

## על משפט ותרבות: תהליך הקודיפיקציה בשיטת המשפט הישראלית ובאיחוד האירופי – לקחים הדדיים

איריס קנאור\*

"I have the unfortunate peculiarity of comparing everything that comes my way, the domestic with the foreign, or the present with the past."

*Rudolf von Jhering*<sup>1</sup>

"Comparative law may have been the hobby of yesterday but it is destined to become the science of tomorrow."

*Lord Goff of Chieveley*<sup>2</sup>

לאחר "המהפכה החוקתית", כניסתו של הקודקס האזרחי החדש לתוקף תכשיר את שיטת המשפט הישראלית לקראת מהפכה נוספת, היא "המהפכה האזרחית". בהחדירה לתוכה את המאפיין החשוב ביותר של שיטת המשפט האזרחי, שיטת המשפט הישראלית עלולה לערער את האיזון שהיא מקיימת בין המאפיינים שהיא שואבת משיטת המשפט המקובל לבין המאפיינים שהיא נוטלת מהמשפט האזרחי. אולם בה בעת היא עשויה להתפתח, להתעשר ולתקשר ביתר קלות, בעידן הגלובלי הנוכחי, עם שיטות משפט אחרות. במקביל למתרחש בשיטת המשפט הישראלית, גם שיטת המשפט של האיחוד האירופי ניצבת בפתחו של עידן הקודיפיקציה. בדומה לתהיות ששיטת המשפט הישראלית מתמודדת עימן, גם האיחוד האירופי מעלה קושיות סבוכות הנוגעות בתהליך מורכב זה של יצירת קודקס אזרחי. ברוח

\* מרצה בכירה, בית-הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למנהל.

1 כפי שצוטט אצל: Konrad Zweigert & Kurt Siehr "Jhering's Influence on the Development of Comparative Legal Method" 19 *Am. J. Comp. L.* (1971) 215

2 Lord Goff of Chieveley "The Wilberforce Lecture 1997 – The Future of the Common Law" 46 *Int'l & Comp. L. Q.* (1997) 745, 748

הפלורליזם המשפטי האופנתי בשנים האחרונות, מאמר זה בוחן את האפשרות להסיק מסקנות הדדיות מתהליכי קודיפיקציה מקבילים אלה. הוא חושף את השאלות הבסיסיות המרכזיות ששתי שיטות המשפט מתמודדות עימן – בדבר הצורך (והסמכות) ביצירת קודקס מלכתחילה, האופן המיטבי לעריכת קודיפיקציה והשפעת הקודיפיקציה על התרבות המשפטית הרווחת – ומנתח את התשובות השונות האפשריות לשאלות אלה. המסקנה המוצגת במאמר זה היא כי בגבולות מסוימים ניתן אומנם להסיק לקחים משותפים, לצפות להפריה הדדית בין שתי שיטות המשפט ולקירוב תרבותי, אך מעבר לגבולות אלה, השונות הבסיסית בין שיטת משפט יוניטרית ריבונית לבין שיטת משפט קהילתית על-לאומית הינה כה מהותית, שיש בה כדי לעמעם את לקחי ההשוואה.

## הקדמה

פרק א: מתודולוגיית ההשוואה

פרק ב: תהליך הקודיפיקציה באיחוד האירופי ובישראל

1. תהליך הקודיפיקציה באיחוד האירופי – סקירה

2. תהליך הקודיפיקציה בישראל – הערה

פרק ג: משפט פרטי ותרבות

1. משפט פרטי ותרבות חברתית

2. משפט פרטי ותרבות לאומית

3. משפט פרטי ותרבות על-לאומית

(א) האיחוד האירופי ושאלת הזהות התרבותית – זהות תלוית-שוני

פרק ד: הביקורת נגד כינונו של קודקס אירופי: רובד I – השפעת תהליך הקודיפיקציה על

שיטת המשפט

1. חוסר האפשרות ליצור קוד בהתחשב בשיטות המשפט השונות הנוהגות במדינות

החברות

2. המענה לביקורת

3. לקחים לשיטת המשפט הישראלית

פרק ה: הביקורת נגד כינונו של קודקס אירופי: רובד II – השפעת תהליך הקודיפיקציה על

התרבות המשפטית

1. חוסר האפשרות ליצור קוד בהתחשב בתרבויות המשפטיות השונות הנוהגות במדינות

החברות

2. המענה לביקורת

3. לקחים משיטת המשפט הישראלית

4. הצעת פתרון אפשרי למחלוקת בין אחידות לפלורליזם

(א) ייחודו של המשפט הפרטי לעומת המשפט הציבורי

פרק ו: הביקורת נגד כינונו של קודקס אירופי: רובד III – השפעת תהליך הקודיפיקציה על

התרבות הפוליטית

פרק ז: סיכום

## הקדמה

חיבור שכותרתו נדרשת לאפשרות של הסקת לקחים מהנעשה בשיטת משפט אחת לשיטת משפט אחרת מעיד על עצמו כי הוא מתעתד ליפול לקטגוריית המאמרים שניתן לשייכם לדיסציפלינת המשפט ההשוואתי, אשר שבה להיות אופנתית בשנים האחרונות. התעניינות מחודשת זו בתחום ניכרת בשני צידי האוקיינוס. בארצות הברית נידונה שאלת מעמדו של המשפט ההשוואתי החוקתי, לנוכח הוויכוח סביב השאלה באיזו מידה ראוי שמשפט בין-לאומי ופסקי-דין זרים ישפיעו על הכרעות בסוגיות חוקתיות שנויות במחלוקת שבית המשפט העליון הפדרלי מתמודד עימן.<sup>3</sup> באירופה ההתעניינות המחודשת נסבה אף היא סביב שאלות חוקתיות, במסגרת הדיון על כינונה של החוקה האירופית,<sup>4</sup> אך גם סביב שאלות מתחום המשפט הפרטי, במסגרת ההתלבטות בדבר רציות חקיקתו של קוד אורחי אירופי.<sup>5</sup> התחבטויות אלה ברמה האירופית החדירו משב רוח חדשני ומרענן לדיסציפלינת המשפט ההשוואתי, והפכו אותה שוב לרלוונטית באירופה עצמה וכן במדינות הנושאות עיניהן אל הנעשה ביבשת זו.<sup>6</sup> כך, התחום כולו עובר תהליך של תחייה והתחדשות מתחילת האלף הנוכחי, והעוסקים בו אינם נדרשים עוד לתור נואשות ובביישנות אחר קהל מאזיניהם.<sup>7</sup> אולם עיסוק מחודש זה לא הצליח להפחית, ולו במעט, את נפתלותו ומורכבותו של התחום.<sup>8</sup> המשפט ההשוואתי נותר עדיין מעשה מרכבה של רסיסים ושברי תחומים אחרים. גישתו כיום היא פלורליסטית. הוא כולל בחובו, בין היתר, את "המשפט ככללים",

3 ראו: Ruth B. Ginsburg "A Decent Respect to the Opinions of [Human] Kind": The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication" 64 *Cambridge L. J.* (2005) 575.

4 מאמר זה נכתב לאחר כשלונן של צרפת והולנד לאשרר את חוקת אירופה במשאל-עם, וכאשר עתידה של חוקת אירופה לוט בערפל.

5 על הקשר בין שני תחומים אלה ראו: Paul R. Dubinsky "Human Rights Law Meets Private Law Harmonization: The Coming Conflict" 30 *Yale J. Int'l L.* (2005) 211.

6 בין המתבוננים על הנעשה באירופה ניתן להזכיר את בית המשפט העליון הפדרלי האמריקאי. ראו, לדוגמה: *Lawrence v. Texas*, 539 US 558 (2003). על הצורך להתבונן מעבר לנעשה באירופה ובארצות הברית ראו: Jaakko Husa "Emancipation or Deprivation for the European Legal Mind? The Contribution of the Legal Traditions Approach" 13 *Maastricht J. of Eur. & Comp. L.* (2006) 81.

7 פרפרזה על דבריו של Markesinis, שלפיו "Comparative law continues to be a subject in search of an audience". ראו: Basil S. Markesinis *Foreign Law and Comparative Methodology* (Oxford, 1997) 3.

8 ראו: Ran Hirschl "The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law" 53 *Am. J. Comp. L.* (2005) 125; Vernon V. Palmer "From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology" 53 *Am. J. Comp. L.* (2005) 261.

"המשפט כשיטות", "המשפט כתרבות", "משפט וסוציולוגיה", "משפט והיסטוריה", "משפט וכלכלה", ולבסוף אף "משפט ותיאוריה". לפיכך, אף שהעוסקים בתחום מניחים כי הוא ייוותר תחום משפטי פעיל, אין ביניהם הסכמה על היקפו, על הכלים שראוי כי הוא יידרש להם ועל ההגדרה הרצויה של יעדיו.

ברי כי תקופה זו של התעניינות מחודשת בתחום הינה עת ראויה לחשיבה תיאורטית של משפטים השוואתיים על פרשת-דרכים זו. זו העת להתמודד עם האתגר של המשפט ההשוואתי ברצינות, לבחון מחדש את השאלות הבסיסיות ביותר של התחום ולהעריך מחדש את הסוגיות הקלסיות שעומן הוא מתמודד. ודוק, מאמר זה אינו מתעתד לבחון סוגיות אלה במלוא היקפן. כל שהוא נוטל על עצמו הוא לבחון אפשרות של הסקת לקחים הדדיים מתהליך הקודיפיקציה האזרחי ההולך ונרקם במשפט האירופי ובמשפט הישראלי, ובכך לתרום בעקיפין, ולו במעט, גם לדיון בדבר עתידו של המשפט ההשוואתי.<sup>9</sup>

### פרק א: מתודולוגיית ההשוואה

כאשר באים לבחון באופן ספציפי את הלקחים שמדינת-ישראל יכולה להפיק מהתבוננות על תהליך הקודיפיקציה באיחוד האירופי ולהפך, ניתן לומר כי המתבוננים מצויים בסיטואציה קלסית של השוואת שתי שיטות משפט.<sup>10</sup> באופן ספציפי יותר, הם משווים נורמות השרויות בתהליך של היווצרות, דהיינו, משווים *de lege ferenda* בינן לבין עצמן.<sup>11</sup> השוואה טיפוסית בהקשר זה תהיה הצלבה תכליתית תוצאתית – השוואה ברמת המיקרו – בבהינתן מהו הפתרון המשפטי הטוב ביותר שעל שיטת המשפט המשווה לאמץ.<sup>12</sup> מובן שכדי

9 זה המקום לציין את הסייג הבא: מובן שהאקדמיה – המעוניינת ברציונליזציה, באובייקטיביות, בהפשטה ובמערכתיות – תהא ביקורתית כלפי המצב החקיקתי של המשפט הפרטי הרווח כיום באיחוד האירופי ובישראל, ולכן תעדיף כינונו של קודקס אורחי. האקדמיה תהא ביקורתית כלפי עבודת ההטלאה שעשתה הנציבות האירופית, בחוקה חוקים אורחיים מסוימים באיחוד האירופי באופן חלקי ולא-עקבי, וכן כלפי פרויקט החקיקה האזרחית החדשה במשפט הישראלי. האקדמיה תתמוך גם בהשתתף הקודקס החדש על מחקר השוואתי, שכן אז עתידו של קודקס זה יופקד למעשה בידיה. נדמה כי היושרה האקדמית מחייבת את גילויים של אינטרסים אלה.

10 תחילתו של המשפט ההשוואתי הייתה בהשוואת חקיקה (*legislation compare*), ורק אחר כך התפתח המשפט ההשוואתי לתחומים של השוואת הפסיקה והשוואת הדוקטרינה. ראו: Palmer, *supra* note 8, at p. 282.

11 זאת, להבדיל מהשוואת נורמות קיימות (*de lege lata*) בינן לבין עצמן. ראו: Juha Karhu "How to Make Comparable Things: Legal Engineering at the Service of Comparative Law" in *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford, Mark Van Hoecke ed., 2004) 79, 82.

12 שילובו של מומחה לדיני הנויקין הישראליים בקבוצת המומחים המתיימרת לנסח את דיני

לערוך השוואה מעמיקה של פתרונות קונקרטיים, על המשווה לעמוד גם על המוסדות המשפטיים, הכללים, החינוך המשפטי, השפה וכדומה של שיטות המשפט המשוות.<sup>13</sup> אולם אין מטרת מאמר זה להתבונן באופן השוואתי על מה שדויטש מכנה "התכלית הפנימית" של הקודקס הישראלי ותכניו השונים.<sup>14</sup> בתקופה שבה שיטות משפט מצויות בתהליך של שינוי מתמיד, דומה כי ההשוואה המעניינת יותר היא במישור ההתבוננות על תהליך השינוי וניהולו. אשר על-כן, מאמר זה נוטל על עצמו לערוך השוואה במישור המאתגר יותר, הוא מישור המקרו, דהיינו, מאמר זה יעסוק בשאלות הנוגעות בהלך-הרות, בסגנון ובהליך המחשבתי של הקודיפיקציה בשתי שיטות המשפט.<sup>15</sup>

באופן קונקרטי יותר, חיבור זה יעסוק בשאלת השפעתה של הקודיפיקציה על התרבות המשפטית.<sup>16</sup> סביב שאלה זו מצויים עיקר הלקחים שישראל, כשיטת משפט, יכולה ללמוד מהשיח המתנהל באיחוד האירופי, ולהפך. במבט ראשון ניתן לחשוב על קווי-דמיון רבים בין שיטת המשפט הישראלית לשיטת המשפט של האיחוד האירופי, ולהניח שהקבלה זו תוביל ללקחים מגוונים ששיטות משפט אלה יוכלו להפיק מהתבוננות על השיח המתנהל סביב תהליך יצירתו של קוד אזורי בשיטת המשפט האחרת. ברקע הדברים ניתן להזכיר כי מדובר בשתי שיטות משפט צעירות יחסית, שבהן זכויות האדם אינן מעוגנות בחוקה, ואשר עוברות תהליך קונסטיטוציונליזציה.

לעניין תהליך הקודיפיקציה האזורי באופן ספציפי, דומה כי בשתי שיטות המשפט יעסוק בשאלה מהו המנגנון האידיאלי למציאת מכנה משותף שסביבו תוכל הקודיפיקציה להתכנס.<sup>17</sup> שתיהן יתמודדו עם השאלה באיזה אופן יתחמו התרבות המשפטית בכלל, ושיטת

הנויקין המשותפים לאירופה מוסברת בכך שבישראל קיימת שיטת משפט מעורבת, אשר נבנתה על יסודות משותפים הן של המשפט המקובל והן של המשפט האזורי הקונטיננטלי. היא מהווה על-כן דוגמה לתערובת בין שיטת המשפט האזורי לבין שיטת המשפט המקובל, אשר נדרשת כיום גם באירופה. סיבה נוספת לשיתופו של המומחה הישראלי היא שדיני הנויקין הישראליים עברו לאחרונה בחינה מחודשת. ראו: Bernhard A. Koch "The 'European Group on Tort Law' and Its 'Principles of European Tort Law'" 53 *Am. J. Comp. L.* (2005) 189

ראו: Konrad Zweigert & Hein Kötz *Introduction to Comparative Law* (Oxford, 3rd rev. ed., 1998) 4-5.

14 למושגים "תכליות חיצוניות" ו"תכליות פנימיות" ראו מיגל דויטש פרשנות הקודקס האזורי (מהדורה ראשונה, תשס"ה, כרך א) 21.

15 בכך אנו מצטרפים לגישה הגורסת כי מטרתו של המשפט ההשוואתי (ובוודאי של המשפט ההשוואתי האקדמי) אינה אך פונקציונלית, ראו: Palmer, *supra* note 8, at p. 284.

16 ראו בכלליות: Patrick H. Glenn "Legal Cultures and Legal Traditions" in *Epistemology and Methodology of Comparative Law* (Oxford, Mark Van Hoecke ed., 2004) 7.

17 יש הטוענים כי ביצירת קודקס חדש לאירופה אין די בשאיבת השראה מהשיטות הלאומיות השונות, אלא יש ליצור קודקס חדשני מתקדם, ולשקף רעיונות חדשים אשר טרם התבססו בשיטות המשפט הלאומיות. הללו רואים את תהליך הקודיפיקציה באירופה כתהליך של יצירה, ולא של התפתחות טבעית. לדידם, על המשפטנים באירופה ליצור דבר-מה חדש, בנוטלם מן התת-לאומי, הלאומי, העל-לאומי והבין-לאומי. כך ייווצר משפט אזורי אירופי אשר

המשפט בפרט, את חשיבותו של תהליך יצירת הקודקס, אילו גבולות יציבו גורמים אלה לאופיו של הקודקס, ומהי הדרך הטובה ביותר להתגבר על מכשול "ה-DNA התרבותי" של כל אחת מהשיטות. יש להניח כי שתי השיטות יעסקו בשאלות בדבר אופן השימוש הראוי בכלים מהמשפט ההשוואתי לצורך יצירתו של משפט פרטי חדש, וכן בשאלת השתלבותו של הקודקס האזרחי במסגרת תהליך הגלובליזציה העובר על העולם כולו.

במבט מעמיק יותר, כך אטען בהמשך, השונות בין שיטות המשפט הינה דרמטית, וההשוואה ביניהן מחכימה פחות, אם כי אין לבטל את חשיבותה לחלוטין.<sup>18</sup> במימד הפוליטי, וכאן נעוץ עיקר השוני, שיטת המשפט הישראלית הינה שיטת משפט של מדינה ריבונית יוניטרית, ואילו שיטת המשפט של האיחוד האירופי הינה שיטת משפט על-לאומית. אומנם, תהליך יצירת הקודקס מעורר בשני המקרים שאלות הנוגעות בתרבות, אך הן מופיעות בניואנסים שונים בשני המצבים. כאשר הקהילה האירופית מתלבטת בשאלת הקודיפיקציה, הקושיה שמולה היא עומדת היא אם השונות החברתית-התרבותית-המשפטית בין המדינות החברות מאפשרת האחדה של המשפט הפרטי,<sup>19</sup> ואם האחדה זו הינה בכחינת מטרה רצויה לקהילה העל-לאומית בשלב האינטגרציה שבו אירופה שרויה כעת.<sup>20</sup> כאשר

---

ירחף מעל שיטות המשפט הקיימות ובו-בזמן ייצא בבסיסן, שכן משפטנים אלה יחצבו (יש מאין) את הבסיס האירופי המשותף. במוצאם דין עליון עמוק אשר שרוי מעל ומתחת לשיטות המשפט הלאומיות, ועוץ אותן, ייצרו משפטנים אלה דבר חדש. ראו: Agnes T.M. Schreiner "European Star Laws: An Essay on the Europeanisation of Private Law" 3(2) *Global Jurist Topics* (2003) Article 3; Ugo Mattei "The Issue of Civil Codification and Legal Scholarship: Biases, Strategies and Developments" 21 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 883 (1998). הואיל וגישה זו מרחיקה עוד יותר את השיח האירופי מתהליך הקודיפיקציה הישראלי, לא אנתח אותה במאמר זה.

18 H. Patrick Glenn *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (Oxford, 2nd ed., 2004) 46: "What the proponents of incommensurability would ultimately have to establish is the impossibility of human communication, radical untranslatability, and this is denied by all human experience, and possibly by the very idea of being human"

19 אף שהיה אפשר להניח כי הדיון בשאלת הקודיפיקציה יחל משאלת הרציות, ורק אחר כך יעבור לשאלת האפשרות, למעשה הדיון בשאלת הרציות החל להתעורר רק לאחרונה. תהליך איחוד אירופה נתפס בעבר כתהליך חוקתי, ולכן, לכאורה, כחסר נגיעה במשפט הפרטי. אולם לאחרונה נשמעת הדעה כי התהליך שקורה באירופה הוא למעשה חוקתיזציה של אירופה כחברה הסובבת סביב המשפט הפרטי, וכי המשפט הפרטי הוא למעשה משפט החוקתי. ראו: Christian Joerges "European Challenges of Private Law: On False Dichotomies, True Conflicts and the Need for a Constitutional Perspective" 18 *Legal Stud.* (1998) 146, 147; Gunter Teubner "Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences" 61 *Mod. L. R.* (1998) 11, 13; Geoffrey Samuel "English Private Law in the Context of Codes" in *The Harmonisation of European Private Law* (Oxford, Mark Van Hoecke & François Ost eds., 2000) 47, 48

20 לריכוז הדעות בעניין זה, ולניתוח עמדתה של הנציבות בסוגיה זו, ראו: Mel Kenny "The

ישראל מתלבטת בשאלת הקודיפיקציה, השאלה שעימה היא מתמודדת – בהיותה מדינה יוניטרית (אומנם רבת-תרבותית-חברתית אך מבוססת על תרבות משפטית מסוימת) – היא אם הכנסת איבר זר, השייך לתרבות משפטית אחרת, תועזע את התרבות המשפטית. במילים אחרות, השאלה היא כיצד שיטת המשפט הישראלית, הבאה ממשפחת המשפט המקובל, תעכל את תהליך הקודיפיקציה, האופייני לשיטת המשפט האזרחי. אולם כפי שנראה להלן, גם המשפט האירופי מתמודד עם שאלה זו במידה מצומצמת. במימד הזמן, שיטת המשפט הישראלית מצויה בשלהי התהליך, לאחר שכבר נוסחה טיוטת קודקס.<sup>21</sup> האירופים, לעומת זאת, שרויים למעשה בעיצומו של המהלך,<sup>22</sup> ולכן מתלבטים בשאלות מקדמיות, כגון מהי הדרך הטובה ביותר להאחדת הדינים מתחום המשפט הפרטי, היכן מצויה הסמכות לחוקק קודקס אזרחי, מהו הבסיס המשפטי לכינונו, הלגיטימיות של החקיקה וכדומה. בעוד שיטת המשפט הישראלית נפנית לסוגיית דרכי הפרשנות הראויות של הקודקס והתפקיד המיועד של בתי-המשפט, האירופים טרודים עדיין בבעיית ניסוחו של *Ius Commune Europaeum* ובמציאת אופן השילוב המיטבי של שיטות משפט עצמאיות שונות.

## פרק ב: תהליך הקודיפיקציה באיחוד האירופי ובישראל

### 1. תהליך הקודיפיקציה באיחוד האירופי – סקירה<sup>23</sup>

הוויכוח סביב הדרך המיטבית להתמודד עם המשפט הפרטי האירופי – האחדת דינים או

2004 Communication on European Contract Law: Those Magnificent Men in Their  
Unifying Machines" 30 *Eur. L. Rev.* (2005) 724

21 להגדרה של "קודקס" ראו אהרן ברק "פרשנות ספר החוקים (הקודקס) האזרחי 'נוסח ישראל'"  
ספר זיכרון לגד טרסקי מסות במשפט אזרחי (מהדורה ראשונה, יצחק אנגלרד, אהרן ברק,  
מרדכי א' ראבילו וגבריאלה שלו עורכים, תשנ"ו) 115.

22 אם כי כבר כעת המלומדים שמעורבים בקודיפיקציה באירופה מודאגים מן השלב שבין ניסוח  
הקוד לבין העברתו אל המחוקק. לדידם, פוליטיקאים אינם מומחים למשפט הפרטי, לפחות לא  
באותה מידה כמו האקדמיה, ונוטים לפשרות פוליטיות אשר עלולות לסכן בצורה משמעותית  
את התוצר החקיקתי. ראו: Martijn W. Hesselink "The Politics of European Contract Law: Who Has an Interest in What Kind of Contract Law for Europe?" 2(1) *Global Jurist*  
*Frontiers* (2002) Article 3

23 נקודת המוצא של המאמר היא שאין צורך לסקור את התפתחותו ההיסטורית של תהליך  
הקודיפיקציה בישראל, בהתחשב בקיומה של כתיבה אקדמית ענפה בנושא. גם הסקירה של  
התהליך באירופה תהא קצרה ולקונית. מטבע הדברים, כל סקירה כזו מוטה. הבחירה ממתי  
להתחילה, אילו פרטים להדגיש ומאילו להתעלם, והנופך הערכי המוסף לעובדות – כל אלה  
הופכים סקירה כזו לסובייקטיבית, והסקירה הנוכחית אינה יוצאת דופן. השתדלתי להתמקד  
בנקודות ציון הנתפסות כחשובות מנקודת מבט פוזיטיביסטית.

קירוב והרמוניזציה בלבד – נעשה פופולרי למן שנות התשעים של המאה הקודמת.<sup>24</sup> עד אז לא התקיים כמעט דיון בנושא. כפריצת־הדרך ניתן לציין את קריאתו של הפרלמנט האירופי בשנת 1989 לפיתוחו של קוד אזרחי אירופי,<sup>25</sup> אשר נחשבה בזמנו להצעה האמיצה והמקיפה ביותר בתחום. אולם אי־אפשר להבין את תרומתה של הקהילה האירופית למשפט הפרטי מבלי שיעמדו לרשות הקורא מושגים בסיסיים בדבר מטרת הקהילה והמבנה החוקתי שלה, ועל־כן אדרש להם כאן בקצרה.

המטרה המקורית של הקהילה האירופית אינה הרמוניזציה או אחידות של דיני המדינות השונות, אלא יצירת שוק משותף. כינון השוק היה אמור להיעשות באמצעות מיסודן של "ארבעת החירויות", הלא הן חופש התנועה של סחורות, עובדים, שירותים והון. הוראות האמנה המקורית, אמנת רומא, הקנו סמכות לקהילה לחוקק חקיקה אשר תיישם חירויות אלה ותסיר את המכשולים שהערימו המדינות החברות, באמצעות חקיקתן הלאומית, על חופש התנועה. לצד ארבע חירויות אלה נוסחו נורמות אחידות בתחום דיני התחרות וההגבלים העסקיים, אשר מונעות שחקנים פרטיים בשוק מלהמשיך להסתמך על חקיקה לאומית שאינה אחידה בתחומים אלה, ובוודאי מלנצלה לרעה. אמנות מאוחרות יותר מקנות סמכויות חקיקה נוספות לקהילה בתחומי מדיניות נוספים. התמונה המתקבלת מהתבוננות על סמכויות הקהילה היא של שמיכת־טלאים. שלא כמו חוקות פדרליות אחרות, האמנה אינה מעניקה סמכויות חקיקה מקיפות בתחומים ידועים של משפט, כגון דיני חוזים, תאגידיים וכדומה. משמעות הדבר היא שעל הקהילה, כאשר ברצונה לחוקק, למצוא בסיס משפטי בהוראות האמנה, אשר נדרשת למונחים מתחומי הכלכלה ומדע המדינה, אשר אינם תואמים באופן חד־ערכי סיווגים משפטיים מסורתיים.

כך, לאורך השנים חוקקה הקהילה, בהתבסס על הוראות האמנה, מספר לא־מבוטל של חוקים (תקנות ודירקטיבות) בתחומים מגוונים של המשפט הפרטי, כגון דיני ביטוח, דיני תאגידיים, דיני עבודה, דיני חוזים (צרכניים), תקשורת מסחרית, זכויות יוצרים וקניין רוחני, הגנת מידע, המשפט הבין־לאומי הפרטי וכדומה. מקצת החקיקה הייתה מפורטת ומקיפה, אולם רובה עסקה בעניינים מוגדרים הנגזרים מתחומים משפטיים מקיפים יותר, כגון דיני התאגידיים, דיני החוזים או דיני העבודה. החקיקה בתחומים אלה לא הייתה שיטתית ומסודרת, והיקפה נקבע במידה רבה על־ידי שיטות המשפט הלאומיות השונות.

24 על ההבדל בין הרמוניזציה להאחדת דינים ראו: Konrad Osajda "The Experiences, Methods, Objectives and Perspectives of Unification of Private Law in the European Union" (Working Papers, 2006). available at SSRN: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=897403](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=897403) (8.5.2006); Martijn W. Hesselink "The Ideal of Codification and Dynamics of Europeanisation: The Dutch Experience" 12 *Eur. L. J.* (2006) 279, 287.

25 ראו: Preparatory Act of 26 May 1989, Resolution on action to bring into line the private law of the Member States, 1989 OJ C 158, p. 400; Preparatory Act of 6 May 1994, Resolution on the harmonization of certain sectors of the private law of the Member States, 1994 OJ C 205, p. 518.



חקיקה מקוטעת זו לא הצליחה לגבור על הגיוון המבני והקונספטואלי שרווח בשיטות המשפט הלאומיות השונות.

ניסיון ליצור מסמך מקיף יותר בתחום דיני החיובים נעשה בתחילת שנות השמונים. באמצעות תמיכה כספית של הקהילה, התקבצה קבוצת מומחים בראשות פרופסור Ole Lando בניסיון לגבש את עקרונות היסוד של דיני החוזים.<sup>26</sup> קבוצה זו נקטה גישה המזכירה את הריסטייטמנט האמריקאי. מטרת הקמתה הייתה לחשוף את הכללים והעקרונות המשותפים בתחום זה.<sup>27</sup> מובן שבהעדיפה עיקרון אחד על רעהו, באותם מקרים שבהם גילתה שונות בין הפתרונות המוצעים על-ידי שיטות משפט אלה ואחרות, פתחה הוועדה צוהר לשינוי המצב המשפטי הרווח בחלק מהמדינות. ודוק, במצבים אלה מפעלים דוגמת הריסטייטמנט אינם מאמצים בהכרח את הגישה שרווחת ברוב שיטות המשפט המשותפות, אלא מנסים לשפר את הדין באמצעות אימוץ הוראת דין הנהוית כפתרון הטוב ביותר.<sup>28</sup> הכללים שנוסחו על-ידי הוועדה אורגנו לבסוף בסגנון המזכיר את הקודקסים הקונטיננטליים.<sup>29</sup> כמו מקבילים האמריקאי, לצד הכללים מופיעות הערות אשר מסבירות את תוכנם, את מטרתם ואת היישום האפשרי של כל כלל וכלל. כן מופיעות הערות לגבי המקור ההשוואתי של הכללים או העקרונות הנידונים.

לצד קבוצה זו פועלות קבוצות אחרות, העוסקות בתחומים הבאים: דיני נזיקין,<sup>30</sup> דיני

26 ראו: *Principles of European Contract Law – Parts I and II* (The Hague, Ole Lando & Hugh Beale eds., 2000) IX על ההיסטוריה של הקמת הקבוצה ראו: Palmer, *supra* note 8, at p. 285.

27 דבר זה נעשה כבר על-ידי בית המשפט של הקהילה בקביעת האחריות הנויקית של מוסדות הקהילה לפי סעיף 285 (לשעבר 215) של אמנת הקהילה האירופית (Treaty establishing the European Community, March 25, 1957, art. 285, 2002 OJ C 325, p. 147 להלן: אמנת הקהילה האירופית), וכן בפתחו של קטלוג של זכויות אדם בסיסיות (ראו סעיף 6, פסקה 2, לאמנת האיחוד האירופי: Treaty on European Union, February 7, 1992, art. 6, 2002 OJ C 325, p. 122). בתהליך זה המשפט ההשוואתי ממלא תפקיד בעל חשיבות אסטרטגית ממדרגה ראשונה. הוא משמש מתודה שימושית להכרעה בשאלות הנוגעות בהיקף החקיקה, בתפקידם של שתלים משפטיים, בפיתוח המשפט וביצירת רפורמות, לשם הגשמת המטרה של יצירת אחדות משפטית, השלטת עקרונות וסטנדרטים אחידים של צדק והשגת מטרת הומוניות, כלכליות וחברתיות.

28 ראו: Royston M. Goode "International Restatements of Contract and English Contract Law" 2 *Unif. L. Rev.* (1997) 231, 234.

29 ראו: *Principles of European Contract Law – Part III* (The Hague, Ole Lando, Eric Clive, Andre Prüm & Reinhard Zimmermann eds., 2003).

30 ראו: European Group on Tort Law *Principles of European Tort Law – Text and Commentary* (The Hague, 2005); Jaap Spier & Olav A. Hazzen "The European Group on Tort Law ('Tilburg Group') and the European Principles of Tort Law" *Z. Eu. P.* (1999) 469; Koch, *supra* note 12 "Study Group on a European Civil Code", אשר פרסמה את הצעת החקיקה שלה, נגיש ב: [http://www.sgecc.net/media/downloads/text\\_of\\_articles\\_final.doc](http://www.sgecc.net/media/downloads/text_of_articles_final.doc) (10.4.2006).

ביטוח,<sup>31</sup> דיני נאמנות,<sup>32</sup> המשפט הבינ-לאומי הפרטי<sup>33</sup> ואפילו דיני מעמד אישי.<sup>34</sup> קבוצות אלה, בניגוד לקודמתן, אינן מוגבלות לניתוח השוואתי של הוראות הדין הקיימות בשיטות המשפט הלאומיות של המדינות החברות, אלא תופסות את תפקידן גם כקידום הרמוניזציה או האחדה באמצעות ניסוחם של כללים משותפים. הסתת מרכזי-הכובד באופן כזה נתפס על-ידי מקצת המלומדים כאקטיביות אקדמי. מכל מקום, עוד מוקדם מדי לנבא מה יעלה בגורלן של ההצעות שינוסחו על-ידי קבוצות אלה, ואיזה תפקיד, אם בכלל, הן ימלאו במסגרת הליך החקיקה המהותי בקהילה.

כאמור, הפרלמנט האירופי תמך אומנם לאורך השנים ברעיון החקיקה של דיני חוזים אירופיים, או אפילו קוד אורחי אירופי, אך הסמכות הבלעדית לזיום חקיקה בתחום נתונה לנציבות. זו האחרונה הביעה לא פעם ספקות ביחס למפעל של חקיקה אופקית בתחום המשפט הפרטי, ובמשך זמן רב היססה להכריע בשאלה אם לקהילה יש סמכות לחוקק בתחום.<sup>35</sup> אולם בשנת 2001, באופן מפתיע, פרסמה הנציבות חוזר העוסק בדיני החוזים האירופיים, אשר פתח את הדיון בשאלה אם וכיצד על הקהילה להתמודד עם תחום דיני החוזים באירופה.<sup>36</sup> בחוזר זה הנציבות מפרטת את החקיקה הקיימת בתחום, הן בקהילה והן במשפט הבינ-לאומי, ומתווה ארבעה קווי-פעולה אפשריים לקידום החקיקה בתחום:<sup>37</sup> החלופה המוצעת הראשונה היא העדר פעולה כלשהי מטעם הקהילה, שמשמעותו המשך חקיקת הטלאים בהתאם לצרכים מיידיים; החלופה המוצעת השנייה היא פיתוחם של כללים

31 Malcom A. Clarke "First Working Session of Project Group 'Restatement of European Insurance Contract Law' on 10 September 1999 in Innsbruck, Austria" 102

*Journal of British Insurance Law Association* (2000) 31

32 ראו: David J. Hayton, Sebastian C.J.J. *Principles of European Trust Law* (The Hague, Kortmann & Hendrik L.E. Verhagen eds., 1999)

33 ראו את אתר הבית של הקבוצה – <http://www.drt.ucl.ac.be/gedip> (3.4.2006)

34 ראו את אתר הבית של הקבוצה – <http://www.law.uu.nl/priv/cefl> (3.4.2006) לעניין

האפשרות של איחוד הדין בתחומים אחרים, כגון תחום הקניין, ראו: *Towards a European Civil Code* (Nijmegen, 3rd rev. exp. ed., Arthur S. Hartkamp, Martijn W. Hesselink, Ewoud D. Hondius & others eds., 2004)

35 הואיל ושוק משותף מתקיים גם ללא חקיקת קודקס אורחי, אי-אפשר להגן על העמדה שלפיה הקודקס חיוני לקיומו של שוק משותף. ראו: Bénédicte Fauvarque-Cosson "Faut-il un Code Civil Européen?" 3 *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (2002) 463, 467

36 ראו: Communication from the Commission to the Council and the European Parliament of 11 July 2001 on "European Contract Law" (COM (2001) 398 final) 2001 OJ Editorial Comments "On the Way to European Contract Law: C 255, p. 1 Code?" 39 *Common Mkt. L. Rev.* (2002) 219; Dirk Staudenmayer "The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?" 10 *Eur. Rev. Private L.* (2002) 249

37 לדרכים אפשריות נוספות ראו: Jan Smits *The Making of European Private Law: Toward a Ius Commune Europaeum as a Mixed Legal System* (New York, 2002) 35

משותפים בתחום דיני החוזים; האפשרות השלישית היא שיפורה של החקיקה הקיימת, שמשמעותו היא למעשה גיבושה של החקיקה הקיימת; והאפשרות האחרונה המוצעת היא חקיקה במישור של משפט הקהילה של קודקס דיני חוזים, שיכלול חלק כללי וחלק שיידרש לחוזים ספציפיים. חוזר זה של הנציבות עורר דיון סוער. מאז פרסמה הנציבות שני חוזרים נוספים,<sup>38</sup> וכיום אין כמעט ספק שהיא נחושה בדעתה להעביר את דיני החוזים תהליך של "אירופיזציה".<sup>39</sup> הפרלמנט האירופי הציע בתגובה כי יוקם צוות שיעשה עבודה הכנה לקראת ניסוחו של חוק חוזים אירופי בשנת 2010.<sup>40</sup>

כאמור לעיל, דילמות רבות המצויות בבסיס תהליך הקודיפיקציה האזרחי באירופה נותרו עדיין פתוחות: האם קיים כבר משפט אזרחי אירופי? האם משפט כזה אמור לזקק ולהעתיק את הדומה בין השיטות השונות או שמא עדיפה יצירתו של משפט אזרחי חדש יש מאין, עצמאי ביחס לשיטות השונות, שמטרתו להחליף את המצוי בשיטות המשפט הלאומיות? האם משפט אזרחי כזה צריך להיות מערכת לכידה (קוהרנטית) וסדורה של כללים "עליונים" למשפט הלאומי של המדינות השונות, או דווקא "דין רך", מעין ריסטייטמנט של כללים גמישים, בלוויית דברי הסבר ארוכים, שאותם עוד יעצבו בהמשך בתי המשפט הלאומיים? האם צמיחתו של דין אזרחי כזה צריכה להיעשות מלמטה למעלה, קרי, להיות מונעת על ידי בתי המשפט הלאומיים, כך שכללי המשפט השונים יתחרו ביניהם והכלל המשפטי הטוב ביותר ינצח, או שמא הקודיפיקציה צריכה להיעשות כתכתיב מהמוסדות המרכזיים של הקהילה בדרך של חקיקה ריכוזית, אשר פרשנה האחרון העליון והמוחלט הוא בית המשפט של הקהילה? מתוך מגוון השאלות הפתוחות שיש לתת להן מענה כחלק

38 ראו: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 12 February 2003 on "A More Coherent European Contract Law – An Action Plan" (COM (2003) 68 final) 2003 OJ C 63, p. 1; Communication from the Commission to the European Parliament and the Council of 11 October 2004 on "European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward" (COM (2004) 651 final) בתוכנית הפעולה המליצה הנציבות על יצירת מסגרת התייחסות משותפת (reference), אשר תוביל בסופו של דבר, לדעת המלומדים, ליצירתו של קודקס אזרחי אירופי. Ewoud H. Hondius "Towards a European Civil Code" in *Towards a European Civil Code*, supra note 34, at p. 13

39 ראו: Editorial Comments "European Contract Law: Quo Vadis?" 42 *Common Mkt. L. Rev.* (2005) 1, 5. Kenny, supra note 20

40 ראו גם: Resolution on the approximation of the civil and commercial law of the Member States of 15 November 2001 (COM (2001) 398 final) EP Document A 5-0384/2001. "A More Coherent European Contract Law – An Action Plan", supra note 38. לנוכח החלטת הפרלמנט האירופי האחרונה, התוצאה הסופית של המאמצים שנקטים באירופה לעניין יצירתו של קודקס אזרחי לוטה עדיין בערפל. available at: [http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?SAME\\_LEVEL=1&LEVEL=0&NAV=S&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0109+0+DOC+XML+V0//EN \(8.5.2006](http://www.europarl.eu.int/omk/sipade3?SAME_LEVEL=1&LEVEL=0&NAV=S&DETAIL=&PUBREF=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2006-0109+0+DOC+XML+V0//EN (8.5.2006)

מתהליך הקודיפיקציה האזרחי באירופה, מאמר זה יבור לעצמו את שאלת ההתאמה של תהליך הקודיפיקציה לתרבות המשפטית של הקהילה האירופית, ויתרכו אך בה.<sup>41</sup>

## 2. תהליך הקודיפיקציה בישראל – הערה

דומה כי תהליך הקודיפיקציה באירופה מצוי בשלב מוקדם מכדי שיהיה אפשר להסיק ממנו לקחים לגבי תהליכי קודיפיקציה בשיטות משפט אחרות. לתשובות שיינתנו לדילמות שאירופה ניצבת מולן תהיה השפעה מכרעת על היכולת להסיק לקחים מתהליך הקודיפיקציה בשיטת המשפט האירופית לשיטה אחרת כלשהי. הואיל ואירופה טרם בחרה את סוג ה"קודקס" שאותו תאמץ, ייתכן שיסתבר כי שתי שיטות המשפט (האירופית והמושווית) פירשו את המונח "קודקס" באופן שונה, ואז היכולת להסיק לקחים תהא מוגבלת ביותר. כך, יש המציינים את התכונות הבאות כתכונות המאפיינות קודקסים: שלמות (ולכן בקודקס אין לקונות), כוללניות (ולכן בעקבות הקודיפיקציה ייעשה שימוש מופחת במקורות משפט חלופיים), סיסטמטיזציה (הקודקס עוסק בעקרונות כלליים ובכללים פרטניים יותר), רפורמטיביות, איחוד המשפט הלאומי ופשטות (נגישות לכל),<sup>42</sup> אם כי תכונה אחרונה זו של פשטות אינה תכונה הכרחית לקודקס.<sup>43</sup> במידה שבה שיטת המשפט הישראלית, לדוגמה, מעוניינת לשאת את עיניה אל המשפט האירופי כדי ללמוד לקחים מתהליך הקודיפיקציה, מן הראוי לעמוד על כך שלמושג "קודקס" יינתן מובן זהה. אכן, אירופה מצויה על פרשת דרכים וצריכה לבחור בין מודלים שונים של קודיפיקציה.<sup>44</sup> יש קודקס שהינו בבחינת סידור של החוקים הקיימים, אם באופן כרונולוגי ואם לפי נושאים, ללא שינוי של הדין הקיים. יש קודקס שהינו קונסולידציה של הוראות חוק שהופיעו בכמה חוקים שונים.<sup>45</sup> סוג שלישי של קודקס הוא ריסטייטמנט של ענף משפטי נתון.<sup>46</sup> קודקס זה אינו יוצר בהכרח רפורמה, אם כי לעיתים הוא עשוי להכניס שיפורים

41 לסקירה מעולה של נושאים שמאמר זה אינו עוסק בהם ראו: Martijn W. Hesselink "The Politics of a European Civil Code" 10 *Eur. L. Rev.* (2004) 675.

42 יש הטוענים כי תפקידו של הקודקס לפתור בעיות של אנשים פרטיים, ולא לספק כלי משפטי נוסף שרק מומחים ובעלי מקצוע יכולים להידרש אליו. ראו: Andrea Pinna "Drafting a Civil Code for Europe: Aims and Methods" 9 *Tilburg Foreign L. Rev.* (2002) 337, 349.

43 Gunther A. Weiss "The Enchantment of Codification in the Common-Law World" 25 *Yale J. Int'l L.* (2000) 435, 454.

44 דניאל פרידמן "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ה (תשל"ו) 463, 466.

45 Philippe Malaurie "Peut-on définir la Codification? Éléments Communs et Éléments divers" 82 *Revue française d'administration publique* (1997) 177.

46 הגוף המפורסם ביותר שעוסק בקודיפיקציה בדרך של ריסטייטמנט הוא ה-American Law Institute *Capturing the Voice of the American Law Institute: A Handbook for ALI Reporters and Those Who Review Their Work* (Philadelphia, 2005).

מינוריים, כגון ביטול של טקסטים שאבד עליהם הכלח או השגת עקביות רבה יותר.<sup>47</sup> סוג נוסף הוא רפורמה קודיפיקטיבית, שמשמעותה בחינה מחודשת של המצב המשפטי של תחום מסוים מתוך מגמה ליצור מפנה ושינוי.

בעוד אירופה מתלבטת בין המודלים השונים, גם סוגיית סיווגו של הקודקס הישראלי החדש אינה נקייה מספקות. נדמה שהקודקס הישראלי החדש אינו דומה ל-Code Civil הצרפתי ולקודקסים קלסיים בשיטת המשפט האזרחי, אשר החדירו רפורמה ורענונות לשיטת המשפט ונשאו חשיבות חברתית-פוליטית, ואשר ככאלה תאמו חברות שהיו מצויות בתקופת מעבר.<sup>48</sup> מאידך גיסא, יש המדגישים דווקא את הפן ההפוך של הקודקס הצרפתי, ובהיבט זה התאמתו לקודקס הישראלי החדש רבה יותר.<sup>49</sup> לדידם, למרות נקודת המוצא המעשית, שלפיה יצירת קודקס משמעותה שבר כלפי העבר המסמן תחילתה של תקופה חדשה, הניסיון מראה שקודקס יכול לעיתים דווקא לגבש ולחזק את ההיסטוריה. כך, למשל, מנסחי ה-Code Civil הצרפתי שאבו רבות מן המצב המשפטי שקדם לקודקס, בין שהיו אלה נהגים ובין שהיו אלה חלקים מהמשפט הרומי, אשר היוו יחדיו למעשה את "המשפט המקובל הצרפתי".<sup>50</sup>

יהא יחסו של הקודקס הישראלי ביחס לקודיפיקציה האירופית הקלסית אשר יהא, נראה כי הקודקס הישראלי עונה על המודל השלישי המוזכר לעיל (ריסטייטמנט של ענף משפטי נתון). דויטש מדגיש בספרו את התכלית של שיפור הוודאות המשפטית, באמצעות קידומה של לכידות, כמטרה ראשונה במעלה של הקודקס.<sup>51</sup> הקודקס החדש עושה אינטגרציה של החקיקה האזרחית הקיימת, אך הוא גם מתאים את הדין למגמות התפתחות מודרניות. לדברי דויטש:

"החקיקה האזרחית הקיימת נחקקה ברובה לפני כ-30-35 שנים. אף שאין היא חקיקה ארכאית, עולם המשפט, בישראל ומחוצה לה, ידע התפתחויות חשובות

47 הריסטייטמנט הינו סוג קודיפיקציה המאפיין את שיטת המשפט המקובל. ה-American Law Institute מגדירו כך: "Restatements are addressed to courts and others applying existing law. Restatements aim at clear formulations of common law and its statutory elements or variations and reflect the law as it presently stands or might plausibly be stated by a court. Restatement blackletter formulations assume the stance of describing the law as it is." *Ibid*, at p. 13

48 פרידמן, לעיל הערה 44, שם.

49 ראו: Gerhard Wagner "The Project of Harmonizing European Tort Law" 42 *Common Mkt. L. Rev.* (2005) 1269, 1277

50 ראו: Raoul C. Van Caenegem *European Law in the Past and the Future* (Cambridge, 2002) 1

51 לדידו, "קוהרנטיות בדין היא הכרחית לוודאות המשפטית" (דויטש, לעיל הערה 14, בעמ' 22), והדבר אף מצוין בקודקס האזרחי - חוק דיני ממונות (נוסח לעיון הציבור, משרד המשפטים, תשס"ד, א) 19, סעיף 1, נגיש באתר כתב-העת: [www.idclawreview.org](http://www.idclawreview.org)

בעשורים האחרונים. על התפתחויות אלו לזכות לביטוי ראוי בחקיקה. הקודם יבצע התאמה כוללת של החקיקה למגמות מודרניות.<sup>52</sup>

ובכל-זאת, ולמרות החידושים, הקודם הישראלי אינו מהווה שינוי דרמטי של המצב המשפטי הנוהג. מאפיין זה תואם את הנעשה באירופה המודרנית כיום. למרות האמונה הרווחת שקודם עומד בפני עצמו ומצהיר על עקרונות כלליים, מבט מקרוב אל ההתנסויות האירופיות בשנים האחרונות, ובחינת אופיין ומטרותיהן של טכניקות קודיפיקציה שבהן השתמשו מדינות אחרות, מאירים את תופעת הקודיפיקציה המודרנית באור חדש: מטרת הקודם היא ריענון חקיקה שהתיישנה ואשר אינה תואמת עוד את הצרכים המודרניים. בשיטות משפט רבות, ביניהן זו של ישראל, קיימת חקיקה נרחבת בתחומים רבים. אף שחוקים אלה הינם מצומצמים מבחינת היקף הנושאים שהם מטפלים בהם, ועל-כן אינם ראויים כל אחד בנפרד לשם "קודם", מטרתם היא לחזור באופן תמציתי ומאורגן על קבוצה של כללי התנהגות בתחום משפטי מסוים. בתהליך הקודיפיקציה המודרני הקודם ממלא פונקציות שחשיבותן רבה יותר מזו הגלומה בתוכנו. יצירת קודם מחקיקה קיימת הינה תהליך שכבר נוסה ונבחן בעבר בשיטות משפט רבות, עד כדי כך שכיום הוא נתפס כצורך חיוני של האנושות. הוא אף אמצעי יעיל יותר להסדרת התנהגות חברתית מאשר האמצעים האחרים שעומדים לרשות מדע המשפט. הסיבה שהובילה שיטות משפט שונות לאורך ההיסטוריה ליצור קודם היא הצורך לגבש לכידות בשיטת משפט שהייתה מקוטעת, ארכאית בחלקה ולא-אחידה מבחינה צורנית, ואשר עוררה על-כן חוסר ודאות מבחינה תוכנית. התפקיד המרכזי שניתן לקודם היה להפוך את המשפט לנגיש יותר, לוודאי יותר ולתואם יותר את צורכי החיים המודרניים. במלאו פונקציה זו, לא נחשב הקודם כאיום, אלא כמסייע לשיטת המשפט.

ודוק, מקורה של אי-בהירות זו ביחס לסיווגו הראוי של הקודם הישראלי מבחינת מטרותיו ויעדיו נובעת, בין היתר, מהעדרן של החלטות אסטרטגיות בעניין המודל ההשוואתי בתהליך הקודיפיקציה הישראלי. דומה כי המשפט הישראלי לא העתיק מודל קודיפיקטיבי של מדינה כלשהי, אך גם לא הבהיר כיצד נעשתה ברירת השתלים שנלקחו בכל-זאת משיטות משפט אחרות. לא נהיר כלל כיצד החליטו המנסחים מתי לפנות לשיטת משפט אחת, ומתי דווקא לאחרת. כל שדויטש מציין בספרו לעניין המשפט ההשוואתי הוא כי "הקודם אינו נשען על דין זר מסוים כלשהו, אף שהוא הושפע, כמובן, מן המבט ההשוואתי על דינים זרים."<sup>52</sup> אף שחקיקה קודיפיקטיבית היא בעיקר נחלתן של שיטות קונטיננטליות, ההשפעה החזקה של שיטות אלה ניכרת רק במבנה של הקודם הישראלי, ולא בתכנון. לפי דויטש, במהלך העשורים האחרונים התגבשה תורת משפט ישראלית עצמאית, וזו באה לידי ביטוי בגיבוש הוראות הקודם. כך, למשל, הקודם הישראלי, בדומה לחקיקה האזרחית הקיימת, אינו נושא אופי קוואיסיטי ופרטי, בניגוד למה שניתן למצוא לא אחת בקודסים קונטיננטליים.

אירופה, כאמור לעיל, טרם הכריעה בשאלה באיזה מודל קודיפיקציה היא תבחר. נדמה

<sup>52</sup> דויטש, לעיל הערה 14, בעמ' 46.

שהיא נוטה ליצירת קודקס הדומה למודל הישראלי – דהיינו, תערובת של בסיס נורמטיבי קיים המתובל בנורמות חדשניות – אך מוקדם מדי לנבא אם נטייה זו אכן תשלוט לבסוף. זו סיבה נוספת שבגינה יש לערוך את ההשוואה בין שיטות המשפט במדינות.<sup>53</sup>

## פרק ג: משפט פרטי ותרבות

### 1. משפט פרטי ותרבות חברתית

סוגיית ההשפעה של המשפט הפרטי על התרבות החברתית לא זכתה אומנם בדיון נרחב במשפט הישראלי,<sup>54</sup> אולם אין ספק כי תהליך של קודיפיקציה משפיע על התרבות החברתית. לחוקים היוצאים מבית־מדרשו של בית־המחוקקים יש משמעות בהייהם של בני־האדם החיים במדינה. אם כך הדבר לגבי חוקים רגילים, הדבר נכון עשרת מונים כאשר עסקינן ביצירת קודקס. קביעה זו נכונה בין שהקודקס יוצר הסדרים חדשים ובין שהוא אך מקבץ הסדרים קיימים. ככל שמדובר ביצירת הסדרים חדשים, התרבות – כמארגנת את תפיסתם של בני־אדם באשר ליחסיהם עם בני־אדם אחרים ובאשר למעמדם כלפיהם – קובעת לבני־האדם את סוגי הכוחות שהם רשאים להפעיל כלפי אחרים ואת סוגי הכוחות שבני־אדם אחרים זכאים להפעיל כלפיהם ביחסיהם עימם.<sup>55</sup> הקודקס משנה למעשה חומרים תרבותיים "רדומים" או "לא־פעילים" והופכם לדומיננטיים, ולהפך. בכך הקודקס משמש סוכן בתהליך עיצובה של המציאות החברתית היומיומית. כך הדבר אף אם הקודקס אינו משנה דבר ממה שהיה, שכן עצם קיבוץ החקיקה לכלל קודקס נושא משמעות. ההכרעה מה ייכנס לקודקס ואילו הסדרים ספציפיים יאומצו מסתכמת בסופו של דבר בדחייה של חלק מערכי התרבות עקב ראיית ערכים אחרים כבעלי משקל עדיף בנסיבות המקרה. אכן, כל הכרעה משפטית מסתיימת בהתערבות בעולם מתוך כוונה לחולל בו שינוי. לפיכך כל החלטה כזו אינה יכולה להתקבל ללא מודעות של מקבל החלטה להשלכותיה התרבותיות השונות של החלטתו.<sup>56</sup>

53 ברוח זו מזהיר פרופ' Kötz ביחס לשיטת המשפט האנגלית: "it would seem highly misleading to derive neat arguments, either for or against codification in England, from the characteristics of codes produced in other countries, at other times, and for other reasons." Hein Kötz "Taking Civil Codes Less Seriously" 50 *Mod. L. R.* (1987) 1, 8

54 פרידמן, למשל, כותב כי "לחקיקה הישראלית אין אידיאולוגיה משלה, כפי שהיתה, למשל, לקוד גפוליאון." פרידמן, לעיל הערה 44, בעמ' 468.

55 מנחם מאוטנר "המשפט כתרבות: לקראת פרדיגמה מחקרית חדשה" רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן־צבי ז"ל (מהדורה שנייה, מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורון שמיר עורכים, תשנ"ח) 545, 563.

56 שם, בעמ' 572.

אך השפעת המשפט על התרבות החברתית חורגת אף מעבר לכך. כפי שקובע מאוטנר, "מנקודת-הראות של התרבות יש לראות את המשפט גם כיוצר משמעות בחייהם של בני-האדם החיים במדינה."<sup>57</sup> לתהליך הקודיפיקציה, כמו למשפט כולו, יש תפקיד בכינון התודעות של בני-האדם באשר להגדרת זהותם. בני-אדם רוכשים ומפנימים משמעויות באשר לזהותם ולמעמדם בחברה מתוך פרקטיקות חברתיות, תוך שהם מפנימים את המותר והאסור כפי שנקבע על-ידי הקודקס. הקשר בין משפט לתרבות מכיר בכוח המעצב העצום שיש לתרבות על תודעותיהם של בני-האדם. הוא הופך את התרבות למושא מרכזי של המשפט, ומעורר שאלות לגבי תוכני התרבות שיש בהם כדי להשפיע על המשפט. המשפט לכן אינו מייצר משמעות קבועה, סופית, אלא משקף שיח בלתי-נגמר, ההולך ומתעשר, של בני-אדם עם בני דורות קודמים ועם בני תרבויות אחרות החיים בזמנם.

## 2. משפט פרטי ותרבות לאומית

מעבר להשפעת הקודיפיקציה על התרבות החברתית, באירופה התהליך משפיע גם על התרבות הלאומית. כדי להבין השפעה זו, יש ליתן מענה לשאלה מקדמית הנוגעת בקשר שבין משפט פרטי לבין זהות תרבותית לאומית.

בחינה היסטורית של התפתחות המשפט הפרטי מצביעה אומנם על העובדה שעד למאה התשע-עשרה ראו משפטנים באירופה את ה-*ius commune*, שנשאב מהמשפט הרומי, כמקור משפטי שיורי המשלים את המנהגים והחוקים המקומיים או לכל-הפחות כאבן שואבת למינוחים משפטיים ולסיווגים משותפים. אולם למן שנת 1800 פינה מודל ה-*ius commune* את מקומו לחקיקה לאומית של כל מדינה ומדינה, אשר היוותה ביטוי לריבונותה ולעצמאותה של המדינה. תופעת הקודיפיקציה שהציפה את מדינות היבשת בסוף המאה השמונה-עשרה ובתחילת המאה התשע-עשרה הייתה פרי שילוב של גורמים אינטלקטואליים, פוליטיים וחברתיים. היא הייתה ביטוי לפילוסופיית ההשכלה, שלפיה קודקסים שיטתיים הינם המתודה הטובה ביותר להחדרת התבונה והוודאות לארגון החיים החברתיים.<sup>58</sup> שליטים ראו בקודקסים מרכיב חשוב בקידום שאיפתם לאיחוד לאומי. שיקולים חברתיים מילאו אף הם תפקיד מרכזי, שכן הקודים היוו תרופה מפני הפליות ששלטו במבנה החברתי שקדם לחקיקתם.<sup>59</sup> כך, למן המהפכה הצרפתית נתפס למעשה המשפט הפרטי כעניין לאומי נוקב וכמרכיב מרכזי במורשת הלאומית. אף שתופעה זו בולטת פחות במשפט המקובל, גם שם ניתן להצביע על קווים מקבילים. לדוגמה, ניתן להזכיר את הפילוג שאירע בין המשפט האנגלי לאמריקאי. גם הרצון שהביעו מדינות ה-*Commonwealth* להביא לידי סיום את הסמכות העליונה של ה-*Privy Council* מעיד

57 שם, בעמ' 574.

58 להשפעת דגם התבונה של ההשכלה על המשפט ראו שם, בעמ' 552.

59 Raoul C. van Caenegem *An Historical Introduction to Private Law* (Cambridge, 1992) 15–1, 122–128.



על תהליך של "הלאמת" הדין הפרטי. אולם אין ספק שהקשר ההדוק בין המדינה למשפט הפרטי בולט במיוחד בארצות המשפט האזרחי. במילים אחרות, אף שהמשפט האזרחי אינו נתפס בדרך-כלל כמעורר רגשות פטריטיים,<sup>60</sup> המשפט הפרטי נתפס באירופה כתחום שאין עניינו רק תחרותיות, תאגידיים ועסקות מסחריות. משפט פרטי נתפס כנוגע בהיבטים האינטימיים ביותר של החיים האישיים, שאליהם יש להתייחס בהתאם להשפעת התרבות המקומית המסורתית.<sup>61</sup> לפיכך המשפט הפרטי נתפס כחלק מהגאווה, המוניטין וההילה הלאומיים. בשתי המאות שחלפו מאז חוקק החוק האזרחי האירופי הראשון (קוד נפוליאון), חוקקו רוב המדינות חוק אזרחי משלהן.<sup>62</sup> קודים אלה מהווים הצהרה חשובה של זהות משפטית לאומית.<sup>63</sup>

### 3. משפט פרטי ותרבות על-לאומית

#### (א) האיחוד האירופי ושאלת הזהות התרבותית – זהות תלוית-שוני

השפעת הקודיפיקציה של המשפט הפרטי על התרבות החברתית והתרבות הלאומית משליכה גם על הדיון בדבר רציונותה של הקודיפיקציה במישור העל-לאומי. השפעה זו רבה עד כדי כך שניתן לומר כי במסגרת התלבטויותיו סביב הסוגיה של יצירת קוד אזרחי

60 ראו, לדוגמה, את דבריו של Owen Dickson (הגם שביחס לאוסטרליה): "In all or nearly all matters of private law there is no geographical reason why the law should be different in any part of Australia. Local conditions have nothing to do with it. Is it not unworthy of Australia as a nation to have varying laws affecting the relations between man and man? Is it beyond us to make some attempt to obtain a uniform system of private law in Australia?" John Goldring "Unification of Laws in Australia – The Great Pipe-Dream" 1 *Unif. L. Rev.* (1977) 82, 105.

61 אכן, יש הסוברים כי יהיה קשה יותר לקרב בין תחומי משפט אלה, הכוללים, בין היתר, שאלות הנוגעות בהפלות או בהמתת-חסד. ראו: Ton Hartlief "Towards a European Private Law? A Review Essay" 1 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* (1994) 166, 174; Reinhard F. Zimmermann "Roman Law and Comparative Law: The European Perspective" 16 *Journal of Legal History* (1995) 21, 24.

62 למעט בלגיה ולוקסמבורג, אשר משתמשות עדיין בקוד נפוליאון; האנגלים והאירים, שסירבו להכניס חקיקה קודיפיקטיבית לתרבות התקדימים הנהוגה אצלם; והמדינות הסקנדינביות, ששמרו על ייחוד משלהן.

63 די בבחינת ההתייחסות לדיני הנזיקין, לדוגמה, לעמוד על השונות הרבה בקודיפיקציה זו. ראו: Efsthios Banakas "The Contribution of Comparative Law to the Harmonization of European Private Law" in *Comparative Law in the 21st Century* (London, Andrew Walter Van Gerven, J. Harding & Esin Örucü eds., 2002) 179. מאידך גיסא, ראו: "Comparative Law in a Regionally Integrated Europe" in *Comparative Law in the 21st Century* (London, Andrew J. Harding & Esin Örucü eds., 2002) 155, 168.

אירופי, גילה האיחוד האירופי את התרבות.<sup>64</sup> תגלית זו הינה מפתיעה. סיפור ידוע הוא כי סוד הצלחתו של תהליך יצירת השוק המשותף היה טמון בהבנה שעל האינטגרציה להיעשות באמצעות המשפט. האמנה היא אשר יצרה את המוסדות הפוליטיים המרכזיים (המועצה, הנציבות והפרלמנט), והיא אשר הגדירה את סמכויות החקיקה שבאמצעותה גובשה הקהילה.<sup>65</sup> לצד מוסדות פוליטיים אלה, רבים סבורים כי הכוח שאפשר את מימוש הישגיה של שיטת המשפט האירופית היה דווקא בית המשפט של הקהילה, אשר כפה על המדינות – באמצעות מספר מצומצם של תקדימים מפורסמים<sup>66</sup> – את ההכרה כי ללא אחדות בחקיקה ייכשל חזון השוק.<sup>67</sup> כאשר הייתה הקהילה שרויה בשלבים הראשונים של הקמת השוק המשותף, וככל שנחלה הצלחה בפעולת טשטושם של הגבולות, נמנעה אירופה מלדון בטרנספורמציה הוהותית שאירעה לה. המשפט באיחוד האירופי נתפס כתוצר של משחק כוחות פוליטי בלבד. אולם ככל שגבר תהליך הקירוב התברר כי כל פסע לכיוון אינטגרציה מוגברת כרוך בנטישת מקצת העצמיות שפותחה במשך מאות בשנים על ידי כל אחת מהמדינות החברות. הנה כי כן, החלה לחדור ההבנה כי אי אפשר ליצור איחוד משפטי מבלי להידרש להכרעות מרכזיות ביחס לזהות התרבותית העל-לאומית כתחליף וכמתחרה לזהות התרבותית הלאומית.<sup>68</sup>

כך קרה שחלק ניכר מהדיון בדבר הזהות התרבותית העל-לאומית הרצויה נעשה באופן

64 ההתעניינות של מלומדים העוסקים במשפט הפרטי באירופה בעניין התרבות הינה תופעה חדשה יחסית. ראו: William Twining *Law in Context — Enlarging a Discipline* (Oxford, 1997).

65 ראו, באופן כללי, אריה רייך "האיחוד האירופי" משפט בינלאומי (מהדורה ראשונה, רובי סיבל עורך, תשס"ג) 121.

66 שני פסקי-הדין המהווים ציוני-דרך בעניין זה הם: Court of Justice of the European Communities, Case 26/62, *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 1963 E.C.R. 1, אשר החדיר את מאפיין התחולה הישירה, שלפיו אנשים פרטיים זכאים להסתמך על משפט הקהילה באופן ישיר בסכסוכים הנידונים לפני בתי המשפט הלאומיים; ו- Court of Justice of the European Communities, Case 6/64, *Costa v. ENEL*, 1964 E.C.R. 585 (להלן: עניין ENEL), אשר החדיר את מאפיין ה"עליונות" של משפט הקהילה על שיטות המשפט הלאומיות.

67 כך, למשל, קבע בית המשפט בפסק-הדין בעניין ENEL, שם: "The integration into the laws of each Member State of provisions which derive from the Community, and more generally the terms and the spirit of the Treaty, make it impossible for the States, as a corollary, to accord... precedence to a unilateral and subsequent measure over a legal system accepted by them on a basis of reciprocity. Such a measure cannot therefore be inconsistent with that legal system. The executive force of Community law cannot vary from one State to another in deference to subsequent domestic laws, without jeopardizing the attainment of the objectives of the Treaty set out in Article 5(2) and giving rise to the discrimination prohibited by Article 7"

68 הניסיון להגדיר את הזהות האירופית ולהדגיש את דבר קיומה אופף כיום כל שעל שהקהילה פוסעת. תהליך יצירתה של האזרחות האירופית, תהליך כינונה של חוקת אירופה, משאים-

מפתיע דווקא על-ידי מלומדים העוסקים בתחום המשפט הפרטי.<sup>69</sup> ודוק, אופי הדיון אינו חדש. חלק רואים את הגיוון הרווח באירופה בגין קיומן של שיטות משפט שונות כמרכיב חשוב של התרבות העל-לאומית האירופית. אחרים דוגלים בגישה הפוכה, וגורסים כי אפיונים ייחודיים הינם פרוכניציאליים. לדידם, השונות בין שיטות המשפט הינה מטרד אשר מפריע לתפקודו התקין של השוק המשותף. בהקשר זה כל שניתן לציין כאן הוא את מחויבותו של האיחוד האירופי ל"אחדות בתוך שונות" ולדיאלוג בין התרבויות השונות.<sup>70</sup> למעשה, המחלוקת האידיאולוגית הנוכחית אינה אלא העתקת המאבק הכללי באירופה בין האירו-סקפטיים והפרו-ממשלתיים, מצד אחד, לבין הפדרליסטים, מהצד האחר, אל תחום המשפט הפרטי. יודגש כי אירופה מחפשת את עצמה ברבדים שונים. כאשר היא תרה אחר ההגדרה ל"אזרח אירופי", היא מנסה להגדיר את עצמה ביחס לאלה המצויים מחוץ לאיחוד האירופי.<sup>71</sup> לעומת זאת, כאשר היא בוחנת את הצורך בקודקס אזרחי, היא מתבוננת פנימה. המאבק, כך נדמה, הוא בין המדינות הריבוניות ותרבויותיהן המשפטיות, סביב השאלה למי תהא השפעה מרבית ומי תטביע את חותמה על יתר שיטות המשפט.

אירופה, כאמור, הגיעה להכרה כי בהכנת התהליך הפוליטי אין די.<sup>72</sup> החשיבות אינה שמורה רק לשאלות פונקציונליות, כגון מהי הדרך היעילה ביותר להאחדה ולקירוב דינים, מהו הרוב המיטבי במוסדות המחוקקים שיבטיח חקיקה אחידה מוגברת, ומה אומרים הכלכלנים על יתרונות השוק וגודלו. כיום עוסקים בשאלה מהי תעודת-הזהות שאירופה חותרת אליה, תוך ניתוח הדינמיקה התרבותית של מרכיביה השונים.<sup>73</sup> הלבשת הטיעונים

ומתנים עם מדינות שליטיות, וכמובן, באופן ספציפי, גם תהליך הקודיפיקציה האזרחית – כולם מובילים לשאלה הבסיסית בדבר התרבות האירופית.

69 ראו: Twining, supra note 64, *ibid*.

70 שמירה על שונות בד בבד עם הדגשת האחידות הינן איוון עדין אשר סעיף 151 (סעיף 128 לשעבר) לאמנת הקהילה האירופית, לעיל הערה 27, מחייב את כל מוסדות הקהילה לשאוף אליו. דהיינו: "to contribute to the flowering of the cultures of the Member States, while respecting their national and regional diversity and at the same time bringing the common cultural heritage to the fore"

71 ויילר מדגיש את ההבדל בין החיפוש באירופה אחר הזהות התלויה בשוני (differentity) לבין הרב-תרבותיות. לגישתו, תיוגו של היחיד כשחור, זכר, לבן, יהודי וכיוצא באלה, כבסיס לזכאות פוליטית קבוצתית, אינו אלא המצאה ביורוקרטית, שעל-פיה קבוצות "רב-תרבותיות" המורכבות מיחידים חד-תרבותיים דרות בכפיפה אחת. זו האנטיתזה של זהות תלויה-שוני. ראו יוסף ויילר "להיות אזרח אירופי – ארוס וציוויליזציה" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית – ספר הזיכרון לאריאל רוזן-צבי ז"ל (מהדורה שנייה, מנחם מאוטנר, אבי שגיא ורוגן שמיר עורכים, תשנ"ח) 189, 192.

72 René Cassin משתמש באופן הכנתו והחלתו של קוד נפוליאון בצרפת כדוגמה להשפעה שיש לתהליך הקודיפיקציה על גיבוש האחידות בין מדינות ושיטות משפט נפרדות. ראו: René Cassin "Codification and National Unity" in *The Code Napoleon and the Common Law* World (Washington, Bernard Schwartz ed., 1956) 46, 48.

73 Yves Daudet טוען כי חקיקת קודקס מסיימת את תהליך הטרנספורמציה של מדינה. ראו: Yves

המוכרים בבגדים החדשים בדבר הרמוניזציה של המשפט הפרטי נושאת ניואנסים היכולים לעורר מחשבות גם בשיטות משפט אחרות. ודוק, הוויכוח התרבותי באירופה נהנה מנופך ייחודי בכל אחד מהמישורים הנ"ל, ואנו נבחין ביניהם להלן.

## פרק ד: הביקורת נגד כינונו של קודקס אירופי: רובד I – השפעת תהליך הקודיפיקציה על שיטת המשפט

### 1. חוסר האפשרות ליצור קוד בהתחשב בשיטות המשפט השונות הנוהגות במדינות החברות

הטענה הבסיסית ביותר המושמעת נגד הקודיפיקציה של המשפט הפרטי באירופה היא ששיטות המשפט הנכללות באיחוד האירופי אינן מסוגלות להתקרב זו לזו בשל "ליקויי התקשרות" בין שיטת המשפט המקובל לשיטת המשפט הקונטיננטלי. Legrand,<sup>74</sup> שהינו אחד המבקרים הבולטים והבוטים ביותר של הקודקס האירופי, מחזיק בדעה כי ליקויים אלה אינם ניתנים לגישור.<sup>75</sup> ביקורתו מבוססת על התפיסה הקלסית כי שתי שיטות המשפט המרכזיות באירופה – "שיטת המשפט המקובל" ו"שיטת המשפט האזרחי", הנחשבות כיום כשתי שיטות המשפט הנבדלות והמושוות ביותר במשפט הפרטי המודרני – אינן יכולות להתכנס ולהתקרב זו לזו בשל השונות המהותית בתרבות המשפטית המצויה בבסיסן.<sup>76</sup> שונות זו הינה כה מהותית, שיש בה כדי למנוע את כינונו של קודקס אזרחי אירופי. זוהי טענה ששיטת המשפט הישראלית עשויה להידרש אליה. טיעונו של Legrand מבוסס על מקבץ של טענות מוכרות בדבר המאפיינים הקלסיים השונים של מסורות המשפט המקובל והקונטיננטלי, אשר מונעים מהן את האפשרות

Daudet "Actualités de la Codification du Droit International" in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law* (Boston, 2003, Vol. 303) 9, 34. ניתן להשתמש באמירה זו באופן אנלוגי גם לקהילה האירופית.

74 Pierre Legrand "Against a European Civil Code" 60 *Mod. L. Rev.* (1997) 44. רוב המצטרפים לעמדתו של Legrand הם עורכי-דין ומלומדים צרפתים אשר סבורים כי אי-אפשר לעשות הרמוניזציה מבלי לפגוע בתרבות המיוחדת של ה-Code Civil. ראו: Yves Lequette "Quelques Remarques à Propos du Projet de Code Civil Européen de M. von Bar" *Recueil Dalloz* (2002) 2202; Fauvarque-Cosson, supra note 35; Guy Canivet & Horatia Muir Watt "Européanisation du droit privé et justice sociale" *Z. Eu. P.* (2005) 517.

76 Pierre Legrand "European Legal Systems are Not Converging" 45 *Int'l & Comp. L. Q.* (1996) 52.

לכונן בסיס משותף ליצירת קוד אזרחי אחיד, שכן קודקס הינו התוצר החשוב והמשמעותי ביותר של תרבות המשפט הקונטיננטלי,<sup>77</sup> הנתפס כזר בשיטת המשפט המקובל.<sup>78</sup> כך, המתנגדים לאפשרות של קירוב בין שיטות המשפט טוענים כי המקור המשפטי של שיטות אלה הינו שונה: המשפט הקונטיננטלי מבוסס על המשפט הרומי, ואילו מקורו של המשפט המקובל הוא משפט מנהגי, אשר חולץ מחקיקה מקומית ופותרת על-ידי השופטים. גם תפיסת המשפט שונה בין שתי השיטות: שיטת המשפט המקובל, בניגוד למשפט הקונטיננטלי, אינה מבוססת על מערך של כללים, אלא על סדרה של הכרעות שיפוטיות. כך גם מושג "הזכות הטבעית", העומדת לאדם בלי קשר לתביעה קונקרטית, אופיינית לתרבות של שיטת המשפט האזרחי, אך זרה למשפט המקובל, אשר שם את הדגש בעילת התביעה ובתרופה, ולא בזכות.<sup>79</sup> התיאוריה בדבר מקורות המשפט שונה אף היא: המשפט המקובל מבוסס על החלטות שיפוטיות, בניגוד למשפט הקונטיננטלי, אשר מבוסס כולו, לפחות באופן תיאורטי, על חקיקה של המשפט הרומי בקודקסים אזרחיים.<sup>80</sup> המשפט המקובל, שלא נאלץ להתמודד עם שונות ואשר לא נדרש לבניית זהות לאומית, פיתח את משפטו באמצעות בתי המשפט והשופטים. הואיל ומערכת בתי המשפט הייתה ריכוזית, לא הייתה כמיהה בשיטת משפט זו לסיסטמיזציה. יתרה מזו, המשפט המקובל נתפס כיחידה כוללת שאינה נוצרת על-ידי השופטים, אלא נגלית על-ידיהם. למעשה, המשפט נוצר על-ידי המנהג, ולא על-ידי השופטים. משפט סטטי זה<sup>81</sup> שונה באופן משמעותי מהמשפט הדינמי הקונטיננטלי, שבו המשפט נוצר על-ידי המחוקק ביום מסוים, ומאותו רגע הוראותיו מחליפות את ההוראות הקודמות. גם המתודולוגיה ואופן ההנמקה שונים בין שתי שיטות המשפט: המשפט המקובל הינו אינדוקטיבי (משפטן הפועל בשיטה זו יערוך השוואות ישירות בין פסקי-דין), ואילו המשפט האזרחי הינו דדוקטיבי (משפטן הפועל בשיטה ממשפחת המשפט האזרחי יערוך השוואות באופן עקיף, תוך הידרשות לכלל מופשט). במשפט המקובל הכרעות שיפוטיות נובעות מעובדות, ולא מכללים, כפי שנהוג בקונטיננטל. כאמור לעיל, ארגון שיטתי של המשפט וקודיפיקציה הינם אופייניים למשפט האזרחי, ומכך נגזר מאפיין נוסף בדבר הנמקה בדרך של היקש. במשפט המקובל, לעומת

77 מרדכי אלפרדו ראבילו "על התהליך הקודיפיקטיבי" ספר זיכרון לגואלטיארו פרוקצ'יה, חיבורי משפט (מהדורה ראשונה, אהרן ברק, נפתלי ליפשיץ, אוריאל פרוקצ'יה ומרדכי אלפרדו ראבילו עורכים, תשנ"ז) 133.

78 ראו: Laurence C.B. Gower "Here Lies the Common Law: Rest in Peace" 30 *Mod. L. Rev.* (1967) 241, 258.

79 ראו: Legrand, *supra* note 76, at p. 70.

80 הקודיפיקציה הוכנסה לאירופה כביטוי למשפט הטבעי ולתנועת ההשכלה, אשר שמה דגש - מעבר לרעיונות פוליטיים בדבר דמוקרטיה, הגנה על הרכוש ושלטון החוק - גם בסיסטמיזציה של המשפט ובהגברת הוודאות המשפטית. על הביקורת שהושמעה נגד הקודיפיקציה של המשפט הרומי ראו: Smits, *supra* note 37, at p. 78.

81 ראו: Guido Calabresi *A Common Law for the Age of Statutes* (Cambridge, 1982) 163: "The courts are not capable of writing speedily enough most of the rules that a modern society apparently needs"

זאת, דרך ההנמקה היא של case by case. שונות נוספת, הקשורה אל האמור לעיל, היא העדרו של תקדים מחייב בשיטת המשפט הקונטיננטלי. הפסק מחייב את הצדדים לסכסוך, אך הוא לא יוחל במקרים עתידיים אף אם ניתן על-ידי הערכאה העליונה. במשפט המקובל, לעומת זאת, הסיסטמטיזציה של המשפט נעשית באמצעות רעיון התקדים המחייב, שלפיו פסקי-הדין של הערכאה הגבוהה מחייבים את הערכאות המצויות תחתיה.<sup>82</sup> בהעדר אפשרות להאחדה, יש המזהירים מפני אימפריאליזם של שיטת משפט אחת ביחס לרעותה. כך, יש החוששים כי מטרת הקודיפיקציה היא השתלטות תרבותית גרמנית<sup>83</sup> והטמעת התרבות המשפטית של המשפט המקובל, הנמצאת במיעוט, בתרבות המשפט האזרחי, אשר משותפת לרוב מדינות אירופה.<sup>84</sup> אחרים מתריעים מפני חלוקה של צפון ודרום.<sup>85</sup>

## 2. המענה לביקורת

המגיבים על ביקורת זו מטשטשים לרוב את ההבדלים בין שיטות המשפט, וטוענים כי מתנגדיהם מגזימים וכי השונות לא הייתה קיימת מעולם (ומדגישים את השפעת המשפט האזרחי על המשפט המקובל) או לחלופין הולכת ופוחתת כיום, במיוחד לנוכח תופעת הגלובליזציה.<sup>86</sup> לחלופי חלופין, הם טוענים כי שונות זו אינה רלוונטית, שכן שיקולים חברתיים-פוליטיים ודמיון מוסדי הינם מרכיבים בעלי חשיבות מכרעת.<sup>87</sup> הם מפחיתים

82 כפי שאמר Copper בלשונו הציורית: "The civilian naturally reasons from principles to instances, the common lawyer from instances to principles. The civilian puts his faith in syllogisms, the common lawyer in precedents; the first silently asking himself as each new problem arises, 'What should we do this time?' and the second asking aloud in the same situation, 'What did we do last time?' (Thomas M. Cooper "The Common and the Civil Law — A Scot's View" 63 *Harv. L. R.* (1950) 468, 471). ראו גם: Samuel "Existe-t-il une procédure de codification du droit anglais?" 82 *Revue française d'administration publique* (1997) 209, 218.

83 ראו: Mattei, *supra* note 17, *ibid*.

84 ראו: Legrand, *supra* note 74.

85 ראו: Martijn W. Hesselink *The New European Legal Culture* (Deventer, 2001) 71.  
86 Klaus P. Berger "European Private Law, Lex Mercatoria and Globalisation" in *Towards a European Civil Code*, *supra* note 34, at p. 46 ("The evolution of autonomous legal rules of international trade bridges the gap between the various legal families in that it focuses on the function rather than on the dogmatic origin or legal tradition"); Charles Molineaux "Applicable Law in Arbitration: The Coming Convergence of Civil and Anglo-Saxon Law via Unidroit and *Lex Mercatoria*" 1 *J. World Investment* (2000) 127, 135 ("The confluence of civil law, common law, and Shari'a is not only imaginable, in light of the ultimate origins of these systems; it is inevitable, in view of globalization. The reemergence of the *lex mercatoria* and the publishing of the Unidroit Principles

מחשיבותן של ההבחנות דלעיל, אשר נתפסות בעיניהם כמושתתות על השונות הקלסית בין שיטות המשפט, שאינה מתקיימת עוד כיום.<sup>88</sup> אשר על-כן, לדידם, ניתן בהחלט לערוך קירוב בין השיטות.<sup>89</sup> לטענתם, השונות הקונספטואלית הרווחת בתחומים מסוימים באה לידי ביטוי בכך שכל שיטת משפט שמה את הדגש במינוח אחר,<sup>90</sup> אך בפועל שתי משפחות המשפט נדרשות למושגים אנלוגיים שאינם ניתנים להפרדה אמיתית.<sup>91</sup> המשיבים על הביקורת מצביעים עוד על השפעתה של שיטת המשפט של הקהילה האירופית, הנשלטת ברובה על-ידי צורת החשיבה הקונטיננטלית, על שיטת המשפט האנגלית, כך שמושגים קונטיננטליים אינם עוד בבחינת נטע זר בשיטה האנגלית.<sup>92</sup> גם לעניין המתודולוגיה, לדעת המשיבים על הביקורת, אין מקום להאמין ששיטות המשפט כה שונות זו מזו. שתיהן מורכבות למעשה ממרקחה דיאלקטית של הנמקה דדוקטיבית ואינדוקטיבית, ושתיהן מושפעות מכללים ומעובדות כאחד. קיימת אומנם שונות בסגנון הפסק, אך ספק אם דרך ההנמקה בבסיסם של פסקי-הדין כה שונה. למעשה, השונות המרכזית בין שיטות המשפט נוגעת בהעדר השיטתיות בשיטת המשפט המקובל לעומת המשפט הקונטיננטלי. אולם גם כאן אין להפריז בחשיבותה של השונות:

evidence the commonality"); Katja Funken "The Best of Both Worlds — The Trend Towards Convergence of the Civil Law and the Common Law System" (July 2003) available at <http://ssrn.com/abstract=476461> (12.4.2006)

.Pinna, *supra* note 42, *ibid* 87

88 Burkhard Schäfer ו־ Zenon Bankowski משווים בין שיטת משפט לשפה. לדידם, כל השפות בעולם מבוססות על אותם כללי דקדוק בסיסיים, שעל-גביהם נבנה מבנה המבוסס על שונות תרבותית היסטורית. השפות נבדלות זו מזו רק במבנה העילי, אך לא בכללי הדקדוק הבסיסיים. הוא הדין ביחס לשיטות משפט. הן נבדלות רק ברובד העליון, אך בבסיסן הן זהות. לכן ניתן לדבר על האחדת שיטות משפט. ראו: Burkhard Schäfer & Zenon Bankowski "Mistaken Identities: The Integrative Force of Private Law" in *The Harmonisation of European Private Law* (Oxford, Mark Van Hoecke & François Ost eds., 2000) 21

89 Reinhard Zimmermann "Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe" in *Towards a European Civil Code*, *supra* note 34, at p. 33 יש גם הטוענים כי השונות בין שיטות המשפט הללו לא הייתה קיימת מעולם, ומדגישים את השפעת המשפט האזרחי על המשפט המקובל, אך אנו לא נידרש לטענה מרחיקת-לכת זו.

90 Aline Grenon "Codes et Codifications: Dialogue avec la Common Law?" 46 *C. de D.* 53 (2005).

91 לדוגמה, להבדל בין "זכויות" לבין "עילות תביעה" אין לדידם משמעות אמיתית מבחינה מעשית, הואיל ואין טעם רב לדבר על זכויות אם אי-אפשר לתובען בבית-משפט, ומקיומה של עילת תביעה משתמעת קיומה של זכות. ראו: Richard Hyland "The American Experience: Restatements, the UCC, Uniform Laws, and Transnational Coordination" in *Towards a European Civil Code*, *supra* note 34, at p. 70

92 במאמר מוסגר יצוין כי יש הטוענים שרבים מבין עורכי-הדין האנגלים מתייחסים בשלילה להשפעת משפט הקהילה על המשפט האנגלי, ורואים בו מרכיב מטמא או לכל-הפחות מטרד שיש בו כדי לפגום בטוהר השיטה האנגלית. ראו: Teubner, *supra* note 19, at p. 12

בשיטות המשפט האזרחי כבר אין מחוקקים קודקסים מקיפים; חוקים חדשים ותחומים חדשים התפתחו מחוץ לקודקסים המקוריים; חלקים מהקודקסים שוננו באופן שמתנגש עם תכונת הלכידות של הקודקס; ופרשנויות חדשות לקודקס משנות את הכוונה המקורית של מנסחיו. יתרה מזו, הקודקסים המודרניים אינם מהססים להשתמש במונחי-שסתום, המעניקים שיקול-דעת לשופטים. גם במשפט המקובל אין הכאוס שולט. בגלל התקדים המחייב, ההכרעות השיפוטיות מאורגנות באופן שיטתי. כמו-כן חלקים ניכרים של המשפט הפרטי האנגלי עוברים תהליך של חקיקה,<sup>93</sup> אם כי חקיקה זו אינה מקיפה עדיין, אלא מהווה למעשה תיקון של המשפט המקובל. אכן, בתי-המשפט ממלאים תפקיד מרכזי בפרשנות החוקים במשפט המקובל, אם כי במסגרת הכמיהה לסיסטמטיזציה גדל במשפט המקובל תפקידה של האקדמיה על-חשבון מעמדם השליט של השופטים. שופטים קונטיננטליים, לעומת זאת, מציגים את פסיקתם כחשיפת דבר קיים, ובכך נמנעים מן הצורך להתמודד עם הביקורת שפסיקתם משנה למעשה (ולו במעט) את המצב המשפטי הקיים.<sup>94</sup> לכן, ככל שמדובר בתפקיד השיפוטי ובשוני בין שיטות המשפט לבין השאלה אם השופטים יוצרים משפט חדש או חושפים את המשפט הקיים, לדעת המשיבים על הביקורת מדובר בשוני רטורי גרידא, ולא בתיאור מבוסס של המציאות.<sup>95</sup>

### 3. לקחים לשיטת המשפט הישראלית

הכנתה של החקיקה האזרחית החדשה בישראל נעשתה מבלי שתפותח קודם לכן "תשתית דוקטרינרית האמורה לשמש בסיס משותף להוראות החוקים השונים",<sup>96</sup> ומבלי שתפותח קודם לכן "תורת משפט של נורמות" בדבר תכונותיה של חקיקה ראויה בתחום המשפט האזרחי בהתעלם מתוכנה.<sup>97</sup> הדעה המקובלת היא כי הקודיפיקציה תשפיע בוודאי על שיטת

93 Anthony Chamboredon "The Debate on a European Civil Code: For an 'Open Texture'" 93 in *The Harmonisation of European Private Law* (Oxford, Mark van Hoecke & François Ost eds., 2000) 63

94 ראו את הדברים שאמר בית-הלורדים עצמו: *Kleinwort Benson Ltd v. Lincoln City Council* [1998] 3 W.L.R. 1095, 1100: "The theoretical position has been that judges do not make or change law: they discover and declare the law which is throughout the same. According to this theory, when an earlier decision is overruled the law is not changed: its true nature is disclosed, having existed in that form all along. This theoretical position is, as Lord Reid said, a fairy tale in which no-one any longer believes. In truth, judges make and change the law. The whole of the common law is judge-made and only by judicial change in the law is the common law kept relevant in a changing world"

95 ראו: Wagner, *supra* note 49, at p. 1279.

96 מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה - לשאלת תורת המשפט של החקיקה" משפטים יז (תשמ"ח) 321, 323.

97 שם, בעמ' 330.



המשפט הישראלי, ותכניו מימד נוסף אשר ירחיק אותה משיטת המשפט המקובל, אך היקף התופעה לא נבחן לעומקו. למרות מחסור זה ניתן לומר, על רקע הדיון המתנהל באירופה, כי התשובה לשאלה אם קודקס אזרחי ייחשב נטע זר בשיטת משפט המבוססת בעיקרה על המשפט המקובל<sup>98</sup> היא שלילית.<sup>99</sup> כפי שהודגם לעיל לגבי אירופה, בשאלת הריחוק האידיאולוגי בין שיטות המשפט השונות, קולם של המשפטנים הפועלים בתחום המשפט ההשוואתי המבקר<sup>100</sup> – אשר מדגישים את השונות בין שיטות המשפט וגורסים כי יצירת הקודקס מנוגדת למשפט המקובל – הולך ונחלש.<sup>101</sup> מאידך גיסא, קולם של המשפטנים מתחום המשפט ההשוואתי שדוגלים באינטגרטיביות, ואשר טוענים כי משפחות משפט אלה הולכות ומתלכדות ממילא סביב מכנה משותף שכן הן מתמודדות עם סוגיות דומות ונוהגות לאתר פתרונות שהינם זהים ברובם בהיותם מבוססים על עקרונות אוניורסליים, גובר באופן משמעותי.

## פרק ה: הביקורת נגד כינונו של קודקס אירופי: רובד II – השפעת תהליך הקודיפיקציה על התרבות המשפטית

### 1. חוסר האפשרות ליצור קוד בהתחשב בתרבויות המשפטיות השונות הנוהגות במדינות החברות

כאמור לעיל, מישור נוסף שבו מושמעת ביקורת נגד הקודיפיקציה של המשפט האזרחי באירופה הוא הדגשת הקשרים ההדוקים בין המשפט הפרטי לבין אופייה התרבותי של

98 לדיון בשאלה מן העת שבה החל תהליך החקיקה ראו ברק, לעיל הערה 21; פרידמן, לעיל הערה 44, בעמ' 463.

99 למן שנת 1965 מנסה אנגליה לארגן את חוקיה בקודקס. ראו: Mary Arden "Time for an English Commercial Code?" 56 *Cambridge L. J.* (1997) 516; Eva Steiner "Codification in England: The Need to Move from an Ideological to a Functional Approach – A Bridge Too Far" 25 *Statute L. Rev.* (2004) 209, 218.

100 על מתודולוגיות שונות במשפט השוואתי ראו: Palmer, *supra* note 8; חנוך דגן "הערות על 'בעלות ושיתוף' בעקבות ספרו של פרופסור יהושע ויסמן" מחקרי משפט יד (תשנ"ח) 229, 231.

101 במאמר שהתפרסם בעיתון *The Independent* נאמר: "The European Parliament is to consider plans that would abolish the 1000 year old system of English common law in favour of a continental legal system. Britain and Ireland have traditionally relied on judge-made law, but a draft proposal now before Euro MPs would sweep this away and introduce the French Napoleonic Code in all member states." Robert Verkaik "English Law Under Attack from EU" *The Independent* (3.12.2000) 14.

שיטת המשפט. במילים אחרות, הטענה המושמעת על-ידי המבקרים היא שכדי להבין כיצד המשפט עובד, אין מנוס מלהפנות את תשומת-הלב לשאלה התרבותית. Legrand מגדיר תרבות משפטית כ-"frameworks of intangibles within which interpretive (legal) communities operate and which have normative force for these communities"<sup>102</sup>. לטענת המבקרים, שיטות המשפט של המדינות החברות באיחוד האירופי שונות במהותן. נבדלות זו באה לידי ביטוי באופן שבו המשפט נתפס בחברות (societies) השונות. קיים מערך שלם של הבנות, מסורות, הרגלים, אורח חיים ואידיאולוגיה אשר נבדלים ממדינה למדינה ומשפיעים בצורה מכרעת על האופן שבו המשפט נתפס בחברה מסוימת. כאן המבקרים עוזבים למעשה את המשפט במובנו הצר, ונכנסים לתחום הפילוסופיה והתרבות. כך טוען Legrand:<sup>103</sup>

"Is there not, in each of the two traditions represented within the European Community, an irreducible element of autochthony constraining the epistemological receptivity to globalization?... Is it justifiable to advocate the jettisoning of Europe's cultural heterogeneity, to deny la différence that has constituted it into the Europe that it has become throughout history – or to fail to appreciate that the convergence thesis effectively represents an attack on pluralism, a desire to suppress antinomy, an attempt at the diminution of particularity? Is difference not positive?... Must we accept that legal culture be made subservient to the ethos of capital and technology in an instrumental and ahistoricist re-invention of Europe?"

במילים אחרות, המכשול לקירוב בין השיטות נובע, לדעת המבקרים, מטעמים אפיסטמולוגיים. הקשרים הפנימיים בין מערכת בתי-המשפט, החינוך המשפטי, המבנה של מקצוע המשפט, המדרג של מקורות המשפט, תפקיד האקדמיה, מאפייני החקיקה, אופי הניתוח המשפטי והדרך שבה חושבים על המשפט – כל אלה נתפסים ככור-מחצבתה של כל שיטת משפט, כך שנוצר מרקם שהינו חסין בעיקרו להליך ההרמוניזציה. הרמוניזציה כזו נתפסת כמועדת לכישלון, הואיל וכל שביכולתה להשיג הוא אחדות טקסטואלית, ולא לכידות של המשפט הנוהג.<sup>104</sup> התוצאה תהא אחדות לכאורה, בעוד שהשונות המהותית בין שיטות המשפט תמשיך להתקיים.<sup>105</sup> החלת שתלים משפטיים<sup>106</sup> משיטת משפט אחת

<sup>102</sup> ראו: Legrand, *supra* note 76, at p. 56.

<sup>103</sup> ראו: Pierre Legrand "Comparative Legal Studies and Commitment to Theory" 58 *Mod. L. Rev.* (1995) 262, 271; Legrand, *supra* note 74; Legrand, *supra* note 76

<sup>104</sup> ראו: Pierre Legrand "The Impossibility of 'Legal Transplants'", 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* (1997) 111, 210: "At best what can be displaced from one jurisdiction to another is, literally, a meaningless form of words"

<sup>105</sup> ראו: Samuel, *supra* note 19, at p. 47.

<sup>106</sup> ראו: Legrand, *supra* note 104, at p. 111.

לאחרת והשגת הרמוניזציה בין שיטות משפט זרות יכולות להתרחש רק אם קיימת מידה מספקת של הומוגניות בתרבות המשפטית של שיטות המשפט הללו. לדידם של המבקרים, בין המשפט הקונטיננטלי למשפט המקובל קיימת שונות במנטליות ובסגנון השיפוטי, אשר מונעת כל אפשרות להרמוניזציה. לטענתם, שיטות משפט שונות, שנבדלות זו מזו ב"מנטליות המשפטית" שלהן, עשויות לכל-היותר להתקרב באופן שטחי זו לזו.<sup>107</sup> ברמה העמוקה – המנטלית – אשר מספקת את המסגרת הפרשנית לכללים השונים, הן יהיו בבחינת עולמות נפרדים.<sup>108</sup> גם המבקרים ערים לעובדה שניתן כמובן לוותר על הזהות התרבותית המבוטאת באמצעות המשפט הפרטי, אך לגישתם המחיר יהיה הרס של מקצת הזהות התרבותית הלאומית.<sup>109</sup>

כאן המקום להזכיר גם את אלה המתנגדים ליצירת הקודקס בהתריסם כי הרמוניזציה המשפט הפרטי אינה לגיטימית מבחינה דמוקרטית. הרציונל שהללו מתבססים עליו זה לאמור לעיל, דהיינו: קביעת כללים משותפים משמעותה לדידם ביסוסו של הקודקס על סטנדרט מינימלי בלבד והשמטת האופי המוסרי הטבוע בשיפוטיות ערכיים המצויים בכללים משפטיים מתוחכמים יותר.<sup>110</sup> הם מעלים על נס את השונות ואת הצורך בגיוון, ומתנגדים למאמצי ההאחדה של החקיקה האזרחית.

Örücü טוען כי הדמיון בין שיטות המשפט הינו שטחי, וכי אין בו כדי להתגבר על השונות המרובה בבסיסן של שיטות המשפט. כך, לגישתו: "We can predict... that if, for example, the codes were moved into the Common Law, they would soon become glossed by judicial decisions, exceptions would creep in and the general principles therein would lose their significance altogether. Again, if the style of decisions in the Common Law were inserted into the civilian legal culture, within a short period of time they would start getting shorter and less comprehensible; facts would become blurred; reference to past decisions would be replaced by reference to statutory provisions and so on." Esin Örücü "An Exercise on the Internal Logic of Legal Systems" 7 *Legal Stud.* (1987) 310, 318  
 108 לסקירה מפורטת בדבר מאפייניהן של מסורות אלה ראו: Smits, *supra* note 37, at p. 73; Pierre Legrand "John Henry Merryman and Comparative Legal Studies: A Dialogue" 47 *Am. J. Comp. L.* (1999) 3, 46  
 109 ראו: Hugh Collins "European Private Law and the Cultural Identity of States" 3 *Eur. Rev. Private L.* (1995) 353

110 דיון דומה ניתן לנהל מהפן הכלכלי. אין ספק שחוק פרטי אחיד יקל סחר טרנס-לאומי באירופה. בתוך אירופה ומחוץ לה גוברת ההכרה בצורך הכלכלי בהרמוניזציה של הדינים ובביטול השונות בין שיטות המשפט הלאומיות. הרוב מסכימים כי דין אחיד יחזק את השוק המשותף. אולם ייתכן בהחלט שהשונות בין הדינים הלאומיים רצויה לאזרחים רבים. אף שמדובר במשפט אזרחי, אשר אינו מעורר בדרך-כלל רגשות פטריוטיים בקרב האזרחים, ייתכן שאזרחים של מדינות שונות סבורים כי פתרונות ספציפיים המוצעים לעניין זה או אחר בדינם הלאומי עדיפים על הדין האחיד שמוצע לכלל אירופה. יתרה מזו, ייתכן שהאירופים נהנים מהשונות בין הדינים גם בדרך אחרת. Mattei, וכן תומכים אחרים בתיאוריית הניתוח הכלכלי של המשפט ההשוואתי (theory of comparative law & economics), גורסים כי תחרות בין-לאומית בין דוקטרינות

## 2. המענה לביקורת

המתנגדים לביקורת במישור המנטלי טוענים כי תרבות משפט פרטי אירופית כבר קיימת למעשה או מצויה בתהליך מתקדם של התהוות. לדעת Basedow, לדוגמה, אבני-הבניין של הזהות התרבותית האירופית המשותפת הן: שלטון החוק, ראיית המשפט הפרטי כדיסציפלינה נבדלת ואוטונומית, הכרה בקיומו של מדע המשפט, הכרה בתפקיד החשוב שהמשפט ממלא ביישוב סכסוכים, והכרה בזכויות אדם ובעקרונות משפט כלליים.<sup>111</sup> Basedow טוען עוד כי הנחת-המוצא לאורך המאות התשע-עשרה והעשרים הייתה אומנם שהמשפט הפרטי נותן ביטוי להעדפות לאומיות – שאינן רק תוצאה של תהליך חקיקה שנעשה באמצעות מוסדות מסוימים, אלא העדפות המושרשות עמוק בזהות הלאומית – אך כיום הזהות הלאומית אינה משפיעה עוד באורח משמעותי על תוכנו של המשפט הפרטי.<sup>112</sup> דהיינו, המשפט הפרטי אינו עוד חלק מהפולקלור הלאומי.

גם לדעת Van Gerven, ככל שעסקינן בקודיפיקציה של תחומי החיים, הנויקין והקניין, קיים כבר מסד איתן שניתן לכוון עליו את הקודקס המשותף. הקמתו של שוק כלכלי משותף, יישומן של תוכניות חילופין מקצועיות, חברתיות, תרבותיות וחינוכיות בין אזרחים, חברות, אוניברסיטות ורשויות ציבוריות, קיומם של מוסדות פוליטיים מקבילים בכל המדינות החברות באיחוד, וקיומה של אמונה משותפת (הודות לכינונה של האמנה האירופית לזכויות האדם ופסקי-הדין של בית-הדין האירופי לזכויות האדם) בדבר זכויות אדם, חירויות בסיסיות ודמוקרטיה – כל אלה יוצרים בסיס מספק של "acquis communautaire".<sup>113</sup> תשתית זו מהווה משענת איתנה אשר תוכל לתמוך בפיתוחה של חקיקה משותפת בתחום האזרחי. כתימוכין לטענתו זו נדרש Van Gerven לקצב המסחר של האירופיזציה של חיי המשפט בשנים האחרונות בקהילה האירופית. לדידו, בית-המשפט של הקהילה האירופית בלוקסמבורג יוצר, בביטחון הולך וגובר, את הבסיס לעקרונות

וכללים משפטיים עשויה להוביל לשיפור באיכותה של כל אחת משיטות המשפט. ראו: Ugo Mattei *Comparative Law and Economics* (Ann Arbor, 1997). מאידך גיסא, יש המדגישים את הסכנה הנשקפת מתחרות חופשית כזו, שתוצאתה היא מירוץ לתחתית שבמהלכו יגבר הכלל הליברלי ביותר. ראו: Lawrence M. Friedman *A History of American Law* (New York, 2nd ed., 1986) 985.

111 ראו: Jürgen Basedow "Rechtskultur – zwischen nationalem Mythos und europäischem Ideal" *Z.Eu.P.* (1996) 379, 381. אולם יש הטוענים כי אמירה זו אינה נכונה ביחס לכל שיטות המשפט האירופיות (לדוגמה, ההכרה במדע המשפט אינה מפותחת באנגליה), ומאידך גיסא, שהיא כללית מדי שכן היא מאפיינת את כלל העולם המערבי, ולא דווקא את התרבות האירופית.

112 ראו: Jürgen Basedow "The Gradual Emergence of European Private Law" in *Intercontinental Cooperation Through Private International Law – Essays in Memory of Peter E. Nygh* (The Hague, Talia Einhorn & Kurt Siehr eds., 2004) 1, 5.  
113 לטענה שלפיה משפט הקהילה מכיל את רוב המרכיבים המרכזיים הנדרשים לניסוחו של משפט פרטי אחיד, ראו: Stefan Grundmann "The Optional European Code on the Basis of the Acquis Communautaire – Starting Point and Trends" *10 Eur. L. J.* (2004) 698.

המשותפים למשפט פרטי אירופי משותף, ובאוניברסיטאות ובמשרדי עורכי־דין כבר לומדים ומיישמים "מעין" קוד אזורי אירופי.<sup>114</sup> יתרה מזו, לגישת המגיבים על הביקורת, כל תרבות משפטית היא דינמית. אין תרבות שהינה סגורה וסטטית. דינמיות זו מניחה כמובן שכל שיטת משפט הינה פתוחה מבחינה קוגניטיבית לעולם ולתרבויות אחרות. הצגת משפחות המשפט באופן מבודד, כפי שנעשה לעיל, אינה משקפת לדעתם את המציאות.<sup>115</sup> ההשפעה ההדדית בין משפחות המשפט השונות הובילה בשנים האחרונות לטשטוש קו הגבול ששלט בעבר לעניין הסיווג הקלסי של משפחות המשפט, ולכן כל שיטות המשפט המודרניות הן במידה מסוימת שיטות משפט מעורבות.<sup>116</sup> אשר על־כן, לדידם, תהליך הקודיפיקציה של המשפט הפרטי באירופה אין פירושו שמשפחת משפט אחת תיעלם לחלוטין ותיבלע על־ידי האחרת; משמעותו היא חשיבה מחדש על כל המבנה הבסיסי של המשפט, על מושגיו והבחנותיו, כך שמדע המשפט יתפתח.<sup>117</sup> נדמה שגם בעניין זה דווקא שיטת המשפט הישראלית יכולה לשמש דוגמה

114 ראו: Van Gerven, *supra* note 63, at p. 155. ראו גם את דברי השופט Lord Denning בעניין *Nippon Yusen Kasha v. Karageroris* [1977] 1 W.L.R. 1093, 1095: "We know, of course, that the practice on the continent of Europe is different. It seems to me that the time has come we should revise our practice"

115 ראו: Van Gerven, *ibid*, at p. 169. ראו גם: Reinhard Zimmermann *Roman Law, Contemporary Law, European Law* (Oxford, 2001) 112: "Any attempt to describe and analyse the Western legal world in terms of a civil law/common law dichotomy is in great danger of considerably underrating the diversity existing within the civil law systems. The differences between French and German law may be as great, or even greater, than those between French and English, or German and English law: on the level both of substantive law and legal style"

116 כך, לדוגמה, הם מקשים: האם יש עורך־דין אירופי שיכול לטעון כי הוא הושפע יותר מרוסו או ממונטסקיה מאשר מלוק, ממקיאולי או מגרוטיוס? האם המשפט הפרטי הבלגי למשל, אשר במקורו השתייך למשפחת המשפט הצרפתי אך הושפע בעשורים האחרונים באופן ניכר משיטת המשפט ההולנדית, יכול להיחשב עדיין כשיטת משפט שאינה מעורבת? ומה בנוגע לקוד האזורי ההולנדי, אשר נוסח בין השנים 1822 עד 1830, כאשר בלגיה והולנד היו מאוחדות על־ידי קבוצה של עורכי־דין הולנדים ובלגים שהקוד הצרפתי שימש להם מופת, ואשר הוחלף בשנת 1992 על־ידי קוד חדש המושפע ברובו מהחוק הגרמני והשווייצרי? וכי ניתן לחשוב שסטודנטים משיטת המשפט המקובל בארצות־הברית ובאנגליה לא הושפעו מלימוד המשפט ההשוואתי אצל משפטנים אוסטרים וגרמנים שהיגרו למדינות אלה לפני מלחמת־העולם השנייה? ראו, Allan E. Fransworth "Modernization and Harmonization of Contract Law: An American Perspective" 8 *Unif. L. Rev.* (2003) 97, 99: "The UCC (Uniform Commercial Code), along with our Restatements, has given us a system of common law that seems less startlingly different from Continental European legal systems than does English common law"

117 Jürgen Basedow "The Renaissance of Uniform Law: European Contract Law and Its Components" 18 *Legal Stud.* (1998) 121, 127

לחיווק דבריהם של התומכים בקירוב בין שיטות המשפט, שכן זו נתפסת כשיטת משפט מעורבת.<sup>118</sup>

לדידם, ניתן אומנם להקדים ולשאול אם תרבות בכלל, ותרבות משפטית בפרט, עומדות בפני עצמן או שהן נבלעות ממילא במבנה החברתי-הפוליטי-הכלכלי שבמסגרתו המשפט פועל. שכן התבוננות חטופה בחברות המודרניות של העולם מגלה כי שונות או דמיון במבנה החברתי-הכלכלי-הפוליטי – ולא התרבות במובן של ערכים ויחס לחברה בכללותה ולציבור המשפטנים ועורכי-הדין בפרט – היא האחראית לדמיון ולשוני בין שיטות המשפט ולקביעה אם ניתן ללמוד משיטת משפט אחת דבר-מה לצורך אימוצו בשיטת משפט אחרת אם לאו. לגישתם, התשובה לשאלה מה ניתן למשפט ולשיטת המשפט את המאפיינים הייחודיים שלהם נמצאת אי-שם בין תפיסתו של מונטסקייה את המשפט כתוצר של כוחות תרבותיים לאומיים לבין התפיסות המודרניות של העוסקים במשפט השוואתי המדגישות את חשיבותה של הסביבה הפוליטי-החברתית. כך, היסטוריונים העוסקים במשפט השוואתי, ומשפטנים הדוגלים בורם המרכזי של משפט השוואתי, משתמשים במונח "מסורת משפטית" במובן שבו סוציולוגים משתמשים במונח "תרבות משפטית". הם מגדירים תרבות משפטית ככוללת: יחס היסטורי לטבע המשפט, תפקיד המשפט בחברה ובמשטר, אופן ארגונה ותפקודה של המערכת המשפטית, והדרך שבה המשפט נעשה, לרבות הדרך שבה מן הראוי שיעשה, יילמד וישתכלל. צירופם של מרכיבים אלה הוא המלמד על פוטנציאל הקירוב בין שיטות המשפט. כך, הנטייה הנוכחית לעבר אירופיזציה ואפילו גלובליזציה של מדינות המערב מתבססת לדעתם על מבנה חברתי-כלכלי זהה.<sup>119</sup> דבר זה הופך את האיחוד המשפטי לאפשרי ואף לרצוי.<sup>120</sup>

מעבר לכך, יש הרואים את ההרמוניזציה של הדין הפרטי כמתחייבת מתהליך ההרמוניזציה שאירע במשפט הציבורי ומקימן של זכויות אדם אחדות: הואיל והתרופות שהמשפט הפרטי של מדינות מסוימות מציע בגין הפרת זכויות אדם הינן נדיבות יותר מאלה הניתנות על-ידי מדינות אחרות, יש צורך בהרמוניזציה שתבטיח מתן יחס שווה

118 אהרן ברק "שיטת המשפט בישראל – מסורתה ותרבותה" הפרקליט מ (תשנ"ב) 197.

119 שאלה נפרדת היא אם האיחוד של המשפט הפרטי צריך להיות מוגבל רק לאירופה. מובן שיש התקדמות מתמדת לכיוון של אינטגרציה מוגברת באירופה, אך זו אינה המגמה היחידה כיום, ואולי אף לא המגמה העיקרית. אם יש צורך בכללים אחידים כדי להבטיח את הסחר, ספק אם כללים אלה צריכים להיעצר בגבולות אירופה. קיימת מגמה של גלובליזציה כלכלית, אשר מתחזקת לנוכח קיומו של האינטרנט והתפתחותה של הכלכלה החדשה. אכן, עד להגייט הרעיון בדבר איחוד המשפט הפרטי באירופה, נעשו נסיונות ההרמוניזציה דווקא במישור העולמי. ראו: United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG), שעליה חתומות המישים ושומונה מדינות, נגיש ב- [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html) (12.4.2006); UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 1994, נגיש ב- <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf> (12.4.2006).

John H. Merryman "On the Convergence (and Divergence) of the Civil Law and the 120 Common Law" 17 *Stan. J. Int'l L.* (1981) 357.

לאזרחי אירופה במתחם הגיאוגרפי של האיחוד האירופי.<sup>121</sup> אלה הגורסים כך מחזקים את טיעונם באומנם שיצירת קודקס מקורי חדש תאפשר לקהילה להתחמק מסוגיית התחרותיות בין המדינות, ומן הצורך ליתן תשובה לשאלה אם התוצר הסופי של הקודקס מבטא ייצוג תרבותי-משפטי מספק של כל מדינה ומדינה.<sup>122</sup> לדידם, השינוי הזהותי המשמעוטי אירע בקירוב המשפט הציבורי, והאחדת המשפט הפרטי הינה תוצאה נגזרת מתבקשת. עוד הם טוענים כי השונות בין שיטות המשפט אינה רלוונטית, שכן שיקולים חברתיים-פוליטיים ודמיון מוסדי הינם מרכיבים שחשיבותם רבה יותר.

במילים אחרות, לדעת המתנגדים לביקורת, הדרך להתגבר על הבעיה האפיסטמולוגית היא יצירת מוסדות משותפים לחקיקה, לשפיטה ולחינוך משפטי. מוסדות כאלה כבר עומדים לרשות הקהילה האירופית.

### 3. לקחים משיטת המשפט הישראלית

כאמור לעיל, למרות העדרה של תשתית תיאורטית לניתוח חשיבותה של הקודיפיקציה האזרחית בשיטת המשפט הישראלית, דומה שיש תמימות-דעים כי חרף תהליך הקודיפיקציה נותר עדיין תפקיד רחב-היקף לבתי-המשפט ביצירת הדין האזרחי של שיטת המשפט הישראלית.<sup>123</sup> מאוטנר מציין כי "...תורת-משפט שתפותח לצורך הפעלת החקיקה האזרחית החדשה שלנו, ושתציב את בתי-המשפט במרכז מעשה הפיתוח של המשפט – תעלה בקנה

121 לדוגמה, הזכות לפרטיות מוגנת בצורות שונות בשיטות השונות, מידת ההגנה על הזכות לשם טוב שונה משיטה לשיטה, וקיימת גם שונות בדבר הזכות לפיצויים בגין סנקציות מנהליות לא-פרופורציונליות שהוטלו בגין פעולות מנהליות חוקיות. על הקשר בין המשפט הפרטי לזכויות האדם ראו גם: Oliver Gerstenberg "Private Law and the New European Constitutional Settlement" 10 *Eur. L. J.* (2004) 766.

122 כך, לדוגמה, קבעה ה-Lando Commission בדברי ההקדמה שלה ל-Principles of European Contract Law, המשמשים מעין הצעת חוק לדיני חוזים אירופיים: "The principles are designed primarily for use in the Member States of the European Union. They have regard to the economic and social conditions prevailing in the Member States. The Commission on European Contract Law has therefore drawn in some measure on the legal systems of every Member State. This does not, of course, imply that every legal system has had equal influence on every issue considered. In fact no single legal system has been made the starting point from which the Principles and the terminology which they employ are derived. Nor have the draftsmen of the Principles seen it as their task to make interpolations or compromises between the existing national laws, except as is necessary in order to weld the Principles into a workable system"

123 דפנה ברק-ארז "הקודיפיקציה הישראלית בראי דיני החוזים" עיוני משפט כב (תש"ס) 793, 814.

אחד עם התפישה הכללית של תורת המשפט המקובלת בשיטתנו".<sup>124</sup> או בלשונו של ברק, "בקודקס האזרחי הביע המחוקק אמון בשופט".<sup>125</sup> דויטש מדגיש כי לנוכח השיטתיות בקודקס והתאמתו למגמות מודרניות במשפט, יהיה בו כדי לחזק במידה לא-מבוטלת את מהימנותה של החקיקה כמקור השראה לפתרון סוגיות אשר אינן מוסדרות בה או טעונות פרשנות. אם כיום קשה לא אחת לייחס למחוקק הנחיה מודעת לכיוון ברור של מדיניות כוללת, ובית-המשפט הוא שנדרש לעצב מדיניות כזו, מצב-הדברים עשוי להשתנות במידה מסוימת בעקבות חקיקת הקודקס. נראה כי יתרחש שינוי, אף אם מתון, במשקלם היחסי של כל אחד משני המוסדות – המחוקק ובית-המשפט – ביצירת המשפט. נוסף על כך, במונחים של תרבות המשפט, תוביל חקיקת הקודקס את המשפטן הישראלי לתפיסה רחבה וכוללת של המשפט האזרחי.<sup>126</sup> עם זאת, אפילו דויטש מציין כי אין לראות בקודקס מכשיר שיהיה בו כדי לשנות באופן קיצוני את תרבות המשפט הישראלית, אשר תמשיך להישען על "מודל מעורב" של יצירת משפט על-ידי חקיקה ופסיקה גם-יחד. הקודקס לא יהפוך את תרבות המשפט הישראלית לתרבות דוגמת זו הקונטיננטלית, שבה מעמד הפסיקה כיוצרת משפט הוא מוחלש. שינוי תרבותי מעין זה מחייב שינויים חברתיים ופוליטיים (במובן הרחב של המושג), אשר לא יתרחשו מאליהם כתוצאה מחקיקת הקודקס. דויטש גם מוסיף ניתוח ערכי לתיאור זה, בקובעו כי שינוי במעמד השופטים אינו ראוי לגופו, בהיות שיקול-הדעת השיפוטי ערובה חיונית לאיזון נאות בין צדק לבין ודאות משפטית.

אם עמדת המשפט הישראלי אכן משקפת את אופן קליטתם של קודקסים בשיטות משפט מעורבות,<sup>127</sup> אזי יש בכך כדי לחזק את אלה המבקרים את תהליך הקודיפיקציה באירופה, שכן לא מתרחשת הרמוניזציה אמיתית בין שיטות המשפט. מעבר למחלוקת האידיאולוגית סביב השאלה אם אופן קליטתו של הקודקס בישראל משקף את התנהגותו הצפויה של המשפט האנגלי ביחס לקודיפיקציה האזרחית האירופית, השונות במנטליות המשפטית בין המדינות השונות תעורר את בעיית ההנהגה של סטנדרטים אחידים באיחוד האירופי. ניתן לומר בהכללה כי עורכי-דין משיטת המשפט האזרחי של מדינות היבשת ימשיכו ללכת בעקבות הגישה העקרונית, בעוד שעורכי-דין ושופטים מהמשפט המקובל ימשיכו להחיל, להבין ולהתמודד עם הקודקס על-פי גישת התקדימים, ולכן איחוד וחליפין בין שיטות המשפט המקובל והקונטיננטלית לא יתקיימו מטעמים אפיסטמולוגיים. טענה זו נתמכת כאמור בהתבוננות על שיטת המשפט הישראלית.

זה המקום לציין כי יש כאלה באירופה המעריכים כי הקודקס אומנם לא יביא באופן מיידי לידי אחידות, הואיל והוא יפורש בצורה שונה על-ידי מדינות בעלות תרבות משפטית שונה, אולם ככל שיחלוף זמן ותיווצר תרבות אירופית משותפת (במסגרת

124 מאוטנר, לעיל הערה 96, בעמ' 345.

125 ברק, לעיל הערה 21, בעמ' 149.

126 דויטש, לעיל הערה 14, בעמ' 23.

127 ראו: Leslie Scarman "Codification and Judge-made Law: A Problem of Coexistence"

42 *Ind. L. J.* (1966) 355



דיונים אקדמיים, חינוך, ספרי לימוד משותפים וכדומה), ובמיוחד ככל שיהיה בית-משפט אחיד – בית-המשפט של הקהילה – אשר יפקח על תחולתו הישירה ויישומו האחיד של הקודקס,<sup>128</sup> תלך השונות ותפחת.<sup>129</sup>

בכך אנו חוזרים כאן כמובן לשאלת "מיליון הדולר" של אירופה, שאלה נידרש אך בקצרה, והיא עד כמה כינונו של קודקס אורחי אירופי נועד להגשים את המטרה של החדרת אחידות ולכידות לשיטת המשפט האירופי. במאמר מוסגר יצוין כי בספרו של דויטש ניתן למצוא את ההנחה הבסיסית שהצלחתו של הקודקס תיבחן לאור השאלה עד כמה הוא יצליח להחדיר לכידות לשיטת המשפט הישראלית. באירופה הדעות בדבר נחיצותה של האחדה חלוקות. מחברים הדנים בשאלה זו מנקודת-המבט של היעילות הכלכלית טוענים כי אי-אפשר להוכיח בוודאות שקודיפיקציה הינה תהליך יעיל יותר בהשוואה למצב שבו קיימת שונות במשפט הפרטי של המדינות השונות.<sup>130</sup> Grundmann ו-Kerber, למשל, קובעים שחוק אחיד מקטין אומנם את עלויות המידע באופן משמעותי בהשוואה למצב של שונות בדינים, אולם אם מביאים בחשבון גם את הוצאות העסקה הפוליטיות, אזי מידת יעילותו של הקודקס לוטה בערפל: מצד אחד, הוצאות העסקה קטנות בשל העובדה שיש רק גורם פוליטי אחד; אולם מן הצד האחר, הוצאות המיקוח עלולות להיות גבוהות יותר כאשר הוא נעשה מול סמכות מרכזית, ולא מול סמכות מקומית, הואיל והסמכות המרכזית תביא בחשבון במסגרת שיקוליה אינטרסים טרוגניים ולכן יהיה קשה יותר להגיע להסכמה.<sup>131</sup> לפי Van den Bergh, התומכים בחקיקה אחידה מתעלמים מיתרונות הגיוון ומן העלויות

128 תפקידו של בית-משפט האירופי יתחזק באופן משמעותי בעקבות קודיפיקציה, שכן הוא יהיה הפרשן המוסמך ללא עוררין של הקודקס האורחי. אשר על-כן יתמוך מוסד זה בוודאי בחקיקת קודקס, ורצוי קודקס מופשט שיכלול את עקרונות-היסוד של השיטה וכן מונחי-הססתום כלליים. מונחים כאלה יעוררו שאלות ספציפיות, ובית-המשפט הוא שידרש ליצוק תוכן קונקרטי לתוכם. אשר על-כן, קודיפיקציה תסייע בהרחבת סמכויותיו של בית-המשפט. לא רק שהוא ייהפך לפרשן האולטימטיבי של המשפט האורחי, הוא גם יפקד על פיתוחו העתידי. מאידך גיסא, בתי-המשפט הלאומיים (במיוחד ערכאות שאין אחריהן ערעור) יתנגדו בוודאי לקודיפיקציה כזו, שבעטייה יאבדו את מעמדם כליל או לפחות תפחת חשיבותם, שכן בדין האורחי הם לא יהיו הסמכות האחרונה בפרשנות החוק. לדיון עקיף בעניין זה ראו: Gerrit Betlem "Torts, a European *Ius Commune* and the Private Enforcement of Community Law" 64 *Cambridge L. J.* (2005) 126; Klaus P. Berger "Auf dem Weg zu einem Europäischen Gemeinrecht der Methode" *Z. Eu. P.* (2001) 4, 17

129 Martijn W. Hesselink "The Principles of European Contract Law: Some Choices" ראו: *Made by the Lando Commission* 1(1) *Global Jurist Frontiers* (2001) Article 4

130 הנציבות האירופית שואפת להצדיק חקיקת קוד אורחי אירופי בטיעון כי הדבר יוביל להפחתת עלויות עסקה.

131 Stefan Grundmann & Wolfgang Kerber "European System of Contract Laws: A Map for Combining the Advantages of Centralised and Decentralised Rule-making" in *An Academic Green Paper of European Contract Law* (The Hague, Stefan Grundmann & Jules Stuyck eds., 2002) 295, 300

של תהליך ההרמוניזציה.<sup>132</sup> Kirchner מציין שדין אחיד מפחית אומנם את ההוצאות הואיל והוא מפשט את ההליכים, אולם לטענתו, גם אם יחוקק קוד אורחי אירופי, עדיין לא יהיה זה הדין היחיד השולט, שכן יש להביא בחשבון גם את הוראות ה־unidroit, ה־lex mercatoria, וה־CISG.<sup>133</sup> ניתן לגזור מכך מסקנה כפולה: ראשית, הפחתת הוצאות העסקה תצלח רק אם הקודקס יתבסס על קובץ עקרונות משותפים וזהים לכל אירופה.<sup>134</sup> זו נקודת מוצא בסיסית שחייבת להתקיים כדי להשיג את המטרה של אכיפה אחידה של הקודקס בכל שיטות המשפט. בלא תנאי בסיסי זה ייכשל הקודקס ברמה היישומית, הואיל והמדינות כבר פיתחו לעצמן שונות קונספטואלית וערכית. שנית, יש צורך לשמור על הפלורליזם התרבותי־הערכי הקיים כבר באירופה, ואף הקודקס צריך להביא בחשבון ערך זה של פלורליזם ולשמרו.<sup>135</sup> הדבר חשוב במיוחד לנוכח הרגישות התרבותית שאירופה הולכת ומגלה כלפי המדינות השונות בכלל וכלפי שיטת המשפט המקובל בפרט.<sup>136</sup> מובן שאלה מסקנות נוגדות, ולא ברור עדיין כיצד ניתן ליישב ביניהן.

לעומת הדוגלים בניתוח כלכלי של המשפט, יש המדגישים את המטרה הפוליטית ביצירת משפט אורחי אחיד. לדידם, מדובר למעשה בבחירה פוליטית בין עקרונות של שוק חופשי לבין תמיכה בהתערבות המדינה, בהסדרה (רגולציה) ובחלוקה מחדש.<sup>137</sup> כך,

132 ראו: Roger Van den Bergh "Forced Harmonization of Contract Law in Europe, Communication from the Commission on European Contract Law" in *An Academic Green Paper of European Contract Law* (The Hague, Stefan Grudmann & Jules Stuyck eds., 2002) 249, 254: "Differences in legal rules allow to satisfy a greater number of preferences and allow for learning process. To the costs caused by the loss of their advantages must be added the administrative costs of harmonization, which may also be substantial"

133 ראו: Christian Kirchner "A 'European Civil Code': Potential, Conceptual, and Methodological Implications" 31 *U.C.D. L. Rev.* (1998) 671, 682

134 ראו: Ugo Mattei *The European Codification Process: Cut and Paste* (The Hague, 2003) 5: "I submit that the best transaction-cost reducing codification is the one that is able to verbalize and codify what is already common in the law of as many of the member states as possible"

135 ראו: Ugo Mattei "Basic Issue for Private Law Codification in Europe: Trust" 1(1) *Global Jurist Frontiers* (2001) Article 5 יש הטוענים שזו הדרך שבה הלך בית המשפט בפסק־הדין בעניין *Joined Cases C-267/91 and C-168/91 Criminal Proceedings against Keck and Mithouard*, [1993] ECR I-6097, שממנו עולה כי שוק משותף, לדעת בית המשפט, אין משמעותו ביטול השונות המשפטית בין שיטות המשפט השונות, אלא פיתוח כללי משפט מתחרים. ראו: Zenon Bankowski & Emiliios Christodoulidis "The European Union as an Essentially Contested Project" 4 *Eur. L. J.* (1998) 341, 345

136 ראו: Legrand, *supra* note 74

137 ראו: Duncan Kennedy "Form and Substance in Private Law Adjudication" 89 *Harv. L. Rev.* (1976) 1685, 1713

לדוגמה, בדיני החוזים הבחירה היא בין שתי מערכות ערכיות: מצד אחד, האוטונומיה של הרצון הפרטי, אינדיווידואליות, רציונליזם (קנט) והאידיאולוגיה החברתית של הקפיטליזם והליברליזם הימני, שביטוייהם המשפטיים הם "הרצון החופשי", "ודאות", "הסתמכות עצמית" ו"תחרות"; ומן הצד האחר, האידיאולוגיה של הסולידריות (אלטרואיזם), שמשויכת מבחינה אידיאולוגית למרקסיזם ולסוציאליזם השמאלני, ואשר באה לידי ביטוי מבחינה משפטית ברעיונות של "הגנה", "הגינות", הסדרה וכדומה. כך, רבים מן הכללים המנדטוריים של דיני החוזים נועדו להגן על צדדים חלשים בעסקה, ולמנוע מה שנחזה כחוסר צדק כלפיהם.<sup>138</sup>

אם מטרתם של דיני החוזים של הקהילה האירופית היא רק לשפר את תפקודו של השוק המשותף, אזי הם יבוססו על אידיאולוגיה של *laissez-faire* ועל אוטונומיה של הרצון החופשי, אשר תשאף להגביל כמה שפחות את אכיפתו של החוזה. אולם הדינים הלאומיים בתחום דיני החוזים משקפים את העובדה שאנשים אינם פועלים תמיד באופן רציונלי, גם כאשר ניתן להם מלוא המידע. בתי-משפט באירופה נחלצו לעזרתם של אנשים אלה, במסווה של דוקטרינות בדבר "תום-לב", "ניצול לרעה של זכויות" ו"אחריות מוחלטת", שהגבילו את חופש החוזים. הם הטילו חובות אלטרואיסטיות על בני-אדם, כגון חובות זהירות, חובות של שיתוף-פעולה, חובות של הספקת מידע וחובות נאמנות – כל זאת לא רק ביחס לצרכנים או לצדדים חלשים, אלא גם בחוזים מסחריים טהורים. התערבויות אלה מצד בתי-המשפט מבוססות לרוב על תיאוריות חברתיות סוציאליסטיות ועמדות פטרנליסטיות. כל מדינה אירופית איזנה עד היום בין שיקולים אלה באמצעות המשפט הפרטי שלה, ואין ספק שגם הקודקס האירופי יצטרך להכריע כיצד לאזן בין שני וקטורים מנוגדים אלה.<sup>139</sup> יש המציעים כי הקוד האירופי לא יכריע בין אינטרסים מתחרים ומנוגדים אלה של אוטונומיה וסולידריות, אלא ישלבם.<sup>140</sup> שוב, דומה כי גם במישור הפוליטי ההכרעה נדחית לשלב מאוחר יותר.

#### 4. הצעת פתרון אפשרי למחלוקת בין אחידות לפלורליזם

##### (א) ייחודו של המשפט הפרטי לעומת המשפט הציבורי

כל הטיעונים שהוצגו עד עתה מדגישים למעשה את המנטליות הציבורית של המשפט הפרטי, המבוססת על מבנה כוחני מוגדר ומדרגים ריכוזיים. התברה מוגדרת "מלמעלה

138 להחלת העקרונות הנ"ל בתחום דיני הניזקין ראו: Koch, *supra* note 12, at p. 193; Wagner,

*supra* note 49, at p. 1301.

139 לחששות בדבר האופן שבו יידרש משפט הקהילה לפיתוחים המורכבים המצויים בשיטות

המשפט הלאומיות, ראו: Thomas Wilhelmsson "Varieties of Welfarism in European

Contract Law" 10 *Eur. L. J.* (2004) 712, 726.

140 ראו: Hesselink, *supra* note 22.

למטה", ומחייבת ציות לכללים אחידים ומדויקים. זו תפיסתו של איש המשפט הציבורי – לדידו יש תמיד רק מדינה אחת, ריבון אחד ודין אחד אשר מוחל באופן אחיד בטריטוריה של המדינה.<sup>141</sup> השימוש בכוח כאמצעי לאכיפת הציות למערך כללים אחד זה הינו נושא רב-חשיבות במשפט הציבורי. אולם במקום שבו המשפטן הציבורי רואה מדרגים, המשפטן הפרטי רואה מערך כוחות ומערכות יחסים ללא מנהיגות מבוזרת. במקום שבו המשפטן הציבורי רואה את החברה כנתון ומנתח את המבנה שלה, המשפטן הפרטי רואה את יצירתה כפרי של טרנסקציות בין אנשים פרטיים. בעוד המשפטן הציבורי דן בשאלת הלגיטימיות של השימוש בכוח, המשפטן הפרטי מדגיש את שיתוף-הפעולה בין שוויים. לגבי המשפטן הציבורי, "ניצחון" פירושו השתלטות על היריב וחיסולו, תוך כפיית משפטו שלו עליו, כך שהתוצר הסופי יהיה גרסה מורחבת יותר של עמדת-המוצא שלו. אינטגרציה לגביו היא השלטת מודל אחד על אחר, שתוצאתה ישות הומוגנית. המשפטן הפרטי, לעומת זאת, רואה הצלחה דווקא בשינוי רסיסים משפטיים. יעדו הסופי הוא מערכת דינמית שבה הצד האחר נטמע, ולא מחוסל, ושבה גם תרבותו שלו משתנה בעקבות התהליך. מאזן דינמי שבו אנשים פרטיים משנים או מאשרים באופן מתמיד את תרבותם הוא תוצאה מבורכת מנקודת-מבטו של איש המשפט הפרטי.

האינטגרציה האירופית נתפסת באופן מסורתי כסוגיה של איחוד "מלמעלה למטה" וכעניין למשפט הציבורי. אשר על-כן, גם הצעת החקיקה האזרחית נעשית ברוח אותה מסורת, כאשר המוסדות המחוקקים שואלים את עצמם מהי החקיקה האידיאלית וכיצד הרשות המבצעת והרשות השופטת יאכפו אותה. חקיקה כזו תבטא רק קשר חלקי לחקיקה הלאומית. גם התומכים בחוק אחיד אירופי וגם המתנגדים לו מדברים על אינטגרציה של המשפט הפרטי, ולא על אינטגרציה דרך המשפט הפרטי.

יש הטוענים, מאידך גיסא, שהאינטגרציה של המשפט הפרטי צריכה להיעשות "מלמטה למעלה". היא אינה תוצר של האיחוד האירופי, אלא שיקוף של תרבותו. לדידם, חברות מתגבשות על בסיס קשרים הנוצרים בין אנשים פרטיים, והמשפט הפרטי הוא דרך של תקשורת בין אנשים פרטיים. אולם המשפט הפרטי, בניגוד למשפט הציבורי, מניח גם קיומן של טעויות. לכן קיומן של אי-הבנות בין הכפופים לשיטות משפט שונות אינו מחייב מסקנה בדבר אי-קיומה של קהילה. אליבא דגישה זו, אשר מתיישבת גם עם תיאוריות מודרניות של דמוקרטיה דליברטיבית,<sup>142</sup> הלגיטימיות של החקיקה אינה באה מלמעלה בלבד, אלא – ואולי בעיקר – מלמטה. כך שנוסף על הלגיטימיות הנובעת מלמעלה, חקיקה שיפוטית הינה הכרחית לצורך קידומו של שיח פלורליסטי שיגביר את הלגיטימיות

141 כך נתפס כיום, למשל, אופן עבודתה של קבוצת המומחים העוסקת בהרמוניזציה של דיני הנוזיקין באירופה, דהיינו, כניסיון ליצור דין אחיד נורמטיבי לתחום דיני הנוזיקין. ראו: Wagner, *supra* note 49, at p. 1282.

142 Christian Joerges "On the Legitimacy of Europeanising Europe's Private Law: 142 Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (*Justum Facere*) for the EU Multi-Level System" in *Towards a European Civil Code*, *supra* note 34, at p. 159.

הדמוקרטיה של הליך החקיקה. יתרה מזו, בהעדר מחוקק מלא במישור האירופי, חקיקה שיפוטית מסמלת בתחומי משפט אחדים ביטוי קיים וחיוני לדמוקרטיה הדליברטיבית.<sup>143</sup> Legrand דוגל בתפיסה כי לא תיתכן הבנה מושלמת בין שיטות משפט זרות. מכאן הוא מגיע למסקנה שלא תיתכן הבנה משפטית חוצת-תרבויות, ועל-כן לא תיתכן גם סינתזה אמיתית בין שיטות המשפט האירופיות אשר תיצור קהילה אירופית אורחית. Legrand מתבונן על המשפט הפרטי מנקודת-המבט של המשפט הציבורי, הרואה לנגד עיניו חברה המבוססת על קהילה מושלמת. אולם המנטליות של המשפט הפרטי מלמדת אותנו כי אין צורך בהבנה מוחלטת של מונחים לצורך המשגתם. הבנה חלקית היא כל אשר נדרש לצורך יצירת קהילה, ולמעשה כל אשר ניתן להשיג בין תרבויות.

תפישתו של Legrand רלוונטית למשפט הישראלי הואיל ונקודת המוצא שלו היא נקודת מוצא "מדינתית". הוא תופס את אופן איחודו של המשפט הפרטי באירופה כמונולית וכהומוגני בהכרח, ומבטא דעות נגד ובעד האפשרות של יצירת משפט אחיד כזה. מנקודת-מבט מסורתית של המשפט הציבורי, הוא טוען למעשה שיתכן רק ריבון אחד במדינה (קהילה) אחת. תפיסה זו, המכונה גם "the monocular vision of Europe",<sup>144</sup> באה לידי ביטוי גם בפסק-הדין של בית-המשפט לחוקה הגרמני בעניין Brunner.<sup>145</sup> במקרה זה שלל בית-המשפט הגרמני את סמכותו של בית-המשפט של הקהילה האירופית להיות הפוסק האחרון בקביעת היקף סמכויותיה של הקהילה, בשל העובדה שברמה הכלל-אירופית טרם נוצר demos הומוגני, כפי שקיים בכל אחת ממדינות האיחוד. במילים אחרות, תיאוריית האיחוד שבה תמך בית-המשפט לחוקה הגרמני נשענה על המודל של מדינה לאומית. מפסיקת בית-המשפט לחוקה הגרמני משתמע כי ביום שבו ייווצר demos אירופי, יועברו סמכויות ההכרעה האולטימטיביות לבית-המשפט של הקהילה.<sup>146</sup>

אולם אין זה האופן היחיד שבו ניתן להתבונן על קהילה. ניתן לראות קהילה כמערך של כללים נורמטיביים שקשורים זה לזה מבלי שלאחד מהם יינתן מעמד נורמטיבי פריבילגי, ואשר מצויים בתהליך של שינוי מתמיד. זו הפרספקטיבה של המשפט הפרטי, אשר מתבונן על הקהילה כעל מערכת מבוזרת, שבה כל שיטת משפט משפיעה על חברותיה ומושפעת מהן.<sup>147</sup> הדדיות זו היא אשר יוצרת את האיחוד.<sup>148</sup> במובן זה הזהות האירופית אינה מוגדרת,

143 להשפעת המימד הבין-לאומי על סיכויי היווצרותו של ius commune ראו: Kenny, *supra* note 20, at p. 738.

144 ראו: Neil MacCormick "Beyond the Sovereign State" 56 *Mod. L. Rev.* (1993) 1. 145 ראו: Manfred Brunner and Others v. The European Union Treaty [1994] CMLR 57 (Germany).

146 ראו: Bankowski & Christodoulidis, *supra* note 135.

147 ראו: Miguel P. Maduro "Reforming the Market or the State? Article 30 and the European Constitution: Economic Rights and Political Freedom" 3 *Eur. L. J.* (1997) 55.

148 ראו: "Legal pluralism is the key concept in a post-modern view of law. Not the legal pluralism of traditional legal anthropology in which the different legal order are conceived as separate entities coexisting in the same political space, but rather the conception of different legal spaces superposed, interpreted and mixed in our minds

וכל יישום חדש, כל החלה נורמטיבית חדשה וכל התאמה חדשה של מערך הספרות הנורמטיביות עשויים לשנותו. לאלה המתבוננים על האיחוד מפרספקטיבה סוציולוגית זו (של המשפט הפרטי),<sup>149</sup> אינטראקציה בין שיטות המשפט הפרטי שאינה מוכתבת מלמעלה, אלא נוצרת כתוצאה משיח בין הרובד הלאומי לרובד הקהילתי, היא בבחינת תנאי מוקדם ליצירת מבנה שעליו יהיה אפשר לבסס את האיחוד האירופי המובוליטי.<sup>150</sup>

### פרק ו: הביקורת נגד כינונו של קודקס אירופי: רובד III – השפעת תהליך הקודיפיקציה על התרבות הפוליטית

הרובד השלישי נוגע בטענה שקיים נתק בין ה"חברה" ל"מדינה" באיחוד האירופי, ולכן גם בין חירויות כלכליות לזכויות פוליטיות, או במילים אחרות – בין אזרחות השוק לאזרחות הפוליטית. ברם, פן זה נופל הרחק מתחום אפשרות ההשוואה בין שיטת המשפט של הקהילה האירופית לבין שיטת המשפט הישראלית, ולכן לא נעסוק בו. לנוכח ייחודו לאיחוד האירופי, נאמר רק שיש האוחזים בדעה כי אירופה לא נהפכה מעולם ל"שוק משותף ללא מדינה", כפי שהיה אפשר לחשוב לנוכח החוקה הכלכלית העל-לאומית שנוסחה לה, והיא גם רחוקה מלהיות "מדינת רווחה אירופית". היא אינה מקיימת אינטגרציה חברתית במובן

as much as in our actions." Boaventura de Sousa Santos "Law: A Map of Misreading .Toward a Postmodern Conception of Law" 14 *J. L. Soc'y* (1987) 279

149 ראו: "Study Group on Social Justice in European Contract Law" 10 *Eur. L. J.* (2004) 653; Thomas Wilhelmsson "Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation?" 10 *Eur. Rev. Private L.* (2002) 77, 84 יש המציגים חלופה זו תוך שימוש בפרספקטיבה הכלכלית. לדידם יש להותיר את התפקיד של עיצוב נורמות אזרחיות לבתי המשפט הלאומיים. הכרעת השופטים נתפסת כעדיפה הואיל והם קרובים יותר מאשר המחוקק לתרבותם, אשר עתידה להיות מושפעת מקביעת הנורמות האזרחיות. דבר זה מוביל לטענה כי ניתן בהחלט להשיג יתר לכידות במשפט האזרחי האירופי, אלא שיש להשיגה באמצעות התפתחות אורגנית, קרי, בהתקדמות מלמטה למעלה, ולא מלמעלה למטה. הדרך הטובה ביותר להשיג זאת היא תחרות בין כללים שונים. בנסחם כללים על-גבי כללים, הנובעים ממקרים משפטיים שונים, וביצורם "שוק של תרבויות משפטיות", בתי המשפט הלאומיים מאפשרים לכלל הטוב ביותר לגבור ולהשתלט. התפתחות זו משאירה מקום לאפשרות שלעיתים לא תיווצר אחדות. ההנחה היא שלא ראוי ליצור אחדות מקום שהגיוון והשונות עדיפים. האחדה נתפסת כחיובית כל עוד קיימת תשתית המאפשרת שינוי משפטי לעבר אחדות. מובילי המהפכה מלמטה יהיו כמובן השופטים. הם המוכשרים ביותר למצוא באילו תחומים ראוי להנהיג אחדות ובאילו תחומים עדיפה השונות. ראו: Ugo Mattei "Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics" 14 *Int'l Rev. L. Econ.* (1984) 3

150 ראו: Schäfer & Bankowski, *supra* note 88.

התרבותי, דהיינו, פרטים או קבוצות אינם יכולים למצוא באיחוד האירופי של היום מענה לשאלה מי הם או מה הם מעוניינים להיות, והיא אינה מקיימת אינטגרציה חברתית במובן הפוליטי, הגשענת על נורמות חוצות-תרבות ועל עקרונות אוניוורסליים.<sup>151</sup>

## פרק ז: סיכום

אחת השאלות החשובות בתהליך הקודיפיקציה היא כיצד ייבחר המודל הראוי לקודקס. יש הרואים בהקשר זה את המשפט ההשוואתי ככלי בעל חשיבות אסטרטגית מהמעלה הראשונה. זאת, מאחר שהמשפט ההשוואתי מהווה מתודה שימושית להכרעה בשאלות הנוגעות בהיקף החקיקה, בתפקידם של שתלים משפטיים, בפיתוח המשפט וביצירת רפורמות להגשמת המטרה של יצירת אחידות משפטית, השלטת עקרונות וסטנדרטים אחידים של צדק, והשגת מטרת הומניות, כלכליות וחברתיות.

במאמר זה התחקיתי אחר האפשרות של הסקת מסקנות הדדיות מתהליך הקודיפיקציה המתרחש במדינת-ישראל ובאיחוד האירופי. הניתוח המוצג לעיל מוביל למסקנה כי בגבולות מסוימים (השפעת הקודיפיקציה על שיטת המשפט המקובל) ניתן להסיק לקחים משותפים ולצפות להפריה הדדית בין שיטות המשפט השונות, אך מעבר לגבולות אלה (לדוגמה, בשאלת ההשפעה של תהליך הקודיפיקציה על הזהות התרבותית של שיטות המשפט השונות) השוני בין שיטת משפט יוניטרית לבין שיטת משפט קהילתית הינו כה מהותי, לעניין המטרות ששיטות משפט אלה נועדו להגשים, שיש בו כדי לרוקן את ההשוואה מכל תוכן ומשמעות.

ודוק, אי-אפשר לדבר כידוע על תרבות בכלל, ועל תרבות משפטית בפרט, רק על-סמך מה שהעין רואה. תרבות משפטית אינה רק "מציאות אמפירית", אלא גם "משמעות". אשר על-כן יש חשיבות לשיח המשפטי. לכן גם יש להדגיש שתופעות חברתיות תרבותיות אינן "מסתיימות", אלא הן לעולם תהליך מתמשך. ברי על-כן שאף השיח בדבר הלקחים ההדדיים בין שיטות משפט אלה במסגרת תהליך הקודיפיקציה טרם הגיע לקיצו.

<sup>151</sup> ראו: Joerges, *supra* note 142, at p. 165.

