

קודקס של המשפט המקובל

מאת

מנחם מאוטנר*

בארבעת העשורים האחרונים ארעו במשפט האזרחי שלנו שני מעברים: המעבר מהמג'לה אל החקיקה האזרחית החדשה; המעבר מהחקיקה האזרחית החדשה להצעת הקודקס האזרחי. אי אפשר להבין את המעבר השני בלי להבין את המעבר הראשון. מאפיין מרכזי של החקיקה האזרחית החדשה הוא שהיא אינה קובעת הסדרים רבים ומפורטים בתחומים המוסדרים על ידה. למרות זאת החקיקה תפקדה היטב. סיבה חשובה לכך היתה שחלוקת העבודה שהחקיקה יצרה בין המחוקק לבין בתי המשפט השתלבה היטב עם התרבות המשפטית של המשפט הישראלי בכללותו. סיבה נוספת להצלחת החקיקה היתה, שהתפקיד הנרחב שהיא הותירה לבית המשפט העליון באשר לקביעת תוכנו של המשפט, השתלב היטב עם העמדה התורת-משפטית שאותה נקט בית המשפט בעשורים שמאז השלמת החקיקה. למרות שהצעת הקודקס עושה רווייה בכמה תחומים של המשפט האזרחי, ולמרות שהצעת הקודקס מכילה שורה של תיקונים נקודתיים בדין, בעיקרו של דבר ההצעה מאמצת את מרבית ההסדרים שנקבעו בחקיקה האזרחית החדשה. סקירת המאפיינים ודרכי ההפעלה של שלושה קודקסים מרכזיים: הקוד טיביל הצרפתי; ה-ב.ג.ב. הגרמני; והקוד המסחרי האחיד של ארצות הברית – מגלה שעצם הבחירה בקודקס אינה מחייבת בהכרח אימוץ של תורת משפט אחת מסוימת לשם הפעלת הקודקס: קודקסים שונים עשויים להיות מופעלים במסגרתן של תורות משפט שונות, בהתאם למקובל בזמן ובמקום שבהם מופעלים הקודקסים. יתר על כן, אותו קודקס עצמו עשוי להיות מופעל בתקופות שונות במסגרתן של תורות משפט שונות. הסיבה לכך היא שתורת המשפט שבחקיקה מופעל קודקס בזמן מסוים ובמקום מסוים היא תוצר של תורת המשפט הכללית הרווחת בזמן ובמקום שבהם מופעל הקודקס.

במבוא להצעת הקודקס מובאים שלושה טיעונים, הלקוחים כולם מעולמו של הפורמליזם המשפטי: טיעון לפיו תכני הקודקס אורגנו במבנה שיטתי,

* פרופסור מן המניין, מופקד הקתדרה לחקר המשפט והתרבות, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. אני מודה לחנוך דגן על הערותיו.

דבר המעלה את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו; טיעון לפיו הקודקס הצליח ליצור הסדר שלם וקוהרנטי בתחום המשפט האזרחי, דבר המעלה אף הוא את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו; טיעון לפיו הקודקס תורם לביסוסה של תורת משפט של מושגים במשפט הישראלי. כל אחד משלושת הטיעונים – מופרך.

מבוא. א. מהמגלה לחקיקה האזרחית החדשה ולהצעת הקודקס האזרחי. 1. מהמגלה לחקיקה האזרחית החדשה; 2. מהחקיקה האזרחית החדשה לקודקס האזרחי המוצע; 3. הקודקס המוצע במבט השוואתי. 1. הקוד סיבילי; 2. ה"ב.ג.ב הגרמני; 3. הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית; 4. סיכום ביניים; 5. הקודקס המוצע: בכל זאת חזרה למאה ה-19? 1. דברי החסבר במבוא להצעת הקודקס; 2. הפורמליזם המשפטי והפרכתו על ידי הריאליזם המשפטי; 3. הביקורת הריאליסטית על הפורמליזם ודרכי ההפעלה של הקודקס המוצע; 4. מאפייני הקודקס והשפעתם על שאלת הוודאות; 5. שאלת הוודאות: לקחים מדיוני הוועדה להכנת הקודקס; 6. סיכום; 7. טיעון הקוהרנטיות; 8. הטיעון בדבר תרומת הקודקס לביסוסה של תורת משפט של מושגים במשפט הישראלי ועמדתו של בית המשפט העליון בסוגיה זו ב-25 השנים האחרונות; ד. סיכום.

מבוא

בארבעת העשורים האחרונים אירעו במשפט האזרחי שלנו שני מעברים: המעבר מהמגלה אל החקיקה האזרחית החדשה והמעבר מהחקיקה האזרחית החדשה להצעת הקודקס האזרחי. בחלק הראשון של המאמר אטען כי אי-אפשר להבין את המעבר השני בלי להבין את המעבר הראשון. אטען כי מאפיין מרכזי של החקיקה האזרחית החדשה הוא שהיא אינה קובעת הסדרים רבים ומפורטים בתחומים המוסדרים על ידה; אטען כי למרות זאת החקיקה תפקדה היטב, וסיבה חשובה לכך הייתה שחלוקת העבודה שהיא יצרה בין המחוקק לבין בתי המשפט השתלבה היטב עם התרבות המשפטית של המשפט הישראלי בכללותו, היינו: תרבות משפטית המצפה מבית המשפט העליון לתרום תרומה נרחבת לקביעת תכניו של המשפט. סיבה נוספת להצלחת החקיקה הייתה שהתפקיד הנרחב שהיא הותירה לבית המשפט העליון באשר לקביעת תוכנו של המשפט השתלב היטב עם העמדה התורת-משפטית שאותה נקט בית המשפט בעשורים שמאז השלמת החקיקה. אטען עוד, כי למרות שהצעת הקודקס עושה רביזיה בכמה תחומים של המשפט האזרחי שלנו, ולמרות שהצעת הקודקס כוללת שורה של תיקונים נקודתיים בדין, בעיקרו של דבר היא מאמצת את מרבית ההסדרים שנקבעו בחקיקה האזרחית החדשה. פירוש הדבר הוא שכשם שבתקופת החקיקה האזרחית החדשה נקבע חלק הארי של המשפט האזרחי שלנו בפסיקתו של בית המשפט

העליון, כך ימשיך חלק הארי של המשפט שלנו להימצא בה גם בתקופה שלאחר אימוצו של הקודקס.

בחלק השני של המאמר אסקור את המאפיינים ואת דרכי ההפעלה של שלושה קודקסים מרכזיים: הקוד סיביל הצרפתי, ה-ב.ג.ב הגרמני והקוד המסחרי האחיד של ארצות-הברית. אטען כי המסקנה העיקרית העולה מהסקירה היא שעצם הבחירה בקודקס אינה מחייבת בהכרח אימוץ של תורת משפט אחת מסוימת לשם הפעלתו: קודקסים שונים עשויים להיות מופעלים במסגרתן של תורות משפט שונות, בהתאם למקובל בזמן ובמקום שבהם מופעלים הקודקסים. יתר על כן: אותו קודקס עצמו עשוי להיות מופעל בתקופות שונות במסגרת תורות משפט שונות. הסיבה לכך היא שתורת המשפט שבחיקה מופעל קודקס בזמן מסוים ובמקום מסוים היא תוצר של תורת המשפט הכללית הרווחת בזמן ובמקום שבהם הוא מופעל.

בחלק השלישי של המאמר אטען כי במבוא להצעת הקודקס מובאים שלושה טיעונים הלקוחים מעולמו של הפורמליזם המשפטי: טיעון שלפיו תכני הקודקס אורגנו במבנה שיטתי – דבר המעלה את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו; טיעון שלפיו הקודקס הצליח ליצור הסדר שלם וקוהרנטי בתחום המשפט האזרחי – דבר המעלה אף הוא את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו; וטיעון שלפיו הקודקס תורם לביסוסה של תורת משפט של מושגים במשפט הישראלי. טענותי תהא שכל אחד מהטיעונים – מופרך.

א. מהמגילה לחקיקה האזרחית החדשה ולהצעת הקודקס האזרחי

בארבעת העשורים האחרונים אירעו במשפט האזרחי שלנו שני מעברים. המעבר הראשון היה המעבר מהמצב ששרר לפני "החקיקה האזרחית החדשה" אל מפעל הכנתה של החקיקה האזרחית החדשה (את המונח "החקיקה האזרחית החדשה" טבע פרופ' אהרן ברק, בהתייחס לסדרת החוקים בתחום המשפט האזרחי שהכין משרד המשפטים החל בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962¹). המעבר השני הוא המעבר מהחקיקה האזרחית החדשה להצעת הקודקס האזרחי (חוק דיני

1 אהרן ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג 5 (תשל"ג).

ממונות).² אי־אפשר להבין את המעבר לקודקס בלי להבין את המעבר לחקיקה האזרחית החדשה.

1. מהמג'לה לחקיקה האזרחית החדשה

להלכה, עם קום המדינה נשלט המשפט האזרחי שלנו על ידי קודקס אזרחי – המג'לה. המג'לה נקבעה כקודקס האזרחי של האימפריה העותמאנית בעשור השביעי ובעשור השמיני של המאה ה־19. היא נקלטה אל תוך המשפט של ארץ ישראל המנדטורית, ולאחר מכן גם אל תוך המשפט של מדינת ישראל. אולם, מעמדה של המג'לה נפגע אנושות עוד בשלב מוקדם של חלוצותה בארץ ישראל: עם כיבוש הארץ על ידי בריסניה נותקה הקהילה המשפטית המקומית מחוגי המשפט העותמאני ומשפט המג'לה – השפה הטורקית – ותחת זאת עברה לתחום ההשפעה של המשפט האנגלי. יתר על כן, בטורקיה עצמה הוחלפה המג'לה בשנת 1926 בקוד האזרחי השוויצרי. בכך נסתם הגולל על הסיכוי להמשך פיתוחה בכור מחצבתה. כמו כן, עם חלוף השנים נתפסה המג'לה כבלתי־מתאימה למציאות הכלכלית והחברתית של ישראל, וכמיושנת מבחינת דרך הניסוח הקוזאיסטית שלה. בתקופת המנדט ובתקופת המדינה החילה אפוא הפסיקה באורח נרחב – בתחום המשפט האזרחי – הלכות של המשפט האנגלי, כהשלמה להוראות המג'לה.³

החקיקה האזרחית החדשה נועדה להחליף את זיקתו של המשפט האזרחי של ישראל לשני מקורות המשפט הזרים האמורים: המג'לה והמשפט האנגלי. חקיקתם של החוקים השונים המרכיבים את החקיקה האזרחית החדשה נעשתה בשלבים, בתהליך שנמשך שני עשורים. כל אחד מהחוקים הוכן על ידי ועדת מומחים, בהנחיית גורם מרכזי שפעל במשרד המשפטים. פרופ' אורי ידן, שעמד בראש המפעל של הכנת החקיקה במשרד המשפטים, תיאר מפעל זה כמבוסס על

2 הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות (משרד המשפטים, 2004).

3 Daniel Friedmann, *The Effect of Foreign Law on the Law of Israel* 9-24, 94-95 (1975); רות גביוון, "ביטול המג'לה – המינהג ועקרונות הפסיקה", משפטים יד 325 (תשמ"ה); גד טדסקי, "ביטול המג'לה – רקעו ומועדו", עיוני משפט ב 458 (תשל"ב).

"ליקוט פתרונות ממקורות שונים תוך ניסיון לתאם ולשלב אותם למסכת רצופה של דינים".⁴

את מפעל הכנתה של החקיקה האזרחית החדשה ליוו לא מעט חששות. מצד אחד, היה ברור מלכתחילה שהכוונה היא לאגד בסופו של דבר את כל חוקי החקיקה לקודקס.⁵ מצד שני, הכנת החקיקה הייתה דרך חסרת-תקדים ליצירת קודקס: חקיקה בשלבים, המשתרעת על פני עשורים אחדים. לפיכך הובע החשש כי החקיקה תתאפיין בסתירות ובחוסר-התאמה הן ברמה התוכנית והן ברמה המושגית.⁶

המעבר לחקיקה האזרחית החדשה לווה גם בביקורת מסוימת, ועיקרה שהחקיקה לא הייתה מפורטת דיה, היינו: שהיא קבעה מספר מצומצם של הסדרים מהותיים בתחומים שאותם ביקשה להסדיר.⁷ בהקשר זה גם הוצבע על כך שהחקיקה הרבתה להשתמש במונחי שסתום כגון "סבירות", "תום לב", "דרך מקובלת", "צדק", "היה עליו לדעת", "נסיבות העניין",⁸ וכן על כך שהחקיקה הרבתה לקבוע הסדרים כלליים כמו בתחום של דיני עשיית עושר ולא במשפט.⁹

- 4 אורי ידן, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל", עיוני משפט ג 26, 32 (תשל"ג).
- 5 אורי ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", עיוני משפט ז 506, 507-506 (תשל"ט); אהרן ברק, "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי 'נוסח ישראל'", בתוך ספר זכרון לגד טדסקי 115, 120 (יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, תשנ"ו).
- 6 גואלטיארו פרוקצ'ה, "חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת", עיוני משפט א 41 (תשל"א).
- 7 גד טדסקי, "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968", משפטים א 639, 639, 644 (תשכ"ט); ברק, הערה 1 לעיל, בעמ' 13-17; אהרן ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים", משפטים ז 15, 17 (תשל"ו) (להלן: "ברק, עצמאותה של הקודיפיקציה"); מנחם מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז 321, 330 (תשמ"ח); אהרן ברק, "חקיקה שיפוטית", משפטים יג 25, 41 (תשמ"ג) (להלן: "ברק, חקיקה שיפוטית"); דניאל פרידמן, "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ח 26 (תשמ"א).
- 8 מאוטנר, הערה 5 לעיל, בעמ' 331; ברק, הערה 5 לעיל, בעמ' 138.
- 9 פרידמן, הערה 7 לעיל, בעמ' 27; מאוטנר, הערה 7 לעיל, בעמ' 331; ברק, הערה 5 לעיל, בעמ' 137.

אכן, החקיקה האזרחית החדשה היא בבחינת "תכנית מתאר ארצית" של המשפט האזרחי,¹⁰ אולם, הבחירה ברמת פירוט זו לקביעת תכנון של המשפט האזרחי נעשתה במודע. אורי ידן, שעמד בראש מפעל ההכנה של החקיקה האזרחית החדשה במשרד המשפטים, כתב על החקיקה את הדברים האלה:

החוק חייב להוות רשת רחבה אשר יהיה זה מתפקידם של בתי המשפט למלא עיניה בחוטים דקים וצפופים יותר. טכניקת ניסוח זו דרושה גם כדי לשמור על גמישות הדין ולמנוע שקודקס אשר מטבעו מתימר לעמוד לימים רבים, יקפיא את המשפט ויפריע להתפתחותו החיה.¹¹

דומה שקיימת הסכמה כללית כי מרבית החששות ביחס לחקיקה האזרחית החדשה – התבדו;¹² החקיקה תפקדה היטב. אני סבור שסיבה חשובה להצלחת החקיקה הייתה שחלוקת העבודה שהיא יצרה בין המחוקק לבין בתי המשפט השתלבה היטב עם התרבות של המשפט הישראלי בכללותו.

התרבות המשפטית שלנו היא התרבות המשפטית של המשפט המקובל. זוהי תרבות משפטית המצפה מבתי המשפט למלא תפקיד חשוב ביצירת המשפט ובפיתוחו;¹³ זוהי תרבות משפטית המושתתת על האמונה שהדרך לקבוע הסדרים משפטיים היא לא זו של יצירת כללים מופשטים מראש אלא זו של פיתוח המשפט במסגרת הדיון במקרים אמיתיים, בדרך של הפגשת מצבים עובדתיים ייחודיים עם שיקולים נורמטיביים רלבנטיים.¹⁴

דומה שאפשר לומר גם יותר מכך: ממש באותן שנים שבהן הושלמה החקיקה האזרחית שלנו והחלה להיות מופעלת, הפגין בית המשפט העליון יצירתיות רבה ופיתח שורה של הלכות חשובות בכל תחומי המשפט. יתר על כן: בשורה ארוכה

10 להתייחסות לחקיקה האזרחית החדשה כאל "תכנית מתאר ארצית" ראו מאוטנר, הערה 7 לעיל, בעמ' 335; ברק, הערה 5 לעיל, בעמ' 139.

11 ידן, הערה 5 לעיל, בעמ' 510, 511.

12 ראו גם מבוא, הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, הערה 2 לעיל, בעמ' 1: "הניסיון הוכיח כי בעיקרו של דבר הסדרים אלה פעלו כראוי".

13 אהרן ברק, פרשנות במשפט כרך ראשון 46-47, 172-174, 193-194, 433-434, 454; אהרן ברק, שיקול דעת שיפוטי 169 (1987) (להלן: "ברק, שיקול דעת שיפוטי"); ברק, הערה 5 לעיל, בעמ' 139.

14 לדיון בתפיסה של תהליכי קבלת ההחלטות במשפט במושגים של "תבונה מעשית" ראו מנחם מאוטנר, "שכל ישר, לגיטימציה, כפיה: על שופטים כמספרי סיפורים", פלילים ז 11, 54-50 (תשנ"ט).

של פסקי דין אימץ בית המשפט עמדה תורת-משפטית שהקנתה לו תפקיד חשוב בקביעת תוכנו של המשפט.¹⁵

משמע: בגלל המקום המרכזי שהתרבות המשפטית שלנו – במיוחד זו שמאז שנות ה-80 של המאה ה-20 – מקנה לבתי המשפט ביצירת המשפט, דווקא מה שנתפס מלכתחילה כחסרונה של החקיקה (כלומר: מיעוט ההסדרים והשימוש במונחי ססתום ובעקרונות כלליים) נהפך ליתרון, משום שהוא אפשר לחקיקה להשתלב היטב בהבנות הרווחות בתרבות המשפטית שלנו בדבר חלוקת העבודה הראויה בין המחוקק לבין בתי המשפט באשר להפעלת המשפט ובאשר ליצירתו. עד כאן באשר למעבר הראשון שאירע במשפט האזרחי שלנו בעשורים האחרונים – המעבר לחקיקה האזרחית החדשה.

2. מהחקיקה האזרחית החדשה לקודקס האזרחי המוצע

המעבר הנוכחי, מהחקיקה האזרחית החדשה לקודקס האזרחי המוצע, הוא פרי עבודתה של ועדה בראשותו של פרופ' אהרן ברק, שהיו חברים בה מורים למשפטים בתחומי המשפט האזרחי. המסמך המרכזי שעמד בפני הוועדה לא הייתה החקיקה האזרחית החדשה אלא נוסח שביקש לאחד את חוקי השונים של החקיקה האזרחית החדשה לקודקס, והוכן במחצית השנייה של שנות ה-70 על ידי אורי ידן, על פי בקשתו של היועץ המשפטי לממשלה דאז אהרן ברק.¹⁶

באיו מידה הקודקס שהכינה הוועדה מחולל שינויים בתוכני המשפט האזרחי שלנו בהשוואה לתכנים הקבועים בחקיקה האזרחית החדשה? כדי להשיב על שאלה זו יש להבין מה עשתה הוועדה ומה לא עשתה.

בכמה תחומים של המשפט האזרחי ערכה הוועדה רביזיה והכניסה שינויים מהותיים בהשוואה למצב המשפטי הנוכחי;¹⁷ הוועדה גם הכניסה שורה ארוכה של

15 לדיון נרחב ראו מנחם מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי (תשנ"ג); מנחם מאוטנר, משפט ותרבות בישראל בפתח המאה העשרים ואחת (טרם פורסם).

16 ברק, הערה 5 לעיל, בעמ' 161.

17 לדוגמה: שינויים מהותיים הוכנסו בדיני ההתיישנות ובדין המהותי של דיני הנזיקין; דיני התרופות החוזיים והנזיקיים – אוחדו; שינויים ניכרים הוכנסו בדין המסדיר את מצבי סיכול החוזה; הדין המסדיר תחרויות ביחס לזכויות בין צדדים רחוקים נכתב מחדש; הפרק על חוזה הקבלנות עובה ואף פוצל לחלק העוסק בחוזה קבלנות ולחלק העוסק בחוזה שירות; הוסף פרק העוסק בחוזה תיווך; הפרק המסדיר את חוזה המתנה עובה והוכנסו בו

תיקונים נקודתיים בדין.¹⁸ עם זאת, נקל להבחין כי מרבית התיקונים הנקודתיים האמורים מהווים אימוץ של שינויים שנקבעו בעשורים האחרונים בפסיקתו של בית המשפט העליון ונהפכו זה מכבר חלק מהמשפט שלנו.¹⁹ (אגב: שינויים אלה מהווים דוגמה ליצירתיות שהפגין בית המשפט בהפעילו את החקיקה האזרחית החדשה).

אולם, בעיקרו של דבר אימצה הוועדה את מרבית ההסדרים שנקבעו בחקיקה האזרחית החדשה. מדיניות הוועדה הייתה לשמר את ההסדרים האלה ככל שניתן, ולשנותם רק במקרים שבהם הסתבר כי הם לא פעלו בהצלחה. הוועדה הונחתה על ידי דברים שכתב אורי ידן בסוף שנות ה-70:

מעשה החקיקה הדרוש עתה, עם סיום החקיקה בשלבים, דומה יותר למה שמכונה 'קונסולידציה' מאשר למה שמכונה 'קודיפיקציה'. הקודיפיקציה עצמה נעשתה עוד לפני כן, לגבי כל נושא ונושא על ידי חקיקת החוק הנוגע לו. החוק המרכזי

שינויים; עובי ההוראות המסדירות את המצבים של עשיית עושר ולא במשפט; הוסף פרק על חיובי אטון; נכתבו מחדש ובהרחבה ניכרת ההוראות העוסקות בריבוי חייבים ונושים. לדוגמה: בהוראות העוסקות בחובת תום הלב נמחקה התיבה "בדרך מקובלת", ונשארה רק התיבה "בתום לב"; בסעיף הדין בפרשנות החוזה נקבע כי לשון החוזה והנסיבות ייהנו ממעמד שווה לצורך לימוד אומד הדעת של הצדדים לחוזה; אומץ כלל הפרשנות נגד מנסח החוזה; נקבעה הוראה שלפיה כאשר לא נקצב מועד לסיום חוזה יוכל כל צד לסיים את החוזה בהודעה לצד השני בתוך זמן סביר מראש; הוסף סעיף המאפשר אכיפה בקירוב של חוזה; נקבעה הוראה המאפשרת פסיקת פיצויים עונשיים בעקבות הפרה של חיוב חוזי או חיוב אחר; הוסף הסעד של צו מרתיע, היינו: תשלום סכום כסף בגין אי-קיום של סעד האכיפה במצבים של הפרת חיוב חוזי או חיוב אחר; הוספה הוראה בדבר רשלנות תורמת של הנפגע במצבים של הפרת חוזה; נקבעה הוראה שלפיה כאשר מתעורר חשש סביר כי צד לא יקיים חיוב עיקרי שלו, הצד האחר יוכל לדרוש המצאת בטוחה לקיום החיוב, וכן יוכל הצד האחר להשעות את קיום חיוביו עד לקבלת הבטוחה; לסעיף הדין בעושה בכריתת חוזה הוספה הדוקטרינה של השפעה בלתי-הוגנת; הוספה הוראה שלפיה אם לא קוימה דרישה מהותית של צורה, שהיא תנאי לכריתת חוזה, אך החוזה קויים באופן מהותי – יבוא קיום החוזה במקום דרישת הצורה. ראו גם הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, הערה 2 לעיל, מבוא, בעמ' 10: "בקבוצה רחבה של מקרים, הרוויזיה בהצעת החוק היא בעלת אופי נקודתי, תוך תיקון ליקויים מסוימים בהוראות בתונות, כגודש לאור הניסיון הפסיקטי או הספרות".

שני החריגים הגדולים בהקשר זה הם ההוראה בדבר פסיקת פיצויים עונשיים בעקבות הפרת חיוב חוזי וההוראה בדבר הסעד של צו מרתיע. לפחות ההוראה הראשונה היא בעלת חשיבות עקרונית רבה. הדין בחידוש זה חורג ממסגרתו של מאמר זה.

והמשלב שאנו שואפים אליו כעת לא יהווה את נקודת המוצא של הדין שבעתיד ולא יבוא במקום מקורות הדין הקודמים; תפקידים אלה כבר מילאו החוקים השונים, כל אחד ממועד תחולתו.²⁰

דברים ברוח דומה כתב פרופ' אהרן ברק בשנת 1995, בשלהי עבודתה של הוועדה להכנת הקודקס, על הנוסח שאותו עמדה הוועדה להוציא תחת ידה:

לא יהיו בהצעה החדשה שינויים מהפכניים. בעיקרו של דבר, יישמר ההסדר הקיים. ניסוחו ישופר, תוכנס בו אחידות רעיונית ולשונית, ויילמדו לקחי העבר. מספר לאקונות יושלמו, והסדרים פגומים יתוקנו.²¹

אכן, במבוא להצעת הקודקס נאמר:

המגמה אשר כיוונה את עבודת הוועדה לא היתה יצירת מהפיכה בחקיקה האזרחית ושינוי המשפט האזרחי מיסודו. נהפוך הוא: נקודת המוצא היתה הדין הקיים, תוך תיקון החסרונות שנמצאו בו.²²

הוועדה נהגה בתבונה בכך ששימרה, בעיקרו של דבר, את הסדרה של החקיקה האזרחית החדשה. מרבית ההסדרים שנקבעו בחקיקה האזרחית אכן תפקדו באופן מוצלח; יתר על כן: לולא פעלה כך הייתה הוועדה מטלטלת את המשפט האזרחי שלנו פעם נוספת, לאחר שהדבר כבר אירע פעם אחת בעשורים האחרונים, עם המעבר לחקיקה האזרחית החדשה.²³

20 ידין, הערה 5 לעיל, בעמ' 509.

21 ברק, הערה 5 לעיל, בעמ' 161.

22 הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, הערה 2 לעיל, מבוא, בעמ' 3.

23 ניתן להצביע על דוגמאות רבות לדרך פעולתה האמורה של הוועדה (שימור ההוראות של החקיקה האזרחית החדשה והימנעות משינויים או מהוספה עליהן). להלן כמה דוגמאות בולטות, מבין שורה ארוכה של דוגמאות שניתן היה להביא בהקשר זה; דוגמאות אלה לקוחות רק מהתחום של דיני תחומים, וניתן להביא דוגמאות דומות מכל שאר תחומי של המשפט האזרחי, כפי שהם מוסדרים בקודקס:

א. הוועדה לא עשתה קודיפיקציה של הפסיקה אודות תוכנה של חובת תום הלב במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה. ניתן היה להוסיף פרק ובו כ-10 עד 15 סעיפים המבטאים את הפסיקה שמילאה בתוכן את סעיף 12 לחוק התחומים (חלק כללי), תשל"ג-1973. זאת,

הן באשר לתוכן החובה לנהל משא ומתן בתום לב והן באשר לסעדים שלהם יהיה זכאי הצד הנפגע מהפרת החובה לנהל משא ומתן בתום לב.

ב. הוועדה לא עשתה קודיפיקציה של הפסיקה אודות חובת תום הלב בקיום חיובים ובשימוש בזכויות. ניתן היה להוסיף פרק ובו 20 עד 30 סעיפים המבטאים את הפסיקה שמילאה בתוכן את סעיף 39 לחוק החוזים.

ג. הוועדה לא עשתה קודיפיקציה של הפסיקה הענפה בשאלה מתי נכרת חוזה. נותרו על כנן ההוראות הלקוניות והכלליות של פרק א' לחוק החוזים. זאת, למרות שבפסיקה של 30 השנים האחרונות נוצרו עשרות רבות של כללים בסוגיה.

ד. הוועדה הותירה על כנו את ההסדר החקיקתי המצומצם בסוגיית הפיצויים בגין הפרת חוזה. ניתן היה לעבות הסדר זה בפרק שיכלול עשרות סעיפים שיעסקו באינטרסים המוגנים בדיני החוזים ובסוגיות כמו צפיות, ודאות, סיבתיות, הקטנת הנזק, שילוב הסעדים בעקבות הפרת חוזה וכו'. ראו לעניין זה דברים שאמר לאחרונה השופט ברק ברע"א 2371/01 אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופיתוח בע"מ, פ"ד (5) 787, 792: "בקביעת שיעור הפיצויים על-פי הוראת סעיף 10 לחוק התרופות ההדרכה החקיקתית הינה דלה. כל שנקבע בסעיף 10 לחוק התרופות הוא כי 'הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק. על בסיס הוראה זו פיתחו בתי-המשפט במשך השנים תורת פיצויים מקיפה, אשר קובעת אמות מידה לקביעת שיעור הפיצויים". דברי השופט ברק על "ההדרכה החקיקתית הדלה" יכולים להיאמר גם על סעיפים 531, 533 להצעת הקודקס, החוזרים על הוראת סעיף 10 לחוק התרופות; דברי השופט ברק על תורת פיצויים מקיפה שפותחה על ידי בתי המשפט בהסתמך על ההוראה החקוקה יוכלו להיאמר בעתיד גם על דיני הפיצויים שיתקיימו בתקופה שלאחר אימוץ הצעת הקודקס.

ה. הוועדה הותירה על כנם את ההסדרים החקיקתיים המצומצמים בסוגיה של טעות בכריתת חוזה. ההבחנה שאימצה הפסיקה מהמשפט האנגלו-אמריקני בין טעות חד-צדדית, טעות משותפת וטעות הדדית לא קובעה בסעיף המסדיר את סוגיית הטעות.

ו. הוועדה לא הוסיפה שום קביעה בשאלה הקשה מתי קיימת חובה של גילוי מידע במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה.

ז. הוועדה לא עשתה קודיפיקציה של הכללים שהתפתחו בפסיקה בדבר המצבים שבהם ייחשב ביטול חוזה לבלתי-צודק.

ח. הוועדה לא עשתה קודיפיקציה של הכללים שהתפתחו בפסיקה בשאלת הזמן הסביר לביטול חוזה מחמת הפרתו או מחמת פגם בכריתתו.

ט. הוועדה לא קבעה כל הסדר באשר לחוזי הלוואה.

ראו גם דפנה ברק-ארו, "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים", עיוני משפט כב 793, 805-807 (תשנ"ט). דוגמה בולטת מחוץ לתחום של דיני החוזים היא השינויים המועטים שהכניס הקודקס בהגדרתה של עוולת הרשלנות לעומת האופן שבו מוגדרת העוולה בחקיקה הנוכחית, וכן הימנעותו של הקודקס מאימוץ - ולו אחד - מעשרות כללי-המשנה שהתפתחו בפסיקה באשר לאופן שבו יש להפעיל את העוולה. בדומה, אף שהוועדה עיבתה במידה מסוימת את ההוראות בדבר עשיית עושר ולא במשפט, עדיין

עלינו להיות מודעים אפוא לכך שבדיוק כשם שבתקופת החקיקה האזרחית החדשה נקבע חלק הארי של המשפט האזרחי שלנו בפסיקתו של בית המשפט העליון, כך ימשיך חלק הארי של המשפט שלנו להימצא בפסיקתו של בית המשפט גם לאחר אימוצו של הקודקס. יתר על כן: הפסיקה שנוצרה בתקופת החקיקה האזרחית החדשה – פסיקה שפירשה את החקיקה והשלימה את החסרים בהוראותיה – תמשיך להיות רלבנטית, ברובה המכריע במישור, גם לצורך הפרשנות וההפעלה של הוראות הקודקס המוצע.

עלינו להבין אפוא שגם על הקודקס יחולו הדברים שכתב פרופ' צלטנר על החקיקה האזרחית החדשה (ושאותם ציטט בשנת 1976 פרופ' ברק בהסכמה),²⁴ ולפיהם החקיקה מהווה "רק חלק זעום מן הדין, כמו קצה של קרחון הצף מעל פני המים ותשעה מעשרת חלקיו עדיין נסתרים".²⁵

בדומה לכך עלינו להיות מודעים לכך שבדיוק כשם שבתקופת החקיקה האזרחית החדשה מילא בית המשפט העליון תפקיד מכריע בפיתוח המשפט, הוא ימשיך למלא תפקיד מכריע בהמשך הפיתוח והיצירה של המשפט האזרחי שלנו גם לאחר אימוצו של הקודקס.

עלינו להימנע אפוא מהסברה המוטעית כי בעקבות אימוצו של הקודקס יתמצה תפקידם של השופטים בתחום המשפט האזרחי במיון המקרים הבאים בפניהם אל תוך הוראת הקודקס הנאותה ובהחלטה. כמו שני גיבורי הנוודים של בקט,²⁶ המכתמים רגליהם בדרכים ומגיעים לעת ערב אל העץ כדי לפגוש בו את גודו (שהוא האלוהות(?), הישועה(?), המשמעות(?), האמת(?), הוודאות(?)) אך גודו אינו נמצא – לא היום, ולא אתמול, וגם מחר לא יבוא – כך גם אנו נכתת רגלינו בנתיבותיו של הקודקס, אבל לא נמצא בסוף הדרך לא את המשמעות, לא את האמת ולא את הוודאות (וודאי שלא את האלוהות והישועה). בהקשר זה ראוי לציין את הדברים שכתב השופט זוסמן על תורת המשפט של מונטסקייה – שלפיה השופט אמור להיות "הפה של המחוקק" – כי גם שופט ה"מחונן בכומר של התמצאות בשבילים הנסתרים של יער החקיקה" עשוי למצוא עצמו לא אחת במצב שבו אין פתרון בקצה המסע.²⁷

ברור כי הרוב המכריע של ההסדרים הקיימים בענף משפטי מורכב ורחב-היקף זה אינם נמצא בהוראות הפרק הרלבנטי של הקודקס.

24 ברק, עצמאותה של הקודיפיקציה, הערה 7 לעיל, בעמ' 16.

25 זאב צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל 12 (תשל"ד).

26 סמואל בקט, מחכים לגודו (משה שמיר מתרגם, 1968).

27 יואל זוסמן, "מקצת טעמי פרשנות", בתוך ספר היובל לפנחס רוזן 147, 153 (תשכ"ב).

ב. הקודקס המוצע במבט השוואתי

מקובל לחשוב שהסדרת המשפט באמצעות קודקס היא אופיינית למשפט הקונטיננטלי אך לא למשפט המקובל. מקובל גם לזהות את ההפעלה של קודקסים עם תפיסה תורת-משפטית מוגדרת, בעלת שני מאפיינים עיקריים: ראשית, "חלוקת עבודה" נוקשה בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, באופן שתוכנו של המשפט נתפס כנקבע על ידי הרשות המחוקקת בקודקס, בעוד הרשות השופטת אמורה רק ליישם את הוראות הקודקס אך לא להוסיף עליהן משלה; שנית, הנחה שהשופטים המפעילים את הקודקס אמורים למצוא את הפתרונות המשפטיים המבוקשים במילות הקודקס ובמבנהו, בין במפורש ובין במשתמע. בהמשך להנחה זו, השופטים נתפסים אפוא כמי שבהפעילם את הקודקס אינם אמורים לשקול שיקולים שהם חיצוניים ללשון ולמבנה של הקודקס, היינו: שיקולים בדבר המשמעויות הערכיות של הכרעות אפשריות שלהם ושיקולים בדבר המשמעויות החברתיות של ההכרעות האפשריות.

בשורות הבאות²⁸ ברצוני להפריך את התפיסה התורת-משפטית האמורה. אעשה זאת באמצעות סקירה של המאפיינים ושל דרכי ההפעלה של שלושה קודקסים משפיעים: הקוד סיביל (Code Civil) הצרפתי (הידוע גם כ"קוד נפוליאון"), ה-ב.ג.ב הגרמני (Bürgerliches Gesetzbuch), והקוד המסחרי האחד של

28 הדיון בחלק זה של המאמר נסמך על מאוטנר, הערה 7 לעיל, בעמ' 337–341, וכן על המקורות הבאים: Konrad Zweigert & Hein Kötz, *Introduction to Comparative Law* (3d. rev. ed., Tony Weir trans., 1998); Mitchel de S.-O.-I'E. Lasser, "Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System," 104 *Yale L.J.* 1325 (1995) (להלן: "דימויים של שופטים"); Mitchel de S.-O.-I'E. Lasser, "'Lit. Theory' Put to the Test: A Comparative Literary Analysis of American Judicial Tests and French Judicial Discourse," 111 *Harv. L. Rev.* 690 (1998) (להלן: "תאוריית ספרותית"); Jeffrey L. Priesen, "When Common Law Courts Interpret Civil Codes," 15 *Wis. Int'l L.J.* 1 (1996); Olivier Moreteau, "Codes as Straight-Jackets, Safeguards, and Alibis: The Experience of the French Civil Code," 20 *N.C. J. Int'l L. & Com. Reg.* 273 (1995); Mathias Reimann, "Towards a European Civil Code: Why Continental Jurists Should Consult Their Transatlantic Colleagues," 73 *Tul. L. Rev.* 1337 (1999); Reinhard Zimmermann, "Civil Code or Civil Law? - Towards a New European Private Law," 20 *Syracuse J. Int'l L. & Com.* 217 (1994); Denis Le May, "The Civil Law in North America: The Quebec Legal System: An Overview," 84 *L. Libr. J.* 189 (1992); Thomas J. Holton, "Book Review: Professor John Crabb's *The French Civil Code*," 28 *Seton Hall L. Rev.* 312 (1997).

ארצות-הברית (Uniform Commercial Code). מסקירה זו עולות שלוש מסקנות: ראשית, תורת המשפט האמורה גלוותה אמנם להפעלתם של הקודקסים הקונטיננטליים בתקופה מסוימת, אולם במשך המאה ה-20 ירד קרנה של תפיסה זו באירופה, ואולי אף ניתן לומר שהיא ננטשה לחלוטין. שנית, קיימים קודקסים שמאפייניהם שונים באורח ניכר אלו מאלו.²⁹ שלישית, עצם הבחירה בקודקס אינה מחייבת בהכרח אימוץ של תורת משפט אחת מסוימת לשם הפעלת הקודקס: קודקסים שונים עשויים להיות מופעלים במסגרתן של תורות משפט שונות, בהתאם למקובל בזמן ובמקום שבהם מופעלים הקודקסים. יתר על כן: אותו קודקס עצמו עשוי להיות מופעל בתקופות שונות במסגרתן של תורות משפט שונות. הסיבה לכך היא שתורת המשפט שבחיקה מופעל קודקס בזמן מסוים ובמקום מסוים היא תוצר של תורת המשפט הכללית הרווחת בזמן ובמקום שבהם מופעל הקודקס.³⁰

1. הקוד סיביל

הקוד סיביל הצרפתי ראה אור בשנת 1804, לאחר הכנות שנמשכו שנים אחדות. הקוד היה אמור לבטא את רוחה של צרפת שלאחר המהפכה ולהביא להאחדת המשפט האזרחי במחוזותיה השונים. עם זאת, הוראות הקוד מבוססות במידה רבה על הדין שחל בצרפת בתקופה שלפני המהפכה. הקוד סיביל מנוסח בשפה יומיומית פשוטה ובהירה, הנמנעת משימוש בורגון משפטי. אין בו יומרה ליצירת מבנה הגיוני בין חלקיו, ואין בו הקפדה על אחידות בתוכני המונחים המופיעים בו. מנסחיו התכוונו ליצור דבר חקיקה המכוון ל"אדם הקטן", כדי שהלה יוכל למצוא בו בלא מאמץ את המענה לשאלות המשפטיות המטרידות אותו. עם זאת, אין בקוד סיביל יומרה לספק הסדרים

29 ראו גם דניאל פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ה' 463 (תשל"ו), בעמ' 466-470: "למונח 'קוד' יש יותר מאשר מובן אחד. בעיני ברור כי החקיקה הישראלית החדשה אינה בגדר 'קוד' באותו מובן שפרופ' ברק ופרופ' ידין מייחסים לו. הם מדברים על קוד 'במובן הקונטיננטלי', שמאפיינות אותו שורה של תכונות... לגבי תכונות אלה מסופקני אם קיימת הסכמה כללית"; William L. Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* 307-308, 311 (1986) (קרל לואלין כפר בכך שקיימת תפיסה אחת של המושג 'קוד', שעל פיה יש לשפוט קודקסים).

30 Zweigert & Kotz הערה 28 לעיל, בעמ' 143: "Codes of private law are stamped by the particular historical situation in which they are produced".

משפטיים שלמים לבעיות שהוא מסדיר: הוא אינו עשוי רשת צפופה של כללים מפורטים אלא בעיקר הוראות רחבות ועקרונות כלליים. אכן, נטען כי הקוד סיביל מנוסח יותר כחוקה מאשר כחוק.

כבר בעת הכנתו של הקוד סיביל היה ברור למנסחיו שהפעלתו תצריך תרומה פעילה של השופטים להשלמת תכניו. Portalis, שהיה האדם המשפיע ביותר בהכנתו של הקוד, הבין היטב כי אל נוכח המורכבות של החיים החברתיים, ואל נוכח השתנותם הבלתי-פוסקת של החיים החברתיים, שום מחוקק לא יצליח לחזות מראש ולהסדיר מראש את כל המצבים האפשריים בחייהם של בני האדם. Portalis הבין אפוא היטב כי לבתי המשפט נועד תפקיד חשוב ביצירת המשפט, לצד המחוקק.³¹

למרות זאת, במשך כל המאה ה-19 הופעל הקוד סיביל במסגרת תפיסה שהשתתה על הפרדת רשויות נוקשה בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת.³² על פי תפיסה זו, התפקיד של יצירת המשפט נתפס כנתון באופן בלעדי לרשות המחוקקת. בתי המשפט נקטו אפוא שיטת פרשנות מילולית, שהציגה כל הכרעה שיפוטית שלהם כנגזרת מלשון הקוד. למותר לציין שבחסותה של תפיסה זו בכל זאת מילאו בתי המשפט תפקיד חשוב בהשלמת הוראותיו של הקוד ובפיתוח המשפט האזרחי של צרפת.

בסוף המאה ה-19 ירד מעמדה של תפיסה זו והחלה רווחת תפיסה ריאליסטית יותר באשר להפעלת הקוד. פרנסואה ג'ני (Francois Geny), אחד מראשי "תנועת המשפט החופשי" שצמחה באירופה במפנה המאה (תנועה הנחשבת כאחד המקורות האינטלקטואליים של הריאליזם המשפטי האמריקני),³³ הצביע בכתביו על כך שהתפיסה כי המשפט הוא חסר-חללים וכל תכניו נתונים בו מראש היא שגויה מבחינה תיאורית ובלתי-אפשרית מבחינה מעשית. ג'ני קרא אפוא להכיר בתפקיד

31 Moreteau, הערה 28 לעיל, בעמ' 280; Zweigert & Kotz, הערה 28 לעיל, בעמ' 90.
32 גורם חשוב בהקשר זה היה הקשר בין צמיחת המדינה לבין אימוצו של הקוד. הקוד סיביל נוצר בעקבות כינון הרפובליקה, לאחר המהפכה, ולפיכך הוא נתפס אפוא כמבטא את רוחה של המדינה הצרפתית החדשה וכאחת ההתגלויות של עובדת קיומה. מכאן, שהקוד נתפס כמשקף את רצון המדינה באמצעות המוסד המחוקק שלה, באופן ששום מוסד אחר הפועל במדינה – למשל: בתי המשפט – לא יוכל להתערב בשלב מאוחר כלשהו ברצון המדינה בדרך של שינוי או הוספה. גורם נוסף לתפיסה נוקשה זו של הפרדת הרשויות הייתה תפיסה רווחת של חוסר-אמון בבתי המשפט, בשל זיכרון פעולתם בתקופת "המשטר הישן".

33 James E. Herget & Stephen Wallace, "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism," 73 Va. L. Rev. 399 (1987).

היוצר שממלאים השופטים במסגרת הכרעותיהם; הוא גם קרא לשופטים שלא להכריע על פי שיקולי לשון ומבנה שהם פנימיים לקוד, אלא על פי שיקולים ערכיים ושיקולים בדבר הדרכים לקידום החברה.

גישתו זו של ג'ני הלכה והשתרשה במשפט הצרפתי במשך המאה ה-20. במהלכה נעשתה רווחת בצרפת ההכרה כי בתי המשפט עוסקים ביצירת משפט באופן שאינו רחוק מזה שבו פועלים השופטים בשיטת המשפט המקובל של אנגליה וארצות-הברית.³⁴ אכן, במשפט הצרפתי רווחת זה מכבר ההכרה כי סיבה מרכזית לכך שהקוד סיביל מצליח לתפקד בהצלחה – למרות השינויים העמוקים והנרחבים שחלו בכל תחומי החיים ב-200 השנים שחלפו מאז חקיקתו – היא התרומה המתמשכת של בתי המשפט להשלמתו בתכנים חדשים ולעדכון הסדריו.³⁵ כמו כן, במשפט הצרפתי השתרשה זה מכבר ההכרה כי בתהליך היצירה של המשפט צריכים השופטים להנחות את עצמם על פי שיקולים בדבר ההשלכות החברתיות של הכרעותיהם האפשריות. משמע: במשך המאה ה-20 השתרשה בצרפת תפיסה תיאורית ונורמטיבית של המעשה השיפוטי, שאינה רחוקה מהתפיסות שנעשו מקובלות במאה זו בארצות-הברית.³⁶ בעקבות זאת, למרות שדוקטרינת התקדים המחייב אינה מוכרת באופן פורמלי במשפט הצרפתי, בפועל פסקי הדין של בתי המשפט הגבוהים של צרפת זוכים למעמד תקדימי מחייב, שאינו שונה בהרבה ממעמדם של פסקי הדין של בתי המשפט הגבוהים בארצות המשפט המקובל.

34 John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition* 35-39, 43-44, 47-49, 56, 86, 88-91, 150-151 (1969); Arthur Taylor von Mehren & James Russell Gordley, *The Civil Law System* 1129, 1135-1138, 1142-1145 (2d ed. 1967); Norbert Horn, Hein Kotz & Hans G. Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction* 61-63 (Tony Wier trans., 1982); James Gordley, "European Codes and American Restatements: Some Difficulties," 81 *Colum. L. Rev.* 140, 144-145 (1981).

35 שתי דוגמאות בולטות הן דיני הנזיקין ודיני המשפחה. למרות שינויים ניכרים בטכנולוגיה וביחסים החברתיים, דיני הנזיקין שבקוד הופעלו במשך 200 שנה בלא שינוי. בדומה לכך, למרות שינויים ניכרים בתפיסתו של מוסד המשפחה, דיני המשפחה שבקוד הופעלו משך 200 שנה בלא שינוי. הסיבה לכך היא שבתי המשפט השלימו את הוראות הקוד ביצירה שיפוטית ענפה משלהם.

36 Lasser, דימויים של שופטים, הערה 28 לעיל; Lasser, תאוריה ספרותית, הערה 28 לעיל; Moreteau, הערה 28 לעיל.

2. ה-ב.ג.ב הגרמני

הקודקס האזרחי של גרמניה ראה אור בשנת 1896 ונכנס לתוקף ב־1900, לאחר עשרות שנות הכנה. שני זרמים אינטלקטואליים היו דומיננטיים בעיצובו: זרם אחד היה האסכולה ההיסטורית של המשפט. הקריאה להכנתו של קודקס אזרחי הושמעה בגרמניה עוד בראשית המאה ה־19, בעקבות חקיקתו של הקוד סיביל הצרפתי. קריאה זו נתקלה בהתנגדותו של סאוויני, שתבע כי לתהליך הכנתו של הקודקס יקדם לימוד מדוקדק של המקורות ההיסטוריים של המשפט הגרמני. בעקבות זאת הקדישו מלומדים גרמניים עשרות שנים ללימוד עקרונותיו של המשפט הגרמני ולאתור שורשיהם, בעיקר ברובד המשפט הרומי.

הזרם האחר בעיצובו של ה-ב.ג.ב היה האסכולה המדעית של המשפט – הפנדקטיזם. אסכולה זו סברה כי יש לארגן את המשפט בכללים שיתקיימו ביניהם יחסים דומים לאלו הקיימים בין החוקים של מדעי הטבע, היינו: ששום אינטראקציה עובדתית המוסדרת על ידי המשפט לא תימצא מוסדרת על ידי יותר מאשר כלל משפטי אחד.

מבחינה תוכנית ה-ב.ג.ב הוא פרי האסכולה ההיסטורית של המשפט, ומבחינה לשונית ומבנית הוא משקף את האסכולה המדעית של המשפט: לשונו טכנית; ניסוחיו מורכבים; הוא עשיר במונחים משפטיים הננקטים בו תוך הקפדה על כך שכל מונח יזכה למובן אחיד לאורך הקודקס כולו; יש בו מאות רבות של הפניות צולבות; הוא עשוי מערכת שלמה וסגורה של תכנים, המתייחסים זה לזה ביחס של נביעה מן הרחב אל הצר, תוך הקפדה על היעדרן של חפיפות או של סתירות. אכן, ה-ב.ג.ב תואר כ"מכונת החישוב המשפטית פר אקסלנס"³⁷ בניגוד לקוד סיביל הצרפתי, שביקש "לדלג מעל לראש המשפטן", ה-ב.ג.ב מופנה אפוא אל יודעי המשפט. יתר על כן: בגלל מאפייניו הלשוניים של ה-ב.ג.ב ובגלל מורכבותו, רק משפטנים שעסקו בו במשך שנים יצליחו לפעול במסגרתו ברמה מקצועית נאותה.

התפיסה באשר להפעלתו של ה-ב.ג.ב עברה במאה ה־20 שינויים דומים לאלו שעברה במאה זו התפיסה באשר להפעלתו של הקוד סיביל. תנועת המשפט החופשי פעלה בשנים הראשונות של המאה ה־20 לא רק בצרפת אלא גם בגרמניה. במשך המאה ה־20 הלכו תפיסותיה של תנועה זו ונקלטו גם במשפט הגרמני. לפיכך, נעשתה רווחת במשפט הגרמני התפיסה כי למרות החותם הפנדקטיסטי הבולט בניסוחיו ובדרכי ארגונו של ה-ב.ג.ב, בתי המשפט אינם

37 Zweigert & Kotz הערה 28 לעיל, בעמ' 145.

יכולים שלא למלא תפקיד חשוב בהשלמת הוראותיו. מכשיר חשוב לכך משמשים הסעיפים הכלליים שבקוד (בעיקר סעיף 242, הקובע את חובת תום הלב), ומכאן הדיבור במשפט הגרמני על "הברית אל הסעיפים הכלליים"³⁸ במסגרת הפעלתו של ה-ב.ג.ב.

בעקבות התפתחויות אלה נאמר לא אחת שכדי להבין את מצב המשפט בגזרה מסוימת של המשפט האזרחי הגרמני, ניתן להתעלם מהוראות ה-ב.ג.ב. הרלבנטיות ולהסתפק, תחת זאת, בשכבות הפסיקה העשירות שנוצרו תוך הפעלתו.³⁹ בהמשך לכך, בדומה למשפט הצרפתי, גם במשפט הגרמני רווחת ההכרה כי סיבה מכרעת לכך שה-ב.ג.ב. – יציר המאה ה-19 – הופעל בהצלחה במשך כל המאה ה-20 הייתה היצירתיות של בתי המשפט בהשלמה ובעדכון של הוראותיו.⁴⁰ כמו כן, נעשתה רווחת במשפט הגרמני התפיסה כי בהשלימם את הוראות ה-ב.ג.ב. בתי המשפט צריכים להנחות את עצמם לא על ידי שיקולים פנימיים של הקוד (היינו: שיקולים המתייחסים ללשון הקוד ולמבנהו) אלא על פי שיקולים בדבר המשמעויות הערכיות וההשלכות החברתיות של הכרעותיהם האפשריות.

3. הקוד המסחרי האחיד של ארצות-הברית

גם בארצות המשפט המקובל נעשה לעתים שימוש בדרך הקודיפיקציה לשם קביעת תוכני המשפט.⁴¹ הקודקס המפורסם ביותר במאה ה-20 במשפט המקובל הוא הקוד המסחרי האחיד של ארצות-הברית.⁴²

38 Herget & Wallace, הערה 33 לעיל, בעמ' 418; Zweigert & Kotz הערה 28 לעיל, בעמ' 153–152.

39 Zweigert & Kotz, הערה 28 לעיל, בעמ' 153.

40 Zweigert & Kotz הערה 28 לעיל, בעמ' 153–152: "These general clauses have operated as a kind of safety valve, without which the rigid and precise terms of the BGB might have exploded under the pressure of social change".

41 דוגמה ידועה היא הקודקסים הקיימים במשפט של מדינת קליפורניה.

42 על הרקע להכנת הקוד המסחרי של ארצות-הברית ועל גיוסו של לואלין למפעל ההכנה של הקוד ראו Zipporah Batshaw Wiseman, "The Limits of Vision: Karl Llewellyn and the Merchant Rules," 100 *Harv. L. Rev.* 465 (1987); Imad D. Abyad, "Commercial Reasonableness in Karl Llewellyn's Uniform Commercial Code Jurisprudence," 83 *Va. L. Rev.* 429 (1997); Robert E. Scott, "The Uniformity Norm in Commercial Law: A Comparative Analysis of Common Law and Code Methodologies," in *The Jurisprudential*

הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית אומץ על ידי המדינות השונות של ארצות-הברית במשך שנות ה-50 וה-60 של המאה ה-20. הקוד ראה אור לאחר הכנות שנמשכו מאז שנות ה-40. בראש צוות ההכנה של הקוד עמד קרל לואלין (Karl Llewellyn), שנוסף על היותו מגדולי המשפטנים בתחום האזרחי והמסחרי בארצות-הברית במאה ה-20 היה גם הדובר הבולט ביותר של הזרם הריאליסטי בתורת המשפט האמריקנית בשנות ה-20 וה-30 של המאה ה-20.⁴³

אכן, לואלין ושותפיו להכנת הקוד ביקשו לנסח דבר חקיקה המממש, הלכה למעשה, את עיקריה של תורת המשפט הריאליסטית. ראשית, לואלין סבר כי בהתחשב במורכבות העצומה של המציאות, בגיוון האינסופי של ההתגלויות של המציאות ובגיוון העצום בטיבם של השחקנים הפועלים בתחום המשפט האזרחי – בהתחשב בכל אלה יהא זה נואל לנסות להסדיר את המציאות מראש רק באמצעות כללים חקוקים, המבקשים להסדיר מראש כל מצב אפשרי עתידי.⁴⁴ שנית, לואלין האמין אמונה עמוקה כי הדרך הראויה לפיתוחו של המשפט היא דרכו של המשפט המקובל, היינו: פיתוחן של תוכנות נורמטיביות אגב הדיון במצבים עובדתיים אמיתיים.⁴⁵

לואלין יצר אפוא קודקס שאותו כינה "קוד של המשפט המקובל" (a) "common law code",⁴⁶ היינו: קודקס המבקש לקבוע מספר מוגבל של הסדרים חקוקים, שבמסגרתם יפעלו בתי המשפט תוך שהם ממלאים תפקיד מכריע בהמשך הפיתוח של המשפט.

מבין פרקיו השונים של הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית, הפרק השני (Article 2) – העוסק בעסקאות של מכר טובין – מבטא את תורת המשפט של לואלין ואת תפיסת הקוד הנגזרת ממנה באורח המובהק ביותר. פרק זה מושתת על כפירה בכך שגורמות משפט קבועות מראש עשויות להסדיר את גילוייה המרובים והמגוונים של המציאות, היינו: הפרק ממקם את השופט במרכז התהליכים של קביעת התוכן של המשפט ושל המשך פיתוחו. עמדה זו באה לידי ביטוי, בין השאר, בלשונו של פרק זה: זו אינה משפטית-טכנית אלא יומיומית

Foundations of Corporate and Commercial Law 149, 162 (Jody S. Kraus & Steven D. Walt eds., 2000).

43 על תורת המשפט של לואלין ראו Twining, הערה 29 לעיל, פרק 10.

44 Twining, הערה 29 לעיל, בעמ' 309–310.

45 Twining, הערה 29 לעיל, בעמ' 229; Abyad, הערה 42 לעיל, בעמ' 433–434, 437.

46 Karl Llewellyn, *On Reading and Using the Newer Jurisprudence* 176–177 (1940) מובא אצל Twining, הערה 29 לעיל, בעמ' 312.

ומסורבלת, והיא מגלה בעליל את העדפתו של מאמץ להבהרת מטרותיהן של הנורמות על הדיוק והניקיון של הנוסח.

4. סיכום ביניים

מה שעולה מהסקירה האמורה הוא כי קיימים קודקסים שמאפייניהם שונים באורח ניכר אלו מאלו, וכי קודקסים שונים עשויים להיות מופעלים במסגרתן של תורות משפט שונות, בהתאם למקובל בזמן ובמקום שבהם הם מופעלים. כמו כן, שני הקודקסים הקונטיננטליים הבולטים – הקוד סיביל הצרפתי והיב.ג.ב הגרמני – מופעלים בעשורים האחרונים בחיקה של תורת משפט הקרובה לזו שבמסגרתה מופעל הקוד המסחרי של ארצות-הברית.

ניתן להניח, כי מבין שלושת הקודקסים שסקרתי, ניסיון הפעלתו של הקוד המסחרי של ארצות-הברית ישמש מקור השראה להפעלתו של הקוד האזרחי המוצע של ישראל בשנים שלאחר אימוצו. ניתן להצביע על שלוש סיבות לכך. ראשית, זיקתו של המשפט הישראלי למשפט הצרפתי ולמשפט הגרמני – חלשה. הסיבות לכך ידועות: מחסום השפה, היעדרם של מלומדי משפט קונטיננטליים באקדמיה המשפטית של ישראל, היעדר זיקה של ממש בין התרבות הישראלית לבין אלו של צרפת ושל גרמניה, הרתיעה משאילת חומרים תרבותיים כלשהם מהתרבות הכללית ומהתרבות המשפטית של גרמניה אל תוך התרבות הישראלית בכללותה ואל תוך התרבות המשפטית של ישראל. בה במידה, זיקתו של המשפט הישראלי למשפט האמריקני – ידועה. זיקה זו באה לידי ביטוי בשימוש ההולך וגובר בחומרים אמריקניים בפסיקתו של בית המשפט העליון, ובזיקה החזקה של האקדמיה המשפטית של ישראל לזו של ארצות-הברית.⁴⁷ שנית, תורת המשפט המקובלת בעשורים האחרונים בפסיקתו של בית המשפט העליון של ישראל⁴⁸ ובאקדמיה המשפטית שלה⁴⁹ קרובה מאוד לתורת המשפט

47 זיקה אחרונה זו באה לידי ביטוי, בין השאר, בעובדה שמלומדי משפט רבים בישראל עשו את לימודי הדוקטורט שלהם בארצות-הברית, מלמדים דרך קבע בארצות-הברית, מפרסמים דרך קבע בארצות-הברית, משתתפים דרך קבע בכנסים אקדמיים בארצות-הברית, מלמדים את תלמידיהם בישראל באופן נרחב חומרים הלקוחים מהמשפט האמריקני; ומשתמשים באופן נרחב בכתביהם בחומרים הלקוחים מהמשפט האמריקני.

48 ראו מאוטנר, הערה 15 לעיל.

49 מנחם מאוטנר, על החינוך המשפטי (2002).

המקובלת מאז שנות ה-20 וה-30 של המאה ה-20 בארצות-הברית – תורת המשפט שבמסגרתה נוצר ומופעל הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית.⁵⁰ שלישית, קיים דמיון בין הקוד המסחרי של ארצות-הברית לבין הקודקס האזרחי הישראלי המוצע מבחינת רמת הפירוט הנמוכה של תכני הקודקס; רמת פירוט המניחה כי גם לאחר אימוץ הקודקס יידרשו בתי המשפט למלא תפקיד חשוב בקביעת תכניו של המשפט האזרחי של ישראל. אולם, כפי שאראה בחלק הבא של המאמר, הסברה האמורה בדבר שאיבת השראה לצורך הפעלת הקודקס האזרחי של ישראל מתורת המשפט המקובלת בארצות-הברית ומניסיון הפעלתו של הקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית, נעשית בלתי מובנת מאליה כלל למי שקורא את דברי ההסבר המצויים במבוא לקודקס המוצע. דברי ההסבר האלה אינם יכולים שלא להיקרא אלא כניסיון להתעלם מההתפתחויות שחלו בתורת המשפט במשך המאה ה-20 בארצות-הברית ובאירופה, ומניסיון הפעלתם במאה ה-20 של הקוד סיביל הצרפתי, ה"ב.ג.ב. הגרמני והקוד המסחרי של ארצות-הברית. דברי ההסבר האלה אינם יכולים שלא להיקרא אלא כניסיון להחזיר את ישראל של המאה ה-21 הישראלי אל המאה ה-19. בחלק הבא של המאמר אבקש לנמק קביעות אלה.

50 ראו גם פרידמן, הערה 29 לעיל, בעמ' 486–487: "דברים הנאמרים או נכתבים נקלטים אצל הקורא או השומע על רקע תרבותי מסויים... כך הדבר גם בתחום המשפט... דברים אלה כוחם יפה אף לגבי קוד במובנו הקונטיננטלי, שעליו נאמר כי הוא מהווה נקודת מוצא חדשה. גם קוד כזה נקרא על רקע התרבות המשפטית הקיימת בארץ מכורתו. הרקע המשפטי-תרבותי שלנו הוא זה שהתפתח בארץ בעשרות השנים האחרונות. במרכז עומדת הפסיקה הישראלית, אך מצטרפים לה יסודות נוספים דוגמת הספרות המשפטית המקומית. אלה הושפעו השפעה עמוקה על ידי שיטת המשפט המקובל, אך ניכרת בהם גם התפתחות עצמאית לא מבוטלת. זהו הרקע המשפטי-תרבותי המשותף של האנשים הנקראים לפרש את החקיקה הישראלית החדשה, להחילה ולהפעילה. על רקע זה תפורש ותוחל... רקע אחר אין לנו ואין גם סיבה לנסות לאמץ תרבות-משפטית חדשה ושונה". שם, בעמ' 470: "המושג קוד עצמו, במובנו הקונטיננטלי, הוא זר לנו... מושג זה צמח באירופה על רקע היסטורי, שדבר אין לנו עמו, ואין לנו כל סיבה לאמץ אותו". שם, בעמ' 467: "לדעתי, אין כל יסוד להעניק לחקיקה הישראלית החדשה את התואר קוד 'במובן הקונטיננטלי'... ובוודאי שלא להסיק את כל אותה שורה של מסקנות המתבקשות מכך כביכול".

ג. הקודקס המוצע: בכל זאת חזרה למאה ה-19?

1. דברי ההסבר במבוא להצעת הקודקס

במבוא להצעת הקודקס האזרחי המוצע נכתב כדלהלן:

הצעת החוק... שואפת להסדיר באופן שלם ומלא את היחסים המשפטיים בתחומי המשפט האזרחי, בלא להשאיר בו במתכוון שטחים בלתי מוסדרים. היא מהווה 'פדרציה' של הסדרים, אשר בינם לבין עצמם קיימים יחסים הדוקים, המונחים על ידי מדיניות כוללת. כך למשל, נקבעה תפיסה כוללת באשר לדיני החיובים, תוך קביעת פרק כללי של הסדרים משותפים, והתפצלות בהמשך לענפים השונים של דיני החיובים... דוגמא יפה לכל אלה יכולה להוות הטיפול בתרופות. תחת הסדרים נפרדים בדין הקיים בעניין פיצויים בגין הפרת חוזה... [ו]פיצויים בגין מעשה נזיקין... נקבע הסדר מקיף וכולל בעניין תרופות בשל הפרת חיוב.⁵¹

...

יש להשקיף על כל חלקי חוק דיני הממונות המוצע כעל חלקים המשתלבים אל מכלול המשפט האזרחי. כל פרק וכל חלק ממלא תפקיד שונה, הצריך להשתלב במבנה המשפטי הכללי.⁵²

...

החקיקה האזרחית נחקקה 'פרקים פרקים'. עם שילובם של הפרקים השונים להסדר אחיד וכולל התעוררו שאלות רציניות של מבנה. שאלות אלו חשובות הן. ייחודו של החוק שהוא מבוסס על חלקים שונים, הקשורים אלו באלו, והפועלים באופן הרמוני ומתואם. הדבר מסייע לגישה קוהרנטית ורציונלית

51 הקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, הערה 2 לעיל, מבוא, בעמ' 3.

52 שם, בעמ' 4.

בהסדרים של ההצעה. הדבר עוזר בהבנת ההצעה ובפרשנותה. חלוקת החוק לחלקיו חייבה, איפוא, תשומת לב מיוחדת... החלוקה שנקבעה בסופו של דבר, מבוססת על הרצון להשיג אינטגרציה פנימית. הקו המנחה היה ליצור מצע אחיד להסדרים הנשענים על מדיניות משפטית דומה.

הצעת החוק מורכבת משלוש חלוקות ענייניות מרכזיות: חטיבה כללית... חטיבה הדנה בחיובים... וחטיבה הדנה בנכסים... כל אחד משני החלקים האחרונים (חיובים, נכסים) מתחלק לענפי משנה, תוך הליכה מהכללי והמשותף אל הפרטני והנפרד. החלוקה היא איפוא שיטתית ורציונלית. המבנה הוא אחיד והוא מקל על המיון והסיווג של הסוגיות השונות. הוא מבטיח וודאות ובטחון.⁵³

...

הפרק על החיובים... נבנה כמערך קוהרנטי ושיטתי. הוא בנוי במידרג יורד של רמת הקונקרטיות. תחילתו בפרק הדין בתורת החיובים הכללית, שהם הדינים המשותפים לכל החיובים... לאחר מכן דנה הצעת החוק בחיובים העיקריים לפי מקורותיהם: חיובים על פי חוזה (כגון מכר ושכירות); חיובים על פי דין (דיני הנזיקין, דיני עשיית עושר ולא במשפט) וחיובים בעלי אופי מעורב (שמירה, חיובי אמון). כל אחד מהחיובים העיקריים מתפצל לענפי משנה... לאחר מכן באה שורה ארוכה של חווים מיוחדים... בגדרם של אלה מצויים חידושים חשובים, הן מבחינה מבנית והן מבחינה עניינית, אשר יתרמו ליתר התאמה בין ההסדרים, ישפרו את תוכנם של ההסדרים, ויגבירו את הוודאות המשפטית.⁵⁴

...

53 שם, בעמ' 5-6.

54 שם, בעמ' 6-7.

ניתן להצביע על מספר יתרונות עקרוניים בחוק החדש:

שיפור הוודאות המשפטית באמצעות הבטחת קוהרנטיות – קוהרנטיות בדין תורמת תרומה מכרעת לוודאות המשפטית... בהעדר קוהרנטיות, כאשר מקורות אפשריים להיקש 'מושכים' לכיוונים שונים, נפגעת היכולת לאיתור הדין המצוי, ונפגעת הוודאות המשפטית.⁵⁵

...

הצעת החוק תתרום תרומה חשובה לביסוסה של תורת משפט סדורה. כאשר השיטה קוהרנטית, מתגבשים קווי דמות בהירים של השיטה ונמנע ערפול של מוסדות משפטיים.

מעבר לתרומה כללית ועקרונית זו, תפתח הצעת החוק בדרך חקיקתית מוסדות תורתיים מרכזיים, כגון מוסד הפעולה המשפטית.⁵⁶

מי שקורא את השורות האלה אינו יכול שלא לחוש כי הועבר במנהרת הזמן הישר לגרמניה ולארצות-הברית של המאה ה-19; לגרמניה – בשל גישת הפורמליזם המשפטי של אסכולת מדע המשפט, הפנדקטיזם, ששלטה במשפט הגרמני במשך המאה ה-19, ובמיוחד במחצית השנייה של מאה זו, ומילאה כזכור תפקיד מכונן ביצירתו של ה-ב.ג.ב הגרמני;⁵⁷ לארצות-הברית – בשל גישת הפורמליזם המשפטי ששלטה במשפט האמריקני במחצית השנייה של המאה ה-19 ועד שנות ה-20 של המאה ה-20.⁵⁸ מי שקורא את השורות האלה אינו יכול שלא לחוש כי יש בהן ניסיון לחולל שינוי מהותי בכיוון ההתפתחות של המשפט הישראלי למן קום המדינה, כיוון שהתבהר והתחדד במיוחד בפסיקתו של בית המשפט העליון מאז ראשית שנות ה-80 של המאה ה-20.

55 שם, בעמ' 8.

56 שם, בעמ' 9.

57 מאוטנר, ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי, הערה 15 לעיל, פרק א'.

58 לדין ברחב ראו שם; מאוטנר, הערה 49 לעיל, בעמ' 15–25.

באופן ספציפי ניתן לאתר במבוא להצעת הקודקס שלושה טיעונים הלקוחים כולם מעולמו של הפורמליזם המשפטי:

א. טיעון בדבר הקשר בין מבנה לוודאות: תוכני הקודקס אורגנו במבנה שיטתי. מבנה זה מאפשר סיווג בלתי-בעייתי של בעיות משפטיות לקטגוריות המשפטיות הכוללות את הפתרונות המתאימים להן. בכך מצליח הקודקס להעלות את רמת הוודאות בתחום המשפט האזרחי שלנו.

ב. טיעון בדבר הקשר בין קוהרנטיות לוודאות: הקודקס הצליח ליצור הסדר שלם וקוהרנטי בתחום המשפט האזרחי. הקוהרנטיות התוכנית של הקודקס מצליחה להעלות את רמת הוודאות בתחום המשפט האזרחי שלנו.

ג. טיעון כי הקודקס תורם לביסוס של תורת משפט של מושגים במשפט הישראלי.

בשורות הבאות ברצוני להתמודד עם שלושת הטענות האלה ולהפריכם.

2. הפורמליזם המשפטי והפרכתו על ידי הריאליזם המשפטי

(א) הפורמליזם המשפטי

הפורמליזם המשפטי⁵⁹ חותר לכך שכל מצב עובדתי העומד ביסודו של סכסוך משפטי יוכל להתמייין אל תוך הקטגוריה המשפטית שבחיקה מצוי הפתרון שאמור להסדירו. לפיכך, הפורמליזם חותר לכך שגורמות המשפט ייצאו מאורגנות במערכת הבנויה על פי היגיון פנימי, אופקי ואנכי גם יחד, בלא שתתקיים ביניהן חפיפה. זאת, כאילו היה מדובר במערכת גאומטרית (הדימוי הנפוץ ביותר של הפורמליזם המשפטי הוא זה של ניסיון ליצור גאומטריה משפטית)⁶⁰ או

59 לדיון עכשווי בעיקרי הפורמליזם המשפטי ראו Thomas C. Grey, "The New Formalism," *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=200732.

60 ראו Felix S. Cohen, "Transcendental Nonsense and the Functional Approach," 35 *Colum. L. Rev.* 809, 844-845 (1935) (הפורמליזם תופס את המשפט כגאומטריה; על פי הפורמליזם, תורת המשפט היא חלק מהמתמטיקה בדיוק כשם שהאלגברה היא חלק מהמתמטיקה). לדיון כללי ראו Anthony T. Kronman, *The Lost Lawyer - Failing Ideals of the Legal Profession* 170-174, 188 (1993).

במערכת מדעית.⁶¹ מן הבחינה האופקית, נורמות המשפט אמורות להיות ערוכות על פי קטגוריות משפטיות מוגדרות (חוזים בנבדל מנויקין, משפט פרטי בנבדל ממשפט ציבורי, משפט מהותי בנבדל ממשפט פרוצדורלי וכו'). זאת, כדי לאפשר למשפטן לאתר בכל סיפור עובדתי המובא לפניו את מאפייניו המשפטיים הרלבנטיים, ולאחר מכן למיין את המקרה אל תוך הקטגוריה המשפטית האחת האמורה להסדירו ולהחיל עליו את הפתרון המצוי בה.

על פי גישת הפורמליזם, בעקבות ארגון המשפט בדרך האמורה, תהליך ההכרעה המשפטי אמור להיות טכני-מכניסטי. בחלק מהמקרים המשפטן אמור להיות מסוגל למיין את המקרה העובדתי הנדון על ידו אל תוך פתרון מוכן מראש הקיים כבר במערכת הנורמות. במקרים אחרים – אלו שבהם מתעוררת שאלה משפטית שאין לה פתרון ברור ומוכן מראש – המשפטן אמור לעצב את הפתרון המשפטי בעצמו באמצעות הפעלת הנורמות הקיימות במערכת: הוא אמור לפעול בדרך דוקטיבית – גזירת הפתרון מנורמה רחבה היכולה להיחשב חולשת על המקרה, או בדרך אינדוקטיבית-אנאלוגית – הסקת הפתרון מנורמה "שכנה" היכולה להיחשב רלבנטית למקרה. אולם, בעשותו כן, המשפטן אינו אמור לשאול את עצמו מהן המשמעויות הנורמטיביות והחברתיות של פתרון משפטי זה או אחר שאימוצו נשקל; הוא אמור לפעול ברובד של נוסחות הלשון והקונספציות שמהן מורכבת המערכת הקיימת של כללי המשפט.

מכיוון שעל פי גישת הפורמליזם תהליך ההכרעה המשפטי אמור להיות טכני-מכניסטי – בהבדל מתהליך המצריך בחירה בערכים ומתן משקל לערכים, וכן בהבדל מתהליך המצריך שקילה של השלכות חברתיות של פתרונות משפטיים אפשריים – הרי שלטענת המצדדים בגישה הפורמליסטית, משפטנים הפועלים על פי גישת הפורמליזם אמורים לפעול ברמה גבוהה של ודאות, היינו: במצב שבו משפטנים שונים העוסקים באותה בעיה משפטית יגיעו ביחס אליה לאותו פתרון משפטי עצמו.

61 כריסטופר קולומבוס לנגדל, שהיה מראשי הזרם הפורמליסטי במשפט האמריקני במחצית השנייה של המאה ה-19, תפס את המשפט במושגים של מדע טבע. לנגדל טען, כי הסיבה שלא ניתן ללמוד משפטים במשרדו של עורך-הדין או באולם בית המשפט נעוצה בכך שהמשפט הינו מדע. כמדע, טען לנגדל, המשפט חייב להילמד בפקולטה למשפטים, ספרייתה עמוסה פסקי דין וספרי חוקים. "בשבילנו", כתב, "הספרייה היא מה שמעבדות האוניברסיטה הן בשביל הכימאים והפיזיקאים, מה שמוזיאון הסנע הוא בשביל הזואולוגים ומה שהגן הבוטני הוא בשביל הבוטניקאים"; 3 C. C. Langdell, "The Harvard Law School," *L.Q. Rev.* 123 (1887).

(ב) ביקורת הריאליזם על הפורמליזם:

כידוע, הפורמליזם המשפטי נופץ על ידי אנשי הריאליזם המשפטי באופן שאינו מותיר לו תקומה. אנשי הריאליזם המשפטי הציעו טיעון נורמטיבי ותיאור תיאורי.⁶²

(1) הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם

הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם היה שהדרך הנכונה לעסוק בשאלות משפטיות איננה זו של חיפוש הפתרון במילים של המשפט – דוקטרינות, קונספטים, כללים ותקדימים. הריאליסטים טענו שכאשר עוסקים בשאלות משפטיות – שהן שאלות העוסקות בבני אדם, ביהסים המתקיימים ביניהם ובאלה המתקיימים בין קבוצות של בני אדם – יש לעשות זאת בדרך של דיון גלוי וישיר במשמעויות הנורמטיביות והחברתיות של החלטות אפשריות.⁶³ הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם סבר אפוא שהפורמליזם המשפטי מחמיץ את עיקר מהותו של המשפט: היותו מכשיר אנושי להנחלה של ערכים ולקידום יעדים.

הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם הוא אפוא טיעון רדיקלי לעילא ולעילא, אבל מעל לכל זהו טיעון הומניסטי לעילא ולעילא: על פי טיעון זה, כאשר עוסקים בבני אדם ובשאלות אנושיות, הדרך הראויה לעשות זאת – ברמת החשיבה וברמת ההנמקה כאחת – היא זו של בירור ההשפעות שיהיו להחלטות אפשריות על חייהם של בני האדם: אלו ערכים ישררו בחייהם של בני האדם וכיצד יחולקו ביניהם משאבים שונים בעקבות החלטה משפטית זו או אחרת. לפיכך, כאשר הטיעון הריאליסטי מוצג כמגלם תפיסה אינסטרומנטלית של המשפט (כפי שקורה לא אחת),⁶⁴ ההצגה נכונה אך היא מחמיצה את העיקר,

62 Kronman ;Hanoch Dagan, "The Realist Conception of Law," (unpublished manuscript) הערה 60 לעיל, בעמ' 185–225.

63 Hanoch Dagan, *The Law and Ethics of Restitution* 6 (2004) ("Legal realists call for an ongoing (albeit properly cautious) process of identifying the human values underlying existing legal doctrines and trying to promote them in the best way possible")

64 Karl N. Llewellyn, "Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound," 44 *Harv. L. Rev.* 1222, 1223 (1931) ("[Realists] view rules, they view law, as means to ends; as only means to ends; as having meaning only insofar as they are means to ends"; בעמ' 1236: "[Realists share] [t]he conception of law as a means to social ends and not

משום שהיא מתמקדת במכשיר אך מצניעה את העובדה שההוגים הריאליסטים חשבו בראש ובראשונה על יעד – הטוב האנושי – ועל הדרכים שבאמצעותן ניתן לקדם את הטוב הזה באמצעות מכשיר המשפט. פליקס כהן ביטא נקודה זו היטב בכתבו: “the instrumental value of law is simply its value in promoting the ⁶⁵good life of those whom it affects”

(2) הטיעון הנורמטיבי בגנות החשיבה הדוקטיבית-קונספטואלית

במסגרת קריאתם לעיסוק נורמטיבי ואינסטרומנטלי במשפט יצאו הריאליסטים נגד העיסוק במשפט ברובד הקונספטואלי. גזירה דוקטיבית של פתרונות משפטיים מתוך קונספציות – טענו הריאליסטים – היא מסוכנת, משום שקונספציות חוסמות את היכולת לאתר את השיקולים הנורמטיביים שהם רלבנטיים להכרעה השיפוטית ולעיצוב הכלל המשפטי.

כך, במאמר שהיה אחד ממבשרי הביקורת הריאליסטית על הפורמליזם, כתב רוסקו פאונד:

as an end in itself; so that any part needs to constantly to be examined for its purpose, and (for its effect); שם, בעמ' 1249: (“Law’ without effect approaches zero in its meaning. To be ignorant of its effect is to be ignorant of its meaning”) Robert Samuel גם. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory* (1982)

65 Felix S. Cohen, *Ethical Systems and Legal Ideas* 42 (1933). שורשיו של הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם בדברים שכתב אוליבר וונדל הולמס בשנת 1897; ראו Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law,” 10 *Harv. L. Rev.* 457, 467-468, 469 (1897) (להלן: “נתיב המשפט”). לנקודות ציון חשובות נוספות של הטיעון הנורמטיבי ראו Oliver Wendell Holmes, “Privilege, Malice, and Intent,” 8 *Harv. L. Rev.* 1, 9 (1894) (להלן: “פריביליגיה, זדון, כוונה”); Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Decision* (1921); 101-102 Cohen, הערה 60 לעיל, בעמ' 834-833. על הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם ראו גם Joseph William Singer, “Legal Realism Now,” 76 *Cal. L. Rev.* 465, 473, 474, 499-503 (1988).

Conceptions are fixed. The premises are no longer to be examined. Everything is reduced to simple deductions from them. Principles cease to have importance.⁶⁶

מאוחר יותר, במה שעלה כדי ההתקפה החריפה ביותר של הריאליזם נגד מקומה של החשיבה הקונספטואלית במשפט, קרא פליקס כהן לחשיבה המשפטית הקונספטואלית "גונסנס טרנסצנדנטאלי"; הוא קרא אפוא למשפטים לחדול מ"המפגנים חסרי המשמעות של האקדמטיקה הקונספטואלית",⁶⁷ ותחת זאת לבסס את הטיעונים שלהם בפני בתי המשפט ולהשתית הכרעות משפטיות על שיקולים בדבר המשמעויות הנורמטיביות והחברתיות של הכרעות אפשריות.⁶⁸ במאה ה-20 נהפך הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם למרכיב מרכזי בחשיבה על המשפט.⁶⁹

(3) ביקורת הריאליזם על הפורמליזם: הטיעון התיאורי של הריאליזם

כזכור, לצד הטיעון הנורמטיבי פיתחו אנשי הריאליזם המשפטי גם טיעון תיאורי.

- 66 Roscoe Pound, "Mechanical Jurisprudence," 8 *Colum. L. Rev.* 605, 612 (1908); לטיעון דומה ראו John Dewey, "Logical Method and Law," in *American Legal Realism* 185, 188 (William W. Fisher, Morton J. Horwitz and Thomas A. Reed eds., 1993).
- 67 Cohen, הערה 60 לעיל, בעמ' 824.
- 68 שם, בעמ' 842. לכתיבה בגנות הקונספטואליזם במשפט ראו חנוך דגן, "הזכות לפירות ההפרה: אנטומיה של חקיקה שיפוטית", עיוני משפט כ 601, 624-625 (תשנ"ז); חנוך דגן, "פרשנות בדיני קניין, הבית המשותף ובעיית הפעולה המשותפת", עיוני משפט כ 45, 53-55 (תשנ"ז); Dagan, הערה 63 לעיל, בעמ' 2-24; אוריאל פרוקצ'יה, "בועות משפט", משפטים כ 9 (תש"ן); מנחם מאוטנר, "חווה, חוזה אחיד, תקנון אגודה שיתופית וסוגיית הפלורליזם המשפטי", הפרקליט מד 293 (תשנ"ט); Melvin A. Eisenberg, "The Emergence of Dynamic Contract Law," 2 *Theoretical Inq. L.* 1, 10-11 (2001) (להלן: "עלייתו של דין חוזה דינמי"); Melvin A. Eisenberg, "Why There Is No Law of Relational Contract," 94 *Nw. U. L. Rev.* 805, 809 (2000); לטיעון בעד הקונספטואליזם במשפט ראו Jeremy Waldron, "'Transcendental Nonsense' and System in the Law," 100 *Colum. L. Rev.* 16 (2000).
- 69 ראו Singer, הערה 65 לעיל, בעמ' 503 ואילך; Duncan Kennedy, "From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'," 100 *Colum. L. Rev.* 94 (2000).

הסיעון התיאורי של הריאליזם היה שהפורמליזם המשפטי אינו מתאר גבונה את המתרחש במצבים של הכרעה משפטית, אפילו במסגרת של שיטת משפט המנחה את עצמה על פי עיקריה של הגישה הפורמליסטית. הריאליסטים פיתחו שורה של טיעונים באשר לאופן שבו שופטים פועלים: (1) שופטים פועלים בתנאים שבהם חומרים משפטיים שונים מציעים את עצמם כל העת לצורך הפעלה במסגרת הכרעתו של השופט, היינו: שופטים נדרשים להפעיל שיקול דעת ובחירה באשר למקורות שאותם יפעילו לצורך עיצוב ההכרעה השיפוטית; (2) תקדימים אינם מציעים את עצמם בדמות כללים ברורים, היינו: ניתן לפרש תקדימים בדרכים מצרות ומרחיבות, וכן לאבחן תקדימים באופן שהתקדימים יחולו או לא יחולו על המקרה הנדון; (3) קונספציות משפטיות הן מופשטות, היינו: התוכן הסופי שניתן להן תלוי בבחירות שעושה השופט המפעיל אותן; (4) אפילו במצבים שבהם שופט בוחר במקור משפטי מסוים לצורך הכרעתו, לא אחת מקור זה עצמו הוא בעל תוכן עמום (למשל: המקור יהיה גורמה מהסוג של סטנדרט), היינו: הפעלת המקור המשפטי תחייב הפעלה של שיקול דעת ובחירה לצורך מילוי בתוכן.

הריאליסטים טענו אפוא כי במצבים רבים מאוד שופטים (ומשפטנים בכלל) יכולים לעצב יותר מאשר פתרון אחד שייחשב קביל במסגרתה של שיטת המשפט.⁷⁰

מובן, שהריאליסטים לא כפרו בכך שבמשפט יש רכיב מקצועני, אבל בהצביעם על פרוכתיו של הפורמליזם הם הראו ששפיטה אינה פעולה של קיום פרוצדורה אלא פעילות שבמרכזה הפעלה של שיקול דעת על ידי שופט, במסגרת

70 הרבה מהטיעונים שפיתחו מאוחר יותר על ידי הריאליסטים במסגרת הסיעון התיאורי שלהם נמצאים בצורה עויברית במאמרי פורץ-הדרכים של הולמס משנת 1897, Holmes, נתיבות המשפט, הערה 65 לעיל, במיוחד בעמ' 465-466; לנקודות ציון חשובות נוספות של הסיעון התיאורי של הריאליזם ראו Holmes, פריביליגיה, זדון, כוונה, הערה 65 לעיל, במיוחד בעמ' 7; Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition* (1960) (להלן: "מסורת המשפט המקובל"); Karl Llewellyn, *The Case Law System in America* (1989) (להלן: "שיטת התקדימים באמריקה"); Llewellyn, הערה 64 לעיל, בעמ' 1237, 1241-1243, 1252-1253; Karl N. 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, 396 (1950) (להלן: "פרשנות החקיקה"); Herman Oliphant, "A Return to Stare," 14 *A.B.A. J.* 71, 159 (1928); Dewey; Decisis, הערה 66 לעיל, בעמ' 190, 192-193. ראו גם Twining, הערה 29 לעיל, בעמ' 205-206; Singer, הערה 65 לעיל, בעמ' 470, 472, 499-503; Dagan, הערה 62 לעיל; Dagan, הערה 63 לעיל, בעמ' 7-8.

של תכנים עשירים הפתוחים לפירושים מגוונים, ואלה מצויים לא אחת במתח או אף בסתירה אלו עם אלו, ולפיכך מחייבים כל העת מתן משקלות יחסיים ואיזונים. הריאליסטים טענו אפוא שהאישיות הייחודית של השופט באה לביטוי בתהליך קבלת ההחלטה השיפוטית והיא בעלת תרומה משמעותית באשר לקביעת התוכן של ההחלטה.⁷¹

הטיעון התיאורי של הריאליזם נהפך לאקסיומה מובנת מאליה בחשיבה על המשפט במאה ה-20;⁷² הוא מוטט את הטיעון שלפיו גישה פורמליסטית למשפט

71 Llewellyn, מסורת המשפט המקובל, הערה 70 לעיל, בעמ' 39, 104, 117; Llewellyn, שיטת התקדימים באמריקה, הערה 70 לעיל, בעמ' 3-4, 8, 51-50, 73, 74; Llewellyn, פרשנות החקיקה, הערה 70 לעיל; Cardozo, הערה 65 לעיל, בעמ' 166-167; Cohen, הערה 60 לעיל; Dewey, הערה 66 לעיל, בעמ' 192-193; Roscoe Pound, "Law in Books and Law in Action," בתוך *American Legal Realism*, הערה 66 לעיל, בעמ' 39, 41; Max Radin, "The Theory of Judicial Decision: Or How Judges Think," שם, בעמ' 195, 196; Fred Rodell, *Woe Unto You Lawyers* 154, 160 (1980); Jerome Frank, "Are Judges Human?," 80 *U. Pa. L. Rev.* 17 (1931); Dagan, הערה 69 לעיל; Kennedy, הערה 69 לעיל; Eisenberg, עלייתו של דין חוזים דינמי, הערה 68 לעיל, בעמ' 7, 25; 4.

72 ראו Singer, הערה 65 לעיל. הטיעון התיאורי של הריאליזם אומץ ופותח מאוחר יותר על ידי מלומדי המשפט הביקורתיים (Critical Legal Studies), ראו David Kairys, "Introduction," in *The Politics of Law – A Progressive Critique* 1, 5 (David Kairys ed., 1982); Daniel A. Farber & David Kairys, "Legal Reasoning," שם, בעמ' 11, 14; Suzanna Sherry, "Legal Storytelling and Constitutional Law: The Medium and the Message," in *Law's Stories – Narrative and Rhetoric in the Law* 37 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996); Robert W. Gordon, "Critical Legal Histories," 36 *Stan. L. Rev.* 57, 115, 119, 125 (1984); Charles E. Clark & David M. Trubek, "The Creative Role of the Judge: Restraint and Freedom in the Common Law Tradition," 71 *Yale L.J.* 255 (1961); David M. Trubek, "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empiricism," 36 *Stan. L. Rev.* 575 (1984).

הטיעון התיאורי של הריאליזם אומץ גם על ידי מלומדים רבים אחרים; ראו Paul Gewirtz, "Narrative and Rhetoric in the Law," in *Law's Stories* 2, 11-12 (Peter Brooks & Paul Gewirtz eds., 1996) (פסקי דין שיש בהם דעת רוב ודעת מיעוט הם תזכורת לכך שהמשפט כולל מקורות רבים יותר ממה שאפשר לכלול בפסק דין אחד, שכל פסק דין משקף את תודעת כותבו, וששופטים שונים מבינים באופנים שונים את המשפט); Austin Sarat & William L.F. Felstiner, "Lawyers and Legal Consciousness: Law Talk in the Divorce Lawyer's Office," 98 *Yale L.J.* 1663 (1989) (עורכי-הדין מציגים את השפיטה כתלויה במידה מכרעת בתרומת האישיות של השופט, וממעיטים במידה שבה תוכני

מסוגלת להשיג רמה גבוהה של ודאות בהפעלת המשפט.⁷³ הטיעון הפך את שאלת הוודאות של המשפט לאחת השאלות המרכזיות בתורת המשפט של המאה ה-20.⁷⁴ השאלה הוחרפה בעקבות המעבר של החשיבה המשפטית במשך המאה ה-20 – בעקבות הטיעון הנורמטיבי של הריאליזם – לחשיבה במושגים ערכיים, היינו:

המשפט מסוגלים להכתיב את ההכרעה השיפוטית; Paul W. Kahn, *The Cultural Study of Law* 28 (1999) (תרומת האישיות של השופט להכרעה השיפוטית); שם, בעמ' 67 (שופטים מאשימים זה את זה, כל העת, שהם משליטים את עצמם ולא את החוק); Ronald Dworkin, *Law's Empire* 10 (1986) (ההכרעה השיפוטית תלויה במידה ניכרת באישיותו של השופט); Stephen Guest, *Ronald Dworkin* 214 (1992) (במשפט האגלואמריקני יש תחושה רווחת שההכרעה השיפוטית תלויה במידה ניכרת באישיות השופט); Richard L. Revesz, "Environmental Regulation, Ideology, and the D.C. Circuit," 83 *Va. L. Rev.* 1717 (1997) (ההטיות האידאולוגיות של שופטים משפיעות באורח משמעותי על ההכרעות שלהם); Paul Schiff Berman, "Telling a Less Suspicious Story: Notes Toward a Non-Skeptical Approach to Legal/Cultural Analysis," 13 *Yale J.L. & Human.* 95, 138 (2001) (הדין הציבורי בארצות הברית כפסגה בעניין בוש ג' גור, בעקבות הבחירות לנשיאות בשנת 2000, חזק מאוד התפיסה שהכרעותיהם של שופטים מושפעות באורח ניכר מהנטיית הפוליטיות של השופטים).

73 קרל לואלין כתב בשנת 1931, באחד המניפסטים החשובים של התנועה הריאליסטית Llewellyn, הערה 64 לעיל, בעמ' 1242, 1251, כדברים האלה:

"The particular kind of certainty that men have thus far thought to find in law is in good measure an illusion... There is the question of the personality of the judge... All that has become clear is that our government is not a government of laws, but one of laws through men... We have, moreover, a first attack upon the realm of the unpredictable in the action of courts. That attack suggests strongly that one large element in the now incalculable consists in the traditional pretense or belief... that there is no such area of uncertainty, or that it is much smaller than it is. To recognize that there are limits of the certainty sought by verbalism and deduction, to seek to define those limits, is to open the door to that other and far more useful judicial procedure: conscious seeking... for the wise decision"

74 Paul Gewirtz, "Editor's Introduction," בתוך Llewellyn, שיטת התקדימים באמריקה, הערה 70 לעיל, בעמ' ix, xvii. (במסגרת החשיבה על המשפט יצרו הריאליסטים משבר בשאלת הוודאות, הנמשך עד היום). ראו גם Singer, הערה 65 לעיל, בעמ' 503 (התאוריה המשפטית נעה במבוכה בין ההבנה ששופטים מוצאים משפט קיים לבין ההבנה ששופטים יוצרים משפט); Twining, הערה 29 לעיל, בעמ' 207 (נושא מרכזי בדיונים של הריאליסטים היה שאלת הוודאות במשפט). ראו גם מנחם מאוטנר, "על אי-הוודאות של המשפט וכמה מהשלכותיה", משפט וממשל ט 223 (תשס"ה).

לחשיבה במסגרתם של שיקולים בדבר המשמעויות הנורמטיביות והחברתיות של פתרונות משפטיים אפשריים.⁷⁵ אכן, בהמשך לטיעון התיאורי של הריאליזם, פירוק של תהליך ההכרעה השיפוטית במצבים של היעדר פתרון ברור מגלה כי מדובר בתהליך מורכב, שעשוי להיות כרוך בסדרה של מהלכים, וביניהם: איתור של המאפיינים העובדתיים של המקרה העומד להכרעה, שצריכים להיחשב רלבנטיים לצורך ההכרעה, ומתן משקלות לרכיבים אלה לצורך עיצוב ההכרעה; איתור קטגוריה או קטגוריות משפטיות היכולות להיחשב לכוללות פתרונות נורמטיביים רלבנטיים – איתור המתבצע על פי אמות-מידה של מיון, המופעלות בדרך כלל ברמה נמוכה של מודעות;⁷⁶ איתור המקורות המשפטיים הכלולים בקטגוריה, היכולים להיחשב רלבנטיים לצורך ההכרעה (תקדימים, כללים, סטנדרטים, עקרונות, קונספציות משפטיות, וכו'); פרשנות של המקורות שנמצאו רלבנטיים, כגון הצרה והרחבה שלהם, לקראת החלתם על האירוע העובדתי הנדון על ידי המשפטן, לרבות מילוי בתוכן של נורמות מסוג סטנדרד (תום לב, צדק, סבירות, וכו'); דירוג חשיבותם של המקורות האמורים לצורך עיצוב ההכרעה, היינו: מתן משקל מכריע לחלק מהמקורות ומתן משקל נמוך למקורות אחרים או אף דחייה של המקורות האחרים; איתור של שיקולים נורמטיביים היכולים להיחשב רלבנטיים לצורך ההכרעה ומתן משקלות לשיקולים אלה לצורך עיצוב ההכרעה; שקילה של ההשלכות הצפויות של הכרעות אפשריות שונות (השלכות חברתיות ואחרות). כל התהליך המורכב הזה מושפע עמוקות ממושגי השכל הישר שאותם הפנים השופט במשך חייו⁷⁷ וכן מעמדותיו הנורמטיביות, שהן תוצר של ניסיון החיים שלו וחלק מנטיות אופיו;⁷⁸ בעיקרו של דבר, מידת המודעות של השופט לעמדות

75 לדיון נרחב ראו Kennedy, הערה 69 לעיל.

76 Radin, הערה 71 לעיל, בעמ' 196: "The category into which to place the situation presented to [the judges] for judgment does not leap into their minds as once. On the contrary, several categories struggle in their minds for the privilege of framing the situation before them".

77 מאוטנר, הערה 14 לעיל.

78 לדוגמה: האם השופט מעדיף צדק מקומי פרטיקולרי או צדק של הטוות הארוך? האם השופט מאמין בחשיבותן לאורך זמן של דרישות צורה או שהוא מאמין שיש להפעיל את השיקולים הנורמטיביים העומדים ביסוד הדרישה הצורנית גם כשהדרישה עצמה לא התקיימה? מה מידת האלטרואיזם שהשופט מבקש להשליט במסגרת היחסים המתקיימים בין בני אדם? באיזו מידה השופט רואה זאת מתפקידו להגן על צדדים חלשים מפני צדדים חזקים? באיזו מידה השופט סבור שיש לאפשר לבני אדם להסתמך על כישוריהם

אלה היא נמוכה – הן בדרך כלל והן במסגרת תהליכי קבלת ההחלטות שבהם הוא נתון (במאמר מוסגר אציין כי בחודשים הקרובים יתקיימו ודאי השתלמויות מרובות לשופטי המדינה באשר לחידושים ולשינויים שבהצעת הקודקס. השתלמויות אלה הן כמובן מבורכות, שהרי מקצוענות היא רכיב חשוב בכל עשייה משפטית; אולם, כפי שעולה מהדיון בשורות אלה, עשייה משפטית כרוכה בהרבה יותר מכך, ולפיכך אני סבור כי לא פחות חשוב לאפשר לשופטים להיות מודעים למשמעויות התאורטיות והגורמטיביות של התפיסות שלהם, היינו: חשוב לאפשר לשופטים לחדד את מודעותם באשר לעמדותיהם ביחס לשאלות תאורטיות וגורמטיביות שיש להן ביטוי בהכרעותיהם השיפוטיות).

אל נוכח עושרם של המקורות המשפטיים העומדים לרשותו של שופט לצורך הכרעתו; אל נוכח הסתירות הקיימות לא אחת בין מקורות אלה; לאור האפיון של תהליך ההכרעה השיפוטית כתהליך מורכב ורב-שלבים; אל נוכח החשיבות הרבה של העמדות הלא-מודעות של השופט בשורה ארוכה של שאלות עובדתיות וגורמטיביות – עמדות שהן תוצר של ניסיון החיים הייחודי ושל נטיות האופי הייחודיות לו⁷⁹ – בהתחשב בכל אלה, מידת הוודאות במשפט אינה יכולה להיות גבוהה. לרשות השופטים עומד עושר של מקורות, חלקם סותרים, שבהם יוכלו למצוא הנחיה להכרעתם; השופטים נהנים מחופש בחירה בכל אחד משלביה של ההכרעה השיפוטית, היינו אין נוסחה כלשהי שתחשק את האופן שבו יפעילו את שיקול דעתם בכל אחד משלבי ההכרעה; הבחירות שהם עושים במסגרת הפעלת שיקול הדעת שלהם תלויות באישיות הייחודית שלהם.⁸⁰

המולדים או הנרכשים? האם השופט מצדד בגישה של אוטונומיה בתחומי המשפט האזרחי או בגישה תועלתנית? מהי התפיסה של השופט בדבר הכישורים המוסדיים של בתי המשפט, היינו: התפקידים שאותם שופטים מסוגלים למלא בהצלחה והתפקידים שאותם אין הם מסוגלים למלא בהצלחה? אפשר, כמובן, להוסיף על רשימה זו עוד ועוד.

79 ג'ון רולס ניסה להתחקות אחר הסיבות שבגינן קיים חוסר-הסכמה בין בני אדם בשאלות ערכיות (רולס קרא לסיבות האלה "The burdens of judgment"). אחת הסיבות שמנה רולס היא כוללן: "The way we assess evidence and weigh moral and political values is shaped by our total experience, our whole course of life up to now; and our total experiences must always differ. Thus, in a modern society... citizens' total experiences are disparate enough for their judgments to diverge, at least to some degree, on many if not most cases of any significant complexity", John Rawls, *Political Liberalism* 56-57 (1993).

80 בהקשר זה, הטעון של אן טוידלר אודות היחס שבין בני האדם והתרבות הוא מאיר-עניינים. טוידלר אינה כופרת בכך שהתרבות מכוננת את התודעות ואת ההתנהגויות

3. הביקורת הריאליסטית על הפורמליזם ודרכי ההפעלה של הקודקס המוצע

(א) רובד הפעולה במשפט

כזכור, במבוא להצעת הקודקס נטען שהקודקס הצליח ליצור הסדר שלם וקוהרנטי בתחום המשפט האזרחי, המאפשר הפעלה של הקודקס "מבפנים", היינו: בהסתמך על התכנים המצויים בו. אולם, אם מקבלים את הטענה הנורמטיבית של הריאליזם, כי אז יש לדחות את הטענה הזו. אימוץ הטענה הנורמטיבית של הריאליזם יביא לכך שתהליך ההכרעה המשפטי במסגרת הפעלת הקודקס ייחשב כאילו אינו אמור להתקיים אך ורק ברובד המילולי של המשפט, אלא גם – ואולי בעיקר – ברובד של הטעמים הנורמטיביים היכולים להצדיק אימוץ של פתרונות משפטיים שונים, וברובד של ההשלכות החברתיות של הפתרונות המשפטיים השונים שניתן לאמץ. טענה זו משפיע על הטענה המובא במבוא להצעת הקודקס, שלפיו בגלל מבנהו של הקודקס ובגלל הקוהרנטיות של תכניו יש בו כדי להעלות את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו. אם מקבלים את הטענה הנורמטיבית של הריאליזם,

של בני האדם, אולם היא מציגה את היחס שבין בני האדם והתרבות כמתקיים גם באופן הפוך: בני האדם משתמשים בחומרי התרבות לפי צורכיהם, כהתאם למצבים השונים שבהם הם נמצאים – היינו: בני האדם משתמשים בחומרי התרבות כאילו היו "ארגז כלים" (tool kit) שהם בוחרים מתוכו אופני טענה ודרכי התנהגות, כפי שנראה להם מתאים למצבים המשתנים שבהם הם נתונים במשך חייהם. סוידלר מציגה אפוא את בני האדם כמפעילים בחירה ויצירתיות בשימוש שלהם בחומרים תרבותיים. מכיוון שסוידלר מניחה שהתרבות עשירה בחומרים, ושחלק מהחומרים האלה סותרים אלו את אלו, היא קובעת גם כי בני האדם יכולים לבחור מתוך התרבות חומרים כדי לייצר באמצעותם דרכי פעולה והצדקות לפעולה שהן שונות אלו את אלו ואף סותרות אלו את אלו. סוידלר אמנם לא כתבה על התרבות המשפטית, אולם תפיסתה את היחס שבין בני האדם והתרבות היא מאירת-עיניים להבנת הדרך שבה פועלים שופטים (ומשפטנים בכלל). חומרי התרבות המשפטית עומדים לרשות השופטים כ"ארגז כלים", היינו: רפרטואר שמתוכו הם יכולים לפתח טענות, נימוקים, הצדקות וכיוצא באלה. יתר על כן: חומרים אלו הם עשירים ואף סותרים, ומכאן שהם יכולים לשמש בסיס לדרכי פעולה שונות ואף סותרות. Ann Swidler, *Talk of Love – How Culture Matters* (2001); Ann Swidler, "Cultural Expression and Action," in *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* vol. 5 3063 (Neil J. Smelser & Paul B. Baltes eds., 2001); Ann Swidler, "Culture in Action: Symbols and Strategies," 51 *Am. Sociological Rev.* 273 (1986). נקודה מעניינת היא שגם לואלין – כמו סוידלר – הציג את החומרים המשפטיים העומדים לרשות השופט תוך שימוש במטבע הלשון tool kit. ראו Llewellyn, מסורת המשפט המקובל, הערה 70 לעיל, בעמ' 105.

כי אז הפעלת המשפט צריכה להיעשות בעיקר ברובד של הערכים העומדים ביסוד המשפט וברובד של ההשלכות החברתיות של המשפט. למותר לציין, כי פעולה ברבדים אלה – המחייבת איתור של שיקולים רלבנטיים ואיזון ביניהם בדרך של מתן משקלות יחסיים לכל אחד – כרוכה בחוסר-ודאות משמעותי בהפעלת המשפט.

(ב) הביקורת הריאליסטית ושאלת הודאות בהפעלת הקודקס

כזכור, במבוא להצעת הקודקס נטען כי בגלל מבנהו של הקודקס ובגלל הקוהרנטיות של תכניו, הצליח הקודקס להעלות את רמת הודאות במשפט האזרחי שלנו. אולם, אם מקבלים את הטיעון התיאורי של הריאליזם ואת משמעויותיו, כי אז הטיעון המובא במבוא להצעת הקודקס אינו יכול להיחשב משכנע: גם אם מקבלים את הטיעון שהקודקס הצליח ליצור מבנה הגיוני וקוהרנטיות תוכנית כאחת, משקלם של המבנה והקוהרנטיות התוכנית של הקודקס בהגברת הודאות במשפט האזרחי שלנו עדיין צריך להיחשב בטל בשישים לעומת מספרם הגדול של הגורמים הקיימים במשפט ופועלים נגד קיומה של ודאות במשפט. מכיוון שכך, בדיבורים על כך שהקודקס יצליח להעלות את רמת הודאות במשפט האזרחי שלנו יש משום יצירת אשליה.

4. מאפייני הקודקס והשפעתם על שאלת הודאות

עד כה מניתי שורה של שיקולים תורת-משפטיים כלליים, הצריכים להוביל לסברה כי התוכן של הקודקס המוצע והמבנה של הקודקס המוצע לא יוכלו להעלות באופן משמעותי את רמת הודאות במשפט האזרחי שלנו. בשורות הבאות ברצוני להביא כמה שיקולים, הנסמכים על המאפיינים הייחודיים של הקודקס המוצע ותומכים בסברה זו.

ראשית, מכיוון שהקודקס חוזר במידה רבה על הוראותיה של החקיקה האזרחית, מרובה בו השימוש במונחי שסתום; יתר על כן: הקודקס מוסיף בנקודה זו תוספת משמעותית משלו בהשוואה לחקיקה האזרחית החדשה. הקודקס נפתח בסעיף המונה שורה של תכליות כלליות כמו הבטחת צדק, הגינות וסבירות,

וקידום של ביטחון, ודאות ויעילות במשפט;⁸¹ כמו כן מופיע בראשיתו סעיף כללי הקובע חובה של תום לב בשימוש בזכויות, בביצוע פעולות משפטיות ובקיום חיובים.⁸² שני הסעיפים האלה ממוקמים בפרק שכותרתו "עקרונות יסוד". הקודקס מאפשר אפוא – כבר בפתחו – את מה שידוע במשפט הגרמני כ"ברירה אל הסעיפים הכלליים",⁸³ היינו: גזירה של הפתרון המשפטי מתוך הוראות כלליות ופתוחות כמעט לגמרי, בהבדל מגזירה של הפתרון ממקורות ספציפיים (מקורות דוקטרינליים ומקורות נורמטיביים) שהתפתחו בסוגיה שבגדרה מתעוררת השאלה המשפטית הדורשת הכרעה, על גבם של מקרים עובדתיים דומים. נטייה לדרך (בעייתית) זו של הכרעה ניתן לאתר כבר כיום, בפסיקה שגזרה פתרונות משפטיים בדרך של החלת חובת תום הלב שבסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים, במקום בדרך של גזירת הפתרון המשפטי תוך הפעלתם של המקורות הדוקטרינליים והנורמטיביים שהם רלבנטיים באופן ספציפי לשאלה העומדת להכרעה.⁸⁴ ניתן להניח כי בעקבות חקיקתו של הקודקס, הנפתח בשני הסעיפים הכלליים האמורים, תגבר נטייה זו, מה גם שהקודקס כולו רווי בסעיפים הכוללים מונחי שסתום.

שנית, כפי שכבר ציינת,⁸⁵ בהתחשב בעובדה שהקודקס קובע הסדרים מצומצמים בלבד במרבית התחומים שהוא מסדיר, הרי שגם לאחר חקיקתו של הקודקס ימשיך חלק ניכר של המשפט שלנו – אם לא חלק הארי שלו – להישלט על ידי הפסיקה ולא על ידי הקודקס. פירוש הדבר הוא שגם אם מבנה הקודקס יתעל את המשפטנים לאותם מקומות בקודקס, במקרים רבים מאוד – ואולי אף ברוב המקרים – המשפטנים פשוט לא ימצאו בקודקס עצמו פתרון או פתרון ברור לבעיה המשפטית המעסיקה אותם, והם יצטרכו להמשיך להיזקק לפסיקה. כאשר מדובר במתן משמעות לפסיקה, כפי שטענתי לעיל, בעקבות הטיעון הריאליסטי, זוהי פעילות הרמנויטית מורכבת ואף מניפולטיבית, המסוגלת להבטיח אך מידה חלקית של ודאות.

81 סעיף 1 להצעת הקודקס.

82 סעיף 2 להצעת הקודקס.

83 ראו לעיל טקסט להערת שוליים 38.

84 ביחס לסעיף 12 ראו, למשל, ע"א 578/88 טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' נצר, פ"ד

מג(3) 828; ע"א 9019/99 קינסטלינגר נ' אליה, פ"ד נה(3) 542. ביחס לסעיף 39 ראו

המקרים המובאים אצל מנחם מאוטנר, "תום לב ותנאים מכללא", בתוך חוזים כרך ג 313,

370–364 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003).

85 ראו לעיל טקסט להערת שוליים 7–9, 24–27.

שלישית, השלמת הקודקס חייבה לקבל החלטות שונות באשר לחקיקה שתישאר מחוץ לקודקס. ברור כי אין הכוונה לכך שהקודקס יופעל אך ורק "מתוכו", היינו: שלמן חקיקת הקודקס ואילך יתקבלו הכרעות בתחום המשפט האזרחי שלנו אך ורק על פי הוראות החקיקה שהוכללו בו, וברור כי גם לאחר חקיקת הקודקס ימשיכו השיקולים הנורמטיביים המגולמים בהוראות החקיקה שמחוץ לקודקס (ובפסיקה העוסקת בהן) להיות רלבנטיים לצורך הפעלתו.

כך, למשל, היעלה על הדעת שחוק זכויות התלמיד, התשס"א-2000 לא יהא רלבנטי לצורך פרשנותו של חוזה בין סטודנט לבין אוניברסיטה או מכללה? היעלה על הדעת ש"חוק הסלקציה במועדונים" (חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000) לא יהא רלבנטי לצורך הכרעה בשאלה אם יש לאכוף על משכיר של דירה או של חנות חוזה שכירות, כשהמשכיר מפר את החוזה משום שהסתבר לו כי השוכר נמנה על מיעוט לאומי, דתי, מיני וכיוצא בזה? היעלה על הדעת שניתן לעסוק בזכויות הקניין הנדונות בקודקס בלי להתחשב בחוק הזה? היעלה על הדעת שחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח-1998 לא יהא רלבנטי להמשך פיתוחם של דיני עשיית עושר ולא במשפט ושל עוולת הרשלנות? היעלה על הדעת שחוק חניה לנכים, התשנ"ד-1993 וחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, התשנ"ח-1998 לא יהיו רלבנטיים לצורך הכרעה בסכסוך בין דייר נכה לבין שאר דייריו של בית משותף בדבר הסדרי החנייה בבית?⁸⁶

אכן, דברים ברוח זו כתב פרופ' אהרן ברק בשנת 1995 על פרשנותם של החקיקה האזרחית החדשה והקודקס האזרחי המוצע:

הקביעה כי דבר-חקיקה ישראלי-מקורי יש לפרש 'מתוכו' של החוק גופו, אינה מונעת פנייה לדברי-חקיקה ישראליים אחרים ולכלל השיטה המשפטית הישראלית לפתרון של בעיות משפטיות פרשניות הסעונות הכרעה. ההיצמדות לחוק 'גופו', והסמנטיקה של פרשנות מתוך החוק 'עצמו' או 'מתוכו' הוא, אסור להן להטעות. מטרתן אינה לשחרר את הפרשן מקשר משפטי חי ומחייב של החוק האזרחי עם מכלול השיטה המשפטית הישראלית, אלא לשחרר את הפרשן מקשר משפטי חי ומחייב של החוק האזרחי עם שיטת משפט זרה. מעבר לכך: אין בתפישה, שלפיה יפורש חוק אזרחי 'מתוכו' של החוק גופו, כדי

86 אני מודע, כמובן, לקיומו של סעיף 359 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

למנוע פנייה לשיטת משפט זרה אשר השפיעה על תוכן החקיקה
האזרחי לצורכי השראה פרשנית.⁸⁷

והוסיף פרופ' ברק:

אף בעיות שפתרון ימצא בחוק גופו אינן נפתרות רק על-ידי
העיון בלשונו של החוק בלבד: יש לעיין בכלל השיטה
המשפטית; יש ללמוד מתלמודם של מלומדים; ויש מקום לקבל
השראה פרשנית משיטות זרות.⁸⁸

אם כך, אם אכן גם לאחר חקיקת הקודקס עשוי פתרון של שאלות שיתעוררו
במסגרת הפעלת הקודקס להיות כרוך בהיזקקות למקורות משפטיים הנמצאים
מחוץ לו – קרי: בשיטת המשפט שלנו בכללותה – כי אז ברור שהסיעון שלפיו
התוכן והמבנה של הקודקס עשויים להגביר את רמת הוודאות במשפט האזרחי
שלנו מתרועע מתוכנו כמעט לגמרי.

רביעית, בהמשך לנקודה הקודמת מתעוררת שאלת הממד הדינמי: האם
הקודקס אמור להיות מופעל במנותק מכל הכרעה נורמטיבית שתתקבל בעתיד
במשפט הישראלי בכללותו, בין בחקיקה ובין בפסיקה, ולא תעוגן בקודקס עצמו?
התשובה לשאלה זו אינה יכולה שלא להיות שלילית. מי ששייב על שאלה זו
בחייב – היינו: מי שסבור כי הקודקס צריך להיות מופעל מכאן ואילך במנותק
מההתפתחויות העתידיות שיתרחשו במשפט הישראלי בכללותו – יעניק ליוצרי
הקודקס ולמחוקקיו כוח שאנו נותנים בדרך כלל רק ליוצריהן ולמחוקקיהן של
חוקות. כאשר מדובר בחוקה, ההנחה המקובלת היא שתכניה אינם אמורים
להשתנות בעקבות השינויים השוטפים המתחוללים ברובדי המשפט שמתחתיה,
אבל מפעל הכנתו של הקודקס אינו מפעל הכנתה של חוקה, ומעמדו במשפט
הישראלי לא יהא מעמד של חוקה. הקודקס ימצא לצד כל שאר הוראותיו של
המשפט הישראלי, לא מעליהן.⁸⁹ אם הפעלת הקודקס בעתיד תצטרך אפוא

87 ברק, הערה 5 לעיל, בעמ' 127.

88 שם, בעמ' 128. וראו גם שם, בעמ' 122: "כללי הפרשנות החלים על פירוש הקודקס
האזרחי הם כללי הפרשנות הרגילים, והם כללי הפרשנות התכליתית, אשר הפסיקה יצרה
ומפעילה"; שם, בעמ' 123: "כל החוקים כולם – ובעצם, כל הנורמות המשפטיות כולן –
מתפרשים על פי אותה שיטה עצמה, והיא השיטה הפרשנית התכליתית".

89 ברוח זו ניתן להוסיף עוד כי כאשר הסכם קואליציוני מסוים ביקש "להקפיא" גזרה
מסוימת במשפט שלנו – "הסטטוס-קוו" בענייני דת – ולנתק מהשפעתיה של פסיקה
עתידיה של בית המשפט העליון, הגיבו השופטים שמגר, ברק ואור בחריפות, ובין השאר

להיעשות תוך זיקה לכל ההתפתחויות שיחולו בעתיד במשפט הישראלי שמחוץ לקודקס, כי אז ברור שהסיעון כי תכניו של הקודקס והמבנה שלו יצליחו להעלות במידה משמעותית את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו מאבד הרבה מתוקפו.

משתי הנקודות האחרונות עולה אפוא שהקודקס אינו יכול להיחשב חסום בפני כל שאר הוראותיו של המשפט הישראלי בכללותו, היינו: החקיקה והפסיקה הנוכחיות הנמצאות מחוץ לקודקס וכן החקיקה העתידית והפסיקה העתידית שתפרש ותפעיל חקיקה זו. במילים אחרות: הקודקס פרוץ לכל רוחות המשפט שלנו – המשפט החקוק והמשפט של הפסיקה – בין אם מדובר במשפט הקיים ובין אם מדובר במשפט עתידי, וכן ולשיקולים הנורמטיביים המגולמים במשפט הישראלי כולו. בנסיבות כאלה ברור אפוא שהעובדה שהקודקס כולל תכנים מסוימים והעובדה שהקודקס בנוי על פי מבנה מסוים לא יהא בהן כדי לתרום כמעט מאומה להגברת הוודאות במשפט האזרחי שלנו.

5. שאלת הוודאות: לקחים מדיוני הוועדה להכנת הקודקס

ברצוני להביא עדות ביחס לשאלת הוודאות בהפעלת הקודקס גם מדיוניה של הוועדה שהכינה את הקודקס.

באותן שנים שבהן פעלה הוועדה להכנת הקודקס הישראלי, פעלה בארצות-הברית ועדה ליצירת רביזיה בקוד המסחרי האחד של ארצות-הברית. ריצ'רד ספידל, שעמד בראש ועדת הרביזיה של הפרק השני של הקוד (העוסק במכר טובין), התפטר בכעס מתפקידו, ובשנת 2001 פרסם מאמר ששמו מעיד על תוכנו: "המבט מתוך החפירות".⁹⁰ ספידל תיאר את דיוני הוועדה שבראשה עמד במונחים של מלחמה: מאבק בין חברי הוועדה מלומדי המשפט לבין נציגי קבוצות הלחץ הכלכליות – ג'נרל אלקטריק, איגוד יצרני הרכב – שהציגו את המלומדים

ראו ניסיון כזה כמנוגד לתקנת הציבור. בג"ץ 5364/94 ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית, פ"ד מט(1) 758. אם כך, ברור שלא ניתן להעלות על הדעת מצב שבו ההתייחסות לקודקס תהא כאל מי שהקפיא את המשפט האזרחי שלנו במצבו הנוכחי, תוך בידודו מכל התפתחות עתידית שתחול במשפט שלנו מחוץ לקודקס.

Richard E. Speidel, "Revising UCC Article 2: A View from the Trenches," 52 *Hastings L.J.* 607 (2001).

כבני אדם תלושים, שכל חפצם הוא להרחיב את ההגנה הניתנת לצרכנים כלפי שחקני השוק.

הוועדה שפעלה להכנת הקודקס האזרחי של ישראל לא התאפיינה במתחים מהסוג שתיאר ספיידל, אבל למרות האווירה האקדמית, הנעימה והחברית שאפיינה את דיוניה, לא זכור לי מקרה אחד שבו לא התעוררו מחלוקות בין חברי הוועדה באשר לאופן שבו יש להבין את הפסיקה הרלבנטית בסוגיה, היינו: מחלוקות בשאלה אלו רכיבים של הפסיקה הם שצריכים להיחשב רלבנטיים לצורך הכרעה בסוגיה הנדונה, מחלוקות בשאלה כיצד יש לפרש רכיבים אלה, ומחלוקות באשר לאופן שבו יש לקבוע את ההסדר העתידי בסוגיה הנדונה – היינו מחלוקות בשאלה באלו שיקולים נורמטיביים יש להתחשב לצורך ההכרעה ומחלוקות באשר להשלכות האפשריות של פתרונות משפטיים אפשריים.

אין שום דבר יוצא דופן או ראוי לציון באופן שבו התנהלו דיוני הוועדה. כמשפטים אנו מוצאים את עצמנו כל העת מתדיינים עם משפטים אחרים בשאלות משפטיות. היש משפטן שהדיווח שלי מדיוני הוועדה אינו מוכר לו כחוויה השגרתית של התדיינותו עם משפטים אחרים בשאלות משפטיות? אם כך, האם באמת אפשר להניח שעצם התכנים של הקודקס והמבנה שלו יצליחו להעלות את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו?

6. סיכום

לסיכום הדיון בטענה כי הקודקס המוצע יצליח להעלות את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו, אני סבור כי יהא זה מאיר-עיניים להבחין בין שני הקשרים שבהם עשויה להתעורר שאלת הוודאות במשפט: עבודת היומיום של עורך-הדין מצד אחד, והכרעת הדין על ידי שופט – היינו: התוצאה שאליה יגיע שופט בהכרעתו וההנמקה שבה יתמוך את הכרעתו – מצד שני.

עבודתם היומיומית של עורכי-הדין כרוכה במידה רבה ביישום והפעלה של כללים מפורטים שבמקרים רבים קבועים בתקנות, במילוי הוראותיהן של פרוצדורות, ובשימוש בנוסחים אחידים, מוכנים מראש, של טפסי חוזים. לפיכך, מידת הוודאות הקיימת בעבודתם היומיומית של עורכי-הדין היא גבוהה יחסית. אכן, משיחות עם עורכי-דין בעלי ותק מסוים ניתן להתרשם לא אחת כי הסיבה האופיינית לחוסר-סיפוק בעבודתם היא "חזרתיות" – היעדר גיוון והיעדר יכולת להפעיל יצירתיות במסגרת עבודתם. תחושות אלה מעידות על כך שלא אחת חיי היומיום של עורכי-הדין מתאפיינים דווקא ב"עודף ודאות", המוביל לחסך באתגרים אינטלקטואליים.

ההקשר השני שבו מתעוררת שאלת הוודאות במשפט הוא זה של הכרעות השופטים. כפי שראינו, טיעון מרכזי בתורת המשפט של המאה ה-20 הוא שמידת הוודאות הקיימת בהקשר זה, במיוחד כשמדובר בהכרעות של שופטים בבתי המשפט הגבוהים, אינה גבוהה, במובן זה שבדרך כלל המשפט מאפשר לעורכי-דין ולשופטים לפתח טיעונים שונים ואף סותרים, וכן להגיע לתוצאות שונות ואף הפוכות, שכולן יכולות להיחשב קבילות בגדר השיטה המשפטית.

בפרספקטיבה זו ברור כי הטיעון המובא במבוא להצעת הקודקס – לפיו הקודקס המוצע יגרום להעלאה של רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו – הוא חסר-כיסוי. ככל שמדובר בעבודת היומיום של עורכי-הדין, ברור כי חלק ניכר מהוודאות הקיימת בהקשר זה מושג באמצעות חומרים משפטיים הנמצאים מחוץ להוראות הדין המהותי: כללים, פרוצדורות, טפסי חוזים וכיוצא באלה. כאשר מכניסים לכלל חשבון את מיעוט ההוראות של הקודקס המוצע בכל הנוגע לקביעת תכניו של הדין המהותי בתחום המשפט האזרחי, ברור כי המידה שבה יוכל הקודקס לתרום להעלאה של רמת הוודאות בעבודת היומיום של עורכי-הדין היא נמוכה יחסית.

בדומה לכך, כאשר משלבים את התובנות העולות מתורת המשפט של המאה ה-20 עם המאפיינים של הקודקס המוצע (ובעיקר עם מיעוט הוראותיו), ברור גם כי המידה שבה יוכל הקודקס לתרום להעלאה של רמת הוודאות בכל הנוגע להכרעותיהם של שופטים גם היא נמוכה יחסית.

7. טיעון קוהרנטיות

כזכור, במבוא לקודקס נטען כי הקודקס הצליח ליצור קוהרנטיות מבחינת תכניו, וכי קוהרנטיות זו תוכל להעלות במידה משמעותית את מידת הוודאות של תכני המשפט האזרחי שלנו. בשורות הבאות ברצוני להתמודד עם טיעון זה.

(א) קוהרנטיות מקומית והפעלת הקודקס

כל תאוריה של קוהרנטיות צריכה לקבוע מהו "הבסיס" שעליו היא חלה, היינו: מהם הרכיבים שביחס אליהם נתבעת הקוהרנטיות או מהם הרכיבים שנטען

לגביהם כי הם מצייתים לתביעת הקוהרנטיות.⁹¹ כך, למשל, קרל לואלין, שיצא נגד השימוש בקטגוריות רחבות במשפט, טען כי החשיבה המשפטית צריכה להיעשות בקטגוריות צרות, שכל אחת מהן עשויה לקיים קוהרנטיות בהקשר המקומי שלה.⁹² בניגוד לכך החיל רונלד דבורקין את דרישת הקוהרנטיות (fit) על כל רכיבי המשפט.⁹³ כאשר המבוא להצעת הקודקס מציג טיעון של קוהרנטיות ניתן אפוא להקנות לטיעון זה פירוש צר ופירוש רחב.

על פי הפירוש הצר לטיעון הקוהרנטיות, הקודקס הצליח ליצור קוהרנטיות מבחינת הדרך שבה מוסדרות בו סוגיות ספציפיות שונות. אני סבור כי באופן עקרוני ניתן לקבל את הטיעון הצר בדבר הקוהרנטיות, היינו: הטיעון שלפיו ניתן להשיג קוהרנטיות ערכית באופן שבו המשפט מסדיר סוגיות צרות; בהמשך לכך אני סבור שהטיעון שלפיו הקודקס הצליח ליצור קוהרנטיות מבחינת תכנון נכון ביחס לסוגיה אחת: תחרויות ביחס לזכויות בין צדדים רחוקים. סוגיה זו הוסדרה בחקיקה האזרחית החדשה באופן חסר ובלתי-שיטתי.⁹⁴ בסוגיה זו הקודקס אכן יצר הסדר שיטתי וקוהרנטי, המסוגל, מצדו להעלות את רמת הוודאות.⁹⁵

91 Joseph Raz, "The Relevance of Coherence," 72 *B.U. L. Rev.* 273, 284-285 (1992); אלון הראל, "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט", *עיוני משפט* יח 387, 391-392 (תשנ"ד); Jack M. Balkin, "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence," 103 *Yale L.J.* 105, 117 (1993); Brian Leiter, "Legal Indeterminacy," 1 *Legal Theory* 481 (1995).

92 לואלין, מסורת המשפט המקובל, הערה 70 לעיל; Llewellyn, הערה 64 לעיל, בעמ' 1237, 1240, 1241, 1255; Karl N. Llewellyn, "Through Title to Contract and A Bit Beyond," 15 *N.Y.U. L. Q. Rev.* 159 (1938); Karl N. Llewellyn, "Across Sales on Horseback," 52 *Harv. L. Rev.* 725 (1939); Karl N. Llewellyn, "The First Struggle to Unhorse Sales," 52 *Harv. L. Rev.* 873 (1939); Karl N. Llewellyn, "Our Case-Law of Contract: Offer and Acceptance, II," 48 *Yale L.J.* 779, 785 (1939); הערה 63 לעיל, בעמ' 10; Abyad, הערה 42 לעיל, בעמ' 438-439; Wiseman, הערה 42 לעיל, בעמ' 470-471; Twining, הערה 29 לעיל, בעמ' 330-333.

93 Dworkin, הערה 72 לעיל.

94 ההסדר לבעיית העסקאות הנוגדות, הקבוע בסעיפים 9 ו-80 לחוק המקרקעין ובסעיף 12 לחוק המיסלולין, מבוסס על שני כללי הכרעה העומדים ביסוד הדוקטרינה של תחרות הזכויות של המשפט האנגלו-אמריקני: הצד הראשון בזמן יועדף על הצד השני בזמן; הצד השני בזמן יגבר על הצד הראשון בזמן אם התקיימו בו הדרישות של רוכש בתום לב ובעד ערך. לעומת זאת, ההסדר של בעיית ההמחאות הסותרות (סעיף 4 לחוק המתאם חיובים, תשכ"ט-1969) אינו כולל דרישה של תום לב ותמורה כתנאי לעדיפותו של הצד השני בזמן. ההסדר של בעיית המשכון של נכס על ידי מי שאינו הבעלים של הנכס

(ב) קוהרנטיות גלובלית והפעלת הקודקס

ניתן לפרש את הטיעון המובא במבוא לקודקס – שלפיו הצליח הקודקס ליצור קוהרנטיות בין תכניו – גם באופן רחב. על פי פירוש זה, הקודקס הצליח ליצור קוהרנטיות בין תכניו בכללותם, היינו: ליצור קוהרנטיות בין הערכים העומדים ביסודם של כל דיני החוזים, כל דיני הנזיקין, כל דיני עשיית עושר ולא במשפט וכל דיני הקניין. אם זהו הפירוש הנכון של טיעון הקוהרנטיות המוחל ביחס לקודקס, הרי הוא מרחיק-לכת ביותר ויש לדחותו; ניתן להציע כמה נימוקים לדחייה זו.

ראשית, כישוריני השכליים הם מוגבלים. איננו מסוגלים להקיף בתודעותינו מערכות נרחבות של ערכים ואיננו מסוגלים לארגן את הערכים האלה באופן שתתקיים ביניהם קוהרנטיות.⁹⁶ הקודקס המוצע מכסה תחומים נרחבים של

(סעיף 5 לחוק המשכון, תשכ"ז-1967) מתנה את עדיפותו של הנושה המובטח בכך שהנכס הגיע לידי הממשכן על דעת הבעלים האמיתי של הנכס הממושכן. התייחסות להתנהגותו של הבעלים המקורי של הנכס אינה קיימת בהסדרים האחרים של בעיית תחרות הזכויות בחקיקה. ההסדר לבעיה של עסקה של נאמן בנכס הנאמנות (סעיף 14 לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979) מבוסס על הסדר ייחודי בשאלת התמורה ותום הלב של הצד השני בזמן. ואילו לבעיה של תחרות זכויות בעקבות ביטול החוזה מחמת פגם בכריתתו או מחמת הפרת החוזה על ידי קונה הנכס לא נמצא כל פתרון בחקיקה, והפסיקה נדרשה אפוא ליצור לבעיה זו פתרון משלה. כידוע, פתרון זה סובל מרמה נמוכה של קוהרנטיות. ראו ע"א 248/77 בנק הפועלים נ' גרבורג בע"מ, פ"ד לב(1) 253; ע"א 459/78 חברת בני פישקוביץ בע"מ נ' חברת אבני יצחק בע"מ, פ"ד לה(3) 169; ע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו(1) 204; רע"א 1096/97 אבו ג'ובה נ' פיימן בע"מ, פ"ד נג(1) 481. מי שהצביע לראשונה על פגמי ההסדר של הסוגיה דנן בחקיקה האזרחית החדשה היה דניאל פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ד 245 (תשל"ה).

סעיפים 588-584 להצעת הקודקס. סעיפים אלה מבוססים על אימוץ של שני כללי היסוד בסוגיית תחרות הזכויות של המשפט האנגלו-אמריקני (ראו הערה 126 לעיל) ושל הגישה הנוזיקית (תחרות זכויות כ"תאונה משפטית") כבסיס להכרעה בתחרות זכויות. על שני כללי היסוד האמורים ועל גישת התאונה המשפטית ראו Menachem Mautner, "The Eternal Triangles of the Law": Toward a Theory of Priorities in Conflicts Involving Remote Parties," 90 Mich. L. Rev. 95 (1991).

Cass R. Sunstein, Daniel Kahneman, David Schkade & Ilana Ritov, "Predictably Incoherent Judgments," 54 Stan. L. Rev. 1153, 1163 (2002); Jack M. Balkin, "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence," 103 Yale L.J. 105 (1993).

המשפט האזרחי. הטיעון כי הצעת הקודקס הצליחה ליצור קוהרנטיות בין כל התכנים האלה אינו יכול להתקבל ולו משום המגבלות של כישורינו השכליים. שנית, החשיבה שלנו נעשית במסגרת של קטגוריות: אנו חושבים באמצעות החומרים המצויים בקטגוריה שבמסגרתה אנו חושבים. בעשותנו כן, איננו נותנים את הדעת לחומרים הנמצאים מחוץ לקטגוריה זו, ואיננו נותנים את הדעת לשאלה באיזו מידה הפתרון שאנו מגיעים אליו במסגרת קטגוריה אחת הוא קוהרנטי עם פתרונות הנמצאים בקטגוריות אחרות.⁹⁷ אפיון זה של החשיבה האנושית הופך את האפשרות שתהליכי הכנת הקודקס הצליחו ליצור קוהרנטיות נרחבת בין תכניו לבלתי־מתקבלת על הדעת. שלישית, החשיבה שלנו על ערכים מתאפיינת בפלורליזם מוסרי. ערכים שהם רלבנטיים לצורך חיינו הם רבים ובלתי־מתיישבים אלו עם אלו, אולם אין ברשותנו מפתח לדירוג החשיבות שלהם ואין אנו מסוגלים לארגן אותם במערכת קוהרנטית.⁹⁸ אפיון זה של החשיבה האנושית מוביל אפוא לסברה שבלתי־אפשרי שמנסחיו של הקודקס הצליחו ליצור קוהרנטיות רחבה בין תכניו. רביעית, הטיעון כי הקודקס הצליח ליצור קוהרנטיות בין תכניו בכללתם אינו מתיישב עם תהליך הכנתו של הקודקס.

97 Sunstein, Kahneman, Schkade & Ritov, הערה 95 לעיל, בעמ' 1155.

98 ישעיהו ברלין, "שני מושגים של חירות", בתוך ארבע מסות על חירות (יעקב שרת מתרגם, 1987), 170, 218–217, 220–219; William Galston, *Liberal Pluralism - The Implications*; Raz, *of Value Pluralism for Political Theory and Practice* 4–7 (2002), הערה 90 לעיל, בעמ' 310–314.

טיעון הפלורליזם המוסרי קרוב לאחד הרכיבים המרכזיים של התודעה הפוסט־מודרנית. ראו Jean Francois Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge* xxiv (Geoff Bennington & Brian Massumi trans., 1984); ז'אן פרנסוא ליורט, המצב הפוסטמודרני (גבריאלה אש ואריאלה אזולאי מתרגמות, 1999); עדי אופיר, "פוסטמודרניזם: עמדה פילוסופית", בתוך: חינוך בעידן השיח הפוסטמודרניסטי 135, 150, 151 (אילן גור־זאב עורך, תשנ"ו). ראו גם מנחם מאוטנר, "המשפט כתכונה: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה", בתוך רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזכרון לאריאל רוזנצבי ז"ל 545, 579–586 (מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, תשנ"ח). הקודקסים של צרפת וגרמניה (כמו התאוריה הכללית או "הקלאסית" של החוזה, ילידת המאה ה־19) הם מפעלים המגלמים במובהק את התודעה המודרנית. אם הטיעון המובא במבוא לקודקס הינו שהקודקס הצליח להסדיר באופן קוהרנטי את תחום המשפט האזרחי כולו, הרי שטיעון זה מציג את הקודקס גם כן כגילום של סוג תודעה כזה.

במסגרת תהליך ההכנה של החקיקה האזרחית החדשה לא נעשתה חשיבה אודות התשתית הנורמטיבית של החקיקה. אורי ידן, שעמד בראש צוות ההכנה של החקיקה, תיאר את דרך ההכנה של החקיקה כדלהלן:

התכנון המשפטי... לא התעכב מעולם על הגיבוש של בסיס רעיוני שממנו צריכים היו לנבוע, לכאורה, הפתרונות, החקיקתיים לכל עניין ועניין... השיטה שננקטה... 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 ביניהם.⁹⁹

ידן תיאר עוד את מפעל הכנתה של החקיקה כמבוסס על "ליקוט פתרונות ממקורות שונים תוך ניסיון לתאם ולשלב אותם למסכת רצופה של דינים".¹⁰⁰ בדומה לכך כתב אהרן ברק על החקיקה כי בהכנתה "ננקטה שיטה אקלקטית. אנשי משרד המשפטים וחברי הוועדות הציבוריות פנו לשיטות משפט שונות, וביקשו ליטול מהן את הטוב שבהן",¹⁰¹ ואילו דניאל פרידמן כתב על החקיקה כי "אין זו שיטה משפטית אחידה, אלא אוסף של מה שנראה כפתרונות פרגמטיים שהועלו בזמנים שונים בפני ועדות שונות ממקורות שונים, כאשר בכל פעם נבחרו אותם פתרונות שנראו נאותים למי שדן בהם באותה שעה... [החקיקה הינה] קובץ של סעיפים שלוקטו מכל רחבי תבל ואשר עברו שיפוץ מקומי".¹⁰² גם בתהליך ההכנה של הקודקס לא נעשתה חשיבה אודות התשתית הנורמטיבית של הקודקס. כזכור,¹⁰³ בעיקרו של דבר הקודקס חוזר על הוראות החקיקה האזרחית החדשה, אף כי הוא מארגן אותן במבנה של קודקס, תוך עריכת רביזיה בסוגיות מסוימות ותוך הכנסת תיקונים נקודתיים בסוגיות אחרות.

99 ידן, הערה 4 לעיל, בעמ' 31.

100 שם, בעמ' 32.

101 ברק, הערה 5 לעיל, בעמ' 135.

102 פרידמן, הערה 29 לעיל, בעמ' 469, 480. אכן, החקיקה נסמכת על רשימה מגוונת של מקורות: אמנות האג להאחדת דיני המכר הבינלאומי (המושתתות, הן עצמן, בעיקר על הסדרים של קודקסים קונטיננטליים), קודים קונטיננטליים, המשפט האנגלי, המשפט העברי, המשפט האמריקני, המג'לה ופסיקה מקומית. ראו מאוטנר, הערה 7 לעיל, בעמ' 323.

103 ראו לעיל סקסט להערת שוליים 22-20.

הטיעון כי הקודקס הצליח ליצור קוהרנטיות רחבה בין תכניו אינו עומד אפוא במבחן התהליכים שבמסגרתם הוכן הקודקס (וכן במבחן התהליכים שבמסגרתם הוכנה החקיקה האזרחית החדשה, המשמשת בסיס לקודקס).¹⁰⁴ הטיעון שלפיו הצעת הקודקס הצליחה להעלות את רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו באמצעות יצירת קוהרנטיות בין תוכני הקודקס אינו יכול אפוא להיחשב משכנע.

בשולי הדברים אציין עוד כי ניתן לעורר שאלות לגבי המידה שבה קוהרנטיות צריכה להיחשב ערך במשפט. אלון הראל, למשל, סבור כי אין לתת לערך זה מקום במשפט,¹⁰⁵ והוא מביא שני טיעונים עיקריים לביסוס עמדתו: ראשית, מימוש של ערך הקוהרנטיות נמצא במתח עם הצורך לקדם זכויות ואינטרסים שלא הוגנו כיאות במסגרת המערכת הנורמטיבית הנוכחית; שנית, "לשופטים אין טעמים לפעול באופן קוהרנטי. יש להם טעמים לפעול באופן מוסרי". לפיכך, "קוהרנטיות היא כלי מיותר בחשיבה משפטית. על השופט לפנות ישירות לערכים המוסריים שעליהם נשענת הקוהרנטיות".¹⁰⁶

(ג) קוהרנטיות או מיזוג של קטגוריות שהיו צריכות להישאר נפרדות: המקרה של האחדת דיני התרופות

הצעת הקודקס יצרה הסדר אחיד בסוגיית התרופות בגין הפרת חוזה ובגין מעשה נזיקין. במבוא להצעת הקודקס מובא מהלך זה כ"דוגמא חשובה" ל"שיפור הוודאות המשפטית באמצעות הבטחת קוהרנטיות". ברצוני לטעון שכאשר מדובר במהלך מאחד זה, אין המדובר בהשגת קוהרנטיות כלל אלא בהכפפה של שתי סוגיות שונות להסדר אחיד במקום שנדרש הסדר נפרד לכל אחת מהן.¹⁰⁷ מהו הערך בקיומן של קטגוריות נפרדות בתרבות בכלל ובמשפט בפרט? אחת התשובות החשובות על שאלה זו היא שאנו מקיימים קטגוריות נפרדות לחשיבה

104 ראו גם דבריו של ג'ק בלקין הכותב כי מבחינה מעשית שום אדם אינו מסוגל לחשוב על רכיבים נרחבים של המשפט באופן שמסוגל ליצור בהם קוהרנטיות; לכל היותר אנו מסוגלים לתת במחשבתנו לקוהרנטיות בתחומים מצומצמים של המשפט. Balkin, הערה 91 לעיל, בעמ' 139.

105 הראל, הערה 91 לעיל.

106 שם, בעמ' 406.

107 עמדה דומה לזו המובאת כאן ראו תנוך דגן, "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת-יתר ועל ריבוי סעדים", משפטים לו 249 (תשס"ז).

על העולם כאשר אנחנו סוברים שבין שני מצבים עובדתיים קיים שוני הגורם לנו לרצות לייחס לכל אחד מהם משמעויות נורמטיביות שונות. בתרבות, קטגוריות עובדתיות שונות לא רק מאפשרות לנו לארגן את תפיסת המציאות שלנו באופן עשיר ומורכב יותר אלא הן גם מאפשרות לנו לחיות בעולם נורמטיבי עשיר יותר, היינו: הן מאפשרות לנו לטעון מצבים עובדתיים שונים במשמעויות נורמטיביות שונות. יתר על כן: עולם שבו הסדר נורמטיבי אחד חל על קטגוריות עובדתיות שונות הוא לא רק עולם דל במשמעות נורמטיבית אלא אף עולם שהסדריו הנורמטיביים הם שגויים, משום שהם אינם רגישים לכך שמצבים עובדתיים שונים מורכבים מרכיבים עובדתיים שונים, דבר המחייב הסדרה נורמטיבית שונה שלהם.¹⁰⁸

בפרספקטיבה כזו אני סבור שמצב של הפרת חוזה ומצב של עשיית מעשה נזיקין הם מצבים שהשוני ביניהם מצדיק הסדר נורמטיבי שונה. האינטרס האופייני המוגן על ידי דיני החוזים הוא אינטרס רכוש, שנולד בעקבות הסכמה שנוצרה בין בני אדם, במסגרת הקונבנציות של המשפט, באשר לשימוש ההדדי שלהם במשאביהם (משאבי האישיות שלהם ומשאביהם החומריים). לעומת זאת, דיני הנזיקין מגינים בראש ובראשונה על אינטרסים שאינם רכושיים כגון החיים, שלמות הגוף והשם הטוב. דיני הנזיקין מגינים על אינטרסים אלו ואחרים בקביעת מספר מצומצם של אינטרסים אנושיים כראויים להגנה מפני פגיעת הזולת, ובקביעת שורה של הקשרים שבהם אינטרסים אלו ייחשבו מוגנים מפני פגיעת הזולת.

מכיוון שכך, אני סבור שההסדר האחד שהקודקס יצר באשר למצב של הפרת חוזה ולמצב של מעשה נזיקין אינו מהלך של יצירת קוהרנטיות, אלא מהלך של דילול העולם הנורמטיבי בדרך של הכפפת שני מצבים שקיים ביניהם שוני ניכר להסדר נורמטיבי אחד. עולם נורמטיבי שבו אנו חושבים במסגרתן של שתי קטגוריות נפרדות על מצב של הפרת חוזה ועל מצב של מעשה נזיקין הוא לא רק עולם נורמטיבי עשיר יותר, אלא גם עולם נורמטיבי נכון יותר.¹⁰⁹

108 אכן, תובנה זו עומדת ביסוד תביעתו של קרל לואלין לכך שהמשפט יסדיר את המציאות באמצעות קטגוריות צרות ככל האפשר: ככל שהמשפט מצליח להסדיר את המציאות באמצעות קטגוריות צרות יותר, כן הוא מסוגל להתאים למספר גדול יותר של קטגוריות את ההסדר הנורמטיבי הייחודי המתאים להן. ראו המקורות בהערה 91 לעיל.

109 במאמר מוסגר אציין עוד, כי ההסדר האחד הזה – הנעשה בקודקס תחת הכותרת: "תרופות בשל הפרת חיוב" – הוא דוגמה גם לכשלים העשויים להיגרם בעקבות הפעלתה של השיבה קונספטואלית במשפט.

8. הטיעון בדבר תרומת הקודקס לביסוסה של תורת משפט של מושגים במשפט הישראלי ועמדתו של בית המשפט העליון בסוגיה זו ב-25 השנים האחרונות

כזכור, במבוא להצעת הקודקס נטען כי הקודקס תורם לביסוסה של תורת משפט של מושגים במשפט הישראלי.

ב-25 השנים האחרונות הכריז בית המשפט העליון, בשורה ארוכה של פסקי דין, על נטישתה של תורת המשפט של המושגים, המגביעה הכרעות משפטיות מתוך בירור תוכנם של מושגים, ועל מעבר תחתיה לתורת משפט של ערכים, המבססת הכרעות משפטיות על איתור ושקילה של שיקולים ערכיים רלבנטיים. כך, בקטע אופייני כתב השופט ברק:

עלינו להתרחק מתורת משפט של מושגים, לפיה המושג התיאורטי כופה עצמו על האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי. עלינו לשאוף לתורת משפט של ערכים, לפיה המושג התיאורטי הוא פרי האיוון וההסדר של האינטרסים והערכים הדורשים הסדר נורמטיבי.¹¹⁰

עוד כתב השופט ברק:

איננו חיים עוד בעולם של מושגים. העיקר הוא המטרה החברתית שהמשפט נועד להגשים, ולא המושגים שבהם עושה המשפט... אכן, הגישה המקובלת עלינו הינה, כי המשפט הוא מכשיר חברתי. מושגי המשפט נועדו להגשים מטרות חברתיות. הם כלי שרת להשגת יעדים חברתיים. הם ביטוי לאיונים הראויים בין ערכים ואינטרסים מתנגשים.¹¹¹

110 דנ"פ 4603/97 משולם נ' מדינת ישראל, פ"ד נא(3) 160, 182.

111 דנג"ץ 4601/95 סרוסי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נב(4) 817, 826. ראו גם ע"א 3002/93 בן-צבי נ' סיטין, פ"ד מט(3) 5, 23, השופט ברק ("לא 'המדביקה' (קניין, חיוב, חפץ, שטר) היא הקובעת את התוצאה, אלא התוצאה קובעת את 'המדביקה', והתוצאה היא פרי האיוון הנדרש בין השיקולים הנוגדים בגידרה של פרשנות הוראת החוק או פיתוח המשפט המקובל שלנו"); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשל"צ, פ"ד נג(3) 600, 658, השופט ברק ("לא נרצה לחזור אחורה לתורות משפט של מושגים... בהן המסקנה עלתה, כאילו מעצמה, מתוך שיקולים אובייקטיביים. אנו מעדיפים תורת משפט של אינטרסים... ותורת משפט של ערכים... בהן נדרשת הכרעה 'השקפתית'... אנו

יתר על כן: לא רק שבית המשפט העליון הכריז ב־25 השנים האחרונות על נטישתה של תורת המשפט של המושגים – הוא אף הפעיל בהנמקותיו, באופן נרחב, תפיסה שלפיה במרכזו של מעשה ההכרעה השיפוטית נמצא תהליך של איתור ערכים רלבנטיים ומתן משקלות יחסיים לכל אחד מהם.¹¹² פרקטיקת ההכרעה וההנמקה שניתן למצוא באופן נרחב בפסיקתו של בית המשפט ב־25 השנים האחרונות שונה אפוא לגמרי מזו המושתתת על גזירה של פתרונות משפטיים מתוך מושגים, ואף מנוגדת לה.

דברי המבוא להצעת הקודקס, הרואים ערך בפיתוחה של תורת משפט של מושגים במסגרת הקודקס, עומדים אפוא בסתירה ליחסו של בית המשפט העליון ב־25 השנים האחרונות כלפי תורת משפט מסוג זה.

מעדיפים מהות על פני צורה"); ע"א 6601/96 AES System Inc. נ' סער, פד"י נד(3) 850, 874, השופט ברק ("הטעמים המונחים ביסוד הדין, ולא התווית שניתנת להם, הם שצריכים לקבוע את היקף 'האינטרסים הלגיטימיים' של המעביד"); רע"א 2267/95 ב"ב היועמ"ש במשרד האפוסטרוטוס הכללי נ' הרספלד, פ"ד מט(3) 854, 876, השופט חשין ("לא 'וריספרודנציה של מושגים' מעסיקה אותנו, אלא מציאתו של שיווי-מישקל בין שני אינטרסים ראויים, כל אחד מהם אינטרס ראוי לעצמו"); ע"פ 1742/91 פופר נ' מרינת ישראל, פ"ד נא(5) 289, 306, השופט חשין ("הבחינה המושגית אין בה תכלית לעצמה. אין היא אלא כלי לגיתוח ולהבנה... גם לגיתוח האנליטי הושמו גבולות. האנליזה אינה כופה עצמה עלינו, והרי אנו אדוניה אנו ולא משרתיה... יוצרי הנורמות הם אנו... בעיצובן ובכיוולן של נורמות התנהגות... ידם של היסודות הערכיים והמוסריים כבדה עלינו, וכך אף יאה ונאה"); ע"א 2850/99 בן חמו נ' טנא נוגה בע"מ, פ"ד נד(4) 849, 856, השופטת שטרסברג-כהן ("אין בהגדרת זכות, כזכות קניינית כדי לחייב את המסקנה כי הזכות היא צמיחה של זכות והאינטרסים הלגיטימיים המגולמים בה, ולא התווית הניתנת להם על-ידי הצדדים, הם הקובעים את ההגנה שתינתן לאותה זכות על-ידי המשפט"); ע"א 2026/92 פקיד שומה פתח תקוה נ' שרות חברה להובלה (1982) בע"מ, פ"ד נה(4) 89, 103, השופט אנגלרד ("המושגים 'אישיות משפטית' ו'תאגיד' אינם כופים עלינו מסקנות נורמטיביות, אלא הם מושגים משפטיים הוריסטיים המשמשים את חוכמת המשפט לתיאור מציאות נורמטיבית הקודמת לה... לכן השאלה איננה אם השותפות היא אישיות משפטית מבחינת תורת המשפט ויהיו מבחינה של זו אשר יהיו – אלא אם מנקודת ראות נורמטיבית קיימות הוראות המתייחסות לשותפות כחטיבה נפרדת לצורכי מט הכנסה").

112 לדיון נרחב ראו מאוטנר, הערה 14 לעיל.

כמו כן, הדברים האמורים במבוא להצעת הקודקס מנוגדים למתחייב מביקורתו של הריאליזם המשפטי על הפורמליזם בכל הנוגע למקומן של קונספציות בהפעלת המשפט.¹¹³

ד. סיכום

המסר העיקרי העולה ממאמר זה הוא שעלינו להפעיל את הקודקס האזרחי המוצע במסגרת תפיסה מציאותית של מאפייניו. תפיסה בלתי-מציאותית של הקודקס תוליד הבנות שגויות באשר לאופן שבו הוא יתפקד בפועל, בעיקר בכל הנוגע לחלוקת העבודה בין מחוקק הקודקס לבין בתי המשפט באשר לקביעת תכניו של המשפט האזרחי שלנו.

בהתחשב במאפייניו של הקודקס האזרחי המוצע, שהם – בעיקרו של דבר – מאפייניה של החקיקה האזרחית הנוכחית, יש להפעיל את הקודקס תוך הכרה בתפקיד המרכזי שאותו יצטרכו למלא בתי המשפט בהמשך פיתוחו של המשפט האזרחי שלנו גם בתקופה שלאחר חקיקת הקודקס.

דברי ההסבר שבמבוא להצעת הקודקס מציגים את מאפייניו של הקודקס באופן בלתי-מציאותי. לפיכך, הם עשויים להוביל להבנות שגויות באשר לדרכי ההפעלה של הקודקס ובאשר להשלכות ההפעלה של הקודקס. בעיקר, דברי ההסבר האלה לוקים ביצירת ציפייה בלתי-מציאותית שהקודקס יהיה מסוגל לתרום תרומה משמעותית להעלאת רמת הוודאות במשפט האזרחי שלנו.

במקרים לא מעטים, המעבר מהחקיקה האזרחית הנוכחית לקודקס ישפר את איכות התכנים שבאמצעותם יוסדר המשפט האזרחי שלנו. נדע להעריך את ההישג; נדע להכיר בחלקיות ההישג ובמגבלותיו, שהם בלתי-נמנעים. נדע למה לצפות מהשופטים שלנו כשיידרשו להפעיל את הקודקס. חשוב שיידעו זאת גם השופטים עצמם.

113 ראו לעיל פרק 3.ג.