

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה : סיכונים וסיכויים

מאת

פרופ' אהרון ברק

א. הבעיה. ב. סיכונים פוטנציאליים. ב.1. כללי; ב.2. פנייה למקורות היסטוריים מהם נשאבה החקיקה; (א) לקליטת תשתית יוריספרודנטלית, (ב) לקליטת הוראות למילוי ליקויים בקודקס; ב.3. פנייה למשפט האנגלי; (א) לקליטת תשתית יוריספרודנטלית, (ב) לקליטת הוראות למילוי ליקויים. ג. הפיכויים. ג.1. כללי; ג.2. הרצויה פנייה לשיטה זרה? (א) פנייה למקורות היסטוריים מהם נשאבה החקיקה; ג.1. לקליטת תשתית יוריספרודנטלית, ג.2. לקליטת הוראות למילוי ליקויים; (ב) פנייה למשפט האנגלי; ג.1. לקליטת תשתית יוריספרודנטלית, ג.2. לקליטת הוראות למילוי ליקויים בקודקס. ג.3. המתרת פנייה לשיטה הזרה? (א) פנייה למקורות היסטוריים; ג.1. לקליטת תשתית יוריספרודנטלית, ג.2. לקליטת הוראות למילוי ליקויים. (ב) פנייה למשפט האנגלי; ג.1. לקליטת תשתית יוריספרודנטלית, ג.2. לקליטת הוראות למילוי ליקויים; א. בחוקים הנהגים מ"עצמאות החוק", ב. בחוקים שאינם נהגים מ"עצמאות החוק". ג.1. הפעלה עצמאית של החקיקה; (א) כללי, (ב) פירוש ביטויים בעלי משמעות יוריספרודנטלית כללית, (ג) מילוי ליקויים בחקיקה. ג.5. תפקיד המחוקק בהגשמת המדיניות הרצויה.

א. הבעיה

קיומה של הקודיפיקציה הישראלית בתחומי המשפט האזרחי היא מציאות שאין מערערים עליה. בהפעלתה של חקיקה זו הלכה למעשה ניתן לחזות כבר עתה — ומעטים חזו זאת עוד בעבר² — בשתי בעיות עיקריות³: האחת, מהו הפירוש שיש לתת לביטויים ולמונחים המופיעים בחקיקה ושהם בעלי אופי יוריספרודנטלי כללי, כגון "פעולה

- 1 ראה רשימתנו, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, ג, עמ' 5. אמת הדבר, הקודיפיקציה טרם הושלמה, ועדיין רבה המלאכה, אך החקיקה הקיימת, כשלעצמה, מהווה כבר קודקס אזרחי ישראלי מקורי.
- 2 ראה בעיקר טדסקי, מחקרים במשפט ארצנו, מהד' שניה, תשי"ט, עמ' 58, 66; צלסנר, "דיני החוזים בישראל בהתפתחותם משך חצי היובל מאז קום המדינה", הפרקליט, כ"ט, עמ' 198, 230-231.
- 3 אין אלה היחידות. אף במסגרת הפרשנות ניתן להבחין בין שאלות שונות. אנו עוסקים ברשימתנו זו באחת מבעיות הפרשנות המתעוררות.

משפטית⁴, "בטל"⁵, "רשאי לבטל"⁶, "מהייבט ומזכה"⁷? ה ש ג י ה, מהו הדין שיחול במקום שסוגיה משפטית לא הוסדרה בחקיקה, כגון, מתי משתכללת פעולה משפטית תרצדדית או מה דין פעולה משפטית של לקוי בשכלו או בנפשו בטרם הוכרו פסול דין?

בצדק ציין פרופ' צלטנר⁸ כי, "כמו כל חקיקה מהווה אף היא רק חלק זעום מן הדין, כמו קצה של קרחון הצף מעל פני המים ותשעה מעשרת חלקיו עדיין נסתרים, מילות הקודקס נאות – אך חלק הארי של הדין נמצא בתורת המשפט". ובאשר לתורת המשפט הישראלית, הרי זו אינה קיימת כלל⁹. הצעתו של פרופ' צלטנר היתה לבחור באחת משתי הדרכים הבאות¹⁰: "האחת היתה רצפציה של חוק זר על כל הוראותיו למעט אלה שמטיבות מיוחדות לא היו מתאימות לתנאי הארץ. זו הדרך בה הלכו אומות גדולות ובעלות תרבות ותיקה, כגון סין, בקבלה את הב.ג.ב. או טורקיה באמצעה לעצמה את קודקס החיובים של שווייץ. הדרך האחרת היתה להזכיר את המתכונת של הדין, בשטח בו אנו עוסקים כעת, כמות שהיא, לבער את הכרידים האיסלמיים והעותומניים ולתקן במידת הנהוג, את הדין האנגלי הנוהר". המתוקק הישראלי בהר בדרך שלישית¹¹, ובכך יצר את הבעיה הקשה המחייבת פירוש מונחי יסוד בקודקס בלא שתעמוד למשפטן הישראלי תורת משפט שממנה צמחו מושגי יסוד אלה. בהתייחסנו כאן ל"תורת משפט", אין כוונתנו לאותה תורת משפט המגדירה משפט מהו, והתחמת את הגבולות בין משפט לבין מוסר וצדק. תורת משפט זו אינה נתחמת בתחומיה של מדינה פלוגית, אלא היא אוניברסלית, ואף אנו, כמו כל שאר שיטות המיכפס נוכל להנות ממנה ביד רחבה. בהתייחסנו לתורת משפט, כוונתנו לתורת משפט "אופרטיבית", דהיינו "משמעותם של המונחים, הגדרתם של המושגים וכל אותם המושכלות הראשונים אשר הונחה ביסודה של כל שיטה ושיטה"¹².

כאשר המחוקק הגרמני מיחמת בביטוי "ניתן לבטל" (anfechtbar)¹³, הרי יש לביטוי זה משמעות יוריספרודנטלית ברורה. בשיטת המשפט הגרמני קיימת תורת משפט שלמה, בעלת מסורת של שנים רבות, שפיתחה ועיצבה את תורת הבטלות, ודי לו לקודקס בסעיף זה או אחר לאזכר מונח זה, כדי שלכל משפטן יהיו אסוציאציות ברורות לגבי מובנו. אותו ביטוי בקודקס האזרחי שלנו אינו מעורר כל אסוציאציה ברורה.

4 המופיע בקודקס שלנו במספר מקומות: סעיף 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; סעיף 1 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965; סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

5 ראה, למשל, סעיפים 13 ו-30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.

6 ראה, למשל, סעיפים 14, 15, 18 לחוק החוזים (חלק כללי); סעיף 7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.

7 ראה, למשל, סעיף 2 לחוק השליחות, תשכ"ה-1965.

8 צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, תשל"ד, עמ' 12.

9 צלטנר, שם, עמ' 14.

10 צלטנר, ה"ש 2 לעיל, עמ' 231.

11 ולדעת פרופ' טדסקי, זו אף הדרך הראויה: כדסקי, ה"ש 2 לעיל, עמ' 66.

12 טדסקי, שם, עמ' 66. תורה זו כוללת, בין השאר, כללי מיון של מוסדות משפטיים.

13 למשל הסעיף 119 לב.ג.ב. – השווה: גרין, "לשעות שבהוראות הטעות", הפרקליט, כ"ט, עמ' 447, 448.

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

מה פירוש "ניתן לבטול"? האם הביטול פועל למפרע (ex tunc) או לעתיד לבוא (ex nunc)? כיצד משתכלל הביטול? הדרושה קליטה על דבר הצהרת הרצון על-ידי הצד השני ואם כן – מיהו הצד השני? מה היחס בין הרצון הפנימי של המבטל לבין הצהרתו החיצונית? היכול המבטל לחזור בו מהביטול? תשובה על שאלות אלה ואחרות אין למצוא בתורת משפט אופרטיבית ישראלית, אשר ממנה צמח המושג "ניתן לבטל". אם כך – מהיכן ניתן משמעות לביטוי זה?

עד כה עמדנו על בעיית הפירוש. אך החקיקה הישראלית החדשה בתחומי המשפט האזרחי ניצבת בפני הבעיה של מילוי ליקויים. תהיה מלאכת החקיקה מושלמת כפי שתהיה, אין לך דבר חקיקה מקיף, כמו קודקס, שאין בו לקונות. ההתפתחות המהירה של קצב החיים יוצרת מצבים חדשים שהקודקס לא צפה אותם ואף לא יכול היה לצפותם מראש⁴⁴. זאת ועוד: שיטת החקיקה שלנו, שביטלה בשלבים דין קודם ויצרה בשלבים דין חדש יוצרת קרקע נוחה לקיום ליקויים⁴⁵. אך כיצד נמלא את הליקויים הללו? בקודקסים זרים יש הוראות מפורשות בענין זה⁴⁶. בחקיקה האזרחית שלנו אין כל הוראה לפתרון השאלה. כיצד ננהג?

שתי הבעיות שעמדנו עליהן מתחדדות במיוחד בישראל לאור ניסוחו של הקודקס האזרחי, שהוא קצר ותמציתי. לעובדה זו יתרונות ברורים, אך גם חסרונות כבדים. בצדק ציינו כי "קיצור החוק הוא קוצר החוק"⁴⁷. מחוקק יכול לקצר, אם הלשון המקור צרת והכללית יש לה משמעות ברורה ומקובלת בדוגמאתיקה של השיטה⁴⁸, דהיינו, אם קיימת תורת משפט אליה ניתן לפנות לשם פירוש. לא כן במקום שתורת משפט כזו אינה קיימת. קיצור הלשון אף מעודד קיום ליקויים, ומגביר בכך את סכנת קיום הליקויים הטמונה ממילא באופן יצירתה של הקודיפיקציה האזרחית שלנו.

ברשימתנו זו נעמוד על הסיכונים הפוטנציאליים שקיום הבעיות האמורות מעורר, ועל הדרך בפרשנות החקיקתית שיש לנקוט בה כדי להתגבר על הקשיים הקיימים תוך שמירת עצמאותה של הקודיפיקציה שלנו.

ב. סיכונים פוטנציאליים

ב.1. כללי

העדרה של תשתית יוריספרודנטלית כללית לפירוש מונחי יסוד, והעדרם של כללים ברורים למילוי ליקויים, עשויים להביא את הפרשן לבחירה בין אחת משתי האפשרויות הבאות: האחת, פנייה למקורות ההיסטוריים מהם נשאב ההסדר הישראלי, תוך הזדקקות

14 ראה רשימתנו, ה"ש 1 לעיל, עמ' 16. ראה גם: טדסקי, ה"ש 2 לעיל, עמ' 47.
15 השווה: ג' פרוקציה, "חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת", עיוני משפט, א, עמ' 41.

16 ראה רשימת קודקסים המכילים הוראות בענין מילוי ליקויים ברשימתנו הנזכרת בה"ש 1 לעיל, עמ' 19 ו-20.

17 טדסקי, "על חוק המחנה, תשכ"ח-1968", משפטים, א, 639, 644.
18 ראה: אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי), עמ' 8.

לתורת המשפט הכללית של אותן שיטות לצורכי פרשנות, ותוך שימוש בהוראות החוק שלהן לצרכי מילוי ליקויים; השניה, פנייה למשפט האנגלי, כמקור לתורת משפט כללית וכמקור למילוי ליקויים. נעמוד בקצרה על כל אחת משתי האפשרויות הללו.

ב.2. פנייה למקורות ההיסטוריים מהם נשאבה החקיקה

(א) לקליפת תשתית יוריספרודנטלית

הפנייה למקורות ההיסטוריים מהם נשאבה החקיקה שלנו, במקום שניתן לחשוף מקורות אלה, לשם קליפת התשתית היוריספרודנטלית, היא אפשרות קרובה. בעיקר כך הוא הדבר לגבי פרשן אשר בנעוריו חונך על ברכי אותה שיטה זרה. כך, למשל, כאשר הפרשן נתקל במושג "פעולה משפטית" בחקיקה שלנו¹⁹, אך טבעי הוא שהוא יפנה אל תורת המשפט הגרמנית אשר פיתחה והעמיקה מושג זה²⁰. בדומה, אך טבעי הוא כי פרשן החייב לקבוע את היקפו של תום הלב לענין החובה לנהל משא ומתן לקראת כריתתו של חוזה בדרך מקובלת ובתום לב²¹, ולענין החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב בקיומו של חיוב הנובע מחוזה²², יפנה לתורת המשפט הכללית של אותן שיטות משפט המכירות במוסדות משפטיים אלה כדי לשאוב מהם כלים יוריספרודנטליים להבנת מושג תום הלב.

(ב) לקליפת הוראות למילוי ליקויים בקידקם

תופעה דומה, של פנייה למקורות ההיסטוריים, הפעם לשם מילוי ליקויים בקודקס, אינה רחוקה מהמצויאות. נוכל להדגים זאת במכלול הישאלות שהפעולה המשפטית החד-צדדית מעוררת. החקיקה החדשה שלנו מלאה כרימון בפעולות משפטיות חד-צדדיות, כגון: ביטול חוזה עקב טעות²³; הטעיה²⁴, כפייה²⁵ או עושק²⁶; הודעת מוטב על דחיית זכות שיש לו לענין חוזה לטובת צד ילדיי²⁷; זקיפת תשלומים²⁸; בחירה בין חיובים חלופיים²⁹ וקיוזו³⁰; ביטול חוזה שהופר³¹; יצירת השליחות בדרך של הריאת השולח לשלוח, הודעה מטעם השולח לשלוח או התנהגות השולח כלפי השלוח או

19 ראה ה"ש 4 לעיל.

20 ראה: אנגלרד, חוק הבשרות המשפטית והאפיטרופסות, תשכ"ב-1962, שם, עמ' 24-27; צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, עמ' 20-21, אך פנייתם היתה סלקטיבית, כפי שיבואר להלן.

21 סעיף 12(א) לחוק החוזים (חלק כללי).
 22 סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי).
 23 סעיף 14 לחוק החוזים (חלק כללי).
 24 סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי).
 25 סעיף 17 לחוק החוזים (חלק כללי).
 26 סעיף 18 לחוק החוזים (חלק כללי).
 27 סעיף 35 לחוק החוזים (חלק כללי).
 28 סעיף 50 לחוק החוזים (חלק כללי).
 29 סעיף 51 לחוק החוזים (חלק כללי).
 30 סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי).
 31 סעיף 7 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

הצד השלישי³²; אישור בדיעבד של פעולת שלוח החורג מהרשאתו³³; חזרת הצד השלישי מהעיסקה שעשה שלוח שהרג מהרשאתו³⁴; ביטול השליחות על-ידי השולח או השלוח³⁵. לעתים קובע החוק הסדר חלקי לפעולות מטפסיות אלה. כך, למשל, נקבע בחוק החוזים (חלק כללי)³⁶ כי ביטול חוזה בשל טעות, הטעיה, כפייה או עושק "יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול". אך לעתים קרובות אין כל פתרון לשאלות שהעלינו. כך, למשל, במסגרת חוק השליחות נשארות רוב השאלות שעוררנו ללא מענה. לעומת זאת, בחוק הגרמני אשר ממנו נשאבו מספר הוראות מפתח של חוק השליחות, יש פתרון מלא לשאלות אלה. ניתן להעלות את האפשרות כי הפרשן יפנה למשפט הגרמני להשלמת החסר.

ב.3. פנייה למשפט האנגלי

(א) לקליפת תשתית יוריספרודנטלית

עד כמה שהמשפט האנגלי שימש מקור היסטורי לחקיקה האזרחית החדשה, עשויה הפנייה אליו להעשות על יסוד מה שתואר לעיל. אך גם במקום שהמשפט האנגלי אינו מקור היסטורי לחקיקה ניתן לתאר מצב דברים בו יפנה הפרשן אליו לשם שאיבת התשתית היוריספרודנטלית. זוהי טכניקה אליה הורגלו מרבית הפרשנים שלנו והיא עשויה להראות בעיניהם כטבעית גם במסגרת הקודיפיקציה. כך, למשל, נקבע בחוק החוזים (חלק כללי) כי "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל"³⁷. המחוקק נזקק לביטוי "בטל" מבלי להגדירו. לעומת זאת, הביטוי האנגלי void ידוע ומקובל על המשפטנים בישראל ויש לו משמעות משפטית ברורה במשפט האנגלי. ניתן לתאר מצב דברים בו יפנה הפרשן למשפט האנגלי ויעניק לביטוי "בטל" בחקיקה שלנו את המשמעות שיש לביטוי void במשפט האנגלי. הוא הדין בביטוי "ניתן לבטול"³⁸ ובמקבילה האנגלית voidable.

(ב) לקליפת הוראות למילוי ליקויים בקודקס

טבעית במיוחד היא הפנייה למשפט האנגלי למילוי ליקויים בקודקס. מספר חכמי משפט ישראלים גורסים אפשרות זו גם אם הליקוי הוא בחלקי הקודקס הנהנים מ"עצמאות החוק"³⁹. פרופ' פרידמן גורס כי עד כמה שחוק החוזים (חלק כללי) אינו קובע דין באשר לתחרות בין זכויות הבעלים המקורי לבין זכויות צד שלישי, יש לפנות למשפט האנגלי למילוי הליקוי⁴⁰. פרופ' טדסקי סובר כי מקרים בהם ביצוע החוזה הופך חסר ערך

32 סעיף 3 לחוק השליחות.

33 סעיף 6(א) לחוק השליחות.

34 סעיף 6(ב) לחוק השליחות.

35 סעיף 14(א) לחוק השליחות.

36 סעיף 20 לחוק החוזים (חלק כללי).

37 סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי).

38 ראה ה"ש 6 לעיל.

39 ראה ה"ש 40 ו-41 להלן.

40 פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט, ד, עמ' 245.

לאחד הצדדים — כדוגמת מקרי ההכתרה באנגליה — אינם מכוסים בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), ועל כן יש לפנות למשפט האנגלי⁴¹. בדומה, ניתן להעלות את הסברה כי שתיקת חוק החוזים (חלק כללי), באשר לחובת הגילוי בחוזים הידועים כ-"uberrimae fidei" מהווה הפותחת פתח לפנייה למשפט האנגלי.

ג. הסיכויים

1.1. כללי

לדעתנו, הפנייה למקורות ההיסטוריים של החקיקה או למשפט האנגלי, לשם פרשנות מושגי מפתח יוריספרודנטלים או לשם כילוי ליקויים, היא מוטעית. מבחינת המשפט הרצוי, פניה כזו אינה רצויה. מבחינת הכישוף המצוי, פניה כזו אינה נכונה. דרכו של הפרשן אינה צריכה להיות בפניה לשיטה זרה, אלא ביצירת שיטת משפט ישראלית עצמאית. נעמוד עתה ביתר הרחבה על עיקרים אלה.

2.2. הרצויה פנייה לשיטה זרה?

(א) פנייה למקורות ההיסטוריים מהם נובעת החקיקה

(1) לקלימת תשתית יוריספרודנטלית. פנייה מוגבלת למקורות ההיסטוריים של החקיקה, להבנת משמעותם של ביטויים, היא בוודאי רצויה⁴². אך מכאן ועד פירוש מושגי יסוד על יסוד תשתית יוריספרודנטלית זרה רחוקה הדרך. השתעבדות כזו לתורת משפט זרה שוללת את כוח ההתפתחות העצמית של השיטה⁴³. את התשתית היוריספרודנטלית שלנו עלינו ליצור כמו ידנו. אמת הדבר, טבעי היה שתשתית זו תקדם לקודיפיקציה. אך דבר זה הוא בלתי מעשי. אצלנו, גם כאן, כבענינים אחרים, אנו חיים באנומליה. עלינו להתמודד עם אתגר זה. "תורת המשפט הישראלית אינה קיימת כלל. היא תיבנה, איפוא, שלא בדרך הטבע, במשך תקופה ממושכת מאוד, מדברי חכמי המשפט ומממירות הפסיקה"⁴⁴. אם נהיה מודעים לצורך לבנות תשתית יוריספרודנטלית משלנו — נעשה זאת. אם נוותר בראשית הדרך, לא נגיע לעולם ליעד. סטיה קלה בתחילת הדרך תביא לסטיה רבה בסופה⁴⁵.

41 ראה: 10 (1975), *Is. L. Rev.* 1, 10. Tedeschi, "Frustration of Purpose",

42 ידון, "ישוב על פירוש חוקי הכנסת", הפיקליט, כ"ו, 358, 364.

43 טדסקי, ה"ש 2 לעיל, עמ' 66.

44 צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, 1974, עמ' 14.

45 ראה: לנדוי, "חוק המקרקעין (כללי) וזיקת הנאה לפי חוק המקרקעין", עיוני מצפם, ג, עמ' 86, 88: "סטיה קלה, בלתי מחושבת, בתחילת הדרך עלולה להוביל אותנו לסבך ללא מוצא ולבכיה לדורות. לכן עלינו לחשב את צעדינו בשנים הבאות בזהירות רבה, ואנו השופטים מצפים לעזרתם של אנשי ההלכה האקדמית, שישמרו עלינו מפני צרה ובעת הצורך אף יקראו לנו לתזור על עקבותיהם".

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

פנייה לתורת המשפט של שיטה זרה היתה אולי מוצדקת אילו כל הקודיפיקציה שלנו היתה מועתקת משיטה זרה אחת, כפי שעשו, למשל, התורכים עם הקודקס השווייצרי. גם אז ניתן היה לראות בעיות קשות הקשורות בחוסר ידע של הישפה הזרה ובחוסר התמצאות בדוגמאטיקה שלה. אך לא זו היתה דרכו של המחוקק הישראלי. "בחוקים הישראליים החדשים אין קליטה ישירה-טכנית כזאת, אלא רק זיקת עקיפין-רעיונית-כללית לשיטות משפט אחרות"⁴⁶. ואף זיקת עקיפין זו משתנה מחוק לחוק, ואף באותו חוק עצמו, ולעתים בסעיף אחד⁴⁷, ניתן למצוא הזדקקות למספר שיטות משפט זרות. במצב דברים זה אין כל אפשרות לפנות לתורת המשפט הכללית של שיטה זרה אחת. פנייה לתורות משפט כלליות רבות תביא בעקבותיה דיסהרמוניה גמורה, ותמנע כל התפתחות אורגנית של הקודקס. ההרמוניה התחיקתית— שהיא אחת ממטרות הפרשן של הקודקס— תהיה מאתנו והלאה. החוקים החדשים בתחום המשפט האזרחי, אף שהתקבלו בפרקי זמן שונים, והושפעו על-ידי שיטות משפט רבות, מתוכננים ובנויים על ההנחה, כי הפרשנות שתנתן להם, תהיה זו הרואה בהם חטיבה אורגנית אחת, קשורה ושווה. בפרשנות מושגי יסוד בחוק אחד אסור לנו להתעלם ממושגי היסוד המופיעים בחוק אחר. הקודקס האזרחי שלנו אינו פדרציה של חוקים, שלכל אחד מהם תשתית יוריספרודנטלית משלו. הקודקס הוא חטיבה אחת, המחייב פיתוח עצמאי של תורת משפט כללית אחת. פיתוח כזה אפשרי רק על-ידי פעולה עצמאית עיקשת, ולא על-ידי העתקת עקרונות יסוד משיטה זרה.

זאת ועוד: תהיה זו עצימת עיניים לחיוב כי המשפטים שלנו יוכלו לעשות שימוש אפקטיבי בתורת המשפט הזרה. לרבים מהם אין הידע הבסיסי בשפה הזרה, שהוא תנאי הכרחי לפנייה לשיטה הזרה. לאור עמדת הבכורה שיש לשפה האנגלית בבית-הדין הספר התיכון הישראלי, אין לצפות לקשר בלתי אמצעי עם הספרות המשפטית הזרה הכתובה בגרמנית, צרפתית או איטלקית. הפרשן הישראלי יודקק לרוב לספרות הכתובה באנגלית על השיטה הזרה. רק מתיימעט בתוכנו יוכלו לחדש חידושים בשיטה הזרה. למעטים תהיה גישה מעבר להכרה שטחית. רובנו נהיה זרים לשיטה הזרה. בתנאים אלה אין זה רצוי לבנות את התשתית היוריספרודנטלית שלנו על זו של השיטה הזרה ממנה נלקח הדין הישראלי.

האם פירוש הדבר הינו כי עלינו להתחיל הכל מבראשית, וכי אוצרות תורת המשפט שפותחו ועודנו במשך מאות שנים על-ידי אומות בנות תרבות געולים בפנינו? יהיה זה מצער אם זה יהיה הפתרון היחיד. לדעתנו, תוצאה זו אינה הכרחית, ואין היא מתבקשת מעמדתנו. כפי שצינו בראשית דברינו⁴⁸, אנו עוסקים כאן בתורת המשפט המגדירה מונחי יסוד, ולא בענפיה האחרים של תורת המשפט. אלה האחרונים פתוחים לפנינו כמו לפני כל האומות האחרות. אך גם במסגרת תורת המשפט ה"אופרטיבית", אין כל מניעה— ואף נראה לנו כרצוי— לפנות לשיטה הזרה ממנה נשאב מושג היסוד. פנייה כזו מרחיבה את אופק המחשבה, ועשויה להרחיב את האופציות הפרשניות. אך

46 ידין, ה"ש 42 לעיל, עמ' 358, 365.

47 ראה ה"ש 67, 68, 69 להלן, בענין החובה לקיים חיוב בתום לב. אין לומר כי ההוראה של סעיף 39 לחוק התחיים (חלק כללי), נשאבה דווקא מהחוק הגרמני. דומה שהן המשפט הגרמני והן המשפט האיטלקי והצרפתי השפיעו על גיבושה. לאיזו תורת משפט כללית נפנה?

48 ראה טקסט ליד ה"ש 12 לעיל.

אין היא הכרחית. כאשר הפנייה נעשית, יש להעמיד את השיטה הזרה ב"מקומה הנכון", דהיינו, ככלי עזר משני בלבד. חשוב הרבה יותר ממנו הוא הקשר הדברים בו מופיע עקרון היסוד, והקשר בינו לבין הסדרים דומים בחלקים האחרים של החקיקה שלנו. פרשן שבידיו הכלים הדרושים למחקר עצמאי בשיטה הזרה, מוזמן לפנות אליה, וללמוד מתוכה על גישתה לפירוש מושגי היסוד שבחקיקה שלנו. פרשן שאינו רואה עצמו כשיר למשימה זו, טוב יעשה אם יוותר על מאמץ זה, ובמקום זאת יפנה את מרצו לבחינת האופציות הפרשניות העולות מתוך החוק עצמו. עדיף להשקיע מאמץ יוצר בשיטה שלנו מאשר להעתקה — לרוב מכלי שני — מתורת משפט זרה ובלתי מובנת.

(2) לקליטת הוראות למילוי ליקויים בקודקס. מבחינת ההסדר הרצוי, מילוי ליקויים בחקיקה צריך להיעשות על-ידי המחוקק עצמו, שכן מילוי ליקויים היא פעולת חקיקה ברורה, ולא רק פעולת פרשנות. אך כאשר הבעיה מתעוררת בפני בית-המשפט אין אפשרות להזקק למחוקק. מהי הדרך הרצויה או? לדעתנו, הדרך הרצויה היא להזקק להיקש, ולא לפנות לשיטה הזרה למילוי הליקוי.

כפי שנראה בהמשך⁴⁹, ההיקש הוא המכשיר הטוב ביותר למילוי ליקויים בקודקס, שכן הוא מיוסד על השוויון המשפטי, לפיו מצבים דומים יקבלו פתרון דומה⁵⁰. לדעתנו, דרך זו טובה יותר מפנייה לשיטת משפט זרה, להשלמת ההסדר החסר מהוראותיה, וזאת משני טעמים: האחד, יש בשיטת ההיקש היתרון של ההתפתחות הטבעית, המאפשר אימוץ של הסדר שהוא טבעי לשיטה אף יותר מזה של ההסדר הזר הקרוב ביותר. זאת ועוד: שיטה זו מאפשרת יצירה של פתרון ישראלי שיהיה שונה מהפתרון הזר המועמד לקליטה, ובכך עשויה לקרב את ההסדר הישראלי לאותו פתרון שהיה מתקבל על-ידי המחוקק הישראלי אילו היה נתון דעתו לשאלה. כידוע, המחוקק הישראלי לא העתיק בצורה עיוורת הסדרים זרים, אלא בכל מקום הכניס שינויים והתאמות. שיטת ההיקש מאפשרת הליכה בשיטה דומה לענין ההסדר החסר. לעומת זאת, קליטת ההסדר הזר מחייבת קליטה מלאה, ועל כן היא בלתי רצויה. אשר לטעם השני, הרי שיטת ההיקש אינה סובלת מהחסרונות הצוייני לעיל⁵¹ לענין פנייה לשיטת משפט זרה שלרוב הציבור הישראלי אין ידיעה בלשונה, ואין הבנה לפעולתה.

(ב) פנייה למשפט האנגלי

(1) לקליטת תשתית יוריספרודנטלית. ההתנגדות לקליטת היוריספרודנטציה "האקטיבית" האנגלית דומה במידת-מה לטענות שהובאו לעיל⁵² לענין הקליטה מהמקורות ההיסטוריים של החקיקה. הדמיון קיים בכל הנוגע לטיעונים הקשורים בחוסר עצמאותה של השיטה. לעומת זאת, הטיעונים על דבר חוסר הידע והזרות של המקורות ההיסטוריים אינם תופסים כאן, שכן מרבית המשפטים מכירים את השפה האנגלית ואת הדוגמא-טיקה של השיטה. עם זאת, לענין הפנייה למשפט האנגלי קיימים נימוקים נוספים השוללים, לדעתנו, כל הגיון בפנייה למשפט האנגלי לפירוש ביטויי יסוד בחקיקה.

49 ראה 4.ג להלן.

50 ראה טדסקי, ה"ש 2 לעיל, עמ' 150.

51 וראה גם 4.ג להלן.

52 ראה 2.ג (א) לעיל.

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

גימוקים אלה מבוססים על העובדה הידועה, כי החקיקה האמורה, לרבות ביטויי היסוד שלה, נלקחו ברובם מהמשפט הקונטיננטלי, ויהיה זה מלאכותי ביותר לפרש ביטויים אלה על בסיס עקרונות יסוד זרים⁵³. החדרת תורת משפט אנגלית לפירוש חקיקה ישראלית שמקורותיה קונטיננטלים "תהיה שעטנו שיהיה גרוע מזה שנוצר בארצנו בתקופת המנדט על-ידי החדרת קרקע אנגלית מתחת לשורשי החוקים העותומנים הקיימים"⁵⁴.

(2) לקליטת הוראות למילוי ליקויים בקודקס. השלמת ליקויים בחקיקה האזרחית החדשה באמצעות המשפט האנגלי נראית לנו כבלתי רצויה לחלוטין. משטרו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922-1947, בוקר קשות בעבר לענין השיטה הישראלית בכלל⁵⁵. ביקורת זו מקבלת משנה תוקף לענין החקיקה הקודיפיקטי-טיבית. אך טבעי הוא כי לאקונות בקודקס יתמלאו בדרך שהיא טבעית ואורגנית, ולא על-ידי השתלת דינים זרים, המבוססים על פילוסופיה משפטית זרה. ניתן להדגים זאת באחת הדוגמאות המובאות על-ידי פרופ' פרידמן לענין ההתנגשות בין זכות הבעלים המקורי לבין זכותו של צד שלישי שרכש הנכס בתמורה ובתום לב⁵⁶. ראובן מבצע תרמית כלפי שמעון, אשר בעקבותיה מוכר שמעון מטלטל לראובן. ראובן מוכר המטלטל ללוי, אשר רוכשו בתמורה ובתום לב. משהתגלתה התרמית לשמעון (לאחר הקניה על-ידי לוי), ביטל שמעון את המכר⁵⁷. מיהו בעל הנכס: שמעון או לוי? לדעתו של פרופ' פרידמן—ולכך אנו מסכימים—אין תשובה ישירה לשאלה זו בחקיקה האזרחית החדשה, ודבר זה מהווה לאקונה. לשיטתו של פרידמן, יש למלא לאקונה זו בפנייה למשפט האנגלי, אשר מעדיף את זכותו של לוי (רוכש הנכס בתמורה ובתום לב) על פני זכותו של שמעון (הבעלים המקורי). לגישה זו איננו מסכימים. מה מקורה של ההלכה האנגלית, המעדיפה בנסיבות אלה את הקונה בתמורה ובתום לב? מקורה של הלכה זו בקונסטרוקציה המשפטית, לפיה הבעלות שבדין עברה לראובן (הרמאי), ואילו הבעלות שביושר נשארה בידי שמעון (הבעלים המקורי). עדיפות זכותו של לוי נגזרת מהגישה האנגלית לפיה הזכות האקזיטבילית נדחית בפני רכישה בתמורה ובתום לב של הזכות החוקית. אם גלך בשיטתו של פרופ' פרידמן, נרכיב על חוק החוזים (חלק כללי)— שאינו מקבל ואינו מכיר בהבחנה בין זכות שבדין וזכות שביושר— את ההבחנה האנגלית בין זכות אקזיטבילית לבין זכות חוקית, הבחנה שהחקיקה האזרחית כולה מבקשת להשתחרר ממנה. לדעתנו לא זו הדרך למילוי ליקויים בחקיקה שלנו⁵⁸.

53 ע"א 716/72 רוזנשטריך נ' חברה איז לאוטומובילים בע"מ, פד"י כ"ז (2) 709, 713.

54 צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, עמ' 14.

55 טרסקי, ה"ש 2 לעיל, עמ' 181 ואילך.

56 פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", ה"ש 40 לעיל, עמ' 245.

57 על-פי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי).

58 לגישתנו בענין זה ראה: ג.4.1 (ג) להלן.

ג.3. המותרת פנייה לשיטה הזרה ?

(א) פנייה למקורות ההיסטוריים של החקיקה

(1) לקליטת תשתית יוריספרודנטלית. פנייה למקורות ההיסטוריים של החקיקה לשם סיוע פרשני בהבנתם של ביטויים היא מותרת ורצויה. הדבר נעשה בעבר לענין החוקים "הרגילים"⁵⁹, ואין כל סיבה שלא להמשיך בה לענין הקודיפיקציה. בצדק ציין פרופ' ידן⁶⁰ כי "במידה שניתן להבחין במשפט הור, או בשיטות המשפט הזרות, שמהם שאב המחוקק הישראלי את השראתו החקיקתית, יש מקום שגם בתי- המשפט, בפרשם חוקים אלה, ישאבו מאותו מקור, או מאותם מקורות, את השראתם הפרשנית".

מידת הסיוע הפרשני שניתן לקבל מהמקורות ההיסטוריים של החקיקה משתנה מענין לענין. המידה הרבה ביותר תהיה כאשר החוק הישראלי הועתק כולו מהחוק הזר, והביטוי הדורש פירוש הוא ביטוי טכני לאותו דין. כך, למשל, ברור כי לשם פירוש הביטוי "היסב" בפקודת הסכרות שלנו⁶¹ נעזר בפסיקה אנגלית⁶² שכן, זהו ביטוי שטרייטכני, בפקודה שהועתקה מהחוק האנגלי. שונה הדבר לענין הביטויים "כושר"⁶³, "חוזה"⁶⁴, "יחד ולחוד"⁶⁵, שהם ביטויים מופיעים בפקודת השטרות והם בעלי משמעות יוריספרודנטלית כללית ואשר יש לפרשם, לדעתנו, על רקע השיטה הישראלית כולה. על אחת כמה וכמה אם ביטויים כאלה מופיעים בדבר חקיקה ישראלי מקורי, שאף כי הושפע מחקיקה זרה, אין הוא העתק כמגנה. הקודיפיקציה הישראלית לא העתיקה חקיקה זרה. אפילו קיים דמיון בניסוח ובביטויים, הרי נוסח ההוראה הישראלית הוא פרי של תהליך עיכול ממושך, אשר הפך את ההוראה לישראלית. ביטוי יסוד בדבר חקיקה כזו יש לפרש על רקע החקיקה הישראלית כולה, תוך נסיון להשיג "הרמוניה- חקיקתית". מכאן שמידת הסיוע הפרשני שניתן להפיק מהפנייה לשיטה הזרה היא מוגבלת ביותר. בוודאי שאין כל סימוכין בפסיקה הישראלית לקליטת היוריספרודנטציה "האקטיבית" של השיטה הזרה.

נוכל להדגים את דעתנו בנסיון לפרש את סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) הקובע כי "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב". ידוע הוא⁶⁶, כי הוראה זו הושפעה מהוראת סעיף 1375 לקודקס האזרחי האיטלקי הקובעת⁶⁷, כי "יש לקיים חוזה בתום לב", מסעיף 1134(3) לקוד סיביל הקובע⁶⁸, כי "חייבים לבצע

59 ראה: ידן, ה"ש 42 לעיל.

60 ידן, שם, עמ' 364.

61 סעיף 1 לפקודת השטרות (נוסח חדש) מגדיר אמנם ביטוי זה, אך ההגדרה אינה הגדרה, שכן נאמר בה: "היסב-היסב מוגמר במסירה". מהו היסב ?

62 בין אם יש חובת פנייה לפירוש ביטויים לדין האנגלי ובין אם אין.

63 סעיף 21(א) לפקודת השטרות.

64 סעיף 21(א) לפקודת השטרות.

65 סעיף 86 לפקודת השטרות.

66 ראה: צלטנר, ה"ש 44 לעיל, עמ' 220. תרגום ההוראות הזרות גלקח מספרו הנ"ל של פרופ' צלטנר.

67 הנוסח האיטלקי קובע: Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede.

68 הנוסח הצרפתי קובע: "(Les conventions) doivent être exécutées de bonne foi".

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

(הסכמים) ... בתום לב", ומסעיף 242 ל.ב.ג.ב. הקובע⁶⁹, כי "על החייב לבצע התחייבותו באמונה ובנאמנות בהתחשב בנוהג". למרות הדמיון הרב בין הוראות אלה, הצעתנו הינה, להעזר אך במעט בפירוש סעיפים אלה בפרשנות הזרה. לביטויים כמו "קיום של חיוב", "חווה", "דרך מקובלת" יש לתת פירוש שיהווה חלק מתורת המשפט החדשה שלנו, ואין מקום להעתיק בענין זה שיטות משפט זרות. זאת ועוד: הוראה זו ממלאת תפקיד מרכזי – אומרים "מלכותי" – בחקיקה הזרה. מספר מוסדות משפטיים המוסדרים אצלנו בנפרד⁷⁰ נכללים בחקיקה הזרה בתחומי אותה הוראה. יהיה זה משגה להרחיב הוראה זו בישראל בדומה להרחבה שניתנה לה מעבר לים⁷¹. סיכומו של דבר, התשתית של תורת המשפט, הדרושה לפירוש ביטויי מפתח בקודקס שלנו, חייבת לקרום עור וגידים בכור ההיתוך שלנו, והסיוע שניתן לקבל מהמקורות ההיסטוריים לקודקס הוא רק בהרחבת האופק הפרשני, ואף זה תוך זהירות רבה.

(2) לקליטת הוראות למילוי ליקויים בקודקס. אין כל מקור משפטי בישראל המחייב או מרשה לפנות למקורות הזרים של החקיקה הישראלית לשם מילוי ליקויים בקודקס שלנו. מכאן, שפנייה כזו היא אסורה. זאת אף זאת: מהותה של קודיפיקציה מתקומם נגד הרעיון כי השלמתה תבוא מבחוץ. מרבית הקודקסים האזרחיים כוללים הוראות באשר להשלמת ליקויים בהם⁷², ואף אלה שאין בהם הוראות מפורשות בענין זה⁷³, הגיעו למסקנות דומות על יסוד עקרונות משפט כלליים.

(ב) פנייה למשפט האנגלי

(1) לקליטת תשתית יוריספרודנטלית. הנחתנו כאן היא, כי ההוראה הדורשת פרשנות בקודקס שלנו אינה לקוחה מהמשפט האנגלי. בנסיבות אלה, אין זה נכון לפנות למשפט האנגלי לשם פירוש מוגחי יסוד בהוראה זו על בסיס תורת המשפט האנגלית. "חוק ישראלי מקורי שאינו לקוח מן החוק האנגלי, אינו מבוסס עליו, ואינו עשוי כמתכונתו, עלינו לפרשו מתוכו הוא עצמו בלי להזדקק לעקרונות זרים שמקומם לא יכירם כאן"⁷⁴. דבר זה נכון הן לענין חוקים שיש בהם הוראות בענין "עצמאות החוק" והן לענין חוקים שאין בהם הוראות לענין "עצמאות החוק"⁷⁵.

(2) לקליטת הוראות למילוי ליקויים בקודקס. א. בחוקים הנהגים מ"עצמאות החוק". כאשר מתגלה לאקונה באחד החוקים הנהגים מ"עצמאות החוק"⁷⁶, אין

69 הנוסח הגרמני קובע: Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

70 כגון, מניעות או רשלנות שבנויקין.

71 לכן איננו בטוחים כי הצדק עם פרופ' צלטנר הגורס כי שוב אין מקום בישראל לכללי המניעות. ראה: צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תש"ל-1970, עיוני משפט, ד, עמ' 121.

72 ראה רשימתנו "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, ג, עמ' 5, 19.

73 כגון ה.ב.ג.ב. הגרמני.

74 דברי השופט ברנזון בע"א 716/72 ריונשברייך נ' חברה איי לאומוזכילים בע"מ, פד"י כ"ז (2) 709, 713.

75 ראה פסקה (2) להלן.

76 והם כיום חמישה במספר: חוק החוזים (חלק כללי), סעיף 63; חוק החוזים (תרופות בשל

לפנות עוד למשפט האנגלי לשם מילוי ליקויים. זו לשונו הברורה של החוק. על כן טועה, לדעתנו, פרופ' פרידמן כאשר הוא מציע לפנות למשפט האנגלי לשם מילוי הליקוי הקיים בחקיקה שלנו באשר לתחרות שבין זכות הבעלים המקורי לבין זכותו של צד שלישי⁷⁷. בדומה, טועה פרופ' טדסקי כאשר הוא מציע לפנות למשפט האנגלי לשם קליטת הלכת "משפטי ההכחרה"⁷⁸ – הלכה שלגביה הוא סובר שיש לאקונה בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). בדומה, תהיה זו טעות לפנות למשפט האנגלי לשם קליטת הדינים באשר לחובת הגילוי בחוזים שהם uberrimae fidei וזאת על בסיס ההנחה – שאינה מקובלת עלינו⁷⁹ – כי יש בענין זה לאקונה בחוק החוזים (חלק כללי). בכל המקרים הללו, אם קיימת לאקונה בחוק הנהגה מ"עצמאות החוק" יש להגשים את כוונת המחוקק ולא להחיל את סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1947–1922. גישה שונה הופכת את ההוראות בדבר "עצמאות החוק" לאות מתה. להוראות בדבר "עצמאות החוק" יש לתת פירוש מרחיב וליברלי – בדומה לפרשנות שיש לתת לקודקס כולו⁸⁰.

ב. בחוקים שאינם נהנים מ"עצמאות החוק". לאקונות בחוקים אלה ניתן⁸¹ למלא באופן עקרוני על-ידי פנייה למשפט האנגלי מכוח סימן 46 לדבר המלך. כך יש לנהוג כל עוד לא הוחלה "עצמאות החוק" על חוקים אלה, או כל עוד לא בוטל סימן 46. עם זאת, הזרמת המשפט האנגלי למילוי לאקונות, צריכה לעבור מספר "כורי היתוך". ראשית, יש לבחון בקפדנות אם הלאקונה היא בחוק שאינו נהנה מ"עצמאות החוק". לעיתים קרובות יתברר כי אכן קיימת לאקונה, אך זו אינה בחוק שאינו נהנה מ"עצמאות החוק", אלא דווקא בחוק שנהנה מ"עצמאות החוק". במקרה זה נסתמת אפשרות הפנייה למשפט האנגלי. מיקיבה של הלאקונה כרוכה בפעולת מיון חשובה, אשר צריכה להעשות על יסוד כללי מיון "ישראליים" ולא אנגליים. לעתים פעולת המיון היא פשוטה. כך, למשל, נראה לנו כי שתיקת חוק השליחות באשר למעמדו של השליח מהווה לאקונה בחוק השליחות, המאפשרת פנייה למשפט האנגלי⁸². לעומת זאת, שתיקתו של חוק השליחות באשר למועד שיכלולן של פעולות משפטיות חד-צדדיות הנוכרות בו, אינה מהווה לאקונה בחוק השליחות, אלא לאקונה בחוק החוזים (חלק כללי)⁸³. מכיוון שכך, נסתמה דרך הפנייה למשפט האנגלי. אך יש ופעולת המיון היא

הפרת חוזה), סעיף 24; חוק הירושה, סעיף 150; חוק המקרקעין, סעיף 160; חוק חוזה קבלנות, סעיף 10.

77 ראה המאמר הנזכר בה"ש 40 לעיל.

78 ראה המאמר הנזכר בה"ש 41 לעיל.

79 ראה: ג.4.1 (ג) להלן.

80 לא נרחיב בענין זה במסגרת רשימה זו. לדעתנו בענין זה, ולדעתו החולקת של פרופ' פרידמן, ראה: פרידמן, "ההוראה בדבר עצמאות החוק ובעיית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים, ה, עמ' 91; ברק, "ההוראה בדבר עצמאות החוק ובעיית הלא-קונה בחקיקה הישראלית החדשה": השיבה לפרופסור פרידמן", משפטים, ה, עמ' 99; פרידמן, "עוד הערה לענין ההוראות בדבר עצמאות החוק אשר בחקיקה הישראלית החדשה", משפטים, ה, עמ' 349.

81 לשאלת החובה של פנייה למשפט האנגלי, ראה: ה"ש 94 להלן.

82 ראה ספרנו, חוק השליחות, תשכ"ה–1965, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טדסקי), עמ' 78.

83 ראה ספרנו, חוק השליחות, תשכ"ה–1965, עמ' 147.

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

קשה. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 מסדיר את תקפן המשפטי של הפעולות המשפטיות המבוצעות על-ידי קטין⁸⁴ ועל-ידי אדם שהוכרו על-ידי בית-משפט מוסמך כפסול דין⁸⁵. אך מה דינן של פעולות משפטיות של אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לעניניו, אך לא הוכרו כפסול דין? אין בענין זה תשובה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. חוק החוזים (חלק כללי) מכיל פרק⁸⁶ העוסק בביטול חוזה – לרבות פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה⁸⁷ – בשל טעות, הטעיה, כפייה או עושק של צד לחוזה. אין בו כל הוראה באשר לתוקפו של חוזה שנכרת על-ידי הלקוי בשכלו בטרם הוכרו פסול דין: נראה הדבר כי שתיקת המחוקק באשר לדין פעולותיו המשפטיות של הלקוי בשכלו בטרם הוכרו כפסול דין מהווה לאקונה. אך מה מיקומה של הלאקונה? האם זו לאקונה בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות או שמא זו לאקונה בחוק החוזים (חלק כללי)?⁸⁸ במקרה הראשון נפתחת הדרך למשפט האנגלי. במקרה השני נסתם הגולל על פנייה למשפט האנגלי. שנית, משנקבע כי הלאקונה היא בחוק שאינו נהנה מ"עצמאות", יש לבחון אם המשפט האנגלי בתוקף הוא משפט מקובל וכללי יוסר, ולא חוק חרוט. לבדיקה זו תהיה בעתיד חשיבות הולכת וגוברת בשל הנטייה האנגלית להגביר את מלאכת הרפורמה החקיקתית⁸⁹.

שלישית, משנקבעה לאקונה בחוק שאינו נהנה מ"עצמאות", ואותר משפט אנגלי המהווה חלק מהמשפט המקובל וכללי האקוטי, יש לבחון אם הבאתו לארץ מתיישבת עם "מסיבות ארץ-ישראל ויושביה"⁹⁰. ביטוי זה כולל, לדעתנו, גם את המסיבות המשפטיות של השיטה הישראלית. לא יהיה זה אפשרי, לדעתנו, להרכיב על דיני שליחות ישראלים, שאינם מכירים בשליחות הנחות האנגלית המבוססת על כללי המניעות⁹¹, כללים אנגליים המבוססים על מניעות⁹². הרכבה כזו אינה מתיישבת עם המסיבות המשפטיות של שיטתנו. בדומה, אין זה אפשרי, לדעתנו, להרכיב על מערכת דינים שאינה רוצה עוד להיבנות מההבחנה בין זכות שבדין וזכות שביושר, מערכת דינים אנגליים המבוססת על הבחנה זו. לאור אופיה הקודיפיקטורית של החקיקה האזרחית החדשה – בין זו הנהגית מ"עצמאות החוק" ובין זו שאינה נהגית מ"עצמאות החוק" – ירבו המקרים בהם תמנע קליטת המשפט האנגלי לאור המגבלה האמורה. ודוק: איננו שותפים להשקפתו של פרופ' דין כי⁹³ "סימן 46 ואיתו עיקרי המשפט המקובל והלכות היושר הנוהגים באנגליה (כלשון אותו סימן) חדלו מהיות חלק מהמשפט הפוזיטיבי המחייב של הארץ". מוכנים אנו לקבל את ההנחה כי סימן 46 חי וקיים, אך, לדעתנו,

84 סעיפים 4, 5, 6 לחוק הכשרות.

85 סעיף 9 לחוק הכשרות.

86 פרק ב', סעיפים 14-18 לחוק החוזים (חלק כללי).

87 סעיף 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

88 ראה: ג.4(ג) להלן.

89 ראה: Scarman, *Law Reform*, 1967.

90 הקטע הרלבנטי בסימן 46 לדבר המלך.

91 ראה: ע"א 44/59 חיים נ' האחיות הנצרות, פד"י ט"ו 1093.

92 ראה ספרנו, חוק השליחות, תשכ"ה-1965, שם, עמ' 167.

93 ראה: דין, "כיצד יפורש חוק השומרים?", הפרקליט, כ"ד, עמ' 493, 494.

המגבלות המצויות באותו סעיף לקליטת המשפט האנגלי מצמצמות במידה ניכרת את אפשרות הקליטה של משפט אנגלי למילוי ליקויים בקודקס שלנו. זאת ועוד: השקפתנו זו מבוססת על ההנחה – שלא זה המקום לבדוק את נכונותה – כי במקום שמתקיימים התנאים הקבועים בסימן 46 לקליטת משפט אנגלי, קליטה זו היא חובה ולא רשות. אליבא דאלה הגורסים כי הקליטה היא רשות⁹⁴, בוודאי שיש להשתמש בשיקול הדעת ולהמנע מהרכבת משפט אנגלי על הוראות המהוות קודיפיקציה⁹⁵.

ג.4. הפעלה עצמאית של החקיקה

(א) כללי

עד כה עמדנו על הסיכונים האורבים לחקיקה האורחית החדשה שלנו, ועל הסכנה כי עצמאותה של החקיקה תאבד, אם משים קשר יתר למקורות ההיסטוריים מהם הושפעה החקיקה ואם משום השפעה יתירה של המשפט האנגלי. מרבית דברינו הוקדשו לביקורת על אלה המבקשים לסטות מדרך ההפעלה העצמאית של החקיקה. נעבור עתה לציון הדרך שבה, לדעתנו, על הפרשן לצעוד. כמנהגנו נבחין בין פרשנות הדין לבין מילוי ליקויים בו.

(ב) פירוש ביטויים בעלי משמעות יוריספרודנטלית כללית

משנתקל הפרשן בביטוי בעל משמעות יוריספרודנטלית כללית, עליו לתת לו את המשמעות כפי שעולה מתוך הקשר הדברים שבו מופיע הענין, מבלי שיהיה משועבד לתורת המשפט הזרה ממנה נשאב ביטוי זה. ראייה זו עשויה לעתים להתמקד בסעיף פלוני או בחוק אלמוני, ובהם בלבד. לעתים עשויה ראייה זו לחרוג מעבר למסגרת זו, תוך הסתכלות על השיטה כולה או לפחות חלקים נרחבים ממנה⁹⁶. דוגמא טובה לדרך פרשנות זו היא בפירוש הביטוי "פעולה משפטית" המופיע במספר חוקים⁹⁷. פרופ' אנגלרד עמד על פירושו של ביטוי זה בחוק הכשרות המשפטית והאופוטרופסות⁹⁸. פרופ' צלטנר פירש ביטוי זה בחוק החוזים (חלק כללי)⁹⁹. פרופ' פרוקצ'יה¹⁰⁰ וכותב שורות אלה¹⁰¹ עמדו על פירוש ביטוי זה בחוק השליחות. כולנו נעורנו בתורת המשפט הגרמנית,

94 ראה: לבונטין וגולדוטר, כללי בחירת הדין בישראל והסימן 46 לדבר המלך, ירושלים, 1974.

95 ראה: ג.2.(ב) לעיל.

96 כך, למשל, לשם פירוש המושג "תום-לב" המופיע בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), אין להסתפק בהוראות חוק החוזים עצמו, אלא יש להתייחס למושג תום-הלב בדברי חקיקה אחרים, ולמוסדות משפטיים אחרים הקיימים כבר בשיטתנו כגון "מניעות" ו"רשלנות".

97 ראה ה"ש 4 לעיל.

98 אנגלרד, חוק הכשרות המשפטית והאופוטרופסות, תשכ"ב-1962, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טרסקי), עמ' 26.

99 צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל, עמ' 20.

100 פרוקצ'יה, חוק השליחות, תשכ"ה-1965, עמ' 56 ואילך.

101 חוק השליחות, תשכ"ו-1965, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג' טרסקי), עמ' 68 ואילך.

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

בה פותח עקרון זה, אך לא אימצנו לעצמנו תורה זו. כתוצאה מכך ניתן למונח "פעולה משפטית" פירוש שונה בכל אחד מהחוקים בהם הוא הוזכר. לדעתנו, דרך פרשנות זו היא נכונה. חוק הכשרות המשפטית בא להגן על זה שרצונו פגום. מכאן, שהצדק עם פרופ' אנגלרד הגורס כי¹⁰² "יש לראות כפעולה משפטית במובן החוק רק אותה פעולה בעלת נפקות משפטית הזקוקה להבעת רצון. יוצאות מגדרה: פעולות נזיקין ופעולות ריאליות. יש איפוא, לדעתנו, לאמץ את דרך הפרשנות השלישית, בה משמעות המושג פעולה משפטית היא עיסקה (Rechtsgechüft), וכל פעולה הדומה לה (כלומר, הדורשת הבעת רצון)". פרופ' צלטנר עסק ב"פעולה המשפטית" כמשמעותה בחוק החוזים (חלק כללי), הקובע כי החוק יחול "גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה", והגיע למסקנה הנכונה כי יש להחיל את החוק גם על עוללות אזרחיות ומעין חושים. במסגרת חוק השליחות, מופיע הביטוי "פעולה משפטית" בהגדרת השליחות. על כן גרסו, פרופ' פרוקציה וכותב שורות אלה, כי יש להגדיר מונח זה על בסיס מטרת השליחות. בהתאם להשקפתנו¹⁰³, "השליחות באה להרחיב את שדה פעולתו של היחיד, מעבר לגבולותיו הפיסיים או למגבלות גיאוגרפיות. מטרתה אינה עויינת ליחיד, המבקש לפעול באמצעות אחרים. מכאן מתבקשת המסקנה כי 'פעולה משפטית' היא פעולה במסגרת הדין ולא פעולה המטילה אחריות, בהיותה נוגדת את הדין".

מדוגמא זו ניתן להסיק מסקנה נוספת. אף שהשימוש באותו ביטוי במספר חוקים עשוי להוליד הנחה פרשנית כי תוכן הביטוי זהה בכל החוקים בהם הוא מופיע¹⁰⁴, הרי זו הנחה שקל "לסתור" אותה. יש להתרגל לרעיון כי בחקיקה החדשה שלנו, כל עוד לא תוקנה ושופצה, עשויים להיות לאותו ביטוי פירושים שונים. כך, למשל, נראה כי הביטוי "רשאי לבטל את החוזה" המופיע בחוק החוזים (חלק כללי)¹⁰⁵ מתפרש כביטול למפרע¹⁰⁶, לעומת זאת הביטוי "זכאי לבטל את החוזה" המופיע בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)¹⁰⁷ מתפרש כביטול מעתה ואילך.

זאת ועוד: קיומה של הוראה בענין פלוני והעדרה בענין אלמוני, אסור שינתן לה משקל פרשני כבד מדי¹⁰⁸. כך, למשל, סעיף 6(א) לחוק השליחות קובע הוראות בענין אישור בדיעבד. הסעיף ממשיך וקובע כי לאישור בדיעבד אופי רטרואקטיבי "ובלבד שלא תיפגע זכות שרכש אדם אחר בתום-לב ובתמורה לפני האישור". הוראה דומה אינה מופיעה בצמוד לקביעתו של חוק השליחות¹⁰⁹ כי אם הצד השלישי לא ידע על סיום השליחות "זכאי הוא לראותה כנמשכת". האם יש להסיק מכאן, שכוחו של הצד השלישי לראות השליחות כנמשכת עשוייה לפגוע בזכות שרכש אדם אחר בתום-לב

102 אנגלרד, שם, עמ' 27.

103 חוק השליחות, תשכ"ה-1965, שם, שם.

104 ראה פרוקציה, שם, עמ' 56.

105 סעיפים 14(א), 15, 17(א) ו-18 לחוק החוזים (חלק כללי).

106 ראה צלטנר, שם, עמ' 218.

107 סעיף 7(א) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

108 על כך כבר עמד פרופ' פרידמן. ראה רשימתו על "ההוראה בדבר עצמאות החוק", ה"ש 80 לעיל, וברשימתו על "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי", ה"ש 40 לעיל.

109 סעיף 15(ב) לחוק.

ובתמורה לפני הפעלת כוח זה? ¹¹⁰. לדעתנו, תשובה זו אינה מתבקשת כלל ¹¹¹. ניתוח הסוגיה לגופה הוא שחייב לתת את הפתרון הנכון, ולא שימוש בעזרי פרשנות שאינם תופסים בחקיקתנו החדשה.

להוראות הקודקס יש לתת פרשנות שתגשים את מטרת החקיקה. אין לצאת מתוך ההנחה כי הדין הישן ממשיך לחול, וכי השינוי שבוצע על-ידי החקיקה הוא מזערי. על כן יש לתת לביטוי "מחייבת ומוזכה", המופיע בחוק השליחות ¹¹², פרשנות מרחיבה. הוא כולל לא רק הטלת חובה או הענקת זכות "במובן הצר" אלא כל שינוי במצב המשפטי, בין שינוי שתוצאתו הענקת זכות (שכנגדה עומד חיוב) ובין שינוי שתוצאתו הענקת חסינות, יכולת, כפיפות או שלילתם ¹¹³. השינוי שהביאה החקיקה הוא לא רק ישיר אלא גם עקיף. על כן, אין לנהוג עוד על-פי ההלכה האנגלית לפיה חוזה שכורת יזם בשם חברה שטרם הוקמה מחייב תמיד את היזם אישית ומעניק לו זכות אישית ¹¹⁴. אמת הדבר, אין בענין זה כל הוראה בחוק השליחות. אך הלכה זו מבוססת על ההנחה כי התאגיד לעולם אינו יכול לאשר פעולת היזם בדיעבד ¹¹⁵. הנחה זו "נסתרה" בסעיף 6(ג) לחוק. משחל שינוי בהנחת היסוד, מן הדין לתת לשינוי זה תוקף מלא, גם לעבר הלכות קרובות ¹¹⁶.

(ג) מילוי ליקויים בחקיקה

נראה לנו כי נקודת המוצא של הפרשן צריכה להיות כי החקיקה כוללת הסדר לסוגיה שלפניו, ולא נטיה לגלות לאקוונות ¹¹⁷. כך, למשל, אין בחוק החוזים (חלק כללי)

110 הדוגמא שניתן להביא היא זו: "ראובן העניק הרשאה לשמעון למכור מטלטל. ראובן נפטר. דבר הפטירה לא היה ידוע לשמעון, אשר 'מכר' את המטלטל ללוי, שלא ידע בשעת הקניה על פטירת ראובן. יורשיו של ראובן 'מכרו' את המטלטל ליהודה, שרכש אותו בלא לדעת על פעולתו של שמעון. משגודע ללוי דבר הפטירה הוא החליט לראות את השליחות כנמשכת. מי הזכאי למטלטל: לוי או יהודה? בשעת המכירה על-ידי שמעון היתה הבעלות במטלטל בידי יורשי ראובן, ולשמעון לא היתה הרשאה למכרו. מכאן שמכירתו של שמעון אינה מכירה, ואילו מכירתם של היורשים תופסת, לאחר שלוי החליט לראות את השליחות כנמשכת, רואים למפרע את פעולתו של שמעון כפעולה הנעשית בהרשאה. מכירתו של שמעון נעשתה בהרשאה, ואילו היורשים מכרו נכס שאינו שייך להם. עם מי הדין?". ספרנו, חוק השליחות, תשכ"ה-1965, עמ' 535.

111 "לדעתנו, הדין צריך להיות עם יהודה. זכותו של לוי לראות את השליחות כנמשכת אינה צריכה לפגוע בזכות שרכש יהודה בתום לב, זכות המבוססת על סיום השליחות. סעיף 15 מבוסס על העדפת האינטרס של השלוח או על הצד השלישי על פני האינטרס של השולח. אך מדוע יועדף האינטרס של השלוח ושל הצד השלישי על פני האינטרס של צד רביעי תמים אשר בשעת הפעולה כלפיו היתה לו זכות מלאה?". ספרנו, חוק השליחות, תשכ"ה-1965, עמ' 536.

112 סעיף 2 לחוק.

113 ספרנו הנ"ל, עמ' 106.

114 זו ההלכה הידועה כהלכת, Kelner v. Baxter (1864) L.R. 2 C.P. 174.

115 ראה Getz, "Pre-incorporation Contracts: Some Proposals" (1967), U.B.C.L.R. 381.

116 אחרת נפסק בית"א 1639/69 תעשיות אלקטרוניות בע"מ נ' נילם, פ"מ תשל"ד (ב) 533. לדעתנו נפסק הדין בטעות.

117 אכן, בספרנו על חוק השליחות מצאנו מספר קטן ביותר של לאקוונות בחוק השליחות.

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

הוראה מפורשת המטילה חובת גילוי בחוזים המסווגים באנגליה כחוזים *uberrimae fidei*. לדעתנו, אין לראות בכך לאקונה כלל. סוגיה זו מכוסה אצלנו בסעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי). כמו כן יש להתחשב בסעיף 12(א) לאותו חוק, המטיל חובה על המתקשרים בחוזה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. בדומה, אין לגרוס כי בסוגיית "הטעות המשותפת" יש לאקונה בחקיקה שלנו, שכן ניתן לראות את הסוגיה כמכוסה על-ידי סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). שתי דוגמאות אלה מדגישות עקרון נוסף. מיון הסוגיה צריך להעשות על יסוד עקרונות העולים מתוך החקיקה שלנו, ולא על בסיס דרכי מיון זרות. כך, למשל, גכון הדבר כי אם החפץ נשוא החוזה אינו קיים בשעת ההתקשרות, מסווג המקרה באנגליה כמקרה של טעות ולא כמקרה של סיכול. אך אנו איננו חיים מפי דרכי המיון האנגליות. מבחינתנו ניתן לראות בכך חלק מהמקרים בהם אי-ביצוע החוזה נובע מנסיבות שהצד שאינו מבצע לא ידע עליהן בשעת כריתת החוזה, כלומר, סיכול החוזה לפי סעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). על כן איננו גורסים, כפי שגורסת הגב' גורי¹¹⁸, כי נפלה טעות בהוראות הטעות. טעות זו מסתברת על בסיס דרכי המיון הזרות. אך לנו דרכי מיון משלנו.

משהתגלה כי חוק פלוני אינו מסדיר סוגיה מסוימת, יש לבחון היטב אם משמעות הדבר לאקונה, שכן ייתכן כי הסוגיה מוצאת את פתרונה בחוק אחר¹¹⁹. בענין זה יש לעשות כל מאמץ פרשני, כי במקרה שאין מנוס מקביעת קיומה של לאקונה, הרי מיקומה של הלאקונה תסווג בחוק הנהגה מ"עצמאות החוק" ולא בחוק שאינו נהנה מ"עצמאות החוק". על כן אנו גורסים כי שתיקת המחוקק באשר לדין פעולה משפטית של לקוי בשכלו שלא הוכרו פסול דין מהווה לאקונה בחוק החוזים (חלק כללי) ולא בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות¹²⁰. בדומה, שתיקתו של חוק השליחות באשר למועד שכלול פעולות משפטיות חד-צדדיות מתפרש על ידינו כליקוי בחוק החוזים (חלק כללי) ולא בחוק השליחות¹²¹.

זאת ועוד: משהתגלתה לאקונה בחוק הנהגה מעצמאות החוק, יש לעשות מאמץ פרשני לראות בסוגיה ענין שהחוק "דן" בו, ולא ענין שהחוק אינו "דן" בו. על-ידי ראייה כזו מוחלת ההוראה על דבר עצמאות החוק¹²², ונמנעת הפניה למספט האנגלי. על כן דעתנו הינה כי חוק החוזים (חלק כללי) "דן" בזכותו של הבעל המקורי כלפי צד שלישי, אם כי אין הוא מסדיר באופן מלא את הסוגיה¹²³. בדומה, דעתנו הינה

118 ראה: גורי, "לטעות שבהוראות הטעות", הפרקלים, כ"ט, עמ' 447, 957.

119 ראה: פרידמן, "ההוראות בדבר עצמאות החוק ובעיית הלאקונה בחקיקה הישראלית החדשה", ה"ש 80 לעיל, עמ' 94.

120 ראה: 3.ג. (ב) לעיל.

121 ראה: ה"ש 83 לעיל.

122 ראה, למשל, סעיף 63 לחוק החוזים (חלק כללי): "בענינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922-1947".

123 כך, למשל, קובע סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי) כי "חוזה שנכרת למראית עין בלבד – בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה". שונה דעתו של פרופ' פרידמן בענין זה, ראה רשימתו, "הערתו בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי", ה"ש 40 לעיל, עמ' 261.

כי חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) "דן" בסוגיה הידועה כ"משפטי ההכתרה", ועל כן אין מקום לפנות למשפט האנגלי¹²⁴.

לבסוף, משהתגלתה לאקונה במטריה שהחוק "דן" בה, על הפרשן לעשות כל מאמץ למצוא אנאלוגיה מתאימה להוראת החסרה, ולהעדיף מאמץ זה על פני הדרך הקלה והבלתי נכונה¹²⁵ של פנייה למשפט האנגלי. על כן, לענין "משפטי ההכתרה" גם אם היינו גורסים כי הפירוש הנכון לסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) הינו כי הוא אינו חל במישרין על הסוגיה, הרי לדעתנו יש להפעיל את סעיף 18 בדרך של היקש¹²⁶. בדומה, סבורים אנו כי פרופ' פרידמן הרחיק לכת בגרסו¹²⁷ כי אין להעזר באנאלוגיה לפתרון הלאקונה באיך ליחסים שבין הזכאי המקורי והצד השלישי. אמת הדבר, הסוגיה מעוררת בעיה קשה של אנאלוגיה. כפי שמציין פרופ' פרידמן¹²⁸, גדר הספיקות הוא האם להקיש מהוראת סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי), או שמא להקיש מהוראת סעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 12 לחוק המיטלטלין. אך הקושי במציאת ההוראה שממנה יש לעשות היקש, אינו חייב להוביל אותנו למשפט האנגלי. יש מקום לשקול את השיקולים שפרופ' פרידמן מביא אותם בראשית מאמרו — מהותה של הזכות או האינטרס של הזכאי המקורי מחד, ואת הנסיבות בהן רכש הצד השלישי את זכותו, מאידך¹²⁹ — ועל יסוד זאת לגזור דין ישראלי מקורי בסוגיה זו.

5.2. תפקיד המחוקק בהגשמת המדיניות הרצויה

עד כה ניתחנו את הסיכונים והסיכויים לעצמאות הקודיפיקציה האזרחית מנקודת מבטו של הפרשן. ראינו, כי מעמסה כבידה הוטלה עליו. עיקר המעמסה יפול, כמובן, על הרשות השופטת¹³⁰. עצמאותה או השתעבדותה של שיטתנו נתונה בידי השפיטה¹³¹.

124 שונה דעתו של פרופ' טדסקי. ראה: Tedeschi, "Frustration of Purpose", 10 (1975) *Is.L.Rev.* 1, 10: "If the above considerations are justified, the Remedies Law does not comprehend cases in which 'frustration of performance' is lacking and only 'frustration of purpose' present; and the provisions of sec. 18 of the law is not applicable thereto. Since these lie outside the scheme of the law, not even sec. 24 can be suit to apply, which bars the way through art. 46 of the Palestine Order in Council for regulating them in accordance with English Law"

125 בשל ההוראה בדבר עצמאות החוק.

126 פרופ' טדסקי עצמו גורס, ברשימתו הנזכרת בה"ש 41 לעיל, כי עם ביטולן של סימן 46 יהיה מקום לבצע אנאלוגיה לסעיף 18. לדעתנו, יש לעשות זאת כבר כיום, שכן סימן 46 אינו חל בסוגיה שחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), דן בה, וכפי שראינו, לדעתנו, דן חוק זה — או חוק החוזים (חלק כללי) — בסוגיות "משפטי ההכתרה".

127 פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי", ה"ש 40 לעיל, בצמ' 261.

128 שם, שם.

129 שם, עמ' 265.

130 ראה רשימתנו, "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי", עיוני משפט, ג, עמ' 5, 23.

131 ראה: Akzin, "Codification in a New State", *The Code Napoleon and the Common Law World* (edited by Schworts), 1956, p. 298, at p. 318. ראה גם: צלטנר, "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תש"ל-1970, עיוני משפט, ג, עמ' 121, 133: "הצלחת החקיקה הישראלית כמו כשלונה הופקדו בידי אלה הנקראים 'החילה'".

עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים

עם זאת, מן הדין שהמחוקק יסייע בידי השופט בשמירה על עצמאות החוק. בענין זה ברצוננו להדגיש מספר ענינים¹³².

ראשית, יש לבחון מחדש את החקיקה כולה, במגמה למלא בה חסרונות שנתגלו, ובמגמה להוסיף הגדרות חיוניות. בכך יצומצמו הליקויים, ויצומצם הצורך בהזקקות לתורת משפט זרה לצרכי פרשנות.

שנית, יש להעמיד את כל חלקי הקודיפיקציה בדרגת "עצמאות" אחת. המצב הקיים, לפיו מספר חוקים נהנים מ"עצמאות החוק" ואחרים לא, אינו סביר ואינו בריא. יש להחיל את "עצמאות החוק" על כל הקודיפיקציה. בהודמנות זו רצוי לגסס מחדש את ההוראות בדבר "עצמאות החוק", באופן שיוברר מעל כל ספק שההוראה חלה גם אם סוגיה אינה מוסדרת.

שלישית, יש לקבוע הוראה מפורשת, לפיה ליקויים בקודקס יש למלא על-ידי היקש. ייתכן ויהיה צורך להוסיף אף הוראה באשר לשיטת מילוי ליקויים במקום שההיקש אינו ניתן להפעלה.

מלאכתו של המחוקק בגיבוש הקודיפיקציה האזרחית טרם הסתיימה. גוף ההלכות קיים. "הראש" וה"זנב" טרם נחקקו, וכל המערכת כולה טרם אוחדה למקשה אחת. חוק החוזים (חלק כללי) הוא חלק ספציפי העוסק בחוזה. חסר חלק כללי, ובו הגדרות בעלות משמעות כללית, כללי פרשנות, ובללים להשלמת ליקויים בקודקס. עם יצירתו של חלק זה יש לאחד את החקיקה כולה לדבר חקיקה אחד.

עצמאותה של החקיקה החדשה שלנו נתון בידינו: כמחוקקים עלינו להרחיבה, לשכללה וליצור את הכלים לשמירה על עצמאותה. כפרשנים – ובעיקר כשופטים – עלינו להפעילה ברוח עצמאותה. זוהי משימה שנוכל לעמוד בה, שכן – אם נצטט מדבריו של פרופ' טדסקי¹³³ שלכבודו הוצאה חוברת זו של "משפטים", ובהשראתו נכתבה רשימה זו –

"לא תיתכן אומה ברשות עצמה, מבחינה משפטית, אם חקיקתה, היודיקטורה וחכמת המשפט שלה אין ביכלתן לפתור את בעיות המשפט בהתאם לרעיונותיה ועל-פי צרכיה".

בחקיקה ובשפיטה יש לשמור על שביל הזהב¹³⁴:

"טכניקה חקיקתית שהיתה אומרת להתחרות בסוד הצימצום של המחוקק השוויצרי היתה עלולה להשאירנו ללא קביעות מספקת, ולעודד, למעשה, את המפרש לפנות אל שיטה משפטית זו או אחרת (שיוכל להניח כי ממנה הכלל הישראלי נובע); ועל-ידי כך היו נעלמים אותה האוטונומיה ואותו כוח ההתפתחות העצמאית של שיטת המשפט הישראלית שמחוקקנו העתיד היה, לפי הנחתנו, חותר לקראתם. אך מהצד השני, הנטייה להסדר מופרז, דוגמת הטכניקה האנגלית ואף הגרמנית, היתה מביאה את ספרי החוקים העתידיים שלנו לידי הזדקנות ללא עת, והיתה מחניקה את התפתחות היצירה המקורית בחיי המשפט, אחרי הקודיפיקציה, כפי שהיא דרושה במשפט המתהווה של מדינה שהיא עצמה ממישיכה ומתהווה".

132 עליהם עמדנו ביתר הרחבה ברשימתנו הנזכרת בה"ש 130 לעיל.

133 טדסקי, מחקרים במשפט ארצנו, מהדורה שנייה, תש"ט, עמ' 66.

134 טדסקי, שם, עמ' 68.