

ההוראה בדבר "עצמאות החוק" ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה

תשובה לפרופסור פרידמן¹

מאת

פרופ' אהרן ברק

1. עמדתו של פרופ' פרידמן: הוראות העצמאות כהוראות דקלרטיביות

הסעיפים בדבר "עצמאות החוק" המופיעים בארבעה דברי חקיקה ישראלים חדשים (להלן – "החוקים העצמאיים")² שימשו עד כה מטרה לחיצוי של פרופ' ירון אשר גרס כי הם דקלרטיביים גרידא³. התקפה זו קיבלה עתה עוצמה חדשה ברשימתו המעניינת של פרופ' פרידמן, המגיע למסקנה זוהה, אך מתוך הנמקה שונה לחלוטין. בעוד שדעתו של פרופ' ירון הינה, כי לענין החקיקה החדשה, סימן 46 לדבה"מ שבק חיים לכל חי, הרי דעתו של פרופ' פרידמן הינה, כי סימן זה כוחו עדיין עמו. אופיין הדקלרטיבי של הוראות העצמאות מבוסס, לדעת פרופ' פרידמן על ה"ממה בפסד" הבא: אם שתיקת המחוקק באחד "החוקים העצמאיים" לענין סוגיה פלוגית שקולה כנגד הסדר הלילי, מובטחת עצמאות החוק על-ידי סימן 46 עצמו, שאינו מפנה או את שיטתנו למשפט האנגלי. נמצא, כי הוראות העצמאות אינה מעלה ואינה מורידה; אם שתיקת המחוקק ב"חוקים העצמאיים" בסוגיה פלוגית שקולה כנגד לאקונה, אין תחולה להוראת העצמאות, שכן זו חלה רק כאשר "החוקים העצמאיים" דנים בסוגיה פלוגית. כאשר "בחוקים העצמאיים" יש לאקונה בסוגיה פלוגית, אין לומר שחוקים אלה דנים באותה סוגיה. נמצא, כי הוראת העצמאות אינה מעלה ואינה מורידה.

2. ביקורת הגישה הדקלרטיבית: חוק הירושה וחוק המקרקעין

נקודת התורפה העיקרית בגישתו של פרופ' פרידמן הינה הנחתו, כי "ענין" של ירושה או "ענין" של מקרקעין הוא רק ענין שלגביו יש הסדר בחוק הירושה ובחוק המקרקעין. לדעתי, תפיסה זו אינה נכונה. אין לזהות ענייני ירושה או ענייני מקרקעין עם חוק הירושה או חוק המקרקעין. תפיסתו של פרופ' פרידמן מביאה למסקנה, הנראית לי

- 1 פרידמן, "ההוראה בדבר 'עצמאות החוק' ובעית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים, כרך ה'(1), עמ' 91.
- 2 סעיף 150 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965; סעיף 160 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969; סעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; סעיף 63 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.
- 3 ראה ירון, "כיצד יפורש חוק השומרים", הפרקליט, כרך כ"ד, עמ' 493. לביקורת השקפה זו, ראה לגדוי, "הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט", משפטים, כרך א', עמ' 292; שילה, "כיצד יפורש חוק השומרים", הפרקליט, כרך כ"ה, עמ' 102.

כמוטעית, כי כל ענין המוסדר בחוק הירושה ובחוק המקרקעין הוא "ענין" של ירושה או מקרקעין.⁴ לדעת, ייתכנו עניינים המוסדרים בחוקים אלה ושיאנם כלל עניינים של ירושה או מקרקעין. זאת ועוד: תפיסתו של פרופ' פרידמן מביאה למסקנה, כי רק עניינים המוסדרים בחוק הירושה ובחוק המקרקעין הם "ענייני" ירושה ו"ענייני" מקרקעין. בכך נשלל למשל אופיין "המקרקעי" של חוקי הגנת הדייר ודמי המפתח. זו תוצאה בלתי מוצדקת.⁵ אך בנוסף לכל אלה, גישתי הינה, כי חוק הירושה וחוק המקרקעין הם חוקים בעלי אופי קודיפיקטורי.⁶ הם נועדו לכסות את מרבית ענייני הירושה וה"מקרקעין". אך ככל יצירה אנושית הם אינם כליל השלימות. יש בהן "לאקונוה", דהיינו, סוגיות השייכות לתחום הירושה או המקרקעין אשר המחוקק לא צפה אותן מראש ולא הסדירן. אלה הם "ענייני" ירושה ו"ענייני" מקרקעין, שאינם כלולם כלל בחוק הירושה ובחוק המקרקעין. לגבי סוגיות אלה תחול הוראת העצמאות ותביא בכך לשינוי מהותי בדין הישראלי.

על הנחה אחרונה זו חולק פרופ' פרידמן. הוא מצייך, כי "השאלה מה הם 'ענייני' מקרקעין' או 'ענייני' ירושה' איננה צריכה להיות נדונה... על יסוד תיאוריות מופשטות בלבד. הבעיה של קלסיפיקציה מסוג זה היא בעיה קשה ביותר, מה גם ששאלות משפטיות רבות ניתן לשייך בעת ובעונה אחת למספר קטגוריות משפטיות". אכן, מסכים אני, כי השאלה מה הם "ענייני" ירושה או מקרקעין, אינה צריכה להיות נידונה על יסוד תיאוריות מופשטות בלבד. אך מכאן לא גובע, שענין ירושה או מקרקעין הוא רק זה המוסדר בחוק הירושה או בחוק המקרקעין. לפנינו בעיה רגילה של מיון (קלסיפיקציה) שאותה יש לעשות על יסוד כוונת המחוקק ומטרת המיון.⁸ בביצוע פעולת מיון זו יש להיעזר בתיאוריות מופשטות המגבשות ניסיון וחכמה. פעולת המיון היא לעיתים קשה ולעיתים קלה, לעיתים גלויה ולעיתים סמויה, אך היא תמיד קיימת.

אכן, פרופ' פרידמן עצמו מבצע ללא הרף פעולות מיון ברשימתו. הוא קובע, למשל, ש"נראה כי לדעת המחוקק הסוגיה של השתתפות בין ערבים איננה שייכת לדיני-ערבות דוקא, אלא היא מהווה חלק מבעיה כללית של השתתפות בין חייבים יחד ולחוד". למסקנה זו אני מסכים. אך יש לציין, כי בהגיעו למסקנה זו התבסס פרופ' פרידמן

- 4 פרידמן אינו עוסק בשאלה זו. עם זאת, סירובו להכנס לפעולת מיון, וגישתו הטכנית בהכרח תוביל למסקנה זו.
- 5 לאקונוה בחוקים אלה אין למלא על-ידי פניה למשפט האנגלי, שכן תחול על כך הוראת העצמאות. זו קובצת "עצמאות" לענייני ירושה וענייני מקרקעין, ולא רק לעניינים אלה הנדונים בחוק הירושה ובחוק המקרקעין.
- 6 ראה רשימתנו, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, כרך ג', עמ' 5. כל עוד סימן 46 עומד בתוקפו, עלינו להיזקק למונחים "לאקונוה", "הסדר טלילי". עם ביטולו של סימן זה בכלל, או לעניין החקיקה החדשה, ניטיב לעשות, אם נשתמש במונחים אחרים, שיצביעו על מצב הדין לפני השימוש בהיקש (מצב של "לאקונוה") ולאחריו ("הלאקונוה" התמלאה מכוחה הפנימי של השיטה; שבשיטה כולה אין "לאקונוה").
- 7 ראה ה"ש 6 לעיל.
- 8 אחת השאלות שיש להציגן היא זו: האם בגיבוש דין פלוני בסוגיה אלמונית יש חשיבות מכרעת לכך, שמבחינה עובדתית מעורבת בדבר ירושה או מקרקעין, או שעובדה זו היא נויטרלית, שכן לאותו דין היו מגיעים גם ללא עובדת הירושה או המקרקעין. ראה רשימתי, "ארכה לחייב הראשי בשטר והשפעתה על הערב 'אוול': משפט אנגלי ג' משפט מקומי", הפרקליט, כרך כ"ד, עמ' 404, בעמ' 405.

על מספר פעולות מיון סמיות: ראשית, הוא קובע, כי השתתפות בין ערבים אינה "ענין" של ערבות אלא ענין של "השתתפות". זוהי פעולת מיון. שנית, הוא מזהה חוק ישראלי פלוני כעוסק בבעיית ההשתתפות. זוהי פעולת מיון של אותו חוק. שלישית, הוא מניח כי חוק כללי זה חל על המקרה שלפנינו. אף כאן יש פעולת מיון. אמת הדבר, פעולות מיון אלה אינן קשורות במיוחד, ונראה, שפרופ' פרידמן אף אינו ער לכך שהוא ביצע אותן. אך דבר זה אינו שולל את קיומן. הוא רק מוכיח, שאין זה נכון לומר, כי בעיות מיון הן תמיד בעיות קשורות.

יבוא מי שיטען, כי פרופ' פרידמן לא מבצע במקרים אלה כל פעולת מיון, אלא מסתמך רק על העובדה, שסוגיית ההשתתפות אינה מוסדרת בחוק הערבות. על כך ניתן להשיב בשלוש אלה: ראשית, השתיקה שקולה גם כנגד הסדר שלילי. שלילת אפשרות זו נובעת משיקולים שמחוץ לעצם השתיקה; שנית, השתיקה בלבד אין בה כדי לזהות חוק כללי כרלבנטי והפעלתו של זה דוקא (ולא אחר) על הסוגיה שלפנינו. שלישית, ניתן להביא דוגמאות שבהן השתיקה השקולה כנגד לאקונה לא יהיה בה כדי להפנות לדין ישראלי פנימי קיים. מה יהיה מבחנו של פרופ' פרידמן או? נוכל להדגים זאת בשאלה מתחום השטרות. ראובן חתם כעושה על שטר חוב לפקודת שמעון, וזאת כמיטיב לפלוני⁹. שמעון נתן אורכה לפלוני. מה השפעת האורכה על חברותו השטרית של ראובן כלפי שמעון? חוק השטרות שותק בסוגיה זו. בודאי, אין זה הסדר שלילי¹⁰. היש לפנות לפתרון הסאלה לדין הערבות הכללי, הקובע דינים למקרה בו בעל החוב נותן אורכה לחייב הראשי ולהשפעתה של זו על הערב?¹¹ כדי להשיב על שאלה זו יש לבחון, אם היחסים בין החייב הראשי (פלוני) לבין המיטיב (ראובן) הם יחסי ערבות. זוהי בעיה קשה של מיון. באנגליה נפסק, כי היחסים הם יחסי ערבות, ויחול דין הערבות הכללי¹². אחרת נפסק בישראל¹³ ובדרום אפריקה¹⁴. נמצא, כי מעצם השתיקה המחוקק אין ללמוד דבר מכריע.

גישתו של פרופ' פרידמן אינה נראית לי גם בשל התוצאה אליה היא מביאה^{14א}. על פיה יש להרכיב במקרה של לאקונה על "החוקים העצמאיים" את המשפט האנגלי. זוהי לדעתי תוצאה בלתי רצויה. טבעי ורצוי הרבה יותר הוא למלא לאקונות ב"חוקים העצמאיים" תוך שימוש בהיקש (אנאלוגיה) מתוך חוקים אלה עצמם ולא בדרך של נטיעת נטע זר¹⁵. ניתן, כמובן, לטעון, כי מדיניות רצויה זו אינה מיוחדת ל"חוקים העצמאיים" וכי היא תופסת לגבי כל המשפט הישראלי ולפחות לגבי כל החקיקה הקודיפיקטורית החדשה בתחום המשפט האזרחי. יהיה ערכה של טענה זו אשר יהיה,

9 סעיף 27 לפקודת השטרות.

10 ראה הרשימה הנזכרת בה"ש 7, עמ' 414.

11 סעיף 5(ג) לחוק הערבות, תשכ"ו-1967.

12 ראה *Overend, Gurney & Co. v. Oriental Finance Corporation* (1874) L.R. 7 H.L. 384; *Byls, Bills of Exchange*, 22nd ed. (1965), p. 399.

13 ראה ע"א 94/50 א"ב נ. גי"ר, פד"י ד', 791, 798.

14 לריכוז האסמכתאות, ראה: *Cowen, The Law of Negotiable Instruments in South Africa*, 4th ed. (1966), p. 204 et seq.

14א על-פי פירושו של פרופ' פרידמן, ב"הוראות העצמאות" דיבר המחוקק לריק. יש להמנע מהוצאה זו. יש לתת להוראות העצמאות פרשנות מרחיבה.

15 ראה רשימתי הנזכרת בה"ש 6 לעיל.

אין כל סיבה לחכות עד לביטולו הגמור של סימן 46 לדבה"מ כדי להגיע לתוצאה הרצויה. המחוקק עשה ב"חוקים העצמאיים" מעשה צנוע אך חשוב. אין זה גבוה, מבחינת מדיניות החקיקה, לסכל גיסיון זה רק משום שהוא חלקי. נהפוך הוא, יש לעודד המחוקק להמשיך בדרך זו לענין כל החקיקה הקודיפיטורית החדשה.¹⁶

3. ביקורת הגישה הדקלרטיבית: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) וחוק החוזים (חלק כללי)

עד כה בדקתי את נכונות גישתו של פרופ' פרידמן לענין חוק הירושה וחוק המקרקעין. מה מידת נכונותה לענין חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) וחוק החוזים (חלק כללי)? גדר הספיקות נובע מתוך כך, שבשני אלה, פיסקת העצמאות מנוסחת בצורה שונה מהניסוח שבהוק הירושה ובחוק המקרקעין. בעוד שבחוק הירושה ובחוק המקרקעין, נקבעה עצמאות החוק ל"עניני" ירושה ומקרקעין, הרי בחוק התרופות ובחוק החוזים (חלק כללי) נקבעה עצמאות החוק "בענינים שחוק זה דן בהם". האין לומר, כי הצדק עם פרופ' פרידמן בגישתו, כי אם יש לאקונה בשני אלה משמעותה היא, שאין הם דנים באותה סוגיה, ועל כן לא תחול כלל פיסקת העצמאות?¹⁷

לדעתי אין לקבל גישה זו. דין הוראות העצמאות בכל החוקים צריך להיות אחיד.¹⁸ בחוק התרופות נקבעה עצמאות החוק בענינים שהחוק דן בהם. במה דן חוק התרופות?¹⁹ אף זו שאלה של מיון.²⁰ בדרגת הפשטה נמוכה ניתן לומר כי חוק התרופות דן רק בסוגיות אותן הוא מסדיר. אך בדרגת הפשטה גבוהה יותר ניתן לומר כי חוק התרופות

16 לפי שיטתו של פרופ' פרידמן, נראה, כי רק ביטולו הגמור של סימן 46 יביא לעצמאות החוק. אם אכן זו המסקנה העולה מדעתו, אין היא רצויה, שכן רצוי הוא לבטל תחולתו של סימן 46 לענין החקיקה האזרחית החדשה מיד, בלא לחכות לפירוט בעייתו הכללית של סימן 46. אם, לעומת זאת, יתכן גיסיון שיביא לעצמאות חוק פלוני בלבד, בלא לבטל את סימן 46 מכל וכל, מהו גיסיון זה, ובמה הוא שונה מהגוסס הקיים?

17 בע"א 261/70 חנניה ויוסף דוידוף נ. חברת אילת השחר 5 בתל-אביב—פו ב"מ, פד"י כ"ה (1), 520, התעוררה השאלה, אם חוק המקרקעין דן בזכות המצרנות, ובית המשפט הגיע למסקנה שלילית, וזאת למרות שהחוק דן בזכות קדימה. גישתו של בית המשפט העליון לא היתה, כי מעצם העובדה שזכות המצרנות אינה מוסדרת נובע, שהחוק לא דן בה. השופט לגדוי ניתח הסוגיה שלפניו והגיע למסקנה, כי לענין סעיף 166 לחוק המקרקעין, דרגת הפשטה צריכה להיות נמוכה, ויש להבין כל זכות בבדידותה ולא לצרפה לסוג. זאת ועוד: הבעיה שבית המשפט העליון התלבט בה היתה פירושו של סעיף 166(א) לחוק המקרקעין, ושם השאלה הינה, האם חוק המקרקעין מכיר בזכות המצרנות. בודאי שהתשובה על כך היא בשלילה. נמצא, כי לענין סעיף 166 לחוק, מן הדין היה להמשיך ולהחיל את הדין הישן גם אם חוק המקרקעין "דן" בה.

18 ראה, ידיו, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, עמ' 146.

19 מכאן גם יובן, מדוע לא ניתן היה לחזור בחוק התרופות על נוסחת העצמאות שבחוק הירושה ובחוק המקרקעין. שני החוקים האחרונים דנים בסוגיה מרכזית אחת, ירושה ומקרקעין. לעומת זאת, חוק התרופות דן בשלוש סוגיות לפחות והן: שלושה סוגי תרופות (לפי הפירוש האחד) או שלושה ענינים — תרופה על הפרה, הפרה מוקדמת וסיכול (לפי הפירוש השני).

20 דוגמה לפעולת מיון זו, ראה, ע"א 261/70 חנניה ויוסף דוידוף נ. חברת אילת השחר 5 בתל-אביב—פו ב"מ, פד"י כ"ה (1), 520.

דן בשלוש תרופות עיקריות: אכיפה, ביטול ופיצויים²¹. בדרגת הפשטה עוד יותר גבוהה ניתן לומר, כי החוק דן בשלושה עניינים: תרופות על הפרת חוזה, הפרה מוקדמת של חוזה וסיכול של חוזה. אם סוגיה פלוניא, שאותה אין החוק מסדיר, שייכת מכוח מיונה לאחד משלושה עניינים אלה (בין לפי המיון השני ובין לפי המיון השלישי) לפנינו מקרה הנדון על-ידי החוק אך אינו מוסדר בו²². אם שתיקה זו מהווה לאקונה תופעל הוראת העצמאות.

4. הפעלת ההוראה בדבר עצמאות החוק

בהתאם לגישתנו יש בהוראת העצמאות חידוש חשוב במשפטנו האזרחי. על פיה אין עוד לפנות למשפט האנגלי, כאשר יש בשיטתנו הפנימית לאקונה בעניני ירושה, בעניני מקרקעין, בעניני תרופות (בדרך כלל, או לענין אחת משלוש התרופות הנזכרות), או בחלקים הכלליים של דיני החוזים המכוסים בחוק החוזים (חלק כללי)²³. את גישתנו יש להפעיל בשלבים אלה²⁴: ראשון, יש לבחון אם שתיקת המחוקק באחד "החוקים העצמאיים" בסוגיה פלוניא שקולה כנגד הסדר שלילי. אם זו המסקנה נסתיימה הבדיקה. אך בהנחה שהבדיקה מעלה שאין הסדר שלילי בסוגיה זו, כי או יש לעבור לשלב השני. שני, יש לבחון אם הסוגיה מוסדרת בדין ישראלי פנימי. באומרו "פנימי", כוונתנו לכל דין של השיטה הישראלית למעט הדינים הנקלטים מכוח סימן 46 לדבה"מ. כאן

21 ראה ידן, שם, עמ' 144. נראה, שגישתו של המחוקק היתה, שפסקי-דין הצהרתי איננו כלל תרופה.

22 נראה, כי בגישה דומה – לענין חוק החוזים (חלק כללי) – תומך גם פרופ' צלטנר ברשימתו "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תש"ל-1970, עיוני משפט, כרך ג', עמ' 121, בעמ' 129: "יש לפצל למטרת סעיף 66 של ההצעה כל ענין שההצעה דנה בו. ברור שהדיבור 'ענינים שחוק זה דן בהם' כולל את כל הענינים בהם החוק דן מפורשות, כגון חוזה לטובת צד שלישי, אך כלולים בו גם אלה המסתתרים בקיפולי הוראה פלוניא, כגון ההשתק הסמוך בחובר של סעיף 41. אין ההצעה 'מכירה' בהשתק האנגלי, אך היא 'דנה בענין' זה, דהיינו, במושג הגלום בהשתק האנגלי".

22 שאלה קשה היא, במה "דין" חוק החוזים (חלק כללי): האם הוא דן בכל הבעיות הכלליות של החוזה (כגון, כריתת חוזה, ביטול בשל פגם בכריתת החוזה וכו'), או שמא הוא דן רק בשש הסוגיות הנזכרות בפרקים א' עד ו' (כריתת חוזה; ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו; צורת החוזה ותוכנו; חוזה לטובת צד שלישי; קיום החוזה; ריבוי חייבים ונושים); או שמא הוא דן רק באותם עניינים שמוסדרים בסוגיות אלה? דעתנו נוטה לאפשרות השנייה. במסגרתה יש להתחשב גם בסעיף 61(ב) לחוק המרחיב את תחולתו על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חייבים שאינם נובעים מחוזה. זאת ועוד: במסגרת אחד העניינים המכוסים בפרקים א' עד ו', תיהכן סוגיה, שאינה מוסדרת. כך, למשל, יש מקום להשקפה, כי סוגיית "הטעות המשותפת" אינה מכוסה בפרקים אלו, למרות שהם דנים בסוגיית הטעות בדרך כלל. אם אמנם כך הוא המצב, ואם אמנם שתיקת החוק אינה שקולה כנגד לאקונה, כי אז לפנינו ענין שהחוק "דן" בו, אם כי לא מסדיר אותו. התחום "מכוסה". במקרה זה תחול ההוראה בדבר עצמאות החוק והשאלה תפתר בודאי בדרך של היקש. אף בענין זה עשויים להתעורר קשיים, שכן מספר היקשים באים בחשבון. ניתן להיקש כאן מהכללים בדבר הצעה וקבלה, מהכללים בדבר טעות, או מהכללים בדבר סיכול. אף זו שאלה של מיון.

23 הפעלה בשלבים זו היא קונסטרוקטיבית גרידא, ונועדה לסבר את האוזן. מבחינה עיונית אין כלל "שלבים".

יש לעשות מיון²⁴. אם נמצא דין ישראלי החל על הסוגיה, נסתיימה הבדיקה. אך בהנחה שהבדיקה מעלה, שאין כל דין ישראלי החל על הסוגיה, נמצא, כי לפנינו לאקונה בשיטה הישראלית הפנימית. אז יש לעבור לשלב השלישי – ש ל י ש י, יש לבהון אם אותה סוגיה שייכת לעניני ירושה, מקרקעין וכו'. אם התשובה היא בהיוב, תחול ההוראה בענין עצמאות החוק, והקליטה מהמשפט האנגלי תאסר²⁵. לעומת זאת, אם יתברר באמצעות כללי המיון, כי הסוגיה אינה שייכת לעניני ירושה, מקרקעין וכו', הרי שיש למלא את הלאקונה על-ידי פנייה למשפט האנגלי. אמת הדבר, שיטתנו אינה קלה ופשוטה. היא מחייבת התחשבות בכוונת המחוקק ובתורת המשפט. אך היא מגשימה את כוונת החקיקה ומביאה לפתרון רצוי. האין זו מטרתה של הפרשנות הרצויה?

24 ראה ע"א 173/72 מחמד הוסין הרדיאן גנאיים נ. הררה סאלה מחמד גנאיים, פד"י כ"ז (1), עמ' 414. כאן נקודת המוצא של הרוב היתה, כי תרמית במתן מתנה מעורר סוגיה של תרמית ולא של מתנה.

25 אך אין ההוראה בדבר עצמאות החוק קובעת כיבד תפטר הלאקונה. בענין זה, ראה רשימתי הנזכרת בה"ש 6 לעיל. שם אני מציג, בין השאר, שימוש בהיקש. לדעתי, מותר להשתמש בו כבר כיום ללא כל צורך בהוראה מפורשת בענין זה. שאלה זו חורגת מרשימה זו.