

קרו מחקר על שם משה זילברג

משה זילברג

בְּאֵין כְּאֶחָד

אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט

כינסו והביאו לדפוס

צבי טרלו ומאיר חובב

האוניברסיטה הנוצרית בירושלים
ספריית הפקולטה
למשפטים

ירושלים תשמ"ו

הוצאת ספרים ע"ש י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית

ספד זה יוצא לאור בתמיכת קרן לואיס ומינה אפשטיין
שליד האקדמיה האמריקאית למדעי היהדות
מהדורה ראשונה, תשמ"ב
מהדורה שנייה מתוקנת, תשמ"ז

תוכן

7	משה לנדוי: דברי הקדמה
9	מעשה הספר
56—13	ש ע ר א ש ון: משה זילברג השופט ומורה ההלכה
13	אסף גולדברג: ליובלו השבעים של ד"ר משה זילברג
18	משה בן זאב: תרומתו של ד"ר זילברג למשפט בישדאל
33	משה לנדוי: משימתו ההיסטורית
36	מנחם אלון: משה זילברג — ביאליק של המשפט העברי
50	יצחק טוניק: השופט ומורה ההלכה
56	שמואל תמיד: שופט — מופת לישראל
291—59	ש ע ר ש נ י: אסופת המאמרים
59	שופט ומחוקק
61	דרכו של שופט
65	סגנונו של חוק
67	לשון זו סגנון
77	דת ומחשבה במחשבת הדור
86	השאיפה אל המופשט בישראל ובעמים
94	אוריינטציה תרבותית
98	האנושות לאן?
102	מאחורי הפרגוד
104	פרק בבורלוגיה
107	חסיד שוטה
111	כינוס היוריסדיקאציה הארץ ישראלית
115	משפטי עוניאל
117	הרב הרצוג כמשפטן
119	משורר ההלכה
125	כך דרכו של תלמוד
130	משהו על התלמוד
132	בעולמו של המהרש"א
140	נובהדדוק



כל תוכניות שמורות
לקרו מחקר על-שם משה זילברג
ירושלים תשמ"ז

מסת"ב 965-223-417-6 ISBN

נדפס במדינת ישראל
בדפוס 'דף-חן' בע"מ, ירושלים

34(E1:J)2A
815

משה לנדוי

דברי הקדמה

קרן המחקר על שם משה זילברג ז"ל מגישה לציבור הקוראים אסופת דברים זו מפרי רוחו של המנוח. יעמדו על הברכה העורכים, השופט צבי טרלו ומר מאיר חובב, שעסקו במסירות במלאכת הכינוס של הדברים ובהבאתם לבית הדפוס.

"באין כאחד" — השם שקראו העורכים לספר זה, חידה היא למי שאינו בקי בחדרי התורה. פישרה של החידה ימצא באחד המאמרים שבאוסף (להלן בעמוד 174), שם עומד המחבר המנוח על סוגיה תלמודית שיש בה משום "מעגל קסמים", והמעגל נפרץ מן הטעם ששני המעשים המשפטיים הנדונים שם "באים כאחד", לאמור הם באים בו בזמן, באופן סימולטאני, ללא מוקדם ומאוחר. עורכי הספר אימצו את מטבע הלשון תוך שינוי קל של משמעותו, ללמדנו שבאו כאן יחדיו כתבים שונים שחיבר המנוח בזמנים שונים ולאכסניות שונות. אך דומני שהם כיוונו גם למשמעות עמוקה יותר — כי כאן "באו כאחד" דברים שיש בהם מן השלימות, האחדות והאחידות, החל בהרצאות ב"אוהל שם" בתל-אביב בשנות השלושים של המאה ובמאמרים פובליציסטיים שראו אור בשנות הארבעים, וכלה בדברים שכתב משה זילברג בערוב ימיו בשנות השבעים. משנתו רציפה ועקיבה מהחל ועד כלה, בין שהוא חושף את יסודות הצדק, המוסר וההיגיון בסוגיה תלמודית מוקשה, או שהוא חוקר בבעיות כלליות של לשון וסגנון, או שהוא מבקש להתוות את הדרך לשילובה של הלכת המשפט העברי במשפט הפוזיטיבי של מדינה מודרנית בימינו, ועד לפסקי הדין, הקלאסיים בתוכנם ובצורתם, שכתב בשבתו על כס בית המשפט העליון של המדינה.

ועוד פנים, ואולי האופייניים שבהם, ניתן לגלות ב"באין כאחד" בספר זה, והוא אישיותו של המנוח המשתקפת בכל אשר כתב, תחילה כמרצה וכסופר, ולאחר מכן כשופט, אישיות שלא היה דומה לה בדורו, דור המשפטנים שליוו את הישוב בשנות "המדינה שבדרך" ובתקופה המכרעת שבה עוצבו יסודות המשטר המשפטי והחוקתי של המדינה שקמה לתחייה. ייחודו היה במיזוג ההארמוני והשלם בין המטען העשיר שהביא עמו "העילוי" משיבות ליטא, עם הידע הרחב שספג אל תוכו בחינוכו האוניברסיטאי, ולא בתורת

151 קושיותיו של רבי ירמיה — שיטה או אופי?
160 סדר קדשים כיצירה משפטית
174 "באין כאחד" או מעגל קסמים

180 המשפט במדינה העברית
202 חידושו של המשפט העברי
207 טוהר השיפוט במשפט העברי

225 סוגיא מודרנית של דיני קידושין
231 יש לחייב כהן לזון אשתו ה"גרונה"
235 כיצד תיפתר בעיית הממזרים
239 נישואין אזרחיים יאפשרו לפתור הלכת בעיית הממזרות
245 פיתרון הלכתי יסודי לבעיית הממזרות
249 ביטול החוק למען קיומו
262 נישואין אזרחיים או תקנה הפקעת נישואין — מה עדיף?
268 הסדר עם ההלכה
281 שני סימנים של יהדות

286 מיהו יהודי? מכתב תשובה לבן גוריון
291 חוות דעת הוועדה לבדיקת המעמד האישי של הקראים

430—305
314—307

ש ע ר ש ל י ש י : פסקים ופיסות פסקים
צבי טרלו: קולו של משה זילברג

1. פ י ס ו ת פ ס ק י ם
א. יסודות המשפט
ב. דיני חוקה
ג. דיני המינהל הציבורי
ד. דיני עונשין
ה. דיני המעמד האישי
ו. דיני ממונות
ז. סדרי דין

2. פ ס ק י ד י ן
א. יונה ברמן נגד שר הפנים
ב. אוסולד רופיזון נגד שר הפנים
ג. יוראמקס בע"מ נגד מדינת ישראל
ד. בנימין שליט נגד שר הפנים
ה. חוגים לאומיים נגד שר המשטרה

מעשה הספר

בקובץ זה באין כאחד מאמרים שכתב פרופסור משה זילברג עליו השלום בתקופות שונות של חייו. הדברים נתפרסמו בבמות שונות, מהן בעיתונים יומיים ומהם בשבועונים או בפירסומים מדעיים. יריעתו של הקובץ רחבה ונושאו מגוונים. ולפי שמשנתו של זילברג כולה קב ונקי, קשה היה לגנוז דברים. ואכן הבאנו את רוב המאמרים שכתב.

קצת מן המאמרים יש בהם חזרות, בחינת דברי תודה שעניינם במקום אחד ועשירים במקום אחר. ברם, במאמרים שבהם חזר על דברים, השמטנו קצת פיסקאות, כדרך שהיה הוא עצמו נוהג לו היה בא להכין את הדברים לדפוס. הרשינו לעצמנו להעביר קולמוס על המאמרים כדי לאחד את הכתיב ולנכש פליטות-קולמוס.

הספר פותח בדברים שנאמרו עליו בחייו ולאחר מותו. מעניין שהכלל של הגמרא על בני אדם, שאין פרצופיהן דומים ואין דעותיהם שוות, איננו חל לגבי משה זילברג. לגביו ניבאים הכל בשווה, אלא שלא בסגנון אחד. לא ראינו להביא יותר דברים, שכן אין זה ספר זכרון.

השער השני, והוא עיקרו של הספר, הם מאמריו. פתחנו בדברים מתחום השיפוט. מסגנונו של חוק המשכנו לבעיות הסגנון בכללן, ומכאן לסוגיות עיוניות כלליות ולמאמרים פובליציסטיים אחדים, שהעניין בהם קיים ועומד. חתמנו חלק זה בקצת רשימות ביקורת על ספרים ואישים. ביאליק משמש לנו גשר לעולם ההלכה שהוא עיקר עניינו של זילברג. כאן הבאנו רשימותיו על התלמוד והנחלתו ואת תיאוריו על הישיבות ומאמרים למדניים. לאחר מכן נתנו סוגיות במשפט העברי להשלכותיהן, ובעיות המעמד האישי במדינת ישראל. בסיכום באים תשובתו לדור בן-גוריון בשאלת מי הוא יהודי וחוות דעתו בבעיית הקראים, שבה שימש יושב ראש של ועדה לבדיקת עניינם.

השער האחרון כולל לקט של פסקי הדין ומובאות מתוך פסקי דין בתחומים הרבים שבהם עסק השופט זילברג, ובראשם דברי הקדמה של המלקט. בהוצאתו לאור של הספר, כמו בכל פעולות קרן המחקר על שם משה זילברג, סייעה ועדת השרים לענייני הקצבות שעל יד האפוטרופוס הכללי.

המשפט בלבד אלא גם במדעים המדויקים שהוסיפו נופך מיוחד לעיוניו וחיידרו את כושרו המופלג לחשיבה מופשטת מעמיקה. בזכות כל אלה השקיף על שאלות הנצח של תורת המשפט מן המצפה של אדם אוניברסאלי.

את מיטב מאמציו כהוגה דעות, כסופר וכשופט הקדיש משה זילברג לחתירה בלתי-נלאית אל השרשת משפט המדינה בקרקע המורשת המשפטית של עם ישראל. למורשת זו ביקש לקרב את הרחוקים ממנה, בגלותו לפנייהם את העושר הרעיוני הטמון בה ובבקשו לישר הדורים מעיקים בדיני האישות הנוהגים במדינה — ובעת הצורך השתמש למטרה זו גם במכשיר הפלפול התלמודי כי, כדבריו, "המחשבה הפלפולית משולה לקו עקום שיכול להגיע, ודווקא על ידי עקמומיותו, גם אל הנקודה הנמצאת בקו ישר, ובלבד שתדע את מקומה הגיאומטרי של הנקודה הזאת" (במאמרו "בעולמו של המהרש"א", להלן בעמוד 136). רבה היתה אכזבתו על שהפיתרונות שהציע לא זכו להסכמתם של רבני הדור, שלא הבינו את הצורך להמשיך בפיתוח דינאמי של ההלכה.

הוא ידע היטב שלא על נקלה ולא בהפרחת סיסמאות ולא בקפיצת הדרך תושג המטרה הנכספת, וכי דרושה תחילה עבודת הכנה רבה של כינוס החומר העצום שנתאסף במרוצת הדורות ובמיצוי תמציתו באותם ענפים של המשפט שבהם ניתן להפעיל כיום את המשפט העברי הלכה למעשה, עד שתקום לנו "יצירה אורחית-חילונית שתקבל, ככל האפשר, את העקרונות היסודיים של המשפט העברי, מתוך הסתייגות מפורשת מן המסקנות הארכאיות שנערמו על גבי העקרונות ההם" (במאמרו החשוב במיוחד "חידושו של המשפט העברי" שכתב ערב קום המדינה, ראה להלן בעמוד 205). טעמם של דברים אלה לא פג מאז ועד היום.

כאלה הם הדברים המדברים אלינו בקולו של משה זילברג, מדפיו עשירי התוכן של ספר זה. מי יתן ודבריו יזכו עתה, אחרי שהלך מאתנו, להר הראוי להם!

שער ראשון

משה זילברג — השופט ומורה ההלכה

אסף גולדברג

ליובלו השבעים של ד"ר משה זילברג

(א)

שלא מדעת בזכר אני בתיאורו הנפלא של ח"ב ביאליק, על ימי ילדותו, בסיפורו הידוע והבלתי־נשכח "ספיח", בו מציין המשורר כי תקופת ילדותו הרחוקה נראית לו עתה, עם שהוא כותב זכרונותיו, כעונת־קיץ רצופה אחת, או בלשונו: "כל הכפר של אותם הימים, לכל מלוא עיני, כולו עשוי מסכת אחת שלימה, — קיץ טהור כולו. השמים — שמי קיץ, והארץ — ארץ קיץ; הצומח והחי — כולם קיץ".

ודומה עלי, בהשראת אותו תיאור, כי ימי היכרותי הארוכים עם ד"ר זילברג, המונים כארבע עשרות שנים, אף הם (מטעמים, אמנם, שונים) אינם אלא עונת־קיץ רצופה אחת, ולא זו בלבד, אלא שעונת־קיץ ארץ־ישראלית היא: חמה, בהירה, וללא עננה קודרת אחת בשמיה; דק עונת־קיץ דומיננטית זו משמשת רקע אחיד לכל זכרונותי על היחסים ששררו בינינו במרבית שנות חיינו.

כי לגבי כל התקופה רבת־השנים הזאת, ואף בשנותיה הראשונות של אותה תקופה, — אשר היו מבחינת הגיל גם "ימי חרפנו", — איני יכול להיזכר אף במימרא אחת משלו, בדיבור אחד (שבמכוון או בדרך־אגב), ברעיון אחד, בהערה או בתגובה אחת, שלא היו בשלים די־הצורך ב"תוכם" ו"ברם", או שנמצא בהן מן הבוסר הרעיוני, מן האפילות שבעונת האביב (זו העונה הקלילה, השובבנית ומשכרת החושים). לא, חלילה וחלילה! אלא שהכל היה ערוך ומוגה ובושל כהלכה, הכל מוכן ומזומן לעונת האסיף והבציר. מעולם לא ראיתי את ד"ר זילברג "אוכל ענבים קהות ושותה יין מגתו", או נהנה מן הקלוקל, מן הסמדר שבכרם, או מן הסובין והנישובת שבירכתי הגורן, אלא, — עמל כל חייו לקבץ ולהביא גורנה מן המעולה והמנופה שבתגובת שדהו, ומן הגרעיני שבה. הוא אשר אמרתי: עונת־קיץ רצופה אופפת אותו מאז ומתמיד, וכורכת את כל ישותו ללא שיור.

(ב)

אמר פעם ר' יושע־בר ז"ל, מבריסק, דאש־בית־אב לסלובייצ'קים, אביו של

הגאון ר' חיים סולובייצ'יק ז"ל: כשבא אלי יהודי ומקשה קושיא בגמרא, משתדל אני לתרץ לו קושיתו, ואז שנינו, כמובן, שמחים ומרוצים. הוא שמח, על ששאל שאלה שנמצאה ראויה לתשובה; ואילו אני שמח על שתירצתי ויישבת לי את הסוגיה שעודרה ספקות בלבו. אולם כשהוא פונה אל בני, חיימ'קה שיחיה ושומע תשובתו, הריהו נפטר ממנו כשהוא אכול יאוש ומלא עוגמת-נפש, והריהו מקלל את יומו ממש. משום שחיימ'קה שלי אינו מתמהמה, אלא שולף מיד מראשו את המגהץ הגדול (ה"פרעסאייזען" בלע"ז) ומחליק על פני הקושיא אחת הנה ואחת הנה, עד שאין משתיירת ממנה אף גבשושית אחת "לרפואה", והכל נעשה חלק ומיושר ומיושב, כמה שנאמר: והיה העקוב למישור והרכסים לבקעה, ללמדך שאין כאן קושיא כלל, ומעיקרא.

זו היתה, בעצם, השיטה הוואלוזינאית (וגם של מספר ישיבות ליטאיות אחרות, יותר מאוחרות בזמן), שיטת "הפשט" העמקני, השיטה שלא לתרץ קושיא ("פרענטפערן א-קשיא"), אלא לעקור קושיא ממקומה, להשיבה אחור, ("אובפרעגן א-קשיא").

ומעיד אני עלי שמים וארץ, כי לא אחת ולא שתיים היתה זאת מנת-חלקי כאשר התקפתי את ד"ר משה זילברג בשאלות, והוא הפעיל כנגדי את מגהץ-הפלאים שבמוחו, ולא הותיד מקושייתי אף חטוורת אחת בלתי-מיושרת. אלא שבמקום להתמלא חוגה ועוגמת-נפש, חייכם שיצאתי מעמו שמח וטוב-לב. כי, דומני, שלא היתה לי מעולם קורת-רוח גדולה מזו שנת-גלגלה לי מידי האמונות של ד"ר זילברג בשעת תרגיל של גיהוץ "ממוייח" שכזה...

וחושבני כי שיטה זו הצליח ד"ר זילברג להעביר עמו מספלי הישיבות שבליטא וברוסיה אל הפאקולטאות בהן למד והשתלם במערב אירופה, ומשם לשיעודי הגמרא שב"אהל-שם" בתל-אביב, ומשם לכס המשפט ולהרצאות שבאוניברסיטה בירושלים. בשלות הרעיון, אירודיציה מפליאה, הגיון מעמיק, כישרון בלתי-רגיל ליישר הדורים, תפיסת-בזק, בהירות ההרצאה; ומעל הכל: תנובה מלאה וגדעונית שהבשילה עד תום, בקיצור: "קייץ"!

(ג)

לא אדבר על דרכי הפסיקה של שופט בית המשפט העליון, ד"ר משה זילברג, כי, מן-הסתם, לא אחדש כאן מאומה ואין כלל בדעתי להכניס תבן

לעופריים, ביחוד למקום זה בו התכנסו גדולי המשפטנים בארץ וטובי השופטים, אנשי המדע והמחקר, והמחברים במקצוע המשפט. ברצוני רק להעיר, — דרך פאראפראזה וכמתכונת הדברים שאמר פעם הרב קוק, זכרונו לברכה, בהעידו לפני ועדת הכותל: "ישנן אבנים שהן לבבות" (וסיים משפט זה כלפי חברי הועדה: "וישנם לבבות שהם אבנים"). ובכן, ברצוני להעיר כאן כי ישנם פסקי-דין של ד"ר זילברג שהם חוויות בלתי-נשכחות, חוויות-עד, (מעין "לבבות"), ובין אם היתה דעתו במשפט זה או אחר עם דעת הרוב או רק עם דעת המיעוט, או אף אם דעתו שלו בלבד היתה, חוקה עליו (וזהו ההרגשה הסובייקטיבית המקנת בלבי בחינת "אמונה שבלב") כי יום יבוא, אף אם ירחק-חוק, וגם פסקי הרדומים, שלא זכו לאפקטיביות בשעתם, ביחוד פסקי בעניינים עקרוניים וחשובים, שהם בגדר "אמונות ודעות", שוב יתעוררו וידברו.

בתולדות משפטי העמים אין זו תופעה בלתי-רגילה. בתולדות המשפט האנגלי, למשל, בעל המסורת העתיקה והמושרשת, דאינו את השופט לורד מנספלד, גדול-הדעה, בודד במועדיו במקרים משפטיים רבים. אולם לאחר תקופה ארוכה של דורות שבה וגיעורה תורתו, במשנה תוקף, וקמו ועדות חקיקה, רביזיה וריפורמה, אשר תיקנו חוקים קיימים ושינו תקדימים מיושנים, לאור משנתו שלו, ולנוכח נסיון החיים ולקחי.

זילברג הפוסק, זילברג המחבר חיבורים ויצירות של קבע במקצוע המשפט, החילוני והעברי, אינו טעון המלצה ואיזכור. אך לא אוכל לסיים דברי מבלי שאציין את תפקידו המיוחד בקביעת דפוסי לשון וגיבוני סגנון לפסיקה הישראלית.

(ד)

אין אנו בני-בלי-שם בספרות המשפטית. מאתיים שנות פעולתם של חכמי המשנה וכשלוש מאות שנות פעולתם של חכמי התלמוד הטביעו את הגוש-פנקא שלהם על המונחים ועל דרכי הביטוי והסגנון של שפת המשפט שלנו. אולם, במרוצת שנות הגלות החלה השפה העברית, בכללה, והשפה העברית-הארמית של המשפט העברי, במיוחד, להתנוון ולהידלדל. ביאליק מכנה תקופת ידידה זו בלשונו הציורית: כאשר החלה הלשון העברית "להנטף ולהשחיל" (בטוי עוקצני המבליט את חוסר-טעמים והעדר חושם הלשוני של "שיירי" פייטני ימי-הבינים, שהלשון העברית נכרתה מפיהם, ואשד אחד מהם בחד במלים אלו כדי לציין את עבודתו של הכהן הגדול בבית המקדש

בהכנת סמי הקטורת שהיו קרויים: "נטף ושחלת" ... אכן, "צעצוע" של ביטוי: "להנטיף ולהשחיל" ... ומשקמה מדינת ישראל, קם גם הצורך הדחוף להכשיר את כליה הלשוניים ולהשחזר חודיה ולהביא הטרימינולוגיים של השפה העברית במקצוע המשפט, ונערכו שתי פעולות יוזמות. האחת, מטעם משרד המשפטים, שהקים ועדות מיעצות לקביעת מונחים משפטיים ולניסוח חוקים (על זירה זו תולש ידידנו ומיודענו המוכשר, מר מאיר שלי, העודר במערכה זו, בשקידה רבה ובכישרון, עד עצם היום הזה); והפעולה השנייה היתה פעולתם היום-יומית, הקשה והאיטית, של בתי-המשפט, שבמלאכת הפסיקה הבלתי-פוסקת, צעד אחרי צעד ונדבך נדבך, הקימו, ומוסיפים להקים, את חומת הניב המשפטי העברי. אולם, בכגון דא היינו צריכים "למרי דחיטיא" (בלשון הגמרא), "לבעל החיטים", למי שאסמיו מלאים בר ולמי שידע ומשכיל לבור את הבר מן התבן, ולסגלו למושגי המשפט המודרניים של זמננו. ונתמזל מזלנו ו"מרי דחיטיא" זה נתגלה לנו בדמותו של השופט ד"ר זילברג.

במאמר ביקורת שלי על ספרו הראשון: "המעמד האישי בישראל", לפני שנים, נסיתי לציין ולתאר את רוב ערכו והיקפו של מזל זה, ואל נא תבואו עמי בטרוניה אם אנצל דקה אחת משעת-כושר זו של המסיבה כרי לעשות פלגיטט קטן משל עצמי, מתוך קטע זעיר של אותו מאמר. כתבתי שם: "... לא אחדש מאומה אם אומר שד"ר זילברג הוא אחד מבעלי הסגנון המעולים שבתוכנו, אך חושבני שגם לא אגזים אם אומר שהוא אחד מיוצרי הניב המשפטי במדינת ישראל, וממניחי יסודותיו. בורא ניב שפתים ל'רחוק' (ממקורות ספרותנו המשפטית) ו'לקרוב' (אליה), פשוטו כמשמעו. וניב זה מן השיתין הוא חוצבו, מטמירי הלשון, מגנזי הספרות ההלכית, ומפורו ביד נדיבה לכל רכפין. ולפי שמקורי הוא הניב, וכולו סולת ללא פסולת — הריהו מתעכל במהירות ולא גודע כי בא אל קרבנו. שכן, זהו דרכו של החידוש הטוב בלשון: הוא בא לעולם, ושוב אין איש מרגיש בחידושו".

משה יקירנו! אם נכונה ההגדרה התלמודית: "זקן — מי שקנה חכמה", הרי במשך כל חייו, ואפילו בשנותיו הצעירות, היית לנו "כבן שבעים", דוגמת אותו תנא גדול, ד' אלעזר בן עזריה (עם כל הדיסטאנץ שבין קודש לחול). אולם, עכשיו משהגעת לגיל שבעים ממש, ללא כחל וסרק של "דרוש" תלמודי, רוצה אני לאחל לך, יחד עם כל חבריך ומעריציד, ועם כל בית ישראל, על סף השנה החדשה הבאה עלינו לטובה, — שתאריך ימים ושנים במולדת ישראל, ושתגוב בה בשיבה טובה, ולא תפסיק ממשנתך ומתגובתך,

שכולנו מתברכים בה ונהנים ממנה, ובחדשך חידושים בלשון המשפט, העברי והכללי, אגב חפירה ממטמונים עתיקים, והחיאית מושגים נרדמים — נא השת-דל, כדרכך תמיד, לחדש כך שלא נרגיש בחידושיך כלל וכלל, אלא נציין זאת בהיסח הדעת, ובלי משים, באחת מברכות השחר הנפלאות שלנו, הלא היא הברכה: "ברוך אתה, השם, המחזיר נשמות לפגרים מתים!" וכה לחי, "למרי דחיטיא!" לחיים ארוכים וטובים תיכתב ותיחתם! אמן. כן יהי רצון.

דברים במסיבה לכב' השופט זילברג 24.9.70

טלו, למשל, פסקי-דין של שופטים אנגליים. לעיתים רחוקות ניתן לאבחן את זהותו של השופט שכתב את פסק הדין על פי סגנונו האישי. דרך הצגת הבעיה, ניתוח העובדות, השקלא וטריא המשפטית, היא כה דומה, עד כי נדמה לך שאתה עומד בפני סגנון משפטי קולקטיבי ולא בפני סגנון אישי של כל שופט ושופט. מתוך מסורת ארוכת-שנים נוצר שם אותו סגנון משפטי-מקצועי, אשר על אף היותו עשיר, מגוון ומעניין, חסר הוא בכל זאת את הייחוד האישי, שאתה מוצא בכתיבתם של סופרים ומשוררים. סגנונו של ד"ר זילברג בפסקי הדין שלו הוא כל כך אישי ומיוחד, עד כי אפשר בקלות לזהות על פיו את מחברם, אף אם ימחקו מכל קבצי פסקי-דין את שמות השופטים שכתבו אותם.

זהו סגנון של סופר, שעיקר תכונתו הוא יופיו ועושר גיבוי. השפה העברית נשמעת לו לד"ר זילברג כמו שהכינור נשמע לאמן-וירטואוז, והוא בקיא ושולט בכל מכמניה של השפה. יש קסם מיוחד ללשונו ואתה נלכד בקסם זה מהרגע שאתה פותח בקריאת פסק-דין משלו, ואין הוא מרפה ממך עד לרגע שסיימת את הקריאה.

הקובע לגבי ד"ר זילברג הוא לא רק תוכן הדברים שאותם הוא בא לומר, לא רק ה"מה" — אלא גם ה"איך"; איך עליו להציג את הדברים ומה הלשון שיבור לו כדי לעשותם פשוטים, מובנים ובעיקר מתקבלים על הלב. יכול אתה להסכים עם תוכן הדברים או לחלוק עליהם. אינך יכול שלא ל"בלוע" אותם ושלא להרגיש את רושםם העז והחריף.

לעולם אין קריאה בפסק-דין של ד"ר זילברג משעממת. הרצאת העובדות שלו אינה הרצאה יבשה — אלא סיפור מרתק. מחקרו בשיטות המשפט השונות, ועל כולם בשיטת המשפט העברי, מקום שהוא נזקק למחקר כזה, הוא מעשה ידי אמן. ניתוחו האנליטי של העובדות והחוק הוא יצירה ספרותית מושלמת.

יופיו ועושרו של הסגנון הם ביטוי מובהק לאדם יפה-נפש ועשיר-מחשבה. ואך טבעי הוא הדבר, שד"ר זילברג, השולט שליטה כה מלאה במקורותינו הספרותיים והמשפטיים, הפך להיות החדשן והמחדש הגדול של שפתנו המשפטית הלאומית.

באחד מפסקי-הדין הראשונים שלו (בג"צ 30/48), שניתן עוד ב-2.2.49, ושעסק בפנייה שיגרתי נגד יו"ר ההוצאה לפועל בעניין של מכירת בית — נזקק הד"ר זילברג לעיקרון של פנייה לבג"צ בחוסר ידיים נקיות. "ידיים נקיות" — הוא מטבע לשון אנגלי, "clean hands" — ואין הוא מושך את

תרומתו של ד"ר זילברג למשפט בישראל *

כ"ב שנים ישב כבוד השופט ד"ר זילברג על כס המשפט בבית המשפט העליון, כמעט מן הימים הראשונים שבהם החל בית המשפט העליון לפעול במדינתנו. היו לו כל השנים הללו שנות עמל ויצירה בלתי פוסקת, שחדרה לכל תחומי המשפט הישראלי המתחדש והקיפה כל ענף מענפיו.

היתה לו הזכות להימנות עם הראשונים — מניחי היסודות ומעצבי הדפוסים של החיים המשפטיים בארץ — אלה אשר מהרגע הראשון, על אף העדר חוקה כתובה במדינה, קבעו את דמותה של מדינת ישראל כמדינת חוק, והחדירו תחושה עמוקה של כיבוד החוק לתודעת השלטון והאזרחים כאחד, ובהתאם לכך בנו ופיתחו את מושגי המשפט והצדק שהעמידו את מדינת ישראל בשורת המדינות הנאורות והמתקדמות בעולם.

המאות הרבות של פסקי הדין שנכתבו על ידי כבוד השופט זילברג במשך שנות כהונתו, והספרים שכתב, מהווים חומר בלתי נדלה, שכל משפטן ימצא בו עניין והדרכה בבעיות שהוא עוסק בהן. אם זה שופט הבא לחרוץ דין, אם זה חוקר המתלבט בבעיות עיוניות, ואם זה עורך-דין הבא ליעץ ולהדריך בתחום החיים המעשיים. ועוד דורות רבים ישאבו מחומר עשיר זה מלוא חופניים.

יהא זה למעלה מכוחו של אדם אחד ובהרצאה אחת לעמוד על מלוא העושר הגנוז ביצירה משפטית כבירה זו, ואף לא אתיימר לעשות זאת. לכבוד המעמד אשתדל להעלות רק כמה מן התכונות המאפיינות את תרומתו הסגולית של ד"ר זילברג למשפט הישראלי על פי התרשמותי האישית כעורך-דין וכאזרח שענייני המשפט קרובים ללבו. ויותר משאדבר אני על ד"ר זילברג אתן לד"ר זילברג לדבר על עצמו.

ראשית — הסגנון. הסגנון הוא האדם, ואין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד. אף על פי כן ידוע הדבר, כי בכל מקצוע ומקצוע נוצרת במרוצת השנים לשון מקצועית מיוחדת, אשר במשך הזמן הופכת נחלתם של כל העוסקים במקצוע זה. הוא הדין גם בתחום המשפט.

* דברים שנאמרו במסיבה שנערכה לכבודו ע"י לשכת עוה"ד בירושלים ביום י"ז בכסלו תשל"א (15.12.70).

לבו של הר"ר זילברג, על אף הצד המיטאפורי שבו. הוא טובע את הלשון: "צדק דרשת — השכם ועשהו" — משהו עברי, מקורי וערב לאוזן. בפס"ד מאוחר יותר הוא שב ומשתמש באותו לשון, "צדק דרשת — השכם ועשהו". לגבי "אימרת-הכסף של תורת היושר", "he who seeks equity must do equity". לגבי ה-*quasi contract* או ה-*quasi contratus* האנגלי, אין הוא מסתפק בתרגום המילולי "מעין חוזה". הוא ממשיך וטוה את החוט: "מעין חוזה" — "אבק חוזה", ואם תרצו גם "מאין חוזה — מעין חוזה" — מאין ראשונה באלף, מעין שנייה בעין.

ה-*cum grano salis* — הרי זהו "עם קב חומטין" וה-*circulus viciosus* — "המעגל השוטה"; *ignorantia iuris nocet* — "שגגת תלמוד עולה ודון". חושבני, שהוא הראשון שקרא ל-*successor* בשם העברי "חליף", ובבואו לתרגם את הביטוי "*has divested himself of the ownership*", השתמש בלשון המקראית היפה: "אשר התנצל את בעלותו מעליו". כמה אופיינית ללשונו שלו הקביעה: "עברנו על פסקי-דין אלה ולא מצאנו בהם נדנדוד של אסמכתא".

ומי לא יזכור לו את הקל-וחומר, שהוא בן-בנו של קל-וחומר. או את "האליה וקוץ בה", או ביתר דיוק, "שטר ושוברו בצידו". ויכולתי להוסיף על רשימה זו כהנה וכהנה.

אין חשיבות לדבר, אם שפע זה של אידוימים משפטיים עבריים, שהתחדשו בבית-מדרשו של הר"ר זילברג, הם חידושים מקוריים משל, או רק הועתקו על ידו מתוך הספרות העשירה של המשפט העברי. חשוב עצם תהליך ההתרעננות וההתעשרות של שפתנו המשפטית היום-יומית שד"ר זילברג תרם לה כה רבות. עוד יימצא החוקר אשר יביא בפנינו ביום מן הימים את המילון השלם של חידושי הלשוניים של ד"ר זילברג.

תכונתו האחדת של הר"ר זילברג היא דגשנותו הרבה בצד כושרו האינטלק-טואלי המובהק. מעולם הוא לא נמנע מלתת ביטוי להתפעמות לבו בדונו בבעיות הגדולות של תקופתו. ואילו בקוראך את המחקרים הממצים שלו על המשפט העברי אינך יכול שלא לחוש את גודל ההערצה והאהבה שהוא רוחש לקדמוניו ולתרבותנו המשפטית המקודית.

מקובל לחשוב כי ככל שהשופט הוא נטול-רגש וקר-מחשבה, כן הוא מיטיב לשפוט, וכי מלאכת השפיטה היא בעיקרה תהליך אינטלקטואלי-

אנאליטי. אינני יודע באיזו מידה נכונה הנחה זו. אישית אני ירא ממנה. בעידן הטכנולוגי שלנו נוכל להגיע על פי הנחה זו גם לבית משפט של מחשב אלקטרוני; זון אותו בנתונים וטול ממנו את הפסק.

דומני, שלא צל של היסוס נעדיף כולנו את השופט-האדם — זה המנגנון המורכב מכושר ניתוח שכלי ומתגובה רגשית לסיטואציה שלפניו. כל עוד שתי התגובות נשארות בפרופורציה מתאימה, הן יחדיו יוצרות את אשר אנו מכנים משפט וצדק. ולכך בוודאי התכוונו האנגלים בהדריכם את עורך הדין המופיע בבתי המשפט על פי הכלל: "Before you win your case win your judge".

רגשנותו של הר"ר זילברג היא חלק מאישיותו העשירה. אין הוא אדיש לדברים המתרחשים בפניו. כל משפט הוא חוויה. מעורבים בו אנשים חיים על סבלותיהם, תלאותיהם ומלוא מטענם האמוציאונאלי.

ודאי שכך הוא הדבר במשפט הפלילי, אך גם בענייני ממונות ובוודאי בענייני משפחה. לא כל שכן, כשהמדובר בסיטואציה בעלת משמעות לאומית היסטורית גדולה.

לא אוכל להביא דוגמא טובה יותר לתכונה אנושית-יהודית נעלה זו, שבה נתברך הר"ר זילברג מאשר על ידי הבאת הדברים הנדגשים שבהם הוא פותח את פסק-דינו בענייני של אוסוולד רופאיזון, הוא ה"אח דניאל"²:

"הקושי הפסיכולוגי הגדול שנתקלנו בו, מבראשית, במשפט בלתי רגיל זה, הוא למרבה הפאראדוקס — באותה אהדה רבה ותודה עמוקה שאנו חבים כיהודים לאוסוולד רופאיזון, הוא המומר 'האח דניאל', המבקש שלפנינו. לפנינו אדם אשר, בשנים האפלות של השואה באירופה, חרף את נפשו למות פעמים אין ספור למען אחיו היהודים, בבצעו את מעשי ההצלה הנועזים מתוך גוב האריות ממש של הבסטיה הנאצו-גרמנית. הנסרב לאדם זה את משאת נפשו הגדולה: להתמוג כליל עם העם אשר אהב, ולהתאזרח, לא כזר-מהגר אלא כיהודי עולה בארץ חלומותיו?

"ברם, חוקרה זו, והתזקת טובה מדובה זו, אסור לה שתהא ל'אהבה המקלקלת את השורה'; אסור לה שתשמש עילה לחילול השם והתוכן של המושג 'יהודי'. לכשנתעמק יפה יפה בדבר, ונסקור ונזכור את מלוא האספקטים שבו, נראה כי את אשר האח דניאל מבקש מאתנו הוא: להעביר

קו על המשמעות ההיסטורית, המקורשת של השם 'יהודי', ולהתכחש לכל ערכי הרוח, עליהם הורגלנו כל היום בתקופות השונות של גלותנו הארוכה. ההוד וההילה האופפים את מקדשי השם בימי הביניים, יחזור וימוגו עד לבלתי הכר, וההיסטוריה שלנו תאבד את המשכיותה הדרושה, ותחיל לספור את ימיה מראשית האמנציפציה שלאחר המהפכה הצרפתית. קרבן כזה אין איש רשאי לדרוש מאתנו; ואפילו הוא בעל זכויות כל כך גדולות כמו המבקש שלפנינו.

ובמידה לא פחותה, בפסה"ד השני — האח התאום של פס"ד רופאיון — הרי הוא פסה"ד של שליט:

"השאלה העומדת לדיון בפנינו עולה בערכה וחשיבותה על כל מה שנידון בבית משפט זה למן היותו לבית משפט ישראלי ועד היום הזה. על אף היותה מן הבחינה הקונקרטי, שאלה אישית, פעוטה, מצומצמת, הרי הדיון בה ובמרכיביה האידיאולוגיים, צריך חשבון נפש נוקב ויורד עד התהום, עם יישותנו כעם, מהותנו כלאום, ותפקידנו המדיני-ציוני בהמיאת הארץ הזאת."

והנה, הקשיבו נא להמיית לבו של הד"ר זילברג בדברו על הר-הבית:
"ברור הרבר, ואין שמץ של ספק בכך, כי הרי הר הבית, מבחינת עצם ערכו וחשיבותו הלאומית, הרוחנית, לא גשתנה על ידי החורבן ולא כלום. אדרבא! יחסנו אליו נעשה עוד יותר לבבי, ויחסנו אל הכותל המערבי יוכיח! יחסנו אל הכותל הוא היחס החוק ביותר והאינטימי ביותר, והלא מקורו הוא בכך שהכותל מהווה חלק של חומת הר-הבית המערבית...".
מסקנתו ההיסטורית-הילכתית של הד"ר זילברג לגבי זכות התפילה של היהודים על הר הבית באותו בג"צ ידועה. זוהי מסקנה חיובית המסתכמת במלים:

"העולה מן האמור, כי בכל התקופות התפללו יהודים על הר הבית, ולכן עלינו לומר כי סעיף 1 של החוק (הכוונה לחוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז—1967) מקנה ליהודי גם זכות תפילה על ההר".

אף על פי כן הוא דוחה את העתירה מטעמים של סדר ציבורי והעדר תקנות להפעלת החוק הנ"ל. אך אין הוא מסוגל לסיים את פסק-דינו על

3 בג"צ 56/58, פד"י כ"ג, ע' 492.

4 מחוק בג"צ 222/68, חוגים לאומיים אגודה רשומה ואח' ג' שר המשטרה, פד"י כ"ד (2) 149.

מסקנתו השלילית לגבי העותרים, מבלי לקרוא שוב דרור להמיית-הלב והנפש:

"לא הקלתי דאש בעתירת העותרים, ומעולם לא ולזלתי בה. חשיבותה בשבילנו מרובה, ודווקא משום כך יש לדון בה בדחילו ורחימו: בכבוד ראש, בעיניים פקוחות ובראיית הנולד. נשוא העתירה הוא הר-הבית, מקום המקדש, שכיית החמדה של ירושלים, ועל ירושלים נאמר (ב"מ ל ע"ב): 'לא חרבה ירושלים, אלא על שדנו בה דין תורה!'

"פירושו של דבר, וכך יש להבין, לדעתי, את ההסבר התלמודי שם: ישנם ערכים כל כך נעלים, נעלים על הכל ודוחים את הכל, עד ששיקולי גמישות ופראגמאטיות של הלפנים משורת הדין' או 'לפנים משורת החוק' עדיפים לגביהם מן הקו הנוקשה, הבלתי גמיש של הדין או החוק."

ד"ר זילברג איננו משפטן סתם אשר נתמול לו מזולו לשבת כבוד בערכאתה השיפוטית העליונה של המדינה. הוא חכם-משפטים, תלמיד-חכם מובהק, אך גם הוגה-דעות, חוקר והיסטוריון, סופר ומשורר.

פסקי-הדין שלו מלאים דברי-הגות ופניני-מחשבה, על חוק, מוסר, דת, לאום, ערכים כללי-אנושיים וערכים יהודיים מיוחדים, ולא פחות מכך על בעיות חברה אקטואליות וקונטרוברסאליות שהחברה הישראלית מתלבטת בהן ועוד תתלבט בהן שנים רבות.

קשה לעמוד בפני הפתיון להחזיר את רשות הריבור לד"ר זילברג עצמו, ובלשונו הוא.

הנה מתעוררת בעיה מוזרה במקצת בערעור פלילי 10/49 — מקרה של רצח מתוך הגנה עצמית. הנושא הוא ס' 18 לפקודת החוק הפלילי, 1936 — המכונה "צורך" והפוחת במלים: "מעשהו או אי מעשהו ייסלחו לנאשם", אם יוכל להראות שנתמלאו היסודות של הגנה עצמית.

מהי משמעותה המשפטית בהקשר זה של המלה "ייסלחו"? מה פירושה של ה"סליחה"? האם נעברה עבירה והיא נמחלת — מעין חנינה de lege — או שמא לא נעברה עבירה כלל? ואם לא נעברה — וזאת היא למעשה דעתו של הד"ר זילברג — מדוע נוקט המחוקק במקרה יוצא-דופן זה בלשון הבלתי-שכיחה — של "סליחה"?

וד"ר זילברג עונה:

5 היועץ המשפטי נ' סתניאב, פד"י ב', ע' 448.

"ואולי ישנו עוד טעם להופעת 'הסליחה' בסעיף זה, ואופיו של הטעם מסוג אחר לגמרי. נתבונן נא לנוסח האנגלי (המקורי) של הסעיף, לא כתוב: shall be excused כתוב: may be excused. מה פשר המלה הקטנה may? כלום ניתנה כאן דיסקרציה לבית המשפט, והאם מותר לו, לכשירצה, גם לסרב את הסליחה? ברור שלא! ברור, כי אם נתקיימו כל תנאי הסעיף, בית המשפט מחוייב לסלוח ולפטור את הנאשם. אלא מאי, ולמה נקט המחוקק לשון הססנית שכזאת? על שום שבשאלה זו—מי נדחה מפני מי: העבירה או 'הצורך'—משמשים בעדבוביה חוק ומוסר... הוראת סעיף 18 היא, בסופו של דבר, מתן גושפנקא משפטית או היתר חוקי, להעדרת ענייני עצמו, מעין 'חייך קודמים לחיי חברך'—אמנם רק לגבי חברך הפרוש, חברך המתקיף—ואין המוסר הטהור מזדהה תמיד, ובכל התנאים, עם 'זכות בכורה' זו. אשר נראה, למשל, כ'נזק שקול' בעיני החוק... לא תמיד יראה כן גם בעיני המוסר, כי יש שוני והבדל בין הגישות וקניי-המידה שלהם. בקיצור: שאיפתו של החוק הוא להיות מעשי, מציאותי, מצליח. נושא הוא האדם הבינוני, בעל הטבע הבינוני, בעל המוסר הבינוני; לכן אין החוק אוסר דבר שלא ניתן להיאסר, ואינו גוזר גזירה 'אלא אם כן רוב הציבור יכולים לעמוד בה'; לא כן דרכו של המוסר 'שמחוץ לחוק' הפונה אל המיעוט דווקא—אל בני העלייה והן מועטי'—ואינו תולה את דרישותיו במידת ההצלחה שבהן כלל.

"משום כך, סבור אני, ומתוך שיקולים אלה או מעין אלה. נקט מחבר הסעיף שלנו בלשון הסליחה, ומטעם זה כתב כמסתייג: 'יכול' להיסלח. הוא לא רצה להביע בפה מלא את ההיתר המוחלט, וביקש לגלות כאן טפח מפקפקיו המוסריים. זו היא מעין החוויית קידה של הנורמה החוקית כלפי האידיאה המוסרית, אשר אם כי, למעשה, אינה מחייבת כלום, הרי יש בה מכל מקום, משום הכרה רעיונית, ומחנכת, בעליונותו של המוסר."

איזו אלגנטיות זילברגית טיפוסית: "הנורמה החוקית קדה כלפי האידיאה המוסרית".

ובכן, החוק והמוסר. בעיה עתיקת-יומין ונכבדה מאין כמוה. והרי קטע הדן ביחס שבין החוק וחופש המצפון והדת.

ב"עפ. 112/50 ה' הועמד המערער לדין והורשע על ביגמיה בניגוד לס' 181 של פקודת החוק הפלילי, 1936, כפי שהוא היה בתוקף אותה שעה. אחת

מטענותיו של המערער היתה כי סעיף זה של החוק הוא סעיף של כפייה אנטי-דתית, שכן המערער דנא הוא יהודי קוקזי והרם דרבנו גרשום אינו חל עליו והכרתו הדתית מחייבת אותו למצוות ריבוי נישואין, שהיא הדרך לקיום המצווה הגדולה של "פרו ורבו". על עצם הביגמיה ועל החרם דרבנו גרשום אומר הר"ר זילברג, בסיכומו של מחקר היסטורי כדלקמן:

"קיצורו של דבר, הביגמיה לא היתה מעולם מוסד מושרש או קבוע ומקובל, בחייה של האומה הישראלית. היא 'נסבלה' רק אם ניתן להיאמר כך—זמה שיסד רבנו גרשום מאור הגולה בתחילת המאה האחת-עשרה לא היה אלא גולת הכותרת להתפתחות איטית, עמומה ועמוקה, שפעלה ותססה במרוצת הדורות".

ממילא הוא מבטל את טענת הכפייה הלוז באומרו: "כפייה דתית זו מהבל תמעט", אך חשובים ומאלפים מבחינה כללית יותר הם דבריו על היחס שבין החוק וחופש המצפון ועל התחומים שביניהם.

"אשר לטענה הראשונה: יאמר מיד, כי אין אני גורס כלל את סברתו של פרקליט המדינה, היינו: כי עדובת חופש המצפון אינה מגינה אלא על חירות המחשבה בלבד. דברים שבלב אינם בני עונשין, ואף לא נתונים לסנקציות אחרות, וממילא אין צורך להגן עליהם. מכאן, כי חופש המצפון, אשר המחוקק פרש את חסותו עליו, כולל בהכרח גם פעולות ומעשים, ילידי המצפון, ובלבד שלא יחרגו מתחומי 'רשות היחיד' של עושיהם. משחרגו מתחומים אלה, שוב הם נתונים, כמו כל פעילות אחרת, לעינו הפקוחה של החוק.

"ובכן, כיצד עלול להיפגע כאן חופש המצפון. אין ספק, כי חופש המצפון כולל גם את החופש הדתי. ואולם כדי שאינו הוראת חוק אוסרת תראה כפוגעת בחופש הדת, אין די להוכיח כי הדת אינה אוסרת את המעשה, אלא צריך להוסיף ולהוכיח כי אותה עבירה—מצווה היא בעיני הדת. וכי הדת מצווה ומחייבת את עשיית המעשה ההוא. לא כל המותר על פי הדת, חייב להיות מותר גם מטעם החוק, שכן אין שני התחומים חופפים זה את זה: זו עוסקת בדברים שבין אדם למקום ודברים שבין אדם לחברו, וזה עוסק גם בדברים שבין אדם למדינה".

דברים אלה על התחומים שבין הדת והחוק החילוני מביאים לכלל ביטוי השקפה כוללת, שביסודה הפשרה ההכרחית בחברה פלוראליסטית בין הקבוצות השונות המרכיבות אותה—על מנת שיתאפשר קיום יחדיו ביניהן בתוך מסגרת חברתית ומדינית אחת. הם לא נאמרו בפס"ד זה של יוספון רק בדרך

מקרה, שכן הם מבטאים השקפת עולם שלימה והם משתלבים יפה בדברים אחרים על דת, לאום וחוק הפוורים לרוב בפסקי־דין אחרים של הד"ר זילברג. ורק משום מבוכת העושר קשה ללקטם אחד לאחד. ועוד אשוב לעניין זה בהקשר אחר.

יסוד הפשרה והדו־קיום נוגע לא רק לערכים של חוק ומוסר, או חוק ומצפון, אלא גם לעצם המבנה של המדינה הדימוקראטית והיחסים שבין הממשל והאזרח בתוכה.

בכג"צ של יונה ברמן נ' שר הפנים⁸ כתב השופט זילברג פסק־דין מנחה ומדריך במשפט המינהלי שלנו בכל השאלות הקשורות לעניין התחומים שבין פעולה מינהלית ומעין־שיפוטית של השלטון, החובה לשמור על כללי הצדק הטבעי, היקפה וצורתה של חובה זו, והיקף זכויותיו של האזרח לגביה. אך כדרכו הוא לא פטר את עצמו בבדיקה משפטית־מקצועית של הבעיות הנכבדות הללו, אלא סיים את פסק־הדין בדברים שבהם באה לידי ביטוי השקפת עולמו על טיבו של הממשל הדימוקראטי ושיכולים לשמש פרק קלאסי בתורת האזרחות והמדינה הדימוקראטית המודרנית. ואלה דבריו:

"ולבסוף הערה אחת כללית, לדרכי המשטר. חיים אנו באמצע המאה ה־20. התרחקנו כבת־דרך ארוכה מן המדינה ה'מנצ'סטריאנית', מדינת ה־laissez faire, laissez passer של המאה ה־19. בימינו, גם הממשל הדמוקרטי ידו בכל, והוא פורש את מצודתו על כל פני החיים. אף הוא אינו נרתע, ואינו רשאי להירתע, מפני חדירה לרשות היחיד, אלא שבמשטר דימוקראטי החדירה אינה באה מן החוץ ואינה ניתנת למעלה, כי השלטון גופו־עצמו ובשרו של האזרח הוא, ודר עמו יחד באקלים רוחני אחד. קירבה זו מקהה את חודה של ההתערבות, ומכפרת על רוע הגזירה הפוגעת באינטרסים של הפרט. כי 'נאמנים פצעי אוהב'. לכן, ולשם טיפוחה של הרגשת קירבה זו, חייבת המדינה הדימוקראטית לשקוד על כך, שלא תהא כל מחיצה חיצונית, ביורוקראטית, חוצצת בין השולט והנשלט. למען ידע האזרח וירגיש, כי אם נצטוו להביא קרבן משל, הדי נעשה הדבר לא מתוך 'עמדה של כוח', אלא לאחר שיקול זהיר של 'זה כנגד זה' אשר בענייני הכלל והפרט. זו היא על רגל אחת כל תורת הממשל הדימוקראטי כולה — ואידך זיל גמור; כי הכל קסול ומקופל במכסימה היסודית האמורה".

7 בג"צ 3/58, 9/58, פד"י י"ב 1496.

ובפסק־דין אחר⁸ הוא שב ומלמדנו את תורת הממשל הדימוקראטי מתוך אספקט אחר:

"מדינת ישראל גאוותה על שלטון החוק בקרבה, וחוק פירושו, כל הודאה שבו, קלה כחמורה, ובייחוד שבייחוד, ההוראות הדנות בענייני הסמכות. לכשנתעמק בדבר נראה, כי ההבדל בין משטר טוטאליטארי לבין משטר דימוקראטי הוא לא כל כך בשטח המשפט המטריאלי, אלא בשטח המשפט האדמיניסטרטיבי, המחלק את הסמכויות בין הרשויות השונות. במשטר טוטאליטארי מושך השליט אליו, או לנאמניו, את כל ענפי השלטון. במשטר דימוקראטי הסמכויות חלוקות, ואין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא נימה. אפילו כמלוא נימה, כי הוויתור בפכים קטנים שאדם דש בעקביו, גורר קימעא קימעא אחריו את ריכוז כל הסמכויות ביד אחת או בידים אחדות. והדברים עתיקים".

סימן 46 לדבר המלך במועצתו העשיר, כידוע, את היודיקטורה המאנדא־טורית והישראלית על ידי הכנסת עקרונות המשפט המקובל ודיני היושר האנגליים למשפט המקומי. עם קום המדינה הועלה מדי פעם בפעם הרעיון כי יש לבטל צינור זה של הכנסת חוק זר למסגרת המשפט שלנו, וכי יש להתקין במקומו סעיף דומה שיכניס בצורה דומה למשפט הישראלי את עקרונות המשפט העברי. רעיון זה לא התממש בדרך של חקיקה — אך הוא הוגשם לא במעט — בפעלו השיפוטי של הד"ר זילברג. בתוקף סמכותו האישית, כתלמיד־חכם וכמשפטן הוגה־דעות, הוא שימש באופן טבעי שגרירו המוכר של המשפט העברי בתוך הקונגלומרט של משפטנו המקומי, המורכב יסודות עות'מאניים צרפתיים, אנגליים, מאנדאטוריים וישראליים. בכל הזדמנות שנקרתה לו הוא לא היסס, כיד הלמדנות הטובה עליו, להפליג למרחבי המשפט העברי ולדלות מתוכו עקרונות, שבהם העשיר את המשפט הישראלי והקנה לו צביון של משפט לאומי־מקורי. כשר"ר זילברג מדבר, למשל, על "עדי סתירה"⁹, הוא מיד ממלא מושג זה תוכן עברי מקורי:

"עדי סתירה' — הוא אומר — בין אם אלה הם 'עדי הזמה', הפוגעים בעדי ההגנה גופא ובאים לעדער את מהימנותם, בין אם הם 'עדי הכחשה' הבאים לסתור את תוכן עדותם".

8 בג"צ 188/66, פד"י י"ט 337, תופיק בצול נ' שר הפנים.

9 ע"א 73/49, פד"י ד' 719.

כשהוא מדבר על ההבדל בין "חווה של שרות" ו"חווה לשרותים" — הוא מיד מדגים דבריו על ידי ההבדל בין "פועל שכיר" ו"פועל קבלן". ואפשר להרבות בדוגמאות כאלה כהנה וכהנה.

אך מעניין הרבה יותר לעקוב אחרי ד"ר זילברג, לאו דווקא שעה שהוא שותל מושגים ומוסדות ספציפיים הלוקחים מהמשפט העברי בדקמה של המשפט הישראלי המתחדש, אף כי גם בדבד זה כשלעצמו חשיבותו רבה מאוד, אלא כשהוא עולה על דרך המלך של הכנסת רוח המשפט העברי ועקרונותיו לאחר שהוא מסלק כל מעצור מצד החוק המקומי.

בפסק-הדין של "צ"ם" ג' מזיאר¹⁰ גרונה תביעת נזיקין של גברת, אשר לקתה ברלקת קיבה ממושכת בגלל מזון קלוקל שהוגש לה שעה שנסעה באונייה של חברת "צ"ם". כרטיס הנסיעה שחברת "צ"ם" מכרה לנוסעיה כלל "סעיף פטור" שפטור את החברה מכל אחריות לשלום הנוסעים ואפילו היתה "פשעיה" מצד עובדיה. חוק החוזים האחידים טרם בא לעולם, והשאלה היתה אם ניתן לבטל סעיף זה מכוח הוראת סעיף 64 (1) של חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית בהיותו נוגד את הסדר הציבורי.

רשוב אנו עדים למחקר מקיף ומעמיק שעורך הד"ר זילברג בנושא זה בפסיקה האנגלית השמרנית ובפסיקה האמריקנית המתקדמת, הוא שואל: "איזו היא הדרך שנבחר לנו אנחנו, שופטי ישראל, על פרשת דרכים זו: הגלך אחרי הפסיקה האנגלית הנוקשה האומרת 'קוב החווה את ההר', או דילמא נסגל לנו — לפחות לגבי חבלה הפוגעת בחיי אדם או בריאותו — את ההלכה היותר ליבראלית שנקטה הפסיקה האמריקנית".

התשובה לגבי ד"ר זילברג ברורה מאליה. אך אין די בה. "באמצענו לעצמנו את ההלכה האמריקנית" — אומר הד"ר זילברג — "אין אנו 'מאמצים' לנו ילד זר, אלא מסיקים מסקנות משפטיות מתוך השקפות-יסוד המורששות עמוק-עמוק בתודעה היהודית". והוא ממשיך:

"והיה כי ישאלך השואל מחד לאמור: מניין הלגיטימציה להרכיב את השקפותינו אנו על הלכה שמקורה הוא בתחיקה התורכית? ואמרת לו: את ההלכה, כי אפשר לבטל חווה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו שואבים מסעיף 64(1) של חוק הפרוצדורה האזרחית, העות'מאני, אבל על עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב

מתוך השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר וולתן ל'סדר' ול'תקינות' אין!".

מכאן פתוחה הדרך לד"ר זילברג להוכיח מה כבוד רוחשת היהדות לחיי אדם, כיצד היא רואה בחיים אלה את הערך הנשגב ביותר, והוא מסכם: "והקול הקורא ממעמקי המקורות הנ"ל הוא: אל תעשו סחר-מכר בחיי אדם ואל תקלו ראש בשמירתם, כי החיים ערכם דב מדי, והם אינם שלכם. קדושת החוזים, או קדושת העיקרון של חידות החוזים, כבודה במקומה מונח, אבל מקדושת הרבה יותר הימנה היא קדושת החיים, ולכן — בשינוי נוסח קצת של הפסוק הידוע (ישעיהו נד, יז), כל כלי יוצד עליך לא יצלח, וכל לשון תקום אתך למשפט תרשיע".

ואף זאת אינה אלא דוגמה אחת מני רבות.

המאמץ הבלתי פוסק שעשה ד"ר זילברג להשתלת המשפט העברי בפסיקה המקומית לא היה רק בבחינת שעשוע אינטלקטואלי של למדן, הנגרף אחרי דוב למדנותו. הוא ראה בזה מבצע חינוכי ממדרגה ראשונה, ובסתר לבו קיווה כי יבוא יום ולפעלו זה תהיינה תוצאות מעשיות חשובות. לתקוותו זו הוא נתן ביטוי בפסק-דינו בענין יוסף מאור מזרחי ג' היועץ המשי-פטי לממשלה¹¹, שדן בבעיית האחריות המוחלטת בפלילים. והרי דבריו:

"ההערה הבאה אין לה מטרה אלא אחת, והיא להראות את עמדתו של המשפט העברי כלפי השאלה הנדונה, שאלת האחריות המוחלטת. סבורני כי מדי היתקלנו בשאלות יסוד כגון אלו, עלינו להפנות ראשנו לצדדין, ולבדוק את השאלה מבחינת דיני ישראל. מי יודע, אולי יבוא יום והמחוקק הישראלי יעלה הרצון מלפניו לערוך קודיפיקאציה כתובה ולהשתית אותה על יסוד המשפט הלאומי שלנו, ואזי טוב יהיה אם יימצאו לפניו שורה ארוכה של חוות-דעת, מבחינת המשפט העברי, על שאלות מעשיות הנדונות בבתי המשפט. ייתכן כי טוב 'מראה עיניים' זה מהלך-נפש' של מחקר מופשט במקורות המשפט העברי".

יחסו של ד"ר זילברג אל המשפט העברי — ועל כן גם אל ההלכה ואל דת ישראל — הוא יחס לבבי ואינטימי. מורשת האבות רצופה, לדבריו, ערכים וסמלים דתיים, והיא מהווה אחת מאבני היסוד עליהן בנויה זכותנו לנחול וליישב את הארץ הזאת. הוא מדבר מתוך התרגשות עילאית על נושא זה

11 ע"פ 17/50, פד"י י"ד 1893.

10 ע"א 461/62, פד"י י"ז 1323.

בפסה"ד של שליט: "נוכחותנו הרוחנית בארץ היתה הרבה יותר אינטנסיבית מנוכחותם הפיזית של כל העמים והעממים ששלטו או ישבו בה בתשע עשרה המאות שלאחר החורבן". ואתה מרגיש את כאבו האישי בזעקתו, כי "כל המנתק את הלאומיות היהודית מיסודותיה הדתיים, פוגע בבבתי-עינה של תביעתנו הפוליטית לארץ-ישראל, וניתוק זה כמוהו כמעשה בגד ממשי".

והו האני-מאמין הלאומי-רוחני שלו. לאומיות היונקת את קיומה וחיוניותה מן השורשים ההיסטוריים-דתיים של קיום העם במשך כל הדורות. ועל כן גם גישתו לכל בעיה משפטית בעלת משמעות לאומית או משמעות דתית-הלכתית היא רחבה, לא פורמאליסטית, מהותית ונוקבת.

את גס התקומה המדינית של עם ישראל בארצו הוא חש בכל רמ"ח אבריו ושס"ה גידיו, ותחושה זו לא הוקתה עם עבור הזמן. באחד מפסקי הדין האחרונים שלו — אם לא באחרון שבהם, הריהו פסק-הדין על הרה"בית — הוא עוסק מחדש באינטרפרטציה של ס' 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, לגבי המלים: "... בשינויים הנובעים מהקמת המדינה ורשויותיה". בבג"צ 5/48, כידוע, ניתן למלים אלה פירוש מצמצם ביותר, ופירוש זה היה מקובל כמחייב. כעשרים ושתיים שנה לאחר מכן קורא ד"ר זילברג תיגר על פירוש זה והוא חי מחדש את הבעיה המשפטית הגדולה של התאמת החוק המאנדאטורי להקמת המדינה ורשויותיה כאילו רק אתמול קרה הדבר.

"עם כל הכבוד הרב לשופטים המלומדים — הוא אומר — לא שוכנעתי בנוכחות האינטרפרטציה הפורמאלית שניתנה שם למלים ההן. חושבני שיהא משום 'קאפיטיס דימינוציו' ('כריתת ראש', פחיתות ערך) של המאורע ההיסטורי הכביר של יצירת מדינה יהודית בארץ ישראל, אם נאמר, כי השינוי המשפטי הנובע בשבילנו לאחר אלפיים שנות גלות, מתוך הקמת מדינתנו העצמאית, הוא, למשל, אותו שינוי גבולות בשנת 1948, אשר בגללו יש להשמיט גשר אלגנטי מתוך רשימת מקומות הכניסה 'ה'חוקיים' לארץ שנתפרסמה בשנת 1943. אודה ולא אבוש, כי אינני מסוגל לתפוס את הרעיון הזה. לבי לבי עם אותם המאכסימאליסטים החוזים בעצמאותנו הלאומית: גאולה נכספת, בית שלישי, חידוש חיי האומה. ואם זוהי מהות העצמאות, הלא אפשר, בפרינציפ, לבדוק את הדופק של כל חוק מאנדאטורי ולראות אם הוא הולם את הרוח המפעפת בחוקי מדינתנו, העצמאית, החפשית".

בדומה לכך, אין הוא גם גורס הלכה קופאת על שמריה. בהיותו חרשן

ורפורמאטור בתחומי המשפט הישראלי כולו — ולא אוכל לעמוד כאן על מיכלול ההלכות שתקן, חידש או העמיד על מכונן — הריהו ערוך באופן נפשי לקראת רפורמה הלכתית אשר תתאים את ההלכה לצורכי העם. בשנת 1960 בפסק-דינו בענין הרב סולימאן ח' עבודי נ' שר הדתות¹², הוא מביע את אמונתו, כי "הרבנות הראשית לישראל תוכל — אם תזכה היא ויזכה הדור — לשמש גורם חינוכי רב-ערך לליכודם וחידושם של חיי האומה". וכשבע שנים לאחר מכן, בפסק-דינו בעניינו של אותו סרבן-גט אומלל, יחיא אברהם¹³, הוא מקדיש את רוב דבריו לבעיה של התרת עגונות בישראל ומוכיח באמצעות מחקר הלכתי מקיף, כי אפשר להשיג את הדבר. הוא פונה בקריאה נרגשת לרבנים לטכס ולמצוא דרך הלכתית להתרת כבלי עיגון האשה, כאשר הנסיבות מחייבות זאת.

קריאתו זו נתקבלה בקרירות מצד כב' הרבנים הראשיים, אך השקפתו ואמונתו בהלכה המתחדשת לא השתנתה. שנתיים לאחר מכן הוא חוזר אל נושא חידוש ההלכה בפסק-הדין של שליט בהביעו אמונה, כי —

"אם יפתחו שערי היציאה מארצות הקומוניזם, יימצאו חכמים שישתמשו במלוא סמכותם ויקלו הלכתית על קליטתו, בעם ובארץ, של השבט הרוסי הנידח".

"עבותות ההלכה — הוא אומר — מאז ומתמיד איגדו את העם, אך לא חנקו אותו. השבת היא, כידוע, אחד הערכים המקודשים ביותר של היהדות. היא שקולה כנגד כל המצוות. ואף עליה נאמר: 'ושמרתם את השבת, לכם שבת מסורה, ואי אתם מסורים לשבת'. משמעותו העמוקה מגי תהום של מאמר נפלא זה היא, כי ההלכה היא משרתו של העם ולא אדוניו. מי יגלה עפר מעיניך, רבינו הרב קוק, כי רק אתה וההולכים בדרכיך מסוגלים היו, והינם, להורות לדור זה את התורה החסרה לו, את תורת 'הלכות המדינה'".

וטוב כי דברים אלה — שיצאו מפיו של ד"ר זילברג, נאמנו בית ההלכה — יהדהדו בעולמנו עד כי יניבו את פריים.

היום הזה, עם פרישתו מתפקידו הרם, יכול ד"ר זילברג להסתכל על המורשת המשפטית והרוחנית העשירה שהשאיר למדינה, לעם ולציבור המשפטנים בתוכו, ובלב שליו בוטח לומר: "עשיתי את המלאכה, מילאתי

12 ד"נ 21/60, פד"י י"ד, ע' 2078.

13 ע"א 164/67, 220/67, פד"י כ"ב, ע' 29.

את תפקירי באמונה", ורשאי הוא, ללא שמץ של גאווה, לסיים פרק זה בחייו, בדבריו של המשורר הקדום:

"Exegi monumentum, aere perennius"

ואילו אנו — אף זאת בלי שמץ של יהדות — נאמר עליו את אשר אמר משוררנו הלאומי חיים נחמן ביאליק על הסבא של הספרות העברית החדשה מנדלי מוכר ספרים:

"כל מה ששאב במלוא חפניו מגנזי-רוחו היוצר של העם, השיב אחר-כך טיפה טיפה, ומזוקק שבעתיים, לתוך גנזי-רוחו של אותו העם עצמו".

"הפרקליט", כרך כ"ז, עמ' 119—129 (תשל"א/1971)

משה לנדוי

משימתו ההיסטורית

התייתמנו והלב כבד מאוד עלינו, כאשר אנו מלווים את חברנו הטוב והיקר משה זילברג בדרכו האחרונה כאן בהרי ירושלים — ירושלים זו שאליה היה קשור באלפי נימים של מסורת יהודית, ושהוא זוכה עתה להיות טמון באדמתה. גדול הכאב על הסתלקותו, כאבם של בני המשפחה ושל כל אלה שהכירוהו בחייו ובפעלו, וביניהם אלה, שבשמם אני עומד במקום זה, חבריו השופטים שעמלו יחד עמו בהתחדשות המשפט במדינת היהודים הקמה לתחייה. עצומה היתה תרומתו להחדשות זו, תרומה שרק איש סגולה כמוהו היה מסוגל להרים.

הוא זכה לכהן בבית-המשפט העליון כמעט מראשית הקמתו, ובמשך שנות כהונתו הארוכות, עד לפרישתו לפני כחמש שנים הטביע חותם אישי, המיוחד רק לו, על פסיקת בית-המשפט העליון באותן שנות בראשית גודליות שבהן עוצבה ויוצבה דמותו של בית-המשפט העליון וניתן הכיוון הראשוני לדרכי פסיקתו. הוא הביא למלאכת קודש זו מזיגה מופלאה של תורה, של חריפות המוח ושל חמימות הלב.

את תורתו קנה בישיבות המפורסמות של ליטא, שבהן הלך שמו לפניו כעילוי. שליטתו במקורות ההלכה היתה מוחלטת ומעוררת התפעלות — בור סוד שאינו מאבד טיפה. הוא למד תורה לפי שיטת המוסר המיוחדת שהנהיגו מוריו הדגולים — אותה שיטה, שלא נלאה מלשבחה, אשר הרגישה את התוכן המוסרי של הדין, ודרשה מן המחזיקים בה טוהר המידות האישיות גם בהתנהגותם בחיי יום-יום. זה היה יסוד היסודות של אישיותו ושל משנתו, ועל גבי היסוד הזה נוסף נדבך של השכלה חילונית אקדמית רחבת-אופקים ורבת-אנפין.

בזכות כל אלה ניגש אל משימתו ההיסטורית בבואו אל בית-המשפט העליון: לערות את היין הישן של מסורת משפטית עשירה אל תוך הכלי החדש של פסיקה ממלכתית, החייבת לענות על צרכים חדשים של עם אשר יצא מבין חומות הגטו ותחום המושב אל אוויר העולם החופשי. כך לא היה כמוהו שהעשיר את המחשבה המשפטית שלנו בפסקי-הדין המנחים שלו, שבהם דלה פנינים מים התלמוד והפוסקים, במאמץ כביד לקרב את הדחוקים

ולגלות להם את האוצר הבלום הטמון בספרות המשפטית שלנו ואת תוכנו המוסרי של הדין העברי, השולט בכל. פסקי-דין אלה הם יצירות מופת שערכן יעמוד לעד, וגם הדורות הבאים ישננו אותם וילמדו מהם תורה ומשפט.

אך לא רק בשדה המשפט העברי היה כוחו רב. בזכות השכלתו האוניברסאלית חדר גם אל תוך תוכן של שיטות משפט אחרות, ומשום שבא אליהן מבחוץ דווקא, קלע אל מהותן הפנימית ורבים מפסקיו הפכו למחקרים השוואתיים שרעננות מחשבתית מקורית נושבת מהם. ועל הכל משוך חוט החץ של הסגנון הזילברגי המיוחד, שעשה את כתיבתו למלאכת מחשבת ספרותית, בניסוח ממצה ואלגנטי כאחד, שחצב מן הסלע של לשוננו העברית, תוך שיבוץ הדברים במטבעות לשון מבדיקות, בחינת מועט המחזיק את המרובה. אנו הקרובים אליו יודעים שקלות ביטוי זאת לא בקלות הושגה, אלא הוא טרח ועמל דבות עד שהשיגה, ותמיד היה אומר שכדאי המאמץ, כדי לקרב את הכתוב אל לבו ואל שכלו של הקורא.

עוד ידובר וייכתב רבות על כל אלה וגם על פעולתו הברוכה של משה זילברג כסופר וכמורה. הוא העמיד דור שלם של חוקרים ומלומדים צעירים במשפט העברי, מעין אסכולה ירושלמית שרוחו מרחפת עליה. זו שמה לה למטרה לכנס את נכסי התרבות המשפטית העברית ולהגשים את משאת הנפש שטרם הושגה כראוי, והיא היתה תמיד לנגד עיני המנוח: להמשיך את השרשרת שצריכה לחבר את המורשה המשפטית הלאומית שלנו הלכה למעשה אל ההווי של מדינה מודרנית ודינאמית. לתפקיד זה הקדיש המנוח היקר הרבה מחשבה ואת שארית כוחו גם בשנים שנותרו לו אחרי פרישתו מבית-המשפט, בכתיבת סידרה של מאמרים, שבהם ביקש להצביע על דרכים שבהן ניתן לרכך, מתוך שימוש נכון בהלכה עצמה, חומרות הקיימות בכמה סוגיות מטרידות. זאת עשה מתוך דאגה מתמדת לאחדות העם למחנותיו השונים ומתוך חששות כבדים למראה תופעות של התפרקות מערכי מוסד יסודיים שחנה מסביבו. חבל שקדיאותיו אלה לחידוש ההלכה לא מצאו עד כה אוזן קשבת. בהן יש לראות את עיקר צוואתו הרוחנית, והלואי שמשאלות לבו אלה יתקיימו לפחות אחרי מותו.

ומלה על משה זילברג החבר הטוב, בעל השיחה המלבבת, "זילברג שבעל פה", אשר ירע לשמח את לב שומעיו בדברי חידוד ובדיחות הדעת, בעל הנפש הרגישה והעדינה, שביקש ידידות והעניק לידידיו הרבה הרבה למעלה מאשר הם יכלו להשיב לו.

יסורים רבים היו מנת חלקו בחודשים האחרונים לחייו. יסורי הגוף והנפש,

עד שבא המוות וגאלו. רעייתו, שידעה שנות אושר בחברתו, סעדה אותו בדרך יסורים זאת בנאמנות ובמסירות שאין למעלה מהן. לה, לבנו איתן, לבתו אסנת ולבני המשפחה כולה אנו אומרים דברי נחמה פורתא, שהם ישאו יחד עמנו את זכרו היקר, כאחד מגדולי הדור במשפט, ששיעור קומתו עוד יגדל עם חלוף השנים—מאלה שהגודל בחר בהם כמניחי יסודות המשפט למען חידוש עצמאותו של עם ישראל בארצו.

דברים בלוויה, ט' אלול תשל"ה

משה זילברג — ביאליק של המשפט העברי

משבאים להתייחד עם זכרו של ד' משה זילברג, עולה בפנינו דמות מדוכת אנפין בשודשיה הרוחניים ובעולמה האינטלקטואלי, אישיות ששורשיה ביהדות ליטא וישיבותיה שבתחילתה של המאה הזאת, גזעה במרכזי חכמה ודעת שבאשכנז בשנות העשרים, גידולה בהוראת יהדות ועשיית משפט ביישוב בארץ ישראל בשנות השלושים והארבעים, ונופה וגדולתה בתוככי ירושלים על כס שופט בית המשפט העליון במדינה העברית הריבונית ובקתדרא שבבית האולפנא הירושלמית להוראת המשפט.

תחנות רבות עבר זילברג בעולם הלימוד וההגות, בשדה העשייה והיצירה, באורח חיים ובהליכות עולם, ורבדים רוחניים ותרבותיים מקופלים באישיותו. אך דומה עלי, שבבואנו למצות ולתמצת — בלשונו של זילברג "בקצירת האומר" — נימצא מתמקדים בראשיתה של דרכו, שממנה יתד וממנה פינה לדרכו בשיחה, בכתיבה, ביצירה ובפסיקה: העילוי משקדוויל שבפלך קובנה אשר בליטא היה לאחד מגדולי ובחירי ההוגים והבונים בהיכל משפטה של ירושלים, אשר במדינת ישראל. ואם אמנם ידעתי שמפני קוצר המשיג לא אעלה בשלימות הראויה דרכה ועיצובה של אישיות עשירה ומבורכת זו, הרי כבר הורונו התיירו לנו חכמינו: לא עליך המלאכה לגמור ולא אתה בן חורין ליבטל ממנה.

*

יסוד עולמו ושורש חינוכו של משה זילברג היא ליטא היהודית או, ליתר דיוק, ישיבותיה הגדולות של יהדות מפוארת זו. יניקה זו כבר באה לו מבית הורתו. אביו, ר' הילל, תלמיד חכם, סוחר ועוסק בצרכי ציבור, חניך ישיבות סלובודקה וקלם ותלמידו של ר' שמחה זיסל זיו, הסבא מקלם, שהיה מתלמידיו המובהקים של ר' ישראל סלנטר (ליפקין), מחוללה של תנועת המוסר שבישיבות ליטא. אמו — אסנה בת הרב משה יפה, רבה של שקדוויל, ומצאצאי ד' מרדכי יפה, בעל הלבושים, ור' יום טוב ליפקין העליר, בעל תוספות יום טוב. והנעד, ולאחר מכן הצעיר העילוי משה זילברג, הסתופף מגיל רך ועד שנתו העשרים באחרות מישיבותיה הגדולות של ליטא. נדידה

זו משיבה לישיבה מקובלת היתה באותם ימים, שכן חשקה נפשם של הצעירים בעלי המוח והנפש לרוות את צימאונם האינטלקטואלי מתורתם והגיגי רוחם של גדולי תורה ומוסד שונים ומגוונים. ובאותה עת — ימי מלחמת העולם הראשונה — התחזקה תנועת נדידה זו גם בעטיים של כיבוש ארצות והתקדמות צבאותיה של מדינה זו או אחרת. וכך למד זילברג בישיבת קלם — או כפי שנתכנתה התלמוד תורה של קלם, בישיבת מיר אצל ר' אליהו ברוך קמאי, בישיבת סלובודקה, בגלותה במינסק ובביתה, אצל ר' משה מרדכי אפשטיין ור' נתן צבי פינקל, הלוא הוא "הסבא" מסלובודקה, ובישיבת גובהרדוק, אצל ר' יוסף (יוזיל) הורביץ, ה"סבא" מגובהרדוק.

בידוע, אופן לימוד התורה ודרך ההתעמקות בהוויות אביו ורבא בישיבות ובבתי המדרש הגדולים, בפזורות ישראל ובתקופות דברי ימיו, שונים היו אלה מאלה, ולכל דרך לימוד מעלותיה וסייגיה, שבחיה ונימות ביקורת שעליה. ואחד המרכזים הגדולים בדורות האחרונים הלוא הן ישיבותיה של ליטא. מהי דרך לימודן של ישיבות ליטא ומהו כור ההיתוך האינטלקטואלי שבו עבר הצעיר שהסתופף בהיכלות תורה אלה? היה בהן משום חידוש ומשום שוני מן הדרך המקובלת במרכזי תורה אחרים שבפולין, הונגריה ומקומות אחרים שבתפוצה היהודית, והן המשיכו, בשינוי מסוים ובתוספת — בדרך שנקוטה היתה בישיבת ואלוז'ין, אותו היכל תורה מפואר שהתקיים במשך רובה של המאה התשע עשרה, ושהיתה אם ישיבות ליטא, שנוסדו במחציתה השניה של המאה שעברה. זוהי פרשה גדולה בהיסטוריה של החינוך היהודי, ומצריכה היא עיון והעמקה מרובים, וארמוז לה במשפטים אחדים בלבד.

בנוסח שבישיבות ליטא באותם ימים אין אדם נכנס — וברוב הנכנסים הכתוב מדבר — כדי לסיים תוכנית לימודים מסויימת, ואף אין הוא נושא את נפשו — כבשירתו של המתמיד — לכהונה רבנית מפוארת או בדומה לכך. בא הוא, בראש ובראשונה, ללימוד כחוויה אינטלקטואלית, לעמול בעמלה ובעולמה של תורה. זאת ועוד; לא המסקנה וההכרעה בנושא המסוים עומדת לנגד עיניו של הלומד, אלא הירידה לעומקה של הסוגיה, ההבחנה הדקה בין הרעות והגישות השונות, שלכאורה נראות דומות וסותרות, או אם להשתמש במונחים המתהלכים בישיבה, הלומד עמל לעמוד על "גדר" העניין, ועל ה"הבחנה" בין "שני דינים", ורק אז הוא מגיע ל"קלאַרקייט", לבהירותה של הסוגיה. המאמץ האינטלקטואלי היה בקביעת מושגים הלכתיים וניתוח יסודותיהם, בהתעמקות בהגיונם הפנימי של הדברים יותר מאשר בהיקפם, כשהמגמה היא העדפת האגליוזה על הסינתזה, העמקות והחריפות תוך זלזול בבקיאות. "ער דעדהערט

די סברא" "ער דערזעהט דעם עניין" — מושגים-מונחים שקשה מאד להריקם מכלי לכלי ושתרגומם התופשי הוא — להאזין בקשב רב לסברא ולחרור בעין חדה לנושא — אלה היו הביטויים השגורים בכל משא ומתן לימודי שבין שני בני החברות ובתוך כל ועד וחבורה, ואף שם מיוחד, אופייני וקולע, נתיחד לדרך זו, שיסודה בתורתו ובררך לימודו של ר' חיים סולובייצ'יק, המכונה ר' חיים מבריסק, הלוא הוא דרך "ההבנה", היינו להתבונן ביסודם של דברים, ומתוך כך לבנות את הסוגיה ולהיבנות עמה.

אמנם לעתים הביאו ההבחנות והאנאליזה המפורות לידי דקויות יתרות, שנטלו כל בסיס של הגיון מן הדבר, ובדורות אחרוני האחרונים יש שהשימוש בגדרים ובשני הדינים הופך למשחק שכלי, שאין מאחוריו יסוד מוצק. וכן מונים המבקרים חוסר שימת לב מספקת להיקפם של דברים ולבקיאותם של הלומדים; אך אין בכל אלה כדי לפגום בכושר האנאליטי ובכשרון הלוגי הגדולים והמוצקים שביסודה של דרך חשיבה ולימוד זו. ודומה שזו אף הסיבה המכרעת שבתוכנית הלימודים שבישיבה נלמדו בעיקר שש-שבע מסכתות מתוך סדר נשים ונויקין, היינו ענייני המשפט שבעולם ההלכה, שהרי סוגיות המשפט ערוכות מעצם טיבן ומהותן לדרך עיון זו של חשיבה לוגית וניתוח אנאליטי. וצדקה עשה הקדוש ברוך הוא עם עולמו של המשפט העברי, שעם ביטולה של האוטונומיה העברית והשיפוט העברי בסופה של המאה השמונה עשרה ודלדולם של חיי המעשה של המשפט העברי בארצות אירופה (ולא כך היה כידוע בארצות המזרח, שם המשיכה האוטונומיה השיפוטית העברית להתקיים עוד זמן ניכר), באה הצלה פורתא בצורת פיתוחה והתפתחותה של חשיבה משפטית עברית אנאליטית, אם כי תיאורטית בלבד, שחלק חשוב מסדנתה הוא בישיבות הגדולות של ואלוז'ין שבבילורוסיה ובנותיה שבליטא.

בעולמה של היהדות התלווה ללימודה של הלכה, החינוך לדרך ההליכה בה, ואף כאן שונים הם דרכי חינוך אלה מתקופה לתקופה ומפורה לפורה, אם בדרך העיון הפילוסופי, החוויה שבחסידות וכיוצא באלה. ואף בכך נתברכו ישיבות ליטא בדרך מיוחדת בלימוד הליכות היהדות, הלוא הוא לימוד המוסר. לימוד אמרנו, שהרי כך נתחדש בעולמה של תנועת המוסר, שנתקבלה — אם כי בהדרגה ולא בבת אחת — ברוב ישיבותיה של ליטא: מוסר לומדים (מען לערנט מוסר), פשוטו כמשמעו; ממש באותם דרכים ואמצעים שלומדים סוגיה בתורת ההלכה, כך לומדים סוגיה בתורת האדם. המוסר חכמה היא, ולימוד היא צריכה, והלימוד — בהלכה כבמוסר — אינו שלם בעולם הישיבה

אלא אם מתלווים לחשיבה השכלית הקרה, התעוררות הרגש, התפעלות הכוחות הנפשיים, וכך תודרים הדברים עמוק עמוק לחיבוני הנפש של הלומד. ספרות המוסר בעולמה של היהדות היא קדומה. היא לא נתחדשה עם ר' ישדאל סלנטר, מחוללה של תנועת המוסר. ספדי היסוד בלימוד המוסר בישיבות היו ספדי המוסר הקלאסיים, כגון: "חובות הלבבות" לדבנו בחיי אבן פקודה, בן המאה האחת עשרה בספרד, "שערי תשובה" לר' יונה גירונדי, מגירונה שבספרד במאה השלוש עשרה, ו"מסילת ישרים" לר' משה חיים לוצאטו, בן מחציתה הראשונה של המאה השמונה עשרה באיטליה. ומהו אותו "לימוד" של מוסר שבעולמן של ישיבות ליטא? כדי שיגיע אדם לידאת שמים אמיתית, חייב הוא ללמוד יראת שמים מהי, ולא לקיים את המצוות מתוך שיגרה. מתוך "מצוות אנשים מלומדה". וכדי שיגיע האדם לעידון הנפש ולתיקון המידות, חייב הוא ללמוד ולהכיר את עצמו, את נפתולי נפשו ומאוייה, את דצונותיו הגלויים והכמוסים, ועל כולנה — חייב הוא ללמוד ולדעת את מדריגת האדם (כך נקרא ספרו של הסבא מנובהרדוק), את גדולתו ודום ערכו. שהרי חביב אדם שנברא בצלם, הוא נזר הבריאה, יציר כפיו של הקדוש ברוך הוא ושותף לקדוש ברוך הוא במעשה בראשית; וזהו שיעור קומתו של כל אדם ואדם, ו"לפיכך נברא אדם יחידי, משום שכל אחד ואחד חייב לומר — בשבילי נברא העולם" (בבלי סנהדרין לו, א). ומתוך הכרה זו בשיעור קומתו של האדם — יתדל האדם מן החטא, משום שלא נאה לו לאדם לחטוא, שהרי בכך הוא מחלל את מעמדו וגדולתו בעולמו של הקדוש ברוך הוא. ויחס זה למעמדו ולתפקידו של האדם — שהיה אחד מאבני היסוד בתורת המוסר, ובמיוחד הסלובודקאית — חייב זהירות ונדיזות מיוחדים ביחסים שבין אדם לחבירו, שהרי כל פגיעה בזולת פגיעה היא כביכול בקדוש ברוך הוא עצמו, שהאדם נברא בצלמו. הומאניזם זה הוא יסוד מוסר בתנועת המוסר, ובסוגיה זו של יחסי התנהגות, מידות ודרך ארץ בין אדם לחבירו שקלו וטרו תלמידי הישיבה, משגיחיה וראשיה, מתוך אותה התלהבות והתעוררות ששקלו וטרו בסוגיה שביחסים המשפטיים שבין אדם לחבירו. אמנם יש שמתוך הפרזה בדרך העיון בעניין פלוני או אלמוני היה העניין לתלוש מחיי המציאות, ויש שמתוך התעוררות והתרגשות עזים, נמצאו שפנו לדרכים תמהוניות בתוך פלג זה או אחד בתנועה זו, אך לא היה באלה כדי לפגום בדעיון המרכזי והמוצק אותו טיפחה ושיננה תנועת המוסר לבניה-תלמידיה: דע את עצמך, ומתוך כך — דע את זולתך, ומתוך אלה — דע את אלהיך.

חוויה שכלית, נפשית ורגשית גדולה זו טובעת את רישומיה עמוק עמוק בחיבורי הרוח והנפש של כל אחד מתלמידיה, ובמיוחד בליבם ובנפשם של המיוחדים בבעלי המוח והלב. אצל משה זילברג עברו תכונות וערכי יסוד אלה את ביקורת התבונה הטהורה, ואולי גם הקרה, בעת לימודיו הפילוסופיים באוניברסיטת מרבורג, ואת דרכי ההגיון והניתוח — שיש בהם דמיון אך גם שוני — בעת לימודיו המשפטיים בבית האולפנא שבפראנקפורט. היה בכך משום לימוד, ידע והרחבת אופקים, משום התרגלות לחשיבה סיסטמאטית, ומשום הוספת תחומי התעניינות נוספים בעולמו הרוחני העשיר — ותמיד גילה זילברג חיבה יתירה לשיחה, לדיון ואף לכתיבה בבעיות פילוסופיות של יקום ואנושות ובהישובים מאתימאטיים ככל שרק נזדמן לו; אך יסוד ותשתית עולמו היו ונשארו עולם השכל ותורת המוסר שספג בהיכלי התורה שבליטא, ואלה היו יסוד מוסר ליצירתו.

*

תקופת יצירתו הגדולה של זילברג היא בשנות החמישים והשישים, והיא מתפרסת על פני שני מישורים: כתיבה תיאורטית אקאדמית ופסיקה להלכה ולמעשה. כמובן שישנם הבדלים חשובים המשפיעים על שני מישורים אלה: בין החופש שממנו נהנה המתבר במרחבי החומר העיוני שלפניו לבין הסייג היסודי המוטל על השופט הכפוף למרות הדין שלפיו הוא דן; בין המחבר התווה על הרצוי לבין השופט הדין כמצוי. כמו כן, עיקר כתיבתו העיונית של זילברג היא בתחום המשפט העברי ודיני המעמד האישי, שעה שפסיקתו המעשית משתרעת על רוב ענפי המשפט השונים. אך דומה, שביסודו של דבר, דרכיו בשני המישורים יש בהם הרבה מן המשותף. בספריו ובמאמריו אין זילברג נוקט בדרכי המחקר המקובלים בעולמם של מדעי היהדות. אין עניינו בבדיקה טכסטולוגית של החומר שהוא דן בו, אין הוא נוקט בשיטה ביקורתית-היסטורית בדיוני נושאים השונים, אין הוא מעמידנו במיוחד על התפתחותו של הנושא בתקופותיו ההיסטוריות השונות, ואין הוא רואה מחובתו להקיף את כל החומר שבאותו נושא שהוא דן בו. וכך כתב זילברג בהקדמתו לספרו "כך דרכו של תלמוד", שאין הוא בא לתאר ולמצות את הדיון בנושא זה או אחר, אלא מטרתו "לקרב דעתו של אדם בן זמננו אל דרכי החשיבה וההגיון של חכמי התלמוד, לקרוע חלון אל העולם הרחוק, המופלא, של הדיאלקטיקה התלמודית... על ידי ניתוח ענייני ביקורתי — בטרימנולוגיה מודרנית — של דרכי ההגיון וצורות הבעה שלו". משימה גדולה זו הוא ממלא על ידי עיון

במספר נושאים מרכזיים בעולמו של המשפט העברי: מנתח הוא בשכלו החד והצלול את הגרעין ההגיוני-משפטי שבכל קטע וקטע, ממשיך לשזור ולטוות חוליה ראשונה זו בשרשרת של חוליות נוספות שבמקורות נוספים, ולפניך בניין רב ממדים המתנשא אל על, ועדיין יש מקום להשלים בו נדבכים נוספים. וכל שורה ושורה, כל קטע וקטע, כל רעיון ורעיון מנוסחים בסגנון זילברגי מפואר, החצוב מן השיטין של מקורות הספרות העברית לדרותיה (ובכך עור ידובר להלן). ביסודו של דבר, דרך בנייה והבנה זו מעוגנת בעיקרה בדרך הבנייה של הסוגיה ההלכתית, בדרך ההבנה של ר' חיים מבריסק; האנאליזה, החדירה להבחנה בין מושגים דומים ושונים, ומציאת הגרעין הלוגי, "גררו" של דבר. וזילברג שיבח את הסוגיות שהוא בנה על ידי הבעה ברורה וקולעת, על ידי הגדרות מוצקות ועל ידי בנייה שיטתית ומסודרת.

*

דומה עלי שיצירתו הגדולה והמיוחדת של זילברג היא במישור עיסוקו האחר, והוא בעצם הראשון במעלה ובזמן, בפסיקתו בבית המשפט העליון. זוהי יצירה עצומה, המשתרעת על תקופה של כעשרים שנה, ובה הושקע כשרון ברוך אל, סגנון אמנותי ומיוחד במינו, וכל זה — תוך מאמצים גדולים ובלתי נלאים. ומתכוון אני קודם כל לפסיקתו העניפה של זילברג בכל תחומי המשפט — שהרי פסיקתו משתרעת על חלק נכבד מענייני המשפט האזרחי, הפלילי והמינהלי-ציבורי — ולא רווקא בענייני המשפט העברי. דומה שכל פסק דין של זילברג, גם אם אינו קשור בענייני המשפט העברי כל עיקר, הוא פסק דין של זילברג הלמדן הליטאי, על כל הסממנים הכרוכים בדרך חשיבה זו. מבחינה זו חושבני שניתן לומר שזילברג העשיר את פסיקת בית המשפט העליון לא רק בחומר מטריאלי וסובסטנטיבי של המשפט העברי באותם עניינים שבהם הוא מסתמך על המשפט העברי או דן בו, אלא גם בדרך חשיבה עיונית המעוגנת במצבור האינטלקטואלי הגדול של ליטא הלמדנית. ויש שלעתים, כאשר אתה קורא — לעיוןך ולהנאתך — פסק דין מפסקי דיניו של זילברג, ואתה מדמיין מעין שעשוע של חילופי שמות ותארים, ובמקום הלורדים מנספילד או אטקין אתה קורא בעל 'קצות החושן' או ר' עקיבא איגר, נדמה לך שאתה מצוי כאילו בעיצומו של שיעור בהבנה, בנוי לתפארת וערב לאוזן. וזכרני אותה חוויה שעברתי כאשר הופיע פסק דינו של זילברג בתחילת שנות החמישים בפרשת מיטובה (המר' 89/51, מיטובה נ' קום, פד"י,

כרך ו', עמ' 4), בענין ביאור הכלול במושגים ראוי ומוחזק בחוק המדינה. בפסק דין עקרוני זה בתורת הפרשנות שקבע בית המשפט העליון, מצא זילברג השוואה מעניינת בין נימוקיו של לורד פריי כי מניה היא chose in action במשפט האנגלי ולבין סברתו של ר' יחזקאל לנדא, בעל 'נודע ביהודה', כי אובליגאציה היא בבחינת "ראוי" במשפט העברי. ולא נתקרה דעתו מגילוי מענין זה עד שהוא מסיים ואומר: "הדמיון בין הפסק האנגלי והתשובה הרבנית הוא מפתיע, ואילמלא המרחק הרב, בחומר וברוח, בין עולמו של ר' יחזקאל לנדא ועולמו של השופט פריי, השיאני לבי לומר, כי השופט פריי דאה לפניו את דברי הנודע ביהודה" (שם, בעמ' 9). ולי, שהייתי אז עול ימים בעולם המשפט ובמשיכה בעול חיי המעשה של המשפט, לא היה איכפת כל כך אם הלורד פריי אמנם ראה את הנודע ביהודה, אבל היה איכפת לי מאד שלפתע הרגשתי שוב בבית, בעולמו של הנודע ביהודה, כשהתנא דמסייע הוא הלורד פריי. ולא לענין דרך החשיבה העיונית בלבד; בשורה ארוכה של פסקי דין שבהם עומדות לדיון זכויותיו של היחיד הבודד, החלוש, במריבו עם מוסד ממוסדות השלטון או עם רעהו-חברו, אתה שומע משיטי פסקי דינו של זילברג ומבין שיטיהן הדי תגובות שהמה בת קול ללימוד תורת האדם שאותה קלט, ובה הגה.

*

תרומתו של זילברג למשפט הישראלי החדש והמתחדש על ידי העשרתו במשפט עברי סובסטנטיבי היא פרשה גדולה ומופלאה, הראויה לעיון בפני עצמה, ועתה אומר בעניינה דברים אחדים בלבד, ועוד צריך לחזור ולדון בכך, לפי המתחייב מכבודו של זילברג וכבודו של העניין. באמנות גדולה ובלמדנות מעמיקה עלה בידי זילברג לשזור ולטוות בעשרות עשרות פסקי דין, ברובם גדולים וקובעים, גופי הלכות ועקרונות מעולמו של המשפט העברי; והדברים עשויים בטוב טעם ודעת, מעשה מלאכת מחשבת, משור לשון הזהב של זילברג. יש שהמדובר הוא בדיון מפורט בנושא הלכתי מקיף, ויש רק בוריקת רעיון מסוים שלומד הוא אותו מתוך הלכה מסויימת, בהברקה זילברגית טיפוסית. ויש שהוא דולה פנינים מפסוקים במקרא, מעולם האגדה ודברי הגות עבריים, ומשצם כפנינים קטנים זוהרים במקומות איסטרטגיים שונים בפסק דינו. כיצד עשה במלאכת מחשבת זו? זילברג, כגדולתו בתורת המשפט, הכללית והעברית, כך גם זהירותו, דייקנותו ונאמנותו. אין הוא בא לכפות דין מדיני המשפט העברי בתוך מערכת המשפט לא רק כאשר הדבר

נוגד את האמור בחוק אלא גם כאשר אין להגית, בדרך סבירה, שהמחוקק התכוון לכך, וזאת גם כאשר נראה לו שהפתרון העברי עדיף על החוק הקיים. על כך הוא חוזר בכמה וכמה פסקי דין. וכך הוא אומר, דרך משל, באחד מהם: "למען האמת ייאמר: אני כשלעצמי לא הייתי מתנגד לקבלת עקרון ה'שיעבודא דרבי נתן' של המשפט העברי, היוצד יריבות או 'בעלות דברים' בין נושהו של הבעל חוב לבין החייב שלו (ראה כתובות, דף יט ע"א; רמב"ם, הלכות מלוה ולווה, פרק ב, הלכה ו'; שו"ע, חו"מ, סימן פו, סעיף א), אך דבר זה יצריך רביזיה יסודית של הריאליה והפרסונליה במשפט הישראלי, ועדיין לא איכשר דרא לכך בלי שתקדם לזה קודיפיקאציה כללית של דיני החיובים על פי עקרונות המשפט העברי" (ע"א 251/60; 259/60, מגורה ג' קציבואה, פד"י, כרך טו, עמ' 619, בעמ' 629). אך אין בכך כדי למנוע מזילברג לשבץ גופי הלכות ודיונים בנושאים שונים משל המשפט העברי, ולעיתים קרובות תוך השוואה נוספת לשיטות משפט אחרות, עתיקות וחדשות. זילברג מעיד על עצמו כי הפנייה למשפט העברי במקרים אלה היא "לא כחומר מחייב, אלא כמקור להשראה ולהשוואה, ולהתרת הספקות. הדרך שהלכו בה מחוקקים אחרים, תצביע אולי על הכיוון בו אפשר יהא לבקש מזור גם לבעיות שלנו, הן מבחינת הקונסטרוקציה המשפטית, והן מבחינת הפיתרון המעשי" (ע"א 208/51, הקר ג' ברש, פד"י, כרך ח, עמ' 566, בעמ' 573). ובמקום אחר הוא אומר: "מתוך השוואה עם מקורות המשפט העברי נוכל ללמוד משהו, ואף יותר ממהו, על ההבדל הרעיוני שבין שני הסוגים ההם (חוזה של שירות Contract for services המקביל למונח העברי "שכירות [של אדם]", וחווה לשירותים—Contract of services המקביל למונח העברי "קבלן"—מ"א) כי עניין לנו כאן למושגי משפט שורשיים, יסודיים, שאינם מכירים גבולות עמים ותקופות" (ע"א 47/48, אגושיבין ג' פוטרמן, פד"י, כרך ה, עמ' 4, בעמ' 8). במקום אחר מגלה זילברג נימוק מאלף נוסף, משאלת לב גלויה (ע"פ 17/59, מאור-מזרחי ג' היועץ המשפטי, פד"י, כרך יד, עמ' 1882, בעמ' 1893. ההערה הבאה אין לה מטרה אלא אחת, והיא להראות את עמדתו של המשפט העברי כלפי השאלה הנדונה, שאלת האחריות המוחלטת. סבורני כי מדי התקלנו בשאלות יסוד כגון אלו, עלינו להפנות ראשנו לצדדין, ולבדוק את השאלה מבחינת דיני ישראל. מי יודע אולי יום יבוא והמחוקק הישראלי יעלה הרצון מלפניו לערוך קודי-פיקאציה כתובה, ולהשתית אותה על יסודי המשפט הלאומי שלנו, ואזי טוב יהיה אם ימצא לפניו שורה ארוכה של חוות דעת, מבחינת המשפט העברי,

על שאלות מעשיות הנדונות בבתי המשפט. ייתכן, כי טוב 'מראה עינים' זה מהלך נפש' של מחקר מופשט במקורות המשפט העברי". ואף יש, אם כי לעיתים נדירות למדי, שזילברג מעיד אמנם על עצמו בגוף פסק הדין, בו הוא דן באריכות יתירה במקורות המשפט העברי — "ואם כי דיני ישראל אינם מחייבים את בית המשפט בשטח משפטי זה, הרי הם סגולה להרחבת האופק, ומועילים לראיית הדברים בפרופורציה הנכונה" (ע"א 248/53, רוונ" באום נ' זגר, פד"י, כרך ט, עמ' 533, בעמ' 548), הרי המעיין היטב יווכח כי פסק הדין, בעיקרו וביסודו, מבוסס על המשפט העברי. כך נדמה הוא המצב בענין רוונבאום — זגר בקשר לסעיף ערך המותנה בתנאי ההלוואה — אם יש בו משום עבירה על חוקי הריבית ואם לאו — שזילברג אינו מוצא פתרון לבעיה בחוק המקומי — כפי שהיה באותה שעה — ולאחר דיון ביוריקטורה האנגלית והאמריקאית הוא מוצא את החומר והנסיון העשיר ביותר רווקא במקורות המשפט העברי, ופוסק על פי המסקנא העולה מתוך מקורות אלה.

בשורה של פסקי דין פוסק זילברג, לעיתים כרעת מיעוט, על פי המשפט העברי בתור מקור מחייב. יש שהדבר נעשה כאשר הקשר העניין או מהותו של הביטוי שהשתמש בו המחוקק מחייבים לדעתו להגיע למסקנא זו. כך נוקט הוא, דרך משל, בענין פסקי הדין לובין — עירית תל-אביב, לא רק לענין מה כלול במושג "בשר" בהקשר לאיסור גידול חזיר המופיע בחוק ההסמכה (בג"צ 230/57, פד"י, כרך יב, עמ' 1041, בעמ' 1065 ואילך), אלא גם לענין פירוש המונח "חלים" המופיע בסעיף 3 באותו חוק, שזילברג מפרשו על פי משמעותו במקורות ההלכה. וכך הוא מנמק גישתו זו, בסגנון זילברגי ובמידה לא קטנה של התלהבות עצורה: "ועל יאשימו אותי באנאכרוניסמוס משפטי, ובל יטילו כלפי כי אני בא לפרש חוקים מודרניים על פי התוספות ר"ד והריטבי"א. ידעתי גם ידעתי, כי בנוסחו של המאמר הידוע (בבא קמא, דף ב ע"ב) — דברי הכנסת מדברי חזרה לא ילפינו, מה שהשתדלתי לעשות כאן הוא גילוי מילתא בעלמא, לגלות את פירוש המלות שהשתמש בהן המחוקק החילוני. כי המונח הנפלא, עשיר החוכו, של החלות, נכנס כמות שהוא, על קרבו ועל פירושו, לתוך הנומנקלטורה המשפטית העברית המודרנית, וחוקה על המחוקק הישראלי שידע את משמעותו של ביטוי זה" (ד"נ 13/58, פד"י, כרך יג, עמ' 118, בעמ' 135).

מקור מיוחד, עד כדי העלאתו למעין *Jus Naturales* עברי, רואה זילברג בעקרונות יסוד של הקיום ההיסטורי היהודי ושל עקרונות מוסר, צדק ויושר שבמשפט העברי ועולמה של היהדות, ובתורת שכאלה הם משתלבים בפסיקתו.

בראש ובראשונה עומדים כאן פסקי דיניו בעניין מיהו יהודי וכיוצא בו שהפכו זה מכבר ליצירות מופת, מהן משתקף עולמו של זילברג בבעיות דת ולאום, רציפות היסטורית והתחדשות, מהותה של המדינה העברית, מקומה בעבר ההיסטורי של עמנו ומגמת פניה לעתיד. בקוראך בפסקי דין אלה, ובהאזינך לרטט העולה מהם, אתה חש עמוקות בהמית הנפש של מחברם. אך לא רק בפסקי דין העוסקים בבעיות שמזעזעו את אמות סיפיה של האומה נזקק כך זילברג למורשת היהודית, אלא גם בעניינים משפטיים רגילים יומיומיים, שמתעוררות בהם בעיות של יחסי אנוש, מוסר ויושר. בעניין מסוים, קביעת דמי תיווך כשכר הראוי, אומר זילברג כדברים האלה:

"יהא זה, לדעתי, עוול משווע, וגם בניגוד לחוק, אם נשלול מאת המערער את כבשת הרש של השכר הראוי. על כגון זה נאמר: 'לא יחרוך רמיה צידו' (משלי יב, כז), ואין להשלים עם כך, כי המשיבים ייהנו מן השולחן שערך להם המערער, בלי לפצות אותו במאומה על הטרחה שטרח. המוסר הישראלי, כפי שבא לידי ביטוי בדיני ישראל, ודאי וודאי שהיה מתנגד לתוצאה קשה שכזאת (ראה את המובאות בריש פיסקא זו), ובמקרה המיוחד שלפנינו אפשר למצוא לו אכסניה חוקית ומחייבת בסעיף 563 (של המג'לה — מ"א), הנ"ל. סבורני, כי זו היא הזדמנות נאותה לפרש את החוק, בלי לעקם את הכתוב בו, ברוח ההשקפות של המוסד שלנו.

לא התעלמתי מהוראותיו של סעיף 563 הנ"ל. יודע אני בי, כי לא מחוקק ולא בן מחוקק אנוכי, אלא שופט בשר ודם המושבע ועומד למלא ולקיים את ציוויו של החוק. אלא שסבור אני, כי כאשר כפות המאזניים מעויינות, ואפשר לפרש את החוק לכאן ולכאן, חובה עלי לייחס לו פירוש העולה בקנה אחד עם יעשית הישר והטוב, ולא פירוש הפוגע בהרגשת הצדק הטבעי. ומה גם שבמקרה דנו, כפי שכבר ביארתי, יותרת הכבוד של המשקל הגיוני נוטה לצד הפירוש הליבראלי שייחסתי לאותו סעיף כנ"ל" (ע"א 260/57, פד"י, כרך יד, עמ' 427, בעמ' 435—436. ההדגשות במקור).

בצורה בוטה, בהתלהבות זילברגית ובסגנונו המופלא מביע זילברג אני מאמין זה בדבר הרכבת החוק במדינה ביסודות היסטוריים של תדבות ומוסר יהודיים בפסק הדין הבא. בעניין זה נדון תוקפו של סעיף הפטור אשר בכרטיס נסיעה שנקנה מחברת צים, ושלפיו החברה אינה אחראית לשום רע שיארע לאחד מנוסעיה, גם אם הדבר נגרם כתוצאה מרשלנות או פשיעה. לאחר שהוא דן בשיטות משפטיות שונות בנושא עקרוני זה, אומר זילברג

(ע"א 461/62, צים נ' מזיאר, פד"י, כרך יז, עמ' 1319, בעמ' 1332—1333):
 "נראה לי, כי עלינו לאמץ את ההלכה האמריקנית. יען כי בעשותנו כן אין
 אנו 'מאמצים' לנו ילד זר, אלא מסיקים מסקנות משפטיות מתוך השקפות
 יסוד המורששות עמוק עמוק בתודעה היהודית.

והיה כי ישאלך השואל מחר לאמור: מגיין הלגיטימציה להרכיב את
 השקפותינו אנו על הלכה שמקורה הוא בתחיקה התורכית? ואמרת לו:
 את ההלכה כי אפשר לבטל חוזה בשל היותו נוגד את הסדר הציבורי, אנו
 שואבים מסעיף 64(1) של חוק הפרוצידורה האזרחית, העות'מאני, אבל על
 עצם השאלה מה הוא הסדר הציבורי או תיקון העולם, עלינו להשיב מתוך
 השקפות המוסר והתרבות שלנו, כי מקור אחר זולתן ל'סדר' ול'תיקנות'
 אין!

היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש.
 תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים —
 של החיים, ולמען החיים. 'אשר יעשה אותם האדם וחי בהם' (ויקרא יח,
 ה) 'וחי בהם, ולא שימות בהם' (יומא, דף פה, ע"ב); אין ספור לפסוקים
 המרובים, בהם מודגש הקשר הסיבתי שבין התורה והחיים. כגון: 'שמור
 מצוותי וחי' (משלי ד, ד); 'צדיק הוא, חיה יחיה' (יתחקאל יח, ט); 'מי
 האיש החפץ חיים... (תהלים לה, יג), וכל כיוצא בזה.

ברור: גם היהדות אינה רואה בחיים את הערך הנשגב ביותר. יש מסדות
 נעלות ואידיאלים יותר נשגבים, אשר למענם כדאי — ומצווים — להקריב
 את החיים. עדים לכך: מאות אלפי יהודים שמסרו נפשם על קידוש השם בכל
 הארצות ובכל התקופות. אבל תוך המסגרת הסדירה של חיי החברה, ועל
 פי סולם העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש ביותר,
 שהשמירה עליו דוחה כל קדושה אחרת, לדבות — אין ספק — גם קדושת
 החזוים. 'אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, אלא עבודה זרה וגילוי עריות
 ושפיכות דמים בלבד' (כתובות דף יט, ע"א); 'כי קודש היא (השבת) לכם —
 היא מסודה בידכם, ולא אתם מסודים בידה' (יומא דף פה, ע"ב).

ואין לך דבר שמוסד היהדות כה מתעב אותו, כמו נטילת החיים. דוד מלך
 ישראל נענש, והאלהים אמר לו: 'לא תבנה בית לשמי, כי איש מלחמות
 אתה ודמים שפכת' (דברי הימים א כח, ג): 'סנהדרין — אפילו סנהדרין כדת
 וכדין! — ההורגת אחת בשבוע (שבע שנים) נקראת חובלנית' (מכות דף ז,
 ע"א); וגם חזון הנביאים על שלום נצח עולמי, נבואהם של ישעיהו ומיכה:
 'לא ישא גוי אל גוי חרב, ולא ילמדו עוד מלחמה' (ישעיה ב, ד); מיכה ד,

ג), הלא הם, בסופו של ניתוח, סלידה ונקיעה עמוקה מפני שפיכות דמים.
 והדברים עתיקים.

לא ייקל, כמובן, ליטול את הרעיונות הנשגבים ההם, וליצוק מהם מטבעות
 של משפט ממש. אבל כאשר השאלה המכרעת לגבי המסקנה המשפטית היא
 שאלה של השקפת עולם — מה 'טוב' ומה 'רע', מה 'תיקון' ומה 'קלקול'
 העולם — מותר לנו וחייבים אנו לשאוב דווקא מן המקורות הקדומים הנ"ל,
 כי רק אלה משקפים נאמנה את השקפות היסוד של כלל האומה היהודית.

והקול הקורא ממעמקי המקורות הנ"ל הוא: אל תעשו סחר-מכר בחיי
 אדם, ואל תקלו ראש בשמירתם, כי החיים ערכם רב מדי, והם אינם שלכם.
 קדושת החזוים, או קדושת העיקרון של חירות החזוים, כבודה במקומו מונח,
 אבל מקודשת הרבה יותר הימנה היא קדושת החיים, ולכן — בשינוי נוסח
 קצת של הפסוק הידוע (ישעיהו נד, יז) — 'כל כלי יוצר עליך לא יצלח, וכל
 לשון תקום אתך למשפט תרשיעי'!

המסקנה העולה מכל האמור לגבי המקרה שלפנינו היא, כי סעיף-הפסוק
 אשר בכרטיס-הנסיעה שקנתה המשיבה — התובעת מן החברה המערעת,
 הוא בטל ומבוטל... " (ההדגשה במקור).

השקפות יסוד אלה של כלל האומה היהודית מהוות אצל זילברג מעין
 הנחיות יסוד קונסטרוקציוניות בלתי כתובות, בדומה לעיקרון ההגנה על
 זכויות הפרט ועקרון השמירה של שלטון החוק, שכל עוד אין החוק הכתוב
 פוגע בהן במפורש, יש לפרש בדוחן ולאודן את החוק וכלל המערכת
 המשפטית.

*

יין ישן-חדש זה, שרק במשהו טעמנו זה עתה הימנו, מוגש על ידי זילברג
 בקנקן לשוני, שמהווה יצירה שלימה ומופלאה בפני עצמה, ונמצאת הצורה
 משבחת את התוכן, והיו שניהם לאחדים בעטו של זילברג, בעל הלשון ואמן
 הניסוח. ולשון מהי? כך מצאתי כתוב: "לשון-זו סגנון, וייחודה של לשון,
 החן והיופי שבה, מתבטאים לא דק בצלילן הפוניטי של המלות הבודדות,
 אלא גם — ובעיקר — בסגנון שלה, והוא: מבנה המשפט, האלגנטיות שבו,
 ציוריותה של הלשון, המשלים, הפתגמים והדימויים שבה, השמות הנרדפים
 והבדלי הניואנסים שבהם, המטבעות שהיא טובעת, הדפוסים שהיא יוצרת
 וצירופי המחשבות (האסוציאציות) שהיא מעוררת, כל אותם האבזורים
 והסמנים המוסיפים צבע וצביון, דם ואופי, לאינונוטאר המת של השמות

והכינויים, אשר מהם מצטרפת הלשון הנידונה". דברים אלה שציטטתי זה עתה אינם אלא קטע מתוך מאמרו של זילברג עצמו (לקמן עמוד 67), וכל מה שדרש בו מבעל הלשון קיים הוא בעצמו, ובאמנות שאין למעלה הימנה. בכתובתו של זילברג — הן בספריו והן בפסקי דין שלו, ואולי אף יותר באחרונים — משוקע עושר גדול ומהנה של רובדי הלשון העברית לתקופותיה — ספרי המקרא ולשון חכמים, לשונם של הוגי דעות ופילוסופים, ושפת תלמודם של גדולי הלכה לדורותיהם. וזילברג אינו דולה בלבד מאוצרות אלה שהוא מצוי ומשוקע בהם, אלא תוך כדי שימוש וגלגול באוצרות הלשון הוא יוצר ומייצר מטבעות לשון משלו, אמירות מהוקצעות ואימרות כנף שהיו לנכסי צאן ברזל של השפה המשפטית העברית המתחדשת. בפסיקתו ובמשנתו של זילברג מתגלים מציגה מופלאה של תוכן וצורה עבריים מקוריים, קשר אורגאני בין משפט הלשון ולשון המשפט, והמעין בדבריו זוכה ששני עולמות בידו, עולמה של ההלכה וכבשונה של הלשון.

דבריו הפתיחה לספרו "כך דרכו של תלמוד" משיח זילברג דאגה מלבן, על עולם ההלכה "השוכן לו, תוך בדידות מזהרת, בקרן זוית של ירכתי התרבות שלנו", ולא כן עלה בגורלה של האגדה, שהוכנסה לטרקלין ונעשתה "סלונפיהיג" על ידי עבודתם הנפלאה של ביאליק ורבניצקי. זכה זילברג וזכינו אנו, והוא היה ה'ביאליק' של המשפט העברי, שהוציא מבידודו המזהרת והכניסו לטרקלין חיי המעשה, ועשהו ל"סלונפיהיג" במערכת הפסיקה של המשפט הישראלי. זילברג קירב את המשפט העברי לעולמם של אנשי מעשה המשפט, ואת תלמידיו ושומעי לקחו, אנשי מעשה והגות, אנשי מקצוע ושוחרי תרבות ישראל, לעולמו של המשפט העברי.

*

זילברג לא ריחף בעולמות העליונים של מוסר וצדק בלבד. אלא גם איש ביקורת היה ומוכיח בשער, אם כאשר יצא ללחום את מלחמתה של עגונה עלובה שלא נמצא פתרון לעניינה, אם כאשר התריע על פרצות שנבעו בתא היסודי, בקן המשפחה, וכיוצא באלה. אך מבלי לוותר על כל אלה, ידע זילברג כי סוד קיומה, חיוניותה והמשך התקדמותה ובניינה של חברתנו — הרגישה כל כך וכה סוערת — הוא ביסוד גדול אחד, לו הקדיש עיון מעמיק בספרו ובו סיים את פסק הדין האחרון שכתב עם פרישתו מכהונתו בבית המשפט העליון, ובו נסיים את דברינו לזכרו.

עניינו של פסק דין זה (בג"ץ 222/68; המ' 15/69, חוגים לאומיים נ')

שר המשטרה, פד"י כרך כד (2), עמ' 14), הוא במספר אנשים שעלו על הר הבית, החלו להתפלל שם אך הופרעו בכך ונצטוו להסתלק על ידי המשטרה. משום כך פנו בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק בבקשה לצוות על שר המשטרה לאפשר להם לעלות על הר הבית ולהתפלל שם. זילברג בפסק דין מפורט (שבו הוא דן בין היתר גם בשאלה עקרונית בדבר תוקפן של הוראות דבר המלך במועצה (מקומוח הקדושים), 1924), מעביר סקירה הלכתית-היסטורית בדבר זכותם של יהודים להתפלל על הר הבית, וחילוקי הדעות ההלכתיים בקשר לדין הכניסה לתחומי הר הבית. אך את עתירת העותרים הוא דוחה וזה מן הטעם, שכל עוד יופעל חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז—1967, ללא התקנת תקנות, קיים חשש שעל-ידי עריכת התפילות במקום זה תיגרם הפרה חמורה של הסדר הציבורי. אך בדחיה גרידא לא אמר די, והוא מוסיף בסיום פסק הדין דברים אלה (שם, בעמ' 159 — ההדגשות במקור):

"וכדי להפיס את דעתם של העותרים ייאמר: לא הקלתי ראש בעתירת העותרים, ומעולם לא זילזלתי בה. השיבותה בשבילנו מרובה, ודווקא משום כך יש לדון בה בדחילו ורחימו: ככובד ראש, בעיניים פקוחות, ובראיית הנולד. נשוא העתירה הוא הר הבית, מקום המקדש, שכיית החמדה של ירושלים, ועל ירושלים נאמר (בבא מציעא ל, ע"ב): 'לא חרבה ירושלים, אלא על שדנו בה דין תורה!'. פירושו של דבר, וכך יש להבין, לדעתי, את ההסבר התלמודי שם: ישנם ערכים כל כך געלים, געלים על הכל ודוחים את הכל, עד ששיקולי גמישות ופראגמטיות של הלפנים משורת הדין, או 'לפנים משורת החוק' עדיפים לגביהם מן הקו הנוקשה, הבלתי גמיש, של הדין או החוק.

במצבנו הנוכחי יש לנו הרבה ללמוד ממאמר נפלא, ורב-משמעות-היסטורית זה. וד"ל (ודי לחכימא)".

עד כאן דבריו של זילברג, בהם סיים הוא, כמדומה לי, את מלאכתו הגדולה בפסיקת הדין, אך משמעותם העמוקה ואמיתתם הגדולה יש להמשיך וללמד, להמשיך ולקיים.

"שנתון המשפט העברי" כרך ב (תשל"ה)

השופט ומורה ההלכה

בבואי לומר דברים לזכרו של השופט זילברג ז"ל, אקדים ואומד בלשונו "מסאגא דרב מכרעא". זאת היא בעל הגדולה מן הרגל. בוודאי שלא אצליח להוסיף דבר על השופט זילברג כשופט וכפוסק וכמורה הלכה בישדאל בדור הזה.

פסקי דיניו כשופט הם כבר היום נכס צאן הבדול בשפיטה הישראלית, בשפה העברית ובתרבות ישראל. ילמדו אותם משפטנים, שופטים, חוקרי לשון, חוקרי המשפט ההשוואתי, חוקרי התלמוד וחוקרי המורשת היהודית על דודותיה. השופט זילברג בא לשיפוט ותלמודו בידו, והוא הביא לבית המשפט לא רק את ידיעותיו במשפט אלא גם את אישיותו על כל מהותה, ועל אלה אעז להגיד כמה דברים.

כשאנו מדברים על אישיותו של זילברג ומהותו, אי אפשר לעשות זאת מבלי להתייחס למקום ולזמן ולנסיבות בהם הוא גדל והתחנך. אפתח, איפוא, מראשית דרכו כתלמיד ישיבות ליטא, צוד מחצבתו הרוחני, שמותר לומר עליו: "שמה חיבלתך אמך, שמה חיבלה ילדתך".

ד"ר זילברג שייך לתקופה סוערת, אחת התקופות הסוערות ביותר ורבת התפוכות בעולם ובעם ישראל, תקופה של מהפיכות ושינוי ערכים, שינוי משטרים ואורחות עולם. הוא נולד בליטא, שהיתה אז חלק של האימפריה הרוסית בתחום המושב, בעיירה הקטנה שקודוויל, לאב ירא-שמיים בסביבה של יהודים שלמים ויראי שמיים, שחיו את חייהם המלאים היהודיים.

בילדותו כבר הצטיין בכשרונותיו ונשלח ללמוד בישיבות הגדולות. גם על הישיבות עבר אז משבר גדול. היה זה בראשית המאה, כשרעיונות מבחון פרצו פנימה אל בין כותלי הישיבות. המבצר של ואלוז'ין עמד שומם לאחר שנסגר בפקודת השלטונות ברוסיה בתואנה שנתגלו בו מוקדים מהפכניים. אז התחיל תור הזהב של ישיבות ליטא האחרות כמו סלבודקה, מיר, טלו ורומיהן.

במטרה לחזק את הומת היהדות הצרופה קמה בסוף המאה הקודמת תנועת המוסר בליטא מיסודו של ד' ישראל סלנטר. מטרת התנועה היתה לחסן את הדור בפני ההשפעות מבחון ולהחזיקו באפיקי היהדות השלימה.

קמו לה מתנגדים מחוגים רחבים, וגם היהדות החרדית נתפלגה בעד ונגד. לבסוף ניצחה התנועה ונשתרשה כמעט בכל הישיבות אשר בליטא, ומשם אף התפשטה למחוזות אחרים.

תנועת המוסר הטיפה לתיקון המידות ולהעמקת מושגי ידאת השמיים. הנחתה היסודית היתה כי תיקון האדם והשגת שלימותו אינם באים מאליהם, ולפיכך מוטלת החובה לחנך את האדם לשלימות.

השיטה העמידה את האדם על עליונותו בבריאה, ועל חובתו לשאוף ל"שלימות וכדברי הרמח"ל בעל "מסילת ישרים", "להנעים את חיי האדם בנועם ההשגות הרוחניות". על האדם להתעלות מעל לכל היצירה, וזה לפי הברייתא של ר' פנחס בן יאיר שקבעה את הדרגות לעלייה, מתורה לזהירות וכו', לפרישות, לטהרה, לחסידות, לענוה, לקדושה ועד לרוח הקודש.

על פי ברייתא זאת בנוי ספרו של הרמח"ל "מסילת ישרים", ולכן הפך ספר זה לספר יסוד ללימוד המוסר, בכל ישיבות ליטא. ומאז חרדה שיטת המוסר לעולם התורני, החלו להדהד בין כותלי הישיבות קולות נוספים על אלה של לימוד התורה, ובנוסף ל"הוי תנו דבנך" פרץ הקול של "מה חובתו של אדם בעולמו", כי בכך פותח הרמח"ל את ספרו "מסילת ישרים": "יסוד החסידות ושורש העבודה התמימה הוא שיתברר ויתאמת אצל האדם מה חובתו בעולמו".

ולצד הבחור המתמיד השואף להיות גדול בתורה ורב בישראל, הועמד האדם הצעיר השואף להתעלות בדרגות הרוחניות ועד להשגת השלימות, והאימרה "להגיע לשלימות", או "לקנות שלימות" הפכה לסיסמא.

חכמי המוסר דימו את האדם לשדה, וכך אמר מחדד מסילת ישרים בספרו: "כאשר האדמה צריכה לחרישה ולזריעה ולהשקאה, כן הנפש צריכה לעניינים נמשלים כאלה שלא יעלו בה קימשונים ושפגיה לא יכוסו חרולים".

וכך התפתחה שיטת החינוך העצמי, חינוך לשליטת האדם על עצמו והטלת משמעת על המאוויים הפנימיים שלו, שליטה שתטביע בלב האדם את הכרת חובתו בעולמו ותוביל אותו בדרך לשלימות.

תנועת המוסר גילתה את יסודות היהדות בכל ערכי החיים. היא דיברה על אלוהים ועולם, על עם ואדם. היא עסקה בענייני חיים ומוות, במושגים של טב ורע, מצוה ועבירה, שכר ועונש.

בעולם זה של תורה ומוסר גדל והתחנך השופט זילברג. ובהיותו מחונן בכשרונות בלתי רגילים, בעל נפש סוערת ובעל סקרנות אינטלקטואלית בלתי רגילה, הוא צלל בשיטת המוסר תוך כדי לימוד התורה והגיע להישגים

עילאיים בשניהם. עד מהרה יצא שמו כאחד העילויים, "העילוי משקודוויל", והיה זה תואר אשר רק מעטים בורדים זכו לו. לא היה זה תואר שנרכש באר-ניברסיטה, לא תואר ראשון ואף לא תואר שני או שלישי. היה זה תואר מיוחד במינו, היה זה כתר אשר הסביבה עיטרה באופן ספונטאני את ראשיהם של יחידי סגולה. זילברג היה אחד המעטים האלה ואולי הגדול שבהם.

הוא הגיע לגדלות בתורה לפי מושגי ליטא הלמדנית, ובעת ובעונה אחת הוא העמיק חשוב, התעמק בפילוסופיה של היהדות, ובשל סקרנותו האינטלק-טואלית גם לא הסתגר בפני העולם החיצוני שסבב אותו. הוא נתפס להשכלה ומילא את כריסו לימודים חיצוניים אבל לא זנח את יהדותו ולא את תלמודו. אדרבא, ככל שהרחיב את דעתו, יהדותו כאילו נתרחבה ונתפרשה על כל החדש שהוא שאב מן הסביבה. הוא לא הלך שולל אחרי ההשכלה בתור שכזאת. אדרבא, הוא גילה כי אהלי שם יפים כשלעצמם. הוא לא זנח את הקודש ללכת אחרי החולין, אלא קידש את החולין שהוא גילה והכניסו אל הקודש פנימה. וככל שהוא הרחיב את דעתו וככל שהוא התהלך בשדות זדים והירוה את צמאוונו לדעת — הוא לא פרש מתלמודו. במהותו נשאר הלמדן ו"בעל המוסד" וכל ימיו לא הפסיק לשנן לעצמו את ה"מה חובתו בעולמו". השופט זילברג גדל בעולם של ניגודים ובפרשות דדכים של תרבויות. מעולם יהודי סגור ומסוגר ב"ד' אמותיו הוא נכנס אל העולם הגדול. ברוסיה הוא ספג את התרבות הרוסית על שפתה, ספרותה ודרכי מחשבתה. אחרי מלחמת העולם הראשונה הוא הגיע לגרמניה, שם סיים את לימודי המשפט באוניברסיטה של פראנקפורט. העילוי משקודוויל הפך ל"ר זילברג.

בארץ הוא הגיע למשפט האנגלו-סאכסי, וכך הלכו והתרחבו אופקיו המשפטיים. על התשתית של תורה ומוסר נוספו רברים רבים של לשונות ותרבויות, שנתמזגו בתוך אישיותו העשירה ורבת האנפין. ואכן, מלא וגדוש היה בתורה ובחכמה, ובדין הוא נחשב לאחד מגדולי חכמי ישראל. שיחות החולין שלו היו לשם דבר, אימרות הכנף שלו ורעיונותיו לא היה כמותם לחריפות, לעומק ולשנינות. היה איש שיחה נפלא והשאיר את רישומו על כל הבא במחיצתו. בתחייה הלאומית של עם ישראל הוא ראה המשך לרצף הדורות, והציונות לא היתה בעיניו אלא חלק מיהדותו והמשך טבעי שלה.

הוא בלט כאחד השואפים להחדרת המשפט העברי בהווי היהודי המתרקם בארץ, והיה מן הראשונים אשר דרש לאמץ את המשפט העברי כיסוד לעריכת

קודקס עברי במדינת היהודים שתקום. והמשפט העברי לדעתו איננו אלא ביטוי מובהק לערכי המוסר, אותם קנה בישיבות ליטא, ולדידו הרי המשפט והמוסר אחוזים ודבוקים יחד, בחינת שמים וארץ דנשקי אהדדי, אימרה שהיתה שגורה בפיו.

כנס העולמי למדעי היהדות בשנת 1947 הוא הביע את דעתו הברורה ברבר, ודרש במפגיע להתכונן להכנת הקודקס הזה. וכך אמר: "המדינה העברית כאשר קום תקום יהיה לה משהו להגיד לאזרח ועליה לשאת את דברה בלשונה היא, ברוח המסורת המשפטית העשירה של האומה העברית". קמה המדינה והוא מפרסם ב"הפרקליט", מיוני 1948 את מאמרו "המשפט במדינה העברית", בו הוא מדגיש את אופיו המוסרי של המשפט העברי: "אין לך שיטת משפט בעולם העתיק והמודרני כאחד, אשר בו יהיו עקרונות המוסר והמשפט כה שלובים זה בזה, מעוררים זה בזה, כמו במשפט הלאומי שלנו. משפט עברי ומשפט דתי המיוסד על ההכרה הרחית של העם".

ואחרון אחרון, המשפט העברי טופח ללא כפייה של מדינה אלא על פי כפייה מוסרית פנימית לפי מצפון הפרט, וכך התגבש במרוצת הדורות אופיו המוסרי המובהק של המשפט העברי, משפט שהוא דתי במהותו, לאומי במט-דותיו וחופשי באמצעי ההגשמה שלו.

והיה זה דבר טבעי ביותר שד"ר זילברג נקרא לכהן כשופט בבית המשפט העליון. לא עבר זמן רב והוא התבסס על כס המשפט כאחד מן הראשונים במעלה. עשרות ומאות פסקי דין הוא הוציא. ובכל הזדמנות, וככל שאפשר היה, הוא נסך אל תוכם את ערכיו ועקרונותיו של המשפט העברי. זאת עשה בדרך משלו, ולו רק לשם השוואה ולו רק לשם הבהרה ולו רק לשם הצגת תוכנו המאלף של העיקרון במשפט העברי וקירבתו מבחינת ההגיון אל הרעיונות המודרניים המנסרים בעולמנו המשפטי כיום. ולא היה כמעט רעיון בחוק העמים המודרני והישן, אשר זילברג לא מצא את ה"שכנגדו" במקורות המשפט העברי.

וכך בהמראה 89/51 (מיטובה נגד קום, פד"י כרך ו' עמוד 4) בדונו במושגים של "אוי" ו"מוחזק" הוא מסדר "פגישה" בין השופט הלורד פריי האנגלי ולבין ר' יתוקאל לנדוי "הנודע ביהודה", וכך בע"פ 47/56, מלכה נגד היועץ המשפטי הוא מותח גשר בין פסק הדין ברה פולמיס מהמאה העשרים באנגליה ולבין הלכת ה"צריפא דאורבני" ממסכת בבא-מציעא.

בשני ספרים זיכה אותנו השופט זילברג. ספרו על "המעמד האישי בישראל" יצא בארבע מהדורות מאז 1965, והוא הוכתר בשלו בפרס ישראל. זה מחקר

מעמיק של הלכות המעמד האישי בישראל. כפי שאומר השופט זילברג נדונו בספר גם דיני ישראל "אם בקצירת האומר ואם בהרחבת הדיבור", והנה כאילו בדרך אגב, פנינה לשונית זילברגית מובהקת. ובהמשך דברי המבוא שוב נוסח זילברג: "תשומת לב מיוחדת הוקדשה בו לתחומי המשפט בהם 'מתנגשים' — או 'נושקים אהרדי' — החוק החילוני והחוק הדתי". לאחר מכן הוא מפרסם את ספרו השני "כך דרכו של תלמוד", תוך רצון לעשות אותו כלשונו ל"סאלונפייהיג".

רואה הוא את המדינה על פדשת דרכים בתחומי המשפט, וחוזר הוא על תביעתו לחקיקה ישראלית מקורית, ומתריע נגד הדביקות בתקדימים הנוצרים חדשים לבקרים באנגליה. מזהיר הוא את העם נגד ההשתרשות בחטא של הזרות. פסקי דינו גם בתקופה המאוחרת יותר ועד לפרישתו, חדורים אף הם כולם אותה רוח ואותה התלהבות ואותה אהבה ללא גבול למקורות היהדות ולעושר שבהם. על הכל עולים מכולם, ולעיתים אף מתפרצים בלהט, ערכי המוסר שהוא הביא עמו מתנועת המוסר אשר בישיבות ליטא.

בסוף שנותיו הוא יושב בדין, בבג"צ של שליט נגד משרד הפנים, משפט שהסעיר חלק ניכר מן הישוב במדינה. ושם בשידת הברבור שלו, בעומדו על סף הפדישה, הוא מכניס את כל הלהט וכל סערת נפשו תוך עימות עם הבעיה שהתעוררה, וכך הוא אומר: "הדיון בבעיה ובמרכיביה האידיאולוגיים יצריך חשבון נפש נוקב ויורד עד התהום עם יישותנו כעם, מהותנו כלאום ותפקידנו המדיני-ציוני בהתייאת הארץ הזאת".

ואת פסק הדין הוא מסיים באומרו: "החיפוש אחר מבחן חדש של מהותנו הלאומית מהוה למעשה שלילה גמורה של המשך קיומו של העם היהודי. משמעותו היא: תם ונשלם! אין ציונות יותר, אין מודשה, אין היסטוריה, ישנה דק שאיפה להקים מדינה חדשה, ללא עבר ומסורת, על חופו המזרחי של הים התיכון. ולא לשם כך נטלנו על עצמנו את המשימה הגדולה והכבדה מאוד, של הפצת הציונות בקרב יהודי תבל — לשם יצירת דמוקראטיה קטנה, דלה, אפורה ואילמת, שאין לה מה להשמיע משל עצמה ולא כלום".

הוא מצטט את דבריו במשפט רופאיזן: "דק פתי יאמין או יחשוב, כי אנו יוצדים כאן תרבות חדשה, כי מאוחר מדי! עם שגילו (כמעט) כגיל האנושות, אינו מתחיל מחדש ותרבותנו החדשה בארץ תהיה, אף במקרה הקיצוני, דק מהדודה חדשה של תרבות העבר". והוא מסיים ואומר: "ותרבות העבר, היא, בראש ובדאשונה, זהותנו הלאומית הנקבעת, כפי שהיא נקבעת, לפחות זה אלפיים וארבע מאות שנה".

בכך הוא ביטא את ה"אני מאמין" שלו, היהודי והציוני. בדם לבו הוא כתב את פסק הדין הזה, והוא השקיע בו את כל מטענו היהודי-לאומי ואת כל הלהט המוסרי שלו אותו הביא אל כס המשפט מן הישיבות שבליטא. וכך אפשר להבין את זעקתו: "תם ונשלם", "אין מורשה", "אין היסטוריה" וכיוצא באלה הביטויים.

לא עמד לו מזגו השיפוטי במשפט זה, ופסק דינו הוא זעקה גדולה על מה שיקרה ח"ו לעם ולמדינה אם נפסיק את הרצף ההיסטורי. לא היתה זאת זעקה של שופט אלא של נביא זעם.

השופט זילברג לא היה היחיד שבא מעולם הישיבות של ליטא אל העולם הגדול ותלמודו בידו, אם כי אין רבים כמותו, לא בגדלותו בתורה ולא באופקיו הרחבים במשפט העמים ובהגותם. במה היה, איפוא, ייחודו? ייחודו הוא בכך, שמבין כל אלה הוא היחיד אשר עלה אל כס המשפט העליון במדינה המתחדשת והביא עמו את עקרונות המשפט של עם ישראל ומושגיו, את ערכי המוסר הנעלים שלו ואף את הגורמות שלו, ונסך אותם אל תוך המערכת החיה של המשפט במדינת ישראל שקמה לתחיה.

זה ייחודו של השופט זילברג וזאת היא זכותו הגדולה. בזכותו נתגלגלה הזכות גם לעם בישראל.

דברים באזכרה בירושלים 9.10.75

האוניברסיטה העברית בירושלים
טפרית הפקולטה
למשפטים

שמואל תמיר-

שופט-מופת לישראל

היה זה הדיון המשפטי האחרון, בו נטל חלק משה זילברג. יושב היה מכונס בעצמו כתמיד, ובאותה עת עצמה עירני, דרוך ורגיש לכל המתרחש סביבו ולנגד עיניו. התבוננתי בו, באיש אשר משך עשרות שנים חרץ גורלות רבים כל-כך, וקבע הלכות מרכזיות כל-כך במשפט הישראלי ובנורמות של חיינו, ושוב השתאיתי למידת הצניעות הפנימית המיוחדת שהוסיפה לבוע ממנו בשעת-סיכום גדולה זו.

יושב אדם, בשר ודם, בדיון על אחיו, יום יום, חודש חודש, שנה שנה, ואף קורטוב של גבהות-לב אינו דבק בו. שוב ושוב נחשפים בפניו מעשי רשעות ואלימות, חמס וזדון — ולבו אינו מתקשה כהוא זה.

שאלתי את עצמי: מניין הצירוף המופלא הזה של תום-נעורים, עין-מפוכחת ורעננות-רוח, שגם ברבות השנים אינם גדלים? וידעתי: האיזון הנדיר הזה שייחד את השופט זילברג נבע מאהבת אדם, מעושר תרבותי בלתי מצוי, ומיראת שמים. כל נטעה: השופט זילברג לא היה רך לב. הוא הרשיע אשמים, ולא היסס לפסוק הלכה נכונה אף כאשר תוצאותיה הכאיבו. אבל גם כאשר נטו מאזני-החוק לכף חובה, מעולם לא נתלוותה לפסיקתו קשיחות או אבק נקמנות. הכרעת הדיון שלו לעולם היתה אנושית. בהופיענו בפניו ידענו שתמיד גזכה בקשב דק, באורך-רוח ובאומץ-לב הנובעים לא רק ממזג טוב וחם אלא גם מסובלנות-פנימית ומעצמאות רוחנית של מי שמטענו הנפשי עשיר ושופע, ואופקיו חובקי-עולם. ובכל אלה — אותה ענווה אמיתית של אדם גדול, היודע את גודל ערכו, ובשל גדולתו מכיר לכל עמקן את חולשותיו ומיגבלותיו של בן-אנוש, ומרכיז ראש ביראה בפני שמים.

משה זילברג היה שופט החרוד ערכים ממלכתיים השזורים בשרשיהם ובעפאיהם ביהדותו המקורית והנאמנה. הוא היה מן המאושרים המעטים שהשכילו לשלב באישיותם ובפועלם את תורת ישראל סבא, את התרבות האירופית רבת-הגוונים ואת הלאומיות הישראלית המתחדשת. ובכל העומס הזה — הוא נשאר שלם עם עצמו ועם זולתו.

ירושו הרוחנית, רבת העוצמה והחסד, ורמותו כשופט-מופת, יעמדו לדורות במערכת המשפט והצדק של ישראל.

ש ע ר ש נ י אסופת המאמרים

שופט ומחוקק

שלש דשויות הן בחיי המדינה: הרשות המחוקקת — בתי הפארלאמנט, הרשות השופטת — בתי הדין, והרשות המבצעת — מחלקות הממשלה. ונבדל לות הרשויות זו מזו, ואין רשות נוגעת בחברתה אפילו כמלא נימה.

כך הורונו חכמי המשפט, בעלי "תורת החלוקה" מיסודו של מונטסקיה, ואילו לא כך לימדה אותנו תורת המציאות. למעשה זו היא — הלכה ואין מורין כן. לא ראה בחלומו, הסבא מונטסקיה, ולא חזה באיצטגנינות שלו, כי עתידות לקום מדינות אשר בתנאי חייהן הסואנים, הפורצים, המרדניים, לא תוכלנה לשמור בקפדנות על הקווים החדים והברורים של החלוקה האיריאלית ההיא.

ואולם לא על השאלה בכללותה ידובר פה הפעם; נייחד כאן את הדיבור על קטע הימנה, והוא: שאלת היחסים שבין הדין והדיון, החקיקה והשיפוט.

"השופט יודע את החוק", — אומר הפיתגם הרומאי. אין פסוק זה בא להעיד על למדנותו של השופט, הוא בא להכריז — בצורת פיקציה עלובה למדי — על רציפותו של החוק, כביכול, על שלימותו המדומה, על כושרו ויכולתו לפתור את כל הבעיות המתעוררות בעולם המעשה. הוא פונה אל השופט ואומר: אם בא מקרה לידך; ואינך מוצא לו — בחוק — את הכלל הראוי, תפוש אותו בציציות ראשו והכנס אותו אל המסגרת הנתונה של הכלל המצוי, כי — בלא יודעים — הנך יודע את החוק, ועליך לספק את כל צרכיך מתוך המלאי הקיים. לשון אחר: מותר לך, השופט, לקצץ בנטיעות של בעלי הדין, אך אסור לך להסיג את גבולו של הדין, — אסור לך להיכנס לפנים משורת הדין! החוק כמות שהוא יהיה לך לקו ולמשקולת בכל אשר תפנה, ועל פיו ישק כל דבר המובא לפניך לדיון ולהכרעה.

כזאת היא ההשקפה הרומאית העתיקה, המתמרת, שהגיעה אלינו בגלגולי המחילות של המשפט האירופי, ושמצאה את ביטויה המודרני בסיסמת חלוקת הרשויות של החקיקה והשיפוט. אין זאת השקפת המשפט העברי, ואין היא הולמת את האיריאלים שטיפחה ודיבתה תורת המוסר שלנו. דיני ישראל משדטים את החוק, — אך אינם עבדים נרצעים לו; הם רשאים, אם יש צורך בכך, "לעקם את הכתוב", ובלבד שלא לעוות את הדין, ובלבד שלא לגרום

במקרה הקונקרטי הנדון בפניהם. כי הדין הוא "שותפו של הקב"ה", והוא, כביכול, מתקן יחד אתו את סדרי העולם.

ודעיון-עיקרון זה מקבל משנה ערך ומשנה חשיבות בימינו אלה, כבואנו להגיה את היסודות לסדרי השיפוט והחקיקה שלנו. גדול ורב הוא סבל הידושה שהותיר לנו המחוקק האנגלי. השיפוט הזד טבע את חותמו העמוק בסדרי הדיון שלנו, וגדם לשיתוק כוחו החושב והיוצד של השופט. מתוך השקפה אנגלית מסולפת על נייטרליותו של השופט, הודידה אותו הפרוצדורה המשפטית לדרגת מפקח אילם, הקובע את מסקנותיו אוטומאטית, על פי כללי המשחק החופשי שבין הצדדים המעוניינים. השופט עצמו לא היה מעוניין בכלום, אף לא בגילוי האמת. היוזמה נמסרה לבעלי הדין — בחינת "יקומו גא הנערים וישחקו לפנינו" — והוא רשם רק את מספר הנקודות של כל אחד הידיבים. וכך היו פסקי הדין לעתים קרובות — קרובות יותר מדי — פרוס הניתן לצד החזק, ליריב שהצלחה להתגבר על חברו, בעזרת: פיקחות, כישרון ריטורי או העלמת העובדות. זאת היתה תוצאה הכרחית, מחוייבת המציאות, של המנטאליות האנגלית, הרואה את המשפט כתחרות כדור רגל, אשר המצווה היחידה שבה היא: לשמור על כללי "המשחק ההוגן".

לא כן יהיו — כפי שאנו מקווים — פני המשפט שלנו במדינת ישראל. השופט העברי לא יהיה מפקח-תחרות. הוא יראה לפניו לא את בעלי הדין אלא את הדין, והוא עצמו יהא מצווה — כדבר הכתוב וכמנהג אירופה המר-כזית — "לחקור ולדרוש היטב" את כל פרטי העניין. תפקידו יהיה לא לערוך משפט אלא לשפוט, — לשפוט את הפרט ולשפוט את הכלל, לשוות נגד עיניו את התוצאות העתידות להיות לפסק דינו בחיי הציבור כולו. הוזה אומד: השופט יהיה מחוקק בועיר אנפיו, הוא יקבע הלכות — מקום שיש צורך בכך, ותוך גבולות מסויימים — על סמך נסיונו האישי, מתוך מגעו עם החיים. כי אין חכם כבעל הנסיון, ואין נסיון כנסיונו של שופט. זה הוא התפקיד המוטל על שופט בישראל, — לפי דיני ישראל, על פי מסורת ישראל. ובחדשנו את המסורת הזאת, אין אנו מזיזים את השעון אחור-רנית, אלא להיפך: מסייעים אותו קרימה, שכן ריפורמה פרוציסואלית זו היא שאיפת היוריסטים המודרניים בכל אתר ואתר. הצרה היא, כי השיטה האנגלית, אשר הורגלנו אליה חצי יובל שנים, עיוורה את עינינו וטימטמה את חושינו, עד כדי נטילת כושר להבחין בפגמיה וליקוייה המרובים. אכן, לא נמלט מן הצורך לנקר את התבלול שדבק בנו, ולהירפא מן הסגורים שהוכינו בהם בימי שפוט השופטים האנגליים.

דרכו של שופט

מעמד השופטים הוא מן הנכבדים במדינה. כשכותבים לשופט, הנוסח הוא: לכבוד כבוד השופט. כשכותבים ביקורת על פסק דין, כותבים: כבוד השופט, בכל הכבוד, טעה במקצת. וכשמצטטים דברי שופט שנאמרו על ידו, כשהיה בדרגה יותר נמוכה, למשל: מצטטים דברי הנשיא שנכתבו על ידו בהיותו ממלא מקום הנשיא, או שופט, מוסיפים את המלים: כפי שהיה אז. והנה לי אידע פעם מקרה מצחיק מאד, המראה כמה מסוכנת היא ההוספה הזאת. עורך דין אחד כתב מאמר משפטי בשנת 1967, והוא הסתמך על רעיון שהבעתי בשנת 1960, חמש שנים לפני שנתמנתי לממלא מקום הנשיא. הרעיון שהבעתי אז מצא מאד חן בעיניו, והוא כתב בהתפעלות: "די לנו חכם כשופט זילברג, כפי שהיה אז... והוא אמר... ועד היום אינני יודע: מה הייתי אז, חכם או שופט."

פסקי הדין בישראל נכתבים בעברית. אין הוראה מפורשת על כך בחוק, ולא נאמר מה יהא דינו של פסק דין שנכתב בסינית. חושבני שיהיה כשר. ובכן, פסק הדין נכתב בעברית. ולא רק הפסיקתא, אלא גם נימוקיו. אך מה לעשות עם כל האסמכתאות האנגליות והאמריקאיות המובאות בפסק הדין? ידוע לי כי יש שופטים, אשר בגלל המחשבה המשפטית, סבורים שיש לצטטן בלשון מקורן. אני אינני סבור כן. לי נראה כי אין מושג משפטי שאי אפשר לתרגמו לעברית.

פסקי הדין של ה"קומון לאו" גילם הוא, לכל היותר, משבע מאות עד שמונה מאות שנה, מימי מלכותו של אדוארד השני. גילם של פסקי הדין האמריקאיים הוא עד מאתיים שנה.

ואנחנו? — לפני שבע מאות שנה היו לנו הרמב"ן והרשב"א; לפני שמונה מאות שנה — היה לנו הרמב"ם; לפני תשע מאות שנה — רש"י; לפני אלף שנים — תקופת הגאונים; לפניהם — הרבנן סבוראי והאמוראים; ולפני לפני-הם חכמי התלמוד והמשנה. ובמה עסקו כל אלה? הם עסקו בתלמוד, כלומר: במשפט, כי התלמוד הוא יצירה משפטית. לא יתכן, איפוא, שום מושג משפטי, שום ניואנסה משפטית, שלא יהא להם ביטוי מתאים בעברית. רק דבר אחד רוצה אני להצביע עליו: תרגומי המושגים המשפטיים הוריים,

יכולים, ליעשות רק על-ידי בחירת ביטויים עבריים שקולים. כי כל תרגום מילולי, עלול לסרס את מובנו. וכאן רוצה אני לספר לכם על מקרה אחד של תרגום מילולי בלתי מוצלח. כתבתי פעם בפסק דין אחד את הביטוי התלמודי הנאה: קל וחומר בן בנו של קל וחומר. והנה אחרי כמה שבועות מגיע לידי פסק דין, בו כתוב: קל וחומר נכדו של קל וחומר. יתכן שזהו יותר נכון, כי נכד, יכול להיות גם בן הבן, וגם בן הבת. עם כל זאת סבור אני שיותר יפה הוא כמו שכתוב.

קריאת שמות היא, כפי שאנו יודעים מן החומש, הפעולה התרבותית הראשונה של אדם הראשון. ואמנם הדבר אינו מן הקלים. התלמוד אומר בכמה מקומות "שמא גרים", השם גורם, כלומר: חשובה לא רק מהותו של דבר, חשוב גם כיצד הוא נקרא, חשוב מאד השם שלו.

הנה, למשל, בפוליטיקה ודיפלומאטיה, הכל מודים שישנו ערך רב לסמאנטיקה, כי בעניינים אלה השם הוא חשוב מאד.

נקה, למשל, את ביקורה של ראש הממשלה בשבוע שעבר בוואשינגטון. כל העיתונים כתבו, וכל העולם ידע — וזה לא היה סוד — כי הביקור לא היה פרטי בהחלט, וכי היא עם ניכסון לא נפגשו במקרה בבית הלבן. ניכסון ידע, גולדה ידעה, וניכסון ידע שגולדה יודעת כי גם הוא יודע על מטרת הביקור. ואף על פי כן הוחלט לקרוא לביקור בשם ביקור פרטי. את הנימוקים לכך אינני יודע, רק משער, ואף אילו ידעתי, לא הייתי מפרט אותם כאן. אבל זהו דבר רגיל, דבר מקובל בספירה הגבוהה של הדיפלומאטיה, ואין בכך אף שמץ של סילוף המציאות, כי עוגן ההצלה של הדיפלומאטיה הוא בסמאנטיקה.

והוא הדין גם בנוגע למשפט. גם כאן השם חשוב מאד. לא כל שיטות משפט מכנות אותו מוסד משפטי באותו כינוי. במשפט האנגלי והישראלי אומרים: "פאבליק פוליסיי", במשפט העברי אומרים: מפני "תיקון העולם". שם הדגש על הסדר, אצלנו הדגש על טובת הכלל.

או משל אחר: קיים כלל משפטי עולמי של: אין עונש בלי חוק. רק שתי מדינות, מאד סימפאטיות, השתחררו מן ההגבלה הזאת: גרמניה הנאצית, וחברתה רוסיה הסובייטית. הנאצים עשו זאת בחוק הגרמני מיום 28.6.35, והרוסים — בסעיף 16 של הקודכס הפלילי, 1926. לפי שני חוקים אלה, אין צורך בסעיף פלילי כדי להעניש את העבריין, מספיק אם הוא "עושה מעשה הראוי לעונש על פי הרעיון היסודי של איזה חוק. או על פי

ההרגשה העממית הבריאה". ציטטתי כאן את הנוסח של החוק הנאצי שנתקבל בדאנציג, בטוח אני שגם החוק הסובייטי נוקט בערך לשון מעין זה. והנה הרעיון של "אין עונש בלי חוק" הובע על-ידי המשפט העברי אלפי שנים קודם לכן במאמר: אין עונשין אלא אם כן מזהירין. לנו מגיעה זכות היוצרים עליו! בכל זאת יש איזה הבדל בין הנוסחא: "Nulla poena sine lege" והנוסחא העברית של "אין עונשין אלא אם כן מזהירין". אצל הגויים הדגש על מציאות החוק, אצלנו הדגש על האזהרה. יתכן כי ייצאו אי אלה נפקא מינות מזה.

ולבסוף כמה מילות פרידה (עם קצת דברי כיבושין), לבית המשפט. בל תשכחו, חברי בית המשפט העליון, מי אתם, בל תשכחו כי בית משפט זה הוא ביח המשפט העליון הראשון של עם ישראל, לאחר תקופה ארוכה של אלף תשע מאות וארבעים שנה, לאחר שהסנהדרין בטלה, כדברי התלמוד, מ' שנה קודם החורבן. אמרתי: מ' שנה קודם החורבן, אם כי ידוע לי כי — לדעת אי אלה חכמים מחוקרי הבית השני — סמכות הסנהדרין הורחבה עשר שנים לאחר מכן, על ידי הקיסר קלאודיוס, ידיו ומבקש טובתו של המלך אגריפס הראשון, שמלך בשנים 40—44 לסה"נ, שהן השנים 30—26 לפני החורבן. ודבר זה אומר משהו, יחוס אבות נכבד זה מחייב למשהו גם את בית המשפט הגבוה שלנו. הוא מחייב אותו לכך, כי בבואו לדון בשאלה שאינה פורמאלית גדידא, לא בשאלה פרוצסואלית, אלא בשאלה חשובה מהותית, — שאלה הקשורה להשקפת עולמו של השופט, לא יסתפק רק בחקירת המקורות האנגליים או האמריקאיים, אלא יפנה מבט ויטה אוזן, גם אל ההדים העולים מלשכת הגזית של הסנהדרין הגדולה.

כי תפקידו של בית משפט זה אינו רק למצוא תשובות מלומדות לבעיות ה"קומון לאו", אלא להפגין קבל עם ועולם את רמת הצדק הגבוהה של המשפט הישראלי. ואם לא תהיה לנו זיקה כל שהיא ליודיקאטורה התלמודית עם הספרות העשירה שלה, לא יהא לנו אלא חומר לאומי זעום להתפאר בו במקצוע המשפט. כי אין לזלזל כלל במורשה השיפוטית מן הדורות הקודמים. אין אדם חייב להיות ריאקציונר חשוד, כדי להתפעל מן המאמץ האינטלקטואלי העצום, שהושקע קרוב אלפיים שנה בתוך ספרות ההלכה.

העם היהודי מצטיין מכל שאר העמים בסגולה אינטלקטואלית אחת, והיא: כשרון החשיבה המופשטת. כשרון זה הביא לעולם את המונח-

תיאומוס במקום האלילות הקונקריטית, המגושמת, של הגויים; כשרון חשיבה אבסטרקטית זה, הרצון להשתעשע בו, בחינת "אני תורתך שעשעתי" (תהילים קיט, ע), טיפח אצל היהודים את הפולחן המודי שעסק בו העם במשך אלפיים שנה; וכשרו למחשבה האבסטרקטית איפשר ליהודי איינשטיין לגלות את תורת היחסות. זכרוננו כי בהיותי בגרמניה בשנות העשרים, ובלמדי שם פיסיקה באוניברסיטת מרבורג, שמעתי מפי פרופסור אנטישמי הרצאה, בה תקף את אלברט איינשטיין והרמן מינקובסקי על "התלמודיזמוס" של תורתם. והוא, כנראה, לא טעה כלל. הגויים שלא למדו תלמוד לא היו מגלים את תורת היחסות. כי שום מוח גויי לא היה מסוגל להגות את הרעיון, כי אם למהירות האור (שלוש מאות אלף קילומטר בשניה) מצטרפת מהירות נוספת, הסך הכל יישאר כמו שהיה. וזו היא, אחת התגליות החשובות ביותר של תורת היחסות (אם אינני טועה). העולה מכל זה, כי אסור לנו להיפרד ללא השפעה מן היצירות הרוחניות שלנו, שאחת מהן היא המשפט העברי.

שוחחתי פעם עם הרב מימון על רעיונו לחידוש הסנהדרין. שאלתי אותו מדוע אין הוא מגשים אותו. והוא אמר לי:

"זילברג, אין לך מושג כמה אני סובל מעניין זה. יש לי צרות צרורות (הוא אמר: צארעס צוררעס) משני הצדדים. מצד אחד — רשעים, מצד שני — פראים. מסכים אני כי במדינתנו חייבים אנו להחיות ולפתח את המשפט העברי, אבל בלי סנהדרין, זה לא יילך".

ההתפתחות המודרנית, המשכילה, של המשפט העברי, נחוצה לנו ביחוד היום. בדור זה, בו האליל של הנוער הגויי הוא: מתירנות מוחלטת בכל ענפי המוסר, "פרימיטיווגס" בענייני מין, ממון, פרברסי, נדקומניה ולכלוך; בדור שבו מתווכחים עמי תרבות זה עם זה בשפות הגיוגל הערבית-חבשית על חטיפת מטוסים ושחרור מרצחים; בדור דיקאדנטי כזה אין פלא שמתעורר בלבנו רצון השיבה אל עצמנו, רצון השיבה אל המשפט ה"פרימיטיבי" של העם שהשמיע את שלוש הדברות "המיושנות" של "לא תרצח", "לא תנאף" ו"לא תגנוב". הירידה המוסרית של דור-תרבות-המערב זה, הוא השלב האחרון של "שקיעת המערב" שניבא לה לפני חמישים שנה אסוואלד שפנגלר בספרו: Der Untergang des Abendlandes. ומי יודע? אולי היהדות המתחדשת כאן תהווה אתחלתא של "ציקלוס היסטורי" חדש בחיי האנושות. לפי דברים במסיבת-פרידה מטעם בית המשפט העליון

סגנונו של חוק

(א)

"הסגנון הוא האדם" — והנוסח הוא החוק. אין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד, ואין שני מחוקקים משמשים בכתר-לשון אחד, בצורת ניסוח אחת. כל ספר חוקים, ותכונתו המיוחדת לו, כגון: בהידות לאטינית, יובש ודיוק גרמני, וגיבוב מלים עם עירפול מחשבה אנגלי. ואף אנו, אזרחי ישראל, בבואנו ליצור את חוקי ישראל, מצוים אנו, קודם כל ליצור להם צורה מתאימה. עלינו לכתות את זמורת הזר שהורכבה בנו מבחוץ, ולחדש את נוסח התקיקה העברי, המקורי, אשר סגולותיו הן: צמצום, צלילות, יופי ופשטות.

ואין הדבר קל כל עיקר. "עושר" רב שמור לנו לרעתנו: כל אותם החוקים והפקודות שעברו לנו בירושה מאת המחוקק האנגלי. חוקים-פנינים" הן מבחינת התוכן והן מבחינת הצורה, אפילו במקורם האנגלי, ומכל שכן בתר-גומם העברי הקלוקל, אשר אין לו ולשפה העברית אלא האותיות המרובעות בלבד. שלושים שנה רצופות רדה בנו הנוסח האנגלי, הסתנו לכל תאי ריקמת חיינו, וביצר לו "מקום של כבוד" בשטח המוגן של החוק. כאן מצא בקעה להתגדר בה, כאן שלט שלטון אין מצרים.

בעטיו של הנוסח הזר, הפכו חיי המשפט שלנו חטיבה רצופה אחת של עלגות-לשון ועקרונות-מחשבה. האווירה היתה "שלא מעלמא הדין", איש לא התנהג באורח טבעי, ואיש לא דיבר בלשון בני אדם. דמויות עתיקות מוזרות של מלכים ולורדים היו מרחפות בחלל בית המשפט, שפתותיהם מדובבות בקבר, ומדריכות מ"עולם האמת" את מהלך הדין. שופטים, פרק-ליטים ובעלי דין, הסתובבו בחלל ריק, ללא אחיזה ושורש בחיי המציאות. מכאן התהום הפעורה אצלנו בין החיים והחוק, מכאן חוסר העניין וחוסר ההבנה של ציבורנו כלפי כל הרוחש ומתרחש בעולם המשפטים.

ושלטון זה — שלטונו של הנוסח הזר, של צורת המחשבה הזרה — חייב להיפסק, ולהיפסק מיד! עדיין השעה כשרה לכך, כל עוד אנו נתונים בכור המצרף של המהפיכה העוברת עלינו, כל עוד אנו ניוונים מן הכוחות הסוערים שיצרו את המהפיכה הזאת. שכן, יום יבוא והסערה תשוך, הרוחות תשקוטנה, והחיים יורמו לאיטם במסלולם הרגיל. ואם עד אותו יום ימשיך המחוקק העברי ללכת בדרך הכבושה, אם ימשיך לחוקק את חוקיו הוא על פי הנוסח

הזר, לפי המתכונת הזרה — ייעשה ההרגל טבע, ושוב לא יעצור כוח לבער את חוצנו מן המעמסה הכבדה. זאת עלולה להיות בכייה לדורות, "צרה צרורה" שלא ניחלץ ממנה.

(ב)

המשפט האנגלי עור טרם בוטל בארץ, והוא לא יבוטל בעתיד הקרוב. זהו הכרח בל יגונה, כי לא בן לילה יולד חוק. אנו אנוסים, איפוא, לעת עתה, לכלכל את צעדינו בדרך שסלולה זרים, "וליהנות" מזיו "המטבע" שטבע לנו המחוקק האנגלי. אבל — חובה זו אינה חלה, כמובן, על המחוקק עצמו, והוא בן חורין לעשות ככל אשר יהיה הרצון מלפניו. המחוקק העברי רשאי — יתר על כן: הוא מצווה — לקעקע את בידתו של המשפט הזר, ולקטוע ממנו איברים-איברים. והוא אף עושה כן, למן היום הראשון להקמת המדינה. דרישתנו מאת המחוקק היא — כי החוקים החדשים האלה יהיו על טהרת העברית — עבריים בתוכנם ועבריים בצורתם. ללא שיעבוד וזיקה אל המסורת האנגלית. ו"מסורת אנגלית" פירושה הוא: גם אותה העברית "המאונגלת", או האנגלית "המעובדת", אשר הרביצו בנו במשרדי העיתון הרשמי של ממשלת ארץ ישראל. כל כגון זה מקשר אותנו, בעל כורחנו, אל עולם של תרבות משפטית זרה, אשר דימינו להיפרד ממנה לעולמי עד.

לשון אחר: אין אנו רוצים לחדש את הקשר המשפטי עם אנגליה, שניתק סופית עם הסתלקותו של שלטון המאנדאט. וכל "טרמינוס" אנגלי המצוי באחד החוקים שלנו, כל צורת הבעה הלקוחה מן הטרמינולוגיה האנגלית, מחדשים שוב ושוב את הקשר הבלתי רצוי הזה. כי כדי להבין את הביטוי על בוריו, כדי להשתמש בו הלכה למעשה בחיי המשפט, יהיה עלינו לחזור ולחטט ולנקר בספדי "השאלות ותשובות" שלהם, מימי המלכה אננה עד היום הזה. והתוצאה תהיה, כי במקום החוקים האנגליים המקוריים, שיתבטלו קימעה קימעה עם התפתחות המדינה, תקום לנו מערכת חדשה של חוקים ניאוריאנגליים, או פסבדו-אנגליים, אשר יטילו עלינו מחדש את עולה של התרבות הזרה.

יהי-נא חוקי ישראל חוקים ישראלים ממש, בתוכנם, בלשונם, בניסוחם, בסגנונם — ללא תערובת כלשהי של ברבדיסמים אנגליים. אל נשתמש עוד בדפוסים הזולים והנוחים, שהותיר לנו ברוב חסדו המחוקק האנגלי. נוחיות זו תעלה לנו ביוקר, כי היא תשמש לנו צור מכשול ואבן נגף על דרך התפתחותנו הטבעית והחופשית.

"דבר", כ"ב סיון תש"ח (29.6.48)

לשון — זו סגנון

(ג' שיחות)

א. סגנון מהו?

הפתגם הצרפתי אומר: *Le style c'est l'homme* — הסגנון הוא האדם. אפשר להתווכח הרבה על נכונותה של אימרה זו, היא יותר מדי מופשטת ופחות מדי ברורה, כי על כן יקשה מאוד להגדיר "סגנון" מהו, כאשר המיוחס אליו הוא האדם, האדם בכלל! אך אין לפקפק, כך נראה לי, בנכונות הפארא-פראזה שבחרתי לי בכותרת לסידרת הרצאות זו, והיא: לשון — זו סגנון!

לשון — זו סגנון, וייחודה של לשון, החן והיופי שבה, מתבטאים לא רק בצלילי הפוניטי של המלות הבודדות, אלא גם — ובעיקר — בסגנון שלה, והוא: מבנה המשפט, האלגנטיות שבו, ציוריותה של הלשון, המשלים, הפתגמים והדימויים שבה, השמות הגרדפים והבדלי הניואנסים שבהם, המטבעות שהיא טובעת, הדפוסים שהיא יוצרת, וצידופי המחשבות (האסוציאציות) שהיא מעוררת, — כל אותם האביזרים והסממנים המוסיפים צבע וצביון, דם ואופי, לאינוונטאר המת של השמות והכינויים, אשר מהם מצטרפת הלשון הנידונה.

ועל כך דוצה אני להדחיק את הריבור בסידרת שיחות זו. רצוני להראות, מה גדול חטאנו ומה רבה אשמתנו, בהימנענו מלנצל את העושר הסגנוני העצום, המצוי תוך כדי הישג יד בדחבי הספרות הלאומית המסורתית שלנו.

כי הסגנון העברי מצטיין בעושר בל ישוער של ניבים, פתגמים, ציורים ומטבעות לשון. מבחינה זו העברית היא אולי "אוניקום" בין חברותיה העתיקות והחדישות גם יחד. בדרך נודונו על פני אדצות תבל, תוך כדי מגע עם העמים והתרבויות שנקרו עלינו בשלבי ההיסטוריה השונים, ספגה העברית — ספגה וקלטה ועיכלה ובלולה והטמיעה — שלל סגנוני של ביטויים ומבטאים, שנבטו בכדמי זרים, אך העלו פירות בכרם שלנו.

הלשון העברית אינה כלואה בחלל הצר שבין ספר בראשית לספר דברים-הימים. עשרים וארבעת ספרי התנ"ך — ויהא אשר יהא המתח ההיסטודי של זמני חיבורם — מהווים רק שכבה אחת, רובד אחד או מידבץ אחד, של הרכוש הלשוני שלה. עליו צמחו רבדים אחרים, קרובים לנו הרבה יותר ברוח

ובזמן. המשנה והגמרא, המררשים והילקוטים, הפיוטים והיוצרות, פירושי התורה ומפירשי התלמוד, שירת ימי הביניים וספרי הפילוסופיה המקורית והמתורגמת של התקופה, הספרות הרבנית העשירה של שאלות ותשובות בענייני הלכה, חסידות ומוסד — כל אלה הוציאו, במירה גוברת והולכת, את השפה העברית מתחומיה הצרים, ועשאוה כלי קיבול לביטוי הרעיונות והרחשים והרגשות, שהביאה אתה בכנפיה התפתחות המין האנושי.

העברית נעשתה רכה יותר, גמישה יותר, פחות נשגבה אך יותר אנושית, נוצרו מכשירים לשוניים להבעת אירוניה והומור. בכל התורה כולה — ואני מתכוון לחמשת חומשי התורה — נמצא (אם אינני טועה) פסוק אחד ויחיד, שיש בו מן העוקץ האירוני, או שמינית שבשמינית מאותו סוג הומור, שהגד-מנים קוראים לו Galgenhumor, הומור של גרדום. כוונתי למה שנאמר בשמות יד, יא:

"המבלי אין קברים במצרים — לקחתנו למות במרבר ?!"

בנביאים וכתובים מספר הביטויים האירוניים גדול קצת יותר; אחר מהם הוא, למשל, דברי איש מלך גת אל עבדיו, לאחר שסיפרו לו על התנהגותו של רוד (שמואל א' כא, טז):

"חסר משוגעים אני, כי הבאתם את זה להשתגע עלי ?!"

כנגד זה בתלמוד, ועל אחת כמה וכמה בספרות המאוחרת, הנד מוצא הערות עוקצניות, סארקאסטיות, לאלפים ולרבבות. ודבר זה נתאפשר רק על ידי שירת הכלים, על ידי פריצת הכבלים הלשוניים החמורים של הסגנון התנ"כי העתיק.

סגנון התנ"ך — החגיגי, הדיני, כבד המשקל — הוא מן הטיפוס של "נורא הוד", "דם ונישא", "גאותו שחקים"; ולעומת זה הביטויים הטיפוסיים לסגנון התלמודי — בין שהוא עברי טהור, בין שהוא עברי-ארמי — הם: "אדרבא", "ממה נפשך", "לא כן", "ולמאי נפקא מינה". קל לראות את ההבדל העצום בין האקלימים הרוחניים, האופפים את שני סוגי הביטויים ההם.

ואף על פי כן — וזהו כל הקסם שבדבר — הרבדים הללו אינם שכבות ארכיאולוגיות שונות, הרובצות זו על גבי זו ומסתירות זו את זו, אלא לפנינו מבנה אחד רב מידות, שכל קומותיו פרוצות ומפולשות זו לזו. התנ"ך והתלמוד, המדרשים וספרי המוסר, דרו בכפיפה אחת במשך מאות בשנים. חכמי התלמוד בנו את הלכותיהם על פסוקי התורה, וגדולי המוסר תלו את רעיונותיהם במאמרי האגדה והמדרשים. כתוצאה מ"קיום יחד" זה, נטוו ונארגו

יחסים אינטימיים בין הסגנונות ההם — נפלו מחיצות, נערבו תחומין, נתמוגו מושגים — ער שבסופו של רבד נשתזרו כולם ביריעה הרחבה של השפה העברית החרשה והממוגת.

וכאן אבקש מן הקורא לדייק ברברי, ושלא לגלות בהם פנים שלא כהלכה. לא אמרתי — ולעולם לא אומר — כי כתוצאה מן המזיגה ההיסטורית היא נבלעו הסגנונות השונים בכור המצרף של השפה, ולא נודע כי באו אל קרבה. חס ושלום! אילו אירע כן, היה בזה משום אסון: כי הסגנונות השונים — התנ"כי, התלמודי או הרבני המאוחר — היו נעשים או בחינת "לשונות המבטלות זו את זו", והתוצאה הייתה אז: חיוורון, חוסר צורה, סנדל, או לכל היותר, סגנון ממזרי, או אנדרוגינוסי, אשר לא תואר לו ולא הדר. המזיגה הייתה — לאושרנו — לא כימית אלא פיסית, ונשתמרו יסודותיו של כל אחר ואחר. גרם לכך, אולי, עד למידה מסויימת, היחס של קדושה למקורות העתיקים. ורוק. בקוראד, דרך משל, את הפרווה של ביאליק, ואפילו את הפובליציסטיקה שלו, הנד עומר מוקסם ופעור פה למראה הנוף הלשוני הסגוני שבו שתולים זה ליר זה מטעי לשון של מליצה תנ"כית, בהירות הלכית, משחק מלים מדרשי, ורוק של רוד אגדי פרוש עליהם.

כמוכן, לא הרבה ביאליק מצויים בשוק! לא כל סופר שולט כמוהו במכמני השפה העברית, ולא ביד כל משורר עברי נתון מטה הקסמים ומכחול הצבעים שלו. אבל ביאליק מחייב את כולנו, הוא מראה לנו, פשוטי עם, מה רב העושר ומה דלה התפוקה שאנו מפיקים ממכרות הלשון העברית.

כי לאמיתו של דבר המכרות הללו סתומים לפנינו, סתומים — לפי המליצה — כמ"ם הסתומה של "לפרבה המשרה", ואין אנו כורים בהם כלום. אנו רק מגרדים על פני השטח, ועוסקים במעשי מרכבה או צירופים וקומבינציות של מלים פשוטות וידועות. אין לנו — ברוך השם — כל מחסור בכינויים עבריים לכלי המשחית המתחדשים עלינו חדשים לבקרים: טיל, ראש מחץ גרעיני, לוויין ריגול וכו'. אבל המלים הטכניות-מודרניות הללו לא יהיו לעולם נציגים אמיתיים של רוח הלשון העברית, ולא בהן תיבחן עוצמת השפה. קשה להכניס טרנזיסטור אל בין השורות של שירת אהבה! מה שחסר לנו — וחסר מאוד — הוא תרגום עברי, לא מילולי אלא שקול, של כל אותם הרעיונות, ההרגשות ורחשי הלב, המהווים את המטען הרוחני של אדם בן זמננו.

אמרתי תרגום עברי, לא מילולי אלא שקול, וכאן מרכו הכובד

של כל הבעיה כולה. אנחנו המבוגרים הננו — ברובנו — חניכי התרבות האירופית. הליכי המחשבה שלנו התרחשו משחר ילדותנו תוך דפוסי לשון זרים: רוסית, גרמנית, צרפתית, אנגלית וכדומה. הרוב הגדול שבנו הייתה שפת אמו יידיש, אף זו שפה זרה — "זרה" במרכאות כמובן — אשר מבחינת גינוני לשון ודפוסי הגיגים קרובה יותר לגרמנית מאשר לעברית.

ובעיה זו — בעיית ה"תרתי דסתרי" — בעינה עומדת עד היום הזה. לא נוכל לה בדרך הנוחה והפשוטה של חילופי מלים, כי "שער החליפין" איננו שווה — וחיוב אתה לקבל "עודף" או לתת "עודף", בהמירך מטבע לשון אירופי במטבע לשון עברי. מה שדרוש לנו לשם הפיכת העברית ללשון חיה ממש הוא: למצוא בעברית מבטאים שקולים — אקוויוולנטים — אשר יביעו את הרעיון המודרני כהלכתו, בלי לחלל את הלבוש העברי שלו. שאם לא נעשה כן, אלא נסתפק בתרגומים מילוליים, לא תהא עבריותה של שפתנו ניכרת אלא בכלים החיצוניים של כ"ב האותיות שלה.

ב. תרגום מילולי ותרגום שקול

בשיחתי הקודמת — בסופה — הצבעתי על הקושי הרב, שאנו נתקלים בו מדי בואנו להערות את התוכן הרעיוני מכלי אל כלי, מן השפה האירופית אל השפה העברית. בעיית עירי זו מצויה עקרונית אצל כל תרגום ותרגום, אך היא קשה שבעתיים, כאשר התרגום הוא משפה אירופית לעברית. כי הקנקנים אינם שווים, לא בקיבולם ולא בתכולתם, ויש שהכלי המשמש בשפה הזרה "מידת הלח", משמש בשפה העברית "מידת היבש" — או להיפך.

והרי מעשה שהיה, מעין "בדידי הוה עובדא", דוגמה חיה ומאלפת לתחושת השוני ההוא. נודמן לי, לפני חודשים מספר, להאזין לשידור "קול-ישראל" של ראיון הטלוויזיה עם חרושצ'וב, שערך בניו-יורק המראיין היהודי דוד זוסקינד — או "דיידי סאסקינד", כפי שקוראים לו באמריקה. תחילה, ובדרך כלל, תורגמו הדברים קטעים קטעים, לסידוגין, מאנגלית לרוסית ומרוסית לאנגלית, לאחר שמר חרושצ'וב, או מר סאסקינד, כילה את דבריו. אך בחלק של השידור סודר תרגום דבריו של המראיין באורח סימולטאני, חד-זמני, כלומר תורגמה מלה מלה מאנגלית לרוסית, מיד עם צאתה מפי המדבר. והמבצע הצליח. קרתה רק תקלה אחת, כאשר המתורגמן תירגם את המלה האנגלית to wall (לקונן, לייכל) במלה הרוסית 'layat' (לנבוח). הדבר העלה

את חמתו של חרושצ'וב, התקיים דין ודברים קולני קצר. בסופו של דבר התפייסו הצדדים, וכך נמנעה מלחמת עולם שלישית!

והנה תוך כדי האזנה לאותו שידור חלף במוחי רעיון משונה: מה היה, אילו היה מר חרושצ'וב מדבר ישר אל המיקרופון בתחנת השידור של "קול-ישר-אל"? לא מה היה קורה בעולם, או במזרח התיכון, אלא שאלה קצת יותר צנועה: האם אפשר היה לערוך תרגום סימולטאני מרוסית לעברית? ותשובתי לעצמי הייתה: לא, אי אפשר, בשום פנים ואופן! ומשני טעמים: (א) התחביר של השפה הרוסית שונה בתכלית מן התחביר של השפה העברית: זו מקדימה, בהקשר מסוים, נושא לנושא, וזו מקדימה, באותו הקשר ממש, נושא לנושא; בעברית בא שם התואר תמיד אחרי שם העצם, ברוסית בא שם התואר לפני שם העצם. כך, שאילו תורגמה כל מלה לחוד מרוסית לעברית, היה רעיון המשפט עומד על הראש, או שלא היה בו רעיון כלל!

(ב) וזה הוא לדעתי העיקר: כל אותם הביטויים והצירורים והפתגמים וה-עוקצים, שמשמש בהם נואם עממי ברוסית, גרמנית, צרפתית, אנגלית וכו', אפשר אמנם, בקצת רצון וניסיון, להביע אותם בעברית, אך לא על ידי תרגומים מילוליים, וודאי לא תוך כדי דיבור. כי כדי שהתרגום העברי יהיה מדויק מצד התוכן, הוא חייב דווקא להיות בלתי מדויק מבחינתו המילולית: על ידי מציאת ביטויים שקולים, שווי-ערך, אשר יביעו אותו רעיון גופו, אולי עוד קצת יותר משופר, באמצעות מלים שונות. זו היא הסגולה המכרעת, הדורשת מן המתרגם העברי להיות אמן יוצר.

הפסוק אומר: "מכל מלמדי השכלתי", והמראיין האמריקאי נתן לי, שלא מדעת, "שיעור הסתכלותי" בדרכי הלשון העברית. זה היה שיעור נוסף, כי הרעיון כשהוא לעצמו היה ברור לי מכבר, והוא ברור לכל אלה הקרובים פחות או יותר אצל ענייניה ובעיותיה של הלשון העברית החיה.

האם היא חיה באמת — זאת היא השאלה; או דילמא: אגב החייאת גופה נטלנו ממנה את הנשמה, והפכנו אותה למעין "אספראטור", שפה של שני ממדים בלבד, שאין לה לא עומק ולא גובה, לא היסטוריה ולא ייחוס אבות.

כי מה הוא הקסם המיוחד שבשפה הלאומית שלנו? על שום מה קשרנו את השיבה לעברית קשר כל כך הדוק עם שיבת ציון, עם השיחרור הלאומי והגאולה הלאומית שלנו? האם כדי שתהיה לנו שפה מיוחדת, מין צופן, שנוכל לשוחח בו בינינו לבין עצמנו, בלי לחשוש מפני עין רעה או אוזן

רעה? — לא! לא בשביל כך נטלנו על עצמנו את המאמץ העצום הלזה! השיבה לעברית היא שאיפת השיבה אל עצמנו, לעצמיותנו הרחנית, בחינת "מקווה ישראל — עברית", בה אנו מיטהרים, ובה אנו משיגים את הקשר הנפשי שניתק אל עולם המחשבה והרגש של היהדות המקורית. ריבוננו של עולם הוא "ריבוננו-שלי-עולם" רק בעברית; כאן אתה הש את מלוא האינטימיות שביחסי אדם ובוראו לפי התפיסה היהודית. משתרגמת אותו לשפה אחרת, הוא נהפך לאיזה מין "בוס" גדול, עתיר נכסים, המטייל לו ארוכות וקצרות ברחבי האימפריה שלו.

אם זו היא מטרת השיבה לעברית, אם החייאת הלשון צריכה להיות מחיה נפשית — "מחיה נפשית" תרתי משמע — הרי מוטלת עלינו חובה כפולה ומכופלת לדייק תכלית דיוק בבחירת הביטויים ההולמים לתרגום החומר הרעיוני החדש שנתעשרנו בו, ככל עם מודרני אחר, עם התקדמותו של התרבות והציוויליזאציה האנושית. התרגום צריך להיות, כפי שכבר הדגשתי, לא מילולי, אלא שקול, שווה-ערך, המשתלב, כמשהו מקורי, במערכת המושגים ודרכי החשיבה והמחשבה של העברית המקורית. התרגום הטוב ביותר — הייתי אומר בצורה קצת פאראדוקסאלית — הוא התרגום המטעה, זה שמשלה אותך לחשוב, כי הוא אינו תרגום, אלא מקור.

אין אני נמנה עם כת הפוריסטים, המבקשים לשמור מכל משמר על הדקדוק העברי העתיק ומוכנים ליהרג על פחות משווה דגש. כללי הפונטיקה של הלשון העברית, כבודם במקומו מונח, השומר ישמור, והחדל יחדל! עבר הזמן, בו כלי ההיגוי הפיסיים של האדם העברי לא יכלו שלא לשמור על הכללים ההם. כעת רק מעטים בתוכנו מרגישים את הכורח שבדבר.

שמעתי פעם שני תימנים צעירים מתווכחים זה עם זה על עסקי נישואין. האחד אומר: "לא טוב היות האדם לבדו"; השני אומר: "לא טוב, אבל גם לא רע!" והוא מוסיף: "יודע אתה, כשאדם נושא לו אישה — הפונט נעשה חצי פונט!"

צדק האיש, לפחות מן הבחינה הדקדוקית, שהרי אחרי ה"א הידיעה בא דגש, ואחרי האותיות אהו"י נופל הדגש. אבל מי מאתנו האשכנזים, ואפילו אחינו הספרדים, נוהג או יודע לדקדק בדבר? האם אנו באמת נוסעים תמיד לפאריס, ולא לפאריס, לבוסטון ולא לבוסטון? במדרשים ובספרי השאלות-ותשובות המציאו תחבולות שונות כדי להציל את הדגש או כדי להיפטר ממנו, בנוגע למלים זרות. כתבו ורנפורט בוי"ו, כדי שלא יצטרכו לבטא פֶרנפורט! אך גם ההמצאות הללו לא הועילו בהרבה. פילוסופיה, למשל,

בשאר. אי אפשר היה להוסיף א' בראש המלה, ולכתוב אפילוסופיה. היו חושדים ודאי, כי הכוונה היא לפילוסופיה הידועה של ה"כאילו" — als ob — של הגרמני האנס ויהינגר (Vaihinger). על כל פנים אנו בימינו אלה, איננו יכולים להמשיך בדרך זו. בשבילנו יהיו הכללים הללו כבלים, שיכבלו ויחבלו בכושד המחשבה, או בשטף הריבור.

אך לא כאן טמון מרכז הכובר של הבעיה — לא הדקדוק והפונטיקה והאטי-מולוגיה הם ראש דאגתנו. הללו יוכרעו במרוצת הזמן על ידי "המדבר בעדו" — על ידי העם גופו — נהג כאן לפי האימרה הארמית המפורסמת "פוק חזי מאי עמא דבר", צא וראה כיצד העם נוהג. דאגתנו נתונה לעתידו של הסגנון העברי, ההולך ומתחלל, הולך ומתכער, נעשה יותר ויותר זול — וזלגאדי — כתוצאה מן האינפלאציה של ואלוטה זרה, של מטבעות לשון זרים, המוכנסים לעברית המדוברת "על קרבם ועל פרשם" — פרשם, להבדיל מפרושם — ללא כחל, ללא שרק, ומזעזעים את יסודי הבניין, חטוב האיברים וכליל היופי, של השפה העברית.

ג. מקורות הסגנון העברי

מן הדברים שנאמרו בשתי השיחות הקודמות, מודקדק בבת ראש הקושי הרב המתעורר אצלנו בפרשת התרגומים. מקודו נעוץ בשתי עובדות-יסוד אלה: הקנקן הזר, שמתוכו אנו מריקים את ה"תוך" הרעיוני, הוא, ברובו המכריע, אירופי: גרמני, אנגלי, צרפתי, רוסי וכו'; ואילו הקנקן העברי, שלתוכו אנו מוזגים את ה"תוך" ההוא, הוא מזרחי שמי, ולא אירופי.

השאלה העומדת בפתח עיניים היא: והסגנון העברי — מאין ייצא? מה הם המקורות, שמהם נשאב את הביטויים השקולים לתרגום כל אותם הניבים האידיומאטיים, שהבאנו אתנו מקצווי תבל ואפסי ארץ? האין זו משימה כבדה מדי בשביל לשון, שזה עתה נתעוררה מן השינה, שהייתה שקועה בה קרוב אלפיים שנה, ואולי אף הרבה למעלה מזה? הנוכל לו לאתגר זה?

והתשובה לכך היא: כן, נוכל גם נוכל, אם אך נדע לנצל עד תום את האידיומאטיקה הטמונה בין קיפולי הלשון בספרות העברית, הדתית והחז-לוגית, שיצרו גדולי עמנו באלף השני לספירת הגויים.

ועל שום מה דווקא באלף השני?

אבאר את דברי בקצירת האומר ובתכלית הריכוז: בסוף המאה העשירית ובתחילת המאה ה"א, מתפורר המרכז היהודי בבבל, וההגמוניה הלאומית עוברת, לאחר שהייה קצרה בצפון אפריקה, אל אירופה המערבית. אחרי

תקופת אלף שנים של אוטונומיה לאומית, דתית-משפטית-תרבותית, בארצות רומי האלילית, ביוזאנטיה הנוצרית, פרס הסאסאנידית והכליפות הערבית, מתגלגל המרכז הלאומי לתוך סביבה חדשה, זרה וברובה עוינת, שאינה מעניקה סטאטוס לאומי לשרירי העם הגולה.

ומסביב למאה הי"ב מתחילות שפות אירופאיות לחדור אל הרחוב היהודי. אמנם היה הרחוב היהודי סגור ומסוגר עוד לפני הקמת הגיטאות במאה הט"ז ולאחריה, אך על אף התבדלות זו היה מגע-ומשא ומשא-ומתן עם השכנים הזרים. אחינו בני ישראל לא יכלו להתפרנס זה מזה, כעצתו של דוד המלך באגדה הידועה, כי "אין הקומץ משביע את הארי, ואין הבור מתמלא מחוליתו" כפי שנאמר באותה אגדה.

וספרדית, צרפתית, איטלקית וגרמנית — גרמנית ממש או גרמנית "מיוהדת" — נעשות לסירוגין שפת הדיבור של היהודי. נקוד על "דיבור": שפת הדיבור דווקא, לשון שבעל פה, ולא לשון שבכתב! הלשון שבכתב הייתה ונשארה עברית, עברית עוד יותר טהורה מאשר קודם לכן, כי לא הייתה עוד מהולה בארמית, כפי שהייתה באלף הראשון. זעיר שם זעיר שם מופיע חיבור בלאדינו או ביידיש, אבל זוהי ספרות בשביל נשים ועמי הארץ; הספרות בה"א הידועה, הספרות הקלאסית, נכתבה בעברית בלבד — חוץ מדברי הפילוסופיה ומקצת ספרי דקדוק ופרשנות שנכתבו בערבית — עד בוא ימי ההשכלה בסוף המאה הי"ח.

וספרות זו, המשתרעת על תקופה של כשבע מאות שנה — ביחוד הספרות העשירה של שאלות ותשובות בענייני הלכה ומשפט — מביאה עמה יבול עצום של פתגמים וביטויים אידיומטיים, שהוערו לקנקן עברי מתוך השפות הזרות השונות. מי שנודמן לו לעיין בספרות הרבנית הספרדית של המאה הט"ו או הט"ז, יתפלא ויתפעל מן האמנות הרבה, שתורגמו בה לעברית מונחים אירופיים מובהקים. וכן — במידה פחותה יותר — בספרות הרבנית האשכנזית של המאות שלאחריהן. כי השאלות והתשובות מטפלות במעשים שבכל יום, בעובדות הלקוחות ממצאות החיים הפשוטה, ולכן מן ההכרח הוא, כי הלבוש העברי הניתן שם לעובדה ולדיאלוג יהא הולם את הסביבה הלשונית שנלקח ממנה.

ספרות רבנית הלכית זו עדיין לא נוצלה דיה לצורכי החייאת העברית; אפשר לומר: כמעט ולא נוצלה כלל; כי היא כספר החתום בפני רוב הבלשנים שלנו. התנ"ך פתוח לכול; האגדה הוכנסה לטרקלין על ידי ביאליק ורביניצקי ונעשתה "salonfähig" בעיני המשכילים. ואילו ההלכה

והספרות ההלכית היא כתורה המונחת בקרן זוית, או כאבן שאין לה הופכין. מי שיועד "לרוץ בהן" — אין לו בדרך כלל חוש לשוני מפותח, ומי שיש לו חוש שכזה — אינו יודע לרוץ בהן.

ניצול אוצרות הלשון הטמונים בספרות ההלכית הוא צורך השעה. עוד דור-דורותיים, וההזדמנות תחלוף ואיננה. יש משהו משותף בין מטבעות כסף ומטבעות לשון: על שניהם חל הכלל הידוע, כי המטבעות הרעים מוציאים מן השוק את המטבעות היפים. משנשתרש בלשון העם ביטוי בלתי מוצלח, שוב אי אפשר לעקרו ולהחליפו באחר, יפה ממנו, כי — המקום תפוס. ראייה לכך: עירייה או עיתון, שני כינויים גרועים מן הבחינה הלשונית, שלא ניפטר מהם לעולמי עולמים.

והסכנה חמורה הרבה יותר, כאשר הדבר נוגע לא "שמות-עצם" רגילים, אלא לצודות ביטוי, לדרכי הבעה, למשלי לשון, לפתגמים, למכתמים ואפור-ריומים, המתללים בנוכריותם את רוח הלשון העברית. לא היה לנו, למשל, צורך חיוני דחוף בדרכונים ובאשרות; יכולנו יפה מאוד להתקיים בפספורטים ובוויזות; יכולים היינו לוותר אפילו על התקרית! אבל איכפת לנו מאוד, וחשוב לנו הרבה, לכלות קוצים מן הכרם ולבער את הברבריומים המכערים את הסגנון העברי. הגיעו דברים לידי כך, שמדיבורו העברי של אדם יכול אתה לעמוד על ארץ המוצא שלו, ולא-דווקא בשל האקצנט הפוניטי שלו. היהודי הרוסי מתרגם מילולית את הביטויים הרוסיים, הגרמני את הגרמניים, והאנגלי את האנגליים. והצרה והסכנה שבדבר היא, כי אנו משלימים עם "בבל" הלשונית הזאת, אוזנו אינה נצרמת על ידי כך, אדרבא: אנו רואים בזה מעין "גילוי עילאי" של מיזוג הגלויות. מיזוג גלויות — כן. מיזוג סגנונות — לא! תטפח נא כל עדה ועדה את הסגנון המיוחד שלה, ובלבד שתלביש אותו לבוש עברי מקורי, לא על ידי תרגומים מילוליים, אלא על ידי תרגומים שקולים, שאולים מתוך אוצרות הספרות הלאומית, שנוצרה בסביבות שונות ובארצות שונות, ואז תהיה העברית השפה המעניינת ביותר והמגוונת ביותר, בשל עושר הביטוי וריבוי דרכי הבעה שלה. היא לא תהיה עוד נטולת דמיון וצבע, חסרת דם, חיוורת, יבשה, רשמית קאזונית, כפי שהיא עכשיו בפי המדברים, למרות התפתחותה העצומה — מבחינת אוצר המלים — במשך שמונים השנים האחרונות.

הצעתי היא, כי האקדמיה ללשון העברית תתן את דעתה על שיפור הסגנון העברי. תדאג צא פחות לקביעת מונח עברי טהור לבורג מסוים במקלט

הראדיו, ותרכז מעיינה יותר במציאת ביטויים מקודיים להבעת תגובותיו השונות של אדם בן זמננו — שיהא תיאורו עשיר יותר, ושיחתו מגוונת יותר. רש"י, למשל, כשהיה נתקל בגמרא בשם ארמי של עוף או צמח, ולא ידע כיצד לתרגמו לעברית, היה כותב: "מין ציפור", או "מין קטניות". כנגד זה הייתה לשונו מנופה ב"ג נפות, וסגנונו נהדר, בבואו לפרש או לתאר איזה דעיון, מאורע או תהליך. לדוגמה אביא קטע נפלא מתוך פירושו על התלמוד. במסכת מכות ז ע"א, במשנה הראשונה של פרק אלו הן הגולין, מדובר באדם שעמד על הגג, היה מעגל את הטיח במעגילה והיא נפלה על אדם אחר והרגה אותו בשוגג. השאלה היא, אם הוא חייב גלות, או לא. לא אכנס כאן לפרטי הדיון, אלא אצטט את פירושו של רש"י למלים "מעגל במעגילה" ו"מושך במעגילה". וכך הוא כותב:

"היה מעגל במעגילה. טחים היו גותיהם בטיט, והגגות לא היו משופעים אבל הטיט משפעים מעט כרי שיורבו המים, וטחים אותם בחתיכת עץ עבה ותלקה, ובה בית יד, ודוחפה לצד השיפוע וחוזר ומושכה אליו וחוזר הדחפה, והטיט מתמרח ומחליק, ובדחיפתו קודיהו מעגל, ובמשיכתו קוריהו מושך, ושם העץ מעגילה".

זכורני, כי הראיתי פעם את הקטע הזה לביאליק. כדרכו ברגעי התפעלות מרובה, תפס את ראשו בשתי ידיו וצעק — ממש צעק — "איזו פשוטות, איזו בהירות, איזה דיכוח (הוא אמר: קונצנטרציה) ואיזה יופי! הגד לי, היש גם בדורנו בעלי סגנון שכזה?" ברוב ענוותנותו שלל ביאליק גם מעצמו כישרון כתיבה שכזה, ובכך — לדעתי — לא צדק!

פנינים כאלה — ולא רק מסוג תיאודיסיפורי זה — מצויות לרוב ברחבי הספרות הרבנית ההלכית, הקרובה יותר מכל סוגי-ספרות אחר לחיי המציאות. צדיך רק לחפשו, למוצאו, למיינן ולסווגן. אבל הטירחה כדאית. היא תועיל לאין ערוך להעלאת רמת הסגנון של העברית הכתובה והמדוברת.

"בהיגון ובתברות" מס' 4 (40) ארד א' תשכ"ו

דת ומדע במחשבת הדור¹

(א)

במאמרי זה רוצה אני לדון בשאלה חשובה אחת, המרחפת בחלל עולמנו — אותה תסיסה דתית עמומה, המקנת אי-שם מאחורי התכונה המאטריאליסטית של הדור.

דודנו הוא מן האומללים בהיסטוריה האנושית. שתי מלחמות עולם עברו עליו כמכבש, חיללו ושדדו את השקפת העולם שלו. מי מאתנו זוכר עוד את האידיליה הנפשית ששדרה בעולם לפני המלחמה הראשונה? בשבילנו היא חלום שנגזז. הספירה שלנו מתחילה בראשון לאוגוסט 1914. ועדיין נתונים אנו באותו כור-היתוך, אותו מערביל להתחיל לערביל את חיינו בתאריך הפאטאלי ההוא.

אולם המעדרבולת הקשה שהאנושות שרויה בה מזה חמישים שנה ויותר, אף היא יש לה הגיון משלה. מנקודת השקפה יותר רחבה — מנקודת דאות היסטורית — היא אינה אלא חוליה קטנה אחת בשרשרת הארוכה של ההתפתחות האנושית.

דרכה של היסטוריה אינה בקו גיאומטרי ישר; הקו שלה שבור, מרוסק, זיגזאגי; נסיגה והתקדמות, התקדמות ונסיגה; אלה הן התנודות הנצחיות

1 נושא של פרק זה, אינו נושא תלמודי, ואף לא נושא משפטי סתם. ואולם עלינו לשים לב לשתי עובדות אלה:

(א) כי המשפט הישראלי אינו שיטת משפט חילונית מוחלטת, אלא מכיל "סקטור משפטי", אשר בו ה"נכס" המוגן הוא, ללא ספק, נכס דתי;
(ב) כי על אף שוני מהותי זה, נוהגים, משום מה, בתי המשפט להחיל במישרין גם על "נכס" זה את ההגיון הכללי החילוני של החוק (השווה, למשל, את השאלה שנתעוררה במשפט שטרייט, בג"ץ 301/63, פד"י כרך י"ח (1) 598, ומשפט גרונובסקי, ד"נ 10/69, פד"י כרך כ"ה (1) 7).

שתי עובדות אלה עשויות לעורר בעיות קשות בנוגע לאינטרפרטציה של הסקטור הדתי של החוק, ולכן ראיתי צורך לפרסם כאן בתוספות אחדות את מאמרי "דת ומדע במחשבת הדור", שפירסמתי בירחון "בטרם", 1946, חוברת אוגוסט, ע' 18.

יתכן כי בראותנו את היחס הקיים בימינו בין המדע והדת, נצליח להנמיך קצת את החומה הגבוהה החוצצת בין ה"דתיים" וה"חופשיים" בישראל. והיתה זאת, אם נעמיק חשוב, תרומה נוספת להבנת דרכו של תלמוד.

של החיים, זו היא האנרגיה של גלי "האתר ההיסטורי", המציעה את האדם לקראת יעודו האחרון.

המדע המודרני רואה, כידוע, כמעט בכל תופעה פיסית אנרגיה של גלים: גלי חום, גלי אור, גלי ראדיו וכדומה. נראה הרבר, שגם החלל הרוחני של התנועות החברתיות, מלא גלים ותנודות — כל גל הוא תנודה, וכל תנודה היא נסיגה והתקרמות כאחת, ורק הסכום הכללי של כל התנודות יחד, הוא הקובע את כיוון הגלים: אם לקידמה ואם לנחשלות. תקופתנו היא תקופת הגלים הקצרים, בעלי התכיפות הגבוהה ביותר. הגענו לשיא התכיפות, לשיא הזעזועים. עוד עלייה קלה בדרגה והתוצאה תהיה — אדישות, תוסר רגישות: כשם שמערכת העצבים של העין היא בלתי רגישה, ואינה מסוגלת לקלוט עוד את הזעזועים התכופים מדי של הקרניים האולטרא-סגוליות.

ואולם, מה הוא הכוח הפועל מאחורי גלים אלה? מה היא האנרגיה המפעילה את הזעזועים החברתיים? מה היא התכונה היסודית בנפשו של אדם בן דורנו שסיבכה אותו, בתקופה כה קצרה, בכל המהפכות והמלחמות הללו? הרי לא מקרה הוא, שדווקא מאת העשרים נתברכה ביכול כה עשיר של מהפכי-כות וקונטרה-מהפכיות. תשובה לשאלה זו אנו מוצאים בתהליך ההתפתחות של המחשבה האירופית, ולא במאה הנוכחית, אלא דווקא בתקופה שקדמה לה — באמצעותה וסופה של המאה שעברה.

(ב)

המאה התשע עשדה היתה, כידוע, המאה של תגליות ואמצאות למופת. החל מגילוי עקרון דינאמו בשנות השלושים², וגמור בתגלית הראדיום בשנת 1898³ — דרך שורה ארוכה של חידושים וגילויים בשדה הפיסיקה, הכימיה, הביאולוגיה, המדיצינה וכל שאר ענפי המדע. שמותיהם של דלטון⁴, פרדיי⁵,

2 "דינאמו" (מן המלה היוונית דינאמיס: כוח) הוא מכשיר היצר זרם חשמלי על ידי אינדוקציה אלקטרומאגנטית, על פי גילוי של מיכאל פרדיי (1867—1791) בשנת 1831.

3 הראדיום, כתוצאה של התפרקות רדיואקטיבית של אורניום גילוהו הפולניה מריה סקלדובסקי ובעלה הצרפתי, פייד קוריי, שנהרג בשנת 1906 בתאונת מכונת בפאריס.

4 ג'והן דלטון (1776—1844), נחשב כיוצרה של תורת האטום המודרני. על שמו נקראת יחידת המסה האטומית "דלטון", שהיא החלק ה-16 של יחידת המצב.

5 ראה הערה 2 לעיל.

הרץ⁶, גלבני⁷, דרווין⁸, קוך⁹, מנדל¹⁰, מנדלייב¹¹, קיורי¹² ואחרים — הם הכוכבים המזהירים שדרכו בשמי מאה מפוארת זו.

האדם, בן המאה האחרונה, ראה את הקידמה הענקית של המדע, ראה את כניעתם של איתני הטבע לשלטון האדם, ודימה בלבו, כי הנה הצלית סוף סוף להיכנס לפרדס, ולהציץ לפני ולפנים של היכל היצירה. עד כדי כך, שסמוך לסופה של המאה התשע עשרה, לפני תגלית הראדיום וקרני ה-X, השתררה הדעה הכללית, כי המחקר המדעי הגיע לשיא יכולתו, כי האדם השכיל לחשוף ולגלות את כל צפוני היקום; וכל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש בדבות הימים, לא יהיה אלא בחינת פרפראות לחכמה, שלא יהא בידן לשנות את התמונה המדעית הברורה של העולם, כדרך שהצטיירה במוחו של בן התקופה.

אנו יודעים עכשיו כי לא כן הוא הדבר. כי כל התפיסה המדעית של המאה התשע עשרה היתה מסולפת מיסודה. אנו יודעים, כי לא רק המדע לא הצליח לגלות את הכל, אלא לעת-עתה לא הצליח לגלות כמעט כלום. אנו יודעים, כי לא זו בלבד שלא נכנסנו לפני ולפנים, אלא עדיין עומדים אנו, כעני בפתח, על מפתן ההיכל, וכי ספק גדול הוא אם בכלל נצליח אי-פעם להציג כף רגל מעבר למפתן ההוא. אך לא כן היתה דעתם של אנשי המדע המתרברב והכל-יודע בתקופה שלפני אינשטיין¹³, פלנק¹⁴, רותרפורד¹⁵, ולפני שאר חוקרי

6 גוסטב הרץ (1887—1950), פיסיקאי יהודי גדול, שהמציא שיטה חדשה להפרות האיזוטופים.

7 לואיג'י גלבני (1737—1798), פיסיולוג איטלקי, שעל נסיונותיו מיוסד התהליך של ציפוי מתכות כדי להגן עליהן מפני איכול.

8 צ'רלס רוברט דרווין (1809—1882), הביאולוג הנודע, שיצר את תורת התפתחות המינים, והתפתחות האדם, והוריד את גדולתו של האדם.

9 רוברט קוך (1843—1910), באקטריולוג יהודי גדול, גילה הרבה חידקים של מחלות מידבקות, כמו מחלת שחפת ומחלת חולירע. נחשב לאחד האבות של הבאקטריאולוגיה המודרנית.

10 גריגור יוהאן מנדל (1822—1884), ביאולוג אוסטרי, הקובע את חוקי התורשה.

11 דמיטרי איבנובץ' מנדלייב (1834—1907), גילה את מערכת המחזוריות של היסודות, וניבא קיום יסודות שטרם נתגלו.

12 ראה הערה 3 לעיל.

13 אלברט אינשטיין (1879—1955), הפיסיקאי היהודי הגאוני. הוכר על-ידי המלומד-דים בתור "גדול מדעני האנושות בכל התקופות". מחבר תורת היחסות, המיוחסת בשנת 1905, והכללית בשנת 1915. המציא וניסח את הפורמולה המאתמאטית א' = מס' כריבוע שאיפשרה את יצור הפצצה האטומית.

14 מנכס פלנק (1858—1949), פיסיקאי גרמני גדול, מגלה תורת הקוואנטים.

הפיסיקה האטומית והסוב-אטומית של המאה הנוכחית. ואידיאולוגיה מוטעית זו טבעה את חותמה בהשקפת עולמו של בן התקופה, ועדיין רישומה ניכר בפרצופו הרוחני של האדם בן המאה העשירים.

האדם, בדומה לכל יצורי הטבע, נתון לחוקי האינרציה, חוקי ההתמדה. הוא אינו משנה את הרגליו בנקל, קל וחומר את השקפותיו. והתוצאה היא כי האדם, בן המאה שלנו, פרצופו טבוע באותן השקפות ישנות שעברו אליו בירושה מן המאה שעברה. לשון אחר: האדם המודרני, בן מאת העשרים, פועל לפי האימפולסים הישנים של המחשבה המדעית שמשלה בכיפה בסוף המאה האחרונה.

תוקפנותו של האדם המודרני, יהירותו והתרברבותו, חוסר הצניעות ואפס העניויות שבו, בטחונו העצמי המופרז, נטייתו להתגרות ושונוגו אלי קרב — כל אלה אינם אלא ילדים חוקיים לאסכולה של המדע המתברב.

כי אם אמנם העולם המוחשי, הנראה לעין, הוא הכל, ואין לפניו כלום, ואין לאחוריו כלום; אם "הכל שתה תחת רגליו" (תהלים ח, ז) והוא שולט ורודה בכל; אם באמת הצליח האדם לפענח את כל תעלומות המדע, וכל רז לא אניס ליה, ושום סוד לא נסתד מפניו — כלום יש מקום לענוותנות כל שהיא? כלום יש טעם להתעכב לרגע קט, ולקמט את המצח על "מה למטה מה למעלה, מה לפנים מה לאחור"? כלום דאוי לעמוד על השאלה ה"בטלנית" הבלתי מעשית, מה טעם ומה תכלית לכל ההמולה הבלתי פוסקת הזאת? לא, לא כדאי לבזבז את הזמן על שטויות, חקירות והזיות כאלו; הן יכולות רק להאט את קצב הפעלתנות שלו, לשחק את מרצו ולהסיח את דעתו מן המטרה הנשגבה שהציג לפניו, והיא: הכנעת הטבע, כיבוש העולם.

אולם — וזו היא התולעת המתחילה לכרסם את לבו של "ההומו טכניקוס" שלנו. זה היתוש הבא לנקר את המוח — ומה אם יתברר, כי נפלה טעות בחשבון הנפש שלו? מה אם יתברר שהוא אינו כלל וכלל דיבון העולם, אלא בורג אחד בלתי חשוב, ומשועבר לחוקי התנועה של מכונה אדירה? הוא שולט בחומר — כך אמרו לו, כך אמר לעצמו; אך מה דב הוא המחיר שהוא משלם בעד שלטון אילוזורי זה! כלום אין מערכת-עצבים בריאה, תקינה, בלתי מרוסקת, משהו לאין ערוך יותר ראוי מן השלטון המדומה שהוא שופך כביכול על הטבע הדומם? הפיסיקה הקלאסית לימדה אותנו פעם, כי כמות

15 ארנסט דותרפורד (1871—1937), בעל מחקרים מפורסמים בקרינה ובמבנה האטום.

האנרגיה בעולם היא קבועה ובלתי משתנית; אינה נוצרת מחדש ואינה הולכת לאיבוד, רק פושטת צורה ולובשת צורה. ומי יודע, אולי גם הכוח הכביר שהוא מפיץ בעזרת המכונות המשוכללות שלו, אינו אלא צורת אנרגיה אחרת של אותו "חומר נפשי" — עצבים, מוח, בריאות — שהוא מכלה בידינו בייצרו את המכונות הללו? ...

שאלות כאלו וכיוצא בהן מתרוצצות במוחו של אדם בן זמננו, והוא נבוך ואינו מוצא להן פתרון. הוא אינו יכול לסגת, כי שרף אחריו את הגשרים. וכך הוא נאלץ להתקדם במעלה ההר. אותו הר שהוא עצמו יצר לו להרבות סיבוכיו, כדברי קהלת (ז, כט): ראה זה מצאתי, אשר עשה האלהים את האדם ישר, והמה בקשו תשובות רבים ...

(ג)

תסיסה מלאנכולית זו, הרגשת הבדידות וחוסר ישע, הגוברת והולכת בלבו של האדם המודרני, מוצאת לה חיזוק ומוזן ברוחות התדשות המגשבות בחלל המדע. האסכולה המדעית של המאה העשרים הורידה את האדם ממרומי האולימפוס, והעמידה אותו במקום צנוע מאוד. אין המדע החדש מתיימר להבין את הטבע או לגלות את סודותיו. הוא מודה בהכנעה, כי הטבע בכלל איננו נתון להשגה, וכי כל תפקידו של המדע אינו אלא — לרשום את תופעות החיים, ולהביע אותן בנוסחו: הקצרה ביותר.

המדע המודרני אינו מנסה להסביר את חוקי הטבע, אינו מנסה לבארם; הוא קובע אותם ומנסה, באמצעות נוסחה מאתימאטית, שהיא הצורה הקצרה ביותר, הברורה ביותר, האלגנטית ביותר. בתקופת הפיסיקה הקלאסית — הניוטונית — ששררה עד לתחילת המאה הנוכחית, שאיפתו העיקרית של המדע היתה להסביר את חוקי הטבע, כלומר: לתאר אותם בשפת החיים, לקרב אותם אל השכל, ולהדגימם באמצעות תופעות "מובנות", לקוחות מן הסביבה היומיומית של חיי האדם. אם האדם לא הבין, למשל, מדוע כוכבי הלכת מסתובבים באליפסה מסביב לישמש, בא ניוטון והסביר כי עצם תנועתם אינה אלא מין נפילה אל השמש, בעקב המשיכה של זה האחרון. האדמה — אמר ניוטון — נופלת אל השמש, בדיוק כשם שהתפוח נופל אל האדמה... בזה הוא "הסביר" את התופעה הסתומה, בזה קירב אותה אל השכל. והאדם בן זמנו, בשמעו את ההסבר הנפלא, אמר: טוב מאוד, כעת אני מבין — וחדל להציג שאלות. או, אם, למשל, לא הבין האדם מדוע מחט המצפן נוטה תמיד אל צד צפון — בא מלומד והסביר כי כדור הארץ עצמו

הוא מין מאגנט גדול; ובוזה נתן הנמקה לעניין, "הסביר" אותו וסתם את פיות השואלים. כך היה עם הפלוגיסטון בימי הביניים¹⁶, וכך אידע עם האתר בתקופה החדשה, וכך עם כל שאר המונחים — שמות בלבד — שהומצאו על ידי המדע כדי להסביר באופן "הגיוני" את תהליכי המציאות של החיים, מציאות יום של החיים.

דרכי ההסברה של הפיסיקה הקלאסית מזכירים לנו את הסיפור הידוע על הטלפון והקפיץ. יהודי אחד ביקש פעם את חברו המלומד שיסביר לו את הפלא הגדול של הטלפון. טרח הלה ויגע, והיהודי לא הבין כלום. עד שלבסוף נצנץ רעיון גאוני במוחו של הנשאל, ואמר: אתה יודע, בתוך השפופרת של הטלפון, לא רחוק מן הממבראנה, יש קפיץ, וקפיץ זה הוא המעביר את הקול. שמע היהודי והשיב: כעת ברור לי הכל. אם יש קפיץ בטלפון — אין כל פלא ששומעים את הקול... כזאת היתה דרך ההסברה של המדע, עד התקופה האחרונה ועד בכלל. מהותה היתה — חילופי מושג במושג, הסברת תופעה אחת, חדשה, בלתי מוכרת, על ידי תופעה אחרת, ותיקה ממנה, שהאדם כאילו מבין אותה יפה-יפה, שלבו גס בה, והוא הספיק להתרגל אליה משחר ילדותו. הטלפון הוא מכשיר משונה, תמוה, חדש; הקפיץ הוא כלי רגיל, ידוע, מוכר. ואם יש קפיץ בתוך הטלפון, הרי הדבר פשוט בתכלית, ואין כל מקום לשאלות נוספות.

לא כן הם דרכי המחקר של המדע החדש, המדע בן המאה העשרים. המדע החדש אינו מסביר כלום; הוא אינו מסביר את הטלפון — משום שאינו מבין את הקפיץ. בשבילו כל הטבע כולו הוא סימן שאלה אחד. סוד כמוס שאולי לא יפוענח לעולם. המדע החדש אומר, כי כל זמן שהאדם לא הצליח ליצור אף תא קטן אחד, אף טיפת פדוטופלאזמה אחת, תהא זו חוצפה לומר, כי השכיל אף במשהו להעלות את המסך הפרוש על פני היצירה. והמדע החדש, לא רק שאינו משתדל לבאר את תהליכי המדע, הוא גם אינו מנסה לתאר אותם, אינו מסוגל לתאר אותם ולקבעם בתמונות במוחו של האדם. אם, למשל, תורת היחסות מלמדת אותנו, כי הזמן הוא גודל יחסי, משתנה; ואם בן אדם ירכב על מטאטא המתנועע במהירות הקרובה; למהירות האור, הרי אחרי אלף שנים שלנו הוא יהיה בסך הכל תינוק בן יומו (מפורסם וידוע הוא "פאראדוקס התאומים" של אינשטיין, על פיו יתכן, כי תאום אחד יהיה

16 תורת הפלוגיסטון היא תורה של ימי הביניים הרואה את האש כיסוד כימי עצמאי; ואת הבערה היא דואה כהתחברות אותו יסוד עם הדבר הבורר.

בן שנה, ואחיו, התאום השני, הנוסע בלווין חלל יחזור לארץ בהיותו בן יומיים בלבד), שכן מרוצת הזמן שלו, הוא שונה, איטי יותר, ממרוצת הזמן הרגילה של שוכני האדמה... או אם תורת הקוואנטים אומרת — או אמר ה עד לפני שנים אחדות — כי אותו אלקטרון המסתובב כירח מסביב לגרעין האטום עלול להיות דגע אחד במסלול אחד ורגע שני במסלול שני, בלי לעבור את המרחק, בלי להיות אף רגע קט בשטח שביין שני המסלולים, הרי עובדות אלו וכיוצא בהן הם דברים שאין המוח האנושי תופס אותם כלל ועיקר, אפילו לא מוחם של אינשטיין ופלנק.

יחסו של המדע אל השכל הבריא, אל ה"קומון סנס", הוא יחס של זלוול וביטול. הוא אינו פונה כלל אל השכל הפשוט, ועל אחת כמה שאינו מבקש את עזרתו. דעתו היא כי השכל הישר, הבריא, הפשוט, אינו מסוגל כלל לתפוס את תהליכי הטבע כמו שהם; להיפך: הוא מסלף אותם, מוויפם, מרעת ושלא מדעת, בהתבוננו אליהם דרך האספקלריה המטעה של חיי "המציאות". יש דק אשנב אחד, קטן, שדרכו אנו יכולים להציץ אל מעבר לחיי המציאות, והוא: המחשבה המופשטת, הבלתי מוחשת, של המאטימאטיקה הטהורה. "הטבע כתוב באותיות מאטימאטיקה" אמרו הקדמונים. פתגם זה לא נתקבל מעולם ברצינות כה גדולה כמו בתקופה שלנו. והנה הנוסחה המאטימאטית אינה מתארת את הטבע, אינה מסבירה ומפרשת אותו — היא רק קובעת אותו כמו שהוא, ומגלה את היחס הנמרד בין חוקיו השונים.

שפת המאטימאטיקה לחוד, ושפת המציאות לחוד. הראשונה מדברת בסמלים, והשניה — בתמונות. אך טעות היא לחשוב כי אין קשר בין השתיים. אדרבא! יש ויש, יש קשר תועלתי מאד, כי הנוסחה המאטימאטית ממציאה לאדם את מכשיר המדידה בו הוא מנצל את חוקי המציאות.

בשנת 1905 הודיע אינשטיין¹⁷, כי התורה הקלאסית על שימור החומר ושימור האנרגיה אינה נכונה, וכי החומר, הנצחי כביכול, עלול להיעלם כליל. ובהיעלמו — לשחרר כמות עצומה של אנרגיה. תורה מהפכנית זו קיפלה אינשטיין בנוסחה מאטימאטית קצרה $E=Mc^2$. פירוש הדברים: אנרגיה ששוה למסה (חומר) פעם מהירות האור בריבוע. פורמולה זו הביאה אחרי ארבעים שנה לתוצאה מלחמתית גדולה. התוצאה היתה לא פחות ולא יותר מאשר —

17 בגוף המאמר כתבתי "בשנת 1915", וזו היא טעות. כי הפורמולה: אנרגיה שווה לחומר פעם מהירות האור בריבוע, היא תוצאה של תורת היחסות המיוחדת שנגלתה על ידו בשנת 1905, ולא של תורת היחסות הכללית שנגלתה על ידו בשנת 1915.

הפצצה האטומית הראשונה שהוטלה על הירושימה, וסיימה את מלחמת העולם. השמדת מאה ושישים אלף יפנים ברגע אחד, היא מציאות קונקרטיה אימה, ואף על פי כן אינה אלא פועל-יוצא ישיר של אותה פורמולה מופשטת, בלתי תיאורית, בלתי מושגת שנצצה ברגע של השראה ורוח הקודש במוחו של גאון יהודי.

(ד)

בכן, זוהי הנקודה בה עומד האדם המודרני, וכזה הוא הלך הרוח המסתגן קימעא קימעא לתוך השקפת עולמו של האדם שסיגל לעצמו את רמת התרבות של הדור. הביטחון העצמי שלו פג, היהירות שבלב מתנדפת, נעלם הצלם שסגד לו בהיכל המדע, והוא מתחיל לבקש לו משהו חדש, שימלא את החלל שנוצר בלבו. עדיין לא הגיע אל האמונה, אך כבר הגיע אל הספק, הקודם לאמונה. מי יודע, הוא חושב, אולי אי-שם בערפילי האופק הרחוק, מקום בו שמים וארץ נושקים זה לזה, על הגבול שבין המודע והבלתי מודע, מסתתר איזה כוח טמיר, נעלם, בלתי מושג, שממנו פינה וממנו יסוד לשתי הספירות — ההכרתית והטראנס-הכרתית גם יחד...

היה היה זמן, והוא כפר בכל, מדעת ומרצון. היה זמן בו הוא דימה לדעת כי אין מאחורי הקלעים ולא כלום. זו היתה הכפירה הילדותית, המת-רברבת, של המאה שעברה. אולם הזמן ההוא חלף, כעת הוא אינו בטוח כל כך בדבר. היום הוא יודע, כי לא זו בלבד שאינו יודע את הכל, כי אם אינו יודע כמעט כלום. היום הוא יודע, כי גם התמונה הפשוטה של המציאות, כדרך שהיא מצטיירת בשכלו הבריא, אינה אלא פאזה מורגאנה, תמונה בלתי נכונה, מסולפת, צבועה בצבע האספקלריא המטעה של חושי הכבדים.

ואם כך הדבר, אם העולם בו הוא חי, האוויר אותו נושם, הצבעים אותם רואה, והצלילים אותם שומע — כל זה אינו אלא אשליה גדולה אחת, ללא העתק בהוויה האמיתית שמאחורי המציאות — אם צחוק עשה לו הטבע, והוא לא ידע כלום — אזי כדאי אולי לבקש דרך חדשה, בלתי מדעית, להשגת אותו כוח עליון, הפועל — בלי ספק פועל — מאחורי אשליה אימה זה.

זו היא המבוכה הנפשית הגדולה בה נאבק האדם בן הדור, אלה הם הרהורי התשובה המתעוררים בלבו הנלאה. הוא השתחרר מכבלי הכפירה, אך טרם מצא דרכו אל חיק אמונה. לא קל לו הדבר. ארבע מאות שנה של השכלה (החל מתקופת הרניסאנס), מאות שנים של ציביליזאציה חמרנית, פירנסו אך את היסוד השכלי שבו, וגרמו לשיתוק היסוד האינטיאוטיבי; הוא למד

את מלאכת הראייה, ושכח את מלאכת ההסתכלות, ההסתכלות האינטיאוטיבית וכל-מקיפה, שרק היא עלולה לקרב את הפיתרון לחירת העולם.

(ה)

דורנו הוא מן האומללים ביותר בהיסטוריה האנושית. אין בו משלוות הרשעים, אך יש בו מיסורי הצדיקים והרשעים גם יחד. הוא יצור ביניים של שתי תקופות-עולם — גתלש מן האחת, ועדיין לא היכה שורשים בשנייה. מכאן הקרע שבלב, השניות שבמתשבה. לא נכון הדבר, כי דורנו הוא חמרני ואגואיסטי ביותר. אדרבה: מעולם לא הקריב נוער את עצמו על מזבח האידיאלים שלו בקלות ובפשטות שכזאת. מחלת הדור אינה חוסר אלים, מחלתו — ריבוי אלים, ריבוי-אלילים, ועדיין הוא מבקש ואינו מוצא את הדרך אל האל היחיד...

ואולי עתיד עמנו הקטן למצוא את הדרך הזאת. עמנו — לא פעם אחת בלבד — הגה וגילה לעולם כמה אמיתות-יסוד, שהאנושות, בלעדיו, לא היתה מגיעה אליהן. גם בזמן האחרון גילה אידיאות חדשות, מהפכניות, כמו "הסו-ציאליזם המדעי" של קארל מארכס, או תורת היחסות, המיוחדת והכללית, של אלברט אינשטיין. עמנו הוא מן העמים המוכשרים ביותר בין עמי תבל — בכך לית מאן דפליג — ועדיין לא אמר את המלה האחרונה. עוד ידיו רב לו, ולו נתכנו עלילות, בעתיד כמו בעבר.

ואולי — מקווה אני — תיאמר מלה אחרונה, גואלת, זו, על ההתקרבות שבין האל והאדם, דווקא במדינת ישראל, המקום בו נוכל — אם נרצה — לתקן עולם במלכות שדי, ולייסד כאן חברה אידיאלית שתהא בנויה על אשיות של צדק ויושר על פי המשפט הדתי, הלאומי, שלנו, המשפט העברי. החילוננו אותו, על פי הסכם "סטאטוס קוו" הידוע רק על ענייני אישות, כשרות וכדומה. נחוץ להטילו, בצורה מעובדת ומתוקנת, על כל ענייני המדינה, ולכך נוכל להשתמש בכל החומר העשיר שנצטבר במשך הדורות. כי חומר זה הוא תפארת היצירה הלאומית שלנו.

"דיני ישראל" (כרך ג'), שנתון למשפט עברי ולדיני משפחה בישראל

התפתחותה התרבותית של התקופה הנדונה. אמיתות הדבר מתבררת לנו, כשאנו מתבוננים לאיזה ענף שהוא מענפי המדע המודרני, מסתכלים לדרכי המחקר והניסוח שלו ומדמים אותם לדרכי המחקר והניסוח של התקופות הקודמות. דצוני להוכיח דבר זה על ידי התבוננות בהתפתחות המחשבה בשני מקצועות מדע שונים: המאתימאטיקה והיוריספרונדנציה. בחרתי בשני המקצועות האלה, מפני שהם שונים זה מזה בהחלט: המאתימאטיקה היא המדע הרחוק ביותר מחיי המציאות, והיוריספרונדנציה היא המדע הקרוב להם ביותר. מאמיתות הרעיון שלנו בנוגע לשני הדיסציפלינות האלה, נוכל ללמוד בדרך קל וחומר על כל שאר מקצועות המדע הנמצאים, במובן ידוע, בשלבי הביניים שבין שני הצידים הקיצוניים האלה.

אמרנו כי המאתימאטיקה היא המדע הרחוק ביותר מחיי המציאות, והרבה הזה אינו פאראדוקסון כלל וכלל. אף על פי שכל האסטרונומיה והפיסיקה מיוסדות על המדע הזה, אמיתותם של הכללים המאתימאטיים איננה נובעת בזה שהם מתאמתים בעולם המציאות: הם נכונים מצד עצמם, כתהליך הגיוני טהור. אם המציאות מתאימה להם, בקירוב מתאימה להם, הרי הדבר הזה הוא כביכול כבוד למציאות. אם הגיאומטריה האבסולוטיבית מלמדת אותנו, שסכום הזוויות בכל משולש הוא מאה ושמונים מעלות, הרי אין לכלל הזה שום שייכות לעובדה שגם בחיים, כשאנו מודדים את המשולש המציאותי, אנו מוצאים בערך אותה התוצאה. כי הצורות שבהן מטפלת הגיאומטריה אינן צורות מציאותיות כלל וכלל. הנקודה הגיאומטרית אין לה לא אורך ולא רוחב ולא גובה, ודבר שכזה אינו במציאות. הוא הדין בנוגע לקו, והוא הדין בנוגע למשולש ולכל יתר הצורות והמושגים המאתימאטיים. שהכללים האלה, ביתוד אותם של הגיאומטריה האבסולוטיבית, מתאימים עד מידת דיוק ידועה גם בחיים, שאנו יכולים להשתמש בהם ולחשב בהם ולמצוא את הגשמתם בחיים, זו היא פרובלימה פילוסופית, שעדיין לא מצאה את פתרונה השלם.

והנה ההשקפה הזאת, שהיא כל כך פשוטה בעינינו, לא היתה פשוטה ולא היתה מובנת כלל וכלל בימי קדם, למשל בתקופת המאתימאטיקאים היווניים. התפיסה הזאת היא סך הכל של התפתחות מחשבה ענקית, התפתחות בת אלפי שנים של הרוח האנושית. המאתימאטיקאים העתיקים לא היו יכולים להשיג בשום אופן השגה כזאת. הם ידעו אמנם שהמאתימאטיקה היא מדע מופשט, אבל הם חשבו אותה להפשוטה לקוחה ממציאות ידועה. ההבדל שבין המאתימאטיקה למציאות לא היה בעיניהם הבדל מהותי, כי

השאיפה אל המופשט בישראל ובעמים

(א)

נקדים את המסקנה: השאיפה אל המופשט היא קו יסודי, העובר כחוט השני דרך כל התקדמותה של התרבות האנושית בכלל והתרבות היהודית בפרט. בין כל התרבויות שקמו לה לאנושיות — התרבות היהודית היא שהבליטה ביותר את השאיפה הזאת מתחילת ברייתה, במידה שלא מצאנו דוגמתה אצל העמים האחרים בשום תקופה מתקופות התפתחותה של הרוח האנושית.

המעבר מצורת המחשבה המוחשית לצורת המחשבה המופשטת הוא פרי התרבות, פרי התפתחותה של המחשבה האנושית. מיד בצאתו לאוויר העולם נתקל האדם הקדמון בהמון הופעות קונקרטיביות שראה לפניו. הוא ראה חזיונות בודדים, בלי לדעת את הקשר שביניהם, בלי להבין את החוקיות שבהם. (ידוע המדרש הנפלא על הרגשות הדרמאטיים של אדם הראשון, כשראה שהימים מתמעטים והולכים). הוא ראה פעם תפוח נופל ארצה, פעם אבן, או דבר אחר. אבל עדיין לא ידע, שכל התפוחים וכל האבנים דרכם בכך. והוא לא ידע, שהסגולה הזאת משותפת לכל העצמים, ומשום כך לא היה לו צורך במושג הכללי "עצם" ולא יצר לו את המושג הזה. ורק אחר כך, כשחוג הידיעות שלו נתרחב, כשהשכיל להבין ולדעת כי עולם התופעות אינו מקדי, שיש בו חוקיות, טיפוסיות וסיבתיות, — רק אז נוצרה הנחיצות בהפשטה, בקביעת מושגים ומבטאים שיכילו, באופן כבוש כביכול, את המון הפרטים המוחשיים ההם. הוא יצר לו את המושג המופשט "עצם". מעתה הוא יכול לקפל את כל ההכרה שרכש לו מתוך הניסוח ולהכניסה לתוך משפט קצר ולומר למשל: כל עצם נמשך אל הארץ. קריאת השמות על ידי האדם הראשון — וכל שם הוא הפשטה וכלל לפרטים — היא הפעולה התרבותית הראשונה של האדם.

הדוגמה הזאת היא פרימיטיבית ופשוטה, היא מציינת את הצעד הראשון של האדם הקדמון לתרבות המחשבה בתקופה הנמוכה ביותר של התפתחות הרוחנית. אבל הרעיון המובע כאן הוא כולל יותר ומקיף יותר. מידת השאיפה אל ההפשטה הרעיונית היא אמת המידה המובהקת ביותר למדריגת

אם הבדל של דרגה, הבדל בנוגע למידת הדיקו. הקו הישר, שאנו מוצאים בחיים, אינו ישר בהחלט, הישר המאתימאטי הוא ישר בתכלית. הנקודה שאנו עושים על הנייר, איננה בלתי מתפשטת, הנקודה הגיאומטרית היא בלתי מתפשטת בהחלט. לשון אחר: גם המאתימאטיקה היתה בעיניהם חכמה תיאורית, דסקרפטיבית, דוגמת הפיסיקה, האסטרונומיה, הביאולוגיה וכו' וכו'. המשפט $2 \times 2 = 4$ פירושו היה, שאם אתה שם שני עצמים זה אצל זה, ולאחר מכן מצרף אליהם עוד שניים אתה מוצא בסך הכל ארבעה. הפתגם הידוע: "הטבע כתוב בלשון המאתימאטיקה" הוא הגרעין הפילוסופי של ההשקפה הזאת.

בזה מתבארת לנו העובדה, שהמאתימאטיקה טיפלה דק במושגים ובצורות, שאנו מוצאים את דמותם ואת תבניתם בחיים, במושגים שיכולים לתפוס אותם כהפשטה של פעולות או הופעות הקיימות בצורה פחות או יותר שלימה בעולם המציאות, כמודל משוכלל של הצורות הקיימות בחיים. המספר היה להם כינוי לריבוי של דברים הנמצאים זה על יד זה, השורש של הריבוע היה מסמל את הצלע של המרובע, החזקה — סמל קצר בשביל פעולות כפל דצופות, וכך בנוגע לכל המושגים. משום כך האמינו הקדמונים, ששורת המספרים אינה רצופה, אינה קונטינואלית, משום כך לא הכירו את מציאותם של מספרים דמיוניים וקומפלקסיים $a + b$, ועל אחת כמה וכמה שלא יכלו להעלות אפילו על הדעת, שמלבד הגיאומטריה האבסולוטיבית ישנה גיאומטריה אחרת, או גיאומטריות אחדות, הכופדות באקסיומה של ההקבלות ואומרות שדרך נקודה אחת, הנמצאת מעבר לקו ידוע, יכולים להעביר לא דק מקביל אחד כי אם הרבה ישרים מקבילים או לפי גאומטריה אחרת אי אפשר להעביר אפילו אחת מהן; כל הדברים האלה היו לתכמים ההגיוניים ההם מחוץ לספידת תפיסתם, דברים שאין המחשבה ההגיונית תופסת בהם כלל. אילו היו מביאים לפני אבקלידס את הגיאומטריה של ניקולי איוואנוביץ' לובצ'בסקי או של גיאורג פ"ב רימן היה רואה בה פלפול של הכל, מעשי להטים, שכן הגיאומטריה הזאת לא דק שאיננה מתאמת בחיי המציאות, כי אם גם מתנגדת להם לכאורה תכלית ניגוד.

דק המאתימאטיקה המודרנית, עם המהפיכה המחשבתית העמוקה, שהביאה עמה, השתחררה מכבלי התפיסה הקלאסית והתרוממה עד לידי ההשקפה, שיש מציאות הגיונית מחוץ למציאות האמפירית, שאנו דואים ומרגישים בחיי יום יום.

התפיסה המודרנית הזאת שונה תכלית שינוי מן התפיסה הקלאסית.

היא אינה רואה במאתימאטיקה הפשטה משוכללת של המציאות, כי אם מציאות בפני עצמה, מציאות הגיונית, סוביידינית, שאינה תלויה באישור מצד המציאות של החיים ואינה זקוקה לאימותה. המספר אינו עוד לה כינוי לריבוי של דברים. השורש אינו מסמל יותר את צלע הריבוע. והנקודה הגיאומטרית אינה יותר התבנית המשוכללת של הנקודות שאנו רואים בחיים. כל הדברים האלה הם מושגים הגיוניים טהורים, שערכם בתוכם. מה שאנו דורשים מהם, זה הוא לא חוסר סתירה בינם ובין המציאות, כי אם חוסר סתירה בינם לבין עצמם. שכן מציאות ומאתימאטיקה הם שני דברים שונים זה מזה בהחלט; המציאות היא שורה של הופעות והמאתימאטיקה היא שיטת מחשבה הגיונית שלימה ומוצקה בתוך עצמה. הדרישה היחידה שהיא צריכה לספק, היא: להיות הגיונית מן ההתחלה ועד הסוף, שלא להיות נגועה בשום סתירה פנימית.

כזו היא צורתה של המחשבה המאתימאטית המודרנית. צורה אבסטרקטית מוחלטת, בלי שום קשר ומגע עם המציאות. הפשטה לפני מהפשטה, הפשטה שהרסה את כל הגשדים ואת כל הקשרים שקשרוה אל הנסיון האמפירי שבחיים.

והתהליך הזה עדיין לא נגמד. הוא הולך ומתעמק מיום ליום. אין הוא מצטמצם יותר בתחומי המאתימאטיקה בלבד, הוא מתחיל להתפרץ גם לתוך תחומי מחשבה אחרים, הולך וכובש לו בימינו אלה גם את הפיסיקה ואת האסטרונומיה לכל ענפיהן. אנו חיים בתקופה, שבה מתחוללת המהפיכה המחשבתית העמוקה ביותר שבחיי האנושות, האבסטרקציה הגאונית ביותר של הרוח האנושית. כוונתי בזה לתורת איינשטיין, לתורת היחסיות של הזמן. התורה הגאונית הזאת הכניסה את החלל בן ארבעת הממדים לתוך האסטרונומיה והפיסיקה, וציינה את הזמן כגודל יחסי המתגובה בפרופורציה ידועה אל התנועה. הגאוניות הכבדה שבמחשבה זו כלולה בזה, שהיא עוברת את גבולות המחשבה עצמה, מפוצצת את כל המסגרות המקובלות של המחשבה האנושית וחושבת מחוץ למחשבה עצמה. גם איינשטיין עצמו אינו יכול לתאר לעצמו את היחסיות של הזמן, גם הוא אינו יכול לצייר לעצמו מבחינה פסיכולוגית, שלמדוצת הזמן יש מהירות ידועה כאן ומהירות אחרת במערכת גרמים שמימיים אחרים. הוא דק הוכיח, שכך הוא הדבר. והגאוניות של התורה שלו היא דווקא בזה, שהוא גילה מחשבה שאינה יכולה להיחשב, הוכיח דבר שאינו ניתן להיתפס.

(ב)

השאיפה אל הרעיון המופשט, שהיא כפי שראינו קו יסודי בכל התפתחות המחשבה האנושית, מתבלטת הבלטה יתירה בעולם מחשבתה של היהדות. היא מוצאת את ביטויה לא רק בתורת היהדות, כי אם בכל אותם גילויי הרוח, שנוצרו או שהושפעו ישירות או בעקיפין על ידי הגניוס של האומה העברית.

והנה ככל שהדבר נוגע לתורת היהדות כהשקפת עולם דתית מוסרית מיוחדת, הרי הצביון האבסטרקטי שלה הוא למעלה מכל ספק, מן המפורסמות שאינם צריכים ראיה. אין לך דת בעולם, שיסודות האמונה שלה וסמליה יהיו כל כך טהורים, רוחניים, מופשטים כמו בתורת היהדות; אין לך דת בעולם שתשנא כל כך את ההגשמה וההמחשה של המושגים האידיאולוגיים שלה כמו היהדות. ציוויי התורה הידועים כגון: "לא יהיה לך פסל וכל תמונה", "אלהי מסכה לא תעשה לך", וכו' וכו', מטרה כפולה להם: (א) להרחיק אותנו מן ההערצה האילית של הסמלים האלה; (ב) וזהו העיקר, להשריש בקרבנו את ההכרה, שהאלוהות היא עצם רוחני טהור ומופשט, שאי אפשר לסמלו בסמלים חומריים, מפני שאין לה שום דמות ושום תבנית בעולם המציאות. היהדות היא הראשונה שהתדוממה עד לתהליך המחשבתי העמוק הזה, הכלול בהשגת האלוהות ככוח רוחני מופשט טהור, הפועל ומשפיע באופן בלתי אמצעי על עולם החומר והמציאות. אמרתי "תהליך מחשבתי" ולא "מחשבה", כי יותר ממה שמפתיע אותנו החידוש שברעיון, מפתיע אותנו עצם התהליך הפסיכולוגי של האידיאה הזאת. אנו, בני המאה העשרים, איננו יכולים לתפוס כלל את כל הקושי שבדבר. בשבילנו השפעת הגומלין שבין הרוח והחומר היא דבר בטוח ופשוט. אבל נתאר נא לעצמנו את ההמראה הראשונה אל הרעיון הזה, את הקושי הגדול של קליטתו הראשונה ברוח האדם.

אולם, לא על כך רוצה אני לדון הפעם. רצוני לדבר כאן על גילויי רוח לאומיים אחרים, יותר פחותים, אולי, במדרגה, המבליטים אף הם, ובצורה אקטואלית יותר את השאיפה אל המופשט בקו יסודי במערכת עולמה הרוחני של היהדות. כוונתי למשפט העברי.

שיטות המשפט של עמי התרבות שונות כידוע זו מזו. כל עם ועם יש לו משפט משלו, המתאים להשגות המוסריות, החברתיות והתרבותיות המיוחדות שלו. זהו דבר ידוע לכל. מה שפחות ידוע אולי הוא: שההבדל שבין שיטות המשפט השונות הוא לא רק בנוגע לתוכן, לסידורי החיים המיוחדים של

החוק, כי אם גם בנוגע לאופן המחשבה שלהן, לטכניקה ולספקולציה המה-שבתית שלהן.

הקו האופייני המציין את רוח הספקולציה המשפטית שלנו הוא: השאיפה הקיצונית להפשטת הרעיונות היסודיים של המשפט. מה שמבדיל ביותר בין המשפט המודרני ובין המשפט העברי הוא, שהמשפט המודרני רוקם אמנם את המחשבות ההגיוניות שלו, אבל אינו נמשך אחריו, הוא עושה בהן תמיד רגולציה, מסדרן ומכוונן ומתקנן לנוכח התוצאות המעשיות שלהן. מה שאין כן המשפט העברי. הוא מתייחס אל הרעיונות המשפטיים כאל יסודות מאתימאטיים כביכול, שאפשר לרקום ולשוזר אותם בעיניים סגורות, מבלי להיזקק ביותר לתוצאות המוחשיות שיתקבלו על ידם. המשפט המודרני מקצץ את הרעיון המופשט, את האידיאה האימאננטית של החוק, ומתאימה לצורכי החיים. המשפט העברי מצמצם לפעמים את החומר, את המציאות, ובלבד שייכנס לתוך המסגרת של הרעיון המופשט. הדבר הזה אינו כה "נורא" כפי שהוא נראה לכאורה על פי מושכל ראשון. שתי השיטות יש להן מעלות וחסרונות, והשאלה — שאלה של "טעם" — היא: מה המכריע. השיטה הבלתי פורמאלית, המודרנית, היא גמישה יותר, מסתגלת יותר, אבל עם זה גם פחות יציבה. השיטה שלנו, הפורמאלית, המעדיפה את הרעיון, את העיקרון, היא "צרה" יותר ומקפידה יותר, אבל עם זה גם איתנה ומוצקה יותר. היא נוטלת את האחריות מעל שכמו החלש של השופט הפשוט ומטילה אותה על הכתפיים הרחבות של המחוקק. המשפט העברי נוטה ונטה תמיד כלפי הפורמאליות, כלפי ההפשטה, דבר המוצא את ביטויו בכל הענפים והמקצועות של המשפט שלנו.

דוגמה אחת מני אלף: הדין הוא שהמורה במקצת הטענה נשבע על השאר. הדין הזה רמוז בתורה בפסוק אחד בפרשת משפטים, אבל אין הוא בגדר גזירת הכתוב. אנו יודעים יפה את טעמו. הוא מיוסד על הנסיון הפסיכולוגי, שמצד אחד אין האדם מעיז פניו בפני בעל חובו לכפור הכל, ומצד אחר הוא נוטה לפעמים, מחוסר אמצעים, להשתמש מבעל חובו על ידי הודאה במקצת. הוא אומר בלבו: לפי שעה אשלם לו את התצוי, כדי "להיפטר" ממנו, ולכשיהיה לי כסף אשלם לו את השאר. במקרים כאלה, אם נרפה ממנו הוא ישכח ולא ישלם לעולם, לכן הטילה עליו התורה שבועה כדי שיודה בכל. כך מבואר הטעם בתלמוד בכמה מקומות. הטעם הזה מסביר לנו את הדין הנ"ל רק במקרים, שבהם הסכום שהנתבע מודה בו עומד באיזה יחס לסכום שתובעים ממנו. דרך משל: תובעים ממנו מאה והוא מודה בחמישים, אבל לא במקרים,

שסכום ההודאה הוא מתוך לכל יחס לסכום התביעה. אם תובעים מבו אדם מאה לירות והוא מודה בגרוש אחד, אי אפשר לתפוס את ההודאה הזאת כקונצסיה לתובע על מנת להשתמט מפרעון השאר. האדם הזה הוא, מבחינה פסיכולוגית, כופר בכל, והיה צריך להיות פטור מן השבועה. ובכל זאת אין המשפט העברי מביא בחשבון את ההבדל הזה. הספקולציה המחשבתית של המשפט שלנו במקרה זה היא בערך כזו: כשאדם מודה בחמישים הוא חייב להישבע. כך הוא הדבר כשהוא מודה בארבעים ותשע, והוא הדין בארבעים ושמונה, והוא הדין בארבעים ושבעה, וכן הלאה, וכן הלאה. היוצא מזה, שגם המודה בפרוטה אחת צריך להישבע. וכך הוא הדין: הטענה שתי כסף וההודאה שווה פרוטה.

הדוגמה הזאת אינה יחידה, ישנן כהנה וכהנה, הנפוצות על פני כל התלמוד. דרך אחת לכולן: מנקורת המוצא, הרעיון היסודי הפסיכולוגי, דרך ספיקולציה משפטית מופשטת, כמעט מאתימאטית, עד התוצאות ההגיוניות ההכרחיות. דבר זה בא ללמדנו, כי הספיקולציה המשפטית שלנו שואפת במידה יוצאת מן הכלל להפשטה ולהכללה קיצונית של הרעיונות היסודיים של המשפט, שאיפה הנובעת מתוך הנטייה המיוחדת שלנו אל האבסטרקציה בכלל.

הנטייה הזאת הגיעה למרומיה באחד מיצירי הרוח השליליים שלנו, באותו אופן המחשבה "הלאומי" המיוחד של הפלפול כצורת מחשבה מיוחדת אינו אלא היפרטרופיה, הפרזה קיצונית, של השאיפה היא. התבוננו לכל פלפול הראוי לשם זה ותמצאו שהקו האופייני שלו הוא: ספקולציה מאתימאטית מופשטת, הגיונית וטהורה, בלי שום פגם וסתירה, עם ערכים ומושגים, שיסודם הוא סוף סוף בעולם הפסיכולוגיה המעשית. הפלפול הוא סכום של פעולות "מאתימאטיות" טהורות. הליקוי היחידי שבהן הוא, שהיסודות שבחשבון זה אינם מאתימאטיים, כי אם פסיכולוגיים מעשיים. זאת היא כל הטעות של אנשי הפלפול.

השאיפה אל המופשט בגבולות המחשבה היורידית מוצאת את ביטויה לא רק במיתוריקה של המחשבה המשפטית, כי אם גם בעצם המושגים היורדיים שהיא יוצרת לה. כמה וכמה מושגים יורדיים מופשטים, שגרמו קשיים רבים לכל שאר שיטות המשפט, נקלטו בקלות מפליאה על ידי שיטת המשפט שלנו. נקח לדוגמה את המושג המופשט של "האישיות המשפטית" או את "ההת-חייבות לטובת אישיות בלתי ידועה". כמה נתלבטו המשפט הרומאי והגרמני העתיק, ואחריהם רוב שיטות המשפט המודרניות, עד שהשלימו עם ההכרה בשיווי זכויותיהם של המוסדות המשפטיים האלה. ובאיו קלות נתקבלו ונת-

אזרחו הללו במשפט העברי שלנו! אין לנו האפשרות, במסגרת הצרה של מאמרנו, לטפל באריכות בפרטי הדברים, כל מי שקרוב לעניינים אלה וחושב עליהם במקצת יווכח, כי הופעה זו אינה דבר שבמקרה, אלא היא נובעת באופן פסיכולוגי מן הנטייה המיוחדת של רוח האומה שלנו אל הפשטה בכלל.

ניסיתי להוכיח כאן את הגילויים של שאיפת ההפשטה הלאומית שלנו בתוך אחד המקצועות החשובים ביותר של יצירת רוחה של היהדות, אותו המקצוע שתפס במשך אלפיים השנים האחרונות את המקום המרכזי במחשבת היהדות. השאיפה הזאת בולטת בכל גילויי התרבות הלאומית שלנו: בפילוסופיה, באמנות, בכלכלה ובמוסר. יש לנו כמה וכמה הוכחות לזה, שאין כאן המקום לפורטן. כדאי שהמומחים לעניינים אלה יעמדו פעם בפרטות על התופעה המעניינת הזאת ויגלו אותה לכל מלוא היקפה ועומקה הגדול. יש לנו כאן עניין עם פרובלימה פסיכולוגית לאומית, שבקרבה טמון, אולי, המפתח להבנת המסתורין הגדול של קיומנו הלאומי.

הארץ, מתוך הרצאה באהל שם, 1932

תמיד בהינתן "רואה ואינו נראה"; הוא ראה את הגוי מבעד לסדקי החומות, התבונן מרחוק לסדרי החיים שלו, ויצר לעצמו מושג ברור — ביקורת־שלילי, אבל ברור — לגבי כל ערכי התרבות שלו.

הבטה זו — מחגווי הסלע, מסתר המדריגה — הילכה אימים על הגוי, עוררה בלבו חשדנות ופחד. והפכה בעיניו את היהודי למין יצור מסתורי, טמיר, בלתי רגיל, שלא נתייחדו לו מקום ודרגה בשלבי החברה. שינאת הגויים לישראל ניוונה, במידה לא מעטה, מאותה הרגשת פחד טבעית של נשוא ההסתכלות כלפי המסתכל הסמוי.

והרגשות הללו, משנשתרשו בלב, שוב לא פגו גם כעת, אחרי צאת המסתכל ממחבואו, והם לא התנדפו כליל גם עם הסרת המחיצות. הם נדחקו לקרן זווית של המנטאליות הגויית, ופעלו שם בהסתר, בלי שהגוי עצמו יודה בכך. המהירות בה הסתגל היהודי לסביבה החופשית שלו, המרץ וההצלחה בה התחיל לפעול על הבמה החדשה שגוללה לפניו, כל זה עשוי היה לעורר נימת פחד חדשה בלבו של הגוי, ולנטוע בו יראת כבוד — יותר "יראה" מאשר "כבוד" — כלפי שותפו החרוץ. אם שלמה מימון הוא — לדברי קאנט עצמו — המלומד היחידי שירד לסוף דעתו, והנרייטה הרץ היא הפטרונית המובהקת של מעריצי גיטה, ומשה מגדלסון הוא פילוסוף החצר, הרי שכותלי הגיטו לא היו כותלי כלא כלל ועיקר, והם שימשו אך מחסה ל"יהודי המתנכל", בהכינו את הכנותיו החשאיות לקראת שלטונו העתידי...

כזאת היתה עמדתו של היהודי בחברה האירופית, עם תחילת האמנציפציה וגם בהגיעה לשיאה. נפתחו לפניו הטריקלינים וגסגרו — הלבבות. הוא עלה חיש מהר בשלבי החברה, אבל הסולם עצמו נשמט מתחת דגליו, והוא נשאר תקוע למעלה, תלוי באוויר, תלוש מן חקרקה, ללא אחיזה ושושן ביסודות החברה. אומגותו היתה: בנקאות, מסחר, פרופיסודות, עיתונאות, אמנות טהורה, מקצועות חפשיים וכיוצא באלה, כל אלה באו בליווי הסופרלאטיב של "מצויין", "יוצא מן הכלל", לפי שהכלל היה ממנו והלאה. הכלל פלט אותו מתוכו, ורק אותו כלפי מעלה, ובלבד שלא ישכון בתוכו, ובלבד שלא ישאר בד' אמותיו. האווירה סביבו היתה דחוסה, עכורה, מלאת ארס ורעל של קינאה ושינאה. הוא לא היה עוד כלוא בגיטו, אבל הוא נשא את הגיטו עמו, — זה היה מין גיטו חדש, מיטלטל, שליווה אותו כצל בכל דרכי חייו. כזה היה מצבו של היהודי "החפשי" — שווה הזכויות, כביכול — בארצות מערב אירופה, במשך המאה הי"ט, מתחילתה ועד סופה. מהפיכות וקונטרס-מהפיכות החליפו זו את זו לסירוגין. מדינה אחת הרחיבה, ומדינה אחת

אוריינטציה תרבותית

(א)

שאלת האוריינטציה הפוליטית של המדינה העברית, שהייתה גלים בדעת הציבור, מאפילה במקצת על שאלה אחרת, לא פחות חשובה הימנה, והיא: שאלת האוריינטציה התרבותית העתידה שלנו.

העם העברי החוזר למולדתו לא יאה — "עם לבדד ישכון", והוא יהיה נתון — אם יאבה ואם ימאן — תוך שדה הגראביטציה של תרבויות שונות. ואם ירצה להיחלץ מן "הנקודה המתה" — אם לא ירצה לקפוא על שמריו — עליו יהיה לברר את הדין, ולבזר את הכיוון. השאלה תהיה: לאן? למזרח או למערב? המשכת הקשר הוותיק עם התרבות המכונה: אירופית, או השתלבות חדשה, או מחודשת, לתוך מערכת חיי הרוח והתרבות של המזרח המתעורר?

ויהא ברור לנו מראש, כי דרך שלישית אין. כל נדבר גבוהה גבוהה על תפקידנו ההיסטורי לשמש גשר, או מוגיגה או סינתזה, בין שתי התרבויות. תפקיד מיוחד שכזה איננו בנמצא, ואין "משרה" כזאת בחיי העמים. כי ל"ו החיבור" אין קיום משלו, ואי אפשר לחיות על גשר! המוגיגה אינה עצם אלא תהליך, — תהליך אשר "הנפשות הפועלות" שבו הן שני הקצוות דווקא. וכאן אין ברירה שלישית, בלתי אם הברירה של — לא דא ולא הא, של בורות מבפנים ו"אינטליגנציה" מבחוץ, — אותה "תרבות" ליבאנטינית, השורצת למכביד בצמרת הפיאודאלית של עמי המזרח התיכון.

(ב)

האמנציפציה של יהודי מערב אירופה, שבאה בעקבות ההישגים הגדולים של המהפכה הצרפתית, וביתר דיוק: החידות האזרחית שהחלה להינתן להם קימעא קימעא בשנות השמונים למאה הי"ת, היתה מאודע היסטורי חשוב ל שני הצדדים, היהודים והגויים גם יחד. זו היתה פגישת-היכרות ראשונה בין שני סוגי אדם וחוגי תרבות, שחיו ופעלו עד כה, זה בצד זה, ללא כל קשר וללא כל מגע ביניהם. ואולם היכרות הדדית זו לא היתה חדשה באותה מידה לגבי שני הצדדים. בעוד אשר הגוי לא הכיר כלל וכלל את היהודי, כלא אותו בגיטו, והרחיק אותו בכוונה תחילה מחוג הראייה שלו, הרי היהודי היה

הצרה את זכויות האזרח שלו, אבל בכולן עד לאחת הוא נשאר מחוץ לחיי החברה. קיומו תלוי בחוט השערה של "מילת הזכויות" שלו, ורגלו מועדת למשב כל רוח מצויה המזדמנת לו על דרכו. מלחמות ומהפיכות פורצות וסוערות סביבו, הוא — ירו בכל ויד כל בו! מקומו לעולם בארמת ההפקר שבין שני המחנות. הוא אינו יכול לעבוד את הגבול, כי אין לו כדטים זהות ואין לו זהות. חסר לו סימן היכר, חסר לו הפאספורט הלאומי, שהוא בלבד מקנה זכות מעבר בדרכיו המשובשות של עולם.

(ג)

ואולם "נקמה" זו התנקמה גם בו, והעמיקה עוד יותר את התהום הפעורה בינו לבין הסביבה הזרה. תורתו של הפרופיסור היהודי, ספריו של הסופר היהודי ומאמריו של העיתונאי היהודי, נשמעו ונקראו על ידי הציבור האירופי. הגוי מצא בהם עניין, אבל לא מצא בהם חפץ. היתה לו הדגשת-לוואי בלתי נעימה כלשהי. הוא הצטער בלבו על אשר היין הזה — אם אמנם יין טהור הוא — נמזג לפניו דווקא בכלים יהודיים. וגם היין עצמו לא ערב לחיכו. ודאי: תורתו של פרויד היתה נכונה, ותורתו של איינשטיין היתה נכונה אף היא. 29 במאי 1919, וליקוי החמה בפירנצה הביאו את האישור הסופי לכך — אבל מה מצער הדבר, כי התורות הללו אמנם נכונות הן. כמה נעים היה להתחמם בשמש, בלי לדעת על עקמומיות הקדניים שלה, ומה נעים היה לחלוטם חלומות, בלי להכיר אחר כך את הפיתרון הפרוידיאני שלהם! הרבה מלומדים גדולים, לפני פרויד ולפני איינשטיין, גילו לו דברים שלא ידע עליהם — ניוטון, למשל, גאלילי, קפלר ואחרים — אבל הפרופיסורים היהודים הללו גילו לו דברים שלא דעה לדעת עליהם, הם הרסו כליל את האידיליה הנפשית שלו, מילאו את חלל העולם דמויות וצללים מזוהים, והעמידו בסימן שאלה את כל השקפת העולם שלו. המוח הגויי קיבל את התורות הן כאילו כפאו שד, הוא נאלץ להאמין בהן, אנוס על פי הדיבור של המלומדים היהודים. אבל בלבו שמד את הדבר. והוא חיכה ליום בו יוכל בעזרת המדע "האדי" הטהור, לסתוד את התודות הללו, ולהוזיר ליושנה את עטרת האידיליה, התמימה והחמימה, שאבדה לו במפולת הכללית.

(ד)

עם השמדת שישה מיליוני יהודים — בהנהגת היטלר ובהשתתפותם הפעילה של כמעט כל עמי אירופה — נפטרה ו"נפתרה" שאלת היהדות כגורם בר

ערך בתרבות האירופית. מאות האלפים ששרדו — דובם המכריע יקלט בארץ ישדאל, מיעוטם יהגר לארצות "החופש" של חצי הכדור המערבי, ומיעוט שבמיעוט יצלול ויטמע באירופה גופה, בחיי עמיה השונים. מעתה תתבשל אירופה בציר וברוטב שלה — "ציר" תרתי משמע — ללא הפרעה מבחוץ, ללא התערבות כלשהי מצד הגודם הזר והזבלתי רצוי.

אכן, הגיעה לנו שעת פרידה מאירופה — ממנה ומתרבותה — והיא לא תקשה עלינו ביותר. דאינוה, את התרבות האירופית, בכל ניוונה וניוולה, ללא הבדל עם, ללא הבדל מפלגה. על גבנו חרשו חורשים, ושתקו — מחרישים. ההבדל היה רק בין רשע לצביעות: אלה שרפו יהודים, ואלה — עמדו דום, ועדיין ספק הוא, פשעו של מי גדול.

כנהר-ינחלי הדם שלנו צללה-טבעה תרבות אירופה, על סופריה, משודריה, ואמניה הגדולים. אכן, לא היתה לה תרבות-אמת מעולם. היתה לה רק, וגם נשארה לה, טכניקה שטנית, משוכללת, אשר סמלה המסחדי הוא: ארובות העשן של כבשני אושוויץ.

העם העברי במולדת שוב לא ישא יותר את עיניו לתרבות אירופה. הוא לא ילך שולל אחרי אפוטרופסיה החדשים. הרקב הוא בקרבה פנימה. בינקותה נקלט הזדע, ובשיבתה עדיין ינוב. כי — וזה הוא העיקר — ההבדל אינו בין היטלר ויורשיו, ההבדל הוא: בין ישראל לעמים, הבדל בל יפוג, הבדל נצחי, מדור דור.
(מתוד כתביד, תש"ו?)

האנושות לאן ?

השאלה היא מורדנית מאד, כמעט אקטואלית. מתוכחים עליה במועדוני-ספרות, ומעל דפי העיתונות העולמית. הכל מתנבאים, איש איש והפדוגנוזו שלו, בלשון פסקנית, של ודאות מוחלטת, מחוייבת המציאות.

ולי נדמה, כי השאלה היא מופרכת מעיקרה. מסופק אני, אם האנושות בכלל הולכת לאן שהוא — אם יש איוו מטרה מסויימת, אשר אליה היא שואפת, מדעת ובכוונה. דעתי היא, כי כל המטרות שהושגו אי-פעם על-ידי האנושות, היא פגעה בהן "כסומא בארובה", בלי כוונה תחילה, שלא מדעת, ולפעמים שלא מדעון. מי שאינו סובר כן, לוקה בטעות אחת יסודית: מתחלפים לו ספדי ההיסטוריה במהלך ההיסטוריה עצמה.

ההיסטוריה תועה בדרכה מן היום אל המחר. כנגד זה מתקרמים ההיסטוריונים אחרונים: מן היום אל האתמול. הם דואים את האתמול באספקלדיא של היום. ומתוך הסתכלות רטרוספקטיבית זו, הם מסלפים בהכרח את תהליכי ההיסטוריה עצמה.

בשנת 1066 התנגדה אנגליה לפלישתו של ויליאם הכובש. בשנת 1940 היא התנגדה לפלישתו של היטלר. הפלישה הראשונה הצליחה, ולכן היא נחשבת כראשית פריחתה של התרבות האנגלית המקורית. הפלישה השנייה לא הצליחה — תודות לאל לא הצליחה! — והיא ברשמה על דפי ההיסטוריה כשעת המבחן הקשה ביותר בחיי האומה האנגלית.

או: אילו לא היו הבולשביקים מצליחים בשנת 1917 לתפוס את רסן השלטון, כי אז היתה זאת מרידה עלובה של "סאן-קולטים" מסכנים, אשר כל בדי-בירב היה מסוגל לחזות מראש את הכשלון ההכרחי שלה. עתה — משהצליחו — מרידה זו נקראת בשם המהפיכה הרוסית הגדולה, המהווה גולת הכותרת למאוייזי העמוקים ביותר של העם הרוסי.

ואל יאמר אדם: היא הנותנת! אל יאמר אדם, כי המרידה הצליחה משום שהעם היה לצדה, מפני שהיא התאימה לשאיפותיו ההיסטוריות, של העם הרוסי. זה הוא תירוץ יפה מאוד, אבל: תירוץ של "פוסט פאקטום", נביאות של לאחר מעשה. יתכן מאד, כי רגימנט נוסף אחד לקרבסקי, בשנת 1917, היה מגלה איזה נוסח אחר, שונה במקצת, מן השאיפות ההיסטוריות של העם הרוסי.

האנושות לאן ?

יהא בזה משום המעטת דמות — יהא בזה משום עוול — לגבי מחולליה הגדולים של המהפיכה הרוסית, אם נוקוף את הצלחתם לזכות כישרון הניחוש שלהם. הם לא ניחשו ומצאו מה דוצה העם הרוסי. הם הרכיבו עליו את הרצון של העם. הם שינו את רצון העם, שינו את המנטאליות שלו, שינו את הרעות, שינו את ההשקפות, שינו את המאויים שלו. ומשהתחולל השינוי הזה, אחרי שהוא קם ויהי, אזי הם — ילדי המהפיכה — עשו ממנו פרויקציה לתוך העבר, תלו לה — לרבולוציה — שלשלת יוחסין גדולה, ויכו אותה בהורים שלא הרו אותה מעולם.

בנוהג שבעולם, האב מאמץ לו את הבן, בנוהג שבהיסטוריה — ההיסטוריה הכתובה — הבן מאמץ לו את ההורים, ולא זוג אחד בלבד. את ה"אדופטציה" המשונה הזאת אנו רואים בספרות הרוסית החדשה לגבי הדמויות ההיסטוריות של פיוטר הגדול, אלכסנדר נבסקי, איוואן גרזנובי, ואחרון אחרון: מיודענו בוגדאן חמלניצקי — "האידיאליסטון" הגדול של אמצע המאה הי"ז...

מה בא זה ללמדנו? זה בא ללמדנו, כי ההיסטוריה איננה נאכלת כפי שהיא מתבשלת — איננה נכתבת כדרך שהיא נעשית. ההיסטוריה נעשית — דרך מקרה — על ידי הגורל העיוור, והיא נכתבת — בדרך שיטתית — על ידי המלומדים הפיקחים. ברם זו היא הצרה, כי המלומד הפיקח הוא ילדו של הגורל העיוור, הודות לו הוא קיים, אילמלא הוא — לא היה במציאות כלל. ולכן אוהב המלומד הפיקח את הגורל העיוור, מחבב אותו, מעריץ אותו, ותולה בו, ומייחס אליו, את כל פיקחותו.

*

ובתוך האנדרולומסיה העולמית של מטרת היסטוריות שונות, מטרות-שב-אקראי ומטרות-שווא, בתוך הים ההיסטורי הסוער של סיסמאות וסיסמאות-נגד, המתחלפות כפלהררין, ומבטלות זו את זו עשרות פעמים בכל דור, מזדקרת כסלע איתן מטרתו הנצחית של עם ישראל, והיא: נצחון הצדק ושלטון הצדק בעולם כולו.

שום עם אחר לא חרת על דגלו את הסיסמה הזאת, ושום עם אחר לא חתר לקראת הגשמתה, בכנות ובמסירות כזאת, כמו האומה שלנו. מאות שנים אחרות בלבד לאחר מיווג השבטים, עוד טרם הספיקה להשתרש בלב ההכרה הלאומית של העם, כבר נשא העם הזה את נפשו אל תזון ויעוד בינלאומי, כלל-אנושי, של "לא ישא גוי אל גוי חרב ולא ילמדו עוד מלחמה".

עד כאן הדברים גלויים וידועים, כמעט שאבלוניים. ואולם מה שאינו גלוי

ראינו פשוט כל כך הוא, כי השאיפה המוסרית, הגבוהה והתמימה הזאת, היה לה עוד גודם אחד, שאין לזלזל בו כלל וכלל, והוא: חולשתו הלאומית המדינית, של עם ישראל, בכל הדורות ובכל התקופות.

אשור ומצרים, יוון ופרס, מלכות בית תלמי ומלכות בית סיליקוס, כאלה היו כפות המאזניים, שחלשו תמיד על גודלנו המדיני, ואנו — הסחופים והדוויים והחלשים — לא היו באמתחתנו שום קפיטאל אחד, שום כוח-הכדע אחד, מאשר הפנייה אל המוסד והצדק, הצדק העולמי המוחלט, שיהיה לנפש המאזניים, ויאזן את כוחות הבלע שתכפו עלינו מכל צד.

כך היה הדבר לפני החורבן ואחרי החורבן, וכך היה הדבר בתקופה החשוכה והאדומה של ימי הביניים, לנו — הכבשה בין הזאבים — היה דק עוגן-הצלה אחד, עוגן-הצלה מדומה אחד, והוא: האידיאל הרחוק והמטושטש של הצדק העולמי המוחלט.

כל שאיפותינו הלאומיות הותאמו במתכוון אל האידיאל הנצחי הזה; כל האבדים הלאומיים — כלי-הנשימה שלנו — אומנו וסוגלו מלכתחילה אל האווירה הצחה והנקייה — נקייה יותר מדי — של הצדק העולמי המוחלט. זאת היתה החולשה, וזאת היתה הטראגדיה שלנו. היינו כמוכי-שפת שאינם יכולים לחיות ולנשום, בלתי אם באוויר הרים צח, ללא גרגיר אבק, ללא עשן כלשהו.

וכאשר באו ימי האמאנציפאציה, והעמים "הנאורים" החלו לפתוח קימעא קימעא את שערי הגיטו שלנו, לא דאגנו לעצמנו חס ושלום, אלא התקשדנו מיד עם "כוחות הקידמה", כביכול, של החברה האנושית. ובלי שנתבקשנו על כך הצענו להם את התרופה הגנוזה אתנו עוד מימי הנביאים.

והגויים לעגו לנו, — לעגו ושנאו אותנו על רוב הטובה שרצינו להשפיע עליהם. האורגאניזם שלהם לא דרש את זאת, הם יכלו להתקיים באווירה של צדק לא כל כך מוחלט, הם יכלו לנשום גם את האוויר הכבד, והממשי יותר, של חיי המציאות.

הגויים שנאו אותנו, ואנחנו אהבנו אותם. זו היתה אהבה משונה מאוד, חד-צדדית מאוד. וכדי להצדיקה בעיני עצמנו הסתבכנו בכל מיני תיאוריות, בכל מיני פלפולים. במקום להבדיל בין ישראל לעמים, התחלנו להבדיל בין עמים לעמים, בין גויים לגויים: בין פאשיסטים לסוציאליסטים, בין דימוקראטים לשמרנים.

עד שבא היטלר, ועד שבאו תלמידיו החרוצים של היטלר, והעמידו אותנו על האמת המרה.

כיום אנו יודעים, כי יחסם של הגויים אל עם ישראל הוא אחד, ללא הבדל גזע, ללא הבדל מפלגה. היטלר עשה את מלאכתו בגלוי; ה"דימוקראטים" עושים את מלאכתם בסתר; הללו עשו את המלאכה בעצמם, ואלה עושים אותה על ידי שליחים ושליחי-שליחים. והסך-הכל הוא אחד, לדידנו הוא אחד, ישנו רק הבדל אחד ויחיד — לגנאי ולא לשבח — והוא: דגש הגועל התוקף אותנו למראה הצביעות הבויה של הנוסח הטרקליני החדש.

*

ובזה אנו חוזרים שוב אל השאלה שהצגנו בראש המאמר. — האנושות לאן? והתשובה היא: לא איכפת! היה זמן, והשאלה הזאת עמדה במרכז ההתעניינות שלנו. עינינו היו נשואות אל מרחבי העולם הגדול, ובו תלינו את כל תקוה-חינו. חשבנו, כי הישועה תבוא מבחוץ, — ודק מבחוץ. זה היה ה"אני מאמין". זאת היתה השקפת העולם שלנו. לכל עם היתה השקפה עצמית, לנו היתה — השקפת עולם! ...

הגיע הזמן לחדול מכך.

ראינו את פרצופו של העולם ושל ה"צדק" העולמי. היום אין אנו מתכים יותר ל"צדק" זה. די לנו בצדק שלנו, במחנה שלנו.

זה הוא הלקח שלמדנו על פני ערבות אירופה, וזה הוא התפקיד שהטלנו על עצמנו בשובנו אל הארץ הזאת.

"הארץ" 4.4.47

את דמיהם של עמי המושבות שלה, משום זה, ורק משום זה, נאלץ בוויין לוותר אפילו על תורת הסוציאליזם שלו. שלטונה של בריטניה על גלי הים הוא זכות יסודית, אכסיומאטית, אין איש מפקפק בכך, חוץ מאלה היהודונים המבקשים, ברוב עזותם, להפוך את הקערה האנגלית על פיה, — "קערה" תרתי משמע! ...

וכה שטים להם, ארבעת אלפים וארבע מאות מעפילים, במכלאות צפות, על פני ימים ונהרות, וצי בריטניה רבתי סוגר עליהם, — למען הפרסטיז'ה שלה, ולקול צחוקם הכבוש של כל עמי תבל. נתיב ימים חדש נתגלה להם, לקברניטי בריטניה: ממרסיל לפאריס, דרך התעלה הצפונית! מגוחך במקצת, — לא כן? מגוחך מאד אפילו, אבל המגוחך אין דרכו להמית בתחומי אנגליה, — אחרת היו, למשל, טקסי הפארלאמנט משמידים מזמן את כל הצירים שלו. שלושה שבועות רצופים חנה הצי האנגלי בשערי נמל דה בוק, ולבסוף נסוג עם כל הכבודה מערבה, כדי לתקוף את "האויב" מן האגף השמאלי. אין הממשלה האנגלית — נאום בוויין — רוצה לשתף את צדפת בקסמי ה"או-אויס" שלה; מבינה היא סוף סוף — כי דבר זה מתנגד למיטב המסורת שלה, ולכן הוא מציע לה טראנסאקציה חדשה של "תחילתו באונס וסופו ברצון", כלומר: אני, בוויין, אוריד אותם בכוח בהאמבורג, ואתה, רמדיה, תקבל אותם מרצון בפאריס. ואם הממשלה הצרפתית מתנגדת אף לכך, אם היא מסרבת לשמש "מחסן עדובה" בריטי, אם היא דוחה באדיבות את קבלת המשלוח הזה, הרי מוחו של מר בוויין אינו תופס את הדבר, כי על כן לא הגיע בלימודיו עד תקופת המהפיכה הצרפתית בעזבו, בגיל אחת עשרה, את כותלי בית-הספר העממי.

פרשת מעפילי "יציאת אירופה" כבר נחרתה באותיות זהב על דפי ההיסטוריה של ימינו, ושום פרגוד, בהאמבורג או בליבק, לא יצליח להאפיל על האפופיאה המזהירה הזאת. ואולם בשולי הדפים המזהירים תרשום ההיסטוריה בחרט אנוש גם את שמות שליטיה הקטנים של בריטניה הגדולה, אשר ישמשו רקע שחור ומבליט לגודל רוחם של קרבנותיהם.

"הבוקר" 7.9.47

מאחורי הפרגוד

ובכן, תנוח עלינו דעתנו, — הפתרון נמצא! הפרשה העגומה תסתיים באידיליה, והכל על מקומו יבוא בשלום. נתבשרנו: כאשר מעפילי "יציאת אירופה" יועלו על חוף האמבורג, לא תשורם עין גרמנית. אין אנגליה רוצה השפלת היהודים על גדות האלבה דווקא, אין היא מבקשת לשתף עוד מישהו בשמחה לאידם, ולכן ניתן הצו, כי השוטרים הגרמנים שיגויסו לשמידה, יעמדו כאילו מאחורי הפרגוד, — פניהם למולדת, וגבם אל החוף. — אולי אף יצוו עליהם "לכוף אלנה לאוון", כדי שלא לשמוע את אנקת המעפילים. חזקה על הגרמנים הממושמים שלא ירבו בשאלות, ולא ירצו אפילו לדעת מה מתרחש מאחורי גבם. ולנוכח הפרוצדורה הזאת — האנושית, האודיגיאליה — תנופץ כליל טענת הציונים על האכזריות, כביכול, שבפעולת "אואזיס". מעתה לא יעז איש לטעון, כי בריטניה מתעללת, מדעת או שלא מדעת, ברגשות היהודים. והחלטה זו — שיא התבונה ואיננות הדעת — נתקבלה על דעת כל חברי הקבינט, ולא היה צורך למר בוויין להשתמש בזכות ההכרעה שלו. שלושה ימים ושלושה לילות ישבו חכמי חלם אשר בלונדון המעטירה, ישבו ודגרו, עד שהוציאו לאוויר העולם את האפרוח הנ"ל. הבחירה היתה קשה למדי, כי הברירות היו מרובות. כי מה לעשות להם, לנידחים מודחים אלה? להשיכם לארץ ישראל? לא יתכן! ביחוד בשל מאתיים הנשים החרות, העלולות להפר, חס ושלום, את שיווי המשקל שבין היהודים והערבים. להעבירם לקפריסין? דווקא לא, מפני שהם רוצים בכך! ובכן, נתנה ראש ונשיבה אותם לארץ הגרמנים, כאן בין כך ובין כך לא ירצו להישאר, הם יתפזרו לכל עבר, יברחו ברוח, ואנו נאחל להם "דרך צלחה", ושלום על בריטניה הגדולה, ושלום על הפרסטיז'ה שלה.

כי העיקר הוא הפרסטיז'ה האנגלית והעקשנות "הבולדוגית" שלה. הפרסטיז'ה הזאת היא — כמו, למשל, רמת החיים שלה — מנכסי "צאן ברזל" של התרבות העולמית. יכול העולם לעמוד על דמם של שישה מיליון יהודים טב-חים, יכול הוא לעבוד לסדר היום על חמישה עשר מיליון חללי מלחמה רוסים, אבל העולם לא יחשה ולא יחריש — אסור לו בהחלט לעשות כן — אם הפועל האנגלי יהא נאלץ, חס ושלום, לוותר על קתלי החזיר שלו. כי זה יהיה — שוקינג! משום כך, ורק משום כך, אנוסה בריטניה המסכנה למצוץ

פרק בבורולוגיה

יורשה נא לי להציג את השאלה בצורה גסה, חסרת טאקט, — כמעט "בווינית": מה היא ההשכלה המינימאלית הדרושה לאדם כדי להיות מיניסטר לענייני חוץ, או — לשון אחר: מה היא מידת הבורות המאכסימאלית הפוסלת אותו מלשמש בתפקיד שכזה?

אודה על האמת: מעולם לא התפעלתי ביותר מן הרמה האינטלקטואלית של מיניסטר בכלל, ושל מיניסטר לייבוריסטי בפרט. לא הייתי בטוח, למשל, אם שמעו אי פעם וכמה מהם שמעו, אפילו על המשפט הידוע לפיתאגורס. חשבתי רק, שיש הבדל בין "בצינעה" ובין "בפרהסיה"; סבור הייתי, כי לפני שתלמיד חכם כזה מופיע על במה בית-הנבחרים, הוא נותן בוודאי למי שהוא לערוך את "החיבור" שלו, כדי שלא לגלות יותר מדי את ערוות בורותו. חשבתי וטעיתי. מתברר כי באנגליה עצמה, וביחוד תוך כותלי הפארלאמנט, ה"דרך-אדן" בפני דאשו של מיניסטר היא כל כך גדולה, עד שהלה יכול להרשות לעצמו להופיע בפניהם בשלל צבעי מערמוי.

זכורני: לפני שנתיים בקירוב נתגלגל לידי אחד המאגאזינים הזולים, המופיעים באמריקה, ובו פרק מיוחד בשם "שאלות אל הקורא", שמטרתן היא לבחון את מידת האינטליגנציה שבו. רמת השאלות לא היתה גבוהה ביותר, כי היא היתה מותאמת לדרגת ההשכלה של בוגרי בית-הספר העממי. השאלה הראשונה והפשוטה ביותר היתה: מה הוא בערך מספר האנשים החיים בעולם כולו? והתשובה לכך (בשנת 1945) היתה: שני מיליארד נפש. והנה בקראי את נאומו האחרון של בווינ נתברר לי, כי התשובה היא שוב אינה נכונה, וכי המספר המדוייק של כל יושבי תבל הוא, לפי האינפורמאציה של המיניסטר, לא פחות מארבעה מיליארד. ולפי שמר בווינ אינו טועה לעולם, לכן נראה הדבר, כי למרות הירידה העולמית הגדולה בשיעור הילודה, הרי בחוגי הלייבור עצמו, ובני זוגו, ה"פריה ורבייה" היתה כה גדולה במשך השנתיים האחרונות, עד שהצליחה להכפיל את כל אוכלוסיית העולם, ולהעמיד אותה בבת אחת על ארבעה מיליארד נפשות.

בכלל יש לו למיניסטר דגן, נטייה מיוחדת למספרים גדולים; אלפי שנים, מיליארדי נפשות. מטבעו הוא אוהב אפסים, ומפזז אותם נדיבה. הנה — סכסוך יהודי-ערבי בן עשרים שנה אינו מספיק בהחלט. המספר הזה

פרק בבורולוגיה

איננו רפרזנטטיבי למדי, ולכן הוא מוסיף עליו עוד שני אפסים, ויוצא כי הסכסוך הנ"ל כבר קיים לא פחות מאלפיים שנה... ואם ישאל השואל: אדוני המיניסטר! הלא באותה תקופה רחוקה ודאי לא היו בארץ, לא ערבים ולא סכסוכים, — החשובה תהא: ומי יכול לזכור מה שקרה לפני אלפיים שנה? ... יתכן, כי המיניסטר המלומד הכריע כאן לטובת השקפתו הידועה של אחד חכם גדול, ונוויל בארבור שמו, שהציע לא מזמן לשנות את נוסח הכתוב בשמות, פרק יב, פסוק לח. במקום "וגם ערב רב עלה אתם", הוא גורס: "וגם ערבים רבים עלו אתם". אבל אם כך הוא הדבר, הרי הסכסוך היהודי-ערבי כבר קיים יותר משלושת אלפים ומאתיים שנה, ומה ראה מר בווינ לוותר על "הוותק" הזה? ...

ומן הבורולוגיה הזאת, רק צעד אחד אל גסות הרוח ו"חופש המחשבה". אנו, בשר ודם פשוטים, מחשבתנו איננה חופשית כלל וכלל, — למרות ה"ציארטר האטלנטי". כל דרכי המחשבה שלנו נתונים במסגרת ידועה, כפופים לכללים ידועים, למסורת ידועה. הנה, למשל, איננו יכולים בשום אופן להשתחרר מן הכלל השמרני הזה האומר, כי שתי פעמים שתיים הם ארבע, — ולעולם ארבע. ואולם הלוגיקה המודרנית של בווינ וסיעתו אין לה מעצורים כאלה, היא למעלה מזה. בית-מדרשו של בווינ מצהיר, כי שתי פעמים שתיים הם — כמה שנתון, הכל לפי הצורך, של המקום והזמן.

ותורה זו, "תורת ההגיון היחסי" לבווינ, היא, להבדיל מתורת היחסות לאיינשטיין, תורה מעשית מאוד, מועילה מאוד, ביחוד בתחומי הפוליטיקה החיצונית. יש לה סגולה מיוחדת לתורה זו: אתה יכול להוכיח בה את הכל, גם דבר והיפוכו, — ודווקא דבר והיפוכו. דוגמאות רבות לכך ראינו בנאומו האחרון של המיניסטר בוויכוח על ארץ-ישראל. המאנדאט אינו קיים עוד, פסק מר בווינ, הוא נתבטל מזמן, על ידי תעודה אחרת, מאוחרת הימנו, והוא הספר הלבן. את הספר הלבן, לעומת זה, אי-אפשר לבטל בשום פנים ואופן, כי מה יאמר הצד שכנגד? ואיך אפשר לבטל "זכויות" שנרכשו? אנתנו הודענו פעם כי אין אנו קשורים בספר הלבן, וזה נכון, פירוש הדבר: אנתנו איננו קשורים בו, אבל אתם הנכם קשורים בו, אחם, חברי הפארלאמנט, ולפי שאתם קשורים בו, ממילא גם אנתנו קשורים בו, הלא כן? כל הטראגדיה של העולם מקורה בזה, שעושים פוליטיקה וחושבים על בחירות הנה טרומן המסכן, עם ההבטחות המרובות שלו, ודווקא בליל התקדש חג, — בשעת אמירת "כל נדרי" ... גם אנו הבטחנו פעם משהו ליהודים, לפני הבחירות ובשעת הבחירות, אבל — יש הבדל בדבר: לנו הרי היהודים

מלכתחילה לא האמינו, על כל פנים: לא היו צדיכים להאמין, נמצא שמעולם לא הבטחנו להם שום דבר.

ובאופן אלטרנטיבי — כך טוען מר בוויין, — נניח, כי אמנם נתנו הבטחות, כלום הפרנו אותן? מתי והיכן? כלום אין עלייה לארץ-ישראל? האם שיעור של אלף וחמש מאות לחודש, הוא מעט? קחו, רבותי, את מספר כל היהודים שעלו לארץ, וחלקו אותו בממוצע ל"אלפיים שנות הסכסוך", ואזי תראו, לתמהונכם, כי המורד ההיסטורי הוא לא יותר משלוש מאות לשנה! יתר על כן: אפילו במאה הנוכחית, מיד לאחר הכיבוש הבריטי, לא עלה כמעט הממוצע אף פעם על השיעור של שמונה עשר אלף לשנה. ואם תאמרו: אז עוד לא היה היטלד בעולם, אני אענה: עכשו הוא כבר איננו בעולם. וכלום יש איזה הבדל הגיוני בין לפני היטלד ובין אחרי היטלד? — לדעתך, זה היינו הך! רק אל תשמיעו באוזני את הפזמון החוזר על ירושת היטלד, השפעת היטלד, מאיראנק וכו' — מי עוד כמוכם, היהודים, מעוניין לשכוח פעם את הסיוט האיום הזה?! קבלו את עצתך, רבותי, ושיכחו את העבר העגום שלכם, אחת ולתמיד, זה הוא פי הדובר אליכם, אני אדנסט בוויין, לשעבר המזכיר הכללי של אגודת פועלי ההובלה.

*

כזה הוא פרצופו הרוחני, המוסרי והאינטלקטואלי, של המיניסטר לענייני חוץ, הדמות החזקה ביותר בקאבינט האנגלי הנוכחי. עוד לא היה לה, לבריטניה, כבושם הזה, מיום היותה לאימפריה ועד היום הזה. היו לה מיניסטרים גדולים ומיניסטרים קטנים, אמיצים ומוגי-לב, אנשי מוסר ונוכלים, אבל — כולם עד אחד התעטפו, לפחות, באיצטלא של מלכות. כולם ראו את עצמם כהגידת בהיכל החזון והיעוד של האימפריה הגדולה. ואווירה של היכל מחייבת. היא מגמיכה את הקול, מעדנת, מרסנת תאוות זולות, כובשת יצרים. בוויין הוא הראשון שחילל את האטמוספירה הזאת, הכניס צלם בהיכל, הפך אותו לשוק, סגנון דיבור של שוק, דינאמיות של שוק, וולגאריות של שוק.

והוולגאריות הזאת איננה מצטמצמת בתחומי השאלה הארצישראלית בלבד. היא פועלת בהתמדה מתחת לכל השטח, ומפקקת את חוליותיה של הקיסרות כולה. יבוא אולי יום, ובקרני השמש האחרונות של האימפריה תופיע לרגע קט דמותו העגולה של המיניסטר הערמומי, שהוריד אתו שאולה את נחלת אבותיו. ואף אנו נצטער על כך, — למרת הכל, כי אין הצר שווה בנזק המלך, ואין אנו שמחים לאידה של בריטניה הגדולה.

"הבוקר" יום ו', ט"ו אדר תש"ז (7.3.1947)

"חסיד שוטה"

ישנו בתלמוד כינוי אחד חריף, והוא: "חסיד שוטה". אין פירושו של רבר: אדם שהוא חסיד ושוטה כאחד — כאלה יש הרבה, פידושו הוא: בן אדם אשר עצם חסידותו טיפשית. נזכרתי בבעיה "חסידית" זו בקראי את הרשימה שנתפרסמה ב"בעיות", חוברת אוקטובר, בשם "פושעי המלחמה בדיון", שבה דן המחבר בדרך ניהולו של משפט ברגון-בלזן, וטענות הסניגוריה במשפט זה. תחילה מבחין המחבר, ובדיון, בין שתי שיטות משפט ביחס לפושעי המלחמה: השיטה הרוסית, הקצרה והיעילה, מוליכה את הפושעים ישר לגרדום, ולעומתה — השיטה האנגלו-סאכסית, האיטית, הכבדה, ההססנית. בעוד אשר הישוב העברי — הנחשל, האסיאתי — מבכד, כידוע, את השיטה הרוסית, הרי הוא, המחבר, בעל התרבות האירופית המובהקת, מעדיף, כמובן, את השיטה המערבית, השוקעת בתילי תילים של הלכות וסעיפים עד שהיא מצליחה להוציא לאור את דינו של הנאשם. הפרוצדורה הקפדנית נחוצה, לדעתך, גם לגבי פושעים מסוגו של קראמר, ביתר דיוק: דווקא לגבי פושעים מסוג זה, כי — וזהו לשון הזהב של המחבר: "שעת מבחנו של עצם מוסד המשפט היא דווקא זו אשר בה הכל נראה ברור ביותר, שעה שלכאורה אין בה כל צורך בבירורים נוספים". ומשום זה הוא מסיק כי "תבונתנו ומצפוננו כאחד אומרים לנו כי הם (הסניגורים) ממלאים חובה משפטית-אנושית חשובה לא פחות מחבריהם הקטיגורים החרוצים וכו'". אכן, אם חכמה אין כאן, "תבונה" יש כאן, תבונה ומצפון כאחד. כמה יש לקנא בתפקידו הנעלה של מר ווינוד, הסניגור הראשי. איזה "מזל של גוי" היה לו, שדווקא הוא — ולא מרטין בובר, למשל — זכה למלא את החובה הקדושה הזאת.

אודה ולא אבוש: המאמר הזה לא הסעיד את רוחי, ולא עורר בי כל רגשות מיוחדים, מלבד חיוך קל וקצת — ואולי יותר מקצת — בחילה ושאט נפש. האנשים הכותבים דברים כאלה נגועים במין "היסטריקה מוסרית", הם סובלים מעודף מרץ של רגשות הומאניטאריים, "מוסירטיס" בלע"ז. הנושא איננו חשוב, הוא יכול להיות אפילו קראמר בעצמו, ובלבד שימצאו מוצא וסיפוק ל"מוראליות" החולנית שלהם.

ואולם מוכן אני להתווכח עם האדונים הללו מנקודת השקפתם הם. לא

נכון כלל וכלל כי פרוצדורה קפדנית, פורמאליסטית, היא דרישה עילאית, מוחלטת, לגבי כל בירור משפטי, לרבות בירור משפטם של פושעי ברגן-בלזן. מנקודת השקפה משפטית-פורמאלית גרידא אין בכלל מקום להעניש את פושעי המלחמה. הם עשו מה שעשו בהיותם נתונים למרותו של חוק אחר, חוק הג'וינגל, שלא הכיר מעולם במושגי הצדק המונחים ביסודו של המשפט האירופי. ואם גדולי העולם מצאו בכל זאת לנחוץ להביא אותם סוף סוף לפני כס המשפט, הרי זה הוא אך ורק מפני שהרגש האנושי האלמנטרי מתמרד נגד זה, שמפלצות כאלה תטיילנה להן להנאתן ברחבי עולם. אנו מענישים אותם לא על ש"עברו" על החוק — אין חוק בעולם אשר "יאסור" את שריפתם של מיליוני אנשים — אנו משמידים אותם מתוך — הגנה עצמית, מפני שאי אפשר לנו לנשום את האוויר שאותו הם נושמים, מפני שאי אפשר לנו לדור עם נחשים אלה בכפיפה אחת, ואפילו אם גודל הכפיפה הוא כחללו של עולם. זו ורק זו היא ההצדקה היורידית של המשפטים האלה, זה ורק זה הוא הבסיס המוסרי אשר עליו אנו דנים את המנוולים ההם.

ואם כך הוא דבר, כמה נלעגת, וכמה מעליבה ומכאיבה כאחד, היא הפרוצדורה ה"הגונה" שנקטו בה במשפטי הפושעים. בכל משפט אחר, אף של הפשע הנתעב ביותר, מצווה השופט על יחס סבלני כלפי הנאשם, רק לא — במשפט מסוג זה. כאן צריך הבירור המשפטי להצטמצם אך בנקודה אחת: קביעת הזהות — ותו לא! אבל להקשיב שעות על שעות לטענותו המחוכמות של הסניגור, להסתכל ימים על ימים בפרצופו הנתעב של מראמר, ולהכריח לכך גם את העדים — קרבנותיו, דבר זה פירושו הוא לא הגינות כלפי הנאשם, אלא חוסר-הגינות מוחלט, התעללות איומה במיליוני קרבנותיו, ובעשרות מיליוני קרוביהם. ואם השופט מעמיד לעצמו אף לרגע קט את השאלה: מה עדיף ממה? יחסו כשופט אל הנאשם, או יחסו כאדם אל קרבנותיו, הרי בו ברגע הוא הורס את עצם ההצדקה של המשפט, בו ברגע הוא שולל את הבסיס המוסרי אשר עליו הוא שופט את הפושע עצמו. דבר אחד ברור על כל פנים, העונש אשר בית המשפט יטיל על המפלצת של ברגן בלזן, לא יהיה בו לא משום תגמול ולא משום הפחדה, — כמה עלובה היא ירית רובה אחת לעומת מאות אלפים של מיתות משונות! — העונש הזה יש לו רק מטרה אחת: לשחרר אותנו מן הרגש המעיק שמפלצות כאלה מתהלכות יחד אתנו עלי אדמות. ואם מחירה של הפרות הזאת הוא התעללות ברגשות היקרים ביותר שלנו, — אולי כדאי היה מלכתחילה לוותר על כל העסק הזה.

לפיכך נראה לנו, שלא כדעת המחבר, כי הפרוצדורה הרוסית היא לא רק קצרה יותר, אלא גם — צודקת יותר, מפני שהיא קצרה, ואיננה מספיקה, פשוט, לקלקל את השופטים. באחד מספרי באלזאק מסופר על סוחר פיקח אחד, שהיה נוהג בכוונה לגמגם בשעת דיבורו עם לקוחותיו, ורק עם לקוחותיו. ה"טריק" היה בזה שעל ידי גמגומו התכוף והטרדני היה מאלץ את בני שיחתו לנחש ולמצוא בעצמם את אשר הוא רוצה להגיד להם, ועל ידי כך היו מקבלים, שלא מדעת, את השפעתו ומסכימים סוף סוף לשלם את המחיר המבוקש. והנמשל הוא: הרגשת הזוועה התוקפת אדם מן השורה נוכח מעשי התועבה של גרמנים, אי אפשר לה שלא תיפגם, ושלא תתקחה כלשהו, בשמעו או בקראו יום יום את דברי "ההצדקה" של הסניגורים. וזה גם אם, בסופו של דבר, הוא מסכים לכך כי הפושעים הם "בכל זאת" אשמים. עדות חיה לקהות-רגש זו משמש לנו עצם המאמר הנ"ל.

בסוף המאמר תולה המחבר דנן את ה"בוקי סריקי" שלו בחכמי התלמוד ומביא, כסיוע לדבריו, את הברייתא הידועה בסנהדרין דף לו: "שמא כך ראיתם: שרץ אחר חברו לחורבה, ורצתם אחריו, ומצאתם סיף בידו, ודמו מטפטף, והרוג מפרפר, אם כך ראיתם — לא ראיתם כלום!". מביין אני לדוחו של המחבר הרוצה להיתלות באילן גדול, כרבי שמעון בן שטח, אבל מה לעשות, והמשל שהוא מביא צולע על שתי ירכיו: (א) המדובר שם הוא ברוצח רגיל, ולא במפלצת זוועה כמו מפקד המחנה של אושוויץ; (ב) וזהו-העיקר: הדרישה הקפדנית, הפורמאליסטית, של התלמוד היא רק בגוגע לקביעת הזהות של הרוצח, ולא ביחס למשהו אחר, — ואיש לא טען מעולם שמותר להביא לדין אפילו פושע נתעב, בלי לקבוע קודם לכן שהאיש המובא למשפט הוא הוא הפושע הנתעב. למדנותו של המחבר הנכבד מגיעה כנראה רק עד דף לו בסנהדרין. לו היה לומד עוד שמונה דפים, עד דף מה למשל, היה מוצא שאותו הפורמאליסטון הגדול, ר' שמעון בן שטח עצמו, תלה שמונים נשים באשקלון, בניגוד לחוק, בניגוד לפרוצדורה, — "מפני שהשעה היתה צריכה לכך".

וזאת היא כל הצרה עם חכמי ה"בעיות" שלנו, שהם אינם מבינים כלל וכלל את צורך השעה, שהם חיים — מחוץ לזמן ומחוץ למקום. יושבים בארץ ישראל ורואים חלומות בגרמניה, ולא בגרמניה של עכשיו אלא בגרמניה של אז, ה"דימוקראטית", ה"נפלאה", שאת הפרובלימאטיקה שלה הם מבקשים לנטוע בתוכנו. אילו, לפחות, לא היו מתעטפים באיצטלא של מסורת ורוח ישראל סבא, אילו היו משאירים, לפחות, לעצמם את ה"קופירייט" על

הפסולת הרוחנית הזאת ולא היו מפגינים ברבים גם את "הלומדות" המפורסמת שלהם.

אכן, אם יש משהו "בעייתי", פרובלימאטי, במערכת ה"בעיות", הלא היא הפסיכיקה, המופלאה של כתבי המאמרים.

"הבוקר" 19.11.45

כינוס היוריסדיקאציה הארץ ישראלית (להופעת "קובץ פסקי דין א"י" מאת זקן השופטים)

כשאתה מסתכל בפני החיים המשפטיים של ארץ זו, בתקופת שבע עשרה השנה שאחרי הכיבוש, נגולה לפניך תמונה מיוחדת במינה, המצטיינת בשלל צבעים ססגוניים, עקורים נקודים וברודים. מצד אחד — שרידי חוקים פרהיסטוריים, כמו המג'לה וחברותיה, שהדת שיבה קדומה חופפת עליהם, "ומחסנת" אותם, כביכול, מפני ההשפעות "הרעות" של חליפות הזמנים, ומצד שני — ניצני חוקים מודרניים שבמודרניים, המתחדשים עלינו חדשים לבקרים ומושכים אותנו בבלורית ראשנו לתוך המערבולת ההומה של חיי ההווה. והמעניין שבדבר הוא, שאין כמעט שום קשר בין שתי הספירות ההן, ואין מלכות נוגעת בחברתה אפילו כמלוא נימה. ראשו של החוק הארץ ישראלי שני פרצופי יאנוס לו: הפרצוף האחד צופה פני דמשק, מול ישימון הערבה של המדבר הגדול, המתעורר מזמן לזמן מתרדמת הדורות לקול הקצב האיטי של פעמוני הגמלים, והשני — עושה גינונין וקידות חן כלפי הלגיסלטורה האירופית, עם הטמפו המהיר של גלגלי האוטו וכנפי המטוס. מצב זה, מצב של "אוטו וגמל משמשים בעירבוביה", יש לו רק רגולטור אחד העשוי להמתיק במקצת את גודל הסתירה, והיינו: היוריסדיקאציה החופשית של בתי הדין. היא ורק היא יכולה, על ידי מתן אינטרפרטאציה רחבה וליבראלית לחוקים הנושנים, להרחיב את מסגרת החוקים עצמם, ולעשותם כלי קיבול מתאים לצורכי החיים ודרישותיהם. זהו בעצם תפקידו של כל בית דין, ועל אחת כמה וכמה תפקידם של בתי דין העובדים בתנאי מציאות של חוקים נחשלים, דוגמת החוקים הישנים שעברו אלינו כסבל הירושה הטורקית.

והאמת ניתנת להיאמר, שתפקיד זה, התפקיד הרגולטיבי של התאמת החוק לחיים, מתמלא על ידי בתי הדין הגבוהים שלנו, ובדאש וראשונה על ידי בית הדין העליון בירושלים, מתוך רוחב לב והבנה עמוקה לגבי הדישות של החיים המתקדמים. יש בזה משום המסורת היפה של היוריסדיקאציה האנגלית, הכופה את מרותו של השופט על החוק, ועושה אותו לשותף ראשון, סוברני, בעצם יצירת כללי המשפט. הלוואי שהמחוקק עצמו היו בו שמינית שבשמינית מאותו היחס הביקורתי החריף של טובי שופטינו כלפי האנאכרוניסמוס של החוקים הישנים, כי אז היה פוטר אותנו במשיכת קול-

מוס אחת מכל אותו המטען היפה שנשאר לנו לפליטה מתקופת הטורקים. ידועה היא הערתו של שופט בריטי אחד במשפט, שנתברר לפני כשנתיים: "חבל על שהיטלר לא שרף את המגילה". נתעלם ממנו, מכבוד השופט, רק דבר אחד, והוא: שדרכם של הנאצים לשרוף רק ספרים טובים, אף על פי שקשה להבין מאין באה להם הבחנה זו. כי הלא פאראדוקס הוא, שאין באמת דוגמתו לזרות: טורקיה עצמה, מקום מולדתה של המגילה וחוקי הקרקעות, נפרדה זה כבר מעל צאצאיה היקרים, נתנה להם — בלי היסוסים ודפיקות לב — גט פטורין מלא, והכניסה במקומם את החוקים היותר מודרניים שבעולם. ואילו אנחנו פה, בארץ ישראל, לפנינו פרובינציה נידחת ובלתי חשובה במדינת תוגרמה הגדולה, אנו שומרים כבבת עינינו על מזכרת היסטורית זו, ומת-הלכים כמוקיונים על קביים בתוך השבילים הצרים והמעוקלים של הקודקס האזרחי הטורקי ע"ה. אבל זו עקה שהמתקק שלנו אינו מרהיב עוז בנפשו לעשות ניתוחים "נועזים" כאלה. הם בשבילו "מהפכניים" יותר מדי. נוז לה — הוא אומר — לגברת יוסיטציה שתגרור את רגליה הזקנות במסלול הישן והחביב, ובלבד שלא תהא צפויה ח"ו לסכנת הצטננות על ידי שינוי פתאום של מזג האוויר. כשהמצב נעשה לפעמים באמת קשה מנשוא, והמתקק אינו דואה לפניו שום מוצא אחר בלתי אם לסתור איוו לבנה שהיא מלבני הבניין העתיקות של החוק הטורקי, הרי הוא עושה זאת מתוך זהירות מרובה מאוד מאוד, ובמגע ידיים עדין מאוד מאוד. הוא אינו מבטל לעולם את החוק הטורקי, הוא רק "מתקן" אותו; דוגמא לכך — הפקודה המתקנת את חוק העדות משנת 1924. לשון אחר: הוא מכניס את הגמל לתוך האוטו, וחושב שבזה הוא יצא ידי כל הדעות.

ולפיכך, מתוך הכרת הערך האימאננטי המיוחד של הירידיקאציה פה בארץ, לגבי התפתחותו של המשפט, יש לקדם בברכה את הופעתו של הספר "קובץ פסקי דין ארצישראלים", שיצא לפני שבועות מספר על ידי זקן השופטים בארץ ישראל, סיר מיכאל מקדונל. קובץ זה מכיל כארבע מאות וחמישים פסקי דין מן השנים 1920—1933, שהם ברובם המכריע פסקי דין של בית הדין העליון בירושלים בכל תאריו ותפקידיו. הסדר של פסקי הדין בגוף הספר הוא כרונולוגי, לפי התאריכים שלהם עצמם ביום צאתם, והם מעבידים לעיני הקורא תמונה עשירה ומגוונת מרוב השאלות החשובות העומות דות ברומו של העולם המשפטי, עד כמה שהן הגיעו לדיון בפני בית דין העליון.

בתחילת הספר, אחרי ההקדמה הקצרה של המתבר, באה רשימת המשפטים

לפי הסדר האלפאביתי של שמות המערערים או המבקשים, עם מראי מקומוֹ-תיהם בפנים; אחריה — רשימה כרונולוגית של תאריכי פסקי הדין לפי חלוקה פורמאלית של הסוגים ל"ערעורים אזרחיים", "בקשות לערעורים", "ערעורים פליליים" וכו', ובסוף הספר — אחרי גופי פסקי הדין — רשימה מפורטת מן העניינים הנידונים, בציון קצר ומרוכז של נושא פסק הדין, ערוכה גם היא בסדר אלפאביתי של שמות הנושאים. לפני כל פסק דין בגוף הספר, אחרי ציון שמות הצדדים, תאריך פסק הדין, מספר התיק, שמות השופטים וכו', באה תמצית קצרה וקולעת מן העובדות שעליהן מתבסס פסק הדין, המוסרת בתכלית הקיצור והדיוק, גם את עצם המסקנה של הפסק הנידון. כל העבודה הקשה והמרובה הזאת נעשתה בצורה יפה ונקיה עד להפליא, ומעידה על מידה מרובה של בהירות מחשבה וכשרון ביטוי אצל המתבר. ההידור החיצוני של הספר עולה בד בבד עם הסדר הפנימי: נייד מהודר, דפוס ברור, וכריכה נאה.

ואולם הקובץ הזה מצטמצם רק בגבולות פסקיו של בית הדין העליון. אמנם יתרון גדול יסודי לפסקי דין אלה שהם בבחינת פוסק אחרון שאין אתריו כלום (מלבד האפשרות הרחוקה והמגובלת של ערעור בפני מועצת המלך), אבל יש עוד אלפים ורבבות פסקים של בתי דין יותר נמוכים, אבל גם הם גבוהים במעלה, כמו בתי הדין המחוזיים, שערכם וחשיבותם המעשית אינה נופלת בהרבה מערכם וחשיבותם של פסקי הדין הנ"ל. לא כל משפט ומשפט, ולא כל שאלה ושאלה, זוכים להגיע עד לכיסא הכבוד של בית הדין העליון. רובם המכריע של השאלות הפרינציפיוניות החשובות נחתך לשבט או לחסד בתיקים של בתי הדין המחוזיים, וגם להם, ואולי דווקא להם, מחמת כמותם המרובה, חשיבות מעשית וחינוכית מרובה, העלולה, עם התפרסם פסק הדין, להשפיע באופן ניכר על מהלך המשפט בבתי הדין הנמוכים, וביחוד על רמת הירידיקאציה של בתי משפט השלום. בתי משפט השלום בארץ עמוסים, כידוע, רוב עבודה, וכודעים ממש תחת סבל המשפטים המרובים. לפעמים, אין לשופט פשוט פנאי להתעמק בעניין ולמצות אותו עד סופו. יש בהם יותר מוכשרים, המסוגלים לתפוס ברגע את הנקודה העיקרית, ויש גם פחות מוכשרים שאינם יכולים לעמוד על נקלה על העיקר. ואם לכלל החסרונות האלה מצטרף עוד התיסרון הגדול של חוסר מקורות ירידיקאציוֹ-ניים מוסמכים, הרי המשפט עלול ליהפך למעין משחק האזארד, שתוצאותיו תהיינה תלויות בכל מיני גודמים, אך לא בגורם העיקרי של מציאת הכלל החוקי המתאים. הגדרתו הידועה של בדנארד שאו, שפסק דין — פירושו הוא:

תשובת השופטים על השאלה מי מן הצדדים שכר לו את העורך דין היותר חרוץ, היא אמנם הגדרה חריפה מאוד, אבל אינה בשום פנים מטרה מוסרית גבוהה שיש לשאוף אליה בכל מחיר שהוא. המצב האידיאלי הוא זה, שבו יהיה השופט עצמו נתון בתנאים כאלה המאפשרים לו, בכוח שיקול דעתו הוא, למצוא את הדרך הנכונה. לכך דרוש ראשית כל חוק טוב, ושנית יודיסדיקאציה מלאה של פסקי הדין החשובים של כל בתי הדין החשובים בארץ, כמו שנהוג ברוב ארצות אירופה. רק אז יזדמו חיי המשפט במסלולם הנכון ולא יהיו נישאים כתבן על פני הגלים הקלים של השפעות הרגע והמקום.

הארץ, 1934

משפטי עזיאל

"משפטי עזיאל", חלק שני, שו"ת אבן העזר, מאת הרב בן-ציון מאיר חי עזיאל, רבה הראשי של תל-אביב, תל אביב, שנת תצ"ח

דיני האישות בישראל הם כידוע חלק, והחלק החשוב ביותר, של ענייני "המצב האישי" הנתונים כאן בארץ, ברוב המקרים, לסמכותם המוחלטת של בתי הדין הדתיים. אפשר היה לצפות לכך, כי עובדה זו — ההכרה הממשלתית בתוקפם החוקי של פסקי הדין היוצאים מלפני הרבנים — תביא אתה בכנפיה שפע של ספרי מחקר וחיבורים, אשר ידונו, יבררו וילבנו, מבחינה מעשית, את השאלות הרבות הכרוכות במקצוע חשוב זה. כי לא הרי השאלות והבעיות המתעוררות בחיי היהודים בחוץ לארץ, כהרי השאלות והבעיות המתעוררות בישוב העברי בארץ, ישוב אשר חיינו נתונים יום ביום בכור מצרף של תסיסה ציבורית, פוליטית-חברתית-סוציאלית, בלתי פוסקת, אשר אין דוגמתה בחיי ההמונים הרחבים בתפוצות הגולה. אפשר היה לקוות לכך, ואולם את אשר קיוונו לא בא. מעטים הם הספרים התורניים שהופיעו מאז הכיבוש הבריטי במקצוע משפטי-תלמודי זה, ומעטות הן הפרובלימות שנתבררו בירור סופי במשך השנים האלה.

ולפיכך יש לקדם בברכה מיוחדת את ספרו החשוב של הרב עזיאל, רבה הראשי של תל אביב, שהופיע לפני חדשים אחדים. הספר הזה כולל קרוב לתשעים תשובות בענייני אישות, גיטין וקידושין, חליצה, עגונות, חדם דרבנו גרשום וכיוצא בזה, רובן ככולן הלכה למעשה במקרים שהתרחשו פה בארץ ובארצות הקרובות במשך השנים האחרונות. מסגולותיו המיוחדות של הספר: בקיאות רבה ממוזגת עם חריפות מחשבה, שאיננה עוברת לעולם את גבולות ההגיון הבריאי. תשובות ברורות, מעשיות, מרוכזות, בנויות על ניתוח שיטתי-הגיוני של עצם השאלה, והכנסתה — בדרך הקצרה ביותר — לתוך המסגרת התיאורטית של מקורות ההלכה, בלי גיבובי מלים ובלי סלסולי תפארת ופלפולי סרק. יש בהן, בתשובות אלה, ממידת הפשטות ובהירות המחשבה של הראשונים, הייתי אומר: של הספרדים שבהם, והן מהוות דוגמא חיה ובלטת למה שמוח הגיוני ובריא, בעל חוש מציאותי מפותח, יכול לעשות, גם בימינו אלה, מן החומר ההלכתי הענקי, הבלתי מסודר, שנצטבר במשך הדורות. לתשומת לב מיוחדת ראויות התשובות הדנות בענייני היתר

עגונות, הן מבחינת הפיתרון ההלכתי המוצלח שבהן, והן מבחינת הגישה האנושית, החמה, של המחבר לשאלה מרה וכאובה זו. בקיצור: ספר רב ערך ותועלת מעשית, אשר אין רבים דוגמתו בספרות הרבנית של דור עני זה. ובהזדמנות זו יורשה לי להביע שאלה או משאלה אחת אל המחבר הנכבד: מפני מה אין הרבנות הראשית מפרסמת, מזמן לזמן, את פסקי הדין הפריניציפיוניים שהיא מוציאה בעניינים הנתונים לסמכותה? מן הנסיון ידוע לי, כי כל פסק דין שני או שלישי היוצא מלפני הרבנים, מכיל בקרבו איזו נקודה עקרונית חדשה, אם מן הצד המטריאלי ואם מן הצד הפרוצסואלי של השאלה הנידונה, ומדוע לא יטבע מטבע של תוקף כללי ומחייב בפסקי דין אלה, על ידי התפרסמם באופן רשמי מטעם הרבנות הראשית? הלא אין ערוך לתועלת שהיתה צומחת מזה לברורן וליבונן של כמה וכמה שאלות חיוניות ויחד עם זה גם לקביעותו ויציבותו של המשפט העברי בכלל. —

שאלה שאלתי, ולכבוד הרבנים הראשיים — התשובה והמעשה.

י' איר תרצ"ח (11.5.1938)

הרב הרצוג כמשפטן

במאמר קצר זה רצוני לשרטט כמה קווים לדמותו של הרב הרצוג כאיש מדע גדול — נקוד על "איש מדע" — בתורת המשפט העברי.

תמוה הדבר, אך עובדא היא, כי לא רבים כאן בארץ יכירו מקרוב את חיבורו של הרב על "המוסדות העיקריים של המשפט העברי" (The Main Institutions of Jewish law) שיצא לאור בשנת 1936 בלונדון, בהיותו רב ראשי לאירלנד התופשית. ואמנם גדול ורב הוא ערך ספרו של הרב. מצויה בו מויגה בלתי רגילה של פיצול וכינוס, של אנאליזה נוקבת ויורדת לפרטי הפרטים עם סינתזה ועלייה אל הספירה העליונה של המושגים המופשטים. מרובים בו מאד האסוציאציות וצירופי המחשבה שכוחם אתם לקרב רחוקים, ולהפוך אותם לתאים תואמים של בניין אב גדול אחד.

השם הנדרש "חריפות" אינו המטבע המתאים לציון סגולתו. רבת שבענו חריפים ועוקרי הרים, ומעולם לא ידענו מחסור ב"סינייים" ובקיאיים. מה שדרוש לנו בדור זה, ואת אשר הביא אתו ספרו המצויין של הרב, הוא: תפיסה כללית, מסכמת, של הרעיונות המונחים ביסוד ההלכות הבודדות, והכנסתן למסגרת רצופה והגיונית של כללים או "חוקים" עליונים. כי רוב החיבורים שיצאו בזמן האחרון בענייני הלכה, לוקים בחיסרון הגדול של אי ראיית הנולד כ"נולד", היינו: של העלמת עין או הסחת דעת מן הרעיונות האבות שהולידו את הדינים השונים. הבעיות נפתרות בהם, כרגיל, לא על דרך הדידוקציה מחוץ כללים נרחבים, אלא על ידי דימוי והיקש עם ההלכה הקרובה ביותר, במקום המסקנה באה האסמכתא, ואסמכתא — אסמכתא צדיכה, עד סוף כל הדורות.

לא כן הוא ספרו של הרב. הוא לא מדמה אלא משווה על מנת למצוא את ה"הורה" המשותף, וזו היא תכונתו המאפיינת של כל מחקר משפטי-מדעי. שאילמלא היא — אין בכלל ידיעת חוק אלא ידיעת חוקים, התלויים כאברים מדולדלים במוחו של המשפטן. שני כרכיו הראשונים (שיצאו עד כה) מוקדשים לדיני רכוש ודיני חיובים, שהם ה"בשרא דתורא" של כל שיטות המשפט, חדשות ועתיקות גם יחד. היריעה רחבה מאוד, משתלחת לפעמים אל מעבר לנושא הנדון, ועל פניה נארגים ונשורים דיני איסור והיתר עם דיני ממונות, נפשות ואישות, משפט ופולחן, חוק ומוסר.

אופיו של המחקר הוא דוגמאטי, ללא הדגשת יתר של חליפות ותמורות העיתים; אין בו הודאה בפה מלא בהתפתחותם של עצם מוסדות המשפט, להבדיל מדרכי השימוש בהם ומתחומי החלתם. אבל תוך כדי גילוי מקורות ושורשים, נחשפים מאליהם רבדיה השונים של ההלכה. "דברי תורה" ו"דברי קבלה", "דאורייתא" ו"דרבנן", תקנות וגזירות, "מעשים" והסכמות, ועוד כיוצא בהן; תחנות, דרכן עברה ההלכה מן ה"חומש" עד הפוסקים האחרונים. בהסתכלך בכל אלה — על כורחך אתה אומר, כי על אף המאמר הידוע (ירושלמי, פאה ב, ו) עדיין יש הבדל ושוני בין "מה שתלמיד ותיק עתיד להורות" לבין מה ש"כבר נאמר למשה בסיני". הן האגדה גופה מספרת (מנחות, דף כט ע"ב), כי כאשר הקדוש ברוך הוא הראה למשה רבינו את עקיבא בן יוסף דורש על כל קוץ וקוץ תילי תילין של הלכות, תשש כוחו (של משה), כי "לא היה יודע מה הן אומרים". יש לנו, איפוא, על מה שנסמך במקורות עתיקים, בהצביענו על התפתחותה ההיסטורית של ההלכה.

אין אתי פדטים מוסמכים על הישיבות ובתי האולפנא בהם למד המחבר הנכבד תורה בנערותו. אך מתוך הרצאת הדברים נראה לי בכמה פרקים של הספר, כי שיטתו של הרב היא שיטת הלימוד "הליטאית", זו שנקראה בשם "הבנה" (ההברה אשכנזית, הנגינה — מלעיל), והיתה נפוצה בעיקר בישיבות סלבורקה ומיר. יתכן כי היא "גלתה" גם למקומות אחרים; כי ליוצרה ומחור-ללה של שיטה ליטאית זו נחשב דווקא ה"גליצאי" ד' אדיה ליב הכהן הלר, אשר ספריו "קצות החושן" ו"אבני מילואים" נתחבבו כל כך על בני הישיבות בליטא ורוסיה הלבנה. לא כאן המקום להסברת השיטה. מסופקני אם בכלל אפשר להגדיר בדיוק את הגוון המיוחד שבה — המאכסימום שאני מוכן לומר כאן הוא, כי היה בה משום מזיגה או צירוף של לב ומוח, יושר והגיון, צלילות ו"הברקות". על סגולות אלה הוסיף המחבר נופך משלו: סגנון מדעי ושיטתיות, בהכניסו את יפיותו של יפת לאהלי שם, תוך השוואת דיני ישראל עם משפטי העמים. עמדה לו השכלתו הרחבה במשפט הרומי ובמשפט האנגלי, וגם חושו הלשוני המפותח ושלטתו במכמני השפה העברית. כל החוקר את המשפט העברי לתקופותיו השונות, חייב להיות גברא רבא גם בלשון העברית, — זו "חכמת הנסתר" של הפילולוגיה, המפקחת את גל השפה המדוברת ודולה מתחתיה פנינים ומרגליות. וכן עשה המחבר דנן: בעזרת ה"שם" ודמיון השרשים, הוא גילה יחסי קירבה בין מוסרות משפט רחוקים ומרוחקים.

יש להצטער על שיון משובח זה טרם הוצק לכלי עברי.

משורר ההלכה

אם יש את נפשך לדעת את סוד הקסם הגדול השופע מאישיותו של ביאליק; אם יש את רצונך להגדיר, הגדרה תמיצית, את הזכות שעמדה לו לרכוש את המקום היחיד והמיוחד שהוא תופס ברגשות האהבה וההערצה שלנו, צא ואמור: באישיותו של ביאליק נתקפלה, בצורה מרוכזת, נשמת היהדות כולה, "היהדות כולה" — ללא שיוור כלשהו, לכל גילוייה, לכל צורותיה; ובכל שלבי התפתחותה, מיום היותנו לעם ועד היום הזה. היה מי שאמר, פילוסוף אחד גדול: "ניהיל הומאני מיהי אליינום אסט" — שום דבר אנושי אינו זר לי; ביאליק יכול לקרוא על עצמו, ובמידת-יתר של הצדקה: "ניהיל יוד-אי קי מיהי אליינום אסט" — שום דבר יהודי אינו זר לי; כי לאוניברסליות כזאת בחלל עולמה של היהדות לא הגיע כמעט איש מגדולי האחרונים שלנו. והמיוחד שבביאליק הוא, כי לא זו בלבד שהוא ידע את היהדות, הכיר אותה בכל קיפולי הווייתה, אלא — יתר על כן — הוא חי אותה, את היהדות ההיסטורית כולה, במובן המוחשי ביותר של המלה הזאת. כל היהדות ההיסטורית, על כל אישיה הגדולים, החל ממשה רבנו וכלה בגאון מוהילנה, היו לו, לביאליק, חוויה אקטואלית ממש; הוא עמד במגע נפשי, אינטימי, עם כל אחד מהם, קבע יחס אישי לכל אחד מהם, — יחס חיובי או שלילי — אבל יחס ער, בלתי אמצעי, ריאלי, ממש כמו שאנו, בני אדם רגילים, קובעים יחס לאישים או מאורעות הנוגעים ישירות בחיים הפרטיים שלנו.

איש מאתנו, למשל, איננו מסוגל לאהוב את דוד המלך, או — לכעוס על ירבעם בן נבט; בשבילנו אלה הן דמויות היסטוריות, ערטילאיות, רחוקות, שאין לנו כל מגע וכל קשר אליהם. ביאליק יכול היה להתאהב בבעל התהילים, יען כי התהילים עצמן היוו חלק של האווירה היום-יומית, הקונקרטי, אשר בה הוא חי את חיי הפרטיים. והוא הדין לגבי בעלי האגדה, בעלי הקבלה, בעלי החסידות, בעלי "המוסר", — לגבי כל אותם יוצרי הזרמים הרוחניים שהיכו גלים, אי פעם, בעולם התרבות של היהדות.

ואני מעז להביע כאן רעיון — אפיקורסי במקצת — כי גם המשורר שב-ביאליק, המשורר היהודי שבו, אינו אלא ביטוי אחד, משהו טפל לדבר-מה הרבה יותר גדול, והוא התמוגותו המוחלטת עם אוצר הרגש והמחשבה של היהדות ההיסטורית כולה.

רגילים אנו לכנות את ביאליק בשם "המשורר הלאומי הגדול שלנו". כינוי זה הוא זול מדי, ריח של תעמולה נודף ממנו; ביאליק הוא המשורר היחיד די ביותר, ולכן האמיתי ביותר, ולכן הגדול ביותר.

כל אמן גדול הוא — כובש גדול; הוא כובש את החומר, מגבל אותו, מכניע אותו, וטובע בו את הותם האישיות האינדיווידואלית שלו. ולכבוש — יכול אדם רק מה ששייך לו. "משלך יתנו לך". כל כיבוש אחר, כל כיבוש של טריטוריה זרה, אינו אלא כיבוש זמני, אוקופציה, שאיננה מאריכה ימים. ולכן ביאליק לא רעה מעולם בשדות זרים, — כינורו היה כולו קודש ליהדות. הוא לא פנה, לא ליוון ולא לרומא, לא למוסקבה ולא לפאריס, הוא פנה — לירושלים, לירושלים של מעלה, לעולמה הרוחני, העצמאי, של היהדות.

"כיבוש סוריא — אומר התלמוד — לאו שמיה כיבוש", אבל כיבוש ירושלים — שמיה כיבוש! כאן ורק כאן יכול לשפוך את שלטונו הכובש היהודי, האמן היהודי, המשורר היהודי. —

*

ובתורת שכחה, בתור המשורר היהודי הגדול שחבק זרועות עולמה של היהדות ההיסטורית כולה, לא יכול ביאליק לפסוח על היצירה הענקית המהווה את ציפור נפשה של היהדות: ההלכה.

ביאליק המשורר — האיראציונלי כביכול — הרחוק לכאורה מכל הנפתולים האינטלקטואליים של המחשבה התלמודית, חדר בעד הקליפה המוחספת של הדיאלקטיקה החיצונית, והשכיל למצוא את הרוח החיה, הלוחשת מתחת לערימה של הדינים היבשים. פאראדוקס, שאינו פאראדוקס כלל וכלל. יען כי רק עינו החדה של המשורר, שראה בכל דבר את הסמליות שבו, ידעה להבחין ולמצוא את הגרעין הפיזי — גרעין האגדה — החבוי עמוק עמוק בתוך הקליפה הנוקשה של ההלכה. "ההלכה — אומר ביאליק במאמרו המפורסם — היא גיבושה, תמציתה האחרונה והמוכרחת של האגדה", — הגדרה קולעת, תמציתית, שלא רבים הכירו אותה לפני ביאליק, ולא רבים הכירו בה, או השלימו אתה, גם אחרי שפסק ביאליק את הפסוק הנפלא הזה.

אסון גדול אירע בהיסטוריה שלנו, והוא כי האנשים שנמסרה לידם חתימת התלמוד, חסרים היו תכונה אחת, — תכונת הפדגוגיה. יתכן כי הם לא החשיבו את הדבר, יתכן כי לא יחסו ערך לכך, אבל עובדה היא, שעם כל חכמתם הגדולה הם לא רצו או לא הצליחו, לשוות לקדיפיאקציה הגדולה את הצורה

החיצונית, השיטתית, הנאה, העשויה למשוך את לב הקורא המתחיל. ואל יבהל איש מקוראי — גם משה רבנו היה כבד פה, התורה אינה מתביישת להודיע על כך, אבל הקב"ה נתן לו את אהרן לפה. לחותמי התלמוד שלנו לא היה אהרן כזה, אולי גם לא ביקשו אותו, ולכן לפעמים, נשארה הצורה כבדה ולקויה.

והנה כל זמן שלימוד התורה היה נפוץ בכל רחבי העם, והיה בבחינת חובה דתית יהודית שאיש איננו בן חורין להיפטד ממנה, חיסרון זה לא היה מורגש כלל ועיקר. ילד מישראל, בהגיעו לגיל שש או שבע, היה מתחיל לגרוס את שיניו בסוגיות התלמוד, בין אם הבין בין אם לא הבין. ובהגיעו לגיל ההבחנה והביקורת, כבד היה הרחק מעבר לקליפה הנוקשה של הצורה, כבר התגבר על "הביצורים החיצוניים" של המצודה, והתחיל להרגיש טעם בעצם הדברים, בהגיון המיוחד שלהם, בשנינות המיוחדת שלהם, ובכל אותם הסממנים החריפים המציינים את מהלך המחשבה של הדיאלקטיקה התלמודית. לשון אחר: הקשיים הפסיכולוגיים בהבנת התלמוד אוזנו במידה מכרעת על ידי המאמצים הגדולים שהושקעו בלימוד עצמו, על ידי הרצון וההחלטה לקבל את הדברים כמו שהם, — וסוף הכבוד לבוא, וסוף ההבנה לבוא.

ואולם מן הזמן שלימוד התורה שבעל פה חדל להיות חובה המובנת מאליה, והעם התחיל לבקש להבין את התורה עוד לפני שהספיק ללמוד אותה, אז ורק אז נתגלה החיסרון הגדול של ליקוי הצורה, שעמד כשוטר בפתח, ולא נתן להמוני העם לעבור את הפרוודור הצר המוליך אל הטרקלין הגדול. וכה היה התלמוד, במשך הדורות האחרונים, למין ספר חתום וסתום, מגילת סתרים שרק אנשי סגולה ויודעי חן יודעים לפענח אותה. ער כדי כך, שהמלה "תלמוד" עצמה הפכה שם נרדף לכל דבר זר ומזר, אכזוטי, בלתי מובן, עקמומי.

איש מן "נאורים" שלנו לא טרח ולא יגע לראות את הדברים באורם הנכון, בפרספקטיבה ההיסטורית שלהם, מנקודת ראות ההגיון הפנימי המיוחד שלהם; כל המשכילים האלה עשו קפיצת דרך איומה, ישר מן המאה החמישית אל המאה העשרים, ודנו על התלמוד, והעריכו את התלמוד, באמצעי ניתוח הגיוניים הלקוחים, באופן אנאכרוני, מתוך אוצר הנשק של הלוגיקה המודרנית שלנו.

והמשפט שהם הוציאו היה, כמובן, כולו חייב; לא מצאו בו מתום, לא בצורתו ולא בתוכנו. כל השקלא וטריא התלמודית, וממילא גם ההלכה עצמה, עם כל ההוראות, הדינים והתקנות שלה, לא היו בעיניהם אלא ערמה מבולבלת

אחת, של קטעי מושגים ורעיונות, אשר הנפש היפה, הנפש המודרנית, פשוט סולדת מהם.

האגדה — שאני. האגדה היא, כמובן, פיוט, שירה, יופי, כך דרש ה"בון טון"; כך דרש הסנוביוז החברתי. אבל ההלכה המסכנה היא מסוג אחר לגמרי, אין בה אף קו סימפאטי אחד, היא כולה — יובש, כולה פלפול, כולה כיעור! והאנשים האלה לא חלו ולא הרגישו, כי אותם התנאים ואותם האמוראים עצמם שהיברו את האגדה חיברו גם את ההלכה, וכי אותה היד הענוגה שכתבה את השורות הנפלאות של המדרשים, טיפלה גם בשפיר ושיליא, ועירובי תחומין, ומכירת חמץ, וכל אותם הדברים הפרוזאיים המהווים את רקמת ברשה של ההלכה המעשית. לחידה זו לא שמו לב, התייחסו אליה באיגנורציה, אם מתוך בורות ועם-הארצות, ואם מתוך חוסר רצון ועצלות המחשבה.

כזה היה היחס אל התלמוד, היחס אל ההלכה, בחוגי המשכילים, בחוגים המודרניים שלנו, ללא יוצא מן הכלל, עד שבא ביאליק והעמיד אותם על עותם.

באחד המאמרים הגניאליים ביותר של הספרות העברית החדשה, במאמר המהווה שיא ביצירת ביאליק במידת הפיוטיות הראצינבאליית שבו, שר ביאליק את שירת ההלכה, ומגלה את הלוט הפרוס על פניה הוועפות. כוונתי למאמרו הידוע: "הלכה ואגדה".

"הלכה — פנים זועפות, לאגדה — פנים שוחקות. זו קפדנית, מחמדת, קשה כברזל — מידת הדין; וזו ותרנית, מקילה, רכה משמן — מידת הרחמים. זו גוזרת גזירה, ואינה נותנתה לשיעורין: הן שלה הן, ולא שלה לאו; וזו יועצת עצה ומשערת כוחו של אדם: הן ולא ורפה בידה. זו קליפה, גוף, מעשה; וזו תוך, נשמה, כוונה..."

על חילופי כינויים אלה שבין הלכה ואגדה אפשר להוסיף עוד, עד אין שיעור. אבל כלום יש לשמוע מזה — כסברת רבים — שההלכה והאגדה הן צרות זו לזו, דבר והיפוכו?

האומרים כך מחליפים מקרה בעצם וצורה בחומר. ולמה הם דומים? למי שמחליט על הקרח והמים בנהר, שהם שני חמרים שונים. ההלכה והאגדה אינן אלא שתיים שהן אחת, שני פנים של בריה אחת... ההלכה היא גיבושה, תמציתית האחרונה והמוכרת של האגדה. האגדה היא התוכן של ההלכה. קול המונה של תביעת הלב בשטף מרוצתה לנקודת שאיפתה — זוהי האגדה. מקום החניה, סיפוק התביעה לפי שעה והשתקתה — זוהי ההלכה. החלום רץ

ונמשך אל הפתרון, הרצון אל המעשה, המחשבה אל המלה, הפרח אל הפרי, והאגדה — אל ההלכה..."

עד כאן דברי ביאליק, להוסיף על כך אין צורך, להוסיף על כך — אפשר.

ואולם ההשקפה הזאת — השקפתו של ביאליק — לא הפכה נחלת הכלל. עדיין קיים קיר אטום מסביב לתלמוד, מסביב להלכה בכלל, וגם ביאליק לא הצליח — לדאבוננו הרב, לא הצליח — להרוס כליל את החומה הבצורה הזאת. בני אדם קוראים את מאמרו של ביאליק, מתפעלים מן היופי שבו, ומושכים כתף ואומרים: הלא זו היא אך שירה, אך פיוט שאיננו מחייב לכלום.

כך הוא המצב, לדאבוננו; זהו סבל הירושה של ההשכלה "בת השמים", ההשכלה המתבוללת שלא יצרה שום ערכים חדשים, והתספקה באסימננות המתוקים שקיבלה בהלוואה מאת התרבות האירופית.

אבל לביאליק עצמו — היה יחס אחר לכל השאלה הזאת; הוא האמין במה שכתב, בשבילו זה היה "אני מאמין" חדש, שהגיע אליו אחרי לבטים רבים. מי שהכיר את ביאליק בשנותיו האחרונות, ונודמן לו לשוחח אתו על השאלה הכאובה הזאת, יודע כמה שאף האיש להחדיר את ההכרה הזאת במציאות הארצישראלית שלנו.

ביאליק רצה להחדיר את ההכרה, כי אין בונים בית בלי ליצוק קודם את יסודותיו, ואין בונים חיים חדשים בלי ליצור קודם את הדפוס שיכיל את החיים האלה, שאם לא כן, אלה היו — לפי ביטוי של ביאליק — "חיים פורחים באוויר, התלויים בדמיון של הרגשות ומימרות נאות בלבד".

עובנו את הגולה — אם עובנו אותה בכלל — נפרדנו ממה שהוא, הרסנו צורות חיים ידועות, שברנו כלים ידועים, ואם כך — הרי ברור הוא, שיש צורך בצורות חדשות, בכלים חדשים, אם אנחנו לא החלטנו לוותר לגמרי על כל העיזבון הרוחני שלנו.

היהדות איננה רליגיה מופשטת, איננה רליגיה כלל וכלל, — היהדות היא דת, הדת היחידה בעולם, במשמע העברי, המקורי של המלה הזאת. כי "דת" בעברית פירושה הוא: חוק, קבע, צורה, משמעת, חובה מעשית, בניגוד לאותו הלך רוח רליגיוזי, ערפילי ובלתי מחייב, המציין את אופיו של הרליגיוז האחרות. לדת במשמע זה ישאף ביאליק, את הדתיות הזאת הוא היפך ולא מצא בהיים ההדשים שלנו. הוא דאג לפניו אנדרולומוסיא גדולה של מושגים ורעיונות, שאיפות וכמיהות, שאיפות נעלות מאוד, כמיהות

עמוקות מאוד, אבל — שאיפות וכמיהות אווריריות, מטושטשות, מעורפלות, שאיפות-אגדה שלא קרם עליהן עוד ובשר של הלכה, של מעשה, שאיפות דוחניות יותר מדי, העלולות להתנדף כליל עם התנגשותן הראשונה בחיי המציאות.

ביאליק גומר את מאמרו במלים נפלאות אלה, שחוט של מדידות ואכזבה משוך עליהן: —

“הנה הולך וגדל דור באוויר שכולו מימרות נפזמונים... הולכת ונבראת מין יהדות של רשות. קודאים בשם לאומיות, תחיה, ספרות, יצירה, חינוך עברי, מחשבה עברית, עבודה עברית, — וכל הדברים הללו תלויים בשערה של איזו תיבה; חיבת ארץ, חיבת שפה, חיבת ספרות — מה מחירה של חיבה אווירית? ...

בוואו והעמידו עלינו מצוות! יותן לנו דפוסים לצקת בהם את דצוננו הניגר והרופס למטבעות מוצקות וקיימות. צמאים אנו לגופי מעשים. תנו לנו הרגל עשייה מרובה מאמירה בחיים, והרגל הלכה מרובה מאגדה בספרות. אנו כופפים את צווארנו: איה עול הברזל? מדוע לא תבוא היר החזקה והזרוע הנטויה?” ...

“הזמן” 14.7.44

כך דרכו של תלמוד

(דברים במסיבה להופעת הספר)

לא אדבר על ערכו של הספר. נאמר: “עלובה עיסה שהנחתום מעיד עליה וכו'” (בראשית רבה לז, יב; כדי שלא “לקלקל את הפסוק” השמטתי את טתי המלים האחרונות של המאמר). אגיד רק מה שדצייתי להשיג בו, על מה שהשגתי — ידונו הקוראים. מטרתו היתה להראות כמה נאה כלה זו, היא החשיבה התלמודית. משוכנע אני בתור משפטן, שהמשפט העברי הוא יצירה יוצאת מן הכלל, הרבה יותר נאה ממשפט רומי. הכל מקלסים את המשפט הרומאי, מתפעלים מן השיטתיות שבו, מכושר ההבעה שבו, מן אבה-נותיו הדקות בין מוסד למוסד. והנה את כל זה אנו מוצאים, ובמידה הרבה יותר כרובה, במשפט העברי.

כדוע, אם כן, לא רכש המשפט העברי אותה האהרה הנתונה למשפט הרוכאי? — התשובה לכך היא, כי התלמוד, אף על פי שהוא, כפי שאני סבור, יצירה טיפוטית פר אכסלנס, עוסק גם, כאילו דרך אגב, בכמה וכמה ענינים אחרים: אסטרונומיה, אסטרוולוגיה, היסטוריה, בלשנות, רפואה וכל כיוצא באלה, והפועל יוצא הוא כי הניסודות המשפטיים או הרעיונות המשפטיים יבנו עטופים בכל כך הרבה עטיפות וקליפות, עד שקשה פשוט להגיע אליהם. נאמר את האמת — וכי שאינו אוצר זאת בפה מלא, חושב כך בלבו — כי הצורה ההיצונית, הפאסאדה של הבניין, מחוספסת מאוד מאוד, קשה הוא הרושם שליכווד התלכווד עושה על הליחיל, ורק לאחר שהצליח להתגבר על הפאסאדה והדר פנימה, כרגיש הוא את הינה וערכה של היצירה הגדולה הזאת. כתבתי פעם — זה היה בימי ביאליק — מאמר קצר על לימוד התלמוד, וביאליק אמר לי כי צדקתי בביקורת שמחחתי על שיטת הלימוד. אמרתי שם כי שגיאה גדולה שוגים מורינו בהחילם בלימוד התלמוד לאחר שהתלמידים כבר רכשו להם ידיעות במאתימאטיקה, גיאומטריה, פסיקה וכדומה. לא זו בלבד שאין מחבבים עליהם את התלמוד, אלא משניאים אותו עליהם. נכונה היא השיטה שנהגו על פיה בגולה. שם התחילו ללמד את הילד תלמוד בגיל שמונה-תשע, כאשר עוד לא היתה לו ביקורת משלו, וכאשר הגיע לגיל שתים-עשרה, כבר עבר את הפאסאדה ונכנס לפני ולפנים, ונושאי התלמוד, דווקא הקשים ביותר, עניינו אותו מאוד. איני יודע אם במערכת בתי הספר

שלנו אפשר להגשים את הדבר, אבל עובדה היא כי הסיבה העיקרית שבגללה אין הנוער שלנו אוהב את התלמוד היא, מפני שקשה לו להתגבר על הצורה החיצונית, שאינה פדגוגית ביותר, הייתי אומר: אנטי פדגוגית בהחלט.

שמעתי פעם ויכוח בין שני בחורי ישיבה על שני גאונים בישראל: ר' עקיבא אייגר ובעל חידושי הרי"ם, שהיה כידוע פלפול גדול. כדי להקנות לכם מושג-מה מן הפלפול החריף המיוחד שלו, אספר לכם מעשיה קטנה שנזכרת בה ברגע זה. למדתי בישיבת מיר, שם היו ארבע מאות-חמש מאות תלמיד, ביניהם תלמיד אחד, כבן י"ט, בעל השכלה תיכונית שגמר את הגימ' נסיה ובא ללמוד בישיבת מיר. הבחור הזה גרם יום אחד לסערה גדולה בישיבה. הוא סיפר לחבריו משהו מאוד מפתיע, אותו "פלא" שלאחר הרבה שנים נודע לי כי זו היא האנטינומיה הידועה של אכילס והצב. אפשר "להוכיח" באופן הגיוני, כי אם נערוך מירוץ בין אכילס והצב, הרי אם בתחילת המירוץ תהיה לצב התקדמות של מטר אחד בלבד — אכילס לא ישיג את הצב לעולם. נניח כי מהירות ריצתו של אכילס עולה פי עשרה על מהירות הצב, והצב מרוחק ממנו מטר אחד. ועתה צא וחשוב: עד שיעבור אכילס את המטר הזה, יתקדם הצב כדי עשירית המטר, ועד שיעבור אכילס את העשירית הזאת — יתקדם הצב כדי מאית המטר, ועד שאכילס יעבור את המאית — יתקדם הצב כדי אלפית, ואחר כך חלק של עשרת אלפים, חלק של מאה אלפים, חלק של מיליון, וכן הלאה עד אין סוף. נמצא כי אכילס הרץ המהיר לא ישיג לעולם את הצב האיטי. השאלה הזאת כבשה בסערה את הישיבה, והתווכחו עליה ימים ולילות. שבתו הלימודים, נשכחו התפילות, הונחו הארוחות — שמים וארץ ו"טשערעפאכע" (השם של הצב באידיש, לקוח מן הרוסית)!

הנה תוך קלחת הויכוח הרותח ההוא, בו השתתפו כל בחורי הישיבה ועברכם הקטן בתוכם, ניגש אלינו בחור אחד, תלמיד לשעבר של אחת הישיבות בפולין, ואמר: שמעו נא, רבותי, את החשבון של אכילס והצב שמעתי פעם מפני ראש הישיבה שלי בשם בעל חידושי הרי"ם. מה עניין "טשערעפאכע" אצל חידושי הרי"ם? שאלו בתימהון, והוא ענה: לא בדיקוק כך, אלא כיוצא בו. בפרק ה' דסנהדרין (דף מ ע"א) נאמר:

"היו בודקין אותן (את העדים) בשבע בדיקות: באיזו שבוע, באיזו שנה, באיזה חודש, בכמה בחודש, באיזה יום, באיזה שעה, באיזה מקום... מעשה ובדק בן זכאי בעוקצי תאנים".

רש"י שם: "בעוקצי תאנים, שהיו מעידים עליו שהרגו תחת תאנה, ובדק בן זכאי: תאנה זו, עוקציה גסין או דקין".

וכל כך למה? כדי שאפשר יהיה להזים את העדים ששיקרו, וכל עדות שאי אתה יכול להזימה, לאו שמה עדות. והיקשה בעל חידושי הרי"ם: הלא לכשנחשב יפה יפה נמצא, כי כל עדות היא עדות שאי אתה יכול להזימה. הגע בעצמך: מאמינים לכת הראשונה, מפני שיכולה לבוא כת שנייה ולהזימם אותם (היינו: לומר, עמנו הייתם במקום אחד); יאמינו לכת השנייה, כת המזימים, מפני שיכולה לבוא כת שלישית ולהזימם אותם; יאמינו לכת השלישית — מפני שיכולה לבוא כת רביעית, לכת הרביעית — בגלל הכת החמישית, לכת החמישית — בגלל הכת הששית, וכן הלאה וכן הלאה. אבל סוף סוף יאזלו כל העדים, את הכת האחרונה לא תוכל להזימם, נמצא שהיא פסולה, ואם היא פסולה — פסולה גם הכת שלפניה, והכת שלפני פניה, והכת שלפני פניה עד לכת הראשונה. הרי לפניך השאלה של אכילס והצב — אמר בסיפוק רב בן הישיבה הפולנית.

נחזור לשני הבחורים המתווכחים על ד' עקיבא אייגר ובעל חידושי הרי"ם. התחיל כל אחד לקלס ולשבח את הגאון שלו, הליטאי — את ר' עקיבא אייגר, והפולני — את בעל חידושי הרי"ם. אומר לו הפולני לליטאי: מה אתה מתפעל כל כך מר' עקיבא אייגר, האם לא נכון הדבר, כי את כל החריפויות שאתה מוצא אצל ד' עקיבא אייגר, מוצא אתה גם בחידושי הרי"ם? אמת נכון הדבר, עונה הליטאי, אבל לא כל החריפויות המצויות בחידושי הרי"ם, אפשר למצוא אותן גם אצל ד' עקיבא אייגר...

הנמשל שקוף למדי, והמבין יבין. קשה לעמוד על התוכן המשפטי של התלמוד, על הרעיון הנכון של כל מוסד ומוסד שבו, משום שהוא עטוף וכרוך בדברים אחרים, המדחיקים את הקורא ומקשים עליו את הבנת המוסד. זהו מה שניסיתי להשיג בספרי, להסיר את העטיפות, לקלוף את הקליפות, ולהראות מה שיש בתוך הקנקן. יש אקלים מיוחד בתלמוד. היתה להם, לחכמי התלמוד, דרך מחשבה מיוחדת, היו להם נורמות מיוחדות, והיו להם גם מיגבלות מיוחדות.

הנה הולך ומוקם מכוון לחקר המשפט העברי. תפקידו הראשוני של המכון יהיה לאסוף את החומר, לברר את תוכן המושגים, לקרוא להם שמות, ולעשות "דייג'סט", כדי שכל אחד ידע מתי נוסד המוסד, מתי היכה שורשים, כיצד התפתח במשך הזמן; החיוני הוא עדיין, ואם אפשר לקבלו לתוך קודקס מודרני, — שהרי בינתיים נשתנו בהרבה תנאי החיים.

בחוגים מסוימים מונים אותנו, השופטים, בכך כי אין אנו מחילים את דיני ישראל. ידוע כי אין החוק מרשה לנו לנהוג כן, והחוק מחייב כמובן

את כל שופטי ישראל. אבל אף אילו הותר לנו לפסוק בכל ענפי המשפט — ולא רווקא בעניני המעמד האישי — על פי דיני ישראל, האם יכולנו לעשות את הדבר? כמה תלמידי חכמים יש בעולם המסוגלים לחתור את הדין, על אחר, או תוך כמה ימים, על פי המשפט העברי בכל שאלה ושאלה המתעוררת בעולם המעשה? מעו אני לומר, כי אין אפילו אחד, ולא מפני שאין הם בקיאים דיים, אלא מפני שהחומר עדיין אינו ברור דיו, לא נפשטו כל הבעיות ולא הוכרעו כל הספיקות, ועדיין מצפים אנו לקודקס קצר ומרוכז, מוגדר לא בצורה קוואיסטית אלא באורח מופשט, שכל שופט ושופט יוכל לתמוך ולזכור, על מנת להשתמש בו בקלות ויעילות בכל שאלה המובאת לפניו. אמרתי פעם לרב אחד: קח לך קובץ אחד, כרך אחד, של פסקי בית המשפט העליון, הוצא ממנו באקראי קאזוס אחד, וכתוב עליו פסק דין על פי דיני ישראל, לא במשך שנה אלא תוך שבוע-שבועיים — התוכל לעשות את הדבר? זו היא תשובה ניצחת לכל מי שתובע — לא מן השפה ולחוק, אלא ברצינות גמורה — את החלת המשפט העברי על ידי השופטים החילוניים. עדיין אין לנו האפאראט לכך, עדיין חסר לנו המפתח ליצירה הענקית המונומנטלית של המשפט העברי. אתחלתא לכך תיעשה, כפי שאנו מקווים, על ידי המכון לחקר המשפט העברי.

קשורים אנו למשפט האנגלי, ה"קומון לאו" הוא השולט על רוב בניינו ורוב מניינו של המשפט הישראלי. הובעה דעה — ומספר שופטים בבית המשפט העליון הצטרפו לכך — כי הפסיקה האנגלית שלאחר קום המדינה, אינה מחייבת את בתי המשפט שלנו. בנוגע לפסיקה שלפני קום המדינה, קיימת מחלוקת בין השופטים. אך עם כל זה מתרחקים אנו קימעא קימעא גם מן ה"קומון לאו". מה שפוסקים בתי המשפט, הוא לא חוק אנגלי, אלא ניאור-אנגלי. ונשאלת השאלה, מדוע לא ננסה להקים שיטת משפט משלנו, שיטת משפט שתהא מושתתת על יסודי המשפט העברי?

חברי, השופט כהן, שיבח אותי לא על מה שאמרתי, אלא על מה שלא אמרתי. נראה לי כי אמרתי את הדבר שרמזו עליו. בפרק האחרון של הספר הזכרתי את אותן המחלוקות הגדולות שאנחנו יכולים ליהנות מהן, בבואנו ליצור את הקודקס העברי החדש. עמדתי שם על ההתפתחות העצומה שחלה מאז תחימת התלמוד במשפט העברי, ונדמה לי שמותר לנו לומר בפה מלא, כי המשפט העברי מסוגל לשמש משפט מודרני; אך מה שדרוש לנו קודם כל הוא: חריש עמוק בדעת הציבור. יחסו של הקהל שלנו לתלמוד, להלכה. הוא עדיין שלילי בהחלט, שלילי ועוין.

נדמה לי כי הדוגמה שהביא השופט כהן אינה מכוונת*. הוא אמר כי יכול להיגרם נזק על ידי כך, שהניפול יהיה ברגלו האחת תוך תמישים אמה וברגלו השנייה מחוץ לתמישים אמה. אבל, אימתי יקרה הדבר? זה מזכיר לי את הבריחה הידועה: נאמר (עירובין, דף יג ע"ב) שתי שנים ומחצה נחלקו בית שמאי ובית הלל, הללו אומרים נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא, והללו אומרים נוח לו לאדם שנברא יותר משלא נברא, נמנו וגמרו: נוח לו לאדם שלא נברא יותר משנברא וכו'. אומר יהודי אחד: אבל מי זוכה לזכות זו (שלא להיברא), אולי אחד במיליון! אימתי יקרה הדבר שהניפול (הגזול הרך) יפול בדיוק גמרך, כחוט השערה, על הגבול שבין תמישים אמה ויותר מחמישים אמה? ברור כי ר' ירמיה התכוון לתקוף את עצם הפורמאליסמוס המשפטי, והצביע בדוגמת הניפול (בבא בתרא, דף כג ע"ב) על האבסורד שהפורמאליסטיקה מובילה אליו. אבל התקפתו נדחתה. בעצם יש בכל שיטת משפט פורמאליסמוס מסויים. למשל, עניין ההתיישנות! השאלה היא שאלה של כמות; גירסתו של המשפט העברי היא, כי מוטב שיהיו נורמות ברורות, המראות לאזרח כיצד להתנהג, מאשר נורמות מופשטות, מטושטשות, שהן אולי יותר תואמות את המציאות, אבל מסתירות את החוק מעיני האזרח. במשפט הפלילי — העיקרון ברור לכל, ומקובל בכל שיטות המשפט. אין עוני שיון מן הדין; אין עונש בלי חוק כתוב; אין לומדין קל וחומר מעניין לעניין; צריך שהחוק יכריז בפירוש גמור מה היא העבירה שהוא מעניש עליה. המשפט העברי מחיל רעיון זה על החלק האזרחי שבו, הנורמות, הברורות והמדוייקות שבו. מכאן הפורמאליסטיקה שלו.

בית מקרא, טבת תשכ"ג

* השופט חיים כהן התייחס בדבריו לשאלתו של רבי ירמיה בדבר ניפול-גזול דך. להכנת הדבר ראה לקמן עמודים 257—258. המלבה"ד.

שלנו, "מעשי להטים ואקרובטיקה שאין לה אחיזה בעולם המציאות", והרי לך משפט פוסל ופסקני על התלמוד עם הראשונים והאחרונים גם יחד. שהפוליסטיקה הריקה אינה אלא חלק מיצער בתוך הספרות התלמודית העשירה, שהפולפול עצמו, בתור צורת מחשבה ידועה, לא גוצר מלכתחילה אלא לשמש דגולטור בתוך התהליך המסובך של התפתחות המשפט והתאמתו לצרכי המציאות, זאת לא ידעו המשכילים שבנו, זאת אין הם משתדלים לדעת, מתוך טעמים פשוטים של נוחיות ועצלות המחשבה. לפי שהידעה הזאת דורשת לימוד וחקירה והסתכלות אובייקטיבית בדרכי ההגיון המיוחד של המחשבה התלמודית, הידעה הזאת דורשת גם הבלגה עצמית וכשרון הסתגרות לצורות מחשבה, ולתכני מחשבה, שמקורם בעולם שנתרחק מאתנו. הגיע הזמן לגשר על פני התהום הזאת הרובצת בין הדור החדש ובין התלמוד; הגיעה השעה לגלות מחדש ולהציל את האוצר העשיר הזה, העמד להאבד לנו בעטיה של אפאטיה ודשלנות פושעת. לא לימוד סניגוריה על התלמוד, כי אם לימוד התלמוד עצמו: לימוד, מחקר והבנה, זאת היא חובת השעה.

הארץ, יד שבט תרצ"ב (22.1.32)

משהו על התלמוד

יאמרו נא הדברים כהווייתם: התלמוד כאילו ירד אצלנו מעל הפרק. חדלנו מלהתעניין בו, הוצאנו אותו מתוך החוג הרחב של האינטרסים הרוחניים שלנו, ועברנו עליו לסדר היום. וכבר מתייצבים לפנינו קברנים מומתים, לבושי איצטלא של פיוט ושיחה, המתכוננים לסתום את הגולל על היצירה העממית הגראנדיוזית הזאת. והדבר הזה מכאיב ותמוה כאחד: הן בדור של תחייה והתעוררות אנו חיים, בתקופה המתיימרת להפית רוח חיים חדשה בעצמות היבשות, כביכול, של התרבות העתיקה שלנו, ומניין חוסר הבנה זה, והיחס המזלזל והעם-הארצי לאחד הנכסים היותר חשובים והיותר מרכזיים שלנו?

אנו מחיים את הארץ, מחיים את הלשון, אנו מנסים לבוא שוב במגע חי עם השדרת הארוכה של השירה והאגדה, האמנות והפילוסופיה שלנו, ורק על חוליה אחת אנו פוסחים — על התלמוד! כאילו אפשר לדלג על החוליה האחרונה הזאת, כאילו אפשר לעבור בקפיצה על תקופה של אלפיים שנה, בלי לבוא מתוך כך לריסוק איברים. האומנם יש סוברים, שתקופת התנ"ך היא יותר "אינטימית" לנו מתקופת התלמוד, האומנם חושב מי שהוא, שמלקקי המים בעין חרוד קרובים לנו יותר מטובלי הטבילות של היהדות התלמודית? אולם מה היא הסיבה לחוסר הבנה פאטאלי זה, מה הוא המקור לנטייה האנטי-תלמודית שיש למצוא בחוגי האינטליגנציה שלנו? התשובה לזה — מתודגמת ללשון נקייה — היא פשוטה מאוד: מקורה הוא באותה הבורות והעם-הארצות, שהתאזרחה אצלנו בנוגע לכל דבר הקשור עם התלמוד וההלכה. שתיים או שלוש מליצות ריקות, שנקלטו בעקיפין ושלא מדעת, מתוך אווירת השיטנה של הגויים, משפטים שאבלוניים אחדים, שטיפשותם יכולה להתחרות רק עם הבורות שבהם, — זהו כל אינוונטר הידיעות של האינטליגנט הבינוני בן זמננו בנוגע לעולמו של התלמוד. כל ההשתלשלות הענקית של המחשבה התלמודית מתחילת בדייתה ועד הדורות האחרונים, כל פרפורי הנפש ומאמצי השכל של גדולי היהדות במלחמתם הנצחית לשם ההשלמה וההתאמה שבין המוסר והחיים, התורה והמציאות, כל זה הוא אצלנו בבחינת ספר חתום בשבעה חותמות, כדוך בכריכה עבה של אי הבנה וחוסר אימון. "פולפוליסטיקה עמוקה וחסרת טעם" אומרים המבקרים החדושים

ימי עמנו בפרט—משמשת גם נקודת מוצא לתקופה חרשה ופורייה בחיי הרוח של היהדות הפולנית. באותה שנה עזב ר' יעקב פולק את משרת הרבנות בקהילה הגרמנית אשר בפראג ושם את פעמיו לארצות פולין, על מנת להניח שם אבן הפינה ליסוד הישיבות הגדולות, ששימשו אחד כך מרכז של תורה וחכמה ליהדות אשר במזרח אירופה. הדברים נתגלגלו על ידי מקרה קל ערך, מקרה בעל חשיבות משפחתית מצומצמת, שהצית מחלוקת בישראל וגרם ליצירת מרכז רוחני חדש ליהדות במזרח אירופה.

ומעשה שהיה כך היה: מעשה באחות אשתו של ר' יעקב פולק, שהשיאתה אמה לאיש בהיותה קטנה. הזיווג לא עלה יפה, והאם רצתה להפריד בין הדב־קים. אבל מפני שהבעל סירב לתת גט לאשתו, עלה רעיון במוחה לבטל את הנישואין על ידי מיאון—דבר המותר על פי דין במקרה של נישואי קטנה על ידי אמה ואחיה, שהם רק מדרבנן. היא פנתה בבקשה לסדר גט מיאון, ור' יעקב פולק סידר את הדבר. האשה הקטנה מיאנה בבעלה ונישאה לאחר. הדבר הזה הטיל סערה בחוגי הרבנים בגרמניה. הם כמו כולם כאיש אחד, ומיחו על פסק־ההלכה הנועז הזה, המתיר אשה לשוק בימינו על ידי מיאון, בניגוד לתקנה הידועה של ר' מנחם ממרבורג (המאה הי"ד), שביטלה את עניין המיאון. מתחילה ניסו להשפיע עליו בדרכי שלום, שיחזור בו מהור־דאתו, וכשהדברים לא הועילו, השתמשו בנשק הבדוק והמנוסה של החרם, והכריחו אותו לעזוב את עירו ואת משרתו. בין כל הרבנים הגדולים בגרמניה, צרפת ואיטליה, נמצא רק אחד, שהרהיב עוז בנפשו לעמוד לימינו של ר' יעקב פולק, הוא הרב פפרקורן מפראג, וגם הוא חזר בו לאחר זמן מהסכמתו, והודיע—אולי בהשפעת המתנגדים—שנתנה מאונס, בלחץ חמותו של ר' יעקב פולק, שאימה עליו במסירת קרוביו למלכות, אם לא יסכים למיאון הנ"ל. כך נתגלגלו הדברים, ור' יעקב פולק שב לארץ מולדתו פולין. כאן נתקבל בורעות פתוחות, קיבץ סביבו אלפי תלמידים, והניח את אבן הפינה לישיבות הגדולות אשר במאה השש עשרה.

כדאי היה לעמוד על העניין זה, מפני שבמחלוקת זו משתקף אחד ההבדלים האופייניים שבין האיריאולוגיה המזרחית והמערבית, הברל המוצא את ביטוי גם ביהדות המודרנית של זמננו. היהודי המערבי, ביחוד היהודי הגרמני, נוטה מטבעו למשמעת, להכרת אבטוריטה, ואלו היהודי המזרחי הוא חופשי יותר, רבולוציוני יותר. יש בו יותר הכרה עצמית ויותר העזה, הוא איננו מתפעל כל כך מן האבטוריטה, מן הגדולים המפורסמים, הוא מרשה לעצמו לחלוק עליהם, ולפעמים גם לבטל אותם. בין הרבנים הגדולים בליטא או

בעולמו של המהרש"א

(למלאת שלש מאות שנה לפטירתו)

המהרש"א!

צידוף צלילים אינטימי וקרוב ללבו של חניך הישיבה. סמל הדיק והחרופות השכלית הישרה, שם נרדף לבקשת האמת הטקורה והצנועה, בניגוד לפל־פוליסטיקה הריקה, שהיכתה שורשים עמוקים כל כך בספרות התלמודית אשר בדורות האחרונים.

קסם מיוחד היה לו לשם זה ברחוב היהודי, ואבטוריטה מיוחדת לו במקצוע הפרשנות התלמודית. הוא זכה לדבר, שרק יחידי סגולה זוכים לו: להיות לאכספוננט של צורת מחשבה, שהיפרתה את המחשבה ועוררה את הדמיון של בני דורו והבאים אחריו. הוא היה אומן פדגוג. שלא מדעת הראה לבני דורו, שקועי הפלפוליסטיקה והמחשבה השעשועית, את העמקות שבפשטות, את החידוש המפליא והמפתיע אשר באמת הפשוטה.

והחידוש הזה הפליא והקסים גם את הגדולים והנועזים ביותר אשר בחכמי הדורות האחרונים. באיזו הדרת כבוד ובאיוה רטט מזכירים את שמו בכל הספרות התלמודית המאוחרת! אם יש מי שחולק לפעמים גם על דברי הרא־שונים המוסמכים ביותר, הרי אין מי שיטיל אף צל של ספק באמיתות דבריו של "חידושי המהרש"א". זאת היא אבטוריטה יחידה ומיוחדת, שאין דוגמתה בין כל הפרשנים אשר בדורות האחרונים.

אבל מה הוא ערכה האובייקטיבי של האישיות הזאת, מה הוא המקום ההיסטורי שהוא תופס בעולם התלמוד בכלל—תשובה לזה נמצא בתוך המהלך הכללי של השתלשלות המחשבה התלמודית בדורות הסמוכים לדורו של הגאון הזה.

*

המאה שבה נולד המהרש"א—המאה השש־עשרה לספירה הרגילה—היא תקופת הפריחה והעלייה ליהדות הפולנית, תקופה שבה מתחיל המרכז הנווד של התורה להתגלגל שוב ממערב למזרח, מן הקהילות המתרוששות אשר בארצות גרמניה אל הקהילות הפורחות אשר בפולין ובארצות הסמוכות. התהליך הזה כבר התחיל בעצם בסוף המאה הקודמת. שנת 1492—השנה המסומנת על ידי מאורעות חשובים כל כך בדברי ימי העולם בכלל, ובדברי

בפולין תמצאו גם עכשיו לא מעטים החולקים, למשל, על הש"ד, או אפילו על השולחן ערוך. ואילו בגרמניה אין למצוא אף רב אחד, שיעזו לפסוק הלכה נגד ר' דוד הופמן. זהו דבר הנובע מתוך החינוך והאידיאולוגיה השונים בשני הטיפוסים האלה. יתכן שגם החרם הידוע דרבנו גרשם, אילו ניתן על ידי איזה גאון גדול בדורות המאוחרים בפולין, לא היה מתפשט במהירות רבה כל כך ומקבל אותה אבטוריטה כללית, שעשתה אותו לאחד היסודות המוצקים של דיני האישות שלנו.

ואם תרצו למצוא סמוכין לדבר, צאו וראו את ספרי המהרש"ל, הגאון הלוברלינאי הגדול, שחי כשישים-שבעים שנה אחרי ר' יעקב פולק והושפע בלי ספק מן הרוח החדשה, שהכניס גאון זה לתוך היהדות הפולנית. המהרש"ל איננו מתפעל כלל וכלל לא מדברי הראשונים ולא מדברי האחרונים, הוא הולך תמיד ישר על פי שכלו, על פי ההכרה המוצקת שלו. כשהמרי"ק כותב במקום אחד: וכי מי אנו שנכניס את ראשנו בין שני הרים גדולים, רש"י והרמב"ם, להכריע ביניהם, בא המרש"ל ואומר: אמנם כן, גדולים היו האנשים ההם, אבל בכל זאת מותר לנו להכריע ביניהם, "כי יפתח בדרו כשמואל בדרור". על גאון אחר הוא אומר: דבריו אינם אלא דברי נביאות ואין לנו להקל מחמת סברא של כרס. ועל ר' יוסף קארו, בעל השולחן ערוך, הוא כותב: וכי מה לנו שעשה פשרה עם עצמו, שכל מקום שהולקים הדי"ף והרמב"ם והרא"ש הולכין אחרי הרוב, אנו אין אנו מסכימים לפשרה זו, והוא מוסיף בלעג קל ושנון: "הפשרה הזאת חוזרת, כי אין בה קניין". ביחוד שקל למיטרפסיה מיניה בעל ה"מגדל עוז", עליו כותב המהרש"ל שהוא "מעוות את הדברים בלי טעם וריח, ועובר על כל תשחית הדין והנייר"...

כזאת היתה גם תכונתו של ר' יעקב פולק. גם הוא לא נשא פנים לגדולים, גם הוא לא כרע תחת סבל האבטוריטה המוסכמת. הוא הלך בדרכו על פי שכלו והכרתו המוצקה, ונלחם עליה יחיד במערכה נגד כל גדולי דורו. מתוך הכרתו זו התנגד לתקנת המיאון של ר' מנחם ממרזבורג, לא כליכך מפני שסבר, שהתקנה הזאת אינה מוצדקת, כי אם — ובעיקר — מפני שהתנגד לתקנות בכלל. הוא התנגד מתוך הכרה לאותו האיבון של המחשבה הכרוך בקביעת תקנות לדורות, לאותה הסטגנציה של החוק והמשפט, הנובעת מתוך כלילת הכללים המוצקים.

ר' יעקב פולק היה הראשון בין חכמי הדורות האחרונים, שיצא, מתוך נקודת השקפה היסטורית רחבה, נגד הקרישה, האיבון והחינוט של ההלכה שלנו, — דבר שנעלם לגמרי מעיני ההיסטוריונים שלנו. הוא לא השאיר אחריו

שום ספר, לא הדפיס אף אחד מן החידושים והפסקים המרובים שלו, מפני שלא רצה, שהדורות הבאים אחריו יקבלו את דבריו כהלכות פסוקות לדורות, מפני שלא רצה שדין שנפסק פעם, אולי כהוראת שעה ולשם סיפוק צורך קונקרטי וחד-פעמי, יהפך על ידי האבטוריטה שלו לכלל קבוע לדורות, שכוחו יפה לכל המקרים, שיתדחשו עד סוף כל הדורות. הרמ"א מגלה לנו את הדבר הזה באחת מתשובותיו: "וחי נפשי דומנין סגיאיין בקשתי עם הרבה לומדים ממנו (מן הרב ר' שכנא) שיעשה פסק, ותשובתו היתה מתמת רוב חסידותו וענותנותו, ואמר: יודע אני דשוב לא יפסקו כי אם כאשר אכתוב, ואין דצוני שיסמכו העולם עלי. ומהאי טעמא לא עשה נמי רבו הרב ר' יעקב פולק שום ספר, גם שום תשובה ששלחו מרחוק לא העתיקו בביתם אלו הגאונים מהאי טעמא". זו לא היתה ענותנות בלבד, כאן יש שיטה, הנובעת מהבנת הערך הגדול של ההתפתחות.

חטא גדול חטאה ההיסטוריה לר' יעקב פולק זה. היא טפלה עליו דברים שלא היו ולא נבראו, עשתה אותו למיסד הפלפוליסטיקה העקומה והעקרה, לאביו החוקי של הפלפול, שגידל גידולי פרא בתוך היהדות הפולנית. גם את שמו הפכו לפלפול, דרשו ממנו נוטריקון, פולק פירושו: פראג, לובלין, קראקא; הערים ששימש בהן ברבנות... בכל הדברים האלה אין אף שמץ של אמת, כל זה עשו היסטוריונים שטחיים ומחוסרי-ידיעה. האמת היא שדווקא ר' יעקב פולק זה היה אחד מאנשי הרוח היותר פרוגרסיביים בחכמי הדורות האחרונים. הוא היה הראשון שתפס את רעיון ההתפתחות במחשבה התלמודית, הרעיון שהתורה והמשפט שלנו אינם נכסים מתים, כי אם נכסים חיים המתאימים את עצמם, ביתר דיוק: הצריכים להתאים את עצמם בכל דור ודור לצורכי החיים והדרישות של המקום והזמן.

וגם הפלפול שהביא אתו מגרמניה, אותה הריאלקטיקה הפלפולית המפורסמת והבלתי ידועה, גם היא לא היתה בעיניו מטרה בפני עצמה, כי אם אמצעי למטרה אחרת, גבוהה ונשגבה: הסתגלותו של החוק והמשפט לצורכי החיים! הדברים האלה נשמעים לכאורה כפאראדוקס. מה עניין פלפול אצל התפתחות המשפט. אלה הם, לכאורה, שני דברים שאינם יכולים לדור בכפיפה אחת. כך דורשת השיגרה של המחשבה ההיסטורית השיטתית, שקיבלה אצלנו זכויות אורח. אבל זאת היא טעות גסה, טעות המסרסת זה כמה דורות את העמדה שלנו לגבי התלמוד והספרות התלמודית.

אבאר את דברי. המשפט שלנו אינו ערב של דינים וחוקים יבשים, שהולכים ונמסרים מדור לדור בצורה כבושה, חנוטה וקרושה, בלי שינוי כלשהו,

כי אם הוא תוצאה של התפתחות ארוכה, התפתחות בת אלפי שנים, שבאה מתוך התאמה והסתגלות לצורכי החיים ודרישותיהם.

והנה בדורות הראשונים, כשהיה מרכז קבוע לתורה ולחיי האומה, התקיים התהליך הזה בצורה טבעית ופשוטה. הסנהדרין, הנשיאות, ראשי הגולה והגאונים היו בודקים את החוק לאור המציאות, וכשהיה מתגלה איזה ליקוי, היו מתקנים את התקנה הנחוצה, והעם שהכיר והודה בסמכותם של המוסדות המרכזיים האלה, היה מקבל עליו את התקנות בלי ערעור ובלי התנגדות. אבל בדורות המאוחרים, כשהעם התפור על שבעה ימים, ולא היה עוד מוסד בעל סמכות מרכזית, שמצורתו תהא פרושה על כל חיי האומה, נעשה התהליך הזה של ההתאמה בין החיים והחוק יותר ויותר קשה, יותר ויותר מסוכן. נתמעטו הלבבות בישראל, נתמעט הרצון ונתמעטה גם היכולת, וסוף דבר היה, שהמשפט התרחק מן החיים, התכנס לתוך קליפתו ואיבד את השפעתו המכוונת והמוסחת על חיי האומה.

המצב הזה לא נשתפר על ידי הקודיפיקציות הגדולות של המאה השתים עשרה והארבע עשרה. אדרבה, מבחינה ידועה עוד הורע על ידן. התורה היתה עכשיו ערוכה בהחלט; כל החומר העשיר והמגוון של הדורות נתאסף למקום אחד, וקיבל, דווקא על ידי הכינוס, מעין סנקציה לדורות, נתתם לדבר שאין להוסיף ואין לגרוע ממנו משום זמן מן הזמנים.

כזה היה המצב במאה החמש עשרה. בינתיים עשו החיים את שלהם והתקדמו במסלולם. נתעוררו שוב דרישות חדשות, נתגלו שוב צרכים חדשים, אבל מה לעשות? החומה גבוהה וסתומה, לעבוד עליה בקפיצה אי אפשר, ואת מלאכת ההקפה והסיבוב עדיין לא ידעו.

ודווקא אותה שעה באה עזרה לרעיון ההתפתחות מצד שלא פיללו לו, קם לו גואל ומושיע בצורה הפאראדוקסלית של הפלפול. לפלפול יש חסרונות רבים מאד, אבל יש לו גם מעלה אחת: הוא גמיש מאד ויש לו כשרון הסתגלות מיוחד במינו. המחשבה הפלפולית משולה לקו עקום שיכול להגיע, ודווקא על ידי עקמומיותו, גם אל הנקודה הנמצאת בקו הישר, ובלבד שתדע את המקום הגיאומטרי של הנקודה הזאת. —

זאת היתה מטרת הפלפול בעיני ר' יעקב פולק ותבריו, זאת היתה הפילוסופיה של דרך הלימוד שלהם. הם מצאו את הדרך חסומה לפנייהם, ראו שיש צורך להקיף את המכשולים, והמציאו לשם זה את הנשק הנפלא והגמיש של מחשבת הפלפול.

אבל הנשק הזה היה מסוכן למדי, החרב החדה הזאת של הפלפול היא חרב

פיפיות, — קצה אי זהירות בשימוש, והיא עלולה לחתוך את ידי המחזיק עצמו. כדי שהפלפול ישמש כהלכה למטרה שהציגו לו מייסדיו, צריך שהמפלפל יהיה מחונן לא רק במוח חריף, כי אם גם בשכל ישר, צריך שישווה נגדו תמיד את הנקודה הישרה, שאליה הוא חותר בדרכים עקלקלות. המידה הזאת היתה מצויה אצל המעטים הגדולים, אבל לא אצל ההמון הרחב של התלמידים המרובים. הם למדו את מלאכת הפלפול, התמחו בו וירטואוזיות בכל החידוד והאקרובטיקה שלו, והעלימו עין לחלוטין מן המטרה הסופית, שהפלפול היה צריך לשמש לה אמצעי. הפלפול שהיה עד כה רק אמצעי, הפך הוא עצמו למטרה, פלפול לשם פלפול, אקרובטיקה ללא תועלת ומטרה.

וסופו של דבר היה, שבמשך זמן קצר נוצרה ספרות שלמה, עשירה בכמות וענייה באיכות. ספרים כרסנתיים מלאים כרימון המצאות ועקמומיות, שאין להן אחיזה במציאות. היא התרחקה מן המציאות בכוונה ומדעת, היא ביטלה אותה, המציאות היתה יותר מדי פשוטה והמונית בשבילם.

ובאמצע התקופה הזאת, בעצם ימי הגיאיות של הפלפול המשתולל, מופיע המהרש"א, ובידו ספר אחד צנוע, ושמו: חידושי הלכות וחידושי אגדות. שונה הוא הספר הזה מן הספרים שקדמו לו, לא רק בדור הסמוך, כי אם גם בדורות הקודמים. הוא אינו שואף לגדולות, אינו מתיימר להפוך עולמות. דרכו היא הדרך השקטה והישרה של הפשט, עם האמצעים הצנועים והפשוטים שלו. בפעם הראשונה נעשה כאן הנסיון לברר החומר העשיר והמגוון של הגמרא והתוספות וללבן אותו מתוכו עצמו, מתוך סגנון המחשבה וההגיון שלו. זהו הנסיון הראשון לברר ולקבוע באופן אובייקטיבי מחלט את נוסח המחשבה התלמודית, בלי לנקוט איוו עמדה לתוכן המחשבה הזאת. אם פירושה של חקירה מדעית של התלמוד הוא: חקירה אובייקטיבית גמורה, המסוגלת להשקיע את עצמה לתוך רוח המכתב של התקופה ההיא, הרי המהרש"א הוא הספר המדעי הראשון, שנכתב על התלמוד ונושאי כליו, אם כי המחבר לא היה מזויין בכל התחמרות והטכניקה של החקירה המדעית.

המהרש"א, בניגוד ליתר המחברים והמפרשים, לא ניסה מעולם להכניס את הרעיונות שלו לתוך סוגיות התלמוד. הוא בכלל לא ביקש מעולם למצוא את הרעיון המשפטי שבהם, הוא רצה רק לבאר את אופן המחשבה שלהם: למה התלמד מקשה כך ולא אחרת, מפני מה הוא נותן דווקא את התשובה הזאת ולא את התשובה ההיא, מה הוא הסדר ההגיוני בהרצאת הסוגיא, מפני מה מקדימים התוספות את הקושיא האחת ומאחרים את הקושיא השנייה. בשבילו ה"הוה אמינא" של הש"ס חשוב בדיוק כמו המסקנא שלו.

רחבי תפוצות הגולה היהודית. פרסומו לא הצטמצם בכתלי בית המדרש בלבד, הוא חדר לתוך ההמון ונעשה לאישיות אגדית בקרב העם. הרבה אגדות פשטו בעם על המהרש"א, המפורסמת ביותר היא על חיילים שבאו פעם לכבוש את העיר וירו לתוך הבתים, וכשהגיעו לבית מדרשו של המהרש"א נשארו הכדורים תלויים באוויר ולא פגעו ברב ובתלמידיו. עוד כיום מראים את הכדורים האלה, התלויים בחוטים בבית המדרש העתיק אשר באוסטראה. אולם השפעה מכרעת ובת קיימא לא היתה לו למהרש"א על הספרות התלמודית. עם כל האבטוריטה הגדולה שלו כפרשן בחוגי הלומדים, לא נשאר רישומו ניכר בספרות התלמודית שלאחריו. חסר כאן הקורילאנט בצורת החוקר המדעי האובייקטיבי של תוכן המחשבה התלמודית. וסוף דבר היה, שנחשול הפלפול התגבר עוד ביתר עזו. הספרות התלמודית של הדורות האחרונים, מלבד קצת ספרים היוצאים מן הכלל, כגון: ר' עקיבא איגר, קצות החושן, נתיבות המשפט ועוד אחדים כיוצא באלה, מלאה אותה פלפוליסטיקה ריקה שאיננה נופלת בכלום, ואולי עולה בעקמומיותה, על פלפול ההבל שבדורו של המהרש"א. לא עזר לזה לא השולחן ערוך (שהתפשט בינתיים), ולא הרמ"א, לא הש"ך ולא הט"ו. הנטייה הזאת היתה מורשת ביותר, משיוכל מאן דהוא, ואפילו הגדול שבגדולים, לשרשה.

אנו אין אנו חיים עכשיו בדורו של המהרש"א, אנו צריכים לאופן לימוד אחר, להארה אחרת, לאמת מידה אחרת, ומתוך נקודות השקפה אחרות. גם בירור החומר עצמו, בין בירור הצורה ובין בירור התוכן, צריך להיעשות באמצעים אחרים. אבל בדבר אחד המהרש"א הוא גם בשבילנו אקוטאלי מאוד: עלינו ללמוד ממנו את יחס הרצינות הקדושה אל הנושא הגדול, ואת האמונה בערכה הנצחי של היצירה המונומנטאלית בחיי האומה.

י"ב אדר א תרצ"ב (13.2.1932)

הדעה הסתורה כדעה המוסכמת שלו. קיצורו של דבר: הוא התעניין לא בתוכן המחשבה, כי אם בצורתה מתוך ההכרה הברורה והנכונה, שאי אפשר לחדור אל התוכן, בלי להשתלט קודם על הצורה.

לבדד וללבן את דברי התלמוד ונושאי כליו, דש"י ובעלי התוספות, להוכיח ולגלות את כוונתם האמיתית, את ההכרח הפנימי שבדבריהם, — זאת היתה מטרתו של המהרש"א. והדבר הזה נעשה מתוך כובד ראש ורצינות יוצאת מן הכלל. בעמקות וביסודיות, שלא מצינו דוגמתן אצל שום אחד מן המפרשים המרובים. אין לך כמעט אף קושיא אחת בנוגע לפשט של דברי הגמרא והתוספות, שהמהרש"א לא הרגיש בה. אין לך פגימה, אפילה קלה שבקלות, שנעלמה ממבטו החודר והחריף. הוא ראה את הכל, סקר את הכל. כל הסוגיא כולה, עם כל הקמטים וקמטי הקמטים שלה, היתה פרושה לפניו כשמלה, והוא בירר וליבן אותה עד כמה שידו מגעת.

עד כמה שידו מגעת, ולא יותר. כי המהרש"א לא היה קבלן לתשובות ולתירוצים. כל מלה שיצאה מפיו — והמלים האלה היו ספודות ושקולות — נבעה מתוך ההכרה הברורה, שזאת היא האמת, זאת ולא אחרת. דבריו אמורים בסגנון יבש ומרוכז בתכלית הריכוז, אין בהם אף שמץ של קישוט ותפאורה, אף לא כלשהו מן המליצה וההתגדרות.

הסגנון שלו איננו, כאמור, מן המעולים. אין בו אותו הליטוש והאלגנטיות, שאתה מוצא אצל מפרשים אחרים. הוא מרגיש בעצמו, שיתכן כי דבריו לא יהיו מובנים לקורא, ולכן הוא מוסיף כמעט תמיד: ודו"ק או ודוק היטב או וק"ל. אולם הדבר הזה אינו פוגם כלל וכלל את הרושם היוצא מדבריו. נדמה לפעמים, כאילו דווקא הסגנון הכבד הזה מתאים לאותה הרצינות והאובייקטיביות המרחפות על פני הספר כולו.

המהרש"א התנגד לדרך הלימוד של אנשי הפלפול, אבל לא לפלפול של ר' יעקב פולק וחבריו, כי אם לאותה ההתנוונות, שהפלפול הגיע אליה על ידי תלמידיו ותלמידי תלמידיו. דעתו זו באה לידי ביטוי במקום אחד בחידושי האגדות שלו למסכת בבא מציעא, בקשר עם הסיפור התלמודי על רבי זירא שעלה מבבל וישב מאה יום בתענית, "כי היכי דלשתכח גמרא בבלאה מיניה". יש פלפול, הוא כותב, המחוויר את הסוגיא ומוציא את ההלכה לאור, פלפול כזה הוא טוב, אבל אנשי בבל "אפשר שהיו מפלפלים דוגמת החילוקים שבדור הזה, אשר כל מי שידוע לכוון יותר בפלפול של הבל הרי זה משובח, וכל אחד מתכוון לדחות את דברי חבריו".

המהרש"א וספרו נתפרסמו בעולם התלמוד וההלכה, יצאו לו מוניטין בכל

כונה. שמעתי גם, שהישיבה הזאת היא מעין ישיבה נודדת, ושהבחורים שלה, ביחוד המעולים שבהם, עוברים תמיד ממקום למקום, מישיבה אחת לחברתה, לאורכה ולרחבה של רוסיה הגדולה. הדבר הזה תפש את לבי, ובבוקר לא עבות אחד ארוזתי את חפצי ונסעתי להומיל. הבאתי אתי מכתב המלצה לבהור אחד, פליט צעיר כמוני, ובעזרתו נחקבלתי לישיבה. כראי להוסיף, שבנוב-הרדוק לא היו מיחסים ערך רב לשאלה "הבורגנית" של הגיל. היו מקרים שבחורים צעירים מאוד נתמנו להיות מנהלים רוחניים בסניפים השונים של הישיבה המרכזית.

הרושם הראשון, שקיבלתי מן הישיבה הזאת, לא היה מרומם ביותר. נכנסתי לישיבה בשעה שתיים. כחצי שעה לפני תפילת המנחה, השעה שהיתה קבועה יום ליום ללימוד המוסר, ושהיתה נקראת בשם המשונה: "הבירוה" (הבורסה). המוסר הזה היה נובהרדוקאי טהור והשם, "בירזה" בא להדגיש, שכשם שהאנשים העוסקים בהבלי העולם הזה נוהגים להקצות שעות אחדות ביום לעניינים הגשמיים, והולכים "לעשות עסקים בבירזה", כך צריך גם איש הרוח לקבוע לכל הפחות שעה אחת ביום לחשבון הנפש שלו, ולטפל בה בענייני הרוחניים באותה ההתלהבות המצינית את השאון וההמולה אשר בבורסה האידופאית. וכשנודמן לי לאחר שנים אחדות להיות בפאריס, ראיתי את התכונה וההתרוצצות של הקהל הענקי המציף את ה"פלאס די לא בורס", נוכחתי, שהשם הזה היה מוצלח מאד.

ואכן, מחזה הישיבה בשעות ההן היה מחזה של בורסה ממש. כל בחורי הישיבה שהיו במקום, היו מתכנסים בשעה זו בתוך הישיבה ומטיילים להם זוגות וזוגות לאדרכו ולרחבו של האולם, מתוך התלהבות, בויטיקולציה חיה, כאנשים המטפלים בעניינים היותר חשובים והיותר חיוניים שלהם. כשנכנסתי אותו יום לישיבה, בעצם הדתיחה הזאת, ניגש אלי מיד בחור אחד, כבן י"ד—ט"ו, נתן לי שלום שאל אותי מאין באתי, ובלי לחכות לתשובתי תפס אותי בזרועי ואמר: "נו, ומה נשמע בענייני הרוחניות שלך?"... למשמע השאלה הזאת נדהמתי, לא ידעתי מה לענות, זו היתה הפעם הראשונה בחיי, שפנה אלי אדם בשאלה מוזרה כזאת. ביקשתי להיפטר מן הבחור הטרדן וכשהצלחתי סוף סוף להיחלץ ממנו, נתקלתי מיד בברנש אחר. שוב נתנו לי שלום, ושוב תפסו אותי בזרועי, ושוב נשאלה השאלה: מה שלום הרוחניות שלי, ומה אני חושב ברבר תיקון המידות...

ראיתי "שנפלתי בפח", ובלבי כבר התחרטתי על כל מעשה הבדיחה שלי. שם בסלבורקה היה לי עניין עם אנשים נורמאליים, אנשים מן הישוב, אוכ-

נובהרדוק

הדבר היה בימי המלחמה העולמית. הישיבות הגדולות בליטא עזבו כמעט כולן את מקומות מושבן ועברו, עם התקרבות צבאות גרמניה, למקומות בטוחים יותר מאחורי החזית. ישיבת סלבורקה עברה עם פרוץ המלחמה למינסק, ומשם— בשנת 1917— לקרמנצ'וג. ישיבת מיר העתיקה את מושבה לפולטובה, וישיבת נובהרדוק "כבשה" את הערים החשובות ברוסיה הדרומית. הישיבה הזאת— ישיבת נובהרדוק— היתה ידועה לי מזה כבר. שמעתי עליה לראשונה מפי "המשולחים"— כינוי לבחורים, שהנהלת הישיבה יעצה להם שלא לחזור לשנה הבאה (בלשון בני הישיבה: מסרה להם "לא יבוא— צעטעל") והתיאודים שלהם היו כה מוזרים, כה פאנטאסטיים, עד ששאפתי תמיד להכיר מקרוב את הבריות המשוונות ההן.

בעיקר התפרסמו הנובהרדוקאים על ידי ה"פרטים" שלהם. בשם זה היו מכנים בעצמם את המעשים השונים והמשונים, שהיו עושים כדי "לשבור את היצר". אמרו עליהם, שהיו נוהגים, למשל, להיכנס לבית מרקחת ולבקש בפרוטה אחת— חמאה... וכשבעל החנות היה מרים את עיניו בתימהון, כאדם האומר: היצאת מרדעת? היה הבחור מפנה את ראשו והולך לו כלעומת שבא. או: שהיו ניגשים לאיזה זוג המטייל לו לפי תומו ברחוב, ושואלים אותו מה היא הפרשה שקוראים השבוע בבית הכנסת... וכל זה כדי להרגיל את האדם שלא "להתפעל" מלגלוג הבריות, להביא אותו למידת "ההשתוות". כלומר: האדישות הגמורה, לגבי כבוד וביזיון, המדרגה הגבוהה ביותר שיכול האדם להגיע אליה בחיים. בסיפורים ההם היה, אמנם, גם קצת מן ההגזמה, אבל בעיקרם היו נכונים, ועוררו את סקרנותם של בני הישיבה בכל הישיבות כולן.

*

והנה באמצע שנת 1916 נודמן לי בפעם הראשונה לבוא במגע ומשא פנים אל פנים עם האנשים האלה. למדתי אז בישיבת סלבורקה אשר במינסק, ושמעתי שהנובהרדוקאים פתחו להם "סניפים" בכמה מערי אוקראינה, בהומיל, בחדאקוב, בקיוב, ברוסטוב ועוד. נודע לי שה"אואנגרדים" שלהם כבר הגיעו עד גדות הוולגה— סארטוב, צאריצין, אסטראכאן— ועוד ירם נטויה לעבור את האודאל, ולייסד ישיבות "מוסריות" בתוך היערות אשר בסיביריה התי-

לים, שותים, לומדים, מספרים קצת רכילות, עוסקים קצת בפוליטיקה, ואילו כאן, אין אף שמץ מכל הדברים ההם — רק דבר אחד מעניין את כולם: מה שלום היצר הרע שלך...

*

ואולם מצב הרוח שלי נשתנה עוד בו ביום, אחר הצהריים, כשנפגשתי בפעם הראשונה עם המנהל הראשי של הישיבה, ר' יוזיל. זה היה רושם כביר בלתי רגיל, רושם שאנו מקבלים לעיתים רחוקות מאוד בחיים, כשאנו נפגשים עם אישיות כבירה, באמת יוצאת מן הכלל. שמעתי זה מכבר על האיש הזה ועל הליכותיו האקסטראווגנטיות. ידעתי שבנערותו התבודד פעם באיזה יער, לא רחוק מסלבודקה, והיה כלוא שם לבד בבית קטן במשך שלוש או ארבע שנים, בלי שום מגע ומשא עם העולם החיצוני; ורק אשה אחת יראת שמים, היתה מביאה לו כל יום דבר-מה לאכול, וכדי שלא תערב מאכלי בשר במאכלי חלב הלך ועשה לו שני חורים בכותל, על האתר כתב "בשר", ועל השני — "חלב", ועל דבר זה זכה בספרות של הזמן שהוא לשם הכבוד; ר' יוזיל בעל החורים...

הייתי בטוח שאראה לפני איזה זקן צנום, וזעם ומטיל מרה שחורה, לכל היותר איזה מין נזיר סגפן משונה. ואולם מה שהופיע לעיני היה ההיפך הגמור מזה. זה היה יהודי נפלא, יפה, עליון, שמח, הייתי אומר כמעט: שובב, איש שכל זרת שבו — חיים, כל תנועה שלו — עליצות ורעננות של נוער, אם כי כבר היה באותו פרק יותר מבן שישים. והעיניים! את העיניים ההן לא אשכח לעולם. מתחת לגבות צפופות ובולטות — זוג עיניים פולחות, שקשה היה לקבוע את צבען, פעמים היו כחולות ופעמים — ירוקות, פעמים חומות, ופעמים אפורות. ובאיוז קלות היה האיש עובר מהבעה להבעה, ממצב רוח למצב רוח, וכיצד היה כל זה מתבלט על פניו הערים! היה לך הרגש הברור, שהאיש הזה שולט שלטון גמור ברמ"ח אבריו ושס"ה גידיו, ויכול לעשות בהם מה שירצה. והרצון הזה היה רצון כביר, רצון מרוסן ומרוכז, רצון של פלדה שנתלבן בכל מדורי הדרסורה הפסיכולוגית העקשנית. ברגע שהוא לא הבינותי את כל הדברים האלה. הייתי יותר מדי צעיר ובלתי מנוסה כדי להבין את כל זה. אבל הרושם הכללי היה ברור לי גם אז. זה היה רושם של אישיות חזקה, מקסימה ומהפנטת, הצדה כמו בחבלי קסם את כל מי שבא אתה במגע ומשא.

*

זוכר אני עדיין את השיחה הראשונה שהיתה בינינו. טיילנו אז ברחובה הראשי של העיר. הוא לא ריבר אתי כלל ועיקר בענייני רוחניות, לא ביקש לדעת "מה שלום היצר הרע שלי". שוחחנו על דברים של מה בכך, על ענייני חולין ממש. דרך משל, הוא שאל אותי, מה דעתי על הבוץ בהומיל, ואם יש טראמוואי במינסק; אולם תוך כדי הדברים הבטלים האלה הצליח לשלב איזה הערות פסיכולוגיות, ערומות, שהיו מכוונות להשפעה לאחר זמן, ל"פוסט היפנוטום", שהשומע לא יוכל להשתחרר ממנו אף לכשירצה. זכורני שעבר על ידינו זוג אחד, בחור ובחורה, שניהם צעירים, הם הלכו שלובי זרוע וצחקו במלוא הפה. הוא תפס אותי בזרועי ואמר לי: הסובר אתה, שהאנשים האלה מאושרים באמת? יש להם צרות צרורות, יקירי. אני יודע זאת, אף על פי שאינני מכיר אותם, כל השמחה שלהם אינה אלא אחיזת עינים, "אנשטעל". הם רוצים לרמות את האחרים ואת עצמם. לכשתגדל תבין את דברי... והוא הוסיף בלחש ובקול עצוב כמעט: "הכרתי רק איש אחד מאושר בחיי. זה היה ר' ישראל סלנטר"...

בדברים האלה היתה כלולה כל התורה המוסרית שלו, ושל כל הישיבה הנובהרדוקאית. הוא היה אומר וחוזר ואומר: התורה לא באה למרר את חיי האדם, להטיל עליו חובות שיהיו לו למעמסה כל ימי חייו. אדרבה, היא באה לעשות אותו למאושר, למאושר גם בחיים הגשמיים שלו לכל פרטיהם ודקדוקיהם. כל מי שאין לו חלק בעולם הזה — היה רגיל לומר — מובטח לו שאין לו חלק בעולם הבא. כי שני העולמות האלה ירדו כרוכים זה בזה, האחד נובע מתוך השני. אבל כדי שהאדם ייהנה באמת מן העולם הזה, צריך שיהיה קודם כל, חופשי, בן חורין לעשות מה שהוא רוצה. להגיע למדריגה כזאת יכול רק בן אדם כליל-המידות, שהשתחרר מכבלי הרצונות הפעוטים שלו, העומדים לשטן על דרכו ואינם נותנים לו לספק את התאוה הגדולה והאמיתית שלו.

היצר הרע שלנו נקרא בשם זה, לא מפני שהוא מביא אותנו לידי עשיית דברים רעים, כי אם מפני שהוא יצר רע, יצר שאיננו יצר. משל למה הדבר דומה, לחזן שאיננו יודע לשיר, ואומרים עליו שהוא חזן רע, כלום עשה דעות למי שהוא? כלום הוא אדם רע? — חס ושלום! הוא רק איננו חזן... והוא הדין לגבי היצר הרע שלנו. הוא יצר רע, איננו משקף את הרצון האמיתי שלנו, הוא מסלף אותו. נותן ביטוי לכל מיני רצונות קטנטנים, העומדים בניגוד גמור לרצון הפנימי שלנו.

הרעיון הזה כשהוא לעצמו אינו חדש ביותר. הגובהרדוקאים בעצמם גם לא טענו, כי הם שגילו אותו; להיפך, הם היו נוהגים לתלות אותו בכל מיני אילנות גדולים וקטנים. הם היו מסתמכים על דברי הרמב"ם בפרק כ' מהלכות גירושין בעניין גט מעושה. וזה לשון הרמב"ם: "...ומי שתקפו יצרו הרע לעשות עבירה והוכה עד שעשה דבר שחייב לעשותו, אין זה אנוס ממנו, אלא הוא אנוס עצמו בדעתו הרעה. מאחד שהוא רוצה להיות מישראל, ורוצה לעשות את כל המצוות ולהתרחק מכל העברות, ויצרו הוא שתוקפו, וכיוון שהוכה עד שתשש יצרו ואמר רוצה אני כבר לגרש מרצוני הטוב.

לשון אחד: הרצון של האדם הוא רצון טוב, מכוסה שכבת ערפל של מאוויים ונטיות גשמיות, שאינם נותנים לו לבוא לידי גילוי. הכפייה שאנו עושים לו, המכות שהוא מקבל מבית דין יחד עם הרצון המעורר בו להיחלץ מהן, כל זה גורם למין נייסדאליזאציה של הכוחות המתנגדים, קורע את הקרום המכסה, וחושף את הרצון הפנימי שבו.

והנה, אם הרעיון כשהוא לעצמו לא היה חדש ביותר, הרי בגישה אל הרעיון הזה, באופן הטיפול ובדרכי ההגשמה שלו, היה הרבה מן החדש והמושך. זה היה אולי המקום היחידי בעולם, שבו התחבר קיבוץ שלם לשם תיקון המידות, מין סאלון קוסמטי רוחני, כביכול, מכון ליפי הגשמה. לכל אחד מאתנו יש מידות שהוא עצמו רוצה להיפטר מהן. זה טובל מכעס, וזה טובל מעצלנות. זה חולה בצרות עין, וזה חולה בביישנות. והנה באים אנשים ואומרים לך, שכל זה אפשר לסלק על נקלה, על ידי תרגילים ספורטיביים ידועים, על ידי מין מאסאג' רוחני, המבטיח תוצאות ממשיות במשך זמן קצר — דבר נפלא באמת, ביחוד אם יש לך אמונה בהצלחתו.

וההצלחה הזאת היתה בחינת מעשים בכל יום. בעיני דאיתי כמה וכמה בחורים שנשתנו במשך זמן קצר מן הקצה אל הקצה. ביחוד היתה ההתקדמות גדולה במקצוע החוצפה... הכרתי בחורים, שבבואם אל הישיבה היו ביישנים, מדוכאים, שלא יכלו לפתוח פה בלי להתאדם, ולאחר זמן מועט, אחרי חודשים אחדים, נעשו לדברנים בעלי הכרה עצמית מופרות, שקשה למצוא דוגמתה אפילו בין הנואמים הגדולים ביותר. הם לא היו נרתעים מפני שום דבר, לא היו מתביישים מפני שום בן אדם, היו מסוגלים לעשות את המעשים המשונים והנועזים ביותר, כאילו היו "דבובים" ולא בני אדם.

וכל זה על ידי הדרסורה המיוחדת שלהם, כל זה על ידי שיטת ה"פרטים" המסועפת שלהם. וכשהיו שואלים את ר' יוזיל, מה טעם יש לכל ההליכות המונדות האלה, האומנם זו היא הדרך הישרה שיבור בה האדם השלם? היה

עונה: הנח להם להשתובב קצת, הנח להם להיות גם קצת משוגעים, הם ישתפרו מאליהם. כי טבעו של האדם — אומר הרמב"ם — משול לקנה כפוף, צריך לכופ אותו אל הצד השני, ורק אז ישוב אל הנקודה האמצעית שבין שני הקצוות.

לחריצות הדברנית של הגובהרדוקאים ולבולמוס האגיסטורי שלהם היתה עוד סיבה אחרת, מלבד הפרטים ההם, וזוהי: "הוועדים", שבהם נתחלקה הישיבה הגובהרדוקאית. גם זה היה, דוגמת הבירוה, גידול גזעי טהור, שחותמה המיוחד של הגובהרדוקאיות טבוע בו. וזה דבר הוועדים: כל בני הישיבה היו מחולקים לקיבוצים שונים, שהיו מתכנסים אחת לשבוע לדבר בענייני מוסד. בכל ועד וועד היה בחור אחד או שניים, ולא דווקא מן המובחרים שבהם, בבחינת המשפיעים הרוחניים של הוועד וראשי המדברים שבו. מה שדובר בוועדים האלה קשה לתאר. לעיתים קרובות היה נשמע שם איזה רעיון יפה, אבל ברוב המקרים היה זה קמחא טחינא של פדאזות נדושות, ולפעמים סתם פטפוטים ריקים ודברי הבאי, שקשה היה לקבוע, אם המדבר מתכוון לזה ברצינות, או שהוא עושה בזה איזה "פרט". על כל פנים האפשרות של ה"פרט" היתה תמיד נתונה, ושימשה מלכתחילה הכשר כללי לכל מיני דברי הבל ושטות.

פעם אחת בחודש, על פי רוב בערב ראש חודש, היו כל הוועדים האלה מתכנסים יחד, במעמדו של ראש הישיבה, ואשרי הבחור שהוטל עליו להשיג מיע את דבריו באוזני המסובים. אם התועלת הרוחנית של השומעים היתה לפעמים מפוקפקת במקצת, הרי התועלת שהפיק מזה המדצה בעצמו היתה למעלה מכל ספק. זה היה בבחינת "יצא ללמד וגמצא למד". וזכורני איך שפעם אחת, בוועד כזה, היה ראש המדברים בחור אחד, גס מגושם, שלא היו בו לא תורה ולא חכמה ולא דרך ארץ, ושעל הכל ניחן במידות מקולקלות. זוכר אני, באיזה פאתוס דיבר האיש על המידות והתאוה, על האמונה ועל הבטחון. התבוננתי כל הזמן בפניו של ר' יוזיל, ודאיתי כל הזמן צחוק קל מרחף על שפתיו. שאלתי אחד כך את ר' יוזיל, למה בחר דווקא בתכשיט הזה, כלום לא מצא בכל הישיבה נאה הימנו? והוא ענה: מכיר אני יפה את הבחור, ומשום כך נתתי לו לדבר: "היודע אתה — אמר לי — שבארטילריה נוהגים להעמיד חייל עם רובה על יד התותחנים הכבדים. מדוע עושים את זה? כלום חוששים, שמא מי שהוא יגנוב את התותח? — לא ולא! הכוונה היא לשלל הפחות הסולדאטי הנה לא יגנוב במקום אחר..."

האופי הדתי של המוסר הנובהרדוקאי התבלט בנקודה אחת, היינו בנקודת הבטחון. זה היה אחד המקצועות ה"מעשיים" ביותר בישיבה זו, ותרגילי ה"פרטים" בנדון זה לא נפלו בערכם מתרגילי הפרטים אשר במקצוע הגאווה והכבוד. ידוע שישנה מחלוקת בין בעלי המוסר בעניין הבטחון. יש מי שאומר, שגם הבוטח בהקב"ה אינו פטור מלעסוק בישובו של עולם, הוא צריך לעסוק במלאכתו ולעבוד עד כמה שידו מגעת, מתוך אמונה ובטחון, שהקב"ה ישלח לו את פרנסתו בדרך זו. "יכול יהא יושב ובטל? תלמוד לומר: וברכך בכל אשר תעשה". כך היא דעתם של המתונים. ואלו הקיצונים שבהם סוברים אחרת. הם אומרים: כל הדברים האלה לא נאמרו אלא לבני אדם רגילים, אבל הבוטח האמיתי אינו צריך לעשות כלום, הוא יכול לשבת בחיבוק ידיים ולחכות עד שימציאו לו את לחמו מן השמים ממש...

הנובהרדוקאים, כאנשים קיצוניים בכל דרכי המוסר שלהם, תפסו גם בנידון זה את השיטה הקיצונית. הם למדו את התורה הזאת מפי רבם שאמר: בדידי הוה עובדא, שישבתי שלש שנים כלוא בחדר בודד, בלי לדאוג לפרנסתי דאגה כלשהי, ועם זה עיניכם הרואות שלא גוועתי מרעב. הדברים האלה נאמרו ברצינות גמורה. הוא האמין בהם אמונה שלימה, וכשהיו שואלים אותו: היתכן שהעולם כולו יתקיים בדרך זו? היה עונה במשל הידוע של אותו סנדלר שאמר פעם: אשריני שבחרתי במלאכת הסנדלרות! אילו הייתי נעשה, חס ושלום, חייט, הייתי גווע ברעב, שהרי זה עשרים שנה, שאני יושב בחנות, ומעולם לא בא איש אלי לבקש שאתפור לו חליפה...

הנמשל הוא: שאנו כולנו סנדלרים. בחרנו לנו בעבודה זו ועלינו לעבוד בה בעל כורחנו, ואם לאו—אנו גוועים ברעב. אבל אילו היינו פיקחים מלכתחילה, אילו בחרנו לנו את הבטחון ל"פרנסה", כי או לא היינו צריכים לעבוד כלום, היינו יכולים לשבת בחיבוק ידיים ולחכות, עד שימטירו לנו מן ממש. בן אדם—היה אומר ר' יוזיל—יכול לזכות בגורל, בלי שום שטר הגרלה, ובלבד שיהיה לו הבטחון הדרוש...

הבטחון הוא ודאי מידה טובה, אבל לאו כל אדם זוכה לכך, לא לכל אחד יש האמונה המלאה, ולא לכל אחד—האומץ הדרוש לכך. אנו, בני אדם רגילים, קשורים יותר מדי בצרכים הגשמיים שלנו, משנוכל לוותר עליהם, או לצפות לניסים. הדאגות הקטנטנות המרובות, העניינים הפעוטים היום-יומיים, הם שכופתים את האדם בידיו וברגליו, ושוללים ממנו את חופש הפעולה. לפיכך מה שאדם צריך לעשות קודם לכל הוא: להינצל מן המשא הכבד הזה, לנתק את כל הכבלים המרתקים אותו בעל כורחו לעגלת החיים.

הנושא העיקרי לכל הגאומים והדרשות היה כיבוש היצר ותיקון המידות. במונח "מידות" התכוונו בעיקר למידת הכבוד. סתם יצר הרע בנובהרדוק, פירושו היצר הרע של רדיפת הכבוד. המאמר השגור ביותר בפייהם היה: כל הדודף אחרי הכבוד, הכבוד בורח ממנו, וכל הבורח מן הכבוד, הכבוד רודף אחריו, הוא בורח ומפנה בכל רגע את ראשו לראות מה נעשה מאחוריו, — במקרה זה אין הכבוד רודף אחריו כמובן, וסוף-דבר הוא שהוא מתחיל לכפור בדברי חז"ל... על התורה נאמר: זכה—נעשית לו סם חיים, לא זכה—נעשית לו סם מוות, מפני שמן התורה: עצמה אנו למדים לפעמים, כיצד להגיע אל הדברים הרעים. "למה נסמכה פרשת נזיר לפרשת סוטה, לומר לך, שכל הרואה סוטה בקלקולה יזיר עצמו מן היין". משמע שהיין הוא הדרך המוביל את האדם לביתה של הסוטה. משל למה הרבר דומה? היה אומר ר' יוזיל, לשיכור המתגולל ברחוב. יש מי שעובר על ידו ואומר, כמה מגונה אדם זה! ויש מי שניגש אליו ולוחש לו על אוזנו: היכן השגת את היין המצוין הזה...

דברים אלו וכיוצא בהם היו הנושאים העיקריים, שעליהם דנו ב"בירוזה" ובוועדים. כנגד זה היו ממעטים מאוד לדבר על ענייני דת ודברים שבין אדם למקום. יחסם של אנשי נובהרדוק אל יראת-שמים הפשוטה, בלשונם: "ווייב-ערשע פרומקייט", היה יחס של זלזול וביטול ממש. לא היה גנאי יותר גדול לבחור, מאשר לומר עליו שהוא "פרומאק"... וצרות צרורות היו לבחור שבא מפולניה, ולא הבין עדיין, שבנובהרדוק אין מקום ל"קאפאטע" ולפאות ארוכות. מפני שהדברים האלה הם דברים של מסורת והרגל לבד, הם מעידים על האדם שעדיין לא השתחרר מכבלי הסביבה שלו, ואין לך דבר יותר פסול בעיני נובהרדוק מן המסורת והחיקוי.

ככלל היה ר' יוזיל נוהג להעלים עין מהנהגת תלמידיו בענייני דת ומצוות, ובלבד שיהיה בטוח, שהתלמיד הזה עשוי לקבל עליו את השפעת הישיבה, ועתיד לשנות את דרכו. זכורני שפעם אחת הלשינו בפניו על בחור אחד, שנסע ברכבת בגילוי ראש. והוא ענה להם בדברי ד' ישראל סלנטר: "מי שהולך בגילוי ראש עדיין איננו 'שייגעץ', אבל שייגעץ הולך בגילוי ראש...". כל זה היה ברוחו של המוסר הנובהרדוקאי, כל זה נבע מתוך ההנחה היסודית, שרצונו של האדם הוא טוב, הוא רוצה לקיים את כל המצוות שבתורה, אלא מי מעכב? השאור שבעיסה! צריך, איפוא, קודם כל לתקן את המידות, והכל על מקומו יבוא בשלום...

*

רק או יוכל להתעלות למדריגת החופש הגמור, ורק אז יוכל להגיע גם למעלת הבטחון. "השלך על ר' יהבך" — זדוק מעליך את כל החבילות המיותרות האלה — "והוא יכלכלך".

זה היה "אביוניזם" במהרורה חדשה, זו היתה מידת ה"הפקרות" — שדרשה נובהרדוק, מכל מי שרוצה להגיע למדריגת הבטחון. הם לא התביישו במלה חשודה זו, הם דרשו "הפקרות" ממש, הפקרות בנוגע לבית, הפקרות בנוגע למשפחה והפקרות בנוגע לכל שאר הדברים "הבורגניים", הממלאים את שאיפות האדם בחיי העולם הזה. זו היתה "בוהימה" בצורה דתית, ו"אוואנ" גארדיזמוס", שחוט של מוסריות משוך עליו.

והאמת ניתנת להיאמר, שאם בנוגע לבטחון היו העניינים יגעים במקצת, הרי בנוגע ל"הפקרות" הגיעו למרום יכולתם. הכרתי אחר כך בחיי הרבה אנשי "בוהימה", אנשים שהיו מנושלים לגמדי מקרקע החיים הבורגניים שלנו, ועלי להגיד, שגם בחוגים ההם לא ראיתי מעוררי אנשים כל כך "מופקרים", כמו הנובהרדוקאים הללו. אלה היו אנשים שהיו לגמרי מחוץ לספירת האינטרסים הרגילים, אנשים שעקרו מלבם, כל זיק של געגועים והתקשרות לצרכים "הבעלי בתיים" שלנו. כל המושגים של אב ואם, אשה וילד, קרוב ומשפחה — כל זה היה זר לרוחם, אלה היו אינדיבידואליסטים קיצונים שרק הכרה תרבונית אחת נטועה בלבם: ההכרה המעמדית של החברים, שהיו שקועים אף הם בשכלול "האני" הבורד, לפי המושגים המיוחדים שלהם.

*

אולם, טעות גדולה תהיה בידינו, אם לא נזכיר בתנועה זו את אותות הזמן, אם לא נעמוד על הקשר המקשר את האידיאולוגיה הזאת עם המהפיכה הרוחנית של הדור. זאת היתה ישיבה בעלת אידיאולוגיה כזאת, עם ההתלהבות והמהפכניות שלה, וביחוד עם אותו יחס הולזל כלפי "הבורגניות", כלפי הצורות המקובלות של החיים שלנו. ההבדל היה בנוגע לתוכן, בנוגע לנושא המהפיכה, שם — משטר חברתי כלכלי חדש, וכאן — משטר אינדיבידואלי רוחני חדש. הצד השווה שבהם — השאיפה להפוך את הקערה על פיה, לעקור את המושגים המוסריים המקובלים, ובאמצעים ראדיקאליים, העומדים בניגוד גמור לכל מושגי האבולוציה וההתפתחות. כאן היתה השפעה שלא מדעת, השפעה של אידיאות שנתקבלו מתוך קירבה פנימית, מתוך "אופ"ניות" של תכונה וטמפראמנט, כמובן, בלי שום בסיס אינטלקטואלי משותף. התקרבה המהפיכה הבולשביסטית, מהפיכת אוקטובר שנת 1917. החיים

ברוסיה נעשו יותר ויותר קשים, יותר ויותר פרוצים. היוקר האמיר, המחסור גדל. היו זמנים שבני הישיבה סבלו חרפת רעב ממש, היו מקבלים קב להם ליום, וגם הוא היה פסול מאכילת כלב, מין פת קיבר מעורבת בכמות הגונה של נסורת וכדומה. אבל חיי הישיבה לא נפגעו על ידי כך אפילו כמלא נימה. אדרבה, ככל שגדלה המצוקה בחוץ, כן גדלה ההתרכזות בפנים, כן גדל הרצון להתגבר על כל המכשולים האלה, ויהי מה! אידיעה גמורה וולוזל גמור בכל הנעשה ברחוב והטיית אוזן יותר קשובה לכל המתרחש בקרב הישיבה פנימה, זאת היתה הסיסמה, שניתנה על ידי הרב ומצאה לה הד בליבות אלפי התלמידים שבכל סניפי הישיבה הזאת.

ובעצם ימי המבוכה הכללית הזאת, באמצע החורף של שנת 1917—1918, בשעה שכל אוקראינה היתה שדה קרב אחד, מקום התרוצצות לכל מיני חיילות ולגינות — מצד אחד הפולנים, מצד שני הבולשביקים, מצד שלישי ההידמאקים עם הגרמנים שבאו על פי הזמנת ה"ראדה" לשחרר את אוקראינה מידי הרוסים, ועל כולם — השיירות המקומיות של ההטמאנים הקטנים, שמצאו להם שעת כושר להראות את "גבורתם" בעיירות היהודיות, — באותה שעה עלה רעיון במוחו של ר' יוזיל לזמן ועידה כל-נובהרדוקאית לשם חיזוק המוסר.

והועידה הזאת נתקיימה. יותר ממאה וחמישים ציר באו להומל, מקום "המטה" הראשי של הישיבה, על מנת להשתתף בוועידה הזאת. זה היה יום גדול להומל, יריד ממש. בני הישיבה זכו לראות בצוותא חרא את כל "התותחים הכבדים", את כל ה"דוויידים" המפורסמים — מזל מיוחד היה לה לנובהרדוק לגבי שם זה — ובעיקר זכו לראות את ר' יוזיל באחד הרגעים היותר גדולים והיותר מזהירים שלו.

הוועידה היתה מסודרת כמעט בצורה פארלאמנטרית. היה לה יושב ראש, היה לה סדר יום, והיה לה גם מעין פרוטוקול. דיברו שם על כל הדברים העומדים ברומו של העולם הנובהרדוקאי — על ה"פרטים" ועל ה"בידורות", על הווערים ועל ה"קבלות". כינוי זה ניתן בישיבה לאותם הדברים, שהיה מקבל עליו כל בחור בערב יום הכיפורים, להיות נזהר בהם כל ימות השנה. למשל: להיות מעביר על המידות, לעשות "פרטים" ידועים, שלא לדבר לשון הרע וכיוצא באלה. נתקבלו גם החלטות ידועות, "דיוולוציות" בלע"ז. החשון-כות שבהן היו, לכנס בכל שנה ועידה כללית ולהוציא מזמן לזמן חוברות בענייני המוסר.

ואולם מעניינת יותר מן הוועידה עצמה היתה התנהגותו של ר' יוזיל

בימים ההם. הוא היה ממש ב"רקיע השביעי", זה היה מרום האושר של כל ימי חייו. הוא טייל לו בין קבוצות הצירים, התבונן "מן המארב" להליכו-תיהם, מזה קיבל "ראפורט", ומוזה שמע רכילות, לאחד חלק מחמאות ולשני נתן "מנה". במשך שלושה ימים רצופים לא נח אפילו דגע אחד, הלך בלי הרף מקבוצה לקבוצה, דיבר והסביר ותיווך. החריב ישיבות ובנה חדשות במקומן — זה היה תמרון כללי של גווארדיה נאמנה, העוברת לפני המפקד ומקבלת ממנו פארולות לקראת פעולות חדשות.

וכשנגמדו ימי הפורים האלה, והצירים חזרו למקומותיהם, אמד לי: מי יודע? אולי כל התכונה הזאת היתה לריק, ואולי — הולך ונרקם כאן איזה דבר גדול, שאת פידותיו נראה רק לימים.

*

עזבתי את ישיבת נובהרדוק בסוף הקיץ של שנת 1918, אחרי שהגרמנים כבשו את אוקראינה. את ד' יוויל ראיתי בפעם האחרונה סמוך לנסיעתי, ב"פושצה וודיצה", על יד קיוב. מאז לא ראיתיו יותר: דק אחרי שנים אחדות, בהיותי כבר בגרמניה, שמעתי שהוא מת כעבור חצי שנה בקיוב. הוא מת לא מתוך חולשה ולא מתוך זקנה — מיתה טבעית כזאת היתה יותר מדי בלתי טבעית בשביל בן אדם כזה — הוא מת במחלת הטיפוס, שנדבק בה על ידי תלמידיו שטיפל בהם בשעת מחלתם. זה היה בשעת מגיפת טיפוס הבטן, שפרצה בחודף ההוא בין בני הישיבה. הבחורים התחננו לפניו שיחוס על בריאותו ולא יתקרב אל החולים, אבל הוא לא שעה להם, טיפל בחולים בלי שום אמצעי זהירות ואמר: כל חיי הייתי בין הבחורים, ואני רוצה גם למות — אם נגור עלי — בין הבחורים האלה. ורצונו נתקיים...

תיארתני כאן בקווים כלליים דמות דיוקנה של הישיבה המופלאה הזאת. התכוונתי בעיקר לא לישיבה, כי אם למייסדה הגדול. איני יודע, אם התמונה היתה בולטת למדי בשביל אישיות בולטת כזאת. כי אישיות מצוינת באמת היתה האישיה הזאת, בן אדם — חלמיש, בעל דעות והשקפות מוצקות, בלי שום "קרע" שבלב, בלי שניות בנשמה, איש אשר רצון ברזל לו ואשר ידע להתוות לעצמו את דרכו בחיים.

"פנים אל פנים" כ"ז שבת תשל"א (19.2.71)

קושיותיו של ר' ירמיה — שיטה או אופי ?

במאמרי זה רצוני לייחד את הדיבור על היחס הסמוי, הפנימי, שבין האומר והאמור, לאותה גושפנקא אישית, אופיינית, שהיוצר, שלא בכוונה ושלא מדעת, טובע על פני יצירתו.

כבר בימי התלמוד תרו חכמינו וחיפשו אחרי הנקודה המרכזית, הדומי-נאנטית, שבהלכות חכמים. הדבר מצא לו ביטוי בקשר שקבעו בין הלכה אחת לחברתה של אותו תנא או אותו אמורא, כגון: ואודא רבי עקיבא לטעמיה ורבי יוסי לטעמיה; ואודא רבי יוחנן לטעמיה; ואודא ריש לקיש לטעמיה; ואודא רב לטעמיה; ואודא שמואל לטעמיה; ולא דוקא בהלכות קדושות זו לזו, אלא אפילו בהלכות רחוקות זו מזו, שיש לטרוח ולמצוא את הבסיס האידיאולוגי המשותף לשתייהן.

דרך משל, בבא בתרא סה ע"א, שם מקשר הש"ס את ההלכה של מוכר בעין רעה הוא מוכר עם ההלכה של האחין שחלקו אין להם זה על זה לא דרך ולא סולמות ולא חלונות. או הסוגיא האחרונה בבבא מציעא, בה מביא התלמוד תחת קורת גג אחד דין ממוני של בעלות עם דין איסורי של עדלה, על יסוד פרימיסה משותפת של "א מ ר י נן שדי גופו בתור עיקרו", או "לא אמרינן שדי גופו בתד עיקרו".

ואחרון — אחרון: הברייתא הידועה, גיטין סז ע"א, שבה מונה בעל הברייתא את "שבחן של חכמים"; ומניית-שבחים זו היא רק ציון מעלות מסויימות, אלא כרקטריסטיקה פסיכולוגית דקה של גדולי התנאים — כרקטריסטיקה המוסקת משיטות הלימוד שלהם, ומכילה גם שמינית שבשמינית של ביקורת: "רבי מאיר — חכם וסופר; רבי יהודה — חכם לכשירצה; רבי טרפון — גל של אגוזין; רבי ישמעאל — חנות מיוזנת; רבי עקיבא — אוצר בלום (או: בלוס); רבי יוחנן בן נורי — קופת הרוכלים; רבי אלעזר בן עזריה — קופה של בשמים; משנת דבי אליעזר בן יעקב — קב ונקי; רבי יוסי נימוקו עמו; רבי שמעון (הכוונה לרבי שמעון בר יוחאי; כי סתם רבי שמעון הוא רשב"י, עיין רשב"ם בבא בתרא קב ע"א) — טוחן הרבה ומוציא קימעא. תנא משכח קימעא, ומה שמוציא אינו מוציא אלא סובין".

מן הראוי להתבונן לפירוש רש"י שם. ואצטט את מקצתו: רבי יהודה חכם לכשירצה — "כשהיה רוצה להיות מתון ומתיישב בדבריו, היה

חכם". רבי טרפון גל של אגוזים — "מפרש באבות דרבי נתן (פרק יח): מה גל של אגוזים אדם נוטל אחת מהן והן נקבצות ונופלות זו על זו כולן, כך ר' טרפון בא תלמיד ושואלו דבר, היה מביא לו ראייה מקרא, מדרש, משנה, הלכה ואגדה — הכל יחד".

אילולא דמיסתפינא הייתי מייחס לדברי אבות דרבי נתן פירוש שונה במקצת, והוא: משנתו של רבי טרפון לא היתה מיקשה אחת, אלא מעשה מרכבה של כלים שלובים זה בזה בריוק כל כך משוכלל ותיאום כה מכוון, עד שבהיפגם אחד מהם נהרסת הקוהיריניציה של המבנה כולו. כאותו גל של אגוזים, ששיווי המשקל שבו — בגלל ריבוי מדכיביו — נעשה כל כך לאבילי, עד שאם אדם נוטל אחד מהן, "כולן מתקשקשין ובאין זה על זה", כפי שמתבטא באבות דרבי נתן שם.

ביקורת מעין זו, למעשה כזו ממש, נמתחה פעם על ידי בית המשפט העליון על פסק דין אחד של נשיא בית המשפט המחוזי, ירושלים. נאמד שם: "פסק דינו של הנשיא המלומד הוא כולו מבנה ארכיטקטוני אחד, אחיד ומלוכד מן המסד עד הטפחות — שרשרת רצופה של חוליות המשתלבות זו לתוך זו בהתאם גמור, ללא כל ריווח וללא כל הפסק ביניהם. בזה כוחו הרב של פסק דין מונומנטאלי זה, ובזה טמונה גם החולשה העיקרית שבו. כי בשלבו כך את החוליות זו בזו, הוא עשה אותן גם תלויות זו בזו, כך שבהישמט אחת מהן עלול להתמוטט הבניין כולו" (ע"פ 232/55, ל"ב פ"ע 205).

ואם אמנם זה הוא פירושו הנכון של הדיבור "גל של אגוזים", הרי לפנינו כאן — כמו בקודמו "חכם לכשירצה" — כינוי מורכב: תוכו ש ב ח , קליפתו ג נ א י .

רבי שמעון... משכח קימעה, ומה שמוציא אינו מוציא אלא סובין — "מה ששכח מתלמודו, לא שכח אלא דברים שלא נראו שהלכה כמותן". הסתכחות מודרנית שבמודרנית על פי תורת פרויד, הגורסת, כי השיכחה היא, לפעמים, פועל-יוצא תת-הכרתי של נקיעה והתנגדות...

נוכח כל אלה ניתן היה לצפות, כי גם בתקופה המודרנית, ודווקא בתקופה המודרנית, שדעתה קרובה אצל כל מחקר שיטתי, יטלו חכמים על עצמם את המשיכה לחקור את ה"לשיטתו" של חכמי התלמוד, ולבדוק את טיבם של החותמות האינדיווידואליים השונים, שהוטבעו על ידי החכמים השונים על ההלכות השונות.

ואין גושפנקא אישית זו גורעת אף במשהו ממקורה העליון, האל-אישי ועל-אישי של עצם ההלכה. גם הנביאים מסרו את דבר

האלהים, ואף על פי כן "אין שני נביאים מתנבאים בסגנון אחד". וכשם שכל מי שקרוב אצל התנ"ך יודע להכיר בין סגנונו של ישעיה הנביא לסגנונו של יחזקאל הנביא, כך כל מי שקרוב אצל השקלא וטריא התלמודית יודע להבחין בין קושיא של רבא לבין קושיא של אביי, אף על פי ששניהם — בניגוד לישעיה ויחזקאל — חיו בדור אחד.

להבחין? כן! — על אטר, ובן-רגע! אבל — להגדיר? מי חכם ויגד לנו, מה הם הסממנים האישיים, הנפשיים, התכונתיים, שגרמו לכך כי זוג אמור-ראים א' וב' יהיו תמיד, או כמעט תמיד, "בעלי דבבא": זה מתיר את אשר זה אוסר, ואוסר את אשר זה מתיר; מחייב את אשר זה פוטר, ופוטר את אשר זה מחייב?

ואם תאמר, מרבתייהם למדו את זאת — אינך פותר בזה את הבעיה כל עיקר, אלא רק מחזיר אותה בדרגא אחת אחורנית אל הרור הקודם.

מה שדרוש לנו — ואיננו! — הוא: ירידה לעומקא דדינא, אל מעבר לשבעים הפנים של תורה, כדי לחפש ולמצוא שם את הנקודה הגיאומטרית האוצלת לכאן או לכאן על כל ההלכות השנויות במחלוקת בין בעלי התריסין ההם.

לא על דרך הפלפול, כפי שעשה בעל ה"דודש לציון" במשך שלוש שנים, בשבת שובה ושבת הגדול, לגבי המחלוקת של אביי ורבא ביע"ל קג"ם, אלא על דרך ההגיון המשפטי (או ההלכתי) הבריא.

שכן אין ספק, כי אכן יש הגיון בדבר. שהרי לא יתכן כי רק מתוך נטייה של איפכא מסתברא חולקין הזוגות הללו אחד על חברו. אילו כך היה הדבר, אפשר היה להבין את הבר-פלוגתא השני, אך אי אפשר היה להבין גם את הבר-פלוגתא הראשון...

*

ועכשיו, הבה נפנה אל נושא מאמרנו, והוא: "קושיותיו של ר' ירמיה — שיטה או אופי?".

ברצוני להביא ארבעה מקודות שונים, בהם מופיעות קושיותיו המופלאות של דבי ירמיה. אפתח בקושיית רבי ירמיה המובאת במסכת ראש השנה. העניין מתחיל בעצם בפרק הראשון של מסכת מעשרות. בפרק זה קובעת המשנה את עונת המעשרות, היינו: את המינימום של שיעור בישולו של הפרי, אשר ממנו ואילך אסור לאכלו, לפחות אכילת קבע, אלא אם כן הפרישו ממנו מעשר.

והנה לגבי רוב הפירות, נותנת המשנה סימנים ברורים, חד-משמעיים, הקושי הוא רק בזה שאין אנו מבינים כל צורכם את המונחים העבריים הנפלאים שבה. למשל, תאנים (חייבים במעשרות) משיבחילו; ענבים — משהבאישו; אוג ותותים — משיאדימו; רימונים — משימסו; תמרים — משיטילו שאור; אפדסקים — משיטילו גידים; אגוזים — משיעשו מגורה; הרובים — משינקדו; אגסים משיקרחו, וכו' וכו'.

רק בשלושה סוגי יבול נותנת המשנה, בדלית ברירה סימנים מופשיים: "התלתן — משתצמח; התבואה והזיתים — משיכניסו שלישי" (שם). "משתצמח" מ"ח" פירושו: משתצמח לזרעים. כלומר, שאם ייתלשו ויזרעו אותן — יצמיח. למעשה שני הסימנים הללו הם היינו הך, כי דבר שאינו נזרע ומצמיח, בידוע שלא הגיע לשליש בישולו (ירושלמי שם פ"א, ה"ב).

וכיצד הוא בודק את התבואה והזיתים, אם הביאו שלישי או לא? בשולחן ערוך (יורה דעה סימן שלא, סעיף טו) נאמר בפשטות: "ומנין יודע? כל שזורעה ומצמחת — בידוע שהביאה שלישי". הירושלמי, לעומת זה, מציע בנוגע לתלתן ניסוי יותר זול ופחות מסובך: "נוטל מלא קומצו (של תלתן) ונותן לתוך הספל של מים: אם שקע רובה — חייבת (במעשר), ואם לאו — פטורה" (שם).

והנה, לגבי חיוב מעשר אין הדבר "נודא" כל כך. לכל היותר הוא יינזר מאכילת הזיתים עד אשר יתברר לו למעלה מכל ספק שהביאו שלישי, ואז הוא יפריש מעשר ויאכל את הפרי. הרבה יותר דציני נעשה הדבר כאשר מתערב בו אלמנט של שביעית. הדין הוא, כפי שלמדו (ראש השנה יב ע"ב) מפסוק בדברים לא, י כי: "כל תבואה שהביאה שלישי בשביעית לפני ראש השנה, אתה נוהג בה (בתבואה זו) מנהג שביעית בשמינית". כאן לא תועיל כל המתנה, שהרי הספק הוא בנוגע לעבר, מה היה שיעור בישולה של התבואה ביום האחרון של השנה הכוללת.

על כך אומרת הגמרא — לאחר שקלא וטריא מסויימת שאינה מענייננו כאן — יש סימן המסוגל לברר למפרע, אם התבואה התבשלה עד כדי שלישי בערב ראש השנה או לא. הסימן הוא: אם היא "נקצרת בחג" או לא. כלומר, אם היא ראויה להיקצד בחג הסוכות, או אינה ראויה: "וקים להו לרבנן דכל תבואה שנקצרת בחג, בידוע שהביאה שלישי לפני ראש השנה" (שם יג ע"א, ועיין רש"י שם, ד"ה וקים להו).

וכאן מופיעה לראשונה קושייתו של רבי ירמיה: "וקים להו לרבנן בין שלישי לפחות משלישי?!" — "וכי בקיאינן הן בטיב גידול התבואה לדעת שאין

התבואה ראויה לקצור בחג אלא אם כן הביאה שלישי בשנה שעברה?" (רש"י). עונה לו רבי זירא: "לאו אמינא לך, לא תפיק נפשך לבר מהלכתא? כל מידות חכמים כן הוא: בארבעים סאה הוא טובל, בארבעים סאה חסד קורטוב — אינו יכול לטבול בהן; כביצה מטמא אוכלין, כביצה חסר שומשום — אינו מטמא אוכלין; שלושה על שלושה מטמא מדרס, שלושה על שלושה חסר נימא אחת — אינו מטמא מדרס".

יצויין כאן — והדבר חשוב מאד להבנת המחלוקת בין דבי ירמיה ורבי זירא — כי כל המידות שהובאו בתשובתו של רבי זירא, יסודן בקביעת חכמים כי אכן שיעור זה הולם את המציאות הפיסית: ארבעים סאה נחוצים לכשרותה של המקוה, מפני שרק כמות כזאת מסוגלת לכסות כל גופו של הטובל (עירובין ד ע"ב). כביצה הוא שיעור אוכל המטמא אוכל אחר בטומאת אוכלין, מפני שנאמר בתורה (ויקרא יא, לד): "מכל האוכל אשר יאכלי אוכלי שאתה אוכלו בבת אחת", ושיערו חכמים "שאיין בית הבליעה מחזיק לא פחות ולא יותר מביצת חרנגולת" (יומא פ ע"א, לפי הנוסח המובא ברש"י דאש השנה שם, ד"ה כביצה).

ואשר לטומאת מדרס — הטומאה הבאה ממדרס הזב — ששיעורה בבגדי צמר ופשטים הוא ג' על ג' טפחים (כלים, פכ"ז, מ"ב; ראה גם רמב"ם הלכות כלים פכ"ב, ה"א) הרי שיעור זה יסודו בכך, ש"שיעורו חכמים שכשיעור הזה ראוי לשיבה" (רש"י ראש השנה שם; כן גם פירוש הרמב"ם על מסכת כלים שם: "לפי מה שיהיה פחות מזה אינו דאוי למושב").

ומה היתה תגובתו של רבי ירמיה על התשובה-התוכחה של רבי זירא? הוא נכנע והודה בטעותו: "הדר אמר רבי ירמיה: לאו מילתא היא דאמרי". ולא זו בלבד שאינו עומד עוד על תמיהתו המקורית, אלא — אדרבא — טורח ויגע ועמל להוכיח באותות ובמופתים, כי אמנם ניתן לקבוע בוודאות למפרע את מידת גידולה של התבואה בנקודת זמן-מסויימת שמקומה בעבר, שאם לא כן — לא היתה לבני ישראל כל אפשרות חוקית להקריב את העומר מיד לאחד כניסתם ארצה, ומן הפסוק אשר ביהושע ה, יא, יוצא, על פי דיוק אחד, כי אכן הקריבו את העומר בשנה ההיא. מכאן כי ה"קיים להו" בין שלישי לפחות משלישי בהתבוננות-חז"ל בחיי-המציאות יסודו, וממילא אפשר לתת להם "אשראי" גם בידע הנוגע לגילויי-טבע המצדיקים שיעורים אחרים, כמו מ' סאה דמקוה, "כביצה" של טומאת אוכלין, וג' על ג' של טומאת מדרס.

בסוקרנו איפוא את הוויכוח שבין רבי ירמיה ורבי זירא בסוגיא זו, נראה

כי כאן לא היתה כל מחלוקת עקרונית בין השניים ושום רצון-של-קנטור מצד רבי ירמיה. מטעם זה גם לא ביקר אותו הש"ס, ולא הוציאו אותו מבית המדרש. היתה זאת, פשוט, שאלה תימה של "ילמדנו רבינו", ללא כל עוקץ, ללא כל פירכא וללא כל "ארגומנטום" מן-הישר-אל-ההפוך או מן-ההפוך-אל-הישר.

לסוג זה של שאלות תמימות, לא פרטנציוזיות ולא טנדנציוזיות, משתייכת גם שאלתו של רבי ירמיה בסוטה טז ע"ב. המדובר שם בדם הציפור הנשחטת ביום טהרתו של המצורע שנרפא. כתוב בתורה (ויקרא יד, ה'ו): "וצוה הכהן ושחט את הצפור האחת אל כלי חדש על מים חיים. את הצפור החיה יקח אותה... וטבל אותם... בדם הצפור השחוטה על המים החיים". שואלת הגמרא: "הא כיצד? מביא מים שדם ציפור ניכר בהן, וכמה? רביעית (רביעית הלוג)".

דם ציפור הוא אחד מארבעת הדברים הצדיכים להיראות. כלומר, צריך שהעין תהא מרגישה בהם. כך אומד רבי ישמעאל, וכך נפסקה הלכה. שלושת הדברים האחרים הם: עפר סוטה, אפר פרה, ורוק יבמה. צריך איפוא, שכמות המים בכלי החרס אשר לתוכם שוחט הכהן את הציפור האחת וממצה את דמה (עין רמב"ם הלכות טומאת צרעת פ"א, ה"א), לא תהיה לא מרובה מדי ולא מועטת מדי. שאם תהיה מרובה מדי — לא יהא הדם ניכר בה, ואם תהיה מועטת מדי — לא תהא זאת שחיטה ומיצוי וטבילה 'על מים חיים'. קבעו חכמים כי כמות המים המספקת את שתי דרישות התורה היא רביעית, היינו רביעית הלוג (ראה מנחות פ"ט, מ"ג). הלוג הוא חצי ליטר בערך; רביעית הלוג היא איפוא כמאה עשרים וחמישה גרם; ולתוך מאה עשרים וחמישה גרם אלה של מים, צריך הכהן לשחוט ולמצות את דם הציפור האחת, ואז תהא העין מבחינה גם בדם שנשפך וגם במים שלתוכם נשפך, ונמצא מתקיימות שתי הדרישות האמורות בתורה.

בא רבי ירמיה ושואל: "גדולה ומדחת את המים, קטנה ונדחית מפני המים — מהו?". לאמור: כיצד יכלו חכמים לקבוע שיעור מסוים — רביעית הלוג, לא פחות ולא יותר — בשביל כמות המים אשר בכלי החרס? הן יתכן הדבר כי הציפור תהיה גדולה מן הרגיל ודמה יהא מדחה את המים, או קטנה מן הרגיל ודמה נדחה מפני המים, ואז לא יתקיימו, שתייהן יחד, דרישות החוק הנ"ל? ! עונה לו רבי זידא: "לאו אמינא לך לא תפיק נפשך לבר מהלכתא; בצפור דרור שיערו רבנן; אין לך גדולה שמדחת את המים, ואין לך קטנה שנדחית מפני המים".

דרך הילוכה של תשובת ר' זירא כך היא:

(א) הציפור האמורה בתורה בפרשת מצורע, היא ציפור דרור; וכן שנינו בנגעים, (פי"ד, מ"א): "כיצד מטהרין את המצורע? היה מביא... שתי ציפורים דרור, שחט את אחת מהן על כלי חדש ועל מים חיים".

(ב) "ציפור דרור" היא סנונית; וכן נאמר במסכת חולין (סב ע"א): "אמר רב יהודה, עוף המסרט כשר לטהרת מצורע, וזו היא סנונית לבנה" — "לטהרת מצורע, שהוא ציפור האמור בתורה" (רש"י שם).

(ג) ואם בסנונית הכתוב מדבר, שהיא מן הזוטרים שבמשפחת העופות, הרי לא היה כלל קשה לשער ש"אין לך גדולה שמדחת את המים, ואין לך קטנה שנדחית מפני המים".

מותר לנו איפוא להניח, שר' ירמיה קיבל את התשובה והשתכנע בנכונותה, כדרך שקיבל את התשובה שניתנה לו בעניין "הבאת השליש" במסכת ראש השנה, שהבאנו למעלה.

*

מסוג אחד לגמרי הן שאלותיו-קושיותיו של ר' ירמיה בשתי סוגיות אחרות: האחת בבבא בתרא כג ע"ב, והשניה בנדה כג ע"א. שם הן הרבה יותר תוקפניות, ולדעת הש"ס: קנטרניות ולגלגניות, אם כי בדאשונה שבהן, כפי שנראה להלן, אפשר להבחין גם בביקורת כמוסה עניינית על הפורמאליסטיקה המשפטית שמצאה לה ביטוי בשיעורין המדויקים שקבעו חכמים לגבי כמה וכמה מדיני ממונות.

המשנה בבבא בתרא (פ"ב, מ"ו) אומרת: "ניפול (גזול רך) הנמצא בתוך חמישים אמה, הדי הוא של בעל השוכך; חוץ מחמישים אמה, הרי הוא של מוצאו". לפי הגמרא (שם כג, ב) "המדובר בגזול מדדה, שאינו יכול לעוף, והטעם הוא: "כל המדדה, אין מדדה יותר מחמישים". ועל זה שואל רבי ירמיה: "רגלו אחת בתוך חמישים אמה, ורגלו אחת חוץ מחמישים אמה — מהו?" והגמרא מוסיפה: "ועל דא אפקוה לדבי ירמיה מבי מדרשא" — "שהיה מטריח עליהם" (רש"י, שם).

לשם השלמת התמונה מן הראוי להוסיף, כי בסופו של דבר הכניסו אותו שוב לבית המדרש, ומעשה שהיה כך היה: חכמים נסתפקו בשאלה הלכית מסויימת (בדיני עדות) ו"שלחו ליה חברייה לרבי ירמיה". כלומר, שלחו את השאלה לרבי ירמיה כדי שהוא יחליט בדבר. והוא ענה בענותנות רבה: "אני איני כדאי שאתם שלחתם לי, אלא כך דעת תלמידכם נוטה...".

קושיותיו של ר' ירמיה — שיטה או אופי?

ואחרון אחרון: שאלתו ה"אתגרית" של רבי ירמיה בנירה כג ע"א. שנינו שם (פ"ג, מ"ב): "המפלת מין בהמה חיה ועוף... אם זכר — תשב לזכר, ואם נקבה — תשב לנקבה... דברי רבי מאיר. וחכמים אומרים: כל שאין בו מצורת אדם, אינו ולד". הכוונה היא לימי הטומאה וטהרה של היולדת לזכר ולנקבה, האמורים בספר ויקרא (יב, א—ח).

הלכה זו — כבר כשהיא לעצמה — מעוררת צרור של בעיות, קושיות ותמיהות. בא רבי ירמיה, חסיד השאלות הפיקאנטיות, ומוסיף עליהן נוסף משלו, — נוסף סאקראסטי וחרוף ביותר. הוא שואל את רבו, רבי זירא: "לרבי מאיר דאמר בהמה במעי אשה — ולד מעליא הוא, קיבל בה אביה קידושין — מהו?" רבי מאיר הסובר כי המפלת מין בהמה, חיה ועוף, יושבת ארבעים או שמונים ימי טומאה וטהרה, משמע כי גם "אדם בצורת בהמה" — אדם הוא, מה הדין, איפוא, אם אביה קיבל בשבילה קידושין? ... "למאי נפקא מינה? לאיתסורי באחותה!". כלומר, שהמקדש את הנקבה המונסטרוואזית היא, היא אסור לקדש בת אחרת, גורמאלית, של המפלת היא, משום אחרות אשתו...

והערת-השוליים של התלמוד לוויכוח "ביאולוגי" זה היא: "אמר רב אחא בר יעקב: עד כאן הביאו רבי ירמיה לרבי זירא לידי גיחור, ולא גחיק!". עד כדי כך טרח רבי ירמיה להצחיק את רבו, רבי זירא; אך הלה לא צחק, אלא ודאי הצטער על תלמידו השוגה בשאלות תמהוניות כאלה.

*

בקושיותיו של רבי ירמיה מתגלים — כך סבור אני — גם שיטה וגם אופי. טוב יעשו חוקרי התלמוד, אם יעשו נושא למחקריהם את היחס בין הנושא והנושא, בין המחבר והחיבור, אצל גדולי התנאים והאמוראים. זה יוסיף חן וקסם לחקירת ההלכה התלמודית.

למחקר מסוג זה הייתי קורא: "גילוי פנים בהלכה", שישתדלו לגלות בהלכה את פניו של בעל ההלכה.

"תורה שבעל פה", הוצאת מוסר הדב קוק, ירושלים תשכ"ה

ועל דא — היינו בשל הבעת רגשי כבוד אלה — עיילוהו לרבי ירמיה בבי מדרשא" (שם, קסה, ב). גם "ריהאביליטציה" זו מוכיחה בעקיפין, כי שאלתו הראשונה פגעה בכבוד חכמים בשל הנימה הלגלגנית שבה.

ואף על פי כן סבור אני, כי חוץ מן ה"נימה" היא היה עוד משהו בגו, וכבר הרחבתי את הדיבור בספרי "כך ררכו של תלמוד"; לא אביא את כל האמור, אצטט רק כמה קטעים שבו:

"לי נראה, כי לא היה כאן עניין של טרחה והטרדה גרידא, אלא התקפת מצח, חריפה מאור, על כל הפורמאליסטיקה המשפטית, על ידי הבאתה, אד אבסורדום'... רבי ירמיה רצה לבטל את האבחנה החיצונית, הפורמאלית, בין חמישים אמה ויותר מתמישים אמה, ולהחליפה בקנה-מידה יותר אבסטרקטי, יותר 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 העניין, יש להניח כי הוא (הניפול) של בעל השוכך ולא של הפקר... השאלה היא, איפוא, הי מינייהו עדיף, — דיוק ובהירות או גמישות והתאמת יתר למקרי המציאות? ואם המטרה המרחפת לעיני המחוקק, אם האידיאל שהוא שואף אליו הוא לא יישוב סכסוכים פוסט פאקטום בין אדם לחבירו, אלא הוראות מראש להתנהגותו המוסרית של כל אחד מהם, אזי השיקול הראשון, של דיוק ובהירות, גובר, והתוצאה הבלתי נמנעת היא פורמאליסטיקה משפטית" (שם, עמודים 92—94).

ובמקום אחר כתבתי: "המשפט החילוני יכול להרשות לעצמו קביעת קני-מידה מופשטים, אזוריים, מעורפלים — כגון 'זהירות סבירה', 'התנהגות סבירה', 'סיבה קרובה', 'תקופה הגיונית' או 'זמן המתקבל על הדעת' — שהשופט במקרה של סכסוך קונקרטי מוריד לקרקע המציאות, ופורט אותם ל'מטבעות' של ממש... לא כן הוא במשפט העברי אשר, להיותו מטיבו וטבעו משפט דתי, קובע לא נורמות של פסיקה אלא נורמות של התנהגות. האזרח חייב, איפוא, מראש לדעת כיצד עליו להתנהג, ולדיעה א-פריורית זו אין מקור אחר זולתי החוק הברור המדויק והמפורש" (שם, עמודים 55—56).

התקפתו של רבי ירמיה היתה, איפוא, קנטרנית בצורתה ועניינית בתוכנה; כאן אי אפשר היה לפטור אותו בתשובה: "כל מידות חכמים כן הוא!". כי הנידון היה דיני ממונות, ור' ירמיה חתר לקראת "מדיניות הלכית" אחרת. היא נדחתה בשל היותה נוגדת ברוחה את מטרות המשפט העברי.

בהרבה לקראת הבנתה של תורת המשפט. מן הראוי לנו להכיר ולדעת, איזו היא הדרך ומה הם האמצעים, בהם קדמה ההכרה המוסרית את העור ובשר של יחסי המשפט. והתשובה לכך היא: באמצעות המוסדות המשפטיים. כי בלעדיהם ייהפך המשפט סנדל, מין יצור מטושטש, חסר צורה ואופי, אשר לא יסכון להכיל את כל הוואריאנטים האינסופיים של צירופי מאורעות החיים.

כל שיטת משפט, ללא יוצא מן הכלל, יוצרת לה מערכת של מוסדות משפטיים — כגון: מכר, מתנה, שכירות, שיעבוד, משכון, משכנתא, חוזה, הסכם, וכו' — בהם היא משכנת, לצורך הסדר משפטי, את המאורעות הטיפוסיים של החיים. ותפקידו של השופט — מגשים החוק ומפעילו — הוא: לגתח את המקרה הקונקרטי הנידון ליסודותיו, למצוא לכל אחד מהם את "הבית" בו הוא שוכן, ולהחיל עליו ועל חבריו, לחוד ויחד, את הסדר-הכל העולה מן הסובסומאציה המשפטית הזאת.

דרך משל: ראובן, תושב ישראלי, מתקשר עם חברו שמעון, תושב אמריקה, כדי לקנות ממנו (משמעון) את ביתו אשר בירושלים. הותנה ביניהם, כי מחיר הבית ישולם על ידי העברת עשרת אלפים דולארים מחשבוננו של ראובן בניו-יורק לחשבוננו של שמעון. הדולארים באמריקה הועברו, אך הבית בירושלים לא הועבר על שם הקונה בטאבו בדרוש על פי החוק. לא נאמר בשום מקום — לא בחוק ולא בפסיקה — מה דינו של מקרה קונקרטי זה של ראובן ושמעון, עם הבית הירושלמי ועם עשרת אלפים הדולארים ההם. אבל נאמר במקום אחד, כי אין אדם בישראל, יכול לקנות לו זכות חוקית בנכסי דלא נידי, אלא אם כן הועברו הנכסים על שמו במשרד ספרי האחוזה. ונאמר במקום אחר, כי תושב ישראלי חייב להעביר לישראל את הוואלוטה הזרה שלו בחוץ לארץ, ואסור לו להבדיל אותה מהישג ידו של שר האוצר. ובמקום שלישי נאמר — הפעם לא בחוק, אלא בפסיקה — כי "מן עילה בת-עוולה, לא תצמח זכות תביעה", וכל הסכם שמטרתו היא עשיית עבירה, אין לבסס עליו שום תביעה משפטית.

השופט, בהופיע לפניו מקרה חציו פלילי וחציו אזרחי זה, ינתח אותו לשלושת יסודותיו, יכניס כל אחד לתוך המשבצת שלו, והפעול-יוצא של הסובסומאציה המשולשת הזאת יהיה כי: ראובן זה יוצא וידיו על ראשו; הוא נמצא קרח מכאן ומכאן: את הבית בירושלים — לא רכש, ואת מעותיו באמריקה — הניח על קרן הצבי והפסיד! אינו יכול לתבוע בדין, לא את העברת הנכס ולא את החזרת הדביוזים ההם, כי Ex surpi causa non oritur

סדר קדשים כיצירה משפטית

הרעיון שאני טוען לו בכאמרי זה, הוא פשוט ומפתיע כאחד, היינו: כי סדר קדשים — זה הסדר המרוחק לכאורה, יותר מכל סדר אחר, מהוויות העולם והבלי העולם הזה — הינו, הוא דווקא, אחד הסדדים המשפטיים ביותר בין ששת סדרי המשנה.

אך לפני פתחי רעיון זה, ולפני הביאי את הראיות לכך, עלי להגדיר, מה הם הקווים העיקריים המאפיינים את תורת המשפט.

יודע אני כי דברי אלה נאמרים לא אל יוריסטים חילוניים, עמי הארצות, אלא לתלמידי חכמים, לומדי תורה, השואבים את השכלתם המשפטית מראמות של הלכה, ולכן אנסה להסביר את דברי בתואדים ובמושגים השוררים גם במשפט העברי.

*

ובכן, עיקר עיסוקה של תורת המשפט הוא: הסדר יחסים בין אדם לחברו, על מנת למנוע התנגשויות וקונפליקטים ביניהם. שכן, כל אדם בעולם הוא, במובן מסויים, מתחרה פוטנציאלי של כל אדם אחר, בא החוק ומציב לו גבולות ותחומין: עד כאן תבוא, ולא תעבור!

קיימים בתורת המשפט שני מושגים יסודיים: "שלי" ו"שלך"; ה"שלי" ידוע לכל, אפילו בעלי חיים יודעים אותו; אומרים חכמי הזואולוגיה, כי צפצוף הצפור בעת שהיא בונה את הקן, היא הכרזת בעלות על השטח שנכבש על ידה; מה שאין יודעים כל כך — מה שאין רוצים לדעת — הוא ה"שלך", באה הנורמה המוסרית ואומרת: "דעלך סני — לחברך לא תעביר" (שבת לא ע"א), לאמור: כשם שאינך רוצה ושנוא עליך, כי חבריך יחדור לתוך התחום שלך, כך גם עליך להיזהר שלא לחדור לתחום חבריך. "והי — כפי שאמר הלל שם — כל התורה כולה, ואידך פירושה הוא — זיל גמור". לשון אחר, וזהו הרעיון העמוק המונח ביסוד מאמד מפורסם זה: גודמה יסודית מוסדית זו, היא היא שיצרה והולידה את כל ריקמת יחסי המשפט. כי בסופו של דבר, ולאחד קילוף כל הקליפות, יזדקר לנו תמיד, מאחורי כל גודמה משפטית, הדואט הנצחי של "שלי" ו"שלך".

ברם, בקביעה כללית סתמית זו, עדיין לא סגי, והיא גם לא תקדם אותנו

actio, אומר הפתגם הלאטיני, ותדגומו לעברית: מן עילה בת עוולה, לא תצמח זכות תביעה.

לא באתי להגן כאן על הוראות המשפט האנגלו-ישראלי בנוגע לשאלת חוקיותו של החוזה הבלתי חוקי; יש לי ביקורת מסוימת בנידון זה, ואין כאן המקום לפורטה. רציתי רק להראות על ידי דוגמא פשוטה זו, את חשיבותם האימננטית של המוסדות המשפטיים.

מוסדות אלה — היינו השמות הקיימים שהמשפט, כאדם הראשון בשעתו, נותן ליצורים שהוא מטפל בהם — הם השלד של תורת המשפט, ובלעדיהם לא תיתכן כל חשיבה משפטית. למעשה, הם הם המהווים את עצם החשיבה המשפטית.

טול את הדוגמה שהבאתי, והבא אותה לפני לא-משפטן, הוא לא ירגיש ברישומי האיברים שמהם מורכבת בעיית המקרה הנ"ל, הוא יראה רק את השיטה האחרונה, את הסך הכל שבה, ויאמר: הכיצד?! דרישת רישום ההעברות של נכסידלא-ניידי במשרד ספרי האחוזה, היא דרישה הגיונית, מוצדקת, שמטרתה היא להגן על הפומביות של חילופי הבעלים. לא ייתכן אשראי במדינה, אם המלווה לא יוכל, בכל עת ובכל שעה, לוודא מה היא בטיחותו הכלכלית של הלווה. חובת רישום זו, עשויה גם למנוע את הבדחת נכסי החייב, על ידי הטלת עיקול, מתן צו מניעה, וכדומה. תקנוה ההגנה (כספים), האוסרות סחר-מכר, ללא דשיון מוסמך, בוואלוטה זרה, באות להגן על ערכו של המטבע הישראלי והמשק הלאומי. ואילו שלילת תוקף חוקי מהסכם, שאחד האלמנטים שבו, ואפילו הצדדי ביותר, הוא: עבירה על החוק, באה — כך מפרשים את הדבר — לפטור את השופט מן הטיפול המלוכני לך במעשה עבירה. ושלושת אלה, בהזדמנם לפונדק אחד, חוברים כולם יחד וגוררים אחריהם את התוצאה שציניתי לגבי העיסקה הירושלמית הנ"ל.

עינינו הרואות, כיצד משתנית התמונה בהתאם לגישה: הטוטאלית, הבעלית-ביתית, של ההדיוט, הלא-משפטן, או הבוחנת והמנתחת של המשפטן, באמצעות הכלים והמכשירים של המוסדות המשפטיים.

*

ומכאן לעוד רעיון אחד, פרלימינארי, הנחוץ אף הוא לביסוס התיזה של מאמרי.

קיימת תופעה אחת, מאוד מאוד מעניינת, אשר טרם זכתה לתשומת ליבם של חוקרים ומלומדים. שמץ הימנה מצוי בכל שיטות המשפט, אך היא מת-

בלטת ביתר שאת בתחומי המשפט העברי. כוונתי להעברת חוקי טבע לחללה של הספירה המשפטית, כלומר: להחלתם של חוקי הטבע על המאורעות המתרחשים בעולם המשפט.

את השינויים החלים בעולם המשפט — כמו: חילופי בעלים (מכר, מתנה, ירושה), או שינוי סטאטוס (קידושין, גידושין, אלמנות), או הטלת שיעבוד, יצירת אפותיקי, וכדומה — דואים לא כמשהו דמיוני, מופשט, אלא כמאורעות של ממש בעולם המציאות, ולכן מחילים עליהם, כביכול, את החוקים הפועלים בחיי המציאות.

כמובן, איש אינו חושב, כי על ידי הפעולה המשפטית של הטלת השיעבוד, משתנה הסדר המוליקולאדי של העצם המשוועבד, או התכונה הכימית שלו; אבל היחס המשפטי של פעולה ותוצאה — היינו היחס שבין כתיבת השטר ויצירת השיעבוד — נתפס בקאטיגוריות של קאוואליות פיסית, ומוחלים עליו חוקי הטבע החולשים על אנדגיה, סיבה ומסובב.

הרי דוגמא בולטת לכך: "אמד רבי יוחנן: שטר שלוה בו ופרעו, אינו חוזר ולווה בו, שכבר נמחל שיעבודו ונעשה כחרס" (רמב"ם ופרעו, אינו חוזר ולווה בו, שכבר נמחל שיעבודו ונעשה כחרס" (רמב"ם הלכות מלוה ולוה פי"ד, ה"ז); "שטר שנכתב על הלואה אחת ונפרע, אינו יכול לחזור וללוות בו אפילו אם הכל ביום אחד שאינו מוקדם" (שו"ע חו"מ, סימן מת, סעיף א, ועיין ש"ך שם, סק"ב וסמ"ע שם, סק"א, וכן ש"ך סימן נז, ס"ק ז, בנוגע למחלוקת הפוסקים, אם הוא גובה מנכסים בני חורין).

כדי שלא לסבך את העניין בבעיות אחרות, מוכן אני להניח כדעת הסוברים — הסמ"ע, המסתמך על הרא"ש לנדריים פרק ד; הבאר היטב (שו"ע חו"מ, סימן מת, סק"ב); בעל עיר שושן, לפי דעתו הראשונה (מובא בש"ך שם, סק"ב); בעל קצות החושן (ראה דבריו שם סק"א, בו דוחה את דאית הריב"ש והש"ך והט"ז מהסוגיא דההוא ערבא) — כי השיעבוד שנמחל על ידי הפרעון הראשון, משפיע רק על הגבייה מנכסים משועבדים ולא על הגבייה מנכסים בני חורין.

ידועה המחלוקת בין עולא ורבה בבבא בתרא קעה, ע"ב: "אמר עולא: דבר תורה, אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים. מאי טעמא? שיעבודא דאודייטא. ואלא מה טעם אמרו: מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין? משום פסידא דלקוחות. אי הכי, מלוה בשטר נמי? התם אינהו נינהו דאפסידו אנפשיהו. ורבה אמר: דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה אינו גובה אלא מנכסים בני חורין. מאי טעמא?

שיעבודא לאו דאורייתא. ומה טעם אמרו: מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים? כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין. אי הכי, מלוה על פה נמי? התם לית לה קלא".

למעשה — וכבר ציינתי את הדבר במקום אחר ("כך דרכו של תלמוד", עמ' 101) — הטעם הוא, בעצם, אחד אצל שניהם: מלוה בשטר יש לו קול, הוא מתפרסם ברבים, והלקוחות יכולים להיזהר; מלוה על פה אין לו קול, הלקוחות אינם יודעים עליו, ולכן יש לשמור עליהם מפני הפסד כספם. כל ההבדל שביניהם הוא רק בקונסטרוקציה המשפטית: עולא סובר, כי חכמים ביטלו את השיעבוד לגבי מלוה על פה לשם הגנת הלקוחות; ורבה סובר, כי חכמים יצרו את השיעבוד לגבי מלוה בשטר, כדי שלא לנעול דלת בפני לוויין.

והנה מבחינה מהותית, מבחינת טעמו המעשי-הפראקטי של שיעבוד נכסים, לא היתה כל מניעה לכך, כי שטר שלוה בו ופרעו, היא חוזר ולווה בו והמלוה יגבה את חובו גם מנכסים משועבדים, היינו: הקרקעות שנקנו מן הלווה לאחר תאריך השטר. כי מאי נפקא מיניה, ואיזה הבדל יש בדבר? הלווה, אמנם, פרע את חובו הראשון, אבל מיד לאחר מכן, ובאותו יום גופו, הוא לוה שוב מאותו מלוה אותו סכום ממש, בהשאירו, מדעת, את השטר אצל המלוה. האם הפגיעה בלקוחות תהיה יותר קשה, אם יטרפו מהם את הנכסים שקנו מן הלווה, לא מכוח ההלוואה מס' 1, שניתנה בשעה אחת עשרה לפני הצהריים, אלא מכוח ההלוואה מס' 2, שניתנה אחרי הצהריים של אותו יום? הרי *pecunia non olet* אומר הפתגם הלאטיני, לכסף אין ריח, וכיצד אפשר להבחין בין מעות למעות?

אילו לפחות צומצם הדין (שאינו גובה מן הלקוחות) ללקוחות כאלה, שידעו על פרעון ההלוואה הראשונה, ולא ידעו כלל על מתן ההלוואה השניה — אבל הן הדין הוא כללי, הוא אינו מבחין בין לקוח ללקוח, והדרא קושיא לדוכתה: מאי נפקא מינה, ומדוע "יימחל" שיעבודו של השטר?

וכאן מופיע הרעיון שרמזתי עליו לעיל ושהייתי קורא לו בשם "הרעיון הנאטוראליסטי". דרך הילוכו כך הוא: יהא אשר יהא טעמו הכלכלי של השיעבוד, כעת יש לנו דין — אם מדאורייתא ואם מדרבנן — האומר: מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים, כלומר: גובה מן הלקוחות. השטר הוא הוא "הכוח" היוצד באורח פורמאלי את שיעבוד הנכסים. משנפרע החוב הראשון, נסתלק השיעבוד והלך לו, ושוב אינו יכול להיווצר מחדש על ידי ייחוסו וייחודו אל ההלוואה השנייה, יען כי "האנרגיה" שבו כבר "בוזבה" לצורך

יצירת השיעבוד הראשון. כשם שאבן שנפלה לארץ, אינה יכולה לנפול שנית וליצור חום נוסף במקום נפילתה, אלא אם כן הקניית לה אנרגיה חדשה על ידי הרמתה אל על. כאן נחוץ במקום הרמת האבן, הכוח החדש של כתיבת השטר השני.

*

דוגמא אחרת לביטוי "הרעיון הנאטוראליסטי", היא ההלכה: אין אדם עושה פעולה משפטית בדבר שלא בא לעולם.

הדין הוא, אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם: אין הוא מוכר, אין הוא נותן ואין הוא מקדיש דבר שלא בא לעולם. הוא יכול לעשות כן, רק אם הוא מקנה את הגוף לפירותיו; אבל את הפירות גופם לחוד — למשל: תפוחי זהב שיגדלו בפרדסו בעוד שנתיים ימים; עגל שיוולד מפרתו, כאשר הפרה עדיין אינה אפילו מעוברת — את זה אינו יכול להקנות. ונשאלת השאלה: מדוע?

ברור: מבחינה פיסית אי אפשר לעשות בדבר שלא בא לעולם קניינים המצריכים עשייה מסוימת בגוף הדבר הנקנה. אינך יכול למשוך מיטלטלין שלא באו לעולם; אינך יכול להגביה בחבילי זמורות (עייני קידושין כו ראש ע"א) פיל אשר טרם נולד. אבל מדוע אי אפשר לקנות דבר שלא בא לעולם, בקניין מתאים שאינו עשייה בגוף הנקנה, דרך משל: קניין סודר?

או — שאלה אחרת, ועוד יותר חשובה — מדוע אי אפשר להקדיש דבר שלא בא לעולם? הרי "אמירתו לגבוהה" — כמסירתו להדיוט", ואין כל קושי לומר: "אני מקדיש" בנוגע לדבר שעוד לא בא לעולם.

אני מרגיש במיוחד שאלה אחרונה זו — שאלת ההקדש — כי כאן, על כל פנים, לא יחול הרעיון של "לא סמפא דעתיה", שהוא, לדעת כמה מן המפרשים, הטעם של אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. כי סמיכות הדעת החסירה היא של הקונה (עייני ודוק במפרשי הש"ס על הסוגיא בבבא מציעא טז, א). ואיך אפשר לומר דבר שכזה על "גבוהה" ...?

נראה לי איפוא, כי הנכון הוא כדעת המפרשים, שטעמו של הדין הוא, מפני שבדבר שלא בא לעולם, אין לו לקניין על מה שיחול. הוא יכול להיעשות, אבל אין לו אובייקט לתפוס בו.

ומתעוררת השאלה הנוספת והאחרונה: מדוע לא יתפוס הקניין לאחר זמן, כאשר הדבר, נשוא הקניין, כבר יהיה בעולם? ועל כך אין תשובה אלא אחת, והיא: הגישה הנאטוראליסטית של המשפט. כי אם הכוחות הפועלים בעולם המשפט, חייבים להיות רפליקה של הכוחות הטבעיים הפועלים

בעולם המציאות, הרי "תוצאה דחוייה" של פעולה פיסית, איננה בנמצא בחיי המציאות.

ודאי! לא כל פעולה פיסית מבשילה מיד את הפירות שלה. יש שהתוצאה הגלויה, הנראית לעין, מופיעה לאחר זמן ממושך, מפני שבינתיים היא פועלת באורח סמוי, או בקצב איטי מאוד, שאינו ניתן לתפיסה. דרך משל: זריעה וקציר; אבל הכוח שהופעל, אם הוא עתיד להוליד משהו, מוכרח להיות רצוף למעשה. כי אין הפסק זמן בטבע בין סיבה ומסובה, ומה שאינו פועל מיד — אינסטאנטאנית — אינו פועל כלום. משום כך אין הקניין יכול לחכות, עד שהדבר, נשוא הקניין, יבוא לעולם, ומשום כך אי אפשר אפילו להקדיש דבר שלא בא לעולם.

דוגמה שלישית ואחרונה: הדין שאין איסור חל על איסור.

"כיצד אמר ר' יוסי נידון בזיקה הראשונה הבאה עליו? חמותו ונעשית אשת איש, נידון בחמותו; אשת איש ונעשית חמותו, נידון באשת איש" (יבמות לב ע"א); "ר' שמעון אומר: האוכל נבילה ביום הכיפורים — פטור" ("דלא אתי איסור יום כיפורים ומיחל איסור נבילה דקדים" — רש"י; קידושין עו ע"ב); "כלל גדול הוא בכל איסורים שבתורה, שאין איסור חל על איסור אלא אם כן היו שני איסורין באים כאחת, או שהיה האיסור האחד מוסיף דברים אחרים על אותו האיסור" (רמב"ם הלכות איסורי ביאה פי"ו, ה"ח).

טעמו של דבר הוא מאוד "נאטוראליסטי": משירד האיסור הראשון ותפס — הרי הוא חופף עליו, כאילו, מכל עבריו, ושוב אין לו, לאיסור "הצעיר" יותר, מקום לתפוס בו, אלא אם כן הוא איסור "מוסיף", הנאחז, כאילו, באותה נקודה, שבה אין דריסת רגל לאיסור הראשון.

*

בכל הדוגמאות האלה, בולטת הנטייה — נטייה שאינה נעדרת כלל גם בשיטות משפט אחרות — להעמיד על נוסחא אחת את חוקי הטבע וחוקי המשפט, לפחות שלא תהא סתירה ביניהם. ואולי — במשפט העברי יותר מאשר בשיטות משפט אחרות, מפני שלפי ההשקפה היהודית, מחוקק אחד הוא שחוקק הן את חוקי הטבע והן את חוקי התורה.

בכל המשפט העברי מצינו — עד כמה שאני יודע — רק הליך משפטי אחד, המתכתש לגמדי לנטייה הנאטוראליסטית ההיא, והוא: העניין של גיטו וידו, או: גיטה וחצירה, באין כאחד (גיטין עז, ב.). היינו: על ידי גט השיחרור

קונה הוא (העבד) לעצמו את היד, אותה יד אשר באמצעותה הוא קיבל מרבו את הגט. או — ביחס לאשה — על ידי הגט קונה היא את החצר, אשר באמצעותה קיבלה מבעלה את הגט.

זה הוא Perpetuum Mobile — סיבה ומסובב, המפעילים הדדית זה את זה, שאילו אפשר היה, כדרך שתשבו בימי הביניים, להגשים אותו בטבע, היתה האנושות מתפטרת מכל הדאגות. כי האנרגיה לא היתה עולה אפילו פרוטה אחת.

אמנם בעל קצות החושן מנסה להקהות קצת את חודו של "פרפטואום מובילה" משפטי זה, באמרו (חושן משפט סימן ר, סק"ה): "ונסתפקתי בדאובן שנתן שטר מתנה לשמעון על ביתו, ונתן השטר תוך ביתו ואמר לו: הנני נותן לך הבית עם השטר מתנה שבתוכו, מי נימא כי האי גוונא חצירו ומתנתו באין כאחד, דכהאי גוונא אמרו דיש פרק הוורק: חצירה, מה שקנתה אשה — קנה בעלה, ומסיק, יד דעבד כיד רבו, אלא גיטו וידו באין כאחד, והלא נמי חצירה וגיטה באין כאחד, והרי בשעה שזרק לה הגט תוך חצירה עדיין אינו חצירה, אלא על ידי הגט נעשה חצירה... הכי נמי נעשה חצר דשמעון על ידי השטר מתנה שבחצר.

ולאחר העיון נראה פשיטא, דכהאי גוונא אינו זוכה, דכיוון דהחצר והשטר עדיין לא יצא מרשותו — איך יזכה בו המקבל, ומאין יהיה לו למקבל זכיה בביתו ובשטר?

והא דאמרינן גבי גט חצירה וגיטה באין כאחד, נראה דגט שאני. דגט אשה ודעבד לא בעי זכיה, שיוכה דרך זכיה, כיון דאשה ועבד בע"כ, ואין זכיה בע"כ, אלא ודאי דגבי אשה לא בעי רק 'ונתן בידה', וכן בעבד... וכיון דלא בעינן בגט אשה ועבד תורת זכיה בשטר, אלא 'ונתן בידה', או בחצירה, ומשום הכי כל שידה וגיטה באין כאחד — סגי ליה... אבל במתנה, דבעינן שיוכה המקבל בשטר מתנה דרך זכיה, וכל זמן שלא בא החצר לידו — לא זכה בשטר מתנה...".

הווי אומר, הרעיון דגיטו וידו אין בו בכלל שום חידוש, ואפשר להסביר אותו בדרך ההגיון המשפטי "הקונבנציונאלי" כי יש הבדל דב בין מתן גט להקניית שטר מתנה.

ברם, מסופקני אם אפשר לקבל חילוק זה. יש מקום אחר בספרות התלמוד, בו מצוי "פרפטואום מובילה" נקי, שאין בו כל תפיסה לחילוקו של בעל קצות החושן. כוונתי לאמור בתוספות כתובות יא ע"א, ד"ה מטבילין אותו. הוקשתה שם הקושיא, כיצד אפשר להטביל גר קטן על דעת בית דין "דזכות

הוא לו" — הרי אין זכייה לנוכרי, כפי שנאמר בבבא מציעא עב ע"א: "ישראל (קטן) אתי לכלל שליחות (לכן יש לו זכייה), נוכרי לא אתי לכלל שליחות (לכן אין לו זכייה)" ? וניתנו לכך על ידי הר"י שני תירוצים: (א) פשוט מאוד: נוכרי זה, העומד להתגייר הרי "אתי לכלל שליחות", ולכן יש לו גם זכייה; (ב) תירוץ של מעין "גיטו וידו": "כיון דבהך זכייה נעשה ישראל, הוה ליה כישראל גמור לענין זכייה".

אגב: דוגמא מודרנית ל"פרפטואום מובילה" של גיטו וידו, אנו מוצאים במשפט הפומבי, לגבי כל הכרות עצמאות. הן בשעת הכרזת העצמאות המכריזים הם עדיין משועבדים, וכיצד קונים הם על ידי ההכרזה את העצמאות? על כל פנים, עדיין לא ניסה עו"ד לפסול את הכרות העצמאות של ישראל בשל כך שבעת ההכרזה (בארבע שעות אחד הצהריים) עדיין משועבדים היינו לג'ורג' השישי מלך בריטניה!...

סיכומו של דבר: החשיבה המשפטית מתנהלת כרגיל בארבעה שלבים אלה:

(א) ניתוח הגוף לאבריו, היינו: ניתוח הגוף הכולל של העובדות לפדטיו הבודדים;

(ב) ברידת העובדות, היינו הפרדת העובדות הרלבאנטיות — החשובות לאותו עניין — מן העובדות הבלתי חשובות; אם האדם שדנים בו, שמו ראובן או שמעון — איננו חשוב, אך אם שמו דאובן או לאה — יכול להיות חשוב כאשר המדובר הוא בעדי קידושין או בענייני ירושה.

(ג) הסובסומאציה; היינו הכנסת כל עובדה בעלת חשיבות למשבצת שלה, לקאטיגוריה שלה או ל"מוסד" שלה.

(ד) שקילה סופית של התוצאה העולה מתוך השפעת ה"מוסדות" השונים, או מציאת הרוולטנטה העולה מ"פאראללוגראם הכוחות". שקילה זו תהיה מושפעת לעיתים קרובות מן העיקרון הנאטוראליסטי כפי שנתבאר לעיל.

*

ועכשיו שזכינו לכך, הבה ניווכחה כי סדר קדשים הוא אחד הסדרים המשפטיים ביותר בין ששת סררי משנה. עתה, לאחר שראינו את סימני ההיכר של "הטכניקה" המשפטית, לא יקשה עלינו להוכיח את הדבר.

אתחיל בעניין אחד, לכאורה פשוט ערך, בו מבצבצים סממני המחשבה המשפטית ממש מכל הרמ"ח והשס"ה.

חולין היא, כידוע, אחת ממסכתות סדר קדשים — לגמרי לא פאראדוקס —

והנה אנו קוראים שם (דף מ ע"א): אמר רב הונא: היתה בהמת חבירו רבוצה לפני עבודת כוכבים, כיון ששחט בה סימן אחד — אסרה. סבר לה כי הא דאמר עולא אמר רבי יוחנן: אף על פי שאמרו: המשתחוה לבהמת חבירו לא אסרה, עשה בה מעשה — אסרה. איתיביה רב נחמן לרב הונא: השוחט חטאת בשבת בחוץ לעבודת כוכבים — חייב שלוש חטאות ("בשוגג, משום שבת, ומשום שוחט קדשים בחוץ, ומשום עבודת כוכבים, ששלושתן בכרת... וחטאת כי שחטי להם בעלים — דבר שאינו שלו הוי, דשל גבוה הוי" — רש"י), ואי אמרת כיוון ששחט בה סימן אחד אסרה — אשחטי חוץ לא ליחייב, מחתך בעפר הוא! ("דכיון דנאסר משום עבודת כוכבים — פקע שם קדשים מינה, ונעשית של עבודת כוכבים, ועפרא בעלמא היא, ותו לא מחייב עליה משום שחטי חוץ" — רש"י). אמר רב פפא: הכא בחטאת העוף עסקינן, דכולהו בהדי הדדי קאתי ("דמליקתה בסימן אחד (לעיל דף כא ע"א) — הזכונה למה שנאמר שם: כיצד מולקין חטאת העוף? חותך שדרה ומפרקת בלא דוב בשר עד שמגיע לוושט או לקנה, הגיע לוושט או לקנה, חותך סימן אחד או רובו ורוב בשר עמו) — וחייב שחיתתה דידה גמי בחוץ בסימן אחד, דהשוחט עוף קדשים בחוץ חייב... ויליף מ'או אשר ישחט' לדבות את העוף" — רש"י).

החשיבה המשפטית המובהקת בולטת כאן, כנראה בעליל, בכל השקלא וטריא של הש"ס — פקיעת השם "קדשים", שחיטה הנהפכת ל"חיתוך בעפר", החלות הסימולטאנית של כל שלושת האיטורים — אבל היא בולטת עוד הרבה יותר בקושיא ותירוץ של רש"י. רש"י שם, ד"ה מחתך, מקשה: "ואף על גב דאמרינן בפרקין (לעיל כט ע"ב): שחט סימן אחד בחוץ וסימן בפנים — חייב, שהרי עשה בה מעשה חטאת העוף בחוץ, ליכא למימר דבגמד הסימן חייל בהדי הדדי איסור עבודת כוכבים ושחיתת חוץ?" ומתדק: "רכי אמרינן בסימן אחד מחייב, הני מילי היכא דגמד לשחיתתה בעודה קדשים, כדקתני: וסימן אחד בפנים, דאיגלאי מילתא דבסימן קמא שחיתת חוץ הוה, וטעמא דהתם משום די שנה לשחיתתה מתחילה ועד סוף, אבל הכא דסימן שני לא אישחית כלל, דחיתוך עפרא בעלמא הוא, קמא גמי לאו שם שחיתת עליה"...

ועוד הוכחה נוספת, ראייה חותכת ממש, לאופיה המשפטי של כל השקלא-וטריא הזאת, יש למצוא בזה שכל המושגים שהשתמשו בהם כאן, יש להם אח ורע בתחומי ההלכה האזרחית, שהיא, ודאי, בעלת אופי משפטי. "פקיעת הקדשים" יש לה שכנגדה בפקיעת הקידושין על ידי מיתה

וגירושין; השחיטה הנהפכת ל"חיתוך עפרא בעלמא", מזכירה לנו את השטר הנהפך ל"חרס" אחרי שנמחל שיעבודו, או: ל"חספא בעלמא"; והמה- לוקת אם ישנה לשחיטה מתחילה ועד סוף, או אין לה לשחיטה אלא לבסוף (שם כט ע"ב) דומה בהחלט למחלוקת הידועה, אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, או אינה לשכירות אלא לבסוף (קידושין מח ע"א וע"ב) — מחלוקת שהיא בעלת חשיבות מרובה לגבי השאלה, אם אפשר לקדש אשה על ידי "קיווז" השכר המגיע למקדש בעד עבודה שהוא עושה בשביל האשה: אם ישנה לשכירות מתחילה ועד סוף, הרי כשמחזיר לה את הנזמים שעשה בשבילה, "היא לה מלוה למפרע" (רש"י שם), והמקדש במלוה אינה מקודשת (שם ו ע"ב); ואילו אם אין לה לשכירות אלא לבסוף, היא מקודשת, מפני שנותן לה דבר מה בעין.

דוגמא אחרת, הנוגעת לעניין הרבה יותר חשוב מבחינת התוכן ההלכתי, היא עצם עשיית ההקדש: אמירתו לגבוה — כמסירתו להדיוט... כיצד? ... האומר: שור זה עולה, בית זה הקדש, אפילו בסוף העולם קנה; בהדיוט — לא קנה עד שימשוך ויחזיק (משנה וברייתא קידושין כח ע"ב — כט ע"א). טעמו של "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" שנוי במחלוקת: יש הלומדים אותו מן הפסוק "כי יקדיש", או מן הפסוק "מוצא שפתך תשמור", ויש אשר — בהסתמך על הירושלמי — נותנים לזה טעם לבר-משפט, אכסטר-א ליגאלי, ולומדים זאת מן הפסוק "לה' הארץ ומלואה, תבל ויושבי בה". לכשנעניין בירושלמי (קידושין, פ"א, ה"ו) ונדייק בדבר נראה, כי הירושלמי אינו מנמק שם כלל את דין של אמירתו לגבוה. הוא מנמק שם — לא כטעם ממש, אלא כאסמכתא בצורת "שנאמר" — את הדין של "רשות הגבוה בכסף", ולא הרי זה כהרי זה, אלא שאין כאן מקום להאריך.

יהא אשר יהא הטעם — הליגאלי או האכסטר-אליגאלי — של דבר, הדין הוא כי גבוה רוכש את הדבר — לא "כריבוננו של עולם" אלא כ"בעלים" משפטי ממש, על ידי האמירה של ההדיוט: זהו קניין ממש, דוגמת הקניינים של "משיכה" במיטלטלין ו"חזקה" בקרקעות, שקונה בהם הדיוט מהדיוט. ומי הם הבעלים הקונים את החפץ (או הקרקע) על ידי אמירת ההדיוט? התשובה היא: הגבוה — הקדוש ברוך הוא — בכבודו ובעצמו, לא הגזבר.

דבר זה עולה בבירור גמור מסוגיא ד"זה נהנה וזה לא חסר" (בבא קמא כ ע"א — כא ע"א): בנאה לתוך ביתו (בנה הגזבר את האבן או הקורה של הקדש בתוך ביתו), הרי זה לא מעל עד שידור תחתיה שווה פרוטה... זאת אומרת (רש"י: מדקתני דכי דר תחתיה חייב, ואף על גב דשלא מדעת

הקדש עבד): הדר בחצר חברו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר — ושתק ליה (רבי יוחנן); איהו סבר (רבי אבהו חשב) מדשתק מודה ליה, ולא היא! אשגוחי לא אשגח ביה, כדרבה, דאמר רבה: הקדש שלא מדעת — כהדיוט מדעת דמי (רש"י: בהקדש ליכא למימר שלא מדעת, דדעת שכינה איכא!).

עינינו הרואות, כי ההלכה לא נרתעה מלהכניס את עצם עשיית ההקדש לתוך המסגרת המשפטית הרגילה של מקנה וקונה רגילים, "גבוה" ו"הדיוט" — כראובן ושמעון יהיו לו, למשפט העברי, ותפשיה משפטית זו, מן ההכרח היה כי תתן את אותותיה בכל רקמת סדר קדשים. כבר בסוגיא הראשונה של מסכת זבחים, אנו רואים, תוך איזה שויון-ערך מדמים את ה"לשמו" של הגט ל"לשמו" של הקרבנות.

מן הראוי לציין: בישיבות ליטא הבינו את הדבר. שיטת הלימוד של ישיבות ליטא היתה כידוע, לא הפלפול אלא ההבנה — הבנה משפטית נוסח קצות החושן ונתיבות המשפט — ובני הישיבה אהבו מאוד להתווכח על ענייני קדשים, בין היו "שוכנים" בסדר קדשים בין אם היו "שוכנים" בסדר מועד, כגון: מסכתות פסחים ויומא. כי ראו בעניינים אלה חומר מצויין לשימוש בדרכי ההבנה, שהלכו לפיהם בסדר נזיקין ובסדר נשים.

ברוב הישיבות הליטאיות לא למדו סדר קדשים, אבל באחדות מהן למדו. אחת מהן היתה ישיבת פוניבז' בגלותה באוקראינה, בעיר מריופול אשר על שפת הים האזובי, בראשותו של הגאון ר' איצל פוניבזר. שמעתי שם שיעורים מפיו על מסכת זבחים והוקסמתי משיטת הלימוד הגניאלית של הגאון הגדול הזה. היא היתה — כפי שאני רואה אותה עכשיו למפרע — ניתוח רצוף, חד כאיזמל, של גופי הלכות, וקביעת ערכו הספציפי של כל אחד ואחד מיסודות ההלכות הללו, על פל' מידת החשיבות, שבו הוא מתבלט בדינים הבדודים.

שיטה זו איפשרה לקבוע על דרך המיעוט — אלימינציה בלע"ז — איזהו היסוד המעמיד לכל דין ודין של אותה הלכה, ולהסיק מסקנות הגיוניות — מדעיות ממש — מתוך מציאותו או העדרו של אותו יסוד. והוקסמתי מאותה שיטת לימוד והתחלתי, מעשה חוצפה, לתקות אותה בזעיר אנפין בחידושי הלכה ש"חיברתי" על מסכת יומא.

אינני מחשיב ביותר את "החיבור" הזה. יש בו הרבה דברי בוסר והרהורי ילדות, אבל ארשה לעצמי להביא כאן "חידוש" אחד, שהוא — בין אם הוא נכון או לא — מאפיין, או לי של א מדעת, את הדיאלקטיקה המשפטית בענייני קדשים.

התוכנית או הסכימה של החידוש היתה: קושיא א; קושיא ב; תירוץ קושיא ב; התעוררות קושיא ג; תירוץ קושיא ג המתרחץ ממילא גם קושיא א. א. יומא כד ע"א—ע"ב: אמר רב: ארבע עבודות זר חייב עליהן מיתה: זריקה והקטרה וניסוך המים וניסוך היין. ולוי אמר: אף תרומת הדשן... מאי טעמא דרב? דכתיב (במדבר יח, ז): 'ואתה ובניך אתך תשמרו את כהונתכם... ועבודתם עבודת מתנה... והזר הקרב יומת', עבודת מתנה ולא עבודת סילוק. 'ועבודתם' עבודה תמה ולא עבודה שיש אחריה עבודה... תניא כוותיה דרב: עבודות שזר חייב עליהן מיתה: זריקת דם... והמוזה בחטאת העוף...

קושיא: למה המזה בחטאת העוף חייב מיתה אליבא דרב, הלא זוהי עבודה שיש אחריה עבודה, היינו מיצוי הדם, דקיימא לן מיצוי מעכב? ב. ברש"י זבחים סד ע"ב, ד"ה היה מתמצה: "שמקיף ומקרב בית מליקתו למזבח" ובתוספות שם סה ע"א, ד"ה דמו: "נראה דחטאת לא בעי דמו" כולו, מדלא תניי בה היקף בית מליקה למזבח". משמע שיש מחלוקת בין תוספות ורש"י, וכי לדעת רש"י גם בחטאת העוף צריך מיצוי כל הדם, כמו בעולת העוף.

שאלה: מנין לו לרש"י דין זה?

ג. שם סה ע"ב: מתניתין דלא כרבי אלעזר ברבי שמעון. דתניא, אמר רבי אלעזר ברבי שמעון: שמעתי שמבדילין בחטאת העוף (רש"י: "שאם הבדיל לא פסל"). מאי ביניהו? אמר רב חסדא: מיצוי חטאת העוף מעכב איכא ביניהו, תנא קמא סבד מיצוי חטאת העוף מעכב... ורבי אלעזר ברבי שמעון סבר מיצוי חטאת העוף לא מעכב. וברש"י שם, ד"ה תנא קמא סבר: "מיצוי בתר הזאה בחטאת העוף מעכב, וכיון דבעל כורחו ממצה דם, אי אמרת מבדיל — קעביד כל מעשה עולה בחטאת: מליקה מובדלת ומיצוי... ולקמן תנן, דחטאת העוף שעשאה כמעשה עולה, לשם חטאת — פסולה".

מכאן, שגם בחטאת העוף צריך שימצה כל הדם, שאם לא כן — יש תמיד היכר בין זה לזה: בעולה — כל הדם, בחטאת — רק מקצת דמו. זוהי תשובה לשאלה ב.

ד. משנה שם מב ע"ב — מג ע"א: ואלו דברים שאין חייבין עליהם משום פיגול: הקומץ והקטורת והלבונה... והדם... וכל שיש לו מתירין בין לאדם בין למזבח, חייבין עליו משום פיגול. ובתוספות שם מג ע"א, המשך ד"ה הקומץ: "וקשה... דגבי דם דקאמר בפירוש משום מתיר והיכי משכחת לה דמחייב משום פיגול, דאי אכיל ליה קודם שעשה מתנות... ליכא הרצאה,

ואי מן הדם הנשאר במזרק... לאו מתיר הוא, ואם מאותו שנעשה על המזבח — הא פקע פיגול ממנו... ושמא כיון שמתחילה כל טיפה וטיפה ראויה לזריקה, חשיב כוליה דם מתיר".

ומקשין העולם (קושיא ג): הן גם לגבי דם דחטאת העוף נאמר באותה משנה שהטעם הוא משום מתיר, ואם כן הדרא קושיית התוספות לדוכתה, שהרי כאן — אם נאמר, כפי שהוכח לעיל, שגם בחטאת צריך למצות כל הדם — אי אפשר לומר שכל טיפה וטיפה ראויה להזאה, מכיון שצריך להשאיר את הטיפה האחרונה למיצוי.

ה. תשובה לקושיא ג וקושיא א גם יחד:

מאמר המשנה "חטאת העוף דמה מתיר את בשרה לכהנים" מסביר רק מדוע יש פיגול בבשר, אבל אינו מסביר, ואין צורך בהסברה, מדוע אין פיגול בדם גופו. כי דין מיצוי בחטאת העוף לאו מדין זריקה הוא, אלא מדין הקטרה, כמו אימורין. ההזאה מתרת את הדם להינתן על גבי המזבח. נאמר במשנה שם, סד ע"ב: ואין למזבח אלא דמה. הדם הוא "לחמו של מזבח". משום כך צריך למצות את כל הדם. נמצא כי פיגול בדם באמת לא משכחת ליה: אם קודם מיצוי — הא לא קרבו כל מתיריו; ואם לאחר מיצוי — פקע פיגולו מיניה משום דנעשה לחמו של מזבח.

ובזה מתיישבת גם קושיא א הנ"ל. כי אם המיצוי הוא בגדר "הקטרה", הרי ההזאה והמיצוי הם בגדר "זריקה והקטרה", שהן שתיהן עבודות תמות כפי שנאמר בסוגיא דיומא, שם.

הוכחנו — כך נראה לי — כי סדר קדשים הוא אחד הסדרים המשפטיים ביותר — אולי הסדר המשפטי ביותר — בין כל ששת סדרי המשנה. גם את גילוי העיקרון הנאטוראליסטי נמצא, לכשנדייק יפה יפה, בין קיפולי העניינים שהזכרתי אותם למעלה.

"תורה שבעל פה", הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ג

אם אין להסביר "נקיעה" זו בקונסטרוקציה המשפטית המיוחדת ("הפולפולית") של מוסדות ציוויליים אלה. חקרתי את העניין, עברתי על כל הסוגיות המשפטיות של הסדרים "בזיקין" ו"נשים", ומצאתי רק מקום אחד ויחיד, בו אפשר לכאורה — ורק לכאורה — למצוא נטייה לחשיבה הפולפולית, החשיבה ה"צירקולארית" שעמדנו עליה לעיל.

במסכת גיטין⁶ אנו קוראים — בתרגום עברי — מעשיה זו: "מעשה בשכיב מדע שכתב לה גט לאשתו בפנות היום של ערב שבת, ולא הספיק לתתו לה. למחרת היום הודע מצבו. באו לפני דבא. אמר להם: לכו ואימרו לו, שיקנה לה את המקום — החדר — שיושב בו הגט, והיא תלך ותסגור ותפתח, ותהא מחזיקה בו, ששנינו: נעל, גדר או פרץ — הרי זו חזקה. אמר לו רב עילש לרבא: הלא מה שקנתה אשה קנה בעלה! נתבייש דבא. לבסוף נתגלה, כי ארוסה היתה. אמר רבא: אם אמרו בנשואה — יאמרו בארוסה? חזר רבא ואמר: אין הברל בין נשואה לארוסה, כי גיטה וחצירה באין כאחד!..."

המדובר כאן בשכיב מדע ההולך למות, שכתב גט לאשתו בשעות האחרונות של ערב שבת, ולא הספיק לתיתו לה לפני כניסת השבת. הסיבה לכך: לא שנאה לאשה, אלא דווקא אהבה לה. כי: לא היו ילדים לבעל, אך היה לו את, והוא ביקש לשחרר את אשתו — על ידי גירושין — מן הניקה לייבום או חליצה אחרי שימות. למחרת היום, בשבת, הודע מצבו, וחשש שמא ימות לפני צאת השבת, ולא יוכל לגרשה, כי לטלטל את הגט ולמסרו לאשה ביום השבת אסור⁷. הלכו לרבא ושאלו אותו מה יעשה. והוא השיא להם "עצה". אמר להם: לכו אל הבעל ואימרו לו, שיקנה ויעביד לאשה את בעלות החדר בו "יושב" הגט, היא תרכוש אותו בקניין "חזקה" על-ידי סגירתו של החדר, כפי ששנינו: נעל, גדר או פרץ — הרי זו חזקה, וכאשר החדר יהיה שלה, היא מייד תזכה בגט ותהיה מגורשת, שהרי הגט הוא ב"חצירה", והזרק גט לאשתו, והוא בתוך ביתה או חצירה, הרי היא מגורשת⁸. אמר לו רב עילש לרבא: ומה תועיל כאן העברת החדר? הלא היא "קונה" אותו, כלומר: נעשית הבעלים של החדר⁹, בהיותה עדיין אשתו של בעלה, ומה שקנתה אשה —

6 גיטין, דף עז ע"ב.

7 גיטין, שם, רש"י ד"ה תקף ליה.

8 גיטין, דף עז ע"א; דמב"ס, הלכות גירושין פרק ה, ה"ב; שו"ע אה"ע סימן קלט, ס"א.

9 אמירתי כי האשה נעשית הבעלים של החדר, אינה נוגדת את דברי התוספות שם, ד"ה מה שקנתה, כי "הכא איירי בשאלה", כאילו לא העביר לה את הבעלות. אמנם בשיטה מקובצת על בבא מציעא, דף יא

"באין כאחד", או מעגל קסמים *

תורת ההגיון קבעה מונחים כגון: "צידקולוס אין פרובנדרו", "פטיציו פרינ-ציפיי", "נזן סקוויטור" או — בקיצור "צידקולוס וויציוזוס", בעברית: מעגל קסמים¹,² — כדי לציין חשיבה גרועה, בלתי הגיונית, הבאה להוכיח את נכונות עצם ההנחה, מתוך המסקנות ההגיוניות שתעלינה הימנה, אם היא נכונה. ה"אנציקלופדיה בריטניקה" משתמשת, לשם הדגמת הרעיון, בדיאלוג מפורסם זה³:

ראובן לשמעון: ידידנו המשותף, פלוני אלמוני, מדבר עם מלאכים. שמעון: זו מגין לך? ראובן: בעצמו סיפר לי. שמעון: ואולי הוא שיקר? ראובן: הגע בעצמך! אדם המדבר עם מלאכים, יוציא דבר שקר מפיו? שמעון: ובכן, צדקת! הוא, כנראה, מדבר...

המסקנה כי אותו פלוני אינו חשוד לשקר, תעלה הגיונית אם הוא מדבר עם מלאכים, וכיצד תוכל להוכיח על ידי כך, כי הוא מדבר עם מלאכים? זה הוא הוויציוזוס של ארגומנט "מעגלי" זה, ובכך הוא מבריק ומברח את שומעיו⁴. ההומור התריף הידוע של היהודי, הומור אשר בהדיפתו העוקצנית שימש לי אמצעי הגנה כלפי הרדיפות של הגויים⁵, הצטיין בריבויים של מעגלי קסמים. בהברקות כאלה הוא שיכנע אחרים ועצמו בנעלותו האינטלקטואלית על הפרימיטיביות של רודפיו.

בחושבי על כל אלה, וביודעי את התנגדותם של היוריסטים המודרניים (ה"משכילים") אל המוסדות האורתודוקסים של המשפט העברי, חשבתי בלבי

* מאמר זה אמור היה להופיע בספר כדרכו של תלמוד, חלק שני.

1 ברגמן, מבוא לתורת ההגיון, 1967, ע' 465.

2 בפסק דיני בע"א 61/48 זבולון נ. מלך, ב' פ"ע, 72, הצעתי את הביטוי "מעגל שוטה", כי המלה "שוטה" מציינת כל דבר לא נורמאלי, שאינו לפי הרגיל והמקובל. ראה רשב"ם בבא בתרא קכו ע"ב, ד"ה דכל בוכרא: דכל בוכרא דאמא בוכרא סוכלא קרי ליה, ולא משום שטות, אלא לפי שאינו בכור גמור, כמו הדס שוטה שאינו כשר.

3 אנציקלופדיה בריטניקה, כרך 5 ע' 721.

4 דאה את ניתוחו המעמיק של המונח "פטיציו פרינציפיי" בספרו של אלפרד סידיגוויק על כשלי הגיון (Fallacies), בעמודים 154, 195, 260, 264.

5 זאת היתה כנראה מטרתו העיקרית. ובכך מוסכרת העובדה, כי הבדיחה היהודית הולכת ונעלמת כמעט מחיינו. הנועד אינו מבין אותה, כי היא "אינה מושכת".

קנה בעלה¹⁰ לגבי אכילת פירות. זכיית הגט, באמצעות החרר, כפי שתיכנן

ע"א, המצטט את הסוגיא דגיטין בעניין השכיב מדע והגט, הגידסא היא: לושיל לה דוכתא וכו', אבל בספרים שלנו, בכל ההוצאות, הנוסחא היא: ליקניניה לה להוא דוכתא זכו', והמלים "לקנות" או "להקדנות" — כאשר אין פירוש אחד על ידן — פירושן תמיד: לזכות או להעביר את זכות הבעלות. אף על פי כן אומר אני, כי אין בכך סתירה לדברי התוספות הנ"ל, וזה מטעמים אלה:

(1) המלים "איירי בשאלה" אינן באות להגדיר את צורתו המשפטית של המעשה, אלא את התוכן הממשי שלו, ואת האינטרסים שהובטחו על ידו. הבעל העביר לה את החרר. אבל היתה מטרה אחת ויחידה להעברה זו: לאפשר לה להתגרש. הבעלות ניתנה לה רק בשביל זכיית הגט. ושני הצדדים — אין ספק — התכוונו לכך, כי אחרי הגירושין תעבור בעלות החרר לבעל או לירדשו. כל מסיבות העניין מורות על כך. ובמקורותינו יש יסוד לכך, כי אם דאובן, בחג הסוכות נתן אתרוג לשמעון ואומר לו: "יהא במתנה עד שתצא בו, ואחד כך יהא שלי כבתחילה, הוי כמו שאול" (רא"ש על מסכת סוכה, פרק לולב הגזול, כפי שצוטט בקצות החושן, חו"מ, סי' דמא, סעיף ו (ד)). לכך התכוונו, לדעתי, התוספות שם בדברים על "שאלה", כי כוונתם שם היתה רק להסביר, מדוע במקרה דנן לא חל הדין של במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות.

(2) את סברתנו דלעיל אפשר גם ללמוד מעניין זה: מתוך דברי רש"י, שם ד"ה הרי זו חזקה, יוצא כי לדעת רש"י קנתה האשה את הגט, לא מטעם "חצר" אלא מטעם "אגב", כי הוא מסתמך שם על המשנה דקידושין, דף כו ע"א, הדנה בקניין אגב. ולגבי אגב כלל וכלל לא ברור, אם יכולין להקנות מיטלטלין אגב קרקע שהושאלה לשימוש (ראה ב"ת ה"ה על קידושין, הוצאת סיני, תל אביב, עמוד 157 למטה; ש"ך על חו"מ, סימן רב, סעיף א; שיטה מקובצת על בבא מציעא, דף י"א ע"ב, ד"ה ומקומו מושכר לו, בסוף המובאה). אם פירוש רש"י לגבי קניין אגב נכון הוא, ואם, חוץ מזה, הדין הוא כי אין יכולים להקנות מיטלטלין אגב שאלה בלבד, מוכרחים נהיה כמובן לפרש את המלים "איירי בשאלה", לפי שיטת הרא"ש הנ"ל.

(3) וזה הוא העיקר. לי נראה, בניגוד לדעה המקובלת בעולם הישיבות, כי גם בשאלה ממש הגוף שייך לשואל במשך תקופת השאלה, תוך הגבלות ידועות, כמובן, כדי להגן על האינטרסים העתידיים של המשאל אחר תקופת השאלה. כי אם "השכירות" — מכירה בת יומה היא" (ד"מ ב"ם, פרק יג מהלכות מכירה, הלכה יז, ומקורו: בבא מציעא, דף נו ע"ב), אפשר לומר גם היפוכו של דבר, כי: "מכירה בת יומה — שכירות היא" (כי כל שוויון ניתן להיפוך), וממילא גם: "מתנה בת יומה — שאלה היא". אין זה שייך לפלוגתא הידועה אם קניין פירות כקניין הגוף דמי או לא (גיטין, דף מז ע"ב), כי הרמב"ם הפוסק כי קניין פירות לאו כקניין הגוף דמי (הלכות ביכורים, פרק ד, ה"ו), אומר בהלכות מכירה, כי "השכירות — מכירה בת יומה היא". יש הברל רב בין שתי השאלות, ואין כאן מקום להאריך.

¹⁰ בגיטין, דף ע"א, ד"ה קנה בעלה, אומר רש"י בפירוש: קנה בעלה לפירות.

רבא, היא בגדר אכילת "פירותיו" של החרר, ולא שה אין זכות כזאת כל עוד היא נשואה. נמצא כי החרר ימשיך להיות — לגבי אכילת פירות — "חצר" של הבעל, ולא "חצר" של האשה. הגט יהיה ברשותו, ושוב לא תהיה מגורשת! כששמע רבא דברים אלה, חפרו פניו, והוא נתבייש מאד על העצה שנתן. כשנתגלה לאחר מכן, כי האשה רק "ארוסה" היתה ולא "נשואה" — קיבלה קידושין וטרם נכנסה לחופה — אורו פניו של רבא, וחדל להתבייש. כי: אם אמרו (קנה בעלה) בנשואה — יאמרו בארוסה? שהרי אין הבעל אוכל פירות נכסי אשתו הארוסה¹¹. לבסוף חזר בו רבא מתירוץ "חלקי" זה, ואמר כי אף אילו "נשואה" היתה, יכולה היתה לזכות בגט באמצעות החרר-החצר הנ"ל. כי כאן "גיטה וחצירה באין כאחד". על ידי הגט היא זוכה בחצר (כשהיא חפשיה מ"שיעבוד" זכות פירותיו של הבעל), ועל ידי החצר היא זוכה בגט!

סוגיא קטנה ו"פיקאנטית" זו היא אחת הסוגיות היורידיות ביותר במובן המודרני ביותר של מלה זו. הוויכוח שבו רחוק מן הפלפול. אינו דש בעובדות בלתי רגילות, ואינו שוקע במושגים רחוקים. הוא מתקדם הגיונית, בוויכוח ברור וצלול אל פיתרון הבעיה. ה"מעשה שהיה" שבו טבעי ורגיל. איש נשוי, ההולך למות, רוצה לשחרר את אלמנתו העתידה מן הזיקה אל גיטה, כדי לאפשר לה להינשא למי שתחפוץ בו. הוא מנסה לגרשה במתן גט, אך נתקל בקושי דתי-הלכתי האוסר עליו למסור את כתב הגט בשבת. בינתיים נעשה מצבו אנוש, והוא ירא פן ימות לפני צאת השבת. בני משפחתו פונים לאמורא הבבלי רבא, ומתנים לפניו את "צרת הבת". הוא מציע להם "המצאה" משפטית: שהבעל יעביר לאשתו את בעלות החרר בו "יושב" הגט, יעביר אותה על ידי קניין שאינו מצדיק כל פעולה אסורה מצידו, היינו קניין "חזקה" של בעילת החרר; האשה תתגרש איפוא, על ידי שהות הגט בחדרה, לאחר שהוא נעשה "חצירה". זאת היתה העצה שיעץ רבא, אך הדבר לא מצא חן בעיני רב עילש, והוא אמר לרבא: ומה תועיל כאן העברת החרר לאשה, הלא היא "קונה" אותו בהיותה עדיין אשתו של בעלה. זכייתה בגט היא בגדר "פירות" של החרר. משל למה הדבר דומה? למציאה שנפלה לחצירה של אשה נשואה. מי יזכה במציאה זו? ברור כי הזוכה יהיה הבעל. וכך גם פה. הגט אמנם לא "יעבור" אליה, אלא יישאר שלו, כי עדיין לא הועבר לאחור, והיא לא תהיה מגורשת!

¹¹ כתובות, דף מז ע"ב, כתוב: נישאת, וברמב"ם פ"ב, אישות, ה"א וא"ה ע"ס סעיף א כתוב: כשנשוא אדם אשה.

בשמוע רבא את "טענותיו" של רב עילש הוא "איכסיף" — התבייש מאר, עד שנתברר כי האשה רק "ארוסה" היתה, והדין הוא שאין ארם אוכל את פירות נכסי אשתו הארוסה. אך בסופו של דבר, חזר בו ואמר, כי אף אילו נשואה היתה, לא היה כל פגם בזכיית הגט, כי במקרה דנן גיטה וחצירה באין כאחד. זאת אומרת: מכיון שהגט, לאחר שיהפוך אותה למגורשת, יפקיע את כל זכויותיו, לרבות את זכות אכילת הפירות, של מי שהיה בעלה, הגעת הגט לחדר שניתן לה הופכת אותה למגורשת, ועושה אותו ל"מי שהיה".

התוצאה החוקית של נתינת הגט, נעשית כאן סיבה לכשרות נתינתו. אם אמנם זהו הפירוש הנכון של דברי רבא, וכך יוצא מדברי רוב המפרשים, ובתוכם המשפטן המבריק ר' אריה ליב הלר, בעל קצות החושן¹², יהיה כאן באמת "צירקולוס וויציוזוס" מושלם: הסקת מסקנות על כשרותו המשפטית של המעשה (מתן הגט), מתוך המצב שיווצר אחרי עשיית המעשה. ממש כמו בעניין ה"פלוגי" שהבאנו, בו נכונות גירסתו על שיחתו עם מלאכים, נוסקת מתוך המהימנות שיהיה זכאי לה, אין ספק, אם הוא מדבר אתם.

ואולם אם נעמיק קצת יותר חשוב, ניווכח כי אין הדבר כן. יש הבדל רב בין הדוגמא ההיא וההלכה. שם השאלה היא אם עובדה מסויימת (מהימנותו של האיש) נכונה היא או לא, ועובדה זו טרם הוכחה, ולכן מותר גם להטיל בה ספק. כאן השאלה היא, מה יחסו של החוק אל מעשה מסויים שתפקידו הוא לשנות את המצב המשפטי הקיים. לגבי זכות-אכילת-פירות של הבעל — שהיא, כפי שראינו, הפוגמת היחידה בכשרותו של מתן הגט — יכולה תורת המשפט לבוא ולהגיד, כי יהא זה מאד משונה ובלתי הגיוני, לסכל את כשרות מתן הגט בשל זכות שהמעשה הנידון בא בדיוק להפקיע אותה. אשה העוסקת בפעולת הגרושין, מותר — לגבי זכויות הבעל — לראות אותה כגרושה, כפי שבאמת ישנו תנא אחד (ר' שמעון) המרחיק לכת ואומר כי משנתן הבעל עיניו לגרשה, שוב אין לו פירות¹³. זה הוא לדעתי הפירוש הנכון של "באין כאחד", וכאן מוצאים אנו לא חשיבה "פלפולית", בלתי נכונה, של משפטן תלמודי, אלא דווקא השקפה משפטית, רחבת-לב, לא-פדאנטית, כדי שלא לסכל את ביצוען של פעולות משפטיות דחופות ונחוצות. זהו הפירוש של "באין כאחד" לגבי גט אשה; זה הוא הפירוש לגבי שטר שחרור¹⁴, וכך יש להבין גם את דברי התוספות בענייני גיור קטן, בו נתעוררה

12 קצות החושן, על שו"ע חו"מ, סימן ר, סעיף ב, ה.

13 גיטין, דף יח ע"א.

14 גיטין, דף עז ע"ב.

השאלה, כיצד יכול הלא-יהודי לעשות שליח למעשה הגיור, והם אמרו: "דכיוון דבהך זכייה (כלומר: מעשה הגיור) נעשה ישראל, הוי ישראל גמור לעניין זכייה"¹⁵.

ראיה ברורה לרעיון משפטי ליבראלי זה, אפשר למצוא, במפתיע, בהקמת מדינת ישראל, שהבאנו לעיל עמוד 155. עובדה זו מראה לנו, כי כאשר המדובר הוא בתהליך משפטי, הולך ומשתנה מיום ליום ומשעה לשעה, כגון זה, אי אפשר, ב"שעון — עצר", לקבוע את כשרותו המשפטית של כל אחד משלבי התהליך. המ ש פ ט הוא — אם מותר לי להתבטא כך — נכס תרבותי-מוסרי, חשוב מדי, כדי להימסר כולו למשפט-נים. משום כך רשאי הוא, לפעמים להיות גם קצת — בלתי חוקי!¹⁶

"משפטים", כרך ג', חוב' 1, שבט תשל"א

15 תוספות כתובות, דף יא ע"א, מטבילין.

16 כי ההנמקה השיפוטית של ההחלטה אינה מוגבלת לנימוקים יודידיים, אמר והדגיש לא מכבר פרופ' קאלינובסקי, בקולוקווים חשוב של משפטים וחכמי הגיון גדולים, שנתקיים בבריטל (בלגיה) בשנת 1970, על הנושא: "הנמקה משפטית והגיון דיאונוטי". המונח "דיאונוטי" לקוח מספרו של ירמיה בנתאם "דיאונוטולוגיה" (תורת החובות המוסריות), 1834. וכך אמר קאלינובסקי בקולוקווים הנ"ל: "Quant à l'application même (du droit), elle n'est pas uniquement judiciaire, loin de là! Chacun de nous passe sa vie à appliquer spontanément le droit et rares sont dans l'existence de la très grande majorité des hommes, les cas où cette application se fait, d'une manière ou d'une autre, avec le concours des tribunaux et au moyen des jugements ou arrêts! S'enfermer dans la salle d'audience, c'est laisser de côté la majeure partie du meilleur de la vie juridique et de la pensée juridique: la législation, l'application *extra-judiciaire* et la pensée discursive sans laquelle ni l'une ni l'autre ne peuvent avoir lieu, autrement dit: les raisonnements qui interviennent de manière essentielle *et* dans la législation *et* dans l'application spontanée du droit, et qui sont bel et bien des raisonnements juridiques".

(Logique et Analyse, Nouvelle Série, mars-juin 1970, Georges Kalinowski, *Le Raisonnement Juridique et la Logique Déontique*, pp. 6, 7).

מצויה והכרחית. נאמר כאן "כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש" — משמע שעל כל פנים בחידוש הדברים אמורים.

אמנם המשפט שלנו — ואת זה רוצה אני להדגיש כאן בפתח דברינו — תלוי במידה יותר מרובה מאשר משפטים אחרים בדעות הדת והמוסר של האומה, מעורה ומסוכסך בהשקפות העולם והחיים שלה. תנאי ההתפתחות של המשפט, ודרכי הביטוי שלה, הם אצלנו הרבה יותר קשים והרבה יותר מסובכים. אולם ההתפתחות כשהיא לעצמה איננה מן הנמנע ואיננה מן האסור. יען כי אחיות המשפט בדעות ואמונות העם, היותו תלוי בהשקפות החיים והמוסר שלו, הוא דבר הגוהג רק לגבי האידיאה הפרמאננטית של החוק, לגבי העיקרים היסודיים שלו, ואולם פירוט הכללים האלה, אופן סיגולם לצורכי החברה ודיישותיה, מילויים באותו התוכן הקונקרטי, הזורם ומתחלף, שאנו קוראים לו בשם חיים, דברים אלה הם תולדות החיים ותוצאותיהם עצמם, ובתורת שכאלה נתונים לשלטונו של החוק האוניברסאלי החולש על ההתחלפות וההתחדשות התמידית של העולם ומלואו.

כדי להוכיח לעצמנו את האמת הפשוטה הזאת, עלינו להעיף עין על היסודות אשר עליהם הושתת המשפט הלאומי שלנו, — על מקורות המשפט העברי.

מקורות המשפט העברי

המקורות העיקריים של המשפט העברי הם שלושה:

- (א) תורה שבכתב;
- (ב) תורה שבעל פה;
- (ג) תקנות חכמים.

תורה שבכתב. התורה שבכתב פירושה הוא: חמישה חומשי תורה, "התורה" במשמע הצד של תיבה זאת. אמנם גם הנביאים והכתובים נמנים עם התורה שבכתב, אלא שהם אינם משמשים מקור הלכה ומשפט. "דברי תורה מדברי קבלה לא ילפינן" (תלמוד בבלי, סנהדרין פ"ג, הלכה ט"ז). רק בתורת "גילוי מילתא בעלמא", בתורת אסמכתא לביאורם של מלים וניבים לשון קשים, משתמשים לפעמים בהלכה גם במקורות אשר בנביאים וכתובים (בבא קמא, שם).

עובדה זו מעניינת מאוד, ביחוד כאשר אנו מעלים על לב, כי בספרי הנביאים ישנם כמה וכמה דינים וגופי הלכות, שלא תמיד עולים בד בבד, על פי פירושה הפשוט, עם הדינים וההלכות המתאימים אשר בספרי התורה. מפור-

המשפט במדינה העברית

השאלה המוצגת כאן בפעם הראשונה לדיון פומבי, היא בתכלית הקיצור זו: מה הוא המשפט שישלוט במדינה העברית? הנמשיך לסחוב אחרינו במשא כבד את סבל הירושה של חוקי תוגרמה, יחד עם כל אותם הנתעים והזמורות שהודרכו עליהם, ללא כל קשר אורגאני, דרך הצינורות השונים של הלגיסלטורה האנגלית? או שמא נחזור כדוכל על פתחי העמים, ונקבל מהם, בחסד לאומים, את אחד הקודקסים החדשים שיצאו זה עתה מבית הנחתום של המחוקק האירופי, — כמעשה קמאל פחה, שליטה של טורקיה, אשר אחרי שנתן גט פטורין למג'לה, ילידת המזרח, קיבל במחי כף אחד, וללא כל היסוסים, את ספר החוקים האולטרה-מודרני של שווייץ הרחוקה? או אולי נרהיב עוז בנפשנו להיות קצת יותר מקודיים, אפילו מן הטודקים הנאורים, וננסה לחדש וליצור בכוחות עצמנו שיטת משפט שלימה, מקיפה, מודרנית, התומכת את יתדותיה באותן ההשקפות המוסדיות והתרבותיות, המונחות ביסוד המשפט הלאומי העתיק שלנו?

מטרת המאמר הזה היא להוכיח את מלא החיוב וההכרח אשר באלטרנטיבה השלישית. לשם זה עלינו להכיר ולבחון מקרוב את אופיו ומהותו של המשפט העברי, ולסקוד סקירה מקיפה את דרכי היצירה וההתפתחות שלו, במשך התקופה הארוכה שעברה עליו מיום היותנו לעם ועד היום הזה. "המשפט העברי" פירושו הוא במאמר זה: החלק החילוני של ההלכה, החוק האזרחי המטפל בסידור יחסי המשפט אשר בין אדם לחברו.

(א) הרקע ההיסטורי

המשפט העברי הוא משפט עתיק יומין, אולי העתיק ביותר בין כל המשפטים הקיימים על פני האדמה עד היום הזה. ואולם דבר נבער יהיה לחשוב, כי משפט זה, בתוכנו ובצורתו דהאידגא, דומה בהחלט, ללא כל שינוי, לאותה הצורה והתוכן שהיו לו בדורות קדמונים, או אפילו לפני אי אלו מאות בשנים. אף מי שרוצה לקיים כצורתו, גם ביחס למשפט, את המאמר הידוע: כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש כבד נאמר למשה מסיני, גם זה יודה ולא יכפור, כי בתוך המסגרת הכללית של העיקרים היסודיים נתבצר מקום חשוב לשינויים ולתיקונים. ישנה ספירה חופשית אשר בה ההתפתחות היא רצויה,

סמים הם המקומות ביחזקאל (מד, לא): "כל נבלה וטרפה מן העוף ומן הבהמה לא יאכלו הכהנים" — "כהנים הוא דלא אכלי, הא ישראל אכלי?" — שואל הש"ס במנחות דף מה ע"א. או, יחזקאל (שם, כב): "ואלמנה וגרושה לא יקחו להם לנשים... והאלמנה אשר תהיה אלמנה מכהן יקחו", בעוד שלפי דיני התורה, ויקרא כא, אלמנה אסורה, כידוע, רק לכהן גדול, ואין הבדל בדיבר מי היה הבעל אשר ממנו נתאלמנה האשה.

דברים אלה לא נעלמו, כמובן, מחכמי התלמוד שלנו, ועל זה אומרת האגדה: "ברם זכור אותו האיש לטוב וחנניה בן חזקיהו שמו, שאלמלא הוא נגנו ספר יחזקאל, שהיו דבריו סותרין דברי תורה, מה עשה? העלו לו שלש מאות גרבי שמו, וישב בעליה ודרשו" (מנחות שם; שבת דף יג ע"ב). יש יסוד להגית, כי סתירות אלה וכיצא בהן הן הן שגרמו לידי הוצאת הנביאים והכתובים מכלל מקורות המשפט וההלכה, ואין כאן המקום להאריך בדבר.

תורה שבעל פה. התורה שבעל פה היא סיכום כל אותם מקורות המשפט וההלכה, אשר, בניגוד לתורה שבכתב, לא נכתבו במשך תקופה ארוכה של קיומם על ספר, כי אם הלכו ונמסרו בעל פה מדור לדור ומאבות לבנים. דברים אלה לא זו בלבד שלא נכתבו למעשה, אלא, יתר על כן, אסור היה לכתבם. "דברים שבכתב אי אתה רשאי לאומרן על פה, ודברים שבעל פה אי אתה רשאי לאומרן בכתב" (גיטין דף ס ע"ב). כמה וכמה חכמים ישבו על מדוכה זו, וטעמו של האיסור המוזר הזה עדיין איננו ברור כל צרכו. מעניינים הם הדברים שכתב בנדון זה אחד מגדולי ההוראה האחרונים, הלא הוא בעל הסמ"ע בהקדמתו לספרו על השולחן ערוך חושן משפט וזה לשונו:

"ונצטוה משה מסיני ללמוד כל אלו לישראל על פה ולא בכתב כמו שדרשו רז"ל וכו' רק יחידים היו כותבים לנפשם, ראשי פרקים והיו קוראים אותה מגילת סתרים, וכתבו הקדמונים הטעם כדי שלא ישנו המינים תורה שבעל פה למינות כמו שעשו לתורה שבכתב וכו' גם כדי שלא יסמכו על מה שכתוב לפניהם ולא יעסקו בה כ"כ בעיון כמו שצריכים לתת לב כשילמדו בעל פה וכו' ואני אומד שגם מהאי טעמא לא דצה הש"י שיכתבו תורה שבעל פה מפני שהדבר שנכתב לפנינו ישתנו בו הפרושים שעליו כמו שהוא בשמע-תין פ' הלולב הגזול שאנו עוסקים בו היום וכו' ויש בזה כמה שיטות ופרושים לא ראי זה כראי זה וכו' ואילו לא נכתבה אלא נמסרה ההלכה עם פרושה מחכם לחכם פה אל פה לא היה בו מחלוקת, ולא היינו צריכים

לכלות ימינו במבוכה ופירוש ההלכה והיינו עוסקים באותן שעות בלמוד אחר...".

אולם איך שלא יהיה טעמו של דבר, עובדה היא כי הרבה מאות בשנים עברו, מבלי שניסו חכמי האומה וגדוליה, נסיון רציני, לכנס ולאסוף את החומר המשפטי וההלכתי המגוון שנצטבר ונתרבה במשך הדורות, ולתת לו את אותה הצורה הקבועה והמסוימת שקיבל לימים, בתקופות המאוחרות, על ידי חתימת המשנה, חתימת התלמוד והקודיפיקציות האחרונות.

ורק מקץ כמה וכמה מאות שנים, אחרי שקיומנו הלאומי כעם בריא יושב ועובד על אדמתו פסק, אחרי שלרגל גזירות אדריאנוס והבאים אחריו היו השרידים הלאומיים המעטים שנשארו לנו צפויים אף הם לכליה ואבדון גמור, והתורה, שארית הפליטה מן החורבן והירידה הכללית, נעשתה לשתית תורות, אחרי שהתקופה של יצירה הנובעת מתוך חיים נורמאליים, ונחוצה בשביל חיים נורמאליים, עברה ובטלה, ובמקומה באה תקופה של אגור וכנוס, תקופה של חבישה ואריזה, ריכוז וצמצום, — אז רק או הגיע תורה של התורה, להיות אף היא, כביכול, פושטת את התגא שלה, לובשת שק ונודדת יחד עם האומה בלבוש הצר, אבל המשמר, של המלה הכתובה. זאת היתה פעולתו ההיסטורית של רבי יהודה הנשיא, רבנו הקדוש, בסוף המאה השנייה לספירה הרגילה. הוא כינס את חכמי דורו, אסף את כל המימרות והדינים שהיו מקובלים בידם ושגורים על פיהם בכל ענפי המשפט וההלכה, וכתב אותם על ספר, ספר המשניות או שישה סדרי משנה, על אף האיסור החמור שהיה נוהג מימים קדמונים. "עת לעשות לד' הפרו תורתך". דרך אגב: "מצוותיך" לא כתוב כאן, כתוב "תורתך" — דבר הנותן אופי אחר לגמרי לרעיונו וחשיבותו של הפסוק הזה.

(ב) דרכי ההתפתחות

התורה שבעל פה, כלומר סיכום כל אותם ההלכות והדינים הקדומים שהם מחוץ למסגרת התורה הכתובה, היתה בתחילה אך ורק בבחינת מילואים לתורה שבכתב. יש לנו בתורה כמה וכמה פרשיות סתומות ודינים מקוטעים, שאי אפשר לנו בשום פנים לתארם לעצמנו בלי מציאות של ביאורים ומילואים במסורת שבעל פה. התורה, למשל, מביאה בפרשת משפטים כמה דינים בענייני שומרים, ואיננה מפרשת לנו באיזה שומר הכתוב מדבר; התורה כותבת "וקשרתם לאות על ידך", ואינה אומרת לנו מה ואיך צריך לקשר; התורה מצוה עלינו את השחיטה, ואינה מגלה לנו מאיזה מקום שוחטים

את הבהמה. שפרשה ראשונה נאמרה בשומר חנם, שניה — בשומר שכר, שהדבר הנקשר על היד הוא התפילין, שהשחיטה היא מן צוואר ולא מן העורף — כל אלה וכיוצא בהם למדים אנו אך ורק מפי המסורת שבעל פה, שהיתה קיימת על ידה ובצדה של התורה הכתובה.

תפקיד ממלא ומבאר זה של המסורת היה כאמור בתחילה עיקר תפקידה ועיקר תעודתה. היא — המסורת — לא ניסתה מצדה "להתקרב" אל התורה שבכתב, ומכל שכן להשתרש בה, היינו: למצוא בה אחיזה וסמך לכל אותם הדינים והמנהגים המקובלים שהיו נוהגים מימי קדם בצורה זו או אחרת בחיי האומה. נסיון כזה, אלמלי נעשה, גם לא היה מצליח. יען כי כל זמן שהתורה הכתובה אף היא לא היתה עדיין לנחלת העם, וידעת התורה והמשפט היתה עניין רק לקומץ קטן של כוהנים, סופרים ושופטים שעמדו בראש השבטים או האומה, כל זמן שנמשך מצב זה — והוא נמשך כידוע כל ימי הבית הראשון ותחילת הבית השני — היוווג בין שני מקודות הלכה אלה לא היה עולה יפה. מן ההתמוגגות הזאת לא היו נהנים לא הפרסטיזיה של המסורת ולא הפופולאריאציה של התורה הכתובה, כפי שברור לכל מי שיודע את תולדות התקופה ההיא.

ורק בתקופה מאוחרת, כאשר תחת השפעתה של אותה ההתעוררות הרתית והלאומית הגדולה שבאה לרגל כרוז כורש מלך פרס, בעקב הפעולה הכבירה והממושכת של עזרא הסופר ואנשי כנסת הגדולה, התחילה התורה לחדור לתוך תוכם של חיי העם, ולמלא אותם לכל תוכנם ולכל היקפם, אז רק אז יכול היה להיווצר הקרקע אשר בו צמחה השאיפה ההיסטורית לקשר ולחבר את שני המקודות האלה, לקחת את המסורת העשירה והמגוונת על כל אותם הדינים והמנהגים, חדשים וישנים גם יחד, ולהשריש אותם בתוך התורה העתיקה הכתובה, — התורה אשר בה היו קשורים זכרונות העם על תור הזהב של העבר ההיסטורי הקדום — והיותר מאושר — שלו.

זה היה תפקידו של "מדרש ההלכה", של כל אותן הדרשות והאסמכתאות, מקצתן מסורתיות ומקצתן מחודשות, כל אותן "המידות" של הילל הזקן ורבי ישמעאל ורבי אליעזר בנו של רבי יוסי הגלילי, שהלכו והקיפו קימעא קימעא את כל האוצר הרחב של המסורת העממית.

ואולם פעולתה של ההלכה לא נסתיימה בזה. תעודתה היתה לא רק ליצוק את היין החדש לתוך הקנקן הישן, אלא למצוא לו גם קנקן חדש במקום שהישן משום מה איננו ממלא עוד את תפקידו כראוי. התפתחות המשפט בעיקר, סיגולו לצורכי החיים ולדרישותיהם, הכשרתו לקלוט ולשעבד אל

עצמו את הוויות העולם לכל פרטיהם ודקדוקיהם, — זאת היא המטרה שהציגו לעצמם חכמי ההלכה.

אין זה תפקידי להרחיב כאן את הדיבור על הלכה בכלל, רצוני לצמצם את הדיון בגבולות התפתחות המשפט, שהוא, לפי ההגדרה שנתתי בפרק הקודם, אותו חלק של ההלכה המטפל בסידור היחסים המשפטיים אשר בין אדם לחברו, הוויות העולם וענייני החיים החילוניים בלבד.

וכאן, ביחס למשפט, נתקלים אנו בהופעה מעניינת, והיא שדרכי התפתחותו דומים מאוד מאוד לדרכי התפתחותם של משפטים אחרים, לרבות המודרניים שבהם, הופעה לכאורה תמוהה מאוד, בשים לב אל העובדה כי בנוגע לתוכן המאטריאלי של החוק השפעת הגומלין שבינו ובין משפטי העמים אינה גדולה ביותר. אינטרפרטאציה מחדשת ומחודשת של כללי משפט עתיקים; הסגת גבול — פעמים מרחיבה ופעמים מצמצמת — לגבי שטח קיומם המסורתי של הכללים האלה; חידוש מקורי מכוסה יריעה דקה של עיקר משפטי קדום, אשר מלכתחילה נוצר לשם מטרה אחרת לחלוטין — אלה וכיוצא בהן הדרכים, אשר בהן הלכו חכמי ההלכה, כדי להמשיך ולפתח את חוט המסורת המשפטית. ואת הרעיון הזה רוצה אני לבאר על ידי אי אלה דוגמאות.

המשפט העברי, ביחוד המשפט העתיק, מצטיין בפורמאליות יתירה. כל שינוי ושינוי בספירה המשפטית של החיים, אפילו השינוי הפעוט ביותר, צריך שיהא נחתם על ידי איזה מעשה מוחשי נראה לעין, על ידי הפעולה הסמלית של "הקניין". ההסכם לבדו — גמירת דעתם של הצדדים — יש אמנם בידו לתת כיוון לקניין, להטיל בו תנאי, להגביל לו זמן וכדומה, אבל אין בידו, לבד ממקרים מעטים מאוד, למלא את מקום הקניין עצמו.

הקניינים של המשפט העברי העתיק נחלקו בעיקר לשני סוגים: קנייני מיטלטלין וקנייני דקעות. חוץ מקניינים אחרים יוצאים מן הכלל, הרי כל שאר הקניינים נעשים בצורת תפיסה וקבלת חוקה על הדבר הנקנה. הקונה צריך לעשות איזה מעשה שבו הוא מראה ומסמל כלפי חוץ, כי הדבר הנקנה עומד מכאן ולהבא ברשותו שלו, שהוא הוא בעליו. צורות הקניין הן בהתאם לתכונות השונות של הדברים הנקנים עצמם. יש שהחוק דורש כי הקונה ימשוך את הדבר, יש שהוא דורש כי הקונה יגביה אותו, לפעמים נחוצה מסירה, לפעמים — יד, לפעמים — חצר, בקרקעות צריך שהוא יתן כסף, שטר, או שיעשה חוקה, ינעל, יגדור, יפרוץ, ימסרו לו מפתחות וכל כיוצא באלה. התוצאה היא כי מי שרוצה לקנות בבת אחת עצמים מרובים, אין לו דרך אחרת בלתי אם לעשות בכל דבר ודבר את הקניין הראוי לו, — מצב שאין בידו

לספק את צורכי החיים במשטר חברתי פחות או יותר מפותח במובן המסחרי. והנה, מתוך הכרת חיים זה, התחיל המשפט המאוחר שלנו לעשות פרצים בחומה הבעורה של הפורמאליות העתיקה. לכאורה — כלפי חוץ — לא נשתנה כמעט כלום, עצם הדרושה הפורמאלית של עשיית הקניינים לא נתבטלה כלל וכלל, אלא שמבפנים התחילו להרחיב ולמתוח את המסגרת הצרה שלה, לעשות אותה ליותר נוחה ויותר קלה, יותר אלגנטית ויותר גמישה.

את המטרה הזאת השיג המשפט העברי בתחילת המאה השלישית בקירוב, על ידי הנהגת קניין ישן חדש והפצתו, ישן בתוכנו וחדש בשימוש, הקניין הידוע בשם קניין סודר או חליפין. צורת הקניין הזה פשוטה מאוד: הקונה נותן למוכר איזה חפץ קל ערך, על פי דוב את סודרו, ו"תמורת הסודר הזה" מקנה לו המוכר את הדבר הנמכר. בו ברגע שנעשה הקניין, עובר הנמכר לבעלותו של הקונה, בין אם הוא מיטלטלין בין אם הוא קרקע, בין אם הוא נמצא כאן בין אם הוא במקום אחר. אלא שהקונה כמוכר, צריך לשלם למוכר את המחיר המותנה, בהתאם לתנאי החוזה שנעשה ביניהם.

וזהו הדרך הרעיונית אשר בה הגיעו חכמינו לקניין "המהפכני" הזה, מבלי לחולל שום מהפיכה בספירה השקטה של המושגים המשפטיים המקובלים. מאז ומעולם היה קיים הכלל — ביתר דיוק: היוצא מן הכלל — המשפטי: כל המיטלטלין קונין זה את זה (בבא מציעא דף מד ע"א). זאת אומרת: למרות הכלל הידוע שאין מיטלטלין נקנים אלא במשיכה או קניין דומה לה, ואפילו קבלת המחיר המלא על ידי המוכר איננה מקנה לקונה את החפץ הנמכר, כל זמן שהחפץ הזה לא הוכנס באיזה אופן שהוא לרשותו של הקונה (דאה בבא מציעא דף מז ע"ב), הרי במקרה של חליפין, היינו: החלפת חפץ בחפץ ולא קניית חפץ במעות, משיכת החפץ האחד על ידי הקונה האחד מקנה לקונה השני את החפץ השני, מבלי שיצטרך אף הוא לעשות קניין בחפץ הנקנה על ידו.

והנה בחליפין אלה — האמיתיים — הנקראים בשם "חליפין שווה בשווה", אין צורך דווקא כי שני החפצים יהיו שווים זה לזה בערכם בהחלט, — דבר כזה איננו בנמצא כלל — ובמקרה של הבדל במחיר, משלם כרגיל האחד לשני את ההפרש במעות. יכול אדם, למשל, להחליף שור בחמור, ומשיכת החמור מקנה לשני מיד את השור, אלא שהוא מחויב לשלם אחר כך לראשון את ההפרש במוזמנים. והוא הדין, כמוכר, במחליף שור בשה, או שור בתרנגול, וכן הלאה, וכן הלאה, עד שבדרך של הדרגה איטית אנו מגיעים סוף סוף לידי המסקנה המפתיעה, כי כל חפץ נקלה וקל ערך, כגון מחט קטנה, יכול

לשמש "חליפין" לקנות בו ארמון שלם. ומתן המחט הקטנה פוטר את הקונה מן הטירחה המרובה לעשות את כל הקניינים השונים בדברים הנקנים על ידו. אנו רואים: מן החליפין האמיתיים — חליפין שווה בשווה — הגענו בדרך הגיונית — אולי יותר מדי הגיונית — אל החליפין המדומים, הפיקטיביים, אל "קניין החליפין", קניין שלפי צורתו המשפטית הוא אמנם חליפין, אבל לפי תוכנו הממשי, הכלכלי, אינו אלא קניית חפץ או ריבוי חפצים בכסף מלא.

וכן נעשה הדבר, ובדרך זו נתקבל הקניין הזה לתוך מערכת הקניינים של החוק. בכל מקום שמפאת איוו סיבה שהיא, קשה או לא נוח היה לקונה לעשות את הקניין האינדיווידואלי המיועד לאותו דבר, אם מחמת ריחוק מקום ואם מחמת ריבוי החפצים הנקנים, התחילו להשתמש בחליפין הפיקטיביים האלה של קניין סודר. הקונה נתן למוכר את סודרו, וגם זה רק בתורת מתנה על מנת להחזיר (נדרים דף מח ע"ב, ראה רש"י קידושין דף ו ע"ב ד"ה אלא) — ותמורת הסודר היקנה לו המוכר, בתורת "חליפין", את כל הנכסים, דניידי ודלא ניידי, שרצה להקנות לו במקרה הקונקרטי ההוא. הדברים הגיעו לידי כך, שבמשך זמן מועט נעשה קניין זה להקניין בהא הידיעה, דחק את רגלי כל שאר הקניינים, והוציא אותם למעשה כמעט לגמרי מתוך השימוש. כל מקום שנאמר קניין סתם בתלמוד, אינו אלא קניין חליפין. זאת היתה "מהפיכה בלי דמים", אשר שינתה כליל את פני הדברים בשטח יחסי הקניין, מבלי לגרוע כלל מעתיקותם של הכללים המשפטיים הקדומים.

דוגמה אחרת, מאותו הסוג, אבל שונה במקצת היא קניין אגב קרקע. "נכסים שאין להם אחריות, נקנים עם נכסים שיש להם אחריות בכסף בשטר ובחזקה" — אומרת המשנה בקידושין דף כו ע"א. פירוש הדבר: אם אדם קונה קרקע ועושה בה את הקניין הראוי לה, אזי הוא יכול לקנות אגב הקרקע, ובלי שום קניין נוסף, את כל המיטלטלין שהמוכר מוכן להקנות לו יחד אתה. גם הקניין הזה, "קניין אגב", בצורתו הנוכחית, עבר דרך כור המצרף של השתלשלות ארוכה ומגוונת. בתחילה דרש החוק — ויש סימנים בדורים לכך במקורות שונים — שיהיה איזה יחס פנימי, כלכלי, בין המיטלטלין והקרקע ("אחדות הממכר"), או שיהיו נמצאים על הקרקע עצמה ("צבורין"); בתקופה יותר מאוחרת ויתרו על הדרושה הזאת (ראה את הסוגיא בקדושין דף כו ע"א עד דף כז ע"א), אבל המשיכו לאחוז בתנאי היסודי, כי המוכר ימכור לקונה קרקע ממש, אם כי בשיעור פעוט מאוד, אפילו "כדי נעיצת מחט". במשך הזמן ויתרו גם על הדרושה המינימאלית הזאת. אין צורך שלמוכר יהיה

קרקע ממש, די לנו אם הוא מודה שיש לו קרקע. כי הודאת בעל דין כמאה ערים דמיא, או — עוד יותר מזה — די לנו באותה הקרקע שיש לכל אחד מאתנו בארץ ישראל, כי "אין לך אדם שאין לו ד' אמות בארץ ישראל. דקרקע אינה גגולת..." (תוספות בבא בתרא מד ע"ב ד"ה דלא).

אנו עדים כאן לדרך ארוכה ומעניינת מאוד בהשתלשלות ההיסטורית של הקניין הזה: מן בעל הקרקעות העשיר המוכר את אחוזותיו יחד עם האיב-וונטר שבהן, עד החנווני היהודי העני, המוכר את מיטלטליו בפולניה, אגב ד' האמות "השייכות" לו בארץ ישראל.

בשתי הדוגמאות האלה, ויכולנו להוסיף עליהן כהנה וכהנה, אנו מוצאים את כל האלמנטים שמניתי לעיל בדרכי התפתחות המשפט. מדחיבים את גבולו של הכלל המשפטי העתיק, נותנים לו אינטרפרטאציה חדשה או מחודשת, ובדרך זו יוצרים, לפי הצורך, ערכי משפט חדשים שאינם פוגעים אף במשהו ברציפות ההיסטורית של המסורת העתיקה, וכל זה לא בלי כוונה תחילה, אלא מתוך רצון ברור וקבוע מראש, להתאים את הקצב האינרטי של החוק אל הקצב הדינאמי של צורכי החיים המתקדמים ודרישותיהם.

(ג) הקודיפיקאציות

בסוף המאה החמישית — תחילת המאה השישית נחתם התלמוד על ידי תלמידי רבינא ורב אשי. באמצע המאה השש עשרה נחתמה הקודיפיקאציה האחרונה שלו, "השולחן ערוך" של רבנו יוסף קארו. כאלף שנים מפרידות בין שתי נקודות היסטוריות אלה, אלף שנים שבהן לא פסק אף לרגע קיומו — ובמידה ידועה גם התפתחותו — של המשפט העברי.

במשך תקופה זו הוסג המרכז — יותר נכון: הוסגו המרכזים — של חיי האומה פעמים דבות. התורה גלתה והתליפה את מקום שכינה: ארץ ישראל, בבל, אפריקה הצפונית, צרפת, ספרד, אשכנז ופולניה — אלה הן התחנות השונות בדרך נודדיה הארוכים, ההולכים ונמשכים עד היום הזה. כל תחנה ותחנה קובעת פרק מיוחד, חוליה מיוחדת, בשרשרת התפתחות או פיו של המשפט העברי. כל ארץ וארץ מוסיפה לו גוון חדש, אידיאולוגיה חדשה. המחשבה הצלולה, הבהירה והשיטתית של גאוני בבל; החקירה האנאליטית, המנתחת ומבחינה, של חכמי ספרד ופרובאנס; חריפות המחשבה והדיאלקטיקה של רבני אשכנז ופולניה, כל זה ביחד נתן לספרות התלמודית, ביחוד לחלק המשפטי שבה, את אותו הצביון הספציפי המיוחד לו עד היום.

ואולם מה רב ההבדל אשר בין שתי התקופות, בין האלף האחרון אשר לפני

חתימת השולחן ערוך והאלף הקודם לו. בעוד אשר בתקופה הקודמת היו לנו מוסדות מרכזיים יחידים, שמצודתם היתה פרושה על גילויי הרוח וצורות החיים של כל חלקי האומה, הרי בתקופה המאוחרת, ביחוד בחציה האחרון, לא היה לנו מקור אחד ויחיד, מרכז ומשפיע שכזה, לא בית מקדש ולא כהן, לא אנשי כנסת הגדולה ולא סנהדרין, — ואף לא ישיבות באמת מרכזיות. קרועה היתה המסגרת החיצונית של חיי האומה, וקרועה ופזורה היתה גם נשמתה.

וכאשר הגיע תורן של הקודיפיקאציות הגדולות, כשבא הזמן לאסוף, לקבץ ולנסח את כל החומר העניקי שנצטבר ונתרבה במשך הדורות, אזי הודגש במלוא החדיפות חסרונו של מרכז רוחני אחד ויחיד בישראל. אף אחת מן הקודיפיקאציות הראשונות: יד חזקה להרמב"ם (סוף המאה השתים עשרה), ספר מצוות גדולות (סמ"ג) לר' משה מקוצי (אמצע המאה השלוש עשרה), וארבעה טורים לר' יעקב בר אשד (אמצע המאה הארבע עשרה), לא הצליחה לחדור לתוך כל חוגי העם, לא נתקבלה כספר חוקים בעל סמכות מוחלטת בכל תפוצות הגולה.

וכשהצליח הדבר הזה בידי רבנו הגדול ר' יוסף קארו באמצע המאה השש עשרה, אזי עלתה לנו הצלחה זו במחיר גבוה מאוד, במחיר האחרות הפנימית של המשפט העברי. הסיבה העיקרית להצלחת מפעלו של ר"י קארו כלולה בזה, שהוא ברוב ענוותנותו ביטל כביכול את עצמאותו, ויותר כמעט לגמרי על הכרעת ההודאה לצד השקפותיו האישיות. הוא העמיד את השולחן ערוך על שלושת עמודי ההוראה: הדי"ף, הרמב"ם והרא"ש, ובכל מקום שמצא חילוקי דעות ביניהם הוא הכריע על פי רוב דעות. ברור למדי כי בשיטה זו, העיקרים המונחים ביסוד ההלכות הבודדות מוכרחים לסתור במידה ידועה זה את זה. אם ביחס למוסד משפטי אחד אנחנו הולכים בנקודה אחת עם הדי"ף והרא"ש נגד הרמב"ם, ובנקודה שנייה עם הדי"ף והרמב"ם נגד הרא"ש, ובנקודה שלישית עם הרא"ש והרמב"ם נגד הדי"ף, מן ההכרח הוא כי התוצאה הכללית, האחרונה, לא תהיה דומה לא לזו של הדי"ף ולא לזו של הרמב"ם ולא לזו של הרא"ש.

ואולם למרות חיסרון זה, ואולי יותר נכון: בגלל החיסרון הזה, נתקבל השולחן ערוך במשך זמן קצר, וכמעט ללא כל התנגדות, כספר חוקים אוטוריטיבי בכל תפוצות ישראל. החומר ההלכתי והמשפטי גדל ונתרבה לאין ערוך במשך הדורות, ואתו יחד גדלו ונתרבו גם חילוקי הדעות אשר בין החכמים. לא היתה אף הלכה, אף דין אחד שלא בחלקו בו כמה וכמה

פעמים. לא היתה אף שאלה אחת שלא נפתרה בכמה וכמה אופנים. מה שהיה נחוץ עכשיו, הדבר אשר אליו שאף העם היה: קביעת סדר ובטחון בחיי המשפט וההלכה. מה בצע בקודיפיקאציה אוניטארית, בעלת רוח אחת, בעלת כיוון אחד, כגון זו של הרמב"ם או כגון זו של בעל הטורים שהלך בשיטת הרא"ש אביו, אם צריכה היתה לתכות מאות בשנים עד שהלכות והדינים והמנהגים שלה יתקבלו כחוק ולא יעבור בכל הארצות, בכל הישיבות ובכל הכיתות? דרישת הזמן היתה: יצירת ספר חוקים מקיף, מסודר יפה למקצו-עותיו, אשר כל הלכותיו יתקבלו בלי שום התנגדות בין אצל הספרדים בין אצל האשכנזים ובין אצל הפולנים, ויהיו מוכרים כבעלי תוקף חוקי על ידי כל השיטות והאסכולות. ספר-חוקים כזה, ודווקא בשל שיטת המאיריזאציה שבו, הומצא לנו על ידי ר"י קארו בעל השולחן ערוך.

ואולי היתה לו לר' יוסף קארו עוד כוונה אחת, אולי הגה בלבו מחשבה מעין זו: סוף סוף השיטה במשפט היא דבר סקונדארי, הפרימארי, הראשוני, הוא המשפט בעצמו. אין המשפט נבנה במחשבה תחילה על פי איזו שיטה מסוימת וקבועה מראש, אלא להיפך, את השיטה הזאת אנתנו מוצאים, יתד נכון: אנתנו מוצאים מתוך החומר הנוקשה והבלתי מסודר של המשפט עצמו, כדי ליצור לנו בסיס מוצק שעליו נוכל להמשיך ולפתח את המסורת המשפטית בלי שנצטרך תמיד, בכל מקרה ומקרה, לחפש ולמצוא את הפתרון בתוך הדברים המפורשים של החוק עצמו. ובכן — אמד לעצמו בעל השולחן ערוך — אברא לי קודם כל משפט, משפט מוכר ומקובל בעל חוקף וסמכות מספיקה, ואת השיטה שבו, את הרעיונות היסודיים שלו, ימצאו להם האחרים, כלומר ימצאו אותם ויכניסו אותם לתוך החומר המשפטי הקיים.

הרעיון הזה אינו אבסורדי כלל וכלל, למרות היותו נראה כזה על פי מושכל ראשון. סוף סוף זו היא הדרך אשר בה הלך מעולם המחקר המשפטי, מימי הגלוסאטורים והפוסטגלוסאטורים הרומאים ועד אחדוני הקומנטטורים של החוקים האירופיים. התנאי היחיד למחקר המשפטי הוא: להגית את ההנחה היסודית כי יש איזו שיטה מסוימת בדברי המחוקק. אבל לאו דווקא את השיטה המתאימה לכוונתו של המחוקק אנו מבקשים, אלא את השיטה, אשר עם היותה מתאימה לצרכים ולדרישות שלנו יכולה גם להיות מותאמת לצורה החיצונית של דברי המחוקק. לשון אחר: כל עבודה מדעית בנוגע לאיזה משפט שהוא, אפשרית רק על סמך הנחה, כי ביסוד המשפט הזה ישנה איזו שיטה קבועה ומסוימת, שיטה שהיא מקרבת רחוקים ומאחדת נפרדים — בלשון חז"ל: ענייה במקום זה ועשירה במקום אחר — וממלאה

על ידי כך את הלקויים והחסרים המצויים בכל משפט ומשפט. אם הדבר הזה הוא נכון או לא, אם השיטה הזאת היא היסטורית-אמיתית או פיקטיבית-מדומה, זה לא חשוב כלל וכלל לגבי המחקר הדוגמאטי, את השיטה אנו מניחים, מניחים אותה מתוך הכרת, כי כשם שחוקר הטבע אינו יכול לעבוד ולחקור בלי ההנחה הקודמת שאין מאורע בלי סיבה — הנחת הקאוזליות או הסיבתיות שלהוכיח אותה איננו יכול בשום אופן — כך גם עבודת המחקר של חכמי המשפט אי אפשר לה בלי הנחת השיטתיות אשר במשפט הנדון. כך היה צריך הדבר להיעשות גם ביחס לקודיפיקאציה האחרונה שלנו, ביחס לשולחן ערוך, אבל דא עקא שחכמינו נהגו בו מידה אחרת לגמרי.

הספרות הרבנית המאוחרת לא ניגשה אל השולחן ערוך כאל קודיפיקאציה שלימה ומושלמת, עשויה חטיבה מוצקה אחת, שהאידיאה שבה היא העיקר, ושצריך לקרוא בה בין השיטין הדבה יותר מאשד בשיטין עצמם, אלא — היא הכירה בו אמנם, אבל רק בתור מוזאיקה, בתור הלכות בודדות, בתור קובץ של דינים מלוקטים ומסודרים, הקיימים ומחייבים דק עד כמה שהם קיימים. וכשברדקו ומצאו פגם באיזה מקום שהוא, איזה ליקוי בחסד ויתר, איזו הלכה שנפקד מקומה, הם לא ניסו למלא את החלל הזה מתוך רוח הספר עצמו, אלא הלכו וביקשו את התשובה במקום אחר, והכריעו את ההלכה — עוד פעם — ברוב דעות! במלים אחרות: שיטתו של ר' יוסף קארו התנקמה סוף סוף בספרו.

ותוצאת ההשתלשלות הזאת היתה, כי במשך ארבע מאות השנים האחרונות הלכה ונוצרה ספרות משפטית רבת כמות ומסועפת לאין ערוך, שהאפילה בכובד משאה על הקווים הבהירים והברורים של השולחן ערוך עצמו. היא החזירה אותנו לאותו המצב המסובך והמעורפל שנמצאנו בו לפני חתימתו. והדברים הגיעו סוף סוף לידי כך, שגם בפסקי הדין של הגדולים שלנו, במקום שהמשפט נתקל והתנגש בצדכים הדחופים של החיים, והיה מוכרח לפלס לו נתיב אל הנקודה הנכונה, הדרך לנקודה זו היתה לפעמים כה קשה וכה מסובכת עד שפעמים היה צורך והכרח לעקם את הקו כדי להגיע אל המטרה הישרה והנכונה.

(ד) תקופת הפלפול

בשלושת הפרקים הקודמים ניסיתי לסקור את המשפט העברי לכל אורך ההיסטוריה שלו. נוכחתי לדעת כי משפט עתיק זה לא פסק מלהתפתח ולסגל את עצמו לצורכי החיים במשך כל תקופת קיומו, כי ההשקפות המשפטיות

של החוק עמדו מעולם במגע ומשא עם ההשקפות המוסריות והתרבותיות של הדור, הושפעו מן החיים, והשפיעו גם הן מצידן על החיים.

ואולם השפעת גומלין זו, שהיתה בדורות הראשונים ישרה, פשוטה, בלתי אמצעית, הפכה במרוצת הזמן, עקב התפוררותם של מרכזי האומה, להשפעה מודרכת, בלתי ישרה, אמצעית, להשפעה בעלת חוליות רבות, הפועלת באמצעות מתווכים, שלוחין ושלוחי שלוחין. המשפט שהיה תחילה בבחינת מלך הפורץ גדר ואין מוחין בידו, ירד למדרגת הדיוט, אשר בפגוע באיזה מכשול, איזו מוזיצה, עליו ללכת סתור סהור עד שהוא מגיע אל השביל הצר המוליך אותו אל תוך הכרם הנכסף.

והדרך המקיפה והמעקפת הזאת, אף היא לא במאמר אחד נבראה, היא היתה פרי מאמצים מדובים וחיפושים ארוכים. זה היה יעורו ההיסטורי של הפלפול, אשר בעת מצוקה לישראל בשעה שנסתמו כמעט כליל מקורות היצירה התופשית של העם, יצר את המנגנון המחשבתי המיוחד, אשר עתיד היה לשמש שתוסם ו"מוצא מאונס" לאותם המניעים הטמירים, המתקדמים, הפועלים מתחת לשטח הנראה של החיים.

אין כאן המקום להרחיב את הדיבור על מקומו וערכו של הפלפול בכלל. זהו עניין הקובע שאלה לעצמה, שאלה מענינת מאוד, אשר יד המחקר הרציני טרם נגעה בה. רצוני רק לציין במלים ספורות, מעטות ככל האפשר, את מהותו הפנימית של הפלפול, ואת התפקיד החיוני שמיילא בסיגולם המתקדם של המושגים המשפטיים.

הפלפול הוא ההיקש מן הפרט על הפרט שלא באמצעות הכלל. הוא אינו חודר אל מרכז המחשבה, איננו מעפיל אל המקור, אלא משרך את דרכו במעגל, ומקיף את המרכז מן הצד.

הפלפול הוא "רובוט" של הטכניקה ההגיונית. הוא יכול להוכיח, יכול לסתור, יכול להרוס ויכול לבנות, הוא — כל יכול. הוא חסר דבר אחד בלבד: הרצון אשר מחוצה לו, שהוא ורק הוא מכוון מבחוץ את כל תנועותיו והליכותיו של המנגנון המסובך.

מכאן, כי המכריע הוא הארון אשר אותו משרת הרובוט הזה, הרצון המכוון ומניע, מתוך הכרה ברורה, את גלגלי המנגנון שבו. ואם הרצון הזה הוא קונסטרוקטיבי, שואף ליצירה ובניין, ואיננו נגרר אחרי שעשועי הבל ולהטי סרק, אזי אין ערוך לתועלת שאנו יכולים להפיק משירותו הכביר של המכשיר העיוור הזה. ובדרך זו נעשה הפלפול, מדעת ושלא מדעת, למנוף רב ערך בסיגולו של המשפט הקדום אל צורכי החיים החדשים. כל מקום שבו

נתקלו גדולי ישראל בשאלה משפטית קשה, שאלה חדשה ובלתי צפויה, אשר אי אפשר היה לפתור אותה במישרין מתוך החומר המשפטי הקיים, היו משתמשים בדרכי המחשבה של הפלפול, על מנת להשיג בדרך אמצעית ועקלקלת את המטרה ההגיונית, הישרה, אשר נבצר מהם להגיע אליה בדרך הקצרה והפשוטה. לשון אחר: הפלפול שימש לדין אמצעי תחוקה "פרטי", כביכול, כדי למלא ולתקן במקרה הקונקרטי את אותם הליקויים שנתגלו בחוק, אשר לא היה בידו לתקנם, מחוסר סמכות מספקת, בדרך התחוקה הכללית הרגילה.

ואולם לשיטת הודאה זו — שהיתה כמעט כללית במשך ארבע מאות השנים אשר אחרי תתימת השולחן ערוך — ישנו חיסרון אחד, חשוב מאוד: לא זו בלבד שהדרכים אשר היא הולכת בהן הן דרכים קשות ומסובכות, שלא כל אחד ימצא בהן על גקלה את ידיו ואת דגליו אלא — מה שהוא עוד הרבה יותר חשוב: היא מוותרת מדעת על תפקיד אחד, יסודי, של המשפט, התפקיד להיות מכוון וקובע מראש את סדרי החיים.

כי המשפט שני תפקידים לו, שניהם חשובים במידה שווה: האחד לסדר, לפשר ולפתור את מקרי ההתנגשויות אשר כבר התרחשו בעבר, והשני לסמן ולהציב גבולות מראש במקום ההתנגשות האפשרית, על מנת למנוע קונפליקט-טים בעתיד. האחד הוא בבחינת ריפוי המכה, והשני בבחינת "מקדים רפואה למכה". איש היודע, למשל, כי במכרו סוס בעל מום לחברו, הקונה יהיה רשאי לדרוש את ביטול המקח והחזרת המחיר יחד עם הריבית והוצאות המשפט ושכר עורך דין, ימלך בדעתו אחת ושתיים לפני שהוא מכניס את ראשו לתוך הסכנה הזאת. במלים אחרות: המציאות של כללים ודינים קבועים מראש למקרי חיים ידועים, פועלת ומשפיעה מלכתחילה על עצם התהוות המקרים.

השפעה "פרופילקטית" זו של המשפט אפשרית רק במקום שכללי המשפט קבועים ומסוימים מראש — אם בצורת חוקים מפורשים ואם בצורת פסקי דין בעלי סמכות מחייבת — לפני שהתרחשו המקרים הקונקרטיים אשר עליהם הם חלים. אבל במקום שדינים אלה הם יצירי רוח גאוניים של דיינים תריפי מוח, המתאימים אותם לאחר מעשה למקרים שכבר התרחשו בחיים — ובלי סמכות כללית מחייבת של "תקדים" משפטי — אזי הם יכולים לכל היותר לתקן את המעוות שנעשה בעבר, אבל אינם יכולים לשמש מורה דרך לעתיד, ולהיות מה שכל משפט צריך להיות: אומן פדגוג המחנך וקובע את התכונה המוסרית של הדור. והתוצאה הישרה והבלתי אמצעית של כל זה היתה, כי

המשפט הלאומי העתיק שלנו, המשפט שהיה מיועד מתחילת ברייתו לשמש רגלמנטציה מלאה של כל סדרי החיים שלנו, חדל להיות גורם מוסרי מכריע בחיי האומה.

כל אותן "המידות הטובות" שרכשנו לנו במשך ימי הגלות הארוכים, כל אותן התכונות "היפות" שקנינו לנו ביחסים שבינינו לבין עצמנו וביחסים שבינינו לבין העמים האחרים, כל אותה העקמומיות שבלב ושבמחשבה אשר אנו רגילים לכנות איתה בשם "ירידת הגלות", — מי יודע אם דק לחץ הגויים, אם רק הגלות איטמה בזה. הירידה הזאת לא היתה מתרחשת אילמלא היו הכיפוט וההוראה שלנו נותנים למוסדות החיים להישמש מידם, ולא היו מוותרים, מדעת או שלא מדעת, על התפקיד החשוב: להיות מחנכיו ומדריכיו של העם, על פי דרכו, על פי תכונתו ועל פי תנאי החיים שלו. כי כלל גדול הוא מאז ומעולם: המשפט ורק המשפט הוא הקובע את פני הדור, הוא ורק הוא יוצר את הרמה המוסרית הכללית — המינימאלית — אשר כל ירידה הימנה נחשבת להתנקשות בחיי החברה, ומקבלת את ענשה הראוי מידי החברה עצמה.

*

הגענו לסוף הסקירה ההיסטורית של המשפט העברי. הרחבנו את הדיבור על התפתחותו הבלתי פוסקת של המשפט העתיק הזה, יען כי ממנה פינה וממנה יתד לשאלה המרכזית הכעניינית אותנו במאמר זה והיא: מה הוא המשפט אשר יש לו טיב במדינה העברית העתיקה? שאלה אחת שהיא שתים לפנינו:

(א) החיים הללו אינן כבר פרקו מעליהם את עול המשפט הלאומי, אשר כבר השתחררו ככרוהו, הנוכל — ובאיוה אופן נוכל, ובאיו מידה נוכל — להכניסם שוב תחת כנפי העול הזה, הנוכל לרסן אותם שוב ולשעבד אותם אליו?

(ב) אם התשובה תהיה "כן" — לשם מה לנו כל העמל הזה, הכדאית היא הטירחה המרובה הזאת, או אולי טוב-טוב לנו להשלים עם המצב הקיים, וללכת בדרך הסלולה והכבושה של הרצפציה החלקית או השלימה אשר הלכנו בה עד כה?

השאלה הזאת איננה "הלכתא למשיחא" גרידא, היא שאלה מעשית, שאלה רצינית מאוד, אשר תזדקק לפנינו בבת ראש באחד הימים, ותתבע מאתנו את פיתרונה המוחלט. וכדי להיות מוכנים ליום ההוא, עלינו לבדוק יפה יפה — כבר מעכשיו, ולפני התלקחותם של היצרים המפלגתיים — את כל האפשרו-

יות הנתונות לנו, ולבחון אותן לא לפי משפטים קדומים, ולא לאור השקפת עולם זו או אחרת, אלא מתוך הסתכלות ישרה בעיני החיים, ומתוך התחשבות מלאה עם כל הצרכים שלנו, הן כיהודים והן כאנשים, בחיים המתחדשים של הארץ הזאת. יתברר לנו, כי השיבה אל היסודות האידיאולוגיים של המשפט העברי, אינה דרישה לאומית-מוסרית בלבד, אלא גם למעשה המוצא היחיד הנתון לנו, מבחינה אובייקטיבית, מתוך האגדרולומוסיה המשפטית אשר אנו שרויים בה כיום הזה.

(ה) המצב הקיים

בסוף הפרק הקודם אמרתי, כי השיבה אל היסודות האידיאולוגיים של המשפט העברי, היא למעשה המוצא היחיד מתוך האגדרולומוסיה המשפטית השוררת בארץ הזאת. ואמנם "אגדרולומוסיה" היא, לדעתי, המלה ההולמת ביותר את המצב אשר אנו שרויים בו היום. עובדה היא, כי אין "בטחון משפטי" בארץ, לא במשמע הצר ולא במשמע הרחב של המלה הזאת. כל הבסיס המשפטי אשר עליו הולכים ונבנים סדרי חיינו בארץ, כל אותם החוקים והפקודות המתחדשים עלינו חדשים לבקרים, עם פסקי הדין המוסמכים, ה"פרינציפיוניים" וה"בלתי פרינציפיוניים" גם יחד, כל אלה הם — מנקודת ראות יותר מקיפה — הררים התלויים בשערה, יוצאי דופן ארעיים, בלי יסוד איתן, בלי קרקע מוצק, בלי מסגרת קבועה. חסרה התוכנית המאחדת ומלכדת את כל הפזורים האלה, ותסרה החוליה החוזרת אותם באופן אורגני, טבעי, אל תוך שרשרת החיים ההולכים ונרקמים לעינינו בארץ הזאת.

מקורה של הופעה זו הוא לא בכשלונו של פקיד ממשלתי זה או אחר. היא נעוצה בשורשה בעצם התנאים האובייקטיביים אשר מצא לפניו המחוקק האנגלי. בבואו לארץ, נתל שלטון הכיבוש מאת קודמיו את סבל הירושה של החוקים העות'מאניים. חוקים אלה, עם כל הארכאיות הבולטת מהם לעינינו היום, היו בשעתם מודרניים למדי, ובעיקר: הם צמחו על קרקע החיים הריאליים של האימפריה התורכית, ועמדו בהתאמה גמורה עם הקצב המזרחי, האיטי, של החיים האלה. והנה בא השלטון הבריטי, ובעקבותיו העלייה היהודית, ושני הגורמים האלה, משולבים יחד, תפקידם היה: לשנות מעיקרם את יסודות החיים, להתאים אותם אל הקצב המערבי המהיר, ולשוות להם את פני הדמה התרבותית האירופית.

וכאן נתגלה, בעצם תוקפו ועצם חולשתו, אחד הקווים האופייניים של השיטה האנגלית, ביתר דיוק: התכונה האנגלית, שהיא — קרירות מזג אופטי-

מיסטית, השוואה מהפכית, ושמה את כל מבטחה בחכמה העליונה של הזמן. "אל תדחקו את הקץ, יבא הזמן ויעשה את שלו" — זוהי הסיסמה הכתובה על שערי הפוליטיקה הלגיסלאטיבית של המחוקק האנגלי. לא לערער בבת אחת את יסודי החוקים הנושנים, אשר אין להם יותר שום זכות קיום ואחיזה בחיים, לא לפגוע חס ושלום בהוד רוממותה של המסורת החופפת על המגילה וחברותיה הנכבדות, אלא להקציע ולשוף מומן לזמן את הזיוזים הבולטים ביותר, ולהעלים עין מן היסוד הרעוע, המוליד את עצם הזיוזים והבליטות האלה. וכך הוצפה הארץ, בזמן קצר לפי ערך, זרם בלתי פוסק של חוקים ופקודות ותקנות, תיקוני חוקים ותיקוני-תיקונים, שהצד השווה שבהם, לבדוק ולסתום ולהטליא את הסדקים והפרצים הישנים, ולטוח טיח תפל ומחדש על גבי הקירות הרעועים של החוק היסודי הישן.

דוגמה אחת לביאור הרעיון: המגילה היא קפדנית מאד ביחס לענייני עדות. מעטים הם האנשים הכשרים להעיד בפני בתי המשפט. כי תנאי יסודי הוא, שיהא העד נאמן, "ואיזהו נאמן? כל שמעלותיו יתירות על חסרונותיו" (סעיף 1705 של המגילה). לא פחות ולא יותר. המחוקק האנגלי לא יכול היה, כמובן, להשלים עם האבסורד הזה, ובבוקר לא עבות אחד הוציא חוק עדות חדש, מודרני מאוד, הקופץ בבת ראש אל הקצה השני, וקובע שכל אדם כשר לעדות, לרבות התובע או הנאשם בעצמו. חכמי הפסיכולוגיה עדיין לא הכדיעו בדבר, אם באמת יש מקום בתנאי הארץ לארכימודדניות שכזאת, אולם זהו החוק השורר כיום הזה. הדבר נעשה בשנת 1924, ובצורת פקודה המתקנת את חוק העדות. איזה חוק היא מתקנת, ואיזה חוק היא מבטלת — כי למעשה בביטול גמור הכתוב מדבר — על כך אין המחוקק אומר דבר. יען כי המגילה היא, בניגוד לבשמים, מן הדברים שאין הקול יפה להם... רק כעבור שמונה שנים אחרי הכיבוש, העז המחוקק בפעם הראשונה וגם היחידה לבטל אי אלה סעיפים של המגילה, והם אחד עשר הסעיפים שנתבטלו בפה מלא על ידי פקודת הבוררות, 1926.

הפראקטיקה הלגיסלאטיבית הזאת הביאה אתה בכנפיה עוד רעה חולה אחת, היא גודמת לעיתים קרובות ליצירת חוקים או חלקי חוקים המבוססים על מוסדות ומושגים משפטיים שאינם בנמצא כלל וכלל. באנגליה עצמה כל חוק ספציאלי, הדין באיזה מקצוע מיוחד של המשפט, הוא עצם מעצמה ובשר מבשרה של התחוקה האנגלית הכללית. מן הטבע ומן ההכרח הוא כי "אבר מן החי" הזה יהא קשור באלפי נימין וחוטים אל המוסדות והמושגים אשר מחוץ למסגרת המיוחדת שלו. והנה בא המחוקק הארץ ישראלי ועושה מעין

"טראנספלטציה כידורגית", מרכיב מספר סעיפים של החוק האנגלי על גבי האילן היבש של הזוק התורכי. והתוצאה היא, כי ברוב המקרים ההרכבה איננה נקלטת. ועל שום מה? מפני שבעת ובעונה אחת עם ההרכבה, נשאר הרכב קשור לגזע אחר לגמרי, לגזע האם של החוק האנגלי, ויונק ממקורות שלא עברו יחד אתו אל הגזע החדש.

דרך משל, סעיף 26 של חוק השטרות, 1929, האומר: "תמורה בעלת ערך בשטר יכולה להיווצר על ידי כל תמורה העלולה לשמש יסוד לחוזה רגיל". המחוקק עושה כאן דבר הנקרא בלשון התלמוד בשם "חלי תניא בדלא תניא", כי פה בארץ: (א) לא קיים בכלל המושג של "חוזה רגיל"; (ב) אין שום הוראה חוקית כללית הקובעת את קבלת התמורה כתנאי הכרחי ליצירת ההתקשרות*. היוצא מזה, כי סעיף 26 הנ"ל, שהועתק מלה במלה מן החוק האנגלי, ואשר כוונתו בחוק האנגלי היא, להעמיד את השטר במדרגה אחת עם כל שאר החוזים, כאן בארץ פירושו הוא להפלות את השטר לחומרא כלפי שאר החוזים. והלא ברור הוא שלא היתה למחוקק שום כוונה כזאת בכתיבתו את הדברים האלה.

כל הדברים האלה וכיוצא בהם, מקורם הוא בחוסר ההתאמה אשר בין החל-קים השונים של החוק, ביחוד בין היסודות החדשים והיסודות הישנים שבו. הופעה זו מזכירה לנו עובדה היסטורית מאמצע המאה שעברה, שמדינה ריפובליקאית אחת בגרמניה המרכזית הנהיגה בארצה את החוק הפלילי הבלגי, ושכחה להשמיט מתוכו את הסעיף הקובע עונש חמור לעלבון המלך יד"ה.

הדוגמאות המעטות האלה — ויכולנו להוסיף עליהן כהנה וכהנה — מראות לנו את כל הטרוגניות אשר במשפט השודר בארץ. ראוי היה לטפל במיוחד בשאלה מעניינת זו, מבחינת חיי השעה שבה, אבל המסגרת הצרה הזאת איננה מאפשרת את הדבר, ולכן רוצה אני לסיים בקביעת עצם העובדה, ולעבור אל סיכום המסקנות הנובעות מן הדברים האמורים לעיל.

(ד) המסקנות

המסקנות שיש להסיק מכל האמור לעיל לגבי השאלה העיקרית המעניינת אותנו במאמר זה, הן, לדעתי, אלה:

* ראה פס"ד של ביה"מ העליון בעניין בנק מרכנתיל נגד פרימן, ע.א. מס' 240/37, נהפרסם באוסף פס"ד לבנון כרך 2, דף 104.

(1) שיטת המשפט הקיימת כיום בארץ, איננה שיטת משפט כלל וכלל, אלא קונגלומרט הטרוגני של חלקים ופרודות בלתי מתאחים, ולכן אין לחשוב ברצינות על המשכת המצב הקיים בתנאים נורמאליים של מדינה הראויה לשמה.

(2) לכשתיווצר המדינה העברית, יהיה אחד מתפקידיה הראשונים, למצוא או ליצור שיטת-משפט חדשה, הומוגנית, שתהיה ראויה לשמש בית-קיבול והסדר לגילויי החיים, הלאומיים והאנושיים, של כל אוכלוסי המדינה.

(3) ברור, כי שיטת-משפט זו לא תוכל להיות שיטה נחשלת-נסוגה, אלא שיטה פרוגרסיבית-מודרנית, אשר תביא בחשבון את הישגי התרבות והציוויליזציה, שרוב אוכלוסי הארץ סיגלו לעצמם בארצות מוצאם.

(4) הרצפציה "en bloc" של איוו שיטת-משפט מודרנית, מאלת הקיימות כעת באירופה, לא תפתור את השאלה. השיטה האנגלו-סאכסית רחוקה מרוח רוב העולים היהודים, יוצאי אירופה המזרחית והמרכזית, הן מפאת עצם המושגים והמוסדות שבה, והן מפאת היותה — בחלקה העיקרי היסודי — שיטת-משפט קאזואיסטית, הבנויה על תקדימים משפטיים מפורזים, שלא כונסו והוגדרו בצורת קודכסים וספרי-חוקים מופשטים. מספרי החוקים הקונטיננטאליים המתקדמים, באים בחשבון רק הקודכס הגרמני או השווייצרי, וב- התחשב עם המצב הקיים — אשר בלי ספק לא ישתנה במשך הדורות הבאים — אין איש שיעלה על הדעת לקשור את ראשית צעדיה של המדינה העברית אל יצירי הרוח של הגניוס הגרמני, בין אם נוצרו מזה, בין אם נוצרו מעבר, לגבול הארעי המבדיל עדיין בין שוויצריה והמלכות השלישית. כי קבלת משפט פירושה הוא, התמוגות, עד מידה ידועה, בעולם התרבות שהוליד את המשפט הזה. ולנו, כיהודים, אין דבר יותר טמא ונתעב מן הרוח הגרמנית.

(5) המוצא האפשרי היחידי הוא, איפוא, ליצור לנו שיטת-משפט חדשה, משלנו לעצמנו. ובנידון זה אין לפנינו חלל ריק לברוא בו יש מאין, אלא — לאושרנו — ישנו וקיים הבסיס האיתן, ההיסטורי, של המשפט העברי, המכיל בקרבו את כל היסודות הדרושים לשם יצירת קודכס מודרני, להסדר החיים האזרחיים של המדינה.

(6) בדברנו על השיבה אל המשפט העברי, הכוונה היא אל היסודות האידיאלוגיים של המשפט האזרחי והמוסדות הכלליים שבו, כגון: חוזה, קניין, תנאי, מכר, מתנה, שכירות וכו'; ולא אל המוסדות המשפטיים הספציאליים, שנוצרו בעקב ההתפתחות המסחרית, הטכנית או הכלכלית של הדור. השטר,

הקואופרטיב, החברה, הפטנטים וסימני המסחר, יהיו תמיד כפופים להוראות מיוחדות, טכניות-מעשיות-תועלתיות, שאינן קשורות אל הצביון הלאומי של ההשקפה המשפטית היסודית, ולכן גם בחירת הוראות אלה, נשיטת משפט זו, או אחרת, תהיה בחירה חופשית, שתיעשה מתוך נימוקים מעשיים-תועלתיים בלבד. כמו כן אין הרעיון שלנו חל על החוק הפלילי של המדינה, כי המשפט העברי, בדרגת התפתחותו המאוחרת, שהתקיימה מתוך לכל מסגרת מדינית, איננו מכיר שום שיטת עונשין הראויה להתקבל כבסיס בחיים הציבוריים של המדינה.

(7) אין ספק בדבר, כי המשפט העברי בצורתו הנוכחית, איננו מסוגל לשמש קודכס רשמי אשר על פיו ישקו כל צורכי החיים שלנו במובן ההגדרות דלעיל. כבר מן הטעם הפשוט בלבד, שאין לנו כל מפתח להמון החדרים וחדרי החדרים של הבניין הענקי הזה. אם רק הגאון הדגול מרבבה יכול להורות את ההוראה הנכונה בכל מקרי החיים, אני אין כמעט כל ערך מעשי לעצם החוק. השופט הוא על פי רוב יצור בינוני, בעל כשרונות ממוצעים, רגילים, ואם יוטל עליו לבלות את זמנו הפנוי ללמוד את מקרי החיים מתוך המקורות של המשפט העברי לא יעמוד בכך, אפילו הוא מוכשר לדבר. והלא השיפוט אינו אלא התאמת החומר הקונקרטי של החיים אל המסגרת המופשטת של החוק. מי שאינו מודה בעובדה זו, או מי שמעמיד פנים כאילו איננו מודה בה, ינסה נא לפתור, מיניה וביה, עשרה מקרי חיים, מן המשפטים הרגילים המובאים יום יום בפני בתי המשפט הנמוכים בארץ, בלי פשרה, לפי כל החומר הדין והדיוק של המשפט העברי.

(8) ברור, איפוא, כי גם אם נקבל על עצמנו את מרותו של כל התוכן המטריאלי של המשפט העברי, יהיה עלינו לסדר קודיפיקאציה חדשה של החוק, קודיפיקאציה מופשטת, קצרה, מרוכזת, אשר תכיל באלף-אלפים סעיפים את כל יסודות המשפט האזרחי, עם כל המוסדות הכלליים שבו, ובספר אחר, באי אלה מאתיים עד שלוש מאות סעיפים, את כל הכללים והדינים של הפרוצדורה האזרחית.

(9) בגשתנו לסדר את הקודיפיקאציה הזאת או את הקודיפיקאציות האלה, בהכרח, ניתקל במספר לא קטן של הוראות, מושגים או מוסדות משפטיים, אשר לא יהיה להם מקום במסגרת הכללית של החוק, ועצם הקודיפיקאציה הזאת תשמש גם אבן כוחן לבחינת זכות קיומם של ההוראות, המושגים והמוסדות האלה. לשון אחר: השיטה תקבע ותבור את החומר, והחומר מצדו ייצב ויקבע את המסגרת אשר אליה הוא עתיד להיכנס.

(10) כל ההתפתחות ההיסטורית של המשפט העברי, כפי שדאינו לעיל, מלמדת אותנו, כי המשפט הזה לא פסק ולא גרע מעולם מלבקש לו דרכים חדשות או מחודשות, כדי להתאים ולסגל את עצמו לצורכי החיים, ולכן אין לראות כל מגיעה חוקית או דתית לכך, כי הדבר ישגה ביתר שאת ויתר שיטתיות, גם בתקופה האחרת ההיסטורית הזאת. אני חוזר ומדגיש, כי המדובר הוא כאן כל הזמן בחלק האזרחי החילוני של החוק, ולא בחלק הדתי — האיסורי או הריטואלי — של ההלכה בכלל. למעשה הדבר הזה הוא הרבה יותר קל בתקופה זו מאשר בכל תקופה אחרת קודמת, יען כי בשל הריבוי הענקי של החומר, אין לך כמעט אף פסוק אחד, שלא תמצא לו סמוכין באיזה מקור מן המקורות הקדומים של החוק, בסגנון התלמודי: שלא תמצא לו "אילן גדול להיתלות בו".

כל הדברים האמורים לעיל, מבוססים על ההנחה היסודית והמובנת מאליה, כי החוק אשר ישלוט במדינה העברית, יהיה חוק מדיני כללי שמצורתו תהיה פרושה על כל אוכלוסי המדינה, ללא הבדל עדה ודת, וכי הסמכות השיפוטית הכללית תהיה נתונה בידי המוסדות הממשלתיים של המדינה, מבלי לשלול, כמובן, על ידי כך מראש את אפשרות מסירתם של אי אלה מקצועות משפטיים, בעלי צביון דתי מיוחד, לסמכותם המיוחדת של בתי-הדין הדתיים, כפי שהוא נהוג גם עכשיו בארץ תחת שלטון המאנדאט.

הערובה למצב זה היא, כפי שהודיעו על כך לא מזמן בישיבת ועדת המאנדאטים, תנאי עיקרי והכרחי בכל מקרה של הענקת עצמאות מדינית לאחת מארצות המאנדאט על ידי חבר-הלאומים, ועובדה זו בלבד — הכפייה מבחוק — תועיל אולי, מבחינה פסיכולוגית, להקל על עצם פיתרונה של הפרובלימה שלנו ברוח הרעיונות שהובעו כאן, ולתת להם, לרעיונות אלה, מהלכים והבנה ונכונות גם בחוגים של אלה שנפשם סולדת בכל שינוי ותיקון כלשהו. כי הלוא ממה נפשך, אם כל התוכן המטריאלי של המשפט האזרחי שלנו הוא כולו תוכן דתי-מסורתי חמור, שלעולם אינו ניתן להשתנות על ידינו כמלוא נימה, הרי אזי אין להעלות אפילו על הדעת להטיל את מרותו גם על אלה שאינם שייכים לדת ישראל, והחוק הכללי של המדינה הכרח לו שיהא שונה בתוכנו מזה שנקבע ב"שולחן ערוך" שלנו. במלים אחרות: השמירה הקפדנית על המסגרת החיצונית של הקודקס האחרון שלנו, תביא בהכרח לידי דחיקתו לגמרי מתוך החיים הרשמיים של המדינה העברית, והלא אין שום טעם, לשום בן אדם, לרצות דווקא בתוצאה כזאת.

ניסיתי לציין כאן בראשי פרקים את הקווים הכלליים המופיעים לעינינו

בקשר עם שאלת המשפט העתידי לשלוט במדינה העברית. שאלה זו תהיה באחד הימים, ואולי כבר בעתיד הקרוב, לאחת השאלות הבוערות ביותר בחיינו המדיניים, ומן הראוי שנשים לב אליה, ונעיין בה בכובד ראש ומתוך גישה מלאת אחריות, כבר עכשיו, לפני שיתלקחו היצרים המפלגתיים העלולים לדחוף אותה לתוך המסלול הצר והמסולף של "המדיניות" הפנימית.

"הארץ", 17.2.38—13.4.38

בחיי החברה. כי תפקידו של החוק אינו רק ליישב את הסכסוכים שכבר נתגלעו בעבר — תפקידו העיקרי הוא להנחות את הפרט בדרך הגאותה, ולמנוע, על דרך הפרופילקסה, את עצם התעוררותם של הסכסוכים העתידיים. ואת התפקיד הזה אין החוק יכול למלא בתצלחה, אם עקרונותיו הם יצירה חופשית, בלתי צפויה מראש, של תלמידי חכמים מובהקים, ואף הם, בחלקם הגדול, שנויים במחלוקת בין השופטים-המחוקקים.

*

ואת ועוד אחרת: התפתחותו של המשפט העברי, ביחוד בתחום החוק האזרחי, דיני הממונות, כפי שציינו לעיל, לא עלתה תמיד בד בבד עם התפתחותם הבלתי פוסקת של צרכי החיים. עובדה זו נכונה בפרט לגבי מאה-מאה וחמישים השנים האחרונות, לגבי התקופה שלאחר האמאנציפציה. אם המבנה הכלכלי ויחסי החברה של חיי הגיטו היו מותאמים, פחות או יותר, אל הצורות המתקנות של המשפט המסורתי, הדי היציאה מן הגיטו הביאה בכנפיה, גם בין היהודים לבין עצמם, ערכי חיים ויחסי חברה חדשים, שלא השתעבדו בנקל אל הצורות הללו. לא הרי מכירת חפץ הנמסר מיד ליד תוך כתלי הגיטו, כהרי הזמנת סחורות טלגרפית הנעשית בין סוחר יהודי בניו-יורק לבין חברו היושב בוונציה. כאן נוצר חלל ריק — בין המשפט והחיים, חלל שאי אפשר היה לגשרו בלתי אם על ידי הזדקקות מדעת אל החוק הוד, באמצעות הפורמולה המשפטית של "דינא דמלכותא דינא" — מוצא כלל וכלל לא אידיאלי לגבי שיטת משפט לאומית כמו שלנו, המבקשת לפרוש את מצודתה על כל תחומי החיים.

והשאלה הזאת — שאלת חידושו של המשפט העברי — מופיעה לפנינו באורה הנכון, בהסתכלנו בה דרך האספקלריא החדשה של הדור, והיא: הזון התקומה הקרובה של המדינה העברית. לפלא יחשב הדבר בעינינו, כי שאלה זו עדיין לא זכתה לתשומת לב כלשהי בחוגי הישוב, אם כי ערכו הלאומי של המשפט העברי ודאי אינו נופל בהרבה מערכה הלאומי של השפה העברית. כי מוסדות החוק הם אותיות הלשון בה מדברת המדינה אל אזרחיה — אמצעי ההבעה היחיד בו היא מביעה את דרישותיה, כלפי התנהגותו המוסרית — הטיפוסית, המינימאלית — של האזרח הפשוט. והמדינה העברית, כאשר קום תקום, יהיה לה משהו להגיד לאזרח, ועליה יהיה לשאת את דברה בלשונה שלה, — ברוח המסורת המשפטית העשירה של האומה העברית. לא יתכן כלל וכלל — ויהא בזה משום אבסורד — כי בבואנו לחדש את חיי האומה

חידושו של המשפט העברי

השאלה היא אחת, שהיא שתיים:

- (א) הישנו צורך בעריכת ספר חוקים חדש, לאור הקודיפיקאציות הגדולות והמקיפות של הרמב"ם, הטור והשולחן ערוך?
- (ב) הישנה אפשרות, בימינו אלה ובכוחותינו הדלים, לערוך קודקס שכזה?

לשאלת הצורך, אין כל ספק בדבר. ומי שאינו מודה בכך עושה שקר בנפשו. לפי שספרי החוקים הקיימים, דווקא מפאת גודלם והיקפם הענקי, ומפני הפירוט הקוזאיסטי המופרז שבהם, אינם ספרי חוק יעילים לבירור ההלכה הפשוטה, והתאמתה הקלה והמיידיית לצורכי החיים. החוק הוא — על כל פנים צריך להיות — דבר השווה לכל נפש. ושופט בכלל נפש. ואם הדיין מוכרח לצלול במים אדירים, ולהכניס ראשו בין תילי תילים של הלכות, כדי למצוא את האסמכתא הדרושה במקרה מסוים בו הוא דן, אם כל דיין מוכרח להיות מלומד גדול, אשר כל שבילי ההלכה נהירין לו כשבילי העיירה שלו, הרי נמצאת מידת הדין לוקה.

ואולם השאלה אינה טכנית בלבד, גם מבחינה עניינית, מבחינת התוכן, שוב אין הקודיפיקאציות הקיימות יכולות לשמש מורי דרך לקביעת הלכה למעשה בכל ענפי החיים, אף אם נצרך אליהן את הספרות הרבנית העשירה שנצטברה במשך ארבע מאות השנים האחרונות.

אין צורך להרחיב את הדיבור על עצם יסוד ההתפתחות שבהלכה. גלוי וידוע לכולנו כי התפתחות זו, ביחוד בתחומי החוק האזרחי, לא פסקה מעולם, מיום חתימת המשנה ועד היום הזה. החיים נצחו תמיד, או כמעט תמיד, את המלה המתה. אבל נצחון זה עלה ביוקר, על מזבחו עלתה קרבן פשטות המחשבה המשפטית. כי הואיל והמסגרת הכללית, המסורתית של ההלכה היתה בדרך כלל קבועה ועומדת. ואי אפשר היה לפרוץ אותה בשום פנים ואופן, הרי שבמקרה הקונקרטי היה הפיתרון מוכרח להימצא בסימטאות וצידי דרכים של ההלכה, באמצעות מכשיר המחשבה — רב היכולת ורב הסכנות — של הדיאלקטיקה הפלפולית. כך, שעל פי רוב, חדלה ההלכה להיות אובייקטיבית, ונעשתה אינדוידואלית, ובדרך זו נשלל ממנה היסוד החיובי והחינוכי של היצירה, אשר היא בלבד מקנה למשפט את מעמדו המכובד כרגולטור

על אדמת המולדת, נדלג דווקא על אותו הסקטור הרוחני שעמד למעשה, במשך אלפיים שנה, במרכז העיון וההתעניינות של האומה. וגם לא תהיה לנו כל ברירה אחרת, בלתי אם לשוב אל המשפט העברי. כי למעשה אין חוק בארץ הזאת, אף לא בתחום האזרחי, — ישנם חוקים, ובנידון זה מספר רבים הוא תמיד פחות ממספר יחיד. אנו נתונים כאן, בארץ קטנה זו, לשלטונם של חוקים טורקיים, צרפתיים, אנגליים, עדתיים, הנערמים שכבות-שכבות זו על גבי זו, ללא כל קשר וללא כל מיווג ביניהם. אם ענייני נזיקין, למשל, נידונים לפי החוק האנגלי, ופיצויי הפרת הסכם — בחלקם — לפי החוק הצרפתי, ודיני ערבות ומכר — לפי החוק הטורקי, הרי החוק אינו חוק אלא מוואיקה, העלולה אולי להרהיב את עינו של הארכיאולוג, אבל אינה יכולה לשמש בסיס מוצק ליחסי משפט בריאים ותקינים.

ברור, איפוא, כי המצב הקיים אינו יכול להימשך לאורך ימים, וכי המדינה העברית תצטרך, בהכרח, לחתור לקראת יצירה או רצפציה של שיטת משפט חדשה, שיטת משפט אחידה. וכלום יש לך, בתנאים אלה, דבר יותר קרוב, ויותר מתקבל על הדעת, מאשר השיבה למקורות המשפט העברי ?

*

ובזה אנו מגיעים אל המחצית השנייה של השאלה: הישנה אפשרות ממשית בידינו לערוך קודקס עברי חדש, מתאים לצרכים המודרניים של היהודי בן הדור ? והתשובה לכך היא, לדעתי, יש ויש!

הנחה אחת יש להניח מראש, כדי לראות את העניין באספקלריא הנכונה: קודקס זה לא יהא בחינת "קיצור שלחן ערוך", והוא אף לא יתבע לעצמו את הסמכות המסורתית, הדתית, המקודשת — של הקודיפיקאציות הקיימות. זאת תהיה יצירה אזרחית-חילונית, שתקבל, ככל האפשר, את העקרונות היסודיים של המשפט העברי, מתוך הסתייגות מפורשת מן המסקנות הארכאיות שנערכו על גבי העקרונות ההם. התפקיד יהיה: לבור את הבר, לקרב ולקיים את המחובר לחיים, ולרחק ולדחות את הנטיעות היבשות שנצטמקו ונדלדלו במשך הדורות. לשון אחר, ציורי במקצת: לשפוך את היין שהחמיץ. ולשמור את החבית, על מנת למלאותה יין חדש, שיתבשם מריחה הספוג, ויהא ריחו וטעמו כריחו וטעמו של היין הישן. זו היא שאלה של טעם — אין ספק! — של חוש היסטורי וחוש מציאותי כאחד, זיקה למסורת וזיקה לחיים, אותה סינתזיה ממש שאנו עומדים בפניה, אף פותרים אותה, יום בכל ענפי התרבות של חיינו המחודשים.

ומכיון שמלאכת עריכתו של הקודקס החדש תהיה, בחלקה הגדול, עבודת ברירה ובחירה, סלקציה בלע"ז, הרי בגשתנו לעבודה זו תצמח לנו תקנה מרובה כפי שצויין לעיל, לגבי היודיקטורה הרבנית (פסקים) של זמננו. כוונתי: לאותן הפלוגתות המרובות — מחלוקות הפוסקים — המצויות, לגבי כל פרט ופרט כמעט, בספרות הפוסקים שלנו.

החומר המשפטי-מדעי שלנו הוא כל כך עשיר, וכל כך מנוגד, עד שלמעשה יכול אתה למצוא אסמכתא לכל דעה רצויה. אין דבר זה מיכל על הדיין את ההכרעה במקרה מסוים. אבל הוא מיכל ומיכל על המחוקק-הקודיפיקאטור את הברירה של העקרון המופשט. כי לא הרי תפקידו של הקודיפיקאטור כהרי תפקידו של הדיין הפוסק. זה צריך למצוא את הדעה המקובלת, ואילו הלה רשאי לבחור לו את הדעה הרצויה.

ואולם יש גם סכנה בצידה של תקנה זו: סכנה של עירוב תחומין וטשטוש עקרונות. כי לא תמיד הרצוי בפרשה זו מזדווג, מבחינה עקרונית, עם הרצוי בפרשה אחרת. יתכן ההפך: כי המסקנה הרצויה בפרשה משפטית אחת גוררת אחריה דווקא, מבחינה הגיונית, את המסקנה הבלתי רצויה בפרשה השנייה. וכבר נתקלנו בתופעה מעין זו — לא כזו, אלא מעין זו — ביסודות ההוראה וההכרעה של הטור. גם הוא הלך בדרך סכימאטית: קבע לעצמו כלל, לפסוק כרוב דעות מתוך דעותיהם של שלושת עמודי ההוראה, הרי"ף והרמב"ם והרא"ש, — דבר שגרם בהכרח, במקרים רבים מאד, לידי שבירת הקו האחיד, היסודי, של המוסד המשפטי הנדון. והדברים ידועים. המחוקק החדש שלנו, בעמדו לפני המבחר העצום, יצטרך, איפוא, לשמור שמירה מעולה על הקו האידיאולוגי השלם, ולא לשגות ולשקוע בטעמי תועלתיות בלבד. ובוזה הוא יבחן, — לשבט או לחסד. כי המטרה היסודית והכל-כוללת היא: לא יצירת משפט חדש, אלא עריכת קודקס חדש, שיתמוך את יתדותיו האידיאולוגיים במשפט העברי המסורתי.

*

הקודקס העברי החדש יהיה ספר חוקים אזרחי, כמתכונת ספרי החוקים האזרחיים המקובלים במרכז אירופה. אין כל צורך ואין גם כל אפשרות, להטביע את הגושפנקא הלאומית שלנו על מקצועות-משפט ספציפיים כמו חוק השטרות, חוק החברות, חוק הפטנטים וכדומה. שטחי משפט אלה הם לפי עצמם מהותם א-לאומיים, או בין-לאומיים, נתונים במסגרת ציביליזאציה מסוימת (ציביליזאציה, לא תרבות), אשר כל השותף לה אינו בן חורין לפרוק את עולה מעליו. אם המדינה העברית תבחר בחוק השטרות הקונטיננטלי או

חוק השטרות האנגלו-סאכסי, זו היא שאלה של נוחיות ותועלתיות בלבד, — הכל לפי קשרי המסחר והפוליטיקה המקשדים אותה לגוש זה או אחר. הקודכס העברי צריך, לדעתו, להכיל המישה ספרים, או "סדרים" (מלבד מבוא), ולהצטמצם בעיקר בשטחי משפט יסודיים אלה:

(1) סדר חובים, כולל עיקרי ההתחייבות, דיני הלוואה, דיני ערבות, דיני שליחות והרשאה, דיני שומרון, יחסי עבודה.

(2) סדר קניינים, כולל דיני מכר ומתנה (מיטלטלין ומקרקעין), דיני משכון, דיני אפותיקי ושאר שיעבודים, דיני הזקה, דיני שכירות, דיני שותפין, יחסי שכנים.

(3) סדר נזיקין, כולל נזקי גוף ונזקי ממון (בשני המובנים: האק-טיבי והפאסיבי).

(4) סדר נחלות, כולל דיני ירושה, דיני צוואה, דיני אפוטרופוס וכיוצא באלה.

(5) סדר נשים, כולל דיני אישות ומשפחה, בכל הנוגע ליהסי הממון שבין הצדדים.

כל אלה מקצועות-משפט ותיקים שהמשפט העברי טיפל בהם ביסודיות רבה במשך אלפי שנות קיומו. השמטתי את שטחי המשפט הגובלים עם החוק הדתי, כי זו היא שאלה קשה ומסובכה, שפיתרונה יהיה תלוי במבנה הקונס-טיטוציוני של המדינה.

"הבוקר" יום א', כ"ט אלול תש"ז (14.9.47)

טוהר השיפוט במשפט העברי

(א)

בחלקו הראשון של "כך דרכו של תלמוד" כתבתי:

"המשפט העברי הוא — אם ניתן להאמרו כך — משפט ללא שופטים; אין החוק (העברי) מורה את הדיין כיצד לפסוק, הוא מורה את האדם כיצד לחיות"¹.

נאמרו הדברים "עם קב חומטין", — cum grano salis בלע"ז; הם באו להדגיש את הקירבה הבלתי אמצעית של בעל הדין אל הדין, אך לא באו חס ושלום לזלזל או לייטר את עצם הדין, אף לא בשטח המשפט האורחני. שאפילו כולנו חכמים, כולנו נבונים, כולנו יודעים את התורה, עדיין מצא לו הספק מקום לחול במערכת גופי העובדות. ועל אחת כמה וכמה אנו, שאין בנו המעלות הטובות ההן והמחלוקת עשויה להשתרע גם על ברירת ההלכה. אך באקלימו של המשפט העברי אין הטיעון העובדתי, הפארטיזאני, מזדהה בהכרח עם האינטרסים שיש לכל אחד מבעלי הדין בנושא הדין. יש שיקדה היפוכו של דבר; כי השמירה על ה"לא תגזול" ו"לא תעשוק" אף היא אינטרס היא, המחייב לפעמים טיעון הנוגד את טובת ההנאה החומרית. כך אידע, למשל, לחלקת המריבה של רב גידל ורבי אבא², בה טען כל אחד המתדיינים שהיא שייכת — או מן הדין שתינתן — ל"שכנגדו", והפכה בסופו של דבר "ארעא דרבנן", אדמת החכמים³.

ומבחינה זו דווקא — מבחינת הבידור הדיוני, להבדיל מן הפסיקה שלאחר הדין — חשיבותם של השופט והמשפט מודגשת במשפט העברי יותר מאשר בכל שיטת משפט אחרת. ראשית כל, "כשירותו המקצועית" של השופט. אין לך כהונה בישראל, שממנה תידרש קוואליפיקציה אישית כה גבוהה כמו כהונת השופט. מלך כי יומלך, די לו בקירבה ביאולוגית אל העם, — "שתהא אמו מישראל"⁴. שופט כי יתמנה, ואפילו שופט "עירוני", צריך שיצטיין, נוסף על חכמתו וידיעותיו, בסגולות-נפש רבות שהסך-הכל התמציתי הוא

1 כך דרכו של תלמוד בהוצאת מפעל השכפול תשכ"ב, עמ' 52.

2 שני אמוראים, הראשון תלמידו של רב, השני, צעיר ממנו, תלמידו של רב הונא.

3 קידושין, דף נט ע"א.

4 יבמות, דף מה ע"ב; רמב"ם הלכות מלכים, פרק א, הלכה ד.

טוב לב, אהבת הבריות, עממיות⁵. בבואה-דבבואה של אחת ממידותיו של הקב"ה: "עמו אנכי בצרה"⁶.

וכל כך למה, ועל שום מה אכסלקלוסיביות זו של המעמד? התשובה לכך מצויה ברעיון אחד, כביר ונשגב, והוא כי בכל סכסוך שבין אדם לחברו השכינה היא, כביכול, בעלת זכויות צד שלישי — "בוגע בדבר" — ונמצא שיפוטו של השופט פוגע, לשבט או לחסד, ב"אינטרסים" של האל.

הרעיון הוא נועז ביותר, "ואלמלא מקרא כתוב — אי אפשר לאמרו", אבל המקרא כתוב והרשות נתונה. נאמד: "כי המשפט לאלהים הוא", ופירושו של פסוק הוא, כי השופט הוא שליחו של האל, המקיים — בשפטו צדק בין איש ובין אחיו — את שיווי-המשקל הלא-בילי שברא הבורא בחיי החברה. ואם הוא מעוות את הדין, הדי הוא מיפר את האיזון ההוא, וגורם לשכינה שתיאלץ לתקן, על חשבונה היא, את הפגימה שפגם. הלא כה דברי רש"י בפירושו על הפסוק הנזכר: "מה שאתה נוטל מזה שלא כדין — אתה מזקיני להחזיר לו, נמצא שהטית עלי את הדין...".⁷

(ב)

מבין כל המונחים הנקרים על דרכו של המשפטן, הקשה מכולם להגדרה הוא "הצדק" או "הצדק שבמשפט"⁸. לאמיתו של דבר, אין הוא מונח משפטי כלל, — אינו ניתן להיתפס ברעיונות משפטיים, ואינו ניתן להילכד בדפוסים משפטיים; שאילו כן — היה הוא גופו לא צדק, אלא משפט. ואם אנו לפעמים, מתוך הרגל ושיגרה או מטעמים מיתודיים-תועלתיים, מוותרים על הסיווג הרעיוני המדויק, ומנסים למצוא לו קורת גג משלו במערכת המושגים

5 רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק ב, הלכה ז. על מקורות ההלכה ראה לחס משנה על הרמב"ם שם.

6 תהלים צא, טו.

7 רש"י על דברים, פרק א, פסוק יז, ומקורו בסנהדרין דף ה ע"א.

8 דק פעם אחת ויחידה הכניס המחוקק הישראלי אל תוך החוק האזרחי המטריאלי הדין ביחסים שבין אדם לחבירו את השם המפורש של "צדק"; כוונתי לסעיף 37(1) של חוק הגנת הדין, תשט"ו—1955, בו נאמר: "על אף קיומה של עילת פינוי רשאי בית המשפט לסרב לתת פסק דין של פינוי אם שוכנע שבנסיבות העניין לא יהיה זה צודק לתתו"; ועד היום מתלבטים בחי המשפט בשאלה, מה היה סוף דעתו של המחוקק בהשתמשו במונח בלתי דגיל זה. השווה פסק דינו של השופט חשין ז"ל בע"א 255/57, י"ג פס"ד 1009, ופסקי דינם של הנשיא (אולשן) והשופטים זילברג וכהן בע"א 301/61, ט"ז פס"ד 57.

המשפטיים, עלינו להוסיף לו "פוסט-סקריפטום" ולציין, כי מקום מושבו הנאות של הצדק במערכת זו, הוא לא במשפט המטריאלי אלא במשפט הפרוציאואלי (הדיוני) של המדינה. לשון אחד: הצדק הוא אותה גורמה-של-התנהגות שהמחוקק מטיל חובה על השופט בשלב הדיוני של המשפט. אעידה לי על כך, מבחינת הנומנקלאטורה המודרנית, את הדין-וחשבון של הוועדה על סמכויות המיניסטרים שהוקמה על ידי-הלורד צ'נסלור של אנגליה. בו מטפלת הוועדה בין השאר בשאלה: אילו הם עקרונות הצדק הטבעי, ונוקבים בשם שלושה עניינים המשתייכים כולם לשטח המשפט הדיוני או מעין דיוני^{9, 10, 11}.

והנה להפתעתנו הרבה — ולהתפעלותנו-המרובה עוד יותר — מוצאים אנו רעיון מודרני זה מפורש יוצא מפי גדול הפוסקים שלנו במאה השנים-עשרה, הרמב"ם.

"מצות עשה לשפוט השופט בצדק, שנאמר בצדק תשפוט עמיתך. אי זהו צדק המשפט? זו השויית שני בעלי דין בכל דבר. לא יהא אחד מדבר כל צורכו, ואחד אומר לו: קצד דבריך! ולא יסביר פנים לאחד וידבר לו דכות, וירע פניו לאחר וידבר לו קשות... לא יהיה אחד יושב ואחד עומד, אלא שניהם עומדים...".¹²

רעיון כללי זה — ה"אבי-עיקרון"¹³ של השוואת בעלי הדין — הוליד "תור-לדה" אחת חשובה ביותר, הוא עקרון-הצדק מספר שניים לפי מניין הדין-וחשבון של הוועדה הנזכרת. כוונתי למכסימה של שמיעת שני היריבים, הידועה בציבור המשפטיים בשמה הלאטיני "*audiatur et altera pars*" (יישמע גם הצד האחר).

עיקרון פרוציאואלי זה, כנראה בעליל, אינו מתמצה בחובתו הערטילאית של השופט לשמוע את שני הצדדים. לכך לא היה צורך להטריח את הצדק.

9 Committee on Ministers' Powers Report, April 1932

10 על "עקרונות הצדק הטבעי" במונח הא"י והישראלי של מונח זה, ראה פסק דינו של השופט זילברג בבג"ץ 10/59, י"ג פס"ד 1182, 1193, ופסק דינו בבג"ץ 301/63, י"ח פס"ד 598, 621—622.

11 ראה להלן, סעיף 5.

12 רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק כא, הלכות א, ג. מקור ההלכות האלה הוא בבדייתא סנהדרין, דף ל ע"א, וגמרא כתובות, דף מז ע"א, אבל את ההגדרה של המושג "צדק המשפט" אנו מוצאים לדאשונה אצל הרמב"ם, וכן את המטבע הלשוני "השוויית בעלי הדין (הריוני)".

13 "אבי-עיקרון" על משקל "אב מלאכה".

קיימברידג', היה לו דין-ודברים עם עמיתו, מידלטון, שתבע ממנו החזרת חוב של ארבע ליש"ט ושישה שילינגים, ולא נענה. כנהוג בסכסוכים שבין חברי האוניברסיטה, הגיש מידלטון תביעתו לפני סגן הקנצלר, היושב כ"בית דין של האוניברסיטה" מכוח הסמכות שניתנה לו על פי פתשגן הכתב של המלכה אליזבת בשנת שלוש למלכותה. נערך כתב-בית-דין, ושליח בית הדין יצא דחוף אל מעונו של בנטלי כדי למסור לו את הכתב, ולהזמין לבית-הדין. בנטלי נטל בידו את הכתב, העיף עליו עין, והחזירו לשליח באמרו — כנראה, בשפה לא כל כך דכה — כי לית דין ולית דיין בכל ההליכים שנקטו על-ידי סגן הקנצלר. וכי הוא, בנטלי, לא יופיע בפני סגן הקנצלר הלזה.

הגיע יום הדין. מידלטון הופיע ואישר כי אכן מגיע לו מחבירו, ד"ר בנטלי, ארבע לירות שטרלינג ועוד שישה שילינגים טבין ותקילין; שליח בית הדין סיפר את כל המוצאות אותו בבית בנטלי, ואת הרבדים שהטיח הלה כלפי בית הדין. סגן הקנצלר, שראה ברבדים אלה זילותא דבי דינא וחילול שם האוניברסיטה, כינס את האסיפה הסטאטוטורית המוסמכת, הירצה לפני חבר האסיפה את דוע מעלליו של ד"ר בנטלי, וביקש מהם לשלול מבנטלי את תאדיו האקאדמיים ("ב"א וד"ר לתיאולוגיה). האסיפה שהתקיימה שלא בנוכחות בנטלי, ובלא שנקדא להופיע בפניה ולהשמיע את טענותיו, נענתה לבקשת סגן הקנצלר ושללה מבנטלי את תאדיו האקאדמיים.

אז פנה בנטלי לבית המשפט וביקש כי ינתן צו אל "הקנצלר, המורים והחכמים של אוניברסיטת קיימברידג'" להחזיר לו את התאדים שנשללו ממנו שלא כדין. טענותיו של בא-כוח המבקש נשתלו על פני קשת דחבה מאד, אך טענתו העיקרית, זו שמעניינת אותנו ביותר כמסגרת העניין שלפנינו, היתה, שכל זכות-יתר הקנויה לאדם, ואפילו אם ערכה הוא כקליפת השום — כמו, למשל, הזכות להסב על יד שולחן אחד עם כבוד ראש העיר — אין לשללה מן הזכאי אלא אם כן ניתנה לו תחילה האפשרות לטעון את טענותיו הנוגדות את השלילה. והיא היא שעמדה לו, לד"ר בנטלי, לפחות בפסק דינו של השופט פורטסקיו:

"... הטענה של העדר-מתן-הודעה-מוקדמת, אין להתגבר עליה לעולם. חוקי האל וחוקי אנוש גם יחד נותנים לבעל הדין את האפשרות לערוך את הגנתו, אם יש לו כזאת. וזכרני כי איש אחר מאוד מלומד אמר לי בהזדמנות מעין זו, כי אפילו אלהים בכבודו ובעצמו לא חרץ דינו של אדם בלי להזמין תחילה לערוך הגנתו. אדם (אומר אלהים) איכה? המן העץ אשר צויתך

חשיבותו של העיקרון — אם ניתן לומר כך — היא ב"שלשלת היוחסין" שלו. הוא מתייחס כ"תולדה" על האב-עיקרון של השוואת בעלי הדין¹⁴; ובהשוואה אין דידוג. עליה להיות גמורה, מוחלטת, "בכל דבר" כפי שאומר הרמב"ם שם, וממילא גם בכל שעה, עד שיגיע הדיון אל תומו ממש, עד שימוצו כליל כל הטענות וההוכחות. עד לאותה שעה, צריך לבו של השופט להיות — כביטוי באותה שאלה במקום אחד¹⁵ — "לא סמוך ובטוח, אלא עד ופתוח" לקראת כל טיעון, שכנוע והוכחה העלולים להוציא את המאזניים מעיונם, ולהכריע את הכף אל הצד השני. יתר על כן: אסור לו לסרב לשמוע ראייה לסתור, אפילו אם הוא בטוח מדאש בכשלונה הגמור. וכה כתב הרמ"א (רבינו משה איסרליש)¹⁶ בתשובותיו:

"... דאי אפשר לדון בדבר בלי שמיעת טענת הנתבע... ואף כי דבר זה פשוט, נוכל ללמדו מדרכי השם יתברך... התחיל באדם לשאול: מי הגיד לך כי עירם אתה (בראשית ג, יא), וכן בהבל אמר לו: אי הבל אחיך (שם ד, ט), כדי לשמוע טענותיו... וכוה דרשו רז"ל ממה שנאמר (שם יח, כא): ארדה בא ואדאה, לומר לדיינים שלא ידונו עד שישמעו ויבינו, ומינה [מזה עולה] כי אף בדבר שברור לדיין שיתחייב הנתבע, על כל פנים צריך לשמוע טענותיו תחילה" (תשובות הרמ"א, סימן קח).

הדברים שנאמרו כאן בנוגע לנתבע חלים, באותה מידה ממש, גם על התובע: כאשר חובת ההוכחה של הטענה שנטענה על-ידי הנתבע מוטלת עליו, והתובע מבקש לסתור את הראיה שהובאה ולזכות בדינו. אפשר, איפוא, להביע את הרעיון בנוסחה אחת כוללת ולומר: השופט חייב לתת לבטען את האפשרות לסתור את טענות הטוען.

הסתמכותו "הפרוציסואלית" של הרמ"א על הדרשיח שבין האלהים ואדם הדאשון, הגיעה כעבוד מאתיים שנה בערך מפולין לאנגליה, שם קלט אותה¹⁷ שופט אחד, פורטסקיו שמו, בצר למשפחה אחת מיוחסת לאי-יהודית, ועשה אותה — בהעדה חגיגית מאד — יסוד לפסק דין שניתן על ידו בשנת 1723.

מעשה שהיה כך היה: אדם אחד, ד"ר ריצ'ארד בנטלי שמו, חבר אוניברסיטת

14 כי השוואת-בעלי-הדין היא היא הצדק שבמשפט, לפי הגדרת הרמב"ם, וכל שאינו נופל לגדר זה אין בו משום פגיעה בצדק.

15 בג"ץ 3/58, י"ב פס"ד 1493, בעמוד 1511 למעלה, מול אות-השוליים א.

16 נולד בערך 1520, גפטר 1572. ראה אשר זיו, הרמ"א, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשי"ז (1957).

17 תוד אי-אלה שינויים קלי ערך שאינם פוגעים בגוף הרעיון.

בלתי אכול ממנו אכלת? ואותה שאלה גופה הוצגה גם לחוה...¹⁸.

וכתוצאה מכך ניתן לד"ר בנטלי הצו המבוקש.

הרחבתי את הדיבור על פרשת בנטלי לא בגלל ערכו הפולקלוריסטי של סיפורי-המעשה, ולא משום התמימות והפיקאנטיות שבפסק דינו של השופט פורטסקיו, אלא מפני שפסק דין זה, על כל שלושה-הדעות שבו, מראה בצורה בולטת מאוד את מלוא תוקפה והיקפה של מכסימת הצדק ההיא. השופטים האנגלים כלל לא סמכו ידם על התנהגותו של ד"ר בנטלי כלפי ה"אלמה מאטר" שלו ומוסדותיה המשפטיות. התנהגותו גסה היתה, אומר זקן השופטים, אייר, ו"אילו התבטא כך על כתב-בית-דין שלנו — היינו כובלים אותו בנחשתיים". גם סמכותם של סגן הקצ'לר ובית דינו (ה"קונגריגאציה" שטיפלה בענין ההדחה ושליטת התארים), לא הועמדה בסימן-שאלה רציני על ידי בית המשפט. ואף על פי כן נענה בית המשפט לבנטלי והחזיר לו את כל תארייו. אין זאת כי אם יש משהו יותר גרוע משליטת הזכות המאטריאלית — והוא שליטת הזכות הדיונית להגן על הזכות העומדת להישלל. אמירה זו, לכאורה פאראדוקסאלית מאוד, הגיונה בכך, שבלעדי דיון והוגן ושיפוט טוהר לא יהא בכלל קיום לכל זכויות האדם. והדברים עתיקים.

(ג)

ומכאן ל"עקרון-צדק-טבעי" אחר, מכסימה דיונית אחרת המוכרת במשפטי העמים, ובמידה הרבה יותר מרובה — במשפט העברי, שיש לסווגה אף היא כתולדה של עקרון השוואת בעלי הדין. לא באתי לומר כי מכסימה זו הינה רק תולדה המסתעפת מן העיקרון ההוא, — יש לה, בלי ספק, זכות קיום משלה, ויכלה גם להיוולד בדרך "אוטוגנטית". אבל לאחר שקיים האב-עיקרון של השוואת בעלי הדין, מותר לנו לסווגה בין התולדות של אב-עיקרון זה, — דבר המוסיף אספקט חדש, ממצה והגיוני, לחומר ההבלתי רגילה של הלכת-צדק זו. כוונתי למכסימה הידועה של *ne Judex in re sua*¹⁹, בעברית מסורתית: אין בעל-דבר נעשה דיין²⁰. והביטוי "בעל-דבר" אין פירושו בעלות

ממש, אלא כל אשר לדיין עניין בו, פסול הוא לדון בו, ואפילו משוכנע הוא כי לא יטה משפט.

העניין הפוסל את השופט מלדון, הוא מן הדברים שאין להם שיעור: טובת הנאה כלשהי, אבקה-הנאה, ולא דווקא כספית; יען כי ההנאה שתגיע לו, לשופט, מתוצאה מסויימת של המשפט, משפיעה עליו שלא מדעת, מכהה את עיניו ומקהה את בינתו, מכוונת את מבטו לכיוון מסויים, ושוב אין הוא מסוגל לראות את הצד השני של מטבע הדין.

החומרה היתירה שבה מתייחס המשפט העברי לשופט הנהנה משיפוטו, אפשר לעמוד עליה מתוך השוואה של המשפט העברי עם המשפט האנגלי. גם הדוקטוריונה האנגלית פוסלת, כמובן, אף היא שופט המעוניין בנשוא הדין, אלא שהיא נותנת שיעורים ב"פסול-דיינות" זה וקובעת בו גדרים וסייגים. הנה, למשל, קטע אחד מפסק דינו המפורסם של השופט בלקבורן, שממנו עולה — לאחר שהתגברנו על חיספוס הסגנון וכפלי הלשון שבו — רעיון מאוד ברור, המשמש עד היום תקדים מורה דרך בסוגיה המעניינת של פסולי הדיינים.

מעשה שם בעירייה שהיתה בעלת מפעל מים. לפי אחד מחוקי אנגליה היתה העירייה רשאית לשאוב מים מן הנהר, ללא נטילת רשות מבעלי הטחנות הקרוי-בות, בתנאי שתקבל קודם לכן תעודה חתומה על-ידי שופטי שלום, כי מאגר מים מסויים, בעל תכולה ידועה, הושלם ונתמלא מים. הוגשה בקשת תעודה כזאת לשופטי השלום של ברדפורד, בעלי הטחנות התנגדו לכך, נערכה חקירה ודרישה על-ידי השופטים והתעודה ניתנה. התברר לאחר מכן, כי שניים מן השופטים שחקרו בעניין היו: זה נאמן של בית חולים, וזה נאמן של קופת תגמולים, ושניהם הילוו כסף לעירייה וקיבלו ממנה שטרי שיעבוד על רכושה, לרבות מפעל המים ההוא. או הוגשה — כנראה על-ידי בעלי הטחנות — בקשה לבית המשפט של ה"קווינס בניץ", לבטל את התעודה. טענתם היתה כי השופטים הללו, להיותם נאמנים של שני הגופים הנזכרים, מעוניינים היו כי העירייה תקבל את התעודה ותורשה לשאוב מים, נמצא החלטתם בטלה ומבוטלת. ועל שום מה מעוניינים? על שום שעם קבלת הרשות לשאוב, יעלה ערכו של מפעל המים, וממילא יעלה שווי של הנכס המשמש ביטחון להחזרת ההלוואות שקיבלה העירייה משני הגופים. בית המשפט לא שעה לטענה זו, ביטל את הצו על תנאי ודחה את הבקשה. וכה אומר השופט בלקבורן:

"אין ספק בדבר, כי כל אינטרס כספי ישיר בנושא החקירה — ואפילו

The King against The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge; (1723), 93 E.R. 698, 704.

19 השוה דו"ח הוועדה הנ"ל, עמודים 76—79. הוא עקרון הצדק מספר אחד לפי ספירת הדו"ח.

20 על משקל המאמר "אין עד נעשה דיין" (סנהדרין, דף לד ע"ב).

הלכת השופט בלקבורן הנוכרת על שני חלקיה — היינו שאינטרס כספי לעולם יפסול את השופט, ואילו החשש להטיית משפט בשל אינטרס לבר-כספי, יפסול אותו רק כאשר קיים חשד של ממש — מצאה לה אישור וסיוע בפסקי דין אחרים. אך מן הדאוי להוסיף ולומר, כי ביני לביני, ותוך כדי עירווייה של ההלכה מכלי אל כלי, הלך ונמוג קימעה קימעה — עד שאבד כליל — שם-התואר "ישיר" שהוצמד בפרשת רנד²⁴ אל השם "אינטרס כספי". לא השופט בלקבורן גופו בחזרו על הלכתו בפרשת מאיר²⁵, ולא השופט סטיוון (Stephen) באמצעו לו את ההלכה בפרשת פאראנט²⁶, לא זכרו עוד את האפטיטון ההוא, וישכחוהו. הם, כנראה, משכו את ידיהם ממנו, ואין להצטער על כך. כי אני מלכתחילה לא הבנתי, כיצד אפשר להבדיל כאן בין אינטרס "ישיר" לאינטרס "עקיף"; וכי יש חשיבות כלשהי לשאלה, מי הוא המעביר לשופט את טובת ההנאה הכספית? ודוק.

כזאת וכזאת היא עמדתו של המשפט האנגלי כלפי פסול-הריינות של השופט ה"מעוניין": חמורה וקפדנית מאוד כלפי אינטרס כספי, אך רכה ומאופקת כאשר האינטרס הוא מסוג אחר. כאן יש צורך במשהו שאינו פחות מחשד של ממש, כפי שדאינו לעיל.

ברם — וזהו חידוש שנתחדש בבית מדרשה של הפסיקה לפני ארבעים שנה, והפך את הדוקטרינה האנגלית בסוגיה זו מצודקת לעושקת מאוד — משנתעורר חשד של ממש באובייקטיביות של השופט הנטען, הוא מפעפע כארס ופוסל את החלטתו של השופט, אפילו אם הוכח כי החשד הוא בטעות יסודו. אין לי הסבר לכך, בלתי אם נאמר כי כבודו של בית המשפט הוא, בעיני שופטי אנגליה, ערך תרבותי גבוה מעל גבוה, שיש להגן עליו אפילו במחיר השיפוט הצודק. יקוב הכבוד את הצדק!

שיעור מדהים ותמוה זה אנו לומדים מפסק דין אחד שניתן בשנת 1924²⁷, ומשום חשיבותו המרובה נתאר כאן בפרוטרוט את המעשה ופשרו. אדם אחד, מק-קדתי שמו, התנגש במכוניתו עם מכונית אחרת השייכת למר וויט-וורת, והובא בפלילים באשמת נהיגה מסוכנת. בתום הדיון פרשו השופטים ללשכתם כדי להתייעץ, ונתלווה אליהם מזכיר בית המשפט (ביתר דיוק: האיש שמילא אותו יום את מקומו של המזכיר), ולבסוף הרשיעו את מק-

הקטן ביותר — פוסל את האיש מלפעול כשופט באותו עניין; אילו, אפוא, היתה קיימת האפשרות כי אדונים אלה, למרות היותם נאמנים גרידא, יחוייבו, בשל היותם כך, בהוצאות או יהיו צפויים לריווח או הפסד כספי אחר, היתה השאלה, לדעת, שונה ממה שהינה: כי לזה אפשר היה לקרוא 'אינטרס'. אבל במקרה דגן העובדה היחידה שעלולה היתה לפגוע באובייקטיביות של השופטים היא שיתכן כי לבם נוטה להעדיף את אלה שהם (השופטים) נתמנו להיות נאמנים עליהם. זו היא טענה שטרוננייה היא לא אינטרס, אלא העדפה. והנה בכל מקום שקיימת הסתברות ממשית כי השופט, בגלל קירבה משפחתית או מטעמים אחרים, תהיה לו 'פנייה' לטובת אחד הצדדים, יהא זה מאוד לא נכון מצידו לפעול. ובל יגלו פנים בדברינו לומר, כי כאשר ישנה פנייה מסוג זה — לא יתערב בית המשפט. אבל במקרה שלפנינו אין כל יסוד לספק, כי השופטים פעלו בהחלט בתום לב. השאלה היחידה היא, אם בתנאים כאלה, ולפי דיוקו של החוק, תעורת השופטים בטלה תהיה, כפי שבטלה היתה אילו היה להם אינטרס כספי. נראה לנו כי פסק הדין בעניין המלכה נגד רוצ'סטר²¹ הוא אסמכתא לכך, כי נסיבות שמהן עלול לעלות חשד של העדפה, אינן יוצרות אותו רושם שיוצר אינטרס כספי...²²

זו בקיצור המסקנה שהגיע אליה השופט בלקבורן: אינטרס כספי ישיר בתוצאות המשפט, הוא פסול-דיינות מוחלט, ופוסל אפילו בהיותו זעיר ביותר. כאן אין אומדים דעתו של שופט, אם מסוגל הוא ואם אין, להטות בעטיו משפט. כנגד זה, חשש של פנייה אחרת, לבר-כספית, אינו פוסל את השופט מלדון, אלא אם כן קיימת "הסתברות ממשית", היינו חשד של ממש כי השופט, בשל אינטרס לא-כספי זה, עלול להעדיף את אחד הצדדים.

דוגמה מעניינת לאינטרס כספי, כמעט אפסי, שפסל את השופט, מוצאים אנו בפסק דין שניחן באנגליה לפני מאה שנה. מעשה באדם שקנה כרטיס רכבת למחלקה השלישית, ונסע במחלקה השנייה. הוא הורשע בעבירה, עידער בפני ערכאה יותר גבוהה והפסיד, פנה ל"קווינס בניץ" בבקשת צרטיורארי וההרשעה בוטלה. הטעם לכך: שני שופטים של ערכאת העידעור היו בעלי מניית בחברת מסילת הברזל, שהסיעה את הרכבת "המרומה" ההיא²³. ועתה צא וחשוב, בכמה גדלה הדיוודנה שקיבלו השופטים מן החברה, אילו שילם האיש את המחיר המלא של כרטיס המחלקה השנייה.

The Queen against the Dean of Rochester (1852), 117 E.R. 1181 21

Reg. v. Rand (1865), L.R. 1 Q.B. 230, 230-233 22

Re Hopkins (1858), 120 E.R.445 23

24 ראה הערה 19 לעיל.

Reg. v. Meyer (1875), 1 Q.B.D. 173 25

Reg. v. Farrant (1887), 20 Q.B.D. 26

R. v. Sussex Justices; ex parte McCarthy (1924), 1 K.B. 256 27

קדתי. התברר כי אותו מזכיר היה חבר פירמה של עורכי־הדין שטיפלו, בשם וויטוורת הנזכר, בתביעה אזרחית נגד מק־קרתי, כתוצאה מאותה התנגדות. עובדה זו — כך טען פרקליטו של מק־קרתי — נודעה לו רק לאחר שהשופטים פרשו ללשכתם יחד עם המזכיר, והוא עשה אותה עילה לבקשת ביטול פסק הדין המרשיע שניתן נגד שולחו. הוא פנה לבית משפט "קינגס בניץ", וקיבל צו על תנאי: השופטים השיבו בתצהירם, כי הם כלל לא נזקקו לשירותיו ועזרתו של המזכיר, והגיעו להחלטתם על דעת עצמם בלבד. בית המשפט נתן אימון מלא בדברי השופטים, ואף על פי כן עשה את הצו החלטי, וביטל את ההרשעה. וכה אמר זקן השופטים, השופט היואָרט:

"נאמר לנו, וללא ספק נכון הוא, כי כאשר האדון ההוא (המזכיר) פרש, כרגיל, עם השופטים ללשכתם בקחתו עמו את רשימת העדויות, למקרה שירצו השופטים לשאול בעצתו, הגיעו השופטים להחלטתם בלי להיוועץ בו, וכי הוא עצמו נמנע בהקפדה מלהתייחס למקרה הנידון באיוו צורה שהיא. ברם על אף כל זה קיימת שורת פסקי דין המראה, כי... נודעת חשיבות יסודית לכך, שהצדק לא רק ייעשה, אלא (אף) ייראה בהדיא וללא כל פקפוק כעשוי. השאלה אינה, איפוא, אם במקרה דנן העיר המזכיר איוו הערה או הביע איוו ביקורת, שלא מן המידה היה להעיר או להביע; השאלה היא אם הוא, מן הבחינה האזרחית, היה כה קרוב לנשוא המשפט עד שלא התאים לשמש מזכיר במשפט הפלילי. התשובה לכך תלויה לא במה שנעשה בפועל ממש, אלא במה שנחזה כמעשה שנעשה. אסור שייעשה משהו, היוצר אפילו חשד גרידא שנעשתה התערבות בלתי הוגנת במהלך המשפט..."

עינינו הרואות ו... תמהות, הוכח כי למזכיר לא היה יד וחלק בהכנת פסק הדין המרשיע את מק־קרתי, וממילא היה פסק הדין ללא פגם ודופי. מידת הצדק דרשה, איפוא, לדחות את בקשת מר־קרתי ולא לצו לשלם את הקנס (10 ליש"ט) שהטילו עליו שופטי סאסקס. אך מה עשו שופטי "קינגס בניץ"? ממש ההיפך: ביטלו את פסק הדין ושחררו את מק־קרתי מכל עונש ואשמה. ועל שום מה? על שום שבלב בני־אדם שידעו על התייחדותו של המזכיר עם השופטים, אך לא ידעו על התנהגותו הכשרה בחדר ההתייעצות, קינן החשד הסביר, כי פסק הדין הוא, כולו או מקצתו, מעשה ידי המזכיר ה"נוגע בדבר", ומשום כך בלתי צודק ופסול. לשון אחר: תחת לאשר פסק־דין צודק, שנראה (בטעות) כבלתי צודק, הם נתנו בעצמם פסק דין בלתי צודק, שנראה — לטועים, ולהם בלבד — כצודק. כבוד בתי המשפט, אולי, ניצל, אך מידת הצדק, — כנראה בעליל, לקתה.

(ד)

שונה מזו בתכלית היא עמדתו של המשפט העברי כלפי פסול־הדיינות של השופט ה"מעוניין". ראשית, וכדי לסלק בקצרה את הנקודה שנגענו בה בסוף הסעיף הקודם, רצוני להדגיש כי המשפט העברי לעולם אינו עושה ויתורים בענייני שיפוט לטובת כבודם של בתי המשפט. כמובן, חייב אדם בכבוד בית הדין²⁸, אך אין זה "נכס" שחובה לשמור עליו אפילו במחיר הדיון הצודק²⁹.

אך לא בכך בלבד מתמצה ההבדל בין שתי שיטות המשפט בסוגיה זו של פסול־דיינות שלפנינו. שטח המריבה הוא יותר נרחב, ומקורה יותר עמוק, כפי שנראה להלן.

בפרק ב למעלה הבאנו את דברי הרמב"ם בפרק כא מהלכות סנהדרין, הלכות א, ג, שבהם הוא מגדיר את המושג "צדק המשפט". זו היא, כפי שנוסחה מעיד עליה ("אי זהו... זר"), הגדרה אכסקלוסיבית הקובעת את השוואת בעלי הדין כאב־עיקרון אשר ממנו מסתעפים כל אותם הדינים וההוראות, שמטרתם היא לשמור על טוהר השיפוט. כצאצא אחד של אב־עיקרון זה ציינו את עקרון־הצדק־הטבעי של חובת שמיעת שני הצדדים, וכצאצא נוסף ייחסנו לו את עקרון־הצדק־הטבעי של "אין בעל דבר נעשה ריין". "יחוס־אבות" זה אינו שם משפחה גרידא, אלא — כפי שאמרנו בריש הסעיף הקודם —

28 "... ואצוה אחכם בעת ההיא. אמר ר' אלעזר אמר ר' שמלאי: אזהרה לציבור שתהא אימת הדין עליהם" (סנהדרין, דף ח ע"א); "כדרך שנצטווה הדין לנהוג במצווה זו, כך נצטוו הציבור לנהוג כבוד בדין, שנאמר ואצוה אתכם זו אזהרה לציבור שתהא אימת הדין עליהם ולא יתבוה בפניהם, ולא ינהגו קלות ראש בעצמו" (דמב"ם הלכות סנהדרין, פרק כה, הלכה ג). וקל וחומר משליח בית דין, שמנדים מי שמבזה אותו: "רב מנגיד... מאן דפקיד שליחא דרבנן... שמעיו פניו להתריס עם שליח בית דין" (גמרא ורש"י יבמות, דף נב ע"א). השווה גם רמב"ם הלכות תלמוד תורה, פרק ו, הלכה יד; טור יורה דעה, סימן שלד; שולחן ערוך יורה דעה, סימן שלד, סעיף מג.

29 "אנן אחתיניה אנן מסקינן ליה — לזילותא דבי דינא לא חיישינן; זילותא דבי דינא: שמא ילגלו הבריות על בית דין על שסותרין את דיניהם, ודמי לחוכא ואיטולא" (גמרא ורשב"ם בבא בתרא, דף לא ע"ב). וכן פסקו להלכה הרמב"ם, הטור והשולחן ערוך (רמב"ם, הלכות טוען ונטען, פרק טו, הלכה ה; טור חושן משפט ושולחן ערוך חושן משפט סימן קמו, סעיף ב—ג, עיי' שם).

"מוסיף אספקט חדש, ממצה והגיוני, לחומרתה הבלתי דגילה של הלכת-צדק זו".

פסול-הדיינות של שופט הנוגע בדבר הוא, במשפט העברי, אחת-אום לפסול-העדות של עד הנוגע בדבר; אך יש סוג-נגיעה אחד או שניים³⁰ שבהם דינו של השופט שונה מדינו של העד, קפדני וחמוד ממנו; סימן הוא, כי התאומים הללו לאו "אידנטיים" הם, וכי יש באחד מהם דרכים שאינם מצויים באחד.

הבה נתחקה על שורשי רעיון כפול זה ונסה למצוא את טיבו, טעמו, מקורו ומהותו. הברייתא אומרת:

"בני עיר שנגנב ספר תורה שלהן, אין דנין בדייני אותה העיר, ואין מביאין ראייה מאנשי אותה העיר"³¹.

גנב המובא לדין על ספר תורה שנגנב — ספר שהוא רכוש ציבורי של העיר — והוא טוען להד"ם, או לקחתיו בדמים, אין דנים אותו בבית-דין המורכב מדייני אותה העיר, ואין מביאים מאנשי אותה עיר עדים המכחישים טענותיו של האיש; כי כולם הם שותפים בספר ומשום כך נוגעים בדבר, ואינם יכולים לשמש לא דיינים ולא עדים³².

הרעיון העולה מהלכה קונקריטית זו הפך יסוד לשני כללים מופשטים אלה: "כל דבר שיש לדיין בו צד הנאה, אינו יכול לדון עליו, לפיכך בני העיר שנגנב ספר תורה שלהן וכו'"³³.

"כל עדות שיש לו לאדם הנאה בו פסול להעיד, לפיכך קרקע של שני שותפים ובא אחר והוציאה וכו'"³⁴.

אין לי אלא טובת הנאה של ממון³⁵, טובת הנאה אחרת מניין? תלמוד לומד ב"משנה תורה":

"ודברים אלו (הכוונה היא לנגיעות הפוסלות את העדים) אינן תלויות אלא ברעת הדיין ועוצם בינתו: שיבין עיקר המשפטים וידע דבר הגורם לדבר אחר ויעמיק לראות, אם ימצא שיש לזה העד צד הנאה בעדות זו אפילו בדרך רחוקה ונפלאה הרי לא יעיד בה. וכדרך שלא יעיד בדבר זה שמא נוגע

30 ראה להלן.

31 בבא בתרא, דף מג ע"א.

32 עי' רשב"ם בבא בתרא שם, ד"ה אין דנין וד"ה ראייה.

33 טור וש"ע חו"מ, סי' ז, סעי' יב.

34 טור וש"ע חו"מ, סי' לו, סעי' א.

35 כי הדוגמא הקלאסית של הברייתא, היא בטובת הנאה של ממון.

בעדותו הוא, כך לא ידון באותו דבר; וכן שאר מיני פסולין: כשם שפסולין בעדים, כך פוסלין בדיינים"³⁶.

פשוטם של דברים — והמלים "וידע דבר הגורם לדבר אחר" או "אם ימצא שיש לזה העד צד הנאה אפילו בדרך רחוקה ונפלאה" יוכיחו! — הוא, כי לא רק הנאת ממון ממש, אלא אף הנאה אחרת כגון: כבוד, שלטון, דיעות וכדומה, עשויים לפסול את הדיין אם אך קיים "קשר סיבתי" ("וידע דבר הגורם לדבר אחר") סביר בין הנאה והפסק³⁷.

36 רמב"ם הלכות עדות, פרק טז, הלכה ד; הובאה תוך ציטוט דברי הרמב"ם בטור חו"מ, סוף סימן לו; כן גם בשו"ע חו"מ, סימן לו, סעיף כא.

37 השווה תשובת הרלב"ח (ר' לוי בן חביב, 1484—1541) המובאת בשו"ת הרשד"ם (ר' שמואל די מודינא, 1506—1589), חלק חו"מ, סימן ב, וזה לשונו: "ולא לבד אותה ההסכמה (הכוונה היא להסכמת חכמי צפת, בשנת 1538, על פי השתדלות הר"י בירב, לחדש את ה"סמיכה" ולהקים את הסנהדרין, בהסתמכם על דברי הרמב"ם הידועים בפירוש המשניות, סנהדרין פרק א, והלכות סנהדרין, פרק ד, הלכה יד) שהסכימו לשעבר אינה קיימת... אלא אפילו שעתה ירצו לשאת ולתת עמנו בדין... ויסכימו לדעתם הראשונה, אין הסכמתם קיימת מטעם רוב, וזה שעתה כבר הם נוגעים בדין... דכסיפא להו מילתא למיהדר ממאי דהסכימו בראשונה, ולא יקבלו שום טענות לחזור בהם". ובמקום אחר של אותה תשובה, החלק שלא צוטט על ידי הרשד"ם, לאחר שהרלב"ח בודק שם, מבחינת ההלכה, את השאלה אם יש לחשוך בדיין שלא יחזור בו מן ההלכה שהביע אפילו אם ישוכנע כי אין היא נכונה, הוא אומר: "איכא מילי דדינא בריד בהו טובא, ובהנהו אפשר ליהדר ביה החכם... ואיכא מילי אחריני דדינא לא פסיקא כולי האי בהו, והחכם לא ליהדר ממאי דקאמר, ולא משום דחשיב דעביד הכי בכוונה, אלא דמשום דהורה בראשונה נראה לו שהדין כמו שפסק... שודאי לא יחזור בהם אותם הרבנים מפני שגנאי הוא להם שעשו מעשה בראשונה בלי עיון בדין, ולא מפני שהם בכוונה יאמרו עתה דבר כנגד הדין הנראה בעיניהם, אלא שמפני שכבר הורו בכך ועשו מעשה (היינו: מינו את הר"י בירב), יטה לבם אותם לדעתם הראשונה, דמהאי טעמא גופיה אוהב ושונא פסולין לדין" (שו"ת הרלב"ח, ויניציאה שכ"ה, 1565), דף רעט ע"א, טור ראשון וטור שני). הרי שגם אותה הנאה ניגאטיבית של מניעת הביוון, אף היא הנאה היא הפוסלת אותו לדון, אף על פי שאיננה טובת הנאה של ממון. יצוין גם, שאפילו המהרי"ט בתשובותיו, חלק חו"מ, סימן פ, הסובר כי הנאה שאינה הנאת ממון, אינה פוסלת את העד, מודה כי הנאה כזאת פוסלת את הדיין. שהרי הוא אומר שם (הוצאת תל"אביב, תשי"ט, חלק שני, עמוד שיח, טור שני למעלה): "אבל במידי דלאו הנאת ממון, אלא שדעתו קרובה, לא אמרינו (שהעד פסול), דלא עדיף מאוהב... והשונא... דסבר ד' יהודה למיפסלינהו, ואמרו חכמים לא נחשדו ישראל על כך". והרי הדיין, כפי שנראה בפנים להלן, באמת פסול לדון את האוהב והשונא.

"כשם שפוסלין בעדים, כך פוסלין בדיינים", נאמר שם; היפוכו של פסוק או למפרע — לא נאמר. הוזה אומר: יכול שפסול-נגיעה אחד יפסול את הדיין, ואת העד לא יפסול. ואמנם למטה מן העניין, בהלכה ו שם, נאמר: "כל הכשר לדון כשר להעיד, ויש כשר להעיד ואינו כשר לדון: האוהב, השונא וכו'"³⁸.

הרי שקיימים פסולי-נגיעה, הם האוהב והשונא, הפוסלים רק את הדיין, ולא את העד.

ונשאלת השאלה, מה טעמה של "הפלייה" זו, ומדוע יחשד הדיין יותר מן העד? שני טעמים הובאו לכך במקורות שלנו, שניהם פסיכולוגיים, כמעט פסיכואנאליטיים, ואילמלא גילם הוותיק הייתי אומר, שמחבריהם הושפעו מתורת התת-הכרה שהחלה לפרוח בתחילת המאה הזאת. נציגו של הטעם הראשון הם, בין השאר, הרא"ש³⁹ וסמ"ע⁴⁰.

"כי ענין הזכות והחובה מבצבץ באדם בלא כיוון רשע, לפיכך באהבה מועטת לבו נוטה לזכות, ובשנאה מועטת לבו נוטה לחובה"⁴¹.

"חוץ מאוהב ושונא שכשרים להעיד אף על פי שפסולין לדון: הטעם (הוא) דבעדות מעשה — כאשר היה לפניו הוא מעיד, ולא חשדינו ליה שישנה (דיבור) בכיוון בשביל אהבתו או שנאתו, מה שאין כן בדין, שתולה בסברא והמתחשבה נשתנה מחמת אהבתו או שנאתו אפילו בלא כוונת רשע"⁴².

הטעם השני הוזכר על ידי הרמב"ם גופו בתוך ה"משנה תורה" שלו, והוא נראה לי עיקר.

"אסור לדיין לדון למי שהוא אוהבו אף על פי שאינו שושבינו ולא ריעו

38 מקורו של הדין, לגבי כשרות העד, הוא בסנהדרין, דף כז ע"ב: "אמדו לו חכמים לר' יהודה: לא נחשדו ישראל על כך, להעיד שקר משום איבה ואהבה" (משנה ורש"י שם). ומקורו, לגבי פסולת הדיין, הוא שם, דף כט ע"א: "תנו רבנן והוא לא אויב לו יעידנו... חד לדיין, דבדיין מודו רבנן דשונא לא ידון, דלא מצוי ליה ליה זכות א" (גמרא ורש"י שם). והוא הדין באוהב דמקרבא דעתיה ולא מצוי ליה ליה חובה (עי' בגמרא שם, ודו"ק).

39 ר' אשר בן יחיאל, 1250—1327.

40 ספר מאירת עינים לר' יהושע ולק, 1550—1614.

41 הרא"ש על סנהדרין, פרק ג, סימן כג, לאחר שהוא מביא את המאמר של רב פפא, בתובות דף קה עמוד ב: "לא לידון איניש דינא למאן דרחים ליה ולא למאן דסני ליה; דרחים ליה — לא חזי ליה חובה, דסני ליה — לא חזי ליה זכותא".

42 סמ"ע חו"מ, סימן לג, ס"ק א.

אשר כנפשו, ולא למי ששונאו אף על פי שאינו אויב לו ולא מבקש רעתו, אלא צריך שיהיו שני בעלי דינים שווים בעיני הדיינים ובלבם"⁴³.

הוא אשר אמרתי: הכל נובע מן האב-עיקרון של השוואת בעלי הדין. צריך שבעלי הדין יהיו שווים זה לזה לא רק בעיני הדיינים (כלומר ביחסם הגלוי), אלא גם בלבם (כלומר ביחסם הנסתר, הבלתי מודע).

ברור שאם הטעם הוא הפגיעה בשוויון בעלי הדין, הרי כל נטייה לכאן או לכאן, ואפילו הקלה ביותר, פוגעת בשוויון ומבטלת אותו כליל. שהרי המונחים "פחות" ו"יותר" אין להם מקום תפיסה כלל במושג השוויון, והגרגיר הקטן ביותר מכריע את אחת הכפות של המאזניים המעויינות. טעמו של הרמב"ם — כפי שציינתי קודם — נראה לי עיקר. וזה משני טעמים אלה:

(א) הוא מסביר לנו, ביתר הגיון, את כל אותן החומרות הגדולות, הקיצוניות, שביחסו של המשפט העברי לפסולי הדיינות, אם כפסול של בדיעבד, ואם כפסול של לכתחילה או כמירת חסידות⁴⁴;

(ב) הוא, ורק הוא, נותן לנו להעמיד את עקרון השוואת בעלי הדין במקום הראוי לו, כבניין-אב, ראש וראשון לכל כללי הצדק הטבעי. דבר זה מאפשר לנו לנהוג "חיסכון" בכללים ולא לפצל אותם יתר על המידה, — החיסכון אשר אליו שואפת למעשה כל חקירה מדעית.

ברצותנו להכליל בנוסחה אחת, מקיפה וכוללת, את כל פסולי הדיינות של המשפט העברי, דומני כי המוצלחת ביותר תהיה זו: השופט פסול לדון כל עניין שלגביו הוא נוגע בדבר, אם "נגיעת גברא", כגון קרוב, אוהב, שונא וכדומה, ואם "נגיעת חפצא", היינו הנאה של ממון או הנאה אחרת מתוצאה מסויימת של המשפט. בכל אחד מן המקרים הללו, הנגיעה גורמת לכך שדעתו של השופט תהא קרובה יותר אצל אחד מבעלי הדין, נמצא מידת השוואת בעלי הדין, ואתה מידת הצדק, לוקה.

43 רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק כג, הלכה ו.

44 השווה את המימרות והמקרים המובאים בכתובות, דף קה ע"א — קו ע"א, ביניהם המאמר דרב פפא שם (קה ע"ב), שהרמב"ם רואה בו פסול ממש, ואילו הרא"ש (פ"ג דסנהדרין, סימן כג) והתוספות (כתובות, דף קה ע"ב, ד"ה לא למאן דסני ליה) רואים אותו כפסול-של-לכתחילה או כחומרא בעלמא. ראה גם תוספתא סנהדרין, פרק ה, הלכה ג: "אין דנין לא זה את זה ולא זה עם זה ולא זה על זה", וירושלמי סנהדרין, פרק ג, הלכה ט (הוצאת ירושלים, תש"ך, כרך ח, דף יח ע"א וע"ב).

מניתי זה עתה בין הנוגעים נגיעת גברא גם את הקרובים. ואמנם עשיתי את הרבר בכוונה מכוונת ולאחר עיון רב. ראיה לכך ממקור קדום ביותר. ישמשו לנו דברי הגמרא בסנהדרין, פרק זה בורר, סוגיא דאשתו ארוסה, שבה מבחין הש"ס בין דיני ירושה וטומאה, שלגביהם אין הארוס נחשב כבעלה, לבין דיני עדות, שבהם הוא נחשב כבעלה ופסול, באמרו:

"התם (גבי טומאה וירושה) בשארו תלה דחמנא — אכתי לאו שארו היא, הכא משום איקרובי דעתא הוא — והא איקרבא דעתיה לגבה"⁴⁵.

הרי שפסול-העדות של קרובים טעמו הוא נגיעת גברא הבאה מחמת קירוב הדעת⁴⁶, וזה הוא הרעיון שהובע על ידינו לעיל⁴⁷.

וכאן יבוא השואל וישאל: האין זה עומד בסתירה בולטת למה שנאמר בתלמוד⁴⁸, כי הלכת פסולי עדות מחמת קורבה "גזירת המלך" היא, הא ותו לא?

תשובתי לכך היא: נכון הרבר, שהתורה גזרה כי קרובי משפחה לא יוכלו להעיד זה על זה, אפילו כאשר — כמו במקרה של משה ואהרון לחותנם — אין שמץ ספק שמא ישקרו. אבל טעמה הפנימי של ההלכה, ה"ראציו לגיס" שלה, הוא כי יחסי הקרובים זה לזה, בשל תדירות המגעים וממילא גם תדירות החיכוכים ביניהם, הם מאוד אמוציונליים, הייתי אומר: אמביוואלנטיים, פעמים דעתם קרובה זה אצל זה, פעמים דחוקה זה מזה, וממילא: קרובה דווקא אצל האיש המתדיין עם קרובם. מטעם זה, היינו מפני הנגיעה ה"פוזיטיבית" או ה"ניגאטיבית" שיש לעד או לדיין במשפטי קרוביהם, פסלה אותם התורה לעדות ולדיינות, הן לזכות והן לחובה⁴⁹. הסבר מלא זה

45 סנהדרין, דף כח ע"ב.

46 דאה להלן, הערה 49.

47 מקומות אחרים כהם נאמר כי פסול הדיינות מחמת קורבה הוא כשל נגיעת נטייה שיש כלב השופט כלפיהם, הם: פירוש "פני משה" על הירושלמי (לר' משה מרגולית, 1715—1781), ירושלמי סנהדרין, פרק ג, הלכה ט: "שלא יהא העדה לא קרובי מכה ולא קרובי מוכה, כדמפרש לה לר' יוסי... והשתא נפקא לן ג"כ שלא יהו קרובי מכה שמסתמא הן יהפכו בזכותו וכו'"; פירוש הרדב"ז (ר' דוד כן זמרא, 1479—1574) על הרמב"ם, הלכות עדות, פרק טז, הלכה ה: "ומנין שלא יהיו העדים קרובים לדיינים? מפני שלא ירצה הדיין לקבל הזמה על קרובו, והוה לה עדות שאי אתה יכול להזימה".

48 בבא בתרא, דף קנט ע"א: "דאי לא תימא הכי, משה ואהרון לחותנם משום דלא מהימני הוא? אלא גזירת מלך היא".

49 אפשר, איפוא, להעלות את שני המקרים על נוסחה אחת ולומר: הקרוב פסול

המקיף כל האספקטים של הבעיה, מיישר את כל ההדורין ומתרחץ את כל הקושיות שבה, ניתן על ידי בעל החינוך⁵⁰, ותמה אני על המתחרים שלאחר המאה השלוש-עשרה, שלא הקרישו את תשומת הלב הראויה לדבריו הנפלאים. הלא כה הוא לשונו הזהב:

"שנמנענו מלקבל עדות הקרובים קצתם על קצתם, ועל זה נאמר: לא יומתו אבות על בנים, ובנים לא יומתו על אבות; ובוה בא הפירוש המקובל לא יומתו אבות בעדות בנים ולא בנים בעדות אבות, והוא הדין בדיני ממונות, שאין מאמינים הקרובים קצתם על קצתם... לפי שעיקר כל ענייני האדם תלויים בעדות אנשים... ועל כן רצה המקום להרחיק ממנו לבלתי עשות דין בני אדם רק (אלא) בעדות חזק, אמיתי, נקי מכל חשד; ולחזיון עניין זה הרחיק כל עדות הקרובים, אף בחיוב, פן תתפשט הרגל עדותם זה על זה לקבלו אף לזכות... ועוד נמצא לנו תועלת אחר בדבר: כי מהיות הקרובים שוכנים תמיד זה אצל זה, ושיבתם וקימתם יחד, אי אפשר להם להינצל שלא יתקוטטו זה עם זה לפעמים, ואילו יאמינו בעדותם זה על זה, אולי בכעסם תמיד אלו עם אלו תעלה חמתם לפי שעה, ויבאו לפני הדיין ויחייבו את דאשם למלך, וכשודך החימה — כמעט שיחנוק עצמו הקרוב מדאגתו על קרובו ועל מעשהו, וכל דרכי ד' ישרים..."⁵¹.

נאמרו הדברים על הקרובים כפסולי עדות, אבל כוחם יפה, כמובן, גם לגבי הקרובים כפסולי דיינות. כי בנוגע לפסול-מחמת-קורבה, הגדרים שווים בשני-הם, אלא שלגבי פסול-הדיינות פועל כאן אף הרעיון, כי אהבת הדיין, או שינאתו לקרוביו מקלקלת את שורת השוויון שבין בעלי הדין.

(ה)

הכלל השלישי של כללי הצדק הטבעי לפי מניין הדין-וחשבון של הוועדה הנזכרת⁵², הוא החובה לגלות את נימוקי ההחלטה שניתנה. לכלל זה התכוונתי

להעיד ולדון מחמת "קירוב-הדעת" שיש לו אם כלפי קרובו ואם כלפי יריבו של קרובו.

50 שם המתבר אינו ידוע; יחסו את הספר בטעות להרא"ה (ר' אהרן הלוי, נפטר בשנת 1293), אבל המחקר המודרני סובר שאין הדבר כן, וכי מחבר ספר החינוך היה רק בן דורו של הרא"ה. הטעות נגרמה עליידי כד, שבהקדמת המחבר נאמר, כי הוא "איש יהודי מבית לוי ברצילוני", בדיוק כפי שהיה הרא"ה.

51 ספר החינוך על תרי"ג המצוות, מצוה תקפט (הוצאת פרדס, ירושלים תשט"ו, יחד עם ה"מנחת חינוך", חלק שלישי, דף קא).

52 ראה לעיל, הערה 9.

באמרי קודם (ריש פרק ב), כי שלושת עקרונות הצדק הטבעי המנויים בדין־וחשבון של הוועדה "משתייכים כולם לשטח המשפט הדיוני או המעין־דיוני". כי חובה שצריכה להיעשות אחרי מתן ההחלטה אינה, בדיוק נמרץ, לא דיונית ולא מאטריאלית, אך מבחינה דעיונית כללית היא קרובה יותר למסגרת הפעולות הדיוניות, שכן הזכות המאטריאלית אינה מושפעת ממנה כל עיקר.

גם המשפט העברי מכיר בחובה מסוייגת מעין זו⁵³. שמה המקובל הוא: "הורוני מאינה טעם דנתוני". הייתי צריך, לכאורה, להרחיב את הדיבור עליה; אך מכיוון שאין היא נוגעת לדיון השנוי במחלוקת גופו, ואין היא — כנראה בעליל — מסתעפת מן האב־עיקרון של השוואת בעלי הדיון, לא הונח לה מקום להתגדר בו במסגרת הנושא שלפנינו, והוא טהרו של שיפוט.

"מולד" תשרי תשכ"ו (ספטמבר 1965)

סוגיא מודרנית של דיני קידושין

(א) הכעיה

בקשתו של יהודי ארצישראלי למתן פסק דין המכריז במישדין על ביטול נישואיו עם צעידה יונית, נדחתה, כידוע, בדרגה האחרונה על ידי בית הדין העליון. ואולם עצם השאלה: אם נישואין אלה קיימים או בטלים, לא הוכרעה על ידי בית המשפט, ומן הראוי לעמוד עליה בפרוטרוט, מבחינת החוק המטריאלי, ולאור המסקנות שהגיעו אליהן השופטים, וההשקפות שהובעו על ידם, בתשעת פסקי הדין השונים שיצאו במשפט זה.

העובדות ידועות: צעיר יהודי, נתין ארץ ישראלי ותושב קבוע בארץ, נסע לזמן מועט לקפריסין ונשא לו שם אשה לא יהודיה, נתינת קפריסין ותושבה קבועה שם, בנישואין אזרחיים כשרים, בהתאם לחוקי המדינה. השאלה: נישואין אלה, מה דינם כאן בארץ? היש תוקף חוקי להם או לא, בשים לב לעובדה, כי בדיני ישראל — החוק אשר על פיו נחתכים כל ענייני האישות של יהודי נתין הארץ — אין נישואין כשרים בין יהודי ולא יהודיה. וכי ישאל השואל: הכיצד? נתת דבריך לשיעורין? ! כלום אפשר לה, לאשה, שתהא נשואה כאן ופנויה במקום אחר? התשובה תהא: אפשר ואפשר! כי הנישואין, כמו כל אקט משפטי אחר, תוקפם החוקי הוא יחסי, תלוי בגבולות החוק והארץ, ויש אשר שני בני אדם הקשורים זה לזה בעבותות הנישואין, לפי כל פרטיו ודקרוקיו של החוק המקומי, יראו את הכבלים שלהם נופלים מאליהם מיד אחרי צאתם את גבולות המדינה.

השאלה, כפי שהיא מוצגת כאן, איננה: אם בית המשפט הארץ ישראלי יתן פסק דין המכריז ישירות על ביטול הנישואין; נקודה זו הוכרעה לשלילה על ידי בית הדין העליון, ואין אחר מעשה בית דין כלום. השאלה היא: מה הוא, בעצם הדבר, ערכם החוקי של הנישואין האלה, הקיימים הם כאן בארץ או לא. למאי נפקא מינה? למשפטים אחדים המתנהלים, לא בדבר הנישואין אלא על יסוד הנישואין. דרך משל: האשה מגישה כאן משפט נגד בעלה, ותובעת ממנו מזונות. היוכל הבעל לטעון: "בעיני החוק הארץ ישראלי שהוא החוק הלאומי שלי, את אינך אשתי כלל וכלל", או שמא יכולה האשה לענות לעומתו: "מאחר שהנך נחשב לבעלי לפי חוקי המדינה הזרה, החוק הלאומי שלי, הרי אני נחשבת לאשתך החוקית גם לפי חוקי הארץ הזאת".

53 סנהדרין, דף לא ע"ב; רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק ו, הלכה ו; שו"ע חו"מ, סימן יד, סעיפים א, ד; עיין גם תוס' סנהדרין שם, ד"ה ואם, ותוס' בבא מציעא, דף סט ע"ב, ד"ה כי האי.

כיוצא בזה: אם האשה מתה, והבעל תובע את חלקו בעיזבון הנמצא בארץ ישראל; היכולים יורשי האשה לדחות את תביעתו, בטענם כי לפי חוקי ארץ ישראל לא היה כלל תוקף לנישואין?

התשובה לשאלה זו תלויה בתשובה לשאלה אחרת, קודמת לה, והיא: מה דינם של נישואין שנערכו בחוץ לארץ, ולפי איזה קנה-מידה תימדד כשרותם בארץ הזאת. ואת התשובה לכך יש למצוא בתוך אותו הענף המשפטי המיוחד, הידוע בשם "עקרונות המשפט הבינלאומי הפרטי", או — בשמו היותר מודרני — "תורת התנגשות החוקים".

(ב) צורה ותוכן בנישואין

אבל, קודם לכן, הבחנה אחת יסודית, מכרעת, הממציאה את הגישה הנכונה אל הבעיה הקשה הזאת. יש להבחין חריפות בין שאלות הנוגעות לצורת הנישואין, ובין שאלות הנוגעות לגוף הנישואין, תוכנם ומהותם. אם, למשל, הנישואין צריכים להיערך בפני הרב, בפני הכומר, או בפני פקיד הנישואין האזרחי — זו היא שאלה הנוגעת לצורת הנישואין, לאופן סידורם. ואולם השאלה, אם אשה יכולה להינשא, בהיותה בת ארבע עשרה, או אם נתין אנגלי (לפני הנובילה של שנת 1921) יכול לקחת את אלמנת אחיו, או אם יהודי ארץ ישראל יכול להתחתן עם אשה נוצריה, — אלה הן שאלות הנוגעות לגוף הנישואין. לא הרי השאלות מן הסוג הראשון כהרי השאלות מן הסוג האחרון, ולא לפי קנה מידה אחד תקבע כשרותם החוקית.

והנה אין כל ספק בדבר — וכלל זה מוכר בכל שיטות המשפט של הארצות הנאורות — כי בשאלות הנוגעות לצורה, הדין הוא: "הכל הולך אחר מקום המעשה". ואם צורת הנישואין היא כשרה וחוקית במקום זה, היא נחשבת כחוקית ומתייבת גם בכל שאר הארצות. דרך משל: אם נתין אנגלי נוסע לרומא, ומקדש שם אישה בפני הכומר הדתי, הרי נישואין אלה כשרים גם באנגליה, למרות מה שלפי החוק האנגלי השורר באנגליה גופה, אין תוקף לנישואין שנערכו בצורה רחית בלבד. עד כאן הדבר ברור בהחלט, ואין כל חילוקי דעות בנדון זה. העניין מתחיל להיות מסובך, מסובך ומעניין כאחד, כאשר השאלה נוגעת לא לצורת הנישואין אלא לגופם, לעצם מהותם. אנסה להסביר את העניין בהבאת שלוש דוגמאות.

(ג) שלוש דוגמאות

דוגמא ראשונה: לפי החוק האנגלי שעד שנת 1921, אין איש רשאי לשאת

אלמנת אחיו, ואם עבר ונשא — הנישואין בטלים. בגרמניה — נישואין כאלה מותרים. שאלה: מה דינו של נתין אנגלי שהתארס עם אלמנת אחיו היושבת בלונדון, נסע אתה זמנית לגרמניה, ונשא אותה שם לאישה — היש לנישואין אלה תוקף באנגליה או לא?

דוגמא שנייה, שונה במקצת: נתין פורטוגיזי היושב בליסבון מתאהב בבת דודו, הפורטוגיזית הגרה בפאריס, נוסע לשם ונושא אותה לאשה. לפי החוק השורר בפורטוגל, אין איש רשאי לשאת את בת דודו, אלא אם כן קיבל על כך רשיון מפורש מאת האפיפיור. בצרפת ובאנגליה — אין הגבלה כזאת. שאלה: מה יהיה דינו של זוג אם יבוא לגור באנגליה, הייחשבו בעיני החוק האנגלי כנשואים או לא?

דוגמא שלישית ואחרונה: הפרטים כמו בדוגמא הקודמת, בהבדל קטן אחד: בת הדוד גרה לא בפאריס אלא בלונדון, והנישואין אף הם נערכו בלונדון. מה הוא הדין במקרה זה, הכשרים הנישואין לפי החוק האנגלי או לא?

השאלה בכל שלושת המקרים היא: בית המשפט האנגלי, בבואו לדון על הנישואין האלה, לפי איזה חוק ידון אותם: לפי החוק הלאומי של הצדדים הפוסל אותם, או לפי חוק מקום המעשה הרואה אותם ככשרים. והתשובה לכך היא: לא דא ולא הא! בכל שלושת המקרים ידון בית המשפט האנגלי את הנישואין, לא לפי החוק הלאומי של הצדדים, ולא לפי חוק מקום המעשה, אלא לפי "החוק הדומיסייליארי" של הצדדים, היינו החוק השורר במדינה אשר בה נמצא מקום מושבם הקבוע של הצדדים, — "הדומיסיל" שלהם.

(ד) מה אומר החוק האנגלי?

כי הכלל האנגלי הוא: נישואין שנערכו בחוץ לארץ אינם נחשבים ככשרים באנגליה, אלא אם כן הם כשרים במהותם לפי החוק הדומיסייליארי של שני הצדדים. היינו: הן לפי החוק השורר במקום מושבו הקבוע של הבעל, והן לפי החוק השורר במקום מושבה הקבוע של האשה. נמצאו הנישואין פסולים לפי החוק הדומיסייליארי של אחד הצדדים — הנישואין בטלים גם לגבי הצד השני, אף על פי שהם כשרים בהחלט הן לפי החוק הלאומי של הצדדים, והן לפי החוק השורר במקום המעשה.

כלל זה כוחו יפה רק לגבי נישואין שנערכו בחוץ לארץ, אבל לא לגבי נישואין שנערכו באנגליה גופה. כאן, במקרה של נישואין מקומיים, תנאי הכשרות הם פחות חמורים: אין צורך כי הנישואין יהיו כשרים לפי החוק

הדומיסיליארי של שני הצדדים, די להם אם הם כשרים לפי החוק הדומיסיליארי של הצד הגר באנגליה עצמה.

(ה) מסקנות

מכאן מתקבלת התשובה לכל שלושת המקרים שהבאנו כדוגמאות. במקרה הראשון — הנישואין בטלים, לא מהמת הנתינות האנגלית של הצדדים, אלא מפני שמקום מושבם הקבוע היא אנגליה, ולפי החוק האנגלי אין איש יכול להתחתן עם אלמנת אחיו. במקרה השני, אף הוא, הנישואין יהיו בטלים, כי מקום מושבו של אחד הצדדים (הבעל) הוא פורטוגל, ולפי החוק הפורטוגלי הנישואין בטלים. במקרה השלישי — הנישואין יהיו כשרים. כי כאן יש לנו עניין בנישואין מקומיים, נישואין שנערכו באנגליה גופה, ובמקרה כזה מספיקה כשרות הנישואין לפי החוק הדומיסיליארי של אותו הצד — במקרה דגן: האשה — הגר באנגליה עצמה.

ומכאן מתקבלת גם המסקנה לגבי המקרה שלנו, נישואי היהודי הארץ ישראלי עם הצעירה היווניה. לפי הכלל האנגלי הנ"ל, נישואין אלה הם בטלים גם באנגליה וגם בארץ ישראל. כי מאחד שמקום מושבו הקבוע של הבעל הוא ארץ ישראל, הרי החוק הדומיסיליארי שלו הוא החוק הארץ ישראלי שהוא — ביחס לבעל — החוק הדתי של העדה היהודית, ומכיוון שבדיני ישראל אין תוקף לנישואין של יהודי ולא-יהודי, נמצא שנישואין אלה הם בטלים לפי החוק הדומיסיליארי של אחד הצדדים, וממילא הם בטלים גם לגבי הצד השני.

(ו) מה בין קפריסין לארץ ישראל?

זו היא המסקנה המוסקת מן הכלל האנגלי הנ"ל לגבי בית משפט אנגלי שידון בעצם כשרות הנישואין, או לגבי בית משפט ארץ ישראלי שידון באופן אינצ'י-דנטאלי — בקשר לתביעת מזונות, ירושה וכדומה — בכשרות הנישואין הנ"ל. אחרת תהיה המסקנה אשר אליה יגיע בית משפט קפריסאי בדונו בעניין זה. בקפריסין הנישואין יהיו כשרים, גם אם בית המשפט הן בדבר יוציא את פסק דינו על סמך הכלל האנגלי הנ"ל. ההבדל הזה, שהוא לכאורה תמוה, גובע מסיבה פשוטה מאוד — מן ההבדל שקבענו לעיל בין נישואין מקומיים לבין נישואי חוץ לארץ. לגבי בית המשפט האנגלי, וכן לגבי בית המשפט הארץ ישראלי, אלה הם נישואין שנערכו בחוץ לארץ, ונישואי חוץ אינם כשרים אלא אם כן הם כשרים לפי החוק הדומיסיליארי של שני הצדדים. לגבי בית

המשפט בקפריסין אלה הם נישואין מקומיים, שנערכו בתוך גבולות המדינה, ומכיוון שכך, די להם אם הם כשרים לפי החוק הדומיסיליארי של אותו הצד — במקרה דגן: האשה — אשר מקום מושבה הקבוע הוא בקפריסין עצמה.

(ז) פסקי הדין הארץ ישראליים ונתינות

המסקנה שהגענו אליה איננה מתנגדת לעצם ההחלטה שניתנה על ידי בית הדין העליון, שדן בתביעה ישראליה לביטול הנישואין, והיא עולה בד בבד עם ההשקפות שהובעו על ידי רוב השופטים שטיפלו במשפט זה. משפט נישואי קפריסין עמד ארבע פעמים לדיון בפני בתי המשפט בארץ: פעמיים בפני בית המשפט המחוזי בתל-אביב, ופעמיים בפני בית הדין העליון בידו-שלים. תשעה פסקי דין יצאו במשפט זה: שלושה — על ידי בית המשפט המחוזי, ושישה — על ידי בית הדין העליון.

בדיון הראשון בפני בית המשפט המחוזי בתל-אביב הוציא בית המשפט פסק דין הרוחה את התביעה מחוסר סמכות. הנימוק לכך היה, כי עם ביטול הנישואין תבטל מאליה גם הנתינות הארץ ישראלית של האשה, שרכשה בתוקף נישואין בטלים אלה, ואין סמכות לבית המשפט להכריז על ביטול נישואיה של נתינה זרה. עצם דחיית התביעה מטעם חוסר סמכות, מכילה בקרבה את ההנחה כי למעשה הנישואין בטלים.

בעדעור הראשון בפני בית הדין העליון הוציא בית המשפט שלושה פסקי דין נפרדים. דעתו של מ. כ. זקן השופטים היתה, כנראה, כי אין סמכות לבית המשפט לטפל בתביעה. ואולם שני השופטים האחרים (מ. כ. השופטים העליונים פרומקין וכאיאט) החליטו שיש סמכות לבית המשפט לדון בעניין, וכתוצאה מכך נתקבל הערעור, והעניין הוחזר לבית המשפט המחוזי. ואשר לעצם השאלה, אם הנישואין כשרים או בטלים, הרי מ. כ. זקן השופטים קובע בפסק דינו זה, כי (א) השאלה העומדת בפני בית המשפט כאן היא: אם הנישואין הם כשרים בארץ-ישראל, ולא — אם הם כשרים בקפריסין; (ב) כי השאלה אם נתין ארצישראלי, חבר לעדה דתית, הוא נשוי או לא, צריכה להיות נחרצת לפי החוק הדתי, המהווה חלק של החוק הארצישראלי הכללי. מתוך שתי המסקנות האלה נמצאנו למדים, כי לדעת מ. כ. זקן השופטים בפסק דינו זה, הנישואין דגן נחשבים כבטלים בארץ-ישראל, אם כי ייתכן הדבר שבקפריסין יראה אותם בית המשפט ככשרים.

בדיון השני (שלאחר הערעור) בפני בית המשפט המחוזי, יצאו שני פסקי דין מתנגדים זה לזה: מ. כ. הנשיא פלנקט פסק, כי הנישואין כשרים גם

בארץ-ישראל, ומ. כ. השופט המחוזי ד"ר קורנגרין פסק כי הנישואין הם בטלים בארץ-ישראל. כתוצאה מן הפלוגתא הזאת, נדחתה התביעה.

בעדעור השני בפני בית הדין העליון יצאו שוב שלושה פסקי-דין נפרדים. מ. כ. זקן השופטים בפסק דינו דוחה את התביעה מחוסר סמכות. אשר לעצם השאלה אם הנישואין כשרים או לא, מ. כ. זקן השופטים מביע את הרעיון — עד כמה שאני מבין: בצורה היפותטית בלבד ולא בתורת החלטה ודאית — כי "יש אסמכתאות לסברה כי במקרה התנגשות בין החוקים האישיים של הצדדים, בית המשפט יפסוק לפי החוק של הנתבע".

מפורש יותר במסקנותיו הוא פסק דינו של מ. כ. השופט העליון פרומקין. ראשית כל פוסק כבוד השופט כי לבית המשפט יש סמכות לדון בתביעת ביטול הנישואין, הואיל וכל עוד לא בוטלו הנישואין על ידי בית משפט מוסמך, יש לראות את האשה כנתינה ארצישראלית. אשר לעצם השאלה, אם הנישואין הם כשרים או בטלים, כבוד השופט קובע את הכלל היסודי, כי במקרה שהנישואין הם בטלים לפי החוק הדומיסילארי של הצד האחד, הם נחשבים כבטלים לגבי הצד השני, בין אם הוא תובע ובין אם הוא נתבע.

שונה מדעת שני השופטים הקודמים היא דעתו של מ. כ. השופט העליון כאיט. אחרי שכב' השופט קובע כי יש לבית המשפט סמכות לדון בתביעה הוא פוסק לעצם העניין כי הנישואין הם כשרים גם כאן בארץ-ישראל. כי מכיוון שהחוק האישי של הבעל, הפוסל את הנישואין האלה, איננו חוק כללי של כל תושבי הארץ, אלא חוק עדתי החל על חברי העדה היהודית בלבד, אין בכוחו לפסול נישואין שנערכו בחוץ לארץ בהתאם לחוקי המדינה.

מתוך השוואת פסקי הדין השונים, קביעת הנקודות הבודדות אשר בהן שווים השופטים בדעתם, נראה הדבר כי לדעת רוב השופטים שדנו בעניין — הן רוב השופטים המחוזיים והן רוב השופטים העליונים — הרי בעצם הדבר, ומבחינת החוק המאטריאלי (לא הפרוצסואלי!), נישואי תערובת של יהודי נתין הארץ בטלים בארץ-ישראל, ואין הצד שכנגד יכול להגיש שום משפטים נגד בן זוגו על יסוד הנישואין הנ"ל.

"הבוקר" ס"ו מנחם-אב תש"א (8.8.41)

יש לחייב כהן לזון אשתו ה"גרושה"

לפני כמה שבועות נתפרסם פסק דין של בית המשפט העליון, ממנו עלה כי בית דין רבני פטר בעל כהן מתשלום מזונות לאשה, שנישאה לו, לפני עשרים וחמש שנים, בהיותה "גרושה". פסק הדין הרבני עורר הדים נרחבים בציבור; פרופסור א' רובינשטיין כתב מאמר חריף מאוד נגדו, ו"הארץ" בגליון ה-8 בפברואר פירסם מאמר ראשי, בו דרש לקצץ בשל כך את סמכות הרבנים. אינני מתכוון למתוח כאן ביקורת על בית המשפט העליון, שאישר את פסק הדין. כמו כן אין אני בא בטרוניא עם הרבנים הנכבדים, כי בית המשפט פוסק כרגיל על פי הטענות שנטענו לפניו, והרעיון שאני בא לפתח במאמרי זה, ודאי לא נטען כ"טענה" על ידי באי כוח הצדדים.

מה שאני מבקש לעשות כאן הוא לברר את השאלה לגופה: מה היא ההלכה הנכונה של המשפט העברי, ואם אפשר, כאן ובימינו, לחייב כהן, על פי דין, לזון את אשתו ה"גרושה"?

תשובתי לכך תהיה: כן, אפשר ואפשר! בתנאי אחד: שבית הדין הרבני יפסוק, אמנם על פי דין התורה, ורק על פי דין זה, אבל — לא יעלים עין מן השינויים שנתחוללו במציאות הישראלית כתוצאה מחוקי המדינה. כי כל הוראת חוק היא תגובת המחוקק על מציאות מסויימת, ועם שינוי יסודי של המציאות, משתנית אוטומאטית גם ההוראה, לא רק בהלכה שעל פי חוק, אלא גם בהלכה שעל פי דין. והתוצאה תהיה, כפי שנראה להלן, כי עכשיו בישראל בהתחשב עם הדין והמציאות, יוכלו הרבנים לחייב על פי דין את הכהן לשלם מזונות לאשתו, אפילו אם נישאה לו בהיותה גרושה.

אבאר את דברי. דיני ישראל אומרים:

"הנושא אחת מחייבי לאווין (כגון גרושה לכהן), אם הכיר בה יש לה עיקר (עיקר כתובה: מנה או מאתיים), ותוספת, מיהו (אבל) מזונות אין לה אלא לאחר מותו" (שו"ע אהע"ו סימן קטז, סעי' א).

ההבדל בין "בחיי" ו"לאחר מותו" הוא, כפי שהש"ס מפרש, כי בחייו, כל זמן שהיא "יושבת תחתיו", הסברא מחייבת שאין לחייבו במזונות, כי בעלה "בעמוד והוצא קאי — מזוני אית לה?!" (יבמות, דף פה ע"ב). פירושו של דבר: הבעל הזה, שקידש אחת מחייבי לאווין, כגון גרושה לכהן, נתון כל

רגע ורגע למילוי חובתו הדתית של "עמוד והוצא אותה, קום וגרשה ו", ובתי הדין "מעשין" את החובה הזאת (כתובות, דף עז ע"א למטה) כלומר: כופין את בני הזוג לקיימה, ושוב אין טעם לחייבו בינתיים לתשלום מזונות, שהרי בקרוב, לאחר מתן הגט, הוא יהיה רווק ופטור. הדין הוא, משום כך, כי "בחייו" אין לה מזונות, אבל לאחר מותו, אם הוא מת ולא גירשה, חייב עזבונו במזונותיה כל ימי אלמנותה, שהדי הוא כתב בכתובה: "את תהא יתבא בביתי ומתנא מניכסי כל ימי מיגר אלמנותך".

לא התעלמתי כי קיים גם פירוש אחד (מקובל במיוחד ביטיבות ליטא) לשלוש המלים הנ"ל. הפירוש הוא: מכיוון שהוא, הבעל, עומד כל דגע בצילה של הפקודה הדתית, המצווה עליו לגרשה, הדי נישואין אלה "נישואין אסור-דים", הם, ונישואין אסורים אינם יכולים לחייב את הבעל במילוי ההתחייבות שיקבל על עצמו בעת עדיכתם. כי "מן עילה בת עוולה, לא תצמח זכות תביעה" (תרגומו העברי של המכסימה הרומית *Ex turpi causa non oritur actio*, שנתקבלה גם במשפט האנגלי והמשפט הישראלי).

דוחה אני את הפירוש ה"ליטאי" הנ"ל, כי הוא אינו נכון. בספרי "כך דרכו של תלמוד" פרק ו, הבאתי כמה ראיות לכך, כי המשפט העברי אינו גורס את המכסימה הרומית הנ"ל לגבי החוזה ה"בלתי חוקי". כתבתי שם (בעמוד 85): "המשפט העברי אינו גורס את ההשקפה הא'אכסקלוסיבית' (האומרת) כי לא נאה ולא יאה לבית המשפט לדון או להתעסק בתביעה הקשורה למעשה עבירה. אין רגישות כזאת מצד המתוקק העברי, והיא נראית לו כמופרזת ובלתי כנה. סוף סוף רגיל בית המשפט לטפל גם בדברים שאינם נקיים כל כך".

ובעמודים 87, 88 שם כתבתי:

"עינינו הרואות: כי המשפט העברי אינו מחייב את הקשר הקאוזלי בין עשיית העבירה וביטול החוזה האזרחי, או הפעולה המשפטית האחרת שנעשתה אגב עשיית העבירה. העבירה על החוק או המוסר לחוד, ותוקפו המשפטי של החוזה לחוד — עד כמה שמילוי החוזה גופו אינו מגשם את מעשה העבירה (כמו למשל, בתשלום הריבית מן הלווה למלווה). דווקא מפני שהמשפט העברי אינו מפלה בין חוק ומוסר, וכמעט כל קיום הוראה חוקית הוא בעת ובעונה אחת קיום מצוה דתית-מוסרית — כמו ה'מצווה' של פריעת חוב לגבי התחייבויות של ממון — הרי אי-קיומו של חוזה שנעשה אגב עשיית עבירה, יהווה עבירה נוספת על העבירה המקורית שנעשתה על-ידי העבירין..."

וכאן רוצה אני להצביע במיוחד על דברי הרמב"ם שנאמרו בענייני נישואין

עבירה, כי הם מביעים בצורה נהדרת את "הספיונה" ההיא שבין העבירה והחוזה האזרחי. הלא כה הוא לשונו:

"ולמה אין להם (לנישואין בנישואין אסורים) עיקר (עיקר כתובה) ויש להן תוספת? העיקר שהיא תקנת חכמים, כדי שלא תהא קלה בעיניו לגרשה, הואיל ולא הכיר בה אין לה עיקר. אבל תוספת, שהוא חייב עצמו בה כל זמן שתדעה ותעמוד לפניו, הרי עמדה בתנאי שלה, והרי הקנתה לו הנאתה, והדי היא עומדת לפניו, אבל התורה אסרה אותה עליו, ומה היא יכולה לעשות? לפיכך יש לה תוספת".

הדברים ממש נוגעים עד הלב. קשה למצוא ביטוי יותר נועז ויותר קולע לציון ההבדל הקיים בין האיסור הדתי הניתן על האדם, ללא הסכמתו, מן החוק, ובין ההתחייבות החוזית המגלה בנאמנות את רצונו החופשי הפנימי.

ואם כך הדבר, הרי אין כל יסוד לפירוש ה"ליטאי" הנ"ל. כי עצם איסור הנישואין אינו יכול לבטל את תוקפה המחייב של התחייבותו לזון את אשתו. ונותר לנו לפליטה הפירוש שאני ציינתי לעיל למלים "בעמוד והוצא קאי". משמעותו היחידה היא, כי מכיוון שהיא אסורה עליו, ובית הדין עתיד לכפותם להתגדש, ועם מתן הגט יפטר מאליו מתשלום המזונות, הרי בני הזוג עומדים כאן לפני חיסול מיידי של נישואיהם, ואין טעם לחייבם בתשלום מזונות.

ומתעוררת השאלה, מה הוא עכשיו המצב החוקי של צו-כפיית-גט רבני, ואם גם עכשיו אפשר להשתמש בנימוק זה לרחיית תביעת המזונות.

הבה נראה מה אומר החוק, ומה אומרת הפסיקה, בנוגע למימוש של צו הכפייה הרבני. סעיף 6 של חוק שיפוט בתי דין רבניים אומר:

"ציווה בית דין רבני בפסק דין סופי לכפות איש לתת גט פיטורין לאשתו, או לכפות אשה לקבל גט פיטורין מאישה, רשאי בית המשפט מחווי, בתום שישה חדשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי, לכפות במאסר לצייית לצו".

ובבג"ץ 54/55, ט (3) פד"י 1542, 1550, בדוני שם במשמעותו של סעיף 6 הנ"ל, כתבתי לאמור:

"בסעיף 6 של החוק גילה המחוקק הישראלי את רצונו הברור, שלא להניח את דבר כפיית-הגט בידי בתי הדין הרבניים בלבד. הוקם כאן מנגנון מיוחד הייתי אומר: 'דשות פיקוח' כפולה, אשר תחליט על דעתה היא, אם לסייע באופן אפקטיבי לביצוע הכפייה, ואם אין. כל מי שקרוב אצל המציאות הישראלית, ויודע את המאבק הקשה שהתנהל מסביב לחוק ההוא, יכיר על נקלה את המניעים שגרמו להטלת 'פיקוח' זה".

ונשיא בית המשפט העליון ד"ר שמעון אגרנט, ושופט בית המשפט העליון, מר משה לנדוי, בפסקי דין אחרים, הצטרפו לדעתי זו.

ברור, איפוא, לכל מי שאינו תמים ביותר, כי הרמו שגרמו בסעיף 6 בא ללמדנו את רצון המחוקק, כי היועץ המשפטי לא ידרוש, ובית המשפט המחוזי לא יאשר צו-כפיית-גט שניתן על יסוד נימוק דתי בלבד, כגון גרושה לכהן, ממזרת לישראל, או בת ישראל לממזר. חוק שיפוט בתי דין דבניים, כידוע לכל, חובר והוגש ונוסח על-ידי משרד המשפטים ומשרד הדתות, משמע כי גם הדתיים הסכימו לכך, כי כפיית גירושיהם של כהן וגרושה לא תוצא לפועל במדינת ישראל.

ואם כך הדבר, כלום אפשר, עכשיו ובארץ, לפטור בעל כהן מלזון את אשתו, בשל הטעם כי הוא (הבעל) "בעמוד והוצא קאי" כלומר, (כפי שפירשנו לעיל): שנישואיהם יחוסלו בקרוב באמצעות צו-מתן-גט שיוצא על-ידי בית הדין הרבני ויאושר על-ידי בית המשפט המחוזי?

אינני דורש מאת הרבנים שייענו לחוק החילוני של מדינת ישראל, ויגבילו את צווי כפיית-הגט שלהם למקרים שיראו כ"מהוגנים" בעיני היועץ המשפטי ובית המשפט המחוזי. כך לא יוכלו לנהוג, כי תפקידם לדון על פי דיני ישראליים — ועל פי דיני ישראל בלבד — ודיני ישראל מתירים אף מחייבים לכפות מתן גט וקבלתו גם מטעמים דתיים בלבד. מה שאני מבקש מהם הוא, כי הרבנים הנכבדים יתחשבו עם זה שבמדינת ישראל, כתוצאה מנוסחו של סעיף 6, נוצרה מציאות עובדתית, בה אין מתירים כפיית-גט מטעמים דתיים. נוכח מציאות זו אין אפשרות לפטור את הבעל הכהן ממזונות בשל הטעם של "בעמוד והוצא קאי", והתוצאה היא, כי הרבנים חייבים, על פי דין, לחייב את הבעל בתשלום מזונות כל זמן שבית המשפט המחוזי לא אישר את צו כפיית הגט שניתן על-ידי בית הדין הדתי.

ההבחנה בין "היענות לחוק החילוני" לבין "התחשבות עם המציאות שנוצרה על-ידי החוק החילוני", היא הבחנה דקה, אך ברורה מאוד. ואם הרבנים יקבלו השקפה זו, הם יוכלו אולי לפתור כמה בעיות קשות מאוד שנתעוררו בזמן האחרון בקשר עם הפסיקה הרבנית. ואשרי המאמין!

"הארץ" 26.4.71

כיצד תיפתר בעיית הממזרים

"פרשת הממזרים" שניגלתה בשבועות האחרונים, מחזיקה את הציבור שלנו במתיחות עצומה. קיים היה חשש שהכנסת לא תאשר את המשך תקופת כהונתה של הרבנות הראשית, אלא אם כן תבטל את ההחלטה הקודמת על ממזרותם של הצעירים, והחלט להקים בית דין מיוחד שיוקם מחדש לשאלה. אין בכונתי לנגוע במחלוקת שקמה בין "מתונים" ל"קיצוניים" בנוגע להקמת בית הדין. כמו-כן — ומכיוון שהעניין הוא כבר, או יהיה בקרוב "סוב יודיאה" בפני בית הדין הרבני שימונה על-ידי הרב הראשי — אין ברצוני להתערב בקביעת העובדות שעדיין לא נקבעו על-ידי האינסטאנציה האחרונה. מה שאני עומד לעשות כאן, הוא להסביר את הרקע ההלכתי המסובך של עצם הבעיה, ולהצביע על ההחלטות העלולות להינתן על-ידי בית הדין הרבני על יסוד העובדות שתיקבענה כך או להיפך — בפניו. נקודת המוצא למאמרי זה תשמשנה העובדות הוודאיות, שאינן שנויות במחלוקת, עד כמה שידוע לי הדבר מתוך פירוט העיתונים. אפשר יהיה ללמוד ממאמרי, מה תהיה התוצאה, אם גם עובדות אלה ייסתרו ויוזמו בפני בית הדין המיוחד.

*

ובכן, מעשה שהיה, כנראה כך היה. שני צעירים, אח ואחות. הוא: קצין גבוה בצה"ל (הקצין יקרא להלן: "האח", אחותו תקרא להלן: "האחות"), ואמם תקרא להלן: "האם"), פנו למשרד הרבנות וביקשו לקבוע לו, לאח, תאריך נישואין. נתברר כי במרשם התושבים, על יד שמותיהם של האח והאחות, רשום סימן קטן, שמשמעותו למבינים היא, כי הם ממזרים. נתברר כמו כן, כי הסיבה לרישום זה היתה, כי רבני פתח-תקוה, בדיון קודם שהתנהל בפניהם, קבעו כי האם היתה נשואה לאדם אחר, שעובה אותו, ללא גט, כדי להתחתן עם אבי האח, כלומר: היתה "אשת איש", שעה שנישאה לאביו של האח, ולכן הוא ממזר, אלא אם כן יוכח, כי בעלה הקודם לא היה בחיים שעה שהיא נתעברה מבעלה השני. במקרה הנידון אין מקום לספק זה, כי הבעל הדאשון חי וקיים עד היום הזה, ונמצא בישראל. מכיון שהאח ממזר הוא, אסור לו לבוא בקהל, והוא יוכל להתחתן כדין רק עם אשה שאף היא ממזרת. וכיון ש"כלתו" של האח, בת זוגו העתידה, לא היתה ממזרת —

ולא היה כל סימן על יד שמה במרשם התושבים — סירב משרד הרבנות לסדר לבני הווג חופה וקדושין.

תגלית הממזרות עשתה רושם משפיל ומרכא על האח והאחות. הם הרגישו כאילו הוצאו מכלל ישראל, והאח פנה לשר הבטחון, וביקש ממנו, לגרום למחיקת הרישום. החלה בדיקה חדשה של העניין, ואזי יצא לאור, כי בעלה הקודם של האם, היה גוי פולני שהתגייר, אך לא ידוע מתי התגייר: לפני נישואיו עם האם, במשך נישואיו, או לאחר נישואיו, היינו: לאחר שהיא עזבה אותו. אם נתגייד לאחר שאשתו (האם) עזבתו, ייצא כי הוא היה "גוי" בשעת נישואיו, ואין קידושין תופסין בין יהודיה לגוי, וימצא כי האם לא היתה "אשת איש" אלא "פנויה" בשעה שנישאה לאביו של האח, והאח, שנולד מנישואין אלה, איננו ממזר.

זו היא השאלה שתעמוד לדיון ובירור בפני בית הדין המיוחד, והיה: (1) אם הרבנים, לאחר חקירה ודרישה, ימצאו כי הפולני הוא בכלל לא נתגייר, או נתגייר לאחר שהאם עזבתו, אזי יפסקו, כי האח הוא יהודי כשר. (2) אם הם ימצאו, כי הפולני התגייר במשך קיום נישואיו, אזי יתעורר הספק ההלכתי, אם חיי הנישואין אינם מהווים הם גופם אקט של קידושין, על סמך הכלל התלמודי של "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות", ואז יתכן כי הרבנים יראו את האח כספק ממזר, ויתכן — כי קיימת מחלוקת גדולה בין הפוסקים בשאלה זו — שהרבנים יפשוטו את הספק יחליטו כי הוא אינו ממזר. ואולם אם (3) הרבנים ימצאו שהפולני התגייר לפני נישואיו, ונשא את האשה כדת משה וישראל, אזי גם רבנים "מיוחדים" אלה יהיו מוכרחים לפסוק כי האח הוא ממזר. אין להעלות על הדעת — ושום איש אינו מקווה — כי הרבנים יבטלו את רישום הממזרות בשל כך, "שבימינו המודרניים, אין להתחשב בדיני הממזרות".

במקרה שלפנינו כשרותם של האח והאחות היא "פונקציה" של גויותו של הפולני, הבעל הקודם של האם. אבל יכולים אנו בקלות לתאר לעצמנו מקרה, בו כשרותם של ילדי האם תהיה תוצאה של יהדות בעלה הקודם. זה הוא עניין הרבה יותר טבעי.

- הנה, למשל, דוגמא אחת לכך, שפרטיה יצטרכו להיות כדלקמן:
1. ב-1951, התחתנה שרה עם בעלה הראשון, ג'ורג', שלא ידוע אם היה יהודי או לא.
 2. ב-1952, עזבה שרה, בלי גט, את ג'ורג', והתחתנה עם בעלה השני, היהודי שמעון.

3. ב-1953, עזבה שרה, בלי גט, את שמעון, והתחתנה עם בעלה השלישי, היהודי לוי.

4. ב-1953, ילדה שרה לבעלה לוי, את הילד גרשון.
5. בעלה הראשון, ג'ורג', מת לאחר נישואיה עם שמעון.
6. בעלה השני, שמעון, מת לאחר שהיא ילדה ללוי את הילד גרשון.
7. ב-1971, מתגייס גרשון לצה"ל, ומגיע לקצונה גבוהה. אז מתעוררת, משום מה, השאלה אם הוא יהודי כשר או לא. גרשון פונה, כמו במקרה שלנו, אל שר הבטחון, ושוטת לפניו את שאלת הכשרות.

התשובה לשר הבטחון על שאלת כשרותו של גרשון, תהיה כזו:

(1) אם ג'ורג' היה יהודי, אזי לא תפסו נישואיה עם שמעון: כי היא היתה "אשת איש" בשל נישואיה עם ג'ורג', ואין קידושין תופסין באשת איש. ואם נישואיה עם שמעון לא תפסו, ממילא תפסו נישואיה עם לוי, והילד גרשון הוא יהודי כשר. כי אמו, שרה, היתה "פנויה" בעת נישואיה עם לוי; בעלה הראשון, ג'ורג', אינו בחיים, ובעלה השני, שמעון, לא היה "בעל" (ראה פרט 5 של פרטי המקרה דלעיל).

(2) לעומת זה, אם ג'ורג' היה גוי, אי אפשר לבטל את נישואי שמעון, ואם נישואי שמעון תפסו, ממילא לא תפסו נישואי לוי, והבן גרשון שילדה לו הוא ממזר, כי אמו נתעברה מלוי לפני מות שמעון (ראה פרט 6 לעיל). עינינו הרואות מתוך "המאתימאטיקה המשפטית" הזאת, כי כשרותם או פסלותם של ילדים תלויה, לפעמים, ב"גיניאלוגיה" של נישואיה הקודמים של אדם, כך שאי אפשר לבחש: איזה פסק דין רבני יהיה ליבראלי, ואיזה פסק דין יהיה "חשוך" או "נוקשה". פעם אחת נהיה שמחים ומאושרים, אם הרבנים יחליטו כי הבעל הקודם היה "יהודי", ופעם אחרת נקווה תוך מתיחות לכך, כי הרבנים יחליטו שהוא היה "גוי".

*

חשבתי הרבה על הפרסום שזכתה לו "פרשת הממורים", ועל הסערה שהיא עוררה בקרב הציבור. נראה לי, כי הדבר נובע במידה רבה מן הסלידה שנפשנו סולדת מן הביטוי "ממזר". "הא כיצד — מקשין העולם — אנשים כאלה בשם 'ממורים' יכוננו? האם קצין ישראלי, שהוא בלשון התנ"ך, 'עם חרף נפשו למות', אסור יהיה לבא בקהל?!" סבור אני וכמעט בטוח, כי אילו במקום "ממזר" היו כותבים, למשל, "בן חייבי-כריתות", או ציון טכני-משפטי אחר, לא היה הדבר מרגיז כל כך.

מתברר, כי בגרמניה שלפני המלחמה, למשל, יהודים חרדים לא היו חרדים כל כך מפני הצלצול של המלה "ממזר". זכורני כי בהיותי בגרמניה בקיץ של 1928, קראתי בעיתון יהודי מודעה בזה הלשון:
 "צעיר יהודי, בן שלושים, אורתודוקסי, ממזר, מבקש להכיר, לצרכי נישואין, ממזרת אורתודוקסית צעידה".

נראה הדבר כי היקה הצעיר, לא פחד כל כך מפני "תואר נכבד" זה.
 "הארץ" 7.4.71

נישואין אזרחיים יאפשרו לפתור הלכית בעיית הממזרות

אין ברעתי להיכנס כאן לשאלה הכללית של הנהגת נישואין אזרחיים בישראל. שאלה זו מסובכת מדי, כדי להיות נידונה כדבעי במאמר אחד או שניים בעיתון. במקום אחר (בג"ץ 80/63, יז [3] פד"י 2048, 2060) כתבתי:
 "בית משפט זה לא על האולימפוס, אלא בקרב עמו הוא יושב. ידועה לנו יפה המחלוקת הנטושה בישראל בין מחייבי הנישואין האזרחיים, ואין אנו עוצמים עין או אוטמים אוזן בפני הסדרונות ההרדיות של שני המחנות. אבל הבעיה היא נכבדה מדי, עדינה מדי, רבת פנים מדי, ועיוורי צבעים, דאל-טוניסטים, הרואים הכל ב'שחור לבן' או ב'לבן שחור' — לא יפתרוה לעולם. כי בתחומי בעיה זו, כמו אצל כל השאלות החברתיות הגדולות של מדינתנו הצעירה ועמנו העתיק, פועלים גורמים מגורמים שונים: שיקולי דת, מוסר, תרבות, נימוסין, 'למה יאמרו'; סולידאריות בינלאומית ואחדיות לאומית, מסורת וקדמה, עם ומדינה, גולה ומולדת, — כל אלה ערכים אשר דק מחוקק כל-רואה, הסוקר כולם סקירה אחת, יוכל ליצוק מהם מטבעות של משפט".

איני רוצה, איפוא, לדון כאן בשאלה החשובה והמסובכת הלזו. שאלתי כאן תהיה הרבה יותר מצומצמת והרבה יותר מעשית. השאלה תהיה: אם המדינה תחליט לאפשר עריכת נישואין אזרחיים לבני זוג מעוניינים בכך, — התוכל אפשרות זו לפתור כליל הלכית את בעיית הממזרות? ותשובתי לכך תהיה: יתכן שכן, ויתכן שלא. הכל תלוי בעמדה שרבני ישראל יקטו כלפי מחלוקת ידועה בדיני האישות.

ומדוע חשובה כל כך בעיית הממזרות? מפני שהיא מעמידה אותנו לפני סכנה עצומה, אשר, עם כל תמהוני הרב, עדיין לא הרגישו בה ולא הרגישו אותה אפילו "מחפשי המומים" הארסיים ביותר של ההלכה היהודית. הסכנה היא: "קראיזציה" — כלומר: הפיכה לקראים — של יהדות ארצות המערב. על הקראים ההיסטוריים של המאה השמינית, כותב רבנו יוסף קארו:
 "מצאתי כתוב בחשובה שהשיב רבנו שמשון על הקראים, שאסור להתחתן בהם, לפי שנשיהם מקודשות בכסף או בביאה, ומגרשים נשותיהם שלא כדין... ונישאות לאחדים בחיי הבעלים, ונמצא הבנים ממזרים מאשת איש".

ה"שלא כדיון" של גירושי הקראים נובע מכך, שהגט שלהם "כתוב שלא לבוכח, ומספר לערים מה שעשה... ואני הוכחתי בתשובה אחרת שזה פסול מן התורה, דכתיב וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה, משמע דספר יתן בידה, ולא ספר הודאה"... (שו"ת הרב"ז סימן תשצו).

בלשון מודרנית, יותר משפטית: הגט הקראי כתוב לא בצורה קונסטרוטיבית אלא בצורה דקלטיבית. הוא מספר לעדים מה שכבר עשה לפני כסירת הגט, ולא — כפי שהדין מחייב — מגרש אותה על ידי עצם מסירת הגט. ובשל ליקוי נוסח זה הגט פסול והאשה אינה מגורשת.

ודבר זה ממש, ועוד יותר חמור בפסלותו, אפשר לומר, למשל, על הגט האמריקאי. כל הנשים היהודיות שם מתחתנות בחתונה דתית, חגיגת, בפני רב העדה. אך לא כולן, אלא מיעוט שבמיעוט ביניהן, מתגרשות בגט יהודי, בפני הרב. אפשר איפוא, לומר עליהן, כלשונו של קארו על הקראים:

הן מקודשות בכסף או בביאה, ומתגרשות שלא בדיון, ונישאות לאחרים. ההבדל היחיד ביניהן לבין הקראיות הוא: שהאמריקאיות אינן מתגרשות בגט פסול, אלא בכלל לא שום גט, וגירושיהן מתבצעים בהבל פיו של השופט, ולגירושין אלה אין שום ערך משפטי מבחינה הלכתית, ואין הם מסוגלים להתיר את הקשר הדתי שנוצר על-ידי הקידושין. וחשש כזה יכול להתעורר גם לגבי אנגליות, צרפתיות, איטלקיות וגרמניות.

כיצד אפשר, איפוא, להיפטר מ"צרת הבח"ז, והאם נוכל פעם לפתור הלכות את בעיית הממזרות? לדעתי אפשר לפתור את הבעיה, אם רבני ישראל יקבלו כהלכה את דעתו של הרמב"ם במחלוקת השרויה בינו ובין הרב"ד בפרק טו הלכה ב של הלכות איסורי ביאה.

ואלה דברי הרמב"ם שם: "אחד ממזר שנשא ישראלית, או ישראל שנשא ממזרת, כיוון שבעל אחר הקידושין לוקין. קידש ולא בעל אינו לוקה, בעל ולא קידש, אינו לוקין משום ממזרות, שאין לך בכל חייבי לאווין מי שלוקה על בעילה בלא קידושין, אלא כהן גדול באלמנה, כפי שיבאר".

משיג עליו הרב"ד ואומר: "כתב הרב"ד ז"ל: לא נתבאר ולא יתבאר, והאומרה לא יתפאר, כי טעות גדול הוא. השתא איסור כהונה דכתיב ביה לא יקח, אמרינו בעל ולא קידש לוקה, הנך פסולין (ממזדים) דלא כתיב אלא ביאה לחודה, לא כל שכן?"

המחלוקת בדורה בהחלט. לדעת הרמב"ם ישראל שנשא ממזרת וממזר שנשא ישראלית, אין לוקה עליה, אלא אם כן קידש אותה לפני הבעילה. בעל ולא קידש אינו לוקין. והרב"ד חולק על כך.

איני יודע מה היא דעת רבני ישראל, וכדעת מי הם פוסקים במחלוקת זו. איני פוסק הלכות, ומעולם לא פסקתי הלכות בדיני ישראל. אבל אם יותר לי להביע את דעתי הפרטית, אביע ואומר, כי דעתי נוטה לדעת הרמב"ם. מסתמך אני בזה דוקא על... מה שכתב בעל ה"מגדל עוז", ונתלה בחפץ לב ב"אילן גדול" זה. ידוע לי היחס הזולזלי של חניכי הישיבות אל דברי המגדל עוז. מלגלגים עליו על שהוא, בהגיגו על הרמב"ם מפני השגת הרב"ד, מתחיל כמעט תמיד את תשובתו במלים "איני מאמין כי השגה זו יצאה מפיו". והמהרש"ל (רבנו שלמה לוריא, מחבר ה"ים של שלמה" ומגדולי הפרשנים של הש"ס במאה ה"טז), בהקדמתו לחולין, אומר "כי הוא (ה"מגדל עוז") מקלקל ומעוות הדברים בלי טעם וריח ועובר בבלי חשית הדיו". ואף על פי כן סבור אני כי כאן דווקא צדק ה"מגדל עוז" ולא הרב"ד. כי הוא נתן טעם יפה מאד לדבריו.

אבאר את דברי הרב"ד מסביר את דעתו, בהסתמכו על "קל וחומר" ידוע: "השתא איסור כהונה דכתיב ביה לא יקח, אמרינו בעל ולא קידש לוקה, הנך פסולין (כלומר: ממזרים), דלא כתיב בהן אלא ביאה לחודה, לא כל שכן!" ובעברית: ומה איסור כהונה שכתוב בו לא יקח, אנו אומרים (כלומר: אפילו הרמב"ם) בעל ולא קידש, לוקה, פסולין אלה, הממזרים, שלא כתוב בהן אלא ביאה בלבד, על אחת כמה וכמה!

באמרו "ביאה לחודה" מתכוון הרב"ד לפסוק "לא יבא ממזר בקהל ד'", והלא ההגיון הפשוט מחייב, כי בפסוק זה הכוונה היא לא ל"ביאה", האקט המיני — כי כיצד אפשר לקשר את ה"ביאה" במובן זה עם "קהל ד'" — אלא ל"ביאה בקהל", היינו ההתקשרות עם עם ישראל, והתקשרות זו מבוצעת, כפי שהכל מבינים, לא ב"ביאה" אלא ב"קידושין". כך מבין אני את הדברים, שנאמרו שם על-ידי המגדל עוז, והם, בכל הכבוד לרב"ד, הגיוניים מאוד. כל כך הגיוניים, עד שאי אפשר, לדעתי, להבין, כיצד יכול היה הרב"ד לחשוב אחרת.

אם אנו מקבלים, איפוא, את דעת הרמב"ם וה"מגדל עוז" ודוחים את דעת הרב"ד, המסקנה תהיה כי הלאו של "לא יבוא" ממזר בקהל ד' אינו חל על בעילה בלא קידושין, ואם הלאו אינו חל, אזי אין איסור, ואם אין איסור מן התורה, אזי אין איסור גם מדרבנן, ודלא כמו שכתב בעל ה"מגדל עוז" שם (מגדל עוז, עמוד כז, טור שני, שורה 9 מלמטה). משתמש אני לגבי שאלה זו (אם קיים איסור מדרבנן) באותו הארגומנט שהשתמש בו הרמב"ן לגבי איסור הפילגשות, וזה לשונו:

לשוב אל היתר הפילגשות, שנהגו בה אבותינו בימי השופטים והמלכים... שייכת חווה בין הזוג, שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, ושיהיה בו תנאים על הבנים והירושה... וכן משפט ההפרדה ביניהם יהיה מסודר לבית הדין... מי שירצה בקידושין כרת משה וישראל, הנה מה טוב, ומי שירצה בפילגשות, יהיה כן. ובוה ייקל מאוד ענין החיתון... וירבו שמחות החתונות בישראל". (אוצר החיים, שנה שישית, מחברת ז—ט, עמוד 209).

הצעה מהפכנית זו עוררה דעש והתנגדות בישראל, והרב טוליראנו עצמו משך ירו ממנה כעבור כמה שנים (פרימון, סדר קידושין ונישואין, עמוד שצו). לא באתי להגן כאן על ההצעה היא, וטוב עשה הרב שביטל אותה. כי קשה מאוד להתרגל אל הרעיון, כי עם ישראל דווקא, בעל המוסר הגבוה ביותר בענייני מין, יהיה היחיד או הראשון בתבל, שיבטל את מוסד הנישואין, ויחליף אותו במוסד הפילגשות. ברם בתוך הוויכוח ההלכתי על ההצעה, נתעוררה שאלה אחת, חשובה ומעניינת, שרצוי לרעתי לקבל בה את רעתו של הרב טוליראנו. כותב הרב יוסף אליהו הענקין, ניו-יורק, כי ההצעה אינה מתקבלת, מפני: "שאי אפשר לאחוז החבל בשני ראשיו ולומר שיהיה אופן שהיא תקנה עצמה לאישות, וגם הוא יתחייב בחיובי בעל, ולא תהיה אשת איש — כעין 'פסיק דישא — ולא ימות' ?!"

ובוה הוא, בכל הכבוד, לא צדק. דעתו של הרב טוליראנו היתה, והיא נכונה, כי אפשר להסדיר, בדרך משפטית, יחסי בעל ואשה, בלי שהאשה תהיה "אשתו" במשמע הרתי של המלה. ואם חוקי המדינה יקבעו למעוניינים נישואין אזרחיים, והם יתחתנו בצורה זו, ורק בצורה זו, כרי שלא לעבוד על איסור הממורות, היא תהיה אשתו במובן האזרחי, ולא תהיה אשתו במובן ההלכה. ההלכה היא שתגרום לכך, כי יוצר טיפוס של אשה "נשואה", שאיננה "נשואה" על פי ההלכה, ובוה תיפתר בעיית הממורות, לרבות פרשת הממורות של הקצין ואחותו, ונוסף לזה ניפטר מן הצורה הגועלית של הנישואין הפרטיים שפשתה בישראל בשנים האחרונות, וניצלה, תוך צביעות איומה, את ההלכה השנואה עליה.

אני מציע בזה את הצעת החוק החדש, שישנה את הוראת סעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), 1953.

2. (א) נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייערכו על פי דין התורה.
- (ב) נישואין של זוגות אסורים, היינו: בני זוג אסורים על פי דיני יש-ראל לקדש זה את זה, אבל קידושיהם תופסין, ייערכו בצורה אזרחית (כך וכך), שלא יהיה לה תוקף דתי.

"שמא תאמר מן התורה מותרת, ומדבריהם הוא דגזור, — באיזה מקום הוזהר כרה גזירה זו בתלמוד, איזה בית דין נימנו, ובאיזה זמן נשנית משנה זו ?!" (הרמב"ן בתשובותיו, הובא על ידי רבי יעקב עמדין, בתשובותיו חלק שני סימן טו, הוצאת ניו-יורק, דף ו, טור א').

העולה מכל האמור, כי אם אנו פוסקין במחלוקת ההיא כרעת הרמב"ם, התוצאה תהיה, כי ישראל הנושא ממזרת בנישואין אזרחיים, מותר לו לחיות אתה ללא שמץ עבירה, ובוה נגיע כליל ובהחלט לפתרון בעיית הממורות בישראל, בלי לפגוע בהלכת הנישואין הדתיים (ראו להלן את ההצעה שאני מציע לתיקון נוסח סעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין רבניים, תשי"ג—1953). כי נישואין אזרחיים לאו "קידושין הם", כפי שיוצא בבירור מדברי הרמב"ם, הלכות אישות, פרק א, סוף הלכה ב, ע"ש.

וכאן עלול להתעורר ספק אחר, שאולי יסתור את כל מה שכתבתי לעיל. בזה מגיע אני לפרשה אחת היסטורית, כמעט סנסאציונית, של הצעה אחת שנעשתה על-ידי סמכות רבנית גבוהה.

הרבר קדה בתחילת שנות השלושים, כשתים עשרה שנה אחרי גמר מלחמת העולם הראשונה. ברחוב היהודי עדיין הרגישו את תוצאות המלחמה; היה מספר גדול של נשים עגונות, שלא ירעו היכן הם בעליהן, ולא יכלו להשתחרר מכבלי עגונותן. דבני ישראל בארצות אירופה ישבו על מדוכה זו והחלו לחפש דרכים הלכיות כדי להקל על סבלותיהם של הנשים היהודיות. הציעו הטלת תנאי בקידושין, והפקעת קידושין על-ידי חכמים על יסוד הכלל של "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקעינהו רבנן קידושין מיניה". במכתב אחד, שנשלח על-ידי הרב טוליראנו (מי שהיה בסוף ימיו שר הרתות ביש-ראל) מכתב ארוך לירחון התלמודי "אוצר החיים", בו הוא כותב:

"אינני חושב שתיקון זה של תנאי הפקעת קידושין יועיל ויציל מבוכתנו, ואדרבה עוד יותר יוסיף על צרת הבת, ולכן לא מצאתי לנחוץ להתעסק בו מבחינה הלכית, מכיון שמבחינה הגיונית אין בו טעם וזקנה.

אמנם — הוא ממשיך ואומר — הסיבות המובעות במחברתכם, שבנות יש-ראל סובלות הרבה מעיגון ועלילות בעלים בני בליעל, דבר זה הוא מעשים בכל יום בעדי ישראל שבחורים ובתולות נשואים דווקים עד שילבין ראשם. ובמקום זה עוגבים על זדים וזרות... הלא תראב נפשנו לראות כי בנינו ובנותינו מזדקנים ללא זיווג, ומספרנו ילך ויפחת, וירל ישראל... על זמן כזה נאמר עת לעשות לה' ולא עת לחשות..."

על כן — אומר הרב טוליראנו — לדעתי התקנה היותר נכונה כעת, היא

(ג) בני זוג שנישאו זה לזו בצורה אזרחית, יוכלו להתגרש זה מזו בהתאם לקבוע בחוק הגירושין.

הגדרת הביטוי "זוגות אסורים" בס"ק (ב) באה כדי למנוע להשיא בצורה אזרחית את "חייבי הכריתות", כי אחד התנאים הוא שהקידושין יהיו תופסין, וקידושי "חייבי כריתות" (היינו עבירות שעונשן הוא לא מלקות, אלא כרת או מיתת בית דין: ראה רמב"ם הלכות איסורי ביאה, פרק א) אינם תופסים.

"הארץ" 26.4.71

פיתרון הלכתי יסודי לבעיית הממזרות

אף שלא הובעה תגובה רשמית של הרבנות הראשית כלפי ההצעה שהצעת בבעיית הממזרות, (עריכת נישואין אזרחיים לאנשים שהם "חייבי לאוין") מניח אני כי יש להם אי-אלה היסוסים הלכיים. מתוך הערות ששמעתי או שקיבלתי בכתובים, מאנשים הקרובים לחוקי הרבנות, משער אני כי היסוסייהם נובעים מתוך אחר מארבעת הטעמים הבאים:

1. הטעם הראשון הוא: דעת הרמב"ם אינה דעה מקובלת, על הכל. הראב"ד חולק, כידוע, עליה, ובמקרה של "ספיקא רדינא" הולכין אחרי המחמיר.

תשובתי לכך היא: דעת הרמב"ם אינה דעת יחיד, מצטרפים אליו שלושה מתוך הקודיפיקאטורים הגדולים בישראל, והם הסמ"ג, רבנו ירוחם, ובעל החינוך.

הסמ"ג (ספר מצוות גדול) לרבינו משה מקוצי, שחי במאה הי"ג, הוצאת ירושלים, דף מא ע"א, כותב: "בעל ולא קידש (הממזר) אינו לוקה, שאין לך בכל חייבי לאוין שלוקה על בעילה בלא קידושין אלא כהן גדול באלמנה". רבינו ירוחם, ספר תולדות אדם וחווה, ח"ב כ"ג, חלק שני, הוצאת וויניציאה, דף קצה ע"א, טור ב, כותב: "כהן גרוול שבעל אלמנה ולא קידש לוקה... ואין בכל חייבי לאוין שלוקה על בעל ולא קירש זולתי אלמנה לכהן גדול".

ובעל החינוך, רבינו אהרון ברצלונזי, שחי במאה הי"ד, (מצטט אני מן הספר "מנחת חינוך", ירושלים תשט"ז, חלק ג, דף צ' ע"ב), כותב: "כצוה תק"ס. שלא יבא ממזר בקהל ד'. (א) שנמנע הממזר מלישא בת ישראל". והמלה "לישא" פירושה ברור.

עינינו הרואות: ארבעה מתוך חמשת או ששת הקודיפיקאטורים הגדולים, סוברים כולם, כי איסור הממזרות חל רק אם היתה בעילה אחרי הקידושין, ולכן אין להבין, מדוע נלך דווקא אחרי הראב"ד.

2. הטעם השני הוא: הרמב"ם אומר רק שאין לוקין אלא אם כן קידש ובעל, אבל הוא אינו אומר, כי אין כל איסור על כך. תשובתי לכך היא כפולה.

(א) ידוע הדבר כי יש לפעמים לאו שאין לוקין עליו אבל הדבר אסור.

כגון: לאו שאין בו מעשה, או לאו הניתק לעשה, או לאו שבכללות (רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק יח, הלכות ב, ג). אבל כאן העניין שונה לחלוטין. כי טעמו של הרמב"ם, כפי שבירתי במאמרי, הוא כי המלים "לא יבוא" אין פירושו לא יבעל, אלא לא יקדש. ואם צרתי באומרי, כי נישואין אזרחיים לאו "קידושין" הם, הרי האיש אינו עושה דבר שהתורה אומרת לו אל תעשה! ומניין נבוא לגזור עליו איסור, ואפילו איסור בלי מלקות. על כורחך אתה אומר שמעשה כזה מותר הוא.

(ב) אין בשום מקום לא פרשן ולא מחבר, שיביע את הדעה כי בעילה בלא קידושין אסורה. ישנו רק אחד ויחיד, והיינו ה"מגדל עוז" והוא מדבר על איסורא דרבנן, ולא איסור מן התורה, ואת דעתו זו הפרתי במאמרי בהסתמכי על הרמב"ן.

3. הטעם השלישי הוא: חוץ מן הלאו ד"לא יבא", יש לאו של "לא תהיה קדשה מבנות ישראל", כי הרמב"ם, הלכות אישות, א ד, אומר: "קודם מתן תורה היה אדם פוגע באשה בשוק, אם רצה הוא והיא, נותן לה שכרה ובעל אותה... משניתנה תורה נאסרה הקדשה שנאמר: לא תהיה קדשה מבנות ישראל, לפיכך כל הבעל אשה לשם זנות בלא קידושין, לוקה מן התורה, לפי שבעל קדשה".

ואם כך הדבר — מה מרוויחים אנו מדעת הרמב"ם בעניין ממורות? אם אין לאו ד"לא יבוא ממזר" — יש לאו ד"לא תהיה קדשה"! אסמכתא לרעיון זה מוצאים אנו בספר "אחי עזר" להרב חיים עזר גרודינסקי מווילנא, סימן כג. שם היה מעשה בשומרת יבם שלא יכלה למצוא את אחי בעלה שמת, ולקבל ממנו חליצה. ובלי חליצה אסור לה להינשא לאחר משום הלאו של "לא תהיה אשת המת החוצה לאיש זר". מכיוון שהאשה לא יכלה להינשא וסבלה הרבה מן העיגון, בא רב אחד והציע, כי היא תינשא לבעלה החדש לא בקידושין, אלא ב"ציוויל עהע", וממילא לא תעבור על הלאו של "לא תהיה". ר' חיים עזר פסל את העצה, באמרו כי אם אמנם לא תעבור על הלאו ד"לא תהיה אשת המת", היא תעבור על הלאו ד"לא תהיה קדשה". וכאן בעניין שלפנינו יכולים הרבנים להשתמש ממש באותו הארגומנט.

תשובתי לכך היא: דעת הרמב"ם אינה דעה מקובלת. הראב"ד חולק על כך ואומר:

"אין קדשה אלא מזמנת (לזנות), והיא המופקרת לכל אדם, אבל המייחדת עצמה לאיש אחד, אין בה לא מלקות ולא איסור לא...".

ודעת הראב"ד היא הדעה המקובלת אצל רוב הפוסקים, והם מסיקים דעה

זו מדברי הרמב"ם גופו, המטיל מלקות על איש הבעל "לשם זנות בלא קידושין".

4. ובוזו אנו מגיעים אל הטעם האחרון, הוא הטעם הרביעי במספרנו, וכלפי טעם זה אין בפי פירכא או תשובה. כי ההגיון שבו אינו הגיון של הלכה, אלא הגיון חברתי, לאומי או דתי, ופועלים בו שיקולים משיקולים שונים.

הטעם הוא: מכיוון שהילדים שיוולדו מנישואין אזרחיים אלה יהיו בלי שום ספק, ממזרים, כי ממורות נמשכת מהורה לילדו עד סוף כל הדורות, אי אפשר לדרוש מן הרבנים שירבו, על ידי מתן היתר לנישואין אזרחיים, ממזרים בישראל, שייצרו כאן "כת" של ממזרים, האסורים לבוא בקהל אלא על ידי דרך של נישואין "מיוחדים", משום כך מתנגדים הרבנים אל ההצעה שהוצעה במאמרי הנ"ל.

וכאן יבוא השואל ושאל: הלוא אם לא נקבל את הנישואין האזרחיים בישראל, יישארו הצעירים בחוץ לארץ ויולידו שם את הממזרים שלהם — עוד ביתר איסור: על ידי התחנות בנישואין דתיים בפני הרב הרי-פורמי — ומה הוא ההבדל — לגבי עם ישראל היכן נולדים הממזרים שלו? התשובה על כך יכולה להיות, כי אם הממזרים הללו יבואו מחוץ לארץ לפני שנקבע פסולם, דינם יהא לא כמשפחה הידועה כפסולה, אלא כמשפחה שיצא עליה קול כי פסולה היא, והדין שיחול עליה יהיה "משפחה — כיון שנטמעה בטמעה", ואסור לגלות את פסולה.

5. ברם, אם זו היא דעת הרבנים, ואם יהיו מוכנים גם לפסוק על פיה, הלכה למעשה, אזי מציע אני בזה, בהסתמכי על המקורות, הצעה חדשה ללא צורך בהנהגת נישואין אזרחיים, דהיינו כי הרבנים יתקינו תקנה הקובעת, כי, לגבי משפחה "שנטמעה" — והמלה "שנטמעה" פירושה הוא: לא נטרעה בין הגויים, אלא נטמעה בישראל על ידי נישואין עם משפחות יהודיות כשרות — אין לקבל עדות על התערבות פסול במשפחה "מוטמעת" זו, ועדותם של עדים אלה עדות פסולה תהיה. ואם ינהגו כך, ברור כי במשך תקופה קצרה ביותר, ייכלו כל הממזרים והספק ממזרים בישראל, והם יבואו בקהל ד', מן הטעם הפשוט — ה"גניאלי" — שלא תהיה במציאות כל עדות כשרה אשר תוכיח את פסולם. כי במשך אותו זמן קצר, כל המשפחות שהיינה "משפחות שנטמעה" במוכן ההגדרה הנכונה של המושג, כפי שנראה. המקורות שאני מסתמך עליהם הן:

(1) "צדקה עשה הקב"ה עם ישראל, שמשפחה שנטמעה — נטמעה".

(2) "כסף מטהר ממזרים. המטומעים בישראל מחמת ממונם, הוא גורם להם שייטהרו. שלעתיד לבוא, אין הקב"ה מבדילם, מאחר שנדבקו בהם משפחות ישראל הרבה". (רש"י קדושין, דף ע"א, ד"ה כסף).

(3) "ערעור תרי. שהעידו שנים שנתערב פסול במשפחה — עשו שלא כדין שהעידו מה שאינו ראוי לגלות". (ח"מ ס"ק ט', שם, אוצר הפוסקים שם ס"ק ל"ד).

6. התקנה הנזכרת לעיל, צריכה להיות מנוסחת כדלקמן:

"בכל דיון על כשרות המשפחה, הרי אם המשפחה היא משפחה שנטמעה, אסור יהיה להביא עדות שתעיד על פסול המשפחה. ואם הושמעה בקשר לעניין אחר תהא עדות פסולה לגבי דיון זה. 'משפחה שנטמעה' פירושה: משפחה שאחד מבניה התקשר בקשרי נישואין עם בן משפחה יהודית כשרה אחרת".

"פסול' פירושו: כל אדם שדינו הוא לא יבא בקהל ד"י".

7. ידוע לי כי ישנם אי אלה מפרשים המקצצים בחלות הכלל של "משפחה כיוון שנטמעה נטמעה", ומקיפים אותו גדרים וסייגים הנוטלים את נשמתו. אבל בטוח אני כי רבני ישראל, הכואבים את כאב האומה לא פחות מאיזה שהוא ציוני גדול בארץ או מחוצה לה, יידעו להתעלות מעל לחומרות הקטגוריות של מפרשים מחמירים אלה, ויבינו את הרעיון הלאומי הנשגב המונח ביסוד איסור של "גילוי עריות" ההוא, שהוא הרצון למעט את סכנת הממורות. רעיון זה טמון במלים "צדקה עשה הקב"ה עם ישראל" הפותחות את הציטטה שהבאתי בסעיף 5 לעיל. והם, הרבנים, ידעו להשתמש הלכה למעשה ברעיון של ההלכה הנ"ל. או אז יבינו ויראו גם משכילינו ה"חופשיים", כמה עמוקה היא מחשבת ההלכה התלמודית, ומה אלגאנטיות הן דרכי החשיבה שלה, בבואה לעקור הלכות את קשיי ההלכה הקדומה. כך נהגו חכמי ישראל בכל דור ודור, וכך הם ינהגו, ללא ספק, גם בדור יתום זה.

בעיית הממורות היא בעיה קשה, חריפה ומסוכנת מאוד, היא עלולה, חס ושלום, להביא כלייה על העם. וכאשר הדבר העומד לדיון, הוא עניין קיומו של העם או תנאי בטחוננו, אזי — אמר רב ירושלמי גדול אחד — חייבים רבני ישראל לוותר לא רק על "העולם הזה" שלהם, אלא אף על "העולם הבא" שלהם, ולהסתכן בפסיקתם באשה שגילה נום!

"מעריב" י"ט אייר תשל"א 14.5.71

ביטול החוק למען קיומו

במאמרי זה רוצה אני להצביע על תרופה אחת, משפטית, לפתרון אחד כללי לבעיית הממורות. הרעיון הוא זה: בעל שנודע לו שאשתו זינתה תחתיו והביאה לעולם בנים ממזרים, ישלח לה גט על ידי שליח, ויבטל את הגט שלא בפני השליח. והתוצאה של אקט־משפטי זה תהיה, כי הוא יפעיל בכך כלל משפטי, תלמודי, הלכתי, הקובע, כי בעל שמינה שליח למסירת־גט, ואחר כך ביטל את הגט, שלא בפניו, חכמים, בדלית בריה, מפקיעים את הקידושין, ומבטלים באופן רטרואקטיבי את הקידושין ואת הנישואין. עם הפקעה זו, האשה נעשית פנויה למפרע, משעת קידושיה, והילדים שנולדו ממזרים, חדלים למפרע להיות ממזרים.

תוצאה זו תהא תלויה בעמדת רבני ישראל כלפי המחלוקת האמורה במסכת "גיטין", (דף לג, ע"א, תוספות דיבור המתחיל ואפקעינהו). הר"י הזקן, מגדולי בעלי התוספות, מתיר לנקוט מלכתחילה את הצעד הזה, היינו: כי הבעל ישלח לה גט, ויבטלו שלא בפניו, כדי להשיג את האפקט של הפקעת הקידושין. כנגד זה מתנגד רבנו תם (שם), לנקיטת צעד זה ואומר כי אפילו אם יינקט, לא יועיל, כי אם הוא מבטל את הגט לשם כך אין מפקיעים אותו, כדי שלא להרבות פרוצות בישראל.

והנה בדורנו, בימי חייו של הרב־הראשי הגר"א הרצוג זצ"ל, הצטרף הרב הגדול הזה, בפירושו, לדעתו של הר"י הזקן, כמובא בתוספות, בספרו "היכל יצחק" (אה"ע, חלק ב סימן יט), ואלה הם דבריו:

"והנה בתחילת השיחה של כ"ג (כבוד גאונו) עמי בעניין זה, אמרתי שכנראה אין עצה אלא אם כן היה הבעל הראשון נותן גט ומבטלו שלא כדין הביטול, ואז היו מופקעין הקידושין למפרע. אך כ"ג לא שם לב לזה, מפני שזה נראה לו רחוק כל כך, ואולם ראיתי שהמהרש"ם ז"ל ח"א סימן ט, אומר בעובדה דידיה, שאם היה נשאל קודם שעשו את מעשה הגירושין של הבעל הראשון, היה ממציא עצה ותושיה 'להלכה ולא למעשה', (והיינו כהצעתי הנ"ל) לשלוח הבעל הראשון ולבטלו בפני עד אחד, (ולא בפני שני עדים או שלושה כפי שהדין מחייב), וכו', עי"ש, ויטהר הממזר למפרע".

ואם הרב־הראשי, דבי שלמה גורן, ישתמש בסמכותו הגדולה כרב־ראשי וגדול למדני ישראל ויצטרף לפסק־דינו של הרב הרצוג, המאשר את דעתו

של הר"י, בניגוד לדעתו של רבנו תם, תהיה נחונה לו תודת כל העם, כדרך שהעם כולו בירך אותו בכל לב על נקטו את הדרך הנכונה והנועזת על הסרת כתם הממזרות מן האח והאחות.

העצה הנ"ל, היינו השגת הפקעת הקידושין באמצעות "ביטול הגט שלא בפניו" (שלא בפני השליח), לא תועיל אם הנישואין בטלו, עקב מות הבעל או גירושיו. כי במקום שאי אפשר לבטל הקידושין מכאן ולהבא, אי אפשר גם לבטלם למפרע. משום כך לא השתמש הרב גורן באמצעי הזה במקרה האח והאחות. כי מר בודקובסקי בעלה הראשון של הגברת לנגר, נתן גט לאשתו בפני הדבנות. אילו בורקובסקי לא נתן את הגט הזה, אפשר היה להשתמש כאן בעצה המתוארת לעיל, ושאלת יהדותו או גויותו של בעלה הראשון לא הייתה מתעוררת כלל.

לשם הבנת כל העצה הזאת, סיבתה ותוצאותיה, מן הראוי כי אצטט כאן כמה מדברי הש"ס והתוספות במסכת "גיטין", (דף לב ע"א, לג ע"א, ותוספות לג ע"א דיבור המתחיל "ואפקעינהו") והרי הם לפנינו:

(א) משנה גיטין, לב ע"א: השולח גט לאשתו והגיע בשליח, או ששלח אחריו שליח, ואמר לו: גט ששלחתי לך בטל הוא, הרי זה בטל; ... בראשונה (בדורות קדומים) היה (הבעל) עושה בית דין במקום אחר ומבטלו, (שלא בפני השליח). התקין רבן גמליאל הזקן, שלא יהיו עושין כן, מפני תיקון העולם.

(ב) גמרא גיטין לג ע"א: מאי "מפני תיקון העולם"? רבי יוחנן אמר: מפני תקנת ממזרים; ריש לקיש אמר: מפני תקנת עגונות... פירוש הדברים: האיסור לבטל את הגט שלא בפניו בא למנוע או תקלת ממזרים, או תקלת עגונות. תקלת ממזרים, פירושה הוא: שאם יבוטל הגט שלא בפני השליח, יתכן כי האשה לא תדע על כך, תחשוב שהגט כשר והיא מגורשת, ותלך ותינשא ותלד ממזרים. מפני תקנת עגונות פירושה: שאם הגט יבוטל שלא בפני השליח היא, על סמך ידיעה בלתי נכונה, תחשוב שביטל במקום שלא ביטל, תחשוב להינשא, ותישאר עגונה. לכן אסר רבן גמליאל הזקן לבטל את הגט שלא בפניו, (שלא בפני השליח), כדי שהאשה תדע תמיד אם היא מגורשת או לא, ותדע כיצד להתנהג בנוגע לנישואיה מחדש.

(ג) תוספות לג ע"א: תנו רבנן: ביטלו, מבוטל. דברי רבי. (הטעם הוא, כי צריך לכת אחרי דין-תורה, ולפי דין-תורה יכול הבעל לבטל את הגט אפילו שלא בפניו). רבן שמעון בן גמליאל אומר: אינו יכול לא לבטלו, (שלא

בפניו). ולא להוסיף על תנאו, שאם כן, (צריך לומר: שאם לא כן), מה כוח ב"ד יפה?!

ומקשה הגמרא: מי איכא מידי דמדאוריתא בטיל גיטא? ומשום התמיהה במה יפה יהיה כוח תקנת חכמים, שריגן אשת איש לעולם?!

והגמרא מתרצת: אין! כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש, ואפקעינהו רבנן לקידושין מיניה. זאת אומרת: כן! יכולים אנו להתיד. אין אנו מחיים את הגט למדות הביטול ורואים אותה כמגורשת; לזה אין לנו כוח! אבל מכיון שכל המקדש על דעת חכמים מקדש, שכן הוא אמר: "הרי את מקודשת לי כדת משה וישראל", אנחנו ברצותנו לנהוג כן, מפקיעים את הקידושין, ודואים אותה כפנויה משעת קידושיה. לכך יש לנו כוח!

(ד) תוספות שם דיבור המתחיל ואפקעינהו:

הקשה ה"ר שמואל: אם כן יחפה על בת אחותו — "בת אחותו" היא בסגנון התלמודי כינוי לאשה שהיא קרובה שלו והוא אוהב אותה גם אחרי שזינתה ורוצה לחזור אליה — אם כן הוא יחפה עליה ויגן עליה. וכשיבואו עדים שזינתה, ישלח לה גט, ויבטל שלא בפני שליח. ופקעי קידושי, מפקיעין הקידושין, ונמצא שהיא פנויה. ואומר ר"י דאין לחוש מפני חיפוי אלא כשהוא מחפה עליה שלא כדיון, (השוה גיטין דף יז ע"א). אבל הכא כדיון מחפה והיא פנויה. ולאחר כמה שורות ממשיכים התוספות, כנראה בשם רבנו תם: "ומה שהקשה (רבנו שמואל) אם כן יחפה על בת אחותו, ויכולין ממזרים ליטהר! אי ידעינן שלכך נתכוון, לא מפקעינן. שמתוך כך יהיו בנות ישראל פרוצות בעריות, אבל אם ברור שלא לכך נתכוון, לא חיישינן אם יכולין ממזרים להיטהר".

רואים אנו איפוא, שיש כאן מחלוקת בין הר"י ורבנו תם. ר"י הזקן סבור כי מותר הדבר, הואיל והוא פועל כדיון אין אנו מקפידין על טיהור ממזרים, שייצא מכך, ואין אנו חוששין לריבוי פרוצות בישראל, ואילו רבנו תם סבור, כי לא זו בלבד שאסור הדבר מפני החשש של ריבוי פרוצות, אלא אף אם ייעשה הדבר לא יועיל, כי במקום שמתכוון להפקעת הקידושין אנחנו פשוט לא מפקיעים.

ואני שואל את עצמי: האמנם בדורנו זה, דור המתירנות המוסרית, בדור בו תרבות האנושות עשויה לשקוע בים של תאוות ויצרים, בעולם בו השם "ממזר" כמעט לתואר כבוד ייחשב, מפני שהוכיח, כביכול, כי אמו לגמרי השתחררה מכל "המגבלות הפרימיטיביות של מושגי הדת והתרבות", — האם בדור ובעולם שכזה לא יהא הרבה יותר דתי ולאומי אם הרב גורן, כרב

ראשי לישראל, ואחד מגדולי הלמדנים שלנו, יצטרף לפסק-דינו של הרב הרצוג המאשר דעתו של הר"י, שאינו חושש מפני ריבוי פרוצות בישראל, ומרשה לבעל או שלוחו לבטל את הגט "שלא בפניו" ולהביא על ידי כך ל"הפקעת הקידושין" בכל מקרה, (חוץ ממקרה הפסקת נישואין של הבעל הראשון), ולטהר את כל הממזרים או את רוב רובם של הממזרים בישראל? וכאן מחכה אני לשאלה-תמיהה אחת: הא תינח אשה שהיא "בת אחותו" (במובן התלמודי של המלה), אבל מה נעשה במקרה דגיל בו שונא הבעל את אשתו שבגדה, ואינו חושש לגדול הממזרים והוא לא ירצה לבצע את האקט ההלכתי-משפטי שעליו אנו מרבדים? והיה שאלה נכונה מאוד. ותשובתי היא: אם אמנם ירצו הרבנים לשחרר אותנו מבעיית ה"ממזרות", וידאו זאת לעצמם כחובת-הדוד, הרי יתקנו נא תקנה הקובעת, כי כל מי שמתחתן לפניהם, יתן להם מראש "כתב שליחות" המייפה את כוחם לכתיבת גט ולמסירתו, וכן גם לביטולו. וכאן מדגיש אני במיוחד ומבקש שלא לטעות בדברי: אין אני מציע כי הבעל המתחתן יסכים לסמכותם לגבי מקרה של גידושין בינו ובין אשתו. הסכם סמכות כזאת לא יינתן על ידו, ולנו גם לא תהיה כל רשות לבקשו. הכוח שיינתן לרבנים יהיה אך ורק לביצוע הפעולה המיכאנית של כתיבת הגט ומסירתו לאשה, וכן לבטל את הגט שניתן לשליח, במקרה שהבעל יחוייב על ידי בית דין דתי לתת גט לאשתו. בכך אין שום סכנה, והבעל יסכים לתתו. אם כתב שליחות כזה יינתן לרבנים, או-אז יוכלו הרבנים, בכל מקרה ומקרה לבטל את הגט שלא בפני השליח, ולהשיג על ידי כך את הפקעת הקידושין וטיהור הממזרים גם כאשר האשה אינה "בת אחותו", והוא אינו רוצה בטיהור בניה הממזרים.

רצוני להקדים וליישב כאן עוד ביקורת אחת, אשר, ללא ספק, תופנה כלפי הצעתי. הביקורת תהיה, כי כל מה שאני מציע כאן אינו תוצאה רגילה של משלוח הגט, אלא תוצאה בלתי רגילה, בדרך פיקטיבית, המנצלת את התוצאה הצדדית, המקרית, המתלווית באקראי לביטול הגט, ומביאה, כאילו בכפיה, את הפקעת הקידושין. על תמיהה זו מוכן אני לענות, אבל המענה אפשרי יהיה רק לאחר שארחיב קצת את הדיבור על ה"הערמה על החוק", ואסביר את דרכה, משמעותה והגיונה במשפט העברי.

*

ובכן, מה היא "הערמה על החוק"? הערמה על החוק נודע לה בשפה המדוברת טעם לפגם. מציינים בה כל מעשה התחמקות מחובה שיש בה מן הערמה

וההשתמטות. למשל: ניהול פנקסי הכנסה הלוקים בחסד, או "השקעת" שעונים שוייצריים בקופסאות של שימורי בשר. לא כן הוא מובנו הקלאסי, הנכון, של הביטוי במשפט העברי. גם בו יש מן ההערמה וההשתמטות, אלא שערמה זו ה"שוכנת חכמה", מכוונת כלפי החוק עצמו בחינת "יכה יוסי את יוסי", מעדימים על החוק באמצעות החוק גופו.

"מהו להעדים", המותר להעדים על החוק? שואל התלמוד-הירושלמי, (יבמות פרק ד הלכה יב), ונותן תשובה שמשמעותה היא כי מותר להעדים. "וכי רבי טרפון, אביהם של ישראל לא העדים? קידש שלוש מאות נשים, כדי להאכיל אותן בתרומה".

תרומה מותרת לכהנים, ואסורה לזרים. אשת כהן דינה (לעניין זה) ככהן ומותרת לאכול (עדויות פרק ד, משנה ט; "אשת כהן" היא קניין-כסף, במובן הפסוק ויקרא כב, יא). פירות תרומה זולים יותר מפירות חולין, כי בגלל היותם אסורים לזר, מעטים הקופצים עליהם. אותן שנים שנות בצורת היו (ראה נוסח הסיפור בתוספתא כתובות, פרק ד, ה), ורבי טרפון כהן היה וגם עשיר גדול (ראה תוספתא שם עם "תשלום תוספתא" לפרופ' שאול ליברמן, ירושלים תרצ"ח). לכן קידש שלוש מאות נשים מדלת-העם, כדי להאכילן בעצמן, או כדי לאפשר להן לקנות בזול פירות של תרומה. ה"ערמה על החוק" היתה כאן ב"פיקטיביות" קידושין אלה שמטרתם היתה לא המטרה הטבעית, הרגילה של חייה-אישות, אלא כדי להכניס אותן לתוך הקאטיגוריה החוקית של "אשת כהן".

הערמה דומה, על הדרך של סובסומאציה חוקית מלאכותית, תחת סוג משפטי אחר, הפעם לא מחוץ נדיבות-לב ורחמנות, אלא למען המטרה הפרו-זאית של מניעת חסרון-כיס, או מוצאים במקום אחר: "היה עומד בגורן ואין בידו מעות, אומר לחבירו: הרי פירות אלו נתונים לך במתנה, וחוזר ואומר: הרי הן מחוללין על מעות שיש לי בבית" (מעשר שני, פרק ד משנה ה).

מדובר כאן ב"מעשר שני" — המעשר שמפרישין אותו בשנים: ראשונה, שניה, רביעית, חמישית, של מחזור השמיטה, לאחר שהפרישו "מעשר ראשון" (רמב"ם, הלכות מתנות-עניים פרק ו, הלכה ד ורמב"ם הלכות מעשר שני ונטע דבעי, פרק א הלכה א). מעשר שני נאכל בירושלים, (דברים יד, כב; כב, כג), אך אפשר לחלו על מעות, ולהעלות את המעות לירושלים. אם המעשר הוא ש"ל, חייב המחלל (הפודה) להוסיף על שווי חומש; היה המעשר של אחר, פודה אותו בשווי, ואינו מוסיף כלום. משנתנו דלעיל

משיאה עצה טובה למי שבא לפדות את מעשרו, ורוצה לחסוך את החומש. העצה היא: לתת את הפירות לאחר, כדי שהפודה יהיה "נוכרי" כלפיהם, ויחול עליו דין פודה מעשרו של אחר, ואז הוא פטור מן החומש. וזה דווקא כאשר "אין בידיו מעות" אבל יש בידו מעות, מן הראוי לעשות הערמה אחרת, "שאינה נראית ערמה כל-כך" (רש"י בבא מציעא דף מו ע"א, דיבור המתחיל "הכי ערף), היינו לתת את המעות לאחר. וכה נאמר במשנה: "מעדימין על מעשר שני כיצד? אומר אדם לבנו ולבתו, לעבדו ולשפחתו הילך מעות ופדה לך מעשר שני זה".

מקרה מעניין ביותר של הערמה, קרה בימי מלחמת העולם השנייה כאן בארץ. זוג יהודים, חשוכי-ילדים, חיו כאן בארץ, ולו אח אחד ולה אחות אחת בניו זילאנד הרחוקה. הבעל חלה במחלה ממארת, ובשלב האחרון נטרפה דעתו עליו מרוב יסורים. הבעיה שהעסיקה את המשפחה היתה, כי לאחר מות הבעל תיוקק אשתו לחליצה, וקשה יהיה לבצע את הדבר בשל ריחוק המקום בו גר האת-היבם. אי-אפשר היה לסדר גט, בשל אי-שפיות-דעתו של הבעל. מה עשו? הלכו לעורך-דין והוא השיא להם עצה: לכתוב לאחי הבעל שיתחנן שם עם אחות האשה, על-ידי כך תהיה "היבמה" אחות אשתו של "היבם" ותיפתר על-פי דין מן היבום ומן החליצה, "כל שהוא איסור עדות, לא חולצת ולא מתיבמת". וכך הם עשו. אחי הבעל קידש את אחות האשה, קידש ומיד גירש, כי גם אחות גרושחו עוזה היא, ועם מות הבעל, הותרה האשה לשוק, בלי יבום ובלי חליצה. היו אלה נישואי הערמה, נישואין פיקטיביים, ואף-על-פי-כן, הועילו לשחררה מכבלי היבום והחליצה.

בכל שלושת המקרים רלעיל, מטרת ההערמה היתה להשתחרר מן הגרא-ביטציה של דין אחד, באמצעות המשיכה והחלות של דין אחר, שאף הוא הינו חוק כמו למשל: קשר האישות שנוצר על ידי הקירושין, או הבעלות העוברת מנותן המתנה למקבלה, או יחס-הקירבה של איש ואחות אשתו המתהווה בין "היבם" ו"היבמה" ואין כל פסול ברבר, שנישואין אלה "פיקטיביים" הם — כלומר: נוצרו לא לגופם, אלא לצורך האקט-המשפטי הנוצר, כאילו, רק דרך אגב על ידם.

נותן התורה לא היפלה בין אשה "אמיתית" ואשה "פיקטיבית" לגבי תוצאותיו של האקט המשפטי, ולא הבחין בין העברה להעברה לגבי "נוכריות" של פודה המעשר. מחוסר הפליה זה נהגו "שלוש מאות הנשים" של רבי טרפון; נהנתה "היבמה" הישראלית, ונהנה גם "המערים" על מעשר השני הנ"ל. ההערמה על החוק, במקרים אלה, אינה "הערמה על החוק"

אלא "הערמה של החוק". למשל: ניצול חלקו כ"תבלין" למשנהו, למען השגת האפקט הנכסף.

ואותו אופי ממש — אופי של ניצול חלקו של המשפט כתבלין למשנהו, מוצאים אנו בדיוק באותה הערמה מותרת, המשיגה את הפקעת-הקירושין באמצעות ביטול-הגט שלא בפניו.

*

נבין את הדבר בנמקנו לעצמנו את הדילמה שעמדה לפני רבן שמעון בן גמליאל. זכורני, כי בישיבה בה למדתי בתחילת שנות העשרים, בעיר קובנה בליטא, נתנו ראשי-הישיבה את ההסבר ההגיוני, מאתימאטי-הגיוני, הזה. רבן שמעון בן רבן גמליאל הזקן, ראג ל"תיקון העולם", היינו, כפי שהגמרא מסבירה שם, (ראה לעיל), כדי שלא יתעוררו בחיי האשה אחת משתי התקלות הנ"ל, (תקנת ממזרים ותקנת עגונות). אבל רבן שמעון, אם מותר להתבטא כך, ידע משהו יותר מאביו. הוא ידע, כי כדי למנוע את שתי התקלות שהצבענו עליהן לעיל לא מספיק לאסור הביטול "שלא יהו עושין כן", אלא צריך לעשות את הביטול-שלא-בפניו לאקט החסר כל תוקף משפטי. אבל כיצד עושין זאת? הלא מן התורה הביטול מועיל, אם הביטול מועיל נשאת היא "אשת איש", וכיצד יכולים אנו להתיר לשוק אשת איש? משום כך עשה רבן שמעון בן גמליאל את האקט הזה: הוא החיל על נישואין שהבעל שלח גט להפסיקם וביטלו לאחר מכן שלא בפני השליח, שיהיו מופקעין מעיקרם, על יסוד הפקעת חכמים מן הטעם של כל המקרש על דעת רבנן מקרש. מעתה לא ינסה שום בן אדם לבטל גט שנשלח שלא בפניו, כי: (א) לא יהיה כדאי לו; (ב) אם יעשה זאת, הרי לא יזיק ולא יגרום לשום תקלה, כי אשה שהופקעו נישואיה לא יכולה ללדת ממזרים, ולאשה כזאת לא תהיה שום סיבה להישאר עגונה.

נישואי התרומה של רבי טרפון, מזכירים לנו — ברוב רמיונם — את הנישואין הפיקטיביים של ימינו הנערכים למטרת רכישת האזרחות. עובדה היא, כי כמה משפטים מודרניים, אם לא כולם, מעניקים גם לאשה פיקטיבית את אזרחות המדינה. בתקופת המאנדאט, כנראה, הכיר החוק בנישואין כאלה. אבל הרבר לא ברור כל צרכו. ראיה לחילוקי דעות כאלה משמשים שתי הרוגמאות הבאות: —

(א) בימי המאנדאט היתה תקופה, (באמצע שנות השלושים), בה ציוותה "ההנהלה הציונית", למשרדי העלייה בחוץ לארץ, שלא לתת סרטיפיקאטים

לרווקים. (כי מספר הסרטיפיקאטים היה מצומצם, ואסור היה לבזבזם על אנשים לא נשואים: כי סרטיפיקאט לאדם נשוי כולל גם את אשתו), ואז החלו ה"חלוצים" שלנו ללכת, לפני עלייתם, לרבנות עם איזו שהיא בתורה, להתחתן אתה באופן פיקטיבי, ולעלות אתה כבעל עם אשתו לארץ ישראל. בהגיעם ארצה היה הבחור נפרד מיד מאשתו על ידי גט רבני, ומתחיל לסדר את חייו כאילו לא היה נשוי מעולם. הוא אף לא ידע את מקום מגוריה של "כלתו" הראשונה. ודבר זה גרם לפעמים כמה וכמה צרות. כאשר הבחור, לאחר כמה שנים, כשהוא כבר נשוי ואב לילדים, ביקש לבקש אזרחות ארצי-ישראלית, היה רושם כמוכחן את שמו ושם אשתו האמיתית. ענו לו במשרד העלייה, כי בפנקסים שלהם רשומה אשה אחרת, היא אשתו ה"פיקטיבית". טען המבקש והסביר כי האשה ההיא לא אשתו האמיתית אלא אשתו ה"פיקטיבית" היתה, וענו לו: אין משחקים בענייני גישו, וגם האשה ה"פיקטיבית" אשה נשואה היא. וכאשר המבקש התליט לגלות את כל קלפיו, והראה להם את הגט שקיבל ביום עלייתו מן הדב ביפו, אמר לו הפקיד: אב אתה כבר מדבר על גירושין, שגירשת את אשתך הראשונה, היית צריך קודם לציין את הדבר בבקשה שהגשת ואז היינו מלמדים אותך לדעת, כי מכיון שנתין נוכרי הנך, הרי משרד-העלייה אינו יכול להכיר בגירושין, יען כי לפי סעיף 65 של דבר-המלך, אין משרד-המשפטים הדתיים יכולים לתת גט לנתין נוכרי. וככה נמשך הדבר כמה שנים, בסוף שנות העשרים, או תחילת שנות השלושים, עד שלבסוף הוכיח עורך הדין יצחק אולשן, מי שהיה לאחר מכן הנישוא של בית-המשפט-העליון, במשפט אחד, כי גט רבני אינו "צו גירושין רבני" אלא אקט-פרטי של בני הזוג תחת פיקוח רבני, ואין כל מניעה שינתן לנתין זר. מאז התל משרד-העלייה להכיר בגיטי זרים, חוץ אם הגט ניתן לנתין זר, שארץ הנתינות שלו אינה מכירה בתוקפו החוקי של הגט הדתי. מכאן אנו רואים כי השלטון המאנדאטורי הכיר בתקפם של נישואין פיקטיביים.

כנגד זה, הרי בחקרנו את הוֹדֵי קֵא טוֹרֵה הארצישראלית, מוצאים אנו שני פסקי דין, שאינם משווים את הנישואין הפיקטיביים לנישואין אמיתיים. האחד הוא ע"א 36/37 והשני הוא בג"ץ 1/37, שנתפרסמו בקובץ פסה"ד לבגון 1937. עם פסק הדין הראשון אפשר פחות או יותר — יותר "פחות" מאשר "יותר" — להשלים. אך בשום פנים לא עם פסק הדין השני. בפסק הדין הראשון מעשה היה באשה אחת, גב' רחל סובל, שקיבלה דשות להיכנס ולשהות בארץ לא יותר מחודש אחד, שהחל ביום ה-26 בינואר 1926. היא

חתמה על גרנטיה של מאה לא"י ושילמה את הסכום. ביום 14 לחודש פברואר 1926, היא התחתנה עם נתין ארצישראלי, נרשמה בפאספורט של בעלה, ועל סמך נישואין אלה היא נשארה בארץ אחרי עבור החודש הנ"ל. היא פנתה לבית המשפט המחוזי ותבעה החזרת מאת הלא"י הנ"ל, והפסידה בתביעתה. אז היא פנתה בערעור לבית המשפט המאנדאטורי העליון. ובית המשפט העליון אישר את פסק-דינו של בית המשפט המחוזי. טעמו של פסק הדין היה, כי בגרנטיה היה כתוב שלא תשאר בארץ יותר מחודש אחד, והרי היא נשארה, והפסידה את הכסף. לא היה כתוב בגרנטיה שלא תשאר בארץ יותר מחודש בתור עולה בלתי ליגאלית, אלא "תישאר" סתם, לכן יכולה הממשלה להשאיר בידיה את הסכום אף על פי שבניתיים היתה לאשת ישראלית. עם פסק דין זה אפשר בקושי ובדוחק להשלים, אף על פי שהשכל הישר מחייב אותנו להניח כי הכוונה היתה לשהייה בלתי חוקית. אלא שוודאי ובוודאי אי-אפשר להסכים לפסק הדין השני שניתן ביום 29 בינואר 1937.

בפסק דין זה, שניתן בבג"ץ 1/37, היה מעשה באשה אחת, שרה מזרחי, עולה בלתי חוקית, שהואשמה בעבירה על סעיף 8 (2) של פקודת העלייה, והוחזקה על סמך זה בבית-הסוהר. עורך הדין שלה היה מר יעקב שמשון שפירא, שר המשפטים דעכשיו של ממשלת-ישראל. והוא טען, כי שולחתו קיבלה בבית הסוהר קידושין מנתין ישראלי, ולכן יש לשחררה מבית-הסוהר. בית המשפט דחה את טענת ההגנה. וכך אומר השופט המלומד מר פרומקין:

"אינני מתכוונן לחקור בעובדה, אם צורת הנישואין שנתקמה בבית הסוהר היתה חוקית. לשרה מזרחי נאסרה הכניסה, וכתוצאה מכך נאסרה. אם — כפי שטוענים — היא ערכה טקס נישואין בבית הסוהר, היא עשתה זאת ללא כל סיבה אחרת, מאשר להתחמק מהודאות פקודת העלייה. היא אינה יכולה לדרוש מבית המשפט לעזור לה במה שהוא עבירה על החוק".

וארגומנטאציה זו היא, בכל הכבוד, בלתי נכונה. מה שהגברת מזרחי עשתה בבית הסוהר, היא עשתה כדי להיות כאן תושבת חוקית, והיא הצליחה בכך, יען כי לפי דיני ישראל, נישואיהם של יהודים ארצישראליים נידונים על-פי דיני ישראל, ואילו לפי דיני ישראל כל נתינת כסף קידושין יחד עם אמירת "הרי את מקודשת וכו'" עושה את האשה לאשתו החוקית של הבעל לגבי כל דבר ודבר. ואם נישואי רבי טרפון עם שלוש מאות הנשים עשו כל אשה ואשה ל"אשת כהן", כך גם נישואי גברת מזרחי עם הנתיין הארצישראלי עשו אותה לנתינה ארצישראלית, וכיצד אפשר לומר, שהיא עשתה מעשה

הנוגד את החוק? לכל היותר, ובאורח פאראדוקסאלי, אפשר לומר עליה כי היא עברה על החוק באופן חוקי, וכל עבירה על החוק באופן חוקי, אינה נחשבת למעשה בלתי חוקי. לכן סבור אני כי פסק-הדין בבג"ץ מזרחי לא נדון כהלכה וכי בית המשפט חייב היה לשחרר את האשה.

ברם, יהא אשר יהא על עמדתן של האדמיניסטרציה והוידויקאטורה המאנדאטוריות כלפי שאלת ההכרה בנישואין "פיקטיביים", הרי באנגליה גופה קיים פסק-דין המכיר בהכרתם המלאה בנישואין כאלה (השווה: ה. נגד ה. 1953 2 אוול ענגלאנד (1233—1234)).

גם בית-המשפט הדרום אפריקאי הכיר בתוקפם של נישואין פיקטיביים (טדסטד נגד טרסטד, 1952, ד. א. ל. ר. 771). וגם בגרמניה האירופאית הכירו בנישואין שנערכו לשם השגת נתינות. איני יודע מקור משפטי גרמני הקובע את הרעיון. אבל ידועה לי עובדה מפורסמת המעידה על כך. העובדה היא במקרה של רוזה לוכסמבורג. רוזה לוכסמבורג יהודיה פולנית ורבולוציונרית מפורסמת נסעה לגרמניה על-מנת לעסוק שם בפעולות מהפכניות. והנה בהיותה בגרמניה בשנת 1898 ובחששה שמא הגרמנים יגרשו אותה מן המדינה, היא נישאה שם לסוציאליסטן הגרמני לירבק. הגרמנים הכירו בתוקפם המשפטי של נישואין אלה למרות שידעו יפה-יפה על קיומם הפיקטיבי. והם "הוכרחו להרוג" אותה יחד עם קארל ליבקנט, בריבולוציה הגרמנית של שנות 1919—1921. הטעם הוא, כפי שאמר בית-המשפט העליון שלנו: "כי אין אפוטרופוס לגנאי נסתרות כאלה. אין מי שיבחון ויבדוק את כנותם ונכונותם של יחסי בני הזוג. וכל הערמה על החוק, שמן הנמנע למנעה, מחוקק נבון גם אינו להוט לאסרה" (זילברג, ע"א 238/53, ע. ח' פס"ד ע. 34).

*

ואתו טעם גופו פועל גם בהכרת הנישואין-הפיקטיביים לגבי היתר אכילת-תרומה או פטור-חליצה. ברם לגבי הערמות ופיקציות יהודיות, יש, חוץ מזה, טעם אחר, יותר כללי, יותר פרינציפיוני, יותר תכליתי, והוא: כי ההערמה, שבה משתמשים לפעמים, היא הדרך היחידה להתאמת החוק לצורכי המציאות.

כי בכל ההערמות הללו, הן ודומיהן ודומי דומיהן, בא לידי גילוי עו כשרונם של תכמי-התלמוד ליצור מכשירים משפטיים — "מכשירים" תרתי משמע — החותכים בבשר החוק כ"בסכין חריף, מפסק פסוקים ומפרידים בהגיון דק, "מאתימאטי", בין המושגים הדבקים.

וסגולה זו היא שעמדה להם, לתכמי-התלמוד ושל אחריהם, להוציא את מוסד ההערמה מרשות היחיד לרשות הרבים, ולעשות את ההערמה היעילה והמותרת, בסיס ומדרס להתקנת תקנות. לכשנעיין ונתעמק בדבר נראה כי בכמה מן התקנות הבאות להתייר כבלי איסור קדום, יש הרבה מיסוד ההערמה — משום ניצול מוגבר לקולא של אחד מדיני ההלכה הישנה. רצוני להסביר את הרעיון בתקנה המפורסמת ביותר, היא תקנת הפרוובול. שנינו במשנה: "שביעית משמטת את המלוה בשטר ושלא בשטר... פרוובול אינו משמט. זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן, כשראה שנמנעו העם מלהלוות זה את זה, ועוברין על מה שכתוב בתורה: השמר לך פן יהיה דבר עם לבבך בליעל וגו' התקין הלל פרוובול. גופו של פרוובול: מוסר אני לכם, פלוני ופלוני הדיינים שבמקום פלוני, שכל חוב שיש לי שאגבנו כל זמן שארצה; והדיינים חותמין למטה או העדים".

שביעית משמטת כל חוב שמקורו במלווה או חוב הנושא אופי של מלווה עקב הזקיפה, שיש בה משהו מן הנובאציה הרומאית. שנת השמיטה היא שנה מסויימת והיא משמטת בסופה, אפילו הלוואה שניתנה יום אחד קודם לכן.

והנה כל עוד היה משקה של ארץ-ישראל חקלאי טהור, או כמעט טהור, לא היה ערך רב למתן הלוואות ולא היה צורך חיוני בצמצום דיני השמיטה. אך בתקופת מלכי בית הורדוס, משהונהג משטר סמי-קאפיטאליסטי במדינה, (ראה ברוך, היסטוריה חברותית של עם ישראל, תש"ך, עמוד 109), גבר הצורך באשראי גדול של ממוץ, והוא עלול היה להיסקל עקב "שמיטת הכספים". המלווים קפצו ידם מאחיהם האביון, והעם נמנעו מלהלוות זה את זה. וכדי להמציא למזור תרף, עמד הלל והתקין תקנת פרוובול.

הרבה השערות שוערו בנוגע למקור התקנה, ברובן קלוטות מן האוויר. והיה אפילו מי שהרחיק נדוד עד הכתב ההלניסטי של ביצוע פסק הדין (ראה ברוך שם ע' 193).

לי נראית כמתקבלת ביותר על הדעת, הדעה שהובעה על ידי אחד מבעלי התוספות (תוספות גיטין, דף לו ע"א, ד"ה מי איכא), והיא כי תקנת פרוובול לא היתה אלא "ניצול יתר" של הלכה ישנה. אחד מדיני שמיטה מן התורה הוא "כי המוסר שטרותיו לבית דין אינן משמטין" (שביעית פרק י, סוף משנה ב). והטעם הוא כי משנמסרו לבית הדין, נכנס החוב לשלב של הוצאה לפועל, ושוב אין המלוה גובה את החוב, אלא בית דין הוא הגובה אותו. "וזה (מוסר שטרותיו) בית דין תובעין אותו" (רמב"ם הלכות

שמיטה ויובל ט, טו). "דלא אתה הוא הגובה, אלא הבית דין" (פני משה על הירושלמי שביעית פרק י הלכה ב). מה עשה הלל? הוא הפעיל את ההלכה ההיא, ההלכה הישנה, ועשה אותה בית-קיבול לקלוט בה את תקנת הפרזובול. הקונסטרוקציה המשפטית של הפרזובול היא זו: המלווה מקנה את החוב לבית-דין, והם מייפיים-את-כוחו לגבות בשמם את החוב, ולקחתו לעצמו. אם תרצו, הרי הלכה יש כאן, הלכה ממש; ואם תרצו — יש כאן "הערמה על החוק" באמצעות ההלכה הישנה ההיא. הצד השווה שבהן, כי הלכה ישנה, שהיתה צריכה לגופה, "נוצלה" על ידי מתקין התקנה. ונעשתה על ידו כלי-מתחזיק-ברכה, לבטל מבחינה-מעשית ובדרך כשרה, את שמיטת-הכספים. דברי אלה וראי יעשו דושם של חידוש גדול, אבל למעשה אין כאן חידוש כלל, על כל פנים: לא חידוש שלי! כי אני סומך כאן מלה במלה על החידוש שכתבו התוספות בדיבור שהזכרתי לעיל, (תוספות גיטין לו ע"א דיבור המתחיל מי איכא), וזה לשונם: "...דקשיא ליה, דלא היה לו, להלל, לעקור שביעית שהיא דאורייתא, ואף על גב דדרשינן בספרי ואשר יהיה לך את אחיד תשמט ירך, ולא של אחיד בידך, מכאן אמרו המלווה חבירו על המשכון, והמוסר שטרותיו לבית דין אין משמטין, מכל מקום לא היה לו (להלל) לעשות תקנה ללמד לעשות כן, שביטל בכך השמטת כספים שצוותה התורה".

עינינו הדואות, עצם תקנת הלל היתה על סמך דין מפורש של התורה. כי גופו של פרזובול כפי שצוטט במשנה לעיל מהווה מוסד שטרותיו לבית דין והתחלת ההוצאה-לפועל, ומוסד שטרותיו לבית דין אינו משמט מן התורה, וכל הקושיא והתמיהה על הלל היתה, שהוא "לימד לעשות כן". תקנתו הראתה את הדרך בה אפשר להפוך כל חוב לחוב שנמסר לבית דין, ובזה הוא ביטל למעשה את כל עניין השמטת הכספים שנכתבה בתורה. הוא עשה מה שחכמים עשו בכמה וכמה מקרים: סובסומאציה חוקית, אקט משפטי מסויים ואסור, תחת "הראש" (הדינג) של אקט משפטי מותר. לפנינו, אפוא, "הערמה אינסטיטוציונאלית" הנזקקת לכל סממני הטכניקה של ההע-רמה הפרטית.

הערמה, על שני סוגיה דלעיל, (הפרטית והאינסטיטוציונאלית), היא העברת המעשה תוך תחומי ההלכה, מסקטור אחד למשנהו, באמצעות "התבלין" של החריג המתיר. דרך משל: התורה אמרה: את כספך לא תתן לו בנשך, ובמרבית לא תתן אכלך. זה הוא איסור ריבית הנודע, שלאחץ על עסקי האשראי, ועל המסחר בכלל, וגבד והלך עם התפתחות חיי החברה. כבד בתקופת

התלמוד ולאחריה בתקופת הגאונים, טרחו ויגעו הרבה למצוא דרכים ונוסחאות משפטיים אשר יגאלו את העיסקא מצורת ומצרת הריבית שבה, עד שלבסוף נמצאה הנוסחא הגואלת של ה"היתר עיסקא", וכיוצא בזה הערמות-אינסטי-טוציונאליות כהנה וכהנה, שמטרתן היתה ליטול את העוקץ החד והמר מזן החומרא הקפדנית של ההלכה הישנה.

*

לא הגשתי עד עתה את הצעתי הנ"ל, כי הייתי בטוח שהרבנות לא תקבל אותה. אך הנה מתכרר, כי קם ברבנות-הראשית נשיא, שהוא גדול בתורה וירא שמים, והוא מבקש ברצינות להחיל בחיי היהודים בישראל את ההלכה "עד תומה". זאת אומרת: את ההלכה הרגילה החמורה יחד עם כל אותן ההקלות המותרות העוקפות את ההלכה באורח הלכתי, ולכן שיניתי את דעתי לגבי אפשרות הגשמתה. לכך דרושים: ידיעה רבה בהלכה, הבנה גדולה, אנושית ומשפטית, באינטרפרטאציה שלה, ורצון עז לקיים את פגישת ההלכה עם החיים, — לא כל כך עם החיים בניו-יורק כמו עם החיים בישראל. לכן אני מגיש את הצעתי זאת. ומקווה כי היא, עם שינויים או בלעדיהם, תתקבל על דעת הרבנות-הראשית.

"פנים אל פנים" ט' שבט תשל"ב (12.1.73)

פירכתו זו אינה משפיעה עלי כלל. דאשית, אני נותן לו את התשובה שנתתי לו לעיל. הרב דיק, במחילה מכבודו, לא הצליח להבחין בין המקרה דכתובות, בו השאלה העיקרית היא מה תוקפו של הגט, לבין שאר מקרי ההפקעה, בהן השאלה היא מה תוקפם של הקידושין הראשונים. דק במקרה מן הסוג הראשון אפשר, בקצת דוחק או שלא בדוחק כלל להבחין בין למפרע ובין "מכאן ולהבא", או בין "דאורייתא" ו"דרבנן". ודוק היטב. תשובתי השנייה היא, כי כלל גדול הוא בפסיקה, התלמודית: אין למדין הלכה מפירושי המפרשים. כי ייתכן שפירושים אלה באמת לא צדקו. אם רוצים אנו לדעת מה היא ההלכה, הבה נעיין בספרו של הקדוש הרא"ח פריימן, בו מצויים פסקי דין לעשרות, למאות, ואולי אף לאלפים, בהם חכמי ישראל, על יסוד הכלל של כל המקדש וכו', מפקיעים את הקידושין למפרע וללא כל שיוך, וגם מטהרים את הממזרים. מפני שדעת רוב חכמינו היא, כי המלים "כדת משה וישראל" הם כמו תנאי מפורש: על מנת שהחכמים ירצו בקידושין אלה, ואם הם מפקיעים אותם, ההפקעה היא משום שלא נתקיים תנאי הקידושין. התנגדותו האמיתית של הרב דיק להצעתי בוטאה כמעט בסוף המכתב, והיא נוסחה במלים אלה:

"ברור שהר"י אף פעם לא התכוון להציע ביטול שליחות בתור עצה לטיהור ממזרים, ודעתו היא שאם מישהו עשה דבר זה (בעבר) במקרה שזה מועיל לטהר ממזר (אזי זה יועיל) אף אם זה היתה כוונתו... הוא לא חלם אף פעם שישתמשו בדרך זו לפתרון כללי של בעיית הממזרות שהרי זה יהרוס את כל כוונת התורה לשמור על טהרת המשפחה היהודית על ידי פיסול זרע שגולד מחוץ לנישואין" וכו'.

על יסוד ארגומנטאציה זו הוא מגנע אל הדרישה, שהרבנות תדחה על הסף את הצעתי ובמקום זה תקבל את דעתו, שהפתרון הטוב ביותר לבעיות אלה הוא בהפרדת הדת מן המדינה, ומי שלא ירצה בחופה וקידושין על פי דת ישראל יתחתן בנישואין אזרחיים שעל פי ההלכה אינם תופסים, וכך לא יהיו ממזרים אם אשה נשואה בנישואין אלה תזנה תחת בעלה.

אינני מבטל את הביקורת של הרב דיק, וגם אני עצמי נגעתי ברעיון זה באחד ממאמרי. שום אדם בישראל לא יהיה מאושר מן השימוש ב"טריק המשפטי" של תכסיס השליחות. ואם אני — אף על פי כן — הצעתי את ההצעה, הרי עשיתי זאת מפני שהצעה זו עשויה למנוע קבלת הצעה אחרת שתהיה הרבה יותר פוגעת בדיני ישראל, והיא: הנהגת נישואין אזרחיים לכל יהודי בישראל, ואפילו אין הוא מפסולי החיתון.

קראתי את המכתבים המבקרים את ההצעה שהצעתי בדבר חיסול בעיית הממזרות על ידי נקיטת "תכסיס השליחות" היינו: מינוי שליח וביטולו שלא בפניו, המביאה אתה את הפקעת הקידושין וטיהור הממזרים. החשוב מכל המכתבים הוא מכתבו של הרב יהודה דיק, שהינו גם רב וגם עו"ד. הוא מתווכח אתי בצורה נאה, הן מן הבחינה המשפטית והן מן הבחינה הרתית. תשובתי לו תשמש תשובה גם לשאר הכותבים.

את המסקנה ההלכתית מתקיף הרב דיק בכמה קושיות שהראשונה שבהן היא, שהחכמים כלל לא הפקיעו קידושין, אלא שהבעל, בידעו כי הם יכולים להפקיע קידושין, הוא מחליט לגרשה בכל אופן, אפילו במקרה שלא בא מחמת אונס. "כך כותב הרשב"א בתשובה".

הרב הנכבד לא ציין היכן כתב הרשב"א דברים אלה. אבל בתפשי בתוך תשובותיו מוצא אני דברים כאלה בתשובות הרשב"א, הוצאת בני ברק תשי"ח, עמוד שעה, טוד ראשון, שורה 12 מלמעלה. וכן הוא אומר:

"ואפילו התם (כתובות דף ג ע"א), כל עיקרא דמילתא לאו משום עגונא לחוד הוא, אלא משום דמאן דיהיב גיטא כי הא, דלא לפקעיהו קידושי מיניה, ומשווי לבעילתו בעילת זנות אסוקי מסיק אדעתיה כל דאונסא ואפילו שכח ולא שכח, ומחיל להו". אך כמה שורות לאחר מכן (בשורה 25) הוא ממשיך: "בתולה וקריש (הכונה ל"תליהו וקידש" של בבא בתרא מח ע"ב) ובהיא דאותבה אבי כורסיא (הכונה לעובדה דנרש, יבמות דף קי ע"א) ולא אצרכונה גיטא, התם היינו טעמא, משום דעיקר הקידושין שלא ברצון חכמים נעשו. הא בעלמא לא".

עינינו הרואות: באותו "טעם מיוחד", היינו, כי הפקעת הקידושין היא רק פחד שמפניו מפקד הבעל, ומשום כך מסכים הוא שהגט יחול אפילו אם אירע אונס שבגללו לא בא אל אשתו, משתמש הרשב"א רק לגבי המקרה של כתובות, אך לא לגבי הפקעות אחרות. יתר על כן: עצם ההגיון אשר בטעם זה תופס רק באותו מקרה ובאותו מקרה בלבד.

פירכתו השניה של הרב דיק היא, כי לדעת קצת ראשונים, שהובאו בשיטה מקובצת כתובות, מופקעים הקידושין רק מכאן ולהבא, ולא למפרע, ולדעת עוד כמה חכמים שם, ההפקעה היא רק מדאורייתא ולא מדרבנן.

אבאר את דברי:

(1) ביום 26 לחודש אפריל 1971 פירסמתי מאמר ב"הארץ" בו כתבתי כי אם הרבנות הראשית תצטרף לדעת הרמב"ם פרק טו מהלכות איסורי ביאה, הלכה ב, נוכל על פי דין להשיא בנישואין אזרחיים (לא קידושין) את כל "חייבי הלאווין" היינו: נשים שאסור על פי דין לקדש אותן, אבל קידושיהן תופסין*.

(2) ברעיון זה נאחו חבר הכנסת מ' אבי-זוהר, והציע הצעת חוק בכנסת בנוסח המאמר הנ"ל.

(3) כעבור כמה חדשים נתפסו לרעיון זה גם הליבראליים, ועוה"ד האונזר בראשם, אלא שהליבראליים כינו את נשוא הצעתם לא בשם "חייבי לאווין" אלא בשם פסולי חיתון, אך התכוונו בעיקר לפסולים של חייבי לאווין וביחוד לשלושה או ארבעה פסולים אלה: כהן וגרושה, יבמה לשוק, ופסול ממזרות.

(4) העניין עורר התעניינות רבה בישראל. התווכחו עליו בכל המפלגות. היו שסברו כי מתן אפשרות של נישואין אזרחיים לפסולי חיתון יסתור את מסורת ה"סטאטוס-קוו", והיו שדרשו את קבלת "חוק האונזר" על אף הסטאטוס קוו ובשם ראש הממשלה נאמר (כפי שפורסם בעיתונות), שאם הרבנים לא יצליחו במשך שנה או יותר להמציא היתר נישואין דתי לפסולים אלה, היא תציע לבטל את הסמכות הרבנית האכסקלוזיבית בענייני נישואין של יהודים, ולהתיר נישואין אזרחיים לכל יהודי הרוצה בכך.

(5) וכאן תמהתי תמיהה רבה על הגב' מאיר. הגב' מאיר כידוע אינה שונאת את הדת, ואינה רוצה להפסיק קיצונית את הקשר שלנו עם יהדות הגולה: ואם כך הרבר, מדוע לא הסתפקה בהתרת נישואין אזרחיים לפסולי חיתון, ודרשה נישואין כאלה לכל יהודי בישראל?!

(6) חשבתי על כך הרבה, והתשובה שמצאתי היא זו: השארת איסור הממזרות עשוי לפלג את העם ל"יהודים שלימים" ו"חצאי יהודים", ולכן עדיף יהיה, כי במקרה שאיסור זה יישאר, יותרו לכל יהודי נישואי בת זוג בנישואין אזרחיים.

(7) איסור ממזרות הוא, כידוע, לא איסור אישי של הממזר גופו, אלא איסור "נצתי" של הממזר ונכדיו וניניו עד סוף כל הדורות. בין אם נולדו מן הנישואין, בין אם נולדו מתוך לנישואין, ואפילו אם מתוך יחסים המותרים לממזר, כגון נישואי ממזר עם גיורת (ראה רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק

* ראה לעיל עמוד 240 ואילך. (המלבה"ד).

טו, הלכות ז, יא ו"ד). היוצא מזה כי התוצאה תהיה, שאם ממזר נושא בת ישראל ומוליד בנים ובנות ונכדים ונכדות (וגם ננים וכן הלאה), הוא יקים שבט של יהודים פסולים שלא יוכלו להתחתן ב"חתונה יהודית" בפני הרב-נים, ובכל מקום יצטרכו לנהל רשימות של יהודים כשרים ויהודים פסולים, ודבר הזה יביא לידי פילוג העם ח"ו. משום כך, סברה ראש הממשלה, מוטב כבר להנהיג נישואין אזרחיים לכל (ולא יהיה צורך בשום רשימות).

(8) ואם כך, היינו אם האלטרנטיבה לשימוש בתכסיס השליחות, תהיה הנהגת נישואין אזרחיים, אזי הדת והמוסר והיופי מחייבים להשתמש ב"טריק" הנ"ל, כי נישואין אזרחיים יהיו יותר גרועים מן הבחינה הדתית, הם יביאו לידי נישואי תערובת, ונישואי תערובת הם, ללא ספיק ספיקא, דרך שתביא להכחדת האומה.

*

בינתים הגיע לידי מכתב שאינו מצטיין בלמדנות יתירה, אלא מלא חירופים וגידופין, שאיתם אין לי לא שהות ולא חשק להתחרות. לא אתווכח איפוא עם הכותב הנכבד, אלא אעמוד על שני דברים:

(א) כותב האדון הנכבד: "הסתמכותו של פרופ' זילברג על הגר"א הרצוג ז"ל היא פסולה בהחלט. שכן הגר"א הרצוג מסתמך על המהרש"ם (ת"א סימן ט) אשר הסתמך בפסקו להלכה ולא למעשה, על דעת יחיד" וכ'.

אך הכותב הנכבד מעלים ואינו מוכיד כלל, את דברי הגר"א הרצוג שם באותו עמוד (פב), טור שני, בו הוא כותב:

"והנה אם הוא ז"ל כותב 'להלכה ולא למעשה', אולי כוונתו אלא בהסכם עוד גדול אחד או שני גדולים כמובן, ושוב יש לומר שאם כך כוונתו למה לא אמר כך בפה מלא?"

ואת המלים האלה שהם פירושו של הרב הרצוג למלים "להלכה ולא למעשה" אין הכותב הנכבד מזכיר כלל. לא אגלה כאן את הרושם שעוררה בי התנהגות כזאת, על כל פנים לא דגש של כבוד. נדמה לי כי המוסר המינימאלי שחייב בו כל מתווכח הוא, שלא לצטט דברים הנוחים למבקר, ולהעלים דברים של אותו מחבר, התומכים דווקא בדעתו של המבוקר.

(ב) שוב הוא כותב: "הרשב"ם, המובא בחידושי הרשב"א לגיטין שם, סובר שהממזרים אינם נטהרים משום שמעולם לא הפקיעו חכמים בפועל את הקידושין, אלא שהמבטל שלא בפני השליח אנן סהדי שאם לא יחול יפקיעו חכמים את הקידושין ונמצא שבעילותיו בעילות זנות היו".

לגבי זה מפנה אני את הקורא למה שהוכחתי לעיל, כי הרשב"א משתמש בטעם זה רק במקרה דכתובות ולא לגבי שאר הפקעות. ועכשיו מצאתי דאיה מפורשת לדעתי בתשובת הרשב"א סימן תקנ"א (הוצאת בני ברק, עמוד רי), משמה יוצא שאם יש עניין של הפקרת הכסף, מופקעים הקידושין למפרע, והלא לדעת התלמוד, חכמים הם העושים את הפקרת הכסף, ודינה כהפקרה מפורשת, ודוק. על שאר הדברים איני מוצא טעם לענות.

*

ולבסוף כמה מלים "פרו דומו סואה". אני דואה עצמי כשייך לאלה המוקידים ואוהבים את המשפט העברי. כבר לפני עשרים וחמש שנים, סמוך להקמת המדינה, פידסמתי מאמד בהפרקליט, שהועתק גם בעתון "הבוקר", בו דרשתי לקבל במדינתנו את המשפט העברי. כתבתי שם כדברים אלה:

"השאלה הזאת — שאלת חידושו של המשפט העברי — מופיעה לפנינו באורה הנכון, בהסתכלנו בה דרך האספקלריא של הדור, והיא: חזון התקומה הקרובה של המדינה העברית. לפלא ייחשב בעיני, כי שאלה זו עדיין לא זכתה לתשומת לב ראויה בחוגי הישוב, אף על פי שעדכו הלאומי של המשפט העברי ודאי אינו גופל מערכה הלאומי של השפה העברית. כי מוסדות החוק הן אותיות הלשון בה פונה המדינה אל אזרחיה. אמצעי ההבעה היחיד בו היא מביעה את דרישותיה כלפי התנהגותו המוסדית — המינימאלית של האזרח הפשוט. והמדינה העברית, כאשר קום תקום, יהיה לה משהו להגיד לאזרח ועליה יהיה לשאת את דברה בלשונה היא, ברוח המסורת המשפטית העשירה של האומה העברית. לא יתכן כלל, ויהא זה משום אבסורד, כי בבואנו לחדש את חיי האומה על אדמת המולדת נדלג דוקא על אותו סקטור רוחני שעמד במשך אלפיים שנה, במרכז העיון וההתעניינות של האומה". (לעיל חידושו של המשפט העברי, עמוד 203).

ואמנם המשפט העברי הוא יצירת פלא בין כל משפטי תבל.

המשפט העברי הוא המשפט הנבון ביותר, התכם ביותר והמתוחכם ביותר. היהודי התעסק בלי הרף במשפט במשך כל אלפי שנות גלותו והוא הינו המשפט אשר שאב את השראתו ופרש את מצודתו על החוק היהודי. המוסר היהודי, הפולקלור היהודי והפילוסופיה היהודית ואפילו הסוציאליזם החברתי שהשתלט באנגליה בסוף המאה הקודמת, כתוצאה של ביטול תוקפם החוקי של חזונו-כפיית-עבודה, שאב מקורותיו אצלנו לא מתוך המטריאליזם ההיסטורי של מארכס וחבריו, אלא מתוך השקפת חכמי התלמוד, הנעלה לאין

ערוך יותר, של מאמרו של רב האומר: פועל יכול לחזור בו אפילו בחצי היום, שנאמר, "עבדי הם", ולא עבדים לעבדים!

אלא מה רוצה אני, ומה הן דרישותי-שאיפותי מאת הרבנות הראשית? דרישתי היא, כי במקרה והלכה מסוימת מביאה לידי התנגשות קשה עם האינטרסים של חברה מודרנית, וההלכה מרשה את תיקונה של ההלכה הישנה, יעשו את הכל לשם תיקון ההלכה, כדי לגרום לכך שהתורה תהיה "דרכיה דרכי נועם, וכל נתיבותיה שלום". מטעם זה דרשתי את אשר דרשתי, בהסתמכי על דברי הגאון דבי יחיאל יעקב וויינברג, בפסק הדין שנתתי בבית המשפט העליון בענין הסרבן יחיא, ועל יסוד זה הצעתי, הצעה שנראתה לי נכונה מבחינת ההלכה.

"פנים אל פנים", י"ג אדר א' תשל"ג (16.2.73)

הסדר עם ההלכה

השאלה ההיסטורית החשובה העומדת לפנינו בדור זה, היא שאלת ההלכה. השאלה כיצד להגיע לידי הסדר עם ההלכה, כדי לפתור את הבעיות הקשות שנתעוררו בחיי הציבור. לא אחזור כאן על דברים שכבר נאמרו בנדון. בדם, הבדל ההשקפות שבין "שלטון היצר" ו"כיבוש היצר", ללא ספק ישפיע על כל סעיפי החוק הפלילי; עדים לכך: "מחלוקות הפוסקים" שנתעוררו בתחילת המאה הי"ט, על יסוד "תורת הדיאנתולוגיה", (תורת החובות המוסריות), שפותחה באנגליה על ידי היריסטון הגדול, ירמיה בנתהאם.

או — כדי לנקוט דוגמא אחרת, פחות כללית ויותר קונקרטית — נוכל להצביע בפני הגויים על "הצביעות" הנודפת מן הפורמולה המשפטית הלאטינית של *Ex turpi causa non oritur actio*, בעברית: מן עילה בת עוולה, לא תצמח זכות תביעה; ולהציע להם לקבל את הפרינציפ, היותר הגיוני ויותר מוסרי, של המשפט העברי, (ראה "כך דרכו של תלמוד", פרק חוק ומוסר). המשפט העברי, הוא לא רק מוסרי יותר אלא גם "משפטי" יותר. מבחינת דרכי החשיבה שלו. הוא חידד את המוח-היהודי, והמוח היהודי חידד אותו, כי היהודי התעסק במשפט ללא הרף במשך תקופה של לא פחות מאלפיים וחמש מאות שנה, החל מתקופת עזרא, שחלה באמצע המאה החמישית לפני הספירה הנוצרית.

הפלפוליסטיקה התלמודית לא היתה כלי-כך עקומה ומשובשת, כפי שסוברים "המשכילים" שלנו. שמעתי מפי מכר אחד שנפגש עם איינשטיין, שאמר לו, כי בין בחירי תלמידיו מצויים כמה בחורים אשר "למדו את התלמוד".

לא נוכל, איפוא, להתחמק מן ההלכה, ונצטרך לחיות בצוותא עם סבל הירושה. אך כיצד ייעשה הדבר? ומה תהא עמדת הכנסת ל"התערבות" שכזאת? תשובתי לכך היא: נצטרך לבוא לידי הסדר עם ההלכה. הסדר זה אינו מן הקלים, אך אינו גם מן הדברים הקשים ביותר. ההלכה עצמה טיפלה בבעיה של התאמת ההלכה אל מציאות החיים. אצטט לצורך זה, שתי סוגיות תלמודיות: בגלות בבל, לא רחוק מסורא, היתה עיר יהודית, שמה נדש, שהיתה ידועה בתושביה הבלתי מהוגנים. ועליה נאמר: נרשאה נשקיד, מני ככיך (חולין דף ככו דף א), אם נרשאי, איש נרש, נשק לך על פיך, לך מיד וספור

הסדר עם ההלכה

את שיניך, שמא הוא גנב אחת מהן. ועל נרשאי כזה, גונב לא שיניים, אלא נשים שלימות, מספר התלמוד (יבמות דף קי ע"א): ההיא עובדא דהוה בנרש, ואיקדישה כשהיא קטנה וגדלה. ואותבה אבי כורסייא, ואתא אחרינא וחטפה מיניה. רב ברונא ורב חננאל, תלמידי דרב, הוו התם, ולא הצריכוה לקבל גיטא מבתרא... רב אשי אמר: הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן. אמר ליה רבינא לרב אשי: תינה דקדיש בכספא, קדיש בביאה מאי? שויהו רבנן לבעילתו בעילת זנות!

הסדר הסוגיא: לפי דיני ישראל, אין אשה קטנה, היינו: פחותה מבת י"ב שנים ויום אחד, יכולה להתקדש, אלא אם כן קיבל אביה בעדה קידושין. היתה יתומה, והיתה בת שש, יכולים אחיה או אמה, להשיא אותה, אלא שקידושין אלה הם רק מדרבנן. חכמים עשו לה תקנה, כדי שלא ינהגו בה מנהג הפקר (יבמות, דף קיב ע"ב), ולכן כל עוד לא הגדילה היא יכולה למאן, היינו לומר: אי אפשר בפלוני בעלי, והקידושין מתבטלין למפרע. לא מיאנה וישבה עם בעלה והגדילה, אינה יכולה למאן יותר.

כאן, בנרש, נתקדשה האשה, בהיותה קטנה; כשהגדילה, כלומר: מלאו לה י"ב שנים ויום אחד, הושיבה קרוביה באפיריון, ועמדו ללכת עמה לבית בעלה. בא איש אחר, וחטף אותה ממנו, וקידשה לעצמו. קידושין אלה, שנעשו לאחר שהגדילה, היו קידושין גמורים מן התורה, כי קידש אותה בהיותה גדולה, והיא עדיין לא שבה. כך הוא הדין, אבל רב ברונא ורב חננאל, תלמידי רב, היו שם, ראו כנראה את החטיפה, ופסקו כי קידושי הבתרא (האחרון, החוטף) לא תפסו, והיא יכולה לחזור לבעלה הראשון. ולמה פסקו כך? מפני שהוא עשה שלא כהוגן, חטף אשה, שעמדה ללכת אל בעלה, לכן הפקיעו את הקידושין — או על ידי הפקרת כסף הקידושין או על ידי אי הסכמה לתנאי הקידושין, והשאירוה בידי בעלה הראשון. אמר ליה רבינא לרב אשי: הא תינח, מה שאמרת הוא נכון, והיא נשארת אצל בעלה הראשון, אם השני קידש אותה קידושי כסף, כי "הפקר בית דין הפקר", חכמים יכולים להחרים ממונו של אדם, כפי שנאמר: "אמר רב יצחק: מגין שהפקר בית דין הפקר, שנאמר (עזרא, פרק י, פסוק ח) 'וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והוקנים, יחרם כל רכושו, והוא יבדל מקהל הגולה'", (גיטין דף לו ע"ב), ואם רוצים לבטל את הקידושין, הם מפקירים את הכסף שנתן לאשה, ונמצא שהוא קידש בממון שאינו שלו, והקידושין בטלים. אבל מה תאמר, אם קידשה בביאה? אמר לו רב אשי: גם במקרה זה, יכולים חכמים לבטל את הקידושין, ולהפוך את בעילתו לבעילת זנות. כי מכיוון שכל המקדש על

דעת חכמים הוא מקדש, שכן הוא אומר בשעת קידושין: "הרי את מקודשת לי כדת משה וישראל", הרי אם חכמים אינם דוצים בקידושין, וכאן הם כמובן לא רצו, נמצא כי לא נתקיים התנאי, לכן הקידושין בטלים — כי רבנן עשו את בעילתו בעילת זנות.

ומכאן לסוגיא השניה, (של בבא בתרא, דף מח ע"א). התלמוד אומר שם: "אמר רבא: הלכתא תליוהו וזבין, זביניה זבינא. ולא אמרן אלא בשדה סתם, אבל בשדה זו — לא! והלכתא בכולהו. (אפילו בשדה זו) זביניה זבינא. דהא אשה כשדה זו דמיא, ואמר אמימר: תליוהו וקדיש קידושיו קידושין. מר בר רב אשי אמר: באשה ודאי קידושין לא הוו. הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו בו שלא כהוגן. אמר ליה רבינא לרב אשי: תינח דקדיש בכספא, קדיש בביאה מאי איכא למימר? אמר ליה שויוהו רבנן לבעילתו בעילת זנות. תרגום: אמר רבא: ההלכה היא כי אם תלו אותו (את המוכר) ומכר, מכירתו מכירה. ולא אמרנו זאת אלא בשדה סתם, אבל בשדה זה — לא! וההלכה היא, בכולם (אפילו בשדה זה) מכירתו — מכירה. שהלוא אשה דומה ל"שדה זה", ואמר אמימר: תלו אותה, את האשה כדי שתסכים להתקדש לו והוא קידשה, קידושיו קידושין. מר בר רב אשי אמר: באשה ודאי הוא כי קידושיו לא יתפסו. הוא עשה שלא כהוגן (בהכרחו אותה לקבל את קידושיו) לפיכך עשו בו שלא כהוגן (לא הכיד בקידושיו). אמר לו רבינא לרב אשי: נכון הוא הדבר שאמרת כשהמדובר בקידושין בכסף, ומה תאמר אם קידשה בביאה? אמר לו עשו רבנן את בעילתו בעילת זנות.

ידועה המחלוקת הגדולה בין חכמי המשפט, חסידי "תורת הרצון הפנימי של האדם", המעדיפה אותו על פני ההצהרה שלו, לבין חסידי "תורת ההצהרה" המעדיפה את הרצון המוצהר, המובע של האדם. הראשונה נוסדה על ידי סבייני, השנייה על ידי קוהלר. החוקים הרומניים הקדומים הלכו אחרי תורת הרצון הפנימי, החוקים הגרמניים העתיקים אחרי תורת ההצהרה. הב.ג.ב. הגרמני המודדני משנת 1900 "מיוג" את שתי התורות, ועשה אותן "עיסקת-חבילה" אחת, (ראה סעיף 116 של הב.ג.ב. ושלאחריה), והתוצאה המעשית של ה"עיסקה" היא, כי ההבדל שביניהן הוא סמאנטי בלבד: מה שהתורה האחת מכנה כתוצאה מסויימת של הכלל, מכנה השנייה כתוצאה יוצאת מן הכלל*. כנראה בעליל, מאמץ לו המשפט העברי את תורת ההצהרה. הטעם לכך הוא, כי כמעט בלתי אפשרי לדעת, מה הוא רצונו האמיתי של

* ראה שניצר, "תורת משפט השוואתית" (גרמנית) עמוד 617 ואילך.

האדם. "כל דמוכן אינש, אי לאו דאניס לא הוה מזובין" (כל מה שמוכר אדם, אילמלא אנוס היה לא היה מוכר). ה"משהו" המכריח אותו למכור הוא או "אונסא דנפשיה" או "אונסא דאחריני". הדבר הברור היחיד הוא, איפוא, הרצון המוצהר. ואם כך הדבר, הרי אפילו תליוהו וזבין זביניה זבינא, וממילא גם תליוהו ונתקדשה, הקידושין תופסין, כי מבחינה משפטית טהורה, הקידושין אינם אלא חוזה סינלגמטי, המטיל חובות של שני הצדדים, כמו חוזה מכר וחלים עליו כל דיני החוזים.

וכאן רוצה אני להפנות את תשומת הלב לדבר אחד, תמוה מאוד — אשר עד כמה שידוע לי — עדיין לא עמד עליו אף אחד ממפרשי התלמוד. ראינו כי חז"ל עקרו כאן דבר מן התורה, ודבר חמור מאוד, מן החמורים ביותר בין כל האיסורים שבתורה. ביבמות הם החזירו לבעלה הראשון אשה שהיתה נשואה כדן לחוטפה. בבבא בתרא התירו לשוק אשה שהיתה נשואה נישואין כשרים, למרות הכפייה. ולמה עשו כן? מפני שבשני המקרים נהגו המקדשים שלא כדן, "הוא עשה שלא כהוגן" לפיכך "עשו בו שלא כהוגן", היינו שלא כדן, בניגוד למפורש בדיני התורה. הרשב"ם בבא בתרא דף מח ע"ב דיבוד המתחיל מר בר רב אשי אומר: במכר מודינא (מודה אני) דהווי זביני, אבל גבי אשה, תקון רבנן דלא ליהווי קידושין, דאף על גב דמן התורה הווי קידושין, רבנן עקרינהו והפקירו אותן מעות ועשו אותן מעות מתנה.

ועל כך תמה אני ושואל: אם רבנן הפקיעו את הקידושין בגלל זה שהמעות הופקרו, או בגלל זה שלא נתקיים תנאי ("כדת משה וישראל") שהיתה בשעת הקידושין, הרי הקידושין נפקעים כאן על פי דין, ואיך אפשר לומר: "נעשה עמו שלא כדן?" הלא זה הוא הדין!

מכאן אנו רואים, כי הדין המופעל ג'אן הוא — אם מותר לנו לומר כך — לא "דין כשר", אלא דין "בלתי כשר", והפעלתו היא באמת עקירת דבד מן התורה. זה הוא הרעיון החדש שנתחדש בשתי הסוגיות של יבמות ובבא בתרא, וראיה לכך מוצאים אנו בתוספות יבמות, דף ע"א, דיבורי המתחיל "מתוך". המשנה שם (דף פז ע"ב) אומרת: האשה שהלך בעלה למדינת הים, ובאו ואמרו לה מת בעלך וניסת, ואחר כך בא בעלה, תצא מזה ומזה, וצריכה גט מזה ומזה (אף על פי שקידושי השני לא תפסו), ואין לה (לא על זה ולא על זה) לא כתובה ולא מזונות, ולא בלאות וכו'. והגמרא שם דף פח ע"ב) אומרת: "אמר רב זירא: מתוך חומר שהחמרת עליה בסופה (שאינן לה מזונות לא על זה ולא על זה, וכל החומרות האחרות), הקלת עליה בתחילתה (שמאמינים לה, ללא עדי חקירה ודרישה, להינשא לאחר). לא ליחמר ולא

ליקול? (בל נחמיר בסופה ובל נקל בתחילתה?). משום עיגונא אקילו בה רבנן! (כדי שלא תתעגן, בהיותה מחפשת עדים כשרים, התיירו לה חכמים להינשא על-פי עדות שאינה כשרה על פי דין). ועל כך אומרים שם התוספות: נראה לר"י (ר"י הזקן, אחד מבעלי התוספות הגדולים, תלמידו של רבנו תם) דלית לן למימד, אגן סהרי דאשה דייקא ומינסבה (אשה מדייקת לפני שהיא נישאת), ונאמן עד אחד מן התורה, אלא מתקנת חכמים הוא דנאמן, ואין זה עקירת דבר מן התורה, כיון שדומה הדבר הגון להאמין, כמו שאפדש, שבדבר שיש קצת טעם וסמך, לא חשיב עוקר דבר מן התורה.

זהו המקום היחיד בספרות התלמודית, בו אנו מוצאים הנמקתו של דין על ידי קצת טעם וסמך. ומכאן אנו רואים כמה רצו חכמים לאפשר לעצמם "לעקור" דבר מן התורה, כאשר יש צורך בכך. העניין של התרת אשת-איש להינשא על פי עדות עצמה (היינו שלא על פי עדות כשרה של שני עדים כשרים שנחקרו), היתה תוצאה של המצב שנוצר על ידי השתלטות הגייסות הרומאים, שהחלה עם כניסת הצבא הרומי לארץ ישראל, בימי האחים הורקנוס ואריסטובלוס (יגת 63 לפני הספירה), עברה את המרד הגדול (חורבן הבית) ואת הפולמוסים של טראינוס ואדריאנוס, ונגמרה לאחד דיכוי מרד בר כוכבא (135 לאחר הספירה), כפי שיש לראות מתוך אי אלה מקורות, ביניהם משנה יבמות, דף קכב ע"א.

דבר דומה לזה אנו מוצאים גם אצל תקנת פרוזבול הידועה של הלל הזקן. ברור ואין שמץ של ספק בכך, כי זוהי תקנת חכמים, שאין לה דמו בתורה, כפי שהגמרא אומרת: זה אחד מן הדברים שהתקין הלל הזקן, שראה את העם שנמנעו מלהלוות, (גיטין, דף לג ע"א).

ואולם, מכיון שחז"ל לא רצו כי תהיה זו תקנה ערטילאית, חסרת בסיס בתורה הכתובה, אומרת הגמרא בשם שמואל: "אי איישד חילי, אימא בה מילתא דאף על גב דלא כתוב ככתוב דמי, אושיב בית דין, ואתקין דסתם מלווין מוסרין שטרותיהם לבית דין, והדין הוא כי מוסר שטרותיו לבית דין, (ומתחיל כאילו לגבות את החוב), אין השביעית משמטת" (גמרא ורש"י שם, לג ע"ב).

שוב ראייה לכך, כיצד יכולים, וחיבים, למצוא קצת טעם וסמך להשריש את ה"עקירה" בגוף התורה. "קצת טעם וסמך" אינם טעם וסמך ממש, ואף על פי כן הוא מספיק כדי להצדיק את עקידת דבר מן התורה, או את האמירה כי "עקידה" זו לאו עקידה היא, כאשר יש צורך בכך.

וכדי לקבל מושג מן "קשיי הלכה", אשר בגללם עוקרים (במרכאות או שלא במרכאות) דבר מן התורה, כדאי לצטט כאן במלואם את דברי המהדש"א, בסוף מסכת יבמות, דברים שהופניתי עליהם על ידי פרופסור סימון גדינברג, במאמרו "וכתב לה ספר כריתות"*. מסכת יבמות נגמרת בדף קכב ע"ב במילים אלה: "אמר רבי אלעזר אמר רבי חנינה, תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם, שנאמר וכל בניך למודי ד' ורב שלום בניך". והמהרש"א תמה ומקשה, על שום מה נגמרת המסכת במלים אלה? הלא אין כל קשר ביניהן לבין המלים שנאמרו קודם לכן, דבר בלתי רגיל בתלמוד, והוא אומד: "נראה לי הטעם דהכא במימדא, לפי שיש במסכת זו דברים תמוהים לכאורה כאילו עוקרין דבר מן התורה... ובפרק 'האשה שהלך' פריך וכי מתנין בית דין לעקוד דבר מן התורה? גם בשמעתין, האיך תקילו באשת-איש, דהא מן התורה בעי דרישה וחקירה של העד, וכן בפרק קמא אמרינן: הנך צרות דבית שמאי, לבית הלל היכי עבדי? ליחלצון? נימאסן על גובריהון! וכי תימא לימאסון? 'דרכיה דרכי נועם' וגו'! והוא תמוה לכאורה, וכי משום דלא נימאסן, נימא דפטורה מן החליצה? ! ולזה סיים מסכת זו בדרש זה, תלמידי חכמים מרבים שלום וכו' רצה לומר בזה, דאין זו עקירת דבר מן התורה, אלא דברים אלה נוגעים במידת שלום בעולם, כמו שכתב בפרק 'נערה': "וראה בנים לבניך שלום על ישראל" כלומר דלא אתיה (שלא תבוא) לידי יבום וחליצה, דזה (יבום וחליצה) מביא קטטה, דשמא הוא לא יתלוץ, והיא לא תחפוץ בו (להתיבם) ותבוא לידי עיגון—ואין זה שלום, כמו שנאמר השרוי בלא אשה, שרוי בלא שלום, וכן להיפך. ואמר שלום רב לאוהבי תורתך, ואין למו מכשול, דאין זה עקירה, אלא שלום. ועוד אמר "למען בית ד' אלוהינו אדברה שלום בך", כי אם יתרבו העגונות שלא יהיה עד אחד או האשה עצמה נאמנים, יאריך בניין בית אלוהינו (יידחה בניין בית אלוהינו) כמו שנאמר אין בן דוד בא עד שיכלו נשמות שבגוף".

עינינו הרואות, מה הם הדברים הממדיצים את החכמים לעקוד דבר מן התורה: כדי שהאשה לא תתעגן, או כדי שהאשה לא תימאס על בעלה, בשל האקט הבלתי סימפאטי של החליצה.

טעות גדולה היא לטעון—ממש בורות גמורה, מהולה בכוננת וזון ורשע—כי ההלכה היהודית היא "נוקשה", בלתי משתנית ובלתי רגישה. היפוכו

* עתה בספר: *The Ethics in the Jewish Heritage and American*, 1977

של דבר הוא הנכון! ההלכה היא גמישה מאוד, מוכנה, בשעת הצורך, לעשות את התיקונים הגדולים ביותר מחמת שינוי המציאות או מסיבות צודקות אחרות.

הגיעו בעצמכם:

אם הלל הוקן, בראותו כי העם נמנעו מלהלוות זה את זה, ולא היה "אשראי" לקיום המסחר המתקדם, העז לבטל את שמיטת הכספים בשנה השביעית.

אם רבי עקיבא, בתחילת המאה השנייה, נתבקש על ידי נחמיה איש בית דלי, להודיע לבני ארץ ישראל, כי הוא (נחמיה) מקובל מרבן גמליאל הזקן, שמשאיין את האשה בארץ ישראל על פי עד אחד, ורבי עקיבא הרצה את הדברים לפני רבן גמליאל השני, והוא שמח לדבריו (משנה יבמות, דף קכב ע"א), הווה אומר: חכמים אלה (רבן גמליאל הזקן, נחמיה איש בית דלי, רבי עקיבא ורבן גמליאל השני) ביטלו את גזירת הכתוב של "על פי שנים עדים יקום דבר" והתירו לשוק אשה אשר על פי דין נחשבת ל"אשת איש", והבועלה חייב מיתה.

אם השאת האשה על פי עד אחד הפכה קימעא-קימעא להיתר של השאת האשה על פי כל עדות פסולה, והיתר זה עדיין בתוקפו עומד עד היום הזה (הטעם ההלכי לכך הוא, כפי ששמעתי מפרופסור שאול ליברמן, על יסוד הכלל כי כל היתר בית דין, אם לא הוגבל בזמן, בעינו עומד, כל עוד לא עמד בית דין אחר לבטלו). (עין ירושלמי שביעית פ"ד, ה"א, בעניין "משלחת זאבים").

אם תלמידי רב, במאה השלישית, ורב אשי במאה החמישית, התירו בני-גוד לדין, את ה"חטופה" ביבמות ואת ה"כפויה" בבבא-בתרא, מפני שקידושיהן לקו, לא בפגם הלכתי, אלא בגלל פגם מוסרי.

ואם — לבסוף — לפי דברי המהרש"א בסוף יבמות, תפקידם הנשגב של תלמידי חכמים הוא, להרבות שלום בעולם, ולמען שלום זה, הכולל ראשית כל את שלום-המשפחה, דשאים הם להתיד כמה איסורי נישואין חמורים; הרי — נוכח כל אלה — יתא זה פשוט "בלבול" ו"עלילה גסה" לומד, כי ההלכה היא נוקשה, מאובנת, ובלתי רגישה לרכייה-החיים.

*

וכאן יש לי לומר משהו באוני הדבנים. אומר את הדברים בצעד רב, בדעי את כל הקשיים העומדים לפניכם.

אין חלקי עם אלה, המבקשים לבטל את ההלכה בישראל. כל שלטון אנטי דתי, אפילו אם יהיה "טולדאנטי" כלפי הרתיים, יהיה "שלטון זר", חסר קשר רוחני, אינטימי, עם מהות היהדות, וממילא גם לא יהיה לו יחס חם, מוכן לקרבנות, אל מדינת היהודים. משתייך אני אל אלה, הרוצים להביא הנה את התרבות שלנו, והתרבות שלנו היא תרבות דתית. כי המורשת שלנו היא: התלמוד והמדרשים, ה"יר החזקה", ספר "הכזור", "מורה נבוכים" ו"מסילת ישרים". בלעדיהם נהיה עניים מרודים! סבור אני כי בלעדי ההלכה היהודית והמוסר היהודי, לא נאריך ימים הרבה בארץ זו. כי רק הכפיפות להלכה, למוסר ולמשפט העברי יצילו אותנו מן "המתירנות" הפרועה המשתוללת ברחבי העולם.

והשאלה שאני שואל את הרבנים, אשד רבים אולי חשבו על כך, אך לא העזו לשאול: במקרה שיתברר לעיני כל, והרבנים אף יודו בכך, כי איסור מסויים של התורה פוגע קשות באינטרסים של המדינה, ויש צורך לתקנו, לצמצמו או לבטלו, היראו עצמם מוסמכים, ורשאים, לעשות את הדבר, או לא?

התשובה לשאלה זו צריכה להיות חיובית. מדינת ישראל, בימינו, היא זו שהיתה ארץ ישראל לפני החורבן. והרבנות-הראשית, בימינו, היא ה"גורו-סיה" או ה"סנהדרין" של תקופת בית-שני. "יפתח בדורו כשמואל בדורו" אומר התלמוד (ראש השנה, דף כה ע"ב; עין שם גמרא ותוספות). הווה אומר: עליך להישמע לשופט האחרון החי בימיך, ועל אחת כמה וכמה לכם, הרבנים, שאינכם "יפתחים", ואלה שהתלקטו אליכם לא היו "אנשים ריקים".

הרבנות-הראשית לישראל עומרת, בענייני הלכה, בראש האומה, ותהא אשר תהא גאוניותם התלמודית של אלה היושבים לבטח מחוץ לגבולות המדינה, ומעזיזים לשלוח "עצות והתראות" לתושבי המדינה. לפני הרבנים שבארץ-ישראל שתי אפשרויות: לעצב את רמותה של המדינה כמדינה דתית, נאודה, אינטליגנטית, שומרת על קרשי האומה העתיקים, אך בדרך חכמינו הראשונים, "מרבה שלום בעולם", ואינה מעלימה עין מצוד-כיהם הצודקים של אזרחי ההווה. או לתת למדינה להידרדר לדרגת מדינה ליבאנטינית קטנה, חילונית, נחשלת, ללא עבר וללא מסורת, משוללת כל זיקה ויחס אל ענייניה הרוחניים הגדולים של האומה. אם תקבלו את האלטרנאטיבה הראשונה, לא יהיו הרבה חולקים עליכם בקרב היהדות הארצישראלית, וקרוב לוודאי אף לא בקרב היהדות העולמית. כנגד זה אם —

בניגוד למה שאני מאמין — תלכו על פי האלטרנטיבה האחרונה, הרי עלולים אתם, חס ושלום, להתנסות באובדן גמור של השפעתכם על חי המדינה. זו היא הברירה היחידה, ואני רוצה לקוות, כי הרבנים ימצאו את הדרך הנכונה. דרך שלישית — להשליט את ההלכה במדינה, ללא כל התחשבות בצורכי המדינה, — בימינו לא תתכן! ואינני חושב כי העתיד יהיה יותר טוב במובן זה.

תשובה על השגות

הרב חיים פרדס תקף את מאמרי זה. מפני הכבוד לא אענה על האשמותיו ועקיצותיו של הרב הנכבד כלפי. ואילו להתווכח, באופן שקט, עם הרב הנכבד, כאורח גוברין יהודאין, גם כן לא אוכל, יען כי טעויותיו, ההלכיות והמשפטיות, של הרב הנכבד, הן לדעתי, מרובות, והתשובה להן תצריך יותר ממאמר אחד, ואין לי לא השהות ולא הכוח לכך.

אקח לי, איפוא, את הנקודות היותר חשובות של המכתב, אצטט אותן בדיוק נמרץ ואענה עליהן בקיצור. הנקודות שאני רוצה לדרון בהן הן: (א) "חוקיותה" של ההפקעה; (ב) ציטוט התוספות רי"ד; (ג) הפגיעה באינן-טרסטים של המדינה; (ד) תשובת המהרי"ק ורבדי המהרש"א.

לגבי חוקיותה של ההפקעה כותב הרב הנכבד: "ולא חשב הרשב"ם מעולם לאמר כי עצם ההפקעה היא נגד הדין, שהרי הרשב"ם עצמו מנמק את ההפקעה בדברים פשוטים בכתבו: דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש, כרת משה וישראל... אם כן, איך אפשר לתלות ברשב"ם את הרעיון הזה, שהפקעת הקידושין נגד הדין וההלכה?".

תשובתי היא: השקפה זו היא בלתי נכונה, כי היא מסתבכת בסתירה פנימית, והיא בלתי הגיונית. אם ההפקעה היא "כדין", אזי גם האפקט שלה הוא כדין. זאת אומרת, האשה "הכפויה" יכולה להינשא למי שתדעה. ואם כך הדבר — מדוע אומר הרשב"ם כי "נעשה עמו שלא כדין"? על כורחך אתה אומר, כי המדובר כאן בשני סוגי "דין", מבחינת דין התורה, אנו עושים עמו "שלא כדין", ומבחינת דין חכמים, אנו עושים עמו "כדין". באמרי במאמרי "דין כשר" התכוונתי לדין המשפטי הטהור, שאינו מפלה בין אשה שנתקדשה לרצונה לבין אשה שנכפתה לכך, יען כי חווה הקידושין הוא חווה די-צדדי, סינגלמאטי, כמו חווה מוכר, ו"תליהו וזבין — זביניה זבינא". וב-

אמרי שם "דין בלתי כשר", התכוונתי לדין, הפחות משפטי ויותר מוסרי, של חכמים, המשתמשים בכוחם "לעקור דבר מן התורה" ולהעמיד במקומו דין אחר. לאמור: כי עצם ההפקעה היא כדין, והדין הנפסק הוא "שלא כדין" (כדברי הרב הנכבד), הוא "תדתי דסתרי", שאינם יכולים לדור יחד בכפיפה אחת.

הרב הנכבד מצטט שם את התוספות רי"ד "המפרש שם את הביטוי כדלהלן: 'האי לפיכך עשו עמו שלא כהוגן, לאו דווקא, אלא הכי קאמר ליה (כלומר, כך הוא הפירוש): ומה שנראה שעשו לו שלא כהוגן, הפירוש הזה והמקור הזה עומדים בסתירה גמורה למסקנת פרופסור זילברג, שלא מצא לבכון לצטטו'.

תשובתי: הרב הנכבד מעלים, מדעת או שלא מדעת, פרט אחד, והיינו: כי הסוגיא דשם (כתובות, דף פו ע"א) מטפלת לא ב"שלא כהוגן" של קידושי אשה כפויה, אלא בעניין אחר לגמרי: באדם שיש לו בעל חוב, ויש לו מעות, והוא "תולה מעותיו בעובד כוכבים", ואומר שהמעות אשד בידו שייכים לאיזה "גוי" כדי להבריח אותם מן בעל החוב. אזי מכריחין אותו למכור את הקרקע שיש לו ולשלם לבעל חוב את חובו.

וכך כתוב בתוספות רי"ד שם, כתובות דף פו עמוד ב: "ולא גרסינן 'הוא עשה שלא כהוגן, לפיכך עשו לו שלא כהוגן, דכהוגן וכדין עשו שהרי היו לו זוזי והיה מבריחן מבעל חובו, ואי גרסינן ליה (אם גרסינן כאן הוא עשה שלא כהוגן לפיכך עשו לו שלא כהוגן) יש לומר: שאותו העובד כוכבים כפר ולקח מעותיו על פי שהורה ואמר כי הם של עכו"ם ונשאר עכשיו בלא זוזי ואף על פי כן כפו אותו למכור, שמפני שמתחילה עשה שלא כהוגן, ותלה אותן ביד עכו"ם להבריחם מבעל חוב, ועכשיו שנשאר בלא זוזי עשו לו חכמים נמי שלא כהוגן, וכפיהו למכור קרקעו ולפרוע למלוה, אינן (אי נמי, או פירוש אחר) האי עשו לו שלא כהוגן לאו דווקא, אלא הכי קאמר ליה (כך אומרים לבעל הקרקע) מה שנראה לך שעשו לו שלא כהוגן מפני שהיו לו מעות, ולעולם כדין וכהוגן עשו לו". עיינו הרואות כי שם המדובר ב"שלא כהוגן" אחד — באיש שתלה את מעותיו בעובד כוכבים, אמר שהמעות הם של איזה "גוי" (אלים), כדי להטעות ולהבריח את הבעל-חוב שלו (המלוה שלו), ואין לזה שום קשר עם ה"שלא כהוגן" שלנו; חוץ מזה: הפירוש הזה של התוספות רי"ד, הוא לא הפירוש היחיד של התוספות רי"ד, אלא פירוש של "אי נמי", כלומר: פירוש אחר, אלטרנטיבי.

ברור, איפוא, כי לא היה לי כל יסוד לצטט את הפירוש של תוספות רי"ד, ולא נכון הוא לומר — כפי שאמר הרב הנכבד — שלא מצאתי לנכון לצטטו. מתפלא אני על עצם הציטוט, ועל ההערה של הרב הנכבד.

כותב הרב הנכבד: "על סמך מקור זה (תוספות יבמות) מבקש פרופסור זילברג, לאפשר לרבנות הראשית של ימינו לבטל איסור מפורש בתורה לצורך אינטרס של המדינה. שומו שמים! ... או איסורים אחרים, שנדמה לפרופסור זילברג שהם פוגעים באינטרסים של המדינה..." (הדגשה במקור). על כך רוצה אני להעיר שתי הערות: (א) איני יודע אם יש טעם רב להשתמש כאן בביטוי "שומו שמים!". (ב) במאמרי כתבתי "במקרה שיתברר לעיני כל והרבנים אף יודו בכך, כי איסור מסויים של התורה פוגע קשות באינטרסים של המדינה, ויש צורך לתקנו". לא מדובר כאן, איפוא, על פגיעה שנדמית לי, אלא על פגיעה, שהרבנים יודו שהיא פוגעת באינטרסים של המדינה, ואם תהיה פגיעה כזאת, והרבנים לא יעשו כלום אזי, באמת, שומו שמים!

הרב הנכבד מסתמך על תשובת המהרי"ק, שורש לב, האומר: "דפשיטא דבעניותנו אין לנו להקל משום עגונה אלא במקום שהקלו חכמי מים כגון עדות אשה, שהם היה להם הכוח בידם להקל". תשובתי לכך: דעה זו אינה דעה המקובלת על רוב הפוסקים. מי שקרוב קצת אצל שו"ת האחרונים, כמו "גודע ביהודה", ר' עקיבא איגר, ה"חחם סופר", ה"כתב סופר" ודומיהם, יודע מה רבות הן הקולות שהקלו בענייני עגונה. די להזכיר כאן את רבי יצחק אלחנן מקובנה, שהתיר אלפי עגונות בישראל. או את הרב גורן שלנו, שהתיר כמעט את כל אלמנות חללי מלחמת העצמאות; להקל בעניינה של עגונה יכול רק תלמיד חכם שאינו חושש מפני קולא. שכן אם יכולה אשה להינשא גם על פי היתר של מתמיר גדול, היא — איננה "עגונה".

ידועים דברי רש"י במסכת ביצה, דף ב ע"ב, דיבורי-המתחיל "היתרא", על "המחמירים המקצועיים": "טוב הוא להשמיענו את דברי המתיר, שהוא סומך על שמועתו, ואינו ירא להתיר, אבל כוח האוסרין אינו ראיה. שהכל יכולין להתמיר ואפילו בדבר המותר". פירושים למותר! ועד כמה שהמהרי"ק גופו, בסוף ימיו, חזר בו מן ההשקפה המחמירה הנ"ל, ונטל לעצמו את הכוח להקל בענייני עגונות, יוצא מתוך דברי הרב

כהנא, ספר העגונות, עמוד 18, בו הוא כותב: "ר' דוד אבן זמרא (הרדב"ז) מסתמך על תשובת המהרי"ק, שורש קכא, המצדד הרבה לטובת העגונות, ומעיר: הרי אתה רואה בעיניך דכל הכם וכל מורה צריך לבקש צדדים להיתר, וכל המבקש אומדנא ודקדוקים להחמיר ולאסור, לעגן את האשה, אין רוח חכמים נוחה הימנו".

הרב הנכבד כותב: "לאור האמור לעיל, שוב אין כל משמעות רלבנטית לציטוט של הפרופסור מדברי המהרש"א בסוף מסכת יבמות".

קשה לי להבין את דברי הרב הנכבד. דברי המהרש"א הם נפלאים. קשה למצוא דוגמתם ליופי בכל הספרות התלמודית. נכון כי המהרש"א רק "מדבר על הצורך להתאמץ ולהקל, כדי להתיר בת ישראל מעגינות". אבל כיצד הוא מיקל, ואיזה איסורים הוא מבטל לשם כך! בציטוטי אני מראה כי לדברי המהרש"א פוטרים אשה מן החליצה, כדי שהיא לא תימאס על בעלה, או מתירים אשת איש לשוק, אף על פי דמן התורה "בעי דרישה וחקי-רה" של העדים המעידין על מות בעלה. וכך הוא מפרש את הפסוק "למען בית ה' אלהינו אדברה נא שלום בך": "כי אם יתרבו העגונות, שלא יהיה עד אחד או האשה עצמה נאמנים, יאריך בנין בית אלהינו כמ"ש אין בן דוד בא עד שיכלו נשמות שבגוף". מפני שלדעת המהרש"א תפקידם הנשגב של חכמי ישראל הוא: להרבות שלום בעולם. ואם היא תתעגן, והוא לא יוכל להתחתן — לא יהיה שלום בעולם. יחס ליברציה כזאת להתרת העגונה, לא מצאנו אצל שום ראשון או אחרון. ובבקשי ללכת בדרכי מהרש"א, אינני דורש דרישה "ריפורמית".

ולבסוף, הערה אחת כללית. הגענו עד משבר בענייני ההלכה. המצב אינו יכול להימשך כמות שהוא. לי נראה כי בלעדי ההלכה והמוסר היהודי, לא נאריך ימים הרבה בארץ הזאת. כי ניגרר אחרי המתירנות והפרברסיה המציפה את כל העולם המודרני, ולא תפסח גם עלינו. גם אם נגית, כי בארצות הגולה נמצאים רבנים העולים בלמדנותם על רבני ישראל — ידועים לי אישית כמה גדולי תורה בארצות הברית, אשר ידיעותיהם ההלכיות והשכלתם המשפטית, אינם נופלים מאלה של חברי הרבנות הראשית בישראל — לא ישלול דבר זה מהם את התואר של "גדולי האומה". כי תפקידם של רבני ישראל גדול לאין ערוך מתפקידם של דבני חוץ לארץ, ולכן גם סמכותם גדולה יותר. הרבנים הם, לצערנו הרב ענותנים, והלואי שענוותנות זו לא

תהיה כענוותנותו של רבי זכריה בן אבקולס "שהחריבה את ביתנו ושרפה את מקדשנו, והגליתנו מארצנו" (גיטין נו ע"א).

לא טעיתי, אפוא — כפי שאומר הרב הנכבד — בהיותי סבור, שהרבנות הראשית יש לה "לא פחות מהכוח והסמכות של רבי עקיבא ורבן גמליאל", ואמנם יש להם כוח כזה, והלואי שישתמשו בו לטובת האומה.

בל נשכה את דברי התלמוד (ראש השנה, דף כה ע"ב): "משה ואהרון בכהניו ושמואל בקוראי שמו. שקל הכתוב שלשה קלי עולם בשלשה חמורי עולם, לומר לך: ירובעל בדורו כשמואל בדורו, בדן בדורו כאהרון בדורו, יפתח בדורו כשמואל בדורו ללמדך שאפילו קל שבקלים ונתמנה פרנס על הציבור, הרי הוא כאביר שבאבירים. ואומר: ובאת אל הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם, וכי תעלה על דעתך שאדם הולך אצל הדיין שלא היה בימיו? הא, אין לך לילך אלא אצל שופט שבימיו" (כלומר: בימיו).

ובספרי דברים, פיסקא קנד נאמר: "לא תסור מן התורה אשר יאמרו לך תעשה — מצות עשה. לא תסור מן התורה אשר יגידו לך — מצות לא תעשה. ימין ושמאל, אפילו מראין בעיניך על ימין שהוא שמאל, ועל שמאל שהוא ימין — שמע להם!"

וקל וחומר בן בנו של קל וחומר, כאשר הם אומרים לך, כי "יש להם כוח לעקור דבר מן התורה", — דבר שאינו כל כך קיצוני כמו: אמירה על ימין שהוא שמאל, ועל שמאל שהוא ימין.

"פנים אל פנים" י"ד תשרי תשל"ב, י"ז מרחשון תשל"ב (5.11.71, 30.10.71)

שני סימנים של יהדות

רצוני להזכיר במאמרי זה, כי המלה "שנתגייר" בסעיף 4 של חוק השבות, פירושה הנכון הוא נתגייר כהלכה, למרות מה שמלה זו בפירוש לא הוכנסה לחוק. למד אני את הדבר מתוך שני פסקי דין שניתנו על-ידי בית המשפט העליון הדנים במלאכת התרגום.

בדיני ישראל ישנו, כידוע, נשים שהן "עריות", כגון: אם, בת, אחות וכדומה. אך ישנן נשים, עשרים במניין, שהן לא עריות אלא "שניות לעריות", האסורות לא מן התורה אלא מדרבנן, מדברי סופרים, והן מפורטות ביבמות, דף כא עמוד א. וברמב"ם הלכות אישות, פרק א הלכה ו, ע"ש.

הבדל הגיל בין הבעל והאשה אצל ה"שניות" גדול מאוד, עד שקשה לתאר חיתון ביניהם (כגון אשת אבי אביו, שהרמב"ם שם אומר עליה: וזו אין לה הפסק. אפילו אשת יעקב אבינו אסורה על אחד ממנו...). אך ישנן כמה "שניות" שהן בהחלט ראויות לנישואין, אבל אסורות מדרבנן. למשל, דודתו מן האם, היינו: אשת אחי האם, שמת והיא, הורדה מבקשת להינשא לבן אחות!

בסעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג — 1953, נאמר: נישואין וגירושין של יהודים בישראל, ייערכו על פי דין תורה. עכשיו נתאר לעצמנו מקרה כזה. מתאהב אדם בדודתו, אלמנת אחי אמו, והם רוצים להתחתן. הם הולכים אל משרד הרבנות, מבקשים לקבוע להם תאריך לעריכת הקידושין והרבנים מסרבים להשיאם, מן הטעם שהיא "שנייה" ואסורה לחיתון.

נשאלת השאלה: היוכל החתן לפנות לבג"ץ ולבקש להורות לרבנים להתיר נישואיהם, מן הטעם שמותר להם לטרב רק במקרה שהאשה אסורה מן התורה, וזו שהוא מבקש לשאת אסורה לו רק מדרבנן? לדעתי ברור בהחלט, כי אפילו יראה עצמו מוסמך להורות הלכה לרבנים — מחלוקת בשאלה זו נתעוררה במשפט גיטייה* הידוע — הוא ידחה את הבקשה בהסתמכו על ההלכה שנקבעה על-ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 80/63 יז פסקי דין 2061, וזה לשונה:

* בג"ץ 359/66 — גיטייה נ' הרבנות הראשית — פ"ד כב (1) 290. דעת השופט ויתקון. — המלבה"ד.

"סעיף 2 אומר: נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייערכו על-פי דין תורה. עדיין לא נדונה בפסיקה משמעותו האמיתית של סעיף זה ומה הוא החידוש שחידש בו המחוקק לעומת המצב שהיה קיים קודם לכן. ברור קודם כל, כי המונח 'דין תורה' אין פירושו תורה שבכתב בלבד. הוא כולל ללא שמץ של ספק גם את ה'דרבנן' וכוונתו לכל אותן מכלול הלכות אישות המצויות בדיני ישראל, אף אם יסודו של הדין הוא בתקנה שתיקנו חכמי ישראל בדורות המאוחרים".

(זילברג, בג"ץ 80/63, יז פס"ד 2061; ולדעה זו הצטרף נשיא בית המשפט העליון, ד"ר שמעון אגרנט, בבג"ץ שגב, כ"א (2) פסקי דין, עמוד 526).
על סמך זה ידחה בית המשפט את טענתו של האיש הבא לישא את דודתו, אלמנת אחי אמו, בפני בית הדין הרבני.
ראיה שניה אני מוצא בפסק הדין לובין, בג"ץ 163/57, יב (2) פסקי דין, ע. 1041.

המדובר שם בחוק הרשויות המקומיות (הסמכה מיוחדת) תשי"ז 1956, המס' מיך את הדרשות המקומיות להתקין חוק-עזר המגביל או אוסר מכירת בשר חזיר; על סמך זה הוציאה עיריית תל אביב חוק-עזר לתל-אביב-יפו (חזירים ובשר חזיר), תשי"ז 1957, ומפקח העירייה עיקל והחרים חבילות בשר חזיר שנמצאו באיטליו של המבקש. המבקש פנה לבית המשפט העליון בבקשת צו על תנאי המכוון למשיבה, עיריית תל-אביב, ודרש ממנה לבוא וליתן טעם מדוע לא תימנע מלהפריע למבקש למכור באיטליו חלקי חזיר אלה: שומן עליון, שומן פנימי, כבד, ריאות, קרביים ורגלים, ומדוע לא תבטל את ההחרמה שעשה פקיד העירייה. הבקשה השנייה בדבר ההחרמה אינה מעניינת אותנו במאמר זה ולא נדון בה עוד. טענתו בבקשתו הראשונה היתה, כי חלקי הגוף הנ"ל אינם בשר, ובהיותם של חזירים הם ממילא אינם "בשר חזיר", לכן לא יכלה העירייה לאסור את מכירתם על פי החוק הנ"ל. בדין ישבו הנשיא אולשן, השופט זוסמן ואנוכי, והסכמנו פה אחד לדחות את הבקשה.

הנשיא אולשן דחה אותה באמרו: "אם נכון הדבר שחוק ההסמכה בא כדי לתת אפשרות לדשויות המקומיות לאסור על מכירת בשר חזיר בהתחשב עם רגשות חלקי האוכלוסיה הנ"ל—ועל זה אין חולק—הרי אין מנוס מפירוש המלים 'בשר חזיר' לאור אותה המסורת שעמדה לעיני המחוקק כאשר עסק בניסוח החוק. לפיכך יש לדחות את טענתו של המבקש".

השופט זוסמן הצטרף לדעתו של הנשיא באמרו, כי מכיוון ש"בחוק ההס'

מכה איסור גידול החזיר ומכירתו מטעמים של דת ומסורת, הדעת נותנת, שהגדרתו של בשר חזיר תהא תואמת את ההשקפה הדתית שנקטה באותו חוק. משום כך חייבים אנו לפרש את החוק כך, שכל האסור באכילה לפי הדת, בהיותו בשר חזיר, ייחשב כבשר חזיר בחוק האמור".

רק אני הארכתני את הדיבור בשאלה זו בסברי, כי החלטת בית המשפט היא עקרונית וחשובה מאוד. דנתי שם במהותו של התרגום בכלל וכתבתי על הפרשנות האנגלית דברים המסוגלים להשפיע גם על השאלה העומדת לפנינו:

חובה עלינו לפרש חוק ישראלי זה מתוכו הוא ומתוכנו הוא ולא לשעבר אותו לפרשנות ופירושים שגדלו בשדות אחרים.
ועוד טענתי, כי אין להגדיר חוק בעל משמעות דתית-לאומית באמצעות "עבודה זרה" של אינטרפרטציה נוקרית.

לאחר הביא דאיות מן המקורות, כי איסור בהמה וחיה הטמאים חל לא רק על הבשר אלא גם על העור, העצמות והגידין, והקרניים והטלפיים (רמב"ם הלכות מאכלות אסורות, פרק ב, ומקורות אחרים), אני מצטרף לדעת חברי, כי בנקטו את הלשון "בשר חזיר" התכוון המחוקק הישראלי לכל אותם החלקים הכלולים באיסור הדתי-לאומי הנ"ל.

ובזה מגיע אני לשאלה לאיזו "התגירות" התכוון המחוקק בסעיף של חוק השבות. לדעתי אין שמץ של ספק בדבר, כי הוא התכוון להתגירות המסורתית הנוהגת ביהדות אירופה המזרחית וכן בעדות האורתודוקסית וה-קונסרבטיבית בארצות-הברית, אך לא—בשום אופן—ביהדות הרפורמית של אמריקה. זאת אומרת: התגירות פירושה גיור על-ידי מילה וטבילה.
יש לי שלושה טעמים והוכחות לכך: *

(1) פרשת "הראיה הראשונה" לעיל. ראינו שם, כי בבית המשפט העליון בשתרשה ההשקפה כי הביטוי "דין תורה" האמור בסעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין רבניים, כולל לא רק את התורה שבכתב, אלא אף את התורה שבעל-פה ותקנות חכמים.

ושואל אני: האם זה פירוש הגיוני, גראמטיקאלי רגיל? התשובה היא: לא! כי בדרך-כלל מציין הביטוי "דין תורה" את התורה שבכתב, לא את התורה שבעל פה ותקנות חכמים.

אך האם פירוש זה אפשרי? תשובתי: מבחינה פוטנציאלית פירוש זה אפשרי הוא, כי מצאנו במקורות התלמוד מקומות בהם מכנים בשם "תורה" גם את התורה שבעל-פה וגם תקנות חכמים. למשל במסכת שבת, דף לא

עמוד א: "תנו רבנן, מעשה בנוכרי אחד שבא לפני שמאי. אמר לו: כמה תורות יש לכם? אמר לו: שתיים! תורה שבכתב ותורה שבעל-פה."

על אחת כמה וכמה שאפשר לקרוא בשם תורה את כל תקנות חכמים וגזירותיהם, יען כי כל כוחם וכל סמכותם להתקין תקנות, נתונה להם על-ידי אנשי כנסת הגדולה, כפי שאנו רואים: "אנשי כנסת הגדולה אמרו שלושה דברים: הווי מתונים בדין, והעמידו תלמידים הרבה, ועשו סייג לתורה".* האם זה פירוש סביר? ומה מכריח אותנו לתת לביטוי "דין תורה" פירוש מרחיב כזה? השיקול אשר בגללו נתנו את הפירוש הנרחב הוא זה: כאשר החליטה ממשלת ישראל למסור את ענייני האישות לרבנים, הרי מוכרחים היו להשוות את דיני האישות השולטים בישראל, בהן נוהגים יהודים על פי דיני ישראל, ואי אפשר היה—ממש אבסורדי היה—כי יהודיה שאינה יכולה להתחתן בארצה כדון, תבוא הגנה ותחתן. משום כך ורק משום כך, הדחבנו את מובן המונח "דין תורה".

(2) פרשת "הראיה השניה" לעיל. ראינו, כי בית המשפט מוכן לכנות בשם "בשר חזיר" מאכל שאינו "בשר" כלל, כגון כבד, קרביים ורגלים. בדור, כי פירוש זה אינו הגיוני, שהדי כל דבר שאין שם העצם תל עליו, הוא לא יחול גם כשמוסיפים לו שם תואר. אף על פי כן, בהתחשב עם היחס המחמיר שעם ישראל מתייחס בו לבהמה טמאה זו, לא יכול היה בית המשפט להתעלם מדיני ישראל הרנים באיסור זה. כי כאשר המחוקק הישראלי הוגה רעיון משלו ואינו דק מתאם, או מתקן, בשפת עבר, דעיונות שהגו קודמיו, בלשון עם לועז, צריכים אנו לפרשו מתוכו ומתכנו הוא, ולא ב"עבודה זרה" של כללי פרשנות אחרים, ויהא אשר יהא המשקל ההגיוני שלהם.

(3) אבל יש לי טעם אחד, שלישי, המכריח אותנו לפרש את המונח "נתגייר" על פי ההלכה היהודית. בלי לפגוע חס ושלום בכבוד שופטי בית המשפט העליון שפסקו בעניין שליט, נראה לי, כי בתיקון חוק השבות אימצה לה הממשלה—בתור הוראה לעתיד—לא את ההשקפה החילונית שהתבטאה בכמה דברים של שופטי הרוב, אלא דווקא את ההשקפה הדתית של שופטי המיעוט, תיקון סעיף 4 של החוק קובע שני סימנים ליהדותו של האיש: "נולד לאם יהודיה" ו"נתגייר". הסימן הראשון הוא ללא שמץ של ספק סימן הלכתי. ואם כך הדבר, אם סימן היהדות הראשון של החוק (נולד

* אבות פרק א משנה א. וראה א"א אורבך, חז"ל, אמונות ודעות, ירושלים תשכ"ט, פרק יב.

לאם יהודיה) הוא קריטריון של ההלכה, מדוע נאמר כי לגבי הסימן השני, נתגייר, העדיף המחוקק את ההשקפה החילונית המוגזמת של מתנגדי ההלכה? המסקנה שהגעתי אליה, איפוא, היא, כי לפי שהביטוי "נתגייר" הוא ביטוי טכני, משפטי, הלכתי, אין כל אפשרות לפרשו אלא על-פי הגדרה של התלמוד ומפרשיו בכל הדורות, ולפי הגדרה זו אין יהודי אלא מי שנימול וטבל.

לא התעלמתי מכך, כי הכנסת סירבה להכניס את המלה "כהלכה", וכנראה לא רצתה שהגיויר יהיה דווקא כהלכה. אבל מה זה מוכיח? כי הכנסת רצתה לתת למושג מובן חילוני. אבל לא רצון הכנסת הוא המכריע, אלא מה שהיא עושה. ומה עשתה? קבעה שני סימני יהדות. וכשם שהסימן האחד הוא על-פי ההלכה כך מוכרחים אנו לפרש גם את הסימן השני. זה הוא הפירוש הממשי של מעשה הכנסת, והמחייב הוא מה שהכנסת עושה, ולא מה שהיא רוצה לעשות. או מה שהיא, סבורה שעשתה.

"הארץ" 28.7.72

יתכן גם, כי תוך תחומי הסוג הראשון יוצעו, כהצלה פורתא, אי אלה הקלות והיתרים, תוך הסתמכות על כמה מן הפוסקים המקילים, — ביחוד לגבי כשרות טבילת האשה (דאה, למשל, יבמות דף מה ע"ב, ותוספות שם ד"ה מי לא טבלה; דמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יג, הלכה ט; ב"ח ובית יוסף על הטור יו"ד, סימן דסח; מרדכי יבמות, סוף פרק החולץ). על כל פנים, לא תיתכן תמימות דעים מוחלטת, או אפילו לא-כל-כך מוחלטת, בין "אדוקים" ו"חופשיים" בשאלה היסודית של "מי הוא יהודי", ודאיה לכך: כל הפולמוס העז שהתלקח מסביב לשאלה זו, והסוער וגועש זה חצי שנה ומעלה על דפי העיתונות היהודית, בארץ ומחוצה לה.

נראה לי, איפוא, כי כדי להגיע לידי פיתרון מעשי של שאלת הנחיות הרישום, מן הראוי יהא להוריד את השאלה ממרומי האולימפוס האידי-אולוגי שלה, ולהתראות אתה פנים אל פנים בבקעת המציאות היש-ראלית, כפי שנתגבשה על פי חוקי הארץ הזאת. מדינתנו — אמר ראש הממשלה — היא מדינת חוק ולא מדינת התורה; לאמור: מדינה חילונית ולא תיאוקרטית. בכל הכבוד, נכון הדבר מאד! אבל — "זה מזלנו" יאמרו חוגים אלה ו"דא עקא" או "זוהי הצרה" יאמרו חוגים אחרים, כי המדינה החילונית גופה סמכה את ידה על חלק חשוב ביותר של דיני התורה, ועשתה אותם (לגבי יהודים) חלק אינטגרלי של חוקי המדינה; בין אם נעשה הדבר מכוח חוקים מאנדאטוריים שעברו אלינו בירושה, כגון הוראות דבר-המלך-במועצה, בין אם נעשה על ידי חקיקה מקורית של המחוקק הישראלי, כגון חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג—1953. עלינו לבחון, איפוא, מה תהא השפעת הגומלין, וכיצד יפעלו או יאצלו זה על זה החוקים וההנחיות. כי יש קשר אינטימי ביניהם, ואין איזמל, חד למדי, אשר יצליח להפריד בין הרבקים ההם. קובלני עליהם, חסידיו ה"בעד" וה"כנגד" בשאלת ההנחיות, על שלא חשפו כל צורכו את הצד הזה של הבעיה.

אבאר את דברי. מודה אני, ולית מאן דפליג, כי הרישום בתעודת הזהות אינו משנה את מעמדו של האיש, הוא אך מהווה דאיה-לכאורה למעמדו של הנרשם, ואפשר להזימה ולסותרה על ידי כל ראייה אחרת חוקית ומהימנה. ברם — וזה הוא הקוץ שבאליה — למרות מה שרישומי של בן נישואי תערובת כיהודי אינו מחולל כל שינוי במצבו המשפטי האמיתי של האיש, הרי רישום זה, כנראה בעליל, קובע את מעמדו המוכר בחברה ועושה אותו ליהודי גמור, ברמ"ח ושס"ה, בעיני עצמו ובעיני אחרים. זכור יזכור את ה"פרט" הזה יותר מתאריך יום ההולדת שלו, ויזכירוהו לו בכל

מיהו יהודי?: מכתב תשובה לדוד בן גוריון

ירושלים, כ"ב בכסלו תשי"ט, 4 בדצמבר, 1958
לכבוד ראש הממשלה, מר דוד בן-גוריון, ירושלים.

הנדון: תשובה למכתבו אלי מיום 27 באוקטובר 1958
שנמסר לי ביום 27 בנובמבר 1958

אישי ראש הממשלה היקר והנכבד מאוד, אתכבד, אדוני, להגיש לו בזה את תשובתי לשאלה שנשאלתי על ידו במכתבו הנ"ל. מבקש אני, כי דברי הבאים ייראו בעיניו כתשובה תמה וכנה של משפטן רגיל, ללא תוספת סמכות כל שהיא של שופט בישראל. בטרם אחל בבירור השאלה, יורשה נא לי להעיר את הערתי על המשימה שהוטלה על הנשאלים בהתאם להחלטת הממשלה, המובאת ככתבה וכלשונה בסוף הקטע הראשון של המכתב. תמה אני אם יצליח אדם, ואפילו החכם מכל אדם, לנסח הוראות רישום אשר — כפי שנאמר שם — "יתאימו למסורת המקובלת בכל חוגי היהדות, האדוקים והחופשיים לכל זרמיהם". לעניות דעתי, ובכל הכבוד, אלה הם תרתי דסתרי. כי אין בנמצא מסורת או השקפה משותפת שכזאת. ודאי, יכול תוכל הממשלה, לאחר קבלה את תשובות הנשאלים, להגיע לידי מסקנה מעשית שתיראה בעיניה כ"שביל הזהב" בין הדעות שהובעו, אך גם מסקנה זו, ודווקא בשל היסוד הפשוט שבה, לא תהא בגדר omnis doctorum opinio של כל זרמי היהדות. כי אם אמנם — ואני עוד אסתייג מכך להלן — עלינו, הנשאלים, יהיה לברר וללבן תחילה את השאלה הכללית המופשטת "מי הוא יהודי", הרי לא יקשה לנחש מראש את שלושת סוגי התשובות העתידות להינתן, ואלה הן:

- (א) מוצא יהודי ביאולוגי (לפחות מצד האם), או התגירות על פי דיני ישראל לכל תגיהם ודקדוקיהם — כדעת "האדוקים";
- (ב) הכללת כל אלה הנוכרים הבאים לשתף עצמם בלב שלם ונפש חפצה, שותפות גורל ותרבות, עם כלל ישראל — כדעת "החופשיים";
- (ג) דעה שלישית, דתית-רפורמית, שתציע טכס-ג'ור "מתוקן", אשר לא יכביד ביותר עליהם ועל מצפונם של אלה, המבקשים לקנות להם בלי יסורים את אזרחות האומה היהודית.

אשר יפנה כתלי בית הספר ומוסדות רשמיים ולא־רשמיים אחרים. תהא זו הכרה טבועה מדעת ושלא מדעת בעמקי נשמתו, והוא לא ידאה עצמו שונה אף במשהו מחבריו וידידיו, בני אברהם יצחק ויעקב. הרישום הפורמאלי ו"הבלתי מחייב" ההוא, ייהפך לגודם חינוכי כביר אשר יכוון וידריך את כל התפתחותו הרוחנית, וייצור בו תודעה יהודית.

ומה הוא המוסד־השכל העולה מכל זה? המוסד־השכל הוא, כי בהעניקנו למישהו בשחר ימיו את התואר "יהודי", חייבים אנו לדאוג לכך כי "יהדות" זו לא תאבד לו ברבות הימים, וכי כל הרשויות הממלכתיות, לרבות הרשויות הדתיות הפועלות מטעם המדינה, יכידו בתואר זה בקשר לכל מאורע שהוא. באין אחריות וערובה לשמירה זו — מטב שלא להעניק לו מלכתחילה את התואר ההוא, כי את נפשו הוא קובע ואת מקום מושבו הרוחני בחיי החברה. צעיר ישראל, בן לאב יהודי ואם לא־יהודיה, שנרשם כיהודי על פי הסכמת הוריו, ינחל אכזבה קשה ומרה, ממש יחשך עליו עולמו, אם, בהגיעו לפרקו ובבואו לבנות לו בית בישראל, "יוודע" לו לפתע כי אינו יהודי, וכי מעולם לא היה לו מעמד של יהודי.

השאלה היא, איפוא, אם אמנם צפויה לו, לאותו צעיר, אכזבה שכזאת. ותשובתי לכך היא: כן, צפויה וצפויה, כמעט מחוייבת המציאות! וסיבת הדבר נעוצה בחוקי המדינה החילוניים, המחילים על ענייני האישות של יהודי בישראל את הלכות החוק הדתי שלו. כי כאשר אותו צעיר יבקש לשאת לו לאשה צעירה יהודיה, ויפנה — כפי שהוא מוכרח לפנות — למשרד הרבנות, הרי הרבנים, אם יודע להם מוצאו של האיש, יסרבו לסדר לבני הזוג חופה וקידושין, ונימוקם יהיה, כי לפי דיני ישראל בן לאם לא־יהודיה אינו יהודי אלא נוכדי, כי "נוכדית ולדה כמותה" (משנה קידושין, דף סו ע"ב; דמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק טו, הלכה ד; שו"ע אה"ע, סימן ח, סעיף ה), ואין קידושין תופסין בין נוכרי ויהודיה (יבמות, דף מה ע"א, ורש"י שם ד"ה חייבי לאוין; רמב"ם, הלכות אישות, פרק ד, הלכה טו; טור אה"ע, סימן מד ונושאי כלי; שו"ע אה"ע, סימן מד, סעיף ח).

וגם בית המשפט הגבוה לצדק לא יתערב ולא יצווה על עריכת נישואין לצעיר ההוא, מן הטעם הפשוט: שלאותו "גר־של־צדק" חסד כושר החיתון של נר צדק ויהודי. כי אפילו אם בית משפט אזרחי זה ינקוט גישה "אזרחית" טהורה, ויראה כ"יהודים" את שני בני הזוג הנ"ל, הוא לא יוכל לעקוף את הוראת סעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין דבניים, המצווה בפירוש כי:

"נישואין וגירושין של יהודים ייערכו בישראל על פי דין תורה". ועל פי דין תורה, בני הזוג דגן באמת בלתי־כשירים הם ליצירת קשר חוקי של בעל ואשה.

יתר על כן — וזהו הקודיו שבדבר נוכח המצב המשפטי הקיים — גם אם יימצא רב במדינה, אשר בהתחשב עם המסיבות הטראגיות של המקרה יהיה מוכן להעלים עין מ"פגם הלידה" של הצעיר, ויסדר חופה וקידושין לאותם בני הזוג, הרי בבוא היום, ובפנות אליו (אחרי קטטה משפחתית) אחד מבני הזוג הנ"ל, יבוא בית המשפט האזרחי דווקא — במקרה זה: בית המשפט המחוזי — ויבטל את הנישואין ההם. כי אין רחמים בדין, ובית המשפט, לאחר עיינו בדיני ישראל ולאחר בדקו בדיקה קפדנית את כל הגיניאלוגיה ושלשלת היוחסין של הבעל, יהיה נאלץ לקבוע כי הנישואין לא היו חוקיים.

ולא יועיל לנתבע או לנתבעת טכס הנישואין שנערך להם על ידי הרבנים, — וזה משני טעמים:

(א) חופה וקידושין הם, כידוע, אקט משפטי־פרטי של בני הזוג, ולא פסק דין היוצא מלפני הרבנים; כי הרבנים פועלים בו לא כבית דין, אלא רק מפק־חים כ"כהני דת" על כשרות המעשה. וכבר אושר על ידי בית משפט זה תקפם של קידושין אשר נערכו שלא באמצעות רב (ע"א 238/53, ח פסקי־דין 4), אלא שמסדר הקידושין ספג את עונשו (ע"פ 208/53, ח פסקי־דין 833).

(ב) גם אם מישהו יהא נוטה לראות בתור "פסק־דין" את תעודת הנישואין שניתנה מטעם משרד הרבנות לבני הזוג לאחר עריכת הטכס הנ"ל — ואפשר לכאורה למצוא אסמכתא לכך באחד מפסקי הדין המאנדא־טוריים (ע"א 138/37, 2 לבגון 201) — הרי "פסק דין" זה לוקה בחוסר סמכות. ויראה כבטל ומבוטל בעיני בית המשפט המוסמך. שכן אפילו עכשיו, לאחר חקיקת חוק שיפוט בתי דין דבניים, אין בית הדין הרבני מוסמך לפסוק בעניין נישואין אם אחד מבני הזוג אינו יהודי (ראה בקשות שונות 39/57, י"א פסקי־דין 921, בעמוד 922).

נמצא, כי אם הרב, מסדר הקידושין, יולול כאן באחת מהלכות היסוד של דיני ישראל, יבוא בית המשפט האזרחי־חילוני ויתבע את עלבונה מידו. הווה אומר: דיני ישראל וחוקי מדינת ישראל גם יחד, ישללו את ההכרה בחוקיותם של הנישואין הנ"ל. ומה תהא תקנתם של צעירים כאלה? "תקנתם" תהא: או לחיות חיי פרישות, או לשאת כדת וכדין נשים נוכריות! כי לא רבים מהם ימצאו חפץ במוסד האולטרא־מדרני של נישואין חופשיים.

אישי ראש הממשלה! נראה לי, כי כל עוד אין נישואין אזרחיים במדינה, ונישואי יהודים חייבים להיערך — בגזירת הכתוב והחוק — על פי דין תורה, אסור לנו ליצור התפצלות ושוני בין מובנו של התואר "יהודי" בתעודת הזהות לבין מובנו המשפטי על פי דיני ישראל. והתשובה לשאלה שנשאלתי היא, כי בן נישואי תערובת, שנולד לאב יהודי ואם לא-יהודיה, אין לרשמו כיהודי באיזו תעודה רשמית שהיא. שאם נעשה כן, היינו: נרשמהו כיהודי, אזי לא זו בלבד שלא נקל עליו את קליטתו לאורך ימים בחיי החברה היהודית, אלא אף נטמון לו ממש פח ומלכודת בדרך חייו העתידים. אין יהודי לחצאין או לזמן, ו"עליה צורך ירידה" היא, כידוע ליודעי ח"ן, מושג שנתגלגל אלינו מן הסוגיא של "גלות". בניה ובנותיה של האם הלא-יהודיה סופם — בדלית ברידה — לחזור ולהיטמע בגויים, כתוצאה מנישואי נוכריות ונוכדים. ולא כדי לשמש לו דירת עראי, פותחים אנו לזר את שערי בית ישראל.

בהוקרה ובהערצה
ד"ר משה זילברג

חוות דעת הוועדה לבדיקת המעמד האישי של הקראים

(1) בסוף יוני, 1964, הוציא בית הדין הדתי של היהודים הקראים בישראל פסק דין המחייב את מר מ"מ ליתן גט לאשתו, ש"מ. הנימוק לכך: יחסי מין שהתקיימו בינו לבניה ביום השבת, בימי נידתה. הבעל סירב למלא אחר הצו, וכשנה ורבע לאחר מכן, בספטמבר 1965, התכנסו שלושת הדיינים נותני הצו וביצעו שלא בפני הבעל את פסק דין הגירושין: נתנו בידי האשה ספר כריתות וקיבלו מידה את "שטר נישואיה אשר בוטל". כעבור כמה שבועות הודיע מזכיר בית הדין לבעל על ביצוע פסק הדין, ושלח לו תעודת גירושין. אחרי הדברים האלה פנה הבעל לבית הדין הגבוה לצדק וביקש צו על תנאי נגד אדבעה משיבים, ביניהם בית הדין הדתי של היהודים הקראים בישראל, אשר מלפניו יצא פסק הדין הנ"ל. טענתו העיקרית של העותר הייתה, כי לבית הדין לא היתה כל סמכות לא למתן הצו ולא לביצועו. הצו על תנאי ניתן, וביום שנקבע לשמיעת המשיבים הופיע סגן פרקליט המדינה ומסר הודעה בשם שר הדתות, "כי המסמכים הנחזים להיות פסק גירושין" — ותעודת גירושין, אין להם כל נפקות משפטית, ומשרד הדתות מעולם לא התיימר ולא התכוון לתת להם נפקות כזאת על פי דין כלשהו". בנוסף לכך צוטט באותה הודעה מכתב של סגן המנהל הכללי של משרד הפנים אל הגברת מ', בה הוא מודיע לה על הודעתו של שר הדתות כי: "תעודת הגירושין מס' 16898 שהוצאה ע"י מי שמציגים את עצמם כבית דין של עדת הקראים ברמלה, ביום 9.9.65, אין לה נפקות משפטית, ומלכתחילה לא היתה כל סמכות לבצע או לדשום את הגירושין". על יסוד הודעות אלה הסכימו בא כוח העותר ובא כוח שר הדתות, כי הצו על תנאי יבוטל והוא בוטל.

(2) המאורע הנ"ל — להלן משפט מ' — שימש "קטליזטור" למינויה של הוועדה הנוכחית, וגם הועלה כהצעה לסדר היום בכנסת. החלו להתעורר ספקות בלב אנשי משרד הדתות ואנשי משרד המשפטים, אם אמנם קיים בארץ גוף מוסמך לערוך את נישואיהם וגירושיהם של היהודים הקראים בישראל.

דאל. על מהותה של הבעיה והסתעפויותיה עוד ידובר להלן. כאן נציין דק כי ביום 1.7.66 שלח שר הדתות אל הח"מ כתב-הסמכה שתוכנו הוא כדלקמן:

ד"ר זילברג הנכבד,

הריני להודיעך שהממשלה יפתה את כוחי למנות ועדה ציבורית לבדיקת בעיות הדיון בענייני המעמד האישי של ציבור הקראים בישראל בראשותך. החברים האחרים של הוועדה יהיו:

סגן שד הדתות בנימין שחור	חבר הכנסת גרעון האוונד
חבר הכנסת ישראל ישעיהו	פרופסור להיסטוריה חיים הלל בן ששון
חברת הכנסת אמה תלמי	ראש עיריית באר שבע אליהו גאוי

הוועדה מתבקשת על ידי לברוק את המצב המשפטי הקיים בתחום הדיון בענייני הנישואין והגירושין בין הקראים, חוץ בירור יסודי של הדעות והרצונות השוררים בקרב כל חלקי ציבור הקראים. אבקש להמליץ בפני עם תום הבירור על הצעדים המשפטיים והמינהליים שרצוי לנקוט בהם כדי לפתור לטובת ציבור הקראים בישראל את בעיות הדיון בענייני הנישואין והגירושין בין הקראים שנתעוררו לאחרונה.

בדצוני להודיעך גם כן, שהעברתי לרשותך ולרשות הוועדה את מר דוד גלס, מנהל המחלקה לקראים ולשומרונים במשרד הדתות, והוא יגיש לך כל עזר הן בחומר הן באינפורמציה והן מכל סוג אחר שתמצא לנכון לבקש ממנו.

בכבוד רב,

(—) ז' ורהפטיג

פשוטו של כתב ההסמכה מלמד עליו, כי הכוונה היתה שהוועדה תקיים את הדיון בענייני נישואין וגירושין בין הקראים, בינם לבין עצמם, ולא בין קראים לבין רבניים. גם שתי המילים "שנתעוררו לאחרונה" שכוונתן, כנראה בעליל, למשפט מ' מצביעות על כך ששר הדתות הסמיך אותנו לדון אך ורק בעניינים אינטר-קראיים.

ברם, תוך חקירת העדים ושמיעת דעותיהם השונות, נפרצה כאילו מאליה מסגרת הדיון ונתנו את דעתנו על השאלה, אם אמנם קיימת אפשרות מעשית, כאן ועכשיו, לסדר "נישואין מעורבים" בין קראים ורבניים, ולשם כך שמענו גם את חוות דעתם של הרבנים הראשיים. אבל עם כל אלה שיווינו לנגדנו תמיד, כי עיקר משימתנו הוא לדון ולהחליט בענייני הנישואין והגירושין

בין הקראים; כי זו היא הבעיה התכופה והרחופה ביותר. לא ראינו עצמנו לא מוסמכים ולא מוכשרים לפתור את הבעיה ההיסטורית הגדולה ולאחזת אח הקרע בן אלף מאתיים השנים בין קראיים ורבניים.

(3) הבעיה שלפנינו תיפרד לטני ראשים: הבחינה המשפטית והבחינה ההלכית, וזו האחרונה תחלק טוב להלכה רבנית והלכה קראית.

(4) אשר לבחינה המשפטית:

בסעיף 2 של חוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, נאמר: "נישואין וגירושין של יהודים בישראל ייערכו על פי דין תורה". "יהודים" כולל גם יהודים קראים, כי לית מאן דפליג, חוץ ממיעוטא דמיעוטא, שהקראים הם בכלל ישראל.

"דין תורה" פרושו: דין תורה על פי האינטרפרטציה הרבנית, כי בעת חקיקת החוק כמעט שלא היו קראים בישראל, ואיש לא חשב אז על צורות נישואין וגירושין בנוסח הקראים.

ומכיוון שלפי ההלכה הרבנית, הגיטין שעורכים הקראים אינם כשרים, נמצא שקראי אינו יכול להתגרש בפני בית דין קראי אפילו אם אשתו היא גם כן קראית (לדעה אחת גם קידושי הקראים אינם קידושין, בשל פסול עדיהם, כפי שנראה להן, ואם כך הדבר — הם לא יוכלו להתחתן אפילו בינם לבין עצמם).

תמוה הדבר מאד כיצד לא הרגישו בכך כל השנים, אבל תמיהה זו אינה גורעת מחומרת העניין. כי ברור הדבר שהחל משנת 1953 אין יהודי, ויהודי קראי בכלל, יכול לערוך נישואין וגירושין שיהיו תופסים לפי הוקי המדינה אלא על פי ההלכה הרבנית.

כבר דבר זה, כשהוא לעצמו, חייב לדרבן אותנו, לשנות בכל המהירות האפשרית את חוק תשי"ג, ולתת לתיקון זה זכות קדימה על פני כל הצעת תיקון אחרת.

(5) ומכאן לבחינה ההלכית של הבעיה, ואדון בה תחילה מן הבחינה ההלכית-הרבנית. איסור החיתון בין קראים ורבניים הוא, כמובן לכל, החייץ הגדול ביותר שהפריד בין שני המחנות. סיבת האיסור היא "כהררים תתלוין בשערה". מקורו הוא בשינוי-הנוסח הקל בין הגט הרבני והגט הקראי. קראית שנתגרשה בגט קראי עדיין "אשת-איש" היא לפי התפיסה הרבנית, לפחות

תשובה

"כבר נשאלתי על זה פעמים אחדות והעליתי שהם מותרים לבוא בקהל אם היו ("צ"ל אם יהיו) כמונו, והטעם שכל הקידושין שלהם בעדים פסולים מן התורה ואין כאן קידושין כלל, והבא על אחת מנשותיהם אינו כבא על אשת-איש, הלכך אף על פי שאין גיטן גט, אין כאן חשש ממזרות, שהרי אין אישות שלהם אישות" (רדב"ז סימן עג).

ובתשובה אחרת של הרדב"ז, סימן תשצו, של חלק שני, כתוב:
"כללא דמילתא:

כיוון שאין האיסור ברור — אחזקי איסורא לא מחזקינן, ואם היו מסכימים לשוב אלינו ולקבל דברי חברות להיות כמונו, הוה ממטינא שיבא מכשורא (הביטוי הוה לקוח ממסכת הוריות, דף ג ע"ב, ופירושו הוא: הייתי מצטרף לאחרים ועושים כולנו יחד) להתירם לבוא בקהל".

דעתו של הרדב"ז, מתיר החיתון, מצאה לה מהלכים גם בדורות שלאחריו, ולמעשה מי שמתיר חיתון רבניים עם קראים מנמק את ההיתר בטעמו של הרדב"ז. לא מניתי כאן אותו מיעוטא דמיעוטא של פוסקים, כמו, למשל, בעל שאילת יעבץ, חלק שני סימן קנב, המתירים את החיתון (לאחר גיור הקראי) מן הטעם שהקראים הם "גויים גמורים" ואין ממזרות בגוי. דעה זו היא, כאמור, דעת מיעוט ואין חוששים.

אך כאן דאוי להעיד: גם הרדב"ז, המתיר את החיתון ומסיד מעל הקראים את כתם הממזרות, גם הוא מתנה תנאי אחד: "אם יהיו כמונו" או "אם היו מסכימים לשוב אלינו ולקבל דברי חברות להיות כמונו". בלעדי זאת גם הוא אינו מתיר, והטעם הוא כי דיני הקראים שונים בהרבה מדיני הרבניים, והרבה דברים הנחשבים בעיני הרבניים כעברות חמורות, אינם נחשבים אצל הקראים כעברות כלל — לכן קיים החשש שהצד הקראי "יכשיל" את הצד הרבני בעבירה חמורה, ויש צורך, מנקודת השקפתם של הרבניים, כי הקראי יקבל עליו דברי חברות לפני שהוא בא לישא את הרבנית. היה זמן — במאה השתים עשרה — שלא היו חוששים כל כך להכשלה זו, אלא היו מתנים בכתובה מין "מודוס ויוונרי", שכן הווג האחד לא יכריח את בן הווג השני לעבור על דתו הוא, אבל דבר זה שהיה קיים בדורות הראשונים, נשתנה בדורות מאוחרים יותר, והרבניים — לפחות החל מהמאה השש עשרה החלו לדרוש כי החתן הקראי או הכלה הקראית יקבלו עליהם דברי חברות.

החל מן המחצית השניה של המאה הי"ב, ובניה שילדה מבעלה השני ממזרים הם, הם ובניהם ובני בניהם עד סוף כל הדורות. ואם אמנם במקרה הקונקרטי לא הוכח בוודאות כי קראי זה הוא מבני בניה של קראית שנתגרשה ונישאה שנית, הרי לפחות ספק ממזר אסור (מדרבנן) לבוא בקהל ישראל. הלוא כה הם דבריהם של אחדים מגדולי הפוסקים —

"הקראים אסור להתחתן בהם, וכולם הם ספק ממזרים, ואין מקבלים אותם אם רוצים לחזור" (רמ"א אבן העזר סימן ד, סעיף לו).

"ספק ממזרים, לפי שיש להם קידושין, ומגרשים שלא כדת תורתנו, ונמצא בניהם ממזרים" (ט"ז על שולחן ערוך אבן העזר שם).

"מצאתי כתוב בתשובה שהשיב רבינו שמשון על הקראים שאסור להתחתן בהן, לפי שנשותיהם מקודשות להם בכסף או בביאה, ומגרשים נשותיהם שלא כדין ומשנים ממטבע שטבעו חכמים בגיטין, ונישאות לאחרים בחיי הבעלים, ונמצא הבנים ממזרים מאשת-איש" (בית יוסף על הטור, סימן ד בסוף).

על סיבת פסולו של הגט הקראי עומד פוסק אחר — אגב: ראש הפוסקים המתירים דוקא את החיתון עם הקראים, כפי שנראה להלן — הלא הוא הרדב"ז (רבינו דוד בן זמרא) בתשובותיו, סימן תשצו:

"אני ראיתי והראו לי גט (כלומר: גט קראי) כתוב לגרש בו אשה וראיתי אותו שהוא פסול מן התורה, ואחד מן הפסולים שלו הוא שהוא כתוב בלשון אני פלוני בן פלוני פטרית ושבקית ותרוכית... וכל הגט היה כתוב שלא לנו כח ומספר לעדים מה שעשה... ואני הוכחתי בתשובה אחרת שזה פסול מן התורה, דכתיב וכתב לה ספר כריתות ונתן בידה, משמע דספר הכורת יתן בידה ולא ספר הודאה... ואני ברור אצלי שהגט היה פסול מן התורה... איני רואה שום טעם להכשיר גיטיהן וכו'".

כבר רמזתי לעיל כי הרדב"ז הוא מראשי המדברים בהתרת החיתון בין רבניים וקראיים. הרעיון הגאוני והפשוט כאחד, שהוא משתמש בו הוא זה: אמנם הגיטין של הקראים הם פסולים, אבל כשם שגיטיהם אינם גיטין, כך גם קידושיהם אינם קידושין — וזה משום פסול העדים שלהם — נמצא כי הקראית שנתגרשה בגט פסול, לאמיתו של דבר לא היתה נשואה מעולם, וממילא אין כל פסול ממזרות בילד שנוולד מבעלה השני.

וכן כותב הרדב"ז בסימן עג מתשובותיו:

"שאלת ממני אודיעך דעתי באחד מבעלי מקרא (קראים) שקיבל עליו דברי חברות להיות כאחד מהרבניים ולשמוד כל מצוות דרבנן... אם מותר להשיאו אשה, אם יש בהם חשש פסול מלבוא בקהל או לאו".

(6) ההלכה מן הבחינה הקראית

גם מן הבחינה ההלכית הקראית, נישואיו של קראי עם רבני הם אסורים בהחלט. יתכן גם כי ה-*impedimenta matrimonii* הם אצלם עוד יותר גדולים. יען כי מספר העריות לפי ההלכה הקראית הוא הרבה יותר גדול ממספר העריות הרבניות. הסיבה לכך היא, כי הקראים לומדים דיני עריות לא רק מן התורה הכתובה אלא גם מן ה"היקש". דוגמה אחת תספיק לכך: בת אחותו מותרת לפי ההלכה הרבנית. אדרבא: אפילו מצווה היא לשאת בת אחותו (עיין סנהדרין דף ע"ב ודש"י שם ד"ה תקרא; השווה גם דמב"ם הלכות איסורי ביאה, פרק ב, הלכה יד). אצל הקראים בת אחותו או בת אחיו היא ערוה גמורה והבן הנולד ממנה הוא ממזר. כן אין הקראים מכירים במעשה הגידור, וגוי שנתגייר עדיין גוי הוא שאסור להתחתן עמו. מובן, איפוא, על שום מה הקראים — כוונתי כאן לקראים המחזיקים באמונתם הדתית — נמנעים מלהתחתן עם הרבניים.

(7) חומרי הערויות

בהחילנו את עבודת הוועדה פירסמנו מודעה בכל העיתונים העבריים, בה הודענו כי אנו מוכנים לשמוע כל איש או אשה מקרב היהודים הקראים אשר יבואו להעיד לפנינו בקשר עם העניינים שעוסקת בהם הוועדה.

נענו לנו אחד עשר עדים ושמותיהם הם:

- | | | |
|-----------------------|-----------------|----------------|
| (1) חיים לוי | (5) פרג אסלן | (9) משה פרוו |
| (2) יצחק אלגור | (6) מוריס מרוזק | (10) מוריס שמש |
| (3) אברהם מורד | (7) חיים כהן | (11) מוסה זקי |
| (4) הרב עמנואל מסעודה | (8) ברקאת מורד | |

חוץ מזה קיבלנו תסקיר מאת הרב עובדיה מצליח, שמענו (פעמיים) את סקירתו של שר הדתות, ושמענו את חוות דעתם של שני הרבנים הראשיים לישראל בשאלת איסור או היתר החיתון בין קראי ורבני.

(8) ניתוח הערויות

מתוך הערויות, בעל פה ובכתב, ששמענו, צפו ועלו שלוש דעות בנוגע לתיקונם של ענייני מעמדם האישי של הקראים.

הדעה האחת היתה, כי יש לכוונן עדה קראית נפרדת, כדרך כל שאר העדות הדתיות הקיימות בישראל. הדעה השנייה — הקיצונית לעבר השני — היתה כי יש למזג מיוזג שלם את הקראים עם הרבניים, ולשם כך יש להתיך היתר גמור

את הנישואין המעורבים. הדעה השלישית — המפשרת — היתה כי אמנם אין ליצור עדה קראית נפרדת, אשר תעמיק את הקרע הקיים בין הרבניים ואחינו הקראים. אבל מכיוון שלעת עתה, ונוכח המצב הקיים בארץ, עדיין ישנו מחיצות שונות בין שני פלגי העם, וביחוד בענייני נישואין וגירושין, יש ליצור מוסדות קראיים, של מסדרי נישואין וגירושין ושל בתי דין, שיקבלו מאת המחוקק הישראלי את הסמכות החסרה להם על פי החוק הקיים.

(9) הדוגלים בדעה הראשונה

אלה היו הרב מצליח בתסקירו, העד פרג אסלן והעד חיים כהן:

"החוק במדינת ישראל גלוי וברור: חוק העדות הדתיות משנת 1926 וחוק המעמד האישי מחייב כל עדה שתרצה הכרה רשמית וגם להוסיף את שמה לעדות המוכרת רשמית להתקין תקנות וכו'".

"אי אפשר לממשלה או לכנסת להחליט על הקמת בית דין דתי למעמד אישי לעדה אם אין הכרה רשמית בעדה עצמה ושמה רשום ברשימת העדות הדתיות במדינה וכו'". (הרב מצליח בתסקירו).

"אנו עדה דתית... צדיכים לקרוא לנו הדת היהודית הקראית... לא אגודה עות'מאנית אלא עדה... אנו חייבים להתחיל מאפס... יש עדה דתית ומבקשת הכרה... יש נוצדים קאתולים ופרוטסטנטים. יש יהודים 'בני ישראל', יש כיתות של יהודים. יהודים זה הראש ומוזה יש כל מיני אברים... אם יש הכרה בעדה — יש רבר דשמי... היהודים הם שני חלקים שלא יכולים להתמוזג — תלמודיים ולא תלמודיים. אתה יכול לעשות מכל היהודים התל-מודיים צד אחד, ומכל היהודים הלא תלמודיים צד אחד, אבל אי אפשר למזג אותם" (פרג אסלן, ישיבת 23.8.66).

העד חיים כהן נשאל על-ידי היו"ד:

"האם אתה מודעה עם השקפותיו הפוליטיות (של הרב מצליח) בנוגע ליצירת עדה, או אי יצירת עדה? מה שאתה אמרת לא מחייב הקמת עדה. אני מבין שאתה רוצה לשמור שקראי יתחתן עם קראית אצל רב קראי שיש לו ידע. אם יגידו לך שאפשר ליצור זאת בלי להקים עדה, אתה תסכים לכך?" ותשובתו של העד היתה:

"לא, אני דווקא בעד יצירת עדה. אתה מציע לי בניין בלי יסוד, תבוא דוח ותעיף את הבניין" (חיים כהן בישיבה הנ"ל).

10) הדוגלים בדעה השנייה, הדיאמטראלית ההפוכה

אלה היו העד ברקאת מורד, והעד מוריס שמש —

“באנו ארצה לשם מטרה אחת: להתקיים כאן ולהיות במולדת ולחיות בכבוד. אם זו כוונתנו האמיתית אנו צריכים להתמוג עם יתר היהודים... אם תקום עדה נפרדת זה יהיה פילוג, ולדעתי אין לזה טעם... אני דוצה לדבר על קראי ורבני, אני לא יודע מניין המלים האלה, אפילו בתורה אין שמות כאלה. אני לא מוכן להיות עדה נפרדת ומיעוט. אם יהיה עוד מיעוט — כל העלייה שלנו לארץ כאילו לשווא, אני נגד עדה נפרדת... אני מדבר בשם אלה שלא רוצים (בעדה נפרדת). יש לי בת בת שתיים עשרה וכן בן עשר שלא יודעים אפילו שהנם קראים, ומה פירוש המלה 'קראים'... אם נהיה עדה נהיה מיעוט. אז אין לנו מה לעשות בארץ. לכן אני נגד עדה נפרדת... הנה דוגמא של 'בני ישראל' שהתמוגו עם כל העם. לדעתי היהודים הקראים שיש להם היסטוריה גדולה, מגיע להם אפילו יותר מאשר לבני ישראל” (ברקאת מורד, בישיבה הנ”ל).

“אני שייך לדור זה שעבר המסגרת הצרה של הכיתות הדתית, לכן אני מסתכל על העניין כולו לא מתוך המסגרת הצרה של העניין הדתי, אלא גם מבחינה לאומית כללית. העדה שבה אל המדינה ויש למדינה תפקיד חשוב, והוא לאחות את הקרע בין הקראים והיהודים הרבניים (מוריס שמש בישיבת 30.8.66).

11) הדוגלים בדעה השלישית, המפשרת

אלה היו הרב חיים לוי ואתו ה”ה יצחק אלגזר ואברהם מורד.

“אנחנו כיום נגד ההפרדה מעם ישראל. אם כי מנהגינו הדתיים שונים, הרי אנו יהודים ונגד הפרדה. אנו מתנגדים בכל תוקף להיות עדה נפרדת... יש לנו הלכה דתית הנוגדת זו של אחינו הרבניים, וצריך שתהיה לרבני העדה סמכות לערוך כדיון טקסי נישואין ולבצע פסקי גירושין... אנו רוצים רשות נפרדת וכן רשות שופטת נפרדת שתחליט אם הנישואין כשרים או לא כשרים. אנו רוצים את הרשות ולא עדה נפרדת, אנו רוצים סמכות משפטית חוקית על ידי הממשלה ואז לא יכול לבוא מישהו לערער עליה... אנו מתנגדים למלה עדה. החלטנו להוציא את המלה עדה” (הרב לוי ישיבת 9.8.66).

“אם הסטאטוס קוו ישאר, המצב יהיה חמור ולא נוכל לפתור את הבעיות האישיות שלנו... יש הרבה סכסוכים שאין באפשרותנו לפסוק בהם מכיוון

שפסקי הדין שלנו אינם מתקבלים בבית המשפט. לפנינו עומדת בעיה של אדם שעומד לעזוב את הארץ, ואשתו מבקשת אותנו לאחוז באמצעים ואין בידינו... האשה הזאת עלולה להישאר בכל יום עגונה שלא תראה יותר את ילדיה... זאת הבקשה היחידה שעומדת לפנינו (הכוונה לבקשה להקנות תוקף לבית הדין הקראי שיוכל לתת צו). מספר עדים ביקשו עדה נפרדת. אני אומר מדינת ישראל קמה לאור חזונו של נביאי ישראל, ונביאי ישראל הם נביאיהם של הרבניים והקראים ביחד... אנשים אלה שביקשו הכרה נפרדת לא יכולים להרגיש את גודל האסון לאומה, בפרט לדורות הבאים” (הרב לוי 20.9.66).

במהלך חקירת העדים העלה אחד מהם גם את עניין הנישואין האזרחיים. נוסף על העדים שדבריהם צוטטו לעיל, העידו לפנינו אנשים בעלי בעיות אישיות שונות, איש איש וצדויתו, איש איש וטרונניו, ולא יכולנו להציל מפייהם תשובה בנוגע לבעיות שעמדו לדיון לפנינו.

12) חוות דעתם של שני הרבנים הראשיים

כפי שכבר נרמזו בפסקה 3 לעיל, נפרצה במהלך הדיון המסגרת האינטר-קראית שנקבעה מראש בכתב ההסמכה על ידי שר הדתות, והחילונו לתת את דעתנו על השאלה אם אפשר למצוא פתרון ראדיקאלי לכל הבעיות על ידי התרת החיתון המעורב בין קראים ורבניים. לשם כך החלטנו לשמוע את דעתם של שני הרבנים הראשיים. אילו דעתם שונה היתה משהיתה, היינו אולי מבקשים חוות דעת דומה מאת יודעי ההלכה אשר בקרב הקראים. אבל נוכח התשובות שקיבלנו מאת הרבנים הראשיים לא היה עוד כל צורך בכך. השאלה שהוצגה לכבוד הרבנים היתה:

ידוע לכם שנתמנתה ועדה לבדיקת המצב האישי של הקראים. במהלך הדיון צפה ועלתה לפני הוועדה שאלה אחת חשובה מאוד, אם עכשיו בסוף המאה העשרים לספירת הנוצרים לא הגיעה השעה לאחות את הקרע שנבעה לפני אלף ומאתיים שנה? כידוע לכם המכשול העיקרי הוא בענייני חיתון, מה שגרר אחריו את הפירוד העמוק, זה היה שאסור להתחתן זה בזה, ולכן רצינו לדעת מה דעת כבוד הרבנים על השאלה הזאת. האם כבוד הרבנים סבורים שעדיין, או שכבר עכשיו, קיימים אמצעים מסוימים כדי לאחות את הקרע הזה על טהרת החיתון?

תשובתו של הראשון לציון הרב נסים היתה:

“אמרתי פעם לשר הדתות שיזמין את כל ראשי האבות ויעמידו לפנייהם

את השאלה האם הם מוכנים לוותר על הדעות שלהם ולהסתפח על נחלת ה'... כל עוד שלא הוזמנו ראשי האבות ולא הושמעה דעתם... אינני יודע אם יש מקום לשאלה זו בכלל... אני חוזר על מה שאמרתי לשר הדתות: להזמין את ראשי המשפחות של הקדאים שיצהירו שהם מוכנים להסתפח על נחלת ה'. וגם אז זאת שאלה שטעונה דין ודיון. אבל לפי הנשמע הם מסרבים... לכן אין לנו עסק בזה" (הרב נסים ישיבת 18.1.67).

וכשנשאל הראשון לציון על ידי חבר הוועדה, חבר הכנסת גדעון האוזנר: "ומה על הפרט הקראי"?

ענה הרב ואמר:

"פרט לא נקבל, בשום פנים אין לו תקנה. מצבו גרוע ממצבו של נוצרי שדוצה להתגייר, מפני שיש חשש לממזרות".

יו"ר הוועדה שאל את כבוד הרב:

"בניח שהם כולם הסכימו על ידי זה שתהיה אסיפה כללית של ראשי בתי האבות כולם יתאספו ויצהירו שרוצים להסתפח על נחלת הרבניים וכו'. האם אחר הסתפחות כזאת לא תתעוררנה שאלות בנוגע לכשרות הנישואין שלהם בגלל ספק ממזרות? כבוד הרב הצביע שהגט לא בסדר; לגבי שאלת ממזרות לא חשוב אם הוא רבני או קראי, מבחינת הדין אסור לחתן אותו, מה תועיל ההסתפחות הזאת?"

ועל כך ענה כבוד הרב:

"אנו נעמול ונמצא את הדרך אחרי שיופיעו כולם, כל ראשי המשפחות, ויכריזו שהם רוצים להסתפח על נחלת ה', או נעמול הרבה. יש קושי רב בדבר, אבל אני מקוה שנתגבר על הקושי שברבר".
ולכשנשאל כבוד הרב: "זאת תקווה או הבטחה?"
הוא ענה: "אני לא יכול להבטיח".

שונה בנימתה, אם כי דומה בתוכנה, היא עמדתו של הרב הראשי אונטרמן:
"לא אחות את הקדע' על ידי נטילת איסור החיתון? — בשבילי הרי זה כאילו אמר אדם: אני רוצה לקרב את פטרבורג למוסקבה על ידי כך שאעקור את סימני הדרך שבין שתי הערים. הדרך לא מתקרבת על ידי כך. זה דבר שנתקבל במשך דורות. יש בדברי הקדמונים קללה על מי שירצה לבטל את איסור החיתון, לבטל — זה דבר שאי אפשר לבצע... אתם רוצים לאחות הקדע בחוזה יד? בחוזה יד אי אפשר לאחות קדעים שיש להם שורשים עמוקים".

ואשר לעמדתו החיובית של הראשון לציון כלפי אחיו הקרע אם יבוא ראשי האבות ויכריזו כי הם רוצים להסתפח על נחלת הרבניים, אמר הרב הראשי אונטרמן:

"בדורנו אין אנו מקווים שיבוא דבר כזה".

אך כבוד הרב הביע דעה פרטית משלו לגבי סידור גירושי הקדאים:
"בנוגע לגיטין, דעתי הפרטית שאם שניים באים אלינו ורוצים להתגרש, שבית דין רבני יסדר להם גט כדין וכדת...".

העולה במקובץ מתוך דברי שני הרבנים הראשיים הוא, כי כל עוד לא תחליט הקהילה הקראית כולה לנטוש את מנהגייהם הרתיים ולהסתפח על נחלת הרבניים, לא יותר החיתון המעורב בין קדאים ורבניים בישראל. רק את הגירושים של הזוגות הקראיים מוכן הרב הראשי האשכנזי לסדר אם שני בני הזוג יסכימו לכך, וגם זה רק בתור "דעה פרטית" משלו.

אעיר כאן, כי בלבי לא היה מעולם שום ספק שהרבנים יסכימו לסדר גט בין קדאי וקראית, אם יתבקשו לכך. כי ממה נפשך: אם הקידושין תפסו ולא היה כל פסול בהם, יבוא הגט הרבני ויתיר אותם ויפריד בין בני הזוג; ואם הקידושין הללו כלל לא תפסו, בשל פסול הערים, הגט יהיה בגדר "אם לא יועיל — לא יזיק". כי מתן גט לאשה דווקא אין בו למעשה, כל איסור. ברם, האפשרות של סידור גט רבני לזוג קדאי, ואפילו לזוג מעורב, ודאי ודאי לא תועיל לאחות את הקדע בין קדאים ורבניים, כי היכן מצינו גם שיקרב את הלבבות?

(13) מסקנות

אין שמץ של ספק בלבי, כי את הדעה הראשונה, הדוגלת בכינון עדה דתית קראית נפרדת, יש לדחות בשתי ידיים. דבר זה יעמיק וינציח את הקרע ההיסטורי הטראגי הקיים בין שני פלגי עמנו, ומבחינת ההשתייכות הלאומית אין הבדל כלשהו בינם לבין יתר היהודים. הם סבלו באידופה הנאצית ובמצרים כיהודים, עלו ארצה כיהודים על פי חוק השבות, ומשתפים את עצמם כיהודים בכל ענפי הפעילות הציבורית בארץ. היא בכך משום כפיות טובה אכזרית אם נכרות מגוף האומה את "האבר מן החי" של היהודים הקדאים.

מאידך גיסא, אין לפנינו התנאים המאפשרים מיזוג גמור, טוטאלי, של הקדאים עם הרבניים. "השאור שבעיסה", המעכב, הוא איסור החיתון המעורב, הקיים הן לפי ההלכה הרבנית והן לפי ההלכה הקראית. את תיאורו של

המצב ההלכי הדבני שמענו מפי הדבנים הראשיים, ומפי העדים השונים נאמר לנו כי גם הדיינים, או החזונים, הקראים אינם מסדרים חיתון מעורב של קראים ורבניים.

דבר אחד ברור, ובכך איש לא יכפור, המצב הנוכחי אינו יכול להימשך בשום פנים ואופן לא לאורך ימים ולא לקוצר ימים, כי לא יתכן שציבור אנשים גדול המונה כשמונת אלפים איש יחיו ללא חוק ומשפט בענייני המעמד האישי: נישואיהם לא נישואין, גירושיהם. לא גירושין, ואין מי שידון ויחליט בסכסוכי האישות שלהם. הנוכל להשלים עם כך, כי בעל קראי יוכל להיפטר מתשלום מזונות לאשתו, בטענה כי האשה אינה אשתו, או כי אי אפשר יהיה להאשימו בביגמיה בשאתו אשה שנייה, מן הטעם שנישואיו הראשונה מעולם לא תפסו ?!

משום כך חייבים אנו — כך נראה לי — לאמץ לנו את ההצעה שהוצעה על ידי דוגלי הדעה השלישית. לא נכיר בקראים כעדה נפרדת, אבל ניצור להם את כל אותן הרשויות הנתונות לאחיהם הרבניים בענייני המעמד האישי, ובענייני נישואין וגירושין בפרט, תוך הבדל אחד: סמכותן של הרשויות הקראיות תהיה לא ייחודית אלא מקבילה, — מקבילה לסמכותן של הרשויות הרבניות המתאימות. למשל, יוכל זוג קראי לערוך את נישואיו על פי טכס קראי בפני חזן קראי, אבל יוכל גם, אם ירצה בכך ואם יאופשר לו הדבר, להתחתן כחוק בטכס דתי דבני במשרד הרבנות. והוא הדין בנוגע לגירושי הקראי או בנוגע למשפטי האישות שלו. כל זה כדי להקל על התמוגותם של היהודים הקראים בקרב היהודים הרבניים.

הצעתי היא, איפוא, כי הכנסת תחוק חוק בשם "שיפוט בתי דין קראים (נישואין וגירושין...)" בהתאם לנוסח דלקמן:

חוק שיפוט בתי דין קראים (נישואין וגירושין...)

סעיף 1 בחוק זה יהיו למונחים הבאים המובנים האמורים בצידם. "ענייני נישואין וגירושין" — כולל: הצהרת קיום נישואין, ביטול נישואין, החזרת חיי אישות, תביעת גירושין, מזונות אגב גירושין, החזקת ילדים ומזונותיהם אגב גירושין, כפיית גט, הצהרת כשרותו ופסלותו של הגט, הסכמי גירושין, החזרת נדוניה.

סעיף 2 ענייני נישואין וגירושין של יהודים קראים בישראל יהיו בשיפוט של בית דין יהודי קראי, אלא אם כן הסכימו בני הזוג להתדיין בפני בית דין רבני, כי אז תהיה הסמכות בידי בית דין זה.

סעיף 3 נישואין וגירושין של יהודים קראיים בישראל יהיו בעלי תוקף

אם נערכו על פי דיני הקראים, או על פי ההלכה הרבנית לאחר ששני בני הזוג הסכימו לכך. הצהרת בני הזוג כי הם שניהם קראים תסמיך את הרשויות הקראיות לערוך את נישואיהם וגירושיהם של בני הזוג*.

סעיף 4 ציווה בית דין קראי או בית דין רבני מוסמך לפי סעיף 2 של חוק זה בפסק דין סופי לכפות את הבעל ליתן גט לאשתו או לכפות את האשה לקבל גט מבעלה, רשאי בית המשפט המחוזי, כתום שישה חדשים מיום מתן הצו, לפי בקשת היועץ המשפטי לממשלה, לכפות במאסר לציית לצו.

סעיף 5 מוקנה בזה תוקף חוקי למפרע לכל פעולות הנישואין וגירושין שנעשו על ידי רשויות קראיות לפני תחילת תוקפו של חוק זה**.

סעיף 6 כל ענייני המעמד האישי של יהודים קראים בישראל, פרט לאלה שהוזכרו בסעיף 2 של החוק, יהיו בסמכותו של בית המשפט המחוזי, שיהא רשאי להחיל עליהם את הדין הקראי.

סעיף 7 תוקפו של חוק זה עד עבור ארבע שנים מיום קבלתו בכנסת.

הגבלת תוקפו של החוק:

תחילה עלה בדעתי להציע הצעת-חוק זו ללא כל הגבלה בזמן, כדרך כל החוקים שנועדו להתקבל בכנסת. ברם, לאחר שיקולים נוספים ושיחות מרובות עם החברים שוכנעתי בכך, כי בהתחשב עם החידוש הרב — המהפכני כמעט — שחוק זה מכניס לתוך חיי היהודים הקראים; ובהעלותנו על לב את רוח האחדות הלאומית שנתעוררה והקיפה את העם, בארץ ובגולה, כתוצאה מן המאורעות ההיסטוריים הכבירים, שהתרחשו בזמן האחרון, מן הראוי שלא לקבוע מסמרות יותר מדי חזקים בחוק זה, ולקנות לכך כי בעתיד הלא רחוק ייערה עלינו רוח ממרום שיפיל את כל המחיצות החוצצות בינינו לבין אחינו הקראים.

לא יכולנו לדחות או להשהות את קבלת החוק, כי הצרכים המחייבים אותנו הם יותר מדי חיוניים ודחופים. אבל יכולנו ליצור את האפשרות, כי כעבור תקופה מסויימת ייבדק הדבר מחדש לאור הנסיון שהצטבר, ויוחלט אם לקיים את החוק להבא ואם אין.

מטעם זה הכנסתי בסופו של החוק את הסעיף המגביל את תוקפו למשך ארבע שנים מיום קבלתו בכנסת.

* הנחיצות בהוראה זו מקורה בכך, שהקראים חוששים מפני מנין נפשות, "צנ" סוס", בגלל המגיפה שבאה על ישראל בשל המפקד שערך דוד המלך (ראה שמואל ב' פרק כ"ד).

** הוראה זו באה להכשיר את הטכסים הקראיים שנעשו ללא יסוד חוקי לפני החוק הזה.

ההצעה שהוצעה בחוות דעת זו פותרת, לדעתו, כליל את צרור הבעיות הכרוכות בנישואין וגירושין האינטרה־קראיים. היא אינה מעלה ארוכה לשאלת הנישואין המעורבים בין קראים ורבניים. נוכח עמדתה הברורה של הרבנות הראשית, כפי שנתבארה בסעיף 12 לעיל, אין לשאלה זו פיתרון כלל, לא מבחינה הלכתית ולא מבחינה משפטית. נאמד לנו מפי עדים שונים כי מעשים בכל יום שקראים ורבניים מתחתנים זה בזה תוך העלמת מוצאו של הצד הקראי. יתכן שזה נכון, ויתכן שאיננו נכון, אך הוועדה, כמובן, לא תמליץ על "נישואי סתר" כאלה. נחמה פורתא יש בכך שבעיה זו אינה "בת יחידה" במשפט האישות הקיים במדינה, ואותו "תשבי" שיתרץ את "אחיותיה", האיבעיות האחרות, יתרץ גם איבעיא זו.

פרופ' משה זילברג

מ"מ נשיא בית המשפט העליון
יו"ר הוועדה לבדיקת המעמד
האישי של הקראים

לאחר ש"באין כאחד" יצא לאור, נתפרסם ספרו של ד"ר מיכאל קוריןלדי "המעמד האישי של הקראים" (הוצאת ראובן מס, ירושלים, תשמ"ד—1984). בנספח ב' שבאותו מחקר מובאת חוות־הדעת במלואה, ובעמ' 226 מצויות הערות המחבר, מס' 2 ו־3, לאמור:

"2. החלק העיקרי של חוות הדעת, שנכתב ע"י הוועדה, פרופ' מ' זילברג ז"ל, מי שהיה מ"מ נשיא בית המשפט העליון, הופיע בדפוס לראשונה בקובץ מאמדיו באין כאחד (ירושלים, תשמ"ב) עמ' 291—304. בקובץ הנ"ל לא נכללו הנימוקים הנפרדים שניתנו ע"י חברי אחרים בוועדה (חברי כנסת ג' האוונר, י' ישעיהו וא' תלמי ופרופ' ח"ה בן ששון) וכן חסרות בנוסח שבקובץ (עמ' 303) שתי הערות מגוף חוות הדעת של מ' זילברג. נספח זה כולל את חוות הדעת בשלמותה לרבות הנימוקים הנפרדים הנ"ל ו'חוות דעת יחיד' של ח"ה בן ששון, בצירוף הערות אחרות.

יש לציין עוד כי הערת עורכי הקובץ כי 'חוות דעת זו נתקבלה על דעת כל חברי הוועדה... ' (שם, עמ' 291) בטעות יסודה שכן ח"ה בן ששון הציע בחוות דעתו הנפרדת 'להחזיר את הבעיה אל שר הדתות ללא כל פתרון שיהא בו אך נוק ובכיה לדורות' (ראה עמ' 245 להלן), וח"כ י' ישעיהו הציע תיקון לתוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין) תשי"ג—1953 במקום חוק נפרד כהצעת יו"ר הוועדה וראה עמ' 249 להלן).

3. בנוסף חוות הדעת שפורסם בקובץ באין כאחד לא צוין כלל האריך חוות הדעת, שהוא 'אלול תשכ"ו (11/8/67) כמצוין בשולי חוות הדעת".
תורת המלכה"ד נתונה לד"ר קוריןלדי על הערוחיו ועל הרשות שנתן להביאן בקובץ זה.

שער שלישי

פסקים ופיסות פסקים

צ ב י ט ד ל ו

קולו של משה זילברג

משה זילברג בא בשערי בית-המשפט העליון על-פי מינוי זמני שניתן ביום ו' בכסלו תש"ט והוא או כבן מ"ח. מאחוריו — כהונה בת חודשים אחדים בבית המשפט המחוזי של תל-אביב, אך באמתחתו ניסיון רב-שנים בתחומים העיוניים והמעשיים של עולם המשפט, כעורך-דין מחונן, כמושך בשבט סופר בעיתונות העברית במשך עשרים שנה לערך, וכמרצה מבוקש בנושאי יהדות ואנושיות ובענייני-חוק. היו אלה שניים שנקראו בשנת תש"ט אל בית-המשפט העליון לכהן בו כשופטים נוספים: מוריגו, הנשיא-לשעבר של בית-המשפט העליון, השופט שמעון אגרנט יבל"א, ומשה זילברג ז"ל. האגדה מספרת שכעבור חודשים ספורים שאל מאן דהוא את אחד מאחיהם הדגולים לכס-המשפט, השופט ש"ז חשין נ"ע (לימים ממלא-מקום קבוע לנשיא בית-המשפט העליון) איך נקלטו השניים בתפקידם, והוא השיב: "תמידים — כסידרם, ומוספים — כהילכתם".

בשנת תש"י, לקראת סוף עונת המשפטים, נתמנה זילברג מינוי של קבוע, ועוד עשרים שנה כיהן עד שמלאו לו ע' שנים — הוא גיל הפרישה הקבוע בחוק, ואז נטש את כס-המשפט, והוא ממלא-מקום קבוע לנשיא בית-המשפט העליון. משפרש מן השפיטה ועד אשר חלה בחוליו האחרון, לא שבת מפעילותו כמשפטן. דבריו נתפרסמו ברבים במאמרים ובראיונות בכתבי-עת מקצועיים וכלליים ובעיתונות היומית, והם, ככתובין שלו מתקופות קודמות, כלולים באסופה זאת. ביום ט' באלול תשל"ה נפטר משה זילברג לבית-עולמו, והוא כבן שבעים וחמש שנים.

פסקי-הדין אשר בכתבתם נטל זילברג חלק במשך כעשרים שנה כלולים בקובץ פסקי-הדין של בית-המשפט העליון ומשפטנים שוקלים וטורים בהם דבר יום ביומו. למשכילים שאינם משפטנים לוקט כאן מעט מן המרובה. נקדים ונאמר כי בלקט זה אין משום תמונה שלימה, וזאת בשל שלוש בחינות שונות: ראשית, האיסוף נעשה לפי אמת-מידה אחת בלבד — הובאו דברים שעל-פי סברתנו יהיה בהם עניין למשכילים שזרחי ספר. לפיכך לא נכללו דברים שהיה בהם לרתק שימת-הלב של משפטנים, אך בשל אופיים המקצועי-טכני זרים הם למי שאינם-כאלה. עקב זאת התמונה הכללית המצ-

טיירת מן המכלול אינה משקפת עד תום את המיגוון הרחב של הנושאים המשפטיים שזילברג הטביע עליהם את חותמו. זאת ועוד אחרת: בשל אמת-המידה האמורה מדוברות בלקט זה המובאות וחוות הדעת מתחום היחסים שבין הפרט לבין המדינה, ומתחום המגע — וההתנגשות — שבין תפיסה משפטית הגשענת על הדין הדתי, לבין זו שיסורותיה נעוצים במשפט החילוני. נושאים אלה מעוררים, מטבעם, עניין רב בקרב הציבור כולו, להבדיל מדיונים שבממוק, מקרקעין, שטרות ודומיהם מתחום היחסים שבין אדם לחברו. זילברג הגדיל עשות גם באלה, אלא שעשייה זאת לא יכולה היתה למצוא ביטוי מספיק בלקט זה.

שנית, פסקי-דין רבים ניתנים בבית-המשפט העליון מאז ומתמיד, כמעשה-קיבוצי של מותב השופטים היושב לדין במשפט זה או אחר, ובמהדורה המודפסת של פסקי-הדין יצוינו כל חברי המותב כמחברי הפסק. ברור שבפסק-דין כזה אי-אפשר לזהות פלוני מבין השופטים כמי שכתב את הפסק; תרומתו של כל אחד מהם מתמוגת למיקשה אחת עם תרומותיהם של עמיתיו. זילברג חתום על פסקי-דין רבים כאלה, והידוע ביניהם ניתן בערעורו של אייכמן נגד היועץ המשפטי לממשלה.¹ לכן לא ניתן לייחס לזילברג, אישית, חלק זה או אחר בפסקי-הדין שניתנו כמעשה-קיבוצי של המותב.

ושלישית — הבאת קטעים מתוך פסק-דין (כמוה כהבאת חוות-דעת שלימה של שופט אחד מבין חוות דעת אחדות של מספר שופטים בעוד כולן יחד מהוות את פסק-הדין) צופנת בחובה סכנה של הטעיה: הקורא, שאיננו משפטן, עלול להסיק כי מובאה או חוות-דעת, זו או אחרת, שבלקט זה משקפת דעתו של בית-המשפט העליון; קרי — שהיא בגדר הלכה מחייבת. ואילו האמת היא שרבים הם הקטעים שבלקט, אשר אינם הלכה מחייבת.

לשם הבנת העניין לאשורו, צריך לתאר את דרכו של בית המשפט העליון בכתיבת פסקי-דין: במותב בית-המשפט השומע ערעור, או עתירה, בעניין כל שהוא, יושבים ברגיל שלושה שופטים, ובמקרים מסויימים — מספר גדול יותר, ובלבד שהוא בלתי-זוגי. לאחר שמיעת הצדדים יש שניתן פסקי-דין כ"מעשה קיבוצי" של המותב, כמבואר לעיל. ואילו במקרים אחרים כותב אחד מן השופטים שבמותב חוות-דעת, וחבריו מצטרפים אליה במילות הסכמה בלבד (או תוך הוספת הערות משלהם) בלי להסתייג מן ההנמקה של מחבר חוות-הדעת הראשונה; זהו, אם כן, פסקי-הדין שניתן פה אחר, הן מבחינת

1 ע"פ 336/61 — פ"ד ט"ז 2033.

התוצאה — דהיינו מי מבין שני הצדדים הוא הווכח בדין — והן מבחינת ההנמקה. אולם יש ששופט אחד, או יותר, מבין חברי המותב, מסכים לתוצאה אך כותב חוות דעת נפרדת ובה הנמקה משלו; ויקרה שהשופט השלישי יעלה אף הוא טעמים משלו; במקרה זה, תהיה אמנם התוצאה אחת, אך יהיו לה הנמקות שונות. שכיח הוא שיש חוות-דעת של רוב ויש חוות-דעת של מיעוט לגבי התוצאה ולגבי ההנמקה גם יחד, או לגבי ההנמקה בלבד.

בין המובאות ובין חוות-הדעת השלימות שהבאנו כאן, רבות אלה שבהן היתה דעתו של זילברג דעת-מיעוט; יש שדעתו היתה דעת מיעוט לגבי התוצאה ולגבי ההנמקה גם יחד, ויש שלגבי ההנמקה בלבד; היו מהן שהשופטים האחרים הסתייגו מדעתו בלשון מפורשת, והיו מהן שהסתייגות משתמעת מן הנימוקים שניתנו. מוקידי זכרו של זילברג, החברים בהנהלת קרן-המחקר הנושאת את שמו, סמכו ידיהם על בחירתן של חמש חוות-הדעת שהובאו במלואן בלקט שלפנינו.

עיון בפסקי דין הללו מעלה נתונים אלה: בעניין ברמן נגד שר הפנים² ניתן פסקי-הדין פה אחד באשר לתוצאה, וברוב דעות, כדעת זילברג, מבחינת ההנמקה. בעניין רופאיינו נגד שר הפנים³ תמכו שלושת שופטי הרוב בדעתו של זילברג, הן מבחינת התוצאה והן מבחינת ההנמקה, לעומת שני שופטי המיעוט שחלקו עליהם משתי הבחינות. בעניין יוראמקס נגד מדינת ישראל⁴ חוות-דעתו של זילברג היא דעת-מיעוט, הן באשר לתוצאה והן באשר להנמקה. בעניין שליט נגד שר הפנים⁵ ניתנו תשע חוות-דעת נפרדות. השופט זילברג נמנה עם ארבעת שופטי-המיעוט מבחינת התוצאה, ובהנמקתו יש שוני לעומת נימוקיהם של שופטי-המיעוט האחרים. ובעניין החוגים הלאומיים נגד שר המשטרה⁶ — הוא פסקי-הדין האחרון שזילברג נטל חלק בו — מנה המותב חמישה שופטים וניתנו חמש חוות-דעת נפרדות שהגיעו לתוצאה וזהה, אך בהנמקות שונות, חלקן משותפות לאחדות מחוות-הדעת, וחלקן לא משותפות. הוזה אומר כי לאורך חלקים שונים — וחשובים — של דרכו כשופט, מצא זילברג שותפים למסקנותיו ולנימוקיו בין עמיתיו שעל כס המשפט, אולם בגורות אחרות של אותה דרך מצא עצמו במיעוט, ולעיתים — אף נותר יחיד

2 בג"צ 3/58 — פ"ד יב 1493. ראה עמ' 362 להלן.

3 בג"צ 72/62 — פ"ד ט"ו 2428. ראה עמ' 381 להלן.

4 ע"פ 217/68 — פ"ד כ"ב (2) 343. ראה עמ' 391 להלן.

5 בג"צ 58/68 — פ"ד כ"ג (2) 477. ראה עמ' 404 להלן.

6 בג"צ 222/68 — פ"ד כ"ד (2) 141. ראה עמ' 418 להלן.

בדעתו. לרוב נוצר מצב זה כאשר עמיתיו לא היו מוכנים לקבל את גישתו בעניינים מסויימים שבתחום המחלוקת בענייני "דת ומדינה", וזאת מתוך שיקולים כבדי-משקל הנשענים על תפיסות שונות משלו, ולא לנו להביע דעה על "מחלוקת-אדירים" אלה.

הקורא המבקש לדעת אם מובאה פלונית שבלקט משקפת את הדין המחייב במדינת ישראל, חייב איפוא לטרוח ולקרוא את כל פסק-הדין כמו שפורסם בקובץ פסקי-הדין של בית-המשפט העליון. הוא יאתר אותו בנקל על-פי מראה-המקום המצויין בסוף כל מובאה ומובאה, נוסף לתאריך מתן פסק-הדין. אכן מיטבו של זילברג איננו תמיד בבואה של המשפט המחייב במדינה, אך הוא מבטא נאמנה את תפיסתו המשפטית של זילברג, בלשונו שלו, ומעלה דיוקן אשר בו נוצקו יחד, ובאין מפריד, סגולותיו ותכונותיו כאדם, כיהודי מאמין, כציוני וכחכם המשפט. הדברים שלהלן אין בהם יומרה להעריך את פועלו כשופט, ואינם אלא ניסיון להעלות קווים אחרים ליצירתו המשפטית. זילברג ידע לשונות הרבה והיה בן-בית במערכות-המשפט הקדומות והחד-שות, של אומות ומדינות שונות. הוא ידע לדלות את הדרוש לו מן המשפט הרומי לדורותיו, מן הדין הגרמני העתיק והמאוחר, ומ"קוד גפוליאון", כמו מן המשפט המקובל, מדיני הוישר, מן החקיקה ומהפסיקה של הארצות שבהן דוברים אנגלית.⁷ אך מעל הכל עמדה לו, במרכז חייו, כמשפטן המורה הלכה לרבים באוניברסיטה ובמוקד פעילותו כשופט, בקיאותו העצומה בכל מיכמני המשפט העברי, זו החכמה האלוהית והלאומית שנות אלפיים, אשר מתוכה צמחה הכרתו העמוקה ונחרצת כי אין לפנינו ברירה אחרת "בלתי אם לשוב אל המשפט העברי"⁸, זה המשפט ש"אין לו בסיס מוצק אלא אחד, והוא: הקונצפציה המוסרית המשותפת של כל יחידי האומה"⁹. שואל זילברג ומשיב: "הישנה אפשרות ממשית בידינו לערוך קודכס עברי חדש, מתאים לצרכים המודרניים של יהודי בן הדור? התשובה לכך היא, לדעתי, יש ויש! הנחה אחת עלינו להניח מראש, כדי לראות את הענין באספקלריא הנכונה: קודכס זה לא יהא בחינת 'קיצור שולחן ערוך' והוא אף לא יתבע לעצמו את הסמכות המוסרית-הדתית, המקודשת — של הקודיפיקאציות הקיימות. זאת תהיה יצירה אורחית-חילונית שתקבל ככל האפשר, את העקרונות היסודיים של המשפט

7 ע"א 208/51 — הקר 1 ברש — פ"ד ח' 566.

8 משה זילברג, כך דרכו של תלמוד, ירושלים תשכ"ד (1964), עמ' 115: ציטוט מאמרו "המשפט במדינה העברית" — בספר זה בכותר אחר בעמוד 204.

9 "כך דרכו של תלמוד", עמ' 90.

העברי, תוך הסתייגות מפורשת מן המסקנות הארכאיות שנערמו עליהם. התפקיד יהיה: לבור את הבר; לקרב ולקיים את המחובר לחיים עננה, ולרחק ולרחוק את הנטיעות היבשות שנצטמקו ונידלדלו במשך הדורות. לשון אחרת, ציורית במקצת: לשפוך את היין שהחמיץ, ולשמור את החבית על מנת למלאה יין חדש, שיתבשם מריחה הספוג, ויהיה ריחו וטעמו כריחו וטעמו של היין הישן. זו היא שאלה של טעם — אין ספק! — של חוש היסטורי וחוש מציאותי כאחד, זיקה למסורת וזיקה לחיים, אותה סינטיזה ממש שאנו עומדים בפניה, ופותרים אותה, יום יום, בכל ענפי התרבות של חיינו המחודשים"¹⁰.

עקרונות אלה גיבש זילברג לעצמו במשך שנים רבות לפני קום המדינה, והעלה אותם על הכתב, בפירוטמים שונים בכתבי-עת ובעיתונות היומית. פירוטם המלא ועיצובם השלם מצוי בחיבורו המזהיר "כך דרכו של תלמוד", שראה אור בשנת תשכ"א (1961).

זילברג התיאורטיקן לא אבה להמתין עד שיבוא המחוקק ויטפל ב"קודי-פיקאציה" המיוחלת. הוא גייס לשירות הרעיון הזה את זילברג השופט. מכאן מאמציו הבלתי-גלאים — בתוך הגבולין שהציב לעצמו — למצוא, כל אימת שהעניין יאה לכך, נקודות-אחיזה במשפט העברי. שימת-לב מיוחדת הקדיש למתן פירוש לחוקים מפרי עטו של המחוקק הישראלי, שיעלה בקנה אחד עם הדין העברי, וכצורך אמון הוא משבץ בפסקי-דינו אבני-יקר של המשפט העברי. הדברים אמורים הן בנושאים שבהם המשפט העברי הוא משפט-המדינה וערכאות השפיטה נוהגות על-פיו — כדיני גישואין וגירושין של יהודים תושבי ישראל; הן בסוגיות של "דת ומדינה", אשר החלת המשפט העברי עליהן שנויה במחלוקת חריפה, גם בקרב הציבור וגם בין המשפטנים, כגון הגדרת "יהודי", גישואין "פרטיים", בעיית הידועה בציבור, גבולות סמכותם של בתי-הדין הרבניים או תפילת יהודים על הר-הבית; והן בתחומים רבים אחרים במשפט הציבורי ובמשפט שבין אדם לחבירו, החל ביסודות המשפט, המשך בדיני העונשין, וכלה בסוגיות שבדיני ממונות.

זילברג, הרואה במשפט העברי את המשפט הלאומי של העם היהודי, אכן עושה לבניית המשפט של מדינת-היהודים על אדני המשפט העברי. אולם גישתו הבסיסית לא גרעה כהוא זה מתפיסתו את תפקידו השיפוטי כמפרש של החוק — להבדיל מיוצרו של החוק, כמי שכפוף בכל לקביעותיו של המחוקק, ואיננו בן חורין להרהר אחרי מידותיו. ודברו — חד משמעי:

10 "כך דרכו של תלמוד", עמ' 156 (המשך המאמר הנזכר בהערה 8 לעיל).

"על אף משאלתו הנמרצת של בא-כוח המבקשים, לא נגעת אף נגיעה קלה בשאלה, מה טיבו וטובתו של חוק שיפוט בתי-דין רבניים, אם רצוי הוא או כפוי, מועיל או מזיק לחיי האזרח היהודי. סבור אני כי כשופט מדינה, היושב על מדין, מוטב שאמנע עצמי מליטול חלק בוויכוח האידאולוגי ההוא. לצורך פסק-דין זה די לי בכך, שהוראות החוק ניתנו על-ידי המחוקק הדיבונני של מדינת ישראל, ואוי לה למדינה המרשה לחבל באתר מחוקקה, כי התוצאה תהיה אנארכיה וזלזול בכל חוקי המדינה"¹¹. אולם "כשמשמעותו של החוק איננה ברורה, או כשמשונו משתמעת לשתי פנים ויותר, מותר לו" — לשופט — "ואף חייב הוא להיכנס לפנים מן הקלעים ולחור אחרי כל נקודת אחיזה — משפטית, היסטורית, כלכלית, ביטחונית, בלשנית וכד' — שיש בה כדי לגלות או להצביע על רצונו הכמוס של המחוקק"¹².

בדרכו אל משפט ישראלי מקורי חתר זילברג השופט להשתחרר ממורשת המשפט האנגלי, שעל יסודותיה נתהווה המשפט של ארץ-ישראל בימי המאנדאט. הוא ביקש למנוע היווצרות משפט שיהיה, כלשונו "לא משפט אנגלי ולא משפט ישראלי, אלא משפט מעורב ומורכב שהוא מפלגא ולתתא אנגלי, מפלגא ולעילא ישראלי — שני פלגים זרי צורה ותוכן, שלעולם לא יתמזגו לגוף שלם אחד. מדינת ישראל תהיה המדינה היחידה בעולם שבה ישמשו שני מלכים בכתר אחד, ולא בזה אחר זה, או זה על-יד זה, אלא בעירבוביא — מין אוניקום משפטי שימשש אטראקציה לגויים בשל הזרות והמוזרות שבו"¹³. בפרט נאבק נגד ההיוקקות לפסיקה האנגלית לשם פירוש החוקים שיצאו מלפני המחוקק הישראלי, ולא חסך שבטו מן הגורסים אחרת¹⁴. במרוצת השנים נעשה הרבה למילוי מאווייו של זילברג ב"חזית" זו: ניקווה מאגר גדול ועשיר של פסיקה ישראלית, נכתבו ספרי משפט חשובים ובציידם שפע של מאמרים בכתבי עת אקאדמיים ומקצועיים שבהם חידושים רבים ואשר אינם נוהים אחרי המסורת האנגלו-אמריקנית דווקא, ובכלל אלה כמובן קיימת ועומדת תרומתו של זילברג עצמו בכל סוגי היצירה-שכתב שצויינו לעיל. כך הלכו ורבו הנושאים שבהם אין נזקקים יותר לפסיקה של בתי-המשפט באנגליה. זאת ועוד אחרת: לא אחת יוצאת הלכה מלפני בית-

11 בג"צ 80/63 — גורפינקל נ' שר הפנים — פ"ד י"ז 2048, 2067. ראה עמ' 341—342 להלן; וראה גם ד"נ 3/62 — הערה מס' 12 לקמן.

12 ד"נ 3/62 — שר הפנים נ' מוסא — פ"ד ט"ו 2467, 2470—2471. ראה להלן עמ' 315.

13 "כך דרכו של תלמוד", עמ' 152.

14 בג"צ 163/67 — לובין נ' עידית ת"א-יפו — פ"ד י"ג 1041, 1065. ד' עמ' 316—317.

המשפט העליון המקדימה במספר שנים את ההתפתחויות במשפט האנגלי¹⁵. אף המחוקק החל לפעול לניחוק הזיקה למשפט האנגלי, משהחליף פרקים מרכזיים בדיני החוזים — שהיו תערובת של חקיקה עות'מאנית ומשפט אנגלי — בחקיקה ישראלית חדשה¹⁶.

תוחלתו של זילברג כי המשפט הישראלי ייכון על אשיות המשפט העברי, מצאה גם מצאה לה תומכים בכל שלוש הרשויות שבמדינה: זילברג לא היה יחידי בזמנו בהזרמת עקדונות המשפט העברי באפיקי הפסיקה, וגם אחדיו יש שופטים הנוהגים להשתית פסיקתם על דיני ישראל, ככל שהדבר ניתן. אין כדך בקובץ פסקי-הדין של בית המשפט העליון שאין בו פסקי-דין אשר דברי-תורה שזורים בהם. מחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים עושה לשילוב יסודי המשפט העברי בחקיקה החדשה, הן בשלב הכנת הצעת-החוק לפני שהיא מוגשת לכנסת, והן בשלב הדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת, ופעולה זאת נושאת פרייה בחוקים המתקבלים בכנסת.

והנה, לעת האחרונה, עשה המחוקק מעשה ובחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980¹⁷ לא רק ניתק מכאן ולהבא את מוסדות הזיקה למשפט האנגלי¹⁸, אלא הורה, בסעיף 1, שאם "ראה בית-המשפט שאלה משפטיות הטעונה הכרעה ולא מצא לה תשובה ברבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל".

קולו של זילברג לא היה, איפוא, "קול קורא במרבר", ותקוותו מוסיפה להדהד באולמות בתי-המשפט, בלשכות העוסקים בהכנת הצעות-החוק, בהיכלו של המחוקק ובין כתליהם של בתי-האולפנא הגבוהים; ימים יגידו אם וכיצד תוגשם.

15 דוגמה בולטת הוא פסק-דינו של זילברג עצמו ב"בג"צ 3/58 — הערה מס' 2 לעיל: השווה עם ההלכה שנפסקה באנגליה חמש שנים לאחר מכן: Ridge v. Baldwin (1963) A.C. 40.

16 מתחילת שנות השבעים ואילך נקט המחוקק שיטה של קביעת הוראה בחוקי-החוזים כי "בעניינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922—1947" — הוא הדין המורה על הזיקה למשפט האנגלי: סעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970; ס' 63 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973; סעיף 10 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974. ספר החוקים תש"ם, עמ' 163; הצעת החוק ודברי-ההסבר פורסמו בהצעות-חוק תשי"ח, עמ' 290.

18 כהוראת סעיף 2 (א) לחוק יסודות המשפט, זולת המשפט שנקלט בארץ לפני תחילתו של חוק זה: סעיף 2 (ב).

א. יסודות המשפט

דיני פרשנות

מה יעשה השופט ולא יחטא. בעמדו מול הוראת-חוק הגוררת אחריה תוצאה קיצונית, אשר לדעתו — אין הדעת סובלתה? המותר לו, במקרה חירום זה, לעקם את הכתוב ולהוריד את תחולת החוק עד לשיעור הראציונאלי שבו — ראציונאלי, לדעת השופט — או דילמא חייב הוא לומר: "יבוא בעל הכרם ויכלה את קוציו", אך עד שלא עשה כן, חייב אני להחיל את החוק כמות שהוא, ללא כל גירוע או ייתור?

בעיני ברור הדבר, כי מן הדין והחובה הוא ללכת בדרך השנייה. לא באתי לכפור חלילה בסמכותו הפרשנית של השופט. ודאי! כאשר משמעותו של החוק אינה ברורה, או שלשונו משתמעת לשתי פנים ויותר, מותר לו, ואף חייב הוא להיכנס לפנים מן הקלעים, ולתור אחרי כל נקודת אחיזה — משפטית, היסטורית, כלכלית, בטחונית, בלשנית וכד' — שיש בה כדי לגלות או להצביע על רצונו הכמוס של המחוקק. ברם, אם לאחר כל אותה חקירה ורדישה מגיע השופט לידי מסקנה, כי אכן זו היא, זו ולא אחרת, כוונתו של המחוקק, אזי אף השיקול ההגיוני ביותר אינו משמש לו היתר לעבור על החוק. שאם לא ינהג כן — עשויה הזרוע השיפוטית של המדינה להתנשא על הזרוע המחוקקת שלה, ולערער את שיווי המשקל של השילוש הקיים בכל מדינה דימוקרטית, נאורה, עקב חלוקת הרשויות.

ואף גם זאת: בל נשכח, כי תורת המשפט וחוקיה אינם ממדעי הטבע המדויקים, בהם האינטלקט הוא הקובע בלעדית מה היא המציאות הנכונה. בתחום המשפט, המצוי הוא תולדה של הרצוי; והרצוי אף הוא איננו יתום; הוא מוסב ומונע ומודרך על-ידי שיקולים תועלתיים, היינו: ההגנה על אינטרסים, שהחברה, בצדק או שלא בצדק, חפצה ביקרם. ואם השופט ירשה לבכר את "הרצוי" הפרטי שלו על פני "הרצוי" של המחוקק, אזי יקיץ הקץ על נייטראליותם, העדר-פנייתם ועל-מפלגתיותם של שופטי המדינה. הדין ייהפך אז ל"פונקציה" של הדין, זאת אומרת: החלטותיו השיפוטיות תהיינה פועל-יוצא ומסובב של ההשקפות האישיות-פרטיות שיש לו, לאותו שופט, באשר הוא אדם, בענייני משטר, מעמד, פוליטיקה, מוסר,

תרבות, חינוך וכל כיוצא בזה. קיימת רק ערובה אחת לטוהר שיפוטו של השופט, והיא: כניעתו הגמורה לרצונו הברור של החוק.
ד"נ 3/62 — שר הפנים נ' ג'מאל נגיב מוסא — פ"ד ט"ו 2467, 2470—2471 (30.10.62)

מתרצות בלבן של השופט שתי נטיות סותרות זו את זו: מצד אחד מרגיש הוא חובה קדושה לקיים את מצוות החוק, ושלא לעשותו פלסטר; לכן הוא צד לו צורה וממלא אותו תוכן הגיוני, ואם לא הגיוני — לפחות אפשרי ובר-קיימא. מאידך גיסא, חזקה עליו חובה אחרת שלא לחרוג מתחומי סמכותו ושלא להתעטף בטלית של מחוקק. שהרי ביחסו לחוק, כדי לאפשר את קיומו, כוונה שהמחוקק גופו מעולם לא העלה על לבו, נמצא שהשופט הוא שיצר את החוק ולא המחוקק הריבוני, וכן לא ייעשה במקומו — ארצות שילוש הרשויות.

ואם כן — נשאלת השאלה — מה יעשה השופט ולא יחטא, לא לחובה האחת ולא לחובה האחרת? על כך אין תשובה ברורה ומוגדרת, כי אחרי ככלות הכל תלוי הדבר, ובמידה רבה מאור, באופיו וסגולותיו הרגשיות והאינטלקטואליות של השופט הדין בעניין. על דרך המאמר התלמודי הידוע אפשר לומר, כי מה שנדמה לשופט אחר כ"הר", כדבר שאין לשאתו, נדמה לשופט אחר כ"חוט השערה", כדבר של מה בכך, ומכאן חילוקי הרעות המתגלעים לעיתים קרובות בין השופטים השונים, בבואם להחיל על המקרה הקונקרטי אחד מכללי פרשנות החוקים.

בג"צ 188/63 — בצול ואח' נ' שר הפנים ואח' — פ"ד י"ט 337(1), 346 (10.2.65)

*

נתגלגלה ליריניו — אגב דיון זה — הזכות והחובה לחוות דעה על אחת הבעיות הכאובות המנסרות בתלל עולמנו. לא במהרה תודמן לנו הזדמנות נאותה שכזאת.

ובכן: הגיע הזמן לכלות קוצים מן הכרם שלנו. כוונתי לקוצי כלאי הכרם הבאים מהרכבה בלתי-טבעית של תחיקה ישראלית ופרשנות אנגלית. יען וביען שאם תותר הרצועה, עתידים גלי הפרשנות הזדה להציף ולגרוף את ניצני תחיקתנו הצעירה, הבאה לצוד צורה ולקבוע דפוסים ישראליים לחיי הארץ הזאת. דעתי היא, כי כאשר המחוקק הישראלי הוגה רעיון מקורי, ואינו רק מתקן או מתאם, בשפת עבר, רעיונות שהגו קודמיו בלשון עם לועז, חובה עלינו לפרש חוק ישראלי זה מתוכו הוא ומתכנו הוא, ולא לשעבר אותו

לפרשנות ופירושים שגדלו בשדות אחרים. כי אחרת — לא נגיע לעולם למחשבה עצמאית, אלא נמשיך ליצור כאן יצירה משפטית היברידיית, שיש בה מן הכל ואין לה מדרגמה ולא כלום.

ואם הרברים עד כה לא היו ברורים כל צרכם, באו "משפטי החזיר" והפיצו אור בהיר עליהם. ראינו כן ראינו לאיזה סירוסים וסילופים נגיע אם ניענה לטענות שנטענו, ונלביש לו, לחוק ההסמכה הישראלי, את מחלצות הפרשנות הזדה. יופיע לפנינו חזיר שאין תוכו ככרו, אלא חציו טמא וחציו טהור, לפי קווי חלוקה זו או אחרת, ורק ניתוח מדויק, משפטי או פילולוגי, של השם האנגלי meat, או היקש לשוני מחברו הרוסי "מיאסו", יצליח לגלות את החלקים האסורים שבו. במקום ה"טרופאי דמערבא" יבואו הטרופאי של המילונים השונים, ולו יהא אפילו ספר מלים, לשוני-חילוני, של השפה העברית. מתריע אני בזה לא רק על האבסורד שבתוצאה, אלא גם, ובעיקר, על האינקונגרואנציה הפרשנית, הבאה להגדיר חוק בעל משמעות דתית-לאומית מובהקת באמצעות "עבודה זרה" של אינטרפרטציה נוכרית.

ומכאן מודעא רבה גם לתרכבות-כלאים אחרות, לא כל כך "מרפסן אגרי" כמו במקרה שלפנינו. כי אותו "חמר-גמל" יופיע תמיד, בהריפות עולה ויורדת, מדי בואנו לזווג זה בזה יצירי מחוקקים שונים. יש אומרים, כי התנוונותו של המשפט הרומאי ב"אימפריה הרומית הקדושה של האומה הגרמנית", לא היתה אלא פועל-ייצא הכרחי ממויגה היתירונית שכזאת.

בג"צ 163/57 — לובין נ' עירית תל-אביב-יפו — פ"ד י"ב 1041, 1065 (13.7.78)

לגבי פירושו של חוק, יש ששתיקתו של המחוקק יפה מדיבורו, או לפחות יפה כדיבורו, ואם הוא נמנע מקבוע הלכה, מקום שהיה צריך או יכול לעשות כן, הרי שתיקתו זו מדברת בעדה. ואומרת לנו בפה מלא, מה היתה עמדתו כלפי השאלה הנדונה.

ע"א 167/47 — מינקוביץ נ' פישצנר — פ"ד ב' 39, 42—43 (20.1.49)

מן הבחינה המשפטית המעשית. המחוקק, בדרך כלל, אינו מחבב חוקים רטרואקטיביים (או: "רטרוספקטיביים"), ונפשו סולדת בהם. אך ההכרח לא יגונה, כמאמר החכם הידוע, ויש, לפעמים, כי הוא נאלץ לנהוג כן. במקרה כזה שומה על פרשני החוק, לצמצם ככל האפשר את מידת הרטרואקטיביות

שבו, ולהעמידה על שיעור הגיוני ומתקבל על הדעת, כדי שלא לבלבל יתר על הנחוץ "סדרי בראשית" שהוסדרו לפני הינתנו של החוק.

בג"צ 98/53 — ציגלמן נ' ביה"ד הרבני תל-אביב ואח' — פ"ד ו' 606, 613 (3.7.53)

כוחו של תקדים

שאלה גדולה נשאלנו בערעור זה, ואנו נקלעים כאן, כאילו, בין שתי נטיות קטביות, בחינת: "אוי לי מיוצרי, אוי לי מיצדי!". מצד אחד — הנטייה המובנת, שלא לעסוק ב"שבירת הכלים", ושלא לבטל פדאקטיקה, אשר קנתה לה שביתה בתקדימים מרובים; ביחוד כאשר המדובר הוא — כמו במקרה דנן — לא בהלכה נידחת, אלא בנורמה משפטית מאד חשובה, הנתנת יום יום אותותיה בחיי האזרח, ואשר תוך הסתמכות עליה הוסדרו יחסים בני קיימא בין אדם לחברו. ביטול הלכה מעין זו היא בו, אין ספק, משום גדימת אכזבה מרה לאלה שהשליכו את יהבם, בתמימות וביושר, על תבונתם וידיעו-תיהם של הפוסקים הראשונים. מאידך גיסא, קיימת חובתו הראשונית של השופט, לשמור על גוירת הכתוב, וממילא: שלא לתת גושפנא וסמכות לתק-דים יוצא דופן — ולו יהא תקדים בעל ותק — אשר איננו מתיישב עם המלה הכתובה של החוק. שאם לא ינהג השופט כן, נמצא הוא מסגל לו עטרה שאינה הולמחו, ונוטל לעצמו איצטלא של מחוקק.

אמיתי: "אשר איננו מתיישב עם המלה הכתובה של החוק", ואני מוכן להוסיף: איננו מתיישב כלל ועיקר, ולראות בזה את קנה-המידה הנכון להכרעת השאלה. מסכים אני לכך, כי אם ישנה אפשרות כל שהיא ליישור ההדורין — כלומר: כאשר לשונו של החוק סובל את הפירוש שניתן לו בתקדימים ההם, וה"סבל" אינו רב מדי — לא ימהר בית-המשפט להפר את שיווי המשקל שנוצד, בדיעבד, בין החוק והחיים, והוא יצדיק עליו את הדין — אם ניתן להיאמד כך — גם אם הוא עצמו, מלכתחילה, היה נוטה לפרש בדרך אחרת את דברי המחוקק. ואולם כאשר האפשרות הזאת נעדרת; כאשר נראה בעליל, כי כוונתו הברורה של החוק סולפה, מדעת או שלא מדעת, על-ידי הפוסקים הראשונים, בעלי התקדימים ההם, אזי ההשקפה הנכונה היא, לדעתי, כי יפה כוח החוק מכוח התקדים, ועלינו לבער את עשבי הבר שצמחו בשדה ההלכה, עקב הפנים שגילו בה שלא כהלכה.

ע"א 150/50 — קאופמן ואח' נ' מרגינס — פ"ד ו' 1005, 1010—1011 (22.12.52)

ובל ייתלה הטוען באילן גדול של המחוקק הישראלי, אשר קבע בסעיף 33 (ב) של חוק בתי-המשפט, כי:

"הלכה שנפסקה בבית-המשפט העליון מחייבת כל בית-משפט, זולת בית-המשפט העליון".

גם הודאה זו אינה הופכת ל"נייד חלק" את הדפים שנכתבו עליהם פסקיו הקודמים של בית-המשפט העליון. הודאת סעיף 33(ב) מתידה דק במקצת את דצועת התקדים, אך אינה מבטלת אותו כליל. לא רצה המחוקק הישראלי, כי בית-המשפט העליון יהא פטור לגמרי מעול-מלכות-תקדים וכל אחד משופטיו — כתוצאה מכך — יעשה שבת לעצמו בכל אותן אלפי הלכות שנקבעו אחרי מחקר עמל וטורח על-ידי פוסקים ראשונים. חלילה לנו מנהוג כן! שאם נלך בדרך זו, הרי במרוצת הזמן ייהפך מוסד שיפוטי זה מ"בית-משפט" ל"בית שופטים", אשר כמספר חבריו כן מספר דעותיו, בכל אחת ואחת מן השאלות לאין ספור שניקרו על דרכו במהלך שיפוטו. מטרתה החשובה — אולי העיקרית — של פסיקת בית-המשפט העליון היא: לקבוע אדחות חיים, למנוע על דרך הפדופילכסה התעוררותם של סכסוכים וספקות עתידיים, ומטרה זו לא תושג על-ידיה אם לא תהיה בה, לפחות, אותה מידת יציבות מינימאלית העומדת בפני רוח מצויה.

ד"נ 23/60 — בלן נ' המוציאיים-לפועל של צוואת ליטוניסקי — פ"ד ט"ו 70, 75—76 (12.2.61)

קדושת ההיים

היהדות, מאז ומעולם, מאדירה ומפארת את הערך הכביר של חיי אנוש. תורת ישראל אינה שיטה פילוסופית של דעות ואמונות, אלא תורת חיים — של החיים, ולמען החיים. "אשר יעשה אותם האדם וחי בהם" (ויקרא יח, ה); "וחי בהם, ולא שימות בהם" (יומא דף פה, ע"ב); אין ספור לפסוקים המרובים, בהם מודגש הקשר הסיבתי שבין התורה והחיים. כגון: "שמור מצותי וחייה" (משלי ד, ד); "צדיק הוא, חיה יחיה" (יחזקאל יח, ט); "מי האיש החפץ החיים...". (תהלים לד, יג), וכל כיוצא בזה.

ברור: גם היהדות אינה רואה בחיים את הערך הנשגב ביותר. יש מטרות נעלות ואידיאלים יותר נשגבים, אשר למענם כדאי — ומצווים — להקריב את החיים. עדים לכך: מאות אלפי יהודים שמסרו נפשם על קידוש השם בכל הארצות ובכל התקופות. אבל תוך המסגרת הסדירה של חיי החברה, ועל-פי סולם העדיפויות של תורת ישראל, החיים הם הנכס הקדוש ביותר, שהשמירה עליו דוחה כל קדושה אחרת, לרבות — אין ספק — גם קדושת החושים. "אין לך דבר שעומד בפני פיקוח נפש, אלא עבודה זרה וגילוי עריות ושפיכות דמים בלבד" (כתובות דף יט, ע"א); "כי קודש היא (השבת) לכם — היא מסורה בידכם, ולא אתם מסורים בידה" (יומא דף פה, ע"ב).

ואין לך דבר שמוסר היהדות כה מתעב אותו, כמו נטילת החיים. דוד מלך ישראל נענש, והאלהים אמר לו: "לא תבנה בית לשמי, כי איש מלחמות אתה ודמים שפכת" (דברי הימים א כח, ג); "סנהדין — אפילו סנהדין כדת וכדין! — ההורגת אחת בשבוע (שבע שנים), נקראת חובלנית" (מכות דף ז, ע"א); וגם חזון הנביאים על שלום נצח עולמי, נבואתם של ישעיהו ומיכה: "לא ישא גוי אל גוי חרב, ולא ילמדו עוד מלחמה" (ישעיה ב, ד); מיכה ד, ג), הלא הם, בסופו של ניתוח, סלידה ונקיעה עמוקה מפני שפיכות דמים. והדברים עתיקים.

לא ייקל, כמובן, ליטול את הרעיונות הנשגבים ההם, וליצוק מהם מטבעות של משפט ממש. אבל כאשר השאלה המכרעת לגבי המסקנה המשפטית היא שאלה של השקפת עולם — מה "טוב" ומה "רע", מה "תיקון" ומה "קלקול" העולם — מותר לנו וחייבים אנו לשאוב דוקא מן המקורות הקדומים הנ"ל, כי רק אלה משקפים נאמנה את השקפות-היסוד של כלל האומה היהודית.

והקול הקורא ממעמקי המקורות הנ"ל הוא: אל תעשו סחר-מכר בחיי אדם, ואל תקלו ראש בשמירתם, כי החיים ערכם רב מדי, והם אינם שלכם. קדושת החושים, או קדושת העיקרון של חירות החושים, כבודה במקומו מונח, אבל

ב. דיני חוקה

פעולות השלטון

יש להבחין — כך נראה לי — בין פעולות שנעשו על-ידי ממשלת המדינה החולפת בתור ממשלה ושלטון, לבין פעולות שנעשו על-ידיה, כדרך כל הארץ, בתור בעלת נכסים "פרטית". בפעולות מן הסוג הראשון מעוניינת, על פי רוב, המדינה החדשה להכיר, הואיל ופעולות אלה נעשות כרגיל ב"סיטונות", כלפי ריבוי גדול של אנשים, ואין השלטון החדש רוצה לשבור את רציפות חיי המשפט של האזרח. זאת ועוד: בפעולות מסוג זה, גם המטרה והמניע הם, או: חייבים להיות, הגנת האינטרסים של הציבור וכלל האזרחים. לא כן הוא הדבר לגבי פעולות מן הסוג השני, כגון: השכרת בתים (על ידי הממשלה), מכירת קרקעות, עשיית חוזים מסחריים וכדומה. כאן עניין לנו, על פי רוב, בפעולות מקריות, בודדות, שאין מטרתן דווקא לשפר את מצבו של האזרח — אדרבה: הממשלה מופיעה כאן, כאילו, בתור "הצד שכנגד" של האזרח — ולכן אין זה מחוייב המציאות או מחוייב ההגיון כלל, כי המדינה החדשה, במקרה דנן: מדינת ישראל, תכיר גם בתוקפן של פעולות פרטיות כאלה. ומכיון שמדינת ישראל, כידוע לנו, איננה לא "היורש" ולא "החליף" של ארץ-ישראל המאנדאטורית, הרי היא גם לא נכנסה באורח אוטומאטי לתוך היחסים שנוצרו, על יסוד התקשרויות פרטיות שכאלה, בין ממשלת המאנדאט לבין מישוהו מתושבי ארץ-ישראל (— vide Oppenheim—Lauterpacht, *ibid.*, pp. 155—156).

ואמנם בהתבוננו אל נוסחו של סעיף 19 (א), רואים אנו כי להבחנה זו דווקא התכוון המחוקק הישראלי בכתבו את הסעיף הנ"ל. שלושה עשר במספר הם הדברים שנמנו בריש סעיף 19 (א), ואחד עשר הראשונים — צו, הוראה, הודעה, דרישה, תעודה, מסמך, הרשאה, רשיון, פטנט, סימן המצאה, סימן מסחר — הם ללא ספק אקטים ממשלתיים שנעשו על ידי השלטון המאנ-דאטורי באשר הוא שלטון: לכן ומתוך כלל הפרשנות הידוע של "דבר הלמד מענינו" (*ejusdem generis*), חייבים אנו להניח כי גם בשניים האחרונים, "זכות" ו"זכיון", הכוונה היתה לזכויות וזכיונות שהוענקו על ידי השלטון המאנדאטורי עקב פעולה "שלטונית" שלו.

ע"א 28/52 — "פלט" בע"מ נ' משרד התחבורה — פ"ד ט' 435, 446 (17.3.55)

מקודשת הרבה יותר הימנה היא קדושת החיים, ולכן — בשינוי נוסח קצת של הפסוק הידוע (ישעיהו נד, יז) — כל כלי יוצר עליה לא יצלה, וכל לשון תקום אתה למשפט תרשיע!

ע"א 461/62 — צים חברת השיט הישראלית בעמ' ג' מויאר — פ"ד י"ז 1319, 1333 (26.6.63)

חירויות האזרח

אין ספק, כי חופש המצפון כולל גם את חופש הדת. ואולם, כדי שאיזו הוראת-חוק אוסרת תיראה כפוגעת בחופש הדת, אין די להוכיח כי הדת אינה אוסרת את המעשה, אלא צריך להוסיף ולהוכיח כי אותה עבירה — מצווה היא בעיני הדת, וכי הדת מצווה ומחייבת את עשיית המעשה ההוא. לא כל המותר על פי הדת, חייב להיות מותר גם מטעם החוק, שכן אין שני התחומים חופפים זה את זה: זו עוסקת בדברים שבין אדם למקום, ודברים שבין אדם לחברו, וזה עוסק גם בדברים שבין אדם למדינה.

ע"פ 112/50 — יוסיפוה' ג' היועץ המשפטי — פ"ד ה' 481, 496 (29.3.51)

"חופש הדת" אין פירושו: החופש לעשות מה שהדת מתירה, אלא: החופש למלא את אשר הדת מצווה. וריבוי נשים, כנראה בעליל, אינו מצוה של הדת המושלמית, אלא רשות, אם כי יתכן מאד, כי במקרים מסויי-מים, עשויה רשות זו לאפשר קיום מצווה דתית אחרת. אבל כך הוא הדבר, לגבי הרבה מעשים מותרים, שהמחוקק משום-מה ראה צורך לאסור אותם על האזרח, ואיש לא יבוא עמו בטרוניא על כך.

לא התעלמנו מן העובדה, כי ריבוי נשים הוא מנהג המושרש עמוק עמוק בחיי רוב העמים המושלמים, וכי הוא קשור קשר אמיץ עם האידיאולוגיה, המנטאליות והשקפת העולם שלהם. מטבע הדברים, כי כל מקום בו נפוץ או נסבל נוהג זה, הוא נארג, נשזר ומשתלב לתוך כל מסכת החיים של אותו עם או אותה חברה, ונהפך למעין "נכסי צאן ברזל" של התרבות שלהם. אבל מכאן ועד לדרגת "מצווה" ממש — עד לדרגת חובה שהפרט מחוייב למלא אותה — המרחק עדיין רב וגדול! בל נשכח גם, כי לא כל מדינה, בעלת אוכלוסייה מושלמית, דוגלת בהיתר ריבוי הנשים (ראה תורכיה!). קיימת סברא אפילו — והיא הובעה בספרו של אמיר עלי, חוקי מוחמד, אשר היועץ המשפטי המלומד הפנה את תשומת לבנו אליו — כי:

"התנאים בהם הותרה (הפוליגמיה למושלמים) הם כה קשים למילוי, עד

שלמעשה אפשר לראותה כאסורה, וכי מכיוון שהמסיבות אשר גרמו להתרתה בימים קדומים, או שעברו ובטלו, או שאינן קיימות עוד בתקופה המודרנית, הרי מנהג הפוליגמיה מהווה עבירה על החוק", רוצה לומר: החוק הדתי (שם, מהדורא חמישית, ע' 159).

ואם מדינה מודרנית, כמו מדינת ישראל, דאתה צורך לבטל את האפליה הקיימת, ולאסור את ריבוי הנשים על כל תושבי המדינה, אין להטיח דברים כלפיה, כי היא התעלמה, כאילו, מחובותיהם הדתיות של אזרחיה המוש-למים.

בנ"צ 49/54 — מלחם ג' השופט השרעי, עכו — פ"ד ח' 910, 913 (8.7.54)

אין אני כופר בכלל הנודע — כלל אשר מרוב שימוש בו, נהפך כמעט ממתבע לאסימון — כי אין בית-המשפט הגבוה לצדק מעמיד את שיקוליו-הוא במקום שיקולי הרשות המוסמכת. ואף-על-פי-כן, כאשר העניין הוא בעל חשיבות ציבורית מרובה, וגדרי הספקות שבו אינם מצריכים מומחיות מיוחדת, אלא נהירים ובהירים וברורים לכל — במקרה כזה אין חולקין כבוד לרב, היא הרשות המוסמכת, ובית-משפט זה, אם ייראה לו הדבר, יהפוך על פיה את קצרת החלטת הרשות.

העניין שאנו דנים בו, הוא בעל חשיבות ציבורית מרובה, לא בשל האוצר הגנוז של "יומן סומייל" אשר עדיין לא שופתו עין הציבור הקולנועי, אלא משום גזירה שמא תנצל הצנזורה את כוחה להטלת איפול — שלא מטעמי ביטחון או טעמים כשרים אחרים — על הנעשה בקרב רשויות המדינה.

ארצנו היא מדינה דימוקראטית, מן הדימוקראטיות ביותר לא רק בפינת תבל זו, אלא בעולם הנאור כולו. דימוקראטיה היא שלטון העם; שלטון העם מתבטא בחופש הצבעתו, לכאן או לכאן, בבחירות הנערכות לגוף המחוקק; הצבעה חופשית פירושה: ברירה שקולה, מודעת, בין אידיאל ואידיאל, אינטרס ואינטרס, מפלגה ומפלגה. ו"אם אין דעה — הבדלה מנין?"; אם מעשי השלטונות מוסתרים מעיני האזרח, שיקוליו של זה מוטעים יהיו בבוא יום פקודה לשלטון, הוא יום הבחירות, ונמצא מידת הדימוקראטיה לוקה. "מעשיך יקרבוד, ומעשיך ירהקוד", זהו חשבון הנפש של השלטון בכל מדינה דימוקראטית, בעוד אשר הממשל הרודני — העומד כביכול למעלה מן הביקורת — מעוניין, לשם קיום המשטר, לכסות ולחפות על מעלליהן הרעים של רשויותיו, ויקרתו היא כבודו-מלא-עולם של בערות האזרח. יקצורו של דבר: האפשרות הנתונה לאזרח המתעניין לקבל ולהפיץ

אינפורמציה על הנעשה בקרב המדינה ורשויותיה — פרט לעניינים שהם מעצם מהותם סודיים — היא תנאי-בלעדיו-אין לקיום משטר דמוקרטי במדינה, ובלעדיה לא תיכון כל דמוקרטיה אמיתית.

בג"צ 243/62 — אולפני הסרטה בישראל נ' גרי ואח' — פ"ד ט"ז 2407, 2426 (10.12.62)

יהא אשר יהא על ענייני ביטחון וסדר ציבורי הנובעים מטעמים אחרים, הרי הם על כל פנים אינם עניין להתערבות העירייה כאשר הפרעה העתידה של הסדר עלולה לבבוע מתוך המחלוקת האידאולוגית שבין רתיים ואנטי רתיים. היום — טוענים לפנינו — עלולות לבוא הפגנות ומחאות מצד החוגים הדתיים של האוכלוסייה; מחר יבואו ויטענו כי החוגים האנטי רתיים של האוכלוסייה יתפרעו ויפרו את הסדר אם העירייה תיענה לרדישות הרתיים. זו היא חרב פיפיות מסוכנת עד למאוד, העלולה להסגיר את המוסדות הציבוריים לידי הטרור של הרחוב. המחלוקת האידאולוגיות השונות שבין חלקי האוכלוסייה — כגון דת, לאומיות, סוציאליזם וכדומה — זידת ההתגוששות שלהן היא בכנסת או במוסדות המרכזיים של הממשלה, ולא העירייה או המועצה המקומית היא האחראית להסדרן או ה"אשמה" באי-הסדרן, ובל תשעה בכגון אלה לאומי אלימות.

בג"צ 155/60 — אלעזר נ' ראש העיר בתים — פ"ד י"ד 1511, 1512 (31.7.60)

שמירת איכות הסביבה והגנת הטבע

אילו באמת די היה בחוקי הנויקין הכלליים או בחוקי העזר העידוניים או בחוק למניעת מפגעים לבדו, ללא התקנת תקנות, לא היה מטיל על השרים את המעמסה שהטיל עליהם בסעיף 5. והדבר הגיוני בהחלט. נמצא בין חברי הכנסת ציר אחד, רופא לפי מקצועו, שהשתכנע בכך כי המפגעים של רעש, ריח ואוויר מזוהם, מהווים סכנה עצומה לבדיאותו של הציבור, וכי מן ההכרח לאחוז בצעדים דראסטיים כדי להיפטר מן הפורענות הזאת. לכן הוא הציע הצעת חוק שמצאה מיד הדים חיוביים בלב הציבור, ונתקבלה על-ידי הכנסת ללא כל ויכוחים. אבל חזו מראש וידעו כי בלי יצירת כלים מיוחדים שיאפשרו את תפיסת העבריון, לא יהא ערך לכל הלאווין שבחוק. הכלים המיוחדים האלה חייבים להיות מידות ושיעורין, טכניים, פורמאליים, קלים להימדד ולהישקל, כדי שכל אחד מן הציבור יידע מה מותר לו ומה אסור, וכל אחד מן השוטרים יידע את מי עליו לאסור. זאת היתה תכליתו של סעיף 5, ובזה

כל חשיבותו העצומה. אם נאמר לעותרים ולשכמותם להשליך את יבנם על כל מיני חוקים אחרים, או על חוק זה גופו, כשהוא ערטילאי וערום מכל לבוש של תקנות וכללים מעשיים, עושים אנו את מלאכת המחוקק פלסטר, כי כאשר "לית דיך" אזי "לית דיין" — וההפקדות שהשתררה אצלנו בשטח זה, תהיה נחלתנו לעולם ועד.

בג"צ 295/65 — אופנהיימר ואח' נ' שר הפנים והבריאות — פ"ד כ (1) 309, 331 (4.2.66)

לא אבוא להגדיר הגדרה מדוייקת מה נחשב ומה לא נחשב ל"חלק" של החיה. שום הגדרה לא תצלח לקבוע בדיוק נמרץ את גבולותיו של מונח זה, אבל נראה לי כי התבוננות ל-רציו לגיס של החוק עשויה לשמש לנו מנחה מסויים.

מטרתו של החוק היא להגן על חיות הבר, שלא יושמדו ולא ייעלמו מן הנוף הישראלי עקב מעשי צייד. ואם כך הדבר, הרי כל מעשה העשוי לשמש פתיון ללכידת חיות הבר, מן הדין כי ייאסר על-ידי המחוקק. פוחלץ הוא ללא ספק חפץ יקר ערך, הוא נותן למסתכל בו אשליה של עוף או חיה שנצודו, ואם החוק לא יאסור את פשיטת העור והרכבתו על "תוכנו" של הפוחלץ, הדבר יגדור אחריו ציד חיות בר למען "פחלוצם"; את זה רצה המחוקק למנוע, ומשום כך חייבים אנו לדאות את העור המופשט כחלק מחיית הבר.

ע"פ 18/64 — היועץ המשפטי נ' שולמן — פ"ד י"ח (2) 533, 535 (12.5.64)

בטחון

אין השירות הצבאי מגביל את חופש החייל, הוא רק מחייב אותו לפעילות ידועה, אשר לא תיכזר בלעדיו משמעת וציות. ההבדל אינו מילולי בעלמא, אלא מהותי ביותר. הוא יתברר לנו, בהשוותנו את מצבו של החייל עם מצבו של העציר הפלילי, להבדיל, או עם מצבו של הילד הנמצא ברשות אביו או אמו — שני המקרים הטיפוסיים להושטת הסעד של הביאס קורפוס. הם, העציר והילד, נתונים ב"חזקתו" של מי שהוא אחר, הוא הכופה, הם הכפופים, ותפקידיהם לא יתחלפו זה בזה לעולם. לא כן החייל. הציות שהוא חייב בו הוא הציות לצבא בכלל, לסדרי הצבא, לחוקי הצבא, והוא גופו חוליה וחלק במנגנון הצבאי הגדול, המקיף את כל הדרגות; היום הוא מצייט, כטוראי, לפקודות הסמל שלו, מחר יוכל, כקצין, לתת פקודות והוראות לאותו סמל

גופו. משמעתו היא, בקיצור, המשמעת לחוק, ואותה משמעת ממש היא גם מנת-חלקו של הרמטכ"ל בעצמו. לכן אין החייל נתון במצב של הגבלת החופש שלו על-ידי אדם אחר.

בג"צ 60/52 — דודיאלבג נ' שר הבטחון ואח' — פ"ד ו' 808, 815 (14.8.52)

בסכמנו אחת לאחת את כל ההגדרות הללו, ובנסותנו להלביש אותן נוסחה כללית, קצרה, מרוכזת, אנו מוצאים, כי "מלחמת אורחים" פירושה: מלחמת אורח במלכות, או מלחמת אורח באורח, באמצעות הנשק, לשם השגת השלטון, בכל רחבי המדינה, או בחלק הימנה. הדגש הוא על המלה "אורח", זאת אומרת: המדובר הוא תמיד באורח (כלומר: קיבוץ אורחים), הנאבק עם השלטון או על השלטון במדינתו הוא, ולא במדינה המבקשת לשפוד את שלטונה על שטחה ואורחיה של מדינה זרה.

כזו היא הגדרתו המשפטית של המונח, וכזו היא גם משמעתו הפשוטה של השם בלשון בני-אדם ובספרי דברי-הימים. מלחמת פומפיאוס ויוליוס קיסר במאה הראשונה שלפני הספירה, מלחמת "יורשי-העצר" הרומאים זה בזה במאה השנייה והשלישית שלאחרי הספירה, מרידתו במלכות של קדומוול באמצע המאה השבע-עשרה, ומלחמת הבולשביקים בממשלה הזמנית, ולאחד מכן ב"רוסים הלבנים", במאה הנוכחית, — כל אלה "מלחמת אורחים" ייקראו בפי ההיסטוריונים, ובכל אלה מצויות הסגולות שנתייחדו למונח זה בהגדרה המשפטית הנ"ל. מעולם לא ראינו תואר זה משמש בתיאור מלחמות חיצוניות בין מלכים או מדינות.

מלחמת ערב—ישראל לא היתה "מלחמת אורחים", אלא מלחמה בין מדינות סובדניות מזה ומוזה, בה ביקשו התוקפים — שבע מדינות ערב — לקעקע את הבירה כולה, ולהכריח את זכרה של מדינת-ישראל. זו היתה מלחמת "טרי-טוריאלי", מלחמת מדינות, ואין כל נפקא מינה בדבר, כי הפולשים-התוקפים גופם. לא הכירו בקיומה המדיני של המדינה הנתקפת. היא הוכרה, מיד לאחר היוולדה, על-ידי מדינות אידיות, איתני-בל, והיתה למציאות חיה וקיימת על הבמה המדינית העולמית. אנו מעולם לא הודינו בכך, כי מדינות ערב באו לעזור לערביי ארץ-ישראל, וכי מטרת מלחמתן היתה להקים מדינה פלשתינאית עצמאית, בגבולותיה הקודמים, המאנדאטוריים, תחת ההג-מוניה של ערביי המקום. זו היתה, אמנם, טענתם-תואנתם של הפולשים, בפי דובריהם מעל במת האו"ם, ומעל במות אחרות, אך האמת היתה ממנה והלאה. ייתכן, כי לאלה הגדודים המעטים המתקראים "צבא ההצלה" היו שאיפות

מיוחדות משלהם. אך לא הם קבעו את מטרת המלחמה, ולא הם חלשו על דרכי ניהולה: משקלם היה קל ודל מדי לעומת משקלם של צבאות שבע המדינות. לא חשוב, איפוא, מה חשב בלבו מנהיג הכנופיות הוותיק, אבו אחמד מציפורי, ומה היתה מטרתם הפוליטית של אנשי הפלוגה שלו. הם שימשו, מרצון או שלא מרצון, כלי שרת בידי הפולשים, ומטרתיהם של אלה ספגו ובלעו את מטרת עוזריהם הבלתי חשובים, חיילי "צבא ההצלה" הערבי. קיצודו של דבר: מלחמת ערב—ישראל לא היתה "מלחמת אורחים" במובן סעיף 53 של החוק, ולכן מי שהשתתף במלחמה זו נגד ישראל, אף אם תושב ישראל הנהו, אינו יכול להיאשם בעבירה על הסעיף הנ"ל.

ע"פ 44/52 — דיאב נ' היועץ המשפטי — פ"ד ו' 922, 933 (2.12.52)

לא הרי המלחמה המודרנית כהרי מלחמות ימי הביניים. או אפילו כהרי המלחמות של המאה התשע-עשרה, והיא אינה מצטמצמת בתחומי ההתנגשות הצבאית בלבד. המלחמה המודרנית היא טוטאלית, כל-כוללת, והיא מקיפה ומשתרעת על כל שטחי החיים של העם והמדינה. הפוטנציאל הכלכלי של המדינה, המוראל של האוכלוסייה שלה, רמת התרבות, יחסי המפלגות שבה, אדמיניסטרציה, חינוך, טכניקה, חרושת, השכלה וכדומה — כל אלה הם דברים שהאויב מבקש ומעוניין לדעתם למטרות המלחמה, או המלחמה העתידית שלו, כדי להשתלט בבוא היום על המדינה גופא. ברור, איפוא, כי האינפורמצייה פורמאציה המועילה ביותר שואב האויב דווקא מתוך שטחי החיים הגלויים שאין המדינה יכולה כלל להסתירם. נכון, כי כל פרט כשהוא לעצמו אינו חשוב כלל, אבל איסופם של הפרטים הגלויים ההם, מיוגם, צירופם, בירודם, סידורם — כל הפסיפסים הללו יחד מציאים לאויב את התמונה המלאה, השלימה, שהוא משתוקק לקבלה מחיי המדינה. לשם כך הוא שולח אליה סוכנים חשאיים, ולשם כך הוא מוציא סכומים עצומים. ואם כך הוא עושה, סימן שכדאי לו הדבר, סימן כי דרך איסוף הידיעות הגלויות הללו, על ידי סוכניו, תוך גבולות המדינה, שווה וחשובה בעיניו יותר מן הדרך הפומבית, הכשרה, הפתוחה לכל אדם ואדם.

ע"פ 51/50 — שמאי ואח' נ' היועץ המשפטי — פ"ד ה' 462, 465 (19.2.51)

"ביטחון המדינה" אין פירושו טובת המדינה כפי שהיא מצטיירת במוחו של הנאשם מתוך ההשקפות האישיות או המפלגתיות שלו; שאם נאמד כן, נגיע אל המסקנה האבסורדית, כי אם מישוהו סוכד בתום-לב כי גוח לה למדינה

שלא נבראה משנבראה, ועכשיו שנבראה — עליה להיכנע לפני האויב ולהיבלע על-ידו, מותר יהיה לו לסייע בפועל ממש בידי האויב, כדי להביא לידי מעשה "מחשבה טובה" זו. לא לכך התכוון המחוקק! "ביטחון המדינה" פירושו הוא: מכלול האינטרסים המדיניים שהמדינה הפצה ביקרם, כפי שהדבר עולה מתוך המדיניות הגלויה או המוצהרת של מנהיגיה החוקיים של המדינה. ואם היא — במדיניותה — מזדהית או מתקשרת או מתקרבת לאחד הגושים הפוליטיים של ארצות תבל, הרי כל מי שפוגע במדיניות זו, לא באמצעי תעמולה חוקיים, אלא על-ידי עשיית אחד הדברים המנויים בסעיף 3(1)(ב), 3(1)(ג) של פקודת הסודות הרשמיים, עובר את העבירה האמורה באותו סעיף, גם אם הוא מאמין באמונה שלימה כי אותה הודעות, התקשרות או התקרבות היא לרעת המדינה, ומסכנת את שלומם וטובתם של בני המדינה. כאן, לגבי עצם המושג "ביטחון המדינה" — להבדיל מכוונת הפגיעה — המבחן הוא או בייקטיבי ולא סובייקטיבי, ומסודותיה המוסמכים של המדינה הם הקובעים את חוכנו ומשמעותו של מושג זה.

במקרה שלפנינו ידע המשיב יפה יפה, כי המטרה הנכספת על-ידו אינה עולה בקנה אחד אלא פוגעת במטרות מדיניותה הנוכחית של ממשלת ישראל. שכן הוא בילש בסתר וביקש להכשיל ולסכל פעולות הנעשות מטעם המדינה. כמו-כן ידוע ידע, כי הידיעות שהוא אוסף ומוסר יגיעו לא רק לאזני הוועדים והאגודות הפועלים באורח חוקי כאן בארץ, אלא גם לצמרת אותם האילנות הגדולים, בהם נתלים הוועדים והאיגודים הללו ומהם הם ניוונים, ובבוא היום הם לא יהססו לפעול על-פיהם. שכן הוא קיווה, לדבריו (ע' 45 של הפרוטוקול), כי המטרה אליה הוא שואף עתידה להיות מושגת על-ידי פעולת "כל הכוחות וגם בהוצ' - לא דץ". תהא זו, איפוא, תמימות יותר מדי גדולה מצדנו להניח, כי הידיעות החשובות שהוא אוסף ומסר, נועדו רק ל"שימוש פנימי" כאן בארץ, ללא כוונה ורצון שיגיעו אל הכתובת הנכונה.

ע"פ 142/57 — היועץ המשפטי נ' פלוני — פ"ד י"ב 760, 761 (16.5.58)

ג. דיני המינהל הציבורי

חובות המינהל כלפי האזרח

קיימת חובה אחת, כללית, יסודית, המוטלת על כל רשויות המדינה, והיא: שלא לקפח את האזרח, ושלא להפלותו לרעה לגבי קבלת שירות כל-שהוא — מן השירותים שלכך נוצרה הרשות, ושיש בידה במקרה הקונקרטי לתיתם — אלא אם-כן ישנו צידוק לכך במסיבות העניין הנדון. לא יוכל הפקיד שלא לעיין כלל בבקשת האזרח, או לעיין בה שטחית — ולזרוק אותה הסהה. שומת עליו, על פקיד המדינה, לעיין בכבוד ראש בכל בקשה המובאת לפניו, עד כמה שהיא נתונה בתחום סמכותו, ולהחליט בה:

(א) בהתחשבו עם כל מסיבות העניין,

(ב) בהתחשבו אך ורק במסיבות העניין גופו.

בנ"צ 35/48 — ברסלב ושות' בעמ' נ' שר המסחר והתעשייה — פ"ד ב' 330, 334 (8.4.49)

מעמדו של הנישום כלפי פקיד השומה, הוא מן הנחותים ביותר בהשוואה עם מעמדו של כל נתבע אזרחי כלפי התובע שלו. בהגישו ערעור על שומת הפקיד מוטל עליו, בדרך כלל, להוכיח כי השומה היא מופרזת, תחת שהפקיד יחוייב להוכיח כי השומה היא נכונה (סעיף 155 של פקודת מס הכנסה; השווה פסק-דינו של השופט אגרנט, כתארו אז, ב-ע"א 300/54 (1)). לעיתים קרובות מאד רשאי הפקיד לערוך את השומה לפי מיטב השפיטה (השווה ד"ר ויתקון, דיני מסים, מהדורה ג', ע' 199—201). ומיטב השפיטה אין פירושה דווקא שפיטה שהיא עידית. אדרבא: המלה "מיטב" באה לגרוע מן הטיב, כי משמעותה היא, בסופו של דבר: כמיטב יכולתו של הפקיד העורך את השומה.

לכן, ובתור פאראפראזה של "נוסחת האיוון" התלמודית הידועה (יבמות דף פח ע"ב), אמר המחוקק: מתוך חומר שהחמרת עליו, על הנישום, בתחילתו, היקלת עליו בסופו. לאמור: כפיצוי על החומרה היתירה שאני נוהג עם הנישום בעת הגישו את הדו"ח, מקל אני עליו בסופו, בעת התדיינותו עם פקיד השומה בפני בית-המשפט. כאן דורש אני כי פקיד השומה יגלה את צפוניו, ויגיש לבית-המשפט הודעת נימוקים מפורטת, דבר דבור על אופניו,

כאמור בתקנה 4א(ב). או אז יוכל האזרח הנישום לדעת איזו היא מסכת העובדות הנטענת, ומה היא הריקמה המשפטית שיוחסה לה על-ידי שלטונות המס.

ורעיון זה מחייב, כי נימוקי השומה יפורטו בפשטות ובדייקנות בהודעה המוגשת לבית-המשפט — בה ממש, ולא באיזה שהוא מקום אחר. כי מה תועלת תצמח לנישום, אם הפקיד יורשה לשלם מס שפתיים לתקנה 4, להגיש הודעה סתומה לבית-המשפט, ולפרש אותה אחר כך במהלך הדיון.

ע"א 135/67 — פקיד השומה תל-אביב 4 נ' פורת — פ"ד כ"א (2) 411, 415 (31.10.67)

הביטוי "חובה שבמדיניות" הוא ערך שאינו מצוי בשום לכסיקון משפטי. מדיניות אינה נוצרת על-ידי חובה. היא נוצרת מרצון, מרצונו המפלגתי, או הקואליציוני, של מי שניצח במלחמת הבחירות. הלה טוען אמנם כרגיל, בצדק או שלא בצדק, כי הרגשת החובה שבו היא היא הממריצה אותו לפעול למען המדיניות שהובטחה על-ידו במצע הבחירות. אבל לאחר שהבחירות עברו, והמנצח ניצח, והוא חקק את החוק שחפץ ביקרו, וכתב בו כי "השרים פלוני ופלוני יעשו מעשים אלה ואלה", הוא יצר בזה חובה משפטית ממש, המחייבת את השרים למלא — ולא רק לרצות למלא — את החובה שהוטלה עליהם. השאלה מיהו ה"בעל-חוב". אשר לו חבים את החובה — הציבור כולו או יחידיו — היא מעתה שאלה סמאנטית גרידא, כי בכל חובה שנוצרה לטובת הציבור, יכול יחיד הציבור לתבוע את מילויה בדרך שנקבעה לכך, אם אד נפגע באינטרסים שלו עקב אי-מילוי החובה.

*

יש מדיניות חוץ ויש מדיניות פנים, מדיניות כלכלית ומדיניות תרבותית. יכולה מדיניותה של ממשלה אחת להיות כי חייבים לשמור מכל משמר על גובה המטבע הישראלי, ושלא להפחיתו בשום פנים ואופן; ויכולה ממשלה אחרת לשנות ממדיניות קודמתה ולהוריד את ערך המטבע עד לשוויו הריאלי, כדי לאפשר במדיניות חוץ התחרות תוצרתנו בתוצרת המקומית. יכולות להיות שיטות-מדיניות שונות כמעט בכל אחד ואחד מענפי המימשל, אם בענינים חומריים ואם בענינים רוחניים. אבל לא ייתכן למצוא שיטה ומדיניות בכך שחוק אשר נתקבל בכנסת (למעשה על דעת כל המפלגות) בשנת 1961, וחוייבו בו שגי שרים להתקין לו תקנות ידועות כדי להצמיח לו ידיים ורגליים שיאפשרו את הילוכו ומימושו בעולם המעשה — חוק כזה יחזק במקרה

קרוב לחמש שנים, בחינת "ירעה עד שיסתאב", עד שימות מיתה נשיקה. ההימנעות מלממש ולהגשים חוק קיים ומחייב, אינה מדיניות ואינה יכולה להיות מדיניות, מכל בחינה שהיא; היא רק גורמת לדימורליזאציה ביחסי השלטון והאזרח, וגוררת אחריה פריקת עול של כל חוקי המדינה.

בג"צ 295/65 — אופנהיימר ואח' נ' שר הפנים והבריאות — פ"ד כ (1) 309, 327, 328 (4.2.66)

כל השיקול הזה של לחץ עתיד וכניעה משוערת, הוא פסול מעיקרו. תפקידו של המימשל הוא למשול על-פי-חוק, ולא להיות כאיסקופה הנדרסת, הנתונה ללחצים שונים של קבוצות אינטרסנטיות שונות. אמרתי: "לחצים" — להבדיל משיקולי ה"זה-לעומת-זה" של אינטרסים נוגדים וצודקים.

בג"צ 202/66 — מוניות תל-אביב ואח' נ' שר התחבורה ואח' — פ"ד כ' (4) 414, 418 (31.10.66)

שלא בת אמו, ובת אמו שלא בת אביו — בת אמו ובת אביו מנין? תלמוד לומר: ערוות אחותו גילה. עד שלא יאמר — יש לי בדין: אם ענש על בת אביו שלא בת אמו, ובת אמו שלא בת אביו — בת אביו ובת אמו לא כל שכן? הא למדת, שאין עונשין מן הדין, כך אין מזהידין מן הדין, כפי שנאמר שם

ולחלון. וכשם שאין עונשין מן הדין, כך אין מזהידין מן הדין, כפי שנאמר שם

להלן. מסופקני, אמנם, אם השופט המודרני אף הוא ידיר את עצמו עד כדי כך מן השימוש ב"דין". יתכן מאוד, כי הקל וחומר התלמודי הקונקרטי הג"ל, יראה בעיניו כהוראה מפורשת של החוק, אך עצם הרעיון העתיק הוא, לא נס ליחו עד היום הזה, ועדיין הוא חי וקיים בשיטות המשפט הנאורות של זמננו. אין השופט חופשי להשתמש בשיקולי ההגיון שלו, על מנת להפוך לדבר אסור את אשר לא נאסר בפירוש על-ידי המחוקק, ואם המחוקק גופו, מאיזה טעם שהוא — אני מדגיש: מאיזה טעם שהוא, ושיכחה בכלל — לא הטיל גושפנקא פלילית על המעשה, הדי "שגגת מחוקק עולה ודון", כלומר: כוונה מכוונת, והעבריינין יצליח, ובדין יצליח, לחמוק ולעבור מבעד ללאקונה ההיא. במובן זה אמר מי שאמר, כי "ספר החוקים הפלילי הוא המגנא כרתא של העבריינין", וכי מותר לו, לאורח, לכלכל את מעשיו על-פי הכתוב בו, ועל-פי הכתוב בלבד.

ע"פ 53/54 — אש"ד ג' היועץ המשפטי — פ"ד ח' 784, 819 (9.7.54)

הראיה המסיבתית

לא נקבעה הלכה ברורה ופסוקה במקורות המשפט, וגם אי-אפשר, מטבע הדברים, למצוא הגדרה ממצה ומדוייקת לכך: מה הוא ערכה החוקי של הראיה המסיבתית. ואימתי רשאי בית-המשפט להגיע, בדרך זו, לידי מסקנה מרעישת. יכולים אנו דק לקבוע את גבולם הקיצוני של עצם תחומי השאלה. ברור הדבר, ונעלה מכל ספק, כי בית-המשפט יזכה את הנאשם ולא ירשיענו, אם פידוש העובדות אשר הסניגוריה טוענת לו, הוא הגיוני במידה שווה עם הפירוש שהוצע על-ידי התביעה הכללית. מאידך גיסא, אין גם ספק בכך, כי בית-המשפט רשאי גם רשאי להרשיע את הנאשם, אם הגירסה של התביעה הכללית היא הפירוש ההגיוני היחיד לעובדות שהוכחו — אף אם איננה בגדר ודאות ממש.

ע"פ 38/49 — קנדיל ג' היועץ המשפטי — פ"ד ב' 813, 819 (10.11.49)

ד. דיני עונשין

"אין עונשין מן הדין"

(א) מצטרף אני בלב ונפש לביקורת התריפה שנמתחה מפי סופרים ושופטים על עבירת ה-public mischief של המשפט המקובל האנגלי. זו היא עבירה שאין לה שיעור, לא למעלה, לא למטה ולא לצדדין, והיא עלולה להציף את מרבית השטחים בהם חורשת, אט-אט ומתוך זהירות ותבונה, מחרשת החוק הפלילי. סמי מכאן (מן החוק) איזו שהיא עבירה ספציפית, בעלת החומרא הבינונית של "עוון", והיא תופיע שוב, עטורה באותו עונש ממש, מתחת לגלימה הגלמית של ה-public mischief. שהרי כל מעשה פלילי פוגע במשהו, ובמשהו אשר הציבור מעוניין בו, ואיזהו המעשה הפלילי אשר לא יכירנו מקומו בתחומי העבירה הכל-כוללת ההיא? ואם באמת לכך נוצרה העבירה הלזו: לשמש "ממלא-מקום" וקולב לתלות בו (ולסתום) את הלאקונה שנות השונות של החוק, הרי אין לך דרך פסולה מזו, ואין כמוה נוגדת את העקרונות השוררים בדרכי החקיקה והפרשנות של החוק. שניים הם עקרונות נכבדים אלה, המהווים נכסי צאן ברזל של כל מדינה דימוקראטית נאורה:

(1) אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו לבד נתכנו עלילות החקיקה;

(2) צימצום נוסף, מיוחד לדרכי הפרשנות של החוק הפלילי, והוא, כי עד כמה שהמדובר הוא ב"יצירת" עבירות, היינו, בהכרזות מעשים מסויימים כמעשים אסורים, אין השופט רשאי לחרוג כמלוא נימה מתחומי החוק הכתוב, ולחדש עבירה "משלו" על סמך שיקולי הגיון.

רגילים לתלות את הרעיון הזה בנוסחה הלאטינית הידועה nulla poena sine lege, או: nullum crimen sine lege, אך, לדעתי, אין הפסוקים הללו ממצים את עומק הרעיון, וביטוי יותר הולם ניתן לו במאמר התלמודי: "אין עונשין מן הדין", כלומר: אין להשתמש בשיקולי הגיון, אף לא ב"קל וחומר", כדי לענוש מעשה אשר לא כתוב בחורה. דוגמה בולטת לכך, וקיצונית ביותר, מצויה במסכת מכות, דף ה"ב, בסוגיא דעדים זוממין, לגבי הדין הידוע של "כאשר זומם, ולא כאשר עשה":

"תנא, בריבי אומר: לא הרגו — נהרגין, הרגו — אין נהרגין. אמר אביי: בני, לאו קל וחומר הוא? אמר לו: לימדתנו רבנו, שאין עונשין מן הדין! דתניא: ואיש אשר יקח אחותו בת אביו או בת אמו, אין לי אלא בת אביו

דין הלוקה בנפש

כל המבקש לראות בחוק בכלל, ובחוק הפלילי בפרט, אספקלריה נכונה ובבואה נאמנה להישגים המדעיים וההשקפות המוסריות של הדור, — כל אלה יסכימו לכך, כי מכיון שכללי מקבול, כפי שהוגדרו באמצע המאה התשע-עשרה, אינם עולים בקנה אחד עם נסיון המדע הרפואי של זמננו, הרי מן הראוי ל"שפצם" ולתאמם, אם על-ידי שינוי נוסח ואם על-ידי תוספת לשון, לדמת ההשקפות המורדניות שלנו. מאז ועד עתה נפלו כמה מחיצות, ופוזרו כמה אשילות. אין "תחומים במעיים" עוד כפי שסברו תלמידי האסכולה הישנה, ונעלם גם "האינטרמצו הסנטימנטלי" בין השכל והרצון, ההגות והמעש. כבעלי-הנסיון המדעי חכמנו ונדע, כי כל גילויי נפשו של אדם ממקור אחד נחצבו, ואם כי מבחינה פונקציונאלית נועדו להם כביכול "תאים" מיוחדים, הרי התלות ההדרית והשפעת הגומלין שביניהם מפילה כל חייץ, ועושה אותם ליחידה אינטגראלית אחת; כך שבהיפגע אחד מהם, יינתנו אותותיו גם בשניים האחרים. לא יעומעם השכל החושב, בלי לגרוד אחריו לכהות ולקהות את מערכות הרצון וההרגשות, ולא ייזקו מערכות אלה, בלי לאצול על כושרו ופעילותו של האינטלקט המתכונן. כי רוח אנוש, the Mind בלע"ז — בין אם בשפיון, בין אם בשגעון ינהג — הוא כולל ומקיף ומהווה את כל השלישייה המסורתית: השכל, הרצון והרגשות גם יחד. לכן אין אנו, בני הדור, מוכנים לראות את חזות הכל במבחני מקבול, והר-גשתנו המוסרית מתנגדת לכך, כי שני המבחנים הללו, מבחני "השגעון האינטלקטואלי", יקבעו, באורח ייחודי, את שפיון דעתו או טירוף דעתו של העבדין, בבואנו לבדוק את האחריות הפלילית שלו.

ע"פ 48/53 — מגדלברוט נ' היועץ המשפטי — פ"ד י' 281, 335 (24.2.56)

כמעט בכל מחלה, ובפרט שבפרט במחלת נפש, אין הרופא מסוגל למצוא מימצא כלשהו בלי להסתייע באנמנזה, שפירושה הוא: היזכרות באירועים שקדמו להתפרצות האקוטית של המחלה. היזכרות זו נעשית כמובן על-ידי החולה עצמו, אבל היא מודרכת על-ידי הרופא. זה כוחו וזו אומנותו של הפסיכיאטר המומחה, לבור את הבר מן התבן ולקבוע את המאורעות האמיתיים והרלבנטיים שגרמו להתפרצות המחלה, או לביצוע המעשה שנעשה עקב המחלה. הוא שומע בשיחה חופשית את סיפורי החולה, קובץ על יד את הפרטים החשובים שבהם, מגדיר אותם מבחינה רפואית, ומוזהה את אלה

שהשפיעו על התפתחות המחלה. ייתכן שהחולה מנסה לשקר, אבל כשב שניכרים דברי אמת כך ניכרים דברי שקר; האחד הוא למעשה פונקציה של השני. יתר-על-כן: הרופא לפעמים מסיק מסקנות מאירועים ומעשים, שהחולה גופו אינו יודע להעריך את מידת הרלבנטיות שבהם, וממילא אינו נדחף לשקר. היוצא איפוא, כי המסקנות שהרופא מסיק מהאנמנזה, אינם בגדר "עדות שמיעה", אלא "עדות ראייה" ממש, ולכן יכול ורשאי בית-המשפט להסתמך עליהן.

ע"פ 498/62 — קרוכמלניק(וב) נ' היועץ המשפטי — פ"ד י"ז 1219, 1224 (13.6.63)

החורג מתוך קינטור

אין החוק מצדיק, אפילו לא הצדקה יחסית כל שהיא, את מי שהרג את הנפש מתוך קינטור, ואין הוא מוריד אותו, כאילו מטעמים מוסריים, מדרגת רוצח לדרגת הורג. הוא רק מתחשב עד למידה מסויימת ב"חולשת הטבע האנושי", ומגלגל רחמיו עליה, שלא להעלות את הנאשם לגרדום, או שלא לדנו למאסר עולם או בליגטורי לפי החוק הישראלי החדש. בזה נבדל הקינטור מן ה"צורך" (סעיף 18 לפקודת החוק הפלילי), או מ"טירוף הדעת" (סעיף 14), השוללים בתנאים מסויימים את האחריות למעשה, או את עצם העבירה שבדבר. אילו רעיון הקינטור מיוסד היה על כך שהרוצח — עקב הקינטור מצד הקורבן — אינו כל כך אשם במעשה שעשה, כי אז אפשר היה במידה מסויימת של צדק לומר, כי מכיוון שהוא, הפושע ה"בלתי סביר", לא שמר על רמת ההתנהגות הסבירה או המקובלת כלפי קינטור מסוג זה, הרי דרגת שחיתותו המוסרית שווה לזו של כל רוצח אחר, ולכן דמו בראשו, ועליו לספוג את העונש שנקבע למעשה רצח. אבל לא כן הדבר, למרות אי אלו ביטויים בלתי מדוייקים, שאנו נתקלים בהם פה ושם במקורות המשפט. גם האדם ה"סביר" או ה"רגיל" המגיב במעשה רצח על קינטור ממש, אינו זוכה ל"נכיון-אשמה" כל שהיא בשל קינטורו של הקורבן. ובצדק! כי אין לך קינטור בעולם אשר יצדיק מעשה רצח, ואין לך רצח בעולם שיהיה מעשה סביר, אף אם הקינטור שגרם לו עלול היה להשפיע על אדם סביר. כי קדושת חיי האדם היא חובה מוסרית החלטית, ואין שום קינטור והתגרות — כל עוד לא הולידו "צורך" במובן סעיף 18 — עשויים לבטל את החובה או לגרוע הימנה. כל ההפחתה הלזו מרצח להריגה אינה אלא חסד, שנוטה החוק לחולשת הטבע האנושי כאמור. ואם בחולשת טבע ולא בהצדקה מוסרית הכתוב מדבר, מה טעם יש להיזקק כאן לקנה מידה של "מקובל" או "רגיל", וכיצד נעצום עין בפני

חולשת הטבע של האדם ה"בלתי רגיל" העומד לפני כס המשפט? חייב אדם שלא לרדת למטה מן הרמה המוסרית הרגילה, אבל כלום חייב הוא, וכלום יכול הוא, גם שלא לנפול בכוחותיו מן הטיפוס האנושי הרגיל?

ע"פ 46/54 — היועץ המשפטי נ' סגל — פ"ד ט' 393, 407 (17.3.55)

עבירות כלכליות

לא התעלמתי מכך, כי תקנות הכספים מטרתן היא: לא רק להטיל עונש על מעשים הפוגעים, בפועל ממש, במשק הכספים של המדינה, אלא הן באות גם "למיגדר מילתא", כלומר: לעשות סייג לסכנה, ולמנוע מעשים ועיסקאות העלולים לשמש חיפוי, מחסה וסתרה לפעולות המזיקות גופן. ואף-על-פי-כן סבור אני, כי אין להגנים בדבר, וכי אין להיתפס לחששות מופרזים. גם כאן, בשטח משפטי-פלילי זה, פועל ראשית כל העיקרון, כי אין לו לדין אלא מה שעניו רואות, וכי אסור לו לסטות כמלוא נימה מגזירת הכתוב, הגלויה והמפורשת, של החוק. ואולי מצווים אנו לנהוג, דווקא כאן, זהירות כפולה ומכופלת באינטרפרטציה של החוק, כי שטח משפטי זה הוא מן המסובכים ביותר, ומן הפחות נהירים ומובנים לקהל הרחב. בקיאים בו למעשה רק: משפטנים מומחים מזה, ועבריינים מועדים מזה. האדם הרגיל כמעט ואינו מוצא בו ידיו ורגליו, מרוב הטכניקליות שבו. חסר כאן המדריך האנושי הפשוט המנחה אותו (את האזרח) בשאר שבילי החוק, באזורי עבירות "פליליות ממש", הפוגעות, לפי הכרתו של כל בר דעת, בערכי המוסר והתורה. ואם החוק הפלילי בכלל הוא, כפי שנאמר, ה"מאגנה כארטה" של העברייני, ערובה השוקדת על כך לבל יוסט החוצה הגבול שהוצב בין האסור והמותר, הרי שבעתיים נכון הדבר לגבי חוקים "טכניים" כאלה, בהם אין לאזרח — ה"עברייני בכוח" — כל סימני היכר אחרים לגילוי הקו הדימרקציוני ההוא.

ע"פ 128/55 — היועץ המשפטי נ' שרב בע"מ — פ"ד י' 1346, 1367 (26.7.56)

עונש — מהו?

קשה מאד לקבוע — אם לא מן הנמנע — מה הוא מובנו המדויק של המונח "עונש", וכיצד אפשר להבחין, ללא שיוור, בינו לבין סאנקציות אחרות; וכבר ישבו על-מדוכה זו ולא הכריעו גדולי חכמי המשפט. ואולם דבר אחד ברור על כל פנים, ואין איש חולק עליו (חוץ מן הגרמנים): כי אין עונש אלא במקום שיש עבירה, ואין הטלת עונש אלא לאחר ההרשעה. ואם המחוקק

שלנו, באותו סעיף 35 גופא, מניח מקום למתן צו הריסת בית של אדם שלא חטא כלל — "מעניש" את קונה הבניין תחת בונה הבניין — כלום אין זה מוכיח כמאה עדים, כי ההריסה אינה חלק מן העונש, אפילו במקום שיש הרשעה בצידה? נראה לי, כי מטרת המחוקק כאן, בהתירו את מתן צו ההריסה, היא לא רק המטרה "המסורתית", המקובלת, של החוק הפלילי: "למען ישמעו וייראו" במקרים העלולים להתרחש לעתיד לבוא, אלא גם, ובעיקר, למנוע תקלה מרבים באותו מקרה קונקרטי גופו, העומד לדיון לפני השופט. יתכן מאד, כי פקודת בניין ערים באמת לוקה בחסר, וכי de lege ferenda מוטב לאפשר את מתן צו ההריסה, גם כאשר נתפס העברייני ואין משום-מה אפשרות להרשיעו בעבירה. ואולם ליקוי זה, המצוי בחוק הקיים, אינו צריך לגרור אחריו ליקויים נוספים, ואינו מחוייב להוביל אותנו לקראת המסקנה האבסורדית, כי כאשר המדינה, ביום חג ושמחה, מחליטה לתת חנינה לעבריינים, ומסכימה לוותר על העגשת הפרט, היא בעת ובעונה אחת תעניש את הכלל, ותגזור עליו לעמוד בסכנה הנובעת מבנייה פדועה ואסודה. וכשם שיום הכיפורים — יום החנינה הדתית — אינו מכפר על עבירות שבין אדם לחברו, "עדר שירצה את חברו" (יומא דף פה ע"ב), כך גם החנינה החילונית, להבדיל, לא תפקיע את העברייני מן החובה שהוטלה עליו כלפי הציבור. והריסת בניין, שהוקם ללא רשיון, על-ידי מי שנצטווה לכך, היא בדיוק מילוי חובה שכזאת, שכן כל מבנה מסוג זה הוא "מטרד" בכוח, מין "בור ברשות הרבים", אשר חופרו מצווה לסתמו ולסלקו. וביעוד מטרד

ודאי לא "עונש" הוא, ואין חנינה תופסת בו.

בג"צ 28/50 — מינצר נ' הועדה המקומית לבנין ערים תל-אביב — פ"ד ד' 492, 494 (12.10.50)

תשלום עונשי

(א) הלכה פסוקה היא, ואין חולק עליה עור, כי הוצאה שהוצאה כעונש על מעשה עבירה, אין לנכותה ממס ההכנסה.

(ב) המונח "דיבית" הבא בסעיף 51 של החוק, אינו מלמדנו ולא כלום על אופיו של התשלום. כי מונח זה הוא — על-כל-פנים — שם-לא-יוצלת, misnomer בלע"ז, שהרי אין הבנק שעבר על החוק חב כסף לבנק ישראל, ואין ריבית זו מהווה אגרנט בעד דחיית פרעונו של החוב. המונח "ריבית" משמש כאן איפוא רק "מדד", ביטוי קצר ונוח לחישוב הסכום הממשי שעל המוסד הבנקאי לשלם לבנק ישראל, וממילא אין להסיק ממנו כלל את אופיו האזרחי ולא העונשי של התשלום.

(ג) וחוזרת השאלה למקומה: מה אופיו של תשלום זה? תגובה עונשית של גמול על המעשה שכבר נעשה, סעד תרופתי הבא לתקן את הנזק, או אולי — כאלטרנטיבה שלישית שאני מעדיף אותה על שתיים האחרות — תשלום שמטרתו היא למנוע מראש את עצם ביצוע העבירה. הפיתיון של הבנק בהפחיתו את גזילות נכסיו, הוא כנראה בעליל: להלוות את הכספים, חייבי הגזילות, ולקבל ריבית על כך מאת לקוחותיו. אם הבנק יתחייב בתשלום ריבית לבנק ישראל על ההפרשים שבין נכסיו הגזולים ממש לבין נכסיו חייבי הגזילות, תהא ידו האחת נותנת את אשר השנייה נוטלת, ונמצא שכרו יוצא בהפסדו. ומכיון ש"אין אדם (או: בנק) חוטא ולא לו"; והואיל והפחתת הגזילות היא עבירה שאין להסתירה כלל מעינו הפקוחה של הנגיד, והוא (הבנק) אף אינו יודע מהו השיעור שייקבע על-ידי הנגיד על-פי סעיף 51 הנ"ל, הרי החרב המתהפכת של הוראת סעיף זה עשויה למנוע כליל את ביצוע העבירות ההן; בחינת "יתמו חטאים, ולא חוטאים", כפי שאמרה ברוריה אשת רבי מאיר (ברכות דף י, ע"א). ואם כך הדבר, אם מטרתו של סעיף 51 היא: לבער את פיתיון העבירה, לשחוט את "היצר הרע" שבה, שלא תהא כדאית, וממילא לא תעשה, הרי התשלום הנדון אף הוא "עונשי" הוא, שכן יש בו משום תגובת המחוקק על מעשה עבירה, וממילא נכלל הוא בכלל האמור בפסקה (א) לעיל. היסוד הפרבנטיבי, המונע, הוא למעשה אחד הגורמים החשובים, ואולי החשוב ביותר, בכל עונש פלילי; והדברים עתיקים.

ע"א 507/59 — איצד לאשראי של הפוהמ"ז בעמ' ג' פקיד השומה פ"ד ט"ו 2213, 2224 (29.11.61)

הטלת העונש

קביעת שיעור העונש היא חלק חשוב ביותר, קשה ביותר, ואחראי ביותר, בפסק-דינו של השופט, ושופט השלום בכלל, וכיצד יוכל הוא למלא תובה קשה זו, אם אין לפניו אלא התיאור התמציתי (של המעשה) בגליון-האשמה והודאת הנאשם בלבד? לא באנו לקבוע, כי כל הודאה והודאה לוקה בחסר, ויש תמיד צורך למלא את החסר על ידי עדויות נוספות; אך יש ויש מקרים — והם מרובים למדי — בהם השופט איננו מסוגל בשום אופן לקבל תמונה שלימה מן הנעשה, וממילא גם אינו מסוגל לקבוע את מידת העונש, אלא אם כן שמע, מפי עדים מהימנים, את תיאור פרטיו המלאים של המעשה. כל המקצץ כאן בסמכויותיו של השופט, סופו גורם עיוות דין, או — במקרה

הטוב ביותר — הטלת עונשים שאבלוניים, ללא שיטה, מידה וטעם, על ידי בתי המשפט הנמוכים.

ע"פ 139/50 — גלטהאר ג' היועץ המשפטי — פ"ד ה' 1103, 1107 (27.7.51)

זכויות אסיר

הבקשה שלפנינו הוגשה על-ידי אסיר המרצה את עונשו בכלא רמלה, והוא מבקש חופשה שנתית, לפי חוק חופשה שנתית, תשי"א-1951, כמובן לא חופש מבית-הסוהר אלא חופשה מעבודה בתוך בית-הסוהר.

בקשה זו היא מאד אוריגינאלית, אבל לא יותר. האסיר אינו "עובד" ושלטונות בתי-הסוהר אינם "המעבידים" שלו בחוקף החוק הנ"ל. כל אופיו של החוק, וכן ההודאות המפורטות שבו לחישוב ימי החופשה או שעות החופשה, מראות לכל בעל קומון סנס, כי "חליפה" זו לא למידתו של אסיר נגזרה. המינימום הצריך להתקיים לשם הפעלתו של החוק הוא, כי יהיו קיימים יחסים של עובד ומעביד. המדינה מעבירה את האסירים מכוח החוק — מקצתו כחלק מן העונש, מקצתו לשם לימוד מקצוע שיעסוק בו לכשישתחרר, ומקצתו מפני שבטלה עשויה להביא להפרת סדרי בית-הסוהר — והאסירים עומדים בעבודתם תחת פיקוחם של שלטונות בית-הסוהר, לא מכוח ההתחייבות שקיבלו על עצמם כלפי מעבידיהם, אלא שוב מכוח החוק, והחוק בלבד. אמרתי: החוק בלבד, וכונתי היא כי יחסי האסיר והשלטונות אינם גם יחסי "חווה כפוי" שהוטל עליהם על-ידי המחוקק, כי אין כל דמו לכך לא בחוק ולא בתחיקה.

בג"צ 147/63 — כטיב ג' מנהל בית הסוהר דמלה — פ"ד 2412, 2413 (14.7.63)

ושניים אומרים לא מת, הרי זו (האשה) לא תינשא, כי היא עדיין ספק אשת איש, ואם נישאה לאחר — תצא (שולחן ערוך אבן העזר סימן יז סעי' מ, באר היטב שם, ס"ק קכז), ובית-הדין הדתי בשום אופן לא יצהיר על כשרותם המוחלטת של הנישואין השניים; ואילו בית-המשפט אזרחי, אילו נזדמן לו (לפני צאת החוק החדש) לדון בשאלה כגון זו, היה ודאי מכריע לצד המאה, והיה פוסק כי הנישואין השניים כשרים.

ולא דק בשל השוני בדיני הראיות, אלא גם בשל הגישה המשפטית השונה אל עצם הנושא המטריאלי הנדון, לא יאה פסק-דינו של בית-המשפט האזרחי עולה תמיד בקנה אחד עם פסק-דינו של בית-הדין הדתי, אף-על-פי שלכאורה דנים שניהם בעניין על-פי דיני ישראל. הסיבה לכך היא, בין השאר, בשוני העמדה שלהם כלפי העקרונות המקובלים בתורת המשפט הבינלאומי הפרטי. המחייבים להכיר בחוקפן של פעולות משפטיות אשר נעשו בעבר, מחוץ לתחומי המדינה, תחת שלטון חוק זר, כמו: החוק הלאומי של בעלי-הדין, חוק מקום המושב שלהם וכו', וכו'. בית-הדין הדתי רואה עצמו פטור לגמרי מן הכללים "הכובלים" הללו, ופורש את מצודתו של החוק הדתי — למפרע, וללא כל סייג — גם על מעשים שנעשו בעבר, על ידי נתינים זרים, מחוץ לגבולות המדינה, והוא רשאי לנהוג כן (ראה ע"א 158/37, 2 לבנון 201, 203), [33]; ואילו בית-המשפט האזרחי ודאי חשב יתחשב בכללים הללו, לפחות עד שיעור מסויים, גם בדונו בעניין, עקרונית, על-פי דיני ישראל.

קיצורו של דבר: ההבדלים הקיימים בין שיפוטו של בית-המשפט האזרחי לבין שיפוטו של בית-הדין הדתי, הם כל כך עמוקים, כל כך יסודיים, עד שלדעתי אי אפשר לומר בשום אופן, כי העברת הסמכות על ידי חוק חדש מבית-המשפט האזרחי לבית-הדין הדתי אינה אלא "שינוי של פרוצדורה" בלבד. יאה אשר יהא שמו "הרשמי" של שינוי זה מבחינת הנומנקלטורה המקובלת, הרי למעשה עלול הוא להשפיע, כפי שראינו, במידה מכרעת על זכויותיהם המטריאליות של בעלי-הדין, ולכן יש לנהוג בו כפי שנוהגים בשינוי חוק מטריאלי, היינו: לשלול את הרטרואקטיביות של החוק החדש, ולקבוע כי העברת סמכות זו אינה מוציאה מידי בית-המשפט האזרחי את הסמכות לדון ולהחליט בעניין שהחל בו לפני צאת החוק החדש.

ע"א 238/53 — כהן ובוסליק נ' היועץ המשפטי — פ"ד ח' 4, 19—20 (15.1.54)

על אף משאלתו הנמרצת של בא-כוח המבקשים, לא נגעתי אף נגיעה קלה

ה. דיני המעמד האישי

דין תורה והמשפט האזרחי

מדוע נדונים ענייני המצב האישי על פי החוק הדתי או הלאומי של בעלי הדין? על שום שהסדרם אינו דבר השווה לכל נפש; על שום שעניינים אלה, חוט של הווי ומסורת משוך עליהם, והם שונים ומשתנים עם הבדלי השקפת העולם — השקפות דת, מוסר, תרבות, מסורת, מנהגים וכו' — של הנוגעים בדבר. רעיון זה, כנראה בעליל, אין לו תפיסה כל עיקר, כאשר המדובר הוא; לא בזכויותיהם וחובותיהם של המתדיינים, אלא בחובתו ותפקידיו של בית המשפט. קביעת העובדות אינה "זכותם" של בעלי הדין, אלא חובתו של בית המשפט, ועליו למלא חובה זו, במתכונת ובצורה הקבועה, במשפטו של כל אחד ואחד.

ע"א 26/51 — קוטיק נ' וולפסון — פ"ד ה' 1341, 1345 (9.11.51)

סבור אני כי העברת הסמכות מבית-משפט אזרחי לבית-דין דתי, תוך מהלך הדיון, תהווה כאן למעשה שינוי מטריאלי במצבו המשפטי של המתדיין. בל ניגרר כאן יותר מדי אחרי מונחים ומושגים שרעו בשדות אחרים, וננסה נא לראות את הדברים באספקלריה הנכונה של המציאות שלנו. הסמכות המורחבת שניתנה לבתי-הדין הרבניים עם פירסום חוק נישואין וגירושין, לא היתה "סמכות לשם סמכות" בעלמא, אלא: סמכות למען שינוי תוכן כדי להבטיח אח שימוש הנכון והמדויק של חוק מסויים, הוא: דיני ישראל. ביקשו את "הקנקן", והתכוונו ל"מה שיש בו". היה מי שטען: "מאי נפקא מינה, מי ידון בענייני הנישואין של האזרח, אם החוק המטריאלי שידוני על-פינו יהיה החוק היהודי הדתי?"; אך טענה זו לא נתקבלה על דעת התוגים שחתרו לקראת קבלת החוק החדש, ומנקודת השקפתם הם — בצדק גמור! כי לא הרי דיני ישראל הנידונים בבית-המשפט האזרחי, כהרי דיני ישראל הנידונים בבית-הדין הדתי. שונה הגישה, שונות דרכי הדיון, ושונה לפעמים גם התוכן הממשי של הפסק. למשל: בבית-המשפט האזרחי הכל כשרים לעדות, ואפילו בעל-הדין גופו, בבית-הדין הדתי — לא כל אדם כשר (ראה, למשל, את פסולי העדות המרובים שנמנו בשולחן ערוך חושן משפט, סימנים לג עד לז). בדיני ישראל "תרי כמאה", ואם מאה עדים אומרים מת (הבעל),

יעוצה בזה העצה הבאה, שהיא פשוטה כביעתא בכוחתא, ותועיל ליטול את העוקץ המכאיב מרובא דרובא של המקרים הקשים. כאשר הנישואין בערכו בחוץ-לארץ, יורשה נא פקיד הרישום ואף יחוייב בחוק להוסיף אחרי המלה "נשוי" או "נשואה" את המלים "בטכס אזרחי" או "בטכס דתי", הכל כפי שיחייב העניין. חידוש זה מצריך הוראה מפורשת בחוק, כי לעת עתה, וכפי שהחוק קיים, חייב פקיד הרישום לרשום את המצב המשפחתי המשפטי של הנרשם, ודבר זה מכניס אותו לתוך מבוך של שאלות משפטיות מסובכות, שלא תמיד מסוגל הוא למצוא בהן את ידיו ואת רגליו. ברור ומובן מאליו, כי הרישום בתעודת הזהות לא יחייב ולא יקשור את בית-הדין הדתי או את בית-המשפט האזרחי, בדונם לאחר מכן — אם במישרין ואם באורח אינצידנטלי — בשאלת כשרות הנישואין או בטלותם; אבל הוא ימציא סיפוק פורתא — וסיפוק חשוב מאוד — לאותם בני-הזוג שכשרות נישואיהם מוטלת בספק, ויחסוד להם בוושה ואי-נעימות רבה בכל מקרה בו עליהם להראות את תעודת הזהות. כל נחדד יתר על המידה את היחסים המתוחים בלאו הכי בין הסקטור הדתי והסקטור "החופשי" של האוכלוסייה, וכל ניצוק שמן על המדורה העלולה להתלקח מסביב לנושא זה בציבוריות הישראלית.

בג"צ 143/62 — שלוינגר נ' שר הפנים — פ"ד י"ז 225, 241 (22.2.63)

על מעמד הרבנות הראשית

משרתו של רב ראשי או של חבר במועצת הרבנות הראשית, אינה רק משרה רמת מעלה, היא גם בעלת חשיבות מעשית מרובה. סמכות גרחה ניתנה להם מטעם החוק, ובידם לקבוע הלכות והליכות, העשויות לפרוס את מצודתן גם על חייו הפרטיים של האזרח. למשל, הכוחות הנתונים להם על פי תקנות 7, 8, 10, לתקנות העדה היהודית, 1927, או הסמכות המיוחדת שניתנה לשני הרבנים הראשיים על-פי סעיף 181 (ד) לפקודת החוק הפלילי, 1936. ואם אמנם צדק המבקש בטענתו, העיקרית, כי הרב נסים, לא זו בלבד שלא נבחר על-פי כל תגיו ודקדוקיו של החוק, אלא גם שבחירתו, גלל כן, אינה תופסת, ופעולותיו כרב ראשי או כחבר המועצה אינן, ולא תהיינה, בעלות תוקף חוקי, הדי שנפגעו או עלולות להיפגע על-ידי כך זכויותיו של כל אזרח יהודי בארץ, בתוכם גם המבקש דנו, ודבר זה, או חשש זה, בלבד מקנה לו זכות עמידה בבית-המשפט הגבוה לצדק. כבשר ודם, אין אנו בוחנים כליות ולב, ובשבתנו לדין, אין לנו אלא מה שענינו רואות. ואם האזרח הנפגע, מבחינה אובייקטיבית, פונה אלינו בבקשה כגון זו, עלינו להטות אוזן

בשאלה, מה טיבו וטובתו של חוק שיפוט בתי-דין רבניים, אם רצוי הוא או כפוי, מועיל או מזיק לחיי האזרח היהודי. סבור אני כי כשופט מדינה, היושב על מדין, מוטב שאמנע עצמי מליטול חלק בוויכוח האידיאולוגי ההוא. לצורך פסק-דיני זה די לי בכך, שהודאות החוק ניתנו על-ידי המחוקק הריבוני של מדינת ישראל, ואוי לה למדינה המרשה לחבל באחד מחוקיה, כי התוצאה תהיה אנארכיה וזלזול בכל חוקי המדינה.

בג"צ 80/63 — גורפינקל נ' שר הפנים — פ"ד י"ז 2048, 2067 (9.10.63)

המחוקק החילוני אינו יכול לבטל נורמה של החוק הדתי: כי לא הוא הינו מקור החקיקה הדתית. מה שהוא יכול לעשות — מכוח הסובדיניות של המדינה — הוא לצוות על בתי-המשפט, לרבות בתי-הדין הדתיים, שלא לפסוק על-פי הנורמה ההיא. וזה הוא מה שעשה המחוקק הישראלי בחוק שיווי זכויות האשה. אבל מה היה נשוא החקיקה החילונית ההיא? פידות נכסי מלוג, ולא מזונות אשה! עניין אחרון זה נתון, כאז כן עתה, לשלטונו של החוק הדתי — של החוק הדתי in toto, בשלימותו. היוצא מזה הוא: כי אם הבעל בא לתבוע מאשתו את פירות נכסי המלוג שלה, תביעתו תידחה, הן בבית-המשפט האזרחי והן בבית-הדין הדתי, בעטיו של חוק שיווי זכויות האשה (ראה סעיף 7 של החוק); אבל אם האשה, שיש לה הכנסות נכסי מלוג למכביר, באה לתבוע ממנו מזונות, גם תביעתה תידחה, הן בבית-הדין הדתי והן בבית-המשפט האזרחי, כי הבעל יכול לומר: אמנם בוטלה זכות אכילת הפירות שלי מכוח סעיף 2 של החוק, אך לא בוטל ה"רפלקס", לא בוטלה האצילה שהיא אוצלת בעקיפין על תביעת המזונות, הנדונה גם עתה לפי הנורמות של החוק הדתי.

וגם מבחינה "בעל-ביתית", מבחינת ההגיון המעשי הפשוט, יהא משהו אבסורדי בתוצאה שאליה חותר בא-כוח האשה. אין האשה יכולה לומר: "אחוז בזה (המשפט העברי) וגם מזה (החוק החילוני) אל תנח ירך", כי "אין אדם זוכה לשני שולחנות", ואשה בכלל "אדם". המחוקק, בסעיף 2 של החוק, ביקש לגאול ולשחרר את האשה מן ה"שעבוד", לטובת הבעל, הרובץ על הנכסים הפרטיים שלה, זה, ולא יותר! הוא לא רצה להגדיל על-ידי כך את הפוטנציאל של תביעת המזונות שלה, כי עניין זה הוא מחוץ לתחום תפיסתו של רעיון שיווי זכויות המינים.

ע"א 313/59 — בלבן נ' בלבן — פ"ד י"ד 285, 287 (19.1.60)

קשבת לדבריו, בלי לחקור ולדרוש מהו המניע הפנימי, האמיתי, אשר הניע אותו מלכתחילה לקבל ולהתריע על עצם הפגיעה הלזו.
בג"צ 29/55 — דיין נ' שר הדתות ואח' — פ"ד ט' 997, 1000 (15.6.55)

נישואין פרטיים

האסוציאציה הראשונה המתעוררת בלב קורא הבקשה שלפנינו, היא אזהרת ינאי המלך לאשתו: "אל תתייראי מן הפרושים; ולא ממי שאינם פרושים, אלא מן הצבועים וכו'" (סוטה דף כב ע"ב).

הנמשל הוא בערך אותו טכס נישואין עתידי ו"צבוע", היינו נישואין נוגדידת עטופים באיצטלא של טכס דתי, אשר הבקשה דנן עשויה לסלול להם דרך בסדרי החיים של המדינה — אם כי, ייתכן מאד, שלא מדעתם ואפילו בניגוד לדצונם של המבקשים הנוכחים גופם. החייבים אנו, כבית-משפט גבוה לצדק, לגדל יצור חמד-גמל שכוה? סברוני, שלא! לא ישבעו אבותיו נחת מן הצאצא המשפטי המכוער, לא ההורה הרתי ולא ההורה החילוני, הוא רק יהפוך לחוכא ואיטלולא את כל דיני האישות בישראל. ואם יש פרגוד לבקשה, ואם אומנם זו היא המטרה הסופית הנכספת מאחורי הפרגוד, אזי ודאי אסור לנו לשמש שושבינין למערכה אנטי-חוקית, קלת-ראש, קלת-דעת, וחסרת-אחריות שכזאת.

בית-משפט זה לא על האולימפוס, אלא בקרב עמו הוא יושב. ידועה לנו יפה המחלוקת הנטושה בישראל בין מחייבי הנישואין הדתיים ומחייבי הנישואין האזרחיים, ואין אנו עוצמים עין או אוטמים אוזן בפני הטרוניות ההדריות של שני המחנות. אבל הבעיה היא: נכבדה מדי, עדינה מדי, רבת פנים מדי, ועיוורי צבעים דאלטוניסטים הדואים את הכל ב"שחור-לבן" — או ב"לבן-שחור" — לא יפתרוה לעולם. כי בתחומי בעיה זו, כמו אצל כל השאלות החברתיות הגדולות של מדינתנו הצעירה ועמנו העתיק, פועלים גורמים מגורמים שונים: שיקולי דת, מוסר, תרבות, נימוסין, "למה יאמרו"; סולידאריות בין-לאומית ואחריות לאומית; מסורת וקידמה, עם ומדינה, גולה ומולדת — כל אלה ערכים היוליים אשר רק מחוקק כל-רואה, הסוקר את כולם סקירה אחת, יוכל ליצוק מהם מטבעות של משפט. על-כל-פנים, לא באמצעים פרטיזוניים מחתרתיים תיפתר הבעיה, ולא בלהטוטי-משפט של "הבה נתחכמה" יישרו ההדורין הגורליים שבה.

בג"צ 80/63 — גורפינקל ואח' נ' שר הפנים — פ"ד י"ז 2048, 2060 (9.10.63)

אם תותר הרצועה, וסידור חופה וקידושין יימסר למי שחשקה נפשו בכך, ואפילו בור דאורייתא, ואפילו עם-הארץ גמור, הרי התוצאה הכלתית נמנעת תהיה: הפקרות ואנדרולומוסיא בענייני נישואין וגירושין — נישואי קרובים, נישואי ביגאמיה, נישואין ללא נישואין כלל — וסוף הדבר לבוא, כי רושמי הנישואין שבמדינה, ואפילו בתי-המשפט (או בתי-הדין) אשר בעלי-הדין יפנו אליהם, לא ימצאו ידיהם ורגליהם בכל העירוביאי הזאת, ונמצא תקלה נגרמת לציבור באמצעות רשויות הציבור גופן.

תהא אשר תהא עמדתו האישית של מישהו מאתנו כלפי השאלה הנובעת: נישואין אזרחיים ונישואין דתיים — הי מיניהו עדיף? הרי איש לא ירצה בכך, כי תעודות נישואין ייהפכו למצרך הנמכר בשוק, על-ידי בעל מקצוע פלוני או רב פרטי אלמוני, וכי בתי-המשפט או בתי-הדין יצטרכו, ככל מקרה ומקרה, לבדוק לאחר מעשה את כשרות הנישואין. הנקל לתאר מה מרובים יהיו מעשי הרמאות והקנוניא והקשר — שכן "פירצה קוראה לגנב" — להונות ולהטעות ולהכשיל את הרשויות הציבוריות — משרדי מחוז, בתי-דין, בתי-משפט — אשר מדיהן יבקשו בני הזוג לקבל את התעודה הנכספת. רוב מדינות העולם דוגלות בעקרון הנישואין האזרחיים, הרבה מהן מכירות בתוקפם של נישואין דתיים, או מצוות דווקא על טכס נישואין שכוה; אך כאלו כן אלו, ללא יוצא מן הכלל, מקיימות פיקוח רשמי על טכסי הנישואין, אם אזרחיים ואם דתיים, כי בלעדי זאת לא יכון טוהר וסדר בתי המשפחה של האזרח.

ע"פ 208/53 — גנור נ' היועץ המשפטי — פ"ד ח' 833, 839 (9.7.54)

"הידועה בציבור"

הגדרתה המשפטית של "הידועה בציבור כאשתו", היא קשה כקריעת ים סוף, או בלתי אפשרית כפתרון בעיית ריבוע העיגול. ניתנו לנו שלושה נתונים: ידועה, בציבור, כאשתו, ולא נתפרש לנו לא מקורו של הידוע, לא זהותו של הציבור, ואף לא מהותה של ה"אישות", שהציבור-הידוע מייחס לזוג הכלתי-נשוי. הוזה אומר: משלושה נעלמים, עלינו לעשות נגלה אחד.

אילו, איפוא, הוצרכנו להכדיע בערעור על-פי תכנו הפוויטיבי המדוייק של המונח הנ"ל — לא הייתי יודע כיצד לבצע את המשימה. אך במקרה שלפנינו, לאושרנו הגדול, פטורים אנו מעונשו שלזה; כי די לנו אם נבדוק כאן מה לא נכנס לגדרו של המונח; ועל זה מוכן אני לענות.

תשובתי היא: אין אשה זוכה לפריבילגיות הנתונות ל"ידועה בציבור

כאשתו, אלא אם כן הגבר עצמו רואה (או ראה בחייו) את יחסיהם כיחסי בעל ואשתו. והוא הדין להיפך, לגבי האיש "הידוע בציבור כבעלה". שהרי כל מקורן והצדקתן של הזכויות הללו הם ביחסי האישות — אמנם הלא חוקיים, אך המציאותיים — שהתקיימו בינו לבינה, וליחסי אישות מציאותיים אלה, יש צורך בהכרת שני השותפים בכך, ולא רק בהכרת השותף התובע את הזכויות בחייו או לאחר מותו של השני.

ע"א 42/65 — דודיאן נ' "עמידר" החברה הלאומית לשיכון בע"מ ואח' — פ"ד י"ט (3) 259, 261 (30.9.65)

דעתי היא, כי ההסכם שנעשה בין המערער והמשיבה בקשר לרישום הדירה, היה בלתי-מוסרי בהחלט. ותואר זה נכון הוא, לרעתי, הן אם התמורה לרירה היו יחסי מין שקיימו בעלי-הדין משך חודשיים לאחר הרישום, והן אם נציין כתמורה את קשר הנישואין החוקי שעמדו להתקשר בו בעתיד, לאחר שה-מערער יגרש את אשתו הראשונה. ועל-אחת-כמה-וכמה, אם שני הדברים גם יחד היוו תמורה בעד רישום הדירה הנ"ל.

אשר לאלטרנטיבה הראשונה. אין שמץ של ספק בלבי, כי מושגי המוסר המקובלים אצל העם היהודי, במדינת ישראל ומחוצה לה, רואים יחסי איש ואשה מחוץ לנישואין כרבר נקלה ופסול, בין אם היא זונה רגילה, בין אם היא פילגש, ובין אם היא "היטירה" (Haetaera) — בעברית: "ארוגה" — בעלת רמה גבוהה ביותר. טהרת המשפחה בין היהודים היתה מאז ומעולם "שם רבר" בפי כל, ויחסי מין עם זונה או פילגש אינם מקימים משפחה. "פוק חזי מאי עמא רבר" — צא וראה כיצד העם נוהג! האם בערי ישראל, במדינה ובתפוצות, קיימת תופעה חברתית של חיי פילגשות, וכמה זוגות-לא-זוגות כאלה מצויים אפילו בערים הגדולות ביותר, בהן יהודים נחיתים? נכון הדבר, כי בימינו התרופף במקצת המוסר המשפחתי, ואין מתייחסים עוד לזוגות אלה באותו הבוז שהתייחסו אליהם בדורות עברו. אבל איש לא יאמר, כי הסטיגמה הדבקה בחיי אישות מחוץ לנישואין, פגה והתנדפה כליל. גם מי שנוהג הוא עצמו כך, אינו יכול להשתחרר מרגשי אי-נוחות, נקיפת מצפון וסלידת נפש, הפוקדים אותו חדשים לבקרים.

ואין אני סבור, כי כיוון התקדמותו של המין האנושי הוא לעבר ההשתת-רות מכבלי הקשר המשפחתי. רק כאשר ילדים יגדלו על עצים, תתרחש ישועה שכזאת! כל עוד התינוק זקוק לשדי אמו, והאם זקוקה לחבר, שישתתף אתה בצער גידול בנים, לא תסוף המשפחה, ולא תעבור מן העולם. אין קיום לחברה

האנושית, אלא אם-כן שומרים כבבת-העין על התא הראשוני שלה, הוא תא המשפחה. פילגשות ו"אהבה חופשית" — חופשית לחדול — לא ישמשו תחליף לנישואין חוקיים. כי הללו הן יצורים קיקיוניים, הנדרסים על-ידי כל "רכבת מיניאטורית", ונמחקים כליל על-ידי החלפת מנעול הדירה, כפי שראינו בעליל במקרה הנדון בפנינו.

העובדה, כי המחוקק הישראלי הכיר במציאותה של "האשה הידועה בציבור" לגבי כמה וכמה הוראות חוק, אינה מעידה על ריהביליטציה מוסרית של יחסי הפילגשות. ההגנה שנתן המחוקק באלה החוקים, היא הגנה כספית ותו לא, כפיצוי על הקרבנות החומריים, ש"הירועה בציבור" או "הידוע בציבור" הקריב למען השותף, או השותפת, בעת קיימם את יחסי האישות. מעו אני להניח, אם כי אין לי כל הוכחות לכך, כי המחוקק התכוון בעיקר לאשה "הידועה בציבור" שהיא, על-פי רוב, קדבן היוזמה של הגבר — "דרכו של איש לחזר על אשה, ואין דרכה של אשה לחזר על איש" (קידושין רף ב ע"ב) — ורק בחוששו שמא יחשדו בו בהפליה מינית, הוא כלל בהגנתו גם את הגבר "הידוע בציבור". לא שמענו עד כה על הגשת תביעה משפטית על-ידי גבר שכזה.

ואשר לאלטרנטיבה השנייה, והיא — כי הבטחת הנישואין העתידים היא היא ששימשה תמורה בעד רישום הדירה הנ"ל, סבור אני כי הסכם מסוג זה, כאשר אחר המתקשרים עדיין נשוי לבן-זוג אחר, הינו אף הוא הסכם בלתי-מוסרי. קרוב אני לומר, כי מבחינה מסויימת הוא חותר עור הרבה יותר תחת אשיות חיי המשפחה. קצת "ארימטיקה" תועיל לנו להפגין את הדבר. הגע בעצמך: אם יעקב בעלה של לאה, יורשה להתקשר עם רחל, לשאת אותה לאשה לאחר שיגרש את לאה, הרי באותה מידה של הגיון ויושר הוא יוכל, כשעודנו נשוי ללאה, להתקשר עם בלהה לשאתה לאחר שיגרש את רחל, ולהתקשר עם זלפה ולשאתה לאחר שיגרש את בלהה. במלים אחרות: הוא יסדר לו מעין "הרמון אלטרנטיבי" של כמה וכמה נשים, אשר ישמשו לו "ביטוח-משנה" מוחלט מפני כשלון אפשרי בחיי האישות שלו. ואותה עיסקת שדרשרת ממש, תוכל לעשות גם האשה הנשואה, כי מדוע יגרע חלקה? ברור כי הסכמים מסוג זה, אפילו אם הם מוגבלים לבן-זוג אלטרנטיבי אחד בלבד, שוללים מן הנישואין את אופיים המנוגואמי, ומחזיר-רים אותם לתקופת הפוליגאמיה שנאסרה בישראל לפני למעלה מתשע מאות שנה, או לתקופת הפוליגאנדריה (ריבוי בעלים), שהיא בלתי-מוסרית בעיני כל העמים, חוץ מן השבטים הפראיים אשר בטיבט, הימלאיה או סומאטרה.

ההתקשרות-על-תנאי עם האשה האחרת, אי-אפשר לה שלא תעמיק את התהום הפעורה בין הבעל ואשתו החוקית, והמקרה שלפנינו יוכיח: המערער הפסיק את יחסיו עם אשתו בינואר 1957, הכיר את המשיבה במאי-יוני של אותה שנה, וזמן קצר לאחר מכן, באוגוסט 1957, הגיש תביעת גידושין נגד אשתו החוקית (פרוטוקול, ע' 4-5). והדומיסיל הכפול בתל-אביב וחולון, עם הברחת הדידה לפילגש, כדי לנגח בה את תביעותיה הכספיות של האשה? האם להתנהגות כזאת "מוסרית" ייקרא? קשה לי להלום, כיצד אפשר ש לא למצוא פגם במשולש נישואי שכזה.

הנישואין בדיני ישראל, אמנם, אינם "סקרמנט", אבל עדיין אין הם מניחים מקום לליברטיניות והפקרות, או להתקשרויות חדשות מאחורי גבו או נגד צונו של בן-הזוג הקיים.

הוא אשר רמזתי לעיל, כי ההתקשרות-על-תנאי של אדם נשוי עם אשה אחרת היא, מבחינה מסויימת, הדבה פחות מוסרית מאשר חיי פילגשות של פנוי ופנויה.

ע"א 337/62 — ריזנפלד נ' יעקובסון — פ"ד י"ז 1009, 1021 (15.5.63)

הצלת אשה מעיגון

אין בית-משפט זה קובע הלכות בדיני ישראל. יודע הוא כי זו היא עטרה שאינה הולמתו. אבל המציאות הישראלית — על מעלותיה, מגרעותיה, צרותיה וסכנותיה גם יחד — ידועה לנו כמו לכבוד הדבנים המלומדים. נחלקו הדעות במדינה בנוגע לצורתו, הדתית או האזרחית, של טכס הנישואין, ולא אנו, כבית-משפט, נכדיע בשאלה זו. אך זכור לנו כי אחד הנימוקים העיקריים של מחייבי הנישואין האזרחיים הוא, כי נישואין דתיים — כפי שאלה טוענים — מסגירים את האשה לשרירות לבו של הבעל בבואה לדרוש ממנו גידושין. זהו, אמנם, לא בדיוק כך, אבל משהו בגו יש, והמקרה שלפנינו יוכיח! עגינות מסוג זה, ואולי עוד יותר אכזרית, צפויה לכל יהודיה ישראלית שבעלה עזב את הארץ ונעלם, או שמסרב לשלוח לה גט. מן ההכרח איפוא לטכס ולמצוא דרך הלכתית להתרת כבלי עיגון האשה, בכל מקרה בו המסיבות מתייבות במפגיע להפריד ביניהם.

ע"א 164/67 — היועץ המשפטי נ' אברהם — פ"ד כ"ב (1) 29, 47 (10.1.68)

מזונות שחייב בהם בן להוריו

ניטיב לעשות אם נבור לנו את שביל הזהב בין הדעות הקיצוניות, ונקבע

כקנה מידה את יכולתו של הבן (ובת דינה כבן), "יכולתו" במובן הרחב של המלה. הוא אמנם אינו חייב לחזור על הפתחים כדי לפרנס את אביו ואמו, אך מאידך גיסא אין חובה זו מצומצמת רק למה שיש לו בעין, הייתי אומר: לא רק מהונו אלא גם מאונו, ואם יש לו אפשרות כלשהי להשתכר את אשר נחוץ למזונות הוריו, אם על-ידי עבודה או עסק ואם על-ידי קימוץ מסתבר בהוצאות עצמו, הוא חייב להקדיש סכום זה למזונות ההורים.

ע"א 427/58 — אשואל נ' אשואל — פ"ד י"ג 953, 955 (7.4.59)

לטורה של דיני ישראל. מה עשתה המעוררת? היא ביקשה לבטח את עצמה מפני ירידת ערך המטבע הישראלי — ירידה שהיתה גוררת אחריה עליה פרופורציונאלית במחירי כל "הפירות" שבמדינה. פירושו של דבר: היא הבטיחה לעצמה את הזכות לקבל בשעת הפרעון אותה כמות "פירות" ממש, שהיתה יכולה לקנות בכספה בעת מתן ההלוואה. רכוש הממשי, ב"פירות", לא יגדל על-ידי-כך, יגדל רק מספר המטבעות שתקבל, וגידול זה, על אף ה"דינא דמלכותא" או העיקרון הנומינליסטי של המטבע, אינו נחשב כתוספת ריבית על-פי דיני ישראל, אף על פי שאלמלא התנאי הנ"ל היו יכולים לסלק את חובה במספר פחות של מטבעות. ראינו כי הדינא דמלכותא עם העקרון הנומינליסטי הצומח הימנו, עלולים "לאונן" מבחינה משפטית את ההפך שבינן שני השערים, ולבטל על-ידי-כך — במקרה עליית השער — את איסור הריבית שבדבר. אך אין זה מחוייב המציאות כלל, ולא מצינו במקורות שום אסמכתא לכך, כי בעטיו של עיקרון זה ייחשב המטבע שהוול כשווה בערכו ממש למטבע הקודם, וכי עקב פיקציה זו תיראה כריבית אסורה כל תוספת, כמותית גרידא, על מספר המטבעות שניתנו בשעתם ללווה. ראינו אותו כפועל בתפקיד של מוחק-ריבית, אך לא מצינו אותו משמש "קטליזטור" של ריבית. בכל השקלא וטריא התלמודית והרבנית בענייני יוקר וזול של מטבע, נסב ויכוח רב על השאלה, אם היוקר והזול "תלוי בו", במטבע, ובהתייקרו הוא המוליד את "זול" הפירות וריבויים, או שהיוקר והזול תלוי בפירות, כלומר: בסיבה כלכלית אחרת, שהיא מחוץ להתייקרות המדומה של המטבע, וממילא לא הגיעה לידי המלווה שום תוספת-ערך עקב עצם העלייה בשער המטבע ההוא. מכאן כי קנה המידה הנכון לקביעת הריבית בדיני ישראל הוא: אם המלווה מתעשר התעשרות של ממש — ב"פירות" — על-ידי תוספת כמות המטבעות, או לא. יכול שתהא שם התעשרות ממש, ולא יהא בה איסור של ריבית — וזה מטעמים הלכיים שונים המיוחדים לדיני הריבית (כגון: "יצא השער" או "יש לו סאה לוהה עליה וכיו") — אבל לא יתכן ההיפך, כלומר: שלא תהא התעשרות המלווה, ואף על פי כן יהא שם איסור של ריבית.

ראיה הותכת לכך אפשר למצוא, לכשנדייק, בעצם הסכמות הקהילות הנ"ל. לפי ההסכמות הללו היה הפרש השערים מתחלק בין המלווה והלווה, הן במקרה עליית שער המטבע שהלווה והן במקרה ירידת השער שלו. ואם הגרושוש, למשל, עמדו בשעת מתן ההלוואה על 120 לבנים, ובשעת הפרעון ירדו ועמדו על 100, היה הלווה חייב לשלם למלווה 110 לבנים, זאת אומרת:

ו. דיני ממונות

הזיקה לקרקע

השקפה זו: על ערכה וייחודה של הקרקע, ועל מעמד הבכורה שלה בענפי המשפט השונים, לא נתייחדה דווקא למנטאליות המשפטית של עמי האנגלו-סכסים. קדם להם בגדון זה, יתר הרבה בזמן ובהיקף, המשפט העברי. קרקע היא "דבר השווה כל כסף", נאמר על-ידי אמורא אחד (בבא קמא דף יד, ע"ב), — "כל כסף שנותנים עליו", כפי שהוסבר על-ידי רש"י שם. קרקע אין לה אונאה (בבא מציעא דף גו, ע"א, ודף קח, ע"א), ולדעת הרמב"ם והשולחן ערוך, אפילו "מכר שווה דינר באלף" (רמב"ם, פרק יג מהלכות מכירה, הלכה א; שולחן ערוך חושן משפט, סימן רכז, סעיף כט). מקורו של הדין, לפי התלמוד, הוא בדרש מן הפסוק, אך טעמו, כפי שהוסבר על-ידי אחר מגדולי מבארי המצוות, הוא "לפי שהקרקע דבר קיים לעולם, דרך הבריות למחול בו כל אונאה אחר שלקחו אותו, וכעין מה שאמרו רבותינו ז"ל על דרך ההפלגה שהקרקע דבר השווה כל כסף הוא" (ספר החינוך המיוחס להרא"ה, מצוה שלז). "אין כותבין פרוסבול אלא על הקרקע" (גיטין דף לו ע"א). "קרקע אינה נגזלת" (בבא קמא דף צה ע"א). קרקע, אפילו כמלוא מחט, אפשר לקנות בה, קניין-אגב, את כל המטלטלים שבעולם (קידושין דף כו—כו, עיין שם). לקרקעות, כידוע, ייקרא בשם "נכסים שיש להם אחריות", ש"אחריות כל אדם הלווה והנושה עליהן, לפי שקיימין ועומדין, לפיכך נסמכין עליהן" (קידושין דף כו ע"א, ורש"י שם). כל דבר "הנעשה לקרקע" ועתיד להתחבר אליה, אינו מקבל טומאה, ואפילו אם הוא כלי מתכת שיש לו "שם בפני עצמו" (כלים פרק יא, משנה ב). ועוד דינים ומימרות כהנה וכהנה, הפזורים לרוב על פני רחבי הש"ס, ומתארים בכל צבעי הקשת את מעמדו הרם של נכס סגולה זה. לאמיתו של דבר, גם חיבת עם ישראל לארץ-ישראל היא, בחלקה הגדול, החיבה לארץ במובן אדמה וקרקע; והדברים עתיקים.

ע"א 155/52 — פרוחודניק ג' אקדמן — פ"ד 72, 76—77 (13.1.56)

ריבית והצמדה

תנאי הערך שהותנה בסעיף 9 של שטר המשכנתא דנן, לא היה נחשב כריבית בעיני המשפט העברי. לשם כך יש לתרגם את המעשה ההוא לנומנק-

גרוש מוזל אחד, ועוד 10 לבנים. להסכמות אלה הסכימו, ועל-פיהן פסקו, גם אותם הפוסקים המכירים עקרונית ב"דינא דמלכותא", על-פיו רשאי היה הלווה, מן הדין, לסלק את חובו במטבע שהוזל, בלי להוסיף עליו כלום. מכאן עולה ברורות, כי מחצית ההפרש המשתלמת למלווה מכוח ה"הסכמה", היינו: אותם 10 הלבנים הנוספים, שהמלווה מקבל חוץ מן הגרוש המחזור לו, אינם מהווים תוספת-ריבית אסורה בדיני ישראל. שהרי ההסכמות הללו, כפי שכבר ציינתי, הותקנו רק למען חלוקה צודקת של ההפסד, ולא באו לשנות — ואולי אף לא יכלו לשנות — את דיני הריבית גופם. ומה הוא הטעם להתרת תוספת זו? כאן — בניגוד למקרה ההפוך של התייקרות המטבע — אין טעם אחר חוץ מזה: שהיא, התוספת, אינה מעשירה את המלווה לעומת מצבו הקודם, בשעת הלוואת הכספים.

ע"א 248/53 — רוזנבאום נ' זגר — פ"ד ט' 533, 556—557 (4.4.55)

עקיפת החוק והשתמטות מן החוק

עמדתו של המשפט העברי כלפי עקיפת החוק באמצעות החוק גופו, היא ליבראלית מאוד; היו כמה סיבות היסטוריות לכך, ביניהן האחת והעיקרית: לשמור על גמישותו וחיוניותו של המשפט העתיק ולעשותו כלי קיבול לקליטת דרכי החיים המשתנים. למשל, ההערמות השונות על איסור הריבית על-ידי הפיכת עיסקת ההלוואה לעיסקה של מכר כפול, ישר והפוך (בבא מציעא, פרק איזהו נשך), או על-ידי הפיכת הריבית לדווחים בעקבות התקנה של "היתר עיסקא"; ההערמה על שמיטת כספים בשביעית על-ידי התקנה הנודעת של פרובול, שכתוצאה ממנו גביית החוב נעשית כביכול לא על-ידי הנושה (החייב בשמיטה), אלא על-ידי בית-הדין (גיטין דף לו ע"א ו"ע"ב; השוה רש"י, מכות דף ג ע"ב, ד"ה "מוסר שטרותיו", וראה רמב"ם, הלכות שמיטה ויובל, פרק ט, הלכה טו); העדמת-החסד הגדולה של התנא כהן ד' טרפון, שקידש שלוש מאות נשים באשקלון על מנת להאכילן בתרומה (הוללה) בימי רעבון (ירושלמי, יבמות פרק ד, הלכה יב); או ההערמה על חיוב הוספת החומש בפדיון מעשר שני על-ידי נתינת הכסף או הפירות לאחר, כדי שהפודה יהיה "זר" ולא בעל-הפירות (מעשר שני, פרק ד משניות ד, ה).

והנה בבודקנו את הלכות מעשר ומעשר שני אנו מוצאים בהן — להפתעתנו — שתי הערמות על שני דינים שונים, האחת מותרת; השנייה אסורה. והרי הן לפנינו:

(א) הדין הראשון שהוזכר לעיל הוא, כי אדם הפודה מעשר שני שלו, כדי

להעלות את הכסף לירושלים ולאכלו שם, חייב להוסיף על שווי חומש (ויקרא כו, לא); ואילו אם לא בעל-הפירות אלא אחר הוא הפודה את המעשר שני, הוא פודה אותו בשווי ואינו מוסיף עליו כלום. הלכה זו שימשה יסוד ל"עצה טובה" של העדמה, שהמשנה משיאה אותה לבעל-הפירות: "מעדימין על מעשר שני (לפדותו בלא חומש), כיצד? אומר אדם לבנו ולבתו, לעברו ולשפחתו העברים: הילך מעות אלו ופרה לך מעשר שני זה" (מעשר שני, פרק ד משנה ד).

"היה עומד בגודן ואין בידו מעות, אומר לחברו — לחברו שהוא אוהבו, ויורע בו שאינו עושה אלא כדי להיפטר מן החומש" (רש"י, בבא מציעא דף מה ע"ב, ד"ה 'אומר') — הרי פירות אלה נתונים לך במתנה וחוזר ואומר לו הרי הן מחוללין על מעות שיש לי בבית" (מעשר שני, שם משנה ה).

הרי לפנינו הערמה של העברת בעלות פיקטיבית של המעות או הפירות, כדי שהפודה יהיה "זר", ויפטר מחומש את בעל-הפירות האמיתי. והערמה זו "מומלצת" כאילו על-ידי המשנה גופה ואין בה, כמובן, שום בלס ודופי.

(ב) לא כן הדבר לגבי הערמה אחרת, דומה, שאפשר — אך אסור — להשתמש בה לשם עקיפת עצם חובת הפרשת המעשר. הדין הוא: "אין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית שנאמר (דברים כו, יג) בערתי הקדש מן הבית" (בבא מציעא, דף פז ע"ב — פח ע"א). "פני הבית: שייכנס דרך הפתח שהוא פני הבית, ולא דרך גגות וקרפיפין" (רש"י, שם).

נתונה אפוא לכל אדם ברירה פשוטה בתכלית להיפטר מחובת הפרשת המעשר והיא: להכניס את הפירות לבית לא דרך הפתח אלא דרך גגות וקרפיפין. המותר להשתמש בהערמה זו? התשובה לכך: לא ולא! זו היא הערמה שאין רוח חכמים נוחה הימנה. וכך נאמר בתלמוד:

"בוא וראה שלא כדורות הראשונים — דורות האחרונים! דורות הראשונים מכניסין פירותיהן דרך טרקסמון (דרך הכבושה מחוץ להיכנס בפנים); רש"י (שם) כדי לחייבן במעשר; דורות האחרונים מכניסין פירותיהן דרך גגות ודרך קרפיפין כדי לפוטרן מן המעשר, דאמר ר' ינאי אין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית וכו'" (גיטין דף פא ע"א).

ומה בין זה לזה? מדוע מותר לנקוט הערמה מסויימת כדי להיפטר מחובת החומש של פדיון מעשר שני, ואסור לנקוט הערמה דומה כדי להיפטר מעצם חובת הפרשת המעשרות? כלום בכמות המעשר "המעוקף" תליא מילתא? לכן אין תשובה אלא אחת והיא: שם, אצל פדיון מעשר שני מטר

ההערמה היא אמנם להיפטר מן החומש, אך מעשה ההערמה ורישום הוא הרבה יותר רחב והרבה יותר עמוק. כי את הבעלות על העצם (מעות או פירות) הוא חייב להעביר העברה ממש, לכל פרטיה ודקדוקיה, מעצמו אל המקבל. אם יהיה חס ושלום חסר כל שהוא בתוכנה או בהיקפה של ההעברה, הפודה לא יהיה "זר" וההערמה לא תשיג מטרתה. כאן, אצל הכנסת פירות דרך גגות וקרפיפין, האקט הריאלי המערים הוא מעשה-ריק-מתוכן שאין לו בעולמו אלא פטור המעשר בלבד. אין לו השלכה אחרת זולתי זו. משום כך מועיל הוא אמנם לפטור ממעשר כפי שנאמר בתורה, אבל אסור לבעו, דווקא בשל יעילותו, כי אילמלא זו — הוא לא היה מוזק ולא היה טעם לאסרו.

ע"א 265/67 — מפי בע"מ נ' פקיד השומה למפעלים גדולים תל-אביב 7 — פ"ד כ"א (2) 593, 599—600 (19.11.67)

בסופו של דבר, ולאחר הסרת כל הקליפות, התבדל בין השתמטות אסורה ועקיפה מותרת אינו מהותי, אלא גרדואלי בלבד: הכל תלוי במידת הקירבה שבין שחי הגורמות ההן — הגורמה "האוסרת" והגורמה "המתירה". אם המחוקק בהציבו את תחומי המס משאיר, מדעת ובכוונה מכוונת, לאקונה בחוק, ומוציא מכלל חיוב פעולה מסויימת, מותר לו לאורח להשתמש בפירצה זו ולעקוף דרכה את חובת המס. זו תהיה "עקיפה" מותרת, אלא אם-כן קיימת הוראת חוק מעיין הוראת סעיף 260 של החוק האוסטרלי. שהרי המחוקק ידוע ידע על קיום "שביל הברחה" זה, ואם לא גדר ולא סתם אותו, סימן הוא כי השלים מלכתחילה — למען משהו יותר חשוב בעיניו — עם ההברחה האפשרית הזו. לעומת זה: כאשר חוק המס הוא לפי טיבו ומטרתו הרמטי, סגור, מתכוון לסתום את כל הפרצות, אלא שהאזרת תוקף אותו "ממקום אחר", כלומר: מנצל נורמה משפטית רחוקה שייתכן כי המחוקק לא חשב עליה כלל, אזי עלולה זו להיות לא "עקיפה" אלא "השתמטות", והיא לא תעמוד לו למיטמט בבואו לפטור עצמו על-ידה מחובת תשלום המס.

ע"א 34/61 — ועדיה נ' מנהל מס שבה מקרקעין — פ"ד ט"ו 2255, 2258 (29.11.61)

עילה בת עוולה

קיימים היסוסים בלבנות המשפטנים, אם המכסימה *ex turpi causa non oritur actio* — בעברית: מן עילה בת עוולה, לא תצמח זכות תביעה —

יש לצמצמה למקום שממנו באה, היינו לענייני חוזים בלבד, או שאפשר, בתנאים מסויימים, להחילה גם על תביעות הנובעות ממעשה גזיקין. לי נראה כי — עקרונית — אין כל הבדל בדבר. כי אם הרציונלה של "מן עילה בת עוולה וכו'" היא שלא יהיה חוטא נשכר, מה לי חוטא שחטאו הוא עשיית חוזה בלתי חוקי, מה לי חוטא שחטאו הוא עשיית עבירה ממש? ! אדרבא: האחרון הוא חוטא עוד יותר גדול. ואם טעמו של דבר הוא, כי עילה בת עוולה היא מוקצה מחמת מיאוס שאין בית-המשפט מטמא בה את ידיו, שוב אין כל גפקא מינה מהי הכותרת של פרשת-התביעה.

ע"א 360/64 — אבוטבול נ' קליגר — פ"ד י"ט (1) 429, 461 (22.2.65)

הגנת זכות יוצרים

דרוש כי הרעיון האמנותי הגלום בבנין יתפוס אותך, כאילו, בציציות ראשך ויוציא אותך מעולם החולין לעולם רוחני ונשגב. ואמנם נראה גם לי, כי זהו, פחות או יותר, מבחן האמנותיות לגבי בנינים. והרי נימוקי לכך:

בשמונה מאות השנים האחרונות עברו על אירופה סגנונות-בנין שונים: מן הסגנון הביזנטיני הקדום דרך הרומאנסק (Romanesque) והסגנון הגוטי, עם סגנון הרנסנס (Renaissance) והבארוק (Baroque) עד לסגנון המודרני, שסימניו ההיכר שלו הם: פשטות הצורה וישרות קווי הבנין, ללא אורנמנט-טיקה וללא כל "קשקושים". האם זה סוף פסוק, וכלום יש לדאות את הסגנון המודרני כשיא ההתקדמות שהגיעה אליה האנושות באמנות הבניה? ברור שלא! לא ייתכן, למשל, כי התור החדש, תור האטום, שהחל זה עתה להגיה חשכו או אורו על כל רחבי תבל, לא יטביע את חותמו גם בסגנון הבניה של האדם המודרני. ניצנים ראשונים לכך ראינו כבר במגדל האטומיום שפיאר את התערוכה העולמית בבדיסל, מגדל שתשעת כדוריו, אשר חזותם משתנית לפי הפרספקטיבה, מוכיחים את האלקטרונים הסובבים את גרעין האטום.

וכיצד נוצרים סגנונות בניה כאלה? ברור: על-ידי חיקוי וחזרה והרחבה והוספה או גידוע מן הרעיונות שהגו ראשונים. כל נכס אמנותי אחר, כגון תמונה, שרטוט או פסל, אפשר לסגוד אותו על מנעול, והאמנות שבו אינה מוכרחה להשפיע על אחרים. בנין — אין טומנים בצלחת! הוא עומד בחוץ, והכל מסתכלים בו. לא ייתכן, איפוא, כי מי שמוסיף לראשונה קו חדש, אמנותי, לבנין שהקים, יהא רוכש לו בזה מעין "אפותיקי" על כל הבנינים שייבנו בעתיד על-פי התוספת שלו. רק אם הבנין שהוקם מכיל בתוכו

חידוש אמנותי כביר, מגלם בעץ ואבן אידיאה מהפכנית חדשה, רק כזה ראוי להגנה מצד החוק. יהא בזה משום עיכוב ההתפתחות של המין האנושי אם יעניקו יותר מדי זכויות לאלה האמנים, אמני זוטא, המשפרים, קו לקו, זעיר שם זעיר שם, את סגנון הבניה המקובל. משום כך, ורק משום כך, הוסיף המחוקק את המלה „artistic” לאופי או לשרטוט הנהנים מהגנתו. אין אני אומר, כי היצירה הראויה להגנה חייבת להיות נצחית. אין בכלל דבר נצחי בעולם הגשמי. גם האטומיום שבבריסל עתיד ליהרס — עד כמה שאני יודע — בשנת 1968, אבל האידאה שלו היא נצחית, ואותה תזכור האנושות לעד, כי הוא הראה לעולם כיצד אפשר לכלוא במערכת כדורי מתכת את התודעה האטומית של הדור.

ע"א 448/60 — לב ואח' ב' המשביר המרכזי בע"מ ואח' — פ"ד ט"ז 2688, 2695 (28.12.62)

ז. סדרי דיין

התיישנות

מוסד ההתיישנות הוא מוסד משפטי עתיק יומין, אשר קנה לו שביתה, בצורה זו או אחרת, בשיטות המשפט של כל העמים וכל התקופות. מקורה נעוץ, איפוא, בצורך אנושי-כללי, בדרישות יסוד הטבעיות בחיי החברה בכל אתר ועידן. כמה פנים לה, לתורה אוניברסאלית זו, וכמה טעמים. אמנה שלשה מהם, הנראים לי כחשובים ביותר:

(א) הקושי (לנתבע) לשמור, זמן רב מדי, על ראיות והוכחות. את השובר (הקבלה) יאכלו העכברים, כפי שנאמר בתלמוד (ראה משנה בבא בתרא זף קע ע"ב), ועדים עלולים למות. לכן קובע כמעט כל מחוקק, כי כאשר התובע משהה את תביעתו אל מעבר לזמן מסויים, שהוא (המחוקק) רואה אותו כרב מדי, זכאי הנתבע לכך, כי בית-המשפט יאמין לו על דיבורו, ולא ידרוש ממנו הבאת ראיות מוזימות. מסוג דעיוני זה, או בדומה לו, הוא הטעם של „חזקת ג' שנים” בקרקע, הידועה לנו מדיני ישראל: „שתא קמייתא מיזדהר איניש בשטריה, תדתי ותלת מיזדהר, טפי — לא מיזדהר”, — שנה אחת נוהר אדם בשטרו, שתים ושלוש נוהר, יותר — איננו נוהר (בבא בתרא דף קט ע"א).

(ב) כל השהיה, ארוכה מדי, בהגשת התביעה, יש בה דיח של מחילה וויתור. בזה, למשל, מנמק המשפט העברי את ה"התיישנות" של תביעת הכתובה על-ידי האלמנה "כל זמן שהיא בבית אביה", ובשל מחילה משוערת זו, היא אינה יכולה לגבות כתובתה מן היורשים אחרי עבור עשרים וחמש שנים (כתובות דף קד ע"א, משנה וגמרא שם).

(ג) אחרון בסדר ולא במעלה, והוא טעם יותר מודרני, שמקורו נעוץ במהירות התנועה והחיים של התקופה החדשה. תפיסתו היא בעיקר כלפי תביעות הנובעות מתוך עסקי מסחר. בעולם המסחר המסחרר של זמננו, חייב אדם כל שעה ושעה לדעת, מה הוא האקטיב ומה הוא הפאסיב שלו, ומה הם הכספים העומדים לרשותו לשם השקעה בעסקים חדשים. מן הדין הוא, איפוא, כי הוא לא יגרור אחריו, זמן ממושך מדי את "סבל העבר" שלו, וכי לא יצטרך לשמור תמיד על רודבה מתה, לפרעון חובותיו הישנים. זכאי הוא לדרוש גם מאת חברו-יריבו, שלא יתמהמה יתר על המידה במימוש תביעותיו.

מכאן התקופות, הקצרות ביחס, שנקבעו להתיישנות שטרות, למשל, ומכאן תקופות ההתיישנות, הקצרות עוד יותר, המצויות בחוקי ארצות שונות, לגבי תביעות הנובעות מ"מעשים בכל יום" או מעסקאות מסחריות (השווה למשל, הוראת סעיף 196 של ה.ב.ג.ב.).

מכל הטעמים הללו, חבילה ופסיפס, עולה כי ההתיישנות כודח לה שתהא "ממיתה" או "משתקת" בשל יושנה גופא, את זכות התביעה. יכולים להיות חילוקי דעות בשאלה, אם אופיה הוא מטריאלי או פרוצסואלי בלבד, אך לא ייתכן שהצלחתה תהא תלויה באקוויליבריסטיקה לשונית, תלויה על בלימה של נוסחת הטענה. אדרבא: דווקא מי שרואה בה — כמו המגילה שלנו — הגנה פרצסואלית גרידא, ולא גוויעת הזכות ממש, אינו יכול לאחוז את החבל גם בראשו השני, ולדרוש כי לא יהיו שומעין לה, אלא אם כן היא עולה בקנה אחד ממש עם הטענה הסובסטיבית של הנתבע. הן בין כך ובין כך אין בית-המשפט פועל לפי תוכנה הממשי של הטענה, ואינו מחליט על פיה את הזכות לטובת הנתבע. די לה, איפוא, לטענת ההתיישנות, שהיא רק לא תכיל בקרבה הודאה מפורשת בקיום זכותו של הידיב.

ע"א 158/54 — דה בוטון נ' בנק המזרחי בע"מ ואח' — פ"ד י' 687, 695—696 (13.4.56)

קיים הבדל רב בין ההתיישנות האזרחית וההתיישנות הפלילית. הראשונה היא זכות הפרטית של הנתבע, השנייה היא עניינו וקניינו של הציבור. הנחה היא כי לאחר שעבר זמן מסוים, וההתרגשות הציבורית חלפה או חלשה, מן הראוי "לשכוח" את מעשה העבירה ולא לטפל בה עוד. והפועל-יוצא לגבי החלת החוק החדשה למפרע היא זו: אם תקופת ההתיישנות הישנה נגמרה כליל ביום צאת החוק החדש, העבירה כלתה ומתה ואין לה תיות אותה עוד. אבל אם תקופת ההתיישנות הקודמת טרם כלתה והיא עודנה "רצה", אי חל עליה החוק החדש בין אם הוא מקצד בין אם הוא מאריך את תקופת ההתיישנות. כי חוקה על חוק חדש שהוא טוב מן הישן, ומשרת, יותר מקודמו, את טובת הציבור.

העניין הציבורי שיש לחברה במוסד ההתיישנות הוא, כפי שראינו, הצורך החיוני בשיכתת העבר. הציבור, כמוהו כפרט היחיד, אינו רוצה לחסות לעולם ועד בצל הזכרונות של עוונות דאשונים. רוצה הוא להשתחרר פעם מן הזכרון המעיק של החטא הקדמון. לכן, כאשר זכרון העבירה, בהישחקו תחת גלגלי הזמן, מתחיל קימעה קימעה לשוך ולהירדם, בא פורה שר של

טכחה, הוא הכחוקק הדיבונני ו"מיישן" אותה (את העבירה) כליל — "התיישנות" תרתי-כסע — פן ושמא הירון בעבירה הישנה יפתח את הפצע שהגליד, וילבן כהדש את הסערה הציבורית שפרצה ושככה.

כה הם, אם כן, הניכויים העשויים להניע את המחוקק, או החייבים להניע אותו, לטנות ולהאריך את תקופת ההתיישנות הקודמת? לדעתי, ראויים לכך שני סוגים אלה:

(א) עבירות שנסיון המציאות מעיד עליהן כי התקופה היא קצרה מדי, ואין סיפק בידה להגליד את פצעי העבירה או לעמם את זכרה. כאלה הם הפשעים המפלצתיים של הברברים הנאצו-גרמנים. הנה הולך ומתקרב יום ה'8 במאי 1965, היום בו יתיישנו עליפי החוק הגרמני כל פשעי הנאצים, למרות מה שרישומם עדיין ניכר, ואדם עודנו מפעפע, בשכבות שונות של האוכלוסייה. צדקה איפוא הוועדה המשפטית של אירגוני המדי הצרפתי והבינלאומי, שהתכנסה בפאריס ביום 2 ביולי 1964, ודרשה מגרמניה ושאר "ארצות המקלט" של הנאצים לבטל כליל את ההתיישנותם של פשעי הנאצים ועווריהם או — לפחות — להאריך את תקופת ההתיישנותם מעשרים לשלושים שנה (אחרי כניעת גרמניה), היינו עד חודש מאי 1975, הארכה "שתיכנס מיד לתוקפה" — כלומר תחול למפרע — "כמו כל חוק פרוצידוראלי".

(ב) סוג עבירות שני, שונה כמובן — להבדיל אלף הבדלות — מן הסוג הראשון, אך דאוי אף הוא, מטעמים אחרים, לתקופת התיישנות ארוכה. כוונתי לעבירות המתקראות "עבירות הצווארון הלבן", שעיקר בעייתן היא לא בהטלת העונש אלא בגילוי העבירה. והעבירה שלפנינו, העלמת מס הכנסה, היא אחת מהן. בעבירות כלכליות, מיסיות ומסובכות, מסוג זה, "תקופת האינקובציה" — היינו הזמן העובר למן ביצוע העבירה ועד גילוייה על-ידי התביעה הכללית — היא ארוכה, ואם תקופת התיישנותה קצרה תהיה, קיימת הסכנה כי עד שהעבירה תצא לאוויר העולם — היא "תמות" בהסתר מרוב זיקנה והתיישנות. זה הוא הטעם — כך נראה לי — אשר בגללו הגדיל המחוקק בשנת 1957 את תקופת התיישנותן של עבירות על פקודת מס הכנסה, ואין כל פגם בכך, לא פגם חוקי ולא פגם מוסרי, כי תקופת ההתיישנות המוגדלת תחול גם על עבירות שנעבדו לפני צאת החוק החדש, בתנאי אחד ויחיד: שעד יום צאתו של החוק החדש לא כלתה תקופת ההתיישנות הישנה לגבי העבירות הנדונות.

ע"פ 290/63 — נאשף ג' היועץ המשפטי — פ"ד י"ה (2) 570, 586—587 (24.8.64)

הערבת עדויות

שאלת מהימנותם של העדים, היא דבר המסור ללב לבו של השופט, הוא אינו חייב לאדם דין וחשבון על כך, ולפעמים אף לעצמו לא יגדיר את גורמיו ומחולליו של חוסר-אמונו. מי מדד בשעלו את "התנהגותו" של העד — זה ה-demeanour המפורסם של סעיף 12 לפקודת העדות (פרק נד) — ומי שקל בפלס את שיעור הנאמנות שבו? כאן, על כורחך, משתרע כר נרחב לאומדנותיו של השופט. ל"שורא" שלו, לאותם ה"אימפונדרביליה" הבלתי נשקלים ובלתי נמדדים, הדברים "הסמויים מן העין", שלא תמיד מגיעים הם לתודעה של השופט, ולעיתים קרובות פועלים מתחת לסף ההכרה שלו. לא תמיד יוכל אדם להסביר, מדוע אינו מאמין לדברי חברו, ולא תמיד יהא מסוגל להצביע על מקור החשדנות שלו. יען כי, לגבי רחשי אמון או אי-אמון בדברי הוולת, הקובע והמכריע הוא: הרושם הכללי שקיבלת מן האיש ומן שיחו גם יחד: ורושם זה כוחו יפה בשלימותו ותמימותו דווקא, והוא נפגם ומיטשטש על ידי ניתוח, שכלי-אנליטי, של חלקיו הבודדים.

ע"פ 91/51 — "מדור" חברה לבנין ופיננסים בע"מ נ' ביר — פ"ד ה' 792, 796 (25.6.51)

ועוד כלל אחד, ידוע ומפורסם, שמן הראוי כי נזכירהו כאן, והוא: כי "עדות שבטלה מקצתה — לא בטלה כולה", וכי בית-המשפט רשאי לתת אמון בחלק מעדותו של העד, גם אם הוא רואה כדבר שקר את החלק האחר שבה. כי ניכרים דברי אמת, אפילו אם הם יוצאים מפיו של שקרן. ניכרים הדברים מתוך ה-demeanour של העד, מפני שאפילו אצל שקרן מנוסה, הטון הוא טבעי יותר כאשר הוא אומד את האמת. וב"בת-קול" זו מבחין, כמובן, רק השופט השומע את העד, ולא השופט הקורא את הפרוטוקול.

ע"פ 232/55 — היועץ המשפטי נ' גרינוולד — פ"ד י"ב 2017, 2240 (17.1.58)

שופט חייב לגלות בפסק-דינו את דרך החשיבה האינטלקטואלית בה הוא הגיע למימצאיו העובדתיים, אך אין הוא חייב להביע, ולפעמים אף חייב הוא לסמוך בחובו, את דגשי החיבה או הנקיעה שעוררו בלבו דבריו או התנהגותו של אחד העדים.

ע"פ 141/65 — רחביה נ' היועץ המשפטי — פ"ד כ (2) 376, 379 (8.5.66)

דרכה של ערכאת-הערעור

הדיבור "אני קובע כי..." אין בו מגיקה כלל. הוא מכריע רק באחד משני מקרים אלה: (א) כאשר השאלה היא באיזו משתי העדויות הנוגדות יש לתת אמון; (ב) כאשר מסתמכת מסתמכת, בפירוש או מכללא, על מימצאים שנקבעו על-ידו, והיא אינה בלתי-הגיונית במידה המחייבת את בית-המשפט לער-עורים להתערב בדבר.

ע"פ 458/64 — לייצמן נ' היועץ המשפטי — פ"ד כ (1) 477, 479 (24.1.65)

אין בית-המשפט לערעורים בודק מחדש את צדקתו או רשעתו של הנאשם, הוא בודק את — כשרותו או פסלותו של פסק-הדין! ואין זה משחק מילים בעלמא, כי רב ההבדל וגדול השוני: בין בחינת אמיתות המעשים שיוחסו לנאשם, לבין בחינת נכונות הדרכים בהם הלך בית-המשפט דלמטה, בדונו את המעשים ההם. אך מאידך גיסא קיימת גם הקבלה מסויימת ביניהם, והיא: כשם שבית-המשפט הרו בעניין לא ירשיע את הנאשם, אלא אם כן שוכנע ללא ספק המתקבל על הדעת, כי אמנם אשם האיש בעבירה שיוחסה לו, כך גם בית-המשפט לערעורים לא יסתור מסקנה שהוסקה מעובדות שהוכחו כחוק — לא "ירשיע" את פסק-הדין, אם ניתן להיאמר כך, באין ליקויי סמכות דיון, פסולי עדות, טעות דבר הלכה ודומיהם — אלא אם כן שוכנע, כי הסקת המסקנה היא על ירי בית-המשפט דלמטה היתה מבחינה הגיונית, פסולה בתכלית. "פסולה בתכלית" מבחינה הגיונית, פירושה: מסקנה חסרת שחר, אבסורד לכל, ולא כאשר היא רק "אינה נראית" לשופטי בית-המשפט לערעורים.

ע"פ 125/50 — יעקובוביץ נ' היועץ המשפטי — פ"ד ו' 514, 560—561 (12.6.52)

נכון הדבר, השופט בערכאה הראשונה ממלא תפקיד של חבר מושבעים ושל שופט. אולם תפקידו הראשון נוגע רק למהימנות העדים ואשר למסקנות מהעובדות בית-משפט לערעורים רשאי לבדוק אותן. דבר זה נקבע אפילו בעדעורים אורחיים. — — —

יש גם לציין את ההבדל בין חבר מושבעים לבין שופט הממלא תפקידו. חבר מושבעים, נותן החלטה ללא ציון נימוקים (ואף-על-פי-כן יש שבית-משפט לערעורים מבטל החלטת מושבעים כהחלטה בלתי-סבירה) שלא כן שופט אשר תמיד מבסס החלטותיו על נימוקים. אף במהימנות עדים, כשנימוקי השופט גלויים הם, רשאי בית-המשפט לערעורים להתערב, אם הם אינם נראים לו.

ע"פ 232/55 — היועץ המשפטי נ' גרינוולד — פ"ד י"ב 2017, 2267 (17.1.58)

בעקיפין, על כמה וכמה נקודות חשובות במסגרת היחסים ושלשלת היוחסין שבין השלטון והאזרח.

2. ההוראה הסטטוטורית החולשת על עניין האכרזה דנון היא בסעיף 5(1) של פקודת העיריות, ומן הראוי שיטול חלק בראש, כדי לחשוף את האספק- לריא המשפטית אשר תאפשר לנו לבור את הבר מן התבן, ולמצוא את דרכנו בשבילי הפרטים ופרטי הפרטים שנערמו לפנינו במהלך הדיון. שאם לא ננהג כן, עשויות העובדות המדוברות להאפיל זו על זו, ולהסתייד מעינינו דווקא את הרלבאנטיות שבהן. לשונו של הסעיף הוא (התרגום שלי):

"אם מכל טעם שהוא יידאה בעיני שר-הפנים כי בשל רצונם של דוב בני העיד, או מסיבה אחרת, יש לשנות, להרחיב או להצד את שטחה של אחת העידייות המנויות בתוספת הראשונה... יוכל הוא לצוות כי חקירה לגבי אותו שטח, תוך התחשבות בכל מפעל או פיתוח המתנהלים על-ידי העידיה, תיערך על-ידי ועדה אשר לפחות אחד מחבריה אינו פקיד ממשלת ישראל, ולאחר בדקו את דו"ח הוועדה הוא יוכל, על-פי שיקול-דעתו, באכרזה, לשנות, להרחיב או להצר את השטח."

הווה אומר: אין השד חייב להיענות לבקשת הדורשים להצר את שטח העידייה — במקרה דנון: להצר את שטחה של עיריית תל-אביב, בנתקו הימנה את שכונת נחלת-יצחק — והוא רשאי לדחותה על אתר בלי להקדיש לה טיפול כל שהוא. אך אם, מאיזה טעם שהוא, גמלה בלבו ההכרה הלא כדורית, כי מן הראוי יהיה למלא את הבקשה התיא, אין הוא יכול לטמון בחובו, ולקיימה על דעת עצמו, אלא עליו למנות ועדת חקירה, בעלת הרכב מסויים, אשר תחקור בדבר מתוך התחשבות בכל מפעל וכו', ולבחון תחילה את הדו"ח שלה. משהוגש לשר דו"ח הוועדה, הוא שוב נעשה חופשי בהכרעתו, והוא רשאי להצר את שטח העירייה, אפילו אם הוועדה החליטה בהמלצתה, כי אין לעשות כן. בקיצור: לסרב למבקשי הצרת השטח הוא רשאי בכל עת ובכל שעה, למלא בקשתם — רק לאחר שהוועדה דנה והחליטה, לכאן או לכאן, בנדון הבקשה.

הודאת סעיף זה היא לכאורה קודיוזית מאוד: החלטה (או המלצה) של לית של הוועדה מפנה דרך לשר, ונותנת לו הכשר לקבל החלטה חיונית בניגוד להמלצת הוועדה! היתכן?! ואף-על-פי-כן יש הגיון רב בדבר, וקל מאד לתפסו. אין המחוקק מרשה לשר להגדיל או להקטין את שטח העירייה, אף אם נרצה בעיניו הדבר, אלא אם-כן ועדה ציבורית מסויימת ביררה וליבנה תחילה את השאלה מצדדיה השונים והגישה לו, לשר, דו"ח על כך.

פסקי דין

כ"ז מס' 3/58; 9/58

יונה ברמן, ואח' נגד שר-הפנים — כ"ז מס' 3/58

"יצהר" חרושת שמונים ישראלית בע"מ נגד שר-הפנים — כ"ז מס' 9/58

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[30.10.58, 25.9.58, 10.7.58, 18.5.58, 9.2.58, 9.1.58]

לפני השופטים זילברג, זוסמן, ויתקון

(פ"ד י"ב 1493; דברי השופט זילברג בעמ' 1496—1511)

ביום 16.1.58 נתפרסמו מטעם המשיב, שר-הפנים, בקובץ התקנות 763, שתי הודעות אלה:

א. אכרות תל-אביב-יפו (שינוי תחום העיריה) (תיקון), תשי"ח-1958;

ב. צו המועצות המקומיות (א) (תיקון מס' 6), תשי"ח-1958.

תאריך הינתנון הוא יום 25.12.57, ומשמעות מספרי הגושים עם החיבור- וחיסור דשם הוא, כי השכונה נחלת-יצחק ניתקת בזה מתחום עידיית תל-אביב ונספחת למועצה המקומית גבעתיים. בדור הדבר, כי אם תבוטל אכרות הניתוק יתבטל מאליו גם צו הסיפוח, הואיל ואין שכונה אחת יכולה להיות משרתם של שני אדונים, או פלג גופא של שני שטחים מוניציפאליים שונים. מאידך גיסא, אם מבוקשם לא יינתן להם, ואכרות הניתוק לא תבוטל, אין הפרקליטים מבקשים עוד — כפי שהכריזו בפנינו — לערער ולבטל את צו הסיפוח לגבעתיים, כי אין שולחיהם מעוניינים להחזיר ליושנה את עטרת העצמאות שהיתה לשכונתם עד סוף מארס 1948. נמצא, כי על אף הביקורת המשפטית החריפה שנמתחה על-ידי באי-כוח המבקשים על צו הסיפוח הנ"ל, אין לפנינו אלא השאלה היחידה: על אודות כשרותה או פסלותה של אכרות הניתוק הנ"ל.

יחידה היא השאלה, אך מרובות מאוד הן הטענות להכרעתה, שהושמעו מזה ומזה על-ידי באי-כוח הצדדים. ואין אני בא עמם בטרונאי על כך. כי השאלה היא באמת נכבדה מאוד, יורדת עד לעיקרי ושוירשי המשפט האדמי-ניסטרטיבי כולו. הכרעתה לכאן או לכאן עשויה להשפיע, במישרין או

חוקה על השר כי הוא יקרא בשים לב ובכובד ראש את הדעות שהובעו על-ידי חברי הוועדה, בתוכן גם דעתו של אותו לא-פקיד שהוא בלתי-תלוי בהחלט, ואינו חשוד כל עיקר על גטייה לתמוך ברצונו ה"פרלימנארי" של השר, ומשיעשה כן הרי תהיה לו אספקלריא יותר רחבה, ופחות אישית, לגבי השאלה הנדונה, והוא יהיה ידען יותר ובר-סמכא יותר להשתמש בזכות ההכרעה שהופקדה בידו על-ידי המחוקק, אף אם בסופו של דבר, וכתוצאה משיקולי הבעד והכנגד, הוא יכריע בניגוד לדעת הוועדה. לפחות הוא יידע אז על מה הוא חולק, ומה הן האימפליקציות או הקומפליקציות העלולות לעלות מתוך החלטתו.

3. ועל יריעה משפטית זו נבחן את טענותיהם ותשובותיהם של באי-כוח בעלי-הדין, לאחר תיאור תמציתי מרוכז של העובדות הרלבאנטיות שהועלו לפנינו, ואלה הן:

(א) שאלת ניתוקה של נחלת-יצחק — היום שכונה בת 250 בתי-אב המכילים כערך 1,000 נפשות — שנויה זה כמה שנים במחלוקת בין תושבי השכונה. אין אנו יודעים מתי בדיוק החלה ראשית מדון בין חלקיה השונים של האוכ-לוסייה, אך יצויין מיד, כי לא יד התעמולה או האוריינטציה המפלגתית בדבר. ישנם חסידים נלהבים ומתנגדים חריפים של הניתוק בשורות כל המפלגות הגדולות, ורק אינטרסים מקומיים, או אפילו אינדיווידואליים בהחלט, הם הם המתווים את קווי החלוקה בין שני המחנות. קרו גם מקרי "עריקה" מרובים ממחנה אחד למשנהו — מקרה המבקשת הראשונה בתיק 3/58 הוא אחד מהם — ויש ש"אוהב נהפך לאויב", או להיפך, כתוצאה מאיזה שיקול שהוא.

ראשי המדברים, מאז אמצע שנת 1949, שחיבו את רעיון הניתוק ועשו נפשות למענו, בתוך השכונה ומחוצה לה, היו חברי ועד השכונה העצמאית לפני סיפוחה לתל-אביב, וכמשאם-ומתנם עם שלטונות מוניציפאליים ואחרים, הם השתדלו, ולפעמים אף הצליחו, ליצור את הרושם, כי מייצגים הם את דעתם ומשאלותיהם של כל תושבי השכונה. ביום ה-19.3.50 נתקבל מהם מכתב למשרד-הפנים, בצירוף פטיציה חתומה על-ידי 353 תושבים, המבקשים את הפרדת השכונה משיפוטה של עיריית תל-אביב. ה"לייטמוטיב" של כל הטרונויות שלהם כלפי עיריית תל-אביב היה, בנוסח בני-ישראל במצרים: "שירותים אין ניתן לעבדיך, ומיסים אומרים לנו: שלמו!". העירייה הכחישה את כל הטענות ההן, הכריזה כי אין איש מבלעדיה רשאי לדבר בשם התושבים, והעניין הוסר מעל הפרק לתקופה של ארבע שנים.

(ב) בשנת 1956 חזרה וניעורה שאלת הניתוק. בסוף יוני של אותה שנה הריצו חברי הוועד הנ"ל מכתב אל שר-הפנים בצירוף פטיציה חתומה על-ידי 491 איש, ובה חודשה הדרישה להינתק מעל עיריית תל-אביב ולהסתופף בצילה של המועצה המקומית גבעתיים.

(ג) בעקבות פטיציה זו הגיע שר-הפנים לידי הכרה, כי "תושבי נחלת-יצחק", היינו: כולם או רובם המכריע, תובעים את ניתוקם מעיריית תל-אביב (השווה פסקא ראשונה במוצג יש/22 של תיק 3/58), והוא החליט למנות ועדת חקירה על-פי סעיף 5(1) של פקודת העיריות. ועדה בת שבעה חברים נתמנתה, אפוא, על-ידו ביום 22.1.57, ועליה הוטל "לערוך חקירה בנוגע לשטח האמור", הוא שטח עיריית תל-אביב. השר יוצא היה ידי חובת החוק אילו מינה רק חבר אחד שאינו פקיד ממשלתי, אך הוא נכנס לפנים משורת הדין ומינה שניים כאלה: את חבר-הכנסת מטעם הציונים הכלליים, מר חיים אריאב ז"ל, ואת חבר מזכירות המחלקה המוניציפאלית של ההסתדרות, מר ד' טבצ'ניק; והטעם לכך — כפי שהסביר לנו בעדותו מנהל משרד-הפנים, מר שבו — כי השר רצה לשתף בוועדה את נציגי שני הסקטורים העיקריים של תושבי המדינה, היינו: החוגים האזרחיים וחברי ההסתדרות. מינוי הוועדה לא נתפרסם ב"רשומות", ואמנם ועדות חקירה כאלה פטורות מפרסום זה, מכוח הוראת סעיף 132 של פקודת העיריות.

(ד) הוועדה קיימה חמש ישיבות, מהן שלוש לשמיעת עדים שהתקיימו בימים: 28.2.57, 21.3.57 ו-14.4.57. העדים שעדותם נגבתה על-ידי הוועדה הם: מחייבי הניתוק — חברי הוועדה הנ"ל, ושולליו — ראש עיריית תל-אביב, מר חיים לבנון, ומנהרס העיר, מר עמיעוז. שתי ישיבות נוספות, מוקדשות לדיונים פנימיים וסיכום, התקיימו בימים: 6.6.57 ו-15.7.57, ובין שתי ישיבות אחרונות אלה נפטד חבר הוועדה מר אריאב הנ"ל. השר לא מינה ממלא מקום לחבר שנפטרו, אלא נתן הוראות לשאר החברים לסיים, הם בלבד, את עבודת הוועדה. הוועדה עשתה כמצווה עליה, וביום 25.7.57 היא חתמה על הדו"ח שלה והגישה אותו למשרדו של השר. שלוש הצעות שונות הועמדו להצבעה על-ידי חברי הוועדה, אך לרוב דעות, של ארבעה חברים, זכתה ההצעה "לנתק שכונת נחלת-יצחק מתל-אביב לאלתר", ובנוסח זה נתקבלה המלצת הוועדה שחתמו עליה, גוף אחד, כל החברים הקיימים של הוועדה.

4. וכאן עומד אני להפסיק לרגע קט את הרצאת העובדות, ולדון בטענות שנטענו על-ידי באי-כוח המבקשים כלפי מינוי הוועדה והליכי החקירה שלה. אמנם לא הוגשה בקשת צרטיוררי נגד הוועדה, אך אין אני דואה כל פסול

בכך; כי אם אמנם צדקו באי-כוח המבקשים בטענותיהם, הרי דין-וחשבון הוועדה, המהווה תנאי קודם להחלטת השר, יהיה כלא-היה. וממילא יישמש הקדקע החוקי מתחת לאכרות הניתוק, ובית-משפט זה יוכל, ואף תיב יהיה, לבטל את האכרות הזאת.

5. ראשונה לסדרת טענות זו, ראשונה מבחינת הסדר הפנימי, היא הטענה שהושמעה על-ידי מר גורני, בא-כוח המבקשת ב-תיק 9/58, המלים הפותחות את סעיף (1) הן: "אם מכל טעם שהוא ייראה לשר-הפנים כי יש לשנות, להרחיב או להצר את שטחה של אחת העיריות וכו'"; משמע, כי שכן נועזו הפרוטיבים של השר הוא תנאי קודם, ותנאי בלעדיו אין, לעצם מינוי הוועדה, והרי במקרה שלפנינו אין כל הוכחה, כי אמנם נתקיים תנאי הכרחי זה: כי השר גופו לא העיד בבית-המשפט, והמצהיר מטעמו, מר שבו, אמר בפירושו, כי הוא אינו יודע מה היתה הסיבה למינוי הוועדה, הואיל ועור לא היה אותה שעה מנהל משרד-הפנים.

טענה זו לאו טענה היא, אך אגב רתייתה ברצוני להעיר, כי במקרה בו נתקפת פעולתו האישית של השר, ומעמידים בסימן שאלה וחקירה את המניעים הפנימיים שלו, יש שמן הנכון והגבון יהיה כי השר גופו יצהיר ויעמיד עצמו לחקירה מעל רוכן העדים, כי מלאכתו זו לא תמיד יכולה להיעשות כראוי על-ידי אחרים, והדבר עלול ליהפך לו לדועף בבוא בית-המשפט לבחון ולבדוק את כשרות פעולתו. ברם התשובה לטענה דלעיל היא: בראש כתב-המינוי של הוועדה מצויות המלים: "הואיל ונראה לי כי יש לשנות את תחום שיפוטה של עירית תל-אביב-יפו וכו'", ואין לנו כל יסוד לפקפק כל-שהוא בכנות ההצהרה, למרות העדר עדות בעל-פה על כך. עצם מינוי הוועדה מעיד כמאה עדים, כי אמנם התייחס השר אותה שעה יחס חיובי לבקשת הניתוק, שהרי על-פי החוק רשאי היה, כפי שראינו לעיל, לדחותה על אתר בלי להקדיש לה טיפול כל-שהוא—ועל שום מה ראה ליטול על עצמו כל הטורח הזה? אפשר לבוא בטרונאי עם השר—ועוד ידובר בזה להלן—כי בשלב מסויים הוא קינא יותר מדי את קנאת הניתוק, אך אין לומר בשום אופן כי בעת מינוי הוועדה לא היתה בלבו שום נטייה, אף לא נטייה לכאורית-ארעית, למילוי בקשת הניתוק. והן זה הוא, כפי שהסברנו לעיל (פיסקא 2), המבחן הנכון לקיום התנאי האמור בראש סעיף (1) הני"ל.

6. טענה שנייה מן הסוג הפורמאלי, טענה משותפת לשני הפרקליטים גם יחד, היתה, כי אף אם הוועדה מתחילת ברייתה כשרה היתה, הרי היא נפסלה

עם מותו של מר אריאב הני"ל. תשובתו של בא-כוח המשיב לכך היתה: הוראת סעיף 37 של פקודת הפרשנות הקובע, כי כאשר פעולה מסויימת צדיכה להיעשות על-ידי חבר אנשים שמספרם עולה על שניים, היא יכולה להיעשות על-ידי הרוב שבהם. והוא הסתמך על פסק-דינו של בית-המשפט העליון המאגנאטורי ב-בג"צ 43/46, (8).

תשובה זו אינה נראית לי. רוב חברי חבר מסויים נקראים בשם "רוב" כאשר חברי המיעוט עדיין קיימים, ולא כאשר אלה חדלו להתקיים. עם מותו של מר אריאב, נהפכו שאר החברים לא לרוב של ועדה, אלא לוועדה חסרה, מקוטעת, ואין ועדה מקוטעת יכולה למלא את המשימה שהוטלה על הוועדה השלימה. ביחוד במקרה שלפנינו, בו הוקצה תפקיד מיוחד, ייצוג החוגים האזרחיים, לחבר שנפטר. אין ללמוד, איפוא, גזירה-שווה והיקש מפסק-הדין שניתן ב-בג"צ 43/46 (8) הני"ל.

אך גם הטענה גופה אינה נראית בעיני, ופירכתה היא זו: השר, אמנם, לא מינה את חברי הוועדה מחדש אחרי מותו של מר אריאב, אבל הוא, כנודר, נתן להם הוראות לסיים לבדם את עבודת הוועדה. היש נפקא-מינה בין השניים? סבורני, שלא! ועדת החקירה, לכל הדעות, לא היתה ועדה שיפוטית טהורה. היא היתה או אדמיניסטרטיבית גרידא או מעין-שיפוטית, ובתור שכזו רשאית היתה, מאין הוראות חוק נוגדות, לרלות את האינפורמאציה שלה מכל מקום שהוא: Board of Education v. Rice; (1911), A.C. 179, (9), at p. 182. כללים מעין "עד ולא עד מפני עד" או "מפיהם ולא מפני כתבם", ודאי אינם חלים על גופים כאלה. (cf. Local Government Board v. Arlidge; (1915), A.C. 120, 134, (10)). נמצא, כי אף אילו מונתה הוועדה מחדש, בהרכב של שישה, לאחר מותו של החבר השביעי, רשאית היתה להשתמש בכל חומר העדויות שהובא לפניה קודם לכן, ולסיים, כפי שסיימה, את עבודת החקירה. שהרי מה ששמעו חברי הוועדה באוזניהם הם, ודאי אינו גרוע מ"עדות של שמיעה". ואם כך הדבר, מאי נפקא-מינה יש בין אם כתב השר: "אני ממנה אתכם להיות לבדכם חברי הוועדה", בין אם הוא כתב: "אני מצווה אתכם לסיים לבדכם את עבודת הוועדה"? הן המשימה הממשית אחת היא בשני המקרים. נראה לי כי אין כל הבדל, מעשי או מהותי, בין שתי הנוסחאות, על-כל-פנים לא במידה כזאת, שתחייב אותנו, כבית-משפט גבוה לצדק, לבטל בעטיו את דו"ח הוועדה.

7. שונה באופיה היא הטענה השלישית, המאטריאלית, שהושמעה על-ידי באי-כוח המבקשים. הטענה היא, כי הוועדה, שהיתה לדעתם ועדה מעין-

שיפוטית, לא נהגה לפי הכללים החלים על גופים מסוג זה. גופים מעין שיפוטיים חייבים כידוע לשמור על "עיקרי הצדק הטבעי", שאחד מהם הוא "audi alteram partem", החובה "לשמע גם את האידך גיסא"; ומי היה כאן ה"אידך גיסא"? הווה אומר: לא העירייה ונציגיה היושבים בתל-אביב, אלא "הקרובים אל החלל", אנשי נחלת-יצחק, שחזו מבשרם והתנגדו לניתוק השכונה. ודבריהם של אלה כלל לא הגיעו לאונוני הוועדה, כי מנהיגיהם ודבריהם לא הוזמנו להופיע בפני הוועדה. תשובתו העיקרית של בא-כוח המשיב לכך היתה: כפירה בעיקר ובעיקרון: אופיה של הוועדה לא מעין שיפוטי היה, אלא אדמיניסטרטיבי בלבד, כי אין לא שיפוט, ולא מעין שיפוט, כאשר אין ליש, בין שני בעלי אינטרסים נוגדים. והתשובה לתשובה מצד באי-כוח המבקשים היתה, כי אין חסרונו של ה-*lis* שולל כל עיקר את אופיו המעין שיפוטי של הגוף החוקר, אם אך ישנם אינטרסים נוגדים ששעליו להכריע ביניהם.

עוד לא הגיעה השעה להיכנס לברור השאלה המעניינת הזאת — הדבר ייעשה בשלב יותר מאוחר של פסק-הדין (פסקאות 10, 11) — כי טענתם זו של באי-כוח המבקשים סופה להיכשל מן הבחינה העובדתית, אף אם נקבל את ההנחות המשפטיות שבה. עקרון ה-*audi alteram partem* מקורו הוא, כפי שכבר נרמז, בעיקרי הצדק הטבעי, ולכן גם המבחן לשימוש הוא מבחן של צדק. חייבת היתה הוועדה לשמוע גם את האידך גיסא, מתנגדי הניתוק, אך לא מחוייבת היתה לחקור ולדרוש, מיוזמתה היא, היכן שוכן כבוד אידך גיסא זה, ואם מצא לו מהלכים גם מחוץ לחוגי העירייה. העידו לפניה חברי הוועד, מחייבי הניתוק, שהצליחו ליצור את הרושם כי הם נציגיה הבלעדיים של השכונה, ואט רושם זה בהטעיה יסודו, הרי שוללי הניתוק דגן על הוועד תלונתם ולא על הוועדה, ואולי גם על עצמם הם, על שלא השכילו "לתפוס את עינם" של חברי הוועדה. טענו לפנינו מטעם המבקשים, כי הם והנוחים אחריהם לא ידעו כלל על קיום הוועדה, כי מינויה לא נמסר לפירסום ב"רשומות" — מה שאמנם מותר היה לפי סעיף 132 של פקודת העיריות, כאמור לעיל — וידיעות אחדות לא הגיעו אליהם, חוץ מן הפירסומים בעיתונות שהחלו לאחר גמר דיוניה המחקרית של הוועדה (אחרי הישיבה השלישית של ה-14.4.57 הנזכרת בפסקא 3(ד) לעיל). קשה לי להאמין בדבר, כשהמדובר הוא בשכונה קטנה שכל אוכלוסייתה אינה עולה על כאלף נפשות; אך גם אם אמנם כך הוא, הרי כשם שהם לא ידעו על קיום הוועדה, כך גם הוועדה לא ידעה על קיומם הם, כי הא בהא תליא. לכן

סבור אני — לא בלי היסוסים — כי לא היתה פגיעה מצד הוועדה בעקרון הצדק הנ"ל.

8. ובוזה חוזרים אנו שוב למסכת העובדות. נמשיך בנקודה שהפסקנו בה בריש פסקא 4, ונתאר את הדברים שהתרחשו אחרי הגשת הדו"ח הנ"ל, על-מנת לבדוק לאורם את כשרות פעולתו הסופית של השר, היא אכרות הניתוק. ואלה הם:

(א) ביום 2.10.57 הודיע דובר משרד-הפנים לעיתונות על החלטת השר לספח את השכונה לגבעתיים. עתה החלו להתארגן מתנגדי הניתוק. פעיליהם התחילו לאסוף חתימות בשער בת-רבים, וביום 18.11.57 נשלחה למשרד-הפנים פטיציה חתומה על-ידי 182 איש, בה הובעה התנגדות לניתוק השכונה. במכתב-הלווי נתבקש השר לקבל את נציגי החותמים לראיון לשם הסברת טעמי ההתנגדות. השר לא נענה לכך, וביום 24.11.57 השיב בשמו מנהל לשכתו במכתב ארוך אל מר ברמן, בעלה של המבקשת הראשונה ב-תיק 3/58, כי "לדעת השר אין צורה זו (זאת אומרת: חתימות הפטיציונרים), מוכיחה צדקת הדרישה"; כי שמות אחרים מופיעים הן ברשימת מבקשי הניתוק והן ברשימת מתנגדיה; וכי "ההכרעה שהשר קיבל לאחר עיון מדוקדק בכל החומר נבע משיקול העניינים לגופם".

עוד נאמר באותו מכתב, כי "ברשימה שהוגשה אז על-ידי ועד השכונה — הכוונה היא, כנראה בעליל, לפטיציה בת 491 החתימות מיום 21.6.57, הנזכרת בקטע הסמוך והקודם של המכתב — חתמו כ-90% מתושבי המקום". אין להבין מלים אלה בלתי אם נאמר: כי הכוונה היא לתושבים הבורגנים של המקום; כי ההנחה (ההגיונית) היא, שאין מחתימין על פטיציות תינוקות של בית רבן; וכי הבוגדים הללו — שוב הנחה המבוססת כנראה על ידיעת תנאי המקום — מהווים קצת למעלה ממתצית 1,000 הנפשות של השכונה, נגיד: מעלה-מטה 550.

(ב) באותו פרק זמן קצר, היינו בין ה-18 בנובמבר לבין ה-24 בו, התקיימה חליפת מכתבים אחרת, מקבילה, בין השר גופו ועורך-הדין מויאל. מר מויאל ביקש ממנו, ביום ה-21 בנובמבר, לדחות לתקופה קצרה את פירסום החלטת הניתוק כדי להתקבל בינתיים לראיון אישי עם השר. על כך הוא שקל למיטר-פסיה במכתב קצר, חריף, מיום ה-22 בנובמבר, שנכתב אליו על-ידי השר, וזה לשונו:

"לכבוד

מר א. ש. מויאל, עו"ד,

תל-אביב, טדרות רוטשילד 21

א.נ.

אינני רואה מה עניין יכול להיות כאן לעורך-דין, אלא אם אתה מופיע כמגיש בג"צ; אך גם אז עליך לפנות לא אלי, אלא למשפט.

בכבוד רב

י. ברייהודה

שר-הפנים".

(ג) ביום 12.12.57 הוגשה למשרד-הפנים פטיציה שניה, חתומה על-ידי 180 איש, המבקשים שלא לנתק את השכונה. מר שבו הסכים לכך, כי חתימות אלה אינן זהות עם חתימות פטיציות-המתנגדים הראשונה, וכי מספר הפטיציונרים שהתנגדו לניתוק היה 360. אם נשתמש כאן באותם כללי חישוב והגיון שהחלנו לעיל על הפטיציה של דורשי הניתוק, ייצא כי בפרק הזמן שבין יוני 1956 ונובמבר-דצמבר 1957, חלה "עריקה" ניכרת ממחנה חסידי הניתוק למחנה מתנגדיו, וכי מספר הבוגרים מתנגדי הניתוק עמד עכשיו על שיעור של כמעט שני שלישים מכלל בוגרי השכונה (360 תלמי 550 בערך), אלא אם-כן זויפו בסיטונות חתימות פטיציות המתנגדים. הן איש לא יטען, כי תוך תקופה כה קצרה חלה "התבגרות" כה גדולה בשכונה כה קטנה.

(ד) גם חברת "יצהר" המבקשת ב-תיק 9/58 התנגדה לניתוק, טילגרפה לשד ביום 24.9.57, כי "תוכנית הסיפוח לגבעתיים תפגע קשות ברכוש החב-דה ותסכן התפתחותה בעתיד", וביקשה באופן דחוף לעכב את ההחלטה ולקבל את נציגיה לראיון, בהוסיפה כי תזכיר מיוחד יישלח על-ידיה בימים אלה. על כך היא קיבלה מכתב, תאריכו: 30.9.57, מאת מזכירת השר, כי "אם יתקבל התזכיר — יעיינו בו", וכי השר אינו רואה צורך בפגישה אחרי שהם, אנשי החברה, כבר שוחחו בעניין זה עם המנהל הכללי. עברו יומיים בלבד, הגיע ה-2.10, ולעיתונות נמסרה ההודעה הנזכרת בריש פיסקת-משנה (א) לעיל.

(ה) ביום 25.12.57, היינו למעלה מחודש ימים אחרי שהחלו הפניות המרו-רות אליו מטעם מתנגדי הניתוק, הוציא השר את מחשבתו מן הכוח אל הפועל, ונתן גושפנקא דשמית סופית להחלטתו על-ידי חתימתו על אכרות הניתוק.

על יסוד העובדות האלה טוענים באי-כוח המבקשים, כי פעולתו של השר בלתי כשרה היתה: הוא לא שמע את ה"אידך גיסא" כיאות למי שמחליט החלטה מעין-שיפוטית, לא אבה אפילו להאזין לטענות המתנגדים, אלא קבע לעצמו עמדה נוקשה, בלתי נתונה לעדעור, עוד לפני הכרעתו הסופית, היא חתימת האכרזה הנ"ל; והתנהגות כזאת פסולה היא, ופוסלת גם את עצם האכרזה.

9. וכאן צפה ועולוז שוב שאלת ה-lis שנגענו בה כלאחר-יד בפסקא 7 לעיל, אך השאלה היותר רחבה העומדת מאחוריה היא: מה הוא אופיה המשפטי של פעולת השר? שיפוטית טהורה ודאי איננה, אך מה היא מעבר לזה: מעין-שיפוטית (כדעת באי-כוח המבקשים), או מינהלית (אד-מיניסטרטיבית) גדידא (כדעת באי-כוח המשיב), או אולי היא פעולה שלטונית-ריבונית האסורה בכלל במגע-ומשא מצד בתי-המשפט, אינה justiciable, כפי שטען בפנינו, כאלטרנטיבה שנייה, באי-כוח המשיב. את החלופה האחרונה, על אודות אופיה השלטוני-דיכוני של הפעולה, דחינו על אתר, ובשתי ידיים. ההבדל בין המקרה דגן לבין מקרה בג"צ 65/51, ערי ז'בוטינסקי נגד נשיא המדינה, ד"ר וייצמן (1), ברוד לעיני כל, ואין צורך להרחיב את הדיבור על כך. כן אין להשחית מלים על טענה אחת שהופטרה בשפה רפה על-ידי באי-כוח המשיב והיא, כי השר פעל כאן, כביכול, בתור מחוקק, וכי פעולתו היתה פעולה תחיקתית. נותרה, איפוא, רק הברירה היחידה בין שתי הגירסאות האחרות הנ"ל: מינהלית-גרידא או מעין-שיפוטית?

10. מה הם סימני ההיכר של הפעולה המעין-שיפוטית, וכיצד אפשר להבחין בינה לבין הפעולה המינהלית? התשובה לכך: לא ייקל "להכיר בין תכלת לקלא אילן" בסוגיא משפטית זו, כי עוד לא הצליח אדם להגדיר בדיוק נמרץ, ואפילו לא כל כך נמרץ, את משמעות המלה הקטנה "מעין" (השווה בג"צ 103/49 (2); ע"א 125/53—126, (3); פרופ' קלינגהופר, משפט מינהלי, בע' 94). וכבר ליגלג מי שליגלג על המעין-שופט הנותן מעין-צווים במהלך מעין-משפט המתנהל בפניו. הוצעה גם הצעה לתרגם את הביטוי "מעין" בדיבור המאוד מדויק: "לא בדיוק" (Committee on Ministers' Powers Report 1932, at p. 73). ואמנם מתקבל הרושם כי, כתוצאה מאי-בהירות ההגדרה, נוהגים בתי-המשפט, לעיתים לא נדירות, כדרכו של אותו קלע, העושה את העיגול מסביב למקום הפגיעה אחרי היריה; רצוני לומר, כי התואר "מעין-שיפוטית", המהווה תנאי קודם לביטול האקט בשל פגיעה בעיקרי

הצדק הטבעי, מוענק על-ידם לאחר שמתעמים של צדק, גמלה בלבם ההכרה, כי יש לבטלו. בעצם אין כל רע בכך, כי המבחן הוא, בסופו של דבר, מבחן של צדק, אך השאלה היא: האם יש בכלל זכות קיום עור לאבחנה ההיא, או שהמונח "מעין-שיפוטי", שמעולם לא היה עמוס תוכן רב, הפך בינתיים לשם שנתרוקן מתוכנו לגמרי? ושוא נשליך אחרי גונו את כל האבחנה ההיא? תשובתי היא: לא! האבחנה הנ"ל דרושה ואיננה דרושה. דרושה — עד כמה שהטרוניא כלפי הפעולה הנתקפת היא, כי היא פוגעת באותו עקרון צדק ירוע ונורע: "יישמע גם הצד האחר", נקוד על "האחר"; אך איננה דרושה, מתוך שאין כל נפקא מינה בדבר, כאשר הפגיעה הנתענת היא בכללי צדק אחרים, פחות מוגדרים אך לא פחות חשובים, אשר שמירתם חובה ex debito justitiae על כל רשויות המדינה לכל ענפיהן. במועבר לעניין שלפנינו: מי שטוען כי השר לא שמע את ה"אידך גיסא", או הצד האחר, חייב לשכנענו תחילה כי אכן היו לפניו שני צדדים מתדיינים; כי בלעדי זאת אין "אידך" ואין "אחר". אבל אם הטענה תהא, וגם ייראה כדבר שהוכח, כי השר פגע במעמדו של ציבור מסויים בלי לתת לו, לאותו ציבור, כל אפשרות להתגונן בפניו ולנסות להעביר את דוע הגוירה, אזי השאלה: אם פעולתו היתה מעין-שיפוטית או מינהלית גרידא, תפסיר את כל חשיבותה המעשית; כי החובה לתת לנפגע העתיד הזדמנות להתגונן בפני הפגיעה, היא — כפי שנראה להלן — חובה המוטלת על כל רשות ממלכתית (או אחרת): שיפוטית, מעין-שיפוטית, או מינהלית בלבד.

11. אבאר את דברי. המוסד האנגלי צרטיוררי (צו-בירור) הוא מוסד עתיק יומין, ומקורו נעוץ בשאיפתו הידועה של "בית-המשפט המלכותי" — King's Bench — לעשות עצמו פטרוץ ומפקח על כל בתי-המשפט הנמו-כים. תחילה היה בית-משפט זה מוציא את הצו — או: כתב (writ) — רק נגד בתי-משפט נמוכים שהם "בעלי רשומות" (Courts of Record), אך לאחר מכן הורחב גבולו על בתי-משפט נמוכים שאינם מסוג זה, ולבסוף נפרסה מצורתו גם על גופים אדמיניסטרטיביים, ממשלתיים או מקומיים, שאינם מוסדות של שיפוט:

(Vide Atkin L.J., in R. v. Electricity Commissioners; (1924), 1 K.B. 171, 204-206 (11); Lord Goddard C.J., in R. v. Northumberland; (1951), 1 K.B. 711, 714-715 (112); cf. Wade, *Twilight of Natural Justice?* 67 L.Q.R. at p. 106).

ומכיוון שיצור משפטי זה היה מתחילת ברייתו בגדר פיקוח של שופטים

על שופטים, הרי מטבע הדברים הוא כי את ההצדקה להרחבת סמכותו חיפשו ומצאו בכך, שגם בפעולותיהם של גופים אדמיניסטרטיביים יש משהו מן ה"שיפוטי". וכך יצא לאוויר העולם המושג "מעין-שיפוטי" (או "כמעט שיפוטי", או "לא בריוק שיפוטי"), שאנו נתקלים בו לעיתים כה קרובות ברחבי היודיקטורה האנגלית. אך עדיין שאלה היתה: כמה מן ה"שיפוטיות" חייב להיות במעשה הגוף האדמיניסטרטיבי, כדי שיזכה לתואר "מעין-שיפוטי" ויהיה "ראוי" להתערבותו של בית-המשפט הגבוה? שהרי משהו שבמשהו יש בכל מעשה ומעשה! לכן נימנו וגמרו חשובי השופטים ואחרי כל מיני ניסויים נתגבש רעיון אחד, שאפשר להלבישו נוסחא מעין זו: מעשה אדמיניסטרטיבי מעין-שיפוטי הוא כל שנצרך למימצא קורס, עוברתי או משפטי, וההכרעה שבו — הצו המצווה או הקונסטיטוטיובי — היא "פונקציה" של אותו מימצא, כלומר: תלויה לכאן או לכאן בנכונות המימצא. נתקיים תנאי זה, חייב הגוף האדמיניסטרטיבי, בהגיונו אל קביעת המימצא, להתנהג כמעט כמוסד שיפוטי, ולשמור על הכלל של: *audiatur et altera pars*. "יישמע גם הצד האחר!"

אמדנו: להתנהג כמעט כמוסד שיפוטי, ולא ממש כמוהו, כי עדיין יש שוני בין שתי הרשויות. ה"דק כמעט" מתבטא בזה, שכאן — באין הודאות מפורשות בחוק — אין השמיעה חייבת להיות דווקא על דרך גביית עדות בעל-פה, עם חקירה נגדית וחקירה חוזרת וכל האביזרים האחרים המלווים את הדיון בבתי-המשפט. די לו — בדרך כלל — לגוף האדמיניסטרטיבי שהוא לפני מתן החלטתו, יתן לכל אחד מן הצדדים ה"מתדיינים" לפניו הזדמנות הוגנת להמצאת ראיות או טענות לחיזוק עמדתו, או להתלשת עמדתו של הצד שכנגד. וכך נאמד בפסק-הדין המנחה והמפורסם של רייס נגד מועצת החינוך, (9):

"חוקים, באופן יחסי חדשים, הרחיבו, אם לא יצרו מעיקרא, את הפרקטיקה להטיל על מחלקות או פקידים ממשלתיים את החובה להחליט או להכריע בשאלות מסוגים שונים. במקרה שלפנינו, כמו בהרבה אחרים, הרבר אשר יביאון להכרעה הוא לפעמים עניין שיש להסדירו על-פי שיקול-דעת, ואינו מעורר שאלות של דבר הלכה. כרגיל יהיה זה — מניח אני — מן הסוג האדמיניסטרטיבי; אך יש שיתעוררו בו הן דבר הלכה והן דבר עובדא, או אפילו שיהיה תלוי בדבר הלכה בלבד. במקרים כאלה על מועצת החינוך יהיה לוודא את ההלכה וגם לוודא את העובדות. למותד להוסיף כי בעשותם אחד מן השניים חייבים הם לפעול בחום לב ולהאזין הוגנות (fairly) לשני

הצדדים, כי זו היא חובה המוטלת על כל מי שמחליט באיזה שהוא עניין. אך אין אני סבור כי עליהם לדרוש בשאלה כזאת כאילו היה זה משפט (trial). אין להם סמכות להשביע, ואינם חייבים בחקירת עדים. יכולים הם להשיג אינפורמציה בכל דרך הנראית להם טובה ביותר, ובלבד שאלה אשר הנם צדדים למחלוקת, תינתן להם הזדמנות הוגנת לתקן או לסתור כל אמירה (statement) דלבאנטית המזיקה לעמדתם.

(Lord Loreburn L.C., in Board of Education v. Rice; (1911), A.C. 179, 182 (9).

רעיון זה אינו אלא עקרון "הצדק הטבעי" של האזנה לשני הצדדים, והוא הוטל חובה גם על גופים אדמיניסטרטיביים אשר הכרעתם באה לאחד — ומתבססת על — קביעת מימצאים מסויימים השנויים במחלוקת בין שני צדדים "מתדיינים", זאת אומרת, לפי הגומנקלטורה השגורה המוכרת לנו, על גופים אדמיניסטרטיביים הפועלים באורח מעין-שיפוטי. תמציתו היא, שלא יהא "מעין שופט" זה חד צדדי, ושלא יוציא את החלטתו לאחד "הושמע" בפניו צד אחד בלבד. והרעיון קיבל תמיכה וחיווק בפסקי-דין של שופטים דגולים אחרים, למשל:

Viscount Haldane L.C., in Local Government Board v. Arlidge; (1915), A.C. 120, 132-133 (10); Maugham L.J., in Errington v. Minister of Health; (1935), 1 K.B. 249, 270-271 (13).

אילו איפוא הוחל עיקרון זה, וזה בלבד, על המקרה שלפנינו היתה המסקנה העולה הימנו, כי השר לא פעל כאן בניגוד לכללי הצדק הטבעי. לפניו לא היה כל His (ריב, מחלוקת) בין שני צדדים "מתדיינים", והחלטתו הסופית, גלל כן, לא היתה הכרעה מעין-שיפוטי. לאחר קבלת הדין-ותשובון הוא חופשי היה להכריע על-פי שיקול-דעתו בלבד, אפילו בניגוד גמור להמלצות הוועדה, וממילא חסר היה גם אותו אלמנט הכרחי: החלטת הוועדה בקביעת מימצאים מסויימים, כפי שביארנו לעיל. ברוח זו פסק גם בית-משפט זה ב"בג"צ 70/49, (4), אשר בא-כוח המשיב הפנה את תשומת-לבנו אליו.

12. ברם בזה לא מיצינו עדיין את כל חומר העניין, כי עקרון ההאזנה ההוגנת לשני הצדדים אינו העיקרון היחיד החולש על הבעיה שלפנינו. קיים עוד עיקרון אחד, ודאי לא פחות חשוב הימנו, שהייתי מנסחו על דרך המאמר הידוע: אין עונשין אלא אם-כן מזהירין — "מוזהירין": על-ידי מתן הודעה ואפשרות להשמעת ההגנה. ר"עונש" כאן, לאו דווקא עונש פלילי. כבר

בתחילת המאה ה-19 הכריז הילודר אלנבורו (Ellenborough) כי — "מתנגד הדבר לעקרונות ראשוניים של הגיון וצדק כי בן-אדם, אם במשפט אזרחי ואם במשפט פלילי, יורשע (condemned) לפני ששמעו אותו".

(Buchanan v. Rucker; (1807), 170 E.R. 877, 878 (14).

ובעניין שלילת תארי האקאדמיים של ד"ר בנטלי, בתחילת המאה ה-18, אמר שופט אנגלי אחד (Fortescue), כי כפי שהוא שמע, מצוי מקור העיקרון של שמיעת הנפגע העתיד לפני היפגעו — בדברי הקדוש-ברוך-הוא אל אדם הראשון לפני גרשו אותו מגן עדן (בראשית פרק ג, פסוקים ט, יא); הנה הוא הקטע הנחמד:

"...ההתנגדות בשל העדר הודעה מוקדמת, אין להתגבר עליה לעולם. חוקי האל וחוקי אנוש גם יחד נותנים לצד את האפשרות לעדוך את הגנתו, אם יש לו כזאת. זכורני כי איש אחד מאוד מלומד אמר לי בהזדמנות מעין זו, כי אפילו אלוהים בכבודו ובעצמו לא תרץ דינו של אדם בלי להזמינו תחילה לערוך את הגנתו. אדם (אומר אלוהים), איכה? המן העץ אשר ציווייך לבלתי אכול ממנו אכלת? ואותה שאלה גופה הוצגה גם לחוה..."

(R. v. The Chancellor, Masters and Scholars of the University of Cambridge; (1723), 93 E.R. 998, 704 (15)).

גירושו של ד"ר בנטלי מקהל האקאדמאים הושווה כאן, כפי שאנו רואים, לגירושו של אדם הראשון מגן-עדן: אך גם מי שאינו גורס השוואה זו, ונוטה לאחר בכמה אלפי שנים את מועד הולדתו של העיקרון המשפטי ההוא (השווה גלהודן, משפט אדמיניסטרטיבי, מהדורה שנייה, עמודים 229-232), יודה, כי לפיו נוהגים שופטי אנגליה (וודאי גם שופטים אחרים) אפילו בעניינים אזרחיים, ביחוד כאשר הפגיעה היא גזירה היוצאה מלגני השליט, אם שליט מלכותי ואם שליט עירוני, כנסייתי, אוניברסיטאי, ואפילו "שליט" במדכאות, מכוח תקנות והוראות של אגודה או חברה. כי כאשר הפגיעה, ברכוש או במעמד, מוטלת מגבוה על-ידי איזו שררה, כמוה כ"עונש" מבחינת הרעיון המונח ביסוד ההלכה. כך נפסלו על-ידי שופטי אנגליה, בחקופת זמן המשתרעת על יותר משלוש מאות שנה, פיטורי כמרים, פקידים, שלילת תארים, או גידושי חברים מתוך "טרייד-יוניונים", קלובים, חברות ואגודות, על שהפיטורים, הדגרציה והגידושים נעשו בלי שתניתן לנפגע מהם אפשרות להשמיע דברי הגנה על עצמו לפני הפגיעה. אסמכתאות לכך, כסדרם הענייני דלעיל, הן:

Capel v. Child; (1832), (16); Bagg's Case; (1615) (17); The King against The Chancellor, etc., of the Unibersity of Cambridge; (1723), supra (15); Parr v. Lancashire and Cheshire Miners' Federation; (1913) (18); Innes v. Wylie; (1844) (19); Wood v. Woad; (1874) (20); Abbot v. Sullivan; (1952) (21).

תקצר היריעה מהכיל את פרטי העובדות של כל פסקי-הדין הנ"ל. ברצוני רק להדגיש, כי פיסולם (על-ידי בתי-המשפט) של הפיטורים והגירושים הללו — ברובם המכריע — לא נעשה מתוך האספקלריא של משולש המושגים: שיפוטי, מעין-שיפוטי, אדמיניסטרטיבי גרידא. כי מתוך ניסוח הדברים, והרוח בהם נאמרו, עולה ברורות כי השופטים דאו חובה זו, חובת שמיעת הנפגע העתיד לפני היפגעו, כחובה המוטלת על כל מי שמודרשה — מכוח איזו שררה שהיא — להחליט החלטות, יהא אשר יהא אופיו ומשכנו בתחומי המשולש הנ"ל. ולא חשוב מה הוא המעטה הפורמאלי של הפגם בהחלטה הנעשית בניגוד לעיקרון ההוא: עוטפים אותו לעיתים, מאין כסות אחרת, בגלימה הרחבה מאוד של "חריגה מסמכות" או "אפס כוח" (ultra vires). בשל העוול שבדבר, אין בעל השדרה "מוסמך" לפגוע במישהו בלי לשמעו קודם לכן, כי המחוקק — מסתמא — לא התכוון להעניק לפוגע כוח שכזה. והנחה זו מופעלת אפילו לגבי "מחוקק" פרטי, כגון מתקין תקנות של אגודה או חברה. יש מלאכותיות מסוימת בקונסטרקציה זו, אך כנראה אין ברירה אחרת, בשל ה"נומרוס קלאוזוס" המסורתי של עילות הצווים הפריורגאטיביים.

המשתזר ועולה מכל האמור, כי לפי הכלל הנקוט במשפט המקובל זה מאות בשנים, לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי — ואפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין-שיפוטי) — לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם-כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידה. היקף החובה וצורת ההזדמנות תלויים יהיו, כמובן, במסיבות הקונקרטיות של העניין הנדון.

13. לא התעלמתי גם מן ה"אידך גיסא", היינו מן העובדא כי בשנים האחרונות ממש ניתנו באנגליה שני פסקי-דין הסוטים בוויית מאד רחבה מן העיקרון הנ"ל; אך נראה לי, דוקא בשל רוחב הזווית וגודל הסטייה, כי אין זו אלא "תקרית" ארעית, חולפת, וכי בבוא ההזדמנות ישונו בתי-המשפט שם לקו המסורתי שלהם. הכוונה היא כאן לשני פסקי-הדין, נאקודה עלי (22) ו-אפס פרטה פרקר, (23), שניתנו בשנים 1950, 1953 :

Nakkuda Ali v. Jayaratne; (1951) (22); Reg. v. Metropolitan Police Commissioner. Ex parte Parker; (1953), 1 W.L.R. 1150 (23).

על שניים אלה ניתנה כידוע ביקורת חריפה מאד, ביקורת אשר בעתיד לא ייקל לעמוד בפניה :

Vide Wade, The Twilight of Natural Justice?, 67 L.Q.R. 103; Gordon, The Cab-Driver's License, 70 L.Q.R. 203.

כי פסקי-הדין הללו — אשר פטרו את השלטון מ"ענשו" של הצרטיודרי או מחובת השמיעה ההוגנת של הנפגע — מבוססים באמת על רעיונות שקשה מאד ל"עכלם" :

למשל, הנחה מתמיהה זו, כי כאשר המפקח בציילון מבטל רשיון טכסטיל בסברו כי האיש, מחויק הרשיון, אינו אדם מתאים לכך, הוא בכלל אינו מכריע באיזו שאלה שהיא, אלא רק נוטל חזרה "פריוילגיה" שהוענקה על-ידו קודם לכן (נאקודה עלי, שם, (2), ב"ע' 78). כלום השאלה אם אותו אדם "מתאים" או לא, איננה שאלה, ומתן רשיון חוקי לניהול עסק הוא רק "פריוילגיה" ? !

או כי "הרשיון (המדובר שם ברשיון נהיגה) אינו אלא היתר (Per-mission), ואם גותנים לאדם היתר לעשות משהו, טבעי הדבר (!) כי גותן ההיתר יוכל גם לבטלו" (אפס פרטה פרקר, מפי לורד גודרד, שם, (23), ב"ע' 1154).

או: כי נציב המשטרה (Commissioner of Police). בבטלו את רשיון הנהיגה, פעל בתור "רשות דיסציפלינרית", וכאשר הרשות מפעילה אמצעים דיסציפלינריים, "הרי זה לדעתי מאד בלתי רצוי, כי הוא יופרע על-ידי איומים (!) של צווי צרטיודרי וכדומה" (שם, (23), ב"ע' 1155).

הרעיונות הללו ודאי זרים הם לרוח הפסיקה הישראלית; נאמר על-ידי בית-משפט זה: "כלל גדול הוא, כי לכל אדם קגויה זכות טבעית לעסוק בעבודה או במלאכת היד שיבחר לעצמו, כל זמן שההתעסקות בעבודה או במלאכת היד אינה אסודה מטעם החוק" (בג"צ 1/49, "פסקי-דין", כרך ב, ע' 80, 82; "פסקים", כרך א, ע' 121, 124, (5)). ואשר למקצועות המצריכים רשיון מיוחד נאמר במקום אחר: "בלי שתהא חובה סטאטוטורית לחידוש הרשיון, אין מנהל המכס רשאי לסרב את חידושו של זה, אלא אם-כן היו לפניו סיבות המצדיקות את הדבר" (בג"צ 40/50, "פסקי-דין", כרך ד, ע' 340, 342, (6); עיין ודוק בג"צ 24/56, "פסקי-דין", כרך י, ע' 1205, 1209,

(7), וכפי שאני מבין, אין הדגש שם מוטל דווקא על האופי המעין-שיפוטי של החלטה). אין כאן, אפוא, עניין של "פריווילגיה" כפי שנאמר בפרשת נאקודה, (22), או של: "הנציב נתן והנציב לקח" כפי שנאמר בפדשת פרק, (23), הנ"ל. לכן סבור אני, כי על אף פסקי-הדין החדשים הללו, עלינו להמשיך ולקיים, הלכה למעשה, את העקרונות הוותיקים שנתקדשו ביודי-קטורה האנגלית בח מאות השנים כנ"ל.

קיצורו וסיכומו של דבר: סבורני כי אין לזוז מן ההלכה הוותיקה והמוש-דשת, שאין גוף אדמיניסטרטיבי רשאי לפגוע באזרח מכוח הוראה מסויימת, אלא אם-כן ניתנה לו תחילה אפשרות הוגנת להשמעת הגנתו. חובה זו, כמובן, אינה חלה על פעולות תחיקתיות, או על פעולות בעלות אופי שלטוני-ריבוני ביובנו הנכון של מונח זה.

ייתכן נאד — אם כי אינני מוכן כאן לקבוע מסמרות בדבר — כי כיום, לאחר צאת הוק בתי-הדין, תשי"ז—1957, אפשר להסיק את ההלכה הנ"ל בנייריין כהוך סעיף 7(a) של חוק ישראלי זה, בלי להיוקק כלל למקורות האנגליים הנ"ל.

14. ועכשיו יזכינו לכך, הבה נבדוק לאור ההלכה הנ"ל את כשרות דרכי פעולתו של השר.

אין ספק, כי עם ניתוק השכונה מתל-אביב וסיפוחה לגבעתיים חל שינוי חשוב מאוד, אם לטובה ואם לרעה, במעמד של תושבי השכונה: הם חדלו להסות בצילה של עיריית תל-אביב והוכנסו תחת כנפי מועצה אחרת. דבים קיבלו את השינוי באהבה ואף השתדלו למענו, ורבים אחרים לא קיבלו אותו כך, אלא התנגדו לו. לא לנו לבדוק, מי מהם צדק מן הבחינה האובייקטיבית, כי אין אנו אפוטרופסים לתושבי נחלת-יצחק. חשובה ומכרעת לצורך משפט זה היא הבחינה הסובייקטיבית של התושבים גופם: הרכיבו או עמדו להרכיב אלוף חדש לראשם, והם — מתנגדי הניתוק — לא רצו בו. מכיון שלא רצו, הרי הם נפגעו באמת, נפגעו במעמד שלהם, אף אם משהו אחר, שר או שופט, יהא סבור כי לא היה כלל כדאי להיאחז בקרנות ה"אזרחות" התל-אביבית.

השאלה היא, אפוא, אם אמנם נהג השר כדרך שחייבים לנהוג אלה העומדים לפגוע במעמדו של האזרח? סבורני, שלא! כי לאחר שהוא ידע יפה יפה על קיום המתנגדים, הנפגעים העתידים — היינו לפחות מן ה-18.10.57 והלאה — לא זו בלבד שלא הזמין אותם להשמיע את דברם (מה שהוא, אולי, פטור היה לעשות), אלא אף בפירוש התנגד לשמיעתם. לאחר שהללו ממש

התדפקו על דלתות משרדו (ראה העובדות המוזכרות בפסקא 8 (ב)-(ה) לעיל). התנגדות פעילה זו עולה במיוחד מתוך המכתב שהובא בפסקא 8(ג) לעיל, הוא המכתב מיום 22.11.57, בו כתב השר לעורך-הדין מויאל, שביקש להתראות איתו בעניין החלטת הניתוק:

"אינני רואה מה עניין יכול להיות כאן לעורך-דין, אלא אם אתה מופיע כמגיש בג"צ; אך גם אז עליך לפנות לא אלי, אלא למשפט".

מכתב זה קשה להולמו. על שום מה כל הקצב והקצף הזה? וכי מי יעסוק בכגון דא אם לא עורך-דין, וכלום יותר רצוי היה, או יותר פראקטי, כי ישכימו לפתחו של השר כל מאות הפטיציונרים ההם?! תוכנו וסגנונו של המכתב מעידים, כי כבד חודש ימים ומעלה לפני ביצועו של האקט הסופי, לבו של השר סגור וחתום היה בפני כל הסברה, עובדתית או משפטית, מצד מתנגדי הניתוק, וכי ראה בה — אם ניתן להיאמר — "דברי מינות", האסורים בשמיעה והאזנה. דק מתוך גישה "א-פריודית" זו אפשר להבין — אך לא להצדיק — את סירובו התקיף של השר לשמוע את טענותיהם של מתנגדי הניתוק.

וכאן ברצוני להטעים ולהדגיש: דחוק אני מלומד כי לשר היתה פנייה אישית בנדון זה, או שהתייחס במשוא-פנים למחייבי הניתוק. מניח אני ומאמין, כי כוונתו טהורה היתה — אך אין דבר זה משנה ולא כלום. בדין-וחשבון על סמכויות המיניסטרים שהוזכר בפסקא 10 לעיל, מצוי קטע אחד מאוד נאה, אשר עם היותו מתייחס במישרין לאקטים שיפוטיים (או מעין שיפוטיים), כוחו יפה — עם קב חומטין (cum grano salis) — גם לגבי אקטים אחרים. כי הרעיון שבו יסודו בהסתכלות פסיכולוגית, עמוקה וכללית. והרי מה שנאמר שם:

"ואמנם ברור לדעתנו, כי פניה (bias) מתוך השקפה חזקה וכנה לגבי טובת הציבור, עלולה לפעול כפסול יותר דציני מאשר אינטרס כספי. שום אדם ישר הפועל בסמכות שיפוטית אינו מרשה לעצמו להיות מושפע מאינטרס כספי: אורבה! קרובה יותר הסכנה כי, מתוך חשש שמא ייכנע למניעים של אינטרס עצמי, הוא שלא מדעת יגרום עוול לאותו צד, אשר אחרים עלולים לזהות אותו עמו בשל האינטרס הכספי. אבל הפנייה שאליה צפוי אדם, בעל רוח ציבורית, כאשר הוא פוסק בעניין שיש לו אינטרס בו מטעמים ציבוריים, היא יותר דקה, ופחות קל יהיה לו להרגיש בה ולהתגבר עליה". (שם, ע' 78).

הוזה אומר: גם פנייה לשמה, מתוך השקפות כנות וישרות, "פנייה"

שמה, ואפילו מסוכנת יותר מתוך שהיא שכיתה יותר, כפי שהכירו והעירו מחברי הדין-וחשבון הנ"ל. כל מי שמורשה להחליט החלטות "פוגעות", חייב להיזהר ולהיזהר, שיהא לבו לא סמוך ובטוח אלא ער ופתוח עד לשעת ביצועו הסופי הרשמי של האקט.

15. ולבסוף הערה אחת, כללית, לדרכי המשטר.

חיים אנו באמצע המאה ה-20. התרחקנו כברת דרך ארוכה מן המדינה ה"מנצ'סטריאנית", מדינת ה-"laissez faire, laissez passer" של המאה ה-19. בימינו, גם הממשל הדימוקראטי ידו בכל, והוא פורש את מצודתו על כל ענפי החיים. אף הוא אינו נרתע, ואינו רשאי להידתע, מפני חרירה לדשות היחיד, אלא שבמשטר דימוקראטי החדידה אינה באה מן החוץ ואינה ניתכת מלמעלה, כי השלטון גופו — עצמו ובשרו של האזרח הוא, ודר עמו יחד באקלים רוחני אחד. קידבה זו מקהה את חודה של ההתערבות, ומכפרת על רוע הגזידה הפוגעת באינטרסים של הפרט. כי "נאמנים פצעי אוהב". לכן, ולשם טיפוחה של הרגשת קירבה זו, חייבת המדינה הדימוקראטית לשקוד על כך, שלא תהא כל מחיצה חיצונית, ביורוקראטית, חוצצת בין השולט וה-נשלט. למען יידע האזרח וירגיש, כי אם נצטווה להביא קרבן משלו, הרי נעשה הדבר לא מתוך "עמדה של כוח", אלא לאתר שיקול זהיר של ה"זה-כנגד-זה" אשר בענייני הכלל והפרט. זו היא על רגל אחת כל תורת המימשל הדימוקראטי כולה — ואידך זיל גמור; כי הכל צרור ומקופל במאכסימה היסודית האמורה.

16. מכל הטעמים האמורים סבור אני, כי יש לבטל את אכרות הניתוק, ולהחזיר את המצב לקרמותו כפי שהיה קיים לפני האכרוה.

כ"ז מ"פ 72/62

אוסוולד רופאיזן נגד שר הפנים

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[6.12.62, 19.11.62, 14.3.62]

לפני השופטים זילברג, לנדוי, ברנזון, כהן, מני

(פ"ד ט"ז 2428; דברי השופט זילברג בעמ' 2432—2440)

הקושי הפסיכולוגי הגדול שנתקלנו בו, מבראשית, במשפט בלתי-רגיל זה, הוא — למרבה הפאראדוקס — באותה אהדה דבה ותודה עמוקה שאנו חבים כיהודים לאוסוולד רופאיזן, הוא המומר, "האח דניאל", המבקש שלפנינו. לפנינו אדם אשר, בשנים האפלות של השואה באירופה, חרף את נפשו למוות פעמים אין ספור למען אחיו היהודים, בבצעו את מעשי-ההצלה הנועזים מתוך גוב האריות ממש של הבסטיה הנאצו-גרמנית. הנסרב לאדם זה את משאת נפשו הגדולה: להתמוג כליל עם העם אשר אהב, ולהתאזרח, לא כזר-מהגד אלא כיהודי-עולה, בארץ חלומותיו?

ברם הוקרה זו, והחזקת-טובה מרובה זו, אסור לה שתהא ל"אהבה המקל-קלת את השורה"; אסור לה שתשמש עילה לחילול השם והתוכן של המושג "יהודי". לכשנתעמק יפה יפה בדבר, ונסקור ונזכור את מלוא האספקטים שבו, נראה כי את אשר האח דניאל מבקש מאתנו הוא: להעביד קו על המשמעות ההיסטורית, המקודשת, של השם "יהודי", ולהתכחש לכל ערכי הרוח, עליהם הורגנו כל היום בתקופות השונות של גלותנו הארוכה. ההוד וההילה האופפים את מקדשי-השם בימי הביניים, יחודו וימוגו עד לבלתי הכר, וההיסטוריה שלנו תאבד את המשכיותה הרצופה, ותתחיל לספור את ימיה מראשית האמנציפאציה שלאחר המהפכה הצרפתית. קרבן כזה אין איש דשאי לדרוש מאתנו, ואפילו הוא בעל זכויות כל כך גדולות כמו המבקש שלפנינו.

2. השאלה העומדת לפנינו בפשטותה המשפטית הערומה היא: מה מש-מעותו של המונח "יהודי" בחוק השבות, תש"י-1950, והאם הוא כולל גם יהודי שהמיר את דתו וטבל לנצרות, אך רואה ומרגיש עצמו כיהודי למרות המרתו?

3. עדיין אין אני חותך את השאלה, ואין אני נותן לה תשובה חד-משמעית. רצוני לבחון תחילה את האלטרנטיבות השונות שבה. אך אומר מיד כי אילו הסכמתי לטענתו השנייה החלופית, של בא-כוח המבקש, היא הטענה כי המונח "יהודי" בחוק השבות הוראתו זהה עם ההוראה הדתית של מונח זה בחוק שיפוט בתי-דין רבניים (בישואין וגירושין), תשי"ג-1953 — כי אז הייתי מציע לעשות את הצו-על-תנאי החלטי, ולצוות את שר-הפנים להעניק למבקש תעודת עולה על-פי סעיף 3(א) של חוק השבות, תשי"ד-1950. הייתי עושה כן למרות הנרות והמוזרות שבדברי, כי אדם שעבר לדת אחרת מסתמך על מרשגיה של הדת שעזב ועל אף כל הסלידה הגדולה שנפשי סולדת בטיעון שעטנזי שכזה.

ובכן: הדעה השלטת בדיני ישראל — כך נראה לי — היא כי מומר או משומד דינו כיהודי לכל דבר, חוץ (אולי) מאי-אלו דינים "שוליים", שאין להם חשיבות ממשית לגבי השאלה העקרונית. לא אסתמך כאן על עצם המאמר המפורסם "ישראל, אף-על-פי שחטא — ישראל הוא" (סנהדרין, דף מד, ע"א), כי ייתכן באמת (כפי שכבר העירו מחברים) שמידת האגדה מרובה בו על מידת ההלכה. אבל היא אשר יהא אופיו של המאמר, עובדא היא כי מאמר זה שימש מדד להלכה בכל הדורות, וסמכו עליו — אם כסמוכין ואם כאסמכתא — כמעט בכל ההלכות שנפסקו לגבי יהדותם, בלשון מסורתית: "ישראליותם", של המומרים. כי דיני ישראל, הם לא רק דינים של ישראל, אלא דינים על ישראל, ואם ההלכה, כפי שיתבאר להלן, מחילה אותם על המומר, הרי שגם הוא "ישראל" הוא, היינו: יהודי.

"למאי הלכתא? דאי הדר ביה ומקדש בת ישראל, ישראל-מומר קרינא ביה, וקידושיו קידושין" (יבמות, דף מז, ע"ב).
 "... והרי הוא כישראל מומר, נפקא מיניה דאי קדיש קידושיו קידושין" (בכורות, דף ל, ע"ב).

"ישראל מומר שקידש, אף על פי שהוא עובד כוכבים ברצונו, הרי אלו קידושין גמורים וצריכה גט ממנו" (רמב"ם, הלכות אישות, פרק ד, הלכה טו).

"... דאף על פי שחטא — ישראל הוא" (מגדל עוז על הרמב"ם שם).
 "ישראל מומר שקידש קידושיו קידושין, וצריכה ממנו גט" (טור אה"ע, סי' מד).

"שאף על פי שהמיר דתו, מכל מקום ישראל הוא, דכתיב חטא ישראל, אף על פי שחטא — ישראל הוא" (פרישה על הטור שם, ס"ק כב).

"כתוב בתשובת הגאונים: יבמה שנפלה לפני מומר, דפטורה מן החליצה ומן היבום היכא דליכא יבם אלא הוא, ולא הביאו שום ראיה לדבריהם. וכתב רש"י בתשובה אחת דלא סמכינן עליהו כלל, ואף על פי שחטא ישראל הוא, ואם קידש קידושיו קידושין, וחולץ ולא מייבם" (מדדכי, יבמות, פרק ד, סי' כט; אך השווה שו"ת הריב"ש, סי' ו).

"נפלה לפני יבם מומר, יש מי שמתיר אם היה מומר כשנשאה אחיו, וראין לסמוך עליו" (שו"ע אה"ע, סי' קנז, סעי' ד).

אותו "יש מי שמתיר" הוא רב יהודאי גאון (חי בבבל באמצע המאה השמינית) שכתב:

"אי כד נסבה בעלה הוי יבם מומר, לא בעי חליצה מיניה" (הובא במדדכי, יבמות, פרק ד, סי' כח, ובטור אה"ע, סי' קנז).

ועל כך מעיר הטור:

"ולא ידענא... מה חילוק יש בין אם היה יבם מומר כשנישאת, או לא" (שם, שם).

והבית יוסף על הטור, הוא רבנו יוסף קארו, תוקף עוד ביתר חריפות את ה"היתר" של רב יהודאי גאון, באמרו:

"ויש לתמוה על מי שעלה על דעתו היתר זה. על רב יהודאי שנכתב בשמו — איני תמה, משום דגמירי דמאור עיניים היה (כלומר: ידוע שרב יהודאי גאון 'סגי נהור' היה, היינו עיוור), ולפעמים היו תלמידיו כותבים בשמו מה שלא עלה על דעתו... אך על תלמידיו הכותבים — כן יש לתמוה, ועל בעל העיטור (רבנו יצחק בן אבא מארי, חי בסוף המאה ה-12) שהעתיק דבריהם יש לתמוה למה לא רדפם וכיתתם עד חרמה, דדבר פשוט הוא דאין לדבריו אלו שורש וענף ולא שום צד סמך כלל, ואוי לו למי שמיקל בזה" (בית יוסף על הטור שם, ס"ק ג; ראה גם שו"ת ר' אליהו מזרחי, סי' מז, הוצאת ירושלים, תרצ"ז, ע' קכה—קכו).

הצדקת-מה להיתר של רב יהודאי גאון, אך מטעם מיוחד מוגבל למקומו ושעתו של הגאון, כוצאים אנו בספר "בית הבזירה" להרב שלמה ב"ר מנחם לבית מאיר, המכונה "המאירי":

"וגאוני הראשונים כתבו שיבמה שנפלה לפני משומד, זקוקה לו ומתעגנת עד שיחלוץ. וקצת גאונים חידשו בה דברים לומר, שאם בשעה שכנסה בעל היה אחיו משומד, אינה צריכה חליצה ממנו... ויש מפרשים מתמיהים: שהדי ישראל משומד קידושיו קידושין... אלא שנראה לי, שהם סומכים על מה שאמרו בסוף פרק א' (של מסכת יבמות) על עשרת השבטים שבתי

דינין שבדורות הללו עשאו כגויים גמורים מרוב מה שנטמעו בהם, והיו גאונים אלו ז"ל רנין שאף בזמן הזה נטמעים... (המאירי על יבמות, דף כב, ע"א, הוצאת אלבק, ע' 99—100).

נימוק אחר לאבחנת רב יהודאי, והוא נימוק המצוי לגמרי מחוץ לתחום שאלת ישראליותו של המומר, קוראים אנו ב"אור זרוע", חלק א, סי' תרה. רב יהודאי גאון, לדעתו של פוסק זה, ניצל כאן את הרעיון של "כל המקדש — אדעתא דרבנן מקדש", וביטל למפרע את גישויו הראשונים של אחי המומר, עיין שם ודו"ק.

העולה מזה, לכשנדייק, כי גם דעת רב יהודאי גאון אינה גורעת מיהדותו של המומר ולא כלום, כאשר המדובר ביהודי שהשתמד הוא גופו וטבל לבצרות. והן כך נהג האיש שישאלוהו עומדת לדיון בפנינו.

ועוד שתי ראיות, אחרונות, ליהדותו המלאה של המומר:
"שומרת יבם דנפלה קמי משומד, לא משתריא אלא בחליצה. מאי טעמא? משום דברקושתיה קאי... (אוצר הגאונים לד"ר לויין על מסכת יבמות, דף כב, ע"א).

"משומד להכעיס קרינן ליה שפיר 'אחיך', ראף על פי שחטא ישראל הוא" (שו"ת בנימין זאב, סי' תו, הוצאת ירושלים, תשי"ט, על-פי דפוס ונציה, 1539).

בא-כוח המשיב, פרקליט המדינה מר בר-ניב, טען לפנינו כי אף לפי ההלכה הדתית, המומר לאו ישראל גמור הוא אלא "מקצת ישראל", למחצה, לשליש ולרביע, והא ראייה: הוא אינו נחשב כישאל לגבי ירושה, ריבית וצירוף למניין.

טענה זו אין בידי לקבלה:

ראשית, מן הבחינה העקרונית. יהדות — זו סטאטוס, מעמד, ומעמד אינו ניתן לחלוקה. על כגון זה אומרים: יהודי שמענו, למחצה לשליש ולרביע — לא שמענו! חלוקה אריתמטית כזאת מצינו רק (גיטין, דף מא, ע"א) לגבי עבד השייך לשני אדונים.

דת ישראל, כמו כל דת אחרת, היא לפי עצם מהותה טוטאלית, כל-כוללת, ואינה יכולה לראות עצמה כ"שותף" עם מישהו אחר. הדיברה השניה: "לא יהיה לך אלהים אחרים על פני", מבטאת במלוא החריפות את האפסלו-סיביות הזאת; והדברים עתיקים.

שנית, גם לגופו של עניין לא צדק פרקליט המדינה בטענתו הנ"ל. אשר לדבר הצירוף למניין — הרי אין להשחית מלים על כך. מוזר מאוד וממש

אבסורדי היה, אילו מומר, המאמין באלוהות אחרת, יכול היה להצטרף למניין, בו שאר המנויים מתפללים לאלוהי ישראל. יצויין כי לגבי טכסים ריטואליים אחרים, שאין בהם משום "השלמת מניין", יש אומרים באמת שאפילו המומר כשר: השווה תוס' תענית, דף כז, ע"א, ריבור המתחיל אי*.

ואשר לעניין הריבית: עדיין ספק גדול הוא, אם מומר מותר להלוותו בריבית. אמנם בטור יו"ד נאמר:

"עכו"ם שכפר בעיקר מותר להלוותו בריבית" (טור יו"ד, סי' קנט, וכן שו"ע יו"ד, סי' קנט, סעי' ב); "עכו"ם שכפר בעיקר" הוא יהודי שהמיר את דתו.

כן גם בשו"ת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן:

"כתב הרמב"ן ז"ל בתשובה, דישראל מומר מותר להלוותו בריבית" (שם, סי' רכד).

אבל דבר זה עדיין לא יצא מכלל ספק, כי מרובים הפוסקים החולקים על הטור.

"הורה רש"י שאסור לקחת ריבית מישראל משומד, ד'אחיך' קרינן ביה, ואינו נקרא כי אם ישראל משומד וחוטא, דכתיב חטא ישראל, אף על פי שחטא ישראל הוא" (תשובות רש"י, סי' קעה, הוצאת ניו-יורק תש"ג, ע' 196—197).

"והמהרי"ל פסק כרש"י וראבי"ה וסמ"ג, דאסור להלוות מומר בריבית" (דרכי משה על הטור שם, ס"ק ב; וכן גם ספר התרומות, שער מו, חלק א, הוצאת ירושלים תשכ"א, דף ריב, ע"א).

נדאה הדבר, כי בגלל מחלוקת הפוסקים ההיא נהגו להחמיר בגדון זה, כמו שכתב הרמ"א, מחבר ה"דרכי משה", בהגותו על השו"ע יו"ד, סי' קנט, סעי' ב, עיין שם.

על-כל-פנים, אין אנו דשאים להסיק מסקנות מרחיקות לכת, כפי שביקש פרקליט המדינה, מן ההיתר השנוי-במחלוקת הנ"ל.

ונותר לנו דבר הפלייתו-לרעה של המומר בענייני ירושה, שהצביע עליו בא-כוח המשיב כנ"ל. כראייה לדבריו צייט לפנינו פרקליט המדינה את תשובת רב האי גאון, שהובאה בשו"ת הרשב"א, חלק ז, סי' רצב, וזה לשונה:

* אך השווה נוסחא אחרת של הדין בתוספות מנחות, דף קט, ע"א, דיבור המתחיל "לא ישמשו" בו מוגבל אותו דין למומר שחזר בתשובה.

"וששאלתם ישראל משומד אם יורש אביו דבר תורה, כך הראונו מן השמים דמשומד אינו יורש אביו ישראל, דכיון דמשומד הוא נפק ליה מקדושת ישראל ומקדושה דאבוה, ואשכחן דלא הוי ירושה אלא לבר ישראל דמייחס בתר אבוה, דכתיב ונתתי לך ולזרעך אחריו, מי זרעו מיוחס אחריו, יצא משומד שאינו מתייחס אחר אביו ישראל; ושוב מצינו באברהם אבינו וכו', וכן לירושא אינו יורש אלא זרע שהוא מתייחס אחריו ונקראת משפחת אביו על שמו, אבל משומד יצא מאומה לאומה, ואין עושין כן".

פרקליט המדינה מרגיש את המלים "יצא מאומה לאומה", ורואה בהן יציאה אפקטיבית של המומר מכלל ישראל. לדעתי הוא טועה במקצת בפירוש הדב"רים. הכוונה כאן לאידיאולוגיה המתנכרת של המומר לעמו, והן (המומרים) "אין עושין כן", המומר אינו רוצה כי תיקרא עליו משפחת אביו. אבל עדיין מצריך תשובה עצם הדין, כי המומר אינו יורש את אביו דבר תורה. תשובתי לכך כפולה:

(א) גם כאן נטושה מחלוקת רבה בין הפוסקים, ולעומת דעתו של רב האי גאון מצויים פוסקים אחדים הסוברים, כי מן התורה מומר יורש את אביו, אלא שבית-דין או חכמים רשאים לקנסו שלא יירש: רמב"ם, הלכות נטלות, פרק ו, הלכה יב; שו"ע חו"מ סי' רפג, סעי' ב; ט"ז על שו"ע חו"מ שם ("דמן הדין ודאי ממון של המומר הוא לגמרי"); מרדכי קידושין, פרק א, סי' תצב, בשם הראב"ה עיין שם.

(ב) הערה המתייחסת לעניין הירושה והריבית גם יחד. המחלוקת היא, אם מומר יורש את אביו: הכל מודים, כי האב הישראלי יורש את בנו המומר (רמ"א חו"מ, סי' רפג, סעי' ב; באר הגולה שם, ס"ק ח). וכיוצא בו לעניין ריבית: גם הטור וקארו המתירים להלוות את המומר בריבית, אוסרים ללוות ממנו בריבית (טור ושו"ע יו"ד, סי' קנט). הוה אומר, כי גם אם גלך אחרי הפוסקים, כי המומר מותר להלוותו בריבית, ואינו יורש את אביו, דינים אלה כשלעצמם אינם עושים אותו לאינו-ישראל לגבי ריבית וירושה — שאילו כן היתה "גוינותו" פועלת בשני הכיוונים. אינך יכול לפרוט את מטבע-המעמד למעות יותר מדי קטנות, לשלול אותו לגבי עניין מסויים בלבד, ובאותו עניין גופו — לשלול אותו רק לגבי אחד "השות"פים": לווה להבדיל ממלווה, ויורש להבדיל ממוריש. עצם פיצול זה מראה בעליל, כי עניין לנו כאן לא לגירוע ישראליותו של המומר, אלא לחומרות וקולות, מטעמים שונים, שמקורם נעוץ לא ב"חפצא" של המעמד, אלא ב"גברא" של בעל המעמד.

כל זה בנוסף על הרעיון העיקרי שהבעתי לעיל, והיינו: כי ישראליותו של המומר המוצאת לה ביטוי משפטי בולט בדיני קידושין, גירושין ויבום, היא מעמד שאינו סובל בכלל פיצול ויחסיות.

4. הוא אשר אמרתי בריש הפיסקא הקודמת, כי אילו סברתי שהמונח "יהודי" בחוק השבות, והמונח "יהודי" בחוק שיפוט בתי-דין רבניים, הם היינו הך, כלומר: יהודי על-פי ההלכה של דיני ישראל, הייתי נענה למבקש, ועושה את הצו החלטי.

אך דא עקא — אם אמנם "עקא" היא זאת — כי לא הרי זה כהרי זה, ולא הרי היהודי האמור בחוק השבות כהרי היהודי האמור בחוק שיפוט בתי-דין רבניים. האחרון מובנו דתי, כהוראה המוקצית לו בדיני ישראל, הראשון מובנו חילוני, כהוראתו הרגילה בלשון בני-אדם, ואני מוסיף ומדגיש: כהוראתו הרגילה בפי גוברין יהודאין.

טעמו של דבר ברור, וכמעט שאין צורך לאמרו. חוק שיפוט בתי-דין רבניים בא להרחיב את סמכות הרבנים, וידוע הדבר, בחינת "סוד לכל ברוד", כי סמכות זו נתבקשה וניתנה כדי להרחיב את חלותו — על יהודים — של הדין הדתי היהודי. מכאן כי גם השאלה: מי הוא יהודי, מוכרח להיפתר אף היא על-פי דיני ישראל. כי אם יכריע בה איזה שהוא שיקול אחר — חיצוני, חילוני, לבר-הלכתי — שוב לא יוחלו כאן דיני ישראל.

לא כן הוא הדבר בחוק השבות. חוק זה, עם כל חשיבותו ההיסטורית העצומה, הוא חוק חילוני אשר — מאין הגדרה למונחיו לא בחוק ולא בפסיקה — חייבים אנו לפרש מונחים אלה לפי משמעותם הרגילה, בהתחשב, לצורך סטייה מן השגור, עם המטרה הלגיסלאטיבית שהולידה את הוראות המחוקק. ומכיון שחוק השבות הוא חוק ישראלי מקורי ולא מתורגם, הרי הדעת נותנת כי יש לפרש את המונח "יהודי" כפי שאנו, היהודים, מבינים אותו. כי אנחנו "הקרובים אל החלל", ומי כמונו יודע, מה תוכנו ומהותו של המושג "יהודי".

וחזרת השאלה למקומה: מה היא משמעותו הרגילה, היהודית, של השם "יהודי", ואם הוא כולל גם יהודי שהתנצר?

5. התשובה לשאלה הנ"ל היא, לדעתי, חדה וברורה: יהודי שהתנצר אינו נקרא "יהודי".

לא באתי להטיף פה דתיות, ואין אני מייצג כאן שום השקפה ספציפית בנוגע להתפתחותו העתידה הרצויה של העם היהודי. יודע אני כי הדעות על הרצוי והמצוי חלוקות מאוד בישראל, לפי כל גווני הגוונים של הקשת

הרוחנית הרחבה — מחרדים קיצוניים עד אפיקורסים גמורים. אבל דבר אחד משותף לכל העם היושב בציון (חוץ ממעטים מועטים), והוא: אין אנו מנתקים את עצמנו מן העבר ההיסטורי, ואין אנו מתכחשים למורשת אבות. ממשיכים אנו לשחות ממקורות ראשונים. שונה הצורה, שונים הצינורות, שונות המסקנות, אך אין אנו סוטים את הארות, כי בלעדית נהיה עניים מרודים. רק פתי יאמין או יחשוב, כי אנו יוצרים כאן תרבות חדשה, כי — מאוחר מדי! עם שגילו (כמעט) כגיל האנושות, אינו מתחיל ab ovo, ותרבותנו החדשה בארץ תהיה, אף במקרה הקיצוני, רק מהדורה חדשה של תרבות העבר.

כזה וכזה הוא מטענו הלאומי של יהודי בישראל — בין אם הוא דתי, בין אם הוא לא-דתי, ובין אם הוא אנטי-דתי. אם יאבה ואם יאמן, קשור הוא בטבורו אל היהדות ההיסטורית: ממנה הוא שואב את שפתו וניביו, על פיה חוגג הוא את חגיו, וענקי המחשבה עם גיבורי הרוח שלה — ביניהם: שרופי ספרד והרוגי תנ"ך (1096) — מפרנסים את גאוותו הלאומית. האם בתחום זה ימצא "מקומו הגיאומטרי" של יהודי שהתנצר? מה יסומו לו בלאומיות זו, והאם לא יראה באספקלריא אחרת — ולא יעריך הערכה אחרת — את קובעת כוס התרעלה, שתינו מצינו בימי הביניים החשוכים? ודאי! האח דניאל יהיה אוהב ישראל, את זה הוא הוכיח, ובוז איננו מפסק. אבל האח הזה יהיה אוהב מן החוץ — "אח רחוק" — לא יטול חלק ולא יהיה לו יחס אמיתי אל עולמה של היהדות. התערותו בחברה היהודית הישראלית, וחיבתו הכנה אליה, לא ימלאו מקומה של ההזדהות הפנימית החסרה.

ולשם מניעת כל טעות ואי-הבנה יאמר:

אין לנו ריב כאן עם הכנסייה הקתולית, ואין אנו מזהים, חלילה, את הכנסייה המודרנית של יוחנן ה-23 עם האפיפיורים של ימי הביניים. ודאי וודאי, שאין אנו פוקדים על המומר דניאל את עוונותיו של המומר ניקולאס או פבלו כריסטיאני מן המאה ה-13. בטוחים אנו, כי הוא לא ישטום את ישראל; הוא יקיים וידרוש יחס הדדי, קורקטי, של "אל תגעו במשיחי, ובנביאי אל תרעו!" אבל הגינותו האישית, האנושית, של האח דניאל, אינה שייכת לעניין כלל. השאלה היא, אם הוא רשאי ליטול לעצמו את השם "יהודי", ועל כך עלינו לענות בשלילה.

6. באיכות המבקש טען לפנינו, כי סירוב ההכרה בלאומיותו היהודית של שולחו, כמוהו כהפיכת ישראל למדינה תיאוקרטית.

אין ממש בטענה זו, ואני דוחה אותה בשתי ידיים ממש. ישראל — אינה

מדינה תיאוקרטית, כי לא הדת מסדירה בה את חיי האזרח, אלא החוק, והמקרה שלפנינו יוכיח! אילו החלנו על המבקש את הקאטיגוריות הדתיות של דיני ישראל, היה הוא דווקא נחשב ל"יהודי", כפי שראינו לעיל.

7. השקפת-היסוד, כי "יהודי" ו"נוצרי" הם שני תארים שאינם מתאחזין בנושא אחד, היא נחלת הכלל, הן של פשוטי עם והן של מלומדים, כפי שעולה מן הספרים שצוטטו לפנינו על-ידי פרקליט המדינה. למעשה הדבר הוא כל כך פשוט בעיניהם, עד שאין טרחין אפילו להסבירו. הרי כמה קטעים מהם: "גם הרעיון הלאומי, אף-על-פי שהביא עמו לעולם את מושג הלאומיות היהודית החילונית, לא יכול היה להפקיע בבת-אחת את הקשר העתיק בין 'ישראל' ו'אורייתא', בין העם ובין תורתו. אדרבה, המחשבה הלאומית ניסתה היא גופה להעמיד את הקשר הזה (ההדגשה שלי) על בסיס חדש — לאומי. ולא עוד אלא שאף בשעה שהגיעה לידי הטעמת מהותה החילונית של האומה... ביקשה בכל זאת להעמיד את הלאומיות היהודית על 'יהדות' במובן תורה, השקפת עולם או 'אידיאה' מסוימת" (פרופ' יחזקאל קויפמן, גולה ונכר, כרך שני, ע' 361).

"ככל מה שרבו מקרי ההתנצרות של בני מעמדם, נמשכו והלכו לאגן הטבילה גם דבים מן הנשאים... ואם מתוך רגש אחדות חדש, אחדות משפחתית ומעמדית עם אלה שכבר נמצאו מעבר ליהדות (ההדרגה שלי)" (פרופ' רפאל מאהלר, דברי ימי ישראל, דורות אחרונים, ע' 160). "הדת עודנה הסימן המובהק החיצוני המבדיל את האוכלוסייה היהודית מזו שאינה יהודית. גם האוכלוסייה היהודית וגם הלא-יהודית יודעות היטב, כי דת יהודית פירושה גם לאומיות יהודית, ויכול אדם להיות חופשי ביותר ואף אפיקודוס, ולראות את עצמו יהודי מבחינת דתו, ולהיראות כך גם בעיני הסביבה הלא-יהודית" (יעקב לשצ'ינסקי, הפורה היהודית, ע' 41).

קיימים הבדלי-ניואנסים וגישות בין המלומדים ההם, אפשר להסכים אפשר לחלוק עליהם, הצד השווה המינימאלי הוא, כי אף אחד מהם, מתוך השקפתו, אינו יכול לראות משומד כמשתייך אל האומה היהודית.

גם האינסטינקט הבריאי של העם ויצר הקיום שלו, "אשמים" בקביעה הכללית, האפסיומאטית היא. כי הנסיון מלמדנו, שהמומרים סופם להיגדע כליל מאילן היוחסין של האומה, מן הסיבה הפשוטה שבניהם ובנותיהם גישאים לבני עמים אחרים. זו גם התשובה שניתנה בשעת הדיון לבא-כוח המבקש, בצעקו חמס על הפלייתו-לרעה של המומר בהשוואה לאתאיסט. הערתו השובבנית, כי אצל שולחו אין לחשוש לטמיעת צאצאים, היות והוא

נזיר קאתולי החייב חיי רווקות, היתה — אם נתבטא בחסד — מחוסרת טעם. הענקת הלאומיות היהודית אינה גמול, או עונש, המגיע רק לחשוכי-בנים. עם סיום סיכומו של פרקליט המדינה, נתעוררה לפתע השאלה: מה היא, אם כן, לאומיותו של המבקש? יהודי — לא; פולני — גם כן לא, כי הוא ויתר על כך לפני עובו את פולין, ואם כן, כבן איזה לאום יירשם בתעודת הזהות? התשובה לכך היא: אין-הכי-נמי! האח דניאל הוא בן-בלי-לאום, והמשבצת שעליה מתנוססת הכותרת "לאום", על-פי סעיף 4(ו) של פקודת מרשם התושבים, תש"ט-1949, תישאר ריקה ובלתי ממולאת. ואין כל אנומאליות בדבר, כי לא כל מבקש תעודה יכול למלא את כל המשבצות שבה. למשל: בן-בלי-דת.

דעתי היא, איפוא, כי יש לבטל את הצו-על-תנאי.

ערעור פלילי מס' 217/68

יוראמקס בע"מ נגד מדינת ישראל

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לערעורים פלייליים

[20.8.68, 9.6.68]

לפני מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים ברנזון, הלוי

(פ"ד כ"ב (2) 343; דברי השופט זילברג בע"מ 347—358)

לפנינו ערעור על פסק-דינו של בית-המשפט המחוזי, תל אביב יפו, אשר ביטל, כדגת ערעור, את פסק-דינו של שופט השלום, דמת גן, המזכה את המערער — מטעמים משפטיים — מעבירה על סעיף 2 של חוק העזר דמת גן (פתיחת עסקים וסגירתם), תש"ו-1955, האומר:

"בימי מנוחה — ויום השבת 'יום מנוחה' הוא — לא יפתח אדם ולא ירשה לפתוח עסק או בית עינוג".

חוק זה הוחק על-פי הסמכות הנתונה לעירייה לשם הסדרת העניינים האמורים בסעיף 98(23) של פקודת העיריות, 1934, שתדגומם העברי זהה, פדט לסטיות סגנוניות אחדות, עם העניינים האמורים בסעיף 249(20) של פקודת העיריות, נוסח חדש, שנתפרסם ביום 9.8.64.

2. המעשה שיוחס למערער, ושלא כפרה בו כל עיקר הוא, כי ביום שבת אחד, בשעה 16.58, שהיא אחת השעות האסורות לפי חוק העזר הנ"ל, פתחה המערער את עסקה, היינו תחנת הדלק שלה.

3. טענתו הראשונה של בא-כוח המערער היא, כי תחנת דלק לא "עסק" היא ולא "חנות", לא במובן סעיף 2 של חוק העזר, ולא במובן הורתי-יולדתו, סעיף 98(23) של פקודת העיריות. אין אני מוכן לקבל את הטענה הזאת. גם המונח "עסק" וגם המונח "חנות" שניהם חלים על מקום בו מבוצע מקח וממכר של סחורה או חפצים, וממילא כוללים גם את תחנת הדלק, בה נקנים ונמכרים חמרים כאלה בשביל המכונות העוברות ושבנות בדרכים.

ממשיך בא-כוח המערער וטוען, תוך תחומה של טענתו הראשונה, כי אין זה סביר ומתקבל על הדעת שהמחוקק התכוון לכלול גם תחנות דלק במונח "עסק" הנ"ל. שאם תאמר כן ייצא, כי בהתאם להוראת סעיף 3(א)(5) של החוק, כל תחנות הדלק של רמת גן תחוייבנה להיסגר אפילו בימות החול בין השעות 7 בערב ו-6 בבוקר או בין השעות 1 ו-3.30 אחרי הצהריים,

ואם ברמת גן כך, יכולים גם המחוקקים הנכבדים של עיריות אחרות ללכת בעקבותיה, נמצא אתה משתק את התנועה בדרכים. ואיש לא יוכל לנסוע לעת ערב בדרך המצריכה רלק למעלה מתכולת הטאנק שלו.

אין אני מוכן לקבל גם "סניף" זה של הטענה הנ"ל, מן הטעם הפשוט שטענת אי-הסבירות של חוק העזר — טענה שאפשר היה לטעון אותה תוך הסתמכות על פסקי-דין מסויימים (השווה ע"פ 40/49, (1), ב"ע' 133—134, ופסקי-הדין האנגליים שהובאו שם; ע"פ 247/55, (2)) — לא נטענה על-ידי בא-כוח המעדרת, לא בבית-משפט השלום ולא בבית-המשפט המחוזי.

4. הרבה יותר חשובה והרבה יותר מעניינת היא טענת השנייה של בא-כוח המעדרת, היא הטענה כי סעיף 2 של חוק העזר הנ"ל הינו הוראה בעלת משמעות דתית — היינו מניעת חילול שבת — ומתן הוראות מסוג זה הוא בסמכותו הייחודית של המחוקק הריבוני, הוא ולא אחר.

בטיעונו זה הסתמך בא-כוח המעדרת, בעיקרו של דבר, על שני פסקי-דין אלה: בג"צ 122/54, (3); בג"צ 117/55, (4). בראשון נצטוותה עיריית נתניה להעניק לעותר רשיון איטליו אף-על-פי שסירב להתחייב שלא למכור בו בשר חזיר; ובשני נפסל חוק עזר של עיריית תל אביב, על שהיא הסדירה בו לחומרא את דבר מכירת בשר חזיר. והנימוק הכמעט זהה שניתן בשניהם הוא, כי בעיית החזיר, להיותה בעיה ארצית ולא מקומית —

"שורת ההגיון מחייבת שהיא תהיה נתונה לסמכותה של הכנסת ולא לסמכותה של העירייה" (הנשיא אולשן, שם, (3), ב"ע' 1530).

וביתר הדגשה של המומנט הדתי כותב השופט גויטיין:

"אין לאפשר לגוף, אשר לו סמכות של חקיקת-משנה בעלת אופי מקומי, להסדיר בעיות דתיות תחת המסווה של הסדרת מכירת בשר במקום מסויים. על הכנסת ולא על העירייה להסדיר ענייני דת" (שם, (4), ב"ע' 752).

אמנם סעיף 98 (23) בצידוף סעיף 99 של פקודת העיריות מסמיכים את העירייה לחוקק חוקים לשם הסדרת פתיחה וסגירה של חנויות ביום מסויים, אבל — כך טוען בא-כוח המעדרת — בעקבות ההלכה שנקבעה ב-בג"צ 117/55, (4), הנ"ל, יש לצמצם סמכות זו לפתיחות וסגירות שאינן נושאות כל אופי דתי.

5. השאלה היא איפוא, אם אמנם הוראת סעיף 2 של חוק העזר דגן היא, מבחינת מטרתה האכססלוסיבית, הוראת דת ואם אין. אמרת: מבחינת מטרתה האכססלוסיבית, נקוד על המלה האחרונה, כי אם יתברר שאפשר להצדיק את ההוראה מטעמים לבר-דתיים, לא תיפסל בשל כך שתוכנה עולה

בד בבד עם עקרונות דתיים, כשם שחוק הביגמיה של הכנסת לא יכונה "קלריקלי" מן הטעם, שרבינו גרשום מאור הגולה כבר אסר ריבוי נשים לפני קרוב לאלף שנים.

6. והנה שאלה ברומה לזו — אך בעלת מסקנות לאין ערוך יותר חשובות — התעוררה בארצות-הברית של אמריקה בקשר עם "חוקי השבת", או "החוקים הכחולים", היינו חוקי יום ראשון (Sunday Laws), שנחקקו על-ידי המדינות השונות. השאלה היתה אם חוקים אלה אינם נוגדים את עקרון התיקון הראשון לחוקה האמריקנית — "עקרון ההפרדה בין הכנסייה והמדינה" כפי שכונה על-ידי ג'פרסון — האומר:

"לא יתן הקונגרס שום חוק הנוגע לייסודה של דת, או אוסר את שימושה החופשי (של הדת)".

עובדה היא, כי חוקי שבת כאלה, היינו חוקים האוסרים ביום הראשון לשבוע את העיסוק במסחר, מלאכה ועבודה, קיימים בכל ארצות-הברית, או כמעט בכלה, והם נחקקו על-ידי בתי-המחוקקים של המדינות השונות. בל-קלי (Blakely) בספרו הנודע, Specific Laws in the Various States, 1911 מצטט ככתבם וכלשונם את חוקי השבת של 47 מדינות, מאלאבאמה ועד וייומינג, ביניהם כאלה המתירים חילול יום ראשון לאנשים החוגגים כ"שבת" יום אחר בשבוע, וביניהם גם חוקים כאלה המצמצמים היתר זה לחוגגי יום השביעי בלבד, היינו יהודים ואדוונטיסטים. הוזה אומר: העם האמריקני חפץ ביקרו של שבתון יום ראשון, ואינו חש כל קיפוח או עושק בהינזרו מחילול השבתון. אך משפטנים שמלאכתם בכך עוררו בשם שולחיהם את השאלה, אם החוקים הללו "חוקתיים" הם, ואם הם עולים בקנה אחד עם הוראת התיקון הראשון; שאלמלא כן — הם בטלים ומבוטלים.

6. לשם הבהרת האספקטים השונים של בעיית חוקי השבת, רצוני להעיר כאן הערה קצרה, מוקדמת, והיא כי מבחינת התפתחותם ההיסטורית, וכן בגלל סגנונם האדכאי כמו "יום האדון", "שמירת" השבת, "חילול" השבת ודומיהם, יש לכאורה לדאות את החוקים ההם כחוקים דתיים. יכולים אנו יפה יפה לעקוב, מקדוב או מדחוק, אחרי שלשלת היוחסין שלהם. אין הם יצירות מקוריות של הגניוס האמריקני, אלא סוחבים אחריהם סבל ירושה עתיק, שראשוני ניצניו צמחו על גדות הבוספורוס לפני כאלף ושבע מאות שנה — בדיוק 1171 שנה לפני שגילו את אמריקה. כוונתי לאבי אבות חוקי השבת, הוא החוק שניתן על-ידי הקיסר קונסטנטיין בשנת 321 לספירה, בו הוא ציווה כי כל השופטים, תושבי הערים, והסוחרים ישבתו ממלאכה ב"יום

השמש המקודש", הוא יום הראשון (Johnson, Sunday Legislation (1934)), Kentucky L.J. 133). היתה בו, בחוק דתי מובהק זה, תערובת משונה של יסודות נוצריים ויסודות אליליים. כי יום הראשון בשבוע הוא גם "יום התחייה" של הנוצרי וגם ה־"dies solis" של עובדי האלילים. וכה חזרו חוקי שבת דתיים אלה ונשנו בכל התקופות ובכל הארצות הנוצריות, למן האדיקט של קארל הגדול משנת 800 עד לחוק ווידגיניה המושבה משנת 1610 (Comments, 59) 1610 (Col. L.R. 1192; Johnson, ibid., p. 137). אך עדיין שאלה היא, אם דתיות זו היא גם פרצופם המודרני של חוקי השבת בימינו, ואיזה הוא השיקול המכריע לגבי שאלת החוקיות.

7. והנה עד לסוף הרבע הראשון של המאה הנוכחית לא היה בסיס איתן לביטול חוקי השבת של המדינות. כי הדעה ששדרה עד אותו זמן היתה כי "לוח הזכויות" (Bill of Rights) — זה הוא הכינוי המקובל לציון עשדת התיקונים הראשונים (1 עד 10) של החוקה, מיום 15.12.1791 — מחייב רק את המחוקק הפדראלי, ולא את מחוקקי המדינות. דעה זו משלה בכיפה קרוב למאה שנים, ומקודה היה פסק־דין שניתן על־ידי זקן השופטים מדשל בשנת 1833. רק קימעא קימעא, ומסביב לשנת 1925, קנתה לה שביחה הדעה, כי התיקון ה־14 לחוקה מיום 28.7.1868, האומר בסעיף 1, פסוק 2 שבו: "שום מדינה לא תעשה ולא תבצע חוק הקוצץ בחסיון או בחסינות של אזרח ארצות־הברית"

מטיל על מחוקקי המדינות את הוראות לוח הזכויות, ובמיוחד את הוראת התיקון הראשון, לרבות את עקרון הפרדת־הדת־מן־המדינה שבו (vide Brennan, First Amendment, 79 Harvard Law Review (1965), p. 1). אותו רעיון, ובמפורש לגבי חופש הדת, הובע בפסק־דין אחד שניתן חמש עשרה שנה לאחר מכן, בו אומר בית־המשפט, בהתייחסו לתיקון ה־14: "רעיון־החופש היסודי שהובע באותו תיקון, כולל את סוגי החופש שהובטחו בתיקון הראשון. התיקון הראשון מצהיר כי הקונגרס לא יתן שום חוק הנוגע לייסודה של דת או אוסר את שימושה החופשי. התיקון ה־14 עשה את מחוקקי המדינות לפסולים כמו הקונגרס לעשות חוקים כאלה".

(Cantwell v. Connecticut, (1940), (9)).

8. עתה החלו בתי־המשפט "להיטפל" לחוקי המדינות, ולבדוק אותם מבחינת חוקיותם על־פי לוח הזכויות שהוטל עליהם חובה מכוח התיקון ה־14 הנ"ל. אחד הנסיונות ההם נעשה בשנת 1950 במדינת ניו־יורק, והדיון שם נסב סביב השאלה, אם סעיף 2147 לחוק הפלילי, האוסר מכירה בפרהסיא

של סחורה ביום הראשון, מהווה פגיעה בחופש הדת שהובטח בתיקון הראשון. וכה אומר בית־המשפט בקטע השייך לענינו:

"כֵּן אִין בִּידִינו לומד, כי סעיף 2147 של החוק הפלילי הוא אנטי־חוקתי בשל פגיעה בחופש הדת. הוא אינו חוק 'הנוגע לייסודה של דת או אוסר את השימוש החופשי בה' (התיקון הראשון של חוקת ארצות־הברית). הוא אינו מקים כנסייה, או מחייב תוך כפייה השתתפות בפולחן דתי, או מגביל את השימוש בדת בהתאם לצווי המצפון, או מספק תמיכה כפוייה, על־ידי מיסוי או באופן אחר, למוסדות דתיים, או באיזה אופן שהוא מבצע או אוסר את הדת. אם כי אפשר לומר כי החוקים המכונים 'חוקי שבת' מקודם הוא דתי, הדי החוק שלנו מאז 1889... הכיר כי היום הראשון בשבוע, על דעת הכל, יוקצה לחוד כיום מנוחה, בהתאם לנסיון הכללי של האנושות (המדאה) כי דבר נבון הוא ונחוץ לקבוע יום כזה, בהפסקות קבועות, לטובת בריאותם הגופנית והרוחנית של בני המדינה או חברי העדה. כוחה של התחיקה להסדיר את שמירת יום הראשון כמוסד אזרחי ופוליטי, הוא מבוסס די הצורך".

(People v. Friedman, (1950), (10)).

9. עברו כתשע שנים ושאלת הקונסטיטוציונאליות של חוקי השבת הועמדה לראשונה במבחן בפני בית־משפט פדראלי, בו נחלקו הדעות בנוגע לחוקיותו של חוק השבת של מדינת מסצ'וסטס. כוונתי לפסק־הדין המאד מפורסם של Crown Kosher Supermarket of Mass. Inc. v. Gallagher (11), (1959).

מעשה היה שם בכמה יהודים אורתודוקסיים, בעלי איטליו גדול בעיר ספרינגפילד, שעסקו בו ביום הראשון במכירת הבשר הכשר שלהם. הם היו שומרי שבת אדוקים, ולכן לא פתחו את חנותם ביום השבת היהודי. טענתם היתה כי חוק השבת של המדינה (בכמה מסעיפיו) נוגד את התיקון ה־14, הואיל והוא מעדיף את הדת הנוצרית על הדת היהודית, באלצו יהודים אדוקים להחזיק חנותם סגורה לא יום אחד, אלא שני ימים בשבוע.

העבירה על התיקון ה־14 היתה, לטענתם, כפולה: (א) כי חוק השבת, בהעדיפו את הדת הנוצרית על הדת היהודית כנ"ל, פוגע ב"שימושה החופשי של הדת" שהוכרז בתיקון הראשון, והוחל על חקיקת המדינות מכוח התיקון ה־14, כמבואר לעיל; (ב) כי החוק הנ"ל, בהעדיפו בעקיפין כלכלית את בני הדת הנוצרית על בני הדת היהודית, מהווה עבירה על חובת "ההגנה השווה של החוקים" (Equal protection of the laws) שהוטלה במישרין על המדינות על־ידי המלים המפורשות של תיקון 14 גופו. שני שופטי הרוב

3. Two Guys from Harrison-Allentown v. McGinley, (1961); (14);
4. Braunfeld v. Brown; (1991), (15).

בכל אחד מארבעת הערעורים הנ"ל הועלתה בין השאר הטענה, כי חוקי השבת, בשל היותם, כנטען, חוקים דתיים, נוגדים את הוראת התיקון הראשון, ובכולם היא נרחתה על-ידי בית-המשפט העליון. פסק-הדין הרחב ביותר והמעמיק ביותר ניתן במשפט (12), McGowan וממנו יצוטטו המובאות דלקמן:

"אבל גם זה נכון, כי סעיף 'יסוד הדת' (הכוונה לתיקון הראשון), אינו אוסר תחיקה פרדאלית או מדינתית הבאה להסדיר התנהגות, שטעמה ותכונותיה ליתא מתרמים במקרה (coincide) או תואמים עיקרי אמונה של כל הדתות או של מקצתן. הרבה פעמים קורה שהקונגרס או חוקי המרינה מגיעים לכלל דעה, כי הסדר כזה נחוץ לטובת הציבור בכלל, ללא כל קשר עם שיקולים דתיים. הנה דצח הוא, מטעמים חילוניים, בלתי-חוקי. והעובדה שדבר זה עולה בד בבד עם צווי הדתות היודיא-נוצריות, אך נוגד אולי את צווי הדתות האחרות, אינה פוסלת את ההוראה החוקית ההיא. והוא הדין בענייני ניאוף וביגמיה... אותו דבר גופו אפשר לומר בנוגע לגניבה, תרמית (הכוונה היא, כנראה, לעדות שקר) וכד', מכיון שעבירות אלה נאסרו בעשרת הדיברות (זקן השופטים, שם, (12), ע' 1113, 1114)."

"במשך המאה הנוכחית ולפניה כיוונו השלטון הפרדאלי והמדינות במידה רבה את פעילותן לקראת השיפור של בריאות, בטחון, ביודיי-חופש, ורווחתם הכללית של אזרחינו. ניתנו חוקים רבים הנוגעים לענייני בריאות הציבור, גורמי בטיחות בתעשייה, חוקים הנוגעים לשעות ולתנאי העבודה של נשים וילדים, שעשועי סוף-שבוע בגנים ועל החופים, עיסוקים תרבותיים מסוגים שונים, וכל אלה מציינים את הדרך לקראת חיים טובים לכל. חוקי סגירת-יום-הראשון, כגון אלה המצויים עכשיו לפנינו, הפכו חלק יסודי של דאגת השלטון הלוז, בנפרד לגמרי מן המטרות העיקריות של החוקים הללו ומש-מעויות-הלוואי שלהם. דבר טעמם ותכליתם הנוכחית של רוב החוקים ההם הוא לקבוע יום מנוחה אחיד לכל האזרחים. העובדה כי יום זה הוא יום הראשון, יום בעל משמעות מיוחדת לכת הנוצרים השלטת, אינו מונע את המדינה מלהשיג את מטרותיה החילוניות" (זקן השופטים, שם, (12), ע' 1115).

11. העולה מן האמור, כי אם המטרה הדתית אינה המטרה הבלעדית או אפילו העיקרית של החוק, אלא ניתן להצדיק את ההוראה מבחינת המטרה

של בית-המשפט המחוזי הפרדאלי קיבלו את הטענה על שתי פניה גם יחד (vide 59 Col. L.R. 1192 et seq.) והכריזו את הסעיפים המותקפים של החוק כאנטי-חוקתיים ובטלים. לא כן היתה דעתו של שופט המיעוט, השופט מק קארתי, הרוחה את בקשת הסופרמארקט הכשר, ומעניינים ביותר, גם אוריגינאליים, הם הדברים שהוא משמיע שם בנוגע לאופיו הדתי או החילוני של חוק השבת. וכך הוא אומר (ב-ע' 479, 480):

- (1) אם החוק הנרון הוא מטבעו דתי;
 - (2) ואם תמצוי לומר: אינו דתי, האם הוא פוגע בהוראת 'ההגנה השווה' (Equal Protection) של התיקון ה-14?"
- ובהשיבו על השאלה הראשונה, שהיא היחירה המעניינת אותנו בערעור דנן, הוא אומר:

"בדור הדבר כי החוק שלפנינו יש בו, בצורתו הראשונית, איזו שהיא כוונה דתית. ההקדמות לחוקים העתיקים מבליטות את העובדה. חברי, שופטי הרוב, מנצלים הרבה את הפרט הזה. לך, כשלעצמי, העובדה שיש לחוק שורשים דתיים, אינה מפריעה כלל. יש לנו הרבה חוקים המושרשים עמוקות בתוך הרקע הדתי והמסורת של העם האמריקני. אורה ולא אבוש, כי איני יכול לתאר לעצמי שודשי-חוק יותר טובים מן השורשים הללו. אף-על-פי-כן חוק כעין החוק שלנו הקובע יום של מנוחה והפסקת פעילות מסחרית, הוא, ללא ספק, תוך כדי הכוח המשטרתי של המדינה, ואין צורך להתנצל על ההיסטוריה והמקורות של החוק."

10. משפט הסופרמארקט הכשר היה הראשון, אך לא היחיד, לבירור פד-ראלי של כשרות חוקי השבת, מבחינת תיאומם או ניגודם לעקרונ חופש הדת של התיקון הראשון. זמן קצר לאחר מכן הוגשו שלושה משפטים אחרים, בהם נדונה גם כן שאלה קונסטיטוציונית זו. בתי-המשפט המחוזיים הפר-ראליים נתנו בשלושתם פסקי-דין הדנים, לשבט או לחסד, את חוקיותם של חוקי השבת, וכל השלושה, יחד עם עניין הסופרמארקט, הגיעו בדרך של ערעור להכרעתו של בית-המשפט העליון של ארצות-הברית. ארבעה פסקי הערעור שניתנו כולם ביום אחד על-ידי זקן השופטים וורן, בהסכמת רוב חבריו, הם כסדרם:

1. McGowan v. State of Maryland; (1961) (12);
2. Gallagher v. Crown Kosher Supermarket of Mass.; (1961), (13);

החילונית המושגת על-ידיה, אין היא פוגעת בתיקון הראשון, אפילו אם היא, כאילו אגב אורחא ובנוסף על כך, מגשימה איוו שהיא מטרה דתית. כדי להגיע עד חקר דבר, "אין צורך דווקא לערוך פסיכואנליזה של המחוקקים" (השופט פרנקפורטר בפסק-דינו הנפרד, שם, (12), ע' 1157). גם אם המניעים שלהם הם דתיים, אין זה פוסל את החוק. כי "הסיבה אינה רלבאנטית, קיימת העובדה" (זקן השופטים, שם, (12), ע' 1119), והעובדה היא: עצם תוכנו של החוק.

12. ועכשיו שזכינו לכך, הבה נחזור לעניין שלפנינו. לי נראה כי אותו קנה-מידה שעל-פיו נמדדת כשרות החוקים הדתיים של מדינות ארצות-הברית, פועל גם, ועוד ביתר שאת, כאן בישראל לגבי כשרות החוקים הדתיים של הרשויות המקומיות. הרעיון המנחה הוא: אל תסתכל בקנקן אלא במה שיש בו, והשאלה המכרעת היא מה היא, באמת, תכולתו הדתית של החוק. אך לפני ערכנו את ההשוואה דלעיל, רצוני להקדים אי-אלה הערות בנוגע לאופיים ותוכנם הדתי של דיני ישראל בכלל.

13. תורת ישראל — ובהשתמשי במונח זה מתכוון אני לכל אותם דיני הדאורייתא והדרבנן יחד עם הגזירות והתקנות וההסכמות שצמחו על ברכי היהדות מאז מעמד הר סיני ועד היום הזה — נבדלת משאר הדתות בכך, שהיא מסדירה וחולשת על חיי האדם היהודי, כליל וללא כל שיוד, מיומו הראשון עד ה"זיבולא בתדייתא" של יומו האחרון. בעוד אשר שאר הדתות קובעות מספר מסויים של חובות ואיסורים ומניחים את השאר לצווי המצפון והמוסר, או להסדר האזרחי של המדינה ורשויותיה, הרי השולחן ערוך על ארבעת חלקיו "משתלט" על הכל, ממש "לית אתר פנוי מיניה", והוא משעבד לחוקי התורה כל דבר כקטון כגדול בהנהגת האדם. יהודי המוכן לחיות על-פי השולחן ערוך, ימצא בו "מירשמים" בדוקים ומנוסים לכל אשר יקרהו המקרה בכל שבעים-שמונים ימי שנותיו על-אדמתו.

14. בדבר זה כבר הבחינו גדולי הפילוסופים היהודים בימי הביניים, כמו רב סעדיה גאון, ד' יהודה הלוי, הרמב"ם ורבינו בחיי אבן פקודה, וברצותם לתמצת את בסיסן הרחב של מצוות התורה — "מצווה" כוללת כאן גם מצוות-עשה וגם מצוות-לא-תעשה — הם חילקו אותן למצוות "שכליות" ומצוות "שמעיות" (עיין האמונות והדעות לרב סעדיה גאון, מאמר שלישי, פרקים א, ב, ג, ברלין תקמ"ט, דפים מ-מב).

"שמעיות" הן מצוות כמו סוכה, לולב, שעטנז, בשר בחלב (פירוש "אוצר נחמד" על הכוזרי לרבי יהודי הלוי, מאמר שני, סימן מח, וילנא תרס"ה, דף

נו, ע"א; פירוש "טוב הלבנון" על חובות הלבבות לרבינו בחיי אבן פקודה, שער עבודת האלהים, פרק ג, ורשה תרל"ה, דף עו, ע"ב). מצווה שמעית, כמובן, היא גם איסור החזיר, ובדרך כלל, כל מצווה אי-ראציונאלית שאין בה, כשלעצמה, שום הגיון וטעם חוץ מן הטעם של: כך שמענו מפי האל על הר סיני.

"התורות השמעיות אשר שמענו מפי ד' על הר סיני, ולולא הקבלה אין השכל מחייבן" (פירוש על שמונה פרקים להרמב"ם, פרק ו, וארשה תרכ"ד). או — אם תרצה לומר — מצוות ש"הראציו" שבהן ידועה רק לידועי ח"ן. מצוות "שכליות", לעומת זה, הן:

"העניינים המפורסמים אצל כל בני האדם שהם רעים, כשפיכת דמים, וגניבה וגזילה, ואונאה... והן המצוות שאמרו עליהן חז"ל שאילו לא נכתבו (בתורה) ראויים הם להיכתב" (שמונה פרקים להרמב"ם, פרק ו).

או, כפי שהדבר מוסבר יפה מאד בתשובתו של החבר למלך הכוזרי: "אמר החבר: אלה (עשיית משפט ואהבת חסד) והדומה להם הם החוקים השכליים, והם הקדמות והצעות לתורה האלוהית, קודמות לה בטבע ובזמן, אי אפשר בלדיהם בהנהגת איוו קהילה שתהיה מבני אדם, עד שקהל הליסטים אי אפשר שלא יהא הצדק ביניהם, ואם לא — לא היתה מתמדת חברתם" (הכוזרי, מאמר שני, סימן מח).

לשון אחרת, פשוטה, מודדנית, שלא בסגנון תיבוני: החוקים השכליים, הראציונאליים, הם חוקים הנחוצים לקיום החברה ולרווחתה, ומשום כך מת-קבלים על דעת הכל. הם קודמים לתורה "בטבע ובזמן", ובלעדיהם לא תוכל להתקיים שום חברה אצל המין האנושי, אפילו לא "חברה של ליסטים", כי גם ה"צדק" של הליסטים וחברתם דורש שהם לא ילסטמו איש את רעהו... 15. ובכך סוקלה הדרך לקראת מתן התשובה הסופית על השאלה העומדת בפנינו. סבור אני כי הדעת נותנת והשכל מחייב, כי כאשר המחוקק או מחוקק העזר, בארצות-הברית או בישראל, מדיד את עצמו מלטפל בעניינים דתיים, הרי הורה זו — עד כמה שהעניין נוגע לדת ישראל — חלה רק על עניינים המשתייכים לסקטור השמעי האי-ראציונאלי של הדת ולא לסקטור השכלי, הראציונאלי, שלה. כי החוקים השכליים, כפי שראינו לעיל, יש להם זכות קיום משלהם גם בלעדי צווי הדת, והם, כפי שהעיר הרמב"ם בציטטה דלעיל, ראויים היו להיכתב גם אילו לא נכתבו בתורה, וממילא לא יכולה הכתיבה בתורה לגרוע מסמכותו של המחוקק החילוני.

מסכים אני אפוא, בכל הכבוד, למה שנפסק ב"בג"צ 122/54, (3), וב"בג"צ 117/55, (4), לעיל, כי לעיריית נתניה או לעיריית תל אביב יפו לא היתה סמכות לסרב רשיון, או לחוקק חוק-עזר, לשם שמירה על המצווה הדתית השמעיית של איסור מכירת בשר-חזיר. אבל עדיין אין זאת אומרת, כי לעירייה אסור גם לחוקק חוק-עזר הדן באיסורים מסויימים של השבת. כי ייתכן מאד שמבחינה דתית-יהודית, וממילא גם מבחינת ההגבלות של התחיקה החילונית, לא הרי שמירת שבת כהרי איסור חזיר.

16. הגענו אפוא לשאלה הסופית והמכרעת והיא, מה טיבה של מצוות שמירת השבת: האם היא משתייכת אל הסקטור השמעי של תורת ישראל או אל הסקטור השכלי שלה לפי הנומנקלטורה הנ"ל של הפילוסופים היהודים? 17. לשם מתן תשובה על השאלה דלעיל, עלינו להתבונן מקרוב אל אופיה וצביונה של השבת בישראל. צביונה אינו אחיד, כי הוא יונק ממקורות שונים, ומגשם רעיונות שונים. ישנם, כידוע, דברות ראשונות ודברות אחרונות. בעשרת הדברות הראשונות (שמות, פרשת יתרו), הטעם לחובת שמירת השבת על-ידי האדם, בנו ובתו עבדו ואמתו ושורו וחמורו, הוא:

"כי ששת ימים עשה ד' את השמים את הארץ את הים ואת כל אשר בם וינח ביום השביעי, על כן ברך ד' את יום השבת ויקדשהו".

הטעם הוא אפוא דתי-אמונתי טהור — זכירת בריאת העולם על-ידי האל — ללא הדגשת תועלת המנוחה המגיעה לאדם העובד אחרי ששת ימי העבודה. בעשרת הדברות האחרונות (דברים, פרשת ואתחנן) הושמטה כליל הזכרת בריאת העולם, ובמקומה באה הזכרה אחרת:

"וזכרת כי עבד היית בארץ מצרים ויוציאך ד' אלהיך משם ביד חזקה וברזע נטויה, על כך ציווך ד' אלהיך לעשות את יום השבת".

כאן: עימות המנוחה הכללית של יום השבת עם העבודות הקשה במצרים, שזה עתה נגאלו ממנה, ללמדך מה רב האושר, הלאומי והאינדיווידואלי, שהושג על-ידי הגאולה מן השיעבור.

ואמנם ברבים מן המקורות התלמודיים והבתר-תלמודיים, בדברם על השבת, מודגשים במיוחד ההנאה, המנוחה והנופש שבה.

"כל ימי עני רעים (משלי טו, טו). והאיכא שבתות וימים טובים?! (כתובות, דף קי, ע"ב).

"לא ניתנה השבת אלא לתענוג" (פסיקתא רבתי, פיסקה עשרת הדברות). "שלוש גובלות הן: גובלת מיתה — שינה, גובלת נבואה — חלום, גובלת

העולם הבא — שבת" (בראשית דבה, יו, ה).

פירושו של דבר, כי השבת היא "עולם הבא זוטא", כי:

"כשנאצלים דברים קטנים וקלים מדברים גדולים וכבדים, נקראים גובלות" (פירוש המהרז"ו על מדרש רבה שם, וכן נאמר בברכות, דף גו, ע"ב: שבת — אחד משישים לעולם הבא).

"שבת ניתנה לישראל לקדושה, לעונג, למנוחה, ולא לצער" (מדרש תנחומי-מא, וירא א).

ואם אמנם זו היא מטרתה של השבת, הרי היא מצווה שכלית, חברתית, ראציונאלית, שאין המחוקק החילוני מנוע מלהסדיר אותה כמעט ללא הגבלה.

18. אמרתי "כמעט", יען כי עונג-שבת זה והנאת-שבתית-מלאכה זו, אינם תוכנה הבלעדי של מצוות השבת. המלאכות האסורות בשבת אינן כולן-עד-אחת מלאכות הפוגעות במנוחת האדם. מספר האבות-מלאכות שנאסרו הוא ארבעים חסר אחת (ראה מגניינן במסכת שבת, דף עג, ע"א), ואבות אלה יחד עם תולדותיהם, ויחד עם עבירות ה"שבות" (איסורים מדרבנן), מספרם מגיע אולי לכמה וכמה מאות אם לא למעלה מזה. רק על חלק קטן מהם, כמו חריש וקציר (שמות לד, כא). נשיאת משא (נחמיה יג, טו, יט), ניהול מקח וממכר בחוצות העיר (נחמיה, שם), וכיוצא באלה, ניתן לומר כי מניעתם נחוצה למען המנוחה והנופש. לעומת זה, כתיבת שתי אותיות בשבת (רמב"ם, הלכות שבת, פרק יא, הלכה ט), כיבוי הגר (שם, פרק יב, הלכה ב), סוגי המלאכה של מכה בפטיש (שם, פרק י, הלכה טו), או האיסור דרבנן לטלטל או לנענע את המוקצה (אורח חיים, סימן שח, סעיפים ג, מב) — על אלה ושכמותם אי-אפשר בשום אופן לומר כי הם שוללים או מפריעים למנוחת האדם. המצווה להיזהר ממלאכות כאלה, "מלאכות" במובן הטכני של המלה, היא מצווה שמעית, אי-ראציונאלית, שיסודה היחיד, הבל-עדי, הוא בגזירת הכתוב של התורה או של המקורות המאוחרים.

התשובה הניתנת אפוא בזה לשאלה שהוצגה בפיסקה 14 לעיל היא: מצוות שמירת השבת היא מקצתה שכלית ומקצתה שמעיית. עד כמה שהיא מחייבת להימנע ממלאכה ועיסוק המתישים כוחו של אדם, ומצ-ריכים את מנוחתו הפריודית, היא מצווה שכלית, חברתית, שהמחוקק העירוני מוסמך לטפל בה בגדר סמכותו הכללית. אך עד כמה שהיא מחייבת להימנע משאר ל"ט המלאכות ותולדותיהן, היא מצווה שמעית, דתית-מובהקת, ומשום כך "בעיה דתית" במובן ההלכה שנקבעה ב"בג"צ 117/55, (4), הנ"ל. הכוזרי, במקום המצוטט, מסווג אמנם את השבת סתם בין המצוות השמעיות, אבל

זה הוא, כנראה בעליל, בשל אופיין השמעי של רובן המכריע של המלאכות האסורות בשבת (עיין ודוק בדברי הפירוש "קול יהודה" שם).

19. במקרה הנדון לפנינו היתה השאלה הקונקרטית: אם יש תוקף לסעיף 2 של חוק העזר העירוני, רמת גן, עד כמה שהוא אוסר פתיחת עסק בשבת, ותשובתי לכך היא: כן! איסור ניהול עסקים בחנות פתוחה בשבת משתייך לא לסקטור השמעי אלא לסקטור השכלי, החברתי, של שמירת השבת, ובו אין מחוקק-העזר מנוע מלתקק חוקים שהוסמך להם בדרך כלל על-ידי המחוקק הריבוני, והסדרת "שעות פתיחתן וסגירתן (של חנויות) ביום פלוני", היא עניין שנמסר בדרך כלל לסמכותו מכוח סעיף 249 (20) של הנוסח החדש, הוא סעיף 98 (23) של הנוסח הקודם.

טענתו של בא-כוח המערער, כי החוק הנ"ל הוא חוק דתי מובהק, הואיל והוא נחקק לאחר השתדלותו התקיפה של הרב מרקוביץ, לאו טענה היא, כי חיטוט וניקור זה במניעי החוק היא אותה "פסיכואנליזה של המחוקק", אשר השופט פרנקפורט פסל אותה כפי שצוטט לעיל.

20. וכאן יבוא השואל וישאל: תיקנת את השבת, את החגים לא תיקנת — והאם סגירת החנויות בהם אף היא למצווה ראינאליית תיחשב? יכולתי להימנע ממתן התשובה באמדי, כי לא זו היא השאלה העומדת לדיון במקרה הקונקרטי שלפנינו. כי אנו כאן בשבת קא עסקינן, ולא בחגים ומועדים. אך לא אלך בדרך קלה ומתחמקת זו, אלא אנסה למצות עד תום את הרעיון שפותח בפסק-דיני זה.

תשובתי לשאלה דלעיל היא איפוא: כן, ואין הכי נמי, גם ב"מי המנוחה" האחרים של החוק לא נעדר היסוד השכלי. שלושת החגים הקלאסיים שלנו, פסח, שבועות, סוכות, הם חגים עממיים — הראשון חג החירות הלאומית, השני — חג הקציר (שמות כג, טז), השלישי — חג האסיף (שם, שם) — ועם אינו יכול לחוג ולשמח כאשר יחידיו עסוקים בעבודה ובמלאכה. טעם "אזרחי" כיוצא בזה אפשר למצוא גם בראש-השנה, חג תחילת השנה הנחוג אצל כמעט כל העמים. החג, בעל התוכן הדתי האינטנסיבי ביותר, הוא יום הכיפורים, ואף עליו נאמר על-ידי רבן שמעון בן גמליאל במסכת תענית:

"לא היו ימים טובים לישראל כחמישה עשר באב וכיום הכיפורים" — זו היא הגירסה הנכונה לדעת רוב החכמים — "שבהן בנות ירושלים יוצאות בכלי לבן... וחולות (רוקדות) בכרמים. ומה היו אומרות? בחור, שא נא עיניך וראה מה אתה בורר לך... יפיפיות שבהן מה היו אומרות? תנו עיניכם ליופי, שאין האשה אלא ליופי. מיוחסות שבהן מה היו אומרות?

תנו עיניכם למשפחה, לפי שאין האשה אלא לבנים. מכוערות שבהן מה היו אומרות? קחו מקחכם לשם שמים, ובלבד שתעטרונו בזהובים" (משנה תענית, דף כו, ע"ב, והמשכה בברייתא שם, דף לא, ע"א).

ועתה צא ושאל: מה היה אופיו, הדתי או החילוני, של יום הכיפורים בימי בית שני? על כורחך אתה אומר: שבעים פנים לתורה, וממילא גם לחגי ומועדי ישראל.

על-כל-פנים, ויהא אשר יהא הדבר מנקודת ההשקפה של זמננו, הרי חומרתו הדתית של יום הכיפורים חדרה כל-כך עמוק לחיי היהודי בכל אתר ואתר, עד שהדת הפכה כאן חלק אינטגרלי של התודעה הלאומית, החברתית, של העם. מסופקני מאוד אם יהיו מישהו לחלוק על הצדקת סגירת החנויות ביום שבת שבתון זה.

אני מציע איפוא לדחות את הערעור.

להכריע לשבט או לחסד את גורל העתירה. אך לא אלך בדרך זו, אף כי קלה היא, כי לא זה, לא פתרון בעייתה של משפחת שליט, הוא ראש דאגותינו במשפט זה. הבעיה, בכל אימתה וחומרתה, היא: מהו תוכנו של המושג "יהודי", ואם יכול אדם להשתייך לעם היהודי, בלי להיות בעת ובעונה אחת גם בן הדת היהודית. ושאלה זו בנפשנו היא, וחייבת לבוא על פתרונה המלא. השאלה היא, במלוא הקיצור, הקיים מבחן אחד, וזלת מבחן ההלכה, לקביעת זהותו הלאומית של היהודי? במקרה שלפנינו ההלכה אומרת כי ילדי העותדים אינם יהודים, שכן הם נולדו לאם נוכריה — ראה יבמות, דף כג, ע"א; משנה קידושין, דף סו, ע"ב; גמרא קידושין, דף סח, ע"ב; רמב"ם, פ"א מהלכות יבום וחליצה, הלכה ד; פ"ב מהלכות איסורי ביאה. הלכה ז: פט"ו מהלכות איסורי ביאה, הלכה ד; שו"ע אה"ע, סי' ת, סעי' ה, ומקורות רבים אחרים זולתם — ועלינו לפסוק אם חייב המשיב הראשון לרשמים כיהודים על-פי לאום דק בשל כך שהודיהם — גם האב וגם האם — דואים עצמם כיהודים, ומתעתרים לחנך את ילדיהם ברוח היהדות הישראלית על-פי המובן והתוכן אשר הם מייחסים למושג מופשט זה.

4. וכאן רצוני להתעכב לדגע קט, כדי להגות מן המסילה קושיה אחת הניצבת בפתח עניינים על אם הדרך, ואינה גותנת לנו להתקדם בבירור הבעיה. הקושיה שרבים שואלים אותה היא: כלום שכח בית-משפט זה אשר הוא עצמו פסק במשפט רופאיון (בג"צ 72/62, (1)) ? הן שם העדיף בית-המשפט את המבחן החילוני על מבחן ההלכה, בנמקו את החלטתו בכך, שחוק השבות הנדון שם הוא חוק חילוני, ומדוע לא ייעשה כן במקומנו, לגבי חוק מרשם האוכלוסין, שהינו אף הוא חוק חילוני?

תשובתי לכך: פליאה-תמיהה זו אינה מטרידה אותי כלל, כי אין הנדון דומה לראיה, והתבוננות קצת יותר עמוקה בשתי הפרשיות תפתור את החידה. שם, בפרשת רופאיון, או "האח דניאל", עניין היה לנו למקרה קיצוני, יוצא דופן, של יהודי תמהוני שהתנצר ונעשה כומר, וביקש במפגיע להידרשם כיהודי. לגבי מומד כזה קיימות באמת, למדבה התמיהה, שתי השקפות הנוגדות זו את זו: השקפת ההלכה, הרואה אותו על-אף הכל כיהודי, והשקפת האדם מן השוק — גם אם יהודי דתי הוא ושומד הלכות — הרואה אותו בחיי יום יום כראות גוי גמור, ואף מכנה אותו כך. והואיל והחוק שהזכיר את המלה "יהודי" היה חוק חילוני, ויוצדו-מחוללו היתה הכנסת המדברת "בלשון בני-אדם", ייחסנו לדברי הכנסת את הפירוש העממי, החילוני (לא ה"ל כ"י), של המלה והחלטנו, כי המומד אינו יהודי הוכאי

בנימין שליט בשמו ובשם ילדיו אורן וגליה שליט
נגד שר הפנים ופקיד הרישום, מחוז חיפה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[23.1.70, 21.11.68, 16.10.68, 14.7.68, 25.2.68]

(פ"ד כ"ג (2) 477; דברי השופט זילברג בעמ' 492—503)

לפני הנשיא (אגרנט), מ"מ הנשיא (זילברג), והשופטים זוסמן,
לנדוי, ברנזון, ויתקון, כהן, מני, קיסטר

השאלה העומדת לדיון בפנינו עולה בערכה וחשיבותה על כל מה שנדון בבית-משפט זה למן יום היותו לבית-משפט ישראלי ועד היום הזה. על-אף היותה, מן הבחינה הקונקרטית, שאלה אישית, פשוטה, מצומצמת, הרי הדיון בה ובמרכיביה האיריאולוגיים, יצריר חשבון-נפש נוקב ויורד עד התהום, עם יישותנו כעם, מהותנו כלאום, ותפקידנו המדיני-ציוני בהחייאת הארץ הזאת.

2. אודה ולא אבוש, כי אילו נשאלתי מראש, לפני הגשת העתירה, אם הבעיה שבה עשויה להתמצות עד תום בבית-המשפט שלנו, הייתי עונה: לא, בא' דבתי! זו היא, בלשון התלמוד, "מסאנא דרב מכרעא", נעל הגדולה מן הרגל, מן הרגל של כולנו, ואפילו מרגלם הקולקטיבי של כל תושבי המדינה. כי בעל-דינם האמיתי של העותדים הוא לא ממשלת ישראל ולא מדינת ישראל, אלא כלל ישראל, האומה הישראלית כולה, ורק גוף פרדונטא-טיבי, כל-יהודי, עולמי — אילו היה בנמצא — מסוגל היה להתמודד עם הבעיה הזו. אבל "אליאה יאקטא אסט" — הקוביה הוטלה, הבקשה הוגשה — ושוב אין אנו בני-חורין להיפטר הימנה. שומה עלינו איפוא להיכנס בעובי הקורה הזאת, לצלול בה עד היסוד, ולוודא ככל אשר לאל ידנו, מה היא עמדת היהדות כלפי הבעיה הנדונה בתיק זה.

3. בטרם אכנס לעומקו של דין זה, רצוני להצהיר קבל עם ועדה, כי אינני מתכוון "לקבור" את הבעיה מתחת לערימת ההוראות הפרוציסואליות, הפורמאליות, של חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה או תשכ"ז. ייתכן מאד, כי בהתחפרנו מאחורי סעיף פלוני או אלמוני של החוק, יכולנו לא בקושי

ליהנות מיתרונותיו של חוק השבות. במקרה שלפנינו, המצב שונה. כאן אין לנו עניין לפירוש המונח "יהודי" שבחוק. בחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה או תשכ"ז, נזכרת לא המלה "יהודי" אלא המלה "לאום", והשאלה המתבררת כאן היא: אם בן לאב יהודי ואם נוכריה רשאי, במשבצת הפריט "לאום", לרשום את התשובה: "יהודי". ואם חקירתנו תעלה, כי אין הגדרה כללית, יעילה, של המושג "יהודי", זולת הגדרת ההלכה, חייבים נהיה לאמץ לנו את מבחן ההלכה, למרות מה שהחוק הגדון הדורש את רישום הלאומיות הינו אף הוא חוק חילוני.

5. ובוה חורים אנו אל הנקודה שעמדנו בה בסוף פסקא 3 לעיל. הוצעו לנו, כהנחיות להכרעה, שני מבחנים שונים: האחד, שהעותרים מגינים עליו, הוא מבחן ההזדהות הפנימית, שייקרא להלן "המבחן הסובייקטיבי", והשני, אשר היועץ המשפטי מגן עליו, הוא מבחן ההלכה, שייקרא להלן "המבחן האובייקטיבי". הייבים אנו לשקול זה נגד זה את שני המבחנים, בשובה ונחת, וללא כל דעות קדומות. באמרי "ללא כל דעות קדומות", התכוונתי לכך, שאסור לנו להיתפס לאיזה שהוא "פדגוגיס", אך לא דציתי לומר שחייבים אנו להוציא מכלל שיקול את העובדה, שמבחן ההלכה הוא "דעה קדומה מאוד" מבחינת הזמן, ולימינו עומדת היסטוריה ארוכה של כמה אלפי שנים. גם היסטוריון, שאינו מאמין בדברי הז"ל, ואינו מוכן לקבל את הפירושים שמיחסים חכמי התלמוד לפסוקי המקרא (כגון קידושין, דף סח, ע"ב, על הפסוק של דברים ז, כי יסיר את בנך מאחרי), גם היסטוריון כזה יודה — שאם לא כן, בור ועם הארץ יהיה — כי ההלכה של התייחסות הילד אחרי האם קיימת בישראל לפחות התל מתקופת עזרא, היינו החל מאמצע המאה החמישית לפני הספירה (עיין ודוק עזרא י, ג, וראה את תרגום השבעים לעזרא י, מד), וגיל נכבד שכזה ודאי וודאי ראוי הוא להידרש כאקטיב במאזן הוכיות והחובות של מבחן ההלכה.

6. דבר טיבו ומהותו של מושג הלאום והלאומיות הוא סוגיה קשה ומסובכת עד מאוד. הרבה דיות נשפכו וכמה קולמוסין נשברו על פרשה זו, ועדיין לא זכינו להגדרה ברורה וחד-משמעית של מושג קונטרברסאלי זה (ראה ספרו המצויין של אקצין על "מדינות ולאומים", ניו-יורק, 1966). השאלה שלא נפתרה היא, מה הוא אותו "סרך-יחד" העושה מיליוני אנשים ליחידה לאומית אחת; ויש מי שאומר כי הרגשת ההשתייכות הלאומית היא תחושה יסודית, מונוליתית, שאינה נתונה להסברה באמצעות מושגים אחרים, כשם שאין "להסביר" את הצבע הירוק על-ידי ציון אורך הגל או מספר

התנודות שלו. ברם, לאושרנו הרב, אין בעיה זו מתעוררת כלל במקרה שלפנינו. כאן שני הצדדים שווים, כי ישראל עם הוא, והשאלה היא רק כיצד, ובאיזה סימני-היכר, מזהים את היחידים שלו.

ואמנם נוכח מעמדו האכסלולויבי של ישראל בעולם, נוכח העובדה כי אנו תמיד כה שונים מן האחרים, אם לטובה כפי שאומרים אוהבינו המעטים, ואם לרעה כפי שטוענים משנאינו הרבים, ובראשם המן בן המדתא האגגי ("ודתיהם טונות מכל עם", אסתר ג, ח), יקשה מאד לשלול מן היהדות את האופי של עם או לאום. אגב: המלים "עם" ו"לאום" הן בעברית שני שמות נרדפים שמשמעותן היא אחת. עדים לכך: פסוקי הפרלזיזם הסינוגימי של התנ"ך, כגון "הקשיבו אלי עמי, ולאומי אלי האזינו" (ישעיה נא, ד); "ידבר עמים תחתינו, ולאומים תחת דגלינו" (תהלים מז, ד) או "יקבוהו עמים יזעמיהו לאומים" (משלי כד, כד) ורבים אחרים וזלחם.

7. בכך סוקלה סופית הדרך לקראת עיון והכרעה בשאלה העומדת לפנינו והיא: איוהו המבחן שיכור לו בית-המשפט בבואו לקבוע את זהותו הלאומית היהודית של האדם — המבחן האובייקטיבי, המקובל, של ההלכה, הרואה אם יהודיה או גיור כסימני היכר בלעדיים של היהודי, או המבחן הסובייקטיבי שהעותרים בחדו בו, הרואה כסימן היכר יהודי לאומי את זיקתו של האיש לתרבות היהודית-ישראלית וערכיה? ילדי העותרים היו, בעת הגשת העתירה, אורן בן ארבע, וגליה בת שנה, והם:

"אם כי אינם בני דת משה (או דת כלשהי) הינם בעלי זיקה יהודית-ישראלית ומחונכים ברוח זאת" (סעיף 5 של כתב-העתירה),

ולכן חייבים הם, לדעת העותרים, להירשם כבני הלאום היהודי.

8. האמת ניתנה להיאמר, כי אילו ביקשתי להיפטר בקלות ובוזול מכל כאב הראש שנגרם לנו על-ידי העתירה, הייתי דוחה אותה על אתר באמרי, כי בפנינו לא הוכח מה יחשבו הילדים, אורן וגליה, גופם בהגיע תורה של זיקתם התרבותית העתידה. העותרים הם אמנם הורי הילדים, ומותר להאמין להם על דברתם בכל הנוגע לתוכנית חינוך הילדים, אבל — וזה הוא העיקר — אין אפטרופוס להצלת החינוך והתמדתו, ומי לכפינו יתקע כי גם לכש-יגדלו, יקימו את מצוות הכתוב: "שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמן" (משלי א, ח)? ושמא תקוץ גפשמם פעם ביהדות הסינתטית שמעריפים עליהם הוריהם, ויעדיפו עליה את "הגויות" הגמורה, או את הכנעניות, או את הקוס-מופוליטיזם המודרני של השמאל החדש? כלום על משענת קנה דצוץ שכזאת נבוא להשתית את זהותם הלאומית של ה"קטני-קטנים" הללו?

העותרים, כנראה בעליל, הרגישו מה דעווע היסוד עליו מבססים את טיעונם בנוגע לילדיהם, והם מנסים להתגבר על כך בפרק ב, סעיף 14, של עיקרי טיעונם בהם נאמר:

"אותו חוק (הכוונה לסעיף 80 של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962) גם פותר בעיית הילדים: 'קטין, פסול-דין וחסוי, חוקה עליו שמקום מושבו במקום מושבו של נציגו, כל עוד לא הוכח שמרכז חייו נמצא במקום אחר'." והם ממשיכים:

"ילדינו שנולדו פה, מחונכים פה, ומשתרשים בה, לא עולה בדעתם כי מרכז חייהם הוא במקום אחר וכי שונים הם בזהותם הלאומית משל חבריהם". עד כאן דברי העותרים.

ובמי הכתוב מדבר, מי הוא החושב ומי הוא המרגיש? שני ילדים דכים, בלשון התנ"ך "גמולי מחלב עתיקי משדים", האחד בן ארבע, השנייה בת שנה, ולא לה ושכמותם מייחסים דעה והרגשה היכן מרכז חייהם, ואיזו היא זהותם הלאומית! הנשמעה אי-פעם טענה משונה שכזאת?

ברם לא בשל כך אדחה את בקשת העותרים. כי דחיה מטעם זה לא תועיל, והיא את הבעיה כלל לא תפתור. יופיעו לפנינו מחד עותרים "דיקנני" — בעלי זקן, מבוגרים — שאביהם יהודי והאם נוכרית, זיטענו בשם עצמם את הטענות שנטענו, בשם הבנים, על-ידי העותרים הנוכחים. שומה עלינו לשתות ולמצות את קובעת כוס הבעיה-התדעלה הזאת עד תומה, בלי לתור אחרי טעמים אינדיבידואליים העשויים להכריע רק במקרה משפחת שליט. עלינו איפוא לרונ בעתירה כאילו הוגשה על-ידי אורן וגליה גופם, ונטענו בה כל הטענות המופיעות בכתב-העתירה שלפנינו.

אבל גם פיקציה זו או "זיוף" זה לא יצילו את עתירת העותרים. כי המבחן שהוצע על-ידם — "זיקה פנימית, שכלית ורגשית, לתרבות היהודית-ישראלית וערכיה" — הוא מבחן-לא-יוצלח לפענח את סוד הלאומיות, לא של קטנים ולא של גדולים, לא של הדיוטות ולא של מלומדים. הטעמים לכך יבוארו בפסקאות 9—22 של פסק-דין זה.

9. מדינת ישראל אינה מכילה את רוב בניינו ורוב מניינו של העם היהודי, לפחות ארבע חמישיות הימנו — 10 מיליון מתוך 13 בערך — יושבים בחוץ-לארץ וישנו שתי ארצות, ארצות-הברית ורוסיה, בהן האוכלוסייה היהודית עולה אף על זו שבמדינת ישראל. אם קיים איזה שהוא סימן-היכר המאפיין את האדם היהודי, חייב הוא להיות סימן המקיף וחובק הן את היהודי האמרי-

קני והן את היהודי הרוסי, הן את היהודי הסקנדינבי והן את היהודי התימני. כי הלאום, שאת סימניו אנו מבקשים, הוא לא הקיבוץ הקטן, הצברי-ישראלי, אלא שד בתור לאום אינו כלל בנמצא, אלא הלאום היהודי הגדול, בן 13 המיליונים שיחידיו מפורזים על-פני כל ארצות תבל, ובתוכן גם מדינת ישראל.

10. לא התעלמתי, כמובן, מן האפקט העצום של הקמת המדינה, או מן ההזדהות-עם-ישראל, שהיא (המדינה) עוררה בקרב יהודי התפוצות. ידוע לי, וידוע לכל, כי מלחמת ששת הימים וכל אשר לאחריה העלו את ישראל, העם והמדינה, על ראש דאגותיו של כל יהודי ויהודי באשר הוא שם. אפילו "יהדות הדממה" הנמקה בארצות הגוש המזרחי, החלה בזמן האחרון "לשתוק בקול אריד ונורא", ומעשהו הנואש והנועז של הצעיר מדיגה יוכיח! ונשאלת השאלה: האם נוכח כל אלה לא יהא נכון לומר כי מעתה המדינה היא "הנותנת את הטון" בכל רחבי העולם היהודי, ולאומיות יהודית-ישראלית היא ממילא לאומיות יהודית?

תשובתי לכך היא: לא ולא! ותשלילה היא כפולה:

(א) אין בנמצא, או ביתר דיוק: אין עדיין בנמצא, לאומיות יהודית-ישראלית, ואם היא קיימת — אין בהכרח לאומיות חילונית; (ב) אף אילו כבד היתה בימינו לאומיות חילונית שכזאת, היא לא זהה היתה עם הלאומיות הנרשמת במרשם התושבים.

11. אשר לשלילה הראשונה: מדינת ישראל נועדה להיות מדינת עלייה, מדינה של קיבוץ גלויות. זאת היתה מטרתה העיקרית לפי מגילת הכרות העצמאות, ובלעדיה לא תוכל להתקיים לאורך ימים בתוך אוקינוס השנאה האופפת. בתחילה, מיד אחרי קום המדינה, נפתחה עלייה המונית, דוהרת, עליית מצוקה, שחיסלה כמעט כליל את גולת ערב והאיסלם, והעשירה את אוכלוסיית הארץ (היהודית) בשלושת רבעי מיליון נפשות. לאחר-מכן פחת קצב העלייה, היא הפכה עלייה סלקטיבית שגדלה וקטנה תליפות במשך 16—17 שנה, והכניסה לגבולות הארץ כחצי מיליון נפשות.

באה מלחמת ששת הימים והביאה אתה את החוויה הטראומאטית של המפגש הפתאומי בין העם והארץ. מעתה החלה שוב להסתמן באופק עלייה גדולה, רחבה, הפעם לא מארצות המצוקה, אלא מארצות הרווחה.

העלייה שלה אנו מצפים היום, תהיה אף היא "עליית מצוקה", אלא שמצוקה זו תהיה לא המצוקה הכלכלית, הגשמית, המנוונת, אלא "המצוקה העשירה", הנפשית, הרוחנית, אותה כל יהודי, שלא התבולל כליל, מרגיש בסביבה הורה.

עם שחרור ירושלים הם חשו לראשונה "לא את הישראליות, אלא את היהודיות של העם" (שיח לוחמים, 163), ולא אשמתם היא, כי מפקדיהם-מחנכיהם לא דאגו לליבוי "הגחלת שהיתה עוממת עמוק בלבם" (שם, 69). תצויין כאן, כמאמר מוסגר, הערתו הקולעת של אחד הלוחמים, כי שדר הרדיו שהודיע ביום כ"ח אייר על כיבוש הכותל, ראוי היה לתודת הכל "על שהצליח להבהיר לנו לפתע, עד כמה אוילי היה הוויכוח המתפלפל מיהו יהודי" (שם, 236). אבל הגחלת לא כבתה, חומה לא פג, והיא עדיין עוממת. חומה ניוון לא רק מן ההלם של חוויות המפגש, אלא גם מן הנפץ של פסילי האלילים הזרים. אחד הפסילים הגדולים שנופצו היה הרומן האומלל, המאוד חד-סטרי, שנוהל על-ידי מי שנוהל עם האידיאולוגיה, של מנהיגי הגוש המזרחי. עם ניפוצו וניתוצו של אליל ענק זה, פסו, בעלמו ונגזו גם אילוזיות ואשליות אחרות. התוצאה היתה: עם לבדר ישכון, ולבדו — יילחם! וכאשר עמדו אמנם במערכה לבדם מול עולם עויין ושוטים — לכל היותר אדיש ושווה נפש — ראו צעירינו-לוחמינו בעליל, כי אין יד יד ל ישראל אלא ישראל, וידידות צדיכה טיפוח, את הידיד חייבים להכיר, לקרב ולאהוב. מכאן כמיתה השיבה אל עצמנו הלוחשת בלב הנוער "החופשי" שלנו זה למעלה משנתיים ימים, כי הוא סובל, בחלקו, מריקנות פתאומית שבלב, הוא מוכרח למלא את הוואקואום שנפער בקרבו לאחר נתיצת-האלים הגדולה. האמירה כי הנוער שלנו השתחרר מכל זיקה למורשת אבות היא איפוא אמי-דה טפלה, שטחית, משמיצה ופוגעת. הנכון הוא היפוכו של דבר, והמורשה הנכספת היא רובה ככולה ערכים וסמלים דתיים; למען האמת ייאמר, כי טועים בהערכת הנוער והבנתו מצויים גם במחנה הדתי, והלוואי כי שגגה זו לא תהא עולה להם זדון.

13. מורשת אבות זו שכולנו או כמעט כולנו קשורים אליה, אם במעט ואם בהרבה, היא אחת מאבני היסוד, עליהן בנויה זכותנו לנחול וליישב את הארץ הזאת. הוגלינו מן הארץ לפני 1,900 שנה, אך לא נעדרנו ממנה אפילו יום אחד. הגינו בה ללא הרף בחלום ובהקיץ, וכל מעיינינו נתונים היו לה "מראשית השנה עד אחרית השנה". נוכחותנו הרוחנית בארץ הזאת היתה הרבה יותר אינטנסיבית מנוכחותם הפיסית של כל העמים והעממים — רומאים, יוונים, צלבנים, פרסים, טטרים, ממלוכים, טוד-קים וערבים — ששלטו או ישבו בה ב-19 המאות שלאחר החורבן. התפללנו — בגלות — ל"טל ומטר" לא בימות הגשמים של פולניה ואוקראינה, אלא בימות הגשמים של ארץ-ישראל. ואת "קו התאריך הבינלאומי" חיפשו

זאת תהיה איפוא עליית אנשים בעלי מטען רוחני כבד, שביאו אתם השכלה, מוסר, תרבות, נסיון וידע, ובפועלם בכל אלה ישפיעו על אופיו וסגולותיו של העם היושב בציון, ויעצבו את דמותו הרוחנית של היהודי הישראלי החדש.

יום העלייה העתידה הוא, אראנו ולא עתה, אשורנו ולא קרוב, אבל הוא בוא יבוא, ואף-על-פי שיתמהמה נחכה לו, כי זה הוא העיקר, הראשון במעלה או הכל כולל, של אמונתנו הציונית והרתית, ובלעדיו אין תכלה ואין טעם לסבלנו בארץ הזאת. לעת עתה ועוד זמן לא קצר, לא נדע היכן הם מאגריה של העלייה העתידה, מניין תבוא, ואילו ארצות, או איזה חוגים, יפרנסו אותה, כך שכיום אין לשער אפילו, מה יהיה אופיו ודמותו, או מה תהיינה דעותיו ונטייתיו, של הטיפוס היהודי העתיד בארצנו.

12. גם אם נכוון עינינו לא אל העתיד הנכסף אלא אל ההווה הקיים, לא תעלה תדמית תוכנה של הלאומיות היהודית-ישראלית כפי שתוארה על-ידי העותרים.

העותרים שגו בשניים:

(א) הם מתעלמים כליל, וללא כל הצדקה, מן הנוער הדתי המשכיל, שהוא בעל מעמד נכבד בחברה הישראלית, ולו השפעה לא מבוטלת על האמונות והדעות בישראל. חלף הזמן בו האפיקורסות נחשבה סימן היכר מובהק של השכלה, החלה תקופה בה המדע כלל אינו דוחק את רגלי האמונה הטהורה.

(ב) העותרים גם אינם מבינים לדיעו של הנוער "החופשי", ואינם תופסים כדבעי, את השקפת העולם שלו. ביחוד הם לא חלים ולא מרגישים את "התפנית ימינה" שחלה בקרבו מאז מלחמת ששת הימים. שני הצעירים העותרים מייצגים — כך הם חושבים — את השקפת עולמו החילונית של הנוער בישראל, בהתרחקם מטחווי קשת מכל שמץ של דת ומסורת. את ילדם הקטן הם אמנם מלו, אבל לא לשם גיוד חס ושלום, אלא לשם נוחות. ובהשקפתם זו הם, במחילה מכבודם, טועים. לא כך היא דרכו של הנוער הישראלי! הנוער שלנו איננו מתמכר לתרגילי "אפיקורסות אדוקה", קט-גונית, דווקנית, של מומר להכעיס, והעובדה כי הוא, בדוּבו, אינו שומר תורה ומצוות, עדיין אינה עושה אותו ל"מושך בעדלה", מפר-ברית, מתיוון. קרה משהו ביוני 1967 — נפל דבר בישראל! תוך משק כנפי ההיסטוריה, ובסערת מלחמה אכזרית, התחוללה פגישה פתאומית בין העם והארץ. מאודע חשוב זה לא יכול היה לעבור בלי השארת חריש עמוק בלבו של הנוער הלוחם.

גדולי ההלכה דוקא בסביבות ירושלים (השווה אגן הסהר להרב צימרמן, הוצאה שניה ע' ג—כה). כל המנתק את הלאומיות היהודית מיסודותיה הדתיים, פוגע בבבת עינה של תביעתנו הפוליטית לארץ-ישראל. ניתוק זה, כמוהו כמעשה בגד ממשי.

14. ואשר לשלילה השנייה האמורה בסוף פסקא 10 לעיל, הוכחתה פשוטה בתכלית. כל יהודי המגיע ארצה, ביחוד אם הוא בא על יסוד חוק השבות, מצהיר, עם רדתו מן האונייה או המטוס, כי לאומיותו היא יהודית; אותה שעה הוא ודאי ודאי לא הספיק עדיין "להתבולל" בתוך הלאומיות החילונית היהודית-ישראלית, שלקיומה טוענים העותרים; נמצא כי השם "יהודי" במשבצת ה"לאום" של מרשם האוכלוסין, מן ההכרח כי יהא עשוי לוול גם על יהודי שלאומיותו אינה זהה דווקא עם הלאומיות שבדו מלבם העותרים שלפנינו.

15. התוצאות ההרסניות של מבחן העותרים הן ברורות וחמורות. מי שאומר כי אדם יכול להיות בן הלאום היהודי בלי להיות בעת ובעונה אחת גם בן הדת היהודית, יהיה מוכרח, אם יאבה ואם ימאן, להוסיף ולומר כי גם נוצרי או מושלמי — אם אך מקננת בלבו זיקה אמיתית לתרבות היהודית-ישראלית וערכיה — יוכל לדרוש להירשם כבן הלאום היהודי. למען האמת ייאמר, כי העותרים גופם לא דרשו להרחיב את התיוזה שלהם גם על בני דתות אחרות, הם אינם צריכים לכך, ולכן צימצמו את עתירתם לבני-בלי-דת בלבד, או לילדים שלפחות האב שלהם הוא יהודי. אבל "קונצסיה" זו לא תועיל לנו הרבה: יבואו עותרים אחרים, גויים גמורים, נוצרים או מושלמים הן מאב והן מאם, ויבקשו להחיל את "תקדים שליט" גם עליהם. והם יצדקו! כי אין כל טעם וכל הגיון להבחין בין שני המקרים. מי שאומר א' בפרשה זו, מוכרח לומר גם ב', ואם ההשתייכות הדתית היהודית אינה נחוצה לצורך הלאומיות היהודית, ההשתייכות הדתית הנוצרית גם אינה מפריעה.

ועתה הבה נראה מה תהיינה התוצאות המעשיות של הלכה זו לגבי יהדות הגולה. שתי מחלות אוכלות כטרטון בגוף האומה בתפוצות, והן: שמד ונישואי תערובת. יהודי שהתנצר או התאשלם אינו מתקבל כמוכר בתוך הקהילה היהודית, ואם נתקבל לפני המרתו, הוא כרגיל עוזב את הקהילה או מוצא הימנה. ודבר זה משמש תריס בפני ההשתמדות, כי כל יהודי בחוץ-לארץ שואף להיות חבר פעיל ונכבד בקרב קהילתו.

והנה אם בית-משפט זה יפסוק, כי גם נוצרי או מושלמי או בודהיסטי יכול, בתנאים מסויימים, להירשם כאדם בן הלאום היהודי, ייפתח פתח כפתחו של אולם, או תיפתח מקווה, לטיהור המשומדים הנ"ל והיא: לעלות ארצה, להירשם כאן, ללא הסתרת מעשה השמד, כיהודי על-פי-לאום, ולהציג תעודה זו בכל מקום שיידרש לכך. גם אם לא נחשוש מפני סכנה מעשית רחוקה שכזאת, הרי עצם האפשרות הנתונה כאן למושמד להירשם כיהודי, ימנע את הקהילות בחוץ-לארץ מלסרב לקבל או מלגרש את המשומדים מתוכם, ונמצא אתה הורס את מבנה הקהילות היהודיות, שהן אולי עוגן ההצלה היחיד שנותר לנו לפליטה בגולה.

16. וכאן המקום להפנות את תשומת הלב לעובדה הידועה לכולנו או לרובנו: כי ביהדות צפון אמריקה אין לא-יהודי נעשה יהודי, אלא אם כן עבר תהליך של גיור. כך הוא הדבר בקהילה האורתודוקסית והקהילה הקונ-סרבטיבית, וכך הוא אפילו בקהילה הרפורמית, כפי שיוצא מתוך ה־ Rabbi's Manual, Cincinnati 1946, pp. 30,ff.

אחת השאלות המוצגות אל המתגייר היא:

"Do you promise to cast in your lot with the people of Israel amid all circumstances and conditions?"

ובתעודה הניתנת לו על-ידי הרב המגייר נאמר, כי פלוני בן פלוני —

"having come before me . . . with the expressed desire of joining in the Jewish Religion and having declared . . . acceptance of the principles, doctrines, and institutes of Judaism, etc.

לא חשוב כאן לענייננו, מה הם בעיניהם העקרונות והדוקטרינות של דת ישראל, חשוב הדבר שאפילו הקהילה הרפורמית החופשית מכירה בכך, כי אין הצטרפות לעם ישראל בלי קבלת דת ישראל — אותה הברית בין דת ולאום, שנכרתה לפני למעלה משלושת אלפים שנה, באמור רות המואביה לחמותה נעמי "עמך עמי ואלהיך אלהי" (רות א, טז), וזה הוא, במועבר למדינת ישראל, מבחן ההלכה.

17. ההתייחסות אל ההשפעה העלולה להיות לדיון שלנו על יהדות הגולה, מילאה תפקיד מסויים גם בטיעון העותרים, אלא שהם התייחסו לא ליהדות ארצות החופש, אלא ליהדות ארצות "עבר המסך". מבחן ההלכה, אם יתקבל — טוענים העותרים — ירחיק מאתנו את יהדות רוסיה, אם יוכז פעם, כפי שאנו רוצים, להרמת מסך-הברזל, ויורשו או יגורשו לעלות למדינת ישראל.

כי יהודים אלה המנותקים מעמם זה למעלה מחמישים שנה, נטמעו בהם אנשים ונשים שלא מזרע ישראל ונמצא חלק רב מהם לא־יהודים הם על־פי מבחן ההלכה. אין אני אוטם אוון בפני טענה זו, אך גם אינני מוכן להפריז בה ביותר.

ושני טעמים לדבר:

(א) לא הרי זו כהרי זו. העלייה מארצות החופש היא נסיון שנוסה, עובדה, מציאות — עליית יהודים שאנו יודעים יפה את טיבם ומאוויהם. העלייה מארצות עבר המסך היא עדיין חוון סתום, תקווה, חלום, "הלכתא למשיחא", שאין אנו יכולים, או רשאים, לכלכל על־פיה את מעשינו בארץ הזאת. אם אמנם יתרחש הנס, ויהודי ברית־המועצות יורשו ויחפשו לעלות בהמוניהם למדינת ישראל, דבר זה עצמו יוכיח מה עמוק הוא הקשר הקושר אותם עם מסורת ישראל, ולכן אין אני סבור כי עלייתם תהא דווקא נוגדת את השימוש במבחן ההלכה. תוכנו הנרגש והמוזעזע של מכתב יהודי גרוזיה לוועדת האו"ם לזכויות האדם מראה לנו, כי עדיין ייתכן יחס לאומי־דתי למדינת ישראל מצד יהודים החיים זה עשרות בשנים תחת מגף השלטון הקר־מוניסטי בברית־המועצות.

(ב) שנית, וזהו העיקר, מאמין אני באמונה שלימה, כי אם תיפתח באמת עלייה נרחבת מארצות הקומוניזם — עלייה העלולה להכריע לשבט או לחסד את גורלו של העם בישראל — יימצאו חכמים שישתמשו במלוא סמכותם ויקלו הלכית על קליטתו, בעם ובארץ, של השבט הרוסי הנידה. עבותות ההלכה, מאז ומתמיד, איגדו את העם, אך לא חינו אותו. השבת היא, כידוע, אחד הערכים המקודשים ביותר של היהדות, היא שקולה כנגד כל המצוות (ירושלמי, ברכות, פרק א), ואף עליה נאמר "ושמרתם את השבת, לכם שבת מסורה, ואי אתם מסורים לשבת" (מכילתא, תישא לא). משמעוּתו העמוקה מני תהום של מאמר נפלא זה היא, כי ההלכה היא משרתו של העם ולא אדוניו. מי יגלה עפר מעיניך, רבינו הרב קוק, כי רק אתה וההולכים בדרכיך מסוגלים היו, והינם, להורות לדור זה את התורה החסרה לו, את תורת "הלכות מדינה".

יוטעם אף יודגש: מבעיה אחת לא התעלמתי, היא בעיית אי־ההכרה (על־ידי בתי־הדין הרבניים) בנישואי התערובת שנערכו על־ידי "העולים הקומוניס־טים" בארצות מגוריהם. אך בעיה זו כלל אינה עומדת לדיון בעתירה הנוכחית, והיא לא תיפתר בין אם נדחה בין אם נקבל את עתירת העותרים. הגע בעצמך: אחד הארגומנטים שמשמשים בו העותרים הוא: כי קבלת עתירתם

אינה פוגעת בחוק, וכי אם אורן וגליה, בהגיעם לפרקם, ירצו להתחתן עם בן־זוג יהודי בישראל, עליהם יהיה — למרות הירשמשם כיהודים — לעבור הליכי גירור דתי. קיצורו של דבר: אי־הכרת בתי־הדין הרבניים בנישואי תערובת מקורה הוא בחוק ישראלי קיים, ואין להשתמש בה, כארגומנט לכאן או לכאן, בבעיה המתבררת לפנינו.

18. מבחן ההלכה הוא מבחן קל ופשוט ביותר לקביעת לאומיותו של היהודי. מבחן זה הוא חד וחלק, ואותו יכול אתה להחיל על כל יהודי ויהודי, בין אם הוא מצפון איסלנד בין אם הוא מדרום תימן, בין אם הוא צדיק יסוד עולם בין אם הוא רשע מרושע. לכאורה פאראדוקס הוא הדבר, אבל לשנדייק היטב נדאה, כי צדקה גדולה וחכמה גדולה עשתה היהדות עם בנייה, שאינה דורשת מהם — לשם קריאת השם — לא הכרה שבלב ולא קיום תורה ומצוות. בזה היא מנעה יציאה מן היהדות וניתוק סופי, עולמי, של הקשר בין הפרט והכלל. שאילמלא כן, היתה האומה נכחדת חס וחלילה ב"דור שכולו חייב", שהוא אחד משני הדורות האלטרנטיביים בהם בן דוד — המשיח הגואל — עתיד לבוא (סנהדרין צח, ע"א).

19. הושמעה טענה אחת, מאוד מזורה, נגד השימוש במבחן ההלכה, והיא כי מבחן זה — שומו שמים! — גורר אותנו "לשימוש במושגים הלקוחים מהמילון הנאצי". על טענה גסה זו לא הייתי עונה, אילמלא הנפשות הרבות שהיא עושה בקרב השמאל היהודי החדש הפרברסי באוניברסיטאות מערב אמריקה. יהודי המאשים את בני עמו בנאציזם — היש לך תענוג מאוזכיסטי גדול מזה?

ברור כי הגזירה שווה וההיקש בין האם היהודיה, מכשירת היהדות, של ההלכה, לבין הסבתא היהודית, הדותה והמכתימה, של תורת נאציזם, הם אבסורד שאין דוגמתו. טומאתה של התורה הנאצית אינה בכך שהיא הבחינה במציאותם של גזעים שונים; שפלותה היא בכך שהיא שללה זכות קיום וחיים מאת הגזעים הלא־אריים, הגזעים הנחותים. ההלכה היהודית בכלל אינה מכירה את המושג של "גזע נחות", והא ראיה: גר שנתגייר נחשב ל"בן האומה היהודית" (תשובות הרמב"ם, הוצאת מקיצי נרדמים, סימן מב) ואפילו הוא צאצא של כושים או אינדיאנים.

אך יש ויש קשר עז, נגאטיבי, בין מעללי הנאצים והשקפת העותרים דגן — קשר שמן הראוי היה כי יתנו את דעתם על כך. הנאצים השמידו שישה מיליון יהודים, רובם המכריע יהודים דתיים, אשר שיר ה"אני מאמין" היה על שפתם, עת צעדו בסך אל תאי הגזים ותנורי המשרפות. קרבנות אלה —

מעזים אנו לומר בעצמת האיגוצנטריות שלנו — לא היו לשווא, כי במותם ציוו לנו את החיים, ועל טס סבלם ויסוריהם הביאו לנו את מדינת ישראל. ואם אמנם כך הוא הדבר, איה ואיפה הוא אותו קורטוב של דרך ארץ בפני הערכים המקודשים של הולכי למוות אלה, האם מדינה חילונית-קיצונית כפי שמתארים לעצמם העותרים, מדינה של יהודים ערלים היתה ה- Morituri te salutant, Patria שהגו ברגעי חייהם האחרונים ?

20. ולבסוף תשובה לטענה אחת, מרשימה ביותר, ממש "גונבת לבבות". הטענה היא: היתכן, כי בן האם היהודיה המצטרף לחבילי ה"פתח", ושואף בכל לבו ומאודו להשמדת ישראל, ייקרא יהודי על-פי לאום, ואילו אדם בן לאם לא-יהודיה, ששפך את דמו למען הארץ, ומוכן להקריב את כל חייו למענה, אדם כזה לגוי, נוכרי, לא-יהודי ייחשב ? היתכן ? היכן כאן ההגיון, הבריא, הפשוט ? אתמהא !

תשובתי לטענה "מרשימה" זו היא: בן האם היהודיה, חבד מחבלי ה"אל פתח", הוא יהודי מנוול ורשע מרושע, אשר רבים כמוהו בחוגי השמאל היהודי החדש. ילדי העותרים הם, לעומת זה, ילדים לא-יהודים נחמדים ומסכנים, אשר בשל התנגדותם העיקשת של הוריהם אל הדת, לא זכו בכרטיס כניסה אל הלאום היהודי. "יהדות" אינה פרס הניתן לאדם, כמו דוקטוראט של כבוד, בעד זכויותיו ופעולותיו למענה; "יהדות" היא תואר דתי-משפטי החל, או המוענק, רק בתנאים מסויימים, וילדי העותרים, משום מה, לא מילאו את התנאים ההם. למעשה כבד התלבטנו בשאלה מעין זו ב-בג"צ 72/62, (1), ב"ע' 2432.

אילו היו העותרים דגן אתיאסיטים לא כל כך פאנאטיים, יכולים היו להסדיר את גיור ילדיהם בשובה ונחת, בלי להתכחש אף במשהו להשקפתם הלא-דתית. מניח אני כי הקושי שקשה היה להם להתגבר עליו, היה לא ניתוח המילה — שהדי אודן הימול נימול (אמנם לא בטכס של גיור, אלא מטעמי נוחות). הם פחדו בעיקר מפני קבלת המצוות, שראו בה עשיית שקר בנפשם. אך נעלם מהם, מן העותרים המלומדים, כי לפי הדין —

"גד קטן מטבילין אותו על דעת בית-דין" (כתובות, דף יא, ע"א; רמב"ם, הלכות איסורי ביאה, פרק יג, הלכה ז; שו"ע, יורה דעה, סי' רסח, סעי' ז).
 "על דעת בית-דין" פירושו: על דעת בית-דין בלבד, בלי לבקש מן הקטן, או מהוריו, הצהרת קבלה של תורה ומצוות; בית-דין מסדר את הטבילה, את המילה, ואת הד"ב (רשב"א בשיטה מקובצת על כתובות, הוצאת ציוני, תל אביב, ע' רלו). קבלת מצווה אינה מעכבת. וכאשר הדבר הוא בלתי-אפשרי —

מוותרין עליו (שיטה מקובצת, שם). אם ההורים (ואפילו האם לבדה) מביאין אותו לבית-הדין, מגיירין אותו אפילו אם הם אינם מתגיירין יחד אתו (שיטה מקובצת בשם רש"י שם, ע' רלה).

אך הדבר המעניין ביותר בגיור קטן על דעת בית-דין הוא, כי הגר, לאחר שהגדיל, יכול למחות, כלומר לתזור בו. דבר היותו יהודי לאחר שהגדיל תלוי איפוא ברצונו החופשי: רצה — נשאר ביהדותו, דצה — אומר: אי-אפשי להיות גד, והגירות מתבטלת למפרע (עיין ודוק בדברי רש"י כתובות, דף יא, ע"א, ד"ה יכולין, בסוף; רמב"ם, פרק י מהלכות מלכים, הלכה ג; שו"ע, יו"ד, סי' רסח, סעי' ז). הווה אומר: אילו גיירו העותרים את ילדיהם בהיותם קטנים על דעת בית-דין, לא היו קובעים בזה את גורלם לעד, אלא היו משאירים את הדבר ברצונם החופשי לאחר שיגדלו, ואיש לא יכול היה להרשיע אותם בגרימת חבלה רוחנית לנפש הילדים.

21. הוא אשר אמרתי לעיל, כי אילו היו העותרים קצת פחות קיצוניים וקצת יותר גמישים ומלומדים, יכולים היו להסדיר את דבר דתם ולאומיותם של ילדיהם בלי להרעיש עולמות, ובלי לעורר שאלה מתסיסה העשויה לפלג את העם היהודי שעה שהוא נאלץ להילחם, בשדה הקרב או במועצת הבטחון, על קיומו הפיסי בין עמי העולם.

22. החיפוש אחרי מבחן חדש של זהותנו הלאומית, מהווה למעשה שלילה גמורה של המשך קיומו של העם היהודי. משמעותו היא: תם ונשלם! אין ציונות יותר, אין מורשה, אין היסטוריה, ישנה רק שאיפה להקים מדינה חדשה, ללא עבר ומסורת, על חופו המזרחי של הים התיכון. ולא לשם כך נטלנו על עצמנו את המשימה הגדולה, והכבדה מאד, של הפצת הציונות בקרב יהודי תבל — לא לשם יצירת דימוקראטיה קטנה דלה, אפורה ואילמת, שאין לה מה להשמיע משל עצמה ולא כלום. אמרתי ב-בג"צ 72/62, (1), (ב"ע' 2438).

"דק פתי יאמין או יחשוב, כי אנו יוצרים כאן תרבות חדשה, כי — מאוחר מדי! עם שגילו (כמעט) כגיל האנושות, אינו מתחיל ab ovo ותור-בתנו החדשה בארץ תהיה, אף במקרה הקיצוני, רק מהדורה חדשה של תרבות העבר."

ותרבות העבר היא, בראש ובראשונה, זהותנו הלאומית הנקבעת, כפי שהיא נקבעת, לפחות זה 2,400 שנה.

23. סיומו של פסק: יש לבטל את הצו-על-תנאי ולדחות את העתירה.

עניין דתי, ומגווח ממש יהיה, להעניק לאדם זכות תפילה, במקום בו האל — אליו מתפלל — אוסר עליו אפילו להיכנס. בקשה כזאת תהיה השטאה בבית-המשפט, שירחה אותה ללא כל תגובה מאת המשיב.

לשם מתן תשובה כנ"ל, עלינו לבחון את היחס שבין עם ישדאל והר הבית בשלוש תקופות: תקופת הבית הראשון, תקופת הבית השני, והתקופה שלאחר החורבן. אשר לבית הראשון — אין בלבי שמץ של ספק, כי הוא היה לא רק מקום הקרבת קרבנות, אלא גם מקום תפילה. יעידו על כך דברי שלמה המלך מיד לאחר הקמתו:

"ושמעת אל תחינת עבדך ועמך ישראל אשר יתפללו אל המקום הזה... כל תפילה כל תחינה אשר תהיה לכל האדם לכל עמך ישראל אשר ידעון איש נגע לבבו ופרש כפיו אל הבית הזה" (מלכים-א פח, ל; לח). וישעיה הנביא אומר:

"והביאותים אל הר קדשי, ושמחתים בבית תפילתי, עולותיהם וזבוחיהם לרצון על מזבחי כי ביתי בית תפילה יקרא לכל העמים" (ישעיה, פרק נו, פסוק ז).

לא אכנס כאן לביורר השאלה המעניינת, מי הוא מחברו של פסוק זה: ישעיה האחד, כפי שמאמין רוב העם, או ישעיה השלישי, כפי שסוברים מלך-מדים רבים (בויבואר, קופמן, מוד), כי אין נפקא מינה בדבר, מאחר שידוע לכל, שלא היה כל הבדל בתפקידיהם של הבית הראשון והבית השני. יתר-על-כן: יש לנו במשנה, עדויות מפורשות על כך, כי בבית המקדש השני היו בתי כנסת ממש:

"מעשה בימי רבי חלפתא ורבי חנניה בן תרדיון, שעבר אחד לפני התיבה וגמר את הברכה כולה, ולא ענו אתריו אמן... וכשבא הדבר אצל חכמים אמרו: לא היינו נוהגין כן, אלא בשער המזרח ובהר הבית" (תענית, פרק ב, משנה ה, בשער המזרח וכו'): בבית הכנסת שהיה שם: אלבק שם, מהדורת דבר, מועד, ע' 336. ראה גם יומא, פרק ז, משנה א ואלבק שם, ע' 242, ד"ה חזון הכנסת).

רבי חנניה בן תרדיון היה תנא של המאה השנייה, אחד מעשרת הרוגי מלכות, שנהרג בשעת כיבוש ביתר (שנת 135), לאחר מרד בר-כוכבא, והחכי-מים שהגיבו על דבריו, היו חכמים זקנים או חברי סנהדרין שישבו בירושלים סמוך לתקופת החורבן. אך מכיוון שלא נאמר בשום מקום, מי יסד, ומתי נוסדו, בתי הכנסת של הבית השני, יש להניח כי זאת היתה תופעה רגילה הקיימת כל הזמן.

חוגים לאומיים אגודה רשומה, ו-14 אח' נגד שר המשטרה

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק

[15.9.70, 13.1.70, 14.4.69, 10.9.68]

לפני הנשיא (אגרוט), מ"מ הנשיא (זילברג),

והשופטים ברנזון, ויתקון, קיסטר

(פ"ד כ"ד (2) 141; דברי השופט זילברג בעמ' 147—159)

זו היא התנגדות לצו-על-תנאי שניתן על-ידי בית-משפט זה, ועניינו: מתן אפשרות לעותרים לעלות על הר הבית ולהתפלל בו ללא הפרעות. העובדות, בתכלית הקיצור, הן, כי העותרים או מישהו מהם עלה בשנת 1968 על הר הבית, החל להתפלל שם, והופרע בכך, או נצטוו להסתלק על-ידי המשטרה. 2. סעיף 1 של חוק השמירה על המקומות הקדושים, תשכ"ז-1967, אומר: "המקומות הקדושים יהיו שמורים מפני חילול וכל פגיעה אחרת, ומפני כל דבר העלול לפגוע בחופש הגישה של בני הדתות אל המקומות המקודשים להם...".

ומתעוררת השאלה, מהי זכות גישה זו, ואם היא כוללת גם את זכות התפילה? ההיסטוריונים הגדולים, כידוע, דעתם חלוקה בנוגע ליעדו של בית המקדש: האם היה רק "היכל ה'" (מלכים-ב כד, יג), "בית האלהים" (דניאל א, ב), כלומר: מקום מיועד להקרבת קרבנות ופולחן העבודה, או דילמא שימש גם מקום תפילה והתייחדות של האדם עם בוראו?

לא התעלמתי מכך, כי שר הדתות גופו מביע את הדעה, כי לכלל בן דת "חופש הגישה לתפילה ולביקור במקומות הקדושים שלו". אך דא עקא כי בכגון זה, לגבי משמעותו המשפטית של מונח חוקי, לא מפי השר אנו חיים, ואם דעתנו תהיה, כי הזכות שניתנה ליהודים בנוגע להר הבית אינה כוללת תפילה, נצטרך לדחות את העתירה, אף-על-פי שבא-כוח המשיב כלל אינו חולק על הכלילה ההיא, כי שאלה זו היא שאלה משפטית.

3. התשובה לשאלה תינתן לאחר בדיקת המקורות ההיסטוריים, המשפטיים וההלכיים של היהדות. אמדתי "ההלכיים", אף-על-פי שיודע אני כי חוק השמירה הוא חוק חילוני ולא דתי. יען כי התפילה היא, על-כל-פנים,

אך מה היה בתקופה שלאחר החורבן, בתקופה הנקראת "הזמן הנה" ? ברור הדבר, ואין שמץ של ספק בכך, כי הר הבית, מבחינת עצם ערכו וחשיבותו הלאומית, הרוחנית, לא נשתנה על-ידי החורבן ולא כלום. אדרבא! יחסנו אליו נעשה עוד יותר לבבי, ויחסנו אל הכותל המערבי יוכיח! יחסנו אל הכותל הוא היחס החזק ביותר והאינטימי ביותר, והלא מקורו הוא בכך שהכותל מהווה חלק של חומת הר הבית המערבית. מה שנשתנה לגבי הר הבית, הוא, לדעת כמה חכמים, מצבו המשפטי, הקדושה ההלכית.

אבאר את דברי. ישנה מחלוקת בתלמוד (זבחים, דף קז, ע"ב), אם קדושה ראשונה שקידש שלמה המלך, קידשה לשעתה וקידשה לעתיד לבוא (הזמן הזה), או קידשה לשעתה ולא קידשה לעתיד לבוא. הדין שנפסק, ואין חולק עליו, הוא: קידשה לשעתה וקידשה לעתיד לבוא (רמב"ם, הלכות מעשי הקרבנות, פרק יט, הלכה טו). אך עדיין קיימת מחלוקת הפוסקים, אם דין זה נוהג גם לגבי המקדש וירושלים. הרמב"ם כתב:

"ובכה נתקדשה? בקדושה ראשונה שקידשה שלמה, שהוא קידש העזרה וירושלים ליעתה, וקידשן לעתיד לבוא ...

ולמה אני אוכר: במקדש וירושלים — קדושה ראשונה קידשה לעתיד לבוא, ובקדושת שאר ארץ-ישראל, לענין שביעית ומעשרות וכיוצא בהן, לא קידשה לעתיד לבוא?

לפי שקדושת המקדש וירושלים מפני השכינה, ושכינה אינה בטלה. והרי הוא אומר: והשמתי את מקדשיכם, אמרו חכמים: אף-על-פי ששמומים — בקדושתם הם עומדים. אבל חיוב הארץ בשביעית ומעשרות אינו אלא מפני שהוא כיבוש רבים, וכיון שנלקחה הארץ מידיהם בטל הכיבוש, ונפטרה מן התורה ממעשרות ומשביעית" (רמב"ם, הלכות בית הבחירה, פרק ו, הלכות יד, טז).

ובהשגות הראב"ד נאמר:

"אמר אברהם: סברת עצמו היא זו, ולא ידעתי מאין לו... ולא עוד אלא שאני אומר... שהיה יודע עזרא שהמקדש וירושלים עתידים להשתנות ולהתקדש קידוש אחר, עולמי, בכבוד ה' לעולם. כך נגלה לי מסוד ה' ליראיו, ולפיכך הנכנס עתה שם אין בו כרת".

יש מי שאמר (שפר, הר הבית, ירושלים תשכ"ז), כי הראב"ד לא פטר את הנכנס אלא מעונש כרת, "אמנם איסור יש בכניסתו" (ע' 65), והוא

מסתמך על הרדב"ז (רבינו דוד בן זמרא, 1470—1573), ת"ב, ס"י תרצא, הוצאת "הרצים", ע' 35. דעה זו אינה נראית לי:

(א) אין כל הגיון וטעם לאסור את הכניסה. טעמי האוסרים סתומים הם ובלתי-ברורים, ואף אחד מהם, חוץ מן הרדב"ז שם, אינו מגדיר הלכות את טיב האיסור.

(ב) תשובת הרדב"ז הנ"ל משובשת מאד, ואין לסמוך עליה. נאמר שם: "הכותל ההוא (הדרומי) בעצמו היה כותל העזרה אשר לצד דרום".

הכותל הדרומי בדורו של הרדב"ז (המאה ה-15 וה-16) היה בדיוק הכותל הדרומי של ימינו, ובכותל הדרומי שלנו אנו רואים, במרחק 100 מטר מן הפינה המזרחית, את "השער המשולש" הסתום, שבמקומו או סמוך אליו, היו שני "שערי חולדה" (ראה שליט, המלך הורדוס, הוצאת מוסד ביאליק, ע' 98), שהם שניים מחמשת שערי הר הבית, ולא שניים משבעת שערי העזרה (מידות, פ"א, משניות ג, ד). אילו הכותל הדרומי היה כותל העזרה, אסור היה להתקרב אליו פחות מעשר אמות (4 מטר וחצי בערך; ראה להלן), כי 10 אמות הן שטח החיל, שהגדרתו המדוייקת היא: 10 אמות לפני חומת העזרה, וכידוע "החיל מקודש ממנו, שאין גויים וטמא מת נכנסים לשם" (כלים, פ"א, מ"ח), ובימינו כולנו טמאי מת אנחנו. הכותל הדרומי הוא המשך, בכיוון מזרח, של הכותל המערבי, והכותל המערבי ודאי וודאי לאו חומת העזרה הוא. אמרתי לעיל: 4 מטר וחצי בערך, כי האמה היא 43 ס"מ בערך — בדיוק: 42.75 ס"מ — כפי שיש לראות מהשוואת מספר האמות (1,200) של אורך תעלת חזקיהו לפי כתובת השילוח, עם המרחק המטרי בין 2 קצוות התעלה, והוא 513 מטר. חכמי ישראל שקבעו שיעור אחר לאמה, לא שמו לב לראיה ברורה זו, כי ספריהם נכתבו לפני שנתגלתה, בשנת 1880, הכתובת העברית בניקבת השילוח.

קיצורו של דבר: בגלל הטעות בנוגע לתיאורו של הכותל הדרומי, איני מוכן לסמוך על התשובה הנ"ל. כנראה "איזה תלמיד טועה כתבה", כפי שרגילין לומר בספרות התלמודית.

ראיה קוריוזית לכך, כי התשובה הנ"ל לא נכתבה על-ידי הרדב"ז, מוצא אני ב"ביאורי המהרי"ק והרדב"ז" על הרמב"ם, פ"ו מהלכות בית הבחירה, טז:

"כתב מהר"ד ז' זמרא ז"ל: ואני תמה על מ"ש בהשגות: אמר אברהם, סברת עצמו היא זו, ולא ידעתי מאין לו... ומ"ש הראב"ד ז"ל: ולא עוד אלא שאני אומר שאפילו לר' יוסי... אם נגלה אליו הדבר בסוד ה' ליראיו —

אני מאמין, אבל לא הייתי סומך על עצמי ליכנס למקדש, ואפילו היה נגלה אלי, כי הייתי אומר: לא בשמים היא, ומידי פלוגתא לא נפיק". לפנינו איפוא דברי בקורת על הראב"ד, עם "אבק גלגול" עליו על סמכו יותר מדי על מה שנגלה לו בסוד ה' ליראיו, כי — לא בשמים היא (רמו למה שאמר התנא ר' יהושע באגדת "תנור של עכנאי", בבא מציעא, דף נט, ע"א ו"ע"ב), אך יחד עם זה הוא אינו אוסר את הכניסה, אלא קובע כי מידי פלוגתא לא נפיק. הא ותו לא!

7. נראה לי איפוא, כי לדעת הראב"ד הכניסה למקום המקדש בימינו מותרת, והיתר זה הוא שאיפשר ליהודים בדורות מסויימים אחרי החורבן לעלות על הר הבית ולהתפלל עליו. תיאור נאה של שינוי היחס ליהודים המתפללים על הר הבית, מן התקופה הישמעאלית (638—1099) אל התקופה הצלבנית (1099—1187), מוצאים אנו ב"מגילת המגלה" של ד' אברהם בר חייא הנשיא (1065—1135), כפי שצוטטה על-ידי רינבורג, במאסף "ציון" (3), ע' 54:

"וכמו כן היו מלכי ישמעאל נוהגים עמם מנהג טוב, והרשו ליש-ראל לבא אל הבית, ולבנות בו בית תפילה ומדרש... ועל המנהג נהגו כל ימי מלכות ישמעאל עד שפשטה על הבית מלכות אדום הרשעה (הצלבנים) והסירה את מלכות הישמעאלים מעליו... כי מיום שגברו אלה הרשעים על הבית, לא הניחו לישראל לבא לתוכו, אף איש יהודי אחד אינו נמצא בירו-שלים בימים אלה".

8. אין להתעלם מתאור זה. מחברו הוא אחד היהודים הגדולים ביותר של המאה ה-12 — מאתימאטיקון, סופר, תוכן ופילוסוף. אין לחשוך כי רצה להחניף למושלמים ולהראות גריבות לבם, כי לא אהבם ביותר (אנציקלופדיה עברית, כרך א', ע' 302).

וגם חכם יהודי גדול אחר, רבינו מנחם המאירי, שחי במאה ה-13, כותב בספרו "בית הבחירה" על שבועות, דף טז, לאמור:

"אבל ירושלים ומקדש יודע היה עזרא שעתידין להשתנות ולהתקדש בכבוד עולמי, והנכנס עכשו לשם אין בו כרת, והמנהג פשוט ליכנס לשם לפי מה ששמענו".

פסוק אחרון זה בא בהמשך ישיר לרברי הראב"ד, וזה מראה כי המאירי פסק הלכה כשיטת הראב"ד.

9. מותר לנו איפוא למר, כי גם לאחר החורבן נהגו יהודים לעלות ולהתפלל על הר הבית, וההסבר לכך יכול להיות רק אחד משניים אלה: או שנש-

תרשה בישראל הדעה כי ההלכה היא כדעת הראב"ד, או שבתי הכנסת נבנו שם בשטח מסויים: בין החיל וחומת הר הבית — מקום שאפילו לדעת הרמב"ם מותר לנו (כטמאי מתים) ליכנס לשם: כלים, פ"א, משנה ח (ראה מאמרו המצויין של ד"ר קימלמן, המעיין, ת, ג).

10. דוחה אני את הסברה השניה, משני טעמים:

(א) לא נאמר בשום מקום, כי בתי הכנסת נבנו רק במקומות מסויימים; (ב) את השטח שבין חומת הר הבית והחיל, אי אפשר למצוא על-ידי מדידה ישירה מן החוץ פנימה, היינו מחומת הר הבית בכיוון בית המקדש. כי אין אנו יודעים היכן היא חומת העזרה, וממילא אין אנו יודעים היכן הוא החיל, שתיאורו המדוייק הוא: עשר האמות הסמוכות לחומת העזרה (עיין מידות, פ"ב, מ"ב; רש"י יומא, טז, ע"א, ד"ה לפנים; הרא"ש והר"ש משנץ לכלים פ"א, מ"ח). אפשר, כך נראה לכאורה, למצוא על-ידי מדידה מבפנים החוצה, היינו מן הסלע של מסגד עומר, שהוא, כמעט לדעת הכל, אבן השתיה שהיתה בקודש הקדשים (ראה פרופ' מזר, אנציקלופדיה מקראית (3), 812). והואיל ומן המשנה (מידות, פ"א, מ"ו) אנו למדים את רחבה של עזרה (135 אמות), ממילא יודעים אנו את מחצית רחבה (67 אמות וחצי). וגם את מידת החיל אנו יודעים (10 אמות). למידה זו צריך, אולי, להוסיף את עובי החומה המפרידה בין החיל וגוף העזרה, ועובי זה הוא מאכסימום 6 אמות. 67.5 + 10 + 6 הם 83.5. היוצא מזה כי במרחק של 83 אמות וחצי מאבן השתיה, מתחיל השטח המותר המתמשך מן החיל אל חומת הר הבית, שהוא — אם יוצאים ממסגד עומר בין מזרח למערב ופונים דרומה — הכותל הדרומי של ימינו.

ברם, דא עקא, כי בהתחשב עם כך, שאבן השתיה העניקת, הגלויה היום לעינינו לארכה, לרחבה ולעמקה — וחלקה התחתון, הנסתר, מי ישרונו ויע-ריכנו? — מידותיה לא ינערוך יותר גדולות ממידותיו של אותו חלק פעוט, שבלט מאמצע הקרקע של קודש הקדשים (יומא, פ"ה, מ"ב), לא מתקבל על הדעת, כי 600 שנה ויותר אחרי החורבן עדיין אפשר היה לקבוע איזו היא הנקודה, ממנה יש להתחיל למדוד את 83 וחצי אמות הנ"ל, וספק זה עשוי היה לגרום, כי את בתי הכנסת אפשר יהא לבנות רק מתוך להר הבית (החישובים לכך מסובכים, אך מדוייקים מן הבחינה האריתמטית, ואין כאן מקומו להאריך). לכן נוטה אני לדעה, כי בתי הכנסת ניבנו על-פי הלכת הראב"ד. היו דורות בהם אסרו רבני ירושלים להיכנס להר הבית, כגון בימי ביקורו של משה מוונטיפורי, כידוע. בימינו אנו, הדעות מחולקות: הרבנות

הראשית — בהעדיפה דעת המחמירים מבין המחברים של הדורות האחרונים, ובחששה, בעיקר, מפני הספק המקנן בלבם בנוגע למקומו המדויק של המקדש וקודש הקדשים (ראה מאמרו של הרב זולטי, תושבע"פ, כינוס עשירי, עמודים מד—מה, ומאמרו של הרב יוסף, שם, עמוד נו למטה) — אסרו את הכניסה; לעומת זה מצויים בארץ ובחוץ-לארץ תלמידי חכמים גדולים ויראי שמים, החוזרים אל דעת הראשונים (הראב"ד, המאירי, הרמב"ן והריטב"א), ובנקטם גישה יותר מדעית ויותר מודרנית אל הטופוגרפיה של הר הבית, סוברים, בצדק או שלא בצדק, כי דורנו דווקא יש להתיר את הכניסה. אינני מתכוון להכריע כאן בשאלה, כי אין כל צורך בכך בשביל המשפט שלפנינו. 11. העולה מן האמור, כי בכל התקופות התפללו יהודים על הר הבית, ולכן עלינו לומר, כי סעיף 1 של החוק מקנה ליהודי גם זכות תפילה על ההר. 12. ואף-על-פי-כן סבור אני, כי יש לדחות את העתירה.

בסעיף 54 של סיכומי העותרים נאמר:

"אין הדברים נסבים על תחום מדיני שלטוני, ואין העותרים מבקשים לכפות דרכם על המדינה. אם תתקבל העתירה תישאר הדרך פתוחה לממשלה, באמצעות חוק השמירה... ו ת ק נ ו ת ש י ו ת ק נ ו ע ל - פ י ו... לקבוע הסדרים סבירים... מתוך הבטחה נאותה של הסדר הציבורי".

ובזה הם קבעו לשבט את גורל העתירה. העותרים מבינים, ואי-אפשר היה להם שלא להבין, כי כאשר המדובר הוא בהר הבית — מקום שהוא קדוש לתפילה לשני העמים — כפי שראינו לעיל — אין די בהסתמכות על החוק המתיר, כללית וסתמית, לכל בן דת לגשת אל המקום הקדוש לו, אלא צריך כי, מלבד החוק, תהא קיימת מערכת תקנות, שתותקן על-ידי שר הדתות על-פי החוק, והיא תקבע ותגדיר ותסדיר, באורח מינוציוני ובאופן פראקטי, את אשר העותרים מכנים כ"הסדרים סבירים", כגון: שערי הכניסה לתפללי הר הבית, המקומות שהוקצו לתפילה, ימי התפילה, שעות התפילה, וכיוצא בזה. יען כי הפעלת החוק הערטילאי בלעדי תקנות כאלה, עשויה תהא להביא לידי הפרה חמורה של הסדר הציבורי. הסכנה הכרוכה בהגשמת החוק ללא תקנות, גלויה וברורה, ואין צורך להרחיב את הדיבור על כך, ביחוד לאחר שהעותרים גופם, למעשה, מודים בכך, כפי שיוצא מתוך סעיף 54 של כתב-סיכומיהם כנ"ל.

13. חוק השמירה על המקומות הקדושים, זיינו החוק היחידי שאי-אפשר להגשימו ללא התקנת תקנות. כבר היה לעולמים, כאן בארץ, בשנת 1965. כוונתי לחוק למניעת מפגעים — בלשון העם: חוק כנוביץ — שעמד

לדיון בבית-משפט זה, במשפט אופנהימר, בג"צ 295/65, (1), ובו נפסק על-ידי שופטי הרוב, לחייב את השרים להתקין תקנות. טענתו של פרקליט המדינה היתה, שאין כל צורך בכך, יען כי הנפגעים מן הרעש והריח יוכלו לבוא על סיפוקם, ולמצוא סעד בהוראות חוקי הנוזיקין הכלליים, או חוקי-העזר העירוניים, או "חוק כנוביץ" גופו ללא כל תקנות, אך בית-המשפט לא קיבל את הטענה, וחייב את השרים בהתקנת תקנות כנ"ל. והטעם לכך היה, כפי שכתבתי בפסק-דיני:

"אילו באמת די היה בחוקי הנוזיקין הכלליים או בחוקי-העזר העירוניים, או בחוק למניעת מפגעים לברו, ללא התקנת תקנות, לא היה מטיל על השרים את המעמסה שהטיל עליהם בסעיף 5. והדבר הגיוני בהחלט. נמצא בין חברי הכנסת ציר אחד, רופא לפי מקצועו, שהשתכנע בכך, כי המפגעים של דעש, ריח ואוויר מזוהם, מהווים סכנה עצומה לבריאות הציבור, וכי מן ההכרח לאחוז בצעדים דראסטיים כדי להיפטר מן הפודענות הזאת. לכן הוא הציע הצעת חוק שמצאה מיד הדים חיוביים בלב הציבור, ונתקבלה על-ידי הכנסת ללא כל ויכוחים. אבל חזו מראש וידעו כי בלי יצירת כלים מיוחדים שיאפשרו תפיסת העברייני, לא יהא ערך לכל הלאוין שבחוק... אם נאמר לעותרים ולכשכמותם להשליך את יהבם על כל מיני חוקים אחרים, או על חוק זה גופו, כשהוא ערטילאי וערום מכל לבוש של תקנות וכללים מעשיים, עושים אנו את מלאכת המחוקק פלסטר. כי כאשר 'לית דין' אוי 'לית דין' — וההפקרות שהשתררה אצלנו בשטח זה, תהיה נחלתנו לעולם ועד" (שם, (1), ב"ע' 331).

או כפי שכתב חברי הנכבד, השופט לנדוי, בפסק-דינו:

"אכן, גם בלעדיהן (כלומר בלעדי התקנות) יכול האזרח לנסות את מזלו ולהגיש קובלנה פרטית על הפרת אחד הסעיפים 2, 3 או 4, אבל ברור — וגם פרקליט המדינה לא חלק על כך — שהתקנת התקנות עשויה להוסיף לחוק לא דק עור וגידים, אלא גם את ה'שיניים' הדרושות להפעלתו היעילה" (שם, (1), ב"ע' 333).

בקיצור נמרץ: בית-המשפט מצא, כי ללא התקנת תקנות יהיה החוק ערטילאי ובלתי-יעיל להפעלה, ולכן הוא נתן את פסק-הדין הנ"ל. ואף במקרה שלפנינו כך, ואולי עוד יותר מזה: העותרים מודים — כמעט בפה מלא — כי דק התקנות שיותקנו יאפשרו קביעת הסדרים סבירים לקיום הזכויות של החוק. נמצא כי, אף לדבריהם, אי-אפשר למלא את החוק כמות שהוא, ללא התקנת תקנות, ולכן יש לדחות את העתירה.

14. לא התעלמתי מכך, כי בחוק למניעת מפגעים, תשכ"א-1961, יש סעיף מפורש, הוא סעיף 5, המחייב את השרים בהתקנת תקנות, ושני שופטי הרוב הסתמכו בנימוקיהם על העובדה הזאת. בחוק השמירה על המקומות הקדושים אין סעיף כזה, ישנו רק סעיף המרשה לשר להתקין תקנות. בחוק למניעת מפגעים נאמר:

"5. השרים יתקינו (לשון ציווי) בתקנות, כללים לביצוע הסעיפים 2-4, ובין השאר הם רשאים וכו'."

ואילו בחוק השמירה נאמר:

"4. שר הרתות ממונה על ביצוע חוק זה, והוא רשאי... להתקין תקנות בכל הנוגע לביצועו."

מתקבל איפוא הרושם לכאורה, כי דק כאשר מפורשת בחוק הוראה מאנדא-טורית, אין להפעיל אותה ללא התקנת תקנות.

רושם "לכאורי" זה אינו נכון. יכולה להתעורר השאלה, אם — כאשר החוק הוא "דיסקרציוני" ומשאיר את התקנת התקנות בשיקול-דעתו של השר — אפשר לפנות לבית-המשפט ולבקש לחייב את השר לעשות כן. שאלה זו נתעוררה על-ידי משפטים לפני כמה שנים (ראה "איוראל לאו רביו", כרך 1, חוברת 3, ע' 382), והובעה שם דעה, שאיני בטוח כל כך בנוכחותה, אך לפנינו אין שאלה כזאת. העותרים, אמנם, ביקשו מן השר להתקין תקנות, השר דחה אותם באמרו כי אין כל צורך בכך — מה שהוא, לדעתי, ובכל הכבוד, בלתי-נכון — ובעתירתם אלינו לא חזרו על בקשתם זו. השאלה העומדת איפוא לפנינו היא: אם אפשר להפעיל את החוק בלי תקנות, ועל שאלה זו עלינו לענות בשלילה, ואף העותרים הודו בכך בסעיף 54 של סיכומיהם, כפי שנתבאר לעיל.

ומה יהיה אם העותרים יפנו שנית לבית-המשפט, ויבקשו לחייב את השר בהתקנת תקנות? יכולתי להיפטר מתשובה באמרי, כי "אין לו לדיין אלא מה שעיניו רואות", עיניו רואות בתיק, ובתיק שלפנינו אין בקשה כזאת. ואולם, כדי שלא לעורר ביותר רגשי חרטה ונוחם בלב העותרים, רצוני להוסיף ולומר, כי אני כלל איני בטוח שהיו מצליחים בבקשה כזאת. יען כי כלפי בקשה להתקנת תקנות, ודווקא כלפי בקשה כזאת, ייתכן מאד, שהישר יוכל להתגונן באחת הטענות שנטענו במשפט אופנהימר, (1), היא טענת המדיניות. טענה זו נדחתה על-ידינו שם, ובעיקר מן הטעם שבאותו חוק היה סעיף (סעיף 5), המחייב את השר להתקין תקנות, ובחוק השמירה אין סעיף כזה (עיין ודק בפסק-הדין שם, (1), ע' 328 ו-ע' 333). ההבחנה בין

טענת מדיניות לעומת חוק המחייב בהתקנת תקנות לבין טענת מדיניות לעומת חוק המרשה להתקין, היא שאלה משפטית דקה וקשה ומעניינת, יש בה פנים לכאן ולכאן, ואיני רוצה להרחיב את הדיבור על כך. נגעת בענין רק לשם "הרגעת" העותרים.

15. הגעתי לכלל דעה, כי הפעלת החוק כמות שהוא, ללא תקנות, עלולה לגרום הפרה חמורה בסדר הצבורי, ולכן בית-משפט זה אינו מחוייב להיענות לעותרים, ועליו לדחות את העתירה.

16. בזה יכולתי בעצם לגמור את פסק-הדין, בלי לנגוע בשאר הטענות שנתעוררו במשפט זה. אך מכיון ששני בעלי-הדין הרחיבו הרבה את הדיבור על שתי שאלות מוקדמות, לא יהא זה מן הראוי וההוגן כלפיהם לעבור על כך בשתיקה לסדר היום, ואני רוצה לדון בקיצור בשתי הטענות הנ"ל.

17. הטענה הראשונה היא טענת חוסר סמכות. פרקליט המדינה מסתמך על סימן 2 של דבר המלך במועצה (המקומות הקדושים), 1924, בו כתוב לאמור:

"שום עילה או עניין הקשור למקומות הקדושים... לא יידון ולא יוכרע בשום בית-משפט בא"י."

ובסימן 3 של אותו דבר המלך כתוב:

"כאשר מתעוררת השאלה, אם העילה או העניין נופלים לגדר הסימן הקודם (סימן 2), הרי — כל עוד לא הוקמה הוועדה בת הסמכות לדון בעניינים המנויים באותו סימן — תועבר השאלה לנציב העליון, אשר יחליט בשאלה לאחר חקירה נאותה בעניין בהתאם להוראות שהוא עשוי לקבל מאת מזכירי המדינה העיקריים של הוד מלכותו."

הוועדה המוזכרת בסימן 3, היא ה"וועדה המיוחדת", שמדובר בה בסעיף 14

של המאנדאט. נאמר שם:

"ועדה מיוחדת תמונה על-ידי המאנדאטור כדי לדון, להגדיר ולקבוע את הזכויות והדרישות בקשר עם המקומות הקדושים... שיטת המינוי, ההרכב, והפונקציות של ועדה זו יוגשו לשם אישור למועצת חבר הלאומים, והוועדה לא תמנה או תחיל בתפקידיה בלי אישור המועצה."

18. השאלה המתעוררת כאן מאליה היא: האם דבר מלך זה הוא עדיין

בר-תוקף? ותשובתי לכך היא: לא! באלף רבתי. הטעם הוא:

(א) ברור הדבר, כי דבר מלך זה אינו חטיבת-תחיקה ארץ-ישראלית,

פנימית, אלא קשור הוא למעמדה של אנגליה בתור מאנדאטור על-פי המאנדאט. משום כך השאלה אם העניין הוא דבר הנוגע למקומות הקדושים

בחונה להחלטה על-ידי הנציב העליון, המקבל הוראות והנחיות מאת מזכירי המדינה של הוד מלכותו. ולאחר הקמת הוועדה נדונה שאלה זו, וכן השאלה לגופו של עניין, על-ידי ועדה, ש"הבעל בית" האמיתי שלה היא מועצת חבר הלאומים. פרקליט המדינה מודה, כי: "דבר המלך משנת 1924 לא נעשה בחלל ריק, ועוקב הוא את כתב המאנדאט".

אלא שמיד לאחר-מכן הוא מוסיף ואומר: "כתב-המאנדאט היה אביו הרוחני של דבר המלך, 1924, אך מאז נעשה דבר המלך, היה הוא לאחי הנושא את עצמו" (ע' 12—13). ולמלים אחרונות אלה אני, בכל הכבוד, איני מסכים. המאנדאט הוא לא דק אביו הרוחני של דבר המלך, הוא גם המפרנס היחיד שלו, ממנו הוא חי, ובלעדיו אינו יכול להתקיים.

(ב) ואם כך הדבר, ברור הוא שעם תום המאנדאט, פרחו גם נשמתו של דבר המלך הנ"ל. בסעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, נאמר:

"המשפט שהיה בא"י ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו... בשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".

"הקמת המדינה" ו"תום המאנדאט" — חד הוא. כי המדינה קמה עם תום המאנדאט והמאנדאט תם עם הקמת המדינה. מכאן כי שינוי הנובע מתוך תום המאנדאט, הוא ממילא שינוי הנובע מתוך הקמת המדינה, ויש להתחשב בו — לגבי שאלת חיוניותם של חוקי המאנדאט — בהתאם לאמור בסוף סעיף 11 הנ"ל.

19. ידוע לי יפה בג"צ 5/48, (2), ומכיר אני את הפירוש המצמצם שניתן שם למילים "השינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה". אבל יש לי שתי תשובות לכך:

(א) עם כל הכבוד הרב לשופטים המלומדים, לא שוכנעתי בנכונות האינטרפרטציה הפורמאלית שניתנה שם למלים ההן. חושבני שיהא משום "קאפי-טיס דימינוציו" ("כריתת ראש", פחיתות ערך) של המאורע ההיסטורי הכביר של יצירת מדינה יהודית בארץ ישראל, אם נאמר כי השינוי המשפטי הנובע בשבילנו, לאהר אלפיים שנות גלות, מתוך הקמת מדינתנו העצמאית הוא, למשל, אותו שינוי גבולות בשנת 1948, אשר בגללו יש להשמיט ג'ר אלנבי מתוך רשימו מקומות הכניסה ה"חוקיים" לארץ, שנתפרסמה בשנת 1943 (ראה פסק-הדין שם, (2), ע' 69, שורה 12 מלמטה). אודה ולא אבוש,

כי אני אינני מסוגל לתפוס את הרעיון הזה, לבי לבי עם אותם "המאכסי-מאליסטים" החזים בעצמאותנו הלאומית: גאולה נכספת, בית שלישי, חידוש חיי האומה. ואם זו היא מהות העצמאות, הלא אפשר, בפדינציפ, לבדוק את הרופק של כל חוק מאנדאטורי ולדאות, אם הוא הולם את הדוח המפעפת בחוקי מדינתנו, העצמאית, החופשית (ראה דברי השופט לבדוי ב"ע"א 65/57, (3), כפי שהוסברו על-ידי ד"ר אמנון רובינשטיין בספרו "המשפט הקונסטיטיוציוני של מדינת ישראל", ע' 33—35).

(ב) גם אם נסכים עם ההגדרה הטכנית-פורמאלית — הגדרת גשד אלנבי — שניהנה יום למונח הנ"ל, עדיין לא יחייב הדבר הכרה בתקפו של דבר הכיך הנ"ל לאהר הקמת המדינה. לכל חוק וחוק יש מציאות מסוימת, ועם השתנותה היסודית, משתנה מאליו גם החוק. עם הקמת מדינת ישראל בשנתה יסודית המציאות בארץ ישראל. אין לנו קשר עוד עם מזכירי המדינה של ממשלת הוד מלכותו, ועוד פחות מזה עם מועצת חבר הלאומים. היוצא מזה, כי עכשיו אין אנו יכולים — פשוט: איננו יכולים — לקיים את הוראות דבר המלך, 1924, ויהא אשר יהא פירוש המלים אשר בסעיף 11 הנ"ל.

20. מטעמים אלה, דוחה אני את טענת חוסר הסמכות.

21. ומכאן לטענה המוקדמת השנייה, היא טענת אי-השפיטות. בפסק-דיני במשפט אופנהימר (בג"צ 295/65, (1), הנ"ל), שפכתי את מרי שיחי על כל המושג, ואמרתי כי "איני יודע מה טיבו של עובר מונסטרוואזי זה". מאז חלפו חמש שנים, והספקתי להרהר על "טיבו" של העובר. כאן איפוא לא אתנגד פרינציפיונית לעצם המושג, אלא אסתפק באמרי, כי על-כל-פנים אין לו מקום תפיסה במקדה שלפנינו. בלתי-שפיט יכול להיות רק משהו אשר, בגלל היותו עניין שפועלים בו שיקולים לבר-משפטיים, כגון שיקולים פוליטיים, קונסטיטיוציוניים, יחסי חוץ וכדומה, אינו ניתן "להיכלא" במסגרת משפטית, כמו, למשל, הכלל המשפטי האמריקני של "הגנת שווה", או "דיו-פרוסס". אך בלתי-שפיט אינו יכול להיות עניין אשר הוא, כשהוא לעצמו, הינו עניין משפטי, אלא שבתנאים מסוימים מוטב שתתפל בו רשות לא שיפוטית. המקרה שלנו הוא מן הסוג האחרון, ולכן דוחה אני את הטענה. ראייה לרעיון שהובע לעיל על חלות הכלל של "אי-השפיטות", אפשר למצוא הן בחוות-הדעת של הדוב והן בחוות-הדעת של המיעוט של פסק-הדין שניתן על-ידי בית-המשפט העליון האמריקני בעניין בייקר נגד קר, (35), ביום 26 במארס 1962.

(Charles W. Baker v. Joe C. Carr, (35), Tennessee Legislative

*Published with the assistance of the Louis and Mina Epstein Fund
of the American Academy for Jewish Research*

*First Edition 1981
Second Edition 1985*

©
by Moshe Silberg Research Fund
Jerusalem 1985

ISBN 965-223-417-6

Printed in Israel
at 'Daf-Chen' Press, Jerusalem

פסקים ופיסות פסקים

Reapportionment Committee print of the U.S. Government Printing Office, Brennan Judgment pp. 22-31; Frankfurter Judgment, pp. 8-12, 18, 19, 21, 23; cf. etiam the Dictum of Chief Justice Marshall, in 1831, in the extremely interesting Case of The Cherokee Nation v. The State of Georgia, 5 Peters at p. 20, or 8 Law Ed. at p. 32, (36).

22. סוף דבר: אני דוחה את טענותיו המוקדמות של בא-כוח המשיב, אך לגופו של עניין דוחה אני את העתירה מן הטעמים שבוארו בסעיפים 12—15 לעיל.

23. וכדי להפיס את דעתם של העותרים ייאמד:
לא הקלתי ראש בעתירת העותרים, ומעולם לא זילזלתי בה. חשיבותה בשבילנו מרובה, ודווקא משום כך יש לדון בה בדחילו ורחימו: בכובד ראש, בעיניים פקוחות, ובראיית הנולד. נשוא העתירה הוא הר הבית, מקום המקדש, שכיית החמדה של ירושלים, ועל ירושלים נאמר (ב"מ, ל, ע"ב):
"לא חרבה ירושלים, אלא על שדנו בה דין תורה!"
פירושו של דבר, וכך יש להבין, לדעתי, את ההסבר התלמודי שם: ישנם ערכים כל כך נעלים, נעלים על הכל ודוחים את הכל, עד ששיקולי גמישות ופראגמטיות של ה"לפנים משורת הדין", או "לפנים משורת החוק", עדי-פים לגביהם מן הקו הנוקשה, הבלתי-גמיש, של הדין או החוק. במצבנו הנוכחי, יש לנו הרבה ללמוד ממאמר נפלא, ורב-משמעות-היס-טורית, זה, וד"ל.

(המשך מהדש הקדמי)

האוניברסיטה העברית

ספריית הפקולטה
השאלה - 17

תאריך

בצד תפקידו כשופט שימש פרופסור לב
פט באוניברסיטה העברית בדניי אישור
משפחה וירושה. חיבר שני ספרים: "המ
האישי בישראל" ו"כך דרכו של תלמוד
על הספר הראשון וכה בפרס ביאליק
לחכמת ישראל ובפרס ישראל למרעי
המשפט. עם פרישתו מבית המשפט, וה
ממלא מקום קבוע לנשיא, התמסר זילב
מחדש לכתיבה. בקולמוסו השגון הגיב
בעיות שנתעוררו בחברה הישראלית
בייחוד בתחומי המעמד האישי.

בספר "באין כאחר" מתגלה זילברג
המשפטן והסופר בעושר עולמו ובעוצ
מתו הרוחנית כסופר וכמשפטן יהודי בד
הראשון להקמת מערכת המשפט במדינ
ישראל המתחדשת.

מוגשת בזה לקורא מהדורתו השנייה
המתוקנת של הספר.

Moshe Silberg Research Fund

IN INNER HARMONY

ESSAYS AND ARTICLES

by
MOSHE SILBERG

Editors
Zvi Terlo Meir Hovav

האוניברסיטה העברית בירושלים
הפקולטה למשפטים
3-2-1990
31/1/1991

האוניברסיטה העברית בירושלים
ספריית הפקולטה
למשפטים

JERUSALEM
THE MAGNES PRESS, THE HEBREW UNIVERSITY