

הכסות המוסרית המינימאלית, הדרושה והגדרשת מכל אורח ואורח. אמרתי: "בעיני המחוקק" — ולא כל המחוקקים שויים, ולא כל ה"מינימא" שויים. אשר נדמה למחוקק האחד בבר, השני רואה אותו כחוט השערה, כדרישה שהיא פחותה מן המינימום, ולפיכך הוא מעלה את רמת דרישותיו, מוציא אותו מן התחום החפשי של המוסר, ומכניס אותו לתחום הכפיה של החוק. תחומי המוסר והחוק הם שני עיגולים קונצנטריים, מכסים זה את זה אך בחלקם, — וככל אשר ייסוג אחר זה הקו המבדיל ביניהם, כן יגדל השטח והתוכן המוסרי של החוק. האידיאל הנכסף הוא, שיהיו שני העיגולים חופפים זה את זה לכל היקפם, — כמים ליס מכסים.

את הפסקים האלה כתבתי כמבוא למאמר שפרסמתי לפני שנים אחדות², ואין אני חוזר בי מן הרעיון שהובע בהם. ואולם בהרצאתי זו רצוה אני להעביר את מרכז הכובד לפנים האחרות של הבעיה, להרחיבה מצד אחד ולצמצמה מצד שני, על מנת לברר ולעמוד לא על ההבדלים הדקים, הלא-כל-דק-דקים, שבין החוק מזה והמוסר מזה, אלא על היחס שבין חוק ומוסר בהוראות החוק גופו, — על היחס שבין השיקולים התועלתיים והשיקולים המוסריים בתכנון של החוק, בתכנון של המשפט, ולא של המשפט בכלל, אלא של המשפט העברי. וכאן מתעורר מיד קושי גדול, הרובץ לפתחה של השאלה, ונועל דלת בפני המשנת המחקר. הקושי הוא בהגדרת עצם המונח: "המשפט העברי". מונח זה אינו ותיק ביותר, דומני שגילו אינו יותר מחמשים-ששים שנה, אך האנדרלמוסיה שנוצרה סביבו היא רבה עד מאד, וכמאמר המוסגר ייאמר כאן, כי היא היא האשמה העיקרית בעירובי הפרשיות ובלבולי המושגים שקמו מסביב לאחת הבעיות המנסרות ברומן של עולמנו, והיא: כינוסו או "החיתוך" של המשפט העברי. ובכן, מה חכנו של המשפט העברי? לא אנסה לתת כאן הגדרה כללית, מקיפה, ממצה, — אומר רק על דרך השלילה, כי המשפט העברי, שלא כדרך שאר שיטות המשפט, אינו מצטמצם בתחומי ה"בין

2. מ. זילברג, המשפט במדינה העברית, הפרקליט, אייר-סיון, תש"ח. [67]

1915

פרק ששי חוק ומוסר:

מה בין הוראות החוק וצוויי המוסר?
החוק פונה אל האזרח, המוסר פונה אל האדם. זה יוצרו מבחוץ — במרכזי השלטון, זה יוצרו מבפנים — במעמקי הלב; זה בא להשליט סדר, זה בא להשקיש מצפון. תפקידו של החוק להציל את העשוק, תפקידו של המוסר להציל את העושק, — מידי עצמו; זה מצווה לסלק את החוב, זה מצווה למלא את החובה. קיצורו של דבר: החוק הוא יצור סוציאלי, מוסד חברתי-תועלתני, הרואה את הפרט באספקלריא של הכלל; המוסר הוא חיה אישית, הרגשת-חובה אינדי-וידואלית, הרואה גם את הכלל במנסרת הצבעים של הפרט.
ואף על פי כן, ולמרות ההבדלים הללו, אין שנים אלה — החוק והמוסר — בחינת שתי רשויות נפרדות, ואין הם תלויים זה מזה. להיפך: הם אחוזים זה בזה כאש בגחלת. המוסר הוא בסיסו האידיאלי-לוגי של החוק, והחוק הוא הלבוש החיצוני, הקונקרטי, של חלק מעקרונות המוסר המופשט. לבוש זה הוא סטנדרטי, שזה לכל נפש, כעני כעשיר, כצדיק כרשע; כי הוראות החוק הן — בעיני המחוקק —

1. פרק זה הוא סדרת הרצאות שהרציתי בסדרות ההרצאות לזכר יהודה ליב מגנס ז"ל, והוא פורסם בחוברת בשם "חוק ומוסר במשפט העברי", הוצאת הספרים על שם י"ל מגנס, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשי"ב. והואיל והנושא שספחתי בו בהרצאות הן משולב יפה לתוך הנושאים הנידונים כאן, הרשיתי לעצמי לכוללו, כפרק מיוחד, בספרי זה, תוך אי אלה השמטות והוספות. הקטעים הקצרים שצוטטו לעיל, סומנו מסמנים סכניים לפי מספרי העמודים של החוברת הנ"ל.

ביניהם. ר' אליעזר ביקש לשכנע את חבריו כי הצדק עמו. והברייתא

מספרת⁸:

"באותו היום השיב ר' אליעזר כל תשובות שבעולם, ולא קיבלו הימנו. אמר להם: אם הלכה כמותי — חרוב זה יוכיח! נעקר חרוב ממקומו מאה אמה, ויש אומרים ארבע מאות אמה. אמרו לו: אין מביאין ראייה מן החרוב. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי אמת המים יוכיחו! חזרו אמת המים לאחריהו. אמרו לו: אין מביאין ראייה מאמת המים. חזר ואמר: אם הלכה כמותי כתלי בית המדרש יוכיחו! הטו כתלי בית המדרש ליפול. גער בהם רבי יהושע⁹. אמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה, אתם מה טיבכם? לא נפלו מפני כבודו של ר' יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של ר' אליעזר, ועדיין מטין ועומדין. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי מן השמים יוכיחו! יצאה בת קול ואמרה: מה לכם אצל ר' אליעזר, שהלכה כמותו בכל מקום. עמד ר' יהושע על רגליו ואמר: לא בשמים היא, שכבר ניתנה תורה מזה סיני! אין אנו משגיחין בבת קול! שכבר כתבת בהר סיני בתורה¹⁰: אחרי רבים להטות."

והתלמוד מוסיף:

"מצאו ר' נתן¹¹ לאלהו, אמר ליה: מאי עביד קודשא בריך

8. בבא מציעא שם.
9. הוא רבי יהושע בן חנניה, אף הוא מתלמידי ר' רבן יוחנן בן זכאי. למרות התנגדותו העזה לרבי אליעזר בימי חייו, הוא השתדל כנראה לפייסו לפני מותו (של ר' אליעזר), כפי שעולה מברייתא אחת (סנהדרין, דף ק"א ע"א). ולא עוד אלא ששמר מאד על כבודו של ר' אליעזר לאחר פטירתו. "לאחר פטירתו של ר' אליעזר נכנסו ארבעה זקנים להשיב על דבריו... אמר להם ר' יהושע: אין משיבין את הארי לאחר מיתה!" (גיטין, דף פ"ג ע"א).
10. שמת כ"ג, ב'.
11. זה הוא כנראה נתן הכבלי, בעל ה"אבות דרבי נתן", שהיה אב בית דין בסנהדרין דאושא תחת נשיאותו של רבן שמעון בן גמליאל. לאחר התמודדותו יחד עם ר' מאיר, נגד נשיאותו של רשב"ג, גזרו שהלכותיו לא ייקראו על שמו, אלא יכוננו בשם "יש אומרים" (עיי' היריות, דף י"ג ע"ב).

אדם לחבריו" בלבד, אלא מכניס לקטגוריית משפטיות, מכנה כניונים משפטיים, תופס תפיסה משפטית, גם את היחסים שבין אדם למקום. גם הקדוש-ברוך-הוא, בכבודו ובעצמו, הוא אישיות משפטית כביכול, נהנה מזכויות, כפוף לחובות, נשמע ומציית לחוקיו הוא, ומשתלב כנושא משפטי אורחי במערכת היחסים שבינו לבין יציריו.

נאמר בירושלמי³:

"אמר רבי לעזר: פרא בסיליאוס או גומוס אגרפוס. בנותה שבעולם, מלך בשר ודם גזיר גזירה, רצה מקיימה, רצה — אחרים מקיימים אותה; אבל הקדוש ברוך הוא אינו כן, אלא גזיר גזירה ומקיימה תחילה. מאי טעמא? ושמרו את משמרתה אני ה', — אני הוא ששימרתה מצוותיה של תורה תחילה."

רעיון זה, רעיון שליטת התורה על נותנה, מצא לו ביטוי אגדי נשגב באגדה הנפלאה של "תנור של עכנאי"⁴. שם נתעוררה מחלוקת בין התנאים בשאלה הלכית יבשה, והיא: תנור שחתכו חוליות, ונתן חול בין חוליא לחוליא⁵, אם דינו ככלי חרש המקבל טומאה, או ככלי אדמה שאינו מקבל טומאה⁶. דעתו של רבי אליעזר⁷ הייתה: התנור טהור, דעתם של חכמים — טמא. אך בזה לא נסתוימה המחלוקת

3. ראש השנה, פרק א', הלכה ג'.
4. בבא מציעא, דף נ"ט ע"א—ע"ב. "עכנאי" — נחש (עיי' בבא קמא, דף ק"ז ע"ב; בבא מציעא, דף פ"ד ע"ב). "תנור של עכנאי" — התנור (כלומר: שאלת טומאתו או טהרתו של התנור; ראה להלן), "שהקלפו (אורתו) דברים כעכנאי ז"י" (שם). "נחש דרכו לעשות בעגולה, להכניס זנבו אצל פיו" (רש"י שם).
5. "תנור העשוי חוליות, שצרפו בכבשן כדרך כלי חרש, ואחר צירף החוליות ונתן חול בין חוליא לחוליא" (רש"י שם). רמב"ם הלכות כלים, פרק ט"ז, הלכה ה': "תנור שחתכו חוליות, ונתן חול בין חוליא לחוליא, וטח בטיט על הכל מבחוץ".
6. גדר הספיקות הוא, אם התנור נחשב ככלי חרש, המקבל טומאה אם הוא "מקבל ועשוי לקבלה" (רמב"ם שם, פרק י"ח, הלכה א'; פרק ב', הלכה א'; ומקורו במסכת כלים, פרק י"ז, משנה ט"ז), או "שאינו זה כלי חרש. אלא בנין, כעין כלי גללים וכלי אדמה, שאין מקבלין טומאה" (רש"י בבא מציעא, שם).
7. הוא רבי אליעזר בן הורקנוס, תלמידו של רבן יוחנן בן זכאי, שנאמר עליו (תענית, דף כ"ה ע"ב) ש"אינו מעביר על מידותיו", כלומר: תקיף בידעו ועשוי לבלי חת.

הוא בהתאם שעתא (מה עשה הקדוש ברוך הוא אותה שעה)?
אמר ליה (אליהו): קא חייך ואמר: נצחוני בני, נצחוני בני ו'.

אגדה זו מפורסמת היא, וכבר התפעלו מיפיה חכמים וסופרים. אך לדעתי יש בה יותר מיופי ספרותי בלבד. כאן, באגדה זו, וכן במאמר הירושלמי שתובא לעיל, נגלה עלינו אפיו המיוחד של המשפט העברי. כאן שלטון החוק (The Rule of Law) במונח האבסולוטי של כניו זה. שלטון החוק במחוקק, והכנסת המחוקק גופו למערכת היחסים, המשפטיים והשיפוטיים, שנוצרו בחוקים שניתנו על ידו. הוא שומר "מצוותיה של תורה", היינו מקבל על עצמו את מרותו של החוק, והוא — יתר על כן — נכנע לפירוש האבחנתי הניתן על ידי המפרשים המוסמכים לכך, לאמור: מקבל עליו את מרות שיפוטו של גוף אוטוריטטיבי — הרוב — שהוסמך על ידו לשם הכרעת ספק, גם כאשר ספק זה אינו נראה לו כספק כל עיקר. אם הדין הוא: אחרי רבים להטות, יש לפסוק על פי דין זה, גם אם אחד העומדים לדין תורה" הוא נותן התורה עצמו.

הרעיון הוא עצום, עצום מכפי תפיסת השכל הפשוט שלנו, אך מסקנה אחת ברורה על כל פנים עולה הימנו, והיא: כי שלטונו של המשפט העברי אינו מצטמצם בתחומי הדברים שבין אדם לחבירו בלבד. גם הדברים שבין אדם למקום, שהם למעשה דברים שבין אדם לעצמו, כינו לבין ההרגשה הדתית והמוסרית שלו, גם אלה נתפסים ונלכדים ברשת היחסים המשפטיים, משתלבים ומשתבצים במערכת הקטיגוריות המשפטיות שנוצרו על ידי המחוקק. מי שלמד תלמוד למיו נודמן לו להשיג בדבר, כי בשקלא וטריא התלמודית אין כל תבול, מבחינת הגדרת מושגים ומטיפול בהם, בין אם הניכוח נוגע לעסקי ממונות, בין אם הוא נוגע לעניני קדשים וטהרות. אין לך נושא הלכתי שהוא כל כך מופלג מהיות העולם כמו דיני קרבנות — הפוסקים המאוחרים מן הרמב"ם, כידוע, אף לא הכניסו אותם לתוך הקהילתיים שלהם — ואף על פי כן מוצא אתה, בסדר קדשים, דוקא, את כל הסמנים המובהקים של סדר נויקין וסדר נשים, — אותה הדיאלקטיקה, אותה הגישה, אותה התפיסה, אותה הקלסי-

[70]

פיסקי, בהבדל אחד פעוט, לא חשוב כלל מבחינת האופי המשפטי, כי ה"טרנסאקציות" הנעשות כאן הן בין הדייט לגבוה, ולא בין ראובן לשמעון, או בין יעקב ללאה.

2. מה היא המסקנה העולה מן האמור? המסקנה היא, כי בשטחיו הנרחבים של המשפט העברי, ייקשה מאד למחוח את תבול בין שיקוליו התועלתניים ושיקוליו המוסריים של המחוקק, — לקבוע את זיהותו של ה"נכס", עליו באה להגן הוראה מסיימת של החוק, ואפילו כאשר הוראה זו תועלתה נעלה מכל ספק, אפילו כאשר לא יתוארו חיי חברה הקינים בלעדי ההוראה ההיא. הנחיצות התועלתיות אינן משמשות סימן היכר לזיהותו של הנכס המוגן.

שאלה אחת, לכאורה תמימה מאד: על שום מה, למשל, חייב אדם לפרוע את חובו, או למלא התחייבות שקיבל על עצמו? מה היא ה"ראציו לגיס" של הוראה יסודית זו? חכמי המשפט הרומאי, וכן כל יוריסט מודרני, יעמידו פנים תמהים למשמע שאלה שכזות. ברור — הם גידו — כי חובת תשלום החוב הרי היא העבר השני של מטבע קנין הבעלות, ואי אפשר לו לזה בלי זה. לא יחכן משטר חברתי תקין, ולא דוקא במדינה קפיטליסטית, בלעדי קיום חובה, משפטית אחרת, למילוי החובות שקיבל על עצמו האזרח. זו היא בעיני היווריסט תשובה ניצחת שאין אחריה כלום. ואילו במשפט העברי השאלה היא קצת יותר פרובלמטית, ונחשבה כפרובלמטית בעיני חכמי התלמוד. "שנה מחלוקת בין חכמי התלמוד, אם פריעת בעל חוב "מצוה" היא או לא. כלומר: אם זו היא חובה דתית-מוסרית הדורשת, ככל החובות מסוג זה, בגרות אישית מסיימת (ואינה חלה, למשל, על הקטן), או שהיא חובה משפטית-אורחית — זאת אומרת: הפועל-יוצא ההכרחי מוכרחו של הנושה — ואינה מותנית כלל וכלל ב"כושר החובה" הדתי-מוסרי של החייב. האמורא רב ספא אומר:

"פריעת בעל חוב מצוה היא, ויתמי לאו בני מעבד מצוה

גינה"י.¹²

12. ערכין, דף כ"ב ע"א.

"פריעת בעל חוב מצוה: מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו, דכתיב "היו צדק" ¹³, שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק" ¹⁴. לא מענינות אותנו כאן התמצאות המעשיות של הבעיה, ומה היא ההלכה שנפסקה בשאלה זו, אבל מעניין מאד להתבונן לזיכוח אחד. קצר ופיקנט, שהתנהל מסביב לשאלה:

"אמר ליה רב כהנא לרב פפא ¹⁵: לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיבעיד מצוה מאי? אמר ליה תנינא: במה דברים אמורים (שהוא לוקה ארבעים) ¹⁶, במצות לא-תעשה, אבל במצות-עשה, כגון שאומרים לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו" ¹⁷.

פירוש הדבר: גם כאן, באדם שאינו פורע את חובו, כופין אותו לקיים את המצוה ולשלם את החוב. לא חובו של הבעל חוב (הנושה) מעניין, איפוא, את בית הדין, אלא חובתו של החייב, החובה הדתית-מוסרית, קיום המצוה שלו, ורק בעקיפין כאילו, כתוצאה משנית, מקבל הנושה את כספו. כל הפרובלמטיקה הזאת אינה קיימת כלל בשיטות המשפט גמון-דנינות, וכבר לא היחה קיימת בעיני היריסטן הרומאי: אפשר לומר, עם קב חומטין כמובן (cum grano salis בלע"ז), כי המשפט המודרני אינו מתעניין כלל בחובות, הוא מתעניין רק בזכויות, וזוהבת התשלום של החייב אינה אלא ציון מקוצר לאפשרות כפיית התשלום על ידי הנושה. מן הלכסיקון המודרני אינך יכול למחוק את המונח "זכאי",

13. ויקרא י"ט, ל"ו.
14. רש"י כתובות, דף פ"ו ע"א, ד"ה פריעת.
15. רב כהנא האחרון, אמורא בבלי מן הדור החמישי, תלמודו של רבא ורבו של רב אשי (ברכות, דף כ"ד ע"א; מגילה, דף ו' ע"ב; בבא קמא, דף צ"ה ע"ב). רב פפא, מגדולי האמוראים הבבלים של הדור החמישי, אף הוא תלמודו של רבא (בבא בתרא, דף קכ"ז ע"א; גדרים, דף צ"ב; שבת, דף צ"ג ע"א, תוס' ד"ה אמר רב זבדי), ומבעלי הלכות המורבות ביותר בש"ס.
16. לפי הגירסא של רש"י בכתובות שם. גרסא אחרת מצויה בדברי רש"י, חולין, דף ק"י ע"ב, ד"ה כפתרוהו, ע"ש.
17. כתובות, דף פ"ו ע"א—ע"ב.

אבל יכול אתה להתקיים — גם אם לא יזא זה נוח ביותר — בלעדי המלה "חייב"; תצטרך רק לכתוב במקומה את הפסוק הארוך: "יכול להאלץ, על ידי בתי המשפט ומשרדי הוצאה לפועל, לקיום זכותו של הנושה". וגם ה-*obligationes naturales*, "החובות הטבעיות", עד כמה ששרידים ארכאיים אלה עדיין נשתמרו בשיטות המשפט המודרניות, החובות שאין כפיית ביצוע בנידן, גם לגביזן המלה "חוב" אינה אלא פיקציה, וכל משמעותה מצטמצמת רק בזה: שממלא החובה, המשלם, אינו רשאי לדרוש את כספו חזרה ¹⁸. שוב רפלכס — ניגאטיב במקרה זה — של זכות התביעה, שהיא, ורק היא, מהווה את המודד העיקרי לקיום החובה האזרחית.

לא כן הוא המצב, כפי שראינו, במשפט העברי. ודאי שאין הדבר כן לדעת האמורא שהזכרתי, הסובר פריעת בעל חוב מצוה. פריעת בעל חוב היא בנין אב לכל שיטת החיובים האזרחיים. ואם אף היא אינה אלא מצוה, כלומר: תובה דתית-מוסרית המוטלת על החייב, הרי שלפי קונצפציה זו החובה היא עיקר, והזכות — טפל, או אף פחות מזה. אך גם מי שאינו דוגל בדעה הקיצונית ההיא, לא יוכל להתעלם מן הערך הרב שהמשפט העברי מייחס לחובת-המילוי של ההתחייבות המשפטית. גם אם פריעת בעל חוב אינה רק מצוה, הרי י"ל כל פנים, ולכל הדעות, היא גם מצוה, ודבר זה בולט ומשפיע במלשרין או בעקיפין, גם על הצד האקטיבי — צד הזכות והתביעה —

של ה-*obligatio* העברית ¹⁹.
דוּעָה הַאֲבַחְנָה שֶׁל הַמִּשְׁפָּט הָעֵבְרִי בִּין שַׁע בּוֹד וְשַׁע בּוֹד
נְכֻסִים ²⁰. כל מלוה בשטר בשטר יוצרת מלכתחילה את שני השעבודים,
vide Joers-Kunkel-Wenger, Roemisches Recht, 3 Aufl., para 103,
and note 3 at p. 167; cf. Einnecerus-Klipp-Wolff, Lehrbuch des
Buergerlichen Rechts, 15-17 Aufl., Recht der Schuldverhaeltnisse,
para 227, II, 2

19. על מחלוקת האמוראים בענין פריעת בעל חוב מצוה ותמסקנות הנובעות ממנה הלכה למעשה, ראה מחקרו החשוב של מ. אלון, כפיית חייב לשם גביית חוב, 1961, דיטרסצית-דיקטור אשר טרם פורסמה, פרק שני, עמודים 32 ואילך.
20. הביטוי "השעבוד הגוף" לא בא זכרו בתלמוד. הרב החכם י. א. הרצוג בספרו "המוסדות העיקריים של המשפט העברי" (אנגלית), כרך 2, עמוד 4.

לזכות — מן המלה אל קונה החשב, עם העברת החוב בדרך הקבועה בחוק²¹. ומה הוא שעבוד הגוף, האישי, הערטיילאי, אם לא אותה מצות-פריעת-בעל-חוב הידועה לנו, היינו: החובה הדתית-מוסרית של קיום זהובתה, שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק, כדברי רש"י שהבאנו לעיל.

הוצא מזה, כי "האובליגאציה" של המשפט העברי אינה נגלית ואינה מצמצמת באפשרות הריאליזציה האורחית של תביעת הנושה, אלא סומכת, ולא במעט, על החובה הדתית המוסרית של פרעון החוב על ידי החייב. כאן באים לידי גילוי היסודות המוסריים של המשפט העברי, הטובעים את חותמם, בכמה וכמה דרכים, על אופייה המיוחד של תורת החיובים העברית.

3. ומכאן לנקודה אחת, פירוטכאלית במקצת, — לעובד הנראית לכאורה סותרת ומועזת את יסודי הרעיון שהבעתי לעיל. כונתי לעמדתו של המשפט העברי כלפי שאלה אחת, "מוסרית" פר אכסלוס, והיא שאלת תוקפם של חזוים בלתי חוקיים או בלתי מוסריים. לכאורה נראת, כי בואת תיבתן "מוסריותה" של שירת המשפט, וכי ככל אשר יגדל שיעור מוסריותה, כן תגדל התנגדותה להכרת תוקפם החוקי של חזוים בלתי חוקיים. ואין הדבר כן, להפתעתנו ומרובת, כפי שנראה מיד. הבעתי, כשהיא לעצמה, מעניינת עד למאד, והיא העסיקה ומעסיקה את רוב שישות המשפט, חדשות וישנות גם יחד. השאלה היא בתכלית הקיצור: מה עמדתו של המשפט כלפי התקשרות שנעשתה בניגוד

21. גפשיה" (בבא מציעא, דף י"ג ע"א); "כל לגבי בריה שעבודי משעבד גפשיה" (גיטין, דף מ"ט ע"ב). כי המלה הארמית "גפשיה" הואמת את המלה העברית "עצמו"; למשל, "לא תפיק גפשיך לבר מהלכתא" (סוטה, דף ס"ז ע"ב). אל תוציא עצמך אל מחוץ להלכה. היינו המקנה כותב לקונה: קנה שטר זה וכל השעבוד שבו ומוטר לו את השטר (רמב"ם הלכות מכירה, פרק ו', הלכה י"א), או קנין "אגב" (רמב"ם שם, הלכה י"ד); לגבי מלוה על פה — "מעמד שלשתנו" כלומר: המקנה אומר לחייב במעמד הקונה: מנה שיש לי בידך תננו לזה (רמב"ם שם, הלכה ח'). מלוה על פה אינה נקנית אגב קרקע (רמב"ם שם, הלכה ז') וראה מגיד משנה שם; עייני קידושין, דף מ"ז ע"ב; גיטין, דף י"ג ע"ב; שו"ע ח"מ, סי' ס"ו).

אלא שאחר כך עלולים הם להתפצל ולהפריד זה מזה. שעבוד הגוף הוא אישי-פרסונאלי, והוא משתרע רק על היחסים שבין הלוה והמלוה, המתקשרים המקוריים. שעבוד הנכסים הוא, לעומת זה, חפצי-ריאלי, והוא נודד מאיש לאיש יחד עם הנכס (נכסי מקרקעין), או עובר —

אומר: "עד כמה שאני זוכר ברגע זה, אינו מופיע המונח "שעבוד הגוף" באף אחד מן התלמודים (הכוונה לתלמוד בבלי ותלמוד ירושלמי). ואמנם כך הוא: הביטוי הוא בתר-תלמודי, מאוחר, ואנו נתקלים בו ליאשונה אצל רבינו תם (ר' יעקב בן מאיר, נבדו של רש"י, 1100—1171 לספירה), מגדולי בעלי התוספות; ראה א. אורבך, בעלי התוספות, פרק שלישי), כפי שהובאו דבריו על ידי הר"ן (רבינו נסים גירונדי, 1103—1380) בפרושו על הר"ף (רבינו יצחק אלפסי, 1013—1103), כתובות, דף פ"ז ע"ב, ואלה הם:

"... אבל מוכר שטר חוב אף על פי שמכירתו מדאורייתא יכול למחול, לפי ששני שעבדים יש לו למלוה על הלוה: שעבוד גופו של לוה, שהוא מתחייב לפרוע, והוא עיקר השעבוד; ושעבוד על נכסיו אם הוא לא יפרע, מדין ערב, וכדאמרינן נכסוהי דבר אינש אינון ערבינן ביה. ושעבוד הגוף שיש למלוה על הלוה לאו בר מכירה הוא, הלכך אינו נמכר אלא שעבוד נכסים בלבד, ואף על פי שאינו נמכר — לא פקע, אבל כי חזר ומחלו — פקע שעבוד הגוף, וממילא פקע שעבוד נכסים שאינו אלא מדין ערב...".

הביטוי "שעבוד הגוף" מטעה במקצת, ביחוד כשתולשים אותו מהדבק הדברים בציטטה הנ"ל. הוא מעורר את הרושם כאילו הוא שעבוד על גופו כלומר: ב ש ר ו ד מ ו, של החייב, כדרך שהיה נוהג הדבר, בצורה זו או אחרת. במשפט הבבלי העתיק לפי חוקי חמורבי, המשפט היווני הקדום והמשפט הרומאי הקדום (ראה א. גולאק, תולדות המשפט בישראל, בתקופת התלמוד, החיוב ושעבודיו, ירושלים תרצ"ט, פרק שני, עמודים 15—17). אך אין הדבר כן, ויפה העיר מ. אלון שם, פרק שני, עמוד 31, הערה (36), כי "שעבוד הגוף פירושו, שהחייב מחוייב לפרוע את החוב בתור חובה שבגוף, חובה אישית, בנוסף לשעבוד שיש לו למלוה על נכסי החייב, ואין למושג זה כל קשר לשעבוד של המלוה על גופו של הלוה".

גם הבהינה הלשונית מאשרת את הדבר. המלה העברית "גופו" פירושה: הו א עצמו, הוא ולא אחר, או: הדבר עצמו, ולא משהו מחוצה לו. "כל שבגופו חייב חטאת — בחבירו פטור אבל אסור" (שבת, דף קנ"ג ע"ב); "מלאכה שאינה צריכה לגופה" (שם, דף צ"ד ע"ב); "הואותב את אשתו כגופו, המכבדה יותר מגופו... עליו הכתוב אומר: וידעת כי שלום אהלך" (במות, דף ס"ב ע"ב). "שעבוד הגוף" פירושו אפוא: שעבוד עצמו, ובמובן זה "עצמו" יש לאותו מונח יסוד ורשרש בתלמוד, אלא שצורתו התלמודית היא ארמית: "שעביד

עד כאן הענין פשוט בתכלית, ואישי לא יעלה על הדעת להקנות ל"שליח מצוה" זה זכות תביעה נגד שולח. ואולם הענין חדל להיות פשוט, ומתחיל להיות יותר ויותר פרובלמאטי, כאשר אנו יורדים בסולם הפלילית של המעשה, מן הכבד אל הקל, ומגיעים לחוים בלתי חוקיים, שפליליתם אינה מן החמורות ביותר. נתאר לעצמנו, במקום הרצח ההוא, חנוני פעוט, בעל חנות מכולת, שאינו נועל את חנותו בשעה הקבועה לפי חוקי העור של העירייה, או כיום הקבוע בהם, ומוכר את מרכולתו באחת השעות האסורות, או באחד הימים האסורים. בלשון משפטית-פורמאלית היא עושה חוזה בלתי חוקי, מתקשר התקשרות משפטית הנוגדת את רצונו הברור של המחוקק. נניח עוד, כי הוא מוכר את סחורתו לא במומנים, אלא בהקפה, והקונה החייב אינו פורע את חובו היכול עבריון זה לתבוע את המגיע לו מאת הקונה, או שגם כאן יחול הכלל הנודע: *ex turpi causa non oritur actio* — לא כל כך קיצונית — מה דינו של תרשתו, המוכר את הוצרתו לפני קבלו את ההיתר הדרוש על פי אחת מתקנות-שעת-חירום, או מה דינו של בעל חנות למכר משקאות חריפים, שלא הספיק לחדש את רשיונו השנתי? האם בכל אלה המקרים, יהא דוקא הקונה נשכר, והוא פטור יהיה מלשלם את התמורה בעד הסחורה שקיבל?

שאלות אלה, וכיוצא בהן, נתעוררו לעשרות ולמאות במשפט האנגלי²⁴, ועמדת הירידקאטורה כלפיהן לא היתה אחידה. קרה מקרה המשותפים ששלשל לכיסו מתוך "עסקאות" של שדידת שעוני זהב, טבעות, חרבות, כובעים, סוסים, אוכפים, אפסרים וכדומה. סופו של דבר: התביעה נדחתה; שני בעלי הדין נהלו על עץ; עורכי הדין של התובע נקנסו, ואחד מהם נשלח לארץ גוירה. *Lindley, on Partnerships*, 10th ed., p. 117. P. 117 note (d); *The English and Empire digest*, vol. 3, No. 123.

²⁴ *Ayerst v. Jenkins* (1873). 29 L. T. 126; *Pearce v. Brooks* (1866). 14 L. T. 288; *Cundell v. Dawson* (1847). 136 E. R. 552; *Re Mahmud & Ispahani* (1921), 2 K. B. 716; *Liverpool Borough Bank v. Turner* (1860). 129 R. R. 172. 175; *Forster v. Taylor* (1834). 110 E. R. 1019; *Smith v. Maswood* (1845). 153 E. R. 552; *Johnson v. Hudson* (1809). 103 E. R. 973; *Whetherell v. Jones* (1832). 110 E. R. 82; *Uppill v.*

להוראות החוק, או בניגוד לעקרונות-המוסר המקובלים בחיי החברה? אך דא עקא, שהתשובה לשאלה אינה קצרה כלל, ואינה יכולה להיות קצרה בצורתה: הן או לאן, ותו לא מיד. פועלים כאן גורמים מגורמים שונים, ושיקולים משיקולים שונים: טעמי מוסר, טעמי תועלת, טעמי נוחות — שיקולים אסתטיים — ולא בשורה אחרונה: גם שיקולים שיש בהם הרבה משום ששיית רושם והעמדת פנים.

אבאר את דברי, ואסביר אותם בדוגמאות לקוחות מן המשפט האנגלי, המתבסס בנידון זה על רעיונות השאובים מתוך המשפט הרומאי. כאן אנו מוצאים דיפרנציאציה עשירה מאד, דקה מאד, ויחד עם זה — כפי שנהוג אצל האנגלים — לא נקיה לגמרי, או: לגמרי לא נקיה, מסתירות וניגודים פנימיים. הכלל הוא, כי אין החוק מכיר בתוקפו של חוזה אסור, או חוזה בלתי מוסרי, כלומר — ואינו מודיש את ה"כלומר" הזה — אינו רואה בו במסע או עילה להגשת תביעה אורחית²². אם ראובן, למשל, שוכר את שמעון להרוג את לוי, אין שמעון, כמובן, יכול לתבוע את שכרו מראובן²³.

²² הכלל הוא: מן עילה בת-עוולה, לא תצמח זכות תביעה. "אין לומר בפשטות, שכל פעולה בלתי חוקית היא חסרת-תוקף לחלוטין, ואינה מלידה או גורמת אחרת שום תוצאה משפטית; לפחות, אין לכלול את הכלל הזה לגבי העברה רילית של זכויות בנכסים. אם זונה, למשל, מקבלת בית כאתנו, והוא נרשם על שמה במשרד ספרי האחות, הבית הוא שלה לכל פרטיו ודקדוקיו, ואין אדם אחר — דייר, שוכר, קונה וכיוצא — יכול לערער על זכות הבעלות שלה; אף על פי שמתן האתנו — לפחות, אם אינו "בעד העבר" גרידא — הוא ודאי פעולה "בלתי חוקית" (מפאת היותה בלתי מוסרית), ואילו לא מיהר האיש להעביר את הבית, אלא רק היה מחייב להעבירו, לא יכלה האשה לתבוע בדיון את ביצוע ההתחייבות" (פסק דינו של השופט זילברג. ליבמן נגד ליפשיץ, ע"א 87/50, פסקי דין 57, בעמוד 64).

²³ המחבר לינדליי (*Lindley*), בספרו הנודע על השותפות, מספר על "משעו נורא" משעשע — *Evetet v. Williams* — שקרה באנגליה בשנת 1725. שני גולנים, בעלי נסיון וידע, ייסדו שותפות מסחרית למטרת שווד-דרכים וחלוקת השלל ביניהם. לימים נמלך השווד האחד, וריליאמס, והתחיל לשדוד על דעת עצמו. מה עשה חברו המקופח, אוורט? הלך אל בית המשפט של יושר⁽¹⁾, ודרש לחייב את שותפו, וריליאמס, במתן דין וחשבון מפורט על הרווחים

מוזר לפני מאה וחמישים שנה בערך, ובאותו יום ממש הובאו לפני אותו שופט ממש שני משפטים, ובשניהם טען הנתבע כי החוזה, עליו מתבססת התביעה, הוא חוזה בלתי חוקי, ולכן יש לדחות את התביעה. במשפט הראשון²⁵, המוזכר היה בשני צדפתים שהיגרו ללונדון, ואחד מהם, כומר לפי מקצועו, חלה במחלת העגבת. חברו ריפא אותו מן המחלה על ידי שימוש בסמנים שונים, ותבע ממנו עשרים לירות דמי ריפוי. הנתבע לא הכחיש את העובדות, הודה כי גרפא כליל הודות לטיפולו של התובע-המומחה, אך טען כי חברו לא היה רשאי לרפא אותו, והואיל ולפי אחד החוקים של אותה תקופה, אסור היה לאדם להתעסק במלאכת הרפואה תוך תחומי העיר לונדון, ובמרחק שבעה מילין הימנה, אלא אם כן קיבל רישיון לכך מאת ועדת הרופאים; הוזה אומר: ריפוי מן העגבת היה "בלתי חוקי", ואין לדרוש כסף בעד מעשה עבירה, אלא צריך לעשותו — חנם! בית דמשפט לא קיבל את הטענה, וחיוב את הנתבע בתשלום דמי התביעה. במקרה השני²⁶, שנדון אף הוא באותו יום ועל ידי אותו שופט גופו, התביעה היתה לתשלום מחיר תוצרת ידועה — לבנים (bricks) — והנתבע טען, כי הלבנים לא היו בהתאם לגודל הקבוע בחוק, אסור היה, איפוא, למוכר למכור אותן, ולכן אינו רשאי לתבוע את מחירו. בית המשפט קיבל את הטענה, ודחה את התביעה. עברו כ-150 שנה מיום מתן שני פסקי הדין ההם, ועד היום אין איש יודע מה הוא ההבדל שביניהם, — פרט לאבתנה הרגשית, הגראדואלית, שבין כפיית-טובה של גרפא לבין סירוב-תשלום של סוחר.

אך גם בתקופה יותר מאוחרת, ובפסקי דין יותר מפורטים ויותר משכילים, אנו מוצאים שפע של סתירות וניגודים, תוך תהיות וחופשים אחרי עקרונות מצדדים, שיקיפו את צדדיה השונים של הבעיה. שתי נסיות, צרות זו לזו, התרוצצו בלבם של השופטים: הרצון להגן על יעילותו של האיסור הפלילי מזה, והרצון לעשות

Wright (1911), 1 K. B. 506; Shaw v. Director of Public Prosecutions (1961), 2 W.L.R. 911.

Grematre v. Le Clerc Bols Valon (1809), 170 E. R. 1110, 25 Law v. Hodgson (1809), 170 E. R. 1111, 26

צדק לתובע מקופת, במקרה האינדיווידואלי, מזה. כי לא תמיד עולים השנים בקנה אחד, ולעתים קרובות נבעה פרץ וניגוד ביניהם. יעילותו של תוצרת החוק הפלילי דורשת, לא רק להטיל עונש על העבריין, אלא גם — ואם אפשר: בעיקר — ליטול טעמה של העבירה, לבטל את פתיחו, "לשחוט" את היצר הרע שבה. למעשה, כל קביעת עונש, תפקידה להביא לידי גויטראליזציה של הפתיח הטבעי. "יתמו חטאים — ולא חוטאים!" אומר הפתגם התלמודי²⁷; לגרום לכך, שלא תהא העבירה כדאית — וגמולא לא תיעשה — זה הוא האידיאל המרחף נגד עיני המתקן, ואם העבירה גופא, או אחד מיסודות העבירה, או אחת מתופעות-ההלאי טיפוסיות שלה, היא עריכת חוזה מסויים, או בניסה להתקשרות אורחית מסויימת, הרי אחד האמצעים לכך — להרחקת הפתיח של העבירה — הוא לבטל את תוקפו החוקי של החוזה הבלתי חוקי, היינו: לשלול את זכות התביעה של העבריין, ולשלול ממנו, על ידי כך, את אכילת הפירות המשפטיים של החוזה האסור, החוזה "זבא בעבירה".

ואולם, מאידך גיסא קיים שיקול אחר, שאף הוא אינו מקל-המשקל, הלא הוא הרצון והחובה לעשות צדק לבעלי הדין העומדים לפני השופט, הרצון שלא לתת לנתבע להתחמק ממילוי חובתו בטענה הבלתי הוגנת של העדר החוקיות. אמנם קיימת תמיה, ובכל מקצוה משפט, דיסקרפנציה ידועה, התפצלות מסויימת, בין הצדק הסטנדרטי של החוק, והצדק האינדיווידואלי המתאים לכל מסיבותיו הקונקרטיות של המקרה הנידון. אין חוק בעולם שיהא הולם, בהחלט גמור, את כל המקרים הנופלים לגדרו. זו היא רעה חולה שאין מפלט הימנה, והסיבה לכך היא, שאין מחוקק בעולם, אשר יתוה מראש את כל צירופי-המסיבות האפשריים בחיי המציאות. לכן הצדק המופשט שבתוך הוא, למעשה, צדק "סטטיסטי", צדק ממוצע, — מין מצרף קצוב המונע מחסור מן הכל, ואינו מספק אף אחד...

ברם לא זה הוא החסרון שבאני למנות כאן, בדברי על השיקול השני הפרעם בלבם של השופט, מדי דונו בתביעה המתבססת על חוזה

27. ברכות, דף י"א, מפי ברוריה אשתו של רבי מאיר.

בלתי חוקי. כאן הסתירה אינה מקרית, אינה חלקית, ואינה נסתרת — היא מחוייבת-המצויאות, ומופיעה כמעט בכל מקרה ומקרה. הקוץ שבאלהיה הוא, כי לעתים קרובות מאד נאלץ בית המשפט לקבל טענה "בלתי סימפאטית" כהחלט, טענה אשר עצם טיעונה מגלה שחיות מוסרית אצל הטוען. החרשתו המוכר את תוצרתו שלא בהתאם למידות ולשעורים שנקבעו על ידי המחוקק, ודאי ראוי לעונש — בזה אין ספק — אפשר לדונו למאסר, אפשר להטיל עליו קנס, אפשר לסגור את בית החרשת שלו; אבל עדיין אין זה מצדיק שהקונה, השותף אף הוא למעשה העבירה — שותף מבחינה מהותית אם לא משפטית, ואלו עור יוחר מ"שותף", כי לא עכברא גנב אלא חורא גנב — שקונה זה ייצא בריח גהול מכל העסק הזה, והסחורה תישאר בידו ללא כל תשלום.

כי מה הוא העקרון המשפטי, הפועל בשטח השאלה דנו? העקרון הוא, כפי שמתבטא הפתגם הרומאי העתיק: *In pari delicto*, המעב לקדמתו. הוא נוהר מלומר כן, כטונה מכוננת אינו אומר כך. כל מה שהוא אומר הוא: יד המחזיק על העליונה *Beati Possidentes!*, "האוהו ביד" זו היא "מידת המשפט". לכן החרשתו שמסר את התוצרת ולא קיבל את המחיר, אינו יכול לתבוע לא את תשלום המחיר ולא את החזרת הסחורה, הקונה — אם גם עליו חל האיסור — אינו יכול לתבוע את כספו חורה, אם שילם את המחיר ולא קיבל את הסחורה.²⁸ פירושו של דבר: בית המשפט אינו נוקם לתביעה שכזאת, היא "מוקצה מחמת

²⁸ Salmund — Williams, Law of Contracts, 2nd. ed., p. 345; Taylor v. Chester (1869), 21 L. T. 359; Alexander v. Rayson (1936), 1 K.B. 169; cf. Bowmaker v. Barnett (1944), 2 All E. R. 579 et vide Hamson, Illegal Contracts and Limited Interests, Cambridge Law Journal, vol. 10 (1949), p. 249 et seq.

מ'אוס', הוא אינו מטמא ידיו בדין שניה. והפועל-יוצא מן האינדי-גנאציה המוסרית הזאת היא, כי יחד עם העונשת העברית-החובע הוא נותן פרס לעברייני-הגתבע, אלא מאי? הוא אינו נותן במן ידיו את הפרס, אלא משאיר אותו בידי מי שנטלו בעצמו.

זו היא ההרגשה הבלתי נעימה הנשארת בלבו של השופט, מדי קבלו את טענת "העדר החוקיות", זה הוא "היצול הרע של השענה", עליו עמד כבר הלורד מנספילד באחד מפסקי דיניו המפורסמים.²⁹ אך מחובתו של השופט — כך גוזר עליו מתחוקק המודרני — לדכא בקרבו את ההרגשה הזו, להתכחש ל"חוש המוסיקאלי" שבו, בשל המכסימה המשפטית האחרת, המעשית, התועלתית, של "למען ישמעו ויראו", וכדי להעניק יתר יעילות, יתר חוקף ממש, לציוויו האוסרים של החוק. אסור לו, לבית המשפט, לסייע בידי עוברי עבירה, אסור לו לעזור לעברייני באכילת פירותיו של החטא, גם אם פאסיביותו זו כלפי העברייני האחד גוררת אחריה, בסופו של דבר, טובת-הנאה בלתי מוצדקת, אסורה אף היא או בלתי מוסרית — לפעמים קרובות אפילו בהרבה יותר בלתי מוסרית — לעברייני האחר.

4. כזה הוא, בקווים כלליים, המצב המשפטי בשיטה המודרנית של המשפט האנגלי. לא כאן המקום להכנס בעני ההסתעפויות והמו-דיפיקציות של הלכה זו, אציין רק כי ההרגשה הכללית היא, שהמצב אינו משיביע רצון, וכי מן הראוי וההכרח למצוא מודוס חדש, מוצא של ממש, ולא בדרך של פשרות והתחמקות, מן הדילמה הזאת. קרה מקרה לפני שנים מועטות באנגליה,³⁰ מעשה באדם אחד שנאלץ לשלוח את אשתו עם ילדה החולה לשם ריפוי לאיטליה, ואין בידי מטבע זר. השמועה הגיעה לאוני מוכרה אחת, והיא הציעה לו — ברוב חסדה — להמציא לאשתו באיטליה את הלידתו הדרושה. בתנאי שהבעל יפקיד בידה, כבטחון, את מניותיו בחברה מסוימת. הבעל הפקיד את המניות, האשה נסעה לאיטליה, לא קיבלה את הכסף שהובטח, וחורה כלעומת שבאה עם ילדה החולה. בנואה לאנגליה

²⁹ Holman v. Johnson (1775), 98 E. R. 1120.
³⁰ Bigos v. Boustead (1951), 1 All E. R. 92.

הגישה הידדית היא תביעה נגד בעלה, ודרשה ממנו את החזרת ההלוואה... במהלך המשפט משכו עוזרי הדין את ידיהם מן התביעה, והורו שהקליינטית שלהם לא עמדה בדיבורה, ולא נתנה לאשה את הליטרות הזמן. עתה הגיש הבעל תביעה נגדית, וזכע את החזרת המניות. תשובתה של הנתבעת הנגדית הייתה, כי התביעה (הנגדית) מתבססת על עיסקא בלתי חוקית, הואיל ולפי חוקי הכספים של אנגליה אסור היה לבעל לשעבד את המניות, מכיוון שמטרת שעבוד זה היתה השגת לירות איטלקיות ללא נטילת רשות מאת המפקח-על-מטבע-זר. בית המשפט קיבל את הטענה, ודחה את התביעה להחזרת המניות. כי כלל קדוש הוא, כלל בל יעבור: חטאו שניתם כאחד — יך המחזיק על העליונה.

פסק דין זה אין בו ענין רב מן הבחינה המשפטית, אך כדאי להתבונן ליסורי המצפון שעברו על השופטים, בהאלצם לדחות את תביעת בעל האשה. ואמנם, מבחינת אנושית פשוטה, התוצאה היתה מעציבה עד למאד; אנשים אלה קיפחו את בריאות ילדם, איבדו את הוצאות הדרך, הפסידו את המניות, — ואילו הקונטראהנטית שלהם, ידידתם-ידיבתם, בעלת ההתנהגות הפסולה ביותר, יצאה ברכוש גדול; לא שילמה כסף, קיבלה ציור מניות, ורק דבר אחד לא קיבלה — את הכספים שהשקיעה בהוצאות המשפט; כי הוצאות לא נפסקו לה. לזוכה-הזכאית הנ"ל.³¹

³¹ "The oft-stated proposition that the courts 'will not assist an illegal transaction in any respect' (per Lord Ellenborough in *Edgar v. Fowler*...), is far from self-evident if what is sought is not enforcement of an illegal contract but quasi-contractual recovery of money paid or property delivered under it. Here, it is the denial of relief which, in fact, perpetuates the effects of an illegal transaction... The maxim in *pari delicto* cannot thus be explained and justified by reference to ethics. It is, indeed, amoral... they (the courts) can and should act as a social agency and, instead of remaining merely passive, be free to choose such course as would, in practice, best serve the public interest..." (J. K. Grodecki, in *Par delicto Poulor Est Conditio Defendendus*, L.Q.R., vol. 71, April 1955, at pp. 265-266, 267, 273)

5. יעתה תבה נראה, מה עמדתו של המשפט העברי כלפי שאלה זו גלוי וברור, כי בבואנו להשוות שתי שיטות-משפט כה שונות ורחוקות זו מזו, הן ברוח והן בזמן, עלינו לעשות "דיסקונט" מסויים — נכיון ידוע — כנגד ההבדלים ההם, אך גרעין השאלה בעינו עומד, ו א פ פ ש ר לערוך תקבלות ביניהן על אף השוני הגדול שבהן.

ובכן, מה היא עמדתו של המשפט העברי? בתלמוד גופו ישנה סוגיא שליומה מוקדשת לכך³², ובה נחלקו האמוראים אביי ורבא³³. אביי אומר: "כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד מהני" (כל דבר שהתורה אמרה אל תעשה, אם עשה — מועיל). ורבא אומר: "אי עביד לא מהני" (אם עשה — אינו מועיל). התפתח שם ויכוח ער וחרף על השאלה, הוקשו קושיות, נורקו 'רמזות'³⁴ — מקצתן על רבא, מקצתן על אביי — ניתנו תירוצים, נעשו אבתנות, כך שבסופו של דבר, בין אם נאמר, כי אביי ורבא — תמיד הלכה כרבא³⁵, בין אם נאמר, כן כ'אן הלכה כאביי³⁶, אין הסוגיא ההיא מקדמת אותנו במובה לקראת פתרון מלא של השאלה, ועדיין אין אנו יודעים, מה היא דחלכה היסודית שנתקבלה לגבי הסקטור המיוחד המעניין אותנו

מכללת נתניה ספריה

³² תמורה, דף י' ע"ב-י' ע"ב.
³³ שני אמוראים בבליים מן הדור השלישי, מן המפורסמים ביותר בין כל האמוראים, 'הוויות דאביי ורבא' הוא שם-דבר לויכוח התלמודי.
³⁴ ראה את ביאור המונח ומקורו לעיל, פרק שני, הערה 31.
³⁵ הכלל המקובל הוא, כי כל מקום שנהלקו אביי ורבא, הלכה כרבא, חוץ משש מחלוקות שבתוך הלכה כאביי, וסימנן: יע"ל ק"ג, לפי ראשי התיבות של ההלכות. א' — יאוש שלא מדעת (בבא מציעא, דף כ"א ע"ב); ב' — עד זומם למפרע הוא נפסל (בבא מציעא, דף כ"א ע"ב); ג' — לחי העומד מאלין (עירובין, דף ס"ו ע"א); ד' — גלוי דעתא בניסא שלא נמסרו לביאה (קידושין, דף נ"א ע"א); ה' — גלוי דעתא בניסא (גיטין, דף ל"ד ע"א); ו' — מומר אוכל נבילות להכעיס (סנהדרין, דף כ"ז ע"א). על יסוד זה אומרים מקצת הפוסקים כי הלכה כרבא, ואי עביד — לא מהני (תשובות הרא"ש, כלל ז' מרדכי, סוף מסכת שביעות, בשם הר"י בר פרץ).
³⁶ משנה למלך על הרמב"ם הלכות גירושין, פרק ג', הלכה י"ט; לחם משנה על הרמב"ם הלכות בכורות, פרק ו', הלכה ח'; נודע ביהודה הניינא, אה"ע, סי' קכ"ט; שמן רוקח, אה"ע, סי' ס'.

כאן, יהוא: אם, ועד כמה, יש תוקף משפטי-אזרחי לחזוה, או לטרנסאקציה, שנעשו בניגוד לצו איסורי של החוק. ואולם דברי תורה, כידוע, עניים במקום זה ועשירים במקום אחר, ואנו מוצאים תשובה לכך בסוגיות אחרות של הש"ס, ובדבריהם המבארים והמשלימים של הפוסקים והמפרשים. הנה, למשל, המחלוקת המעניינת בין אותם שני האמוראים הנ"ל:³⁷

"ואמר אביי האי מאן דמיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה, ויהיב ליה גלימא בנווייהו, כי מפקינן מיניה — ארבעה מפקינן מיניה, — גלימא לא מפקינן מיניה. מאי טעמא? כי היכי דלא לימרו: גלימא דמוכסי וקאי דריביתא היא"³⁷.

רבית אסורה מן התורה, כידוע. היא אסורה גם על המלוח, וגם על הלוה. אסור לקבל רבית, ואסור לתת רבית.³⁸ מי שנתן רבית עובר אף הוא על איסור מפורש שבתורה (כי כתוב (לא תשיד) — בהפעיל), ואף על פי כן, על אף העבירה שעשה, יכול הלוה, משלם הרבית, לתבוע את הרבית חזרה, אם היא היתה קבועה ומסוימת, בלשון התלמוד: "רבית קצוצה".

"אמר ר' אלעזר: רבית קצוצה יוצאה בדינינו, אבק רבית אינה יוצאה בדינינו"⁴⁰.

המלות, כמובן, אינו יכול לתבוע כדין את הרבית⁴¹, כי בית הדין אינו יכול לתת לאדם את אשר אסור לו לקבל — דבר זה אינו

37. בבא מציעא, דף ס"ה ע"א.
37א. עברית: ואמר אביי, מי שנושה בחבירו ארבעה זוזים של רבית, ונתן לו גלימא בעבורם, הרי כאשר אנו מוציאים ממנו — ארבעה (זוזים) אנו מוציאים ממנו, גלימא אין אנו מוציאים; רבא אמר, גלימא אנו מוציאים ממנו. מהו הטעם? כדי שלא יאמרו (הבביתא), כי הגלימא שהוא מתעטף בה של רבית היא.

38. בבא מציעא, דף ס"א ע"א; רמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק ד', הלכה ב'.

39. דברים כ"ג, כ'.

40. בבא מציעא, דף ס"א ע"ב; רמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק ו', הלכה ה'; שו"ע י"ד, סי' קס"א.

41. ע"י בבא קמא, דף ל' ע"ב; רמב"ם שם, פרק ד', הלכה ו'; שו"ע יו"ד שם, סעי' י"א.

שייך כלל וכלל לשאלת תוקפו החוקי של החזוה הבלתי חוקי — אבל הלוה ששילם את הרבית זכאי לתבוע את כספו חזרה, ובית דין מוציאים מן המלוה ומחזירין ללוה את "קציצת הרבית"⁴².

כבר מצעם דין זה אנו רואים, כי תמשפט העברי אינו גורס את ההשקפה ה"אכסכולוטיבית" ההיא, כי לא נאה ולא יאה לבית המשפט לדון או להתעסק בתביעה הקשורה למעשה עבירה. אין רגישות כזאת מצד המחוקק העברי, והיא נראית לו כמופרות ובלתי כנה. סוף סוף רגיל בית המשפט לטפל גם בדברים שאינם נקיים כל כך!

הלכה היא, אפוא, כי רבית קצוצה יוצאה בדינינו, כלומר: מוציאים אותה חזרה מן המלוה אל הלוה. ונתעוררה שם השאלה, מה הדין בלוה שנתן למלוה גלילה תחת הרבית, היכול הוא לתבוע את החזרת הגלימה, או דילמא אינו רשאי לתבוע אלא את שויה? גדר הספקיות הוא, אם מכירת הגלימה, תמורת מחיקת חוב-הרבית, אינה היא גופה בטלה בעינייה של העבירה. אביי אומר, את הכסף מוציאים ממנו, את הגלימה אין מוציאים.

⁴². "מקחו קיים, וקציצת הרבית יחזיר לבעליו".

רבא, לעומת זה, סובר כי מוציאים ממנו את הגלימה גופה, כדי שתבריות, בראותם את המלוה מתעטף בגלימה-של-רבית, לא ילמדו לעשות כמותו או — אולי — פירוש אחר: כדי שלא יחזונו בו שהוא נתנה מבגד שהגיע אליו בתורת רבית, לאחר שהחזיר ללוה, במעות, את קציצת הרבית. ועל זה כתב הרא"ש⁴⁴:

"דוקא משום דלא לימא מכסא בגלימא דריביתא הוא דמחזירין ליה הא לאו הכי המקח קיים, ולא אמרינן כיוון דנעשה באיסור נתבטל המקח".

⁴². ראה להלן, הערה 43.

⁴³. רש"י בבא מציעא, דף ס"ה ע"א, ד"ה גלימא.

⁴⁴. הרא"ש על מסכת בבא מציעא, פרק איתוה נשוי. המחבר הוא רבינו אשר בן יחיאל, 1250—1327, אביו של ר' יעקב בעל הסוּרִים.

הפסוק הראשון דן בהעברה הריאלית של הממכר, הפסוק השני מוסיף עליו גם את ההתחייבות האובליגטורית.⁵¹ הלכה זו מקורה בירושלמי, כפי שהובא בהלכות הרי"ף:

"מאן דעבר ואקני בשבת מקרקעי או מטלטלין, הקנאתו הקנאה".⁵²

הרמב"ם מוסיף על כך גם את תוקפו החוקי של הקנין המחייב (קנין סודר). וכן נפסק בשו"ע חו"מ:

"אין קונין בשבת בקנין סודר, ואם קנו — אף על פי שעשו עבירה קנן".⁵³

עינינו הרואות, כי המשפט העברי אינו מחייב את הקשר הקאוזאלי בין עשיית העבירה וביטול החוזה האזרחי, או הפעולה המשפטית האחרת שנעשתה אגב עשיית העבירה. העבירה על החוק או המוסר

51. ראה פסק דיני, ג'יקובס נגד קרסיו, ע"א 110/53, ס' פסקי דין 1401, בעמוד 1413.

52. הלכות הרי"ף (רבינו יצחק אלפסי) על מסכת ביצה, פרק משילין.

53. שו"ע חו"מ, סי' קצ"ה, סעי' י"א. ואשר להשתלשלות הלכה זו בספרות הרבנית המאוחרת ראה פסק דיני בע"א 110/53 הנ"ל, שם, עמודים 1414—1416. הובאו שם דעות שונות בנידון זה, ביניהן: דעת הסמ"ע (ספר מאירת עינים, לרבי יהושע פאלק, 1550—1614), האומר כי הכל דאי עביד לא מהני אינו חל, אלא כאשר העבירה משתרעת על כל תכנו של המעשה ולא כאשר העבירה היא "חלקית", כלומר: אסרת לעשות את המעשה מעבר לשעור מסוים (סמ"ע חו"מ, סי' ר"ח, סעי' א', סי"ק ג'); דעת הש"ך (שפתו כהן, לרבי שבת בן מאיר הכהן, 1622—1663), הסובר כי הכלל הנ"ל חל רק כאשר אי-אפשר לו, למעשה, שיעשה אלא מתוך עבירה, אבל אם "אפשר לעשותו בהיתר" — אי עביד מהני (ש"ך על חו"מ שם, סי"ק ב'); דעת הט"ז (טורי זהב, לרבי דוד הלוי, 1586—1607), הרואה כיסברא טובה" את האבתנה דלקמן: אומרים אי עביד לא מהני כאשר העבירה שבמעשה היא "איסור מצד עצמו", ולא כאשר העבירה היא: "איסור מצד בעיקר גורם", או "איסור מצד השבועה", או כאשר "אין האיסור בעיקר מכירה, רק בתוספת הדמים" (סי"ז חו"מ, ריש סי' ר"ח). העולה מכל זה, כי גם הסוברים כי הלכה כרבא, דאי עביד לא מהני, הקיפו את ההלכה בכל כך הרבה גדרים וסיוגים, עד שגיא נעלמה כמעט כליל מתחת לעירמת דיוקים ודקדוקים כאלה.

הוזה אומר, כי מבחינה עקרונית אין כל מחלוקת בין אב"י ורבא, ושניהם סוברים כי מקח שנעשה באיסור אינו בטל. והרא"ש מוסיף שם כשם רב האי גאון⁴⁵:

"היכא דאיכא איסורא בזינא דאוסף כדמיה משום אגר נטר (כאשר יש איסור במכר, שהוסיף על הדמים משום המתנת המעות)... ונתקיים המקח בקנין ולא נתייקר שער, המקח קיים, ואין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור".

"אינו יכול לבטל", בין אם בוצע המקח כליל — גמרה הסחורה ושולם המחיר — בין אם לא בוצע עדיין. זאת אומרת: הקונה יכול לתבוע בדיו את מסירת הסחורה, המוכר יכול לתבוע בדיו את תשלום המחיר, אבל, כמוכר, רק עד גבולות המותר, היינו: את הקרן בלא הרבית. אותה גירסת רב האי גאון, בנוסחה אחרת, מביא הריטב"א⁴⁷ בשם הרמב"ם⁴⁸:

"מצינו בתשובה לרבינו האי, שהמוכר לחבירו פירות ביותר מדמיהם משום אגר נטר ליה, וקנה אותם באחד מדרכי ההקבאות, ובא אחד מהם לחזור בו, אין המקח מתבטל וכו'"⁴⁹.

אף אחד מהם אינו יכול לחזור בו, אף לא הקונה שהמוכר דורש ממנו את תשלום המחיר. וכן כתב הרמב"ם⁵⁰:

"המוכר או הנותן בשבת... אף על פי שמכין אותו, מעשין קיימין. וכן כל מי שקנו מידו בשבת, הקנין קיים, וכותבין לאחר השבת ונותנין".

45. רב האי גאון, בנו של רב שרירא גאון, אחרון הגאונים, 939—1038.

46. "כללא דריביתא: כל אגר נטר ליה — אסור" (בבא מציעא, דף ס"ג ע"ב).

זה הוא הכלל של רבית: כל שהוא מוסיף (על סכום המלוה) בשל המתנת המעות (הארכא לחזרת סכום המלוה) — אסור.

47. רבינו יום טוב ד' אשבילי, נולד סוף המאה ה-13, מת תחילת המאה ה-14 (בערך 1329).

48. רבינו משה בן נחמן, 1194—1270.

49. הובא בשיטה מקובצת על בבא מציעא, פרק איזהו נשך, דף ס"ה ע"א. הוצאת חל אביב, תשי"ד, דף תשל"ט ע"א.

50. פרק ל' מהלכות מכירה, הלכה ז'.

הגדולות של המאה השתים עשרה (הרמב"ם), הארבע עשרה (הטור) והשש עשרה (שולחן ערוך), שאלות ותשובות הראשונים, האחרונים וכו' וכו', כל אלה צמחו וגדלו על אדמת נבר, ותכליתם העיקרית הייתה לשמור על הצביון הלאומי של העם, לבל יטושש ולבל ייספג בסביבת התרבות הזרה. העם הגולה הסתגר מרצונו בדימות של הלכה—הלכה ריטואלית, הלכה אורתית, הלכה פלילית—בידעו כי רק באיזור מוגן זה יוכל לשמור על אופיו הלאומי, עד שובו לארץ אבות, עד ביאת הגואל.

ותפקידו זה—העיקרי—של המשפט, קבע בהכרח את מסלול התפתחותו, כל הוראת-חוק, כל מצוה, כל הלכה, כל תקנה, נבחנו בראש ובראשונה מבחינת יעילותן לצרכי ההגנה הלאומית, — הגנת הלאום ותרבותו במובן הרחב ביותר של מלים אלה. ורק כאשר הענין הנדון נויטרלי היה לגבי הבחינה היסודית ההיא, היה נשקל ונדון לאור שיקולים אחרים. לברשו של היהודי, מונחתי, דידתו, הליכותיו, משאו ומתנו עם הבריות, יחסי המשפחה ועסקי הפרקטיא שלו, — כל זה היה קבוע וטבע מראש, באיצטלא לאומית, תוך מערכת-חוקים ברורה, תמורה, קפדנית, מפורטת, שלווה אוטו-יומים, מן העריסה עד סתימת הגולל.

(ג) סיבה היסטורית, דדועה למדי, אשר השפיעה במיוחד על התפתחותו המאוחרת של המשפט העברי, והיא: העדר אמצעי כפיה ממשתתפים, או מעין-ממשלתיים, לביצוע הוראת-היו המחייבות של החוק.

הוא היא הסיבה: בסוף המאה העשירית—תחילת המאה האחת עשרה התפורר המרכז היהודי האוטונומי בבבל, וההגמוניה הלאומית עברה לארצות צפון-אפריקה ואירופה המערבית. אחרי תקופת אלף שנים של אוטונומיה לאומית, משפטית-תרבותית, בארצות רומי האיליות, ביזנטיה הנוצרית, פרס הסאסאנידית, והכליפות הערבית, נתגלגל המרכז הלאומי לתוך סביבה זרה, עוינת, שאינה מכירה בשום "מעמד חוקי" לשרידי העם הגולה. מן הוא הלאה אין עוד שלטון יהודי ברחוב היהודי בכל רחבי הגולה, חוץ מאי-אלו קונצסיות

לחוד, ותוקפו המשפטי של החוזה לחוק, — עד כמה שמילוי החוזה גופו אינו מגשם את מעשה העבירה (כמו, למשל, בתשלום הרבית מן הלוה ללוה). דוקא מפני שהמשפט העברי אינו מפלה בין חוק ומוסר, וכמעט כל קיום הוראה חוקית הוא בעת ובעונה אחת קיום מצוה דתית-מוסרית — כמו ה"מצוה" של פריעת חוב לגבי התחייבויות של ממוז — הרי אי-קיומו של החוזה שנעשה אגב עשיית עבירה, יהיה עבירה נוספת על העבירה המקורית שנעשתה על ידי העבריין. זה הוא הגרעין הרעיוני האידיאולוגי להפרדה שבין שני המושגים ההם. לשון אחרת: ההפרדה בין חכנו הפלילי לבין חכנו המשפטי ותכנו המוסרי של החוק בכלל, ודוקא הלכה זו, הנראית לכאורה סותרת את הרעיון שהבעת, משמשת לו למעשה אישור נוסף וחשוב.

6. בחלקו הראשון של פרק זה, עמדתי על היחס ההדוק הקיים במשפט העברי — "הזוהת" כפי שכניתייה — בין חכנו המשפטי וחכנו המוסרי של החוק. ואמנם אין לך שיטת-משפט בעולם, העתיק והמודרני כאחד, אשר בה היה עקרונות המוסר והמשפט כה שלובים זה בזה, כה מעורים זה בזה, כמו במשפט העברי שלנו.

ישלש סיבות לדבר (וכבר עמדתי על כך במאמר שהזכרתי בריש פרק זה):

(א) המשפט העברי הוא משפט דתי, מיוסד על ההכרה הדתית של העם. גם העבירות שבין אדם לתבירו הנון אף הן עבירות דתיות, ואף הן פוגעות ביחסים שבין אדם למקום. לא תשא את שם ה' אלהיך לשוא, ולא תגנוב, נאמרו שניהם בעשרת הדברות, ואין מבחינה דתית כל הבדל ביניהם. העצה הפשטנית הידועה: "תנו לקיסר אשר לקיסר, ולא אשר לאל", היא הידרוש שנחחדש בבית מדרשה של הגזרונות. היתדות אינה מכירה ב"כפסי קיסרי" כלל, הכל הוא "ממוז גבוה" — על דרך ההשאלה, כמוכנו — ואין האורח חייב לקיסר, מה שאין הוא, כאדם, חייב לאלהיו.

(ב) המשפט העברי הוא משפט לאומי, אשר עיקר התפתחותו חלה אחרי אבדן העצמאות הלאומית. התלמוד, הפוסקים, הקורדיפיקציות

עלובות, מוגבלות, מעושות-ערך, הניתנות מזמן לזמן על ידי השליט המקומי.

ובאזירה זו, תוך כתלי הגיטו האפלים, בלי אמצעי-כפייה ממשלתיים, ללא שופטים ושוטרים מטעם הרשות, מתפתח תהליך המשפט הלאומי שלנו בכוח סמכות אחת ויחידה: רצונו החפשי של העם. אמנם גם רצונו זה יש בידי להטיל סנקציות מסוימות, חברתיות בעיקר, — אבל עצם הפעלתן של סנקציות אלה, עצם היעילות שבהן, מותנית ונובעת מתוך רצונו החפשי של היחיד, שלא לפרוש מן הציבור, שלא לנטוש את הקרקע הרוחני המשותף של העם.

תוך מסיבות אלה, ומתוך הסיבות הללו, התבבש במרוצת הדורות אופיו המוסרי המובהק של המשפט העברי. משפט שהוא דתי במהותו, לאומי במטרותיו, יחפשי באמצעי ההגשמה שלו, — משפט כזה אין לו בסיס מוצק אלא אחד, והוא: הקונפציה המוסרית המשוישפת של כל יחידיו האומה. האינטרס התועלתני הפשוט של שמירת קיום החברה, אינו יכול לשמש לו בסיס, שכן אינטרס זה, נגוד את האינטרס האסוציאלי, או אנטי סוציאלי, של העובר על החוק. החברה, כמוכן, מעוניינת בכך, כי כל אדם ימלא את התחייבויותיו כלפי הזולת, אבל אין החייב האינדיווידואלי מעוניין, מבחינה גשמתית, לשלם את חובו; אותו מכריחים לכך: או הכרת החובה המוסרית, או הפחד מפני הכפייה, מפני פעולותיה האפקטיביות של הזרוע המבצעת של החוק. מכאן כי כל שיטת-משפט הפועלת — אם היא בכלל פועלת — בתוך חברה חסרת אמצעי כפייה וביצוע, אין לה בסיס אחר, חוץ מן ההכרה המוסרית של של החברה.

הרעיון פשוט בתכלית, ואין צורך להרחיב את הדיבור עליו. זאלם מה שאינו כל כך פשוט, ואינו כל כך ידוע הוא, כי הסיבות הללו קבעו והגדירו לא רק את מהותו ותכנו, אלא גם את צורתו של המשפט העברי, את דפוסי המחשבה ודרכי החקיקה שלו; ועל כך בפסקא הבאה.

7. התלמוד — כוונתי לחלק ההלכה שבו — הוא עדיין כספר החתום בפני מרבית האינטליגנציה שלנו. משכילינו עדיין לא השכילו

לקבוע עמדה טבעית כלפיו — "טבעית" חוזה אומר: לא אפלו-גיטית ולא זלוולית — וכל זה לאו דוקא מתוך חוסר ידיעה, אלא מתוך העדר גישה נכונה, חוסר הבנה והתחשבות בבורחים המיו-חיים, שיצרו והולידו את היצירה המונומנטאלית הזאת. אנו מודדים אותו על פי רוב בקני-מידה בלתי נכונים, לקוחים מן החוץ, — מתוך עולמות זרים, מתוך תרבויות אחרות. והתוצאה הבלתי נמנעת היא סירוס וקיפוח, אם לצד האפולוגטי ואם לעבר השני, הכל לפי טעמו ונטייתו של המבקר.

נקת, למשל, את אחד הקווים האופיינים של ההלכה התלמודית — ההלכה הריטואלית וההלכה המשפטית — והיא הפורמאליסטיקה של המפורסמת שלה, תכונה נודעה אשר רוב מבקריה העויינים של התלמוד מתרעים עליה השכם והערב. הרבה דיות נשפכו וכמה קולמוסין נשברו על גושא זה; קיתונות של לעג הורקו על אותה "קטנות דמוחין", "פדנטיות" ו"יצרות האופק" המציינים, כאילו, את הליכי המחשבה של חכמי התלמוד. זו היא בקורת זולה מאד, נוחה מאד, בקורת משכנעת ביותר, אם מסתפקים ברושם החיצוני, השטחי, ואין סורחים לרדת אל מתחת לפני הדיברים.

כי מה הוא, בעצם, פורמאליזם משפטי? פירושו של דבר: כי המעשה (או המצב), בו תלויה התוצאה המשפטית, נמדד ונשקל בשיעורין מוחשיים, אבוקטיים, מדויקים כחוט השערה, וכל סטייה קלה מהם משנה את עצם התוצאה המשפטית (באמרי: תוצאה משפטית, מתכוון אני כאן לתוצאה הזאת בכלל). למשל, כמות מסוימת של מים — ארבעים טאה, ואף לא טיפה אחת פחות — מכשירים את המקוה להעביר את הטומאה⁵⁴; שלשים יום — ולא "זמן דמתקבל על הדעת", כפי שהיה קובע מחוקק מודרני — הם הארכא הניתנת לפריעת החוב, אם לא נקבע לו זמן מסויים⁵⁵; כך וכך אמות, לא פחות ולא יותר, הן הגבול המפריד בין "קרוב" ו"רחוק" לגבי אחד מדיני

54. ראה לעיל, פרק רביעי, פסקא 2.
55. מכות, דף ג' ע"ב; רמב"ם הלכות מילה ולוה, פרק י"ג, הלכה ה'; שו"ע חו"מ, סי' ע"ג, סעי' א'.

המציאות⁵⁶. למעשה אין לך שיטת-משפט בעולם, שתהא חפזית לגמרי מקביעת מידות ושיעורין, אך יש הבדל רב לגבי הניסוחים, לכן, אם היא להרבות או למעט ביציקת מטבעות ודפוסים כאלה. כאן הכמות גהפכת לאיכות.
והנה כל היודע לקרא בין השיטין, ימצא בתלמוד גופו, מפי אמורא אחת, בקורת כמוסה, על עצם השיטה הפורמאליסטית הדוא. כוונתי לשאלת המפורסמת של רבי ירמיה⁵⁷ במסכת בבא בתרא⁵⁸. המדובר שם בניפול — גזול רך — שנמצא בקרבת מקום לשובך של יונים, ואין יודע אם הוא של בעל השובך, והמוצא חייב להחזירו לבעליו, או שהוא הפקר, ומוצאו רשאי לקחתו לעצמו. המשנה אומרת: —

”ניפול הנמצא — בתוך חמישים אמה הרי הוא של בעל השובך, חוץ מחמישים אמה הרי הוא של מוצאו.”

על זה שאל רבי ירמיה:

”רגלו אחת בתוך חמישים אמה, ורגלו אחת חוץ מחמישים אמה, מהו?”

והגמרא מוסיפה:

”על דא אפקיה לרבי ירמיה מבי מדרשא.”

ורש"י מפרש:

”מפני שהיה מטריח עליהם”⁵⁹.

לי נראה, כי לא היה כאן ענין של טרחה והטרדה גרידא, אלא התקפת מצות חריפה מאד, על כל הפורמאליסטיקה המשפטית, על ידי הבאתה ”אד אבסורדוס”. אך ההתקפה לא נשאה פרי, האסכולה הרשמית התעלמה הימנה, ועברה עליה לסדר היום. בלשון מטאפורית: הוציאו את ר' ירמיה מבית המדרש, והמשיכו ללמוד.

56. ראה להלן.

57. אמורא ארצישראלית, יליד בבל, מן הדור השלישי הרביעי.

58. משנה וגמרא בבא בתרא, דף כ"ג ע"ב.

59. רש"י בבא בתרא שם, ד"ה ועל דא אפקיה.

נתעכב בא קצת על הדוגמא הקלאסית הזאת, כי יש בה כדי להעמיד אותנו על יסודו של הרעיון, ונשאל את עצמנו, מי צדק שם בעצם, ר' ירמיה או חביריו? יתברר כי השאלה אינה כה פשוטה, כפי שהיא נראית על פי מושכל ראשון, וכי התשובה לכן איננה קלה. שאלתו של ר' ירמיה היא אמנם שנונה מאד, אך אינה משכנעת ביותר. ”מקרי-גבול” מצויים לרוב בכל שיטות הגדרות מופשטות ביותר. מהם, גם כאשר המחקק מעדיף לנקוט הגדרות מופשטות ביותר. כי מה, בעצם, היתה עמדתו של ר' ירמיה, ומה הוא רצה להשיג אדם נכון הוא, כי היתה כאן בקורת קונסטרוקטיבית, ולא קנטור בלבד? ר' ירמיה רצה לבטל את האבחנה החיצונית, הפורמאלית, בין חמישים אמה ויותר מחמישים אמה, ולהחליפה בקנה-מידה יותר אבסורקטי ויותר גמיש, כמו ”קרוב” — ”רחוק”, או באופן עוד יותר כללי ועוד יותר סתמי: המוצא חייב להחזיר את הניפול, ולא לקחתו לעצמו, אם בהתחשב עם כל מסיבות הענין יש להגות, כי הוא (הניפול) של בעל השובך, ולא של הפקר.

אך מיד מתעוררת השאלה: מי יחליט ומי יכריע מה הוא ”קרוב” ומה הוא ”רחוק”, מה הן המסיבות שיש להתחשב בהן, ואיזו היא המסקנה הסופית העולה מהן? ברור כי אם יגיע הדבר לידי משפט, והסכסוך יובא לפני השופט, יוכל השופט, לאחר שמיעת עדים ומומחים, לברר את כל מסיבות הענין, ולהסיק מהן את המסקנה הנגינית ביותר. אך מה יעשה האורח הפשוט, אדם מן השוק, שאינו שולט בכל המנגנון הזה? — כיצד יוכל הוא לברר את הענין, ומה עליו לעשות כדי להחליט, אם אמנם חייב הוא להחזיר את הגזול, או לא.

תאמרו: אינו צריך לעשות כלום! יכול הוא, המוצא, לשבת בחיבוק ידים ולתכות עד שבעל השובך יתבע אותו לדון, ואז יתברר הענין לכל פרטיו ודקדוקיו כפי שציינתי לעיל. נכון הדבר, הוא יכול לנהוג כן, אם השאלה בשבילו היא רק שאלה של משפט, אם היאהה היחידה המדריכה את מנוחתו היא, שמא יתבע אותו חבירו לדון, ויתחייב להחזיר את האבידה יחד עם הנצאות המשפט. זו היא, בדיק, הבעיה הרגילה, העומדת בפני אורח רגיל, בכל מדינה רגילה. אבל

אם אין הדבר כן, אם השאלה היא מלכתחילה לא שאלה של משפט, אלא שאלה של מצפון, אם המוצא רוצה להיות שלם עם עצמו, ולדעת אם עליו למלא את החובה הדתית-מורית של השבת אבידה. — האין שיקול זה מחייב, כי הנורמה המשפטית תהא אולי פחות אלגנטית ויותר ברורה, פחות גמישה ויותר מדויקת, כדי שתאורח אשר אלו מכוונת הוויאת החוק, יוכל להשתמש בה ללקיים אותה, בלא התערבותו המתמדת של המיין והשופט?

זו היא, לדעתי, הנקודה המכרעת, כאן מתפצלות הדרכים בין שתי השיטות, הגמישה והפורמאליסטית, וכאן אנו רואים בעליל את יתרונותיה עם חסרונותיה של כל אחת מהן. השאלה היא, מה עדיף: דיוק ובהירות, או גמישות והתאמת-יתר למקרי המציאות? שני דברים אלה לא תמיד עולים בקנה אחד, ולפעמים מאד קרובות יש צורך לבחור ביניהם, לוותר על האחד לטובת השני.

השאלה היא, איפוא, הי מיניקה עדיף? ואם המטרה המרחפת לעיני המחוקק, אם האידאל שהוא שואף אליו הוא לא יישוּב סכסוכים פוסט פאקטום בין אדם לחברו, אלא הוויאות מראש להתנהגותו המוסרית של כל אחד מהם, אזי השיקול הראשון, של דיוק ובהירות, גובר, והתמצאה הבלתי נמנעת היא פורמאליסטיקה משפטית.

כיוצא בזה אתה מוצא גם אצל השיטות הבלתי-פורמאליסטיות ביחסן אל חלק מסויים של החוק, הוא החלק הפלילי שבו. מן המפורסמות היא, כי דרכי האינטרפרטציה של החוק הפלילי, שונות הן מדרכי האינטרפרטציה של כל חוק אחר. כאן שורר העקרון של פירוש מצומצם, דוקני, ואין מרחיבין את גבולות המושג אל מעבר למשמעותה הלשונית, המדוייקת, של זמלה הכתובה⁶⁰. אסור להשתמש בקל יחומר, או בכל שיקול הגיוני אחר, כדי ליצור עבירה אשר לא כתובה בחוק. כבר בתלמוד נאמר: "אין עונשין מן הדין"⁶¹, ואם התורה ציוותה על עד זומם: "ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו"⁶².

60. ראה לעיל, פרק רביעי, פסקא 6.
61. מכות, דף ה' ע"ב; ע"י סנהדרין, דף נ"ד ע"א.
62. דברים י"ט, י"ט.

היי מענישין רק את הזומם, ולא את העושה, אף על פי שכל כללי ההגיון מחייבים בדיוק את הדין, והדין הוא: "לא הרגו — נהרגו, הרגו — אין נהרגו"⁶³.

המכסימה הזאת נתקבלה גם ודווקא בשיטות המשפט החרישיות ביותר. *nulla poena sine lege* או *nullum crimen sine lege* אמר הפתגם הקלאסי הידוע, תווא קנה לו שביתה בכל שיטות המשפט הנאורות. אין עונש בלי חוק, או אין עבירה בלי חוק, והמלה "חוק" פירושה כאן: חוק כתוב, חוק מפורש, חוק שאין צורך לפרשו ולמלאו על ידי שיקולים ודעיונות שמחוצה לו. כאחת מארצות אירופה, לפני שמונים—תשעים שנה, היה מעשה באדם שגנב חשמל מחבירו, הביאוהו לדין, אבל היו נאלצים לשחררו. כי הסעיף של חוק אותה מדינה הדין בעניני גניבה, השתמש במלה "עצם", וחשמל אינו עצם אלא כוח. הזכרתי, איפוא, להוציא חוק חדש, ספציפי, המטיל בפירוש עונש על גניבת חשמל. אי אפשר היה ללמוד קל וחומר מגניבת מסמר קטן על גניבת כמות תגונה של חשמל. דוגמאות כאלה ישנו לרוב, וכל איש משפט נתקל בהן, בצורה זו או אחרת, מדי יום ביומו. ומה הוא הטעם לכך? ישנם כמה זממה טעמים לכך, אך העיקרי שבהם הוא, כי תקדמם הפלילי מופנה בראש ובראשונה אל האורח, מכתיב לו את התנהגותו בחיים, ולכן צריך שאורח זה, העברין בכוח, יהא מסוגל ללמוד ממנו ומתוכו, מה אסור ומה מותר, ולא יצטרך להזקק לסברות ושיקולים, אשר לא נחקקו במפורש על לוח החוקים. לכן אמרו, כי תקדמם הפלילי הוא ה- *Magna Charta* של הפושע, יען כי הכתוב בו — הכתוב בפירוש — מבדיל בדיוק נמרץ בין האסור והמותר, ובהראותו את הצד האחד, הוא מדגיש ממילא גם את הצד השני.

הוא הדין — עם קב חומטין (*cum grano salis*) כמובן — בשאלה המעסיקה אותנו כאן. המשפט העברי בכללו, הן בחלקו הפלילי והן בחלקו האורח, הוא שיטת משפט הפונה בעיקר אל האורח ולא אל השופט. גם ה"חושן משפט" וגם ה"אבן העזר" הם, למעשה,

63. מכות, דף ה' ע"ב. ראה לעיל, פרק רביעי, הערה 47.

מ. זילברג

"אורח חיים", המצוה על התנהגותו של אדם בדברים שבין אדם לחבירו. לא זכותו של הזכאי היא הקובעת ונקבעת, אלא חובתו של החייב. — כיצד ובאיזה תנאים עליו למלא את חובתו הדתית או המוסרית כלפי הולתו. ולכן גם השיעורים שנאמרו בו חייבים להיות קבועים וקצובים, שקולים ומדודים, שעורים אשר כל אדם פשוט מסוגל להשתמש בהם, ללא כל פנייה והודקקות לפירושו של השופט. קיצורו וסיכומו של דבר: תכנון המוסרי, העממי, של המשפט העברי, קבע בהכרח גם את צורתו החיצונית, וטבע בו אותו חותם מיוחד, המפלה אותו מכל שאר שיטות המשפט.