

כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה

מאת

מנחם מאוטנר*

מאמר זה עוסק ב"חלוקת עבודה" בין המחוקק לבין בתי המשפט בעיצוב הדין האזרחי שלנו. מלאכת הכנתה של החקיקה האזרחית החדשה¹ נשלמה, ומעשה האזרחים ועריכתם של החוקים השונים המרכיבים אותה ב"קבץ דיני ממונות" נמצא בעיצומו². באיו מידה אכן נקבע תוכנו של הדין האזרחי שלנו בחקיקה ובאיו מידה הישגה קביעת תוכנו של הדין לבתי המשפט, למרות החקיקה? במידה שהחקיקה מותירה לבתי המשפט תפקיד ביצירת הדין האזרחי שלנו, כיצד צריכים בתי המשפט למלאו? בשורות הבאות אתמודד עם שאלות אלו. במסגרת הדיון אנסה לעמוד על מידת הפירוט שבה החקיקה האזרחית החדשה מבקשת לקבוע את תוכנו של הדין האזרחי בשיטתנו. אנסה לאתר את המשימות המוטלות על בתי המשפט תוך הפעלת החקיקה, כפי שהן נגזרות מתכונותיה של החקיקה. אבחן גישות תורתיות שונות שבחקיק מופעלים קודקסים אזרחיים, ואציע קווים לגישה התורתית הראויה – לדעתי – ללוות את הפעלת החקיקה שלנו.

1. מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב. ברצוני להודות לפרופ' ר' גביוון, לר"ח ח' גנן, לפרופ' נ' כהן ולר"ח י' שחר על הערותיהם לכתב היד. האחריות לתוכן הדברים היא עלי בלבד.
2. המונח "חקיקה אזרחית חדשה" מתייחס לשורה של כ-18 חוקים בתחום דיני החוזים והקניין שהתקבלו בכנסת החל משנת 1962. לרשימת החוקים ראה התוספת להצעת חוק לעריכת קובץ דיני ממונות, תש"ם-1980, ה"ח 1463. במאמר חלוצי על החקיקה האזרחית החדשה כתב הפרופ' ברק, כי "העניינים המצויים כיום בקודקס האזרחי שלנו הם גרעיניו של הקודקס בלבד" (א' ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 5, 11). ברק הציע לשקול את הכללתם בקודקס של ארבעה תחומי משפט נוספים: דיני הנזיקה, התחום המסחרי (דיני שטרות, דיני חברות, וכו'), דיני הקניין הרחוק, דיני המשפחה הסובסטנטיביים. שם, בעמ' 11-12.
3. בדברי ההסבר להצעת חוק לעריכת קובץ דיני ממונות, תש"ם-1980, נאמר כי "החוקים השונים תוכננו כחלקים של קודקס אזרחי אחד... עכשיו הגיע הזמן לאחד ולקבץ אותם במסגרת חקיקתית אחת ואחידה". עליפי הצעת החוק, ייקבע "נוסח של חוק שיקבץ לחוק אחד את החוקים המפורטים בתוספת" ונוסח זה "יהיה... החוק המהיב".

א. מבוא

1. הרקע לחקיקה האזרחית החדשה

להלכה, עם קום המדינה נשלט המשפט האזרחי שלנו על-ידי קודקס אזרחי – המג'לה. המג'לה, שבוססה על הדין המוסלמי ועל קודקסים קונטיננטליים, נקבעה בקודקס האזרחי של האימפריה העות'מנית בעשור השביעי ובעשור השמיני של המאה התשע-עשרה³. היא נקלטה אל תוך המשפט של ארץ-ישראל המנדטורית⁴ והשארה בו בלא שינוי; המחוקק המנדטורי פעל בעיקר בתחום המשפט המסחרי⁵. לאחר-מכן היא נקלטה גם אל תוך המשפט של מדינת ישראל⁶. עם זאת, למעשה, מעמדה של המג'לה נפגע פגיעה אנושה עוד בשלב מוקדם לחלוקתה בארץ-ישראל – עם כיבוש הארץ על-ידי בריטניה: הקהילה המשפטית המקומית נותקה מחוגי המשפט העות'מני ומשפת המג'לה – השפה התורכית – ותחת זאת עברה לתחום ההשפעה של המשפט האנגלי⁷. יתר על כן: בתורכיה עצמה המג'לה הוחלפה בשנת 1926 בקוד האזרחי השווייצרי⁸. בכך נסתם הגלגל על הסיכוי של המשך פיתוחה בכור מחצבתה. בחלוף השנים, המג'לה נתפשה כמיושנת מבחינת מידת ההתאמה של הסדריה למציאות הכלכלית והחברתית של ישראל⁹ ומבחינת דרך הניסוח הקואיטטי שלה¹⁰. הפסיקה בתקופת המנדט ובתקופת המדינה, החילה אפוא בתחום המשפט האזרחי, באורח נרחב, הלכות של המשפט האנגלי, כהשלמה להוראות המג'לה¹¹. החקיקה האזרחית החדשה נועדה להחליף ידקה כפולה זו למקורות משפט ודים בהסדר ישראלי מקורי וחדש¹².

- 3 D. Friedmann, *The Effect of Foreign Law on the Law of Israel* (1975) 9 גביון, "ביטול המג'לה – המינוח ועקרונות הפיקה" משפטים י"ד (תשמ"ה) 325, 326.
- 4 דבר המלך במועצה על א"י, 1922, סימן 46, חוקי א"י, כרך ג, עמ' 2738.
- 5 פרידמן (לעיל, הערה 3), 22–24.
- 6 פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח–1948, סעיף 11.
- 7 פרידמן (לעיל, הערה 3), 15, 20–22.
- 8 פרידמן (לעיל, הערה 3), 14–15.
- 9 ראה דברי ההסבר להצעת חוק לביטול דינים עות'מניים, תשל"ב–1971, ה"ח 978: "הוראות המג'לה... כבר אבד עליהן הכלח"; דברי שרה-משפטים, רב יוסף, בהציגו בכנסת את חוק השליחות, ר"כ 46, בעמ' 462; גביון, (לעיל, הערה 3), 326; ג' טדסקי, "ביטול המג'לה – רקעו ומועדו" עיוני משפט ב (תשל"ב) 460, 458; א' ידן, "חוק הידושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל", עיוני משפט ג (תשל"ג) 26, 28.
- 10 גביון, (לעיל, הערה 3), 326.
- 11 פרידמן (לעיל, הערה 3), 20–23, 44, 65–70; טדסקי (לעיל, הערה 9), 459, 460; דברי ההסבר להצעת חוק לביטול המג'לה, התשמ"ד–1984, ה"ח 1681.
- 12 פרידמן (לעיל, הערה 3), 94–95; טדסקי (לעיל, הערה 9), 459; ג' פרוקצ'ה, "חקיקה ישראלית בשלבים – הערות וביקורת" עיוני משפט א (תשל"א) 41, 43–44; ד' פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" הישראלית החדשה עיוני משפט ה (תשל"ז) 463, 468 (להלן: עוד לפרשנות החקיקה); ר' פרידמן, "סוגיות בתחום התווים האחידים" עיוני משפט ו (תשל"ח) 490, 500; דברי ההסבר להצעת חוק לביטול המג'לה, התשמ"ד–1984, ה"ח 1681; דברי שרה-משפטים, רב יוסף, בהציגו בכנסת את חוק השליחות, ר"כ 46, בעמ' 462.

2. דרך הכנתה של החקיקה

חקיקתם של החוקים השונים המרכיבים את החקיקה האזרחית החדשה נעשתה בשלבים, בתהליך שנמשך על-פני שני עשורי שנים¹³. כל אחד מהחוקים הוכן על-ידי ועדת-מומחים, בהנחיית גורם מרכזי שפעל במשרד-המשפטים¹⁴. החקיקה נעשתה בלא שתפותח קודם-לכן תשתית דוקטרינרית האמורה לשמש בסיס משותף להוצאות החוקים השונים¹⁵. הפרופ' א' ידן, שעמד בראש צוות משפטי משרד-המשפטים שנטלו חלק בהכנת החקיקה, תיאר את הגישה שעמדה ביסוד פעולת החקיקה כדלהלן:

התכנון המשפטי... לא התעכב מעולם על הגיבוש של בסיס רעיוני שממנו צריכים היו לנבוע, לכאורה, הפתרונות החקיקתיים לכל עניין ועניין... השיטה שנקטה... היא כולה פרגמטית. הפתרונות השונים לשאלה מסוימת שהמשפט המקומי, המשפט העברי והמשפטים של עמים זרים מציגים בפני המחוקק, נבחנים לגופם, לפי מה שנראה יעיל וצודק ביותר לאותו עניין, ורק על-פי מבחן זה נעשית הברירה ביניהם¹⁶.

הפרופ' ידן אפיין עוד את פעולת הכנת החקיקה כמבוססת על "תכנון על-סמך השוואה רחבה של שיטות משפט שונות; ליקוט פתרונות ממקורות שונים תוך ניסיון לתאם ולשלב אותם למסכת רצופה של דינים¹⁷. ואכן, החקיקה משקפת רשימה מגוונת של מקורות¹⁸: אמנות האג להאחרת דיני המכר הבינלאומי (המושגות, הן עצמן, בעיקר על הסדרים של קודקסים קונטיננטליים)¹⁹, קודים קונטיננטליים, המשפט האנגלי, המשפט העברי, המשפט האמריקני²⁰, המג'לה ופסיקה מקומית. עם זאת, הדוחות שזכנו על-ידי הוועדות והשיקולים שהגישו אותן לצורך החלטותיהן לא פורסמו²¹.

13 לעניין זה ראה פרידמן (לעיל, הערה 3), 95-98: פרוקצ'יה (לעיל, הערה 12); פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" (לעיל, הערה 12), 468-469.

14 על דרכי ההכנה של החקיקה ראה דברי שר-המשפטים, רב יוסף, בהצגו בכנסת את חוק השליחות, ד"כ 41, בעמ' 462; פרידמן (לעיל, הערה 3), 98-99.

15 השווה להלן, הסקטס להערות.

16 ידן (לעיל, הערה 9), 31. ראה גם י' ויסמן, חוק המשכון, תשכ"ז-1967 (ירושלים, תשל"ה) 4.

17 ידן (לעיל, הערה 9), 32.

18 ראה פרידמן (לעיל, הערה 3), 99; פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" (לעיל, הערה 12), 480.

19 שתי אמנות האג, 1964, אומצו על-ידי המחוקק הישראלי. ראה חוק המכר (מכר טובין בינלאומי), תשל"א-1971; חוק המכר (עשיית חודם למכר טובין בינלאומי), תשל"ה-1978.

20 ראה, למשל, ר' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תל אביב, תשמ"ב) 16-17.

21 פרידמן (לעיל, הערה 3), 98-99. יתכן שניתן לראות בהכללתם של תכנים הלכתיים מהמשפט הקונטיננטלי בחקיקה האזרחית שלנו דוגמה למקרה שבו הבחירה בצורת ארגונו של התחום המשפטי השפיעה על תכנון של התחום. משפט הנדרש להכין סדקס אזרחי בהסתמך על תכנים השאובים משיטת המשפט המקובל ייתקל בקשיים רבים: המקורות שיעמדו לרשותו יהיו, בדרך כלל, חיצוניים של מלומדים, המסתמכים על הפסיקה, ונסיונו לדלות מתוכם סדרה של כללים פשוטים וברורים יחייב, אפוא, מאמץ ניכר. לעומת זאת, תכני המשפט הקונטיננטלי יעמדו לרשותו כשהם מאורגנים בקודקסים. יתכן, שזהו אחד הסעמים לאימוצם של תכנים קונטיננטליים למשפטנו במסגרת תהליך הכנתה של החקיקה האזרחית. יתר-על-כן, ככל הנראה, לא נטולת משמעות בהקשר זה היא העובדה, שפרופ' ידן, שעמד בראש הצוות של משרד המשפטים, שהכין את החקיקה, קיבל את חינוכו המשפטי

3. השאלות המתעוררות

מהסקירה שהובאה בשורות ולעיל עולים שני שינויים בולטים שהחקיקה האזרחית החדשה חוללה בתחום הדין האזרחי שלנו. ראשית, שינוי מבחינת דרך ההסדרה של התחום: אמנם, להלכה, עם התחלת תהליך החקיקה עבר המשפט האזרחי הישראלי מקודקס אחד, המג'לה, לקודקס אחד – "קובץ דיני ממונות". ואולם, למעשה, עברנו מדרך ההסדרה של המשפט המקובלת, באופן מסורתי, בעולם המשפט המקובל, שעליה תהליך השפיטה אמור לשמש מקור עיקרי ליצירת הדין בשיטה, לדרך הקודרפיקציה, שהיא זרה, באופן מסורתי, לעולמו של המשפט המקובל אך נחשבת מאפיון מובהק של שיטת המשפט הסיבילי (Civil Law), ושעליה החקיקה היא האמורה לשמש כמקור העיקרי ליצירת הדין.²²

שנית: החקיקה האזרחית החדשה הכניסה שינוי משמעותי במקורות שמהם נשאב תוכנם של הסדרי הדין האזרחי בשיטה שלנו. להלכה, אף במקרה זה השינוי הוא קל-ערי: קודקסים קונטיננטליים היוו את אחד משני המקורות שעליהם בוססה המג'לה ואף החקיקה האזרחית החדשה והשתתה, בהיקף ניכר, על הסדרים הקודמים ממקורות אלו. ואולם, למעשה, עם חקיקתה של החקיקה האזרחית החדשה עברנו משיטה שנשלטה באורח כמעט מחלט על-ידי תוכני המשפט המקובל ודיני היזר של אנגליה לשיטה, שלפחות במישור החקיקה רבים משרשיה נעוצים בקרקע המשפט הסיבילי.

בתחום המשפט האזרחי שבשיטתנו הכלי והתוכן כאחד מבטאים אפוא זיקה ברלטה למשפטיהן של ארצות המשפט הסיבילי. האם עלינו לייבא מארצות אלו גם את תורת המשפט שהתפתחה בהן ביחס להפעלתם של הקודקסים האזרחיים? עם השלמת החקיקה, סיים המחוקק את תפקידו בתחום הדין האזרחי והגטל של המשך פיתוח הדין עבר לבת-המשפט, ואמורים להפעיל את החקיקה, מעשה יום יום, בשנים שיבואו. השאלה הנשאלת אינה מה ייעשה על-ידי בתי המשפט, אלא מזה הדברים שייחשבו ראויים להיעשות על-ידם: מה צריכות להיות הציפיות של קהילת המשפט מבתי המשפט המפעילים את החקיקה, מבחינת הצורך ושאינו צריך להיעשות על-ידם ומבחינת המותר והאסור בפעולתם? בארצות המשפט הסיבילי מופעלים הקודקסים האזרחיים, באורח מסורתי, בחיקה של תורת המשפט המספקת תשובות ברורות לשאלות אלו. האם "הסיביליזציה" של משפטנו האזרחי מהבחינה המבנית ומבחינה התוכנית מחייבת תהליך דומה גם מהבחינה התורתית?

בשורות שלהלן אטען כי אמוצם של כלי ותוכן קונטיננטליים בתחום המשפט האזרחי שלנו אינו מחייב, בהכרח, גם אימוץ של תורת המשפט, המלווה באורח מסורתי את הפעלת

בקונטיננט (באוניברסיטאות של ג'נובה, ברלין, מינכן והידלברג), והיה, אפוא, בעל בסיסות בתוכני המשפט הקונטיננטלי. ראו לו מבחינה זו גם אחדים מראשי הוועדות שהכינו את החוקים השונים (למשל: השופט זוסמן, השופט שאל ופרופ' טדסקי).

22 ראו להרגיש כי האפיון ולעיל של שיטת המשפט המקובל מתייחס אך לגישה שהיתה מקובלת באופן מסורתי בשיטת משפט זו. במאה העשרים ניתן למצוא חקיקה נרחבת באנגליה ובארצות-הברית בכל תחומי המשפט, באופן שהמחוקק הוא יוצר העיקרי של הדין בשיטה. ראה להלן, טקסט להערות. בעבר נחלקו הדעות בשאלה האם בכלל ניתן להתייחס אל החקיקה האזרחית שלנו כמנוחים של קודקס. ראה ברק ולעיל, הערה 1, 6-8: פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" (ולעיל, הערה 12), 469-465.

הקודקסים של המשפט האזרחי (ואף קודקסים בתחומי משפט אחרים) בארצות הקונטיננט. אטען כי יש לראות את תורת המשפט הקונטיננטלית, שהתפתחה ביחס להפעלת הקודקסים, לא כתורה המתחייבת, כדבר שבהכרח, כל אימת שענף משפטי כלשהו מוסדר על-ידי קודקס, אלא כתורה שצמחה כחלק מתורת המשפט הכללית, ששררה בארצות הקונטיננט בתקופת היווצרותם וראשית הפעלתם של הקודקסים. אטען, עוד, כי בעשרות השנים האחרונות, עם השתנות תכנה של תורת המשפט הכללית, המקובלת בארצות הקונטיננט, ניתן לאתר בארצות אלו תורות חדשות, האמורות ללוות את הפעלת הקודקסים, והמבוססות בעיקרן על תכונות הקודקסים ועל הצרכים המתעוררים תוך הפעלתם. יתר-על-כן, אטען כי בעשרות השנים האחרונות, בפועל, נוהגים בתי-המשפט של הקונטיננט בניגוד גמור לתורת המשפט המסורתית בדבר הפעלת הקודקסים. בהתאם לכך, אטען כי לצורך הפעלת החקיקה האזרחית שלנו יש לפתח תורת משפט הגזרות מתכונותיה הייחודיות של החקיקה והמתיישבת עם תורת המשפט הרווחת כשיטתנו. בפתח הדברים, כבסיס להמשך הדיון, אעמוד על ההבחנה בין שני סוגים של נורמות משפטיות: נורמות מהסוג של כלל ונורמות מהסוג של סטנדרט. אני סבור כי יש חשיבות בהצגתה של הבחנה זו, משום שהיא עשויה להאיר את תכונותיה הייחודיות של החקיקה ואת הבעיות העשויות להתעורר תוך הפעלתה.

ב. נורמות המשפט – ההבחנה בין כללים וסטנדרטים

כידוע, נורמות המשפט אינן עשויות מעור אחד. אחד מענפיה של תורת המשפט עוסק באיתור המאפיינים הבלתי-תכניים של נורמות ובלמידת הקשר שבין מאפיינים אלו ובין תוכנו של נורמת²³. הבחנה מקובלת אחת בהקשר זה היא בין נורמות מהסוג של כלל (rule) לבין נורמות מהסוג של סטנדרט (standard).

נורמה מובהקת מהסוג של כלל היא זו המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהתקיימותם של תנאי מוקדם עובדתי אחד או תנאים מוקדמים עובדתיים אחדים, ששאלת התקיימותם ניתנת להכרעה בקלות²⁴. לעומת זאת, נורמה מובהקת מהסוג של סטנדרט היא נורמה המתנה תוצאה משפטית מסוימת בהפעלתו של קריטריון (המגלם, בדרך-כלל, עוד מסוים)²⁵. ההבדל העיקרי בין כלל ובין סטנדרט מתבטא אפוא במידת הדיוק של התוכן

D. Kennedy, "Form and Substance in Contract Law Adjudication" 89 *Harv. L. Rev.* 23 1685, 1687, 1702-1713 (1976).

D. Kennedy, "Legal Formality" 2 *J. Leg. Stud.* (1973): 1688-1687 (23); קנדי (לעיל, הערה 23), 351, 355-356; I. Ehrlich & R. Posner, "An Economic Analysis of Legal rulemaking" 2 *J. Leg. Stud.* (1974) 257, 258; A D'Amato, "Legal Uncertainty" 71 *Cal. L. Rev.* 6 (1983) 1, 3 n. 6.

קנדי (לעיל, הערה 23), 1688; ארליך ופוזנר (לעיל, הערה 24), ר'אמטו (לעיל, הערה 24), 3, הערה 6; קנדי (לעיל, הערה 24), 356-355; ח' פרלמן, *הלוגיקה המשפטית* (ירושלים, תשמ"ג) 35; J. Stone, "From Principles to Principles" 97 *L.Q.R.* (1981) 224, 228-229; J. Raz, "Legal Principles and the Limits of Law" 81 *Yale L. J.* (1972) 823, 846-847. תוכנו של המונח סטנדרט כפי שהוא ננקט בשורות אלו דומה מאוד לתוכנו של המושג "עיקרון" כפי שהוא

הנמסר באמצעות הנורמה המשפטית²⁶: כלל הוא נורמה "סגורה"; תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש ברמה גבוהה דיחסית של ספציפיות. הפעלתו של כלל היא טכנית; אין היא מצריכה שימוש בשיקול-דעת: מפעילו של הכלל אינו נדרש לתרום תרומה מהותית כלשהי משלו לעיצוב תוכנה של הנורמה. לעומת זאת, סטנדרט הוא נורמה "פתוחה": תוכנה של הנורמה נמסר בו מראש באורח כללי, באופן המחייב הוספה בשלב שהוא מאוחר להתרחשות האירוע שלגביו מוחל הסטנדרט. מפעילו של הסטנדרט נדרש להפעיל שיקול-דעת לצורך הכרעתו במסגרת הקריטריון הקבוע בסטנדרט. בעשותו כן הוא יוצק לתוך הסטנדרט את תוכנו הסופי, המתאים לחול בנסיבות העניין שבפניו²⁷.

מהן ההשלכות הכרוכות ביצירת משטר משפטי המורכב מנורמות מהסוג של כלל בהשוואה למשטר משפטי המורכב מנורמות מהסוג של סטנדרט? בשורות הבאות אתמחד עם שאלה זו. לצורך הצגתו הבהירה של הטיעון, הדיון יתייחס למשטר משפטי "אידיאלי" של כללים ולמשטר משפטי "אידיאלי" של סטנדרטים. אין צריך לומר, כי בפועל, בשום שיטת משפט קיימת לא מתקיים אף לא אחד משני משטרים משפטיים "אידיאליים" אלו, ותחת זאת ניתן למצוא בכל שיטה שימוש מעורב, במינוחים משתנים, בכללים ובסטנדרטים כאחד.

1. הכוונה לעתיד לעומת יישוב סכסוכי העבר

משטר משפטי של כללים הוא "צופה פני עתיד". כלל אמור לשקף בחירה מראש ביעד תוך מגמה לגרום לכך שאותם גורמים בחברה שהתנגדותם רלבנטית לתוכן הכלל אכן יכוונו את מעשיהם באופן שיביא למימושו של היעד שהבחירה בו באה לביטוי בכלל²⁸. משטר משפטי של כללים אמור אפוא לשקף רציונליות: הכללים אמורים להיקבע בהסתמך על מידע רלבנטי, בעקבות שקילתם של יעדים אפשריים ותוך ניסיון לגרום לכך שהתנגדות יגשימו את ההכרעות הערכיות המגולמות בכללים²⁹.

עם זאת, לא אחת ההכרעה המגולמת בכלל עשויה להימצא שרירותית מבחינת מידת ההתאמה שלה למטרת הכלל: תוך הפעלתו של כלל, ייתכנו מקרים שבהם תיווצר תוצאה מסוימת המנוגדת לתוצאה שהיתה מתבקשת עלי-פי הרציונל שביסוד קיומו של הכלל. במקרים כאלו, בית-משפט המפעיל את הכלל כפשוטו לא יוכל לעדכן את תוכן הכלל באופן שהפעלתו תשרת את הרציונל שביסוד הכלל. בכך יינתן משגה

26 נקט עלידי רונלד דבורקין במאמרו "The Model of Rules 1", המופיע בספרו R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Camb. Mass., 1977) וראה גם: ר"ד פנינה להב ור"ד דוד קרצמר: מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: השיג קונסטיטוציוני או אחיות עיניים? משפטים 154.

26 ארליך ופוזנר (לעיל, הערה 24), 261.

27 ראה הפניות בהערות 24 ו-25.

28 ארליך ופוזנר (לעיל, הערה 24), 262; מ' לנר, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט" משפטים א (תשכ"ח) 292.

29 ראה C. Auerbach, "The Relation of Legal Systems to Social Change" *Wis. L. Rev.* 1227, 1272-1280 (1980); J. Bonignore, "Existentialism, the Rule of Law and Article 2 of the Uniform Commercial Code" *Am. Bus. L. J.* 133.

תוקף להמשך תוקפו של הכלל לגבי מקרים עתידיים שיפלו בגדר חלותו, ואולם המקרה הקונקרטי שבפני בית-המשפט יזכרע באופן שאינו מגשים את מטרת הכלל³⁰. הדגמא הקלסית בהקשר זה היא של כלל המורה כי מי שלא מלאו לו 18 שנה הוא בעל כשרות משפטית של קטין, ומי שמלאו לו 18 שנה הוא בעל כשרות משפטית של בגיר. ההנחה שביסוד הכלל היא, שמי שלא מלאו לו 18 שנה אינו מסוגל לשקול באופן אחראי ומשמעותי את מידת התועלת שתצמח לו מפעולות משפטיות, בעוד שמי אשר מלאו לו 18 שנה מסוגל לשקילה כזו. הכלל מכוח אפוא להגן על קטינים ולאפשר פעולות בלתי-מפרעות לבגירים. ואולם, על-פי הכלל, עשוי שלא להינתן תוקף לפעולות משפטיות של קטינים נבונים ואחראיים, שכרובה בהן תועלת רבה עבורם, בעוד שיינתן תוקף מלא לפעולותיהם המשפטיות של בגירים קלידעת או ילדותיים, הכרוכות בפגיעה קשה בהם.

לעומת זאת, משטר משפטי של סטנדרטים נחשב בדרך-כלל פחות "צופה פני עתיד" מאשר משטר משפטי של כללים. מכיוון שסטנדרט הוא נורמה בעלת תוכן עמום-יחסית, מידת ההצלחה של סטנדרט בהכוננת ההתנהגויות העתידיות של הפרטים שתוכנו רלבנטי למעשיהם, באופן שהתנהגויות אלו יביאו למימוש הערך המגולם בסטנדרט – נחשבת נמוכה-יחסית, בהשוואה למידת ההצלחה של נורמה מהסוג של כלל³¹. יתר על כן: אף כי הפעלתו של סטנדרט על-ידי בית-המשפט, בסדרת מקרים, עשויה להביא, בסופו של דבר, לקונקרטיזציה של הסטנדרט ברמות שורה של כללים³², הרי כללים אלו נוצרים באקראי, תוך שהם נתונים, לא-אחת, להשפעה חזקה של עובדות העבר המיוחדות של המקרים המולידים אותם ובלא שנלמדו קודם-לכן ההשלכות העשויות להיות כרוכות באימוצם של כללים אלו או כללים חלופיים אפשריים³³. עם זאת, מקום שבו-משפט נדרש להפעיל סטנדרט, הקביעה הסופית של תוכן הנורמה המופעלת מסורה לבית-המשפט. מכיון שכך, בית-המשפט יוכל להכריע במקרה שבפניו באופן התואם במדויק את הרציונלה שביסוד קיום הסטנדרט ותימנע תוצאה שלפיה ההכרעה הקונקרטית אינה מגשימה את מטרת הנורמה³⁴.

30 קנרי (לעיל, הערה 23), 1689, 1709, "Some Effects of Uncertainty", J. Calfee & R. Craswell, 70 Va. L. Rev. (1984) 965, 999-1000.

31 ראה הפניות בהערה 28 ר-29.

32 ראה להלן, טקסט להערה 65.

33 ראה הפניות בהערות 28 ר-29, ראה גם להלן, טקסט להערות 35-37.

34 קנרי (לעיל, הערה 23), 1685, 1737-1742; קלפי וקרסוול (לעיל, הערה 30), 999-1000; לנרוי,

(לעיל, הערה 28), 292, "From Principles to Pragmatism – Changes in the Function of the Judicial Process and the Law" 65 La. L. Rev. (1980) 1249.

J. Singer, "The Player and the Cards – Nihilism and Legal Theory" 94 Yale L.J. (1984) 1, 63-65; N MacCormick, "On Legal Decisions and their

Consequences – From Dewey to Dworkin" 58 N.Y.U. L. Rev. (1983) 239, 241-243;

E. Bodenheimer, "Seventy-Five Years of Evolution in Legal Philosophy" 1078 Am.

J. Juris. 181, 197-198

לשאלת גיל הקטינות וגיל הבגירות שנוגה לעיל, מעניין לציין כי לשיטתנו, הכלל הקבוע בסעיף

3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, (אדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר)

3 לשאלת גיל הקטינות וגיל הבגירות שנוגה לעיל, מעניין לציין כי לשיטתנו, הכלל הקבוע בסעיף

3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, (אדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר)

2. יכולת תכנון לעומת אי-יודאות

אמרנו כי ההבדל העיקרי בין כללים וסטנדרטים מתבטא ברמת הספציפיות של תוכן הנורמה³⁵: תוכנה של נורמה מהסוג של כלל נקבע מראש, לפני שמתקיימת ההתנהגות שאותה הכלל מבקש להסדיר; תוכנה של נורמה מהסוג של סטנדרט נקבע חלקית מראש לפני שמתקיימת ההתנהגות שאותה הסטנדרט מבקש להסדיר, וחלקית לאחר-מכן, בשלב הדיון המשפטי שבו נבחנת ההתנהגות המוסדרת. מכיוון שכך, פרטים המתכננים ומכלכלים את מעשיהם עלי-פי כלל, עשויים להצליח בהשגת התוצאה המשפטית המבוקשת עליהם יותר מאשר פרטים המכוונים את מעשיהם לאורו של סטנדרט. במלים אחרות: פרטים שהתנהגותם מוסדרת עלי-די כלל פועלים ברמת ודאות יותר גבוהה ביחס לנפקדות המשפטיות של מעשיהם יותר מאשר פרטים שהתנהגותם מוסדרת עלי-די סטנדרט³⁶. אף בהקשר זה ניתן אפוא לומר על משטר משפטי של כללים, בהבדל ממשטר של סטנדרטים, כי הוא מגלם רציונליות: לפרט המבקש השגתה של תוצאה מסוימת אכן מובטחת השגתה של תוצאה זו, במידה שיכונן את מעשיו לאורו של כלל קבוע מראש³⁷.

להמחשת הדברים, נחזור לדוגמת גיל הקטינות וגיל הבגירות שנדונה לעיל. כלל הקובע כי מי שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר יאפשר לכל המבקש להתקשר בפעולה משפטית עם הזולת לקבוע בקלות ובוודאות את דיני הכשרות המשפטית החלים על הפעולה ואת תוקפה של הפעולה עלי-פי דינים אלו. לעומת זאת, נגיה כי במקום כלל זה היה הדיון מורה כי פעולתו המשפטית של אדם תהא תקפה בהתאם למידת יכולתו "לשקול כהלכה" את השלכות מעשיו. ברור כי צדדים הפועלים בכפיפות לסטנדרט זה היו שרויים לא-אחת בחוסר-יודאות באשר לתקפות פעולותיהם של אלו המתקשרים אתם.

כדוגמא נוספת, ניתן להצביע על כלל המורה כי מהירות הנסיעה המירבית המותרת בדרך עירונית היא 50 קמ"ש, לעומת סטנדרט המורה כי יש לנסוע בדרך, כאמור, "בהירות סבירה, בהתחשב בתנאים השוררים בדרך". מובן כי במקרה הראשון, הנהוג ברכב

מקומו עלי-די ההוראה עמוסת הסטנדרטים שבסעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 ("מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה").

35 ראה לעיל, סקסט להערות 24-27.

36 קנרי (לעיל, הערה 23), 1685, 1689-1688, 1699-1698, 1703, 1707, 1742-1737, 1745-1743; קלפי וקרוסול (לעיל, הערה 30), 968, 974, 1000-999; קנרי (לעיל, הערה 24), 363-365, 371-377; עסייה (לעיל, הערה 34), 1272; בונסיניורו (לעיל, הערה 29), 139; בורנהיימר (לעיל, הערה 34), 196-197; W. :197-196; G. Treitel, *Doctrine and Discretion in the Law of Contract* (1981) 3, 20; Harvey, "Discretionary Justice under the Restatement (Second) of Contracts" 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 666, 678; R. Danzig, "A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code" 27 *Stan. L. Rev.* (1975) 621, 629-631; K. Kress, "Legal Reasoning and Cherece Theories. Dworkin's Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear order of Decisions" 72 *Cal. L. Rev.* (1984) 369, 383-388, 398-400.

37 ראה הפניות בהערה 19. ראה גם קנרי (לעיל, הערה 24), 363-365; ארליך ופוזנר (לעיל, הערה 24), 262; ד'אמסו (לעיל, הערה 24), 5-6; P. Gross, "The Theory of Judicial Reasoning - Toward A Reconstruction" 66 *Ky. L. Rev.* (1977-78) 801, 802.

בדרך, כאמור, יוכל לדעת בקלות רבה (על-ידי הצצה במדרמהירות שבכבו) וברמת האות גבוהה את נפקות מעשיו. היפוכו של דבר – במקרה השני. לדברים האמורים השלכה גם על שיעור ההתדיינות במשטר משפטי של כללים לעומת משטר של סטנדרטים: רמת הוודאות הגבוהה-יחסית הקיימת במשטר משפטי של כללים, לעומת משטר של סטנדרטים, ביחס לתוכנו של הנורמות וביחס לנפקויות המשפטיות של פעולה שעליהן אמורה להקטין את מספר ההתדיינות המתקיימות תחת משטר משפטי מהסוג הראשון בהשוואה לזה מהסוג האחרון³⁸.

3. עלויות גדולות לעומת זולות בייצור הנורמה

יצירתו של משטר משפטי של כללים משקפת מאמץ להסדרת המציאות מראש באופן של כללים מפורטים ונוקשים האמורים להתייחס למצבים השונים שבהם עשויה המציאות להתגלות. לעומת זאת, יצירתו של משטר משפטי של סטנדרטים משקפת מאמץ להסדרת המציאות מראש לכל היותר באמצעות שורה של קריטריונים כלליים וגמישים, שתוכנם הספי, הקונקרטי, צריך להיקבע אחר-כך, בדעיכו, בהתאם לגסיכיותם הייחודית של המצבים שעליהם הם מוחלים³⁹. לדברים אלו השלכה גם על העלויות הכרוכות בייצור של כל אחד משני המשטרים האמורים. משטר משפטי של כללים מחייב חיזוי מראש מפורט של התגלויותיה האפשריות של המציאות; פיתוחם ושקילתם של הסדרים אפשריים, המגלמים הכרעות ערכיות והעשויים לחול על התגלויות אלו; הכרעה המהווה בחירה בהסדר מסוים. משטר משפטי של סטנדרטים מחייב את קיומם של תהליכים כאלו בממדים קטנים-יחסית. ייצורו של משטר משפטי של כללים כרוך אפוא בעלויות גדולות-יחסית לעומת ייצורו של משטר משפטי המורכב מסטנדרטים⁴⁰ (עם זאת, דומה כי הדברים מתהפכים לגבי שלב ההפעלה של הנורמה: לגבי שלב זה ניתן להגות, כי העלויות הכרוכות בהפעלת משטר משפטי של סטנדרטים הן גבוהות מאלו הכרוכות בהפעלת משטר משפטי של כללים).

ג. מאפייני החקיקה האזרחית החדשה ונפקויותיהם לגבי תפקידי בתי-המשפט בהפעלת החקיקה

1. מאפייני החקיקה

ככול הידוע, הכנתה של החקיקה האזרחית החדשה נעשתה בלא שתפותח קודם לכן

38 ארליך ופוזנר (לעיל, הערה 24), 264-265; דאמטו (לעיל, הערה 24), 9-12, 13-18; A. Hutchinson, "The formal and Informal Schemes of the Civil Justice System – A Legal Symbiosis Explored" 19 *Osgoode Hall L. J.* (1981) 473, 493; S. Herman, "Command Versus Purpose – The Scylla and Charvdis of the Code Drafter" 52 *Tul. L. Rev.* (1977) 115, 120.

39 קנרי (לעיל, הערה 24), 367-368.

40 קלפי וקרטוול (לעיל, הערה 30), 999-1000; ארליך ופוזנר (לעיל, הערה 14), 267-268, 277-278.

"תורת-משפט של נורמות" בדבר תכונותיה הבלתי-רצויות של חקיקה ראויה בתחום המשפט האזרחי. למשל: האם החקיקה צריכה להיות עשויה בעיקרה כללים או בעיקרה סטנדרטים או מהו המינוח הנכון של כללים וסטנדרטים בחקיקה מסוג זה, ובדבר תפקידם של בתי-המשפט בעיצוב המשפט האזרחי?⁴¹ למרות זאת, החקיקה מגלה גישה עקיבה בנוגע למידת הפירוט שבה הוראות הדין האזרחי צריכות להיקבע על-ידי המחוקק ובנוגע למידה שבה בתי-המשפט צריכים להשתתף בעיצובו של דין זה. גישה זו מתמצית בקביעת תוכן הדין ברובד החקיקה במידת פירוט נמוכה ובהקניית תפקיד רחב-היקף לבתי-המשפט בקביעת תוכן הדין. גישתה זו של החקיקה באה לביטוי בשלושה מאפיינים עיקריים שלה. ראשית, תוכנם של ההסדרים המובאים בחקיקה הוא קצר ותמציתי. בדברים אלו אין הכוונה לומר שהחקיקה מורכבת מסדרה של נורמות שכל אחת מהן כתובה בקיצור לשון, אלא הכוונה היא שהחקיקה נוטה לספק תכנים נורמטיביים מצומצמים במסגרת התחומים המוסדרים על-ידיה. כביטוי הקולע של הפרופ' טרסקי, כשהמדרבן בחקיקה האזרחית החדשה: "קיצור החוק הוא קוצר החוק"⁴².

אכן, תכונתה זו של החקיקה הישראלית הובחנה לא פעם בעבר. כך, הפרופ' טרסקי כתב כי "תכונה אופיינית לחקיקה הישראלית החדשה היא קיצור הוראותיה. ... זאת לא רק לעומת החוקים האנגליים האנליטיים והקאויסטיים, אלא גם לעומת הפרקים המקבילים מספרי החוקים במתכונת קונטיננטלית"⁴³. הפרופ' טרסקי הדגים קביעה זו בהצביעו על תמציתיותו של הסדר סוגיית המתנה בחוק המתנה, תשכ"ח-1968; במכתם מפורסם הוא קבע, כי "בעניין המתנה ... לא הגיענו המחוקק עד כה אלא 'מברק'". בדומה לכך, הפרופ' ברק העיד כי "בזמן הקצר שעבר מאז וחזקו חלקי הקודקס השונים, נתפרסמו על אחדים מהם רשימות ממצות, ובהן ביקורת למכביר על קיצור הלשון והעדר ההוראות"⁴⁴.

41 השווה להלן, טקסט להערות 88-92.

42 ג' טרסקי, "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968" משפטים א (תשכ"ח) 639, 644.

43 שם, בעמ' 639.

44 שם. עם זאת לאור של חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, כתב עליו הפרופ' פרידמן, כי

החוק מצטיין בקיצורו הנמרץ. לאמיתו של דבר, זהו החוק הקצר ביותר בין החוקים שנתחום הקודיפיקציה האזרחית, ואפילו חוק המתנה עולה עליו במספר סעיפים. קיצור זה משתקף הן בלשון התמציתית שבה הוסדרו סוגיות רחבות, והן בכך שעל נושאים מרכזיים אחדים, הנכללים בתחום זה, עובר החוק בשתיקה גמורה (ר' פרידמן, "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ח (תשמ"א) 26).

45 ברק (לעיל, הערה 1), 13-16. ראה גם ברק, שם, בעמ' 13; א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25, 41 (להלן: "חקיקה שיפוטית"); א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה - סיכונים וסיכויים" משפטים ז (תשל"ז) 15, 15-17 (להלן: "עצמאותה של הקודיפיקציה"); א' ירין, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", עיוני משפט ו (תשל"ח) 506, 511; פרידמן (לעיל, הערה 44), 26, 29-30; פרידמן (לעיל, הערה 3), 107-108.

דוגמא טובה לעניין זה יכול לשמש סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971 ס"ח 610. סעיף זה קובע את ההוראה היסודית בשיטתנו בסוגיית הפיצויים שהנפגע זכאי להם בגין נזק שנגרם לו בפועל בעקבות הפרת חוזה. ואולם, הסעיף קובע רק את "הגבולות הייצוגיים" של הנזק שהנפגע יהא זכאי לו, היינו: נזק הנתחם על-ידי גבולות של צפיית וסיכיתיות (אגב, "גבול הייצוגי" נוסף - דאית בהוכחת הנזק הנטען - אינו נזכר בסעיף). ואולם, שלל השאלות המתעוררות באשר

שנית: הסדרים רבים מובאים בחקיקה בדרך של קביעת עיקרון רחב וכללי, האמור להסדיר סוגיא רחבת-היקף. כך, הפרופ' פרידמן אפיין את חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, כמי ש"העניק לבתי המשפט שיקול דעת רחב ביותר והטיל עליהם נטל לא מבוטל. ... עיקר שיקול הדעת נובע ... מטכניקת החקיקה המתבססת על עקרונות כלליים רחבים ... וממטת בהוראות ספציפיות"⁴⁶. ואכן, כל הקורא את החוק יבחין על נקלה כי בגדר כל אחד מסעיפיו מקופל תחום משנה רחבת-היקף במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט וכי כל אחד מסעיפים אלו מבקש אך לקבוע את עקרונות היסוד האמורים לחול בתחום המשנה המוסדר עליה. ואולם, נוסף על חוק עשיית עושר ולא במשפט ניתן להצביע על דוגמאות נוספות למכביד לשימוש שהחקיקה עושה בנוסחאות רחבות וכלליות בבואה להסדיר סוגיות רחבות-היקף⁴⁷.

שלישית: מרובה מאוד בחקיקה השימוש בסטנדרטים. כך, הפרופ' ברק ציין כי "קוצר הלשון [של החקיקה] מתאפשר, בין השאר, בשל השימוש במונחי שסתום כגון 'תום לב', 'דרך מקובלת', 'זמן סביר'⁴⁸.

ניתן למיין את הסטנדרטים שבחקיקה לשש קבוצות עיקריות: סבירות⁴⁹, תום לב⁵⁰,

לדרכי חישוב הנזק בגדרם של "הגבולות הדינמיים" האמורים (מרכיביה של נוסחת הפיצויים בגין נזק להגנת אינטרס הצפייה של הנפגע; מרכיביה של נוסחת הפיצויים בגין נזק להגנת אינטרס ההסתמכות וכו') אינן נרונות כלל בסעיף, והמענה להן יצטרך להילקח ממקורות שהם דינמיים לחוק. כדוגמא בולטת נוספת ניתן להצביע על הדיון הקצר בסעיף 59 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, בסוגיא של ריבוי נושים. שאלות, כגון ההשלכות של הפרת חוזה עלידי נושה אחד על זכותם של הנושים האחרים, כוחו של נושה אחד להפסיד את החייב, והסדר היחסים הפנימיים בין הנושים המשותפים אין להן מענה בגדר ההסדר של הסוגיא בחוק החוזים.

פרידמן (לעיל, הערה 44), 27.

47 ראה, למשל, סעיפים 9, 13, 14 ר"ל לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971; סעיפים 12(ב), 14, 15, 17, 18, 21, 25, 30 ר"ל לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 375.

48 ברק (לעיל, הערה 1), 13. ראה גם ברק, שם, בעמ' 15; לנדוי (לעיל, הערה 28), 298-299; פרידמן (לעיל, הערה 3), 108-109.

49 ראה, למשל, חוק השבת אבידה, תשל"ג-1973, ס"ח 702, סעיפים 6(א) ו-6(ב) חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, ס"ח 742, סעיפים 3(א) ו-4(א); חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971, סעיפים 8(א), 20, 21, 29, 35, 41, 42 ר"ל; חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971, סעיפים 3(3), 6, 7(ב), 8, 9(א), 12, 14(א), 14(ב), 15(א) ו-18(ב); חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 446, סעיפים 29 ו-72(א); חוק המיטלטלין, תשל"א-1971, ס"ח 636, סעיפים 4(א) ו-11(ב); חוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 529, סעיפים 9(א), 9(ג), 15, 28, 29 ו-30(א); חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, סעיפים 18(א), 18(ב), 31, 51 ו-132(א); חוק המשכון, תשכ"ז-1967, ס"ח 496, סעיפים 19(א) ו-19(ב); חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, סעיפים 8(ב) ו-10(ב); חוק הערבות, תשכ"ז-1967, ס"ח 496, סעיפים 9 ו-10(ב); חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 924, סעיפים 1(א), 3, 4, 5(א) ו-5(ג); חוק השומרים, תשכ"ז-1967, ס"ח 496, סעיפים 2(ד), 5(ב), 6, 7(א), 8(א), 12(ד); חוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 633, סעיפים 5(ב), 7(א), 9(א), 9(ב), 15(א), 17, 19(ב), 22 ו-29(א); חוק השליחות, תשכ"ה-1965, ס"ח 462, סעיפים 5(א), 5(ב) ו-11.

50 ראה, למשל, חוק המתאת חיובים, תשכ"ט-1969, ס"ח 573, סעיפים 2(ב) ו-2(ג); חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיפים 12(א), 13 ו-39; חוק הירושה, תשכ"ה-1965, סעיפים 63(ב), 73, 88, 120(א) ו-133; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, סעיפים 12, 22 ו-57; חוק

ניתן להבחין בין סטנדרטים אלו מבחינת קהליהיעד שאליהם מופנים: חלקם מופנה לצדדים הפועלים בתחום המשפט האזרחי; חלקם מופנה לבית המשפט הנדרש להכריע

- 332

בסכסוך שבין צדדים כאלו. על הקבוצה הראשונה נמנים סטנדרטים המטילים על צד הפועל בתחום המשפט האזרחי חובה או נטל לפעול באופן המקיים את הקריטריון הקבוע בסטנדרט. עם זאת, במקרה של מחלוקת בין צד זה לבין צד אחר, בית-המשפט עשוי להידרש אף הוא להפעיל את הסטנדרט, במובן זה שהוא יצטרך לבחון את דרך פעולתו של הצד האמור באמת-המידה של הקריטריון הנקוב בסטנדרט⁵⁶.

על הקבוצה השנייה של סטנדרטים נמנים אלו שהם רלבנטיים רק בשלב שבו מתבררת בפני בית-משפט מחלוקת בין צדדים. סטנדרטים אלו מופנים לבית-המשפט להנחותו באשר לקריטריון שלאורו יושבו עלי-ידו זכויות הצדדים המתדיינים בפניו; אין הם מתייחסים, מבחינת תוכנם, למצבים שבהם עשויים צדדים אלו להימצא במסגרת יחסיהם קודם הגיעם לבית-המשפט⁵⁷.

אם אכן מרובה בחקיקה האזרחית השימוש בנורמות מהסוג של סטנדרט, כי אז נוכל לצפות שבתחום המשפט האזרחי שלנו יתקיימו המאפיינים של משטר משפטי של סטנדרטים, שמנינו לעיל: עיצובן של נורמות עלי-ידי בתי-המשפט בהתאם למאפייניהם של המקרים הפרטיקולריים המובאים בפניהם והחלת הנורמות, בדיוק, על מקרים אלו; רמה גבוהה-יחסית של אי-ודאות בקרב אלו הפועלים בתחום המשפט האזרחי, ביחס לנפקיות המשפטיות של פעולותיהם; רמה גבוהה-יחסית של התדייניות; וזאת יחסית בייצור נורמות המשפט שבתחום לעומת יוקר יחסי של העלויות הכרוכות בהפעלת מערכת-השפיטה.

התמונה המתקבלת אפוא למקרא החקיקה היא של ניסיון להסדיר את המציאות ב"קוארדינטות רחבות". בתקופות מסוימות בעבר רווחה בתורת-המשפט – בעולם

56 רובם של הסטנדרטים שהוזכרו לעיל נמנים על קבוצה זו. השווה J. Merryman, *The Civil Law Tradition* (1969) 55 על הפנייתן של נורמות שונות לבתי-המשפט ולאובלוסיית המרינה, בתחום המשפט הפלילי, ראה M. Dan-Cohen, "Decision Rules and Conduct Rules – on Acoustic Separation in Criminal Law", 97 *Harv. L. Rev.* (1984) 625. התופעה של שימוש רב בנורמות מהסוג של סטנדרט אינה ייחודית לחקיקה האזרחית החדשה שלנו. בספרות העוסקת בדיני החוזים של המשפט האנגלואמריקני נטען לא אחת, כי בעוד אשר דיני החוזים של המאה התשע-עשרה היוו משטר משפטי של כללים (על כל המשתמע מכך; ראה לעיל, סקסט להעדרת 28–40). הרי במאה העשרים מתאפיינות הנורמות של דיני החוזים – ואף של המשפט האזרחי בכלל – בכך שהן מגובשות בסטנדרטים (על כל המשתמע מכך; ראה שם). ראה עטייה (לעיל, הערה 24): R. Speidel, "Restatement Second: Omitted Terms and Contract Method" 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 785, 789–791.

57 ראה, למשל, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1971, סעיפים 12, 15(א) 18(ב) חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט–1979, סעיפים 2 5(א); חוק השכירות והשאלה, תשל"א–1971, סעיף 22; חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973, סעיפים 14(ב), 31 43(ב) חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, סעיפים 10, 35, 63 64; חוק המיסלסלין, תשל"א–1971, סעיפים 10(א), 10(ב) 10(ג) חוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, סעיפים 24, 30(ב), 37(ב), 39(ג), 40(ב), 42(ב) ר"ה; חוק הנאמנות, תשל"ט–1979, סעיפים 13(ג), 14, 19, 23(א) 23(ב) חוק הירושה, תשכ"ה–1965, סעיפים 54(א), 57(א), 61(א), 62(ב), 63(א), 64, 99(ב), 102, 119, 120(ב) 143; חוק המשכון, תשכ"ז–1967, סעיף 21. השווה מרימן (לעיל, הערה 56) 55.

המשפט המקובל⁵⁸ ובעולם המשפט הסיבילי⁵⁹ כאחת – גישה שלפיה החקיקה צריכה לתת להסדרת המציאות, באופן שלכל מצב העשוי להתעורר במציאות ימצא הסדר תואם, מוכן מראש, בדיון. לפחות מעשה חקיקה אחד אין התיימר להגשים גישה זו הלכה למעשה⁶⁰. מובן כי לא היה ניתן לצפות ממחוקק מודרני כמחוקק של החקיקה האזרחית שלנו כי יטול על עצמו יזמרה חסרת-שחר כזו⁶¹. ואף-על-פי-כן, מחוקקים יכולים לומר

58 שתי הדוגמאות המפורסמות ביותר הן של בנטהאם ואוסטין. ראה R. Pound, "Codification in Anglo-American Law," in: *The Code Napoleon and the Common-Law* (B. Schwartz ed., 1965, 1967) 267, 282-283.

59 ראה להלן טקסט להערות 68-84.

60 בשנת 1794 ראה אור הקודקס של פרידריך הגדול מלך פרוסיה. הקודקס כלל למעלה מ-16,000 סעיפים, שהתיימרו לתת מענה לכל מצב עובדתי העשוי להתעורר בתחומים המכוסים על-ידי קודקס זה נאסר על השופטים אפילו לפרש את החוק; הם היו אמורים אך לאתר את ההסדר הסטטוטורי המתאים לכל מקרה שהובא בפניהם וליישמו על המקרה. אין צורך לומר כי תוך זמן לא רב הסתבר כי הקודקס לא היה יכול להיות מופעל במתכונת שיועדה לו. ראה פאונר (לעיל, הערה 58), 283; מרימן (לעיל, הערה 56), 30-31, 40; F. Lawson, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law* (1953) 48; K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, vol. I (1977, T. Weir Trans.) 81; N. Horn, H. Kötz & H. Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction* (1982, T. Weir Trans.) 51.

61 ראה ארארבך, (לעיל, הערה 29), 1274; טרייטל (לעיל, הערה 36), 14-15, 19-20; פאונר (לעיל, הערה 58), 883; קנדי (לעיל, הערה 24), 379-381; C. Friedrich, "The Ideological and Philosophical Background," in: *The Code Napoleon and the Common Law World* (B. Schwartz ed., 1956, 1976) 1, 16; W. Lehman, "Rules in Law" 72 *Georgetown L. J.* (1984) 1571, 1595; J. Gordley, "European Codes and American Restatements: Some Difficulties", 81 *Colum. L. Rev.* (1981) 140, 140; G. Gilmore, "The Commercial Doctrine of Good Faith" 63 *Yale L. J.* (1954) 1057, 1121-1122. לציין, כי בשנת 1974 התפרסמה בארץ הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש. ראה ש' פלר ומ' קרמניצר, "הצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש ודברי הסבר המציינים" משפטים (תשמ"ד) 127. אמנם, קיים שוני ניכר – העולה עד כדי קיטוב – בין התחום הפלילי (במיוחד בתחום הענישה) והתחום האזרחי, מבחינת תפיסת הפונקציה שאותה אמורות למלא גורמות המשפט. ואף-על-פי-כן, אני סבור כי השוואה של "חלוקת העבודה" בין המחוקק ובין השופט העולה מההצעה עם זו המאפיינת את החקיקה האזרחית החדשה – מאלפת. ההצעה מתאפיינת בשאיפה לכך ש"כל מה שניתן לקביעה כללית ומראש יקבע בידי המחוקק" (שם, בעמ' 214). במאמר תגובה אופיינית ההצעה כמבקשת לחולל "שינוי ביחסים בין הרשות השופטת והרשות המחוקקת" המתבטא ב"פטרונות ברורה שמבקשת הרשות המחוקקת... לרכוש על מרבית המטען הערכי שמאחורי כל הכרעה שיפוטית בשלב הענישה; מטען שעל פי התפיסות הקיימות... מסור כיום כמעט בלעדית בידיה של הרשות השופטת". (א' לרדמן ו' שחר, "הערות לפרקים ד-ה להצעת חלק מקדמי וחלק כללי לחוק עונשין חדש" הפרקליט לו (תשמ"ז) 499, 449). לדברי המחברים, ההצעה מגלמת "תנועה של אקס הענישה מאקס של שפיטה לאקס של פקידות", משום שעל-פיה "יהפוך תהליך עיצוב המטען הערכי שבענישה לאקס חריפצמי הנעשה מבחון, מראש ולדורות" (שם, בעמ' 500). אמנם, על-פי ההצעה "נקצב לשופט תחום פעולה, אך דרכו אל אותו תחום עוברת דרך גוסתאות... רעיונות שיש להם במידה ניכרת קיום אינטואיטיבי גמיש ובלתי פורמלי גם במציאות הקיימת, נדחקים בתהליך המוצע אל תוך תבניות ואל מסגרות משנה בתוך אותן תבניות... התחומים הקצובים כאן – צדים ומדויקים ורובם אינם יכולים להיפרץ גם על-ידי טעמים טובים, כאילו חזה המחוקק לנגד רוחו את כל המקרים, כל השיקולים וכל הטעמים כולם לדורות וברר את הטוב והנכון" (שם, בעמ' 500, 501). המחברים אמורים עוד,

ברמות שונות של פירוט את שיש להם לומר על האופן שבו העולם צריך לנהוג. החקיקה האזרחית שלנו נראית כ"תוכנית מתאר ארצית" של הדין האזרחי שלנו. מלאכת יצירתן של "התוכניות המפורטות" בתחומים השונים המוסדרים עלידי החקיקה הושארה לבתיהמשפט.

2. התפקיד היוצר של בתיהמשפט על-פי החקיקה

משלושת המאפיינים דלעיל של החקיקה האזרחית הורשה נגזר תפקיד רחבהיהקף לבתיהמשפט ביצירת הדין האזרחי שלנו. ואכן, זה מכבר הזכר כי החקיקה מבטאת תפישה של "חלוקת עבודה" בין המחוקק ובין השופט שלפיה בתיהמשפט צריכים להיות מעורבים באורח אינטנסיבי ביצירתן של נורמות הדין האזרחי⁶². מעורבות זו אמורה לבוא לכיטור בשלוש דרכים עיקריות.

ראשית: יצירתן של נורמות – כללים וסטנדרטים כאחד – לצד הוראות החקיקה הנוכחיות, כהשלמה להן⁶³. תפקידם זה של בתיהמשפט נגזר מאופייה של החקיקה כמי שמספקת תכנים מצומצמים במסגרת הסוגיות המוסדרות עלידה.

שנית: יצירתן של נורמות – כללים וסטנדרטים כאחד – במסגרתן של הוראות כלליות הקיימות בחקיקה, בדרך של מילוי בתוכן המורכב מסדרה של נורמות-משנה ספציפיות⁶⁴. תפקידם זה של בתיהמשפט נגזר מאופייה של החקיקה כמי שמרכבת מנורמות בעלות תוכן רחב וכללי.

שלישית: מילויים של הסטנדרטים הקיימים בחקיקה בתוכן המורכב מכללים המהווים קונקרטיזציה של הסטנדרטים⁶⁵. תפקידם זה של בתיהמשפט נגזר מהשימוש המרובה בחקיקה בנורמות מהסוג של סטנדרט.

ואכן, כל מי שקורא את פסקי-הדין המתווכחים לחקיקה, יכיר בהיקף הנרחב שבו שלוש פונקציות אלו ממלאות עלידי בתיהמשפט⁶⁶.

כי על-פי ההצעה מצטיירת "תמונתו של שופט מאיכות אחרת [בהשוואה לזו המוכרת לנו]. הוא נדרש להעריך פחות ולעשות יותר, לשקול פחות ולבצע יותר. ...מקצוענותו תתבטא בעיקר בכשרו לגוֹט דרכו, ברומה לפקיד הביצוע של חוק רווחה מורכב, או של חוק מס, במבוכים הנפתלים של נוסחות, הגדרות, הפניות צולבות וכפולות, המובילות אל ההכרעה" (שם, בעמ' 304).

62 פרידמן (לעיל, הערה 12), 479; ברק (לעיל, הערה 1), 24; ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 45), 41; ברק "עצמאותה של הקודיפיקציה" (לעיל, הערה 45), 15–17; לגדוי (לעיל, הערה 28), 297–298; ז' צלטנר, "הדוברים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל–1970" עיינו משפט ג (תשל"ג) 121, 133.

63 על בעיית הלקונה ועל שלושת סוגי הלקונה ראה ח' פרלמן (לעיל, הערה 23), 44.

64 ראה לגדוי (לעיל, הערה 28), 297–298, 306, 307.

65 ראה לגדוי (לעיל, הערה 28), 299–300. השווה קנדי (לעיל, הערה 23), 1690; הרזוי (לעיל, הערה 36), 678; מרימן (לעיל, הערה 36), 53, 55; להמן (לעיל, הערה 61), 1579; ע' שפירא, "לבניית 'שיקול הדעת השיפוטי' במקרי גבול" משפטים ג (תשל"א) 57, 62–66; P. Stein, "Logic and Experience in Roman and Common Law" 59 BU. L. Rev. (1979) 433, 440.

66 ליצירתן של נורמות חדשות, לצד החקיקה, כהשלמה לחקיקה, ראה, למשל, ע"א 248/77 בנק הפועלים בע"מ נ' ורבורג בע"מ ואחר, פד"י לב(1) 253 (שאלת תוקפו של ביטול תווה מחמת פגם

ד. תורת-המשפט של החקיקה האזרחית החדשה

איזו תורת-משפט צריכה להיות מפותחת לצורך הפעלתה של החקיקה האזרחית החדשה שלנו?⁶⁷ כראשית מענה על שאלה זו נבחן שני דגמים מקוטבים של תורת-משפט

בכריתה ומחמת הפרה בנסיבות של תוצאות עם צד שלישי: ע"א 459/78 בני מיטשקובין בע"מ נ' חברת אבני יצחק ושות' בע"מ, ואח, פד"י לה(3) 169 (שאלת תוקפו של ביטול תוצאה מחמת פגם בכריתה בנסיבות של תחרות עם צד שלישי: ע"א 842/79 מי נם ואח' נ' גולדה ואח, פד"י לו(1) 204 (שאלת תוקפו של ביטול תוצאה מחמת הפרה בנסיבות של תחרות עם צד שלישי: ע"א 300/77 רוזנר ואח' נ' בנימי ט.ל.מ. חברה לבנין ופיתוח בע"מ, פד"י לב(3) 682, 688 (שילוב תרופות בעקבות הפרת תוצאה: ע"א 310/79 ורשבסקי נ' י.מ.ש. אילן ניהול והשקעות בע"מ, פד"י לד(2) 743 (כנ"ל); ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פד"י לו(1) 573, 545-546 (כנ"ל); ע"א 533/81 "ענמוץ" חברה לייצור גומי ופלסטיקה בע"מ נ' עמית ואח, פד"י לו(3) 553, 556-567 (כנ"ל); ע"א 156/82 ליסקין נ' דוד וזהב בע"מ ואח, פד"י לו(3) 85 (כנ"ל); אפשרות התנאה על חוק התרופות); ע"א 463/80 שי סולונץ בע"מ נ' "דתבוף" חרושת ברזל בע"מ ואח, פד"י לח(3) 630 (היחס בין התרופות לפי חוק המכר ולפי חוק התרופות); ע"א 716/72 רוזנשטיין נ' חברה איי לאומומובילים בע"מ, פד"י כז(2) 709, 713-715 (היחס בין תקנת השוק לבין משכון רשום); ע"א 81/73 יוסף נ' חברה איי לאומומובילים בע"מ, פד"י כז(2) 716 (היחס בין תקנת השוק לבין רישום שיעבוד אצל רשם החברות או רישום משכון); ע"א 184/77 שגיב ואח' נ' אי ופי וולובלסקי, כונס נכסים של צות ר.י.ל. בע"מ, פד"י לב(1) 263 (היחס בין רישום הערתיאודרה לבין רוקסריתנת "החווה המככר" של דיני פשיטת-הרגל).

ליצירתן של נורמות-משנה מפורטות במסגרתן של הוראות כלליות הקיימות בחקיקה ראה, למשל, ע"א 186/77 סוכנויות (השטרת רב) בע"מ ואח' נ' טרבלום ואח, פד"י לג(1) 197, 204-206 (כללים במסגרת סעיף 9 לחוק התרופות); ע"א 430/79 בנישתי ואח' נ' ששון ואח, פד"י לה(2) 400 (כנ"ל); ע"א 741/79 בלנית השרון השקעות ובנין (1978) בע"מ ואח' נ' הרביץ ואח, פד"י לה(3) 533 (כנ"ל); ע"א 423/80 אברני נ' קסמו ואח, פד"י לו(1) 701 (כנ"ל); ע"א 273/78 גרוסמן נ' בספי ואח, פד"י לג(3) 300 (כללים במסגרת סעיפים 14 ו-15 לחוק החודים); ע"א 760/77 בן עמי ואח' נ' בנק לאומי לישראל בע"מ, פד"י לג(3) 567 (כללים במסגרת סעיף 15 לחוק החודים); ע"א 488/83 צנעני נ' אנמן ואח, פד"י לח(4) 141 (כנ"ל); ע"א 304/84 פומסקו נ' עיריית חיפה, פד"י לו(4) 357 (כנ"ל).

למילויים של הסטנדרטים הנקוטים בחקיקה בכללים ראה, למשל, ע"א 774/75 עובדיה ואח' נ' אדרבי, פד"י לו(3) 533 (מילוי בתוכן של סטנדרט הצדק בסעיף 4(3) לחוק התרופות); ע"א 160/76 גלעד את ענת בע"מ ואח' נ' שיש ואח, פד"י לא(1) 197 (כנ"ל); ע"א 252/76 עזובן עליזה מילר ואח' נ' מלון סטטניה בע"מ, פד"י לא(2) 159 (כנ"ל); ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פד"י לג(1) 281 (כנ"ל); ע"א 714/79 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח, פד"י לד(3) 643 (כנ"ל); ע"א 206/79 ריטברג נ' גיסיס ואח, פד"י לד(3) 314 (כנ"ל); ע"א 21/80 ורטהיימר ואח' נ' הררי ואח, פד"י לה(3) 253 (כנ"ל); ע"א 260/80 נוביץ נ' ליבוביץ, פד"י לו(1) 537 (כנ"ל); ע"א 84/80 קאסם נ' קאסם, פד"י לו(3) 60 (כנ"ל); ע"א 611/80 צדקה ואח' נ' בן ארצי הבדן, פד"י לו(4) דוד (כנ"ל); ע"א 48/81 פומרניץ ואח' נ' ק.ר.ש. בנק והשקעות בע"מ ואח, פד"י לח(2) 813 (כנ"ל); ע"א 281/83 תדיגיאן ואח' נ' עזובן המנוח מנשה חליטה זיל ואח' (כנ"ל); ע"א 359/79 אלהנני ואח' נ' רשאל ואח, פד"י לה(1) 701 (צדק במסגרת סעיף 31 לחוק החודים); ע"א 311/78 הורארד נ' מיארה ואח, פד"י לה(2) 505 (כנ"ל); ע"א 141/80 גפני נ' מאירוב ואח, פד"י לה(3) 813 (כנ"ל); ע"א 335/78 שאלתיאל נ' שני ואח, פד"י לו(2) 151 (כנ"ל); ע"א 533/80 ארעני ואח' נ' גוליהו ואח, פד"י לו(4) 281 (כנ"ל).

67 על המחלוקת בשאלה המקדמית, האם בכלל ניתן להתייחס לחקיקה האזרחית החדשה במסגרת של סדקס, ראה לעיל, טקסט לאחר הערה 97. כשלעצמי, אני סבור כי אי אס נקבל שיש להתייחס אל

המתייחסות להפעלתו של הסדר קודיפיקטיבי בתחום המשפט האזרחי: הדגם של הקודקסים הקונטיננטליים והדגם של הקודיפיקציה האמריקנית.

1. הקודקסים הקונטיננטליים

בארצות הצמנות על שיטת המשפט הסיבילי (Civil Law), מקובל השימוש בקודקס כאמצעי לקביעת תוכנו של המשפט האזרחי. שני הקודקסים העיקריים בשיטה זו הם הקוד סיביל (Code Civil) הצרפתי (הידוע גם כ"קוד נפוליאון") והג.ב. (Bürgerliches Gesetzbuch) הגרמני.

הקוד סיביל הצרפתי ראה אור בשנת 1804 לאחר הכנות שארכו שנים אחדות⁶⁸. הקוד היה אמור לבטא את רוחה של צרפת שלאחר המהפכה. עם זאת במידה לא מעטה, והראותי מבוססת על הדין שחל בצרפת בתקופה שלפני המהפכה⁶⁹. כמרקן, הוא היה אמור להביא לאחדות המשפט האזרחי במחוזותיה השונים של צרפת⁷⁰. הקוד מנוסח בשפה יומיומית פשוטה ובהירה, הנמנעת משימוש בז'רגון משפטי. מנסחיו התכוונו ליצור רבר חקיקה המכוון ל"אדם הקטן", כדי שהלה יוכל לעיין בו ולמצוא בו בלא מאמץ את המענה לכל שאלה משפטית המטרידה אותו⁷¹. זאת, ברוח הרציונליזם של המאה ה-18, שלפיו ניתן להשתלט בסח התבונה על המציאות ולארגן אותה בסדרה של נורמות פשוטות ותואמות את התגליותיה⁷². עם זאת, הקוד אינו עשוי רשת צפופה של כללים מפורטים. יש בו

החקיקה כאל קודקס, הרי מהתייחסות כזו, כשלעצמה, לא נגזרות מסקנות כלשהן ביחס לתורת המשפט שבחקיקה החקיקה צריכה להיות מופעלת, ראה להלן, טקסט להערות, השווה פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" (לעיל, הערה 12), 465, 466; מרימן (לעיל, הערה 56), 27-28, 33; לאוסון (לעיל, הערה 60), 32; פאנדר (לעיל, הערה 58), 267-282, ראה גם הדיון להלן.

68 על הרקע לחקיקת הקוד סיביל ראה לאוסון (לעיל, הערה 60), 34-44, 54-56, 61-62; פרידריך (לעיל, הערה 61), 1-2; מרימן (לעיל, הערה 56), 28-29; S. Herman, "Perspective on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Consideration" 54 Tul. L. Rev. (1980) 987, 1000-1002; L. Baudouin, "The Influence of the Code Napoleon" 33 Tul. L. Rev. (1958) 22, 23 ועל תרומתו במסגרת תהליך זה ראה: K. Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 77-75.

69 לאוסון (לעיל, הערה 60), 54-56; פרידריך (לעיל, הערה 61), 2-4; A. Sereni, "The Code and the Case Law", in: *The Code Napoleon and the Common Law World* (B. Schwartz ed., 1956, 1976) 55, 56; K. Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 68, 78-79.

70 הרמן (לעיל, הערה 68), 1000-1002; K. Rayan, *An Introduction to the Civil Law* (1962); 28-29; A. Tunc, "The Grand Outlines of the Code", in: *The Code Napoleon and the Common Law World* (B. Schwartz ed., 1956, 1976) 20.

71 לאוסון (לעיל, הערה 60), 48; פרידריך (לעיל, הערה 61), 12; מרימן (לעיל, הערה 56), 29-30; K. Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 83; הרמן (לעיל, הערה 68), 1001-1002; ריאן (לעיל, הערה 70), 29; טונק (לעיל, הערה 70), 22; סרגי (לעיל, הערה 69), 36.

72 פרידריך (לעיל, הערה 61), 16; K. Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 78, 80-81; סרגי (לעיל, הערה 69), 37; הרמן (לעיל, הערה 38), 126-127; מרימן (לעיל, הערה 56), 30; הרמן (לעיל, הערה 68), 999-1000; S. Herman, "Legislative Management of History – Notes on the Philosophical Foundation of the Civil Code" 53 Tul. L. Rev. (1979) 380, 385-392.

הוראות רחבות ועקרונות כלליים, שלפי טיבם הם מצריכים פירוט לכללי-משנה על-ידי בתי-המשפט המפעילים אותם.⁷³

הבג"ב. הגרמני ראה אור בשנת 1896 ונכנס לתוקף ב-1900, לאחר עשרות שנות הכנה. שלא כמו הקוד סיביל הצרפתי, בתהליך עיצובו של הבג"ב. לא היתה השפעה לרוח הרציונליזם של המאה ה-18. אלא, שני זרמים אינטלקטואליים היו דומיננטיים בעיצובו. ראשית: האסכולה ההיסטורית של המשפט, המזוהה בעיקר עם שמו של סאוויני. הקריאה להכנתו של קודקס אורחי והשמעה בגרמניה עוד בראשית המאה ה-19, לאחר צאתו לאור של הקוד סיביל הצרפתי. קריאה זו נתקלה בהתנגדותו של סאוויני, שתבע כי לתהליך הכנתו של הקודקס יקדם לימוד מדויק של המקורות ההיסטוריים של המשפט הגרמני. בעקבות זאת, הקדישו מלומדים גרמניים עשרות שנים ללימוד עקרונות המשפט הגרמני וליתור שורשיהם.⁷⁴ בעיקר ברובד המשפט הרומי. שנית: האסכולה המדעית של המשפט, הפנרטיזם, שהיתה מזוהה במחצית השנייה של המאה ה-19 בעיקר עם שמו של וינשיד. אסכולה זו סברה כי נורמות המשפט צריכות לשמש נושא לחקירה מדעית של המשפטן בדומה לאופן שבו היקום משמש נושא לחקירתם של מדעי הטבע: נורמות המשפט אמורות להיות מאורגנות וקשורות אלו לאלו ביחסים המקבילים לאלו החלים על הכללים של מדעי-הטבע, ותפקידו של המשפטן הוא לאתר יחסים אלו ולבנות את מערכת הנורמות שבשיטתו בסדר ובמבנה התואמים אותם.⁷⁵ מבחינה תוכנית, הבג"ב. הוא פרייה של האסכולה הראשונה; מבחינה מבנית הוא משקף את האסכולה השנייה: הוא עשוי מערכת שלמה וסגורה – מעין מתימטית – של קונצפציות ועקרונות המתאייחים זה לזה ביחס של נביעה, מן הרחב אל הצר, תוך הקפדה על העדר סתירות או חפיפות ביניהן, באופן המאפשר יישום או גזירה של פתרון נכון אחד לכל מקרה ספציפי העשוי להתעורר בתחום חלופתה של המערכת.⁷⁶ בניגוד לקוד סיביל הצרפתי, שביקש "לדלג מעל לראשו של המשפטן", הבג"ב. מופנה אל יודעי המשפט: אף כי לשוני מדויקת וברורה, מרובה בה השימוש במונחים משפטיים טכניים, ואף כי, בדומה לקוד סיביל הצרפתי, גם הוא אינו עשוי רשת צפופה של כללים מפורטים, הרי התוקיות השלטת ביחסי הנורמות המרכיבות אותו אמורה להקנות ביד המשפטן המפעיל אותו מכשיר לאיתור או לגזירת הפתרון המשפטי לכל בעיה שבה הוא עשוי להיתקל.⁷⁷

- 73 לאוסון (לעיל, הערה 60), K. Zweigert & H. Kötz; 56-54 (לעיל, הערה 60) בעמ' 81-83, 87; טונק (לעיל, הערה 70), 29-24; סרגי (לעיל, הערה 69), 63-60; מרימן (לעיל, הערה 56), 56; פאונר (לעיל, הערה 59), 284, 282; הרמן ולעיל, הערה 68, 1040-1039; A. von Mehren & J. Gordley; 1150-1152 (2nd ed., 1957, 1967) *The Civil Law System*; אואיבך (לעיל, הערה 29), 1247, 1275; גורדלי (לעיל, הערה 61), 144-142, 149-147.
- 74 לאוסון (לעיל, הערה 60), 54-53; מרימן (לעיל, הערה 56), 33-31; Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 141-139; N. Horn, H. Kötz & H. Leser; 141-139 (לעיל, הערה 60) בעמ' 65.
- 75 הרמן (לעיל, הערה 68), 1020-1019; K. Zweigert & H. Kötz; 1020-1019 (לעיל, הערה 60) בעמ' 143-141, 144; N. Horn, H. Kötz & H. Leser; 144 (לעיל, הערה 60) בעמ' 66-65, 59.
- 76 לאוסון (לעיל, הערה 60), 54-53, 66; מרימן (לעיל, הערה 56), 33-31; ריאן (לעיל, הערה 70), 34-32; פרלמן (לעיל, הערה 25), 29-27, 47-46; N. Horn, H. Kötz & H. Leser; 47-46 (לעיל, הערה 60) בעמ' 60.
- 77 לאוסון (לעיל, הערה 60), 54-53, 57; מרימן (לעיל, הערה 56), 56; פון-מזון וגורדלי (לעיל, הערה

על-אף השוני הקיים ביניהם מבחינות רבות, הקוד סיביל הצרפתי והבג.ב. הגרמני נוצרו והופעלו משך שנים ארוכות בחיקה של תורת-משפט דומה מבחינת "חלוקת העבודה" בין המחוקק לבין השופט, שאותה הם היו אמורים לממש. תורה זו מתאפיינת בגישה פוזיטיביסטית למקורות המשפט התקפים במדינה, והיא מתמצית בתפישה קיצונית של הפרדת הרשויות בהפעלת המשפט האזרחי: מעשה היצירה של המשפט נתון כולו למחוקק, בעוד בית-המשפט אמור אך ליישם את דבר המחוקק ולעולם לא להוסיף עליו. בית-המשפט אינו אמור לבחון את מאפייני המקרה שבפניו מתוך כוונה למצוא עבורו את הפתרון הראוי לו על-פי שיקולים ערכיים המופעלים על-ידו, אלא על בית-המשפט לאתר את מאפייני המקרה שבפניו מתוך כוונה להגיע למיוזנו הנכון של המקרה כדי להחיל עליו את הפתרון שהוכן בעבורו על-ידי המחוקק במסגרת הקודקס. יחסי המחוקק והשופט אינם נתפשים על-פי גישה זו כיחסי שותפות ביצירת הדין האזרחי, אלא כיחסי כפיפות בין מי שקובע הסדר נורמטיבי לבין מי שאמור להציאו אל הפועל⁷⁸.

תפישה זו באה לכיטוי בכמה מאפיינים של ההתייחסות המלווה באופן מסורתי⁷⁹ את הפעלת הקודקס בצרפת ובגרמניה.

ראשית: תפישת הקודקס כגורם הממצה את כל ההסדרים שקיזמם נדרש בתחום המשפט האזרחי – באופן מסורתי, הקודקס נתפש כמי שאמור להכיל, במפורש או במשתמע, את הפתרון לכל בעיה משפטית העשויה להתעורר, תוך שכל מה שנותר לשופט הוא לאתר את עובדות המקרה שבפניו, שהן רלבנטיות מהבחינה המשפטית, ולהחיל לגביהן את הקטיגוריה המשפטית המתאימה הנמצאת בקודקס או בכתבי המלומדים המפרשים את הקודקס⁸⁰.

שנית: שלילת המעמד של מקור משפטי מהפסיקה – באופן מסורתי, הקודקס נחשב כמקור הבלעדי לקביעת תוכנו של הדין בעוד שהפסיקה אינה נחשבת מקור משפטי המוסיף עליו. מכיוון שכך, דוקטרינת התקדים המחייב אינה מוכרת: נאמנות של כל שופט אינה יכולה להיות נתונה אלא למקור האחד והיחיד של הדין – הקודקס⁸¹.

- 73, 1136, 1152-1150; N. Horn, H. Kötz & H. Leser (לעיל, הערה 60) בעמ' 65-68; K. Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 144-145; הרמן (לעיל, הערה 68) 1039-1040; אוארבך (לעיל, הערה 29) 1247, 1275; פאנור (לעיל, הערה 58) 282, 284.
- 78 טונק (לעיל, הערה 70) 19-20, 29-31; סרני (לעיל, הערה 69) 57; מרימן (לעיל, הערה 56) 20-26, 30, 33, 40, 54, 87-88; הרמן (לעיל, הערה 68) 1046-1050; פודקוהן וגורדלי (לעיל, הערה 73) 1142-1143, 1146-1150, 1153. ראה גם גורדלי (לעיל, הערה 61) 152-156; לאוסון (לעיל, הערה 60) 63, 65, 79-81.
- 79 ראוי להדגיש כי התייחסות היא ההתייחסות המסורתית בלבד, בעוד שלמעשה נשמעו בספרות המשפטית של צרפת וגרמניה קולות לאימצים של כפירה במידת התקיפות של התייחסות זו לקודים האזרחיים. ראה להלן, טקסט להערות 83-87.
- 80 לאוסון (לעיל, הערה 60) 66; טונק (לעיל, הערה 70) 29-31; מרימן (לעיל, הערה 56) 20-26, 30, 31, 33, 53-55, 150-151; פודקוהן וגורדלי (לעיל, הערה 73) 1129, 1137, 1134-1135. K. Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 269; N. Horn, H. Kötz & H. Leser (לעיל, הערה 60) בעמ' 58.
- 81 מרימן (לעיל, הערה 56) 35-39, 48-49; פודקוהן וגורדלי (לעיל, הערה 73) 1134-1135, 1137-1147.

שלישית: מעמד הבכורה המוקנה למלומד המשפט בהמשך הפיתוח והיצירה של הדין – מלומד המשפט אמור לפרש את הוראות הקודקס בתחום הדין שבו הוא מתמחה, באופן שיבהיר את העקרונות הרחבים שעליהם מושתתות הוראות אלו ובאופן שיוסיף הוראות מפורטות לגבי מצבים עובדתיים נוספים על אלו הגרונים בקודקס.⁸²

רביעית: מעמד הנחות יחסית של השופט בקהילת המשפט ובחברה – השופט נחשב פקיד המדינה האמור להציא אל הפועל את דבר המחוקק הקבוע בקודקס. הדבר בא לידי ביטוי בדרכי המינוי והקידום של השופטים ובדימוי העצמי והמעמד החברתי של השופטים – כולם דומים לאלו של עובדי מנגנון המדינה יותר מאשר לאלו של קבוצת עילית הממוקמת, לצד המחוקק, במרכז מעשה היצירה של נורמות המשפט החלות במדינה.⁸³

חמישית: שימת דגש רב על הערך של וראות תוכנו של הדין – הדין אמור להימצא קבוע מראש בגדרו של מקור משפטי אחד, הקודקס, באופן שכל המבקש לפעול בתחום המוסדר עלידו יוכל לדעת את הנפקיות המשפטיות של מעשיו מראש ובלא שיעורב בכך, לאחר מעשה ובאורח אקראי, שופט המכפיף את הפעולה רטרואקטיבית לנורמה יציר-כפיו.⁸⁴

עם זאת, מן הראוי להדגיש באיזה רובד בשיטת המשפט של צרפת ובשיטת המשפט של גרמניה ממוקמות התפישות האמורות: תפישות אלו מלוות באופן מסורתי את הפעלתם של הקודקסים האזרחיים, בבחינת הריטוריקה והאידיאולוגיה האמורות לבטא את הציפיות של הקהילה המשפטית שבשיטה, ביחס לאופן שבו צריך להיות מופעל בה הדין האזרחי. עם זאת, בפועל, בתי המשפט ממלאים תפקיד שונה לא במעט מזה שאותו הם אמורים למלא על-פי האידיאולוגיה המלווה באורח מסורתי את פעולתם: בהפעילם נורמות חקוקות בעלות תוכן כללי ועמום, ובפתחם דוקטרינות משפטיות חדשות, שהצורך בהן מתעורר בחלוף השנים, בתי המשפט הקונטיננטליים יוצרים דין חדש, בהשתמשם כבחומר-גלם בנורמות הקודקס והחזרות ובפסיקה קודמת שלהם, בתהליך שאינו רחוק מזה שבו השופטים הפועלים בשיטת המשפט המקובל של אנגליה וארצות-הברית יוצרים דין חדש בהשתמשם בפסיקה קודמת העומדת לרשותם כבחומר-גלם. במסגרת תהליך זה, זוכים פסקי-הדין של בתי המשפט הגבוהים דה פקטו למעמד תקדימי מחייב, שאינו שונה בהרבה ממעמדם של פסקי-הדין של בתי המשפט הגבוהים ברצות המשפט המקובל.⁸⁵ ואכן, לצדן של התפישות המסורתיות האמורות, ניתן למצוא בצרפת ובגרמניה הכרה בכך שקיים פער בין הריטוריקה והאידיאולוגיה המלוות את הפעלתם של הקודקסים האזרחיים ובין הדרך שבה הקודקסים מופעלים, למעשה, על-ידי בתי המשפט.⁸⁶ ולא אחת והשמעה בהן ביקורת

82 מרימן (לעיל, הערה 56), 59–64.

83 פון־קהרן וגורדלי (לעיל, הערה 73), 1146–1150.

84 מרימן (לעיל, הערה 56), 50–52, 88; הרמן (לעיל, הערה 68), 1046–1050. השווה ר'אמטו (לעיל, הערה 24), 37–39.

85 מרימן (לעיל, הערה 56), 35–39; פון־קהרן וגורדלי (לעיל, הערה 73), 1142–1145; K. Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 87–89, 149–153, 272–273; N. Horn, H. Kötz & H. Leser (לעיל, הערה 60) בעמ' 61–63.

86 מרימן (לעיל, הערה 56), 43–44, 47–49, 56, 86, 88–91, 150–151; לאוסון (לעיל, הערה 60), 86–88; פון־קהרן וגורדלי (לעיל, הערה 73), 1129, 1133–1138; גורדלי (לעיל, הערה 61), 144–145.

כנגד האידיאולוגיה האמורה בגין חוסר ההתאמה שלה למציאות, ואף פותחו תורות משפט חדשות, המבקשות להצדיק פעולה אקטיבית של בתי המשפט ביצירת הדין, לנוכח צרכי החברה ולנוכח מגבלות המבנה והתוכן של הקודקסים יצירי הדורות הקודמים.⁸⁷

2. הקוד המסחרי האחד האמריקני

הקוד המסחרי האחד האמריקני (Uniform Commercial Code) אומץ על ידי המדינות השונות של ארצות הברית החל מסוף שנות החמישים ובמהלך שנות השישים של המאה. הקוד ראה אור לאחר הכנות שנמשכו החל מראשית שנות הארבעים ועד סוף שנות השישים. הוא הוכן במטרה להביא לעדכוןם ולהאחדתם של הדינים החלים במדינות השונות של ארצות הברית בענפים אחרים של המשפט המסחרי והאזרחי, כגון מכר, מסמכים סחירים, מכתבי אשראי ומשכון.⁸⁸ בראש צוות ההכנה של הקוד עמד קרל לואלין, שלצד היותו מגדולי המשפטנים בתחום האזרחי והמסחרי בארצות הברית במאה העשרים היה גם מראשי דובריו של הזרם הריאליסטי בתורת המשפט האמריקנית בשנות השלושים של המאה.⁸⁹ ואכן, לואלין ושותפיו להכנת הקוד ביקשו לנסח דבר חקיקה המממש, הלכה

"...continental judges, in Italy and France rather more than in Germany, are still imbued with the old positivistic idea that deciding a case involves nothing more than "applying" a particular given rule of law to the facts in issue by means of an act of categorization. ... This old-fashioned doctrine... is obviously at odds with what we can see actually happening on the continent when judges set about discovering the law today, but the style of the judgements of the highest courts of France, Italy and even Germany shows how stubbornly these ideas remain alive." K. Zweigert & H. Kötz (לעיל, הערה 60) בעמ' 267. ראה גם שם בעמ' 272-273. "New rules often emerge from judicial decisions; but while it is unquestionable one of the principal tasks of the supreme courts to lay down such rules, it has proved very difficult to accommodate this admitted fact within the legal theory. ... The judges' duty to develop the law is clearly acknowledged... Indeed, no one today seriously disputes this. The new rules they lay down, often in the clearest terms, are treated just like rules of law, discussed by legal scholars, taken into account by practitioners and followed by the courts."

N. Horn, H. Kötz & H. Leser (לעיל, הערה 60) בעמ' 61, 63.

87 מרימן (לעיל, הערה 56), 43-44, 47-48; גורדלי (לעיל, הערה 61), 141; פורקהרן וגורדלי (לעיל, הערה 73), 1137-1138. "The interpretation or completion of the code is no longer dominated by the jurisprudence of concepts, which has been succeeded... by the jurisprudence of interests. This school, started by Rudolf von Jhering... has given the judge a new freedom. He no longer has to fabricate conceptualistic constructions, but may appraise the interests of the parties and effect an accommodation of them... though there are still, alas, many cases where the discussion is in purely formal terms." N. Horn, H. Kötz & H. Leser (לעיל, הערה 60) בעמ' 62.

88 על הרקע להכנת הקוד ועל דרך הכנת הקוד ראה J. White & R. Summers, *Uniform Commercial Code* (1972) 1-20.

89 ראה E. Bienenheimer, *Jurisprudence* (rev. ed., 1974) 124-128; W. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (1973).

למעשה, את עיקריה של תורת המשפט הריאליסטית. מבין פרקיו השונים של הקוד, הפרק השני, העוסק בעסקאות מכר, מבטא שאיפה זו באורח המובהק ביותר⁹⁰. בהתאם לתורת המשפט הריאליסטית, הפרק השני של הקוד מושתת על כפירה בכך שנורמות משפט קבועות מראש עשויות להסדיר את גילוייה המרובים והמגוונים של המציאות. אלא, הפרק השני מבטא גישה הממקמת את השופט הדין בסכסוך המובא בפניו במרכז מעשה היצירה של נורמות המשפט. זאת, ברוח תורת המשפט הריאליסטית, שכפרה בסברה המסורתית שלפיה הדיון מתגלם בכללי משפט מופשטים, הכתובים עלי ספריהחוקים והמיושמים באורח מיכניסטי עלידי בתיהמשפט, וסברה, תחת זאת, כי הדין נוצר עלידי בתיהמשפט תוך הברעותיהם בסכסוכים המובאים בפניהם⁹¹, ובהתאם למסורת שיטת המשפט המקובל, שראתה את בתיהמשפט כאורגן העיקרי של יצירת הדין⁹².

בהתאם לכך, המאפיין הבולט ביותר של הפרק השני הוא השימוש הרב שנעשה בו בסטנדרטים, ובראשןבראשונה בסטנדרט הסבירות⁹³. הצדדים לעסקאות המוסדרות עלידי הפרק השני אמורים למלא סטנדרטים אלו תוכן בפעולותיהם, ובמקרה של סכסוך, ביתהמשפט אמור אף הוא לצקת תוכן לסטנדרטים אלו ולבחון לאורם את התנהגות הצדדים שבפניו. עליפי גישה זו, חומרהגלם למלאכת השופט אינו אמור להיות נורמות המשפט הקיימות בתחום שבו הוא פועל, תוך שעליו, כביכול, להפעיל ולגזור מתוכן את הפתרון הראוי לחלל במקרה הפרטיקולרי שבפניו. אלא, עליפי הגישה הבאה לביטוי בפרק השני, חומרהגלם למלאכת השופט הן עובדותיו של המקרה שבפניו והדרך שבה עובדות אלו מוערכות עלידי אנשי אותו מגזר בחברה שבמסגרתו פעלו הצדדים לסכסוך: בהתאם לנתונים אלו, השופט אמור להתאים לעובדות המקרה שבפניו את הדין המיוחד המתאים לחלל עליהן⁹⁴. גישתו זו של הפרק השני גרמה לכך שיאמר עליו – באמירה בוטה, המכילה, עם זאת, גרעין מוצק של אמת – כי אין הוא דבר חקיקה הקובע את תוכנו של הדין החלל על העסקאות המוסדרות עלידו, אלא הוא מהווה "מדריך" לאיתור הדין שיש להחילו על עסקאות אלו⁹⁵.

90 ראה דנציג (לעיל, הערה 36), 621; T. Jackson & F. Peters, "Quest for Uncertainty – A Proposal for Flexible Resolution of Inherent Conflicts Between Article 2 and Article 9 of the Uniform Commercial Code", 87 *Yale L. J.* (1978) 907, 907-908.

91 דנציג (לעיל, הערה 36), 634-635.

92 ראה ברק (לעיל, הערה 1), 20; מרימן (לעיל, הערה 36), 59.

93 דנציג (לעיל, הערה 36), 633-634; בונסיניור (לעיל, הערה 29), 146; R. Hillman, "A Study of Uniform Commercial Code Methodology – Contract Modification Under Article 2" 59 *NC. L. Rev.* (1981) 335, 335; Note, "How Appellate Opinions Should Justify Decisions Made Under the U.C.C.", 29 *Stan. L. Rev.* (1977) 1245, 1256; D. Mellinkoff, "The Language of the Uniform Commercial Code" 77 *Yale L. J.* (1967) 185, 209-213.

94 דנציג (לעיל, הערה 36), 623-625; הילמן, "How Appellate etc." (לעיל, הערה 93), 1254-1247; R. Hillman, "Contractual Interactions and the Uniform Commercial Code" 89 *Yale L. J.* (1980) 1396, 1403.

95 דנציג (לעיל, הערה 36), 626-627, 629-631, 632; הילמן (לעיל, הערה 93), 1258.

החשיבות המועטה שהפרק השני מייחס לתפקידן של נורמות מוכנות מראש בקביעת תוכנו של הדין באה לביטוי גם בלשון הנקוטה בו: הלשו אינה משפטית-טכנית, כי אם יזמיומית ומסורבלת⁹⁶ והיא מגלה בעליל העדרתו של מאמץ להבהרת מטרותיהן של הנורמות על-פני הדיוק והנקיזן של הנוסח⁹⁷.

3. תורת-משפט ראויה לחקיקה האזרחית החדשה

מהדיון בקטעים הקודמים עולה כי עצם הבחירה בקודקס כדרך לארגונו של תחום משפטי מסוים אינה מכתיבה, בהכרח, בחירה גם בתורת-משפט אחת ויחידה כמי שמתאימה להפעלת הקודקס. בצרפת ובגרמניה, מחד גיסא, ובארצות-הברית, מאידך גיסא, נעשה שימוש בקודקסים, ואולם הם מופעלים בחיקן של תורות-משפט שהינן שונות לחלוטין אלו מאלו. יתר-על-כן, בצרפת ובגרמניה ניתן לגלות התפתחות של התורות המלוות את הפעלת הקודקסים, באופן שתורות חדשות תופשות את מקומן של קודמותיהן, השונות מהן באורח ניכר. אם כך, איזו תורת-משפט צריכה להיות מוחלת לצורך הפעלתה של החקיקה האזרחית החדשה שלנו?

אני סבור כי התכונה העיקרית הנדרשת מתורת-המשפט שתלווה את הפעלתה של החקיקה היא היותה מושתתת על תפישה מציאותית ונכונה של תכונות החקיקה: תורת-משפט, שביסודה תפישה בלתי-מציאותית של החקיקה, חלקה בחוסר-דלבנסיות, מבחינת המידה שבה יהיה ניתן למצוא מענה לבעיות ולצרכים האמיתיים שיתעוררו תוך הפעלת החקיקה.

- 96 מלינקוף ולעיל, הערה 93, 186-185, 213-222; בונסניור (לעיל, הערה 29), 146.
- 97 הילמן (לעיל, הערה 93), 1256-1258; J. McDonnell, "Purposive Interpretation of the Uniform Commercial Code: Some Implications for Jurisprudence" 126 *U. Pa. L. Rev.* (1978) 795, 797-801. גישות דומות לאלו הנאות לביטוי בקוד המסחרי האחד מסתמנות גם בתחום דיני החוזים הכללים במשפט האנגלו-אמריקני. כך המלומדים עטייה וטרייטל הצביעו על כך שבעוד אשר דיני החוזים של המאה ה-19 היו מורכבים מנורמות מהסוג של כלל, הרי דיני החוזים של המאה העשרים מתאפיינים בשימוש מרובה בנורמות מהסוג של סטנדרט, ראה עטייה (לעיל, הערה 34), במיוחד בעמ' 1259-1270, 1272; P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*; 1272, 1270-1259; G. Treitel; (1979) 671-680; (לעיל, הערה 36), 4-5, 13-14, ביטוי בולט למגמה זו ניתן למצוא ב-*Restatement, Second, Contracts*, שראה אור בראשית שנות השמונים, בעוד אשר הריסטיסמנט הראשון, שהתפרסם בשנות השלושים, התאפיין בנורמות מהסוג של כלל; הרי בריסטיסמנט השני לא כמעט בהשפעתו של הקוד המסחרי האחד, מרובה השימוש בנורמות מהסוג של סטנדרט. ראה הרווי (לעיל, הערה 36), 666; ספידל (לעיל, הערה 56), 786; E. Farnsworth, "Some Prefatory Remarks: From Rules to Standards" 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 634, 634; J. Murray, "The Standardized Agreement Phenomenon in the Restatement of Contracts" 67 *Cornell L. Rev.* (1982) 735, 736-738. חלק מסטנדרטים אלו מופנה לצדדים עצמם, אף כי מילויים כתובים עשוי להתבקש מאת בית-משפט הדין בסכסוך שניניהם; סטנדרטים אחרים מופנים לבית-המשפט בלבד, בהנחה ליישוב הסכסוך שבפניו, תוך שאין בהם רלבנטיות לפעולת הצדדים עצמם, ראה הרווי (לעיל, הערה 36), 666; W. Young, "Half Measures" 81 *Colum. L. Rev.* (1981) 19, 23-24.

תכונה שנייה הנדרשת מתורת המשפט שתלווה את הפעלת החקיקה האזרחית החדשה היא הזדהות הרמונית עם תורת המשפט הכללית הרווחת בשיטתנו. שום קודקס אינו מופעל בחלל ריק, במנותק משאר התהליכים המתקיימים בשיטה. נהפוך הוא: כפי שעולה מהדין בקטעים הקודמים, נסיון של גרמניה, צרפת וארצות הברית מלמד כי תורות המשפט המלוות את הפעלת הקודקסים בתקופות שמן שונות נגזרות מתורות המשפט הכלליות הרווחות בשיטה בתקופות אלו. יש אפוא לבחון אם התורה המתחייבת לצורך הפעלת החקיקה האזרחית שלנו לנוכח תכונותיה של החקיקה עולה בקנה אחד עם התפישה הכללית של תורת המשפט המקובלת בשיטתנו, ויש לעשות כל מאמץ לכך שהתורה שתלווה את החקיקה תימצא ביחס של הרמוניה עם תורת המשפט כללית זו.⁹⁸

כזכור, מרכזה בחקיקה השימוש בנורמות קצרות, כלליות ופתוחות.⁹⁹ מאופייה זה של החקיקה נגזר "תפקיד יוצר" רחבי היקף לבתי המשפט בהמשך הפיתוח של המשפט האזרחי שלנו. זאת, בדרך של יצירת נורמות – כללים וסטנדרטים כאחד – כהשלמה לנורמות החקיקה הנוכחיות, כפירוש שלהן וכקונקרטיזציה שלהן.¹⁰⁰ נקודת המוצא להפעלת החקיקה צריכה להיות אפוא הכרה בכך שמאופי החקיקה מתחייב תפקיד מרכזי לבתי המשפט בהמשך פיתוח המשפט האזרחי שלנו, עם תום מלאכת החקיקה. האם תפישה כזו תעלה בקנה אחד עם תפישותיה של תורת המשפט הכללית הרווחת בשיטתנו באשר למעמדם של בתי המשפט בשיטה ובאשר ל"חלוקת העבודה" בין המחוקק והשופט בשיטה?

אחת השאלות המרכזיות בתורת המשפט היא מהו פשרו של מעשה השפיטה?¹⁰¹ מהדין בשאלה זו במשפט האנגלו-אמריקני עולים שני דגמים עיקריים באשר למהות השפיטה. הדגם האחד מתאפיין בתפישה מיכניסטית של מעשה השפיטה. עלי-פי דגם זה, תמציתו של מעשה השפיטה הוא ביישום, היינו: המאפיינים העובדתיים הרלבנטיים מהבחינה המשפטית של אירוע מסוים שבעבר, והחלה עליו של נורמה משפטית קיימת, האמורה להסדיר מצבים עובדתיים מסוגו, עלי-פי דגם זה, הפתרון המשפטי לכל אירוע עובדתי העשוי להצריך הכרעה שיפוטית צריך להיחשב כמי שמצוי במערכת הנורמות העומדות לרשות השופט. זאת, בין בגלוי ובכירור ובין באופן משתמע בלבד, באופן שעל השופט מוטל לחשוף את ההסדר הטמון והחבוי במערכת, תוך הפעלת טכניקות ההנמקה המשפטית (legal reasoning), שעליהן אמונים משפטנים¹⁰². עלי-פי הדגם האחר, מעשה השפיטה עשוי להיות כרוך ביצירת הנורמה המשפטית המוחלטת עלי-ידי השופט על המקרה שבפניו,

98 פון־מהרן וגורדלי (לעיל, הערה 73), 1145.

99 ראה לעיל, סקסט להערות 42–48.

100 ראה לעיל, סקסט להערות 62–66.

101 R. Dworkin, *Law's* 1377–1376, 61 (לעיל, הערה 61); להמן (לעיל, הערה 97), 795; *Empire* (1986) 1–44; G. Hughes, "Rules, Policy and Decision-Making" 77 *Yale L. J.* (1976) 411, 411–413; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1977) 3

102 קנרי (לעיל, הערה 23), 1708, 1753–1754; קנרי (לעיל, הערה 24), 358–359, 367–368; פון־מהרן וגורדלי (לעיל, הערה 73), 1133–1134, 1137, 1143; פאונר (לעיל, הערה 58), 282–283; ראמטו (לעיל, הערה 24), 39–41; ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 45), 27–28; ברק, "פרשנות ושפיטה – יסודות לתורת פרשנות ישראלית" עיוני משפט, (תשמ"ה) 467, 487–488; גביון (לעיל, הערה 3), 340, הערה 53.

עשוי להיות כרוך ביצירת הגורמה המשפטית המוחלטת עלידי השופט על המקרה שבפניו, היינו: השופט עשוי להימצא, לא אתה, במצב שבו יישומה של נורמה קיימת יוכל להכתיב את ההכרעה השיפוטית¹⁰³. מבין שתי גישות אלו, הראשונה נחשבת מיושנת, הגישה הרווחת כיום במשפט האנגלו-אמריקני מכירה בחשיבותה של פונקציית היצירה במעשה השיפוט¹⁰⁴.

איזה מבין שני הדגמים האמורים של מעשה השיפוט מקובל במשפט הישראלי? התשובה לשאלה זו היא, שבשיטתנו כמעט שלא ניתן למצוא התייחסויות לשאלה זו. ואף-על-פי-כן, דומה כי ניתן לקבוע שבמקרים שבהם השאלה האמורה נדונה, אומץ עלידי הפסיקה¹⁰⁵ והספרות¹⁰⁶ הדגם המקובל כיום בתורת המשפט האנגלו-אמריקנית, המכיר בכך שמעשה היצירה של הגורמה המשפטית, יש מאין, הוא חלק בלתי-נפרד ממעשה השיפוט. דומה אפוא כי תורת המשפט שתפותח לצורך הפעלת החקיקה האזרחית החדשה שלנו, ושתציב את בתי המשפט במרכז מעשה הפיתוח של המשפט – תעלה בקנה אחד עם התפישה הכללית של תורת המשפט המקובלת בשיטתנו.

מהדיון דלעיל מתבקשת המסקנה כי אין מקום לאמץ בשיטתנו את תורת המשפט המלווה את הפעלת הקודקסים האזרחיים בארצות הקונטיננט. ראינו כי העובדה, בשל עצמה, שכמו המצב הקיים בארצות הקונטיננט, החקיקה האזרחית החדשה שלנו אמורה ללוש צורת קודקס ושדוקטרינות השאובות מדינים קונטיננטליים תופשות מקום נכבד בין המקורות ששימשו להכנתה של החקיקה – אינה מחייבת בהכרח כי ייבא מארצות אלו גם את תורת המשפט שהתפתחה בהן ביחס להפעלתם של הקודקסים האזרחיים. אם כך, מתחייבת בחינה עצמאית של מידת ההתאמה של תורת המשפט הקונטיננטלית לצורכי החקיקה האזרחית שלנו ולתפישה הכללית של תורת המשפט המקובלת בשיטתנו. אני סבור כי בחינה כזו צריכה להביא לסברה שלפיה אין מקום לאמץ בשיטתנו את התורה הקונטיננטלית. כזכור, באופן מסורתי, תורת המשפט של הקודקסים הקונטיננטליים מושתתת על כפירה בקיום כוח יצירה לבתי המשפט בתחום המשפט האזרחי. תורה כזו אינה מתאימה אפוא לתכונותיה של החקיקה האזרחית שלנו, שמהן נגזרת הצבה של בתי המשפט כגורם המרכזי בהמשך פיתוח המשפט¹⁰⁷. כמרכז, לא נראה

103 קנדי (לעיל, הערה 23), 1731-1737; קנדי (לעיל, הערה 24), 353-354; ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 45), 26, הערה 6, 41-44; סינגר (לעיל, הערה 34); גרוס (לעיל, הערה 37); להמן (לעיל, הערה 61).

104 קנדי (לעיל, הערה 23), 1731-1737.

105 ע"א 207/79 רביב משה ושות' בע"מ ואח' נ' בית יולם בע"מ ואח', פ"ד לו(1) 333.

106 ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 45), 29-33, 41-44, 78-80; ברק, (לעיל, הערה 102), 487-488; א' ברק, "על השופט כפרשן" משפטים יב (תשמ"ב) 248, 255-256 (להלן: "השופט כפרשן"); א' ברק, "כוונת המחוקק – מציאות או דמיון" הפרקליט לו (תשמ"ה) 165, 172 (להלן: "כוונת המחוקק"); לנדוי (לעיל, הערה 28), 293, 294, 297-298. וכן ד"ר פנינה להב וד"ר דוד קרצ'מר: מגילת זכויות האדם והאזרח בישראל: הישג קונסטיטוציוני או אחיזת עיניים? משפטים ז 154.

107 יתר-על-כן, כפי שראינו, אף בארצות הקונטיננט עצמן, לנוכח הפער הקיים בין מה שמתחייב על-פי תורת המשפט המסורתית לבין האופן שבו מופעלים הקודקסים האזרחיים בפועל, נשמעו קולות שמצאו את התורה בלתי-מתאימה לצרכים שעליהם מבקשת היא לענות. ראה לעיל, טקסט להערות 62-66.

כי התורה הקונטיננטלית מתיישבת עם התפישה הכללית הרווחת בשיטתנו באשר לפשר מעשה השפיטה ובאשר למעמד הפסיקה ביצירת המשפט.¹⁰⁸

אם אמנם מתחייב עליי החקיקה "תפקיד יוצר" רחב-היקף לבתי-המשפט בהמשך פיתוח המשפט האזרחי שלנו, כי אז מתעוררת השאלה על-פי אילו אמות-מידה בתי-המשפט צריכים למלא את תפקידם זה. בשורות הבאות אין בסוגיית להתמודד עם

108. ניתן להעלות נימוק נוסף להימנעות מאימוצה אצלנו של תורת-המשפט המלווה את הפעלתם של הקודקסים הקונטיננטליים: השוני הקיים בין תנאי הפעלתם ונסיבות הולדתם של הקודקסים הקונטיננטליים לבין הארץ. שוני זה מתבטא בכמה דברים. ראשית: מעמדו של מלומד המשפט בשיטה. עקב מספרם הקטן של אנשי האקדמיה המשפטית בארץ, יהא זה בלתי-מצאותי, לפחות בסווה הנראה לעין, לצפות לתהליך שבו תלווה החקיקה בורמים של כתיבה אקדמית, קלויזמר בורמים של כתיבה שיצמחו מלומד משפט מובהק בכל אחד מתחומיה השונים של החקיקה. יתר על כן: אפילו צפיית כאלו היו מציאותיות, ספק רב אם הנכונות קיימת בשיטתנו להחליף את המערכת הנוכחית, המושתתת על הברעות ערכיות המבוססות באורח נרחב במסגרתה של מערכת השפיטה, במערכת חדשה, המציבה במרכז של כל אחד מתחומי הדין האזרחי מלמד אקראי יחיד כדמות הרומיניסטית בייצורן של ההברעות הערכיות שבתוכם (השווה לדרמן ושחר, לעיל הערה 61). שנית: מעמד השופטים ומעמד הפסיקה בשיטה. מעמד השופטים אצלנו שונה לחלוטין מזה המקובל בארצות הקונטיננט. הוא רומה הרבה יותר לזה המקובל באנגליה ובאמריקה, מבחינת דרכי המינוי והקידום של השופטים, מעמד הציבורי והרימוי העצמי שלהם. לעניין זה ראה גם פרידמן (לעיל, הערה 12), 470, 486 ואילך; י' שילה, "לבעיית הדיקה אל המשפט האנגלי – הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14, תשל"א-1971) עיוני משפט ב (תשל"ב) 192, 193; לדרמן ושחר (לעיל, הערה 61), 509. כמרמך, מעמדה של הפסיקה בשיטתנו שונה לחלוטין ממעמדה בארצות הקונטיננט. בניגוד לשיטה הקונטיננטלית, בשיטתנו הפסיקה מהווה מקור משפטי מוכר מקרמת דגא – הרבר אף נבקע במפורש בחוק יסודות המשפט, תש"ס-1980 – וחלה אצלנו הלכת התקדים המחייב. שלישית: נסיבות הולדתם של הקודקסים הקונטיננטליים לא היתה פריה של בחינה מושכלת של תורת-משפט חלופיות. היא עוצבה על-ידי התנאים ההיסטוריים והתרבותיים המיוחדים ששררו בעת הולדת הקודקסים בקונטיננט. גורם מכריע בהקשר זה היה הקשר בין צמיחת המדינה לבין אימוצה של הקודקס: הקוד סבייל הצרפתי נוצר בעקבות תקומתה של הריפובליקה לאחר המהפכה; הנגב. הגרמני נוצר על רקע תקומתה של המדינה הגרמנית המאוחדת. בשני המקרים נתפש הקודקס כמבטא את רוחה של המדינה החדשה וכאחד ההתגליות של עובדת קיומה. ראה ריאן (לעיל, הערה 70), 30-31; לאוסון (לעיל, הערה 60), 49, 51; מרימן (לעיל, הערה 56), 20-26. נסיבות אלו הכתיבו תפישה של הקודקס כמשקף את רצון המדינה, באמצעות המוסד המותקן שלה, באופן ששום מוסד אחר הפועל במדינה לא יוכל להתערב בשלב מאוחר כלשהו ברצון המדינה, המבוסס בקודקס, בדרך של שינוי או הוספה. עם כל הצגתה של החקיקה האזרחית החדשה כאחד הביטויים של העצמאות הישראלית, קשה לראות מדוע הקשר שבין תקומת המשינה ובין צמיחתה של החקיקה צריך להוליד תורת-משפט כמו זו שנוצרה בקונטיננט.

שיטת המשפט של לואיזינה ושיטת המשפט של סקוטלנד מצוצות לא אחת כשיטות "מעורבות", הנתונות הן להשפעת המשפט המקובל והן להשפעת המשפט הסיבילי. זאת, לא רק בנוגע לתוכן הדין, אלא אף בנוגע לתורת-המשפט המלווה את הפעלת הדין. על לואיזינה ראה הרמן (לעיל, הערה 68), 1035-1036, 1050-1051; בארדאן (לעיל, הערה 68), 25-26, על סקוטלנד ראה T. Cooper, "The Common Law and the Civil law – A Scot's View" 63 Harv. L. Rev. (1950) 468, 468-470. על-פי גישתי, ישראל אינה צריכה להיות שיטה מעורבת במובן זה כלל וכלל. במישור של המקורות המשפטיים לתוכן הדין אכן ניכרת ברין האזרחי שלנו השפעה קונטיננטלית ויהא זה רצוי ביותר – לדעתי – להתוודע למקורות אלו ולהעשיר את עולמנו המשפטי במוצאותיהם בארצות-מצאם. ואולם, אין כל בניה כי חומר משפטי זה יופעל אצלנו בחיקה של תורת-משפט השאובה מעולמו של המשפט המקובל.

שאלה כבודת-משקל זו בדרך של הצגת חיבור רחבי-היקף, מלומד ומפורסם; אלא ברצוני להציע עקרונות-יסוד אחרים הנראים לי כעשויים לסייע בפיתוחה של התורה הראויה לצורך הפעלת החקיקה. אני עושה זאת בהיותי מודע לכך שכל משפט ומשפט הנכלל בקטעים שלהלן נוגע בשאלות-יסוד, שביחס לכל אחת מהן קיימת ספרות משפטית עשירה, המשקפת מחלוקות קשות בין מלומדי המשפט. לאחר העלאתן של אזהרות אלו אציע אפוא כי החקיקה האזרחית והחדשה שלנו תופעל החקיקה של תורת-משפט המושתתת על היסודות שלהלן:

הפעלת "התפקיד היוצר" של בתי-המשפט במסגרת החקיקה צריכה להיעשות תוך הכרה במשמעות הכרעה ביצירתה של נורמה משפטית. נורמות המשפט מסדירות את השימוש במשאבים החומריים הניתנים לחלוקה בחברה ואת מידת התחולה של הערכים המופשטים השוררים בחברה; הן קובעות את האופן שבו המשאבים השונים יתחלקו בין המשתתפים באינטראקציות המתקיימות בחברה ואת המשקל הצריך להינתן לערכים השונים השוררים בחברה במסגרת אורחותיהם של בתי-החברה¹⁰⁹. כל נורמה משפטית משקפת אפוא הכרעה של מדיניות, היינו: בחירה בדרך מסוימת של חלוקת משאבים וערכים כרצויה למימוש תוך האינטראקציה המוסדרת על-ידי הנורמה וקביעת האופן שבו דרך זו של חלוקה תתממש באמצעות האינטראקציה האמורה¹¹⁰.

הפעלת החקיקה צריכה להיעשות תוך הכרה בנפקיותיהן של הכרעות שיפוטיות החורגות מיישום גרידא של נורמות משפטיות קיימות. לכל הכרעה של בית-משפט בסכסוך המובא בפניו, החורגת מיישום גרידא של נורמה משפטית קיימת – שתי נפקיות. האחת: קביעת הדרך שבה יתחלקו המשאבים המוטלים על הכף בין הצדדים הפרטיקולריים לסכסוך שבפני בית-המשפט. השנייה: הכרעה של מדיניות בדבר האופן שבו משאבים צריכים להתחלק בעתיד בין המשתתפים באינטראקציות מסוגה של זו הנדונה בפני בית-המשפט ובדבר המשקל הצריך להינתן לערכים השונים המוטלים על הכף באינטראקציות מסוגה של זו הנדונה בפני בית-המשפט¹¹¹.

הפעלת החקיקה צריכה להיעשות תוך הכרה במגבלות החלות על בתי-משפט ביוצרים נורמות משפטיות. שתי מגבלות עיקריות כרוכות בפעולתם של בתי-המשפט

M. Reisman, "Law From the Policy Perspective", in: *Law and Policy* (D. Weisstub 109 ed., 1976); M. McDougal H. Lasswell & M. Reisman, "Theories About International Law – Prologue to a Configurative Jurisprudence" 8 *Va. J. Int'l L.* (1968) 189; M. McDougal, H. Lasswell & M. Reisman, "The World Constitutive Process of Authoritative Decision" 19 *J. Leg. ed.* (1967) 253. חשיבותן של נורמות המשפט בקביעת המשקל היחסי של ערכים מופשטים הודגשה במיוחד על-ידי דבורקין. ראה R. Dworkin, "Taking Rights Seriously" (לעיל, הערה 101), 81–130.

M. McDougal, *Comment, in Law and Society* (D. Weisstub 109 ed., 1976); M. McDougal, "The Comparative Study of Law for Policy Purposes – Value Clarification as an Instrument of Democratic World Order" 61 *Yale L. J.* 915 (1952); ראה גם ברק (לעיל, הערה 102), 477–483, 487; ברק, "כוונת המחוקק" (לעיל, הערה 160), 165, 169–172, 184–187; ברק, "השופט כפרשן" (לעיל, הערה 160), 252–255; ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 45), 57–58.

111 להבחנה זו ראה עטייה (לעיל, הערה 34) ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 45), 58–62.

כגופים יוצרי נורמות. המגבלה האחת היא של לגיטימציה: בתימשפט, בהבדל מבת"מחוקקים, הם גופים המתמנים חד-פעמית; הם אינם נבחרים ושבים ונבחרים. יוצא, שאף כי הם יוצרים נורמות משפטיות, הרי עלי-פי התפישת הדימוקרטית הם אינם מוסמכים להכריע הכרעות של מדיניות¹¹². המגבלה השנייה היא תפקודית: בתימשפט אינם מצוידים בכלים המכשירים אותם להכרעות של מדיניות, והמידע המובא בפניהם תוך דיוניהם אינו ערוך באופן המאפשר בחירה בין חלופות אפשריות של מדיניות¹¹³.

הפעלת "התפקיד היוצר" של בתימשפט במסגרת החקיקה צריכה להיעשות תוך שאיבה של הכרעות מדיניות ממקורות מוצרכים ותוך פיתוח רשקולה של קווי מדיניות מפורטים בכל האפשר. בהיותם מודעים, מחד גיסא, להכרעות המדיניות הכרוכות בהחלטותיהם, מקום שהם יוצרים נורמות משפט, ומאידך גיסא, למגבלות החלות עליהם במלאם תפקיד זה – על בתימשפט לשאוב את הכרעות המדיניות הנוצרות לצורך החלטותיהם מהכרעות המדיניות המשתקפות בנורמות המשפט החקיקות והפסקות שביטתה¹¹⁴ ומהערכים המקובלים באורח נרחב בחברה שבה הם פועלים. ביצורם הכרעה

112 ברק, (לעיל, הערה 102), 471; קנדי (לעיל, הערה 23), 1707-1710; קרס (לעיל, הערה 36), 390; עסייה (לעיל, הערה 34), 353-331; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*; 187-188, 191; F. Michelman, "Norms and Normativity in the Economic Theory of Law" 62 *Minn. L. Rev.* (1978) 1015, 1043; P. Atiyah, "Judges and Policy" 15 *Is. L. Rev.* (1980) 346, 360-370.

113 ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 45), 69-71; קנדי (לעיל, הערה 23), 1751-1766; פודקתון וגורדלי (לעיל, הערה 73), 1155.

114 משקל נכבד צריך להינתן בהקשר זה להיקש. היקש הוא מכשיר של הנמקה משפטית (Legal Reasoning), שהשימוש בו הוא מהנפצים ביותר בשיטות משפט המושתתות על פיתוח הדין בדרך אינרוקסיבית (כגון שיטת המשפט המקובל). למרות זאת, הדיון התיאורטי בספרות המשפטית של ארצות אלו כסוגיית ההיקש הוא מצומצם. ראה שטיין (לעיל, הערה 65), 444; L. Becker, "Analogy in legal Reasoning" 83 *Ethics* (1973) 248, 248; E. Bodenheimer, "A Neglected Theory of Legal Reasoning" 21 *J. Leg. Ed.* (1969) 373, 374; S. Burton, "Comment on 'Empty Ideas – Logical Positivist of Equality and Rules'" 91 *Yale L. J.* (1982) 1136, 1144; E. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1949) 1-2; J. Murray, "The Role of Analogy in Legal Reasoning", 29 *U.C.L.A. L. Rev.* (1982) 833, 833, 848; B. Cardozo, *The Nature of the Legal Process* (1921, 1979) 31-32, 49-50. הפעלתו של היקש מושתתת על קיומו של דמיון בין שתי סוגיות משפטיות: מקום שדמיון כזה קיים, וקיים פתרון – ברובד החקיקה או ברובד הפסיקה – לבעיה האחת, הפתרון מוחל גם לפתרון של הבעיה האחרת. בקר, שם, בעמ' 249, 248; לוי, שם, בעמ' 3-1, 5; 196; G. Paton, *Jurisprudence* (3rd ed.), 109-110; J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (2nd ed., 1861, 1970) 202; J. Raz, *The Authority of Law* (1979) 202. השימוש בהיקש יוצר חזות שעל-פיה מצטמצמת עד למינימום בעיית הלגיטימציה, המתעוררת כלאימת שבית-משפט יוצר כלל משפטי חדש. הפעלת היקש מושתתת על הרחבת התחולה של כלל משפטי הקיים בשיטה, היינו: של הכרעות המדיניות המגולמות בכלל בנוגע לחלוקתם של משאבים ולמשקלם של ערכים. הפעלתו של היקש אינה נראית אפוא ככרוכה בהכנסתם של שיקולי מדיניות חדשים אל תוך השיטה עלידי בית-המשפט, אלא ככרוכה באיתורם וביישומם של שיקולי מדיניות המעוגנים בשיטה ממילא. מקקורמיק (לעיל, הערה 112), 120, 187-188, 191; רו, שם, בעמ' 204-205; מורי, שם, בעמ' 852-853, 863-865. שנית: הפעלתם של היקשים עשויה להרחיב את ההתאמה ההדדית בין הוראותיה של השיטה ובכך להרחיב את תחושת הצדק הכרוכה בהפעלת

שיטתית החורגת מיישומה של נורמה משפטית קיימת, על בתיהמשפט לאתר את קוויהמדיניות היסודיים החולשים על התחום ורחב שבו הם פועלים ולאתר את קוויהמדיניות המשניים שהם רלבנטיים בנדר הסוגיא הספציפית שבה הם עוסקים. על בתיהמשפט להכריע תוך הכרה בכך שהכרעתם תבטא יצירה של מדרג בין קוויהמדיניות מתחרים: אימצם של קוויהמדיניות מסוימים ודחייתם של אחרים.¹¹⁵

השיטה, משום שמקרים דומים זוכים על-פי השיטה להסדר דומה. רברים אלו נכונים במיוחד כשהמדובר בקביעות סכניות ושרירותיות, שאינן מתחייבות ונגזרות, כדבר שבהכרת, משיקולי המדיניות העומדים ביסודם. לדוגמא: כלל הקובע כי פעולה משפטית מסוימת היא תקפה רק אם נעשתה בגדרה של תקופה בת שלושה חודשים היה יכול להוחרת, בה במידה, כי על הפעולה להיעשות בגדרה של תקופה בת חודשים או אף בגדרה של תקופה בת איבעה חודשים; וכל זאת מקביעות אלו, כשלעצמה, היתה יכולה להיחשב כמתאימת עם שיקולי המדיניות שביסוד קיומו של הכלל. במקרים כאלו, הפעלתו של היקש תסייע למחליט בעיצוב פרטי ההחלטה ותרבה את מידת האחידות בשיטה. רז, שם, בעמ' 204-205; פטון, שם, בעמ' 196; O. Holmes, *The Common Law* (M. 196); בעמ' 101 (Howeed, 1967); קרדווי, שם, בעמ' 49-50; מקקורמיק (לעיל, הערה 112), 182. שלישית: הפעלתם של היקשים מעשירה מבחינה אינטלקטואלית, משום שכרוך בה עימות של שתי סוגיות משפטיות נבדלות אך קרובות, תוך הארה של שתייהן גם יחד. השהו "Contract As Thing" A. Leff, *Am. U. L. Rev.* (1970) 131, 134. שאלתהמפתח המתעוררת עם הפעלתו של היקש היא שאלת הדמיון בין הסוגיא שפתרונה מבקש לבין סוגיות אחרות העשויות לבוא בחשבון כמקור להיקש: איזה סוג של דמיון נדרש כדי שההיקש ייחשב לגיטימי; באיזו דרך מפעיל ההיקש צריך לנהוג במקום שעומד בפניו יותר מפתרון אחד העשוי לבוא בחשבון כמקור להפעלת היקש. פטון, שם, בעמ' 196; מורי, שם, בעמ' 859; ע"א 804/80 *Sidaar Tanker Corporation* ואח' נ' חברת קי צינור אילת אשקלון בע"מ ואח', פ"ד (1) 393, 441; M. Cohen, *Law and the Social Order* (1967) 334. תשובתי לשאלות אלו היא שאין להפעיל את מבסיד ההיקש באופן סכני ומיכניסטי. הנטייה הראשונית להפעלתו של היקש מתעוררת, בדרך-כלל, במקום שקיים דמיון עובדתי בין הסוגיא שכמסגרתה מתבקש פתרון משפטי לבין הסוגיא שממנה המחליט מבקש לשאוב את הפתרון בדרך ההיקש. ואולם, קיומו של דמיון עובדתי, כאמור, אינו צריך להיחשב מכריע בשאלת הפעלת ההיקש; אלא התנאי האמיתי הצריך להתקיים במקום שמופעל היקש הוא קיומו של דמיון בין שיקולי המדיניות החולשים על הסוגיא שאליה מתבקש הפתרון באמצעות הפעלת ההיקש, רק אם מסתבר ששיקולי המדיניות העומדים ביסוד הפתרון המשפטי שממנו מתבקש ההיקש דומים לשיקולי המדיניות העומדים ביסוד הפתרון המשפטי שממנו מתבקש ההיקש דומים לשיקולי המדיניות החולשים על הסוגיא שבגדרה הפתרון עומד להיות מוחל - יוכל ההיקש להיות מופעל. ואכן, חלק מהתברים שעסקי בסוגיית ההיקש, עמדו על הצורך בקיומו של דמיון מסוג זה כתנאי המוקדם העיקרי להפעלתו של היקש בין סוגיות משפטיות שונות. ראה מקקורמיק (לעיל, הערה 112), 120, 146, 160-161, 183, 186, 191, 192; רז, שם, בעמ' 203, 204; בקר, שם, בעמ' 252; פרלמן (לעיל, הערה 23), 49; ברק, "חקיקה שיפוטית" (לעיל, הערה 43), 34-35; בודנהיימר (לעיל, הערה 89), 389, 390, 440. 115 שאלה נבדלת המתעוררת היא איזו השפעה צריכה להיות לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, על הדרך שבה יפעילו בתיהמשפט את החקיקה האזרחית החדשה. ריזן ממצה בשאלה זו חורג מהיקפו של מאמר זה. אף שתוק יסודות המשפט מבקש לתת מענה לשאלות המתעוררות בתחומים במעבר לתחולתה של החקיקה האזרחית החדשה, הרי הקשר בין השלמת חקיקתם של הוועקים המרכיבים את החקיקה האזרחית, בשנת 1979, לבין חקיקתו של חוק יסודות המשפט, בשנת 1980, הוא בולט לעין. ראה רברי הסבר להצעת חוק יסודות המשפט, תשל"ח-1978, ה"ח 1361 (תשל"ב). ראה גם א' קירשנבאום, "חוק יסודות המשפט - מציאות וצפיית" עיני משפט יא (התשמ"ז) 117, 118. בתקופה שלפני חוק יסודות המשפט, ההודאה בדבר פעולתם של בתיהמשפט, במקום שהם נתקלים

בשאלה משפטית שאין לה הפתרון בגדר המשפט המקומי, נמצאה כסימן 46 לדבר המלך במועצתו. בחלק מהחוקים המרכיבים את החקיקה האזרחית החדשה נמצאה הוראה בדבר "עצמאות החוק", שניתקה את החוק מתחולתו של סימן 46. לגבי חוקים אלו התעוררה השאלה איזה הסדר יבוא במקומו של ההסדר שבסימן 46, לצורך השלמתן של לקונות. בספרות ניתנו לשאלה זו שש תשובות. הגישה האחת היתה גישתו של הפרופ' ברק. גישה זו כוססה על הבחנה בין שתי משימות עיקריות שבתיהם: משפט עשויים להידרש להן תוך הפעלתה של החקיקה האזרחית: השלמת חסרים (לקונות) ופרשנות החקיקה. מאמרו החלוצי של ברק על "הקודיפיקציה של המשפט האזרחי", מושתת על תפיסה של החקיקה האזרחית החדשה כחקיקה קודיפיקטיבית במובן הקונטיננטלי והוא מתאפיין במאמץ לעמוד על ההשלכות הגזרות מהשימוש בטכניקה זו של חקיקה לגבי הפעלת החקיקה עליידי בתיהמשפט ועליידי הקהילה המשפטית המקומית. בנוגע להשלמתם של חסרים, קרא ברק במאמר זה לביטול במהירות של סימן 46, והציע תחתיו מערכת כת שלושה מקורות מדורגים להשלמתם של חסרים בחקיקה: מנהג, היקש, ועיקרון כללי שמתוכו יידלו ההסדרים המשלימים. ברק היה מודע לאפשרות שמשפטים יבקשו לפנות למקורות ההיסטוריים של החקיקה ולמשפט האנגלי, לצורך השלמתם של חסרים בחקיקה, ואולם הוא שלל אפשרויות אלו. יתר על כן: הוא סבר גם כי יש לראות את החקיקה כמבטלת את הדין הקודם בתחומים המוסדרים עלייה; מכך השתמע כי הפסיקה שקרמה לחקיקה לא תוכל לשמש מקור להשלמתם של חסרים. ראה ברק (לעיל, הערה 1). בכתיבה מאוחרת יותר חזר ברק על התנגדותו לפנייה למקורות ההיסטוריים של החקיקה ולמשפט האנגלי, וגרסה כי ההיקש עלה בעיניו למעמד של מקור ההשלמה העיקרי. ברק סבר עוד כי הקודיפיקציה של המשפט האזרחי תחייב גם הפעלתם של אמצעי פרשנות מיוחדים. הוא קרא להפעלתה של פרשנות מרחיבה, המבוססת על שאיפה ל"הרמוניה תחיקתית", תוך מאמץ למצוא את הפתרון הפרשני מתוך החקיקה ובה. ראה ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה" (לעיל, הערה 45); א' ברק, "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים ה (תשל"ג) 99. הגישה השנייה היתה זו של הפרופ' פרידמן, שהושתתה על שני ארנים. ראשית: כפירה בהנחה שלפיה ניתן להתייחס אל החקיקה האזרחית החדשה כאל קודיפיקציה במובן הקונטיננטלי. שנית: ספקנות באשר למידה שבה הקהילה המשפטית בארץ עשויה לסגל עצמה לשינויים חריפים באשר למקורות המשפט ולדרכי ההנמקה המשפטית המוכרים בשיטה. מהכפירה ומהספקנות האמורים נגזרה תפיסה מצמצמת ביחס לשינויי התפיסה המתחייבים לצורך הפעלתה של החקיקה. כך, על-פי גישתו של פרידמן, כמקור העיקרי להשלמתם של חסרים בחקיקה האזרחית היתה צריכה לשמש הפסיקה הישראלית שקרמה לחקיקה, ולאחר-מכן – הסדריו של המשפט האנגלי. הדין הקודם היה צריך להיחשב כחל אף לאחר צאת החקיקה, לאל אם הוא בוטל עליידי החקיקה במפורש או מכללא (בדרך של קביעת הסדר שאינו מתיישב עמו). יתר על כן: על-פי גישה זו, הוקנה תוכן רחב למושג "הדין הקודם", שבו הוא היה צריך להיחשב ככולל לא רק הלכות אנגליות שנקלטו אל משפטנו בפועל עליידי בתיהמשפט, אלא אף הלכות שהיו נקלטות אילו ניתנה לבתיהמשפט הזדמנות לדרון בשאלות המוסדרות עליין. פרידמן לא שלל הפעלת פרשנות של החקיקה מתוכה, ואף לא הפעלתם של היקשים; ואולם – לדבריו – לא דרך הפרשנות האמורה ולא ההיקש יוכלו לפתור את כל בעיות ההשלמה והפרשנות של החקיקה, ועיקר הפתרונות יצטרך להימצא אפוא בדין הקודם שלנו ובמשפט האנגלי. ראה פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה" (לעיל, הערה 12); ד' פרידמן, "עוד הערה לענין ההוראות בדבר 'עצמאות החוק' אשר בחקיקה הישראלית החדשה" משפטים (תשל"ג) 349; פרידמן (לעיל, הערה 44), 31–32, 34–35, 42–45. הגישה השלישית היתה זו של הפרופ' צלטנר, שעל-פיה הפעלת החקיקה היתה צריכה להיעשות תוך הסתייעות במקורות ההיסטוריים של החקיקה. זאת, כדי לנצל את עושר הפסיקה והספרות הקיימים בארצות-המוצא של החקיקה; כדי לגשר על פער הזמן הארוך שיידרש להצמחת ביטול עשיר של פסיקה מקומית; וכדי להקנות וראות ויציבות לדין, ראה צלטנר (לעיל, הערה 62), 132–133; הגישה הרביעית היתה זו של הפרופ' ירין. אף זו הושתתה על ההנחה שהחקיקה האזרחית החדשה ערוכה במתכונת הקודקסים הקונטיננטליים ושלמכנה זה של החקיקה השלכות על דרך הפעלתה. על-פי גישתו של ירין, אופייה של החקיקה כהסדר קודיפיקטיבי שלם של סדרת סוגיות משפטיות הכתיב הימנעות מהשלמה של הוראותיה בהסתמך על מקורות שהם חיצוניים לה. לפיכך,

ה. אחרית דבר

מאמר זה דרשת על אפיון של החקיקה האזרחית החדשה כמורכבת מנורמות קצרות, מנורמות כלליות ומנורמות מהסוג של סטנדרט. בהסתמך על אפיון זה, טענתי כי מתכונתיה של החקיקה נגזרת תפקיד רחבה יותר לבתי המשפט בהמשך קביעת תוכנו של הדין האזרחי שלנו. בהמשך לכך ביקשתי להבחין בין המשימות השונות המוטלות על בתי המשפט במסגרת מילוי תפקידם זה ולמיין. כמרכז ביקשתי להציע קווים מנחים לתורת המשפט שבחיקה תופעל החקיקה.

הציר שעליו דרשת מאמר זה הוא ההנחה, שהתפקיד המכריע בהמשך פיתוח של הדין האזרחי שלנו בשנים הבאות מוטל על שכמם של בתי המשפט. בהכרעותיהם של בתי המשפט ובהנמקותיהם טמונים הזרעים שמתוכם יעלה ויצמח הדין. מאמר זה מזהה קריאה לבתי המשפט להיות מודעים לתפקידם ולמלאו באחריות התואמת את גודל המשימה.

עם זאת, התמקדתי במאמר זה ב"חלוקת העבודה" בין שניים מהגורמים האזרחיים לקביעת תוכנו של הדין האזרחי שלנו: המחוקק ובתי המשפט. ואולם, למעשה, לצד שני גורמים אלו פועל שותף שלישי שאף לו מוקצה תפקיד חשוב וייחודי בפיתוח הדין: האקדמיה המשפטית. במאמר זה נמנעתי מלעסוק בתפקידיה של האקדמיה הנגזרים ממאפייניה של החקיקה האזרחית שלנו ומתפקיד בתי המשפט הנדרשים להפעיל את החקיקה. אולם, דומה כי מהדברים דלעיל משתמעת שורה של משימות ביחס להפעלת הדין האזרחי שלנו, שמילוי מוטל, באורח ייחודי, על האקדמיה המשפטית, באופן שאם זו לא תמלאן שום גורם אחר הפועל בשיטה לא ימלאן: הברת התכנים של הסוגיות השונות המטופלות בחקיקה מבחינה דוקטרינרית, מבחינת שיקולי המדיניות המגולמים בהן ומבחינת השוואתן להסדרים מקבילים הקיימים בשיטות משפט אחרות (בעיקר אלו

מעצם אפייה של החקיקה נבעה הימצאותה מוחץ לתחום חלול של סימן 46: הוראות "עצמאות החוק" הנמצאות באחדים מהחוקים הן בעלות אופי דקלרטיבי גרידא. והיעדרן מחלק מהחוקים אין משמעו כי חוקים אלו ממשיכים להיות כפופים להוראות ההשלמה שבסימן 46; אלא, על-פי גישתו של ידן, החקיקה היתה צריכה להתפרש מתוכה, תוך הפעלת היקשים בין הוראותיה, ובמקרה הצורך גם תוך היעזרות במקורות ההיסטוריים של החקיקה. ראה א' ידן, "כיצד יפורש חוק השומרים" הפרקליט כד (תשכ"ח) 493: א' ידן, "ישוב על פירוש חוק הכנסת" הפרקליט כז (תשל"ו) 190, 197: ידן (לעיל), הערה 45; ידן (לעיל), הערה 9. הגישה החמישית היתה זו של הפרופ' פרוקצ'יה. אף גישה זו ראתה בחקיקה קודקס המצריך כללי הפעלה מיוחדים: יש לעשות כל מאמץ לפרש את החקיקה מתוכה, תוך הרמוניה בין מרכיביה השונים; ואולם, במידה שמאמץ זה אינו עולה יפה – יש לשאוב את הפתרון המבוקש מהמשפט האנגלי, בהתאם להוראותיו של סימן 46. ראה ג' פרוקצ'יה, "עקרונות הפרשנות של הדין הישראלי ובמיוחד של דיני החוזים לאור המשפט האנגלי" עיוני משפט ג (תשל"ג) 112; פרוקצ'יה (לעיל), הערה 12, וגישה השישית היתה זו של השופט שילה. גישה זו קראה לביטולו של סימן 46 ולקביעת מקור שיורי אחר תחתיו לצורך השלמתם של חסרים בדין: "בכפיפה להוראות מפורשות בדברי חקיקה ישפטו בתי המשפט האזרחיים... לפי יסודות המשפט העברי וברוח רעיונות הצדק אשר להם הטיפו גבאי ישראל". ראה י' שילה, "לבעית חקיקה אל המשפט האנגלי – הצעת חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"א–1971" עיוני משפט ב (תשל"ב) 192. דומה כי במידה זו או אחרת ניתן למצוא בחוק יסודות המשפט הרים לכל אתה משפט גישות אלה.

שניתן לאתר בהן את שורשי ההסדרים שאומצו בחקיקה שלנו: הבהרת שורה של שאלות המעוררות בנוגע למילויים בתוכן ולהפעלתם של הסטנדרטים השונים הנקטים בחקיקה (כגון מה תוכנו של הצדק שאותו אמורים בתידימשפט להחיל בסדרה ארוכה של הקשרים על-פי החקיקה; מה פשרה של הסבירות שאותה אמורים בתידימשפט ליצוק לסדרה של כללים קונקרטיים; מהו תוכנו של תוס'הלב המוחל על-ידי בתידימשפט ומהן הבעיות הכרוכות בהחלתו של סטנדרט זה בתחום המשפט האזרחי, המסדי עסקאות של "השוק"; באיזו מידה תיתכן סתירה בין השיקולים המתייחסים להכרעה ודאיה במקרה הפרטיקולרי שבפני ביתדימשפט לבין השיקולים בדבר ערכה התקדימי של הכרעה זו לגבי צדדים עתידיים; ואם אכן תיתכן סתירה כזו, כיצד בתידימשפט צריכים ליישב אותה). המשפט ימשיך ויתפתח גם בלא הבהרתן של סוגיות אלו ודומותיהן על-ידי האקדמיה, ואולם, הפרי שיצמח בחלקת הדין האזרחי שלנו יהיה עשיר ומשובח יותר אם נהיה מודעים לא רק לקיומן של השאלות, אלא אף לתשובות אפשריות להן.