

מבוא להצעת הקודקס האזרחי הישראלי

מאת

אהרן ברק

א. רקע היסטורי. 1. עד הקמת המדינה; 2. השינוי עם הקמת המדינה; ב. החקיקה האזרחית שהחליפה המג'לה: קודיפיקציה לשיעורין. ג. הכנתה של הצעת הקודקס החדש. ד. היקף הצעת הקודקס. ה. מבנה הצעת הקודקס. ו. הצורך בהצעת הקודקס. ז. עתיד הצעת הקודיפיקציה.

א. רקע היסטורי

1. עד הקמת המדינה

עד לכיבושה על ידי הבריטים הייתה ארץ ישראל (Palestine) חלק מהאימפריה העותמאנית. בתחום המשפט הפרטי נהגה בה – כמו בחלקים אחרים של האימפריה העותמאנית – חקיקה שהושפעה ממקורות שונים.¹ כך, למשל, בעקבות הרפורמות שהונהגו בחצי השני של המאה ה-19 גברה ההשפעה האירופית (כגון ההשפעה הצרפתית) על החקיקה העותמאנית. עם זאת, המקור המרכזי למשפט הפרטי לא הושפע מאירופה. הייתה זו המג'לה (Majelle) שהיוותה את הקודקס האזרחי העותמאני. המג'לה בנויה פרקים-פרקים (ספרים-ספרים), שנחקקו בין השנים 1867–1877. מקורותיה דתיים-מוסלמיים ועיסוקה ביחסים האזרחיים. כל פרק (או ספר) מ-16 פרקי המג'לה הוקדש לנושא משפטי נפרד כגון מכר, שכירות, ערבות, המחאה או משכון. לצדה חלה חקיקה מיוחדת בענייני קרקעות, שמקורותיה היו מוסלמיים. בתחומי המשפחה שררה אוטונומיה דתית, והוכר שיפוט אוטונומי של העדות הדתיות השונות על פי המשפט של אותן עדות. זהו משטר "המילטים" שנהג באימפריה העותמאנית מאות בשנים.

1 ראו אליעזר מלחי, תולדות המשפט בארץ ישראל 3 (מהדורה שנייה; תשי"ב).

ב־1917 נכבשה ארץ ישראל על ידי הצבא הבריטי. תחילה הוחל בארץ ממשל צבאי, וזה נהפך לממשל אזרחי ב־1922, בעקבות הסכם לוזאן. דבר החקיקה המרכזי היה ה־Kings Order in Council 1922. הוא קבע (בסימן 46):

The jurisdiction of the Civil Courts shall be exercised in conformity with the Ottoman Law in force in Palestine on November 1st, 1914, and such later Ottoman Laws as have been or may be declared to be in force by Public Notice, and such Orders in Council, Ordinances and Regulations as are in force in Palestine at the date of the commencement of this Order, or may hereafter be applied or enacted; and subject thereto and so far as the same shall not extend or apply, shall be exercised in conformity with the substance of the common law, and the doctrines of equity in force in England, and with the powers vested in and according to the procedure and practice observed by or before Courts of Justice and Justices of the Peace in England, according to their respective jurisdictions and authorities at that date, save in so far as the said powers, procedure and practice may have been or may hereafter be modified, amended, or replaced by any other provisions. Provided always that the said common law and doctrines of equity shall be in force in Palestine so far only as the circumstances of Palestine and its inhabitants and the limits of His Majesty's jurisdiction permit and subject to such qualification as local circumstances render necessary.²

מכוחה של הוראה זו המשיך לחול בארץ ישראל המנדטורית המשפט הפרטי שנהג בתקופה העותמאנית. אליו הצטרפה החקיקה המנדטורית החדשה. כאשר נמצא חסר (lacunae, gap) במשפט המקומי ניתן היה לפנות ל־common law ול־equity

2 The Palestine order in Council, 1922-1947, Art.46, The Laws of Palestine, Vol III, 2569, 2580 (R. H. Drayton ed., 1934).

האנגליים (אך לא לחקיקה האנגלית).³ במשך 31 שנות השלטון הבריטי התרחש בארץ תהליך עמוק של אנגלופיקציה.⁴ תחילה לאט, ובמשנה-מרץ במשך השנים. אנגלופיקציה זו התבטאה בהחלפת דברי חקיקה עותמאניים בדברי חקיקה שהושפעו מהמסורת האנגלית, כגון בתחומי המשפט המסחרי⁵ ובדיני הנזיקין.⁶ כן התבטאה אנגלופיקציה זו בשימוש הולך וגובר ב-"substance of the common law, and doctrines of equity" כאמור בסימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922. שינויים אלה לא הביאו לביטולה של המג'לה, שהמשיכה לעמוד בתוקפה, בנוסחה התורכי ובתרגומה לעברית⁷ ולאנגלית.⁸

2. השינוי עם הקמת המדינה

עם הקמת המדינה החלו שני מפעלים משפטיים עיקריים. האחד בתחום המשפט הציבורי והאחר בתחום המשפט הפרטי. המפעל העיקרי בתחום המשפט הציבורי הוא מפעל חוקי היסוד. הם כוננו פרקים-פרקים שבסיומם אמורים הם להתאחד לטקסט אחד – החוקה של ישראל.⁹ חוק היסוד הראשון הוחק ב-1958 ומאז הוחקו עשרה נוספים. על פי הפסיקה של בית המשפט העליון¹⁰ חוקי היסוד מהווים נורמה חוקתית-על-חוקית. כל בית משפט מוסמך להפעיל ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק.¹¹

המפעל המשפטי השני היה בתחום המשפט הפרטי. הוחלט על ביטול הדרגתי של המג'לה ועל החלפת כל אחד מפרקיה בחוק ישראלי מקורי. חוקים אלה נוסחו כפרקים בקודיפיקציה. עמד על כך שר המשפטים דאז מר דב יוסף בהציגו את

- 3 ראו גד טרסקי, "בעית הליקויים בחוק (lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו", מחקרים במשפט ארצנו 54 (תשי"ב).
- 4 הערה 1 לעיל, עמ' 127.
- 5 פקודת התברות, 1929; פקודת השטרות, 1929; פקודת השותפויות, 1933; פקודת פשיטת הרגל, 1936.
- 6 ראו Civil Wrongs Ordinance, 1944-1947.
- 7 מג'לה, קובץ דיני משפט (גד פרומקין מתרגם, מהדורה שנייה, תרפ"ח).
- 8 ראו Charles A. Hooper, *The Civil Law of Palestine and Transjordan* (1933).
- 9 החלטת הכנסת מיום 13.6.1950 (ד"כ תשי" 1743), הידועה כ"החלטת הררי". ראו אמנון רובינשטיין וברק מדינה, המשפט החוקתי של מדינת ישראל, 37 (תשס"ה).
- 10 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד נ. מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221.
- 11 אהרן ברק, "ביקורת שיפוטית על חוקתיות החוק", משפט וממשל ג 403 (תשנ"ו).

הצעת חוק השליחות תשכ"ה-1964 בפני הכנסת: "הכוונה היא להחליף את הפרקים השונים שבמג'לה בחוקים ישראלים מקוריים ואילו לאחר מכן, בשלב השני, לאחד חוקים אלה, בתוספת חוקים מיוחדים אחרים בתוך מסכת אחת, שלמה ואחידה, שתשמש לנו קודקס אזרחי ממצה".¹² מפעל זה לא כלל את דיני הנישואין והגירושין, שלגביהם המשיך לחול ההסדר העותמאני (דין דתי ובית דין דתי).

בהכנת החוקים השונים שהחליפו את המג'לה הסתמך המתוקק הישראלי על הניסיון המשפטי הישראלי (החקיקה הקיימת והפסיקה), על המשפט העברי ועל המשפט ההשוואתי (האנגלו-אמריקני והקונטיננטלי). מבין שלושת המקורות הללו ניתן משקל נכבד, הלכה למעשה, למקור השלישי (משפט משווה). לענייניו של כל חוק הוקמה ועדה ציבורית (בדרך כלל בראשותו של שופט) ובה מומחי משפט, אשר גיבשו את הפתרון שנראה להם כטוב ביותר לסוגיה שלפניהם. בהסבירו את התכנון החקיקתי ציין פרופ' אורי ידן, שעמד בראש מפעל זה במשרד המשפטים, כדלקמן:

בעוד שהתיכנון המשפטי הגדיר מראשיתו את גושי המקורות של החקיקה החדשה והחליט ללכת בדרך האקלקציה מכולם, הוא לא התעכב מעולם על הגיבוש של בסיס רעיוני שממנו צריכים היו לנבוע, לכאורה, הפתרונות החקיקתיים לכל עניין ועניין. היתה לפני המתכנן הישראלי הדוגמה של הולנד, שם הביא אבי עבודת הרפורמה, הפרופסור היהודי הדגול מאירס המנות, 50 שאלות עקרוניות בפני הפרלמנט וגיגש לעיבוד פרטי הצעותיו רק אחרי שבית המחוקקים השיב עליהן. גם בארץ היה מי שדרש בירור רעיוני מוקדם כזה; בייחוד נשמעה הדרישה מפי פרופסור טדסקי, הדוקטרינר הראשי של המשפט האזרחי בארץ. משרד המשפטים, ובעקבותיו הממשלה והכנסת, לא הלכו בדרך זו. השיטה שננקטה מלכתחילה והנקוטה עד היום היא כולה פרגמטית. הפתרונות השונים לשאלה מסוימת שהמשפט המקומי, המשפט העברי והמשפטים של עמים זרים מציגים בפני המחוקק, נבחנו לגופם, לפי מה שנראה יעיל וצודק ביותר לאותו עניין, ורק על פי מבחן זה נעשית הנרירה ביניהם. לפיכך אין בידי

12 ד"כ 41 (תשכ"ה), 462. ראו אהרן ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג 5 (תשל"ד).

להצביע על עקרונות מופשטים המונחים ביסודם של החוקים החדשים, ואין בידי להציג לפניכם חקיקה זו בבחינת 'שיטה משפטית' אחידה.¹³

מפעל זה נמשך עד 1981. במסגרתו הוחקו 23 חוקים חדשים שהחליפו את פרקי המג'לה השונים.¹⁴ המג'לה עצמה בוטלה באופן פורמלי בחוק לביטול המג'לה, התשמ"ד-1984. הקשר החי עם המשפט האנגלי נותק בהדרגה. תחילה נקבעה בארבעת החוקים המרכזיים מבין 23 החוקים החדשים הוראה בדבר "עצמאות החוק", ולפיה בעניינים שחוקים אלה דנים בהם לא יהול סימן 46 לדבר המלך במועצתו 1922-1947.¹⁵ לאחר מכן, ב־1980, בוטל סימן 46 עצמו בחוק יסודות המשפט, התש"ם-1980. התנהל ויכוח ציבורי בשאלה במה יוחלף המשפט האנגלי כמקור המשלים חסר בחקיקה המקומית. היו שביקשו להפנות למשפט העברי, אחרים אמרו שאין צורך בכל הוראת הפניה, ובסוף נמצאה פשרה, ברוח הצעה שהצעתי בכהונתי כיועץ המשפטי לממשלה,¹⁶ נחקקה הוראת חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980. סעיף 1 לחוק קובע:

ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה

- 13 אורי ידן, "חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל", עיוני משפט ג 26, 31 (תשל"ג).
- 14 ואלה הם: חוק הנזיקים האזרחיים (אחריות המדינה), התשי"ב-1952; חוק ההתיישנות, התשי"ח-1958; חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962; חוק לתיקון דיני הנזיקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), התשכ"ד-1964; חוק השליחות, התשכ"ה-1965; חוק המשכון, התשכ"ז-1967; חוק הערבות, התשכ"ז-1967; חוק השומרים, התשכ"ז-1967; חוק המתנה, התשכ"ח-1968; חוק המכר, התשכ"ח-1968; חוק המחאת חייבים, התשכ"ט-1969; חוק המקרקעין, התשכ"ט-1969; חוק החוזים (תרופות), התשל"א-1971; חוק השכירות והשאיילה, התשל"א-1971; חוק המיסלסלין, התשל"א-1971; חוק השבת אבידה, התשל"ג-1973; חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973; חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974; חוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979; חוק הנאמנות, התשל"ט-1979; חוק האחריות למוצרים פגומים, התש"ם-1980; חוק חוזה ביטוח, התשמ"א-1981; חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982.
- 15 החוקים היו: חוק הירושה, תשכ"ה-1965 (סעיף 150); חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (סעיף 160); חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1971 (סעיף 24); חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973 (סעיף 63).
- 16 ראו אהרן ברק, "חוק יסודות המשפט ומורשת ישראל", שנתון המשפט העברי ג 265 (תשמ"ז).

תשובה בדבר חקיקה, בהלכה הפסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.¹⁷

ב־1985 בוטלה המג'לה.¹⁸

ב. החקיקה האזרחית שהחליפה המג'לה: קודיפיקציה לשיעורין

עם התקדמותו של מפעל החקיקה האזרחית החדשה ניטש ויכוח בשאלה אם חקיקה זו, אף שנחלקה פרקים-פרקים, יש בה תכונותיו של קודקס אזרחי. דעתי הייתה – ועדיין – כי "החוקים החדשים, שנתקבלו על-ידי הכנסת בתחומי המשפט האזרחי, שונים מדברי חקיקה בישראל בכך שהם בעלי אופי קודיפיקטיבי. הם מהווים, כל אחד בנפרד בתחומו, וכולם יחד, קודקס"¹⁹. הדגשתי את הניסיון לקבוע הסדר חקיקתי שלם, מתוך כוונה שתימצא בו תשובה לאותה סוגיה. הצבעתי על ניסיון לשיטתיות, להפשטה, לרוחב יריעה ולחדשנות בכל תחום ותחום. פרופ' ד' פרידמן סבר כי אין לראות קודקס בחקיקה זו שכן אין בה שיטתיות, אין בה עקרונות משותפים ואין היא מבוססת על אידאולוגיה משותפת.²⁰

מחלוקת זו שוב אינה רלבנטית. די אם נאמר כי הורגש צורך דחוף לבטל את פרקי המג'לה השונים ולחוקק תחתם דבר חקיקה ישראלי-מקורי. דבר חקיקה כזה לא היה קיים, והכנתו דרשה זמן ניכר. לרשות המדינה לא עמד זמן ניכר, ועל כן נבחרה הדרך של "קודיפיקציה לשיעורין"²¹. נחקקו חוקים נפרדים. כל חוק ביקש להגיע לפתרון מקיף, שיטתי ומופשט, תוך הנבנה שהחוקים השונים יאחדו

17 סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח 163.

18 חוק לביטול המג'לה, תשמ"ה-1984.

19 אהרן ברק, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט ג, 5, 6 (תשל"ג).

20 דניאל פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ה 463 (תשל"ז).

לתשובה לדעה זו, ראו אהרן ברק, חוק השליחות 146 (כרך א, תשנ"ו).

21 ראו אורי ידון, "הגשמת הקודיפיקציה האזרחית", עיוני משפט ו 506 (תשל"ט).

בעתיד לטקסט אחד – הקודקס.²² כל חוק ביקש להגיע לפתרון הטוב ביותר, במרבית המקרים הדבר צלח. לא התרחשה אנגלופיקציה של החקיקה החדשה: בתי המשפט לא נתנו לה פירוש "אנגלי". הוכר מעמדם העצמאי של כל אחד מהחוקים האלה כמו גם הקשר הפנימי ההדוק ביניהם. כאשר התגלה חסר בהסדר החקיקתי הוא נפתר בדרך של אנלוגיה מהסדרים דומים, ולא מתוך אימוצו של ההסדר האנגלי המקביל.²³

במשך הזמן הורגשו מגרעותיה של ה"קודיפיקציה לשיעורין". לחוקים השונים אכן לא הייתה אידאולוגיה אחידה ולא התקיימה ביניהם הרמוניה; הניסוח לא היה אחיד, והפתרונות לא השתלבו תמיד זה בזה. במשך השנים נערכו תיקונים נקודתיים בחוק זה או אחר; ובצד זאת הורגש הצורך להשלים את מפעל הקודיפיקציה. בעת חקיקתם נועדו החוקים השונים להשתלב זה בזה לקודקס אזרחי.²⁴ – והורגש שהגיעה העת לסיום המפעל.

ג. הכנתה של הצעת הקודקס החדש

בשנת 1976, עם מינויי ליועץ משפטי לממשלה, ראיתי את השלמתו של מפעל הקודיפיקציה כאחד מתפקידי העיקריים. ביקשתי מפרופ' אורי ידן, שהכין את השלב הראשון, להכין הצעה לקודקס חדש. ידן החל בהכנת ההצעה אך לא הצליח לסיימה. עם פטירתו הושלמה הטיוטה שעליה עבד על ידי ועל ידי גב' טנה שפניץ ממשד המשפטים. טיוטה זו הוצגה בפני ועדה ציבורית שמינה שר המשפטים. בוועדה השתתפו המומחים הישראליים למשפט אזרחי²⁵; חבר הוועדה, פרופ' מיגל דויטש, היה החוקר הראשי, ואני עמדתי בראשה. לוועדה סייעו עובדים של משרד המשפטים ובראשם טנה שפניץ. הוועדה התכנסה פעם לחודש במשך כ-20 שנה. המומחים הציגו בפניה את הצעותיהם לנושאים השונים. משקל

22 אהרן ברק, "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי 'נוסח ישראל'", בתוך ספר זיכרון לגד טדסקי 115 (בעריכת יצחק אנגלרד, אהרן ברק, מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו, 1995).

23 ראו אהרן ברק, חוק השליחות 153 (כרך א, 1996).

24 לסקירה, ראו מיגל דויטש, פרשנות הקודקס האזרחי 28–29 (כרך א, תשס"ה).

25 בשלבים שונים של עבודתה כיהנו בוועדה יצחק אנגלרד, מאיר ארן ז"ל, ריקרדו בן-אוליאל, ישראל גלעד, מיגל דויטש, יהושע ויסמן, אלן זיסבלט, איל זמיר, גילי כהן, דפנה לוינסון-זמיר, ברכיהו ליפשיץ, מנתם מאוטנר, דני מור, רנה סנילביץ, דניאל פרידמן, מרדכי ראבילו, שירלי רגר, גבריאלה שלו וטנה שפניץ.

ניכר ניתן למשפט המשווה. נבחנו הקודיפיקציות הקיימות באירופה וההצעות השונות לתיקונים בהן. נבחנו גם קודיפיקציות חדשות כגון זו שבקוויבק ובהולנד.²⁶

המשימה שהוטלה על הוועדה לא הייתה להכין קודקס אזרחי חדש יש מאין; לא נתבקשה מהפכה בחקיקה האזרחית החדשה ולא נדרש שינוי יסודי במשפט האזרחי. תפקידה של הוועדה – ותפקידו של הקודקס החדש – הוגדר והוגבל. נקודת המוצא היה הדין הקיים, ונתבקשו תיקונים ושיפורים – לעתים רחבי-היקף – שאפשרו איחוד של החוקים הקיימים לידי קודקס אזרחי; נתבקשה מדיניות חקיקה אחידה ומודרנית; נתבקשה טרמינולוגיה עקיבה ואחידה; נתבקשו השלמות חקיקתיות לפגמים ולחסרים שהתגלו בחקיקה הקיימת. נדרש אפוא שיפור ותיקון של הקיים והבאתו לכדי קודקס קוהרנטי, מקיף, המעניק פתרונות מודרניים לבעיות של המשפט האזרחי.²⁷

הכנת ההצעה הושלמה. היא פורסמה לציבור הרחב, בליווי דברי הסבר מפורטים למדי ואינדקס להתמצאות. בעקבות הפרסום התקבלו הערות והוכנסו תיקונים. עתה הגענו לתחילת שלבי החקיקה. ההצעה הופצה באופן פורמלי כהצעת תזכיר. יש לקוות כי על בסיס הערות שיתקבלו, היא תוכן כהצעת חוק ותוגש לכנסת לקראת הליכי החקיקה.

ד. היקף הצעת הקודקס

היקפה של הצעת הקודקס תואם את היקפה של החקיקה האזרחית שהיא מבקשת להחליף. בהצעה חסרים עדיין הפרקים על המשכון ועל הירושה; בשני אלה קיימת חקיקה ישראלית, ומשרד המשפטים מטפל בהכנת הצעות חדשות שיתוספו בהמשך.²⁸ יש לקוות שניתן יהא לצרף לכך גם את האימוץ שוועדה ציבורית עוסקת בתיקונו, ואת המשפט הבינלאומי הפרטי שהצעה לגביו הוגשה על ידי פרופ' לבונטין.²⁹ הקודקס לא יכלול פרק על דיני הנישואין והגירושין: אין

26 ראו חנוך דגן, "סיכונים בקודיפיקציה: על האחדת יתר ועל ריבוי סעדים", משפטים לו 249, 268 ה"ש 53 (תשס"ז).

27 ראו דויטש, הערה 24 לעיל, בעמ' 20–29.

28 בענין הירושה הוקמה ועדה בראשותו של השופט י' טירקל שהגישה את המלצותיה.

29 אביגדור לבונטין, ברית הדין – הצעת חוק עם דברי הסבר לפי הסעיפים (מזהדרה חדשה, תשנ"ח).

בישראל דין אזרחי בנושאים אלה, והוועדה לא הכינה דין כזה. מתוך הנושאים הכלולים בהצעה הוצאו דברי חקיקה העוסקים "בעניינים ספציפיים, הדורשים פירוט רב, עדכון שוטף ושילוף של הסדרים 'אזרחיים' עם הסדרים מינהליים".³⁰ כך, למשל, ההצעה כוללת פרק על מכר אך אין היא כוללת את חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973; ההצעה כוללת פרק חדש על נזיקין אך אינה כוללת את חוק הפיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975. כן לא נכללים בהצעה חקיקה צרכנית והסדרים בעלי אופי מנהלי בחקיקה הקיימת (כגון ניהול מרשם המקרקעין) או הוראות מנהליות (לעניין השבת אבדה). בכל העניינים הללו עשויים לחול שינויים במסגרת הליכי החקיקה בכנסת.

ה. מבנה הצעת הקודקס

מחשבה רבה הוקדשה למבנה הכללי של הצעת הקודקס. ביקשנו להשיג אינטגרציה פנימית ומצע אחד להסדרים הנשענים על מדיניות משפטית אחידה. ההצעה מורכבת בעיקרה משלוש חטיבות עיקריות. הראשונה היא החטיבה הכללית, והיא כוללת את עקרונות ההצעה, את הזכויות בנוגע לאישיות ואת הפעולות המשפטיות. במסגרת חטיבה זו חשבנו תחילה לכלול פרק של זכויות אדם, כפי שנעשה בקודקס של קוויבק, אולם נמנענו מכך בשל הקשיים שהדבר היה מעורר בהליכי החקיקה. העמדנו בראש ההצעה את התכליות שלה ואת עקרון תום הלב. הזכויות בנוגע לאישיות מבוססות בעיקר על החוק הקיים, ואילו החלק על פעולות משפטיות הוא חדש (למעט פרק השליחות המשקף את הדין הקיים). תחילה ביקשנו לכלול הגדרה של הפעולה המשפטית, אך לאחר כמה ניסיונות חדלנו מכך. החטיבה השנייה דנה בחיובים והשלישית בנכסים. הצעה מסתיימת בחלק על התיישנות ובהוראות בעניין תחילה, תחולה ומעבר. בחטיבות העוסקות בחיובים ובנכסים נקטה ההצעה מבנה המוביל מהכללי אל הפרטני. השתדלנו להבטיח חלוקה שיטתית ורציונלית, תוך שימוש במבנה אחיד.³¹

30 פרק המבוא לקודקס האזרחי – חוק דיני ממונות, 5 (משרד המשפטים, 2004).
31 להרחבה בעניין, ראו דויטש, הערה 24 לעיל, עמ' 29-55. ראו גם מיגל דויטש, "הנדסת הקודיפיקציה של המשפט הישראלי – הצעת מבנה", משפטים כט 587 (תשנ"ט).

ו. הצורך בהצעת הקודקס

עם הקמת המדינה הורגש צורך רחוף בביטול המג'לה ובהחלפתה בחקיקה אזרחית חדשה. ביסוד הצעת הקודקס לא עומד צורך דומה. יש הסבורים שניתן היה להסתפק בתיקונים נקודתיים בחקיקה הקיימת, או בחקיקה חדשה בעניינים שבהם יש להחליף את החקיקה הקיימת כגון ביטול פקודת הנזיקין והחלפתה בחוק נזיקין חדש. אחרים סבורים שיש מקום לעשות את כל אלה במסגרת האחדת החקיקה הספורדית והתאמתה למבנה קודיפיקטורי.³² זו הגישה המונחת ביסודה של הצעת הקודקס. היא נועדה להגביר את הוודאות המשפטית, להביא לתפיסה קוהרנטית של משפט וחברה, להתאים את הדין בישראל להתפתחויות המודרניות ולתקן ולשפר את הדין הקיים.

יש החוששים כי הקודקס החדש יגביר את הפורמליזם בחשיבה המשפטית שלנו.³³ מקווה אני כי לחשש זה לא יהיה יסוד. פורמליזם הוא עניין אחד; חשיבה מסודרת היא עניין אחר. המדיניות הכללית אין פירושה תפיסה אחידה שאינה מתחשבת בייחוד של כל תחום ושל כל סוגיה. תפיסה פשטנית היא עניין אחד, ואילו חשיבה רבת-היקף, המתחשבת במלוא הפריסה של התחום ובייחודו, היא עניין אחר. שאיפה לקוהרנטיות אין פירושה התעלמות מהערכים והעקרונות המייחדים כל תחום ותחום.³⁴ אכן, ביסוד הקודקס אינה מונחת תפיסה אסתטית אלא תפיסה חברתית. הקודקס נועד לאפשר לכל תחום ותחום להתפתח באופן המשקף את ערכיו ותכונותיו, מתוך התחשבות במסגרת הכוללת. הקודקס הוא תזמורת שבה נגנים רבים, וכל נגן ישתדל להוציא את המרב מהכלי שלו: כולם יחד ישתדלו להביא לאופטימיזציה של היצירה כולה. אכן, מטרת הקודקס אינה להביא למחשבה משפטית חדשה, ליצור משפטן חדש, לשנות את מערכת היחסים בין המחוקק לשופט או לבסס תרבות משפטית חדשה. הקודקס הוא כלי. הוא מבוסס על הכלים הקיימים, והוא נועד לאפשר פתרון טוב יותר, מסודר יותר ומאוזן יותר.

32 אהרן ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה – סיכונים וסיכויים", משפטים ז' 15 (תשל"ו).

33 מנחם מאוטנר, "קודקס של המשפט המקובל", משפטים לו 199 (תשס"ז).

34 לחשיבותה של הקוהרנטיות במשפט, ראו אהרון ברק שיקול דעת שיפוט 235–237 (תשמ"ז); אלון הראל "תיאוריות קוהרנטיות של המשפט", עיוני משפט יח 387 (תשנ"ד).

ז. עתיד הצעת הקודיפיקציה

שאלת עתידה של הקודיפיקציה מופנית בעיקר לשלושה ערוצים: עתידה בהליך החקיקה, עתידה בפרשנות שתיתן לה בבית המשפט ועתידה בחברה הישראלית בכלל.

עתידה של ההצעה בהליכי החקיקה אינו ברור כלל ועיקר. כך בוודאי לעניין השאלה האם ההצעה תיהפך לחוק אם לאו, אך יותר מכך לא ברור האופן שבו תטפל הכנסת בהצעת הקודקס. יש להניח כי ועדת החוקה חוק ומשפט תקדיש מחשבה לאופן הטיפול בהצעה. במקרה דומה – הצעת חוק חברות חדש, פרי עבודה של ועדה ציבורית שעמדתי בראשה ועבדה כ־15 שנה – ננקטה טכניקה מיוחדת: חוקמה ועדת-משנה מצומצמת לוועדת החוקה, חוק ומשפט בראשותו של אחד מחברי הוועדה; תוך זמן לא רב ההצעה אושרה על ידו, וממנו הועברה למליאת הוועדה ואושרה על ידה בשינויים לא רבים. אני מניח ששיטה זו תישקל על ידי הכנסת. הוא מהווה תקדים טוב.

לאחר שהצעת הקודקס תעבור את כל הליכי החקיקה ייקבע עתידה במידה רבה על ידי בתי המשפט. גורלה תלוי בפירוש שיינתן לה. בתחילת ההצעה נקבעו תכליותיה: הדבר נועד לכוון את השופטים לפרשנות תכליתית, ויש לקוות כי בתי המשפט יפעלו כך. יש לזכור כי אין לנו בישראל ניסיון עם הצורך ליתן פרשנות שיפוטית לקודקס רחב-היקף; השופטים שלנו רגילים לפרש חוקים ספציפיים, שאותם עוטר "המשפט המקובל נוסח ישראל". השימוש בתורת החסר (לאקונה) והשלמתו אינו תדיר. אכן, ישראל היא שיטת משפט מעורבת (mixed jurisdiction)³⁵. יש בה השפעות רחבות ועמוקות של המשפט המקובל. יש בה גם השפעות מהמשפט הקונטיננטלי. מעל לכל יש בה ביטוי למשפט העברי. החקיקה האזרחית היא ביטוי לכל אלה. יש לקוות כי בתי המשפט שלנו ייתנו לקודקס האזרחי להתפתח באופן אורגני, יאפשרו לו לפתור בעיות חדשות ולפתח איזון ראוי בין מהות לפורמליזם, תוך שמירה וקידום של העיקר והמרכזי. תהא זו פרשנות "נוסח ישראל" לקודקס "נוסח ישראל". לא יהיה זה הפירוש ששופטים קונטיננטלים נותנים לקודיפיקציה הקונטיננטלית. לא יהיה זה גם הפירוש ששופטיו של משפט מקובל נותנים לדברי חקיקה מקיפים בארצות המשפט

35 ראו, אהרן ברק, "שיטת המשפט בישראל – מסורת ותרבותה", הפרקליט מ 197 (תשנ"ב). על שיטת המשפט המעורבת, ראו Vernon V. Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Legal Family* (2001).

המקובל. יהא זה בוודאי פירוש מיוחד שאותו ייתנו שופטי ישראל – הרגילים לפרשנות תכליתית – לקודקס החדש.
כיצד תתקבל ההצעה בציבור הרחב בכלל ובציבור המשפטנים בפרט? קשה להשיב על שאלה זו. מהתגובות שנתקבלו עד היום עולה כי הגישה היא חיובית. יש לקוות שכך יהא גם לאחר שההצעה תהפוך לחוק.