

פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי "נוסח ישראל"

אהרן ברק*

א. החקיקה האזרחית כחקיקה קודיפיקטורית

קודקס מהו?

קודקס הוא דבר-חקיקה מקיף, המתאפיין בכמה תכונות יסודיות¹. עיקרן הן שלמות, רוחב יריעה, שיטתיות, הפשטה וחדשנות. זהו דבר-חקיקה המבקש לקבוע הסדר שבו תהא תשובה לכל שאלה. הקודקס אינו מבוסס, כמובן, על ההנחה כי לא ייתכן בו חסר (לאקונה): כל עוד פעולת החקיקה היא פעולת אנוש יהיו בה מקרים של חסר. שלמותו של הקודקס משמעה רצון להסדיר את מלוא היחסים המשפטיים בתחום נתון, מבלי להשאיר בו במכוון שטחים בלתי מוסדרים². התחום שבו מדובר אינו תחום צר אלא תחום רחב המשקף שטח חיים רחב היקף. הקודקס בנוי באופן שיטתי. יש בו ארגון של מבנה וסדר, מתוך ניסיון לנסח את דבר-החקיקה באופן מקיף, כך שהמעין בו יוכל למצוא את עיקרי ההסדרים. לשם כך הקודקס בנוי ברמה גבוהה למדי של הפשטה. בכך מוענקת לו גמישות ראויה, המאפשרת לו להתמודד עם שינויים כרקע החברתי. תכונה זו מושגת, בין השאר, על-ידי הריבוי בעקרונות ובמונחי שסתום³. לעתים מהווה הקודקס אך חזרה על הדין הקודם. לעתים נעשה

* נשיא בית המשפט העליון.

- 1 למהותו של קודקס, ראה ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג 5, 6 (1973); ידן, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", עיוני משפט ו 506 (תשל"ט); ראה גם Lobinger, "Codification", 2 *Encyclopedia of Social Sciences* 606, 609, 612 (1930); Bayitch, "Codification in Modern Times", *Civil Law in the Modern World* 161, 162 (1965); Stone, "A Primer on Codification", 29 *Tul. L. Rev.* 303 (1965); Sereni, "The Code and the Case Law", in B. Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 55, 58 (1956); Hawkland, "Uniform Commercial 'Code' Methodology", 1962 *U. Ill. L. F.* 291
- 2 ראה Vanderbilt, "The Reconciliation of the Civil Law and the Common Law", in B. Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 359 (1956)
- 3 ראה מאוטנר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה — לשאלת תורת-המשפט

בו ניסיון לקבוע הסדר השונה מהקיים⁴. הדין הקודם מתבטל ודבר-החקיקה החדש מהווה מעתה ואילך מקור לדין הקיים. לרוב יש בו מציגה בין דין חדש לבין דין ישן. תכונות אלה, המאפיינות את הקודקסים הידועים של אירופה ושל דרום אמריקה, אינן הכרח בל יעבור. תיתכן חקיקה קודיפיקטורית החסרה תכונה זו או אחרת; אולם האופי האוטוריטטיבי של הטקסט⁵ ביחס לדין שקדם לו, השיטתיות ורוחב היריעה הם ממאפייניו המרכזיים של כל קודקס.

האם החקיקה האזרחית בישראל מהווה קודקס?

כל עוד החוקים השונים, המהווים את החקיקה האזרחית החדשה, לא יאוחדו לספר חוקים אחיד, לא ניתן להשוותם במלואם לקודקס אזרחי במובנו הקונטיננטלי. עם זאת, יש בהם בכל אחד מהחוקים הנפרדים, מהתכונות המרכזיות של פרקים נפרדים בדבר-החקיקה קודיפיקטיבי⁶. עמד על כך פרופ' ידן⁷:

חוק הירושה, תשכ"ה-1965, מהווה 'ספר חוקים' ('קודקס' בלע"ז) מקיף, שיטתי וממצה של דיני-הירושה, ממש כמו ספרי החוקים שביבשת אירופה ובשאר ארצות ה-civil law, עם כל הנובע מזה

של החקיקה", משפטים יז (1987) 321; וכן, Tunc, "The Grand Outlines of the Code", in B. Schwartz (ed.), *The Code Napoleon and the Common Law World* 24, 42 (1956).

4 ראה טדסקי, "על הטכניקה בחקיקה הישראלית החדשה", מחקרים במשפט ארצנו 58, 62 (מהדורה שניה, תשי"ט).

5 ראה: Schlesinger, Bade, Damaska, Herzog, *Comparative Law* 287 (5th ed., 1988): "In each of the countries of the seminal codes, codification meant not only national unification, comprehensive revision, and intensive restructuring of the whole body of private law, criminal and procedural law, but also the enactment of a new and authoritative text. In order to accomplish all of these objectives of codification, it was imperative, in applying the codes, to treat their provisions as the exclusive source of binding authority, subject only to legislative amendment, and not to let the old law slink back under any pretense".

6 ראה ברק (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 7: "לא יכול להיות ספק בדבר, כי החקיקה האזרחית החדשה, אכן מקיימת מבחינה אובייקטיבית את התכונות העיקריות של קודיפיקציה. החקיקה האמורה מהווה נסיון לתת פתרון שלם, בדרך שיטתית, תוך שימוש בעקרונות כלליים לשטח חיים נרחב. יש בה מיפנה ושינוי דרך. מבחינה סובייקטיבית כל העוסקים בחקיקה זו חזרו והדגישו, כי כוונתה של חקיקה זו להיות 'קודקס' במובן הקונטיננטלי".

7 ראה ידן, "כיצד יפורש חוק השומרים", הפרקליט כד 493, 494 (תשכ"ה).

3] אהרן ברק: פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי "נוסח ישראל"

לענין דרכי הפירוש והאי־תלות משיטה משפטית חיצונית. והוא הדין בשאר חוקי הכנסת מאותו סוג, היינו החוקים היוצרים משפט ישראלי בדרך של קודיפיקציה, ולו גם שלבים שלבים... כל החוקים האלה אינם זקוקים, מעצם טבעם וטיבם, לבסיס משפטי חיצוני כל שהוא.

ובמקום אחר ציין פרופ' ידין⁸:

הם תוכנו, נוסחו ונתקבלו כמעשה חקיקה שכל אחד מהם מקיף את נושאו כולו ומהווה חוליה בקודקס ההולך ומתקדם בדרך של חקיקה בשלבים.

השקפה דומה הביע פרופ' ג' פרוקצ'יה⁹:

החוקים החדשים מיועדים להוות פרקים מתוך מערכת חוקים במשפט האזרחי הישראלי שלא באו לתקן או לשפר את הדין המקומי אלא להחליף שיטה משפטית ישנה וזרה וליצור תחתה מערכת ישראלית מקורית וחדשה... החוקים השונים שחוקקו בתחום המשפט האזרחי הישראלי, מיועדים, לפי כוונת המחוקק, להתאחד בספר חוקים ממצה ויש מקום לראות אותם כבר היום כפרקים של קודקס אזרחי ולא כחוקים בודדים ללא קשר אחד עם רעהו.

בדעה שונה מחזיק פרופ' פרידמן¹⁰. לדעתו, למונח "קודקס" יש משמעויות שונות, ועל כן ניתן לכנות את החקיקה האזרחית החדשה כ"קודקס". עם זאת, אין להסיק מכך מסקנות משפטיות מרחיקות לכת. לדעת פרידמן, אין לראות בחקיקה האזרחית החדשה משום קודקס "כמובן הקונטיננטלי". בהקשר זה מצביע פרידמן על העניינים הבאים: ראשית, "הליכי החקיקה הישראלית החדשה עומדים בסתירה גמורה למושג של קוד. חקיקה זו נעשית בשלבים, כל חוק נחקק בנפרד, מלאכת ההכנה לרבים מן החוקים נעשית על ידי ועדות בהרכב שונה והתהליך כולו נמשך למעלה מ-10 שנים. קוד במובן הקונטיננטלי, טבעי שינתן כחטיבה אחת"¹¹; שנית, "לחקיקה הישראלית אין אידיאולוגיה משלה, כפי שהיה, למשל, לקוד נפוליאון, וספק רב אם יש בה קבוצה של עקרונות מרכזיים, שניתן יהיה לומר כי הטביעו

8 ידין, "שוב על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט כו 190, 197 (תש"ל).

9 פרוקצ'יה, "עקרונות הפרשנות של הדין הישראלי וכמיתור של דיני החוזים לאור המשפט האנגלי", עיוני משפט ג 112, 118, 119 (1973).

10 ראה פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ה 463 (1976).

11 פרידמן (הערה 10 לעיל) עמ' 467.

בה את חותמם, או כי הם מאפיינים אותה... די בדברים אלה כדי לסתור מכל וכל את תיאוריית החקיקה הקודיפיקטיבית במובנה הקונטיננטלי¹²; שלישית, "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... חקיקה זו אינה עומדת בקריטריונים, שמונה פרופ' ברק עצמו לקודיפיקציה"¹³; רביעית, "המושג קוד עצמו, במובנו הקונטיננטלי, הוא זר לנו ואין כל רמז לכך שנקלט באמצעות חקיקה. מושג זה צמח באירופה על רקע היסטורי, שדבר אין לנו עמו, ואין לנו כל סיבה לאמץ אותו"¹⁴.

אופיה של החקיקה החדשה כקודקס: "קודקס אזרחי נוסח ישראל"

הצדק עם פרופ' פרידמן, כי החקיקה האזרחית שלנו לוקה בכמה חסרונות¹⁵. אין

12 פרידמן (הערה 10 לעיל) עמ' 169, 468.

13 פרידמן (עמ' 117 לעיל, הערה 10) עמ' 469.

14 פרידמן (עמ' 117 לעיל, הערה 10) עמ' 470.

15 עם זאת, חלק מהפגמים שפרופ' פרידמן מונה בחקיקה האזרחית שלנו ניתן למצוא גם בקודיפיקציה הקונטיננטלית. כך, למשל, פרופ' פרידמן מלין על החקיקה בשלבים של החקיקה האזרחית הישראלית ומציין כי "קוד במובן הקונטיננטלי טבעי שיינתן כחטיבה אחת". אכן, ה-B.G.B. הוחק כחטיבה אחת, ונכנס לתוקפו בתאריך נתון אחד (1.1.1900). קוד נפוליון הוחק פרקים פרקים אשר השתרעו על שלושים ושישה חוקים נפרדים (1804-1803). החוק מה-21 למרץ 1804 איחד החוקים הנפרדים לקודקס מלא: ראה Batiza, "Origins of Modern Codification of the Civil Law: The French Experience and Its Implications for Louisiana Law", 56 *Tul. L. Rev.* 477, 572 (1982). לעומת זאת, בהולנד החל תהליך מחודש של קודיפיקציה ב-1947, אשר בעקבותיו הוחקו חלקים אחדים של הקודקס. הראשון הוחק ב-1959, השני ב-1960, הרביעי ב-1969. התהליך טרם הסתיים בסוף שנות השמונים: ראה Hartkamp, "Civil Code Revision in the Netherlands: A Survey of its System and Contents, and Its Influence on Dutch Legal Practice", 35 *La. L. Rev.* 1059 (1975); תהליך דומה עברה קויבק, אשר חוקקה את הקוד האזרחי החדש שלה "פרקים פרקים": ראה Mac Donald, "Civil-Law-Quebec — New Draft Code in Preparation", 58 *Can. Bar Rev.* 185 (1980); L'Heureux-Dubé, "The Quebec Experience: Codification of Family Law and a Proposal for the Creation of a Family Court System", 44 *La. L. Rev.* 1575 (1984). הוא הדין באשר לתהליך הכנתו של קודקס אזרחי חדש בלואיזיאנה. חלקים אחדים של הקודקס החדש כבר חוקקו. אחרים טרם הושלמו. התהליך החל ב-1960: ראה Herman and Hoskins, "Perspectives on Code Structure: Historical Experience, Modern Formats, and Policy Considerations", 54 *Tul. L. Rev.* 987 (1980). דומה שאין טענה כי בשל שיטת חקיקת זו בשלבים, הקודקס החדש של הולנד, של קויבק ושל לואיזיאנה אינו "קונטיננטלי". ממשיך פרופ' פרידמן וקובע כי לחקיקה הישראלית אין אידיאולוגיה משלה, וספק אם יש בה קבוצה של עקרונות מרכזיים. על כך יש להשיב, כי קבוצה של

היא קודיפיקציה מלאה. פרופ' ידין כינה אותה "מעין קודיפיקציה" או "קודיפיקציה בשיעורים"¹⁶; היא הוחקה בשלבים. עמד על כך פרופ' ג' פרוקצ'יה, בציינו¹⁷:

דרך החקיקה בשלבים — יתרונות וחסרונות בצדה. היתרון הבולט הוא, שקל יותר לחוקק חוק מצומצם בהיקפו כמו חוק השליחות, חוק הערבות, חוק המחנה או אפילו חוק המכר, מאשר לחוקק קודקס אזרחי שלם, אף אם הוא מוגבל לדיני ממונות בלבד. נראה שגם השר היה בדעה שמלאכת החקיקה בצורה זו תוכל להתבצע ביתר מהירות. החסרון העיקרי של החקיקה בשלבים הוא בפיצולה. החוקים המיוחדים הדנים במוסדות השונים של המשפט האזרחי, אינם יכולים, מעצם טבעם, להיות מושלמים: השלמות הממצה ניתנת להשגה רק במסגרת החקיקה הכוללת של המשפט האזרחי או לפחות בזו של המשפט האזרחי בדיני הממונות... בחירת המחוקק בחקיקה בשלבים והתחלת המלאכה בחוקים מיוחדים שאינם כוללים דינים כלליים, חייבות לעורר בעיות פרשנות נכבדות בכל מקרה שבו נדונה סוגייה, שמקומה בדינים הכלליים של החיובים.

עם זאת, אין להתייחס אל החוקים האזרחיים החדשים כאל רשימה של חוקים "רגילים". יש ייחוד בחקיקה זו, כפי שתוכננה מראש וכפי שבוצעה בדיעבד. ייחוד זה הוא המצדיק ליתן לה את הביטוי "קודקס". ייחוד זה מתבטא בשניים: ראשית, כל חוק נועד להקיף את התחום שבו הוא דן. הוא אינו מהווה אך תיקון, שיפור, שינוי או תוספת למצב משפטי נתון. כל חוק בא לבטל את הדין הקודם — בין החוק ובין ההלכתי — ולהעמיד תחתיו דין חדש. אפילו אין חידוש רב בתוכו, יש חידוש בעצם הרעיון לפתוח דף חקיקתי חדש, אשר יהווה את המקור החקיקתי לסוגיה נדונה. אכן, כל סוגיה וסוגיה — שליחות, מכר, שומרים, ערבות, המחאה, כשרות, מיטלטלין ומקרקעין — נבחנה בקפידה, נקבעו מגמותיה ונעשה ניסיון

עקרונות מרכזיים קיימת גם קיימת: ראה עמ' 133 להלן. זאת ועוד: "אידיאולוגיה משלה" אינה תנאי הכרחי לקודיפיקציה. לא פעם פונה קודקס "קונטיננטלי" למקורות שונים ורבים, מבלי להגשים בכך אידיאולוגיה משלו. דוגמא לכך הוא הקודקס היווני מ-1946, שהושפע מהקודקסים של גרמניה, שווייץ וצרפת: ראה Zepos, "The Historical and Comparative Background of the Greek Civil Code", 3 *Inter-American L. Rev.* 285 (1961). לבסוף, היעדרה של "שיטה משפטית אחידה" אינה פוגעת באופיו הקודיפיקטורי של דבר-חקיקה. בצדק ציינו שלזינגר, באדה, דמסקה והרצוג (עמ' 116 לעיל, הערה 5) עמ' 546 כי: "The draftsmen of a code often prefer not to follow a single pattern but to skim what they consider the best features from all existing codes"

16 ידין (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 507.

17 ג' פרוקצ'יה, "חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת", עיוני משפט א' 41, 42 (1971).

מודע ליתן פתרון מקיף, שיטתי ושלם בתחום רחב של יחסים בינאישיים, מבלי להשאיר דינים רלבנטיים "בחוץ". שנית, המגמה מלכתחילה היתה – וכל חוק חדש השתלב במסגרת מגמה זו – כי החוקים כולם ישחלבו זה בזה, ישלימו זה את זה, וימלאו פונקציות שונות במפעל חקיקה כולל של משפט אזרחי. עמד על כך פרופ' ידן, בציינו¹⁸:

אני רואה בחוקים על שליחות, ערבות ומשכון, מכר ומתנה, שכירות ושאלה, מקרקעין, מיטלטלין ושומרים, לא חוקים בודדים ונפרדים, אלא רצף חקיקתי. כל סדרת החוקים האלה – והדבר נכון אולי עוד יותר לגבי החוקים הבסיסיים, דהיינו חוק התרופות בשל הפרת חוזה וחוק החוזים (חלק כללי) – תוכננו ונוסחו, בכל שלבי החקיקה, במבט אל קודיפיקציה שתקיף, בבוא העת, את כולם יחד. יתר על כן, כל אחד מהם מהווה בעיני קודיפיקציה בזעיר אנפין בנושא אותו חוק.

לא מקרה הוא שאין בחוק המתנה, תשכ"ח-1968 הוראות באשר לטעות בעשיית מתנה, שכן התפישה הינה כי מתנה היא חוזה, ודיני הטעות ימצאו את מקומם בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. ההתחייבות למתנה היא חיוב, ועל כן המחאתו אינה קבועה בחוק המתנה אלא בחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969. חוק המכר, תשכ"ח-1968 אינו כולל הוראות מקיפות בדבר סעדים על הפרת חוזה מכר, שכן אלה קבועים בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970. תפקידו של כל חוק במפעל החקיקתי כולו נקבע לעתים מראש. לעתים, תפקידו מתבקש בדיעבד. אין בכך כדי לפגום במהותו הקודיפיקטורית של המפעל, אם כי יש בכך כדי להשפיע על טיבו. אכן, אפיון החקיקה האזרחית כקודקס לא נועד לצרכים טרמינולוגיים גרידא. הוא בא להצביע על מבנה חקיקתי אשר ממנו מתבקשות מסקנות באשר לפרשנות, השלמת חסר ופיתוח המשפט. עם זאת, תוצאות משפטיות אלה נובעות ממהות ההסדרים, ולא מכינויים. ניתן איפוא לדבר על "קודקס אזרחי נוסח ישראל", השונה מהקודקס הקונטיננטלי. לקודקס הישראלי תכונות משלו, הנובעות מדרכי חקיקתו, ממבנהו ומתוכן הסדריו, ואלה משפיעים על פירושו, על השלמת חסר בו ועל ופיתוחו.

18 ידן (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 506.

ב. פרשנות הקודקס האזרחי "נוסח ישראל"

פרשנות תכליתית

החקיקה האזרחית החדשה – "הקודקס האזרחי נוסח ישראל" – מתפרשת על-פי השיטה הפרשנית התכליתית. ביסוד הפרשנות התכליתית עומדת התפישה, כי לשונו של הטקסט צריכה להתפרש על-פי תכליתה של הנורמה הכלואה בו. מתוך מגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט יש לשלוף אותה משמעות משפטית אשר מגשימה את התכלית המונחת ביסודה¹⁹. תכלית הוא מושג נורמטיבי. זוהי קונסטרוקציה משפטית. היא אינה שקולה כנגד כוונה (היסטורית, פסיכולוגית) של המחוקקים. התכלית משקפת את הערכים, המטרות, האינטרסים וההסדרים אשר הנורמה נועדה להגשים. על התכלית לומד הפרשן מהכוונה ההיסטורית של המחוקק (תכלית סובייקטיבית) ומתכליתו האובייקטיבית. מקום שתכליות אלה אינן מובילות לכיוון אחד, נקבעת התכלית – כקונסטרוקציה משפטית – על-פי כללי "ברירת דין" הקובעים את העדיפות של תכליות אלו או אחרות. מקום שכללי ברירת דין אינם קיימים, נקבעת התכלית על-פי שיקול דעתו של השופט-הפרשן. זוהי פרשנות פונקציונלית, המבקשת למצוא את הטעם (הרציונלה) שמאחורי הוראתו של הקודקס, וליתן להוראה המפרשת אותו מובן המגשים את טעמה²⁰. וייט (White) וסומרס (Summers) – אשר פירשו את הוראותיו של ה־Uniform Commercial Code האמריקני²¹ – ציינו, כי פרשנות זו היא התואמת את אופיו של הקודקס המסחרי האמריקני²². כותבים המחברים²³:

In our view, there is a general approach to issues of interpretation and construction that is more appropriate than any other. In essence, judges and lawyers should interpret and construe Code words,

19 על הפרשנות התכליתית, ראה ברק, פרשנות במשפט 319 (כרך א, 1992); ברק, פרשנות במשפט 199 (כרך ב, 1993); ברק פרשנות במשפט (כרך ג, 1994).

20 ראה Mc Donnell, "Purposive Interpretation of the Uniform Commercial Code: Some Implications for Jurisprudence", 126 *U. Pa. L. Rev.* 795 (1978); Herman, "Legislative Management of History: Notes on the Philosophical Foundations of the Civil Code", 53 *Tul. L. Rev.* 380, 394 (1979).

21 ראה J. White and R. Summers, *Uniform Commercial Code* 18 (3rd ed., 1988).

22 על אופיו של ה־Uniform Commercial Code (UCC) כדבר חקיקה קודיפיקטיבי, ראה .Hawkland, "Uniform Commercial 'Code' Methodology", 1962 *U. Ill. L. F.* 291.

23 וייט וסומרס (הערה 21 לעיל) עמ' 18.

phrases, and section in light of their rationals. We will call this a 'rationale-oriented' approach.

אין לו, לקודקס האזרחי נוסח ישראל, כללי פרשנות משלו²⁴, ואף הוראותיו אינן קובעות כללי פרשנות²⁵ (כפי שקובעים אחרים מהקודקסים הקונטיננטליים²⁶ והאנגלו-אמריקניים²⁷). כללי הפרשנות החלים על פירוש הקודקס האזרחי הם כללי הפרשנות הרגילים, והם כללי הפרשנות התכליתית, אשר הפסיקה יצרה ומפעילה.

24 באחת הרשימות צידדתי בגישה כי הקודקס האזרחי שלנו יכול עקרונות פרשנות: ראה ברק (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 23: "נראה לנו, כי רעיון זה יש בו מן החיוב. הוא יבטיח כמידת מה אחידות בגישה הפרשנית, ויניח את דעתם של אלה משופטינו, החוששים מפני הינתקות מכללי הפרשנות האנגליים, שכן לדעתם עשוי להיווצר אז חלל ריק פרשני. הוראה כללית בענין שיטת הפרשנות עשויה לסייע במילוי חלל זה". הוספתי, כי "בהזדמנות זו ניתן יהיה לחשוב על ביטולה של פקודת הפרשנות [נוסח חדש]". לרעיון זה התנגד פרופ' ירון: דעתו היתה כי עדיף הוא להשאיר בכלל שאלות של פרשנות מחוץ לחוק החרות; הוא לא ראה בהן חומר שעל בתי המשפט לענות בו ושאינו 'חקיק' (על משקל 'שפיט'). הוא היה סבור כי הוראה בדבר פרשנות אינה "חקיקה". הניסיון מלמד כי הוראות כאלה מצויות לרוב: ראה הערות 26 ו-27 להלן. שאלה אחרת הינה, אם הוראות אלה רצויות הן. בעניין זה, דומה שהדין עם ירון.

25 ברומה לקודקס האזרחי הגרמני (ה-B.G.B.) והקודקס האזרחי הצרפתי (הקוד נפוליון). קוד נפוליון כולל כללים לפירוש חוזים. הועלתה הטענה כי היעדר כללים לפירוש חוקים בקוד נפוליון מהווה חסר המאפשר השלמתו בדרך של היקש מפרשנות החוזה. אין לקבל גישה זו.

26 סעיף 32 לקודקס האזרחי של פאנאמה מ-1903; סעיף 10 לקודקס האזרחי של הפיליפינים מ-1949; סעיף 12 לקודקס האזרחי האיטלקי; סעיף 6 לקודקס האזרחי האוסטרי.

27 ראה למשל סעיף 1-102 ל-UCC האמריקני הקובע:

"(1) This Act shall be liberally construed and applied to promote its underlying purposes and policies.

(2) Underlying purposes and policies of the Act are

(a) to simplify, clarify and modernize the law governing commercial transactions;

(b) to permit the continued expansion of commercial practices through custom, usage and agreement of the parties;

(c) to make uniform the law among the various jurisdictions".

ראה גם סעיף 4 לקודקס האזרחי של מדינת קליפורניה שבארצות הברית, הקובע: "The rule of the Common Law, that statutes in derogation thereof are to be strictly construed, has no application to this code. The code establishes the law of this state respecting the subjects to which it relates, and its provisions are to be liberally construed with a view to effect its object and to promote justice."

ייחודו של הקודקס והכללים לפרשנותו

קודקס אזרחי הוא חוק (במובן הפורמלי), אולם אין הוא אך חוק ארוך וסבוך: הוא חוק מיוחד במינו²⁸. הוא נועד כפי שראינו, מטבע ברייתו, להוות דין מחייב לתקופה ארוכה, תוך שינויים מועטים בלבד²⁹. לשם כך הוא נזקק לניסוחים מופשטים, המבוססים על עקרונות ועל אמות מידה³⁰. קיים דמיון מסוים בין קודקס אזרחי לבין חוקה או חוקי יסוד. שניהם קובעים הסדרי יסוד של החברה; שניהם נועדו לחול לדורות, תוך הבטחת יציבות וגמישות; שניהם קובעים עקרונות יסוד המתמלאים בתוכן המשתנה במשך השנים. האין בדמיון זה כדי להצביע על הצורך בתפישה פרשנית מיוחדת בפרשנות הקודקס האזרחי? האם אין ייחוד זה מחייב כללי פרשנות מיוחדים? האם נפרש את הקודקס האזרחי שלנו באופן שבו אנו מפרשים את פקודת החברות (נוסח חדש) שלנו³¹? תשובתה של השיטה הפרשנית התכליתית היא ברורה: כל החוקים כולם – ובעצם, כל הנורמות המשפטיות כולן – מתפרשים על-פי אותה שיטה עצמה, והיא השיטה הפרשנית התכליתית. במסגרת שיטה זו ניתן להדגיש את ההיבטים המיוחדים לדבר-החקיקה המתפרש. ההיבט המיוחד של הקודקס האזרחי הוא כפול: ראשית, הוא בעל אופי אינטגרטיבי, המאחד בחובו הסדרים נורמטיביים אזרחיים שונים, הממלאים תפקידים שונים במשפטי האזרחי, והצריכים להשתלב במבנה המשפטי הכללי, ולערכי היסוד של השיטה כולה. שנית, הוא בעל אופי מופשט שלם ושיטתי, אשר נועד לגבש הסדרים השואפים למתן תשובה לכל בעיה, אשר מחד גיסא יוכלו לעמוד לאורך זמן, ומאידך גיסא יוכלו ליתן ביטוי לצורכי החיים המשתנים. הפרשנות התכליתית צריכה ליתן ביטוי להיבט מיוחד זה של הקודקס האזרחי. הלכה למעשה, דבר זה מתבצע באמצעות המושגיות הנורמטיבית של "תכלית החקיקה" אשר במסגרתה ניתן ביטוי לאופיו המיוחד של הקודקס האזרחי.

28 ראה עמ' 115 לעיל.

29 החוקים "הרגילים" בצרפת שונו לעתים קרובות, ואילו הקודקס האזרחי עומד בתוקפו מאז 1804. הוא-הדין בגרמניה, אשר עברה תהפוכות רבות, וכל אותה עת שמר הקודקס האזרחי, אשר נכנס לתוקפו ב-1900, על חיתור.

30 ראה מאוטנר (עמ' 115 לעיל, הערה 3). ראה גם הרמן (עמ' 121 לעיל, הערה 20) עמ' 393: "The civil code, like a human body, has mechanisms to maintain its equilibrium over time. If I have fairly characterized it as a human projection upon history, we should find provisions in the code that will give it longevity".

31 ראה ספר אורי ידן 293 (כרך א, תש"ז): "מן המפורסמות הוא שכללי הפרשנות של חוק קודיפיקטיבי שונים שוני רב מכללי הפרשנות של חוק מן הטיפוס האנגלי המסורתי, כמו חוק החברות האנגלי או פקודת החברות המקומית".

פרשנות ליברלית

מקובל לומר כי הקודקס האזרחי צריך להתפרש באופן ליברלי. ביטוי לכך נתנו פרידמן וכהן³²:

לחקיקה הישראלית יש ליתן פירוש ליברלי, ויש להימנע מפרשנות מילולית מצמצמת דוגמת זו המקובלת באנגליה. מה גם שיש מקום להרחיב, במקרה המתאים, את תחולת ההוראה באמצעות אנאלוגיה.

אכן, יש להימנע מפרשנות מילולית³³. את לשון הקודקס יש לפרש על-פי תכליתו, ועל התכלית יש לעמוד מהנתונים המצויים בלשונו ומחוצה לה. אין להגביל את הפרשנות אך למשמעות הטבעית והרגילה של הלשון. עד כמה שפרשנות ליברלית משמעותה פרשנות שאינה מילולית, יש ליתן לקודקס האזרחי פרשנות ליברלית. הוא-הדין אם פרשנות ליברלית משמעותה פרשנות שאינה מצמצמת או דווקנית: לקודקס האזרחי אין ליתן תמיד פירוש מצמצם או דווקני. מבחינה זו מותר אף לומר, כי לעתים יש לתת לקודקס פירוש מרחיב³⁴. מעבר לאלה, קשה לדעת מה טמון בביטוי "ליברלי". אין לומר כי תמיד יש ליתן לקודקס האזרחי פירוש מרחיב, שכן פירוש מרחיב להוראה פלונית של הקודקס עשוי לגרור אחריו פירוש מצמצם להוראה אלמונית של הקודקס³⁵. אכן, לכשעצמי אני מעדיף להתרחק מביטויים כמו "מרחיב", "מצמצם", "ליברלי" ו-"שמרני", אשר יותר משיש בהם אמת מידה פרשנית, יש בהם תיאור של התוצאה שנתקבלה על-ידי שימוש באמות מידה פרשניות.

ג. פרשנות "מתוכו של החוק גופו"

פרשנות "מתוכו של החוק גופו" אינה שיטה פרשנית עצמאית

בשורה ארוכה של פסקי דין אשר פירשו את החקיקה האזרחית החדשה, הביע בית המשפט העליון את הדעה כי את החקיקה האזרחית יש לפרש "מתוכה היא". את הביטוי החריף ביותר לגישה זו נתן מ"מ הנשיא, השופט זילברג, באחת הפרשות

32 פרידמן וכהן, חוזים 132 (כרך א, 1991).

33 לפרשנות המילולית, ראה ברק, פרשנות במשפט 327 (כרך א, 1992).

34 ראה ברק (הערה 33 לעיל) עמ' 131.

35 ראה ברק (הערה 33 לעיל) עמ' 131.

הראשונות שבהן נתבקש בית המשפט העליון לפרש חוק ישראלי אזרחי חדש, המשתיך לקודקס האזרחי נוסח ישראל³⁶. ואלה דבריו של השופט זילברג³⁷:

מוכרחים אנו לפתור את השאלה הנ"ל מתוכו של החוק גופו וליחס אותה, בצמצום או ברווח, לתוך לשונו של החוק.

מאז פרשה זו חזרו שופטים וצינינו כי דבר-חקיקה ישראלי מקורי יש לפרש "מתוך עצמו"³⁸, "מתוכו הוא עצמו"³⁹, "מתוכה"⁴⁰, "מתוכו הוא"⁴¹ או "בלשונו של החוק עצמו"⁴². קביעה זו היא ראויה וטובה; אך יש להבין את מהותה. אין היא קובעת כלל פרשנות עצמאי שלפיו יש לפרש את החקיקה האזרחית שלנו, ואין היא קובעת שיטת פרשנות מיוחדת, השונה מהפרשנות התכליתית החלה בפרשנותם של כלל דברי-החקיקה בישראל. היא מהווה אך היכט אחד של השיטה הפרשנית הראויה לחקיקה האזרחית החדשה, היא השיטה הפרשנית התכליתית.

פרשנות "מתוכו של החוק גופו" מהי?

העיקרון הפרשני, שלפיו יש לפרש חקיקה אזרחית "מתוכו של החוק גופו", קובע כי משמעותו של דבר-חקיקה אזרחי ישראלי מקורי תיקבע על-פי תכליתו של דבר-החקיקה, ולא על-פי המשמעות שניתנה להוראות דומות כדין הישן או כשיטת

- 36 ע"א 83/68 עזבון המנוח פינקלשטיין נ' פינקלשטיין, פ"ד כב(1) 618.
- 37 ע"א 83/68 (הערה 36 לעיל) עמ' 619.
- 38 ע"א 645/69 רוסו נ' רוסו, פ"ד כד(1) 657, 660 (השופט יצחק כהן). ראה גם ע"א 717/71 נבוה ניקולא נ' האפרטורפוס לנכסי נפקדים, פ"ד כז(1) 682, 686: "מגמת המחוקק בחוק הירושה היתה, שאותו חוק יפורש בראש ובראשונה מתוך עצמו" (השופט יצחק כהן).
- 39 ע"א 716/72 רוזנשטיין נ' חברה א"י לאוטומובילים בע"מ, פ"ד כז(2) 709, 713: "אנו עוסקים בחוק ישראלי מקורי, שאינו לקוח מן החוק האנגלי, אינו מבוסס עליו ואינו עשוי במתכונתו, ועלינו לפרשו מתוכו הוא עצמו" (השופט ברנזון); ראה גם ע"א 846/75 עוניסון נ' דויטש, פ"ד ל(2) 398, 404: "פרשנותו של חוק מקורי של הכנסת, השונה במתכונתו ובתכנו בהרבה דברים מן הקיים באנגליה וממה שהיה קיים אצלנו לפניו, צריכה לבוא מתוכו הוא" (השופט ברנזון).
- 40 ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 241: "את החקיקה המקורית של מדינתנו שומה עלינו לפרש, ככל האפשר מתוכה" (השופט אשר).
- 41 ע"א 292/77 מרגיא נ' גובראן, פ"ד לג(2) 34, 36: "את החוק יש לפרש מתוכו הוא" (השופטת בן-פורת); ע"א 1/89 נתן נ' סטרוד, פ"ד מד(1) 661, 667 (השופטת בן-פורת).
- 42 ראה ע"א 352/74 דנקנר בע"מ נ' פסט את מטרני, פ"ד לו(2) 796, 801: "כלל פרשני ידוע הוא שבבואנו לפרש חוק חרות עלינו לחפש את התשובה לשאלה המתעוררת קודם כל בלשונו של החוק עצמו, ואם לשון זו ברורה די הצורך, אין כל צורך לחפש מקורות פרשניים אחרים. כלל זה בוודאי צריך להנחותנו כשעלינו לפרש את חוק המשכון שהוא חוק ישראלי מקורי אשר בחר בפתרונות משיטות משפט שונות, ולא דוקא מהמשפט האנגלי" (השופט יצחק כהן).

המשפט הזרה שממנה הושפעה ההוראה הישראלית. עמד על כך השופט יצחק כהן, בצינון⁴³:

בא כוח המערער ליקט בשקידה אסמכתאות שונות בדבר פירוש המונח "מגורים" (residence). אין אני סבור שאסמכתאות אלו הן לענין הפועל "לגור" לא הוגדר בחוק הירושה ונראה לי, שיש לפרש הוראת סעיף 115 בלשון בני-אדם. לפי סעיף 150 לחוק הירושה לא חל בעניני ירושה סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922, ובכך נותק הקשר בין דבר חקיקה זה ובין המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים. לסעיף 150 הנ"ל כותרת שוליים 'עצמאות החוק' וכוונת המחוקק היתה, שהחוק יפורש מתוך עצמו, מבלי צורך להיזקק למקורות חיצוניים.

על גישה דומה חזר השופט ברנזון⁴⁴:

לגבי ההסתייעות כאן בפסיקה אנגלית, ברצוני להקדים ולאמר שאינני שולל אותה מכל וכל אבל עלינו להבהיר לעצמנו את משמעותה האמיתית ולשמור על גבולותיה הנכונים. לאחר שסעיף 24 לחוק התרופות קבע במפורש שסימן 46 לדבר המלך במועצתו לא יחול על העניינים שהחוק דן בהם, אנו משוחררים מן החובה להחיל את הכללים של המשפט האנגלי על התרופות הנדונות בו, אפילו נוצר חלל במצב שלנו בנושא פלוני. יתר על כן, סבורני שגם בלי ההוראה המפורשת שבסעיף 24 יכלנו לאמר שפרשנותו של חוק מקורי של הכנסת, השונה בתכונותיו ובתכנו בהרבה דברים מן הקיים באנגליה וממה שהיה קיים אצלנו לפניו, צריכה לבוא מתוכו הוא, ואין אנו צריכים להיזקק לפסיקה חיצונית על-מנת לפרש את חוק, או ניבים ומילים שבו, ובכלל להיזקק למשפט זר ביחס אליו.

ודוק: הכלל הפרשני בדבר פרשנות "מתוכו של החוק גופו" אינו קובע כי כל בעיה משפטית חייבת למצוא תשובה בחוק גופו. דבריו של מ"מ הנשיא, השופט זילברג, לפיהם "מוכרחים אנו לפתור את השאלה הנ"ל מתוכו של החוק גופו ולדחוס אותה, בצמצום או ברווח, לתוך לשונו של החוק"⁴⁵, עשויים להטעות. אין לפרשם כאילו לא ייתכן חסר (לאקונה) בחוק, וכל בעיה צריכה למצוא את פתרונה "בצמצום או ברווח" אך מתוך לשון החוק. השופט זילברג עסק בפירושו של

43 ע"א 645/69 רוסו נ' רוסו, פ"ד כד(1) 657, 660.

44 ע"א 846/75 עוניסון נ' דויטש, פ"ד ל(2) 398, 404.

45 ע"א 83/68 (עמ' 125 לעיל, הערה 36) עמ' 619.

חוק הירושה, ולא בהשלמת חסר בו. הוא עמד במפורש על כך שאין חסר בבעיה הטעונה הכרעה הניצבת בפניו, ויש לפתרה באמצעות פרשנותו של חוק הירושה⁴⁶. כמוכן, אם השופט מגיע למסקנה, כי בפתרונה של בעיה משפטית קיים חסר בדברי-חקיקה, אין מקום "לדחוס אותה, בצמצום או ברווח, לתוך לשונו של חוק": קביעת קיומו של חסר מניחה שלשונו של דברי-החקיקה אינה משתרעת על העניין, וממילא אין כל אפשרות "לדחוס אותה" ללשונו של החוק. זאת ועוד: הקביעה כי דברי-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 הטעונות 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 למנוע פנייה לשיטת משפט זרה אשר השפיעה על תוכן החקיקה האזרחית לצורכי השראה פרשנית. פנייה כזו מותרת היא וראויה. עמד על כך השופט ברנזון בהמשך לדבריו המצוטטים⁴⁷, בקובעו⁴⁸:

יחד עם זאת, גם לגבי חוק כזה, עם או בלי סעיף 24 שבו, וכמו לגבי כל עניין אחר, אנו רשאים לשאוב השראה והנחיה מן הפסיקה והפרקטיקה של כל שיטת משפט של ארץ תרבותית אחרת שהנושא הנדון מוסדר בה בצורה דומה. בייחוד רשאים אנו לשאוב מן הפסיקה והפרקטיקה של ארצות המשפט האנגלו-סקסי, שיסודות המשפט שלהן דומים לאלה שלנו.

46 ראה ע"א 83/68 (עמ' 125 לעיל, הערה 36) עמ' 619. השופט זילברג מציין כי "אינני סבור שהמקרים שהובאו לעיל הם בגדר casus omissus, ואין להניח שהמחוקק כלל לא העלה על דעתו את קיומם של מקרים כאלה". לעומת זאת, ציין השופט לגדוי באותה פרשה (בעמ' 622) כי "חוששני שאבות הסעיף 11(א) של חוק הירושה, כפי שיצא לבסוף מלפני הכנסת, לא נתנו כלל את דעתם על המקרה המצוי בו נשארים יורשים שאינם כולם בעלי אותה הדרגה מבין הדרגות השונות הניגזרות בסעיפים הקטנים של הסעיף... הפתרון... אמנם אינו הולם במדויק את לשון הרישא של הסעיף... אבל גם לי נראה כי בכך אנו מגשימים את כוונת המחוקק, לאמור ההגיון מחייב כי כך הוא היה משיב אילו היה שואל את עצמו את השאלה הזאת".

47 הערה 44 לעיל.

48 ע"א 846/75 (עמ' 125 לעיל, הערה 44) עמ' 404.

ברוח דומה קבע השופט יצחק כהן⁴⁹:

כידוע, יזמת המחוקק בחוק הירושה היתה, שאותו חוק יפורש בראש ובראשונה מתוך עצמו, אך אין בכך כדי לשלול את האפשרות שבית-המשפט יסתייע במקורות אחרים בתור הנחיה לפתרון בעיות שאין להן תשובה ברורה בחוק עצמו.

ולאחר בדיקת לשון החוק, השופט כהן בוחן את המשפט העברי, האנגלי והאמריקני. אכן, הקביעה כי החוק יפורש "מתוכו הוא" לא באה לבודד את שיטתנו המשפטית מכל השראה חיצונית. כל מטרתה לא באה אלא לקבוע כי השראה חיצונית – שהיא לגיטימית ואף טובה וראויה – אינה בעלת אופי מחייב. מעבר לכך: התפישה כי חוק אזרחי חדש יפורש "מתוכו של החוק גופו" לא באה לשלול את מעמדם של תקדימים ישראליים או את מעמדה של הספרות המשפטית הישראלית, המסייעת להבנתם של החוקים. עמד על כך השופט יצחק כהן, בהדגישו – בהמשך דבריו שהובא⁵⁰ – כי⁵¹:

אין כמובן מניעה להיעזר בפירוש חוק זה בתקדימים או דברי מלומדים, אך בראש ובראשונה יש לפתור את הבעיות לפי הוראות החוק עצמו.

לבסוף, הקביעה כי החוק יפורש "מתוכו הוא" לא באה להצביע על שיטה פרשנית מילולית הנצמדת ללשון החוק כמקור יחיד לפרשנותו (הסובייקטיבית או האובייקטיבית). פרשנות "מתוכו של החוק עצמו", עניינה אך פרשנות עצמאית שאינה נכנעת לתכתיביה של שיטת משפט זרה, זאת ותו לא. כפי שראינו, הסמנטיקה, שלפיה "מוכרחים אנו לפתור את השאלה הנ"ל מתוכו של החוק גופו, ולדחוס אותה, בצמצום או ברווח, לתוך לשונו של החוק"⁵², עשויה להטעות. איננו מוכרחים לפתור כל בעיה משפטית מתוכו של החוק גופו. יש בעיות משפטיות שלגביהן קיים חסר בחוק גופו, ופתרון ימצא בדין משלים, ולא בדרך של החיסה לתוך לשון החוק. אף בעיות שפתרון ימצא בחוק גופו אינן נפתרות רק על-ידי העיין בלשונו של החוק בלבד: יש לעיין בכלל השיטה המשפטית; יש ללמוד מתלמודם של מלומדים; ויש מקום לקבל השראה פרשנית משיטות זרות.

49 ע"א 717/71 (עמ' 125 לעיל, הערה 38) עמ' 686.

50 ראה ע"א 645/69 (עמ' 126 לעיל, הערה 43) עמ' 660.

51 ע"א 645/69 (עמ' 126 לעיל, הערה 43) עמ' 660.

52 ע"א 83/68 (עמ' 125 לעיל, הערה 36) עמ' 619.

פרשנות "מתוכו של החוק גופו", הוראות בדבר "עצמאות החוק" וחוק יסודות המשפט

בכמה פסקי דין⁵³ כרכו שופטים את הפרשנות "מתוכו של החוק גופו" עם ההוראות בדבר עצמאות החוק, אשר נקבעו בחמשה חוקים של החקיקה האזרחית החדשה⁵⁴. נראה לי, כי כריכה זו אינה במקומה. ההוראות בדבר "עצמאות החוק" עסקו בהשלמת חסר ולא בפרשנות. הן קבעו כי בחוקים שבהם הן מצויות, אין תחולה להוראת סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922. סימן זה קבע כי המשפט המקובל ועקרונות היושר האנגליים מהווים מקור המשלים חסר בחקיקה המקומית; הוא לא קבע כי חקיקה מקומית תתפרש באותו אופן שבו חקיקה אנגלית מתפרשת. על כן, ההסתמכות על ההוראות בדבר "עצמאות החוק" לביסוס פרשנות החוק "מתוכו של החוק גופו" אינה ראויה. אכן, השופט ברנזון עמד על כך בציינו, כי "גם בלי ההוראה המפורשת שבסעיף 24 הקובעת את עצמאותו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) יכולנו לומר שפרשנותו של חוק מקורי של הכנסת, השונה במתכונתו ובתכנו בהרבה דברים מן הקיים באנגליה וממה שהיה קיים אצלנו לפניו, צריכים לבוא בחוכו הוא"⁵⁵. אכן, פרשנות "מתוכו של החוק גופו" חלה לעניין כל דברי-החקיקה כולם ולא אך לדברי-החקיקה שיש בהם הוראה בדבר "עצמאות החוק". תחולה כללית זו אינה קשורה גם לחוק יסודות המשפט, התש"ס-1980, שאף הוא חל על דברי-החקיקה כולם. חוק זה – בדומה לסימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922 אותו הוא בא להחליף – עוסק בהשלמת חסר בחקיקה ולא בפרשנותה. על כן, אין לו תחולה ככל הנוגע לכלל הפרשני בדבר פרשנות של החוק "מתוכו הוא". בהיקפו הראוי, כלל פרשני זה נובע מכללי הפרשנות של השיטה הישראלית, והוא אחד המרכיבים של השיטה הפרשנית התכליתית.

ד. לשון הקודקס האזרחי

כל מובן משפטי שיינתן ללשון הקודקס האזרחי חייב להיות מעוגן במובנו הלשוני של הקודקס: אין ליתן ללשונו של הקודקס האזרחי משמעות שהיא אינה יכולה

53 ראה ע"א 645/69 (עמ' 126 לעיל, הערה 43) עמ' 660; ע"א 846/75 (עמ' 126 לעיל, הערה 44) עמ' 404.

54 חוקים אלה הם: חוק הירושה, תשכ"ה-1965 (סעיף 150); חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (סעיף 160); חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (סעיף 24); חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (סעיף 63); חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 (סעיף 10).

55 ע"א 846/75 (עמ' 126 לעיל, הערה 44) עמ' 404.

לשאת בשפה העברית. בין אם יינתן ללשון הקודקס האזרחי מובן טבעי ורגיל ובין אם יינתן לו מובן חריג ויוצא דופן, מובן זה חייב להיות אפשרי בשפה העברית⁵⁶. כל אפשרות אחרת לא תהא בגדר "פרשנות". הפרשן חייב להימנע מלתת ללשון החוק משמעות שהיא אינה יכולה לשאת⁵⁷, תוך שעליו לבחון אם לא נפל חסר (לאקונה) בקודקס המצדיק פעילות שיפוטית בהשלמת חסר⁵⁸. פעילות זו היעשה על-פי הדין המשלים הקבוע בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980⁵⁹. ודוק: אין כל מניעה לכך שלשון הקודקס האזרחי תקבל משמעות חריגה ויוצאת דופן, ובלבד שזו נופלת למתחם המשמעויות הלשוניות של הטקסט⁶⁰. בקביעתו של מבחן זה ייעזר הפרשן בכל האמצעים הבלשוניים העומדים לרשותו. הוא רשאי לפנות למילונים⁶¹, למידות להבנת הלשון⁶² ולאבזורים אחרים המסייעים לפרשן לקבוע את תחום הפריסה האפשרי של לשון הטקסט.

ה. תכלית הקודקס האזרחי

תכלית הקודקס מהי?

הטקסט של הקודקס האזרחי "נוסח ישראל" מתפרש על-פי תכליתו של הקודקס. תכלית זו היא המטרות, הערכים, האינטרסים וההסדרים שהקודקס נועד להגשים⁶³. ברמתה הנמוכה, תכלית זו היא הגשמת ההסדר הספציפי אשר הנורמה הספציפית נועדה להגשים; ברמה גבוהה יותר, תכלית זו היא הגשמת תפישות היסוד המהותיות המונחות ביסוד הקודקס⁶⁴. טול, למשל, את הוראת סעיף 15(ב) לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, שלפיה אם הצד השלישי לא ידע על סיום השליחות, הוא זכאי לראותה כנמשכת. ברמתה הנמוכה, נורמה זו נועדה להבטיח את האינטרס של הצד

56 ראה המחלוקת בין השופטים בד"נ 40/80 קניג נ' כהן, פ"ד לו(3) 701. הכל הסכימו כי אין ליתן לדיבור "פגם" שבסעיף 25(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 משמעות שהוא אינו יכול לשאתה בלשון העברית.

57 הגבול בין פרשנות בתוך גבולות המשמעות המילולית, גם אם המובן הוא חריג ולא טבעי, לבין פרשנות מעבר למשמעות המילולית הוא דק וקשה. נראה שהרוב בד"נ 40/80 (הערה 56 לעיל) סבר שפסק הדין של המיעוט חצה גבול זה. המיעוט לא סבר כך.

58 להבחנה בין פרשנות להשלמת חסר, ראה ברק, פרשנות במשפט, עמ' 47, 427 (כרך א, 1992).

59 לדין משלים זה, ראה ברק (לעיל, הערה 58) עמ' 493.

60 למתחם האפשרויות הלשוניות, ראה ברק (הערה 58 לעיל) עמ' 225.

61 למילונים, ראה ברק (הערה 58 לעיל) עמ' 110.

62 למידות להבנת הלשון, ראה ברק (הערה 58 לעיל) עמ' 123.

63 ראה עמ' 132 להלן.

64 ראה עמ' 134 להלן.

השלישי אשר סמך על קיום הרשאה; ברמתה הגבוהה יותר, היא נועדה לאפשר פעילות סדירה של מוסד השליחות; וברמה גבוהה עוד יותר – היא נועדה להגשים את אחת מתפישות היסוד של הקודקס – והיא הגנה על אינטרס ההסתמכות. תכלית הקודקס היא תכליתו הסובייקטיבית ותכליתו האובייקטיבית. מקום שתכליות אלה אינן עולות בקנה אחד נדרשת פעולה שיפוטית יצירתית בגיבוש תכליתו של הקודקס האזרחי. אכן, תכלית הקודקס – כמו תכליתה של כל נורמה משפטית – היא מושג נורמטיבי-אובייקטיבי. בגיבושה של תכלית זו יש לעתים לעשות שימוש בשיקול דעת שיפוטי. נעמוד עתה על המרכיבים השונים של תכלית הקודקס.

1. התכלית הסובייקטיבית של הקודקס האזרחי

התכלית הסובייקטיבית היא המטרות, הערכים, האינטרסים וההסדרים אשר עמדו לנגד עיני המחוקק (ההיסטורי) אשר חוקק את ההוראות השונות של הקודקס⁶⁵. בכך ניתן ביטוי לעקרונות החוקתיים העומדים ביסוד הפרשנות⁶⁶, ובעיקר לשיקולים של דמוקרטיה⁶⁷ והפרדת רשויות⁶⁸. תכלית סובייקטיבית זו אינה הפתרון שחברי הגוף המחוקק ביקשו לתת לבעיה המשפטית הספציפית הניצבת בפני השופט⁶⁹; היא גם אינה הפרשנות שהם נתנו להוראות הקודקס שהם חוקקו⁷⁰. כאמור, תכלית סובייקטיבית זו הינה העקרונות, הערכים, המטרות וההסדרים אשר חברי הגוף המחוקק ביקשו להגשים באמצעות דבר החקיקה. על תכלית זו – ברמות הפשטה שונות – ילמד הפרשן בראש ובראשונה מלשון הטקסט עצמו⁷¹: ההנחה הינה, כי הלשון משקפת את התכלית, וכי התכלית העולה מתוך הלשון היא תכלית הקודקס⁷². כמו-כן ילמד הפרשן על התכלית (הסובייקטיבית) מההיסטוריה החקיקתית של הקודקס האזרחי⁷³. היסטוריה זו כוללת דינים וחשבונות של ועדות ציבוריות שעסקו בהכנת הקודקס⁷⁴, הצעות-חוק ממשלתיות ופרטיות⁷⁵, וכן את

65 על התכלית הסובייקטיבית כחלק מתכלית החקיקה, ראה ברק, פרשנות המשפט עמ' 211 (כרך ב, 1993).

66 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 160.

67 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 160.

68 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 160.

69 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 353.

70 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 354.

71 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 303.

72 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 584.

73 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 351.

74 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 367.

75 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 386.

הדיונים בכנסת עצמה⁷⁶. יש להצטער על כך שמרביתו של חומר זה – פרט לדיונים במליאת הכנסת – לא פורסם ברבים⁷⁷. נראה לי, כי היה רצוי ליתן פרסום להיסטוריה החקיקתית של כל חלק מהקודיפיקציה. חומר-עזר זה עשוי לסייע לפרשנות הקודקס ולבחירת מגמות היסוד שלו. ודוק: אין לפנות להיסטוריה החקיקתית כדי לעמוד על מניעים סובייקטיביים או על פתרונות קונקרטיים שחברי הגוף המחוקק ביקשו ליתן לבעיות פרשניות שונות. יש לפנות להיסטוריה החקיקתית כדי לעמוד על מגמות היסוד, על המטרות ועל התכליות (ברמות ההפשטה השונות) של דבר-החקיקה.

ז. התכלית האובייקטיבית של הקודקס האזרחי

מהותה של התכלית האובייקטיבית

בצד התכלית הסובייקטיבית של הקודקס עומדת תכליתו האובייקטיבית⁷⁸. אלה הם המטרות, הערכים, האינטרסים וההסדרים שהקודקס גועד – אובייקטיבית – להגשים בחברה המודרנית שלנו. תכלית אובייקטיבית זו לא עמדה בהכרח לנגד עיני המחוקק (ההיסטורי). יתכן וחברי הגוף המחוקק לא נתנו דעתם על תכלית זו. אין בכך ולא כלום. תכליתו של דבר-חקיקה היא מושג נורמטיבי⁷⁹, הטומן בחובו הן תכליות סובייקטיביות והן תכליות אובייקטיביות. על כן, עצם העובדה שמחוקקי הקודקס האזרחי לא העמידו לנגד עיניהם אידיאולוגיה ברורה ולא הציבו לעצמם כמה מטרות מרכזיות⁸⁰, אין בה כדי לשלול את קיומה (האובייקטיבי) של אידיאולוגיה ברורה העומדת ביסוד הקודקס האזרחי שלנו, ואין בה כדי למנוע גיבוש מגמות יסוד (אובייקטיביות) החוצות את הקודקס לאורכו ולרוחבו⁸¹. אמת: אידיאולוגיות ומגמות יסוד אלה אינם משקפים את תפישותיהם הסובייקטיביות של "האבות המייסדים", אך הם משקפים את הצרכים האובייקטיביים של "הבנים הממשיכים". מטבע הרברים, אידיאולוגיה זו ומגמות יסוד אלה עשויות להשתנות; כל דור יקרא ויבין את הקודקס האזרחי בצורה שונה. זה כוחו של הקודקס וזו יכולתו לעמוד לאורך זמן ולהתמודד עם הצרכים המשתנים של החברה. על התכלית האובייקטיבית של הקודקס עומד הפרשן, בראש ובראשונה, מלשון הקודקס, מטיפוסי הסדריו

76 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 387.

77 דיוני ועדות הכנסת אינם זוכים לפרסום ברבים. עם זאת, ניתן לקבל עותק מפרוטוקול הדיונים לצרכים מיוחדים: ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 388.

78 ראה עמ' 130 לעיל.

79 ראה עמ' 130 לעיל.

80 ראה עמ' 117 לעיל.

81 על מגמות יסוד אלה ראה עמ' 134 להלן.

ומ"טיב הדבר" המוסדר⁸². מתוך לשון הטקסט הקודפיקטורי עולה "מוסד" משפטי, אשר עצם טבעו ומהותו משמשים הנחיה לגיבוש תכליתו האובייקטיבית. הוראות הקודקס בדבר חוזים, מכר, שליחות, בטוחה, ערבות, המחאה, מתנה, שכירות וכיוצא בהם "מוסדות" משפטיים נושאים עמם את תכליותיהם האובייקטיביות. אלה אינן משקפות את התפישות הסובייקטיביות של חברי הגוף המחוקק, אלא את תפישות היסוד של הקהילייה המשפטית המודרנית באשר לתפקיד שמוסדות משפטיים אלה צריכים למלא בחברה המודרנית שלנו. זאת ועוד: התכליות האובייקטיביות של המוסדות המשפטיים השונים ויחסי הגומלין שביניהם מצביעים על תפישות היסוד האובייקטיביות — צורניות⁸³ ומהותיות⁸⁴ — העומדות ביסוד הקודקס. כדי לעמוד על תפישות יסוד אלה יש אמנם לפרש את הוראות הקודקס, וכדי לפרש את הוראות הקודקס יש לעמוד על תפישות יסוד אלה: זהו המעגל ההרמנויטי הקיים בכל מעשה פרשנות⁸⁵. פריצת המעגל נעשית באמצעות "ההבנה המוקדמת"⁸⁶. אכן, איננו ניגשים לפעילות הפרשנית של הקודקס האזרחי "טבולה ראטה"; אנו ניגשים להבנת הקודקס עם מטען לשוני ורוחני באשר למשפט בכלל ולמשפט האזרחי בפרט. הביטויים "חוזה", "מתנה", "המורה" וכיוצא בהם מושגי יסוד שסביבם בנוי הקודקס מדברים אלינו כבני הקהילייה המשפטית המודרנית בישראל; אנו מכירים אותם. היכרות מוקדמת זו המבוססת על ההיסטוריה (הכללית והמשפטית) ועל התרבות (הכללית והמשפטית) — מסייעת לנו בגיבוש ראשוני של תפישות היסוד העומדות בבסיס הקודקס. באמצעותה של הבנה מוקדמת זו אנו ניגשים למעשה הפרשנות. אנו מתקנים אותו תוך כדי הפעילות הפרשנית. אנו משנים את ההבנה הזו: אופקיו של הטקסט ואופקיו של הפרשן הולכים ומתמזגים⁸⁷.

היש לקודקס מגמות יסוד?

מתכנניו של הקודקס האזרחי "נוסח ישראל" לא העמידו ביסודו בסיס רעיוני אחיד אשר ממנו צריכים לצמוח הפתרונות בענפי המשפט השונים⁸⁸. כך, למשל, הם לא העמידו ביסוד הקודקס — כפי שעשה הקודקס האזרחי הגרמני (ה-B.G.B.) — הבחנה ברורה בין זכויות יחסיות לבין זכויות מוחלטות⁸⁹. לעומת זאת,

82 על "טיפוס" של הסדר, ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 310.

83 ראה עמ' 134 להלן.

84 ראה עמ' 139 להלן.

85 למעגל ההרמנויטי, ראה ברק (עמ' 130 לעיל, הערה 58) עמ' 72, 155, 269.

86 ראה ברק (עמ' 130 לעיל, הערה 58) עמ' 77, 155, 340.

87 ראה ברק (עמ' 130 לעיל, הערה 58) עמ' 77, 76.

88 ראה עמ' 117 לעיל.

89 ראה N. Horn, H. Kötz, H. Leser, *German Private and Commercial Law: An Introduction* 68 (1982).

בסוגיות הספציפיות עוצבה מדיניות המאפיינת תפישות יסוד באשר לאותה סוגיה. מצב דברים זה מאפשר לאיש המדע ולפרשן לנסות ולגבש כמה מגמות יסוד – בעלות אופי צורני או מהותי – המונחות ביסוד הקודקס כולו ומשפיעות על פרשנותו. תפישות יסוד אלה מהוות את התכלית האובייקטיבית – ברמת הפשטה גבוהה – של הקודקס האזרחי. אמת, חלקן של מגמות אלה לא עלה כלל על דעתם של מתכנני הקודקס ומחוקקיו; אך אין בכך ולא כלום. מגמות היסוד – הצורניות או המהותיות – של דבר-החיקה – לרבות קודקס אזרחי – משקפות תכלית אובייקטיבית, כלומר את האופן שבו מבינה שיטת המשפט, בזמן נתון, את התפישות העיקריות שהיא מייחסת לדבר-החיקה, גם אם אלה לא נשקלו הלכה למעשה על-ידי המחוקק ההיסטורי ("האבות המייסדים"). אכן, 'מגמות היסוד של דבר-החיקה' הוא מונח אובייקטיבי (תכלית אובייקטיבית), המשקף את הבנתה של הקהילה המשפטית בתקופה נתונה. הבנה זו מסתמכת על התפישות הסובייקטיביות של יוצרי הטקסט (התכלית הסובייקטיבית), אך גם בהיעדר תפישות סובייקטיביות באשר למגמות היסוד, איש המדע ואיש המעשה יכולים לעמוד עליהן. יתר על כן: ביסוד דברי-החיקה הספציפיים מונחות תפישות יסוד מסוימות. הבחינה האובייקטיבית של הקודקס מבקשת לדעת אם תפישות היסוד המאפיינות ענף משפטי הן מיוחדות לו, או שמא הן מאפיינות גם ענפים אחרים. כאשר נמצא אפיון משותף כזה, ניתן לדבר על מגמות יסוד המשותפות לקודקס כולו, גם אם הן לא עמדו לנגד עיניהם של יוצרי הקודקס ומתכנניו. אכן, לקודקס האזרחי – כמו לכל דבר-החיקה אחר – חיים משלו. עם קבלתו הופכים החוקים השונים המהווים אותו לפרקים במבנה כולל, הממלאים פונקציות שונות המאפשרות למבנה כולו לתפקד כראוי. אוסף הסעיפים הופך לגוף חי, שבו החלקים השונים ממלאים תפקידים שונים, והגוף כולו מקיים את המשימות שהחברה המודרנית מטילה עליו, וזאת, בין אם הדבר עלה מראש בדעת מתכנניו ומחוקקיו ובין אם לא. אכן, בצד התכלית הסובייקטיבית של הקודקס האזרחי עומדת תכליתו האובייקטיבית. הראשונה משקפת רצון היסטוריו-ריאלי. השנייה משקפת צרכים אובייקטיביים-מודרניים. לקודקס האזרחי יכול שיהיו מגמות יסוד, גם אם יוצריו ומחוקקיו לא היו מודעים לכך, ולא העלו אותן כלל על דעתם. מגמות היסוד אינן נתון עובדתי-היסטורי. הן מהוות – כמו מושג התכלית עצמו – נתון נורמטיבי.

תפישות יסוד "צורניות": אקלקטיות במקורות

בחינה צורנית של הקודקס האזרחי הישראלי מעלה כמה קווים אופייניים⁹⁰. המאפיין הראשון של הקודקס האזרחי שלנו הוא, כי הוא לא הועתק כולו משיטת משפט נתונה. המחוקק הישראלי לא נהג כפי שנהג המחוקק התורכי אשר העתיק את ספר החיובים השווייצרי, או כפי שנהג המחוקק היפני, אשר העתיק את ספר החוקים האזרחי הגרמני. תחת זאת ננקטה שיטה אקלקטית. אנשי משרד המשפטים וחברי הוועדות הציבוריות פנו לשיטות משפט שונות, וביקשו ליטול מהן את הטוב שבהן, תוך התחשבות במצב המשפטי הקיים. מכל אלה עוצב ההסדר המשפטי החדש. דברי ההסבר להצעת חוק הירושה נתנו ביטוי לתפישה זו, בקובעם⁹¹:

הצעתנו מתבססת — (1) על המצב המשפטי והעובדתי הקיים בארץ כעת; (2) על המשפט העברי שהוא אחד מנכסי תרבותנו הלאומית ועלינו לחדשו ולהמשיך בו; (3) על חוקים של ארצות זרות, במערב ובמזרח, שמהן מתקבצים בני עמנו על מנת להתמזג כאן לציבור אחיד. כלפי החוק הקיים הרגשנו את עצמנו חפשיים לאמצו או לדחותו. במידה שהוא לקוי, הצענו שינויים; במידה שמצאנו פתרונות שנראו לנו טובים יותר, העדפנו אותם; במידה שהחוק הקיים נתקבל על דעת הציבור והוכיח את יעילותו — קיימנוהו. במשפט העברי ראינו מקור ראשי, אך לא מקור מחייב או יחידי. הצעתנו אינה קודיפיקציה של הלכות המשפט העברי... אשר לחוקים של עמים אחרים, סכורים אנו שגם הנסיון המעשי וגם הביסוס המדעי הגלומים בהם צריכים לשמש לנו מקור-עזר של הארה והדרכה. לפיכך, עיבדנו את הצעתנו על רקע השוואתי רחב. ספרי החוקים של צרפת, גרמניה, שווייץ ואיטליה והמשפט האנגלו-סכסי שימשו לנו חומר עיקרי; לא מעט נזקקנו גם לחוקים של ברית המועצות, שוודיה, ברזיל, מצרים ועוד. לא השווינו חוקים על פי הוראותיהם, אלא חיפשנו אופני פתרון לבעיות השונות. הצעתנו מהווה, אפוא, כעין מיזוג של יסודות שונים.

90 ראה מאונטר, "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה — לשאלת תורת המשפט של החקיקה", משפטים יז 321, 330 (1987).

91 הצעת חוק הירושה, תשי"ח-1958 (הח' 344, עמ' 233). ההצעה עצמה היא משנת תשי"ח, אך בדברי ההסבר מצוטטים דברים על המגמות הכלליות של החקיקה, כפי שהם פורסמו בהצעת חוק הירושה, תשי"ב-1952.

דברים אלה – שיוחדו לחקיקתו של חוק הירושה – תופסים גם לעניין חקיקתם של כל החוקים האזרחיים שלנו. עמד על כך פרופ' ידין⁹²:

אשר למקורות, שמהם שאבו מתכנני החקיקה החדשה את השראתם הכללית ומקצת הפתרונות שהם הציעו לבעיות מסויימות, אין לי אלא לחזור ולהפנות אל ההקדמה להצעה המוקדמת של חוק הירושה. שם צוינו שלושת המקורות העיקריים, שהם המצב המשפטי והעובדתי הקיים בארץ, המשפט העברי ודינים של ארצות חוץ במערב ובמזרח. שם גם צויין המשקל היחסי של כל אחד ממקורות אלה. מה שנאמר שם עוד בשנת 1952, שימש מאז ועד עתה מעין פרוגרמה לכל החקיקה האזרחית.

עם זאת, מידת ההסתמכות על המשפט המשווה שונה מחוק לחוק. הדבר מותנה גם בזמן ובאמצעים שעמדו לרשות המציעים.

תפישות יסוד צורניות: סוד הפשטות

מאפיין צורני שני קשור בדרכי הניסוח של הקודקס האזרחי שלנו. הטכניקה שהועדפה היא זו המנסחת את החוק בלשון פשוטה, המבקשת להביע את הרעיון בקיצור ובבהירות. מגמה זו באה לידי ביטוי בהצעת חוק הירושה⁹³:

ניסוח החוק שואף לקיצור וריכוז, לבהירות ופשטות. אנו סבורים ששפע הפרטים שבהם עמוסים החוקים האנגליים, והשפה המסורבלת של הוראותיהם, אינם הולמים לא את המסורת העברית ולא את צרכינו דהאידינא. השתדלנו להביע את הדברים באופן שיהיו מובנים לכל המעיין בהוראות החוק, ונזהרנו ככל האפשר משפה טכנית, מהפניות מסעיף אל סעיף, ומהכרעות עיוניות.

לא תמיד עמד המחוקק במגמה זו. חלקים מסוימים בספר החוקים האזרחי שלנו מלאים בפרטי פרטים⁹⁴, לרבות הוראות בעלות אופי מנהלי, שאין מקומן בקודקס

92 ידין, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל", עיוני משפט ג 26, 30 (תשל"ג).

93 הצעת חוק הירושה (הערה 91 לעיל) עמ' 232.

94 כגון הפרק על בתים משותפים בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

אזרחי⁹⁵. עם זאת, המגמה הכללית הוגשמה ברוב המקרים. החקיקה האזרחית שלנו מנוסחת בעיקרה בריכוז, בבהירות ובפשטות; לעתים הדבר מקל על הקורא ולעתים הדבר מכביד עליו. בחלקים מסוימים הקודקס נוסח בצורה תמציתית מדי: כך הוא הדבר בחוק המתנה, תשכ"ח-1968 ובחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979⁹⁶. שני חוקים אלה נוסחו בקיצור רב מדי. לעתים "קיצור החוק הוא קוצר החוק"⁹⁷. בהקשר לתופעה זו ציינתי⁹⁸:

יסוד המאפיין את החקיקה האזרחית החדשה שלנו הוא בקיצור לשונה. לעובדה זו יתרונות ברורים. החקיקה היא עניינית. מכיוון שקוצר הלשון מתאפשר, בין השאר, בשל השימוש במונחי שסתום כגון: "תום לב", "דרך מקובלת", "זמן סביר", הרי שעל ידי כך מושגת גם גמישות ונמנעת קפיאה של הקודקס. אך אין טוב בלא רע. כפי שציין פרופ' טרסקי, 'קיצור החוק הוא קוצר החוק'. מחוקק יכול לקצר, אם הלשון המקוצרת והכללית יש לה משמעות ברורה ומקובלת בדוגמאות של השיטה. הקיצור הוא אפשרי אם יש בשיטה פיתוח נרחב של מדע המשפט ושל עקרונות כלליים. כל זה אינו קיים אצלנו.

על הצורך להרבות בפירוט בישראל, יותר מאשר בשיטות משפט אחרות, עמד פרופ' טרסקי⁹⁹:

בעוד שבשיטות משפט אחרות עומדת לו למפרש המסורת המשפטית הלאומית כולה לשם קביעת משמעותם של המונחים, הגדרתם של המושגים וכל אותם 'המושכלות הראשונים' אשר הונחו מסתמא ביסודה של כל שיטה ושיטה, ולכן אין צורך שהחוק יהיה מפורש

95 כגון ההוראות המנהליות בחוק השבת אבידה, תשל"ג-1973.
96 ראה פרידמן, "יסודות בדיני עשיית עושר ולא במשפט לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ח 26 (1981): "החוק מצטיין בקיצורו הנמרץ. לאמיתו של דבר, זהו החוק הקצר ביותר בין החוקים שבתחום הקודיפיקציה האזרחית, ואפילו חוק המתנה עולה עליו במספר סעיפיו. קיצור זה משתקף הן בלשון התמציתית שבה הוסדרו סוגיות רחבות, והן בכך שעל נושאים מרכזיים אחדים, הנכללים בתחום זה, עובר החוק בשתיקה גמורה".
97 טרסקי, "על חוק המתנה, תשכ"ח-1968", משפטים א 644 (1969).
98 ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג 5, 13 (1973). ראה גם י' אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, תשכ"ב-1962 8 (בעריכת ג' טרסקי, תשל"ב).
99 טרסקי, "על הטכניקה בחקיקה הישראלית העתידה", מחקרים במשפט ארצנו 66 (מהדורה שנייה, תשי"ט).

יותר, חוץ מאשר במקרים מוגדרים (של חידוש וכו') – לא כן הדברים כמשפט הישראלי העתיד, באם יבחר המחוקק בכיוון החקיקה המקורית. השיטה הישראלית היתה יוצאת מעין 'טבולה ראזה' (לוח חלק), באין רקע מסורת לאומית חיה ופועלת, בכללה, ובהיעלמן, עם החקיקה החדשה, של תכונות השיטה המשפטית הנוהגת כעת; ואילו השימוש במונחים העבריים עלול היה בנקל להביא את המפרש לידי טעויות, כי שלא בכונת המחוקק, היו מונחים אלה מפנים את המפרש או למושגים של דיני ישראל המסורתיים או למושגים מיוחדים של המשפט הנוהג כעת בארצנו. מכאן הצורך להרכות בהגדרות ובפרוט יותר מאשר במסיבות אחרות.

הכל, כמובן, הוא עניין של דרגה¹⁰⁰. ריבוי בפירוט אינו רצוי, שכן יש בו סיכון וקפיאה; מיעוט פירוט אף הוא אינו רצוי, שכן יש בו יצירת חללים וקשיים בהבנה. רצויה מידה ראויה של קיצור, שתאפשר הבנה טובה וגמישות מתאימה.

תפישות יסוד צורניות: שימוש במונחי שסתום והענקת שיקול דעת רחב לשפיטה

החקיקה האזרחית בישראל שזורה ב"מונחי שסתום". אלה הם ביטויים המבטאים עקרונות ואמות מידה¹⁰¹. המונחים הבולטים הם "תום-לב"¹⁰², "סבירות"¹⁰³, "צדק"¹⁰⁴ ו-"היה עליו לדעת"¹⁰⁵. ענפי משפט שלמים מוסדרים לעתים בעיקר על-פי עקרונות משפט רחבים. כך הדבר בתחום עשיית עושר ולא במשפט¹⁰⁶ ובתחום הפיצויים¹⁰⁷. לרוב, משמשים מונחי השסתום אמצעי להגמשת ההסדרים ולהתאמתם לצורכי החיים המשתנים. אכן, הטכניקה החקיקתית של המשפט האזרחי מבוססת על שילוב בין עקרונות כלליים להסדרים ספציפיים מזה, ובין

100 ראה ידין (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 511: "הקיצור, במידה הנכונה, הוא אחת המעלות של חוקים קודיפיקטוריים, אלא שהמידה הנכונה של קיצור, גם היא ענין של מידה היא, ואין בזה מידה גזורה ומדודה מראש".

101 ראה מאוטנר (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 331.

102 ראה סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

103 ראה למשל סעיפים 7, 8(א), 20, 21, 29, 41 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

104 ראה למשל סעיפים 3(4), 7(ב), 18(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

105 ראה, למשל, סעיף 14(א), 15 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

106 ראה פרידמן (עמ' 137 לעיל, הערה 96) עמ' 27.

107 ראה, למשל, סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971.

קביעה חקיקתית לבין שיקול דעת שיפוטי מזה. עמדה על כך הצעת חוק הירושה, תשי"ב-1952¹⁰⁸ :

קבענו את עיקרי הדברים בלבד והשארנו את עיצוב הפרטים לנוהג ולתקדימים של בתי המשפט. החוק המוצע הוא כעין רשת בעלת עיניים רחבות, ויהיה זה תפקידו של השופט להשלים את מלאכתו של המחוקק — למלא את עיני הרשת חוטים דקים וצפופים יותר.

בהצדיקו טכניקה חקיקתית זו, ציין פרופ' ידין¹⁰⁹ :

כרעיון כללי סבורני שעדיין נכון הדימוי שהובא בשעתו בהקדמה להצעת חוק הירושה של משרד המשפטים, כי החוק הייב להוות רשת רחבה אשר יהיה זה מתפקידם של בתי המשפט למלא עיניה בחוטים דקים וצפופים יותר. טכניקת ניסוח זו ררושה גם כרי לשמור על גמישות החוק ולמנוע שקודקס אשר מטבעו מתימר לעמוד לימים רבים, יקפיא את המשפט ויפריע להתפתחותו החיה.

אכן, תפישת יסוד של המשפט האזרחי שלנו היא באמון של המחוקק בשופט¹¹⁰. מכוח אמון זה הוסמך השופט להשלים חסר בחקיקה¹¹¹, ומכוח אמון זה הוענק לו התפקיד הפרשני למלא תוכן במונחים "ערכיים" השזורים בקודקס. בתחומים מסוימים המחוקק ראה זאת מתפקידו לקבוע עקרונות יסוד, ואילו התפקיד של מתן תוכן לערכי היסוד — על-פי צורכי החברה המשתנים — הוענק לבית המשפט. בצדק ציין פרופ' מאוטנר כי¹¹² :

החקיקה האזרחית שלנו נראית כ'תכנית מתאר ארצית' של הדין האזרחי שלנו. מלאכת יצירתן של 'התכניות המפורטות' בתחומים השונים המוסדרים על ידי החקיקה הושארה לבתי-המשפט... נגזר תפקיד רחב היקף לבתי-המשפט ביצירת הדין האזרחי שלנו. ואכן, זה מכבר הזכר כי החקיקה מבטאת תפישה של 'חלוקת עבודה' בין

108 הצעת חוק הירושה (עמ' 135 לעיל, הערה 91) עמ' 232.

109 ידין (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 511.

110 כמובן, נקודת המוצא של הקודיפיקציה היא שההסדרים הם במהותם חקוקים. האמון בשפיטה הוא איפוא כאמון הניתן למחוקק משנה. התפקיד השיפוטי הוא במהותו משני: ראה שלו, "ארבעים שנה לדיני החוזים", משפטים יט 651, 653 (1990).

111 ראה חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. לגיתוחה של הוראה זו, ראה ברק (עמ' 130 לעיל, הערה 58) עמ' 491.

112 מאוטנר (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 335.

המחוקק ובין השופט שלפיה בתי-המשפט צריכים להיות מעורבים באורח אינטנסיבי ביצירתן של נורמות הדין האזרחי.

אכן, שיקול הדעת השיפוטי שהחקיקה האזרחית שלנו מעניקה לשופט הוא ניכר¹¹³. זהו שיקול דעת הפועל בתחומים נרחבים של פרשנות¹¹⁴ והשלמת חסר¹¹⁵.

תפישות יסוד מהותיות: האוטונומיה של הרצון הפרטי – הסדרים דיספוזיטיביים

בצד מגמות יסוד "צורניות" ניתן להצביע אף על מגמות יסוד מהותיות. אחת מהן היא הגשמת האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו מעוגנת בכבוד האדם ובחירותו¹¹⁶. ביטוייה בענפי המשפט השונים, ובמרכזם החקיקה האזרחית שלנו, המבוססת על חופש הרצון הפרטי. עמדו על כך פרידמן וכהן, בציינם¹¹⁷:

המאפיין את החקיקה הישראלית הקודיפיקטיבית בתחום דיני החוזים הוא כי חקיקה זו מבטאת את רעיונות התיאוריה הקלאסית של דיני החוזים וכי היא נחקקה לאור הגישות ששררו בתחום זה בסוף המאה ה-19... דברים אלה כוחם יפה הן לגבי החוקים הכלליים, היינו חוק החוזים (חלק כללי) וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), והן לגבי החוקים השונים העוסקים בחוזים מיוחדים... הרעיון הבסיסי בדבר חופש החוזה אומץ בחקיקה זו כמעט ללא סייגים.

כמוכן, שהאוטונומיה של הרצון הפרטי אינה בלתי מוגבלת¹¹⁸: אי-חוקיות¹¹⁹ וחוסר תום-לב¹²⁰ קובעים את גבולותיה; אך בכפיפות לכמה חריגים, הדין נותן לאוטונומיה של הרצון הפרטי חופש מלא. מכאן מתבקש אופיים הדיספוזיטיבי של

113 ראה ברק שיקול דעת שיפוטי (1987); לנדוי, "הלכה ושיקול-דעת בעשיית משפט", משפטים א 292, 297 (תשכ"ח); צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תשל"ל-1970, עיוני משפט ג 121, 133 (תשל"ג); פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ה 463, 479 (תשל"א).

114 ראה עמ' 148 להלן.

115 ראה ברק (עמ' 130 לעיל, הערה 58) עמ' 125.

116 על האוטונומיה של הרצון הפרטי, ראה פרידמן וכהן (עמ' 124 לעיל, הערה 32) עמ' 15 ואילך; ג' שלו, דיני חוזים 25 (מהדורה שנייה תשנ"ה); ברק, פרשנות במשפט 426 (כרך שלישי, 1994).

117 פרידמן וכהן (עמ' 124 לעיל, הערה 32) עמ' 123.

118 ראה שלו (הערה 116 לעיל) עמ' 33.

119 ראה סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

120 ראה סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

רוב ההסדרים האזרחיים. רוב רובן של הוראות הקודקס האזרחי הן הוראות מרשות (ולא כופות), החלות בהיעדר הסדר בין הצדדים. ההנחה הינה כי ההסדר האזרחי הוא דיספוזיטיבי¹²¹. אין צורך בהוראה מפורשת בעניין אופי דיספוזיטיבי זה¹²², וגם בהיעדר הוראה דיספוזיטיבית מפורשת ההנחה הינה כי התוצאה הדיספוזיטיבית משתמעת¹²³.

תפישות יסוד מהותיות: הגנה על אינטרס ההסתמכות

מגמה יסודית נוספת בחקיקה האזרחית שלנו היא ההגנה על אינטרס ההסתמכות. תפישת היסוד הינה כי מי שסמך על מצב דברים מסוים ועל יסוד זאת רכש זכות בתום-לב (סובייקטיבי) מוגן ברכישתו זו. הדבר בא לידי ביטוי בכללים בדבר רכישת נכסים נדים בשוק הפתוח¹²⁴, רכישת מקרקעין בהסתמך על המרשם¹²⁵, ברכישה בתום-לב (וברישום) בעסקאות נוגדות¹²⁶, ברכישה בתום-לב בהסתמך על חוזה למראית עין¹²⁷, וכיוצא בהם מצבים נוספים בהם הדין מגן — במידה כזו או אחרת — על מי שרכש זכות תוך הסתמכות בתום-לב על קיומו של מצב דברים מסויים¹²⁸. במסורת המשפט המקובל הוענקה לעתים הגנה על אינטרס ההסתמכות באמצעות דיני המניעות. מי שיצר מצב אשר גרר הסתמכות, היה מנוע מלהתכחש למצב אותו יצר. הקודיפיקציה האזרחית הישראלית אינה נוקטת בטכניקה "צורנית"

121 ראה פרידמן וכהן (עמ' 124 לעיל, הערה 32) עמ' 125: "הוראות החקיקה בדיני ממונות הן בעיקרן דיספוזיטיביות, כלומר ניתנות להתנאה על ידי הצדדים. העקרון הכללי הוא שיכל תנאי שבממון קיים". במקרים רבים נאמר הדבר במפורש. אך אפילו לא נעשה כך, חזקה היא שההוראה בתחום החקיקה האזרחית הקודיפיקטיבית הינה דיספוזיטיבית, אלא אם משתמע אחרת".

122 להוראות מפורשות בדבר האופי הדיספוזיטיבי של הסדר אזרחי, ראה, למשל, סעיף 4(ב) לחוק המכר, תשכ"ח-1968; סעיף 10 לחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969; סעיף 22(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

123 ראה ע"א 156/82 ליפקין נ' דור זהב בע"מ, פ"ד לט(3) 85; ע"א 324/84 חברת פישל איזמן נ' אוריאל, פ"ד מא(2) 421, 441; ראה גם ד"נ 70/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 262: "מקובל עלי, כי בדרך כלל — וכפוף לשיקולים של תקנת הציבור — הזכויות מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט הן זכויות דיספוזיטיביות, והצדדים רשאים, בחוזה שביניהם, לשלול את תחולתן". ראה גם כהן, "ביטול חוזה והשפעתו על עסקאות במקרקעין בלתי רשומים", הפרקליט לה 215, 218 (1983). ראה גם ברק, חוק השליחות, תשכ"ה-1965 21 (בעריכת ג' טדסקי, תשל"ה).

124 ראה סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968.

125 ראה סעיף 10 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

126 סעיף 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 וסעיף 10 לחוק המיטלטלין, תשל"א-1971.

127 סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

128 ראה למשל סעיף 15 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965, לפיו רשאים השלות והצר השלישי לראות השליחות כנמשכת אם לא ידעו על סיומה.

זו. תחתיה באה טכניקה מהותית, המעניקה זכות למסתמך על המצב. על כן מוגן אינטרס ההסתמכות גם בנסיבות בהן אין תחולה למניעות.

תפישות יסוד מהותיות: עקרון תום-הלב

עיקרון מרכזי של החקיקה האזרחית הישראלית הוא העיקרון של תום-לב¹²⁹. כל פעולה משפטית, כל חיוב וכל משא ומתן לקראת חוזה חייבים להתבצע בתום-לב¹³⁰. בעניין זה ציין פרופ' ידין¹³¹:

החוקים השונים תוכננו מראש לקראת התלכדותם לקודקס אחד מקיף, בבוא העת; ובדיעבד נדמה שניתן לגלות בהם גם עקרונות מנחים. אחד העקרונות החשובים ביותר, ואולי החשוב מכולם, הוא העקרון של תום לב.

אכן, עקרון תום-הלב הוא עיקרון "מלכותי". הוא קובע אמת מידה אובייקטיבית של יושר והגינות ("אדם לאדם — אדם") ביחסים הבינאישיים בין בני החברה¹³². על-פי אמת מידה זו צריכים הצדדים ליחס חוזי לנהוג בהפעלת זכויותיהם, חובותיהם, כוחותיהם והסינויותיהם החוזיות או החוקיות¹³³. מכוחה של אמת

129 ראה בעיקר סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. עקרון תום-הלב מופיע גם בסעיף 6 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ובסעיף 4 לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971. על עקרון תום הלב כעקרון מרכזי המונח ביסוד הקודקס האזרחי ראה שלו (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 39. ראה גם שלו, "ארבעים שנה לדיני החוזים", משפטים יט 651 (1990).

130 ראה סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". מכוח הוראה זו מוחלות ההוראות בדבר תום-הלב גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה, כגון פעולה משפטית חד צדדית. כן מוחלות הוראות אלה על חיובים שאינם נובעים מחוזה, כגון חיוב הנובע מהדין.

131 ראה ספר אורי ידין 281 (כרך א, תש"ן).

132 ראה בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר"שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(1) 828; ד"ג 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673. למהותו של תום הלב, ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 549.

133 מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 מוחל עקרון תום-הלב על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה: ראה ד"ג 15/79 מגדה ליבל נ' הרשות לנפגעי רדיפות הנאצים, פ"ד לה(3) 29; ע"א 818/79 קוסוי נ' בנק פויכטונגר, פ"ד לח(3) 253, 285; ע"א 66/76 אלקו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לא(2) 197; ע"א 213/80 שמעונוף נ' ברוכוב, פ"ד לז(3) 808; בר"ע 305/80 שילה נ' רצקובסקי, פ"ד לה(3) 449, 461; בג"צ 566/80 עמרני נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד לז(2) 1; ע"א 700/81 פז נ' פז, פ"ד לח(2) 736.

מידה זו ניתן להטיל על צדדים חובות שזכרון לא בא בחוזה, אך ביצוע נחוץ להגשמתו¹³⁴. אכן, השינוי החשוב ביותר שהביאה החקיקה האזרחית שלנו למשפט האזרחי הוא מרכזיותו של העיקרון האובייקטיבי של תום-לב אזרחי. עמדה על כך פרופ' שלו, בצינה¹³⁵:

החידוש המרכזי והמרשים ביותר הוא הכנסת עקרון תום-הלב אל משפטנו. הכנסת עקרון תום-הלב למשפטנו... שינתה כליל את המפה החוזית. ראשית, תחומיה של מפה זו הורחבו, ודיני החוזים כוללים היום גם את שלב המשא-ומתן. שנית, בעוד שבעבר נתפשו דיני החוזים כדינים נוקשים, רציונליים וברורים, ובטאו תפיסת-עולם אינדיבידואלית-קפיטליסטית, כיום איבדו דינים אלה את שרירותיותם ואת חדותם והפכו לדינים גמישים, פחות חדים, והם מבטאים תפיסת עולם אלטראיסטית-מוסרית. גם החוזה הישראלי אינו עוד 'מרובע' כמו החוזה במשפט המקובל. עקרון הביצוע המושלם והמדויק פינה את מקומו לדרישת הביצוע בתום-לב, וכתוצאה מכך החוזה הוא יצור דינמי ומשתנה.

עקרון תום-הלב הכניס לשיטת המשפט האזרחי שלנו יסוד של גמישות, המאפשר לשיטה להתאים את עצמה לצורכי החיים המשתנים. עקרון תום-הלב מאפשר למשפט האזרחי לגשר על הפער שבין האינדיבידואליזם של חופש החוזים (והנוקשות המלווה אותו לעתים¹³⁶) לבין הפילוסופיה של מדינת הסעד וחברה צרכנית. הוא הצינור שדרכו שואב המשפט רעיונות חדשים ומשנה רעיונות ישנים, והוא המכשיר שבאמצעותו נשמרת ההגינות ביחסים הבינאישיים שבין 'יריבים'. באמצעותו מוזרמים עקרונות היסוד החוקתיים למשפט הפרטי¹³⁷.

134 ראה בג"צ 59/80 (הערה 132 לעיל) עמ' 836; ע"א 188/84 "צור" חברה לביטוח בע"מ נ' חדר, פ"ד מ(3) 1. להשקפה מצמצמת יותר, ראה ע"א 391/80 לטרסון נ' שבון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, 263.

135 שלו (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 654.

136 כגון, דרישת "הכתב": ראה ע"א 579/83 זוננשטיין נ' גבסו, פ"ד מב(2) 278, 289. ראה גם כהן, "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן – בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק", הפרקליט לז 13 (תשמ"ז).

137 ראה Dawson, "The General Clauses, Viewed From a Distance", 41 *Rebels* Zeitschrift 441 (1977). ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 679.

תפישות יסוד מהותיות: הדגשת המהות ולא הצורה

עיקרון חשוב העולה מתוך הוראותיה של החקיקה הישראלית הוא זה: ביחסים הבינאישיים שבתחומי המשפט האזרחי קובעת המהות ולא הצורה. היחס האזרחי שבין אדם לחברו נקבע על-פי תוכנו ולא על-פי לבושו. כך, למשל, חוזה אינו דורש כל צורה מוגדרת¹³⁸, והצדדים חופשיים לקבוע את תוכנו כרצונם¹³⁹. כל התנהגות, יהא אופיה אשר יהיה¹⁴⁰, עשויה להוות הצעה וקיבול. ערבות לכל חיוב תופסת, בין שזהו חיוב קיים או עתיד לבוא, חיוב מתחדש או חיוב מותנה, חיוב קצוב או חיוב "בלתי-קצוב"¹⁴¹. כל שעבוד הכא כערובה לחיוב מהווה משכון, בין לחיוב "כולו או מקצתו, קיים או עתיד לבוא, מתחדש או מותנה, קצוב או בלתי קצוב"¹⁴². כל זכות — זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם — ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב¹⁴³. ההמחאה אינה צריכה להיות בכתב; אף הרשאה — לרבות הרשאה לעסקה במקרקעין — אינה טעונה ככתב¹⁴⁴. במקום שפעולה משפטית דורשת כתב, עשויה דרישה זו לסגת בפני עקרון תום-הלב¹⁴⁵. הדרישות הפורמליות, אפילו במסמכים פורמליים, הן מועטות. כך, למשל, צוואה יכולה להעשות בכמה דרכים, לרבות בעל-פה¹⁴⁶, ופגם שנפל בעריכתה אינו מביא בהכרח לבטלותה¹⁴⁷. דרישת ה"כתב" לגבי עסקה במקרקעין¹⁴⁸ או התחייבות למתנה¹⁴⁹ הן מועטות.

138 סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. דרישות הצורה מוגבלות למספר קטן של חוזים, והם: התחייבות לעסקה במקרקעין (סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969); התחייבות לתת מתנה בעתיד (סעיף 5א) לחוק המתנה, תשכ"ה-1965); הסכם קיבוצי (סעיף 7 לחוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957); הסכמה לתקופת התיישנות מיוחדת (סעיף 19 לחוק ההתיישנות, תשי"ח-1958); הסכם ממון בין בני זוג (סעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, תשל"ג-1973); הקדש (סעיף 17א) לחוק הנאמנות, תשל"ט-1979).

139 סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

140 ראה סעיפים 2 ו-6 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

141 סעיף 1(ב) לחוק הערבות, התשכ"ז-1967.

142 סעיף 1(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967.

143 סעיף 1א) לחוק המחאת חיובים, התשכ"ט-1969.

144 ראה ע"א 624/88 גולד נ' מעוז, פ"ד מד(1) 497.

145 ראה ע"א 579/83 זונגשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, פ"ד מב(2) 278; וכן כהן, "דפוסי החוזים ותום הלב במשא ומתן" — בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק, הפרקליט 13 (תשמ"ז).

146 ראה סעיף 23 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

147 סעיף 25 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

148 ראה סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

149 ראה סעיף 5א) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968.

ח. חזקות תכלית

מהותן של חזקות התכלית

גיבושה של התכלית האובייקטיבית של הקודקס מסתייע בחזקות (פרוזומפציות) באשר לתכלית¹⁵⁰. הפרשן מניח כי תכליתה של הקודיפיקציה האזרחית היתה להגשים מטרות וערכים מסוימים. הנחה זו לא באה לשקף תפישה סובייקטיבית של חברי הגוף המחוקק. הנחה זו אינה בנויה על מציאות ריאלית. החזקות משקפות את עקרונות היסוד של השיטה. על כן, הן תופסות גם אם יוכח כי הן לא עמדו לנגד עיני "האבות המייסדים" של החקיקה האזרחית, וכי הן לא יכלו – מבחינה היסטורית – לעמוד לנגד עיניהם. חזקות אלה – התופסות בכל דברי-החקיקה – תופסות במיוחד בקודיפיקציה האזרחית, המהווה את התשתית והבסיס ליחסים הבינאישיים בחברה. על כן, חזקה היא כי תכליתה של הקודיפיקציה הינה להגשים ערכים אתיים¹⁵¹ של צדק ומוסר; כי הקודקס מבקש לקיים מטרות חברתיות¹⁵² (כגון האינטרס הציבורי, הפרדת רשויות וסמכויות השפיטה; וכי דרכי התנהגות ראויות¹⁵³ (כגון היגיון, סבירות, יחסיות, הגינות ותום-לב) עומדות ביסוד הקודיפיקציה האזרחית. חזקה היא כי ביסוד הקודקס עומדת השאיפה להגשים זכויות אדם¹⁵⁴. אכן, בסיס נורמטיבי מרכזי לזכויות האדם בישראל הן הנוראות הקודיפיקציה האזרחית. כך באשר לחירות האישית, המעוגנת, בין השאר, בכמה עולות ובמרכזן הכליאה, וכך הוא באשר לזכויות הקניין השונות, המוגנות על-ידי חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, חוק המיטלטלין, התשל"א-1971 ודיני הנזיקין. השם הטוב מוגן על-ידי העולה בדבר איסור לשון הרע. מאז חקיקתם של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: תופש העיסוק, מהווים אלה את הבסיס המרכזי לזכויות האדם. חזקה על הקודיפיקציה האזרחית "נוסח ישראל", כי היא נועדה להגשים את זכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד.

150 על חזקות התכלית, ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 477.

151 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 505.

152 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 515.

153 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 539.

154 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 553.

חזקות המשקפות בטחון, ודאות והרמוניה במשפט

חזקות תכלית בעלות חשיבות מיוחדת בקודיפיקציה האזרחית הן חזקות הקשורות לביטחון, לוודאות ולהרמוניה במשפט¹⁵⁵. הקודקס נועד להבטיח ביטחון וודאות ביחסים הבינאישיים. חלקיו השונים ממלאים פונקציות שונות, ולכן נדרשת הרמוניה חקיקתית בפרשנותם. מכאן המשקל המיוחד שיש ליתן לחזקות אלה בפרשנות הקודיפיקציה. עם זאת, ישנן חזקות הנגזרות וקשורות כביטחון וכוודאות במשפט החייבות לקבל משקל קל בפרשנות הקודיפיקציה, וזאת בשל חקיקתו של הקודקס שנעשתה בשלבים. נפתח בחזקה – הנגזרת משיקולים של ביטחון וודאות במשפט – כי תכליתו של ההסדר הקודיפיקטורי עולה מלשונו הטבעית והרגילה¹⁵⁶. חזקה זו תופסת במלוא כוחה בפרשנות הקודיפיקציה. הקודקס נוסח בפשטות ובבהירות; המטרה היתה כי המעיין בו יוכל לעמוד על מובנו. על כן, קיימת חזקה (פרזומפציה) חזקה כי תכלית הקודקס היא זו העולה מלשונו הטבעית והרגילה. החזקה היא כי המובן המשפטי של הקודקס הוא זה התואם את המובן הלשוני הרגיל ואת המובן הלשוני החריג יוצא הדופן. מכאן גם החזקה, כי ביטויים זהים צריכים לקבל מובן זהה וביטויים שונים חייבים לקבל מובן שונה¹⁵⁷. חזקה זו היא חלשה בתחומי הקודיפיקציה. הטעם לכך נעוץ, בין השאר, בצורת החקיקה של חלקי הקודיפיקציה. אלה הוכנו על-ידי ועדות שונות והוחקו בזמנים שונים¹⁵⁸. כתוצאה מכך ניתן לא פעם למצוא שימוש בלתי אחיד במינוח. בצדק ציינו פרידמן וכהן, כי¹⁵⁹:

העדר אחידות במינוח והעדר הקפדה גרמו, לא אחת, לכך שהחוק עושה שימוש במונחים זהים כדי לתאר מובנים שונים. מכאן גם שסטייה קלה בניסוח איננה מלמדת בהכרח על כך שיש ליתן לניסוחים השונים פרשנות שונה, אלא אם נראה מן ההקשר שאכן זו היתה הכוונה.

כך, למשל, נקבע בחוק הירושה, תשכ"ה-1965, כי "הוראת צוואה שביצועה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או בלתי אפשרי – בטלה"¹⁶⁰. לעומת זאת, בחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 נקבע, כי "חווה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל". שני הסעיפים

155 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 583.

156 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 587.

157 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 599.

158 ראה עמ' 117 לעיל.

159 פרידמן וכהן (עמ' 421 לעיל, הערה 32) עמ' 132.

160 סעיף 34 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.

עוסקים בסוגיה דומה. השוואתם תצביע על כך, שבין האפשרויות המביאות לבטלות הוראת צוואה, חוק הירושה אינו כולל את המקרה שבו הוראת הצוואה סותרת את תקנת הציבור. במצב דברים רגיל, ניתן היה להניח כי שינוי בניסוח מצביע על שינוי במשמעות¹⁶¹. לא כן בקודיפיקציה האזרחית¹⁶². השינוי בניסוח הוא תוצאה מהחקיקה בשלבים. עם חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, שוב אין צורך בהוראת חוק הירושה, תשכ"ה-1965¹⁶³, שכן ההוראה בחוק החוזים חלה גם על צוואה¹⁶⁴. ישנם חוקים של הקודיפיקציה האזרחית שמצויה בהם הוראה מיוחדת הקובעת את האופי הדיספוזיטיבי של הוראות החוק¹⁶⁵. בחוקים אחרים הוראה כזו חסרה¹⁶⁶; אך אין להסיק משתיקה זו כי כל ההוראות הן קוגנטיות¹⁶⁷.

חזקת ההרמוניה החקיקתית

חזקה חשובה היא זו הקובעת כי בפירוש הקודיפיקציה יש לשאוף להרמוניה חקיקתית¹⁶⁸. כאמור, חלקי הקודקס הוחקו בזמנים שונים. עם זאת, הם פרקים ביצירה אחת. לכל פרק תפקיד משלו וכל אחד מהם ממלא פונקציה אחרת, אולם התפקידים השונים צריכים להתאים זה לזה. חייבת להתקיים "סינכרוניזציה" בין חלקי השונים של הקודקס. לכן, נדרשת תפישה פרשנית המדגישה את הצורך בהרמוניה חקיקתית. עמד על כך פרופ' ידין, אשר תוך התייחסות לדרך הפרשנות של ההרמוניה החקיקתית, ציין¹⁶⁹:

ומדוע נאמר לעיל כי יש להניח שדרך זו של פרשנות תלך ותתרחב חשיבותה בעתיד? מפני שהחוקים החדשים, הקודיפיקטיביים מתוכננים ובנויים בהנחה שככה, ודווקא ככה, יגשו בתי המשפט אל פרושם. רבים הם הרעיונות המשותפים לשניים או יותר מהחוקים האלה, כגון תחומי ההגנה על צד שפעל בתום לב, או מרכיבי הציפיות של נזקים ואירועים אחרים. בכל המקרים האלה של מושגים משותפים והוראות שלובות מתבקשת פרשנות מתוך 'הרמוניה חקיקתית'.

161 כדעת השופט מלץ בע"א 245/85 אנגלמן נ' קליין, פ"ד מג(1) 772, 781.

162 ראה דעת הרוב בע"א 245/85 (הערה 161 לעיל).

163 לאור הוראת סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

164 ע"א 245/85 (הערה 161 לעיל).

165 ראה עמ' 140 לעיל.

166 ראה למשל, חוק המתנה, תשכ"ח-1968.

167 ראה פרידמן וכהן (עמ' 124 לעיל, הערה 32) עמ' 132.

168 על הרמוניה חקיקתית, ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 583.

169 ידין, "ושוב על פירוש חוקי הכנסת", הפרקליט כו 190, 206 (תשל"ל).

וכרוח דומה כתבתי אף אנכי¹⁷⁰ :

במקום שמצוי קודקס, מן הדין לפרש את חלקיו השונים תוך התייחסות הרדית. זאת ועוד: החוקים בתחום המשפט האזרחי, שהתקבלו בישראל בכדידוחם, מתוכננים ובנויים על ההנחה, כי הפרשנות שתנתן להם, תהיה זו הרואה בהם חטיבה אורגנית אחת הקשורה והשזורה זו בזו. יש לשאוף בתחום זה להרמוניה תחיקתית. בוודאי שיש לנקוט בפרשנות זו גם כיום, כל עוד מגילות הקודקס לא אוחדו למסכת אחת.

על כן, בפירוש הדרישה הצורנית ל"כתב" באחד החוקים, יש להתחשב כמובן שניתן לרשימת ה"כתב" בחוקים האחרים¹⁷¹; בפירוש הוראה ברבר "קיוזו" באחד מפרקי הקודקס, יש להתחשב בפירוש הוראות הקיוזו בחלקי האחרים של הקודקס¹⁷²; בפירוש ההוראות בעניין השבה הפזורות בקודקס, יש לשאוף להרמוניה¹⁷³; ההגנה הניתנת למיטלטלין צריכה לשאוף להתאמה עם ההגנה הניתנת למקרקעין¹⁷⁴; והיקף ההגנה הניתנת למקרקעין ולמיטלטלין בחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 ובחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 צריכה לעמוד בהתאמה עם האחריות בנויקין המוטלת על בעל מקרקעין ומיטלטלין או על המחזיק בהם. אך מעבר לכך: ההנחה הינה כי חלקי הקודקס השונים מתיישבים זה עם זה. על הפרשנות להניח כי אין סתירה בין חלקי הקודקס השונים. עמד על כך הנשיא שמגר¹⁷⁵ :

הוראותיהם של חוק החוזים (חלק כללי) מחד גיסא ושל חוק השליחות מאידך גיסא צריכות להיבחן באופן שיש בו ככל האפשר כדי לתת להן קיום ותוקף ותוך כדי מגמה ליישב ביניהן.

אין להגזים בשאיפה להרמוניה תחיקתית. חולשת אנוש מזה, וחקיקה "בהמשכים" מזה, מקשים על השגתה של הרמוניה חקיקתית. אין מנוס, איפוא, מהכרה כי לעתים המובן שיינתן להוראת הקודקס לא יביא בכנפיו הרמוניה חקיקתית, וכי לעתים הפרשנות הראויה תהא דווקא זו הגוררת אחריה דיסהרמוניה.

170 ראה ברק (עמ' 115 לעיל, הערה 1) עמ' 9.

171 ראה ע"א 726/71 גרוסמן נ' עובד בירמן, פ"ד כ(2) 781.

172 ראה ע"א 377/82 התעשייה האווירית נ' צור גת, פ"ד מב(2) 725, 734. ראה גם פרידמן וכהן (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 123. מאוטנר (עמ' 115 לעיל, הערה 3).

173 ראה ד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב(1) 221, 262; ע"א 2702/92 גינזברג נ' יוסף (טרם פורסם).

174 ראה הוראת סעיף 8 לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971.

175 ד"נ 7/81 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, 691.

ט. שיקול דעת שיפוטי בגיבוש תכלית הקודקס

שיקול דעת שיפוטי בפרשנות הקודקס

בקודקס האזרחי הביע המחוקק אמון בשופט¹⁷⁶. הקודקס שזור הוראות רבות המעניקות לשופט שיקול דעת¹⁷⁷. לעתים הענקת שיקול הדעת לשופט היא מפורשת. כך, למשל, חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 קובע, כי מי שהתקשר בחוזה עקב טעות, וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה, והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך – "רשאי בית המשפט, לפי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות כן". עשה כן, "רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה"¹⁷⁸. הוראה זו מעניקה לשופט שיקול דעת – על-פי מבחן הצדק – אם לבטל החוזה ואם לאו, וכן שיקול דעת אם לחייב את הצד שטעה בפיצויים. בדומה, החוק מסמיך שופט – "אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שמצא לנכון" – לפטור צד לחוזה פסול מחובת ההשבה, ואף "לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד"¹⁷⁹. שיקול דעת נרחב מוענק לשופט בהוראה מרכזית זו ובהוראות רבות אחרות¹⁸⁰, המעניקות במפורש שיקול דעת לשופט. ברוב רובם של המקרים, הענקת שיקול הדעת היא משתמעת¹⁸¹. היא נובעת מהמושגיות הערכית שבה משתמש המחוקק, אשר בפירושן מוענק שיקול דעת שיפוטי לפרשן¹⁸². שיקול דעת זה מקורו בכך, שכללי הפרשנות "הרגילים" – מתן משמעות ללשון הקודקס על-פי תכליתו – אין בהם כדי להעניק פתרון אחד ויחיד לבעיה משפטית הטעונה

176 המידה המירבית של אמון מצויה בהוראת חוק יסודות המשפט, התש"ם-1980, לפיה הוסמך השופט בישראל להשלים חסר בחקיקה: ראה ברק (עמ' 124 לעיל, הערה 33) עמ' 490.

177 ראה מאוטנר (עמ' 115 לעיל, הערה 3) עמ' 335.

178 סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

179 סעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

180 ראה למשל סעיף 15(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (בית המשפט רשאי להפחית מסכום הפיצויים המוסכמים); סעיף 4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (בית המשפט רשאי להתנות אכיפת החוזה בקיום תנאים); סעיף 13 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 (בית המשפט רשאי לפסוק פיצויים בגין נזק שאינו נזק ממון).

181 לשיקול דעת שיפוטי משתמע, וההבחנה שבינו לבין שיקול דעת שיפוטי מפורש, ראה עמ' 137 לעיל וכן ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 155.

182 מתן משמעות למונחים הערכיים היא פעילות פרשנית. אין היא פעילות בהשלמת חסר: ראה ברק (עמ' 124 לעיל, הערה 33) עמ' 498.

הכרעה, ונדרש שימוש בשיקול דעת שיפוטי כדי להגיע לפתרון האחד והיחיד של הבעיה המשפטית. אכן, המחוקק הישראלי מרבה להשתמש במושגים ערכיים כגון "מוסר"¹⁸³, "תום-לב"¹⁸⁴ ו-"צדק"¹⁸⁵. מתן תוכן למונחים אלה חייב להעשות על-פי כללי הפרשנות הרגילים; אולם לא תמיד די בכללי פרשנות אלה כדי ליתן משמעות פרשנית אחת ויחידה, ואז אין מנוס משימוש בשיקול דעת שיפוטי כדי לתת להם תוכן נורמטיבי. בכך מוענק לבית המשפט תפקיד יצירתי. עמד על כך פרופ' מאוטנר¹⁸⁶:

משלושת המאפיינים דלעיל¹⁸⁷ של החקיקה האזרחית החדשה נגזר תפקיד רחב-היקף לבתי-המשפט ביצירת הדין האזרחי שלנו. ואכן, זה מכבר הוכר כי החקיקה מבטאת תפיסה של 'חלוקת עבודה' בין המחוקק ובין השופט לפיה בתי-המשפט צריכים להיות מעורבים באורח אינטנסיבי ביצירתן של נורמות הדין האזרחי. מעורבות זו אמורה לבוא לביטוי בשלוש דרכים עיקריות: ראשית: יצירתן של נורמות — כללים וסטנדרטים כאחד — לצד הוראות החקיקה הנוכחיות, כהשלמה להן. תפקידם זה של בתי-המשפט נגזר מאופיה של החקיקה כמי שמספקת תכנים מצומצמים במסגרת הסוגיות המוסדרות על ידה. שנית: יצירתן של נורמות — כללים וסטנדרטים כאחד — במסגרתן של הוראות כלליות הקיימות בחקיקה, בדרך של מילוי בתוכן המורכב מסדרה של נורמות-משנה ספציפיות. תפקידם זה של בתי-המשפט נגזר מאופיה של החקיקה כמי שמורכבת מכללים המהווים קונקרטיזציה של הסטנדרטים. תפקידם זה של בתי-המשפט נגזר מהשימוש המרובה בחקיקה בנורמות מהסוג של סטנדרט.

המעורבות הראשונה שבה עוסק מאוטנר — השלמת חסר בחקיקה האזרחית — אינה מעורבות פרשנית. כאשר השופט משלים חסר בחקיקה הוא מבצע פעילות

183 ראה, למשל, סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

184 ראה, למשל, סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

185 ראה, למשל, סעיף 3(4), 7(ב), 18(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

186 מאוטנר (עמ' 115 לעיל, הערה 3) עמ' 335.

187 שלושת מאפיינים אלה, לפי מאוטנר, הם: "ראשית, תוכנם של ההסדרים המובאים בחקיקה הוא קצר ותמציתי... שנית, הסדרים רבים מובאים בחקיקה בדרך של קביעת עיקרון רחב וכללי, האמור להסדיר סוגיא רחבת-היקף... שלישית, מרובה מאד בחקיקה השימוש בסטנדרטים": מאוטנר (עמ' 115 לעיל, הערה 3) עמ' 330, 331.

לבר־פרשנית¹⁸⁸. לעומת זאת, שני הסוגים האחרים של מעורבות שיפוטית שמציין מאוטנר עניינם פרשנות הטקסטים המשפטיים. בשל מאפייניה של הקודיפיקציה, פרשנות זו כרוכה בשיקול דעת שיפוטי ניכר. עמד על כך השופט לנדוי¹⁸⁹:

גם אחרי חקיקה כזאת חוזרים בתי־המשפט ואורגים מחד את מסכת הפרשנות שלהם מסביב לסעיפי החוק החרות או בתוך הסדקים (interstitially), כמימרתו המפורסמת של השופט הולמס. המחוקק הישראלי מעודד את התהליך הזה בנסחו את סעיפיו בלשון כללית, ללא נסיון של פתרונות קזואיסטיים, ויש והוא ממש מזמין את השופט אל בין הסדקים ושומר לו במפורש בקעה להתגדר בה. כוונתי לסעיפים המפנים את השופט למושגים של תום לב, של נאמנות ושל התנהגות סבירה... בהוראות כאלה כאילו נואש המחוקק מן הנסיון של הגדרה יותר מדוייקת בענינים המשתייכים על פי מהותם לתחום המדיניות החקיקתית, והוא סומך על תבונתם של השופטים שאלה ימצאו את הפתרון הצודק לכל מקרה. במידה שהוראות כאלה נובעות מן הרצון לשמור על גמישות במציאת פתרונות פרגמטיים, יש לברך על תופעה זו ונוכל לראות בהן הבעת אמון בתי־המשפט. אבל לעתים מתגנב הספק ללב, שמא בקש המחוקק להתחמק מהכרעות ברורות בשאלות של מדיניות, שעליהן חייב הוא עצמו לתת את תשובתו, והעברת התפקיד לבית־המשפט גורמת מבוכה.

ודוק: במתן מובן למונחים ערכיים כגון – צדק, מוסר, סביר, תום לב – אין השופט משלים חסר, ואין הוא מופנה לדין המשלים. במתן מובן לערכים ערכיים עוסק השופט בפעילות פרשנית יוצרת, המבוססת על מידה רבה של שיקול דעת שיפוטי.

הפעלת שיקול הדעת השיפוטי בפרשנות הקודקס

שיקול דעת שיפוטי בפרשנות קיים במקום שכללי הפרשנות "הרגילים" – אשר במרכזם הקביעה כי את לשון החוק יש לפרש על־פי תכליתו – אינם מובילים את השופט לתוצאה אחת ויחידה. במקרה זה מתחייב שלב נוסף ואחרון בפעילות השיפוטית, שבו ניתן לשופט חופש בבחירה בין האפשרויות הפתוחות בפניו. בהפעילו את שיקול דעתו, אין השופט נתון לכללי המשפט. עם זאת, לא כל הפתרונות שווים. על השופט להעדיף את הפתרון שהוא רואה כפתרון הטוב

188 ראה ברק (עמ' 124 לעיל, הערה 33) עמ' 427, 470.

189 לנדוי (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 297.

ביותר, אך בגיבושו של פתרון זה עליו לפעול באובייקטיביות¹⁹⁰. עליו ליתן ביטוי לערכי היסוד של השיטה ולא לערכים שהם סובייקטיביים וייחודיים לו: חוזה למכירת בשר אינו אסור רק משום שהשופט הוא צמחוני. על השופט לפעול על-פי השקפתו של "הציבור הנאור"¹⁹¹ ועל-פי תפישות היסוד וה"אני מאמין" של האומה¹⁹². על השופט לפעול בסבירות¹⁹³. כאשר ערכים שונים מתנגשים, עליו לפתור ההחלטות לאור המשקל היחסי של הערכים בתודעה הלאומית. קיימים מצבים שבהם הנחיות אלה עשויות לשלול שיקול דעת שיפוטי. במקרים אחרים הנחות אלה אינן מספיקות, ונפתח פתח לשיקול דעת שיפוטי בבחירת האפשרות הראויה מבין האפשרויות הסבירות ("מתחם הסבירות"). כמצב דברים זה על השופט להיות מודע לשיקולים המתחרים ולשיקול הדעת השיפוטי שניתן לו. כאשר להפעלת שיקול הדעת השיפוטי בתחומי הקודקס האזרחי, עמד מאוטנר על השיקולים הבאים¹⁹⁴:

הפעלת ה'תפקיד' היוצר של כתי-המשפט במסגרת החקיקה צריכה להיעשות תוך הכרה במשמעות הכרוכה ביצירתה של נורמה משפטית... הפעלת החקיקה צריכה להיעשות תוך הכרה בנפקויותיהן של הכרעות שיפוטיות החורגות מיישום גרידא של נורמות משפטיות קיימות... הפעלת החקיקה צריכה להיעשות תוך הכרה במגבלות החלות על כתי-המשפט ביוצרים נורמות משפטיות... הפעלת ה'תפקיד' היוצרי של כתי-המשפט במסגרת החקיקה צריכה להיעשות תוך שאיבה של הכרעות מדיניות ממקורות מוכרים ותוך פיתוח ושקילה של קווי-מדיניות מפורטים כלל האפשר.

לדברים אלה אני מסכים: הם משקפים מערכת של שיקולים נורמטיביים¹⁹⁵, מוסדיים¹⁹⁶ ובין-מוסדיים¹⁹⁷ שראוי כי השופט יתחשב בהם, גם אם אין הוא חייב לעשות כן. עם זאת, גם בשיקולים אלה אין כדי להביא את השופט תמיד, ובכל

- 190 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 658; ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 201.
 191 ראה ע"א 461/62 צים בע"מ נ' מזיאר, פ"ד יז 1319, 1335. על המושג "הציבור הנאור", ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 660; ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 229.
 192 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 658.
 193 ראה ברק (הערה 65 לעיל) עמ' 663; ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 227.
 194 מאוטנר (עמ' 115 לעיל, הערה 3) עמ' 347, 348.
 195 ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 219. ראה גם ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 743-734.
 196 ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 241. ראה גם ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 743.
 197 ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 265. ראה גם ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 744.

מצב, לפתרון אחד ויחיד. כאשר לאחר ההתחשבות בשיקולים אלה השופט עומד בפני שתי אפשרויות או יותר, אין לו אלא לשאול את עצמו מהו הפתרון שנראה לרצונו כטוב ביותר. כאשר מצב כזה ניצב בפניו כשופט, אני מבקש ליתן את הפתרון שנראה לי צודק ביותר. אכן, לאחר מיצוי כל השיקולים "האובייקטיביים", ראוי כי סיומו של תהליך שיקול הדעת יהיה בשיקולים של צדק¹⁹⁸. על השופט לפרש את הקודקס האזרחי שלנו באופן שתושג תוצאה הנראית לו צודקת. ורוק: אין זו נקודת הפתיחה הפרשנית. שיקולים של צדק אינם מחליפים את תכלית החקיקה או את מערכת השיקולים האובייקטיביים שיש לשקלם. אולם, כאשר שיקולים אלה שוב אינם מביאים לפתרון אחד ויחיד, ולעניין האופציות הנותרות לאחר התחשבות בשיקולים אלה ודחייתן של אופציות שאינן עולות בקנה אחד עמהם — ראוי לו לשופט לשאוף לאותו פתרון הנראה לו צודק. משפט וצדק נפגשים.

שיקול דעת שיפוטי בקודקס: תכלית סובייקטיבית — תכלית אובייקטיבית

בגיבוש תכליתה של הוראה בקודקס האזרחי יש להתחשב בתכלית הסובייקטיבית ובתכלית האובייקטיבית. כל קושי אינו מתעורר אם שתי התכליות מובילות לכיוון אחד; אך מה הדין אם קיים ניגוד בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית? ידה של איזו תכלית על העליונה? השיטה הפרשנית התכליתית נותנת בכורה בפרשנותם של חוקים "רגילים" (להבדיל מחוקי-יסוד) לתכלית הסובייקטיבית, וזאת משיקולים חוקתיים ובמרכזם הדמוקרטיה והפרדת הרשויות¹⁹⁹. נראה לי, כי תפישה זו צריכה לחול גם בפרשנות הקודקס. עם זאת, עוצמתה של גישה זו הוא חלש בגדרו של הקודקס האזרחי שלנו. במובן מסוים דינו של קודקס אזרחי דומה לדינה של חוקה. שניהם מכוונים לקבוע הוראות יסוד, הקבועות לדורות, באשר ליחסי אנוש מרכזיים. בפרשנות חוקה יש ליתן משקל רב לתכלית האובייקטיבית, ולעתים בכוחה לגבור על התכלית הסובייקטיבית²⁰⁰. איני סבור שדין זהה צריך לחול בפרשנות הקודיפיקציה, אולם יש בדמיון זה כדי להשליך אור על המעמד של התכלית הסובייקטיבית בגיבוש תכלית הקודיפיקציה. זאת ועוד: חקיקתו של הקודקס לא נערכה על בסיס אידיאולוגיה (סובייקטיבית) ברורה²⁰¹. על כן, עיקרה של האידיאולוגיה של הקודקס היא אידיאולוגיה (אובייקטיבית) הנלמדת ממהות ההסדרים, מהיחסים הפנימיים בין חלקי הקודקס ומהצרכים המודרניים. לבסוף, מקורות המידע אודות התכלית הסובייקטיבית הם מעטים, ורובם אינם פתוחים לעיון הקהל. בכל אלה יש כדי להקטין את השפעתה של

198 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 707; ברק (עמ' 139 לעיל, הערה 116) עמ' 205.

199 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 258.

200 ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 215.

201 עמ' 119 לעיל.

התכלית הסובייקטיבית בגיבוש תכליתה של הקודיפיקציה. על-כן, מקום שקיימת תכלית סובייקטיבית ברורה וחדה – ידה על העליונה²⁰²; אך במקום שהתכלית הסובייקטיבית אינה ברורה ואינה חדה, מן הראוי לשאוף לגיבוש תכלית המעוגנת בצרכים המודרניים.

שיקול דעת שיפוטי בקודקס: איזון בין חזקות מתחרות

התכלית (האובייקטיבית) של הוראות הקודקס נקבעת, בין השאר, על בסיס חזקות תכליתיות²⁰³. מה הדין אם קיימת התנגשות בין החזקות השונות? כך, למשל, שופט עשוי לעמוד בפני השאלה האם ליתן צו-מניעה זמני כמשפט דיבה²⁰⁴. החזקה בדבר חופש הביטוי עשויה להוביל לגיבוש דין בדבר צו מניעה זמני המוביל לפתרון אחד, ואילו החזקה בדבר כבוד האדם עשויה להוביל לפתרון אחר. כיצד יפתור השופט את הבעיה הנורמטיבית הניצבת בפניו? אכן, עניין לנו בשאלה הקלסית של איזון (balancing) בין ערכים מתחרים²⁰⁵. שאלה זו מתעוררת לרוב במסגרת סוגיות מתחום המשפט הציבורי, אך היא אינה ייחודית למשפט הציבורי. איזון בין ערכים מתחרים נערך בכל תחומי המשפט. הצורך בעריכת איזונים קיים אף במשפט הפרטי, והוא בולט בתחומי הקודיפיקציה. כך, למשל, כאשר מתעוררת השאלה בדבר זכותו של צד שלישי, אשר פעל בתום-לב, קיים לעתים ניגוד בין דרישות של ודאות לבין דרישות של צדק. ניגוד דומה קיים כאשר השאלה המתעוררת היא כאשר להיקף הדרישות הפורמליות, כגון היקף דרישת הכתב, והיחס בין דרישה זו לבין דרישת תום-הלב. כמתן תשובות לשאלות אלה קיים לרוב שיקול דעת שיפוטי. עם זאת, ניתן לקבוע הנחיות – בלתי מחייבות – העשויות להדריך את השופט. כך, למשל, כאשר נדרש איזון בתחומי המשפט הפרטי בין ערכים מתחרים, מן הראוי להתחשב באיזון שנערך בין ערכים אלה (ודומיהם) בתחומי המשפט הציבורי. שיקולים של קוהרנטיות נורמטיבית מצדיקים פתרון דומה לבעיה דומה. כך, למשל, המשקל שניתן לחופש הביטוי בתחומי המשפט הציבורי עשוי להשפיע על המשקל שניתן לו בתחומי המשפט הפרטי²⁰⁶. על כן עשויה גם הקודיפיקציה לאמץ לעצמה את נוסחת "הוודאות הקרובה" במצב שבו מתחרים ערכים שהביאו לגיבושה של נוסחה זו בתחומי המשפט הציבורי²⁰⁷.

202 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 258.

203 ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 477.

204 ראה ע"א 214/89 אבנרי נ' שפירא, פ"ד מג(3) 840.

205 לשאלת ה"איזון", ראה ברק (עמ' 131 לעיל, הערה 65) עמ' 679; ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 215.

206 ראה ע"א 838/75 (עמ' 125 לעיל, הערה 40).

207 ראה ד"נ 7/81 (עמ' 148 לעיל, הערה 175).

שיקול דעת שיפוטי: משפט השוואתי ומקורותיו ההיסטוריים של הקודקס

הקודקס האזרחי שלנו הושפע ממקורות היסטוריים שונים²⁰⁸. המרכזיים שבהם הם המשפט העברי²⁰⁹, המשפט האנגלי²¹⁰, ספרי החוקים הקונטיננטליים²¹¹, מסמכים בינלאומיים²¹² והדין הקודם²¹³. מקורות היסטוריים אלה משמשים בסיס להשראה פרשנית. הפרשן רשאי לפנות אליהם, לבחון כיצד הוכנו הדינים בפסיקה ובספרות של שיטות אלה, ולבחון אם הבנה זו תואמת את הבנתו של הפרשן את ההוראה המקומית. בהתייחסו למקורות ההיסטוריים שמהם נשאב תוכנו של חוק הירושה, תשכ"ה-1965, ציין השופט יצחק כהן – לאחר שחזר על העיקרון כי את החוק יש לפרש "מתוך עצמו" – כי²¹⁴:

אין בכך כדי לשלול את האפשרות שבית־המשפט יסתייע במקורות אחרים בתור הנחיה לפרושן של בעיות שאין להן תשובה כרוה בחוק עצמו.

וביחס לשיטות המשפט הזרות שמהן נשאבה הוראת סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ציינת²¹⁵:

נוכל לקבל השראה פרשנית ממשפטים זרים, אך יהא עלינו לעצב את היקפו של סעיף 12 לחוק החוזים על־פי צרכינו שלנו.

- 208 ראה שלו (עמ' 139 לעיל, הערה 110) עמ' 655.
- 209 ראה למשל חוק השומרים, תשכ"ז-1967. השווה גם חוק השליחות, תשכ"ה-1965 אשר שאב מהמשפט העברי את העיקרון כי "שלוחו של אדם כמותו" (סעיף 2). הביטוי "גמירת דעת" הקבוע בסעיף 2 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 לקוח מהמשפט העברי.
- 210 ראה למשל ההסדר בדבר שליחות נסתרת (סעיף 7 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965) אשר הושפע בחלקו מהמשפט האנגלי. השווה דיני הפיצויים (סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970) ודיני הפרה הצפויה (סעיף 17) שהושפעו מהמשפט האנגלי. ראה גם חוק הנאמנות, תשל"ט-1979, אשר בסיסו הוא אנגלי.
- 211 ראה, למשל, עקרון תום-הלב אשר נשאב מסעיף 242 לחוק האזרחי הגרמני.
- 212 ראה למשל, חוק המכר, תשכ"ח-1968 אשר הושפע מהוראות החוק האחיד למכר טובין בינלאומי.
- 213 ראה למשל ביטול ההבחנה בין טעות בעובדה וטעות בחוק בסעיף 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, אשר התבססה על פסיקתו של בית המשפט העליון: ע"א 292/68 יפת נ' איסטווד, פ"ד כג(1) 604; ע"א 570/70 חי נ' כהן, פ"ד כה(2) 339. ראה גם שלו (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 188.
- 214 ע"א 717/71 (עמ' 125 לעיל, הערה 38) עמ' 686.
- 215 ע"א 230/80 פנידר נ' קסטרו, פ"ד לה(2) 713, 725.

בפרשה אחרת ציינתי²¹⁶:

מקום שדבר חקיקה פלוני הושפע משיטה זרה, ניתן לפנות לשיטה זו כדי לקבל השראה פרשנית שיש בה כדי להרחיב את האופציות הפרשניות.

ובאשר למעמדו של המשפט העברי, המהווה מקור היסטורי להוראה בדבר צוואת שכיב־מרע כחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ציינתי²¹⁷:

המחוקק הישראלי קלט מהמשפט העברי רעיון ולא דין. הרעיון הפך לראשונה חוק על ידי המחוקק הישראלי בלי שזה קלט משפט עברי. על כן אין אנו צריכים למצוא בדין הישראלי הוראה השוללת או שאינה מתישבת עם המשפט העברי, כדי שזה האחרון לא יחול. המשפט העברי לא חל, משום שהוא לא נקלט. יחד עם זאת, ראוי ורצוי לו למשפט העברי, אשר בהשראתו נחקקה הוראת חוק, כי יהווה מקור להשראה פרשנית, כלומר, להרחבת האופק ושדה הראייה הפרשניים ולהרחקתם, ובכך ליצירת עומק נוסף ליצירה הפרשנית. אך ההכרעה בין האפשרויות השונות היא הכרעה שלנו, בלא כבלים משפטיים חיצוניים ובלא בכורה או ראשניות לשיטה אחרת, תהא יקרה לנו ככל שתהא.

נמצא, כי המקור ההיסטורי אינו מכריע ואינו מחייב. כוחו בהשראתו; אולם מהו כוח ההשראה הזה? על שאלה זו אין תשובה בשיטתנו, כשם שאין תשובה לשאלה מהו כוח ההשראה הנתון למשפט המשווה בדרך כלל. השיטה אינה "מעודנת" דייה כדי לקבוע את המשקל הפרשני שיש להעניק למקורות היסטוריים או למשפט השוואתי. התשובה לשאלות אלה נתונה לשיקול דעת שיפוטי. שיקול הדעת אינו מוחלט: השופט־הפרשן אינו רשאי להעניק עמדת בכורה למקור ההיסטורי או להעניק למשפט העברי מעמד ראשוני.

שיקול דעת שיפוטי בסטייה מתקדים המפרש את הקודקס האזרחי

במרבית שיטות המשפט הקונטיננטליות שבהן נוהג קודקס אזרחי עקרון התקדים המחייב אינו מקובל²¹⁸. יש הסבורים כי קודקס ותקדים מחייב הם דבר והיפוכו;

216 ד"ג 13/80 הנדלס נ' בנק קופת עם בע"מ, פ"ד לה(2) 785, 727.

217 ד"ג 40/80 (עמ' 130 לעיל, הערה 56) עמ' 725.

218 ראה Zweigert and Kötz, *Introduction to Comparative Law* 270 (Vol. 1, 1987, Tran. T. Weir); Goodhart, "Precedent in English and Continental Law", 50 *Law Q. Rev.* 40 (1934). ראה גם ע' קפלן, התקדים בשיטת הקודיפיקציה (בישראל): מחקר השוואתי (זיכרון לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", 1976); קפלן, "תחולה צופה פני עתיד

אחרים גורסים כי השוני בין שיטת המשפט המקובל (שבה מקובל עקרון התקדים המחייב) לבין שיטות המשפט הקונטיננטליות (שבהן עקרון התקדים המחייב אינו מקובל) הוא מזערי²¹⁹. הטעם לגישה זו נעוץ בעובדה כי הלכה למעשה, גם בשיטות המשפט האזרחי נוהגים בתי משפט נמוכים כבוד בפסקי דין של בתי משפט גבוהים מהם. הלכה למעשה, הסטייה של בית משפט נמוך מפסק דין קודם של בית משפט גבוה היא נדירה גם בשיטות המשפט האזרחי. גישה זו אינה מקובלת על הכל. יש הסבורים, כי בכל הנוגע לעקרון התקדים המחייב, ההבדל בין שתי השיטות הוא מהותי²²⁰. יהא עניין זה כאשר יהיה, בישראל מקובל עקרון התקדים המחייב²²¹, והוא חל בכל תחומי המשפט, ובהם המשפט האזרחי. על כן חייב כל בית משפט — למעט בית המשפט העליון — לפסוק על-פי ההלכה שנפסקה בבית המשפט העליון. בית המשפט העליון רשאי לסטות מתקדימיו-הוא. השאלה הקשה היא, מתי ראוי לבית המשפט העליון לסטות מתקדים קודם שלו, המפרש את הקורקס, ומתי ראוי להתמיד בהלכה שנפסקה בעבר בפירוש הקורקס²²². לדעתי, הגישה הראויה הינה להשאיר במקרה קשה את ההלכה הישנה על מכונה, אלא אם משקלם של השיקולים התומכים בפירוש החדש עולה על זה של השיקולים התומכים בפירוש הישן, והנזק הנגרם בשל עצם השינוי²²³. על כן, אם השיקולים בעד הפירוש החדש ונגדו הם שיקולים, יש להתמיד בהלכה הישנה. "בין אמת לאמת — יציב עדיף"²²⁴. לעומת זאת, אם השיקולים התומכים בהלכה החדשה עולים במשקלם על השיקולים התומכים בהשארתה, יש לבחון את היתרון שבעצם השינוי לעומת החסרון שבו. בין השאר, חסרון זה נעוץ בציפיות הסבירות שההלכה הישנה יצרה, ובהסתמכות שהציבור הסתמך עליה. אין זה השיקול היחיד התומך בדין הקיים, אך זהו שיקול מרכזי התומך בהשארת ההלכה המקובלת על מכונה. אם ההסתמכות על

לתקדימי בית המשפט העליון, "משפטים ט 221 (תשל"ח); קפלן, "אמת ויציב בראי הפסיקה", עיוני משפט ו 576 (תשל"ט).

219 ראה צווייגרט וקוטס (עמ' 156 לעיל, הערה 218) עמ' 270 וכן David and De Vries, *The French Legal System* 113 (1958); Ancel, "French Case Law", 16 *J. Comp. Leg.* 1 (1934).

220 ראה Cappelletti, "The Doctrine of Stare Decisis and the Civil Law: A Fundamental Difference — Or No Difference At All?", *Festschrift Zweigert* 381 (1981).

221 סעיף 20(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

222 הבעיה היא קשה כאשר הפירוש שניתן בעבר אינו נראה לבית המשפט העליון בהווה, אם כי זהו פירוש אפשרי. אין כל בעיה קשה אם בית המשפט העליון נתן פירוש לא נכון במקרה פשוט: "אמת ויציב — אמת עדיף": ע"א 376/46 רוזנבוים נ' רוזנבוים, פ"ד ב 235, 254 (הנשיא זמורה). ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 392.

223 ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 398.

224 בג"צ 547/84 עוף העמק נ' המועצה המקומית רמת-יישן, פ"ד מ(1) 113, 145.

הדין הקיים והציפיות להמשכו הן ניכרות, כי אז עשויה התועלת שבשינוי להיות קטנה מהנוק שבו. במקרה זה ראוי להשאיר את ההלכה הישנה על מכונה, אלא אם כן ניתן לסטות ממנה פרוספקטיבית²²⁵. ציפיות כאלה עשויות להתקיים בתחומים נוספים של המשפט האזרחי. אכן, על השופט לבחון כל סוגיה לגופה, ולראות עד כמה שינוי ההלכה בה פוגע בציפיות של בני הציבור, ועד כמה הוא משבש את הליכותיהם של בני האדם. בעניין זה אין לנקוט קו אחיד בכל תחומי הקודיפיקציה.

סטייה מתקדים: דיני הקניין

בתחומים מסוימים של דיני הקניין עשויות להיווצר ציפיות ניכרות. הציבור רוכש זכויות קניין על בסיס הפירוש הקיים של הקודיפיקציה, וכל שינוי בהלכה עשוי לשבש ללא תקנה את הוודאות בזכויות הקניין. ודאות זו היא ערך מרכזי שיש להתחשב בו. עמד על כך פרופ' ויסמן²²⁶:

ברכשם זכויות קניין, שמשך קיומן עשוי להיות לתקופה ארוכה, קיימת נטייה מוגברת אצל המתקשרים להסתמך על הפירוש שניתן בעבר לאותן זכויות, ולכלכל את הצעדים מתוך הישענות על הפרשנות המקובלת. נדרשת מידה ניכרת של ודאות בדבר היקף זכויות הקניין, כדי שתתאפשרנה עסקאות ביחס אליהן. משום כך יש להימנע מפרשנות העלולה להכניס גורם של אי-ודאות, ולפגוע בהנחות ששימשו כבסיס לפעילויות כלכליות.

אכן, ודאות ויציבות הם שיקולים שיש להתחשב בהם בכל פרשנות. חזקה היא שתכליתו של דבר-חקיקה היא להבטיח ודאות ויציבות. השאלה הינה תמיד המשקל שיש להעניק לשיקול זה בהשוואה לשיקולים אחרים. נראה, כי בתחומים מסוימים – כגון דיני הקניין – המשקל שיש ליתן לשיקול זה רב מהמשקל הניתן לו בתחומים אחרים. אכן, רק שיקולים כבדי משקל יש בהם כדי להצדיק גרימת "עוול ואי-צדק לאדם אשר בתומו רכש זכויות בסמכו על הדין שהיה נוהג אותה שעה"²²⁷ – עוול העשוי לצמוח מסטייה (רטרוספקטיבית) מתקדים קודם שעליו הסתמך אותו אדם.

225 על שינוי פרוספקטיבי, ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 113) עמ' 417. לטכניקה זו בעיות משלה ולא תמיד ראוי הוא לנקוט בה. ראה שם, עמ' 419.

226 ויסמן, "מושגי יסוד בדיני קניין – סקירה ביקורתית", משפטים יא 41, 59 (תשמ"א).
227 בר"ע 3/73 גלעד נ' סופר, פ"ד כז(1) 596, 600. ראה גם ע"א 442/72 משה נ' גבירץ, פ"ד כג(1) 579, 581.

סטייה מתקדים: דיני חוזים, נזיקין ותרופות

חוזה יוצר ציפיות. שינוי במשמעות דיני החוזים – הנובע משינוי בהלכה המפרשת הוראה בעלת אופי חוזי בקודיפיקציה – עלול לפגוע בציפיות הסבירות של הצדדים לחוזה. הוא־הדין בציפיות הסבירות של מצווה, שערך צוואה בהסתמך על פירוש מסוים של דיני הצוואות. כך, למשל, מוריש עורך את צוואתו על־פי דיני ה"צורה" של חוק הירושה, כפי שפורשו על־ידי הפסיקה. יהא זה צעד חריף אם הפסיקה תשנה את הלכתה ותקבע כי צוואות שנעשו על יסוד חוק הירושה הן בטלות, משום שחוק הירושה פורש בעבר שלא כראוי וכעת על בית המשפט לסטות מפסיקתו הקודמת. שונה המצב אם השינוי ההלכתי מביא להרחבת תחום התוקף של הצוואה: במקרה זה אין פוגעים בציפיותו הסבירה של המצווה. נהפוך הוא: לכוונה זו ניתן תוקף מלא, ובלבד שאין הופכים מסמך שהאדם לא ראה כצוואה לצוואתו האחרונה. אף חלקים מסוימים מדיני הנזיקין יוצרים מערכת של הסתמכויות וציפיות סבירות, אשר מן הראוי כי יישקלו בשעה שבית המשפט שוקל שינוי (רטרוספקטיבי) במובן שהוא נותן להוראות פקודת הנזיקין²²⁸. אין, כמובן, להסיק מכך, שכל דיני החוזים או הנזיקין יוצרים ציפיות סבירות, המקשות על השינוי ההלכתי. קשה להניח כי דיני הטעות יוצרים ציפיות סבירות. ברוב רובם של המקרים, בשעה שהם כורתים חוזה, הצדדים כלל אינם מודעים לדיני הטעות, ושינוי בדיני הטעות לא יפגע באינטרס ההסתמכות הלגיטימי שלהם²²⁹. לעתים, אפילו קיימת מודעות של הצדדים לדבר קיומו של הדין, אין מודעות זו יוצרת כל הסתמכות. דוגמא לכך הם דיני הירושה, המאפשרים לבית המשפט ליתן תוקף לצוואה שנפל בה פגם צורני²³⁰. מוריש העושה צוואה אינו מסתמך על דין זה בשעת עריכתה; הוא משתדל לעשות צוואה על־פי דרישות הדין²³¹. על כן, שינוי בגישתו של בית המשפט בפירושה של ההוראה המסמיכה אותו לתקן פגם שנפל בצוואה אינו פוגע באינטרס ההסתמכות.

228 J. Stone, *Social Dimensions of Law and Justice* 663 (1966); R. Keeton, *Venturing To Do Justice* 39 (1969); Schwartz, "New Products, Old Products, Evolving Law, Retroactive Law", 58 *N. Y. U. L. Rev.* 796 (1983).
 229 ראה Salmond, *Jurisprudence* 219 (11th ed., 1957).
 230 סעיף 25 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965.
 231 ראה ד"ר 40/80 (עמ' 130 לעיל, הערה 56) עמ' 718.

י. סוף דבר

הקשיים

ביקשתי להציג שיטת פרשנות ראויה לקודקס האזרחי "נוסח ישראל". זוהי הפרשנות התכליתית. אין מיוחדת לקודקס האזרחי. עם זאת, היא מאפשרת מתן ייחוד לקודקס האזרחי במסגרתה. אכן, השיטה הפרשנית התכליתית היא בעלת אופי גמיש. היא מאפשרת גיבוש תורה פרשנית כללית, החלה על כל הטקסטים המשפטיים. עם זאת, היא מאפשרת מתן ביטוי לאופיו המיוחד של כל טקסט. במסגרת הפרשנות התכליתית, יש להדגיש את אופיה האובייקטיבי. תכלית הקודקס היא מושג אובייקטיבי, המשקף את התכלית אשר סוג ההסדר נועד להגשים בשיטת משפט מודרנית. קביעתה של תכלית (אובייקטיבית) זו הוא עיקר תפקידו של הפרשן. תפקיד זה סבוך הוא בכל שיטת משפט. הוא מחייב פרישה רחבה של כל חלקי הקודקס והשתזרותם במשפט הכללי. הוא מחייב הבנת סוג ההסדר על רקע מגמות היסוד של הקודקס. תפקיד זה קשה להגשמה בישראל. אופיה של שיטת המשפט שלנו כשיטת משפט מעורבת²³² מזה, ואופי החקיקה הקודיפיקטיבית הישראלית מזה, מקשה על התהליך הפרשני. בהקשר זה מבקש אני להדגיש שני "אירועים" אשר להם השלכה על הפרשנות התכליתית של הקודקס האזרחי הישראלי. האירוע האחד הוא השלמת מפעל הקודיפיקציה האזרחית שלנו. האירוע האחר הוא במתן מעמד חוקתי-על-חוקי לזכויות האדם בישראל.

סיום תהליך הקודיפיקציה הישראלית והצעת דיני-ממון

תהליך הכנתה של הקודיפיקציה האזרחית "נוסח ישראל" טרם נסתיים²³³. ראשית, עדיין חסרות כמה לבנים חשובות לסיום המבנה האזרחי. בעיקר יודגש חסרונו של חוק חוזה העבודה, וכן חוק בענייני ברירת דין²³⁴. ייתכן שיהא מקום להוסיף גם חוק בענייני סוכנות (להבדיל משליחות); שנית, חלקים מסויימים של הקודקס הם מיושנים, ואינם תואמים את אופיו. דוגמא לכך היא פקודת הנזיקין [נוסח חדש]²³⁵;

232 על שיטת המשפט שלנו כשיטת משפט מעורבת, ראה ברק (עמ' 124 לעיל, הערה 33) עמ' 183.

233 ראה ברק, "ארבעים שנה למשפט הישראלי – דיני הנזיקין והקודיפיקציה של המשפט האזרחי", משפטים יט 631 (1990).

234 בהיותי יועץ משפטי לממשלה ביקשתי מפרופ' לבונטין להכין הצעת חוק ודברי הסבר כברירת הדין. פרופ' לבונטין הכין הצעה רחבת ידיים. נוסח מקוצר שלה פורסם: ראה א' לבונטין, ברירת הדין (1987). יש לקוות כי הצעה מצויינת זו תקודם בתהליך החקיקה.

235 על נסיגות הרפורמה בתחום זה, ראה ברק (הערה 233 לעיל) עמ' 643.

שלישית, החקיקה האזרחית טרם אוחדה למסכת אחת של דיני-ממונות. החל בכך — על-פי בקשתי כיועץ משפטי לממשלה — פרופ' אורי ידין ז"ל. הוא הכין הצעה מקיפה המאחדת את כל חלקי החקיקה האזרחית החדשה לדין חקוק אחד. עתה יושבת על מדוכת ההצעה ועדה ציבורית²³⁶. תוך זמן לא רב תסתיים מלאכתה, ותוגש לשר המשפטים הצעת קודקס אזרחי חדשה-ישנה. לא יהיו בהצעה החדשה שינויים מהפכניים. בעיקרו של דבר, יישמר ההסדר הקיים. ניסוחו ישופר, תוכנס בו אחדות רעיונית ולשונית, ויילמדו לקחי העבר. מספר לאקונוט יושלמו, והסדרים פגומים יתוקנו. עם זאת, לא יהא זה — גם לאחר השלמת המפעל — קודקס אזרחי מלא. הוא לא ישתרע על המשפט המסחרי, ועל דיני העבודה. הוא לא יכלול בחובו את דיני המשפחה. חרף מגבלות אלה, יעמוד לרשותו של המשפטן הישראלי קודקס חדש-ישן, אשר יסייע בוודאי לתהליך הפרשני. הגשמתה של הפרשנות התכליתית במסגרתו עשויה להיות קלה יותר מאשר המצב הקיים.

קודיפיקציה אזרחית וזכויות אדם מוגנות:

הקונסטיטוציונליזציה של המשפט הפרטי

ב־1992 אירעה מהפיכה חוקתית²³⁷. זכויות אדם קיבלו מעמד "על-חוקי"²³⁸. כבוד האדם, החירות, הקניין, הפרטיות, זכות התנועה, חופש העיסוק וזכויות אחרות קיבלו מעמד חוקתי עליון. ההשלכה העיקרית של מהפיכה זו היא בתחום המשפט הציבורי. עם זאת, למגילת זכויות האדם החוקתיות השפעה גם במשפט הפרטי. זכויות האדם מכוונות לא רק כלפי השלטון. הם מכוונות גם ליחסים שבין פרטים. זוהי ההשפעה על "צד שלישי" (כלומר, הפרט) של זכויות האדם (ה־Drittwirkung)²³⁹. ניתוחה של סוגיה זו חורג ממסגרת רשימתי זו. עם זאת, אין כל אפשרות להתעלם מחשיבותה. כפי שהמשפט הציבורי כיום שוב אינו מה שהיה בעבר (בשל המהפיכה החוקתית), כך גם המשפט הפרטי כיום שוב אינו מה

236 ראה ברק (הערה 233 לעיל) עמ' 633.

237 ראה ברק, "המהפיכה החוקתית: זכויות אדם מוגנות", משפט וממשל א, עמ' 9 (1992); ברק, "זכויות אדם מוגנות: ההיקף וההגבלות", משפט וממשל א, עמ' 253 (1993); קרפ, "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו — ביוגרפיה של מאבקי כוח", משפט וממשל 323 (1993); אלון, "דרך חוק בחוקה: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית לאור חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", עיוני משפט יז 656; כהן, "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית: עיונים בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו", הפרקליט ספר היובל 9 (1993); ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 61, 261, 1579.

238 ראה בג"צ 726/94 כלל הברה לביטוח בע"מ נ' שר האוצר (טרם פורסם). ראה גם ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 264, 283.

239 ראה ברק, "זכויות אדם מוגנות והמשפט הפרטי", ספר קלינגהופר 163 (1993); ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 647.

שהיה בעבר (בשל אותה מהפיכה חוקתית). בעקבות העלאת מעמדן של זכויות האדם לדרגה חוקתית, תחול קונסטיטוציונליזציה של המשפט הישראלי בכלל²⁴⁰ ושל המשפט הפרטי בפרט. אכן, המשפט הפרטי במהותו אינו אלא האיזון שנמצא כראוי בין זכויות האדם בינן לבין עצמן. דיני הנזיקין, הקניין, החיובים ושאר ענפי המשפט הפרטי משקפים את תפישתה של החברה בדבר היקפן של זכויות האדם ביחסיו עם בני אדם אחרים. המשפט הפרטי משקף את האיזון הראוי בדבר זכויות אדם ביחסיו עם רעהו. אך טבעי הוא כי איזון זה יושפע (במישרין או בעקיפין) מהשינוי החוקתי בזכויות האדם. ההשלכות של מהפיכה זו במשפט הפרטי הן נרחבות. ראשית, הן משפיעות במישרין על חקיקתו של חוק דיני ממון. הכנסת אינה חופשית לגבש את הסדריו של החוק כרצונה. יש להבטיח כי תוכנו של החוק החדש יהא "הולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש"²⁴¹; שנית, הן משפיעות על הסדריו ומוסדותיו של המשפט הפרטי. אלה צריכים לשנות צורה ותוכן, באופן שייתן ביטוי לאיזון החדש שבין זכויות האדם בינן לבין עצמן²⁴²; שלישית – וזה העיקר בתחום הפרשנות התכליתית – יש למהפכה החוקתית השלכה ישירה על האיזון הראוי בין הערכים, האינטרסים והעקרונות המתחרים ביניהם בקביעת תכליתה של החקיקה. אכן, הפרשנות התכליתית מבוססת על תפישה אובייקטיבית של תכלית הקודקס. תכלית אובייקטיבית זו מבטאת, בין השאר, איזון ראוי בין זכויות אדם מתחרות. על מהותו של איזון זה משפיעה המהפיכה החוקתית החדשה.

240 ראה ברק (עמ' 140 לעיל, הערה 116) עמ' 62. להשלכות המהפיכה החוקתית על המשפט הפלילי, ראה *27 Isr. L. Rev.* 84 (1993) Krennitzer, "Constitutional Principles and Criminal Law".

241 סעיף 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; סעיף 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.
242 כך, למשל, יש לעיין מחדש בהלכת ד"נ 22/82 בית יולס נ' רביב, פ"ד מד(1) 441. על-פי הלכה זו, תום הלב במשא ובמתן אינו מחויב שיוויון במשא ומתן. עם מתן תוקף חוקתי – על-חוקי לעקרון השוויון (בגדרי כבוד האדם) יש מקום לבחון אם החלתו של עקרון חוקתי זה במשפט הפרטי אינה צריכה להעשות באמצעות עקרון תום הלב. כמובן, יהא מקום לאזן אותו כנגד האוטונומיה של הרצון הפרטי: ראה כהן, "השוויון מול חופש החוזים" המשפט א 131. השווה גם רדאי, "הפרטת זכויות האדם" והשמוש לרעה בכוח", משפטים כג 21 (1994).