפט המקובל – אמת, על "אש קטנה", אך תוך התעוררות מפעם לפעם – ויכוח עז בין תומכיה ומתנגדיה של הקודיפיקציה כרעיון משפטי אידיאלי. ככלל, מתנגדי הקודיפיקציה סבורים כי הרעיון מנוגד למסורת המשפט המקובל וכי המשפט המקובל אינו "בר-קידוד". קודיפיקציה תפגע בגמישותו של המשפט

27 ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 941.

28 שם, בעמ' 942. אלון מציין שלוש מטרות עיקריות שעל קודקס לשאוף לקיים: (א) לכלול את ההוראות העיקריות, ולא להתיימר להיות יצירה כלילת-השלמות; (ב) להיות מסודר באופן ברור, אבל לא לשאוף להיות קריא על-ידי אזרח חסר ידע משפטי; (ג) לשקף את כל הוראות הדין בתחום במועד כתיבתו, אך לא לנסות להוות סוף-פסוק שימנע המשך התפתחות.

29 על רקע זה, בין היתר, הועלתה ביקורת נגד השופט והמלומד William Blackstone: לא רק ש-Blackstone היה המרצה הראשון לדיני המשפט המקובל באוניברסיטת באנגליה (שבהן נלמדו עד אותה עת המשפט הרומי והמשפט כנסייתי בלבד), הוא גם פרסם את הרצאותיו בארבעה כרכים, ואלה היוו מעין "שולחן ערוך" למשפט המקובל. לספרים אלה ראו: William Blackstone *Commentaries on the Laws of England* (4 vols. Published 1765–1769); full text available at <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/blackstone/blacksto.htm>. על תפקידו של Blackstone בהיסטוריה של מאמצי הקודיפיקציה באנגליה ראו: Gunther A. Weiss "The Enchantment of Codification in the Common-Law World" 25 *Yale J. Int'l L.* (2000) 435, 474–475.

30 לסקירה מקיפה מאוד של הנושא ראו מאמרו המפורט של Weiss, שם.

המקובל, ותכלא את "הגיונו" במסגרת מגבלות דוקטרינריות נוקשות. תומכי הקודיפיקציה, מאידך גיסא, הדגישו את הבהירות והוודאות שהקוד מציע, ואת היתרון הדמוקרטי של חוק יציר-מחוקק על דין יציר-שופט. התומכים מדגישים עוד את נגישותו של הקוד למי שאינם בעלי השכלה משפטית נרחבת.³¹ הוויכוח מוכר וגם התוצאה ידועה: המשפט המקובל דחה את רעיון הקודיפיקציה, בוודאי במובנו הקונטיננטלי של המונח. נפרט מעט על הוויכוח האידיאולוגי בסעיף 3(ג) להלן.

שנית, אף שמקובל לראות בנושא הקודיפיקציה את אחד ההבדלים הרעיוניים המרכזיים בין שיטת המשפט המקובל לבין שיטת המשפט הקונטיננטלי, את שני קצותיו של הספקטרום המשפטי³² – ויש המסבירים כי בסיס המחלוקת עמוק, היסטורי ואידיאולוגי³³ – יש חוקרים רבים הסוברים אחרת. המגמה המסתמנת, במיוחד במהלך המאה העשרים ובראשית המאה העשרים ואחת, מורכבת הרבה יותר, ומלומדים רבים מזהים התקרבות בין השיטות, עם הערכה גוברת לפסיקה השיפוטית והכרה במגבלות הקוד במדינות הקונטיננט, מחד גיסא, והכרה בצורך בארגון היקפו העצום של המשפט – פרי חקיקה ופסיקה, שניהם בהיקף גדול מאוד – בצורה בהירה ונגישה, מאידך גיסא.³⁴ לשון אחר: ייתכן שאנו עומדים

31 ראו: Lindsay Farmer "Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833–1945" 18 *Law & Hist. Rev.* (2000) 397, 398.

32 ראו, למשל, את דבריו של המלומד החשוב: Arthur T. Von Mehren "Symposium Codification: the Twenty-First Century — Some Reflections on Codification and Case Law in the Twenty-First Century" 31 *U.C. Davis L. Rev.* (1998) 659, 660: "Codification and case law embody two contrasting, yet complimentary, principles of justice. Although each approach has much to offer, neither is without disadvantages. Case law views justice in concrete and fact-specific terms; codification operates at a higher level of generalization and abstraction to achieve efficiency, administrability, and coherence in the administration of justice. In every legal system, regardless of where it falls on the spectrum between a pure system of codified law and a pure system of case law, the principles of these two approaches are in tension. Historical, rather than philosophical considerations, however, explain why the legal systems of continental Europe were to codify their law while England did not" Farmer, *supra* note 31, at p. 398. גם: "The common law as uncoded law defines itself in terms of a 'codiphobia,' a morbid fear of those continental or civilian systems that have been codified. The English common law identifies itself in terms of a steadfast resistance to the ideas of codification and legislation and to the historical cataclysms that are thought to have brought these to the continent"

33 אלון מסביר כי שיטות המשפט הקונטיננטליות דוגלות בעיקרון שהמשך התפתחותו של המשפט, שינויו ושכלולו צריכים להיות מסורים אך ורק בידי המחוקק, וכי הדרך הנאותה למחוקק לומר את דבר החוק והמשפט היא על-ידי קודיפיקציה. לעומת זאת, המשפט המקובל רואה את הדרך העיקרית להמשך יצירתו של המשפט בדרך פסיקתם של בתי-המשפט בבעיות קונקרטיות. אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 943.

34 המלומד Glenn מדבר על תהליך ההתפכחות שאירופה עוברת משאיפותיהם ה"אולימפיות" של

משפט ועסקים ד, התשס"ו סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות

בעידן בתר-אידיאולוגי: נבחר בדגמים הראויים בעינינו ונתאים אותם לצרכינו. הא ותו לא.³⁵

שלישית, ובהמשך לדברים האמורים: חוקרים רבים מציינים כי המשפט המקובל, בהיותו שיטת משפט מעשית, מודע לבעיית ריבוי החומר המשפטי – חקיקה ראשית, תקנות וצווים, ופסיקה במהלך מאות שנות פעילות. הקושי להבין ולדעת מהו המשפט, והסרבול וחוסר הנגישות של החומרים המשפטיים, הובילו להיווצרות קבצים – על בסיס מעשי, לא אידיאולוגי – אשר סיכמו וערכו את החומר.³⁶ עוד על כך בסעיף 3(ד) להלן. רביעית, המשפט ההשוואתי עוסק באופן מסורתי בעיקר במשפט הפרטי. התפתחויות בתחום המשפט הציבורי – במיוחד בכיוון של הטלת הגבלות על סמכויותיו של השלטון, הכרה הדרגתית בזכויות האדם והאזרח, והרחבת היציגות של השלטון והזכות לבחור ולהיבחר – זכו בהגנה תקדימית דווקא במשפט המקובל.³⁷ במקרים רבים הפשרות שאליהם הגיעו המלך והאצולה – ולאחר-מכן המלך והפרלמנט – במאבקהם הגיעו לידי ביטוי במסמך רשמי ומחייב. אין תמה שגם המתיישבים האנגלים במושבות אמריקה הצפונית שאפו לעגן את זכויותיהם במסמך משפטי מחייב כבר באמצע המאה השבע-עשרה. שוב אנו רואים את האנלוגיה בין קודיפיקציה לבין חוקה, ושוב אנו רואים את החוטים המשוכים משנים-עשר הלוחות ומהקודים האזרחיים הגדולים של אירופה, ומן המגנה כרטה של 1215, אל מגילת הזכויות האנגלית של 1689, וממנה אל חוקת ארצות-הברית ואל החוקות מודרניות של רוב מדינות העולם.³⁸

H. Patrick Glenn "Symposium Codification: ראו: H. Patrick Glenn "Symposium Codification in the Twenty-First Century – The Grounding of Codification" 31 *U.C. Davis L. Rev.* 666–667 (1998); Von Mehren, *supra* note 32, at pp. 666–667. ראו גם ראבילו, לעיל הערה 26, בעמ' 160–162.

35 ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 441–442, המתאר את הטעמים המגוונים שבגינם חוקרים שונים אינם רואים עוד בקודיפיקציה גורם מבחין בין המשפט המקובל למשפט הקונטיננטלי.

36 לתיאור פעילות זו כ"קומפילציה" וכ"קונסולידציה" ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 943–944, ולהלן בפרק ד. לדוגמה לראייה הטכנית של המושג "קוד" ראו <http://www.generalcode.com/codify.html>.

37 ראו: Clifford Larsen "The Future of Comparative Law: Public Legal Systems" 21 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* (1998) 847, 848–849; Guy I. Seidman "The Origins of Accountability: Everything I Know About the Sovereign's Immunity, I learned from King Henry III" 49 *Saint-Louis U. L. J.* (2005) 393.

38 John W. Head "Codes, Cultures, Chaos, and Champions: Common Features of Legal Codification Experiences in China, Europe, and North America" 13 *Duke J. Comp. & Int'l L.* (2003) 1, 53–62; Weiss, *supra* note 29, at p. 498: "Colonial law was, to a striking extent, code law". רבים מן החוקרים מציינים במיוחד את הקוד הקולוניאלי רב-ההשפעה – The Laws and Liberties of Massachusetts – משנת 1648.

(ג) הקודיפיקציה במשפט המקובל – דיון אידיאולוגי

באנגליה נידון רעיון הקודיפיקציה החל במאה השש-עשרה, אך זאת מטעמים מעשיים בלבד: הדין החל היה לא-ברור, וזאת עקב שפע התקדימים והחקיקה המעורפלת של הפרלמנט. בין ההצעות שהועלו הייתה יצירת קוד אנגלי שיעשה שימוש במודל של יוסטיניאן (!) לגבי המשפט הרומי. מלכים אנגלים, לרבות הנרי השמיני (שמלך בשנים 1509–1547), הביעו תמיכה ברעיון, אבל הוא לא הגיע לכלל יישום.³⁹ במהלך המאה השבע-עשרה העלו כמה מגדולי המשפטנים של אנגליה הצעות מפורטות לקודיפיקציה, שבחלקן התבססו על ביקורת של שיטת המשפט המקובל והעדפה רעיונית של תפיסת הקוד, אבל גם הצעות אלה כשלו, כנראה מסיבות פוליטיות, ולא דווקא משפטיות.⁴⁰

החל בשלהי המאה השמונה-עשרה התייצב Jeremy Bentham (1748–1832) כתומך הרעיוני החשוב ביותר בקודיפיקציה. ל-Bentham הייתה ביקורת קשה על המשפט המקובל, שאותו ראה כלא-ברור, כלא-ודאי וכמלא בפיקציות ובסתירות פנימיות. באשר לפעילות השפיטה, זו נעשתה לטענתו בצורה איטית ולא-הוגנת. הפתרון שבו דגל היה פשוט ורדיקלי – פתרון תועלתני שיניב את מירב האושר למספר המרבי של אנשים: סוג חדש של חקיקה, שאותו כינה "קודיפיקציה".⁴¹ מאפייניה העיקריים של חקיקה זו יהיו אלה: (1) הקוד יוצא על-ידי הרשות המחוקקת, שתעניק לו מקור סמכות; (2) הקוד יהיה כוללני, מקיף ואקסלוסיבי, ומשמעות הדבר היא, בין היתר, שלתקדים ולמנהג לא יהיה עוד תוקף משפטי מחייב; (3) הקוד יקיף תחום משפטי נרחב; (4) פשטות – הקוד ידבר בשפה שנהירה לכל אזרח; (5) רפורמה – החוק יפעל על-פי עקרונות התועלתנות. שאיפה זו לשינויים של מהות וצורה במשפט הייתה, כלשעצמה, חלק משמעותי מהסיבה לכך שהקודים שבהם דגל Bentham מעולם לא נחקקו.⁴² תומך משמעותי נוסף בקודיפיקציה של המשפט המקובל היה John Austin (1790–1859), אולם הלה שאב חלק משמעותי מדעותיו מהמשפט הקונטיננטלי, וכן שאף, בניגוד ל-Bentham, לקידוד שיטתי של המשפט הקיים, ולא להחלפתו במשפט אחר.⁴³

בארצות-הברית, החל בראשית המאה התשע-עשרה ועד לראשית המאה העשרים, התקיים ויכוח ציבורי מרתק בשאלה אם יש מקום לקודיפיקציה של המשפט המקובל.

39 לדיון ראו: Weiss, *supra* note 29, at p. 471.

40 בין המציעים היו משפטנים בכירים כפרנסיס בייקון (1561–1626) ומתיו הייל (1609–1676). לתיאור מרתק ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 471–474.

41 ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 475–476 and footnote 180.

42 יודגש כי לשיטתו של Bentham נותר לשופט תפקיד יצירתי מסוים, אבל מוגבל. ראו: Jeremy Bentham *Of Laws in General*. עוד ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 476–480.

(University of London, H.L.A. Hart ed., 1970) 158–159, 172, 232–246, 308.

43 ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 480–481. ראו גם: John Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law* (London, 4th ed. by Robert Campbell, 1879) in particular Lecture XXXIX, 2 id., at 669–704, and Austin's notes on codification, 2 id., at 1056–1074.

בארצות-הברית פעלה תנועה משמעותית ששאפה לקודיפיקציה כוללת של המשפט המקובל, אשר תאסוף ותארגן את החומרים המשפטיים המבוזרים של המשפט המקובל ותגביל את יכולתם של השופטים – שאינם עומדים לבחירות דמוקרטיות על-פירוב – לערוך חקיקה שיפוטית. קבוצה זו, שהמשפטן המוביל בה היה David Dudley Field, נתקלה בהתנגדות עזה. המתנגדים הדגישו את הגמישות הרבה של המשפט המקובל. הם טענו כי קודים ישללו מהשופטים את שיקול-הדעת הדרוש לקיום תוצאות הוגנות, במיוחד במקרים הקשים, וחששו שקודים "יקפיאו" את המשפט המקובל ויעכבו את המשך התפתחותו. ברוב המקומות גברו המתנגדים, ורק מדינות ספורות בארצות-הברית – שהמרכיב מביניהן היא קליפורניה – קודדו חלקים משמעותיים מהמשפט המקובל שלהם. מכל מקום, עד לראשית המאה העשרים נעלמה הסוגיה כליל מהדיון המשפטי-הציבורי.⁴⁴

מן הראוי לציין כי הדיון בשאלת-היסוד אם המשפט זקוק לקודיפיקציה – ואם כן, אזי באיזו מידה, באיזו שיטה ובאיזה היקף – חוזרת ומתעוררת מזמן לזמן לא רק במשפט המקובל, אלא גם בקונטיננט. היא הייתה קריטית במאה התשע-עשרה,⁴⁵ והיא נעשתה רלוונטית שוב בשנים האחרונות במגוון רחב של מדינות, החל במדינות ש"חזרו מן הכפור" הסובייטי, כפי שצוין לעיל, המשך במדינות שנהפכו לדמוקרטיות בשנים האחרונות וכלה במדינות האיחוד האירופי, וכמובן בישראל, כפי שהומחש בסימפוזיון הנסקר כאן.⁴⁶ נשלים את הדיון בהערות קצרות ביחס ליישום המעשי של רעיון הקודיפיקציה במשפט המקובל.

44 ראו בעניין זה: Head, *supra* note 38, at p. 62. ראו גם: 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" *Wis. L. Rev.* (1994) 1119, 1122–1123; Rudolf Schlesinger et al. *Comparative Law* (N.Y. 5th ed., 1988) 291 n. 9; Shael Herman "The Fate and the Future of Codification in America" *40 Am. J. Legal Hist.* (1996) 407, 414–418, 421–425.

45 הוויכוח שהתנהל בגרמניה במאה התשע-עשרה הסתיים בהכרעה בדבר הצורך בקוד גרמני למדינה הגרמנית החדשה. ראו: Joachim Zekoll "Symposium: Codification in the Twenty-First Century – Foreword" *31 U.C. Davis L. Rev.* (1998) 655, 656.

46 השוו: *Ibid.*, at pp. 656–657. אגב, במבט רחב יותר ניתן לראות בארגון הסחר הבינלאומי, ובמשפט ובמשטר שהוא שואף לקיים, קודיפיקציה רחבה עוד יותר. הואיל והמשפט העסקי האמריקאי מקודד במידה רבה באמצעות הצעות למודלים של חקיקה, שאכן אומצו בחלק גדול מן המדינות (מדובר ב-U.C.C. וב-Restatements), הוויכוח המרכזי בארצות-הברית נסב סביב החשש מפני אובדן ריבונות לטובת מוסד על-מדינתי שבו ארצות-הברית אינה השליט הריבוני. ראו: Joel P. Trachtman "The WTO Constitution: Toward Tertiary Rules for Intertwined Elephants" (Sep. 2005) available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=815764; John O. McGinnis & Mark L. Movsesian "Commentary: The World Trade Constitution" *114 Harv. L. Rev.* (2000) 511; Scott McBride "Note: Dispute Settlement in the WTO: Backbone of the Global Trading System or Delegation of Awesome Power?" *32 Law & Pol'y Int'l Bus.* (2001) 643, 666–668.

(ד) הקודיפיקציה במשפט המקובל – יישום מעשי

אנגליה: דבריו וכתביו של Bentham הובילו במידה מסוימת (לאחר מותו) לתחילת מגמה קודיפיקטיבית במושבותיה של אנגליה (כגון ספרי החוקים שחברו בהודו), אך באנגליה גופה לא עלה בידו לחולל מפנה מהותי לקראת קודיפיקציה של דיניה ומשפטיה.⁴⁷ במהלך המאה התשע-עשרה נידונה שוב שאלת הקודיפיקציה בהרחבה רבה, אך למרות תמיכה פוליטית ותיאורטית מסוימת שבה זכה הרעיון, מעולם לא חוקקה אנגליה קוד דוגמת אלה של אירופה הקונטיננטלית, אם כי יש לציין שבתחומים אחדים של המשפט המסחרי חוקקו "קודים" למן שלהי המאה התשע-עשרה.⁴⁸

פרק חשוב בנושא החל בשנת 1965 עם הקמתה של ה-English Law Commission, שהוסמכה לבחון את הצורך ברפורמה בחקיקה ובענפי המשפט המהותי השונים.⁴⁹ למועצה המשפטית יועד תפקיד מרכזי בעריכת קודיפיקציה בענפי משפט שונים, אולם הצלחתה עד כה מוגבלת בעיקר לסדרת חוקים שהקיפו באופן הדרגתי ושיטתי תחום מסוים של המשפט, כגון דיני משפחה או משפט בין-לאומי פרטי. הצעה לקודקס שיטתי במשפט הפלילי, למשל, נמצאת בהליכי דיון למן שנת 1989.⁵⁰

47 הכתר היה נכון לבחור את רעיון הקודיפיקציה במושבות, לפני שתישקל פעולה דומה באנגליה גופה. ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 943. עוד על נושא הקודיפיקציה בהודו, ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 484–485; Elizabeth Kolsky "Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India" 23 *Law & Hist. Rev.* 1.

48 לדיון ולפירוט ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 486–488.

49 לגוף זה יש שני תפקידים עיקריים: ראשית, בחינת ספר החוקים האנגלי, הכולל אלפי חוקים שנחקקו החל במאה השלוש-עשרה, מתוך מגמה לבער חקיקה מיושנת ולהבטיח ניסוח אחיד של החקיקה הנחוצה, תוך עריכת התאמות ושינויי נוסח קלים; שנית, הכנת הצעות לרפורמות משפטיות בתחומי המשפט השונים. לדיון ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 494–495; ג'ק ביטסון "המועצה המשפטית באנגליה" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 47, 50.

50 ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 494–497; ביטסון, שם, בעמ' 52 ובהערות-שוליים 16. ביטסון מציין כי דרך פעולתה של המועצה בתחומי משפט מוגבלים כונתה "קודיפיקציה בסגנון המשפט המקובל", ומוסיף, בעמ' 53–54, כי "קידומן של רפורמות משפטיות רחבות היקף ועריכת קודיפיקציות הן משימות כבדות משקל. ביצועה של כל משימה מסוג זה, אפילו מוגבלת בהיקפה, נמשך זמן רב... עם זאת, הנהגת רפורמה שיטתית וארוכת טווח... היא מטרה ראויה שיש לחתור להשגתה בשלבים". נושא המשפט הפלילי ראוי לציון מיוחד, הואיל ותחום זה היה הנושא המרכזי שבו נעשו נסיונות קודיפיקציה למן ראשית המאה התשע-עשרה. ראו: Farmer, *supra* note 31, at pp. 406–407. למידע נוסף על המועצה ראו <http://www.lawcom.gov.uk/codification.htm>; ובמיוחד <http://www.lawcom.gov.uk/codification.htm>; <http://www.lcc.gc.ca/about/default-en.asp>; ניו-זילנד – <http://www.doj.gov.za/salrc/index.htm>; דרום-אפריקה – <http://www.lawcom.govt.nz/>; והודו – <http://lawcommissionofindia.nic.in/>. השוו למועצה למשפט בין-לאומי של האו"ם, שנוסדה בשנת 1948 ואשר מטרתה לערוך קודיפיקציה של המשפט הבין-לאומי – <http://www.un.org/law/ilc/>.

ארה"ב: מצב־הדברים שונה מעט בארצות־הברית. אחד החוקרים תיאר את הניסיון האמריקאי עם קודיפיקציה כך: ראשיתו בתקופה של פלרטוט מודע (1800–1865), המשכו בתקופה של יחס אלרגי לקודיפיקציה (1865–1910), ולבסוף, למן 1945, קבלה בלתי־מודעת כמעט – וללא כל דיון ציבורי כמעט – של רעיון הקודיפיקציה.⁵¹ הבעיות המעשיות שעיימן התמודד המשפט האנגלי היו גם מנת־חלקו של המשפט בארצות־הברית עם הקמתה. בשלהי המאה השמונה־עשרה כלל המשפט חקיקה קולוניאלית, משפט אנגלי, חקיקה של המדינות החדשות, חקיקה פדרלית ופסיקה של בתי־המשפט המדינתיים והפדרליים. הצורך בארגון המשפט הלך ונעשה ברור, אבל ההכרה בהכרח לערוך קודיפיקציה של המשפט טרם הבשילה. כמו החריג ההודי במשפט האנגלי, גם במשפט האמריקאי היה – וקיים עדיין – חריג אחד: הקודיפיקציה בלואיזיאנה בעלת השורשים הספרדיים והצרפתיים.⁵² הדיון הציבורי הנרחב על הקודיפיקציה, שבו היה מעורב Bentham עצמו, הוביל לכמה קודיפיקציות חשובות. המאבק הציבורי הגדול של Field התמקד בניו־יורק, וכשלונו להעביר קוד במדינה זו – המרכז האינטלקטואלי של תנועת הקודיפיקציה במאה התשע־עשרה – הביא לידי דעיכת המאבק לקודיפיקציה למשך עשרות שנים. אבל היו מדינות אחדות שבהן נעשה שימוש ביסודות המעשיים שנבנו על־ידי Field ותומכיו, והייתה ל־Field לפחות הצלחה מרשימה אחת.⁵³

ההצלחה הגדולה של Field הייתה ביצירת קוד סדר דין אזרחי (Code of Civil Procedure). הקוד חוקק בניו־יורק בשנת 1848, ומטרתו הייתה להפוך את סדרי הדין לברורים, ודאיים, מהירים וזולים יותר. במידה רבה השיג הקוד את מטרותיו, והוא אומץ במהירות: בשנת 1850 בקליפורניה, ועד שנת 1900 במחצית ממדינות ארצות־הברית. סיבה מרכזית להצלחה זו הייתה תמיכתם של עורכי־הדין והאליטה העסקית לרפורמה פרוצדורלית. מאידך גיסא, כשלונו הגדול של Field – כשלון הקודיפיקציה של המשפט האזרחי המהותי – נבע במידה רבה מהתנגדות עזה של קהילת עורכי־הדין לרפורמה במשפט המהותי באמצעות קודיפיקציה כללית.⁵⁴

אולם היו מדינות שחשבו אחרת. מדינת ג'ורג'יה, למשל, הקימה בשנת 1858 מועצה שתכין קוד שיכלול את המשפט המקובל המדינתי, החוקה, החוקים, החלטות בית־המשפט המדינתי וחוקי אנגליה שהיו עדיין בתוקף בג'ורג'יה. הקוד נועד להיות המקור הבלעדי של החוק בכל התחומים, למעט משפט פלילי. הקוד אומץ בשנת 1860 ונכנס לתוקף שנה

51 ראו: Herman, *supra* note 44, at p. 408. ראו באופן דומה: Rosen, *supra* note 44, at p. 1123 (המעמיד את תחילת השינוי כעשרים וחמש שנה קודם לכן). לחלוקה שונה במעט ראו: Weiss, *supra* note 29, at p. 498. כפי שציינו לעיל, בסוף סעיף 3(ב), ניתן לראות בחקיקה של המושבות מודל ראשוני של קודיפיקציה באמריקה הצפונית.

52 לדיון ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 499–501. ראו גם: Herman, *supra* note 44, at p. 407 and at footnote 1 (המדבר על הלחץ המופעל על לואיזיאנה לוותר על הקוד לטובת אחדות משפטית בכלל מדינות ארצות־הברית).

53 לתיאור מפורט ראו: Head, *supra* note 38, at pp. 501–511; Weiss, *supra* note 29, at pp. 66–69.

54 בראשם עורך־הדין James C. Carter – ראו: Head, *supra* note 38, at pp. 84–86.

לאחר-מכן. היה זה הקוד האזרחי הראשון של ארצות-הברית, וקודיפיקציה ראשונה של משפט מקובל מהותי. כמה מדינות נוספות – שהחשובה מביניהן הייתה קליפורניה, בשנת 1873 – הלכו בדרך זו.⁵⁵ השאלה היא, כמובן, אם מדובר ב"קודים" במובן הקונטיננטלי שלהם. כך, למשל, התייחסותם של בתי-המשפט בקליפורניה לקוד הייתה, החל בשנת 1888, כאל הצהרה של כללי המשפט המקובל הקיימים, ובמקום להתייחס אל הקוד כאל מקור משפט בלעדי, הם עשו שימוש בתקדימים של המשפט המקובל כדי לפרש את הקוד. חקיקה מדינית משנת 1901 אף הבהירה כי מקום שהקוד כולל הוראה שהייתה בעבר חלק מחוק או מהמשפט המקובל, יש לפרש את ההוראה כהמשכה של קודמתה, ולא כדבר חקיקה חדש.⁵⁶

נסיים בכמה הערות על המשפט האמריקאי במאות העשרים והעשרים ואחת. ניתן לציין כלים אחדים הנראים כמעשי קודיפיקציה. ראשית, החקיקה הפדרלית מכונסת בקובץ הקרוי "קוד" – United States Code – אבל מדובר למעשה ב"compendium", קרי, בליקוט ובשיבוץ של הוראות הדין לכלל מארג עצום אחד.⁵⁷ שנית, מקובל לציין את שני מפעלי החקיקה הגדולים בנושאים מסחריים שאומצו ברוב מדינות ארצות-הברית – ה"Restatement" וה"Uniform Commercial Code (U.C.C.)" – כדוגמות לקודים. מבחינה פורמלית הדבר אינו נכון הואיל ומדובר בהצעות חוקים שהוצעו על-ידי ארגונים פרטיים שערכו עבודת מחקר, ליקוט, איסוף, דיון וחשיבה עמוקים. ה"Restatements" אינם מאומצים רשמית על-ידי המדינות ואינם מחייבים פורמלית, אף שיש להם השפעה עצומה על החשיבה המשפטית בכל ארצות-הברית. ה"U.C.C." – העוסק במכר, בשכירות, במכשירים סחירים, בחשבונות-בנק ובנושאים מסחריים חשובים נוספים – אומץ כחקיקה מחייבת, בחלקו או במלואו, בכל מדינות ארצות-הברית, ומכאן חשיבותו. האם זהו קוד? יש חוקרים המשיבים בחיוב, אבל יש לשים לב לטעמים הבאים העומדים כנגד הכרזה כזו: ראשית, ה"U.C.C." אינו מקיף את כל המשפט המסחרי; שנית, הוא אינו מתיימר להיות המקור המשפטי הבלעדי; שלישית, נוסחו שונה מקוד קונטיננטלי – מבנהו דיאלוגי וגמיש, המרקם שלו פתוח, והוא יכול לשמש מסגרת לדיון נוסף; רביעית, ה"U.C.C." אינו מחליף את המשפט שקודם לקוד. ניתן להעלות טענות נגד רציניות המסבירות מדוע ה"U.C.C." הוא בהחלט קוד חרף טענות אלה, אבל קשה להניח שנוכל להגיע למסקנה סופית.⁵⁸

55 ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 511–513.

56 ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 514–515 ("[T]he [California] code is widely regarded as unimportant for the development of the law." *Ibid*, at p. 515).

57 ראו: Weiss, *supra* note 29, at p. 517.

58 לדיון מפורט ראו: Weiss, *supra* note 29, at pp. 517–527. ראו גם: Herman, *supra* note 44, at pp. 425–437; Rosen, *supra* note 44, at pp. 1167–1171.

4. הקודיפיקציה והשפעת הקונטיננט על המשפט הישראלי

קיומה של הקודיפיקציה הישראלית בתחומי המשפט האזרחי היא מציאות שאין מערערים עליה.⁵⁹

את המשפט הנחרץ הזה כתב אהרן ברק לפני שלושים שנה. הכותב עצמו מסייג את הצהרתו במילים אלה: "אמת הדבר, הקודיפיקציה טרם הושלמה, ועדיין רבה המלאכה, אך החקיקה הקיימת, כשלעצמה, מהווה כבר קודקס אזרחי ישראלי מקורי."⁶⁰ אולם למען הקורא בן־דורנו, הדברים טעונים הבהרה, וזו מטרתו של חלק זה.

(א) מקורות הקודיפיקציה במשפט הישראלי

אתוס מקובל הוא כי ערב הקמת המדינה התבססה בארץ־ישראל שיטת המשפט המקובל, וכי משפט זה נשאר ברובו בתוקפו גם לאחר ניתוק הקשר הפורמלי לבריטניה, מכוח הוראת שמירת הדינים שבפקודת סדרי השלטון והמשפט. המשפט הישראלי המשיך אם כן לפעול כמשפט מקובל במהותו. מחקרים שהופיעו בשנים האחרונות מציירים תמונה מורכבת בהרבה:

ראשית, הלכה למעשה הייתה שיטת המשפט המנדטורית שילוב מורכב של משפט מקובל ומשפט קונטיננטלי. המשפט העותמאני, שחל בארץ־ישראל – פורמלית לפחות – ערב הכיבוש הבריטי, עבר במהלך המאה התשע־עשרה תהליך של רפורמות, ואימץ דגמים קונטיננטליים של משפט. לחובסקי מסביר כי "ערב הקמת המדינה היתה שיטת המשפט המנדטורית שיטה שגרעינה הפך אנגלי, אם כי בתחומים רבים נותרו בה שרידים ואף חלקים גדולים של משפט בעל אופי קונטיננטלי."⁶¹

שנית, כפי שהעידו חוקרים רבים, חלק גדול מהמשפטים היהודיים בארץ־ישראל, לרבות חלק מאלה שמילאו מאוחר יותר תפקיד דומיננטי במשפט הישראלי בשנותיו הראשונות, רכשו את השכלתם המשפטית בארצות המשפט הקונטיננטלי,⁶² ואף החינוך המשפטי היהודי העצמאי היה בעל מכוונות קונטיננטלית. היה אפשר אולי לצפות, אם כן,

59 אהרן ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז (1976) 15.

60 שם, שם, בהערות־שוליים 1. האם יש לישראל "חוקה" אף שמעשה־הטלאים של חוקי־היסוד לא הגיע לכלל סיום? השוו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל (מהדורה שישית, תשס"ה, כרך א: עקרונות יסוד) 53–54, 61–62, 76–78, 92–98.

61 ראו לחובסקי תשנ"ט, לעיל הערה 25, בעמ' 717.

62 בקרב אלה בולטים במיוחד המשפטים שרכשו את השלכתם בגרמניה, כגון משה זמורה, נשיאו הראשון של בית־המשפט העליון; פנחס רוזן, שר המשפטים הראשון; חיים כהן, פרקליט המדינה הראשון; ואורי ידן – שעליו נדבר עוד בהמשך הדברים – שהיה מנהלה הראשון של מחלקת החקיקה של משרד המשפטים. ראו שם, בעמ' 717–718, וכן עלי זלצברגר ופניה עוז־זלצברגר "המסורת הגרמנית של בית־המשפט העליון בישראל" עיוני משפט כא (1998) 259.

שעם סיום המנדט תשתנה מכוונותו של המשפט הישראלי ממכוונות של המשפט המקובל לזו של המשפט הקונטיננטלי. אולם אף-על-פי שנשמעו קולות של משפטנים בכירים לטובת אימוץ הדרך הקונטיננטלית, "מהפכה קונטיננטלית" לא הייתה.⁶³ שלישית, בדיונים של המועצה המשפטית, ערב הקמת המדינה, היו קולות שצידדו בקודיפיקציה מקיפה, ביצירת מסכת חקיקתית שלמה וסדורה על בסיס קונטיננטלי; היו מי שצידדו בביטול מסיבי יותר של המשפט המנדטורי, שבסיסו זר – אנגלי; והיו, כאמור, מי שקראו לקליטה מסיבית של המשפט העברי. ההחלטה המסכמת של דיוני הוועדה, שהתקבלה באפריל 1948, הייתה שמרנית: בשלב הראשון יישאר בתוקפו המשפט המנדטורי בשינויים מזעריים. ההחלטה עוגנה בסעיף 11 לפקודת סדרי שלטון ומשפט.⁶⁴ רביעית, המשפט הישראלי ספג השפעה לא-מועטה של המשפט הקונטיננטלי. אחד הגורמים המרכזיים לכך – ואולי המרכזי מביניהם – היה פעילותו של איש משרד המשפטים פרופ' אורי ידן.⁶⁵ זה האיש שעליו נאמר כי הוא "הקים בידיו את מפעל החקיקה הישראלית"⁶⁶ – היא "החקיקה האזרחית החדשה" שעל יסודה נבנתה הצעת הקוד מושא הדיון בכנס זה.⁶⁷ שחר אומר על ידן כי אין מי שהשפיע יותר ממנו במאבק לביטול זיקת המשפט הישראלי למשפט האנגלי, "ואם אין בידו לשנות את הפוליטיקה או את אורחות החיים, אין ספק שהוא עושה ככל יכולתו לשחרר את משפט מדינת-ישראל מכבליו של המשפט המקובל".⁶⁸ ידן עצמו סבר כי הקודיפיקציה "החלה לפחות מאז שנת 1962, עת

63 לחובסקי תשנ"ט, לעיל הערה 25, בעמ' 718. לשיטתו של לחובסקי, כישלון זה נבע, בין היתר, מתדמית ציבורית גרועה.

64 מיום 19 במאי 1948, שלשונו: "המשפט שהיה קיים בארץ-ישראל ביום ה' באייר תש"ח יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה לפקודה זו... ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה." ראו רון חרים "המשפט הישראלי" העשור הראשון: תש"ח-תשי"ח (צבי צמרת וחנה יבלונקה עורכים, תשנ"ח) 243, 248.

65 ברק סבור כי מערכת המשפט הישראלית אינה שיטת משפט מקובל – היא שיטה מעורבת, המושפעת חלקית הן מהמשפט המקובל והן משיטת המשפט הרומנו-גרמנית. ראו אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ(ב) (תשנ"ב) 197, 206–209. דעה זו הביע גם ידן עצמו במאמר משנת 1974. ראו ספר אורי ידן – האיש ופועלו (אהרן ברק וטנה שפניץ עורכים, תש"ן, כרך א) 363 (להלן: ספר אורי ידן). לחובסקי, לעומת זאת, סבור כי "למרות פעילותו רבת השנים של ידן להחדרת מושגים קונטיננטליים למשפט הישראלי, שמר משפט זה על אופיו האנגלי המובהק". ראו לחובסקי תשנ"ט, לעיל הערה 25, בעמ' 719. למבט חיצוני השוו: Herman, *supra* note 44, at p. 407.

66 ראו יורם שחר "יומנו של אורי ידן" עיוני משפט טז (תשנ"ב) 537.

67 כפי שהצעת החוק של משרד המשפטים מציינת, ידן הוא שעשה את עבודת ההכנה הראשונית. בהיותו המשנה ליועץ המשפטי לממשלה והממונה על תכנון החקיקה, היה ידן אחראי "להכנתם של החוקים האזרחיים, אשר חוקקו פרקים פרקים בשנים 1968 עד 1986, ועליו הוטל להשלים את המלאכה, ולהכין את טיוטת הקודקס החדש". למידע נוסף על ידן ראו משה לנדוי "דברים לזכר אורי ידן" ספר אורי ידן, לעיל הערה 65, בעמ' 11–15.

68 ראו שחר, לעיל הערה 66, בעמ' 553–554 (הציטוט לקוח מע' 553). שחר מדגיש כי בתקופה

משפט ועסקים ד, התשס"ו סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות

נתקבל חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. אם לדייק, עוד קודם לכן, בשנת 1952, עם גיבוש הצעת חוק הירושה של משרד המשפטים.⁶⁹

(ב) הנחת היסודות ל"קודיפיקציה" במשפט הישראלי

בשנות השבעים, כאשר החל להתברר היקפה של פעילות החקיקה הישראלית החדשה בתחום המשפט האזרחי – חקיקה שבה ניכרה השפעה מובהקת של המשפט הקונטיננטלי – החל ויכוח עיוני מרתק בשאלה אם אלה מגבשים קוד, במובנו הקונטיננטלי הקלסי, אם לאו. ל"אביהם" של חוקים אלה הייתה התשובה ברורה. וכך כתב ידין:⁷⁰

"אני רואה בחוקים על שליחות, ערבות ומשכון, מכר ומתנה, שכירות ושאלה, מקרקעין מיטלטלין ושומרים, לא חוקים בודדים ונפרדים אלא רצף חקיקתי. כל סדרת החוקים האלה – והדבר נכון אולי עוד יותר לגבי חוקי החוזים הבסיסיים, דהיינו חוק התרופות בשל הפרת חוזה וחוק החוזים (חלק כללי) – תוכננו ונוסחו, בכל שלבי החקיקה, במבט אל קודיפיקציה שתקיף, בבוא העת, את כולם יחד. יתר על כן, כל אחד מהם מהווה בעיני קודיפיקציה בועיר אנפין בנושא של אותו חוק."

בני-הפלוגתא העיקריים בסוגיה זו היו אהרן ברק ודניאל פרידמן, שעסקו בנושא בסדרת מאמרים מקיפה על כל היבטיו.⁷¹ ברק זיהה חמישה תנאים לקיום קודקס: (1) שלמות – השאיפה ליצור הסדר חקיקתי שבו תימצא תשובה לכל דיניה של אותה סוגיה; (2) שיטתיות – השאיפה ליצור הסדר חקיקתי מסודר ומאורגן מבחינה הגיונית ומדעית; (3) הפשטה – השאיפה לקבוע עקרונות כלליים המספקים מפתח לפתרון בעיות קונקרטיות בדרך של גזירת הפרט מתוך הכלל; (4) רוחב יריעה – הניסיון להקיף תחום נרחב; (5) חדשנות – הניסיון לקבוע הסדר שהינו שונה בעיקרו מהקיים. בבוחנו את החקיקה האזרחית על-פי תנאים אלה, השאובים מן הספרות הקונטיננטלית, הגיע ברק למסקנה "כי לא יכול להיות ספק בדבר, כי החקיקה האזרחית החדשה, אכן מקיימת מבחינה אובייקטיבית את התכונות העיקריות של קודיפיקציה."⁷²

מסוימת ניסה ידין דווקא לשתף את הציבור ולעניין אותו בתהליך החקיקה, אולם לאחר-מכן המשיך במשימתו מאחורי קלעי ההיסטוריה (שם, בעמ' 541–542).

69 ראו אורי ידין "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית" עיוני משפט ו (תשל"ט) 506. שם, בעמ' 506 (ההדגשה הוספה). לשיטתו של ידין, נדרשת עתה השלמה של העבודה ב"קורס אחד מקיף, שיתקן ויישר תקלות שלא הצליחו להימנע מהם בחקיקה בשלבים" (שם, בעמ' 507).

71 ראו ברק, לעיל הערה 2, שם; דניאל פרידמן "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית האקונה בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה (1973) 91; ברק, לעיל הערה 59, שם; דניאל פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ז) 463 (להלן: פרידמן "עוד לפרשנות").

72 ראו ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 7. ראו ברוח דומה את דבריו של ראבילו, שטען כי הואיל

אלא שהיו מי שחלקו על ברק ומצאו ספק במסקנותיו אלה, במיוחד בנוגע לשאלה המשלימה שנמצאה אז ונמצאת גם כיום על הפרק (וראו לעניין זה את הדיון במאמרם של נבו ופרוקצ'יה בכרך זה⁷³); האם ביקשו החוקים האזרחיים החדשים לעגן בישראל את התרבות הקודיפיקטיבית הקונטיננטלית או שמא מדובר רק בחקיקה איכותית ומסודרת במיוחד אשר חיה ומופעלת בתוך שיטת משפט מקובלת? ראשון לחולקים היה דניאל פרידמן.⁷⁴ בין היתר ציין פרידמן כי מאפיון החקיקה כ"קודיפיקטיבית" נגזרות מסקנות מרחיקות-לכת ביחס לפרשנותו של החוק, ולאלה אין הוא מסכים. "בעיניי", אומר פרידמן, "ברור כי החקיקה הישראלית החדשה אינה בגדר 'קוד' באותו מובן שפרופ' ברק ופרופ' ידין מייחסים לו".⁷⁵ פרידמן מסביר כי ברק וידין מדברים על קוד "במובן הקונטיננטלי", וכי קוד כזה מתאפיין בשורה של תכונות שאותן מצפים כי נייחס לחקיקה הישראלית. לגישתו:⁷⁶

"אף לגבי תכונות אלה מסופקני אם קיימת הסכמה כללית, אך מוזכרות לא אחת תכונות כגון 'מבנה מדעי', הגיוני, שיטתי, חתירה לשלמות, ופעמים נראה כי סוברים שיש לקוד הגיון פנימי, העובר ככריח התיכון דרך כל חלקיו, מאחדם זה לזה באופן המעניק לקוד מן ישות משלו. לעתים יש לקוד בסיס אידיאולוגי עליו הוא מושתת... כאשר אלה הן הציפיות מקוד, אין תימה שמתפתחת הבחנה בין 'קוד' אמיתי לבין מה שאולי רק נחזה כקוד, אך איננו אלא קובץ של חוקים אשר נכרכו יחד."

(ג) ה"קודיפיקציה" הקיימת במשפט הישראלי

מן הספרות שסקרנו ניתן לראות הבחנה ברורה בין שני מודלים של קוד: לאחד יש נוכחות "Common Law" מוכרת ומובהקת במשפט הישראלי; ועיגונו של האחר הוא פרי שאיפה ארוכת-שנים, שטרם באה לידי השלמתה הברורה. המודל האחרון הוא המודל הקונטיננטלי הקלסי, שמאחוריו שאיפות ויומרות אידיאולוגיות מרחיקות-לכת. בעיני רבים, זו

ולא התקיימה אחדות הרמונית במשפט הישראלי, בחר "המחוקק הישראלי... לבסוף בדרך של 'קודיפיקציה בשלבים', כשדוגמת הקודיפיקציות האירופיות לנגד עיניו". ראבילו, לעיל הערה 26, בעמ' 158 ובהערות-שוליים 54-55.

73 שרון נבו ואוריאל פרוקצ'יה "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש" משפט ועסקים ד (תשס"ו) 95.

74 ראו במיוחד את דבריו של פרידמן במאמרו "עוד לפרשנות", לעיל הערה 71, בעמ' 465 ואילך. ברק-ארו סבורה כי "מאז שכנו הדיו של הדיון האקדמי שליווה את החקיקה האזרחית במהלך שנות השבעים, השתרשה במידה רבה הדעה בדבר אופיה הקודיפיקטיבי". ראו ברק-ארו, לעיל הערה 2, בעמ' 795.

75 פרידמן "עוד לפרשנות", לעיל הערה 71, בעמ' 466.

76 שם, בעמ' 466-467. חשוב להדגיש כי ביקורתו של פרידמן רחבה ומקיפה בהרבה, ובמסגרתה הוא מסביר כי החקיקה האזרחית החדשה אינה עומדת כלל ועיקר בתנאים שאותם הציב ברק לקודיפיקציה.

משמעותו של המונח "קודיפיקציה". ידין עצמו כתב כי "קודיפיקציה" פירושה – חקיקה מקיפה, שיטתית וממצה, בעלת רציפות פנימית בשטח משפטי רחב. חקיקה זו עומדת, כידוע, בניגוד לחקיקה שוטפת המכוונת להסדר תחיקתי של נקודה משפטית מסוימת או של נושא משפטי מוגבל.⁷⁷ המודל הראשון שהוזכר לעיל מוכר היטב במסגרת מסורת המשפט המקובל והמשפט המנהגי, והוא זה שכונה על-ידי מחברים שונים "קונסולידציה"⁷⁸ או "קומפילציה",⁷⁹ אשר "איננה מהווה קודקס".⁸⁰ ה"קומפילציה" היא אחד הפתרונות של המשפט המקובל לריבוי וסרבול של החומר המשפטי שהצטבר במשך השנים. מדובר בקובץ אשר ממזין לפי נושאים ומכיל את החוקים השונים לפי נוסחם האחרון והמחייב.⁸¹ טכניקה חקיקתית נוספת היא ה־Revision (או ה"קונסולידציה"), שאף בה החוקים השונים מסודרים בצורה שיטתית ולפי נושאים ועניינים, אולם היא נחשבת לחקיקה חדשה ומחייבת, ולעיתים יש בה אף שינויים לעומת הנוסח המקורי של החוקים.⁸²

כאמור, רבים סבורים כי החקיקה האזרחית הישראלית היא קודיפיקציה ברוח המודל הקונטיננטלי, והשאלה תשוב ותלוּבן מן הסתם עם התקרב הצעת חוק דיני ממונות לקו הסיום. אבל המודלים האחרונים, שיש מי שאינם רואים בהם קודיפיקציה כלל, מוכרים היטב במשפט הישראלי. טלו, לדוגמה, את חוק העונשין הישראלי. על מקורו המנדטורי של דבר חקיקה זה – פקודת החוק הפלילי, 1936⁸³ – עמד שחר במאמר פורץ-דרך לפני שלושה עשורים.⁸⁴ פקודת החוק הפלילי היא מעשה-שעטנו שיסודו בטיטת קוד שחבורה באוסטרליה בשלהי המאה התשע-עשרה, אשר ביקשה ליצור קוד עצמאי למשפט הפלילי אך לא ראתה בקוד יצירה חדשה. הקוד נועד לסכם את החקיקה והפסיקה הנרחבות של המשפט המקובל, תוך התבססות על טיוטות והצעות קודמות. אימוצו של הקוד על-ידי

77 ראו ידין, לעיל הערה 69, בעמ' 506.

78 כביטוי של טדסקי בהתייחסו למג'לה. ראו גד טדסקי "מאה שנה למג'לה" הפרקליט כה (תשכ"ט) 312, 313. טדסקי הוסיף – שם, בעמ' 314 – כי "כידוע, נפרדה תורכיה עצמה מהמג'לה בשנת 1926; היא פנתה לדיני המערב והנהיגה ספר חוקים אזרחי שהוא בעיקרו קליטת משפט שוויצרי".

79 ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 943.

80 ראו ברק, לעיל הערה 2, בעמ' 6 ובהערות-שוליים 7: "פקודת השטרות [נוסח חדש]... אינה מהווה קודקס, שכן אין בה כל נסיון לכסות את התחום כולו".

81 ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 943 ("מעשה הקומפילציה אינו בבחינת חקיקה, והנוסח המובא בו אין בו אלא משום הוכחה לכאורה... לעניין הנוסח המקורי של החוק... הדעה המקובלת היא, שאין להכליל את מעשה הקומפילציה במושג הקודיפיקציה").

82 המושג "נוסח חדש" בחקיקה קרוב יותר ל"קונסולידציה", ואילו "נוסח משולב" קרוב יותר ל"קומפילציה". ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 944 ובהערות-שוליים 7. למונחים אלה ראו סעיף 16 לפקודת סדרי השלטון והמשפט.

83 ע"ר, תוס' 1 (ע) 263.

84 ראו יורם שחר "מקורותיה של פקודת החוק הפלילי, 1936" עיוני משפט ז (תשל"ט) 75.

אנשי משרד המושבות הבריטי הביא לידי כפייתו במושבות הכתר. לאחר סדרת תחנות ארוכה, הגיע הקוד אף לארץ-ישראל, שבה הוא הוחל בשנת 1936.⁸⁵ אין תמה, אפוא, שחלק גדול מן השיח המשפטי בנושא המשפט הפלילי נתפס על-ידי הצעות רפורמה – ואף קודיפיקציה – בתחום המשפט הפלילי. בהקשר זה מעניין לבחון כיצד משפטן בכיר נוסף, בעל מכוונות קונטיננטלית מובהקת, מגדיר את המושג "קודיפיקציה" בהקשר של חוק העונשין. ש"ז פלר מסביר את הדברים כך:⁸⁶

"מקובל להגדיר את המושג 'קודיפיקציה' כהליך של ליכוד וריכוז דינים מפוזרים, ובכל זאת עיקריים ובני ייסוס שכיח, בתחום משפט נתון, וכן של סידור וארגון שיטתיים של הנורמות הכלולות בדינים אלה וחיתובן בדבר חקיקה מאוחד, כמובן, תוך מיצוי תחולתם של המקורות הנורמטיביים שמהם שאוב דבר חקיקה זה. כאמור, אינטגרציה אינה מוציאה מכלל ביצוע גם התאמות אחדות והסרת כפילויות: אך העיקר בקודיפיקציה מתבטא ביצירת מפתח מאורגן, מרוכז ומסודר – 'קוד' – שבו יוכל המעוניין למצוא את רוב ההסדרים הנורמטיביים הבסיסיים החלים בתחום."

מדובר בהגדרה מרוככת מאוד של המונח "קודיפיקציה", התואמת את הגדרתו של אלון למונח "קונסולידציה" וכן את הפרקטיקה הישראלית כפי שננקטה במשפט הפלילי.⁸⁷ סיכומו של דבר, "גם היום לא נסתיים עדיין הוויכוח על הקודיפיקציה".⁸⁸

5. שמונה לקחים בדבר קודיפיקציה

מה אנו למדים מסיפורים היסטוריים חשובים אלה? במבט רחב ניתן, לטעמנו, להשתמש בתולדות הקודים הרומיים ובאירועים היסטוריים חשובים נוספים בתולדות הקודיפיקציה על-מנת להפיק כמה לקחים מרכזיים בענייני קודים. נציע כמה הבחנות כלליות כמבוא לדיון המקיף המוצע בכרך זה על הקודיפיקציה האזרחית העומדת על הפרק בישראל במסגרת הצעת חוק דיני ממונות.

85 "בכל מקום אליו הובא נחשף לעריצות ידם הלא תמיד-מלומדה של משפטים-מנהלים קולוניאליים מן הדרגה השניה, ומשסיימו אלה את מלאכת הגדיעה, החיתוך וההטלה הובל הקוד ה'משופץ' למסע תלאות מחודש." ראו שם, בעמ' 75 (ציטוט), 82-84.

86 ש"ז פלר "קודיפיקציה במשפט הפלילי – עקרונות יסוד והיבטים השוואתיים" משפט וממשל ג (תשנ"ה) 245, 246. מעניין שפלר מבחין בין המונח "קודיפיקציה" לבין המונח "רפורמה", וקובע כי האחרונה "אינה סתם סטרוקטורציה מן הקיים, אלא, בעיקר, רכיזה ובנייה מחדש... תוך הכנסת חידושים בפתרונות המתבקשים, הנוגעים לסוגיות מרכזיות של התחום, ותוך הנהגת מושגיות ברורה, עקיבה ושיטתית" (שם, שם). הגדרה זו קרובה מאוד לתפיסתם של ברק וידין ביחס למונח "קודיפיקציה", כפי שתואר לעיל.

87 פלר אכן אומר בראשית דבריו: "מעין קודיפיקציה כזאת בתחום דיני-העונשין הישראליים נעשתה כבר בשנת 1977; אגב עריכת הנוסח החדש לפקודת החוק הפלילי המנדטורית, שולבו בו יותר מתריסר דברי חקיקה פליליים ישראליים, במסגרת נוסח מאוחד, תחת השם 'חוק העונשין, התשל"ז-1977', לפי שיטה מקובלת בבניית קודקס פלילי." שם, שם.

88 ראבילוב, לעיל הערה 26, בעמ' 162.

(א) שאלה של הגדרה: מהו קוד?

מעניין שגם בשאלת-היסוד – מהו קוד – אין תשובה מוסכמת וחד-משמעית.⁸⁹ הגדרה מילונית אמריקאית רואה את המונח כמציין דבר חקיקה בעל אופי מיוחד – "שיטה שלמה של משפט פוזיטיבי אשר מסודרת בקפידה ומוכרות באופן רשמי; איסוף או תיקון שיטתי של חוקים, כללים או תקנות. בהגדרה צרה יותר, קוד הוא איסוף וסידור לא רק של דברי חקיקה קיימים, אלא גם של חלק משמעותי מהחוק הבלתי-כתוב בנושא, וחקיקתו לכלל שיטה שלמה של משפט".⁹⁰ אולם מלומדים שונים מציעים הגדרות מגוונות ביותר.⁹¹

ברמת הפשטה זו ההגדרה מתמקדת בשני מרכיבים: הקוד הוא דבר חקיקה מחייב, ולא מודל תיאורטי מוצע או ספר לימוד המסכם את המשפט;⁹² ותכליתו של הקוד היא סידור וארגון. מכאן שהמושג "קוד", במובנו הרחב, יכול להקיף מגוון עצום של קיבוצי נורמות – החל בעשרת הדיברות וכל התורה כולה ועד לחוקה הפדרלית האמריקאית והקודים המסדירים את פעילות האינטרנט⁹³ – ושל חקיקה ראשית ותקנות פרוצדורליות,

89 במקורה ציינה המילה Codex טבלות עץ מצופות שעווה, פפירוס או חומר אחר הניתן לכתיבה, אשר נקשרו בגבן בצורת ספר של היום. הקודקס היה חלופה למגילה שצורתה גליל. בלשון המשפטית בא הקודקס מלכתחילה לתאר את אוספי החקיקה הקיסרית הרומית, להבדיל מספרות המשפטיים. ראו ראבילו, לעיל הערה 26, בעמ' 142.

90 תרגום שלנו להגדרה במילון המשפטי החשוב של West. בלשון המקור הוגדר *code* כדלקמן: "A complete system of positive law, carefully arranged and officially promulgated; a systematic collection or revision of laws, rules, or regulations <the Uniform Commercial Code>. Strictly, a code is a compilation not just of existing statutes, but also of much of the unwritten law on a subject, which is newly enacted as a complete system of law." Black's Law Dictionary (8th ed., 2004) 273–274.

91 לסיכום תמציתי ראו, למשל: Jean Louis Head, *supra* note 38, at p. 5 and at footnote 6; Bergel "Principal Features and Methods of Codification" 48 *La. L. Rev.* (1988) 1073, 1077. כן ראו: 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" *Wis. L. Rev.* (1994) 1119.

92 מכאן שמודלים של חקיקה – למן ה-Commentaries של William Blackstone (כנראה ספר הלימוד האקדמי הראשון של המשפט המקובל, שיצא לאור לראשונה בין השנים 1765 ו-1769) ועד לקודים דוגמת ה-Uniform Commercial Code (U.C.C.) וה-Restatements – אינם קודיפיקציה במובן הפורמלי של מונח משפטי זה.

93 אכן, בספרות קיימת התייחסות לתורת משה ("Mosaic code"), ולעיתים גם לחוקות, כאל קוד. ראו, למשל: Neil H. Cogan "Moses and Modernism: 1994 Survey of Books Relating to the Law — I. Courts And Constitutions — The Bill of Rights and the States: The Colonial and Revolutionary Origins of American Liberties. Edited By Patrick T. Conley and John P. Kaminski (Madison: Madison House, 1992)" 92 *Mich. L. Rev.* (1994) 1347 השימוש במושג "קוד" בהקשר של משטר האינטרנט נעשה נפוץ בעקבות עבודותיו החשובות של לורנס לסיג: Lawrence Lessig *Code and Other Laws of Cyberspace* (Basic Books, 1995).

ולשקף מגוון רחב של מטרות נורמטיביות: למן רישום החוקים היסודיים של המדינה הרומית הקדומה ועד ליצירת השפה הפנימית המורכבת והעשירה של הקוד האזרחי הגרמני. בהקשר זה אי-אפשר לנתק את מהות הקודיפיקציה מקיומו של גורם – לעיתים תכופות אדם ספציפי – המניע את התהליך, וכן מהטעמים החברתיים, ההיסטוריים, הכלכליים והלאומיים שבגינם עלה הצורך בקודיפיקציה. ברוח דומה הבחין מנחם אלון בין המונח "קודיפיקציה" במובנו ההיסטורי – שמשמעותו, לשיטתו, העלאתו על הכתב של חוק שהיה קיים רק על-פה⁹⁴ – לבין מונח זה במובנו המאוחר יותר, כפי שהתקיים באירופה הקונטיננטלית במאות האחרונות, שבמסגרתו הקודיפיקטור אינו נושא עיניו לחקיקה בלבד, אלא שואף "להקיף את כלל המערכת המשפטית, או לפחות תחום אחד – גדול ומקיף – מתחומיה, והרקע והמניעים של הקודיפיקטור נובעים קודם כול מן הצורך לתקן פגמים שיסודם בתחומים כלל-משפטיים, היסטוריים ולאומיים שונים"⁹⁵. אכן, כפי שנציין לקראת סיום הרשימה, בקצות הקשת נמצא שני מודלים: מודל פונקציונלי, שמבקש ללקט, לאגד ולערוך נורמות, ואשר מקובל במיוחד בשיטות המשפט המקובל; והמודל המאפיין את הקודיפיקציה הקונטיננטלית, שבו נוסף על רוחב היריעה וההיקף של הקוד נתלות בו גם שאיפות עמוקות, מבניות ואידיאולוגיות, ומיוחסת לו חשיבות מרכזית בשיטת המשפט. ברוח זו הגדיר ראבילו קוד קודיפיקטיבי כ"חוק המסדיר סוגיה משפטית שלמה באופן עצמאי, מקיף וממצה; מדובר בחקיקה יסודית ושיטתית המשמשת נקודת מוצא חדשה לעומת הדין הקודם"⁹⁶. על הגדרה זו ומשמעויותיה נחזור ונעמוד בהמשך הדברים.

(ב) הצורך (הפונקציונלי) בקודיפיקציה – רקע חברתי והיסטורי

חשיבותם של הקודים המרכזיים בתרבות המערב נובעת מהרקע החברתי-התרבותי הייחודי שבו הם נוצרו, ומתרומתם לשימורו ולקידומו של הידע התורתי-משפטי בתקופה שלאחר יצירתם.⁹⁷ לעיתים קרובות מדובר בנסיבות שבהן בשלו תנאים מסוימים לכתיבתו של קוד, אף אם טרם בשלה יכולתו של הציבור להפנים את הקוד בצורה העמוקה ביותר כתורת מוסר, כתורת משפט או כתורת פעולה.⁹⁸ המלומד Von Mehren, למשל, סבור כי הסיבות להתפתחות המשפט השונה באנגליה ובקונטיננטל הן היסטוריות-פוליטיות, ולא

1999); Lawrence Lessig "Symposium: Cyberspace and Privacy – A New Legal Paradigm? Foreword" 52 *Stan. L. Rev.* (2000) 987

94 כאשר "במשמעות היסטורית זו אין הבדל מהותי בין המונח קודיפיקציה למושג החקיקה בכלל". ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 940.

95 שם, בעמ' 941.

96 ראבילו, לעיל הערה 26, בעמ' 143.

97 במקרה של קוד יוסטיניאן, למשל, נשכח הקודקס לאחר יצירתו עם נפילת הציוויליזציה הרומית-הלטינית, אולם מציאתו בראשית ימי הביניים, בסוף המאה האחת-עשרה, הביאה כאמור לידי פריחה רבתי במשפט האירופי.

98 דוגמה קיצונית לכך היא אימוץ הקוד האזרחי הגרמני ביפן. ראו: Schlesinger et al., *supra* note 44, at p. 322 and footnotes 49–50.

משפט ועסקים ד, התשס"ו סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות

אידיאולוגיות, וכי חלק משמעותי מהן קשורות לפער בן מאות השנים בין המועד שבו הגיעו האנגלים לשיטת משפט קוהרנטית לבין המועד שבו הגיעו לכך הצרפתים והגרמנים.⁹⁹ החוקר Head הציע חמישה תנאים שבהתקיימם תהיה סבירות גדולה לקודיפיקציה: (1) החוק הקיים אינו מסודר וודאי – למשל, משום שהוא מפורז בין מקורות שונים, משום שיש בו חלקים בלתי-כתובים או משום שיש בין מקורותיו סתירות מהותיות; (2) החוק הקיים אינו תואם שינויים פוליטיים שהתרחשו לאחרונה, כגון שינוי בשיטת המשטר או פיצול או איחוד מדיניים; (3) החוק הקיים מיושן ואינו מספק את צורכי החברה בנושאים מהותיים – למשל, בשל שינויים טכנולוגיים או כלכליים; (4) קיים קוד "לדוגמה" מזמן קודם, והוא מתאים מבחינה תרבותית לפחות לחלק מהאזרחים; (5) לאקדמיה יש תפקיד מהותי בשיטת המשפט, והיא משפיעה על פעילותם של עורכי-הדין, השופטים והמחוקקים. תנאים אלה מסבירים חלק משמעותי מהמאמץ לפעילות קודיפיקטיבית בהיסטוריה היהודית והכללית, החל בצורך בכתיבת התלמוד ועד להכרזת ביצירת ה"שולחן ערוך" לרבי יוסף קארו.¹⁰⁰

(ג) קודיפיקציה כאירוע מכונן

במקרים רבים קודיפיקציה ראשונית של המשפט, או החלפה, שינוי או עדכון מסיביים של הקוד, הם אירועים מכוננים בעלי חשיבות חברתית לבר-משפטית.¹⁰¹ לעיתים חשיבות הקודיפיקציה מתבררת רק באמצעות השימוש שנעשה בה בפועל במשך השנים, אבל על-פני-הפעולה של כינון הקוד נתפסת כרבת-משמעות כבר מן ההתחלה, לנוכח היומרות המשפטיות והאידיאולוגיות הנלוות לתהליך הקודיפיקציה.¹⁰²

99 ראו: Von Mehren, *supra* note 32, at pp. 660–665.

100 המאה השש-עשרה הייתה תקופה קשה לעם ישראל. המרכז באשכנז נרדף בסדרת פורענויות, והמרכז בספרד עבר אף הוא פרעות, שהגיעו לשיאן בגירוש ספרד בשנת 1492. התנודות והנדודים של מרכזים וקהילות בישראל גררו עימם תופעות חברתיות והלכתיות שונות, לרבות מחלוקות וקשיים רבים מאוד בחיי הקהילה. "פגעי הגלות השאירו רישומם הקשה במערכת ההלכה העברית, התורה נעשתה לא כשתי תורות, אלא כתורות אין מספר... רבים היו גדולי ההלכה בני אותן דור אך אחד מהם – הלוא הוא רבינו יוסף קארו – נטל על עצמו משימה גדולה זו, שדורו והדורות שלאחריו היו צריכים לה." ראו אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 1087–1089 (הציטוט לקוח מעמ' 1089). לעניין כתיבת התלמוד ראו <http://www.daat.ac.il/daat/toshba/hatalmud/a13-2.htm>.

101 או לכל-הפחות אמצעי ליישומה של רפורמה משפטית משמעותית. השוו: Daphne Barak-Erez "Codification and Legal Culture: In Comparative Perspective" 13 *Tul. Euro. Civ. LF* (1998) 125 ("When the legislative reform is comprehensive and professes to encompass an entire legal field, it is customarily defined as 'codification,' and its 'product' as a 'code'.").

102 השוו: "Systematic codification of the law can be the product of a conscious and universal reorientation of legal life, such as becomes necessary as a result of external political innovations, or of a compromise between status groups or classes aiming at the internal

במדינות רבות הוחל קוד כחלק מתהליך קולוניאליסטי, אולם מדינות רבות בחרו באימוץ קוד כחלק מתהליך גיבוש של הזהות הלאומית העצמאית והמודרנית שלהם, מתוך תהליך דואלי שבו ביקשו, מחד גיסא, לבחור לעצמם את המשפט שעל-פיו יתנהלו, ומאידך גיסא, לשמור על מורשת משפטית וזיקה תרבותית למדינות אירופה, ולאמץ קוד הנחשב מתקדם ומתוחכם. כחלק מתהליך זה אימצו מדינות רבות באמריקה הדרומית את קוד נפוליאון הצרפתי לאחר קבלת עצמאותן במאה התשע-עשרה, אבל שינויים תרבותיים מקיפים במחצית השנייה של המאה העשרים, לרבות השפעה אמריקאית גוברת, סייעו בדחיקת רגליו של הקוד – במידה מסוימת לפחות – במדינות אלה.¹⁰³

קרוב יותר לימינו הקודיפיקציה נתפסת (שוב) ככלי מרכזי המקדם התפתחות משטרית ומשפטית במדינות הנתונות בתהליכי מעבר. מדובר במגוון רחב של מדינות, דוגמת המדינות שהיו בגוש המזרחי למן מלחמת-העולם השנייה. לגבי המדינות במזרח אירופה ובמרכזה, המעבר מכלכלה ריכוזית לכלכלת שוק היה מורכב ביותר. כינונם של קודים אזרחיים ומסחריים נתפס ככלי שעשוי להקל תהליכים אלה.¹⁰⁴ אולם הדברים נכונים במדינות רבות נוספות, החל במדינות מתפתחות, כגון אינדונזיה וקמבודיה, שלגביהן מדובר בנסיון השתלה של משפט מערבי,¹⁰⁵ וכלה במדינות המפותחות של הקהילה האירופית, אשר

social unification of the political body, or it may result from a combination of both these circumstances." Max Weber *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology* (University of California Press, Guenther Roth & Claus Wittich eds., 1978, Vol. 2) 848.

103 לדיון חשוב ראו: Matthew Campbell Mirow "The Code Napoleon: Buried but Ruling in Latin America" 33 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* (2005) 179, 192 (concluding at p. 192 that "[i]n the Latin American legal mind, the Code stands for and perpetuates continuity with Enlightenment Europe and orderly, liberal, powerful states. The Code, particularly through its important European commentators, provides cultural and linguistic links between Latin America and Europe that will continue throughout this century"); Jorge A. Vargas "An Introductory Lesson to Mexican Law: From Constitutions and Codes to Legal Culture and Nafta" 41 *San Diego L. Rev.* (2004) 1337, 1365–1369; Glenn, *supra* note 34, at pp. 771–773.

104 לדיון ראו: Attila Harmathy "Symposium Codification in the Twenty-First Century – Codification in a Period of Transition" 31 *U.C. Davis L. Rev.* (1998) 783.

105 לדיון ראו: Dolores A. Donovan "Symposium Codification in the Twenty-First Century – Codification in Developing Nations: Ritual and Symbol in Cambodia and Indonesia" 31 *U.C. Davis L. Rev.* (1998) 693 (concluding at p. 731 that "a written law may mean one thing to denizens of Western liberal democracies and quite another to the rulers and citizens of a developing nation. In particular, the command-and-obey view of written law characteristic of the West is foreign to the legal cultures of many developing countries. The notion that written law is intended to be immediately obeyed is foreign even to the governments that enact it"); Glenn, *supra* note 34, at p. 775 ("The Vietnamese Code is the most explicit in terms of its own philosophy, declaring in its

משפט ועסקים ד, התשס"ו סימפוזיום: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות

בוחנות את האפשרות לקידום האיחוד המשפטי ושיתוף הפעולה הכלכלי באמצעות כינון חוקה וקודיפיקציה אזרחית משותפות.¹⁰⁶

(ד) נותן הקוד: הקודיפיקטור

במקרים רבים ניתן לזהות בצורה מובהקת את האישיות ההיסטורית הבכירה – איש צבא, קיסר או מלומד – שהשכיל להבין את הצורך החברתי וההיסטורי בקוד, והיה בידו הכוח – הצבאי, ההשכלתי או המוסרי – לספק לעמו את הקוד הדרוש להם בעיתו.¹⁰⁷ במקורותינו היו אלה אנשי הדת גדולי הדור שהביאו קודים לעמם: משה רבנו, שהביא את עשרת הדיברות לעמו; רבי יהודה הנשיא, שחתם את המשנה; והרמב"ם ורבי קארו, שהעניקו קודיפיקציה לבני דורם. במקורות הזרים ניתן לציין את חמורבי, יוסטיניאן ונפוליאון כמנהיגים-קודיפיקטורים שנתנו חוק לעמם בכוונת מכוון.¹⁰⁸ האם מדובר בתנאי הכרחי להצלחתו של מפעל קודיפיקציה? חלק מן החוקרים משיבים על כך בחיוב,¹⁰⁹ ויש להודות כי במקרים רבים אכן ניתן לזהות – גם במפעלי קודיפיקציה המתקיימים בדמוקרטיות ליברליות מערביות – אישים מרכזיים הנושאים בעיקר הנטל, אף אם אין מדובר במנהיגי המדינה, אלא בראשי האליטות המקצועיות המובילות מהלכי רפורמה במשק ובמשפט.¹¹⁰

preamble that the entire civil law of Vietnam is a 'legal tool' that would have as its purpose to 'enhance civil transactions and to create a favorable environment for the socio-economic development of the country'")

106 וכמובן על-ידי תהליך "הרמוניזציה" של משפט הקהילה על-ידי "דירקטיבות" של מוסדות הקהילה. ראו בעניין זה: Christian Kirchner "Symposium Codification in the Twenty-First Century – A 'European Civil Code': Potential, Conceptual, and Methodological Implications" 31 *U.C. Davis L. Rev.* (1998) 671; Glenn, *supra* note 34, at pp. 769–770; http://europa.eu.int/constitution/index_en.htm.

107 אם כי קודיפיקציה דורשת כמובן איחוד אינטרסים רחב יותר בין קבוצות מובילות. השוו: "[T]he interests of officials, bourgeois business interests, and monarchical interests in fiscal and administrative ends have been the usual factors promoting codification." Weber, *supra* note 102, *ibid* ביצירת הקוד. ראו: *Ibid*, at p. 839.

108 כאשר דוגמתם של קודמיהם – "נותני החוק לעמם", ובמיוחד משה רבנו – הייתה בהחלט לנגד עיניהם. הדברים באו לידי ביטוי גם באומנות התקופה. ראו: Carl Landauer "Mosaic Imaginings: French Art and Its Revolutions – Jonathan P. Ribner, Broken Tablets: The Cult of the Law in French Art from David to Delacroix. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1993" 7 *Yale J.L. & Human.* (1995) 433.

109 Head, למשל, סבור כי שלושת התנאים המרכזיים לעריכת קודיפיקציה הם: (1) הערכה חברתית לחוק הכתוב כאמצעי להסדרה חברתית; (2) ריכוז גבוה של כוח פוליטי בידי רשות מדינית, כך שתהא חזקה דייה לקבוע קוד; (3) קיום פטרון ("Champion") ברשות המדינית שיש לו רצון חזק מספיק להביא לידי יצירת קוד. ראו: Head, *supra* note 38, at pp. 6–7.

110 השוו: Richard E. Coulson "Uniform Law Process Symposium: Private Law Codes and

זאת ועוד, במקרים רבים אכן עשו השליט והשלטון המרכזי שימוש בכוחם על-מנת ליצור קוד שיקדם ערכים שוויוניים ורפובליקאיים, אבל לעיתים היה התהליך הפוך, והקוד שימש דווקא אמצעי אפקטיבי להגברת הריכוזיות והעוצמה של השלטון המדינתי.¹¹¹

(ה) השימוש במשפט השוואתי ובידע אקדמי עמוק

מן הראוי לציין כי קודיפיקציה, בוודאי במודל העיוני של מושג זה, היא ברגיל שיאו של תהליך חשיבה – תהליך אינטלקטואלי שנועד לתמצת, לערוך ולרכז חומרים משפטיים קיימים, חדשים ומחודשים, ולקדם או למקד את המשפט. כבר בקוד הרומי העתיק ביותר, קוד שנים-עשר הלוחות, אנו רואים שימוש מצטבר במתודולוגיה של משפט השוואתי תוך היעזרות במומחי משפט, כלומר, נכונות ורצון להשקיע משאבים בקידום המשפט. לא בכדי נוהגים לכנות את קוד יוסטיניאן ואת כל המשפט החי שקם בעקבותיו, לרבות "המשפט המקובל" הימני-ביניימי (ה-*Jus Commune*), בשם "הדין המשכיל". בכך יש משום הבחנה בין המשפט שמבוסס על חשיבה שיטתית ואשר מעוגן בכתב לבין המשפט המנהגי-השבטי שמעוגן בצורכי העם ואשר יסודו על-פה,¹¹² אם כי – כפי שנראה להלן – גם המשפט השבטי, כאשר הגיע לפרקו, עבר קודיפיקציה חלקית והועלה על הכתב.

(ו) Practice makes perfect? – דרוש ניסיון קודם

אם נביט על הקודים המרכזיים והמצליחים בהיסטוריה (מבחינת מידת ההשפעה שהייתה להם במדינה שבה הוצאו כמו-גם במדינות אחרות, ובראייה היסטורית – מבחינת רמת הסמכות והתוקף האוטוריטטיבי שיוחסו להם, ומבחינת משך הזמן שבו הם נלמדו ונחקרו למן הוצאתם), ניתן לראות כי מנסחי הקודים נעזרו בניסיון המשפטי הרלוונטי לצורך הכנת המסמך.¹¹³ הדברים נכונים למן ימי קדם: קוד חמורבי הבבלי (מן המאה השמונה-עשרה לפני הספירה בערך) קיבל את השראתו ממקורות משפט שומריים ואכדיים, ויש הסוברים כי הוא עצמו היה אחד הקודים הקדומים שסיפקו השראה לתורת משה; קוד יוסטיניאן המפורסם

the Uniform Commercial Code – Comments on History" 27 *Okla. City U. L. Rev.* (2002) 615.

111 מקרה כזה התרחש בבוליביה תחת שלטונו הדיקטטורי של סימון בוליבר: בוליבר עשה שימוש בקוד נפוליאון בניסיון לגבש את כוחו השוקע. כוונתו הייתה להגביר את כוחו של השלטון המרכזי וליצור משטר משפטי הנסמך עליו. לפרטים ולדיון מקיף ראו: Matthew Campbell Mirow "The Power of Codification in Latin America: Simon Bolivar and the Code Napoleon" 8 *Tul. J. Int'l & Comp. L.* (2000) 83.

112 *learned law* נבדל מהמשפט המנהגי, ה-*customary law*. ראו בהרחבה: R.C. Van Caenegem *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia* (Cambridge University Press, 2002); Kenneth Pennington "Learned Law, Droit Savant, Gelehrtes Recht: The Tyranny of a Concept" 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 1.

113 להצגה של מקצת המקורות הקדומים ראו, למשל: <http://www.nb.no/baser/schoyen/5/5.4/#>; 2064; <http://www.fordham.edu/halsall/ancient/asbook-law.html>.

(שהוצא בשנת 534 לספירה) הסתמך, בין היתר, על הקוד התיאודוסי (Theodosian, 438 לספירה), שנועד לרכז ולסכם את המסה העצומה של המשפט שהופק בתקופת שלטונו של הקיסר קונסטנטין I (306–337 לספירה);¹¹⁴ וקרוב יותר לתקופתו – קוד נפוליאון המהולל נעזר בצורה מובהקת בניסיון הקודיפיקטיבי המצטבר של מדינות שונות.¹¹⁵ אגב, גם חוקתה הפדרלית של ארצות הברית – החוקה הוותיקה ביותר בעולם, שעומדת בתוקפה למן שנת 1789 – לא הייתה ניסיון חוקתי ראשון במושבות אמריקה הצפונית; נהפוך הוא, היא הייתה אומנם ניסיון ראשון בממשל עצמאי-פדרלי, אך היא נשענה על ניסיון של המושבות עובר לעצמאות, ועל ניסיון כמדינות עצמאיות למן שנת 1776.¹¹⁶

(ז) תפוצה ותזמון

אין חולק כי הקודיפיקציה הגיעה לשיא התפתחותה האקדמית והטכנית במשפט הקונטיננטלי – בין קוד נפוליאון לקוד האזרחי הגרמני. אולם כאשר בוחנים את הנושא על-פני טווחים נרחבים של זמן ושטח, עולה בבירור כי הרעיון הקודיפיקטיבי – במשמעותו הרחבה של המושג – היה שיטה נפוצה למדי שאפיינה חברות ברמת התפתחות תרבותית גבוהה יחסית, בשעה שהבינו את הצורך במעבר מן העל-פה אל הכתב, מן הומני אל הקבוע, מן המופשט והכללי אל המוחשי והספציפי.¹¹⁷

הטווח הגיאוגרפי של תופעת הקודיפיקציה עצום, וכך גם טווח הזמן שבו הופיעה, אשר מקביל בהחלט להתפתחות התרבות האנושית.¹¹⁸ על הקודים הרבים שכבר הוזכרו לעיל, שהקדומים מביניהם הם בני כארבעת אלפים שנה, ניתן להוסיף קודיפיקציה במערכת המשפט הסינית החל במאה השנייה לפני הספירה¹¹⁹ וכן קודיפיקציה ברוסיה החל

114 הקוד התיאודוסי הוצא על-ידי הקיסר המזרחי Theodosius II בשנת 438, ואומץ על-ידי קיסר המערב Valentinian III. הקוד התבסס על שני לקטים פרטיים, פרי עמלם של שני משפטנים מהמאה החמישית: Hermogenes ו-Gregorius. ראו: Susan Bergel, *supra* note 91, *ibid*; D. Martin "Jill Harries and Ian Wood, Eds., The Theodosian Code, Ithaca: Cornell University Press 1993" 39 *Am. J. Legal Hist.* (1995) 510; "Is the Code of Hammurabi the Source of the Mosaic Civil Law?" in *The Pentateuch and Haftorahs* (London, 2nd ed. by Joseph H. Hertz, 20th printing, 1978).

115 השווי: Basil Markesinis "Two Hundred Years of a Famous Code: What Should We Be Celebrating?" 39 *Tex. Int'l L. J.* (2004) 561.

116 אגב, חוקתה של מדינת מסצ'וסטס עתיקה אף מזו הפדרלית, ועומדת בתוקפה למן שנת 1780. ראו <http://www.mass.gov/legis/const.htm>. לדיון מפורט ראו: Christian G. Fritz "The American Constitutional Tradition Revisited: Preliminary Observations on State Constitution-Making in the Nineteenth-Century West" 25 *Rutgers L. J.* (1994) 945.

117 לתיאור תפוצתה של הקודיפיקציה מבחינה היסטורית וגיאוגרפית ראו: Csaba Varga *Codification As a Socio-Historical Phenomenon* (Budapest, 1991).

118 ראו: Maine, *supra* note 8, *ibid*.

119 לפירוט ניכר ראו: Head, *supra* note 38, at pp. 10–38.

במאה האחת-עשרה וביתר תוקף מהמאה השבע-עשרה – עידן שבו התקיימה גם פעילות קודיפיקציה ענפה במדינות הנורדיות.¹²⁰ זאת ועוד, כפי שנציין להלן, אפילו מדינות המשפט המקובל – שעל-פי הדעה המקובלת הן המרוחקות ביותר מרעיון הקוד – בוחנות זה מאות שנים בעניין הולך וגובר את נושא הקודיפיקציה הן כתפיסה רעיונית והן כשיטת עבודה וארגון משפטי יעילים.¹²¹

כפי שאבחן Maine, ניתן לזהות עידנים מסוימים שבהם נפוץ הרעיון הקודיפיקטיבי ויושם.¹²² דוגמה קלסית היא העידן שתחילתו במאה השבע-עשרה, שבו החלה השאיפה להחלפת הקוד היוסטיניאני הקלסי בקוד מדינתי, לאומי, "מודרני". אבל ניתן לזהות מקבצים מרתקים נוספים. אחד מהם, ואולי החשוב מביניהם, הוא מקבץ הקודיפיקציות שאנו מוצאים החל במאה הרביעית ועד המאה השמינית לספירה. זוהי תקופה סוערת מבחינה מדינית ודתית, שבמהלכה נחלקה האימפריה הרומית לשניים: חלקה המערבי, ובו העיר רומא גופה, קרס בפני השבטים הגרמאניים; ואילו חלקה המזרחי – ביזנטיון – הלך וניתק ממערב אירופה, שהייתה נתונה בימי הביניים המוקדמים והקשים, ובסוף התקופה החל במאבקו הארוך באסלאם, שהסתיים בנפילת קונסטנטינופול במאה החמש-עשרה.¹²³ בראשית תקופה זו – המועד המדויק אינו ידוע – נחתמו התלמוד הירושלמי ואחריו התלמוד הבבלי,¹²⁴ ובין השנים 529 ו-534 הביא הקיסר יוסטיניאן לידי גיבושו של המשפט הרומי בקודיפיקציה. קוד יוסטיניאן נשכח כאמור עד-מהרה – בצידה המערבי של האימפריה החלו ימי הביניים ולא היו משאבים ליישום הקוד או אף צורך בו; ואילו באימפריה המזרחית נעשה

120 הדבר ראוי לציון, בין היתר, משום שעל-פי מקצת הסיווגים למשפחות משפט, מדינות אלה אינן נמנות עם מדינות המשפט הקונטיננטלי המובהקות. השוו: Bergel, *supra* note 91, ibid.

121 ראו ראבילו, לעיל הערה 26, בעמ' 156; אלון, לעיל הערה 12, בעמ' 942-944. וראו גם דיון מפורט לעיל בתת-פרק 3.

122 ניתן לזהות גלים ותקופות גם בתפוצת הרעיון החוקתי. דוגמות לעידנים ספציפיים שבהם בחרו מדינות לעגן את משטרן בחוקות הן התקופה שלאחר מלחמת-העולם השנייה והשנים שלאחר נפילת המשטרים הקומוניסטיים במזרח אירופה. לדיון ראו, למשל: <http://michaeloshea.blogspot.com/2006/02/constitutionalism-part-ii-global.html>; http://www.idrc.ca/en/ev-68408-201-1-DO_TOPIC.html.

123 לדיון ראו, למשל, איריס שגריר ודפנה אפרת ראשיתה של אירופה: מערב אירופה בימי הביניים המוקדמים (2003, כרך ד: מערב ומזרח, יחידה 8: על גבולה של אירופה: ביזנטיון והאסלאם). ראו גם סופיה מנשה הכנסייה הקתולית בימי הביניים: אידיאולוגיה ופוליטיקה (2005, כרך ב) 111-124.

124 התלמוד התהווה ככל הנראה במאות השלישית עד החמישית, ומועד חתימתו אינו ידוע בבירור. לגבי התלמוד הבבלי המסורות מדברות על המאה החמישית; התלמוד הירושלמי נחתם קרוב לוודאי סמוך לסוף המאה הרביעית, אך ייתכן שתהליך עריכתו נמשך עד ראשית המאה החמישית. ראו הערכים "תלמוד ירושלמי" ו"תלמוד בבלי" באנציקלופדיה העברית (תשמ"א, כרך 32) 857-858, 872-874, 895-897.

שימוש מוגבל בלבד בקודקס הלטיני הגדול.¹²⁵ אולם למפעל הקודיפיקטיבי הרומי הייתה השפעה אפילו על השבטים הגרמאניים של מערב אירופה, שמשפטם היה מנהגי ובלתי-כתוב. החל במאה החמישית ניסו השבטים הגרמאניים לאמץ את תפיסת החוק הכתוב וחשיבותו. במטרה לשכלל את מנגנון הממשל ואת יעילותו, וכדי להיראות כיורשים הלגיטימיים של האימפריה הרומית, הם העלו את החוק על הכתב. תהליך קודיפיקציה זה לא היה מתחיל ולא היה מגיע לכלל סיום בלא ההשפעה הרומית ובלא עזרתם של מומחי משפט רומים. השפעה נוספת הייתה דתית – מדובר הן בהשראה מתהליך החקיקה של תורת משה והן בעידוד הכנסייה לכתיבתו של החוק. הכנסייה ראתה בכך צעד בהפיכת הברברים לבני תרבות, ואמצעי להפצת הרעיונות הנוצריים לכלל האוכלוסייה ולקביעת מעמדה המרכזי של הכנסייה בממלכות הגרמאניות. השפעה נוספת הייתה זו של המלך, השליט: חקיקת חוקים והפצתם שיקפה את שאיפת המלכים הגרמאניים לחקות את המסורת המשפטית של העולם הרומי ושל העולם היהודי-נוצרי, ובכך לחזק את מעמדם ואת מרותם בעיני העם.¹²⁶ הקוד הגרמאני המפורסם ביותר היה החוק הסאלי, והוא אחד המקורות החשובים העומדים לרשותנו על-אודות מוסדות המשפט ועל תפקודה של המערכת המשפטית בממלכה הפרנקית. הקוד הסאלי הועלה על הכתב כנראה בשנות מלכותו של קלוביס (507–511), אולם במאות השנים שלאחריו נוצרה סדרה ארוכה של קודים שהסדירו באופן חלקי את המשפט הגרמאני.¹²⁷ על כל אלה יש להוסיף את הקודיפיקציה של משפט דתי – במקרה דנן האסלאם – שהתבסס לכתחילה על מסורת של העברה על-פה.¹²⁸ ודוק: אין זו דוגמה יחידה לתפוצת הפעילות הקודיפיקטיבית.

(ח) טכניקה וסגנון קודיפיקטיביים ומטרותם

ניתן לזהות מגוון רחב מאוד של אמצעים וטכניקות משפטיות שבהן נעשה שימוש לצורך הכנת הקוד, בהתאם להתפתחות המשפטית של התקופה ולמטרות שעמדו בבסיס יצירתו.

125 ראו: Lysyk, *supra* note 37, at pp. 413–414 and at footnote 121; Seidman, *supra* note 37, at pp. 35–36, note 11.

126 יצחק חן ראשיתה של אירופה: מערב אירופה בימי הביניים המוקדמים (2003, כרך ב: ממלכת הפרנקים, יחידה 5: ממשל, חברה וכלכלה בממלכת הפרנקים – פרק ב (החוק)) 219–226.

127 ראו שם, בעמ' 220–226, 233, וכן http://en.wikipedia.org/wiki/Early_Germanic_law וכן <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/medieval/salic.htm>; http://en.wikipedia.org/wiki/Salic_law.

128 ראו: Estelle Whelan "Forgotten Witness: Evidence for the Early Codification of the Qur'an" 118 *Journal of the American Oriental Society* (1998) 1–14, available at http://www.islamic-awareness.org/History/Islam/Dome_Of_The_Rock/Estwitness.html. על הרלוונטיות של תולדות האסלאם להיסטוריה האירופית ראו דפנה אפרת ראשיתה של אירופה: מערב אירופה בימי הביניים המוקדמים (2003, כרך ד, חלק ב: עולם האסלאם בימי הביניים המוקדמים (מאות 7–10)) 69 ואילך.

ככל שהושקעו בהכנת הקוד משאבים רבים יותר, וככל שהנחו את יצירתו יומרות גדולות יותר, כן היה הקוד מורכב, משוכלל ועשיר יותר. ניתן להדגים את הדברים באמצעות הקודים הגדולים של המשפט העברי והמשפט הרומי, שנחתמו כאמור בסביבות המאה השישית לספירה. אומר השופט משה זילברג:¹²⁹

"משוכנע אני בתור משפטן, שהמשפט העברי הוא יצירה יוצאת מן הכלל, הרבה יותר נאה ממשפט רומי. הכל מקלסים את המשפט הרומאי, מתפעלים מן השיטתיות שבו, מכושף ההבעה שבו, מן אבחנותיו הדקות בין מוסד למוסד. והנה את כל זה אנו מוצאים, ובמידה הרבה יותר מרובה, במשפט העברי. מדוע, אם כן, לא רכש המשפט העברי אותה האהדה הנתונה למשפט הרומאי? – התשובה לכך היא, כי התלמוד, אף על פי שהוא... יצירה משפטית פר אכסלנס, עוסק גם, כאילו דרך אגב, בכמה וכמה ענינים אחרים... המוסדות המשפטיים או הרעיונות המשפטיים שבו עטופים בכל כך הרבה עטיפות וקליפות, עד שקשה פשוט להגיע אליהם."

Rosen, למשל, מזהה בספרות המלומדים ארבעה מודלים משפטיים של קודים: (1) המודל ה"כולל-כל", המניח כי הקוד מהווה מבחינה דוקטרינרית את כל גוף המשפט הפרטי. דוגמה לכך הם הקודים האזרחיים הצרפתי (קוד נפוליאון) והגרמני (ה-BGB) וכן הקוד האזרחי של מדינת לואיזיאנה – הקוד הקונטיננטלי המובהק היחיד בארצות-הברית. (2) המודל הכוללני, שבו הקוד הוא המקור המשפטי היחיד בענף משפט מסוים, כגון חוזים או סדר דין אזרחי. (3) מודל "האינדקס הנצחי", אשר אינו טוען לבלעדיות, אלא מודה כי מבחינה מעשית קוד אינו יכול להגיע לרמת הכללה מוחלטת ולהיות המילה האחרונה, אפילו לא בענף משפט יחיד. הקוד משמש מעין אינדקס נצחי למשפט כפי שהוא עומד בתוקפו, תוך שהוא משכלל, מעדן ומפתח את הדוקטרינות, ועורך אותן יחדיו בצורה פוזיטיבית ומרוכזת לשימוש הציבור. הקוד אינו מגביל את "צמיחת" המשפט המקובל, אלא דווקא עוזר להבהירו ולקדמו. (4) ה"מִטְ-תוכנית" – מודל זה דומה לקודם, ומתמקד בתפקידו של הקוד כמארגן וכמבהיר את המשפט. מובן שההחלטה כיצד לסדר את המשפט בקוד, וכיצד לנסח את ההלכות והדוקטרינות שבו, משפיעה מאוד על תוכנו המהותי.¹³⁰ מקס ובר, לעומתו, מזהה "כבר בהתייחסו לקודים הקדומים, דוגמת שנים-עשר הלוחות הרומיים ולוחות-הברית התנ"כיים – שני מודלים נבדלים. המודל האחד הוא קודיפיקציה "שיטתית", אשר לא רק מסכמת את המשפט הקיים, אלא גם יוצרת משפט חדש (ולכן היא צריכה להינתן מפי בר-סמכא – נביא או מונרך חזק), ואשר מכילה גם נורמות כלליות ואף מופשטות. את המודל האחר ובר מכנה "פעילות ספרותית-דידקטית". לדבריו:¹³¹

129 ראו משה זילברג "כך דרכו של תלמוד" באין כאחד: אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט (תשמ"ו) 125.

130 אם כי מעניין שהגדרתו שלו למושג "קוד" היא עיגון חקיקתי, בצורה מאורגנת ומחייבת, של מה שהיה קודם לכן חוק יציר-שופט. ראו: Rosen, *supra* note 91, at pp. 1127–1136. 131 ראו: Weber, *supra* note 102, at pp. 849–850. לשיטתו של ובר, החוק הסאלי ורוב החקיקה הברברית היו לקטים – complications – של מנהגי השבטים, ולא קודים "של ממש".

משפט ועסקים ד, התשס"ו סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות

"[T]he systematic recordation of the law is hardly ever more than a complication of the existing law meant to eliminate doubts and controversies. A good many collections of laws and regulations created at the behest of patrimonial monarchs and appearing externally as codes... have, in spite of a certain element of 'systematic' classification, little to do with real codification."

פרק א: מושב ראשון – התרבות הקודיפיקטיבית וקווי מדיניות בקודקס

משתתפי המושב: פרופ' אוריאל פרוקצ'יה, פרופ' יורם שחר, פרופ' מיגל דויטש, עו"ד שרית דנה

1. פתח-דבר

מושב-הפתיחה של הכנס נועד לדון בשאלות המקדמיות: האם נחוץ קודקס בכלל ובישראל בפרט? (if it ain't broken don't fix it!) האם קיימת תרבות קודיפיקטיבית, ואם כן – מה? מהן מטרות ראויות לחקיקה קודיפיקטיבית, ומהם קווי המדיניות שראוי לגזור מתוך מטרות אלה? וכיצד תשפיע חקיקת הקודקס על היציבות והוודאות במשפט האזרחי? בכרך זה של כתב-העת מופיע מאמרם של שרון גבו ופרופ' אוריאל פרוקצ'יה, "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש",¹³² אשר נכתב לקראת מושב זה והוצג במסגרתו. המאמר עומד על הסיכויים והסיכונים הצפויים לשיטתנו המשפטית עם חקיקתו הצפויה של הקודקס האזרחי החדש. הכותבים מסבירים כי כדי שחקיקת קודקס תוכל להשיג את מטרתה הכפולה – קוהרנטיות ושלמות (אדנים תרבותיים אשר על-פי הסקירה ההיסטורית פשטו מכבר את הרגל) – עליה להישען על שתי טכניקות חקיקתיות מרכזיות: ריבוי הוראות-שסתום והסתמכות מרבית על פרשנות על-דרך ההיקש. טכניקות אלה יגרמו, לטענת הכותבים, לעלויות כבדות ולהסתתת התמהיל המיטבי בין כללי משפט פרטניים לבין סטנדרטים עוממים אל הכיוון העמום. תוצאה זו אינה רצויה, לדידם, ותפרידנו משיטת המשפט המקובל.

¹³² לעיל הערה 73.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' אוריאל פרוקצ'יה מהמרכז הבינתחומי הרצליה. פרוקצ'יה ייחד את דיבורו לדיון בשאלת עצם קיומו של מפעל קודיפיקטיבי המהווה חזון של דבר חקיקה יחיד ושלם, ועל סיכויי התגשמותו של חזון זה בעתיד הנראה לעין.

פרוקצ'יה הסביר כי בשנים האחרונות שככה תנועת הקודיפיקציה בעולם המערבי. הרעיון של חקיקה כוללנית, הרמונית ומסודרת דעך ונעלם כמעט כליל, עם דעיכתו של האידיאל התבוני של תנועת ההשכלה לאחר הקטסטרופה התרבותית הנוראה של מלחמת העולם הראשונה. בהתאם, המהלך הישראלי של הצטרפות לתרבות הקודיפיקטיבית של עמי מערב אירופה חותר למעשה נגד הזרם ולכן אומר דורשני. פרוקצ'יה ציין כי קיימת לכאורה אפשרות שההליכה נגד הזרם בחזרה לאידיאלים התבונניים של תקופת ההשכלה הינה ראויה, אך הוא עצמו אינו סבור כך מהטעמים הבאים:

ראשית, טענתו של פרוקצ'יה היא שהמשפט המקובל יעיל יותר מן השיטה הקודיפיקטיבית, ולפיכך אנו עדים לשינויי חקיקה לא-יעילים המוצעים בקודקס כתחליף לכללים יעילים של המשפט המקובל.¹³³ פרוקצ'יה הסביר כי המשפט האזרחי, שבו הקודקס דן, הינו משפט דיספוזיטיבי שמטרתו העיקרית היא לעצב נורמות משפטיות יעילות. לפיכך השאלה הבסיסית היא אם שיטה משפטית קודיפיקטיבית מניבה תוצאה יעילה יותר או יעילה פחות משיטה שאינה קודיפיקטיבית. הפרדיגמה הטהורה ביותר של שיטה "שאינה קודיפיקטיבית" היא שיטת המשפט המקובל, אשר אין בה חקיקה כלל, ואשר נשענת, רובה ככולה, על התקדים המנחה. לפיכך ניתן לבחון למעשה אם שיטת הקודיפיקציה יעילה יותר או יעילה פחות משיטת המשפט המקובל. פרוקצ'יה גיבה את טענתו במחקרי האסכולה הפוזיטיביסטית של הגישה הכלכלית למשפט, מיסודו של Richard Posner, הגורסת כי כללי המשפט המקובל יהיו, באופן עקבי, יעילים יותר מכללי משפט חרותים, בהיותם למעשה אוסף של כללי משפט "יעילים".¹³⁴ בהיבט האמפירי ציין פרוקצ'יה את מחקרם של הפרופסורים Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Salinas, Andrei Shleifer ו-Robert Vishny.¹³⁵ מחקר זה, אף שהוא לוקה לדעתו בבעיות מתודולוגיות, יצר תשתית אמפירית לטענה בדבר עליונותו של המשפט המקובל, בהראותו כי פירמות הנשלטות על ידי חוקי חברות שמקורם במשפט המקובל מצליחות יותר – בהיבטים של איכות ההגנה על בעלי מניות ונושים, עלות גיוס ההון וערכי הפירמה – מחברות הנשלטות על ידי קודקסים

¹³³ פרופ' פרוקצ'יה מביא כדוגמה להתערבות לא-יעילה לדעתו של כותבי הקודקס את ביטול תקנת השוק במגזר המשכונות והחלתה במגזר הזכויות. התערבות זו אינה יעילה מכיוון שהיא מטילה את נטל המניעה של התאונה המשפטית על מי שהוצאות המניעה שלו גבוהות יותר.

¹³⁴ ראו: Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* (New York, 6th ed., 2003) 532–537, 542–545.

¹³⁵ ראו: Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Salinas, Andrei Shleifer & Robert Vishny "Law and Finance" 106 *J. Pol. Econ.* (1998) 1113; Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Salinas, Andrei Shleifer & Robert Vishny "Investor Protection and Corporate Governance" 58 *J. Fin. Econ.* (2000) 3.

מן הטיפוס הקונטיננטלי. בהיבט התיאורטי ציין פרוקצ'יה את מחקרו של Paul Rubin, אשר טען כי הסיבה לכך ששיטת התקדים יעילה יותר היא שיווי-המשקל המיטבי השורר במלאי התקדימים עקב קיומם של תמריצים לשפר הלכות לא-יעילות והעדר תמריצים לקעקע הלכות יעילות.¹³⁶ תהליך אבולוציוני מעין זה אינו יכול להתרחש בשיטות משפט סטטוטורית, קל וחומר קודיפיקטיביות. זאת, מאחר שתכונות הקודקס מייחסת ערך קטן יחסית לפסיקתם של בתי-המשפט, ומקור הדין היחיד הוא המילה החרוטה בספר. לפיכך השיטה שוללת מעצמה את יתרונות האבולוציה, וגם הוראות שאינן יעילות מצליחות לשרוד. פרוקצ'יה ציין כי Posner לא הסכים לפרשנות האבולוציונית של Rubin, מכיוון שסבר כי כלל התקדים המנחה מקבע את הדין בתוך ההלכה התקדימית, וכי הדבר אינו מאפשר לתהליך האבולוציוני להתקדם הלאה. לדעתו של פרוקצ'יה נתפס Posner לכלל טעות, שכן התקדים המנחה אינו מחייב לעד. אומנם, תכונתו הבולטת ביותר של המשפט המקובל היא היבנותו על תשתית של תקדימים ישנים, אך באמצעות תכסיס ההבחנה ונשק ההיקש (אנלוגיה) הוא זוכה בגמישות רבה המאפשרת לו להתקדם, אם גם עקב בצד אגודל, לכיוונים חדשים ונועזים. עם זאת הציע Posner הסבר משלו לטענה כי שיטת התקדים יעילה יותר. לדעתו, מלאי התקדימים נוצק בעיקרו בבתי-משפט לערעורים, המרוחקים מן הצדדים ומעובדות המקרה. ריחוק זה מאפשר לערכאת הערעור להתייחס לצדדים באופן גנרי, ולהתעלם משיקולי צדק פרטניים. מחוקקים, לעומת זאת, חשופים כדבר שבשגרה למצוקותיהם של הבאים בשעריהם, כפי שהן מוצגות להם באותה שעה, ולפיכך הם נוטים יותר לזנוח את שיקולי היעילות ולהעדיף הקצאות עושר פרטניות עם הפנים לטווח הקצר.

שנית, פרוקצ'יה הסביר כי פרויקט חקיקתי כה נרחב כפרויקט הקודקס האזרחי מלווה בעיות שאותן הוא מגדיר ככלכלה פוליטית של חקיקה "גדולה". בעיות אלה מובילות לחקיקה על-דרך פשרה, אשר מרבה יתר על המידה בייצור סטנדרטים וממעטה יתר על המידה בייצור כללים. חקיקה רחבת-היקף מלהקת בתפקיד הראשי את יוצרי החקיקה (במקרה הנידון – חברי ועדת ברק לקודיפיקציה), שבדרך-כלל אינם פוליטיקאים אלא אנשי-מקצוע, וזאת משום שהמחוקקים אינם מתעניינים בפרטיה של חקיקה כה רחבה שאינה פוליטית במהותה. מומחי הוועדה, אשר כל אחד מהם נחשב מוביל בתחומו ובא מרקע עיוני שונה, אינם יכולים להגיע להסכמה, לטענתו של פרוקצ'יה, אלא בדרך של פשרה. חברי הוועדה מוכנים להתפשר מאחר שכל הצלחה, ולו חלקית, עדיפה בעיניהם על כישלון, אשר ימנע מהם את הילת ההצלחה, המלווה בדרך-כלל גם תגמול אקדמי, חומרי וחברתי. פרוקצ'יה תמך את טענתו במחקרם של המלומדים Robert ו- Alan Schwartz, שלפיו הדרך הקלה ביותר למניעת הכישלון היא על-ידי ייצור חקיקה "מתפשרת". לעניין זה "פשרה" פירושה הסכמה כללית של כל העוסקים במלאכת החקיקה על נוסח המקובל על כולם. לנוכח חילוקי-הדעות בין חברי הוועדה, הנוסח המקובל על כולם צפוי,

136 ראו: Paul H. Rubin "Why is the Common Law Efficient?" 6 *J. Legal Stud.* (1977); Paul H. Rubin "Why Was the Common Law Efficient?" (Working Papers, 2004) available at <http://ssrn.com/abstract=498645> (28.9.2006).

על-פי אותה תיאוריה, להרבות בהוראות שסתום פתוחות (סטנדרטים), כגון דרישות של סבירות ותום לב, שקשה להתנגד להן, וממעט באופן יחסי בהוראות מפורטות, שקשה להשיג בהן הסכמה כללית (כללים). החשש הוא, אם כן, שמלאכת הקודיפיקציה תרבה מדי בייצור סטנדרטים ותמעט יתר על המידה בייצור כללים.¹³⁷ מסקנה זו בעייתית על רקע טענתו של פרוקצ'יה כי קיים תמהיל מיטבי בין כללים וסטנדרטים. דבריו נסמכים על מחקרו של Louis Kaplow, אשר יצק את התובנה כי יש להבחין בין נושאים שיפה להם להיות מוסדרים על-ידי סטנדרטים לבין נושאים שראוי להסדירם בכללים, וזאת על-פי השאלה למי – למחוקקים או לשופטים – יש יתרון יחסי בייצור פתרונות קונקרטיים לסכסוכים בנושאים אלה או אחרים.¹³⁸ אם בנושא פלוני זול יותר למחוקק לייצר פתרונות, אזי ראוי לו לחוקק כללים; אם לשופט יש יתרון יחסי בייצור פתרונות, אזי על המחוקק להסתפק בייצור סטנדרטים ולהותיר את ההכרעה הסופית לשיקול-דעתו של השופט. בכל שיטת משפט קיים תמהיל מיטבי של כללים וסטנדרטים בהתאם לשאלה מי מייצר את הפתרונות הקונקרטיים לכל שאלה ושאלה בצורה יעילה יותר. נטייתם של המומחים העוסקים בייצור קודקסים להסכים על סטנדרטים רק משום שהסכמה כזו קלה יותר להשגה, ומתוך החשש שהעובר החקיקתי ימות עוד בטרם נולד, עלולה להטות את התמהיל במדינה מן האופטימום הרצוי, על-ידי ריבוי סטנדרטים ומיעוט יחסי של כללים משפטיים.

שתי הטענות שהועלו לעיל נראות כסותרות זו את זו. הראשונה מבליטה את יעילותה של שיטת התקדים על הדין החרות, ואילו השנייה מעלה את החשש כי מלאכת הקודיפיקציה תמעט בכללים ותרבה בסטנדרטים. אך אם המחוקק ירבה (כצפוי) ביצירת סטנדרטים וייתיר את מלאכת ייצור הפתרונות הקונקרטיים לבתי-המשפט, האם אין לשבח אותו על כך שאפשר לבתי-המשפט להרבות בהלכות פסוקות? פרוקצ'יה העלה שלוש תשובות מצטברות לתהייה זו: ראשית, קודקסים כוללים לא רק סטנדרטים, אלא גם כללים, ואם המשפט המקובל יעיל יותר בגיבושה של הלכה יעילה, אזי כלליו עדיפים על כללי הקודקס (שאינם סטנדרטים). שנית, המשפט המקובל אינו מגיע לשיווי-משקל יעיל ביום אחד, אלא בתהליך ארוך של ניסיון ומעידה, כישלון והצלחה. ביטול הישגיו של המשפט המקובל, והחלפתו בסטנדרט חקיקתי, מחזירים את התהליך האבולוציוני אל נקודת ההתחלה, ועלולים לחלוף דורות על-גבי דורות עד שהפתרון יתייצב שוב על כללים יעילים מפרי הפסיקה. שלישית ואחרונה, עיגונם של סטנדרטים בגוף הקודקס ויצירתה של "תרבות קודיפיקטיבית" עלולים לשים מחסום בדרכם של בתי-המשפט אל עבר הפתרון היעיל. התרבות הקודיפיקטיבית מתירה לשופט לשוב ולהיזקק אל הטקסט החקיקתי כל פעם מחדש, תוך מתן משקל מועט יחסית לטקסטים הפסיקטיים שפירשו אותו עד אז. אם אנו דבקים בהנחתנו כי השופטים אינם מצטיינים בזיהום של פתרונות יעילים, וכי הם "מצליחים" להתכנס אליהם רק

137 ראו: Alan Schwartz & Robert E. Scott "The Political Economy of Private Legislatures" 595 143(3) *U. Pa. L. Rev.* (1995).

138 ראו: Louis Kaplow "Rules versus Standards: An Economic Analysis" 557 42(3) *Duke L. J.* (1992).

בדרכים אבולוציוניות, אזי התרבות הקודיפיקטיבית, המתירה להם להתחיל כל פעם מן ההתחלה, עלולה להביס את האבולוציה ולהתיר לכל שופט לעשות שבת לעצמו.

הדובר השני היה פרופ' יורם שחר מהמרכז הבינתחומי הרצליה. שחר דן בפער בין הדין הקיים לבין התרבות הכללית שהדין אמור לפעול בתוכה, לשנות אותה ולהתעצב על-פיה. טענתו של שחר היא כי פער זה גדול מדי. טענתו זו נתמכת בשתי דוגמות: הדוגמה הראשונה היא הקביעה בדין הישראלי כי עושק – קרי, ניצול חוסר נסיונו של הזולת בעסקה פרטית, אשר מניבה לעושק תמורה העולה באופן בלתי-סביר על מחיר השוק – הינו עברה פלילית. דוגמה זו ממחישה את הפער הבלתי-נסבל לטענתו בין מוסריותה של החברה הישראלית לבין הסטנדרטים שהמחוקקים מתקינים. שינויה של חברה צריך להתרחש בדרכים אחרות, כגון בדרך של רגולציה לפני מעשה ולא לאחר מעשה, כפי שמחוקקי הקודקס מציעים. תיקון המצב אינו יכול להיעשות, לדידו של שחר, באמצעות קביעת סטנדרטים המרוחקים מן הסטנדרטים הקיימים הלכה למעשה בחברה.

הדוגמה השנייה היא הדיון הפרלמנטרי בחקיקתו של ה-BGB, הקודקס הגרמני, אשר לא לווה כמעט הערות או תיקונים כלשהם, ולמעשה נחקק באותו נוסח שבו הועלה לדיון בבית-המחוקקים הגרמני. שחר טען בהקשר זה, כפי שטען פרופ' פרוקצ'יה בדבריו לעיל, כי אי-אפשר לסמוך על המחוקקים שיעירו את הדרוש הערה או יתקנו את הדרוש תיקון בטרם הסתיים הליך החקיקה. זאת, משום שהמחוקקים אינם מתעניינים או אינם מבינים בהצעות חוק גדולות, ולכן לא יראו את גודל האירוע, והליך החקיקה לא יושלם.

שחר המשיך וטען לגבי תוכני הקודקס כי מנוסחו הנוכחי של החוק – אשר מחייב לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב הן בשלב המשא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה, הן בקיום חוזה והן בביצוע פעולות משפטיות שאינן חוזה ולגבי חובבים שאינם נובעים מחוזה¹³⁹ – הושמטה הדרישה ל"דרך מקובלת". דברי ההסבר להצעת החוק אינם מבארים את הסיבה לכך. הסיבה לכך, לטענתו של שחר, היא כפולה – הן סמלית והן אמיתית – וקשורה בקשר הדוק לטענתו הראשונה בדבר הפער הבלתי-נסבל בין מוסריותה של החברה הישראלית לבין הסטנדרטים שהמחוקקים מתקינים. שחר הסביר כי חוזה אינו יכול להיות מקום גם בתום-לב וגם בדרך מקובלת מקום שיש פער כה גדול לטענתו בין השניים, כמו בישראל. לפיכך בחרו המחוקקים לוותר על דרישת הדרך המקובלת, ולהישאר עם דרישת תום-הלב בלבד. מקודדי הקודקס אינם מעיזים לטענתו לדרוש מהפרטים לפעול בדרך מקובלת, בשעה שהפרטים הינם "טורפים". הסבר לטענתו מצא שחר בחיבורו של פרופ' מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים"¹⁴⁰ שחר הסביר כי טענתו של פרופ' מאוטנר היא שמראשית שנות החמישים ועד לסוף שנות השבעים היה פער עמוק בין הערכים של ההגמוניה השלטונית, שדגלה בקולקטיב צדיק המוגבל בספר חוקים מוסרי, לבין ערכיו של הפרט הצדיק – פער בין קולקטיב השואף לטוב לבין פרט השואף לטוב. בית-המשפט, לטענת פרופ' מאוטנר, ביקש ליצור אתוס של פרט הגון וישר המוגבל על-ידי ספר חוקים

139 ראו סעיפים 12, 39 ו-61 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118.

140 מנחם מאוטנר ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג); מנחם מאוטנר "ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" עיוני משפט יז (תשנ"ג) 503.

מוסרי, שבאמצעותו תיוסד חברה צודקת ומשגשגת שבמרכזה הפרט הצדיק. פרופ' מאוטנר צדק, לדעת שחר, בטענתו כי טוב עשה בית-המשפט באותן שנים כאשר לא גילה את ערכיו, אלא הסתתר מאחורי פורמליות. כך היה בית-המשפט יכול לפעול באופן יעיל כדי לשבור את אחת הידות במאבק על האתוס השולט, כלומר את הקולקטיב, ולהניח לפרט לייצר חברה צודקת ומשגשגת על-פי העיקרון שהפרט הפועל למען עצמו, ולא למען הקולקטיב, ייצר בסופו של דבר חברה טובה יותר מאשר השלטון הקולקטיביסטי. עם זאת, לדעתו של שחר, מדאיג שאותו פרט צמח להיות פרט "טורף", ולא אותו פרט צדיק מיוחל. זה גם ההסבר לפער הקיים בין דרישת תום-הלב לבין דרישת הדרך המקובלת, וכן לווייתור על האחרונה בקודקס.

שחר סיים את דבריו באמירה כי מקודדי הקודקס מעוניינים בחברה שבמרכזה פרט רחום וחנון, בחברה שבמרכזה הגנה על החלש ויתר קואופרטיביות ביחסי הצדדים. הקודקס בא להגן על הצד החלש בעסקה ולהדגיש את האינטרס החברתי. אם כך הם פני הדברים, שואל שחר, ואם יש פער כה גדול בין הפרט ה"טורף" לבין התכנים שהקוד מבקש לחזק, אזי מדוע הפרט "הטורף" אינו יוצא נגד הקולקטיביזם הרעיוני המתגבר, נגד הרוויזיה שבקודקס? מדוע הוא אינו פועל על-מנת להגן על הישגיו? לטענתו של שחר ייתכנו שני הסברים לכך: לפי ההסבר האחד, הניסיון לבצע העברות עושר מעשירים לעניים באמצעות המשפט הפרטי מסתיים ממילא בסופו של יום בכך שהעשירים נהיים עשירים יותר. הסיבה לכך היא שקודקס המבוסס על ערכים מצריך התדיינות משפטית ממושכת הגובה ממון רב, אשר אינו מצוי אלא בכיסם של העשירים. לפי ההסבר האחר, שתיקתו של הפרט "הטורף" אל מול התגברותם של עקרונות תום-הלב ופתיחת המרקמים נובעת כנראה מאמונתו שכל זה אינו מעלה ואינו מוריד. הכלבים ינבחו, השיירה תעבור, ועולם כמנהגו ינהג.

הדובר השלישי היה פרופ' מיגל דויטש, החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, אוניברסיטת תל-אביב. דויטש הגיב על דבריהם של קודמיו – פרופ' פרוקציה ופרופ' שחר. ראשית, לגבי הַנְיֵעָה של החברים בוועדה להצליח, הסביר דויטש כי מובן שקיימת הַנְיֵעָה להצליח, כפי שהיא קיימת אצל כל מי שכותב מסמך משפטי כלשהו. הַנְיֵעָה זו אינה פסולה לדידו, והיא נובעת לדעתו מתחושה של כובד אחריות ותחושה שנדרש איזון תמידי בין השאיפה לשמר את הקיים, כדי למנוע זעזועים, לבין השאיפה לחדש ולשפר. שנית, לגבי היחס בין כללים לסטנדרטים – לדעתו של דויטש, המציאות לגבי הקודקס מצויה בתווך. הקודקס הותיר כמה עקרונות כלליים שלדעתו אין לייחס להם משקל כבד, בהיותם הצהרתיים לחלוטין. כך, למשל, לגבי עקרון תום-הלב, שהינו עיקרון כללי בכל תחומי המשפט. השמטת הביטוי "דרך מקובלת" הייתה טכנית למדי – פשוט לא נראה שהביטוי מוסיף הרבה להבנה האמיתית של המושג "תום-לב". לעומת זאת, עובד הכללים בעניינים שונים, לעיתים למעלה מן הנדרש, כגון בנושאים של קבלנות ושירותים, תיווך, חיובי ארון ועיכבון. לדעתו של דויטש, אין מדובר ברמת פרטנות קוואיטטית, אשר אינה יעילה ויוצרת קשיים פרשניים, אלא בעמדת-ביניים. שלישית, לגבי הסוגיה של רגולציה והשפעתה על הכלכלה – לדעתו של דויטש קיים הבדל בין חקיקה קונגנטית לחקיקה דיספוזיטיבית. צריך לזכור, לדעתו, כי רגולציה נורמטיבית קיימת ממילא באמצעות הפסיקה, ולכן השאלה היחידה היא אם היא תיעשה באמצעות הפסיקה או באמצעות החקיקה. רביעית, לגבי הנושא

של יעילות מול צדק. דעתו של דויטש היא כי ייתכנו שתי גישות מדיניות עיקריות: גישה המדגישה את המרכיב של יעילות כלכלית בבניית עולם הנורמות, וגישה הנותנת משקל רב יותר לשיקולים של הגינות, צדק ומוסר. בבניית הקודקס ניתן לבחור באחת משתי האפשרויות. סוגיה זו ידועה, וההכרעה היכן לשים את נקודת האיוון בין יעילות לבין צדק היא עניין של השקפת־עולם. חלק מן ההוראות בקודקס מושתתות על שיקולי יעילות, כגון האפשרות לפסול הגבלת עבירות של קניין העולה על עשר שנים, וחלקן מושתתות על שיקולים של צדק, כגון איחוד דיני התרופות לגבי הנוזיקין והחוזים. חמישית, לגבי החתירה לחיזוק הקואופרציה בין הצדדים – לדעתו של דויטש מדובר במגמה כללית של המשפט הישראלי בשנים האחרונות, שאותה ניתן לראות בעקרון תום־הלב ובמוסד האשם התורם בדיני החוזים. צריך לזכור, לדעתו, כי השפעת הנורמות על המציאות היא מוגבלת, אך אחד התפקידים של הנורמה הוא להכווין התנהגות ולשפר, ולו במעט, את המציאות החברתית. שישיית, לגבי זהותה של תרבות המשפט בעקבות חקיקת הקודקס – טענתו של דויטש היא כי המודל של הקודקס הקונטיננטלי אינו המודל שעמד לנגד עיני המחוקק. דויטש הסכים עם טענתו של פרופ' פרוקצ'יה כי המודל הקונטיננטלי פוגע ביעילות ובעשיית צדק, אך לטענתו, גם המודל של משפט מקובל בלבד בעייתי, בעיקר מאחר שהוא פוגע בוודאות המשפטית. טענתו היא כי המודל של הקודקס המוצע הוא מודל של סינתזה משני הכיוונים: מן הצד האחד – שיפור הוודאות המשפטית; ומן הצד האחר – שמירה על כוח היצירה השיפוטי. כיום חופש היצירה השיפוטי רחב מאוד, וההסתמכות על החקיקה מוגבלת. חקיקת הקודקס תיצור מצב של שינוי דגש לטובת החקיקה. שיפור הוודאות המשפטית יושג באמצעות המימד של קוהרנטיות ושיטתיות שהקודקס מחזק. הקודקס אינו מתיימר להוות דבר חקיקה מושלם הכולל פתרון קונקרטי לכל שאלה, כפי שביקשו להציע הקודקסים בעבר. כל שהקודקס מבקש הוא ליצור קרקע מוצקה של שיטתיות וקוהרנטיות אשר תאפשר השלמה פסיקתית של חסרים שיתגלו בהמשך.

הדוברת הרביעית הייתה עו"ד שרית דנה, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (אזרחי). דנה הציגה שני תהליכים עיקריים המתרחשים לדעתה במשפט הישראלי בשנים האחרונות, והסבירה את החשיבות בהכללתם בקודקס.

התהליך הראשון הוא המעבר במשפט הישראלי מכללים לסטנדרטים. מעבר זה, לטענתה, מובהק מאוד במשפט הציבורי, אשר התכנס בשנים האחרונות למשפט של עילות (צדק טבעי, חוסר סמכות, שיקולים זרים), אך התרחש גם במשפט הפרטי. בית־המשפט מרבה להשתמש בשנים האחרונות במושגי־שסתום, המאפשרים לו לקלוט לתוך המשפט הפרטי ערכים ועקרונות הרצויים לחברה על־פי שיטתו. כך הם, למשל, עקרון תום־הלב, החולש על כלל החקיקה הישראלית, עקרון העדפת המהות על הצורה, עקרונות של צדק ועוד. עקרונות אלה קיימים כיום במשפט הישראלי באופן מובהק מאוד, ומצאו את ביטויים גם בקודקס. החידוש של הקודקס, לדעתה של דנה, הוא בכך שלראשונה נכתבו עקרונות אלה עלי ספר כיצירה שלמה שבה המחוקק קובע תכליות שהוא מגדירן תכליות־על. פעולה זו מקנה לעקרונות־העל משקל של ממש, ומדובר כעת במדיניות חדשה מקיפה וכוללת שבה המשפט הפרטי כולו כפוף לאותם עקרונות.

התהליך השני הוא תהליך ההתקרבות בין תחומי המשפט השונים, המשתמשים כיום

יותר ויותר באותם מונחים, באותם עקרונות יסוד ובאותם מבחנים משפטיים. תהליך זה קיבל ביטוי מלא בקודקס. חוקי היסוד וזכויות האדם – שעליהם הכריז בית המשפט כתקפים גם ביחס למשפט הפרטי, וכחלים לא רק ביחסים בין הפרט למדינה, אלא גם בין פרטים – מצאו לראשונה ביטוי חקוק ומסודר.

פרק ב: מושב שני – דיני קניין

משתתפי המושב: פרופ' מיגל דויטש, ד"ר אמנון להבי, ד"ר סנדי קדר, ד"ר אלון קלמנט

1. פתח-דבר

המושב השני עסק בפרק דיני הקניין שבקודקס. ביתר פירוט, המושב בחן את היחס הראוי בין הקניין הפרטי לקניין הציבורי, את הבסיס העיוני לדיני הבתים המשותפים בראיית הניתוח הכלכלי של המשפט, ואת הפער בין המצב הקיים בפועל בתחום המקרקעין לבין המצב המשפטי המוצע בקודקס.

בכרך זה של כתבי העת מופיעים מאמרו של ד"ר אמנון להבי, "פגיעות תכנוניות ומטרדים: על הסדרת החצנות מרחביות בעידן של רגולציה"¹⁴¹, ומאמרו של פרופ' מיגל דויטש, "דיני בתים משותפים והקודקס – לקראת הרחבת המימד הקומונלי"¹⁴², אשר נכתבו בעקבות מושב זה.

מאמרו של פרופ' דויטש עוסק בדיני הבתים המשותפים בקודקס – דינים בעלי השלכות משמעותיות על איכות החיים של הכלל. המאמר סוקר ומנתח, על רקע הדין הקיים, את השינויים בתחום זה בהצעת הקודקס, אשר נשענים בחלקם על חיזוק ההיבט הקומונלי בבית המשותף.

מאמרו של ד"ר להבי עוסק בפגיעות תכנוניות עקיפות במקרקעין, ובפרט בהחצנות סביבתיות פיזיות הנגרמות כתוצר לוואי של תוכניות המאשרות פיתוח במקרקעין שכנים. טענתו העיקרית של המאמר היא כי לנוכח העדר המתאם לכאורה בין עילת תביעה בגין פגיעות עקיפות במקרקעין לבין דיני המטרדים והחקיקה הסביבתית, יש מקום להבחנה בין שתי מערכות הדינים. הבחנה זו, כך נטען, מבטאת תפיסה ראויה של ההליך הרגולטורי, ומקדמת עקרונות של יעילות הקצאתית ומנהלית לצד פוטנציאל משמעותי למשטר חלוקתי ראוי.

141 אמנון להבי "פגיעות תכנוניות ומטרדים: על הסדרת החצנות מרחביות בעידן של רגולציה" משפט ועסקים ד 155.

142 מיגל דויטש "דיני בתים משותפים והקודקס – לקראת הרחבת המימד הקומונלי" משפט ועסקים ד 213.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה ד"ר אמנון להבי מהמרכז הבינתחומי הרצליה. השאלה שבה דן להבי היא אם ניתן וראוי להפריד בין הרובד הפרטי לבין הרובד הציבורי בדיני הקניין – שאלה שלא זכתה עד כה בדיון מעמיק במשפט הישראלי. התזה שהציע להבי היא כי יש מקום להבחנה אנליטית ומעשית בין הרובד הפרטי לבין הרובד הציבורי בדיני הקניין, לא בשל זרות בולטת בין שני המישורים, אלא דווקא משום ששני המישורים יוצרים יחדיו מערך הרמוני של נורמות משפטיות היוצר הקצאה פנימית מיטבית לצורך פתרון בעיות משותפות.

להבי הדגים את השאלה המשפטית באמצעות המקרה שנידון בעניין אתא נ' שוורץ על שני שלביו.¹⁴³ בשלב הראשון, בעניין אתא, דן בית המשפט בערעור על תביעת המטרד ליחיד שהגיש שוורץ נגד מפעל אתא לאחר שמתקני האוורור והקירור של אתא גרמו לרעש ולרעידות שהפכו את החיים בדירתו לבלתי־נסבלים. אתא, לעומת זאת, ביקשה מבית המשפט לעשות שימוש בסמכותו מכוח סעיף 74 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש],¹⁴⁴ ולהסתפק בסעד של פיצוי במקום בסעד של צו מניעה, כלומר, להמיר את ההגנה הניתנת לשוורץ מ"כלל קניין" ל"כלל אחריות". זאת, לנוכח הנזק העצום שייגרם לאתא מצו מניעה לעומת התועלת שתצמח מכך לשוורץ. השופט שמגר דחה את עמדתה של אתא, בקובעו כי דיני הנזיקין מתמקדים במצבו של הנפגע, ולא במצבו של המעוול, אך בה־בעת הפנה את אתא לאפשרות של הפקעה מכוח פקודת הקרקעות.¹⁴⁵ אכן, בשלב השני, סמוך לאחר מתן פסק־הדין, נעתר שר האוצר לבקשת אתא לעשות שימוש בסמכותו לשם הפקעת מקרקעיו של שוורץ, באומרו כי אי־סגירת מפעל שפרנסתו של אלפי משפחות תלויה בו היא צורך ציבורי המצדיק את מעשה ההפקעה. בית המשפט העליון בעניין שוורץ אישר את מעשה ההפקעה.

השאלה שהציג להבי היא אם עצם העובדה שבאופן פורמלי עבר הדיון מהרובד של המשפט הפרטי לרובד של המשפט הציבורי מצדיקה שינוי תוצאה כזה. טענתו היא שקיים טעם בקיומו של מהלך דו־שלבי ובהבחנה בין היקף ההגנה על הקניין במישור המשפט הציבורי לבין היקף ההגנה במישור המשפט הפרטי, לפחות ככל שהדבר נוגע בדיני הקניין.

בהמשך דבריו הסביר להבי את עמדתו בנוגע לשני הפנים של הקניין, תוך התמקדות בדיאלקטיקה בנוגע להיקף ההגנה על זכויות הקניין, כפי שהיא באה לידי ביטוי בעניין אתא. ראשית, טענתו היא כי זכות הקניין ככלל, ומשטר ההקצאה של זכויות ייחודיות בנכסים בפרט, נוצרים ומעוצבים באופן עיוני בשדה הפוליטי הדמוקרטי באמצעות מוסדות פוליטיים, על־סמך קביעה של מטרות ראשוניות, הבעת עמדות מוסריות, קביעת סדרי

143 ע"א 44/76 אתא חברה לטכסטיל בע"מ נ' שוורץ, פ"ד ל(3) 785 (להלן: עניין אתא); בג"ץ

114/77 שוורץ נ' שר האוצר, פ"ד לא(2) 800 (להלן: עניין שוורץ).

144 פקודת הנזיקין [נוסח חדש], התשכ"ח 1968 דמ"י נ"ח 266.

145 פקודת הקרקעות (רכישה לצרכי הציבור), 1943.

עדיפויות בתוך החברה בין קבוצות או פרטים שונים וכיוצא בהן. זאת, בניגוד לתפיסה של זכויות הקניין כזכויות טבעיות קדם-משליות, כפי שהיא באה לידי ביטוי אצל ג'ון לוק לדוגמה, שאותה אין להבי מקבל. שנית, להבי מקבל ככלל את העמדה כי הקניין אמור להיות פלורליסטי מבחינת ההצדקות והערכים שהוא אמור לקדם, וכי המשימה הבסיסית של עיצוב מוסד הקניין היא ליצור תמהיל ראוי בין ההצדקות השונות תוך תרגומו לנורמות משפטיות. שלישית, במסגרת יצירת התמהיל האמור יש טעם נורמטיבי רב, לדעת להבי, בשימור אתוס של אוטונומיה, רצון חופשי ובחירה אישית, על רקע של סטטוס-קוו מסוים המהווה את נקודת המוצא לפעולה. עם זאת, קיים לדעתו הבדל בין הסדרה מתערבת של פערי מידע וכוח במשא-ומתן, שניתן עדיין לשלבה במסגרת רעיון של אוטונומיה, לבין עסקה כפויה, אשר עומדת בסתירה מוחלטת לרעיון האוטונומיה. אפילו חקיקה מתערבת במיוחד, דוגמת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000,¹⁴⁶ אינה מבטלת לחלוטין את עקרון האוטונומיה מפני עקרון השוויון, ומותירה עדיין גרעין לא-מבוטל של בחירה מרצון חופשי על רקע הסטטוס-קוו. לעומת זאת, הפקעה של קרקע היא הבסה מוחלטת של האוטונומיה של הפרט לטובת מטרות וערכים אחרים. הבסה מוחלטת של הריבונות הפרטית בנוגע לנכס, להבדיל מצמצומה, צריכה להיעשות, לדעת להבי, בשדה הפוליטי. רביעית, בניגוד לתפיסה הליברטריאנית, המבקשת קודם-כל לקדם את האוטונומיה של הפרט במישור הציבורי, באופן שיש בו גם כדי לעצב את מישור היחסים שבין הפרטים, עמדתו של להבי ביחס לריבונות הפרטית נובעת דווקא מכך שהוא מייחס חשיבות רבה לערך של אחריות חברתית כמעצב את דיני הקניין. אלא שהפעלתו של ערך האחריות החברתית ויישומו למקרה קונקרטי אינם משימה הראויה ל"הפרטה", אלא בעיקר לפעולה ברובד הציבורי. חמישית, להבי העיר כי חשוב להבין שמדרג הריבונות שבני-אדם מצויים בו ביחס לשליטה ולניהול של נכסים אינו דו-שלבי בהכרח. יש מקרים רבים שבהם אנשים מכניסים את עצמם תחת כנפיה של ריבונות קולקטיבית באופן שיש בו כדי להשליך על ההצדקה להסגת ריבונותם בנוגע לשליטה ולניהול מפני אינטרסים אחרים גם במסגרת סכסוכים פרטיים גרידא. כך הדבר לגבי בעלי מניות בתאגיד, חברים באגודה שיתופית, בני-זוג בתא משפחתי, ובמידה פחותה – דיירים בבית משותף. אלה מסגרות שבהן פרטים נוטלים על עצמם מראש את מחיר הצמצום של האוטונומיה הפרטית שלהם, ולעיתים אף את הנסיגה המוחלטת ממנה, כדי ליהנות מפירותיה של הפעולה המשותפת.

ההצדקות לעיל להפרדה בין שני המישורים מסייעות, לדעתו של להבי, להבין את התעצמותו של המתח בין הכתיבה מתחום הניתוח הכלכלי של המשפט לבין ה"התעקשות" של הדין הפוזיטיבי להמשיך להישען בדרך-כלל על כללי קניין במקום על כללי אחריות בדיני הקניין. על-פי גישת הניתוח הכלכלי, פרמטר מרכזי להבחנה בין הגנה על זכות קניינית באמצעות כלל קניין מול ההגנה הפחותה יותר של כלל אחריות הוא עלויות העסקה. לפיכך החלה בשנים האחרונות להתפתח ספרות ענפה הקוראת למעבר אוניוורסלי

146 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 58.

לכללי אחריות, מתוך הנחה מובלעת כי בכל מקום שבו ניתנת לאדם הגנה של כלל קניין, כך שאי־אפשר לבצע עסקה בלא הסכמתו, נותר פוטנציאל לעלויות עסקה גבוהות בשל התנהגות אסטרטגית ומונופוליסטית שבמסגרתה בעל הזכות מסרב לחשוף את המידע הפרטי שלו בדבר שוויו האמיתי של הנכס. לכן המסקנה היא כי יש ליטול ממנו כוח זה, אולם בתנאי שיהיה אפשר למצוא נוסחות תמחור שיצליחו לחשוף את השווי האמיתי של הנכס, גם בלי שיתוף־פעולה מצד המוכר, כדי להבטיח שהקצאת הנכס תהיה יעילה. הכשל של כתיבה זו נעוץ, לדעתו של להבי, בכך שהקריאה להפיכת כללי אחריות לבררת־המחל של דיני הקניין גם במישור הפרטי מתעלמת מחשיבותה המערכתית של האוטונומיה של שימור זכות השליטה והניהול בנכסים, לפחות ברובד הבסיסי ביותר שלה. חשיבותו של רכיב זה אינה טמונה רק בוודאות וביציבות הקניין, אלא גם בעצם הידיעה שבמדינה דמוקרטית חוקתית יש שדות מוגדרים שבהם – ורק בהם – לגיטימי, אם בכלל, לבטל לחלוטין את רצונו של הפרט בעל הזכות הקניינית מפני אינטרסים וערכים אחרים, ובכלל זה הרצון להשיג יעילות כלכלית במקרה נקודתי של מבוי סתום.

הדובר השני היה ד"ר סנדי קדר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. קדר הציג את תמונת־המצב של דיני המקרקעין בישראל, תוך התייחסות לדין בקודקס. טענתו של קדר היא כי הקודקס בתחום המקרקעין אינו מתגבר על הבעיות שמציב משטר המקרקעין הקיים בישראל. הקודקס, לדעתו, הינו חלק מתהליך ההכחשה של הפוליטיות המשמעותית של המקרקעין בישראל, של יחסי הכוח, המעמד והלאום המכוננים השוררים בישראל במסגרת היחסים שבין חברה, מרחב ומשפט. הפתרון, לדעתו של קדר, חייב להיות רפורמה קרקעית כוללת במקרקעי ישראל, שתתבסס על עקרונות של כבוד האדם, שוויון וצדק חלוקתי. עד אז, לדעתו, לא ישנה הקוד באופן מהותי את המצב שקדם לו, לפחות מבחינת המקרקעין.

קדר הסביר כי 93% מהמקרקעין בישראל מצויים בבעלותם של מקרקעי ישראל, מדינת־ישראל, רשות הפיתוח וקרן קיימת לישראל, ומנוהלים על־ידי מנהל מקרקעי ישראל. לפיכך עיקר דיני הקניין האפקטיביים אינם נמצאים בחוק המקרקעין, אלא במקומות אחרים, כגון המשפט החוקתי, המשפט המנהלי וההחלטות של מועצת מקרקעי ישראל. לכן בחלק גדול מהמקרים הדיון הוא בזכויות שנחותות מבעלות במקרקעין, כגון חכירה לדורות, שכירות, רישיון וכיוצא באלה, ולא המצב של בעלות פרטית כזכות עיקרית. לדעתו של קדר צריך להבין לפיכך את משטר המקרקעין בתוך ההקשר הכללי, ובראייה זו ההסדרים שמופיעים בקודקס אינם מתמודדים לדעתו באופן משביע־רצון עם המצב הנוהג במקרקעי ישראל.

קדר הציג שתי דוגמות עיקריות לכך: הראשונה היא נושא החכירה לדורות – הקודקס מגדיר בסעיף 616 את המונח "חכירה לדורות" (כיום סעיף 3 לחוק המקרקעין) כשכירות מקרקעין לתקופה שעולה על עשרים וחמש שנה. יש להבין, הסביר קדר, כי הפרקטיקה של חכירה לדורות במקרקעי ישראל נעשית בדרך־כלל לתקופה של ארבעים ותשע שנים, ולכן כדאי לדעתו להתאים את ההגדרה למצב הנוהג. נוסף על כך יש להבין, לדעתו, כי המציאות מטשטשת בשנים האחרונות את הדיכוטומיה הקיימת בחוק ובקודקס בין חכירה לדורות לבין בעלות, כגון מצבים שבהם המנהל משנה את מעמדם של חוכרים לבעלים, וגם

לכך יש להידרש בקודקס. הדוגמה השנייה היא מוסד הרישיון במקרקעין – קדר הסביר כי מוסד זה הינו מוסד מרכזי במספר משמעותי של מגורים שבהם אין פורמליזציה של היחסים, כגון בני משפחה, יורשים וחברים. עם זאת, ואף שהפסיקה הכירה במוסד זה בעניין אלוני,¹⁴⁷ לא מצא מוסד זה ביטוי בקודקס ובחקיקה הקיימת. ההסבר של קדר לכך שמוסד הרישיון במקרקעין שרד כל השנים הוא שחוק המקרקעין וחוק השכירות והשאלה, ובמידה רבה גם פרויקט הקודיפיקציה הנוכחי, הם פרויקטים פורמליסטיים, אשר מכחישים – או לפחות מדחיקים – את הפוליטיות של משטר המקרקעין הישראלי.

בהמשך דבריו פנה קדר להציג את הנושא של בר־רשות במקרקעין במסגרת שלושה מגזרים: מושבים, בדווים ופולשים בשכונות־מצוקה. באשר למושבים – בעניין אלוני קבע בית־המשפט העליון ברוב דעות, על יסוד היקש, כי סעיף 9 לחוק המקרקעין מעניק לבעל הרישיון הבלתי־הדיר עדיפות על עיקול שהוטל על־ידי נושהו של בעל הזכות במקרקעין. גישתה של השופטת דורנר הייתה כי אף שחוק המקרקעין מונה רשימה סגורה של זכויות במקרקעין, המשיכה הפסיקה להכיר ברישיון הבלתי־הדיר הפועל כנגד צד שלישי. לכן, מכוח אנלוגיה לסעיף 9 לחוק המקרקעין, יש להגן על בר־רשות גם כנגד צדדים שלישיים. גישתו של הנשיא ברק הייתה כי ניתן להכניס את הרישיון במקרקעין בגדרן של זכויות השכירות, השאלה וזכות השימוש, באמצעות הקונסטרוקציה של זכות שאילה בלתי־הדירה. דעתו של קדר היא כי קונסטרוקציה זו סותרת כמעט לגמרי את הגדרת זכות השאלה הן בחוק הקיים והן בקודקס. קדר הסביר כי במקרים רבים במגזר של המושבים מתייחסים בשוק המקרקעין למוסד הרישיון במקרקעין כאל בעלות. בחלק ניכר מהחלטותיה של מועצת מקרקעי ישראל, וכן בפרקטיקה של מנהל מקרקעי ישראל, ההתייחסות למוסד הרישיון במקרקעין היא כאל חכירה לדורות.

באשר לבדווים העלה קדר את השאלה אם הם בני־רשות או פולשים. לטענתו, לגבי רוב הבדווים שנותרו בנגב לאחר מלחמת העצמאות גובשה מדיניות דו־שלבית: בשלב הראשון רוכזו הבדווים ב"אזור הסייג",¹⁴⁸ ובשלב השני הוחלט על ריכוזם בעיירות באופן כפוי. כתוצאה מכך נהפכו המקומות שבהם גרו עד אז ליישובים לא־חוקיים, ואילו הנסיונות לדירור כפוי נחלו הצלחה חלקית בלבד. טענתו של קדר נתמכת בדבריו של השופט מלך, אשר קובע בעניין אל־קאלאב נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב כי למערערים – אשר היו תושבי הנגב המרכזי עד 1959, הועברו על־ידי הממשל הצבאי לאזור נחל סכר שבנגב ונאסרה עליהם הגישה לאדמותיהם הקודמות – ניתן רישיון בתמורה להסכמתם להתפנות, וכי אי־אפשר לקחתו ללא תמורה.¹⁴⁹ לכן על־פי הפסיקה הבדווים הם לכאורה בני־רשות,

147 ע"א 7139/99 אלוני נ' ארד ואח', פ"ד נח(4) 27 (להלן: עניין אלוני).

148 "אזור הסייג" היה שטח צבאי סגור של יותר ממיליון דונם שחלו עליו חוקי שעת חירום, ומיקומו היה בצפון הנגב באזור בקעת באר־שבע. גבולותיו היו שובל בצפון, באר־שבע במערב, דימונה בדרום וערד במזרח.

149 ע"א 496/89 סאלם סלאמה אל־קאלאב ואח' נ' אוניברסיטת בן גוריון בנגב, פ"ד מה(4) 343.

אבל בפועל, טען קדר, אדמותיהם מרוססות, בתייהם נהרסים על-ידי מוסדות המדינה, והערכאות של בתי-המשפט הנמוכים מתייחסות אליהם כאל מסיגי גבול.

באשר לפולשים, מגזר זה נע בין חוקיות לאי-חוקיות. הפסיקה בתחום זה אינה עקבית, וקיימים הבדלי גישות – לדוגמה, בין השופטת דורנר בעניין הללי¹⁵⁰ לבין השופטת פרוקצ'יה בעניין אבו עדרה.¹⁵¹ קדר הסביר כי הבדלי גישות אלה הם רק קצה המזלג, מאחר שרוב הפסיקות מתקבלות בבתי-משפט השלום (כי לרוב המתדיינים בעניינים אלה אין יכולת כלכלית להגיע לבית-המשפט העליון), ושם נראה לטענתו כי הפסיקות שרירותיות או מקריות. גם תחום זה לא הוסדר ואף לא אוזכר בקודקס.

לסיכום טען קדר כי הקודקס מתעלם מן המתואר לעיל – כמו-גם מדיירי הדיור הציבורי, מבעלי זכויות לאורך זמן בקרקע ומן המאחזים בשטחים – ולא במקרה. הקודקס במתכונתו כיום, לפחות בתחום המקרקעין, הוא רק עוד טלאי, גם אם יפה ומהודר, על השטיח שמנסה לכסות את משטר המקרקעין בישראל.

הדובר השלישי היה ד"ר אלון קלמנט מהמרכז הבינתחומי הרצליה. קלמנט דיבר על הנושא של יחסי שכנות, שוק ורגולציה בבית המשותף. הרצאתו של קלמנט כוונה לעשות סדר מבחינה תיאורטית בחשיבה על מערכות היחסים בבית המשותף מנקודת-המבט של הניתוח הכלכלי של המשפט.

תחילה מיפה קלמנט את כלל הבעיות הקיימות בבית המשותף, וחילק אותן לשלושה סוגים עיקריים. הסוג הראשון הוא בעיות של פעולה משותפת (collective action). בעיות אלה נוגעות במצבים שבהם ידוע מהו הדבר הנכון והטוב לעשות, אך מאחר שכל פרט חושב על תועלתו האישית, התוצאה המתקבלת טובה פחות בעבור כל אחד מהפרטים מן התוצאה שהייתה יכולה להיות מושגת במצב של שיתוף-פעולה. טענתו של קלמנט היא כי ללא מכשיר שיקדם תיאום, חלוקה וארגון בבית המשותף, ייווצרו שימושי-תר (ברירה, חדר כושר) או תרומת-חסר (חברות בוועד הבית, ניקיון, גינון). הסוג השני הוא בעיות של התנהגות אסטרטגית במצבים של מידע חלקי. זהו סוג של בעיות שבהן לחלק מהדיירים או לכולם יש מידע פרטי הנוגע בדרך-כלל בהעדפותיהם ובמידה שבה הם מוכנים לשלם בעבור שינויים בקניין או במערך החוקי של הבית המשותף. כל בעל דירה מעוניין להגדיל את הפרמיה האישית הנובעת מהשינוי המוצע, ולפיכך מנסה ליצור את הרושם כי הוא אינו רוצה את השינוי או שהשינוי יפגע בו בצורה משמעותית מאוד (hold out). הדרך לפתרון בעיות אלה היא בדרך-כלל על-ידי סוגים שונים של דרישות חוק וקבלת החלטות, כגון דרישת רוב מלא או רוב מיוחד. התוצאה, לדעתו של קלמנט, היא שהחלטות יעילות (אשר התוחלת הכוללת שלהן לדיירי הבית המשותף עולה על עלותן) לא יתקבלו עקב דרישה לרוב גדול מדי, ולהפך – החלטות לא-יעילות יתקבלו כאשר דרישת הרוב נמוכה מדי. הסוג השלישי הוא בעיות הנובעות מערך תביעה שלילי, כלומר, כאשר ערך העמידה על הזכות במקרה של סכסוך הוא שלילי. הסיבה לכך יכולה להיות עלויות גבוהות ותועלת נמוכה בפנייה למערכת המשפטית, יכולתו של השכן לכפות עלויות גבוהות בהתנהגות

150 רע"א 7402/03 מזל הללי נ' שיכון פיתוח לישראל בע"מ, תק-על 1327 (1)2004.

151 רע"א 159/05 סלמאן אבו עדרה נ' רשות הפיתוח (טרם פורסם, ניתן ביום 17.1.2005).

בריונית או העדר מנגנון זמין לתביעת הזכות. בעיות אלה, לדעתו של קלמנט, לא מצאו פתרון מספק בקודקס.

בשלב זה בחן קלמנט אם ניתן להתמודד עם שלושת סוגי הבעיות המתוארים לעיל באמצעות הסכמה על מנגנונים חוזיים שיעשו את ההתמודדות על הזכויות לנוחה יותר, ואם מנגנונים אלה יתומחרו בשוק (קרי, יהוו פרמטר בשוק לקביעת ערך הנכס). לדעתו של קלמנט, תמחור מנגנונים חוזיים עשוי לפתור את הבעיות המתוארות לעיל, אך אלה לא יאומצו לדעתו אלא בהתערבות המחוקק, אשר אינה מצויה כיום לא בחוק המקרקעין ולא בקודקס החדש. הסיבה לכך היא שבשוק המשני (דירות יד-שנייה), בהינתן שקיימת בעיה, יהיה תמיד מי שיפסיד מאימוץ מנגנון מסוים לפתרונה ואשר יתנגד לכן לאימוצו. כאשר אין בעיות, התמודדות עתידית אינה עומדת בראש מעייניו של איש מן הדיירים, ולכן שום דייר לא יזום שינוי כלשהו בתוך בית משותף קיים. גם בשוק הראשי (מכירה על-ידי קבלן) לא נראה שום תמחור של מנגנונים יעילים יותר, הן בגלל אותן בעיות המזוהות בשוק המשני והן מכיוון שכל קבלן יכול למכור טוב יותר מנגנונים פשוטים המצויים בחוק המקרקעין. מנגנונים טובים יותר אך מסובכים יותר לא יתומחרו, ולכן לא יהיה כדאי לקבלן לאמץ.

פתרון אפשרי, לדעתו של קלמנט, יכול להיות פתרון קהילתי, שלפיו קהילה שלמה מקימה ומוכרת את הבית כבית משותף שבו יינתנו שירותים קהילתיים משותפים. עם זאת, פתרון זה מחייב משאבים משותפים משמעותיים, אשר אינם קיימים ברוב הבתים המשותפים.¹⁵²

הדובר הרביעי היה פרופ' מיגל דויטש, החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, אוניברסיטת תל-אביב. דויטש ביקש להגיב על שאלת ההפרדה בין המימד הפרטי למימד הציבורי, ולהציג חלק מן ההסדרים החדשים הקיימים בקודקס בתחום דיני הקניין. דויטש הסביר כי בקודקס אין תפיסה מהפכנית וחדשה של המושג "קניין". עם זאת, הוסדרו היבטים נקודתיים שונים, כגון דין החכירה לדורות, יחסי משכיר-שוכר ודיני זיקת הנאה. לדעתו של דויטש, הרציונל לכך הוא שתחום העיסוק של הקודקס הינו אזרחי, ולא ציבורי. אף שברור כי מושגי הקניין במשפט הפרטי מושפעים מהמשמעויות הציבוריות, ולהפך, מוקד ההתייחסות המרכזי הוא עדיין המשפט הפרטי. לפיכך הנושאים שזכו בהסדרה בקודקס בתחום הקניין הינם בעיקרם נושאים מסורתיים שאנו נתקלים בהם ברוב ההתדיינויות המשפטיות: תחרות זכויות, הערות-אזהרה, דיני שכירות, דיני זיקת הנאה וכיוצא באלה. עם זאת קיימת לדעתו חשיבות רבה להסדרה חקיקתית של תחומים כגון מושבים ובדווים, אך בחקיקה נפרדת שתיתן את הדעת למימד הציבורי ולאיינטרסים המיוחדים.

דויטש המשיך והציג את החידושים העיקריים בקודקס בתחום דיני הקניין: עסקות נוגדות ותקנת השוק – הדין החל לפי דיני העסקות הנוגדות הורחב גם למקרים של עימות בין חייבים על-פי דין, כגון עימות בין זכאי מכוח הזכות להשבת נכס כאשר ההשבה אובליגטורית לבין קונה של הנכס בניגוד לחובת ההשבה; למקרים של עימות שקיימת בהם

152 ראו להרחבה אמנון להבי "קהילות מגורים חדשות בישראל – בין הפרטה להפרדה" דין ודברים 12 (תשס"ו) 63.

הגבלת עבירות; למקרים של עימות בדבר זכויות בהקשר של נאמנות, כגון מקרה שבו נאמן מוכר את הנכס מושא הנאמנות בניגוד לתנאי הנאמנות; לביטול תקנת השוק במשכונות, אשר אינה מתיישבת עם דינים אחרים בתחרות זכויות, ואשר נשענת על האדרת-יתר של מימד ההחזקה של מיטלטלין כמצב של זכויות; ולהקניית זכות פדיון לבעלים המקורי של נכס אשר אבד לו כתוצאה מרכישה בתנאים של תקנת השוק, הרציונל הוא התחשבות בזיקה אישית מיוחדת לזכאי המקורי לנכס כל עוד מדובר בזמן קצר מהרכישה הנוגדת. הגנה על החזקה – הוענקה זכות למחזיק לא-כדין להפעיל כוח נגד פולש, מתוך רציונל של בעלות יחסית שלפיו קיימת עדיפות יחסית למחזיק הראשון, אף שחזקתו אינה כדין, על מי שמבקש ליטול ממנו את החזקה. עיכבון – בתחום זה נעשתה מהפכה שלמה. ראשית, בוטל מוסד העיכבון הקנייני מכוח הסכם, ולא יהיה אפשר עוד ליצור עיכבון מוגן קנייני כלפי חוץ מכוח הסכם, אלא רק מכוח הדין. חידוש זה נובע מסיבות שונות, ביניהן ההנחה כי במקרים רבים מדובר למעשה במשכון מוסווה, הטענה כי ההגנה הרחבה שהעיכבון ההסכמי זוכה בה כיום במצבים של פשיטת-רגל ופירוק אינה מוצדקת, וכן הנימוק של יעילות כלכלית שלפיו עיכבון הסכמי המאפשר רק חזקה ולא מימוש של התפיסה הינו בעייתי מבחינת היעילות הכלכלית, שכן הנכס מוקפא לשימוש לגבי כל הצדדים. שנית, הקודקס יאפשר מימוש של העיכבון על-פי דין. יהיה אפשר להגיש את הזכות למימוש כפי שמממשים משכון.

פרק ג: מושב שלישי – דיני ירושה

משתתפי המושב: השופט יעקב טירקל, ד"ר שחר ליפשיץ, עו"ד יוסי מנדלסון

1. פתח-דבר

חוק הירושה נחקק לפני יותר מארבעים שנה. בעשורים האחרונים עבר המשפט האזרחי שינויים מרחיקי-לכת שחוק הירושה לא הותאם להם, ונוצר חוסר תואם בין החוק לבין הפסיקה, שגרם למתח ולא-יודאות. לכן טבעי שנדרשה בחינה מחודשת של חוק הירושה לאור התפתחויות חדשות וזרמי פרשנות חדשים. אכן, לצורך זה הוקמה הוועדה לתיקון חוק הירושה, תשכ"ה-1965, בראשותו של השופט יעקב טירקל, ובימים אלה הפיץ משרד המשפטים את תזכיר חוק הירושה, המבוסס על המלצות הוועדה. תזכיר זה הינו חלק מהרוויזיה הכוללת במשפט האזרחי, והוא עתיד ליהפך עם אישורו לחלק מהקודקס החדש, כך שעקרונות הקודקס יחולו גם על חוק הירושה.

מטרת המושב שעסק בדיני הירושה הייתה לבחון את הבעיות המרכזיות בחוק הירושה ואת המלצותיה של הוועדה לתיקון. בתוך כך נידונו בפירוט שני הסדרים חשובים בתחום

הירושה: הראשון, זכויות הירושה של ידועים-בציבור, ובפרט המגמה של צמצום הפער המשפטי בין ידועים-בציבור לבין נשואים, והקלת תנאי-הסף המקנים מעמד של ידועים-בציבור; השני, הסכמי ירושה וצוואות הדדיות, ובפרט הרציונל לאיסור שחוק הירושה מטיל על ביצוע עסקות בירושה, והחריג שקבעה הפסיקה לאיסור זה לעניין צוואות הדדיות.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה השופט יעקב טירקל, שופט בית-המשפט העליון בדימוס. טירקל סקר את דיוניה של הוועדה לתיקון חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ובכלל זה את דרכי עבודתה, את הנושאים המרכזיים שבהם דנה ואת עיקרי המלצותיה.

טירקל פתח והסביר כי מאז נחקק חוק הירושה חלו שינויים מהותיים בהשקפת-העולם וכן התפתחויות טכנולוגיות, אשר יצרו צורך בשינוי החוק הקיים ובהוספת התייחסות לנושאים חדשים. לדוגמה, התייחסותה של החברה לידועים-בציבור אינה עוד כפי שהייתה בעבר, ומחייבת אולי שינוי של הגדרת המושג "בני-זוג" בחוק; האפשרות הטכנולוגית שקיימת כיום לשמור ביציות בהקפאה ולבצע הפריה חוץ-גופית מחייבת אולי שינוי של הקביעה בחוק כי רק מי שנולד עד שלוש מאות ימים לאחר מות המוריש יכול להיחשב בנו, ועוד. נוסף על כך, בחוק הירושה הקיים חסרות הגדרות של כמה מן המושגים הבסיסיים ביותר, כגון "עיוזבון" ו"צוואה", מתוך הנחה של המחוקק שבית-המשפט ימלאם תוכן. גם לחסרים אלה נדרשה הוועדה.

טירקל המשיך ותיאר את הנושאים העיקריים שעיינום התמודדה הוועדה: ירושה של מאומץ – ההסדר הקיים כיום בחוק מבדיל במובן מסוים בין ילד טבעי לבין ילד מאומץ. הוועדה הציעה כי לא תהיה שום הבחנה, ושדין ילד מאומץ יהיה כדין ילד טבעי לכל דבר ועניין. בהתאם, אם ההורה הטבעי של הילד שאומץ רוצה להוריש לו, הוא יכול לעשות זאת באמצעות צוואה; פסלות לרשת – בעקבות העיקרון שנקבע בקודקס שלפיו אין חוטא יוצא נשכר, הציעה הוועדה כי אדם שגרם למות המוריש, אף אם לא הורשע, לא יוכל לרשת. עם זאת, הוצע להעניק שיקול-דעת לבית-המשפט לשלול זכות זו גם באופן חלקי. בהקשר זה התעוררה השאלה מה דינם של ילדיו של מי שגרם למות המוריש – האם הם זכאים לרשת אף שהוא אינו זכאי לרשת? הוצע כי אם נפסל יורש, יבואו ילדיו במקומו. הסכמי ירושה וצוואה הדדית – המבנה המקובל בין בני-זוג הוא שהבעל מוריש לאשתו והיא לו, תוך קביעה מי יירש אותם אם שניהם לא יהיו בחיים. השאלה שעלתה היא אם צריך לאפשר לאחד מבני-הזוג לחזור בו מהסכמה משותפת זו. הוועדה הציעה כי אם שני בני-הזוג בחיים, כל אחד מהשניים יכול לחזור בו בהודעה בכתב, ושתי הצוואות יפקעו; ואם החזרה נעשית אחרי מותו של אחד מהם, יהיה צורך באישור בית-המשפט, שיוכל להתנות את הביטול בתנאים כגון השבת דברים שכבר ניתנו וכיוצא בזה. ידועים-בציבור – הוצע להשוות את מעמדם של ידועים-בציבור למעמדם של בני-זוג נשואים, ללא הקונסטרוקציה של מעין צוואה. חלוקת הרכוש בין בן-הזוג שנותר לבין ההורים – הוצע לקבוע יחס חלוקה של שני שלישים לבן-הזוג ושליש להורים, במקום מחצית ומחצית. צוואה מוקלטת

בווידיאו – הוועדה הציעה לקבל את האפשרות של הכנת צוואה באמצעות וידיאו. טירקל ציין כי בעניין זה אימוץ ההצעה יציב את ישראל בראש לפני שאר המדינות, שטרם אימצו הסדר כזה. צוואה שנעשתה על-ידי קטין או על-ידי מי שהוכרז פסול-דין – על-פי הדין הקיים כיום, צוואה כזו בטלה. הוועדה הציעה כי קטין יוכל להכין צוואה אם גילו ארבע-עשרה לפחות, בתנאי שבית-המשפט אישר את הפעולה. ביטול צוואה – על-פי הדין כיום, ניתן לבטל צוואה גם לא על-פי אחת הדרכים המנויות בחוק. הוצע לאשר ביטול צוואה שלמה גם על-ידי הבעת רצון בביטול הצוואה באמצעות מסמך בכתב.

הדובר השני היה ד"ר שחר ליפשיץ מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת ברא"ל. נושא הרצאתו של ליפשיץ היה ניתוח ביקורתי של המגמות המסתמנות בישראל של צמצום הפער המשפטי בין ידועים-בציבור לבין נשואים והקלת תנאי-הסף המקנים מעמד של ידוע-בציבור. במסגרת זאת התווה ליפשיץ כיוונים לרפורמה הדרושה לדעתו במסגרת הקודיפיקציה של דיני הירושה.

ליפשיץ פתח את דבריו בהסבר על מוסד הידועים-בציבור. "ידועים-בציבור" הוא כינוי ישראלי לבני-זוג שחיים כמו נשואים מבחינה סוציולוגית אבל אינם נחשבים נשואים מבחינה משפטית. מוסד הידועים-בציבור מוכר בישראל כתחליף למוסד הנישואים האזרחיים, אשר אינו מוכר בישראל. המשפט האזרחי מבקש לפתור באמצעות מוסד הידועים-בציבור בעיות שונות הנובעות מהממסד הדתי, כגון פסול-חיתון או זוגות שאינם מעוניינים בטקס דתי. על רקע זה אין פלא, לדעתו של ליפשיץ, שבשיח המשפטי הישראלי קיימים שני זרמים עיקריים: האחד, שופטים בעלי מכוונות אזרחית ליברלית, המבקשים להרחיב את זכויותיהם של ידועים-בציבור ואף להשוותן לאלה של נשואים, בטענה כי הנישואים הם סוג של חוזה ולכן קיימת בין הידועים-בציבור אותה מחויבות חוזית הקיימת בין נשואים; האחר, שופטים בעלי מכוונות דתית, המתנגדים להרחבת זכויותיהם של ידועים-בציבור או להרחבת המוסד באופן כללי.

ליפשיץ ביקש לבחון את הסוגיה במבט אוניוורסלי, שיכול לאפשר לדעתו הבנה טובה יותר של המצב בישראל. האינטואיציה הראשונה, הודה ליפשיץ, היא שככל שהמדינה ליברלית-מערבית יותר, היא אמורה לתמוך בהשוואת מעמדם של ידועים-בציבור לזה של נשואים משני טעמים: הראשון הוא חופש הבחירה – מדינה ליברלית מעוניינת לקדם את יכולתם של אזרחיה לבחור בדפוס חייהם כרצונם, ולכן עליה להציג עמדה ניטרלית שאינה יוצרת תמריץ לבחירה בדפוס חיים כזה או אחר; השני הוא חופש החוזים – מדינה ליברלית, הנדרשת לכבד את בחירת הצדדים, נדרשת בתוך כך גם לאכוף את החוזה הנכרת בין בני-הזוג בהתנהגות ובעל-פה מעצם חייהם המשותפים.

אולם טענתו של ליפשיץ היא כי דווקא במדינה ליברלית-מערבית הטיעונים לעיל צריכים לתמוך ביצירת שוני בזכויות בין בני-זוג ידועים-בציבור לבני-זוג נשואים. לגבי הטיעון הראשון – לדעתו של ליפשיץ, במדינה ליברלית, שבה יש חופש מוחלט בהחלטה אם להתחתן או לא, משמעות העובדה שבני-זוג בוחרים לא להינשא יכולה להיות דווקא חוסר רצונם לקבל על עצמם את המחויבות הכרוכה בנישואים. בהתאם, דווקא הטיעון הליברלי המחייב את כיבוד הבחירה החופשית של הצדדים יורה כי אין להחיל על הצדדים מערכת משפטית דמוית נישואים אם הם עצמם בחרו לא לקבלה. לגבי הטיעון השני הסביר

ליפשיץ כי לעניין חופש החושים יש להפריד את הידועים-בציבור לשתי קבוצות עיקריות: האחת, בני-זוג המבקשים לבחון את הקשר ביניהם, שאותם ניתן לראות כאנלוגיים לצדדים המצויים בשלב המשא-ומתן בדיני החושים, שבו טרם נכרת חוזה מחייב; והאחרת, קבוצת הזוגיות הלא-המוסדת, קרי, בני-זוג המבקשים לתחם את היחסים ביניהם במישור הפרטי, שאותם ניתן לראות כאנלוגיים לצדדים הכורחים ביניהם הסכם ג'נטלמני או הסכם פרטי, להבדיל מחוזה משפטי. מסקנתו של ליפשיץ היא כי כשם שדיני החושים מכבדים את זכותו של אדם ליצור הסכם שאינו בעל תוקף משפטי ולהותירו במתחם הפרטי, כך יש לכבד את שני סוגי הזוגיות: הפרטית מזה והמשפטית הציבורית מזה. לכן החלת דיני הנישואים על ידועים-בציבור תצמצם למעשה את חופש הבחירה ותבטל את המוסד החברתי החשוב של זוגיות לא-משפטית.

על רקע טיעונים אלה פיתח ליפשיץ מודל כללי הנסמך על ארבעה עקרונות: הראשון הוא החלת חלקית של דיני הנישואים על ידועים-בציבור. זאת, מתוך מחשבה כי חשוב עדיין לשמר חלק קוגנטי בדיני המשפחה, מאחר שהרציונל בדינים אלה אינו חופף לחלוטין את הרציונל של חופש חושים במסגרת דיני החושים. השני הוא התוויית אמת-מידה שלפיה אם לעניין העומד לדיון יש גוון הסכמי שבמרכזו הרעיון של הגשמת רצון הצדדים, אזי הרצון לתת כבוד להחלטה של אדם לא להתחתן ייהפך לחזק יותר. אולם ככל שמדובר בכלל שהרציונל שלו הוא מלכתחילה מעין-קוגנטי יותר מאשר הסכמי – למשל, דיני המזונות, שלזיקתם יש גוון סוציאלי בדרך-כלל – יושווה מעמדם של הידועים-בציבור לזה של זוגות נשואים. השלישי הוא קביעת הגדרה משמעותית יותר למונח "ידועים-בציבור". כפי שהראה ליפשיץ לעיל, קיים הבדל גדול בין נשואים לבין ידועים-בציבור: בנישואים הטקס המשפטי עצמו מגלם סוג מסוים של הסכמה של בני-הזוג ליטול על עצמם מערכת של מחויבות משפטית, ואילו אצל הידועים-בציבור, התחלת החיים יחד אינה פעולה משפטית שמגלמת רצון ליטול מחויבות משפטית. לכן הבסיס לקביעת זכויותיהם של ידועים-בציבור הוא החיים עצמם. לכן נדרשת הגדרה שתקבע פרמטרים לכמות משמעותית של חיים יחד, כגון מספר שנים מינימלי, גידול ילד משותף, תלות כלכלית בין הצדדים וכיוצא באלה. הרביעי הוא התאמת ההגדרה של ידועים-בציבור לרציונל של החוק הספציפי. בהתאם, בחוק שבמרכזו רצון הצדדים תיקבע אמת-מידה בעלת גוון של הסכם אישי.

מהתוויית המודל הכללי עבר ליפשיץ ליישומו בישראל. לכאורה, המודל הכללי אינו ניתן ליישום באופן ישיר בישראל, מאחר שבישראל אין אדם יכול להתחתן עם מי שהוא רוצה ואיך שהוא רוצה. בישראל, הסביר ליפשיץ, ניתן להבחין בין שני סוגים של ידועים-בציבור: האחד, "ידועים-בציבור אוניוורסליים" – בני-זוג המבכרים לא להחיל על עצמם מחויבות משפטית, ללא קשר הכרחי לשאלה אם הממסד מונע אותם מלהינשא; והאחר, "ידועים-בציבור תוצרת ישראל" – בני-זוג המעוניינים בקשר משפטי אבל לא דתי, או בני-זוג שהממסד הדתי אינו מאפשר להם להינשא. בני-זוג אלה מוצאים בדרך-כלל פתרון באמצעות "נישואים בנוסח קפריסין", ובכך מחילים על עצמם את הדין החל על נשואים. טענתו של ליפשיץ היא כי על-פי בחינת פסקי-הדין, רובם המוחלט של הידועים-בציבור בישראל הינם "ידועים-בציבור אוניוורסליים". לנוכח טענה זאת, קשה להבין מדוע המגמה בדיני הירושה בקודקס היא להשוואה מוחלטת של הדין החל על בני-זוג

נשואים לזה החל על ידועים-בציבור. על רקע זה הציע ליפשיץ שתי הצעות לשינוי המגמה בקודקס: האחת, מתן שיקול-דעת לבית-המשפט לתת במקרים מסוימים זכויות ירושה לידועים-בציבור, להבדיל מהשוואת זכויות מוחלטת, מתוך מגמה של כיבוד רצון הצדדים לאי-החלה עקרונית של הדין על מערכת היחסים ביניהם; והאחרת, קביעת תנאי-סף מינימליים להחלה של הדין על ידועים-בציבור: ילד משותף, כתובת מגורים משותפת, חיים משותפים בפועל וכיוצא באלה. ליפשיץ הדגיש בהקשר זה את הצורך ברגישות גבוהה לכוונת הצדדים ולדרך שבה הם תפסו את היחסים ביניהם. הוא הבהיר כי בניגוד לפסיקה הקיימת, המחילה כללים פורמליסטיים נוקשים – קוגנטיים כמעט – על האפשרות של בני-זוג להסכים על אי-רצונם להיחשב ידועים-בציבור, נדרשת גישה גמישה ופתוחה יותר המכירה בזכותם של אנשים לקיים זוגיות לא-משפטית.

הדובר השלישי היה עו"ד יוסי מנדלסון, מרצה מן החוץ בבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מנדלסון ביקש להציג את ביקורתו על המחוקק לעניין אי-ביטולו של סעיף 8 לחוק הירושה, האוסר ביצוע עסקות בירושה, ועל פסיקת בית-המשפט העליון לעניין יישום חוק הירושה. טענתו של מנדלסון היא כי השאלה האמיתית היא לא כיצד ינוסח הקודקס האזרחי, אלא באיזו דרך יישמו בית-המשפט העליון.

לעניין החקיקה, ביקורתו של מנדלסון היא כי אין מקום בישראל לקביעה הפטרנליסטית של סעיף 8 לחוק הירושה, וכי יש לאפשר עסקות בירושה כמו בחוקי ירושה רבים בעולם המערבי. לדעתו, האיסור שהוטל על עסקות בירושה אינו מתיישב עם דיני הקניין, ואף לא עם דיני החוזים או עם חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. מניעת אדם בחוק מלבצע פעולת הורשה – פעולה שנקבע כי היא קניינית באופייה – עולה כדי פגיעה בקניינו של אדם. אי-יכולתו של מוריש להשיא את קניינו על-ידי עסקה שבה תמורת ערך שאותו יקבל בחייו הוא ישלם לאחר מותו, באמצעות ירושתו, מהווה לדעתו של מנדלסון פגיעה באוטונומיה הפרטית, בקניין. מנדלסון ציין בהקשר זה כי אין הגבלה דומה בחוק הישראלי במסגרת דיני המתנה. לפיכך ניתן לעקוף לכאורה את הוראת סעיף 8 לחוק הירושה, ולבצע עסקה שבה תמורת ערך שאותו יקבל אדם בחייו הוא ישלם בדרך של מתנה בחייו. הבעיה היא שאין מדובר בעסקות זהות. ביצוע של עסקת מתנה משנה את מאזן הכוחות לרעתו של המוריש, בהשוואה לעסקה בירושה, שכן אם ירצה המוריש לבטל את חוזה המתנה במצב שבו לא יינתן לו בחייו הערך המבוקש, הוא יודקק לעזרתה של המערכת המשפטית.

לעניין הפסיקה, בית-המשפט העליון, לדעתו של מנדלסון, פתח בעניין סלומון פתח לביצוע של עסקות בירושה.¹⁵³ זאת, על-אף לשונו הברורה, החד-משמעית והקוגנטית של סעיף 8 לחוק הירושה, אשר אינו מאפשר ביצוע של עסקות בירושה. מנדלסון טען כי בית-המשפט העליון הכיר בעניין סלומון בכך שכאשר יש צוואה הדדית שהיא פרי של החלטה משותפת, קיימת הסתמכות הדדית של המורשים על ההסכמות שאותן קבעו בצוואה. בכך החדיר בית-המשפט את דיני החוזים – ובכלל זה את חובת תום-הלב – אל תוך דיני הירושה, על-אף הקבוע בסעיף 8 לחוק הירושה. ייתכן, טען מנדלסון, כי יהיו אלה שיאמרו כי יש היגיון בקביעה כי מקום שנערכה צוואה הדדית יש להגן על אינטרס

153 ע"א 4402/98 מלמד נ' סלומון, פ"ד נג(5) 703.

ההסתמכות של הצדדים, ולא לאפשר שינוי של ההסכמה לאחר מותו של אחד הצדדים, שהרי אילו ידע אחד הצדדים לצוואה המשותפת כי הצד האחר ישנה את צוואתו לאחר מותו, לא היה עורך את הצוואה מלכתחילה. אולם לטענתו של מנדלסון, קביעה זו בטעות יסודה משתי סיבות: האחת, אין בסמכותו של בית המשפט לשנות סעיף חוק ברור וקונגטי כסעיף 8 לחוק הירושה על-דרך של חקיקה שיפוטית; האחרת, פסיקתו של בית המשפט העליון לא הייתה דרושה כלל שכן היה אפשר להגיע לאותה תוצאה רצויה גם במסגרת הוראותיו של חוק הירושה. מנדלסון הסביר כי חוק הירושה מאפשר ממילא לכל מצווה להציב תנאים בצוואתו (תנאי מתלה, תנאי מפסיק ותנאי עשה). לפיכך כל אחד מהמורשים היה יכול לקבוע מה ייעשה במקרה שבו יבקש המוריש האחר לשנות את הקביעה בצוואה. ניתן לקבוע כי במקרה כזה יופעל תנאי מפסיק, וכי הירושה תוחזר לעיזבון לצורך חלוקה חדשה. כלומר, מחדלו של עורך-הדין, אשר לא ידע להסביר את העובדה הזאת לשניים שעשו צוואה משותפת, אינו יכול לשמש, לדעתו של מנדלסון, קרקע ליצירת פסיקה המנוגדת למילותיו המפורשות של החוק.

פרק ד: מושב רביעי – דיני חוזים

משתתפי המושב: פרופ' משה בר-ניב, ד"ר עלי בוקשפן, ד"ר יונתן יובל

1. פתח-דבר

דיני החוזים הכלליים לא עברו בקודקס שינויים מרחיקי-לכת, ולא הוספו להם חידושים מפליגים. הוראות פרקים א'ד לחוק החוזים – הדנות בכריתת החוזה, בפגמים בכריתת חוזה, בצורת החוזה ותוכנו, ובחוזה לטובת צד ג' – נותרו ללא שינוי.¹⁵⁴ מטרתו של מושב זה הייתה בראשונה לבחון אותם הסדרים שעברו שינוי בקודקס, כגון סיכול ותום-לב, אך גם לבחון באופן ביקורתי את הנושאים החוזיים שלא זכו בטיפול בקודקס. בכרך זה מופיע מאמרו של ד"ר יונתן יובל "קודיפיקציה חוזית בתחילת האלף השלישי: הקצאת סיכונים לעומת תיקוף של יחסים בחוק דיני ממונות".¹⁵⁵ ד"ר יובל מציג במאמרו טענה בסיסית שלפיה יש לראות ולהבין את מעשה הקודיפיקציה הישראלית החדשה של דיני החוזים כחי במתח בלתי-פתור, ואולי בלתי-פתיר, בין שתי ראיות משפטיות תיאורטיות שונות: האחת היא פורמליזם – גזירת כללי התנהגות להקשרים שונים מכמה מושכלות-

154 ראו גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי (תשס"ה) 7.

155 יונתן יובל "קודיפיקציה חוזית בתחילת האלף השלישי: הקצאת סיכונים לעומת תיקוף של יחסים בחוק דיני ממונות" משפט ועסקים ד 241.

יסוד; והאחרת היא הראייה היחסותית (relational), הרואה בדיני החוזים בעיקר תיקוף של יחסים בין צדדים ליחסי חליפין. הפרויקט הקודיפיקטיבי הישראלי נבנה משתי ראיות "אידיאולוגיות" אלה: מחד גיסא, הוא משתדל לארגן את המשפט האזרחי כמערכת ערכית קוהרנטית הנשמעת לכמה ערכים בסיסיים ותכליות יסוד; ומאידך גיסא, רוב השינויים הנעשים אינם אלא הכנסה בגדר החקיקה של סדרת פסיקות יחסותיות של בתי המשפט מן השנים האחרונות. מאמרו של ד"ר יובל מפרט ובוחר טענה זו, ומדגים אותה על בסיס כמה הוראות מרכזיות – כאלה הקיימות בקוד ואלה שאינן קיימות בו.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' משה בר-ניב מהמרכז הבינתחומי הרצליה. תכלית הרצאתו של בר-ניב הייתה סקירה ביקורתית של עיקר השינויים שהקודקס האזרחי מבקש להחדיר למבנה הבסיסי של דין החוזים, וזאת על רקע השאלה אם החוזה ממשיך להיות מכשיר להקצאת סיכונים בידי הצדדים גם לאחר השינויים המוצעים בקודקס. טענתו של בר-ניב היא כי מרחב התמרון של הקצאת הסיכונים על-ידי הצדדים בקודקס צומצם במידה ניכרת בכמה היבטים, כמפורט להלן.

ראשית, לגבי הדדיות החיובים (חיובים תלויים ועצמאיים) – סעיף 192(א) לקודקס קובע כי "חיוב של צד לחוזה, שהמועד לקיומו מאוחר מהמועד לקיום חיוב עיקרי של הצד השני, יהיה מותלה בקיום החיוב של הצד השני". כלומר, הקודקס נוקט שיטה שלפיה אם צד לחוזה לא נתן אינדיקציה חד-משמעית ומפורשת כי החיובים הם עצמאיים, הם ייחשבו תלויים, וזאת בניגוד לתפיסה הבסיסית כיום, שלפיה החיובים עצמאיים אלא אם כן הצדדים או החוק כורכים אותם זה בזה. היפוך חזקה זה שהקודקס מציע מטיל עלויות עסקה על הצדדים, שכן הוא דורש מהם, כל אימת שברצונם לקבוע כי חיוב מסוים יהיה עצמאי, לציין זאת במפורש בחוזה. יתר על כן, הוא יוצר בעיית פרשנות למשפחה חדשה של חיובים – "החיובים העיקריים". פירוש הדבר הוא שייווצרו שלוש משפחות של חיובים: רגילים, עיקריים וחיובים שהפרתם יסודית. העדר אמות-מידה ברורות להבחנה בין סוגי החיובים יגרום, לדעתו של בר-ניב, להוצאות עסקה רבות של ליטיגציה. נקודה נוספת שהעלה בר-ניב בהקשר זה היא נוסחו של סעיף 192(ב) לקודקס, הקובע כי "היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי אשר מועדו טרם הגיע, זכאי הצד השני לחוזה לדרוש המצאה של בטוחה סבירה לקיום וזכאי הוא לדחות קיום חיובו עד להמצאתה". בר-ניב הסביר כי בדיני החוזים קיימים שני סיכונים עיקריים. האחד הוא סיכון אופורטוניסטי, קרי, הסיכון שהצד האחר לחוזה יתנהג באופן שישא את תועלתו בניגוד להבנות שגובשו בין הצדדים. סיכון זה ניתן לטיפול באמצעות כללי תום-לב, בהתאם לקביעה כי התנהגות אופורטוניסטית של צד לחוזה אינה תמת-לב. הסיכון האחר הוא סיכון אקראי שאינו בשליטת הצדדים. את הסיכונים האלה על הצדדים להקצות בחוזה – למשל, על-ידי הקביעה כי במצב של שביתה יצטרך הצד האחר להמציא בטחונות. לכן הקביעה בקודקס כי גם במצב של סיכון אקראי יהיה על הצד לחוזה להמציא בטחונות תביא לידי כך שעלות

יצירתם של חוזים תהיה גבוהה יותר. הסיבה לכך היא שכל אדם שייכנס לחוזה כזה יצטרך לשריון לעצמו מראש מערך בטחונות, מאחר שאם לא יוכל להמציא בטחונות, הוא ימצא את עצמו מפר את החוזה. נוסף על כך, הכלל המוצע יפגע בחלשים, שכן הגורם שיידרש להמציא בטחונות יהיה הצד החלש, שהרי צד חזק, כגון בנק, לא יידרש לכך.

שנית, לגבי פרק הסיכול, המהווה פרק של הקצאת סיכונים – התפיסה הבסיסית בחוזה היא שהצדדים נושאים בסיכונים כפי שהוקצו בעת כריתת החוזה, אלא אם כן התקיים חריג הסיכול, הפוטר מאחריות לאי-קיום החוזה. הקודקס יוצר משטר משפטי חדש בכך שמרכיב הוודאות הוצא מן המשחק, והסיכונים מתחלקים על-פי גישה כללית של שיתוף-פעולה. מבחן הצפיות הוחלף במבחן של נטילת סיכון. הדבר יגרום, לדעתו של בר-ניב, לכך שהחוזה יפסיק להוות מכשיר של הקצאת סיכונים. על-פי הדין כיום, הקצאת הסיכונים בין הצדדים לחוזה נערכת בעת כריתתו, וכאשר מתקיימים תנאי הסיכול, הסיכון מוטל בהתאם למבחן הצפיות. כלומר, הסיכון מוטל על הצד שצפה או היה צריך לצפות את המאורע המסכל. הקודקס קובע מעבר ממבחן של צפיות למבחן של סיכון, שלפיו תנאי לקבלת טענת הסיכול הוא שהטוען לסיכון לא נטל על עצמו את הסיכון שבהתרחשות המאורע המסכל, קרי, אי-נטילת סיכון היא תנאי לסיכול. טענתו של בר-ניב בהקשר זה היא כי הבעיה תהיה שאחרי הפרה תחל התדיינות משפטית ארוכה בשאלה מי היה צריך לשאת בסיכון זה. הצדדים לחוזה, המבקשים לעצמם ודאות בהקצאת הסיכונים בחוזה, יידרשו בשל כך לפרט בחוזה את שלל המקרים האפשריים והקצאת הסיכונים לגביהם.

שלישית, נעשו שינויים במנגנון ההצעה והקיבול. כיום, המציע אדון להצעתו, ותהליך יצירתו של חוזה מורכב משלושה מרכיבים: קומוניקציה, גמירת-דעת ומסוימות. דרישת הקומוניקציה באה לעולם כדי לתת ודאות לצדדים בנוגע לזמן שבו נוצרה ביניהם הפעולה המשפטית המכרעת הקרויה "חוזה". לכן הקומוניקציה בין הצדדים נעשית באמצעות פנייה (הצעה) ופנייה חוזרת (קיבול), ורק אם המציע מסכים לכך בהצעתו, ניתן לבצע את הקיבול בדרכים אחרות. הקודקס משנה זאת, וקובע כלל חדש שלפיו הקיבול יכול להיעשות בכל דרך שבה מבצעים פעולה משפטית, כלומר גם על-ידי התנהגות, ואם המציע מעוניין בוודאות לגבי השאלה אם קיבלו את הצעתו אם לאו, עליו לנסח את החוזה מראש כך שיהיה ברור ממנו כי אי-אפשר לבצע קיבול אלא בדרכים שבהן הוא מעוניין. יתרון השיטה המוצעת הוא ביצירת ביטוי חזק יותר להסכמה אמיתית; חסרונה הוא בהכנסת אי-ודאות לתהליך של כריתת החוזה, משום שקיבול על-ידי התנהגות אינו בהכרח הדרך הידועה למציע. כך עלול להיווצר מצב שבו המציע אינו ער כלל לכך שנוצר קיבול. נוסף על כך, פרק-הזמן הקיים כיום בין מועד ההצעה למועד הקיבול, שבו הניצע יכול עדיין לחזור בו מן ההצעה אך המציע כבול אליה, נהפך ללא-מוגדר, ותוצאה זו תגרוור עלויות רבות לתוך מערך דיני החוזים.

רביעית, נעשה חידוש בדיני הפגמים בכריתת חוזה. על-פי הדין הקיים, אדם שפגם נפל בחוזה שלו נדרש להודיע – תוך פרק-זמן סביר מרגע שנודע לו על עילת הביטול – על כך שהוא מבקש לבטל את החוזה. החריג לכך הוא החריג של כפייה. זאת, משום שהכפייה נעשית תחת לחץ, וכל עוד לא הוסר הלחץ, בוודאי לא קמה החובה להודיע על הביטול. מנסחי הקודקס מבקשים להחיל חריג זה גם לגבי מצב של עושה. לפיכך נקבע

כי גם העשוק אינו מחויב בהודעת הביטול אלא מעת שחלף העושה. ההיקש הלוגי אינו פשוט, לדעתו של בר-ניב, משום שעשוק מוגדר במכלול נרחב של מצבים, כגון חולשה שכלית, חוסר ניסיון, חולשה גופנית וכיוצא באלה. מצבים אלה אינם פרי יצירתו של הצד העושה, אלא זה אך מנצלם. מצבו של העשוק אינו משתנה לאחר הפסקת העושה. החולשה השכלית וחוסר הניסיון נמשכים, ואילו העושה הסתיים ברגע כריתת החוזה (למעט במקרים של חוזים מתמשכים).

הדובר השני היה ד"ר עלי בוקשפן מהמרכז הבינתחומי הרצל. הרצאתו של בוקשפן התמקדה בהתפתחויות עומק משמעותיות שהתרחשו בשנים האחרונות במשפט הפרטי, במיוחד בדיני החוזים, ואשר לא מצאו את מקומם בקודקס החדש, למעט אולי רק ברמזה.¹⁵⁶

בוקשפן גרס כי המשפט הפרטי בישראל עובר בשנים האחרונות מהפכה חברתית, שבאה לידי ביטוי בפיתוחן של הצדקות חברתיות, המתלוות ליישום רחב של עקרונות תום-הלב, תקנת הציבור, רעיון האמון וזכויות האדם ביחסים הבין-אישיים. בבסיסה של מגמה זו עומדת גישה מורכבת המבססת את האוטונומיה והחירויות של הפרט אך גם את אחריותם של כלל המעורבים בהתייחסויות-הגומלין החברתיות להתחשבות בציפיותיו המוצדקות של הזולת. באופן מפתיע לכאורה, המגמה האמורה מתרחשת בעיקר בהתייחסויות-גומלין חוזיות, מממלכת המשפט הפרטי הקלסי, באמצעות הדוקטרינות החוזיות של תקנת הציבור ותום-הלב. בנקודה זו טמון, לדעתו של בוקשפן, מסר חברתי לא-מבוטל – העובדה שאחריות חברתית מוטלת כיום באמצעות המוסד החוזי מדגימה אולי יותר מכל את התמורה שחלה בהתייחסות המשפטית למקומם החברתי של היחסים בין אדם לרעהו, תמורה המפריטה את המושג "חוזה חברתי" ואת עולם הערכים שמאחוריו להקשרה של כל התייחסות-גומלין וולונטרית. התפתחויות אלה מעוררות, לדעתו של בוקשפן, את הצורך בעיון מחודש בשאלות יסודיות המלוות את דיני החוזים הקלסיים, ובראשן ההבחנה בין משפט ציבורי ומשפט פרטי, ובפיתוחה של תיאוריה עקבית אשר תצדיק ותסביר – בצורה טובה יותר מתורת הרצון המסורתית – את תכליתם של דיני החוזים בעידן המודרני ואת התמורה החברתית המתפתחת באמצעותם. לנוכח דברים אלה הציע בוקשפן תזה הגורסת כי גישה חברתית, המתבטאת בסולידריות ובהתחשבות בציפיות הזולת, משתלבת היטב עם יעדיהם האינהרנטיים של דיני החוזים ועם מעמדו המורכב של המשפט הפרטי ככזה שנועד להסדיר את היחסים הבין-אישיים של מרכיבי השיטה המשפטית גם בהקשר החברתי הרחב יותר, וכי גישה זו מתיישבת באופן נורמטיבי ודסקריפטיבי עם רעיון האמון הבין-אישית כרעיון-העל אשר מצדיק ומסביר את דיני החוזים כיום.

הדובר השלישי היה ד"ר יונתן יובל מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. טענתו של יובל היא כי בקודקס ניכר מאבק בין ראיית החוזה כמנגנון *ex ante* של הקצאת סיכונים לבין ראייתו כמערכת רחבה של יחסים בין צדדים (גישה יחסותית –

156 להרחבה ראו את ספרו של עלי בוקשפן מהפכה החברתית במשפט העסקי, אשר עתיד לראות אור בקרוב בהוצאת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

relational theory), וכי מנסחי הקודקס פנו אומנם יותר לכיוון הגישה היחסותית לחוזים, אולם עשו זאת באופן מקוטע ולא-שלם.

יובל הסביר כי הגישה היחסותית של דיני החוזים מתמקדת ביחסים שבין הצדדים בהקשרים של יחסי חליפין, וזאת במקום לספק להם מודל לפעולה כפי שגורסת הגישה הקלאסית לדיני החוזים, קרי: כריתה בדרך של הצעה וקיבול, חזרה מהודעת קיבול, דרישות צורה וכיוצא באלה. הוא מנה שלוש בעיות מרכזיות בגישה הקלאסית אשר נפתרות על-ידי הגישה היחסותית: ראשית, קיימות צורות תקשורתיות שקשה לעשות רדוקציה שלהן ליחסי חליפין של כוחות וכפיפויות – צורות שבהן ההסכמה החוזית עשויה להיכנות באופן הדרגתי, מבלי שיהיה אפשר לזהות פעולה תקשורתית כלשהי שניתן לכנותה באופן משמעותי "הצעה" או "קיבול"; שנית, בחברות מפותחות נוצרו המשגות, תבניות התנהגות והבדלי כוח שונים ומבוזרים עד-מאוד, והאינטרסים האופייניים של צדדים לחוזה הינם שונים מאוד בתחומים מסחריים טהורים לעומת תחומים צרכניים, אישיים או פוליטיים, עד כדי כך שהרעיון של דיני חוזים כלליים, אשר חלים על כל סוגי ההתקשרויות ומסדירים את כל ההתנהגויות החוזיות, הוא פיקציה; שלישית, במערכות יחסים רבות של התנהגות המאופיינת כ"חוזית" יש לכללים המשפטיים חשיבות משנית בלבד – למשל, כפונקציה טקטית המשמשת לאיום בהפעלה לשם השגת יתרון תחרותי. לפיכך, לשם עשיית צדק בפתרון סכסוך משפטי, יש לבחון מה מחייב את הצדדים על-פי הבנותיהם הפנימיות, ולא על-פי האופנים שבהם הם מצייתים או אינם מצייתים לקודים משפטיים חיצוניים.

תובנות אלה מערערות, לטענתו של יובל, את יסודותיו של הקודקס כולו. היומרה לכונן מגוון עצום של התנהגויות אנושיות באמצעות מכשיר משפטי אחד, המקיים קוהרנטיות לוגית ומושגית בין חלקיו, נראית מוטעית בעיניו. עם זאת, סייג יובל את דבריו, באומרו כי הקודקס מאמץ דווקא לא-מעט תובנות יחסותיות, ושם דגש רב יותר ביחסים בין הצדדים כבעלי משמעות נורמטיבית.

המשך דבריו של יובל פוון להדגמת הטענה לעיל, שלפיה מנסחי הקודקס פנו לכיוון הגישה היחסותית לחוזים אך באופן מקוטע ולא-שלם, באמצעות שלוש דוגמות. הדוגמה הראשונה היא ביצוע כתחליף לכתב – קיימות בחוק דרישות צורה קונסטטיטויביות לכריתת חוזה. עם זאת, לעיתים צדדים לחוזה פועלים אחרת מכפי שהדין מורה ואף-על-פי-כן מבקשים שיכירו בתוקף המשפטי החוזי של התייחסות-הגומלין שלהם.¹⁵⁷ סעיף 185 לקודקס מאמץ גישה יחסותית זו, בקובעו כי במקרה כזה יהיה החוזה תקף אם הוא קיים במלואו או בחלקו המהותי. הסעיף מאפשר התבוננות על היחסים הממשיים שבין הצדדים וכיבוד רצונם שהחוזה יוכר.

הדוגמה השנייה היא ביטול חוזה מחמת הפרתו – אחד המאפיינים של דיני החוזים

157 ראו, לדוגמה, ע"א 986/93 יעקב קלמר נ' מאיר גיא ואח', פ"ד נ(1) 184, שבו טען אחד הצדדים כי העדר כתב הינו פגם בלתי-ניתן לריפוי בהתחייבות לעסקת מקרקעין, ואילו הצד האחר תבע הכרה נורמטיבית-אובליגטורית בהתחייבות מאחר שאת חלקו בחוזה כבר קיים. דעת המיעוט נכנסה לעובי הקורה של היחסים הספציפיים בין הצדדים, ולשם הבנת מערכת היחסים בין הצדדים היא הביאה בחשבון גם את פעולותיהם לאחר כריתת החוזה.

הישראלים כיום הוא המהירות שבה צד נפגע מגיע לאפשרות של ביטול החוזה, לעיתים כדי שלא יאלץ לקיים את חיוביו שלו כלפי הצד המפר. על-פי הגישה היחסותית רצוי להציע לצד הנפגע סעדים קיצוניים פחות כדי לשמר ולהגן על ענייני החוזים, כגון השעיית חיוב והפחתת מחיר חד-צדדית. סעדים אלה אכן נקלטו בקודקס: השעיית חיוב – סעיף 192(ב) לקודקס קובע כאמור כי בהתקיים "חשש סביר לכך שצד לחוזה לא יקיים חיוב עיקרי אשר מועדו טרם הגיע, זכאי הצד השני לחוזה לדרוש המצאה של בטוחה סבירה לקיום וזכאי הוא לדחות את קיום חיוביו עד להמצאתה". מכשיר זה של השעיית חיוב הינו מכשיר יעיל שלא ידחף את הצד הנפגע לבטל את החוזה טרם זמנו במצב של הפרה צפויה רק כדי להימנע מעלויות הסתמכות מצידו, כלומר, כדי להימנע מביצוע שייתכן שלא תהיה תמורה בעדו. הפחתת מחיר – סעיף 574(א) לקודקס קובע כי אם הופר חיוב ההתאמה, הנפגע זכאי לניכוי מהתמורה. הפחתת המחיר יעילה מבחינה זו שהיא מאפשרת לצד הנפגע לקיים את החוזה במקום לבטלו, אלא שהקיום יהיה על-פי תנאי ההפרה, כאילו הייתה ההפרה הצעה לעדכון החוזה, שהצד הנפגע רשאי לקבלה או להתייחס אליה כאל הפרת חיוב ולפעול בהתאם. על-פי דיני החוזים הקיימים, הדרך היחידה שבה צד נפגע יכול להימנע מתשלום תמורה ביתר בעקבות הפרה, כאשר אין מדובר במכר, היא לבטל את החוזה.

הדוגמה שלישית היא זכות המפר לריפוי ההפרה – על-פי הגישה היחסותית רצוי לאפשר לצד המפר לרפא פגמים באופן ש"יציל" אותו מביטול החוזה כלפיו מבלי להשית עלות בלתי-מוצדקת על הצד הנפגע. מנגנון יחסותי מובהק זה לא מצא את מקומו בקודקס. לדעתו של יובל, רצוי לשלב מנגנון זה בקודקס בשל היותו מנגנון ראוי לריפוי יחסים חוזיים שנתקלו בבעיות בשלב הביצוע. מנגנון כזה יפנה את דיני החוזים הישראלים עוד יותר לכיוון של תמיכה ותיקוף של יחסים בין צדדים על-חשבון המודל הקלסי של הקצאת סיכונים, אשר מפסיק לייחס ערך כלשהו ליחסים בין הצדדים מרגע שנכרת החוזה.

יובל סיכם את דבריו באומרו כי בין ראיית החוזה כמנגנון *ex ante* של הקצאת סיכונים לבין ראייתו כמערכת רחבה של יחסים בין צדדים, אין הקודיפיקציה החדשה משקפת בחירה של ממש. בעקבות הפסיקה היא אומנם פונה ללא ספק לגישה היחסותית יותר מאשר הדינים הקיימים, אך אין בה ניסיון מקיף לשינוי מגמה הנובע מתפיסה תיאורטית חדשה. היא מבטאת תובנות יחסותיות באופן ספורדי בלבד, כמעט בעל-כורכה, רק משום שככל שהבנתנו את מורכבותם של יחסי החליפין בין בני-אדם מתעשרת, זהו הכיוון הכללי שדיני החוזים הכלליים פונים אליו בכל מקום ומקום. אנו נמשיך לחיות במסגרת דינים הנסמכים על תובנות שונות ואף מנוגדות מבחינה תיאורטית, ובמסגרת הפיקציה שניתן לערוך רגולציה של יחסי חליפין כלשהם באמצעות דיני חוזים כלליים. דבר זה כשלעצמו אולי אינו נורא כל-כך, לדעתו של יובל, אך יש להניח שלא זו שאיפתו של מי שמנסה ליצור קוד משפטי חדש.

פרק ה: מושב חמישי – חוזים מיוחדים

משתתפי המושב: השופטת דרורה פלפל, ד"ר פבלו לרנר, עו"ד פנחס רובין, פרופ' שלום לרנר

1. פתח־דבר

עניינו של חלק החוזים המיוחדים בקודקס הוא בחוקים שבסיסם הוא חוזה בין צדדים בנוגע לעסקה שנערכה ספציפית ביניהם. נכללים בו חוקים קיימים – חוק המכר, חוק המתנה, חוק חוזה קבלנות, חוק השכירות והשאלה, חוק הערבות – לצד הסדרים חדשים: חוזה שירות וחווה תיווך. מטרתו הצנועה של מושב זה הייתה בחינה ביקורתית של ארבעה סוגי חוזים מיוחדים מתוך הרשימה הרחבה לעיל של ההסדרים המוצעים בקודקס: חוזה מכר, חוזה מתנה, חוזה קבלנות ושירותים וחווה שכירות.

בכרך זה של כתב־העת מופיע מאמרו של ד"ר פבלו לרנר, "המתנה וההתחייבות החד־צדדית בקודקס הישראלי (הערות על מה שיש בו ועל מה שאין בו)",¹⁵⁸ אשר נכתב לקראת מושב זה והוצג במסגרתו. המאמר בוחן את דיני המתנה בקודקס, בהיותם חשובים במיוחד, לדעת הכותב, לא רק בשל היבטים מעשיים הקשורים למענקים ללא תמורה, אלא גם משום שטמונות בחובם שאלות עקרוניות הנוגעות בכללי המשפט הפרטי, כגון השאלה בדבר מהות ההסכמה, הסתמכות וקיום הבטחות.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה השופטת דרורה פלפל, שופטת בית־המשפט המחוזי בתל־אביב־יפו, אשר התייחסה לשינויים המוצעים בקודקס לגבי דיני המכר. פלפל הסבירה כי הסדר המכר המצוי במסגרת הקודקס מהווה שילוב של ישן וחדש. ההסדר החדש מורכב לדעתה מכמה רבדים: הראשון, פרשנות של הסדר המכר לנוכח העובדה שהדין האזרחי עובר לקודקס מושלם – עובדה זו תחייב, לדעתה של פלפל, פרשנות לאור סעיפי ההגדרה והרמוניה פרשנית לגבי סעיפים שנמצאים בחלק הכללי, כגון הסכם ונוהג כמודל לפרשנות הסכם, תקופת התיישנות, תקנת השוק ופדיון ממכר שנרכש בתנאים של תקנת השוק. השני, שילוב תוצאות הגיוניות של סעיפי תום־לב במסגרת ההסדר – הדין הקיים אינו מציין כי מכר כולל גם אביזרים ורכיבים, בעוד סעיף 211 לקודקס מציין זאת במפורש. היה אפשר להגיע לאותה תוצאה על־ידי יישומן של הוראות תום־לב והדרך המקובלת. בסוגיית אי־התאמה מוזכרת אי־התאמה באריזה. הוראה זו

¹⁵⁸ פבלו לרנר "המתנה וההתחייבות החד־צדדית בקודקס הישראלי (הערות על מה שיש בו ועל מה שאין בו)" משפט ועסקים ד 273.

אינה מוזכרת בדין הקיים, אולם סעיף-הסל המופיע בסעיף 11 לחוק המכר, בצירוף הוראות תוס'הלב, מאפשר גם פרשנות כזו. השלישי, חידושים עצמאיים – הבחנה בין מכר מסוחר למכר מאדם פרטי בנושא של עמידה בתקן (סעיף 219 לקודקס) ובנושא של מכירה הטעונה רישיון או היתר (סעיף 224); ביטול ההבחנה בין אי-התאמה נסתר לגלויה, והעמדת תקופת הביטול על שנתיים בלבד, כשתקופת התיישנות כללית של ארבע שנים קבועה בחלק הכללי; ואפשרות להסתמך על אי-התאמה אף מבלי להודיע עליה למוכר בתוך פרק-זמן סביר ומבלי לתת לו הזדמנות סבירה לבדוק את הנכס, אם – ובאותה מידה שבה – אי-קיום הנטלים הללו לא פגע במוכר (סעיף 222(ב)). אפשרות אחרונה זו מהווה חידוש מהפכני לעומת הלכת סולונץ, אשר שוללת זאת על-פי הדין הקיים.¹⁵⁹

הדובר השני היה ד"ר פבלו לרנר מהמכללה האקדמית למשפטים ברמת-גן. לרנר דן בהרצאתו בפעולה החד-צדדית ובדיני המתנה בקודקס. לדעתו של לרנר, הכנת הצעה לקודקס בדיני ממונות מהווה הזדמנות טובה לדיון במרכיבי השונים של המשפט הפרטי בישראל. העיון בדיני המתנה מאפשר לדעתו התבוננות רחבה בשאלות-יסוד של דיני חוזים: היחס בין חד-צדדיות לבין דו-צדדיות, כוחה המחייב של ההסכמה ומשמעותה של ההסתמכות. נוסף על כך, האופן שבו המחוקק בוחר לעצב את דיני המתנה יכול להצביע לדעתו על הדרך שבה החברה הישראלית מתייחסת לערכים חשובים, כגון אלטרואיזם וסולידריות.

לרנר הסביר כי כמו בנושאים אחרים, גם בחוק המתנה הקודקס המוצע משמר את ההוראות הקיימות, אך בד בבד מוסיף הוראות חדשות. באשר לשאלה אם הקודקס יקרב את השיטה הישראלית לשיטות הקונטיננטליות, לפחות מבחינת דיני המתנה, ניתן למצוא בקודקס שינויים שמקובלים גם בקודקסים אחרים באירופה, אך באופן כללי גם דיני המתנה נותרו כשילוב של גישות. מכאן, לדעתו, חשיבותו של המחקר ההשוואתי ככלי-עזר לניתוח הפתרונות המוצעים. הקודקס המוצע מדגיש את ההיבט ההסכמי של המתנה. המתנה היא אכן פעולה משפטית דו-צדדית, אך היא נחשבת לחוזה חד-צדדי. הבחנה זו חשובה במיוחד לנוכח הכרתו המפורשת של המחוקק בפעולה החד-צדדית, לאמור, זו שאינה דורשת הסכמה של הצד האחר או הסתמכות עליו. לנוכח קביעתו המפורשת של הקודקס כי פעולה חד-צדדית משתכללת על-ידי קליטה, ראוי להבחין, לדעתו של לרנר, בין מצב זה לבין המצבים של חזקת הסכמה, שבהם השתיקה יכולה לשמש קיבול. חרף הדגש בהסכמה כבסיס למתנה, הקודקס המוצע שומר על ההבחנה בין מתנה ריאלית לבין התחייבות לתת מתנה, אם כי בנוסח החדש הוגדר טיב אחריותו של המתחייב בצורה ברורה יותר.

לרנר ציין שני חידושים שניתן לראות בנוסח המוצע: קביעת מסגרת אחריותו של המתחייב על בסיס התרשלותו, וקביעת הוראה מיוחדת באשר לפגמים בדבר המתנה (שעל הנותן להודיע עליהם למקבל בעת כריתת החוזה). הוראות אלה טעונות בדיקה, לדעתו, בעיקר משום שהן עשויות להשפיע על נפקות הסתמכותו של המקבל.

הטקסט המוצע בקודקס קובע את תחולתם של דיני המתנה על כל החוזים ללא תמורה, וכך שם קץ לוויכוח ששרר בקרב הדוקטרינה הישראלית. אף-על-פי-כן יש מקום לתהות,

159 ע"א 465/80 ש' סולונץ בע"מ נ' ה"תכוף" חרושת ברזל בע"מ ואח', פ"ד לח(3) 630.

לדעתו של לרנר, לגבי הצורך בהפיכת דיני המתנה למסגרת כללית של עסקת-חסד. בהקשר זה יש לבחון לדעתו את הקשר בין המתנה לבין פעולות ללא תמורה אחרות, כגון הקדש – מוסד שעובר אף הוא רפורמה מסוימת. הקודקס כולל אומנם פרק מיוחד בעניין הפעולה החד-צדדית, אך אין הוא מכיר בהתחייבות החד-צדדית. בשיטות משפט אחרות (כגון בגרמניה או באיטליה) ההבטחה לציבור (לאמור, הבטחת פרס באמצעות מודעה לציבור בעבור ביצוע מעשה מסוים) אינה מוכרת כחובה, אלא כהתחייבות חד-צדדית. לדעתו של לרנר יש לשקול אימוץ של מודל זה. לחלק מן השאלות המתעוררות בעקבות פרסום של הבטחה לציבור אין פתרון ברור במסגרת דיני החוזים המסורתיים, כגון בעיית החזרה מהבטחה לאחר פרסומה, או חלוקת הפרס המובטח כאשר כמה אנשים מבצעים את המשימה המבוקשת. מעבר למציאת פתרון לבעיות מעשיות, דיון בהתחייבות החד-צדדית יכול לעזור לנו, לדעתו של לרנר, להגדיר בצורה חדה יותר את גבולות ההסכמה ואת מקומה כביטוי לאוטונומיית הרצון.

הדובר השלישי היה עו"ד פנחס רובין, יושב-ראש ושותף בכיר במשרד עורכי-הדין גורניצקי ושות'. רובין דן בהרצאתו בחווי הקבלנות והשירותים, ועמד על הבחנות חשובות לגבי חוזים אלה. הראשונה היא שההבדל העיקרי והמהותי בין שני סוגי החוזים הללו הוא שבחווה קבלנות ההתחייבות היא תוצאתית – לאמור, הקבלן מתחייב להגיע לתוצאה מסוימת, ואם לא יעמוד בה, דינו הפרה – ואילו בחווה שירותים ההתחייבות הינה השתדלותית ולכן אין בו סנקציה של הפרה, זולת אם המשתדל לא עמד בציפיות הסבירות שמצפים ממנו, לאמור, לא השתדל מספיק או התרשל בהשתדלותו. תובנה זו נלמדת, לדעתו של רובין, לאו דווקא מלשון החוק, אלא דווקא מלשון השכל הישר. לכן יש לדעתו פער משמעותי בין שתי ההתחייבות הללו. ההבחנה השנייה היא שנוסחן של הוראות הקודקס הרלוונטיות הוא נוסח של סטנדרטים ועקרונות, ואין בו כמעט כללים. מטיבו של נוסח כזה מתקיימות בו עמימות וגמישות, המאפשרות לפרשן לאזן בין האינטרסים השונים. לעניין זה, שנקבע ככל הנראה במכוון על-ידי המחוקק, יש משנה חשיבות בחווי המלאכה והשירותים, שבהם מתקיים יחס מיוחד בין נותן השירות לבין מקבל השירות, יחס שיכול להיכנס גם לגדר הצירוף "חוזי יחס" – חוזים ארוכי-טווח, מוגברי תום-לב, בין ידען מצד אחד לבין ידען פחות מן הצד האחר, שניתן לקרוא לתוכם תנאי מכללא ואשר חופשיים יותר מחוזים קשיחים וחד-פעמיים, כגון חוזה מכר, שבו ההתקשרות החוזית מתחילה ומסתיימת על-פירוב בפעולה אחת של רכישת. ההבחנה השלישית היא שההוראות בנוגע לחוזים דגן הינן דיספוזיטביות, אך בנויות כך שאם לא יישללו באופן מפורש, הן עלולות לעמוד בתוקפן לצד ההוראות החוזיות וליצור מתח בין ההוראות הסטטוטוריות הלא-חוזיות לבין ההוראות החוזיות האחרות. אם מתח זה לא יגושר על-ידי הניסוח החוזי הנכון, יימצאו הצדדים בסיטואציה הטעונה פרשנות והוצאות ליטיגציה. ההבחנה הרביעית היא שייתכן בפועל שילוב בין חוזה קבלנות לבין חוזה שירותים – לדוגמה, קבלן בנייה המבצע את מלאכת הבנייה בד בבד עם הענקת שירותי אדריכלות. מצב זה בעייתי מאחר שההוראות של חוזה השירותים וההוראות של חוזה הקבלנות אינן זהות זו לזו. מתח זה לא נפתר על-ידי מנסחי הקודקס. עם זאת, הסביר רובין, נפתרה בעיית החוזים המעורבים המשלבים את מימד המכר ומימד הקבלנות, כמו במקרה של קבלן בנייה אשר לצד שירותי הבנייה מספק

גם את החומרים לבנייה. הקודקס קובע שבמקרה של חוזה "מעורב" ייקבע הדין על-פי מידת מרכזיותם של הממדים השונים בחוזה: אם מימד המכר הוא המרכזי, אזי הוא זה שיגבר, ואם מימד השירותים או מימד הקבלנות מרכזיים יותר, אזי הם אלה שיגברו. הדובר הרביעי היה פרופ' שלום לרנר מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר-אילן. לרנר דן בהיבטים המיוחדים של חוזה השכירות, ובחן באופן ביקורתי את השינויים המוצעים בהקשר זה בקודקס. לרנר ציין כי בדיני השכירות בקודקס אין מהפכות של ממש. אף שהשכירות היא פעולה שכיחה מאוד, החוק אינו מצטיין בפירוט רב. הסיבה לכך, לדעתו, היא שמגמת החקיקה בישראל היא להציב סטנדרטים, ולא לקבוע כללים מפורטים, וזאת בניגוד לקודקסים אחרים בעולם, שבהם יש פירוט רב בכל נושא כמעט וקיימים מאות תת-סעיפים בנושאים ספציפיים, כגון מכר, שכירות, שעבודים וכיוצא בהם. לרנר הסביר כי הקודקס יוצר ככלל הפרדה בין המרכיבים החוזיים לבין המרכיבים הקנייניים בפרקים השונים, אולם השכירות היא יצור-כלאיים שבו היסודות החוזיים והקנייניים מעורבים זה בזה. מערכת היחסים בין השוכר לבין המשכיר אינה מסתיימת עם מסירת המושכר לרשות השוכר, אלא מוטלים על המשכיר חיובים שונים כלפי השוכר (כגון תיקונים, שירותי שמירה וכיוצא בהם) גם לאחר מסירת החזקה בנכס לידי. במסגרת התיאוריה של דיני הקניין קיים אומנם עיסוק רב בשאלה אם השכירות היא קניינית או לא-קניינית, אך הלכה למעשה אין לסוגיה זו נפקות כיום, לדעתו של לרנר,¹⁶⁰ לנוכח סעיף 22 לחוק השכירות (שעיקרו נשמר בקודקס), אשר עוסק במפורש בשאלת העברות. היותה של זכות השכירות יצור-כלאיים בין חוזה לקניין באה לידי ביטוי, לדעתו של לרנר, גם במצבים של חדלות-פירעון. אם המשכיר הינו חדל-פירעון, אזי השוכר רשאי, בהיבט הקנייני, להמשיך להחזיק בנכס, אך בהיבט של החיובים – קבלת שירותים מהמשכיר – ייתכן שהנאמן בפשיטת-רגל יהיה רשאי לבטל חיובים אלה בטענה של נכס מכבד.

על הפן הקנייני של השכירות ניתן ללמוד, לדעתו של לרנר, בעיקר מסעיף 21 לחוק השכירות, אשר קובע כי אם המשכיר מכר את המושכר לאחר, אזי הרוכש עומד במקום המשכיר המקורי לכל ענייני החוזה. לרנר שאל אם פירוש הסעיף הוא שרוכש הנכס חייב גם בשירותי התחזוקה ובשירותים האחרים אף אם לא ידע עליהם. דעתו היא כי התשובה לכך חיובית. נוסחו של סעיף 21 לא היה אומנם בהיר, אך הנוסח החדש המוצע בסעיף 621 לקודקס בהיר יותר, ועל-פיו אם המשכיר הקנה את זכותו במושכר לאחר, יראו את הזכויות והחיובים של המשכיר על-פי חוזה השכירות ועל-פי דין כנמחים לרוכש, אף אם הלה לא ידע על קיומם. לרנר הסביר כי בכך ניתן לראות לדעתו את האחידות בין הפן הקנייני לבין פן החיובים של השכירות, ושניהם מוטלים על הרוכש החדש. קביעה זו רצויה, לדעתו של לרנר, מאחר שאם כבר מכר הבעלים המקורי (המשכיר) את הנכס לאחר, הוא אינו יכול עוד לקיים את חיובי השירותים שנטל על עצמו. לרנר המשיך והסביר כי מקור נוסף המעיד על קנייניותה של זכות השכירות הוא סעיף

160 ראו ע"א 208/51 א. הקר, ק.צ. טייכנר ו"אריזונה" בע"מ נ' שינה ברש ופרל לוסמן, פ"ד ח 566, שבו בחן השופט זילברג באריכות את הסוגיה הזו.

624(א) לקודקס, הקובע כי משהוקנתה זכות השכירות לשוכר, כוחה יפה כלפי כל אדם. זכותו של השוכר גוברת על זכותו של הרוכש, אולם רק אם כבר הגיעה השכירות לשלב הקנייני. אם שלב זה טרם הגיע, אזי אנו עוסקים למעשה בעסקות נוגדות. לכן, הסביר לרנר, חשוב מאוד להדגיש במפורש בחוק כי זכות השכירות יפה כלפי כל אדם רק אם התגבשה לכלל זכות קניין. דברי ההסבר לקודקס מוסיפים גם כי אי-אפשר להתנות על קנייניותה של זכות השכירות. בעניין זה, ציין לרנר, הפסיקה קובעת את ההפך. בעניין אלוני נקבע על-ידי השופט ברק כי ניתן להתנות על קנייניותה של זכות השכירות.¹⁶¹ לרנר ייחד את המשך הרצאתו לדיון בעניינים שלגביהם חסרה לדעתו התייחסות בקודקס. הראשון הוא הרישיון במקרקעין – הסדר שרצוי לסיימו, לדעתו, והקודקס מהווה הזדמנות טובה לכך. לרנר הסביר כי הרישיון במקרקעין, שהומצא בשנות החמישים, מהווה זכות שכירות אישית. כלומר, אדם מחזיק במקרקעין ומשתמש בהם בתמורה, אך זכותו הינה זכות אישית ביחס למקרקעין, ולא קניינית. הסיבה להיווצרות הרישיון במקרקעין היא חקיקה נוקשה בעבר שלפיה עסקה החייבת ברישום שלא נרשמה אינה תקפה, אפילו לא ברמה החוזית. חקיקה זו הובילה את הפסיקה בשנות החמישים והשישים להכיר במוסד זה. בית-המשפט ראה עצמו מחויב לא-אחת להיחלץ לעזרת הצדדים, ולפיכך קבע כי הצדדים לא התכוונו לעסקה, כי אם לרישיון אשר אינו צריך רישום, ובכך הציל את העסקה. שימוש נוסף במנגנון זה נעשה בהקשר של חוק הגנת הדייר. בעבר היו חלק גדול מהדירות כפופות לחוק הגנת הדייר, וכדי להימנע מתחולת החוק, קבעו כי החוק חל על שכירות אבל לא על רישיון. ממצבים כגון אלה בנה בית-המשפט את מוסד הרישיון. אולם כיום, טען לרנר, אף-על-פי שחוק השכירות הכיר הן בשכירות, הן בשאילה והן בזכות השימוש, השופטים מתקשים עדיין להיפרד ממוסד הרישיון, וקובעים בשנת 2004, בעניין אלוני, כי יש עדיין מקום למוסד הרישיון במקרקעין. בכל מקרה רצוי לדעתו להבהיר נקודה זו בקודקס כי היא אינה מובנת דייה. העניין השני שחסרה לגביו התייחסות בקודקס הוא מכר באשראי והמקבילה שלו – השכירות הפיננסית (הליסינג). לרנר ציין שחוק המכר קובע כי חובת המוכר למסור את הממכר וחובת הקונה לשלם את מחירו הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד בבד. בפועל, הסביר לרנר, אין כאלה עסקות, שכן רוב העסקות נעשות באשראי ונוצרות לפיכך בעיות רבות. לצערו, לא נעשה בקודקס מאמץ לכלול הסדר לגבי מכר באשראי. הסדר כאמור לא נקבע גם לגבי הליסינג, על-אף קיומן של אלפי עסקות שכירות שבהן יש שלושה צדדים – חברת ליסינג, ספק ושוכר – אשר היחס ביניהם מעלה שאלות רבות שלא מצאו פתרון בקודקס.

161 עניין אלוני, לעיל הערה 147, שם.

פרק ו: מושב שישי – דיני נזיקין

משתתפי המושב: פרופ' ציפורה כהן, פרופ' דניאל מור, עו"ד ארז קמיניץ

1. פתח־דבר

המושב השישי עסק בפרק דיני הנזיקין שבקודקס. ביתר פירוט, המושב עסק בבחינת השינויים שהקודקס מבקש לערוך בדיני הנזיקין, וכלל גם דיון באחריות המדינה ובאחריותו של עובד הציבור בנזיקין, וכן דיון בפרק דיני ההתיישנות, אשר רלוונטי גם לדיני הנזיקין אך גם לדינים נוספים, ואשר בו קיים בקודקס הסדר חדש ומקיף. בכרך זה של כתב־העת מופיע מאמרו של עו"ד ארז קמיניץ, "דיני ההתיישנות בקודקס האזרחי – שיקולים בקביעת ההסדרים החדשים ובפרשנותם", אשר נכתב בעקבות המושב והוצג במסגרתו.¹⁶² המאמר בוחן את ההסדרים המוצעים לתיקון חוק ההתיישנות מנקודת־מבט פרשנית המאפשרת הסתכלות רוחבית, תוך התייחסות לסביבה הנורמטיבית העתידית ומתן המלצה כללית באשר להפעלתם.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדוברת הראשונה הייתה פרופ' ציפורה כהן מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת בר־אילן. כהן דנה בהרצאתה בשינוי פניהם של דיני הנזיקין בקודקס – יצירתן של הוראות חדשות המעגנות מצב משפטי קיים ועריכת שינויים מהותיים בדיני הנזיקין. עיקר הרצאתה של כהן יוחד לביקורת על השינויים בנושא הטבת נזק. כהן הסבירה כי נושא זה חשוב מבחינה מעשית מאחר שכמעט בכל מקרה שבו נפסקים פיצויים עקב נזקי גוף מתעוררת בעיה של הטבת נזק.¹⁶³

ראשית, סעיף 557 לקודקס, הדרן בהמחאת זכות המיטיב, מגביל את סכום ההטבה הניתן לתביעה. החידוש בסעיף זה הוא שזכותו של הנפגע עוברת למיטיב בשיעור היחס שבין סכום הטבת הנזק לבין סכום הנזק כולו, מאחר שקיימת אפשרות שסכום הפיצוי שהנפגע זכאי לו לא יחפוף את נזקו. כהן ציינה כי מטרת ההגבלה אינה ברורה. אותו חלק מהנזק שנחשב נזק רחוק על־פי מבחנים של ריחוק הנזק אינו נחשב לנזק שהמוזיק אחראי לו ולכן

162 ארז קמיניץ "דיני ההתיישנות בקודקס האזרחי – שיקולים בקביעת ההסדרים החדשים ובפרשנותם" משפט ועסקים ד 339.

163 המונח "הטבת נזק" מוגדר בסעיף 556 לקודקס כדלקמן: "הטבת נזק היא הוצאות שהוצאו או שירות שניתן כדי לתקן נזק לגוף, למנוע מנפגע החמרתו של נזק או נזק נוסף או להקל מסבלו, לרבות תמיכה שניתנה לנפגע למחייתו ולמחיית בני ביתו שנצטרך לה עקב הנזק, וכן, אם נפטר הנפגע, תמיכה כאמור שניתנה לאדם הזכאי לפיצוי בשל כך מאת המפר."

אין להתחשב בו. נוסף על כך, קיימת בעיה מעשית לקבוע את הנזק שבית המשפט מתייחס אליו. כהן הסבירה כי מטרת החוק היא לעודד מיטיבים, ולכן די לדעתה שההטבה הייתה סבירה.

שנית, סכומים שהנפגע חייב להשיב למיטיב הוצאו מגדר הטבה. סעיף 560 לקודקס קובע כי סכומים שהנפגע חייב להשיב למיטיב לא ייחשבו הטבת נזק ולא יובאו בחשבון בקביעת הפיצויים. טענתה של כהן היא כי התוצאה של הוצאת סכומים אלה ממסגרת ההטבה היא שלא חל עליהם ההסדר המשפטי של הטבות ושאינן מפחיתים אותם מסכום הפיצויים. הבעיה היא שסעיף 491 לקודקס, הלקוח מחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, קובע כי אם היטיב אדם את מצבו של אחר, חייב אותו אחר מכוח הדין להשיב לו את שעשה בעבורו. אם הניזוק חייב תמיד להשיב למיטיב את ההטבה, ואם לפי סעיף 560 סכומים שהנפגע חייב להשיב למיטיב אינם בגדר הטבה, אזי יוצא מכך שביטלנו למעשה את כל נושא ההטבות. לדעתה של כהן, העובדה שהנפגע חייב להשיב למיטיב אינה צריכה להיות רלוונטית להטבת הנזק, וכי ההסדר צריך להישאר כפי שהוא בחוק כיום.

שלישית, סעיף 560(ב) קובע כי הסעיף יחול כפוף לאמור בפרק חוזה ביטוח. קביעה זו בעייתית, לדידה של כהן, מאחר שפרק חוזה ביטוח קובע בסעיף 406(א) כי "היתה למבוטח בשל מקרה הביטוח גם זכות פיצוי או שיפוי כלפי אדם שלישי, שלא מכוח חוזה ביטוח, עוברת זכות זו למבוטח מששילם למוטב תגמולי ביטוח וכשיעור התגמולים ששילם". הוראה זאת קובעת, הסבירה כהן, שאם אדם היה מבוטח וקיבל מחברת הביטוח שלו את דמי הביטוח, מתקיים מצב של תחלוף (סברוגציה), וזכות התביעה עוברת לחברת הביטוח. הפסיקה קבעה עד היום כי הסעיף חל לעניין נזקי רכוש, שלגביהם קיימת מדיניות שלפיה לא יקבל אדם פיצוי מעבר לנזק שנגרם לו, אולם לגבי נזקי גוף אין התחשבות בסכומים שהתקבלו עקב חוזה ביטוח, מאחר שבנזקי גוף אין עודף פיצוי כי אין גבול לנזק. תוצאת ההפניה בסעיף 560(ב) להחלתו של פרק חוזה הביטוח, לרבות סעיף 406(א), היא שאדם עם נזקי גוף לא יוכל לקבל גם תגמולי ביטוח וגם פיצויים. תוצאה זו אינה ראויה, לדעתה של כהן.

הדובר השני היה פרופ' דניאל מור מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל-אביב. נושא הרצאתו של מור היה אחריות המדינה ואחריותו של עובד הציבור. מור הסביר כי מאז ומעולם היה למדינת ישראל מעמד מועדף כנתבעת בדיני נזיקין. עד שנת 1952 הייתה למדינה חסינות מפני תביעות בנזיקין. עם חקיקת חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב-1952, בוטלה החסינות הגורפת הזאת, אולם נותרו על כנם איים של חסינות. כך, למשל, המדינה פטורה מאחריות בשל לשון-הרע. יתרה מזו, במשפט הפרטי בכלל ובדיני הנזיקין בפרט נכללו הוראות נוספות שבאו להיטיב עם המדינה, כגון סעיף 37א לפקודת הנזיקין – שבא להגן עליה, למשל, מפני תביעות של אנשים שנפגעו כתוצאה מתאונות מסוימות שאירעו בשטחים צבאיים – וסעיף 5 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל-דין), תשי"ח-1958, שמנע בהליך אזרחי קבלת סעד של ציווי כנגד המדינה. סעיף 5 האמור בוטל, אולם יתר ההסדרים שרירים וקיימים.

מור ציין כי הקודקס מבטל את החסינות שיש למדינה מפני תביעות לשון-הרע, אולם משאיר על כנו – לעיתים בשינויי נוסח – את ההוראות הנוהגות האחרות, לרבות ההסדר

הקבוע כיום בסעיף 37א הנזכר לעיל. עם זאת, אחריות המדינה תושפע משינויים שונים בדין המוצע בתזכיר. מעמדם של עובדי הציבור כנתבעים בתביעות נזיקין היה נחות ממעמד המדינה. מעולם לא הייתה להם חסינות גורפת, והיה אפשר לתובעם בכל מקרה שבו גרמו נזק ברשלנות, קל וחומר בזדון. עם זאת, הסביר מור, מעמדם היה טוב יותר ממעמדם של נתבעים אחרים, בין היתר בגלל עמדת הפסיקה בשנים הראשונות לאחר קום המדינה. למעשה, ניסוח לא-מוצלח של החקיקה יצר, לדעתו של מור, פער בלתי-סביר בין אחריות המדינה לאחריות עובדיה, שבעטיו ניתנה לעיתים הגנה למדינה מקום שעובדיה היו חשופים לאחריות. לזכותה של המדינה ייאמר כי היא עמדה מאחורי עובדיה, ולא נתנה להם להתמודד לבד באותם מקרים, אולם מצב-דברים זה לא היה יכול להימשך, ותיקוני חקיקה אכן פתרו בעיה זאת. גם הפסיקה בעשורים האחרונים סירבה לתת מעמד מיוחד לעובדי ציבור, ונסתה להשוות ככל האפשר בינם לבין נתבעים אחרים. הקודקס מציע להרחיב את חסינותם של עובדי המדינה ושל עובדי הרשויות הציבוריות. הרעיון המוצע הוא להקנות לעובד ציבור חסינות דיונית על מעשה שעשה תוך כדי עבודתו. הסדר זה אינו גורע, לדעתו של מור, מאחריותה של המדינה או של הרשות הציבורית, והיא אשר תפצה את הניזוק במקרה שבו עשה עובד ציבור עוולה.

הדובר השלישי היה עו"ד ארז קמיניץ ממחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי) במשרד המשפטים. נושא הרצאתו של קמיניץ היה שינויים בחוק ההתיישנות – דילמות בקביעת ההסדרים החדשים ופתרון. קמיניץ הסביר כי דיני ההתיישנות בישראל עוברים רפורמה מקיפה, המקודמת כעת במקביל בשני מישורים שונים: ראשית, בקודיפיקציה – החלק השישי בחוק דיני ממונות עוסק כולו בהתיישנות תביעות, ומציע תיקונים משמעותיים לדין הקיים; שנית, אותה הצעה עצמה הוצאה מהקודקס על-מנת שתעבור, תוך התאמות שונות, הליכי חקיקה במסגרתה של הצעת חוק נפרדת (הצעת חוק ההתיישנות, התשס"ד-2004). הצעה זו התקבלה על-ידי הכנסת בקריאה ראשונה, והיא מונחת לפתחה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לצורך הכנתה לקריאות השנייה והשלישית. קמיניץ סקר בהרצאתו את התיקונים המהותיים המוצעים, תוך התייחסות לשיקולים הערכיים שהובילו לניסוחם. קמיניץ ציין כי בבסיסם של דיני ההתיישנות מצויות התכליות הפנימיות של דיני ההתיישנות (טעמי ההתיישנות). עם זאת, בקביעת ההסדרים החדשים, ובוודאי בפרשנותם העתידית, יש מקום משמעותי לדעתו גם לתכליות החיצוניות לדיני ההתיישנות, הן התכליות של חוק דיני ממונות, המפורטות בסעיף 1 לחוק. הכללתו של חלק ההתיישנות בחוק דיני ממונות מחילה לדעתו באופן ישיר את התכליות הכלליות של החוק גם על דיני ההתיישנות, כך שלמעשה אי-אפשר עוד לראותן כתכליות חיצוניות בלבד.

פרק ז: מושב שביעי – דיני תרופות

משתתפי המושב: פרופ' מיגל דויטש, ד"ר אריה רייך, השופט גבריאל קלינג, ד"ר רונן אברהם

1. פתח־דבר

פרק התרופות בגין הפרת חיוב בקודקס מרפז את כלל התרופות העומדות לנפגע בשל הפרת חוזה או בשל ביצוע עוולה, תוך איחוד התרופות החוזיות והנזיקיות, מתוך מחשבה כי משעה שצמחה זכות לתרופות בשל הפרתו של חיוב, לזהותו של המקור המשפטי שהצמיח את הזכות לתרופה יש השפעה מוגבלת בלבד. עם זאת, מקום שקיימת הצדקה להבחנה בין תוכני ההסדרים שיחולו בחוזים לעומת אלה שיחולו בנזיקין, קבעו מנסחי הקודקס הסדרים פרטניים. נוסף על כך, פרק זה משנה את התרופות הקבועות בחוק התרופות ובפקודת הנזיקין, ומקבע בחקיקה הסדרים שהיו עד היום הלכה פסוקה ולא עוגנו בחקיקה, בעיקר בתחום הנזיקין.

מטרתו של מושב זה הייתה לבחון ולבקר שינויים מוצעים אלה, ובראשם איחוד התרופות החוזיות והנזיקיות, שאלת הפיצוי בגין "השנים האבודות" והסדרי הפיצויים המוסכמים. בכרך זה של כתב־העת מופיע מאמרו של ד"ר רונן אברהם, "על הסדרי הפיצויים המוסכמים בהצעת החקיקה האזרחית החדשה"¹⁶⁴. המאמר מציע מודל תיאורטי המסביר את התנאים שבהם צדדים לחוזה יסכימו על סעיף פיצויים מוסכמים מחייב (אקסקלוסיבי) או בִּרְרָתִי (אופציונלי). הטענה העיקרית במאמר היא כי הקוד האזרחי החדש, המשמר את הדין הישראלי הנוהג, הינו יעיל יותר בכך שהוא מניב רווחה כוללת גבוהה יותר לצדדים לחוזה.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' מיגל דויטש, החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, אוניברסיטת תל־אביב, אשר נושא הרצאתו היה עיקרי המגמות בדיני התרופות. דויטש סקר בהרצאתו את השינויים העיקריים בדיני התרופות שנעשו במסגרת הקודקס. השינוי הראשון הוא איחוד התרופות החוזיות והנזיקיות, בהתאם לתפיסה כי הפרת חוזה כמוה כעוולה במידה רבה. דויטש הסביר כי קיים דמיון בין הפרת חוזה לעוולה מאחר שבשניהם אדם מפר חובה מסוימת המוטלת עליו – פעם חובה קונקרטית מכוח חוזה ופעם חובה כללית להימנע מלפגוע באדם אחר מכוח נזיקין. השאלה היא כיצד אנחנו רוצים להגן

164 רונן אברהם "על הסדרי הפיצויים המוסכמים בהצעת החקיקה האזרחית החדשה" משפט ועסקים ד 389.

על הזכות המהותית שנפגעה כאן באמצעות דיני התרופות? ניתן לומר כי הפגיעה בזכות החזוית היא למעשה סוג של פגיעה בקניין, שגם העוולות הנזיקיות מגינות עליה. בהתאם, הקודקס מאחד את הנוסחה של הפיצוי החזוי והפיצוי הנזיקי לנוסחה פשוטה ואחידה, שלפיה הנפגע יושב למצב שבו היה נמצא אלמלא ההפרה, ובוה הקודקס מעמיד במקום הנכון, לדעתו של דויטש, את ההבחנה הקיימת בין פיצוי חיובי לפיצוי שלילי.

השינוי השני הוא פרישה רחבה של העיסוק בתרופות, כולל לגבי הפרת חיובים שבדין אשר אינם עולתיים. כלומר, מעבר לאיחוד התרופות החזויות והנזיקיות גם הורחב המוסד המאוחד להפרת חיובים לבר-נזיקיים שבדין. דויטש הציג כדוגמה את הסוגיה של חובת השבה של נכס בעקבות ביטול חוזה. במקרה של ביטול חוזה כדין עקב הפרת חוזה קמה חובת השבה. מה הן תרופותיו של הזכאי להשבה במקרה שבו החייב בהשבה אינו מקיים את חובתו? הסעד הראשי, הסביר דויטש, הוא סעד של אכיפת החיוב. אך בצד כך עולות שאלות אחרות של פיצוי בגין נזקי העיכוב בהשבה. לדעת דויטש, ראוי לזכות את הזכאי להשבה בגין העיכוב. לכן נקבע בקודקס כי הפרה של כל חיוב – חיוב חזוי או חיוב אחר שבדין, לרבות חיוב על-פי פסק-דין שלא קיים – יוצרת מסלול ישיר לתביעת פיצויים לרוחב כל חזית התרופות.

השינוי השלישי הוא זכות הבחירה בין תרופות. דויטש הסביר כי הקודקס קובע שלנפגע נתונה הזכות לבחור בין תרופות, וכי הסייג לזכות הבחירה הוא מניעת כפל סעד ומניעת ניגוד בין תרופות. לדוגמה, אי-אפשר כמובן לקבל גם סעד של אכיפה וגם סעד של ביטול. אין כאן חידוש לעומת הפסיקה, אבל יש כאן אמירה מסודרת לגבי זכות הבחירה.

השינוי הרביעי הוא סעד האכיפה – הגנה בעין. הקודקס יוצר חידוש משמעותי, הסביר דויטש, בהשתמשו במינוח משותף שכולל גם עוולה וגם הפרת חוזה. גם העוולה היא סוג של הפרה – הפרת החובה המהותית לא לעוול. הקודקס מקבע את האכיפה גם בנזיקין כסעד ראשי, כפוף לאותם סייגים הקיימים כיום בסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות):¹⁶⁵ חוסר צדק, שירות אישי וכיוצא בהם. דויטש ציין כי בעניין זה התנהל מאבק ניכר בוועדת הקודיפיקציה, אשר הביא לידי קביעת סייג שלפיו לא יינתן סעד של אכיפה אם הסעד נוגד את אופיו של החיוב. סייג זה יוצר פתח לצמצום מסוים בתפיסת האכיפה כסעד ראשי בתחום הנזיקי.

השינוי החמישי הוא מוחלטות ההגנה על חובות כספיים. דויטש הסביר כי אכיפת חיוב כוללת גם אכיפת התשלום של חוב כספי. הכוונה היא למצבים שבהם צד לחוזה קיים כבר את חלקו בחוזה, ולכן אין הצדקה – מטעמי צדק, למשל – למנוע את אכיפתו של החוב הכספי. הסייג לכך הוא שהביצוע שנעשה על-ידי הזכאי נעשה ללא התנגדות של הצד שכנגד, כלומר, כאשר אין אינטרס לגיטימי למקיים לכפות על האחר את הקיום בפועל. ההוראה בקודקס בעניין זה, ציין דויטש, נשענת על פסיקה ידועה בתחום

165 חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, ס"ח 16 (להלן: חוק החוזים (תרופות)).

החוזים - פסק-דין *White* באנגליה¹⁶⁶ ופסק-דין טכניקום בישראל¹⁶⁷. בעניין טכניקום נידונה השאלה עד כמה אדם זכאי לכפות על האחר יצירת חוב כאשר הוא מבצע משהו שהאחר כבר אינו מעוניין בו. מדובר, למשל, במצב שבו סוכם כי אדם ייתן שירות מסוים לאחר, ולפני ביצוע השירות האחר מודיע כי הוא אינו מעוניין בו או מפר את החוזה, אולם נותן השירות ממש כופה עליו את הביצוע כדי לקבל בפועל את הכסף, ולא פיצויים. האם נותן השירות זכאי לעשות כן? בקודקס קיימת הוראה בעניין זה, שנשענת על לגיטימיות הביצוע של הזכאי כתנאי לזכייה בחוב.

השינוי השישי הוא אכיפה בקירוב. סעד זה הוחדר לקודקס באופן מפורש. הוא קיים כידוע גם בפסיקה כיום, בעיקר מכוח עקרון תום-הלב, אבל בקודקס הוכנסה הוראה מסודרת בתחום זה.

השינוי השביעי סוגיית ההפרה הצפויה. גם בנושא זה אוחד הרכיב החוזי עם הנוזקי. בהקשר החוזי - אם צד עומד להפר חוזה ברמת ודאות גבוהה, אזי אין צורך לחכות לרגע ההפרה, וקמה זכות לסעדים באופן מיידי. בהקשר הנוזקי - אם מעשה נזיקין עתיד להתרחש ברמת ודאות גבוהה, קמה זכות לסעד באופן מיידי. דויטש ציין כי לצערו לא התקבלה ההצעה להבחין בין סעד הביטול לבין סעד האכיפה לפי רמת הודאות. הבחנה זו נכונה לדעתו מאחר שביטול חוזה מצריך רמת ודאות גבוהה של הפרה עתידית, שכן הוא יוצר צעד בלתי-הדיר הגורם לאובדן עסקה. אכיפה, לעומת זאת, היא סעד שממילא אמור להתקיים, אף אם במועד רחוק יותר, ולכן טעות במתן הסעד לא תגרום נזק רב.

השינוי השמיני הוא הסעד המרתיע, שהינו חלק מהמגמה לחזק את האפקטיביות של הסעדים. דויטש הסביר כי הסעד המרתיע מעניק לבית-המשפט שיקול-דעת בדבר האפשרות לתת צו כספי הנלווה לסעד האכיפה, במצבים שבהם ניתן צו נגד חייב וקיים חשש שסעד האכיפה לא יקיים. הסעד יופעל נגד מפר מועד - אדם שבית-המשפט מעריך ברמת ודאות סבירה כי הוא לא יקיים את הצו הקיים נגדו. הצו יכול להורות כי בגין כל יום איחור בביצוע הצו יהא המפר חייב לפצות את הנפגע בסכום נתון. לסעד המרתיע יש שני יתרונות על בזיון בית-המשפט: ראשית הפיצוי עובר לפרט, ולא לאוצר המדינה; שנית, אין צורך להמתין לקרות ההפרה - הסעד ניתן קודם להפרה, אף שהוא מותנה בהתקיימות הפרה בפועל, ולכן הוא אפקטיבי יותר. דויטש ציין כי דיני בזיון בית-המשפט הולכים ומתקרבים כיום לעמדה זו בפסיקה החדשה.¹⁶⁸

השינוי התשיעי הוא פיצויים עונשיים. מדובר בחידוש חקיקתי חשוב, הסביר דויטש, אשר קובע באופן מסודר, לרוחב כל המשפט האזרחי - חוזים, נזיקין וחייבים אחרים שבדין - את סמכותו של בית-המשפט לפסוק פיצוי עונשי. לדעתו של דויטש, העיקרון שבבסיס מתן פיצוי עונשי הוא עיקרון ראוי, אולם הסייגים שנקבעו הם חריפים מדי לטעמו.

166 *White & Carter (Councils) Ltd. v. McGregor* [1962] AC 413 (H.L.).

167 ע"א 638/70 איחוד בתי-ספר טכניקום - מדרשה טכנית, גימנסיה עיונית, הרמט-בית ספר לפקידות בע"מ, חיפה נ' מיכאל אדלר, פ"ד כה(2) 679 (להלן: עניין טכניקום).

168 ראו לדוגמה ע"פ 5177/03 מור נ' דנציגר, פ"ד נח(4) 184, שקבע אפשרות לתת קנס מיידי לגבי הפרה עתידית.

הקושי מצוי לדעתו בשתי נקודות. הנקודה האחת היא הגבלת הסמכות למתן פיצוי עונשי למצבים שבהם שעיקר מטרתו של המפר היא לפגוע בנפגע. דויטש הסביר כי בדרך-כלל ההנצחה העיקרית להפרה היא הסבת תועלת למפר, ולא דווקא פגיעה בנפגע, ולפיכך זהו צמצום יתר של סעד הפיצוי העונשי, אשר ימנע לדעתו הפעלה משמעותית שלו. סעד זה צריך אומנם שיופעל בזהירות, אבל לא בנדידות, כפי שיקרה כתוצאה מנוסח זה. הנקודה האחרת היא הגבלת התקרה לסך 100,000 ש"ח. לדעתו של דויטש לא ראוי לקבוע תקרה אחידה, כי דינה של הפרת פטנט ששווה מיליארדים אינו כדינה של הפרת חוזה בדבר שולי.

השינוי העשירי הוא אימוץ מוסד האשם התורם בדיני חוזים. מוסד זה נקלט על-ידי הפסיקה בשנים האחרונות, וכעת הוא ייהפך לסעד חקוק מסודר. דויטש העיר הערה כללית לעניין הנושא של קליטה חקיקתית של עקרונות פסיקטיים. לדעתו, קיימת משמעות לאימוץ חקיקתי של כלל פסוק, משום שבקביעת כלל חקוק המחוקק נאלץ להיות מזוהך בלשונו ולקבוע הוראה נורמטיבית מְצוּוה חדה שחייבת להיות מדויקת מאוד ואשר יש בה בהכרח אימוץ של ניואנס כזה או אחר שאינו בהכרח כוונת הפסיקה.

השינוי האחד-עשר הוא אימוץ הסעד של השעיית חיובים, דהיינו, אם אדם זכאי על-פי חוזה, והצד האחר הפר את החוזה הפרה יסודית, אזי מוקנית לו, לפי ההצעה בקודקס, זכות להשעות את החיוב הנגדי שמוטל עליו. דויטש הסביר כי סעד זה חשוב מאוד ברמה המעשית, משום שבלעדיו אותו אדם חייב לבחור בין ביטול לבין קיום, ואם הוא מחליט לקיים, הוא נדרש גם לקיים את חיוביו שלו אף שהצד האחר לא קיים את חיוביו.

הדובר השני היה ד"ר אריה רייך מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת בריאלי. נושא הרצאתו של רייך היה "השנים האבודות" – שנות החיים שנשללו מאדם בשל מעשה נזיקין שקיצר את ימיו, שבהן ממילא לא יוכל להשתכר לפרנסתו ולפרנסת בני משפחתו. שופטים ומלומדים נחלקו בשאלה אם מן הראוי לפצות אותו (או את עזבונו) על הפסד זה במסגרת הפיצויים שנפסקים לו. רייך הסביר כי למן שנות השמונים שלטה בישראל הלכת עזבון גבריאלי, שלפיה אין פוסקים פיצויים על הפסד ההשתכרות בשנים האבודות,¹⁶⁹ ואילו לאחרונה נהפכה ההלכה בפרשת אטינגר.¹⁷⁰ שתי הפסיקות כאחת לא הבחינו, לטענתו של רייך, בין תביעת הנזיקין החי לבין תביעת עזבונו של הנזיקין, אשר נפטר לפני מיצוי תביעתו. מנסחי הקודקס האזרחי מציעים מעין פשרה בין שתי פסיקות סותרות אלה, שלפיה תוכר רק התביעה של הנזיקין החי על הפסד השנים האבודות, ואילו תביעת העזבון לא תוכר. מטרת הרצאתו של רייך הייתה לבחון, לאור שיקולי המדיניות המרכזיים של דיני הנזיקין, אם פשרה זו ראויה.

טענתו של רייך הייתה כי פסיקת פיצויים על השנים האבודות כאשר הנזיקין עצמו נפטר אינה מוצדקת על-פי רובם המכריע של שיקולי המדיניות הללו, במיוחד לא במציאות המודרנית, שבה רוב חיובי הפיצויים משולמים לא על-ידי המזיק עצמו, כי אם על-ידי

169 ע"א 295/81 עזבון המנוחה שרון גבריאלי נ' גבריאלי, פ"ד לו(4) 533.

170 ע"א 140/00 עזבון המנוח מיכאל אטינגר ז"ל נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי

בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486.

חברת ביטוח או מפזר נזק אחר. לעומת זאת, פסיקת פיצויים כאשר הנזוק עדיין חי ניתנת להצדקה, בעיקר כדי לא לפגוע באלה התלויים בניזוק (כגון בן-זוג וילדיו). מבחינה זו, הפשרה של הקודקס היא פשרה ראויה. אולם לטענתו של רייך, דאגה לתלויים באמצעות פסיקת פיצויים לניזוק החי היא דרך עקומה לתיקון העוול שנוצר על-ידי הלכת גבריאל, והיא גם גורמת לעיוותים שונים. על-כן, משבא המחוקק סוף-סוף לטפל בסוגיה זו, היה עדיף אילו יצר הסדר נכון ומדויק יותר, שעל-פיו יוכלו התלויים, בניגוד למוצע כעת בסעיף 546 להצעת חוק דיני הממונות, לקבל פיצוי מלא על ההפסד שנגרם להם, אף אם המפרנס שלהם כבר קיבל – או עומד לקבל – פיצוי על הנזק שנגרם לו.

הדובר השלישי היה ד"ר גבריאל קלינג, שופט בית-המשפט המחוזי בדימוס. קלינג טען בראשית דבריו כי פקודת הנזיקין דלה ביותר בהוראות המסדירות את הפיצויים. לכן היה אפשר לצפות לדעתו שהקודקס יגשר על הפער על-ידי קביעת הוראות מפורטות שיִשבו סוגיות שהושארו פתוחות בבתי-המשפט. עם זאת, לצערו, רק עניינים מעטים מוסדרים בקודקס בצורה שתכתיב פתרון. מעבר לכך העיר קלינג הערות-ביקורת אחדות בנוגע לשינויים המוצעים בקודקס.

הערתו הראשונה התייחסה להצעה המובאת בקודקס לאיחוד ההוראות בחוזים ובנזיקין לעניין הזכות לאכיפה. קלינג טען כי הנחת-המוצא של מנסחי הקודקס היא שכיום עוצמת האכיפה בדיני הנזיקין פחותה מזו שבדיני החוזים. הנחה זו באשר לדין הקיים בנזיקין שנויה לדעתו במחלוקת, ולכן עצם הצגתה בצורה נחרצת בקודקס עלולה להשליך לאלתר על דרכם של בתי-המשפט. כיום, הסביר קלינג, האכיפה בדיני החוזים היא סעד ראשי, כפוף לתנאים בסעיף 3 לחוק החוזים (תרופות), ואילו בדיני הנזיקין האכיפה היא תרופה משנית לכאורה. אולם לדעתו של קלינג, האכיפה כיום בדיני הנזיקין היא תרופה ראשית מכיוון שסעיפים 71, 73 ו-74 לפקודת הנזיקין,¹⁷¹ העוסקים בתרופת האכיפה, קודמים לסעיף 76, שהינו הסעיף היחיד העוסק בפיצויים בפקודת הנזיקין, ואשר למעשה, לדעתו, אינו אומר דבר כמעט. קלינג טען כי על פירושו של סעיף 74 ניתן ללמוד מדברי הנשיא שמגר בעניין אתא,¹⁷² שלפיהם הסעיף מצווה על בית-המשפט לתת את התרופה של אכיפה אלא אם כן התקיימו במצטבר ארבעה תנאים, ללא שום שיקול אחר – כלכלי או ציבורי. אומנם, הסביר קלינג, לבית-המשפט יש תמיד שיקול-דעת לגבי נתינת הסעד,¹⁷³ אך אין בכך, לדעתו, משום ביטול של ההלכה המנחה שנקבעה בעניין אתא.

הערתו השנייה התייחסה לעניין איחוד ההוראות בדיני הנזיקין ובדיני החוזים לעניין הפיצויים. לדעתו של קלינג, היה ראוי לאחד את הוראות הפיצויים. קלינג ציין כי שנים

171 לעיל הערה 144, שם.

172 עניין אתא, לעיל הערה 143, שם.

173 ראו ע"א 214/89 אבנרי נ' אברהם שפירא, פ"ד מג(3) 840, 855, שבו קבע הנשיא ברק כי לבית-המשפט יש תמיד שיקול-דעת באשר למתן הצו: "סעיפים 73 ו-74 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] קובעים, באילו נסיבות לא יינתן הציווי, אך אין הם קובעים אימתי יינתן הציווי. הוראות הפקודה בעניין הציווי אינן מהוות רשימה סגורה של שיקולים. ניתן לשקול, בנוסף על מידת הנזק הצפוי, גם שיקולים כגון מידת הפגיעה בנתבע, אם יינתן הצו, והתנהגות הצדדים."

רבות התקיים דיון בשאלה אם המבחן שבסעיף 76 לפקודת הנויקין הינו מבחן הישירות או מבחן הצפיות.¹⁷⁴ עד היום לא הובהר עניין זה די הצורך, לדעתו, ומצער שההודמנות הוחמצה שוב. סעיפי הקודקס חוזרים על אותם ביטויים עמומים שהובאו בפסיקה לגבי סעיף 76 לפקודת הנויקין, שעל גבו העמום נבנו הלכות רבות בנושאים כגון הקטנת הנזק, היוון וכיוצא באלה. בעניין זה הסביר קלינג כי נושאים רבים נותרו עדיין פתוחים, מטבע הדברים, מכיוון שכאשר כותבים פסקי-דין, נותרים קצוות פתוחים. עם זאת, הוחלט בוועדת הקודיפיקציה להשאיר נושאים אלה להכרעתם של בתי-המשפט. דעתו של קלינג היא כי החלטה זו בטעות יסודה, מאחר שבתי-המשפט הוא המקום הגרוע ביותר לדעתו לעסוק בשאלות אלה, שהינן שאלות ערכיות שצריכות להיפתר בחקיקה. קלינג טען בהקשר זה כי עמימות החוק בעייתית מכיוון שהיא מונעת אפשרות להתפשר, והפשרות הן הדרך היחידה לדעתו להתמודד עם העומס הקיים בבתי-המשפט. חוק חד וברור יאפשר לבתי-המשפט לתת מענה לאלפי התיקים המגיעים לשערי בגלל אותה עמימות. החוק העמום מאפשר אומנם עשיית צדק במקרים ספורים, אך זאת על-חשבון מאות תיקים בעניינים פשוטים יחסית – אם לא אלפים – שמחכים בתור. לכן, עם כל הכבוד לקודקס, טען קלינג, יש לקבוע חוק ברור שיהווה חסם לעורכי-דין מלהגיע לשערי בתי-המשפט בכל אותם מקרים שבהם הם ידעו מראש את תוצאת המשפט.

הדובר הרביעי היה ד"ר רונן אברהם מ-Northwestern University School of Law, אשר דן בהסדרי הפיצויים המוסכמים בקודקס. אברהם הסביר כי הקודקס אינו משנה את הדוקטרינה הקיימת בנושא של חוזים מרובי-סעדים. מטרת הרצאתו של אברהם הייתה לנסות לנתח חוזים מרובי-סעדים מנקודת-המבט של משפט וכלכלה. הרצאתו התמקדה במיוחד בבחינת התנאים והמקרים שבהם חוזה המעניק לצד הנפגע מהפרת החוזה את האפשרות לבחור מבין כמה סעדים אפשריים עדיף על חוזה שבו קיים סעד בלעדי, קרי, חוזה שמקבע את הסעד מלכתחילה (*ex ante*). אברהם הראה כי יחסי-הגומלין של חלוקת הערך בין הצדדים הם אשר צריכים לקבוע אם החוזה מספק סעד מחייב (אקסקלוסיבי) או בִּרְרָתִי (אופציונלי). אברהם ציין כי הניתוח שערך מאפשר לעורכי-הדין לדעת מהם הגורמים הכלכליים הרלוונטיים שעליהם להביא בחשבון בעת קבלת החלטה מהו התמחיל המיטבי של סעדים בהקשר נתון. יתר על כן, ניתוח זה רלוונטי גם לבתי-המשפט בבואם לפרש חוזים שלשונם אינה ברורה, מאחר שהניתוח יסייע להם להבין טוב יותר אם צדדים רציונליים היו מסכימים בדיעבד שסעד ספציפי יהיה מחייב או בִּרְרָתִי.

174 ראו דנ"א 7794/98 משה רביד נ' דניס קליפורד, פ"ד נז(4) 721; ד"נ 12/63 ליאון נ' רינגר, פ"ד יח(4) 701.

פרק ח: מושב שמיני – הקודקס הישראלי ונקודת-המבט של האיחוד האירופי

משתתפי המושב: ד"ר גיא הרפז, ד"ר נלי מונין, ד"ר איריס קנאור

1. פתח-דבר

מטרתו של מושב זה הייתה לבחון תהליכים מקבילים בדין האיחוד האירופי כדי לנסות להפיק לקחים הראויים להילמד מתהליכים אלה לגבי הדין הישראלי. הבחירה באיחוד האירופי נבעה משני טעמים נפרדים: ראשית, ארצות-הברית מרכזת אומנם עניין רב בקרב משפטנים ישראלים, אולם יש לזכור כי מבחינות רבות יש לישראל זיקות מהותיות עמוקות יותר לאירופה – אירופה היא שותף הסחר המרכזי של ישראל, אלה מדינות המערב הקרובות ביותר לישראל מבחינה גיאוגרפית, וקיימת כמובן זיקה תרבותית והיסטורית עמוקה בין ישראל לאירופה; שנית, ברוב מדינות אירופה כבר קיימת אומנם תרבות קודיפיקטיבית זה כאלף שנה, אולם עם הקמת האיחוד האירופי החלו עשרים וחמש חברות האיחוד להתמודד עם השאלה אם לעבור לשיטה קודיפיקטיבית כוללת, וחלק מן המדינות – שבהן חל המשפט המקובל (אנגליה ואירלנד) – מתמודדות עם ההשלכות האפשריות של החלת שיטה קודיפיקטיבית מקיפה במשפטן.

בכרך זה של כתב-העת מופיעים מאמרו של ד"ר גיא הרפז, "מדיניות השכנות האירופית של האיחוד האירופי והשפעותיה האפשריות על תבנית הנוף המשפטית, הכלכלית, החברתית והפוליטית של מדינת-ישראל",¹⁷⁵ מאמרה של ד"ר נלי מונין, "אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי – מדוע וכיצד?",¹⁷⁶ ומאמרה של ד"ר איריס קנאור, "על משפט ותרבות: תהליך הקודיפיקציה בשיטת המשפט הישראלית ובאיחוד האירופי – לקחים הדדיים",¹⁷⁷ אשר נכתבו כולם בעקבות מושב זה.

מאמרו של ד"ר הרפז מבקש לבחון את השפעותיה האפשריות של מדיניות השכנות האירופית על תבנית הנוף המשפטית, הכלכלית, החברתית והפוליטית של מדינת-ישראל, אזוריה וכלכלתה. מדיניות זו משקפת את כוונת האיחוד האירופי לפתח יחסים אמיצים יותר בינו לבין שכנותיו, ובכלל זה מדינת-ישראל, אשר אינן צפויות לעת עתה להצטרף אליו כחברות. מטרת התוכנית, מנקודת-מבטו של האיחוד האירופי, היא לחלוק עם

175 גיא הרפז "מדיניות השכנות האירופית של האיחוד האירופי והשפעותיה האפשריות על תבנית הנוף המשפטית, הכלכלית, החברתית והפוליטית של מדינת-ישראל" משפט ועסקים ד (תשס"ו) 431.

176 נלי מונין "אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי – מדוע וכיצד?" משפט ועסקים ד (תשס"ו) 465.

177 איריס קנאור "על משפט ותרבות: תהליך הקודיפיקציה בשיטת המשפט הישראלית ובאיחוד האירופי – לקחים הדדיים" משפט ועסקים ד (תשס"ו) 499.

שכנותיו באירופה ובאגן הים התיכון את היתרונות הכלכליים והאחרים הגלומים בפרויקט האינטגרציה האירופית, ובכך לתרום ליציבות, לביטחון ולשגשוג הכלכלי באיחוד האירופי ובסביבותיו.

מאמרה של ד"ר מונין בוחן את האפשרות ליצירת אזור סחר חופשי בשירותים בין ישראל לבין האיחוד האירופי, את משמעויותיה המשפטיות ואת השלכותיה. המאמר סוקר את עקרונות האינטגרציה הכלכלית ואת משמעותה בכל הנוגע לשירותים. כמקרה-מבחן, המשקף את הבעייתיות שבנקיטת צעד זה, המאמר בוחן את תחום השירותים הפיננסיים, תוך התמקדות בתחום הביטוח.

מאמרה של ד"ר קנאור בוחן את האפשרות להסיק מסקנות הדדיות מתהליכי הקודיפיקציה המקבילים באיחוד האירופי. הוא חושף את השאלות הבסיסיות המרכזיות ששתי שיטות המשפט מתמודדות עימן – בדבר הצורך (והסמכות) ביצירת קודקס מלכתחילה, האופן המיטבי לעריכת קודיפיקציה והשפעת הקודיפיקציה על התרבות המשפטית הרווחת – ומנתח את התשובות השונות האפשריות לשאלות אלה. המסקנה המוצגת במאמר זה היא כי בגבולות מסוימים ניתן אומנם להסיק לקחים משותפים, ולצפות להפריה הדדית בין שתי שיטות המשפט ולקירוב תרבותי, אך מעבר לגבולות אלה, השונות הבסיסית בין שיטת משפט יוניטרית ריבונית לבין שיטת משפט קהילתית על-לאומית הינה כה מהותית, שיש בה כדי לעמעם את לקחי ההשוואה.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה ד"ר גיא הרפז מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. הרפז דן בהרצאתו במדיניות השכנות הטובה של האיחוד האירופי ובהשפעתה על מדינת-ישראל. הרפז ציין כי לאחרונה השיקה נציבות הקהילה האירופית את יוזמת Wider Europe. היוזמה משקפת את כוונת האיחוד האירופי לפתח יחסים אמיצים יותר בין האיחוד האירופי – על עשרים וחמש חברותיו וכן המדינות שהוסכם על הצטרפותן העתידית לאיחוד האירופי ומדינות אחרות שסוגיית צירופן טרם הוכרעה – לבין שאר המדינות השכנות של האיחוד האירופי, וביניהן מדינת-ישראל, אשר אינן צפויות, ולו בטווח הבינוני, להצטרף כחברות באיחוד האירופי. הרפז הסביר כי מטרת היוזמה היא לחלוק עם שכנותיו של האיחוד האירופי באירופה ובאגן הים התיכון את היתרונות הכלכליים והאחרים הגלומים באיחוד האירופי, ובכך לתרום ליציבות, לביטחון ולשגשוג הכלכלי באיחוד ובפריפריה שלו. במסגרת היחסים המוצעים לשכנותיו של האיחוד יקדמו הצדדים אינטגרציה ופיתוח כלכלי וחברתי, יפעלו יחדיו בתחומים שיש להם עניין משותף בהם, דוגמת איכות הסביבה, בריאות הציבור ופשיעה מאורגנת, יבטיחו מעברי גבול יעילים ובטוחים, ויקדמו פעילויות מקומיות משותפות בין אוכלוסיות. יחסים מיוחדים אלה יושתתו על מחויבות הדדית לערכיו הבסיסיים של האיחוד האירופי (שלטון החוק, מנהל תקין, הגנה על זכויות אדם), על קידום יחסי שכנות טובים ועל העקרונות של כלכלת שוק, פיתוח ברי-קיימא וצמצום העוני. יוזמה זו של נציבות הקהילה האירופית קרויה כיום "מדיניות השכנות הטובה" (European Neighborhood

(Policy). הנחת המוצא היא כי הצדדים יישמו בהצלחה את המדיניות, ובהתבסס על הנחה זו ביקש הרפו לבחון את השפעותיה האפשריות של מדיניות זו על תבנית הנוף המשפטית הכלכלית-החברתית-הפוליטית של מדינת ישראל, ועל מערכת היחסים שלה עם האיחוד האירופי ועם ארצות הברית.

הדוברת השניה הייתה ד"ר נלי מונין, מרצה מן החוץ בבית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה. מונין דנה בנושא של אזור סחר חופשי בשירותים. היא ציינה כי בשנת 1975 חתמו ישראל והאיחוד האירופי על הסכם אזור סחר חופשי, שהתחיל את תהליך האינטגרציה הכלכלית ביניהם. במסגרת תהליך זה הוקמו מנגנונים משפטיים להפחתת חסמי הסחר בין המדינות, שהתבטאו, בין היתר, במכסים ובהגבלות שוות-ערך למכס, כגון מכסות ומיסים המפלים לרעה את הייבוא לעומת הייצור המקומי הדומה. האינטגרציה הכלכלית בין ישראל לבין האיחוד התקדמה מכוח הסכם זה עד שנת 1995, אז נחתם הסכם האסוציאציה בין ישראל לבין האיחוד, שאושרר ונכנס לתוקפו בשנת 2000. הסכם האסוציאציה שיקף, לדעתה של מונין, קפיצת-מדרגה קונספטואלית בדרגת האינטגרציה שהצדדים שואפים אליה: מיצירת אזור סחר חופשי, דהיינו הסרת הגבלות מכסיות ושוות-ערך להן על הסחר (מטרה שבה התמקד ההסכם משנת 1975), להגברת שיתוף-הפעולה הכלכלי בשורה של תחומים, כגון מדע, איכות הסביבה, דיני תחרות, קניין רוחני, רכישות ממשלתיות ועוד.

בשנת 2003, כאשר האיחוד האירופי כבר עמד בסיום ההכנות לקראת תהליך הרחבתו מחמש-עשרה לעשרים וחמש מדינות, הגו קברניטיו את רעיון השכנות האירופי (European Neighbouring Policy – ENP). רעיון זה נועד לאפשר לאיחוד האירופי לשדר גישה חיובית – כמו-גם לייצא את הרעיונות העומדים בבסיסו – אל השכנות החדשות, דהיינו, אל המדינות שנהפכו לשכנותיו בעקבות תהליך ההרחבה, ביניהן רוסיה, אוקראינה ואף מדינות אגן הים התיכון השותפות בתהליך ברצלונה, כגון ישראל, ירדן ומרוקו. מונין הסבירה כי תוכנית ENP חווה בעתיד אפשרות של התקשרות בהסכמים חדשים, מתקדמים יותר, בין האיחוד האירופי וישראל. אולם מאחר שכריתת הסכם חדש בין ישראל לבין עשרים וחמש מדינות האיחוד היא מהלך מורכב אשר יארך זמן רב, ולנוכח רצון הצדדים להתקדם בתהליך כבר עתה, סוכם בין הצדדים כי לעת עתה הבסיס המשפטי למימוש התוכנית יהיה הסכם האסוציאציה בין ישראל והאיחוד. מכאן שכל התקדמות מוכתבת על-ידי מילות הסכם זה, ומוגבלת על-ידי היקפן, והיא בגדר הסכמה בדרג המקצועי לגבי יישום הוראה בהסכם האסוציאציה. התקדמות בדרך זו תאפשר, עד שלב מסוים, עקיפה של מנגנון קבלת ההחלטות המורכב ובעל ההקשרים הפוליטיים של האיחוד האירופי.

על רקע זה בחנה מונין בהרצאתה את הקשר שבין אינטגרציה כלכלית לקירוב דינים, את התחומים שתוכנית הפעולה ליישום רעיון ה-ENP מונה כתחומים פוטנציאליים ליישום, את אופן יישומו של התהליך ואת השיקולים שצריכים ללוותו. נוסף על כך התמקדה מונין בתחום מרכזי לדעתה שתהליך האינטגרציה בו עשוי להיות כרוך במהלך של קירוב דינים – הסחר בשירותים; והמחשה זאת לגבי מגזר שירותים מרכזי – השירותים הפיננסיים, אשר זכו בהתייחסות נפרדת במסגרת התוכנית. כמו-כן בחנה מונין את האפשרות המעשית

לקירוב דינים במגזר הביטוח, תוך השוואה בין הדין האירופי לבין חוק הפיקוח על עסקי ביטוח, התשמ"א-1981, והצעת חוק דיני ממונות.

הדוברת השלישית הייתה ד"ר איריס קנאור מהמסלול האקדמי במכללה למנהל. קנאור ציינה כי במבט ראשון דומה כי שיטת המשפט הישראלית יכולה להפיק לקחים רבים מהתבוננות על השיח המתנהל סביב תהליך יצירתו של קוד אזרחי אירופי. ברקע הדברים הזכירה קנאור כי מדובר בשתי שיטות משפט צעירות יחסית, שבהן זכויות האדם אינן מעוגנות בחוקה, ואשר עוברות תהליך קונסטитуציונליזציה. לעניין תהליך הקודיפיקציה האזרחי באופן ספציפי, דומה כי בשתי שיטות המשפט יעסקו בשאלה מהו המנגנון האידיאלי למציאת מכנה משותף שסביבו תוכל הקודיפיקציה להתכנס. שתיהן יתמודדו עם השאלה באיזה אופן יתחמו התרבות המשפטית בכלל ושיטת המשפט בפרט את חשיבותו של תהליך יצירת הקודקס, אילו גבולות יציבו גורמים אלה לאופיו של הקודקס, ומהי הדרך הטובה ביותר להתגבר על מכשול "ה-DNA התרבותי" שלהן. שתי השיטות יעסקו בשאלות בדבר אופן השימוש הראוי בכלים מהמשפט ההשוואתי לצורך יצירתו של משפט פרטי חדש, וכן בשאלת השתלבותו של הקודקס האזרחי בתהליך הגלובליזציה העובר על העולם כולו.

אולם במבט שני דומה כי הלקחים ששיטת המשפט הישראלית יכולה להפיק מהתבוננות על השיח המתנהל סביב תהליך יצירתו של קוד אזרחי אירופי הינם מוגבלים. במימד הפוליטי, שיטת המשפט הישראלית הינה שיטת משפט של מדינה ריבונית יוניטרית, ואילו שיטת המשפט של האיחוד האירופי הינה שיטת משפט על-לאומית. במימד הזמן, שיטת המשפט הישראלית מצויה בסופו של התהליך, לאחר שכבר נוסחה טיוטת קודקס, ואילו האירופים שרויים למעשה בעיצומו של המהלך, ולכן מתלבטים בשאלות מקדמיות, כגון אם יש בכלל מקום ליצור קודקס אזרחי, שאלת הסמכות לחוקקו ושאלת לגיטימיות החקיקה. בעוד שיטת המשפט הישראלית נפנית לסוגיית דרכי הפרשנות הראויים של הקודקס והתפקיד המיועד של בתי-המשפט, האירופים טרודים עדיין בבעיית ניסוחו של Jus Commune Europaeum ובאופן שילובן של שיטות משפט עצמאיות שונות.

פרק ט: מושב תשיעי – הקודקס האזרחי בראייה בין-תחומית

משתתפי המושב: פרופ' אלון הראל, ד"ר שולמית אלמוג, ד"ר אביעד הכהן

1. פתח-דבר

במושב התשיעי בחרנו להרחיב את היריעה ולהתבונן על הצעת הקודקס מנקודת-מבט רחבה יותר. אם רוב הדיון במושבים הקודמים הוקדש לדיון פנימי במשפט הפוזיטיבי, במושב זה ניסינו לבחון את החקיקה המוצעת במבט חיצוני: הן מהפן הפילוסופי של תורת

המשפט, תוך בחינה של עקרון הקוהרנטיות, המוצג בקודקס כאחת מתכליותיו המהותיות; הן מנקודת המבט של המשפט העברי, המגלם ניסיון ופרספקטיבה אינסופיים במונחים של המשפט הישראלי; והן מהפן הטכני לכאורה של השפה, שהתברר כבעל היבטים מהותיים בצמצום אי-השוויון המגדרי הקיים, כך נטען, בקודקס.

בכרך זה של כתב-העת מופיע מאמרה של ד"ר שולמית אלמוג, "קודיפיקציה עברית: שפת המשפט ושפת השוויון"¹⁷⁸, אשר נכתב בעקבות מושב זה. הטענה העומדת בבסיסו של המאמר היא כי הצעת חוק דיני ממונות מנוסחת בלשון רוויה מטען מגדרי. הבחירה בלשון זכר כמסמן כללי אינה נכונה ואינה ראויה, ומהווה בחירה בעלת השלכות שליליות הן מבחינה מעשית והן מבחינה רעיונית. מטרת המאמר היא להצביע על אפשרויות לשוניות אחדות שיש בכוחן לתת מענה לבעייתיות זו, ולעצב מחדש באחת לשון חקיקה שתיתן ביטוי לערך השוויון המגדרי.

2. תמצית דברי המשתתפים במושב

הדובר הראשון היה פרופ' אלון הראל מהפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. מטרת הרצאתו של הראל הייתה לבחון אם קוהרנטיות היא ערך, ואם הדרך הטובה ביותר להבטיח קוהרנטיות היא לגבש קודקס אורחי. טענתו של הראל היא כי קוהרנטיות אינה ערך העומד בפני עצמו.

הראל פתח את הרצאתו בשאלה הבסיסית מהי קוהרנטיות ואם היא ראויה. הוא ציין כי בדברי ההסבר לקודקס כתבו מעצבי החוק כי אחד מיתרונות הקודקס הוא שיפור הוודאות המשפטית באמצעות הבטחת קוהרנטיות.¹⁷⁹ טענתו של הראל היא כי לא ברור כלל שטקסט "קוהרנטי" פוגע פחות בוודאות המשפטית מאשר טקסט לא-קוהרנטי. לדעתו, אי-הקוהרנטיות הנידונה בקודקס היא אי-קוהרנטיות הנובעת מכך ששדות משפטיים שונים מכוסים על-ידי הסדרים משפטיים שונים. אי-קוהרנטיות מסוג זה אינה מביאה לידי אי-וודאות. הראל הדגים את טענתו בדבר העדר קשר לוגי בין אי-קוהרנטיות לבין אי-וודאות באמצעות שתי דוגמות המובאות בדברי ההסבר:

הדוגמה הראשונה נוגעת בזכות ההגנה על נכסים בדרך של סעד עצמי.¹⁸⁰ על-פי דברי ההסבר, הסדרת הסוגיה של סעד עצמי בחוק המקרקעין אינה תואמת את ההסדר המקביל בפקודת הנזיקין מסיבות היסטוריות, ולא מסיבות ענייניות. לפיכך קיימים מצבים

¹⁷⁸ שולמית אלמוג, "קודיפיקציה עברית: שפת המשפט ושפת השוויון" משפט ועסקים ד 539.
¹⁷⁹ ראו סעיף 24 לדברי המבוא לקודקס: "קוהרנטיות בדין תורמת תרומה מכרעת לוודאות המשפטית. כל טקסט נתון לפרשנות, ובכל הסדר מצויים בהכרח חסרים, בנקודות כאלה או אחרות, לאור מגבלות השפה ומורכבות המציאות. בהיעדר קוהרנטיות, כאשר מקורות אפשריים להיקש 'מושכים' לכיוונים שונים, נפגעת היכולת לאיתור הדין המצוי, ונפגעת הוודאות המשפטית." נגיש ב http://www.idclawreview.org/index.php?option=com_content&task=view&id=31&Itemid=94

¹⁸⁰ שם, בסעיף 26 לדברי המבוא לקודקס.

שבהם אדם זכאי לפעול לצורך מימוש זכותו הקניינית, אך אינו רשאי לפעול באופן דומה בהקשר הנזיקי. טענתו של הראל היא כי אם כוונת המנסחים של דברי ההסבר היא כי ייתכן שלאדם יש חירות לנקוט סעד עצמי וגם חובה לא לנקוט סעד כזה, אזי מדובר בסתירה, ומן הראוי לתקנה. לעומת זאת, אם הכוונה היא כי אין צידוק ענייני לקיומה של זכות בדיני הקניין ולכן מן הראוי לשוללה, או שאין צידוק ענייני להעדר קיומה של זכות קניינית, אזי ראוי כמובן לתקן את ההסדר. אלא שאז אין מדובר באי־קוהרנטיות, אלא פשוט בהסדר בלתי־ראוי.

הדוגמה השנייה נוגעת בדיני התרופות. על־פי דברי ההסבר, הקודקס יאחד את העקרונות של הסדרי התרופות בדיני החוזים ובדיני הנזיקין, מאחר שאין הצדקה עניינית מספקת להתפתחות הנבדלת של ההסדרים בשני התחומים.¹⁸¹ טענתו של הראל היא כי אי־קוהרנטיות במקרה זה אינה מובילה לאי־ודאות מאחר שהצדדים לחוזה יודעים כי הסדר התרופות בחוזה הוא X, ואילו הסדר התרופות בנזיקין הוא Y.

הראל סייג את דבריו באומרו כי קוהרנטיות אכן עשויה להבטיח ודאות משום שלעיתים קשה לסווג אירוע לאחד מן התחומים. אם לא ברור אם אירוע מסוים הוא חוזי או נזיקי, ואם ההסדר החוזי בעניין התרופות הוא X ואילו ההסדר הנזיקי הוא Y, אזי התוצאה היא אכן אי־ודאות. אלא שמקרים אלה נדירים יחסית, לדעתו, וניתן לגבור עליהם באמצעות אבחון חד ומדויק יותר של אירועים נזיקיים וחוזיים, במקום באמצעות האחדת הדינים.

עם זאת, הסביר הראל, מחברי הקודקס מצדיקים את התביעה לקוהרנטיות לא על בסיס של אי־יכולת לסווג את האירוע, אלא על בסיס הקביעה כי מטרת הקודקס היא ליצור תשתית אחידה, וקובעים כי בהקשרים שבהם קיימת הצדקה להבחנה בין המגזרים, תיערך הבחנה בהתאם.¹⁸² ייתכן שכל כוונתם היא לומר כי הסדר X המקובל בנזיקין הוא הסדר גרוע ולכן ראוי להחליפו ב־Y, או אולי כי הסדר Y המקובל בחוזים הוא הסדר לא־צודק ולכן ראוי להחליפו בהסדר X, אבל אז הקושי אינו כמובן באי־קוהרנטיות של הדינים, אלא בכך שההסדר הנזיקי או ההסדר החוזי הינם בלתי־צודקים (או בלתי־ראויים מטעמים אחרים). דרישת הקוהרנטיות מניחה כי לא ראוי שבהקשר אחד יאומץ הסדר X ובהקשר אחר יאומץ הסדר Y, ולכן מן הראוי כי הן בחוזים והן בנזיקין יהיה הסדר אחד – X או Y.

מסקנתו המרכזית של הראל היא כי אין כל קשר הכרחי בין קוהרנטיות לוודאות. הסדר יכול שיהיה ודאי אך לא־קוהרנטי, ויכול שיהיה לא־קוהרנטי אך ודאי. יתר על כן, קידום של קוהרנטיות אינו מקדם בהכרח ודאות, ולהפך. הצידוק היחיד לדעתו לקיומו של דין אחיד הוא טיעון השוויון, שלפיו תובעים או נתבעים המצויים בסיטואציות דומות זכאים להסדרים דומים. טיעון זה אינו ברור, לדעתו של הראל. לדעתו, ייתכן שהסדרים שונים יהיו מבוססים פשוט על העובדה שיש כמה הסדרים אפשריים טובים וסבירים. השיטה המשפטית יכולה לפיכך להסדיר באופן שונה סוגיות בדיני הנזיקין ובדיני החוזים, כל עוד כל אחד מן ההסדרים הללו הוא סביר. העובדה שהסדר סביר אחד חל בדיני הנזיקין ואילו הסדר סביר אחר חל בדיני החוזים אינה יוצרת חוסר שוויון. אחרי הכל, הסביר הראל, כולנו

181 שם, בסעיף 27 לדברי המבוא לקודקס.

182 שם, שם.

מעורבים הן בחושים והן בנוזקין, ואין כל סיבה להאמין כי הסדרים שונים בתחומים אלה יביאו לידי חוסר שוויון. במילים אחרות, לא ברור כלל כי קוהרנטיות היא תכונה ראויה של קודקס משפטי! לעיתים נראה, ציין הראל, כי השאיפה לקוהרנטיות היא תשוקה לאסתטיקה משפטית, אשר אינה מעוגנת בשיקולי מדיניות, אלא בפטישיזם האסתטי של המשפטן.

הדוברת השנייה הייתה ד"ר שולמית אלמוג מהפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה. טענתה של אלמוג בהרצאתה היא כי למשפט יש תפקיד מיוחד בהקשר הלשוני. שימוש של המשפט בלשון אינו ניטרלי או אובייקטיבי כפי שמקובל להניח. בשל תפקודיו החברתיים הספציפיים של המשפט והשפעתו המרכזית על יחסי הכוחות בחברה, השימוש המשפטי בשפה טוען את התבניות הלשוניות הנוהגות בעוצמה ובמשמעות מיוחדות, ומשפיע על התפיסות והרגלי החשיבה של הנמענים. משום כך השדה המשפטי מהווה זירה שמתבקש לחתור מתוכה לעבר שינוי לשוני פורץ-דרך בעל מכוונות שוויונית, אשר יסייע בנטרול המטען המגדרי הכבד של השפה העברית. ראוי לשאוף, לדעתה של אלמוג, שכל דבר חקיקה ינוסח באופן שייראה רלוונטי באותה מידה גם לגברים וגם לנשים. הצעת הקודקס האזרחי החדש מהווה לדעתה הזדמנות חסרת-תקדים ליצירת נוסח של פנייה ברורה וחד-משמעית לשני המינים (בניגוד לפנייה קונסטרוקטיבית, כמצב הנוהג), וחבל להחמיצה. מדובר במאמץ צנוע יחסית, הסבירה אלמוג, שסיכוי לשכר רב בצידו, מאחר שהוא עשוי להניב שינויים מרחיקי-לכת בתפיסות-העומק של שוויון בין גברים לנשים.

הדובר השלישי היה ד"ר אביעד הכהן ממכללת "שערי משפט". מטרת הרצאתו של הכהן הייתה לבחון מה המשפט הישראלי יכול ללמוד מנסיון הקודיפיקציה של המשפט העברי. קודיפיקציה, הסביר הכהן, היא לא רק חוק ולא רק משפט, אלא גם משקפת תרבות ותפיסת-עולם המבוססות על ההנחה כי משפטה של מדינה שואף לשלמות, וכי ההגשמה מסורה בראש ובראשונה למחוקק, ולא לשופט היושב בדין. הדוגלים במעשה הקודיפיקציה סבורים, לדעתו, כי צריך שתהיה ויכולה להיות הרמוניה במשפט. לדברי הכהן, המשפט העברי – שיטת משפט דתית בת אלפי שנים – ידע כמה נסיונות קודיפיקטיביים רבי-עוצמה ורבי-השפעה, לשעה ולדורות, שהמפורסם מביניהם הוא החיבור "משנה תורה" לרמב"ם. הכהן דן בהרצאתו בשלוש נקודות מהותיות: הראשונה היא השוני המהותי במישור העקרוני בין שיטות המשפט; השנייה היא לקחים אפשריים מהנסיונות הקודיפיקטיביים של המשפט העברי, ובעיקר מהחיבור "משנה תורה" לרמב"ם; והשלישית היא דיון פרטני בהצעת הקודיפיקציה הישראלית לאור עמדתו של המשפט העברי.

לגבי הנקודה הראשונה טען הכהן כי קיים שוני מהותי בין קודיפיקציה במשפט דתי ככלל, ובמשפט העברי בפרט, לבין קודיפיקציה בשיטת משפט אזרחית חילונית. הכהן הסביר כי קודיפיקציה היא לא רק חוק ולא רק משפט, אלא מעבר לכך. קודיפיקציה משקפת תרבות והערכה עצמית של המנסח. שיטת המשפט האזרחית-החילונית רואה בקודקס "מהפכה אזרחית", כדברי הנשיא ברק. המשפט העברי, לעומת זאת, מתנגד גדול למהפכה מכל סוג שהוא, בלי קשר לתוכנה. המשפט העברי, כשיטת משפט, משקף באופן אינהרנטי מסורת ורצף, ולא מהפכות.

על ההבדלים בין שיטות המשפט ניתן ללמוד גם משתי תכליות הקודקס המצוינות במבוא לו. האחת היא הקוהרנטיות – המשפט העברי, הסביר הכהן, שואף לשלום, אך

אינו שואף לשלמות כתזה. לעומת זאת, במשפט האזרחי-החילוני הקוהרנטיות באה פעמים רבות על-חשבון דברים אחרים, כגון צדק, התכלית האחרת היא השיטתיות – המשפט העברי, ציין הכהן, הוא אנטייתזה לכל הנושא של שיטתיות. בראשית היה כאוס, ואחר כך תוהו ובוהו וחושך גדול על פני תהום. התלמוד, ציין הכהן, הוא דוגמה לספר-יסוד של המשפט העברי אשר השיטתיות היא ממנו והלאה. כך גם התורה, שבה משפט פלילי ומשפט אזרחי מצויים לצד סיפורים, אגדות וניסים בתוך יורה דעות ומבצע. שאלה מעניינת היא, לדעתו של הכהן, אם מאפיין זה התהווה באופן לא-מכוון – עקב מאורעות היסטוריים או אולי משום שהמשפט העברי נוצר מחוץ לארץ-המולדת שלו במשך שנים רבות מאוד – או שמא יש כאן משהו מכוון? לדעתו, מדובר במאפיין מכוון. במשפט העברי קיימת בהחלט ראייה שונה של המשפט והמשפטן, שלפיה אי-אפשר להגיע לשלמות. זהו יחס של ענווה – המשפטן אינו חושב שהוא יכול ליצור משהו שיטתי. הכהן ציין כי אין משמעות הדבר שלא צריך לשאוף ליצור כללים שיטתיים ללא סתירות, ואכן חלק גדול מהתלמוד עסק בניסיון מתמשך להגיע לכך, אך כשיטת משפט – השיטתיות ממנה והלאה.

לגבי הנקודה השנייה הסביר הכהן כי על-אף השוני העקרוני המתואר לעיל בין שיטות המשפט, ומכיוון שהיצירה הקודיפיקטורית של המשפט העברי, כגון זו של הרמב"ם, היא כבר בת מאות רבות של שנים, כשמונה מאות וחמישים במספר, ניתן ורצוי לדעתו להתבונן עליה בפרספקטיבה היסטורית, ללמוד על מידת הצלחתה בהגשמת היעדים שהציבה לעצמה, ולנסות לגזור ממנה (בוהירות הראויה ותוך מודעות להבדלים הבסיסיים בין שני מעשי החקיקה) מסקנות בדבר סיכויי הצלחתה של הקודיפיקציה הישראלית החדשה בתי-ימינו. ראשית, "משנה תורה" לרמב"ם, לדעתו של הכהן, הוא הניסיון המובהק ביותר ליצור קודיפיקציה במשפט העברי. קודיפיקציה באה בדרך-כלל להחליף את מה שהיה לפניו; את כל המשפט האזרחי ימיר הקודקס בחוקים חדשים. לעומת זאת, קודיפיקציה במשפט העברי לעולם אינה יכולה להמיר את החוק הקודם. המשפט העברי בנוי נדבך על-גבי נדבך, רובד על-גבי רובד. רובד חדש אינו מבטל את מה שהיה קודם, אלא מפרש אותו או מצמצם אותו. הסיבה לכך, הסביר כהן, היא תפיסה ערכית הרואה את מעשי הראשונים כמעשים שהיו גדולים מאיתנו. הביטוי המובהק ביותר לכך הוא התלמוד, שאומר כי "אם ראשונים בני מלאכים – אנו בני אנשים, ואם ראשונים בני אנשים – אנו כחמורים". המחוקק הוא האל, ולכן אי-אפשר לחוקק במקומו, אלא רק ליצור חקיקת-משנה – "משנה תורה". שנית, טען הכהן, אף שרבים נוטים לראות ב"משנה תורה" לרמב"ם ספר קודיפיקטיבי – והרמב"ם אכן יצר ללא ספק דבר מדהים מבחינת המשפט העברי: ארבעה-עשר ספרים שכל אחד מהם מחולק להלכות ולפרקים ולתת-פרקים, לפי נושאים, דבר שלא היה מקובל באותה תקופה – צריך עדיין לזכור כי אין מדובר כאן בקודיפיקציה במשמעות המלאה שלה, מכיוון שגם "משנה תורה" לרמב"ם בנוי, כמו כל המשפט העברי, מהלכות קוואיסטיות. כלומר, הכללים המפוזרים במשנה מקבלים אצל הרמב"ם ביטוי גדול יותר, אך הספר בנוי עדיין במהותו על שיטה קוואיסטית, ולא על שיטה של הפשטה. שלישית, טען הכהן, הניסיון הקודיפיקטיבי של הרמב"ם – בפרספקטיבה של שמונה מאות וחמישים שנה – מלמד כי קודקס יוצר בהירות, מצד אחד, אבל גם מצמצם את האפשרות לגיוון, מן הצד האחר. כבר בימיו של הרמב"ם היו שטענו נגדו כי הוא כופה מושגים, כפי שכבר כיום נשמעות טענות

כי הקודקס האזרחי בא למעשה לכפות הלכות, כגון הלכת אפרופים,¹⁸³ וכי תיאוריות ששנויות במחלוקת נכפות למעשה על ציבור רחב בעל דעות מגוונות. לגבי הנקודה השלישית העיר הכהן, במישור הפרטני, שתי הערות קצרות באשר למידת התאמתם של עקרונות שונים בהצעת הקודיפיקציה החדשה לעקרונות-יסוד של המשפט העברי. ראשית, לגבי השלמת חסרים, סעיף 114 לקודקס קובע כי "חייב נוצר על פי דין או על פי חוזה". לדעתו של הכהן, מכלל ההן ניתן לשמוע את כלל הלאו, קרי, חייב אינו נוצר על-ידי מנהג. המנהג תופס מקום מרכזי מאוד במשפט העברי, ולכן יש כאן אמירה משמעותית בקביעה כי המנהג אינו קיים יותר בקודקס כמקור לחיוב. שנית, לגבי אחריות בנזיקין, סעיף 446 לקודקס קובע כי "לא יישא אדם באחריות בנזיקין בשל מעשה סביר שעשה כדי להגן על עצמו או על אדם אחר מפני פגיעה בגוף, בבריאות, בחירות או ברכוש, ובלבד שהיחס בין הנזק שסביר היה כי ייגרם מהמעשה לבין הנזק שסביר היה כי יימנע על ידי המעשה היה סביר". הקודקס מעניק חסינות לאדם שהגן על אדם אחר, אך גם לאדם שהגן על עצמו. המשפט העברי, לעומת זאת, מבחין בין שני המקרים, ומעניק חסינות רק לפעולה שנעשתה לטובת אדם אחר, ולא לפעולה שאדם עשה למען עצמו. הכהן סיכם את דבריו באמירה כי אכן קיים שוני עקרוני בין התפיסה הבסיסית שעומדת ביסוד הקודיפיקציה בשיטת משפט דתית לבין התפיסה המקבילה בשיטת משפט אזרחית. עם זאת, לדעתו, הקודיפיקציה במשפט העברי – שמיוצגת על-ידי "משנה תורה" לרמב"ם, עם הניסיון שנרכש בה – יכולה להוות נקודת מוצא מעניינת מאוד לחיזוי העתיד, ואולי גם לסייע בפתרון כמה כשלים שטבועים בהצעה הנוכחית.

183 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום בע"מ, פ"ד מט(2) 265. ראו גם דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקת אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל (טרם פורסם, ניתן ביום 11.05.2006).