

האוניברסיטה העברית בירושלים

הרצאות לזכר יהודה ליב מאגנס ז"ל

סידרה שלישית — תשרי, תשי"ב

חוק ומוסר במשפט העברי

מאת

ד"ר משה זילברג

שופט בית המשפט העליון לישראל

הוצאת-ספרים על שם י"ל מאגנס, האוניברסיטה העברית

ירושלים, תשי"ב

ההוצאה נעשתה
למשרד המשפטים
ספרית הפקולטה

(א)

מה בין הוראות החוק וציווי המוסר?

החוק פונה אל האזרח, המוסר פונה אל האדם. זה יוצרו מבחוק, — במרכזי השלטון, וזה יוצרו מבפנים, — במעמקי הלב; זה בא להשליט סדר, וזה בא להשקיט מצפון. תפקידו של החוק להציל את העשוק, תפקידו של המוסר להציל את העושק, מידי עצמו. זה מצוה לסלק את החוב, וזה מצוה למלא את החובה. קיצורו של דבר: החוק הוא יצור סוציאלי, הרואה את הפרט באספקלריא של הכלל, המוסר הוא חויה אישית, הרגשת חובה אינדיבידואלית, הרואה גם את הכלל במנסרת הצבעים של הפרט.

המכירה הראשית:

הוצאת "יבנה", תל-אביב,
רחוב אלנבי 80, טל' 3134

את הפסוקים האלה כתבתי כמבוא למאמר אחד שפרסמתי לפני שנים אחדות, ואין אני חוזר בי מן הרעיונות שהובעו בהם; ואולם בהרצאתי זו רוצה אני להעביר את מרכז הכובד לצד אחר של הבעיה, להרחיבה מצד אחד ולצמצמה מצד שני, ולדון בה לא על ההפרשים הדקים, והלא כל כך דקים, שבין החוק מזה והמוסר מזה, אלא — ובעיקר — על היחס שבין חוק ומוסר בהוראות החוק גופו, בין השיקולים התועלתיים והשיקולים המוסריים בתכנון של החוק, בתכנון של המשפט, ולא של המשפט בכלל, אלא של המשפט העברי.

וכאן מתעורר מיד קושי גדול, הרובץ כאילו לפתחה של השאלה, ונועל דלת בפני המשכת המחקר. הקושי הוא בעצם הגדרת המונח: „המשפט העברי“. מונח זה אינו ותיק ביותר, נדמה לי שגילו אינו יותר מ־50—60 שנה, אך האנדרלמוסיה שנוצרה מסביבו היא רבה מאד, וכמאמר המוסגר ייאמר כאן כי היא היא האשמה העיקרית בעירובי הפרשיות ובלבולי המושגים שקמו מסביב לאחת הבעיות המנסרות ברומו של עולמנו, והיא: כינוסו או „החיתור“ של המשפט העברי.

ובכן מה הוא המשפט העברי? לא אנסה לתת כאן הגדרה כללית, נקיפה, ממצה, — אציין רק על דרך השלילה, כי המשפט העברי, שלא

Printed in Israel
דפוס מרכז, ירושלים

כדרך שאר שיטות המשפט או רובן המכריע, אינו מצטמצם בתחומי ה"בין אדם לחברו" בלבד, והוא מכניס לקטיגוריות משפטיות, מכנה כינויים משפטיים, תופס תפיסה משפטית, גם את היחסים שבין אדם למקום. גם הקב"ה, בכבודו ובעצמו, הוא מין אישיות משפטית כביכול, נהנה מזכויות, כפוף לחובות, נשמע ומציית לחוקיו הוא, ומשתלב כנושא-משפטי אזרחי, כאילו, במערכת היחסים שבינו לבין יציריו. נאמר בירושלמי, ראש השנה, פרק א':

„אמר רב לעזר: פרא בסיליאוס או נומוס אגרפוס. בנוהג שבעולם, מלך בשר ודם גוזר גזירה, רצה מקיימה, רצה — אחרים מקיימים אותה; אבל הקב"ה אינו כן, אלא גוזר גזירה ומקיימה תחילה (כלומר: תמיד מקיימה תחילה, ואין הוא רשאי, כביכול, לרצות אחרת). מאי טעמא? ושמרו את משמרתו אני ד', אני הוא ששימרתו מצוותיה של תורה תחילה". רעיון זה, רעיון שליטת התורה על נותנה, מצא לו ביטוי אגדי נשגב באגדה הנפלאה של תנור של עכנאי (בבא מציעא, דף נ"ט, ע"ב). גם נתעוררה מחלוקת בין התנאים בשאלה הלכית יבשה, והיא: תנור שחתכו חוליות ונתן חול בין חוליא לחוליא, אם דינו ככלי חרש המקבל טומאה, או ככלי אדמה שאינו מקבל טומאה. דעתו של ר' אליעזר היתה: התנור טהור, ודעתם של חכמים — טמא. אך בזה לא נסתימה המחלוקת שביניהם. ר' אליעזר ביקש לשכנע את חבריו, כי הצדק עמו. והבריתא כספרת:

„באותו היום השיב ר' אליעזר כל תשובות שבעולם, ולא קיבלו הימנו. אמר להם: אם הלכה כמותי — חרוב זה יוכיח! נעקר חרוב ממקומו מאה אמה, ויש אומרים ארבע מאות אמה. אמרו לו: אין מביאין ראיה מן החרוב. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי אמת המים יוכיחו! חזרו אמת המים לאחוריהן. אמרו לו: אין מביאין ראיה מאמת המים. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי כתלי בית המדרש יוכיחו! הטו כתלי בית המדרש ליפול. גער בהם ר' יהושע. אמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה, אתם מה טיבכם?! לא נפלו מפני כבודו של ר' יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של ר' אליעזר, ועדיין מטין ועומדין. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי מן השמים יוכיחו! יצאה בת קול ואמרה: מה לכם

אצל ר' אליעזר, שהלכה כמותו בכל מקום! עמד ר' יהושע על רגליו ואמר: לא בשמים היא, שכבר ניתנה תורה מהר סיני! אין אנו משגיחין בבת קול, שכבר כתבת בהר סיני בתורה: אחרי רבים להטות". והתלמוד מוסיף:

„מצאו ר' נתן לאליהו, אמר לו: מה עשה הקב"ה אותה שעה? אמר לו: הוא חיך ואמר: ניצחוני בני. ניצחוני בני!".

אגדה זו מפורסמת היא, וכבר התפעלו מיפיה חכמים וסופרים. אך לדעתי יש בה יותר מיופי ספרותי בלבד. כאן, באגדה זו, וכן במאמר הירושלמי שהבאתי קודם, נגלה עלינו אפיו המיוחד של המשפט העברי. כאן שלטון החוק — The rule of Law — במובן האבסולוטי של המלה הזאת. שלטון החוק במחוקק, והכנסת המחוקק גופו למערכת היחסים, המשפטיים והשיפוטיים, שנוצרו בחוקים שניתנו על ידו. הוא שומר „מצוותיה של תורה". היינו: מקבל על עצמו את מרותו של החוק, והוא — יתר על כן — בכנע לפירוש האבתנטי הניתן ע"י מפרשי החוק, החכמים המוסמכים לכך, זאת אומרת: מקבל עליו את מרות שיפוטו של גוף אוטוריטטיבי — הרוב — שהוסמך על ידו, לשם הכרעת ספק, שאינו נראה לו כספק כלל וכלל. אם הדין הוא: אחרי רבים להטות, הרי יש לפסוק עפ"י דין זה, גם אם אחד העומדים ל„דין תורה" הוא נותן התורה עצמו.

הרעיון הוא עצום, עצום מכדי תפיסת השכל הפשוט שלנו, אך מסקנה אחת על כל פנים עולה הימנו, והיא: כי שלטונו של המשפט העברי אינו מצטמצם בתחומי הדברים שבין אדם לחברו בלבד. גם הדברים שבין אדם למקום, שהם למעשה דברים שבין אדם לעצמו, בינו לבין ההרגשה הדתית והמוסרית שבו, נתפסים ונלכדים ברשת היחסים המשפטיים, משתלבים ומשתבצים במערכת הקטיגוריות המשפטיות שנוצרו ע"י המחוקק. מי שלמד תלמוד מימיו, נזדמן לו להשגיח בדבר, כי בשקלא וטריא התלמודית אין כל הבדל, מבחינת הגדרת מושגים והטפול בהם, בין אם הויכוח נוגע לעסקי ממונות, בין אם הוא נוגע לענין של קדשים וטהרות. אין לך נושא הלכתי שיהא כל כך מופלג מהויות העולם כמו דיני הקרבנות — הפוסקים המאוחרים מן הרמב"ם, כידוע, לא הכניסו אותן אפילו לתוך הקרדיפיקציות שלהם — ואעפ"י כן מוצא אתה, בסדר קדשים דוקא, את

כל הסממנים המשפטיים המובהקים של סדר נזיקין וסדר נשים, — אותה הדיאלקטיקה, אותה הגישה, אותה התפיסה, אותה הקלסיפיקציה, בהבדל אחד פעוט, לא־חשוב כלל מבחינת האופי המשפטי, כי ה"טרנסאקציות" הנעשות כאן הן בין תדיוט לגבוה, ולא בין ראובן לשמעון, או בין יעקב ללאה.

מה היא המסקנה העולה מן האמור? המסקנה היא, כי בשטחיו הנרחבים של המשפט העברי, ייקשה מאד למתוח את הגבול בין שיקוליו התועלתיים ושיקוליו המוסריים של המחוקק, — לקבוע את זיהותו של ה"נכס", עליו באה להגן הוראה מסוימת של החוק. ואפילו כאשר הוראה זו תועלתה נעלה מכל ספק, ואפילו כאשר לא יתוארו חיי הברה תקינים בלעדי ההוראה ההיא, הנחיצות והתועלתיות אינן משמשות סימן היכר לזיהותו של הנכס המוגן.

שאלה אחת, לכאורה תמימה מאד: על שום מה, למשל, חייב אדם לפרוע את חובו, או למלא התחייבות שקיבל על עצמו? מה היא ה"רציו לגיס" של הוראה יסודית זו? חכמי המשפט הרומאי, וכן כל יוריסט מודרני, יעמידו פנים תמהים מאד למשמע שאלה שכזאת. ברור — הם יגידו — כי חובת תשלום החוב הרי היא הצד השני של מטבע קנין הבעלות, ואי־אפשר לו לזה בלי זו. לא ייתכן משטר חברתי תקין, ולא דקא במדינה רכושנית, בלעדי קיום חובה, משפטית־אזרחית, למילוי החובות שקיבל על עצמו האזרח, זו היא, בעיני היוריסטן, תשובה ניצחת שאין אחריה כלום. ואילו כמשפט העברי השאלה היא קצת יותר פרובלמטית, ונחשבה כפרובלמטית בעיני חכמי התלמוד.

ישנה מחלוקת בין חכמי התלמוד, אם פריעת בעל חוב "מצוה" היא או לא. כלומר: אם זו היא חובה דתית־מוסרית, הדורשת, ככל החובות מסוג זה, בגרות אישית מסוימת (ואינה חלה, למשל, על הקטן), או שהיא חובה משפטית־אזרחית זאת אומרת: הפועל יוצא ההכרחי מזכותו של הנושה, ואינה מותנית כלל וכלל ב"כשר החובה", הדתי־מוסרי, של החייב.

"פריעת בעל חוב מצוה היא — אומר רב פפא במסכת ערכין דף כ"ב ע"א — ויתמי לאו בני מיעבד מצוה נינהו".

וברש"י כתובות דף פ"ו ע"א, ד"ה פריעת, אנו קוראים: "פריעת בעל חוב מצוה: מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו,

דכתיב: הין צדק, שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק".

לא מעניינות אותנו כאן התוצאות המעשיות של הבעיה, ומה היא ההלכה שנפסקה בשאלה זו, אבל מענין מאד להתבונן לויכוח אחד, קצר ופיקנטי, שהתנהל מסביב לשאלה. וכך נאמר בכתובות דף פ"ו ע"א: —

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

פירוש הדבר: גם כאן, באדם שאינו פורע את חובו, כופין אותו לקיים את המצוה ולשלם את החוב. לא חובו של הבעל חוב (הנושה) מעניין, איפוא, את בית־הדין, אלא חובתו של החייב, החובה הדתית־המוסרית, קיום המצוה שלו, ורק בעקיפין כאילו, כתוצאה משנית, מקבל הנושה את כספו.

כל הפרובלמטיקה תזאת אינה קיימת כלל בשיטות המשפט המודרניות, וכבר לא היתה קיימת בעיני היוריסט הרומאי. אפשר לומר, עם קב חומטין כמובן (cum grano salis בלע"ז), כי המשפט המודרני אינו מתענין כלל בחובות, הוא מתענין רק בזכויות, וחובת התשלום של החייב אינה אלא ציון מקוצר לאפשרות כפיית התשלום ע"י הנושה. מן הלכסיקון המשפטי המודרני אינך יכול למחוק את המונח "זכאי", אבל אתה יכול להתקיים — גם אם לא יהא זה נוח ביותר — בלעדי המלה "חייב": תצטרך רק לכתוב במקומה את הפסוק הארוך: "יכול להאלץ (ע"י בתי־המשפט ומשרדי ההוצאה לפועל) לקיום זכותו של הנושה", וגם ה"obligationes naturales", ה"חובות הטבעיות", עד כמה ששרידים ארכאיים אלה עדיין נשתמרו בשיטות המשפט המודרניות — החובות שאין כפית ביצוע בצידן — גם לגביהן המלה "חובה" אינה אלא פיקציה, וכל משמעותה מצטמצמת רק בזה: שממלא החובה, המשלם, אינו רשאי לדרוש את כספו חזרה. שוב רפלכס — נגטיבי במקרה זה — של זכות התביעה, שהיא זרק היא מהווה את המודד העיקרי לקיום החובה האזרחית.

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

ידועה האבחנה של המשפט העברי בין שעבוד הגוף ושעבוד נכסים. כל מלווה בשטר יוצרת מלכתחילה את שני השעבודים, אלא שאח"כ הם עלולים להתפצל ולהפרד זה מזה. שעבוד הגוף הוא אישי-פרסונלי, והוא משתרע רק על היחסים שבין הלווה והמלווה, המתקשרים המקוריים. שעבוד הנכסים לעומת זה הוא חפציריאלי, והוא נודד מאיש לאיש יחד עם הנכסים (נכסי מקרקעין), או עובר — לזכות — מן המלווה אל קונה החוב, עם העברת החוב בדרך הקבועה בחוק. כמה וכמה דינים פרקטיים נובעים מן האבחנה היסודית הזאת. למשל: ההלכה הידועה (כתובות דף פ"ה ע"ב): המוכר שטר חוב לחברו, וחזרו ומחלו — מחול (עיין שם בתוספות ובמפרשים). ומה הוא שעבוד הגוף, האישי, הערטילאי, אם לא אותה מצוה „פריעת בעל חוב“ הידועה לנו, היינו: החובה הדתית-מוסרית של קיום ההבטחה, „שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק“, כדברי רש"י שהזכרתי לעיל.

היוצא מזה, כי ה„אובליגציו“ של המשפט העברי אינה גדלית ואינה מצטמצמת, כמו בשאר חוקי תבל, באפשרות הריאליזציה האזרחית של תביעת הנושה, אלא סומכת, ולא במעט, על החובה הדתית, המוסרית, של פרוץ החוב ע"י החייב. כאן באים לידי גילוי היסודות המוסריים של המשפט העברי, הטובעים את חותמם, בכמה וכמה דרכים, על אפיה המיוחד של הורת החיובים העברית.

ומכאן לנקודה אחת, פרדוקסאלית במקצת, לעובדה הנראית לכאורה סותרת ומועזת את יסודות הרעיון שהבעתי עד כה. כוונתי לעמדתו של המשפט העברי כלפי שאלה אחת, „מוסרית“ פר אכסלנס, והיא: שאלת הקפם של חוים בלתי חוקיים, או בלתי מוסריים. נראה, לכאורה, כי בזאת היבחו „מוסריותה“ של שיטת המשפט, וכי ככל אשר יגדל שיעור מוסריותה, כן תגדל ההתנגדות להכרת תקפם החוקי של חוים בלתי חוקיים. ואין הדבר כן, להפתעתנו המרובה, כפי שנראה מיד.

הבעיה, כשהיא לעצמה, מענינת עד למאד, והיא העסיקה ומעסיקה את רוב שיטות המשפט, חדשות וישנות גם יחד. השאלה היא בתכלית הקיצור: מה עמדתו של המשפט כלפי התקשרות שנעשתה בניגוד להוראות החוק, או בניגוד לעקרונות המוסר המקובלים? אך דא עקא, שהתשובה לשאלה אינה קצרה כלל, ואינה יכולה להיות קצרה. פועלים כאן גורמים נגורמים שונים, ושיקולים משיקולים שונים: טעמי מוסר, טעמי תועלת, טעמי נוחות, — שיקוליים אטיים ושיקוליים אסטיים — ולא בשורה האחרונה גם: שיקולים שיש בהם במקצת משום עשיית רושם והעמדת פנים. אבאר את דברי, ואסביר אותם בדוגמאות מתוך המשפט האנגלי, המתבסס בנידון זה על הרעיונות השאובים מן המשפט הרומאי. כאן אנו מוצאים דיפרנציאציה עשירה מאד, דקה מאד, ויחד עם זה — כפי שנהוג אצל האנגלים — לא נקיה לגמרי, או: לגמרי לא נקיה, מסתירות וניגודים פנימיים. הכלל הוא, כי אין החוק מכיר בתקפו של חוזה אסור, או בלתי-מוסרי, כלומר — ואני מדגיש את ה„כלומר“ הזה — אינו רואה בו בסיס או עילה להגשת תביעה אזרחית. אם ראובן, למשל, שוכר את שמעון להרוג את לוי, אין שמעון, כמובן, יכול לתבוע את שכרו מראובן.

עד כאן הענין הוא פשוט בתכלית, ואיש לא יעלה על הדעת להקנות ל„שליח מצוה“ זה זכות תביעה נגד שולחו. ואולם הענין חדל להיות פשוט, ומתחיל להיות יותר ויותר פרובלמטי, כאשר אנו יורדים בסולם הפליליות של המעשה, מן הכבד אל הקל, ומגיעים לחוים בלתי חוקיים, שפליליותם אינה מן החמורות ביותר. נתאר לעצמנו, במקום הרוצח ההוא,

חנוני פעוט, בעל חנות מכלת, שאינו נועל את חנותו בשעה הקבועה בחוק, או ביום הקבוע בחוק, ומוכר את מרכולתו באחת השעות האסורות, או באחד הימים האסורים. בלשון משפטית-פורמלית הוא עושה חוזה בלתי חוקי, מתקשר התקשרות משפטית שהיא בניגוד לרצונו של החוק. גניח עוד, כי הוא מוכר את סחורתו לא במזומנים, אלא בהקפה. היכול עברייני שכזה לתבוע את המגיע לו מאת הקונה, או שגם כאן יחול הכלל הנודע: *Ex turpi causa non oritur actio*? או דוגמא אחרת — לא כל כך קיצונית לעבר השני — מה דינו של חרשתן המוכר את תוצרתו לפני קבלו את ההיתר הדרוש עפ"י התקנות לשעת-חירום, או מה דינו של בעל חנות לממכר משקאות חריפים, שלא הספיק לחדש את רשיונו השנתי? האם בכל אלה המקרים, יהא דוקא הקונה נשכר, והוא יהיה פטור מלשלם את התמורה בעד הסחורה שקיבל?

שאלות אלו, וכיוצא בהן, נתעוררו לעשרות ולמאות במשפט האנגלי, ועמדת היודיקטורה כלפיהן לא היתה אחידה. קרה מקרה מוזר לפני 150 שנה בערך, ובאותו יום ממש הובאו לפני אותו שופט ממש, שני משפטים, ובשניהם טען הנתבע כי החוזה, עליו מתבססת התביעה, הוא חתה בלתי חוקי, ולכן יש לדחות את התביעה. במשפט הראשון* המדובר היה בשני אמיגרנטים צרפתיים שהגרו ללונדון, ואחד מהם, כומר לפי מקצועו, חלה במחלת העגבת. חברו ריפא אותו מן המחלה ע"י שימוש בכל מיני סממנים, והוא חבע ממנו 20 לירות דמי ריפוי. הנתבע לא הכחיש את העובדות, הידה כי גרפא כליל מן המחלה, אך טען כי חברו לא היה רשאי לרפא איתו, והחוזה הוא איפוא, בלתי חוקי, הואיל ולפי אחד החוקים של אותה תקופה, אסור היה לאדם להתעסק במלאכת הרפואה בגבולות העיר לונדון, ובמרחק שבעה מילין הימנה, אלא אם כן קיבל רשיון לכך מאת ועדת הרופאים. בית המשפט לא קיבל את הטענה, וזייב את הנתבע בתשלום דמי התביעה. במקרה השני**, שנדרן אף הוא באותו יום וע"י אותו שופט גופו, התביעה היתה לתשלום מחיר תוצרת ידועה — לבנים (bricks) — והנתבע טען כי הלבנים לא היו בהתאם לגודל הקבוע בחוק, אסור היה

* *Gremaire v. Le Clerc Bois Valon* (1809), 170 E. R. 1110.

** *Law v. Hodgson* (1809), 170 E. R. 1111.

לו, למוכר, למכור אותן, ולכן איננו רשאי לתבוע את מחירן. בית המשפט קיבל את הטענה, ודחה את התביעה. עברו כ-150 שנה מיום מתן שני מסקי הדין ההם, ועד היום אין איש יודע מה הוא ההבדל שביניהם. אך גם בתקופה יותר מאוחרת, ובפסקי דין יותר מפורטים ויותר משכילים, אנו מוצאים שפע של סתירות וניגודים, תוך תהיות והיפושים אחרי עקרונות מוצקים, שיקפו את צדדיה השונים של הבעיה. שתי גטיות, צרות זו לזו, התרוצצו בלבם של השופטים: הרצון להגן על יעילותו של האיסור הפלילי מזה, והרצון לעשות צדק, לתובע מקופה, במקרה האינ-דינדיואלי, מזה. כי לא תמיד עולים השנים בקנה אחד, ולעתים קרובות נבעה פרץ וניגוד ביניהם. יעילותן של הוראת החוק הפלילי דורשת, לא רק לקבוע עונש לעברייני, אלא גם — ואם אפשר: בעיקר — ליטול את טעמה של העבירה, לבטל את פתיונה, "לשחוט" את היצר הרע שבה. למעשה, כל קביעת עונש, תפקידה הוא להביא לידי נויטראליזציה של הפתיון הטבעי. "יתמו חטאים ולא חוטאים" — אמר הפתגם התלמודי. לגרום לכך, שלא תהא העבירה כדאית — וממילא לא תעשה — זהו האידיאל המרחף נגד עיני המחוקק. ואם העבירה גופא, או אחד מיסודות העבירה, או אחת מתופעות הלואי הטפוסיות שלה, היא עריכת חוזה בסויים, או כניסה להתקשרות אזרחית מסויימת, הרי אחד האמצעים לכך — להרחקת הפתיון של העבירה — הוא לבטל את תקפו החוקי של החוזה הבלתי חוקי. היינו: לשלול את זכות התביעה של העברייני, ולשלול ממנו, ע"י כך, את אכילת הפירות המשפטיים של החוזה האסור, החוזה "הבא בעבירה".

ואולם, מאידך גיסא קיים שיקול אחר, שאף הוא אינו מקלי המשקל, הלא הוא הרצון והחובה לעשות צדק לבעלי הדין העומדים לפני השופט, הרצון שלא לתת לנתבע להתחמק ממלוי חובתו בטענה הבלתי הוגנת של העדר החוקיות. אמנם קיימת תמיד, ובכל מקצוע משפט, דיסקרפנציה ידועה, התפצלות מסויימת, בין הצדק הסטנדרטי של החוק, והצדק האינדינדיואלי המתאים לכל מסיבותיו הקונקרטיים של המקרה הנדון. אין חוק בעולם שיהא הולם, בהחלט גמור, את כל המקרים הנפלים לגדרו; זו היא רעה חולה שאין מפלט הימנה, והסבה לכך היא, שאין מחוקק בעולם, אשר

יחזה מראש את כל צירופי-המסיבות האפשריים בחיי המציאות. לכן הצדק המופשט שבחוק הוא, למעשה, צדק „סטטיסטי“, צדק ממוצע, — מין מצד קצוב המונע מחסור מן הכל, ואינו מספק אף אחד...

אך לא זה הוא החסרון שבאתי למנות כאן, בדברי על השיקול השני הפועם בלבו של השופט, מדי דונו בתביעה המתבססת על חוזה בלתי הוקי. כאן הסתירה אינה מקרית, אינה חלקית, ואינה נסתרת, — היא מחויבת המציאות ומופיעה כמעט בכל מקרה ומקרה. הקוץ שבאליה הוא, שכאן לעתים קרובות מאד נאלץ בית המשפט לקבל טענה „בלתי סימפטית“ בהחלט, טענה אשר עצם הגשתה מגלה שחיתות מוסרית מצד הטוען. החרשתן המוכר את תוצרתו שלא בהתאם למידות ולשיעורים שנקבעו בתקנות לשעת חירום, ודאי ראוי לעונש — בזה אין ספק — אפשר לדונו למאסר, אפשר להטיל עליו קנס, אפשר לסגור את בית החרושת שלו, — אבל עדיין אין זה מצדיק שהקונה, השותף גם הוא למעשה העבירה — שותף על כל פנים מבחינה ממשית, ואולי עוד יותר משותף, כי „לא עכברא גנב אלא חורא גנב“ — שקונה זה יצא בריוח מכל העסק הזה, והסחורה השאר בידו ללא כל תשלום.

כי מה הוא העקרון המשפטי הפועל בשטח השאלה דגן? העקרון הוא כפי שמתבטא הפתגם הרומאי העתיק: *in pari delicto melior est pars possidentis* בעברית: חטאו שניהם כאחד — גם התובע וגם הנתבע — יד המחזיק על העליונה. אני מדגיש, ומבקש לשים לב לכך: אין החוק אומר: כל חוזה בלתי חוקי או בלתי מוסרי הוא בטל ומבוטל, בהחלט ובתכלית, ויש להחזיר את המצב לקדמותו. הוא נזהר מלומר כך, בכונה מכוונת אינו אומר כך, כל מה שהוא אומר הוא: יד המחזיק על העליונה *beati possidentes!* האוחז ביד הוא הזוכה! לכן: החרשתן שמסר את התוצרת ולא קיבל את המחיר, אינו יכול לתבוע לא את תשלום המחיר ולא את החזרת הסחורה, והקונה — אם גם עליו חל האיסור — אינו יכול לתבוע את כספו חזרה, אם שלם את המחיר ולא קיבל את הסחורה. פירושו של דבר: בית-המשפט אינו נזקק לתביעה שכזאת, היא „מוקצה מחמת מיאוס“, הוא אינו מטמא את ידיו בדיון שכזה, והפועל יוצא של האינדיגנאציה המוסרית הזאת היא, כי יחד עם העונשת העבריינין

התובע הוא נותן פרס לעבריינין-הנתבע, אלא מאי? הוא אינו נותן את הפרס במו ידיו, אלא משאיר את הפרס בידי מי שנטלו בעצמו. זו היא ההרגשה הבלתי נעימה הנשארת בלבו של השופט, מדי קבלו את טענת „העדר החוקיות“ של החוזה, זה הוא „הצלצול הרע של הטענה“, עליו עמד כבר הלורד מנספילד באחד מפסקי דיניו המפורסמים*. אך מחובתו של השופט — כך גוזר עליו המחוקק המודרני — לדכא בקרבו את ההרגשה הלזו, להתכחש ל„חוש המוסיקלי“ שבו בשל המכסימה המשפטית האחרת, המעשית, התועלתית, של: למען ישמעו וייראו, וכדי להעניק יתר יעילות, יתר תוקף ממש, לציוויי האוסרים של החוק, אסור לו, לבית המשפט, לסייע בידי העבריינין, אסור לו לעזור לו באכילת פירותיו של החטא, גם אם אדישותו זו גוררת אחריה בסופו של דבר, טובת הנאה בלתי מוצדקת, אסורה אף היא ובלתי מוסרית — לפעמים אפילו בהרבה יותר בלתי מוסרית — כלפי העבריינין השני.

כזה הוא, בקיום כלליים, המצב המשפטי בשיטה המודרנית של המשפט האנגלי. לא כאן המקום להכנס להסתעפויות ולמודיפיקציות של הלכה זו, אציין רק כי ההרגשה הכללית היא, שהמצב איננו משביע רצון, וכי יש צורך למצוא מודוס חדש, מוצא של ממש, ולא בדרך של פשרות והתחמקויות, מן הדילמה הזאת. קרה מקרה לפני שנים מעטות באנגליה**, מעשה באדם אחד שנאלץ לשלוח את אשתו עם ילדה החולה לשם ריפוי לאיטליה, ואין בידו מטבע זר. הדבר הגיע לאזניה של מכרה אחת, והיא הציעה לו להמציא לאשתו באיטליה את הלירטות הדרושות, בתנאי שהבעל יפקיד בידיה, כבטחון, את מניותיו בחברה מסויימת. הבעל הפקיד את המניות, האשה נסעה לאיטליה, לא קיבלה את הכסף שהובטח, וחזרה כלעומת שבאה עם ילדה החולה. בבואה לאנגליה הגישה המכרה היא תביעה נגד בעלה, ודרשה ממנו את החזרת ההלוואה. במהלך המשפט משכו עורכי הדין את ידם מן התביעה, והודו שהקלינטית שלהם לא נתנה את ההלוואה. עתה הגיש הבעל תביעה נגדית, ותבע את החזרת המניות. תשובתה של הנתבעת הנגדית היתה, כי התביעה (הנגדית) מתבססת על הסכם בלתי חוקי, הואיל ולפי חוקי

* *Holman v. Johnson* (1775), 98 E. R. 1120.

** *Bigos v. Boustead* (1951), 1 All E. R. 92.

הכספים של אנגליה, אסור היה לבעל לשעבד את המניות, היות ומטרתה היתה השגת לירטות איטלקיות ללא נטילת רשות מאת המפקח על המטבע הזר. בית המשפט קיבל את הטענה, ודחה את התביעה להחזרת המניות, כי הכלל הוא *in pari delicto melior est pars possidentis*, פס"ד זה אין בו ענין רב מבחינה משפטית, אך כדאי להתבונן ליסורי המצפון שעברו על השופטים, בהאלצם לדחות את תביעת בעל האשה. ואמנם, מבחינה אנושית פשוטה, התוצאה היא מעציבה עד למאד: האנשים האלה קיפחו את בריאות ילדם, איבדו את הוצאות הדרך, הפסידו את המניות, — ואילו יריבם, הקונטרהנטית שלהם, בעלת ההתנהגות הפסולה ביותר, יצאה ברכוש גדול, לא שלמה כסף, קיבלה צרור מניות, ורק דבר אחד לא קיבלה — את הכספים שהשקיעה בהוצאות המשפט.

וכעת הבה נראה, מה עמדתו של המשפט העברי כלפי שאלה זו. ברור וגלוי, כי בבואנו להשוות שתי שיטות משפט כה רחוקות ושונות זו מזו, בזמן וברוח, עלינו לעשות „דיסקונט” מסויים — נכיון ידוע — כנגד ההבדלים ההם, אך גרעין השאלה בעינו עומד, ואפשר לערוך הקבלות ביניהן, על אף השוני הגדול שבהן.

ובכן, מה היא עמדתו של המשפט העברי? בתלמוד עצמו ישנה סוגיה שלמה מוקדשת לכך (תמורה, דף ד' ע"ב), ובה נחלקים האמוראים אביי ורבא, אביי אומר: כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד — א יעביד מהני, ורבא אומר: לא מהני. התפתח שם ויכוח ער על השאלה, הוקשו כמה וכמה קושיות, מקצתן על רבא ומקצתן על אביי, זאת אומרת: הובאו ראיות מדינים שונים, בהן אנו מוצאים כי הפעולה האסורה מועילה, או אינה מועילה, ניתנו תירוצים, נעשו אבחנות (*distinctions* בלע"ז), כך שבסופו של דבר, וגם אם נניח כי אביי ורבא תמיד הלכה כרבא (דבר שהוא גופו עדיין שנוי במחלוקת), אין הסוגיא ההיא, כשהיא לעצמה, מקדמת ארתנו בהרבה לקראת פתרון השאלה מבחינה עקרונית, ועדיין אין אנו יודעים, מה הוא העקרון שנתקבל לגבי הסקטור המיוחד המענין אותנו כאן, והוא: אם, ועד כמה, יש תוקף משפטי לזרחה לחוזה או לטרנסאקציה שנעשו בניגוד לצו איסורי של החוק?

ואולם דברי תורה, כידוע, עניים במקום זה ועשירים במקום אחר,

ואנו מוצאים תשובה לכך בסוגיות אחרות של הש"ס, ובדבריהם המבארים והמשלימים של המפרשים והפוסקים. הנה, למשל, המחלוקת המעניינת בין אותם האמוראים עצמם, אביי ורבא, בב"מ, דף ס"ה ע"א:

„ואמר אביי האי מאן דמסיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה, ויהיב היה גלימא בגוייהו, כי מפקינן מיניה, ארבעה מפקינן מיניה, גלימא לא מפקינן מיניה; רבא אמר גלימא מפקינן מיניה, מאי טעמא, כי היכי דלא לימרו גלימא דמיכסי וקאי גלימא דריביתא היא.”

רבית אסורה מן התורה, כידוע. היא אסורה גם על המלוה וגם על הלווה. אסור לקבל רבית, ואסור לתת רבית (ב"מ דף ס"א ע"א, רמב"ם פ"ד מהלכות מלוה ולווה, הלכה ב'). מי שנותן רבית עובר אף הוא על איסור מפורש שבתורה, כתוב: „לא תשיך”, בהפעיל — הוא עובר אפילו על שני לאוין לדברי הגמרא — ואעפ"י כן, על אף העבירה שעשה, יכול הלווה, משלם הרבית, לדרוש את כספו חזרה, אם הרבית היתה קבועה ומסויימת, בלשון התלמוד: „רבית קצוצה”.

„אמר ר' אלעזר: רבית קצוצה יוצאה בדיינין, אבק רבית אינה יוצאה בדיינין” (ב"מ דף ס"א ע"ב, וכן היא ההלכה, רמב"ם שם, פ"ו הלכה ה', שו"ע י"ד, סי' קס"א).

המלוה, כמובן, אינו יכול לתבוע בדין את הרבית (עיין ב"ק דף ל"ע"ב), כי בית הדין אינו יכול לתת לאדם מה שאסור לו לקבל — זה לא שייך כלל וכלל לשאלת תוקפו החוקי של החוזה הבלתי חוקי — אבל הלווה ששלם את הרבית יכול לתבוע את כספו חזרה, ובית דין נזקקים לתביעה זו. כבר מכאן אנו רואים, כי המשפט העברי אינו גורס את ההשקפה „האכסלוסיבית” ההיא, כי לא יאה לבית המשפט לדון או לנגוע בתביעה הקשורה במעשה עבירה. אין רגישות כזאת מצד המחוקק העברי, והיא נראית לו כמופרזת ובלתי כנה. סוף סוף, רגיל בית המשפט טפל גם בדברים שאינם כל כך נקיים.

הדין הוא, איפוא, כי רבית קצוצה יוצאה בדיינין, ונתעוררה שם השאלה: מה הדין אם הלווה שהתחייב לתת למלוה ארבעה זוזים רבית, נתן

לו במקומם גלימה השווה ארבעה זווים, — היכול הוא לדרוש את הגלימה חזרה, או רק את שויה? אביי אומר: את הכסף מוציאין ממנו (מן המלוה), את הגלימה אין מוציאין — ורש"י אומר על כך: „מקחו קיים, וקציצת הרבית יחזיר לבעליו” — רבא, לעומת זה, סובר, כי יש להוציא ממנו את הגלימה גופה, כדי שלא יאמרו אנשים, כלומר: כדי שלא יראו העולם כי הוא מתעטף בגלימה של רבית, וילמדו לעשות כמותו. ועל זה כתב הרא"ש:

„דוקא משום דלא לימא מכסיא בגלימא דרביתא הוא דמהדרין ליה, הא לאו הכי המקח קיים, ולא אמרינן כיון דנעשה באיסור נתבטל המקח”. הוה אומר: מבחינה עקרונית אין בכלל מחלוקת בין אביי ורבא, ושניהם סוברים כי מקח שנעשה באיסור איננו בטל; והוא (הרא"ש) מוסיף שם בשם רב האי גאון:

„היכא דאיכא איסורא בזבינא דאוסיה בדמיה משום אגר נטר... ונתקיים המקח בקנין ולא נתייקר שער המקח קיים, ואין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור”.

„אינו יכול לבטל”, בין אם בוצע בין אם לא בוצע עדיין. זאת אומרת: הקונה יכול לתבוע בדין את מסירת הסחורה, המוכר יכול לתבוע בדין את תשלום המחיר, אבל, כמובן, רק עד גבולות המותר, היינו: את הקרן בלא הרבית.

וכן נפסק בשו"ע חו"מ, סי' ר"ח:

„מקח שנעשה באיסור, כגון שהוסיף בשיווי המקח משום המתנת מעות... ונתקיים בקנין או באחד מדרכי ההקנאה... המקח קיים, ויתן כשער על היתר, ואין אחד מהם יכול לבטל המקח”.

ובשו"ע חו"מ סי' רל"ה, סעיף כ"ח, נאמר:

„המוכר או קונה ביום השבת ויה"כ... מעשיו קיימים”. (וכן נאמר בחו"מ סי' קצ"ה, סעיף י"א).

המקור הוא בירושלמי, הובא ברי"ף פ' משילין:

„מאן דעבר ואקני בשבת מקרקע או מטלטלין, הקנאתו הקנאה”.
וברמב"ם פ"ג מהלכות גירושין, הלכה י"ג, אנו קוראים:

„הכותב גט בשבת או ביה"כ בשגגה ונתנו לה מגורשת... בזדון אינה מגורשת, שהרי עדים פסולים מן התורה”.

מכאן, כי אלמלא פסול העדים היה הגט כשר, אפילו אם כתבו במזיד. וחשוב מאד מה שאומר שם המשנה-למלך:
„מכאן דסבירא ליה לרבנו דהלכתא כאביי” (הכונה לדברי אביי הסובר:
„כל מילתא דאמר רחמנא לא תעבד אי עביר מהני”).

*

עינינו הרואות, כי המשפט העברי איננו גורס את הקשר הקאוזאלי בין עשיית העבירה ובטול החוזה האזרחי, או הפעולה המשפטית האחרת שנעשתה אגב עשיית העבירה. העבירה על החוק או על המוסר לחוד, ותקפו המשפטי של החוזה לחוד, — עד כמה שמילוי החוזה גופו אינו מגשם את מעשה העבירה (כמו, למשל, בתשלום הרבית מן הלווה ללווה). דוקא מפני שהמשפט העברי אינו מפלה בין חוק למוסר, וכל קיום הוראה חוקית פורמלית הוא בעת ובעונה אחת קיום מצוה דתית-מוסרית — ה„מצוה” של פריעת בעל חוב לגבי התחייבות של ממון — הרי אי קיומו של החוזה שנעשה אגב עשיית העבירה, יהווה עבירה נוספת על העבירה המקורית שנעשתה על ידי העבריין. זה הוא הגרעין הרעיוני האידיאולוגי להפרדה שבין שני המושגים ההם. לשון אחרת: הפרדה שבין תכנו הפלילי לבין תכנו המשפטי של המעשה, הוא פועל יוצא מן הזרות שבין תכנו המשפטי ותכנו המוסרי של החוק בכלל, ודוקא הלכה זו. הנראית לכאורה סותרת את הרעיון שהבעתי, משמשת לו למעשה אישור נוסף וחשוב.

(ב)

בהרצאתי הקודמת עמדתי על היחס ההדוק הקיים במשפט העברי — „הזהות“ כפי שכיניתיה — בין תכנו המשפטי ותכנו המוסרי של החוק. ואמנם, אין לך שיטת-משפט בעולם, העתיק והמודרני כאחד, אשר בה יהיו עקרונות המוסר והמשפט כה שלובים זה בזה, כה מעוררים זה בזה, כמו במשפט העברי שלנו.

ושלש סיבות לדבר: (וכבר עמדתי על כך במאמרי שהזכרתי).

(א) המשפט העברי הוא משפט דתי, מיוסד על ההכרה הדתית של העם. גם העבירות שבין אדם לחברו הגן אף הן עבירות דתיות, ואף הן פוגעות ביחסים שבין אדם למקום. לא תשא את שם ה' אלהיך לשוא, ולא תגנב, נאמרו שניהם בעשרת הדברות, ואין מבחינה דתית כל הבדל ביניהם. העצה הפשטנית הידועה: „תנו לקיסר אשר לקיסר, ולא אל אשר לאל“, היא חידוש שנחדש בבית מדרשה של הנוצרים. היהדות אינה מכירה ב„נכסי קיסר“ כלל, הכל הוא „ממון גבוה“ — על דרך ההשאלה כמובן — ואין האזרח חייב לקיסר, מה שאין הוא, כבן אדם, חייב לאלהיו.

(ב) המשפט העברי הוא משפט לאומי, אשר עיקר התפתחותו חלה אחרי אבדן העצמאות הלאומית. התלמוד, הפוסקים, הקודיפיקציות הגדולות של המאה ה-12 (הרמב"ם), ה-14 (הטור) וה-16 (שולחן ערוך), שאלות והשובות האחרונים וכו' וכו', כל אלה צמחו וגדלו על אדמת נכר, ותכליתם העיקרית היתה לשמור על צביונו הלאומי של העם, לבל יטושטש ולבל ייספג בסביבת התרבות הזרה. העם הגולה הסתגר מרצונו ב"ד" אמות של הלכה — הלכה ריטואלית, הלכה אורחית, הלכה פלילית — בידעו כי רק באיזור מוגן זה יוכל לשמור על אפיו הלאומי, עד שובו לארץ אבות, עד ביאת הגואל.

ותפקידו זה — העיקרי — של המשפט קבע בהכרח את מסלול התפתחותו. כל הוראת-חוק, כל מצוה, כל הלכה, כל תקנה, נבחנו בראש וראשונה מבחינת יעילותן לצרכי ההגנה הלאומית, — הגנת הלאום ותרבותו כמובן הרחב ביותר של מלים אלה. ורק כאשר העניין הנדון היה ניטראלי לגבי הבחינה היסודית ההיא, היה נשקל ונידון לאור שיקולים אחרים.

לבושו של היהודי, מזונותיו, דירתו, הליכותיו, משאו ומתנו עם הבריות, יחסי המשפחה ועסקי הפרקמטיא שלו, — כל זה היה קבוע וטבוע מראש, באצטלא לאומית, תוך מערכת-חוקים ברורה, חמורה, קפדנית, מפורטת, שלותה אותו יום יום, מן העריסה עד סתימת הגולל.

(ג) שלישית: סיבה היסטורית, ידועה למדי, אשר השפיעה במיוחד על התפתחותו המאוחרת של המשפט העברי, והיא: העדר אמצעי כפיה ממשלתיים, או מעין-ממשלתיים, לבצוע הוראותיו המחייבות של החוק.

וזו היא הסיבה: בסוף המאה ה-10, תחילת המאה ה-11, התפורר המרכז היהודי האוטונומי בבבל, וההגמוניה הלאומית עברה לארצות צפון אפריקה ואירופה המערבית. אחרי תקופת אלף שנים של אוטונומיה לאומית, משפטית-תרבותית, בארצות רומי האילית, ביוזנטיה הנוצרית, פרס הססנידית, והכליפות הערבית, נחגלגל המרכז הלאומי, לתוך סביבה זרה, עוינת, שאינה מכירה בשום „מעמד חוקי“ לשרידי העם הגולה. מן הוא והלאה אין עוד שלטון יהודי ברחוב היהודי בכל רחבי הגולה, חרץ מאי אלו קונצסיות עלובות, מוגבלות, מעוטות ערך, הניתנות מזמן לזמן ע"י השליט המקומי.

ובאזירה זו, תוך כתלי הגטו האפלים, בלי אמצעי כפיה ממשלתיים, ללא שופטים ושוטרים מטעם הרשות, מתפתח והולך המשפט הלאומי שלנו, בכח סמכות אחת ויחידה והיא: רצונו החפשי של העם. אמנם גם הרצון הזה יש בידו להטיל סנקציות מסוימות, חברתיות בעיקר, אבל עצם הפעלתן של סנקציות אלה, עצם היעילות שבהן, מותנית ונובעת מתוך רצונו החפשי של היחיד: שלא לפרוש מן הציבור, שלא לנטוש את הקרקע הרוחני המשותף של העם.

תוך מסיבות אלה, ומתוך הסיבות הללו, התגבש במרוצת הדורות אפיו המוסרי המובהק של המשפט העברי. משפט שהוא דתי במהותו, לאומי במטרותיו, וחפשי באמצעי ההגשמה שלו — משפט כזה אין לי בסיס מוצק אלא אחד, והוא: הקונצפציה המוסרית המשותפת של כל יחידי האומה, האינטרס התועלתי הפשוט של שמירת קיום החברה, אינו יכול לשמש לו בסיס, שכן אינטרס זה ex hypothesi נוגד את האינטרס

האסוציאלי, או אנטיסוציאלי, של העובר על החוק. החברה מעונינת, כמוכן, כי כל אדם ימלא את התחבובותיו כלפי הזולת, אבל אין החייב האינדיבידואלי מעונין, מבחינה גשמית, לשלם את חובו, אותו מכריחים לכך: או הכרת החובה המוסרית, או הפחד מפני הכפיה, מפני פעולותיה האפקטיביות של הזרוע המבצעת של החוק. מכאן, כי כל שיטת משפט הפועלת — אם היא פועלת בכלל — בתוך חברה חסרת אמצעי כפיה וביצוע, אין לה בסיס אחר חוץ מן: ההכרה המוסרית של החברה.

הרעיון פשוט בתכלית, ואין צורך להרחיב את הדיבור עליו, ואולם מה שאינו כל כך פשוט, ואינו כל כך ידוע, הוא, כי הסיבות הללו קבעו ותגדירו לא רק את מהותו ותכנונו, אלא גם את צורתו של המשפט העברי, את דפוסי המחשבה ודרכי החקיקה שלו.

•

התלמוד — כוונתי: לחלק ההלכה שבו — הוא עדיין כספר החתום לגבי מרבית האינטליגנציה שלנו. משכילינו עדיין לא השכילו לקבוע עמדה טבעית כלפיו — „טבעית“ הוה אומר: לא אפולוגיטית ולא זלוזלית — וכל זה לאו דוקא מתוך חוסר ידיעה, אלא מתוך העדר גישה נכונה, חוסר הבנה והתחשבות בגורמים המיוחדים שיצרו והולידו את היצירה המנומנטלית הזאת. אנו מודדים אותו על פי רוב בקני-מידה בלתי נכונים, לקוחים מן החוץ, מתוך עולמות זרים, מתוך תרבויות אחרות, והתוצאה הבלתי זמנעת היא: סרוס וקיפוח, לצד האפולוגיטי או לעבר השני, הכל לפי טעמו ונטיותו של המבקר.

ניקח, למשל, את אחד הקוים האפיניים של ההלכה התלמודית — ההלכה הריטואלית וההלכה המשפטית — היא הפורמליסטיקה המפורסמת שלה, תכונה נודעה, אשר רוב מבקריו הבלתי ידידותיים של התלמוד מתרעים עליה השכם והערב. הרבה דיו נשפכה על גושא זה, קיתונות של לעג הורקו על אותה „קטנות דמוחין“, „פדנטיות“ ו„צרות האפק“ המציינים, כאילו, את מהלך מחשבתם של חכמי התלמוד. זו היא בקורת זולה מאד, נוחה מאד, בקורת משכנעת ביותר אם מסתפקים ברושם החיצוני, השטחי, ואין טורחים לרדת אל מתחת לפני הדברים.

כי, מה הוא בעצם פורמליסמוס משפטי? פירושו של דבר הוא: כי המעשה (או המצב), בו תלויה התוצאה המשפטית, נמדד ונשקל בשיעורין מוחשיים, אכזקטיים, מדוייקים כחוט השערה, אשר כל סטיה קלה מהם משנה את עצם התוצאה המשפטית (באמרי: תוצאה משפטית, אני מתכוון כאן לתוצאה ההלכתית בכלל). למשל: כמות מסוימת של מים — ארבעים סאה, ואף לא טיפה אחת פחות — מכשירים את המקוה להעביר את הטומאה; שלושים יום — ולא „זמן המתקבל על הדעת“ כפי שהיה קובע מחוקק מודרני — הם הארכה הניתנת לפריעת החוב, אם לא נקבע לו זמן מסויים; כך זכך אמות — לא פחות ולא יותר — הם הגבול בין „קרוב“ ו„רחוק“, לגבי אחד מדיני המציאות. למעשה, אין לך שיטת משפט בעולם, שתהא חפשית לגמרי מקביעת מידות ושיעורין, אך נכון הדבר כי יש הבדל רב לגבי הנטיה לכך: אם הנטיה היא להרבות או למעט ביציקת מטבעות ודפוסים כאלה. כאן הכמות נהפכת לאיכות.

והנה, כל היודע לקרוא בין השיטין, ימצא בתלמוד עצמו מפי אמורא אחד, בקורת כמוסה, ואולי לא כל כך כמוסה, על עצם השיטה הפורמליסטית היא. כונתי לשאלה המפורסמת של ר' ירמיה במסכת בבא בתרא, דף כ"ג ע"ב, המדובר הוא שם בניפול — כלומר: גוזל רך — הנמצא בקרבת מקום לשובך של יונים, ואין יודע אם הוא של בעל השובך, והמוצא חייב להחזירו, או שהוא הפקר ומוצאו רשאי לקחתו לעצמו. המשנה אומרת: —

„ניפול הנמצא — בתוך חמישים אמה הרי הוא של בעל השובך, חוץ מחמישים, אמה הרי הוא של מוצאו.“ והטעם הוא: כל המדדה אינו מדדה יותר מחמישים. ועל זה שאל ר' ירמיה:

„רגלו אחת בתוך חמישים אמה, ורגלו אחת חוץ מחמישים אמה מהו?“ והגמרא מוסיפה: „על דא אפקוהו לר' ירמיה מבי מדרשא“, ורש"י אומר: „מפני שהיה מטריח עליהם.“

נראה לי, כי לא היה כאן ענין של טרחה והטרדה גרידא, אלא התקפת מצת, חריפה מאד, על עצם הפורמליסטיקה המשפטית — על ידי הבאתה „אד אבסורדום“ — אך ההתקפה לא הצליחה, האסכולה הרשמית לא התחשבה

בה, עברה עליה לסדר היום, בלשון מטפורית: הוציאו את ר' ירמיה מבית המדרש.

נתעכב נא קצת על הדוגמה הקלאסית הזאת, כי יש בה כדי להעמיד אותנו על יסודו של הרעיון, ונשאל את עצמנו מי צדק שם בעצם: ר' ירמיה או חבריו? יתברר כי השאלה אינה כה פשוטה כפי שהיא נראית עפ"י מושכל ראשון, וכי התשובה לכך איננה קלה. שאלתו של ר' ירמיה היא אמנם שנונה מאד, אך למעשה איננה משכנעת ביותר. „מקרי־גבול” (borderline cases בלע"ז) מצויים לרוב בכל שיטות המשפט, ואי אפשר להמנע מהם, גם כאשר המחקק מעדיף לנקוט הגדרות מופשטות ביותר. כי מה, בעצם, היתה עמדתו של ר' ירמיה, ומה הוא רצה להשיג, אם נכון הוא, כי כאן היתה בקורת קונסטרוקטיבית ולא קנטור בלבד? ר' ירמיה רצה לבטל את האבחנה החיצונית, הפורמלית, בין חמישים אמה ויותר מחמישים אמה, ולהחליפה בקנה־מדה יותר מופשט ויותר גמיש, כמו: קרוב — רחוק, או: לקבוע באופן עוד יותר כללי ועוד יותר סתמי: המוצא חייב להחזיר את הניפול, אם — בהתחשב עם כל מסבות הענין — יש להניח כי הוא של בעל השוכך ולא של הפקר.

אך מיד מתעוררת השאלה: מי יחליט ומי יכריע מה הוא „קרוב”, כיה הוא „רחוק”, מה הן המסיבות שיש להתחשב בהן, ומה היא המסקנה וסופית הנובעת מהן? ברור, כי אם יגיע הדבר לידי משפט, והסכסוך יובא לפני השופט, יוכל השופט, ע"י שמיעת עדים ומומחים, לקבוע את כל פרטי הענין, ולהסיק מהם את המסקנה ההגיונית ביותר. אך מה יעשה האזרח הפשוט, האדם מן השוק, שאינו שולט בכל המנגנון הזה, — כיצד יוכל הוא לברר את הענין, ומה עליו לעשות כדי להחליט, אם אמנם חייב הוא להחזיר את הגוול או לא?

תאמרו: הוא לא צריך לעשות כלום, הוא יכול לשבת בחיבוק ידים ולחכות עד שה שני יחבע אותו לדין, ואז יתברר הענין לכל פרטיו ודקדוקיו כפי שצינתי לעיל. נכון הדבר, הוא יכול לעשות כך, אם השאלה בשבילו היא רק שאלה של משפט, אם הדאגה היחידה המדריכה את מנוחתו היא, שמא יתבע אותו חברו לדין, ויצטרך להחזיר את האבידה יחד עם הוצאות המשפט. זו היא הפרובלימה הרגילה, העומדת בפני אזרח רגיל, בכל מדינה

רגילה, אבל אם אין הדבר כך, אם השאלה היא מלכתחילה לא שאלה של משפט אלא שאלה של מצפון, אם המוצא הזה רוצה להיות שלם עם עצמו, ולדעת אם עליו למלא את החובה הדתית־המוסרית של השבת אבידה, — האין שיקול זה מחייב, כי הנורמה המשפטית תהא אולי פחות אלגנטית אבל יותר ברורה, פחות גמישה ויותר מדויקת, כדי שהאזרח אשר אליו מכוונת הוראת החוק, יוכל להשתמש בה ולקיים אותה, בלא התערבותו המתמדת של הדיין והשופט?

זוהי הנקודה המכרעת, לדעתי, — כאן מתפצלות הדרכים בין שתי השיטות, הגמישה והפורמליסטית, וכאן אנו רואים בעליל את יתרונותיה עם הסרונותיה של כל אחת מהן. השאלה היא: מה עדיף, דיוק ובהירות, או גמישות ויתר התאמה למציאות הקונקרטית? שני דברים אלה לא תמיד עולים בקנה אחד, ולפעמים קרובות יש צורך לבחור ביניהם, לוותר על האחד לטובת השני. השאלה היא, איפוא, הי מניהו עדיף? ואם המטרה המרחפת לעיני המחקק, אם האידיאל שהוא שואף אליו הוא: לא יישוב סכסוכים פוסט פקטום בין אדם לחברו, אלא הוראות מראש להתנהגותו המוסרית של כל אחד מהם, אזי השיקול הראשון, של הדיוק ובהירות, גובר, והתוצאה הבלתי נמנעת היא: פורמליסטיקה משפטית.

רעיון דומה לכך — דומה ולא זהה ממש — אנו מוצאים גם במסגרת השיטות הבלתי פורמליסטיות, ביחסן אל חלק מסויים של החוק, הוא החלק הפלילי שבו. מן המפורסמות היא, כי דרכי האינטרפרטציה של החוק הפלילי, שונות הן מדרכי האינטרפרטציה של כל חוק אחר. כאן שורר העקרון של פירוש מצומצם, דווקני, ואין מרחיבים את גבולות המושג אל מעבר למשמעותה הלשונית, המדויקת, של המלה הכתובה. אסור להשתמש בקל וחומר, או בכל שיקול הגיוני אחר, כדי ליצור עבירה אשר לא כתובה בחוק. כבר בתלמוד נאמר: „אין עונשין מן הדין”, ואם התורה אמרה (לגבי עד זומם): „ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו”, הרי מענישים רק את הזומם ולא את העושה, אף־על־פי שכל כללי ההגיון מחייבים בדיוק את ההיפך, והדין הוא: „לא הרגו — נהרגין, הרגו — אין נהרגין” (מכות דף ה' ע"ב).

והמכסימה הזאת נתקבלה גם ודוקא בשיטות המשפט החדישות

ביותר. *Nulla poena sine lege* אומר הפתגם הקלאסי הידוע, והוא קנה לו שביטה בכל שיטות המשפט הנאורות. אין עונש בלי חוק, והמלה „חוק“ כאן פירושה: חוק כתוב, חוק מפורש, חוק שאין צורך לפרשו ולמלאו על ידי שיקולים אשר מחוצה לו. בגרמניה, לפני 70, 80 שנה, היה מעשה באדם שגנב חשמל מחברו, הביאוהו לדין, אבל היו מוכרחים לשחררו. כי הסעיף הדין בעניני גניבה השתמש במלה „עצם“ (*Sache*), וחשמל אינו עצם אלא כוח. הוכרחו, איפוא, להוציא חוק חדש, ספציפי, המעניש באופן מפורש על גניבת חשמל. איי אפשר היה ללמוד קל וחומר מגניבת מסמר קטן על גניבת חשמל. דוגמאות כאלה ישנן לרוב, וכל איש משפט נתקל בהן, בצורה זו או אחרת, מדי יום ביומו. ומה הוא השעם לכך? ישנם כמה וכמה טעמים, קומולאטיביים, ואחד מהם הוא, כי הקודקס הפלילי מופנה בראש ובראשונה אל האזרח, מכתוב לו את התנהגותו בחיים, ולכן צריך שאזרח זה, העבריין בכוח, יהא מסוגל ללמוד מנומתו מה אסור ומה מותר, ולא יצטרך להיוקק לסברות ושיקולים, אשר לא נחקקו במפורש על לוח החוקים. ולכן אמרו, כי הקודקס הפלילי הוא ה-*Magna Charta* של הפושע, כי הכתוב בו — הכתוב בפירוש — מבדיל בדיוק נמרץ בין האסור והמותר, ובהראותו את הצד האחד, הוא מדגיש ממילא גם את הצד השני.

והוא הדין — עם קב חומטין (*cum grano salis*) כמובן — לגבי השאלה המעסיקה אותנו כאן. המשפט העברי בכללו, הן בחלקו הפלילי והן בחלקו האזרחי, הוא שיטת משפט הפונה בעיקר אל האזרח ולא אל השופט. גם ה„חושן משפט“ וגם „אבן העזר“ הם, למעשה, „אזרח חיים“ המצווה על התנהגותו של אדם בדברים שבין אדם לחברו. לא זכותו של הזכאי היא הקובעת והנקבעת, אלא חובתו של החייב, — כיצד ובאיזה תנאים עליו למלא את חובתו הדתית או המוסרית כלפי הזולת. ולכן גם השעורין שנאמר בו, חייבים להיות קבועים וקצובים, שקולים ומדודים, — שעורים אשר כל אדם פשוט מסוגל להשתמש בהם, ללא פניה והודקקות לפירושו של השופט. קיצורו של דבר: תכנו המוסרי, העממי של המשפט העברי, קבע בהכרח גם את צורתו החיצונית, וטבע עליו אותו חותם מיוחד, המפלה אותו מכל שאר שיטות המשפט.

ובזה אנו מגיעים אל שאלה אחת, החורגת כאילו ממסגרת ההרצאה, אך משלימה אותה מבחינה רעיונית, ומשמשת לה מעין מוסר השכל וסיכום. השאלה היא: ומה בדבר המשפט המודרני שלנו, כיצד הוא משתלב למערכת השקפות המוסר והתרבות של הדור? יורשה לי להקדים ולומר, כי התשובה לכך איננה מעודדת ביותר. דומה, כי ככל אשר האנושות, הפוסט ליברלית, מתקדמת בשבילי התרבות והציביליזציה שלה, כך יפחת ערכו של המשפט, כגורם מעמיד — רגולטור חינוכי מוסרי — בחייו של הפרט, ולא מפני שפחתה חס ושלוש פעלתנותו של המחוקק, אדרבא, היא עלתה למעלה ראש! חיינו מוקפים חוקים מכל צד ועבר, אין פנה אשר לא תכבד עליה ידו הארוכה של החוק, ממש „לית אתר פנוי מיניה“, ואעפ״כ הוא נשאר תמיד, כאילו, בפריפריה של החיים, מורכב עליהם כזמורת זר, ואינו מתמוזג במסכת ערכי התרבות המקובלים של בן הדור.

אבאר את דברי. כבר ציינתי למעלה, מה קשה לפרש את המונח „המשפט העברי“, וקושי זה יגדל שבעתיים, כבואנו לציין את היקפו וגבולותיו של המשפט הקיים, בכל מדינה שהיא ואפילו המדינה הדמוקרטית ביותר. יקשה מאד לאדם בן זמננו להגדיר את תחום שלטונו של החוק, לציין בקיצור, ואפילו לא כל כך בקיצור, מהי המטריה, ואילו הם השטחים, המשמשים נושא וענין למצוותיו וגזירותיו של המחוקק.

יען כי — וזה הוא אחד מסימני ההיכר של התקופה — המחוקק המודרני אינו מכיר בכלל בשום תחום שלטונו, חוץ מן התחום הגיאר גרפי של גבולות המדינה. לא יהיה בכך משום גוזמה אם אגיד, כי במדינה מודרנית סוברנית — ולא אדוקא טוטליטרית — אין לך שטח חיים שיהא סגור, עקרונית ומלכתחילה, בפני הזרוע הארוכה של החוק. וגם ההגבלות המעטות, שמחוקק ליברלי הגון נוהג להיענות להן — כגון: אי ההתערבות בעניני דת ומצפון, חלוקת הרשויות וכל הנובע מכך — גם אלה אינן אלא הגבלות „חפשיות“, שהוא מקבל על עצמו מרצון ומדעת מתוך התאפקות ידועה וגם תוך ריטון ידוע, בהדגישו, כאילו, כי הוא יכול לבטלן מיניה וביה, ללא כל הודעה מוקדמת, כי אין בהם חס וחלילה משום הגבלה לגבי עצם סמכותו, וכי הוא רשאי, לכשירצה, לפרוש את מצודתו

גם על „הרורבטים“ ההם. כללו של דבר: במדינה המודרנית, החוק הוא כל יכול, ואין מקום פנוי הימנה, כל אשר לא נאסר עדיין על ידי המחוקק. יכול להאסר על ידו בכל עת ובכל שעה, ישנו למעשה רק סייג אחד ויחיד להתערבותו של המחוקק, והוא: העדר ענין, כלומר: העדר אינטרס או „נכס“, הראוי בעיניו להגנתו של החוק.

וכאן יאמר האומר: סייג זה אינו סייג כל עיקר, זו היא טאוטולוגיה גיה, כי העדר ענין פירושו: חוסר רצון להתערב בענין, ושוב אנו מגיעים אל האמירה הבלתי מסוייגת, כי המחוקק יכול לעשות מה שהוא רוצה, ללא סייג כלל וכלל.

תשובתי לכך תהא: נכון ולא נכון, וכאן נעוץ למעשה כל עוקצו של דבר. הסייג שהזכרתי אינו סייג בימינו, אבל הוא היה סייג — וסייג חשוב מאד — בשיטות המשפט העתיקות, וגם בשיטות חדשות יותר, עד התקופה הליברלית של המאה ה-19, ועד בכלל.

כל חוק מגן על משהו, על איזה „נכס“, גשמי או רוחני, הראוי להגנה בעיני יוצרו ומחוללו של החוק. זה הוא תפקידו, וזו היא מהותו של החוק. הוא מגן על הרצוי אשר עדיין לא בא לעולם, הוא מגן על המצוי שצפויה לו איזו שהיא סכנה, ובכל מקרה הוא מנסה להשליט או לבסס מצב־דברים מסויים, אשר לא היה מתגשם, או לא היה משתמר, אלמלא התערבותו של החוק. הגדרה זו כוחה יפה לגבי כל ענפי המשפט, — מן המשפט הקונסטיטוציוני ועד המשפט הפלילי, ועד המשפט האזרחי, ועד כל אותן הוראות טכניות־רגולטיביות, המקיפות את חייו של אדם בן דורנו. מאחורי כל חוק, ומאחורי כל סעיף והוראה שבו, מסתתר אישם איזה מין „אויב“ פוטנציאלי העלול לתקוף ולשבש את סדרי החיים של החברה, בין אם הוא רוצח הבא ליטול את נפשך, בין אם הוא חייב רגיל שאינו רוצה לסלק את חובו, ולהרחקת אויב אסוציאלי זה, ניתנים חוקיה השונים של המדינה. זו היא משמעותו המודרנית של המאמר התלמודי הידוע: „בראת יצר הרע — בראת לו תורה תבלין“, — „יצר הרע“ כביטוי וסמל לכל אותם הכוחות העוינים את סדרי החברה התקינים, והתורה — החוק — כ„תבלין“, היינו: כאמצעי ריפוי או מניעה של פגעי החברה ההם. אין, כמובן, תמימות־דעים אוניברסאלית לגבי הפירוש הקונקרטי של

יצה"ר ושל התבלין, ואשר נראה כ„יצר הרע“ בעיני החברה האחת, מופיע כ„תבלין“ דוקא בעיני החברה האחרת, או בעיני התקופה האחרת. למעשה, הרי כל ההפיכות החברתיות הגדולות שהתרחשו בחיי האנושות, לא היו אלא חילופי פירושיהם של שני המונחים הנ"ל.

ההגנה על „נכסים“ מסויימים — נכסים גשמיים או נכסים רוחניים — היא, איפוא, תפקידו העיקרי, ואפשר לומר: תפקידו היחיד של החוק. אך מי הוא הקובע מה הוא הנכס האינדיבידואלי שיש להגן עליו, ומי הוא המחליט כי הוא ראוי להגנה? ברור, כי הפוסק האחרון בנדון זה הוא המחוקק גופו, אך המחוקק אינו פועל בחלל ריק, ואפילו הוא דיקטטור אבסולוטי, והוא עצמו פרודוקט של גורמים חברתיים. מכאן כי „ראוי להגנה“ פירושו: ראוי, על פי ההשקפות — הפוליטיות, הכלכליות, המוסריות, התרבותיות — השוררות באותה חברה, או — כדי לנהוג דיוק יתר — ההשקפות השוררות בתוך החוג, הרחב או המצומצם, השליט באותה מדינה.

ובזה אנו נוגעים בנקודת התורפה של הענין. הלגיטלטורה המודרנית של המאה הנוכחית — ביחוד החל ממלחמת העולם הראשונה — הביאה אתה בכנפיה שינוי עצום באפיים וטבעם של הנכסים המוגנים: מרכז הכובד של התחיקה השוטפת — בפרט בשטח החוק הפלילי — הועתק כאילו מרשות הרבים לרשות היחיד — אל מה שנחשב קודם לכן כרשות היחיד — והמחוקק התחיל לפרוש את מצודתו על פעילותו הפרטית של הפרט. הוא החל לקבוע נורמות של „מותר“ ו„אסור“ לגבי ענינים שהיו עד אז מחוץ לחוג ההתענינות שלו, לגבי פעולות ומעשים, אשר האורח הפשוט לא עמד כלל על החשיבות הציבורית שבהם, והתוצאה הבלתי נמנעת היתה: הפרדתו של החוק מן המנטליות הכללית של העם, והפיכתה לעתים קרובות, ל„גזירה“ הבאה מגבוה, שיש לקבלה — אם בכלל — מתוך כניעה והרכנת ראש בפני הכוח העליון של המדינה.

אני מדגיש: אין ברצוני לומר, כי החוקים החדשים הללו היו פחות הגיוניים מן החוקים הישנים, כי היה פחות צורך בהם לשמירת האינטרסים המוצדקים של הכלל. אדרבא! היו סיבות אוביקט־טיביות, שהצדיקו את הכיוון החדש: אשיות המדינה נתערערו, בכל אתר

ואתר, ללא הבדל בין מנצחים ומנוצחים, כתוצאה ממלחמות ומהפכות בלתי פוסקות; לא היה עוד בטחון למדינה ולא היה בטחון במדינה; קמה תופעה היסטורית חדשה, אשר לא שערה עד כה, והיא: מציאותו של אויב חיצוני המופיע לא „אנטה פורטאס“, אלא מכרסם מרחוק, כאילו באורח טליפאתי, את חייה הפנימיים של המדינה, באמצעות הגייס החמישי הנודע. גוסף על כך — והוא העיקר — נשתבשו חייה הכלכליים של המדינה. הם לא זרמו עוד באפיקם הרגיל, בצורתם המסורתית המקובלת, אלא התנהלו, תוך קפיצות וזעזועים, בדרכי אימפרוביזציה, מן היום למחר וממחר למחרתיים, תוך תלות מוחלטת ברוחות המנשבות, חדשות לבקרים, מחוץ לגבולות המדינה. כל אלה חברו יחד, כדי להפחית במידה ניכרת את משקלם הספציפי של האינטרסים הפרטיים, וכדי להצדיק, לפחות עקרונית, את התערבותה של המדינה בפעילותו האינדיווידואלית של האזרח. אך דא עקא. כי האזרח גופו לא עמד על ההגיון הפנימי של החוקים ההם, לא ראה, ואולי גם לא יכול היה לראות, את הרציו לגיס שבחם, — השיקולים שבהם היו מסובכים מדי, הניסוח שלהם מקצועי ומלומד מדי — כך שבסופו של דבר הם נשאר מחוץ לגדר ההבנה שלו, ולא השתלבו, כחלק אינטגרלי, במערכת מושגי המותר והאסור, או מושגי הרצוי והבלתי רצוי, של האזרח הרגיל.

ואל תהא הבנת החוק, או ידיעת החוק, קלה בעינינו. זו היא למעשה אחת ההנחות המצדיקות, במקרים מסויימים, את עצם הענשת העבריין. Ignorantia juris nocet אימר הפתגם הלטיני הידוע, ויתכן כי לכך נתכוונו גם חכמי המשנה שלנו, באמרם: „שגגת תלמוד עולה ודון“. אך אין פירושו של דבר, כי מענישין את האיש על שלא למד את החוק, הפירושו הוא: כי אין מתחשבים באי ידיעתו, יותר נכון: אין מתחשבים בטענת אי ידיעתו, יען כי קיימת מעין הנחה משפטית, כי כל אדם יודע את איסורי החוק הפלילי. ומה הוא הטעם או ההסבר לכך? ההסבר הוא, כי המחוקק הרשמי, בנסחו את הקודקס הפלילי, אינו בודה איסורים מלבו, אלא טובע גושפנקא חוקית, מעניק תוקף חוקי, לאינהיביציות ולאיסורים, הלטנטיים, הקיימים בלאו הכי בהכרה המוסרית והתרבותית של החברה. הוא מקבל את השראתו מן האזרח, ובתשובה לכך מחנך את האזרח. השקפה זו

מחייבת, כהנחה קודמת, כי הקודקס הפלילי הוא תמיד רפליקה נכונה של השקפת עולם קיימת, כי הוא משמש בבואה נאמנה לרחשי לבו של הדור. והשאלה היא אם התחיקה המודרנית, ברוב ארצות תבל, עדיין עומדת על גובה ההשקפה הקלאסית ההיא, אם המחוקק המודרני, מרוב טכניקת קאליות של צורות החיים וניסוחי החוקים גם יחד, אינו מזניח את הפקידה החינוכית של התחיקה, אם אינו מוותר, ביודעין או בלא יודעין, על החדרת הרעיונות המשפטיים לתודעה הכללית של אזרחי המדינה.

זו היא, בקיצור נמרץ, הפרובלמטיקה המשפטית של ימינו, כאן נעוץ מקורו של „המשבר התחיקתי“ של הדור. העבריינות הגדלה והולכת בכל רחבי תבל, יש לזקפה, בחלקה הרב, לחובת משבר זה, — משבר האימון בחוק, משבר האימון בחכמתו ותבונתו של המחוקק, והמוסר השכל העולה מכל זה הוא: אסור לו, לחוק, שיהא בגדר „גזירה“ בלבד, כי „גזירה עבידא דבטלא“ — אמרו חכמינו ז"ל, היא אינה נספגת ברוחו של העם, אינה משתלבת בהשקפת העולם שלו. המשימה המוטלת על המחוקק — על כל מחוקק — היא: לקרב את החוק אל השכל (שהעם יבין אותו), ולקרבו אל הלב (שהעם ירצה לקיימו). בהעדר אחד מהם, תתכן, אולי, כניעה אל החוק, אך לא תתכן שמירה על החוק. כי האידיאל הוא: „ושמרו את משמרת“, שיהא האזרח מעוניין לא רק מבחינה אובייקטיבית (מבחינת האינטרס), אלא גם מבחינה סובייקטיבית (מבחינת הרצון), לשמור על החוק, לשמרו כנכס יקר. לכן היתה מצוות תלמוד תורה נחשבת אצלנו כמצוה עומדת בראש כל המצוות, לכן היתה „שקולה כנגד כולן“.

ואצלנו כיום, במדינת ישראל, מוטלת עלינו חובה כפולה ומכופלת להגשים את הרעיון הזה. אנו יכולים לעשות את המלאכה, — יש לנו כל הנתונים וכל השאנסיים לכך. הנסיון האדיר של עמנו בלמוד התורה — נסיון של 2500 שנה, מימי עזרא הסופר, ואולי מימי חזקיהו — נסיון כללי עממי זה לא יתכן שהיה לריק, הוא ודאי נתן את אותותיו בנפש האומה, ודאי פיתח בקרבנו, כחטיבה לאומית, כושר וכשרון מיוחד לחסיקת

חוקי חיים, לתפיסת חוקי חיים. לכן לא יהא בזה משום התגנדרות ויוהרא אם נרצה להיות כאן דוקא מופת לגויים, אם נפרנס בלבנו את האמביציה להיות לא רק עצמאיים, אלא אף מורי דרך בשטח חיים חשוב זה. יש לנו מורשת עשירה, ולא ניצלנוה עד כה, היא היתה מונחת כאבן שאין לה הופכין. כעת ניתנה לנו ההזדמנות, — הבה ונראה גם את היכולת!

האוניברסיטה העברית בירושלים
ספרות הפקולטה
למשפטים