

## למה לנו קודקס אזרחי? השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

ניר קיזר\*

הטענה המרכזית במאמר היא כי הסיבות העיקריות לקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל הן סיבות תרבותיות שעיקרן תפיסת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי לא רק כמהלך משפטי חשוב, כי אם כמפעל תרבותי לאומי מן המדרגה הראשונה. החקיקה הקודיפיקטיבית נתפסה למן המאה השמונה-עשרה כצורת המשפט המתאימה לחברה המודרנית, מכיוון שהיא מאפשרת למדינה הריבונית המודרנית לשלוט באופן ריכוזי, "מדעי" ויעיל, ומכיוון שהקודקסים מבטאים את הרעיונות הפוליטיים של הרנסנס והנאורות שעל בסיסם קמו המדינות המודרניות. התוצאה הייתה שחקיקה קודיפיקטיבית נתפסה כמהלך טבעי ואף חיוני בתהליך בינויה של מדינה חדשה, והקודקסים נהפכו לסמל לאומי ותרבותי מודרניסטי שמבטא את עצמאותו המשפטית והתרבותית של עם ואת היותו מודרני, נאור ומתקדם.

אכן, במאתיים וחמישים השנים האחרונות, מדינות חדשות רבות מאוד – הן באירופה והן מחוץ לה – ראו חובה לעצמן לחוקק חוקה וקודקס אזרחי, המבטאים את עצמאותן המשפטית ואת השתייכותן לעולם המודרני, ורצון זה לא פסח גם על מדינת-ישראל. המאמר מראה שקודיפיקציה של המשפט נתפסה למן שנות העשרים של המאה העשרים ועד ימינו כמהלך שאין מהרהרים אחר חיוניותו. על-כן יש להבין את מהלך הקודיפיקציה כמהלך תרבותי רחב שאינו נובע רק מן הרצון להגביר את הוודאות המשפטית או לערוך רפורמה במשפט, או ממאמץ של כמה משפטנים יהודים שעלו מארצות אירופה וייבאו את צורת המשפט המוכרת להם ממולדתם.

\* דוקטור, מרצה בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. אני מודה לאילן פוקס, לליאור משאלי ולגבריאל טואטי על עזרתם במחקר ועל הערותיהם המועילות. עמיתי ד"ר עמיחי רדוינר הפנה אותי למקורות רבי-ערך בעניין הוויכוח על הקודיפיקציה בתקופת היישוב.

מבוא

- פרק א: הדיון הפנים-משפטי בעניין נחיצותו של קודקס אזרחי בישראל  
 פרק ב: מקורות הקודיפיקציה האזרחית באירופה המודרנית  
 פרק ג: הקודיפיקציה כמפעל תרבותי-לאומי מודרני  
 פרק ד: הקודיפיקציה כמפעל תרבותי-לאומי ציוני-ישראלי  
 פרק ה: סיכום

## מבוא

בכנס חגיגי שהתקיים באפריל 2004, במעמד שר המשפטים, נשיא בית-המשפט העליון, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה ומאות מוזמנים, הציג משרד המשפטים את הצעת הקודקס האזרחי הישראלי (או בשמו הרשמי – "חוק דיני ממונות"), פרי עבודה ומחקר של יותר מעשרים שנה. לא בכל יום עורך משרד המשפטים כנס חגיגי לכבוד הצגתה של הצעת חוק, ובוודאי לא "אירוע השקה" מתוקשר שמאות מוזמנים נוטלים בו חלק. אדרבה, עבודתן של מחלקת החקיקה במשרד המשפטים ושל ועדות החקיקה הציבוריות שפועלות בחסותה נותרת על-פי-רוב בצל; ובוודאי כך הדבר כאשר מדובר בחוק שנתפס על-ידי המשפטנים עצמם – אם כי בטעות! – כחוק "מקצועי", כלומר, כחוק "טכני" אשר מסדיר את המשפט האזרחי ואינו עוסק בשאלות חברתיות שנויות במחלוקת. התרוממות-הרוח ששררה באותו ערב חגיגי והתנהלותו החריגה של משרד המשפטים מעידות כי המשרד רואה בחקיקת חוק דיני ממונות נקודת-ציון חשובה בתולדות המשפט הישראלי, ואולי אף בתולדות החברה הישראלית. התייחסותו יוצאת-הדופן של משרד המשפטים לקודקס האזרחי מהווה גם את נקודת המוצא של מאמר זה.

הטענה המרכזית במאמר היא כי הסיבות לקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל אינן רק סיבות פנים-משפטיות שעניינן הגברת הוודאות המשפטית, כי אם גם – ואולי בעיקר – סיבות תרבותיות. הדרך המיוחדת והחגיגית שבה התייחס משרד המשפטים להצעת הקודקס האזרחי מבטאת תפיסה שהייתה מקובלת על רבים מבכירי המשפטנים היהודים בארץ כבר מתקופת היישוב ולאורך כל שנות קיומה של המדינה – תפיסה הרואה בקודיפיקציה של המשפט האזרחי לא רק מהלך משפטי חשוב, כי אם מפעל תרבותי לאומי מן המדרגה הראשונה. אף-על-פי-כן, הדיון המשפטי המקיף שנערך בעניין הצעת הקודקס האזרחי ובעניין עצם הצורך בקודקס אזרחי התעלם במידה רבה מן ההקשרים התרבותיים, ההיסטוריים והחברתיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בעולם ובישראל.

בעניין זה ברצוני להדגיש שהסיבות לקודיפיקציה של המשפט האזרחי בארץ אינן קשורות רק לעובדה שרבים מבין המשפטנים הישראלים הראשונים עלו ארצה מגרמניה או ממדינות אחרות באירופה. טענתי רחבה יותר – אני טוען שהצלחתו של רעיון הקודיפיקציה להכות כאן שורש נובעת לא רק מעקשנותם של כמה משפטנים ממוצא אירופי, דוגמת גד

משפט ועסקים ז', התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

טדסקי או אורי ידין, אלא מסיבות תרבותיות עמוקות יותר, שעיקרן, כאמור, זיהוי רעיון הקודקס עם עצמאות ומודרניות.

במאמר זה אין בכוונתי להיכנס לוויכוח בשאלה אם החברה הישראלית זקוקה לקודקס אזרחי אם לאו. חלף זאת, אני מבקש להרחיב את מסגרתו של הדיון ולטעון כי אי-אפשר להסביר את תהליך הקודיפיקציה האזרחית בישראל רק באמצעות הטיעונים הפנים-משפטיים אשר תולים את הצורך בקודיפיקציה בפישוט המשפט האזרחי, בהגברת הוודאות המשפטית ובצורך ברפורמה חקיקתית במשפט האזרחי. אני טוען כי יש להבין את תהליך הקודיפיקציה כמונע במידה רבה גם על-ידי תפיסה תרבותית הרואה בקודקס אזרחי סמל למודרניזציה ולעצמאות משפטית. הסברי זה מסייע בהבנת התנחלותו של רעיון הקודיפיקציה האזרחית בליבותיהם של רבים מבין משפטני היישוב היהודי ומדינת-ישראל הצעירה, את יכולתו של הרעיון לשרוד באקלים משפטי המושפע בעיקר מן המשפט האנגלו-אמריקני ואת הצלחתו לצאת מן הכוח אל הפועל בראשית המאה העשרים ואחת, כאשר הצורך בקודיפיקציה שנוי במחלוקת בעולם הפוסט-מודרני.<sup>1</sup>

למאמר ארבעה חלקים: בחלק הראשון אסקור בקצרה את הדיון הפנים-משפטי הישראלי בעניין נחיצותו של קודקס אזרחי בישראל של ראשית המאה העשרים ואחת; בחלק השני אעמוד על ייחודה של הקודיפיקציה המודרנית ועל שורשיו של רעיון הקודיפיקציה בתקופת הנאורות באירופה; בחלק השלישי של המאמר אראה כי הקודיפיקציה נתפסת כמפעל תרבותי-לאומי בעולם המודרני; ובחלק הרביעי – המרכזי במאמר – אחזור לישראל ואתען כי העולים ארצה ייבאו מאירופה לא רק את הרעיונות המודרניים של המשפט, אלא גם את רעיון הקודקס כמפעל תרבותי-לאומי וכסמל של מודרניזציה ועצמאות, וכי רעיון הקודיפיקציה קודם כבר משנות העשרים.

## פרק א: הדיון הפנים-משפטי בעניין נחיצותו של קודקס אזרחי בישראל

בחלק זה של המאמר אני מבקש לסקור בקצרה את הדיון בהצעת חוק דיני ממונות, ובמיוחד את הטיעונים בדבר נחיצותו של קודקס אזרחי בישראל. אסקור ביעף את התשובות שנתנו

1 למן סוף שנות השבעים נהוג לדבר על תהליכים של דה-קודיפיקציה, שנובעים מריבוי החוקים, התקנות והיצירה השיפוטית שנוצרים בצד הקודקס ובמקומו, ופוגעים במקומם המרכזי של הקודקסים. את המונח עצמו טבע כנראה המשפטן האיטלקי הידוע נטלינו אירטי (Irti) במאמר משנת 1978. ראו: Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, DIRRITO E SOCIETÀ 613 (1978). מאוחר יותר פורסם המאמר כמונוגרפיה עצמאית. ראו גם: JOHN HENRY MERRYMAN, (1978). מאוחר יותר פורסם המאמר כמונוגרפיה עצמאית. ראו גם: DAVID S. CLARK & JOHN O. HALEY, *THE CIVIL LAW TRADITION: EUROPE, LATIN AMERICA, AND EAST ASIA* 1241 (Charlottesville, VA, 1994).

תומכי הקודיפיקציה לשאלה מדוע צריך קודקס אזרחי, ואראה כי אף-על-פי שמדובר בטיעונים ראויים, הם אינם חפים מבעיות ואינם יכולים להסביר כשלעצמם את מהלך הקודיפיקציה של המשפט הישראלי. חוסר יכולתם של הטיעונים הפנים-משפטיים להסביר את נחיצותו של קודקס אזרחי ישראלי בראשית המאה העשרים ואחת יוביל אותי, בחלקו הבאים של המאמר, להבליט את ההקשר התרבותי-ההיסטורי-הלאומי שבו נחקקו קודקסים אזרחיים בתקופה המודרנית, ואשר בו פעלו גם מחוקקי הקודקס הישראלי.

בטרם נעבור לדיון בשאלה מדוע צריך קודקס אזרחי, ראוי להזהיר את הקורא כי בחלק זה של המאמר איני מבקש לבקר את עצם רעיון הקודיפיקציה או לדון בבעיות התיאורטיות והאחרות שקודקסים יוצרים. כמו-כן איני מתיימר לדון לעומק בהצעת החוק ובדיון הער שהתפתח בעקבות הצגתה. אתמקד אפוא בעיקר בהסברים למהלך החקיקה שנתנו התומכים בקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל.

נראה כי הצורך להסביר את נחיצותו של קודקס אזרחי בישראל הטריד מאוד את חברי הוועדה הציבורית שחוקקה את החוק ואת אנשי משרד המשפטים. אומנם בכל פעולת חקיקה מסבירים יוזמי החוק ומנסחיו את תכליתו של החוק, אולם במקרה זה הוקדש לכך מקום נרחב בדברי המבוא לחוק ובהודעה שפרסם משרד המשפטים ברשת האינטרנט. מדברי ההסבר להצעת החוק ניתן ללמוד על שלוש תכליות העומדות בבסיס חקיקתו של הקודקס האזרחי: פישוט המשפט האזרחי על-ידי קיבוצו לאוסף אחד; ארגון מחדש של המשפט האזרחי והפיכתו לגוף משפטי קוהרנטי; ורפורמה תוכנית במשפט האזרחי. שלוש הסיבות הללו הן אכן שלוש הסיבות העיקריות לקודיפיקציה של המשפט האזרחי בתקופה המודרנית, והן עולות בכל הדיונים בנושא בארץ ובעולם.<sup>2</sup> נעמוד עליהן עתה ביתר פירוט.

תכליתו הראשונה של מהלך הקודיפיקציה היא כאמור הצורך לפשט את המשפט על-ידי קיבוצו - או כינוסו, אם להשתמש במילה המוכרת מן ההיסטוריה של ההלכה היהודית - לאוסף אחד. זו אכן תכליתה של כל קודיפיקציה של המשפט למן העולם הקדום. תכלית זו אף עולה מן המילה "קודקס", שמשמעותה הלטינית היא "אוסף" או "אגד". הרומים כינו בשם "קודקס" אוסף של כללים משפטיים אשר בעבר היו פזורים על-פני גלילי מפירוס או לוחות אבן שונים ועתה נאגדו לכלל ספר אחד. במובן זה, מן הראוי לקרוא למעשה שאנו מכנים "קודיפיקציה" בשם "קומפילציה" או (כפי שהדבר מכונה בעולם המשפט האנגלוסקסי) "קונסולידציה" של נורמות משפטיות שונות. רבים מבין החוקים המכונים כיום "קודקסים" הם למעשה אוספים כאלה: כך הוא, למשל, "קודקס החוקים הפדרלי של ארצות-הברית" (U.S. Codes), שאינו אלא אוסף של החוקים הפדרליים השונים המסודרים לפי נושאים, וכאלה הם עשרות הקודקסים הצרפתיים המודרניים שנחקקו בסוף שנות התשעים של המאה העשרים במסגרת תהליך נרחב של "קודיפיקציה גלובלית" של המשפט הצרפתי, ששם לו למטרה לעשות קונסולידציה של המשפט הצרפתי הכתוב. "קודקסים"

2 השוו: Denis Tallon, *Codification and Consolidation of the Law at the Present Time*, 14 (1979).  
ISR. L REV. 1, 3 (1979)

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

חדשים אלה מהווים למעשה אוספי חוקים בתחומים רבים ומגוונים. כך נוצרו, למשל, קודקס הקניין הרוחני, קודקס הצרכנות, קודקס הספורט או קודקס היערנות.<sup>3</sup> המשפט האזרחי, כלומר המשפט המסדיר את היחסים שבין פרטים בחברה, מורכב מגורמות העוסקות בנושאים רבים ומגוונים. בישראל נראָה שנים רבות שהמשפט האזרחי מורכב עוד יותר, שכן הוא היה עשוי טלאים-טלאים שמקורם בתקופות שונות (עותמאנית, מגדטורית וישראלית). ריבוי הגורמות המשפטיות האזרחיות אכן קורא להסדרה ולפישוט באמצעות כינוס (קונסולידציה), וחברות שונות בעולם הקדם-מודרני, ובעיקר בעולם המודרני, אכן פנו לכנס את המשפט האזרחי תחת כנפיו של אוסף אחד או של מספר אוספים מצומצם (באירופה מקובל להבחין בין "קודקס אזרחי", העוסק במשפט הפרטי ה"בסיסי" – דיני אנשים, קניין וחיובים, לבין "קודקס מסחרי", העוסק במוסדות שעיצב עולם המסחר). גם משרד המשפטים הישראלי פנה לכנס ולסדר את הגורמות האזרחיות במפעל חקיקה אדיר שנפרש על-פני שנות השישים והשבעים. "החקיקה האזרחית החדשה", כפי שהיא כונתה אז על-ידי המשפטנים הישראלים, החליפה בהדרגה את רוב החוקים האזרחיים העותמאניים והמגדטוריים, עידכנה חוקים אחרים (כלומר, העניקה להם "נוסח חדש") וכינסה הלכות של המשפט המקובל שנוצר בארץ. עתה משרד המשפטים מבקש לסכם את המהלך שהחל לפני ארבעים שנה, ולכנס את "החקיקה האזרחית החדשה" לכלל קודקס אחד.

אפס, אין זה ברור כלל ועיקר שכינוס המשפט לקודקס הוא אכן יעד חשוב כל-כך. בעידן המחשבים והתקשורת הדיגיטלית – שבו הטכנולוגיה מאפשרת לכל משפטן להגיע בלחיצת כפתור (ובמקרה זה אין זו קלישאה) לכל חוק, תקנה או פסק-דין – הצורך בכינוס המשפט מתייטר במידה רבה. ניתן לומר שמאגר המידע הממוחשב הוא הקודקס המודרני (או למעשה הפוסט-מודרני). מאחר שכל המידע המשפטי מאוחזר בצורה דיגיטלית ומעודכן באופן שוטף, ומאחר שמאגרי המידע מצויים במנועי חיפוש שהולכים ומשתכללים, ואף נעשים זולים יותר ויותר, אין זה משנה כלל ועיקר אם החקיקה בתחום מסוים מאוגדת בחוק אחד בן מאות רבות של סעיפים או פרושה על-פני כמה חוקים. מראות העבר של שופטים ועורכי-דין הנסחבים עם כרכים עבי-כרס ומדפדפים בהם בקדחתנות כדי למצוא פסק-דין או דבר חקיקה הוחלפו במשפטנים הנושאים במחשביהם הניידים ובמחשבי כף-היד שלהם גישה למאגרי מידע משפטיים מכל העולם. לצורך פישוט המשפט אנו מסתייעים אפוא במחשב, ואין צורך לכנס לשם כך את החקיקה הקיימת לכלל אוסף אחד.

גם בזמנים עברו לא היה כינוס המשפט הסיבה היחידה – ואף לא העיקרית – לחקיקת קודקסים. אף-על-פי שהמטרה של פישוט המשפט באמצעות כינוסו לכלל חוק מקיף מצויה בבסיסו של כל מהלך קודיפיקטיבי, התרבות המשפטית המערבית אינה רואה בקודקס רק "אוסף" במונח הראשוני והפשוט, ואינה מסתפקת בפעולה של כינוס המשפט. מסיבה זו, אוסף החוקים הפדרליים בארצות-הברית או הקודקסים הצרפתיים שנוצרו בסוף המאה

3 באתר האינטרנט של משרד המשפטים הצרפתי יש רשימה של שישים ואחד קודקסים שונים כאלה. ראו [www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ListeCodes](http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ListeCodes). על תהליך הקודיפיקציה המקיף של המשפט הצרפתי ראו: Guy Braibant, *Utilité et difficultés de la codification*, 24 DROIT (1996) 61. ברבון היה או יושב-ראש ועדת הקודיפיקציה הצרפתית.

העשרים אינם נחשבים באמת לקודקסים על-פי תורת המשפט המערבית.<sup>4</sup> למעשה, כינוס המשפט אינו רק יעד בפני עצמו, אלא גם אמצעי לשתי תכליות עמוקות יותר: ארגון מחודש של המשפט והפיכתו לגוף משפטי קוהרנטי ושיטתי; ורפורמה תוכנית של המשפט. מיגל דויטש, ששימש החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה בארץ, מכנה – בעקבות אהרן ברק – את הרצון להפוך את המשפט לקוהרנטי יותר "תכלית חיצונית", ואילו את הרפורמות בתוכן המשפט שהקודקס מבקש לקדם הוא מכנה "תכלית פנימית".<sup>5</sup>

אסכם אם כן: מחוקקי הקודקסים הגדולים שאפו לכנס את המשפט לא רק כדי לפשוט, אלא גם ובעיקר כדי להפוך אותו לקוהרנטי יותר ולשפרו. את תהליך הקודיפיקציה יש לראות אפוא לא רק כתהליך של כינוס, כי אם גם כתהליך של תיקון, שינוי ועיצוב מחדש.

התכלית הראשונה של כל קודיפיקציה מודרנית היא ארגון מחודש של המשפט והפיכתו לגוף קוהרנטי ושיטתי שיתרום ליציבות, לוודאות ולביטחון המשפטיים. יעד זה מופיע במפורש בסעיף 21(2) להצעת החוק, הקובע כי בין תכליות החוק יש למנות "קידום בטחון, ודאות ויעילות במשפט", וזה גם ההסבר העיקרי של משרד המשפטים למהלך הקודיפיקציה בישראל.<sup>6</sup> השאיפה לוודאות ולקוהרנטיות של המשפט מובנת: המשפט הוא מערכת נורמטיבית, כלומר מערכת שמכוונת התנהגות, ולכן היא חייבת להיות יציבה, ודאית וקוהרנטית. מערכת נורמטיבית הכוללת בתוכה סתירות או אי-וודאות ברמה גבוהה, או מערכת לא-יציבה שמתנה תדיר, אינה יכולה לכוון התנהגות אנושית או חברתית. קודקס מגביר את הוודאות והיציבות של המשפט משום שהוא חוק כתוב המנוסח בצורה של כללים קצרים וברורים, ולא נורמה משפטית המבוססת על מנהג, ומשום שהוא בנוי כמסמך משפטי מגובש ושיטתי המגלם תפיסת-עולם אחת. מחוקקי הקודקס – כך מלמדת אותנו ההיסטוריה – לא רק מכנסים את המשפט הקיים, אלא גם מנצלים את ההזדמנות כדי "לעשות סדר" במשפט, כלומר, לבחון את ההתאמה שבין ההסדרים המשפטיים השונים על-מנת ליצור חוק קוהרנטי ו"הרמוני" המגביר את היציבות המשפטית והחברתית. זו הדרך שבה נהג טריבוניאנוס (Tribunianus) – המשפטן המחונן שעמד בראש הוועדה שכינסה את המשפט הרומי במאה השישית לספירה בימי הקיסר הרומי-הביזנטי יוסטיניאנוס; זו הדרך שבה נהג ז'ן-אטיין-מרי פורטליס (Portalis) – הנסח הראשי של הקוד האזרחי הצרפתי (המכונה גם "קוד נפוליאון"), שנכנס לתוקף בשנת 1804; וזו הדרך שבה נהג אהרן ברק

4 בצרפת אכן מתנהל דיון ער בעשור האחרון בשאלה אם מפעל ה"קודיפיקציה" של סוף שנות התשעים ראוי, ואם חוקים אלה הם אכן קודקסים במשמעות המודרנית המקובלת של הביטוי. לעיתים הקודקסים החדשים מכונים "פסאודו-קודקסים" ואף "קודקסים מסוכנים", וזאת לעומת "הקודקסים האמיתיים" בני המאה התשע-עשרה. ראו, למשל: Bruno Oppetit, *L'avenir de la codification*, 24 DROIT 73, 79 (1996).

5 מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזרחי כרך א, 21-22 (2005).

6 ראו הקודקס האזרחי – תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (להלן: הצעת החוק או הצעת הקודקס האזרחי). התזכיר ודברי ההסבר מופיעים גם באתר האינטרנט של משרד המשפטים בכתובת [www.justice.gov.il/MOJHeb/TazkireiHok](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/TazkireiHok). ראו גם במבוא להצעת החוק, שם, בעמ' 7-9.

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

ומיגל דויטש, שעמדו בראש הוועדה לקודיפיקציה של המשפט האזרחי הישראלי.<sup>7</sup> בעת המודרנית נעשים מאמצים רבים לא רק ליצור חוק קוהרנטי, אלא גם חוק שיטתי ורציונלי. בקודקסים המודרניים הוראות החוק השונות לא רק משתלבות זו בזו, אלא גם ערוכות בצורה רציונלית, מסודרת ושיטתית: קודקס מודרני פותח בחלק כללי, אשר מציין את התכליות של הקודקס, מגדיר את המונחים העיקריים שבו ומבאר את העקרונות השונים השולטים בקודקס ובפרשנותו; ויתרת הקודקס בנויה פרקים-פרקים לפי נושאים הקשורים זה לזה. הודאות של המשפט, הקוהרנטיות והיציבות שלו מובטחים אם כן באמצעות כינוס המשפט, באמצעות הדאגה לכך שהוראות הקודקס השונות יתאימו זו לזו ובאמצעות המבנה השיטתי והרציונלי של הקודקס.

אולם אף-על-פי שקודיפיקציה תורמת לקוהרנטיות של המשפט, ובכך גם לוודאות וליציבות שלו, אין להגזים בייחוס של קוהרנטיות ויציבות לקודקסים דווקא. יש שיטות משפט מפותחות מאוד שאינן מבוססות על חקיקה קודיפיקטיבית (בעיקר שיטות המתייחסות למסורת האנגלוסקסית) אך ניהנות עם זאת ביציבות ובביטחון משפטיים. גם בשיטות משפט שהקודקסים נפוצים בהן (בעיקר שיטות המתייחסות למסורת הרומאנו-גרמאנית), הקודקסים הם חלק ממארג נורמטיבי רחב, וברור כי הם אינם אחראים יחידים לקוהרנטיות או לוודאות של שיטת המשפט. זאת ועוד, חקיקה קודיפיקטיבית אינה מסלקת - ואינה יכולה לסלק - את חוסר הוודאות הטבוע במשפט ובחיים החברתיים, ואינה פותרת את הסתירות והפערים שבהבנת המשפט ובפרשנותו. לכן קודקסים אינם דבר חקיקה אשר עומד בפני עצמו ויכול להחליף את המשפט כולו, אלא הם מהווים חוק אחד אשר משולב בשיטה משפטית רחבה ומתפרש מתוכה. גם אהרן ברק, מיגל דויטש והתומכים האחרים במהלך הקודיפיקציה מסכימים כי החקיקה אינה עומדת בפני עצמה, אלא מהווה חלק ממארג נורמטיבי רחב. דויטש אף עמד על כך במפורש: "אין הקודקס מבקש להוביל לתפיסה המיוחסת לשיטות הקונטיננטליות (ואף זאת באי דיוק רב), כאילו הזות הדין בחקיקה בלבד. ציפיה מעין זו היא לא רק בלתי ריאליסטית... אלא גם בלתי ראויה כלל ועיקר. היצירה הפסיקתית מאפשרת גיבוש של מערך איזונים נאות בין ודאות משפטית ובין צדק, וקירוב הדין המצוי לדין הרצוי."<sup>8</sup> גם הרצון להגביר את הקוהרנטיות והיציבות של המשפט

7 מיגל דויטש "הקודקס האזרחי החדש - משלב ההקמה לשלב הבשלות" עורך הדין 51, 58-59 (2005). וראו גם מיגל דויטש "הקודקס ותרבות המשפט" הפרקליטים 2, 37 (2005); מיגל דויטש "הנדסת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי - הצעת מבנה" משפטים כט 587, 588-593 (1998); מיגל דויטש "על בשורת הקודיפיקציה וחלק הנכסים בקודקס" משפטים לו 289 (2006); דויטש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 22-25.

8 מיגל דויטש "הקודקס ותרבות המשפט", שם, בעמ' 37. גם תורת המשפט האירופית לא ראתה בקודקס חוק אשר מחליף לגמרי את המשפט הקודם ויכול להתפרש רק מתוך עצמו. ההפך הוא הנכון. תורת המשפט האירופית הדגישה דווקא את הצורך בפרשנות ובהשלמה של הקודקס באמצעות יצירה שיפוטית. ראו, למשל: Mitchel de S.-O.-Ie. Lasser, *Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System*, 104 YALE L.J. 1325, 1352, (1995) 1402; רועי קרייטנר "קודקס, מדע, חווה: טיול שורשים בחשיבה הקודיפיקטיבית" משפטים לו 327 (2006). לגבי הקודקס הצרפתי ראו: P. ANTOINE FENET, RECUEIL COMPLET

אינו יכול להסביר לבדו את המהלך הנרחב והיקר של קודיפיקציה של המשפט האזרחי בארץ או בעולם.

עד עתה ראינו שכינוס המשפט או הרצון לשפר את הקוהרנטיות והוודאות המשפטיות אינם יכולים להסביר כשלעצמם את מהלך הקודיפיקציה של המשפט האזרחי בארץ. סיבה נוספת שציינו תומכי החוק היא שהקודיפיקציה מקדמת רפורמה משפטית, או בלשונו של דויטש, הקודיפיקציה מקדמת את "התאמת הדין למגמות התפתחות מודרניות".<sup>9</sup> הרצון לערוך רפורמה משפטית היה תמיד גורם מרכזי לקודיפיקציה של המשפט. חקיקת הקודקס הייתה מהלך ששילב רפורמה בתוכן המשפט ובצורתו. מנסחי הקודקס האזרחי הישראלי הצביעו על שני סוגים של רפורמות: רפורמות בהסדרים ספציפיים או בתחומים מסוימים של המשפט האזרחי, ובצידן רפורמה של העקרונות הכלליים של המשפט האזרחי, שתבסס תורת משפט כוללת. כך, למשל, בצד שינויים מוגבלים בדיני המתנה, בדיני חוזה קבלנות, בדיני העיכבון, בריבוי חייבים ונושים, בדין הסיכול, בדיני עשיית עושר ולא במשפט או בדינים אחרים, ובצד שינויים מקיפים יותר בדיני הנויקין או ההתיישנות, הקודקס מבקש לבסס תורת משפט אזרחית כוללת באמצעות הגדרה מחדש של מושגי-יסוד כגון "פעולה משפטית"; באמצעות הדגשתם של עקרונות-יסוד כגון תום-לב, צדק, הגינות וסבירות; באמצעות הבטחת יעילותה של ההגנה על זכויות ועל הצד החלש בעסקה, והבטחת יתר קואופרטיביות ביחסי הצדדים במשפט האזרחי; ובאמצעות שיפור המידתיות של ההסדרים האזרחיים.<sup>10</sup>

כל אלה אכן מטרות ראויות, אולם אין זה ברור מדוע יש צורך בחקיקה קודיפיקטיבית לשם כך. מדוע אין די בתיקונים נקודתיים באמצעות חקיקה או פסיקה? גם אם נסכים, למשל, כי יש להחליף את פקודת הנויקין המיושנת, אין זה אומר עדיין כי יש לעשות זאת באמצעות קודקס אזרחי כללי, והדבר נכון ביתר שאת לעניין התיקונים המצומצמים יותר שהקודקס מציע. יתר על כן, מבט בוחן מגלה כי הקו שמנסחי הקודקס בחרו בו היה קו של השארת המצב הקיים על כנו, כלומר, של רוויזיה של הדין הקיים "תוך תיקון החסרונות שנמצאו בו."<sup>11</sup> סוגיות רבות של המשפט האזרחי שהיו עמומות ודרשו פתרון חקיקתי נשארו כשהיו, ועימן אי-הוודאות.<sup>12</sup>

DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL 470, 475 ff. (Paris, Videcoq, 1836) מצוטט

אצל: KONRAD ZWIGART & HEIN KÖTZ, INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW 90 (1998).

כן ראו ס' 4 לקודקס האזרחי הצרפתי, ס' 12 לקודקס האזרחי האיטלקי, ס' 6 לקודקס האזרחי הספרדי וס' 7 לקודקס האזרחי האוסטרי.

9 דויטש, לעיל ה"ש 5, בעמ' 25.

10 לשינויים במשפט שהקודקס מבקש לקדם ראו הצעת הקודקס האזרחי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 5-10; דויטש "הקודקס האזרחי החדש - משלב ההקמה לשלב הבשלות", לעיל ה"ש 7, בעמ' 59.

11 מבוא להצעת הקודקס האזרחי, לעיל ה"ש 6, בעמ' 3; מיגל דויטש "דיני בתים משותפים והקודקס - לקראת הרחבת המימד הקומונלי" משפט ועסקים ד 213 (2006).

12 זה המצב, למשל, בעניין ההבדלים שבין הסוגים השונים של טעות בכריתת חוזה וההבדלים שבין לבין הטעיה, או בשאלת היחס שבין משכון לבין המחאת חיובים. נוסף על כך, החוק



משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

לא ברורה גם מידת הרפורמה בכל הקשור לפיתוח תורת משפט חדשה. ועדת הקודיפיקציה טענה אומנם, כזכור, שהצעת החוק מקדמת את "התאמת הדין למגמות התפתחות מודרניות" באמצעות הכללתם המפורשת של ערכים ועקרונות כגון קואופרטיביות בין הצדדים במשפט האזרחי, תום־לב, הגינות וסבירות, אך אלה אינם ערכים חדשים, כי אם דווקא ערכים השולטים במשפט המערבי זה כמאה שנה, ובמשפט האזרחי הישראלי – זה כשלושה עשורים לפחות. אפילו הפרשנות התכליתית שראשי ועדת הקודיפיקציה מקדמים היא שיטת פרשנות בת יותר ממאה שנה. יתר על כן, ניתן לטעון כי לא זו בלבד שהקודקס המוצע אינו מקדם רפורמה, הוא מייצג דווקא שמרנות. ראשית, זהו קודקס אזרחי מודרני טיפוסי המייצג עקרונות שמוכרים למשפט המערבי כבר מתחילת המאה העשרים ואשר מופיעים בכל הקודקסים האירופיים הגדולים שנחקקו מאז. במובן זה, הקודקס אינו מבטא מהפכה או רוויזיה כללית של המשפט, אלא דווקא המשכיות ואף שמרנות. שנית, הקודקס הישראלי המוצע אינו מבטא את השינויים העמוקים שעוברים בשלושת העשורים האחרונים על העולם החברתי והכלכלי, ובמידה רבה גם על העולם התרבותי והפוליטי: את התמוטטותה של חברת העבודה, את ההפרטה והגלובליזציה, את השוויון המגדרי והשינויים במבנה המשפחה, את מהפכת המידע והתקשוב ועוד. אלה מהפכות שהשפיעו באופן עמוק לא רק על התרבות, אלא גם על החיים החברתיים, הכלכליים והמסחריים. הקודקס הישראלי המוצע – שאכן נתפס בטעות על־ידי משפטנים רבים כחקיקה משפטית "טכנית" בלבד – עיוור לשינויים העמוקים העוברים על החברה הפוסט־מודרנית, בדיוק כפי שהקודקס האזרחי הגרמני שנכנס לתוקף בשנת 1900 היה עיוור לתמורות שהתחוללו בשליש האחרון של המאה התשע־עשרה, ביניהן עלייתה של מדינת־הרווחה והשינויים העמוקים שחלו ביחסי העבודה ובשוקי ההון. ניתן כמובן לומר כי השינויים שציינתי לעיל משפיעים בעיקר על דיני העבודה והמסחר ופחות על המשפט הפרטי "הבסיסי", אך טעון זה נכון באופן חלקי בלבד. אדרבה, דווקא משום שקודקס אזרחי נחשב בתרבות המערב לדבר חקיקה השני בחשיבותו רק לחוקה, מן הראוי שהוא ישקף את העולם המשתנה. במובן זה, חוק דיני ממונות המוצע מייצג בהחלט את עולם האתמול – הן מבחינת תוכנו והן מבחינת מבנהו. על־כן, כדי להבין את הסיבות לחקיקתו, יש לחזור ולברר את שורשי החקיקה הקודיפיקטיבית באירופה המודרנית, שהיוו גם את הרקע התרבותי הרחב יותר לקודיפיקציה של המשפט האזרחי בארץ.

---

החדש אינו מעגן בחקיקה את ההלכות שקבעה הפסיקה הענפה בנושאים רבים שמנוסחים בחקיקה של היום בצורה מופשטת ולקונית, כגון שאלת תום־הלב, כריתת חוזה, ביטול חוזה וחובת ההשבה שחלה בעקבות הביטול, הפעלת עוולת הרשלנות בנויקין או רישיון זכויות שביושר במקרקעין. לביקורת ברוח זו ראו עופר גרוסקופף "הצעת חוק דיני ממונות: תקוות גדולות – הגשמה צנועה" משפטים לו 413 (2006).

## פרק ב: מקורות הקודיפיקציה האזרחית באירופה המודרנית

בחלקו הראשון של המאמר ראינו כי אי-אפשר לתלות את מהלך הקודיפיקציה בארץ ובעולם רק בגורמים פנים-משפטיים, המסבירים את יצירת הקודקסים בצורך לפשט את המשפט באמצעות כינוסו, לארגן אותו בצורה קוהרנטית ושיטתית או לערוך רפורמה משפטית. עוד ראינו כי הקודקס הישראלי המוצע אינו מבטא חדשנות צורנית או תוכנית, אלא משייך – מבחינת אופיו, תוכנו ומבנהו – למסורת הקודקסים האירופיים של המאה התשע-עשרה וראשית המאה העשרים. מסיבות אלה אני טוען שאת חקיקת הקודקס האזרחי הישראלי יש להבין גם ובעיקר על רקע תרבותי. בחלק זה של המאמר אני מבקש לסקור בקצרה את הגורמים שהובילו ליצירתם של קודקסים באירופה המודרנית. הבנת הגורמים הללו תסייע לנו, בחלקיו הבאים של המאמר, להבין טוב יותר את ההפכות הקודקס האזרחי לסמל תרבותי-לאומי של עצמאות ומודרניזציה, ומתוך כך גם את הרקע התרבותי לקודיפיקציה של המשפט האזרחי הישראלי בסוף המאה העשרים.

אוספי חוקים ניתן למצוא בכל החברות המתקדמות מבחינה טכנולוגית וחברתית – כלכלית כבר למן העת העתיקה. אולם קודקסים במשמעותם המודרנית, כלומר אוספים שמבקשים גם לארגן את המשפט בצורה קוהרנטית ושיטתית לאור הרעיונות המדעיים והפוליטיים של המודרנה, ניתן למצוא באירופה רק החל באמצע המאה השמונה-עשרה. החקיקה הקודיפיקטיבית המודרנית הראשונה הייתה בארצות הדוברות גרמנית; ליתר דיוק – בבוואריה, בסקסוניה, בפרוסיה ובאוסטריה.<sup>13</sup>

מעבר לגורמים הפנים-משפטיים שעמדתי עליהם בחלק הקודם (ואשר רלוונטיים בכל תקופה), ניתן לציין שלוש סיבות היסטוריות עיקריות להופעתם של אוספי חוקים מאורגנים ושיטתיים באמצע המאה השמונה-עשרה באירופה: הסיבה הראשונה נוגעת בתודעה המשפטית הקולקטיבית האירופית, שראתה בחקיקה קודיפיקטיבית חלק מן המורשת – האמיתית או המדומיינת – של אירופה והמערב; הסיבה השנייה – והעיקרית – היא השפעתם של הרעיונות המדעיים והפוליטיים של המודרנה, כפי שעוצבו למן הרנסנס ובמיוחד בתקופת הנאורות; והסיבה השלישית נוגעת בריכוז הכוח הפוליטי ועלייתה של

13 הקודקס האזרחי המודרני הראשון נחקק באירופה בשנת 1756 על-ידי המלך מקסימיליאן, דוכס בוואריה (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis). גם באוסטריה, שעברה באמצע המאה השמונה-עשרה רפורמה מנהלית מקיפה, מינתה הקיסרית מריה תרזה (Maria Theresa) בשנת 1753 ועדה לחקיקת קודקס אזרחי. לאחר כמה הצעות חוק וקודקסים אוזריים, נחקק בשנת 1811 ה-ABGB האוסטרי (Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch). עוד קודם לכן, בשנת 1794, בתקופת שלטונו של פרידריך הגדול, נחקק בפרוסיה "חוק המדינה הכללי של המדינות הפרוסיות" (Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten). היה זה קודקס עצום בגודלו, עם יותר משבעה-עשר אלף סעיפים, שעסק במשפט אזרחי, פלילי ופרוצדורלי.

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

מדינת-הלאום המודרנית, ובשינויים במשפט שהתחייבו מתהליך זה. אסקור עתה בקצרה כל אחד משלושת הגורמים הללו.

הגורם הראשון להופעתם של קודקסים במשפט האירופי במאה השמונה-עשרה הוא התודעה המשפטית הקולקטיבית האירופית שראתה בחקיקה קודיפיקטיבית חלק מן המורשת – האמיתית או המדומינת – של אירופה והמערב.<sup>14</sup> מסורת המשפט המכונה במדינות האנגלוסקסיות "המסורת הקונטיננטלית" נקראת במחקר המשפטי "המסורת הרומאנו-גרמאנית", וזאת על-שם שני המקורות העיקריים שלה: המשפט הרומי ומשפטם של השבטים הגרמאניים שהתיישבו באירופה במאות הרביעית והחמישית לספירה. בדומה למסורות הקלטיציסטיות שרווחו במוזיקה ובאומנות באירופה למן הרנסנס, ובמיוחד במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה – מסורות שנשענו (או לפחות האמינו כי הן נשענות) על מוטיבים יווניים-רומיים – נעשה ניסיון להשתית גם את המשפט האירופי המודרני על המבנה והתוכן של המשפט הרומי. רעיון זה תרם לקודיפיקציה של המשפט האירופי משום שאירופים רבים האמינו (ומאמינים עדיין) כי המשפט הרומי התבסס על חקיקה קודיפיקטיבית. יש הרואים את תחילת המסורת הקודיפיקטיבית ברומא כבר בחוקי שנים-עשר הלוחות, שהוצבו בפורום של רומא העתיקה בשנת 452 לפני הספירה; את המשכה של המסורת – בקודקסים של גרגוריוס (Codex Gregorianus) והרמוגניאנוס (Codex Hermogenianus), שהיו למעשה חיבורים שנכתבו על-ידי משפטנים פרטיים בתקופת הקיסר דיוקלטיאנוס בשנים 292 ו-295 לספירה, בהתאמה, ובקודקס המפורסם של הקיסר תאודוסיוס השני (Codex Theodosianus), שפורסם בשנת 438 לספירה וכינס את כל המשפט הקיסרי למן ימיו של הקיסר קונסטנטינוס; ואת שיאה של התופעה – בקוד יוסטיניאנוס המפורסם (Corpus Iuris Civilis), שנכנס לתוקף בשנת 529 וביקש לערוך מחדש את המשפט הרומי שקדם לו. המסורת הקודיפיקטיבית נמשכה באופן חלקי גם בימי-הביניים המוקדמים (בחלק מן המקומות עוד בטרם נחקק קוד יוסטיניאנוס במזרח), כאשר חלק מן השליטים הגרמאניים חוקקו קודקסים ששילבו את המנהגים המקומיים עם שרידי המשפט הרומי שקיבלו על עצמן החברות האירופיות השונות.<sup>15</sup>

אפס, במבט נוסף מתברר מייד כי מלבד השם המשותף ("קודקס") והעובדה שמדובר בקומפילציה של חוקים, אין כמעט דמיון בין הקודקסים הרומיים והימי-ביניים לבין הקודקסים המודרניים, שכן הראשונים נעדרים את השיטתיות ואת תפיסת המשפט המודרנית. אפילו את קוד יוסטיניאנוס יש להבין באור זה. יוסטיניאנוס קיווה אומנם

14 לסקירה בהירה של תפיסה זו ראו גיא זיידמן וארו שחם "סימפוזיון: הקודקס האזרחי החדש – הצעת חוק דיני ממונות" משפט ועסקים ד 11, 17-18 (2006).

15 ראו, למשל, את קודקס תיאודוריקוס (ה-Edictum Theodorici), משנת 500 בערך, שחוקק המלך האוסטרוגוטי תיאודוריק (Theodoric); את הקודקס הויזיגוטי (Lex Romana Visigothorum) משנת 507 בערך; ואת הקודקס הבורגונדי (Lex Romana Burgundionum) מאותה תקופה. גל שני של קודקסים גרמאניים הופיע במאה השביעית לספירה, אם כי אז הייתה ההשפעה הרומית עליו קטנה בהרבה. בין הקודקסים הבולטים בגל זה ראוי לציין את החוק הויזיגוטי (Lex Visigothorum) שכונס בשנת 654 לספירה, את החוק הסאלי (Lex Salica) מראשית המאה השישית לספירה, ואת הקודקס הבורגונדי (Lex Burgundionum).

ליצור חוק שייתר כל פרשנות, שינוי או תוספת, אך אפילו החוק שנוצר בתקופתו רחוק מן החוקים האירופיים המודרניים, שכן מטרתו הראשונית לא הייתה ליצור חוק שישקף רעיונות מדעיים ופוליטיים, אלא ליצור חוק שישתלב במפעלו הגדול של הקיסר יוסטיניאנוס לאיסוף המשפט הרומי והספרות המשפטית הרומית ולשימורם. הנה כי כן, הקודקסים האירופיים המודרניים אינם מבוססים הלכה למעשה על הקודקסים העתיקים ואף לא על קוד יוסטיניאנוס (על-אף המבנה הדומה והחלוקה הקלסית לדיני אנשים, לדיני קניין ולעניינים אחרים, ואף-על-פי שכל קודקס מהווה מפעל לכינוס המשפט).

אף-על-פי-כן, האמונה במסורת של משפט קודיפיקטיבי אירופי – אף אם אינה מדויקת – חשובה כאן כדי להראות את כוחן הרב של תרבות משפטית ושל תודעה קולקטיבית בכל הנוגע לעיצוב המשפט. כפי שהאירופים המודרניים חוקקו קודקסים בהאמינם כי הם ממשיכים בכך מסורת משפטית מפוארת שראשיתה עוד בימי האימפריה הרומית, כך המדינות המודרניות, ובכלל זה ישראל, מחוקקות בסוף המאה העשרים קודקסים אזרחיים משום שהן מאמינות שכך מקובל בתרבות המודרנית. אולם בטרם אעסוק לעומק במסורת, בתרבות ובתודעה הקולקטיבית שהשפיעו על מהלך הקודיפיקציה בארץ, אשוב ואתחקה אחר שני הגורמים הנוספים לחקיקת הקודקסים באירופה המודרנית.

הסיבה השנייה – והחשובה יותר – לחקיקתם של קודקסים באירופה המודרנית היא השפעתם של הרעיונות המדעיים והפוליטיים של המודרנה, כפי שעוצבו למן הרנסנס ובמיוחד בתקופת הנאורות. הנאורות (או "ההשכלה", כפי שנהגו לכנותה עד לא מזמן) היא התנועה האינטלקטואלית שפעלה בסוף המאה השבע-עשרה ולאורך המאה השמונה-עשרה, וביקשה לבסס חברה, תרבות, מוסר וידע על אדנים רציונליים. רעיונות הנאורות נחשבים לדלק הרעיוני של מפעל הקודיפיקציה של המשפט האזרחי (והאחר) באירופה, ולמעשה לגורם החשוב ביותר של מפעל זה. התנועה לקודיפיקציה ניזונה מרעיונות הנאורות בשתי דרכים: ראשית, היא הושפעה מן האמונה בתבונה וביכולתה לשפר את חייו של האדם; ושנית, היא הושפעה מן הרעיונות הפוליטיים שהתגבשו בתקופת הנאורות. אסקור עתה את דרכי ההשפעה השונות של מחשבת הנאורות על הקודיפיקציה של המשפט האירופי.<sup>16</sup>

כדי להבין כיצד השפיעה האמונה בתבונה ובקדמה על החקיקה הקודיפיקטיבית, מן הראוי להתבונן בסוגה ספרותית אחרת שנולדה אף היא בתקופת הנאורות – האנציקלופדיה קיים דמיון רב בין מפעל האנציקלופדיה לבין מפעל הקודיפיקציה. כותבי האנציקלופדיה וכותבי הקודקסים הונעו על-ידי אותם שני רעיונות מרכזיים: הרעיון כי ניתן להקיף את הידע האנושי כולו; והרעיון כי ניתן לקטלג את הידע הזה ולארגנו בצורה רציונלית ושיטתית, ואולי אף לוגית. אנשי הנאורות הונעו כאמור קודם-כל על-ידי האמונה – שכיום נראית לנו אולי תמימה – כי האדם יכול, בעזרת שכלו וחריצותו, להקיף את הידע על העולם ולאסוף אותו על-מנת להנחילו לדורות הבאים. באופן דומה האמינו המשפטנים בני אותה תקופה כי התבונה מאפשרת לנו לרכז את כל המשפט בתחום מסוים בקובץ עב-כרס. הקודקס, במתכונתו המערב-אירופית המודרנית, נתפס אם כן כמעין

16 השוו שרון נבו ואוריאל פרוקצ'יה "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש" משפט ועסקים ד 95, 105-98 (2006).

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

אנציקלופדיה של משפט. אולם מנסחי הקודקסים, כמו מחברי האנציקלופדיה, האמינו לא רק שניתן להקיף את כל הידע (המשפטי או האחר) ולרכזו בקובץ אחד, אלא גם שהתבונה האנושית מאפשרת את סידורו של קובץ זה באופן שיטתי ורציונלי, לפי קטגוריות קבועות של ידע. כותבי הקודקסים האמינו כי כשם שאנו מבחינים בין מדע הפיזיקה למדע הכימיה, אנו יכולים להבחין בצורה ברורה בין משפט מהותי לבין משפט פרוצדורלי, בין משפט ציבורי לבין משפט פרטי-אזרחי או בין דיני הקניין לבין דיני החיובים, וכי ניתן לארגן את הקודקס באופן רציונלי לפי אותן הבחנות. החברות האירופיות המודרניות עיצבו את המשפט שלהן בצורת קודקסים משום שצורת חקיקה זו נחשבה צורה תבונית, רציונלית ושיטתית המתאימה לחברה נאורה ומתקדמת.

מפעל הקודיפיקציה הושפע לא רק מן האמונה בתבונה וביכולתה לקדם את האדם, אלא גם מן הרעיונות הפוליטיים של הנאורות. אכן, תנועה שסיסתה (לפחות לפי הפילוסוף עמנואל קנט) "אזור אומץ להשתמש בשכלך שלך!" היא קודם-כל תנועה פוליטית. כפי שעולה מן הסיסמה, זו תנועה שמדגישה את מרכזיותו של האדם, את חירותו ואת ריבונותו, כלומר, את היות האדם בן-חורין בעל תודעה של אינדיווידואליות ואחריות, היכול לעצב בעצמו את חייו הפרטיים והציבוריים. רעיון הקודיפיקציה התפתח בתוך האקלים האינטלקטואלי-הפוליטי של הנאורות ושיקף אותו. זו גם הסיבה לכך שהקודקסים המודרניים מכונים במחקר "קודקסים של המשפט הטבעי" (Natural Law Codex).<sup>17</sup> הקודקסים המודרניים שיקפו במיוחד את העיקרון החדש של שלטון החוק ואת רעיונות הרפובליקניזם והדמוקרטיה.

מפעל הקודיפיקציה משקף קודם-כל את העיקרון של שלטון החוק. עיקרון זה קובע כי על-מנת שהמשפט יוכל באמת לשמור על ריבונות האדם, הוא צריך, בין היתר, להיות מנוסח בצורה של כללים ברורים שכתובים ומפורסמים מראש (כללים פוזיטיביים) ופונים לכלל האוכלוסייה בצורה אחידה, אימפרסונלית ושוויונית. על השלטון לנסח את חובותיו וזכויותיו המשפטיות של האזרח באורח מדויק ובהיר, שלא ישאיר מקום רב לעמימות. זאת, מכיוון שעמימות חושפת את הפרט לפגיעה אפשרית בחירויותיו מצד השלטון או מצד גורמים חזקים אחרים בחברה, ואילו חוק ברור, המגדיר בהירות את זכויות האזרח וחובותיו, מגביל את שרירותו של השלטון ומסייע לאזרח בניהול חייו. דרישת הכתב מסבירה את הופעתם של שני המסמכים המשפטיים החשובים של המודרנה: החוקה והקודקס. החוקה מגלמת את דרישת הפוזיטיביות של המשפט המודרני בכך שהיא מעלה על הכתב ומקבעת במסמך משפטי את הסוגיות של מבנה המשטר וזכויות האדם, והקודקסים תורמים לוודאות ולביטחון המשפטיים בכך שהם מסדירים באופן מקיף ושיטתי תחומי משפט גדולים. נוסף על כך, החוקה והקודקסים מקדמים את שלטון החוק בהיותם דברי חקיקה שמנוסחים בלשון כללית-אוניוורסלית ופונים באופן אחיד, אימפרסונלי ושוויוני לאוכלוסייה כולה. מאחר יותר אראה שהקשר בין חוקה לבין קודקס אזרחי עמוק אף יותר. נוסף על רעיון שלטון החוק, הקודקסים המודרניים משקפים גם את רעיון

17 השוו באופן כללי: FRANZ WIEACKER, A HISTORY OF PRIVATE LAW IN EUROPE 257-275 (Tony Weir trans., 1995).

הדמוקרטיה - או למצער את הרפובליקניזם - אשר מעודד את השתתפותו של הפרט במרחב הפוליטי-הציבורי ומטפח תודעה ואחריות אזרחיות. הקודקסים המודרניים הם דמוקרטיים-רפובליקאיים הן בצורתם והן בתוכנם. הם דמוקרטיים במובן זה שהם דבר חקיקה הפונה באופן אחיד, אימפרסונלי ואוניוורסלי לכלל האוכלוסייה, ומגלם את מה שרוסו כינה "הרצון הכללי", כלומר, הרצון שמשווה לנגד עיניו את טובת הכלל. במקרים שבהם הקודקסים מחוקקים על-ידי העם עצמו או על-ידי נציגיו בבית-המחוקקים, הם גם דבר חקיקה דמוקרטי ממש. לבסוף, הקודקסים הם צורת חקיקה דמוקרטי-רפובליקאית משום שהם הופכים את המשפט לנגיש יותר בעבור האוכלוסייה. כינוסו של המשפט בספר אחד, ניסוחו בכללים ברורים וארגונו בצורה שיטתית הופכים את הקודקס למקור משפט נגיש לעומת משפט המפורז על-פני מספר רב של חוקים, תקנות, מנהגים ופסקי-דין, ונגישות זו של הקודקסים המודרניים מסייעת לפרט להשתמש בחוק וכך להשתתף ביתר קלות בחיים הציבוריים. זו אכן הייתה אחת ממטרותיו העיקריות של נפוליאון, אשר תמך בחקיקת הקודקס האזרחי הצרפתי בשנת 1804. נפוליאון דחק במנסחי הקודקס ליצור חוק קצר ומוכן ככל האפשר, אשר כל צרפתי יחזיקו בביתו לצד ספר התנ"ך ויוכל להשתמש בו במידת הצורך. הקודקס האזרחי הצרפתי אכן מקובל עד היום כמופת של חקיקה קצרה ובהירה.<sup>18</sup>

הסיבה השלישית להופעתה של חקיקה קודיפיקטיבית במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה באירופה נוגעת כאמור בריכוז הכוח הפוליטי ועלייתה של מדינת-הלאום המודרנית, ובשינויים במשפט שהתחייבו מתהליך זה. לאורך רוב ימי-הביניים לא היה בדרך-כלל באירופה שלטון ריכוזי ששלט בצורה אפקטיבית על שטחים גיאוגרפיים גדולים או הסדיר תחומים חברתיים נרחבים. מכיוון שלא היה שלטון מרכזי, גם לא היה משפט מרכזי, והמשפט האירופי באותה תקופה התבסס בעיקרו על מנהגים מקומיים שגובו על-ידי פסיקה (אשר התקבלה אף היא בהליך שונה מאוד מן ההליך השיפוטי המוכר לנו כיום) ועל-ידי חקיקה מועטה מאוד מסוגים שונים שיצר השליט המקומי. לעומת פיזול פוליטי זה, החל לקראת סוף ימי-הביניים תהליך של ריכוז הכוח הפוליטי, אשר נמשך לאורך כל העת החדשה המוקדמת והגיע לשיאו עם יצירת המדינות המודרניות במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה. מתוך מאבקים פוליטיים אלימים בין בתי אצולה שונים (שבית המלוכה "הרשמי" הוא אחד מהם) צמחו לבסוף בתי המלוכה האבסולוטיים שמהם התפתחה המדינה המודרנית הריכוזית.

שינוי מבנה השלטון באירופה השפיע עמוקות גם על המנהל והמשפט ביבשת. ככל ששלטונם של המלכים נעשה מוחלט יותר, כלומר ככל שמלכי אירופה שלטו בשטחים גיאוגרפיים גדולים יותר והסדירו תחומים חברתיים נרחבים יותר, נהפך גם המשפט לריכוזי יותר, כלומר, למשפט אשר נקבע באופן מרכזי על-ידי השלטון ונאכף על-ידיו. על-מנת לשלוט בשטחים נרחבים באופן אפקטיבי מן המרכז, ועל-מנת להסדיר את החיים הציבוריים ביעילות ובאופן הולך ומעמיק, היה צורך לשנות את צורת המשפט. כזכור,

18 על מעלותיו הלשוניות של קוד נפוליאון ראו ZWEIFART & KÖTZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 91-92, 100.

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

עד אז התבסס המשפט האירופי בעיקר על מנהגים ומוסכמות (קונוונציות) "פוליטיות" לגבי היחסים שבין קבוצות העילית השונות. עתה עבר המשפט המנהגי תהליך הדרגתי של פוזיטיביזציה, כלומר, הועלה במשך השנים על הכתב ונוסח בצורה של חוקים פוזיטיביים כתובים. בתהליך הדרגתי זה נהפך החוק גם לכללי ולמופשט יותר, כלומר, למשפט המנוסח בצורה של כללים כתובים, הפונים בצורה מופשטת ואחידה לכלל האוכלוסייה.<sup>19</sup> אם כן, ככל שהשלטון באזור מסוים באירופה נהיה ריכוזי ויעיל יותר, כן נהפך המשפט באותו אזור לפוזיטיבי – החוק הכללי והמופשט שניסחו (בכתב) פקידי המלך ושופטיו החליף את המוסכמות, זכויות-היתר והמנהגים המקומיים. תהליך הפוזיטיביזציה של המשפט מהווה סיבה נוספת – מעבר לרעיונות הנאורות – להולדתם של החוקה והקודקס האזרחי. צורת המשפט המאפיינת את המדינה המודרנית היא החקיקה, והפיתוח המושלם ביותר של החקיקה המודרנית – הפוזיטיבית, הכללית והמופשטת – הוא החקיקה הקודיפיקטיבית. זו הסיבה לכך שהיוזמות הראשונות לחקיקה קודיפיקטיבית נולדו בתקופתם של שליטים רפורמטורים שגם ארגנו מחדש את מנהל המדינה – מקסימיליאן בוואריה, פרידריך הגדול בפרוסיה, מריה תרזה ואחר כך פרנץ הראשון באוסטריה, וכמובן נפוליאון בונפרטה בצרפת. אם כן, למן המאה השמונה-עשרה נתפסה החקיקה הקודיפיקטיבית כצורת המשפט הראויה לחברה המודרנית, מכיוון שהיא צורת משפט המאפשרת למדינה הריבונית לשלוט באופן ריכוזי ויעיל. כפועל יוצא מכך נתפס מהלך הקודיפיקציה עצמו כמהלך הכרחי במסגרת הקמתה של מדינה חדשה או החלפת שלטון, אם בדרך של שלום ואם בדרך של מלחמת-עצמאות או מהפכה.

למעשה, הסיבות השונות להופעת הקודקסים משתלבות זו בזו: הצורך של המדינה הריכוזית החדשה לשלוט באופן יעיל בשטחים גדולים ולהסדיר לעומק תחומים חברתיים רבים מאפשר לנו גם להבין את קליטתם המהירה של רעיונות הנאורות בקרב המנהגים, הפקידים והמשפטנים באותן מדינות חדשות. האמונה בתבונה, במחשבה הרציונלית וביכולתו של האדם לגלות את רזי היקום ולשפר את רמת חייו עודדה את פיתוחם של כלים מדעיים וטכנולוגיים, את שכלולם של המוסדות הכלכליים-המסחריים והמנהליים-הביורוקרטיים, וכמובן את שכלולו של המשפט. המדינות החדשות – גם אלה שחשדו מאוד ברעיונות הפוליטיים של הרנסנס והנאורות (למשל, המדינות הגרמניות) – עודדו לפיכך את האמונה בתבונה ואת פיתוחם של המדע, הטכנולוגיה ומדעי הכלכלה והמשפט, שכן אלה נתפסו עתה כמסייעים למדינה לשלוט בצורה רציונלית ויעילה יותר. הנה לנו הסבר נוסף לצמיחת התפיסה הרואה בחקיקה קודיפיקטיבית "מדעית" את צורת המשפט המתאימה למדינה המודרנית והראויה לה.

אולם המדינות החדשות – במיוחד אלה שקמו לאחר המהפכות הגדולות במאה השבע-עשרה והשמונה-עשרה או בתקופה מאוחרת יותר – ביקשו לא רק לשלוט בצורה ריכוזית, רציונלית ויעילה ולאמץ את האמונה המודרנית במדע ובטכנולוגיה, אלא גם

19 על תהליכי הפוזיטיביזציה והריכוז של המשפט המודרני ראו: ROBERTO M. UNGER, LAW IN MODERN SOCIETY: TOWARD A CRITICISM OF SOCIAL THEORY 155-166 (London, 1976). על תהליכים אלה בצרפת ראו ZWEIFGART & KÖTZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 76-80.

לשלוט בדרך הוגנת שתעלה בקנה אחד עם הרעיונות ההומניים והפוליטיים של המודרנה שהועלו על נס בתקופת הנאורות: חירות, זכויות אדם טבעיות, שוויון, אחווה ושותפות. הרעיונות הפוליטיים הללו שימשו טיעון מרכזי במאבקו של מעמד הביניים האירופי ("המעמד השלישי") נגד הסדר הפוליטי הישן והמפלגה, ובסופו של דבר היו הדלק הרעיוני שהניע את המהפכות הפוליטיות ומלחמות העצמאות הגדולות במערב ומאוחר יותר בעולם כולו – החל במלחמות האזרחים באנגליה ובמלחמת העצמאות ההולנדית (מלחמת שמונים השנה), המשך במהפכות האמריקנית והצרפתית, וכלה במהפכות, במלחמות והשחרור ובמאבקים הפוליטיים לאורך המאות התשע-עשרה והעשרים. קודקסים וחוקה נתפסו אם כן בעיני המהפכנים האירופים כמסמכים משפטיים נאורים ההולמים את המדינה המודרנית לא רק משום שהם נולדו מתוך האמונה בתבונה וביכולתה של מחשבה רציונלית לשפר את העולם, אלא גם מכיוון שמסמכים משפטיים אלה מבטאים את רעיונות המשפט הטבעי, ריבונות האדם ושאר הרעיונות ההומניים והפוליטיים המודרניים. כמו המהלך של כינון חוקה, גם חקיקת קודקסים נתפסה כצעד חשוב והכרחי של כל מדינה חדשה, וזאת משום שגם הקודקסים, בדומה לחוקה, מגלמים את עקרונות המודרנה ומבטיחים אותם: הם מעשה חקיקה פוזיטיבי הפונה באופן אחיד ואימפרסונלי לכלל האוכלוסייה, והם מבטאים – בתוכנם ובצורתם השיטתית והנגישה – את הדמוקרטיה או למצער את הרעיונות בדבר ריבונות האדם ושיתופו בחיים הציבוריים. הנה כי כן, למן המאה השמונה-עשרה נתפס מהלך הקודיפיקציה כבן-לוויה חשוב ואף הכרחי לתהליך הקמתן של מדינות חדשות גם מכיוון שהקודקסים מבטאים את הרעיונות הפוליטיים של הרנסנס והנאורות שעומדים בבסיס הסדר הפוליטי-המדינתי המודרני. הקודקס האזרחי עמד ליהפך לסמל תרבותי ולאומי מודרני.

### פרק ג: הקודיפיקציה כמפעל תרבותי-לאומי מודרני

הקשר המורכב שבין רעיונות הנאורות לבין יצירת המדינה והמשפט המודרניים, שעמדנו עליו זה עתה, מלמד גם על הזיקה העמוקה שנוצרה בין המהפכות הפוליטיות-הלאומיות בעת החדשה לבין מהפכות מודרניסטיות. כפי שראינו זה עתה, התהליכים של יצירת המדינות המודרניות ושל יצירת משפט בצורה של חוקות וקודקסים הושפעו הן מן האמונה בתבונה (ובמדע והטכנולוגיה) והן מן האמונה ברעיונות ההומניים והפוליטיים של המודרנה. המהפכות הפוליטיות-הלאומיות נתפסו בעיני האירופים – ואחר כך בעיני העולם כולו – גם כמהפכות מודרניסטיות המקדמות את החברה והופכות אותה לנאורה ותבונית יותר. כל תנועה לאומית מודרנית, ובכלל זה גם הציונות, תטען מעתה שמטרתה אינה רק הגדרה עצמית או הקמת מדינה, כי אם שינוי תרבותי כולל שמשמעותו מודרניזציה של החברה או הלאום ברוח ערכי הנאורות: הן ברוח האמונה בתבונה, במדע ובקדמה, והן ברוח האמונה ברעיונות הפוליטיים הגדולים. המהפכנים הלאומיים יילחמו



משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

על הגדרה עצמית לאומית וריבונות ממלכתית לא רק מטעמים שוביניסטיים, אלא גם – ואולי בעיקר – מתוך אמונה כי המדינה העצמאית היא מסגרת שתאפשר להם להגשים את עצמם כיחידים וכחברה ולכונן מעשים גדולים למען הלאום ואף למען האנושות כולה: היא תאפשר לכונן חברה צודקת, אך גם ליצור יצירות אומנות גדולות, לקדם את המדע, למצוא מזור למחלות ולצרות אחרות שפקדו את החברה האנושית ו"לשלוח אדם לירח". מסיבה זו האמריקנים מכנים את מלחמת-השחרור שלהם "המהפכה האמריקנית"; הייתה זו מהפכה בעיניהם משום שמלחמת-השחרור והקמת המדינות האמריקניות אפשרו את יצירתה של מדינה מסוג חדש, אשר מגלמת את הרעיונות הפוליטיים של המודרנה אך גם מבטאת את האמונה הגדולה בתבונה וביכולתו של האדם לעצב עולם טוב יותר. לפי השורה הסוגרת את ההימנון האמריקני, ארצות-הברית אינה רק "ארצם של החופשיים", אלא גם "ביתם של האמיצים", שאינם אלא אותם אמיצים "שמעזיזים לחשוב" ולחיות את חייהם באופן תבוני, רצוני וחופשי.<sup>20</sup> באופן דומה, גם המהפכה הצרפתית אינה רק מהפכה שלטונית. המהפכנים הצרפתים הוציאו לפועל לא רק את תורתם של מונטסקיה ורוסו, אלא גם את האמונה בתבונה שבה החזיקו וולטיר, ד'אלמבר ודידרו. כך, למשל, לוח-השנה המהפכני שהונהג לאחר המהפכה, ואשר היה בתוקף עד לשנת 1793, מלמד לא רק על מאמץ לפגוע בכוחה של הכנסייה באמצעות מחיקת לוח-השנה הגרגוריאני, אלא גם על הרצון ליצור חברה נאורה ורציונלית המייצגת את הקדמה האנושית.<sup>21</sup> אם כן, כל מלחמות-העצמאות והמהפכות הלאומיות-הפוליטיות שהתרחשו למן המאה השמונה-עשרה היו גם מהפכות מודרניסטיות שביקשו לכונן חברה מתקדמת הנשענת על רעיונות הנאורות – הן הרעיונות הפוליטיים והן האמונה בתבונה. תוכנה זו מאפשרת לנו להבין טוב יותר את המשמעויות הפוליטיות, התרבותיות והסמליות העמוקות שנצמדו לרעיון הקודיפיקציה במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, ואשר משקעות בו עד ימינו-אנו.

עתה אנו מבינים כי הקודקסים נתפסים בתרבות המודרנית לא סתם כצורת משפט שמתאימה למדינה המודרנית הריכוזית המבקשת לשלוט באופן יעיל והוגן, אלא גם כסמל של מודרניזציה ועצמאות. לכן מובן מדוע דאגו מדינות חדשות לחוקק קודקס – וחוקה – באותה התלהבות שבה אימצו דגל, סמל והימנון. קודיפיקציה של המשפט (ובמיוחד של המשפט האזרחי) נחשבת בתרבות המערבית המודרנית לפרויקט לאומי חשוב משתי סיבות: ראשית, הקודיפיקציה היא פעולה שמדגישה את העצמאות המשפטית והתרבותית של עם, כלומר, את העובדה כי אותו עם עומד ברשות עצמו ומעצב בעצמו את משפטו הריבוני. עצם פעולת הקודיפיקציה יוצרת חוק חדש שמבטא רפורמה מבנית – ולעיתים

20 לשם קבלת מושג על מרכזיותה של האמונה בתבונה ובסדר הרציונלי במחשבה האמריקנית, די בהתבוננות על רשת הרחובות (ה-grid) האופיינית לעיר האמריקנית. ראו, למשל, את מפת מנהטן בעיר ניו-יורק: [www.nycvisit.com/content/index.cfm?pagePkey=429](http://www.nycvisit.com/content/index.cfm?pagePkey=429).

21 לוח-השנה המהפכני לא כלל את ימי החג וימות הקדושים של הכנסייה הקתולית, ומבנהו היה שונה מזה של הלוח הגרגוריאני. בלוח זה, כל שנה הייתה בת שנים-עשר חודשים, וכל אחד מהם חולק לשלושה שבועות בני עשרה ימים, שנקראו "עשורים" (décades). כל יום חולק לעשר שעות, כל שעה חולקה למאה דקות עשרוניות, וכל דקה חולקה למאה שניות עשרוניות.

רבות גם תוכנית-מהותית – של המצב המשפטי הקודם (אפילו אם תוכן המשפט של המדינה החדשה שאוב מתרבות אחרת). שנית, הקודיפיקציה נחשבת לפרויקט לאומי חשוב משום שיצירת קודקס שיטתי ומאורגן נתפסת כמהלך שמקדם את הלאום והופך אותו למודרני, נאור וטוב יותר, וכפי שראינו, מודרניזציה ועצמאות לאומית הולכות יד ביד. קודקסים, כמו חוקות, נהפכו לסמל לאומי מרכזי בתרבות האירופית עד כדי כך שלא זו בלבד שכל מדינה חדשה שקמה מיהרה לחוקק לעצמה קודקס אזרחי, אלא שהמדינות אפילו ייצאו את הקודקסים שלהן למדינות אחרות או כפו אותם עליהן בכוח. קודקסים מפורסמים – דוגמת הקודקס האזרחי הצרפתי ("קוד נפוליאון", שנחקק בשנת 1804), הקודקס האזרחי הגרמני (ה-BGB משנת 1900) או הקודקס השווייצרי (ה-ZGB משנת 1907) – נהפכו למותגים, כלומר לסמלי תרבות חשובים של מדינותיהם, ו"למוצר תרבותי" שיוצא – או במקרה הצרפתי, נישא על כידוני הצבא הצרפתי האימפריאלי – לכל רחבי העולם: מאמריקה הלטינית, דרך מדינות אחרות באירופה ובמזרח התיכון ועד למזרח הרחוק. הקודקסים נחשבים באירופה לסמל לאומי עד כדי כך שיש התולים בקודקסים הלאומיים את האשמה לקשיים שביצירת משפט אזרחי אירופי אחיד או למצער הרמוני יותר.<sup>22</sup>

אכן, במאתיים וחמישים השנים האחרונות, מדינות חדשות רבות מאוד ראו חובה לעצמן לחוקק חוקה וקודקס אזרחי. הקודקסים הראשונים נחקקו כזכור במאה השמונה-עשרה על-ידי שליטים בארצות הדוברות גרמנית שראו את עצמם כשליטים נאורים (אף אם לא היו כאלה כלל ועיקר) ואשר היו רפורמטורים גדולים: פרידריך הגדול, מקסימיליאן דוכס בוואריה ומריה תרזה קיסרית אוסטריה. הקודקס האזרחי הצרפתי נחקק כזכור כחמש-עשרה שנים לאחר המהפכה, כלומר בשנת 1804, והופץ באמצעות צבא נפוליאון לארצות השפלה ולמרכז אירופה ודרומה. אזורים אלה המשיכו להיות מושפעים מן הקוד גם לאחר שהשתחררו מעולה של צרפת הנפוליאונית.<sup>23</sup> למשל, הפדרציה של ארצות השפלה פתחה במהלך של חקיקת קודקס אזרחי עם קבלת עצמאותה מחדש בשנת 1815. מהלך זה הופרע עם פרישתה של בלגיה מן המדינה המאוחדת בשנת 1830, אך שנים מעטות אחר כך, בשנת 1838, השלימה הולנד את חקיקת הקודקס האזרחי שלה (ה-Burgerlijk Wetboek), אשר הושפע מאוד מקוד נפוליאון אך היה עצמאי. בלגיה ולוקסמבורג, שפרשו מן הפדרציה של ארצות השפלה וחוקקו קודקסים אזרחיים משלהן (בלגיה בשנת 1840 ולוקסמבורג בשנת 1890), העדיפו, להבדיל מהולנד, לאמץ בחוקיהן החדשים את הנוסח של הקודקס הצרפתי המקורי, לא-מעט גם כהפגנת עצמאות מתריסה כלפי הולנד. היסטוריה דומה אנו מוצאים גם באיטליה, שם מיהרו לחוקק קודקס אזרחי ארבע שנים בלבד אחרי איחוד

22 ראו: H. Patrick Glenn, *The Grounding of Codification*, 31 U.C. DAVIS L. REV. 765, 768 (1997/8); איריס קנאור "על משפט ותרבות: תהליך הקודיפיקציה בשיטת המשפט

הישראלית ובאיחוד האירופי – לקחים הדדיים" משפט ועסקים ד 499, 518-529 (2006).  
 23 על השפעתו של הקודקס הצרפתי על החקיקה והמחשבה המשפטית בעולם ראו ZWIGART & KÖTZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 98-118; להשפעתו של הקודקס האזרחי הגרמני ראו שם, בעמ' 154-156; ולו של הקודקס האזרחי השווייצרי ראו שם, בעמ' 178-179.

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

איטליה (ה־Risorgimento) בשנת 1861. מעניין שאחד המשפטנים שעמדו מאחורי חקיקת הקודקס האזרחי האיטלקי בשנת 1865 היה המדינאי, הסופר והמומחה למשפט בין-לאומי פרטי ג'רציה פירנטיני מנציני (Mancini) – פטריוט איטלקי (במשמעות המקורית של המילה) שמאמריו הפוליטיים נחשבים בין הכתבים החשובים שהובילו לריסורג'ימנטו. גם הגרמנים הקימו ועדה לניסוח קודקס אזרחי שלוש שנים לאחר איחוד גרמניה בשנת 1871 ומייד כאשר הסתיים תהליך יצירתה של מערכת בתי-המשפט האחדה. מאחר שהגרמנים לא הסתמכו כמו אחרים על קוד נפוליאון, אלא ביקשו לעצב את הקודקס האזרחי שלהם בעצמם, נדרשו להם כמעט שלושים שנות דיונים וניסוח, והקודקס הגרמני (ה־BGB) נכנס לתוקף רק בשנת 1900.

מעניין שהקודקסים האזרחיים באירופה לא בוטלו על-ידי המשטרים הפשיסטיים שקמו ביבשת לאחר מלחמת-העולם הראשונה. אף-על-פי שקודקסים אלה ייצגו את הסדר הפוליטי "הישן" שהפשיזם ביקש למוטט, נשמרו הקודקסים האזרחיים ואף הואדרו כסמל לאומי. תופעה זו הניעה את המשפטן ואיש תורת המדינה היהודי-הגרמני ארנסט פרנקל (Fraenkel) לחבר את ספרו המפורסם "המדינה הכפולה" (The Dual State), שיצא לאור בארצות-הברית באנגלית, לאחר שפרנקל – הסוציאליסט-דמוקרט היהודי – נאלץ לברוח מגרמניה הנאצית.<sup>24</sup> לפי פרנקל, הייתה גרמניה הנאצית "מדינה כפולה" משום שבעוד שהסדר הציבורי הכלכלי והחברתי נשמר באמצעות מערכת החוקים "הרגילה" (כולל ה־BGB) שמקורה בתקופה שקדמה לנאצים, היה רובד משפטי-מדינתי נוסף – אלים ורצחני – שנגד את כל העקרונות ההומניים, הפוליטיים והמשפטיים הבסיסיים של המודרנה. גם הקודקס האזרחי הספרדי, שנחקק בשנת 1889 אך לא היה כמעט בשימוש, הורם בתקופתו של הרודן פרנקו (Franco) לדרגת סמל לאומי המבטא את העצמאות והמודרניזציה של העם הספרדי, ונהפך מאז למקור מרכזי של המשפט האזרחי בספרד.

התופעה של חקיקת קודקסים אזרחיים במדינות חדשות, או במדינות שעברו מהפכה פוליטית, מוכרת גם מחוץ לאירופה. ראשונות לאמץ קודקס אזרחי היו מדינות אמריקה הלטינית שהשתחררו מן השלטון הספרדי במהלך המאה התשע-עשרה. מדינות אלה מהוות דוגמה מצוינת למדינות שביקשו להפגין את עצמאותן באמצעות קודיפיקציה של המשפט האזרחי שלהן: הן הפנו עורף למשפט של ספרד השנואה (מה-גם שמשפטה האזרחי של ספרד, כאמור, לא היה מאורגן בקודקס אזרחי לאומי עד לשנת 1889) ופנו לקוד נפוליאון כמקור השראה. צוויגרט וקין צודקים בציינם כי הקודקס האזרחי הצרפתי – שמקורו במהפכה הגדולה ובאותם רעיונות פוליטיים ששימשו גם את הדרום-אמריקנים במאבקם לעצמאות מספרד – אכן התאים לשאיפות הלאומיות של מדינות אמריקה הלטינית שזה עתה קמו ולצורך שלהן לאחד את אוכלוסייתן.<sup>25</sup> ההיסטוריה של הקודיפיקציה של המשפט האזרחי במדינות אמריקה הלטינית מזכירה את זו של מדינת-ישראל במובן זה שרוב המדינות לא אימצו קודקס אזרחי מייד עם הקמתן, אלא ניסחו קוד "לטינו-אמריקני" עצמאי (הגם שניכרת בו השפעה צרפתית) לאורך כמה עשרות שנים. כך, בעוד שמדינות אחדות – כגון

24 ERNST FRAENKEL, THE DUAL STATE (E.A. Shils trans., New York & London, 1969)

25 ZWEIFGART & KÖTZ, לעיל ה"ש 8, בעמ' 113-115.

האיטי, בוליביה והרפובליקה הדומיניקנית – בחרו לחוקק קודקס אזרחי סמוך לעצמאותן, ולכן נאלצו לתרגם למעשה את הקודקס האזרחי הצרפתי, החליטו מדינות אחרות להפגין את עצמאותן בכך שהקודקס האזרחי שלהן יהיה עצמאי, ולא סתם תעתיק של הקודקס הצרפתי או של החוקים והמנהגים הספרדיים. ראוי במיוחד לציון הקודקס האזרחי הציילי שניסח במשך עשרים שנה המשפטן, המשורר, המדינאי ואיש האשכולות הוונצואלי אנדרס בֶּלו (Bello), שהיה גם מורו של סימון בוליבר (Bolívar) – משחררה הידוע של צפון אמריקה הדרומית. הקודקס הציילי, שנכנס לתוקף בשנת 1855, נהפך לסמל מרכזי של העצמאות והמודרניזציה של העולם הלטינו-אמריקני. הוא אומץ גם בקולומביה ובאקוודור, והשפיע מאוד גם על הקודקסים של ונצואלה, אורוגוואי ורבות מבין מדינות אמריקה המרכזית, שהוקמו כאמור אף הן במהלך המאה התשע-עשרה.<sup>26</sup> גם באירופה שימש הקודקס האזרחי הספרדי מקור לחיכוכים לאומיים: בקטלוגניה של סוף המאה התשע-עשרה התנגדו משפטנים בדלנים להחלת הקודקס הספרדי של 1889, והתנגדותם זו הייתה גורם מרכזי בהתפתחותה של הלאומיות הקטלוגנית המודרנית.<sup>27</sup>

גם במאה העשרים אנו מוצאים קשר בין אוטונומיה מדינית, מהפך מודרניסטי וקודיפיקציה אזרחית. כך, למשל, ציינו הפיליפינים את השחרור מן הכיבוש היפני ואת ההכרה הסופית של העולם בעצמאותם (בשנת 1946) בין היתר בחקיקת חוקה וקודקס אזרחי, שנכנסו לתוקף בשנת 1949. דוגמה נוספת מגיעה מאמריקה הצפונית: בשנת 1976 עלתה לשלטון בפרובינציה הקנדית קוויבק "המפלגה הקוויבקית" (Parti Québécois), שחרתה על דגלה את הרחבת האוטונומיה של קוויבק (ואת הפיכתה – כפי שקיוו רבים מקרב תומכיה – לעצמאית באופן מלא). את המהלך הזה ביטאה הממשלה הקוויבקית החדשה בשורה של חוקים שהעדיפו את הלשון הצרפתית וחייבו את תושבי קוויבק לחנך את ילדיהם בשפה זו, בחקיקת צ'רטר קוויבקי של זכויות וחירויות ובהאצת הרה-קודיפיקציה של המשפט האזרחי. בחקיקת קודקס אזרחי חדש הייתה טמונה משמעות פוליטית-תרבותית עמוקה, שכן היא ביטאה את דבקתה של קוויבק במסורת המשפטית הצרפתית ואת הפניית העורף למסורת המשפט האנגלוסקסית, האופיינית לשאר קנדה. הצעת קודקס ראשונה הונחה על שולחן בית-הנבחרים של קוויבק בשנת 1978, והקודקס הסופי נכנס לתוקף לאחר קרוב לעשרים שנות דיונים, בשנת 1994. מעניין שקנדה הבינה היטב את המשמעויות התרבותיות והלאומיות הגלומות בחקיקת הקודקס האזרחי הקוויבקי, כלומר, הבינה שהקודקס מלמד כי הנטיות הבדלניות של קוויבק חיות וקיימות. לכן, כדי לא לתרום למגמות הבדלניות בתחום המשפט, היא יצאה במפעל חקיקה גדול משלה, שנועד להתאים את החוקים הפדרליים שעסקו במשפט אזרחי לקודקס החדש של קוויבק, ולמעשה לשלב את הקודקס הקוויבקי במשפט הקנדי הכללי. מפעל זה הושלם בשנת 2001.

26 על הקודיפיקציה באמריקה הלטינית ראו גם: Maria Luisa Murillo, *The Evolution of Codification in Civil Law Systems: Towards Decodification and Recodification*, 11 J.

TRANSNAT'L L. & POL'Y 163, 170–172 (2001).

27 Siobhán Harty, *Lawyers, Codification, and the Origins of Catalan Nationalism, 1881–1901*, 20 L. & HIST. REV. 349 (2002).

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

גם בעולם המוסלמי ובאפריקה בולט הקשר שבין קודיפיקציה של המשפט האזרחי לבין עצמאות או מהפך מודרניסטי. כך, למשל, כללה הרפורמה המקיפה של המנהל והמשפט העותמאני באמצע המאה התשע-עשרה (התנוימאת) את אימוצם של קודקס מסחרי בשנת 1850 ושל קודקסים אחרים שמושפעים במידה רבה מן המשפט הצרפתי (ולמעשה, מהווים כמעט העתקה שלו), ואת חקיקתה של המג'לה, שהיא כידוע מעין קודקס אשר כולל בעיקר משפט אזרחי אך אינו נבחן בשיטתיות ובמחשבה המופשטת של הנאורות. מוסטפא כמאל (אתא תורכ), לעומת זאת, בחר לבטא את ריבונותה של תורכיה החדשה שלו, שהוקמה בשנת 1922, באמצעות אימוץ נרחב (ושוב, למעשה העתקה) של המשפט השווייצרי, ובמיוחד של ה-ZGB, שאומץ בשנת 1926. גם מדינות ערב פנו לחוקק קודקסים אזרחיים עם קבלת עצמאותן. מצרים הייתה הראשונה לחוקק חוק קודקס אזרחי מודרני, וזה נכנס לתוקף בשנת 1949 – השנה שבה בוטלו סופית בתי המשפט המערביים (שבהם ישבו שופטים מצרים בצד שופטים אירופים) ומערכת המשפט נשלטה על-ידי מצרים בלבד. הקודקס האזרחי המצרי, שנוסח על-ידי המשפטן הדגול עבד א-ראזק א-סנהורי, נחשב למופת של חקיקה מודרנית, שהושפעה הן מן המשפט האזרחי הצרפתי-האיטלקי המודרני (ולא רק מקוד נפוליאון עצמו), הן משיטות משפט אירופיות אחרות והן מן המשפט המוסלמי.<sup>28</sup> הקודקס המצרי אומץ על-כן על-ידי רבות מבין מדינות ערב שקיבלו עצמאות: סוריה בשנת 1949, עיראק בשנת 1951, לוב בשנת 1953, אלג'יר בשנת 1975 ומדינות ערביות רבות נוספות. במדינות המגרב ובאפריקה המערבית והמשוונית, שנשלטו על-ידי צרפת, הונהגו קודקסים אזרחיים עוד בתקופת השלטון הצרפתי. לאחר הדה-קולוניזציה וקבלת העצמאות, בשנות החמישים או השישים, החלו חלק ממדינות אלה בתהליך של רה-קודיפיקציה של המשפט האזרחי שלהן, שמתאפיינין בעדכון המשפט הצרפתי הקודם בעקרונות משפט מודרניים יותר (מערכיים במקורם) ובמשפט המקומי, המנהגי והדתי-המוסלמי.<sup>29</sup>

לבסוף, גם המדינות שהשתייכו לגוש הסובייטי – באירופה ומחוץ לה – מיהרו לחוקק קודקס אזרחי חדש לאחר נפילת הקומוניזם. אותן מדינות שחוקקו קודקסים אזרחיים חדשים בעלי אופי סוציאליסטי יותר לאחר מלחמת-העולם השנייה, ביקשו בשנות התשעים לחוקק קודקס אזרחי המבטא את הגאווה הלאומית שהושבה להן ואת המשטר החדש שהוקם על חורבות הקומוניזם הסובייטי. רוסיה עצמה חוקקה קודקס אזרחי חדש שהתפרסם בשלושה חלקים בין השנים 1995 ו-1998, ורבות מבין הרפובליקות הסובייטיות לשעבר הלכו בעקבותיה וחוקקו קודקסים אזרחיים בסוף שנות התשעים או בראשית שנות האלפיים.<sup>30</sup> גם גרורותיה של ברית-המועצות באירופה ומחוץ לה ביטאו את שחרורן מן העול הסובייטי

28 על סנהורי ראו גיא בכור בחיפוש אחר סדר חברתי – סנהורי והולדת המשפט האזרחי הערבי המודרני (2004).

29 חשוב לציין, עם זאת, כי ברוב מדינות אפריקה לא נחקקו קודקסים אזרחיים מקיפים חדשים, אלא חוקים אזרחיים חלקיים יותר.

30 כך, למשל, הקודקסים האזרחיים של אוזבקיסטן, ביילורוסיה, גרוזיה ולטביה נכנסו לתוקף בשנת 1997; הקודקס האזרחי הארמני נכנס לתוקף בשנת 1998; הקודקסים של ליטא ושל אסטוניה נכנסו לתוקף בשנת 2001 (הקודקס האסטוני נחקק פרקים-פרקים כמו זה הרוסי); הקודקס האזרחי המולדבי נכנס לתוקף בשנת 2002; וזה של אוקראינה – בשנת 2004.

(וכמובן את המציאות הפוליטית והכלכלית החדשה), בין היתר, בחקיקת קודקסים אזרחיים. בפולין ובהונגריה ועדות הקודיפיקציה יושבות עדיין על המדוכה, בצ'כיה נכנס קודקס אזרחי לתוקף בשנת 2002, ושכנתה ממזרח סלובקיה חוקקה קודקס אזרחי שנה אחר כך. גם במונגוליה נכנס קודקס אזרחי חדש לתוקף בשנת 2002, ואפילו וייטנאם ביקשה לבטא את שחרורה מן האימפריאליזם הצרפתי והאמריקני ומן ההשפעה הסובייטית ההדוקה באמצעות קודקס אזרחי שנכנס לתוקף בשנת 1996.

### פרק ז: הקודיפיקציה כמפעל תרבותי-לאומי ציוני-ישראלי

גם הדחף לחוקק קודקס אזרחי ישראלי נובע מן האמונה שקודקס כזה מבטא את עצמאותו של עם, ומן התפיסה הרואה בעצמאות לאומית לא רק פרויקט פוליטי-מוסדי של הגדרה עצמית, אלא גם מהלך מהפכני מודרניסטי. בחלק זה אסקור את הדיון שהתנהל בארץ בעניין קודיפיקציה של המשפט האזרחי למן ראשית המאה העשרים, ואראה כיצד השתלב רעיון הקודיפיקציה בשאיפות הציוניות לעצמאות ולמהפכה מודרנית של החיים היהודיים. הציונות היא תנועה לאומית מודרנית, ולפיכך יש להבין את חתירתה ליצירת בית לאומי יהודי לא רק כמאמץ ליצירת מקלט מדיני ליהודים הנרדפים, אלא גם כפרויקט תרבותי כולל המבקש לשנות באופן גורף את המבנה החברתי, הכלכלי, האזרחי והתרבותי של הציבור היהודי ולהופכו למודרני. השאיפה למדינה יהודית עצמאית נבעה לא רק ממניעים קולקטיביסטיים-לאומיים, אלא גם מתוך אמונה כי המדינה תהיה מסגרת שתאפשר שינוי ומודרניזציה של החיים הציבוריים היהודיים. אי-אפשר להבין את הציונות ללא הבנת השאיפה לשינוי המבנה החברתי והכלכלי של היהודים – שאיפה שהייתה נחלתם לא רק של הסוציאלי-דמוקרטים היהודים, אלא של הציונים כולם – וללא הבנת האמונה העמוקה של רוב הציונים ברעיונות הפוליטיים-האזרחיים, החינוכיים והמדעיים של המודרנה. במובן זה הייתה התנועה הציונית חלק מן התופעה הרחבה שחוקר הספרות בנימין הרשב כינה "המהפכה היהודית"<sup>31</sup>, ובמובן זה היו כל הציונים כולם "אחד העמים", כלומר, חסידי התפיסה שלפיה הציונות מבקשת לפתור לא רק את מה שכינה אחד העם "צרתם הגשמית של היהודים" (ההשפלה, ההפליה והרדיפות באירופה ובמקומות אחרים), אלא בעיקר את "צרתם הרוחנית", קרי, את הקושי הגובר של היהודי המודרני – גם אם הוא אינו נרדף או מופלה – לשמור על זהותו היהודית.<sup>32</sup> די בקריאת יומניו של הרצל והרומן שלו אלטנוילנד להבין עד כמה הייתה עמדתו הלאומית-הציונית נטועה בתפיסותיו המודרניסטיות, כלומר,

31 ראו בנימין הרשב "המהפכה היהודית המודרנית – קווים להבנתה" אלפיים 23, 9 (2002).  
 32 לעמדתו של אחד העם ראו, למשל, אחד העם "מדינת היהודים ויצרת היהודים" כל כתבי אחד העם קלו-קלו (הוצאת דביר, תל-אביב, ו"הוצאה עברית", ירושלים, 1947).

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

באמונותיו הליברליות ושאיפותיו לתיקון חברתי ובהערצתו למדע ולטכנולוגיה.<sup>33</sup> אפילו הסיסמה המפורסמת המהווה את המוטו לרומן – "אם תרצו, אין זו אגדה" – מעידה על השורשים המודרניסטיים של המחבר, בהזכירה מאוד את סיסמת הנאורות של קנט: "אזור אומץ להשתמש בשכלך שלך!" קריאתו של קנט מהדהדת גם מראייתו של בן-גוריון את הציונות כמהפכה מודרניסטית כוללת של החיים היהודיים: "פשרה של המהפכה הציונית הוא במלה אחת – עצמאות: עצמאות לעם היהודי במולדתו. וכשם שתלות אינה רק מדינית או כלכלית אלא מוסרית, תרבותית ואינטלקטואלית... כך עצמאות אינה רק עצמאות מדינית וכלכלית בלבד, אלא גם רוחנית, מוסרית, שכלית... זהו דבר המהפכה היהודית."<sup>34</sup> למשפט נועד אפוא תפקיד חשוב במהפכה הציונית הן כסמל של ריבונות לאומית וקדמה והן כמכשיר שנועד להגשים את המטרות הלאומיות. כאן גם מתחווה לנו חשיבותה של הקודיפיקציה כסמל תרבותי-לאומי המבטא מודרניזציה ועצמאות לאומית. חקיקת קודקס אזרחי הייתה חשובה לציונות קודם-כל משום שהיא סימלה את קוממיותו של העם – את העובדה שעתה הוא עומד ברשות עצמו ומחוקק בעצמו את חוקיו. אולם כפי שראינו, כל מהפכה פוליטית-לאומית נתפסה גם כמהפכה תרבותית, שמשמעותה העיקרית הייתה מודרניזציה של החברה. הדבר נכון גם לחברה היהודית שהתהוותה בארץ – קודיפיקציה נתפסה בעיני המשפטנים מן היישוב כחשובה גם משום שהיא מבטאת את הרעיונות הפוליטיים, החינוכיים והמדעיים של המודרנה, ועל-כן היא צורת המשפט המתאימה לחברה המודרנית והמתקדמת הנבנית בארץ. אין תמה שהרעיון לחוקק קודקס משפטי ליווה את התנועה הציונית כבר משנות העשרים של המאה העשרים. למעשה, הרעיון של קודיפיקציה היה מובן מאליה לרוב המשפטנים היהודים (ולמעשה לעילית היהודית בכלל) עד כדי כך שהם לא העלו כלל את השאלה אם יש לכוון את המשפט הלאומי בצורה של קודקסים. אין לנו כל עדות על ויכוחים שנגעו בשאלה אם מן הראוי לחוקק קודקס אם לאו. עם זאת, יש לנו עדויות רבות על הפולמוס בשאלת תוכנו של הקודקס והסמכות לחוקקו. כך, למשל, נערכו דיונים רבים בשאלות הבאות: האם המשפט הלאומי העברי צריך לדבוק בהלכה היהודית או שמא הוא רשאי לסטות ממנה במקום שבו נראה כי זו אינה מתאימה למציאות המודרנית או לרעיונות המודרניים? כיצד יש לפרש את הקודקס או למלא פערים ולקוננות הקיימים בו? בידי מי הסמכות להחליט בענייני הלכה יהודית ושילובם בקודקס? האם על הקודקס להסתמך על המשפט המערבי, ואם כן – על איזו מן המסורות של המשפט המערבי? והאם עליו ללמוד גם משיטות המשפט המזרחיות הקדומות ומן המשפט המוסלמי?<sup>35</sup> חוסר היכולת לענות על שאלות קשות אלה הוביל בסופו

33 ראו תיאודור הרצל אלטנוילנד (מרים קראוס מתרגמת, 1997). לעמדותיו של הרצל בעניין המשפט במדינת היהודים ראו, למשל, בנימין זאב הרצל מדינת היהודים 48-50, 75-79 (אשר ברש מתרגם, 1946).

34 דוד בן-גוריון "ציוויי המהפכה היהודית" (דברים שנשא בכינוס של המשמרת הצעירה, חיפה, 9 בספטמבר 1944) במערכה ג 201-202 (תל-אביב, תש"ח).

35 לויכוחים אלה ולתנועת המשפט העברי ראו אסף לחובסקי "משפט עברי ואידיאולוגיה ציונית בארץ-ישראל המנדטורית" רבת-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאוריאל רוזן-צבי 633 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורונון שמיר עורכים, תשנ"ח); עמיחי רדוינר

של דבר לשיתוק היוזמות היהודיות העצמאיות בתחום המשפט בתקופת המנדט, וגם לאחר שהוקמה מדינת-ישראל לא נוצרה במשך שנים ארוכות חקיקה מקורית בתחומים רבים. אולם כאמור, בשום שלב בוויכוחים איננו מוצאים מחלוקת עמוקה בשאלה אם נחוץ קודקס אזרחי. לכל-היותר אנו פוגשים את הטענה כי מן הראוי לדחות את חקיקת הקודקס האזרחי עד שיהיה אפשר לענות בצורה מספקת לפחות על חלק מן השאלות שציינתי למעלה. אם כן, כבר משנות העשרים נתפסה חקיקתו של קודקס אזרחי כמהלך חיוני המתבקש מעצם הקמתה של המדינה והגשמת המהפכה הציונית.

במובן זה, יש לחזור ולהזכיר את טענתי מן המבוא שלפיה רעיון הקודיפיקציה הצליח להכות כאן שורש, למרות המורשת הבריטית והקשיים שבחקיקת קודקס, לא רק משום שרבים מבין המשפטנים הישראלים החשובים בשנים הראשונות לקום המדינה הגיעו מגרמניה, מאיטליה וממדינות אירופיות אחרות המקדשות את רעיון הקודיפיקציה האזרחית,<sup>36</sup> אלא בעיקר מסיבות תרבותיות עמוקות יותר, שעיקרן, כאמור, זיהוי רעיון הקודקס עם עצמאות ומודרניות. על-אף יוקרתם האקדמית ומפעלם של משפטנים דגולים כגד טדסקי, משה זמורה, אורי ידן ומאוחר יותר אהרן ברק, ברור שמאמציהם לחוקק קודקס אזרחי היו מצליחים פחות אילולא הייתה הקרקע התרבותית נכונה לקלוט את רעיון הקודיפיקציה ולאפשר את הוצאתו לפועל.

בשנות העשרים והשלושים היו אלה בעיקר אנשי "חברת המשפט העברי" שדיברו על הצורך בקודיפיקציה של המשפט הלאומי של היהודים. "חברת המשפט העברי" הוקמה בשלהי 1917 במוסקבה על-ידי שמואל איזנשטדט ופליטיאל דיקשטיין, ושמה לה למטרה לחקור בצורה שיטתית את המשפט היהודי הלאומי על-מנת לסייע להחיותו ולהופכו למשפטו של העם היהודי המתחדש בארצו. את המשפט העברי-הלאומי החדש הם ביקשו לכוון באמצעות החייאת נורמות מן ההלכה היהודית והשלמתן (או תיקונן) בנורמות משיטות משפט מודרניות, כך שהמשפט שיווצר יתאים מבחינת תוכנו וצורתו לחיים המודרניים. פעילותה של "החברה" הופסקה ברוסיה כעבור חודשים אחדים בשל האנרכייה ששררה בעקבות המהפכה, אך בראשית שנות העשרים עלו רוב חבריה ארצה והמשיכו בה את פעילותם, כשאליהם מצטרפים נוספים. הם הרבו להרצות בארץ לפני קהלים שונים; הוציאו לאור שני כתבי-עת – המשפט והמשפט העברי; פרסמו מחקרים בתחום המשפט

<sup>36</sup> "המשפט העברי בין לאומי לדתי: הדילמה של התנועה הדתית לאומית" דת ודין (יצחק ברנד עורך) (בהכנה); עמיחי רדויגר ושוקי פרידמן "המחוקק הישראלי והמשפט העברי: חיים כהן בין מחר לאתמול" עיוני משפט כט 167, 174–181 (2005); RONEN SHAMIR, THE COLONIES OF LAW: COLONIALISM, ZIONISM, AND LAW IN EARLY MANDATE PALESTINE 30–48 (2000).  
 לטענה זו ראו: Stephen Goldstein, *Israel: Creating a New Legal System from Different Sources by Jurists from Different Backgrounds*, in *STUDIES IN LEGAL SYSTEMS: MIXED AND MIXING* 147, 149–150 (E. Örcü et al. eds., 1996); Stephen Goldstein, *Israel, in MIXED JURISDICTIONS WORLDWIDE: THE THIRD LEGAL FAMILY* (Vernon V. Palmer ed., 2002). לחוסר הצלחתם של המשפטנים האירופים להחזיר לישראל את המשפט "הקונטיננטלי" ראו אסף לחובסקי "בין 'מנדט' ל'מדינה': על חלוקת ההיסטוריה של המשפט הישראלי לתקופות" משפטים כט 689, 716–718 (1998).



משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

ותרגמו ספרות משפטית מן העולם (בין היתר הם החלו במפעל תרגום של חלקים מה- Corpus Iuris Civilis - מפעל האיסוף והקודיפיקציה הגדול של יוסטיאנוס). כמו-כן הם הצטרפו בחלקם ל"משפט השלום העברי" (מערכת בתי-משפט קהילתית יהודית חילונית אוטונומית שהוקמה עוד בשנת 1909), והקימו בשנת 1934 את "בית-הספר הגבוה למשפט ולכלכלה" בתל-אביב. לאנשי "החברה" היה ברור כי המשפט היהודי הלאומי המודרני ינוסח בצורה של קודקסים. אשר גולק, למשל, מן הבולטים שבחוקרי "החברה" ומרצה למשפט עברי באוניברסיטה העברית בירושלים, חיבר בשנת 1927 "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי", ובה קבע, בין היתר, כי "צריך להכין שורה של מונוגרפיות ועבודות מקיפות בכל מקצועות המשפט המעשי, שעל ידן ישוכלל המשפט העברי, יסתגל אל התנאים הנוכחים ויעשה מוכשר לשמש קודיקס קיים ופועל בארץ. עבודות אלה תשמשנה הכנה לקודיפיקציה של המשפט העברי".<sup>37</sup> פלטיאל דיקשטיין, שתיאר בספרו את הוועידה הארצית השנייה של "משפט השלום העברי" שהתקיימה ביוני 1927, סיפר כי "בענין הקודיפיקציה... [הוחלט] שהגיעה השעה לסדר סדרי-הלכות קבועים שיהיו מבוססים על המשפט העברי ועל צרכי זמננו והשקפתנו".<sup>38</sup> ושמואל איזנשטדט כתב, בעקבות הוועידה הראשונה של עורכי-הדין היהודים בארץ-ישראל שהתקיימה באפריל 1928: "במקצוע הקודיפיקציה של המשפט העברי יכולה וצריכה הסתדרות עורכי-הדין לסייע באופן בלתי-אמצעי על ידי מינוי ועדות קודיפיקציוניות, שישתתפו בהן רבנים משכילים ביחד עם יוריסטים תורניים ועבדו באופן שיטתי את דיני הירושה, הצוואה, האפופטרופסות, הנשואין, הגרושין והמזונות ואת דיני-ההקדשות על פי המקורות ההיסטוריים ובהתאם לצרכים השימושיים של תקופתנו".<sup>39</sup>

לקראת סוף שנות השלושים נשמעה הקריאה לקודיפיקציה של המשפט העברי-הלאומי ביתר שאת. ההתנגדות הערבית הגואה למפעל הציוני ולמדיניות הבריטית שאינה עוצרת אותו (התנגדות שהגיעה לשיאה במרד הערבי הגדול בשנת 1936), והשינוי במדיניות הבין-לאומית של בריטניה וביחסה לציונות וליישוב, העמיקו עוד יותר את חששם של רבים לגורלו של המפעל הציוני. ההתפתחויות הפוליטיות המדאיגות באירופה ובמזרח התיכון, ורעיון חלוקת הארץ לשתי מדינות שהוחדר לדיון הציבורי על-ידי ועדת פיל, הביאו לידי כך שרבים ביישוב היהודי ובתנועה הציונית האמינו כי המפעל הציוני הגיע לנקודה של "עכשיו או לעולם לא", ושמדינה יהודית עצמאית חייבת לקום בעתיד הקרוב כדי לשמש חוף-מבטחים ליהדות אירופה וכדי לקדם את השינויים בפוליטיקה המזרח-תיכונית והעולמית. עתה, כאשר אפשרות הקמתה של מדינה יהודית עצמאית נהפכה למציאותית

37 אשר גולק "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי, חוברת על ידי אשר גולק, על פי הזמנת ועד חברת המשפט העברי בירושלים" המשפט העברי ב 195, 203-204 (תרפ"ז).

38 פלטיאל דייקן (דיקשטיין) תולדות משפט השלום העברי 73 (תשכ"ד), מוזכר בפתח מאמרו של רדוינר, לעיל ה"ש 35.

39 ש' נהוראי "אחרי הוועידה" המשפט - ירחון למשפט העיוני והשמושי ג, 87, 90 (1928).

בעיני רבים ביישוב, שבה ועלתה גם שאלת המבנה של מוסדות המדינה ומשפטה, והחל דיון ציבורי בעניין.<sup>40</sup>

משה זילברג, לימים שופט בית-המשפט העליון, פרסם בראשית 1938 סדרת מאמרים בעיתון הארץ ששמה "המשפט במדינה העברית". דבריו של זילברג מדגימים היטב את היות המהפכה הציונית הן מהפכה פוליטית-לאומית והן מהפכה מודרניסטית. כבר בפתח דבריו קרא זילברג להרהיב עוז ולנסות "לחדש וליצור בכוחות עצמנו שיטת משפט שלמה, מקיפה, מודרנית, התומכת את יחידותיה באותן ההשקפות המוסריות והתרבותיות, המונחות ביסוד המשפט העתיק שלנו".<sup>41</sup> במסקנותיו הוא קרא לשלטונות המדינה החדשה "לסדר קודיפיקאציה חדשה של החוק, קודיפיקאציה מופשטת, קצרה, מרוכזת, אשר תכיל באלף-אלפים סעיפים את כל יסודות המשפט האזרחי, עם כל המוסדות הכלליים שבו".<sup>42</sup> זילברג היה מודע בהחלט להקשרים ההיסטוריים והלאומיים של יצירת קודקס. בעומדו על מקורות השראה אפשריים למשפט הישראלי (חוץ מאשר ההלכה היהודית), הוא הראה את הקשיים המתעוררים מאימוץ המשפט האנגלי בשל הפער התרבותי שבין המשפט המקובל האנגלי לבין תפיסת-העולם של רוב היהודים שבאו מיבשת אירופה, ואת הבעיות הנעוצות באימוץ המשפט הקונטיננטלי המרכז-אירופי, שעל-אף התאמתו לתפיסות-העולם של יהודי ארץ-ישראל, "אין איש שיעלה על הדעת לקשור את ראשית צעדיה של המדינה העברית אל יצירי הרוח של הגניוס הגרמני".<sup>43</sup> מה בולט הדמיון בין דבריו האחרונים של זילברג לבין התנגדותה של בלגיה לאמץ את הקודקס ההולנדי או התנגדותן של המדינות החדשות באמריקה הדרומית לאמץ את המשפט הספרדי. על דעתו זו חזר זילברג בהרצאה שנשא כעבור תשע שנים בקונגרס העולמי הראשון למדעי היהדות, שנערך בירושלים בשנת 1947. בהרצאה שכותרתה "לשאלת עריכת קודקס עברי" טען זילברג כי חקיקת קודקס כזה אפשרית והכרחית, וסיכם כי "הקודקס העברי החדש יהיה ספר חוקים אזרחי, כמתכונת ספרי החוקים האזרחיים המקובלים במרכז אירופה".<sup>44</sup>

דבריו של זילברג לא גישאו בחלל ריק. בשנים שאחרי מלחמת-העולם השנייה, כאשר התברר כי מלחמת-העולם, השואה והסדר העולמי החדש פתחו חלון-הזדמנויות להקמתה של מדינה עברית, התלהטה מחדש גם שאלת אופיו וצורתו של המשפט הישראלי, וממילא עלתה שאלת הקודיפיקציה. מכיוון שרוב המשפטנים היהודים ורוב מנהיגי היישוב חשבו שבשלב הראשון תצטרך המדינה הצעירה לאמץ את המשפט המנדטורי, כדי למנוע מצב של ריק משפטי ואנרכייה, עלו הפעם היוזמות לקודיפיקציה בעיקר מפי יוצאי "חברת המשפט

40 ראו, למשל, דוד בן-גוריון "הליכות המדינה היהודית" (דברים שנשא ב-29 באוקטובר 1937 ואחר כך שוב ב-7 ביוני 1938) במערכה כרך א, חלק א בעמ' 278, וחלק ב' בעמ' 293 (תש"ח).

41 משה זילברג "המשפט במדינה העברית" באין כאחד – אסופת דברים שבהגות ובהלכה 180 (תשמ"ב) – סדרת מאמרים שהתפרסמה בעיתון הארץ בין ה-17 בפברואר 1938 לבין ה-13 באפריל 1938.

42 שם, בעמ' 199.

43 שם, בעמ' 198.

44 משה זילברג "לשאלת עריכת קודקס עברי" הפרקליט ד 262 (1947).

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

העברי" או מפי משפטים דתיים שביקשו לשלב את ההלכה הדתית במשפט של המדינה היהודית העומדת לקום. עמיחי רדזינר הראה כי בשנים אלה היו יוזמות הקודיפיקציה של משפטים דתיים רבות ומגוונות, והקיפו למעשה את כל תחומי המשפט הפרטי והציבורי.<sup>45</sup> נראה שלאותם משפטים דתיים קדם רעיון הקודיפיקציה לא רק משום שהוא סימל תחייה משפטית-תרבותית-לאומית, אלא גם כאתגר הלכתי ואינטלקטואלי. בדומה לקודיפיקציה האירופית מן המאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, שהייתה במידה רבה פרויקט ראשוני ומאתגר של איסוף מנהגים ונורמות אחרות וכינוסם בקובץ אחד סדור וכתוב, גם הקודקסים שהציגו המשפטים הדתיים היו פרויקט מקורי שביקש לכנס את ההלכה הדתית הפסוקה, שהייתה עד עתה פזורה על-פני מקורות רבים ולא התאימה לפיכך לחברת המון ממלכתית מודרנית.<sup>46</sup>

לאחר שהחליט האו"ם ב-29 בנובמבר 1947 על סיום המנדט הבריטי וחלוקת הארץ לשתי מדינות עצמאיות, התחיל היישוב היהודי להתארגן לקראת הקמת המדינה. הוועד הלאומי והנהלת הסוכנות היהודית הקימו את "ועדת המצב", כדי שתפקח על ההכנות להקמת המדינה. במסגרת ועדת המצב הוקמה גם "מועצה משפטית" בת שלושים ושלושה חברים, שתפקידיה היו לייצג לוועדת המצב ובעיקר לתכנן את מערכת המשפט ולהכין את דברי החקיקה הנדרשים לצורך הקמת המדינה והפעלת מוסדותיה.<sup>47</sup> כבר בשיבתה הראשונה של המועצה, ב-5 בינואר 1948, הועלה נושא הקודיפיקציה של המשפט, אך באופייה של החקיקה העתידית עסקו יותר ועדות-המשנה לענייני החוק האזרחי ולענייני החוק המסחרי (שדיוניהן אוחדו בשל צוק העיתים). בשיבתה הראשונה של הוועדה המאוחדת, שהתקיימה ב-28 בינואר 1948 בביתו של משה זמורה בירושלים, דיברו רוב המשתתפים על קודיפיקציה של המשפט האזרחי כעל מהלך מובן מאליה. פרופ' גד טדסקי התעקש כי יש לדון כבר עתה בתוכניות החקיקה, שכן "כל תכנית לזמן הקרוב צריכה להיות מושפעת מן התכניות לעתיד הרחוק... בל נמעט בעבודה ולא נתעלם כבר עכשיו משאלת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי למדינה היהודית", ואף הציע לוועדה שנים-עשר עקרונות שצריכים להנחות את מחוקקי הקודקס האזרחי.<sup>48</sup> אולם שאר חברי הוועדה הדגישו כי על-אף תמיכתם ברעיון הקודיפיקציה של המשפט העתידי, ברי כי לא יהיה אפשר לחוקק קודקס שיטתי ומקיף בזמן הקצר שנותר עד להקמת המדינה, וגם לא בשנים הראשונות שלאחריה, שכן "זוהי

45 ראו עמיחי רדזינר "תלמיד חכם שלא נספד כהלכה" - יעקב שמואל צורי ומחקריו במשפט העברי על רקע תולדות מחקר תחום זה" שנתון המשפט העברי כג 253, בה"ש 196 (תשס"ה). על יוזמותיהם של משפטים דתיים לחוקק קודקסים של הלכה יהודית בתקופת המנדט וראשית המדינה ראו שם, בעמ' 315 ואילך. כן ראו מאמריו של רדזינר, לעיל ה"ש 35.

46 לסקירה של הקודיפיקציה המוקדמת בהלכה היהודית ראו זיידמן ושחם, לעיל ה"ש 14, בעמ' 19-22.

47 על המועצה המשפטית ראו יהודית קרפ "המועצה המשפטית - ראשית עלילות חקיקה" ספר אורי ידין - האיש ופועלו כרך ב 209 (אהרן ברק וטנה שפיץ עורכים, 1990).

48 "פרטי-כל של ישיבת ועדות המשנה על החוק האזרחי ועל החוק המסחרי שהתקיימה בבית ד"ר זמורה בירושלים ביום 28 לינואר, 1948", גנוך המדינה בירושלים, תיק ג 110/38. שלושת הציטוטים להלן יהיו גם-כן מפרוטוקול זה.

עבודה לתקופה ארוכה ואין מקום למעשה פזיזות. אין אסון בכך אם המצב הנוכחי ימשך עוד שנה שנתיים". עורך־הדין משה זמורה, לימים נשיאו הראשון של בית־המשפט העליון, הרגיז ואמר "באשר לקודיפיקציה של אחר כך, נמצאים אנחנו במצב יותר טוב מאשר עושי הקודיפיקציה בארצות קונטיננטליות, כי הרי יש לנו כמה וכמה דוגמאות מן המוכן", ורמז בכך שהקודקס הישראלי יתבסס על המשפט האירופי המודרני, ולא על המשפט העברי. הדיון בעניין הקודיפיקציה סוכם למעשה כבר בדברי הפתיחה של עורך־הדין שלום הורביץ, דברים שהתוו הלכה למעשה את מדיניותו של משרד המשפטים הישראלי בשישים השנים הבאות: "קודיפיקציה חדשה תתקל אצלנו בקשיים גדולים. הקודיפיקציה של המשפט האזרחי שנעשתה בארצות קונטיננטליות נעשתה אחרי התפתחות היוריספרודנציה במשך מאות שנים, וע"י מומחים גדולים. אצלנו לא היתה התפתחות משפטית כזאת ואין לנו מומחים כאלה. אצלנו מוטב לחשוב על קודיפיקציה הדרגתית."

הורביץ אכן חזה מבלי דעת את עתידו של הקודקס האזרחי הישראלי. יש מיזון רב בין גלגוליה של החוקה הישראלית לבין תולדותיו של הקודקס האזרחי הישראלי, ובמובן זה ביטאו דבריו של הורביץ מעין "פשרת הררי" של הקודקס האזרחי. בעניינו של הקודקס האזרחי לא התקבלה אומנם החלטה רשמית מקבילה ל"החלטת הררי" (היא החלטת הכנסת משנת 1950 בעניין חקיקתה של החוקה בשלבים עד לכינוסה העתידי במסמך אחד), אך למעשה נהגה המדינה בדרך דומה, וחוקקה את החוקים האזרחיים פרקים־פרקים מתוך מחשבה שאלה – כמשאלתו של עורך־הדין הורביץ – יצטרפו ביום מן הימים לכלל קודקס מקיף אחד. עדות למדיניות זו ניתן למצוא במשרה החדשה שנוצרה במשרד המשפטים כבר בקיץ 1949 ואשר אוישה על־ידי אורי ידין: משרת הממונה על תכנון החקיקה לטווח ארוך, אשר נועדה, כפי שכתב השופט משה לנדוי בדברים לזכר ידין, בעיקר לתכנון החקיקה האזרחית.<sup>49</sup> אכן, בתפקידו זה ניצח ידין על מלאכת החקיקה הישראלית "החדשה", כלומר על אותה קבוצה של חוקים אזרחיים חשובים אשר נכנסו לתוקפם בשנות השישים והשבעים וחיידשו לחלוטין את המשפט האזרחי הישראלי, ובתפקידו זה הוא גם ניסח בסוף שנות השבעים את הטיטות הרשמיות הראשונות לקודקס האזרחי הישראלי.

לאחר שנגרע הצורך הדחוף להסדיר את עבודת הרשויות במדינה שזה עתה קמה ולתקן בעיות דחופות שהטרידו את החברה בישראל הצעירה, ולאחר שהוקל מעט הלחץ הבטחוני, הכלכלי והחברתי שרבץ על החברה הישראלית בעשור הראשון לקיומה של המדינה, התפנה משרד המשפטים לחדש באופן מסודר ושיטתי יותר גם את המשפט האזרחי. גם כעבור עשור ידעו במשרד המשפטים כי אין עדיין למדינה הצעירה משאבים כדי לחוקק קודקס מלא ושלם, ואולי גם חששו שהחברה הישראלית אינה בנויה עדיין לטלטלה הכרוכה בהחלפה גורפת של חלקים גדולים של המשפט הקיים, ולכן לא חוקקו קודקס אחד מקיף, אלא החלו במבצע מסודר של חקיקת חוקים נפרדים שכל אחד מהם הסדיר תחום אחר של המשפט האזרחי. ראוי לציין כי גם עתה, על־אף המאמץ לפעול בשיטתיות, הודרכה החקיקה האזרחית החדשה קודם־כל על־ידי הצרכים. לשון אחר, חוקים נחקקו במידה רבה לפי מידת הצורך

49 משה לנדוי "דברים לזכר אורי ידין ז"ל" ספר אורי ידין, לעיל ה"ש 47, כרך א, בעמ' 11,

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

להחליף את הדין הקיים, ולא תמיד על-פי תוכנית-אב מסודרת לשינוי המשפט האזרחי. זו הסיבה, למשל, שהצעת חוק הירושה הונחה על שולחן הכנסת כבר בשנת 1952, ושחוק החוזים (תרופות) נחקק שלוש שנים לפני חוק החוזים הכללי.<sup>50</sup> משפטים חשובים כשמואל איזנשטדט ומשה זילברג הביעו אומנם בסוף שנות החמישים ביקורת על כך שהוחמצה שעת כושר גדולה לחוקק קודקס אזרחי עם קום המדינה או בעשור הראשון לקיומה,<sup>51</sup> אך במשרד המשפטים חשבו כי הצורך לתקן פגמים בשטחים מסוימים של המשפט האזרחי גובר על הרצון הגדול להסדיר כבר עתה בצורה מלאה ושיטתית את המשפט האזרחי כולו בדרך של קודיפיקציה מלאה. בין השנים 1962 ו-1975 נחקקו שישה-עשר חוקים אזרחיים שהסדירו באופן מקיף (גם אם לא מושלם ולא לגמרי שיטתי) את דיני הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ואת דיני הירושה, הקניין והחייבים למיניהם.

החקיקה הישראלית החדשה נתפסה על-ידי תומכיה (ובראשם טדסקי, ברק וידין) כשלב הראשון של הקודיפיקציה של המשפט האזרחי הישראלי – שלב שיושלם מאוחר יותר על-ידי כינוסם של החוקים האזרחיים השונים לכלל קודקס מובנה אחד. אכן, אהרן ברק לא איבד זמן, ועם מינויו לתפקיד היועץ המשפטי לממשלה, בשנת 1976, פנה לאורי ידין, שהיה ממונה על מחלקת החקיקה במשרד המשפטים, וביקשו להכין את הטיוטות הראשונות של הקודקס האזרחי בהתבסס על החוקים האזרחיים שנחקקו בחמש-עשרה השנים הקודמות. ידין ניגש למלאכה, ובמקביל הוקמה "ועדת הקודיפיקציה" בראשות ברק, אשר עסקה במחקר ובניסוח הצעת הקודקס עד להצגתו בחודש אפריל 2004.<sup>52</sup> התקוות לקודיפיקציה אזרחית ישראלית מקורית, שהחלו בראשית המאה העשרים, קרמו סוף-סוף עור וגידים. אולם נשוב אחורה בזמן אל "החקיקה האזרחית החדשה" של שנות השישים והשבעים. חקיקה זו עוררה בקרב משפטני התקופה פולמוס בשאלה אם היא מהווה קודיפיקציה, והעלתה אגב אורחא גם את שאלת הצורך בקודיפיקציה של המשפט האזרחי הישראלי.<sup>53</sup>

50 השוו אורי ידין "From Piecemeal Legislation to a Modern Code (The Israeli Experience)" ספר אורי ידין, לעיל ה"ש 47, כרך א, בעמ' 377, 378.

51 ראו משה זילברג כך דרכו של תלמוד 141, 152-161 (1961); שמואל איזנשטדט "קודיפיקציה חדשה של משפטנו הלאומי (רעיונות והצעות)" ציון במשפט 242 (1967).

52 על ההיסטוריה של הקודקס האזרחי הישראלי ראו בדברי המבוא להצעת החוק, לעיל הערה 6, בעמ' 1-3. ראו גם אהרן ברק "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי 'נוסח ישראלי'" ספר הזכרון לגד טדסקי – מסות במשפט אזרחי 115, 160-161 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי רבילו וגבריאלה שלו עורכים, 1995); אהרן ברק "מבוא להצעת הקודקס האזרחי הישראלי" משפטים לו i, vii-viii (תשס"ז).

53 הפולמוס סביב "החקיקה החדשה" היה ער ביותר. מבין הפרסומים הרבים של התומכים ברעיון הקודיפיקציה ראו: Gad Tadeschi, *Law of Laws: Prolegomena to the Civil Code*, 14 Isr. L. Rev. 145 (1979); ידין, לעיל ה"ש 50; אורי ידין "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית" עיוני משפט ו 506 (1979); Uri Yadin, *Is Codification an Outmoded Form of Legislation?* ISRAELI REPORTS TO THE 11TH INT'L CONGRESS OF COMPARATIVE LAW I (1982); אורי ידין "העקרון של תום לב בחקיקה החדשה" ספר אורי ידין, לעיל ה"ש 47, כרך א, בעמ' 281-288; Aharon Barak, *Towards Codification of the Civil Law: Opening Address of*

אולם בחינה מדוקדקת של הפולמוס מלמדת כי מה שנחזה כוויכוח בשאלה אם החברה הישראלית צריכה בכלל קודקס אזרחי היה בעיקרו ויכוח שנוסב על אופייה של "החקיקה האזרחית החדשה", ועל השאלה אם ניתן לראות בחקיקה לא-מושלמת זו קודקס. נראה שגם המתנגדים למהלך של "החקיקה החדשה" (ובראשם דניאל פרידמן) לא התנגדו לחקיקה קודיפיטיבית באשר היא, אלא בעיקר חששו משלב-הביניים שבו "החקיקה החדשה" לא תהא מקיפה מספיק, מחד גיסא, אך תטלטל את המשפט הקודם ואף תבטל חלקים גדולים ממנו, מאידך גיסא (ומשפטנים חוששים תמיד מפגיעה במציאות המשפטית שהם מכירים). לענייני במאמר זה, הוויכוח על אופייה של "החקיקה האזרחית החדשה" חשוב מכיוון שהמתווכחים קשרו באופן ישיר את שאלת "החקיקה החדשה" (והקודיפיציה) לשאלת עצמאותו של המשפט הישראלי. תומכי "החקיקה החדשה", ובראשם אהרן ברק ואורי ידן, הדגישו כי היא תורמת לעצמאות המשפט לא רק בכך שהיא מייתרת במקרים רבים את הפנייה למשפט הבריטי או לדברי חקיקה שמקורם במשפט העותמאני, אלא גם בכך שהיא מסייעת בפיתוחה של תורת משפט ישראלית מקורית המתאימה לתרבות ולמציאות הישראליות, ואינה מחייבת את הישראלים לחיות לפי משפט שנוצר במקומות זרים ולשם תכליות זרות. לעומתם, הדגישו מתנגדי "החקיקה החדשה" כי חקיקה זו אינה תורמת לעצמאות המשפט הישראלי משום שכל עוד לא בוטל סימן 46 לדבר המלך, טרם פסקה החובה לפנות למשפט האנגלי במקרה של חסר (לקונה). יתר על כן, המתנגדים טענו כי "החקיקה החדשה" אינה מקדמת את העצמאות המשפטית בישראל גם משום שהרעיון האירופי של קודיפיציה זר לתרבות המשפטית הישראלית, כפי שזו התגבשה למן תקופת המנדט, ומשום שבכל מקרה תוכנה של "החקיקה החדשה" לקוח ממקומות שונים בעולם המערבי, ואינו משקף כלל ועיקר את המשפט העברי או את התרבות היהודית-הישראלית, ואפילו לא את המציאות החברתית-הכלכלית או את המשפט המקובל שנוצר בארץ למן ימי השלטון הבריטי.<sup>54</sup>

אכן, רעיון הקודקס אינו קרוב יותר לתרבות היהודית מרעיון המשפט המקובל. אחרי ככלות הכל, ההלכה היהודית לא התקדמה רק מקודקס אחד למשנהו, אלא עוצבה גם – ובעיקר – מכוח פסקי הלכה וספרות של שאלות ותשובות, שהיו מעין משפט מקובל

*Symposium*, 1 TEL-AVIV UNIVERSITY STUDIES IN LAW 9 (1975). כן ראו את מאמריו של אהרן ברק, להלן ה"ש 54 ו-55. לטיעוני המתנגדים ראו: Daniel Friedmann, *Problems of Codification of Civil Law in Israel*, 2 JEWISH LAW ANNUAL 88 (1979) וכן את מאמריו של פרידמן בעניין עצמאותה של "החקיקה החדשה", להלן ה"ש 54.

54 לוויכוח על עצמאותה של "החקיקה החדשה" ראו: Daniel Friedmann, *Independent Development of Israeli Law*, 10 ISR. L. REV. 515 (1975); דניאל פרידמן "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה 91 (תשל"ג); אהרן ברק "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה – תשובה לפרופסור פרידמן" משפטים ה 99 (תשל"ג); דניאל פרידמן "עוד הערה לעניין ההוראות בדבר 'עצמאות החוק' אשר בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה 349 (תשל"ד); אהרן ברק "עצמאותה של הקודיפיציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים ז 15 (תשל"ו); דניאל פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה 490 (1976).

משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

יהודי. עם זאת, מתנגדי החקיקה האזרחית החדשה התעלמו לגמרי מטיעוניהם של ברק וידין – ולמעשה ממסורת המשפט המערבית בכללותה – שלפיהם עצם פעולת הקודיפיקציה של המשפט נתפסת כפרויקט תרבותי-לאומי מן המעלה הראשונה, אף ללא קשר לתוכנם של החוקים עצמם. הקודיפיקציה היא פרויקט לאומי משום שעצם חקיקת הקודקס מעידה על עצמאותו של עם לעצב לעצמו את חוקיו (גם אם בסופו של דבר תוכנם שאוב ממשפטם של אחרים), ומשום שהיא דבר חקיקה שיטתי המגלם את התפיסות הפוליטיות, החינוכיות והמדעיות של המודרנה, ונתפסת לפיכך כטקסט מכונן המקדם את החברה והלאום. נקודה אחרונה זו, שפרידמן הבין בהחלט אך ייחס לה חשיבות מעטה, היא הכוח המניע העיקרי שמאחורי החקיקה הקודיפיקטיבית בעולם כולו למן המאה השמונה-עשרה ועד לימינו, וגם המקור העיקרי למהלך הארוך של הקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל, שהחל בעשור הראשון לקום המדינה ומסתיים בהצעת חוק דיני ממונות.

## פרק ה: סיכום

במאמר זה ביקשתי לטעון כי הסיבות לקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל אינן רק סיבות משפטיות-מקצועיות, כי אם גם – ואולי בעיקר – סיבות תרבותיות. מנסחי הצעת הקודקס האזרחי הישראלי נימקו את הצורך בקודקס אזרחי בשלושה טעמים עיקריים: פישוט המשפט האזרחי באמצעות כינוסו בחוק אחד; ארגון מחדש של המשפט האזרחי בצורה שיטתית, הגיונית ויעילה; ועריכת רפורמה חקיקתית נדרשת במשפט האזרחי. הראיתי במאמר כי אף שבטיעונים פנים-משפטיים אלה יש ממש, אי-אפשר להסביר את תהליך הקודיפיקציה האזרחית בישראל רק באמצעותם. טענתי כי יש להבין את תהליך הקודיפיקציה כמונע במידה רבה על-ידי תפיסה תרבותית הרואה בקודקס אזרחי סמל למודרניזציה ולעצמאות משפטית. הסברי זה מסייע להבין את תפוצתו של רעיון הקודיפיקציה האזרחית בעולם כולו ואת הצלחתו להיקלט גם בישראל.

כדי להבין את משמעותו של רעיון הקודיפיקציה כסמל לאומי-תרבותי מודרני, יש להבין את הסיבות לעלייתו במאה השמונה-עשרה. ראינו כי ניתן להצביע על שלוש סיבות עיקריות לצמיחת רעיון הקודיפיקציה במערב: המסורת המשפטית האירופית (האמיתית או המדומה), שרואה בחקיקה קודיפיקטיבית יסוד חשוב של שיטת המשפט האירופית למן ימי האימפריה הרומית; הרעיונות הפוליטיים והאחרים של תקופת הנאורות – האמונה הגדולה בתבונת האדם וביכולתה לחלצו ממצב של בערות ועריצות, והדגש שהמחשבה המודרנית שמה באדם, בריבונותו ובזכויותיו; ולבסוף, תהליך הפוליטיזציה של המשפט שליווה את תהליך ריכוז הכוח הפוליטי, ששיאו בהקמת המדינה המודרנית. גורמים אלה, ובעיקר רעיונות הנאורות, לא רק מסבירים את הופעת רעיון הקודיפיקציה במאות השמונה-עשרה והתשע-עשרה, אלא גם משוקעים בקודקסים עצמם. החקיקה הקודיפיקטיבית נתפסה למן המאה השמונה-עשרה כצורת המשפט המתאימה לחברה המודרנית, מכיוון שהיא צורת

משפט המאפשרת למדינה הריבונית המודרנית לשלוט באופן ריכוזי, "מדעי" ויעיל, ומכיוון שהקודקסים מבטאים את הרעיונות הפוליטיים של הרנסנס והנאורות, שעל בסיסם קמו המדינות המודרניות. התוצאה הייתה שחקיקה קודיפיקטיבית נתפסה כמהלך טבעי ואף חיוני בתהליך בינויה של מדינה חדשה. מאחר שמלחמות העצמאות והמהפכות הפוליטיות המודרניות הן גם מהפכות מודרניסטיות המבקשות לכונן חברה "חדשה", מודרנית ו"מתקדמת", נהפכו הקודקסים גם לסמל לאומי ותרבותי מודרניסטי שמבטא את עצמאותו המשפטית והתרבותית של עם ואת היותו מודרני, נאור ומתקדם.

אכן, במאתיים וחמישים השנים האחרונות, מדינות חדשות רבות מאוד – הן באירופה והן מחוץ לה – ראו חובה לעצמן לחוקק חוקה וקודקס אזרחי, המבטאים את עצמאותן המשפטית ואת השתייכותן לעולם המודרני, ורצון זה לא פסח גם על מדינת ישראל. התביעה לחוקק בישראל קודקס אזרחי כביטוי של עצמאות ומודרניזציה מובנת לנוכח אופייה של הציונות כתנועה לאומית מודרנית ששאפה לא רק להגדרה עצמית ולהקמת בית לאומי ליהודים, אלא גם לשינוי עמוק ולמודרניזציה של החיים החברתיים, הכלכליים, האזרחיים והתרבותיים של הציבור היהודי. אכן, ראינו כי קודיפיקציה של המשפט נתפסה למן שנות העשרים של המאה העשרים ועד לימינו כמהלך שאין מהרהרים אחר חיוניותו. גם הוויכוחים שהתעוררו בעניין הקודיפיקציה קשורים יותר לשאלת תזמונו של מהלך החקיקה, היקפו או יחסו של הקודקס לשאר הנורמות המשפטיות.

אם כן, ללא הבנת הסמליות הלאומית-התרבותית שרעיון הקודיפיקציה האזרחית נושא, אי אפשר להבין את החקיקה האזרחית החדשה וגם לא את היוזמה לעדכן ולשכלל חקיקה זו ולאגדה באוסף אחד – חוק דיני ממונות. במובן זה, כפי שראינו לכל אורך המאמר, רב המשותף בין קודקס אזרחי לבין חוקה. אלה שני הטקסטים היסודיים של התרבות המשפטית המערבית המודרנית: שני המסמכים התפתחו במאה השמונה-עשרה באותו אקלים פוליטי ואינטלקטואלי-תרבותי; שניהם מבטאים את תהליך הפוזיטיביזציה של המשפט המודרני, במובן זה שהם טקסט פוזיטיבי המכיל את רעיונות המשפט הטבעי ואת המוסכמות והמנהגים המשפטיים שנהגו עד אז; שניהם נחשבים למסמכים יסודיים של כל שיטת משפט וכל מדינה; ואל שניהם נקשרה משמעות סמלית לאומית-תרבותית מודרניסטית עמוקה, שלא נקשרה לנורמות או למוסדות משפטיים אחרים. עוד ראינו כי בישראל הייתה לשני המסמכים גם היסטוריה דומה. היה ברור לישראלים הראשונים כי עם קבלת העצמאות יש לחוקק חוקה וקודקס אזרחי. עם זאת, הנסיבות המורכבות של הקמת המדינה ובניית החברה הישראלית חייבו את דחיית החקיקה של שני המסמכים, ואת קבלת ההחלטה כי החוקה והקודקס יתחברו פרקים-פרקים שיצטרפו ביום מן הימים לכלל טקסט אחד. זמן איחודם של פרקי הקודקס הגיע, ויש האומרים כי אף זמן איחודם של חוקי-היסוד כבר כאן. אין תמה שהאדם שנחשב מחוללה של "המהפכה החוקתית", כלומר האדם שמוזוהה יותר מכל עם הטענה כי מהלך של חקיקת חוקי-היסוד הגיע לבשלות וניתן להכריז כי יש חוקה לישראל, הוא גם האדם שמוזוהה יותר מכל עם מהלך הקודיפיקציה של המשפט האזרחי בארץ. אדם זה הוא כמובן אהרן ברק. כמומחה למשפט אזרחי וכתלמידו המובהק של גד טדסקי – מי שייצג אולי יותר מכל את תפיסת המשפט האירופית בארץ ומן המטיפים הגדולים ביותר לקודיפיקציה שיטתית של המשפט האזרחי – היה ברק פעיל



משפט ועסקים ז, התשס"ז השורשים התרבותיים של מהלך הקודיפיקציה האזרחית בישראל

בניסוח "החקיקה החדשה" ובהטמעת הרעיון כי חקיקה זו מהווה גוף משפטי קוהרנטי המבטא תורת משפט אחת; כיועץ משפטי לממשלה הוא הניע כזכור, יחד עם הממונה על החקיקה אורי ידן, את מהלך הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – לבקשתו, חיבר ידן את הטיטות הראשונות של הקודקס האזרחי, והוקמה "ועדת הקודיפיקציה", שבראשה עמד ברק; ובסופו של דבר, כשופט בית המשפט העליון וכנשיאו, הכריז ברק כי התרחשה בארץ לא רק "מהפכה חוקתית", אלא אף "מהפכה קודיפיקטיבית":

"From the establishment of the State until the present day, two quiet 'revolutions' have occurred in Israeli law – the first in the area of public law, and the second in the area of a private law. In public law we have witnessed the incorporation of a functional constitution... In private law we have witnessed the coalescing of a civil codification."<sup>55</sup>

נראה שברק נהפך לדמות כה חשובה במשפט הישראלי לא רק בשל כישוריו הבולטים כמשפטן, אלא גם בשל יכולתו להבין ולחוש את המשמעות הסמלית והתרבותית-הלאומית של טקסטים משפטיים חשובים, כגון חוקה וקודקס אזרחי. ניתן להתווכח על תוכנם של מסמכים אלה, על הדרך שבה התקבלו (או הומצאו) בארץ, ואפילו על השאלה אם קיים עדיין צורך במסמכים אלה בימינו. אולם אי-אפשר להבין את מקומם המרכזי של חוקה ושל קודקס אזרחי במשפט המודרני בארץ ובעולם ללא הבנת השורשים ההיסטוריים והתרבותיים שלהם, וללא הבנת המטען הסמלי שהם נושאים כטקסטים המבטאים עצמאות לאומית ומודרניזציה.

---

Aharon Barak, *The Codification of Civil Law and the Law of Torts*, 24 *Isr. L. Rev.* 628 55 (1990). השוו גם ברק "פרשנות ספר החוקים", לעיל ה"ש 52, בעמ' 123; ברק "מבוא להצעת הקודקס האזרחי הישראלי", לעיל ה"ש 52, בעמ' vi–iii.

