

מהפך! על הקודקס האזרחי החדש*

שרון נבו, ** אוריאל פרוקצ'יה***

תכליתה של רשימה זו היא לעמוד על הסיכויים והסיכונים הצפויים לשיטתנו המשפטית עם חקיקתו הצפויה של הקודקס האזרחי החדש. קודקס אזרחי נבדל מאוסף של חוקים רגילים בכך שהוא מתיימר לטפל בסוגיות משפט רבות באופן "קוהרנטי", כלומר, לבחור פתרונות שעולים כולם בקנה אחד עם עקרונות-יסוד משותפים. הוא גם חותר לשלמות, כלומר, למתן תשובות משפטיות למספר הגדול ביותר האפשרי של שאלות משפט הצפונות בחיק העתיד. כדי להשיג מטרה כפולה זו, של קוהרנטיות ושלמות, עליו להישען על שתי טכניקות חקיקתיות מרכזיות – ריבוי הוראות-שסתום (כגון "תום-לב") והסתמכות מרבית על פרשנות על-דרך ההיקש.

המאמר פותח בסקירה היסטורית המבארת מדוע האמונה בהיתכנותן של הקוהרנטיות והשלמות הולידה את הקודקסים האירופיים הגדולים של המאה התשע-עשרה, ומדוע האדנים התרבותיים שעליהם נשענה אמונה זו פשטו מכבר את הרגל. המאמר אף מדגיש את העלויות הכבדות העולולות להיגרם לשיטת המשפט הישראלית משימוש כבד בהוראות-שסתום ובכללי היקש המתחייבים משיטת הקודקס. בין העלויות האלה ניתן למנות את מחיר האשליה שקוהרנטיות היא בת-השגה. יתר על כן, אפילו היה ניתן להשיגה, המאמר מראה שהיא עלולה להיות לא-רצויה לגוף העניין. ריבוי הוראות-שסתום עלול להסיט את התמהיל האופטימלי בין כללי משפט פרטניים לסטנדרטים עמומים אל הכיוון העמום, ובכך אף להיפרד מן האפיון הנוכחי של שיטת המשפט הישראלית כמשתייכת למשפחת העמים של המשפט המקובל. גם היפרדותנו מן המשפט המקובל עלולה להיות רוויית עלויות, כמפורט במאמר.

* מאמר זה הוצג בסימנר המחלקתי של הפקולטה למשפטים של המרכז הבינתחומי הרצליה ובכנס של המרכז לרציונליות של האוניברסיטה העברית בירושלים. אנו מודים למשתתפות ולמשתתפים במפגשים אלה על ההערות המאלפות שהושמעו בהם.

** תלמידת התואר השני במרכז הבינתחומי הרצליה, בעלת תואר "בוגר" במשפטים ובקולנוע ובעלת תואר "מוסמך" במנהל עסקים.

*** פרופסור למשפטים במרכז הבינתחומי הרצליה וחבר המרכז לרציונליות באוניברסיטה העברית בירושלים.

מבוא

פרק א: תרבות קודקסית מהי?

1. המאה התשע-עשרה והשפעתה על תהליך החקיקה

2. ישראל, כאן ועכשיו

(א) האידיאלים של המאה השמונה-עשרה במנהרת-הזמן

פרק ב: ספקות נורמטיביים

1. שלמות, קוהרנטיות, היקש, מושגי-שסתום

(א) טיעונים אנלוגיים

(ב) מושגי-שסתום

2. המשפט המקובל לעומת המשפט האירופי – תיאוריה וקצת נתונים אמפיריים

(א) רקע

(ב) תיאוריה

(ג) נתונים אמפיריים

3. כלכלה פוליטית

פרק ג: במקום סיכום – ספקולציות לגבי המשך הדרך

מבוא

הצעת חוק דיני ממונות, הלא היא הקודקס האזרחי החדש של מדינת-ישראל, עומדת ליהפך לחוק.¹

מטרתה של רשימה זו היא כפולה. בראש ובראשונה כוונתנו לעשות ניסיון – שאינו טריוויאלי – להבין את פשר התמורה הצפויה לנו מקבלתו של החוק החדש בכנסת. בפרט, נבקש לעמוד על ההבחנה בין חקיקה "סתם", קרי חקיקה של חוקים פרטניים המתייחסים להיבטים השונים של המשפט הפרטי, לבין חקיקה "קודקסית", המבקשת לצרור את כולם בצרור יחיד. אנו פותחים את הדיון בחלקה הראשון של רשימתנו בניסיון להבין את פשר "התרבות הקודקסית" שההצעה חותרת אליה. אנו מגיעים למסקנה כי אם תאומץ ההצעה ותהיה לחוק, יהיה בכך כדי לחולל תמורות משמעותיות בתרבות המשפטית של מדינתנו, ולקרב את שיטתנו המשפטית אל שיטת המשפט הקונטיננטלי. מהתכנסותנו הצפויה אל מחוזות משפט היבשת משתמעת כמובן גם המשמעות ההפוכה, קרי, התרחקותנו הצפויה ממשפחת העמים של המשפט המקובל.²

1 בשעת כתיבת שורות אלה טרם פורסמה הצעת החוק ככזו, אך היא מופיעה באתר של משרד המשפטים וניתנת להורדה משם. לעיון, ראו הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד) נגיש ב- <http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Codex/> Codex1 (11.1.2006) (להלן: הצעת חוק דיני ממונות).

2 למרות התרחקותה של שיטתנו המשפטית מן הדגם ה"טהור" של המשפט המקובל, אין ספק כי

בחלק הראשון אנו מנסים גם להתחקות אחר ההשפעות התרבותיות שהולידו את התנועה הקודיפיקטיבית ביבשת האירופית, אשר שושביני ההצעה מבקשים עתה להעתיקה למקומותינו. השפעות אלה נקו אל תוך התודעה הציבורית דאז ממקורות שונים, אך הברית התיכון שלהן הייתה האמונה (הדתית כמעט) בעליונותה של התבונה וביכולתה לספק מענה הולם לרוב בעיותיה של האנושות ברוח הפרוגרסיביות וה"נאורות" של המאה השמונה-עשרה ותחילת המאה התשע-עשרה. אנו מבקשים להראות מדוע רעיונות נשגבים אלה, שהולידו את התנועה הקודיפיקטיבית באירופה, איבדו את חיוניותם בימינו-אנו, ומדוע אין להסתמך עליהם עוד כ"מנוע" מִט־משפטי לחיבור קודקסים מודרניים. הואיל ומחבריה של הצעת החוק עודם נוקטים כלי שיח המזכירים בקווי-המתאר העיקריים שלהם את כלי השיח של נביאי הפרוגרסיביות הנאורה דאז, הרושם המתקבל הוא של דבר חקיקה אנכרוניסטי, אשר הושלל אל תוך המאה העשרים ואחת מתוך דפים בהיסטוריה שהצהיבו זה כבר.

הניתוח התרבותי של החלק הראשון פוסח, עם זאת, על דיון בגוף העניין. לכאורה, ניתן לשאוף למטרה רצויה אף אם כלי השיח שמשתמשים בהם לצורך הצדקתה ברבים כבר אבד עליהם הכלח. בלשון אחר, ייתכן שחוק דיני ממונות אכן ישרד את שיטתנו המשפטית אף אם הנימוקים שהביאו לחקיקתו היו כולם נימוקים בטלים. האם אלה באמת פני הדברים? כדי להתמודד עם שאלה זו אנו מבקשים לבחון את ההצעה ואת השלכותיה מבחינת המשפט הרצוי. למשימה זו ייחדנו את החלק השני של רשימתנו. כידוע, שאלה מן הטיפוס של "מה עדיף – שיטת המשפט המקובל, על כל המשתמע ממנה, או השיטה הנוהגת ביבשת האירופית?" אינה בת-פתרון במישורים מסוימים. עובדה היא שמי שחונך על ברכי המשפט המקובל משוכנע, ברוב המקרים, כי רק לו ולשכמותו ניתנה התבונה. מאידך גיסא, רוב-רובם של חכמי המשפט הקונטיננטלי שבוים בקסמיו של הסנטימנטל הפופ. הקושי אינו נובע אך ורק מן החיבה הרגשית שחכמי המשפט מגלים לביוגרפיה המקצועית של עצמם, ואף לא רק מנטייתיה של כל שיטת משפט להימנע מלפרוץ דרכים חדשות ולדבוק ככל האפשר בסטטוס-קוו ("path dependence"). הקושי נובע גם משיקולים לגוף העניין, שכן לכל אחת משיטות המשפט יש יתרונות וחסרונות "אובייקטיביים". לכן השאלה "מה עדיף" היא אגוז קשה לפיצוח, ואיננו משלים את עצמנו כי אנו מחזיקים בידינו את המפתח לפתרון. "רק על עצמי לספר ידעתי", קוננה המשווררת, ואף אנו אין לנו להציע לקוראת אלא את השקפתנו הסובייקטיבית. במסגרת הסובייקטיבית הזו אנו חפצים להסב את תשומת-הלב לטעמים אחדים, הנראים לנו ראויים להשמעה, בזכות שימורו של המשפט המקובל ובגנות המגמה לשחוק אותו אל תוך תרבות קודקסית חדשה.

כפי שיוסבר להלן, הסביבה התרבותית של המאה השמונה-עשרה, אשר עיצבה את הקודקסים שנכתבו במאה התשע-עשרה, הניחה כי ניתן – וגם ראוי – לקבץ בכל קודקס "שולחן ערוך" ממצה למדי של כל הסוגיות שהקודקס עוסק בהן. למשל, אם דובר בקודקס אזרחי, המגמה הייתה להכליל בו את הרוב המכריע של הסוגיות החשובות במשפט אזרחי.

אצורים בה עדיין לא מעט מתכונותיו. שיטת הקודקס מועדת, כפי שיובהר להלן, להועמיק את הפער בינינו לבין הדגם הטהור הזה. במאמר זה אנו מציבים את הקושיה אם העמקת הפער הזה רצויה.

אך הואיל וידוע – גם למחברי הקודקסים – כי החיים עשירים מכל דמיון, ולפיכך אין לצפות כי הוראות הקודקס ישיבו ברחל בתך הקטנה על כל השאלות הצפונות בחיק העתיד, אימצו לעצמם מחברי הקודקסים מכשירים שבעזרתם ניתן לפרש גם סוגיות "חדשות" – כאלה שאין להן פתרון סטטוטורי מפורש – כאילו הן מכוסות בכלל-זאת על-ידי הוראות הקודקס.

שתי הטכניקות הבולטות ביותר לריבוע המעגל, כלומר לסיווג שאלות "חדשות" כאילו ניתן לפתור אותן בעזרת הוראות הקודקס, הן הכללה של הוראות-שסתום רבות בתוך הקודקס, ושימוש מוגבר בפרשנות על-דרך ההיקש (אנלוגיה) כאמצעי למילוי לקונות בחוק החרות. ניתן, אם כן, להציב את השאלה אם ריבוי הוראות-שסתום ושימוש מוגבר ברוי ההיקש צפויים לשדרג את השיטה המשפטית או להפך – לקלקל את השורה. במאמר זה אנו מראים כי האפשרות השנייה, הפסימית יותר, מתקבלת יותר על הדעת. זאת אנו עושים בשלושה שלבים עיקריים: בתחילת הדרך אנו מראים כי טכניקות אלה (ריבוי הוראות-שסתום ופרשנות על-דרך ההיקש) הן חסרות פשר מבחינה תורת-משפטית ומזיקות להתפתחותם הטובה של חיי המשפט; בהמשך הדרך אנו סוקרים את הספרות האמפירית המשווה את המשפט המקובל למשפט האירופי מבחינת יעילותו, ומביאים לפני הקוראים את המסקנות הטנטטיביות של אותם מחקרים, המצביעים על עליונותה היחסית של שיטת המשפט המקובל; אנו חותמים את החלק השני של רשימתנו בדיון בכמה ספקולציות על "הכלכלה הפוליטית" של חקיקה קודקסית, ומראים כיצד היא נוטה לעוות את התמהיל האופטימלי של הוראות-שסתום ושל כללי חקיקה קונקרטיים. בסך-הכל מסקנתו של החלק השני היא שהקודקס הצפוי אינו מבשר לנו טובות. במקום סיכום אנחנו מציעים, בסוף המאמר, חשיבה חדשה על הדרך הנאותה ביותר לחקיקה אורחית במדינת-ישראל של היום.

פרק א: תרבות קודקסית מהי?

הוצאת "מחשבות", ויזמים מועילים שכמותה, מוציאים לאור מדי שנה מהדורה מעודכנת של כל החוקים במשפט הפרטי (וכן אסופות של חוקים בשטחים אחרים). הוצאת "מחשבות" אינה מביאה לפני הקוראת קודקס. קיים הבדל עצום בין קודקס לבין אסופת חוקים, אף אם מבחינה תוכנית כל פרקי האסופה כלולים בקודקס, או להפך – כל מה שיש בקודקס קיבל ביטוי סטטוטורי עוד לפני שהקודקס נעשה. אז מהו בדיוק ההבדל? כדי להשיב על השאלה נבחן תחילה את האידיאל שהוביל למבול הקודקסים ביבשת האירופית בשעה שנעשו. דובריו של אידיאל זה דיברו בקול רם, צלול וברור, ואין ספק כי מעשה ידיהם נועד להגשים את האידיאל שהם האמינו בו. אמירה צלולה זו גם מבירה מדוע לא היה אפשר להגשים את האידיאל על-ידי חקיקה "שגרתית" של חוקים ספציפיים. כדי לעבור אל האידיאל שהנחה את אבות הקודקס הישראלי, עלינו לדלג על-פני כמה שנה

במנהרת־הזמן – מסוף המאה התשע־עשרה, כאשר קדחת הקודקסים החדשים שככה ביבשת האירופית, ועד לתחילתה של המאה העשרים ואחת, כאשר היא שבה וגאתה במקומותינו. למרבית ההפתעה, הרטוריקה של אז והרטוריקה של היום אינן שונות זו מזו בקווי־המתאר הכלליים שלהן. מי שהכינו את חוק דיני ממונות עודם משתמשים בכלי שיח שאינם נבדלים באופן מהותי מאלה שאפיינו את המאמינים באידיאל הקודקסי שהציף את אירופה לפני כמאתיים שנה. אנו יוצאים מנקודת־הנחה כי הם מתכוונים למה שהם אומרים, וכי הם שואפים עדיין לאותם אידיאלים טובים ונושנים.

1. המאה התשע־עשרה והשפעתה על תהליך החקיקה

הקודיפיקציות המודרניות הגדולות של עמי המערב נוצרו במשך כמאה שנים, בין תחילתה של המאה התשע־עשרה לסופה. ככאלה, רבות מהן שיקפו את תפיסת־העולם הפילוסופית של המלומדים שניסחו אותם, שהיו רובם ככולם אישים שחונכו על ברכי האידיאלים התבוניים של המאה השמונה־עשרה, כפי שיפורט להלן.³ בין הקודים החשובים האלה יש להזכיר, בראש ובראשונה, את הקוד הנפוליאוני, שהיה החלוץ שהלך לפני המחנה, ואשר אף נחשב, בשל צחות לשונו והמבנה האסתטי שלו, ליצירה בעלת ערך ספרותי לא־מבוטל. קודקס זה בא לאוויר העולם בשנת 1804. הקודקס האוסטרי נעשה בשנת 1811, הקוד הבלגי הוחק בשנת 1831, ההולנדי נעשה בשנת 1838, האיטלקי בשנת 1865, ואחריו באו, בסדרה צפופה ומהירה, הקודים של קוויבק (1866), פורטוגל (1867) וספרד (1899). בשנת 1867, כאשר פורטוגל חוקקה את הקודקס שלה, עשתה כן גם רומניה, אך הקוד הרומני לא היה אלא העתק מתורגם לרומנית של הקוד הנפוליאוני מתחילת המאה התשע־עשרה.

ה־BGB – הקודקס הגרמני רב־ההשפעה – חתם בשנת 1900 את מאה השנים של הקודקסים הגדולים. כדי להדגיש את גודל המעמד, הוא נכנס לתוקף ב־1 בינואר של המאה החדשה, אף־על־פי שכל עבודות ההכנה שמתוכנן ינק כבר הסתיימו שנים מספר קודם לכן. גם במאה העשרים נעשו אי־אלה קודקסים חדשים, אך רובם נעשו בתחילת המאה (שווייץ, 1912) או הועתקו מקודקסים קיימים ותיקים (למשל, הקוד האזרחי היפני, שהועתק מן ה־BGB, או הטורקי, שהועתק מן הקודקס האזרחי השווייצרי). כל הקודקסים החשובים עברו סדרה ארוכה של תיקוני חקיקה, אך שמרו על אופיים הקודיפיקטיבי שאפיין אותם מלכתחילה. גם בימינו נעשו כמה קודקסים חדשים לגמרי, אך בדרך־כלל הם שיקפו מעין המשך דרך של מה שקדם להם, באמצע את המסורת הקודיפיקטיבית של המדינה שחוקקה אותם. כך הם, למשל, הקודקס האזרחי ההולנדי החדש משנת 1992 והקודקס האזרחי החדש של קוויבק משנת 1994.

3 יש הסבורים כי כל מה שאינו מבוסס על מערכת ערכים סדורה וברורה אינו ראוי לשם "קודקס". מבחינה זו הקודקסים האירופיים אכן ראויים, בעוד קיבוץ דברי חקיקה שנעשה על־ידי אישים חפים מאידיאולוגיה, ללא קשר לצורתו החיצונית, אינו "קודקס" של ממש, לפחות במובן ההיסטורי. ראו, למשל, דניאל פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ו־תשל"ז) 463.

בדרך-כלל, כאשר מדינה המשתייכת למשפחת המשפט המקובל מאמצת דבר חקיקה, מקיף ככל שיהא, הכוונה אינה ל"קודקס" במובן הקונטיננטלי. במקרים רבים חוקים אלה מיועדים להשלים את המשפט המקובל או לקבוע לו סייגים, ואין להם משמעות רבה בלעדיו. דוגמות לכך הם חוקי החברות השונים בבריטניה ובארצות-הברית. גם ה-Restatement האמריקאי הוא מקיף ורחב-יריעה, אך תכליתו העיקרית היא לסכם את המשפט המקובל, ואין לו יומרות קודקסיות במובן הקונטיננטלי.

מה היו האידיאלים שהניבו את גל הקודקסים ביבשת האירופית?⁴ מבחינות מסוימות, אידיאלים אלה לא היו שונים מאלה שהדריכו את הקדמונים בעבודות הקודיפיקציה שלהם. דוגמה יפה לכך הם הקודקסים של יוסטיניאן מן השליש הראשון של המאה השישית. קודקסים אלה התיימרו כבר אז לשמש מעין "שולחן ערוך" של כל החומר המשפטי שהיה ידוע באותה שעה, ולספק לו מעין גרסה רשמית. מאז חוקקו, נאסר על בעלי-הדין לטעון לקיומו של דין ראוי יותר מן הדין החרות בקודקס, וכדי לא לעמעם את מעמדם הייחודי כמקור למשפט, נאסר על בני הדור לכתוב להם פירושים. בצורה כזו הושג פישוט רב של החומר המשפטי, שהוגש לקהל המשתמשים בו בצורה סינופטית, מסוגלת לנושאים וקלה יותר להבנה. מאידך גיסא, הקודקסים של יוסטיניאן לא התיימרו ליותר מזה, היה אפשר לערוך בהם שינויים תכופים באמצעות חקיקה קיסרית, והם נועדו לתת מענה שוטף לצורכי השעה המתחלפים.⁵ הקודיפיקציה האירופית של המאה התשע-עשרה שאבה את השראתה גם מן הדוגמות המוקדמות האלה, אך הרוח העיקרית שפעמה בה נשבה ממחוזות אחרים לגמרי.

לא כל הקודקסים האירופיים מקורצים מחומר אחד, וכל המבקש לעשות הכללות נוטל על עצמו סיכון לא-מבוטל. כדי לא לחרוג ממסגרת סבירה של גודש, נצמצם את הערותינו בעניין זה לקודקס הצרפתי משנת 1804, אשר אף אם לא היה מודל לחיקוי של כל היתר (אם כי היו קודקסים אחדים שהלכו בעקבותיו באופן אדוק, דוגמת הקודקסים של ארצות

4 על הקשר האמיץ בין התנועה הקודיפיקטיבית ביבשת האירופית לבין הרקע הרעיוני של אותה תקופה עמדו רבים לפנינו, גם בין כותבי העברית. ראו, למשל, את מאמרה היפה של דפנה ברק-ארו "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים" עיוני משפט כב (תש"ס) 793. במאמרה הדגישה ברק-ארו את ה"אירופיות" של הרעיונות שהולידו את הקודקסים במכורתם, והעלתה ספק אם ניתן להשתיל ערכים אירופיים מעין אלה במדינה כשלנו. אנו מצטרפים לתהייתה, אך כפי שיובהר להלן, עיקר ביקורתנו היא אחרת. אנו סבורים כי אירופה עצמה אינה מתאימה עוד לסוגי השתלה שכאלה, שכן האידיאלים שהפרו את יצירת הקודקסים הגדולים כבר נס ליחס בכל מקום בעולם, כולל ביבשת האירופית עצמה. עוד על הקשר בין קודיפיקציה לערכים ראו את מאמרו של מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מדעית חדשה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר זיכרון לאריאל רוזן-צבי (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, 1998) 54.

5 סקירה מלומדת ורחבת-יריעה על תהליך החקיקה היוסטיניאנית, על האישים שנטלו בה חלק ועל המטרות שעמדו בבסיסה ניתן למצוא בספרו המצוין של Tony Honoré Tribonian (London, 1978).

השפלה), הוא שימש להם בוודאי מגדלור ומורה־דרך. מקצת המלומדים סברו כי הרעיונות המכוננים ביותר שנתנו לקוד נפוליאון את אופיו נשאלו מתוך כתביו של ז'ן ז'ק רוסו (Rousseau), ובעיקר מתוך עבודתו הפוליטית המרכזית – האמנה החברתית. אכן, אין ספק כי "בעל הבית" שנטל את החקיקה הזו תחת כנפיו, נפוליאון בונפרטה, העריץ בצורה גלויה את השקפותיו של רוסו, ואף נטה להאמין כי הקוד הנושא את שמו נותן להן ביטוי. באמנה החברתית רוסו יוצק את התובנה כי החברה האנושית זקוקה למעין חוקת־יסוד שתאחד את כל הפרטים לכלל קולקטיב מדיני, וכי תפקידו של השליט הנאור הוא לחוקק בעבור החברה את כללי־היסוד להתנהגות בין פרטיה. האוניורסליות של הקוד אף מטאטאה אל מחוץ לשדה המשפט את שרידי העוול של המשטר הישן (Ancien Régime), כגון זכויות־היתר של האצולה, יתרונו של הבכור ביחס לאחיו הצעירים ממנו וכדומה. מנקודת־השקפה זו, הקודקס האזרחי הוא הגשמת החזון של השליט הנאור.⁶

בניגוד לדעתם של מחברים אלה, אנו סבורים כי השפעתו של רוסו על הקודקס האזרחי הצרפתי לא הייתה מרכזית, גם אם אין לבטל אותה כליל. המאה השמונה־עשרה הייתה מאה אופטימית. משכילי התקופה – ה־literati, ולא רק בני צרפת, אלא בכל מקום, מפרוסיה ועד סנט־פטרסבורג, מווינה ועד לונדון – היו מאוחדים באמונתם כי קיימת אמת בסיסית במענה לכל אחת מבעיותיה של האנושות, וכי בכוחו של השכל, לפחות בעיקרון, לחבוק את כל הבעיות האפשריות ולספק להן מענה תבוני ו"מדעי". הסתמכות זו על התבונה כמענה לתלאות האדם הובילה בראש ובראשונה לדחייה מוחלטת של אמונות מיסטיות, ובכלל זה של כל הדתות. וולטיר, למשל, היה דובר מובהק של המחשבה החילונית הזו.⁷ החבורה התבונית והאופטימית הזו, שזכתה בכינוי "הפילוסופים" (les philosophes), ביקשה לתת ביטוי להשקפתה בפרסום רב־כרכים של האנציקלופדיה הצרפתית המקיפה, אשר ראתה אור "בהמשכים" במהלך שנים רבות במאה השמונה־עשרה, והעניקה למחבריה את הכינוי הנוסף "האנציקלופדיסטים".⁸ חיבור האנציקלופדיה בכל נושאי הידע האנושי –

6 ראו: Carl J. Friedrich "The Ideological and Philosophical Background" in *The Code Napoleon and the Common-Law World* (New York, Bernard Schwartz ed., 1954). נושא זה היה כנראה חשוב במיוחד לתדמית העצמית של נפוליאון. מגלותו הטרגית באי סנטה הלנה, כך מספר לנו פרופסור Friedrich במאמרו (בעמ' 7–8), כתב נפוליאון (בתרגום חופשי שלנו) כי "תהילתי האמיתית אינה בשל היותי עטור ניצחון בארבעים קרבות... מה שלעולם לא יימחה מעל פני האדמה הוא 'הקודקס האזרחי' שלי ורישומי הדיונים על קבלתו במועצת המדינה (Conseil d'Etat)".

7 סיפור־חיו של וולטיר עמד כולו בסימן מאבקו נגד הדתות ה"ישנות" – הכנסייה הקתולית והמלוכה האבסולוטית – אשר תחתן ביקש להמליך את דת התבונה. לביוגרפיה חדשה המדגישה אלמנטים אלה ראו: Roger Pearson *Voltaire Almighty: A Life in Pursuit of Freedom* (New York, 2005).

8 את הרעיון של חיבור האנציקלופדיה שאלו הצרפתים משכניהם מעבר לתעלה, עם חיבור אנציקלופדיה באנגלית על־ידי Ephraim Chambers. את חיבורו של Chambers ניתן כיום להשיג בהוצאות רבות. השם המלא של החיבור היה: Ephraim Chambers *Cyclopaedia; or*

במתמטיקה, במדעי הטבע ובמדעי האדם והחברה – נועד להפגין את כוחו של השכל לספק מענה נכון לכל שאלה. הוא גם ביטא את הנטייה הליברלית והדמוקרטית של הפילוסופים לקרב את הידע אל שכבות רחבות בעם, וכך לגאול את העם מבערותו ולהעניק לו את אור התבונה. בין הפילוסופים האנציקלופדיסטים החשובים יש למנות (תוך השמטת שמותיהם של אישים מרכזיים רבים) את Jean d'Alembert, אשר "סיפק את הסחורה" בעיקר בנושאים המתמטיים והמדעיים, אך היה איש-אשכולות מבריק שנטל חלק מרכזי בדיון על נושאים פילוסופיים, מוזיקליים ואחרים;⁹ ומעל כולם את דני דידרו (Diderot), שהיה במשך שנים רבות העורך הראשי והרוח החיה מאחורי מפעל האנציקלופדיה.¹⁰

קוד נפוליאון לא היה אלא השיקוף המשפטי של תפיסת-העולם הזו. הוא נועד מראשיתו לשמש מעין דת אזרחית חדשה, אשר מסוגלת וגם ראויה להחליף את הנצרות ואת יתר התורות המטפיזיות ששלטו בכיפה עד אז (וזה אחת הסיבות שאנו דוחים את ההשקפה שהשפעתו של רוסו – איש מיסטי ואמוני שכמותו – על היווצרות הקודקס הייתה השפעה מרכזית). עד עצם היום הזה העיסוק במשפט עיוני במסגרת אוניברסיטאית מכונה ביבשת האירופית עיסוק "מדעי", ופרופסורים למשפטים הם "מדענים משפטיים" (בארצות דוברות אנגלית לא היה עולה על הדעת לכנות פרופסור למשפטים "legal scientist"). בהתאם לתפיסת-עולמם של מחברי הקוד, כמו של הפילוסופים האנציקלופדיסטים שהשרו עליהם מרוחם, הקוד המשפטי היה אמור להכיל תשובה "נכונה", בהירה ונגישה לשאלות משפט מרובות ככל שניתן, אם כי, כפי שנראה מייד, גם הם הבינו שלצפות את כל האפשרויות אינו בגדר האפשר. גישה מקסימליסטית זו אפשרה להם, כך לפחות קיוו, לבער בעזרת התבונה את כל המכשלות (חוסר רציונליות, גישה מיסטי-דתית, חוסר נגישות, חוסר צדק וכדומה) שהיו לרועץ בכל שיטות המשפט שקדמו לקוד. כפועל יוצא מן האמונה בשלמותו של הקוד ובכוחה של התבונה לקרוא את התמונה המצטיירת ממנו בצורה "נכונה", נכתב במפורש בקוד (בסעיף 4) כי שופט המסרב למצוא את התשובה לשאלה המונחת לפניו בהוראות הקוד עובר בכך עברה פלילית. התוצאה שהתבקשה ממסכת אמונות זו הייתה שתפקידה של הפסיקה בעיצוב ההלכה היה תפקיד משני בהחלט, שכן כל הלכה המתעצבת

an Universal Dictionary of Arts and Sciences, containing an Explication of the Terms and an Account of the Things Signified thereby in the Several Arts, both Liberal and Mechanical, and the Several Sciences, Human and Divine (London, 1728). החיבור ראו אור לראשונה בשנת 1728.

9 על תפיסתו ההוליסטית של d'Alembert ראו: Thomas Hankins *Jean d'Alembert* (New York, 1990). בספר קריא זה מראה פרופסור Hankins כיצד בעולם התבוני של המאה השמונה-עשרה התאחדו כל המדעים למעין אמת מדעית יחידה, שבה התובנות המדעיות יונקות מן המחשבה הפילוסופית ומזינות אותה בזמנית.

10 על מפעל האנציקלופדיה, על מטרותיה הפילוסופיות ועל חלקו המרכזי של Diderot בהכנתה, ראו: Philipp Blom *Enlightening the World: Encyclopedie, the Book that Changed the Course of History* (New York, 2005).

מחוץ להוראותיו של החוק החרות אינה נחוצה (כי החוק הוא "שלם") ואף אינה רצויה (כי החוק הוא "נכון").¹¹

כמה מילים על השפעתו של מונטסקייה (Montesquieu) על רוח הקוד. מונטסקייה קנה לו כידוע תהילת-עולם בעיקר הודות לחיבורו על רוח החוקים (1748). בחיבור זה יצק מונטסקייה לראשונה את התבונה המודרנית בדבר הפרדת הרשויות. בהיות תבונה זו מרכזית כל-כך בתיאוריה הדמוקרטית המודרנית, היו שסברו כי השפעתו של מונטסקייה על קוד נפוליאון הייתה מכרעת, שכן רעיון החוק האוניוורסלי לכל הוא ביסודו של דבר רעיון דמוקרטי.¹² ההיסטוריה של הרעיונות היא תמיד אגוז קשה לפיצוח, וקשה לקבוע בה מסמרות. אך תחושתנו היא שהשפעת הדת התבונת על הקוד הייתה המכרעת, בעוד הרעיון הדמוקרטי של חוק אחד לכל בני-האדם אינו אלא אחת מתוצאותיו הטבעיות.¹³ הרעיון הדמוקרטי היה ככל הנראה פורמטיבי הרבה יותר בחקיקת קודקסים במקומות אחרים ביבשת האירופית, כגון אוסטריה, שם חקיקת הקוד נתפסה כמעין מחסום של שלטון החוק למונרכייה האבסולוטית.¹⁴

מעניין לבחון בהקשר זה את דבריו של Jean-Etienne-Marie Portalis, מי שהיה הארכיטקט הראשי של קוד נפוליאון. Portalis נולד באקס (Aix) אשר בפרובנס בשנת 1746, כלומר, בעיצומה של תקופת ההשכלה.¹⁵ ייתכן שקולם הצלול ביותר של Portalis ושל שלושה משפטנים נוספים, שהופקדו יחד עימו על הכנת הקודקס,¹⁶ מהדהד מן הקודקס

11 ראו לעניין זה: Angelo Piero Sereni "The Code and the Case Law" in *The Code Napoleon* and the Common-Law World (New York, Bernard Schwartz ed., 1954) 55.

12 מייצג נאמן של השקפה זו בישראל הוא מרדכי אלפרדו ראבילו. ראו, למשל, מרדכי א' ראבילו "מונטסקייה והקודיפיקציה של המשפט הפרטי (קוד נפוליאון)" עלי משפט ב (תשס"ב) 7. ראבילו מפנה במאמרו את תשומת-הלב לעוד כמה מרעיונותיו של מונטסקייה שהיו לדעתו פורמטיביים ביצירת הקודקס, כגון פשטות השפה והיותה נגישה לכל אדם; הקריאה להפריד בין הפרטי לציבורי (מה שמכונה כיום "public-private divide"), שאפשר להסיק ממנה את הצורך בקודקס אזרחי הנבדל מחלקי המשפט שאינם אזרחיים; ועוד. ראבילו מפנה את תשומת-הלב גם להשפעה שהייתה למונטסקייה על Portalis, היוריסט החשוב ביותר בניסוחו של קוד נפוליאון. על Portalis ועל תרומתו לקודקס ראו מייד בשורות הבאות בטקסט.

13 ראבילו עצמו האיר את התופעה על היבטיה השונים, ולא דווקא מן ההיבט הקשור למונטסקייה, במאמר מקיף פרי-עטו, הכולל גם ביבליוגרפיה עשירה ומגוונת על מקורותיה של הקודיפיקציה האירופית. ראו מרדכי א' ראבילו "על התהליך הקודיפיקטיבי" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקציה – חיבורי משפט (אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקציה ומרדכי א' ראבילו עורכים, תשנ"ז) 133.

14 חיבור מרתק המשתור את ההיסטוריה של החקיקה האוסטרית באור זה הוא: Henry Strakosch *State Absolutism and the Rule of Law — The Struggle for the Codification of Civil Law in Austria 1753–1811* (Sydney, 1967).

15 לביוגרפיה חדשה ומפורטת, אם כי אולי חגיגית מדי, של Portalis ראו: Jean-Luc Chartier *Portalis: Le Père du Code Civil* (Paris, 2004).

16 שמותיהם של שלושה אלה, שאבדו כמעט בהיסטוריה, היו Tronchet, Bigot-Préameneu ו-Maleville. בחירתם של Portalis ושל שלושת האחרים נעשתה, בין היתר, על-פי מפתח

עצמו: ברור, הגיוני, מנוסח לתפארת, מחולק ומסווג כיאות, נגיש לעם, כולו מלאכת-מחשבת, בלא כל רבב. אולם Portalis חיבר חיבור נוסף, ספק ספר ספק פמפלט, שהוגש למחוקק הצרפתי עם השלמתו של מה שכונה "הפרויקט הראשון" של הקודקס הנפוליאוני. בחיבורו זה שטח Portalis את עיקרי תורתו.¹⁷ רוח המהפכה נשבה בכיור מתוך דבריו. המשטר הישן, כך קבע, ריכוז את מאמציו המשפטיים בביצור כוחו אל מול המוני העם. מבחינת משטר כזה, "כל הדינים הם ציבוריים". לעומת זאת, "כאשר אנו מרכיזים את מבטנו בחוקים האזרחיים, יותר משחשוב לנו לעשותם תבוניים וצודקים, חשוב לנו להעמידם לרשות אלה המבקשים לטעום באמצעותם מן המשטר החדש שאותו הם מוזמנים לייסד". וקצת למטה מן העניין:¹⁸

"היום צרפת יכולה לנשום לרווחה; החוקה, אשר מבטיחה את שלוותה, מאפשרת לה גם לתכנן את רווחתה. חוקים אזרחיים טובים הם האוצרות היקרים ביותר שהבריות יכולות להעניק או לקבל. הם מקור למנהגים, מבצר לזכויות הקניין וערובה לכל שלום בר-קיימא, ציבורי ופרטי כאחד. גם אם אין בהם כדי לייסד ממשלות, יש בהם כדי לשמר אותן. הם שמים סייג לשררה, אך גם נותנים טעם לכיבודה של השררה, בהיותה בבואה של עקרונות צודקים יותר. הם מגיעים לכל פרט, הם מתערבים בכל היבט בחייו, הם מקיפים אותו בכל אשר יפנה. הם מחזקים לעיתים קרובות את המורל של העם, ועומדים תמיד לצידו בשאלות של חירות. יש בהם כדי לנחם את הפרטים על הקורבן שעליהם להקריב במצוות הדין הציבורי כדי להיות שותפים בחיי המדינה. הם מגינים על האזרחים – על גופם ורכושם – כאילו היו הם המדינה והמדינה הייתה הם."

אם מי מן הקוראות החסירה מילים מפורשות על שלטון השכל (רעיונות תבוניים מתחבאים כאן בכל פינה!), כל שעליה לעשות הוא לרדת כמה שורות נוספות במורד הטקסט:¹⁹

"החוקים אינם ביטוי טהור של שררה או של כוח. הם ביטוי של חוכמה (sagesse), של צדק (justice) ושל תבונה (raison). המחוקק מפעיל פחות סמכות אפילו מכותן-דת. אל לו לשכוח כי החוקים נעשים למען בני-אדם, ולא להפך."

אזרי, כדי להבטיח ייצוג הן למחוזות צרפת שנשלטו עד אז על-ידי המשפט המנהגי והן למחוזות שנשלטו על-ידי נגזרות של המשפט הרומי.

ראו: Jean-Étienne-Marie Portalis *Discours Préliminaire du Premier Projet de Code Civil* (Bordeaux, 1999). חיבור זה ראה אור, כמובן, בהוצאות רבות. העותק שבידינו, שמתוכו גם נצטט להלן, הוצא בהוצאת Éditions Confluences בשנת 1999.

18 בתרגום חופשי שלנו. ראו: *Ibid*, at pp. 15–16.

19 *Ibid*, at p. 16

ומה באשר לרעיון של "שלמות" החוק? Portalis היה מתוחכם מכדי להשלות את עצמו כי ניתן להסדיר באמצעות כללים פרטניים את כל המקרים העתידיים לעמוד להכרעה בעתיד. בלשונו: "לפשוט את החוק זו משימה שראוי לנו להתרכז בה; לצפות את כל מה שעתיד להיוולד זו כבר משימה בלתי־אפשרית."²⁰ כיצד ניתן אם כן לספק להמונים את מלוא התפריט ש־Portalis מייעד לחוק האזרחי במגוון רחב כל־כך של נושאים המנקדים, לאורך ולרוחב, את חיי האדם? נסכם את סקירתנו על עבודתו של ענק משפט זה במובאה נוספת של דבריו, אשר מרבעת את המעגל ומסבירה כיצד חוק שמנוסח בפשטות ובבהירות, אך שוויתר על השאיפה להסדיר כל שאלה באופן פרטני, יכול למלא בכל־זאת תפקיד קרדינלי כל־כך בחיי הפרט ובחיי האומה:²¹

"עלינו להזהיר את עצמנו מן השאיפה המסוכנת לצפות הכל ולהסדיר הכל... יש להותיר לשופטים וליועצים המשפטיים לחדור אל רוח החוק ולכוון את החלתו על מקרים קונקרטיים... יש להעמיד לרשותם של אלה, ברשות החוק ותחת פיקוחו של המחוקק, מלאי של עקרונות ושל תורות משפט שייבחנו יום־יום בפרקטיקה המשפטית ובהחלטות בתי־המשפט, שיוחלו תוך שימוש בכל הידע שנצבר, ואשר השימוש בהן ייחשב בכל מקרה כתוספת המשתלבת בדבר החקיקה עצמו."

כפי שנבליט בסימונו של חלק תיאורי זה (ראו להלן סעיף 2א), עולם החלומות שהניב את הקודיפיקציה הגדולה של תחילת המאה התשע־עשרה ברחבי היבשת כבר נגזו לו ונעלם. אף־על־פי־כן, הצעת חוק דיני ממונות מונחת עתה בתוך צנרת החקיקה. מה היה הלך־הרוח ומה הייתה מסכת האמונות שתרמו להיווצרותו של מצב־דברים זה? על־מנת לענות על שאלה זו, עלינו להניח להיסטוריה התרבותית של יבשת אירופה ולהחזיר את המבט הביתה.

2. ישראל, כאן ועכשיו

שרטטנו, אפוא, את קווי־המתאר העיקריים של תפיסת־העולם שהדריכה את אדריכלי הקודקסים האירופיים הגדולים. לפני שנציג את השאלה אם קווי־מתאר אלה צפויים לקדם את שיטת המשפט שלנו בישראל או להסיגה אחור, עלינו להזדקק לשאלה מקדמית, והיא אם קווי־מתאר אלה אומצו גם על־ידי אדריכלי החקיקה של "הקודקס הישראלי" או שמא בחרו אלה להתירם מאחור ולאמץ לעצמם מטרות אחרות לגמרי. למשל, ניתן להעלות על הדעת שעיקר מאמצייהם הושקעו בכינוס כל החומר הקיים תחת מטרייה אחת, עם שינויים קטנים ככל האפשר לצורכי הבהרה בלבד; לחלופין, אפשר שהם ראו את עצמם כוועדת רפורמה שתכליתה לבער את הקלקולים שהתגלו בשיטה הקיימת ולהציע במקומם, או נוסף עליהם, הסדרים מתוקנים משלהם. כל אחת מן המטרות האלה אין בה – אף אם תוגשם במלואה – כדי לחולל תמורות רדיקליות בתרבות המשפטית שלנו, ומבחינה זו אף לא אחת

²⁰ Ibid, at p. 17

²¹ Ibid, at pp. 18–19

מהן שונה במובהק מדברי חקיקה "רגילים", גם אם רחבי-היקף, שאפיינו את ההיסטוריה החקיקתית במדינת-ישראל כמעט למן היווסדה.

ראוי לציין כאן כי לא תמיד ניתן להתחקות באופן ברור אחר כוונותיה של ועדת מומחים. ועדה כזו, המקיימת פעילות סדירה על-פני עשרות שנים, עשויה לשקף מגוון של השקפות שאפיינו את חבריה השונים – החיים והמתים – במהלך השנים, ואין זה בלתי-מתקבל על הדעת שחברים שונים חלקו אלה על דעתם של אלה בנוגע להגדרת התכלית של מאמצייהם המשותפים. כמו-כן נראה לנו סביר כי מקצת החברים לא נתנו דעתם כלל לשאלות המקרו העומדות ביסודה של רשימה זו, ועיקר מאמצייהם הופנה לסוגיות הקונקרטיות שעלו על שולחנה של הוועדה במשך שנות חברותם בה. עם זאת, קיים תיעוד ברור ופומבי של דעותיהם של כמה מן השחקנים המרכזיים שנטלו חלק בהכנת הקודקס, ומותר להניח כי תיעוד זה משקף את ההפשטה (אבסטרקציה) המכונה "השקפת הוועדה". חזיון מסוים להצדקת הזיהוי בין החומר המתועד לבין ההסכמה הכללית של הקבוצה כולה ניתן למצוא בהשערה שאילו היה החומר המתועד מקוּמם חברי ועדה שנמצעו מלתת פומבי לדעתם, הם היו, מן הסתם, מפרים את שתיקתם ומביאים את המחלוקת – העקרונית מכל המחלוקות הכרוכות בחקיקה מעין זו – לדיון ולהכרעה במליאת הוועדה, ובמידת הצורך גם להכרעת הציבור. כך, לפחות, היינו עושים אנו אילו מצאנו עצמנו רתומים למאמץ חקיקתי כביר שהיה ראוי, לדעתנו, כי לא ייעשה. בחרנו למקד את המבט בדבריהם של שלושה אישים ובמסמך קצר, שניתן ללמוד מהם על כוונתה של ועדת הקודיפיקציה. אישים אלה הם אבי החקיקה האזרחית החדשה פרופסור אורי ידין; יושב-ראש הוועדה ומנהיגה הבלתי-מעורער, נשיא בית-המשפט העליון אהרן ברק; והחוקר הראשי של הוועדה פרופסור מיגל דויטש. בצד סקירת דעותיהם של שלושה אלה, אנו מפנים את תשומת-הלב אל הכתוב בהצעה עצמה ובדברי ההסבר שלה. המסקנה מלימודו של חומר זה הוא כי קיים דמיון מדהים, לא מן העולם הזה כמעט, בין הרטוריקה של אבות הקודקסים האירופיים בתחילת המאה התשע-עשרה לבין זו של אבות הקודקס הישראלי החדש, העומד לצאת בימים אלה מן התנור.

פרופסור אורי ידין (היינסהיימר) היה אחד המשפטנים המשכילים יוצאי גרמניה שהתקבצו במשרד המשפטים עוד מתחילת הדרך – בהנהגתם של אישים כחיים הרמן כהן (לימים שופט בית-המשפט העליון) ופנחס רוזן (רוזנבליט) – בהרגשה של שליחות. השליחות הייתה לנטוש את מלאכת הטלאים האומללה שאפיינה את שיטתנו המשפטית עד אז, ואשר הורכבה משרידי המשפט העותמני ומעבודתם של פקידי ממשל ושופטים "סוג ב" של ממשלת הוד מלכותו בפלשתינה, ולהמירה בתפיסה משפטית "מתקדמת" עם דגש יורוצנטרי חזק. ידין היה האיש הנכון במקום הנכון, שכן דיניה של היבשת האירופית ורוי המשפט ההשוואתי היו מוכרים לו היטב, כמעין גרסתא דינקותא, ועל-פי-רוב שימשו השראה לעבודתו. כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה הממונה על מחלקת החקיקה, נטל על עצמו ידין את שרביט הניצוח על הכנתם של כמעט כל החוקים האזרחיים שהם לחם-חוקנו כיום. ידו הייתה בכל – בתכנון, במחקר, בניסוח ובעבודה הפרלמנטרית של קבלת גושפנקה סופית מן הכנסת וועדותיה. יש להניח כי אלמלא עבודתו רבת-השנים, לא היה אפשר לחבר עתה את הצעת חוק דיני ממונות. כאיש של מעשים, ולא של מילים, הביטוי

שנתן להשקפותיו היה לקוני תמיד, אך עם זאת קשה להחמיץ את תפיסת העולם שהדריכה אותו בכל אשר כתב.

ידין התבטא פעמים מספר בנושאי הקודיפיקציה. ברשימה קצרה זו נתעכב רק על מאמר מייצג קצר אחד.²² במאמרו זה התייחס ידן אל מסכת החוקים שהוכנו תחת שרביטו, וביטא בבירור את דעתו כי כל אחד מהם מיועד להתפרש כמעין קודקס בועיר-אנפין, מתוך מגמה שכולם יחד יכונסו בחוק אחד שיהיה הקודקס האזרחי השלם של מדינת ישראל, כלומר, בלשונו, "חקיקה מקיפה, שיטתית וממצה, בעלת רציפות פנימית, בשטח משפטי רחב". לדעתו של ידן, הסממן המרכזי המאפיין קודקס הוא במישור הפרשני. בהיות הקודקס מסמך השואף להרמוניה ולשלמות, אין עוד מקום להיוקק למקורות חיצוניים בפרשנותו, ועליו להתפרש רק "מתוכו", כאותו בור המתמלא, כביכול, מחוליותיו. אף-על-פי שידן סבר, כאמור, כי מן הראוי להתייחס אל כל אחד ואחד מיצירי-כפיו – החוקים האזרחיים האינדיווידואליים – כאל מסמך הראוי לפרשנות מעין זו, הוא קובע כי "קודקס יאפשר, ויתבע, פירוש 'מתוכו' פי כמה מחוקים שנתקבלו בזה אחר זה ושכל אחד מהם מוקדש לנושא מוגבל בלבד" [ההדגשה הוספה]. הביטוי "פירוש 'מתוכו'" משמעו, לדעת ידן, פירוש על-פי "המידות שבהן נדרש קודקס", וראשונה להן היא מידת ההיקש (אנלוגיה). ההיקש הוא כלי-כול, לגרסתו, ויש בו כדי לפתור את בעיית הלקונה, כלומר, מצבים שבהם דומה כי מילותיו המפורשות של הקודקס אינן מספקות מענה לשאלה פרשנית כלשהי. הסיבה היא שהחוק הגיוני, שלם והרמוני עד כדי כך שאין להעלות על הדעת כי אין בו מענה לכל שאלה; וקיימת בו קונסיסטנטיות פנימית רבה עד כדי כך שלא ייתכן שסוגיות "דומות" יוסדרו בו באופן שונה. לכן ההיקש הוא כלי בטוח לחיסול שיטתי של לקונות. ברור כשמש כי ידן, אשר נולד רק שמונה שנים אחרי חקיקתו החגיגית של הקודקס האזרחי הגרמני משנת 1900, האמין בכל ליבו בהיתכנות של אידיאל תבוני זה, ובכוונו המגני כביכול של דבר חקיקה "שלם" לתת מענה "נכון" לכל שאלות המשפט. ובלשונו: "ואשר למילוי ליקויים שבהם ההיקש אינו מספיק – שוב אני חוזר לאופי של חקיקה זו המבוססת על ההנחה שהכל נמצא בה ואין לך אלא להפוך בה ולהפוך בה עד שתמצא פתרון לשאלותיך."²³ [ההדגשה הוספה]

איש אירופי, תרבותי ועדין-נפש זה הלך לעולמו כבר לפני שנים רבות. למן לכתו הפך גדול משפטני ישראל, השופט אהרן ברק, לרוח החיה במלאכת הקודיפיקציה. ברק התחיל להתעניין בשאלה זו כבר לפני שנות דור, עוד בעת כהונתו כמורה וכחוקר בפקולטה למשפטים בירושלים, כאשר ידן היה עדיין בין החיים. במאמר חשוב משנת

22 אורי ידן "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית" עיוני משפט ו 506.

23 עיקרון פרשני מרכזי זה, שלפיו הקודקס אוצר בחובו את כל התשובות לכל השאלות, חוזר כחוט-השני בכמה פרסומים נוספים של ידן בסוגיית הקודיפיקציה. ראו את מקבץ המאמרים "על פירוש חוקי הכנסת", "שוב על פירוש חוקי הכנסת", "על פירוש חוקי הכנסת ברביעית" ספר אורי ידן (אהרן ברק עורך, תש"ן, כרך א).

1973, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי",²⁴ הביע ברק את דעתו הנחרצת כי ישראל עלתה על מסלול של שינוי רדיקלי בשיטתנו המשפטית. שינוי זה בא לידי ביטוי הן בדין הציבורי (חוקי-היסוד, שהם הבסיס לחוקתנו המתקמת) והן במשפט הפרטי (הקודיפיקציה המשמשת ובה).²⁵ כמו ידין לפניו, ראה ברק לנגד עיניו באותה שעה, בשנת 1973, מקבץ של חוקים אזרחיים, הלא היא "החקיקה הישראלית החדשה", שאותם פירש כמעין פרוודור המיועד להוביל אל הטרקלין הקודקסי. לגבי הפרוודור לא היסס ברק לקבוע כי "לא יכול להיות ספק בדבר, כי החקיקה האזרחית החדשה, אכן מקיימת מבחינה אובייקטיבית את התכונות העיקריות של קודיפיקציה".²⁶

ותכונות אלה מהן? ברק אפיין את המושג "קודקס" בעזרת חמישה סימני-היכר עיקריים, המבדלים אותו, כביכול, מחקיקה "רגילה". הקוראת לא לתקשה בוודאי לזהות בסממנים אלה את התפיסה הקונטיננטלית המסורתית מן המאה התשע-עשרה בדבר מהותו ותפקידו של הקודקס. המאפיין הראשון והחשוב מכולם הוא "שלמות", לאמור, ניסיון ליצור הסדר ממצה "מתוך כוונה שבהסדר זה תימצא תשובה לדיניה של אותה סוגיה". בצד השלמות, על הקודקס להיות "שיטתי", לאמור, עליו להיות "מסודר ומאורגן מבחינה הגיונית ומדעית". עליו להיות גם "מופשט", כלומר, עליו לקבוע עקרונות כלליים, שמהם יהיה אפשר לגזור פתרונות לבעיות קונקרטיות. נוסף על כך עליו להקיף "תחום נרחב". לבסוף, ורק במקום האחרון, עליו להיות "חדשני", וגם זה במובן צנוע בלבד, לאמור, בלשונו של ברק, "הדין הקודם בוטל ודבר החקיקה החדש, והוא בלבד, מהווה מעתה ואילך המקור לדין הקיים".²⁷ ההשראה הפורמלית להכרזה על מאפיינים אלה כעל מאפייניו של "קודקס" באו לברק ממחברים ותיקים המתארים את מהות הקודיפיקציה על-פי קווי-המתאר האירופיים שלה, שאת חלקם הוא גם מצטט בעבודתו.²⁸ ניתן לחשוב כי מתחת לפני השטח נטה ברק לתת פירוש "קודקסי" לחקיקה האזרחית החדשה בהשראת מורו ורבו פרופסור גד גווידו טדסקי המנוח – איש אירופי מאין כמוהו, שרוחו של המשפט המקובל הייתה תמיד ממנו והלאה, ואשר נהג להטיף באוזני תלמידיו לעלינותה של השיטה הקודיפיקטיבית שעל ברכיה חונך.²⁹ מאחר שברק ראה ב"חקיקה האזרחית החדשה" מעין קודקס, אף-על-פי שלא כל

24 אהרן ברק "הרצאת פתיחה: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (1973) 5.

25 שם, שם.

26 לדעה אחרת, ראו פרידמן, לעיל הערה 3, שם.

27 ברק, לעיל הערה 24, בעמ' 7.

28 למשל, הוא מצטט את Lobingier בערך "Codification" שכתב ב-"Encyclopedia of the Social Sciences" (New York, 1930) 606.

29 מלבד עדויות בעל-פה על משנתו של טדסקי בעניין הקודיפיקציה, יש בידינו רק שברי דברים המבטאים את דעתו זו. לדעתנו, מאמר מאלף במיוחד הוא גד טדסקי "על תנועת הקליטה והקודיפיקציה בארצות השכנות (ביחס לבעיות החקיקה של ישראל)" מחקרים במשפט ארצנו (גד טדסקי עורך, תשי"ב) 14. במאמר זה טדסקי סוקר את נסיון של הארצות השכנות לישראל ("הילידים") ואת מידת חפצן לאמץ לעצמן שיטות משפט מן המוכן מבית-היוצר של היבשת האירופית. הוא מבטל בהיגף-יד לא-מנומק את הטענה כי על המשפט להתפתח מתוך תרבותו

פרקיו של הקודקס כונסו בתוך אכסניה סטטוטורית יחידה, הוא ראה עצמו פטור מלדון במעלותיה ובחסרונותיה של שיטה קודיפיקטיבית, ויחד את מאמרו למסקנות המתבקשות מקיומה של שיטה כזו כעובדה מוגמרת.³⁰ בין יתר המסקנות המתבקשות מקיומו של קודקס, ציין ברק את המאפיינים הקונטיננטליים העיקריים: פרשנות של כל חלקיו באופן "הרמוני", והרחבתו למכלול הנושאים של המשפט האזרחי על-מנת שכל התשובות לכל השאלות יהיו מצויות במידת האפשר בתוכו, ולא במקומות אחרים. עם זאת סבר ברק כי אין לצרף לקודקס פרקי משפט שרוחם שונה מן הרוח המפעמת בפרקי הקודקס, פן ייפגע רעיון ה"שלמות" או ייגרע משהו מן ה"הרמוניה" החייבת לשרור בין חלקיו. ברק הטיף לקיצור לשון באופן שיתיר מרחב גמישות לפרשן, אך גם הזהיר, בעקבות טדסקי, מפני קיצור-יתר העלול להחדיר לחוק מימד של חוסר בהירות. מעל לכל קרא ברק לפרש את החוק "מתוכו", להבדיל מפירוש חוקים על-פי כללים תקדימיים צרים, כפי שהיה נהוג במשפט המקובל. בהיותו מודע לקיומה של בעיית הלקונה – כלומר, לא-היכולת, במקרים רבים, לפרש חוקים "מתוכם", במיוחד כאשר הם מרבים להשתמש במושגי-שסתום – הציע ברק, כמקובל ביבשת האירופית, למלא את הלקונות בתכנים קונקרטיים על-פי ה"מנהג" (וזאת, שוב בתהודה חזקה של המאה התשע-עשרה, תוך קירוב החוק אל "העם", שהוא מקור המנהג) ועל-פי כללי ההיקש, אשר להם ייחס ברק ערך רב במיוחד. במאמר מוסגר צוין כי בעבודתו הבשלה כשופט ביטא ברק את כל מסכת הרעיונות המנויים לעיל, פרט

של כל עם בנפרד, ומביע את הסברה כי שיטות משפט שלמות ניתנות להעתקה ללא פגע אל תוך השיטה של המדינה הקולטת. ובלשונו (שם, בעמ' 26): "היום אין צורך להרחיב את הדיבור... המשפט [ניתן] להימסר מעם לעם, גם באין שני עמים מקורבים זה לזה במיוחד; ועשוי הוא להימסר ולהיקלט הן בצורת אינסטיטוטים או כללים בודדים והן בתורת שיטות משפטיות שלמות". לנוכח דברים אלה, ומתוך הנחה כי השיטות ששררו עד כה בין "הילידים" היו שיטות פרימיטיביות, ברור לו כי גם הקנאים שב"ילידים" מבינים עתה את יתרונותיה של הקודיפיקציה האירופית. וכך הוא אומר (שם, בעמ' 21–22): "וכן יצוין שאף אלה המתנגדים היום לקליטת המשפט המערבי והיו רוצים לבטלה, בכל-זאת אינם מתנגדים לקודיפיקציה. הם מבינים יפה ששוב אין להטיל משפט מבולבל, קשה החקירה וחשוך סדר ושיטה על עם אשר הורגל כבר ביתרונות משפט מסודר בקודיפיקציה..." אם כן, השאלה, לפי טדסקי, היא לא אם ראוי "למדינות השכנות" לקבל על עצמן את עול הקודיפיקציה, כי אם איזו שיטה ראוי להם לאמץ – הבריטית, על חוקיה המבודדים, או הקונטיננטלית, המבוססת על קודקסים סדורים. וכך הוא אומר (שם, בעמ' 25): "...[עולה מדברינו] מסקנה אחת – שהארצות הקולטות ביכרו את שיטות המשפט הקונטיננטלי על פני המשפט האנגלי. הדבר מתקבל על הדעת אפילו בהתחשב עם הערותינו הנ"ל שהמשפט האנגלי יותר נוח לקליטה כיום משהיה בעבר; כי על כן אין בידי המשפט האנגלי אף היום לספק ספרי חוקים שלמים כמעט לגבי שום ענף מענפי המשפט הגדולים; ויתרה מזו: אפילו כאשר מסודר הוא בחוקים ובספרי חוקים הרי הוא עשוי להינתק מהמסורת ההיסטורית שלו וממהלך בתי המשפט של ארצו פחות מאשר ספרי החוקים הקונטיננטליים." מאמרו של טדסקי סוקר כאמור את משפטן של המדינות השכנות לנו, אך כל הנימוקים המובאים בו (אם ניתן לקרוא להם נימוקים) ישימים באותה מידה גם בארצנו.

30 ברק, לעיל הערה 24, בעמ' 8.

לכך ששכח אולי את אזהרתו של טדסקי מפני ריבוי מושגים-שסתום סתומים מדי, ומילא בהם, ובמיוחד בעיקרון ה"מלכותי" של תום-הלב, את כל חלל המשפט.³¹

גם במאמר מאוחר יותר³² לא שינה ברק את עמדתו העקרונית. במאמר זה הביע ברק את דעתו כי תפקידו של המחוקק הוא למזער את מרחב המחיה של הלקונות בקודקס, ולתת פתרון פוזיטיבי למירב הבעיות. עם זאת הודה ברק בכך ששום קודקס אינו יכול להימנע מלהותיר סוגיות משפטיות רבות ללא מענה. קיומן הצפוי של הלקונות, אפילו בקודקסים שהוכנו כהלכה, מעורר במלוא חריפותה את שאלת המקורות שמהם יוכלו הפרשנים לשאוב את הדין החל. לגרסתו של ברק, אין זה סביר להסתמך על המשפט האנגלי, אשר זר בעיקרו לחקיקה האזרחית החדשה, וגם אין זה רצוי להסתמך על שיטת משפט אירופית כלשהי, הן מטעמים מעשיים והן מטעמים עקרוניים. במישור המעשי הצביע ברק על אי-בקיאותה של הפרשנית הישראלית הממוצעת בשיטות של יבשת אירופה, ועל הקשיים האובייקטיביים, כגון מחסומי שפה, שיעמדו לה לרועץ אם תנסה להרחיב את השכלתה ביחס אליהן. במישור העקרוני הצביע ברק על כך שהחקיקה האזרחית שאבה עקרונות כלליים באופן אקלקטי משיטות שונות ואף עיבתה אותם בהוראות בעלות אופי ישראלי מקורי. לנוכח דברים אלה סבר ברק כי כל השתעבדות לשיטה אירופית מסוימת היא גם מלאכותית, גם חוטאת לכוונתו האמיתית של המחוקק וגם עלולה לא להתאים לתנאי הארץ ותושביה.

העובדה שברק דוחה הן את המשפט המקובל והן את שיטות היבשת כמקור ראוי למילוי לקונות מעוררת במלוא חריפותה את השאלה כיצד ניתן בכל-זאת להשיב על שאלות שהחוק החרות אינו מספק להן תשובה ברורה. הכלי העיקרי שברק ממליץ עליו הוא ההיקש. זהו, לדבריו, "המכשיר הטוב ביותר למילוי ליקויים בקודקס, שכן הוא מיוסד על רעיון השוויון המשפטי, לפיו מצבים דומים יקבלו פיתרון דומה".³³ כלי זה גם מבטיח "התפתחות טבעית" של שיטת המשפט הישראלית, בהיותו מחובר בטבורו להסדרים "דומים" של אותה שיטת משפט, ובהיותו קרוב יותר למה שהמחוקק הישראלי עצמו היה עושה אילו נתן דעתו לסוגיה (שהרי הסדיר באופן "דומה" סוגיות סמוכות). נוסף על כך, כלי זה אינו מצריך היכרות קרובה עם שיטות משפט זרות, שליטה בשפות אירופיות או הטלת השיטה העצמאית שלנו בטלאים השאולים מן הגורן ומן היקב. המסקנה המתבקשת מקריאת מאמרו זה של ברק היא שבמלאכת העיצוב של משפטנו האזרחי המתחדש יש להסתמך לדעתו ככל האפשר על הקודקס עצמו ועל הכלים הפרשניים למילוי חללים בו.

שלישי ואחרון לרשימת האישים שמילאו תפקיד-מפתח בעיצוב ההצעה הוא פרופסור מיגל דויטש, אשר כיהן כ"חוקר הראשי" של הוועדה. דויטש התבטא הן במסגרות אקדמיות והן באופן פופולרי מעל דפי העיתונות. סוג התבטאות אחרון זה, אף שהוא נטול יומרה אקדמית, הוא מעניין במיוחד, בהיותו עולה בקנה אחד עם ההשקפה כי הקודקס צריך להיות "קרוב אל העם" ומובן לכל מי שמעיין בו. לכן נפתח דווקא בו.

31 לדוגמה, ראו רע"א 6339/97 משה רוקר נ' משה סלומון, פ"ד נה(1) 199.

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

33 שם, שם.

ברשימה קצרה בת עמוד אחד שפרסם בכתב-עת הקרוי הפרקליטים, ביקש דויטש לאפיין את התרבות המשפטית שאנו צפויים לה לאחר קבלתה של הצעת חוק דיני ממונות בכנסת.³⁴ האמת היא שאין זה קל להבין את עיקר דבריו, קל וחומר לסכם. יש בהם הצהרות חגיגיות, כגון "הקודקס ישמש 'הסדר ליבה' יציב ועוצמתי, אשר יקרין על כלל מערך ההסדרים במשפט הישראלי".³⁵ לכאורה, אפשר לפרש דברים אלה ברוח המסקנות לעיל של ברק, ועוד יותר מזה של ידן, שלפיהן עם חקיקת הקודקס יהיה אפשר למצוא את עיקר הפתרונות בו, ולא במקורות "חיצוניים", על-פי האידיאלים של חכמי הקודיפיקציה ביבשת האירופית. אכן, דויטש מודה בשפה רפה כי "השפעת החקיקה על אופן ההפעלה של שיקול הדעת השיפוטי תהיה... ניכרת יותר מהשפעתה כיום". הוא גם מוסיף כי –

"מעמדה של הפסיקה כיוצרת משפט לא ייגרע. אין הקודקס מבקש להוביל לתפישה המיוחסת לשיטות הקונטיננטליות (ואף זאת באי דיוק רב), כאילו חזות הדין בחקיקה בלבד... המתחם העקרוני של שיקול הדעת השיפוטי לא ייפגם בעקבות הקודקס." [ההדגשה הוספה]

דומה שדויטש התכוון להצהיר כי למרות היות הקודקס "הסדר ליבה" יציב ועוצמתי, בכל-זאת לא ייפגע מעמדה של הפסיקה. אולם הקוראים הזהירים כבר הבחינו בוודאי שגם הקודיפיקציה האירופית לא יועדה להגביל את "שיקול-הדעת השיפוטי". אדרבה, יצירת הפיקציה הנאיבית שכל התשובות לכל השאלות המשפטיות מצויות בקודקס עצמו, ולא במקורות חיצוניים, מחייבת את השופטים אשר יושבים בדין ונתקלים במצב של לקונה לחצוב את הפתרונות מתוכם-הם, להבדיל ממה שהיו מחויבים לעשות על-פי עקרונות המשפט המקובל, קרי, לתור אחר פתרונות בהלכה הפסוקה. לכן "תרבות הקודקס" דווקא מטפחת את שיקול-הדעת השיפוטי ומשחררת אותו מכבילותו למוסרות חיצוניות. על-מנת להיווכח בכך די בהתבוננות על פסקי-דין של בתי-משפט צרפתיים, למשל, גם כאשר הם פוסקים בנושאים שברומו של עולם. פסקי-הדין הללו הם תמיד קצרים ביותר, ובדרך-כלל הם מצביעים על הסעיף בחוק שעליו הסתמך בית-המשפט ועל התוצאה הסופית שאליה הגיע – הא ותו לא. התעלה על הדעת מידה גדושה יותר של שיקול-דעת?

העולה מכך הוא שאף-על-פי שמתקבל הרושם שדויטש דימה בליבו כי הוא משרטט תמונה "מאוזנת" בין אלמנטים מסורתיים של המשפט המקובל (מעמדה של הפסיקה כיוצרת משפט) לבין אלמנטים חדשניים של "תרבות הקודקס", הוא נמצא מחזק את ההטפה למהפך מלא בשיטתנו, שבו, מצד אחד, החוק נהפך ל"הסדר ליבה" יציב ועוצמתי, ומצד אחר, מתחזקת גם חירותם של השופטים לפסוק על-פי שיקול-דעתם, תוך דחיקת המתודה הזהירה והאבולוציונית של המשפט המקובל אל פינה נידחת ב"תרבות המשפטית" שלנו. מדוע, אם כן, קשה לסכם את דבריו של דויטש? כי גם את המסקנה המתבקשת מן הדברים דלעיל הוא דוחה, באמרו כי "היצירה הפסיקית מאפשרת גיבוש של מערך

34 מיגל דויטש "הקודקס ותרבות המשפט" הפרקליטים (ינואר 2005) 37.

35 שם, שם.

איוונים נאות בין ודאות משפטית לבין צדק, וקירוב הדין המצוי לדין הרצוי" [ההדגשה הוספה]. אם "היצירה הפסיקתית" הזו תמשיך להיות מקור חשוב לדין הישראלי, כלומר תורת התקדים המנחה לא תיפגע, אזי כיצד ניתן ליישב זאת עם עליית קרנה של החקיקה אל מול הפסיקה ועם שימורו של ערך שיקול-הדעת השיפוטי? נראה לנו כי חוסר בהירות זה אינו מוסר בכתובה הפופולרית האחרת של דויטש, החוזרת בעיקרה על ניסוחים דומים.³⁶ באחד מהם,³⁷ עם זאת, הבהיר המחבר כי עצם המבנה של אכסניה מרכזית אחת לכל דיני הממונות תחזיר מימד של יתר קוהרנטיות לשיטתנו המשפטית, ואף תקל את הפירוש על-דרך ההיקש. זו כמובן הערה ברורה העולה בקנה אחד עם תורתיהם של ידן וברק שכבר נידונו לעיל.

אם כתיבתו הפופולרית של דויטש ראויה לביקורת מסוימת בשל חוסר בהירותה, דומה שכתבתו המדעית אינה לוקה בחיסרון זה. דויטש שטח את השקפת-עולמו בנושא זה במאמר מקיף בכתב-העת משפטים משנת 1998,³⁸ ואליו אנו פונים כעת. דויטש מסביר את עיקרי הדברים כבר בתחילת מאמרו. המשך המאמר כולל פירוט והרחבה של עיקרים אלה. בעמוד הראשון של מאמרו דויטש קובע כי –

"עם השלמתו, עתיד המשפט האזרחי לעבור שינויים חשובים... יהיה על המשפטן הישראלי להסתגל ל'חשיבה קודיפיקטיבית', כפי שעליו 'לחשוב חוקתית' בעקבות חקיקת חוקי-היסוד. 'מחשבה קודיפיקטיבית' משמעה בראש-ווראשונה מחשבה רחבה, שיטתית ומכלולית – גזירה של כללים משפטיים מתוך כללי אב ועקרונות, תוך הרמוניזציה בין הכללים, וראייה בהירה של יחסי-הגומלין בין הכללים החלים על ענפי המשפט השונים." [ההדגשה הוספה]

החתימה להרמוניה, הוא מסביר בהמשך המאמר, אינה עניין אסתטי גרידא. הרמוניה גוררת את מה שהוא מכנה "עקיבות", ועקיבות היא תנאי הכרחי להתמודדות עם בעיית הלקונה. כאשר השיטה הרמונית, ולפיכך עקיבה, ניתן להשתמש בקלות בכלי הפרשני העיקרי למצבים של לקונה, הלא הוא כלי ההיקש. הקוד יהיה גם מסודר באופן הגיוני ורציונלי, למשל על-ידי סיווג נכון של כל סוגיה במקומה הטבעי, והסדר הטוב הזה יתרום להרמוניה הכללית על-דרך הפרשנות על-דרך ההיקש. אכן, דברים ברורים. משתמע מהם כי אנו עומדים, לדעת דויטש, לפני מהפך במשפט האזרחי שלנו, בדומה ל"מהפכה החוקתית" שחוונו בתחום המשפט הציבורי. מעתה יהיה לנו חוק רציונלי, סדור, הרמוני,

36 ראו, למשל, מיגל דויטש "הקודקס האזרחי החדש – משלב ההקמה לשלב הבשלות" עורך הדין 51 (2005) 58.

37 מיגל דויטש "התרבות הקודיפיקטיבית וקווי מדיניות", תמצית הרצאה שנישאה בכנס על הקודיפיקציה שנערך במרכז הבינתחומי הרצליה ב-15 וב-16 במאי 2005. נגיש ב- http://www.idclawreview.org/index.php?option=com_content&task=view&id=30&Itemid=96#0 (14.3.2006).

38 מיגל דויטש "הנדסת הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – הצעת מבנה" משפטים כט (תשנ"ט) 587.

עקיב והגיוני, שיקל עלינו למצוא פתרונות למצבים שהחוק שותק בהם. כדי להגיע אל חקר הנעלם, לא יהיה עלינו אלא לסמוך על הסדר הטוב של הקודקס, אשר מאפשר לנו שימוש בוטח בחשיבה אנלוגית. התוצאה תהיה שמספר הסוגיות שלא יהיה אפשר למצוא להן מענה בגוף החוק, אם במפורש ואם על-דרך ההיקש, יקטן בהרבה. שיטה הגיונית זו גם מחייבת שהקוד יכיל כמה עקרונות יסוד של השיטה, ובראשם עקרון תום-הלב, אשר בלאו הכי, כך דויטש מסביר, קנה לו שביתה כמעין עקרון-על של שיטתנו המשפטית.

למרות ההבדלים בין גישותיהם של ידן, ברק ודויטש,³⁹ ניתן לסכם ולומר ששלושתם מדברים בקול אחד. לא ייפלא, אפוא, אם זה גם קולה של הצעת החוק עצמה, שאלה אנו פונים עתה.

דברי המבוא הרשמיים של הצעת החוק, הכתובים בשפה "ברקית" טיפוסית, מבהירים (בסעיף 8) את ההבדל בין קודקס אזרחי לבין אוסף של חוקים אזרחיים בזה הלשון:

"הצעת חוק דיני ממונות נועדה להוות קודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל. אין היא אך צירוף של מספר חוקים בתחומי המשפט האזרחי; אין היא 'קונפדרציה' של הוראות עצמאיות. הצעת החוק תוכננה, גובשה ונוסחה כקודקס אזרחי. היא שואפת להסדיר באופן שלם ומלא את היחסים המשפטיים בתחומי המשפט האזרחי, בלא להשאיר בו במתכוון שטחים בלתי מוסדרים. היא מהווה 'פדרציה' של הסדרים, אשר בינם לבין עצמם קיימים יחסים הדוקים, המונחים על ידי מדיניות כוללת." [ההדגשה הוספה]

מה הקשר בין היות המסמך "קודקס" לבין היותו "שלם", כלומר, אי-היותו משטר משפטי המותיר, בלשון ההצעה, "שטחים בלתי מוסדרים"? כלום מספר הלקונות קטן יותר כאשר מקבצים יחד כמה חוקים וקוראים לקובץ "קודקס" מאשר אילו היו אותם חוקים נותרים לא-מקובצים? התשובה לשאלה זו כבר ניתנה בכתביהם האקדמיים של ידן, ברק ודויטש שנסקרו לעיל. "רוחו" של הקודקס מחייבת שלמות, בהיותו דבר חקיקה סדור והגיוני הנסמך על כוחו של השכל לטפל בבעיות שיתעוררו באופן מושכל ולהציע להן פתרון הולם. ואם תתעורר בכל-זאת לקונה, השופטת היושבת בדין תפתור אותה "באמצעות מושגי-שסתום". "פטנט" זה – הכללת מושגי-שסתום בגוף החוק – עושה את עצם קיומה של הלקונה, מכוח ההגדרה, לבלתי-אפשרי. או בלשונה של ההצעה (בסעיף 9 לדברי המבוא): "האופי הקודיפיקטורי של הצעת חוק דיני ממונות משפיע על פרשנותה. פרשנות זו צריכה להעשות מתוך שאיפה להגשים את התכליות המונחות ביסוד החוק."

39 ידן נראה לנו כבעל הגישה התמימה ביותר שכן עבודתו חדורה באמונה אמיתית כי הקודקס אכן יכול להכיל את כל התשובות האפשריות. ברק ודויטש מודעים יותר ממנו לאי-היתכנותה של אפשרות זו. דויטש, יותר מכולם, מנסה להמעיט בכתבתו את השפעתו הצפויה של הקודקס. ברק, לעומתם, משליך את יהבו, כמו ידן, על הטכניקות של היקש ושימוש בהוראות-שסתום, אך התחושה היא כי הוא מודע יותר מידן לכך שטכניקות אלה צפויות להגיב נורמות חדשות יש מאין, ולא רק להצחיר על כוונת מחוקק המוצפנת במילות החוק.

תכליות אלה, שפורטו בסעיף 1 להצעת החוק, אינן אלא רשימה של מושגי-שסתום: צדק, הגינות וסבירות; קידום ביטחון, ודאות ויעילות במשפט; התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי; שמירה על זכויות מוקנות; והגנה על ציפיות והסתמכות ראויות של הצדדים. החלק הראשון של הצעת החוק מונה עקרונות מספר, שתום-הלב הוא ראש וראשון להם, וקובע אותם כעקרונות-יסוד החלים על הקודקס כולו. אנו רואים, אפוא, כי מחבריה של הצעת חוק דיני ממונות לא סטו בהרבה מן הרטוריקה שקדמה לחיבור הקודקסים האירופיים הגדולים של המאה התשע-עשרה. האם יש לה, לרטוריקה זו, על מה להישען גם בימינו?

(א) האידיאלים של המאה השמונה-עשרה במנהרת-הזמן

האידיאל התבוני, אשר שימש השראה הן לקברניטיו של קוד נפוליאון והן לחבריה של ועדת הקודיפיקציה, הוא אידיאל יפה ונאצל. קשה להתווכח עם מי שמאמין בו. אולם קשה עוד יותר להצטרף, כעת במאה העשרים ואחת, אל עדת המאמינים.⁴⁰ לפי ישעיהו ברלין, האמונה בכוחו של השכל לפתור את בעיות האנושות החלה להיסדק עם התגבשותה של התנועה הרומנטית במאה התשע-עשרה עצמה.⁴¹ יש לציין כי תנועה זו הייתה עם היווצרותה "חדשה" מכדי להשפיע על העדה השמרנית של המשפטנים שנרשמו על דפי ההיסטוריה כ"אבות הרוחניים" של הקודקסים האירופיים. משפטנים אלה, אשר פעלו במאה התשע-עשרה, בעיקר בתחילתה, קיבלו כמובן את חינוכם במאה הקודמת, השמונה-עשרה, והאמינו עדיין באידיאלים הישנים. תפיסת-העולם הרומנטית, ה"חדשה" באותה עת, הציבה את האדם כפרט – על סערת רגשותיו, ייחודו הנפשי, יצריו וכמיהותיו – במרכז הברייה. בכך היא נבדלה מתפיסת-העולם הרציונליסטית, שהציבה במרכז הברייה הפשטות בעלות אופי "אובייקטיבי", כגון חירות, צדק ושוויון, והטיפה לשלטון מאפק של השכל ולחתימה מתמדת אחר ה"אמת" היחידה, אשר בה, ורק בה, חבויה התשובה לכל שאלה שעשויה להישאל. גם האמונה בהיות הקודקס "נגיש" לעם נראית מגוחכת מעט בימינו-אנו. מעטים הצרפתים המסוגלים לחדור כיום מעבר לנמלצותו של קוד נפוליאון, ולשאוב ממנו השראה לפתרון של שאלות משפט מודרניות; ואילו הקודקס המפורסם הגרמני משנת 1900 אינו

40 בסקירתו על הרקע הפילוסופי לקוד נפוליאון, מסכם פרופסור Friedrich את דבריו במילים הבאות: "One reason why the idea of a code seems so strange to us today is that we, deeply imbued with the sense of history as a never-ending chain, are far from the clarity, simplicity and optimism of eighteenth century rationalism. These provided both the ideology and the philosophy for the Civil Code, which remains as the most beautiful instance of this constructive spirit that we admire, but cannot emulate". ראו: Sereni,

supra note 11, *ibid*

41 Isaiah Berlin *The Crooked Timber of Humanity* (London, Henry Hardy ed., ראו: 1959; reissued 1990). במאמר המתחיל בעמ' 49, אשר המוקדש לפילוסופיה המדעית של Giambattista Vico, ברלין מעלה את הסברה ש-Vico הקדים את המחשבה הרומנטית בהכירו בהיתכנות קיומן של כמה השקפות שונות שלכל אחת מהן תביעה שווה ל"אמת" המדעית.

מובן לרוב דוברי הגרמנית (שלא לדבר על בני נכר), אפילו מן הבחינה הלשונית.⁴² גם אם נניה, בניגוד לרושם המתקבל, כי כל בני העם נבונים ומשכילים, חוכמת המשפט הינה ותיה לגביהם כספר החתום, עד שלא יעשו את תורתה אומנותם ויעמלו במחוזותיה כל ימי חייהם.

על-מנת להיווכח בתמורה שחלה בהלכי-הרוח עם המעבר מן המאה השמונה-עשרה התבוננת אל המאה התשע-עשרה הרומנטית, די בהשוואה בין תמונת-העולם הבוטחת, האדנותית, השלמה וההרמונית של אומן כ-Thomas Gainsborough – נציג נאמן של העידן התבוני של המאה השמונה-עשרה – לבין המהומה, המבוכה והמבולקה המשתקפות מציוריו של בן ארצו Joseph W. Turner, בן המאה התשע-עשרה (ראו תמונות 1 ו-2, בהתאמה). בחרנו בכוונה בתמונות המתארות נושאים דומים (במובן שטחי מאוד, כמובן) – נופי מים עם סירות. עולמו של Gainsborough הוא הרמוני ובוטח, והמפרשיות מסמלות את שליטתו של האדם בסובב אותו. השמים אומנם קושרים חשרת עבים, ונופי המים מרצדים ברוחות חזקות, המשתקפות גם בניפות המפרשים, אך הדמויות האנושיות בקדמת הציור עוסקות בבטחה בענייניהן המועילים, ותפאורת הרקע רק מדגישה את אדנותן על היקום.

תמונה 1: Thomas Gainsborough (1727—1788), "מפרץ עם סירות מפרש"



42 במאמר שראה אור לאחרונה נכתב, בין היתר: "The German formalistic Civil Law Codification is largely unreadable as far as a non-German lawyer is concerned" ראו לעניין זה: Viola Heutger "A More Coherent European Wide Legal Language" (2004) available at <http://eiop.or.at/eiop/texte/2004-002a.htm> (14.3.2006).

תמונה 2: Joseph W. Turner (1775–1881), "סערת שלגים עם ספינה בפתח הנהר",
משנת 1842

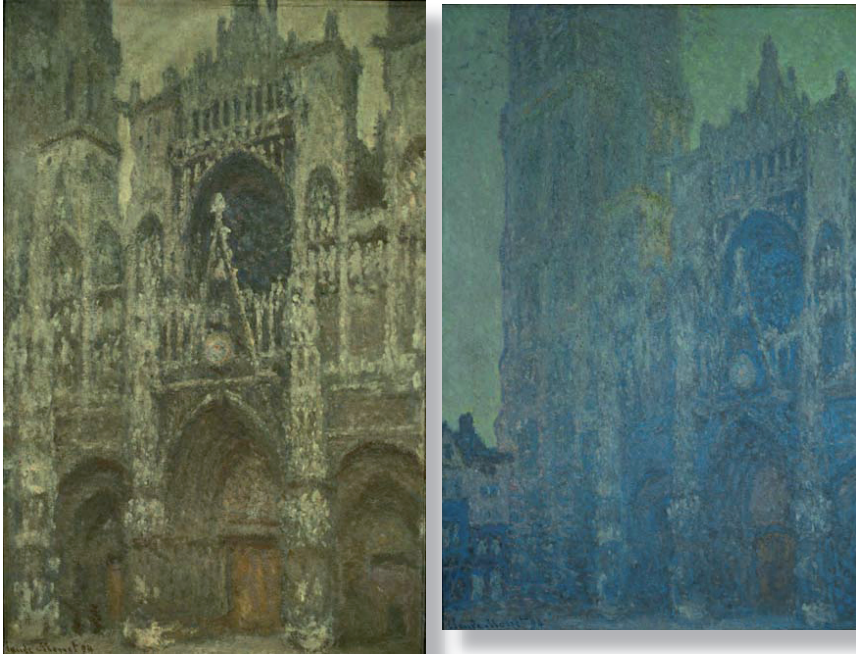


תמונתו של Turner מביעה את ההפך הגמור מציורו הרגוע של Gainsborough. הספינה המוצגת בלב הציור מיטלטלת כקליפת אגוז בידי איתני הטבע, וכוחם של ספינה – שאת נוכחותם ניתן רק לשער – להכניע את המשברים הענקיים המאיימים להטביעה מוטל בספק רב. הרושם הכללי הנוצר כאן הוא של עולם מאיים, ששלטונו של האדם בכוחות הטמירים הרוחשים בו אינו אלא חלום רחוק.

במהפך החד שהתחולל בתפיסת העולם האומנותית מן הרציונליזם הבוטח של Gainsborough אל הרומנטיקה הסוערת של Turner חלה קפיצת מדרגה נוספת עם עלייתה של התנועה האימפרסיוניסטית. בקצירת האומר, התזה האימפרסיוניסטית כופרת בעצם קיומו של עולם "אובייקטיבי" המתקיים מחוץ למתבונן, ומציבה במקומו סדרה אינסופית של רשמים סובייקטיביים – אימפרסיות – המתחלפים בהתאם לנקודת ההשקפה של המתבונן. כל אחת מן האימפרסיות הללו מבטאת "אמת" סובייקטיבית משלה, שאינה שוללת את אינסוף האמיתות החלופיות, המתקיימות בצידה כשוות בין שוות. תפיסה זו מערערת באופן יסודי את המושג "אמת", כפי שהוא נתפס עד אז, וממילא יש לה השלכות ישירות על כל תחומי החיים, לרבות, כמובן, התחום המשפטי. כדי להדגים את השקפת העולם האימפרסיוניסטית, ניתן להתבונן על שתי התמונות הבאות, מס' 3 ו-4, פרי-מכחולו של האומן הנודע Claude Monet. אלה רק שתיים מתוך מספר רב מאוד של תמונות שמן המתארות את הקתדרלה הגותית בעיר רואן שבנורמנדיה. בכל אחת מתמונות אלה "תפס" מונה אימפרסיה אחרת של הקתדרלה, המושפעת ממשתנים כגון שעת היום,

מוג'ה-אוויר, תנאי התאורה, עונת השנה וכמובן גם מצב-רוחו של האומן. כל אחת מן התמונות הללו היא ייצוג ציורי של הקתדרלה של רואן, אך מה שונה כל אחד מן הייצוגים הללו מכל הייצוגים האחרים!⁴³

תמונות 3 ו-4: Oscar Claude Monet (1840—1926), "הקתדרלה של רואן, בוקר, הרמוניה בלבן", משנת 1894, ו"הקתדרלה של רואן, מזג-אוויר אפרורי, הרמוניה באפור", משנת 1892



תמורות אלה שחלו באומנות הפלסטית אינן אלא קצה הקרחון, והיה אפשר להבחין בהן על כל צעד ושעל. יש הסוברים כי המהפך הגדול ביותר התחולל כתוצאה מן השבר הנורא של "המלחמה הגדולה", היא מלחמת-העולם הראשונה, אשר פרצה בשנת 1914. אם עד אז הייתה לאנושות תקווה כלשהי לחיסול הנחשלות, לקדמה ולהרמוניה בין-אישית

43 התובנה העמוקה שבהשקפת-העולם האימפרסיוניסטית קנתה לה שביתה מפורשת גם במחשבה המשפטית המודרנית. דוגמה בולטת לכך היא מאמרם הקלסי של Guido Calabresi & Douglas Melamed "Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral" 85 Harv. L. Rev. (1972) 1089. במאמר זה המחברים מציעים גישה חדשה לשורה שלמה של בעיות משפט, אך הם ערים לכך שה"אמת" שלהם תלויה במתבונן ובנסיבות, ואינה "אמת אובייקטיבית", ובוודאי לא אמת יחידה. כדי לתת ביטוי להשקפה זו, הם מסיימים את כותרת מאמרם במילים "מבט אחד על הקתדרלה". הרמז הוא לסדרת העבודות של Monet המתוארת בטקסט.

מתמשכת ובלתי־הדירה, טבעו כל התקוות הללו בבזך של החפירות ושוחות המוות של מלחמת העוועים הזו, ומאז כבר לא הייתה להן תקומה. סברה זו ידועה ומוכרת לכל, עד כדי כך שאין כמעט צורך לחזקה באסמכתות.⁴⁴ מבלי לגרוע מהשפעתה ההרסנית של המלחמה הגדולה על נפש האדם, אנו סבורים כי האמונה בשלמות ובהרמוניה של המציאות – כל מציאות – נסדקה ונהפכה להכרה בחוסר ההיגיון ובפרגמנטריות של המציאות – שוב כל מציאות – כבר שנים אחדות לפני המלחמה. די בצירו המפורסם של Pablo Picasso "עלמות אביניון", שצויר בשנת 1907 ואשר פתח את העידן הקוביסטי באומנות המודרנית, להמחיש מה קרה לאידיאלים התבוניים של שנים עברו (ראו תמונה 5).

תמונה 5: Pablo Picasso (1881–1973), "עלמות אביניון", משנת 1907



"עלמות אביניון" מעולם לא פיארו את רחובות העיר אביניון אשר בדרום צרפת, אלא כונו כך על־שם רחוב אביניון – רחוב האורות האדומים בברסלונה. גם שם הן לא פיארו

44 אבל פטור בלא־כלום אי־אפשר. תיאור ההיסטוריה של מלחמת־העולם הראשונה הטוב, הקריא והמעניין ביותר שנכתב בעשור האחרון הוא לפי דעתנו: John Keegan *The First World War* (London, 1998). די בפרק הדרמטי הפותח ספר זה להבהיר את השפעותיה של המלחמה הנוראה הזו על חיינו כיום, ולהסביר מדוע ניתן להסיק שמלחמת־העולם השנייה, שגבתה מחיר כבד בהרבה מן הראשונה במונחים של חיי אדם, לא הייתה אלא מעין נספח טבעי ובלתי־נמנע כמעט של המלחמה הראשונה.

שום דבר, שכן צורתן הדוחה, נטולת הפרספקטיבה והברברית (רבים ראו בה אות לשנאת הנשים של Picasso, אשר לא הייתה כנראה בגדר אגדה) שברה כל מוסכמה של אסתטיקה "הרמונית" ושל מבט מפויס או "רציונלי" על העולם. העידן הקוביסטי כולו, אשר "עלמות אביניון" פתחו אליו את השער, מייצג מהלך של מפץ גדול, הנוטל אובייקטים שנחשבו בעינינו "שלמים" בעבר ומפרק אותם לקוביות קטנות. הוא מבטל באחת את "ההיגיון הפנימי" שהשליט בעבר סדר בין חלקי השלם, וממליך תחתיו אנרכייה גמורה, שבה כל ממזר הוא מלך. נראה לנו סביר להניח כי Picasso בחר לפתוח בדרך כזו את העידן הפרגמנטרי של הקוביזם המודרני מן הטעם הפשוט שכך פירש את העולם שבו אנו חיים.⁴⁵ Picasso לא היה היחיד באותה תקופה שחש בתמורות שחלו בתפיסת המציאות של תחילת המאה העשרים. עד לאותה תקופה שלטה בכיפה תורה מוזיקלית שהכתיבה סדר ברור וקנוני בכללי ההרמוניה. הדובר הבולט ביותר שלה היה המלחין הצרפתי בן המאה השמונה-עשרה Jean Phillippe Rameau, אשר הצהיר על ה"אמת" הקנונית באסתטיקה המוזיקלית. המוזיקה המערבית ציינה לאותה מערכת כללים במשך כמאתיים וחמישים שנה, בערך משנת 1650 (קצת לפני שנולד) ועד לתחילת המאה העשרים. תורת ההרמוניה ה"טונלית" של Rameau מיקדה את השומעת בטון אחד או שניים בכל קטע מוזיקלי, ובכך יצרה היררכייה ברורה וסדורה בין הטון – או התו – הדומיננטי לבין יתר הטונים הנשמעים ביצירה.⁴⁶ היררכייה זו נשענה על ההנחה כי המוזיקה, כמו כל יתר מפעלות האדם, מבוססת על אדנים "מדעיים" ושכלתניים.⁴⁷ ה"רווח" בין התווים (למשל, האינטרוול בין "דו" לבין "רה") משקף מציאות "אובייקטיבית" שניתן להפיקה על-ידי פריטה על מיתר המחולק למרווחים שיש ביניהם יחסים מתמטיים מוגדרים. כדי לתת פשר לקיומם של המרווחים, יש להסכים על נקודת מוצא כלשהי, ובכל יצירה מוזיקלית נקודת המוצא היא הטון הדומיננטי השולט בה. את דברינו ניתן להדגים ביצירה בשלה של Rameau משנת 1741 – ה"קונצרט" הראשון מתוך Pièce de Clavecin en Concert (קטעים לצ'מבלו ולתזמורת קמרית), אך בהיות Rameau עקבי ונאמן לגמרי לאמונותיו העיוניות, רבות מיצירותיו האחרות יכולות אף הן להדגים את דברינו באותה מידה.⁴⁸

45 קיימת, כמובן, ספרות עשירה על "עלמות אביניון". לקובץ מסות מגוון מן הזמן האחרון ראו:

Picasso's Les Femmes d'Alger (O.J. Roy and Christopher Green ed., 2001)

46 הספר הבסיסי של Rameau, המתאר את עיקרי תפיסתו ההרמונית, הוא: Jean-Philippe

Rameau Treatise on Harmony (New York, Philip Gosset translator, 1971)

47 המשפט הפותח את המסה הנ"ל של Rameau קובע נחרצות כי "המוזיקה היא מדע הצלילים".

48 ניתן להאזין ל"קונצרט" הראשון מתוך Pièce de Clavecin en Concert (קטעים לצ'מבלו

ולתזמורת קמרית) וכן לדגימות נרחבות מיצירתו של Rameau המבטאות את תפיסת-

עולמו התיאורטית בכתובת להלן: <http://www.amazon.com/gp/product/B00000270K/>

qid=1152536768/sr=1-7/ref=sr_17/104-2555942-3582309?s=classical&v=glance&n

5174 (26.7.2006); עוד על עבודתו של Rameau בתחום העיוני, ועל השפעתה על המוזיקה

המודרנית עד המאה העשרים, ראו: Michaela Maria Keane *The Theoretical Writings of*

Jean-Philippe Rameau (Washington, 1961)

אולם באותן שנים שבהן מוטט Picasso את האסתטיקה הפיגורטיבית שקדמה לו, באמצעות "עלמות אביניון", פרצו מלחינים חדשים אל התודעה הציבורית ומוטטו באחת את ההרמוניה הקנונית של Rameau. ראש וראשון להם היה Arnold Schoenberg, שיצר ניב מוזיקלי חדש לגמרי. חלופה זו נשמעת לאוזן הלא-מיומנת "שבורה", "מרוסקת" ולא-הרמונית בעליל. להבדיל מן המוזיקה ה"טונלית" של Rameau, המוזיקה של Schoenberg "מדברת" בלשון מוזיקלית "א-טונלית", כלומר, כזו המפזרת, כמו האומנות הקוביסטית, את אבני-הבניין של היצירה, כלומר את הטונים השונים, מבלי שמתקיימת כפיפות בינם לבין טון דומיננטי כלשהו. בשנות העשרים המוקדמות צעד Schoenberg צעד אחד נוסף קדימה, ביוצרו ניב המכונה לעיתים "מוזיקה בת שנים-עשר טונים". בצורה מוזיקלית זו כל שנים-עשר הטונים הקיימים במקלדת הפסנתר נוטלים חלק שווה, ומתייחסים זה לזה באופן לא-היררכי (מבוזר), במקום להתייחס באופן היררכי אל טון אחד או שניים בעלי תפקיד מוזיקלי דומיננטי.⁴⁹ ניתן להדגים את המהפך המוזיקלי שחולל Schoenberg באמצעות יצירתו "פיירו הסהרורי". (יצירה זו חוברת בשנת 1912. היא קדמה לניב המאוחר יותר של שנים-עשר הטונים, אשר פותח רק בשנות העשרים, אך הייתה בכל-זאת א-טונלית).⁵⁰ תורתו של Schoenberg הלהיבה אומנים פלסטיים חדשניים של אותה תקופה, אשר Wassily Kandinsky (1866–1944) הוא ככל הנראה הבולט מביניהם. ובמכלול יצירותיו של Schoenberg, הד לחדשנותו-הוא בעולם החזותי. תמונה 6 מייצגת את "הזרם השנברגי" ביצירתו של Kandinsky. בעבודה זו – "קווקים" (1910/11) – אין הצופים מבחינים בפרשים רוכבי סוסים המהווים מרכז חזותי של התמונה כולה או בצורות-משנה הכפופות לצורה הראשית. הצבעים והצורות מנותקים לחלוטין מן המציאות האובייקטיבית, והתייחסותו של כל חלק ביצירה אל יתר החלקים היא התייחסות "אוטונומית" השוברת כל היררכיה, סדר או משטר.⁵¹

49 Schoenberg עצמו ניסח את כוונותיו בספרים אחדים, שכולם קשים מאוד להבנה, כמעט כמו המוזיקה שלו. הסבר נהיר יותר למוזיקה של Schoenberg ולרקע התרבותי שמתוכו צמחה ניתן למצוא אצל: Jonathan Dunsby *Schoenberg: Pierrot Lunaire* (New York, 1992). ספר קטן זה ממוקד באחת מיצירותיו המפורסמות של Schoenberg – "פיירו הסהרורי", אך הוא גם משמש אשנב שניתן להשקיף ממנו על מכלול יצירותיו של המלחין.

50 ניתן להאזין למבחר גירסאות של יצירתו החשובה של Schoenberg "פיירו הסהרורי" בכתובת הבאה: http://www.amazon.com/gp/product/B00000DBV6/qid=1152537023/sr=2-1/ref=pd_bbs_b_2_1/104-2555942-3582309?s=classical&v=glance&n=5174 (26.7.2006). להלן תרגום חופשי שלנו לטקסט הפותח את "פיירו הסהרורי" של Schoenberg: היין שנלגום במו עינינו/ זורם בעוז במפלי-ירח/ וכמו גאות של עת אביב יציף/ ארצות נכר זרות ורחוקות/. תשוקה עזה ומסוכרת/ תיסער בשפע מפלי-מים/. היין שנלגום במו עינינו/ זורם בעוז במפלי-ירח/. המשורר, דמו יחמור בו/ גביע-קודש אל שפתי יגביה/ אל רקיע נע ראשו המתלהל/ ייסוב-ייסוב לו ויחוש לבלוע/ את היין שנלגום במו עינינו.

51 ההתפעלות ההדדית של Schoenberg ו-Kandinsky נבעה לא רק מיצירותיהם האומנותיות, אלא גם מפתביהם התיאורטיים שפורסמו ממש באותה שנה. ניתן להשוות בעניין זה את Arnold Schoenberg *Theory of Harmony* (1911) עם Wassily Kandinsky *Concerning the Spiritual*

תמונה 6: Wassily Kandinsky (1896–1944), "קווקים", משנת 1910/11



גם בעולם הספרות התחולל מהפך דומה. בעוד שהספרות של המאה התשע-עשרה, על שלל מחבריה הגאוניים, ייצגה תמונה קוהרנטית של העולם גם כאשר ריחפה עליו עננה כבדה של דרמות עקובות מדם (דוגמה קלסית לכך היא היריעה האפית הרחבה, אם גם הסוערת, של מלחמה ושלוש מאת טולסטוי), קוהרנטיות זו הושלכה לסל-הניירות בימי "עלמות אבינון" ו"פיירו הסהרורי". בשנת 1922 פרסם James Joyce את הרומן הענקי שלו "יוליסס", לאחר שעבד עליו במשך שנים רבות כבר קודם לכן. יצירה זו, המשתרעת על-פני קרוב לאלף עמודים, מתארת יום אחד בלבד (16 ביוני 1904) בחייהם של שלוש דמויות ראשיות. בניגוד לאומנות הסיפור המסורתית, המבקשת למקד את המבט בנרטיב ייחודי המבדל את הסיפור מיתר נתחי החיים הסובבים אותו, 16 ביוני 1904 אינו יום מיוחד בחייה של שום דמות מבין אלה הנוטלות חלק בסיפור. נהפוך הוא, המחבר ממקד את המבט ביום שגרתי לכל דבר ועניין. כל מה שהיה יכול להיחשב "מבנה ספרותי קנוני" נשבר ביצירה זו לרסיסים קטנים. בחלקים נרחבים של הספר הפסקה הספרותית מקבלת ממדים מפלצתיים, בהיותה בלתי-מחולקת ולא-מפוסקת, כמו "יצאה מכלל שליטה".⁵² המוטיבים

in Art (1911). לא מעט נכתב על השפעת-הגומלין בין שני האישים. ראו, למשל: Konrad

.Boehmer Schoenberg and Kandinsky: An Historic Encounter (Amsterdam, 1998)

52 כך, למשל, הפרק האחרון ועב-הכרס בספר, שכולו משפט לא-מפוסק אחד, פותח במילים אלה: "Yes because he never did a thing like that before as ask to get his breakfast in bed with a couple of eggs since the City Arms hotel when he used to be pretending to be laid

העלילתיים אינם "מתרחשים" במציאות אובייקטיבית כלשהי, הפותחת את נופה מחוץ לעולם הסובייקטיבי של הדמויות. כתחליף להתרחשויות אובייקטיביות מעין אלה, העלילה בנויה בעיקרה מ"זרם תודעתי חופשי" שבו הדמויות מקיימות "מונולוג פנימי", הנשלט לא רק על-ידי היגדים "הגיוניים", אלא גם על-ידי פחדים, דחפים, חצאי אסוציאציות ושווה ארוכה של תגובות על גירויים שהיו, ובצידם כאלה שלא היו ולא נבראו.⁵³

לא לנו לשפוט אם צורות הביטוי האומנותי של סוף המאה התשע-עשרה או תחילת המאה העשרים יש בהן משום "התקדמות" ביחס לצורות אומנותיות שקדמו להן. אך בין כך ובין כך אי-אפשר עוד לחזור אל צורות קודמות שננטשו. האפשרות לפסל מחדש את "דוד" של מיכלאנג'לו כבר אינה קיימת.⁵⁴ קודקס כוללני בעל מאפיינים תבוניים אירופיים בתחילתה של המאה העשרים ואחת הוא בגדר חקיקה אשר מעצבת מחדש אם לא את "דוד" של מיכלאנג'לו, אזי לפחות את הנופים של Gainsborough או את המוזיקה של Rameau. היש – או יכולה להיות – הצדקה עניינית כלשהי לגלגולו לאחר של גלגל ההיסטוריה?

פרק ב: ספקות נורמטיביים

באשר לשאלה החותמת את החלק הראשון אנו חוששים כי נטייתנו היא להשיב עליה בשלילה. בחלק זה נסביר תחילה מדוע אידיאל השלמות והקוהרנטיות העומד ביסודה של ההצעה אינו בגדר האפשר, וכן נצביע על כמה עלויות משמעותיות העוללות להיצמח מאמונה בלתי-מוצדקת בהיתכנות האידיאל. נעבור אחר כך לסקירת מעט מן הספרות העיונית והאמפירית המצביעה על כך שהמשפט המקובל מיטיב עם אלה הכפופים לו יותר מאשר המשפט הקונטיננטלי. נחתום חלק זה בדיון ספקולטיבי בכלכלה הפוליטית של חקיקת הקודקס, ונבחן את מידת ההתאמה בין הניבויים של תיאוריה זו לבין מה שעניינו רואות בגוף ההצעה.

up with a sick voice doing his highness to make himself interesting for that old faggot Mrs Riordan that he thought he had a great leg of and she never left us a farthing all for masses for herself and her soul greatest miser ever was actually afraid to lay out 4d for her methylated spirit telling me all her ailments..."
העוֹתֵק שבידינו, שמתוכו הועתק קטע

משפט זה, הוא: 723 James Joyce *Ulysses* (New York, The Modern Library, 1922)
מבוא טוב ל"ויליס" ניתן לקרוא בספרו הקריא של Stuart Gilbert *James Joyce's Ulysses* 53
(New York, 2nd ed., 1952).

54 הערה זו הייתה נכונה אילו עצרנו בתחילת המאה העשרים, כאשר העולם אפשר את יצירתם של "עלמות אביניון", "פיירו הסהרורי" ו"ויליס". קל וחומר שהיא נכונה עתה, לאחר בואן לעולם של תורות חדשות יותר, דוגמת הפסיכואנליזה (השוללת את מרכזיותו של השכל בהבנת מהלכיו של האדם), תורת הקוונטים (שממנה ניתן ללמוד כי גם עולם החומר הוא רב-משמעי ביחס לזיהוי הפרטני של חלקיו) והגישה הפוסט-מודרנית למדעי האדם (המדגישה את סדר-היום – האג'נדה – של הדובר כאלמנט מגדיר במסקנותיו הנורמטיביות).

1. שלמות, קוהרנטיות, היקש, מושגי-שסתום

אין צורך בדיו רב כדי "להוכיח" כי שום חוק אינו יכול להכיל הסדרים המשיבים ברמת פרטנות גבוהה על כל השאלות המתעוררות. גם חברי ועדת הקודיפיקציה מודים בפה מלא כי זה אחד הניסים שאינו יכול להתרחש. הטענה בדבר ה"שלמות" וה"קוהרנטיות" של הקודקס, שאותה אנו שומעים ברמה, מתבססת על שני נימוקים עיקריים. הנימוק האחד הוא שהמחשבה הממוקדת כביכול שאפשרה את כינוס כל המשפט האזרחי תחת קורת-גג סטטוטורית אחת תקל את מלאכת ההיקש, כך ששלמותו של הקודקס גם בעניינים שלגביהם אין בו הסדרים מפורטים תתאפשר הודות לטיעון האנלוגי. הנימוק האחר הוא שפסיקה "על-פי הקודקס" אינה רק פסיקה על-פי הוראותיו הפרטניות, אלא גם פסיקה על-פי הוראות-השסתום שבו; ומכיוון שהצעת חוק דיני ממונות מרבה בהוראות-שסתום, הריהי שוללת בכך – או לפחות מצמצמת בהרבה – את מידת היתכנותו של לקונות בגוף החוק.

לפי דעתנו, הן הטיעון האנלוגי והן המלאכה של עיצוב תכנים ספציפיים בתוך מושגי-השסתום אינם תורמים דבר לשלמות או לקוהרנטיות. נהפוך הוא, כלים משפטיים אלה, אשר אמורים לקדם יעדים של שלמות וקוהרנטיות, מועדים להשיג בדיוק את היעדים ההפוכים.

(א) טיעונים אנלוגיים

"כל היוונים הם בני-אדם. סוקרטס הוא יווני. לכן סוקרטס הוא בן-אדם". זו צורתו של ההיקש הקלסי, והוא מבטא היגד אמיתי (דהיינו, ההפך משקרי), שאמיתותו נובעת מכללי הלוגיקה הצרופה. למרבית הצער, היקשים משפטיים אינם פשוטים כל-כך. כאשר אנו חושבים על היקשים משפטיים, הכוונה היא למצבים שבהם קיימת סוגיה משפטית פלונית שיש לה פתרון מוסכם בדין, ובצידה קיימת סוגיה משפטית אחרת שאין לה פתרון מוסכם, אך קיים כביכול "דמיון" בינה לבין הסוגיה המוסדרת. מאחר ששתי הסוגיות "דומות", הפרשנית האנלוגית מבקשת להחיל על הסוגיה הבלתי-מוסדרת פתרון "דומה" לפתרון של הסוגיה המוסדרת. הטעם לדבר הוא שמקרים דומים צריכים להיחתך באופן דומה, וזאת בשל אקסיומה רווחת על צדק אופקי.⁵⁵

אולם בשעה שאנו נוטשים את הקרקע המוצקה של הטיעון הלוגי המדויק, ומעתיקים את מבטנו אל הנוף החמקמק של "דמיון", הכוח המפרה של הטיעון האנלוגי מתפורר כמעט מאליו.⁵⁶ נניח, לשם המחשה, את הטיעון האנלוגי הבא: אריאל שרון היה ראש

55 את התובנה הזו, שלפיה יש להחיל דין אחד על מקרים דומים ("צדק אופקי") ודין שונה על מקרים שונים ("צדק אנכי"), יצק אריסטו בספר המוסר שלו "האתיקה הניקומכאית".

56 Posner, למשל, היה בדעה כי היתרון העיקרי של טיעון אנלוגי הוא באפשרו לפוסקת להגיע לתוצאות משפטיות מבלי שיהיה עליה לטרוח לקרוא ספרים שאינם בתחום המשפט. פוסקת המבינה כי עליה להגיע לתוצאות המשרתות תכליות ראויות חייבת לעיין בספרות הבין-תחומית, שהרי מכוח ההגדרה המשפט הרצוי אינו חלק מן הדיסציפלינה ה"פנימית" של מדע

ממשלה במדינת-ישראל; גם שמה של אחת ממחברי המאמר הזה הוא שרון; מכאן שגם אחת ממחברי המאמר הזה הייתה ראש ממשלה במדינת-ישראל. מה קלקל כאן את השורה? התשובה פשוטה, שהרי כל בר-בי-רב יודע כי אריאל שרון היה ראש ממשלת ישראל לא מכיוון ששמו כלל את המילה "שרון", אלא מסיבות אחרות לגמרי. לשון אחר, הדמיון שנמצא בין שתי הקביעות הראשונות של הטיעון שלנו – הימצאות השם "שרון" כחלק משמן של הדמויות הנזכרות בהן – אינו רלוונטי לענין המסקנה הכלולה במשפט השלישי. אולם איך אנו יודעים כי המילה "שרון" אינה רלוונטית לענין הנידון? מניין לנו שאין עסקינן בתנאי מספיק, כלומר, שכל נושאי השם הזה יכהנו כראשי ממשלות בישראל? כדי להשיב על שאלה זו עלינו להיכנס לעובי הקורה, כלומר לגוף העניין, ולברר אם די בעובדה שפלונית נקראת "שרון" להופכה לראש ממשלה בישראל או אם יש בכלל לעובדה זו משקל כלשהו בהקשר זה. ברור זה גורר את הפרשנית לחקר השאלה מהם התנאים שראוי לראותם כמספיקים לכהונה בתפקיד ראש הממשלה. ברם, הליך חקר זה אין לו דבר וחצי דבר עם השיקולים המבניים (הסטרוקטורליים) המונחים ביסודה של החשיבה האנלוגית. לשון אחר, בעוד ההיקש הקלסי, בהיותו קונסטרוקציה לוגית, בנוי על אדנים מבניים, שעשועי האנלוגיה המשפטית אינם יכולים להתחמק מדיון בטעמים ענייניים, דהיינו, בטעמי מדיניות. מאחר שאי-אפשר לפסוח על טעמים אלה לצורך תיקוף של ההיקש המשפטי, אין עוד טעם להעמיד פנים כאילו האנלוגיה עצמה, כעניין של מבנה, סייעה במשהו בחקר האמת.⁵⁷

האמת ניתנת להיאמר, מערכת שיקולים זו, המקילה בערכו של ההיקש המשפטי, היא בעלת פרישה רחבה יותר, והיא משתרעת על-פני כל הטריטוריה של מה שמכונה על-ידי מנסחיה של הצעת חוק דיני ממונות "קוהרנטיות משפטית". לכאורה, מיהו הפתני שאינו יודע את חשיבותה של הקוהרנטיות המשפטית? כלום חפצים אנו כי שיטת המשפט שלנו תהיה מלאת סתירות פנימיות, מסוכסכת ומבולבלת? אכן, יש בין הפילוסופים המשפטיים שהעניקו משקל רב למושגי הקוהרנטיות, השיטתיות והעקביות של שיטת המשפט (המייצג הבולט ביותר שלהם הוא Ronald Dworkin), וסברו ששיטות שאינן מקיימות תכונות אלה

המשפט. ראוי: Richard Posner *Overcoming Law* (Cambridge, Massachusetts, 1995) 519.

57 עמד על כך חכם המשפט Neil MacCormick בספרו: *Neil MacCormick Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford, 1978) 185–186 שם כתב: "...it has to be remarked, when we speak of relevant similarities in the context of analyzing analogies, that similarities are made, not found... [there is no] clear line of distinction... between argument from legal principle and argument from analogy. Analogies only make sense if there are reasons of principle underlying them". יש לציין כי MacCormick אינו שולל את השימוש בטיעון האנלוגי בשדה המשפט, אך מבכר להתייחס אליו רק כנקודת פתיחה, שאחריה תבוא בתור, כנדבך הכרחי, התייחסות לגוף העניין ולשיקולי מדיניות. Larry Alexander הרחיק לכת אף יותר, בקובעו כי הטיעון המשפטי האנלוגי, להבדיל מן ההיקש הקלסי, הוא תיבה ריקה (בלשונו: "it does not really exist"). ראוי: Larry Alexander "Bad Beginnings" 145 *U. Penn. L. Rev.* (1996) 57.

אינן שיטות משפטיות "טובות".⁵⁸ אולם כפי שציין Joseph Raz, בסופו של יום עקביות וקוהרנטיות הן חסרות ערך, אלא אם כן יש בהן כדי להדריך את הפרשנים לנקוט קווי פעולה ראויים יותר מאלה שהיו נוקטים אילו זלזלו בעקביות ובקונסיסטנטיות.⁵⁹ נמצא שגם כאן אין קיצורי־דרך של ממש, והפרשנית אינה בת־חורין עוד להסתמך על עצם הממצא שקו־פעולה פלוני נקט בסוגיה אחרת, כהדרכה בשאלה כיצד עליה לפסוק בסוגיה הנידונה. תחת זאת עליה להיזקק למבחן התוכני אם התוצאה שהגיעה אליה בעניין המוסדר רצויה לגוף העניין, ולדחות אותה, חרף חוסר הקוהרנטיות שבדבר, אם היא אינה רצויה. בין ההוגים שסברו כך היו גם שהסבירו את דעתו השונה של Dworkin על רקע העובדה ש־Dworkin לא האמין שדין טוב הוא בהכרח דין המגשים מדיניות טובה, אלא דין המקיים עקרונות משפט (פרינציפים) חשובים, שהקוהרנטיות היא אחד מהם.⁶⁰ לגבי אלה מאיתנו הסוברים כי דין טוב הוא דין המגשים מטרות מדיניות ראויות,⁶¹ השיקולים המבניים, בין שהם נשענים על טיעונים אנלוגיים ובין שהם נושאים ברמה את דגל הקוהרנטיות, מאבדים הרבה מחשיבותם.

אנו מודעים לזרם בספרות שדבק עדיין באמונה בחשיבותו של הטעון האנלוגי, אך אין בידינו להצטרף לאמונה זו. רק בימים אלה ראה אור ספרו החדש של Lloyd Weinreb, הפרופסור הישיש מהרוורד אשר טרם נס ליחו, המטיף לחיזוק הטעון על־דרך האנלוגיה אף שהוא מודע לכך שעמדתו עומדת בסתירה לדעה הרווחת בזרם המרכזי של תורת המשפט.⁶² פרק־הליבה בספרו של Weinreb הוא הפרק השלישי, שבו הוא משתדל להצדיק את הטעון האנלוגי בנימוקים עקרוניים. Weinreb יוצק את הבסיס למערכת טיעוניו על־ידי מתן דוגמות מחיי היומיום, שמהן הוא מסיק את המשיכה האינטואיטיבית שיש לכולנו, לדבריו, לחשיבה אנלוגית. מי ש"קונה" את דוגמות היומיום שלו עשוי להתפתות לסברה שגם המשפט מציית לאותם כללים. דא עקא שקשה לקבל את דוגמות היומיום. נתבונן, לדוגמה, על הדוגמה הראשונה של Weinreb: "מרי שפכה מיץ פירות על מפה לבנה. 'נסי לפזר על זה מלח', אמרה לה עדנה, 'זה עושה את העבודה עם יין'." לפי דעתנו, זו התחלה גרועה. אילו היינו אנחנו בנעליה של מרי, והיה לנו המידע שהיה אצור בראשה של עדנה, היינו חושבים כך: "המפה הלבנה הוכתמה. האם יש ברשותנו חומר שיכול לספוג את הנוזל הצבעוני שנשפך עליה ולהותיר את המפה נקייה פחות או יותר? מלח יכול להיות חומר כזה, למה שלא ננסה את מזלנו איתו?" המחשבה המובילה אל המלח אינה נשענת על הדמיון בין יין לבין מיץ פירות, אלא על תכונותיו של המלח ועל האינטראקציה בינו

58 ראו, לדוגמה: Ronald Dworkin *Taking Rights Seriously* (London, 1978) 340–341, 360.

59 ראו: Joseph Raz "The Relevance of Coherence" 72 *B.U. L. Rev.* (1992) 273.

60 ראו: Ken Kress "Coherence" in *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory* (Cambridge, Dennis Patterson ed., 1996) 533.

61 ההלכה הפרשנית ה"תכליתית" קנתה לה שביתה בפסיקה שלנו, והיא נתפסת כמובנת מאליה על־ידי הכל. אנו מסכימים בסוגיה זו עם ההלכה הנוהגת, ומטעמיה. די בכך להפוך את השקפותיו של Dworkin בנושא זה לבלתי־מקובלות.

62 ראו: Lloyd Weinreb *Legal Reason — The Use of Analogy in Legal Argument* (Cambridge, 2005).

לבין נוזלים מכתמים. הרי לא היה עולה על דעתנו לחשוב: "בפעם האחרונה שהצלחנו לספוג כתם של נוזלים ממפה לבנה השעה הייתה שש ארבעים וארבע בערב. הבה נמתין לשעה קרובה גם היום וננסה לספוג את הכתם"; או "לדוד שרגא נשפך בקבוק של יין על מפה לבנה בדיוק כאשר היה באמצע ברכת המזון. הוא המתין בסבלנות עד שגמר את הברכה, ורק אז ספג את הכתמים מן המפה. הבה נעשה כמוהו, ונחזור המפה ישוב ויגלה מתחת לכתמים". הטיעון האנלוגי אינו יכול להימלט מן הצורך לפתח תיאוריה של דמיון, ותיאוריה זו אינה יכולה להתמלא מחולייתיה, אלא אך ורק משיקולים לגוף העניין. יש לנו הסבר משלנו לכשל המחשבתי של פרופסור Weinreb, אך בשל קוצר היריעה אנו "מורידים" אותו להערת השוליים.⁶³

הטיעון האנלוגי אינו מוסיף אם כן מימד של "שלמות" ו"הרמוניה" לחוק או לפרשנותו. עתה ברצוננו לטעון כי לא רק שהוא אינו מועיל, הוא עלול אף להסב נזקים. כדי להדגים טענה חמורה זו, ברצוננו להניח על השולחן את אחת הסוגיות הבסיסיות שכל חקיקה אזורית מתמודדת איתן – הסוגיה של "תחרות הזכויות". כידוע לכל, מדובר במצב שבו זכות פלונית נגזלת מבעליה ומועברת על-ידי הגולן לצד שלישי, הנותן בתום-לב ערך בעד הזכות. על המשפט להעדיף אחד משני צדדים תמימים – הבעלים המקורי או הקונה בתמורה ובתום-לב. במשפט המקובל, שרובו אומץ על-ידי החקיקה האזורית שלנו, לא היה פתרון יחיד לסוגיית תחרות הזכויות, כי אם שורה של פתרונות שונים. פתרונות אלה השתנו, בעיקרם, בהתאם למהותם של הנכס או של הזכות שבהם מדובר.⁶⁴ יש נכסים – כסף

63 למעשה, Weinreb אשם בשני כשלים מצטברים, שקשר סמוי מחבר ביניהם. ראשית, הוא מסביר שכוחה של האנלוגיה מצטמצם לעבודה הנעשית על-ידי שופטים, ואין הוא חל על מלאכתם של מחוקקים. המחוקקים, הוא מסביר, מבקשים ליצור יש מאין גורמה בעלת תחולה כללית, ולכן הדמיון בינה לבין גורמות אחרות חדל להיות רלוונטי. Weinreb מתעלם מכך שהחשיבה האנלוגית נעשית רק במקרים של לקונה, כלומר, במקרים שבהם פועלה של השופטת נחוץ כדי ליצור גורמה שאין לה מענה בגוף החוק. ההבדל בין פועלה של השופטת במצב-דברים זה לבין מה שהייתה עושה אילו הייתה מחוקקת אינו ברור כל-כך, ועל פני הדברים נראה כי הוא אינו קיים כלל. שנית, Weinreb מדגיש כי מלאכתה של השופטת היא לפעול על-פי החוק ("to call balls and strikes", כלשונו של השופט Roberts), ולא לתור אחר כללים "טובים" מבחינת המשפט הרצוי. אילו הייתה מורשית לעשות את הדבר הזה, לא היה עליה להשתמש בהיקש, אלא היא הייתה בוחנת כל שאלה לגוף העניין. בהיותה אסורה בכגון אלה, עליה לחפש מקרים דומים ולשפוט לאורם. אולם זו בדיוק בעייתיה של השופטת, שהרי הדין שהיא אמורה להחיל על המקרה שלפניה אינו גלוי מאליו, וכדי לחשוף אותו עליה ליצור אותו תחילה. במלאכת היצירה של דין זה, על השופטת להכריע בין חלופות שונות הבאות בחשבון, וזו כמובן מלאכה בעלת אופי נורמטיבי מובהק.

64 במקרים מסוימים חלוקת הסיכון בין הצדדים אינה חרותה, אך המשפט המקובל פותר אותה באופן חד-משמעי. למשל, מתן העדיפות למי שקנה בתמורה ובתום-לב שטר כסף מזומן אינה נובעת ממקור סטטוטורי. לעיתים החוק קובע הסדרים מפורשים, וכל חוק יוצר הסדר שונה מן האחרים. למשל, סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98, מעניק יתרון לקונה רק בהתקיים תנאים מסוימים, השונים בתכלית מאלה הנדרשים על-פי סעיף 9 לחוק המקרקעין,

מזומן, למשל – שהמסחר בהם מוגן בתקנת שוק רבת-עוצמה. איש לא היה מעלה על הדעת לטרוף מידי אדם שטרות של כסף מזומן שהרוויח ביושר רק מכיוון ששטרות הכסף ששולמו לו היו שייכים לאחר. שטרות סחירים שהגיעו לידי אוחז כשורה דומים בדיני תקנת השוק שלהם לדינים החלים על כסף מזומן. תקנת השוק חלשה יותר בנכסים נדים. תקנת השוק החלה על נכסי מקרקעין חלשה עוד יותר מזו החלה על נכסים נדים, ואילו לגבי נכסים שהם זכויות אין במשפט המקובל תקנת שוק כלל.

מהי הסיבה העניינית לדיפרנציאציה? בתחרות בין הבעלים לבין הקונה בתמורה ובתום-לב אין צדיקים ורשעים. שני הצדדים מוחזקים בעינינו כתמימים באותה מידה. לכן משקלם של שיקולי צדק בהכרעה בין שניים כאלה אינו רב. זהו מקרה קלסי שבו ראוי להכריע את הכף על-פי שיקולי יעילות.⁶⁵ ההסבר המקובל לגיוון הדינים בסוגיה שלפנינו הוא שכלל יעיל של הקצאת זכויות קניין בין בעלים אמיתי לבין צד שלישי שרכש את הזכות בתמורה ובתום-לב פועל לטובת הצד שקשה לו יותר למנוע את הגנבה, קרי, שהעלויות של מניעת הגנבה גבוהות יותר לגבי מאשר לגבי הצד האחר. כלל כזה הוא "יעיל" מכיוון שהוא מתמרח את הצד שעלויותיו נמוכות יותר למנוע את הגנבה, וכך הגנבה נמנעת במינימום של הוצאות, מה שמשיא את תועלתם המצרפית של הצדדים. כך, למשל, הבעלים האמיתי של שטר כסף יכול למנוע את גנבתו ביתר קלות מאשר קונה בתמורה ובתום-לב של השטרות הגנובים, אשר אין לו למעשה כל דרך להיוודע על דבר הגנבה. לכן הקצאה יעילה של זכות הקניין מבכרת את הקונה על הבעלים האמיתי. זו אכן עמדתו של המשפט המקובל. לעומת זאת, בשיטה המקיימת רישום אמין של זכויות במקרקעין, כאשר זכותו של הבעלים המקורי רשומה כדן, העלויות של מניעת הגנבה לגבי הבעלים האמיתי גבוהות בהרבה מאשר לגבי קונה בתמורה ובתום-לב שלא טרח לבחון את ספרי המקרקעין, ולכן לא תישמע טענתו כי הפגם בזכויות הקניין של מי שהעביר לו מקרקעין שלא היו שייכים לו "מורק" במעמד ההעברה. לעומת זאת, אם מרשם המקרקעין לא היה מדויק, זכויותיו של קונה בתמורה ובתום-לב שהסתמך עליו גוברות על זכויותיו של הבעלים האמיתי, אשר היה יכול, בעלויות קטנות יותר, למנוע את הנזק על-ידי תיקון המרשם. גם דין זה תואם את עמדתו של המשפט המקובל. ומדוע אין המשפט המקובל מכיר בתקנת שוק של זכויות? הבעלים האמיתי של חיוב לא היה יכול, בשום רמת הוצאות שהיא, למנוע פלוני מלהתחזות

תשכ"ט-1969, ס"ח 259. לעיתים החוק שותק, כמו במקרה של חוק המחאת חיובים, ושתיקתו מתפרשת כהסדר שלילי, דהיינו, העדרה של הוראה סטטוטורית כלשהי מחייב את הכלל כי "אין אדם יכול להעביר זכויות רבות יותר ממה שיש לו" (nemo dat quod non habet), ולכן זכותו של הבעלים המקורי עדיפה.

65 הספרות על כך היא אינסופית, כמובן. ראו, למשל: Menachem Mautner "The Eternal Triangles of the Law: Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties" 90 Mich. L. Rev. (1991) 95. ראו גם את מאמרו המצוין של ברק מדינה: Medina "Augmenting the Value of Ownership by Protecting It Only Partially: The 'Market-Overt' Rule Revisited" 19(2) J. L. Econ. & Org. (2003) 343. המראה כיצד בנסיבות מסוימות הפתרון היעיל, בניגוד לכל היקש המבוסס על הדין הקיים, מחייב לחלק את נטל הנזקים בין הבעלים המקורי לבין הקונה בתמורה ובתום-לב.

לפעול בשמו ולהמחות את זכותו לצד שלישי, ולכן הקצאת הזכות חייבת להיות לטובתו של הבעלים האמיתי.

בניח עתה שסוג אחר של נכס (למשל, תוכנת מחשב), אשר אינו נמנה עם הרשימה שצוינה לעיל, נגזל מבעליו והועבר לקונה בתמורה ובתום-לב. בניח גם שהקודקס אינו מכיל הוראה פרטנית כיצד ליישב את התחרות בין הבעלים של תוכנות מחשב לבין מי שקנה אותן מן הגזלן בתמורה ובתום-לב. זהו מקרה של לקונה, ולכן יש לשער כי שושביני ההצעה היו מציעים למלא את הלקונה תוכן באמצעות טיעון אנלוגי. אולם טיעון אנלוגי למה? למקרקעין או לכסף מזומן? למיטלטלין או לזכויות? הטיעון האנלוגי, בהיותו בעל אופי צורני ולא תוכני, יתור אחר סימני היכר צורניים (למשל, תוכנת מחשב, בהיותה נכס רעיוני, דומה יותר לזכות מאשר לנכס פיזי, ולכן יש לפסוק לטובת הבעלים המקורי בדומה להכרעה על-פי דיני המחאת חיובים; לחלופין, תוכנת המחשב נכתבה על-פני "עותק קשה" ועל-כן דומה יותר למיטלטלין, ולכן יש להחיל עליה את דיני תקנת השוק של נכסים נדים). דרך זו לא תצלה. הדרך היחידה הראויה לפרשנית הנאורה היא להיכבד ולדון בגוף העניין, תוך חיפוש אחר הפתרון היעיל. הפתרון היעיל אינו תלוי בדמיון צורני כלשהו בין הנכס ה"חדש" לבין אחד הנכסים ה"ותיקים", אלא בעלויות היחסיות לשני הצדדים הניצים הכרוכות במניעת הנזק. פתרון המבקש להיאחו בנימוקים צורניים עלול להיות פתרון גרוע, בהחסיאו את היעד שחייב לעמוד ביסודם של הדינים העוסקים בתחרות הזכויות.

מעניין שמחברי הקודקס החדש, המונח עתה לבחינתנו, בחרו להתערב בדיני תקנת השוק על-ידי ביטולה במגזר המשכונים והנהגתה במגזר הזכויות. חוק המשכון, במתכונתו הנוכחית, קובע, בהסתמכו על כללי היושר (equity) יצירי הפסיקה, כי פלוני שאינו הבעלים האמיתי יכול ליצור משכון בן-תוקף, ולהעניק בכך למקבל המשכון זכויות טובות מאלה שהיו לממשכן, אם הממשכן החזיק בנכס הממושכן בהסכמת הבעלים, והנושה – הלא הוא "הקונה בתמורה ובתום-לב" – רשם את זכותו כדין או נטל חזקה בנכס.⁶⁶ הכלל של חוק המשכון נראה על פניו כהקצאה יעילה של זכויות הקניין, כי בנסיבות המתוארות בו עלויות מניעת הנזק לגבי הבעלים האמיתי קטנות מאשר לגבי הקונה בתמורה ובתום-לב, ולכן ההקצאה צריכה לבכר דווקא את הקונה. מכאן גם נובע שההתערבות החקיקתית אינה יעילה.

גם במגזר הזכויות החליף המציע את הכלל היעיל יותר בכלל יעיל פחות, או לפחות בכלל שיעילותו היחסית אינה ברורה מאלה, כך שנשמט הטעם לסטייה מכלל-הזהב שאין אדם מעביר זכויות רבות יותר ממה שיש לו ולקביעת תקנת שוק בעניין זה. ההצעה קובעת בעניין זה (בסעיף 585) כי אם הממחה המחזה אותה זכות פעמיים, זכותו של הראשון נסוגה מפני זכותו של השני אם הממחה או הנמחה דיווחו לחייב על ההמחאה השנייה תחילה. במצב-דברים זה "הבעלים האמיתי" של החיוב הוא הנמחה הראשון, שכן סעיף 135(א) להצעה קובע כי "המחאה של זכות מושלמת במועד שהסכימו עליו הממחה והנמחה". למי היה זול יותר למנוע את המעשה האסור (כלומר, את מכירתה של אותה סחורה פעמיים) – לנמחה הראשון, שהוא הבעלים האמיתי, או לנמחה השני, שהוא הקונה בתמורה ובתום-לב?

66 ראו סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967, ס"ח 48.

הנמחה הראשון קיבל את ההמחאה מן הבעלים המקורי של החיוב, ולא היה יכול לעשות דבר שימנע אותו מלשוב ולהמחותו לאחר. הנמחה השני גם הוא לא היה יכול לגלות, תוך הפעלתה של שקידה סבירה, שהממחה כבר אינו בעליו של החיוב וכי אין הוא רשאי לשוב ולהמחותו פעם נוספת. אכן, נראה לנו כי אם מצבם של שני הצדדים זהה, ואף לא לאחד מהם יש אפשרות מעשית למנוע את המעשה הפסול, ברת-המחדל צריכה לחזור אל המשבצת הראשונה, שלפיה אין אדם יכול להעביר זכויות רבות יותר ממה שיש לו. ברת-המחדל זו מקדשת את זכות הקניין, שבהעדר טעמים טובים לפעול אחרת, קיימים טעמי יעילות מובהקים להגן עליה. הנה כי כן, אנו עדים להצעות חקיקתיות לא-יעילות המיועדות להחליף כללים יעילים של המשפט המקובל.

דוגמה נוספת, ואחרונה, לחולשה הבסיסית של הטיעון האנלוגי שאבנו מן הפסיקה האמריקאית. פלוני שכר תא פרטי בספינה המשייטת בין ניו-יורק לאלבני. שטרות כסף שהיו בכליו נגנבו מתוך התא בהיותו נעול. פלוני הגיש תביעה נגד בעלי הספינה. לא היה בכוחו להוכיח רשלנות, ותביעתו התבססה על הטיעון כי הנתבעים אחראים כמבטחים. אכן, פונדקאים (innkeepers) אחראים לנזק שנגרם לרכוש של אורחיהם שנמצא בחדריהם כאילו היו מבטחים, ופלוני טען כי בעלי ספינה המשכירים תאים לאורחיהם "דומים" לפונדקאים. הנתבעים, לעומת זאת, טענו כי בעלי ספינה המשכירים תאים לאורחיהם "דומים" יותר לחברות רכבת המשכירות קרונות-שינה ללקוחותיהן, ואלה אינן אחראיות כמבטחים אלא על בסיס של רשלנות בלבד. בית-המשפט הכריע לטובת התובע.⁶⁷ בתחילה ניסו השופטים להתמודד עם בעיית הלקונה בכלים אנלוגיים, אך סופם שהרימו ידיים ונאלצו להכריע בסכסוך על-פי שיקולי מדיניות. מצד אחד, התא בספינה – בהיותו מרווח, נוח ויוצר תחושה של פרטיות – דומה יותר לחדר במלון מאשר לקרון-שינה, אך מצד אחר, החדר במלון הוא ניח בעוד התא בספינה והתא ברכבת שניהם ניידים. בית-המשפט הגבוה ביותר של מדינת ניו-יורק קבע שהדמיון הראשון רב יותר (ובכך שילם מס-שפתיים לאומנות ההיקש), אך בכל-זאת לא עלה בידו לבחור בהיקש הרצוי יותר מבין השניים מבלי שנאלץ לשקול שיקולים תוכניים, שדי בהם בלבד להכריע את הכף ללא שום היזקקות לאנלוגיה. ההלכה הבסיסית הנוגעת בפונדקאים גורסת שהפונדקאית אחראית כמבטחת בשל האמון הרב שהאורחת, המסתגרת בחדרה הפרטי, נותנת בשירותיה, ובשל ההזדמנות הקורצת המזדמנת לפונדקאית לנצל אמון זה לרעה ולגזול מן האורחת את רכושה. מכיוון שקרונות רכבת, לרבות קרונות-שינה, פרוצים יותר לרשות הרבים, הנוסעות ברכבת אינן מניחות כמובן מאליו כי רכושן יהיה בטוח במהלך הנסיעה, ובנוסף על עצמן את נטל הזהירות, הן משחררות בכך את חברות הרכבת מאחריותן כמבטחות. אפשר אולי להתווכח עם עומק השיח המשפטי שהוביל את בית-המשפט אל היעד הסופי, אך ביקורת מעין זו אינה ממין העניין. די במה שנאמר להוכיח כי הטיעון האנלוגי הוא צורני טהור, בעוד ההכרעה השיפוטית חייבת להסתמך על שיקולים תוכניים.

הנה כי כן, השימוש בהיקש ככלי לאיתורם של כללי משפט ראויים אינו אלא משענת קנה רצוף. במקרה הטוב אין הוא מועיל, אלא לאחר שהפרשנית פרמה את רקמת הדינים

67 ראו: *Harry C. Adams v. The New Jersey Steamboat Company*, 151 N.Y. 163 (1896).

ובררה אותם לגוף העניין. במקרה הרע הוא עלול להזיק, בהיותו ממוקד בטפל (שיקולי צורה) ובהסיוחו את הדעת מן העיקר (שיקולי תוכן).

(ב) מושגי-שסתום

המקור השני למילוי לקונות בקודקס, נוסף על חשיבה אנלוגית, הוא ריבוי מושגי-שסתום. שני אמצעים אלה יחד הם הנותנים פתח לתקווה, לגרסתם של שושביני הקוד, כי הקוד יהיה "שלם" וכי יהיה אפשר למצוא בו את מירב התשובות האפשריות.

כחד להשקפתנו כי החשיבה האנלוגית אינה מקדמת את הפרשנית בדרך אל היעד ואף עלולה להזיק, אנו מביעים כעת את דעתנו כי גם מושגי-שסתום אין בהם כדי לסייע לפרשנית למצוא את ידיה ואת רגליה ולהגיע אל המסקנה ה"נכונה"; יתר על כן, הם עלולים אף להסב נזק. החלק הראשון של פרופוזיציה כפולה זו הוא פשוט ומובן מאליו כמעט. החלק השני מורכב קצת יותר.

באשר לחלקה הראשון של השקפתנו - קרי, שמושגי-שסתום הם מושגים אילמים - אין כמעט צורך להכביר מילים. בעקבות עבודתו החלוצית⁶⁸ של Kaplow Louis משנת 1992, מקובל כיום לחלק את הנורמות המשפטיות לכללים ולסטנדרטים.⁶⁹ "כלל" הוא נורמה המסדירה התנהגות אנושית בצורה פרטנית, או רוולוציה גבוהה. "סטנדרט", לעומת זאת, הוא נורמה המסדירה התנהגות אנושית בצורה כוללנית ומופשטת, או ברמת רוולוציה נמוכה. השניות הן בין כללים לסטנדרטים ניתנת בקלות לחלוקת-משנה, כך שניתן לייצר נורמות משפטיות בכל רמת רוולוציה שרצויה למי שמייצרת אותן. נניח, למשל, כי יצרנית הנורמות חפצה להבטיח כי קבלנים המוכרים דירות למשתכנים לא יטעו אותם בתיאור הדירות מושא העסקות ביניהם. ניתן להשיג יעד זה ברמת רוולוציה נמוכה על-ידי יצירת נורמה הקובעת כי קבלנים חייבים ליידע רוכשי דירות ביחס לפרטים ה"מהותיים" המתחייבים לדירותיהם; ניתן להוריד את רמת הרוולוציה עוד יותר על-ידי קביעה כי קבלנים יתייחסו לרוכשי דירותיהם ב"הגינות". שתי נורמות אפשריות אלה הן "סטנדרטים" - הראשונה היא סטנדרט ברמת רוולוציה גבוהה במעט, והשנייה היא סטנדרט ברמת רוולוציה נמוכה במקצת. אך אפשר גם, בקצה האחר של קשת האפשרויות, להעלות את הרוולוציה לרמות גבוהות ביותר, כפי שעשה, למשל, חוק המכר (דירות).⁷⁰ סעיף 2 לחוק קובע כי על המוכר לצרף לחוזה המכר "מפרט", סעיף 3 קובע כי "המפרט יהיה בטופס שקבע שר השיכון בצו", והצו שנקבע על-ידי שר השיכון קובע רשימה ארוכה של

68 ניתן לראות ב-Kaplow "חלוצ" לא בשל היותו הראשון שהתייחס לסוגיה, אלא בשל העובדה שחיבורו נהפך לקנוני בתחום מאז פורסם. לתרומות חשובות קודמות לאותה סוגיה, ראו, למשל: Colin S. Diver "The Optimal Precision of Administrative Rules" 93(1) *Yale L. J.* (1983) 65; Isaac Ehrlich & Richard A. Posner "An Economic Analysis of Legal Rulemaking" 3(1) *J. Legal Stud.* (1974) 257.

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

70 חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, ס"ח 196.

נושאים שחייבים להיכלל במפרט. הסדרת התנהגותו של המוכר ביחס לקונה על-פי חוק זה היא "כלל".

התכונה העיקרית המאפיינת כללים היא היותם דבר חקיקה. המחוקקת עצמה נזקקה לשאלה הרלוונטית, וקבעה בה מסמרות על-ידי עיגונה בכללים. התכונה העיקרית המאפיינת סטנדרטים היא היותם ביטוי להאצלת כוח החקיקה על הפרשנית. הרכבת סטנדרטים כמוה כהותרה מכוננת של פרצות בחוק, מעין יצירת לקונות בכוונה תחילה, תוך הזמנת הפרשנית למלא בבוא היום את הלקונות בתכנים קונקרטיים על-פי שיקול-דעתה. לנוכח דברים אלה, כל אמירה כאילו חוק המכיל הוראות-שסתום – דהיינו סטנדרטים, בעיקר כאשר מדובר בסטנדרטים כגון "תום-לב" או "אין החוטא נשכר", שרמת הרזולוציה שלהם נמוכה במיוחד – הוא חוק שניתן לדלות את הפתרונות "מתוכו" היא אמירה שאינה עומדת במבחן הביקורת.⁷¹ כל מטרתה של הוראת-השסתום הייתה להותיר את השאלה החוסה בצילה של הלקונה ללא פתרון מראש, תוך האצלה כביכול של כוח החקיקה על הפרשנית הפועלת למפרע.

השאלה המעניינת יותר היא כמובן מדוע ריבוי הוראות-שסתום בתוך הקודקס עלול להיות לנו לרועץ. התובנה הבסיסית העומדת ביסוד העניין היא שקיים תמהיל אופטימלי של נורמות המוסדרות מראש על-ידי מחוקקות (כללים) ושל נושאים שמואצלים בשלב החקיקתי על פרשניות ואשר אינם מקבלים תוקף נורמטיבי קונקרטי עד לאחר שפורשו (סטנדרטים). "האצלת-יתר" של כוח החקיקה על פרשניות מטה את התמהיל מרמתו האופטימלית לרמה תת-אופטימלית, דהיינו, כזו שמחייבת את הפרשנים לייצר כללים שהיה יפה להם אילו יוצרו כבר בשלב הראשון. למה הכוונה?

Kaplow מציין במאמרו שני פרמטרים עיקריים שבהם כללים נבדלים מסטנדרטים, מלבד אופיים השונה מבחינת רמת הרזולוציה שלהם כמוסבר לעיל. הפרמטר הראשון נוגע בעלויות הייצור. בשלב החקיקתי זול יותר לייצר סטנדרטים מכללים. אם מייצרים סטנדרטים, ניתן להקיף – באבחה אחת שאינה אומרת כלום – את כל הסוגיה. אין פלא שייצור כזה הוא זול, שהרי אין המחוקקת נאלצת להתמודד עם הקשיים הטמונים בסוגיה או בסוגיות שהסטנדרט מקיף, והיא מאצילה את המשימה, על כל עלויותיה, על פרשניות

71 דוגמה מן הימים האחרונים לסוג של שיח המיועד להצניע את תפקידה של הפרשנית כיוצרת נורמות או כמחוקקת סיפק השופט John Roberts, הנשיא הטרי של בית-המשפט העליון האמריקאי, בהליכי אישור מועמדותו על-ידי הסנט. כאשר נשאל Roberts לדעתו בסוגיות שונות המטרידות את הבוחרת האמריקאית, הוא הפליא לעשות בהשתמשו בעגה העממית של משחק הכדור-בסיס (בייסבול), שהוא הפופולרי מבין כל משחקי הכדור בארצות-הברית. בהישארו בד' האמות של עגה פמיליארית זו, קבע Roberts כי תפקידו של השופט הוא "to call balls and strikes", לאמור, לשפוט מתי מהלכי השחקנים הם חוקיים וכמה ניקוד מגיע להם על-פי הספר, ולא, חס וחלילה, "to pitch or bat", כלומר לזרוק את הכדור או לחבוט בו, דהיינו, לפעול לקידום סדר-היום שהוא חפץ ביקרו. ראו לעניין זה גם את פסק-דינו של בית-המשפט העליון בבג"ץ 732/84 צבן נ' שר הדתות, פ"ד (4) 141, שעל הלכתו חזר בית-המשפט לאחרונה גם בבג"ץ 2491/02 מרדכי בן ארי נ' השופט דן ארבל מנהל בתי המשפט (לא פורסם, ניתן ביום 1.8.2002).

העמיד. לעומת זאת, ייצור כללים הוא יקר יחסית בשל הצורך להיכבד כבר בשלב החקיקה ולהיכנס לעובי הקורה, לשקול את כל מסכת השיקולים הרלוונטיים ולהכריע בהם. כאשר מעתיקים את המבט מהמחוקקות אל הפרשניות, התמונה מתהפכת כמובן. אם המחוקקת טרחה וייצרה כלל, מלאכתה של הפרשנית קלה יחסית: כל שעליה לעשות הוא ליישם את הכלל על העובדות שלפניה. אם, לעומת זאת, חסכה המחוקקת בעלויות וייצרה סטנדרט, עלויות הפרשנות גדולות יותר, כי הפרשנית נאלצת עתה לעשות את מה שהמחוקקת החסירה. מן הדברים האלה ניתן להסיק כי ראוי לייצר סטנדרטים אם הפרשניות יעילות יותר מהמחוקקות במתן תכנים קונקרטיים לשאלות משפט, אך ראוי לייצר כללים אם המחוקקות יעילות יותר מהפרשניות במלאכה זו.

הפרמטר השני נוגע במידת יכולתן של הבריות לתכנן את מהלכיהן. אם הכללים יוצרו כבר בשלב החקיקתי, קיים מתאם רב יותר בין הפרשנות הניתנת להם עלידי הצדדים כאשר הם מתכננים את מהלכיהם לבין הפרשנות המוסמכת הניתנת להם בדיעבד עלידי המערכת השיפוטית, וכל זאת בהשוואה למצב שהיה שורר אילו בשלב החקיקתי נעשה רק סטנדרט, והצדדים היו נאלצים לנחש כיצד הפרשנית תמלא אותם תוכן בעתיד בהגיע סכסוך קונקרטי להכרעתה. היכולת הטובה יותר לתכנן מהלכים מראש, הנלווית לסביבה משפטית המוסדרת עלידי כללים, מוזילה את "כרטיס הכניסה" אל עולם המשפט, ולכן יש לראות בה יתרון. מעניין ש-Kaplow אינו מדגיש אלמנט זה, ומעדיף לפרש את אי-הוודאות הכרוכה בהתנהגות על-פי סטנדרטים כיוצרת עלויות של אי-ציות לחוק; שהרי אם אדם אינו בטוח כיצד עליו לנהוג (כי ההדרכה שקיבל מתוך עיון בסטנדרט לפני שפעל כפי שפעל היא רב-משמעית מדי), שכיחות סטיותו מציווי החוק, כפי שהוא מפורש בדיעבד, תהיה בהכרח גבוהה יותר.⁷²

הבה ננסה ליישם זאת להצעת חוק דיני ממונות. הפרמטר השני בכתיבתו של Kaplow – היכולת לתכנן מהלכים על-פי ציווי החוק – פועל תמיד לטובת כללים ונגד סטנדרטים. הפרמטר הראשון – העלויות היחסיות של ייצור כללים וסטנדרטים – עשוי לפעול לכל אחד משני הכיוונים. אם זול יותר לקבוע נורמות פרטניות מראש מאשר בדיעבד, ראוי לייצר כללים, ואז המשקל המצטבר של שני הפרמטרים הוא ברור: יש להימנע ככל האפשר מיצירת סטנדרטים. אולם אם זול יותר לייצר נורמות פרטניות בדיעבד מאשר מראש, השורה התחתונה אינה חד-משמעית. אם היתרון בייצור סטנדרטים מצד העלויות נתפס בעינינו כדומיננטי, כלומר כבעל משקל רב יותר מן החיסרון בייצור סטנדרטים מצד יכולת תכנון העסקות והביטחון המשפטי, אזי כדאי בכל-זאת לייצר סטנדרטים. השאלה הקריטית היא, אפוא, למי עולה יותר לקבוע תכנים קונקרטיים – למחוקקת או לפרשנית.

בניח תחילה שמדובר בנושא משפטי שחוזר על עצמו פעמים רבות, והמקרים שבהם הוא צף ועולה אל פני השטח דומים זה לזה דמיון רב. במקרה כזה ברור כי המחוקקת, ולא הפרשנית, היא היצרנית היעילה יותר של נורמות משפטיות, דהיינו, ראוי להעדיף

72 ראו לעניין זה גם: Richard Carswell & John E. Calfee "Deterrence and Uncertain Legal Standards" 2(2) *J. L. Econ. & Org.* (1986) 279.

כללים על סטנדרטים. הסיבה היא שהמחוקקת יוצרת – אף אם בעלויות גבוהות – כללים משפטיים שיפים למקרים רבים בעתיד, כך שעלות הייצור מתפזרת בין כולם, וכל אחד מהם עולה למערכת רק את חלקו היחסי במכלול העלויות. אילו האצילה המחוקקת את המשימה של קביעת הנורמה הפרטנית על הפרשנית, כלומר אילו הסתפקה בעשיית סטנדרט, אזי התכנים הפרטניים, והיקרים, היו מיוצרים שוב ושוב על-ידי קבוצה גדולה של פרשניות, וסך העלות היה גבוה בהרבה. אם, לעומת זאת, מדובר בנושא ששכיחות הופעתו בעולם המשפט היא נדירה, או שכל אימת שהוא צף ועולה אל פני השטח סביר להניח שיתלוו אליו שיקולים ייחודיים לאותו מקרה, אזי העלות של ייצור הכללים על-ידי המחוקקת עלולה להקריע שחקים, שהרי עליה לתת דעתה למספר אינסופי כמעט של אפשרויות, שרבות מהן עשויות לא להתממש כלל. במקרה כזה עדיף למחוקקת להסתפק בקביעת סטנדרט, ולהניח לפרשניות לקבוע תכנים קונקרטיים במקרים הייחודיים שיובאו להכרעתן.

דוגמה סבירה לקביעה "נכונה" של סטנדרט היא הגדרתה של עוולת הרשלנות דיני הנוזיקין. כזכור, המחוקק לא קבע בעניין זה כללים פרטניים. תחת זאת הוא הטיל חובת זהירות על מי שהיה צריך לצפות את הנזק שנגרם לזולת, ופלונית מוחזקת כמי שהייתה צריכה לצפות נזק כזה אם אדם סביר, אילו היה בנעליה, היה צופה אותו.⁷³ זה כמובן הסטנדרט בעל רמת הרזולוציה הנמוכה הידוע כסטנדרט "האדם הסביר". אין ספק שסטנדרט זה עלול להקשות על מי שמבקשת לכלכל את צעדיה על-פי החוק לצעוד על מסלול בטוח. אולם איזו בררה יש למחוקק בעניין זה? כלום היה מייטיב לעשות אילו קבע שורה אינסופית של כללים החורצים את דין הרשלנות, לשבט או לחסד, בכל המקרים האפשריים? בהינתן השוני, הקיצוני לעיתים, בין מקרי רשלנות כאלה או אחרים, עדיף להותיר את קביעת הנורמות התוכניות למי שמפרשת את הסטנדרט, וכך להימנע מן העלות הגבוהה של קביעת כללים במקרים מיותרים.

מכאן יש להסיק כי קביעת סטנדרטים יכול שתהיה סבירה, אך בשום פנים אין להסיק כי היא סבירה תמיד. הצעת חוק דיני ממונות, באמצע סטנדרטים אחדים בעלי דרגת רזולוציה נמוכה כמכשיר המבטיח את "שלמותו" של הקודקס ואת ההרמוניה הפנימית השוררת בין חלקיו, ממחישה היטב את הסיכונים הכרוכים בדרך חקיקה כזו. נדגים זאת בשניים מן הסטנדרטים שההצעה חרתה על דגלה – עקרון תום-הלב והעיקרון שאין החוטא נשכר. נחתום פרק זה בהעתקת המבט מן הקודקס החוצה, אל חקיקה אחרת של הכנסת שהרבתה לא לצורך ביצירת סטנדרטים.

נעסוק תחילה בסטנדרטים המאפיינים את הצעת חוק דיני ממונות. כזכור, כוונת המציעים הייתה לסמוך על ריבויין של הוראות השסתום כעל מקור למילוי לקונות, וזאת כדי להבטיח כביכול את שלמות החוק ואת ה"הרמוניה" הפנימית שבו. או כפי שנאמר בדברי ההסבר של משרד המשפטים: "הסדר המתבסס על מושגי שסתום, כגון תום לב, צדק, מוסר, סבירות, תקנת הציבור והגינות, אינו הסדר שיש בו חסר".

מושג-השסתום העיקרי של הצעת החוק הוא עקרון תום-הלב. בסעיף 2 להצעה נקבעה החובה לנהוג בתום-לב כ"עקרון-יסוד" של הקודקס המוצע: "בשימוש בזכות, בביצוע

73 סעיפים 35 ו-36 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש], תשכ"ח-1968, דמ"י נ"ח 266.

פעולה משפטית ובקיום חיוב יש לנהוג בתום לב. "לכאורה, "עקרון-יסוד" זה אינו אלא חזרה על הוראתו של סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי),⁷⁴ אשר קובע כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; הוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה". אולם בעוד סעיף 39 הוא חלק ממסכת צנועה יחסית – הלא היא פרק ה, "קיום החוזה", של חוק החוזים (חלק כללי) – עקרון תום-הלב, כפי שהוצע בסעיף 2 הנ"ל, נהפך ל"עקרון-יסוד" של הקודקס כולו, וככל הנראה גם של השיטה המשפטית כולה. בלשונו של סעיף 16 לדברי ההסבר של משרד המשפטים:

"כמקובל בקודקסים אחרים, החלק הראשון של הצעת החוק קובע עקרונות כלליים, החלים על כל ההוראות שבהצעה. כך הוא לעניין עקרון תום הלב, וכך הוא לעניין העקרון כי 'אין החוטא נשכר'. עקרונות אלה פורשים את כנפיהם על החוק כולו. כל זכות, חירות, כפיפות או כוח המוכרים בהצעה מופעלים על פי עקרונות כלליים אלה."

אל עקרון-היסוד שאין החוטא נשכר נחזור בעוד כמה שורות. נמקד תחילה את המבט בעקרון-היסוד של תום-הלב, האמור "לפרוש כנפיו על החוק כולו", כדברי משרד המשפטים. בפרט, הוא אמור לפרוש את כנפיו על שורה ארוכה של כללים פרטניים, שאלמלא פלישתו האלימה אל ליבתם היו בעלי דרגת רוולוציה גבוהה. די אם נתבונן על דוגמה קטנה – כללי ההצעה והקיבול של חוזה לפי חוק החוזים (חלק כללי). המחוקק דק פורטא בנושאים רבים השייכים לסוגיה קטנה זו: עצם קביעת הצורך בהצעה ובקיבול לצורך כריתת חוזה (סעיף 1), מהות ההצעה (סעיף 2), חזרה מן ההצעה (סעיף 3), פקיעתה (סעיף 4), מהות הקיבול (סעיף 5), קיבול על-ידי התנהגות (סעיף 6), חזקת הקיבול (סעיף 7), מועד הקיבול (סעיף 8), קיבול לאחר פקיעה (סעיף 9), חזרה מן הקיבול (סעיף 10) וקיבול תוך שינוי (סעיף 11). בטיפול הפרטני בסוגיית ההצעה והקיבול נהגה המחוקקת כמאמר, כדבריהם של דיני החוזים עוסקים בפרשיות משפט רבות בעלות אופי סדרתי, כלומר, סיטואציות החוזרות על עצמן פעמים רבות ללא שינויים מפליגים. על-פי המפתח שהוצע לעיל, אלה בדיוק המקרים שיפה להם להיות מוסדרים על-ידי כללים, ולא על-ידי סטנדרטים. הרכבתו של תום-הלב כעקרון-יסוד – אשר פורם את רקמתם של כל הכללים האלה, פורץ אל תוך נימיהם, וממילא משנה את אופיים בדרך לא-מפורשת ולא-ידועה – כמוה כניתוח לשינוי מין שבעקבותיו כללים נהפכים לסטנדרטים. דרכה המאופקת של מחוקקת חוק החוזים (חלק כללי) בעניין זה נראית לנו נכונה, שכן כל השיקולים – הן היות המחוקקת יצרנית יעילה יותר של תכנים קונקרטיים מאשר הפרשנית, והן היכולת הטובה יותר לתכנן עסקות מראש – מצביעים על החסרונות הגדולים הטמונים בריבוי סטנדרטים בנושא זה. במאמר מוסגר נוסף כי אף-על-פי שהצעת חוק דיני ממונות אינה מטפלת באופן ישיר במעמד של התקדימים במדינתנו, כלומר אינה מערערת מפורשות את אושיות הדוקטרינה של stare decisis, יש לחשוש כי מעמדה של הדוקטרינה אכן ייפגע. תפקידו

74 חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973, ס"ח 118 (להלן: חוק החוזים (חלק כללי)).

העיקרי של התקדים היא ליצור נורמה פרטנית יש מאין, כלומר, לפלוש אל תוך תחומה של הלקונה ולחצוב מתוכה כללים. ככל שתרבות הקודקס מבקשת להמליך את הוראות השסתום על ממלכת הכללים, יישחק כוחם היחסי של יצרני הכללים, הלא הם השופטים קובעי התקדימים, כפי שאכן קרה הלכה למעשה ביבשת האירופית. אכן, הקודקס אינו רק אוסף הוראות דין, אלא סוגה (ז'נר) תרבותית מקפת העלולה, גם על-פי לשון הקודקס וגם על-פי רוחו, למחות מעל פני האדמה את התכונות המאפיינות תרבויות משפטיות מתחרות, לרבות זו המתגלה בדוקטרינה של התקדים המחייב או המנחה.

סוגיה סמוכה לסוגיית תום-הלב היא תורת "הפרשנות התכליתית" שיצאה מבית-מדרשו של בית-המשפט העליון. סמיכות הפרשנות נובעת מכך שהפרשנות התכליתית, כמו קביעתה של תורת תום-הלב כעקרון-יסוד החל על כל חלקי הקודקס, פולשת אל תוך טקסט מילולי מפורש וממירה אותו בטקסט אחר שנקבע על-פי אומד-דעתה של הפרשנית. בשני המקרים חל מעבר חד מן הכלל כפי שנוסח אל הכלל כפי שהיה צריך להיות מנוסח, לפי דעתה של הפרשנית, אף אם היה קשה לצפות מראש את מה שבסופו של דבר החליטה.

הדוגמה הבולטת ביותר בפסיקה שלנו ל"פרשנות תכליתית" כזו היא, כמובן, הלכת אפרופים המפורסמת.⁷⁵ בפרשה זו נתנה המדינה מעין אופציית "פוט" (put) לחברה קבלנית למכור לה דירות במחיר מוסכם, שממנו היה אפשר לבכות אחוז מסוים כפונקציה של איחור מן המועד שנקבע כיום הפעלת האופציה. החברה הקבלנית לא איחרה במועד הפעלת האופציה, אך איחרה במועד השלמת הבנייה. בהחילו מבחן של "פרשנות תכליתית", קבע בית-המשפט כי המדינה הייתה רשאית להפחית מן המחיר המוסכם אם חל איחור במועד השלמת הבנייה דווקא. בהגיעו למסקנה זו קבע בית-המשפט כי "בהירות בלשון אסור לה להיות אמת מידה מרכזית בפירושו של מסמך משפטי",⁷⁶ שכן "ככלל, אין הפרשן רשאי להכניס שינוי בלשון הטקסט. שינוי צריך להעשות על ידי יוצר הטקסט. אולם במצבים מיוחדים מסויימים מכירה שיטת המשפט בכוחו של השופט לתקן כאמור את הטקסט המשפטי".⁷⁷ התכלית שבית-המשפט חתר להגשים בפרשנותו נבעה מן ההנחה שהמדינה הייתה מעוניינת להבטיח את מצאי הדירות שהחוזה התייחס אליהן במסגרת הזמן שהחוזה קבע להשלמתן, ולכן לא היה זה סביר, לדעת בית-המשפט, כי תיקבע סנקציה אורחית על איחור בהפעלת האופציה, אך לא על איחור בהשלמת הבנייה. אכן, החוזה התייחס גם לסוג אחר של דירות שלגביהן נקבעה סנקציה גם על איחור בהשלמת הבנייה, ובית-המשפט סבר שיהיה זה "הרמוני" יותר ליצור מעין סימטריה בין הסנקציות האורחיות שהחוזה דן בהן, ולא ליצור פערים, שלדעתו היו בלתי-מוסברים, בין סנקציה אחת לחברתה. אך יצירתי ככל שיהיה, בית-המשפט היה מודע לכך כי עליו לחפש עיגון נוסף להתערבות בלשון החוזה. לא במפתיע, קשר בית-המשפט את "כוחו של השופט לתקן... טקסט משפטי" לעקרון תום-הלב, באומרו כי עיקרון זה "בא להגשים... את שהחסירו הצדדים".⁷⁸

75 ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון וייזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 205.

76 שם, בעמ' 297.

77 שם, בעמ' 316.

78 יצוין כי אין אנו עוינים את רעיון הפרשנות התכליתית באשר הוא. לעיתים זו הדרך הנכונה

מושג־שסתום נוסף ה"מכבב" בהצעה הוא העיקרון כי אין החוטא נשכר. בעניין זה קובע סעיף 3 להצעת החוק כי "בית המשפט רשאי לשלול או להגביל זכותו של אדם כאשר הדבר מוצדק עקב כך שהזכות צמחה בשל התנהגות של הזכאי הנוגדת את החוק או את תקנת הציבור". אין לנו ספק כי גם עיקרון זה פגיעתו רעה. כבר בדין הקיים ברור שאי־אפשר לבסס תביעה משפטית על עילה בלתי־חוקית – *ex turpi causa non oritur actio*. אכן, סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי) קובע כי "חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". אך העיקרון החדש נוקט לשון פתוחה יותר. כמו עקרון תום־הלב, גם עיקרון זה חל, על־פי דברי ההסבר של משרד המשפטים, על כל הוראות הקודקס. מטעם זה הסעיף מזמין פרשנויות העלויות לפרום את רקמתם של כללי הקודקס ולהזרים לתוכם תכנים קונקרטיים שהמחוקקת לא חלמה עליהם.

דוגמה פסיקתית נושנה לסוג מעין זה של רוח־פרצים שיפוטית ניתן למצוא בפסק־דינו של השופט חיים כהן בפרשה לא ידועה כל־כך – המקרה המוזר שקרה לסולימאן בלאן. איש זה חפץ ברשיון ציד, והמנהל השיב את פניו ריקם. לדעתו, נפל פגם בשיקול־הדעת המנהלי, והוא עתר לבג"ץ. עתירתו נדחתה בצו בן ח"י מילים כהאי לישנא: "קטילת בעלי־חיים לצורך ספורט אינה מן הדברים שבית־משפט זה רואה עצמו חייב, מטעמי צדק, להגן עליהם".⁷⁹ כיצד היה דבר מעין זה יכול להתרחש? ברור שהשופט כהן העלה מן האוב את הכלל שלפיו בג"ץ אינו נוהג להעניק סעד כאשר הוא אינו סבור שהתערבותו נחוצה לצורך עשיית צדק.⁸⁰ על יסוד הוראה זו קבע השופט כי מי שחפץ לשעשע את עצמו בהרג בעלי־חיים מבקש לעשות אי־צדק, ועל־כן דין עתירתו להידחות. באותה מידה ברור שהשופט נטל לעצמו חירות להשתמש בסטנדרט זה כדי לפרום את רקמתם של דיני הצייד ושל כללי המשפט המנהלי המתייחסים אליהם. למרבית המזל, הלכתו של השופט כהן

ביותר לאמוד את כוונתו האמיתית של יוצר הטקסט. יעילותה של הפרשנות מן הסוג הזה באה לידי ביטוי ברור כאשר הטקסט הוא דו־משמעי, ועל הפרשנות להיאחז בנתונים חיצוניים לטקסט כדי לתת לו פשר. אך בהיות הלשון ברורה, הפרשנות התכליתית נראית לנו הרת־אסון, שכן היא הופכת כל כלל – בין שהוא סטוטורי, הסכמי או אחר – לסטנדרט, גם אם יפה לו להיוותר בצורתו המקורית ככלל. ראו לעניין זה גם דניאל פרידמן "לפרשנות המונח 'פרשנות' והערות לפסק דין אפרופים" המשפט 14 (2002) 21, 21–26. במאמר זה טוען פרידמן כי הלכת אפרופים, שלפיה כל לשון אינה ברורה כל עוד לא פורשה ולא קיים טקסט שהוא ברור כשלעצמו, אינה מתקבלת על הדעת. על־פירוב הטקסט אינו משתמע לשני פנים. כך היה הלכה למעשה בפרשת אפרופים, ולכן קריאת הטקסט כאילו נכתבו בו דברים אחרים ממה שמשמע מלשונו לא הייתה במקום. אנו מצטרפים, מן הטעמים שהבהרנו, לדעתו של פרופסור פרידמן.

79 בג"ץ 36/68 סולימאן בלאן נ' שר החקלאות, פ"ד כב(1) 617.

80 כלל זה מופיע גם כיום בסעיף 15(ג) לחוק־יסוד: השפיטה, ס"ח התשמ"ד 78, הקובע לאמור: "בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר."

בעניין הצייד המרושע נותרה כ"מרגלית" יחידה באוצר. אולם עתה, כאשר המחוקק הכשיר במפורש את הסטנדרט שאין החוטא נשכר כעקרון על בקודקס, האם לא ייתוספו מרגליות? אין שום רמז בניסוחו של סטנדרט זה, כמו גם בסטנדרטים אחרים בעלי דרגת רזולוציה נמוכה, שמהם ניתן ללמוד הלכה לכאן או לכאן. משנקבע הסטנדרט כעקרון על, שוב אין עוד לסמוך על ההדרכה הנובעת מן הכללים – הכל פרוץ והרשות נתונה.

נשלים את ביקורתנו ביחס לנזקים העלולים להיגרם מריבוי סטנדרטים בדוגמה מתוך חוק החברות החדש. במקום אחר הזדמן לאחד מאיתנו להרחיב את הדיבור על נוסח הטיטה שהונחה לעיונה של ועדת ברק לרפורמה בדיני החברות.⁸¹ טיטה זו הציעה רשימה לא מבוססת של כללים, שהפכו את עורם בוועדת ברק והוצעו לכנסת – ואף התקבלו על ידיה – כסטנדרטים. מקרה בולט של מטמורפוזה מסוג זה מתייחס למסכת התמריצים שהחוק מעניק לבעל נייר ערך פלוני המבקש להגיש תביעה נגזרת בשם החברה או תובענה ייצוגית בשם קבוצה של בעלי ניירות ערך. כידוע, מסכת תמריצים יעילה היא חיונית בהתדיינות קולקטיבית מעין זו, שכן ללא תמריצים התובעת נדרשת לממן מכיסה את עלויות ההליך, בעוד פירותיו נחלקים בינה לבין החברה או הקבוצה, כאשר חלקה היחסי באותה חברה או קבוצה הוא בדרך כלל מזערי (בעיה זו מכונה על ידי הכלכלנים "בעיית המוצר הציבורי"). הואיל ובעיית התמריצים מתעוררת בכל פעם מחדש, והנסיבות שהפרשנית נדרשת להן בעניין זה הן אחידות פחות או יותר, ביקשה ההצעה המקורית לקבוע כללים ברורים שיחרצו את מבנה התמריצים. ברחל בתך הקטנה, ההצעה ביקשה לפתוח את השער רחב לפני כל תובעת כמעט המבקשת להתייצב בדין בשם החברה או הקבוצה, ולתגמל אותה באחוז קבוע מן הסכום שנפסק בסופו של דבר לטובת הקבוצה או החברה. ועדת ברק חששה לכבול את שיקול הדעת השיפוטי של הפרשנית, ולפיכך הותירה בידי בית המשפט שיקול דעת רחב אם להכיר בתובעת כמי שראויה ליטול את נטל התביעה בידה, וכן "הסדירה" את שאלת התמריץ בקובעה שבית המשפט רשאי לפסוק לטובת התובעת כל סכום שייראה לו כפיצוי על טרחתה בהגשת התובענה. בתי המשפט הגיבו במדיניות שחסמה כמעט לגמרי את היכולת להגיש תביעות נגזרות וייצוגיות, כך שמכשיר חשוב זה למשטור התנהגותם של מנהלים ונתבעים אחרים ירד הלכה למעשה לטמיון. גם במקרים הספורים שבהם אושרו תביעות ייצוגיות (תביעות נגזרות לא אושרו כלל לעת עתה), ההלכות שנפסקו בהן אינן מפחיתות מעמיתות של הסטנדרט, ואין בהן כדי להדריך תובעים נוספים להירתם לעניין הציבורי כפי שחפצנו שיקרה.

לסיכומה של נקודה זו, אנו עדים לכך שהתפיסה הקודקסית, החותרת ל"הרמוניה" ול"שלמות", הגשימה את שאפותיה על ידי שימוש כבד במושגי שסתום. בכך הוחטא התמהיל האופטימלי לכל שיטת משפט בין כללים וסטנדרטים: סוגיות שהיה יפה להן להיות מוסדרות ברמת רזולוציה גבוהה לא הוסדרו כלל או נדחקו ל"כתם העיוור" של עולם הסטנדרטים.

81 אוריאל פרוקציה "מאחורי הקלעים" משפטים לב(2) (תשס"ב) 303.

2. המשפט המקובל לעומת המשפט האירופי – תיאוריה וקצת נתונים אמפיריים

(א) רקע

לכל מדיניות משפטית ייתכנו שתי מטרות – להיות "צודקת" ולהיות "יעילה". יעדים של צדק מקצים זכויות משפטיות (entitlements) בהשראתם של שיקולים מִט־משפטיים. זכויות שהוגדרו על-פי שיקולים מעין אלה אינן ניתנות בדרך-כלל להתנאה. למשל, לכל אדם יש זכות לחייו. הציווי "לא תרצח" מגן על זכות זו באופן קוגנטי, בשל האמונה המִט־משפטית המקדשת חיי אדם ופוסלת באופן מוחלט נטילת חייו של הזולת כמעט בכל הנסיבות. השאלה אם זכותו הבלתי-ניתנת להתנאה של אדם על חייו מבטאת הקצאה "יעילה" של זכויות מתגמדת בחשיבותה אל מול השיקולים האחרים, המקבעים את הזכות לחיים כזכות מקודשת של כל אדם, בין אם היא יעילה ובין אם לאו. דיני ממונות הם "אופרה אחרת". טלו, למשל, את השאלה אם פלונית, שאלמונית נקטה צעדים כדי לתת לה (לפלונית) מתנה, מקבלת קניין במתנה מייד עם התחייבותה של הנותנת להעניק לה את המתנה, או שמא הקניין עובר רק עם תפיסת החוקה במושא המתנה. שאלה מעין זו אינה אפופה בכל קדושה מיוחדת. מבחינת הצדק הטהור אפשר כך ואפשר כך. בהעדר שיקולי צדק שיש בהם כדי להכריע את הכף, מבחנו העליון של הדין האזרחי הוא מבחן היעילות. סממן חיצוני לעמדתו האגנוסטית של הדין האזרחי ביחס לשאלת הצדק הוא יכולתם של הצדדים לבחור להם הקצאת זכויות שונה מזו שנקבעה בדין, או במילים אחרות, הדין האזרחי הוא מרשה, דיספוזיטיבי, ולא כופה. קוגנטי. אילו ייחסנו משקל משמעותי לשיקולים של צדק, הכוח שהיינו מעניקים לפרטים להתנות על "בררת-המחדל" שהדין האזרחי מספק להם היה מוגבל הרבה יותר. אכן, תובנה זו הובנה כראוי גם על-ידי מי שהכינו את הצעת חוק דיני ממונות. בסעיף 6.3.2 של דברי ההסבר מטעם משרד המשפטים נאמרו הדברים הבאים:

"החוק המוצע מתמקד בדיני הממונות ולכן הנחת המוצא היא שהצדדים חופשיים להתנות על הוראותיו. עקב כך הושמטו המינוחים המופיעים בחוק הקיים שמטרתם להעיד על זכות ההתנאה. במילים אחרות, כמעט שלא ניתן למצוא בחוק ביטויים, כגון: 'לא הסכימו הצדדים על...', 'לא קבעו הצדדים מועד...', וכיוצא באלה."

בהינתן החופש של הצדדים להיוותר בד' האמות של בררת-המחדל הסטטוטורית או לבחור להם הקצאת זכויות חלופית על-פי העדפותיהם, ברור כי המחוקקת המכילה את בררת-המחדל צריכה להשתדל לבחור את ההקצאה ה"יעילה". הקצאה נחשבת "יעילה" בהקשר זה אם היא מגבשת או מחקה את כוונתם המשותפת של הצדדים, זו שהם היו מגיעים אליה בכוחות עצמם אילו נתנו דעתם לשאלה והיה ביכולתם להגיע להסכמה ביחס אליה בעולם שאין בו הוצאות עסקה. אם תבחר המחוקקת בדין מרשה שאינו מחקה כהלכה את הסכמתם המשותפת של הצדדים בעולם ללא עלויות עסקה, אזי הבחירה לא תהיה יעילה. שהרי אם הוצאות ההתנאה על ההקצאה הבלתי-רצויה יהיו סבירות, יִתנו הצדדים על ההקצאה הבלתי-רצויה, אך המעבר ממנה אל ההקצאה הרצויה להם יהיה רצוף עלויות; ואם הוצאות ההתנאה יהיו יקרות מדי (כלומר, יעלו בשיעורן על עלות ה"סבל" הצפוי לצדדים

כתוצאה מחלוקתה של ההקצאה שאינה רצויה להם, אזי ההקצאה הסטוטורית המקורית תעמוד בעינה אך תסב סבל מיותר לחוסים בצילה.⁸² ליודעי ח"ן בגישה הכלכלית למשפט ניתן להוסיף כי הדין האזרחי היעיל מחקה את העסקה הקוויאנית, אשר מקצה כידוע בכל מקרה כל זכות משפטית באופן יעיל.⁸³

לנוכח דברים אלה ניתן להציג את השאלה אם הצעת חוק דיני ממונות תקדם את יעד היעילות. אם התשובה לכך חיובית, הקודקס הינו "חוק טוב" מבחינה זו; אם היא שלילית, הוא "חוק רע". מעניין שיעד היעילות הוזכר בפרק המבוא להצעת חוק דיני ממונות כאחת מתכליות החקיקה.⁸⁴ אך יעילות אין מחוללים בהצהרות, אלא במעשים, ואנו חוששים כי הצעת חוק דיני ממונות אינה מקדמת את יעד היעילות, ולפיכך אינה רצויה מבחינה נורמטיבית.

כבר עמדנו על כך שהתרבות הקודקסית מקרבת אותנו אל משפחת המשפטים הקונטיננטליים ומרחיקה אותנו ממשפחת העמים של המשפט המקובל. יש סיבות טובות להניח כי המשפט המקובל יעיל יותר מן המשפט הציבילי, ובכך נעסוק בפרק זה. האמירה שהמשפט המקובל הוא יעיל חייבת לעורר על פניה תמיהה. בית היוצר העיקרי של הלכותיו הם בתי המשפט, וכידוע, השופטים נעדרים בדרך כלל השכלה כלכלית, ורובם אף לא היו מסוגלים להגדיר יעילות כלכלית מהי. כיצד ניתן אפוא לצפות שהמשפט אשר נוצר

82 הנאמר בטקסט משקף את הזרם המרכזי בגישה הכלכלית למשפט. להרחבה בנושא זה בשפה העברית ראו אוריאל פרוקצ'יה "הדין הדיספוזיטיבי באספקלריה של פרופסור גד טדסקי" עיוני משפט טו(2) (תש"ן) 385. זהו מאמר תגובה על מאמרו של גד טדסקי "על הדין הדיספוזיטיבי" עיוני משפט טו(1) (תש"ן) 5. מאמרו של טדסקי, מצידו, היה תגובה על מאמר קודם של אוריאל פרוקצ'יה "זה חווה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושג היסוד במשפט" משפטים יח(3) (תשמ"ט) 395. בארצות הים התפרסמו שני מחברים בטענתם העיקשת כי תפקידו של המחוקק המרשה הוא דווקא לבחור בבררת־מחדל שהצדדים לא היו בוחרים בה בשום אופן, וזאת כדי לאלצם להתנות על בררת־מחדל ולחשוף בתוך כך את העדפותיהם האמיתיות. ראו לענין זה: Ian Ayres & Robert Gertner "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules" 99(1) *Yale L. J.* (1989) 87. גישתם של Ayres ו-Gertner, אשר לשעה קלה נראתה מצודדת, ירדה מגדולתה לגמרי בעת האחרונה, והתיאוריה הקודמת של המחוקק המרשה כחקיין שבה ותפסה לה את מקומה הראוי. ראו, למשל: Eric A. Posner "There are no Penalty Default Rules in Contract Law" (Working Papers, 2005) available at <http://ssrn.com/abstract=690403> (30.1.2006).

83 העסקה הקוויאנית היא זו ש-Coase דן בה בתיאורמה המפורסמת שלו משנת 1960: Ronald Coase "The Problem of Social Cost" 3 *J. Law & Econ.* (1960) 1. במאמר זה מוכיח Coase כי תהא הקצאת הזכויות ההתחלתית בין הפרטים אשר תהא, אם אך יותר להם לסחור בהן, ועלות ההתקשרות ביניהם היא אפס, הם יעבירו את הזכויות ביניהם כך שההקצאה הסופית תהיה "יעילה", כלומר, כל זכות תוקצה למי שמייחס לה את הערך הסובייקטיבי הגדול ביותר. אם באופן התחלתי תוקצה הזכות לאדם אחר, אזי מי שמייחס לזכות זו ערך גבוה יותר "יגנה" אותה מן הבעלים המקורי, כך שכל המשתתפים יהיו במצב טוב יותר אחרי קיום המסחר מאשר לפניו.

84 ראו סעיף 1(ב) סיפא להצעת חוק דיני ממונות, לעיל הערה 1.

על-ידי הדיוטות כלכליים יהיה יעיל יותר ממשפט מתוכנן בנוסח האירופי, שהוכן על-פני שנים רבות ואשר בתהליך התקמותו היה אפשר להימלך במומחים ובחוות-דעת כלכליות? אולם למרות כל אלה, פלא-יעילותו של המשפט המקובל הוא ככל הנראה עובדה קיימת. הכוהן הגדול של הגישה הכלכלית למשפט, Richard Posner, הראה שוב ושוב כי המשפט המקובל מתכנס לפתרונות יעילים או לחלופין שניתן למצוא לכללי המשפט שמקורם במשפט המקובל רציונל כלכלי, כאילו השופטים שקבעו את הלכותיו היו מעורים ברוי השיח הכלכלי ועיצבו הלכות אלה באורח יעיל.⁸⁵ ייתכן שניתן לחלוק על מסקנותיו של Posner ביחס לכמה מ"ממצאי היעילות" שלו, וייתכן שהמחקר שלו לא היה ריגורוזי כל צורכו ולכן טעה לעיתים ואף הטעה. אבל אין ספק ש-Posner הוא שהעלה את חידת היעילות על סדר-היום האקדמי, כך שכמו רבות מ"שגיאותיו" של מחבר גאוני זה, גם אי-דיוקים אלה הניבו תחום ידע חדש ומסעיר – "יעילותו של המשפט המקובל". נדון תחילה בהסברים תיאורטיים לתופעה זו ואחר כך נסקור כמה מחקרים אמפיריים שאיששו אותה באופן סטטיסטי.

(ב) תיאוריה

למעשה, יש יותר מתיאוריה אחת המסבירה את יעילותו היחסית של המשפט המקובל בהשוואה למשפט הקונטיננטלי. התיאוריה הוותיקה ביותר קשורה לכלכלן Friedrich von Hayek. Hayek היה מאמין אדוק ביוזמה החופשית ואויב מושבע של "האח הגדול" כרגולטור אופטימלי של הפעילות הכלכלית. עמדתו הבסיסית של Hayek הייתה שהמשפט המקובל מאפשר יצירה מבוזרת של כללי משפט, שאינם תלויים בהחלטה ריכוזית של המדינה (באמצעות הזרוע המחוקקת שלה). הוא האמין כי יצירה ריכוזית של כללי משפט מזמינה לחצים של בעלי-עניין, המועדים להטות את המוצר החקיקתי הרחק מן האופטימום החברתי. בתי-משפט אינם חשופים כמו המחוקק ללחצים מעין אלה, ולכן המוצר השיפוטי קרוב יותר אל האופטימום החברתי.⁸⁶ ברצוננו להדגיש כי אין כוונתנו, אפילו לא כפרשנו של Hayek, לרמוז לאפשרות שוועדת הקודיפיקציה נתנה ידה ללחצים מכל סוג שהוא. אך אילו היינו בנעליו של Hayek, היינו חוששים כי המוצר שיצא מתחת ידי הוועדה ישנה את אופיו לאחר שיעבור בכור-ההיתוך של הכנסת: כידוע לכולנו, המחוקקים אוהבים להתערב בהליך החקיקה, וממילא להקדיח את התבשיל.

אנו נוטים לקבל את האינטואיציה של Hayek בקוויה הכלליים. נזכיר לעצמנו את מושכלת-היסוד שהצמיחה הכלכלית מותנית בכך שהפרטים בטוחים בזכויות הקניין שלהם. חוסר ביטחון בזכויות קניין מעיליות בזבזניות מבחינה כלל-משקית, כגון השקעה בהגנה פרטית על זכויות קניין (בחברה פרימיטיבית – בניית גדר; בחברה מודרנית – בריחת הון לבנק שווייצרי) והשקעה נוספת בניסיון להחרים את קניינו של הזולת (בעולם

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

86 ראו את שני ספריו העיקריים בנושא זה: Friedrich von Hayek *The Constitution of Liberty* (Chicago, 1960); Friedrich von Hayek *Law Legislation and Liberty* (Chicago, 1973).

פרימיטיבי - גנבה; בעולם מתוחכם - קשרים טובים בין הון לשלטון. פעילויות אלה יכולות אומנם להעשיר את מי שהשקיעה בהן, אך רק על-חשבון הזולת. שתי תנועות ההון האלה, בהיותן "תשלומי העברה" טהורים, מקוזות זו את זו, והמשק נותר עם החשבון. נתונים אמפיריים מצביעים על כך שהצמיחה הכלכלית במדינות משפט מקובל אכן הייתה, באופן היסטורי, מהירה יותר מאשר במדינות משפט ציבילי, שלא לדבר על מדינות מרקסיסטיות-לניניסטיות או מוסלמיות, שבהן ההגנה על זכויות הקניין היא הרופסת ביותר.⁸⁷

ההסבר התיאורטי לנתונים אמפיריים אלה הוא כי בארצות שבהן ניתן להשיג תשלומי העברה על-ידי שתדלנות פוליטית, כגון על-ידי שיגור שדולות "משופשפות" לכנסת (תופעה מפחידה בגודלה, בעוצמתה ובאפקטיביות שלה, כפי שידוע לכל מי שהשתתף פעם בהליך של חקיקה בירושלים), החקיקה מוטה לטובת השדולות, פוגעת בזכויות הקניין ומחבלת ביעילות הכלכלית. היטיב מכולם לתאר זאת, כבר בשנת 1971, פרופסור Mancur Olson, שהראה כיצד קבוצות-אינטרסים קטנות יחסית, בהיותן מאורגנות ומלוכדות יותר מהמוני העם, זוכות ביתרון אצל מחוקקים ורגולטורים, ומצליחות להעביר עושר מן הכלל אל עצמן.⁸⁸ האינטואיציה המסבירה את כוחן הרב של קבוצות קטנות היא פשוטה. לגבי הרוב המבוזר, השפעתה הברוכה של כל נורמה יעילה היא "מוצר ציבורי". פרטים מהססים לרתום את משאביהם לייצורם של מוצרים ציבוריים, כי עול המימון רובן כולו עליהם אך פירות הניצחון, אם הוא מושג, נחלקים בינם לבין יתר הפרטים המהווים את הרוב. לכן רמת ההשקעה בייצורם של מוצרים ציבוריים אלה צפויה להיות נמוכה מן הרמה הרצויה מבחינה חברתית. לעומת הרוב המבוזר, מיעוטים קטנים נוטים להיות מלוכדים ולפעול בשיתוף-פעולה רב יותר מקבוצות גדולות. הסכמים בין חברי המיעוט לשתף פעולה ביניהם ולממן את פעולתם המשותפת ניתנים לאכיפה קלה יחסית, כי עריקה של כל פרט מן המאמץ המשותף קלה להבחנה, והסנקציה שצפוי כי תושת עליו בשל עריקתו היא משמעותית. לכן רמת המאמץ להטיית הכף לטובת הקבוצה הקטנה צפויה להיות אופטימלית מבחינת הקבוצה, אף אם תת-אופטימלית מבחינה מצרפית. כוחן של קבוצות קטנות - כגון בנקים,

87 Gerald Scully *Constitutional Environments and Economic Growth* (Princeton, 1992). בספר זה מציג Scully להרפות מן הניסיון הנואל, לדעתו, "להצמיח" משקים באמצעות תרופות מקרו-כלכליות טהורות ולערב בהם מרכיבים פוליטיים של שלטון החוק, אשר אחד ממרכיביו העיקריים הוא ההגנה על הקניין הפרטי. ממצאיו של Scully אושרו, למשל, במחקרו של: Paul G. Mahoney "The Common Law and Economic Growth: Hayek Might be Right" 30(2) *J. Legal Stud.* (2001) 503.

88 ראו את ספרו הקלסי: Mancur Olson *Logic of Collective Action — Public Goods and the Theory of Groups* (Massachusetts, 1971). מעט לאחר מותו של Olson ראה אור ספר חשוב נוסף שלו, המסביר כיצד מדינות דיקטטוריות ברחבי העולם, ובמיוחד האיחוד הסובייטי, נכשלו בנסיוןן להשיג הישגי צמיחה בשל הריכוזיות בקביעת זכויות המשפט, שהובילה לפגיעה בקניין הפרטי. הדוגמה הסובייטית מובנת מאליה כמעט, אך Olson הרחיב את הדיבור מעבר לדוגמה הסובייטית והתמודד עם השאלה גם במישור העקרוני. ראו: Mancur Olson *Power and Prosperity: Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships* (New York, 2000).

קבוצת מיעוט אידיאולוגית במפלגה פוליטית, סינדיקט של תורמים למועמדי המפלגות, ואפילו קבוצות הפועלות בתחום האפור שבין החוקי לפלילי – רב יותר במסדרונות הכנסת מאשר בבתי-המשפט.

הסבר תיאורטי מסוג אחר לגמרי נבע ממחקר חלוצי שנעשה על-ידי Paul Rubin בשנת 1977,⁸⁹ ומאז צבר לו תאוצה, שינה את פניו פעמים מספר, והוא הולך ומתעצב עד היום. גם פרופסור Rubin עצמו שינה את דעתו והמשיך "לזרום" עם הגאות והשפל של ההסבר שהציע לפני שנות דור.⁹⁰

במודל הראשון שלו, ה"פרימיטיבי", הניח Rubin כי המשפט המקובל נבדל מן המשפט הציבילי בעיקר בשל עקרון התקדים המחייב (או המנחה). השאלה ש-Rubin התחבט בה היא איך להסביר את הממצא שרוב התקדימים במשפט המקובל הם יעילים. Rubin הסביר שכאשר צדדים מתדיינים ביניהם, ההתדיינות מסתיימת בכל-זאת בפסק-דין, ולא בפשרה, רק כאשר תוחלת הרווח לתובעת מן ההתדיינות עולה בשיעורה על תוחלת הנוק לנתבעת (בכל מקרה אחר כדאי לנתבעת להציע פשרה בסכום שיתקבל על דעתה של התובעת). תקדימים נקבעים רק בפסק-דין, ולא בפשרות. Rubin הניח שאם הכלל המשפטי שקדם להתדיינות היה כלל פסיקתי יעיל, סביר להניח כי סל התשלומים לתובעת ולנתבעת היה סימטרי פחות או יותר (כפי שנדגים מיד), ולכן התנאי להתדיינות לא התקיים, הדיון נגמר בפשרה, והתקדים ההתחלתי, שהנחנו לגביו כי הוא יעיל, נותר על כנו. אם, לעומת זאת, הכלל לא היה יעיל, כלומר הוא הסב לצד אחד נזק גדול יותר (במונחי תוחלת) מן התועלת שהביא בכנפיו לצד האחר, אזי סל התשלומים כבר אינו בהכרח סימטרי. בפרט, יכול שתוחלת הרווח לתובעת תעלה בשיעורה על תוחלת הנוק לנתבעת. במצב-דברים כזה סכום הפשרה המרבי שכדאי לנתבעת להציע לתובעת נופל בשיעורו מן הסכום המינימלי שכדאי לתובעת לקבל. במצב-דברים זה העניין צפוי להגיע לפסק-דין, ונוצר סיכוי להפיכת התקדים הלא-יעיל. זוהי תמונת-עולם אבולוציונית, שלפיה קיומם של לחצים להתדיינות מחודשת וערעור על תקדימים שקבעו כללים לא-יעילים, והעדרם של אותם לחצים כאשר הכללים יעילים, דוחפים את המשפט המקובל "להתקדם" לפתרונות יעילים.

ועתה לדוגמה: נניח ששני הצדדים יודעים כי יש להם סיכוי שווה להרוויח או להפסיד מאה שקלים. תוחלת הרווח לתובעת מהמשך התביעה היא חמישים שקלים, השווה גם לתוחלת הנוק לנתבעת מהמשך התביעה. בהינתן הוצאות משפט חיוביות לכל אחד מן הצדדים, כדאי לשניהם להתפשר על חמישים שקלים מאשר להמתין לפסק-הדין ולקבל, עם תום הקרב, סכום צפוי של חמישים שקלים פחות הוצאות ההתדיינות. אך נניח שבשל אי-יעילותו של הכלל התובעת רואה לנגד עיניה תוחלת רווח שייפסק לטובתה בשיעור מאתיים

89 ראו: Paul H. Rubin "Why is the Common Law Efficient?" 6(1) *J. Legal Stud.* (1977) 51.

90 למיטב ידיעתנו, מאמרו האחרון של Rubin בעניין זה, לעת עתה, הוא: Paul H. Rubin "Why Was the Common Law Efficient?" (Working Papers, 2004) available at <http://ssrn.com/abstract=498645> (30.1.2006). תשומת-ליבה של הקוראת מופנית להבדל הדק בין שמו של מאמר זה לבין שם מאמרו הראשון של Rubin הנזכר בהערת-השוליים הקודמת.

שקלים, ואילו הנתבעת רואה לנגד עיניה תוחלת נזק של מאה שקלים בלבד. אסימטרייה זו היא תולדה של היות הכלל לא-יעיל.⁹¹ או-אז הסכום הגבוה ביותר שיהיה כדאי לנתבעת להציע כפשרה עלול להיות קטן בשיעורו מן הסכום הנמוך ביותר שכדאי לתובעת לקבל, ולכן הצדדים ידהירו את גיסותיהם כל הדרך לפסק-דין, מה שיאפשר (אולי) את ניכושו של הכלל הלא-יעיל והחלפתו בכלל יעיל.

יופיו של טיעון זה טמון בכך שאין הוא מייחס לשופטים הבנה כלכלית ויכולת הבחנה בין כללים יעילים לכללים לא-יעילים, וכל-כולו מבוסס על רעיונות אבולוציוניים. ברור שתורתו המקורית של Rubin אינה משקפת עוד את הידע העכשווי בתחום,⁹² אבל הוא פרץ דרך לתובנות אבולוציוניות אחרות. אחד הפרמטרים שרובין לא הדגיש במחקריו המוקדמים הוא העובדה ששיטות משפט הן תלויות-מסלול ("path dependent"), ולכן שיטות שנטו להיות יעילות יותר בראשית דרכן, ודבקו בעקרונותיהן ללא שינוי, נוטות להיות יעילות יותר גם בכל נקודת-זמן מאוחרת יותר.⁹³ על בסיס תובנה זו נשמעה הטענה, במיוחד לאחרונה על-ידי Todd Zywicki, כי כדי להבין את יעילותו של המשפט המקובל כדאי לבחון את התנאים שבהם הוא התפתח בראשית דרכו. בתקופה מוקדמת זו נבעה יעילותו של המשפט המקובל, לפי Zywicki, לא רק מהתנהגותם של הפרטים המגיבים על מלאי התקדימים הקיים, אלא גם מהתנהגותם של בתי-המשפט, המספקים את התקדימים. בתי-המשפט התחרו אז בינם לבין עצמם על נכונותם של המתדיינים לשחרר לפתחם,⁹⁴ ולכן

91 Rubin תופס את הכלל כ"יעיל" במובן הקוויאני, כלומר, ככלל שמשא את גודלה של העוגה המצרפית. לכן כלל המסב לצד אחד נזק רב יותר מן התועלת שהוא מניב לצד האחר אינו יעיל, שכן סכום התועלות של הפרטים קטן יותר.

92 למשל, עבודתו של Rubin אינה מביאה בחשבון את ההסתברות הסובייקטיבית שכל אחד מן הצדדים מייחס לסיכוייו לזכות בתיק. ברור כי הסתברות זו משפיעה על תוחלת התשלום לכל אחד מהם, ועשויה להוביל לסל לא-סימטרי גם תחת כללים יעילים. לביקורת על התפיסה האבולוציונית של Rubin ראו, למשל: Gordon Tullock *The Case Against the Common Law* (Durham, 1997), הטוען כי הליך מרוכז של חקיקה יעיל יותר מיצירה מבוזרת של נורמות; וכן William M. Landes & Richard A. Posner "Adjudication as a Private Good" 8 *J. Legal Stud.* (1979) 235, המבארים את הטענה כי תקדימים אינם רק "נוצרים" או "מבוערים", אלא גם מתחזקים או מוחלשים, ומי שמבקש לערער על תוקפו של תקדים לא-יעיל מסתכן, בין היתר, בחיזוקו של התקדים הלא-יעיל. עלות זו עלולה לעכב, ואולי אף לבטל, את התמריץ לקפוץ לתוך המים ולנסות לשנות תקדימים לא-יעילים.

93 על חשיבות המקור שממנו יצאה שיטת משפט כלשהי עמד, למשל: Marc J. Roe "Chaos and Evolution in Law and Economics" 109(3) *Harv. L. Rev.* (1996) 641.

94 לעיתים קרובות הייתה למתדיינים אפשרות לבחור אם ברצונם להתדיין בבתי-משפט של דין או של יושר, של המלך או של הכנסייה, ואף בתוך המערכת של בתי-הדין הממלכתיים הרגילים היו כמה חטיבות (divisions) בעלות סמכות מקבילה. יתר על כן, בתקופות מסוימות נגזרה משכורתם של השופטים מכמות התיקים שהובאו להכרעתם.

היה להם תמריץ לעצב את המוצר השיפוטי באורח יעיל.⁹⁵ טיעון זה, ש-Zywicki מכנה אותו טיעון "מצד ההיצע" (supply-side), מזכיר במידה רבה את הטיעון המפורסם, והנכון ככל הנראה, שמדינות ארצות-הברית מתחרות ביניהן על עיצוב דיני חברות טובים (לאו דווקא באמצעים חקיקתיים) כדי למשוך אליהן התאגדויות רבות ככל האפשר. כידוע, מדינת דלוור הקטנה היא המנצחת הגדולה בשוק זה, וכתוצאה מכך יש ביכולתה לממן כ-20% מתקציבה מן האגרות של רשם החברות, וזאת אף מבלי להזכיר את היתרונות העקיפים האדירים שמדינות זו מפיקה מיתרונה בשוק הרישומים. אף לא אחד מן הנימוקים המובאים בפסקה מתיימר להיות משפט מתמטי מוכח, אך יש בהם, לדעתנו, כדי לאותת על יעילותו היחסית של המשפט המקובל. נפנה עתה למחקר האמפירי, שהוא, אחרי הכל, מבחנה העליון של כל תיאוריה.

(ג) נתונים אמפיריים

המחקר האמפירי על השפעתו של המשפט המקובל על היעילות במשפט, במיוחד בהשוואה לשיטות משפט חלופיות, עודנו בחיתוליו, אולם הוא כבר יצא לדרך. מחקר זה, עוברי ככל שיהיה, מצביע על המסקנה כי שיטת המשפט המקובל יעילה יותר משיטת המשפט הקונטיננטלי. ייאמר כבר בפתח הדברים שיש לנו ספקות מתודולוגיים לא-מבוטלים ביחס לתקפותן המדעית של מסקנות אלה, כפי שיפורט להלן. אולם חרף הספקות הללו, יש בתוצאות המחקר כדי להדליק נורה אדומה ולהניא אותנו מלשעוץ קדימה, תוך החלפת שיטת משפט אחת ברעותה, מבלי שיעשה תחילה מחקר נוסף אשר יאשש או יפריך את המחקרים המדאיגים שכבר נעשו. בהביאנו בחשבון כי התוצאות האמפיריות המצביעות על יעילותו היחסית של המשפט המקובל עולות בקנה אחד עם התובנות התיאורטיות שנסקרו לעיל, הנורה האדומה נהפכת לרמזור אדום שלפני מסילת-ברזל: כל החוצה אותו מתוך קלות-דעת עלול להידרס למחיר כבד מדי.

העבודה המפורסמת ביותר שנעשתה בנושא זה חוברה על-ידי Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Salinas, Andrei Shleifer ו-Robert Vishny (להלן: חבורת La Porta).⁹⁶ מחקרה של חבורת La Porta אינו מתייחס אומנם לקודקס האזרחי ככזה, אלא לדינים מסחריים שונים, ובעיקר לדיני החברות, לדיני ניירות-ערך, לדיני פשיטת-רגל, לדיני ביקורת חשבונאית ולדינים מסחריים משלימים; אולם ההסבר האינטואיטיבי לממצאיה של חבורת La Porta אינו מעוגן בסעיף זה או אחר בקודקס, כי אם בעצם דבקתן של שיטות המשפט השונות ב"תרבות הקודקסית", כלומר, בנאמנות היחסית לרעיון "שלמותו"

⁹⁵ ראו: Todd J. Zywicki "The Rise and Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis" 97(4) *N. W. L. Rev.* (2003) 1551.

⁹⁶ חבורת La Porta כתבה למעשה כמה עבודות בנושא זה. עבודתם המרכזית היא: Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Salinas, Andrei Shleifer & Robert Vishny "Law and Finance" 106 *J. Pol. Econ.* (1998) 1113. אך ראו גם: Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Salinas, Andrei Shleifer & Robert Vishny "Investor Protection and Corporate Governance" 58 *J. Fin. Econ.* (2000) 3.

של הקודקס, להרמוניה הפנימית שלו ולהיותו מקור עיקרי למשפט. נקודת המוצא הייתה, כמובן, שדבקותן של השיטות הקונטיננטליות ברעיונות אלה היא רבה יחסית, בעוד שיטות המשפט המקובל מייחסות ערך קטן יותר לקודקס, ומרבית בחקיקה שיפוטית גם אם יש בהן מקורות דין סטוטוריים. תכליתה של העבודה הייתה לבדוק את מידת ההגנה על בעלי מניות ונושים במדינות שונות, המחולקות לפי משפחות של שיטות משפט. מידת ההגנה על המשקיעים נתפסה על-ידי חבורת La Porta כסממן של יעילות כלכלית. כדי להצדיק את הקשר בין הדברים, כלומר בין מידת ההגנה על המשקיעים לבין יעילותה של השיטה, חבורת La Porta נסמכת על מחקרים אחרים, שמשמע מהם כי ההגנה על המשקיעים חיונית להיווצרותם של שוקי הון מפותחים, וכי שווקים כאלה תורמים לרווחה הלאומית, בעיקר במושגים של צמיחה כלכלית.⁹⁷ תוצאת המחקר, שאל פרטיו ואל מידת חלוצותו בענייננו נשוב מייד, הייתה כי ההגנה הטובה ביותר על משקיעים היא בשיטות המשפט המקובל. השיטות הקונטיננטליות סווגו לכאלה שמקורן בצרפת, בגרמניה או בארצות סקנדינביה. כל שיטות המשפט הציבילי בעולם מקורן באחד המקורות האלה או בתערובת של כמה מהם. ההגנה על המשקיעים בארצות ששאבו את השראתן מן הקודקס המסחרי הצרפתי ומקוד נפוליאון נמצאה הלקויה ביותר. ההגנה על המשקיעים בארצות ששאבו את השראתן מגרמניה או מסקנדינביה נמצאה טובה יותר מאשר בתחום ההשפעה הצרפתי, אך טובה פחות מאשר בארצות המשפט המקובל.

למרות התהילה הרבה שצמחה לחבורת La Porta מפרסום מחקרם, יש לנו כאמור ספקות מתודולוגיים לא־מבוטלים ביחס לממצאיהם. חבורת La Porta בנתה מעין מדד להגנה "טובה" על בעלי מניות, המבוסס על כללים אחדים בחוק שנראו לחבורה חיוניים. דוגמות לכללים כאלה הן איסור אפליה בזכויות ההצבעה ("one share one vote"); זכותם של בעלי המניות להצביע באספה הכללית באמצעות ייפוי־כוח ("proxy"); מתן ייצוג יחסי למיעוטים בדיקטטוריון (למשל, שיטת הבחירות הידועה כבחירה מצטברת לדיקטטוריון – "cumulative voting for directors"); תרופות הניתנות לבעלי המניות מפני עושק, כגון סעד הערכה ("appraisal remedy") ותביעה נגזרת; זכות סירוב ראשונה בהנפקה חוזרת של מניות החברה; וזכותו של אחוז קטן של בעלי מניות לזמן אספה כללית שלא על דעת ההנהלה. בין הכללים הנוגעים בהגנה על הנושים הם מוניהם, למשל, כללים המונעים חלוקה מחדש (redistribution) בפשיטת־רגל או הכוח להחליף את הנהלת הפירמה בפונקציונר מטעם הנושים, כגון מפרק או כונס־נכסים. שיטה שאימצה לה פרמטר "טוב" כזה קיבלה בעבורו נקודת־זכות אחת, ושיטה שלא אימצה אותו קיבלה אפס נקודות־זכות. שיטה הוכרזה כ"יעילה" אם סכום הנקודות שצברה בסך־הכל היה גבוה, וכ"לא־יעילה" אם הסכום היה נמוך. כאמור, שיטות המשפט המקובל עמדו בראש הסולם, ובמרחק ניכר מאחריהן השתרכו, על־פי הסדר הבא, השיטות הגרמניות, הסקנדינביות והצרפתיות. המחברים

97 בין המחקרים שהגיעו למסקנות כאלה ניתן למנות, בין היתר, את: Robert King & Ross Levine "Finance and Growth: Schumpeter Might be Right" 108 *Quart. J. of Econ.* (1993) 717; Ross Levine & Sara Zervos "Stock Markets, Banks, and Economic Growth" 88(3) *Amer. Econ. Rev.* (1998) 537.

הראו גם שמדינות הנשלטות על-ידי הדפוסים הפחות-יעילים של המשפט הציבילי נאלצו לערוך התאמות כואבות כדי לספק הגנה כלשהי למשקיעים, כגון חיוב חברה שיש לה רווחים לחלק דייוידנד ללא מתן שיקול-דעת להנהלה, או חיוב היזמים להשקיע הון התחלתי משמעותי עם רישומה של החברה. צעדים אלה נתפסו כ"כואבים" כי הם כרוכים בעלויות לא-מבוטלות (למשל, חיוב החברה לחלק דייוידנד שולל ממנה את שיקול-הדעת כיצד לייעד את רווחיה), והעלויות נתפסו כ"הכרחיות" לנוכח ההגנה הרופסת על המשקיעים, שהייתה מדירה אותם מן השוק אילולא ניתנו להם אפילו הנתחים הדלים האלה.

עמדתנו הספקנית ביחס לתוצאות המחקר נובעת מכמה גורמים. ראשית, אין אנו בטוחים כי לכל הפרמטרים שחבורת La Porta הגדירה כחיוניים יש אכן משמעות כלשהי במשטר החברות. למשל, דפוסי האפליה בזכויות ההצבעה, ההצבעה המצטברת לדירקטוריון או כללי ההצבעה באמצעות יפוי-כוח נראים לנו זניחים בחשיבותם.⁹⁸ שנית, וזה אולי העיקר, אנו סבורים כי חבורת La Porta לא הייתה מסוגלת, בתקופת חיי אדם אחת, לצבור מומחיות מספקת בכל שיטות המשפט שהשוותה (בסך-הכל – 49 מדינות מכל קצוות תבל), וכך להניח את דעת הקורא הספקן שיש בכוחה להציע בסיס נאות להשוואה. אך למרות כל ההיסוסים הללו, נראה לנו לא-נכון להתעלם מתוצאות המחקר. ממשלת צרפת, למשל, בחרה לא להתעלם מהן, ולעשות בדק-בית רציני שתכליתו לבדוק אם אין אפשרות לסגור את הפער בין שוקי ההון הרופסים בצרפת לבין השווקים התוססים בארצות דוברות האנגלית, באמצעות טיפול-שורש בשיטת המשפט העומדת בבסיסם.⁹⁹ גם חלק גדול מן הספרות החדשה בתחום נוטה לקבל את עיקר ממצאיה של חבורת La Porta.¹⁰⁰ הנוכל אנו להרשות לעצמנו לנהוג אחרת?

98 לא ניכנס כאן לגוף העניין ולא נסביר מדוע הכללים שחבורת La Porta ייחסה להם ערך רב כל-כך אינם משמעותיים לערכה של הפירמה. דיון בכל אחד מהם מצריך מאמר נפרד. נסתפק באמירה הכללית כי מספר הכללים של משטר החברות (corporate governance) המשפיעים באופן מדיד על ערכה של הפירמה קטן בהרבה ממה שניתן לחשוב. ראו, למשל: Lucian A. Bebchuk, Alma Cohen & Allen Ferrell "What Matters in Corporate Governance?" (Working Papers, 2004) available at <http://ssrn.com/abstract=593423> (30.1.2006).

99 לדיווח על הירתמותה של ממשלת צרפת למשימה ראו: Nicholas Thompson "Common Denominator" (January–February, 2005) available at http://www.legalaffairs.org/issues/January–February–2005/feature_thompson_janfeb05.msp (30.1.2006).

100 לסקירת ספרות זו ראו, בין היתר: Katharina Pistor, Martin Raiser & Stanislav Geifer "Law and Finance in Transition Economies" 8 *Economics of Transition* (2000) 325. עם זאת, המחברים מגיעים לכלל מסקנה כי השפעתו של החוק "בספרים", כפי שהם מכנים זאת, אינה מורגשת במשקים העוברים מתפיסת-עולם ריכוזית לכלכלת שוק, וזאת בשל חולשתם של המוסדות (civic institutions) שכללי המשפט אמורים לפעול בהם, כגון שווקים, משרדי ממשלה ובתי-משפט.

3. כלכלה פוליטית

בתת-פרק ב1 לעיל הרחבנו את הדיבור על ריבוי הסטנדרטים בהצעת חוק דיני ממונות. שם הנחנו כי ניתן להסביר את עצם התופעה של ריבוי סטנדרטים על רקע שאיפתם של שושביני הקוד לעשותו "שלם" ככל האפשר ולמנוע מצבים של לקונות. מסקנת הדיון שלנו הייתה כי מניעת היווצרותן של לקונות אינה בגדר האפשר, והאשליה שניתן להשיג את היעד באמצעות חקיקתם של מושגי-שסתום עלולה אף לגרום נזקים מוחשיים. עתה ברצוננו להסב את תשומת-הלב לאפשרות קיומם של מניעים נוספים – חלקם אולי בלתי-מודעים או מודעים למחצה – לתופעת ריבוי הסטנדרטים, וכן לתוצאה הסופית התת-אופטימלית של תמהיל לא-מאוזן של כללים וסטנדרטים.

חלוצי התובנה הזו הם הפרופסורים Robert Scott ו-Alan Schwartz, במאמר רב-השפעה משנת 1995.¹⁰¹ Scott ו-Schwartz מסבירים במאמרם מדוע הטיית מרכז-הכובד של התמהיל בכיוון של מיעוט כללים וריבוי סטנדרטים היא תופעה בעלת אופי קודיפיקטיבי, ומדוע לא היה סביר שתתרחש בסביבת המשפט המקובל. השניים משרטטים את קווי-המתאר הבסיסיים של מודל שבו פרויקט של דבר חקיקה מסיבי מתנהל על-ידי ועדת מומחים. המומחים עשויים להיות – ולעיתים קרובות הינם – חלוקים בדעותיהם ביחס לפתרון המתאים ביותר לכל סוגיית משפט נתונה. הם עשויים גם להיות חשופים להשפעות נוגדות של קבוצות שתדלניות, בין שקבוצות אלה מקבלות אפשרות גישה לדיוני הוועדה ובין שידוע לחברי הוועדה כי הן עשויות לקבל אפשרות גישה כזו לחברי הגוף המחוקק, כאשר תצא הכרעה מבית-היצר שלה בוועדת המומחים ותשים את פעמיה אל הפרלמנט. כל אחת מחברות הוועדה תפצה בהצלחת הפרויקט, כלומר, בהפיכתו מנייר-המלצות לדבר חקיקה מחייב. את השאיפה הזו ניתן להסביר בכמה צורות. בראש ובראשונה, מותר להניח כי חברות הוועדה מעוניינות בקידום העניין הציבורי, ומאמינות כי עם החוק תשגשג החברה יותר מאשר בלעדי. חברות הוועדה תפצות גם שפועלן לא יהיה לשווא, ושעבודה של שנים, שבדרך-כלל אין שכר מפורש בצידה, לא תרד לטמיון. הן גם מאמינות כי הצלחת הפרויקט עשויה להקרין באורח חיובי על המוניטין האישי שלהן, כמי שהשתתפו ביצירתו של פרק חדש במשפט. הישגי מוניטין כאלה יכולים להתרגם גם לביצור מעמדן האקדמי, להגדלת הכנסתן הכספית (למשל, מחוות-דעת בתשלום) וליתרונות אחרים. הבעיה העומדת לפני כל אחת מחברות הוועדה היא כיצד ניתן ליישב בין חפצן לראות בהשלמת הפרויקט לבין הקשיים המעשיים הניצבים על אס-הדרך, ובראשם חילוקי-הדעות החוצים את השורות, אשר עשויים, במקרה הטוב, להאריך את הדיונים עד לזרא, ובמקרה הרע – להעלות את הפרויקט כולו על שרטון ולגרום לאובדנו הגמור. אכן, מספר רב של פרויקטים חקיקתיים במדינת-ישראל נגמרו בסופו של דבר בלא-כלום.¹⁰² Schwartz

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

102 לדוגמה, עד קבלתו בכנסת של חוק החברות החדש הוגשו כמה הצעות חוק באותו נושא (אחת על-ידי משרד המשפטים בניווטו של פרופסור אורי ידן המנוח, ושתיים של ועדות ציבוריות

ו-Scott מסבירים כי במצב־דברים כזה האסטרטגיה המועדפת על־ידי חברות ועדה רציונליות היא לבחור בנורמות המתקבלות על דעת הרוב, אף אם הן אינן אופטימליות בעיניהן. סטנדרטים עמומים צפויים להתקבל על הדעת כפתרונות של פשרה הרבה יותר מאשר כללים קונקרטיים. אחרי הכל, קשה הרבה יותר להתנגד לסטנדרט המחייב את הצדדים להתנהג "בתום־לב" או "בסבירות", או לקרוא לביטולה של הקריאה ש"אין החוטא נשכר", מאשר להתנגד לכלל משפטי שאומר משהו שאפשר להסכים לו או להתנגד לו בכל תוקף. כבר ראינו שהצעת חוק דיני ממונות מלאה ברשימה צפופה של סטנדרטים. התיאוריה של Schwartz ו-Scott יכולה אם כן לשמש הסבר נוסף לאותה תופעה.

ייתכן שניתן לספק הסברים נוספים ברוחם של Schwartz ו-Scott, אך לאו דווקא מטעמיהם. דרכם של חילוקי־דעות שהם מתגלעים בנושאים שיש בהם מטען אידיאולוגי כלשהו. בנושאים מעין אלה סביר להניח כי כל חברת ועדה מדרגת את מגוון הפתרונות האפשריים לסוגיה כך שכלל שהם קרובים יותר לחלופה המועדפת עליה ביותר, הם גם "טובים" יותר. נדגים: נניח שהשאלה היא אם להתיר הפלות מלאכותיות. אדם הסבור כי יש לאסור הפלות בכל המקרים ("a pro-lifer") יעדיף כלל המתיר לבצע הפלות לעיתים רחוקות על כלל המתיר לבצע הפלות ללא הגבלה. אדם הסבור כי יש להתיר לכל אישה להחליט באופן סוברני על גורל הריונה ("a pro-choicer") יעדיף כלל המתיר לבצע הפלות לעיתים רחוקות על כלל האוסר לבצען כליל. כאשר כל הפרטים מקיימים את התכונה הזו, של העדפת פתרונות ש"קרובים" להעדפתם הראשונה על פתרונות ש"רחוקים" ממנה, נהוג לדבר על "פרופיל ההעדפות" של קבוצת המחליטים כולה כעל פרופיל המקיים תכונה המכונה "חד־שיאיות" (single peakedness).¹⁰³ משפט מתמטי ישן מתחום הבחירה החברתית מוכיח כי אם קבוצה המורכבת ממחליטות שפרופיל ההעדפה שלהן מקיים את תכונת החד־שיאיות מקבלת את החלטותיה באמצעות הצבעת רוב, אזי ההשקפה המנצחת תהיה תמיד השקפתה של "הבוחרת החציונית", כלומר, של זו שמספר המצביעים "מימנה" זהה למספר המצביעים "משמאלה".¹⁰⁴ למשל, נניח כי שלוש מצביעות צריכות לקבל החלטה על כלל חקיקתי הנוגע בהפלות מלאכותיות. מצביעה מס' 1, נניח ממפלגת יהדות

בראשותו של השופט זאב צלטנר המנוח), וכולן נגמרו בלא־כלום. גם חוק החברות שעבר בסופו של דבר בכנסת צלח את המשוכה ביום האחרון של מושב הכנסת האחרון שבו היה מותר עדיין, מבחינה חוקתית, להחיל עליו רציפות קונסטיטוציונית, ואילו התעכב אפילו ביום אחד נוסף, היה צורך להתחיל בהליך החקיקה מבראשית.

103 פורמלית, ניתן לסדר את כל החלופות העומדות לבחירה על־פני ציר ה־ X כך שבחירתו המועדפת ביותר של הפרט ה־ i היא X_i , והפונקציה U_i משקפת את העדפותיו ביחס לכל החלופות (כלומר, ציר ה־ Y מודד את התועלת של כל פרט i מכל אחת מן החלופות המסודרות על־פני ציר ה־ X). פרופיל ההעדפה החברתי יקיים חד־שיאיות אם הנגזרת של U_i היא חיובית לגבי כל חלופה שקטנה מ־ X_i ושליילית לגבי כל חלופה שגדולה מ־ X_i .

104 המנסח הראשון של "משפט הבוחר החציוני" היה Duncan Black, בשנת 1948: Duncan Black "On the Rationale of Group Decision Making" 56 *J. Pol. Econ.* (1948) 23. החלת התיאורמה על מוסדות דמוקרטיים נעשתה על־ידי: Anthony Downs *An Economic Theory of Democracy* (New York, 1957).

התורה (אנו מניחים כי יש במפלגה זו מצביעות), סבורה שהכלל האופטימלי הוא לאסור הפלות בכל מקרה. מצביעה מס' 2, נניח שהיא חברת מרצ, סבורה שרצוי לאפשר הפלות תמיד ובכל הנסיבות (אפילו אם מישוי אינה בהיריון). מצביעה מס' 3, נניח שהיא ממשיכת דרכה של מפא"י ההיסטורית, סבורה שכדאי לאפשר הפלות "לפעמים". בוחרת מס' 3 היא החצינית, כי במדרג האידיאולוגי הרלוונטי מספר המצביעות משני צידיה זהה. בוחרת מס' 3 צפויה אם כן לזכות במירון. בוחרת מס' 1 תצטרף אליה בהעדפת האפשרות החצינית על האפשרות של בוחרת מס' 2, ובוחרת מס' 2 תצטרף אליה בהעדפת האפשרות החצינית על האפשרות של בוחרת מס' 1. לכן ייווצר רוב המעדיף את האפשרות החצינית על כל אפשרות אחרת (קל להבין כי ניתוח זה תקף לגבי כל מספר אפשרויות שהוא, כלומר, אין הוא מוגבל למקרה הפרטי של שלוש אפשרויות).

משפט הבוחר החציני אינו ישים תמיד. בראש ובראשונה, הוא מצריך, כתנאי להתגשמותו, פרופיל העדפה חד-שיאי, ובשאלות משפט רבות אין כל סיבה להניח כי תנאי זה מתקיים. ברם, כמוסבר לעיל, צפוי שהוא יתקיים בשאלות שיש בהן מטען אידיאולוגי או שיש משמעות ברורה למדרג בין החלופות.¹⁰⁵ הספרות גם מצביעה על כך שאם יש להחליט כמה החלטות באופן בו-זמני, ריבוי הממדים של הליך קבלת ההחלטה מפר את הנחת החד-שיאיות, גם כאשר כל מצביעה כשלעצמה הייתה מקיימת אותה אילו כל החלטה הייתה מתקבלת בנפרד.¹⁰⁶ למרות ספקות תיאורטיים אלה, אין זה בלתי-סביר להניח כי גם כאשר המצביעות נאלצות להחליט על נושאים רבים, יש מקרים שבהם טבע עבודתן מחייב אותן לדון בכל אחד מהם בנפרד. כאשר ההחלטות מתקבלות באופן סדרתי מעין זה, המבנה הרב-ממדי מתפרק מאליו, וניתן לדון בכל סוגיה כאילו עמדה לעצמה. תצפיות אמפיריות לא-מעטות אישרו את הנביא כי בוחרים אכן נוטים להתכנס לפתרונות חציניים.¹⁰⁷

האם משפט הבוחר החציני ישים להכנתה של הצעת חוק דיני ממונות? ואם כן, האם הוא ישים יותר למערכת המייצרת מוצרים קודיפיקטיביים מאשר לשיטת המשפט המקובל? נדון תחילה בשאלה הראשונה. ניתן לשער – אם כי אי-אפשר להוכיח – שהדינמיקה הנצפית על-ידי משפט הבוחר החציני אכן השפיעה, גם אם לא במודע, על עבודתה של

105 למשל, יש משמעות למדרג בשאלות כגון כמה שנות מאסר יש לפסוק לנאשם שהורשע בדינו. שופטת המעדיפה לגזור את דינו של הנאשם ל-10 שנים, למשל, תעדיף מן הסתם 4 שנים על 3, אך על 12. לעומת זאת, בשאלה כגון כיצד יש לחשב את הפיצויים המגיעים על הפרת חוזה – על-פי מבחן הציפיות, מבחן ההסתמכות או שמא בכלל לצוות על הנתבע לבצע בעין את התחייבותו החוזית – אין מדרג ברור בין החלופות, ואין מאחריהן גם אידיאולוגיה ברורה, ולכן אין סיבה מיוחדת לצפות לחד-שיאיות.

106 ראו: Charles R. Plott "A Notion of Equilibrium and Its Possibility under Majority Rule" 787 *Amer. Econ. Rev.* (1967).

107 ראו, למשל: Keith T. Poole & Steven Daniels "Ideology, Party and Voting in the US Congress, 1959–1980" 79 *Amer. Polit. Sci. Rev.* (1980) 373; Roger D. Congleton & Randall W. Bennett "On the Political Economy of State Highway Expenditures: Some Evidence on the Relative Performance of Alternative Public Choice Models" 84 *Public Choice* (1995) 1.

הוועדה שעסקה בהכנת ההצעה. הסטנדרטים המרובים שההצעה מנוקדת בהם כמוהם כאי-החלטה בשאלות שהיו יכולות להישלט על-ידי כללים. כל אי-החלטה ניתנת לפירוש או להמשגה כמעין בחירה חציונית בין כל שתי חלופות – או קבוצות של חלופות – השונות במובהק אלה מאלה. כדי להבין טענה זו, הבה נניח מודל פשוט שבו שני פלגים חלוקים ביניהם בשאלה אם לבחור בחלופה מס' 1 (העדפתו הראשית של הפלג האחד) או בחלופה מס' 2 (העדפתו הראשית של הפלג האחר). פלג שלישי מעדיף לא להחליט. הפלג הראשון יחבור לפלג השלישי בהעדפת חלופה על חלופה מס' 2, כי חלופה מס' 2 חוסמת את הפרשנית בדרכם לבחור בחלופה מס' 1, בעוד חלופה מס' 1 מאפשרת לה לעשות כן, אם רצונה בכך. הפלג השני יחבור לפלג השלישי בהעדפת חלופה על חלופה מס' 1, כי חלופה מס' 1 חוסמת את הפרשנית בדרכה לבחור בחלופה מס' 2, בעוד חלופה מס' 2 מאפשרת לה לעשות כן, אם רצונה בכך. לכן רוב הפלגים יעדיפו את חלופה מס' 1 והן על חלופה מס' 2.

ועתה לשאלה השנייה: האם הדינמיקה של משפט הבחור החציוני מועדת לפעול ביתר שאת בעבודה קודיקטיבית מאשר בעבודה שיפוטית? גם כאן אי-אפשר להוכיח תיאורמות, אך ניתן לבסס אינטואיציה שפני הדברים הם אכן כאלה. כמה טעמים חוברים יחד לחיזוקה של אינטואיציה זו. ראשית, חלק גדול מעבודת השופטים, בעיקר בבתי-המשפט הנמוכים, נעשית במותבים של שופטת אחת. מובן מאליו כי קבוצות של אדם אחד אינן חשופות למשפט הבחור החציוני. ברי לנו, כמובן, כי התקדימים החשובים נקבעים בבית-המשפט העליון, שבו רוב המותבים הם של כמה שופטות. אולם הפרקטיקה המקובלת בהרבה בתי-משפט לערעורים, ובבית-המשפט העליון שלנו בכלל זה, היא כי ברוב המקרים של המותבים יש שופטת אחת דומיננטית הכותבת את פסק-הדין, בעוד השופטות האחרות, אף שהן בנות-חורין להסתייג מחוות-דעתה, אינן נוטות לעשות כן (אולי בעיקר מחמת לחץ העבודה הבלתי-נסבל המוטל עליהן). בכל המקרים האלה ריבוי השופטות הוא במידה מסוימת "על הנייר" בלבד, בעוד הלכה למעשה המותב הוא של אדם אחד.¹⁰⁸ אנו עדים לעיתים לריבוי דעות והשקפות בעניינים העומדים ברומו של עולם, אך דיני הממונות אינם נחשבים לכאלה, והמוזג השיפוטי בהם נוטה להיות רגוע יותר, והגירוי להבעת עמדות עצמאיות, השונות מזו של השופטת שכתבה את פסק-הדין, הוא מתון יותר. גם כאשר מותב של כמה שופטות מורכב כולו מכאלה המפעילות שיקול-דעת עצמאי משלהן, חלופה של הדינמיקה המניבה את הפתרון החציוני צפויה להיות נדירה יותר מאשר בהליך חקיקתי. בעוד ועדה שעוסקת בחקיקה דנה על-פירוב בסוגיות המונחות על סדר-יומה באופן סדרתי, כך שההחלטה בכל סעיף שעל סדר-היום נעשית על-פני מימד אחד, החלטות שיפוטיות רבות נעשות על-פני כמה ממדים, כך שאין עוד משמעות למשפט הבחור החציוני. למשל, בית-משפט עשוי להידרש, במסגרת אותו תיק, לקבוע את עמדתו בשאלות כגון סמכות מקומית ועניינית, קביעת האחריות של הנתבעת, בחירת התרופה המתאימה וכן שאלות

108 לעבודה אמפירית המאששת ממצא זה ראו יורם שחר, מירון גרוס ורון חריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ(3) (תשנ"ז) 749,

749–763, 771–777, 790–795.

הנוגעות בהערכת הנזק. התוצאה הסופית (צד א זוכה בדין או צד ב זוכה בדין) תלויה במשתנים רבים שאי-אפשר לסדרם על-פני מימד יחיד. לבסוף, לגבי שופטים הסבורים (ויש עוד כאלה!) שתפקידו של בית-המשפט הוא בראש ובראשונה להכריע בסכסוכים, ולא לקבוע הלכות לדורות,¹⁰⁹ גם המימד האידיאולוגי של ההכרעה מתעמעם-משהו, ולכן ההסתברות להתקיימותו של פרופיל העדפות חד-שיאי היא קטנה יותר. בשל כל אלה אנו סבורים כי קיימים טעמים נורמטיביים כבדי-משקל המעידים כי פרויקט הקודקס האזרחי שלנו אינו מוביל בכיוונים רצויים. נשאלת השאלה מה ניתן עוד לעשות בעניין זה בשלב המאוחר שבו אנו נמצאים.

פרק ג: במקום סיכום — ספקולציות לגבי המשך הדרך

בעולם אידיאלי היינו סבורים כי מן הראוי לעצור את עגלת החקיקה. למיטב ידיעתנו, לא התקיים בארצנו אף-פעם דיון מעמיק בשאלה אם רצוי לערוך קודיפיקציה של המשפט האזרחי. עיקר סדר-יומה של הוועדה הוקדש, למיטב ידיעתנו, לליבון של סוגיות קונקרטיות, כולל (אך כמובן לא רק) שאלות קונקרטיות גדולות, כגון אם להכליל בקודקס את דיני הנזיקין או כיצד להכניס סדר לסוגיה הפרועה של תחרות הזכויות. שאלות אלה, נכבדות ככל שיהיו, אינן שקולות כנגד דיון בשאלת-הסף אם רצוי לחוקק קודקס אזרחי. כזכור, אפילו יושב-ראש הוועדה, השופט אהרן ברק, הביע את דעתו בכתובים, בשנת 1973, כי השאלה אם רצוי לעשות קודיפיקציה לא הייתה במקומה כבר אז, כי שרשרת החוקים האזרחיים שהיו קיימים בשנת 1973, דהיינו לפני יותר משלושים שנה, כבר חצו לדעתו את הרוביקון והכניסו אותנו למחוזות התרבות הקודיפיקטיבית. גם אם דעתו זו אינה מקובלת עלינו, שכן אנו סבורים כי אימוץ ההצעה עלול לחולל גם כיום מהפך בתרבותנו המשפטית (כלומר, אין אנו דנים בחלב שכבר נשפך), העובדה שברק דגל בדעה אחרת מסבירה את העדר הדיון הרציני בסוגיה בדור האחרון. זו הסיבה שאנו סבורים שבעולם אידיאלי היה ראוי לקיים את הדיון עתה, מאוחר ככל שהדבר נראה, ולא לקבל תורת משפט חדשה הנכפית עלינו הר כגיגית ללא דיון מעמיק בתוצאותיה. מאחר שוועדת הקודיפיקציה השקיעה כישרון ועמל עצומים בעיצוב ההצעה, ברור שאין אנו מציעים לזרוק אותה לסל. להפך, יש לעשות שימוש בכל ההארות הקונקרטיות שתכליתן רפורמה בדין הישראלי, ולהפוך אותן, במידת האפשר, לדברי חקיקה פרטניים של הכנסת. כפי שהוסבר לעיל, וכפי שגם משתמע מדברי ההסבר של משרד המשפטים,

109 עמדה כזו באה בדרך-כלל בעסקת-חבילה עם התנגדות עקרונית ל"אקטיביזם שיפוטי". מייצג נאמן של קו שמרני זה הוא משה לנדוי "מתן חוקה לישראל דרך פסיקת בית המשפט" משפט וממשל ג(2) (תשנ"ו) 697. ראו גם רות גביון, מרדכי קרמניצר ויואב דותן אקטיביזם שיפוטי: בעד ונגד – מקומו של בג"ץ בחברה הישראלית (תש"ס).

קיים הבדל גדול בין חקיקה פרטנית לבין חקיקת קודקס. יש לברך על מה שנעשה, לאמץ את הראוי לאימוץ, ולהתנזר מהכללת המכלול כולו בגוף סטוטורי יחיד. למצער, יש להתנזר מכך עד שיערך דיון רציני ומעמיק במשמעויות מרחיקות-הלכת של הגירתנו הצפויה ממשפחת המדינות של המשפט המקובל אל היבשת האירופית. ייתכן, עם זאת, כי אנו מנסים לעצור את הרכבת לאחר שכבר חלפה על-פני התחנה. אם ייפול דבר בישראל, וההצעה תיהפך לחוק, עיקר האחריות לעתידו של המשפט האזרחי בישראל, ואולי גם לעתידו של המשפט הישראלי בכללותו, יהיה מוטל על אלה שיפרשו אותו. לאלה ברצוננו להזכיר, חרף כל הדברים שכתבנו במאמר זה, את המילים הבאות שנכללו גם הן בדברי ההסבר של משרד המשפטים:

"המגמה אשר כיוונה את עבודת הוועדה לא היתה יצירת מהפיכה בחקיקה האזרחית ושינוי המשפט האזרחי מיסודו. נהפוך הוא: נקודת המוצא היתה הדין הקיים, תוך תיקון החסרונות שנמצאו בו." [ההדגשה הוספה]

במאמר זה ביקשנו להבליט את החשש כי המגמה הייתה דווקא הפוכה, כלומר, ליצור מהפכה בחקיקה האזרחית, לחולל שינוי יסודי במשפט האזרחי, ולא להסתפק רק בתיקון של ליקויים נקודתיים. כלום הותירה ההצעה דרך פתוחה לפרשנית לקרוא את הקודקס החדש כאילו אין בו אלא רשימה נקודתית של תיקונים? אנו סבורים שהתשובה הנכונה לשאלה זו היא "לא", אך מקווים כי פרשניות החוק ישיבו עליה דווקא בחיוב. ונזכיר שוב את דבריו של החוקר הראשי של הוועדה, פרופסור מיגל דויטש, אשר כתב

זכור כך:¹¹⁰

"מעמדה של הפסיקה כיוצרת משפט לא ייגרע. אין הקודקס מבקש להוביל לתפישה המיוחסת לשיטות הקונטיננטליות... כאילו חזות הכל בחקיקה בלבד. ציפייה מעין זו היא לא רק בלתי ריאלית... אלא היא גם בלתי ראויה כלל ועיקר... על כן המתחם העקרוני של שיקול הדעת השיפוטי לא ייפגם בעקבות הקודקס." [ההדגשה הוספה]

שוב, במאמר זה ביקשנו להראות כי מעמדה של הפסיקה כיוצרת משפט ייגרע גם ייגרע. ההצעה אומנם אינה נוגסת במרחב התמרון של הפרשנית, אלא להפך – בהרבותה בהוראות-שסתום ובקוראה דרור לסוס-הפרא של החשיבה האנלוגית, הריהי מרחיבה את שיקול-הדעת השיפוטי. או כפי שאמר המציע, בלשון שאינה משתמעת לשני פנים:

"יודגש כי הסדר שנמצא לא ראוי אינו הסדר שיש בו חסר. זהו הסדר שיש בו תשובה בדבר החקיקה, אך ההסדר הוא לקוי. חסר קיים רק כאשר בחוק אין תשובה לשאלה שאמורה היתה להיפתר בחוק, כלומר שתיקה שאינה שקולה כנגד

110 דויטש, לעיל הערה 36, שם.

הסדר שלילי. על כן הסדר המתבסס על מושגי שסתום, כגון תום לב, צדק, מוסר, סבירות, תקנת הציבור והגינות, אינו הסדר שיש בו חסר. "[ההדגשה הוספה]

אולם ביצירת הפיקציה כאילו החוק שלם פחות או יותר, ומספר הלקונות שלו קטן בהרבה, יש משום קריאה לפרשנית להוריד את מקורות המשפט החוץ-סטטוטוריים למעמד וסלי, ולקרוא רק לקודקס לבדו "סניור". מעמדה של השפיטה יגרע אפוא לא בשל הגבלת שיקול-הדעת השיפוטי, כי אם בהיפוך היוצרות בנרטיב הקנוני על יצירת דין. לא עוד מתן זכות קדימה ליצירת דין פסוק עם עיגון סטטוטורי רופף למדי, כבארצות המשפט המקובל, כי אם מתן זכות ראשונים ליצירת דין חקוק, כמקובל ביבשת אירופה, עם תוספות "איוון" שוליות מטעם בית-המשפט. מעמדה של הפסיקה בישראל צפוי לרדת, אם היא תיכנע ל"תרבות הקודקס", ממעמד רם של רשות שופטת במדינת משפט מקובל – למרות המוסרות הפרשניות המוטלות עליה במדינה כזו – למעמד נחות של רשות שופטת במדינת משפט ציבילי, למרות שיקול-הדעת החופשי שהאירופים מתירים לה בפרשנות הקוד. כיצד יעדיפו שופטות ישראל להתנהג? היעדיפו את הגרסה שהבאנו במאמר זה, על כל החששות המתלווים לכך, או שמא יעדיפו לקבל את דבריו ה"מרגיעים" של פרופסור דויטש כי הוועדה לא התכוונה כלל לדמות את שיטתנו לזו הנוהגת ביבשת האירופית? אנו משוכנעים בשניים אלה: שגרסתנו משקפת את כוונת הוועדה טוב יותר מגרסתו של פרופסור דויטש; וכי הפרשניות שיתבקשו לתת לחוק תוקף ייטיבו לעשות אם יעדיפו, למרות כל מה שנאמר ברשימה זו, את גרסתו של פרופסור דויטש על דעתנו.

