

פרשנות החוזה – תורת ברק*

על "פרשנות במשפט כרך ד: פרשנות החוזה" מאת אהרן ברק¹

גבריאלה שלו**

- א. הקדמה
- ב. פרשנות החוזה – תורת ברק
 1. תורת הפרשנות הכללית של ברק
 2. פרשנות תכליתית של חוזים
 3. תכלית החוזה
 4. התכלית הסובייקטיבית של החוזה ומקורותיה
- ג. תורת ברק וביקורתה במספר עניינים
 1. מבוא
 2. תורת החוזה
 3. כוונת הצדדים ומקומה בפרשנות החוזה
 4. תפקיד בית המשפט בפירוש חוזים
- ד. סיום

א. הקדמה

הספר פרשנות החוזה הוא הכרך הרביעי מתוך שישה, בסדרת הספרים המונומנטלית פרשנות במשפט מפרי עטו של פרופסור אהרן ברק². סדרה זו היא היצירה החשובה והמקיפה ביותר שנכתבה במשפט הישראלי. היא מצטרפת לספריו ולמאמריו הרבים של ברק³ ולפסיקתו העשירה בבית המשפט העליון. לנוכח אופוס עצום, ייחודי ומרשים זה אנו עומדים משתאים ומלאי התפעלות, כמעט עוצרי נשימה, אל מול

- * גרסה מוקדמת של רשימה זו התפרסמה בהמשפט 14 (תשס"ב).
- ** פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים האוניברסיטה העברית ירושלים.
- 1 א' ברק פרשנות במשפט (תשס"א, כרך ד: פרשנות החוזה).
 - 2 ואלה הם ששת הכרכים: א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ב, כרך א: תורת הפרשנות הכללית); א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ג, כרך ב: פרשנות החקיקה); א' ברק פרשנות במשפט (תשנ"ד, כרך ג: פרשנות חוקתית); א' ברק פרשנות במשפט (תשס"א, כרך ד: פרשנות החוזה); א' ברק פרשנות במשפט (תשס"א, כרך ה: פרשנות הצוואה); א' ברק פרשנות במשפט (כרך ו: בעיות מיוחדות בפרשנות החקיקה) (טרם פורסם).
 - 3 שני כרכים גדולים, ובהם מאמרים שלו שטרם ראו אור, הופיעו לאחרונה: א' ברק מבחר כתבים (ת"ה' כהן ו' זמיר עורכים, תש"ס).

תפוקתו האדירה והמופלאה של מי שהיה ילד הפלא של המשפט הישראלי, והפך למי שמגלם עד היום באישיותו את מיטב כוח היצירה השיפוטי והאינטלקטואלי של משפטנו.

לא רק כוח היצירה והיקף הכתיבה של ברק מרשימים ומפעימים. מרשימה גם התוצאה: לנגד עינינו, משפטני הארץ הזאת, יצר ברק מבנה שלם, הרמוני ומפואר, תורה שלמה, סדורה וערוכה. ניצני תורה זו, שיבשילו פרי הילולים, ניכרים כבר בתחילת כתיבתו המדעית, בשנות השישים, ובפסיקתו המגוונת, מאז התמנה, לפני כמתצית יובל שנים, לבית המשפט העליון⁴.

בכתיבתו ובפסיקתו יצר ברק קשר הדוק ואמיתי בין העשייה לתאוריה, בין המעשה המשפטי להלכה. הוא שלימדנו כי "אין לך דבר מעשי יותר מתאוריה טובה". אחת מתרומותיו החשובות והרבות להתפתחות המשפט בישראל היא ביצירת תורה אחידה, קוהרנטית והרמונית, הניתנת ליישום בכל תחום של המשפט ובכל נושא מנושאים.

בכל כתיבתו המדעית, ובכל פסיקותיו ההלכתיות, אין ברק זונח את ראיית יער המשפט הכולל. גם כשהוא כותב על העלה, על הענף או על העץ המשפטי, הוא מודע לקיומו של היער – יער המשפט. מודעות זו מאפשרת לו, ולנו, לקיים דיאלוג משפטי מתוחכם, באמצעות מכנה משותף ושפה אחידה, מעבר לתחומי התמחות ועניין ספציפיים.

בסקירת ביקורת זו אנסה לעשות את הבלתי אפשרי: לתאר בקצרה את תורת הפרשנות הכללית של ברק ואת יישומה של תורה זו בדיני החוזים, כפי שנעשה בשבע-מאות עמודי הספר שלפנינו. לאחר מכן אציג מספר רעיונות ונושאים שברק עוסק בהם בספרו ואציע דעה שונה.

ב. פרשנות החוזה – תורת ברק

1. תורת הפרשנות הכללית של ברק

הספר פרשנות החוזה, מושא רשימתנו, מהווה – בלשונו של המחבר – "חוליה בשרשרת"⁵, כאשר השרשרת היא תורת הפרשנות הכללית מבית מדרשו של הפרופסור-השופט אהרן ברק.

תורת הפרשנות הכללית של ברק מהווה ביטוי לתפיסה אינטגרטיבית והרמונית של המשפט. תורה זו חלה על כלל הטקסטים המשפטיים – חוקי-יסוד, חוקים, תקנות, חוזים, צוואות. על פיה כל טקסט משפטי טעון פירוש, כאשר פירוש אינו אלא מתן

4 לדוגמה: בפסק דינו הראשון בפרשת בית יולס (ע"א 207/79 רביב נ' בית יולס, פ"ד לז(1) 533) מובלע הרעיון של תחולת ערכי היסוד של המשפט הציבורי (שם: שוויץ) במשפט הפרטי, נזכרת התפיסה של אחדות המשפט ללא מחיצות רעיוניות בין משפט פרטי למשפט ציבורי, ונחה כוחו הרב של עקרון תום הלב.

5 מתוך ההקדמה לספר, ברק, לעיל הערה 1, בע' 37.

מובן לטקסט. דרך הפרשנות זהה לגבי כל הטקסטים המשפטיים, ולפיה קובע הפרשן את מגוון המשמעותות הלשוניות של הטקסט, ולאחר מכן בוחר מתוכן את המשמעות המשפטית. גם שיטת הפרשנות היא אחידה ומתייחסת לכל הטקסטים המשפטיים, ולפיה כל טקסט מתפרש בהתאם לתכליתו. ניתן אפוא לכנות את תורת הפרשנות של ברק תורת הפרשנות התכליתית. תורה זו גורסת כי יש לתת לטקסט משפטי את הפירוש המקיים בצורה הטובה ביותר את תכליתה של הנורמה הטבועה בטקסט⁶. תכלית הטקסט המשפטי – התכלית הנורמטיבית – מורכבת מתכלית סובייקטיבית, הלא היא רצונו של יוצר הטקסט, ומתכלית אובייקטיבית, הלא היא "רצון השיטה" או ערכי היסוד שלה. דיני הפרשנות הכללית לפי ברק הם הדינים המאזנים בין רצון היוצר ובין רצון השיטה. נקודת האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית משתנה, אליבא דברק, על פי סוג הטקסט, מושא מלאכת הפירוש⁷. בכתיבתו על פרשנות יוצר ברק ספקטרום של טקסטים, המסודרים על פי חשיבותם ומשקלם היחסי של רצון היוצר מחד גיסא ורצון השיטה מאידך גיסא בכל אחד מן הטקסטים. בקצה אחד של הספקטרום הפרשני – הקוטב הציבורי – נמצא הטקסט החוקתי ובקצהו האחר – הקוטב הפרטי – הצוואה. בין קצוות אלה של הספקטרום נמצאים החוק לצד החוקה, והחוזה לצד הצוואה. מיקומו של הטקסט על גבי הספקטרום האמור, קרבתו אל קוטב אחד וריחוקו מן הקוטב האחר, הם הקובעים את נקודת האיזון בהכרעה בין התכלית הסובייקטיבית (רצונו של יוצר הטקסט) ובין התכלית האובייקטיבית (רצונה של שיטת המשפט). כך, בפירוש הטקסט הניצב בקצה הפרטי של הספקטרום, הצוואה, משקלה של התכלית הסובייקטיבית (כוונת המצווה) רב ממשקלה של התכלית האובייקטיבית. מנגד, בפירוש הטקסט החוקתי, הניצב בקצה האחר, הציבורי, של הספקטרום, משקלה של התכלית האובייקטיבית, הכוללת את ערכי היסוד של השיטה, הוא המכריע.

2. פרשנות תכליתית של חוזים

תורת פרשנות החוזה של ברק נגזרת מתורת הפרשנות הכללית שלו ומתיישבת עמה. חוזה, ככל טקסט משפטי אחר, יש לפרש בשיטת הפרשנות התכליתית. ביישומה לפירוש חוזים קובעת תורת הפרשנות התכליתית כי יש לתת לחוזה מובן המגשים באופן הטוב ביותר את תכליתו⁸. גם תכלית החוזה, כתכלית כל טקסט משפטי,

6 א' ברק, פרשנות כמשפט, כרך א, לעיל הערה 2, בע' 373.

7 ברק מדגים, לעיל הערה 1, את השפעת אובייקט הפרשנות על הפעילות הפרשנית באמצעות השוואה בין פרשנות חוק החוזים ובין פרשנות חוזה. שני הטקסטים מתפרשים אמנם על פי הפרשנות התכליתית, אולם נקודת האיזון בהכרעה בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית שונה: בפרשנות חוק החוזים, משקל התכלית האובייקטיבית רב ממשקל התכלית הסובייקטיבית, בעוד שבפרשנות חוזה מעמד הבכורה ניתן לתכלית הסובייקטיבית. שם, בע' 388, 54.

8 ברק, לעיל הערה 1, בע' 112.

מורכבת מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית. התכלית הסובייקטיבית של החוזה היא כוונתם האמיתית המשותפת של הצדדים⁹. התכלית האובייקטיבית של החוזה הם האינטרסים, המטרות והערכים אשר חוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים¹⁰. התכלית האובייקטיבית משקפת את הרצון ההיפותטי של הצדדים לחוזה¹¹, את רצונם כאנשים סבירים וברמת הפשטה גבוהה את ערכי היסוד של השיטה¹². נקודת האיזון בין התכליות – הסובייקטיבית והאובייקטיבית – נקבעת, לגבי החוזה כמו לגבי כל טקסט משפטי אחר, על פי מיקומו של הטקסט על גבי הספקטרום הפרשני. בספקטרום זה, שבקוטב אחד שלו נמצאת הצוואה ובקוטב המנוגד נמצאים החוקה וחוקי-היסוד, מציב ברק את החוזה קרוב לצוואה ורחוק מן הטקסט החוקתי. מיקום זה נובע מהחשיבות שמייחס ברק לאוטונומיה של הרצון הפרטי. להגנה על אוטונומיה זו משקל רב בדיני החוזים, אם כי פחות מאשר בדיני הצוואות. בדיני החוזים מצטרפים לאוטונומיה של הרצון הפרטי ערכים אחרים, כמו צדק ומוסר, ואינטרסים אחרים, הראויים אף הם להגנה, כמו הסתמכותו וציפיותיו של המתקשר השני.

האינטרס החברתי הטמון בהגנה על האוטונומיה של הרצון הפרטי בדיני החוזים בא לידי ביטוי בהגשמת רצונם המשותף של הצדדים לחוזה. זוהי התכלית הסובייקטיבית של החוזה. משקלה של תכלית זו בתרכובת של התכלית הנורמטיבית רב, הגם שהוא פחות ממשקלו היחסי של רצון היוצר בצוואה. ואילו משקלה היחסי של התכלית האובייקטיבית של החוזה, המבטאת גם את ערכי היסוד של השיטה, קטן ממשקלה היחסי בפירוש חוקים, אולם רב ממשקלה היחסי בפירוש צוואות.

גם במסגרת פרשנות החוזה נקבעת נקודת האיזון בין כוונת הצדדים ובין ערכי היסוד של השיטה, על פי המיקום של סוג החוזה העומד לדין בספקטרום הפרשני. סוגיו השונים של החוזה – חוזה אחיד, חוזה רשות, הסכם קיבוצי, חוזה יחס, חוזה מסחרי – מסודרים על פני הספקטרום האמור על פי מידת הקרבה לפרדיגמה של החוזה הרגיל, הדר-צדדי. מידת קרבה זו קובעת את כוח המשיכה וההשפעה של כוונת הצדדים ואת משקלה היחסי בתרכובת של התכלית הנורמטיבית.

3. תכלית החוזה

תכלית החוזה לפי ברק היא כאמור מושג נורמטיבי, המורכב מתכלית סובייקטיבית ומתכלית אובייקטיבית. משמעותה של תכלית החוזה היא האינטרסים והמטרות שהחוזה נועד להגשים. התכלית הסובייקטיבית משקפת את הרצון הראלי של הצדדים, לאמור: האינטרסים והמטרות שהצדדים לחוזה ביקשו להגשים באמצעות החוזה.

9 שם, בע' 405.

10 שם, בע' 531-532.

11 שם, בע' 534.

12 שם, בע' 539.

התכלית האובייקטיבית משקפת את הרצון ההיפותטי של הצדדים. למושג התכלית האובייקטיבית כמה רמות הפשטה, והוא מכיל בקרבו את רצונם המשותף המשווער של הצדדים, את רצונם המשותף הסביר ואף את ערכי היסוד של השיטה. בהתנגשות בין התכליות יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה, אולם נדרשת לשם כך הוכחה פוזיטיבית ותשתית ראייתית מלאה שתצביע על כך כי הצדדים לחוזה לא שיוו לנגד עיניהם את התכלית האובייקטיבית¹³.

4. התכלית הסובייקטיבית של החוזה ומקורותיה
 התכלית הסובייקטיבית של החוזה היא, לדעת ברק, אומד דעתם המשותף של הצדדים. מקור ראשון במעלה לאומד דעת זה הוא החוזה עצמו. דא עקא, הפנייה לחוזה כדי להתחקות אחר רצונם המשותף של הצדדים עשויה ליצור "מעגל שוטה"¹⁴: אנו פונים לחוזה כדי לדעת מהו אומד דעתם של הצדדים, ואנו פונים לאומד דעתם של הצדדים כדי לפרש את החוזה. ברק פורץ מעגל שוטה זה באמצעות תורת המעגל ההרמנויטי¹⁵: הפנייה לחוזה כדי לדעת מהו אומד דעתם של הצדדים נעשית על פי הבנה מוקדמת של הטקסט, על בסיס תפיסות תרבותיות ומשפטיות מוקדמות. אומד דעתם של הצדדים לחוזה, הלוא היא כוונתם המשותפת, קובע את התכלית הסובייקטיבית של החוזה. לתכלית זו מעמד בכורה, למצער מעמד בכורה תאורטי, בתוך התרכובת הנורמטיבית של תכלית החוזה.

בניגוד מוצהר לפסיקה שקבעה את תורת שני השלבים, קובע ברק כי על אומד דעתם של הצדדים יש ללמוד מכל הנסיבות, לרבות כמובן לשון החוזה¹⁶. תורת שני השלבים¹⁷, שלפיה נעשית הפנייה אל הנסיבות רק כאשר לא ניתן להבין את החוזה מתוכו ומתוכנו, שבקה חיים לכל חי כבר בפסק דינו של השופט ברק בע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ¹⁸. בספרו מחוק ברק במסמרים את ארון המתים של תורת שני השלבים, בנותנו גיבוש רעיוני ותאורטי לפסיקתו הקודמת. טיעונו רבים, מגוונים ומשכנעים, ולשיטתו די בכל אחד מהם כדי לבסס את ההלכה שלפיה אין אפשרות לפרש את לשון החוזה מתוך הטקסט, אלא תמיד נדרשת פנייה

13 שם, בע' 569: "רק קביעה פוזיטיבית כי אומד דעתם של הצדדים נוגדת את התכלית [האובייקטיבית] העולה מהחוקה יש בה כדי לדחות תכלית זו" (וראו גם שם, בע' 586, 602, 630, 622).
 14 שם, בע' 445.
 15 שם, שם.
 16 שם, בע' 529.
 17 שם, בע' 482.
 18 ע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265 (להלן: פרשת אפרופים).

לקונטקסט, כלומר לנסיבות¹⁹. פירוש החוזה מצריך תמיד ("בכל הנסיבות") פנייה "לכל הנסיבות". הפרשן רשאי לפנות לנסיבות גם כשלושן החוזה ברורה, תוך כדי תנועה חופשית מהלשון לנסיבות ומהנסיבות ללשון, והכול כדי לברר את כוונתם (הסובייקטיבית) של הצדדים לחוזה²⁰.

ג. תורת ברק וביקורתה במספר עניינים

1. מבוא

כמו בכל ספריו האחרים, גם בספרו פרשנות החוזה, מנהל ברק דו-שיח עם קוראיו. מי שקורא את ספריו של ברק אינו יכול להישאר אדיש או שווה נפש לדעיונותיו. הוא מאלץ אותנו לחשוב מחדש על אמיתות שהיו ברורות ולברוק מרשכות ראשונים. גם ספר זה, פרשנות החוזה, מהווה מנוע לחשיבה ביקורתית במובנה הרחב, לאמור: ביקורת הדין הקיים, ביקורת עצמית, אך גם – ביקורת הספר עצמו.

עם זאת, קשה לבקר את ברק. לא רק משום שתפיסתו שלמה, מגובשת, סדורה, הרמונית וחובקת כול, אלא גם משום שהוא עצמו מודע לקשיים ולחולשות אפשריות של תורתו ורעיונותיו, וביושרו האינטלקטואלי הוא חושף קשיים וחולשות אלה ומתמודד עמם. כל ביקורת אפשרית זוכה לתשובה עוד בטרם הושמעה ולעתים אפילו בטרם נהגתה וכל התנגדות פוטנציאלית נתקלת, ומראש, בנימוקי נגד מרשימים.

כך, למשל, הוא טוען כי שיטת הפרשנות התכליתית, השיטה שבה הוא דוגל, אינה "נקייה מפגמים". בחכמה אין הוא טוען כי זו השיטה היחידה האפשרית; טענתו יחסית בלבד: זו שיטת פרשנות "ראויה", העדיפה לדעתו על פני שיטות אחרות, והנימוקים לכך פרושים בפני הקורא.

קשה אפוא לבקר את ברק. קשה להתמודד עם תורה מגובשת ומרתקת כתורתו. קשה, בלתי אפשרי, לעשות צדק במסגרת רשימת ביקורת עם הספר העצום הזה, עם רעיונותיו של ברק ואולי גם עם דעותי שלי בסוגיית פרשנות החוזה.

חרף קשיים אלה החלטתי לבחור מעט מן הרעיונות והנושאים שברק עוסק בהם, להציגם בפני הקוראים, ולהציע – במסגרת הדיאלוג שברק מעודד והאתגר שהוא מציב בפני קוראיו – דעה שונה, לעתים שונה במקצת, לעתים שונה עד מאוד.

19 זהו הטיעון ההרמנויטי, ברק, לעיל הערה 1, בע' 505. אך ישנם עוד טיעונים רבים ושונים התומכים במה שכבר ידוע כיום כהלכת אפרופים (ראו בעמוד 500 ואילך: "הלכת אפרופים: חסרונות ומעלות").

20 שם, בע' 490 ואילך.

2. תורת החוזה

2.1. השקפת ברק

תורת החוזה היא התאוריה שביסוד דיני החוזים. היא התורה המסבירה את מהות החוזה ותפקידו בחברה. תורת החוזה משפיעה על פרשנות החוזה. "הנה כי כן", מסכם ברק, "קיים קשר פנימי חשוב בין הפילוסופיה המונחת ביסוד דיני החוזים לבין כללי הפרשנות החלים בחוזים"²¹.

תורת המשפט שמנחה את ברק, היא "תורת משפט אקלקטית", תורה המתחשבת בכל התורות כולן, תוך מתן משקל ראוי לכל אחת מהן²². מתורת משפט כללית זו נגזרת תורת הפרשנות של ברק, הלוא היא תורת הפרשנות התכליתית, המניחה ביסודה את תכלית הנורמה המתפרשת. ביישומה לדיני החוזים מכוונת תורה זו להגשים את תכליתו של החוזה, תוך התחשבות בכל התורות האחרות ותוך איזון בין צורכי הפרט לצורכי הכלל, בין היבטים סובייקטיביים להיבטים אובייקטיביים. במסגרת תורה זו ובהקשר החוזי מצהיר ברק כי תפיסתו נותנת עדיפות להיבט הסובייקטיבי, כביטוי לאוטונומיה של הרצון הפרטי, על פני ההיבט האובייקטיבי²³. עם זאת הוא נותן משקל ניכר גם להיבט האובייקטיבי המשקף, בין היתר, את ערכי היסוד של השיטה.

ברק מכיר אפוא באוטונומיה של הרצון הפרטי ובעקרון חופש החוזים, אולם הכרה זו אינה מונעת ממנו לייחס משקל ניכר לעקרונות אחרים, ובעיקר לעקרון תום הלב. לעקרון תום הלב, אליבא דברק, "אלף פרצופים"²⁴. הוא משפיע בתחום פרשנות החוזה במובנה הצר ובמובנה הרחב²⁵, הוא מסייע בקביעת תכלית החוזה, הוא נוגע לתוקף הנורמה החוזית²⁶, הוא מאפשר לבסס שיערוך חובות חוזיים על פעילות שיפוטית לגיטימית²⁷, הוא מסייע בקביעת משמעותה של תקנת הציבור, הוא שסלל את הדרך לפריצת קרוי הגבול בין לשון החוזה ולנסיבותיו ("תורת שני השלבים") ואפשר לשופט ולפרשן לדלג משלב אחד למשנהו וחזרה²⁸. עקרון תום הלב הוא גם מקור חשוב לגיבוש ערכי היסוד של השיטה ולהגנחלתם, ולפיכך הוא גם מקור לחזקת התכלית (האובייקטיבית) שלפיה תכלית החוזה הנה לבצע את חיובי החוזה בתום לב²⁹.

21 שם, בע' 97.

22 שם, בע' 106.

23 שם, בע' 113.

24 שם, בע' 226.

25 שם, בע' 224.

26 שם, בע' 226.

27 שם, בע' 198.

28 שם, בע' 517.

29 שם, בע' 631.

2.2. השקפה אחרת

תורת החוזה המנחה אותי שונה מתורת החוזה של ברק. בדומה לברק גם אני רואה את דיני החוזים כמושתתים על חופש הרצון, אולם המשקל שאני מייחסת לרצונם של הצדדים, לכוונתם המשותפת ולאומד דעתם, רב בהרבה מהמשקל שמייחס ברק לנחונם אלה. תחום החוזים הוא התחום המרכזי בעולם המשפט אשר בו יש משמעות ותוקף לרצון הפרט. לדעתי יש לנסות ולשמר במידת האפשר את כוחו של רצון הפרט ולהגן על האוטונומיה של רצון זה. רצון הפרט שואב את תוקפו משיטת המשפט. לפיכך ברור שעליו להיות מתועל למסגרות תוקיות ותוזיות מוכרות, ולא לפעול בנתיבים אסורים או בלתי חוקיים. ברור גם שרצון הפרט עשוי להיות מוגבל על ידי חקיקה קוגנטית. עם זאת, כעיקרון, מיועדים דיני החוזים להקנות תוקף לרצונם המשותף ולהסכמתם של הצדדים לחוזה. במסגרת החוק, מסגרת שגבולותיה נקבעים על ידי חקיקה קוגנטית ותקנת הציבור, רשאים פרטים לקדם את ענייניהם ומאווייהם באמצעות חוזים. אין הצדקה – תאורטית או מעשית – לחשוף אותם לאפשרות שבדיעבד יכתבו להם ערכים שמעולם לא רצו להכליל בחוזה שביניהם או ערכים שבמקרה הנדון עומדים בניגוד ברור לרצונם האמיתי. ערכי השיטה – צדק, הגינות, שוויון – ראויים לכל הדעות ליישום ולהגשמה, אולם לא באמצעות החוזה הפרטי.

אמת, נכון הדבר: חוזה הוא מכשיר ששיטת המשפט מעניקה לצדדים. אולם הענקה זו אינה מצדיקה חלחול של ערכי היסוד של המשפט וזכויות אדם לשם עיצוב דמותו של החוזה הפרטי. כאשר מעניקה השיטה כוח לצדדים לערוך חוזים אכיפים ותקפים ומקנה להם בכך כלי לביטוי חוקי של רצונותיהם הלגיטימיים, היא מתנה זאת אך בכך שהחוזים שהצדדים עורכים ביניהם לא יהיו בלתי חוקיים, ולא ינגדו את תקנת הציבור. ביושר אינטלקטואלי מודה ברק כי המתח בין האוטונומיה של הרצון הפרטי לבין האינטרס הציבורי, גורר אחריו – מטבע הדברים – חוסר ודאות³⁰. חוסר ודאות זה יפחת אם תושחת תורת הפרשנות על כוונתם המשותפת ועל אומד דעתם של הצדדים, בלא העמסת היבטים אובייקטיביים בצורת ערכי היסוד של השיטה על גבי החוזה הפרטי³¹.

30 שם, בע' 104.

31 בהקשר אחר, על רקע חוקי-היסוד ו"המהפכה החוקתית", פיתח ברק השקפה שלפיה חלות זכויות האדם במשפט הפרטי. לביקורת השקפה זו של ברק ראו גם: ג' שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" קריית המשפט א (תשס"א) 14; ג' שלו "חופש העיסוק וחופש החוזים" ספר מנחם גולדברג (תשס"א) 584.

3. כוונת הצדדים ומקומה בפרשנות החוזה

3.1. השקפת ברק

כאמור, ברק מצהיר כי תפיסתו נותנת עדיפות לאוטונומיה של הרצון הפרטי³²: "הגשמתה של אוטונומיה זו עומדת ביסוד דיני החוזים ופרשנותם"³³. ועוד הוא כותב: "יחודו של החוזה הוא בכך שהוא בא להגשים את האוטונומיה של הרצון המשותף של הצדדים... אופיו המיוחד של החוזה... מחייב מתן משקל נכבד לכוונה המשותפת של הצדדים"³⁴.

בהיות כוונתם המשותפת של הצדדים מונחת ביסוד החוזה, "מן הראוי הוא שפרשנות החוזה תביא להגשמתה של כוונה (ריאלית) זו"³⁵. אשר על כן, תכליתו הסובייקטיבית של החוזה, הלוא היא כוונתם המשותפת של הצדדים, עדיפה על פני תכליתו האובייקטיבית: "בהתנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית, יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה"³⁶.

עם זאת, לדעת ברק, הפרשנות הסובייקטיבית אינה יכולה להיות אמת מידה יחידה לפרשנות החוזה. הטעמים לכך הם מעשיים ועיוניים כאחד. במישור המעשי מצוין ברק כי לעתים קרובות אין אנו יודעים מהו הרצון הראלי המשותף של הצדדים, וגם כאשר רצון זה ידוע לנו, לעתים קרובות אין בו כדי לפתור את הבעיה הפרשנית. במישור העיוני מרגיש ברק את היותה של הנורמה החוזית חלק משיטת המשפט, המשפיעה על השיטה ומושפעת ממנה³⁷.

בהמשך מודה ברק כי גם אם מבחינה תאורטית ידה של התכלית הסובייקטיבית על העליונה, הרי מן הבחינה המעשית ידה של התכלית האובייקטיבית על העליונה. "הטעם לכך הוא פרגמטי והוא זה: בדרך כלל יקשה על בית המשפט למצוא כוונה שהיא משותפת לשני הצדדים"³⁸.

ברק מציב את התכלית האובייקטיבית של החוזה ברמות הפשטה שונות³⁹. ברמת ההפשטה הנמוכה הוא מדבר על רצון "היפותטי", הוא הרצון שיש לשער שהיה לצדדים אילו נתנו דעתם לבעיה. רק כאשר השערה זו אינה מסייעת בפתרון הבעיה המשפטית, עובר ברק לרמות הפשטה גבוהות יותר. ברמות אלה מחפשים את רצון הצדדים כאנשים סבירים ואף את הרצון הטיפוסי בסוג החוזה שנכרת. כאשר גם חיפוש זה אינו מניב תוצאות, ניתן לעבור לרמת ההפשטה הגבוהה ביותר, רמה שבה

32 ברק, לעיל הערה 1, בע' 113.

33 שם, בע' 79.

34 שם, בע' 292.

35 שם, שם.

36 שם, בע' 395.

37 שם, בע' 295.

38 שם, בע' 541.

39 שם, בע' 539.

נקבעת התכלית האובייקטיבית של החוזה על פי עקרונות היסוד של השיטה, ובה מחליף רצון השיטה את רצון הצדדים. המעבר מרמת הפשטה אחת לשנייה אינו חד וברור; ברק מודה כי "עניין לנו ברצף ולא במדרגות"⁴⁰.

3.2. ביקורת

ברק מדבר על אימוץ אמת המידה האובייקטיבית במונחים של חוסר בררה. במקום אחד הוא אומר כי בהיעדר רצון משותף (ראלי) של הצדדים, "אין מנוס מאימוץ אמת מידה אובייקטיבית אשר תבוא תחת הרצון המשותף החסר"⁴¹. ובמקום אחר הוא כותב כי במצב דברים שבו מתעוררת שאלה שכלל לא עמדה לנגד עיני הצדדים, "אין מנוס מזניחת הפרשנות הסובייקטיבית"⁴².

ניתן להקשות: האומנם "אין מנוס"? הרי אפשר לחשוב על אמת מידה שתופעל בהיעדר ראיות על רצונם האמיתי של הצדדים ותנסה להתחקות אחר רצונם המשוער אילו נתנו דעתם לאירוע נשוא הפרשנות. גם אם קיים לעתים יסוד פיקטיבי מסוים בניסיון מעין זה, הוא קטן מן היסודות הפיקטיביים הקיימים בייחוס כוונה לצדדים לאמץ את ערכי השיטה בחוזה שביניהם ("התכלית האובייקטיבית").

אכן, התחושה היא שברק ממהר לנטוש את ההתחקות אחר רצונם (הראלי, אך בהיעדרו – המשוער) של הצדדים, על מנת להגיע למחוז חפצו: אמת המידה האובייקטיבית. קריאה בוחנת ומעמיקה של ספרו מעלה פער בין הצהרותיו של ברק בדבר עליונותה של כוונת הצדדים ועדיפותה של הפרשנות הסובייקטיבית ובין המשקל הרב והנכבד שהוא נותן במסגרת הפרשנות התכליתית לשיקולי מדיניות, לערכים חוקתיים ולאינטרסים ציבוריים.

כך, למשל, יוצר ברק חזקה שלפיה התכלית האובייקטיבית של החוזה היא גם תכליתו הסובייקטיבית: "חזקה היא על הצדדים לחוזה כי כוונתם המשותפת הייתה לקדם את ערכיה של שיטת המשפט בישראל. על כן חזקה על הצדדים לחוזה כי הם שואפים לשוויון, לצדק, להגינות, לטובת הכלל ולזכויות האדם"⁴³. ודוק: חזקה זו ניתנת לסתירה רק אם מוכחת תכלית סובייקטיבית נוגדת, ואין היא נסתרת אם מוכח כי התכלית האובייקטיבית לא עמדה כלל לנגד עיני הצדדים⁴⁴.

החזקה המזוהה את תכליתו האובייקטיבית של החוזה עם תכליתו הסובייקטיבית אינה מובנת מאליה, ואין לה מקום בניסיון אמיתי לכירור כוונת הצדדים, ולו גם כוונתם המשוערת כצדדים סבירים לחוזה מהסוג הנדון. גישתו של ברק מצמצמת וממזערת את רצונם של הצדדים, ומייחסת להם, במסגרת אמת המידה האובייקטיבית,

40 שם, שם.

41 שם, בע' 80.

42 שם, בע' 295.

43 שם, בע' 394, ההערות במקור הושמטו.

44 שם, בע' 394-395.

רצון שמעולם לא היה להם. לכאורה, קשיים הוכחתיים, ולא דווקא קשיים מהותיים, הם המביאים את ברק לזניחת הניסיון להתחקות אחר כוונתם האמיתית של הצדדים. אולם קשיים כאלה אינם נחלתם של דיני החוזים בלבד, אלא הם קיימים בכל ענפי המשפט ומוצאים פתרון בדיני הראיות. בפרשת אפרופים⁴⁵ מרחיב ברק את הכלים ההוכחתיים וקובע כי אומד דעתם של הצדדים מחייב פנייה לכל הנסיבות⁴⁶. ואמנם, מאז פסק דין זה, אין עוד ספק כי ניתן לפנות לנסיבות, ולא רק ללשון החוזה, כדי לברר את כוונתם של הצדדים. מקובל עלינו כי הנסיבות עשויות לסתור את החזקה שלפיה דעת הצדדים משתקפת בלשון החוזה. אך האין לראות את החזקה כי התכלית האובייקטיבית היא גם התכלית הסובייקטיבית כהתרחקות מהלכת אפרופים ויחד עמה מניסיון כן לחשוף את כוונתם האמיתית של הצדדים?

דומה כי הפרופסור ברק מעדיף את החזקה שלפיה תכליתו האובייקטיבית של החוזה היא גם תכליתו הסובייקטיבית על פני ניסיונו של השופט ברק לברר את כוונתם האמיתית של הצדדים מתוך לשון החוזה ונסיבותיו. במקום תנועה בלתי פוסקת מן הלשון אל הנסיבות וחזרה, שהציע השופט ברק בפרשת אפרופים, במגמה להתחקות אחר כוונתם המשותפת האמיתית של הצדדים, מסביר הפרופסור ברק כי אילוץ המעשה מחייבים נטישת התכלית הסובייקטיבית לטובת זו האובייקטיבית. כתוצאה מגישה זו יפחתו עד מאוד המקרים שבהם תופעל פרשנות סובייקטיבית ושבהם יילקחו בחשבון רצונם הראלי והסכמתם האמיתית של הצדדים לחוזה.

בספרו מעתיק ברק את מרכז הכובד מן התכלית הסובייקטיבית, המתרכזת בכוונתם של הצדדים, אל התכלית האובייקטיבית, המשקפת עקרונות של סבירות והיגיון וכן את ערכי היסוד של השיטה. ספק רב בעיני אם צדדים סבירים והוגנים לחוזה כלשהו מתכוונים להגשים את ערכי היסוד של השיטה, ואפילו אם כן, ספק אם האיזון בין ערכים אלה שהם בחרו בו הוא האיזון שהשופט ברק יראה בו את האיזון הראוי. ספק רב בעיני אם ראוי ונכון להגשים את עקרונות היסוד של המשפט הישראלי ואת המטרות החברתיות שברק מנסה להגשים דווקא באמצעות דיני החוזים ופרשנות החוזה. לרעתי, הפעלת יתר של התכלית האובייקטיבית פוגעת בחופש החוזים ובאוטונומיית הרצון של הפרט. עקרון חופש החוזים אינו רק העיקרון הקובע את חופש ההתקשרות ואת חופש העיצוב. עקרון חופש החוזים פירושו גם, ואולי בעיקר, כי הסכמים שעשו פרטים, תוך הגשמת רצונם החופשי – יזכו להגנה מפני פגיעה ויאיכפו על ידי בתי המשפט – בלא התערבות בתוכם. על ידי מתן משקל יתר לתכלית האובייקטיבית של החוזה אנו מתרחקים עד מאוד מכוונתם האמיתית של הצדדים, אותה כוונה שדיני החוזים מיועדים להגשים. על ידי ייחוס רצון (פיקטיבי) לצדדים להגשים ולקדם ערכי יסוד חוקתיים אנו מתערבים בתוכן החוזה ומכתיבים לצדדים

45 פרשת אפרופים, לעיל הערה 18.

46 שם, בע' 285.

ערכים ומטרות שכלל לא עלו בדעתם, וייתכן מאוד שאילו היו הוגים אותם היו משיבים בשלילה על אפשרות הכללתם בתוך החוזה שלהם.

כאמור לעיל, ברק מוכן להכיר בסתירת החוקה שלפיה צדדים לחוזה רוצים לקדם את ערכי היסוד של שיטת המשפט בישראל רק בסיטואציה (הנדירה והחריגה) שבה צדדים לחוזה משיבים במפורש ובשלילה על אפשרות הכללתם של ערכי היסוד בתוך החוזה שלהם. אך האם תעמוד התנאה חוזית על שוויון, צדק, הגינות, טובת הכלל וזכויות האדם במבחני תקנת הציבור, מבחנים שאף הם הורחבו עד למאוד על ידי השופט ברק⁴⁷?

אמת, נכון הדבר: חופש החוזים אינו ערך מוחלט, ובמקרים רבים הוא נדחה מפני עקרונות אחרים, חשובים הימנו. דווקא משום שחיקתו ההולכת ונמשכת של עקרון חופש החוזים, יש לשמר את המעט שנותר ממנו. בוודאי אין זה נכון להוסיף לו הגבלות "פנימיות", במסווה של האדרת כוונתם המשותפת של הצדדים. הפרשנות התכליתית של החוזה, מבית מדרשו של ברק, מתרחקת מאוד מכוונתם האמיתית של הצדדים, ולפיכך פוגעת באינטרס ההסתמכות, בציפיותיהם הסבירות של הצדדים לחוזה ובעקרון חופש החוזים.

3.3. השקפה אחרת

עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב והמרכזי בדיני החוזים. עיקרון זה קובע, בין השאר, את חירותם של פרטים להתקשר בחוזים ואת חירותם לעצב את תוכנם של חוזים אלה. מראיית עקרון חופש החוזים כעקרון-על מנחה בדיני החוזים נובעת גם החשיבות של כירור כוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה. וכך כתבתי בעבר: "עיקר העיקרים בפירוש חוזה הוא (לפיכך) הניסיון לברר את כוונתם האמיתית המשותפת של הצדדים"⁴⁸. זוהי אף מצוות החוק, בסעיף 25(א) לחוק החוזים הכללי⁴⁹, המורה בראשיתו לאמור "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים".

דעתם של הצדדים, אותה מצווה הפרשן לאמוד, היא רצונם, כוונתם והסכמתם המשותפת. דא עקא, שכוונה היא מושג פסיכולוגי-סובייקטיבי, שקשה להזלמו ולהתחקות אחריו. כבר נאמר כי "רבות מחשבות בלב איש, ועצת ה' היא תקום" וכן נאמר כי "רק השטן יודע מהן כוונותיו של האדם". ואם כוונה אינדיבידואלית של היחיד היא מושג פסיכולוגי וסובייקטיבי, כוונה משותפת של שני צדדים לחוזה היא מושג מיסטי, שקשה, ואולי בלתי אפשרי, לבררו. הדרך היחידה שמכיר המשפט לברורו בדיעבד של כוונות אנושיות היא באמצעות דיני הראיות, שהם מעצם טיבם דינים חיצוניים-אובייקטיביים. קשיי הוכחה של כוונות אינדיבידואליות תומכים

47 על כך ראו מאמרי, ג' שלו "סוס הפרא – לאן או מה ארע לתקנת הציבור?" קריית המשפט ב (תשס"ב) 21.

48 ג' שלו דיני חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 301.

49 חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים").

בגישה שלפיה לא ניתן לעמוד על כוונתם המשותפת של צדדים לחוזה, ולאמוד את דעתם, אלא באמצעות אומדנה, השערה בדיעבד, של דעתם. אומדנה זו, אומד דעת זה, נעשים באמצעות הוכחות חיצוניות לכוונתם, לרצונם ולדעתם המשותפת של הצדדים לחוזה. ואכן, גם בתחום פרשנות החוזה, כמו בתחומים רבים אחרים של דיני החוזים, שלטת התאוריה האובייקטיבית. תאוריה זו, האופיינית לדיני החוזים המודרניים, בארץ ובעולם, שמה את הדגש על הגילוי החיצוני של ההסכמה ולא על המחשבות המלוות אותה, על הצהרת הרצון החיצונית ולא על הרצון הפנימי. אין פירוש הדבר שעל פי התאוריה האובייקטיבית כוונתם של הצדדים אינה נלקחת בחשבון. פירוש הדבר הוא שכוונתם זוכה להכרה ולתוקף משפטי בתנאי שקיבלה ביטוי חיצוני נאות.

קשיי ההוכחה של רצונות אינדיבידואליים וכוונות משותפות אינם הנימוק היחיד לתאוריה האובייקטיבית. הגיונה ותוקפה של תאוריה זו, שלפיה אנו מסתפקים בביטוי החיצוני של רצון וכוונה, ואין אנו חותרים להבין את הרצון הפנימי – "האמיתי" – של הצדדים לחוזה, נובעים מהנחה אמפירית, שלפיה קיימת בדרך כלל זהות בין הרצון הפנימי וכוונתם המשותפת של הצדדים לחוזה ובין הצהרתם החיצונית. התאוריה האובייקטיבית מהווה לפיכך גורם מתמרץ להחצנת כוונות שבלב הצדדים. היא חשובה גם לקידום הדינמיות המסחרית, והעברה יעילה ומהירה של שירותים ומוצרים, בלא עיכובים שהיו עשויים לנבוע מניסיונות לברר כוונה ורצון "אמיתיים", שאינם זהים לכוונה ולרצון המוצהרים. אולם מעל הכול, התאוריה האובייקטיבית מיוערת להגן על ההסתמכות של הצד השני לחוזה. צד זה זכאי להסתמך על דבריו ועל מצגיו של הזולת על פי הצהרתם ומשמעותם הסבירה הרגילה, בלא שיידרש לבדוק ולבחון את מניעיו הנסתרים וכוונותיו הפנימיות של הזולת ואת מידת התיאום בין רצונותיו להצהרותיו. ציפיותיו הסבירות של צד לחוזה, של כל צד לכל חוזה, מוגנות באמצעות התאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים. חרף העובדה כי רצונם החופשי של הצדדים וכוונתם המשותפת מהווים את מקור התוקף והלגיטימיות של דיני החוזים, מושם הדגש בתחומים שונים של דיני החוזים, וביניהם גם בתחום הפרשנות, על הצהרת רצונם ועל הביטוי החיצוני של כוונת הצדדים לחוזה.

התאוריה האובייקטיבית מאפיינת את דיני החוזים בישראל והיא חלה בגזרות שונות של דינים אלה. כך, הוראות פרק א' לחוק החוזים, הדנות ביצירת חוזה, מקנות תוקף לכוונות הצדדים, אולם רק כפי ביטויין החיצוני. מבחן גמירת הדעת הקבוע בפרק א' הוא מבחן ההצהרה החיצונית ולא מבחן הכוונה הסמויה⁵⁰. החוק אינו מסתפק בגמירת דעת בעלמא, אלא תובע השתקפות חיצונית שלה. הן לעניין ההצעה והן לעניין הקיבול נדרשת "העדה" על גמירת הדעת: כדי שפנייה תיחשב להצעה, עליה להעיד על גמירת דעתו של המציע⁵¹; כדי שהודעה תיחשב לקיבול, עליה להעיד על

50 השוו לרברי הנשיא שמגר בע"א 620/89 חושנג' נ' אמגר, פ"ד מו(1) 588, 594: "בידוע הוא כי בכחינת גמירת הדעת הקובעת היא ההצהרה החיצונית ולא הכוונה הסמויה".

51 ס' 2 לחוק החוזים.

גמירת דעתו של הניצצ⁵². בעוד שהמונח גמירת דעת מתייחס להחלטה פנימית של האדם, מתייחס המונח העדה לביטוי החיצוני של החלטה זו.

הוא הדין לגבי פירוש החוזה. מבחן אומד הדעת הקבוע בסעיף 25(א) הוא מבחן אובייקטיבי שלפיו נבחנת כוונת הצדדים על פי השתקפותה החיצונית. המבחן האובייקטיבי של אומד הדעת נובע מן הגישה הכללית של דין החוזים ומתיישב עמה. כשם שהוראות פרק א' של חוק החוזים, הדין בכריתת החוזה, אינן דורשות גמירת דעת במובן הסובייקטיבי, אלא מסתפקות בגמירת דעת במובן האובייקטיבי, כך גם אין סעיף 25(א) תולה את מבחן הפירוש בדעתם הסובייקטיבית של הצדדים לחוזה; וכשם שבפרק א' לחוק נדרשת העדה חיצונית על גמירת דעתם של הצדדים לשם שכלולו של חוזה תקף, כך גם מבחן הפירוש תובע התחקות אחר אומד דעתם של הצדדים. מעצם טיבו, במונח "אומד" יש יסוד אובייקטיבי מובהק. הוא מצביע על הערכה, השערה או אומדנה, אשר נעשות – מטבע הדברים – על פי מבחן אובייקטיבי, מבחן של סבירות. אנו בוחנים, אפוא, את כוונת הצדדים כאנשים סבירים בנסיבות העניין⁵³.

כמה טעמים לגישה האובייקטיבית לפירוש החוזה. טעם אחד הוא טעם הגיוני. במקרים רבים אומד דעתם של הצדדים, אשר נקבע בדיעבד, אכן משקף את כוונתם האמיתית בעת כריתת החוזה. המבחן האובייקטיבי של פירוש החוזה מגשים בכך את שאיפת דיני החוזים למימושה של כוונת הצדדים. טעם שני הוא טעם מעשי. בדרך כלל, בהתעורר סכסוך חוזי, קשה לברר את כוונתם האמיתית של הצדדים לחוזה, באשר כל צד טוען לכוונה (משותפת) שונה. ייתכן גם כי לא הייתה לצדדים כוונה מיוחדת לגבי מובן של תניות החוזה. בנסיבות אלה מלאכת האומדנה האובייקטיבית היא היחידה המאפשרת בדיעבד את ברור כוונתם של הצדדים. טעם נוסף למבחן האובייקטיבי נעוץ באינטרס ההסתמכות ובמגמת ההגנה עליו. גם בתחום הפירוש נראית הסתמכותו של צד לחוזה שהעניק, ובצדק, מובן אובייקטיבי להצהרות רעהו בחוזה, כראויה להגנה. מכל הטעמים הללו גם יחד עולה ההנחה, כי הצהרותיהם החיצוניות ומצגיהם של הצדדים לחוזה משקפים את רצונותיהם האינדיבידואליים ואת כוונתם המשותפת. זהו, לדעתי, אומד דעתם של הצדדים לחוזה: ברור כוונתם האמיתית, על ידי מבחן חיצוני, אובייקטיבי, המופעל בדיעבד. דברים שאמרו וכתבו הצדדים, מצגים שהציגו ונסיבות העניין בכללותן הם שיסייעו לפרשן בקביעת (באומד) דעתם המשותפת ורצונם ההרדי של הצדדים לחוזה.

חשיפת הכוונה הראלית המשותפת של הצדדים לחוזה, "התכלית הסובייקטיבית" בלשונו של ברק, היא נקודת הפתיחה של תהליך הפירוש. התחקות אחר כוונה זו

52 ס' 5 לחוק החוזים.

53 השו"ע"א 154/80 בורכרד לינס לימיטד לונדון ג' הידרובטון בע"מ, פ"ד לח(2) 213, 223 (השופט ברק); ע"א 552/85 אגסי נ' ח.י.ל.ן החברה ישראלית לעיבוד נתונים בע"מ, פ"ד מא(1) 245, 241 (השופט בך); וראו גם: E.A. Farnsworth *On Contracts* (Boston, 2nd ed., 1990). Vol. II, 1990) 254

נעשית לדעתי על פי המבחן האובייקטיבי. מבחן זה, המונח ביסוד התאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים, שונה מן התכלית האובייקטיבית שמהווה, לפי תורת הפרשנות התכליתית של ברוך, חלק עיקרי מתכליתו הנורמטיבית של החוזה. במסגרת המבחן האובייקטיבי אנו בוחנים את לשון החוזה ואת נסיבותיו באמצעים חיצוניים. אמצעים חיצוניים אלה משולים למצלמה ולרשמקול. אנו מנסים לפענח את לשון החוזה, את התמונות והקולות שנלוו לכריתתו, ולהבין מה הייתה כוונתם האמיתית של הצדדים לחוזה. האדם הסביר, הפרשן הסביר, הלוא הוא בית המשפט הבוחן בדיעבד את ההתקשרות החוזית ונסיבותיה, אינו רואה אלא את מה שהצדדים בחרו להראות לו, אינו שומע אלא את מה שהשמיעו ואינו קורא אלא את מה שכתבו. המבחן האובייקטיבי, שהוא חלק מהתאוריה האובייקטיבית של דיני החוזים, נגזר מדיני הראיות, שהם דינים אובייקטיביים מעצם טיבם. לדעתי, המונח "אומד דעת" בסעיף 25(א) לחוק החוזים, מצביע על אובייקטיביזציה של כוונת הצדדים. את דעת הצדדים, את כוונתם המשותפת, יש לאמוד, כלומר: לקבוע באמצעים חיצוניים-אובייקטיביים. אמצעים אלה, והממצאים שייקבעו בעזרתם, מאפשרים לנו לחשוף את רצונם האמיתי של הצדדים. עם זאת, כאשר נכשל הניסיון להתחקות ולברר את כוונתם האמיתית של הצדדים, אנו פונים אל רצונם המשוער, כאנשים סבירים בנסיבות החוזה המסוים שערכו ביניהם. אכן, באותם המקרים שבהם לא ניתן לברר את כוונתם האמיתית של הצדדים – ולא לי לקבוע אם מקרים אלה הם רבים או מעטים – תיוחס לצדדים כוונה סבירה בנסיבות העניין. מבחן הכוונה הסבירה כתחליף למבחן הכוונה האמיתית אומץ באמנות בינלאומיות ובחקיקה אירופית. במקורות אלה נקבע כי כאשר לא ניתן לפרש חוזה בהתאם לכוונתם המשותפת של הצדדים, ייעשה הפירוש על פי הבנתו של אדם סביר בנסיבות העניין⁵⁴. ואדגיש: הבנתו של אדם סביר בנסיבות העניין כוללת בוודאי את נוהגי המסחר, תנאי השוק ונסיבות החוזה הנדרן, אך אינה כוללת את ערכי היסוד החוקתיים.

אוכל לסכם את השקפתי כך:

ביורר כוונתם האמיתית של הצדדים הוא מטרתו העיקרית של פירוש החוזה. תהליך הפירוש נעשה על פי אמת מידה אובייקטיבית, כלומר – בחינה בדיעבד של החוזה ונסיבותיו על פי ראיות חיצוניות. רק כאשר נכשל הניסיון להתחקות אחר כוונתם האמיתית של הצדדים, יש לנסות ולהתחקות אחר כוונתם המשוערת, הלוא היא כוונתם כפי שהיה מבין אותה אדם סביר בנסיבות העניין.

54 ראו ס' 8 לאמנת האומות המאוחדות בדבר חוזים למכר טובין בינלאומי (אמנת וינה) United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 11 April 1980, 1489 U.N.T.S. 3; וס' 4 לעקרונות חוזה סחר בינלאומי של ה-1994) Unidroit Principles of International Commercial Contracts (1994), available at [http://www.unidroit.org/english/principles/contents/htm] (last visited on June 2002); ובאורח כללי: K. Zweigert & H. Kötz *An Introduction to Comparative Law* (Oxford, 3rd ed., 1998) 408-409.

4. תפקיד בית המשפט בפירוש חוזים

4.1. השקפת ברק

בפסיקה ובספרות, בישראל ובעולם, שכיחה ושגורה הקביעה כי תפקידו של בית המשפט וכוחו הם לפרש חוזה שהצדדים עשו, אך לא לעשות חוזה עבורם וגם לא לשנות חוזה שעשו הצדדים. ברק אינו מקבל קביעה זו כפשוטה. הוא מצביע⁵⁵ על נסיבות רבות שבהן ניתן לומר כי בית המשפט עושה חוזה עבור הצדדים. לדעתו, האמירה שלפיה בית המשפט מפרש חוזה שהצדדים עשו ואינו עושה חוזה חדש עבורם חשובה אמנם בעודדה רגישות שיפוטית לבחירה של הצדדים, אך אין לקרוא אותה כמונעת התערבות שיפוטית בחופש הצדדים לעצב את החוזה כרצונם. לכאורה מכיר אפוא ברק בכך כי בית המשפט אינו מוסמך ליצור חוזה חדש אגב פרשנותו⁵⁶. לפיכך הוא מחפש, ואף מוצא, מקור חדש לגיטימיות הפעילות השיפוטית היוצרת. בכך הוא עובר מדוקטרינות פרשניות לדוקטרינות לבר-פרשניות⁵⁷. דוקטרינה לבר-פרשנית כזו – המעניקה לגיטימיות לפעילות שיפוטית מעבר ללשון החוזה – היא השלמת חסר. ברק מבחין בין פרשנות במובן הצר, שעניינה מתן מובן משפטי ללשון החוזה, ובין פרשנות במובן הרחב, המתמקדת במסר הנורמטיבי העולה מתוך החוזה⁵⁸. לדעתו גם פרשנות במובן הרחב – כמו השלמת חסר – היא בגדר פרשנות. השלמת חסר נעשית, לאחר מיצוי הנהגים והדין הדיספוזיטיבי, על ידי עקרון תום הלב.

בכתיבתו ובפסיקתו הענפות במחצית היובל שחלפה מאז יצא חוק החוזים הכללי, תרם ברק – יותר מכל אחד – לקביעת מקומו המרכזי של עקרון תום הלב במערכת המשפט הישראלי ובדיני החוזים. אשר על כן, כאשר הוא שואל "היש לעקרון תום הלב מקום מיוחד בפרשנות הטקסט המשפטי בכלל, ובפרשנות הטקסט החוזי בפרט"⁵⁹, ברור לכל מי שמכיר את פסיקתו וכתביו כי השאלה היא רטורית והתשובה עליה חיובית. תוך השראה מהוראות הקודקסים האירופיים, ובעיקר סעיף 157 לספר החוקים האזרחי הגרמני, קובע ברק את השפעתו הרבה של עקרון תום הלב על פרשנות החוזה. השפעה זו היא משולשת: "מכוח עקרון תום הלב יש לפרש חוזה על-פי אומד דעתם (הסובייקטיבי) המשותף של שני הצדדים; כל חוזה צריך להתפרש באופן שתכליתו הינה הגשמת עקרון תום הלב; חסר בחוזה יש להשלים על-פי עקרון תום הלב"⁶⁰. עקרון תום הלב פועל, אפוא, הן בתחום הפרשנות במובנה הצר והן בתחום השלמת החסר. בתחום הפרשנות מורה עקרון תום הלב על כך שיש לפרש

55 ברק, לעיל הערה 1, בע' 63.

56 שם, בע' 229.

57 שם, בע' 237.

58 שם, בע' 88.

59 שם, בע' 216.

60 שם, בע' 217-218.

חוזה לפי עקרון תום הלב. משמעות קביעה זו היא כי יש לפרש חוזה על פי כוונתם האמיתית המשותפת של הצדדים. עקרון תום הלב אף נמצא לפי תורתו של ברק, בבסיס הפנייה אל תכלית השיטה, כלומר אל האינטרסים המקובלים על צדדים הוגנים ליחס החוזה, אינטרסים המושפעים מעקרונות היסוד של השיטה ומערכיה הבסיסיים. גם בתחום השלמת החסר משפיע ופועל עקרון תום הלב. השלמת החסר שנעשתה בעבר באמצעות הקונסטרוקציה הפיקטיבית של תניות מכללא, נעשית היום – לדעת ברק – באמצעות אמת המידה של תום הלב⁶¹.

4.2. השקפה אחרת

בתחום דיני החוזים מוגבל, לדעתי, כוחו של בית המשפט לפירוש חוזה, ואין להפקיד בידיו כוח ליצור חוזה ואף לא לשנות חוזה שהצדדים עשו. גישתי משקפת תפיסה הדוגלת בעקרון חופש החוזים. חופש החוזים אינו רק החופש של הצדדים להתקשר ולעצב חוזים על פי רצונם המשותף. חופש החוזים טומן בחובו גם את ההגנה על החוזה מפני התערבות שיפוטית. אכן, פרטים רשאים לעשות חוזים בלתי הגיוניים, בלתי סבירים, בלתי כלכליים ואף טיפשיים. חופש החוזים מאפשר להם ליטול סיכונים ולקוות לסיכויים, על חשבונם שלהם. מובן שאל להם לעשות חוזים אסורים, בלתי חוקיים או חוזים הנוגדים את תקנת הציבור. אולם ערכי הצדק הכללי והמוסר הציבורי אינם צריכים, לדעתי, לבוא לידי ביטוי בחוזים פרטיים רגילים. ערכים חשובים אלה נדחים בדיני החוזים מפני שיקולים של צדק יחסי (בין הצדדים), תועלת כלכלית והגיונות עסקית.

פירוש חוזה והשלמת חסר בחוזה הם שני תהליכים שונים ונבדלים בניתוח המשפטי, והם מתבצעים לדעתי על פי אמות מידה שונות. הן מבחינה לוגית והן מבחינה כרונולוגית, מקדים תהליך הפירוש את תהליך ההשלמה. פירוש החוזה הוא תמיד שלב ראשון – ולעתים אחרון – בניתוח המשפטי. בראשית הדרך יש לפרש את החוזה. פירוש החוזה קובע את תחומי השתרעותו של החוזה. לפיכך לא ניתן להגיע לשלב השני בניתוח המשפטי – שלב ההשלמה, אלא לאחר מיצוי השלב הראשון – שלב הפירוש. לא ניתן לברר אם יש בחוזה חלל או ליקוי הטעונים השלמה, אלא לאחר פירושו ותתימת גבולותיו.

הן פירוש החוזה והן השלמתו מסורים לידי בית המשפט. עם זאת מבוצעים תפקידים אלה בתהליך אינטלקטואלי שונה. תהליך הפירוש שקול כנגד התחקות אחר רצון הצדדים לחוזה. תהליך ההשלמה מבוסס על ההנחה, כי לגבי עניין מסוים לא גיבשו הצדדים רצון משותף ולא הסכימו לגביו – במפורש או במשתמע. בתהליך הפירוש אומד בית המשפט את דעת הצדדים, ואילו בתהליך ההשלמה אין בית

61 בטענה זו דוחה ברק, מעמוד 180 ואילך, עמדות אחרות בעניין זה: של פרידמן וכהן, של בן נתן ושלי.

המשפט מתחשב בדעתם, אם כי לעתים עשויה ההשלמה לעלות בקנה אחד עם רצונם האמיתי.

לדעתי, הלגיטימיות של השלמת חסר בחוזה נובעת מהוראות החוק (כמו – אך לא רק – הוראת סעיף 26 לחוק החוזים) המאפשרות השלמה כזו ומהצורך החברתי לפתור וליישב סכסוכים חוזיים, ולא מהכללת ההשלמה בגדר פרשנות במובנה הרחב. ברק עצמו אינו עקבי בכינוי השלמת החסר כפרשנות, ולעתים הוא מכנה אותה פרשנות "מדומה", להבדילה מפרשנות "אמיתית"⁶² או פרשנות "משלימה", להבדילה מפרשנות "רגילה"⁶³. ואכן, בית המשפט מוסמך להשלים חסר בחוזה, אולם יש להודות כי השלמה כזו מנותקת מעצם הגדרתה מכוונתם האמיתית של הצדדים⁶⁴. עם זאת, אל לה להשלמה לעמוד בסתירה לכוונת הצדדים האמיתית ולפגוע ביעילות החוזה, ביחס ובאיוון הפנימי שיצרו הצדדים בחוזה שביניהם.

ברק מעניק תפקיד חשוב, לדעתי חשוב מדי, לשופט ולפרשן בגיבוש כוונת הצדדים לחוזה ובאומד דעתם, ונותן משקל רב, לטעמי רב מדי, לעקרון תום הלב בתהליכי הפירוש וההשלמה. באמצעות תורת הפרשנות שלו מרחיב ברק את סמכות בית המשפט להתערב בחוזים ואף לעצב מחדש את תניוחיהם.

לאחרונה נתגלעה מחלוקת דומה, בדבר היקף ההתערבות השיפוטית בחוזה, בין הנשיא ברק ובין השופט זמיר בדנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה⁶⁵.

וכך סיכם שם השופט זמיר את עיקר ההבדל בין דעת הנשיא ברק לבין דעתו: "ההבדל נעוץ במידת המשקל שבית המשפט נותן להסכמה של הצדדים לחוזה, וכפועל יוצא מכך לאפשרות שבית המשפט נותן לאחד הצדדים להשתחרר מן ההסכמה שנתן, וכן להיקף השימוש של בית המשפט בסמכות לעצב את החוזה מחדש, שלא לפי הסכמת הצדדים, על יסוד הטענה של תקנת הציבור. לדעתי, הנשיא ברק מרחיב את הסמכות של בית המשפט להתערב בחוזים על יסוד הטענה של תקנת הציבור, וכתוצאה מכך תתרחב גם ההתדיינות הצפויה סביב טענה זאת מעבר למקובל עד כה ואף מעבר לראוי כיום לא רק בנוגע להפליה מחמת גיל, אלא גם בנוגע לעניינים רבים אחרים"⁶⁶.

המחלוקת העיונית בין השקפת ברק ובין ההשקפה האחרת, המנוגדת, נעוצה בעמדת המוצא העקרונית, כאשר עמדת מוצא זו משפיעה ואוצלת גם על מקומה של נקודת האיוון בין העקרונות המתנגשים. מי שיוצא, כמוני, מנקודת המוצא שלפיה עקרון חופש החוזים הוא העיקרון החשוב ביותר בידינו החוזים בישראל, ימצא את

62 לעיל הערה 1, בע' 116.

63 שם, בע' 133.

64 גישה זו עדיפה על פני הגישות המשפטיות המתיירות להיתלות בכוונת הצדדים כמו הגישה האנגלית הממלאה חסרים בחוזה באמצעות המכניזם של תניות מכללא, או הגישה הצרפתית שלפיה כוונתם המשותפת של הצדדים המתקשרים היא המהווה בסיס להשלמה.

65 דנג"צ 4191/97 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נר(5) 330 (להלן: פרשת רקנט).

66 שם, בע' 375.

נקודת האיזון בין הערכים והעקרונות המתנגשים בסוגיה מסוימת קרוב יותר אל הקוטב של חופש החוזים ורחוק במידת האפשר ממושגי השסתום – ויהא זה מושג תום הלב, כמו בנושא הפרשנות או מושג תקנת הציבור, כמו בפרשת רקנט. לדעתי, בהיותם מושגים שיוריים, צריכים מושגי שסתום אלה להיוותר מחוץ למרכז הפעילות החוזית, שהיא בעיקרה פעילות כלכלית-מסחרית. מנגד, מי שיוצא, כמו ברק, מעמדת המוצא שלפיה ערכי מוסר, הגינות וצדק גוברים מראש על עקרון חופש החוזים, ימצא את נקודת האיזון קרוב יותר אל הקוטב של תום לב ותקנת הציבור.

אכן, דיני החוזים המודרניים של מדינת ישראל נקלעים בין שני קטבים אלה – חופש חוזים מצד אחד ועקרונות שסתום ערכיים מן הצד האחר – ונקודת האיזון תימצא בכל סוגיה ובכל פרשה על פי הנתונים המשפטיים והעובדתיים של העניין הנדון, אך גם על פי השקפת עולם משפטית.

ד. סיום

אין, ולא היה, בעולם המשפט הישראלי, מי שמיטיב מברק להראות לנו, המשפטנים, את עושר המורשת המשפטית שלנו וליצור בינינו תחושה של לכידות ושייכות לחברה המשפטית. בכתיבתו יוצר ברק זיקת אחדות המאפשרת לנו להכיר במקור התרבותי המשותף ובמטרה המשותפת של המשפט ולנהל דיאלוג שוטף בינינו, על בסיס עולם מושגים ברור ותורת משפט אחידה⁶⁷.

את הספר פרשנות החוזה ניתן לראות כחלק ממבנה שלם ומפואר על פרשנות במשפט. אך ניתן לראותו גם כספר יסוד בדיני החוזים. ברק דן בספר זה בשאלות יסוד של דיני החוזים: תוקף החוזה, תוצאות היעדר תוקף, כריתת חוזה, פירוש הצהרות רצון בשלב המשא ומתן, הצעה וקיבול, טעות, חוזה פסול. גם אם דיונים אלה נעשים תמיד בהקשר של פרשנות ויחסי גומלין בין הנושאים האמורים ובין פרשנות החוזה, אין ספק כי יש להם גם חשיבות כללית, לאו דווקא ולא רק בהקשר של פרשנות. כך, למשל, בנושא תום הלב. לכאורה עוסק ברק בתום לב רק בהקשר של פרשנות החוזה. למעשה, כל מה שנאמר, נכתב ונפסק בנושא תום הלב בכלל, ובנושא תום הלב בדיני חוזים בפרט, נמצא בין דפי הספר – מעל הקו המבחיץ בין טקסט ובין הערות שוליים, ומתחתיו (והרי כבר לימדנו ברק כי כל הטקסט הכתוב, לרבות הערות וסעיפים שמתחת לקו, מהווה חומר לפעילות פרשנית). ואכן, מומלץ מאוד לכל מי שרוצה להתחיל עיון תאורטי או בירור מעשי הקשור לתום לב (וכי מה אינו קשור לתום לב?) לפתוח את דפי הספר פרשנות החוזה, ולקבל תמונה מקיפה של התפתחות העיקרון

67 ראו לשם השוואה את מאמרו של מ' ר' יוסה: M.V. Llosa "Why Literature"? *The New Republic* 14.5.2001 ובו הוא מציין את "זיקת האחוזה" שהספרות יוצרת בין בני האדם.

החשוב הזה והשפעתו בדיני החוזים⁶⁸. גם במקומות אחרים ובנושאים אחרים ניכר כוחו של המחבר במיצוי והסבר הדין הפוזיטיבי. כך למשל הוא מכניס סדר בנושא הסבוך של ערוצי ההשלמה⁶⁹. כשקראתי את העמודים בעניין פרשת *Peerless* (טעות הדדית)⁷⁰, לא יכולתי שלא להיזכר בכוח ההסבר המופלא של המתרגל הצעיר שלימד אותי בשנות השישים דיני חיובים ובכל מה שלמדתי מאהרן ברק, מורי ורבי, גם ובעיקר בתחום דיני החוזים.

הספר פרשנות החוזה יכול אפוא להוות נקודת פתיחה לדין בכל נושא ובכל סוגיה מתחום דיני החוזים. יתר על כן: גם מי שמגיע אל הקריאה בספר כדי למצוא מענה לשאלה ספציפית או לעיין בסוגיה מסוימת, ימצא, לצד מבוקשו המידי, את תורת הפרשנות של ברק ביישומה לנושא הנדון. כוחו הנדיר של ברק להסבר, להעמקה ולהפשטה, מסייעים לו בהפיכת כל פרק ופרק משנה בספר לגרעין המחזיק בחובו את כל תורתו כולה. מי שמעיין וקורא בפרק אחד יוצא ויותר משכרו בידו: הכרת נושא הפרק, אך גם הכרת תורת הפרשנות של ברק בכללותה. חזרה זו על הרעיונות הכלליים משרתת את מי שמגיע אל הספר באופן תכליתי, כדי למצוא תשובה לשאלה כלשהי בתחום פרשנות החוזה. עם זאת יש לה מחיר מסוים והוא באורכו של הספר וחזרות על רעיונותיו המרכזיים.

קריאת ספרו של ברק "פרשנות החוזה", כקריאת כל כתביו האחרים, מזמנת לקורא חוויה אינטלקטואלית נדירה והנאה של שותפות בדיאלוג חכם ומעמיק. זוהי חוויה מלמדת, אך גם חוויה מענגת. בתוך העשייה המשפטית היום-יומית, של חוקרים, סטודנטים, עורכי דין ושופטים, גורם לנו ברק להרים ראש, לשאת עיניים, לזקוף גו ולהרגיש כחלק ממורשת תרבותית-משפטית עשירה ויפה.

68 מעניין לציין כי חרף האמור לעיל, ברק כותב כי ניתוח מקיף של עקרון תום הלב "חורג ממסגרת ספר זה", לעיל הערה 1, בע' 198.

69 שם, בע' 153.

70 שם, בע' 123-124.

פשיטת רגל – אחרי (כמעט) עשרים שנה* על "פשיטת רגל" מאת: שלמה לויין ואשר גרוניס¹

עופר גרוסקופף**

תביעה אזרחית מתנהלת לרוב תחת ההנחה כי הנתבע הוא בר פירעון. עובדה זו מפשטת במידה רבה את הדיון המשפטי. המשפטן איננו נדרש לתת דעתו להשלכות התביעה על נושיו האחרים של הנתבע, אלא יכול למקד את טיעונו במערכת היחסים שבין הצדדים לסכסוך הקונקרטי. מכאן גם מורכבותם הרבה של דיני פשיטת הרגל, במסגרתם נאלץ המשפטן להסיר מעל עינו את המשקפיים הוורודות, ולהביט נכוחה במציאות. עליו להכיר בכך שהענקת סעד לנושה אחד עלולה לבוא על חשבונם של נושים אחרים. מחובתו לנטוש את הנוחות שבדיון נפרד ביחסים המשפטיים שבין החייב לכל אחד מנושיו לטובת הליך מרוכז, במסגרתו מתנהל מאבק לא רק בין החייב לנושיו, אלא גם, ואולי בעיקר, בין הנושים לבין עצמם. דיון שכזה, מעצם טיבו, הנו סבוך במיוחד. הספר פשיטת רגל הפך מאז פרסום מהדורתו הראשונה² ב-1984 למורה ההלכה המוביל בישראל בתחום משפט מורכב זה. המהדורה השנייה של פשיטת רגל, פרי עטם של השופטים ד"ר שלמה לויין וד"ר אשר גרוניס, אשר ראתה אור זה לא מכבר, מבטיחה את שמירת מעמדו המוביל של ספר משפט חשוב זה גם להבא.

פשיטת רגל הוא בעיקרו ספר המיועד למשפטן המעשי. הוא מתאפיין בדיון ענייני ותמציתי, המביא בפני הקורא את "השורה התחתונה" בנוגע למכלול היבטיהם של דיני פשיטת הרגל – דיוניים ומהותיים כאחד. דרך דיון זו מאפשרת לפשיטת רגל לפרוש בפני הקורא את מלוא היריעה, ובד בבד לשמור על נגישות גבוהה לכלל ציבור עורכי הדין. השער הראשון של הספר מוביל את הקורא בבטחה במשעולים הנפתלים של הליכי פשיטת הרגל. שלב אחר שלב מתוודע הקורא למבנה הסבוך של ההליך: החל במעשה פשיטת הרגל, דרך צו הכינוס ומעשי החקירה וניסיונות ההסדר הבאים בעקבותיו, עבור להכרזת פשיטת הרגל וכלה בבקשת החייב לקבלת הפטר. כל אחד משלבים אלה מתואר ומנותח באופן מדויק, המעניק לקורא תמונה מפורטת ובהירה של הפרוצדורה המשפטית. השערים השני והשלישי עוברים מהפרוצדורה למהות. הליך פשיטת הרגל הרי מבקש להביא באופן ריכוזי לפירעון חובות החייב באמצעות

* גרסה קודמת של מאמר זה התפרסמה בהמשפט 14 (תשס"ב).

** דוקטור למשפטים, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

1 ש' לויין וא' גרוניס פשיטת רגל (מהדורה שנייה, תשס"א). הספר יצא לאור בהוצאת "הכורה ישראלית להכשרה מקצועית בע"מ".

2 ש' לויין פשיטת רגל (1984).

נכסיו. על כן, על מנת למלאו בתוכן, עלינו להגדיר, מחד גיסא, מהי מסת החובות בני התביעה בהליכי פשיטת רגל (לרבות מדרג הקדימויות הפנימי בין הנושאים), ומאידך גיסא, מהי מסת הנכסים העומדת לרשות הנאמן בפשיטת רגל לצורך פירעון חובות אלה. השער השני של פשיטת רגל, "חובות", והשער השלישי, "נכסי החייב המתחלקים בין נושיו" – הם הנושאים, בהצלחה מרשימה, במשימה הנכבדה של הבהרת הדין בסוגיות מורכבות אלו. השער הרביעי והאחרון של הספר, אשר כותרתו "שונות", מוקדש לבחינת ההיבטים הבינלאומיים והפליליים של הליכי פשיטת רגל.

מאז המהדורה הראשונה, חלו שינויים חשובים בפקודה והתפתחויות רבות משקל בפסיקה. השינוי המרכזי בפקודה הוא תיקון מספר 3 לפקודת פשיטת רגל משנת תשנ"ו,³ אשר שינה באופן יסודי את הדין בכל הנוגע לבקשות פשיטת רגל המוגשות על ידי החייב עצמו. מעבר לתכניו הפרטניים של תיקון זה, הוא מבטא מגמה רצויה של הכרה מחודשת בחשיבות שיש לאינטרס החייב לפתוח דף חדש בחייו. כידוע, לדיני פשיטת הרגל שתי מטרות שונות, אשר לעתים קרובות מתנגשות זו עם זו: מחד גיסא, הם מיועדים לאפשר לנושי החייב להיפרע מנכסי החייב במסגרת הליך ריכוזי, יעיל ושוויוני. מאידך גיסא, הם מבקשים לאפשר לחייב עצמו לפתוח דף חדש בחייו הכלכליים, כשהוא משוחרר ממשגי העבר. בתיקון תשל"ו⁴ התערב המחוקק, והפר את האיזון שהיה קיים עד אז בין שתי המטרות, באופן שניתנה בכורה ברורה למטרה הראשונה (הבטחת פירעון לנושים) על פני המטרה השנייה (שמיטת חובות החייב). תיקון תשנ"ו החזיר עטרה ליושנה והעניק לשתי המטרות מעמד מרכזי במסגרת דיני פשיטת הרגל. המהדורה החדשה של פשיטת רגל בוהנת בהרחבה שינוי רב חשיבות זה, הן ברמה העקרונית והן ברמה הפרטנית, ומספקת לקורא את הכלים הדרושים להבנת משמעותו ונפקויותיו. יש לקוות כי דיון זה יסייע להגברת המודעות לזכותו של החייב לעשות שימוש בהליכי פשיטת הרגל על מנת לקבל מחילה על חובות העבר שאינו יכול לפרוע, וזאת במיוחד על רקע המציאות הכלכלית הקשה אליה נקלע המשק הישראלי באחרונה.

במישור הפסיקה, היינו עדים בשש-עשרה השנים שחלפו מאז המהדורה הראשונה, ליכול נאה למדי של פסקי דין מחדשי הלכה. המעניינים והחשובים שבהם אינם בהכרח אלה שעסקו בסוגיות ייחודיות להליכי פשיטת רגל (כדוגמת הנסיבות שבהן אין לתת הפטר חלוט⁵ או תוקף הסכם עם החייב, שנכרתת בתקופה שבין מתן צו הכינוס לבין מתן צו פשיטת הרגל⁶), אלא דווקא פסקי דין שעסקו בסוגיות המשותפות להליכי

3 פקודת פשיטת הרגל (תיקון מס' 3), תשנ"ו-1996.

4 פקודת פשיטת הרגל (תיקון מס' 6), תשל"ו-1976.

5 ראו ע"א 206/88 גרינברגר נ' אייזנברג, פ"ד מה(3) 397.

6 ראו ע"א 1656/90 זילברמן נ' הנאמן בפשיטת רגל לנכסי החייב חיים גושן, פ"ד מו(3) 854.

פשיטת רגל ופירוק (כגון קיזוז בפשיטת רגל ופירוק⁷ או המחאה הצופה פני הליכי פשיטת רגל או פירוק⁸) או שקבעו הלכות חדשניות בסוגיות אזהרות כלליות המשליכות גם על מעמד הצדדים בהליכי פשיטת רגל (כגון תוקפה של תניית שימור בעלות⁹ או מעמדו של רוכש נכס ספציפי נגד נושיו הכלליים של המוכר¹⁰). המהדורה החדשה של פשיטת רגל כוללת התייחסות למכלול חידושי הדין, תוך התמקדות מבורכת בנושא הדין – דיני פשיטת הרגל.

מעניינת וחשובה במיוחד בהקשר זה עמדתם של המחברים בנוגע למסקנות שיש להסיק מהלכת אהרנוב בנוגע לדיני פשיטת הרגל. כידוע, בפסק דין תקדימי זה ביטל בית המשפט העליון, בהרכב של שבעה שופטים, את הלכת רע"א 187/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ¹¹, וקבע כי בתחרות שבין בעל התחייבות אובליגטורית קודמת להקניית מקרקעין לבין נושה מעקל, ידו של בעל ההתחייבות האובליגטורית גוברת. חידוש הלכה זו מעורר את השאלה האם העדיפות עומדת לבעל ההתחייבות לעסקה במקרקעין גם בהליכי פשיטת רגל ופירוק, או שמא היא מוגבלת למצבים שבהם המוכר עודנו בר פירעון¹². המחברים מציינים בהקשר זה כי: "נראה הדבר שההכרה המחודשת בזכויות שביושר צריכה להביא להכרה בעדיפותו של הקונה בתחרות עם הנאמן לנכסי המוכר. כפי שראינו, אין לנאמן אלא מה שהיה לחייב. משנותרה לחייב בעלות ערטלאית, נראה שזו בלבד תוקנה לנאמן ועל כן המקרקעין לא יהוו למעשה חלק מנכסי החייב"¹³.

- 7 ראו ע"א 826/88 אל-על אגודה שיתופית ברמות השבים בע"מ נ' קרן החקלאות השיתופית בע"מ (בפירוק), פ"ד מה(2) 247; ע"א 4316/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק) נ' אגרא – אבן יהודה, פ"ד מט(2) 133; ע"א 5005/90 הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ נ' בית יצחק – שער חפר, פ"ד מט(3) 458.
- 8 ראו ע"א 4548/91 משקי עמק הירדן נ' הספקה חברה מרכזית לחקלאים בע"מ (בפירוק), פ"ד נג(4) 8.
- 9 ראו ע"א 455/89 קולומבו נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (להלן: הלכת קולומבו); ע"א 4648/92 טריומף אינטרנשיונל בע"מ נ' הכונס הרשמי (לא פורסם), תקדין עליון 95(3) 820. לביקורת על הלכת קולומבו ראו פסק דינו של השופט אנגלרד בע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353; נ' זלצמן וע' גרוסקופף "הסוואת משכון" – עשור להלכת קולומבו" עיוני משפט כו (תשס"ב) 79.
- 10 ע"א 189/95 בנק אצור החייל נ' אהרנוב, פ"ד נג(4) 199 (להלן: עניין אהרנוב).
- 11 רע"א 187/70 בוקר נ' חברה אנגלו ישראלית לניהול ואחריות בע"מ, פ"ד כה(2) 121.
- 12 לדין בשאלה זו, כמו גם בשאלות אחרות המתעוררות בעקבות החלטת בית המשפט בעניין אהרנוב, ראו מ' דויטש "פילתה(?) ועלייתה של הזכות שביושר במשפט הישראלי – המשפט בעקבות המציאות" עיוני משפט כד (תשס"א) 313.
- 13 ליון וגרוניס, לעיל הערה 1, בע' 369-370. לעמדה שונה ראו, דויטש, שם, בע' 340-347. כן השוו לדברי המחברים, ליון וגרוניס, שם, בע' 373, בהם הם מבהירים כי לאור עמדתם זו, אין הנאמן רשאי לוותר על החוזה כנכס מכביד. לעניין היחס שבין האפשרות להרחיב את הלכת אהרנוב למצבי חולות פירעון לבין אפשרות הנאמן לוותר על החוזה כנכס מכביד, השוו גם ע' גרוסקופף "יתור על נכס מכביד" המשפט ו (תשס"א) 33, 66-67.

כנגד עמדה זו ניתן להציע גם דרך חלופית לקרוא את הלכת אהרונוב. עמדת המחברים מניחה כי דיני העסקאות הנוגדות, כפי שפורשו בהלכת אהרונוב, מקנים לבעל התחייבות לעסקה במקרקעין בכלל, ולבעל ההתחייבות הראשונה בפרט, עדיפות בפירעון על פני נושיו הלא מובטחים של החייב, וזאת הן כשהחייב בר פירעון והן כשהוא מצוי בהליכי פשיטת רגל. פרשנות חלופית לפסק הדין – המצמצמת בהרבה – תבקש לתחום את היתרון שניתן לבעל ההתחייבות לעסקה במקרקעין למישור האכיפה בלבד. על פי תפיסה זו, כל משמעה של הלכת אהרונוב הוא שלילת כוחו של עיקול במניעת אכיפה מבעל התחייבות לעסקה במקרקעין, וזאת כנגזרת לוגית המתחייבת מדיני העסקאות הנוגדות¹⁴. ואולם, כאשר החייב מצוי בהליכי פשיטת רגל, ממילא אין נושה ראשי לנקוט או להמשיך בתביעה לאכיפת זכותו ללא אישור בית משפט¹⁵. מה לי עדיפות באכיפה ומה לי נגזרותיה הלוגיות – יטענו התומכים בגישה החלופית – אם הנושה המוקדם, כמו גם הנושה המאוחר, וכמו גם הנושים הכלליים, אינם יכולים כלל לאכוף את זכויותיהם? האין לומר כי משנסגרה הדלת בפני תביעות האכיפה, עברה מהעולם גם העדיפות שניתנה עד לשלב זה לעומדים בקדמת התור שבפתחה¹⁶? ההכרעה בין גישות אלה בוודאי תיעשה בקרוב. עמדת המחברים מהווה, ללא ספק, סימן חשוב בדבר הכיוון אליו נושבת הרוח.

14 קריאה זו של פסק הדין מתבססת בעיקר על ההנמקה הפורמלית שעומדת בבסיס פסק דינו של הנשיא ברק, אשר עמדתו בעניין זה מקובלת על מרבית שופטי ההרכב. הלך מחשבתו של הנשיא ברק בנוי על ארבעה שלבי ניתוח:

שלב א': בעל התחייבות קודמת לעסקה במקרקעין זוכה, מכוח דיני העסקאות הנוגדות, לעדיפות באכיפה על פני בעל התחייבות מאוחרת לעסקה במקרקעין; עדיפות זו מאפשרת לבעל ההתחייבות הראשון לאכוף את זכותו לנכס לא רק כלפי החייב, כי אם גם כלפי בעל ההתחייבות המאוחרת בזמן (הלכה זו נקבעה בד"צ 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 253, 268).
שלב ב': עדיפות בעל ההתחייבות המוקדמת בזמן שוללת את כוחו של בעל ההתחייבות המאוחרת לעקל את הנכס. הטעם לכך הוא שעיקול כזה יעמוד בסחירה לעדיפות באכיפה הניתנת לבעל ההתחייבות הראשון בזמן על פי דיני העסקאות הנוגדות.

שלב ג': בעל התחייבות המאוחרת לעסקה במקרקעין הוא נושה של החייב, ומעמדו ודאי שאינו נחות מזה של נושה כללי שאין לו כל זיקה לנכס מסוים (למעמדו של בעל התחייבות לעסקה בנכס ספציפי כנושה, ראו ע"א 181/73 שטוקמן נ' ספיטאני, פ"ד כח(2) 182).

שלב ד': לאור האמור לעיל, מכוח קל וחומר, אם העניק הדין לבעל התחייבות קודמת לעסקה במקרקעין עדיפות באכיפה והגנה בפני עיקול כלפי בעל התחייבות מאוחרת לעסקה במקרקעין, על אחת כמה וכמה שהתכוון להעניק לו עדיפות באכיפה והגנה בפני עיקול כלפי נושה בלתי מובטח של החייב.

15 לטעמיו של כלל זה ולחריגיו ראו לוין וגרוניס, לעיל הערה 1, בע' 114-118. יוצא דופן לכלל זה הם הנושים המובטחים מכוח סעיף 20(ב) לפקודת פשיטת הרגל, ראו, שם, בע' 251 ואילך. ואולם "הנושים המובטחים", על פי הגדרת סעיף 1 לפקודה הוא "מי שבידו שעבוד או עיכובן על נכסי החייב או על חלק מהם, בחזקת ערובה לחוב המגיע לו מהחייב" (ההדרגה שלי – ע.ג.). על כן ספק גדול אם ניתן לראות ברוכש נכס משום "נושה מובטח" לעניין הפקודה.

16 דוק, העובדה שבתי המשפט טרחו וחסמו אפשרויות לעקוף את סדר העדיפויות בנוגע להגשת תביעת אכיפה איננה מחייבת בהכרח כי ייחסו חשיבות לסדר זה גם במצב הדברים החדש שנוצר. החשיבות שאנו מייחסים ל"שמירה על התור" בשגרה איננה מחייבת בהכרח כי נפעל בהתאם

לא רק עדכוני דין כוללת המהדורה החדשה של פשיטת רגל. המחברים מצאו לנכון להוסיף התייחסות גם לשני נושאים רבי חשיבות שהמהדורה הקודמת לא נגעה בהם: "היבטים בינלאומיים של הליכי פשיטת רגל" ו"עבירות פליליות לפי הפקודה". כן הוספו למהדורה זו מפתחות עניינים, חקיקה, פסיקה וספרות המקלים מאוד על ההתמצאות והעיון בשלל ההלכות והסוגיות הנידונות בספר. בהקשר זה ארשה לעצמי להעיר כי דרך אזכור פסקי הדין הישראליים הנקוטה בפשיטת רגל, הנמנעת מלציין את שמות הצדדים, מקשה מאוד על המשפטן המצוי, אשר מספריהם הסיפוריים של פסקי הדין אינם חקוקים בזיכרונו.

הופעתן של מהדורות חדשות ועדכניות לספרי משפט מובילים בתחומם¹⁷ היא בוודאי תופעה רצויה, המקובלת בשיטות משפט רכות. היא מהווה לא רק גורם מסייע לעיצובו ולייצובו של הדין, אלא גם עדות מוצקה להתייצבות והתגבשות מבורכת של המשפט הפרטי הישראלי. ואולם, בצד מגמה חיובית זו, מלמד העיון בפשיטת רגל גם על אחת המכשלות המרכזיות בפיתוחו של המשפט הפרטי הישראלי. אף כי אנו מצויים כבר בעשור השישי לקיום המדינה, טרם השכלנו להמיר את דיני פשיטת הרגל האנגליים בחוק מקורי ועדכני התואם את רוח הזמן. פקודת פשיטת הרגל נחקקה ב-1936, והיא מבוססת בעיקרה על חוק פשיטת הרגל האנגלי מ-1914, בצירוף תיקוני טלאים שנעשו בה מעת לעת¹⁸. לא זו אף זו, עוד באמצע שנות השמונים עברו דיני פשיטת הרגל האנגליים שינוי מקיף, ועוגנו בדבר חקיקה עדכני, המתייחס הן להליכי פשיטת רגל והן להליכי פירוק. במסגרת זו נמחקו מספר החוקים האנגלי מספר הסדרים ארכאיים, כגון הדרישה לקיום "מעשה פשיטת רגל" ודוקטרינת "הבעלות הנחזית" ובוצעה רביזה בהסדרים אחרים, כדוגמת "כלל הייחוס לאחור". כתוצאה מכך נוצר מצב אבסורדי בו הסדרים והלכות אנגליים בני קרוב למאה שנים, אשר זה מכבר פסקו להיות רלוונטיים במולדתם, עודם מהווים מסד לדין הישראלי. במציאות משפטית שכזו לא נותר אלא לתמוה, ברוח כותרתו הקולעת של פרופ' יהושע ויסמן¹⁹, עד אנה ישלטו בנו דיני פשיטת הרגל המנדטוריים?

- לאותו תור גם במצבי משבר. כך, למשל, אנו מייחסים חשיבות לא מבוטלת לעובדה שכניסה או יציאה למקום פלוגי (כגון אנייה) תבוצע בשגרה באופן מסודר ובהתאם לכלל של "ראשון ראשון אחרון אחרון". לא כן בשעת חירום. במקרה זה הגיוני יהיה לאמץ כללי קדימות אחרים, אשר יתעלמו מסדר ההגעה, ויתמקדו בקריטריונים הנראים מהותיים (כגון "נשים וילדים תחילה").
- 17 דוגמאות מרכזיות מעולם המשפט הפרטי כוללות את א' ברק חוק השליחות (תשנ"ו); ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ח); מ' ראבילו חוק המתנה (מהדורה שנייה, תשנ"ז); ג' שלו דיני החוזים (תשנ"ט-תש"ס).
- 18 תופעה זו איננה מיוחדת, כמובן, לדיני פשיטת הרגל. תחומים מרכזיים נוספים הסובלים מאולת יד חקיקתית דומה הם דיני הנוזקין (המבוססים על פקודה מנדטורית מ-1944 אשר נכנסה לתוקף ב-1947), דיני זכויות היוצרים (המעוגנים בחוק מנדטורי משנת 1911 שאומץ בארץ בשנת 1924) ודיני ההפקעות (המבוססים על פקודת הקרקעות (רכישה לצורכי ציבור) מ-1946).
- 19 השו"י ויסמן "עד אנה ישלטו בנו חוקי הקרקעות העותמניים?" משפטים יב (תשמ"ב) 3.

יסודות מרשם המקרקעין במדינת ישראל

על "הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל"

מאת חיים זנדברג¹

יפעת הולצמן-גזית*

הקדמה

בשנת 1928 החלו השלטונות המנדטוריים של ארץ ישראל בתהליך של הסדר זכויות במקרקעין לפי פקודת הקרקעות (סידור זכויות קניין)². במסגרת תהליך זה, אשר טרם הושלם עד עצם היום הזה, אמורה הייתה להתבצע בכל פיסת מקרקעין בארץ ישראל ובמדינת ישראל פעולת חקירה ובריקה של שרשרת הזכויות שמטרתה הייתה להניב הכרעה סופית בדבר זכויות הקניין באותם המקרקעין³. תהליך ההסדר היווה שלב הכרחי ביצירת מרשם המקרקעין הנוהג היום במדינת ישראל והמתנהל על פי שיטת רישום זכויות. ההכרעה הסופית לעניין זכויות הקניין בקרקע המוסדרת שנתקבלה במסגרת ההסדר הפכה לרישום הראשון במרשם המקרקעין הציבורי של מדינת ישראל ואפשרה את יצירתו.

פרשנים משפטיים אחדים עסקו בעבר בניתוח סעיפי חוק ופסקי הדין בתחום ההסדר⁴. ואולם, מטעמים שאפרט להלן, אני סבורה כי ספרו של ד"ר חיים זנדברג על תהליך ההסדר בארץ ישראל ובמדינת ישראל מוסיף תרומה חשובה וייחודית להבנת מאפייני עיצובו של התהליך המשפטי האמור והשלכותיו על דין המקרקעין הישראלי. ראשית, העובדה שתהליך ההסדר מתנהל כבר שבעים שנה, הקנתה לחיבור של זנדברג

* דוקטור למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן.

1 ח' זנדברג הסדר זכויות במקרקעין בארץ-ישראל ובמדינת ישראל (תשס"א, הוצאה משותפת המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר והמכון לחקר מדיניות קרקעית ושימושי קרקע, קק"ל).

2 פקודת הקרקעות (סידור זכויות הקניין) 1928, ע"ר (צ) 258 (א) 260.

3 בדין וחשבון על פעולות מנהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2000 מופיע כי 1,129,631 דונם מתוך הסך הכולל של 19,281,000 דונם של קרקעות בניהול מנהל מקרקעי ישראל טרם עברו הסדר. למספר זה יש להוסיף את היקף הקרקעות בבעלות פרטית שטרם הוסדר. דין וחשבון על פעולות מנהל מקרקעי ישראל לשנת התקציב 2000 (תשס"א) 65. במקור אחר מופיע כי עד סוף שנת 1994 הוסדרו 20,609,443 דונם שהם 95.2 אחוזים משטח מדינת ישראל, כולל רמת הגולן וללא שטח ים המלח. ראו א' סולל "הסדר הקרקעות בישראל" קרקע (1995) 52, 64.

4 הכוללים בין היתורים שהתפרסמו בעבר על תהליך ההסדר הם ספריהם של מ' דוכן דיני קרקעות במדינת ישראל (מהדורה שנייה, תשי"ג) 389-416; א' בן-שמש חוקי הקרקעות במדינת ישראל (תשי"ג) 274-329; ש' יהודה דיני הסדר זכויות האחזה בישראל (תשי"א); א' כהן התיישנות הסדר במקרקעין (תשמ"ד).

זווית ראייה שלא נודמנה בעבר. נקודת הזמן שבה נכתב המחקר אפשרה לזנדברג לבחון את אופן היישום של תהליך ההסדר על פני תקופת זמן ממושכת תוך התייחסות למחקרים היסטוריים חדשים אשר לא מצאו ביטוי בחיבורים המשפטיים המוקדמים. שנית, מחקרו של זנדברג מנתח את תהליך ההסדר בארץ ישראל בדגש אקדמי-עיוני. המחקר מתבלט בניתוח השוואתי רחב שאינו מגביל עצמו למסגרת הצרה (מבחינת זמן, שטח ודין) שמכתיב העיסוק המעשי בתהליך ההסדר ה"ארץ ישראלי"⁵. כך, לדוגמה, בשער הראשון של הספר פורץ המחבר את המסגרת הטריטוריאלית הצרה של הסדר זכויות בארץ ישראל ומציג בפני הקוראים ניתוח תאורטי של הטעמים להיווצרות צורך בהסדר מקרקעין בכל שיטה המכירה במוסד הקניין הפרטי.

מאפיין נוסף המבחין את חיבורו של זנדברג מהחיבורים המשפטיים שקדמו לו הוא פרדיגמת המחקר שמיושמת בספר לשם בחינת טעמיו ומאפייניו של תהליך ההסדר. בספרו *Law and Society: An Introduction* מבחין לורנס פרידמן בין שתי פרספקטיבות שונות לכתיבה משפטית: נקודת מבט פנימית ונקודת מבט חיצונית⁶. נקודת המבט הפנימית, ששולטת בדפוס המסורתי של הכתיבה המשפטית, תופסת את המשפט כתחום העומד בפני עצמו ומובילה את החוקר לניתוח הסוגיה המשפטית מתוכה פנימה תוך שימוש בחומרי גלם משפטיים מסוג של דברי חקיקה ופסקי דין. לעומת זאת, בכתיבה משפטית מנקודת מבט חיצונית, מתעניין החוקר בבחינת הנורמה המשפטית על רקע ההקשרים הפוליטיים, החברתיים, התרבותיים והכלכליים של החברה שבה המשפט פועל. כתיבה מסוג זה מבוססת על ההנחה שהמשפט הנו תת-מערכת חברתית, וככזה הוא מקיים זיקה עם מערכות חברתיות אחרות ומגיב להתפתחויות ולתמורות בחברה הכללית. נקודת המבט החיצונית מכוונת אפוא את החוקר לנתח את התופעה המשפטית תוך שימוש בחומרי גלם "לא משפטיים" המעמידים באור חדש את אופיו של המשפט כמשתנה תלוי הקשרים "חיצוניים"⁷.

מחקרו של זנדברג הוא דוגמה יפה לכתיבה משפטית מנקודת מבט חיצונית. בעוד שהחיבורים הקיימים על תהליך ההסדר בוחנים את ההליך המשפטי מתוך ראייה

5 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 20.

6 L. Friedman *Law and Society: An Introduction* (New-Jersey, 1977) 92-97; S. Macaulay et al. *Law and Society: Readings on the Social Study of Law* (New-York, 1995) 1-6.

7 לניסוח שונה של ההבחנה בין נקודת המבט הפנימית לחיצונית על הציר של כתיבה משפטית "טהורה" מול כתיבה משפטית "בינתחומית", ראו א' פרוקציה "בניעות משפט" משפטים כ (חש"ן) 9. ראו גם את הבחנותיו של פול קאהן (Kahn) המאפיין את חולשתה של הכתיבה המשפטית המסורתית בכך שהיא כפופה לפרקטיקה המשפטית. קאהן עומד על כך שאחד ממאפייניה הבולטים של הכתיבה המשפטית המסורתית הוא מחויבותה לפרויקט של רפורמת המשפט. הכתיבה המשפטית המסורתית רואה במטרה הנורמטיבית של תיקון המשפט הקיים מטרה מרכזית של המחקר המשפטי, ובכך היא מכפיפה עצמה לפרקטיקה המשפטית הרואה אף היא ברפורמת המשפט מטרה מרכזית לפעולתה: P.W. Kahan *The Cultural Study of Law: Reconstructing Legal Scholarship* (Chicago, 1999) 7, 18-30.

דוקטרינלית-פנימית, השכיל זנדברג להבין כי "חקר תהליך ההסדר כרוך בחקירת ההיסטוריה של ארץ ישראל – בכלל ושל משפט המקרקעין בארץ – בפרט"⁸. הבנה זו של המחבר את אופיו של המשפט כמוסד חברתי תלוי מקום וזמן, וישומה בניחוח המבנה המשפטי של תהליך ההסדר בארץ ישראל, מגלמים, לדעתי, את ייחודו של החיבור כחיבור משפטי. החיבור חושף עושר של מקורות היסטוריים שמהם ניתן ללמוד על הדרך שבה יצרו השינויים שהתרחשו בחברה הארץ ישראלית החל מן המאה ה-19 צורך בתהליך ההסדר והשפיעו על עיצוב תוכן הוראות הדין המהותי. תמונה מורכבת זו של ההיסטוריה של תהליך ההסדר, שאיש לא הציגה עד כה, אמורה לעניין בנוסף למשפטנים גם קהלים אקדמיים אחרים מתחומי גאוגרפיה, היסטוריה, מדעי המדינה וכלכלה.

לספר ארבעה שערים, ובסקירה זו אפסע בעקבותיהם תוך שימוש בכותרות המקוריות.

שער ראשון: מדוע נוצר צורך בהסדר מקרקעין?

בשער זה מציג המחבר את הטעמים להיווצרות הצורך בתהליך של הסדר מקרקעין. מסתבר שהצורך בבדיקה ובחקירה של שרשרות זכויות במקרקעין הוא צורך מודרני, שנוצר על רקע התפתחות כלכליות במאה ה-19 שהובילו להתארכותן ולהתרחבותן של שרשרות זכויות במקרקעין. כתוצאה מהתרבות החוליות בשרשרות הזכויות התגבר הקושי לבלוש אחר עברן הרחוק של הזכויות במקרקעין ולאמת את כשרותן. קושי זה לא התיישב עם רצונו של המשפט המודרני לעודד מסחר במקרקעין על ידי הקניית הגנה לקניין הפרטי. שיטת משפט המבקשת להכיר בזכות הקניין של פרט בנכס – היינו בזכותו להשתמש בנכס ולעשות בו כאוות נפשו במגבלות הדין הנוהג – חייבת לאסור על הזולת לעשות עסקאות בנכסים לא לו ולשלול את כשרותן של עסקאות הנעשות על ידי גזלנים. איסור זה הבא לביטוי בכלל המשפטי שאין אדם יכול להעביר יותר ממה שיש לו, מעמיד בפני רוכש זכות במקרקעין קשיים ניכרים. הכלל בדבר רציפות ההעברה של הקניין מחייב כל רוכש זכות בנכס לוודא כי רכש אותה ממי שרשאי היה למוכרה, קרי ממי שהוא הבעלים ה"כשר" של הזכויות בנכס. כרי לוודא זאת, על הקונה לברר כי המוכר רכש אף הוא את הזכות בנכס ממי שהיה לפניו הבעלים הכשר שלה וכך הלאה עד הבעלים הראשון של הזכויות בנכס. ברור, שככל שמחארכת שרשרת הזכויות במקרקעין כך מתגברת אי-הוודאות בנוגע לכשרות זכותו של המוכר, ונוצר נזק חברתי שמצדיק השקעה באמצעים שיהפכו את המידע הנוגע לשרשרות זכויות במקרקעין לזמין וודאי⁹. אמצעי יעיל להשגת המטרה של הגברת

8 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 20.

9 שם, בע' 25-45.

הוודאות בשוק המקרקעין הוא יצירת מרשם ציבורי, המבוסס על שיטת רישום זכויות. שיטה זו של מרשם, הנהוגה אצלנו, נבדלת משיטת רישום העסקאות הנהוגת בקרב מדינות רבות ממדינות ארצות-הברית. בעוד שבשיטת רישום העסקאות, המרשם הציבורי משקף את העסקאות המתבצעות במקרקעין בלא לערוב לתוצאות המשפטיות הנובעות מהן, בשיטת רישום הזכויות מעניק המרשם למסתמך עליו ערובה לתוקפן של הזכויות הרושמות¹⁰. משמע, בשיטת רישום הזכויות אין המרשם הציבורי מסתפק בתיאור העסקאות המבוצעות בנכס, אלא הוא אף ערב למסקנה המשתמעת מן המרשם לגבי מצב הזכויות בנכס¹¹.

כפי שמבהיר ונדברג, על מנת שמודל מרשם הזכויות יקנה למסתמך עליו ערובה משפטית בנוגע לתמותת הזכויות העכשווית בנכס, עליו לדאוג לחיסול העבר שקדם למרשם. הסיכון שזכות במקרקעין שנרכשה בטרם נוצר המרשם החדש לא תבוא לידי ביטוי במרשם אינו מתיישב עם התפיסה הקונקלוסיבית של מרשם זכויות. ולכן, יצירת מרשם מקרקעין ציבורי המבוסס על שיטת רישום זכויות דורשת תהליך מוקדם של הסדר זכויות, שבמסגרתו נסקרת ההיסטוריה המשפטית של כל יחידת מקרקעין ומופקת זכות מוסדרת, נקייה מנטלי העבר, הנרשמת במרשם החדש. מהניתוח העיוני שבשער הראשון אנו למדים אפוא כי תהליך הסדר זכויות במקרקעין מהווה שלב הכרחי בתהליך היצירה של מרשם זכויות. עוד אנו למדים כי "הרעיון" של הסדר זכויות במקרקעין נולד על רקע המודרניזציה שהתרחשה במחצית השנייה של המאה ה-19 אשר אפשרה את התארוכותן של שרשרות זכויות במקרקעין והכבידה על יכולת המשפט להקנות הגנה לזכות הקניין.

10 בשיטת רישום העסקאות, הרישום במרשם הוא רישום של עסקה ולא רישום של זכות. כך, למשל, המרשם ישקף את העובדה שבוצעה במקרקעין עסקת מכר אך לא יערוב לכך שהקונה אכן הפך לבעלים מכוח עסקת המכר. ומכאן, שאפשר, למשל, שפלוני יטרוף את המקרקעין מידי הקונה אם יוכיח כי הוא הבעלים האמיתי ולא מי שהתיימר למכורם לקונה. ראו י' ויסמן דיני קניין (תשנ"ג, כרך א: חלק כללי) 294. מאחר ששיטת מרשם זו אינה מעניקה ודאות למעניין במרשם, התפתחה במקביל לה בארצות-הברית תעשייה פרטית של חברות מסחריות לבדיקת תוקפו של הרישום (abstract companies) וחברות לביטוח המרשם (title insurance companies) שפעילותן הפכה למרכיב אינטגרלי של כל עסקה במקרקעין. ונדברג, לעיל הערה 1, בע' 66-69, 79-80.

11 מודל מרשם הזכויות פשט באירופה ובאנגליה במאה ה-19 והוא זכה להצלחה גדולה בדרום אוסטרליה. שם עוצבה שיטת מרשם הזכויות על פי המודל שהציע – Sir Robert Richard Torrens שעיקרו היה עריכת ספרי האחוזה על יסוד יחידות רישום קרקעות, והכרה בהעברת בעלות במקרקעין על ידי רישום הזכויות בספרי האחוזה, במקום על ידי רישום של שטר המכר (הקוואן), כפי שהיה נהוג עד אותה עת. שיטת טורנס אומצה על ידי השלטונות הבריטיים כבסיס ליצירתו של מרשם הזכויות בארץ ישראל. ראו ונדברג, שם בע' 84; ד' גביש קרקע ומפה מהסדר קרקעות למפת ארץ ישראל 1948-1920 (תשנ"ב) 156-161.

שער שני: התעוררות הצורך בהסדר מקרקעין בארץ ישראל 1858-1928

השער השני עובר מתאוריה להיסטוריה, והדיון בו מוקדש לבחינת הטעמים להיווצרות הצורך בתהליך ההסדר ה"ארץ ישראל". במסגרת דיון זה מיושמת נקודת המבט החיצונית של החיבור, ומתבהרים היחסים המורכבים שבין המשפט לבין תהליכים חברתיים, כלכליים ומדיניים. בפני הקורא מוצגות שתי קבוצות של גורמים, שלדעת המחבר הנביעו את הצורך להנהגת הסדר מקרקעין בארץ ישראל. בסוג הראשון נכללים שינויים חברתיים וכלכליים שהחלו להתרחש בארץ ישראל לקראת סוף המאה ה-19, כמקביל למקומות אחרים בעולם, ואשר הצמיחו ביקוש מוגבר למקרקעין. כתוצאה מהגברת הפעילות בשוק המקרקעין, התארכו שרשרות הזכויות ונוצר קושי ממשי לעקוב אחר חוליותיהן¹². בסוג השני של הגורמים נכללים נתונים ייחודיים הקשורים למעמד השלטון העותמאני ויורשו, השלטון הבריטי.

זנרברג מצביע על כך שמניע משותף לניסיונות העותמאנים והבריטים ליצור תשתית רישום טובה של זכויות במקרקעין בארץ ישראל היה אינטרס השלטון בבידור זכויותיו במקרקעין וזאת על רקע התגברות התופעה של רכישת זכויות במקרקעין הממשלה מכוח החזקה ועיבוד¹³. אך בעוד שהעותמאנים ניסו להנהיג מנגנון מחייב של רישום כדי שיוכלו לחזק את אחיזת השלטון במקרקעין ולאפשר לשלטון להפיק רווחים מהקצאת הקרקע לפרטים, אינטרס הבריטים ביצירת מנגנון רישום הונע גם על ידי שיקולים מדיניים¹⁴. נוסחו של כתב המנדט כלל התחייבות בריטית "לפעול להקלת המשימה של ייסוד בית לאומי לעם היהודי בארץ ישראל מתוך הנחה ברורה שלא ייעשה שום דבר העלול לפגוע בזכויות האזרחיות והדתיות של העדות הלא-יהודיות

12 השינויים בנתונים הכלכליים והחברתיים של הארץ שיצרו ביקוש למקרקעין כללו גידול דמוגרפי; תהליכי מודרניזציה שהגדילו את אפשרויות הניצול החקלאי העירוני של המקרקעין, והגירה אירופאית שהווימה ביקוש למקרקעין לצורך הקמת קונסוליות ומשכן לנציגים האירופיים וכן לצורך הקמת מבנים שישרתו גופים בעלי צביון דתי ומיסיונרי. זנרברג, לעיל הערה 1, בע' 118-121.

13 המחסור ששרר בארץ בסוף המאה ה-19 בהיצע של מקרקעין בבעלות פרטית הביא לפריחתן של דרכים משפטיות ואחרות שמכוון טענו פרטים לזכויות במקרקעין השלטון. אחת הדרכים הבולטות להספקת הביקוש הגובר למקרקעין הייתה רכישת זכויות באמצעות החזקה ועיבוד של מקרקעין מירי או "החייאת" מקרקעין בלתי מנוצלים (מוזאת). הנהגת מנגנון מחייב של רישום אמורה הייתה לסייע לאכיפה הדוקה יותר של זכויות השלטון העותמאני בקרקע על ידי יסוד "נקודת פתיחה" עדכנית שממנה ניתן יהיה להמשיך לעקוב באופן שוטף אחר שינויים בתמונת הזכויות, והקטנת המוטיבציה לעורר טענות סרק בשל החשיפה הכרוכה בחובת הרישום ובשל הספק שמטילה נורמת רישום על טענות שלא באו לידי ביטוי במרשם. שם, בע' 130-131.

14 הניסיונות להנהיג באימפריה העותמאנית שיטה של רישום זכויות לצורכי ניהולם של המקרקעין נכשלו. שיטת הרישום שיצרו העותמאנים הייתה רוויה ליקויים והדמיון בינה לבין שיטות רישום טובות יותר, שהונהגו באותן שנים במקומות אחרים בעולם, היה קלוש. עם זאת, תשתית הרישום (הלקיה) שהונחה בשלהי התקופה העותמאנית יצרה נתוני פתיחה טובים לתהליך ההסדר שהחלו בו הבריטים.

הקיימות בארץ¹⁵. "המחויבות הכפולה" של הבריטים בנוגע להקצאת קרקעות ממשלתיות להתיישבות יהודית היוותה אפוא תמריץ ממשי לפתיחה בהליך של בידור באשר להיקפם ולמיקומם של מקרקעי הממשלה. בהיעדר יכולת למלא את מחויבותה על פי כתב המנדט הייתה בריטניה עלולה לשמוט את הבסיס להמשך שלטונה¹⁶.

אף כי היו לבריטים סיבות טובות להתחיל במהירות בתהליך של הסדר זכויות, המאבקים המדיניים ששררו בארץ הביאו לעיכובו של ההליך המשפטי. הבריטים חששו שפעולה של חקירת העבר תתפרש כמכוונת להכריע במאבק הקרקעי שניטש בין הערבים ליהודים ותערער את יציבות שלטונם בארץ, ולכן הם העדיפו להנהיג תחילה שיטה של רישום עסקאות שתתעד את שרשרות הזכויות מכאן ואילך. חלף אם כן עשור נוסף של חוסר בהירות בנוגע למצב הזכויות בקרקע, עד שהבריטים הבינו את החשיבות של הסדר זכויות והשלימו את ההיערכות המנהלית שהייתה דרושה לשם ביצועו¹⁷. ב-1.6.1928 נכנסה לתוקפה פקודת הקרקעות (סידור זכויות הקניין) (להלן: "פקודת ההסדר") שסיפקה את התשתית הסטטוטורית לביצוע תהליך ההסדר בתקופת המנדט ובתקופה שלאחר קום המדינה.

שער שלישי: עיצובו של תהליך ההסדר

השער השלישי מהווה את לבו המשפטי של החיבור. בשער זה מפורטטים בפני הקורא קווי המתאר של תהליך ההסדר שהחלו בו הבריטים לפי פקודת ההסדר ואשר דרש התמודדות עם ארבע משימות¹⁸. המשימה הראשונה שתהליך ההסדר חייב להתמודד עמה הייתה איסוף המידע על שרשרות זכויות והזרמתו אל המנגנון העוסק בהסדר הזכויות, משמע אל פקיד ההסדר. מערכת התמריצים שהנהיגו הבריטים הצליחה אמנם להביא את רוב בעלי הזכויות להגיש תביעות במסגרת ההסדר, אך הישג זה גרם לכך שלוח התביעות כלל מידע רב ובלתי ממוין¹⁹. כתוצאה מכך נדרשו השלטונות לבצע משימה נוספת של התאמת המידע והתביעות שהוגשו לפקיד ההסדר

15 המחויבות הכפולה של הבריטים עולה מסעיף 6 לכתב המנדט שהורה כדלקמן:
 "The administration of Palestine, while ensuring that the rights and position of other sections of the population are not prejudiced... shall encourage, in corporation with the Jewish Agency, close settlement by Jews on land, including State lands... not required for public purposes". J. Stoyanovsky *The Mandate for Palestine* (London, 1928) 355-360.

16 זנדרבג, לעיל הערה 1, בע' 169-171.

17 על פרק הניסוי שעברו הבריטים עד שהחליטו להנהיג שיטה של מרשם זכויות ועל מלאכת ההכנה לביצוע ההסדר ראו ד' גביש "רישום והסדר הקרקעות 1928" ו"רישום ועסקאות במקרקעין (א' כהן וד' מימון עורכים, תשמ"ח) 3; זנדרבג, לעיל הערה 1, בע' 176-196.

18 זנדרבג, שם, בע' 207-208.

19 על הדרכים לעידוד הגשתן של תביעות על ידי בעלי זכויות האמצעים שנקטו הבריטים על מנת ליעיל את התהליך של איסוף התביעות ראו שם, בע' 211-230.

לתבנית החדשה של מרשם הזכויות. המשימה השלישית שעמדה בפני השלטונות הבריטים ולאחר מכן בפני השלטונות הישראליים הייתה עיצובו של מנגנון בירור הזכויות. תהליך בירור זכויות הוא השלב העיקרי והקשה ביותר של תהליך ההסדר. שלב זה מתרחש לאחר שלב איסוף התביעות, וכולל פעולות שונות שמטרתן להפיק מרשימת התביעות הבלתי ממוינת שהתגבשה בלוח התביעות, וממידע נוסף, קביעה חד-משמעית של תמונת הזכויות בגוש פלוני. הכמות הבלתי רגילה של תביעות זכות ואופיו של ההסדר כהליך שנכפה על בעלי הזכויות ושתוצאותיו סופיות, העמידו בפני הגורם המברר אתגר לעצב את שלב בירור הזכויות באופן שיאזן את המתח בין שיקולי יעילות התומכים בהחשת קצב ההליך ובין שיקולי צדק המחייבים הימנעות מפגיעה שרירותית בזכויות²⁰. המשימה האחרונה שנדרשו אליה עורכי ההסדר, לאחר סיום שלב בירור הזכויות, הייתה עיצוב עקרון סופיות ההסדר המורה כי הכרעה של תהליך ההסדר בדבר הזכויות בחלקה פלונית היא סופית ומבטלת כל זכות הסותרת אותה²¹.

מעניין במיוחד בשער זה הוא ניתוח הקשר בין שיקולים "מרשמיים" הנוגעים לאופן עיצובה של תבנית המרשם הציבורי ובין הדין המהותי של עסקאות במקרקעין. זנדברג מסביר כי היכולת של מרשם זכויות לספק את מידת הוודאות הנדרשת למסתמך עליו תלויה, במידה רבה, בהיקף הזכויות הנכללות בו, בצורה שבה הן מוצגות ובמידת הפירוט של תיאור הנכס הרשום ופרטיו של בעל הזכות²². ככל שנצמצם את היקף המידע שניתן לשבץ במרשם אודות נכס פלוני ואפשרויות ניצולו, כך תגבר יכולת המרשם לספק למסתמך עליו ביטחון בנוגע למצב הזכויות העכשווי בנכס. ומכאן, שהמשימה השנייה עמה נדרשו להתמודד עורכי ההסדר בעניין התאמת תמונת הזכויות הראשונית שנתקבלה בלוח התביעות לתבנית החדשה של מרשם הזכויות, הייתה כרוכה בקבלת החלטות עקרוניות לגבי סוגי הזכויות שייכללו במרשם החדש ודרכי הצגתן²³. כך, השיקול "המרשמי" הנוגע לעיצוב תבנית המרשם החדשה באופן שיקנה ודאות למסתמך מסביר היטב את הפטור מרישום המוענק כיום במסגרת

20 איוון זה בא לידי ביטוי בעיצובו של תהליך הבירור כהליך שיפוטי המתבסס על מומחיות ומתנהל על פי מינון ראוי של מערכות אינקוויזטוריות מחד גיסא, ושל פסיכיות אדברסרית, מאידך גיסא. העובדה שהליך הבירור נעשה על ידי גוף עצמאי תרמה אף היא לבירור זכויות הוגן וללא פניות. ולבסוף, הסתמכות על פתרונות המבוססים על הסכמה ופשרה, במקום על הכרעה שיפוטית, המעיטה את עצמת הפגיעה בזכויות והקלה על ההתמודדות עם ההיקף הכמותי של משימת הבירור. שם, בע' 267-295.

21 שם, בע' 297-331.

22 שם, בע' 234.

23 הדאגה לאמינות המרשם הביאה לעיצוב אופן הצגתן של הזכויות במקרקעין בתבנית רישום דו-ממדית. מכיוון ששינויים במכנים או בגטיעות שעל הקרקע עשויים להיות שכחים וקשה להבטיח את עדכונם, תבנית מרשם תלת-ממדית הכוללת מידע על הנכס המצוי על הקרקע ואפשרויות ניצולו עשויה הייתה לפגוע ביכולת מרשם הזכויות לערוך לנכונות המידע המצוי בו. שם, בע' 236.

חוק המקרקעין לשכירות קצרת טווח²⁴. עומס היתר של מידע שעשוי להיווצר כתוצאה מהטלת חובת רישום על זכויות מסוג זה ששינוין תדיר עשוי לפגוע בבהירות המרשם. הרצון להבטיח כי המרשם יספק למסתמך עליו מידע חד-משמעי בנוגע למצב הזכויות ביחידת המקרקעין מחייב גם להגביל את תבנית המרשם לרשימה סגורה של קטגוריות זכויות²⁵. הכרה באפשרות הצגתן של הזכויות במרשם בתבניות "פתוחות" מסוג של "הערות" או "שונות" עשויה להקשות על צד שלישי לגלות ערנות למידע שמופיע באותן תבניות ולפגוע ברמת הוודאות של המסתמך²⁶. דוגמה עדכנית להשפעת שיקולים מרשמיים על הוראות הדין המהותי מצויה בתיקון לסעיף 126 לחוק המקרקעין²⁷ שקבע כי רק בעל זכות במקרקעין או בעל זכות קניינית אחרת המנויה בסעיף ייחשב חייב לצורך רישום הערת אזהרה. תיקון זה שנחקק בעקבות ע"א 558/88 איטונג בע"מ נ' דוד לוי ובניו בפירוק²⁸, הונע, בין היתר, על ידי רצון המחוקק לשמור על תבנית מרשם שתקל את התמצאות המסתמך. מישור נוסף שבו מתגלה אופיו של ההסדר כההליך מעצב הוא השינוי שמביא עמו התהליך בתמונת הזכויות המהותיות שקרמה להנהגתו. זנדברג מביא בהקשר זה שתי דוגמאות לשינוי מהותי של זכויות במסגרת תהליך ההסדר שבוצע בארץ ישראל. האחת נוגעת לרישומם של מחזיקים מכוח התיישנות דיונית כבעלים והשנייה מתייחסת להפרטה של זכויות במקרקעין בשיטת המשאע²⁹.

מהדין בשער זה אנו למדים אפוא כי "ההסדר איננו רק תהליך המצלם את תמונת הזכויות במקרקעין, כפי שעוצבה בדין המהותי, ומשפר, באמצעות הרישום, את האופן שבו ניתן לבררה ולהציגה"³⁰. לתהליך יש השפעה רבה על עיצוב הדין

24 ס' 79 (א) לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 פוטר מרישום שכירויות לתקופה שאינה עולה על חמש שנים. ס' 152 לחוק הגנת הדייר [נוסח משולב], תשל"ב-1952 פוטר מרישום שכירויות לתקופה שאינה עולה על עשר שנים.

25 ס' 161 לחוק המקרקעין מורה כי "מתחילת חוק זה אין זכות במקרקעין אלא לפי חוק". לפרשנות סעיף זה כשולל את העיקרון של רשימה פתוחה ביצירת זכויות קנייניות במקרקעין, ראו יוסמן, לעיל הערה 10, בע' 77, 79-80; מ' דריטש קנין (תשנ"ז, כרך א) 81-91.

26 ומכאן, שלא רק בעיית הידיעה בדבר קיום הזכות שנוצרה מהווה נימוק לתמיכה בשיטת הרשימה הסגורה, אלא גם שיקולים הנוגעים לעיצובה של תבנית המרשם באופן שיגדיל את רמת הוודאות של המסתמך. השו"ש.

27 ס' 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

28 ע"א 558/88 איטונג בע"מ נ' דוד לוי ובניו בפירוק, פ"ד מחן(2) 102. בפסק דין זה נקבע כי גם בעל זכות חודית במקרקעין יכול להיחשב כחייב לצורך רישום הערת אזהרה. הלכה זו עשויה הייתה לגרום לעומס רב של הערות במרשם המקרקעין ולסרבול המידע המוצג בפני המסתמך.

29 זנדברג מעיר בנוגע להפרטה של מקרקעי המשאע כי תהליך זה נבע לא רק ממגבלות תבנית המרשם החדשה אלא גם ממדיניות כלכלית שביקשה לשים קץ לשיטה עקב היותה גורם מעכב פיתוח חקלאי. לפירוט ראו זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 237-264. על שיטת המשאע שהייתה מקובלת בחברות טרום מודרניות במזרח התיכון ובכלל זה בארץ ישראל ראו ד' גרוסמן "החוקה הקומנדלית – דיון בשיטת המשאע והשלכותיה" קרקע (תשנ"ז) 56.

30 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 264.

הפוזיטיבי הנוגע לעסקאות במקרקעין, ולעתים מביא עמו התהליך גם שינויים מהותיים בתמונת הזכויות הקיימת.

שער רביעי: תהליך ההסדר ומדינת ישראל: מאפיינים ייחודיים

השער הרביעי והאחרון של הספר מוקדש לסקירת תהליך ההסדר בתקופה שלאחר קום המדינה. זנדברג מציג את התהליך בתקופה זו כמתנהל בין שתי מגמות סותרות: מגמת המשכיות ומגמת שינוי. מצד אחד, הקמתה של מדינת ישראל לא קטעה את התהליך שפתחו בו הבריטים בשנת 1928 לפי פקודת ההסדר, והמדינה אף אימצה את התוצאות שהפיק ההליך בתקופת המנדט ואת התשתית החוקית וההלכתית שלפיה הוא עוצב. מצד שני, לאחר קום המדינה התרחשו שינויים משמעותיים בדין המהותי שלפיו התנהל ההסדר שהיה בהם כדי להשפיע על טיבו של התהליך. כך, שונתה בחקיקה תקופת ההתיישנות הרלוונטית לרכישת זכויות במקרקעין ונקבע איסור על העברת בעלות במקרקעי המדינה. בנוסף, פיתח בית המשפט העליון הלכות חדשות שקבעו סף מינימום של חמישים אחוזים לדרישת העיבוד החקלאי והתייחסו לתצלומי אוויר משנת 1945 כאל ראיה מכרעת באשר לאחוז העיבוד של החלקה³¹. ד"ר אלכסנדר (סנדי) קדר שחקר גם הוא את התנהלות הסדר הקרקעות בתקופה שלאחר קום המדינה, סבור שהשינויים ה"קטנים" בגישת הפסיקה הישראלית לתהליך ההסדר היטו באופן מעשי את תוצאות ההסדר לרעת המחזיקים הערביים. לעמדתו, המניע הראשי להנהגתם של השינויים האמורים הייתה מדיניות "גאולת הקרקע" של המדינה היהודית אשר חדרה והשפיעה על פסיקת בית המשפט העליון בסוגיה³². כנגד עמדה זו מציג זנדברג הסבר פחות "פוליטי", שמייחס את מגמת השינוי שניכרת בתשתית החוקית וההלכתית של אופן ניהול ההסדר לאחר הקמת המדינה, לא רק לחילופי השלטון הבריטי-מנדטורי בשלטון יהודי-ציוני, אלא גם לנתונים "ניטרליים" הנוגעים לעובדה שרק בשלב מאוחר הגיעו השלטונות לטפל בהסדרתם של שטחים עירוניים קשים שבהם התפתחו שרשרות ארוכות של זכויות במקרקעין³³. הסבר זה של זנדברג אינו תואם את גישתי המחקרית הנוטה להדגיש את הגורמים הפוליטיים והתרבותיים שביסוד משטר המקרקעין הישראלי³⁴. עם זאת, אין ספק שהפרשנות המוצעת מאירה פן נוסף של היחסים המורכבים שמתקיימים בין המשפט ובין החברה.

31 שם, בע' 343-351.

32 א' קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע לאום ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" עיוני משפט כא (תשנ"ח) 665, 703-745.

33 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 337.

34 ראו "הולצמן-גזית" דיני הפקעת קרקעות בראי האידיאולוגיה הציונית של קליטת עלייה וקניין בפרטי" מקרקעין בישראל: בין הפרטי לציבורי (ח' דגן עורך, תש"ס) 223; "הולצמן-גזית" "מאבק הקרקעות בארץ-ישראל: השלכות לעניין היקף הביקורת השיפוטית על הפקעת קרקעות במגזר היהודי – ניתוח היסטורי" ספר ויסמן (ש' לזר וד' לוינסון עורכים, תשס"ב) 73.

ניתוח ההיסטוריה של תהליך ההסדר בתקופה שלאחר קום המדינה כרוך בשער הרביעי בדיון בנושא אחר שהנו צופה פני עתיד ופונה לפרקטיקה המשפטית. הנושא השני שעליו נסוב הדיון בשער האחרון מפנה את הקורא לבעיית הזכויות הבלתי רשומות במקרקעין מוסדרים. תופעה זו נוצרה בעיקר כתוצאה משינויים שהתרחשו בחלוקה הפיזית של השימוש וההחזקה בפועל של המקרקעין ואשר לא באו לידי ביטוי במרשם בשל איטיות הפעולות הכרוכות בחלוקה של חלקות במקרקעין. התמשכותו של המצב המתואר יצרה פער בין התמונה שמציג המרשם לבין התפלגות תכני הבעלות במציאות³⁵. הספר מסתיים אפוא במסקנה שלפיה סיומו של תהליך ההסדר, במובן הצר, אינו מבשר את סיומו של הצורך בהסדר זכויות במובן הרחב. הצורך בביצוע חקירה לאחור של שרשרת זכויות במקרקעין הוא צורך שעשוי להתעורר לפרקים גם לאחר יצירתו של מרשם זכויות, כל אימת שזה נכשל בהשגת מטרתו להנהיג ודאות בשוק המקרקעין³⁶. הניתוח המעמיק שמוצג בחיבור בנוגע לאופן התנהלות ההסדר במהלך שבעים שנה, ראוי לו שימש כמורה דרך לקובעי המדיניות לכשיוחלט לבצע הסדר נוסף.

35 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 371-377. ההערכות האחרונות בנוגע להיקף יחידות המגורים שאינן רשומות במרשם המקרקעין עומדות על כ-950,000 יחידות מתוך סך כולל של 2,000,000 יחידות מגורים בנויות במדינת ישראל. ד' מאור "הוקמה מערכת מקוננת למידע על הרישום בטאבו" הארץ 3.3.2002.

36 זנדברג, לעיל הערה 1, בע' 405-406.

על דם, צדק, נקמה ודמעות

על "מיכאל קולהאס"¹ מאת היינריך פון קלייסט

אסי טבקה*

"כלנו מבקשים את האמת, רוטן באזני
השוער חרוש העור של המלון לאחר
התגרה עם הקומוניסטים בככר
לפני שעה קלה. אינני
יודע אם את האמת, אבל אין בלבי ספק
כי גם אני מבקש דבר-מה, שאם לא כן
מדוע זה סובבתי כך הלילה
שעות על גבי שעות, בודד ברחוב המתרוקן, בלי דעת
מה אני, בעצם, מבקש, ומדוע"².

"מטרת המשפט הוא הצדק. האמצעי של המשפט להשגת הצדק הוא
חיפוש אחר האמת"³.

א. פתח דבר

בימים אלו יצא לאור תרגום חדש של הנובלה מיכאל קולהאס שכתב היינריך פון קלייסט בשנת 1810. תרגום משובח זה, של אחד משיאי הרומנטיקה הגרמנית המאוחרת, מזמין להעלות שוב לדין שאלות יסוד מובהקות כגון הקשר בין מונחים בסיסיים בצדק, נקמה ואמת אשר מגיעות אותנו ברגעים רבים בחיינו. מיכאל קולהאס הוא סיפורו של אדם, אשר בעקבות עוול נורא שנעשה לו בוחר לצאת במסע הרג אכזרי. ספר זה זכה לפירושים ולניתוחים רבים. בעשורים האחרונים

* סטודנט השנה הרביעית ועוזר הנורא ומחקר, בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל. תודה מעומק הלב לד"ר ארנה בן-נפתלי היקרה על אהבתה ותמיכתה, לד"ר יובל שני על ההזדמנות והאמון שנתן בי, לד"ר חמי בן-גון על עצותיו המועילות והחכמות ולאביטל פינק על התמיכה והחברות. אבקש להקדיש רשימה זו, שהיא לי רשימת ביכורים, להורי, מרים וגסטון טבקה, באהבה.

1 ה' פון קלייסט מיכאל קולהאס (חשס"ב, תורגם על ידי מ' די-נור וח' אלשטיין). הספר יצא לאור בהוצאת כבל.

2 נ' זך "כולנו מבקשים" במקום חלום (תשכ"ו) 31.

3 א' ברק "על משפט, שיפוט ואמת" משפטים כז (תשנ"ד) 11.

התמקדה הפרשנות למסע ההרס של קולהאס, בעיקר בשאלה אם המניע למסע הוא שאיפה בלתי מתפשרת להשגת צדק, או שמא מדובר בתאוות נקם ותו לא. כך למשל, מלמד מולר (Muller) סנגוריה על קולהאס ועל חיפושו הבלתי מתפשר אחר הצדק, כך טענתו, בהצביעו על העובדה כי אף האזרחים שרכושם נפגע כתוצאה ממסע ההרס של קולהאס, תמכו בו ובדרישותיו.⁴ לעומתו סבור לוקאס (Lucas) כי דמותו של קולהאס ומסעו מבוססים על יצר נקמה מתחילת הסיפור ועד סופו, וכי יצר זה השתלט עליו לחלוטין, עד כי כל קשר לחיפוש אחר צדק אבד ואיננו עוד.⁵ הנובלה אף זכתה לניתוח פסיכולוגי-פסיכואנליטי,⁶ קנטיאני,⁷ ואף לאדפטציות ספרותיות⁸ וקולנועיות.⁹ האלמנט המרכזי העובר כחוט השני בכל הניתוחים והפרשנויות הללו הוא כי מיכאל קולהאס הוא סיפור על מסע רווי דם שבסיסו אובססיה,¹⁰ ואכן הפרשנות המקובלת ביותר ליצירה זו היא כי מסעו של קולהאס ניוון מקומפלקס של מניעים – תשוקה עזה להשגת צדק ותאוות נקם בלתי מרוסנת החוברות יחד לכדי הרס נורא.¹¹

ברשימה זו אבקש להציע קריאה שונה של הנובלה. בבסיס פרשנות זו אבקש לערער על תפיסת הצדק המקובלת, כאילו מסע לחיפוש ולהשגת צדק הנו נטול כל מניעים וינדיקטיביים-אישיים, וכל כולו בחיפוש אפלטוני, על אני, אחר האמת. אטען כי כל חיפוש עיקש אחר "צדק מוחלט", הנו לא רק עקר במהותו, כי אם אף מונע ברובו מרצון להשיב גמול, להחזיר לפוגע מנה אחת אפיים בעבור פגיעתו. זהו הגמול הווינדיקטיבי, הנקמני, והוא מהווה, כך אטען, חלק אינטגרלי מהחיפוש ומהרצון לעשות "צדק מוחלט". מכאן, כי לא את יצר הנקמה יש להוקיע, שהרי מדובר במרכיב פסיכולוגי, ובצורך נפשי בסיסי,¹² אלא את הניסיונות האנושיים הנואשים להשגת "צדק מוחלט", טוטלי, בלתי מתפשר במהותו, ניסיונות המובילים לא אחת, כפי שמוכיח לנו קולהאס, לסיטואציה שבה אדם מוכן להקריב את חייו ואת חיי יקיריו על מזבח הצדק.

בחלקה הראשון של רשימה זו, לאחר שאספר, ולו בקליפת אגוז, את סיפור העלילה של קולהאס מיועדנו, אבקש לבחון את מונח הצדק העומד בבסיס התרחשות העניינים. לא אתיימר להבין ולמפות מונח מורכב ועדין זה, שכן אפילו מלומדים דגולים כבר כשלו במשימה, אך אנסה לעמוד על מה שנהוג לכנות "חוש צדק" אנושי,

4 ראו גם המקורות אליהם מפנה אלן במאמרו: S. Allan "The Problem of Revenge in Kleist's Michael Kohlhaas" 92 *The Modern Language Review* (1997) 630, n. 2.

5 *Ibid*, at n. 3

6 ראו למשל: R. Kuhns "The Strangeness of Justice: Reading Michael Kohlhaas" 15 *New Literary History* (1983-1984) 73, 82-85.

7 *Ibid*, at p. 89

8 E.L. Doctorow *Ragtime* (New-York, 1976)

9 ראו סרטו של מילוש פורמן: M. Forman *Ragtime* (1981)

10 ראו בעיקר מאמרו של א' קליינברג "יראת כבוד ושגעונו" הארץ 22.5.2002.

11 Allan *supra* note 4, at p. 633

12 ראו י' בוק "השיקול התגמולי במדיניות הענישה" הפרקליט כב (תשכ"ו) 240, 243.

ועל עצם החיפוש אחר אותו מונח סתום ששמו "צדק". בתוך כך אנסה לבחון את המתח שבין "צדק אנושי" לבין "צדק מוחלט", אלוהי אם נרצה, ולבחון את עיקרי עלילת סיפורנו לאור הבחנות אלה.

בחלקה השני של הרשימה אבקש לבחון את מושג הנקמה ואת תפקידה בחיינו בכלל, ובחיי המשפט בפרט. לנקמה, אף שהיא מהווה מסד להתנהגויות אנושיות רבות, ואף שנוהגים להשתמש בה כאילו היא מובנת מאליה, יש "שם רע", ניחוח חמוץ של פרמיטיביות יצרית שיש לסלקה מן העולם הרציונלי, מסלון התרבות של התקינות הפוליטית. אני מבקש להוציאה מן הארון, ולהכניסה אל טרקלין השיח. בתוך כך אנסה לבחון את הקשר העדין בין מונח הצדק לבין מונח הנקמה (למשל בשאלה אם יכולה נקמה להיות מוצדקת), ולטעון כי "צדק מוחלט" חייב, בהגדרה, לכלול אלמנט של גמול שבסיסו נקם. עשיית צדק בלא לכלול אלמנט תגמולי-וינדיקטיבי זה, לא תהא מוחלטת ומושלמת, ומכאן כי צדק הנעשה בידי אדם והמבקש להיות טוטלי, לא רק שלא יעמוד במשימתו היומרנית, כי אם יהווה אך חיקוי חיוור (ולעתים מסוכן) לבלתי אפשרי.

המסקנה שאגזור מדיון זה היא כי גמול וינדיקטיבי, אף כי ראוי לרסנו בחיי היומיום, הוא חלק בלתי נפרד מחיפוש אחר "צדק מוחלט" ולכן לא את יצר הנקם כשלעצמו יש לרדוף ולגנות, כי אם את החיפוש האנושי, אשר נידון מראש לכישלון, אחר "צדק מוחלט", אשר, כמה עצוב להודות, בלתי אפשרי להשיגו. בחלקה השלישי של הרשימה אבקש להעיר מספר הערות סיום ולסכם.

ב. "צדק צדק תרדוף"¹³: האומנם צדק?

"צדק – ישר, כנות, דרך האמת"¹⁴.

כוח – ע"ע: צדק

צדק – ע"ע: כוח"¹⁵.

"תכלית קיומו [של חוש הצדק] היא ללחום באי-צדק ולהכות אותו ואת מחולליו"¹⁶ (ההדגשה שלי – א.ט.).

מיכאל קולהאס, סוחר סוסים הגון וישר בן המאה ה-16, "נודע כאחד האנשים הישירים ובה בעת האימיים ביותר בזמנו. עד להגיעו לשנתו השלושים יכל אדם יוצא דופן זה להיחשב לאזרח למופת... אלמלא הייתה אחת ממידותיו הטובות מופרות. חוש הצדק

13 דברים, טז, כ.

14 א' אבן-שושן המילון החדש (1990) 2203.

15 ד' גרוסמן עיין ערך: אהבה (תשמ"ו) 324, 363.

16 ח'ה' כהן צדק במשפט (צ' דרורי עורכת, תשנ"ג) 17.

שלו הפך אותו לשודד ולרוצח"¹⁷. יתמה הקורא, כיצד יכול חוש צדק, ולו מפותח עד מאוד, להפוך אדם לשודד ולרוצח?¹⁸

פעם אחת, בעודו רוכב אל מחוץ לארץ עם להקת סוסים מטופחים במטרה למכרם, נתקל קולהאס, בסמוך לגבול, במחסום. הממונה על הטירה הסמוכה למחסום דורש ממנו תעודת מעבר ומודיע לו שלא היתר שכזה, אין מניחים לסוחרים סוסים לחצות את הגבול עם סוסיהם. קולהאס תמה, הרי חצה את הגבול פעמים רבות ומעולם לא נזקק לשום תעודת מעבר, מעולם אף לא שמע על דרישה שכזו. הוא מבקש לדבר עם בעל הטירה, היונקר (האציל) ונצל פון טרוקה, אשר בדיוק מסב לשולחן האוכל עם ידידיו. הוא מבקש שיתיר לו לעבור את המחסום ומבטיח לרכוש תעודת מעבר בהקדם, אך היונקר, בעידודו של הממונה על טירתו, דורש כי הלה ישאיר כעירבון שני סוסים שחורים בחזקתו. קולהאס, מופתע מהדרישה החצופה, מעיר כי התכוון למכור את הסוסים, וכי השארתם בחזקת היונקר כעירבון תסב לו הפסד כספי. אך היונקר לא נשאר חייב: "אם הוא לא רוצה להשאיר את הסוסים – תזרקו אותו בחזרה לצד השני של המחסום"¹⁹.

קולהאס נכנע לדרישה ומוחיר שני סוסים שחורים בלוויית משרת מטעמו שיפקח שלא יאונה להם כל רע. דא עקא כי בהגיעו אל לשכת הסתרים, שם אמור הוא לקנות את תעודת המעבר, מתברר לו כי העניין כולו אינו אלא שקר וכי כלל אין צורך בתעודה שכזו. קולהאס ממהר לחזור אל הטירה לקבל את סוסיו בחזרה, אך מה רבה פליאתו כאשר נפתחת דלת האורווה שבטירה ולנגד עיניו מתגלים לו סוסים – כחושים ועלובים, עצמותיהם בולטות והם מוזנחים וחבולים. המשרת שהושאר להשגיח עליהם, כך מתברר, הוכה עד זוב דם והוברח מן המקום, והיונקר, בראותו כי איש לא משגיח על הסוסים המשובחים, ניצל אותם למטרותיו האישיות עד הגיעם למצב עלוב זה. קולהאס מתרעם: "אלה אינם הסוסים שלי, אדוני הנכבד! אלה לא הסוסים שהיו שווים שלושים גולדן זהב! אני רוצה לקבל בחזרה את הסוסים הבריאים והחסונים שלי"²⁰. היונקר מסרב, כצפוי, וקולהאס, אשר מבטיח כי בכך לא תם הסיפור, עוזב את הטירה ללא סוסיו. הוא מחליט לתבוע את עלבונו; פעמיים הוא פונה לערכאות משפטיות בתביעה שהיונקר יענש על פי חוק על העוול שגרם לו, אך היונקר, המקושר, כך נראה, לזרועות השלטון, נחלץ מהסכך ומצליח לגנוז את התביעות. קולהאס רותח מזעם; לא ערך הסוסים הוא שמטריד אותו אלא תחושת העלבון, ההשפלה, וחוסר הצדק אשר למולם הוא חש כה חסר אונים²¹. אשתו של קולהאס,

17 פון-קלייסט, לעיל הערה 1, בע' 7.

18 בכגון דא, נראה כי האסוציאציה לאנטיגונה, גיבורת מחזהו של סופוקלס הנושא שם זה, איננה מקריית כלל ועיקר, שכן גם דמות זו סבלה מחוש צדק מפותח עד מאוד אשר הוביל, בסופו של עניין, לתוצאות טרגיות: סופוקלס אנטיגונה (השן, חורגם על ידי א' שבתאי).

19 פון-קלייסט, לעיל הערה 1, בע' 11.

20 שם, בע' 15.

21 השו"ת ישעיהו, ה, ז: "ויקו למשפט והנה משפח לצדקה והנה צעקה".

ליסבת, מבקשת ממנו להניח לעניין, אך בראותה כי הדבר מטריד את מנוחתו, מציעה כי תיסע בעצמה לברלין ותגיש את כתב התביעה לשליט. בהסכמתו היא אכן נוסעת, אך במהלך ביצוע משימה זו, נפצעת פגיעה אנושה. על ערש דווי היא מבקשת אותו: "סלח לאויבך, עשה חסד גם עם שונאיך"²². מותה של ליסבת הוא ללא ספק נקודת משבר²³. אם עד עתה סבר קולהאס כי יוכל להשיג צדק באמצעות מערכת המשפט, עתה הוא מבין כי הסיכויים לכך קלושים. מסקנתו – אטול את החוק לידי ואעשה צדק, "צדק מוחלט". אכן, "גם למראה נרשן", אומר השיר, "יש רגע של הולדת"²⁴. מרגע זה, המשימה בדמות החזרת הסוסים הופכת למשנית²⁵, קולהאס חש כמי שיש לו משימה עליונה – לנקום בכל מי שמנע ממנו את הצדק והוביל לתוצאה טרגית זו. אלא, שכמו כל אידאולוגיה סוערת וכוחנית המבקשת צדק אבסולוטי, פשוט להתחיל במשימה, אך אין לדעת כיצד היא תסתיים. קולהאס יוצא למסע הרס נורא: הוא מוכר את ביתו, שולח את ילדיו אל מעבר לגבול, מכנס את משרתיו ועושי דברו ופורץ לטירת היונקר, שם הוא הורס ומנתץ מכל הבא ליד, עד שמתברר כי היונקר, מחשש לנחת זרועו של קולהאס, ברח. קולהאס לא מוותר. הוא מחפש אחריו בכל מקום, זורע הרס ומקידו דמו של כל מי שנחשד בעזרה ליונקר, שורף כפרים שלמים באש ולא בוחל אף בשוד ובהרג בני אדם, והכול, יש לזכור, בשם הצדק. אכן, זוהי מוזרות הצדק אליבא דקלייסט; השגת הצדק, כך קולהאס, מביאה להרס נורא, לשרפת עולם ומלואו²⁶, למסע פנטי רווי דם אל לב המאפלייה ממנו, כך נראה, אין חזרה²⁷. מסע זה של קולהאס, אל האפל שבעצמו, טומן בחובו ללא ספק אלמנט של שיגעון²⁸. קולהאס, עד לא מזמן איש משפחה מסוד ואוהב, איש עסקים מצליח ומכובד, משנה

22 פון-קלייסט, לעיל הערה 1, בע' 33. מרתק להשוות דברים אלה למקורות הנצריים של הרישה למחילה: מתי, ה, 38-39: "שמעתם כי נאמר 'עין תחת עין, שן תחת שן'. ואני אומר לכם שלא להתקומם על עושה הרע. אדרבא, הסוטר לך על הלחי הימנית, הפנה אליו גם את האחרת". וראו אף לוקס, ו, 29-30: "המכה אותך על הלחי, הטה לו גם את השנייה. הלוקח את מעילך, אל תמנע ממנו גם את כתנתך. חן לכל המבקש ממך; והלוקח את אשר לך, אל תתבע ממנו".

23 פרופ' הרנסקי מציינת כי למעשה לקולהאס נגרמו ארבעה מעשי אי-צדק: ראשית, הרישה הפיקטיבית לתעודת מעבר. שנית, ניצול הסוסים והבאתם למצב הנורא. שלישית, סירובו של היונקר לגמול לקולהאס בעבור ניצול הסוסים. ורביעית, כאשר מנסה קולהאס לקדם את עניינו הצורך, הוא נכשל ואשתו מתה. ראו: S.S. Harzenski "Redefining Violence: Some Thoughts About Justice, Power, Peace, Respect and the Fabric of Our Social Experience" 9 *Am. U.J. Gender Soc. Pol'y & L.* (2001) 305 (ובעיקר הערת שוליים 96).

24 ג' אלטרמן "ירח" כוכבים בחוץ (1995) 38.

25 Allan, *supra* note 4, at p. 630

26 Kuhns, *supra* note 6, at p. 81

27 ולא בכדי עולה האסוציאציה לספרו של ג'וזף קונראד לב המאפלייה: J. Conrad *Heart of Darkness* (1962)

28 R. Sterne "Reconciliation and Alienation in Kliest's 'Michael Kohlhaas' and Dctorow's Ragtime" 12 *Legal Studies Forum* (1988) 5, 16

עורו באחת והופך לחיה פראית צמאת דם. שינוי זה, בכחירת ד"ר ג'קל ומיסטר הייד, משעבד את קולהאס למטרתו ה"צודקת", ואפילו ייאלץ לשרוף בתים ולהרוס חיי אדם, אפילו ישמיד וינתץ את כל אשר יקף לו, אפילו ישלם על כך בחייו. אכן, פעולתו של קולהאס אינה מהווה אך פעולת נגד בתשובה לעוולות שנגרמו לו, אלא כמוה כחוויה מתקנת, שליחות שסופה קתרסיס, כמעין אלגוריה לגיבור הטרגי שבטרגדיות היווניות הקלסיות; לכאורה מכילה דמותו של קולהאס תכונות מובהקות של גיבור טרגי – אצילות, כעס נורא, כוחניות ואף ידיעה כי ילחם להשגת אמת וצדק עד סופו²⁹, אך למעשה, קולהאס חותר להשגת צדק מוחלט לגמרי ופרטי לגמרי, וזאת בניגוד לגיבור הטרגי הקלסי אשר עבורו הצדק הוא קוסמי ולא פרטי. לא זו אף זו, קולהאס מיוזענו, ישיג בסופו של עניין את מבוקשו ויצליח בהשגת הצדק האבסולוטי לו פילל. לא כך הוא גורלו של הגיבור הטרגי הקלסי אשר במסעו העיקש אל הצדק, במסגרתו יאבד את כל היקר לו בחייו לרבות חייו שלו, לא יזכה לעולם להשיגו³⁰. עד עתה השתמשתי פעמים רבות במונח "צדק" כאילו מובן ונהיר לכל מה פירושו. כאמור, "המשפט שואף לעשות 'צדק'; אלא שהשאלה הקשה העומדת ברומו של עולם מאז ומקדם היא, מהו ה'צדק', מה משמעותו, מה מאפייניו, כיצד מגדירים אותו וכיצד משיגים אותו"³¹.

את הקושי שבהגדרת המונח היטיב לתאר השופט המנוח חיים כהן באומרו כי "חוש-הצדק שונה מאדם לאדם ומכאן גם שהצדק אינו מדע שניתן לגלותו או להגדירו: תכונת-הנפש הוא; והעובדה שיפה ואנושית היא, אינה מקלה על הגדרתה – משל ליופיה שבסימפוזיה של בטהובן או של קתדרלה גותית שאי-אתה יכול להוכיחן"³². אכן, מרגע שהגחנו מן המערה האפלטונית³³, מנסים גיבורי החשיבה המערבית להגדיר מהו "צדק", וכל הגדרה כזו, טובה ככל שתהא, איננה אלא פתח לדין נוסף. כך למשל, סבר הפילוסוף המשפטן הרומי Ulpianus כי ה"צדק" הוא הרצון להעניק לכל אחד את המגיע לו. לא קשה לזהות את נקודת התורפה שבהגדרה כללית זו – אם לא הוגדר מראש מה מגיע לכל אחד, הרי שקונספציה זו הופכת מעגלית ובלתי פתירה³⁴. קרל מרקס, אבי התורה הסוציאליסטית, ניסה לפתור כשל זה בקובעו כי חברה צודקת היא זו שבה כל אחד נותן על פי יכולתו האישית, ומקבל על פי צרכיו. דא עקא כי גם תיאור זה איננו מקרב את הישועה שכן "ללא קביעה נורמטיבית מוקדמת מהם צרכיו ("הלגיטימיים") של היחיד, הנוסחה של מרקס ריקה מתוכן"³⁵. ואכן, נוסחאות שונות ומשונות הוצעו במהלך השנים; היו שסברו כי "צדק"

29 ד' קרוק יסודות הטרגדיה (חשל"ב).

30 Kuhns, *supra* note 6, at p. 89.

31 דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 661, 694.

32 ח'ה' כהן המשפט (מהדורה שנייה, תשנ"ז) 84.

33 אפלטון "פוליטאה" כתבי אפלטון (תש"מ, כרך ב) 421-425.

34 י' אנגלרד מבוא לתורת המשפט (תשנ"א) 43.

35 שם, בע' 44.

הוא הקניית מרב העושר למרב האנשים³⁶, היו שסברו כי הצדק בא לידי ביטוי באלמנט חלוקתי (דיסטריביוטיבי) ובאלמנט מתקן (קורקטיבי)³⁷, והיו שראו בצדק הוגנות (Justice as Fairness), לאמור כי על מנת שהחלטה שתתקבל תהא צודקת, עליה להתקבל מאחורי "מסך של בערות" (Veil of Ignorance) שימנע מהמחליט לדעת את מעמדו בעת ההחלטה³⁸.

המסקנה המרכזית מכל הניסיונות הללו היא כי מונח ה"צדק", מרתק וחשוב ככל שיהיה, הנו מעורפל עד כי לא ניתן להגדירו. יפים לעניין זה דבריו של אלן (Allen):

"There seems to be no end to this classification and sub-classification [of Justice] and its instructiveness is not always proportionate to its subtlety".³⁹

במסגרת הקריאה שלי בסיפורו של קולהאס, לא אתיימר, כאמור, לנסות ולהבהיר מהו "צדק", אלא לבחון את עצם החיפוש אחריו. החלוקה הבסיסית הנדרשת לצורך הדין היא בין "צדק אנושי" ל"צדק מוחלט" או "אבסולוטי". כשאנו מדברים על "צדק אנושי" כוונתנו היא למערכת כללים מובנית וקוהרנטית, השואפת ליצירת מצב הוגן (כפי שהמונח "הוגן" הוגדר מראש נורמטיבית). "צדק אנושי" זה אמור לשאוף לעשיית ה"טוב" המקסימלי, המוחלט בגבולות האפשר, ולחקות עד כמה שניתן את מה שמכנה האדם ירא השמיים בשם "הצדק האלוהי" האבסולוטי⁴⁰.

ל"צדק אנושי" זה שני פנים – חוש הצדק ומידת הצדק; מידת הצדק משתקפת כלפי חוץ בפעולה ובאורח חיי האדם והיא קשורה בקשר הדוק לפן השני של מונח זה – חוש הצדק אשר "קבוע ועומד בלבו של אדם פנימה... משל למצפון השוכן בלבו... המקור הנפשי לתגובות ולשיקולים העשויים להתעורר בבוא שעתם"⁴¹. אכן, "חוש-הצדק הוא מקור תגובתו של כל אדם על מה שענינו רואות ואוזניו שומעות ממעשיהם או ממחדליהם של בני-אדם אחרים. עיקרו של חוש-הצדק שהוא מביא לידי זעם או

36 R.A. Posner *The Economics of Justice* (Cambridge, 1981)

37 אריסטו אתיקה – מהדורת ניקומאכוס (תשמ"ה) 110-137.

38 J. Rawls *A Theory of Justice* (Cambridge, 1971); ראו גם ביקורת על תאוריה זו:

R. Nozick *Anarchy, State and Utopia* (New-York, 1974)

39 C.K. Allen *Aspects of Justice* (London, 1958). מרתק עם זאת לציין כיצד תיארה

המיתולוגיה היוונית את הצדק – אתנה, אלת הצדק, נולדה בתולית וא-מינית כשהיא קופצת עטוית שריון מתוך ראשו הדואב של זאוס, אבי האלים. לתיאור היפהפה ראו י' פאראנרובסקי מיתולוגיה (1952) 50-55. לא זו אף זו, המימרה המושמת בפי כול כאילו "הצדק הוא עיוור" היא תוצאה של התיאור הידוע של אלת הצדק הניצבת בגאון, בידיה מאזני הצדק ועיניה מכוסות. לביקורת על תיאור זה ראו א' בן-נפתלי "המשפט ומחוזות התרבות" המשפט ח (תשס"ב).

40 השוו אוגוסטינוס הקדוש "עיר האלוהים" המחשבה המדינית (ב' זיסר וד' צור עורכים, תשנ"א) 79-92.

41 כהן, לעיל הערה 16, בע' 12.

מתאה על מעשה או מחירל הנראים בלתי-צודקים; והיה מי שאמר, בצדק, שלאמיתו של דבר, חוש-הצדק בא מתוך תחושת אי-צדק⁴². כאמור, מטרת המשפט היא עשיית צדק ואמת⁴³ וכבר נאמר כי "על שלושה דברים העולם עומד, על הדין ועל האמת ועל השלום"⁴⁴ ועל כך הוסף כי "שלושתן דבר אחד: נעשה הדין, נעשה אמת, נעשה שלום"⁴⁵.

עם זאת, כפי שגילה קולהאס מידוענו, "לא כל מה שחוקי הנו צודק ומוסרי, ולא כל מה שצודק ומוסרי הנו חוקי... לא תמיד המשפט שואף להיות צודק. קיימים שיקולים חברתיים חשובים, פרט לצדק"⁴⁶. יתרה מזאת, "הצדק האנושי" הוא אך ניסיון לחקות מונח אבסטרקטי-אמורפי הוא "הצדק המוחלט". אכן, "שעתו היפה של השיפוט הינה כאשר 'האמת המשפטית' – זו האמת שבית-המשפט קובע אותה כקיימת – מתקרבת במלוא האפשר אל ה'אמת העובדתית' – זו האמת אשר קיימת במציאות כמות שהיא"⁴⁷.

היטיב לתאר זאת שייקספיר במונולוג הידוע ממחזהו "הסוחר מונציה"⁴⁸ שבו מדברת פורשיה בזכות מידת הרחמים, אך ברי כי זוהי שפת הצדק:

"מידת הרחמים לא תִקָּף לה: כגשם רך רועפת משמים על פני הארץ.
ברכתה כפולה היא: ברכה בה לנותן ולמקבל... בעת ימתיקו רחמים את המשפט.
לכן, אם כי משפט אתה תובע, יהודי, זכור כי בדרך המשפט איש מאתנו לא יזכה לישועה.
אנו מתפללים לרחמים, והתפילה הזאת עצמה מורה לנו לנהוג ברחמים"⁴⁹.

אם כן, ראינו כי "להבדיל מסוגים אחרים של מציאות נורמטיבית, כגון המציאות המוסרית או המציאות הדתית, המתמקדים ב'אידיאלי', המציאות המשפטית מתמקדת ב'אידיאלי האפשרי'⁵⁰. הצדק הוא אמנם קנה המידה הערכי של המשפט בהיותו הסדר אידיאלי כמערכת של כללים בין-אישיים⁵¹, אך בירור האמת הנעשה על ידי אדם הנו

42 כהן, לעיל הערה 32, בע' 84.
43 ראו לעניין זה שם, בע' 42-43.
44 מסכת אבות, א, יח.
45 תלמוד ירושלמי: תענית ד, ב.
46 ' דינשטיין יסודות המשפט (1981) 35-36.
47 ברק, לעיל הערה 3, בע' 12.
48 ' שייקספיר הסוחר מונציה (1975, תורגם על ידי א' עוז).
49 שם, מערכה 4, תמונה 1.
50 ש' אלמוג וא' בן-זאב "המציאות המשפטית-על שפיטות וגבולות המשפט" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 369.
51 אנגלרד, לעיל הערה 34, בע' 41.

מוגבל בהגדרה, ואין הוא עולה תמיד עם האמת העובדתית⁵². נראה לי כי הביטוי העדין והפיזי של השופט חשין בע"פ 3792/01 פדידה נ' מ"י⁵³ מבטא רעיון זה בשלמות: "הרגשה כבדה מלווה אותי, ואני מתקשה להשתחרר מהתחושה כי שיטת המשפט והעושים מטעמה לא מילאו את חובתם כלפי החברה. אחוזים אנו בכללי המשפט המקובלים ולא נוכל לנוע הימין והשמאל... האם יצאה שגגה מתחת ידינו... חידה היא ותהי לחידה. בין אם נאמר כך בין אם נאמר אחרת, רבים יסכימו – ואני בתוך הרבים – כי שיטת המשפט הכזיבה"⁵⁴.

קולהאס, ששיטת המשפט הכזיבה אותו, חוצה גבולות; הוא אינו מקבל את גדר ההפרדה שבין "צדק אנושי" ל"צדק מוחלט" ובתוך כך מסרב להכיר במוגבלות האנושית ליצור צדק אבסולוטי. עתה ברור לנו למה התכוון קלייסט באומרו שחוש הצדק המפותח של קולהאס הפך אותו לשודד ולרוצח⁵⁵. אכן, קולהאס אינו מכיר במגבלות המשפט האנושי להשיג צדק ובכך מתכחש לעובדה שבאמת מוחלטת זו, שהוא רודף עד חרמה, יש מידה רבה של חוסר אחריות: "בלתי אפשרי ללכת עם האמת עד הסוף ולהיות אדם. אדם המבקש אמת מוחלטת מאבד את קני המידה האנושיים, באשר אינו מכיר במגבלות הכוח האנושי לעשות משפט"⁵⁶.

ג. "רק עצמותיי מכות נקם"⁵⁷

"אמר לו השאילני מגלך, אמר לו לאו, למחר אמר לו השאילני קרדומך, אמר לו איני משאילך כדרך שלא השאלתני אתה, זוהי נקמה"⁵⁸.

- 52 ראו בעניין זה ע"א 1354/92 הי"מ נ' פלונית, פ"ד מח(1) 711, 744-746.
- 53 ע"פ 3792/01 פדידה נ' מ"י (טרם פורסם), תקדין עליין 2002(1) 926.
- 54 שם, פסקה 3 לפסק דינו של השופט חשין. ראו אף ר' טל נ' מוזגוביה "רצח בלי רוצח" ידיעות אחרונות 6.5.2002; ואף א' בינדר ור' קפלן "איך משחררים כבר את הרוצח של יאן" מעריב 6.5.2002.
- 55 M. Rehbinder "Questions of the Legal Scholar Concerning the So Called Sense of Justice" *Law, Biology and Culture* (Santa, Barbara, M. Gruter & P. Bohannan eds., 1982) 34, 43.
- 56 א' ריון-צבי "ואולי בקוצר ידו יתרונו" הארץ 3.10.1995.
- בכגון דא מרתק לציין את שירו של י' עמיחי "המקום שבו אנו צודקים" שירים 1962-1948 (1962) 183:
- "מן המקום שבו אנו צודקים,
לא יצמחו לעולם
פרחים באביב.
המקום שבו אנו צודקים
הוא רמוס וקשה
כמו חצר".
- 57 נ' אלתרמן "הבכ"י" שמחת עניים (מהדורה רביעית, תש"ג) 12.
- 58 מסכת יומא, כג, עא.

“Revenge is an overpowering and consuming fire. It flares up and burns away every other thought and emotion. It alone remains, over and above everything else... vengeance is not hatred, but the wildest, sweetest kind of darkness”⁵⁹.

חוקרים רבים סבורים כי מסע ההרס של קולהאס מונע על ידי יצר הנקמה. מונח זה – “נקמה” – נוהגים אנו להשתמש בו במובן גמול⁶⁰, “תשלום רע לעושה רע כרשתו”⁶¹. נראה לי כי זהו המקום לנסות ולפתוח דיון להבנת פשר המונח הזה, תוך בחינת מקומו בתורת הצדק.

הנקמה היא תופעה אנושית אוניברסלית המוכרת לנו מימים ימימה⁶², והמהווה ללא ספק את אחד היצורים הבסיסיים והעמוקים באדם⁶³. כבני אדם, יחסנו לנקמה הוא אמביוולנטי; מחד, היא נתפסת כרגש מגונה ביסודו הבא כתגובה לאקט מגונה אחר מוסרית, ואשר עלול להוביל לנקמות נגדיות נוספות כפעולת שרשרת אכזרית⁶⁴. אכן, הנקמה נתפסת כאקט הרסני הממיט חורבן וסבל לאין שיעור ללא שום תוחלת⁶⁵, אקט שבו הנוקם, בלהיטותו כי רבה, יורד לדרגתו המוסרית של יריבו⁶⁶, וגומל לו רעה תחת רעה. זו הסיבה שכבר לפני אלפי שנים נודעה ההוראה “לא-תקם ולא-תיטר”⁶⁷. מאידך, נראה כי לעתים אנו מוצאים רצינול באקט תגמולי שכזה ואף נותנים לו לגיטימציה בעיקר כאשר התגמול מברצע על ידנו⁶⁸, לסיפוק צרכינו אנו. אקט הנקמה

- 59 M. Djilas *Land without Justice* (London, 1958) 105, 107
 60 ראו המקורות בתנ"ך לעניין זה – שמות, כא, כד-כה: “עין תחת עין שן תחת שן יד תחת יד רגל תחת רגל כויה תחת כויה פצע תחת פצע חבורה תחת חבורה”; דברים, יט, יט-כא: “ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו ובערת הרע מקרבך: והנשואים ישמעו ויראו ולא-יוספו לעשות עוד כדבר הרע הזה בקרבך: ולא תחוס עינך נפש בנפש עין בעין שן בשן יד ביד רגל ברגל”; ויקרא, כד, יט-כ: “ואיש כי יתן מום בעמיתו כאשר עשה כן יעשה לו: שבר תחת שבר עין תחת עין שן תחת שן כאשר יתן מום כן יתן בר”; כמו כן ראו גם בראשית, ט, ו: “שפך דם האדם באדם דמו ישפך”. בכגון דא השוו למקורות הנוצריים המאוחרים יותר, לעיל הערה 22.
 61 אכן-שושן, לעיל הערה 14, בע' 1722.
 62 המיתולוגיה היוונית שזורה בסיפורי נקם אינספור, ואף התנ"ך הנו מקור לא אכזב לסיפורי נקמה עסיסיים. כך למשל, הרצח הראשון המתרחש בתנ"ך, רצח הבל על ידי אחיו קין, הוא רצח המונע על ידי יצר נקמה ונקם. ראו בראשית ד, ח-טז; ואף ד' פרידמן הרצח וגם ירשת (תש"ס) 363.
 63 פיזיה סבר כי יצר הנקמה מתעצב ומתעצם בנפשו של האדם בין הגילאים שש עד שתיים-עשרה שנים, כאשר תפיסתו של הילד בנוגע לצדק מתעצבת, ראו: J. Piaget *The Moral Judgment of the Child* (New-York, 1965) 299-305.
 64 פרידמן, לעיל הערה 62, בע' 366.
 65 R.A. Posner *Law and Literature* (Cambridge, 1998) 50-52
 66 ראו למשל ה' גארדנר “על גבולותיה של הביקורת ההיסטורית” המלט ושקספיר – מבחר מאמרים (מ' ברינקר ור' ליטוין עורכים, 1983) 202.
 67 ויקרא, יט, יח.
 68 G. Bar-Elli & D. Heyd “Can Revenge be Just or Otherwise Justified?” 52 *Theoria* 68 (1986). מרתק לציין למשל כי “הרחף לנקום באויב שהרע לך... נתפסו כיוון הקדומה

יכול שיקבל ביטוי אישי או ביטוי קבוצתי-חברתי⁶⁹: כאשר אנו דנים בנקמה כביטוי קבוצתי, כוונתנו על פי רוב לדחף, אשר התפתח והשתרש במהלך האבולוציה, עד שהפך לקוד מובנה בחברה מסוימת, ואשר מסביר התנהגויות ותגובות כדפוס שכיח ונורמטיבי⁷⁰. בכגון דא, מצייין פוזנר (Posner) כי חברות אשר נקמה מהווה חלק חשוב בתרבותן, שמות דגש מיוחד על כבוד ועל שמירתו כמוטיב מרכזי בחיים⁷¹.

הנקמה כביטוי אישי, שהיא מענייננו בסיפורו של קולהאס, עשויה לבוא לידי ביטוי באינספור התנהגויות בחיי היומיום. מעשה ייחשב כאקט נקמני כאשר מדובר בפגיעה, המבוצעת מתוך כוונה לפגוע ולגרום נזק לאדם⁷², כאשר המניע לפגיעה זו הוא הרצון להגיב לפגיעה קודמת שנגרמה בעבר על ידי הנפגע העכשווי, ולבוא עמו בחשבון⁷³. אקט שכזה, אשר עשוי לבוא לידי ביטוי באמצעים לגיטימיים (כגון תביעה בבית משפט שכל תכליתה נקמה), או במעשים רדיקליים שבהם שם עצמו הנוקם מעל החוק⁷⁴, בא מתוך מטרה לשקם את כבוד הנוקם⁷⁵, אשר נפגע באותו אקט מקדמי שהוביל לאקט הנוכחי, ולספק את הדחף שימתיק את תשוקתו לגמול לפוגעו כגמולו⁷⁶, לגרום לו סיפוק שיפיג במידת מה את הכעס שהוא חש כלפי מי שאחראי לפגיעתו⁷⁷.

האם הנקמה היא אקט רציונלי ומתוכנן, או שמא מדובר במעשה הנובע מתוך אינסטינקט ספונטני וללא כל מחשבה מוקדמת? נראה כי התפיסה הרווחת היא כי הנקמה היא פעולה מחושבת ומתוכננת. ביסוד תפיסה זו עומדת ההנחה כי רצון של נקם פירושו שהיה לאדם "זמן לחשוב ולהרהר, דבר השולל איבוד פתאומי של שליטה עצמית"⁷⁸. עם זאת נראה לי כי לא ראוי לשלול את האפשרות שמעשי נקם ינבעו מתוך "תגובה ספונטנית, אולי אף רפלקסיבית, בלתי-רצונית הנעדרת מחשבות ותכנונים של

כתופעה אנושית, טבעית, שאין בה כשלעצמה כל פגם" (ע' פרוש "נקמה, צדק ותפקידו של בית-המשפט במחזה נטוּת החסד של אייטכילוס" מחקרי משפט יח (תשס"ב) 147, 171).

69 Bar-Elli & Heyd, *supra* note 68, at p. 69.

70 פרוש, לעיל הערה 68, בע' 157-158 מביא הסבר סוציו-ביולוגי ואף מספק מקורות מאירי עיניים בעניין זה.

71 Posner, *supra* note 65, at p. 51. בכגון דא, מרתק לציין כי זו אכן הסיבה המרכזית לתופעה המכונה "נקמת דם". לצערי לא אוכל במסגרת רשימה זו לדון ולהעמיק בנושא זה. לפירוט ראו "גינת נקמת דם (2000); פרידמן, לעיל הערה 62, בע' 167-168, 367, 370.

72 פרוש, לעיל הערה 68, בע' 165-166.

73 Bar-Elli & Heyd, *supra* note 68, at pp. 70-71.

74 Posner, *supra* note 65, at p. 76.

75 J. Elster "Norms of Revenge" 100 *Ethics* (1990) 862, 867-869.

76 לעניין זה, ראוי לציין את תיאורו של: Djilas, *supra* note 59, at p. 36, המתאר את הנקמה כ-"The most terrible and sweet tasting of passion".

77 ראו "בוק הענישה הפלילית (1998) 57-58.

78 ע"פ 290/87 סבאח נ' מ"י, פ"ד (3) 370, 358, שם מצטט השופט ר' לוי את השופט דבלין (Devlin) בעניין [1949] 1 All E.R. 932, 933; *R. v. Duffy* [1949] 1 All E.R. 932, 933; כמו כן ראו לעניין זה ע"פ 20/89 אמטלם נ' מ"י, פ"ד (מדר) 573, 588.

כדאיות לעתיד"⁷⁹. אכן, כך או אחרת, ראוי לשוב ולזכור כי תכליתה של פעולה זו היא להעניק לנוקם סיפוק בתכולו, לספק את תאוות הגמול המפעפעת בו. בכגון דא, "היא שבעתיים נהדרת בנחתה בלתי צפויה, כמו אבן הנופלת מגדל גבוה על ראש שיש מסב על ספסל המאכיל מכף ידו יונים"⁸⁰.

מדוע אנו נוהגים להסתייג מאקט הנקמה? את ההתנגדות לתופעת הנקמה ראוי לבחון דרך כמה סוגי שיקולים: השיקול האחד, ערכי במהותו, שלפיו "יש להסתייג מתופעת הנקמה משום שיש בה כשלעצמה, ללא קשר לתוצאותיה, פגם מוסרי"⁸¹, היינו שאקט זה, באשר הנו תגמולי, ובאשר הנוקם שואב סיפוק מעצם הסבל שהוא גורם לאדם אחר, הוא בבחינת עוול הראוי לגינוי⁸². השיקול השני, תוצאתי במהותו, מתמקד בהשלכות ההרסניות אשר עלולות לנבוע מאקט כגון זה – הכעס והשנאה המצטברים בנוקם, עלולים לגרום לו לפעול בצורה רדיקלית ולא פרופורציונלית לפגיעה שחוזה, ומכאן אף לפגיעה בחפים מפשע שאינם קשורים כלל לסכסוך שנתגלע בין הצדדים הנצים⁸³. זאת ועוד, אקט הנקמה, כך טוענים המקטרגים, לא יוכל לעולם להשיב את מצב העניינים הקודם בין הצדדים, איפכא מסתברא, הוא רק תורם לרצונו של הנפגע להשיב נקמה. לא זו אף זו, אקט תגמולי שכזה אף לא יקל את הרגשתו הפגועה של הנוקם, לפחות לא לאורך זמן, אלא רק ימשיך ויזרה מלח על הפצעים במקום לרפא אותם⁸⁴.

לאור דברים אלה, ניתן בהחלט להבין את גישת בית המשפט, במספר לא מבוטל של פסקי דין, שלפיה "תגמול כנקמה אינו מידה בין מידות הענישה, וחלילה וחס שנהיה נוטרים ונוקמים בבואנו חשבון שיקולי העונש"⁸⁵. אכן, "שום בית משפט בימינו לא יבסס את העונש על שיקולי נקם מפורשים, הנחשבים עתה כנטיית פרמיטיביות חסרות תועלת שיש לרסן ולדכאן. ע"פ ההשקפה המקובלת כיום, הרע הנעשה בגין העבירה כבר נגרם, והוא שייך לעבר שאין להשיבו עוד, וגרימת סבל לעברייני ע"י העונש, לא תוכל להחזיר את המצב לקדמותו, ולכן אין לה כל תכלית

79 ב' צביאלי "בקנאו את קנאתי" הצופה 21.7.2000.

80 ח' לוי "הזונה הגדולה מבבל" ייטורי איוב ואחרים (תשמ"ח) 138. מחזה נפלא זה טובב סביב ציר נקמה מובהק; כגורי, זנת צמרת, מעונינת לנקום בכראוך, שביצע בה מעשה אונס אכזרי אשר ממנו נולד בנם המשוחרף. היא שוחטת את הילד ומביאה אותו למאכל אביו, מבלי שזה ידע שאת ילדו הוא אוכל (השוו לאוריסטיאה של אייסכילוס, ובעיקר לסיפורם הזהה של תיאסטס ואטראוס). מרחק יהיה לנסות וליישם על מחזה זה את פרשנותי למונחים "צדק" ו"נקמה", כפי שאלו משחקפים ברשימה זו.

81 פרדש, לעיל הערה 68, בע' 170.

82 שם, שם.

83 Posner, *supra* note 65, at p. 53.

84 Bar-Elli & Heyd, *supra* note 68, at p. 84.

85 ע"פ 156/80 בנימין ג' מ"י, פ"ד לה(4) 746, 744.

תועלתית⁸⁶. עם זאת, לא אחת, ובעיקר כאשר מדובר בעבירות חמורות, בוחר בית המשפט לבטא את סלידתו מהמעשה האסור על ידי עקרון הגמול, לאמור כי ככל שרבה מידת חומרת העבירה, כך תרבה מידת עונשה⁸⁷. יפה תיאר זאת הרמב"ם בספרו "מורה נבוכים"⁸⁸ בדברו על תפקידו של המנהיג השופט: "ויהיה פעמים למקצת בני אדם רחום וחנן לא מתוך סתם רגישות וחמלה אלא כפי הראוי, ויהיה פעמים למקצת בני אדם נוטר ונוקם ובעל חמה כפי הראוי להם ולא מתוך סתם כעס... אלא כפי שיראה לו שהוא חייב, ותהיה מגמתו להפיק מה שיש באותה הפעולה מן התועלת הגדולה לבני אדם רבים"⁸⁹.

גישה זו, השוללת את אקט הנקמה כפעולה לגיטימית, יוצאת כאמור מנקודת הנחה כי אקט זה הגו פסול ומגונה מיסודו, וכי יש לדכאו ולשרשו ככל האפשר, או לכל הפחות לעצור את הדחף, את התאוה לגמול ליריב בבחינת "נקם ושלם"⁹⁰. אך האומנם כך? האם לא תיתכן סיטואציה שבה אקט הנקמה יהא צודק ונכון, אם לא תוצאתית, אזי לפחות מוסרית? האם אין לנקמה מקום כלשהו בתוך אותו מונח עמום ששמו "צדק"?

מלומדים רבים סבורים כי התשובה שלילית; לדידם, הצדק והנקמה הן שתי מערכות ערכיות מתחרות ובכגון דא, תפיסת הצדק לא יכולה לכלול אקט בלתי מוסרי ומסוכן כנקמה. כך למשל, סבורים בר-אלי (Bar-Elli) והייד (Heyd)⁹¹ כי אף שבמקרים מסוימים ונדירים נקמה עשויה להיות מוצדקת מבחינה מוסרית הרי "Revenge can never be part of the system of justice; nor can it be justified as just"⁹².

הפרשנות שאני מציע שונה; בבסיס תפיסתי עומדת ההנחה כי על מנת שאדם, אשר חווה פגיעה מידי אדם אחר, יסבור כי הצדק נעשה, עליו לחוש כי הפוגע בו נפגע

86 בוק, לעיל הערה 77, בע' 58. השקפה זו עולה בקנה אחד עם המיתוס על הולדת המשפט: אתנה, אלת התבונה, בונה את היכל הצדק המשפטי תוך שהיא מפקיעה את סמכות השפיטה מהאיריניות, אלות הנקם. בכך הופך המשפט לפרויקט רציונלי. זהו בסיס הלגיטימציה שלו. לעניין זה ראו אייסקילוס, גוטות החסד (תשנ"א, תורגם על ידי א' שבתאי), ואף פרוש, לעיל הערה 68, 174-180.

87 לעניין זה ראו ע"פ 212/79 פלוני נ' מ"י, פ"ד לד(2) 421, 433; ע"פ 1399/91 ליבונין נ' מ"י, פ"ד מ(ז) 177, 189. עיקרון זה המהווה מקור לא אכזב להרתעה, מוצא מקום נכבד בתורתו של קאנט – ראו למשל: 195-198 I. Kant *The Philosophy of Law* (Clifton, 1974). עוד על תאוריית הגמול ראו בוק, לעיל הערה 77, בע' 56-61. להעמקת הדיון בהבחנה בין Retribution ובין Revenge ראו: R. Nozick *Philosophical Explanations* (Cambridge, 1981) 366, 370.

88 רמב"ם מורה נבוכים (מהדורת הרב י' קאפח, תשל"ב).

89 שם, חלק א', פרק נד, קלא-קלב.

90 דברים, לב, לה.

91 Bar-Elli & Heyd, *supra* note 68.

92 *Ibid*, at p. 85.

בעצמו, קיבל את גמולו⁹³. יצר זה, אף שאינו חיובי ושראוי לנסות ולכבשו ככל האפשר, הנו טבעי לחלוטין. הוא מהווה סוג של סיפוק מתוק המרווה את צימאונו של הנפגע לנקמה. מובן שנטילת החוק לידיים ועשיית דין עצמי היא פשע, וכי יש לגנות מעשים קיצוניים ואלמים כגון אלה, אך כאשר המערכת האמונה על עשיית הצדק נכשלת בתפקידה, והנפגע חש כי על העוול הראשוני שנגרם לו התווסף עתה עוול נוסף, מתעורר בו היצר לגמול לפוגעו כגמולו, לנקום את החרפה, לעשות "צדק מוחלט"⁹⁴.

מכאן, הנקמה האישית עשויה להיות ביטוי לעשיית צדק. לכאורה, מדובר בפרדוקס שכן על מנת שהצדק יושג ויתממש (ועמו כאמור "האמת" ותחושת ההוגנות), אנו נזקקים לאקט מגונה מוסרית כנקמה. אך למעשה, אין הבעיה טמונה בפרדוקס זה, עיקר הבעיה היא בתחושה המניעה את יצר הנקמה ואשר מובילה, בסופו של עניין, למימושה – הרצון להשיג "צדק מוחלט". אכן, לא את הנקמה כשלעצמה יש לגנות ולהוקיע, אלא את החיפוש הנוראש אחר צדק טוטלי, פראי, בלתי מתפשר.

נסכם עד עתה. הצדק הנעשה בידי האדם טומן בחובו שני מרכיבים עיקריים – רגש ושכל. "מצד אחד, נוצר הצדק מתוך שיקול-הרעת ומתוך ההסכמה של בני-האדם: בני-האדם נוכחים לדעת שהם מרוויחים יותר על-ידי הבלגה וריסון עצמי מאשר על-ידי אלימות וחוסר-ריסון. הצדק הוא אפוא מבחינה זו יצור מלאכותי, פרי ההסכמה והחינוך. אך מצד אחר אין הצדק נוצר באופן שרירותי (אף-על-פי שהוא יצור מלאכותי) אלא באופן הכרחי, והיסודות שמהם הוא צומח טבועים עמוק בטבע האנושי"⁹⁵. ניסיון אנושי זה לעשות צדק, עיקר בעייתו הוא ברצון להידמות לאותו מונח אבסטרקטי וטוטלי – "צדק מוחלט". דא עקא, שצדק שכזה אינו יכול להיות מוחלט אלא אם כן הוא טומן בחובו אלמנט מסוים של התנקמות, גמול שמטרתו עשיית חשבון עם הפוגע העיקרי"⁹⁶.

אם נתבונן במעלליו של קולהאס לאור הפרשנות שהצעת, נגלה רובד נוסף של משמעות בנובלה, עומק אשר עשוי להסביר את התנהגותו של גיבורנו, אשר נודע כאמור "כאחד האנשים... האיומים ביותר בזמננו"⁹⁷, לאור טענת קלייסט, יוצרו, כי אדם זה הוא רודף צדק – חטאו הגדול של קולהאס, אינו ברדיפת צדק, חטאו הגדול

93 לעניין זה ראו דברי אריסטו, לעיל הערה 37, בע' 101-103, שם הוא כותב כי אדם המשלים בשוויון נפש עם הפגיעה בו מבלי לכוּעס, ולרצות לנקום בפוגע, דומה לעבד, שכן בכך הוא מבטא את חוסר ההכרה בערך עצמו, את היעדר כבודו העצמי.

94 M.L. Richmond "Book Review: In Defence of Poesie" 57 *Fordham L. Rev.* (1989) 901, 902.

95 ש'ה' ברמןן תולדות הפילוסופיה החדשה – מניקולאוס קוזאנוס עד תקופת ההשכלה (תש"ל) 377.

96 יפה תיאר זאת פונר בספרו: Posner, *supra* note 65, at p. 49, באומרו כי: "No general theory of law could be complete without attention to revenge"

97 פון-קלייסט, לעיל הערה 1, בע' 7.

הוא בחיפושו הקנאי, הבלתי מרוסן, העקוב מדם, אחר "צדק מוחלט"; במהלך מסע ההרס שלו, מצליח קולהאס להיפגש עם ד"ר מרטיין לותר, אשר מצליח להשיג עבורו חנינה מהדוכס. אלא שזמן קצר אחר כך מופרת החנינה, וקולהאס הופך אסיר. יום אחד מבקרו הדוכס, ומבחיין כי על צווארו נרתיק ובו מקופל פתק. קולהאס מספר לו כי לפני זמן מה פגש בצוענייה, הדומה, הפלא ופלא, לאשתו המנוחה ליסבת, שנתנה לו את הפתק באומרה כי זהו קמיע שיציל ביום מן הימים את חייו. הדוכס, אשר סבור כי עתידו שלו מצוי בפתק, מציע לקולהאס כל מחיר שיבחר תמורתו, הוא אף מציע לו עסקת חליפין – שחרורו תמורת הפתק. קולהאס מסרב: "אתה אמנם יכול להעלות אותי לגרדום, אבל אני יכול לגרום לך כאב וסבל, ואני רוצה לעשות את זה"⁹⁸. במקביל מסתיימים שני הליכים משפטיים; באחד, חויב היונקר להשיב לקולהאס את סוסיו במצב שבו קיבל אותם לראשונה. בשני, מורשע קולהאס בגין פשעיו ונידון למוות. אך תאוותו של הדוכס לא פגה, הוא מבקש, בכל דרך להשיג את הפתק ומתכנן לצפות בהוצאה להורג ולאחר מותו של קולהאס לשלוף את הפתק ולקרוא את תוכנו. מועד ההוצאה להורג מגיע. דקות ספורות לפני עלייתו לגרדום מקבל קולהאס את סוסיו בחזרה – מפוטמים, בריאים, מבהיקים – בדיוק כשם שהשאירם באורוותו של היונקר. הצדק נעשה. רק עוד פרט אחד חסר כדי לעשותו מושלם. קולהאס, שמדע לכוונתו של הדוכס להשיג את הפתק לאחר מותו, צועד אל הגרדום. הוא מביט בקהל הצובא את כיכר ההוצאה להורג ומזהה בו את הדוכס. הוא מוציא את הפתק מנרתיקו, קורא אותו, ומבלי להסיט את מבטו מן הדוכס, תוחב אותו לפיו ובוולע אותו. הדוכס מתעלף ומאבד את הכרתו. קולהאס מחייך – חרב הנקמה הונחתה. הצדק המושלם נעשה.

ד. אפילו, במקום סיכום

"למה בני אדם נוקמים? שאלתי, ועניתי מיידית... כי הם אידיאליסטים, הם רודפי צדק, הם רוצים לתקן את העולם"⁹⁹.

מיכאל קולהאס, סוחר הסוסים בן המאה ה-16, יכול היה להיחשב לאזרח למופת אלמלא "הייתה אחת ממידותיו הטובות מופרות. חוש הצדק שלו הפך אותו לשודד ולרוצח"¹⁰⁰. משפט נפלא זה מתאר בשלמות את אשר ביקשתי לומר ברשימה זו. קולהאס הוא אנחנו; במסעו הנורא אין הוא מבקש את סוסיו חזרה, גם לא את כספו. כל שהוא מבקש מצטמצם לכדי מילה אחת – צדק. אלא שבמסע קנאי זה, בעקבות כבודו הרמוס, שוכח קולהאס כי הוא אדם בשר ודם. הוא שוכח כי כאדם אין הנא יכול להשיג "צדק מוחלט" מבלי להרוס ולנתץ עולם ומלואו, מבלי לעמוד בעקשנות על

98 שם, בע' 103.

99 ח' לפיד המחילה (2002) 117.

100 פון-קלייסט, לעיל הערה 1, בע' 7.

קוצו של יוד, מבלי לנקום. הוא שוכח כי בית המשפט, ככל שינסה, לא יצליח להשיג "צדק מוחלט", שכן עשיית צדק כזה, או הנטייה להשגתו, היא יומרה ללא כיסוי. אכן, קולהאס אינו מכיר במגבלות המשפט האנושי לעשות צדק, ובתאוותו הבלתי מרוסנת מטביע את הארץ כולה בנחלים של דם.

עם זאת, לפני מותו, בראותו את סוסיו המטופחים חוזרים אליו, וכידיעה כי הדוכס, אויבו, יקבל כגמולו, הוא חש ניצחון. נראה לי כי בכך הלך אל מותו מאושר. קולהאס מת. תחי הנקמה¹⁰¹.

101 "לפני שאדם נולד הכל פתוח ביקום בלעדיו. כשהוא חי הכל סגור בו בחייו. וכשהוא מת הכל שוב פתוח. פתוח סגור פתוח. זה כל האדם".
 "עמיחי פתוח סגור פתוח (תשנ"ח) 127.

– “החוקה החיה” –

החוקה האמריקנית בין עבר להווה*

על “הפדרליסט” מאת א’ המילטון, ג’ מדיסון וג’ גיי

ועל “הדמוקרטיה האמריקנית – הממשי, המדומה והכוזב” בעריכת א’ גוטפלד²

יורם רבין**

א. הקדמה

החוקה האמריקנית היא כנראה המסמך החשוב ביותר בהיסטוריה של ארצות-הברית של אמריקה, הישג מפואר, והתרומה החשובה ביותר של אומה זו לתרבות המערב. “החוקה החיה” – אחד הכינויים לחוקה האמריקנית – אינה מסמך תאורטי בלבד, אלא מסגרת לחיים משותפים, גורם מלכד, של קבוצות שונות בחברה האמריקנית בימים עברו וגם כיום. בנוסף, החוקה האמריקנית הנה החוקה הוותיקה בעולם, והיחידה אשר נמצאת בשימוש רצוף מן המאה השמונה-עשרה ועד היום. האבות המייסדים של האומה האמריקנית, באמצעות החוקה, הצליחו ליצור מבנה משטרי שהתאים לצרכיה של החברה האמריקנית במשך למעלה ממאתיים שנה, על אף שאוכלוסייתה גדלה פי שישים ושינתה את אופייה בצורות רבות. בכך הגשימו אבות האומה את אחת ממטרותיהם העיקריות: כינון מסגרת משטרית יציבה, שבתוכה תוכל הדמוקרטיה האמריקנית לבצע את ההתאמות הנדרשות בשל שינויי העתים³. “אין ספק שתומס ג'פרסון הפריז כאשר תיאר כאלים את 55 נציגיהן של כמה ממדינות הקונפדרציה של אמריקה הצפונית, שניסחו בוועידה שכונסה במאי 1787 בפילדלפיה את חוקת היסוד החדשה של הברית. אך ברור כי רבים מסכימים עם טענת ההיסטוריון האמריקני צ'רלס בירד, מגדולי המפרשים של החוקה, כי מעולם לא נמצא בתולדות האסופות המחוקקות כינוס של אישים כה עשירים בניסיון מדיני ובידיעה מעשית, המחוננים

* גרסה מוקדמת של רשימה זו התפרסמה בהמשפט 14 (תשס"ב).

** דוקטור למשפטים, מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי במכללה למינהל.

1 א' המילטון, ג' מדיסון וג' גיי הפדרליסט (י' חזוני עורכת, תשס"ב). הספר יצא לאור בהוצאת שלם ירושלים.

2 א' גוטפלד (עורך) הדמוקרטיה האמריקנית – הממשי, המדומה והכוזב (תשס"ב). הספר יצא לאור בהוצאת זמורה-ביתן יחד עם מערכת זמנים/אוניברסיטת תל-אביב.

3 דבריהם של ר' גביון וא' שפירא מתוך ההקדמה למהדורה העברית של הפדרליסט, המילטון, מדיסון וג'יי, לעיל הערה 1, בע' יא-יב.

בהבנה עמוקה של גורמים מדיניים המניעים מעשי בני אדם ושל מהותו של הממשל.⁴ הם אכן היו כפי שכתבו: הפילוסופים המדינאים⁴.

שני ספרים שראו אור לאחרונה עוסקים בחוקה האמריקנית משתי נקודות מבט שונות על ציר הזמן: הראשון, הפדרליסט הוא קובץ מאמרים שנכתבו לפני יותר ממאתיים שנים כחלק מן הוויכוח שקדם לכינון החוקה של ארצות-הברית, שהתקיים בשנים 1787-1788. השני, הדמוקרטיה האמריקנית – הממשי, המדומה והכוזב הוא אסופת מאמרים מהעת הזו בעריכתו של פרופ' א' גוטפלד, פרי עטם של חוקרים מישראל בני זמננו. קריאה בשני הספרים מהווה ניסיון מעניין לעמוד על התקוות והמיתוסים שנקשרו בשמה של החוקה האמריקנית בעבר לבין הפעלתה הלכה למעשה בסבך העתים ובעת הזו.

ב. הפדרליסט

הפדרליסט, אשר ראה לאחרונה אור בגרסה עברית, הוא קובץ של שמונים וחמישה מאמרים שנכתבו על ידי שלושה מדינאים אמריקנים – אלכסנדר המילטון, ג'יימס מדיסון וג'ון ג'יי – כחלק מן הוויכוח על כינון החוקה של ארצות-הברית, שהתקיים מספטמבר 1787 עד אוגוסט 1788. אף שמאמרי הפדרליסט פורסמו זה אחר זה בעיתונות הניו-יורקית (תחת שם העט "פובליוס"), הם נכתבו כמכלול אחד, והם מהווים את הפירוש המקיף ביותר שנכתב על ידי אישי הציבור שעמדו מאחורי המאמץ לנסח את החוקה האמריקנית⁵. לפיכך, הם מקור חשוב לפירוש החוקה, והם אף מצוטטים בפסקי דין של בית המשפט העליון האמריקני בבואו לפרשה⁶. הפדרליסט הוא ספר קלאסי המאגד דיון ברעיונות על רקע תקופת גיבושם, ואשר חשיבותו עומדת היום כאז. ג'ורג' וושינגטון הביע דעתו כי: "הפדרליסט יזכה לתשומת לבם של הדורות הבאים משום שנידונים בו בכנות עקרונות החירות ושאלות הממשל, שבני-האדם לעולם ימצאו בהם עניין".

4 רבירו של א' גוטפלד, מתוך ההקדמה לספר שבעריכתו, לעיל הערה 2, בע' 9.

5 יש להעיר, כי כנגד העמדה של הפדרליסט עמדו אנטי-פדרליסטים. הפדרליסט משקף את הגישה הרפובליקאית שניצחה לבסוף ולא את "הדמוקרטיה ההשתתפותית" כפי שבאה לידי ביטוי בתפיסתו של ג'פרסון. על כך ראו במאמר הביקורת המוקדש להפדרליסט של צ' בטשא וא' בריכטה "פוליטיקה חוקתית – הפדרליסט" הארץ 20.2.1931. הכותבים מפנים לטענותיו של פרופ' ג'קסון טרנר מיי. על כך ראו: J. T. Main *The Antifederalist: Critics of the Constitution 1781-1788* (Chapell Hill, 1974). בספר זה ניתן ביטוי למאבק הגאוגרפי והמעמדי, בין הפדרליסטים והאנטי-פדרליסטים, בשלוש-עשרה המושבות לקראת אישור החוקה. 6 ראו למשל ההסתמכות של נשיא בית המשפט העליון האמריקני, טאפט, על הפדרליסט בבואו לפרש את היקף סמכותו של הנשיא לפטר את אנשיו: *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926). וראו גם ר' גביון וא' שפירא בהקדמה, לעיל הערה 1, בע' יא, הערת שוליים 1.

עיון בפרקי הפדרליסט מוכיח, כי החוקה נוסחה כמסמך פרקטי ורציונלי הבא לפתור בעיות מהחיים הן בהתבסס על ניסיונות היסטוריים קודמים (כגון הדמוקרטיה האתונאית) והן בהתבסס על רעיונות מופשטים של פילוסופים והוגי דעות של מדע המדינה (כגון רעיונות תנועת ההשכלה והגותם של מונטסיוקה והוגים אנגלים כגיימס הרנינגטון, ג'ון מילטון וג'ון לוק). נקודת המוצא היא רציונליזם. במאמר הפתיחה, שנכתב על ידי המילטון, מזהה פובליוס את אחד מקווי הייחוד של המפעל החוקתי האמריקני: האמונה כי בני אדם יכולים, בעיקרון, לעצב את גורלם בעצמם. הוא אומר: “רבים אמרו כי דומה שנפל בגורלם של אנשי הארץ הזאת להכריע, בהתנהגותם ובמופת שיציבו, בשאלה החשובה אם אמנם חברות של בני אדם מסוגלות או אינן מסוגלות לכונן ממשל טוב מתוך עיון ובחירה, או שמא נגזר כי לעולם יהיו המבנים המדיניים של הבריות תלויים במקרה ובכוח הזרוע”⁷.

מעבר לכך, הפדרליסט בנוי בדרך של זיהוי בעיות וניסיון למתן פתרונות לבעיות אלו: מהן הבעיות? מרכיב היסוד של בחינה ביקורתית כזאת הוא ההסכמה על הבעיות המרכזיות שהחוקה אמורה להתמודד אתן. חלק מן הבעיות האלה משותפות לכל חברה, שכן הן נגזרות מטבע האדם וממאפיינים אוניברסליים של חברות אנושיות: בכל אחת מהן יש חלוקה בין עשירים לעניים, בין בעלי ידע והשכלה ובין עובדי כפיים. רוב החברות נמצאות במצב של קונפליקט בין אינטרסים פנימיים והן חשופות לאיומים חיצוניים, ובכולן צריך להבטיח סדר ושלום⁸. מהם הפתרונות לבעיות אלו? מחברי הפדרליסט סברו, כי בידיהם מספר רעיונות חדשים, אשר לא נוסו על ידי קודמיהם, והם ביקשו לממשם הלכה למעשה. במאמר מספר 9 מזכירים הכותבים את העקרונות שמלומדי מדע המדינה הציעו בזמנו לשיפורם של המשטרים:

“כיום אנו מבינים היטב את כוחם של עקרונות שונים שלא היו ידועים כלל לקדמונים, או שנודעו להם רק באופן חלקי. החלוקה המסודרת של השררה למחלקות נבדלות; הנהגת איוונים ובלמים בחקיקה; הקמת בתי-משפט שהשופטים מכהנים בהם כל זמן שהם נוהגים כיאות; ייצוגם של הבריות בבית-המחוקקים על-ידי צירים שהם עצמם בוחרים בהם: כל אלה הם תגליות חדשות לגמרי, או תגליות שעיקר התקדמותן אל השלמות התרחשה רק בעת החדשה. אלה הם אמצעים, ואמצעים אדירי כוח, שמאפשרים לקיים את סגולותיו הטובות של השלטון הרפובליקני ולהפחית את פגמיו או למנוע אותם”⁹.

7 המילטון, מדיסון וגיי, לעיל הערה 1, בע' 3.

8 ר' גביוון וא' שפירא בהקדמה, שם, בע' כג.

9 שם, בע' 40.

במאמרי הפדרליסט נטען כי החוקה המוצעת נותנת פתרון אופטימלי לבעיות המתעוררות. שזורים במאמרים ארבעה נימוקים החוזרים כמעט בכל מאמר: פתרונות רפובליקניים כמענה לסכנת הפופוליזם, היתרונות שברפובליקה גדולה ובה אוכלוסייה מגוונת, איזון הכוחות היריבים כפתרון מבני לסכנות הסיעיתיות וההכרחיות של ממשלה חזקה ונמרצת¹⁰. מאמרי הפדרליסט נוגעים לכל רשויות השלטון – בית הנבחרים, הסנאט, הנשיא וכדומה. מעניין במיוחד הוא הדיון על הרשות השופטת. לאחר דיונים ארוכים בבעיה האוניברסלית הנוגעת לאופי המשחית של הכוח, חותר פובליסט לפתרון של חלוקת הכוח בין המוסדות השונים – הפרדת רשויות תוך איזון ובלימה. מצב זה מעורר את השאלה, מהם הכוחות והסמכויות שיש להפקיד בידי כל רשות? שאלה זו, העומדת בבסיס החיבור, היא בעלת אופי אקטואלי מתמיד (גם בישראל כמוכח), אך בשל קוצר היריעה אין בידנו לשרטט את גישת המחברים בשלמותה. ובכל זאת, דיון קצר במעמדה ובסמכויותיה של הרשות השופטת יכול להדגים לקורא שורות אלה, את הרלוונטיות העצומה של החיבור. למעשה, קטעים אחדים מן החיבור הם כה רלוונטיים עד שפעמים, ללא ידיעה מוקדמת לגבי זהות הכותבים, נדמה כי הדברים נאמרו בפסק דין עדכני של בית המשפט העליון שלנו. עובדה זו היא ההופכת את הקריאה בהפדרליסט למרתקת¹¹. כך למשל, במאמר מספר 78, הפותח את הדיון ברשות השופטת, מסביר המילטון, בקטע קלאסי, מדוע אין לחשוש מכוחו של בית המשפט. הוא אומר: "כל המתבונן בתשומת לב במחלקות השונות של השלטון אינו יכול שלא לראות כי בממשלה שבה הן מופרדות זו מזו, תמיד תהיה הרשות השופטת, מטבע תפקידיה, הפחות מסוכנת לזכויות הפוליטיות של החוקה, משום שיכולתה לפגוע או לפגוע בהן תהיה דלה. הרשות המבצעת לא די שהיא מחלקת את הכיבודים, אלא היא גם המחזיקה בחרבו של הציבור. הרשות המחוקקת לא די שהיא חולשת על הארנק, אלא היא גם המכתיבה את הכללים המסדירים את חובותיו וזכויותיו של כל אזרח. לרשות השופטת, לעומת זאת, אין שום השפעה לא על החרב ולא על הארנק; אין היא חולשת לא על כוחה של החברה ולא

10 שם, בע' כד.

11 עובדה היא, שהפדרליסט תורגם ליותר מעשרים שפות, והופיע במאות מהדורות. בהקדמה למהדורה העברית מצוין (בע' יב), כי כבר בשנת 1792 תורגמו כל מאמרי הפדרליסט לצרפתית כדי לעזור למנהיגי צרפת לנסח חוקה בעקבות המהפכה. בתחילת המאה התשע-עשרה הוא תורגם לספרדית ולפורטוגזית כחלק מן הניסיונות הראשונים להקים משטרים דמוקרטיים בארגנטינה, במקסיקו ובברזיל. בהמשך הוא תורגם לגרמנית והיה חלק מן הוויכוח על הליברליזציה בימי "אביב העמים" בשנת 1848. בעקבות מלחמת העולם השנייה היה גל חדש של התעניינות בהפדרליסט במדינות כמו איטליה שחיפשו דרכים למסד משטרים דמוקרטיים יציבים. לאחרונה הפך החיבור לרב-מכר במדינות כמו פולין וצ'כוסלובקיה לאחר שהשתחררו מעולה של ברית-המועצות.

על עושרה; ואין בידה להחליט על שום פעולה שהיא. באמת ובתמים אפשר לומר שאין לה לא כוח ולא רצון, אלא רק שיפוט; ובסופו של דבר היא חייבת להיות תלויה בסיועה של הזרוע המבצעת אפילו לשם מתן תוקף לפסיקותיה. כמה וכמה מסקנות חשובות מתבקשות מן ההשקפה הפשוטה הזאת על העניין. היא מוכיחה בצורה שאין לערער עליה כי הרשות השופטת היא החלשה ביותר, לאין ערוך, מבין שלוש מחלקות השלטון; שלעולם לא תוכל לתקוף בהצלחה אף לא אחת משתי האחרות; ושצריך לנהוג בכל הזוהירות האפשרית כדי להקנות לה את היכולת להתגונן מפני התקפותיה. באותה מידה עצמה היא מוכיחה שאם גם לפרקים עלולים בתי-המשפט לדכא איש פרטי, לעולם לא תצמח מאותו כיוון סכנה לחירותם הכללית של הבריות”¹².

בדברים אלו מנסה המילטון להפיס את שומעיו הן מהחששות הכלליים בדבר עליונותה של הרשות השופטת על הרשות המחוקקת, והן מהחשש הקונקרטי לגבי האפשרות של פסילת חוקים שיצאו מתחת ידיה של הרשות המחוקקת על ידי הרשות השופטת. גישתו של המילטון באה לידי ביטוי, בסופו של דבר, בקביעה המפורשת בחוקה כי בית המשפט העליון יהיה רשות עצמאית ושוות-מעמד לנשיא ולקונגרס, ושהוא יוכל לתת פירוש מוסמך לחוקי ארצות-הברית. אמנם, החוקה עצמה לא הקנתה לבית המשפט העליון סמכות לבטל חוקים של הקונגרס, אולם במאמרי הפדרליסט יש דיון בשאלה זו, ונראה כי המילטון תמך בקיומה של סמכות כזאת”¹³.

דיון מעניין נוסף נדון במאמר 84 המסביר מדוע החוקה המוצעת אינה כוללת “מגילת זכויות”. הכותבים התנגדו למגילת זכויות בשלב הראשון שכן סברו שראשית יש להסדיר את מסגרת השלטון הכללית ואת הבעיות המוסדיות. בינתיים התנחמו השוללים, ומחברי הפדרליסט היו ביניהם, במספר טעמים כגון העובדה שמגילת זכויות נכללת בחלק מהחוקות המדינתיות, וכן “שהחוקה מאמצת את המשפט המקובל ואת המשפט החקוק של בריטניה הגדולה במלואם, ובכך מובטחות במידה שווה עוד הרבה זכויות שאינן מבוטאות בה”¹⁴. כידוע, החוסר במגילת זכויות הושלם כשלוש שנים לאחר מכן עם קבלתם של עשרת התיקונים הראשונים לחוקה בשנת 1791.

12 המילטון, מדיסון וגיי, לעיל הערה 1, בע' 388.

13 ראו למשל דבריו של המילטון, לעיל הערה 1, בע' 389: “עצמאותם הגמורה של בתי-המשפט חיונית במיוחד בחוקה מוגבלת. במונח חוקה מוגבלת כוונתי לחוקה המכילה כמה חריגות מפורטות מסמכות החקיקה; למשל, שבית-המחוקקים לא יחוקק שום חוק מפקיע זכויות, שום חוק שתכולתו למפרע, וכיוצא באלה. אין לקיים הגבלות מסוג זה למעשה אלא באמצעותם של בתי משפט, שמחובתם להכריז כי כל החוקים הנוגדים את כוונתה המפורשת של החוקה בטלים ומבוטלים. בלעדי כן הרי כל הסיווגים של זכויות מיוחדות אינם ולא כלום”. הסמכות של בית המשפט לפסול חקיקה רגילה הנוגדת את החוקה נקבעה לבסוף בשנת 1803 בפסק הדין המפורסם: *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

14 המילטון, מדיסון וגיי, לעיל הערה 1, בע' 427.

כאמור, הספר עוסק בהגות המדינית ותורת הממשל הלכה למעשה בנוגע לכל רשויות השלטון מתוך רצון לגבש השקפה כוללת לגבי הרעיונות והמנגנונים אשר אותם ראוי לכלול בחוקה. לכן, תרגומו המלא של החיבור לעברית מהווה תרומה חשובה לדיון האקדמי בנושאים בתחומי מדע המדינה והמשפט הציבורי.

בנוסף, לא נוכל לסיים את הדיון בחיבור ללא שניצין בסיפוק את המבוא המקיף (52 עמודים כולל הערות) שחובר על ידי פרופ' רות גביון וד"ר אלן שפירא. המבוא מקיף מספר חלקים: החלק הראשון עוסק ברקע ההיסטורי לכתובת הפדרליסט; החלק השני עוסק בעקרונות החוקה והצדקתם על ידי הפדרליסט; החלק השלישי עוסק בפדרליסט במבחן הזמן מנקודת מבט אמריקנית; הפרק הרביעי והאחרון להקדמה עוסק בלקחים הרלוונטיים בישראל מן הניסיון האמריקני. בעניין זה מנסים הכותבים להיות זהירים. הם סבורים, כי אחת התובנות העולות מן המהלך החוקתי באמריקה, ומהצדקתו בידי הפדרליסט, היא שחוקה טובה צריכה להתאים לצרכים של החברה שבה היא אמורה לפעול. לפיכך, לא רצוי לאמץ מרכיבים של ההסדרים האמריקניים, כגון משטר נשיאותי, לפני שבוחנים היטב אם יש דמיון רלוונטי בין הבעיות שהחוקה האמריקנית התמודדה עמן ובין אלה שעמן מתמודדת ישראל¹⁵. עם זאת הם סבורים, שהלקח המרכזי מן הניסיון האמריקני הוא שרצוי לקבל חוקה כדי לקבוע הבחנה ברורה בין כללי המשחק וערכי היסוד המשותפים לכל הציבור, מצד אחד, ובין פוליטיקה רגילה שבמסגרתה נאבקים על תפיסות הטוב של חלקים מן האוכלוסייה. ההבחנה הזאת נותנת משמעות לדמוקרטיה: כל צד, קבוצה או מפלגה ינסו לעגן את ההעדפות שלהם בחוק, ולשם כך ייאבקו בקבוצות האחרות. אולם כולם יחד יקבלו על עצמם מסגרת משותפת שתאפשר מידה מסוימת של לכידות ושל אמון הדדי באזרחות המשותפת. מבנה כזה יאפשר גם חינוך אזרחי משותף בלי לחייב כי בכל נושא תהיינה לציבור אותן העדפות. הוא יאפשר אפוא חיים של שותפות אזרחית בצד לגיטימיות לשונות פעילה של קבוצות שונות¹⁶.

בסימו של המבוא המצוין עומדים גביון ושפירא על תרומתו של החיבור, והם אומרים כך¹⁷: "החוקה האמריקנית הצליחה כי הפכה לחלק חשוב מן 'הדת האזרחית' באמריקה. הליך אימוצה תרם תרומה משמעותית מאוד להצלחה. ומאמרי הפדרליסט הפכו לקלסיקה מפני שהם מפרשים את הנחות היסוד על טבע האדם ועל טבע החברה האנושית והמוסדות הפוליטיים, וכוללים גם התייחסות לגורמים שהגבירו את סיכוייה של החוקה להצלחה. חלק מן הגורמים האלה מיוחדים לארצות-הברית. אולם חלק עיקרי בהם נכון לגבי אנשים וחברות בכל המקומות ובכל הזמנים. מובן מאליו כי אף

15 שם, בע' לח.

16 שם, שם.

17 ר' גביון וא' שפירא בהקדמה, לעיל הערה 1, בע' מט.

חוקר של החברה האמריקנית אינו יכול להתעלם מן החומר הזה, אך ההישג הגדול של החוקה ושל הפדרליסט הוא בכך שהם הפכו להיות חלק מנכסי צאן הברזל של התרבות האנושית כולה.”

לספר מצורפים נספחים חשובים ומאירי עיניים כגון הערות ביוגרפיות לגבי שלושת הכותבים (המילטון, מדיסון וג'יי). תקנות הקונפדרציה (המסמך הפדרלי שקדם לחוקה ושהוחלף על ידה) ומסמכים היסטוריים נלווים אחרים לחוקה, כמו גם גרסה עברית של החוקה על כל תיקוניה.

ג. הדמוקרטיה האמריקנית – הממשי, המדומה והכוזב

ספר זה הוא אסופת מאמרים מהעת הזו בעריכתו של פרופ' ארנון גוטפלד פרי עטם של חוקרים מישראל בני זמננו. עניינו של הספר הוא הדמוקרטיה האמריקנית וחוקתה. בהקדמה לספר מסביר פרופ' גוטפלד, כי: “החוקה האמריקנית אינה כליל השלמות, ובתקופות ארוכות בהיסטוריה האמריקנית שימשה מכשיר יעיל לדיכוי קבוצות מסוימות באוכלוסייה, אך בסיכומן של יותר ממאתיים שנות חוקה היא מהווה מכשיר שמבטיח לחלק נכבד מן העם האמריקני יותר זכויות ויותר אפשרויות לשמר את המסגרת דמוקרטית מאשר כל חוק יסוד אחר”¹⁸. עם כל הכבוד, על קביעה זו ניתן לחלוק. בהקשר להיקפה של רשימת הזכויות המוגנות, החוקה האמריקנית מיושנת ביחס לחוקות אחרות, מתקדמות יותר, כגון חוקות של מדינות שונות במערב אירופה. אחת הבעיות הבולטות בחוקה האמריקנית הוא היעדרן של זכויות כלכליות וחברתיות. ניתן אף לומר, כי זכויות אלו מנוגדות לרוח ההיסטורית של החוקה האמריקנית. היעדר זה בחוקה מהווה את אחת הסיבות (אף שקיימות סיבות חשובות נוספות אחרות) לפערים כלכליים עצומים, לאחוז גבוה של חסרי-בית (Homeless), לבעיות קשות במערכת החינוך הציבורי, להיעדרה של מערכת בריאות ממלכתית ועוד. נראה, כי מנקודת מבטם של אמריקנים רבים אין כל רבותא בחוקה המפוארת, שכן הם מצויים במאבק יומיומי להישרדות. בקובץ המרשים לא הוקדש כל מאמר ביקורתי הנוגע בנושא חשוב זה ועל כך יש להצטער!

עם זאת, הספר כולל רשימה מכובדת של מאמרים מעניינים בנושאים מגוונים אחרים. מאמרו של פרופ' יהושע אריאלי (חתן פרס ישראל להיסטוריה משנת 1993) הפותח את הקובץ – “המורשת החוקתית של ארצות הברית”¹⁹ – מתאים לשמש מאמר מבוא, שכן הוא משרטט באופן כללי את היסודות הרעיוניים של החוקה. הכותב סבור, כי רעיונות החוקה לא היו מפנה רדיקלי אלא פרי ניסיון נרכש שהושפע מרעיונות שנולדו וגובשו לתורות מדיניות בעולם הישן.

18 גוטפלד, לעיל הערה 2, בע' 17.

19 שם, בע' 22.

מאמר כללי נוסף הוא מאמרו של נשיא בית המשפט העליון, אהרן ברק – "החוקה האמריקנית והמשפט הישראלי"²⁰. במאמר זה עומד הנשיא ברק על הדומה והשונה שבין החוקה האמריקנית לבין המהלך החוקתי הישראלי שעדיין לא נשלם. לדעתו, המייחד את המשפט הקונסטיטוציוני האמריקני הוא הביקורת השיפוטית שבית המשפט העליון מפעיל על חוקתיות החוק. מאפיין זה וכן מנגנונים נוספים בחוקה צריכים לשמש השראה אך אין להעתיקם. זהו "לימוד שאין בו חיקוי"²¹. נקודת המוצא של המאמר הוא המשפט האמריקני, אך ניכר שדאגתו של הנשיא ברק נוגעת לפיתוח המשפט הישראלי ולעיצוב התפיסות החוקתיות של "החוקה" הישראלית העתידית. את המאמרים בספר ניתן לחלק לשתי קבוצות. הקבוצה הראשונה כוללת מאמרים משפטיים מובהקים, וביניהם (פרט לשני הראשונים הנזכרים לעיל): "עקרון הפרדת הרשויות ותביעת מרבתי נגד מדיסון" מאת פרופ' ארנון גוטפלד²²; "חוקה וחירום: שימוש בסמכויות לשעת חירום בהיסטוריה האמריקנית" מאת ד"ר אורן גרוס²³; "החוקה האמריקנית ומעמד האישה: רקע, מסמכים והערות" מאת ד"ר חגי הורביץ²⁴; ו"חופש הדיבור" מאת פרופ' ריצ'רד פולנברג²⁵, שהוא הכותב הלא-ישראלי היחיד באסופה זו.

הקבוצה השנייה כוללת מאמרים שהם היסטוריים בעיקרם, אף כי הניתוח המשפטי-חוקתי לא נפקד מהם. בין המאמרים: "חוקה, דמוקרטיה וגזענות במורשת ארצות הברית" מאת ד"ר חגי הורביץ²⁶; "רצח מנהיגים אמריקנים: טראומה, טרגדיה ומשמעות" מאת ד"ר אייל נווה²⁷; "קפיטליזם, קפיטליסטים והמלחמה בעבדות" מאת ד"ר מיכאל זכים²⁸; "צמיחת הפנדמנטליזם האמריקני, 1865-1925" מאת פרופ' יעקב אריאל²⁹; "אוניברסיטה משרתת: 'הדרך האמריקנית' לשמירת הדמוקרטיה הליברלית" מאת ד"ר אסתר יוגב³⁰; "תרומת הרטוריקה הפוריטנית לדמוקרטיה באמריקה" מאת

- 20 שם, בע' 81.
 21 שם, בע' 85.
 22 א' גוטפלד "עקרון הפרדת הרשויות ותביעת מרבתי נגד מדיסון", שם, בע' 310.
 23 א' גרוס "חוקה וחירום: שימוש בסמכויות לשעת חירום בהיסטוריה האמריקנית", שם, בע' 196.
 24 ח' הורביץ "החוקה האמריקנית ומעמד האישה: רקע, מסמכים והערות", שם, בע' 142.
 25 ר' פולנברג "חופש הדיבור", שם, בע' 330.
 26 ח' הורביץ "חוקה, דמוקרטיה וגזענות במורשת ארצות-הברית", שם, בע' 48.
 27 א' נווה "רצח מנהיגים אמריקנים: טראומה, טרגדיה ומשמעות", שם, בע' 113.
 28 מ' זכים "קפיטליזם, קפיטליסטים במלחמה בעבדות", שם, בע' 98.
 29 י' אריאל "צמיחת הפנדמנטליזם האמריקני, 1865-1925", שם, בע' 172.
 30 א' יוגב "אוניברסיטה משרתת: 'הדרך האמריקנית' לשמירת הדמוקרטיה הליברלית", שם, בע' 230.

ד”ר אביהו זכאי³¹; ו”צמיחתה של רפובליקה חוקתית: השורשים הקולוניאליים של הדמוקרטיה האמריקנית” מאת גיורא קולקה³².
יפים לסיכום דברי העורך בהקדמה לקובץ:

”חברות דמוקרטיות רבות חולקות בעיות משותפות; המאמרים בקובץ מתארים את הבעיות השונות שעמדו בפני הדמוקרטיה הגדולה שבהן ואת דרכי התמודדותה עמן. הניתוחים והמסקנות מהווים לקח חשוב לחברה דמוקרטית אחרת, השונה מאוד מארצות הברית, אך גם היא מתמודדת עם רבים מן המכשולים הצצים בדרכה של הדמוקרטיה חוקתית במשבר. לניסיון האמריקני השלכות חשובות על הדמוקרטיה הישראלית, דמוקרטיה הנתונה ללחצים רבים, ומחפשת תשובות לשאלות בסיסיות. הפתרונות האמריקניים לבעיות אלה הם אמנם תוצר של התנאים וההיסטוריה האמריקנית, ואינם יכולים לשמש לנוסחה קבועה לפתרון הבעיות שניצבות לפני החברה הישראלית, אך הלקחים שנלמדו בעקבות החוויה האמריקנית יכולים וצריכים לשמש חומר למחשבה”³³.

- 31 א' זכאי "תרומת הרטוריקה הפוריטנית לדמוקרטיה באמריקה", שם, בע' 252.
32 ג' קולקה "צמיחה של רפובליקה חוקתית: השורשים הקולוניאליים של הדמוקרטיה האמריקנית", שם, בע' 286.
33 לעיל הערה 2, בע' 20.

מסתבך והולך: המשפט הבינלאומי בעידן של תמורות

על: "The Perplexities of Modern International Law"

מאת שבתאי רוזן¹

יובל שני*

שבתאי רוזן הנו אחד המשפטנים הבינלאומיים הידועים והמוערכים ביותר בעולם. הוא אף נמנה עם אותם מומחים ישראלים ספורים שהצליחו לבסס להם מוניטין כלל עולמי בתחום זה. הקריירה המשפטית המרשימה שלו משתרעת על פני למעלה מחמישים שנים וכוללת שירות ממושך במשרד החוץ הישראלי, שם מילא קשת רחבה של תפקידים משפטיים ודיפלומטיים, חברות בוועדות בינלאומיות נחשבות, ובהן ועדת האו"ם לזכויות אדם ועדת האו"ם למשפט בינלאומי, שלל מינויים אקדמיים, פרקטיקה עשירה כעורך דין בינלאומי (לרבות הופעות בפני מספר בתי דין בינלאומיים, ובראשם בית הדין הבינלאומי בהאג) ושורה נכבדת של פרסומים, ובראשם הספר הדפיניטיבי – בה' הידיעה – שנכתב על בית הדין הבינלאומי בהאג: *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*.² ההכרה בחשיבות פועלו האקדמי והמעשי של רוזן באה לידי ביטוי, בין היתר, בפרסים שבהם זכה, ובהם פרס ישראל ומדליית כבוד מטעם האגודה האמריקאית למשפט בינלאומי. על רקע רקורד מרשים זה, אין זה מפתיע כי האקדמיה למשפט בינלאומי היושבת בהאג בחרה ברוזן להעביר בשנת 2001 את הקורס הכללי היוקרתי בתחום המשפט הבינלאומי הפומבי. יש לציין, כי הייתה זו הפעם הראשונה שהכבוד להעביר קורס זה, המוענק למומחים העולמיים הבכירים ביותר בתחום, נפל בחלקו של ישראלי.

הפרסום נשוא רשימה זו, הנו גרסה ערוכה של ההרצאות שהעביר רוזן בהאג בקיץ 2001, אשר ראה אור ככרך נפרד במסגרת הפרסום הרשמי של הקורסים המועברים באקדמיה – ה-*Recueil des Cours (collected courses)*. למעשה מדובר בספר מבוא למשפט הבינלאומי, המציג, כקודמיו בסדרה, את הפרספקטיבה הייחודית של חוקר מוביל בתחום המשפט הבינלאומי על הדיסציפלינה המשפטית האמורה. עם זאת, בשונה מספרי מבוא "רגילים" המציגים תמונת רוחב שטחית למדי של ענפי המשפט הבינלאומי, וכתובים באופן שבו הפן האינפורמטיבי והסקרתי דומיננטי ביחס לפן

* דוקטור למשפט בינלאומי, מרצה בבית הספר למשפטים, המסלול האקדמי של המכללה למינהל.
1 S. Rosenne "The Perplexities of Modern International Law" 291 *Recueil des Cours* (2002) 9-472.

2 S. Rosenne *The Law and Practice of the International Court 1920-1996* (Hague, vol. 1-3, 1997).

הביקורתי והתאורטי, להרצאות המועברות באקדמיה בהאג "ערך מוסף": חלק ניכר מהקורסים המועברים בהאג מתאפיינים בהעמקה רבה יותר באותם תחומים שבהם מתמחה המרצה; יתר על כן, הפרספקטיבה הביקורתית של המרצה באה במקרים רבים לידי ביטוי מעניין ומקורי גם בעת דיון בנושאים "קנוניים" סטנדרטיים.

בהרצאותיו של רוזן אכן מופיע אותו "ערך מוסף" המצדיק את קריאת הכרך או לפחות כמה מפרקיו הבולטים על ידי כל אותם אלה המוצאים עניין בתחום המשפט הבינלאומי. אף שרוזן אינו מתיימר להציג תאוריה כללית אודות מהותו של המשפט הבינלאומי³, הרי שניתן לחלץ שלוש תובנות חשובות העוברות כחוט השני בהרצאותיו.

ראשית, המשפט הבינלאומי הפוזיטיבי מייצג מערכת משפטית מתוחכמת ומקיפה, וניתן למצוא בו רמה משביעת רצון של הכוונה לשיתוף פעולה בין השחקנים הבינלאומיים השונים⁴. מכאן נובעת גישתו הבסיסית של רוזן שהיא גישה אופטימית בנוגע לפוטנציאל הגלום בכללי המשפט הבינלאומי ובמוסדותיו, הכוללת קריאה לאימוץ עמדה ערכית המצדדת בחיזוק הלגיטימיות של הכללים והמוסדות הבינלאומיים.

שנית, המשפט הבינלאומי הנו מערכת בעלת רמת מורכבות הולכת וגוברת המתאפיינת בחפיפה רבה בין תכני הכללים הראשוניים והשניוניים של השיטה. כתוצאה מכך, קובע רוזן כי יש לנתח סוגיות של דין מהותי ופרוצדורלי, לרבות שאלות הקשורות להפעלתם של מנגנוני יישוב סכסוכים, בראייה רחבה, חוצה ענפי משפט⁵. בכך, יוצא רוזן חוצץ, במידה רבה, נגד מגמות "סקטוראליות" רווחות בפרשנות וביישום הדין הבינלאומי⁶.

שלישית, המשפט הבינלאומי נוצר ומיושם באמצעות אינטראקציה מתמשכת בין תהליכים פוליטיים ומשפטיים⁷. על רקע זה, יש לראות את המשפט הבינלאומי כאחד האמצעים העומדים לרשות ה"שחקנים" הפועלים במישור הפוליטי הבינלאומי, ויש לדחות גישה הדוגלת ביישום עיוור ודוקני של כללים משפטיים, שנוקם הפוליטי לקהילה הבינלאומית בכללותה (כפי שזו מיוצגת על ידי גופים בינלאומיים, כגון מועצת הביטחון של האו"ם) רב מתועלתם. מכאן שרוזן מתייחס בסלחנות ואף באהדה לפרשנות "יצירתית" של כללי המשפט הבינלאומי על ידי השחקנים העיקריים בזירה הבינלאומית⁸.

3 .Rosenne, *supra* note 1, at pp. 24, 470

4 .*Ibid*, at pp. 38, 464

5 .*Ibid*, at pp. 45, 470 ראו למשל, דיון ביחס בין העמדה לדין של פושעי מלחמה ולתביעות נגד

מדינות בגין אחריותן לפשעים מטעמן. *Ibid*, at p. 220

6 לעמדה דומה, ראו: G. Abi-Saab "Fragmentation or Unification: Some Concluding

Remarks" 31 *N.Y.U.J. Int'l. L. & Pol.* (1999) 919

7 Rosenne, *supra* note 1, at p. 468

8 ראו למשל: *Ibid*, at pp. 166-167

מנקודות מרצא אלו יוצא רוזן לבחון את סוגיות היסוד של המשפט הבינלאומי – מקורות המשפט הבינלאומי, דיני אחריות המדינה, דיני האמנות וזהות בעלי האישיות המשפטית הבינלאומית; את הענפים המרכזיים בתחום המשפט הבינלאומי – דיני השימוש בכוח, דיני זכויות האדם, המשפט ההומניטרי, דיני הים ודיני החלל; ואת המוסדות המשפטיים הבינלאומיים המרכזיים – בתי הדין הבינלאומיים והארגונים השייכים ל"משפחת" האו"ם. מטבע הדברים, רמת הפירוט וההתעמקות בנושאים השונים אינה אחידה, ומשקפת, ללא ספק, את תחומי העניין של המחבר. כך למשל, הפרקים העוסקים בנושא דיני ים ודיני חלל מקיפים ביותר, ונוגעים בכל הסוגיות המרכזיות בתחום (רוזן שימש, בין היתר, כשגריר ישראל לוועידות ניסוח אמנות הים של 1958 ו-1982). לעומתם, הפרקים העוסקים באחריות בינלאומית, בזכויות אדם ובמשפט ההומניטרי מעמיקים פחות, לטעמי, ומקדישים מקום רב מדי לתיאור ההתפתחות ההיסטורית של ענף המשפט הרלוונטי על חשבון דיון ביקורתי ברציונלים של הכללים המרכזיים הקיימים באותם ענפי משפט. נקודה נוספת, מעט מאכזבת, הנה רתיעתו של רוזן מלהרחיב בנושא הזווית הישראלית של הדיון (כמה נושאים הקושרים למשפט הבינלאומי וישראל מוצגים בכרך בתמציתיות רבה, ואין כלל דיון בנושאים חשובים כגון עמדת ישראל בנוגע לאמנת הים של 1982⁹, מעמד החלטת 242 של מועצת הביטחון¹⁰ ועוד). מבחינת הקורא הישראלי, זוהי ללא ספק החמצה, שכן רוזן, בתור מי שמצוי היה במרבית צומתי ההכרעה שנקרו בפני שירות החוץ הישראלי מאז קום המדינה, נמצא בעמדה יוצאת דופן להציג את הדילמות הייחודיות שבפניהן עומדת ישראל בנוגע ליחסי הגומלין שלה עם הקהילה הבינלאומית בכללותה.

עיקר כוחו של הכרך הנו בהצגת הידע האנציקלופדי המצוי בידי רוזן וביכולתו של רוזן לדרן בסוגיות בינלאומיות ובתהליכים ספציפיים מפרספקטיבה רחבה. יש לציין לטובה במיוחד את הדיונים המעמיקים והמרתקים שמקיים רוזן ביחסים שבין דיני אמנות בינלאומיות לדיני אחריות בינלאומית¹¹ וביחסים שבין נורמות המטילות אחריות כלפי כולי ד'עלמא (erga omnes) לנורמות קוגנטיביות¹². בדיון הראשון, מצביע רוזן על המצב המשפטי שלפיו הפרת אמנה מצמיחה סעדים הן מן המישור ה"חוזי" (דיני אמנות) והן מן המישור ה"נזיקי" (דיני האחריות הבינלאומית), ועומד על העובדה כי קיימים פערים בעייתיים בטווח הכיסוי ובדרך היישום של שני המקורות האלטרנטיביים מהם אנו מחלצים כללים מסדר שני (למשל, דיני האמנות מקנים ככלל סעד רק במקרה של הפרה מהותית, ואילו דיני האחריות אינם כוללים מבחן סף דומה).

United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 Dec. 1982, UN Doc. 9
A/CONF.62/122 (1982), 21 I.L.M. (1982) 1261

U.N. Security Council Resolution 242, 22 November, 1967, UN SCOR, 22nd Sess., 10
1382nd mtg. (1967) 8

Rosenne, *supra* note 1, at pp. 398-399, 411-412 11

Ibid, at pp. 403-404 12

במסגרת הדיון השני הנזכר לעיל, מציע רוזן כי כל נורמה קוגנטית תיחשב כנורמה המכוונת כלפי כולי ד'עלמא, אך לא כל נורמה המכוונת כלפי כולי ד'עלמא תיחשב כקוגנטית.

מקור כוח אחר של הכרך, הנו גישתו הפרגמטית של המחבר והאופן המשכנע שבו הוא מציג את המשפט הבינלאומי כשיטת משפט "אמיתית", המקיימת יחסי גומלין חיוביים עם "העולם האמיתי". כך, למשל, מסביר רוזן בצורה מאלפת כי ההבדלים בין אמנה בינלאומית "רשמית" למסמך הבנות בלתי מחייב עשויים להיות זניחים, שכן קיומה של כוונה פוליטית למלא אחר המסמך – היא מעמדו המשפטי אשר יהא – הנה במקרים רבים האלמנט המכריע באשר למידת יישומו¹³. רוזן גם מזהה באופן מדויק את כישלונו של המשפט הבינלאומי למנוע סכסוכים חמושים פנים-מדינתיים כגורם מרכזי לחוסר יציבות בינלאומית¹⁴. עם זאת, גם התיאור ה"דיאליסטי" של יישום כללי המשפט הבינלאומי מושפע מן הפרספקטיבה האופטימית של המחבר על המשפט הבינלאומי. לדוגמה, תופעת ה"פוליטיזציה" של תהליכים משפטיים בינלאומיים רבים מגונה בכרך בלשון רפה למדי¹⁵, מבלי להדגיש את השלכות התופעה על מידת הלגיטימיות שציבורים רחבים מייחסים למשפט הבינלאומי. נראה כי בסופו של יום, רוכש רוזן אמון במוסדות המשפט הבינלאומי – באו"ם, בבתי הדין הבינלאומיים ובמוסדות אחרים – ורואה בשיפור שיתוף הפעולה של המדינות עמן אמצעי מרכזי להגברת השפעתם של כללי המשפט הבינלאומי. מכאן שלשיטתו מבנה המערכת הבינלאומית אינו שורש הבעיה אלא מקור הפתרון. ניתן כמובן לחלוק על השקפה זו, אך קשה שלא להתרשם מן העצמה שבה מציג רוזן את הטיעון בדבר היתרונות שיצמחו לקהילה הבינלאומית משימוש מושכל יותר בכלי המשפט הבינלאומי העומדים לרשותה.

ניתן לציין גם כי רוזן נוקט בכרך עמדות בכמה שאלות ספציפיות השנויות במחלוקת בקרב מומחי המשפט הבינלאומי, ולעמדותיו בסוגיות אלה משקל סגולי ניכר. כך, למשל, סבור רוזן כי היווצרות מנהג בינלאומי מחייבת התנהגות בפועל, וכי לא ניתן להסתמך רק על הצהרות בנושא¹⁶; כי הנוהג הקיים בהצבעות באו"ם, שלפיו אין לחשב מדינות נמנעות בגדר המדינות המשתתפות בהצבעה לצורך חישוב רוב מיוחס, הנו בלתי חוקי¹⁷; וכי יש מקום להכיר בקיומה של זכות אדם בעלת מעמד-על-לחיים בשלום וביטחון¹⁸. נקודה מעניינת במיוחד הנה עמדתו של רוזן בנוגע

Ibid, at p. 359 13

Ibid, at p. 137 14

ראו למשל: *Ibid*, at p. 239 15

A.E. Roberts "Traditional and Modern: ראו: *Ibid*, at p. 58 16
Approaches to Customary International Law: A Reconciliation" 95 *A.J.I.L.* (2001)
.757

.Rosenne, *supra* note 1, at p. 428 17

Ibid, at p. 239 18

מסתבך והולך: המשפט הבינלאומי בעידן של תמורות

להשתתפות ישויות מעין-מדינתיות במסגרות בינלאומיות המיועדות, באופן מסורתי, למדינות בלבד. לשיטתו של רוזן, אין הצדקה כי ישויות כאמור, אשר הן בעלות כשירות מסוימת לקיים יחסי חוץ, לא תיחשבנה כמדינות לצורך פנייה לגופים כדוגמת בית הדין הבינלאומי בהאג. נראה כי משמעות עמדתו של רוזן הנה כי ניתן לפרש אמנות בינלאומיות באופן יצירתי אשר יקנה זכויות מכוחן גם לשחקנים מעין-מדינתיים. למסקנה זו, השלכות חשובות למשל בכל הנוגע לאפשרויות העומדות בפני הרשות הפלשתינית להשתתף בהליכים משפטיים בינלאומיים נגד ישראל (למשל, לפי חוקת בית הדין הפלילי הבינלאומי¹⁹).

על צד השלילה (אשר אינה רבה כלל ועיקר), ניתן לציין, כאמור, כי מספר פרקים בכרך סובלים מדיספרופורציה בין התיאור ההיסטורי של התפתחות ענפי המשפט הבינלאומי לבין הדיון בעקרונות הדין המנחה ענפים אלה. עוד ניתן לבקר את ההחלטה לדון במשפט הבינלאומי הפלילי במסגרת הפרק הדין במשפט הבינלאומי הומניטרי (פרק 5). לאור התפתחותו המואצת של המשפט הבינלאומי הפלילי בעשור האחרון, נדמה לי כי הוא זכאי להתייחסות נפרדת (בין היתר, מכיוון שחלק מהעברות הנופלות בגדרו אינן נובעות מהמשפט ההומניטרי). עוד ראוי לציין כי הכרך סובל ממספר פגמים עריכתיים אשר מעיבים מעט על ההנאה ממנו. בין פגמים אלו מצויים היעדרו של תוכן עניינים ומספר טעויות בשמותיהם של פסקי דין ואמנות (למשל פס"ד Thetic במקום פס"ד Tadic בעמוד 12 ואמנת אוסלו במקום אוטווה, בעמוד 159).

לסיכום, הרצאותיו של רוזן בהאג הן טקסט משפטי מעניין וחשוב. הן מייצגות נאמנה את הזרם הפוזיטיביסטי-ראליסטי במשפט הבינלאומי ואת הגישה שלפיה טמון בכללי המשפט הבינלאומי ובמוסדותיו פוטנציאל בלתי ממוצה לקידום רווחתה של הקהילה הבינלאומית ולהגנה על האינטרסים שלה. כישראלים – הרגילים לעתים תכופות לאמץ עמדה ביקורתית או סקפטית כאשר לתועלת שבשימוש במשפט הבינלאומי – החשיפה למשנתו הסדורה והמנומקת של רוזן הנה חשובה במיוחד. הגם שהיחסות לעמדותיו של רוזן לא תוביל בהכרח לשינוי רדיקלי במגמות הברלניות הרווחות בישראל, הרי שהיא תהפוך את הדיון הציבורי והאקדמי בנושא לדיון מושכל ומתוחכם יותר.

19 לדיון בנושא ראו י' שני "ישראלים על ספסל הנאשמים: השלכות כניסתה לתוקף של חוקת רומא על מדינת ישראל" המשפט 15 (תשס"ג) 28.