

סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים

מאת

חנוך דגן*

מאמר זה דן בסכנות הגלומות בשני היבטים מרכזיים בנוסח הנוכחי של הצעת חוק דיני ממונות ומתווה את השינויים הנדרשים בה על-מנת למנוע את התממשותן. ההיבט הראשון מתייחס לאוסף המהלכים הקוהרנטיסטים הכלולים בהצעה ולדגש החזק של מציעיה על התכלית של קידום הקוהרנטיות. בהקשר זה מצביע המאמר על הסיכון שבשאיפה להאחדת-יתר אשר עלולה להמעיט את משקלם של ערכים חשובים המחייבים הבחנות עדינות בין הקטגוריות השונות של המשפט האזרחי. ישנם שני מופעים מרכזיים לסיכון זה בהצעת חוק דיני ממונות: ההצעה לאחד את דיני התרופות בגין הפרת חיובים וההצעה ליצור בדיני קניין קטגוריית-על של דיני נכסים. ההיבט הבעייתי השני בנוסח הנוכחי של הצעה זו מתייחס לריבוי מגוון הסעדים העומדים על-פיה לרשות בתי-משפט כתגובה להפרת זכויות. בהקשר זה מבקר המאמר בפרט את ההצעה להקנייתם של סמכות גורפת להשתתם של פיצויים עונשיים ושל צו מרתיע בענפים שונים של המשפט האזרחי.

א. מבוא. ב. האחדת-יתר. 1. על הקוהרנטיות בקודקס המוצע; 2. קוהרנטיות של כללים; 3. על הקוהרנטיות הנורמטיבית (גלובלית ומקומית); 4. הסיכון של האחדת-יתר; 5. האחדה רצויה (אך כוללנית מדי) בקודקס המוצע; 6. האחדת-יתר בקודקס המוצע; ג. ריבוי סעדים. 1. ריבוי סעדים בקודקס

* דקאן ופרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודה ליהודה אדר, לדיויד גילה, לאלון הראל, לנינה זלצמן, לאיל זמיר, לרון חריס, לגילי כהן, לאסף לחובסקי, למני מאוטנר, לגיא מונדלק, לאריאל פורת, לדני פרידמן, לעליזה קן, לרועי קרייטנר, לצחי קרן-פז, לאיסי רוזן-צבי, לדוד שור, למשתתפי קבוצת העבודה במשפט הפרטי של הפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב ולחברי מערכת "משפטים" על הערות חשובות, לג'ניפר שקבטור על עזרה מצוינת במחקר, ולמרכז-על צגלה למחקר בינתחומי של המשפט על סיוע במימון המחקר.

המוצע; 2. על זכויות וחובות; 3. על סעדים וזכויות; 4. על סעדים ושיקול דעת; ד. סיכום.

א. מבוא

פרסומה של הצעת חוק דיני ממונות¹ יכול להוות נקודת ציון חשובה בהתפתחות המשפט האזרחי הישראלי. המהלך הקודיפיקטיבי זוכה לתשומת-לב לא מבוטלת בקהילה המשפטית.² מטבע הדברים, חלק מתשומת-הלב הזו נובע מהרצון להתעדכן במה שעשוי להיות החוק בישראל; אך חלק ממנה חורג – וטוב שכך – מהמישור האינפורמטיבי. הדיון בהצעת חוק דיני הממונות יכול לשמש לקהילה המשפטית בישראל מצע לבחינה מחודשת של תפיסות היסוד של המשפט האזרחי, הן מבחינה מהותית והן מבחינה תורת משפטית. איני סבור שבהיעדר המהלך הקודיפיקטיבי לא היינו מגיעים לרגע כזה, אך ניסיון החיים מראה כי המשפט מקנה לנו מספר מוגבל של "רגעי חסד" של שחרור (חלקי) ממהלך הדברים של פיתוח אטי של המסגרות המשפטיות הקיימות לטובת בירור רפלקטיבי של תפיסות העומק שבסיסן חיי היומיום של המשפט.³ למרות שרגע המעבר שבו אנו מצויים אינו מחייב את פתיחת דיני הממונות בישראל לעיון מחודש, עצם קיומו יכול להוות הזדמנות ראויה להתבוננות עצמית ביקורתית כזו.

כפי שכבר רמזתי, ניתן וראוי לנתח את הצעת חוק דיני ממונות לפחות משתי נקודות מבט: נקודת מבט מהותית, הבוחנת את פרטי ההסדרים שהקודקס מציע, ונקודת מבט תורת-משפטית, המתמקדת בהיבטים המבניים שלו. בספר שפרסמתי

1 ראו <http://www.justice.gov.il/MOJheb/Codex> (להלן: "הצעת חוק דיני הממונות"). לאחר ירידת מאמר זה לדפוס, פירסם משרד המשפטים תזכיר חוק דיני ממונות המבוסס על ההצעה הנדונה במאמר זה. ראו תזכיר חוק דיני ממונות, התשס"ו-2006 (זמין בכתובת: <http://www.justice.gov.il/MOJheb/codex2>). למרות השינויים הנקודתיים בין שתי הגרסאות הללו, אין תזכיר החוק משנה באופן מהותי את מאפייני הצעת הקודקס הנדונים במאמר זה, קרי: האחדת היתר וריבוי הסעדים. על כן, הדיון הביקורתי להלן חל – בשינויים המתויבים, כמובן – גם לגבי התזכיר.

2 יעידו על כך שני הכנסים החשובים שנערכו בנושא הקודקס – האחד ביוזמת כתב העת משפטים והאחר ביוזמת כתב העת משפט ועסקים.

3 ראו, בדומה, Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence," 8 Colum. L. Rev. 605, 606-608, 611-612 (1908); Roscoe Pound, "Liberty of Contract," 18 Yale L.J. 454, 462 (1909).

לאחרונה⁴ עסקתי, בין היתר, בניתוח מדוקדק של חלק נכבד מהשינויים המהותיים הכלולים בהצעת חוק דיני הממונות בתחום דיני הקניין.⁵ מניתוח זה עולה ששינויים אלה אינם עשויים מקשה אחת. חלק מהחידושים המוצעים בקודקס בתחום הקניין – כגון ההתייחסות המרוכזת לסוגיה של תחרות זכויות, הניסוח המתוקן של עקרון הרשימה הסגורה והרחבת עקרון ההסדר החל על התקנת מעליות בבית משותף למקרים נוספים של השבחת הרכוש המשותף – הינם מוצלחים ורצוי לאמץ.⁶ מנגד, חלק מהחידושים המוצעים – בפרט שינוי ההגדרה של בעלות באופן שכולל גם את הזכות לפרות הנכס ואת הזכות לכלול את הנכס, האופן שבו עוגנה בהצעת החוק ההלכה באשר לנטל רישומה של הערת אזהרה וצמצום סמכות הרוב בהקשר של שיקום בית משותף שנחרס – הינם בעייתיים והיה רצוי לסגת מהם.⁷ זאת ועוד: קיימות כמה סוגיות חשובות בדיני

- 4 תנוך דגן, קניין על פרשת דרכים (תשס"ה).
- 5 לא מעט מהשינויים הכלולים בקודקס הינם "ניטרליים" במובן זה שהם בעיקרם סמנטיים או מהווים וריאנט אפשרי ביחס לדין הקיים. השוו, למשל (בהתאמה), את סעיפים 589, 590, 598, 605 ו-769 להצעת חוק דיני הממונות לסעיפים 27, 32(ב), 40, 45 ו-94 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969.
- 6 ראו דגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 254-257, 68, 415 ו-418 בהתאמה. דוגמאות נוספות כוללות את: (1) ההבהרה שגם הסכם שיתוף שלא נרשם תופס כלפי צד שלישי שידע או היה עליו לדעת (סעיף 593 להצעת חוק דיני הממונות); (2) חיוב שותף המעביר את זכויותיו בנכס (או עושה בהן עסקה אחרת) למסור הודעה לשותפים האחרים בהקדם האפשרי לאחר עשיית העסקה (סעיף 596(ב)(2) להצעת חוק דיני הממונות); (3) הקביעה כי לא ניתן להתנות בהסכם שיתוף על האפשרות של שותף הרואה עצמו מקופח מהחלטת רוב לפנות לבית משפט (סעיף 594(ב) להצעת חוק דיני הממונות); (4) צמצום התנאי בדבר הצורך בהחלטת האסיפה הכללית או בהסכמה של בעל דירה אחרת לביצוע שינויים או תיקונים בתוך דירה (סעיף 727 להצעת חוק דיני הממונות). ראו שם, בעמ' 335-336, 346 ו-380 בהתאמה.
- 7 ראו בהתאמה שם, בעמ' 28, הערה 30 (בהתייחס לסעיף 612 להצעת חוק דיני הממונות), בעמ' 257 (בהתייחס לסעיף 588 להצעת חוק דיני הממונות), ובעמ' 410 (בהתייחס לסעיף 751(א) להצעת חוק דיני הממונות). דוגמאות נוספות כוללות את: (1) הסמכות הנתונה למפקח בבית משותף לקבוע את חלקו בהוצאות של בעל דירה שאליה הוצמד חלק מהרכוש המשותף, בשל ההצמדה (סעיף 732(ב) להצעת חוק דיני הממונות); (2) הגבלת ההסדר של חוק המקרקעין ביחס לשינויים ברכוש המשותף ובזכויות בנייה, כך שיהול רק על הרחבה של דירות מגורים, בנבדל מדירות המשמשות לצורכי עסק (סעיף 747(א) להצעת חוק דיני הממונות); (3) זכות הבעלים המקורי לפדות את נכס המיטלטלין מרוכש הנהנה מתקנת השוק בתוך שנה ממועד המכירה (סעיף 587 להצעת חוק דיני הממונות). ראו, בהתאמה, שם, בעמ' 398 ו-417; דפנה לוינסון-זמיר, "הקודיפיקציה האזרחית – סוגיות נבחרות בתחרות זכויות", משפטים לו 663, חלק ג' (תשס"ז).

הקניין, שלמרות התועלת הפוטנציאלית מהסדרה מדויקת שלהן בקודקס נמנע נוסח ההצעה הנוכחי מהסדרה כלשהי שלהן, או שבחר להסדיר אותן באופן עמום בלבד. במסגרת זו חשוב במיוחד לציין את ההימנעות מהסדרה מפורשת של נושא עסקות הקומבינציה ואת ההימנעות מהבהרת הרוב הנדרש להכשרתם של שימושים שונים ברכוש המשותף בבית המשותף.⁸ ניתן לקוות שלמרות ריבוי הסוגיות הנדונות בקודקס עדיין יהיו הליכי החקיקה שלו מדוקדקים דיים כדי להעניק לבעיות אלה (ולמקבילותיהן בתחומים אחרים) את תשומת-הלב הראויה, וכי יבוצעו התיקונים הנדרשים בנוסח המוצע.

מאמר זה בוחן את הקודקס המוצע מנקודת המבט השנייה שצוינה זה עתה, קרי: מנקודת המבט התורת-משפטית (שברגיל – וגם בהקשר הנוכחי – יש לה גם משמעויות מעשיות חשובות). בחינה כזו של הקודקס מעלה אוסף רחב-היקף של שאלות שכולן, בסופו של דבר, מתייחסות ליתרונות ולחסרונות של המהלך של איחוד הסדרי המשפט האזרחי תחת מסגרת חקיקתית אחת, ולמשמעויות הפרשניות של המהלך קודיפיקטיבי כזה. לא אוכל לדון בכל השאלות הללו במסגרת מאמר קצר זה; תחת זאת אתמקד אך ורק בשני היבטים הנראים בעיני מרכזיים לבחינת ההצעה בנוסחה הנוכחי. ההיבט הראשון מתייחס לאוסף המהלכים הקוהרנטיסטיים הכלולים בהצעה ולדגש החזק של מציעיה על התכלית של קידום הקוהרנטיות; ההיבט השני מתייחס לריבוי הסעדים שמעניקה ההצעה לרשות בתי המשפט בתגובה להפרת זכויות. כפי שנראה, בשני המקרים מדובר במהלכים שעל פני הדברים קשה להתנגד להם. דווקא משום כך חשוב במיוחד לעמוד על הסכנות הפוטנציאליות הגלומות בהם ולהתוות – לפחות בקווים כלליים – את השינויים הנדרשים בהצעת חוק דיני הממונות כדי למנוע את התממשותן של אותן סכנות.⁹

8 ראו דגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 257–262, 388–392. ראוי כמובן לציין בהקשר זה גם שהצעת חוק דיני הממונות אינה כוללת תחומים מרכזיים של דיני הקניין, ובפרט דיני הנטילה השלטונית, ההיבטים הקנייניים של דיני הנישואים, ודיני המכר המיוחדים הנוגעים לרכישת דירות.

9 בדיון שלהלן אינה ששינויים בדוקטרינה החקוקה גוררים תוצאות מעשיות בעולם המשפט. הנחה זו אינה שוללת את התובנה הריאליסטית החשובה בדבר תרומתם המכריעה של שופטים בעיצובו של המשפט הנוהג; כל שהיא משמיעה הוא הסברה שלפיה כל עוד שאר המשתתפים נותרים על כנם יש למהלך חקיקתי – ודאי אם הינו כזה המתיימר לעגן בחוק אחד את המשפט הפרטי כולו – השפעה מעשית. סברה צנועה זו, שאינה נראית שנויה במחלוקת במיוחד, אינה שוללת את האפשרות שתוך כדי הפעלת הקודקס המוצע, אם יאומץ בנוסחו הנוכחי, יתקנו שופטים את הכשלים המצויים בו. עם זאת, עולה ממנה גם שעדיף למנוע את הבעיות הללו טרם היווצרן.

ב. האחדת-יתר

1. על הקוהרנטיות בקודקס המוצע

אחת התכליות המוצהרות של חוק דיני הממונות המוצע הינה "התאמה בין הסדרי המשפט האזרחי".¹⁰ דברי המבוא של הצעת חוק דיני הממונות מדגישים כמה פעמים את הקוהרנטיות כמעלה חשובה של הקודקס ביחס לחקיקה הקיימת. כך, בדברי המבוא נאמר כי "הצעת החוק תבטיח קוהרנטיות במגזרים שונים בהם זו נעדרת כיום" וכי "ייחודו של החוק שהוא מבוסס על חלקים שונים, הקשורים אלו באלו, והפועלים באופן הרמוני ומתואם. הדבר מסייע לגישה קוהרנטית ורציונלית בהסדרים של ההצעה. הדבר עוזר בהבנת ההצעה ובפרשנותה".¹¹ השאיפה להאחדה ניכרת גם במבנה ההצעה בנוסחה הנוכחית: הקודקס נבנה במכוון "מן הכללי אל הקונקרטי" באופן שיוצר "חגורה עבה" משותפת של הסדרים אחידים".¹²

איני טוען שהערך היחיד המניע את הצעת הקודקס הוא ערך הקוהרנטיות, במילים אחרות: הצעת הקודקס אינה מתעלמת מערכים מהותיים המשפיעים – או שראוי כי ישפיעו – על התחומים השונים של המשפט האזרחי. אך התייחסות לערכים הללו אינה יכולה כשלעצמה להצדיק את הבחירה במבנה הקודיפיקטיבי. בחירה זו, שהיא גם החידוש המרכזי של הצעת חוק דיני הממונות, מושתתת כל-כולה על ערך הקוהרנטיות.¹³ קידום הקוהרנטיות הינו ה-*raison d'être* של עצם השימוש בצורת החקיקה הקודיפיקטיבית – בנבדל מזו של אוסף חוקים חדשים או מתקנים – למהלך החקיקתי המוצע.

10 ראו סעיף 1(ג) להצעת חוק דיני הממונות.

11 ראו סעיפים 24 ו-14 למבוא להצעת חוק דיני הממונות. מציעי חוק דיני הממונות טוענים כי מעלה חשובה של הקוהרנטיות של הקודקס נעוצה בכך שיש בה כדי לתרום "תרומה מכרעת לוודאות המשפטית". לדיון ביקורתי בטענה זו ראו מנחם מאוטנר, "קודקס של המשפט המקובל", משפטים לו 199, 241–242 (תשס"ז). מאוטנר טוען כי מגבלות קוגניטיביות של בני-אדם מונעות מהם להגיע לרמת קוהרנטיות שתכסה את כל המשפט הפרטי. ראו שם, שם. כשלעצמי אינני משוכנע כמה ניתן ללמוד ממאפייני החשיבה האנושית בחיי היומיום שלנו על מגבלות הפעולה האינסלקטואלית של מי שעוסקם בכך.

12 מיגל דויטש, "על בשורת הקודיפיקציה וחלק הנכסים בקודקס", משפטים לו 289, 296 (תשס"ז).

13 ראו גם להלן, בפסקה השנייה של פרק ד'.

בפועל יש לקוהרנטיות כמה מופעים בהצעת חוק דיני ממונות, ומופעים אלה שונים זה מזה בהיבטים חשובים. כדי להציג מופעים אלה ולברר את מידת רציותם יש לעמוד בקצרה על שתי הכתנות חשובות: ההבחנה בין קוהרנטיות של כללים לקוהרנטיות נורמטיבית וההבחנה בין קוהרנטיות גלובלית לקוהרנטיות מקומית.

2. קוהרנטיות של כללים

ההבחנה הראשונה מתייחסת לנשוא המהלך הקוהרנטיסטי. טיעונים של "קוהרנטיות של כללים" מתאפיינים בכך שהם רואים את התאמתו של כלל משפטי (קיים או מוצע) לכללים אחרים בשיטה כסיבה טובה – ויש אומרים: הסיבה המרכזית או אף היחידה – לאימוצו. כדי שטיעון מסוג זה ימצא ראוי לכוח שכנועי, על הנזקקים לו להראות מדוע בחירה בכלל משפטי המתאים לכללים אחרים בשיטה עדיפה על בחירה בכלל מתחרה לו, שמידת התמיכה שהוא זוכה לה נמוכה יותר.¹⁴ נטל הצדקתי זה אינו זניח. מכיוון שלהכרעות משפטיות יש תוצא (אפקט) משמעותי על חייהם של בני-אדם, משפטנים הומניסטים חייבים לבסס את הכרעותיהם, במישרין או בעקיפין,¹⁵ על מיטב שיפוטם באשר לטוב האנושי בהקשר נתון ובתנאי זמן ומקום נתונים.¹⁶ לכן, כאשר הם ניצבים בפני שאלה משפטיות שיש לה תשובות שהן ראויות יותר מבחינה נורמטיבית וכאלה שהן ראויות פחות מבחינה זו, עליהם לבחור בתשובה הראויה יותר גם אם בחירה זו תביא לתוצאה שאיננה אלגנטית מבחינת האסתטיקה של הדוקטרינה המשפטית.

14 השוו אלון הראל, "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט", עיוני משפט יח 387, פרק ב (תשנ"ד).

15 כנרמו בטקסט, יש הקשרים שבהם שיקולים נורמטיביים ראויים מצדיקים היוזקות נקודתית לטכניקות משפטיות פורמליסטיות; אך אז, על פי הגדרה, טכניקות אלה – שעל פני הדברים הינן פנימיות למשפט – נשענות על ערכים אנושיים ראויים. צודק, אם כן, רועי קרייטנר שכינה גישה זו "פורמליזם מקומי-מכשירני" (local instrumental).

16 ראו Roy Kreitner, "Fear of Contract," 2004 Wisc. L. Rev. 429, 437-438. ראו Ronald Dworkin, *Law's Empire* 76-85 (1986); Guido Calabresi, "An Introduction to Legal Thought: Four Approaches to Law and the Allocation of Body Parts," 55 *Stan. L. Rev.* 2113, 2121 (2003).

למרות זאת, יש מצבים שבהם קידום הקוהרנטיות של הכללים יהא יעד משפטי ראוי, קרי: שעצם התאמתם של כללים זה לזה משרתת בהקשר אליהם ערכים ראויים. מצבים אלה הינם מוגבלים למדי, והם נוגעים בהיבטים היותר טכניים של הדין.

סוג אחד של מצבים כאלה משתמע מעצם הניסוח האחרון של הציווי להעדיף את הפתרון הראוי על הפתרון הקוהרנטי. ציווי זה, כפי שניסחתי אותו, איננו שולל פנייה לקוהרנטיות הכללים במצבים שבהם קיימים פתרונות אחדים שכולם עולים בקנה אחד עם מערכת מוסר ראויה, והבחירה ביניהם היא עניין של תיאום חברתי גרידא, דהיינו: בחירה שאינה מונחית על ידי שיקולים ערכיים (ההסדרים החקיקתיים השונים – ובכלל זה אלה המנויים בקודקס המוצע – העוסקים בסוגיה של מועדים, יכולים לשמש דוגמה פשוטה לסוג זה של מצבים.¹⁷) בהפוך הוא: כפי שהסביר יוסף רו, במקרים כאלה דווקא יש חשיבות לדבוק בפתרון פלוני מרגע שאומץ, וזאת בשל היתרונות של ודאות, יציבות ויעילות בהפעלה.¹⁸

על פני הדברים קיים סוג מצבים נוסף שבו מתקיים טעם ערכי טוב לקדם מהלך של חיווק קוהרנטיות הכללים – האחדות ההסדר הנוהג בסוגיה פלונית כדי ליישב סתירות, קרי: למנוע מצב שבו הדין הנוהג קובע הוראות שהן בבחינת דבר והיפוכו. כך, ככל שהתאמת הכללים שהצעת חוק דיני הממונות חותרת אליה מתמצה באותם מצבים קיצוניים, שאי-התאמה בהם עולה כדי סתירה, הרי שהסיבה לחשיבות של קוהרנטיות הכללים נראית פשוטה ומשכנעת, והיא נעוצה באחד האדנים של שלטון החוק, שלפיו אל לו למשפט לתבוע מהכפופים לו דבר והיפוכו.¹⁹ על פני הדברים מצויה לכך דוגמה מובהקת בטיפול של הקודקס המוצע בסוגיה של זכות ההגנה על נכסים בדרך של סעד עצמי, שבהקשר אליה קיים מתח – שלא לומר סתירה – בין ההסדרים הקבועים כיום בחוק המקרקעין מזה ובפקודת הנזיקין מזה,²⁰ באופן ש"לא אחת נמצא כי אדם זכאי לפעול,

17 ראו, למשל, את הכללים העוסקים בחישוב גילו של אדם ובקביעת תאריך הלידה שלו אם לא ידוע יום לידתו; ראו סעיפים 7 ו-8 להצעת חוק דיני הממונות. דוגמה נוספת, יותר שגויה במחלוקת, מצויה בסעיף 811 להצעת חוק דיני הממונות, העוסק בהתיישנות של תביעות. הקושי בדוגמה זו נובע מכך שספק אם ניתן להצדיק בהקשר זה כלל אחיד מבלי להיזקק לשיקולים הנורמטיביים שראוי כי ינחו את הסדרת דיני ההתיישנות עצמם.

18 ראו Joseph Raz, "The Relevance of Coherence," in *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics* 261, 301 (1994).

19 ראו Lon L. Fuller, *The Morality of Law* 65-70 (2d ed. 1969).

20 ראו סעיף 18 לחוק המקרקעין וסעיף 24(2) לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

לצורך ההסדר הקנייני, בעוד שהוא אינו רשאי לכך, לפי ההסדר הנזיקי, ולהיפך".²¹ דא עקא, שאפילו בהקשר זה לא ניתן לתמוך באופן גורף בהאחדת ההסדר הנוהג בהצעת חוק דיני הממונות בהסתמך על קוהרנטיות הכללים. הסיבה לכך היא שקוהרנטיות הכללים אינה מלמדת אותנו דבר וחצי דבר אודות השאלה איזה מבין ההסדרים הסותרים ראוי שיחול; מתן תשובה לשאלה זו מחייב ניתוח נורמטיבי עצמאי, שאינו יכול להישען על עצם השאיפה להימנע מסתירות.²²

3. על הקוהרנטיות הנורמטיבית (גלובלית ומקומית)

סוג שונה ומרכזי של קוהרנטיות כמעלה משפטית הוא הקוהרנטיות הנורמטיבית, או הקוהרנטיות של הערכים שבבסיס הכללים המשפטיים. למעשה, כפי שזה עתה רמותי, טיעונים משפטיים רבים המוצגים לעתים בשפה של "קוהרנטיות הכללים" הינם טיעונים של קוהרנטיות נורמטיבית. כך יש להבין את הטענות הנפוז בדבר הצורך להתוות את הכלל שיחול במקרה הנדון כך שיתאים לכלל אחר העוסק בסוג דומה של מצבים. בניסוח מקוצר כזה הטענות אינו משכנע בהכרח, שכן אין בו דבר המסביר מדוע ראוי להחיל את אותו הסדר על שני המצבים ומדוע ראוי להרחיב דווקא את תחולת הכלל הקיים.²³ אולם, ניתן להבין טענות זה באופן

21 ראו סעיף 26 למבוא להצעת חוק דיני הממונות.

22 כך למשל, בקשר לזכות ההגנה על נכסים בדרך של סעד עצמי, ספק בעיני אם ניתן להצדיק הסדר משפטי שיש בו כדי להכשיר פעולה אלימה. ראו, בדומה, מיכאל דן בירנהק, "צדק קנייני: על שלושה מושגים של קניין", מחקרי משפט כא 439, 456 הערת שוליים 80 (תשס"ה).

23 למען האמת, במקרים רבים קוהרנטיות הכללים אינה מסוגלת כלל לחצות אפילו את המשוכה הראשונה של זיהוי כלל אחד שאליו ראוי להתאים את הכלל החדש, וזאת עקב ריבוי המקורות המשפטיים העשויים להיות רלבנטיים לכל מהלך קוהרנטיסטי. במילים אחרות: מהלכים של קוהרנטיות הכללים חשופים – כמו יתר הגיסיונות להציג הכרעה משפטית כתוצאה של מהלכים דוקטרינריים "נקיים", המעמידים תוצאה משפטית מבלי להישען על הכרעות ערכיות – לטענה הריאליסטית שלפיה המקור העיקרי של עמימות הדוקטרינה המשפטית הינו ריבוי הנורמות במשפט (ולא, כפי שיש הסוברים, עמימותן של נורמות בדירות). כללים משפטיים אף פעם לא נקראים במנותק מכלל הדוקטרינה שאליה הם שייכים, וכפי שציין קארל לואלין, הדוקטרינה בכללותה תמיד שחה אלינו בדיבור כפול: בכל הקשר משפטי (כולל זה של פרשנות) ניתן למצוא שתי מגמות סותרות – שני כללים שיש לקבוע את היחס שביניהם – והכרעתם של משפטים באשר להיקף התחולה הראוי של כללים אלה מותירה בידיהם ממד הכרחי של בחירה; הרחבת האחד וצמצום

אוהד יותר, הקורא בו (במשתמע) את הטענות כי סוגי המצבים הנדונים ראויים לטיפול נורמטיבי זהה, וכי הטיפול הנורמטיבי של הכלל שאליו ראוי להתאים את הכלל החדש הינו משביע רצון. קריאה אוהדת כזו חושפת את העובדה שלמעשה מדובר בטיעון של קוהרנטיות נורמטיבית.

בפסקאות הבאות אציג בקצרה את שתי הגרסאות החשובות ביותר המופיעות בספרות של קוהרנטיות נורמטיבית כמעלה משפטית.²⁴ דיון זה יחשוף את ההבחנה השנייה החשובה לענייננו – זו שבין קוהרנטיות גלובלית לקוהרנטיות מקומית. הבחנה זו, בתורה, תעזור בזיהוי הסיכון המרכזי של המהלך הקוהרנטיסטי שבהצעת חוק דיני ממונות שבקודקס כמו גם באיתור המקרים שבהם סיכון זה מתממש הלכה למעשה.

גישה אחת של קוהרנטיות נורמטיבית מזוהה עם תפיסת המשפט של רונלד דבורקין. על פי דבורקין, המשפט (במיטבו) מתאפיין בכך שכל הכרעה משפטית קונקרטית מושפעת ממכלול החומר המשפטי הקיים במועד נתינתה, וליתר דיוק: מאוסף קוהרנטי אחד של טעמים נורמטיביים. מכאן הבנתו של דבורקין את הפעילות השיפוטית כסיפור פוליטי מתמשך הנכתב על ידי יוצר אחד – הקהילה המואנשת – ומבטא תפיסה קוהרנטית של צדק והגינות. מהבנה זו נגזרת הגישה שלפיה כל אימת ששופט ניגש להכריע – קרי: לכתוב את הפרק הבא בסיפור המשפטי הקולקטיבי שהוא משתתף ביצירתו – עליו לגזור את הכרעתו מאותו אוסף של ערכים העומד באופן המיטבי בשתי אמות-מידה: (א) קוהרנטיות או התאמה (fit) של הערכים לאוסף הרחב של הכרעות נורמטיביות קודמות, חקוקות או פסוקות, הנאכפות בשיטה; ו-(ב) הצדקה (justification), דהיינו: שיפוט ערכי

משנהו איננה נשענת ואיננה יכולה להישען – גם במקרים שאנו מבינים כקלים – על תכני הדוקטרינה המשפטית. ראו, למשל, Karl L. Llewellyn, *The Case Law System in America* 25, 45, 51, 53 (Paul Gewirtz ed., Michael Alsandi trans., 1989); Karl L. Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 77-91 (1960); Karl L. Llewellyn, "Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are to Be Construed," 3 *Vand. L. Rev.* 395 (1950). לדוגמה מפורטת ראו הניתוח של פסק הדין החשוב בע"א 189/95 *בנק אוצר החייל נ' אהרונב, פ"ד* נג(4) 199, אותו ערכתי בדגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 219-236.

24 אמנם הדיון בקוהרנטיות, שעליו אני נשען, מופיע בהקשר לניתוח פעילותם הנורמטיבית של שופטים ולא זו של מחוקקים, אך ההבדלים (החשובים) בין כללים חקוקים ופסוקים אינם משפיעים על התובנות המרכזיות שלו, שכן אלה מתייחסות לשאלה של רמת ההכללה הראויה במשפט כמשפט, קרי: לזיהוי הרזולוציה הנכונה שבה ראוי לקבוע נורמות צופות-פניי-עתיד ולא לרמת ההכללה הראויה בשיפוט.

של אותן פרשנויות מתחרות שכולן מתאימות פחות או יותר לסיפור המשפטי הקיים, ובחירה באותה פרשנות המציגה סיפור זה באור הנורמטיבי המיטבי. פעילות שיפוטית המנוהלת כך הינה ראויה; יותר מכך: היא מציגה את הפרקטיקה המשפטית במיטבה, משום שהיא מספקת את ההצדקה הטובה ביותר לכוח הכופה שהמשפט מפעיל כלפי הכפופים לו; משום שהיא תורמת להפיכתה של המדינה לסוג מיוחד של קהילה הדוברת בקול אחד (ביושרה), ועל כן ראויה מוסרית לנאמנות (דהיינו: לציות) של נמעניה.²⁵

אולם, האטרקטיביות הנורמטיבית של שיפוט הרואה בקוהרנטיות מעלה עצמאית הינה שנויה במחלוקת. כך, למשל, עימת רז את הפנייה לקוהרנטיות עם רגישות פלורליסטית – והעדיף את האחרונה. הסיבה לכך היא שמערכת ערכינו המוסריים אינה מוניסטית, כלומר: אינה מבוססת על ערך מוסרי אחד שכל שאר הערכים והטובין האנושיים נגזרים ממנו; נהפוך הוא: המוסר כולל אוסף של ערכים שאינם נובעים זה מזה או תומכים זה בזה או אפילו ניתנים להשוואה – ועל כן גם אינם ניתנים לאיזון אחד נכון. אין זה רק שעמדותינו באשר לשאלות מוסר הינן חלוקות בנקודות רבות; חלק ממחלוקות אלה נובעות מכך שלא קיימת "תשובה אחת נכונה" – שהרי אנו מאמינים כי ייתכנו תשובות אחדות שלא ניתן להכריע ביניהן, וכל שניתן הוא להעדיף את האחת על האחרת.²⁶ לפיכך סביר ואפילו ראוי לאמץ גם במשפט אוסף מגוון ולא בהכרח קוהרנטי של עקרונות, ולפיכך – גם של דוקטרינות משפטיות הנגזרות מהם. יתרה מזאת: בעולמנו, שבו ערכים רבים מתחרים ואינם בני-השוואה, דיבור בקול אחד מניב עריצות שכן הוא מעצים את כוחו של איזון מסוים בין אותם ערכים. מנגד, דווקא ריבוי הקולות הנורמטיביים בשיטה עשוי להיות המפתח לחיינו הקיבוציים. ודוק: המעטת חשיבותו של ערך הקוהרנטיות במשפט אינה מלמדת שלקוהרנטיות אין כל תפקיד במשפט; אלא שהקוהרנטיות הנורמטיבית שבה תומך רז אינה גלובלית אלא מקומית. בניגוד לדבורקין, רז מכיר בערכה של קוהרנטיות נורמטיבית אם ורק אם תחום משפטי נתון ראוי נורמטיבית להיות מונחה על ידי עיקרון מוסרי

25 ראו Dworkin, הערה 16 לעיל, בעמ' 164–258. כנרמז בטקסט, דבורקין סבור שהמחויבות למשפט של אזרחים בחברת ההמונים המודרנית נובעת מכך שהמשפט הינו רכיב מכונן של הקהילה הפוליטית שלהם, וטוען שכדי שהמשפט אכן ייחשב ככזה עליו להחיל לגביהם עקרונות משותפים.

26 ברי שמשמעותה של אמירה זו מתעצמת בסביבה חברתית רבת-תרבותית כמו שלנו, שבה השוני הבין-קבוצתי מתבטא לא רק ברמה הערכית אלא גם באורחות החיים המאפיינות קבוצות שונות.

מסוים דווקא (או איזון מסוים בין עקרונות כאמור). קוהרנטיות נורמטיבית זו היא, על פי הגדרה, קוהרנטיות מקומית. יתר על כן: הקוהרנטיות הראויה לפי רז אינה מעלה בפני עצמה אלא רק תוצאת-לוואי של ההפעלה העקיבה של הכרעות נורמטיביות ראויות.²⁷

לענייננו אין צורך להכריע בין הגישות הסותרות של דבורקין ורז, שכן גם דבורקין מכיר בפרקטיקה של "עדיפות מקומית" (local priority). לגישתו, הכרעות משפטיות באשר לממד ההתאמה מתייחסות תמיד לסדרה של מעגלים קו-צנטריים מתרחבים, שבמרכזם הסוגיה בשוא הדיון, כשהמשקל הניתן להתאמה (או להיעדרה) במעגל פנימי גבוה מזה הניתן לתופעה דומה במעגל חיצוני. למרות נטייתו הראשונית לקוהרנטיות גלובלית, גם דבורקין סבור שראוי לכבד את הקטגוריזציה המשפטית אם (ורק אם) קיימות סיבות ערכיות לחלוקה זו של המשפט לתחומים ולתת-תחומים, למשל: כאשר קיימת הבחנה נורמטיבית ראויה בין סוגי האחריות השונים המוטלים על בני-אדם בענפי המשפט השונים.²⁸ במילים אחרות: גם דבורקין – שבניגוד לרז עומד על הערך העצמאי והחשוב של קוהרנטיות משפטית, והוא גם הדובר החשוב ביותר בשבחי הקוהרנטיות במשפט – מסכים ששיקולים ערכיים חשובים יכולים להצדיק סטיות משמעותיות מן "המצב הקוהרנטי".

4. הסיכון של האחדות-יתר

מרבית השינויים הקוהרנטיסטיים של הקודקס המוצע אינם נופלים בקטגוריה של "קוהרנטיות הכללים": אין בהם כדי ליישב סתירות או לקבוע הסדרים טכניים בסוגיות שאין להן משמעות ערכית ברורה. לכן, את עיקר המהלך הקוהרנטיסטי של הצעת חוק דיני הממונות ראוי לנתח במשקפי הקוהרנטיות הנורמטיביות. ניתוח כזה צריך להתמקד בחשש מפני האחדות-יתר, קרי: בהטיה מופרזת ממודל הקוהרנטיות המקומית אל עבר זה של קוהרנטיות גלובלית. האחדות-יתר הינה סיכון מרכזי של ההליך הקודיפיקטיבי, משום שהעיסוק הטבעי של מציעי הקודקס במבנהו, והשאפה המובנת שלהם ליצירת מבנה הרמוני "תוך הליכה

27 ראו Raz, הערה 18 לעיל, בעמ' 281–282, 291–304. רז גם חולק על האופן שבו קישר דבורקין את חובת הציות לחוק למושג הקהילה, ועל התפקיד שייחס דבורקין למשפט בכינונה של אותה קהילה.

28 ראו Dworkin, הערה 16 לעיל, בעמ' 250–254.

מהכללי והמשותף אל הפרטני והנפרד",²⁹ עלולים להביא חישיקל למצב שבו "חדוות האסתטיקה" תיחפך עיקר³⁰ ותשכיח את השיקולים הנורמטיביים שצריכים להנחות משפטים, או למצער תמעיט את משקלם.³¹ כפי שזה עתה ראינו, כאשר האחדה של הסדרים משפטיים משטיחה הבדלים שיש להם חשיבות נורמטיבית, היא ראוייה לביקורת אפילו בעיני מי שמוצא ערך עצמאי בקוהרנטיות משפטית.³² האחדת-יתר עלולה לפגוע במעלות משפטיות חשובות של המשפט האזרחי. המשפט האזרחי – בפרט במסורת המשפט המקובל – מתאפיין בקטגוריות הצרות שלו, הנתפסות באופן מסורתי כהצעה לחלוקה של העולם החברתי שבו אנו חיים לגזרות פעילות שונות, שלכל אחת מהן מאפיינים בעלי חשיבות נורמטיבית המצדיקה טיפול משפטי נפרד.³³ המוסדות השונים של המשפט האזרחי מציעים

29 ראו סעיף 15 למבוא להצעת חוק דיני הממונות.
 30 השוו Jack M. Balkin, "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence," 103 *Yale L.J.* 105, chapters IV, VI (1993) המסביר את היוקמות של משפטים לטעם הקוהרנטיות בפסיכולוגיה של הסובייקט (השופט, עורך-הדין, איש האקדמיה).

31 השוו לדבריו של מיגל דויטש, החוקר הראשי של ועדת הקודיפיקציה, ביחס לכך ש"קוהרנטיות אינה רק אמת מידה פרשנית אלא היא לב העניין עצמו, ותכלית מרכזית... של יצירת המודל הקודיפיקטיבי", מה שמצדיק, לדבריו, את המגמה ליצור "מכנה משותף רחב ככל האפשר לכללים נתונים". מיגל דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי 43 (תשס"ה). דויטש אמנם נזהר והוסיף כי "לעולם יש לשקול אם אין מקום להבחנה רלוונטית בין הסדרים שונים ביחס לאותו נושא, בהקשרים שונים" (שם, בעמ' 44), אך תיאורו את בחירת רמת ההפשטה של הקודקס לא מותיר מקום לספק באשר לבחירת המחדל שהוא מציע: "כל אימת שלא ניתן היה למצוא רציונלה סבירה וראויה להבחנה בין פתרונות הגיתנים לסוגיות דומות, אחד הסדר ביחס להן באמצעות 'העלאת' ההסדר לחלק המשותף, המצוי ברמת הפשטה גבוהה יותר" (שם, בעמ' 35). דויטש אף הוסיף וטען כי "המגמה ליצירת קוהרנטיות במשפט האזרחי אינה מתמצה ביצירת קוהרנטיות בין ההוראות של הקודקס עצמו, אלא היא חלה גם ביחס ליצירת קוהרנטיות בין הוראות הקודקס לבין הוראות אחרות במשפט האזרחי". שם, בעמ' 47.

32 ודוק: רז ודבורקין לא יסכימו באשר למידת החשיבות הנורמטיבית של הבדלים כאלה, המצדיקה זיהיות מפנייה לפתרון הקוהרנטי. אם מדובר בהבדלים שתוצאתם הנורמטיבית זניחה או אולי אפילו קטנה, ייתכן שדבורקין יעדיף לדבוק בפתרון הקוהרנטי, אך כפי שראינו, גם דבורקין – ובוודאי רז – סבור שהזיהיות כזו ראוייה כשמדובר בהבדלים חשובים.

33 ראו Herman Oliphant, "A Return to Stare Decisis," 14 *A.B.A. J.* 71, 73-76 (1928); Karl N. Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence: The Next Step," in *Jurisprudence: Realism in*

לנו דרך (שהיא תמיד טנטיבית ובהכרח לא מושלמת) להבנייתם הראויה של קשרים בינאישיים בהקשרים שונים, תוך התאמת המינון הנורמטיבי שהדוקטרינה משקפת למאפיינים של היחסים החברתיים הרלבנטיים.³⁴

הזהירות מפני הרחבת-יתר של הקטגוריות המשפטיות היא ראויה (אין זאת אומרת, כמובן, שהמשפט צריך לקדש את הקיים ולהקפיא את הקטגוריות הקיימות שלו; כמו כל היבט אחר במשפט, גם הקטגוריוזציה המשפטית צריכה להיבחן מעת לעת במשקפיים ביקורתיים).³⁵ כדי לשמר במשפט את העושר האנושי, המתאפיין בריבוי סוגי היחסים הבינאישיים ובקיומם של גוונים וגווני-גוונים של קשרי-גומלין אנושיים,³⁶ ראוי להקפיד על כך שהקטגוריות שבהן המשפט פועל – בין אם אלה הקטגוריות הוותיקות שלו ובין אם אלה קטגוריות חדשות – יהיו צרות דיין.³⁷ קטגוריות משפטיות צרות יחסית הן ראויות

Theory and in Practice 3, 27-28, 32, 34-36 (1962); Llewellyn, "Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound", שם, בעמ' 42, 56-57, 73-76.

34 לפיתוח מפורט של עמדה זו בהקשר של דיני הקניין ראו דגן, הערה 4 לעיל. כפי שטענתי והראיתי שם, תחת ההתעמקות במושג קניין, על השיח הקנייני להתעמק במוסדות הקנייניים השונים: ההבדלים הנורמטיביים בין המוסדות הקנייניים השונים הם עמוקים ויסודיים ולכן מחייבים ארכיטקטורה דוקטרינרית נפרדת. לדיון דומה בהקשר החוזי ראו Todd D. Rakoff, "The Implied Terms of Contracts: Of 'Default Rules' and 'Situation Sense'", in *Good Faith and Fault in Contract Law* 191 (Jack Beatson & Daniel Friedmann eds., 1995).

35 ראו Llewellyn, "A Realistic Jurisprudence: The Next Step", הערה 33 לעיל, בעמ' 27. ראו גם Walter Wheeler Cook, "Scientific Method and the Law," in *American Legal Realism* 242, 246 (William W. Fisher III, Morton J. Horowitz & Thomas Reed eds., 1993). לדוגמה חשובה במשפט הישראלי של קריאה לכינונה של קטגוריה משפטית חדשה – מרשם ווגיות – בהיתן הבעייתיות הקיימת במבנה הבינארי של מוסד הנישואים ומוסד הידועים בציבור, ראו שחר ליפשיץ, הידועים בציבור בראי התיאוריה האורחית של דיני המשפחה (תשס"ה).

36 Michael Walzer, *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality* (1983); ראו Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and Economics* 157 (1993); Elizabeth Anderson, "Pragmatism, Science, and Moral Inquiry," in *In the Face of Facts: Moral Inquiry in American Scholarship* 10, 17 (Richard Wightman Fox & Robert B. Westbrook eds., 1998).

37 כנרמזו בסקסט, ייתכן, כמובן, שהקטגוריות המשפטיות הנוהגות אינן תואמות את ההבניה חברתית של סוגי האינטראקציות האנושיות, שאז – בהנחה שההבניה המשפטית אינה משפרת נורמטיבית את רעותה החברתית – יש לשנות את הקטגוריוזציה המשפטית. גם במקרה כזה על הרפורמה המשפטית להיזהר מפני יצירתן של קטגוריות רחבות מדי.

גם מסיבה נוספת – יש בהן כדי לעזור בשימור ובטיפול של אחד היתרונות החשובים של משפטים כיוצרי-דין, אשר נעוצה בכך שההתייגות המשפטית מתנהלת תוך התחככות בלתי-אמצעית במציאות העשירה של העולם החברתי.³⁸ באחת: שמירה על קטגוריות צרות יחסית הינה ראויה, שכן היא מסייעת למשפטים להתאים את ההסדר הנורמטיבי לדגמים השונים של קשרי-גומלין אנושיים שאותם הוא מסדיר.³⁹

ברי שהמשפט האזרחי יכול להוסיף וליהנות מיתרונות חשובים אלה גם כשכללים מרכזיים שלו הינם חקוקים (דוגמה בולטת לכך מצויה בחוקי התוזים המיוחדים – חוזים אחידים, חוזי מכר וחוזי מכר דירות, חוזי מתנה, חוזי קבלנות, חוזי שכירות ושאלה, חוזי ערבות וביטוח – שנחקקו בשנות ה-60 וה-70 ואשר מרביתם שולבו בחלק המשנה השלישי של החלק הרביעי בהצעת חוק דיני הממונות⁴⁰). זאת ועוד: גם כינוסם של חוקי המשפט האזרחי בחוק אחד איננו מתכון הכרחי לפגיעה במעלות משפטיות אלה.⁴¹ אולם חלק מהמהלכים

38 ראו Oliphant, הערה 33 לעיל, בעמ' 73–74, 159. ראו בדומה את דיונו של יוסף רז בפרקטיקת האבחון: Joseph Raz, *The Authority of Law* 183–197 (1979). לדיון במעלות שמפתחים משפטים המיומנים בהתחככות כזו עם החיים ראו Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer: Failing Ideals of the Legal Profession* 72–73, 223–225 (1993).

39 ראו Hanoch Dagan, "The Craft of Property," 92 *Cal. L. Rev.* 1517, 1558–1565 (2003); Frederick Schauer, "Prediction and Particularity," 78 *B.U. L. Rev.* 773 (1998); Alan Schwartz, "The Default Rule Paradigm and the Limits of Contract Law," 3 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 389, 415–419 (1994).

40 מוזרה בהקשר זה אי-ההכללה בקודקס המוצע של שני החוקים החשובים העוסקים במכר דירות: חוק המכר (דירות), התשל"ג–1973 וחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה–1974.

41 כפי שטען דויטש, בהצעת חוק דיני הממונות ישנם אפילו מופעים של פיצול ראוי של הקטגוריות הקיימות של שכירות ושל זיקת הנאה, שיש בהם כדי לתקן את ההשטחה הקיימת בחוק כיום. ראו דויטש, הערה 12 לעיל, בעמ' 316–317. בהקשר לשכירות אציין, בשולי הדברים, שקשה לי להצטרף לדברי השבח של יהושע ויסמן ביחס להסדר המוצע בהצעת החוק, המבטיח כי החוכר יוכל להעביר את החכירה, למשכן אותה כבטוחה להלוואה או לשעבדה בזיקת הנאה בלי תלות מופרזת בבעלי הקרקע, שהינו ברוב המקרים מנהל מקרקעי ישראלי. ראו יהושע ויסמן, "לקט הערות על השכירות בקודיפיקציה", משפטים לו 693, חלק ד (תשס"ז). באופן מדויק יותר, ספק בעיני אם אכן רצוי לקבוע באופן קוגנטי את יכולתם של חוכרים לעשות עסקאות במוחכר. כדי להבין מדוע, יש להפריד את הדיון לשני מצבים: חכירה מבעלים פרטיים בשוק שכירות תחרותי וחכירה מבעלים הפועל בשוק שאיננו תחרותי.

ככל שמדובר בקטגוריה הראשונה, לא ברור שקיים קושי המצריך התערבות רגולטורית. ככל שהזכות לעשות עסקאות בזכות החכירה חשובה לחוכרים – ואני מסכים לסברתו של ויסמן שהיא אכן כזו – עסקאות החכרה שוקיות תספקנה זכות זו, שכן מחכירים פוטנציאליים שלא יחפצו לעשות זאת יובסו על ידי מחכירים מתחרים שייענו לרצונותיהם של חוכרים. אין זה אומר, כמובן, שלא יהיו סייגים; אני מניח, למשל, שמחכירים ידרשו וחוכרים יסכימו שתהיה למחכירים "זכות דיבור" ביחס לאפשרויות לשעבד את המקרקעין בזיקת הנאה חיובית. כפי שהסביר ויסמן, זוהי דרישה סבירה: המחיר שידרשו מחכירים בתמורה לויתור עליה נראה עולה בהרבה על תועלת הוויתור הזה לחוכרים.

המצב שונה כמובן כשהמחכיר אינו מצוי בתחרות אמיתית עם מחכירים אחרים, שהרי התחרות היא הבסיס לסענה כי התערבות המשפט איננה נדרשת. בפרט הדברים נראים אחרת עת עסקינן במקרה הקצה של שוק בלתי-תחרותי: המקרה של מחכיר שהוא מונופוליסט. אם כן, אין זה מקרה שהערותיו של ויסמן מכוונות במפורש למציאות הישראלית שבה, כדבריו, החכירה מהווה תחליף לבעלות. גם כאן ניתן היה לכאורה לומר שמכיוון שהמחכיר הלאומי הוא גוף ציבורי הכפוף לחובות המשפט המנהלי, חזקה עליו שלא ישתמש לרעה בכוח המונופוליסטי שלו, וחזקה על בתי המשפט שיפסלו את החלטותיו כל אימת שיתרוג מחזקת תקינות זו. אלא, שתשובה זו תיראה תאורטית ובלתי-מספקת לכל מי שמצוי בהווה המקרקעית בישראל. בהינתן שחזקת התקינות של הבעלים-המונופוליסט נראית בעייתית, הפנייתם של חוכרים להליכים משפטיים תדירים אינה ראויה; לכן, ככל שהמנהל הוא המחכיר אכן נדרשת רגולציה שתגן על חוכרים בתחומים רבים ובפרט בתחום החשוב של יכולתם לעשות עסקאות במחוכר.

לאור העובדה שהמציאות הישראלית הנוכחית משתקפת ברובה בקטגוריה השנייה, דבריי עד כאן מחייבים אותי לכאורה להסכים עם ניתוחו של ויסמן – ובכל זאת אני מסויג, משתי סיבות. ראשית, גם אם במציאות הנוכחית מרבית החכירות משתבצות בקטגוריה השנייה, ראוי היה לתת את הדעת – בפרט כשמדובר במהלך קודיפיקטיבי שאמור להיעשות תוך מבט ארוך-טווח – גם על הקטגוריה הראשונה. אם נכונים דבריי בהקשר אליה, הרי שהשינויים המוצעים בהצעת החוק עלולים לפגוע שלא לצורך בחופש החוזים בתחום השכירות ובכך להזיק הן למשכירים והן לשוכרים. הדברים משמעותיים במיוחד נוכח העובדה שהמציאות הישראלית, שבה שכירות פרטית אינה נפוצה, הינה חריגה במבט השוואתי. אם שוק הבנייה להשכרה יגדל – כפי שיש הטוענים שראוי שיקרה – כי אז כפיפת ההסדרה הראויה לו (המחייבת רגישות רבה יותר לחופש החוזים) להסדרה המתאימה להקשרים שבהם המחכיר הוא המנהל (בה נדרשת רגולציה) אינה רצויה. מה שרצוי, אם כן, הוא קביעת הוראות מיוחדות לקטגוריה השנייה, והשארת הדין המצוי על כנו כך שיחול בשאר המצבים, קרי: בקטגוריה הראשונה. שנית, גם אם נתמקד בקטגוריה השנייה – החכרה ממונופוליסט, כלומר: המנהל – ספק אם די בתרופה של הבטחת יכולתם של חוכרים לעשות עסקאות במחוכר. הבעיות העולות עקב מעמדו המונופוליסטי של המנהל בהקשר זה הן רק גילויים (סימפטומים) חלקיים של מחלת המציאות המקרקעית בישראל. פתרון אמיתי מחייב התמודדות עם המחלה: האנומליה הישראלית של בעלות ציבורית

הקוהרנטיסטיים המצויים בנוסח הנוכחי של הקודקס המוצע נראים בעייתיים בדיוק בנקודה זו – בפרט אם הקודקס יפורש לאור דברי המבוא בנוסחם הנוכחי, שכזכור מדגישים מאוד את הקוהרנטיות כמעלה משפטית וכתכלית מרכזית של הקודיפיקציה. בסעיף האחרון של פרק זה אעמוד על הבעייתיות של שני מהלכים קוהרנטיסטיים משמעותיים בהצעת חוק דיני הממונות: ההצעה לאחד את דיני התרופות בגין הפרת חיובים, וההצעה ליצור בדיני קניין קטגוריית-על של דיני נכסים. לפני כן אתיחס למהלך קוהרנטיסטי רצוי בעיקרון – ובכל זאת, כפי שנראה, אפילו בהקשר אליו לוקה הנוסח הנוכחי של הקודקס המוצע במידת-מה של האחדת-יתר.⁴²

5. האחדה רצויה (אך כוללנית מדי) בקודקס המוצע

חלק מהמהלכים של חיווק הקוהרנטיות הנורמטיבית בהצעת חוק דיני ממונות ביחס למצבה בדין הקיים הינם ראויים בעיקרון. כוהו, למשל, המהלך הקוהרנטיסטי של מניעת סתירות שעליו עמדתי לעיל. בדומה לכך, גם המהלך

מסיבית של מקרקעין. מאפיין ייחודי וחסר-תקדים זה של המציאות הישראלית, שבה מתגוררים או עובדים מרבית תושבי מדינת ישראל על קרקע לאומית תחת חוזה חכירה ממלכתיים, חותר תחת כל אחד ואחד מהערכים שהקניין משרת. ראו דגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 96–104. על כן, דווקא מכיוון שאני מסכים לאפיונו של ויסמן את המציאות המקרקעית בישראל כמציאות של חכירה – קרי: של בעלות ציבורית – הייתי מצפה שרגעים מכוננים דוגמת הרגע שבו חושבים מחדש על דיני המקרקעין בישראל יוקדשו בעיקר (או למצער גם) לבחינה ביקורתית של מציאות בעייתית זו. בצד שמירה קפדנית על בעלות ציבורית בסוגים מסוימים של מקרקעין, יש להביא לכלל סיום את עידן החריגות הישראלית ולהצטרף למשפחת המדינות הדמוקרטיות, שבהן מרבית שטח המקרקעין במדינה מצוי בבעלות פרטית. ככל שהקודקס המוצע אמור להיות הסדר ארוך טווח, עליו לצפות דווקא את העידן החדש – הראוי נורמטיבית – ולהתאים את עצמו אליו, ולא למציאות-הביניים הפתולוגית שבה אנו חיים כיום.

42 מהלך קוהרנטיסטי נוסף בקודקס, מרכזי פחות וגופל אי-שם בין שתי הקטיגוריות הנזכרות בסקסט, הוא ההאחדה של דין ריבוי המעוולים ודין ריבוי החייבים על סמך הטענה כי "משעה שצמח חיוב משותף, המקור ההיסטורי לחיוב – אם בנוזקין ואם בחוזים – ראוי כי ישקול אך מעט לעניין המשך דרכו של החיוב". ראו סעיפים 24, 25 ו-28 למבוא להצעת חוק דיני הממונות. אכן, קיימים קווי דמיון בין היחסים שבין מעוולים במשותף לבין חייבים במשותף (דנתי בכך במקום אחר; ראו Hanoch Dagan, *The Law and Ethics of Restitution* chapter 5 (2004)). עם זאת, לפחות על פני הדברים נראה שמקור החיוב עשוי דווקא להיות רלבנטי: מידת הסולידריות הראויה בין מי שנכנסו באופן רצוני למצב של ריבוי חייבים עשויה להיות גבוהה מזו שבין מי שנקלעו למצב של ריבוי מעוולים.

של האחדות הוראות שהמצע הנורמטיבי שלהן זהה הינו רצוי: כפי שראינו, גם מי שחולק על הערך העצמאי של קוהרנטיות במשפט, מסכים שמצב שבו התשתית הנורמטיבית הראויה של סוגיות שונות היגה אחת מחייב להחיל לגבי סוגיות אלה כללים דומים. לכן, אותם מהלכים קוהרנטיסטיים שבהם החוק המוצע מאחד "הסדרים הגשענים על מדיניות משפטית דומה"⁴³, הינם ראויים.

דוגמה בולטת לכך נוגעת בדיני תחרות הזכויות. דיני התחרות עוסקים במגוון רחב של מצבים שבהם מועלות תביעות לזכויות סותרות על ידי צדדים רחוקים, דהיינו: צדדים שאין ביניהם קשר חוזי ישיר.⁴⁴ בשנים האחרונות אימצה הפסיקה את הגישה שלפיה הוראות הדין השונות העוסקות בתחרויות בין צדדים רחוקים צריכות להידון בצוותא חדא, מתוך מבט כללי השואף לאחד את ההתייחסות של הדין לתחרויות השונות, ועל כן אינו חושש לשאוב הלכות מסוג אחד של תחרות לאחר.⁴⁵ גישה זו קיבלה חיוק משמעותי במהלך המוצע בקודקס להקדיש פרק מיוחד לדיני תחרות הזכויות, תוך ליקוט ההוראות העוסקות בדיני תחרות (הפזורות כיום בחוקים שונים) והאחדתן.⁴⁶

הדיון המשותף במצבי התחרות השונים הינו ראוי משום שמדובר באוסף של מקרים המעוררים בעיות דומות ומזמנים מינון דומה של ערכים. כפי שהראה מנחם מאוטנר, קיים דמיון נורמטיבי חשוב בין מצבי תחרות בין צדדים רחוקים לבין תאונות. באופן טיפוסי, הצדדים לעימות המשפטי בדיני תחרות הם זרים – הבעלים המקורי וצד רחוק. ניסיונם להשתמש באותו "משאב משפטי" (הזכות השנייה במחלוקת) בו־זמנית – ניסיון שהינו תוצאה של אינטראקציות בלתי־מוצלחות בינם לבין אנשי־ביניים – גרם נזק. לפיכך, יש מקום לתאר תחרויות – קרי: ניסיון של שני צדדים להשתמש בו־זמנית באותה זכות משפטית

43 ראו סעיף 14 למבוא להצעת חוק דיני הממונות.

44 דוגמאות מובהקות למצבי תחרות הינן תחרות בין בעלי התחייבות לרכישת נכס לבין נושי החייב, בין בעלי התחייבויות נוגדות, בין בעלים מקורי של נכס נד שנגנב לבין רוכש תמלל שלא ידע על כך שהוא רוכש נכס גנוב, בין בעלי מקרקעין לבין רוכשי דירות שנבנו על המקרקעין בעסקת קומבינציה ועוד.

45 נקודת ציון חשובה בעיניי למהלך הפסיקתי הנזכר בטקסט הינה ע"א 109/87 חוות מקורה בע"מ ג' חסן, פ"ד מזון 1. הדיון האקדמי הראשון שעמד על הליקוי בחקיקה הישראלית, שלא טיפלה באופן מרוכז בבעיה מרכזית כל כך של המשפט האזרחי, מצוי אצל דניאל פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד 245 (תשל"ה).

46 ראו הפרק השלישי של חלק־המשנה הראשון בחלק החמישי של הצעת חוק דיני ממונות (סעיפים 588–584 להצעת חוק דיני הממונות).

- כתאונות משפטיות, ולנתח אותן באופן דומה לזה שאנו מנתחים תאונות עובדתיות שמקורן בניסיונם של הצדדים להשתמש ב"זמנית באותו משאב פיזי. אם כן, הדמיון העובדתי והנורמטיבי בין מצבי התחרות השונים הוא המצדיק את העיסוק המאוחד במצבי התחרות השונים.⁴⁷

עד כאן הצדקתי את החידוש המרכזי של הצעת חוק דיני ממונות בתחום דיני התחרות - הדיון המשותף במצבי התחרות השונים במסגרת פרק אחד. אולם, ספק רב אם ניתן להצדיק את מיעוט הסעיפים באותו פרק. כפי שהראיתי בפירוט במקום אחר, הנסיבות שבהן עולים מצבי התחרות השונים הן מגוונות, ולשוני העובדתי יש נפקודות חשובות לעניין המיגון המדויק של הערכים הרלבנטיים לדיני התחרות ועל כן גם לעניין התשובות הדוקטרינריות הקונקרטיות הנגזרות מהם.⁴⁸ הצעת חוק דיני הממונות שומרת - וטוב שכך - על ההבחנה הקיימת בין תחרות זכויות "רגילה" לבין מצבים של תקנת-שוק;⁴⁹ אך אין היא כוללת - וחבל שכך - כמה הבחנות חשובות בין קטגוריות נפרדות של דיני תחרות. כך, למשל, אין בה התייחסות כלשהי למקרה המיוחד והחשוב בחיי המעשה של תחרות בין בעלי מקרקעין לבין רוכשי דירות שנבנו על המקרקעין בעסקת קומבינציה, וזאת למרות הפסיקה הענפה יחסית שכבר התוותה את הדרך הראויה לטפל בסוג זה של תחרויות.⁵⁰ בדומה, ההצעה אינה מתייחסת להבחנה החשובה, העולה מהפסיקה

47 ראו Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Third Parties, 90 Mich. L. Rev. 95, 95, 102 (1991).

48 ראו דגן, הערה 4 לעיל, בפרק הרביעי.

49 לגישתי, ההסבר העיקרי לייחודם של דיני תקנת השוק משאר הסוגיות של דיני התחרות נוגע לכך שדינים אלה מתייחסים למצבים שבהם קיים צד שלישי - המדינה המנהלת את רישום המקרקעין מזה, והסוחרים בשוק הפתוח מזה - שמעורבותו עשויה לספק לצדדים ביטוח מפני תאונות משפטיות עתידיות ובכך להקהות את העוקץ של התחרות. ההתמקדות בכושר הביטוחי של אותו צד שלישי, הן מבחינת יכולת המניעה הן מבחינת הכיסוי הביטוחי, היא המפתח הן להבנת תכליתם של סעיף 10 לחוק המקרקעין ושל סעיף 34 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, והן להתוויית דרכי הפרשנות הראויות שלהם. ראו דגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 263-284.

50 הכלל הכסיפי בסוגיה זו במשפט הישראלי קובע כי הסכמתם של בעלי המקרקעין לרישום של הערת אזהרה על החלקה נשוא עסקת הקומבינציה מקימה התחייבות ישירה שלהם למתן הגנה לזכויות רוכשי הדירות (או מממניהם) בתקופת-הביניים שהקניין נותר בה עדיין בידיהם של המוכרים. כלל זה נשען על שיקול מרכזי של דיני התחרות, הוא השיקול בדבר יכולתם היחסית של הצדדים למנוע את הנזק. ובכל זאת, מכיוון שקיימים מאפיינים המייחדים תאונות משפטיות הנגרמות מעסקאות קומבינציה משאר מצבי התחרות, הקשר עובדתי נפוץ זה ראוי להסדרה דוקטרינרית משל עצמו. כך, למשל,

הישראלית העדכנית, בין תחרות בין בעלי התחייבות לרכישת נכס לבין נושי החייב מזה, לבין תחרות בין בעלי התחייבויות נוגדות מזה.⁵¹ אכן, גם באתר מובהק של דיני הממונות, שבו אכן ראוי היה לאחד את הטיפול המשפטי בסוגיות מטיפוס דומה, הנוסח המוצע של הקודקס מרחיק-לכת בניסיון לנסח כללים מעטים האמורים לחול על מגוון רחב של מצבים.⁵²

6. האחדות-יתר בקודקס המוצע

בצד דוגמה בולטת זו של האחדה שהינה בסך-הכול רצויה – אף אם ראוי, כאמור, לעשותה מבלי לעמעם הבחנות חשובות בין מצבי התחרות השונים – קיימים בנוסח הנוכחי של הקודקס המוצע גם מהלכים קוהרנטיסיים הנראים בעייתיים. במהלכים אלה הצעת חוק דיני הממונות יוצאת נגד הקטגוריזציה המשפטית המקובלת ומאחדת עניינים שראוי לשמור בנפרד, כאשר היא קובעת הסדר משפטי אחד לקטגוריות שונות על אף ההבדלים הגורמטיביים הראויים

מכיוון שבגבול מהקשרים אחרים של דיני תחרות, תאונות משפטיות הנגרמות מעסקאות קומבינציה מתרחשות בהקשר תווי, הדגישה הפסיקה בצדק את אפשרות ההתניה על הלכה זו. לדיון בקטגוריה של עסקאות קומבינציה ראו שם, בעמ' 257–262.

51 ההסבר המשכנע ביותר לדין הנוהג כיום בישראל בהקשר הראשון – קרי: העדפתם של בעלי התחייבות לרכישת נכס על נושי החייב – נשען על השיקולים של מאזן מצוקה איכותי (הנגזר מערך האישיות של הקניין) ושל מאזן מצוקה כמותי (הנתמך על ידי ערך הצדק החלוקתי של הקניין). ראו שם, בעמ' 225–236. מנגד, הדין המתגבש באשר לנטל של רישום הערת אזהרה המוטל על ראשון בזמן, אם זה רוצה לגבור על מאוחר בזמן, במצב של התחייבויות נוגדות, חל במצבים בהם מחד גיסא, לא ניתן לדבר על מאזן מצוקה איכותי בין הצדדים ומאידך גיסא, השיקול של יכולת המניעה היחסית של הצדדים למנוע את התחרות ביניהם מצביע באופן חד על הראשון בזמן כמונע העדיף. ראו שם, בעמ' 239–249. לכאורה, תזכיר החוק, הנזכר בהערת שוליים 1 לעיל, פותר קושי זה בקובעו (בסעיף 513) כי "התחייב אדם להקנות זכות בנכס לאדם אחר או שהוא חייב בכך על פי דין ובטרם הוקנתה הזכות לזכאי, הוטל עיקול על הנכס הנוגד את זכותו של הזכאי, זכותו של הזכאי עדיפה". אלא שגם הוראה תדה זו הינה בעייתית, שכן אין היא נותנת מקום להבחנות דוקטרינאריות חשובות המתחייבות מהפעלת השיקולים הגורמטיביים הנזכרים לעיל. ראו שם בעמ' 249–250 הערה 139.

52 ראו, בדומה, את ביקורתו של איל זמיר על האופן המוצע של החלת הכללים בדבר תחרות הזכויות ביחס לחוזים להרשאת שימוש בנכסי הוולת, ועל ההסדרה המוצעת של הסוגיות של רכישה נוגדת מרשות ושל גורלן של זכויות המשמשות ערובה לחיוב כספי במכירה עליידי רשות; איל זמיר, "הסדרת החוזים המיוחדים בהצעת הקודקס האזרחי", משפטים לו 531, בסעיפים ב.2(א) ו-ג.2 (תשס"ז).

והחשובים ביניהן. קבוצה זו של מהלכים קוהרנטיסטיים זו לוקה באופן מובהק בהאחדת-יתר, המעלה חשש להשטחת המציאות האנושית המגוונת שעליה חל המשפט האזרחי. האחדת יתר זו עלולה, בתורה, להביא לתוצאות מעשיות בלתי-רצויות. בהקשר זה כוונתי בפרט לשני מהלכים מאחדים בעלי פוטנציאל מחדש רב.

(א) האחדת התרופות בחוזים ובנזיקין

המהלך הראשון מתייחס לתחום הסעדים. בהקשר זה ההצעה הינה לאחד "את העקרונות של הסדרי התרופות בדיני החוזים ובדיני הנזיקין". בנוסחו הנוכחי, הקודקס המוצע קובע הסדר מאוחד "לעניין דיני התרופות בגין הפרת חובים". מהלך רדיקלי זה, שהינו כמעט⁵³ חסר-תקדים בפרספקטיבה השוואתית,⁵⁴ מוסבר

53 הלשון הזהירה שבטקסט ("כמעט") נובעת מכך שיש שיטות משפט במסורת הקונטיננטלית שבהן אכן היטשטשה ההבחנה בין דיני התרופות בחוזים ובנזיקין, או אף בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין באופן כללי יותר. הולנד היא דוגמה טובה (אך יחידה, למיטב ידיעתי) לקטגוריה הראשונה; ראו Arthur S. Hartkamp, "Law of Obligations," in *Introduction to Dutch Law* 123, 129-135 (J.M.J. Chorus, P.H.M. Gerver, E.H. Hondius & A.K. Koekkoek eds., 1999). קוויבק היא דוגמה טובה לקטגוריה השנייה; ראו ב" Civil Code of Quebec את הפרק העוסק ב"אחריות אזרחית", שאינו מבדיל מפורשות בין אחריות חוית לאחריות נזיקית, ובהתאמה את הפרק העוסק ב"איקום חוב", הן במעורב הן בתרופות בגין הפרת תווה והן בתרופות בגין גרם עוולה בנזיקין.

54 אפילו בדוגמאות המובהקות ביותר של קודקסים קונטיננטליים – כגון הגרמני, האיטלקי, הצרפתי, והשווייצי – המתאפיינים בקיומן של הוראות משותפות לדיני החובים, נשמרת ההבחנה בין דיני התרופות בחוזים ובנזיקין.

ב-BGB הגרמני (Bürgerliches Gesetzbuch) מפורזות ההוראות הנוגעות לתרופות בגין הפרת תווה מזה ולביצוע עוולות נזיקיות מזה בפרקים השונים של הקוד, וחלקן אף פותחו כדין יציר פסיקה. כך, תרופות בגין היעדר יכולת לבצע את התווה מפורזות בכמה פרקים שונים בקוד (בפרק הראשון "חוב לבצע", לחלק הראשון "תוכן החובים", לכרך השני "דיני החובים" לקוד – סעיפים 272-282; בפרק השני "חובה הדדי", לחלק השני "חובים חוזיים" לכרך השני על דיני החובים – סעיפים 323-325; ובמסגרת הוראות לגבי חוזים מיוחדים: בפרק הראשון "מכירה חליפין", לחלק השביעי "חוביים ספציפיים" לכרך השני – סעיף 440 לגבי חוזי מכר; בפרק השביעי "חובה עבודה וחוזים דומים", לחלק השביעי "הנ"ל" – סעיף 645 לגבי חוזי עבודה. תרופות בגין עיכוב בביצוע החובה מצויות בפרק הראשון "חוב לבצע", לחלק הראשון "תוכן החובים" לכרך השני – סעיפים 271 ו-286; בפרק השני "חובה הדדי", לחלק השני "חובים חוזיים" לכרך השני – סעיף 320; וכן

באופן ספציפי לגבי חוזה עבודה: בפרק השביעי "חוזה עבודה וחוזים דומים", לחלק השביעי "חייבים ספציפיים" בכרך השני – סעיף 641 ואילך. תרופות בגין הפרה אקטיבית של חוזה לא נכללו ב־BGB וכיום רובן ככולן מתבססות על דין יציר פסיקה או נכללות במסגרת הוראות המסדירות חוזים מיוחדים. ראו סעיפים 459 ואילך ו־537 ואילך לגבי חוזה מכר, סעיף 633 לגבי חוזה עבודה וסעיף 535 ואילך לגבי חוזה שכירות. התרופות בגין עוולות נזיקיות מוסדרות, בתורן, באופן נפרד בפרק 25 "עוולות" לחלק השביעי "חייבים ספציפיים" לכרך השני – סעיף 823. ודוק: לדיני החוזים ולדיני הנזיקין אמנם יש הוראות משותפות ב־BGB, אך אלה לא נוגעות לאופן בחירתה או קביעתה של התרופה, כי אם לאופן ביצועה בפועל (ראו, למשל, הוראות סעיפים 249–254 בפרק הראשון "חייב לבצע" בחלק הראשון "תוכן החייבים" בכרך השני, המסדירות את אופן תשלום הפיצויים ואת ההעדפה לפיצוי בעין על פני פיצוי בכסף). ראו, Basil S. Markesinis, Werner Lorenz & Gerhard Dannemann, *The German Law of Obligations – The Law of Contracts and Restitution: A Comparative Introduction* 398–426 (1997); Basil S. Markesinis & Hannas Unberath, *The German Law of Torts – A Comparative Treatise* 24–27 (2002); Werner F. Ebke & Matthew W. Finkin, *Introduction to German Law* 224–225 (1993); Nigel Foster, *German Law & Legal System* 231–237 (1996). הסדר דומה באופיו מצוי גם ב־Codice Civile האיטלקי. חלק החייבים הכללי כולל הוראות כלליות לגבי אופן ביצועם של חייבים שונים ולגבי אופן יישומן של התרופות השונות בגין הפרת החייבים. אולם, ההוראות לגבי הפעלתן של התרופות והבחירה ביניהן מצויות בפרקים הספציפיים העוסקים בדיני חוזים ובדיני נזיקין. ראו, למשל, חלק I לפרק IV "על החייבים", סעיפים 1176–1217 העוסקים באופן ביצוע החיוב, סעיפים 1236–1240 המסדירים את אופן ההכרזה על ביטולו של חיוב, סעיפים 1241–1252 הקובעים את אופן תשלום הפיצוי בגין הפרת חיוב וסעיפים 1223, 1226 ו־1227 המוחלים מכוח סעיף 2056 הן על חוזים והן על נזיקין, וקובעים כמה עקרונות כלליים להערכת שיעור פיצויים. לתרופות בגין הפרת חוזה ראו חלק II, חלק־משנה IV "על סיום החוזה" (ובמיוחד סעיף 1453, הקובע כי משהופר חיוב שהוטל על צד לחוזה – מוקנית לצד השני הזכות לדרוש את אכיפתו של החיוב או לדרוש פיצוי בגין ההפרה). לתרופות בגין עוולות נזיקיות ראו חלק IX "על מעשים שלא כדין" (ובמיוחד סעיף 2043, הקובע כי מעשה רשלני הגורם נזק לאחר מחייב את האדם הרשלן לפצות את הנזוק על נזקו). סעיפים 1218–1229 אמנם עוסקים ב־"איקום חייבים", אך לפי תוכנם ולשונם הם מתאימים בעיקר לדיני החוזים ולא לדיני הנזיקין (סעיף 1219, העוסק באופן ההורעה לחייב על חיובו, מהריג מפורשות את דיני נזיקין). ספרות המתארת את דיני הנזיקין האיטלקיים כלל לא מתייחסת לסעיפים אלה בתארה את התרופות בדיני הנזיקין (למעט סעיפים 1223, 1226 ו־1227 הנזכרים לעיל); ראו, לדוגמה, Thomas Glyn Watkin, *The Italian Legal Tradition* 252, 256 (1997). ה־Code Civil הצרפתי מפריד מבנית ומהותית בין דיני החוזים מחד גיסא לבין דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט מאידך גיסא. הוראות החלות על דיני החוזים, לרבות תרופות בגין הפרת חוזה, מוסדרות בפרק III, "על התוצאה של חייבים", לחלק

בכך ש"אין הצדקה עניינית מספקת להתפתחות ה'מנוכרת' של ההסדרים בשני התחומים", שכן "משעה שצמחה זכות לתרופות בשל הפרתו של חיוב, לזהותו של המקור המשפטי שהצמיח את הזכות לתרופה השפעה מוגבלת בלבד".⁵⁵

ה-III העוסק ב"חוזים וחובים רגילים בכלליות" בכרך השלישי לקוד (ראו, למשל, סעיף 1142, המורה על תרופת הפיצויים כשצד לחוזה הפר את התחייבותו). מנגד, ההוראות החלות על דיני הנוזקין מוסדרות בפרק ה-II, "על עוולות מכוונות ולא מכוונות", לחלק ה-IV, "על התחייבויות שנוצרו שלא במסגרת חוזה" (ראו, למשל, סעיף 1382, המורה על חובת הפיצוי החלה על המזיק כלפי הנוזק). ראו John Bell, Sophie Boyron & Simon Whittaker, *Principles of French Law* 305, 340-357 (1998). הסדר דומה קיים אף בקוד החובים השווייצרי, Code des Obligations, RS Loi Federale completant le Code civil Suisse. הפרק המוקדש לחוזים עוסק בהוראות כלליות של דיני החוזים (ראו סעיפים 40-1 לחלק-המשנה הראשון לקוד "על יצירתם של חובים", בפרק הראשון "על חובים שמקורם בחוזה", כשהתרופות בגין הפרת חוזה מוסדרות בחלק-המשנה השלישי העוסק ב"תוצאות של חובים", בפרק השני שדן ב"תוצאות של אי-ביצועם של חובים" (ראו סעיפים 97-101). לעומת זאת, התרופות בדיני נוזקין מוסדרות בחלק-המשנה הראשון לקוד, בפרק השני "על חובים שמקורם במעשים שלא כדין" (ראו סעיף 41, הקובע את תרופת הפיצויים לניזוק ממעשה עולה בנוזקין). יש לציין כי אף סעיף 399, הקובע כי "ההוראות החלות על תוצאותיה של אחריות בנוזקין יחולו, בשינויים המחויבים, גם על תוצאותיה של אחריות חוזית" לא הוחל בפסיקה כלשונו, ונשמרה ההבחנה בין אחריות חוזית לאחריות נוזקית, כשהטלתה של אחריות חוזית כפופה לתנאים שונים שבדין. ראו Pierre Tercier & David J. Dreyer, "Torts," in *Introduction to Swiss Law* 125-139 (2nd ed. Eugen Francois Dessemontet & Tugrul Ansay eds., 1995). לעניין דיני החוזים ראו Bucher, *Law of Contracts* (2004), שם בעמ' 111. ראו, בדומה, גם את הקוד האזרחי הרוסי משנת 1996, המייחד הוראה ספציפית לתרופות בדיני חוזים (סעיף 453), והוראות ספציפיות לתרופות בדיני נוזקין (סעיפים 1064-1066, 1082), לצד עיקרון כללי של השבת המצב לקדמותו (סעיף 393) ולצד הוראות ספציפיות בדבר ביצוען של הוראות התרופות הספציפיות ובדבר הערכת שיעור הפיצויים (למשל סעיפים 396 ו-400).

55 ראו סעיף 27 למבוא להצעת חוק דיני הממונות ולדברי המבוא לחלק-המשנה השישי של החלק הרביעי להצעת חוק דיני הממונות; דויטש, הערה 31 לעיל, בעמ' 25, 291. ראו בדומה Daniel Friedmann, "The Performance Interest in Contract Damages," 111 *L.Q.* Rev. 628, 639, 642-643 (1995). לסקירת אמירות נוספות של שופטים וכותבים בשבחיה של האחדת התרופות בחוזים ובנוזקין ראו יהודה אדר, "מדוע נכון לאחד את התרופות בחוזים ובנוזקין? תשובה להנך דגן", *משפטים* לו (תשס"ז). במאמרו המתפרסם בתוברת זו של *משפטים* דויטש טוען כי "ההאחדה העקרונית בין ההסדרים בנושא זה... נשענת על הערכה עניינית בדבר שיקולי המדיניות המשפטית הראויים לעניין אופן ועוצמת ההגנה על האינטרסים המיפוסיים בשני ענפי המשפט". ראו דויטש, הערה 12

ספק רב אם האחדת התרופות של דיני החיובים הינה צעד ראוי.⁵⁶ קיימים הבדלים חשובים – שלא יפתיעו איש – בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין, היורדים לשורשם של דברים ונוגעים בתכליות של דיני החוזים ושל דיני הנזיקין.⁵⁷ מובן, כי לא זה המקום לדיון מעמיק בשאלה השנויה במחלוקת של תכליות דיני החוזים מזה ושל דיני הנזיקין מזה, ומכיוון שהקודקס המוצע אינו מתיימר להכריע בסוגיה זו גם אין בכך צורך. די להצביע על כך שלפחות מנקודת המבט של ערך האוטונומיה – וספק אם יש החולק על חשיבותו בשיטת משפט המחויבת לכבוד האדם וחירותו⁵⁸ – מדובר בתכליות שונות זו מזו.⁵⁹ מנקודת מבט זו נהוג לראות את דיני החוזים כמסגרת הקונבנציונלית של

לעיל, בעמ' 302. הפסקות הבאות שבטקסט מציבות סימני שאלה באשר לתקפותה של אמירה זו.

56 לעמדה דומה ראו מאוטנר, הערה 11 לעיל, בעמ' 244–245.

57 זאת ועוד: גם האינטרסים המוגנים באופן טיפוסי בחוזים ובנזיקין הם שונים. בעוד שבמקרה הטיפוסי האינטרסים המוגנים בדיני החוזים הם רכשיים בעיקרם, חלק חשוב מדיני הנזיקין עוסק באינטרסים שונים באופן איכותי: בפרט בחיים, בשלמות הגוף, בשם הטוב וכיוצא באלה. ראו מאוטנר, הערה 11 לעיל, בעמ' 221. עם זאת, יהודה אדר צודק בטענתו כי הקטגוריה החשובה של עוולות רכושיות מחייבת להיזהר מהבחנה דיכוטומית בין חוזים לנזיקין בהיבט זה. ראו אדר, הערה 55 לעיל, בעמ' 378–384. אדר מסיק מכך שיש לחגוג בהקשר הזה את מבנה פרק התרופות בקודקס; הלכת שלי שונה, כמעט הפוך: במקום ליצור ראשי נוק אחידים לכל דיני החיובים, ההכרה בריבוי האינטרסים המוגנים בנזיקין מחייבת דווקא יצירה של כללים מפורטים (חקיקתיים או פסיקתיים) שיסדירו את הפיצויים בשל העוולות הרכושיות בנפרד מהסדרת הפיצויים בגין עוולות הפוגעות במשאבים מכוננים יותר (וייתכן שאף יסדירו באופן נפרד את סוגיית הפיצויים במקרים שבהם הפרת חוזה גוררת נזקי גוף). ראו בדומה, בהקשר של דיני עשיית עושר ולא במשפט, Hanoach Dagan, *Unjust Enrichment: A Study of Private Law and Public Values* (1997) chs. 2–4. לטיעון דומה – הפעם בהקשר של הצורך בהתאמה מדויקת יותר של טעדים לסוגים השונים של חוזים – ראו Roy Kreitner, "Multiplicity in Contract Remedies," in *Comparative Remedies For Breach of Contracts* 19 (Nili Cohen & Ewan McKendrick eds., 2005).

58 ראו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

59 אפילו מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי למשפט קיים הבדל מהותי בין דיני החוזים לדיני הנזיקין: בעוד שהראשונים מיועדים בעיקרם להשיא את התועלת של שני הצדדים לחוזה, האחרונים מתעניינים במזעור עלויות התאונות ועלויות מניעתן. השוו, למשל, Alan Schwartz & Robert E. Scott, "Contract Theory and the Limits of Contract Law," *Yale L.J.* 113 (2003) 541. Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (1970).

ההבטחות הרצוניות המוכרות ונאכפות במשפט כדי לאפשר לבני-האדם לקדם את ענייניהם באמצעות אנשים אחרים ומשאביהם, מבלי לנצל את בני-האדם האלה באופן שאיננו ראוי מוסרית.⁶⁰ מנגד, דיני הנזיקין ממקדים בהתוויית כללי פעולה ואחריות המיישבים באופן הוגן בין ענייניהם של אנשים שונים בשמירה על אינטרסים מוגנים שונים מזה, לבין החירות של אחרים לעסוק בפעילויות שונות מזה.⁶¹

איני טוען שההפרדה בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין היא חדה ונקייה; אכן קיימים תחומי חפיפה בין שני תחומי הדינים הללו כגון דיני האחריות למוצרים פגומים או דיני הרשלנות הרפואית. אולם, כרגיל במשפט, קיומם של מקרי גבול או קטגוריות מעורבות אינו מלמד שאין בנמצא גם מקרים קלים או קטגוריות מובהקות. בדומה, איני מכחיש שניתן להצביע על דמיון או על המשכיות בין תכליות דיני החוזים לבין אלה של דיני הנזיקין:⁶² כך, למשל, כפי שזה עתה טענתי, אלה ואלה מקדמים את ערך האוטונומיה. אלא, שדמיון זה הינו כל כך מופשט שספק אם ניתן ללמוד ממנו משהו לענייננו: אחרי הכול, התכליות של כל תחומי המשפט נגזרות מערכי-העל של השיטה, ובכלל זה – לפחות בשיטות משפט ליברליות – ערך האוטונומיה.⁶³ כך, גם אם ערכי-העל של דיני החוזים

60 ראו: Charles Fried, *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* 7-17 (1981); Daniel Markovitz, "Contract and Collaboration," 113 *Yale L.J.* 1419 (2004).

61 ראו, בדומה, Dan B. Dobbs, *Torts and Compensation: Personal Accountability and Social Responsibility for Injury* 8-9 (2d ed. 1993); Arthur Ripstein, *Equality, Responsibility, and the Law* 6 (1999); Gregory Keating, "Rawlsian Fairness and Regime Choice in the Law of Accidents," 72 *Fordham L. Rev.* 1857, 1862-1870 (2004) כי יש החולקים על ניסוח זה של האופן שבו מתגלה ערך האוטונומיה בדיני הנזיקין; ראו, למשל, Ernest J. Weinrib, *The Idea of Private Law* (1995), הרואה את הצדק המתקן כעיקרון המכונן של דיני הנזיקין. אולם, גם לגישתם של אלה קיימים הבדלים חשובים, בעלי השלכות תרופתיות, בין דיני הנזיקין לבין דיני החוזים. ראו Ernest J. Weinrib, "Punishment and Disgorgement as Contract Remedies," 78 *Chi.-Kent L. Rev.* 55 (2003).

62 המשכיות זו עשויה להסביר את ההשפעה ההדדית שקיימת בספרות בין ניתוחים חוזיים לניתוחים נזיקיים מקובלים. כך, בעקבות המבחן הנזיקי המקובל של איתור מונע הנזק הזול ביותר, יש המציעים לנתח את דיני החוזים כמכוונים להציב נסלים על מי שצפוי לשאת בהם בעלות הנמוכה ביותר; מנגד, יש המנתחים את דיני הנזיקין כסוג של חוזה היפותטי, קרי: כמסגרת להקצאת סיכונים שבני האדם בחברה היו מסכימים לה מאחורי מסך כלשהו של בערות.

63 ראו, למשל, את הדיון בערכי הקניין (ובכללם ערך החירות) שערכתי בדגן, הערה 4 לעיל, בפרק השני.

ודיני הנזיקין הינם זהים, העובדה שהם חלים ביחס למגזרי פעילות אנושית שונים מנביעה תכלית שונות ועל כן מצדיקה להיזהר מהאחדה חפוזה של דיני התרופות שלהם.⁶⁴

בהינתן התכליות השונות של תחומי משפט חשובים ונפרדים אלה, העמדה של הצעת הקודקס הנוכחית – לאחד את הסדרי התרופות בחוזים ובנזיקין, בטענה הסתמית כי אין הצדקה להתפתחות המנוכרת שלהם – נראית תמוהה.⁶⁵ תחת הנחה אפריורית של דמיון התרופות בענפי משפט שונים אלה, השוני בתכליות המרכזיות שלהם מחייב ניתוח נפרד של שלל התוצאות התרופתיות הראויות של הפרת חוזים מזה ושל ביצוע עוולות מזה.⁶⁶ אין זה המקום לעריכתו של ניתוח מקיף ויסודי שכזה; לענייננו די לציין כי ספק רב אם ניתוח כזה היה מצדיק את האחדה המוצעת, וכי ייתכן שאף היה מחייב מהלך הפוך.⁶⁷ ספקותיי באשר

64 השוו אדר, הערה 55 לעיל, בעמ' 379–382. לדיון במשמעות נוספת של השוני בין דיני החוזים לבין דיני הנזיקין ראו צחי קרן-פז, "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר תוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השיוויון במשפט הפרטי", משפט וממשל ז' 541, 598–601, 605 (תשס"ה).

65 יהודה אדר מצדיק האחדה זו בטענה כי הצדק המתקן הוא "מטרת-העל" המאחדת את דיני התרופות. ראו אדר, הערה 55 לעיל, בעמ' 376. זוהי טענה מוקשה, שכן ההיוקקות לצדק המתקן מניחה את המבוקש אם היא אינה נשענת על תפיסה עשירה של צדק מחלק, שהוא המעצב (או ראוי שיעצב) הן את הזכויות שהפגיעה בהן גוררת תגובה והן את סוג התגובה הראויה ואת מידתה. ראו Dagan, הערה 42 לעיל, בפרק השביעי. יתרה מזו: קשה לראות כיצד יכולה עמדה זו להתיישב עם התובנה הריאליסטית (שאותה אדר מקבל) באשר לתפקיד המכונן של התרופות בהבנייתן של הזכויות במשפט. אם, כפי שאטען בהמשך, סוג הסעד ומידתו מכוננים את הזכות, כי אז ספק אם יש משמעות (שאינה מניחה-מבוקש) לטענה שמטרת-העל של התרופות היא "תיקון עוול שמקורו בהפרת זכות".

66 לדיון ביקורתי בהיבט חשוב אחד של האחדות התרופות המוצעת – ההצעה להחיל את סעד האכיפה גם בדיני הנזיקין – ראו ישראל גלעד, "הערות להסדרי הנזיקין בקודקס – אתריות ותרופות", משפטים לו 761, פרק ז' (תשס"ו).

67 כנרמו בטקסט, לא ניתן לשלול באופן תאורטי את האפשרות שלמרות השוני הנורמטיבי בין דיני החוזים לדיני הנזיקין היה ניתוח כזה מעלה כי ברמה הדוקטרינרית ההשלכות התרופתיות הראויות של הפרת חוזה ושל ביצוע עוולה הינן זהות, או שההבדלים ביניהם זניחים עד כדי כך שניתן לטפל בהם באמצעות התאמות נקודתיות (כגון קביעת הסדרים שונים לעניין ריחוק הנזק, לפי סעיפים 533 ו-534 להצעת חוק דיני ממונות, או על ידי יישום שונה של סייגי הצדק וההתאמה לאופי החיוב של תרופת האכיפה – בהקשר החוזי מזה ובהקשר הנזיקי מזה, לפי סעיף 524(א)(4) ו-524(א)(5) להצעת חוק דיני ממונות). אולם, גם אם (במקרה) אכן היינו מגיעים למסקנה כזו, ספק רב אם האחדות דיני התרופות בחוזים ובנזיקין הייתה ראויה. הסיבה לכך הינה שהאחדות דיני התרופות בחוזים ובנזיקין

לאפשרות שניתן להצדיק את מהלך ההאחדה כרוכות בטיעון המרכזי שיובא להלן בפרק ג', לפיו אין זה ראוי לנתח את התרופות כאמצעים להגנה על זכויות בלבד, שכן התרופות הן רכיב מכונן של הזכות. מכיוון שמינונים תרופתיים שונים מכוננים זכויות מטיפוסים שונים, שבתורן מקדמות תכליות שונות, קשה לצפות שדינים המשרתים תכליות שונות יחייבו מערך תרופתי זהה. למען האמת, לפחות על פני הדברים נראה שאם היה מקום לשנות את רמת ההכללה שבה נקבעים דיני התרופות, היה זה דווקא בכיוון ההפוך: של התאמה מדויקת יותר של סעדים לתכליות הספציפיות יותר של הזכויות השונות שעליהן הם באים לגונן (ושבכינון הם משתתפים), קרי: לסוגים השונים של עוולות (והתעשרויות) ולטיפוסים המגוונים של חוזים.⁶⁸

(ב) דיני נכסים

מהלך שני שעלול לעלות כדי האחדה בעייתית בהצעת חוק דיני הממונות נוגע בדיני הקניין. במצב הדין הנוכחי קיים "צינור" של החלה אנלוגית של הסדרי חוק המקרקעין על סוגי משאבים אחרים. צינור זה מצוי בסעיף 13 לחוק המיטלטלין, המחיל את הוראות החוק – המפנה כשלעצמו לכמה וכמה הוראות שבחוק המקרקעין – "ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המתויבים, גם על זכויות". הנוסח הנוכחי של הצעת חוק דיני ממונות ממיר מבנה דוקטרינרי זה במבנה אלגנטי יותר. ההצעה מכתירה את החלק החמישי של הקודקס בכותרת "נכסים", באופן שמשמיע מהלך נחרץ הרבה יותר של האחדה. גם המבנה הפנימי של חלק זה מחזק את הרושם של מהלך קוהרנטיסטי חד יחסית: על פי הנוסח המוצע נפתח חלק זה ב"גזע" המשותף של ההסדרים החלים על כל הנכסים – גזע הכולל אוסף של הסדרים אשר עיקרם יובא ל"דיני הנכסים", שהצעת החוק

– למשל, באופן שפסקי דין ביחס לתרופות בחוזים יהיו, כברירת מחדל, בעלי ערך תקדימי ממילאי גם בהקשר הנויקי (ולא הפך) – עלולה להביא לעמעום ההבחנה האיכותית בין הזכות שלא להיות נפגע מעוולה לבין הזכות לקיום חוזה. עמעום כזה, בתורו, עלול לטשטש את ההבדלים החשובים בין התכליות המרכזיות של דיני החוזים לאלו של דיני הנויקין, ובכך לפגוע בהתפתחותם הראויה. בשולי הדברים אוסיף כי לדעתי, ההתייחסות הבעייתית להפרת חוזה כאל סוג של עוולה מבוססת על תפיסה שגויה של מוסד החוזה ושל הערך של שמירת הבטחות. ראו חנוך דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית", עיוני משפט כ 601, 650–662 (תשנ"ו).

68 ראו הערה 57 לעיל.

מכוננת, מחוק המקרקעין, ומסתיים "בהוראות מיוחדות למקרקעין... ובהוראות מיוחדות למיטלטלין".⁶⁹ הפרדה זו משמיעה שככל שב"גוע" עסקינן, הרי שהאחדות ההסדרים אינה מותנית אפילו בשיקול דעת ואינה כפופה ל"שינויים המחויבים". סעיף ההגדרות בהצעה זהיר מעט יותר בהגדירו נכס כ"מקרקעין ומיטלטלין, וככל שהדבר מתאים לענין, ובשינויים המחויבים, גם זכויות רכושיות".⁷⁰ ישנם שני נדבכים לקושי שמהלך מאחד זה מעורר.⁷¹ הנדבך הראשון מניח שהערת האזהרה שבסעיף ההגדרות – באשר לזהירות שבה ראוי להחיל את הסדרי חלק הנכסים על נכסים שאינם מקרקעין או מיטלטלין – תילקח ברצינות. בהקשר זה עולה השאלה אם החלת ההסדרים המקרקעיים על מיטלטלין, בלי השסתום של שינויים מחויבים, הינה רצויה (שאלה זו רלבנטית גם לנוסח הדין הנוכחי: גם הוראות חוק המיטלטלין המחילות הסדרים מדיני המקרקעין אינן כוללות שסתום כזה).⁷² נראה שגם המצדדים בהאחדות הסדרי ההגנה על הקניין ודיני השיתוף מכירים בכך שהשוני בין סוגי הנכסים האלה עשוי להצדיק הבדלים דוקטרינריים; אך הם עומדים על כך שהבדלים אלה נוגעים לרמת היישום של הנורמה, ואינם מצדיקים "חזרה מסורבלת ותמוהה על אותו הסדר, בשני מקומות שונים".⁷³ כשלעצמי, החשש מפני חזרות לא-אלגנטיות לא נראה לי חשוב במיוחד, ודאי לא כשהוא נשקל נגד החשש מפני תוצאות מעשיות בלתי-רצויות. זאת ועוד: ההודאה באפשרות שקיימים הבדלים בגין המעבר ממקרקעין למיטלטלין היא הנותנת

69 ראו סעיף 20 למבוא להצעת חוק דיני ממונות.

70 ראו סעיף 5 להצעת חוק דיני ממונות. גם דברי ההסבר להגדרה משדרים את אותו מסר כפול הנזכר בטקסט: מחד גיסא נאמר בהם כי "ההגדרה המוצעת ל'נכס' היא הגדרה רחבה המתייחסת גם לזכויות רכושיות כאל אובייקט נכסי", ומאידך גיסא הם מוסיפים כי "ההגדרה המוצעת ל'נכס' אינה חלה בכל מקרה, אלא נדרשת בדיקה פרטנית האם היא מתאימה לחול על זכויות באותו המקרה, ולאחר מכן בירור מהם השינויים המחויבים". ראו דברי ההסבר להגדרת "נכס" בסעיף 5 להצעת חוק דיני הממונות.

71 מנגד, ראוי לשבח את עצם הגבלת התחולה אך לזכויות רכושיות. במובן זה הצעת חוק דיני הממונות זהירה יותר מהדין הקיים.

72 ראו סעיפים 8 ו-9(ה) לחוק המיטלטלין.

73 ראו דויטש, הערה 12 לעיל, בעמ' 299. מעניין לציין שמיד אחרי דיונו בשתי הסוגיות הנזכרות בטקסט התייחס דויטש לאוסף ההקשרים שבהם הנוסח המוצע של הקודקס כן קובע הסדרים שונים ביחס למקרקעין מזה ולמיטלטלין מזה; ראו שם, בעמ' 300–301. ספק רב אם ההבחנה בין שני סוגי הנכסים לעניין הקשרים אחרונים אלה היא משמעותית יותר מההבחנה ביניהם לעניין הנושאים הנדונים בטקסט במידה המצדיקה שבסוג אחד של עניינים תיעשה הפרדה ברמת הנורמה הסטטוטורית ובסוג האחר לא.

שהסדר המאפשר את הרחבת התחולה של הנורמות של דיני המקרקעין למיטלטלין דרך צינור (לא אלגנטי במיוחד) של החלה אנלוגית, בשינויים המחויבים, עדיף על המנגנון האלגנטי יותר (אך זהיר פחות) של החלה גורפת בחלקה של הסדרים שמקורם בדיני המקרקעין גם על מיטלטלין.⁷⁴

קיים קושי פוטנציאלי נוסף במהלך המוצע, המתייחס לסוגי הנכסים שאינם מקרקעין או מיטלטלין. כזכור, בהקשר זה של זכויות רכושיות אחרות, סעיף ההגדרות מגביל את המונח "נכס" במילים "ככל שהדבר מתאים לעניין, ובשינויים המחויבים". גם אם נתעלם ממוזרותה של דרך זו לשידור הרעיון שהסדרים החלים על מקרקעין (ומיטלטלין) אינם חלים באופן אוטומטי על נכסים אחרים, עדיין קיים חשש שהשילוב בין (1) דחיקת הוראה זו לסעיף ההגדרות (המצוי 571 סעיפים לפני הסעיף הראשון של פרק הנכסים); לבין (2) עצם יצירת קטגוריית-העל של "דיני נכסים"; ולבין (3) הדגש החזק של דברי המבוא של הקודקס המוצע על התכלית של קידום הקוהרנטיות – יביא להטיה שיפוטית "בעד האחרת". במילים אחרות: בעוד שהמבנה הדוקטרינרי הנוכחי הופך היקשים מדיני מקרקעין לדינים העוסקים בנכסים אחרים למסורבלים משהו, המבנה המוצע עשוי להפוך אותם לכמעט מתבקשים מאליהם.

שינוי כזה, אם יתרחש, יהיה בעייתי. הסיבה לכך היא שההבחנות המסורתיות של דיני הקניין בין ההסדרים החלים על מגוון המשאבים שהם מסדירים אינן מקריות או שרירותיות. מגוון קטגוריות המשאבים שהדין מכונן – כגון מקרקעין, מיטלטלין, זכויות יוצרים, פטנטים וכיוצא באלה – פרוס על פני רצף. בקצה האחד של הרצף הזה מצויים משאבים הממלאים תפקיד מכונן באישיותם של בעליהם (מקרקעין – ובפרט בית המגורים – הם הדוגמה הקלסית לסוג זה של משאבים); בקצה האחר של הרצף מצויים משאבים (כסף, וכן משאבים דוגמת סודות מסחר או פטנטים) שההחזקה בהם היא מכשירית גרידא. מכיוון שדיני הקניין בישראל (כמו גם בשיטות משפט אחרות) מכבדים את ערך האישיות של הקניין, הם מעצימים באופן יחסי את ריבונות הבעלים ככל שהמשאב קרוב יותר לטיפוס הראשון, ונותנים יותר מקום לערכי הקניין האחרים (כגון רווחה מצרפית,

74 בדומה לכך השוו את האופן שבו מוחל פרק התיווך בהצעת חוק דיני הממונות על כלל חוזי התיווך, ובכלל זה חוזי תיווך לחיים משותפים, למכירת חברה וכיוצא באלה, לתחולה הזהירה יותר ("בשינויים המחויבים") כפי שהוצעה במקור על ידי איל זמיר. השוו את הפרק הרביעי של חלק-המשנה השלישי לחלק הרביעי להצעת חוק דיני ממונות לאיל זמיר, "הצעות לחקיקה בנושא חוזי קבלנות וחוזי שירותים", משפטים כו 97, 152 (תשנ"ה).

אחריות חברתית וצדק חלוקתי) ככל שמדובר במשאבים מהטיפוס השני.⁷⁵ להבדלים נורמטיביים חשובים אלה יש כמובן תוצאות דוקטרינריות: הם מצדיקים יצירה של הסדרים משפטיים שונים ביחס למשאבים שונים.⁷⁶ המבנה הדוקטרינרי המוצע בנוסח הנוכחי של הקודקס – בפרט המסר המוניסטי של יצירת הקטגוריה חובקת-הכול של "נכסים" – עלול להביא להשטחתן של הבחנות חשובות אלה על ידי יצירת דינמיקה של היקשים מהירים מדי בין הדינים השונים המסדירים משאבים שונים.⁷⁷ מהלך כזה, אם יתרחש, לא ישפר את הדין הנוהג אלא דווקא יפגע בהתפתחות הראויה של דיני הקניין בישראל.⁷⁸

ג. ריבוי סעדים

1. ריבוי סעדים בקודקס המוצע

בסוקרו את קווי המדיניות המשפטית בהצעת חוק דיני הממונות מנה מיגל דויטש כמה תכליות, שהראשונה בהן היא "חיוק היעילות של ההגנה על זכויות". בהקשר זה ציין דויטש חמש דוגמאות, ואלה הבולטות שבהן: "הפיכת סעד

75 לדיון מפורט בכל אלה ולכמה דוגמאות ראו דגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 38–42, 67–74, 86–96.

76 ראו, למשל, בהקשר לסוגיית השיתוף הנכללת בהצעת הקודקס הנוכחית בגדר ה"גזע" המשותף של דיני נכסים, את טיעונו המשכנע של גלעד וקסלמן. על פי וקסלמן, האופי המיוחד של המשאב (וליתר דיוק: הזיקה המיוחדת של הבעלים המשותפים אליו) מנביע שיקולים נורמטיביים ייחודיים, המחייבים בתורם הסדרים דוקטרינריים ייחודיים – לפחות ככל שמדובר במשאב מסוג זכות יוצרים. ראו גלעד וקסלמן, שיתוף בזכויות יוצרים (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור במשפטים, עתיד להיות מוגש תשס"ז).

77 בהקשר זה מעניין להזכיר את הזהירות הראויה של הפסיקה הקיימת בקניין הרוחני: לא אחת סירב בית המשפט העליון להקיש מענף אחד של דיני הקניין הרוחני למשנהו. ראו דגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 86, הערה 226. לדעתי, ההימנעות משימוש זרזי מדי בהיקשים בין ענפי הקניין הרוחני מצביעה על ההכרה בכך שדיני הקניין הרוחני מהווים אוסף מורכב של מוסדות קנייניים הנעים על פני הספקטרום שבין משאבים מכוננים למשאבים מכשיריים. ראו שם, בעמ' 87–90.

78 מובן, כי אין הכרח שהקודקס המוצע יביא להשטחה כזו. כמו בכל מקרה של מצע סטטוטורי, גם כאן שיקול דעת שיפוטי ראוי יכול לתקן את שקלל המחוקק (אם תאומץ ההצעה הנוכחית); ועדיין עדיף, כמובן, לחוקק חוק שלא יחייב תיקון שיפוטי כזה, מה גם שהסדר ראוי כזה כבר קיים כיום בדמותו של סעיף 13 לחוק המיטלטלין.

האכיפה לסעד ראשי, לא רק בדיני חוזים... אלא גם בדיני נזיקין וביחס לחיובים אחרים על-פי דין; "הקניית סמכות לבית-המשפט לפסוק פיצויים עונשיים במקרים מסוימים, הן בחוזים והן בנזיקין"; ו"יצירת סעד חדש – 'צו מרתיע', המאפשר לבית-המשפט, במקרים מתאימים ללוות צו אכיפה בחיוב הנתבע בתשלום פיצוי קבוע מראש לתובע בסכום מסוים, בגין כל תקופת איחור בביצוע הצו".⁷⁹

דויטש הסביר את הצורך בחיזוק היעילות של ההגנה על זכויות בכך ש"דומה כי יש רגליים לסברה השגורה, שלפיה מוסר התשלומים בחברה הישראלית, ומוסר קיום החיובים בכלל, אינו במצב משביע רצון".⁸⁰ מעבר לבעייתיות בכך שהבסיס האמפירי לסברה האמורה נראה אינטואיטיבי בלבד,⁸¹ ספק אם יש בדברים אלה – גם אם נקבל אותם כנתון עובדתי – כדי להצדיק את שפע האמצעים שמוסיפה

79 דויטש, הערה 31 לעיל, בע' 50. בשולי הדברים אציין כי ספק רב אם ניתן ליישב את התכלית הנדונה בפרק זה עם כמה מהתכליות האחרות שציין דויטש כגון הבטחת יתר קאופרטיביות ביחסי הצדדים, הגנה על הצד החלש בעסקה והדגשת ההתחשבות באינטרס הציבורי. ראו שם, בעמ' 50–52, 55. בהקשרים רבים, ערכים של שיתוף, צדק חלוקתי ורווחה מצרפית – שהם הערכים המרכזיים במשפט המתאימים לשלוש התכליות האחרונות שציין דויטש – נוטים להשמיע כי זכויות חזקות מדי אינן רצויות. בהקשר לדיני הקניין ראו דגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 46–65.

80 דויטש, הערה 31 לעיל, בעמ' 50, 368.

81 מעניין לציין כי מחקרים אמפיריים שנעשו בהקשר הקרוב של פשיטות רגל עשויים ללמד דווקא על כך שככל שיש בעיה של אי-קיום חיובים, אין בתרופה שמוצעת בהצעת חוק דיני הממונות כדי לענות לה. ממחקרים אלה עולה שהסיבה המרכזית לפשיטות רגל פרטיות (personal bankruptcies) בישראל הינה כישלונות של עסקים קטנים: כשני-שלישים ממקרי פשיטת הרגל נובעים מסיבה זו, בעוד שאר המקרים נובעים מבעיות רפואיות (12%), מלקיחת אשראי מוגזם (9%), מבעיות בעבודה (5%) ומבעיות במשפחה (4%). זאת ועוד: מתברר שמצבם הכלכלי של חייבים הנכנסים (או מוכנסים) להליך של פשיטת רגל בישראל הינו קשה ביותר – הן במישור ההכנסות וההוצאות והן במישור הנכסים והחובות, כך שלפחות בהקשר זה אין ביסוס אמפירי להשערה בדבר שימוש לרעה בהליך פשיטת הרגל על ידי מי שיכול לשלם ונמנע מכך בגין "מוסר לקוי של קיום חיובים". ראו Rafael Efrat, "The Rise & Fall of Entrepreneurs: An Empirical Study of Personal Bankruptcy in Israel," 7 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 163 (2002). כמו כן, ספק אם הדין הישראלי לוקה בחסר מבחינת אמצעי האכיפה שהוא מקנה לנושים. דוגמה בולטת – ומאוד בעייתית – לכך מצויה בכך שהאמצעי התמור של מאסר חייבים קיים לרשות נושים בישראל בלבד. ראו רון חריס, "נפילתו ועלייתו של מאסר החייבים", עיוני משפט כ 439 (תשנ"ז); רון חריס, "ממאסר להפטר: הצעת סדר-יום חדש לחקיקת דינים לאכיפת חיובים", עיוני משפט כג 641 (תש"ס).

הצעת חוק דיני הממונות במטרה לחזק את הלחץ על כלל החייבים לקיים את חיוביהם, ובכללם אימוץ הסמכות לפסיקת פיצויים עונשיים, שרבות נכתבו על השפעותיהם הבעייתיות על המשפט האמריקני.⁸² עם זאת, לפחות על פני הדברים, קשה להתנגד למהלך של ריבוי סעדים בשם חיוזק ההגנה על זכויות.⁸³ הגנה נמרצת יותר על זכויות במשפט נראית כטוב מובן מאליו כך שכל המרבה ומחזק הרי זה משובח. אולם, כפי שנראה

- 82 ראו, למשל, A. Mitchell Polinsky & Steven Shavell, "Punitive Damages: An Economic Analysis," 111 *Harv. L. Rev.* 869, 896-901 (1998). ודוק: בשיטה המכירה בפיצויים עונשיים אכן ראוי להגבילם בסכום ולהתיר את פסיקתם רק כאשר "ההפרה נעשתה בזדון, כשעיקר כוונתו של המפר היתה הפגיעה בנפגע", כמוצא בסעיף 564 להצעת חוק דיני הממונות. אולם, דרכים אלה למיתון הבעיות בפיצויים עונשיים יפות לשיטת משפט שכבר כוללת סעד זה, אלא שהדרך העדיפה לפתרון הבעיות שהוא יוצר היא להימנע מלכתחילה מאימוצו הגורף. השוו דויטש, הערה 31 לעיל, בעמ' 361-363, המבקר חלק מהסייגים הנ"ל לסמכות לפסוק פיצויים עונשיים, ומצדיק את הסמכות לפסוק פיצוי עונשי במשפט האזרחי תוך שהוא מבלבל בין הרתעה – שהיא מטרה מוכרת במשפט האזרחי – לבין ענישה, שאינה כזו. לעניין האחרון הזה ראו Dagan, הערה 42 לעיל, בעמ' 225-226. גם הסעד המוצע של צו מרתיע אינו תף מבעיות. לשונו של סעיף 575 להצעת חוק דיני הממונות אינה ברורה במיוחד. אם הסעד הכספי בגין עיכוב הביצוע של צו האכיפה אמור לשקף את הנזקים הצפויים לנפגע – כי אז אין באמור בסעיף כדי לשנות באופן משמעותי את הדין הקיים (בכפוף ליתרון בכך שהצו המרתיע אינו מחייב פתיחת הליך חדש). אולם, לשון הנוסח הנוכחי של הצעת הקודקס עלולה גם להתפרש באופן שונה, כך שהצו "ישיל חבות לתשלום שאינה נגזרת מהערכת הנזק". ראו דויטש, הערה 31 לעיל, בעמ' 367. פרשנות כזו של סעיף 575 עלולה להפוך אותו למקור נוסף להטלת הסנקציה הבעייתית של פיצויים עונשיים, שאף אינו כפוף לסייגים הנזכרים בסעיף 564 להצעה.
- 83 למעשה, בהקשרים רבים אפילו לכאורה אין זה קשה להתנגד למהלך של ריבוי סעדים בשם ההגנה על זכויות. בכל אותם הקשרים שבהם ראוי להתחשב בערך הרווחה המצרפית יש מקום ללמוד מהניתוח הכלכלי של המשפט על העלויות החברתיות של הרתעת יתר מפני הפרתן של זכויות, באופן שהרתעה אופטימלית מפני הפרה מחייבת דווקא שלא לאמץ גורמה אשר צפויה להרתיע באופן מכסימלי. ראו, למשל, Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics* 245-246 (3d ed. 2000). ניתוח זה רלבנטי – ומחייב בדיקה קונקרטית באשר למצב האכיפה בכל תחום ותחום – שכן, כפי שרמזתי, בהקשרים רבים מאוד במשפט האזרחי יש חשיבות רבה לקידום הערך של רווחה מצרפית, קרי: להשאת (או לפחות ריבוי) האמצעים העומדים לרשות בני-אדם לסיפוק רצונותיהם. ראו James Griffin, *Well-Being: Its Meaning, Measurement and Moral Importance* ch. 8 (1986). כדי להבהיר שהביקורת של סעיף זה אינה מתבססת על עמדה זו – ועל כן הינה רלבנטית גם למי שחולק עליה – אני מתעלם בהמשך, בניגוד לדעתי, מחשיבותו של טעם זה.

מיד, גם בהקשר זה – כמו בהקשר של חיזוק הקוהרנטיות במשפט – נכונה הקלישאה שלא תמיד "יותר" הוא בהכרח "יותר טוב". את המהלכים הרדיקליים של הצעת הקודקס בתחום התרופתי ניתן לבסס על אחת משלוש הנחות: (1) קיום מלא ודווקני של חיובי המשפט האזרחי הינו תמיד החלופה העדיפה; (2) לדיני התרופות אין כל תפקיד בריכוך, בסיוג או בהתניה של זכויות במשפט האזרחי; (3) ריבוי התרופות העומדת לרשות בתי משפט בתחום האזרחי חשוב כדי לאפשר להם להתאים את הסעד לכל מקרה ומקרה על פי נסיבותיו המיוחדות. שתי ההנחות הראשונות נוגעות, בהתאמה, ביחס בין זכויות לחובות וביחס בין סעדים לזכויות; ההנחה השלישית נוגעת בהיקף הראוי של שיקול דעת שיפוטי בהתווייתם של סעדים. בסעיפים הבאים אדון בסוגיות אלה ואכפור בשלוש ההנחות הללו; אטען כי המהלך המוצע – הוספה וחיזוק גורפים של הסעדים בגין הפרת זכויות – אינו רצוי, וראוי שלא לאמץ אותו לדין הנוהג בישראל.

2. על זכויות וחובות

לכאורה, ניתן להצדיק את חיזוק ההגנה על זכויות בטענה שקיום מלא ודווקני של חיובי המשפט האזרחי הינו תמיד החלופה העדיפה. אלא, שטענה זו סותרת תובנות יסודיות של הדיון העיוני אודות מושג הזכות. דיון זה מלמד כי במקרים מתאימים דווקא זכויות מוגבלות עדיפות על זכויות חזקות יותר. תובנה זו הינה אחד הלקחים החשובים של שתיים – לפחות – מהתאוריות החשובות ביותר של זכויות: זו של ווסלי הופלד וזו של יוסף רו.

הופלד עמד על כך שאת מושג הזכות ניתן להבין רק ביחס למושג החובה. לגישתו, לפלוני יש זכות (במובן הצר) אם ורק אם יש לפחות אדם אחד שקיימת לו חובה לעשיית המעשה נשוא הזכות (או להימנעות מעשייתו).⁸⁴ ניתן לחלוק על ניסוחו של הופלד את הקשר בין זכות לבין חובה במושגים קורלטיביים, ואכן רו – שניתוחו את מושג הזכות נהפך לכמעט קנוני – מציע לדייק ולומר שהקשר הינו קשר של הצדקה: זכות הינה מוצדקת אם – ורק אם, ובמידה – שיש בה כדי להצדיק את הטלתה של חובה על מאן שהוא אחר.⁸⁵ כך

84 Wesley Newcomb Hohfeld, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning," 23 *Yale L.J.* 16 (1913).

85 Joseph Raz, "On the Nature of Rights," 93 *Mind* 194, 199-200 (1984) ראו

או כך, הלקת החשוב שעולה מניתוחיהם של הופלד ושל רז כאחד הינו שזכויות משפטיות מכוננות סוגים של יחסים בינאישיים, ולכן כדי לברר אם – ובאיזו מידה – ראוי להתייחס לאינטרס פלוני כאל זכות, נדרש דיון נורמטיבי המסוגל להכריע בין בעלי הטענות הסותרות ולקבוע איזה מהאינטרסים העומדים על הפרק ראוי להגנה ובאיזו מידה. במילים אחרות: שיח זכויות אחראי מכיר ביחסותן הטבעה של זכויות – בצורך באיזון פנימי בין אינטרסים מתנגשים אלה – אף טרם התנגשותן באינטרסים (או בזכויות) אחרים.⁸⁶ את המגבלות על זכויות אין צורך לחפש רק מחוץ להן; חלקן פנימיות לזכות וטבועות בה.⁸⁷ מכאן, שבצד זכויות חזקות ניתן גם לצפות לקיומן של זכויות מוגבלות יותר במשפט; מגוון סוגי הזכויות במשפט משקף את המגוון הצפוי של איזונים נורמטיביים מורכבים אלה.

המשפט האזרחי מסדיר סוגים רבים של יחסים בינאישיים שביחס לחלקם, מן הסתם, אכן ראוי להבנות את זכויות הצדדים באופן נוקשה כך שהפרתן תצדיק את הארטיילריה הכבדה שבהצעת חוק דיני הממונות. אולם, אין סיבה להניח שמסקנה זו יפה לגבי כל המגוון כולו. נהפוך הוא: אפילו מהקודקס המוצע עצמו עולה שלפחות בכמה הקשרים דווקא המסקנה ההפוכה נראית ראויה. כך, למשל, בדברי המבוא לקודקס נאמר כי הצעת החוק מבטאת את המגמה של "דיני החוזים המודרניים" לצעוד "לכיוון של דרישה ליתר קואופרטיביות בין הצדדים לתווה, תוך החלשת ההיבטים הלעומתיים של החווה" וריכוך "יסודות האחריות החוזית". מגמות אלה, כך נאמר, באות לביטוי "באימוצו החקיקתי של מוסד האשם התורם בדיני החוזים, ו[ב]ביצוע ררוויזיה מקיפה במוסד הסיכול של חווה".⁸⁸ תפיסה שיתופית יותר של הקשר החוזי אינה יכולה להסתיים בסייגים אלה לאחריות החוזית; יש לה גם השפעות על תחום נוסף המבנה את הזכות החוזית, קרי: הסעדים בגין הפרתה. כפי שהראיתי במקום אחר, תפיסה שיתופית של הקשר החוזי אינה מאפשרת להמשיך לדבוק בהלכה הפסוקה, המזכה נפגע מהפרת חווה

86 Joseph William Singer, "The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld," 1982 *Wis. L. Rev.* 975, 987, 994, 1022-1023, 1050, 1056-1059; Andrei Marmor, "On the Limits of Rights," 16 *Law and Phil.* 1, 10-14 (1997) גם

Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication* 305, 319, 323 (1997).

87 ליישום האמור בטקסט בהקשר של ההגנה על זכות הקניין מפני נטילות שלטוניות ראו את הפרקים השני והשלישי בדגן, הערה 4 לעיל.

88 ראו סעיף 30 למבוא להצעת חוק דיני הממונות.

בפירות ההפרה,⁸⁹ ואף עולה ממנה כי דווקא ראוי לפרש בנדיבות יחסית את סייג הצדק לזכות הנפגע לאכיפת חוזה.⁹⁰ ספק רב אם התפיסה השיתופית של הקשר החוזי מתיישבת עם העצמה גורפת⁹¹ נוספת של הסעדים בגין הפרת חוזה, כמוצע בנוסח הנוכחי של הצעת הקודקס.⁹²

3. על סעדים וזכויות

גם מי שמקבל את האזהרה של הסעיף הקודם מפני השטחת העושר המשפטי הקיים, הכולל מגוון רחב של סוגי זכויות, ואף מסכים שלעיתים דווקא זכויות מוגבלות עדיפות על זכויות חזקות, עשוי עדיין לתמוך במהלך המוצע של חיזוק גורף של הסעדים במשפט האזרחי על ידי ניסיון להפריד את הדיון בזכויות

89 ראו ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ת., פ"ד מב(1) 221.

90 ראו דגן, הערה 67 לעיל, בעמ' 662-670, 680-678. סייג הצדק קבוע בסעיף (4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

91 הלשון הוזהרה שבטקסט נובעת מכך שבהקשרים ספציפיים ייתכן שכללי רקע נוקשים-יחסית יכולים לסייע בביסוסם של יחסים שיתופיים ראויים. ביחס לשיתוף בנכסים ראו דגן, הערה 4 לעיל, בעמ' 314; גם בהקשרים אלה ספק רב אם יש מקום לסעדים התורפים הכלולים בקודקס המוצע.

92 יהודה אדר תוקף מסקנה זו בסיוען תלת-שלבי: (א) חיזוק הערכים של סולידריות ושיתוף פעולה הוא חלק ממגמה של תובענות מוסרית; (ב) גם היחס המחמיר והגוזפני כלפי מפרי חוזים הוא חלק מאותה מגמה; (ג) על כן אין כל קושי ביישוב בין סולידריות חוזית לבין הקשחת הסעדים בגין הפרת חוזה. ראו אדר, הערה 55 לעיל, בעמ' 400-407. הקושי במהלך זה הוא כפול: ראשית, הטענה המצדיקה יחס תרופתי מחמיר כלפי מפרי חוזים נשענת על עמדה המקשרת את הערך של קיום חוזים עם דיני התרופות בגין הפרת חוזה. דא עקא - כפי שהראיתי במקום אחר - קישור זה איננו נכון: הערך החשוב של קיום חוזים איש איש ביחס למרבית השאלות העומדות על הפרק בדיני התרופות. ראו דגן, הערה 67 לעיל, בעמ' 650-662. שנית, תובענות מוסרית הינה מינוח עמום שאינו אומר דבר ביחס לשאלה מהם ערכי המוסר הרלבנטיים ומה הם מצווים. כך, גם אם הערך של קיום הבטחות היה מצביע על החשיבות שבהקשחת הסעדים, כל שנובע מכך הוא שחיזוק הסעדים מתיישב עם תובענות מוסרית מסוג מסוים. דא עקא, שמבחינה מהותית תובענות זו אינה דומה לתובענות המוסרית של תפיסת החוזה כאחר של סולידריות ושיתוף הפעולה, ויש בסיס טוב לטענה שהיא אף הפוכה ממנה. אם כן, אין זה מקרה שבמקרים רבים הגישה האחרונה תצדיק דווקא ריכוך סעדים. ראו אריאל פורת, הגנת אשם תורם בדיני חוזים 79-83, 167-169 (תשנ"ז); רועי קרייטנר, "הערעור נתקבל בחלקו: תרופות אמצע בשל הפרת חוזה" (טרם פורסם).

מהדיון בסעדים הראויים בגין הפרתן. טיעון כזה יעמוד על כך שריכוכים והגבלות של הזכויות המהותיות שהמשפט האזרחי מקנה מתבצעים – וראוי שיתבצעו – במסגרת הגדרת הגבולות של העוולות השונות ושל החיוב החוזי, באופן שלדיני התרופות לא נשארת (אלא, אולי, במקרים קיצוניים) כל עבודה נורמטיבית.⁹³ ברם, הכרה בתפקיד החשוב (המצוי והראוי) של דיני התרופות בכינון של זכויות במשפט מלמדת כי אין ממש בהדרת דיני הסעדים מהדיון בהיקף הראוי של זכויות, וכי אין זה ראוי לשלול באופן גורף את האפשרות להשתמש בדיני הסעדים בכינון של זכויות מוגבלות במשפט האזרחי.

דיונו של קארל לוולין, מחשובי ההוגים הריאליסטים על המשפט, בהתפתחות המחשבה אודות הקשר בין סעדים לזכויות חשוב במיוחד לענייננו. ראשית התאפיין המשפט המקובל בשיח של סעדים המתמקד באפיון העובדות שיניעו בית משפט ליתן לפלוני סעד נתון כנגד אלמוני. הבעיה בשיח כזה ברורה: לסעדים צריכה להיות תכלית; הם צריכים להגן על משהו, ואותו משהו – הזכויות – צריך שיהיה העיקר ואילו הסעדים הם אמצעים גרידא. מכאן, הסביר לוולין, נבע השלב הבא בהתפתחותו של שיח המשפט המקובל – שיח הזכויות. בצד יתרונו של שיח זה בהבניה הראויה של סעדים כאמצעים שיש לבוחנם בראי המטרה (הגנת הזכות), גם שיח משפטי המתמקד בזכויות בלבד הינו בעייתי. הבעיה בשיח הזכויות נעוצה בכך שלמילה "זכות" יש כוח רטורי משמעותי בחברה ובמשפט, באופן שעצם ההיזקקות למונח "זכויות" משמיעה לעתים כאילו הן בהכרח בלתי-מותנות ובלתי-מוגבלות. שיח הזכויות נוטה להשכיח את העובדה שזכויות משפטיות רבות הינן – ואף ראוי שתהיינה – מותנות ואף מוגבלות, ושהמשפט יוצר התניות ומגבלות אלה, בין היתר באמצעות הגבלת הסעדים הנתונים לבעליהם. כנגד נטייה זו עמד לוולין (בעקבות וובר) על האופן שבו מכוננים הסעדים את הזכויות: לא רק שבהיעדר סעד אין זכות, אלא שמידת הזכות הינה כמידת הסעד.⁹⁴

הלקח לענייננו נראה ברור: המשפט האזרחי מכונן שפע של זכויות בין אדם לחברו. ניתוח של כללי המשפט הנוהג בראי התובנה הריאליסטית דלעיל מראה שזכויות אלה אכן הינן בעלות גוונים שונים: חלקן רחבות יותר ומוגנות יותר וחלקן – פחות. גוונים אלה מושגים לעתים על ידי התוויה של התנאים המקימים

93 ראו בדומה דויטש, הערה 31 לעיל, בעמ' 303.

94 ראו Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence: The Next Step*, הערה 33 לעיל, בעמ' 8-18, 21-23; Llewellyn, *Some Realism about Realism*, הערה 33 לעיל, בעמ' 63; ראו גם Karl L. Llewellyn, *The Bramble Bush* 93-94, 96-97 (1930).

או מגבילים את הזכות ולעתים על ידי הסעדים העומדים לרשות הנפגע כתוצאה מהפרתה (כך, למשל, אין הבדל מהותי בין האופן שבו משפיע היקפה של דוקטרינת הסיכול על תוכן החיוב החוזי לבין האופן שבו משפיעים עליו דיני התרופות בשל הפרת חוזה). יתר על כן: ניתוח מדויק של האופן שבו המשפט מתווה את הסעדים בגין הפרתן של זכויות שונות מצביע על כך ש"קיים סדר בדברים", שאפילו כשמדובר בבחירה בין נוסחאות שונות לחישוב הסעד הכספי בגין הפרתן של זכויות, ההכרעה המשפטית מתקבלת תוך תשומת-לב (לא בהכרח מודעת) לאופי הזכות שבה מדובר ולתכלית שאותה היא באה לשרת.⁹⁵

הבניה כזו של זכויות וסעדים מאחדת את הטוב משני העולמות שתואר לוולין: בנבדל משיח נאיבי של סעדים היא מתמקדת בטובין האנושיים שלשם קידומם ניתנים סעדים בגין הפרת זכויות; מנגד, בנבדל משיח זכויות נאיבי, היא גם מכירה בעושר העצום של סוגי זכויות שניתן לכוון במשפט (קרי: גזירת מהשטחת כל הזכויות לדגם אחד של זכויות מוחלטות) ובתפקיד החשוב של הסעדים בכינונו של מצאי הזכויות הזה. ביתר פירוט: נקודת המוצא של גישה זו היא שכדי שהמשפט האזרחי יוכל להסדיר באופן עדין את מגוון ההקשרים החברתיים שעליהם הוא חל, אין זה ראוי להניח באופן א-פריורי שהדגם של זכויות מוחלטות הוא הדגם שאליו המשפט האזרחי כולו צריך לשאוף. זאת ועוד: גישה זו מכירה בכך שכדי להגיע לריבוי הראוי של סוגי הזכויות במשפט האזרחי יש להשתמש באוסף רחב-היקף של טכניקות משפטיות. בפרט היא עומדת על כך שאין להסתפק בהקשר זה בהיזקקות להוראות הקובעות את התנאים המכוננים זכויות שונות במשפט האזרחי, תוך הדרה של דיני התרופות להקשר של אכיפת זכויות; נהפוך הוא: במקרים מתאימים יש להיזקק גם לבחירה בין הסעדים השונים כאמצעי חשוב ביצירה של סוגים שונים של זכויות בהתאמה לקטגוריות המשפטיות המגוונות של המשפט האזרחי.

הנוסח הנוכחי של הצעת חוק דיני ממונות, אשר מקנה – בשם חיזוק ההגנה על זכויות – אוסף רחב של סעדים בגין הפרת חיובים, מתעלם מהתובנות הריאליסטיות החשובות הללו. אם כן, גם בהיבט זה עולה המסקנה שאימוץ המהלך המוצע של חיזוק והעצמה גורפים של הסעדים בגין הפרת חיובים יפגע במשפט האזרחי בישראל ולא יתרום לקידומו.

95 ראו, בהתאמה, לעניין דיני עשיית עושר ולא במשפט ולעניין דיני החוזים, Dagan, הערה 57 לעיל, בפרק השני; Roy Kreitner, "Frameworks of Cooperation: Competing, Conflicting, and Joined Interests in Contract and Its Surroundings," 6 *Theoretical Inq. L.* 59, 64, 67-70, 74-80 (2005).

4. על סעדים ושיקול דעת

יש מי שיטען כי ניתן להתגבר על הקשיים שצוינו בפרק זה אם נזכור שחיווק הסעדים המוצע לא חייב להעצים באופן גורף את כלל הזכויות במשפט האזרחי. לפי גישה זו, כל תכליתם של הכלים התרופתיים שמוסיפה הצעת החוק הינה לספק לשופטים "גישה חופשית" ל"סל תרופות מגוון ככל האפשר", כך שיוכלו להתאים את הסעד לנסיבותיו של כל מקרה ומקרה,⁹⁶ ובכלל זה להתמודד עם בעיות באכיפת-חסר של זכויות, אם ובמידה שהן צצות. מכאן, שהרחבת ארסנל הסעדים שבהצעת חוק דיני הממונות (לעומת הסעדים הקיימים כיום) לא תחזק בהכרח את שלל הזכויות, שכן סעדים אלה אינם קבועים כעניין שבזכות אלא תלויים בהפעלתו של שיקול דעת שיפוטי.⁹⁷

ניסוח אוהד זה של הדברים עשוי אולי להקל על החששות שהבעתי בפסקות הקודמות (הפסקות המובלעים במשפט הקודם נובעים מהחשש ששופטים יתפתו לפרש את הוספת הסעדים במשפט האזרחי כ"רוח גבית לתובעים", קרי: כמסר המחייב חיווק כללי של זכויות במשפט האזרחי); אך הוא מעלה קושי חדש, המתייחס להיקף שיקול הדעת המוענק לשופטים בקשר להתוויית הסעד הראוי במקרה הספציפי. ודוק: שיקול הדעת בו עסקינן כאן אינו שיקול דעת שיפוטי (ראוי בעיני) בפיתוח נורמות כלליות חדשות במשפט האזרחי. לאור התפקיד המכונן של סעדים במשפט, שעליו עמדתי בסעיף הקודם, המשמעות המעשית של פרשנות זו למהלך המוצע של ריבוי גורף של סעדים במשפט האזרחי, היא הסמכה של בתי המשפט לכונן את הזכויות המהותיות של הצדדים אדי-הוק (אם גם – במקרה הטוב – תוך הסתמכות על עקרונות עמומים) ביחס לכל מקרה ומקרה. כפי שאטען בהמשך סעיף זה, החלה של עמדה נומינליסטית כזו לגבי המשפט האזרחי כולו פוגעת בערכים חשובים.

עיון מעמיק בשאלת הדיוק האופטימלי של נורמות משפטיות חורג מהמסגרת הנוכחית. לענייננו, די באזכורם של שלושה טעמים עקרוניים שהוצעו בספרות כביקורת על משטר משפטי נומינליסטי כדי לראות שלפחות בחלק ניכר מתחומי

96 ראו אדר, הערה 55 לעיל, בעמ' 397-400, המדגיש גם כי פעולה זו צריכה להיות מונחית על ידי עקרונות משפטיים.

97 כך, הן בסעיף הדן בפיצויים עונשיים הן בסעיף העוסק בסעד מרתיע, הצעת חוק דיני הממונות נוקטת לשון "רשאי"; ראו סעיפים 564 ו-575 להצעת חוק דיני ממונות.

המשפט האזרחי ראוי להיזהר מאימוצו.⁹⁸ ראשית, הצפיות הנמוכה שבה מתאפיין משטר כזה מעצימה את תלותם של הכפופים לו בשיקול דעתו בדיעבד של מאן דהוא בענייניהם, ובכך פוגעת בערך החירות. שנית, לחוסר-הוודאות הגבוה יחסית של משטר כזה יש חשיבות גם מנקודת המבט של רווחה מצרפית: חוסר-וודאות משפטי כזה פוגע ביכולתם של צדדים לתכנן ולהשקיע, והוא אף מרבה התדיינויות משפטיות ומייקר את עלויותיהן. לבסוף, משטר נומינליסטי פוגע בשוויון הפורמלי בכך שהוא מעצים את האפשרות (שאינה תמיד מודעת) כי שיקולים בלתי-ענייניים, הקשורים לזהותם של הצדדים, ישפיעו על ההחלטה בעניינם. יתר על כן: גם העובדה שמשטר נומינליסטי מחייב התדיינויות משפטיות תדירות אינה רק פוגעת ברווחה המצרפית אלא אף עלולה לפגוע בצדק החלוקתי, שכן במקרים רבים קיימת עדיפות מובנית לצדדים חזקים, שאורך הנשימה הכלכלי שלהם ארוך יחסית, על מי שאינם כאלה.⁹⁹

למרות ההבדלים (החשובים) בין משפט אזרחי לבין משפט פלילי ניתן להשוות קודקס אזרחי המאציל לשופטים את הסמכות להתוות בכל מקרה ומקרה אלו סעדים מתאימים לאלו הפרות, לחוק עונשין המסתפק בפרק כללי המכיל רשימת עונשים שממנה השופטים יכולים לבחור, תוך הימנעות מהצמדת עונשים ספציפיים לאוסף העצום (והמגוון כל כך) של עבירות המוסדרות במשפט הפלילי.¹⁰⁰ במילים אחרות: כמו שאנו מצפים ממחוקק המשפט הפלילי שיתווה

98 הספרות בסוגיה עשירה מאוד; ראו, למשל, Frederick Schauer, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (1991); Kathleen M. Sullivan, "Foreword: The Justices of Rules and Standards," 106 *Harv. L. Rev.* 22 (1992); Louis Kaplow, "Rules versus Standards: An Economic Analysis," 42 *Duke L.J.* 557 (1992); Jeremy Waldron, "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues," 82 *Cal. L. Rev.* 509 (1994); Gillian K. Hadfield, "Weighing the Value of Vagueness: An Economic Perspective on Precision in the Law," 82 *Cal. L. Rev.* 541 (1994); מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה," *משפטים* יז 321 (תשמ"ז). הדיון שלהלן מתבסס על מקורות אלה.

99 לעניין אחרון זה ראו Marc Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change," 9 *L. & Soc'y Rev.* 95 (1974).

100 השוני בין העבירות נובע, כמובן, ממגוון רחב של סיבות, והבולטות בהן, לדעתי, הינן מידת האשם של העברין והחשיבות של הזכות או האינטרס המוגנים שבהם פגע.

הבחנות בין סוגי העבירות השונות על פי חומרתן,¹⁰¹ כך ראוי שיעשה גם מחוקק המשפט האזרחי באשר לסוגי ההפרות של הזכויות הקבועות במשפט האזרחי. אם יתברר (לאחר בירור גורמטיבי ראוי) שזכויות מסוימות ראויות להגנה חזקה במיוחד, או אם יתברר (לאחר בירור עובדתי ראוי) שבתחום מסוים קיימות בעיות אכיפה מיוחדות, כי אז יהיה מוצדק לחוק בתחומים אלה – באופן מידתי לחזקן של אותן זכויות או לעוצמתן של הבעיות באכיפתן – את הסעדים (או להרחיב את השימוש בכלים אחרים כגון תובענות ייצוגיות).¹⁰² מכאן ועד יצירת תפריט חובק-כל של סעדים, החל באופן גורף על הפרתם של חיובים, הדרך ארוכה.¹⁰³

ד. סיכום

אין בביקורת שהעליתי ברשימה זו על הצעת חוק דיני הממונות המונחת בפנינו כיום כדי לשלול את האפשרות של קודקס אזרחי ראוי. כמו ביחס לביקורת המהותית (שלי ושל אחרים) נגד חלק מהחידושים המוצעים בנוסח הנוכחי של הקודקס המוצע, גם על הביקורת התורת-משפטית ניתן להתגבר. ניסוח מתוקן של הצעת חוק דיני הממונות יכול להתנער מהניסוחים הבלתי-זהירים בדברי המבוא להצעה הנוכחית באשר לתכלית של קידום הקוהרנטיות, ואף לסגת מהמופעים הבעייתיים של האחדות-יתר הכלולים בנוסח הנוכחי (ובפרט מההצעה לאחד את דיני התרופות בגין הפרת חיובים ומההצעה ליצור בדיני קניין קטגוריית-על של דיני נכסים). נוסח מתוקן כזה יכול גם להפגין זהירות ראויה באשר להתוויית הסעדים השונים בגין הפרות של זכויות שונות במשפט האזרחי, ועל כן לדחות

101 בהקשר זה מעניין לציין כי לאחרונה התגבשה במשרד המשפטים הצעה המחזקת את האמור בטקסט, לפיה בצידם של העונשים המרביים הקבועים בחוק ייקבעו גם "עונשי מוצא". ראו יובל יועז, "לכל עבירה ייקבע עונש סטנדרטי", הארץ 1.9.05.

102 האמור בטקסט משקף את האופן הראוי לפיתוחם הזהיר של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי, תוך פיתוח, עקב בצד אגודל, של קטגוריות המקרים שבהם מוצדק להתיר את השימוש באמצעי חריג (ומסוכן) זה. השוו דויטש, הערה 31 לעיל, בעמ' 360–363.

103 גילוי נוסף – מקומי יותר – של אותה בעיה מצוי בסעיף 493 להצעת חוק דיני ממונות, הכולל רשימה פתוחה של הדרכים שבהן ניתן למדוד טובת הנאה לעניין הסעד הניתן בדיני עשיית עושר ולא במשפט מבלי להצביע על כל אמת-מידה באשר לבחירה ביניהן.

את ההצעה ליצירה גורפת של סמכות להשתתם של פיצויים עונשיים ושל צו מרתיע בענפים שונים של המשפט האזרחי.¹⁰⁴ בכל זאת, קשה לסיים בלי מחשבה אפיקורסית באשר לרציות הפרויקט כולו. ספקותיי אינם מכוונים כלפי התועלת שבמחשבה מחודשת על הסוגיות השונות הכלולות בקודקס: משפטנות הומניסטית חייבת מדי פעם לעצור ולבחון מחדש ובאופן ביקורתי את רציונן של התכליות של דוקטרינות משפטיות שונות ושל תוצאות הפעלתן.¹⁰⁵ אולם, האם חשוב – האם רצוי – לכנס את כלל הסוגיות בתחום רחב כל כך כמו המשפט האזרחי בחוק אחד? בדברי המבוא להצעת הקודקס מנו מחברי ההצעה חמש תשובות לשאלה "הצעת חוק דיני ממונות – על שום מה?": שיפור הקוהרנטיות, התאמת הדין למגמות התפתחות מודרניות, ביסוס של תורת משפט כוללת, עיבוי הבסיס החקיקתי להסדרים ורביזיה כללית.¹⁰⁶ שלוש מסיבות אלה – עיבוי החקיקה, עדכונה ותיקונה – מצדיקות מחשבה מחודשת על חוקי המשפט האזרחי הקיימים, אך אין בהן, אפילו על פני הדברים, כדי להצדיק שזו תיעשה במסגרת חוק כללי אחד. שתי האחרות – שיפור הקוהרנטיות וביסוס של תורת משפט כוללת – יכולות להצדיק את המהלך הקודיפיקטיבי, אך בהן גם נעוץ הבסיס (שאיננו הכרחי אך ספק אם הוא גם מקרי) לכשלים שעליהם עמדתי במאמר זה.

104 יתרה מזו: כפי שציינתי בראשית הדברים (הערה 9 לעיל), גם אם יאומץ הנוסח הנוכחי של הצעת חוק דיני ממונות, שיקול דעת שיפוטי ראוי יוכל לתקן את שקלול המחקר. עדיף, כמובן, לקבל מלכתחילה חוק שלא יחייב תיקון שיפוטי כזה.

105 ראו, באופן כללי, Hanoch Dagan, "The Realist Conception of Law," 57 *U. Toronto L.J.* (forthcoming 2007) section II.B.2.

106 ראו סעיפים 23–38 למבוא להצעת חוק דיני הממונות.