



הכנסת

הלשכה המשפטית

תחום חקיקה  
ומחקר משפטי

## חקיקה קודיפיקטיבית

- מסמך מבוא -

מוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט

כתיבה: עו"ד ירון אונגר ועו"ד גלעד נוח

י"ח בחשוון תשע"ב

15 בנובמבר 2011

אישור:

עו"ד הודיה קין, ממונה (חקיקה ומחקר משפטי)

מסמך זה הוא סקירה משפטית משווה ואינו חוות דעת משפטית

סקירה משפטית

מסמך זה הינו הראשון בסדרת מסמכים העוסקים בהצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת החוק), שהונחה לאחרונה על שולחנה של ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת. מסמך זה מציג את הרקע ההיסטורי והתרבותי של מפעלי החקיקה הקודיפיקטיבית ואת השלכותיה האפשריות של חקיקה שכזו על מערכת המשפט בישראל. המסמכים הבאים בסדרה זו יתמקדו בסקירות משוות של עקרונות יסוד המקובלים בקודקסים מודרניים, והשוואתם לאלו המוצעים בפרק עקרונות היסוד של הצעת החוק.<sup>1</sup>

## 1. הקדמה מושגית

הדיון במשמעותו של המפעל הקודיפיקטיבי מחייב הבהרה של מושגי יסוד אחדים הקשורים במפעל זה. ככלל, מקובל לסווג את הדרכים המשפטיות להאחדת הדינים בנושא מסוים לשלושה סוגים: איחוד חוקים (Consolidation), ניסוח מחדש (Restatement) וקודיפיקציה.<sup>2</sup>

**איחוד חוקים (Consolidation)** – האחדה של מספר חוקים העוסקים בנושאים קרובים, לחוק אחד המתקבל על ידי בית המחוקקים. האחדת חוקים לא נועדה לשנות את תוכנם המהותי, או את ההסדרים שהיו נהוגים ערב ההאחדה. תפקידה של ההאחדה הוא אך ורק, להקל על בתי המשפט, עורכי הדין והציבור, להתמצא בסבך ההסדרים הנוגעים לנושא אחד.

האפשרות לאחד חוקים שונים העוסקים בנושאים קרובים מעוגנת בדין הישראלי בסעיף 16(ד) לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן: הפקודה), הקובעת ש"שר המשפטים רשאי להציע לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת נוסח משולב של כל חוק שניתן במדינה, לרבות של נוסח חדש לפי סעיף זה; נוסח משולב יכיל את כל השינויים שחלו באותו חוק מכוח חקיקה", ובס"ק (ה) לפקודה הודגש, ש"בכל נוסח לפי סעיף זה מותר... לאחד בחוק אחד הוראות של חוקים נפרדים... ולהביא כל שיפור שבצורה בלבד - כל עוד אין בכל אלה שינוי תוכן...".<sup>3</sup>

מאחר שההאחדה של מספר חוקים לכדי חוק אחד הינה מלאכה טכנית בעיקרה, היא אינה מחייבת להביא את החוק החדש לאישורה של הכנסת, ודי בכך שהנוסח המשולב יאושר בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת על מנת שיפורסם וייהפך לחוק מחייב.<sup>4</sup>

**ניסוח מחדש (Restatement)** – הליך ה-Restatement מקובל בעיקר בארה"ב, ולמעשה לא מדובר בהליך חקיקה, אף שלהליך זה יש השפעה רבה על הדין הנוהג ועל פסיקת בתי המשפט. ה-Restatement

<sup>1</sup> למסמכים הנוספים שנכתבו לצורך זה בתחום חקיקה ומחקר משפטי של הלשכה המשפטית, ראו: עקרונות היסוד בהצעת הקודקס האזרחי - סקירה משווה - הקודקס האזרחי הצרפתי, כתב: עו"ד ירון אונגר; עקרונות היסוד בהצעת הקודקס האזרחי - סקירה משווה - הקודקס האזרחי בארה"ב, כתב: עו"ד נתי פרלמן; עקרונות היסוד בהצעת הקודקס האזרחי - סקירה משווה - הקודקס האזרחי הגרמני, כתב: עו"ד גלעד נוה; עקרונות היסוד בהצעת הקודקס האזרחי - סקירה משווה - בחינה תמציתית של קודקסים נבחרים, כתב: עו"ד גלעד נוה.

<sup>2</sup> לדיון נרחב בסיווגים שלהלן, ראו המקורות הנזכרים במאמרו של עופר גרוסקופף, "הצעת חוק דיני ממונות: תקוות גדולות - הגשמה צנועה, משפטים לו(2), 413 בעמ' 414, הערה 4 (להלן: גרוסקופף, הצעת חוק).

<sup>3</sup> דוגמה לעניין זה הוא חוק בתי המשפט (נוסח משולב), התשמ"ד-1984, אשר מאגד בתוכו ארבעה חוקים: חוק השופטים, התשי"ג-1953, חוק בתי המשפט, התשי"ז-1957, חוק שיפוט בתביעות קטנות, התשל"ו-1976, ופקודת הרשמים (נוסח חדש), התשל"א-1971.

<sup>4</sup> ראו פקודת סדרי השלטון והמשפט סעיפים 16(ו) ו-16(ז). לא למותר לציין בהקשר זה, שלדעת פרופ' מאוטנר, החקיקה האזרחית הקיימת היום מתפקדת היטב, ובשל כך, "מוטב להסתפק ב"קונסולידציה" של החקיקה הקיימת". ישראל גלעד, איל זמיר, ברק מדינה, מיכאל סאבין וירון נילי, "הערכה ביקורתית של הצעת חוק דיני ממונות - הקדמה" משפטים לו(2) 183, בעמ' 187 (להלן: הערכה ביקורתית - הקדמה). וראו בהרחבה, מנחם מאוטנר, "קודקס של המשפט המקובל" משפטים לו(2) 199, בעמ' 206-207 (להלן: מאוטנר, קודקס).



מבקש לאגד תחת קורת גג אחת, הן את הוראות החוק הנוגעות לנושא מסוים, הן את חידושי הפסיקה בנושא זה והן את הדין המקובל בקרב הקהילייה המשפטית. הליך יצירת ה-Restatement מרוכז ומפורסם על ידי המכון למשפט אמריקאי (American Law Institute) ושותפים בו עורכי דין, שופטים ומלומדים. בשל חידושי הפסיקה והחוק, מעודכן ה-Restatement מעת לעת.<sup>5</sup> פרופ' קרדוזו תאר את ה-Restatement כמשהו שהוא "less than a code and something more than a treatise",<sup>6</sup> שאין בו כוח לצוות אך יש בו כוח לשכנע, וכוחו המאחד יהיה מבוסס על היותו יציר כפיהם של מלומדים, שופטים ועורכי דין, אשר יראו בו את הקונצנזוס המשפטי של הדין האזרחי.

**קודיפיקציה** – הקודיפיקציה במשמעותה המודרנית היא ארגון כללי של הדינים באופן שמבטיח את בהירותם והתאמתם הפנימית.<sup>7</sup> ארגון זה נוגע הן למבנה החוקים ו"הנדסתם", שלהם עשויה להיות משמעות נורמטיבית מרחיקת לכת,<sup>8</sup> והן לתוכן החוקים שנועד לייצר חוק כללי שעוסק בנושא משפטי כללי ואשר יבטיח התאמה הגיונית ונורמטיבית בין כלל ההסדרים הקבועים בו. יתר על כן, יש הסבורים שכל מפעל קודיפיקטיבי חייב להתבסס על מערכת ערכים סדורה וברורה, ובשל כך, קובץ חקיקה שאינו משקף מערכת ערכים שכזו אינו ראוי לשם "קודקס".<sup>9</sup>

לאורה של ההבהרה המושגית שלעיל, ניתן לבדוק האם הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011 (להלן: הצעת החוק) מתאימה במהותה לאיחוד חוקים, לניסוח החוק מחדש או לתואר 'קודקס'!<sup>10</sup> אופייה הקודיפיקטיבי של הצעת החוק מודגש היטב בדברי ההסבר להצעה:

הצעת חוק דיני ממונות נועדה להוות קודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל. **אין היא אך צירוף של מספר חוקים בתחומי המשפט האזרחי**; אין היא "קונפדרציה" של הוראות עצמאיות. הצעת החוק תוכננה, גובשה ונוסחה כקודקס אזרחי. **היא שואפת להסדיר באופן שלם ומלא את היחסים המשפטיים בתחומי המשפט האזרחי, בלי להשאיר בו במתכוון תחומים בלתי מוסדרים**. היא מהווה "פדרציה" של הסדרים, אשר בינם לבין עצמם קיימים יחסים הדוקים, המונחים על ידי מדיניות כוללת.<sup>11</sup>

ואולם, מן הראוי להדגיש שסיווגו של מפעל חקיקה בדרך מסוימת, אינו שולל קיומם של מאפיינים השייכים באופן טבעי למפעל חקיקה שסיווגו שונה. כך למשל, סיווגה של הצעת החוק כ'קודקס', אינו שולל קיומם של מאפיינים הדומים במהותם לקונסולידציה או לניסוח מחדש, במסגרתה של חקיקה זו.

<sup>5</sup> ראו בעניין זה גם בדברי ההסבר של המכון למשפט אמריקאי, בכתובת <http://www.ali.org/doc/thisIsALI.pdf> (כניסה אחרונה: 25 לאוקטובר, 2011).

<sup>6</sup> Benjamin N. Cardozo, *The Growth of the Law* (New Haven: Yale University Press, 1924), 9.

<sup>7</sup> ראו למשל, דפנה ברק-ארז, "הקודקס האזרחי החדש: בין הקהילה המקצועית והחברה", מחקרי משפט כד, התשס"ט – 2008, 413, בעמ' 416 (להלן: ברק-ארז, הקודקס). וראו גם, *THE DRAFT CIVIL CODE FOR ISRAEL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE* (Kurt Siehr and Reinhard Zimmermann eds.) (Mohr Siebeck, 2008).

<sup>8</sup> ראו למשל, מיגל דויטש, "הנדסת" הקודיפיקציה של המשפט האזרחי – הצעת מבנה", **משפטים** כ"ט (תשנ"ט), 1 (להלן: דויטש, הנדסת הקודיפיקציה).

<sup>9</sup> ראו למשל, דניאל פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" **עיוני משפט** ה (תשל"ו-תשל"ז), 463.

<sup>10</sup> אמנם, יש הסוברים שלסיווג אין כל משמעויות אופרטיביות, והוא נועד רק לשם "יחסי ציבור ויוקרה". ראו גרוסקופף, הצעת חוק, בעמ' 417, הערה 14. לטעמנו, יש ערך לדון בסיווגה של הצעת החוק, וזאת בעיקר, על מנת להבין את מגמת החקיקה ומאפייניה.

<sup>11</sup> ה"ח הממשלה, 595, י"ג בסיוון התשע"א, 15 ביוני 2011, עמ' 701.



כך, ההצעה אינה מסתפקת בארגונו של החוק הקיים, אלא מבקשת גם להתאים את הדין "למגמות התפתחות מודרניות"<sup>12</sup> ולקבוע הוראות שתכליתן לעגן בחוק חידושים מפסיקות בתי המשפט בישראל, בדומה ל-Restatement.<sup>13</sup>

## 2. רקע היסטורי

המגמה לאחד את החוק וליצור קודקס שיציג בפני הקורא אותו תמונה שלמה וממצה של הדין מלווה את ההיסטוריה המשפטית החל מן הקודקסים של המזרח הקדום, כחוקי אשנונה<sup>14</sup> וחמורבי,<sup>15</sup> דרך הקודקסים של המשפט הרומי,<sup>16</sup> וכלה בקודקסים המודרניים שרובם נוצרו במהלך המאה ה-19, שהם במידה לא מבוטלת 'אבותיה' הרוחניים של הצעת החוק שבפנינו.

הקודיפיקציות המודרניות שיקפו במידה רבה את האידיאלים של תקופת ההשכלה של המאה השמונה-עשרה, וביטאו את האמונה הגדולה בכוחו של האדם ליצור קובץ חוקים שלם הנותן מענה לכל בעיה משפטית שהתעוררה עד ליצירתו, ושתעורר לאחר יצירתו.<sup>17</sup>

קוד נפוליאון הצרפתי, הקרוי על שמו של הקיסר נפולאון בונפרטה, ששקד רבות על פיתוחו ופרסומו, היה בגדר 'סנונית' שבשרה את אביב הקודקסים המערביים.<sup>18</sup> קודקס זה, שפורסם בשנת 1804 ותקף למעשה עד היום, התאפיין בצחות הלשון ובמבנה אסתטי מובן ובהיר. בעקבותיו, באו לעולם הקודקס האוסטרי (1811), הקוד הבלגי (1831), הקודקס ההולנדי (1838), הקודקס האיטלקי (1865), הקודקס של קוויבק (1866), הקודקס של פורטוגל (1867), הקודקס של רומניה (1867), שהיה למעשה העתק מתורגם לרומנית של קוד נפולאון, הקודקס של ספרד (1899), והקודקס הגרמני, ה-BGB, משנת 1900.

המאה העשרים הייתה פחות פוריה במובן זה, אך גם בה היו מדינות שאימצו קודקסים חדשים (שווייץ-1912), מדינות שהעתיקו קודקסים קיימים והפכו אותם לקודקס של המדינה (הקוד האזרחי היפני שהינו העתקה של ה-BGB, הקוד האזרחי הטורקי, שהינו העתקה של הקוד האזרחי השווייצרי, וכדומה), ומדינות שאימצו נוסח חדש של הקודקס שלהן (הולנד – 1992, קוויבק – 1994).

<sup>12</sup> שם, עמ' 702.

<sup>13</sup> ראו למשל, הצעת החוק, סעיף 122(א) ובדברי החסבר שם.

<sup>14</sup> להרחבה, ראו: Reuven Yaron *The laws of Eshnunna* The Hebrew University, Jerusalem, 1988 (להלן: ירון, חוקי אשנונה). את קובץ החוקים של אשנונה נכון יותר לתאר כקונסולידציה מאשר כקודקס, מאחר שקובץ זה נעדר שיטתיות וסדר, וניסוח החוקים היה קזואליסטי.

<sup>15</sup> בניגוד לחוקי אשנונה, חוקי חמורבי היו מסודרים יותר, וכל ההוראות הנוגעות לנושא משפטי מסוים, קובצו בפרק מיוחד, שעסק בנושא זה. אך גם הם נוסחו בצורה קזואליסטית. ראו ירון, *חוקי אשנונה* עמ' 83.

<sup>16</sup> להרחבה, ראו למשל, ישראל שצמן, *האימפריה הרומית ומורשתה*, האוניברסיטה הפתוחה, תשס"ב, עמ' 249-251. לא למותר לציין בהקשר זה, שלדעת המשנה לנשיא ביהמ"ש העליון (בדימוס), פרופ' מנחם אלון, אף המשנה (ראו מנחם אלון, *המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו*, ירושלים תשמ"ח, עמ' 865-884. להלן: אלון, המשפט העברי), ספר 'משנה תורה' לרמב"ם (ראו אלון, *המשפט העברי* עמ' 980-1005) וספר הישולחן ערוך (ראו אלון, *המשפט העברי* עמ' 1096-1115), הם למעשה מפעלי קודיפיקציה במובן המודרני של המילה. ואולם, יש הסוברים שלמרות הארגון הפנימי של ספרים אלו, אופיים הקזואליסטי מלמד על כך שלמעשה אין לראות בהם קודיפיקציות במובן המודרני של המילה. ראו למשל, אביעד הכהן, קודיפיקציה במשפט – בין מורשת ישראל לבין הצעת חוק דיני ממונות, *פרשת השבוע* גיליון מס' 210, עמ' 3 (להלן: הכהן, קודיפיקציה).

<sup>17</sup> להרחבה במאפייני הקודקסים ותרבויות קודיפיקטיביות ראו להלן בפרק 3.

<sup>18</sup> הסקירה ההיסטורית שלהלן מבוססת על הסקירה אצל שרון נבו ואוריאל פרוקציה, "מהפך! על הקודקס האזרחי החדש", *משפט ועסקים* ז', 153-95 (2006), עמ' 99 (להלן: נבו ופרוקציה, מהפך).



בישראל, המאמץ הקודיפיקטיבי החל בתחילת שנות השבעים, כיוזמה של משרד המשפטים, שבראשה עמד פרופ' אורי ידן ז"ל, שכיהן כמשנה ליועץ המשפטי לממשלה (חקיקה).<sup>19</sup> פרופ' ידן הכין טיוטה לתזכיר חוק שאמור היה להוות קודקס אזרחי למדינת ישראל. טיוטה זו הושלמה לאחר פטירתו, בידי עובדי משרד המשפטים.

הטיוטה הונחה ביסוד עבודתה של ועדה ציבורית שמינה שר המשפטים, לצורך השלמת מלאכת ההכנה של הקודקס האזרחי. הוועדה, שבראשה עמד נשיא בית המשפט העליון בדימוס, פרופ' אהרון ברק, פעלה במשך תקופה ארוכה ובין חבריה נמנו בכירי המומחים בתחום האזרחי. בנושאים שבהם נעשתה רוויזיה מהותית של החקיקה הקיימת, דנו ועדות משנה שבהן השתתפו גם מומחים שאינם חברי הוועדה. הוועדה השלימה את עבודתה והגישה את המלצותיה לשר המשפטים בחודש אפריל 2004, ופרקי הקודקס שאוחדו על ידה הם בגדריה של הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011.

### 3. חקיקה קודיפיקטיבית – היבטים תרבותיים

להלן נבקש לעמוד על היבטים תרבותיים של החקיקה הקודיפיקטיבית – הן אלו הנובעים מתורות משפט המקובלות בתרבות מסויימת, והן אלו הנובעים ממטרות מעשיות שתרבות מסויימת ביקשה להשיג באמצעות הקודקס. מן הראוי להדגיש שלא כל ההיבטים התרבותיים שידונו, קיימים בכל תרבות משפטית, ובמקרים רבים מאפיינים אלה משולבים זה בזה מבלי שניתן לבודד אותם או להפרידם באופן מלא. לפיכך, אין לראות ברשימה שלהלן ביטוי למאפייניו התרבותיים של כל קודקס מודרני.

כהערה מקדמית יוער, כי הבחנה בסיסית בעולם המשפט היא **הבחנה בין שיטות משפט**. במידה רבה של הכללה, נהוג להניח כי **השיטה הקונטיננטלית** מבוססת על חשיבה סיסטמתית וקוהרנטית, הפשטה גבוהה, תחומי משפט המופרדים בצורה ברורה וחשיבה על בסיס כללים המעוגנים בקודקס. **שיטת המשפט המקובל** מבוססת על חשיבה קזואליסטית, קונקרטי, תוך מתן דגש על תפקיד השופט, ובכלל אלה שימוש בכלים שיפוטיים שונים לשם הסקת מסקנות משפטיות (ביחוד בעולם המשפט האנגלו-אמריקני).<sup>20</sup>

מעבר לכך, מקובל להניח כי **"קודיפיקציה" משמעותה חקיקה מקיפה, שיטתית וממצה, בעלת רציפות פנימית בשטח משפטי רחב**.<sup>21</sup> חקיקה זו עומדת במובנים רבים בניגוד לחקיקה השוטפת המכוונת להסדרת נושא משפטי פרטני. כך, נהוג להניח כי קודיפיקציה היא דרך החקיקה המקובלת בקונטיננטל בעוד שחקיקה מפוצלת אופיינית דווקא למשפט המקובל.<sup>22</sup> יחד עם זאת, וכאמור לעיל, **בחירה באקט של קודיפיקציה אינה בהכרח מחייבת אימוץ של שיטה משפטית אחת** (ואף אותו קודקס יכול להתפרש באופן שונה במקרים של שינויים בתנאי הזמן, המקום והתרבות המשפטית) **או קבלה של כל המאפיינים של הליך הקודיפיקציה**.<sup>23</sup> להלן יובאו כמה מאפיינים מרכזיים של תרבות קודיפיקטיבית:

<sup>19</sup> ראו דברי ההסבר להצעת החוק, עמ' 700-701.

<sup>20</sup> רועי קרייטנר, "קודקס, מדע, חוזה: טיול שורשים בחשיבה הקודיפיקטיבית", **משפטים** לו (2006) 327 (להלן: קרייטנר, קודקס). כמו כן ראו:

Konard Zweigert & Hein Kotz, INTRODUCTION TO COMPARATIVE LAW (Tony Weir, trans., 3d ed. 1998).

<sup>21</sup> THE DRAFT CIVIL CODE FOR ISRAEL IN COMPARATIVE PERSPECTIVE (Kurt Siehr and Reinhard Zimmermann eds.) (Mohr Siebeck, 2008).

<sup>22</sup> **הערכה ביקורתית – הקדמה**, עמ' 183-187. קרייטנר, **קודקס**, עמ' 338-341.

<sup>23</sup> קרייטנר, **קודקס**, עמ' 338-341; וכן מאוטנר, **קודקס**, עמ' 199-200, 210-218.



### 3.1. שלמות החוק

מאפיין תרבותי זה מתייחס לקודקס ולהליך הקודיפיקציה כניסיון לאגד את כל החקיקה הרלוונטית בתחום מסוים ללא הותרת פערים, לקונות, או סתירות פנימיות ובכך לאפיין את החקיקה כ"שלמה".<sup>24</sup> פרשנות טכנית ל"עקרון השלמות" עלולה להוביל לתפיסת המפעל הקודיפיקטאיבי כסוג של פעולה הדומה לקונסולידציה (איחוד) של חוקים; אולם, הרעיון העומד ביסודו של עיקרון זה עמוק ומשמעותי יותר - הוא אינו כולל "רק" איחוד טכני של נושאים זהים או דומים, אלא ניסיון להגיע למיצוי מלא של כל החומר המשפטי הידוע בתחום מסוים ולספק לו גרסה רשמית.<sup>25</sup>

עקרון "שלמות החוק" נחשב בידי מלומדים רבים כבלתי ניתן להשגה, שכן הוא מחייב הסדרה באמצעות כללים פרטניים של כל המקרים הידועים (דבר שעלול לפגוע בהתפתחות התקינה של המשפט, ככל שנעשה בהעדר ידע או מחקר מספקים בנוגע למשפט),<sup>26</sup> כמו גם ציפייה והערכה של כל המקרים העתידיים שעלולים לעמוד להכרעה (דבר שככל הנראה אינו מעשי או אינו מעשי במגבלות הקיימות).<sup>27</sup>

בחלק מהמסורות הקודיפיקטיביות המאפיין התבסס מתפיסה כי המשפט מהווה תוצר היסטורי של התפתחותן של אומות שונות.<sup>28</sup> רעיון זה בא לידי ביטוי בכך שבחלק מהמדינות הקודקסים מגלמים ומעגנים בתוכם את ההתפתחות ההיסטורית של המשפט ומבטאים בכך את "שלמותו" של הקודקס (לפחות ביחס לניסיון העבר שלהן), ובמקביל גם מאפשרים המשך התפתחות תקינה של המשפט.<sup>29</sup>

### 3.2. הקודקס ככלי לאיגוד חברתי

מאפיין נוסף של הקודקס נעוץ ברצון לעשות בו שימוש ככלי לאיגוד חברתי - בין במסגרת הרמוניזציה של החקיקה הקיימת וה"אתוס" המשותף של התרבות ובין באמצעות "יצירתה של תרבות חדשה" המבוססת על עקרונות יסוד (חוקתיים) אשר מעוגנים במסגרת החקיקה של הקודקס.

כך, יש הסוברים כי הרעיון הקודיפיקטיבי הושפע רבות מהרעיון בדבר "אמנה חברתית" בין השליט לעם. הרעיון העומד ביסוד תפיסה זו הוא כי החברה האנושית זקוקה למעין חוקת-על שתאחד את הפרטים השונים בה לקולקטיב מדיני, וכי זהו תפקידו של השליט לעשות כן במסגרת אמנה חברתית בינו לבין העם. לפי תפיסה זו, החוק בעצם נועד לשמש כחלק אינטגרלי מגורמים אחרים המהווים יחדיו את אופייה של האומה כולה.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> קרייטנר, קודקס, עמ' 338-341.

<sup>25</sup> מרדכי אי ראבילו, מונטסקיה והקודיפיקציה של המשפט הפרטי (קוד נפוליאון), עלי משפט ב (2002).

<sup>26</sup> לעניין זה ראו: רועי קרייטנר, "תורת המשפט של משפט ותרבות - בעקבות מנחם מאוטנר משפט ותרבות (2008)", משפט וממשל י"ב, תש"ע, עמ' 6-7, בכל הנוגע להתנגדותו של המלומד סאביני (Friedrich Carl von Savigny) לגיבוש הקודקס האזרחי בנקודת זמן בה לגישתו אין מחקר מספק אודות המשפט הגרמני (להלן: קרייטנר, תורת המשפט).

<sup>27</sup> נבו ופרוקצ'יה, מהפך עמ' 100-105.

<sup>28</sup> תפיסה זו הינה תפיסתו של המלומד סאביני (Friedrich Carl von Savigny). להרחבה ראו: מנחם מאוטנר, "שיבת המורחק": על מעמדה של התרבות במדעי האדם ובמשפט, הרצאה בטכס קבלת "פרס צלטנר", 27 במרס 2007. מנחם מאוטנר, משפט ותרבות (הוצאת אוניברסיטת בר-אילן, 2008). קרייטנר, תורת המשפט, עמ' 472.

<sup>29</sup> קרייטנר, קודקס, עמ' 329-339.

<sup>30</sup> נבו ופרוקצ'יה, מהפך, עמ' 101.



מעבר לכך, יש הסוברים כי הקודיפיקציה המודרנית מהווה גם **תוצר של אירועים לאומיים וציבוריים** שהביאו ליצירה של מערך נורמטיבי המבוסס על עקרונות משותפים או עקרונות יסוד נורמטיביים שנקבעו במתכוון כעקרונות מאחדים במהלך הליכי הקודיפיקציה.<sup>31</sup>

לדעת רבים התפיסה הקודיפיקטיבית בצרפת הושפעה מרעיונות אלה - הקוד הנפוליוני ביקש לתקן את "עוולות המשטר הישן" ולבטא את הגשמת החזון של "שליט נאור".

היבט אחר של האיגוד החברתי נוגע לאיחוד המשטר המשפטי הנוהג בקונפדרציות המורכבות ממדינות רבות. יצירת קודקס אחיד לכל המדינות שבקונפדרציה עשויה להבטיח את הגשמתה של מטרה זו, אשר היתה ככל הנראה אחד המניעים החזקים ליצירת הקוד האזרחי הגרמני, והקוד המסחרי האחד של ארה"ב.<sup>32</sup>

### 3.3. תפיסת המשפט כמדע

מאפיין תרבותי זה ניתן לחלוקה לשתי קטגוריות מרכזיות: המשפט התבוני כתוצר של **מחקר היסטורי מעמיק של היסודות המשפטיים במדינה ובתרבויות המשפטיות הפרטניות**; ומאידך, המשפט התבוני כסוג של **מדע אוניברסאלי** (יוער, כי גישות אלה אינן חייבות בהכרח להימצא בקונפליקט).

שורשיו ההיסטוריים של תפיסת המשפט כמדע נעוצים **בהליך הנאורות** (הליך שבמהלכו הועמדו במוקד - החשיבה האנושית והיכולת למצוא מענה "מדעי" לכל בעיה).<sup>33</sup> לאורך השנים ההליך לבש צורות שונות ומגוונות בהתאם לעת ולמקום. יחד עם זאת, מאפיין משותף לכל גישות המדע המשפטי הוא **השאיפה להבין את הנורמות המשפטיות כמכלול מערכתי (System), הנגזר מעקרונות מופשטים, המאורגנים בסדר לוגי קוהרנטי, שמהם ניתן לגזור נורמות קונקרטיות**.<sup>34</sup> הלכה למעשה, המדע המשפטי מתיימר לספק כלים לבחינת התקפות של טענות משפטיות בצורה פורמאלית - ללא צורך בשיפוט ערכי שלהן. במובנים רבים שימש המדע המשפטי בסיס ל"גישות פורמליסטיות"<sup>35</sup> של המשפט.<sup>36</sup>

ביטוי מובהק לתפיסה זו מצוי בקודקס הגרמני, שנועד לשמש ככלי בידיהם של מומחי משפט, ואשר התבסס על מחקר מעמיק (בידי מומחי משפט) של עקרונות היסוד המשפטיים וההיסטוריים הגרמניים ושתוצאותיו סודרו במבנים נוחים, מופשטים ובעלי סדר פנימי וסיסטמטי.<sup>37</sup> הקודקס הצרפתי מתאפיין אף הוא בכך, וזאת בשל המדעיות של בחירת הכללים בקודקס - כללים המבוססים על הנחות יסוד פילוסופיות בדבר טבע האדם (ועל כן, אמורות לכאורה להיות נכונות ביחס לכל אדם ובכל מקום).<sup>38</sup>

### 3.4. "עממיות" הקודקס

תפיסה זו גורסת כי הקודקס צריך להיות מקורב אל העם והיא מבוססת במידה רבה על הנטייה הליבראלית והדמוקרטית של קירוב הידע אל שכבות נרחבות בעם.

<sup>31</sup> ברק-ארז, הקודקס, עמ' 416-417.

<sup>32</sup> איריס קנאר, "על משפט ותרבות: תהליך הקודיפיקציה בשיטת המשפט הישראלית ובאיחוד האירופי - לקחים הדדיים", **משפט ועסקים** ד' 499 (2006). ברק-ארז, הקודקס, עמ' 416-417. קרייטנר, **תורת המשפט**, עמ' 329-333.

<sup>33</sup> שם, שם. וכן ראו קרייטנר, **תורת המשפט**, עמ' 2-8. אורי ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", **עיוני משפט** ו' 506.

<sup>34</sup> קרייטנר, **תורת המשפט**, עמ' 2-8.

<sup>35</sup> מקובל לראות בגישה "פורמליסטית" כזו הרואה את המשפט כמערכת קוהרנטית, המבוססת על חשיבה דדוקטיבית שאין בה רכיב של שיקול-דעת שיפוטי נורמטיבי.

<sup>36</sup> קרייטנר, **תורת המשפט**, עמ' 332-333. אורי ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", **עיוני משפט** ו' 506.

<sup>37</sup> קרייטנר, **קודקס**, עמ' 331-339.

<sup>38</sup> שם.



כך, לפי גישה זו יש לפשט את החוק ולהפוך אותו לנגיש לציבור בכללותו. לאור זאת, בחרו מדינות רבות לנסות לפשט את חוקיהן לעיתים גם במחיר של ויתור מראש על ניסיון להגיע לשלמות מלאה של הקודקסים שלהן.<sup>39</sup> מעבר לכך, ניתן גם לראות בתפיסה של כתיבת קודקסים על בסיס ההיסטוריה של המשפט או על בסיס "רוח העם" (המתפתחת באופן אורגני ואבולוציוני בדומה לשפה ומאפיינים תרבותיים אחרים) כסוג של ניסיון לקרב את הקודקס לכל שכבות האוכלוסייה ולאפשר לכולם לחוש כי הקודקס הוא חלק ממערך תרבותי משולב.<sup>40</sup>

### 3.5. שילוב ערכים חוקתיים בדין האזרחי

מאפיין תרבותי זה מבוסס על הרצון לצקת תכנים ערכיים לתוך הדין האזרחי. הלכה למעשה, לפי גישה זו, החוק, על כל ענפיו, כפוף לערכים החוקתיים של החברה, והחקיקה האזרחית אמורה לאפשר את קיום המנהגים המקובלים והזכויות, במסגרת השמירה על ערכים אלו. לפי תפיסה זו, הקודקס האזרחי נועד לקדם עקרונות צודקים כחוכמה, צדק ותבונה. עקרונות אשר נועדו למען בני-האדם ואשר בתורם יקיפו את הפרט, ויתערבו בהיבטי חייו השונים באשר יפנה.<sup>41</sup>

### 4. "כלי העבודה" הקודיפיקטיביים

מרבית הקודקסים מבוססים על התפיסה שלפיה, לשם פרשנותו של החוק רשאי המשפטן לעשות שימוש במגוון רחב של "כלי עבודה", המסופקים לו מידי מנסחיו של הקודקס. "כלי עבודה" אלו הם שהופכים את הקודקס ליצירה משפטית שיש בכוחה לא רק לתאר את הדין הקיים, אלא גם להתוות דרך לפתרון של בעיות משפטיות בעתיד.

על תקפותם ויעילותם של "כלי עבודה" אלה נמתחת מעת לעת ביקורת, כפי שיבואר בהמשך.

#### 4.1. "הנדסת" הקודקס

על מנת שיהא בכוחו של קודקס לתת מענה גם לבעיות עתידיות, עליו להיות סדור בסדר הגיוני (קוהרנטי), שיאפשר לפרשן לשבץ כל בעיה נתונה ב"שדה" המשפטי הראוי לה, ובהתאם לכך לגזור תשובה משפטית לכל שאלה נתונה. פרופ' מיגל דויטש עמד על כך ש"מיון בלתי-עקיב של נושאים תורם אף הוא לחוסר-ודאות",<sup>42</sup> ו"ההכרעה בדבר המיון של סוגיה נתונה אינה עניין בעל משמעות טכנית בלבד".<sup>43</sup> בשל כך, "משעה שממיינים סוגיה לתחום נתון, "נשמתו" של אותו תחום חלה על הסוגיה, וכך גם עקרונותיו הכלליים ותורת-המשפט האופפת אותו. המיון גם מוביל לזיהוי המקור הראוי לעשיית היקשים, שכן הוא ייעשה ככל האפשר על-ידי שאיבת רעיון מאותו תחום משפטי שבו ממוינת הסוגיה אשר לגביה יש חסר".<sup>44</sup>

<sup>39</sup> קרייטנר, קודקס, עמ' 337. וכך ראו והשוו למאוטנר, קודקס, עמ' 211-213.

<sup>40</sup> שם.

<sup>41</sup> ברק-ארז, הקודקס, עמ' 416-417. נבו ופרוקצ'יה, מהפך, עמ' 104.

<sup>42</sup> דויטש, הנדסת הקודיפיקציה, עמ' 3. ואולם, הטענה שהמבנה הסדור תורם לוודאות במשפט, שנויה במחלוקת. לעניין זה ראו למשל, מאוטנר, קודקס, עמ' 233-237. דברים ברוח זו נאמרו כבר בשלהי שנות ה-70 בידי פרופ' אורי ידן, שהגה את הרעיון לאחד את כל המשפט האזרחי תחת קורת גג אחת. ראו, אורי ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית" עיוני משפט ו 506, בעמ' 509 (להלן: ידן, הגשמת הקודיפיקציה).

<sup>43</sup> דויטש, הנדסת הקודיפיקציה, שם.

<sup>44</sup> שם.





התפיסה האמורה "זוכה" לביקורת משני כיוונים: מן הכיוון הפרקטי, ומן הכיוון המהותי. מן הכיוון הפרקטי, יש הטוענים שמגבלות השכל האנושי אינן מאפשרות ליצור קוהרנטיות מוחלטת.<sup>45</sup> בשל כך, מגמת ההאחדה של החוק כרוכה בסיכון של "האחדת יתר", שתוביל לכך שיהיו הסדרים שלא ישולבו בקודקס כלל אף שמן הראוי היה לשלבם,<sup>46</sup> או לחילופין, שיוחל עליהם הסדר שאינו מתאים להם.<sup>47</sup>

מן הכיוון המהותי, יש הטוענים שקיים מתח מובנה בין ה"שלמות" ל"שלום", ולא אחת, פתרון משפטי צודק לא יכול לעלות בקנה אחד עם ההסדר ה"שלם", ולא יכול להיכנס ב"מגירה" המדויקת שיועדה לסוגיה המשפטית בקודקס האזרחי. בנסיבות אלה, יש הטוענים שמן הראוי להעדיף את ה"שלום" על פני ה"שלמות", וחוששים שהגברת המגמה של השלטת סדר ואחידות בדין האזרחי עלולה לפגוע ביכולתם של שופטים לעשות משפט צדק במקרה הקונקרטי המובא לפתחם.<sup>48</sup>

#### 4.2. ההיקש

ההיקש הוא כלי חשוב ביותר, בעיקר כאשר עוסקים בדבר חקיקה המבקש לתת פתרונות משפטיים גם לסוגיות שיתעוררו בעתיד. באמצעות ההיקש מסוגל השופט לדמות סוגיה משפטית שלא טופלה בקודקס לסוגיה אחרת שכן טופלה בו, ומכוחו של הדימוי להגיע להכרעה משפטית בסוגיה שלפניו.

מבקרי השימוש הרב בכלי ההיקש טוענים שכל היקש לא יכול לחמוק משיקולי מדיניות הנחוצים על מנת להצדיק את ההיקש, ובשל כך, "אין עוד טעם להעמיד פנים כאילו האנלוגיה עצמה, כעניין של מבנה, סייעה במשהו בחקר האמת".<sup>49</sup>

טענה חמורה יותר היא, שהשימוש בהיקש עלול גם להזיק, "בהיותו ממוקד בטפל (שיקולי צורה) ובהסיוחו את הדעת מן העיקר (שיקולי תוכן)".<sup>50</sup>

#### 4.3. מונחי שסתום

מונחי שסתום נועדו לשמש לשופט מעין חומר בנייה שממנו יוכל לבנות את המגדל המשפטי, אף באין בידי 'לבנים' – הוראה חקוקה מפורשת, המורה לו כיצד לנהוג במקרה הקונקרטי. בין מונחי השסתום המצויים בהצעת החוק שלפנינו אנו מוצאים את ה'צדק', ה'הגינות', ה'סבירות', ה'ביטחון', ה'ודאות', 'תקנת הציבור', היעילות, ועוד. בחינה של פרקי עקרונות היסוד שבקודקסים האזרחיים של רבות ממדינות המערב מגלה שבהצעת החוק שבפנינו ישנם יותר מונחי שסתום מכפי המקובל בקודקסים אלה.<sup>51</sup>

למונחי השסתום יש ערך רב בפיתוח הדין ובהפיכת דבר החקיקה למשפט חי, שיש בכוחו לפתור בעיות שהזמן והמקום גרמן, והמחוקק לא נתן דעתו אליהן.<sup>52</sup>

<sup>45</sup> מאוטנר, קודקס, עמ' 241.

<sup>46</sup> על היבט זה ראו למשל, ברק-ארז, הקודקס, עמ' 413 ואילך.

<sup>47</sup> ראו בהרחבה, חנוך דגן "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת יתר ועל ריבוי סעדים", משפטים ל"ו (2);

<sup>48</sup> ראו, מנחם אלון: "אלה הן אמרות אגב... בטעות יסודן, ומן הראוי לסטות מהן" - ערעורים והרהורים בעקבות פרשיות בבלי ולב", בתוך: רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, רמות, אוניברסיטת תל-אביב (1998), עמ' 400-402.

<sup>49</sup> נבו ופרוקצ'יה, מהפך, עמ' 124

<sup>50</sup> שם, עמ' 130.

<sup>51</sup> ראו המסמכים הנ"ל בהערה 1.

<sup>52</sup> ראו: אהרון ברק, פרשנות במשפט, כרך א', עמ' 495.



יחד עם זאת, יש לזכור שהשימוש במונחי שסתום רבים כרוך בפגיעה בוודאות המשפטית.<sup>53</sup> יש הסוברים שיש בו גם פגיעה בעיקרון שלטון החוק, שהרי, ככל שמושגי החוק סתומים ועמומים יותר, כך מלאכת עיצובן של הנורמות הופכת למלאכתם של שופטים, ובסופו של יום, החוק הופך למילים ריקות מתוכן, שבית המשפט הוא שקובע את תוכן הממשי.<sup>54</sup>

## 5. השלכות אפשריות של חקיקה קודיפיקטיבית

להלן ייסקרו ההשלכות האפשריות של חקיקה קודיפיקטיבית, כפי שהועלו על ידי מלומדים בישראל, אשר ניתן לסווגן לשתי קבוצות: **השלכות מערכתיות**, הנוגעות למעמד של 'השחקנים' בזירה המשפטית או משנות את אופיו של ההליך השיפוטי או של מעשה החקיקה **ולהשלכות תוכן עקרוניות**, הנוגעות לתוכנו העקרוני של הדין האזרחי. מעבר לכך, ישנן **השלכות פרטניות** הנוגעות לתוצאותיו המעשיות של אימוץ הסדר כזה או אחר, השונה מן ההסדר הקיים כיום, אשר מטבע הדברים חורגות ממטרותיו של מסמך מבוא זה.

### 5.1. השלכות מערכתיות

#### מאזן הכוחות שבין הרשות השופטת לרשות המחוקקת

פרופ' ברק, שניהן כיו"ר הוועדה שהכינה את הצעת החוק במשך שנים רבות הצהיר אמנם ש"מטרת הקודקס אינה... לשנות את מערכת היחסים בין המחוקק לשופט או לבסס תרבות משפטית חדשה".<sup>55</sup>

ואולם, פרופ' דויטש, ששימש כחוקר של הוועדה, הביע את הדעה שתפיסה קודיפיקטיבית רואה בקודקס, לא רק הסדר שלם של הדין הקיים, אלא מקור עצמאי לפיתוחו של הדין.<sup>56</sup> בהתאם לתפיסה זו, סבר דויטש שעקב קבלת הצעת החוק, משקלו של החוק בעיצוב הדין יתרחב, בעוד שמשקלה של הפסיקה יצטמצם.<sup>57</sup>

לעומתו, פרופ' מאוטנר סבור, שאימוצה של הצעת החוק לא צפוי לשנות את אופייה של השיטה המשפטית, ובשל כך, "ימשיך חלק הארי של המשפט האזרחי שלנו להימצא בפסיקתו של בית המשפט, גם לאחר אימוצו של הקודקס".<sup>58</sup>

הערכתו של דויטש מבוססת על ההנחה, שאימוצה של הצעת החוק תהיה מלווה בשינוי של ממש של עקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית, הבא לידי ביטוי בתזוזה מסוימת מן השיטה האנגלו-אמריקאית הגורסת שעיקר פיתוחו של הדין מתבצע בבתי המשפט, אל עבר תפיסה קונטיננטלית הגורסת שעיקר פיתוחו של הדין הוא בבית המחוקקים.

<sup>53</sup> ראו: אהרון ברק, שם; **מנחם מאוטנר, קודקס**, עמ' 234. לעניין השפעת אימוצה של הצעת החוק על הוודאות המשפטית, ראו בהרחבה להלן בפרק הבא, בתת הפרק על הוודאות במשפט.

<sup>54</sup> ראו אהרון ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ב', עמ' 136, ובתשובתו לביקורת זו, שם, המתבססת על הטענות ש"הענקה מפורשת של שיקול דעת לאיש שלטון – בין שופט ובין איש מנהל – אין בה, כשלעצמה, משום פגיעה בשלטון החוק".

<sup>55</sup> אהרון ברק, "מבוא להצעת הקודקס האזרחי הישראלי" משפטים לו(2), i, בעמ' x (להלן: ברק, מבוא).

<sup>56</sup> **גרוסקופף, הצעת חוק**, עמ' 433. דברים אלו עומדים בסתירה לדברים שכתב הוגה רעיון הקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל, פרופ' אורי ידן, שכתב ש"החוק המרכזי והמשלב שאנו שואפים אליו כעת, לא יהווה את נקודת המוצא של הדין שבעתיד, ולא יבוא במקום מקורות הדין הקודמים", **ידין, הגשמת הקודיפיקציה**, עמ' 509.

<sup>57</sup> ראו מיגל דויטש, "על בשורת הקודיפיקציה וחלק הנכסים בקודקס" משפטים לו(2), 289, בעמ' 291, ובעמ' 306.

<sup>58</sup> **מאוטנר, קודקס**, עמ' 209.



## ודאות במשפט

על פניו אחת המטרות המרכזיות של הקודיפיקציה היא קידום הודאות המשפטית באמצעות חקיקת הקודקס כחטיבה אחת המבוססת על קוהרנטיות בין ההסדרים השונים הנכללים בו ושלמות ההסדר בכללותו. כלומר, יהיו מי שיטענו כי הקודקס יכול לשמש לצמצומה של אי הודאות (גם אם לא ביטולה המלא) ולקידום יעילות במשפט. כך, להבדיל ממצב בו הסדרים נקבעים בנפרד (ולעיתים באופן לא עקבי), ובכלל זה גם נקבעים באמצעות "יצירתיות פסיקתית" וכך יוצרים חוסר הרמוניה חקיקתית (בשל ריבוי מצבי החסר וחוסר ה"שלמות" של המשפט), הרי שהקודיפיקציה שואפת לשלמות ולהסדרים מובנים הממוינים במבנים נוחים שנקבעו כמקשה אחת.<sup>59</sup>

יחד עם זאת, יש הסוברים כי הקודיפיקציה אינה בהכרח מביאה לקוהרנטיות או משפרת את הודאות המשפטית והיעילות, שכן בכל מקרה משקל ההליך הקודיפיקטיבי "בטל בשישים" לעומת מספרם הגדול של גורמים אחרים הפועלים (בלאו הכי) כנגד קיומה של הודאות דוגמת ההתפתחות הרגילה של המשפט, פרשנות החוק ועוד.<sup>60</sup> כמו כן, יש הסוברים כי קודקס שאינו מסדיר את כל הסוגיות הרלוונטיות באותו תחום בו הוא עוסק ("לא שלם"), או כזה המסתמך על שימוש נרחב במושגי שסתום (כמו תום הלב, תכליות כלליות רחבות וכדומה) מקדם העדפה מכוונת של שימור מעמד בתי המשפט (ואף מחזק מעמד זה) על חשבון הודאות המשפטית; כך, קודקס שכזה עלול להוביל לפגיעה בודאות וביעילות בשל מתן אפשרות לפרשנות רחבה יותר מזו הקיימת כיום ועל פני תחומים משפטיים רבים יותר, בשל השימוש במנגנונים משפטיים מסוג זה.<sup>61</sup>

## הדינמיות של הדין האזרחי

לדברי פרופ' דויטש ששימש כחוקר הראשי של הוועדה שהכינה את הצעת החוק, "הקודקס הישראלי שואף להוות מקור משפטי יציב, שאינו נתון לשינויים תכופים",<sup>62</sup> ושאיפה זו הייתה, בין השאר, הסיבה לאי הכללתם של חוקים שונים שלפי אופיים הם "רגישים" לפרקטיקות מסחריות מזדמנות, המתחדשות בתדירות גבוהה.<sup>63</sup> יחד עם זאת, דויטש מדגיש שיציבות אין פירושה קיפאון. לדבריו יוסדרו נושאים "נקודתיים" מעת לעת, אבל "שינוי בגישות הערכיות... לא יתרחש לעיתים קרובות".<sup>64</sup>

פרופ' מאוטנר, שאף הוא היה חבר בוועדה שהכינה את הצעת החוק, חולק נמרצות על תפיסה זו. לדבריו, רק לגבי חוקה קיימת הנחה שתכניה אינם אמורים להשתנות מעת לעת בעקבות שינויי ערכים בחברה, אך "מפעל הכנתו של הקודקס אינו מפעל הכנתה של חוקה, ומעמדו במשפט הישראלי לא יהיה מעמד של חוקה",<sup>65</sup> ובשל כך, הפעלת הקודקס תהיה חייבת להיות מתוך זיקה לכל ההתפתחויות שיעברו על המשפט הישראלי בעתיד.

<sup>59</sup> מיגל דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי, בורסי התשס"ה-2005, עמ' 20-27.

<sup>60</sup> הערכה ביקורתית – הקדמה, עמ' 187-188; מאוטנר, קודקס, עמ' 233.

<sup>61</sup> גרוסקופף, הצעת, עמ' 449-452. ברק מדינה, "הפרק בדבר סיכול חוזה בהצעה לחוק דיני ממונות: פוליטיקה ומשפט בניסוח קוד אזרחי", משפטים לו, 453 (תשס"ז), עמ' 455-456.

<sup>62</sup> דויטש, על בשורת, עמ' 303.

<sup>63</sup> שם.

<sup>64</sup> שם, עמ' 304.

<sup>65</sup> מאוטנר, קודקס, עמ' 236-237.



## 5.2. השלכות תוכן עקרוניות

### מעמדו של המשפט העברי במדינת ישראל

בעבר, הביע השופט משה זילברג ז"ל את התקווה ש"מי יודע, אולי יום יבוא והמחוקק הישראלי יעלה הרצון מלפניו לערוך קודיפיקציה כתובה, ולהשתית אותה על יסודי המשפט הלאומי שלנו".<sup>66</sup>

ואולם בפועל לא שותף מומחה למשפט עברי בדיוני הוועדה שהכינה את הצעת החוק,<sup>67</sup> ורבים שותפים לדעה ש"הקודיפיקציה חוזרת ומדגימה את מעמדו הרעוע של המשפט העברי במשפט המדינה".<sup>68</sup>

לדעת ד"ר אביעד הכהן, אימוצה של הצעת החוק עלול אף להביא לפיחות נוסף במעמדו של המשפט העברי במדינת ישראל,<sup>69</sup> בשל התפיסה הקודיפיקטיבית הרואה את הקודקס כמקור עצמאי לפרשנות המשפט האזרחי,<sup>70</sup> ובשל ריבוי מונחי השסתום שבו, המוביל לתפיסה שהדין האזרחי ייחשב, מכאן ואילך, כדין שלם שאין בו חסר.<sup>71</sup> כתוצאה מכך, מעריך הכהן, שההוראה שבסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, שלפיה במקום בו הדין שותף יש לפנות אל "עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל", תהיה ל'אות מתה', לפחות בכל הנוגע לדין האזרחי.<sup>72</sup>

### ירידת הערכים ועליית הפורמאליזם?

פרופ' מנחם מאוטנר זיהה לפני כ-18 שנים את קיומו של תהליך של עליית 'ערכים' – פסיקה המבוססת על פרשנות השופט לערכיה של החברה והשיטה המשפטית, ומשוחררת במידה רבה מלשון החוק, לעומת ירידת ה'פורמאליזם' – תפיסת עולם שלפיה תפקיד השופט הוא לגלות את כוונת המחוקק ולפסוק בהתאם, גם אם הפסיקה מנוגדת לערכים אלו.<sup>73</sup>

ואולם, ממבנה הצעת החוק ומדברי ההסבר הנלווים אליה מסיק מאוטנר שההצעה תוביל לשינוי מגמה בפסיקות בית המשפט בישראל, לירידת התפיסה ה'ערכית' בפסיקה, ולעליית תפיסה 'פורמליסטית', שהייתה מקובלת בעיקר בגרמניה ובארה"ב במהלך המאה ה-19.<sup>74</sup>

פרופ' אהרון ברק, שכיהן כנשיא בית המשפט העליון ועמד בראש הוועדה שהכינה את הצעת החוק במשך שנים רבות התייחס להערכה זו כאל "חשש",<sup>75</sup> והביע תקווה שחשש זה יתבדה, משום ש"המדיניות

<sup>66</sup> ע"פ 17/59 יוסף מאור-מזרחי נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (3) 1882, בעמ' 1893-1894. וראו עוד בעניין זה במאמרו של פרופ' עמיחי רדזינר, "המשפט העברי איננו הלכה (ובכל זאת יש בו ערך), הרהורים בעקבות מאמרו של הרב ד"ר מיכאל אברהם (אקדמות טו)", אקדמות טו 1, בעמ' 26-27.

<sup>67</sup> ראו מיכאל יוגודה, הערות לטיטוס חוק דיני ממונות, התשע"א-2010 לאור המשפט העברי (סיון תשע"א, יוני 2011), עמ' 3 (המסמך הוצג בפני ועדת השרים לענייני חקיקה והוגש לוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת לקראת הדיונים בהצעת החוק ופורסם באתר הוועדה). וראו גם: ידידיה צ' שטרן, "צדק שלי, צדק שלך: פלורליזם משפטי בישראל" בתוך: **צדק שלי, צדק שלך: צדק בין תרבויות** (עורך: ידידיה צ' שטרן) 291, אחר הציון להערה 28 (בדפוס). המאמר פורסם באתר האינטרנט של המכון הישראלי לדמוקרטיה.

<sup>68</sup> **ברק-ארז, הקודקס**, עמ' 420.

<sup>69</sup> **הכהן, קודיפיקציה**, עמ' 1-2.

<sup>70</sup> ראו לעיל, ליד הציון להערה 56.

<sup>71</sup> "הסדר המתבסס על מושגי שסתום, כגון תום לב, צדק, מוסר, סבירות, תקנת הציבור והגינות, אינו הסדר שיש בו חסר" – תזכיר חוק דיני ממונות התשס"ו-2006.

<sup>72</sup> אמנם, יש להניח ששופטים העושים גם כיום שימוש רב במקורות המשפט העברי יעשו כן גם בעתיד, משום שיפרשו את מונחי השסתום כגון 'צדק', 'הגינות' 'סבירות', 'תקנת הציבור' בהתאם לתפיסת עולמם, המושפעת מן המשפט העברי. השאלה היא, כיצד ישפיע אימוצה של הצעת החוק על שופטים שתפיסת עולמם השיפוטית אינה מושפעת עמוקות מעקרונות המשפט העברי, אך ההפניה אל מקורות המשפט העברי עשויה לעודדם לפנות אל מקורות אלה.

<sup>73</sup> ראו מנחם מאוטנר, "עליית הערכים וירידת הפורמליזם" **עיוני משפט** יז, 503.

<sup>74</sup> **מאוטנר, קודקס**, עמ' 221.



הכללית אין פירושה תפיסה אחידה שאינה מתחשבת בייחוד של כל תחום ושל כל סוגיה",<sup>76</sup> ו"שאיפה לקוהרנטיות אין פירושה התעלמות מהערכים והעקרונות המייחדים כל תחום ותחום".<sup>77</sup>

### שילוב ערכי המשפט הציבורי במשפט הפרטי

השלכה אפשרית נוספת נוגעת לאפשרות שהקודקס ישמש להחדרת ערכים מהמשפט הציבורי לתוך המשפט הפרטי.

כך, יש הסוברים כי מאז ומתמיד עקרון "תקנת הציבור" איזן בין זכויות מתנגשות על פי מעמדן היחסי במערך החוקתי. בהיבט זה, המונח "תקנת הציבור" כמונח שסתום שימש כמעין צינור שבאמצעותו הוזרמו ותועלו ערכי משפט חוקתי לתוך המשפט הפרטי (יש הסוברים כי כיום הזכויות החוקתיות עצמן "מחלחות" למשפט הפרטי באמצעות מונחים אלה עצמם).<sup>78</sup> מעבר לכך, בחלק משיטות המשפט אשר בעלות מסורת של קודיפיקציה קיימת תפיסה פרשנית שבדרך-כלל אינה מעוגנת בקודקסים שלהן, הקובעת כי עקרונות היסוד החוקתיים של השיטה והחירויות הבסיסיות בעלי השפעה ישירה ועקיפה הן על היחסים שבין הפרט למדינה והן על היחסים שבין פרטים לבין עצמם.<sup>79</sup>

לאור זאת, יש לשים לב כי ערכים של המשפט הציבורי עשויים למצוא את דרכם אל המשפט הפרטי (ובצורה משמעותית יותר במקרים בהם תפיסות פרשניות מסוג זה מעוגנות בחקיקה עצמה), ובכך לשנות מהמצב הקיים כיום.

---

<sup>75</sup> ברק, מבוא עמ' x.

<sup>76</sup> ש.ם.

<sup>77</sup> ש.ם.

<sup>78</sup> א' ברק, פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית, עמ' 662.

<sup>79</sup> Javier Mijangos Gonzales, "The Doctrine of the Drittwirkung Der Grundrechte in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights", InDret, vol. 1, 2008. Eric Engle, "[Third Party Effect of Fundamental Rights \(Drittwirkung\)](#)", *Hanse Law Review*, Vol. 5, No. 2, 2009. Georg Sommererger, "The Horizontalization of Equality: The German Attempt to Promote Non-Discrimination in the Private Sphere via Legislation", & Ulrich Preuss, "The German Drittwirkung doctrine and its Socio-Political Background", in Andras Sajó and Renata Uitz, *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, (Eleven International Pub, 2005).

