

עוד הערה לענין ההוראות בדבר "עצמאות החוק" אשר בחקיקה הישראלית החדשה

מאת

פרופ' דניאל פרידמן

במסגרת זו אין בדעתי לדון בהשגותיו של פרופ' ברק¹ על רשימתי בענין הוראות בדבר "עצמאות החוק"². אולם, בענין אחד שהועלה ברשימתי של פרופ' ברק רואה אני להעמיד את הדברים על תיקונם. ברשימתי הצבעתי על הקושי במיון שאלות משפטיות לקטגוריות שונות, ובקביעת שאלה מסוימת כנכנסת, למשל, בגדר "עניני ירושה" או "עניני מקרקעין". ציינתי כי שאלה כזו איננה צריכה, לדעתי, להיות נידונה על יסוד תיאוריות מופשטות בלבד (עמ' 93), אלא "על יסוד בחינת הוראות החוק הנוגע בדבר" (עמ' 94). מכאן הסיק, כנראה, פרופ' ברק כי אינני מוכן לבצע פעולת מיון, ואם היא מבוצעת על ידי, משמע הדבר נעשה שלא במודע. משייחס לי פרופ' ברק גישה שמעולם לא אימצתי לעצמי, מתח עליה ביקורת וציין:

"פרופ' פרידמן עצמו מבצע ללא הרף פעולות מיון ברשימתו. הוא קובע, למשל, ש'נראה כי לדעת המחוקק הסוגיה על השתתפות בין ערבים איננה שייכת לדיני ערבות דווקא, אלא היא מהווה חלק מבעיה כללית של השתתפות בין חייבים יחד ולחוד'... בהגיעו למסקנה זו התבסס... על מספר פעולות מיון סמויות... פעולות מיון אלה אינן קשות במיוחד, ונראה שפרופ' פרידמן אף אינו ער לכך שהוא ביצע אותן. אך דבר זה איננו שולל את קיומן. הוא רק מוכיח כי אין זה נכון לומר כי בעיות מיון הן תמיד בעיות קשות".

דא עקא שלא היה שום דבר "סמוי" בפעולת מיון זו, ובדאי שלא היתה זו פעולה אשר נעשתה שלא במודע. הדבר נאמר במפורש על ידי בעמ' 97 לרשימתי, בה צויין כי "נשאלת השאלה אם הסוגיה של השתתפות בין ערבים היא סוגיה שבדיני ערבות. זוהי שאלה של קלסיפיקציה...". העובדה שהסתמתי באותו הקשר במונח הלועזי "קלסיפיקציה" ולא במונח העברי "מיון", עדיין איננה הופכת את התהליך מגלוי ל"סמוי".

השאלה אם מיון סוגיות ההשתתפות בין ערבים כשייכת לדיני ערבות או כסוגיה נפרדת, הינה שאלה ש"איננה קשה במיוחד" היא ענין של הערכה. עובדה היא כי השאלה גררה התדייגות בבית המשפט העליון בתקופה שדיני הערבות הוסדרו לפי

1 ברק, "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה: תשובה לפרופ' פרידמן", *מנשרים* ה', עמ' 99.

2 *מנשרים* ה', עמ' 91.

המגילה³. אך ניתן, כמובן, לגרוס – כפי שניתן לעשות בכל מקרה שבו הוכרעה שאלה מסוימת באמצעות פסיקה – כי לאחר שבית המשפט העליון צידד אותנו בפתרון, אין זו יותר שאלה קשה. מכל מקום, לאחר שניתנה הפסיקה האמורה נדונה השאלה פעם נוספת בהרחבה במאמרו של פרופ' צלטנר, "הסימן 46 לדבר המלך במועצתו כהוראת משפט בין-שכבתי"⁴, ודיון זה מלמד כי אין שום דבר הטבוע (inherent) בנושא והמחייב לכלול או שלא לכלול את סוגיית ההשתתפות בין ערבים בגדר דיני הערבות.

כך גם לגבי סוגיות רבות אחרות. האם תרמית היא סוגיה משפטית נפרדת או שמא היא מהווה חלק אינטגרלי מן הדין הנוגע לפעולת המשפט הנוגעת בדבר? השאלה מתעוררת, למשל, לגבי תרמית במתן מתנה. האם היא מהווה חלק מדין המתנה או שמא זו סוגיה נפרדת של תרמית. שאלה דומה מתעוררת בדיני ירושה, כגון האם תרמית בקשר לצוואה מהווה חלק מעניני ירושה או שמא שייך הנושא לסוגיה נפרדת של תרמית. כאמור, עמדתי היא כי שאלה זו איננה יכולה להפתר על יסוד תיאוריות מופשטות בלבד, שכן אין שום דבר הטבוע בנושא והמחייב דווקא פתרון זה ולא אחר. משום כך ראוי שהשאלה תבחן לאור הוראות החוק הרלבנטיות. חוק המתנה, תשכ"ח-1968, איננו מכיל כל הוראות בנוגע לטעות או תרמית במתן מתנה. אין כל תימה שכאשר התעוררה השאלה בע"א 173/72 גנאיים נ' גנאיים⁵, הניחו שופטי הרוב כי שאלת התרמית הינה סוגיה נפרדת מסוגיית המתנה, ובכך נפתחה הדרך להחלת הדין האנגלי בסוגיית התרמית לגבי מתן מתנה⁶. לעומת זאת נדונה השאלה של תרמית לגבי צוואה בסעיפים 30 ו-31 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965. מכאן יש יסוד לטענה כי השאלה של תרמית לגבי צוואה, לפחות לגבי אותן סוגיות הנכללות בתחום הוראות אלו, הינה בגדר "עניני ירושה" במובן סעיף 150 לחוק הירושה⁷. יתכן, אפוא, כי תרמית לגבי מתנה איננה בגדר "ענין מתנה", אך תרמית לגבי צוואה הינה בגדר "ענין ירושה". פירוש זה איננו מבוסס על קיומו של סעיף "עצמאות החוק" בחוק הירושה או על העדרו של סעיף כזה בחוק המתנה, אלא על בחינת ההוראות הספציפיות של כל אחד מחוקים אלו.

נכון כי פירוש זה הופך את סעיף "עצמאות החוק" לדקלרטיבי. זה יתרוננו. הפירוש ההפוך מניח קיומם של ענינים, שהם בגדר החוקים העצמאיים, אף שלא נכללו כלל

3 ע"א 206/47 ליפשיץ נ' ארינולד, פד"י ב' 421 וע"א 294/55 פוקשנר נ' אגיון, פ"ע כ"ו 244.

4 השרקליץ ט"ז (1960), עמ' 300.

5 פד"י כ"ז (1) 414.

6 ראה עמ' 420 לפסה"ד. כיום נראה כי יחולו בענין הוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ראה סעיף 61(ב) לחוק. תיאורטית ניתן היה לטעון כי שתיתק המחוקק בחוק המתנה, לגבי הבעיה של פגמים ברצון, מהווה הסדר שלילי. פתרון כזה איננו בא, לדעתי, בחשבון. דיון בשיקולים השוללים פתרון זה חורגים מן המסגרת הנוכחית כשם שחרגו ממסגרת רשימתי הקודמת.

7 לעומת זאת, לא דן חוק הירושה בנושא של כרמה או טעות בהסתלקות יורש מחלקו בירושה (סעיף 6 לחוק). אף כאן לא נראה לי כי זהו הסדר שלילי ולגישתי אין השאלה בגדר "עניני ירושה" במובן חוק הירושה. לפי גישה זו לא היתה מניעה להחלת הדין האנגלי בסוגיה זו, בתקופה שקדמה לקבלת חוק החוזים (חלק כללי). השווה לע"א 570/70 חי נ' כהן, פד"י כ"ה (2) 339, 350-351 ו-353, בו נדונה השאלה לאור המצב המשפטי בתקופה שקדמה לחוק הירושה.

עוד הערה לענין ההוראות בדבר "עצמאות החוק" אשר בחקיקה הישראלית החדשה

בחוקים אלו, כגון "עניני ירושה" שאינם נזכרים בחוק הירושה או "עניני מקרקעין" שלא נזכרו בחוק המקרקעין. מדובר, איפוא, בקטגוריה שלמה של לאקונוות שלגביהן נאסרה הפנייה לדין האנגלי. הרצון לאמץ פירוש זה מבוסס כנראה, על אמונה כי הוא יתרום להתפתחות יצירה משפטית עצמאית. אולם חוששני כי בשלב הנוכחי של החקיקה הישראלית, כאשר עקרונות כלליים רבים טרם נקבעו בה וכאשר אין היא מכילה כל הנדסה המדריכה את השופט לגבי מילוי לאקונה מעין זו, תהיה התוצאה שונה לחלוטין.⁸ השימוש בהיקש, כפי שמציע פרופ' ברק, הוא פרובלמטי, ובודאי שאין בו כדי לפתור את מכלול הבעיות העשויות להתעורר. במקום זאת, עלול הדבר לגרום לשלילת סעד, גם בנסיבות שקשה להסכים לתוצאה זו, ופסה"ד בענין ע"א 726/71 גרופמן את ק.ב.ק. ג' בדרמן⁹, יוכל לשמש דוגמא לכך. גם הדברים שנאמרו בפס"ד זה, לפיהם "בבטל את הוויכוח לסימן 46 בסעיף 160 לחוק המקרקעין נטל מאתנו המחוקק הישראלי את 'העושר' שהעניק לנו סימן 46 והחזיר אותנו לתקופה העותומנית", ממחישים היטב את התוצאה העלולה לנבוע מפירוש מרחיב של סעיפי "עצמאות החוק".

8 בהערה 16 לרשימתו, מעלה פרופ' ברק את השאלה מה היה הניסוח הדרוש, לדעתי, כדי שהמחוקק יביא ל"עצמאותו" של חוק פלוני באותו מובן שמייחס לו פרופ' ברק. אינני חושב שיש קושי במציאת ניסוח המבהיר כוונה כזו. ניתן, למשל, לומר ב"חוק עצמאי" כי בענינים מסוימים (וכאן אין להסתפק בנוסח דוגמת "בענינים שחוק זה דן בהם", כפי שנעשה בחוק החוזים ובחוק התרופות בשל הפרת חוזה, אלא יש לומר מהו הענין, דוגמת "עניני ירושה") לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו "אף אם ענינים אלה לא נדונו בחוק זה". זהו, לאמיתו של דבר, הרעיון שפרופ' ברק מבקש להסיק מסעיפי עצמאות החוק באמצעות פרשנות. אך לגירסתי, אילו היתה זו כוונת המחוקק, היה עליו לומר זאת בלשון ברורה. הדבר לא נאמר משום שספק בעיני אם המחוקק העלה בדעתו דבר קיומה של אפשרות כזו. בולט הדבר כי ניסוח דוגמת זה שנקטתי בו לעיל היה מרכז מיד את תשומת הלב לשאלה כיצד על השופט לנהוג לגבי לאקונה, כאשר נאסרה עליו ההסתמכות על סימן 46. משום כך, מותר להניח כי אילו נקט המחוקק בניסוח דוגמת זה שהעלה לעיל, היה מצרף לכך הדרכה לשופט כיצד עליו לנהוג במקרים כאמור, דוגמת ההדרכה שבסעיף 1 לקודקס האזרחי השווייצרי משנת 1907 או בסעיף 12 לקודקס האיטלקי משנת 1942. העדר כל הדרכה בנקודה זו מרמז, לדעתי, כי המחוקק לא ראה לנגד עיניו את הפירוש המרחיב.

9 פד"י כ"ו (2) 781.