

פרופ' משה זילברג

שופט בית המשפט העליון לישראל

האוניברסיטה העברית בירושלים

המכון לחקר המשפט העברי

כך דרכו של תלמוד

פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית
מס' 8

מפעל השכפול

בית ההוצאה של הסתדרות הסטודנטים של האוניברסיטה העברית
ירושלים, תשכ"ד - 1964

* * *

מטרתו של הספר היא יומרנית במקצת: לקרב דעתו של אדם בן זמננו אל דרכי החשיבה וההגיון של חכמי התלמוד, — לקרוע חלון אל העולם הרחוק, המופלא, של הדיאלקטיקה התלמודית.

התנ"ך הוא ספר פתוח לכל. האגדה הוכנסה לטרקלין, ונעשתה "סא-לונפייהגי", על ידי עבודתם הנפלאה של ביאליק ורבינצקי. ואילו התלמוד — זה הספר המוגומנטאלי שחונכו עליו דורות על דורות בישראל — שוכן לו, תוך בדידות מזהרת, בקרן זווית של ירכתי התרבות שלנו, וחדל להיות גורם חינוכי, מעצב דמות ואופי, בחיי הרוח של העם.

אשמים בכך, ולא במידה מועטת, מוריו ומחנכיו של הדור, — מוריו ומחנכיו מכל המחנות. עובדא היא, כי גם הסופרים "המאמינים" וגם הסופרים "החפשיים", עדיין לא מצאו שיטה ודרך להערכה נכונה ואובייקטיבית של התלמוד. הללו מקלים את הכל, אלה מתקלים בכל, והצד השווה עם הפועל-יוצא המשותף הוא: תמונה בלתי נכונה, טנדנציוזית, של היצירה הענקית הלזו.

לא באתי ח"ו לזלול בערכן הרב של המוגוגרפיות הדנות בנושאים תלמודיים שונים, אם מבחינה משפטית ואם מבחינות אחרות. כבודם של אלה במקומו מונח, אך ספק בעיני אם המחקרים החלקיים הללו, ואפילו בעלי הרמה המדעית הגבוהה שבהם, יצליחו לשרש את הדעות הקדומות שהשתררו, מזה ומזה, כלפי היצירה התלמודית. מה שדרוש לנו קודם כל הוא: חקירת התלמוד בכללו, והבנת האקלים המיוחד שבו, על ידי ניתוח ענייני-בקורתי — בטרימינולוגיה מודרנית — של דרכי ההגיון וצורות ההבעה שלו.

כל הזכויות שמורות



All rights reserved

מהדורה ראשונה תשכ"ב—1961

מהדורה שניה תשכ"ד—1964

55

דפוס התחיה בע"מ, ירושלים

יודע המחבר, כי חיבורו זה אינו אלא אחלחולת של גישה חדשה — לא ולולית ולא אפולוגטית — אל עולם המחשבה העשיר של התלמוד. יבואו גא אתרים, גדולים וטובים ממנו, וישלימו את המלאכה. או אז ישוב התלמוד ויתפוס את מקומו הראוי במערכת קניני הרוח של האומה.

התיזה היסודית של המחבר היא, כי התלמוד הוא יצירה משפטית "פר אכסלנס", והוא מנסה להאיר את הרעיון מצדדיו השונים בשבעת פרקיו הראשונים של הספר. פרקו השמיני והאחרון — "על פרשת דרכים" — מוקדש לבעיה ישראלית אקטואלית, והיא: המשבר שהגיעה עדיו פסיקת בתי המשפט בארץ, מאין ספר-חוקים עצמאי. ישראל, מושחת על עקרונות יסוד של המשפט העברי.

מ. ז.

ירושלים, תשרי תשכ"ב.

תוכן הענינים

12 — 1 פרק ראשון: אופיו המשפטי

אופיה המשפטי של כל ההלכה / הלכת שבאגדה / הקדוש ברוך הוא כ"בעל דין" / כלום לא היה פטול חוקי במצמד הר סיני? / החלת דיני התורה על האקט של עצם מתן התורה / שלטון החוק במחוקק / תפיסתו ה"הפצית" של האיסור / אין איסור חל על איסור: מחוסר מקום פנוי / קטיגוריות משפטיות שחת בטקטור החילוני ובטקטור הדתי של ההלכה / העקרון המשפטי המובהק של "ברירה" / החלתו במדה שחה על: הפקר ותרומה, גט ועירוב, חילול מעשר ושחיטת הפסח / הקדש / אינו אישית משפטית אלא "ממון גבוה" / השכינה כבעלת נכסים.

25 — 13 פרק שני: צורתו הקאזואיסטית

המשנה הקדומה וניסוחה המופשט / פירושה וצמצומה על ידי משנות ובריות מאוחרות / התלמוד / מה בינו לבין "קודכס" / סופרים, תנאים ואמוראים / אלה דורשים את המקרא ואלה דורשים את המשנה / הפירוש הרטוריקטיבי של ה"אוקימתא" / צמצום צורך הרחבה עתידה / דוגמאות גריטסקיות, בלתי מציאותיות, בתלמוד / מטרתן: להביע את העקרון המופשט בדיוק מכסימלי, על ידי הרחקת האקציזנטליה הפלוזים, כרגיל, את המקרה הטבעי.

44 — 26 פרק שלישי: הערמה על החוק

מובנו הקלאסי של הכיטוי: הערמה על החוק באמצעות החוק גוסו / קידושי שלוש מאות הנשים על ידי ר' טרפון, כדי להאכילן בתרומה / הערמת מעשר שני / קידושי אחות האשה על ידי אחי הבעל, כדי לפטור את גיטתו מן החליצה / הנורמה המשפטית, והמטרה שלכך נוצרה / הערמה מנצלת את הפער שבין דפנות השטים ההן / הערמה יעילה, והערמה שאיננה יעילה / המבחן לכך / מתנת בית זורון / מערים שהוערם / הרשאה ("אורכתא") / העכרת נשוא הזיון למרשה, כדי שיוכל

להתדיין עם הנתבע / "הקנאה גרועה", או "בעלות מוגבלת" / מה בין זו לבין מחנת בית חורון / השואה עם ה"פירוציה" הרומאית / הערמית אינסטיטוציונליות / ההערמה כבסיס להתקנת תקנות / פרוזובול / היתר עסקא.

פרק רביעי: מידות ושיעורין 59 — 45

נטיית המשפט העברי לשעורים מוחשיים / השבת אבידה / מחילת כתובה/טבילת הטמא/השעור כ"חוק סטאטיסטי" / ההצדקה לקביעת מידות ושעורין / המשפט העברי: משפט ללא שופטים/אין השופט חותך בין בעלי הדין, אלא מודיע לכל אחד מהם את אשר חייב מן הדין לעשות / קני מידה מושפטים שוללים מן האדם את ידיעת האסור והמוחר / הקבלה עם הוראות החלק הסלילי של המשפט המודרני.

פרק חמישי: דין וטעם 65 — 60

אין הטעם "בעליו" של הדין, ואין הוא בהכרח מתנה את קיומו / "מפני מה לא נתגלו טעמי תורה" / התוצאה: התפצלות וריח בין הדין והטעם / "סער מלגו" ו"פער מלבר" / כתובת אשה וטעמה ומטרחה / המשך קיום שעור הכתובה גם לאחר שחולה לשמש את מטרחה: שלא תהא קלה בעיניו להוציאה / תקנות הרבנות הראשית לישראל.

פרק ששי: חוק ומוסר 96 — 66

מה בין הוראות החוק וציווי המוסר / פריעת בעל חוב מצות / נכוחו של הנגשה כ"איך גיסא" של חובת החייב / יחסו הליבראלי של המשפט העברי אל החוזה הבלתי חוקי / אינו סותר, אלא תומך דוקא בתבנו הדתי-מוסרי של המשפט העברי / המשפט העברי: מהותו, מטרתו ודרכי ההגשמה שלו / השטעת כל אלה על דמוסי המחשבה וצורות החקיקה שלו / טורמאליסטיקה / התקפת ר' ירמיה על הטורמאליזם המשפטי, ודחיית ההתקפה / יתרונותיו והסטרונותיו של הטורמאליזם המשפטי / השואה עם הטורמאליזם של המשפט הסלילי.

פרק שביעי: משפט ויושר 138 — 97

יושר טרנסצונטי ויושר פרגמאטי / יושר ומוסר / שלושת סוגי היושר של המשפט העברי / מה בין זה לזה / יושר עברי ואקחטי אנגלית / התפתחותה ההיסטורית של האק"חיטי/נאמנות, ביצוע בעיה, אפטרופוסות / מוסדות היושר של האקחטי האנגלית הם, ברובם המכריע, מוסדות דין של המשפט העברי.

פרק שמיני: על פרשת דרכים 161 — 139

"צינור היבוא" של סימן 46 לדבר המלך / קומון לאו ואקחטי / פסיקה אנגלית כמחייבת את בתי המשפט בישראל / פסיקה שלאחר קום המדינה, ופסיקה שמלפני קום המדינה / עמדת בית המשפט העליון הישראלי / פרשת יעקובוביץ, פרשת אש"ד, פרשת כוכבי / ניתוח המסקנה העולה מהן / תהנית התפתחותו העתידית של המשפט הישראלי נוכח מסקנה זו / הוא יהיה: לא משפט אנגלי, לא משפט ישראלי, אלא משפט מעורב ומורכב, בחניח "חציו עבד וחציו בן חורין" / האלטרנטיבה לכך: יצירת קודם ישראלי, עצמאי, מושגת על עקרונות יסוד של המשפט העברי / ראשי פרקים לדרכי עריכתו של קודם זה / דחיטות הבעיה, והנחץ לפתרונה ברור זה.

מפתח הענינים 168 — 162

רשימת המקורות 188 — 169

א. מקורות המשפט העברי 182 — 169

ב. ספרות משפטית 184 — 182

(א) עברית 183 — 182

(ב) לועזית 184 — 183

ג. פסקי דין 188 — 184

(א) ישראלים וארצישראלים 186 — 184

(ב) אנגליים 188 — 186

הוצאה לאור: תשנ"ח (1977)
 תל אביב: הוצאת ספרים "הענין"

פרק ראשון אופיו המשפטי

יסוד היסודות ושורש כל השגת סגולותיו המיוחדות של התלמוד הוא לידע להודיע ולהוודע, כי התלמוד הוא יצירה קולקטיבית בעלת אופי משפטי מובהק, הן בחלקו הדן בענינים שבין אדם לחבירו, והן בחלקו הדן בענינים שבין אדם למקום.

"כי המשפט העברי, שלא כדרך שאר שיטות המשפט או רובן המכריע, אינו מצטמצם בתחומי ה"בין אדם לחבירו" בלבד, והוא מכניס לקטיגוריות משפטיות, מכנה כינויים משפטיים, תופס תפיסה משפטית, גם את היחסים שבין אדם למקום. גם הקדוש ברוך הוא, בכבודו ובעצמו, הוא מין אישיות משפטית כביכול, נהנה מזכויות, כפוף לחובות, נשמע ומציית לחוקיו הוא, ומשתלב בנושא משפטי אורחי, כאילו, במערכת היחסים שבינו לבין יציריו"¹.

סימנים והוכחות לכך מצויים לרוב על פני ים התלמוד, ומותר לנו לנצל לשם כך גם את הרעיונות הטמונים בין קיפולי האגדה; כי סדנא דתלמוד חד הוא.

נהגה, למשל, אחת מאגדות מעמד הר סיני; מעמד טרום-תורתי שבו ניתנה התורה, ואין הלכה קודמת להלכה, אין נורמה משפטית יכולה להוליד את עצמה. ואף על פי כן — מה רבו האביוורים

1. מ. זילברג, חוק ומוסר במשפט העברי, ירושלים תשי"ב, עמודים 5—6.

המשפטיים שהוצמדו למפרע למאורע קונסטיטוטיובי ראשוני זה. נאמר בתלמוד²:

"ויתיצבו בתחתית ההר (שמות י"ט, י"ז)... מלמד שכפה הקדוש ברוך הוא עליהם הר כגיגית ואמר להם: אם אתם מקבלים התורה — מוטב, ואם לאו — שם תהא קבורתכם! אמר רב אחא בר יעקב: מכאן מודעא רבה לאורייתא³. אמר רבא: אף על פי כן הדור קבלוה בימי אחשוורוש, דכתיב (אסתר ט', כ"ז): קיימו וקבלו היהודים — קיימו מה שקבלו כבר".

במעמד הר סיני נכרתה ברית בין האל ועמו⁴. הברית היא התקשרות, "חווה", וחווה טעון הסכמת שני הצדדים. הסכמה הדדית שכונאת לא נתקיימה כאן. שכן אחד הצדדים כפה, על ידי כפיית הר כגיגית, את רצונו על חבירו, המתקשר השני. אילו, איפוא, היה טרי-בונאל גבוה מעל גבוה, בר-סמכא לדון בסכסוכים שבין הקדוש ברוך הוא וישראל, והוא היה "מומין אותם לדין", היתה להם, לישראל, "מודעא רבה לאורייתא"⁵, טענת-ביטול טובה כלפי כל הטרנסאקציה של קבלת התורה; היו טוענים: נאנסנו על ידי "הצד שכנגד", נותן התורה, ו"אונס רחמנא פטריה", — אונס התורה פטרתו, ואינו לא גורר עונש ולא מטיל חיובים⁶. בא נס פורים, ומילא את פגימתו של מעמד

2. שבת, דף פ"ח ע"א.

3. „שאם יזמינם (הקב"ה) לדין: למה לא קיימתם מה שקבלתם עליכם, יש להם תשובה שקבלוה באונס" (רש"י שם, ד"ה מודעא).

4. שמות ל"ד, כ"ז; דברים ה', ב'; שם כ"ח, ס"ט; ירמיה ל"ד, י"ג.

5. "מודעא" הוא השם הטכני לטענת בטילוחה של פעולה משפטית מסויימת מחמת אונס וכפייה; על פי רוב משתמשים בכיטוי זה כאשר טוען הטענה מודיע עליה מראש, בפני עדים, לפני העשות הפעולה, ומכאן לשון "מודעא": בבא בתרא, אף מ' ע"א—ע"ב, רשב"ם שם ע"א, ד"ה וכן מודעא; רמב"ם הלכות מכירה, פרק י', הלכה א'; כתובות, דף י"ט ע"ב; ערכין, דף כ"א ע"ב; שו"ע אה"ע, סי' קל"ד, סעי' א', ומקומות אחרים זולתם.

6. חוץ מענינים מסויימים בהם מצוי יסוד כל שהוא, הגוטל עוקצו ומקהה חרוד של האונס: בבא בתרא, דף מ"ז ע"ב—מ"ח ע"ב; רמב"ם הלכות מכירה, פרק י', הלכה א'; הלכות אישות, פרק ד', הלכה א'; שו"ע חו"מ, סי' ר"ה, סעי' א'; שו"ע אה"ע, סי' מ"ב, סעי' א'; השוהה גם דברי הרמב"ם הלכות גירושין, פרק ב', הלכה כ'.

הר סיני. כי "מאהבת הנס שנעשה להם"⁷ בימי אחשוורוש, חזרו היהודים וקבלו עליהם התורה מרצון. ניתנה איפוא ראטיפיקציה, והוקנה אישור למפרע, לאקט המשפטי ה"מפוקפק" של קבלת התורה, ושוב לא יוכל איש לערער ב"דין תורה" על תוקף התורה.

נעזו הדברים מאד והם מפגינים, מחוץ לכל אספקט אחר, את האינטימיות הרבה, חסרת-הדיסטנציה, בין ישראל ואלהיו; לא אלהי התנ"ך הגדול הגבור והגורא, אלא הקב"ה ה"עממי" של התלמוד, הרבונו של עולם, שניתנה רשות לתמוה: "איה גבורותיו, איה נוראותיו?"⁸, ושמותו גם להטיח בפניו את הטענה: אנסת אותנו במעמד הר סיני! אך לא בפיתוחו של רעיון מעניין זה עסקין אנו במקום זה. העומד כאן להדגשה והבלטה הוא: תשלובת-מיוחדת-במינה זו בין הלכה ואגדה, ועשיית האגדה מדרש ומדרס לקטיגוריות ההלכיות של עולם המעשה.

ואין ריח של שעטנו גודף ממיווג שני היסודות, אדרבה הם משלימים זה את זה: ההלכה נוסכת קורטוב של ריאליות בעולם הדמיוני של האגדה, והאגדה מוסיפה לויית חן ויופי לפניה "הוועפות"⁹ של ההלכה. גמצא ההלכה נהנית, והאגדה אינה חסרה. לפיכך אין כל דלס ודופי ב"פרוייקציה" של ההלכה, אחורנית ולמפרע, על אישים ומאורעות שקדמו למתן תורה, ולכן אין לראות "זיוף היסטורי" במאמרים כגון אלה:

"קיים אברהם אבינו כל התורה כולה... אפילו עירובי

תבשילין"¹⁰.

7. רש"י שבת, שם.

8. יומא, דף ס"ט ע"ב.

9. כביטוי של ביאליק במאמרו המפורסם "הלכה ואגדה".

10. יומא, דף כ"ח ע"ב. סדר עירוב תבשילין בא להתיר אפייה ובישול והכנת שאר צרכי שבת ביום טוב שחל להיות בערב שבת (עי' ביצה, דף ט"ו ע"ב—י"ז ע"ב; רמב"ם הלכות יום טוב, פרק ו', הלכות א'—א"א; שו"ע אור"ח, סי' תקכ"ז). הרבנות היתירה אשר ב"אפילו עירובי תבשילין" היא, שכל הענין הזה הוא "דרבנן שבדרבנן" — תקנת חכמים נגד איסור מדברי סופרים (ראה רמב"ם שם. הלכה א') — ואף על פי כן קיים אותו אברהם.

ביטוי במלה "שבין", שכן היא מניחה, אפילו בעניני גבוה, קיום יחס הדדי המוליד זכויות וחובות לשני הצדדים. גם המצוה הדתית הטהורה אינה אך ציווי, — היא חובה כלפי האל; והחובה אל האל, מוצאת לה "שכנגדה" בחובה של האל. כשם שישראל מניחין תפילין, אף הקב"ה כך¹⁴. ואם תרצה לומר — הרי כל התורה כולה אינה גזירה הניתנת מלמעלה, אלא מין ברית של "שמור לי ואשמור לך", כפי שעולה מן הדברים הנפלאים האמורים בירושלמי¹⁵:

"אמר רב לעזר: פרא בסיליאוס או נומוס אגרפוס¹⁶. בנהוג שבעולם מלך בשר ודם גוזר גזירה, רצה מקיימה, רצה — אחרים מקיימים אותה; אבל הקב"ה אינו כן, אלא גוזר גזירה ומקיימה תחילה. מאי טעמא? ושמרתי את משמרתי אני ה', אני הוא ששמרתי מצוותיה של תורה תחילה".

תפיסה זו, שהיא ביטוי עילאי לרעיון "שלטון החוק"¹⁷, מן ההכרח שתתן אותותיה בכל ענפי ההלכה. בראש ובראשונה היא הורסת כל מחיצה, ומחייבת יציאת דפוסים שווים להלכה החילונית ולהלכה הדתית. כי שתיהן הן סדרים יחסיים והסדרים, אם בין הדיוט להדיוט ואם בין הדיוט לגבוה. וכך הווה; וכתוצאה מעירובי או מיוזגי תחומין אלה, נפרשה רשת של מונחים ומושגים משפטיים על כל שטחי ההלכה הדתית.

14. ברכות, דף ו' ע"א; גם תכנס הוא שקול: בתפילין שלנו כתוב "שמע ישראל ד' אלהינו ד' אחד", ובתפילין של הקב"ה כתוב "ומי כעמך ישראל גוי אחד בארץ" (שם).

15. ירושלמי ראש השנה, פרק א' (דפוס ויניציאה, דף ג' ע"א).

16. "בשביל המלך — החוק לא כתוב!". על דרך האימרה הלטינית: *Principes legibus solutus est*. שריד מן הנורמה הזאת מצוי גם בחוק שלנו, בסעיף 42 של פקודת הפרשנות האומר: "אין חיקוק בא לגרוע מכל זכות של המדינה, או להטיל עליה חובה, אלא אם נאמר בו במפורש". על יחסה של היודיקטורה הישראלית לכך, ראה פסק דינו של השופט לנדוי, ון מירופ נגל מנהל אגף השיכון, משרד העבודה, בג"ץ 194/56. י"א פסקי דין 659; השווה גם פסק דינו של השופט לנדוי, רשות הפיתוח נגד היועץ המשפטי לממשלה, ע"פ 134/58, י"ג פסקי דין 722.

17. ראה זילברג שם, עמוד 7, *vide Dicey, Law of the Constitution*, 9th Ed., Ch. 4 (The Rule of Law), at pp. 183—205.

"לך נא אל הצאן וקח לי משם שני גדיי עזים טובים (בראשית כ"ו, ט'). וכי שני גדיי עזים היה מאכל של יצחק? אלא פסח היה, האחד הקריב לפסחו, והאחד עשה מטעמים"¹¹.
 "ויהי עשו איש יודע ציד (בראשית כ"ה, כ"ו). יודע ציד לצוד ולרמות את אביו בפיו, ושואלו: אבא! היאך מעשרין את המלח ואת התבן?... "¹².

כל אלה וכיוצא בהם אינם אלא "שופרא דשטרא" ויחוס אבות, כדי לייפות כוחה של הלכה, ולבצר לה שלטון רטרואקטיבי בדמדומי ההיסטוריה של האומה. נאמרו הדברים בכוונה מכוונת, "עבירה לשמה" כביכול, שאלמלא "סילוף" זה, לא נשתייר כלום מן הקשר הקושר אותנו אל אבותינו הראשונים.

2. ההלכה התלמודית, בין אם היא אזרחית-חילונית, בין אם היא דתית או ריטואלית, לעולם אינה הלכה "יתומה" או הוראה לבדד תשכון; היא תמיד משתרגת ועולה מתוך מערכת-מושגים אורגנית, שמצודתה פרושה על כל שטחי המערכה¹³. אלה הן הקטיגוריות המשפטיות, החולשות הן על ה"שבין אדם לחבירו" והן על ה"שבין אדם למקום", כפי שכבר צויין לעיל. אופיין המשפטי בא לידי

11. רש"י בראשית, שם, ומקורו בפרקי רבי אליעזר. הנוסח במקור, פרק ל"ב (הוצאת ורשא 1874, עמוד 61), הוא: "אחד כנגד הפסח", אך אין בכך הבדל רב מבחינת רעיון האנאכרוניסמוס שלפנינו.

12. רש"י בראשית, שם, ומקורו במדרש תנחומא, פרשת תולדות, אות ח', ובראשית רבה, פרשה ס"ג, אות ט"ו. מלח ותבן פטורין מן המעשר, אך עשו שביקש לצוד לבו של יצחק, השתדל להתראות בפניו כמדקדק במצוות ושאל אותו, מעשה תם, את השאלות הללו.
 על למוד הלכה ממעשה אבות שנעשה לפני מתן תורה, ראה דעה שלילית בירושלמי מועד קטן, פרק ג', דפוס ויניציאה רפ"ב (1522), דף ד' ע"ב; "ולמדיין דבר קודם למתן תורה?!" ראה רמב"ם הלכות אבל, פרק א', הלכה א'.

13. מכאן גם הנטיה לסיווג של אבות ותולדות, המברייח מן הקצה אל הקצה את כל תחומי ההלכה, למן "אבות גזיקין" בשטח דיני ממונות, דרך "אבות מלאכות" של דיני איסור והיתר, עד ל"אבות הטומאה" של הלכות קדושה וטהרה (ב"ק, דף ב' ע"א—ג' ע"ב, דף ד' ע"ב—ה' ע"א; שבת, דף ע"ג ע"א; כלים, פרק א').

דוגמא בולטת לכך מצויה לדעתי בתכונת ה"חפציות" — מושג משפטי ותיק ומובהק — האופפת בשעור עולה ויורד את האיסור הדתי. האיסור — ואפילו אם הוא מ"איסורי גברא"¹⁸ — אינו ציווי קטיגורי בלבד, אלא משהו מצייאותי, ריאלי, החל (כלומר: יורד או נופל) על הדבר האסור. ולאחר שהאיסור ירד ו"תפס" בדבר האסור, הרי הוא — כמו בעולם הפיסי, להבדיל — תופס בו מקום, ושוב אין לו, לאיסור ה"צעיר" יותר, על מה שיחול. והתוצאה היא: אין איסור חל על איסור.

"עבר עבירה שיש בה שתי מיתות... רבי יוסי אומר: גידון בזיקה הראשונה הבאה עליו: חמותו ונעשית אשת איש — גידון בחמותו, אשת איש ונעשית חמותו — גידון באשת איש"¹⁹.

"רבי שמעון אומר: האוכל נבילה ביום הכפורים — פטור"²⁰.
 "כלל גדול הוא בכל איסורים שבתורה, שאין איסור חל על איסור, אלא אם כן היו שני איסורין באין כאחת, או שהיה האיסור האחד מוסיף דברים אחרים על אותו האיסור וכו'"²¹.

עינינו הרואות, כי חלותו של האיסור השני נמנעת עקב תפיסתו של האיסור הראשון, הרובץ מקדמת דנא על הדבר האסור. הווה אומר: האיסור — עד כמה שהוא קשור קשר כל שהוא לעצם קונקרטי — אינו צו לא תעשה גרידא, אלא פועל-יוצא הכרחי מתכונתו או מעמדו של הדבר האסור. והרי לפנינו "מוטאטיס מוטנדיס" מושגי יסוד של

18. לבל יגלו בדברי פנים שלא כהלכה! אין אני מתכוון לזוג המונחים האנטי-תטיים "איסור חפצא" — "איסור גברא" הבאים להפלות בין נדר לשבועה (גדרים, דף ב' ע"ב). כוונתי כאן לאותו יסוד חפצי, או קוואזי-חפצי, המצוי גם באיסורים שהם איסורי גברא (פרט לשבועה) כגון עריות, אכילה ביום הכפורים או מאכלות אסורות. אשר לסיווגם של מאכלות אסורות כאיסורי גברא, עיין חידושי הריטב"א נדרים, ריש פרק ואלו מותרין, ליוורנו תקנ"ה (1795), דף י"ז ע"א: "חולין שאוכל לך כבשר חזיר, כעבודה זרה... פי' מה שאוכל משלך יהא אסור עלי כאחד מכל אלו שהן דברים האסורין, לא אמר כלום... מפני שתלה איסורו בדבר האסור איסור גברא...".

19. יבמות, דף ל"ב ע"א.
 20. קידושין, דף ע"ז ע"ב; "פטור מכרת, דלא אתי איסור יום כפורים ומיחל איסור נבילה דקדיים" (רש"י שם).

21. רמב"ם הלכות איסורי ביאה, פרק י"ז, הלכה ח'.

"מוסדות", "מעמדות" או *iura in rem*, החוצים שתי וערב את כל שדה תורת המשפט.

והוא הדין, והוא הדמיון, בכל אותם האקטים הקונסטטיטויביים, המתחללים או מחללים את מעמד נשוא הפעולה; "מעמד" במובן הרחב ביותר, הכולל גם תנאי כושר וכשרות. טול, למשל, קבוצה אינוקוגרואנטית זו: הפקר ותרומה, גט ועירוב, חילול מעשר ושחיטת הפסח, — ובכולם תמצא רישומיו של כלל משפטי נודע, והוא כי אין פעולה כלשהי עשויה להפיק תוצאה המקנה, או מפקיעה, מעמדו של עצם מסויים, אלא אם כן הוא (העצם) מסויים כבר — כלומר: זהותו האינדיווידואלית קבועה וברורה — בעת עשיית הפעולה²². במקורות ההלכה לא הוגדר הכלל בצורה מופשטת ובמלים מפורשות, אך הוא עולה בוודאות גמורה מתוך מחלוקת אחת — המחלוקת הידועה אם "יש ברירה" או "אין ברירה"²³ — אשר הוחלה במידה שווה על כל חברי הקבוצה הנ"ל. והרי הם כסדרם:

"רבי יהודה אומר, שחרית בעל הבית עומד ואומר: כל שילקטו עניים היום יהא הפקר; רבי דוסא אומר וכו'"²⁴.

22. ראה מג'לה, סעיפים 200, 201, והמכר במג'לה חוזה ריאלי הוא (סעיף 369).
 vide s. 16 of the Sale of Goods Act, 1893; cf. Austen v. Craven 128 E.R. 483; (1812), Gabarron v. Kreeft (1875), 33 L. T. 365; cf. etiam Komm. d. RGR. ad ss. 930 of the B.G.B., note 3

23. השאלה היא קוואזי-פילוסופית, ובעקיפין היא נוגעת גם בשולי בעיית הדטרמיניסמוס והאינדטרמיניסמוס. "יש ברירה" פירושו: ההווה האקטואלי מברר למפרע חד-משמעית את העבר הפוטנציאלי, וממילא גם העתיד, לכשיבוא, יברר למפרע את ההווה. נמצא כי הסיום (האינדיווידואליציה) באמצעות מאורע עתיד, הוא בדיוק כה ברור וחד משמעי כמו הסיום והזיהוי באמצעות מאורע בלתי ידוע אשר כבר התרחש. חסידי הדעה של "אין ברירה" כופרים בזהותו ההכרחית של ה"כוח" עם ה"בפועל", או של "הצפוי" עם "המצוי"; תיתכן, לדעתם דיסקרפנציה ביניהם; לכן אין חד משמעות, וממילא אין סיום אינדיווידואלי, במתן סימן היכר שיסודו הוא במאורע עתיד. ראה זילברג, המעמד האישי בישראל, תשי"ח—1957, בעמודים 271—278.

24. בבא קמא, דף ס"ט ע"א; בעל הבית, שהוא מ"צנועין" ויראי שמים חושש שמא ילקטו עניים בשדהו "יותר מדינם" ויעברו על הגול, לכן הוא (לדעת רבי יהודה) מפקיר מראש את השבלים שהם ילקטו לאחר מכן

"הלוקח יין מבין הכותים אומר: שני לוגין (מתוך מאה) שאני עתיד להפריש, הרי הן תרומה, עשרה—מעשר ראשון, תשעה—מעשר שני, ומיחל ושותה מיד, דברי רבי מאיר; רבי יהודה ורבי יוסי שמעון אוסרין."

"הלוקח יין מבין הכותים: בערב שבת בין השמשות כדתניא בתוספתא, וקידש עליו היום ואין לו מה לשנות בשבת, ואין לו פנאי להפריש"²⁵.

"כל גט שנכתב שלא לשום אשה—פסול... אמר לבלר: כתוב לאיוו שתצא בפתח תחילה, מאי?"²⁶

"מתנה אדם על עירובו ואומר: ... אם בא חכם מן המזרח—עירובי למזרח, מן המערב—עירובי למערב"²⁷.

(רש"י שם, ד"ה רבי דוסא; עיין גם תוס' שם, ד"ה כל שלקטו).

25. גמרא ורש"י בבא קמא, דף ס"ט ע"ב; גיטין, דף כ"ה ע"א. על ידי "קריאת שם"—היינו: ההכרזה על עשיית 21 הלוגים תרומה ומעשרות—הוא מוציא את היין מכלל "טבל" (רש"י גיטין, דף כ"ה ע"ב, ד"ה ושותה), ועושה אותו: מיעוטו—תרומה ומעשרות, ורובו הגדול—חולין. אך כדי ש"השם" יחול ויתפוס ויתיר את הנותר, מן ההכרח כי הוא "ייקרא" לא על שיעור פרופורציונלי של כל היין כולו, אלא על כמות מסוימת ממנו, וסיום אינדיווידואלי זה נעשה כאן ע"י התיאור: "שאני עתיד להפריש" (מחר, במצאי שבת).

26. משנה גיטין, דף כ"ד ע"א, וגמרא שם, דף כ"ה ע"א. המדובר הוא באדם ש"היו לו שתי נשים ושמותיהן שוות", למשל: שרה, והוא—בהיזכרו כנראה במעשה יפתח (שופטים י"א, ל"א)—אומר לסופר שיכתוב את הגט לשם אותה "שרה" אשר תצא בפתח תחילה. השאלה: אם הוא גט שנכתב "לשמה", או לא.

27. משנה עירובין, דף ל"ז ע"ב. "תחום שבת" שמותר להלך בו בשבת הוא אלפיים אמה לכל רוח ממקום ששבת (דר בו בערב שבת בין השמשות), ואם הוא שבת בתוך עיר—שטח העיר (לרבות ה"קרפף" שלה) אינו מן המניין, כי כולה מקום שבינתו היא, ומודדין את האלפיים אמה מסופה של עיר. כשעושה אדם "עירוב תחומין" בערב שבת, היינו: מניח מזון שתי סעודות במקום מסוים מחוץ לעיר, תוך אלפיים אמה הימנה, רואין אותו כאילו שבת שם, ומותר לו להלך ביום השבת אלפיים אמה לכל רוח ממקום עירו בו. נמצא האיש "נשכר מה שהוא מפסיד", כי הוא מאריך הילוכו בכיוון אחד, ומקצר אותו בכיוון ההפוך. אותו אדם שבמשנה, רוצה לשמוע בשבת את דרשתו של החכם אשר יבוא ממקומו הוא אל מקום המרוחק מן העיר יותר מאלפיים אמה, אך אינו יודע "לאיזה צד יבוא", אם למזרח של עיר או למערבה. לכן הוא מניח שני

"האומר: מעשר שיש לי בביתי, מחולל על סלע שתעלה בידי מן הכיס—רבי יוסי אומר מחולל"²⁸.

"האומר לבניו: הריני שוחט את הפסח על מי שיעלה מכם ראשון לירושלים, כיוון שנכנס ראשון (לאחר שחיטה) ראשו ורובו—זכה בחלקו..."²⁹

"דאמרינן יש ברירה דמשעת שחיטה היה זה ראוי לכך, ונשחט פסח זה עליו..."³⁰

בכל אלה תלו חכמים את תקפו של האקט—היינו: האמירה אשר

עירובין, אחד למזרח ואחד למערב, ומתנה כי "יקנה לו"—כלומר: יתפוס כ"עירוב" ויקנה לו שביתה—העירוב של אותה רוח אשר ממנה יבוא החכם. הוא תולה, איפוא, את "חלותו" של העירוב בערב שבת בין השמשות במאורע שיתרחש לאחר מכן (עיין ודוק גמרא עירובין שם, ורש"י ד"ה מזרח ומערב; לשאר פרטי הדין ראה: משנה עירובין, דף כ"ז ע"ב) ורש"י ד"ה בכל מערבין; משנה וגמרא שם, דף פ"ז ע"ב; משנה שם, דף מ"ה ע"א; משנה וגמרא שם, דף נ"ז ע"א וע"ב; משנה שם דף ס' ע"א ורש"י ד"ה לא עשה ולא כלום; רמב"ם הלכות עירובין, פרק ו', הלכות א'—ד', ז', ט' (באמצע); רמב"ם הלכות שבת, פרק כ"ח, ומגיד משנה שם להלכה א'; שו"ע א"ח, סי' שצ"ז, סעי' א'; סי' שצ"ח; סי' ת"ח, סעי' א').

28. עירובין, דף ל"ז ע"ב. המדובר הוא במעשר שני, שחייבים להעלותו לירושלים ולאכלו שם לפניו מן החומה, על יסוד הכתוב (דברים י"ד, כ"ג): "ואכלת לפני ד' אלהיך במקום אשר יבחר לשכון שמו שם"; אך מיד בשני הפסוקים שלאחריו נאמר: "וכי ירבה ממך הדרך כי לא תוכל שאתו כי ירחק ממך המקום... ונתתה בכסף וצרת הכסף בידך והלכת אל המקום אשר יבחר ד' אלהיך בו". מכאן האלטרנטיבה: לפדות את המעשר או "להחל" אותו על מעות, ועם חילול זה "יצאו הפירות לחולין, ויעלו המעות לירושלים ויוציאם שם" (רמב"ם הלכות מעשר שני ונטע רבעי, פרק ד', הלכה א'; השוה וזבחים, דף קי"ב ע"ב; מכות, דף י"ט ע"א וע"ב; מעשר שני, פרק ד'). במקרה המצוטט בפנים, פודה האיש את המעשר שני במעות, אלא שזיהוי המטבע אשר עליו מחולל המעשר כבר מעכשיו, נעשה על ידי התייחסות למאורע שיתרחש לאחר מכן: "הסלע שתעלה בידי מן הכיס" (עיין רש"י עירובין שם, ד"ה ר' יוסי).

29. גיטין, דף כ"ה ע"א; משנה פסחים, דף פ"ט ע"א.
30. רש"י גיטין שם, ד"ה זכה בחלקו; פשוט, ואינו צריך ביאור פרט לכך, שאין הפסח נשחט אלא למנויו (פסחים, דף ס"א ע"א; רמב"ם הלכות קרבן פסח, פרק ב', הלכה א').

על פיה ישקו חלות ההפקר, תפיסת התרומה, כשרות הגט וכו' — במחלוקת אם "יש ברירה" או "אין ברירה", והרעיון אשר הכל (או כמעט הכל) הודו בו הוא, כי אם אמנם אין ברירה, והעתיד, לכשיבוא, לא יברר חד-משמעית למפרע את ההווה הפוטנציאלי הנוכחי, על כרחך אתה אומר, כי גשוא הפעולה לא היה מסויים בעת עשיית הפעולה, וממילא לא הועילה זו להפיק את התוצאה ה"חפצית" הרצויה³¹. ושוב אנו רואים, ורואים בעליל, כיצד מתפשטת התפיסה המשפטית על כל ענפי ההלכה.

סיכומו של דבר, כפי שכתבתי במקום אחר³², הוא:

"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 על ידי המחוקק".

3. ואמנם מוצאים אנו אותו, את הכביכול, כבעל דברים ממש, כנושא זכויות וחובות מטריאליות — בדומה, להבדיל, לבשר ודם — בכל העניינים הנוגעים לנכסי הקדש. ולא דוקא קדשי הגוף, אלא גם — ואולי עוד ביתר שאת — קדשי בדק הבית, היינו: כל אותם הנכסים, דניידי ודלא נייד, שהוקדשו על ידי בעליהם, בפירושו או מכללא³³, לצרכי גיהול המשק הגדול של בית המקדש³⁴. לגבי משפט רומי נטושה מחלוקת בין החכמים, מי הוא הגוף אשר אליו יוחסה הבעלות על נכסי הכנסיה³⁵; לגבי התקדש של דיני ישראל, העניין, כנראה,

31. עיין ודוק רש"י עירובין, דף ל"ז ע"ב, ד"ה ר' יוסי; תוס' שם, ד"ה אלא.
32. מ. זילברג, חוק ומוסר במשפט העברי, עמ' 7.
33. "סתם הקדשות לבדק הבית" (ערכין), דף כ"ד ע"א; רמב"ם הלכות ערכין וחרמין, פרק א', הלכה י'.
34. או עניינים אחרים כיוצא בזה; ראה שקלים, פרק ד'.
35. cf. Sohm, Institutes of Roman Law, 3rd. ed. pp. 197—198; Mommsen, Roemisches Staatsrecht, Basel 1952, 2 Band, 1 Teil, S. 59 et seq.; Duff, Personality in Roman Private Law, p. 174 et seq.

ברור: הקדש אינו אישיות משפטית, הוא "ממון גבוה", ממון של גבוה, והאלהות בעצמה — השכינה — היא מבחינה משפטית תהורה בעלת הנכסים.

"הקדש שלא מדעת כהדיוט מדעת דמי; בהקדש ליכא למימר שלא מדעת, דדעת שכינה איכא"³⁶.

"התם היינו טעמא דאיצטריכא למעוטי הקדש גבוה מרבית, משום דהקדש גבוה הרי הוא כמעוטי מיוחדים לאחד, דהיינו לגבוה ממש"³⁷.

אמת נכון הדבר, כי בעלות-גבוה זו, אינה שווה בכל וכל לבעלות בשר ודם; לכן נאמר במשנה³⁸, וכן היא דעת בר-פלוגתיה של רבי שמעון בן מגסיא בברייתא שם, כי:

"שור של הדיוט³⁹ שנגח שור של הקדש, ושל הקדש שנגח שור של הדיוט — פטור, שנאמר (שמות כ"א, ל"ה) שור רעהו, ולא שור של הקדש".

והוא הדין לגבי כמה עניינים אחרים, כגון רבית, אונאה ודיני השומריין⁴⁰. אבל דוקא הדגשה זו: כי ההדיוט אינו רעהו של

36. בבא קמא, דף כ' ע"ב—כ"א ע"א, ורש"י שם דף כ' ע"ב, ד"ה זאת אומרת. נאמרו הדברים בקשר למחלוקת הידועה אם "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו צריך להעלות לו שכר, או לא", ופירושו של דבר הוא, כי לגבי הדר בחצר הקדש — הדיוט הוא תמיד מדעת הבעלים, שהרי השכינה יודעת על כך. הרי שהשכינה היא, פשוטו כמשמעו, בעלת החצר. אך השווה תוס' שם דף כ"א ע"א, ד"ה כהדיוט, ושיטה מקובצת, בבא קמא שם, בשם הרב ישעיהו והרשב"א, ע"ש ודוק.
37. שו"ת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן, סי' רכ"ב, הוצאת ורשא 1883, דף מ"ט ע"א. כך גם דעתו של גולאק, יסודי המשפט העברי, שער ראשון, פרק שני, סעיף י"ג, עיין שם. ועי' תוס' בבא קמא, דף ע"ו ע"א, ד"ה השתא; רש"י שם, ד"ה מכרו להדיוט, ושיטה מקובצת שם, בשם תלמיד הר"ר פרץ.
38. בבא קמא, דף ל"ז ע"ב.
39. ראה הגהות הב"ח למשנה שם; כך גם גירסת הברייתא שם בספרים שלנו.
40. ראה בבא מציעא, דף נ"ו ע"א—נ"ח ע"ב.

הקדש, או שאיננו א ח י ו , מעמידה אותנו על קווי הדמיון המשפטי שבין שני הבעלים⁴¹.

אכן, חדרה המנטאליות המשפטית אל הספירות האכססלוסיביות ביותר של ההלכה התלמודית.

המוניברסיטה העברית בירושלים
המכון לחקר המשפט העברי

פרק שני

צורתו הקאזואיסטית

בפרק הראשון של מסכת בבא קמא שנוייה משנה אחת¹ — פנינה לשונית ממש — שלא מצינו דוגמתה למופשטות (אבסטרקציה), ריכוז וקוצר בכל ששת הסדרים. הוד קדומים חופף עליה, ונראה הדבר כי זו היא אחת "ההלכות הישנות"², או שריד של ספר דינים עתיק, "ספר גזירות"³. הלא כה הוא לשונה הזהב:

"כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נוקו, הכשרתי במקצת נוקו חבתי בתשלומי נוקו כהכשר כל נוקו".

פירוש הדבר לפי פשוטו של כתוב הוא, כי כל שהאדם חייב בשמירתו (שמא יזיק), ולא שמרו והזיק, הרי הוא הכשיר את מעשה הנוק, וחייב בתשלום דמיו; ושנים ש"תרמו" למעשה נוק אחד — אחראי כל אחד מהם סולידארית לתשלום הנוק כולו⁴.

אך לאמיתו של דבר אין הדין כן, ולא כך היא ההלכה הפסוקה. אין אקוויוולנטיות בנוקי ממון שהזיק, ואי מילוי חובת השמירה, לא תמיד גורר אחריו את חובת התשלום. כבר במשנה הקודמת למשנתנו

1. משנה בבא קמא, דף ט' ע"ב.
2. זכריה פראנקל, דרכי המשנה, הוצאת "סיני" תשי"ט, עמור 12. השווה אלבק, מבוא למשנה, פרק רביעי.
3. "ג אפשטיין, מבואות לספרות התנאים, עמוד 55. השווה א. ה. ווייס, דור דורשיו, תרפ"ד, חלק ראשון, עמ' 69.
4. על דרך האחריית הסולידרית של "המוזיקים המשותפים" של המשפט האנגלו-ארצישראלי: סעיף 10 של פקודת הגזיקין האזרחיים, 1944.

41. ראה תוספתא הוצאת צוקרמאנדל, מהדורה שניה עם "תשלום תוספתא" לפרופ' שאול ליברמן, בבא קמא, ד' ד, הוצאת ירושלים תרצ"ח, עמודים 351—352, שם "חושבו" זה כנגד זה הדברים שבהם יפה כוח הדיוט מכוח גבוה והדברים שבהם יפה כוח גבוה מכוח הדיוט; כפות המאזניים הן כמעט מעויינות.

הנ"ל, וכן במשנות ובסוגיות הש"ס לפניה ולאחריה, חולקו הנוזיקין- המזיקים לכמה וכמה סוגים ומשני-סוגים: שור, בור, מבעה והבער⁵; קרן, שן ורגל⁶; תם ומועד⁷; צרורות⁸ ועוד. ואין צריך לומר, כי גם דיניהם שונים: זה משלם נזק שלם, וזה — רק חצי נזק⁹; זה משלם מן העליה, וזה מגופו¹⁰; האחד פטור ברשות הרבים¹¹, השני פטור על הטמון¹², והשלישי פטור על אדם וכלים¹³. וכיוצא בהם סיווגים וסיווגים בכל שטחי הנוזיקין, ומכל מיני בחינות.

וכיצד מתיישב כל זה עם נוסחה הסתמי והברור של משנתנו הקדומה? הפער הוא, כנראה בעליל, גדול מאד, בעל הברייתא — כפי הנראה — הרגיש בדבר, והוא מנסה ליישבו או לגשרו על ידי "אוקימתא" או פירוש רסטריקטיבי, ברוקנו את הכלל ההוא מתכנו הנרחב, ובצמצמו אותו למקרים מסויימים בלבד:

"תנו רבנן: כל שחבתי בשמירתו הכשרתי את נזקו, כיצד? שור ובור שמסרן לחרש שוטה וקטן והזיקו, חייב לשלם; מה שאין כן באש"¹⁴.

מאונגבריטס פון זעצונגן וצווייטע פאקטן

5. משנה בבא קמא, דף ב' ע"א.
6. גמרא שם, דף ב' ע"ב—ג' ע"א.
7. משנה וגמרא שם, דף כ"ג ע"ב—כ"ד ע"ב; רמב"ם הלכות נזקי ממון, פרק ו'; השווה גם שו"ע חו"מ, סי' שפ"ט.
8. משנה וגמרא שם, דף י"ז ע"א—י"ט ע"א.
9. משנה שם, דף ט"ז ע"ב; גם ב"צרות" משלם חצי נזק: משנה שם, דף י"ז ע"א.
10. משנה שם, דף ט"ז ע"ב; "מן העליה" — מן היפה שבנכסיו; "מגופו" — מגופו של השור המזיק, ואם שוויו פחות — מפסיד הגזיק.
11. שן ורגל: משנה שם, דף י"ט ע"ב; גמרא שם, דף ג' ע"ב, ודף ה' ע"ב; רמב"ם שם, פרק א', הלכה ח'; שו"ע חו"מ, סי' שפ"ט, סעי' ט"ו.
12. א ש: משנה שם, דף ס"א ע"ב; גמרא שם, דף ה' ע"ב; רמב"ם שם, פרק י"ד, הלכות ח', ט', י"א; שו"ע חו"מ, סי' תי"ח, סעיפים י"ג, י"ד, ט"ו.
13. בור: משנה שם, דף נ"ב ע"א; גמרא שם, דף ה' ע"ב, ודף נ"ג ע"ב; רמב"ם שם, פרק י"ג, הלכה א'; שו"ע חו"מ, סי' ת"י, סעי' כ"א; השווה גם רמב"ם שם, הלכות ב', ג'.
14. שם, דף ט' ע"ב. בירושלמי בבא קמא, פרק א', הלכה ב', נשנתה ברייתא זו בשם רבי תייא, ובוה הלשון: "כל שחבתי בשמירתו וכו', תני רבי תייה: זה השור והבור; והאש לא תגה א אמר ר' ירמיה, האש להכשר נזקיה...".

עקב אינטרפרטציה זו, חל שינוי חשוב במשמעות הביטוי "שחבתי בשמירתו": לא העדר שמירה פאסיבי, אלא פגיעה פוזיטיבית בחובת השמירה, והיא מסירת המזיק הפוטנציאלי לידי מי שאינו ראוי לשמרו¹⁵. כי רק מתוך היסוד החדש של הפגיעה אפשר להבחין בין "שור ובור" מחד ו"אש" מאידך, כפי שהועלה בשקלא וטריא של הש"ס מסביב לדברי הברייתא הנ"ל. בסופו של דבר, וכתוצאה מפרשנות כפולה זו — של המשנה על ידי הברייתא, ושל הברייתא על ידי הגמרא — נהפך כלל הנוזיקין היסודי של משנתנו לכלל של "אחריות שלוחית", אחריותו של בעל המזיק למעשיהם של החרש שוטה וקטן, המניחה מקום להפלייה בין המזיקים השונים¹⁶.

ואשר לאחריותם הסולידארית של המזיקים המשותפים, הרי היא נעלמה כליל מאחורי הפירוש שניתן בברייתא אחרת למחציתה השנייה של משנתנו:

"תנו רבנן: הכשרתי מקצת נזקו חבתי בתשלומי נזקו כהכשר כל נזקו, כיצד? החופר בור תשעה ובא אחר והשלימו לעשרה, האחרון חייב"¹⁷.

לא כל שותף חייב, אלא השותף המ שלי. שוב פירוש רסטריקטיבי, המשנה באורח יסודי את הרעיון שהובע במשנה הנ"ל. ובמקום אחר, אף זה בקשר לפירוש דברי המשנה, אנו שומעים כלל פרשנות חשוב מאד מפי האמורא הגדול רבי יוחנן, והוא כי:

"אין למדין מן הכללות, ואפילו במקום שנאמר בו חוץ"¹⁸.

15. עיין שיטה מקובצת, בבא קמא דף ט' ע"ב, בשם מהר"י כ"ץ, ודוק.
16. "בשור קשור ובור מכוסה ודכוותה גבי אש גחלת... שור דרכיה לנתוקי, בור דרכיה לנתורי, גחלת כמה דשביק לה מעמיא עמיא ואולא; ... בשור מותר ובור מגולה... התם צבתא דחרש קא גרים, הכא לא צבתא דחרש קא גרים" (שם, שם). יש בכך, לכשנדייק, הרבה מן האחריות השלוחית, אם כי הדגש — בניגוד למשפט האנגלו-ארצישראלי (סעיפים 11—13 של פקודת הנוזיקין האזרחיים) — מוטל כאן יותר על ה"פשיעה" אשר בעצם מסירת המזיק.
17. שם, דף י' ע"א. עיין גם במסקנות המשפטיות המוסקות, בסוגיית הש"ס שם, מן העובדא, כי הברייתא אינה יכולה להדגים את ההלכה אלא במקרה של חופר בור בלבד.
18. עירובין, דף כ"ז ע"א. רש"י שם: "אין למדין מן הכללות, כל היכא דתנו

המשניות כמו שקבלן, ושומר אף על הצביון המיוחד של מקו-
 רותיו"²⁴.

ברם יהא אשר יהא על אופיה הקודיפיקטורית של המשנה, הרי
 הגמרא, על כל פנים — זו חלקו העיקרי של התלמוד — ודאי אינה
 ספר חוקים במובנו המקובל של המונח. יתרונה הוא חסרונה, מבחינת
 תואר זה. נקבעו אמנם בגמרא הלכות לאין ספור, "הלכות קבועות"²⁵
 לשימוש ולמעשה, אך עיקר עיסוקה, ורובא דרובא של החומר הענקי
 שלה, הוקדש לשקלא וטריא הקודמת לקביעת ההלכה, — לכל אותם
 ויוכחי האמוראים, בישיבה גופה ומחוצה לה, שמטרתם היתה לברר
 וללבן ולגמק את הלכות המשנה, או להוסיף הלכות משלהם, אם
 בהליכי הגיון שאינם צריכים אסמכתא כלל²⁶, או תוך הסתמכות על
 המקרא, או — וזה הוא העיקר — כתוצאה מדיוקים ודקדוקים
 בדברי התנאים²⁷. מה שעשו בשעתם הסופרים והתנאים הראשונים

הווה אומר: ה"כל" של המשנה הוא לאו דוקא, ואפשר לצמצמו למספר
 פרטים בלבד. והן זה הוא מה שקיימו, הלכה למעשה, בנוגע למשנתנו
 שתי הברייתות הנ"ל. פרט מעניין רוב חשיבות: רבי יוחנן הוא בן גילם
 (בערך) של מסדרי הברייתות הראשונים, ובעצמו "שונה ברייתות"¹⁸,
 והרי לפנינו התרמות (קואיניצידנציה), שאין לזלול בה כלל ועיקר.
 והשאלה העומדת בפתח עינים היא: מה הם גורמיה ושרשיה של
 פרשנות נועזה זו, והיכן הלגיטימציה שלה?

2. התלמוד אינו ספר חוקים. לפי שלא כדרך ספרי החוקים —
 "קודכסים" בלע"ז — הוא אינו, או אינו רק, קובע הלכות. נכונה אמירה
 זו לא רק בנוגע לחלקו היותר מאוחר של התלמוד, "הגמרא", אלא גם
 לגבי חלקו הקדום, "המשנה". רבי יהודה הנשיא ("רבי") — בין אם היה
 עורכה הראשון והיחיד של המשנה, כפי שסוברים מקצת המלומדים²⁰,
 בין אם היה עורכה השלישי והאחרון אחרי רבי עקיבא ורבי מאיר,
 כדעת אחרים²¹ — לא התכוון לפסוק, ולא פסק, הלכה למעשה.
 וכבר הוכח הדבר בראיות מוצקות על ידי אלבק²², וראייתו החזקה
 והמשכנעת ביותר היא, כי במקומות רבים בתוספתא ובברייתא חולק
 רבי גופו על "סתם משנה" שהיא, לדעת מתנגדיו של אלבק, ההלכה
 הפסוקה²³. נראית, איפוא, הדעה כי:

"העורך (הכוונה לרבי יהודה הנשיא) לא הציב לו למטרה
 לסדר במשנתו פסקי הלכות "למעשה" ... אלא קבע את

כלל, לא אמרין דוקא הוא, דאיכא כלל דלא דק במילתיה, ואיכא מילי
 דליתנהו בהאי כלל ... ואפילו במקום שנאמר בו חוץ מדבר פלוני, דאיכא
 למימר מדאפקיה להאי ודאי דק בכלליה, — אפילו הכי לא ילפינן מיניה,
 דדילמא שייך, דלא אפיק כל מאי דבעי".
 19. י"ג אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, עמוד 239.
 20. עיין ת. אלבק, מבוא למשנה, פרקים ד', ו'.
 21. זכריה פראנקל, דרכי המשנה, עמודים 123, 221—224; צבי גרץ, דברי
 ימי ישראל, מהדורה שלישית (עברית), כרך ג', עמודים 76, 85; השווה
 גם יעקב בריל, מבוא המשנה, חלק שני, הוצאת פרנקפורט ע"ג מייזן
 תרמ"ה, עמוד 13.
 22. אלבק שם, עמוד 106, ונספח ו', עמודים 270—283.
 23. למשל: "תניא: זו (ה"סתם משנה") משנת רבי נתן; רבי מאיר אומר, אין
 אני רואה דבריו של רבי נתן, אלא חולקות בשוה" (כתובות, דף צ"ג ע"א).

24. אלבק שם, עמודים 105—106. למעשה זוהי גם דעתו של וייס, דוד דור
 ודורשיו, חלק ב', עמוד 209, האומר: "ראש כל כללי המשנה הוא, שרבי
 יהודה הנשיא לא חיבר ספר חוקים להורות הלכה, כי
 אם קובץ הלכות הכולל כלל התורה שבעל פה", ובזה הוא — כפי שהוכיח
 אלבק שם (עמוד 270) — סותר ודוחה את אשר כתב במקום אחר.
 25. ראה רשב"ם בבא בתרא, דף ס"ה ע"א, ד"ה קבועות. פירוש אחר,
 מצומצם, ניתן למונח זה ע"י ר' נחמן קרוכמל, מורה נבוכים הזמן, שער
 י"ג, עמוד 201; הסיפא של המאמר בבבא בתרא: "וזה הרו בהן
 שהלכות קבועות הן", אינה תומכת בפירוש רי"ק.
 26. למשל, בבא קמא, דף מ"ו ע"ב: "מנין להמוציא מחבירו עליו הראיה,
 שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם, יגיש ראה אליהם ... הא למה לי
 קרא — סברא היא: דכאיב ליה כאיבא אול לבי אסיא? אלא קרא לכדרב
 נחמן אמר רבה בר אבון, דאמר רב נחמן אמר רבה בר אבון מנין שאין
 נזקקין אלא לתובע תחילה, שנאמר מי בעל דברים יגש אליהם"; או
 כתובות, דף כ"ב ע"א: "מנין להפה שאסר הוא הפה שהתיר מן התורה,
 שנאמר את בתי נתתי לאיש הזה, "לאיש" אסרה, "הזה" התירה. למה לי
 קרא — סברא היא ... אלא כי איצטרך קרא לכדרב הונא אמר רב וכו'".
 27. דוגמא קלטית לכך: משנה וגמרא בבא מציעא, דף ב' ע"א. השווה גם
 דקדוקי לשון, מלווים מסקנות הלכיות ואחרות, בסוגיא הראשונה
 דקידושין, דף ב' ע"א—ג' ע"א. ראוייה לציון העובדא, כי דיוקים
 ודקדוקים מינוציוויים כאלה באים על פי רוב בריש המסכת, כמו בשתי
 המסכתות הנ"ל, וכן בריש יבמות, נדרים—נזיר, זבחים—מנחות, חולין,
 ואיני יודע אם עמד משהו על כך.

למקרא, עשו עתה האמוראים למשנה, אלו ואלו "דרשו" את הטכסט²⁸, את המקור, את הפנים, אונו וחקרו ובדקו כל תג וקוץ שבו, אלא שאותו "מדרש משנה" של האמוראים היה הרבה פחות פורמאלי ויותר חפשי, ואף לא הוגבל למספר מסויים של "מידות". בינתיים נשתנו התנאים וגבר הנסיון — "נסיון" תרתי משמע — כי הכלים נשברו: המקדש חרב, המדינה בטלה, הסנהדרין נאלמה, ולא בשתיירה אלא התורה הזאת, להיותה שומרת, בארץ ההרוסה ומחוצה לה, על שלימות האומה ועצם קיומה.

המשימה שנטלו על עצמם האמוראים, לא היתה קלה: לברר ולקבוע את ההלכה, למען ילכו בה. המשנה, אמנם, כבר היתה כתובה²⁹, אך לא היה די בה. כי אוסף ההלכות אשר אותן קיבץ וערך רבי יהודה הנשיא היו, מטבע הדברים, אקראיות, מקוטעות, בלתי ממצות, שנאמרו על ידי חכמים שונים, בדורות שונים ובהודמנויות שונות, והיו רווחים גדולים, לאקגנות, ביניהן. "מאימתי קורין את שמע בערבין?"³⁰, שואלת המשנה הראשונה של הש"ס³⁰ ומשיבה: "משעה שהכהנים נכנסין לאכול בתרומתן עד סוף האשמורה הראשונה". לא נתפרש במקומו, מה היא בכלל קריאת שמע זו, ואימתי נגמרת האשמורת הראשונה. את הלאקגנות הללו חייבים היו למלא ממקום אחר, ולעתים קרובות הוכרחו להביא ממרחק לחמם על ידי קושיות, השוואות, "רמיות"³¹ וכדומה. פעמים היתה הקושיא או הרמיה חזקה מדי, קשה היה לתרץ

28. אפשר לראות היום כמוכרעת לחיוב את השאלה, אם המשנה נכתבה בימי רבי או לא. עיי' אלבק שם, עמודים 111—115; זכריה פראנקל שם, עמודים 228—230; השווה י"נ אפשטיין, מבוא לנוסח המשנה, עמודים 692—702. דוגמאות למדרש מלים בודדות של המשנה מצויות בחגיגה, דף ב' ע"א ("הכל — לאתויי מאי?"); יבמות, דף כ' ע"א ("כלל — לאתויי מאי?"); שם, דף כ"ב ע"א וע"ב ("מכל מקום — לאתויי מאי?"); כתובות, דף ק"י ע"ב ("ואין הכל מוציאין — לאתויי מאי?").

29. ראה הערה 28 לעיל.

30. ברכות, דף ב' ע"א.

31. רמיה — מן "ורמיניה", "רמיי", "רמי ליה מירמא" (יבמות, דף י"ג ע"א, בבא מציעא, דף כ"ה ע"ב, חולין, דף מ' ע"א; חגיגה, דף ז' ע"א, פסחים, דף פ"ח ע"א; כתובות, דף כ"ז ע"א, בבא קמא, דף ט"ז ע"א, בבא בתרא, דף י"ט ע"א) — זריקה, או קונפרונטציה של שני מקורות הלכה הסותרים, באמת או לכאורה, זה את זה. מטבע זה נטבע על ידי ר' שמואל הנגיד

את הקושיא, או קצר היה המצע מהשתרע על שני המקורות השונים, ואזי נאלצו לצמצם את האחד, או שניהם יחד, ולקצץ בנטיעות של הכלל אשר הובע בדברי המשנה.

כזאת וכזאת היתה הטכניקה הפרשנית, אשר שינתה את תכנה המטריאלי של ההלכה התנאית, אך שמרה שמירה קפדנית על רציפות ההלכה, בהכניסה את פירושיה לתוך דברי המשנה. מעשה אבות סימן לבנים, והאמוראים נקטו כאן, "מוטאטיס מוטנדיס", את הדרך שהלכו בה הסופרים והתנאים. הראשונים "עקבו"³² את המקרא, האחרונים "עקבו" את המשנה, אך אלו ואלו הסתופפו בצל ה"אסמכ-תא"³³, אשר הקהתה את חודו של חידוש, ונטלה הימנו את העוקץ שבו.

3. ובוה אנו מגיעים אל האוקימתא³⁴, זו דרך הפרשנות המהפכנית והמהפכת אשר נגענו בה בריש פרק זה. משמעותה: העמדת ההלכה הסתומה של המשנה (או הברייתא) על מקרה מסויים, לכאורה בעל

ב"מבוא התלמוד", או על ידי רב שמואל בן חפני, אם הוא הוא, כפי שיש סוברים, מחברו של "מבוא התלמוד" המיוחס לרבי שמואל הנגיד.
32. על מאמרו של ר' יוחנן בשם ר' ישמעאל "הלכה עוקבת מקרא" (סוטה, דף ט"ז ע"א) נאמר בתוס' שאנץ שם: "עוקבת — מקפחת את עקבו והעמדתו ועוקרתו". כאן משתמש אני בביטוי זה לצייין בו כל עקירה "מיסויית" של ההלכה הישנה. השווה רנ"ק, מורה גבוכי הזמן, שער י"ג, הוצאת ברלין תרפ"ג, עמ' 165.

33. אסמכתא — מקור מדומה, מלאכותי, בו נאחות ונתלית ההלכה. על כמה דברים שהסתמכו בהם על המקרא נאמר: "דרבנו, וקרא אסמכתא בעלמא" (יומא, דף ע"ד ע"א; מועד קטן, דף ג' ע"א; יבמות, דף כ"א ע"א, דף כ"ד ע"א, דף נ"ב ע"ב, דף ע"ב ע"א; בבא מציעא, דף פ"ח ע"ב). האסמכתא של הפסוק מעניקה יתר סמכות ותוקף להלכה, ואפילו תקנות ממש, שמקורן החדש גלוי וידוע, הקפידו — מאותו טעם גופו — לתקנו כדוגמת דיני התורה: "כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון" (פסחים, דף ל' ע"ב; יומא, דף ל"א ע"א; יבמות, דף י"א ע"א; גיטין, דף ס"ה ע"א, עיי' שם). גם האמוראים בפרשם כדרכם את המשנה, עשו אותה "אסמכתא" להלכות החדשות.

34. אוקימתא — העמדה; "ואוקימנא כר' יהודה" (פסחים, דף י"א ע"א); "במאי אוקימתא להא דשמואל" (כתובות, דף ס"ד ע"א); "ולוקמה בגולן" (בבא בתרא, דף מ"ד ע"א); "לרב ששת דאוקמה בלוקח מן הגולן" (רשב"ם שם, ד"ה ומקשינו); "מוקי לה בצדקה ובגמילות חסדים" (מועד קטן, דף ט"ז ע"ב).

שטח חחולה יותר צר, על ידי "הכא במאי עסקינן", "לא שנו אלא", "חסורי מחסרא והכי קתני", ועוד ביטויים רבים אחרים כיוצא בהם³⁵. לכשנעייין בדברי גראה כי ההעמדה, לעתים קרובות, אינה אלא קסגדריא, המובילה מן ההלכה התנאית הסתומה, דרך המקרה המיוחד "הוקמה" עליו, אל העקרון החדש — המופשט — העולה הימנו. נמצא כי צמצום זה צורך הרחבה הוא; כי כל הפשטה היא הרחבת-גבול, שכן היא מנתקת את הדין מן הרקמה הקונקרטית של ההלכה השנוייה. הציטטות הבאות יבהירו את הרעיון:

"(משנה) העדים שאמרו כתב ידינו הוא זה, אבל אנוסים היינו... הרי אלו נאמנים".

"(גמרא)... אמר רמי בר חמא, לא שנו אלא שאמרו אנוסין היינו מחמת גפשות, אבל אמרו אנוסין היינו מחמת ממון, אין נאמנים, מאי טעמא? אין אדם משים עצמו רשע"³⁶.

"תנו רבנן: מוכרן לאחד או לשלשה בני אדם כאחד, כולן נכנסו תחת הבעלים... הכא במאי עסקינן, כגון שלקח עדית באחרונה... משום דאמר להו, טעמא מאי אמור רבנן אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין — משום תקנתא

35. כתובות, דף כ"ו ע"א, דף צ"ה ע"א; בבא קמא, דף ח' ע"א—ע"ב, דף קי"ד ע"ב; כתובות, דף י"ח ע"ב, דף כ"ו ע"ב; גיטין, דף ט"ז ע"א, דף ל"ה ע"א; קידושין, דף כ"ו ע"א; עירובין, דף צ"ז ע"ב; כתובות, דף פ"ט ע"א; נדרים, דף ל"ז ע"א; גיטין, דף מו ע"א. מן הראוי לציון, כי לפעמים המשנה באמת חסרה, לוקה בהשמטה בגלית, וה"חסורי מחסרא" ממלאה את החסר בדרך הגיונית ביותר, כגון גיטין, דף ס"ו ע"א; בבא מציעא, דף פ"ו ע"א, ועוד.

36. כתובות, דף י"ח ע"ב. המדובר כאן ב"קיום שטרות" — אישור חתימת העדים — על ידי עדי החתימה גופם. עדותם כאן היא "שבורה": מעידים שחתמו על השטר, אך מוסיפים כי אנוסים היו לחתום עליו. הדין הוא לפי האוקימתא של רמי בר חמא כך: אם הם אומרים אנוסים היינו מחמת גפשות, נאמנים הם בשני חלקי העדות, והשטר בטל (רמב"ם הלכות עדות, סוף ג', הלכה ו'); אבל אם אומרים אנוסים היינו מחמת ממון — שוחד לקחנו על עדות זו" — אין הם נאמנים בתוספת זו, והשטר קיים, "שאין אדם משים עצמו רשע, עד שיעידו עליו עדים שהוא רשע" (רמב"ם שם, הלכה ז').

דידי, אנא בהא תקנתא לא ניתא לי, כדרבא דאמר רבא, כל האומר אי אפשי בתקנת חכמים כגון זו, שומעין לו...³⁷. מן האוקימתא אשר במובאה הראשונה, משתור ועולה כלל ראיות חשוב, שנופו מגיע הרחק מעבר להלכה השנוייה. הכלל הוא, כי אין אדם נאמן בעדותו, כאשר תכנה — אם יתקבל — יעשה אותו "רשע" הפסול להעיד³⁸. יהא בזה משום "מעגל שוטה", *circulus vitiosus* בלע"ז. ואילו במובאה השניה, עולה הימנה (מן האוקימתא) כלל משפטי-סובסטנטיבי, המטעים תמיד טעמה של תקנה, ומוסר את

37. בבא קמא, דף ח' ע"א—ע"ב. היו לו, לבעלים, ג' עדות: בינונית, זיבורית, ומכר כולן לאחר, בתיותו חייב כסף לשלושה נושים: ניוק, בעל חוב, וכתובת אשה. את העדית קנת הלוקח באחרונה. הדין הוא, כי "הניזוקין שמין להן בעדית, ובעל חוב בבינונית, וכתובת אשה בזיבורית" (גיטין, דף מ"ח ע"ב), והיה צריך, איפוא, הניזוק — לגבות חובו מן העדית שבידי הלוקח, הבעל חוב — מן הבינונית, וכתובת אשה — מן הזיבורית. אבל ישנה תקנה: "אין נפרעין מנכסים משועבדים (נכסים שנמכרו לאחר) במקום שיש בני חורין (נכסים המצויים בידי החייב גוסר)", נמצא כי ביני לביני, היינו לאחר שהבינונית והזיבורית כבר נמכרו והעדית עדיין היתה בידי הבעלים — "נכסים בני חורין" — התרכזו כל השעבודים בקרקע זו, וכל שלשת הנושים יכולים לדרוש, כי הלוקח יגבה להם את חובם משה העדית. תשובתו של הלוקח לטענה זו היא: הן כל התקנה היא התקנה מלכתחילה לטובתי אני, הרשו לי לומר לנרשה: "הנחתי לך מקום לגבות ממנו", עכשו שכל השדות בידי, ותקנתא גורמת לי רעה, אני אומר: אי אפשי בתקנת זו, ועליכם לגבות "כדינכם", היינו: הניזוק מן העדית, בעל חוב מן הבינונית, וכתובת אשה מן הזיבורית. ענין אחר, יותר מעשי, אשר בו משתמשים ברעיון זה הוא מונוגות האשה: "יכולה אשה לומר לבעלה איני יתוונת ואיני עושה" (המקור בכתובות, דף ג"ח ע"ב), כי "מונוג עיקר, תחילת תקנתא לטובתה תקנה, משום דזמנין דלא ספקא במעשה ידיה למונוגות, ותקנו תחילה עיקר תקנתא שיוון את אשתו, והדר תקון לו מעשה ידיה משום איבה, וכיוון דעיקר תקנתא לטובתה משום ידיה הואי, כי אמרה לא ניתא לי בהאי טיבותא שומעין לה" (רש"י שם).

38. זה הוא הרעיון המונח ביסוד הדין דרמי בר חמא והדין דרב יוסף, סנהדרין דף ט' ע"ב, לגבי "פלוגי רבעני לרצוני". רבא, בר פלוגתיה דרב יוסף שם, משתמש אף הוא ברעיון דאין אדם משים עצמו רשע, בהקדימו לכך את המלים, "אדם קרוב אצל עצמו, ומגיע אל משקנה ההפוכה, בסברו "פלגינן דיבורא", ומברילים בין החלק הכשר והחלק הפסול של העדות. על שום מה לא השתמש רבא, בעל הסוגיא בכתובות, גם כאן ברעיון של "פלגינן דיבורא"? על כן ראה: תוס' סנהדרין שם, ד"ה ואין אדם; כסף משנה על הרמב"ם הלכות עדות, סוף ג', הלכה ב'.

השליטה עליה לידי ה"בנפיציאנט" שלה. כאשר התקנה הותקנה מלכתחילה לטובת סוג אנשים מסויים — קוני מקרעין, נשים נשואות וכדומה — הרי אם היא, במקרה האינדיווידואלי, נהפכת לו לרועץ וגוררת אחריה, בעקפיון, תוצאות רעות בשבילו, הוא יכול להסתלק ממנה ולומר: לא מדובשך ולא מעוקצך, והריני חוזר אל הדין שהיה קיים לפני התקנה.³⁹

ושמץ דבר מסוג זה קיים כמעט בכל האוקימתות של הש"ס. החילוקים והאבחנות שבהן יוצרים ניואנסים חדשים, מעלים קני מידה ואספקטים חדשים. נמצא ההלכה מתעשרת על אף, ודוקא בגלל, הצמצום שחל בהלכה השנוייה. פירושי האמוראים⁴⁰ עשו את הלכת המשנה "ענייה במקום זה, ועשירה במקום אחר". לא מן המידה היה לכייל מחדש, בקודכס מופשט ומתוקן, את ההלכה התנאית; חסרה להם, לאמוראים, הסמכות לכך. מה שעשה על ידם היה, איפוא, לא חידוש ההלכה, אלא חידושי הלכות, קונקרטיות, בודדות, והתוצאה היתה נביטת הרעיון החדש, המופשט, מתוך הגרעין המוצק, הקונקרטי, של המקרה הנידון. מכאן החירות היחסית שנטלו לעצמם פרשני ההלכה התנאית, וכאן טמונה הלגיטימציה למערכת האוקימתות ההן.

4. אמרנו: "הלכות קונקרטיות, בודדות", ואמנם כך הוא, וממנו פינה ממנו יתד לאופייה הקאזואליסטי של ההלכה התלמודית. ההלכה נוסחה בדרך כלל, לא בעקרונות מופשטים, אלא ב"סיפורי מעשה" קצרים הנראים — בשל הקונסטלציה של הפרטים שבהם — כתמציות של cases, כפסקי דין או החלטות שניתנו במעשים שהיו⁴¹.

39. השווה פסק דינו של השופט זילברג, דוויק נגד לאלו, ע"א 99/49, ה' פסקי דין 625.

40. וכן פירושי מסדרי הברייתות לדברי המשנה, כמו בדוגמא שהבאנו בריש פסק זה.

41. דוגמאות מעטות לקוחות משתי מסכתות בלבד, כתובות ובבא מציעא, שהן, כידוע, המסכתות החשובות ביותר בשטח המשפטי-אזרחי; כתובות, דף כ"ו ע"א—ע"ב ("הכא במאי עסקינן, דמוחזק לן באבוא דהאי דכהן הוא, ונפק עליה קלא וכו', ואתא עד אחד וכו', ואתא בי תרי וכו', ואתא עד אחד וכו'"); דף ל"ב ע"א ("בשוטה ובמפותח"); דף ס"ה ע"ב ("תנא

קאזואליסטיקה זו הבולטת בחלק המשפטי-אזרחי של התלמוד, מאפיינת ביחוד את הלכת הגמרא. ומן הדין שיהיה כן. כי מכיוון שהמשנה היתה מרכז העיגול אשר במסלוליו נעה כל השקלא וטריא של הש"ס; והואיל והמשנה גופה, כפי שכבר צויין⁴², היא אוסף הלכות בודדות שנאמרו בדורות שונים מפי חכמים שונים, הרי מטבע הדברים, כי גם ההלכות שנתחדשו בבית המדרש⁴³ בעת פרשתם את המשנה, היו ברובן המכריע: הלכות חלקיות, קונקרטיות, דוגמתיות, שבעדן השתקף, בדאיתכסיא, הרעיון החדש שהוסיפו האמוראים משלהם. הניחו לדורות הבאים אחריהם את מלאכת ה"הפשטה" למען יגיעו אליה בדרך איגדוק-קטיבית, — מן הפרט אל הכלל. ואם כי דבר זה הרבה מחלוקיות בישראל — בתקופת הגאונים והפוסקים, ובספרות השאלות ותשובות — הרי הוא, מאידך גיסא, העניק להלכה גמישות מרובה וכושר הסתגלות, ומנע את התאבנותה תוך מסגרת נוקשה של כללים מוגדרים. לא היה המשפט העברי מתפתח, כפי שהתפתח, בספרות הרבנית העשירה, אלמלא "חופש התמרון" שניתן לו, בתוך שאר חלקי ההלכה, כתוצאה מניסוחה הקאזואליסטי של ההלכה התלמודית⁴⁴.

במקום הרים קאי"; דף ע"ב ע"א ("לא צריכא דאמרה ליה פלוני חכם טיהר לי את הדם, ואזל שייליה ואשתכח שיקרא"); דף ק"ט ע"ב ("כגון שהקיפה ארבעה בני אדם מארבע רוחותיה"). בבא מציעא, דף ב' ע"ב ("לא צריכא דנקט מתרוייהו, מתד מדעתיה ומחד בעל כורחיה וכו'"); דף י"ב ע"ב ("כגון ששכרו ללקט מציאות"); דף י"ח ע"א ("כאן במקום שהשיירות מצויות... והוא שהוחזקו שני יוסף בן שמעון בעיר אחת"); דף כ"ג ע"ב ("נפקא מינה לאהדורי לצורבא מרבנן בטביעות עינא"); דף מ"ג ע"א ("בצוריון והתומין שנו... בקשר משונה"); דף ע"א ע"א ("הכא בתלמידי חכמים עסקינן"); דף ע"ו ע"א ("לא צריכא דאמר להו שכרכם על בעל הבית... לא צריכא דאיכא דמתגר בארבעה ואיכא דמתגר בתלתא וכו'"); דף פ"ג ע"א ("לא צריכא דטפא להו אאגריהו"); דף צ"ו ע"ב ("כגון שיש עסק שבועה ביניהן"); כל אלה דוגמאות, בהן מוסיפה הגמרא סדרת עובדות חדשה על תנאי הלכת המשנה.

42. ראה לעיל, סעיף 2 של פרק זה.

43. "אי אפשר לבית המדרש בלא חידוש" (חגיגה, דף ג' ע"א).

44. למען האמת יצויין כאן, כי לפעמים "התגברו" המפרשים והפוסקים גם על עקרונות שהובעו בצורה מופשטת, כללית, ומיעטו אותם על ידי הוספת גדרים וסייגים. טול, למשל, את הכלל של רבא "כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני" (תמורה, דף ד' ע"ב), והשווה תוס' שם, דף

5. ומענין לענין באותו ענין, — אל שרשי תופעה אחת, אשר עוררה הרבה תמהון ולעג בקרב מבקרי התלמוד. כוונתי לאותן דוגמאות גרוטסקיות, בלתי מציאותיות ביותר, בהן מודגמות לפעמים הלכות הגמרא. למשל:

"נפל מראש הגג ונתקע באשה"⁴⁵.

"קני את וחמור"⁴⁶.

"הדביק שני רחמים, ויצא מזה ונכנס לזה"⁴⁷.

וזולתן הרבה אחרות כיוצא בהן. על שום מה — ישאל השואל — כל הזרות והמוזרות הלזו, ומדוע לא טרחו להמציא להלכותיהם דוגמאות יותר טבעיות?

נראה לי שכל השואל כך מעיד על עצמו, כי לא השכיל לחדור לפני ולפנים של מבנה ההלכה האמוראית. ההסבר לכך פשוט בתכלית, והוא: כי מכיוון שהשיטה קאזואליסטית היתה, והרעיון ההלכתי המופשט מיועד היה לעלות, כפי שכבר נאמר, בדרך אינדוקטיבית מן המקרה הקונקרטי המשמש לו דוגמא, הרי כאשר נחוץ היה להפגין תוך דיוק מכסימאלי את הרעיון המופשט, מן הצורך היה כי אותו מקרה יהיה "מוניסטי", בעל יסוד אחד ויחיד, ללא תערובת כל שהיא של יסודות זרים. ודבר זה נתאפשר דוקא על ידי הדוגמאות הדרסטיות והמלאכו-תיות ההן. כי יתרון הדוגמא ההיפותטיטית מן התקדים המציאותי הוא, שממנה אפשר להרחיק — באורח מלאכותי — את כל ה"אקצידנטליה", היינו: כל אותם הפרטים הצדדיים המתלווים כרגיל למקרה הטבעי,

ו' ע"א, ד"ה והשתא; סמ"ע חו"מ, ס"י ר"ח, סעי' א', ס"ק (ג); ש"ך חו"מ שם; ט"ז חו"מ שם; שו"ת מהר"ם אלשיך, ס"י ע"ה; שו"ת פנים מאירות, חלק ראשון, ס"י ל"ד; שו"ת ר' עקיבא איגר ס"י קכ"ט; ראה פסק דינו של השופט זילברג, ג'יקובס נגד קרטו, ע"א 110/53, ט' פסקי דין 1401. או את הכלל "אין שלית לדבר עבירה" (קידושין, דף מ"ב ע"ב וש"ג), והשווה את החילוקים והאבחנות שהוכנסו לכלל זה על סמך דברי הש"ס בבא מציעא, דף י' ע"ב, ובלעדיהם: תוס' בבא מציעא שם, ד"ה דאמר: שיטה מקובצת שם; קצות החושן חו"מ, ס"י ק"ה, סוף ס"ק (א); שם, ס"י קפ"ב, סעי' א', ס"ק (ב).

45. בבא קמא, דף כ"ו ע"א.

46. בבא בתרא, דף קמ"ג ע"א.

47. חולין, דף ע' ע"א.

והיא מופיעה נקיה מכל, "רבב", על טהרת התכונה האחת, המיוחדת, שהיא הסגולה המכרעת להחלת ההלכה הגידונה. זהו סוד הדוגמאות הגרוטסקיות ההן, ואף זה מוכיח, כי ההלכה האמוראית, לפעמים, לא היתה "צריכה לגופה", אלא היתה כלי מחזיק ברכה לרעיון הכללי, המופשט, הגלום בתוכה.

אחתיבטיסיה העברית בירושלים
מכון לחקר המשפט העברי

ענין זה), ומותרת לאכול בתרומה³. פירות תרומה זולים יותר מפירות חולין, כי בגלל היותם אסורים לזר, מועטים הקופצים עליהם. אותן השנים שני בצורת היו⁴, ורבי טרפון כהן היה⁵, וגם עשיר גדול⁶. לכן קידש שלש מאות נשים מדלת העם, כדי להאכילן בעצמו, או לאפשר להן לקנות בזול, פירות של תרומה⁷. ההערמה על החוק היא ב"פיקטיביות" של קידושין אלה, שמטרתם היתה לא המטרה הרגילה של חיי אישות, אלא כדי להכניס אותן — באורח "מלאכותי" — לקטיגוריה של "אשת כהן".

ההערמה דומה, על הדרך של סובסומאציה חוקית-מלאכותית תחת סוג משפטי אחר, הפעם לא מתוך נדיבות לב ורחמנות, אלא למען המטרה הפרוזאית של מניעת חסרון כיס, אנו מוצאים במקום אחר: "היה עומד בגורן ואין בידו מעות, אומר לחבירו: הרי פירות הללו נתונים לך במתנה, וחוזר ואומר: הרי הן מחוללין על מעות שיש לי בבית"⁸.

המדובר כאן ב"מעשר שני", — המעשר שמפרישים אותו בשנים ראשונה, שניה, רביעית, חמישית, של מחזור השמיטה, לאחר שהפרישו "מעשר ראשון"⁹. מעשר שני נאכל בירושלים, לפנים מן החומה¹⁰,

3. עדויות, פרק ז', משנה ט'; גדה, דף מ"ד ע"ב; גיטין, דף כ"ח ע"א; רמב"ם שם, שם, הלכה ג'. אשת כהן היא "קנין כספו" במובן הפסוק ויקרא כ"ב, י"א (כתובות, דף נ"ו ע"ב).
4. ראה נוסח הסיפור בתוספתא כתובות, פרק ה', ה'.
5. קידושין, דף ע"א ע"א; בכורות, דף נ"א ע"ב.
6. גדרים, דף ס"ב ע"א.
7. "דבר תורה, ארוסה בת ישראל אוכלת בתרומה, שנאמר וכהן כי יקנה נפש קנין כספו, והאי נמי קנין כספו הוא, ומה טעם אמרו אינה אוכלת (כלומר: אינה אוכלת עד שתכנס לחופה)? שמא ימוגו לה כוס בבית אביה, ותשקה לאחיה ולאחותה" (כתובות, דף נ"ו ע"ב). רבי טרפון רק קידש אותן, ואף על פי כן האכילן בתרומה, "שהיו שני בצרות" (תוספתא כתובות שם, הוצאת צוקרמאנדל, מהדורה שניה, עם "תשלום תוספתא לפרופ' ליברמן, ירושלים תרצ"ח).
8. מעשר שני, פרק ד', משנה ה'; בבא מציעא, דף מ"ה ע"ב—מ"ו ע"א.
9. רמב"ם הלכות מתנות עניים, פרק ו', הלכה ד'; הלכות מעשר שני ונטע רבעי, פרק א', הלכה א'.
10. "עשר תעשר את כל תבואת זרעך וגוי', ואכלת לפני ד' אלהיך במקום אשר

פרק שלישי

הערמה על החוק

הביטוי "הערמה על החוק" נודע לו — בשפה המדוברת — טעם לפגם; מציינים בו כל מעשה-התחמקות-מחובה שיש בו מן הערמה והרמאות. למשל: ניהול פנקסי הכנסה הלוקים בחסר, או "השקעת" שעונים שוייצריים בקופסאות של שימורי בשר. המעשה הראשון פוגע בחובת תשלום מס הכנסה, השני פוגע בחובת תשלום מסי יבוא ומכס, הצד השווה שבהם כי, כתוצאה ממעשה נסתר, בלתי נראה לעין השלטונות, מתחמק האזרח ממילוי חובתו. ה"מוערם" הוא כאן לא החוק, אלא הממונים על שמירתו, כך שבמקום האונאה שבין אדם לחבירו באה האונאה שבין האזרח והרשות.

לא כן הוא מובנו הקלאסי, הנכון, של הביטוי במקורות המשפט העברי. גם בו יש מן הערמה וההשתמטות, אלא שערמה זו — ה"שוכנת חכמה" — מכוונת כלפי החוק עצמו, בחינת "יכה יוסי את יוסי": מערימים על החוק באמצעות החוק גופו.

"מהו להערים? וכי רבי טרפון אביהן של ישראל לא הערים? ! קידש ג' מאות נשים בימי רעבון, על מגת להאכילן בתרומה"¹. תרומה מותרת לכהנים, ואסורה לזרים². אשת כהן דינה ככהן (לגבי

1. ירושלמי יבמות, פרק ד', הלכה י"ב.
2. ויקרא כ"ב, י'; סנהדרין, דף פ"ג ע"א; כתובות, דף ל' ע"ב; רמב"ם הלכות תרומות, פרק ו', הלכה ה'.

אך אפשר לחללו על מעות, ולהעלות את המעות לשם¹¹. אם המעשר הוא ש ל ו, חייב המחלל (הפודה) להוסיף על שוויו חומש¹²; היה המעשר של אחר, פודה אותו בשוויו, ואינו מוסיף עליו חומש¹³. משנתנו דלעיל משיאה עצה טובה למי שבא לפדות את מעשרו, ורוצה לחסוך את החומש. העצה היא: לתת את הפירות במתנה לאחר, כדי שהוא — הפודה — יהיה "נכרי" כלפיהם, ויחול עליו דין פודה מעשר של אחר. דווקא כאשר אין בידו מעות, שאם יש מעות בידו, מן הראוי לעשות הערמה אחרת — "שאינה נראית ערמה כל כך להיפטר מן החומש"¹⁴ — היינו: לתת את המעות לאחר, והלה יחלל את המעשר:

"מערימין על מעשר שני, כיצד? אומר אדם לבנו ולבתו, לעבדו ולשפחתו העברים: הילך מעות אלו, ופדה לך מעשר שני זה"¹⁵.

גם זו הערמה היא, כפי ששמה מעיד עליה, אלא שהיא פחות בולטת, וכאשר די בה — אין נזקקין להערמה קיצונית.

מקרה מעניין ביותר של הערמה — הערמה שמטרתה היתה לחלץ אלמנה צעירה מזיקת יבום וחליצה — קרה בימי מלחמת העולם השנייה. זוג יהודים, חשוכי בנים, חיו כאן בארץ, ולו אח פנוי, ולה אחות פנויה בניוויילנד הרחוקה. הבעל חלה במחלה ממארת, ובשלב האחרון של חליו נטרפה דעתו עליו מרוב יסורים. הבעיה שהעסיקה

יבחר לשכן שמו שם" (דברים י"ד, כ"ב, כ"ג); וזבחים, דף קי"ב ע"ב; תמורה, דף כ"א ע"א—ע"ב; בכורים, פרק ב', משנה ב'; רמב"ם הלכות מעשר שני ונטע רבעי, פרק ב', הלכה א'.

11. "וכי ירבה ממך הדרך כי לא תוכל שאתו וגו'. וגתתה בכסף וצרת הכסף בידך והלכת אל המקום אשר יבחר ד' אלהיך בו" (דברים י"ד, כ"ד, כ"ה); רמב"ם שם, פרק ד', הלכה א'.

12. "ואם גאול יגאל איש ממעשרו חמישיתו יוסף עליו" (ויקרא כ"ז, ל"א); מעשר שני, פרק ד', משנה ג'; רמב"ם שם, פרק ה', הלכה א'.

13. "כל מעשר שאינו הוא ופדיונו משלו, אינו מוסיף חומש" (ירושלמי מעשר שני, פרק ד', הלכה ד'; קידושין, דף כ"ד ע"א ורש"י שם, ד"ה אשה פודה; רמב"ם שם, הלכות ז'—י"א).

14. רש"י בבא מציעא, דף מ"ו ע"א, ד"ה דהכי עדיף; עיין גם גמרא שם.

15. מעשר שני, פרק ד', משנה ד'.

את בני המשפחה היתה, כי לאחר מות הבעל תזקק אשתו לחליצה, ומאד קשה יהיה לבצע את הדבר, בשל ריחוק המקום בו גר אחי הבעל, וסכנות המלחמה. לסדר גט — אי אפשר היה, בגלל אי-שפיות דעתו של הבעל¹⁶. מה עשו? פנו לתלמיד חכם אחד, והוא השיא להם עצה חכמה ומחוכמת: לכתוב לאחי הבעל בניו-זילנד שהוא יקדש שם את אחות האשה, על ידי כך תהיה האשה הארצישראלית "אחות אשתו" של היהודי הניו-זילנדי, ותיפטר מן היבום והחליצה; כי:

"כל שהוא איסור ערוה¹⁷, לא חולצת ולא מתייבמת"¹⁸.

וכן עשו. אחי הבעל קידש את אחות האשה, קידש וגירש אותה מיד — כי גם "אחות גרושתו" ערוה היא¹⁹ — ועם מות הבעל, דבר שאירע לאחר זמן קצר, הותרה האשה לשוק, בלא יבום ובלא חליצה. היו אלה נישואי הערמה, נישואין פיקטיביים, ואף על פי כן הועילו להוציא את אחות האשה מכבלי זיקת היבום.

בכל שלשת המקרים דלעיל, מטרת ההערמה היא: להשתחרר מן ה"גראביטציה" של דין אחד — איסור תרומה לזר, הוספת חומש, חובת חליצה — באמצעות המשיכה והחלות של דין אחר, שהינו אף הוא "חוק", היינו: קשר האישות הנוצר על ידי הקידושין, או הבעלות העוברת מנותן המתנה למקבלה, או היחס של "איש ואחות אשתו" המתהווה בין היבום והיבמה. ואין כל פסול בדבר, שנישואין אלה והעברה זו "פיקטיביים" הם, כלומר: אינם צריכים לגופם, אלא לאפקט המשפטי הנוצר — כאילו דרך אגב — על ידם.

בהערמה מושלמת שכזאת, הערמה של "בין דין לדין", אין

16. משנה יבמות, דף קי"ב ע"ב; רמב"ם הלכות גירושין, פרק ב', הלכה י"ז; שו"ע אה"ע, סי' קכ"א.

17. "ערוה" היא כל אשה שחייבין עליה כרת, ו"אחות אשתו" מהיבוי כריתות היא (כריתות, פרק א', משנה א'). השווה רמב"ם הלכות איסורי ביאה, פרק א', הלכה א'.

18. משנה יבמות, דף כ' ע"א, ועיין רש"י שם, ד"ה לא חולצת; רמב"ם הלכות יבום וחליצה, פרק ו', הלכה ט'; שו"ע אה"ע, סי' קע"ג, סעי' א'.

19. "ואשה אל אחותה לא תקח לצרור לגלות ערותה עליה בחייה" (ויקרא י"ח, י"ח); יבמות, דף ח' ע"ב; שו"ע אה"ע, סי' ט"ו, סעי' כ"ו.

החוק רואה עבירה כל עיקר, כי הוא עצמו "אשם" בכך, הוא הוא המספק למערים את מכשירי ההערמה. הנחה היא, כי המחוקק עיניו משוטטות בכל, ונהירים לו כל "שבילי ההברחה". ואם הוא לא סתם את הפירצה — לא קבע, למשל, כי רק אשה "אמיתית", זו שחיה עם בעלה חיי אישות ממש, מותרת לאכול בתרומה ופוטרת את אחותה מן החליצה — אות הוא שאינו מקפיד על כך, כי לא איכפת לו, וכי הוא מחיל את הנורמה המשפטית גם על אלה שהגיעו אליה שלא בדרך הרגילה.

נותן התורה לא הפלה בין אשה "אמיתית" ואשה "פיקטיבית" לגבי תוצאות הנישואין, ולא הבחין בין העברה והעברה לגבי "נכריותו" של פודה המעשר. מהשווייה זו — השווייה שנעשתה מרצון ומדעת — נהנו שלש מאות הנשים של רבי טרפון, נהנתה היבמה הארצישראלית ההיא, ונהנה המערים על מעשר שני לפי העצות היעוצות בשתי המשנות הנ"ל. נמצא כי ההערמה על החוק, במקרים "אלה, הערמה של החוק היא, ניצול חלקו האחד כ"תבלין" למשנהו, למען השגת האפקט הנכסף.

נישואי-התרומה של רבי טרפון מזכירים לנו — ברוב דמיונם — את הנישואין הפיקטיביים של ימינו, הנערכים למטרת רכישת האזרחות. עובדא היא, כי כמה חוקים מודרניים²⁰ — אם לא רובם — מעניקים גם לאשה הפיקטיבית את אזרחות-המדינה של בעלה. ומה הוא הטעם לכך? הטעם הוא:

"כי אין אפוטרופוס לגנזי 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. אפשר לקרא על כך — בשינוי נוסח קצת — את מאמר חכמינו ז"ל (יבמות ס"ה ע"ב): "כשם שמצוה על המחוקק לומר דבר הנשמע, כך מצוה עליו שלא לומר דבר

of. H. v. H. (1953), 2 All E. R. 1233—1234; Martens v. Martens .20 (1952), 3 South African L. R. 771; Altier: United States v. Rubinstein (1945), 151 Fed. R., 2nd. Series, 915.

שאינו נשמע". שאם לא ינהג כן — נמצא הוא גופו "מסייע" לעוברי עבירה"²¹.

ואתו טעם גופו פועל גם בהכרת הנישואין הפיקטיביים, לגבי היתר אכילת תרומה או פטור חליצה.

סיכומו של דבר: כאשר הנורמה המשפטית היא רחבה, סתמית, כוללת, מן ההכרח כי ימצאו בה מקלט גם אלה שאינם עוסקים בה "לשמה", אלא עיניהם נשואות לאותה תועלת צדדית, הנובעת מאחת התוצאות שלה. ההערמה על החוק היא: ניצול "סרח העודף" של הנורמה המשפטית הרחבה על המטרה המיועדת שלה, כדי לקפל בתוכו אקטים ומאורעות שהם מעבר לתחומי המטרה ההיא. המטרה הראשונית של היתר תרומה לאשת כהן היא, כנראה בעליל, מניעת separatio a mensa בין בעל ואשתו²², אך הנורמה גופה היא יותר נרחבה: כל אשת כהן; ומן הפער הזה נהנית האשה הפיקטיבית, שאין לה "שולחן משותף" עם בעלה. והוא הדין בפער שבין הפודה הנכרי של המעשר לבין הפודה המתנכר לו לצורך הפטור מן החומש. אף זה מנצל את היותרת של העברה המשפטית-פורמאלית על העברה הכלכלית.

2. אמרנו: "מנצל את היותרת וכו'", ברם הניצול אינו מועיל, וההערמה היא מבחינה משפטית כלא-היה, כאשר ניצול זה מהווה לא רק את המטרה היחידה, אלא גם את האובייקט היחיד של מעשה ההערמה. ההבחנה היא דקה מאד, אך יש בה ממשות, והיא מסייגת את התחום, בו ההערמה על החוק הופכת הערמה אסורה, או — ביתר דיוק — הערמה בלתי מוכרת ובלתי יעילה. ומעשה דבית חורון יוכיח!

"מעשה באחד בבית חורון שהיה אביו מודר הימנו הנאה, והיה

21. פסק דינו של השופט זילברג, ע"א 238/53, כהן-בוסליק נגד היועץ המשפטי, ח' פסקי דין 4, בעמוד 34.

22. על הקשר שבין חובת מוונות ואכילת תרומה, עייני דוק משנה כתובות, דף ג"ז ע"א, וסוגיא דגמרא שם. אין כל סתירה בין רעיון זה לבין לימוד הדין מקרא ד"קנין כספו" (ויקרא כ"ב, י"א) שם, דף ג"ז ע"ב.

פיקטיביות
 תוצאות
 נכריות
 פיקטיביות
 תוצאות
 נכריות

משיא את בנו, ואמר לחבירו: חצר וסעודה נתונים לך במתנה, ואינן לפניך²³ אלא כדי שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה. אמר: אם שלי הם — הרי הם מוקדשין לשמים! אמר לו: נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים? אמר לו: נתת לי את שלך אלא שתהא אתה ואביך אוכלין ושותין ומתרצין זה לזה, ויהא עוון תלוי בראשו?! אמרו חכמים, כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מוקדשת — אינה מתנה²⁴.

"וכי אין אדם נותן מתנה על מנת שלא יקדישה? כיני מתניתן: כל מתנה שהיא בה ערמה, שאינה שאם הקדישה תהא מוקדשת, אינה מתנה"²⁵.

"מודר הנאה מחבירו" הוא אדם "שחבירו הדירו שלא יהנה ממנו בשום ענין"²⁶, כלומר: המדיר אסר על המודר, בלשון המועיל, ליהנות ממנו כל הנאה שהיא. הדרה זו תופסת, והמודר אסור מכאן ולהבא ליהנות משל מדיר²⁷, כי "יש כוח ביד אדם לאקור נכסיו על אחרים"²⁸.

בסיפור הנחמד על האיש מבית חורון²⁹, הדיר ראובן את יעקב אביו הנאה ממנו. לימים עמד המדיר, ראובן, להשיא את בנו חנוך³⁰, ורצה כי אביו המודר, יעקב, יאכל עמו בסעודת הכלולות. הלך ראובן

23. עיין הגהות הב"ח, נדרים מ"ח ע"א, הגהה (ב).

24. משנה נדרים, דף מ"ח ע"א.

25. ירושלמי נדרים, סוף פרק השותפין, לפי הנוסח של הר"ן נדרים, דף מ"ח ע"א.

26. רש"י נדרים, דף ל"ב ע"ב, ד"ה אין בין המודר. השווה הנה-לעומת-זה של "מודר" ו"נדור", נדרים, דף מ"ו ע"א, עיין שם ודוק.

27. משנה נדרים, דף מ"ו ע"ב; רמב"ם הלכות נדרים, פרק ה', הלכה א'; שו"ע יו"ד, סי' רכ"ד, סעי' א'.

28. הרדב"ז על הרמב"ם שם; השווה סוגיית הש"ס נדרים, דף מ"ו ע"א—ע"ב.

29. בית חורון, עיר שנחלת אפרים, כ-20 קילומטר צפונית מערבית מירושלים, המוזכרת פעמים רבות בתנ"ך ובתלמוד: יהושע י', י' (מעלה בית חורון); ט"ז, ג', ה'; כ"א, כ"ב; ש"א י"ג, י"ח; דה"א ו', נ"ג; ז', כ"ד; דה"ב ח', ה'; סנהדרין, דף ל"ב ע"ב (במעלות בית חורון); ברכות, דף נ"ד ע"א (במודר בית חורון) ועוד, ולדעת ש. קליין (ספר הישוב, כרך ראשון, עמ' 14), היא הכפר הערבי בית עור של ימינו. עי' גם אנציקלופדיה עברית, כרך ח', עמ' 606—607.

30. ראה פירוש הר"ן על נדרים, דף מ"ח ע"א, ד"ה והיה משיא.

ונתן לחבירו, שמעון, במתנה את החצר³¹ והסעודה, והוסיף: "ואינן לפניך אלא כדי שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה. אמר: עמד שמעון והקדיש אותן לשמים. התרעם ראובן על חבירו ואמר: כלום נתתי לך מתנה זו שתקדיש אותה לשמים?! הטיח כלפיו שמעון וענה: וכלום נתת לי את המתנה, כדי שתהא אתה ואביך אוכלים ושותים ומתפייסים זה עם זה, ויהא עוון תלוי בראשי?!³² וכשבא הדבר לפני חכמים אמרו: כל מתנה שהיא בה ערמה — שאינה כך: שגם אם יקדיש אותה המקבל תהא מוקדשת — אינה מתנה.

פירושו של דבר, וזהו הפירוש הנכון בשים לב לדברי הירושלמי הנ"ל³² א: יכול היה ראובן ליתן לשמעון את הנכסים במתנה סתם, ואז רשאי היה המודר יעקב ליהנות מן הסעודה³³, למרות מה שמטרת הנתינה היתה אך ורק לאפשר לו, לאב, הנאה זו; היתה זאת הערמה-על-החוק מותרת, בה מנצל המערים כחוק את היתרון הנובע לו מן הדין האחר, הנגדי. יכול היה ראובן אפילו להתנות עם שמעון בפירוש, כי הוא נותן לו את המתנה על מנת שלא יקדישה, ואף אז מותר היה לסבא, יעקב, ליהנות מסעודת נישואי נכדו חנוך; כי גם במקרה זה המתנה היא שלימה, בלתי מוגבלת בתכונה, אלא שאם שמעון מסר את התנאי — מתבטלת המתנה למפרע, וחוזרת לנותנה. אך ראובן לא כן עשה! בתתו את החצר והסעודה לשמעון, הוא הוסיף: במכון לחקר המשפט הפלילי

31. כי המודר מחבירו הנאה אסור לו להכנס לחצר המדיר: עיין נדרים, דף מ"ה ע"ב—מ"ו ע"ב.

32. במשנה כתוב: "בראשו", אך הכוונה היא; בראשי. כאשר הענין הוא צרה, קללה או עונש, נוהגין לדבר בלשון "נסתר", ומשתמשים בגוף שלישי תחת גוף ראשון: "... וכיוון שראו קרוביו כן — ראו שתנובת שדהו פותחת אצלו. אמר להם: מה באתם לשמות על אותו איש שנדוהו?... " (פסיקתא דרב כהנא, הוצאת מקיצי נרדמים, 1868, דף צ"ו ע"א; הובא גם, תוך שינוי גוסס קצת, בילקוט שמעוני ובמדרש תנחומא, דברים, פרשת ראה, על הפסוק "עשר תעשר את כל תבואת זרעך").

33. ראה לעיל הערה 25.

33. "המודר הנאה מחבירו ואין לו (למודר) מה יאכל, נותנו (המדיר) לאחר, והלה (המודר) מותר בה": רישא דמשנתנו, נדרים, דף מ"ח ע"א.

"ואינו לפניך אלא כדי שיבא אבא ויאכל עמנו בסעודה".

הוה. אמר: הוא "קצץ בנטיעות"; צמצם מראש את האפקט המשפטי של המתנה, שלא תהא יעילה לכל דבר, אלא לצרכי הנאת האב בלבד. ומתנה שאינה יעילה לכל דבר — אינה יעילה לשום דבר. כי כל הבא לנצל דין אחד כ"תבלין" למשגהו, עליו לדעת כי הדין המנוצל אינו מכיל רק תבלין בלבד.

אמרנו — בעקבות דברי הירושלמי הנ"ל — כי ראובן יכול היה לתת את המתנה לשמעון על מנת שלא יקדישנה, ובמקרה זה היתה עבירת שמעון על התנאי מבטלת מעיקרא ולמפרע את כל המתנה. וכאן יבא השואל ושאל: הא כיצד? הלא עם התבטל המתנה, יתבטל מאליו גם ההקדש, ונמצא כי התנאי מעולם לא הופר! התשובה לכך: כבר הוקשתה קושיא זו — וגם תירצוה — בנוגע לתנאי דומה הנידון בברייתא אחת, במסכת גיטין. המדובר שם בהלכות רבי אליעזר האומר, כי המגרש את אשתו על מנת שלא תנשא לפלוני, הרי היא מותרת לכל אדם חוץ מאותו האיש. נחלקו עליו אחרי פטירתו "ארבעה וקנים", ביניהם רבי עקיבא, אשר "נענה ואמר":

"הרי שהלכה זו — האשה שבעלה גירש אותה על מנת שלא תנשא לפלוני — ונישאת לאחד מן השוק, והיו לה בנים, ונתארמלה או נתגרשה, ועמדה ונישאת לזה שנאסרה עליו, לא נמצא גט בטל ובניה ממזרים?...".³⁴

וכאן באה קושייתו הדומה של הר"ן:

"ואם תאמר: והאיך יהא גט בטל ובניה ממזרים, והרי אינה יכולה לעבור על תנאו, שהרי אם נישאת לזה שנאסרה עליו נמצא גט בטל, ואין קידושין תופסין בה, ונמצא שאי אפשר לה שתינשא!... והרמב"ן ז"ל תירץ, דכי אמר לה שלא תינשאי לאו נישואין גמורין קאמר, שהרי אי אפשר, אלא שלא תהא נישאת לו בדרך נישואין, הילכך אף על פי שאין

הנישואין נישואין, גיטה בטל, שהרי עברה על תנאו. ושמעון מינה, שהנותן מתנה לחבירו על מנת שלא יתנה לאחר, והלך הוא ונתנה, שאף על פי שלא זכה מקבל במתנתו זו, נתבטלה המתנה מעיקרה, כיוון שבדרך הנותנין נתנה לו...".³⁵

נאמרו הדברים האחרונים כלפי "על מנת שלא יתנה", אך אותו רעיון גופו פועל, כמובן, גם לגבי התנאי של "על מנת שלא יקדישנה", כי גם הקדש מתנה הוא, אלא שמקבל המתנה "גבוה" הוא, ולא "הדיוט"³⁶.

מתנת בית חורון הוכרזה כבטלה, בשל הפגימה שפגם ראובן בהיקף תחולתה כנ"ל. אילו הושטמו המלים הפאטאליות ההן, ונתנה סתם, כך שאם הקדישה שמעון או נתנה לאחר נתונה ומקודשת, היתה זאת עיסקת-נאמנות טהורה, נקוד על "טהורה", כי—שלא כדרך ה- *pactum fiduciae* הרומאי³⁷ — לא יכול היה ראובן לתבוע משמעון את הנזקים שנגרמו לו על ידי עשיית ההקדש, וכל מבטחו היה רק בישרו ונאמנותו של שמעון. זו היא, כנראה, הסיבה שבגללה לא חשש שמעון — אשר האמין בתקפות המתנה — להקדיש אותה לשמים. מתקרבת יותר ברוחה למוסד הרומאי הנ"ל, היא עיסקת-נאמנות אחרת של המשפט העברי, היינו ה"אורכתא"³⁸, או ההרשאה, אשר בה

35. פירוש הר"ן על הרי"ף גיטין, פרק המגרש. ומה יהא, אם תנאו של הבעל היה על מנת שלא תינשאי לפלוני בנישואין גמורין? במקרה זה, לדעתי, יהא מעשה קיים ותנאי בטל. כי הפרת התנאי תגרור אחריה מעגל שוטה ("צירקולוס ויציוווס") שאיגו פוסק לעולם — ההפרת תבטל את הגירושין, ביטול הגירושין יבטל את הפרה ויחייב את הגירושין, וחזור חלילה עד אין סוף, והרי היא — על דרך האנאלוגיה — כתנאי פוזיטיבי בלתי אפשרי ("על מנת שתעלי לרקיע"), שהמתנה אותו נחשב כ"מפליג בדברים דרך שחוק והיתול" (גיטין, דף פ"ד ע"א; רמב"ם הלכות אישות, פרק ו', הלכה ז'), והמעשה קיים כאילו לא הוטל בו תנאי כל עיקר.

36. השווה את המאמר: "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" (קידושין דף כ"ח ע"ב, ומקומות רבים אחרים זולתו).

37. Buckland, *Manuel of Roman Private Law*, 2nd. ed. pp. 260, 261.

38. בבא קמא, דף ע"א ע"א; רמב"ם הלכות שלוחין ושותפין, פרק ג', הלכה א'; שו"ע חו"מ, סי' קכ"ב, סעי' ד'.

34. גיטין, דף פ"ג ע"א; ראה שם, דף פ"ב ע"א—ע"ב.

ואותה קונסטרוקציה ממש אנו מוצאים, לדעת המלומד זוהם⁴⁴,
במוסד ה"פידוציה" הרומאית :

"The effect of the fiduciary clause was not merely obligatory, but also *real*, i.e. it altered the character of the right of property itself; in other words, *fiduciary ownership was different in kind from ordinary ownership*"⁴⁵.

האורכתא של המשפט העברי דומה, איפוא, מכמה בחינות, ל"פידוציה" הרומאית. לעומת זה, מתנת בית חרוון — כדי שתוכל למלא את יעודה היא — חייבת היתה להיות עיסקה-נאמנות טהורה, בה כל מבטחו של הגותן הוא בישרו של הנאמן בלבד, — כדרך שהיתה גם, לדעת כמה מלומדים, ה"פידוציה" העתיקה של המשפט הרומאי הקדום⁴⁶.

3. ההערמה שבמתנת בית חרוון היתה — לכשנדייק היטב — לא אסורה, אלא בלתי יעילה. אסור היה, כמובן, לסמוך עליה ולהנות את המודר מן הסעודה, אבל עצם נתינת המתנה היתה נגועה בפסול, ולא באיסור, כי אין לך איסור האוסר לתת מתנה שאינה מועילה כלום.

לעומת זה, מצינו הערמה אחת שהיא, לדעת כמה מן הפוסקים,

⁴⁴ Sohm, The Institutes of Roman Law, 3rd. ed., p. 63, Note 15.
⁴⁵ התרגום האנגלי של הקטע, אינו מדוייק כל צרכו. במקור הגרמני כחוב: "Der fiduziarische Vorbehalt hatte nicht bloss verpflichtende, sondern dingliche Wirkung. Es war ein anderes, in sich beschränktes Eigentum, das Treuhaender-Eigentum, als das normale Eigentum" (Sohm, Institutionen des Roemischen Rechts, 14 Aufl., S. 75, Anm. 15)
⁴⁶ cf. Jolowicz, Historical Introduction to Roman Law, Cambridge 1932, p. 295, to Note 5; Joers-Kunkel-Wenger, Roemisches Recht, 3 Aufl., S. 95; Kaser, Das Roemische Privatrecht, 1955, S. 42, 127; alter: Sohm, cited by Jolowicz ibid.

מעביר התובע למורשהו את נשוא התביעה, כדי שיתדיין במקומו עם הנתבע. מחד גיסא, חייב התובע לכתוב בה: "זיל דון ווכי ואפיק לבפשך" — לך דון ווכה והוצא לעצמך³⁹ — שאם לא כן יוכל הנתבע לומר למורשה: לאו בעל דברים ידי אתי⁴⁰ מאידך גיסא, המורשה שהוציא בדיון מן הנתבע את נשוא התביעה, אינו יכול לעכב אותו תחת ידו, אלא חייב להחזירו למרשהו, ואם תפס ולא החזיר — מוציאין מידו, כי "שליח שוייה"⁴¹, עשה אותו רק שליח לקבל את הדבר מאת הנתבע. האין תרתי-דסתרי בין שנים אלה: "אפיק לבפשך" ו"שויה שליח", ומדוע כאן, בניגוד למתנת בית חרוון, אין צורך כי ידי מקבל המתנה יהיו חפשיות מכל וכל, ואפשר "להעמיד שומר" על נאמנותו? ההבדל ברור, והוא זורה אור יקרות על כל ענין ההערמה; הוא נובע מן השוני ביעודן המשפטי של שתי המתנות. שם, במתנת בית חרוון, יעודה היה "לנכר" את המדירה, ראובן, מן החצר והסעודה, כדי שהאב המודר, יעקב, יוכל ליהנות מהן, ואין ראובן "נחשב כמו זר" לגביהן, כל עוד מקבל המתנה, שמעון, אינו יכול להקדישה וליתנה לאחר. כאן, באורכתא, יעוד ההקנאה הוא לא "לנכר" את המרשה, אלא לקרב את המורשה לגכס הנידון, כדי שהנתבע לא יוכל להטיח בפניו: לאו בעל דברים ידי את, ולשם דחיית טענה זו, די לנו ב"הקנאה גרועה"⁴², בבעלות מוגבלת, דו-פרצופית, העושה אותו: בעלים כלפי חוץ, ושליח כלפי פנים, כלפי המרשה גופו.

"דהרשאה אפילו בפקדון אינו קונה קנין גמור, דהא קיימא לך דשליח שוייה, אלא לגבי נפקד (הנפקד הנתבע) שוייה כקונה... דלא מצי למידחיה ולמימר לאו בעל דברים ידי את..."⁴³

39. בבא קמא, שם; רמב"ם שם, שם.

40. בבא קמא, שם.

41. בבא קמא, שם; עי' רש"י שם, ד"ה רב אשי פליג.

42. ביטוי קולע שמשחמש בו הרשב"א בחידושו על מסכת שבועות, לסוגיית הש"ס בדה"ל ע"ב (הוצאת אמשטרדם, 1813, דף ט"ז, עמודה רביעית למטה).

43. חידושי הרשב"א שם, דף ט"ז, עמודה שניה.

יעילה למרות איסורה. כוונתי להערמה מסוימת על איסור הרבית.

"תנא רב ספרא ברבית דבי רבי חייא: יש דברים שהם מותרין, ואסורין מפני הערמת רבית. כיצד? אמר לו הלויני מנה, אמר לו מנה אין לי, חטין במנה יש לי שאני גותן לך, נתן לו חטין במנה⁴⁷, וחזר ולקחן הימנו בעשרים וארבע סלע — מותר, ואסור לעשות כן מפני הערמת רבית"⁴⁸.

והרמב"ם מנסח את ההלכה בשיטה העשרונית, ומביא אותה בזה הלשון:

"יש דברים שהן מותרין, ואסור לעשותן מפני הערמת רבית. כיצד? אמר לו הלויני מנה, אמר לו מנה אין לי, חטים יש לי במנה, ונתן לו חטים במנה, וחזר ולקחן ממנו בתשעים, הרי זה מותר, אבל אסרוהו מפני הערמת רבית, שהרי נתן לו תשעים ולוקח מנה. ואם עבר ועשה כזה, הרי הוא מוציא מאה בדין, שאפילו אבק רבית אין כאן"⁴⁹.

הקונסטרוקציה המשפטית של הערמה זו ברורה: תחת להלוות לו 90 זוז ולקבל ממנו 100 — דבר האסור מן התורה⁵⁰ — הוא מוכר לו חטים בהקפה במאה, וחוזר וקונה אותם ממנו במזומן בתשעים. מבחינה כלכלית — הלואה ברבית היא, כי "נתן תשעים ולקח מנה", והסחורה נשארת במקום שהיתה. אבל מבחינת משפטיית — לפנינו מכר-כפול-שגים, בחילופי התפקידים: תחילה מוכר המלוה ללוה את החטים במאה, ומיד לאחר מכן מוכר אותם הלוה למלוה בתשעים. והדיון הוא, כי לכתחילה אסור לעשות כן — לא מחמת "אבק רבית"⁵¹, אלא משום שנתזה כרבית — אבל בדיעבד, מה שעשה

47. מנה צורי, שהוא 25 סלעים, או 100 זוז (עי' בכורות, דף מ"ט ע"ב-ג' ע"א; רש"י בבא קמא, דף צ"ג ע"ב, ד"ה מנה צורי).

48. בבא מציעא, דף ס"ב ע"ב.

49. רמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק ה', הלכה ט"ו.

50. "את כסף לא תתן לו בנשך ובמרבית לא תתן אכלך" (ויקרא כ"ה, ל"ז).

51. "אבק רבית" היא עיסקא שאינה רבית גמורה, ולכן אינה אסורה מן התורה.

עשוי, ובהגיע זמן הפרעון, מוציא המלוה מן הלוה בדין את כל המאה, לא כקרן ורבית, אלא כמחיר החטים שמכר לו בהקפה.

לפנינו, איפוא, הערמה מיוחדת במינה, יעילה ואסורה כאחד. וכיצד ידורו שני מושגים אלה בכפיפה אחת? התשובה לכך היא: כי הכפיפה איננה אחת. ההערמה יעילה — על שום שבשוותם לעיסקא אופי של מכר כפול, הפקיעו בעלי הדבר⁵² את איסור הרבית, ואפילו את ה"אבק" שבה; ואסורה היא — בעטייה של נורמה אחרת, המצויה מחוץ לתחום איסורי הרבית, היינו: האיסור לעשות דבר שהוא "מיחזי כרבית". "אבק רבית" הוא סייג לרבית⁵³, המרחיב, מדרבנן, את היקף איסור הרבית; "מיחזי כרבית" הוא, כמו "מיחזי כשיקרא"⁵⁴ או "מיחזי כיהרא"⁵⁵, חשש של "מראית עין", שאינו נמנה דוקא עם משפחת איסורי הרבית. לכן — כן מפרשים הרמב"ם ודעמיה את הכרייתא של רב ספרא ורבי חייא הנ"ל — אין לשלול מן ההערמה דגן את יעילותה בשל איסור זר, השוכן מעבר לחוק ה"מוערם".

אלא רק מדרבנן. כל רבית היא — לפי ההגדרה הממצה והמפורסמת של רב נחמן (בבא מציעא, דף ס"ג ע"ב) — "אגר נטר", שכל המתנת, היינו המתנת הנושה להתורת החוב, אלא שמן התורה אין הרבית אסורה אלא אם כן היא: בדרך הלואה, ולא בדרך מקח וממכר או עיסקא אחרת כיוצא בה; קצוצה (קבועה מראש); ודאית או כמעט ודאית; מותנית בשעת מתן מעות, ולא לאחר מכן. מדרבנן, אסורה רבית גם בשחטר בה אחד היסודות הנ"ל, כגון המקרים הנידונים (על סמך מקורות שבש"ס) ברמב"ם שם, פרק ה', הלכה ח'; הלכה י"א; פרק ו', הלכה ב'; הלכה ג'; הלכה ז'; פרק ו', הלכה ה'; פרק ח', הלכה א'. במקרה שלפנינו, דעת הרמב"ם היא שאין אפילו אבק רבית בעיסקא זו, כי היא מורכבת משני פלגי-עיסקא, שכל אחד מהם הוא מכר טהור. כדעת הרמב"ם כן דעת הרשב"א (מגיד משנה על הרמב"ם שם, פרק ה', הלכה ט"ו); בית יוסף על הטור, סי' קס"ג בסופו; שו"ע יו"ד, סי' קס"ג, סעי' ג' (ראה באר הגולה שם, סי' ק"ו). המלים "אסור לפרוע במעות", פירושו הוא, כנראה, אסור להתנות לפרוע במעות. אחרת: טור יו"ד, סוף סי' קס"ג, בשם הרמב"ן והרא"ש; רמ"א שו"ע, יו"ד, סי' קס"ג, סעי' ג'.

52. רבית אסורה הן על המלוה והן הלוה (בבא מציעא, דף ס"א ע"א; רמב"ם שם, פרק ד', הלכה ב'; שו"ע יו"ד, סי' ק"ט, סעי' א').

53. "גזירה שמא יבא לרבית של תורה" (רמב"ם שם, פרק ו', הלכה א').

54. בבא בתרא, דף פ"ב ע"א.

55. ברכות, דף י"ז ע"ב.

ספר חובות מלוה ונתן לו חטים במנה

ואילו בני-הפלוגתא של הרמב"ם⁵⁶ סוברים, כי איסור ההערמה אשר במכר הכפול אינו איסור זר, חיצוני, אלא איסור השתול בשטח דיני הרבית גופם, הוא אבק רבית, ולכן אין המלוה יכול להוציא מן הלוח בדין את הרבית — היינו: את עשרת הזווים האחרונים של המאה — למרות מה שנקבעו מראש כחלק ממחיר החטים⁵⁷. המלים "מותריין" ו"אסורין" אשר בברייתא הג"ל, פירושן הוא, לדעת החולקים: מותרין מפאת הרבית מן התורה, אך אסורין משום רבית דרבנן, כי לשם התגברות על האיסור דאורייתא מועילה כל הערמה המשנה את החזות המשפטית, או החזות הפורמאלית, של העסקא הנידונה. ייראה הדבר כפרדוקס, אך עובדא היא, ועובדא חשובה עד למאד, כי דין תורה ניתן ביתר קלות להערמה, מאשר גזירת חכמים. יען כי מתוך "שלא נתגלו טעמי תורה"⁵⁸, הקובע בדין תורה הוא הכתוב⁵⁹ — בצירוף המוסק הימנו בדרך של "מדרש הלכה" או "מידות" — ובפסוק הכתוב קל יותר למצא לאקונות לחמוק בהן, מאשר ברעיון המופשט והמוסבר, המונח כרגיל ביסוד תקנות חכמים.

4. בכל ההערמות הללו, הן ודומיהן ודומי-דומיהן, בא לידי גילוי עז כשרונם של חכמי התלמוד ליצור מכשירים משפטיים — "מכשירים" תרתי משמע — החותכים בבשר החוק כ"סכין חריף מפסק פסוקים", ומפרידים בהגיון דק, "מתמאטי", בין המושגים הדבקים. וסגולה זו היא שעמדה להם, לחכמי התלמוד ושלאחריהם, להוציא את מוסד ההערמה מרשות היחיד לרשות הרבים, ולעשות את ההערמה היעילה והמותרת בסיס ומדרס להתקנת תקנות. לכשנעיינ ונתעמק בדבר נראה, כי בכמה מן התקנות הבאות להתייר כבלי איסור קדום, יש הרבה מיסוד ההערמה, — משום ניצול מוגבר לקולא של

56. ראה הערה 51 לעיל.

57. השווה בבא מציעא, דף ס"א ע"ב; רמב"ם שם, פרק ד', הלכה ו'.

58. סנהדרין, דף כ"א ע"ב; ראה להלן פרק חמישי, הערה 1.

59. אם אינו "הלכה למשה מסיני" במובן הגדרתו הבלעדית של הרמב"ם בהקדמתו לפירוש המשניות; ראה אלבק, מבוא למשנה, עמודים 26—27.

60. יתכן כי זו היא משמעותו המקורית של המאמר: "כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון" — קל מה שתקנו חכמים כעין דין תורה תקנו — אם כי בשימוש בתלמוד, בכל שמונת המקומות שהוא מובא בהם (פסחים, דף

אחד מדיני ההלכה הישנה⁶⁰. רצוני להסביר את הרעיון בדוגמאות אחדות, ואפתח בתקנה המפורסמת ביותר, היא תקנת פרוזבול. שנינו במשנה⁶¹:

"שביעית משמטת את המלוה בשטר ושלא בשטר... פרוזבול 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 פרוזבול... זה גופו של פרוזבול: מוסר אני לכם, איש פלוני ופלוני הדיינים שבמקום פלוני, שכל חוב שיש לי שאגבנו כל זמן שארצה; והדיינים חותמין למטה או העדים".

שביעית משמטת כל חוב שמקורו במלוה, או חוב הגושא או פי של מלוה עקב ה"זקיפה"⁶², שיש בה משהו מן הנובאציה הרומאית⁶³. אין זו "התיישנות" הבאה אחרי עבור זמן קצוב מיום הוצר החוב, כי שנת השמיטה היא שנה מסוימת⁶⁴, והיא משמטת בסופה⁶⁵ אפילו הלואה שניתנה יום אחד קודם לכן.

האזניברסיטה העברית תל אביב
המכון לחקר המשפט העברי

לי ע"ב; דף ל"ט ע"ב; דף קט"ו ע"ב; יומא, דף ל"א ע"א; יבמות, דף י"א ע"א; גיטין, דף ס"ד ע"ב — ס"ה ע"א; בכורות, דף נ"ד ע"א, מובנו הוא, כי דיני התקנה נקבעו כמתכונת דיני התורה. עצם הצמדה מעשית זו, מעידה על הקשר הפנימי ההדוק בין דיני התורה ותקנות חכמים. שביעית, פרק י', משנה א', ג', ד'. הובא, תוך שינויי נוסחאות קלים, בגמרא גיטין, דף ל"ו ע"א.

62. "זוה השמיטה שמוט כל בעל משה ידו אשר ישא ברעהו" (דברים ט"ו, ב'); "מצות עשה להשמיט המלוה בשביעית, שנאמר שמוט כל בעל משה ידו" (רמב"ם הלכות שמיטה ויובל, פרק ט', הלכה א'); "הקפת התנות אינה נשמטת, ואם עשאה מלוה נשמטת. שכר שכיר אינו נשמט, ואם זקפו עליו במלוה נשמט" (רמב"ם שם, שם, הלכה י"א). המקור בשביעית, פרק י', משנה א', ומיקרי זקיפה משעה שקבע לו זמן לפרעון... ויש אומרים דמיקרי זקיפה מיד שכתב בפנסקו כל החשבון ביחד" (רמ"א חו"מ, סי' ס"ז, סעי' י"ד).

63. D. 46 2, 6: Novatio est prioris debiti in allam obligationem.

vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio

64. ע"י רמב"ם שם, פרק י', הלכה ד'; רא"ש על עבודה זרה, פרק א', סי'

ו'; ראה גם התשובה הארוכה של הרלב"ח, סי' קמ"ג (שו"ת מהרלב"ח,

דפוס למברג 1865, דף מ"ח ע"א — נ"ב ע"ב) הדנה בחישובים השונים

לקביעת השמיטה.

65. ספרי פרשת ראה; ערכין, דף כ"ח ע"ב; רמב"ם שם, פרק ט', הלכה

והנה כל עוד משקה של ארץ ישראל היה חקלאי טהור או כמעט טהור, לא היה ערך רב למתן הלואות, ולא היה צורך חיוני בצמצום דיני השמיטה. אך בתקופת מלכי בית הורדוס, משהונהג משטר סמי-קפיטאליסטי במדינה⁶⁶, גבר הצורך באשראי גדול של ממון, והוא עלול היה להיסכל עקב "שמיטת הכספים". המלווים קפצו את ידם מאחיהם האביון, והעם נמנעו מלהלוות זה את זה. וכדי להמציא למוזר זה תרף, עמד הלל והתקין תקנת פרוזובול. הרבה השערות הושערו בנוגע למקור התקנה, ברובן קלוטות מן האזיר, והיה אפילו מי שהרחיק נדוד עד הכתב ההלניסטי של ביצוע פסק הדין⁶⁷. לי נראית, כמתקבלת ביותר על הדעת, הדעה שהובעה במקום אחד על ידי בעלי התוספות⁶⁸, הנא, כי תקנת פרוזובול לא היתה אלא "ניצול יתר" של הלכה ישנה. אחד מדיני שמיטה מן התורה הוא, כי "המוסר שטרותיו לבית דין אינו משמטין"⁶⁹, והטעם הוא, כי משנמסרו לבית דין נכנס החוב לשלב של הוצאה לפועל, ושוב אין המלוה גובה את החוב אלא בית דין הוא שגובה אותו⁷⁰. מה עשה הלל? הפעיל את ההלכה הישנה ההיא, ועשאה בית קיבול לקלוט בו את תקנת הפרוזובול. הקונסטרו-

ד': "ומשחשקע כמה בליילי ראש השנה של מוצאי שביעית אבד החוב".
 66. שלום בארון, היסטוריה חברתית של עם ישראל, תשי"ך, פרק י"ד, ע. 109; לדעת קלוזנר, היסטוריה ישראלית, תרפ"ד, ע. 76, החל המפנה הכלכלי כבר בימי יוחנן הורקנוס.
 67. הובא אצל בארון שם, שם, ע. 193, הערה 39.
 68. תוס' גיטין, דף ל"ו ע"א, ד"ה מי איכא.
 69. שביעית, פרק י', סוף משנה ב'; מכות, דף ג' ע"ב; אמנם לדברי רש"י מכות שם, "מוסר שטרותיו לבית דין הוא פרוזובול שהתקין הלל", אבל זו היא דעת יחיד, ורבו החולקין עליו. כבר התוספות שם הוכיחו מלשון המשנה גופה שאין הדבר כן, אלא "מוסר שטרותיו לבית דין מדאורייתא אינו משמט". יתירה מזו: הירושלמי שביעית, פרק י', הלכה ב', לומד דין זה מן הפסוק "ואשר יהיה לך את אחיך תשמט ידך" (דברים ט"ו, ב'). גם הספרי על דברים — שהוא מקור הרבה יותר קדום (ראה סנהדרין, דף פ"ו ע"ב, והשווה דור דור ודורשיו להתכם ווייס, חלק שני, עמודים 225—239) — לומד את הדין הנ"ל מאותו פסוק ממש. ברור, איפוא, כי הדין דמוסר שטרותיו קדם לתקנת הפרוזובול.
 70. "וזה (כלומר: מוסר שטרותיו) בית דין תובעין אותו" (רמב"ם שם, פרק ט', הלכה ט"ו); "דלא אתה הוא הגובה, אלא הבית דין" (פני משה על הירושלמי שם).

קציה המשפטית של הפרוזובול היא זו: המלוה מקנה את החוב לבית דין, והם מייפים את כוחו לגבות בשמם את החוב ולקחו לעצמו⁷¹. אם תרצו — הלכה יש כאן, הלכה ממש; ואם תרצו — הערמה על החוק באמצעות ההלכה; הצד השווה שבהן, כי הלכה ישנה, שהיתה צריכה לגופה, "נוצלה" על ידי מתקין התקנה, ונעשתה על ידו כלי מחזיק ברכה לבטל, מבחינה מעשית ובדרך כשרה, את שמיטת הכספים. ואם היה מי שקרא תגר חריף על תקנה זו — האמורא שמואל קרא לה בשם "חוצפה"⁷² — ואם לשם הצדקתה גוייס הרעיון של "הפקר בית דין הפקר"⁷³, הרי אין זה מתוך כפירה בשורש ההלכתי שבה, אלא מפני שתקנת פרוזובול, כפי שכבר העירו על כך בעלי התוספות⁷⁴, עקרה למעשה את מוסד שמיטת כספים מישראל. לפנינו, איפוא, "הערמה איגסטיטוציונאלית", הנוקטת לכל סממני הטכניקה של ההערמה "הפרטית".

ההערמה, על שני סוגיה דלעיל, היא העברת המעשה, תוך תחומי ההלכה, מסקטור אחד למשנהו, באמצעות ה"תבלין" של החריג המתיר, או תוך הרחבת גבולו ומשמעותו של עצם ההיתר ההוא. יש והתקנה הותקנה בתקופה כל כך קדומה, עד שנראה לנו כאילו האיסור וההיתר, או השטר ושוברו, ירדו כרוכזין זה בזה. התורה אמרה: "שבו איש תחתיו, אל יצא איש ממקומו ביום השביעי"⁷⁵; הנביא הזהיר: "השמרו בנפשותיכם... ולא תוציאו משא מבתיכם ביום השבת"⁷⁶; באו חכמים והתקינו עירובי הצירות ושתופי מבואות, עם "לחיי" ו"צורת הפתח", העשויים להתיר בטלטול את שטחה של העיר כולה,

71. עיין ודוק בגוסט שטרי הפרוזובול — א, ב, ח, ט, יא, יד — שהובאו בנספוחות לספרו של י. ז. כהנא, שמיטת כספים, ירושלים תש"ה, עמודים קצ"א—קצ"ו. שים לב במיוחד לשטרות ב' וי"ד, בהם באה לידי ביטוי בולט הפעולה המשפטית הכפולה הנ"ל, היינו: הקניית החוב לבית דין, וההרשאה הניתנת על ידי בית דין למלוה.
 72. גיטין, דף ל"ו ע"ב, ורש"י שם ד"ה עולבנא.
 73. גיטין, שם.
 74. תוס' גיטין, דף ל"ו ע"א, ד"ה מי איכא, עיין שם ודוק.
 75. שמות ט"ז, כ"ט.
 76. ירמיה י"ז, כ"א—כ"ב.

ואפילו היא כפליים כלונדון או ניו-יורק⁷⁷. אמרה תורה: "את כספך לא תתן לו בנשך ובמרבית לא תתן אכלך"⁷⁸. זה הוא איסור רבית הנודע, שלחצו על עסקי האשראי, ועל המסחר בכלל, גבר והלך מדור אל דור עם התפתחות חיי החברה. כבר בתקופת התלמוד, ולאחריה בתקופת הגאונים והפוסקים, טרחו ויגעו הרבה למצוא דרכים ונוסחאות משפטיים, אשר יגאלו את העיסקא מצורת ומצרת הרבית שבה, קצתם נתקבלו וקצתם לא נתקבלו, עד שלבסוף נמצאה הנוסחא הגואלת בשטר הנודע בשם "היתר עיסקא"⁷⁹. וכיוצא בזה "הערמות אינסטיטוציונאליות" כהנה וכהנה, שמטרתן היתה ליטול את העוקץ החד והמר מן החומרא הקפדנית של ההלכה הישנה.

פרק רביעי מידות ושעורין

תכליתו של החוק להסדיר יחסים בין שני "בעלי דין", והסדר יחסים הוא: הצבת גבולות ותחומין. יש וציוני גבול אלה יורדין למטה מג' טפחים, צמודים לקרקע, ויש שהם מרחפים באויר, לבוד ואינו לבוד, ורק הבל פיו של השופט מוריד אותם במקרה הקונקרטי לקרקע המציאות. דרכו של המשפט המודרני היא לפי החלופה השניה, דרכו של המשפט העברי היא לפי החלופה הראשונה. כי במשפט המודרני הדין הוא "פונקציה" של הדין, במשפט העברי הדין הוא משרתו של הדין.

ודבר זה מצא לו ביטוי ולבוש בגראביטציה של המשפט העברי אל עבר הקביעה של מידות ושעורין. אין לך שיטת משפט שתהא פטורה לגמרי מעולה של קביעה זו, אך כאן הנטייה עיקר, ו"הכמות נהפכת לאיכות"¹. עובדא היא, כי המשפט העברי, הן בחלקו האזרחי והן בחלקו הדתי או הפולחני, אינו נוטה חסד לנורמות מופשטות הנתונות לשיקול דעת, אלא מעדיף עליהן שעורין מוחשיים, שאפשר לשקלם ולמדדם במידות קצובות של משקל, זמן ושטח. יתר על כן, וזה חשוב ביותר: הנחת המשפט העברי היא — הגחזה שבהכרה או הנחה שבהכרח — כי השעורין שנקבעו על ידי חכמים, חופפים בהחלט גמור את הסיווג הרעיוני שבהם, ללא כל ריווח "שולי" ביניהם. הוא

77. אגדה תלמודית (עירובין, דף כ"א ע"ב, ושבת, דף י"ד ע"ב) אומרת: "בשעה שתיקן שלמה עירובין... יצתה בת קול ואמרה: בני אם חכם לבך ישמח לבי גם אני", והרעיון העמוק שבמאמר הוא, לדעתי, כי נותן התורה גופו רצה, כי יבואו חכמים בתקנותיהם וישמרו על שמירת השבת, שלא יהא "עונג שבת" הופך דבר של "עינוי נפש". אך מדברי רש"י (עירובין שם, ד"ה שלמה תיקן) ודברי הרמב"ם (הלכות עירובין, פרק א', הלכות ד', ה') יוצא, כי שלמה הוא שגזר ותיקן גם יחד: גזר על הוצאה מרשות היחיד לרשות היחיד שהיתה מותרת מדין תורה, ותיקן בתור "עזר כנגדו" את ענין העירוב. השווה גם רש"י שבת שם, ד"ה עירובין, ורמב"ם שם, שם, הלכה א'. על ענין עירובי חצירות ושתופי מכואות, להי וצורת הפתח, עיין רמב"ם שם, שם, הלכות ו', ז', ט"ז, י"ז, והלכות שבת, פרק י"ז; שו"ע או"ח, סי' שס"ב, סעי' י"א: סי' שס"ג; סי' שפ"ז; ומקומות אחרים בהלכות שבת שם.

78. ויקרא כ"ה, ל"ז.

79. ראה נחלת שבעה, סי' מ'.

1. זילברג, חוק ומוסר במשפט העברי, עמוד 23.

המדדה אין מדדה יותר מחמשים" ⁴. אך דווקא דיוקו המדוייק של הדין הוא הוא תסרונו, כי מה יהא אם רגלו אחת תוך חמשים ורגלו אחת חוץ מחמשים אמה? ... על שאלה מביכה זו שקל ר' ירמיה למיטרפסיה, הרחיקוהו מבית המדרש, והלכה לא זזה ממקומה. מוטב שייהא גוזל אחד מני אלף ממון המוטל בספק, ואל תיעקר הלכת שעורין מישראל!

דוגמא אחרת:

"כל זמן שהיא בבית אביה גובה כתובתה לעולם... וחכמים אומרים: כל זמן שהיא בבית בעלה גובה כתובתה לעולם, כל זמן שהיא בבית אביה גובה כתובתה עד עשרים וחמש שנים... אמר ליה אביי לרב יוסף: אתאי קודם שקיעת החמה — גובה כתובתה, לאחר שקיעת החמה — לא גביא, בההוא פורתא אחילתה? ! אמר ליה: אין! כל מידת חכמים כן! בארבעים טאה טובל, בארבעים חסר קורטוב אינו יכול לטבול בהן" ⁵.

הלכה זו יונקת משיקולים של אומד הדעת, ומבחינה בין אלמנה לאלמנה לגבי "התישנות" תביעת הכתובה. אין זו התיישנות ממש, שכן יסודה של זו הוא, כרגיל, בטעמים של public policy, או "תיקון העולם". כאן נבדק הדבר מבחינת המחילה והוויתור. אלמנה המתגוררת בבית בעלה המנוח עם היורשין, גובה כתובתה לעולם; כי שתיקתה — היינו: העדר תביעתה — אינה מעידה ולא כלום, כי "מפני שמכבדין אותה, היא בושה למחות על כתובתה" ⁶. לעומת זה, אלמנה שחזרה לבית אביה, ואין היא נהנית מן היורשין ⁷, אינה גובה כתובתה אלא עד גמר עשרים וחמש שנים. עברה תקופה זו ולא

פורש עליהם דוק של דיוק, שלא כמו המשפט המודרני הנוקק לשעורין, בדלית ברירה, תוך ידיעת אי-הדיוק והשרירות שבהם. 2. הדוגמאות דלהלן יבהירו את הרעיון; הן אף יפיגנו את היסוסיהם של מקצת החכמים — היסוסים שלא עלו כדי יצירת אסכולה ² — כלפי הקונקרטיזציה השקולה ומדודה של עיקרי ההלכה:

"ניפול הנמצא בתוך חמשים אמה — הרי הוא של בעל השוכך, חוץ מחמשים אמה — הרי הוא של מוצאו... בעי רבי ירמיה: רגלו אחת תוך חמשים אמה, ורגלו אחת חוץ מחמשים אמה, מהו? ועל דא אפקוה לר' ירמיה מבי מדרשא" ³.

המדובר בגוזל רד שנמצא סמוך לשוכך של יונים, והשאלה היא אם המוצא רשאי לקחתו לעצמו, כדבר שאין לו בעלים, או שהוא חייב להחזירו לבעל השוכך. נקבע שעור אריתמטי מדוייק בתכלית: עד חמשים אמה, ואף לא כמלוא נימה יותר, הנחה היא כיי הגוזל נמלט מן השוכך הקרוב, ויש להחזירו לבעליו; למעלה מחמשים אמה, מניחים כי הגוזל בא "מן העולם", והרי הוא של מוצאו. אין זה שעור שרירותי חס ושלום, הוא מיוסד על כלל-של-טבע האומר, כי "כל

2. אם כי לפעמים, במקרים מסויימים, ההכרעה היא דווקא לצד הכלל המופשט. למשל: "וכמה תעבור הדליקה (ואינו חייב)? ... רבי אליעזר אומר: שש עשרה אמות כדרך רשות הרבים. רבי עקיבא אומר: חמשים אמה. רבי שמעון אומר: שלם ישלם את הבערה, הכל לפי הדליקה" (משנה בבא קמא, דף ס"א ע"ב). וכן הלכה (גמרא שם; רמב"ם הלכות נזקי ממון, פרק י"ד, הלכה ב'; שו"ע חו"מ, ס' ת"ח, סעי' ג').
3. משנה וגמרא, בבא בתרא, דף כ"ג ע"ב. רבי ירמיה היה "מקשן" מובהק שאהב להקניט את רבו, רבי זירא, ו"להביא אותו לידי גיחוך". מסופר עליו במסכת נדה, דף כ"ג ע"א: "בעא מיניה רבי ירמיה מרבי זירא: לרבי מאיר דאמר (משנה נדה, דף כ"א ע"א) בהמה במעושה וילד מעליא הוא (וחייבת לשבת אחרי לידתו ארבעים ימי טומאה וטהרה לזכר, ושמונים ימי טומאה וטהרה לנקבה), קיבל בה אביה קידושין מהו? ... אמר רב אחא בר יעקב: עד כאן הביאו רבי ירמיה לרבי זירא לידי גיחוך, ולא גיחוך". ברם שאלתו של ר' ירמיה כאן, בענין הניפול, היתה כנראה יותר רצינית, וטמנה בתובה ביקורת על קביעת השעורין המדוייקים. שאלות נוספות מסוג זה בפי רבי ירמיה מצויות גם במקומות אחרים, למשל: ראש השנה, דף י"ג ע"א; סוטה, דף ט"ז ע"ב.

4. "מדדה" הוא "גוזל שאינו יכול לעוף אלא בדידוי מעט מעט" (רש"י בבא בתרא שם, ד"ה הכא במאי עסקינן).
5. משנה וגמרא כתובות, דף ק"ד ע"א.
6. רש"י שם, ד"ה וחכמים אומרים.
7. "זהרי אינה עם הירושים, כדי שתאמר: נכלמתי מלתבען והן עמי בבית" (רמב"ם הלכות אישות, פרק ט"ז, הלכה כ"ג).

ח ב ע ה⁸, שתיקתה הארוכה כמחילה דמיא, והפסידה כתובתה. ואימתי מתגבשת, מבחינה משפטית, מחילת הכתובה? בסוף תקופת עשרים וחמש השנים, בדיוק נמרץ, עם שקיעת החמה של האחרון לימי התקופה היא. הכיצד — שואל אביי — האם באותו רגע קט "הספיקה" למחול את הכתובה? ! ותשובתו של רב יוסף היא: אמנם כן, כל מידת חכמים כן היא! הגה, למשל, מקוה, שהטבילה בה מטהרת את הטמא. בתורה כתוב: "ורחץ במים את כל בשרו"⁹, ועל כך נאמר בתלמוד¹⁰: "כל בשרו מים, שכל גופו עולה בהן"¹¹; וכמה הן? אמה על אמה, ברומ שלוש אמות, ושערו חכמים: מי מקוה ארבעים סאה"¹².

הטעם הוא, איפוא, ידוע: שיהא כל גופו עולה בהן, ואף על פי כן לא הבחינו בין קיפח ונגס, או שמן ורזה, אלא שעור שערו חכמים: ארבעים סאה, ואף לא קורטוב אחד פחות¹³. והכא נמי כן: שערו חכמים כי שתיקה של כ"ה שנים — ודווקא כ"ה שנים — מחילה היא, ולכן יכולה האלמנה, רגע אחד לפני שקיעת החמה, לבוא ולתבוע כתובתה.

8. "תבעה כתובתה הרי היא ככתחילה, ומונה כ"ה שנים משעת תביעה" (גמרא ורש"י שם, דף ק"ד ע"א—ע"ב; שו"ע חו"מ, סי' ק"א, סעי' א').
9. ויקרא ט"ו, ט"ז.
10. עירובין, דף ד' ע"ב; פסחים, דף ק"ט ע"א—ע"ב; עיין ודוק רמב"ם הלכות מקוואות, פרק ד', הלכה א'.
11. "שכל גופו עולה בהן, שאינו נראה אלא כולו מכוסה בהן" (רש"י פסחים, שם, ד"ה כל בשרו).
12. "סאה" היא מידת היבש והלח, שליש האיפה (מנחות, דף ע"ו ע"ב), עשרים וארבעה לוגין (ירושלמי תרומות, פרק י', הלכה ז'). הלוג הוא כתצי ליטר (ראה פירוש המשנה לפרופ' חנוך אלבק, מנחות, פרק ט', משנה ב').
13. "קורטוב" הוא "אחד משמונה בשמינית" של לוג, היינו: החלק הששים וארבעה שבו. כך היא גירסת התלמוד, בבא בתרא, דף צ' ע"א, בספרים שלפנינו, וכן סוברים: רש"י ותוס' ראש השנה, דף י"ג ע"א, ד"ה חסר קורטוב; הרמב"ם בפירושו למקוואות, פרק ג', משנה א', ואחרים זולתם. לפי התוספתא המובאת ברשב"ם בבא בתרא, שם, ד"ה וחצי שמינית, קורטוב הוא אחד מששה עשר בלוג. אך לגבי מקוה — "חסר קורטוב" לאו דווקא, "דאפילו פחות מכאן, ואפילו חסר סיפה אינו טוב ל" (תוס' ראש השנה שם).

"כל מידת חכמים כן, העמידוה יתד ולא תמוט" (רש"י שם)¹⁴.

"ולא תימוט", פי': ההלכה! בפסוק קצר זה הושיט לנו רש"י בקנה את כל הרעיון כולו: השעור הוא יתד, בה נתלית ההלכה, שאלמלא היא — ההלכה מתמוטטת. ועוד ידובר בזה להלן.

ועל אותו רעיון ממש חוזר הש"ס בקשר לענין אחר, משפטי-דתי, הנוגע לפירות של שביעית. שוב אותה שאלה ואותה תשובה, אלא שמתווסף עליה נופך חדש, המדגיש את אשר הובע על ידי רש"י במובאה דלעיל, היינו: תפקידו של השעור הפורמאלי כמלאך השומר על שלום ההלכה.

בשנה השביעית, שנת השמיטה, תשבות העבודה בשדה ובגן, שנאמר: "ובשנה השביעית שבת שבתון יהיה לארץ, שדך לא תורע וכרמך לא תזמור"¹⁵. ולא רק עבודת שביעית גופה אסורה, אלא אף "חריש של ערב שביעית הנכנס לשביעית, וקציר של שביעית היוצא למוצאי שביעית"¹⁶. כי מוסיפין מן החול על הקודש, שלא תהא עבודת השנה הששית מועילה לשביעית, ולא תהא השנה השמינית נהנית מעבודת השביעית. אך חכמי התלמוד קבעו סייג לאיסור אחרון זה: רק אם התבואה "הביאה שלישי לפני ראש השנה, אתה נוהג בו מנהג שביעית בשמינית"¹⁷. אם התבואה הבשילה ונקצרה בחג (חג הסוכות), אזי "בידוע שהביאה שלישי לפני ראש השנה"¹⁸. ועל כך התפתח ויכוח בין חכמי התלמוד בזה הלשון:¹⁹

"אמר ליה רבי ירמיה לרבי זירא: וקים להו לרבנן בין שלישי לפחות משליש? אמר ליה: ולאן אמינא לך, לא תפיק נפשך לבר מהלכתא! כל מידות חכמים כן הוא, בארבעים סאה הוא

14. רש"י כתובות שם.

15. ויקרא כ"ה, ד'.

16. ראש השנה, דף ט' ע"א; מועד קטן, דף ג' ע"ב—ד' ע"א, ומקומות אחרים.

17. ראש השנה, דף י"ב ע"ב.

18. ראש השנה, דף י"ג ע"א.

19. ראש השנה שם.

טובל, בארבעים סאה חסר קורטוב אינו יכול לטבול בהן; כביצה מטמא טומאת אוכלין, כביצה חסר שומשום אינו מטמא טומאת אוכלין²⁰; ג' על ג' מטמא מדרס, ג' חסר נימא אחת אינו מטמא מדרס...²¹

"לאו אמינא לך לא תפיק נפשך לבר מהלכתא", — כלום לא אמרתי לך: אל תוציא עצמך מחוץ להלכה! השעורין הם שלד ההלכה, עליה היא קורמת עור ובשר, ואם אינך נכנע למרותם, נמצא אתה מוציא את עצמך מתחומי ההלכה. זו היא היתד, אשר אליה התכוון רש"י במאמר הנפלא הנ"ל.

3. כזה וכזה הוא אופיו של השעור, יסוד המעמיד של ההלכה, שקולו הולך מסוף התלמוד עד סופו: בדיני ממונות, כושר משפטי, תכונות גוף ונפש, דברים שבינו לבינה, דיני איסור והיתר, דיני נפשות, קדשים, טהרות, ורבים אחרים זולתם²².

20. "ואין אוכל טמא מטמא אוכל אחר... עד שיהיה בו — באוכל המטמא — טביצה בלא קליפתה": רמב"ם הלכות טומאת אוכלין, פרק ד', הלכה א' (לפי דעה אחת המובאת ברש"י פסחים, דף ל"ג ע"ב, ד"ה בכביצה, גם האוכל המקבל טומאה צריך להיות כביצה). המקור במסכת יומא, דף פ' ע"א, ושם נאמר מפי רבי אבהו: "מכל האוכל אשר יאכל (ויקרא י"א, ל"ד), אוכל שאתה אוכלו בבית אהת, ושערו חכמים אין בית הבליעה מחזיק יותר מביצת תרנגולת" רש"י בראש השנה, דף י"ג ע"א, משנה קצת את נוסח הדברים וכותב: "וקים להו לרבנן שאין בית הבליעה מחזיק לא פחות ולא יותר מביצת תרנגולת".

21. מטמא מדרס — מקבל טומאת מדרס. "טומאת מדרס" הבאה משיביה או שכיבה של זב, זבה, נדה וכו', אינה תופסת בבגדי צמר ופשתים, אלא אם כן היה אורכם ורחבם לפחות שלשה טפחים; טומאת מת ושאר הטומאות חופסין בהן אם הם שלוש אצבעות על שלוש אצבעות. לגבי בגדים של שאר המינין, השעור הוא בכל הטומאות שלשה טפחים על שלשה טפחים (רמב"ם הלכות כלים, פרק כ"ב, הלכה א'; שבת דף כ"ו ע"ב — כ"ז ע"א; כלים, פרק כ"ו, משנה ב'). והטעם מפני ש"שעורו חכמים שכשעור הזה ראוי לשיבה" (רש"י ראש השנה, שם).

22. הרי צרור דוגמאות שבאקראי, מסוגים שונים, לפי סדר הש"ס: "שני שבלים לקט, ושלשה אינן לקט" (פאה, פרק ו', משנה ה'); "מי שיש לו מאתיים זון, לא יטול לקט שכחה ופאה זניו לו מאתיים חסר דינר, אפילו אלף גותנין לו כאחת הרי זה יטול" (שם, פרק ח', משנה ח'); "הקונה שני אילנות בתוך של חברו, מביא ואינו קורא... הקונה שלשה אילנות

ברם עדיין שאלה היא; מה היא, בסופו של דבר, הצדקת השעור: נכונותו המוחלטת כ"חוק של טבע", או נחיצותו המעשית ככלל של משפט? התשובה לכך היא: זה וזה גורם! כי בלעדי מיוזג שני הטעמים, לא נבין את הערך המיוחס במקורות שלנו לכל שעורי חכמים. יכול אדם להאמין בדברי חכמים ולומר, כי אכן הוכח תוך הסתכלות בחיי הצפרים, כי שום ניפול מדדה אינו מדדה יותר מחמשים אמה. לא כן הוא, כנראה בעליל, אצל כמה וכמה שעורין אחרים. למשל, איש לא יאמר — ואם יאמר ילעגו לו, וידחו את דבריו כאבסורד ממש — כי מימי מקוה של ארבעים סאה חסר קורטוב, אין "כל גופו עולה בהן", ואפילו של ננס שבננסים, ואילו אם נוסיף עליהם קורטוב אחד²³, יהא כל גופו עולה בהן, ואפילו הוא ענק שבענקים! וכי הפרש בנפח בין ננס וקיפת, אינו אלא קורטוב אחד בלבד? על כרחך אתה אומר, כי השעור ששערו חכמים במקוה היה, בעיניהם הם, לא חוק טבע מוחלט, אלא "סטאטיסטי"²⁴, נכון ומתאים

וכו' מביא וקורא" (בכורים, פרק א', משנה ו', י"א, ועיין בבא בתרא, דף כ"ז ע"א ודף פ"א ע"א—ע"ב); "כמה הוא שעורו? מוזן שתי סעודות... רבי שמעון אומר: שתי ידות לככר... חציה לבית המנוגע, וחצי חציה לפסול את הגוויה" (עירובין, דף פ"ב ע"ב); "שעור סתירה ושעור ביאה, סוטה, דף ד' ע"א"; "ותם משיחור בו ג' ימים" (דברי רבי יהודה, בבא קמא, דף כ"ג ע"ב); "שני השעורים של 'תוך כדי דיבור', שם, דף ע"ג ע"ב"; "קב בארבע אמות" לגבי פירות מפורין, בבא מציעא, דף כ"א ע"א; "ואלו חייב להכריז... שלשה מטבעות זה על גב זה... והוא שעשוין כמגדלין" (שם, דף כ"ד ע"א—ע"ב); "אונאה, פחות משתות נקנה מקה, יותר משתות בטל מקה, שתות קנה ומחזיר אונאה" (שם, דף ג' ע"ב); "מרחיקין את השוכך מן העיר חמשים אמה" (בבא בתרא, דף כ"ג ע"א); "חוקת הבתים וכו' שלוש שנים מיום ליום" (שם, דף כ"ח ע"א, ועיין ודוק בסוגיא דגמרא שם); "כל ג' ימים הראשונים תולין את השליה בוולד, מכאן ואילך חוששין לוולד אחר" (נדה, דף כ"ו ע"ב); "פחות מכן שלוש שנים ויום אחד) כנותן אצבע בעין" (שם, דף מ"ד ע"ב), ועוד ועוד. 23. ראה לעיל הערה 13 בסופה.

24. המונח "חוק טבע סטאטיסטי" יצאו לו מוניטין בתורת הפיסיקה המודרנית. מכנים, למשל, בשם זה את חוק הסיביות לגבי הופעות מיקרוסקופיות של החומר. בתחום זה, ועל אחת כמה וכמה בעולם הסוב-אטומי, הסיביות הטרמניסטיית קובעת "התנהגות מסתברת" ולא ודאית, כללית ולא אינדיווידואלית. ראה: Bohm, Causality and Chance in Modern Physics, 1957, pp. 22, 81 ff.; Margenau, Nature of Physical Reality, 1950, ch. 18; Lenzen, Causality in Natural Science, p. 98

פאזיטיווירטיטה העברית הירושלמית
מכון לחקר המשפט העברי

לטיפוס הממוצע של הטובלים, ובשל כך, בגלל נכונותו הסטטיסטית, עשו אותו כלל משפטי מוחלט, שכוחו יפה לגבי כל הטובלים. והוא הדין בכמה וכמה שעורין סטטיסטיים אחרים.

4. ועל שום מה דעחו של המשפט העברי קרובה כל כך אצל מידות ושעורין?

התשובה לכך כבר ניתנה ברמו בריש פרק זה, ועתה הגיעה השעה להרחיב עליה את הדיבור.

המשפט העברי הוא — אם ניתן להאמר כך — משפט ללא שופטים. אין החוק מורה את הדיין כיצד לפסוק, הוא מורה את האדם כיצד לחיות. גם פריעת בעל חוב — זה היסוד המוסד של כל המשפט האזרחי — מצוה היא²⁵, וזכותו של הנושה אינה אלא רפלקס הגאצל מחובתו הדתית של החייב; השקפה ישראלית מובהקת, העומדת בניגוד דיאמטראלי להשקפתו הרכושנית הקצינית של המשפט הרומאי, ואף להשקפה היותר ממוזגת של יורשיו המודרניים. פנייתו של המשפט העברי במישורין אל האזרח, היא יסוד וטעם או תוצאה הגיונית ממצוות לימוד תורה, ולפיכך הוכרזה מצווה זו שקולה "כנגד כולם"²⁶. מעניין הדבר — ואיני יודע אם מישוהו כבר שם לב לכך — כי השם "פסק דין" במובן הכרעה קונקרטית, מצוי בכל התלמוד כולו רק פעם אחת בלבד²⁷. והלא דבר הוא! ובתורה גופה אנו קוראים:²⁸

"כי יפלא ממך דבר למשפט... בין דין לדין... ובאת אל

25. כתובות, דף פ"ו ע"א; וזילברג, חוק ומוסר, שם, עמודים 9—10; לצורך הרעיון שלפנינו אין נפקא מינה בדבר, אם פריעת בעל חוב היא רק מצוות עשה, או שיש בה גם — כפי שאמרו חכמים — מן הפרישה מ"גזול" ו"עושה". ראה להלן הערה 30.

26. פאה, פרק א', משנה א'; "אפילו כל מצוותיה של תורה אינן שוות לדבר אחד של תורה" (ירושלמי פאה, פרק א', הלכה א', ועיין פני משה שם).

27. "פסקא דדינא" (בבא בתרא, דף ק"ל ע"ב). הביטוי "ומאי פסקא ז" (כתובות, דף ע"ו ע"ב, דף ק"ב ע"ב, ונדרים, דף ל"ו ע"ב) אין ענינו פסק דין בין בעלי דין קונקרטיים, אלא פסק הלכה מופשט, עיין שם. לעומת זה מצוי השורש "פסק" בתלמוד בהרבה מובנים אחרים.

28. דברים י"ז, ח'—י'.

הכהנים הלויים ואל השופט אשר יהיה בימים ההם, ודרשת והגידו לך את דבר המשפט ועשית על פי הדבר אשר יגידו לך...".

"לך" נאמר, "לכם" לא נאמר, ללמדך שלפי ההשקפה הישראלית המקורית, אפילו "בין דין לדין" של שני בעלי דין, אין השופט פוסק — חותך — בין השנים, אלא מודיע לכל אחד מהם את אשר יעשה. "והודעת להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשו"²⁹: מודיע לנתבע שהפסיד כמה הוא חייב לתת, ומודיע לתובע שזכה כמה הוא מותר לקבל. בזה כל כוחו של השופט ובוה כל סמכותו, כי בעלי הדין שניהם מצווים מן התורה — מצווים ועומדים מלפני מתן הפסק — שלא לעבור על "לא תגזול" או "לא תעשוק"³⁰.

מצוות פריעת בעל חוב, או עבירת הגזל והעושה, היא יסוד הדתי של המשפט האזרחי; ממנה פנה וממנה יתד לכל הזכויות והחובות שבו. יש ומצטרף אליה בן זוג או "שכנגדו" מאיזה שהוא איסור אחר, ואזי נחלק לעזרה ההגיון המשפטי, ומנסה להפריד בין הדבקים או "לפשר" ביניהם; בדרך זו מתעשרת תורת המשפט.

דוגמא מאלפת לכך מצוייה בפרשת הרבית. זו היא אחת הסוגיות המפותחות ביותר במשפט העברי כולו, ולא לחינם נזקק פעם בית המשפט העליון שלנו, הלכה למעשה, לדיני ישראל החולשים על ענין

מצוונברסיטה העברית בירושלים

המכון לחקר המשפט העברי

29. שמות י"ח, כ'.

30. ספר החינוך, מצוה רכ"ח: "שלא נחזיק במה שיהיה בידנו מוולתנו דרך אוסס או דרך דחייה ורמאות, כמו אנשי און שדוחין בני אדם לומר להם לך ושוב כדי לסבב שישאר להם מה שבידם מוולתם... כי מחזיק ממון מוולתו בזה הענין נקרא עושק... ובכלל עושק הוא גם כן (ש)כל שחייב לחברו ממון מעויין ועושק אותו, כגון שכר שכיר וכיוצא בודל א בעינן שיבא ממש מיד העשוק ליד העושק אותו... ואף על פי שהעושק והגזלה והגבה ענין אחד הוא, עם היות שהמעשה חלוק זה מזה, כי כוונת שלשתן שלא יקח האדם ממון משום צד... פרסם הכתוב כולם והזהיר בכל אחד בפני עצמו". כל האמור בזה מתייחס, איפוא, גם לממון שאינו "מעויין"; ראיה לכך מצינו גם בשו"ת דרכי נועם, יו"ד, סי' נ"ד (הערה 40 להלן). המכנה אי-תשלום חוב למלוה בשם "גזול".

הרבית, — כי לא מצא חלקה טובה ממנה³¹. בסוגיא זו דגו חכמים התלמוד והפוסקים שלאחריהם — החל במשנה וכלה באחרון האחרונים — באורח מודרני ביותר ותוך אבחנות מדעיות ממש, בשאלות הנוקבות ויורדות עד לשרשיה של תורת הממון והחליפין. למשל: ההגדרה הקלאסית שלא נתיישנה, מה היא רבית³²; ההבדל וסימני ההיכר בין מטבע וסחורה, "טבעא" ו"פירא"³³; איזהו מטבע חריף, ואיזהו מטבע שאינו חריף³⁴; מה הוא הגורם הכלכלי של יוקר וזול, או — לשון אחרת — מי ישפל ומי ירום: העולה ויורד מחיר הסחורות, או שיורד ועולה ערכו של הכסף? ³⁵ אם המדינה — בלשונם: "המלך" — מעלה את ערך המטבע הלאומי, המותר למלוה לקבל את המעות שהלוה? ³⁶ גדר הספיקות (לדעת מקצת הפוסקים): הכרה או כפירה ב"עקרון הנומינאליסטי של המטבע"³⁷; האבחנה הדקה מאד בין הורדת המחיר תמורת הקדמת התשלום, לבין העלאת המחיר תמורת דחיית תשלומו³⁸. ועוד חילוקים ואבחנות כהנה וכהנה, החורשים שתי וערב את כל שטחה של פרשת הרבית.

31. פסק דינו של השופט זילברג, ע"א 248/53, רוזנבאום נגד זגר, ט' פסקי דין 533, בעמודים 548 ואילך.

32. "כללא דרביתא, כל אגר נטר ליה אסור" (בבא מציעא, דף ס"ג ע"ב; רמ"א יורה דעה, סי' קס"א, סעי' א'). הרבית היא: ש כ ר ה מ ת ג ת ה מ ע ו ת.

33. בבא מציעא, דף מ"ד ע"א—מ"ה ע"א, גמרא ורש"י שם; רי"ף בבא מציעא, ריש פרק הוהב, ונימוקי יוסף שם; טור יו"ד, סי' קס"ב; שו"ת מהרי"ט צהלוך, סי' ל"ג; שיטה מקובצת בבא מציעא, ריש פרק איזהו נשך, בשם הראב"ד, עיין שם.

34. בבא מציעא, דף מ"ד ע"ב.

35. ראה רש"י בבא מציעא שם, ד"ה אי אמרת בשלמא דהבא, וד"ה הוה ליה סאה בסאה.

36. בית יוסף לטור יו"ד, סי' קס"ה; שו"ת ויאמר יצחק, חו"מ, סי' קנ"ד; שו"ת שבות יעקב, חלק ב', סי' קע"ה; שו"ת חתם סופר, חלק חו"מ, סי' נ"ח; השווה לעומת זה: שו"ת הרשד"ם, יו"ד, סי' רכ"ד; שו"ת חקרי לב, חו"מ, סי' קנ"ד, בשם הר"י בסאן.

37. על משמעות העקרון הנומינאליסטי של המטבע ראה: Nussbaum, Money in the Law, 1950, at pp. 17—18, 171—172, 350—351; Mann, The Legal Aspect of Money, 2nd ed., at pp. 69—74, 103—104.

38. בבא מציעא, משנה וגמרא דף ס"ה ע"א; רמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק ז', הלכה ח', ופרק ח', הלכה א'; שו"ע יו"ד סי' קע"ג, סעי' א', וסי' קע"ו, סעי' ו'.

וכל כך למה, ועל שום מה כל הדיוקים והדקדוקים המינוציוניים הללו? על שום שלפונדק זה גודמנו שני איסורים — איסור הרבית ואיסור הגזל — וכל אחד מהם דוחק את רגלי חברו. הרבית, כידוע, אסורה בדיני ישראל הן על המלוה והן על הלוה: אסור לקחת רבית, ואסור לתת רבית³⁹. הלוה נתון, איפוא, בין הפטיש והסדן: אם יתן יותר מדי יעבור על הרבית, אם יתן פחות מדי יעבור על הגזל. וכך גם הוגדרה השאלה שהופנתה לאחד הפוסקים האחרונים (ר' מרדכי הלוי, נפטר בשנת 1682):

"יורנו המורה לצדקה איך יהיה הפרעון, שלא יהיה בו לא רבית ולא גזל"⁴⁰.

דילמה מצפונית זו היא שגרמה, לדעתי, לכל אותם הגדרים והסייגים והחילוקים שהתפתחו — ולפעמים גם הסתבכו ונשתבשו — בסוגיא משפטית זו.

5. עיינו הרואות את רישומו העמוק של הציווי הדתי בשדה המשפט. ידו בכל, ולא דוקא בשטח הדתי ממש, או הריטואלי שבו. גם ה"חושן משפט" הוא למעשה "אורח חיים", הקובע את ארחות התנהגותו של האדם. לכן חייב החוק — כל החוק, לרבות החלק האזרחי שבו — להיות מדויק, חד משמעי, "ברור הדבר כשמלה", בלי להגות מקום לשיקולים ואינטרפרטציות העלולים לגלות פנים בהלכה על פי נטייתו הסובייקטיבית של השופט. ואין לך מושגים פחות "משו-חדים" ויותר אובייקטיביים ממושגי השעורין של משקל, זמן ושטח.

המשפט החילוני יכול להרשות לעצמו קביעת קני מידה מופשטים, אווריריים, מעורפלים — כגון "זהירות סבירה"⁴¹, "התנהגות סבירה"⁴²,

39. בבא מציעא, דף ס"א ע"א ודף ע"ה ע"ב; רמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק ד', הלכה ב'; שו"ע יו"ד, סי' קס"א, סעי' א'; השו"ת גם סעי' ד' שם.

40. שו"ת דרכי נועם, יורה דעה, סי' נ"ד.

41. Snook v. Grand Junction Waterworks Co. Ltd. (1886), 2 T.L.R. 413, 308; Blyth v. Birmingham Waterworks Co. (1856), 156 E.R. 1047.

42. Bullock v. Bullock (1886), 55 L.T. 703; Stuart v. Stuart (1897), 42 L.T. 123; Dive v. Roebuck (1909), 1 Ch. 328.

"סיבה קרובה"⁴³, "תקופה הגיונית" או "זמן המתקבל על הדעת"⁴⁴ — שהשופט במקרה של סכסוך קונקרטי מוריד לקרקע המציאות, ופורט אותם ל"מטבעות" של ממש. כי, בדרך כלל, אי-תשלום חוב או אי-מילוי התחייבות לאו עבירה היא, והמכסימום שהחייב מסתכן בו הוא תשלום פיצויים והוצאות המשפט. לא כן הוא במשפט העברי אשר, להיותו מטיבו וטבעו משפט דתי, קובע לא נורמות של פסיקה, אלא נורמות של התנהגות. חייב שדחה ללא הצדקה את פרעון המגיע ממנו, אינו מתכפר בתשלום הנזק שנגרם. על ידי כך לנושה. הוא חייב מראש לדעת כיצד עליו להתנהג, ולידיעה א-פריוורית זו אין מקור אחר וזלתי החוק הברור והמפורש.

6. הקבלה מעניינת לכך שמקורה ברעיון דומה — אני מדגיש: דומה ולא זהה ממש — מוצאים אנו בהוראות המשפט החילוני, עד כמה שהן נוגעות לחלק הפלילי שבו. *Nulla poena sine lege* — אין עונש בלי חוק — אומר הפתגם הלאטיני הידוע, ועדיין חלוקים חכמים מה מקורו של פסוק זה: המשפט הרומאי, "המגנה כרטה" האנגלית מתחילת המאה ה-13⁴⁵, או הליבראליזם המערב-אירופי של המאה ה-18⁴⁶. יתכן — ובוה מביע אני השערה שאין בידי להוכיחה — כי מקור הרעיון הוא במשפט העברי, אשר כבר בתקופת המשנה והברייתות, היינו בסוף המאה השנייה — תחילת המאה השלישית לספירת

Hobbs v. L. et S. W. Ry. (1875), 32 L.T. 352; Wyatt v. Great Western R'l. Co. (1865), 122 E. R. 1356; Sharp v. Powell (1872), 26 L.T. 436

44. ראה פסק דינו של השופט אגרנט, ע"א 406/46, פרל ג. ולצמן, א' פסקים 358; ע"א 59/43, אל"ר 203; ע"א 120/41, אפלבום 350.

45. סעיף 39 של המגנה כרטה, 1215, קובע כי שום אדם חפשי לא ייענש "nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae"

46. vide Prof. S. Glaser. Nullum crimen sine lege, in Journal of Comparative Legislation and International Law, 3rd. Series, vol. 24, part 1, at pp. 29—37; Jerome Hall, Nulla poena sine lege, in Yale Law Journal, vol. 47, December 1937, at pp. 165—193

הנוצרים, הכריזו כי "אין עונשין מן הדין"⁴⁷, לאמור: אין מטילין עונש "מן השכל", ואפילו אם תומך בו קל וחומר משכנע ביותר. אך יהא אשר יהא על מקורה ההיסטורי של המכסימה הזאת, עובדא היא, כי החל מן המאה ה-18 קנתה לה קמעא קמעא שביטה בפינות שונות של תבל, וכיום היא מופיעה בקודכסים הפליליים של רוב המדינות הנאורות⁴⁸. אין עונש בלי חוק שקדם למעשה⁴⁹, והמלה "חוק" כאן פירושה: חוק כתוב וברור, שאין צורך למלאו ולפרשו על ידי שיקולים חיצוניים. ולא עוד אלא שאסור לו, לשופט, להסתייע בהיקש או גזירה שווה כדי ליצור, על דעת עצמו, עבירה אשר לא כתובה בחוק.

"העקרון הוא, כי אין להטיל עונש, אלא אם כן המעשה הנדון הוכרז מפורשות בחוק להיות בר-עונשין... השופט משולל כל כוח יצירה בתחום זה... במלים אחרות: אסור לו להטיל שום עונש, עיקרי או משלים, חוץ מן המקרים שהוגדרו בחוק. המחוקק, ורק הוא, רשאי להגדיר את יסודי העבירה, והוא

47. "תנא, בריבי אומר: לא הרגו (את הנידון) — נהרגין (העדים וזממין), הרגו — אין נהרגין. אמר אביו: בני, לאו קל וחומר הוא? אמר לו: לימדתנו רבינו, שאין עונשין מן הדין! דתניא: ואיש אשר יקח אתו בת אביו או בת אמו, אין לי אלא בת אביו שלא בת אמו, ובת אמו שלא בת אביו, בת אמו ובת אביו מנין? תלמוד לומר: ערות אחרת גילה. עד שלא יאמר — יש לי בדין: אם ענש על בת אביו שלא בת אמו ובת אמו של בת אביו, בת אביו ובת אמו לא כל שכן? ! הא למדת, שאין עונשין מן הדין" (מכות, דף ה' ע"ב).

48. e.g. Art. 4 of the Code Pénal Français, 1810; Art. 2 of the Code Pénal Belge, 1867; Art. 2 of the German Penal Code, 1871; Art. 1 of the Turkish Penal Code, 1926; Art. 1 of the Danish Penal Code, 1930; Art. 1 of the Brazilian Penal Code, 1940; Art. 2 of the Yugoslav Penal Code, 1951; Art. 29 of the Argentine Constitution de la Naclon (cf. Mezger-Schoenke-Jescheck, Das auslaendische Strafrecht der Gegenwart, 1 Band, S. 23). contra: Art. 16 of the Soviet Penal Code, 1926; the German Law of the 28th of June, 1935; the Corpus Juris Canonici, 1917 (Glaser, loc. cit., p. 32). השווה גם סעיף 2 של החוק הדנציגאי, 1935, שצוטט בפסק דינו של השופט זילברג, ע"פ 53/54, אש"ד נגד היועץ המשפטי, ח' פסקי דין, בעמוד 830.

49. אלא אם כן המחוקק — מטעמים מיוחדים — התיל בפירוש את הנורמה למפרע.

בלבד יכול לקבוע עונשין. מכאן עולה נוספות, כי אין להטיל עונש על פי הקומון לאו⁵⁰ או על דרך האנאלוגיה... אין לראות כחייבי-עונש אלא את המעשים שחלה עליהם הגדרת החוק. במקרה של לא קונה, חייב השופט הפלילי להוציא פסק דין של זיכוי, ואפילו אם טובת הציבור דורשת כי המעשה ייענש⁵¹.

וטעמו של דבר הוא, כי החוק הפלילי פונה בראש ובראשונה אל האזרח, ומכתיב לו את דרכי התנהגותו. את אשר נאסר בו — אסור, ואת אשר לא נאסר בו — מותר. לכן צריך שהחוק יהיה מוכח מתוכו, שהאזרח הקורא בו ידע בדיוק גמרץ, היכן הוא הקו המבדיל בין האסור והמותר. העקרון של "אין עונש בלי חוק" הוא — לפי אמרת הכנף הידועה של ליסט — ה"מגנה כרטה של העברייני", ביתר דיוק: של ה"נאשם בעבירה, מכלל ה"לאו" האסור הוא שומע את ה"הן" המותר, והוא לא יוכל להסתמך על "מגנה כרטה" זו, אם תחומיה יורחבו, להפתעתו, עקב פירושו הבלתי צפוי של השופט.

ואותו רעיון דומה תופס, אם כי לא באותה חומרא ממש, גם בחלק האזרחי של המשפט העברי. אף הוא פונה אל האזרח, קובע את דרכי התנהגותו בחיים, ולכן גם השעורין שגקבעו בו חייבים להיות קבועים וברורים, שקולים ומדודים, ללא זיקה נוספת אל פירושו של השופט. מכאן אותו הפורמאליזם התלמודי הנודע, אשר כה רבו המלינים עליו.

50. מיוחדת במינה, משהו מעץ תרתי דסתרי, היא עמדתו של המשפט האנגלי כלפי הכלל הנידון. מצד אחד יש אומרים, כי הכלל שהוא הורח ולידתו במשפט האנגלי הקדום: מאידך גיסא הלא גלוי וידוע, כי רוב רובו של המשפט הפלילי האנגלי מקורו ב"קומון לאו", זאת אומרת בחוק שלא נכתב ע"י המחוקק, אלא נוצר ע"י השופטים. פרופ' גלזר במאמרו הנ"ל נוגע בשאלה זו ואומר, כי תהא זו טעות להסיק מכך, כי הפרקטיקה השיפוטית האנגלית נוטה ליצור עבירות חדשות. "אדרבה: קו אופייני של רוח הפסיקה האנגלית הוא, כי יש לראות כראוי לעונש רק אותו מעשה, שאי-החוקיות שבו מתאימה בהחלט למצפון המשפטי הכללי ולפרקטיקה השיפוטית המסורתית" (שם, עמ' 31). ודאי הוא, כי בדורות האחרונים אין נטייה להוסיף עבירות שלא בדרך החקיקה, והקומון לאו הקיים הוא, בעיני השופטים האנגליים, החוק "הכתוב".

51. פרופ' גלזר, במאמר הנזכר, עמ' 33.

"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 מיניהו עדיף? ואם המטרה המרחפת לעיני המחוקק, אם האידיאל שהוא שואף אליו הוא: לא יישוב סכסוכים פוסט פאקטום בין אדם לחברו, אלא הוראות מראש להתנהגותו המוסרית של כל אחד מהם, אזי השיקול הראשון, של הדיוק והבהירות, גובר, והתוצאה הבלתי נמנעת היא: פורמאליסטיקה משפטית"⁵².

52. זילברג, חוק ומוסר, שם, עמ' 25.

אף על פי כן, ודוקא אולי מפני המסתורין שבדבר, השתדלו חכמי ישראל לגלות טעמיה של תורה³. אך לכשיגעו ומצאו את הטעם המבוקש, לא עשו אותו, כאמור, תנאי-תמיד לתחולתו של הדין. רק על תנא אחד, רבי שמעון בן יוחאי, נאמר כי הוא "דורש טעמא דקרא"⁴, ואף הוא — לדעת מקצת חכמים — לא עשה כן אלא מקום שנתפרש הטעם מלכתחילה, או עלה בעליל מתוך גוף המצוה⁵.

וכתוצאה בלתי נמנעת מהפרדת שני הדבקים ההם, קם והיה פער, היינו: התפצלות וריחוק גדל והולך בין הדין והטעם, לכאן או לכאן. ורעיון הפער, כיוון דדש דש, או כיוון דעל על, והוא החל להופיע גם באותן תקנות וגזירות חכמים, עתיקות ישנות וחדשות, שטעמן גלוי, והורתן ידועה, ולידתן מבוררת, ושירדו לעולם כרוכזין זה בזה, הן וטעמיהן וסיבותיהן ומטרותיהן. גם באלו — לא היו הדין והטעם חופפין זה את זה עוד, ובמרוצת הדורות נעשו שולי הדין: פעמים רחבים מן הטעם פעמים צרים הימנו, ונוצר סרס העודף, מעין "שטח הפקר", בין דפנות העיגולים הקונצנטריים ההם. בשטח הפקר זה פרחו גם תרבות ההערמות והפיקציות שהרחבנו את הדיבור עליהן לעיל.

2. תופעה זו, כשלעצמה, מחוייבת המציאות היא, כמעט אינהרנטית

- לא נתגלו טעמי תורה, נשאלה מעיקרא ביחס לאי-גילוי טעמן של המצוות השמיים, כגון: "למה באסרה לבישת שעטנו ואכילת חויר, וכיוצא בהן", אך אין דבר זה מתיישב עם ראית הכשולן שהתלמוד מביא מעבירותיו של שלמה המלך, ודוק.
3. למשל: "מפני מה אמרה תורה יולדת מביאה קרבן? אמר להם: בשעה שכוונת לילד, קופצת ונשבעת שלא תיוקק לבעלה, לפיכך אמרה תורה תביא קרבן" (נדה, דף ל"א ע"ב); "ומפני מה אמרה תורה מילה לשמונה שלא יהו כולם שמחים, ואביו ואמו עצבים" (נדה שם, ועי' רש"י ד"ה מפני מה וד"ה שלא יהו); "מפני מה אמרה תורה הבא עפר לסוטה? זכתה — יוצא ממנה בן כאברהם אבינו דכתיב ביה (בראשית י"ח, כ"ז) עפר ואפר, לא זכתה — תחזור לעפרא" (סוטה דף י"ז ע"א). השווה מורה נבוכים להרמב"ם, חלק שלישי, פרקים כ"ו, ל"ב, ל"ג, ל"ה, ל"ו, ל"ז, ל"ט, מ' ואילך, בהם הוא מבאר בהרחבה ובפרוטרוט את טעמי המצוות. ראה גם ספר החינוך להרא"ה.
4. סנהדרין דף כ"א ע"א; בבא מציעא, דף קט"ו ע"א; קדושין, דף ס"ח ע"ב; גיטין, דף מ"ט ע"ב; סוטה, דף ח' ע"א, ועוד.
5. ראה זכריה פורקל, דרכי המשנה, הוצאת תל-אביב, 1959, עמ' 180—181

פרק חמישי דין וטעם

לכל דין יש טעם, אך אין הטעם "בעליו" של הדין, ואין הוא — בהכרח — מתנה את קיומו. והטעם גופו, פעמים שהוא נראה בעליל, ופעמים שאינו נראה בעליל, או שאינו נראה כלל. כך הוא ברוב רובם של המקרים, שלא יהא אדם נותן טעם לפגם, ושלא יהא שכרו של הטעם יוצא בהפסדו של הדין.

"מפני מה לא נתגלו טעמי תורה? שהרי שתי מקראות נתגלו טעמן, וכשל בהן גדול העולם"¹.

"שתי מקראות" לאו דוקא, כי מספר המצוות שנתגלה טעמן גדול משתיים², אלא שבהן, כנראה, לא קרה מכשול ולא ארעה תקלה, — על כל פנים לא לגדולי עולם.

1. סנהדרין, דף כ"א ע"ב. "גדול העולם" הוא שלמה המלך, והמשך המאמר שם הוא: "כתיב (דברים י"ז, י"ו) ולא ירבה לו נשים ולא יסור לבבו, אמר שלמה: אני ארבה ולא אסיר; וכתיב (מלכים א' י', ד') ויהי לעת זקנת שלמה נשיו היטו את לבבו; וכתיב (דברים י"ז, ט"ז) לא ירבה לו סוסים ולא ישיב את העם מצרימה, ואמר שלמה: אני ארבה ולא אשיב, וכתיב (מלכים א' י', כ"ט) ותצא מרכבה ממצרים בשש מאות וגו'".
2. כגון: "אם חבל תחבל שלמת רעד, עד בא השמש תשיבנו לו, כי היא כסותה לבדה היא שמלתו לעורו במה ישכב" (שמות כ"ב, ס"ה, כ"ו); "ושוחד לא תקח, כי השוחד יעוור פקחים ויסלף דברי צדיקים" (שם כ"ג, ח'); "בתך לא תתן לבנו ובתו לא תקח לבגד, כי יסיר את בגד מאחרי, ועבדו אלהים אחרים" (דברים ז', ב', ג'); "כי תבנה בית חדש ועשית מעקה לגגך... כי יפול הנופל ממנו" (שם כ"ב, ח'); "ביומו תתן שכרו... כי עני הוא ואליו הוא נושא את נפשו" (שם כ"ד, ט"ו); ואמנם מדוברי רש"י, סנהדרין שם, ד"ה לא נתגלו, עולה כי השאלה: מפני מה

לכל שיטת משפט. ואין תימה בדבר. כי הנורמה המשפטית היא דבר השווה לכל נפש, מופנית לכל. לבושה "מופשט" — אם ניתן להיאמר כך — ואיננו הולם בדיוק את רישומי איבריו של המקרה הנידון: הולם בדרך כלל את הסוג, ואיננו הולם בדיוק נמרץ את הפרט. הדין לעומת הטעם הוא, כרגיל, "מסאנא דרב מכרעא", נעל הגדולה מן הרגל, או גלימה הרחבה מן הגוף, והפועל-יוצא הוא, כי המקרה הקונקרטי הנידון הוא לפעמים "חסר-טעם", בשל הצטרפותן של תכונות אינדיבידואליות הגורמות לנויטראליזציה של הטעם המקורי. למשל: המשפט המקובל האנגלי קובע, כי מקום מושבו (ה"דו-מיסיל") של הבעל הוא גם מקום מושבה של האשה. טעמו של דבר גלוי וידוע: כי בני הזוג, כרגיל וכמקובל, דרים יחד בכפיפה אחת, וכל פיצול של מקומות-המושב שלהם עלול לגרור אחריו סיבוכים משפטיים. אך הוראה זו תופסת גם — וכאן סרת העודף של הדין על הטעם — כאשר בני הזוג נפרדים זה מזה ברצון, או אפילו כאשר הבעל נוטש את אשתו, ואיננו רוצה כלל לקבלה במקום מושבו החדש⁶. הדומיסיל של הבעל הבורח הוא עדיין הדומיסיל המשותף של הזוג, אף על פי שאין כל "דיוור משותף" ביניהם.

3. ברם על אף כל הדומי הוזה קיים הבדל רב, בנידון הפער, בין משפטי העמים ודיני ישראל, — הן מבחינת הריחוק והן מבחינת הכיוון. מבחינת הריחוק, כיצד? המשפט המודרני, מחוקקו החילוני הפשי במעשיו וגמיש בתנועותיו: הוא יכול לשנות מזמן לזמן את הנורמה הבסיסית, או לפלג אותה לנורמות-משנה, כדי להדק יותר ויותר את עיקרי ההלכה ל"גופי" העובדות. הפער, איפוא, הולך וקטון. לא כן המשפט העברי, או ההלכה העברית. ההלכה העברית אינה משתנית בנקל, מאין, כרגיל, סמכות לכך⁷, הוראותיה נקבעות מראש לטווח

6. Warrender v. Warrender (1835), 6 E.R. 1239; Dolphin v. Robins 11 E.R. 386 (1859).

7. "אין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חבירו, אלא אם כן גדול הימנו בחכמה ובמנין" (ערויות, פרק א', משנה ה'; גיטין, דף ל"ו ע"ב; רמב"ם הלכות ממרים, פרק ב', הלכה ב'; כסף משנה ולחם משנה שם, שם; עיין גם תוס' עבודה זרה, דף ל"א ע"א, ד"ה והתנן).

ארוך, לימים מרובים, ומשנפער הפער — הרי הוא פער ועומד, עד שישתנו מיסודן המסיבות שהולידו את ההלכה המקורית. ומבחינת הכיוון, כיצד? במשפט העברי, ההתפצלות בין הדין והטעם אינה חד-סטריית, אלא דו-סטריית. יש והדין גדל וחורג מתחומי הטעם, וממשיך להתקיים בלעדיו ומחוצה לו, כאותו ולד העוזב את מעי אמו ויוצא לאויר העולם; כזה הוא ה"פער מלבר" של ההלכות מדאורייתא ומדרבנן, הניתנות ל"ניצול" בדרך של פיקציה והערמה, כפי שנתבאר לעיל⁸. אך יש וקורה היפוכו של דבר, והפער הוא "פער מלגו": במרוצת הזמן ועקב השתנות התנאים, מצטמק הדין והולך בחלל קליפתו של הטעם, ומאבד את המגע עמו, — למרות מה שהוא עדיין סוגר ומסוגר בתוך הקליפה ההיא. במקרה זה קורה הפרדוקס המשפטי, שהדין נשאר תלוי בטעם, אך איננו ניזון הימנו במהלך שימוש.

את הדוגמא הבולטת ביותר לכך מוצאים אנו בכתובת אשה. הכתובה היא, לפי הדעה השוררת, תקנת חכמים:

"חכמים תקנו להם, לבנות ישראל, לבתולה מאתים ולא למנה מנה"⁹.

והטעם לכך מבואר בכמה מקומות בתלמוד:

"שלא תהא קלה בעיניו להוציאה"¹⁰.

היינו: שהבעל יימנע מלגרשה, מאימת תשלום חוב הכתובה! טעם זה, באורח יוצא מן הכלל, עדיין מתנה את קיומו של הדין, כפי שמתבטא הדבר בכמה וכמה דינים¹¹.

8. פרק שלישי.

9. כתובות, דף י' ע"א; רמב"ם הלכות אישות, פרק י"א, הלכות ב', ד'.

10. כתובות, דף י"א ע"א; דף ל"ט ע"ב; יבמות, דף פ"ט ע"א; בבא קמא, דף פ"ט ע"א.

11. "טעמא מאי תקינו רבנן כתובה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, והא לא מצי מפיק לה" (כתובות, דף ל"ט ע"ב); "הא מני רבי מאיר היא, דאמר אסור לו לאדם שישהה את אשתו אפילו שעה אחת בלא כתובה, וטעמא מאי כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה, זכא לא מגרש לה, דאי מגרש לה — אתו הנך דובני גבו לה לכתובתה מיניה" (בבא קמא, דף

והנה בתקופת התלמוד היו מאתים זוז¹² סכום תראוי להתכבד בו. הוא היווה את הגבול בין עני לעשיר.

"מי שיש לו מאתים זוז, לא יטול לקט שכחה ופאה¹³ ומעשר עני"¹⁴.

"שיערו חכמים שזהו שעור הוצאתו במזונות ובמלבושיו לשנה"¹⁵.

ברם, עם שינוי העתים וחליפות הזמנים; כתוצאה מהעלאת רמת החיים ועליית יוקר החיים, הפכה הכתובה המסורתית סכום עלוב ופועט

פ"ט ע"א); "ואין לה (לאנוסה) כתובה, שלא תקנו חכמים כתובה אלא כדי שלא תהיה קלה בעיניו להוציאה, וזה אינו יכול להוציאה" (רמב"ם הלכות נערה בתולה, פרק א', הלכה ד').

12. "דינרים אלו לא תקנו אותם מן הכסף הטהור אלא ממטבע שהיה באותן הימים, שהיה שבעה חלקים נחושת ואחד כסף, עד שהיה בסלע חצי זוז כסף. ונמצא מאתים דינרים של בתולה חמישה ועשרין זוזין של כסף טהור, ומאה דינרים של בעולה שנים עשר זוזים ומחצה. ומשקל כל זוז שש ומשעים שעורות... והדינר הוא הנקרא זוז בכל מקום, בין שהיה מן הכסף הטהור בין שהיה ממטבע אותן הימים" (רמב"ם הלכות אישות, פרק י', הלכה ח'). ורבינו יוסף קארו, בעל השולחן ערוך, שתי עד מחצית ימיו בארצות הבלקן, כותב: "כמה שעור הכתובה? לבתולה מאתים ולאמלגה מנה, ושל זוז כסף מדינה, נמצא כחובת בתולה הם ל"ז דרחם וחצי, כסף צרוף, וכתובה אלמנה מחציתם שהם י"ח דרחם ושלשה רבעים כסף צרוף" (שו"ע אה"ע, סי' ס"ו, סעי' ו'; ערך הדרחם מצוי בשו"ע יו"ד, סי' רצ"ד, סעי' ו', וסי' ש"ה, סעי' א'). ר' משה לימא, בעל החלקת מחוקק על שו"ע אה"ע, שחי במאה ה-17, והיה רב בוילנא ובבריסק דליטא, קובע את שעור הכתובה במטבע פולני וליטאי, ואומר כי כתובה הבתולה היא: "שני זהובים וחצי זהוב, שהם א' שוק ליטויש" (חלקת מחוקק שם, ס"ק כ"כ).

13. "ובקוצרם את קציר ארצכם, לא תכלה פאת שדך בקוצרך ולקט קצירך לא תלקט, לעני ולגר תעווב אותם וגו'" (ויקרא כ"ג, כ"ב); "כי תקצור קצירך בשדך ושכחת עומר בשדה, לא תשוב לקחתו, לגר ליתום ולאמלגה יהיה וגו'" (דברים כ"ד, י"ט). לקט שכחה ופאה הם "שלוש מתנות עניים שבתבואה" (חולין, דף קל"א ע"א), ודיניהם מפורטים במסכת פאה, וברמב"ם הלכות מתנות עניים, ע"ש.

14. זהו המעשר הניתן לעניים בשנה השלישית ובשנה הששית ל"מתחור השמיטה": ראש השנה, דף י"ב ע"ב; רמב"ם הלכות מתנות עניים, פרק ו', הלכה ד', ויסודו בפוסק דברים כ"ו, י"ב.

15. פי' רבינו שמשון משאנץ על מסכת פאה, פרק ח', משנה ח'.

ביותר, שלא היה מסוגל עוד "להרתיע" את הבעל מלגרש את אשתו. אך ההלכה המקורית ממקומה לא זזה, אם כי פה ושם הותקנו תקנות מקומיות להגדלת סכום הכתובה, כדי להשוותו לערך המוני-טארי של המטבע, להבדיל מכוח הקנייה שבו¹⁶. והפועל-יוצא היה, כי הכתובה, על אף היותה עדיין מסתופפת בצילו של הטעם, למעשה לא השיגה עוד את מטרת הטעם ההוא.

למען האמת ייאמר, כי הרבנות הראשית לארץ ישראל היתה חלוצת הרעיון, כי יש לתקן לא את הכסף, אלא את האשה, כלומר: לא רק להשוות את המטבע המקומי למאתים הזוזים של תקופת התלמוד, אלא להמציא לאשה את הסעד המגן עליה מפני קלות הגירושין. שכן בנימוקי תקנת תש"ד, המעלה את סכום הכתובה נאמר:

"בשים לב אל רמת החיים בישוב בזמננו ואל היסודות הכלכליים, נוכחנו שהסכום הקבוע והנהוג של מאתים זוז לבתולה ושל מאה זוז לאלמנה וגרושה מן הנשואין ולבעולה, איננו הולם את המצב הנוכחי, ואין בו כדי לקיים את כוונת חז"ל בתקנתם שלא תהא קלה בעיניו להוציאה... ובהיות שהרשות נתונה להוסיף על הכתובה החלטנו לתקן להוסיף בכל כתובה לא פחות מחמשים לא"י לבתולה ולא פחות מעשרים וחמש לא"י לאלמנה וכו"¹⁷.

כוונתם של מתקני התקנה ודאי רצויה היתה, אך מעשיהם לא היו כל כך "רצויים" או יעילים. כי גם הסכום "העצום" ההוא, אפילו לאחר שהוכפל פי ארבעה בשנת תשי"ג¹⁸, אין בו, כנראה בעליל, כדי לעצור את הבעל מלגרש את אשתו. אך אנו כאן לא בתקנות אשה קא עסקינן; רצייתי רק להדגים בכך את רעיון ה"פער מלגו", שהצבעתי עליו לעיל¹⁹.

16. השווה א. ח. פריימן, התקנות החדשות של הרבנות הראשית לא"י בידי אישות, סיני, אדר-ניסן תשי"ד, עמוד רס"א.

17. ראה ב. שרשבסקי, דיני משפחה, תשי"ח, עמוד 393.

18. שרשבסקי שם.

19. דוגמאות נוספות לכך מצויות בעניינים אחרים, שווים או דומים, אלא שקצר המצע מהשתרע, להיותם ענייני הלכה מסובכים שאין כאן מקומם להאריך.

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

— — —

את הפסוקים האלה כתבתי כמבוא למאמר שפרסמתי לפני שנים אחדות², ואין אני חוזר בי מן הרעיון שהובע בהם. ואולם בהרצאתי זו רוצה אני להעביר את מרכז הכובד לפני האחרות של הבעיה, להרחיבה מצד אחד ולצמצמה מצד שני, על מנת לברר ולעמוד לא על ההבדלים הדקים, והלא-כל-כך-דקים, שבין החוק מזה והמוסר מזה, אלא על היחס שבין חוק ומוסר בהוראות החוק גופו, — על היחס שבין השיקולים התועלתיים והשיקולים המוסריים בתכנון של החוק, בתכנון של המשפט, ולא של המשפט בכלל, אלא של המשפט העברי. וכאן מתעורר מיד קושי גדול, הרובץ לפתחה של השאלה, ונועל דלת בפני המשכת המחקר. הקושי הוא בהגדרת עצם המונח: "המשפט העברי". מונח זה אינו ותיק ביותר, דומני שגילו אינו יותר מחמשים-ששים שנה, אך האנדרלמוסיה שנוצרה סביבו היא רבה עד מאד, וכמאמר המוסגר ייאמר כאן, כי היא היא האשמה העיקרית בעירובי הפרשיות ובלבולי המושגים שקמו מסביב לאחת הבעיות המנסרות ברומו של עולמנו, והיא: כינוסו או "החיתאו" של המשפט העברי.

ובכן, מה תכנון של המשפט העברי? לא אנסה לתת כאן הגדרה כללית, מקיפה, ממצה, — אומר רק על דרך השלילה, כי המשפט העברי, שלא כדרך שאר שיטות המשפט, אינו מצטמצם בתחומי ה"בין

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

פרק ששי

חוק ומוסר

מה בין הוראות החוק וצווי המוסר?

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

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

אדם לחבירו" בלבד, אלא מכניס לקטיגוריות משפטיות, מכנה כינויים משפטיים, תופס תפיסה משפטית, גם את היחסים שבין אדם למקום. גם הקדוש-ברוך-הוא, בכבודו ובעצמו, הוא אישיות משפטית כביכול, נהנה מזכויות, כפוף לחובות, נשמע ומציית לחוקיו הוא, ומשתלב כנושא משפטי אורחי במערכת היחסים שבינו לבין יציריו. נאמר בירושלמי³:

"אמר רבי לעזר: פרא בסיליאוס או נומוס אגרפוס. בנוהג שבעולם, מלך בשר ודם גזור גזירה, רצה מקיימה, רצה — אחרים מקיימים אותה; אבל הקדוש ברוך הוא אינו כן, אלא גזור גזירה ומקיימה תחילה. מאי טעמא? ושמו את משמרתו אני ה', — אני הוא ששימרתו מצוותיה של תורה תחילה".

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

מאזיבתרטיה העברית בירושלים
המכון לחקר המשפט העברי

3. ראש השנה, פרק א', הלכה ג'.

4. בבא מציעא, דף נ"ט ע"א—ע"ב. "עכנאי" — נחש (עי' בבא קמא, דף קי"ז ע"ב; בבא מציעא, דף פ"ד ע"ב). "תנור של עכנאי" — התנור (כלומר: שאלת טומאתו או טהרתו של התנור; ראה להלן), "שהקיפו (ואותו) דברים כעכנא זו" (שם). "נחש דרכו לעשות בעגולה, להכניס זנבו אצל פיו" (רש"י שם).

5. "תנור העשוי חוליות, שצרפו כבשן כדרך כלי חרש, ואחר צירוף החוליות ונתן חול בין חוליא לחוליא" (רש"י שם). רמב"ם הלכות כלים, פרק ט"ז, הלכה ה': "תנור שחתכו חוליות, ונתן חול בין חוליא לחוליא, וטח בטיט על הכל מבחוץ".

6. גדר הספיקות הוא, אם התנור נחשב ככלי חרש, המקבל טומאה אם הוא "מקבל ועשוי לקבלה" (רמב"ם שם, פרק י"ח, הלכה א'; פרק ב', הלכה א'; ומקורו במסכת כלים, פרק י"ז, משנה ט"ו), או "שאינו זה כלי חרש, אלא בנין, כעין כלי גללים וכלי אדמה, שאין מקבלין טומאה" (רש"י בבא מציעא, שם).

7. הוא רבי אליעזר בן הורקנוס, תלמידו של רבן יוחנן בן זכאי, שנאמר עליו (תענית, דף כ"ה ע"ב) ש"אינו מעביר על מידותיו", כלומר: תקיף בדעתו ועשוי לבלי חת.

ביניהם. ר' אליעזר ביקש לשכנע את חביריו כי הצדק עמו. והברייתא מספרת⁸:

"באותו היום השיב ר' אליעזר כל תשובות שבעולם, ולא קיבלו הימנו. אמר להם: אם הלכה כמותי — חרוב זה יוכיח! געקר 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: אם הלכה כמותי כתלי בית המדרש יוכיחו! הטו כתלי בית המדרש ליפול. גער בהם רבי יהושע⁹. אמר להם: אם תלמידי חכמים מנצחים זה את זה בהלכה, אתם מה טיבכם?! לא נפלו מפני כבודו של ר' יהושע, ולא זקפו מפני כבודו של ר' אליעזר, ועדיין מטין ועומדין. חזר ואמר להם: אם הלכה כמותי מן השמים יוכיחו! יצאה בת קול ואמרה: מה לכם אצל ר' אליעזר, שהלכה כמותו בכל מקום. עמד ר' יהושע על רגליו ואמר: לא בשמים היא, שכבר גיתנה תורה מהר סיני! אין אנו משגיחים בבת קול! שכבר כתבת בהר סיני בתורה¹⁰: אחרי רבים להטות".

והתלמוד מוסיף:

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

8. בבא מציעא שם.

9. הוא רבי יהושע בן חנניה, אף הוא מתלמידיו של רבן יוחנן בן זכאי. למרות התנגדותו העזה לרבי אליעזר בימי חייו, הוא השתדל כנראה לפייסו לפני מותו (של ר' אליעזר), כפי שעולה מברייתא אחת (סנהדרין, דף ק"א ע"א). ולא עוד אלא ששמר מאד על כבודו של ר' אליעזר לאחר פטירתו. "לאחר פטירתו של ר' אליעזר נכנסו ארבעה זקנים להשיב על דבריו... אמר להם ר' יהושע: אין משיבין את הארי לאחר מיתה!" (גיטין, דף פ"ג ע"א).

10. שמות כ"ג, ב'.

11. זה הוא כנראה נתן הבבלי, בעל ה"אבות דרבי נתן", שהיה אב בית דין בסנהדרין דאושא תחת נשיאותו של רבן שמעון בן גמליאל. לאחר התמרדותו, יחד עם ר' מאיר, נגד נשיאותו של רשב"ג, גזרו שהלכותיו לא ייקראו על שמו, אלא יכוננו בשם "יש אומרים" (עי' הוריות, דף י"ג ע"ב).

הוא בההיא שעתא (מה עשה הקדוש ברוך הוא אותה שעה) ?
אמר ליה (אליהו) : קא חייך ואמר : נצחוני בני, נצחוני בני !".

אגדה זו מפורסמת היא, וכבר התפעלו מיפיה חכמים וסופרים. אך לדעתי יש בה יותר מיופי ספרותי בלבד. כאן, באגדה זו, וכן במאמר הירושלמי שהובא לעיל, נגלה עלינו אפיו המיוחד של המשפט העברי. כאן שלטון החוק (The Rule of Law) במובן האבסולוטי של ביטוי זה. שלטון החוק במחוקק, והכנסת המחוקק גופו למערכת היחסים, המשפטיים והשיפוטיים, שנוצרו בחוקים שניתנו על ידו. הוא שומר "מצוותיה של תורה", היינו מקבל על עצמו את מרותו של החוק, והוא — יתר על כן — נכנע לפירוש האבתנטי הניתן על ידי המפרשים המוסמכים לכך, לאמור: מקבל עליו את מרות שיפוטו של גוף אוטוריטאטיבי — הרוב — שהוסמך על ידו לשם הכרעת ספק, גם כאשר ספק זה אינו נראה לו כספק כל עיקר. אם הדון הוא: אחרי רבים להטות, יש לפסוק על פי 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 ברורה על כל פנים עולה הימנו, והיא: כי שלטונו של המשפט העברי אינו מצמצם בתחומי הדברים שבין אדם לחבירו בלבד. גם הדברים שבין אדם למקום, שהם למעשה דברים שבין אדם לעצמו, בינו לבין ההרגשה הדתית והמוסרית שלו, גם אלה נתפסים ונלכדים ברשת היחסים המשפטיים, משתלבים ומשתבצים במערכת הקטיגוריות המשפטיות שנוצרו על ידי המחוקק. מי שלמד תלמוד מימיו נודמן לו להשיגח בדבר, כי בשקלא וטריא התלמודית אין כל הבל, מבחינת הגדרת מושגים והטיפול בהם, בין אם הויכוח נוגע לעסקי ממונות, בין אם הוא גוגע לעניני קדשים וטהרות. אין לך נושא הלכתי שיהא כל כך מופלג מהויות העולם כמו דיני קרבנות — הפוסקים המאוחרים מן הרמב"ם, כידוע, אף לא הכניסו אותם לתוך הקודיפיקציות שלהם — ואף על פי כן מוצא אתה, בסדר קדשים דוקא, את כל הסממנים המובהקים של סדר נזיקין וסדר נשים, — אותה הדיאלקטיקה, אותה הגישה, אותה התפיסה, אותה הקלסי-

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

2. מה היא המסקנה העולה מן האמור ? המסקנה היא, כי בשטחית 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 מסויימת של החוק, ואפילו כאשר הוראה זו תועלתה נעלה מכל ספק, אפילו כאשר לא יתוארו חיי חברה 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"ראציו לגיס" של הוראה יסודית זו ? חכמי המשפט הרומאי, וכן כל יוריסט מודרני, יעמידו פנים תמהים למשמע שאלה שכונות. ברור — הם יגידו — כי חובת תשלום החוב הרי היא העבר השני של מטבע קגין הבעלות, ואי אפשר לו לזה בלי זו. לא יתכן משטר חברתי תקין, ולא דוקא במדינה קפיטאליסטית, בלעדי קיום חובה, משפטית אורחית, למילוי החובות שקיבל על עצמו האזרח. זו היא בעיני היוריסטן תשובה ניצחת שאין אחריה כלום. ואילו במשפט העברי השאלה היא קצת יותר פרובלימאטית, ונחשבה כפרובלימאטית 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 מסויימת (ואינה חלה, למשל, על הקטן), או שהיא חובה משפטית-אורחית — זאת אומרת: הפועל - יוצא ההכרחי מזכותו של הנושה — ואינה מותנית כלל וכלל ב"כושר החובה" הדתי-מוסרי של החייב. האמורא רב פפא אומר:

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

פפא דברייתא העברית גירושלים¹²

המכון לחקר המשפט העברי

12. ערכיו, דף כ"ב ע"א.

"פריעת בעל חוב מצוה: מצוה עליו לפרוע חובו ולאמת דבריו, דכתיב "הין צדק"¹³, שיהא הן שלך צדק ולאן שלך צדק"¹⁴. לא מעניינות אותנו כאן התוצאות המעשיות של הבעיה, ומה היא ההלכה שנפסקה בשאלה זו, אבל מעניין מאד להתבונן לויכוח אחד, קצר ופיקנטי, שהתנהל מסביב לשאלה:

"אמר ליה רב כהנא לרב פפא¹⁵: לדידך דאמרת פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא נחא לי דאי עביד מצוה מאי? אמר ליה תנינא: במה דברים אמורים (שהוא לוקה ארבעים)¹⁶, במצות לא-תעשה, אבל במצות-עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו"¹⁷.

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

כל הפרובלמאטיקה הזאת אינה קיימת כלל בשיטות המשפט המודרניות, וכבר לא היתה קיימת בעיני היוריסטן הרומאי. אפשר לומר, עם קב חומטין כמובן (cum grano salis בלע"ז), כי המשפט המודרני אינו מתעניין כלל בחובות, הוא מתעניין רק בזכויות, וחובת התשלום של החייב אינה אלא ציון מקוצר לאפשרות כפיית התשלום על ידי הנושה. מן הלכסיקון המודרני אינך יכול למחוק את המונח "זכאי",

13. ויקרא י"ט, ל"ו.

14. רש"י כתובות, דף פ"ו ע"א, ד"ה פריעת.

15. רב כהנא האחרון, אמורא בבלי מן הדור החמישי, תלמידו של רבא ורבו של רב אשי (ברכות, דף כ"ד ע"א; מגילה, דף ו' ע"ב; בבא קמא, דף צ"ה ע"ב). רב פפא, מגדולי האמוראים הבבליים של הדור החמישי, אף הוא תלמידו של רבא (בבא בתרא, דף קכ"ו ע"א; גדרים, דף צ"ע"ב; שבת, דף צ"ג ע"א, תוס' ד"ה אמר רב זביד), ומבעלי ההלכות המרובות ביותר בש"ס.

16. לפי הגירסא של רש"י בכתובות שם. גירסא אחרת מצויה בדברי רש"י, חולין, דף ק"י ע"ב, ד"ה כפתוהו, ע"ש.

17. כתובות, דף פ"ו ע"א-ע"ב.

אבל יכול אתה להתקיים — גם אם לא יהא זה נוח ביותר — בלעדי המלה "חייב"; תצטרך רק לכתוב במקומה את הפסוק הארוך: "יכול להאלץ, על ידי בתי המשפט ומשרדי התוצאה לפועל, לקיום זכותו של הנושה". וגם ה-*obligationes naturales*, "החובות הטבעיות", עד כמה ששרידים ארכאיים אלה עדיין נשתמרו בשיטות המשפט המודרניות, החובות שאין כפיית ביצוע בצידן, גם לגביהן המלה "חובה" אינה אלא פיקציה, וכל משמעותה מצטמצמת רק בזה: שממלא החובה, המשלם, אינו רשאי לדרוש את כספו חזרה¹⁸. שוב רפלכס — ניגאטיבי במקרה זה — של זכות התביעה, שהיא, ורק היא, מהווה את המודד העיקרי לקיום החובה האזרחית.

לא כן הוא המצב, כפי שראינו, במשפט העברי. ודאי שאין הדבר כן לדעת האמורא שהזכרתי, הסובר פריעת בעל חוב מצוה. פריעת בעל חוב היא בנין אב לכל שיטת החיובים האזרחיים. ואם אף היא אינה אלא מצוה, כלומר: 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 הזאת, 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 ומשפיע, במישרין או בעקיפין, גם על הצד האקטיבי — צד הזכות והתביעה — של ה-*obligatio* העברית¹⁹.

ידועה האבחנה של המשפט העברי בין ש ע ב ו ד ה ג ו ף ו ש ע ב ו ד נ כ ס י ם²⁰. כל מלוה בשטר יוצרת מלכתחילה את שני השעבודים, *vide Joers-Kunkel-Wenger, Roemisches Recht, 3 Aufl., para 103, 18 and note 3 at p. 167; cf. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Buergerlichen Rechts, 15-17 Aufl., Recht der Schuldverhaeltnisse, para 227, II, 2*

19. על מחלוקת האמוראים בענין פריעת בעל חוב מצוה והמסקנות הנובעות ממנה הלכה למעשה, ראה מחקר החשוב של מ. אלון, כפיית חייב לשם גביית חוב, 1961, דיסרטציית-דוקטור אשר טרם פורסמה, פרק שני, עמודים 32 ואילך.

20. הביטוי "שעבוד הגוף" לא בא זכרו בתלמוד. הרב החכם י. א. הרצוג בספרו "המוסדות העיקריים של המשפט העברי" (אנגלית), כרך 2, עמוד 4,

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

אומר: "עד כמה שאני זוכר ברגע זה, אינו מופיע המונח "שעבוד הגוף" באף אחד מן התלמודים (הכוונה לתלמוד בבלי ותלמוד ירושלמי). ואמנם כך הוא: הביטוי הוא בתר-תלמודי, מאוחר, ואנו נתקלים בו לראשונה אצל רבינו תם (ר' יעקב בן מאיר, נכדו של רש"י, 1100—1171 לספ"ה, מגדולי בעלי התוספות; ראה א. א. אורבך, בעלי התוספות, פרק שלישי), כפי שהובאו דבריו על ידי הר"ן (רבינו נסים גירונדי, 1320—1380) בפרושו על הרי"ף (רבינו יצחק אלפסי, 1013—1103), כתובות, דף פ"ו ע"ב, ואלה הם:

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

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

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

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

היוצא מזה, כי ה"אובליגאציו" של המשפט העברי אינה נדלית ואינה מצטמצמת באפשרות הריאליזציה האזרחית של תביעת הנושה, אלא סומכת, ולא במעט, על החובה הדתית המוסרית של פרעון החוב על ידי החייב. כאן באים לידי גילוי היסודות המוסריים של המשפט העברי, הטובעים את חותמם, בכמה וכמה דרכים, על אופייה המיוחד של תורת החיובים העברית.

3. ומכאן נלקודה אחת, פרדוכסאלית במקצת, — לעובדא הנראית לכאורה סותרת ומוזעזעת את יסודי הרעיון שהבעתי לעיל. כוונתי לעמדתו של המשפט העברי כלפי שאלה אחת, "מוסרית" פר אכסלנס, והיא שאלת תוקפם של תווים בלתי חוקיים או בלתי מוסריים. לכאורה נראה, כי בזאת תיבחן "מוסריותה" של שיטת המשפט, וכי ככל אשר יגדל שיעור מוסריותה, כן תגדל התנגדותה להכרת תוקפם החוקי של תווים בלתי חוקיים. ואין הדבר כן, להפתעתנו המרובה, כפי שנראה מיד. הבעיה, כשהיא לעצמה, מעניינת 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

נ פ ש י ה " (בבא מציעא, דף י"ג ע"א); "כל לגבי בריה שעבודי משעבד נפשיה" (גיטין, דף מ"ט ע"ב). כי המלה הארמית "נפשיה" תואמת את המלה העברית "עצמו": למשל, "לא תפיק נפשך לבר מהלכתא" (סוטה, דף ט"ז ע"ב), אל תוציא עצמך אל מחוץ להלכה. 21. הדרך הקבועה להעברת-חוב היא: לגבי מלוה בשטר — "כתביבה ומסירה", היינו המקנה כותב לקונה: קנה שטר זה וכל השעבוד שבו ומוסר לו את השטר (רמב"ם הלכות מכירה, פרק ו', הלכה י"א), או קנין "אגב" (רמב"ם שם, שם, הלכה י"ד); לגבי מלוה על פה — "מעמד שלשתן", כלומר: המקנה אומר לחייב במעמד הקונה: מנה שיש לי בידך תנהו לזה (רמב"ם שם, שם, הלכה ח'). מלוה על פה אינה נקנית אגב קרקע (רמב"ם שם, שם, הלכה ז' וראה מגיד משנה שם; עיין קידושין, דף מ"ז ע"ב; גיטין, דף י"ג ע"ב; שו"ע חו"מ, סי' ס"ו).

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

אבאר את דברי, ואסביר אותם בדוגמאות לקוחות מן המשפט האנגלי, המתבסס בנידון זה על רעיונות השאובים מתוך המשפט הרומאי. כאן אנו מוצאים דיפרנציאציה עשירה מאד, דקה מאד, ויחד עם זה — כפי שנהוג אצל האנגלים — לא נקיה לגמרי, או: לגמרי לא נקיה, מסתירות וניגודים פנימיים. הכלל הוא, כי אין החוק מכיר בתוקפו של תווה אסור, או תווה בלתי מוסרי, כלומר — ואני מדגיש את ה"כלומר" הזה — אינו רואה בו בסיס או עילה להגלת תביעה אזרחית.²² אם ראובן, למשל, שוכר את שמעון להרוג את לוי, אין שמעון, כמובן, יכול לתבוע את שכרו מראובן.²³

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

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

עד כאן הענין 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 פרובלמאטי, כאשר אנו יורדים בסולם הפליליות של המעשה, מן הכבד אל הקל, ומגיעים לחווים בלתי חוקיים, שפליליותם אינה מן החמורות ביותר. נתאר לעצמנו, במקום הרוצח ההוא, חנוני פעוט, בעל חנות מכולת, שאינו נועל את חנותו בשעה הקבועה לפי חוקי העזר של העיריה, או ביום הקבוע בהם, ומוכר את מרכולתו באחת השעות האסורות, או באחד הימים האסורים. בלשון משפטית-פורמאלית הוא עושה חווה בלתי חוקי, מתקשר התקשרות משפטית הנוגדת את רצונו הברור של המחוקק. נניח עוד, כי הוא מוכר את סחורתו לא במוזמנים, אלא בהקפה, והקונה החייב אינו פורע את חובו. היוכל עברייני זה לתבוע את המגיע לו מאת הקונה, או שגם כאן יחול הכלל הנודע: *ex turpi causa non oritur actio*? או דוגמה אחרת — לא כל כך קיצונית — מה דינו של הרשתן, המוכר את תוצרתו לפני קבלו את ההיתר הדרוש על פי אחת מתקנות-שעת-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 פטור יהיה מלשלם את התמורה בעד הסחורה שקיבל?

שאלות אלו, וכיוצא בהן, נתעוררו לעשרות ולמאות במשפט האנגלי,²⁴ ועמדת היודיקאטורה כלפיהן לא היתה אחידה. קרה מקרה

המשותפים ששלשל לכיסו מתוך "עסקאות" של שדירת שעוני זהב, טבעות, חרבות, כובעים, סוסים, אוכפים, אפסרים וכדומה. סופו של דבר: התביעה נדחתה; שני בעלי הדין נתלו על עץ; עורכי הדין של התובע נקסו, ואחד מהם נשלח לארץ גזירה, Lindley, on Partnership, 10th ed., p. 117, P. 117 note (d); The English and Empire digest, vol. 3, No. 123.

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

מאונכריסטה העברית בירושלים
מכון לחקר המשפט העברי

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

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

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

.Gremaire v. Le Clerc Bois Valon (1809), 170 E. R. 1110 25

.Law v. Hodgson (1809), 170 E. R. 1111 26

צדק לתובע מקופח, במקרה האינדיווידואלי, מזה. כי לא תמיד עולים השנים בקנה אחד, ולעתים קרובות נבעה פריץ וניגוד ביניהם. יעילותן של הוראות החוק הפלילי דורשת, לא רק להטיל עונש על העבריין, אלא גם — ואם אפשר: בעיקר — ליטול טעמה של העבירה, לבטל את פתיונה, "לשחוט" את היצר הרע שבה. למעשה, כל קביעת עונש, תפקידה להביא לידי נויטראליזציה של הפתיון הטבעי. "יתמו חטאים — ולא חוטאים!" אומר הפתגם התלמודי²⁷; לגרום לכך, שלא תהא העבירה כדאית — וממילא לא תיעשה — זה הוא האידיאל המרחף נגד עיני המתוקק, ואם העבירה גופא, או אחד מיסודות העבירה, או אחת מתופעות-הלוואי הטיפוסיות שלה, היא עריכת חוזה מסויים, או כניסה להתקשרות אזרחית מסויימת, הרי אחד האמצעים לכך — להרחקת הפתיון של העבירה — הוא לבטל את תוקפו החוקי של החוזה הבלתי חוקי, היינו: לשלול את זכות התביעה של העבריין, ולשלול ממנו, על ידי כך, את אכילת הפירות המשפטיים של החוזה האסור, החוזה "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 ממילוי חובתו בטענה הבלתי הוגנת של העדר החוקיות. אמנם קיימת תמיד, ובכל מקצוע משפט, דיסקרפנציה ידועה, התפצלות מסויימת, בין הצדק הסטנדרטי של החוק, והצדק האינדיווידואלי המתאים לכל מסיבותיו הקונקרטיים של המקרה הנידון. אין חוק בעולם שיהא הולם, בהחלט גמור, את כל המקרים הנופלים לגדרו. זו היא רעה חולה שאין מפלט הימנה, והסיבה לכך היא, שאין מחוקק בעולם, אשר יתוה מראש את כל צירופי-המסיבות האפשריים בחיי המציאות. לכן הצדק המופשט שבחוק הוא, למעשה, צדק "סטאטיסטי", צדק ממוצע, — מין מצרך קצוב המונע מחסור מן הכל, ואינו מספק אף אחד...

ברם לא זה הוא החסרון שבאתי למנות כאן, בדברי על השיקול השני הפועם בלבו של השופט, מדי דונו בתביעה המתבססת על חוזה

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

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

כי מה הוא העקרון המשפטי, הפועל בשטח השאלה דנן? העקרון הוא, כפי שמתבטא הפתגם הרומאי העתיק: *In pari delicto*, המשובע וגם הנתבע — יד המחזיק על העליונה! אני מדגיש, ומבקש את הקורא לשים לב לכך: אין החוק אומר, שכל חוזה בלתי חוקי או בלתי מוסרי הוא בטל ומבוטל, בהחלט ובתכלית, ויש להחזיר את המצב לקדמתו. הוא נזהר מלומר כן, בכוונה מכוונת אינו אומר כך. כל מה שהוא אומר הוא: יד המחזיק על העליונה *Beati Possidentes!*, "האוהז ביד" זו היא "מידת המשפט". 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 שילם את המחיר ולא קיבל את הסחורה²⁸. פירושו של דבר: בית המשפט אינו נוקק לתביעה שכזאת, היא "מוקצה מחמת

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

מיאוס", הוא אינו מטמא ידיו בדיון שכזה. והפועל-יוצא מן האינדי-גנאציה המוסרית הזאת היא, כי יחד עם העגשת העברייני-התובע הוא נותן פרס לעברייני-הנתבע, אלא מאי? הוא אינו נותן במו ידיו את הפרס, אלא משאיר אותו בידי מי שנטלו בעצמו.

זו היא ההרגשה הבלתי נעימה הנשארת בלבו של השופט, מדי קבלו את טענת "העדר החוקיות", זה הוא "הצלצול הרע של הטענה", עליו עמד כבר הלורד מנספילד באחד מפסקי דיניו המפורסמים²⁹. אך מחובתו של השופט — כך גזור עליו המחוקק המודרני — לדכא בקרבו את ההרגשה הלזו, להתכחש ל"חוש המוסיקאלי" שבו, בשל המכסימה המשפטית האחרת, המעשית, התועלתית, של "למען ישמעו וייראו", וכדי להעניק יתר יעילות, יתר תוקף ממש, לציוויו האוסרים של החוק. אסור לו, לבית המשפט, לסייע בידי עוברי עבירה, אסור לו לעזור לעברייני באכילת פירותיו של החטא, גם אם פאסיביותו זו כלפי העברייני האחד גוררת אחריה, בסופו של דבר, טובת-הנאה בלתי מוצדקת, אסורה אף היא או בלתי מוסרית — לפעמים קרובות אפילו בהרבה יותר בלתי מוסרית — לעברייני האחר.

4. כזה הוא, בקווים כלליים, המצב המשפטי בשיטה המודרנית של המשפט האנגלי. לא כאן המקום להכנס בעבי הסתעפויות והמו-דיפיקציות של הלכה זו, אציין רק כי ההרגשה הכללית היא, שהמצב איננו משיבוע רצון, וכי מן הראוי וההכרח למצוא מודוס חדש, מוצא של ממש, ולא בדרך של פשרות והתחמקויות, מן הדילמה הזאת. קרה מקרה לפני שנים מועטות באנגליה³⁰, מעשה באדם אחד שנאלץ לשלוח את אשתו עם ילדה החולה לשם ריפוי לאיטליה, ואין בידו מטבע זר. השמועה הגיעה לאוני מכרה אחת, והיא הציעה לו — ברוב חסדה — להמציא לאשתו באיטליה את הליטרות הדרושות, בתנאי שהבעל יפקיד בידיה, כבטחון, את מניותיו בחברה מסוימת. הבעל הפקיד את המניות, האשה נסעה לאיטליה, לא קיבלה את הכסף שהובטח, וחזרה כלעומת שבאה עם ילדה החולה. בבואה לאנגליה

Holman v. Johnson (1775), 98 E. R. 1120 .29

Bigos v. Boustead (1951), 1 All E. R. 92 .30

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

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

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

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

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

32. תמורה, דף ד' ע"ב-ו' ע"ב.

33. שני אמוראים בבליים מן הדור השלישי, מן המפורסמים ביותר בין כל האמוראים. "הוויות דאביי ורבא" הוא שם-דבר לויכוח התלמודי.

34. ראה את ביאור המונח ומקורו לעיל, פרק שני, הערה 31.

35. הכלל המקובל הוא, כי כל מקום שנחלקו אביי ורבא, הלכה כרבא, חוץ משש מחלוקות שבהן הלכה כאביי, וסימנן: יע"ל קג"ם, לפי ראשי התיבות של ההלכות. יי — יאוש שלא מדעת (בבא מציעא, דף כ"א ע"ב); ע' — עד זומם למפרע הוא נפסל (בבא קמא, דף ע"ב ע"ב); ל' — לחי העומד מאליו (עירובין, דף ט"ו ע"א); ק' — קידושין שלא נמסרו לביאה (קידושין, דף נ"א ע"א); ג' — גלוי דעתא בגיטא (גיטין, דף ל"ד ע"א); מ' — מומר אוכל נבילות להכעיס (סנהדרין, דף כ"ז ע"א). על יסוד זה אומרים מקצת הפוסקים כי הלכה כרבא, ואי עביד — לא מהני (תשובות הרא"ש, כלל ז'; מרדכי, סוף מסכת שבועות, בשם הר"י בר פריץ).

36. משנה למלך על הרמב"ם הלכות גירושין, פרק ג', הלכה י"ט; לחם משנה על הרמב"ם הלכות בכורות, פרק ו', הלכה ח'; גודע ביהודה חנינא, אה"ע, סי' קכ"ט; שמון רוקח, אה"ע, סי' ס'.

כאן, והוא: אם, ועד כמה, יש תוקף משפטי-אזרחי 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 הפוסקים והמפרשים. הגה, למשל, המחלוקת המעניינת בין אותם שני האמוראים הנ"ל: 37:

"ואמר אביי האי מאן דמסיק ארבעה זוזי דריביתא בחבריה, ויהיב ליה גלימא בגווייהו, כי מפקינן מיניה — ארבעה מפקינן מיניה, — גלימא לא מפקינן מיניה. מאי טעמא? כי היכי הלא לימרו: גלימא דמיכסי וקאי דריביתא היא" 37א.

רבית אסורה מן התורה, כידוע. היא אסורה גם על המלוה, וגם על הלוח. אסור לקבל רבית, ואסור לתת רבית 38. מי שנותן רבית עובר אף הוא על איסור מפורש שבתורה (כי כתוב (לא תשיר" 39, בהפעיל), ואף על פי כן, על אף העבירה שעשה, יכול הלוח, משלם הרבית, לתבוע את הרבית חזרה, אם היא היתה קבועה ומסויימת, בלשון התלמוד: "רבית קבועה".

"אמר ר' אלעזר: רבית קבועה יוצאה בדינין, אבק רבית אינה יוצאה בדינין" 40.

המלוה, כמובן, אינו יכול לתבוע בדין את הרבית 41, כי בית הדין אינו יכול לתת לאדם את אשר אסור לו לקבל — דבר זה אינו

37. בבא מציעא, דף ס"ה ע"א.

38א. עברית: ואמר אביי, מי שנושה בחבירו ארבעה זוזים של רבית, ונתן לו גלימה בעבורם, הרי כאשר אנו מוציאים ממנו — ארבעה (זוזים) אנו מוציאים ממנו, גלימה אין אנו מוציאים; רבא אמר, גלימה אנו מוציאים ממנו. מהו הטעם? כדי שלא יאמרו (הבריות), כי הגלימה שהוא מתעטף בה של רבית היא.

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

39. דברים כ"ג, כ'.

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

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

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

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

הלכה היא, איפוא, כי רבית קבועה יוצאה בדינין, כלומר: מוציאים אותה חזרה מן המלוה אל הלוח. ונתעוררה שם השאלה, מה הדין בלוה שנתן למלוה גלימה תחת הרבית, היכול הוא לתבוע את החזרת הגלימה, או דילמא אינו רשאי לתבוע אלא את שויה? גדר הספיקות הוא, אם מכירת הגלימה, תמורת מחיקת חוב-הרבית, אינה היא גופה בטלה בעטייה של העבירה. אביי אומר, את הכסף מוציאים ממנו, את הגלימה אין מוציאים.

"מקחו קיים, וקציצת הרבית יחזיר לבעליו" 43.

רבא, לעומת זה, סובר כי מוציאים ממנו את הגלימה גופה, כדי שהבריות, בראותם את המלוה מתעטף בגלימה-של-רבית, לא ילמדו לעשות כמותו או — אולי — פירושו אחר: כדי שלא יחשדו בו שהוא נהנה מבגד שהגיע אליו בתורת רבית, לאחר שהחזיר ללוה, במעות, את קציצת הרבית. ועל זה כותב הרא"ש 44:

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

42. ראה להלן, הערה 43.

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

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

הווה אומר, כי מבחינה עקרונית אין כל מחלוקת בין אביי ורבא, ושניהם סוברים כי מקח שנעשה באיסור אינו בטל. והרא"ש מוסיף שם בשם רב האי גאון⁴⁵:

"היכא דאיכא איסורא בזבינא דאוסוף בדמיה משום אגר נטר (כאשר יש איסור במכר, שהוסיף על הדמים משום המתנת המעות)⁴⁶... ונתקיים המקח בקנין ולא נתייקר שער, המקח קיים, ואין יכול לבטל המקח בשביל שנעשה באיסור".

"אינו יכול לבטלו", בין אם בוצע המקח כליל — נמסרה הסחורה ושולם המחיר — 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. אותה גירסת רב האי גאון, בנוסחא אחרת, מביא הריטב"א⁴⁷ בשם הרמב"ן⁴⁸:

"מצינו בתשובה לרבינו האי, שהמוכר לחבירו פירות ביותר מדמיהם משום אגר נטר ליה, וקנה אותם באחד מדרכי ההקנאות, ובא אחד מהם לחזור בו, אין המקח מתבטל וכו'"⁴⁹.
אף אחד מהם אינו יכול לתזור בו, אף לא הקונה שהמוכר דורש ממנו את תשלום המחיר. וכן כתב הרמב"ם⁵⁰:

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

45. רב האי גאון, בנו של רב שרירא גאון, אחרון הגאונים, 939—1038.
46. "כללא דריביתא: כל אגר נטר ליה — אסור" (בבא מציעא, דף ס"ג ע"ב). זה הוא הכלל של רבית: כל שהוא מוסיף (על סכום המלוה) בשל המתנת המעות (הארכא להחזרת סכום המלוה) — אסור.
47. רבינו יום טוב ד' אשבילי, גולד סוף המאה ה-13, מת תחילת המאה ה-14 (בערך 1329).
48. רבינו משה בן נחמן, 1194—1270.
49. הובא בשיטה מקובצת על בבא מציעא, פרק איזהו נשך, דף ס"ה ע"א. הוצאת תל אביב, תשי"ד, דף תשל"ט ע"א.
50. פרק ל' מהלכות מכירה, הלכה ז'.

הפסוק הראשון דן בהעברה הריאלית של הממכר, הפסוק השני מוסיף עליו גם את ההתחייבות האובליגטורית⁵¹. הלכה זו מקורה בירושלמי, כפי שהובא בהלכות הרי"ף:

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

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

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

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

51. ראה פסק דיני, ג'יקובס נגד קרטון, ע"א 110/53, ט' פסקי דין 1401, בעמוד 1413.
52. הלכות הרי"ף (רבינו יצחק אלפסי) על מסכת ביצה, פרק משילין.
53. שו"ע חו"מ, סי' קצ"ה, סעי' י"א. ואשר להשתלשלות הלכה זו בספרות הרבנית המאוחרת ראה פסק דיני בע"א 110/53 הנ"ל, שם, עמודים 1414—1416. הובאו שם דעות שונות בנידון זה, ביניהן: דעת הסמ"ע (ספר מאירת עינים, לרבי יהושע פאלק, 1550—1614), האומר כי הכלל דאי עביד לא מהני אינו חל, אלא כאשר העבירה משתרעת על כל תכנו של המעשה ולא כאשר העבירה היא "חלקית", כלומר: אוסרת לעשות את המעשה מעבר לשעור מסויים (סמ"ע חו"מ, סי' ר"ח, סעי' א', ס"ק ג'); דעת הש"ך (שפתי כהן, לרבי שבתי בן מאיר הכהן, 1622—1663), הסובר כי הכלל הנ"ל חל רק כאשר אי-אפשר לו, למעשה, שיעשה אלא מתוך עבירה, אבל אם "אפשר לעשותו בהיתר" — אי עביד מהני (ש"ך על חו"מ שם, ס"ק ב'); דעת הט"ז (טורי זהב, לרבי דוד הלוי, 1586—1667), הרואה כ"סברא טובה" את האבחנה דלקמן: אומרים אי עביד לא מהני כאשר העבירה שבמעשה היא "איסור מצד עצמו", ולא כאשר העבירה היא: "איסור מצד שהיום גורם", או "איסור מצד השבועה", או כאשר "אין האיסור בעיקר מכירה, רק בתוספת הדמים" (ט"ז חו"מ, ריש סי' ר"ח). העולה מכל זה, כי גם הסוברים כי הלכה כרבא, דאי עביד לא מהני, הקיפו את ההלכה בכל כך הרבה גדרים וסייגים, עד שהיא נעלמה כמעט כליל מתחת לערימת דיוקים ודקדוקים כאלה.

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

מאזיב רסיטה העברית בירושלים

המכון לחקר המשפט העברי

6. בחלקו הראשון של פרק זה, עמדתי על היחס ההדוק הקיים במשפט העברי — "הוהות" 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 במאמר שהזכרתי בריש פרק זה):

(א) המשפט העברי הוא משפט דתי, מיוסד על ההכרה הדתית של העם. גם העבירות שבין אדם לחבירו הנן אף הן עבירות דתיות, ואף הן פוגעות ביחסים שבין אדם למקום. לא תשא את שם ה' אלהיך לשוא, ולא תגנוב, נאמרו שניהם בעשרת הדברות, ואין מבחינה דתית כל הבדל ביניהם. העצה הפשרנית הידועה: "תגן לקיסר אשר לקיסר, ולא לאשר לאל", היא חידוש שנתחדש בבית מדרשה של הנצרות. היהדות אינה מכירה ב"נכסי קיסר" כלל, הכל הוא "ממון גבוה" — על דרך ההשאלה, כמובן — ואין האורח חייב לקיסר, מה שאין הוא, כאדם, חייב לאלהיו.

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

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

ותפקידו זה — העיקרי — של המשפט, קבע בהכרח את מסלול התפתחותו. כל הוראת-חוק, כל מצוה, כל הלכה, כל תקנה, נבחנו בראש ובראשונה מבחינת יעילותן לצרכי ההגנה הלאומית, — הגנת הלאום ותרבותו במובן הרחב ביותר של מלים אלה. ורק כאשר הענין הגדון נויטראלי היה לגבי הבחינה היסודית ההיא, היה נשקל וגידון לאור שיקולים אחרים. לבושו של היהודי, מזונותיו, דירתו, הליכותיו, משאו ומתנו עם הבריות, יחסי המשפחה ועסקי הפרקמטיא שלו, — כל זה היה קבוע וטבוע מראש, באיצטלא לאומית, תוך מערכת-חוקים ברורה, חמורה, קפדנית, מפורטת, שלוותה אותו יום-יום, מן העריסה עד סתימת הגולל.

(ג) סיבה היסטורית, ידועה למדי, אשר השפיעה במיוחד על התפתחותו המאוחרת של המשפט העברי, והיא: העדר אמצעי כפייה ממשלתיים, או מעין-ממשלתיים, לביצוע הוראו-תיו המחייבות של החוק.

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

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

ובאווירה זו, תוך כתלי הגיטו האפלים, בלי אמצעי-כפייה ממשלתיים, ללא שופטים ושוטרים מטעם הרשות, מתפתח והולך המשפט הלאומי שלנו בכוח סמכות אחת ויחידה: רצונו החפשי של העם. אמנם גם רצון זה יש בידו להטיל סנקציות מסויימות, 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 אופיו המוסרי המובהק של המשפט העברי. משפט שהוא דתי במהותו, לאומי במטרותיו, וחפשי באמצעי ההגשמה שלו, — משפט כזה אין לו בסיס מוצק אלא אחד, והוא: הקונצפציה המוסרית המשותפת של כל יחיד האדם. האינטרס התועלתני הפשוט של שמירת קיום החברה, אינו יכול לשמש לו בסיס, שכן אינטרס זה, נוגד את האינטרס האסוציאלי, או אנטי סוציאלי, של העובר על החוק. החברה, כמובן, מעוניינת בכך, כי כל אדם ימלא את התחייבויותיו כלפי הזולת, אבל אין החייב האינדיווידואלי מעוניין, מבחינה גשמית, לשלם את חובו; אותו מכריחים לכך: או הכרת החובה המוסרית, או הפחד מפני הכפייה, מפני פעולותיה האפקטיביות של הזרוע המבצעת של החוק. מכאן כי כל שיטת-משפט הפועלת — אם היא בכלל פועלת — בתוך חברה חסרת אמצעי כפייה וביצוע, אין לה בסיס אחר, חוץ מן ההכרה המוסרית של של החברה.

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

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

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

נקח, למשל, את אחד הקווים האופייניים של ההלכה התלמודית — ההלכה הריטואלית וההלכה המשפטית — והיא הפורמאליס-טיקה המפורסמת שלה, תכונה נודעה אשר רוב מבקרי העויינים של התלמוד מתריעים עליה השכם והערב. הרבה דיות נשפכו וכמה קולמוסין נשברו על נושא זה; קיתונות של לעג הורקו על אותה "קטנות דמוחין", "פדנטיות" ו"צרות האופק" המציינים, כאילו, את הליכי המחשבה של חכמי התלמוד. זו היא בקורת זולה מאד, נוחה מאד, בקורת משכנעת ביותר, אם מסתפקים ברושם החיצוני, השטחי, ואין טורחים לרדת אל מתחת לפני הדברים.

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

54. ראה לעיל, פרק רביעי, פסקא 2.

55. מכות, דף ג' ע"ב; רמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק י"ג, הלכה ה'; שו"ע חו"מ, סי' ע"ג, סעי' א'.

המציאות⁵⁶. למעשה אין לך שיטת-משפט בעולם, שתהא חפשית לגמרי מקביעת מידות ושיעורין, אך יש הבדל רב לגבי הנטייה לכך, אם היא להרבות או למעט ביציקת מטבעות ודפוסים כאלה. כאן הכמות נהפכת לאיכות.

הנהגה כל היודע לקרא בין השיטין, ימצא בתלמוד גופו, מפי אמורא אחד, בקורת כמוסה, על עצם השיטה הפורמאליסטית ההיא. כוונתי לשאלת המפורסמת של רבי ירמיה⁵⁷ במסכת בבא בתרא⁵⁸. המדובר שם בניפול — גזול רך — שנמצא בקרבת מקום לשובך של יונים, ואין יודע אם הוא של בעל השובך, והמוצא חייב להחזירו לבעליו, או שהוא הפקר, ומוצאו ראוי לקחתו לעצמו. המשנה אומרת: —

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

על זה שאל רבי ירמיה:

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

והגמרא מוסיפה:

”על דא אפקה לרבי ירמיה מבי מדרשא.”

ורש”י מפרש:

”מפני שהיה מטריח עליהם”⁵⁹.

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

56. ראה להלן.

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

58. משנה וגמרא בבא בתרא, דף כ”ג ע”ב.

59. רש”י בבא בתרא שם, ד”ה ועל דא אפקה.

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

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

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

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

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

השאלה היא, איפוא, הי מינייהו עדיף? ואם המטרה תמרחפת 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.

כיוצא בזה אתה מוצא גם אצל השיטות הבלתי-פורמאליסטיות ביחסן אל חלק מסויים של החוק, הוא החלק הפלילי שבו. מן המפורסמות היא, כי דרכי האינטרפרטציה של החוק הפלילי, שונות הן מדרכי האינטרפרטציה של כל חוק אחר. כאן שורר העקרון של פירוש מצומצם, דוקטרינא, ואין מרחיבין את גבולות המושג אל מעבר למשמעותה הלשונית, המדוייקת, של המלה הכתובה.⁶⁰ אסור להשתמש בקל וחומר, או בכל שיקול הגיוני אחר, כדי ליצור עבירה אשר לא כתובה בחוק. כבר בתלמוד נאמר: "אין עונשין מן הדין"⁶¹, ואם התורה ציוותה על עד זומם: "ועשיתם לו כאשר זמם לעשות לאחיו"⁶²,

60. ראה לעיל, פרק רביעי, פסקא 6.

61. מכות, דף ה' ע"ב; ע"י סנהדרין, דף נ"ד ע"א.

62. דברים י"ט, י"ט.

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

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

והוא הדין — עם קב חומטין (*cum grano salis*) כמוכּוּן — בשאלה 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 ה"אבן העזר" הם, למעשה,

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

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

התורה והפסיקה
העברית
במסגרת
המכון לחקר המשפט העברי

פרק שביעי

משפט ויושר

הפתגם הרומאי הידוע אומר: *Habent sua fata libelli*¹. אומר, עוד ביתר הצדקה: *Habent sua fata nomina*, שם שם ומזלו, או מלאך הממונה עליו ומכוון את עלייתו או ירידתו בשמי הלשון והתרבות.

ומזל כזה עלה גם בגורלה של המלה "יושר". היא לא עמדה בעינה, אלא עברה ניתוחים "פלאסטיים" שונים: צורתה נימוחה, קלסתר פניה נישוף, וכיום היא מחזיקה אך שמינית שבשמינית מן התוכן שהכילה בימים קדמונים. ארוכה הדרך ורב המרחק בין היושר הטרנסצדנטי של ספרי התנ"ך, לבין היושר הפרגמאטי — יושר העשייה — של הספרות התלמודית.

אנו כאן בקטיגוריות המשפטיות של התלמוד אנו עוסקים, — ביושרו של המשפט, ולא ביושר לבו של העושה², והמשימה שהטלנו על עצמנו היא, למצוא את הקו התוחם בו נושקים אהדדי הדין והיושר, "שורת הדין" ו"לפנים משורת הדין" כפי שהוגדרו מושגים אלה בתורת המשפט העברי³. לכשנגלה את הקו הסמוי ההוא, ונשכיל

1. פתגם המזכיר את מאמר הזוהר: "הכל תלוי במזל, אפילו ספר תורה שבהיכל". ראה אוצר לשון חכמים, עמוד 141.
2. "ישרי לב": תהלים ו', י"א; י"א, ב'; ס"ד, י"א; צ"ו, י"א; "יושר לב", "ישרת לבב": איוב ל"ג, ג'; מלכים א' ג', ו'; "ישרים בלבותם": תהלים קס"ה, ד'; כל אלה סגולות ותכונות אופי, המצויות מעל לעולם העשייה.
3. כאן כולל אני במונח "לפנים משורת הדין" את כל סוגי היושר. על הניואנסים השונים שבהם, ראה להלן בפרק זה.

לגדור ולהגדיר את השטחים המשתרעים משני עבריו, גראה כי אינו קו ישר אלא זיגזג, מתאים את עצמו לעיקולי ופיתולך ההלכה הנידונה.

ועוד נלמד לדעת, כי המניעים שהגיעו את חכמי ישראל ביצורם את דיני היושר, דומים במהותם למניעים שהגיעו את משפטני אנגליה בהניחם את יסודי הבנין של האקוויטי (Equity). ודאי! אין היושר העברי והאקוויטי האנגלית שני מעגלים החופפים זה את זה. אדרבה: הם שונים מאד בתוכנם זה מזה, כפי שנראה להלן. אבל — שניהם יונקים ממקור אחד, מן הצורך להקנות חודו של דין, וליצור בצידו תבלין, שימתיק או יקציע את הזיוזים והבליטות שבו. התפקיד שהוטל עליהם היה: לגשר את המעבר מן הדין אל היושר. לגשר ולא למזג! כי הצד השווה — אולי החשוב ביותר — שבישר העברי והאקוויטי האנגלית הוא, שהם לא הורידו את הדין מגדולתו, ולא עשו אותו "עקב לסולייטו" של המוסר הצרוף. היושר העברי — כמוהו כאקוויטי האנגלית⁴ — מהלך בשולי הדין, הוא הבואה שלו. בזה טמון ההבדל בין המוסר והיושר, ועל כך עוד ידובר בהמשך הדברים לפנינו.

2. שלשה הם הכינויים העיקריים, אשר חכמי התלמוד משתמשים בהם לציון חובת עשייה, שאינה משפטית ממש, אלא קוואזי-משפטית, בשעור עולה ויורד. הדרגתם מן הכבד אל הקל — כלומר: מן הקרוב יותר אל הרחוק יותר מן הנורמה המשפטית המלאה — היא:

(א) ועשית הישר והטוב;

(ב) לפנים משורת הדין;

(ג) אין רוח חכמים נוחה הימנו (או להיפך); או — ביטוי אקווי-וולנטי — "מידת חסידות"^{4א}.

4. e. g. Equity follows the law

4א. יתכן כי קיים הבדל — ניואנסה, דק מן הדק, בין אין רוח חכמים וכו' לבין מידת חסידות.

מובנם וענינם של הביטויים הללו, והבדלי הניואנסים שבהם, יבוארו בפרוטרוט בפסקאות הבאות.

3. ועשית הישר והטוב. ביטוי זה הוא מקרא מלא בתורה⁵, ואת תרגומו המלולי הלאטיני — *aequum et bonum* — אנו מוצאים בכמה פסקי דין אנגליים, ביחוד במחצית השניה של המאה השמונה עשרה, אצל השופט הנעלה לורד מנספילד⁶. "הישר והטוב" הוא קטיגוריה משפטית מחייבת, קטיגוריה שהוטלה חובה על ידי חכמים — לא בדרך "תקנה" מסוימת⁷ — משום הישר הטוב שבה. והבחנה בינה לבין תקנת חכמים היא דקה עד למאד, ועדיין לא זכתה למחקר ממצה. היא אינה זהה עם הדין, אלא — מתעטפת בטליתו של הדין; מגשימה את הרעיון שהונח ביסודו, אך נוטלת הימנו את העוקץ שבו, ועושה אותו בלתי-פוגע ובלתי-מוזק. חדירתה לתוך הספירה החמורה של הדין, היא בחינת "שבור את התבית ושמור את יינה". יתבררו ויתלבנו הדברים מתוך ניתוח ההלכות, אשר עליהן הוחלה חובת העשייה של הישר והטוב. שאונברסיטה העברית בירושלים המכון לחקר המשפט העברי

(א) "הלכתא שומא הדר לעולם, משום ועשית הישר והטוב"⁸. הלכה זו מביאה אותנו אל שולי תורת השעבור-

5. דברים ו', י"ח; ובנוסח של "הישר" בלבד, לכל נטיותיו של שם הפועל "עשה", אנו מוצאים אותו בתנ"ך בכמה מקומות אחרים, כגון: שמות ט"ו, כ"ו; דברים י"ב, כ"ה; מלכים א' י"א, ל"ח. מעניין הדבר, וגם בעל חשיבות מרובה, כי התלמוד מסתמך בעיקר על הפסוק של דברים ו', י"ח, הנ"ל, בו מודגש הצמד "הישר-והטוב", נקוד על שני האספקטים שבו. השווה כסף משנה על הרמב"ם הלכות מאה ללוה, פרק כ"ב, הלכה י"ז: "דכיוון דמשום ועשית הישר והטוב הוא, אם יצטרך לפדותה ביותר ממה ששמה לו, אין זה טוב לו".

6. e. g. *Moses v. Meferlan* (1760), 97 E. R. 676. cf. dictum of Farwell J., in *Bradford Corporation v. Ferrand* (1902), 2 Ch. 655, at p. 662, that "the conception of *aequum et bonum* and the rights flowing therefrom ... are included in *jus naturale*" (sic)

7. כי לא נאמר לנו על ידי מי, היכן ואימתי הותקנה, ואף לא כונתה כפירוש בשם "תקנה".

8. בבא מציעא, דף ל"ה ע"א; ראה גם בבא מציעא, דף ט"ז ע"ב.

דים של המשפט העברי, ומן הראוי לחשוף תחילה אי-אלה יסודות שבה. חשובה לנו כאן, במיוחד, אותה "אפתיקי כללית" כביכול⁹, הרובצת לטובת המלוה "מלוה-בשטר" על כל נכסי מקרקעין של החייב, וגורמת לכך שהמלוה יכול "לטרוף" מן "הלקוחות" את השדה שמכר להם הלנה אחרי קבלת סכום ההלוואה. הגמרא אומרת¹⁰:

"אמר עולא: דבר תורה אחד מלוה בשטר ואחד מלוה על פה גובה מנכסים משועבדים. מאי טעמא? שעבודא דאורייתא! 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? שעבודא לאו דאורייתא! ומה טעם אמרו מלוה בשטר גובה מנכסים משועבדים, כדי שלא תנעול דלת בפני לוויין. אי הכי, מלוה על פה נמי? התם לית ליה קלא."

המחלוקת בין שני האמוראים אם שעבוד נכסים הוא מן התורה, או אינו מן התורה, חשיבותה במקומה מונחת לגבי ענינים אחרים¹¹,

9. המונח "אפתיקי כללית" אינו מצוי לא בתלמוד ולא בספרות התלמודית והרבנית המאוחרת, אך היקפו של "שעבוד נכסים" בדיני ישראל חופף בקירוב את תחומי האפתיקי הכללית של המשפט היווני והיווני-מצרי, וכן של האפתיקי הכללית הרומאית, שנוצרה אחרי התקופה הקדומה של המשנה (ראה גולאק, תולדות המשפט בישראל, שם, עמודים 36, 37-41). אפתיקי ממש היא, לפי דיני ישראל, שעבוד שהוטל על נכס מסויים, ורעיון זה עוגן באינטרפרטציה "בלשנית" של המלה אפתיקי: "אפה תהא קאי" (רש"י בבא קמא, דף י"א ע"ב, ד"ה אפתיקי; רשב"ם בבא בתרא, דף מ"ד ע"ב, ד"ה אלא אפילו). זה הוא, כמובן, דרש, שמצויים רבים אחרים דוגמתו, כגון: דייתיקי ("דא תהא למיקם ולהיות": ברייתא בבא בתרא, דף קל"ה ע"ב, ודוק בדברי הרשב"ם שם); קפנדריא ("אדמקיפנא אדרי איעול בהא": גמרא ברכות, דף ס"ה ע"ב); אנפוריא ("אין פה ראייה": רש"י בבא מציעא, דף כ"ג ע"ב, ד"ה שלא שבעתן); אפיקומן ("אפיקו מן", הוציאו כלים: רש"י פסחים, דף פ"ו ע"א, ד"ה ואמר רב).

10. בבא בתרא, דף קע"ה ע"ב.

11. כגון: אם בכור נוטל פי שנים במלוה (בבא בתרא, דף קכ"ד ע"ב; שם, דף קע"ה ע"ב); אם מלוה על פה גובה מן הירושין (שם, שם; אך ראה תוס' קידושין, דף י"ג ע"ב, ד"ה אמר רב).

אך בענין שלפנינו שניהם שווין להלכה, כי מלוה על פה אינו גובה מן הלקוחות, מלוה בשטר גובה מהם. והטעם הוא, בעצם, אחד אצל שניהם: מלוה בשטר יש לו קול, הוא מתפרסם ברבים¹², והלקוחות יכולים להזהר; מלוה על פה אין לו קול, הלקוחות אינם יודעים עליו, ולכן יש לשמור עליהם מפני הפסד כספם. כל ההבדל שבניהם הוא רק בקונסטרוקציה המשפטית: עולא סובר¹³, כי חכמים ביטלו את השעבוד לגבי מלוה על פה לשם הגנת הלקוחות, ורבה סובר, כי חכמים יצרו את השעבוד לגבי מלוה בשטר, כדי שלא לנעול דלת בפני לוויין.

במה דברים אמורים, כי מלוה בשטר גובה מן הלקוחות? כאשר הנכסים שנמכרו להם הם נכסי מקרקעין, ולא נכסי מטלטלין¹⁴. כי רק נכסי מקרקעין הם "נכסים שיש להם אחריות" בלשון המשנה¹⁵, והטעם הוא, לפי ההסבר הידוע של רש"י:

"שיש להם אחריות, היינו קרקעות שאחריות כל אדם, הלזה והנושה בחבירו, עליהן, לפי שקיימין ועומדין, לפיכך נסמכין עליהם"¹⁶.

אמנם כל עוד נכסי המטלטלין הם בידי הלוח, בעל חוב גובה מהם — "מיניה", אפילו מגלימא דעל כתפיה"¹⁷ — ממנו (מן הלוח) ואפילו מן הגלימא שעל כתפו, אך דבר זה נובע לא משעבוד נכסים, אלא

12. בימיהם מועטים היו האנשים היודעים לכתוב שטרות; זה היה, כנראה, מקצוע מיוחד ("פשיטי דספרא" — שכר הסופר — בבא מציעא, דף ט"ז ע"ב), כך שהסופר, או הסופר יחד עם עדי השטר שימשו מקור פרסום למלוות בשטר הנעשות באותה עיר.

13. לדעת בעל הש"ס בסוגיא דבבא בתרא שם, הביע עולא לא את דעתו הוא, אלא "טעמא דבני מערבא קאמר, וליה לא סבירא ליה".

14. בבא בתרא, דף מ"ד ע"ב; רמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק י"ח, הלכה ב'; שו"ע חו"מ, סי' קי"ג, סעי' א'.

15. קידושין, דף כ"ו ע"א.

16. רש"י קידושין שם, ד"ה שיש להם אחריות.

17. בבא קמא, דף י"א ע"ב.

משעבוד הגוף, הלה חייב לפרוע את חובו, ובמה חייב הוא לפרוע — בנכסים המצויים בידו¹⁸. וכיצד גובה בעל חוב את חובו? גראה לי, כי לא נוכל להיטיב באר את הדבר ממה שעשה זאת אחד מפרשני התלמוד: ¹⁹

"כך הוא הסדר: מלות בא לבית דין וצועק על הלוה שיפרע לו חובו. ומזמנין ליה ללוה בדינא... ואי לא אתי משמתינן ליה, וכותבין שטר טירפא למלח שילך ויפשפש אחר קרקעותיו של לוח. וכל מקום שימצא מנכסיו, או מלקוחות שקנו ממנו אחרי כן, יראה שטרו לבית דין של אותה העיר, וימסרו לו קרקעותיו למלח, ויכתבו לו שטר אדרכתא, שיהא שליט ודורך על נכסיו של זה לגבות חובו מהן. ושטר הטירפא יקרעו, פן יחזור ויטרוף בבית דין. וכפי השומא יקחם בחובו. ויכתבו לו בית דין שטר שומת הנכסים לדעת בכמה קבלם, משום דשומא הדרא לעולם כשיהא לו מעות ללוה... וכשיתנו לו בית דין שטר השומא, יקרעו האדרכתא, פן יחזור ויטרוף בה פעם שניה שלא כדין"²⁰.

18. זו היא, לדעתי, הקונסטרוקציה המשפטית הנכונה של "שעבוד" מטלטליו, אם כי המקורות אינם ברורים בהחלט בנקודה זו.
19. רשב"ם בבא בתרא, דף קס"ט ע"א, ד"ה והא אמר רב נחמן.
20. השומא נעשית לאחר הכרזה פומבית "בבוקר ובערב" במשך שלושים יום, כי "כל הרוצה ליקח יבוא ויקח" (משנה ערכין דף כ"א ע"ב, ורש"י שם, ד"ה שום), "ואם בא זה (הבעל חוב) וקיבלה ביותר ממה ששמה אחרים, מוסרין אותה בידו לאחר שכלו ימי הכרזה" (רש"י בבא מציעא, דף ל"ה ע"ב, ד"ה מכי שלמו). ההכרזה של שלושים יום נהגת בכל בעל חוב הבא לגבות חובו בקרע מן הלוה או מן הלקוחות (תוס' ערכין, דף כ"א ע"ב, ד"ה שום; כך גראה מטוגיית הש"ס, בבא מציעא, דף ל"ה ע"ב, עיני שם ודוק). דעה אחרת: הרמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק כ"ב; השווה שם את ההבדל בין הלכה ו' והלכה ט', אבל אף הוא אינו מפלה בין נכסי יתומים לבין נכסים אחרים.
הרשב"ם, כפי שראינו, גזור את המלה "אדרכתא" מלשון שליט ודורך; רש"י לעומת זה, גזור את המלה מלשון רודף ומשיג (ראה רש"י בבא מציעא, דף ט"ז ע"ב, ד"ה אדרכתא). מחלוקת בלשנית זו היא שהולדה, כנראה, את חילופי הנוסחאות המובאים בהערה 21 להלן.

דברים אלה מיוסדים על נוסחא מסוימת של הש"ס בספרים שלנו²¹. קיימת נוסחא אחרת, המקדימה את מתן שטר האדרכתא למתן שטר הטירפא, אך חילופי גירסאות אלה "אין ביניהם אלא שינוי השמות בלבד"²². את אשר הגירסא האחת מכנה בשם "טירפא", מכנה השנייה בשם "אדרכתא", וכן להיפך. הצד השווה שבהן, כי מספר השטרות העיקריים הוא שלשה, וסדרם הכרונולוגי לפי מהותם הוא:

- א. שטר חיפוש נכסים;
- ב. שטר שימת-יד או "דריכת-רגל", המקנה למלוה את החזקה של הנכס;
- ג. שטר-חליטה²³, המעביר למלח — מידי הלוה או ה"נטרף"²⁴ — את הבעלות על הנכס. משכתבו לו שטר חליטה, משתמש המלוה בקרקע שנישומה לו "כדרך שמשמש אדם בקנינו"²⁵, כלומר: הרי היא שלו לכל דבר.

21. הנוסחא המצויה בספרים שלנו, שהיו גם לפני הרשב"ם, היא: "כל טירפא דלא כתיב ביה קרעניה לשטרא דמלוה לאו טירפא הוא, וכל אדרכתא דלא כתיב ביה קרעניה לטירפא לאו אדרכתא הוא...". בנוסחא האחרת כתוב במקום "טירפא" — "אדרכתא", ובמקום "אדרכתא" — "טירפא".
22. שיטה מקובצת על בבא בתרא, דף קס"ט ע"א, בשם הר"ן, הוצאת ציוני, תל אביב תשט"ו, בבא בתרא חלק ב', עמוד תרצ"א, עמודה ראשונה למעלה. ראה גם את האמור בעמוד שלפניו.
23. "שטר חליטה" הוא תרגום עברי — שגור בפי הראשונים — של המונח התלמודי "חלטאתא" (בבא מציעא, דף ט"ז ע"ב). ראה דברי הרשב"א והריטב"א שהובאו בשיטה מקובצת על בבא מציעא, ההוצאה הגל, עמודים רפ"ב-רפ"ג.
24. "נטרף" הוא מטבע-לשון שטבע הרמב"ם לכינוי הקונה (הלוקח), שממנו טרף המלוה את השדה לשם סילוק החוב המגיע לו (למלוה) מאת הלוה-המוכר. ראה רמב"ם שם, הלכה ט"ו.
25. רמב"ם שם, הלכה י"א, אלא ש"שטר חליטה" זה נקרא בלשון הרמב"ם בשם "הורדה" (עי' שם, סוף הלכה י' ודו"ק). אופיו של שטר החליטה הוא, לדעתי, קונסטרוטיבי ולא דקלרטיבי, כלומר: על ידי שטר זה מועברת הבעלות מן הלוה או הנטרף אל המלוה. ראיה לכך: א. עצם השם "חלטאתא" או "חליטה" (השווה את הביטוי "הוחלט השור" לגבי שור תם שהוּי, בבא קמא, דף ל"ג ע"א); ב. היקש מתוך השטר הקודם לו, אשר בו ודאי מוקנית לו זכות השליטה והחזקה.

ועכשו שהגענו לכך, הבה נבחן באספקלריית "הישר והטוב" את הלכת התורת השומא הנ"ל. על פי דין — כלומר: לפי הכללים המקובלים של תורת המשפט — עובר הנכס שנישום עם כתיבת (או מסירת) שטר החליטה לבעלותו של המלוה²⁶. הוא רשאי להשתמש בו כדרך שמשתמש אדם בקנינו, ובכלל זה: יכול למכרו, לשעבדו או לתתו במתנה לכל מי שירצה, ויכול הוא, כמובן, לסרב למכרו למי שאינו רוצה, ואפילו הוא הלוח עצמו. כך הוא הדין, וחכמים לא ביטלו את הדין הזה. אלא מאי? הם ניתתו את הדין ההוא, ופרקו אותו לגורמיו. כי על שום מה מחליטין בית דין, לאחר הטירפא והאדרכתא והשומא, את הקרקע למלוה? ברור: לשם סילוק החוב המגיע לו מאת הלוח! זה הוא האינטרס הלגיטימי של המלוה ברכישת הנכס, האותו לא! הוא אינו זכאי להתעשר מן המלוה שנתן ללוח, ואפילו אם התעשרות זו אינה בגדר רבית אסורה. לכן אמרו חכמים כי הישר והטוב — הישר והטוב כלפי שני הצדדים — מתייב, כי אם הלוח או הנטרף²⁷ השיגה ידו לשלם למלוה את החוב המקורי, או את חלק החוב שבעבורו הוחלט הנכס למלוה — בקיצור: השיגה ידו לשלם את "סכום השומא" — השומא חוזרת, חוזרת לעולם, והמלוה חייב להחזיר את הקרקע לבעליה הקודמים כנגד קבלת הסכום הנ"ל. שלימותו של הדין בשמרת; אין הצעת התשלום מבטלת את השומא למפרע; הקרקע שהוחלטה למלוה — עדיין קנינו היא, אלא שהיא חייב, משום ועשית הישר והטוב, להקנותה חזרה²⁸ ללוח או לנטרף.

התוצאה היא, איפוא, כי היושר נהנה, והדין איננו חסר. הוא (היושר) "כובש את הדין עמו בבית", ואינו נותן לו לחרוג מתחומי שלטונו

26. ראה ההערה הקודמת.

27. רמב"ם שם, שם, הלכה ט"ז; שו"ע חו"מ, סי' ק"ג, סעי' ט'; דעה אחרת: טור חו"מ, סי' ק"ג, בשם אביו, הרא"ש. דעתו של הרמב"ם יש לה על מה שתסמוך בדברי הש"ס, היינו במעשה ד"תרי אפדני", כתובות, דף צ"א ע"ב (מגיד משנה על הרמב"ם שם; מסכים עמו ה"בית יוסף" על הטור שם, ס"ק כ"ב, האומר: "ובודאי דפשטא דההיא עובדא — הכוונה לעובדא דתרי אפדני — הכי מוכח").

28. כסף משנה על הרמב"ם שם, שם, בשם הרמב"ן; ש"ך על שו"ע חו"מ שם, ס"ק י"א, בשם הריטב"א; יוצא לכאורה גם מדברי רש"י, בבא מציעא שם, ד"ה דמדינא וד"ה מרישא, ע"ש ודו"ק.

המוצדק, בשים לב אל הטעם שהונח ביסודו של הדין. אין היושר פוגע בגדרי הקנין והבעלות של הדין, הנכס שנישום למלוה עדיין שלו הוא, ולא עוד אלא שאם מכר אותו המלוה או נתנו לאחר, מכירתו וניתנתו קיימת, ואין הלוח והנטרף יכולים להוציא אותו מידי תבעלים החדשים²⁹. אבל כל עוד נכס זה נמצא בידי המלוה — חייב הוא להחזירו בהקנאה כנ"ל, מפני שהחזרה זו היא בגדר הישר והטוב לשני הצדדים: זה (המלוה) מקבל את כספו שהלוה, וזה (הלוח או הנטרף) מקבל את רכושו חזרה. אין שום אינטרס לגיטימי של המלוה, אשר ייפגע על ידי החזרת השומא, ולכן אמרו חכמים: "שומא הדר לעולם". אומרים לו למלוה: "לא היה לך עליו אלא מעות, זהרי הן לך"³⁰, טול והחזר את הקרקע לבעליה!

(ב) "נהרדעי אמרי, אפילו משום דינא דבר מצרא מסלקינן ליה, משום ועשית הישר והטוב בעיני ד"י"³¹.

זה הוא המקרה השני, בו נקבעה הלכה-מוזיבת-מן-היושר על יסוד הכתוב של ועשית הישר והטוב.

המדובר שם בדינא דבר מצרא, וענינו הוא כי הבר מצרא או "המצרן" (בלשון הספרות הבתר-תלמודית), היינו: השכן היושב על המצר, זה שקרקעו גובלת עם קרקעו של המוכר, יש לו זכות קדי-מה לקניית הקרקע הנמכרת³². ואם קדם המוכר ומכרה לאחר, יכול המצרן לסלק את הלוקח (הקונה), בשלמו לו את המחיר ששילם למוכר. הלכה זו היא — במידה הרבה יותר מרובה מחברתה, ההלכה

29. בבא מציעא, דף ל"ה ע"א; רמב"ם שם, שם, שו"ע חו"מ שם, סעי' י'.

30. רש"י בבא מציעא שם, ד"ה אדעתא דארעא.

31. בבא מציעא, דף ק"ח ע"א, וכן הלכה: רמב"ם הלכות שכנים, פרק כ"ב, הלכה ה'; שו"ע חו"מ, סי' קע"ה, סעי' ו'; הרא"ש והר"ן, כפי שהובאו בשיטה מקובצת על בבא מציעא שם, ההוצאה הנ"ל, עמוד תתרט"א.

32. במטלטלין אין דין בר מצרא (שו"ע חו"מ שם, סעי' נ"ג; ביאור הגר"א שם, ס"ק קצ"ז: "ונתנו כלל בזה: כל שיש לו דין חזקת קרקעות חוץ מעבדים, דלא שייך מצרן אלא בדבר-הקבוע", ומקורו בדברי הטור, סי' קע"ה, סעיפים פ"ב, פ"ג, בשם הר"י ברצלוני).

הראשונה³³ — צמודה וזכוכה ברעיון "הטוב" שביושר, כפי שנראה להלן; כאילו נאמר: ועשית הישר הטוב. היא נוצרה לשמש תריס בפני מי שטופח על זכותו המשפטית, ואומר: יקוב הדין את ההר! על מי, בעצם, מוטלת כאן החובה לעשיית הישר והטוב: על המוכר או על הלוקח? המקורות מורים, לכאורה, על כך, כי חובה זו מוטלת על הלוקח ולא על המוכר.

"שלא הטיל הכתוב דינא דבר מצרא אלא על הלוקח"³⁴.

"דינא דבר מצרא לא למוכר חייבו רבנן"³⁵.

"לא תקנו דין מצרנות על המוכר אלא על הלוקח, שימשוך ידו מקנייתו, וממילא יצטרך המוכר למכור לזה המצרן"³⁶.

ברם לכשנתעמק יפה יפה בהלכה זו נראה, כי מבחינה משפטית-רעיונית טהורה אין הדבר כן. ה"עיתוי" של תחילת החובה, הוא הוא המעמס, כרגיל, את מילוייה על שכמו של הלוקח בלבד. כי מכיוון שברור הדבר, כי אין לכפות אדם למכור קרקע שאינו רוצה כלל למכרה, הרי חובת העדפת המצרן מתגבשת לאתר שהמוכר כבר מכר, ואותה שעה הקרקע כבר אינה ברשותו, והוא אינו יכול להעבירה למצרן. אבל אם רצונו של המוכר למכור גלוי וידוע וברור, ושניהם, המוכר והלוקח, עושים יד אחת להוציא את המצרן מן העסקא הלזו, יכול הוא (המצרן) לתבוע לדין את שניהם, ולחייב גם את המוכר לעשות את כל הדרוש כדי להעמיד את הקרקע בידי המצרן³⁷. רעיון

33. הלכות החזרת השומא, שבוארה לעיל.

34. תשובת הר"ף, הובאה בשיטה מקובצת שם, ההוצאה הג'ל, עמוד תתרי"א. ע"י גם רש"י בבא מציעא שם, ע"ב, ד"ה נכרי לאו בר ועשית וכו'.

35. הרמב"ן, הובא בשיטה מקובצת שם, ההוצאה הג'ל, עמוד תתרי"ה.

36. סמ"ע על שו"ע חו"מ שם, ס"ק ז'; ראה גם שו"ע חו"מ שם, סוף סעי' כ"א.

37. תשובות מימוניות, ספר קנין, סי' ל"ב: "גם מה שאמר (הרב השואל) דאין דינו (של המצרן) עם המוכר אלא עם הלוקח וכו', גם זה אינו כלום... ואם המוכר והלוקח עשו קנוניא יחד להפקיע את הקרקע מיד המצרן, שהתזיר המוכר ללוקח מעותיו, צללו במים אדירים והעלו בידם חרס, כי לא יוכלו להפקיע בכך הקרקע מזה המצרן שכבר נקנה לו; סוף דבר: צריך המוכר לעשות למצרן כל מה שנדר לעשות ללוקח ולשפוחה בידו, בין בדין ישראל בין בדין האומות...".

זה, היינו: כי חובת העברת הקרקע למצרן מוטלת עקרונית הן על הלוקח והן על המוכר, עולה לכשנדייק מסוגיית הש"ס גופה³⁸, וכן מתוך הלכות שונות שנקבעו על ידי הפוסקים³⁹.

דין בן-המצר הוא "דין רופף ותלוי בשערה"⁴⁰, כי מקורו הוא בועשית הישר והטוב, ואי אפשר לקבוע בו גדרים וסייגים נוקשים. ההנחה היא, כי הלוקח אינו מפסיד כלום כתוצאה מסילוקו על ידי המצרן; שהרי את כספו שהוציא הוא מקבל חזרה מאת המצרן, ללא קיפוח וללא גירוע כל שהוא⁴¹, ואילו קרקעות — יוכל הוא להשיג במקומות אחרים⁴². המפסיד האפשרי היחיד הוא המוכר — שמא ימשוך הלוקח את ידו מקנייתו אחרת⁴³, או שמא תסוכל ביני לבני העסקא, שהוא (המוכר) רצה לעשות עם אדם אחר⁴⁴ — ומכיוון שכל עיקרו של דינא דבר מצרא הוא בחובת העשייה של הישר והטוב, אמרו חכמים כי כל מקום שיש פסידא למוכר, אין בו דין בן-המצר:

38. למשל, "הני ציירי והני שרי, לית ביה משום דינא דבר מצרא" (בבא מציעא, דף ק"ח ע"ב), וראה פירוש רש"י שם, ד"ה הני ציירי.

39. על כך מצביעה גם — אם כי לא מוכיחה ממש — ההלכה המובאת ברמב"ם שם, פרק י"ד, הלכה א', ובשו"ע חו"מ שם, סעי' כ"ה. נאמר שם: "ממתנינים לו", ואין המוכר יכול לומר לו למצרן, אמכור ללוקח, ואתה לך והתדיין עמו!

40. תשובות הרשב"א, סי' תתקט"ו (הוצאת ווין תקע"ב (1812), עמוד ק"ד).

41. השווה רמב"ם שם, הלכה ד'; שו"ע חו"מ שם, סעי' ו' וסוף סעי' כ"ג.

42. רש"י בבא מציעא שם, ע"א, ד"ה ועשית; הרא"ש, שיטה מקובצת על

בבא מציעא שם, שם, עמוד תתרי"א. מתקבל על הדעת, ואין צורך להביא

אסמכתאות לכך, כי בדורות המאוחרים, ובארצות הגולה שמתוך לבבל,

לא היו הקרקעות מצויות כל כך לקנייה בשביל יהודים, ולכן: או שבוטל

דין בר מצרא על ידי הסכמות הקהילות, או — להיפך — שדין זה בוטל

בכלל, אלא שבמקומות מסויימים הונהג מחדש על ידי הסכמות הקהילות.

ראה תשובות הרשד"ם, חלק חו"מ, סי' רצ"ט, בו מצויים שני כתובים

נמכחים זה את זה. תחילה הוא אומר: "אמת כי פה שלוניקי אינו

שורות מן דבר מצרא, כי כן הסכימו החכמים הקדמונים וכו'"; וכמה

שורות מן דבר מצרא, "אך אמנם העיר רבתי עם בכמות

ובאיכות קושטאנדינא נראה שיש להם הסכמות לנהוג דינא דבר מצרא

וכו'". מאז רבו השאלות ותשובות בדינא דבר מצרא לגבי מקומות ישיבה

בבית הכנסת, שבהם "יד ישראל תקיפה".

43. "מכר כל נכסיו לאחד" (בבא מציעא שם, ע"ב).

44. "למכור ברחוק ולגאול בקרוב" (בבא מציעא שם, שם).

"לפי שאין לנו להפסיד מוכר משום טוב וישר דמצרן, דכשם שעלינו לעשות טוב לזה — כן עלינו לעשות טוב לזה"⁴⁵.

ברם על אף כל הגדרים והסייגים הללו, ולמרות כל הרכרוך והרופפות שהוכנסו לתחומי הלכה זו, דינא דבר מצרא עדיין דינא הוא, ואם נתקיימו בכירור כל תנאיו, חייב הלוקח למסור את הקרקע למצרן, ונוהגים בה, בחובה זו, ככל חומר הדין. אפשר לומר כאן, כפאראפראזה של המאמר הידוע⁴⁶: מתוך קולא שהקלת עליה בתחלתה, החמרת עליה בביצועה וקיומה. ולא עוד אלא שדוקא כאן, בהלכה רופפת זו, יצאו חכמים, כביכול, אל מחוץ לשורת הדין, והשתמשו בקונסטרוקציה משפטית שאין לה אחר ורע בכל תורת המשפט: עשו את הלוקח — בעל כרתו — שלוחו של המצרן, נמצא כי מעשה הקנין שעשה הלוקח, העביר את הקרקע ישר למצרן:

"דהא אוכתנא כבר (כי כבר הוכחנו), דבקנין של הלוקח נקנה הקרקע למצרן, ואין צריך קנין אחר... אף על גב דמוכר לא נתכוון אלא להקנות ללוקח ועומד וצווה שאינו מקנה למצרן אלא ללוקח, וכן הלוקח צוות שלא נעשה הקנין אלא לעצמו, אמרינן משום ועשית הישר הטוב: הקנין שנעשה קונה למצרן, אלא אם כן וכו'"⁴⁷.

קונסטרוקציה משפטית בלתי רגילה זו, מקורה בדברי התלמוד

45. רש"י בבא מציעא שם, שם, ד"ה למכור ברחוק וד"ה אין בה; רמ"א חו"מ, שם, סעי' כ"ג תשובות הרלב"ח, סי' ס"א. שים לב לכך, כי הרלב"ח אינו אומר "פסידא למוכר" אלא "פסידא" סתם. ואמנם כך יש להגדיר את הכלל ההוא, כדי שישמש יסוד גם לכל אותם החריגים — היינו לקוחות שהם אשה, יתומים וכדומה — אשר בשל הקושי הרב הנגרם להם, אינם חייבים להסתלק ולמסור את הקרקע שקנו למצרן (ראה בבא מציעא שם, שם; רמב"ם שם, שם, הלכות י"ג וי"ד; שר"ע חו"מ שם, סעי' מ"ז; השווה גם הרא"ש בבא מציעא, פרק המקבל, סי' כ"ה).

46. יבמות, דף פ"ח ע"א.

47. תשובות מימוניות, ספר קנין, סי' ל"ב.

גופו⁴⁸, והיא נתקבלה על דעת כל הפוסקים⁴⁹. הלכת בר מצרא היא איפוא — אם ניתן להיאמר כך — הורתה בשיקולים של יושר, ולידתה במסלולי הדין. כי בסופו של דבר, תובע המצרן את הנכס לא כדבר המגיע לו, אלא כדבר שהוא שלו, שלו מן הדין, כתוצאה מן השליחות ה"סינתטיית" ההיא. זה הוא החיפוף, שהדין מעניק ליושר, כדי להקנות לו את מלוא היעילות. סיוע זה, אשר ה"דרבנן" מקבל מן ה"דאורייתא", אינו תופעה נדירה בתורת המשפט העברי; אנו נתקלים בו בכמה וכמה תקנות חכמים⁵⁰, ובכל מיני קונסטרוקציות משפטיות. ללמדך כי התחומין יונקים זה מזה, ודוק. שתי ההלכות הללו — החזרת השומא ודינא דבר מצרא — שוות זו לזו בנוגע לחסות, ושונות זו מזו בנוגע לכסות. שתיהן חוסות בצל המצוה של ועשית הישר והטוב, אלא שבעוד אשר הלכת החזרת השומא נושאת את גלימת הישר עד תומה, הרי הלכת בר מצרא מתעטפו בשלבה האחרון בכסותו של הדין המשפטי גופו. הצד השווה שבהן, שהן שתיהן הלכות מחייבות, כלומר: חובות-עשייה שבית דין כופין עליהן. הלזה תובע את המלוה לדין, ובית דין מחייבין אותו להקנות ללוה חזרה את השדה שנישום; בן המצר תובע את

48. בבא מציעא שם, ע"א; "לתקוני שדרתיך וכו".

49. רמב"ם שם, שם, הלכה ה'; פרק י"ג, הלכה ז'; הלכות הרי"ף בבא מציעא, פרק המקבל, על הסוגיא דבר מצרא; טור חו"מ, סי' קע"ה, סעי' ז' וסעי' ח'; שו"ע חו"מ שם, סעי' ו'; ביאור הגר"א על שו"ע חו"מ שם, ס"ק י"ח, בו נאמר: "כמו שכתב לקמן סי' ק"צ סעי' ד"י, והכוונה למה שכתוב שם: "יש אומרים שהוא הדין לאומר להבירו הילך מנה ויהיה שדך מכורה לפלוני, כיוון שקיבל זה ממנו נקנה השדה לאותו פלוני". אמנם הרמ"א מוסיף שם: "והוא שאותו פלוני חפץ בזה וכו'", אך על תנאי זה מוותרים לגבי הלוקח והמצרן.

50. כגון הרעיון של "כל המקדש אדעתא דרבנן מקדש", ההופך כל מקרה-קידושין לקידושין-על-תנאי-שירצו-חכמים, ומאפשר על ידי כך את הפקעת הקידושין (גיטין, דף ל"ג ע"א ומקומות אחרים); או עשיית הבעל ל"לוקח ראשון" בנכסי אשתו (ראה בבא קמא, דף פ"ה ע"ב ורש"י שם ד"ה באושא התקינן, ובבא מציעא, דף צ"ו ע"ב ורש"י שם ד"ה הבעל מוציא), כדי להשיג — באלגנטיות משפטית — את האפקט של תקנת אושא הקובעת, כי "האשה שמכרה בנכסי מלוג בתיי בעלה ומתה, הבעל מוציא מיד הלוקחות" (כתובות, דף ע"ח ע"ב; בבא קמא שם; בבא מציעא שם, ומקומות רבים אחרים).

סילי
הענין
המשפט
הדברי
התלמוד
המשפטי

הלוקח לדין, ובית דין מחייבין אותו למסור לו, לבן המצר, את השדה שקנה. ההסבר להפלייה זו מצוי, לדעתי, בכך, שלא נמצאה נוסחא משפטית הולמת, אשר תועיל להעביר את הבעלות לזה שנתעשר זבא ומציע למלוה את כספו. "שליחות", כמובן, אינה באה בחשבון, ואילו רעיונות אחרים היו פורצים או מסכנים את מערכת כללי המשפט החולשים על ענייני קנין נכסים.

4. שונה מחבירו (הסוג הראשון) הוא סוג-היושר השני, המוכתר בשם "לפנים משורת הדין". תכנו ומאחרות של זה יתבררו לנו בסקרנו את כל המקרים בתלמוד, שבהם הופעל, הלכה למעשה, עקרון-יושר זה. נביא אותם לא לפי סדר המסכתות שבש"ס, אלא לפי סדרם הרעיוני הפנימי, מן הקל אל הכבד, ואלה הם:

(א) המקרה הראשון נוגע לדין מדיני פריקה וטעינה⁵¹. נצטט אותו ככתבו וכלשונו:

"רבי ישמעאל בר' יוסי הוה קאזיל באורחא. פגע ביה ההוא גברא, הוה דרי פתכא דאופי, אותבנהו וקא מיתפח. אמר ליה: דלי לי! אמר ליה: כמה שוין? אמר ליה: פלגא דזוזא. יהיב ליה פלגא דזוזא דאפקרה. הדר זכה בהו; הדר יהיב ליה פלגא דזוזא ואפקרה. חזייה דקא בעי למיהדר למיזכי בהו. אמר ליה: לכולי עלמא אפקרינהו, ולך לא אפקרינהו... והא רבי ישמעאל בר' יוסי "זקן ואינה לפי כבודו" הוה; רבי ישמעאל בר' יוסי לפנים משורת הדין הוא דעבד..."⁵².

51. כך מכוונים דינים אלה בטור ושו"ע חו"מ, סי' רע"ב. הרמב"ם מביא את הדינים בספר נזיקין, הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק י"ג. למעשה מהווים דינים אלה "סניף" של מצוות השבת אבידה, שהרעיון הכללי המונח ביסודה הוא החובה לדאוג ולעשות למען הצלת הרכוש של הזולת. מטעם זה השוו דין טעינה לדין השבת אבידה לגבי הפטור של "זקן ואינה לפי כבודו", כפי שעולה מתוך הסוגיא בבבא מציעא, דף ל' ע"ב, עיין שם, אף על פי שמבחינה פורמאלית חלוקין הם זה מזה (ראה מגין המצוות להרמב"ם, מצוה ר"ג ומצוה ר"ד; ספר החינוך, מצוה תקל"ח ומצוה תקמ"א).

52. בבא מציעא, שם, שם. מתורגם לעברית: רבי ישמעאל בר' יוסי היה מהלך בדרך. פגש בו

כאן מתבטאת עשיית ה"לפנים-משורת-הדין" בכך, שרבי ישמעאל בר' יוסי ויתר על הפריבילגיה הנתונה לו בתורת "זקן"⁵³, ומילא את החובה האמורה בתורה⁵⁴ כאילו היה אדם רגיל; ועוד ידובר בזה להלן.

(ב) המקרה השני נוגע לדין מדיני נזיקין, — חובת תשלום הנזק שנגרם על ידי מתן אינפורמציה בלתי נכונה שלא במזיד⁵⁵.

"איתמר המראה דינר לשולחני ונמצא רע; תני חדא: אומן פטור, הדיוט תייב, ותניא אידך: בין אומן בין הדיוט חייב.

אדם אחד שהיה נושא חבילת עצים. הושיבם (את העצים) על הקרקע, ועמד לפוש. אמר לו (ר' ישמעאל): הטעינני נא! אמר לו: מה שויים (ואשלם לך)? אמר לו: חצי זון. נתן לו חצי זון, והפקיר אותם. חזר (אותו האיש) וזכה בהם (מן ההפקר). חזר ונתן [לו] חצי זון, והפקירם. ראה כי הוא (אותו האיש) עומד לחזור ולזכות בהם, אמר לו: לכל העולם הפקרת, לך לא הפקרת!... והלא רבי ישמעאל בר' יוסי "זקן ואינה לפי כבודו" היה (וממילא פטור היה על-פי-דין להטעין לו את העצים, כפי שפטור הוא, במקרה כזה, מכל טרחה של השבת אבידה)! רבי ישמעאל בר' יוסי לפנים משורת הדין עשה! ע"י בבא מציעא שם, ריש ע"ב; רמב"ם הלכות גזילה ואבידה, פרק י"א, הלכה י"ג והלכה י"ד; הלכות רוצח ושמירת הנפש, פרק י"ג, הלכה ג' והלכה ד'; שו"ע חו"מ, סי' רס"ג, סעיפים א', ג'; סי' רע"ב, סעי' ג'.

53. "זקן" — אדם חשוב ומכובד. "איין זקן אלא זה שקנה חכמה" (בוטריקון של "זה קנה": ספרא דבי רב, קדושים, פרשה ג', פרק ז', י"ב). רבי ישמעאל בר' יוסי הוא תנא מן הדור החמישי, "ראש של ציפורי" אחרי מות אביו, רבי יוסי בן חלפתא (ראה עירובין, דף פ"ו ע"ב, ורש"י שם, ד"ה על פי מי נעשה), ובקי מופלג במקרא: "רבי ישמעאל בי רבי יוסי אמר, יכיל אנא כתב כל קריא מן פומי" (ירושלמי מגילה, פרק ד', הוצאת תורה לעם, ירושלים תש"ך, סדר מועד, דף ע"ד ע"ב).

54. "לא תראה את תמור אחיך או שורו גופלים בדרך והתעלמת מהם, הקם תקים עמו" (דברים כ"ב, ד'). "שנצטווינו לעזו ראת אחינו כשהיו צריכים לתת המשא על הבהמה או על האיש... ועל זה נאמר הקם תקים עמו, וזה יקראו ז"ל טעינה" (ספר החינוך, מצוה תקמ"א). ראה בבא מציעא, דף ל"א ע"א, ורש"י שם, ד"ה הקם תקים, והשווה מכילתא דרבי ישמעאל, משפטים, פרשה כ', הוצאת במברגר את ואהרמן, ירושלים תש"ך, עמוד 326.

55. השווה פסק דינו המנחה של השופט אגרנט בנוגע להודעות-שוא רשלניות של מומחה על פי המשפט האנגלי והישראלי, המרצה 106/54, וינשטיין נגד קדימה, ח' פסקי דין 1317. cf. BGZ., § 676.

מאובני המשפט הירושלמי
המכון לחקר המשפט העברי

אמר רב פפא: כי תניא אומן פטור, כגון דנכו ואיסור⁵⁶ דלא צריכי למיגמר כלל... ההיא איתתא דחזיא דינרא לרבי חייא. אמר לה: מעליא הוא. למחר אתאי לקמיה ואמרה ליה: אחזיתיה ואמרו לי בישא הוא, ולא קא נפיק לי. אמר ליה לרב: זיל חלפיה ניהלה, וכתוב אפנקסי: דין עסק ביש. ומאי שנא דנכו ואיסור דפטירי — משום דלא צריכי למיגמר, רבי חייא נמי לאו למיגמר קא בעי! רבי חייא לפנים משורת הדין הוא דעבד...⁵⁷

במקרה הראשון, ויתר רבי ישמעאל בר' יוסי על פרייבילגיה הנתונה לו בשל היותו "זקן"; במקרה השני, ויתר רבי חייא על פטור המגיע לו בשל היותו אומן מומחה למטבעות, היינו היותו חד דמן חברייה של דנכו ואיסור, אשר "לא היו צריכים ללמוד"⁵⁸.

(ג) המקרה השלישי נוגע לדין מדיני השבת אביהה. הלכה היא, כידוע, שמוצא מציאה לאחר שנתייאשו הבעלים, אינו חייב להחזיר⁵⁹.

56. דנכו ואיסור — שמות שני שולחנים (חלפני מעות) מפורסמים, שהיו מומחים גדולים במקצוע זה.

57. בבא קמא, דף צ"ט ע"ב.

תרגום סיפור המעשה לעברית: מעשה באשה אחת שהראתה דינר לרבי חייא (לדעת אם טוב הוא ותקבלנו, או לא). אמר לה: מעולה הוא. למחר באה לפניו ואמרה לו: הראיתי אותך, ואמרו לי: רע הוא, ואינו יוצא לי. אמר לו לרב (רבי חייא היה דודו של רב, ורב היה שומר גבונו, רש"י שם): לך והחלף לה (את המטבע), וכתוב בפנקסי: זה עסק ביש! (שעל עסקי חתנם אני מפסיד, שלא היה לי לראותה: רש"י שם). כמה שונים דנכו ואיסור שהם פטורים — מפני שהם אינם צריכים ללמוד (כלומר: הם מומחים גדולים) — רבי חייא גם כן אינו צריך ללמוד! רבי חייא לפנים משורת הדין עשה!

58. טעמו של דבר הוא, כי במקרה מומחה גדול שכזה רואים את טעותו כאונס גמור, או לפחות כדבר שאין בו פשיעה. עיין שם בש"ס ומפרשים ודוק היטב.

59. בבא מציעא, פרק אלו מציאות, בכמה מקומות. "יאוש" הוא גילוי דעת מצד בעל האבידה, כי אינו מקווה עוד למציאת האבידה או להחזרתה, כגון ששמעו אותו אומר: "וי לי לחסרון כיס" (בבא מציעא, דף כ"ג ע"א). כאשר האבידה היא דבר שאין בו סימן, מניחין כי הוא נתייאש ממנה מיד לאוהר אבדנה. יאוש זה, בפירוש או מכללא, הוא מטעם "הפקר", או גורם לכך שהדבר ייעשה הפקר, ולכן אין המוצא

והנה:

"אבוה דשמואל אשכח הנך חמרי במדברא, ואהדרינהו למרייהו לבתר תריסר ירחי שתא, לפנים משורת הדין"⁶⁰.

פירוש הדבר: אביו של שמואל⁶¹ מצא חמורים במדבר שנים עשר חודש לאחר שאבדו⁶² והחזיר אותם לבעליהם, אף על פי שמן הדין פטור היה לעשות כן, כי בדבר האבוד שנים עשר חודש חזקה היא, כי הבעלים התייאשו הימנו ואינם מקווים למצוא אותו עוד⁶³.

"יאוש" הוא עובדא, — רוחנית כמוכן. "חזקה" היא קביעה עובדתית ex lege, שהמחוקק מתיר להסתמך עליה, למרות מה שאותה עובדא לא הוכחה בראיות קונקרטיות ברורות⁶⁴.

חייב להחזירו, והוא רשאי ליטלו לעצמו (ראה רש"י בבא מציעא, דף כ"א ע"א, ד"ה מעות מפורות).

60. בבא מציעא, דף כ"ד ע"ב.

61. הכוונה היא לאביו של שמואל, האמורא הגדול של הדור הראשון. שמו של אבוה דשמואל היה: אבא בר אבא (ראה פרופ' מ. מרגליות, אנציקלופדיה לחכמי התלמוד והגאונים, כרך ראשון, עמודים 5—7; סדר הדורות, ערך שמואל הכהן).

62. הוא "ראה אותם בתחילת השנה, וראה אותם שם בסוף השנה" (שיטה מקובצת על בבא מציעא, שם, עמוד שע"א, בשם הראב"ד). בזה מתיישבת קושיית החוספות, בבא מציעא שם, ד"ה לבתר, ע"ש.

63. "ויש רמו לדבר שהבעלים מתייאשים אחר י"ב חודש, דכתיב (תהלים ל"א, י"ג) נשכחתי כמה מלב הייתי ככלי אובד, וגורו על המת שישתכח מן הלב לבתר תריסר ירחי שתא, ומקיש כלי אובד למת, מה מת מייאש לבתר תריסר ירחי שתא, אף כלי אובד כן" (חוספות חיצוניות, הובא בשיטה מקובצת על בבא מציעא, שם, שם).

64. מן החזקות המפורסמות של התלמוד, בין אם הוקדמה להן המלה "חזקה" בין אם לא הוקדמה: "חזקה אין אדם טורח בסעודה ומפסידה" (כתובות, דף י' ע"א; על יסוד חזקה זו נאמן הבעל להפסיד לאשתו את כתובתה, בטענה שלא היתה בתולה); "חזקה לא עביד אינש דפרע בגו זמניה" (בבא בתרא, דף ה' ע"ב; על יסוד חזקה זו שאין אדם פורע תוך זמנו, גובה המלוה, במקרה זה, את חובו מן היתומים בלא שבועה, ואין חוששין שמא פרע אביהם את החוב); "לא שביק היתרא ואלל איסורא" (אין אדם מניח את הדבר המת, ואוכל במקומו את הדבר האיסור); גיטין, דף ל"ז ע"ב ומקומות רבים אחרים); חזקה זו מהווה את הבסיס לחזקה הידועה של "אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות": כתובות, דף ע"ג ע"א (עיין ודוק בדברי השו"ע אה"ע, סי'

היוצא אפוא, לכשנדייק היטב, הוא כי ה"לפנים משורת הדין" של מעשה אברה דשמואל התבטא בזה, שהוא לא סמך על החוקה "שהקנו לו מן השמים", אלא חשש — להומרא — שמא הבעלים לא נתייאשו עוד מן החמורים הללו, ואם באמת לא נתייאשו — הרי חייב הוא מן הדין להתחזיר אותם לבעליהם.

(ד) יותר מסובך הוא המקרה הרביעי, הנמנע לדין מדיני תנאי המכר. ענין לנו כאן למעשהו של אמורא אחד אשר — אליבא דאמת, וכפי שהוחלט בסופו של דבר — אינו מצוי כלל לפנים משורת הדין, אלא שוכן בתוך השורה ממש. רק מתוך ה"הוה אמינא" של הש"ס, שהיה תחילה מסופק בנוגע לשורת הדין, אפשר להסיק אי אלו מסקנות לגבי אופיו של ה"לפנים", וראיות אלה כרגיל קלושות הן, אם כי אין לזלזל מכל וכל בערכן.

אבאר את דברי. "דברים שבלב אינם דברים" — מכריו התלמוד בכמה מקומות⁶⁵ — ואם מכר את נכסיו כדי לעלות לארץ ישראל, ובשעת המכירה לא אמר כלום, ואחר כך נאנס ולא עלה — מכירתו קיימת⁶⁶, "שהרי לא פירש"⁶⁷.

טעמו של הכלל הוא, ללא כל ספק: בטיחות דרכי המקח וממכר. כי אין אפוטרופוס לדברים שבלב, ואם תאמר כי כל תנאי שטמן בחובו ולא פירש, עלול לבטל את המכר, לא הנחת בן לאברהם אבינו⁶⁸ שיסכן את עצמו בעשיית עסקים.

מכאן נבעו שני סייגים חשובים, האחד ודאי, השני ספק (שהוכרע

קמ"ט, סעי' א'), והיא גורמת לכך, כי חיי אישות משותפים בין גבר ואשה נהפכים, כרגיל, לקידושי ביאה מן התורה, וזוקקין את האשה לגט. גם הנחת-יאוש לאחר י"ב חודש, "חוקה" היא במובן הנ"ל, אם כי לא צויינה בפירוש בשם זה.

65. קידושין, דף מ"ט ע"ב; דף נ"ו ע"א; נדרים, דף כ"ח ע"א; מעילה, דף כ"א ע"א.

66. קידושין, דף מ"ט ע"ב; רמב"ם הלכות מכירה, פרק י"א, הלכה ט'; שו"ע חו"מ, סי' ר"ח, סעי' ד'.

67. רמב"ם שם, שם; שו"ע חו"מ שם, שם. השווה פסק דינו של השופט זילברג, ע"א 130/50, עמל נגד שינדלר, ו' פסקי דין 710.

68. על משקל הביטוי "לא הנחת בת לאברהם אבינו . . ." (גיטין, דף פ"ט ע"א).

לאחר מכן). אם קיים "אומדנא דמוכח" — השערה הגיונית סבירה, ברורה לכל — כי הסיבה היחידה המניעה את האיש למכור את שדוהו היא, למשל, התלטתו לחסל את עסקיו ולעלות לארץ ישראל, או רצונו לקנות תמורתו נכס אחר יפה הימנו, וברור הדבר, ברור לכל, כי אלמלא תקוה זו לא היה מוכר, הרי אם נכובה תוחלתו — הוא "נאנס ולא עלה", או שבעל הנכס האחר מסרב למכרו — מכירתו בטלה, חוזרת, כלומר: השדה שנמכר חוזר לבעליו הראשונים⁶⁹. יען כי אומדנא דמוכח כמוהו כתנאי מפורש, ואם קונה השדה לא רצה להסתכן בקנייה מפוקפקת כזאת, עליו היה להתזהר ושלא לקנות⁷⁰. במקרה זה לא היתה כל "הטעיקה" מצד המוכר השותק⁷¹, כי המפורסמות אינן צריכין פרסום.

אך מה יהא הדין במקרה דומה-ואינן-דומה, קרוב מאד למקרה

69. "ויש דברים שאפילו גילוי דעת אין צריך, משום דאיכא אומדנא דמוכח דאפילו לא גילה דעתו בשעת המעשה לא הוה דברים שבלב, משום דבלאו גילוי דעת אנון סהדי דלהכי איכוון . . . כל אלו אומדנא דמוכח אינון, הלכך אפילו גילוי דעת לא בעי, לא בשעת מעשה ולא קודם לכן" (הרא"ש על מסכת כתובות, פרק אלמנה ניונות, סי' ט'). עיין ודוק תוס' קידושין, דף מ"ט ע"ב, ד"ה דברים שבלב, ותוס' כתובות, דף צ"ז ע"א, ד"ה זבין.

70. הרעיון כי אומדנא דמוכח דינו כתנאי מפורש, וכתנאי שנתקיימו בו כל משפטי התנאים ("כתנאי בני גד ובני ראובן": משנה וגמרא קידושין, דף ס"א ע"א—ס"ב ע"א), עולה מתוך כמה הלכות, כגון: "הרי שהלך בנו למדינת הים, ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחרים, ואחר כך בא בנו . . . רבי שמעון בן מנסיא אומר: אין מתנתו מתנה, שאילו היה יודע שבנו קיים — לא כתבנו" (בבא בתרא, דף קל"ב ע"א, והלכה כרבי שמעון בן מנסיא: רמב"ם הלכות זכיה ומתנה, פרק ו', הלכה א'; שו"ע חו"מ, סי' רמ"ו, סעי' א'); "לא שייר קרקע כל שהוא, אין מתנתו קיימת", "ואם עמד חוזר אפילו קנו מיניה, שנראין הדברים שמחמת מיתה נתן ועל מנת שאם לא ימות — לא תתקיים מתנה" (משנה בבא בתרא, דף קמ"ז ע"ב, ורשב"ם שם ד"ה לא שייר); "מן האירוסין בתולה גובה מאתים ואלמנה מנה, שלא כתב לה (את התוספת-כתובה) אלא על מנת לכונסה" (כתובות, דף נ"ד ע"ב, וראה דף נ"ז ע"א); וראה גם עניני אומדן הדעת המנויים בדברי הרא"ש כתובות, שם, אם כי לא כולם הם בגדר "תחליף" לתנאי כשר, ודוק.

71. השווה תוס' ר"י הוקן, קידושין, דף מ"ט ע"ב—נ' ע"א.

הקודם, אך אינו זהה עמו לחלוטין, והוא: לא היה כל אומדנא דמוכר, לגבי מטרת המכירה, היא גם לא הוטלה כתנאי לתוקפו של המכר, אלא שבשעת המכירה גילה המוכר את דעתו, כי זו היא הסיבה שהניעה אותו למכירת השדה, — האם במקרה זה יבטל סיכול המטרה את המכר, או לא? שאלה זו נשאלה בבית המדרש:

“איבעיא להו: זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני או לא הדרי זביני?”⁷².

פירוש הדבר: ראובן מכר שדה לשמעון ללא כל התנאה, אך בשעת המכירה גילה דעתו כי הוא מוכר אותו כדי לקנות נכס אחר מלוי, ואחר כך חזר בו לוי, וראובן, גלל כן, אינו זקוק עוד לזוהים (מעות), האם בטל המכר והשדה חוזר לראובן, או לא?⁷³ בסופו של דבר נפשטה האיבעיא ונפסקה הלכה, כי המכר בטל.

“והלכתא זבין ולא איצטריכו ליה זוזי, הדרי זביני”⁷⁴.

אך קודם לכן ובמהלך השקלא וטריא, ניסה אחד התלמידים להביא ראיה ממעשה שנעשה על ידי האמורא רב פפא.

“תא שמע: דהוא גברא דזבין ארעא לרב פפא למיקני תורי (לקנות שוורים), לסוף לא איצטריכו ליה (זוזי למוכר), ואהדריה גיהליה רב פפא לארעא”⁷⁵.

הרי כי המטרה שהודעה לקונה שלא בתורת תנאי, עשויה לסכל את המכר. והתשובה שניתנה לכך היא: אין מביאין ראיה ממעשה דרב

72. כתובות, דף צ"ז ע"א.

73. הפירוש הנקוט בפנים, הולך לפי שיטת התוספות (כתובות שם, ד"ה זבין), בניגוד לפירוש רש"י (שם, ד"ה זבין), כי פירוש התוספות נתמך על ידי כמעט כל הפוסקים (עי' רמב"ם הלכות מכירה, פרק י"א, הלכה ח'; טור חו"מ, סי' ר"ז, סעיפים ו', ז'; שו"ע חו"מ, סי' ר"ז, סעי' ג'; הרי"ף על כתובות, פרק אלמנה ניונות; הרא"ש על כתובות, שם, שם; כפירוש רש"י: תירושי הריטב"א על כתובות, פרק אלמנה ניונות, דפוס אמשטרדם 1709, דף נ"ט ע"א).

74. כתובות שם, שם.

75. כתובות שם, שם.

פפא! יתכן הדבר, כי הודעת המטרה אינה מספיקה, והקונה אינו חייב להחזיר את הקרקע, אלא שהוא, “רב פפא, לפנים משורת הדין הוא דעבד!”⁷⁶.

עינינו הרואות, כי תשובה זו ניתנה לשם דחיית הראיה שתובאה מן המעשה ההוא, וברור הדבר כי אם היא עשויה להרים במשהו את הלוח מעל אופיה של מידת ה"לפנים משורת הדין", יכול זה להיעשות רק בצאתנו מתוך ההנחה — ההנחה הבלתי נכונה — כי אכן הדין הוא, דזבין ולא איצטרכו ליה זוזי לא הדרי זביני, המכירה אינה חוזרת. ועתה הבה נראה, מה טעם יכול להיות לדין זה; כי רק מתוך כך נוכל לעמוד על מידת ה"לפנים משורת הדין": של מעשה רב פפא. נראה בעליל, כי אין לדין היפותטי זה אלא טעם אחד: לשמור, תוך סייגים פורמאליים - ברורים, על בטיחות העסקות המסחריות. אף על פי שגילה האיש את סיבת המכירה ומטרתה, הרי מכיוון שלא טרח לעשות אותה — בדיבור פה — תנאי ממש לקיום המכר, מותר לנו להניח, כי אמנם לא רצה המוכר לתלות בה את תוקף העסקא. כך דורשת טובת הציבור, בעברית מסורתית: “תיקון העולם”, שיהא תוקפו החוקי של המכר נחתך על פי חיתוך הדיבור. זה ואין בלתו הוא הנימוק האפשרי, בו אפשר להצדיק את הדין: “זבין ולא איצטריכו ליה זוזי — לא הדרי זביני”.

ועל ההנחה המשפטית-דוקגית ההיא — הנחה אשר יתכן, או אפילו קרוב לדאי, שאינה עולה בקנה אחד עם המציאות הקונקרטית של עסקת “ההוא גברא” — ויתר האמורא רב פפא, בהחזירו — כאילו לפנים משורת הדין — את הקרקע למוכר.

(ה) ענין חמישי — לא מעשה שהיה, אלא חוות דעת מופשטת — הנוגע אף הוא לדיני השבת אבידה.

“רב יהודה הוה שקיל ואזיל בתריה דמר שמואל⁷⁷ בשוקא דבי דיסא — רב יהודה היה מהלך אחרי מר שמואל בשוק הדייסים,

76. כתובות שם, שם.

77. מר שמואל הוא שמואל, והמעשה שהסמך עליו בתשובתו לרב יהודה

מקום שמוכרים בו "חטים כתושין לדייסא, זרבים מצויין שם" (רש"י) — אמר ליה: מצא כאן ארנקי מהו? אמר ליה: הרי אלו שלו (מפני שמסתמא נתיאשו הבעלים: ע"י מפרשי הש"ס); בא ישראל ונתן בה סימן מהו? אמר ליה: חייב להתזיר. תרתי? — כלומר: הלא דברייך סותרים זה את זה! — אמר ליה: לפנים משורת הדין, כי הא דאבוה דשמואל אשכח הנך חמרי במדברא וכו' (וכאן בא המקרה (ג) שצוטט לעיל)⁷⁸.

הלכת יושר זו אינה מוסיפה כלום על מה שלמדנו, ועוד עתידים ללמוד, מארבעת המקרים הראשונים, ביחוד מן המקרה השלישי אשר עליו הסתמכה כנ"ל. בוכל, איפוא, להתעלם ממנה כליל, בבואנו לסכם ולהגדיר את אופיו של ה"לפנים משורת הדין".

5. שונה מן השנים, ומתרחק יותר מהם מן הגורמה המשפטית, הוא הסוג השלישי והאחרון, המורכב מחובות-יושר, שקיומן או אי-קיומן אינו בגדר "מצוה" או "עבירה", אלא גורם "גוחות" או "אי-גוחות" לרוח חכמים, או שהיא חובת-עשייה שאינה אלא "מידת חסידות" בלבד.

(א) "הכותב את נכסיו לאחרים והנית את בניו, מה שעשה עשוי, אלא שאין רוח חכמים נוחה הימנו"⁷⁹.
 "אין לחכמים נחת רוח ממעשיו, אלא חרון אף גורם להן, שכועסין עליו דקא עקר נחלה דאורייתא"⁸⁰.

עם מות המת, נופלים הנכסים ליורשיו-על-פי-דין. יכול המוריש — בהיותו שכיב מרע⁸¹ — "להנחיל לכל מי שירצה"⁸², אך פירושיה של

הוא המעשה שנעשה על ידי אביו, אבוה דשמואל.

78. בבא מציעא, דף כ"ד ע"ב.

79. משנה בבא בתרא, דף קל"ג ע"ב.

80. רשב"ם בבא בתרא שם, ד"ה אין רוח חכמים.

81. אבל לא בהיותו בריא: רמב"ם הלכות זכיה ומתנה, פרק י"ב, הלכה ב';

הלכות נחלות, פרק ו', הלכה ד'; שו"ע חו"מ, סי' רפ"א, סעי' ה'.

ע"י בבא בתרא, דף קל"א ע"א, ורשב"ם שם, ד"ה בריא היאך, וד"ה

בר אורתי.

82. בבא בתרא דף ק"ל ע"א.

"אמרה גורפת" זו הוא, כי הוא יכול להרבות חלקו של יורש אחד, בתנאי שמיעוט חלקו של השני ייעשה לא על דרך שלילת הירושה, אלא יהא תוצאה עקיפה מריבוי חלקו של היורש הראשון⁸³. עד כדי כך הקפידו על קיום מוסד הירושה.

באו חכמים ואמרו, כי אם הצוואה נעשית לא בלשון ירושה, אלא בלשון מתנה, יכול המצווה לחלק את נכסיו ככל אשר יעלה על דעתו, ואפילו לתתם כולם למי שאיננו יורשו⁸⁴. ובאו חכמים והתקיפו, כי אם המצווה הוא שכיב מרע⁸⁵, אין צורך ב"קניין" כלל, והנכסים נקנים באמירה למקבל מיד לאחר מות הנותן⁸⁶.

עד כאן גופו של דין וגופה של תקנה. אבל אין רוח חכמים נוחה ממתנות באלה, ואין הם רואים בעין יפה העברת נחלה מיורש למי שאיננו יורש⁸⁷. לא ביטלו לא את הדין של מתנת בריא ולא את התקנה של מתנת שכיב מרע, אלא אמרו: מה שעשה — עשוי, אבל אין רוח חכמים נוחה הימנו. זו היא "הסנקציה" היחידה נגד העברת-

האוניברסיטה העברית בירושלים

מכון לחקר המשפט העברי

83. משנה בבא בתרא שם, בשם רבי יוחנן בן ברוקא, וכן הלכה: רמב"ם הלכות נחלות שם, הלכות א', ב', ג'; שו"ע חו"מ, סי' רפ"א, ע"ש ודוק.

84. משנה בבא בתרא, דף קכ"ו ע"ב, ורשב"ם שם: "שיש כוח באדם ליתן ממונו במתנה לכל מי שירצה"; רמב"ם הלכות נחלות שם, הלכה ה'; שו"ע חו"מ שם, סעי' ז'.

85. הגדרת "שכיב מרע": "החולה שתשש כוח כל הגוף, וכשל כוחו מחמת החולי עד שאינו יכול להלך על רגלו בשוק, והרי הוא נופל על המטה — הוא הנקרא שכיב מרע" (רמב"ם הלכות זכיה ומתנה, פרק ח', הלכה ב'; ראה בבא בתרא, דף קנ"ג ע"ב למטה).

86. "דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו" (בבא בתרא, דף קנ"א ע"א ומקומות אחרים; רמב"ם שם, הלכה א'; שו"ע חו"מ, סי' ר"ג, סעי' א'). זו היא תקנה שתקנו חכמים "שמא תטרף דעתו עליו" (בבא בתרא, דף קמ"ז ע"ב), "שאם אין דבריו נקנין, חיישינן שמא תטרף דעתו בחוליו מחמת צער, שהוא יודע שלא יקיימו בניו צוואתו" (רשב"ם שם, ד"ה מתנת שכיב מרע). נחלקו האמוראים אב"י ורבא מתי קונה המקבל את הנכסים: "עם גמר מיתה" או "לאחר גמר מיתה" (בבא בתרא, דף קל"ז ע"א), יש נפקא מינה בדבר לגבי ענין מסויים, והלכה היא: לאחר גמר מיתה (רמב"ם הלכות זכיה ומתנה, פרק י"ב, הלכה י'; שו"ע חו"מ, סי' רמ"ח, סעי' ד').

87. לאו דוקא העברה טוטאלית, אלא אפילו מרבה לאחד וממעט לשני (רשב"ם בבא בתרא, דף קל"ג ע"ב, ד"ה כי עבורי אחסנתא).

נחלה, והמעביר אינו עובר אפילו על מצות חכמים⁸⁸. כי הזכיר לא נאמר בצורה של ציווי.

(ב) "הגולנין ומלוי ברבית שהחזירו, אין מקבלין מהן, והמקבל מהן אין רוח חכמים נוחה הימנו"⁸⁹.

אסור לקבל רבית, ואסור לתת רבית⁹⁰. אך משניתנה הרבית, המלוה חייב להחזירה, והלוה אינו מחוייב לקבלה. הוא יכול לוותר עליה ולמחול, ועם המחילה פנה תובת-ההחזרה של המלוה. והוא הדין במחילת הגזילה. והנה:

"מעשה באדם אחד (גולן) שבקש לעשות תשובה. אמרה לו אשתו: ריקה! אם אתה עושה תשובה, אפילו אבנט אינו שלך, — ונמנע ולא עשה תשובה. באותה שעה אמרו: הגולנין ומלוי רביות שהחזירו, אין מקבלים מהם, והמקבל מהם אין רוח חכמים נוחה הימנו"⁹¹.

גם כאן לא בוטלה חובת ההחזרה. אי אפשר היה לבטלה, כי על ידי כך היו מעודדים את עבירת הרבית. אבל משום מעשה שהיה, ו"כדי לקרב הדרך הישרה על השבים"⁹², אמרו חכמים, כי גולן או מלוה ברבית החזור בתשובה, ו"מתזיר מעצמו" את הגזילה והרבית⁹³, אין לקבלה ממנו, אלא צריך שיהיו "עוזרין אותו ומחילין לו"⁹⁴. ושם לא ינהג כן הנגול או הלוה, לא תהא רוח חכמים נוחה הימנו.

88. עולה מתוך דברי הרמב"ם הלכות נחלות, פרק ו', הלכה י"א, ודוק.

89. בבא קמא, דף צ"ד ע"ב.

90. ראה לעיל, פרק ששי, הערה 38.

91. בבא קמא שם.

92. רמב"ם הלכות גזילה ואבידה, פרק א', הלכה י"ג.

93. "הגולנין ומלוי ברבית שהחזירו מעצמן אין מקבלין מהן . . .

דכי עבדו רבנן תקנתא לבעלי תשובה, לגולנין העומדין במרדן לא

עבדו רבנן תקנתא" (הרמ"ה הובא בשיטה מקובצת על בבא קמא,

פרק ט', שם, עמוד תרנ"א). וכך גם כותב הרמב"ם הלכות גזילה

ואבידה שם, שם: "ורצה הגולן לעשות תשובה, ובא מאליו והחזיר דמי

הגזילה".

94. רמב"ם שם.

(ג) ויש אשר עמדת חכמינו מופגנת, לא על ידי הבעת יחס שלילי אל המעשה שאין רוח חכמים נוחה הימנו, אלא — להיפך — על ידי הבעת יחס חיובי אל המעשה שרוח חכמים נוחה הימנו.

"המתזיר חוב בשביעית⁹⁵, רוח חכמים נוחה ממנו"⁹⁶.

שביעית משמטת את החוב, ובהגיע סוף השנה⁹⁷, נפטר הלוה מלפרוע את חובו⁹⁸. אבל אם הוא, על אף פטור זה, בא ומשלם למלוה את הכסף שלוה, רוח חכמים נוחה הימנו. מאידך גיסא, לנה המתזיר חוב בשביעית, "צריך שיאמר לו (המלוה): משמט אני! ואם אמר לו (הלוה): אף על פי כן — יקבל הימנו"⁹⁹. לפנינו מעין "עיטורי-יושר" דו-סטריים, המקיפים מכל עבר את דין השמיטה.

"כל המטלטלין נקנין במשיכה¹⁰⁰, וכל המקיים את דברו, רוח חכמים נוחה ממנו"¹⁰¹.

דיני ישראל, כידוע, אין מכירים בתוקפה החוקי של עסקא — בין אם היא עסקא חפצית-ריאלית, בין אם היא אובליגטורית בלבד — אלא אם כן נעשה בה הקנין המתאים¹⁰². דבר דבר וקנינו "המועיל",

95. הכוונה היא: לאחר שעברה עליו שביעית, כי שביעית אינה משמטת אלא בסופה (רש"י גיטין, דף ל"ז ע"ב, ד"ה המתזיר).

96. שביעית, פרק י', משנה ט'.

97. ערכין, דף כ"ח ע"ב; ספרי דברים, פרשת ראה.

98. שביעית שם. משנה א', ומקומות אחרים.

99. שביעית שם, משנה ח'; גיטין, דף ל"ז ע"ב; רמב"ם הלכות שמיטה ויובל, פרק ט', הלכות כ"ח, כ"ט.

100. הכוונה כאן ל"דברים שאין דרכן להגביה", כי בדברים שדרכן להגביה, הקנין הוא הגבהה, ולא משיכה (בבא בתרא, דף פ"ו ע"א; רמב"ם הלכות מכירה, פרק ג', הלכה א'). לעצם הרעיון של המשנה, לא חשוב מה הוא הקנין המועיל.

101. שביעית שם, משנה ט'.

102. פרט לאי-אלה ענינים שבהם אין צורך בקנין, כגון "שטרי פסיקתא" ("כמה אתה נותן לבנך כך וכך, לבתך כך וכך, עמדו וקידשו קנו, הן הן הדברים הנקנין באמירה": קידושין, דף ט' ע"ב); או שעבוד הערב במקרים מסויימים (עי' בבא בתרא, דף קע"ג ע"ב; דף קע"ז ע"א וע"ב; רמב"ם הלכות מלוה ולוה, פרק כ"ה, הלכה ב'; שו"ע חור"מ, סי' קכ"ט, סעי' ב').

או קניניו המועילים, כפי שנקבע לכל סוג וסוג בתורת המשפט העברי¹⁰³.

במשנה שלפנינו נקט, דרך משל, הקנין המועיל להעברת מטלטלין. אלה נקנים, כרגיל, במשיכה, — אקט סמלי המסמל את כניסת החפץ לרשותו של הקונה. הסכם ערטילאי שלא נעשה בו שום קנין — לא קנין המועיל ליצירת התחייבות תקפה¹⁰⁴, ולא קנין המועיל להעברת הבעלות — אינו ולא כלום מן הבחינה המשפטית, והמוכר יכול לחזור בו, ולסרב למכור ולמסור את החפץ, וישוא ההסכם. אבל — אמרו חכמים — אף על פי שדיבור-פה אינו מחייב את המתחייב מבחינה משפטית, הרי כל המקיים את דברו ואינו חוזר בו, רוח חכמים נוחה הימנו. לא נפגעה כאן קדושת הפורמאליות של מערכת הקנינים, ולא נתווסף עליה קנין חדש, רק נוחתה או אי-נוחתה של רוח חכמים, היא "הממריצה" לקיום ההבטחה הערטילאית.

(ד) ויש ביטוי אחר, שווה משקל, לציון סוג-יושר שלישי זה, הוא הביטוי "מידת חסידות". האקוויוולנטיות של שני הביטויים עולה מתוך דברי הירושלמי:

"רב אמר: כד אנא אמר לבני ביתי ליתן מתנה לבר נש, לינה (אין אני) חזר ביי"¹⁰⁵.

מקשה הירושלמי על כך ממה שפסק רב במקום אחר, — מקשה ומתרץ:

103. למשל: קנין משיכה, מסירה והגבהה, במטלטלין ובעלי חיים (קידושין, דף כ"ו ע"א ודף כ"ה ע"ב); תצר (בבא מציעא, דף י"א ע"א—י"ב ע"א); אגב קרקע (קידושין, דף כ"ו ע"א—כ"ז ע"א); בבא קמא, דף י"ב ע"א וע"ב); כסף, שטר וחזקה, בנכסי מקרקעין (קידושין, דף כ"ו ע"א); חליפין או קנין סודר המועיל להקנות כל נכס (חזן ממטבע) וליצור כל התחייבות (בבא מציעא, דף מ"ז ע"א וע"ב); כתיבה ומסירה כקנין "אותיות", היינו שטרות (בבא בתרא, דף ע"ו ע"א—ע"ז ע"א); מעמד של שתן להעברת חוב (גיטין, דף י"ג ע"ב); אודיתא (בבא בתרא, דף קמ"ט ע"א).

104. כגון קנין סודר (ראה הערה 103).

105. ירושלמי שביעית, סוף פרק י'.

"תמן למידת הדין, ומה דרב נהיג למידת חסידות"¹⁰⁶.

והלא "מידת חסידות" זו אינה אלא אותה "רוח חכמים נוחה הימנו", שנאמרה במשנה דשביעית לגבי המקיים את דברו, כפי שראינו לעיל¹⁰⁷.

הביטוי "מידת חסידות" — לא כציון כללי של המידה, אלא כתואר אינדיווידואלי של הלכה מסוימת — מצוי בתלמוד בבלי שלוש פעמים¹⁰⁸. שלשתם מטפלים לא בדברים שבין אדם למקום,

106. ירושלמי שביעית שם.

107. אמרתי בהערה 4 לעיל, כי יתכן שישנו הבדל-ניואנסה, דק מן הדק, בין "אין רוח חכמים וכו'" לבין "מידת חסידות". יש מקום לומר, כי ההיראה לקיים דבר שהוא מידת חסידות, מופנית לתסידים בלבד, למי שהוא באמת חסיד בכל מעשיו. ראה לכך נמצא לכשנדייק יפה יפה, בדברי הרמב"ם הלכות גחלות, פרק ו', הלכה י"א: "כל הגותן נכסיו לאחרים והניח הירושין אף על פי שאין הירושין נהגין כשורה, אין רוח חכמים נוחה הימנו, וזכו האחרים בכל מה שנתן להן, מידת חסידות היא שלא יעיד אדם חסיד בצוואה שמעבירין בה הירושה מן הירוש וכו'".

"מידת חסידות" פירושה הוא בעצם: מידה שלפיה נוהגים חסידים, — קביעה עובדתית כביכול, והגרעין האימפראטיבי שבה הוא: השתדל להיות חסיד, וסופך לנהוג כמותם! כל עוד לא הגעת לדרגת חסידות, אין לך לעסוק במעשי חסידות, כי מעשיך יהיו מעשים בודדים, יוצאי דופן, אשר לא יהלמו את שעור קומתך הרוחנית. רעיון זה — היינו כי אין ערך רב למעשה הטוב, כאשר הוא תלוש ומנותק מן הרמה המוסרית הכללית של העושה — טופח הרבה ב"שיבות-המוסר" של ליטא, ומצאו לו סמוכין בדברי ה"מסילת ישרים" לר' משה חיים לוצאטו, פרק י"ד, על מה שאמר מר עוקבא בפרק כל הבשר (חולין, דף ק"ה ע"א). מר עוקבא אמר שם: "אנא להא מילתא חלא בר חמרא (חומץ בן יין) לגבי אבא, דאילו אבא כי הוה אכיל בישרא האידנא, לא הוה אכיל גבינה עד למחר כי השתא, ואילו אנא בהא סעודתא לא אכילנא, לסעודתא אחרנא אכילנא, ועל שום מה לא נהג מר עוקבא כמו אביו? הוה אומר: על שום שדרגתו הכללית נמוכה היתה מו של אביו, "לפי שלא היה פרוש כל כך כמוהו" (מסילת ישרים, שם).

108. סבורני כי אין יותר בתלמוד בבלי, אך יתכן שאני טועה. מעניין הדבר — ואינו יודע אם עמדו על כך — כי בעל המאמר "מידת חסידות שגו כאן", הוא בכל המקומות האמורא רב חסדא, בחינת "חסדאי את וחיסדאין מילך" (גיטין, דף ז' ע"א).

אלא בדברים שבין אדם לחבירו, בתובות אדם כלפי הזולת, ואפשר לכנותן, בשעור עולה ויורד, כתובות של דיגי הישרי. והרי הם לפנינו:

(אא) משנה. "כמה תהא הסלע חסירה, ולא יהא בה אונאה? רבי מאיר אומר: ארבעה איסרות, איסר לדינר¹⁰⁹... עד מתי מותר להחזיר? בכרכים — עד כדי שיראה לשולחני, בכפרים — עד ערבי שבתות. אם היה מכירה — אפילו לאחר שנים עשר חודש מקבלה הימנו, ואין לו עליו אלא תרעומת"¹¹⁰.
גמרא. "ואם היה מכירה — אפילו לאחר שנים עשר חודש וכו'. היכא? אי בכרכין — הא אמרת עד שיראה לשולחני, דאי בכפרים — הא אמרת עד ערבי שבתות! אמר רב חסדא: מידת חסידות שנו כאן!"¹¹¹.

המטבעות בימיהם היו משתחקים מרוב שימוש, ומשקלם פוחת והולך עד שלבסוף לא היו יוצאים בשוק עוד, לפחות לא בשויים הנומינאלי. השאלה הנשאלת במשנתנו היא, מה הוא שעור הפחת בסלע, אשר מן הוא והלאה תהא זו אונאה, המחייבת את נחתן הסלע לקבלה תורה¹¹². ונחלקו התנאים בשעור זה. ועד מתי — שואלת המשנה — מותר למקבל הסלע להחזירה לנותן? עד עבור הזמן, שתוכו יכול היה המקבל לברר, אם היא יוצאת בשוק או לא, ולכן: בכרכים, שבהם מצויים שולחנים (חלפני מטבעות), עד כדי שיראה לשולחני, בכפרים — עד ערבי שבתות, שכן רגילים היו להוציא מעותיהם בערב שבת לקניית צרכי אוכל לשבת. והמשנה מוסיפה: "אם היה מכירה — אם הנותן מכיר בסלע שהיא אותה הסלע שנתנה למקבל — אפילו לאחר שנים עשר חודש מקבלה הימנו וכו'".

109. הסלע היא ארבעה דיגרים (זוזים), והדינר הוא שש מעות כסף (השווה משנה בבא בתרא, דף קס"ה ע"ב; בכורות, דף נ' ע"א). המטבע "איסר" כאן הוא "מענה כסף" (עי' רש"י בבא מציעא, דף נ"א ע"ב, ד"ה איסר לדינר).

110. בבא מציעא, דף נ"א ע"ב—נ"ב ע"א.

111. שם, דף נ"ב ע"ב.

112. ראה סוגיא דגמרא, בבא מציעא, דף נ"ב ע"א, בתחילת הסוגיא.

ועל הלכה אחרונה זו מתעכבת הגמרא ומקשה: מדוע חייב הנותן לקבלה אפילו לאחר י"ב חודש, הן נקבעו במשנה גופה שעורים לכך: עד שיראה, או עד ערבי שבתות! האין אלה תרתי דסתרי?! והתשובה שניתנה לכך היא: מידת חסידות שנו כאן! כלומר: אין זו תבזה מן הדין, אלא חובת-ישר של מידת חסידות, — חובה שיקיים אותה מי שהגיע לדרגת חסידות.

(בב) משנה. "מצילין (מן הדליקה בשבת) סל מלא ככרות, ואף על פי שיש בו מאה סעודות... ואומר לאחרים: בואו והצילו לכם! ואם היו פקחין — עושין עמו חשבון אחר השבת"¹¹³.
גמרא. "חשבון מאי עבידתיה — מהפקירא קוזו? אמר רב חסדא: מידת חסידות שנו כאן!"¹¹⁴.

המדובר פה באדם שנפלה דליקה בביתו בשבת. הוא מציל בעצמו צרכי אוכל ומלבושים, וכדי להרבות בהצלה הוא אומר לאחרים: בואו והצילו לכם, זאת אומרת: כל אשר תצילו מן האש, לכם יהיה לאכלה ולשלל. ואף על פי כן, אף על פי שלא הבטיח להם כל שכר, הרי אם פקחים הם, ומבינים כי לאמיתו של דבר התכוון להציל בשיבילי¹¹⁵, עושין עמו חשבון אחר השבת, ונוטלין ממנו שכר-הצלה בהחזירם לו את הניצל על ידם¹¹⁶.

ושואלת הגמרא ותמהה: איזה חשבון יש כאן, הלא הם זכו מן ההפקר את הרכוש שהצילו, מאחר שבעל הבית הרשה לכל אדם לקחת לעצמו? והתשובה הראשונה שניתנה על ידי רב חסדא היא: מידת חסידות שנו כאן, היינו: אם המציל הוא חסיד שאינו רוצה ליהנות משל אחרים, מחזיר את הרכוש ונוטל את שכרו¹¹⁷.

113. שבת, דף ק"ב ע"א.

114. שבת שם.

115. ח. אבלק, ששה סדרי משנה, סדר מועד, מסכת שבת, פרק ט"ו, משנה ג'.

116. שו"ע או"ח, סי' של"ד, סעי' ט'. על הדברים שמותר להציל בשבת,

ועל שעורי ההצלה, ראה משנה וגמרא שבת, פרק כל כתבי.

117. הפירוש הנקוט בפנים, עולה בקנה אחד עם דברי רוב המפרשים,

פרט לענין "פקחותו" של המציל שפירשתי אותו על פי פירוש אלבק,

כי הוא נראה לי עיקר, להיותו עשוי ליישר כמה הדורין בסוגיא זו.

מידת החסידות כלולה כאן בזה, שאף על פי שמן הדין זכה המציל מן ההפקר, והרי הוא שלו¹¹⁸, הרי אם ינהג לא על-פי-דין אלא על-פי-יחשר, יחזיר את הרכוש לבעליו הראשונים, ויתבע מהם — אם רצונו בכך — את שכר ההצלה¹¹⁹.

(גג) "תא שמע: בעל הבית שהיה עובר ממקום למקום וצריך ליטול לקט שכחה ופאה ומעשר עני, נוטל, ולכשיחזור ישלם, דברי רבי אליעזר. אמר רב חסדא: מידת חסידות שנו כאן!¹²⁰"

רק לעניים מותר ליטול לקט שכחה וכו'¹²¹. בעל הבית שהוא "עשיר" — אסור לו ליטול אבל אם הוא עובר ממקום למקום, "ונצרך למזונות, נוטל לקט כשאר עניים, הואיל שעכשו עני הוא"¹²², אלא שבתורו לביתו, יחזיר לעניים את אשר נוטל.

מן הדין הוא פטור מלשלם, משום דהוי ליה "ממון שאין לו תובעים". זה הוא הטעם אשר בגללו פסק רב חסדא גופו: "המזיק מתנות כהונה או שאכלן, פטור מלשלם"¹²³. יען כי כלל הכהנים וכלל העניים אינו אישיות משפטית, שאפשר לתבוע בשמה, ואילו הכהן הבודד או העני הבודד אין לו — כלשון מודרנית — כל "לגיטימציה אקטיבית", מפני שבעל הבית יכול לומר לו: "לכהן אחר (או לעני אחר) אני נותן, ולא לך!"¹²⁴. אבל מידת חסידות היא, שלא לקפח את העניים, ולשלם להם את אשר נוטל.

118. כאן אין — כנראה — אומדנא דמוכח על כוונתו האמיתית של בעל הבית, שהרי רק "פקח" מבין את זאת, ולכן היא בגדר דברים שבלב, שאינם גורעים כלום מתוקפו החוקי של ההפקר.

119. לפי הדעה השניה בסוגיית הש"ס, דעתו של רבא, כפי שנתפרשה על ידי רש"י (שבת שם, ד"ה הכא), רק אדם אשר "ירא שמים הוא ולא חסיד", יתבע שכר הצלה, כי חסיד נוהג "לוותר משלו". לפי דעה זו, התלכה האמורה במשנה היא בניגוד למידת חסידות.

120. חולין, דף ק"ל ע"ב.

121. ראה לעיל, פרק חמישי, הערות 13, 14.

122. רש"י חולין שם, ד"ה וצריך ליטול.

123. חולין שם, ריש ע"ב, יש עוד טעם אחד אלטרנטיבי לדין זה, ע"ש.

124. רש"י חולין שם, ד"ה שאין לו תובעים.

בסוגיא שלפנינו יש אסמכתא לכך, כי כאשר התשלום הוא בגדר מידת חסידות, אזי לא זו בלבד שאין כופין אותו לשלם¹²⁵, אלא אף אינו חייב לעשות כן "כדי לצאת ידי שמים"¹²⁶. הוזה אומר: מידת חסידות היא למעלה מן התובה המוסרית הרגילה המוטלת על כל אדם ואדם. ודוק.

6. ונותר לנו לבדוק פרשה אחת שדילגנו עליה עד כה, מפני שהיא אינה נכנסת לגדרו של אף אחד משלושת סוגי היושר הנ"ל. כוונתי לפרשה הידועה בשם "הנהו שקולאי".

פרשה זו מצוייה לפנינו בשתי נוסחאות, אחת בבבלי ואחת בירו-שלמי, ובשל שינויי הגירסאות שביניהן נביא אותן כאן בשלימותן, אחד מקור (ארמית), ואחד תרגום (עברית).

(א) בבלי. "רבה בר בר חנה — לגירסת הרי"ף והרא"ש¹²⁷ רבה בר רב הונא — תברו ליה הנהו שקולאי חביתא דתמרא. שקל לגלימיהו. אתו ואמרו לרב. אמר ליה: הב להו גלימיהו. אמר ליה: דינא הכי? אמר ליה: אין! למען תלך בדרך טובים (משלי ב', כ'). יהיב להו גלימיהו. אמרו ליה: עניי אנן, וטרחינן כולי יומא, וכפינן, ולית לן מידי! אמר ליה: זיל הב אנרייהו. אמר ליה: דינא הכי? אמר ליה: אין! וארחות צדיקים תשמור (משלי שם, שם)"¹²⁸.

עברית. רבה בר בר חנה (או: רבה בר רב הונא) שברו לו הסבלים חבית של יין, לקח מהם את גלימותיהם. באו ואמרו לרב. אמר לו: תן להם את גלימותיהם. אמר לו: האם הדין הוא כך? אמר לו: הן! למען תלך בדרך טובים. נתן להם את גלימותיהם. אמרו לו (הסבלים לרב): עניים אנחנו, וטרחנו כל היום, ורעבנו (או: ורעבים אנחנו), ואין לנו כלום. אמר לו:

125. דבר זה עולה מתוך קושייתו של רבא שם: "תנא תני ישלם, ואת אמרת מידת חסידות שנו כאן!"

126. עיין ודוק בתוס' חולין שם, ד"ה תנא תני ישלם.

127. הרי"ף והרא"ש על בבא מציעא, פרק השוכר את האומנין.

128. בבא מציעא, דף פ"ג ע"א.

לך ותן להם את שכרם. אמר לו: האם הדין הוא כך? אמר לו: הן! וארחות צדיקים תשמור.

(ב) ירושלמי. "תני ר' נחמיה: קדר מסר קדרוי לבר נשי. תברין. ארים גולתיה. אתא גבי רבי יוסי בר חנינה. אמר ליה: איזיל אמור ליה: למען תלך בדרך טובים. אזל ואמר ליה, ויהב ליה גולתיה. אמר ליה: יהב לך אנגר? אמר ליה: לא! אמר ליה: זיל ואמור ליה: וארחות צדיקים תשמור. אזל ואמר ליה, ויהב ליה אגריה"¹²⁹.

עפריית. קדר מסר קדרותיו לבן אדם אחד. נשברו¹³⁰. פשט לו את מלבושו¹³¹. בא הפועל אצל רבי יוסי בר חנינה. אמר לו: לך ואמור לו (לאותו בן אדם): למען תלך בדרך טובים. הלך ואמר לו, ונתן לו הלה את מלבושו. אמר לו: האם נתן לך את שכרך? אמר לו: לא! אמר לו: לך ואמור לו: וארחות צדיקים תשמור. הלך ואמר לו, ונתן לו הלה את שכרו.

והנה בהתבונננו אל שני המקורות ההם, של הבבלי ושל הירושלמי, מוצאים אנו דמיון מפתיע ביניהם, הן בעצם המעשה — שבירת כלים ועיכוב בגדים — והן בדיאלוג בין החכם והצדיק, לרבות הציטטין מפסוקי התנ"ך. לא תתכן התרמות מקרית שכזאת! לכן סבור אני, כי שני המקרים הללו, הם שנים שהן אחד, מקרה אחד ויחיד שחלו בו שיבושים מסויימים בנדדו מהכא להתם ומהתם להכא. וכאשר הברירה היא בין שיבוש נוסחו של הבבלי ושיבוש נוסחו של הירושלמי, יש להכריע "לטובת" הירושלמי, ולהניח כי הטעות נפלה "התם" ולא "הכא", היינו: בארץ-ישראל, ולא בבבל. כי נוסח הבבלי הוא בהרבה יותר מדוייק ומוסמך מנוסחו של הירושלמי; והדברים ידועים. מסתבר, איפוא, כי המעשה-שהיה הוא דבר הסבלים והבית היין, אלא

129. ירושלמי בבא מציעא, סוף פרק י' (השוכר את האומנין).
130. השימוש בלשון רבים ("תברין") מורה, לדעתי, כי הכוונה לקדרות ולא לקדר, ולכן צריך לפרש "נשברו", ולא "שברם" (שבר אותם) כפי שמפרש בעל "הפירוש הקצר" על הירושלמי.
131. "גולתא" היא, כנראה, מלבוש עליון. השווה בבא מציעא, דף פ"ה ע"א:

שמאורע מפורסם זה נשתבש ונהפך לענין של קדר וקדרות, והדין על הבגדים והשכר שהתקיים לפי הבבלי אצל רב, יוחס בירו של מי לאמורא הארצישראלית רבי יוסי בר חנינה¹³².

סוף דבר: מעתה אין לנו לבחון אלא הסוגיא דהנהו שקולאי, כדי לעמוד על הנופך שהוסיפה — או לא הוסיפה — לרעיון תובות-היושר של שלושת הסוגים הנ"ל.

נבדוק נא, איפוא, את יסודי פרשת הסבלים ההם. הם שברו את החבית לא ברשלנות, אלא בפשיעה¹³³ או — לדעת מקצת המפרשים — חייבים היו להוכיח, ולא הוכיחו, שלא פשעו בשבירת החבית¹³⁴.

והנה בקראנו את "פסק הדין" שניתן על ידי רב בסכסוך שבין המעביד והסבלים, עושים הדברים רושם כאילו פסק רב, שהמעביד חייב להחזיר להם את הבגדים ש"עוקלו" ולשלם את שכרם. רושם זה מוטעה הוא. לא היתה זאת אלא הוראה שניתנה על ידי רב לתלמידו מטעמי מוסר בלבד.

ציינת לעיל, כאילו אגב אורחא, כי הגירסא לפי הרי"ף והרא"ש היא לא רבה בר בר חנה, אלא רבה בר רב הונא. לא היתה זאת הערה פדנטית גרידא, — יש חשיבות מרובה לדבר כפי שנראה מיד, ואני מציע משום כך לקבל כנכונה את גירסת הרי"ף והרא"ש. רבה בר רב הונא הוא בנו של רב הונא תלמידו המובהק של רב¹³⁵,

אצל רבי יוסי בר חנינה

"חכים עבדו יתך, וגולתא דהבא פרסו עלך"; שבת, דף ע"ו ע"ב: "גולתא — גלי ואיתיב", ועי' פירוש רש"י שם.
132. סנהדרין, דף י"ז ע"ב; "שלחו מתם (מארץ ישראל) — רבי יוסי בר חנינה".

133. רש"י בבא מציעא, דף פ"ג ע"א, ד"ה שקולאי: "ותברו ליה שלא במקום מדרון ובפשיעה, אי נמי בדיגלא", והשווה גמרא שם, דף פ"ב ע"ב ודף פ"ג ע"א. "דיגלא" — "עץ מפוצל בראשו, וקושר בו משא שני בני אדם, ומכניס צוארו בין שני פצליו ומטל על ב' כתפיו וכו'" (רש"י שם, ד"ה דדרו בדיגלא), וראה רמב"ם הלכות שכירות, פרק ג', הלכה ב'; טור חו"מ, סי' ש"ד, סעי' ג'; שו"ע חו"מ, סי' ש"ד, סעי' ב'.

134. דעת הרמ"ך, הובאה בשיטה מקובצת על בכא מציעא, שם, עמוד תתק"ד.

135. שבת, דף קכ"ח ע"א; סדר הדורות, ערך רב הונא, אות ו', ע"ש.

והוא גופו, בצעירותו, הספיק להיות תלמידו של רב¹³⁶. מכלול יחסי רב ותלמיד, אינם יחסי מורה ותלמיד גרידא, ואף לא יחסי מחנך ותניך סתם; הם משהו מיוחד במינו, שקשה למצוא לו ביטוי מרוכז, פרגונטי, בכל לשון או ספרות אחרת. הרב — לפי השקפת התלמוד — הוא השליט הבלעדי על כל אישיותו של התלמיד, מרובה-פי-כמה משלטונו של האב, כי הוא הורה ומורה כאחד¹³⁷, הוא המעצב את דמותו הרוחנית של התלמיד, ולו הוא חייב ציות מוחלט.

"כל המלמד בן חבירו תורה, מעלה עליו הכתוב כאילו ילדו"¹³⁸.

"אביהת אביו ואביהת רבו — של רבו קודמת, שאביו הביאו לעולם הזה, ורבו שלימדו חכמה מביאו לחיי העולם הבא"¹³⁹.

"ותלמידי — שאני גזור עליך גזירה, ואתה מקיימה כתלמיד"¹⁴⁰.

"ציית מאי דקאמר רבך?"¹⁴¹.

"כל העושה מריבה עם רבו, כעושה עם השכינה"¹⁴².

לא יפלא, איפוא, כי רב, בידעו את ההשפעה שיש לו על תלמידו, השתמש בהשפעתו זו, וציווה עליו לקיים את החובה המוסרית של "למען תלך בדרך טובים, וארחות צדיקים תשמור". נכון, אמנם, כי רבה בר רב הונא שאל אותו: האם הדין הוא כך? ורב השיב: הן! אבל ברור הדבר, כי לא לחובה משפטית שכופין עליה התכוון רב! הדין ברור ומפורש בסוגיית הש"ס שם, וממנו עולה כי, במסיבות הענין, פטור היה רבה בר רב הונא מלשלם לסבלים את שכרם אילו חייב רב מן הדין לשלם, היה — אולי — הוא גופו מתחייב "לשלם מביתו" לרבה בר רב הונא את הנזק שגרם לו. כי: "דן את הדין, זיכה את החייב, חייב את הזכאי וכו', מה שעשה עשוי, וישלם מביתו"¹⁴³. על כרחך אתה אומר, כי השאלה-ותשובה בין הרב

136. בבא בתרא, דף קל"ו ע"ב; מרגליות, אנציקלופדיה לתלמידי התלמוד והגאונים, ערך רבה בר רב הונא.

137. ראה להלן, הערה 138.

138. סנהדרין, דף י"ט ע"ב.

139. משנה בבא מציעא, דף ל"ג ע"א.

140. ראש השנה, דף כ"ה ע"ב.

141. שבעות, דף י"ח ע"א.

142. סנהדרין, דף ק"י ע"א.

143. משנה בכורות, דף כ"ח ע"ב; בבא קמא, דף ק' ע"א; סנהדרין, דף

ותלמידו נסבה על החובה המוסרית, והמלה "הן" פירושה: אם את רצונך לדעת, מה היא "דרך טובים" ומה הם "ארחות צדיקים", תשובתי היא, כי אלה מחייבים להחזיר את הבגדים ולשלם את השכר. הפסוקים הללו אין בכוחם ליצור דין, כי מקומם הוא באחד מספרי הכתובים, ו"דברי תורה מדברי קבלה, לא ילפינו!"¹⁴⁴ אבל יש בכוחם לקבוע נורמה, מוסרית גבוהה, ועל דין גורמה זו — "הדין" במרכאות — הצביע רב בתשובתו לתלמידו הצעיר כנ"ל.

יוטעם אף יודגש: במקרה של "הנהו שקולאי" יוחס ערך רב לעובדא, כי הסבלים טרחו כל היום, ורעבו או הינם רעבים, ואין להם כלום. נראה הדבר, כי אילו היו עשירים, לא היה מצווה רב לרבה בר רב הונא לשלם להם את שכרם¹⁴⁵. דבר זה בלבד מורה, כי ענין לנו כאן לחובה מוסרית טהורה, ולא לחובה משפטית, או חובה קוואזי-משפטית מן היושר, כי דיני היושר, כמוהם כדיני המשפט, הם דבר השווה לכל נפש, ואינם מפלים בין עני לעשיר, או בין רעב לשבע¹⁴⁶.

7. ועתה, לאחר סקר כללי זה, הבה נסכ סוגיית את שלושת סוגי היושר הנ"ל. שלושתם אינם חובות מוסריות בלבד, אלא חובות קוואזי-משפטיות, שמרחקם מן הגורמה המשפטית משתנה, מן הקרוב אל הרחוק, לפי הסדר שבו נמנו בפסקא 2 לעיל.

ל"ג ע"א; יש כמה חלוקין ומחלוקיות בנידון זה כגון: הבחנה בין מומחה ושאינו מומחה, או בין טעה בדבר משנה וטעה בשיקול הדעת, ועוד (עיני בסוגיא דסנהדרין שם; סוגיא דבבא קמא שם; רמב"ם הלכות סנהדרין, פרק ו'; שו"ע חו"מ, סי' כ"ה), אך יתכן כי במסיבות מסויימות היה רב מתחייב בתשלום הנזק.

144. אין למידין דין חדש מן האמור בבנייאים וכתובים: בבא קמא, דף ב' ע"ב, ורש"י ד"ה דברי קבלה; חגיגה, דף י' ע"ב.

145. אסמכתא לכך אפשר למצוא בדברי הטור חו"מ, סי' ש"ד, סעי' א', וסמ"ע שו"ע חו"מ, סי' ש"ד, סעי' א', סי"ק א'. אגב: הטור והסמ"ע, בלכתם בדרך רש"י (בבא מציעא, דף פ"ג ע"א, ד"ה בדרך טובים), מכנים את החובה שהטיל רב על המעביד כחובה של "לפנים משורת הדין", הווה אומר: חובה של דיני היושר. לי נראה, כי אין הדבר כן, והא ראיה: הרמב"ם והשו"ע לא הביאו כלל בחיבוריהם את הלכת היושר הלזו. ראה להלן, פסקא 7, של פרק זה.

146. אם כי יש, לפעמים, סוגים מסויימים שעליהם לא חלה חובת היושר, כגון אשה ויתומים לגבי דינא דבר מצרא (בבא מציעא, דף ק"ח ע"ב).

מאונן בריהונית העברית המשפטית

הסוג הראשון — "ועשית הישר והטוב" — מוגבל במקורות התלמוד לשני מקרים בלבד, החזרת השומא ודינא דבר מצרא, אך במקום שהוא חל הוא פועל כמו די משפטי ממש, כי אפשר לכוף את המלוה והלוקח לכך, ואופיו "היושרי" מתבטא בזה, שמקורו הוא בשיקולים של יושר, המשתקים בגבולות תחולתם — בחינת "יושר דוחה דין" — את הוראות המשפט הכללי.

שני לו, וחלש הימנו, הוא סוג היושר של "לפנים משורת הדין"¹⁴⁷. עליו אין כופין¹⁴⁸, וסימן ההיכר שלו הוא, כי המתנדב "מקצץ בגטיעות", היינו: מוותר על החריג הפוטר, וחוזר אל העיקר המחייב, או: מניח את הפריפריה, וחוזר אל הנקודה המרכזית. רבי ישמעאל בר' יוסי ויתר על הפריבילגיה הנתנה לו בתור "זקן ואינה לפי כבודו"; רבי חייא ויתר על הפטור החל עליו, באורח אישי, בשל היותו מומחה "שאינו צריך ללמוד"; אבוה דשמואל ויתר על חזקת היאוש הפורמאלית הנתונה לאחר י"ב חודש; ורב פפא, לפי ההוהא אמינא של הש"ס, ויתר על ההנחה המשפטית-דווקנית שנעשתה משום תיקון העולם, והסכים לראות את המציאות כמות שהיא, ששללה, במקרה הקונקרטי הנידון, את מסקנת ההנחה ההיא.

הצד השווה שבכולם הוא: התחשבות מרצון לא ב"נוף" אלא ב"גזע", כפיפת שורת הדין פנימה, וקירובה אל עבר הגרעין המרכזי.

147. המדובר בפנים הוא ב"לפנים משורת הדין" כמובנו "הטכני" של הביטוי, כפי שהתגשם, הלכה למעשה, במקרים המנויים בתלמוד. באורח כללי, ובמובן "הספרותי" החפשי, השתמשו המפרשים והפוסקים בשם זה לכינוי כל אותם המעשים הנעשים "חוץ מן הדין". יתכן שבמובן כללי זה השתמשו גם רש"י והטור והסמ"ע לגבי המעשה ד"הנהו שקולא"י (ראה הערה 145 לעיל). גם הביטוי "מידת חסידות" או "דרך חסידות" מצוי בספרות הבתר-תלמודית בתור ציון כללי של דיני היושר (ראה למשל, רמב"ם הלכות שכנים, פרק י"ד, הלכה ה').

148. רמב"ם הלכות גוילה ואבירה, פרק י"א, הלכה ז'; טור חו"מ, סי' רנ"ט, סעי' י'; שו"ע חו"מ, סי' רנ"ט, סעי' ה'; רמב"ם הלכות רוצח ושמירת נפש, פרק י"ג, הלכה ד'; בית יוסף על הטור חו"מ, סי' י"ב, ס"ק ת', בשם רבינו ירוחם בשם הרא"ש; רמ"א חו"מ, סי' י"ב, סעי' ב'; אחרת: הגהות מימוניות על הרמב"ם הלכות גוילה ואבירה, פרק י"א, בשם הראב"ה בשם רבינו מקיגון; רמ"א חו"מ, סי' י"ב, סעי' ב', בשם המרדכי.

הסוג השלישי, החלש והרך שבכולם, — הסוג הקרוב מאד לתחומי הגורמה המוסרית, אך אינו זהה לגמרי אתה, הוא הנודע בשמות: "אין רוח חכמים נוחה הימנו", "רוח חכמים נוחה הימנו", או: "מידת חסידות". אלה הם מעשים שקיומם אינו "מצווה", ועבירתם אינה "עבירה", הם מסורים ללבו של אדם, או: ללבו של האדם ה ת ס י ד , והשמץ המשפטי הדבק בהם הוא, כי הם כלל, נורמה, ולא סתם מעשה מוסרי ספונטאני. הנתון לחליפות ותמורות הנובעות מתוך כל מסיבותיו הקונקרטיות של המקרה.

למשל: הכותב נכסיו לאחרים והניח את בניו, אין רוח חכמים נוחה הימנו, אפילו אם "אין בניו נוהגים כשורה"¹⁴⁹, ושיקולי המוסר הכללי מחייבים, כי הנכסים ינתנו לאדם שיקדיש אותם למטרות טובות, — דבר שלא יושג אם העזובן יעבור לבניו "הרעים". או: התורת חוב שביעית. המחזיר — רוח חכמים נוחה הימנו; שאינו מחזיר — אין רוח חכמים נוחה הימנו, ואפילו אם הלואה הוא עני מחזר על הפתחים, והמלוה הוא עשיר "כרבי אלעזר בן עזריה"¹⁵⁰. כי משאמרו חכמים, כי רוחם נוחה תהא ממי שמחזיר חוב שעברה עליו שביעית, הרי לגבי חובת-יושר זו חוב שעברה עליו שביעית, דינו כחוב שלא עברה עליו שביעית, ושוב אין מקום להפלות בין עשיר ועני. והוא הדין בכל אותם המעשים שעשייתם מכונה "מידת חסידות", כגון: קבלת הסלע שנפחתה, או החזרת "האוד המוצל מאש" בדליקה שנפלה בשבת, וכל כיוצא בזה.

8. ולבסוף אי-אלה הערות, בקצירת האומר ובצורה מרוכזת, על שיויון ושוני בין האקוויטי האנגלית והיושר העברי.

אין ספק, כי שניהם ממקור אחד נחצבו, והורה אחד ילדם: הצורך להמתיק את הדין, ולהמציא תרופה ותרף למזור הקשה של הכלל המשפטי. הרומאים אמרו: *summum ius, summa iniuria*, ומשחק

149. ראה בבא בתרא, דף קל"ג ע"ב; רמב"ם הלכות נחלות, פרק ו', סוף הלכה י"א; שו"ע חו"מ, סי' רפ"ב, סעי' א'.

150. ראה קידושין, דף מ"ט ע"ב. ר' אלעזר בן עזריה עשיר מופלג היה, והיה מעשר מעדרו שנים עשר אלף עגלים מדי שנה בשנה (שבת, דף ג"ד ע"ב).

כך דרכו של תלמוד

אדוורד השני¹⁵⁵, הפכה התערבות זו לשיטה, והצ'נסלור נטל לעצמו סמכות בלתי תלויה כראש בית המשפט המיוחד של הצ'נסרי, שהוקם על יסודות מועצת המלך¹⁵⁶.

ומאז ואילך, על פני מרחב של כארבע מאות שנה — עד למיזוגם המלא של בתי המשפט של דין עם בתי המשפט של יושר בשנת 1873 — התפתחה בבית משפט הצ'נסרי שורה שלימה של מוסדות-משפט חדשים, מקצתם פרוציסואליים ומקצתם מטריאליים, שבאו למלא את פגמחתם, ביתר דיוק: את פגמותיהם המרובות, של בתי משפט הקומון לאו. כבר בתחילת המאה ה-17 גדל כוחו של בית משפט הצ'נסרי עד כדי כך, שהוא החל, במקרים מסויימים, לאסור על בעלי דין להביא את תביעותיהם לפני בית משפט של קומון לאו, או לבצע פסק דין שניתן על ידו¹⁵⁷, וזה כדי למנוע עשיית עוול במשפט על ידי בתי המשפט הרגילים. מעתה התקיימו שני סוגי בתי המשפט — של הקומון לאו ושל הצ'נסרי — זה על יד זה כשתי מלכויות נפרדות: הראשון תקע לתוך הדות של הדין, והשני עשה "חוץ מן הדין", והגשים עקרונות של יושר, שלא היתה להם דריסת רגל בבתי המשפט הרגילים.

לא אמנה כאן — מאין מקום וצורך — את כל החידושים שנתחדשו בבית מדרשו של הצ'נסרי, אציין רק את החשובים ביותר שבהם¹⁵⁸: (א) יצירת מוסד "הנאמנות" (trust), שמשמעותו הכללית היא, כי אם ראובן מעביר לשמעון רכוש, על מנת שישתמש בו לטובת לוי, שמעון הוא אמנם, לגבי אותו רכוש, בעלים מן הדין, אך לוי נעשה על ידי כך בעלים מן הדין¹⁵⁹. דבר זה שיפר בהרבה את

המלים "משפט" ו"משפט" כבר השתעשעו בו הנביאים הראשונים. כל נורמה משפטית, ואפילו הצודקת ביותר, עלולה להביא, במקרה מיוחד, לידי עיוות דין. כי המשפט הוא דבר השווה לכל נפש, לבוש מוכן מראש, סטנדרטי, ההולם בערך את שעור קומתו הממוצע של הכלל, אך איננו הולם, בדיוק נמרץ, את רישומי אבריו של הפרט. מכאן השוועה הנצחית אל היושר המווסת, לאותו "תבלין" גמיש העשוי לכפר וליישר את ההדורין, מחוייבי-המציאות, של החוק.

אך כאן סוף פסוק, ובזה נגמר הדמיון. בין האקוויטי והיושר העברי. האקוויטי תוכנה מרובה-פי-כמה מדיני היושר של המשפט העברי, מן הטעם הפשוט שהיא — בניגוד לזה האחרון — פעלה בחלל ריק, מילאה לאקנות שלא היה להן כל חוק ומשפט. בעת הכיבוש הגורמאני — אומר סנל¹⁵¹ — לא היה שום קומון לאו באנגליה, רק מקצת שבמקצת של שיפוט המלך. ולכשקמו בתי המשפט של הקומון לאו¹⁵², והחלו ליצור מוסדות-משפט, פרוציסואליים ומטריאליים, שקעו הם, מטעמים היסטוריים שונים, אל תוך פורמאליזם מופרז ונוקשה, הן בנוגע לתוכן התביעה והן בנוגע לצורתה — נוצר נומרוס קלאוזוס של writs, מנוסחים ומוגהים מראש לכל תגיהם ודקדוקיהם — עד אשר רק פיקציות מלאכותיות ביותר הצליחו, לפעמים, להתגבר על קשיי שיטת-המשפט הפגומה והמסובכת הלזו; והדברים עתיקים.

וכאן הופיע הצ'נסלור, "ראש הממשלה הטבעי של המלך"¹⁵³, ה"תלפיות" של כל מר נפש ועשוק. תחילה היתה התערבותו של הצ'נסלור מקרית וספוראדית. הוא היה מתערב רק במקרים בודדים, קשים ביותר, כשהיה צורך להציל עשוקים מיד עושקיהם כוח, — נתבעים אלמים בעלי-אגרוף, או פסקי דין מקפחים של בתי המשפט הרגילים, בהיותם אנוסים על פי הדיבור של הפורמאליזם הנוקשה. אך בתחילת המאה ה-15¹⁵⁴, או אולי קודם לכן, בימי מלכותו של

155. vide Kerly, History of Equity, p. 28

156. Hanbury, loc. cit., p. 6

157. Hanbury, loc. cit., p. 13; cf. Holdsworth, loc. cit., p. 457

158. Hanbury, loc. cit., p. 14

159. cf. Holdsworth, loc. cit., at 454:

"... the Chancellor so developed the duties ... of the persons to whom property had been conveyed on trust, that the interest of the cestui-que use, that is the person for whose benefit the property was conveyed, became a

151. Snell, Principles of Equity, 22 ed., p. 2

152. e. King's Bench, Common Pleas and Exchequer

153. Tout, Place of Edward II in English History, cited by Holdsworth, History of English Law, 7 ed., vol. 1, p. 395

154. Hanbury, Modern Equity, 7 ed., p. 6

מצבה של האשה הנשואה. כי בעוד אשר עד כה, היו כל זכויותיה וקיפוחיה של האשת-איש צרורים ומקופלים במכסימה הפרודוקסאלית: "הבעל ואשתו הם מבחינה משפטית גוף אחד, ואותו "אחד" הוא הבעל"¹⁶⁰, הרי בתוקף הירורסדיקציה היושרית של הצ'נסרי, נחשב הבעל כאילו הוא נאמנה של האשה, אף אם לא נתמנה בפירוש נאמן לרכושה¹⁶¹.

(ב) פיקוח על הנהלת עזבונו של מת.

(ג) פיתוחם הנרחב של סעדים מן היושר, כגון: ביצוע בעין, צו איסור וכדומה. לפי הקומון לאו, יכול היה אדם לתבוע ממפר החווה פיצויים, אך לא ביצוע החווה בפועל ממש. צו איסור נגד מפר עתיד לא יכול היה להינתן, יען כי בתי המשפט של קומון לאו פעלו רק כאשר העוול כבר נעשה¹⁶². מעוות עתיד — היה "מעוות לא יוכל לתקון". באה הירורסדיקציה של הצ'נסרי והקדימה רפואה למכה, בתתה צווי איסור או צווי מניעה כאלה.

(ד) התפתחות כללי האקוויטי לגבי פדיון משכנתאות.

(ה) אפוטרופסות על קטנים ושוטים, לקיים מה שנאמר: Rex

est procurator fatuorum

מוסדות-משפט אלה הם, לדעת כל חכמי האקוויטי, החשובים ביותר שנוצרו על ידי בית משפט הצ'נסרי (ובתי המשפט הדומים לו), הם ופרטיהם ופרטי פרטיהם, ואפשר לומר, כי זו היא "הנדוניא" העיקרית של האקוויטי, אשר עליה גאוותם של כל משפטני אנגליה.

והנה בהשוותנו כל אלה עם המוסדות המקבילים של דיני ישראל, נראה להפתעתנו המרובה, כי רובם ככולם של מוסדות-היושר הללו, כבר מצויים ועומדים זה אלפי שנים במשפט העברי גופו, היינו: בחלק "הדיני", ולא בחלק "היושרי" שבו. לא היה, איפוא, כל צורך לחכמי

form of equitable ownership of a sort which has no parallel in any other system of law"

¹⁶⁰ vide Hanbury, loc. cit., p. 15

¹⁶¹ Halsbury-Hallsham, vol. 13, p. 11, para 4; Bennet v. Davis (1725),

24 E. R. 746

¹⁶² Holdsworth, loc. cit., p. 458

המשפט שלנו "לגייס" רעיונות של יושר, על מנת שישמשו כסות ליצירת המוסדות ההם.

הנה, למשל, המוסד החשוב של "הנאמנות", טראסט בלע"ז. הולדסוורת אומר¹⁶³, כי הבעלות שביושר שהעניקה האקוויטי האנגלית לבנפיציאנט של הטראסט, אין לה אה ורע בשום שיטת משפט אחרת. ואין הדבר כן! במשפט העברי מוצאים אנו בעלות זו בעיסקת הנאמנות של ה"אורכתא", או ההרשאה¹⁶⁴. המרשה מקנה למורשה את נשוא התביעה, כדי שיוכל להתדיין במקומו עם הנתבע, והלה לא יוכל להטיח כלפיו: לאו בעל דברים דידי את! אבל הקנאה זו היא "הקנאה גרועה"¹⁶⁵, וזאת אומרת: הבעלות שהוא רוכש היא בעלות מוגבלת, פועלת כלפי חוץ ואינה פועלת כלפי פנים, כלפי המרשה. ביחסים הפנימיים שביניהם, הבעלים הוא המרשה ולא המורשה, והרי לפנינו ב"קליפת אגוז" רעיון הנאמנות. כי "הקנאה הגרועה" של המשפט העברי, מניחה מקום ל"קנין טוב" הגשאר בידי המרשה, שהוא הבנפיציאנט האמיתי של ההרשאה, בדומה לבעלות שביושר המוקנית, על-פי-אקוויטי, לבנפיציאנט של הטראסט. אין, איפוא, כל

חדש תחת השמש, וכבר היה לעולמים במקורות המשפט העברי. ואשר לאשה הנשואה, הרי גם בלעדי הטראסט היא מוגנת יפה יפה על פי דיני ישראל. הפסוק "והיו לבשר אחד" מצוי, אמנם, בתורת משה (בראשית ב', כ"ד), אך האשה הנשואה לא הייתה מעולם משוללת זכות-קנין עצמאית. לבעל, כידוע, נתונה זכות אכילת פירות בנכסי מלוג של אשתו, אבל הקרן שייכת לה, אם כי היא "משועבדת" לבעל מכוח תקנה מסויימת¹⁶⁶. אם אבי האשה או מישהו אחר נתן מתנה לאשה, ומתנה בגוף המתנה: "על מנת שאין לבעלך רשות בה, אלא מה שתצוי עשי בה", לא קנה הבעל אפילו לפירות¹⁶⁷. נמצא, כי על

¹⁶³ ראה הערה 159 לעיל.

¹⁶⁴ ראה לעיל, פרק שלישי, סוף פסקא 2.

¹⁶⁵ ראה לעיל, פרק שלישי, הערה 42.

¹⁶⁶ תקנת אושא, כתובות, דף ע"ח ע"ב; עי' בבא קמא, דף פ"ט ע"ב, ורש"י שם ד"ה סברוה.

¹⁶⁷ משנה וגמרא נדרים, דף פ"ח ע"א; רמב"ם הלכות נדרים, פרק ז', הלכה י"ז; הלכות זכיה ומתנה, פרק ג', הלכה י"ד; שו"ע יו"ד, סי' רכ"ב,

מאגזין חוקים
מספר 107
תש"ס

פרק שמיני

על פרשת דרכים

כוונתי לאותה פרשת דרכים גורלית, בה מצוי כעת המשפט הישראלי.

היו ימים, והמה לא רחוקים עוד, בהם קבלנו על עצמנו את המשפט המקובל — "קומון לאו" בלע"ז — קיבול גמור, ללא היסוס ללא פקפוק ללא נדנדוד כל שהוא. אנוסים היינו על פי הדיבור בסימן 46 של דבר המלך האומר:

"שיפוטם של בתי המשפט האזרחיים יקויים על פי החוק העותומני שהיה בר תוקף בארץ ישראל ביום האחד בנובמבר 1914... ועל פי דברי המלך במועצה, פקודות, תקנות וכו'; ובנתון לכך... יקויים שיפוטם בהתאם לעיקרי המשפט המקובל (common law) ודיני היושר הקיימים באנגליה...".

זה הוא "צינור היבוא" אשר דרכו נרמו ויובאו לארץ ישראל, במידה גוברת והולכת למן אמצע שנות השלושים, עקרונות המשפט המקובל ודיני היושר, עד שמילאו כל הרווחים והלאקונות המצויים לרוב במשפט הארץ ישראלי המיושן. כך וכינו, למשל, לרצפציה של מוסדות משפט אנגליים ידועים, כגון ביצוע בעין¹, ההבדל בין "קנס"

1. חסן חמד נגד ברלסינה, ע"ק 1/36, 3 פל"ר 178; כורי נגד סלווסקי, ע"א 132/38, 5 פל"ר 378.
2. פארוקי נגד איוב, ע"מ 1/35, 2 פל"ר 390; ע"א 191/37, 2 לבנון 169.

פי דיני ישראל אפשר להגן על רכושה הנפרד של האשה, גם בלעדי הנאמנות מכללא שנוצרה על ידי האקוויטי כנ"ל.

והוא הדין כמעט כל שאר מוסדות היושר שנמנו לעיל. הסעד של ביצוע בעין, שהוא באמת אחד החשובים ביותר בין כל חידושי האקוויטי, קיים במשפט העברי מכוח הדין. רוב הקנינים במשפט העברי הם קנינים חפציים — כלומר: קנינים המעבירים לקונה את הבעלות בעצם הנקנה (או זכות חפצית אחרת). אבל ישנו קנין אחד — קנין סודר¹⁰⁸ — המועיל גם ליצור התחייבות, ומשנעשה הקנין, יכול הצד שכנגד לחייב את המתחייב בדין למלא את התחייבותו בעין, ולמסור לו את הנכס שנתחייב למסרו¹⁰⁹. אי התובע מחוייב להסתפק בקבלת פיצויים על הנוק שנגרם לו עקב הפרת ההסכם התקף. המלך האנגלי הוא, כפי שראינו, "פרוקוראטור פאטואורום"; בדיני ישראל: "רבן גמליאל ובית דינו (הם) אביהן של יתומין"¹⁷⁰, ומכאן האפוטרופוסות העליונה של בית דין על יתומים ונכסיהם¹⁷¹. בזה פרש הדין העברי את כנפיו על עיקרי הדברים המנויים בס"ק (ב), (ה), לעיל. סוף דבר: תוכנה של האקוויטי האנגלית מרובה פי כמה מתוכנם של דיני היושר על פי המשפט העברי. אבל לא מפני שהמשפט האנגלי מכיל יותר "יושר", אלא מפני שהמשפט העברי מכיל יותר "דין" הממלא, הוא גופו, את רוב דרישות היושר של האקוויטי האנגלית. לכן פנה היושר העברי לאפיקים אחרים שבהם יש צורך בו, והוא בא לידי ביטוי בשלושת סוגי היושר שנתבארו על ידינו לעיל.

סעי' א'; שו"ע אה"ע, סי' פ"ה, סעי' י"א, והשווה את שינויי הנוסחאות שבהם.

168. קיים אולי עוד קנין אחד או שנים, העשויים ליצור התחייבות, אבל הדבר שנוי במחלוקת, ואין כאן מקומו להאריך.

169. עיין ודוק היטב: תוס' כתובות, דף ג"ד ע"ב, ד"ה אף על פי; הרא"ש שם; טור חו"מ, סי' ס', סעי' י'; שו"ע חו"מ, סי' ס', סעי' ו'; ראה: Z. Warhaftig, Specific Performance in Hebrew Law, Scripta Hierosolymitana, vol. 5, Studies in Law, pp. 195—218.

170. בבא קמא, דף ל"ז ע"א, וראה רש"י שם, ד"ה אין צריכין.

171. ע"י תשובות הרא"ש, כלל פ"ה, סימנים ה', ו'; שו"ת מהרשד"ם, חלק חו"מ, סי' תל"ד.

ו"פיצויים" במקרי הפרת חוזה², הבעלות שביושר³, וכן כמה וכמה כללים חשובים בדיני הראיות⁴, חוץ מהחלה עקיפה של הקומון לאו, כתוצאה מן האינטרפרטציה "על פי המשפט השורר באנגליה", שנצטוונו עליה בתוקים מנדטוריים שונים⁵.

נאמר אמנם בסיפא של סימן 46, כי:

"המשפט המקובל ודיני היושר הנ"ל יהיו בעלי תוקף בארץ ישראל רק עד כמה שתנאי הארץ ותושביה מרשים את הדבר, ובנתון לשינויים מחוייבי-המציאות הנובעים מתוך תנאי המקום".

אך סייג זה נשאר בגדר הלכה ואין מורין כן. בכל תקופת המנדט קרה — עד כמה שידוע לי — רק מקרה אחד ויחיד, בו סירב בית המשפט העליון להחיל את עקרונות המשפט המקובל בהצביעו על הסייג הנ"ל⁶. ואף סירוב זה גופו מצא את תיקונו בקסק דין אחר שניתן כמה שנים לאחר מכן⁷.

קמה מדינת ישראל, היא לא היתה יורשתה של מדינת המנדט או ה"חליף" שלה⁸, חששנו מפני החלל הריק שיווצר בין דין לדין, וגישרנו את ה"ביני לביני" הזה על ידי סעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח — 1948, האומר:

"המשפט שהיה קיים בארץ ישראל ביום ה' באייר תש"ח (14 במאי 1948) יעמוד בתקפו, עד כמה שאין בו משום סתירה

3. ראה ערעור קרקעות 1/36 הנזכר בהערה 1 לעיל.

4. כגון הצורך בסיוע-לעדות בעבירות מין או עדותו של שותף לדבר עבירה; דיני "מגיעות" לרבות מעשה בית דין, שהיגם, כידוע, אף הם "כללים של ראיות".

5. כגון פקודת החוק הפלילי, 1936, סעיף 4; פקודת הניקיון האזרחיים, 1944, סעיף 2.

6. שרמן ואח' נגד דנוביץ, ע"א 113/40, 8 לבנון 17.

7. חברת לונדון לקידום הנצרות נגד אור, ע"א 29/47, 14 פל"ר 218.

8. "שמשון" נגד היועץ המשפטי, המרצה 41/49, ד' פסקי דין 143; פינגולד ואח' נגד האפוטרופוס הכללי ואח', ע"א 55/49, ה' פסקי דין 1180; פסק דינו של השופט חשין, "פלס" בע"מ נגד משרד התחבורה, ע"א 28/52, ט' פסקי דין 436, בעמודים 440—441; פסק דיני שם, בעמודים 443—444.

לפקודה זו או לחוקים האחרים שיינתנו על ידי מועצת המדינה הזמנית או על פיה, ובשינויים הנובעים מתוך הקמת המדינה ורשויותיה".

"משפט" זה כולל, כמובן, גם את המשפט המקובל ודיני היושר, שהוטלו על אוכלוסי הארץ מכוח הוראת סימן 46 הנ"ל.

2. והנה חלפו שנים אחדות, סערת המלחמה שככה, שילחי המלחמה עברו, ודעתנו נתפתה לעשיית חשבון הנפש על עתידו של המשפט בישראל. ואז החלה ה-Goetterdaemmerung של המשפט המקובל: הועם זיוו, פנה הדרו המוגזם, והחילונו לתהות על מה שיש בקנקנו.

בפסק דיני בערעור יעקובוביץ משנת 1952⁹ כתבתי את הדברים האלה:

"מסופקני מאד, אם בתי המשפט הישראליים מחוייבים ללכת אחרי חידושי הלכה, שנתחדשו אחריו קום המדינה בבתי המשפט האנגליים. שאם כך קבעת — נמצא אתה משעבד כביכול את היודיקטורה הישראלית לרוחות המנשבות, חדשות לבקרים, בבתי המשפט של אנגליה. ולא לכך — סבורני — התכוון המחוקק הישראלי, בכתבו את סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, — לא לכפיפות מתמידה ושוטפת לאמרי פיהם של טריבונלים זרים. כי לא הרי זה כהרי זה: לא הרי נכריותו החד-פעמית של חומר משפטי זר, קבוע ומוגבל, אשר "הוקפא" ואומץ בנקודת-זמן מסויימת, כדי לפתחו ולשכללו, על ידי בתי משפט מקומיים, תוך גבולות המדינה, כהרי נכריותו הכפולה והמכופלת של חומר משפטי זר, בלתי קבוע ובלתי מסויים, המוסיף להיווצר ולהשתנות, על ידי בתי משפט זרים, מתוך לגבולות המדינה. חוששני כי רצפציה מורחבת כזאת, נוסח ב', לא תהא הולמת ביותר את סיפוק צרכיהם המיוחדים של

9. יעקובוביץ נגד היועץ המשפטי, ע"פ 125/50, ו' פסקי דין 514.

תושבי המדינה, והיא עלולה לשמש בלם מסוכן להתפתחותה של יצירה משפטית עצמאית מקורית"¹⁰.

הצגת השאלה — ובנוסף זה — היה בה משום מחצית התשובה, וכעבור שנתיים ימים הצטרף לרעיון זה היועץ המשפטי (כעת שופט בית המשפט העליון), מר חיים כהן, באחד הערעורים הפליליים¹¹. אני מצטט מתוך פסק דינו של השופט חשין שם :

"היועץ המשפטי משיב על טענות אלה ואומר, כי הדברים שנאמרו במשפט נילנד¹², אין בכוחם לסייע בידי המערער, מהטעם הפשוט שאין הם מחייבים את בית המשפט. וכל כך למה? אותם דברים נאמרו אחרי קום המדינה, כלומר, לאחר שהישוב הכריז על עצמאותו המדינית, והפסיק את קשר-תלותו במדינת אנגליה. ניתוק זה מהשלטון הבריטי — טוען היועץ המשפטי ואומר — הביא בעקבותיו ממילא גם הפסקת זיקתנו לעקרונות המשפט האנגלי, במידה שאותם עקרונות טרם קנו שביתה במשפט הארץ הזאת, וכל חידוש שהתחדש מאז קום המדינה, או שעתיד להתחדש, בבית מדרשו של המשפט האנגלי, ובכלל זה גם פירושים חדשים לעקרונות ישנים של המשפט המקובל, כל החידושים האלה שוב אין להם כוח מחייב במשפט הארץ הזאת"¹³.

ולאחר שהשופט חשין מסביר, תוך אהדה בולטת, את הטענה ההיא ומגלה את הפנים השונות שבה, הוא מסיים ואומר :

"אין ספק בכך, ששאלה זו עוד תוסיף להתדפק על דלתות בתי המשפט ותדרוש את פתרונה המושלם והמוחלט במקדם או במאוחר",

10. שם, בעמודים 564—565.

11. אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נגד היועץ המשפטי, ע"פ 53/54, ח' פסקי דין 785.

12. הכוונה לפסק הדין האנגלי בפרשת R. v. Newland (1954), 37 Cr. App. R. 154.

13. ח' פסקי דין שם, עמוד 796.

אלא שהואיל וההלכה שנקבעה במשפט נילנד¹⁴ לא תשפיע על תוצאות הערעור שלפניו, הוא אינו רואה הכרח בדבר "לפתרה דוקא עכשו".

כיסה השופט הדגול טפח וגילה טפחיים ממה שחשב בקרב לבו פנימה. כי בהזדמנות הראשונה שבאה לידו לאחר מכן בקשר לערעור אחר¹⁵, הוא חיווה את דעתו החלטית לטובת הרעיון הנ"ל. הלא כה הם דבריו :

"גם אם נאמר שבכל תקופת המנדט, עת היינו כפופים למרותה המדינית והמשפטית של המעצמה המנדטורית, היתה הפסיקה האנגלית זורמת שעה-שעה ויום-יום אל המשפט בארץ הזאת בצינור אשר הונח בסעיף 46, הרי פסקה הזיקה המדינית והמשפטית לחלוטין עם הכרות ארצנו כמדינה בת-חורין ועומדת ברשות עצמה, וממילא פסק גם זרם הפסיקה האנגלית במידה שהיא מתחדשת והולכת באנגליה מדי יום ביומו. "מסופקי מאד", אומר השופט זילברג במשפט יעקובוביץ (ע"פ 125/50, פסקי דין, כרך ו, עמ' 514, 564), "אם בתי המשפט הישראליים מחוייבים ללכת אחרי חידושי הלכה שנתחדשו אחרי קום המדינה בבתי-המשפט האנגליים". על דבריו אלה חזר השופט המלומד גם בפסק דינו בע"פ 53/54...¹⁶ אף אנו נענה אחריו ונאמר : אין זה מתקבל על הדעת, שמדינה ריבונית, שיש לה מערכת חוקים ושיטת משפט משלה, תמשיך להיות כפופה למרותה של מערכת משפט שבארץ זרה ולחידושי הלכה שעתידים להתחדש בבתי משפטה, רק משום שבעבר, עת היה קשר הדוק בין שתי הארצות, ינקה הראשונה מתחומי משפטה של השניה. ולא לכך נתכוון המחוקק בחוקקו את סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח — 1948. מה שהיה

מאזיניברסיטה העברית הירושלים

המכון לחקר המשפט העברי

14. ראה הערה 12 לעיל.

15. כוכבי נגד בקר ואחרים, ע"א 81/55 ; 84/55 ; 91/55 ; 92/55, י"א פסקי דין 225.

16. הכוונה לפסק דיני הנפרד בענין אש"ד, ח' פסקי דין שם, עמודים 828—829.

היה, ומה שקיבלה קיבלה, עקרונות המשפט המקובל שהועברו למשפט הארץ הזאת ונתמגו בו לפני קום המדינה, נעשו חלק מהמשפט המקובל שלה מכוח סעיף 11, ומשפט זה, כסייגים האמורים בסעיף 11, ממשיך, וימשיך להתפתח עם התפתחותה של המדינה ובהתאמה לתנאיהם המיוחדים של אוכלוסייתה ומוסדותיה המשפטיים. הפסיקה האנגלית המאוחרת ודאי שהיא ראוייה לתשומת לבם של בתי המשפט בארץ הזאת, אך אין לה כוח מחייב כפסיקה שלפני 1948... ובמקום שבתי המשפט אינם משוכנעים בצדקתם, אין הם מחוייבים ללכת בעקבותיה, אף אם אינה באה להפוך על פיו עקרון ישן של המשפט המקובל, שנתקבל ושנתקדש קודם לכן בבתי המשפט האנגליים¹⁷.

נגזרו מחלפות ראשו של שמשון, והשפעתו הדינאמית של המשפט המקובל נהפכה לסטאטית בלבד.

ואין זה הפרץ היחיד שנבעה ב"חומה נשגבה" זו. נראה מיד — בנתחנה את ערעור כוכבי הנ"ל^{17א} — כי בין השיטין של דברי השופטים, אלה שצוטטו לעיל ואלה שיובאו להלן, טמון "חומר נפץ" העתיד להחריג כליל את הקומוץ לאו מן המסלול שהותקן לו בתקופת המנדט, ולשוות לו פנים חדשות אשר לא שערון אבותיו.

3. ובכן הבה נתבונן מקרוב לפסק הדין שניתן בערעור כוכבי, ונראה "מה יהיו חלומותיו", ואיזהו המצב, מחוייב-המציאות, שאנו עתידים להגיע אליו ברבות הימים.

מעשה שהיה כך היה: נוול מסוכן, כוהל מתילי, נתגלגל מיד ליד בדרך של סחר-מכר עד שהגיע לידי הצרכן, פקיד ממשלתי בן 58, ששחה ממנו ונתעוור כמעט כליל. הניזק תבע לדין את הסוחר שמכר לו את הכוהל, ואת הסוחר שלפניו ואת הסוחר שלפני פניו, ובית המשפט המחוזי נעתר לו, וחייב את הנתבעים בתשלום פיצויים. חישוב הפיצויים נערך על יסוד המשכורת החדשית ברוטו שהניזק — אלמלא אבדן מאור עיניו — היה מקבל מאת הממשלה, ומשכורת זו הוכפלה

17. י"א פסקי דין שם, עמוד 244.

18. לעיל הערה 15.

במספר החדשים שנותרו לו, לניזק, עד הגיעו לגיל 65 שנה¹⁸, ונוכו הימנה 20% בעד היוון (קאפיטאליזציה) עקב התשלום, בבת אחת ומראש, שחוייבו בו הנתבעים-המוזיקים.

במהלך הערעור התעוררה השאלה המעניינת, אם בית המשפט המחוזי לא חייב היה לנכות מן המשכורת החדשית את השעור שמעבידו של הניזק — המשרד הממשלתי — היה מנכה הימנה כמס הכנסה. שהרי אילו לא קרתה התאונה, והתובע פיקח היה ולא עיוור, וממשיך בעבודתו, היה אף או "מפסיד" מדי חודש בחודשו את הסכום השווה לשעור המס הנ"ל, נמצא כי לא המוזיקים הם שגרמו להפסד זה. והנה אותה שאלה גופה נתעוררה ונדונה בערעור אחר, ערעור גרוסמן¹⁹, ובית המשפט העליון הישראלי, מפי השופט חשין, החליט כי אין לנכות את שעורי מס הכנסה מסכומי הפיצויים. וזה לשונו של השופט המלומד:

"שאלה זו אינה חדשה. היא נתעוררה כבר כמה פעמים בעבר, וגם תשובה ברורה ניתנה עליה ביודיקטורה האנגלית. די לנו לציין לשם כך שני משפטים, והם:

- (1) *Jordan v. The Limmer and Trinidad Lake Asphalt Co. Ltd.* (1946), 1 K. B. 356;
- (2) *Billingham v. Hughes and Another* (1949), 1 All E. R. 684.

במשפט הראשון — משפט יורדן — אמר השופט אטקינסון בבית המשפט של ספסל המלך, כי בקביעת דמי הנוק יש להביא בחשבון רק את זכויותיו של הניזק לפי החוזה שבינו לבין מעבידו. העובדה שחלק משכרו היה נפרע לקופת הממשלה אינו

18. זה הוא הגיל הנחשב כגיל הפרישה מעבודה, ועדיו נוהגים בתי המשפט לחייב את המוזיק על אבדן כושר השתכרותו, או הפחתת כושר השתכרותו, של הניזק. זה הוא גם גיל הפרישה-ממשלח-יד לגבר, לצורך קצבת זקנה, על פי סעיף 1(5) של חוק הביטוח הלאומי, תשי"ד—1953. ראה פסק דינו של השופט לנדוי, טננבוים נגד נחום, ע"א 94/56, י"א פסקי דין 1602, בעמוד 1608, אך השווה פסק דינו של השופט ברנזון, וולפוביץ נגד פישר, ע"א 286/55, י"א פסקי דין 379, עמודים 388—391.

19. גרוסמן נגד רוט, ע"א 70/52, י"א פסקי דין 1242.

ענין למזיק. ייתכן כי פקיד האוצר, בראותו כי הכסף אשר ישולם לידו של המשיב כולל גם פיצוי על אבדן שכר עבודה, יבוא וישום גם סכום פיצוי זה לצורך מס הכנסה. אך מה לו למזיק ולכל זה?

ביטוי קולע יותר לאותו עקרון ניתן במשפט השני — משפט בילינגהם — שהגיע עד בית המשפט לערעורים. באותו משפט — אשר בו תבע רופא דמי נזק על אבדן כושר-עבודתו במקצועו — אמר השופט טוקר (Tucker) וזה לשונו:

”בהערכת דמי הנזק... השאלה היחידה היא: מה הוא הסכום העשוי להביא במידת האפשר לידי *restitutio in integrum* מבחינה כספית? לפיכך, במקום שיסוד התביעה לדמי נזק הוא אבדן משכורת או רווחים, חלים אותם השיקולים בין אם הנזק נובע מהפרת חוזה ובין אם הוא תוצאה של נזיקין אזרחיים... העקרון של *restitutio in integrum* דורש כי התובע יועמד במצב בו היה יכול להמצא נוכח לקוחותיו, כלומר, לקבל את שכרו משלם... והשאלות בדבר חיוביו שלאחר-זמן לרשויות הממונות על המסים אינן נוגעות לנתבעים”²⁰.

ההשופט חשין, בהסתמכו על פסקי הדין האנגליים ההם, ובחזקו אותם על ידי שיקולים משלו, פוסק כי אין לנכות את מס ההכנסה הצפוי משעורי הפיצויים.

זכינו, איפוא, להחלטה ברורה של בית המשפט העליון בשאלה מעניינת זו, והנה היא הועמדה מחדש למבחן בערעור כוכבי, כפי שראינו לעיל. ועל שום מה נשנתה השאלה פעמיים, ומדוע עוד בגדר “שאלה” היתה לאחר הפסק הראשון? הן עמדנו אז בתחילת 1957, כמחצית השנה לפני קבלת תקפו של חוק בתי המשפט החדש הקובע, כי בית המשפט העליון לא יהיה קשור לחלטותיו הקודמות²¹, ועדיין

20. ו' פסקי דין שם, עמוד 1252.

21. סעיף 33(ב) של חוק בתי המשפט, תשי"ז—1957, האומר: “הלכה שנפסקה בבית המשפט העליון מחייבת כל בית משפט, זולת בית המשפט

משלה בכיפה, על פי החלטת בית המשפט העליון בפרשת ראם²², הלכת התקדים המחייב?

התשובה היא: על שום שביני לבני — היינו בין ערעור גרוסמן וערעור כוכבי — נפל דבר באנגליה; בית הלורדים, בפרשת *British Transport Comm. v. Gourley*, ביטל את הלכת בילינגהם, ופסק כי אכן יש לנכות את מס ההכנסה משעורי הפיצויים המשתלמים לניזק²³.

שידוד-המערכות שם, באנגליה הרחוקה, נתן את אותותיו כאן בארץ, והשאלה הדילקאטית אשר בפניה הועמד בית המשפט היתה: הי מינהו עדיף, — פסק דינו הקודם של בית המשפט העליון הישראלי, או פסק דינו החדש, ה”מהפכני”, של בית הלורדים האנגלי? גדר הספיקות היה, אם פסק דין חדש זה, להיותו פסק שניתן ע”י האינס-טנציה הגבוהה ביותר של אנגליה, משמיט או לא משמיט, מעיקרא ולמפרע, את היסוד האנגלי שנבנה עליו תקדים גרוסמן.

היתה זאת בעיה רגילה של פיצויים ומס הכנסה, אך מבעד לה הזדקרה בבת ראש השאלה הנוקבת: מפי מי סוף-סוף חיים אנו בארץ הזאת, — מפי השופטים שלנו, מפי שופטי אנגליה, או אולי, כנוסחא משולבת, מפי השופטים שלנו כ”דוברי” השופטים האנגליים? ערעור כוכבי, עם ההתרמות (הקואינצידנציה) הבלתי רגילה שבו, שימש “שעור הסתכלותי” נאה לבדיקת השאלה העקרונית ההיא, ושלושת השופטים שישבו לדין בערעור זה הביעו, כל אחד על פי דרכו, את דעתו על כך.

מ”מ הנשיא, השופט חשין (בקטע שצוטט לעיל): “הפסיקה האנגלי המאוחרת... אין לה כוח מחייב כפסיקה שלפני 1948 (פסיקה הנתונה, כמובן, לסייגים שבסעיף 46 לדבר המלך במועצה, 1922, ובסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון

העליון”. אך השווה פסק דיני, בלן נגד המוציאים לפועל של צוואת המנוח רימונד ליטווינסקי, ד”נ 23/60, ט”ו פסקי דין 71, עמודים 75—76.
22. ראם נגד שר האוצר, בג”ץ 287/51; 34/52; 324/52, ח’ פסקי דין 494.
23. 796 E. R. 3 (1955).

והמשפט, תש"ח — 1948), ובמקום שבתי המשפט אינם משוכ-
נעים בצדקתם, אין הם מחוייבים ללכת בעקבותיה...²⁴

השופט ויתקון: "דעתי היא, שאין בתקדימים האנגליים כדי לחייב אותנו עוד, אפילו ניתנו לפני קום המדינה. תקדימים אלה רב כוחם להדריך ולשכנע, אך אין בכוחם כדי לחייב את בתי המשפט שלנו, ואכן בני חורין אנו לסטות מהם, אם על סמך הוראתו המפורשת של סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח — 1948, אם על סמך עצם העובדה שבתי המשפט שלנו פועלים היום במדינה ריבונית שאינה תלויה עוד בפסיקה של מדינה אחרת"²⁵.

השופט לנדוי: "ואשר לבעיה הנוספת... בדבר פסק דין שניתן באנגליה לפני קום המדינה בשאלה בה עדיין לא נפסקה הלכה בישראל — אינני רואה הבדל מעשי רב בין גירסת מ"מ הנשיא שפסקי דין כאלה מחייבים אותנו בנתון לסייגים שבסעיף 46 לדבר המלך במועצה, ובסעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח — 1948, לבין גירסת כב' השופט ויתקון, שאין הם מחייבים מפני האמור בסעיף 11 של פקודת סדרי השלטון והמשפט, או מפני עצם העובדה שעם הקמת המדינה הוקמה גם מערכת בתי המשפט מחדש כאחת מרשויות-
תיה של מדינה ריבונית"²⁶.

לי גראה, בכל הכבוד, כי קיים הבדל בין שתי הגירסאות הנ"ל. "בנתון לסייגים" אינו זהה ממש עם "מפני הסייגים", כי הסייגים הללו — כך אפשר לטעון — לא על עצמם בלבד יצאו ללמד, אלא על הרעיון כולו. ביחוד יש לשים לב לדברי השופט ויתקון, כי אנו (בתי המשפט הישראליים) בני חורין אנו לסטות מהם, מן התקדימים שניתנו לפני קום המדינה, "על סמך עצם העובדה שבתי המשפט שלנו פועלים

היום במדינה ריבונית שאינה תלויה עוד בפסיקה של מדינה אחרת".

ברם לצורך הרעיון שלפנינו — שאלת צורתו העתידה של המשפט הישראלי — מותר לנו להתעלם משינויי הנוסחאות ההם. המינימום שאליו הסכימו כל שלושת השופטים²⁷ הוא, כי תקדימים אנגליים שיצאו אחר קום המדינה, אינם מחייבים את בתי המשפט שלנו, ודבר זה בלבד עשוי במרוצת הזמן, לשנות מן היסוד את תכנם ודמותם של אותם כללי-קומון-לאו שהספיקו "להתאורח" כאן בארץ לפני קום המדינה.

4. תוצאה עתידה זו היא מחוייבת-המציאות, — ממש בלתי נמנעת, כפי שיבואר להלן.

המשפט, בין אם מקורו בחוק חרות בין אם הוא בפסיקת בתי משפט, אינו חומר מוצק וקבע לעד אשר לא יפגעוהו פגעי הזמן. אדרבה: היפוכו של דבר הוא יתרונו הגדול של הקומון לאו האנגלי. כי ה-lex non scripta של המשפט המקובל היא תהליך, או פעולה שוטפת אשר, תוך כדי עשייה, יוצרת את התקדים שקדם לה כביכול. מבחינת הגיונית, זו היא סתירה מיניה וביה, אך אין ההגיון הטהור שולט במרומי עולם המשפט, ויש כי הפיקציה דוקא היא נציגת המציאות שבו. נטושה מחלוקת רבה בין חכמי המשפט המקובל, אם השופט יוצר את הנורמה המשפטית, או שהוא מפרש אותה בלבד²⁸. האמת היא — הייתי אומר — כי השופט מפרש את החוק, שיצר למפרע תחת מסוה הפירוש. להצדקתו של השופט הרב-מג ייאמר, כי הוא אינו פועל בחלל ריק, ואינו יוצר יש מאין ממש, יען כי מגמת יצירתו מושרית או מודרכת על ידי פסקי דין שפסקו פוסקים ראשונים. והדברים עתיקים.

הנורמה הנוצרת במשפט המקובל, צופה פני העבר ופני העתיד גם יחד, — מסתמכת על עבר פיקטיבי, ומכוונת עתיד משתנה. שהרי

27. ראה דברי השופט ויתקון, שם, בעמוד 236, לפני הפסקים המצוטטים כאן, ודברי השופט לנדוי, שם, בעמוד 237, בתחילת פסק דינו.

28. cf. Allen, Law in the Making, 5th ed., p. 281 et seq.

24. י"א פסקי דין שם, בעמוד 244.

25. שם, בעמוד 236.

26. שם, בעמוד 246.

כאשר פסיקתו תיהפך מהווה לעבר, לא יישאר בה הרבה יותר מאשר הפיקציה הפרשנית; בחינת "על דאטפת אטפוך, וסוף מטיפין יטופון"²⁹. אמר, כידוע, הפילוסוף היווני הראקליטוס: "אין אדם טובל באותו נהר פעמיים"³⁰, יען כי בהגיע הטבילה השניה — כבר החליף הנהר את מימיו. והוא הדין בזרם הפסיקה, הפושטת צורה ולובשת צורה בדרך הילוכה, ושומרת על הרציפות שבה רק בעצם זרימתה. חוט השדרה של הקומון לאו הוא, כידוע, התקדים, ואף על פי כן, חוץ ממקרים בודדים, זהים ממש לכל פריטיהם ודקדוקיהם, אין התקדים פועל אלא "עם קב חומטין" (cum grano salis), בהתאימו את עצמו, חסר או יתיר, לשינויים הנובעים מתוך מסיבותיו המיוחדות של המקרה החדש. הדיבור "כל מקרה נידון על פי מסיבותיו" — בעברית מסורתית: "אין לך בו אלא מקומו ושעתו" — הוא דליבור החוזר, כפזמון-לואי, כמעט בכל פסק דין אנגלי, והתוצאה היא, כי בני בניו של התקדים שונים בהחלט מן ה"סבא" שלהם, ואין בינו לבינים אלא שם המשפחה בלבד. כך, למשל, קרה המקרה את המושג *assumpsit* (קיבל על עצמו)³¹, שחרג ברבות הימים אל מעבר לחוג ההתחייבויות; "הרשאה מאונס" (Agency by Necessity)³²; המ-תאמורפוזה הרב-גונית, ובחלקה: זיגואגית, שעברה על המושגים "סיבה" ו"רשלנות"³³; ועוד רבים אחרים זולתם.

29. אבות, פרק ב', משנה ז.

30. Kaunitz, History of Philosophy, p. 13.

31. Cavendish v. Middleton (1828), 79 E.R. 725; Thorpe v. Thorpe (1701), 92 E. R. 980; Davis v. Morgan (1825), 107 E. R. 962.

cf. etiam Holmes, The Common Law, 40 ed., p. 274 et seq.

32. Nicholson v. Chapman (1793), 126 E. R. 536; The Great Northern Railway Co. v. Swaffield (1874), 30 L. T. 562; Sims and Co. v. Midland Railway Co. (1913), 1 K.B. 103, 112; Springer v. Great Western Railway Co. (1921), 1 K. B. 257, 268; McCauley J. in Prager v. Blatspiel (1924), 1 K. B. 566, 568—570; but cf. Scrutton L. J., in Jebara v. Ottoman Bank (1927), 2 K. B. 254, 270—271.

33. Ridley v. Blackett (1795), 170 E. R. 195; Crapp v. East Soonehouse Local Board (1889), 5 T.L.R. 501; Metropolitan Railway Co. v. Jackson (1877), 37 L.T. 679; Hobbs v. L. & S. W. Ry. Co. (1875),

באחד מפסקי הדין שהוזכרו לעיל³⁴, אומר השופט מק'קרדי:

"תפקידו של המשפט המקובל הוא, לפתור בעיות ולהסדיר יחסים בחיי החברה והמסחר. חייב הוא, ככל אשר לאל ידו, לקדם פני עובדות רגילות ובלתי-רגילות גם יחד. עליו לגדול ולהתפתח עם התפתחות חיי האומה. חייב הוא להביט נכחו ולהתייצב מול תנאים משתנים וחדשים. שאם לא יעשה כן, נמצא הוא כושל בתפקידו, ומקפח את חיגו וערכו. חברה גדלה והולכת, משוועת ל"קומון לאו" מתרחב..."³⁵

דברים כדרכונות, המכנסים בקליפת אגוז את כל מה שנאמר ונכתב על תפקידו של הקומון לאו במשך מאות בשנים. אכן זה הוא תפקידה הנעלה של כל פסיקה ופסיקה, ואם הוא יוחס כאן, במוטעם ומודגש, אל הקומון לאו, הרי זה הוא הודות לעובדא, שפסיקה זו מהווה רוב מנין ורוב בנין של המשפט האנגלי.

ועתה בואו חשבון! הבה נראה, מה יהא גורלו של המשפט המקובל אצלנו, לאחר שתחולתו צומצמה, כאמור, לפסיקה שמלפני קום המדינה בלבד.

והרי החוות הגשקפת לנו — אשורנה ולא מרחוק: הפסיקה האנגלית השוטפת לא תחייב אותנו עוד, לא נסכול ממנה ולא ניהנה. את היצור שהופקד בידינו — היינו המשפט המקובל ש"הוקפא" ביום קום המדינה — נצטרך לפתח בעצמנו, לחנכו ולגדלו לתורה ולתעודה ולמעשים טובים. שם, באנגליה, יוסיפו לנכות את מס ההכנסה משעורי הפיצויים, אצלנו — לא!³⁶ בתי המשפט של אנגליה ילכו בעקבות הלכת ניו-

32 L.T. 352; Smith v. London & S.W.Ry. Co. (1870), 23 L.T. 678; In re Polemis v. Furness, Withy & Co. (1921), 3 K.B. 560; Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co. Ltd. (1961), 1 All E.R. 404. המשפטי, ע"פ 47/56, "פסקי דין 1543.

34. הערה 32, פסק הדין בענין פראגר נגד בלטשפיל.

35. צוטט בפסק דיני, שפירא נגד פוננסקי, ע"א 46/53, "פסקי דין 461, בעמוד 471.

36. ראה לעיל, פסקא 3 של פרק זה.

מורי-דרך לקביעת הלכה-למעשה בכל ענפי החיים, — אף אם נצרף אליהן את הספרות הרבנית העשירה שנצטברה בארבע מאות השנים האחרונות. אין צורך להרחיב כאן את הדיבור על עצם יסוד ההתפתחות שבהלכה. גלוי וידוע לכולנו, כי התפתחות זו, ביהוד בשטח האזרחי, לא פסקה מעולם, מיום חתימת המשנה ועד היום הזה. החיים ניצחו 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 שהפתרון במקרה הקונקרטי מוכרח היה להימצא בסמטאות וצידי דרכים של ההלכה, באמצעות מכשיר המחשבה — רב היכולת ורב הסכנות — של הדיאלקטיקה הפלפולית. כך שההלכה, על פי רוב, חדלה להיות כללית ונעשתה אינדיבידואלית, וברוך זו גשלת ממנה היסוד החיובי והחינוכי של הציבור, אשר הוא בלבד מקנה למשפט את מעמדו המכובד כריגולאטור בחיי החברה. כי תפקידו של המשפט אינו רק ליישב את הסכסוכים שכבר נתגלעו בעבר, — תפקידו העיקרי הוא להנחות את הפרט בדרך הנאותה, ולמנוע, על דרך הפרופילאכסה, את עצם התעוררותם של סכסוכים עתידיים. ותפקיד זה אין החוק יכול למלאו בהצלחה, כאשר עקרונותיו הם יצירה חפשית, בלתי צפויה מראש, של תלמידי חכמים מובהקים, ואף הם, בחלקם הגדול, שנויים במחלוקת בין השופטים-המחוקקים.

זאת ועוד אחרת: התפתחותו של המשפט העברי, לא עלתה תמיד בד בבד ממש עם התפתחותם הבלתי פוסקת של צרכי החיים. עובדא זו נכונה בפרט לגבי מאה — מאה וחמשים השנים האחרונות, התקופה שלאחר האמנציפציה. אם המבנה הכלכלי ויחסי החברה של חיי הגיטו מותאמים היו, פחות או יותר, אל הצורות המתקונות של המשפט המסורתי, הרי היציאה מן הגיטו הביאה אתה בכנפיה, גם בין היהודים לבין עצמם, ערכי חיים

ויחסי חברה חדשים, אשר לא השתעבדו בנקל אל הצורות הללו. לא הרי מכירת חפץ הנמסר מיד ליד חוץ כתלי הגיטו, כהרי הזמנת-סחורות טלגראפית הנעשית בין סוחר יהודי בהמבורג לבין חבירו היושב בוונציה. כאן נוצר ריחוק — חלל ריק — בין המשפט והחיים, חלל שאי אפשר היה לגשרו, בלתי אם על ידי הודקקות מדעת אל החוק הור, באמצעות הפורמולה המשפטית של "דינא דמלכותא דינא", — מוצא כלל וכלל לא-אידיאלי לגבי שיטת משפט לאומית כמו שלנו, המבקשת לפרוש את מצודתה על כל שטחי החיים.

המכון לחקר המשפט העברי

והשאלה הזאת — שאלת חידושו של המשפט העברי — מופיעה לפנינו באורה הנכון, בהסתכלנו בה דרך האספקלריא החדשה של הדור, והיא: תזון התקומה הקרובה של המדינה העברית. לפלא ייחשב בעיני, כי שאלה זו עדיין לא זכתה לתשומת לב ראויה בחוגי הישוב, אף על פי שערכו הלאומי של המשפט העברי, ודאי אינו נופל 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 היא, ברוח המסורת המשפטית העשירה של האומה העברית. לא יתכן כלל, ויהא בזה משום אבסורד, כי בבואנו לחדש את חיי האומה על אדמת המולדת, נדלג דוקא על אותו סקטור רוחני שעמד, במשך אלפיים שנה, במרכז העיון וההת-עניינות של האומה.

וגם לא תהיה לנו כל ברירה אחרת, בלתי אם לשוב אל המשפט העברי, כי למעשה אין חוק בארץ הזאת, — יש 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

זה על גבי זה, ללא כל קשר ומיזוג ביניהם. אם עניני נזיקין, למשל, נידונים על פי החוק האנגלי, ופיצויי הפרת חוזה — בחלקם — לפי החוק הצרפתי, ודיני ערבות ומכר לפי החוק הטורקי, הרי החוק אינו חוק אלא מוֹזָאֵיקָה, העשויה אולי להרהיב עינו של הארכיאולוג, אך אינה יכולה לשמש בסיס מוצק ליחסי משפט בריאים ותקינים. ברור, איפוא, כי המצב הקיים לא יוכל להמשך לאורך ימים, וכי המדינה העברית תצטרך, בהכרח, לחתור לקראת יצירה או רצפציה של שיטת משפט אחידה, וכלום יש לך בתנאים אלה דבר יותר קרוב, ויותר מתקבל על הדעת, מאשר השיבה אל מקורות המשפט העברי ? !

ובזה מגיעים אנו אל המחצית השניה של השאלה, והיא: הישנה אפשרות ממשית בדינו לערוך קודם עֲבְרֵי חֵדֶשׁ, מתאים לצרכים המודרניים של יהודי בן הדור ? התשובה לכך היא, לדעתי, יש ויש! הנחה אחת עלינו להניח מראש, כדי לראות את הענין באספקלריא הנכונה: קודם זה לא היא בחינת "קיצור שולחן ערוך", והוא אף לא יתבע לעצמו את הסמכות המסורתית — הדתית, המקודשת — של הקודיפיקציות הקיימות. זאת תהיה יצירה אורחית-תילוגית שתקבל ככל האפשר, את העקרונות היסודיים של המשפט העברי, תוך הסתייגות מפורשת מן המסקנות הארכאיות שנערמו עליהם. התפקיד יהיה: לבור את הבר; לקרב ולקיים את המחוכר לחיים עדנה, ולרחק ולדחות את הנטיעות היבשות שנצטמקו ונידלדלו במשך הדורות. לשון אחרת, ציורית במקצת: לשפוך את היין שהתמיץ, ולשמור את החבית על מנת למלאה יין חדש, שיתבשם מריחה הספוג, ויהא ריחו וטעמו כריחו וטעמו של היין הישן. זו היא שאלה של טעם — אין ספק! — של תוש היסטורי וחוש מציאותי כאחד, זיקה למסורת וזיקה לחיים, אותה סינתזיה ממש שאנו עומדים בפניה, ופותרים אותה, יום בכל יום ענפי התרבות של חיינו המחודשים.

ומכיוון שמלאכת עריכתו של הקודקס החדש תהיה, בחלקה הגדול, עבודת ברירה ובחירה, סלקציה בלע"ז, הרי בגשנתו אל עבודה זו תצמח לנו תקנה מרובה מאותה עובדא גופה המשמשת לנו תקנה מרובה, כפי שצויין לעיל. כוונתי לאותן הקונטרבורסות המרוזבות — מחלוקות הפוסקים — המצויות, לגבי כל הלכה כמעט, בספרות הפוסקים שלנו. החומר המשפטי שלנו הוא כל כך עשיר וכל כך קונטרבורסי, עד שלמעשה יכול אתה למצוא אסמכתא לכל דעה רצויה. ודאי! אין דבר זה מקל על הדיין את ההכרעה במקרה הקונקרטי הנידון בפניו, אבל הוא מקל ומקל על המחוקק-הקודיפיקאטור את ברירת העקרון המופשט. כי לא הרי תפקידו של הקודיפיקאטור כהרי תפקידו של הדיין הפוסק. זה (הדיין) חייב למצוא את הדעה המקובלת, וזה (הקודיפיקאטור) רשאי לבחור את הדעה הרצויה. ואולם מצויה גם סכנה בצידה של תקנה זו: הסכנה של עירוב תחומין וטשטוש עקרונות. כי לא תמיד הרצוי בפרשה זו מזדווג, מבחינה עקרונית, עם הרצוי בפרשה אחרת. לעתים קרובות קורה היפוכו של דבר: כי המסקנה הרצויה בפרשה משפטית אחת גוררת אחריה דוקא, מבחינה הגיונית, את המסקנה הבלתי רצויה בפרשה השניה. וכבר נתקלנו בתופעה מעין זו — לא כזו, אלא מעין זו — ביסודות ההוראה וההכרעה של רבינו יוסף קארו, בעל השולחן ערוך⁴². גם הוא הלך בדרך סכימאטית: קבע לעצמו כלל, לפסוק כרוב דעות מתוך דעותיהם של "שלושת עמודי ההוראה", הרי"ף והרמב"ם והרא"ש⁴³, — דבר שגרם בהכרח, במקרים רבים, לידי שבירת הקו האחיד, היסודי, של המוסד המשפטי הנידון. המחוקק החדש שלנו, בעמדו לפני המבחר העצום, יצטרך, איפוא, לשמור שמירה מעולה על הקו האידיאולוגי השלם, ולא לשגות או לשקוע בטעמי תועלתיות בלבד. ובוזה הוא ייבחן, לשבט או לחסד. כי המטרה היסודית

42. בגוף מאמרי, הפרקליט שם, עמוד 264, כתוב בטעות: הטור.

43. עי' כללים בדרכי הפוסקים מבעל כנסת הגדולה, סי' כ"ה, בשם הר"מ גלאנטי, בשם ה"בית יוסף".

ההכל-כוללת היא: לא משפט חדש, אלא קודם כחדש, שיתמוך יתידותיו במשפט העברי...".

מאז כתבי מאמר זה, עברו למעלה משלוש עשרה שנה. המדינה קמה, חגגה את ה"בר מצוה" שלה, אך מצוה זו נשארה מלבר, ועדיין לא חלו בה ידים, — לא של המצביעים בכנסת, ולא של מכיני החקיקה במשרד המשפטים. נעשתה עבודת-מה בכיוון זה על ידי בית המשפט העליון. כוונתי לפסקי הדין הניתנים על ידי בית המשפט — שלא בעניני המעמד האישי — ושבהם הוא בודק, לעתים, את המקרה הנידון מבחינת עקרונותיו של המשפט העברי⁴⁴. אך בזה — כמובן — לא סגי.

44. כגון: אגושביץ נגד פטרמן, ע"א 47/48, ה' פסקי דין 4; דונר נגד היועץ המשפטי, ע"פ 10/50, ה' פסקי דין 81; וולפטון נגד ספיניס, ע"א 25/50, ה' פסקי דין 265; דוויק נגד לאלו, ע"א 99/49, ה' פסקי דין 625; אנגלמאיר נגד לינדרמן, ע"א 90/51, ו' פסקי דין 426; רפפורט נגד ראש עיריית נתניה, בג"ץ 59/52, ו' פסקי דין 492; עמל נגד שינדלר, ע"א 130/50, ו' פסקי דין 710; פסחוביץ נגד יו"ר וחברי מועצת בת ים, בג"ץ 172/52, ו' פסקי דין 934; "אגד" נגד ברנדס, ע"א 207/51, ו' פסקי דין 1089; רוטנשטרייך נגד היועץ המשפטי, ע"פ 35/52, ו' פסקי דין 58; משיצ'נסקי נגד מיכאליץ, ע"א 64/50, ו' פסקי דין 324; סולימן נגד היועץ המשפטי, ע"פ 106/53, ו' פסקי דין 824; הקר נגד ברש ("אריזונה"), ע"א 208/51, ה' פסקי דין 566; אש"ד נגד היועץ המשפטי, ע"פ 53/54, ח' פסקי דין 785; רוזנבאום נגד זגר, ע"א 248/53, ט' פסקי דין 533; גייקובס נגד קרטוז, ע"א 110/53, ט' פסקי דין 1401; מלכה נגד היועץ המשפטי, ע"פ 47/56, י' פסקי דין 1543; לובין נגד עיריית תל-אביב, בג"ץ 163/57, י"ב פסקי דין 1042; עיריית תל-אביב נגד לובין, ד"נ 13/58, י"ג פסקי דין 118; טריביש נגד היועץ המשפטי, ע"פ 141/59, י"ג פסקי דין 1793; פדווה נגד פרידמן, ע"א 260/57, י"ד פסקי דין 427; קיציס נגד שפושניק, ע"א 551/59, י"ד פסקי דין 1380; שמואל נגד ישראל, ע"א 99/60, י"ד פסקי דין 1642; דגי דואר בע"מ נגד מנהל הארנונה, ע"א 20/60, י"ד פסקי דין 1933; הרב סולימן עבודי נגד שר הדתות, בג"ץ 205+210/60, י"ד פסקי דין 2020; הרב סולימן עבודי נגד שר הדתות, ד"נ 21/60, י"ד פסקי דין 2045; פינקלשטיין נגד פרושטייר, ע"א 459/59, י"ד פסקי דין 2327; מנהל מס עזבון נגד עזבון סוציאנו, ע"א 376/60, י"ד פסקי דין 2475; היועץ המשפטי נגד פלוני ואלמוני, ע"פ 222/60, י"ד פסקי דין 2511; קליינר נגד מנהל מס עזבון, ע"א 263/60, י"ד פסקי דין 2521; ריחני נגד צדקי, ע"א 335/59, ט"ו פסקי דין 159; פלונית נגד אלמוני, ע"א 407/60, ט"ו פסקי דין 212; סהר נגד היועץ המשפטי, ע"פ 20/61, ט"ו פסקי דין 561; ועוד.

חשובה אמנם טרחה זו, וכדאית מאד. כי פסיקת בתי המשפט היא כור-מבחן שאין למעלה הימנו לבדיקת תיוגיו של העיקרון הנבחן. ברם לכלל שיטה לא נגיע על ידי כך, אולי נגיע אליה אחרי כמה מאות שנים. יתרונה הרב של הפסיקה — היינו היותה תמיד מטפלת במקרים שהתרחשו בעולם המציאות — נהפך כאן לחסרון שלה: כי היא מטפלת אך ורק במקרים שהתרחשו, ואינה קובעת כללים מראש למקרים שונים, עתידים, אשר טרם התרחשו. כי אין לו לדיין אלא מה שענינו רואות. הדיין הוא רואה, המחוקק הוא חוזה, כי חזון הוא הדבר הנדרש ממחוקקי החוקים.

7. והמלאכה כיצד תיעשה, איזו היא הדרך שנבחר לנו, בבואנו למלא את המשימה הגדולה הזאת. תמכתי יתידותי בשלוש מידות אלה⁴⁵:

(א) הגישה אל החומר צריכה להיות דוגמאטית. פירושו של דבר: עלינו לראות את המשפט העברי כמות שהוא, כיחידה מושלמת אחת, בלי להתעכב — אלא דרך אגב — על שלבי התפתחותו של כל מוסד ומוסד. ידיעת דרכי ההתפתחות חשובה לנו אמנם מאד מאד, אבל רק מבחינה הדרכתית בלבד. כל נשכח אף לרגע קט, כי עיקר מטרתנו, בגבולות המשימה דנו, היא לא מחקר מדעי, היסטורי, של דרכי התפתחותו של המשפט העברי, אלא ניצול יעיל, מתוכנן, של תוצאות התפתחותו.

(ב) ברירת החומר. הספרות הרבנית, למן המאה ה-11 ואילך, הפרתה במידה גוברת והולכת את שיטת המשפט העברי, ועשתה אותו כר נרחב לקליטת רעיונות משפטיים חדשים. כדרך ה"קומון לאו" האנגלי — אשר ראשוני צעדיו חלו אף הם לא הרחק מאותה תקופה — החלו שופטי ישראל, "הפוסקים", לארוג קמעא קמעא, מחומר עתיק של דין ונוהג, מסכת חדשה של כללים. גדרים וסייגים, אשר מטרם המשותפת היתה להמציא תרף לקשיי הבעיות החדשות, שנתעוררו

45. מ. זילברג, תחיית המשפט העברי, כמשפט המדינה, בישראל — כיצד? "סורא", כרך ג', עמודים 459 ואילך.

עם הסתעפותם של דרכי החיים. אך בדבר אחד, חשוב, נבדלו זה מזה. בעוד אשר הקומון לאו האנגלי, שנוצר וגדל והתפתח תוך מרכז תרבותי אחד, הוא כולו מעשה מקשה, פירמידה אחת גבוהה אשר נדבכיה התחתונים, עטורי המסורת, נושאים עליהם באופן אורגאני את כל עומסם של הרבדים העליונים, המשוכללים, — הרי ה"קומון לאו" שלנו, שנוצר במרכזי-תרבות שונים ובאקלימים שונים, מהווה צירוף של פירמידות נפרדות, אשר לעתים קרובות אין כל קשר ותחבורה ביניהן. על אף המאמר הידוע: "אין בית דין יכול לבטל דברי בית די חבירו אלא אם כן גדול הימנו בחכמה ובמנין"⁴⁶, הרי עקרון "התקדים המחייב" לא קנה לו שביתה איתנה במרחבי המשפט העברי, ודבר זה גרם לדיפרנציאציה עמוקה, זמנית וגיאוגרפית, בדרכי התפתחותו. ודוק.

אך עם כל הפרדוקס שבדבר, הרי מן ה"עו" הזה דוקא ייצא לנו "מתוק" לגבי המשימה שלפנינו. דיפרנציאציה זו עשויה להרחיב — אם ניתן להיאמר כך — את "שטח התמרונים" הרעיוניים, ומחלוקות-הפוסקים הללו עשויות להקל עלינו את ברירת העקרונות הרצויים להסדרת צרכי המודרניים של תושב המדינה. שהרי ברור הדבר, וכל בר-דעת יכיר בכך, כי רק מתוך סלקציה קפדנית של החומר, תוך ברירת הרעיונות אשר עדיין לא אבד עליהם כלת, נוכל ליצור קודכס מודרני, ישראלי, שיספק את דרישותיו החיוניות של בן-הדור.

(ג) הקודכס הישראלי החדש, אשר יקום על יסודות המשפט העברי כנ"ל, יהיה "ספר חוקים אזרחי" במובן המקובל של ביטוי זה. הוא יטפל לא בנוף, אלא בגזע, הווה אומר: לא בענפי וגידוליו המיוחדים של המשפט, אלא באותם מושגי יסוד או מוסדות ראשוניים, אשר בלעדיהם לא תתכן שום מערכת משפט, ואשר בעטיים של אלה הוא נקרא בשם "קודכס אזרחי". מושגים ומוסדות אלה — כגון: התחייבות, קנין, בעלות, מכר, מתנה, חליפין, שכירות, פקדון, מלח, ערבות, משכון, שותפות, יחסי שכנות ודומיהם — נוצרו בשחר ימי התרבות האנושית, ועד היום מהווים הם את ה"בשרא דתורא" של

46. עדויות, פרק א', משנה ה'; גיטין, דף ל"ו ע"ב, עיין שם.

המשפט, או — אם תרצה לומר — את השלד עליה קרמו עור ובשר כל מוסדות המשפט. כאן, בדיוטות תחתונות אלה, נגלה עלינו אופיו האינדיווידואלי של המשפט הלאומי, האוצל מרחוק את הודו על כל גידולי המשפט. זה הוא, איפוא, המקום ה"גיאוטריי", בו עלינו לרכז את כל מעיינינו בבואנו לחדש, על ידי יצירת קודכס ישראלי, את המשפט הלאומי שלנו.

— — —

המכשלה הזאת תחת ידינו. היום קצרי והמלאכה מרובה, ושר האומה דוחק. עוד שנים לא מרובות, ונספיק "להשתרש בחטא", — להשפיק בילדי נכרים, ולהסתפק בהמשך קיומן של שיטות המשפט הזרות, שהנחילו לנו האימפריה העותומנית וממשלת המנדט. אם אין אני לי — מי לי, ואם לא עכשו — אימתי ?

המכון לזיקר המשפט העברי
המכון לזיקר המשפט העברי

כך דרכו של תלמוד

134 — 135, 136	בית משפט הציגסרי
136	בעל האשה כנאמן האשה
125	בעל הבית שהיה עובר ממקום למקום
36, 137	בעלות מוגבלת
135, 137, 140	בעלים מן היושר
7 — 10	ברירה
134 — 135	בתי המשפט של קומון לאו
47, 48	גביית כתובה עד כ"ה שנים
50	ג' חסר נימא
7, 8, 10, 34	גט
84	גלימא דרביתא
16 — 17	גמרא
121	דברים הנקנין באמירה
114 — 117	דברים שבלב
119	דברי שכיב מרע ככתובין וכמסורין דמו
131	דברי תורה מדברי קבלה לא ילפינן
24, 25	דוגמאות גרוטסקיות
105 — 110	דינא דבר מצרא
155	דינא דמלכותא דינא
130	דן את הדין, זיכה את החייב וכו'
60 — 65	דין וטעם
49	הביאה שליש לפני ראש השנה וכו'
123 — 124	החזרת הסלע החסירה
99 — 105	החזרת השומא
121, 133	החזרת חוב בשביעית
44	היתר עיסקא
20	"הכא במאי עסקינן"
102	הכרזה
13	הלכות ישנות
17	הלכות קבועות
127 — 131	"הנהו שקולאי"
118	הנחלה לכל מי שירצה
75	העברת חוב
119	העברת נחלה
43, 44	הערמה אינסטיטוציונאלית
26 — 44	הערמה על החוק
38	הערמת רבית
7, 8, 10	הפקר
43	הפקר בית דין הפקר

מפתח העינים

4	אבות ותולדות
38, 39, 40	אבק רבית
102, 103, 104	אדרכתא
114, 115, 125	אומדנא דמוכח
112, 132	אומן שאינו צריך ללמוד
123, 124	אונאה
1 — 12	אופיו המשפטי (של התלמוד)
14, 19, 20, 21, 22	אוקימתא
35, 36, 137	אורכתא
29	אחות אשתו
13, 15	אחריות סולידארית של מויקים
15	אחריות שלוחית
113	אין אדם טורח בסעודה ומפסידה
113	אין אדם עושה בעילתו בעילת זנות
6	אין איסור חל על איסור
62, 160	אין בית דין יכול לבטל דברי בית דין חבריו וכו'
56, 57, 58	אין עונש בלי חוק
57, 94, 95	אין עונשין מן הדין
98, 118 — 120	אין רוח חכמים נוחה הימנו
6	איסור חפצא ואיסור גברא
150	"אסומפטיט"
19	אסמכתא
136	אפטרופסות
100	אפותיקי כללית
98, 135 — 136, 139, 140	אקוויטי
135 — 138	אקוויטי אנגלית ודין עברי
47, 50, 51	ארבעים סאה חסר קורטוב
26, 27, 31	אשת כהן
68	בין אדם לחבירו ובין אדם למקום
136, 138, 139	ביצוע בעין
158	בית המשפט העליון: חוות דעתו בעניני המשפט העברי

100, 101	כדי שלא תנעול דלת בפני לווין
143, 144	כוכבי (ערעור)
109	כל דמקדש אדעתא דרבנן מקדש
40 — 41	כל דתקון רבנן כעין דאורייתא תקון
15, 16	כללות
83	כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד וכו'
63	כתובת אשה
36	לאו בעל דברים דידי את
113	לא שביק היתרא ואכיל איסורא
20	"לא שנו אלא"
108 — 109	לוקח כשלוחו של המצרן
43, 44	לחי וצורת הפתח
127, 130	"למען תלך בדרך טובים"
97, 98, 110 — 118	לפנים משורת הדין
64, 126	לקט שכחה ופאה
58	"מגנה כרטה של העברייני"
140	מדינת ישראל : אינה "יורש" או "חליף" של מדינת המנדט
31, 32, 33, 34, 36	מדיר ומודר
18, 40	מדרש הלכה
18	מדרש משנה
66, 67	מה בין הנראות החוק וציווי המוסר ?
2, 3	מודעא
86	מוכר או קונה בשבת
106 — 107	מוכר ולוקח לגבי דינא דבר מצרא
42	מוסר שטרותיו לבית דין
126	מוזיק מתנות כהונה
154, 157	מחלוקת הפוסקים
18, 40	מידות
45 — 59	מידות ושעורין
98, 118, 122 — 126	מידת חסידות
38	מיחזי כרבית
101 — 102	מיניה — ואפילו מגלימא דעל כתפיה
100, 101, 102	מלוה בשטר ומלוה על פה
11	ממון גבוה
126	ממון שאין לו תובעים
135	מגיעת עשיית עוול במשפט
76, 77	"מן עילה בת עוולה, לא תצמח זכות תביעה"
1, 2, 3	מעמד הר סיני
110 — 111	מעשה לפנים משורת הדין של ר' ישמעאל בר' יוסי
111 — 112	מעשה לפנים משורת הדין של ר' חייא
112 — 114	מעשה לפנים משורת הדין של אבוה דשמואל

10, 11, 12, 32, 33, 34, 35	הקדש
36, 137	הקנאה גרועה
150	הרשאה מאונס
112 — 114	השבת אבדה
134	התערבותו של הצי'נסלור
127, 130	„וארחות צדיקים תשמור“
99 — 110, 131	„ועשית הישר והטוב“
116	זבין ולא איצטריכו ליה זווין
110, 111, 132	זקן ואינה לפי כבודו
82 — 88	חווה בלתי חוקי : במשפט העברי
76 — 82	חווה בלתי חוקי : בפסיקה האנגלית
87	חווה בלתי חוקי : גדרים וסייגים בספרות הרבנית המאוחרת
76, 78-82	חווה בלתי חוקי : תהיות, לבטים וחיפושים בפסיקה האנגלית
87 — 88	חווה בלתי חוקי : יסודה האידיאולוגי של עמדת המשפט העברי
66 — 96	חוק ומוסר
51	חוק סטאטיסטי
113	חוקה
80	הטאו שניהם כאחד, יד המחזיק על העליונה
135 — 136	הידושי החשובים של בית משפט הצי'נסרי
141 — 149	הידושי הלכה שנתחדשו באנגליה אחרי קום המדינה
7, 9, 27, 28	חילול מעשר
20	„חסורי מחסרא והכי קתני“
6	חפציות האיסור
54	טבעא ופירי
50	טומאת אוכלין
50	טומאת מדרס
60, 61	טעמי המצוות
102, 103, 104	טירפא
112, 113, 114, 117, 132	יאוש
28, 29	יבום וחליצה
98, 133 — 138	ישר ואקוויטי : השווה והשונה שבהם
98, 131	ישר ומוסר
97	ישר טרנסצדנטי וישר פרגמאטי
134	ייסודו של בית משפט הצי'נסרי
83	יע"ל קג"ם
50	„כביצה חסר שומשום“
63, 65	כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה

114 — 117	מעשה לפנים משורת הדין של רב פפא
27	מעשר ראשון ומעשר שני
64, 126	מעשר עני
60	מפני מה לא נתגלו טעמי תורה?
121, 122	מקיים את דברו
111 — 112	מראה דינר לשולחני
97 — 138	משפט ויושר
149 — 152	משפט ישראלי: תורת התפתחות העתידה
88 — 90	משפט עברי: מהותו, מטרתו ודרכי ההגשמה שלו
	משפט עברי: השפעת כל אלה על צורתו, נפוסי המחשבה ודרכי החקיקה שלו
90 — 94	משפט עברי: התפתחותו ההיסטורית
154 — 155	משפט עברי: הפורמאליסטיקה של ההלכה
91 — 94	משפט עברי: התקפת ר' ירמיה על הפורמאליזם המשפטי
92 — 93	משפט עברי: דחיית ההתקפה ו"הוצאת ר' ירמיה מבית המדרש"
92	משפט עברי: השוואת הפורמאליזם שלו עם הפורמאליזם של החלק הפילי של המשפט המודרני
94 — 96	משפט עברי: ראשי פרקים לדרכי הנהגתו במדינת ישראל
159 — 161	מתנת בית חורון
31, 32, 33, 34, 35, 36, 37	
135, 136, 137	נאמנות (trust)
128	נוסחו של הבבלי ונוסחו של הירושלמי
31	נורמה ומטרה
56	נורמות של פסיקה ונורמות של התנהגות
142, 143	ניולאנד (משפט)
46	ניפול הנמצא בתוך חמישים אמה וכו'
29, 30, 31	נישואין פיקטיביים
135, 137	נכסי אשה נשואה
100 — 101	נכסים משועבדים ונכסים בני חורין
101	נכסים שיש להם אחריות
2, 3	נס פורים
98 — 126	סוגי היושר העברי
17, 19	סופרים
150	סיבה
109	סיוע שה"דרבנן" מקבל מן ה"דאורייתא"
13	ספר גזירות
31	סרה העודף
123 — 124	עד כדי שיראה לשולחני
125	עושין עמו חשבון אחר השבת
43, 44	עירובי חצירות ושיתופי מבואות
3	עירובי תבשילין

7, 8, 9	עירובי תחומין
137	על מנת שאין לבעלך רשות בה
34, 35	על מנת שלא תנשאי לפלוני
139 — 161	על פרשת דרכים
64, 126	עני ועשיר
54	עקרון גומינאליסטי של המטבע
29	ערוה
16, 17	עריכת המשנה
136	פדיון משכנתאות
35, 37	פידוציה
145 — 146, 147	פיצויים ומס הכנסה
136	פיקוח על הנהלת עובונות
137	פירות נכסי מלוג
49	פירות שביעית
154	פלפול
4, 9	פסח
52	"פסק דין"
61, 62, 63	פער בין הדין והטעם
63, 65	"פער מלגו" ו"פער מלבר"
41, 42, 43	פרובול
138	"פרוקוראטור פאטוארום" ו"אביהן של יתומין"
52, 53, 71, 72, 73	פריעת בעל חוב מצוה
110 — 111	פריקה וטעינה
79	צדק "סטאטיסטי"
135	צו איסור של בית משפט הצינארי
118, 119	צוואת בריא וצוואת שכיב מרע
13 — 25	צורתו הקאזואיסטית (של התלמוד)
139	"צינור היבוא" של סימן 46 של דבר המלך
81	"צלצול רע" של טענת העדר החוקיות
22, 23	קאזואיסטיקה
153 — 158	קודקס עברי
139, 140	קומון לאו ואקוויטי
139 — 152	קומון לאו: תחולתו במדינת ישראל
149 — 151	קומון לאו: דרך התפתחותו
141 — 143	קומון לאו: פסיקה שלאחר קום המדינה
143 — 144, 148 — 149	קומון לאו: פסיקה שלפני קום המדינה
26, 27	קידושי ר' טרפון
55	קני מידה מופשטים
121, 122	קנינים

פאונדירמסיה העברית בירוש
המכון לחקר המשפט העברי

רשימת המקורות

א. מקורות המשפט העברי

(א) תלמוד

18	ברכות, דף ב' ע"א
5	ברכות, דף ו' ע"א
79	ברכות, דף י' ע"א
39	ברכות, דף י"ז ע"ב
72	ברכות, דף כ"ד ע"א
32	ברכות, דף נ"ד ע"א
100	ברכות, דף ס"ה ע"ב
52	פאה, פרק א', משנה א'
50	פאה, פרק ו', משנה ה'
50	פאה, פרק ח', משנה ח'
41, 121	שביעית, פרק י', משנה א', ג', ד'
42	שביעית, פרק י', משנה ב'
121	שביעית, פרק י', משנה ח', ט'
9	מעשר שני, פרק ד'
28	מעשר שני, פרק ד', משנה ד'
28	מעשר שני, פרק ד', משנה ה'
27	מעשר שני, פרק ד', משנה ה'
51	ביכורים, פרק א', משנה ו', י"א
28	ביכורים, פרק ב', משנה ב'
44	שבת, דף י"ד ע"ב
50	שבת, דף כ"ו ע"ב — כ"ז ע"א
133	שבת, דף נ"ד ע"ב
4	שבת, דף ע"ג ע"א
129	שבת, דף ע"ז ע"ב
2	שבת, דף פ"ח ע"א
72	שבת, דף צ"ג ע"א
74	שבת, דף צ"ד ע"ב
125	שבת, דף ק"כ ע"א
129	שבת, דף קכ"ח ע"א
74	שבת, דף קנ"ג ע"ב

מ. זילברג

139 — 140	קנס ופיצויים
140	ראיות
129 — 130	רב ותלמיד
38, 39, 40, 44, 53, 54, 55, 84, 85, 86, 87, 120	רבית
120 — 122	רוח חכמים נוחה הימנו
18, 19, 83	רמיות
150	רשלנות
103	שטר הורדה
103, 104	שטר חליטה
125	שכר הצלה
41, 42, 43, 121	שמיטת כספים
73, 74, 75, 100, 101, 102	שעבוד הגוף ושעבוד נכסים
45, 55, 58	שעורין מוחשים ומדוייקים
152 — 153	שפה ומשפט
17, 19, 22	תנאים
68, 69, 70	תנור של עכנאי
65	תקנות הרבנות הראשית
109, 137	תקנת אושא
8, 26, 27	תרומות ומעשרות

131	חגיגה, דף י' ע"ב
29	יבמות, דף ח' ע"ב
19, 40	יבמות, דף י"א ע"א
18	יבמות, דף י"ג ע"א
18, 29	יבמות, דף כ' ע"א
19	יבמות, דף כ"א ע"א
18	יבמות, דף כ"ב ע"א וע"ב
19	יבמות, דף כ"ד ע"א
6	יבמות, דף ל"ב ע"א
19	יבמות, דף נ"ב ע"א
74	יבמות, דף ס"ב ע"ב
19	יבמות, דף ע"ב ע"א
108	יבמות, דף פ"ח ע"א
63	יבמות, דף פ"ט ע"א
29	יבמות, דף ק"ב ע"ב
63, 113	כתובות, דף י' ע"א
63	כתובות, דף י"א ע"א
20	כתובות, דף י"ח ע"ב
2	כתובות, דף י"ט ע"ב
17	כתובות, דף כ"ב ע"א
20, 22	כתובות, דף כ"ו ע"א וע"ב
18	כתובות, דף כ"ז ע"א
26	כתובות, דף ל' ע"ב
22	כתובות, דף ל"ב ע"א
63	כתובות, דף ל"ט ע"ב
115	כתובות, דף נ"ד ע"ב
115	כתובות, דף נ"ו ע"א
31	כתובות, דף נ"ז ע"א
27, 31	כתובות, דף נ"ז ע"ב
21	כתובות, דף נ"ח ע"ב
19	כתובות, דף ס"ד ע"א
22	כתובות, דף ס"ה ע"ב
23	כתובות, דף ע"ב ע"א
113	כתובות, דף ע"ג ע"א
52	כתובות, דף ע"ו ע"ב
109, 137	כתובות, דף ע"ח ע"ב
52, 72	כתובות, דף פ"ו ע"א וע"ב
20	כתובות, דף פ"ט ע"א
104	כתובות, דף צ"א ע"ב
16	כתובות, דף צ"ג ע"א
20	כתובות, דף צ"ה ע"א
116 117	כתובות, דף צ"ז ע"א

48	עירובין, דף ד' ע"ב
83	עירובין, דף ט"ו ע"א
44	עירובין, דף כ"א ע"ב
15	עירובין, דף כ"ז ע"א
9	עירובין, דף כ"ז ע"ב
8	עירובין, דף ל"ו ע"ב
9	עירובין, דף ל"ז ע"ב
9	עירובין, דף מ"ה ע"א
9	עירובין, דף נ"ז ע"א וע"ב
9	עירובין, דף ס' ע"א
51	עירובין, דף פ"ב ע"ב
111	עירובין, דף פ"ו ע"ב
9	עירובין, דף פ"ז ע"ב
20	עירובין, דף צ"ז ע"ב
19	פסחים, דף י"א ע"א
19, 40	פסחים, דף ל' ע"ב
40	פסחים, דף ל"ט ע"ב
9	פסחים, דף ס"א ע"א
18	פסחים, דף פ"ח ע"א
9	פסחים, דף פ"ט ע"א
48	פסחים, דף ק"ט ע"א — ע"ב
40	פסחים, דף קט"ז ע"ב
10	שקלים, פרק ד'
3	יומא, דף כ"ח ע"ב
19, 40	יומא, דף ל"א ע"א
3	יומא, דף ס"ט ע"ב
19	יומא, דף ע"ד ע"א
50	יומא, דף פ' ע"א
3	ביצה, דף ט"ו ע"ב — י"ז ע"ב
49	ראש השנה, דף ט' ע"א
49	ראש השנה, דף י"ב ע"א
64	ראש השנה, דף י"ב ע"ב
46, 49	ראש השנה, דף י"ג ע"א
130	ראש השנה, דף כ"ה ע"ב
68	תענית, דף כ"ה ע"ב
72	מגילה, דף ז' ע"ב
19	מועד קטן, דף ג' ע"א
49	מועד קטן, דף ג' ע"ב — ד' ע"א
19	מועד קטן, דף ט"ז ע"ב
16	חגיגה, דף ב' ע"א
23	חגיגה, דף ג' ע"א
18	חגיגה, דף ז' ע"א

פסחים, דף ל"ט ע"ב
 פסחים, דף ס"א ע"א
 פסחים, דף פ"ח ע"א
 פסחים, דף פ"ט ע"א
 פסחים, דף ק"ט ע"א — ע"ב
 פסחים, דף קט"ז ע"ב
 יומא, דף ס"ט ע"ב
 יומא, דף ע"ד ע"א

114	גיטין, דף פ"ט ע"א
17	קידושין, דף ב' ע"א — ג' ע"א
121	קידושין, דף ט' ע"ב
28	קידושין, דף כ"ד ע"א
122	קידושין, דף כ"ה ע"ב
20, 101, 122	קידושין, דף כ"ו ע"א
122	קידושין, דף כ"ז ע"א — כ"ז ע"א
35	קידושין, דף כ"ח ע"ב
24	קידושין, דף מ"ב ע"ב
75	קידושין, דף מ"ז ע"ב
114, 133	קידושין, דף מ"ט ע"ב
114	קידושין, דף נ' ע"א
83	קידושין, דף נ"א ע"א
115	קידושין, דף ס"א ע"א — ס"ב ע"א
61	קידושין, דף ס"ח ע"ב
27	קידושין, דף ע"א ע"א
6	קידושין, דף ע"ז ע"ב
4, 14, 131	בבא קמא, דף ב' ע"א — ג' ע"א
4	בבא קמא, דף ד' ע"ב — ה' ע"א
14	בבא קמא, דף ה' ע"ב
20, 21	בבא קמא, דף ח' ע"א — ע"ב
13	בבא קמא, דף ט' ע"ב
15	בא קמא, דף י' ע"א
101	בבא קמא, דף י"א ע"ב
122	בבא קמא, דף י"ב ע"א — ע"ב
18	בבא קמא, דף ט"ז ע"א
14	בבא קמא, דף י"ז ע"א — י"ט ע"א
14	בבא קמא, דף י"ט ע"ב
11	בבא קמא, דף כ' ע"ב — כ"א ע"א
14, 51	בבא קמא, דף כ"ג ע"ב — כ"ד ע"א
24	בבא קמא, דף כ"ז ע"א
84	בבא קמא, דף ל' ע"ב
103	בבא קמא, דף ל"ג ע"א
11, 138	בבא קמא, דף ל"ז ע"א וע"ב
17	בבא קמא, דף מ"ו ע"ב
14	בבא קמא, דף נ"ב ע"א
14	בבא קמא, דף נ"ג ע"ב
7	בבא קמא, דף ס"ט ע"א
8	בבא קמא, דף ס"ט ע"ב
35, 36	בבא קמא, דף ע' ע"א
51	בבא קמא, דף ע"ג ע"ב
109	בבא קמא, דף פ"ח ע"ב

52	כתובות, דף ק"ב ע"ב
47	כתובות, דף ק"ד ע"א
48	כתובות, דף ק"ד ע"א—ע"ב
23	כתובות, דף ק"ט ע"ב
18	כתובות, דף ק"י ע"ב
6	גדרים, דף ב' ע"ב
114	גדרים, דף כ"ח ע"א
52	גדרים, דף ל"ו ע"ב
20	גדרים, דף ל"ז ע"א
33	גדרים, דף מ"ה ע"ב—מ"ו ע"א
32	גדרים, דף מ"ו ע"א
32	גדרים, דף מ"ז ע"א—ע"ב
32, 33	גדרים, דף מ"ח ע"א
27	גדרים, דף ס"ב ע"א
137	גדרים, דף פ"ח ע"א
72	גדרים, דף צ' ע"ב
51	סוטה, דף ד' ע"א
61	סוטה, דף ח' ע"א
19	סוטה, דף ט"ז ע"א
46, 75	סוטה, דף ט"ז ע"ב
61	סוטה, דף י"ז ע"א
123	גיטין, דף ו' ע"א
75, 122	גיטין, דף י"ג ע"ב
20	גיטין, דף ט"ז ע"א
8	גיטין, דף כ"ד ע"א
8, 9	גיטין, דף כ"ה ע"א
27	גיטין, דף כ"ח ע"א
109	גיטין, דף ל"ג ע"א
83	גיטין, דף ל"ד ע"א
20	גיטין, דף ל"ה ע"א
41, 43	גיטין, דף ל"ו ע"א
62, 160	גיטין, דף ל"ז ע"ב
113	גיטין, דף ל"ז ע"ב
20	גיטין, דף מ"ו ע"א
21	גיטין, דף מ"ח ע"ב
61, 75	גיטין, דף מ"ט ע"ב
40	גיטין, דף ס"ד ע"ב—ס"ה ע"א
19	גיטין, דף ס"ה ע"א
20	גיטין, דף ס"ו ע"א
34	גיטין, דף פ"ב ע"א — ע"ב
34, 69	גיטין, דף פ"ג ע"א
35	גיטין, דף פ"ד ע"א

68	בבא מציעא, דף פ"ד ע"ב
128	בבא מציעא, דף פ"ה ע"א
20	בבא מציעא, דף פ"ו ע"א
109	בבא מציעא, דף צ"ו ע"ב
23	בבא מציעא, דף צ"ז ע"ב
105, 107, 109, 131	בבא מציעא, דף ק"ה ע"א
61	בבא מציעא, דף קט"ו ע"א
113	בבא בתרא, דף ה' ע"ב
18	בבא בתרא, דף י"ט ע"א
51	בבא בתרא, דף כ"ג ע"א
46, 92	בבא בתרא, דף כ"ג ע"ב
51	בבא בתרא, דף כ"ז ע"א
51	בבא בתרא, דף כ"ח ע"א
2	בבא בתרא, דף מ' ע"א — ע"ב
2	בבא בתרא, דף מ"ז ע"ב — מ"ח ע"א
19, 101	בבא בתרא, דף מ"ד ע"א, ע"ב
122	בבא בתרא, דף ע"ו ע"א — ע"ז ע"א
51	בבא בתרא, דף ס"א ע"א — ע"ב
39	בבא בתרא, דף פ"ב ע"א
48	בבא בתרא, דף צ' ע"א
100	בבא בתרא, דף קכ"ד ע"ב
72, 119	בבא בתרא, דף קכ"ז ע"א, ע"ב
118, 119	בבא בתרא, דף קל" ע"א
52	בבא בתרא, דף קל" ע"ב
118	בבא בתרא, דף קל"א ע"א
115	בבא בתרא, דף קל"ב ע"א
118, 119, 133	בבא בתרא, דף קל"ג ע"ב
100	בבא בתרא, דף קל"ה ע"ב
130	בבא בתרא, דף קל"ז ע"ב
119	בבא בתרא, דף קל"ז ע"א
24	בבא בתרא, דף קמ"ג ע"א
115	בבא בתרא, דף קמ"ז ע"ב
119	בבא בתרא, דף קמ"ז ע"ב
122	בבא בתרא, דף קמ"ט ע"א
119	בבא בתרא, דף קנ"א ע"א
119	בבא בתרא, דף קנ"ג ע"ב
124	בבא בתרא, דף קס"ה ע"ב
121	בבא בתרא, דף קע"ג ע"ב
100	בבא בתרא, דף קע"ה ע"ב
121	בבא בתרא, דף קע"ז ע"א — ע"ב
21	סנהדרין, דף ט' ע"ב
129	סנהדרין, דף י"ז ע"ב

63, 64, 137	בבא קמא, דף פ"ט ע"א
72	בבא קמא, דף צ"ה ע"ב
120	בבא קמא, דף צ"ז ע"ב
112	בבא קמא, דף צ"ט ע"ב
130	בבא קמא, דף ק' ע"א
20	בבא קמא, דף קי"ד ע"ב
68	בבא קמא, דף קי"ז ע"ב
17	בבא מציעא, דף ב' ע"א
23	בבא מציעא, דף ב' ע"ב
24	בבא מציעא, דף ג' ע"ב
122	בבא מציעא, דף י"א ע"א — י"ב ע"א
23	בבא מציעא, דף י"ב ע"ב
75	בבא מציעא, דף י"ג ע"א
99, 101, 103	בבא מציעא, דף ט"ז ע"ב
23	בבא מציעא, דף י"ח ע"א
51, 83	בבא מציעא, דף כ"א ע"א וע"ב
112	בבא מציעא, דף כ"ג ע"א
23	בבא מציעא, דף כ"ג ע"ב
51, 113, 118	בבא מציעא, דף כ"ד ע"א וע"ב
18	בבא מציעא, דף כ"ה ע"ב
110	בבא מציעא, דף ל' ע"ב
130	בבא מציעא, דף ל"ג ע"א
99, 102, 105	בבא מציעא, דף ל"ה ע"א וע"ב
23	בבא מציעא, דף מ"ג ע"א
54	בבא מציעא, דף מ"ד ע"א — מ"ה ע"א
54	בבא מציעא, דף מ"ד ע"ב
27	בבא מציעא, דף מ"ה ע"ב — מ"ו ע"א
122	בבא מציעא, דף מ"ז ע"א וע"ב
51	בבא מציעא, דף נ' ע"ב
124	בבא מציעא, דף נ"א ע"ב — נ"ב ע"א
124	בבא מציעא, דף נ"ב ע"ב
68, 69	בבא מציעא, דף נ"ט ע"א וע"ב
39, 55, 84	בבא מציעא, דף ס"א ע"א
40, 84	בבא מציעא, דף ס"א ע"ב
38	בבא מציעא, דף ס"ב ע"ב
39, 54, 86	בבא מציעא, דף ס"ג ע"ב
54, 84	בבא מציעא, דף ס"ה ע"א
23	בבא מציעא, דף ע"א ע"א
55	בבא מציעא, דף ע"ה ע"ב
23	בבא מציעא, דף ע"ז ע"א
129	בבא מציעא, דף פ"ב ע"ב
23, 127, 129, 131	בבא מציעא, דף פ"ג ע"א

130	סנהדרין, דף י"ט ע"ב
61	סנהדרין, דף כ"א ע"א
40, 60	סנהדרין, דף כ"א ע"ב
83	סנהדרין, דף כ"ו ע"א
32	סנהדרין, דף ל"ב ע"א
131	סנהדרין, דף ל"ג ע"א
94	סנהדרין, דף נ"ד ע"א
26	סנהדרין, דף פ"ג ע"א
42	סנהדרין, דף פ"ו ע"ב
69	סנהדרין, דף ק"א ע"א
130	סנהדרין, דף ק"י ע"א
42, 91	מכות, דף ג' ע"ב
57, 95	מכות, דף ה' ע"ב
130	שבועות, דף י"ח ע"א
62, 160	עדויות, פרק א', משנה ה'
27	עדויות, פרק ז', משנה ט'
150	אבות, פרק ב', משנה ז'
69	הוריות, דף י"ג ע"ב
28	נבחים, דף קי"ב ע"ב
48	מנחות, דף ע"ו ע"ב
18	חולין, דף מ' ע"א
24	חולין, דף ע' ע"א
123	חולין, דף ק"ה ע"א
126	חולין, דף ק"ל ע"ב
64	חולין, דף קל"א ע"א
130	בכורות, דף כ"ח ע"ב
38	בכורות, דף מ"ט ע"ב — נ' ע"א
124	בכורות, דף נ' ע"א
27	בכורות, דף נ"א ע"ב
40	בכורות, דף נ"ד ע"א
2, 102	ערכין, דף כ"א ע"ב
71	ערכין, דף כ"ב ע"א
10	ערכין, דף כ"ד ע"א
41, 121	ערכין, דף כ"ח ע"ב
23	תמורה, דף ד' ע"ב
83	תמורה, דף ד' ע"ב — ו' ע"ב
28	תמורה, דף כ"א ע"א — ע"ב
29	כריתות, פרק א' משנה א'
114	מעילה, דף כ"א ע"א
4	כלים, פרק א'
68	כלים, פרק י"ז, משנה ט"ו
50	כלים, פרק כ"ז, משנה ב'

46	נדה, דף כ"א ע"א
46	נדה, דף כ"ג ע"א
51	נדה, דף כ"ו ע"ב
27, 51	נדה, דף מ"ד ע"ב
52	ירושלמי פאה, פרק א', הלכה א'
122, 123	ירושלמי שביעית, פרק י'
48	ירושלמי תרומות, פרק י', הלכה ז'
28	ירושלמי מעשר שני, פרק ד', הלכה ד'
5, 68	ירושלמי ראש השנה, פרק א'
111	ירושלמי מגילה, פרק ד'
4	ירושלמי מועד קטן, פרק ג'
26	ירושלמי יבמות, פרק ד', הלכה י"ב
14	ירושלמי בבא קמא, פרק א', הלכה ב'
128	ירושלמי בבא מציעא, פרק ו'

(ב) רמב"ם

44	שבת, פרק י"ז
9	שבת, פרק כ"ח
44	עירובין, פרק א', הלכות א', ד', ה'
9	עירובין, פרק ו', הלכות א' — ד', ז', ט'
3	יום טוב, פרק ו', הלכות א' — י"א
2	אישות, פרק ד', הלכה א'
35	אישות, פרק ו', הלכה ז'
64	אישות, פרק י', הלכה ח'
63	אישות, פרק י"א, הלכות ב', ד'
47	אישות, פרק ט"ו, הלכה כ"ג
29	גירושין, פרק ב', הלכה י"ז
2	גירושין, פרק ב', הלכה כ'
29	איסורי ביאה, פרק א', הלכה א'
6	איסורי ביאה, פרק י"ז, הלכה ח'
29	יבום וחליצה, פרק ו', הלכה ט'
64	נערה בתולה, פרק א', הלכה ד'
32	נדריים, פרק ה', הלכה א'
137	נדריים, פרק ז', הלכה י"ז
10	ערכין וחרמין, פרק א', הלכה י"
27, 64	מתנות עניים, פרק ו', הלכה ד'
27	תרומות, פרק ו', הלכה ג'
26	תרומות, פרק ו', הלכה ה'
27	מעשר שני ונטע רבעי, פרק א', הלכה א'
28	מעשר שני ונטע רבעי, פרק ב', הלכה א'
9, 28	מעשר שני ונטע רבעי, פרק ד', הלכה א'

האנכי בלתי סדוק העבדית בירושלמי
מכון להקדק המשפט העברי

28	מעשר שני ונטע רבעי, פרק ה', הלכות א', ז' י"א
41	שמיטה ויובל, פרק ט', הלכות א', ד', י"א
42	שמיטה ויובל, פרק ט', הלכה ט"ו
121	שמיטה ויובל, פרק ט', הלכות כ"ח, כ"ט
41	שמיטה ויובל, פרק י', הלכה ד'
9	קרבו פסח, פרק ב', הלכה א'
50	טומאת אוכלין, פרק ד', הלכה א'
68	כלים, פרק ב', הלכה א'
68	כלים, פרק ט"ז, הלכה ה'
68	כלים, פרק י"ח, הלכה א'
50	כלים, פרק כ"ב, הלכה א'
48	מקואות, פרק ד', הלכה א'
14	נזקי ממונ, פרק א', הלכה ח'
14	נזקי ממונ, פרק ו', הלכה ח'
14	נזקי ממונ, פרק י"ג, הלכות א', ב', ג'
46	נזקי ממונ, פרק י"ד, הלכה ב'
14	נזקי ממונ, פרק י"ד, הלכות ח', ט', י"א
120	גזילה ואבידה, פרק א', הלכה י"ג
132	גזילה ואבידה, פרק י"א, הלכה ז'
111	גזילה ואבידה, פרק י"א, הלכות י"ג, י"ז
110, 111, 132	רוצח ושמירת הנפש, פרק י"ג
121	מכירה, פרק ג', הלכה א'
75	מכירה, פרק ו', הלכות ז', ח', י"א, י"ד
2	מכירה, פרק י', הלכה א'
116	מכירה, פרק י"א, הלכה ח'
114	מכירה, פרק י"א, הלכה ט'
86	מכירה, פרק ל', הלכה ז'
137	זכיה ומתנה, פרק ג', הלכה י"ד
115	זכיה ומתנה, פרק ו', הלכה א'
119	זכיה ומתנה, פרק ח', הלכות א', ב'
118	זכיה ומתנה, פרק י"ב, הלכה ב'
119	זכיה ומתנה, פרק י"ב, הלכה ו'
132	שכנים, פרק י"ד, הלכה ה'
105	שכנים, פרק כ"ב, הלכה ה'
35	שלוחין ושותפין, פרק ג', הלכה א'
129	שכירות, פרק ג', הלכה ב'
39, 55, 84	מלוה ולוה, פרק ד', הלכה ב'
40, 84	מלוה ולוה, פרק ד', הלכה ו'
39	מלוה ולוה, פרק ה', הלכות ח', י"א
38	מלוה ולוה, פרק ה', הלכה ט"ו
39	מלוה ולוה, פרק ו', הלכה א'
39	מלוה ולוה, פרק ו', הלכות ב', ג', ז'

84	מלוה ולוה, פרק ו', הלכה ה'
39	מלוה ולוה, פרק ז', הלכה ה'
54	מלוה ולוה, פרק ז', הלכה ח'
39, 54, 55	מלוה ולוה, פרק ח', הלכה א'
91	מלוה ולוה, פרק י"ג, הלכה ה'
109	מלוה ולוה, פרק י"ג, הלכה ז'
107	מלוה ולוה, פרק י"ד, הלכות א', ד'
109	מלוה ולוה, פרק י"א, הלכה ה'
108	מלוה ולוה, פרק י"ד, הלכות י"ג, י"ד
101	מלוה ולוה, פרק י"ח, הלכה ב'
102	מלוה ולוה, פרק כ"ב, הלכות ו', ט'
103	מלוה ולוה, פרק כ"ב, הלכות י', י"א
103, 104, 105	מלוה ולוה, פרק כ"ב, הלכה ט"ז
121	מלוה ולוה, פרק כ"ה, הלכה ב'
119	נחלות, פרק ו', הלכות א', ב', ג', ה'
118	נחלות, פרק ו', הלכה ד'
120, 123, 133	נחלות, פרק ו', הלכה י"א
130	סנהדרין, פרק ו'
20	עדות, פרק ג', הלכות ו', ז'
62	ממרים, פרק ב', הלכה ב'
4	אבל, פרק א', הלכה א'

(ג) טור

54	יו"ד, סי' קס"ב
39	יו"ד, סי' קס"ג
138	חור"מ, סי' ס', סעי' י'
104	חור"מ, סי' ק"ג
109	חור"מ, סי' קע"ה, סעיפים ז', ח'
105	חור"מ, סי' קע"ה, סעיפים פ"ב, פ"ג
116	חור"מ, סי' ר"ז, סעיפים ו', ז'
132	חור"מ, סי' רנ"ט, סעי' י'
110	חור"מ, סי' רע"ב
131	חור"מ, סי' ש"ד, סעי' א'
129	חור"מ, סי' ש"ד, סעי' ג'

(ד) שולחן ערוך

125	או"ח, סי' של"ד, סעי' ט'
44	או"ח, סי' שס"ב, סעי' י"א
44	או"ח, סי' שס"ג, סעי' שפ"ו
9	או"ח, סי' שצ"ו, סעי' א'

9	אוי"ח, סי' שצ"ח
9	אוי"ח, סי' תצ"ח, סעי' א'
3	אוי"ח, סי' תקכ"ז
39, 55	י"ד, סי' ק"ס, סעיפים א', ד'
54, 84	י"ד, סי' קס"א, סעיפים א', י"א
39	י"ד, סי' קס"ג, סעי' ג'
54	י"ד, סי' קע"ג, סעי' א'
54	י"ד, סי' קע"ו, סעי' ו'
137	י"ד, סי' רכ"ב, סעי' א'
32	י"ד, סי' רכ"ד, סעי' א'
64	י"ד, סי' רצ"ד, סעי' ו'
64	י"ד, סי' ש"ה, סעי' א'
29	אה"ע, סי' ט"ו, סעי' כ"ו
2	אה"ע, סי' מ"ב, סעי' א'
64	אה"ע, סי' ט"ו
138	אה"ע, סי' פ"ה, סעי' י"א
29	אה"ע, סי' קכ"א
2	אה"ע, סי' קל"ד, סעי' א'
113	אה"ע, סי' קמ"ט, סעי' א'
29	אה"ע, סי' קע"ג, סעי' א'
114	אה"ע, סי' ר"ז, סעי' ד'
115	אה"ע, סי' רמ"ו, סעי' א'
132	חוי"מ, סי' י"ב, סעי' ב'
130	חוי"מ, סי' כ"ה
138	חוי"מ, סי' ס', סעי' ו'
75	חוי"מ, סי' ס"ו
41	חוי"מ, סי' ס"ו, סעי' י"ד
91	חוי"מ, סי' ע"ג, סעי' א'
48	חוי"מ, סי' ק"א, סעי' א'
104	חוי"מ, סי' ק"ג, סעי' ט'
105	חוי"מ, סי' ק"ג, סעי' י'
101	חוי"מ, סי' קי"ג, סעי' א'
35	חוי"מ, סי' קכ"ב, סעי' ד'
121	חוי"מ, סי' קכ"ט, סעי' ב'
105, 109	חוי"מ, סי' קע"ה, סעי' ו'
106	חוי"מ, סי' קע"ה, סעי' כ"א
107, 108	חוי"מ, סי' קע"ה, סעיפים כ"ג, מ"ז
109	חוי"מ, סי' קצ"ז, סעי' ד'
87	חוי"מ, סי' רצ"ה, סעי' י"א
2	חוי"מ, סי' רצ"ו, סעי' א'
116	חוי"מ, סי' רצ"ו, סעי' ג'
11	חוי"מ, סי' רמ"ח, סעי' ד'

119	חוי"מ, סי' ר"ג, סעי' א'
132	חוי"מ, סי' רנ"ט, סעי' ה'
110	חוי"מ, סי' רע"ב
118	חוי"מ, סי' רפ"א, סעי' ה'
119	חוי"מ, סי' רפ"א, סעי' ז'
133	חוי"מ, סי' רפ"ב, סעי' א'
111	חוי"מ, סי' רפ"ג, סעיפים א', ג'
129	חוי"מ, סי' ש"ד, סעי' ב'
14	חוי"מ, סי' שפ"ט
14	חוי"מ, סי' ת"י, סעי' כ"א
46	חוי"מ, סי' תי"ח, סעי' ג'
14	חוי"מ, סי' תי"ח, סעיפים י"ג, י"ד, ט"ו

(ה) נושאי כליהם של הרמב"ם,

הטור והשולחן ערוך

39	באר הגולה, שו"ע י"ד, סי' קס"ג, ס"ק ו'
105	ביאור הגר"א, חוי"מ, סי' נ"ג, ס"ק קכ"ז
109	ביאור הגר"א, חוי"מ, סי' קע"ה, ס"ק י"ח
39	בית יוסף, טור י"ד, סי' קס"ג
132	בית יוסף, טור חוי"מ, סי' י"ב, ס"ק ה'
104	בית יוסף, טור חוי"מ, סי' ק"ג, ס"ק כ"ב
132	הגהות מימוניות, רמב"ם, גזילה ואבירה, פרק י"א
64	חלקת מחוקק, אה"ע, סי' ס"ו, ס"ק כ"ב
23 — 24, 87	ט"ו, חוי"מ, סי' ר"ח
99	כסף משנה, רמב"ם, מלוה ולוה, פרק כ"ב, הלכה י"ז
21	כסף משנה, רמב"ם, עדות, פרק י"ב הלכה ב'
62	כסף משנה, רמב"ם, ממרים, פרק ב', הלכה ב'
83	לחם משנה רמב"ם, בכורות, פרק ו', הלכה ח'
62	לחם משנה, רמב"ם, ממרים, פרק ב', הלכה ב'
9	מגיד משנה, רמב"ם, שבת, פרק כ"ח, הלכה א'
75	מגיד משנה, רמב"ם, מכירה, פרק ו', הלכה ז'
9	מגיד משנה, רמב"ם, שבת, פרק כ"ח, הלכה א'
104	מגיד משנה, רמב"ם, מלוה ולוה, פרק כ"ב, הלכה ט"ו
83	משנה למלך, רמב"ם, גירושין, פרק ג', הלכה י"ט
87	סמ"ע, חוי"מ, סי' ר"ח, סעי' א', ס"ק ג'
106	סמ"ע, חוי"מ, סי' קע"ה, ס"ק ז'
131	סמ"ע, חוי"מ, סי' ש"ד, סעי' א', ס"ק א'
24	קצות החושן, חוי"מ, סי' ק"ה, ס"ק א'
24	קצות החושן, חוי"מ, סי' קפ"ב, ס"ק ב'
104	ש"ד, חוי"מ, סי' ק"ג, ס"ק י"א
23, 87	ש"ד, חוי"מ, סי' ר"ח, סעי' א'

(ו) שאלות ותשובות וספרים אחרים

83, 138	תשובות הרא"ש
115, 116, 138	הרא"ש על כתובות
85, 108, 127	הרא"ש על בבא מציעא
41	הרא"ש על עבודה זרה
11	הגהות הב"ח
4	בראשית רבה
53, 55	שו"ת דרכי נועם
54	שו"ת ויאמר יצחק
53, 110, 111	החינוך
54	שו"ת חקרי לב
54	שו"ת חתם סופר
115	תוס' ר"י הזקן
6, 116	חידושי הריטב"א
116	הרי"ף על כתובות
54, 109, 127	הרי"ף על בבא מציעא
157	כנסת הגדולה
41, 108	שו"ת הרלב"ח
4, 33	מדרש תנחומא
61	מורה נבוכים
110	מגן המצוות להרמב"ם
111	מכילתא דר' ישמעאל
24	שו"ת מהר"ם אלשיך
83	מרכי שבועות
83	שו"ת נודע ביהודה, תניינא
44	נחלת שבעה
111	ספרא דבי רב
24	שו"ת ר' עקיבא איגר
24	שו"ת פנים מאירות
11	שו"ת הרשב"א המיוחסות להרמב"ן
36	הרשב"א על שבועות
107	שו"ת הרשב"א
54	שו"ת שבות יעקב
24, 54, 86, 103, 105, 106, 107, 113, 129	שיטה מקובצת על בבא מציעא
103	שיטה מקובצת על בבא בתרא
54, 107, 138	שו"ת הרשד"ם
33	ילקוט שמעוני

ב. ספרות משפטית

(א) עברית

97	אוצר לשון חכמים
74	אורבך, א. א., בעלי התוספות
13, 16, 17, 40	אלבק, ח., מבוא למשנה
48, 125	אלבק, ח., ששה סדרי משנה
73	אלון, מ., כפיית חייב לגביית חוב
13	אפשטיין, י"ג, מבואות לספרות התנאים
16, 18	אפשטיין, י"ג, מבוא לנוסח המשנה
42	בארון, ש., היסטוריה חברותית של עם ישראל
16	בריל, י., מבוא המשנה
11	גולאק, א., יסודי המשפט העברי
74, 100	גולאק, א., תולדות המשפט בישראל
16	גרץ, צ., דברי ימי ישראל
13, 17, 42	ווייס, א. ה., דור דור ודורשיו
7	זילברג, מ., המעמד האישי בישראל
153	זילברג, מ., לשאלת עריכת קודכס עברי
67, 153	זילברג, מ., המשפט במדינה העברית
159	זילברג, מ., תחיית המשפט העברי, כמשפט המדינה בישראל — כיצד ?
153	זילברג, מ., לשון — זו סגנון
43	כהנא, י. ז., שמיטת כספים
12, 27	ליברמן, ש., תשלום תוספחה
113, 130	מרגליות, מ., אנציקלופדיה לחכמי התלמוד והגאונים
129	סדר הדורות
13, 16, 18, 61	פראנקל, ז., דרכי המשנה
65	פריימן, א. ח., התקנות החדשות של הרבנות הראשית לא"י
42	קלוזנר, י., היסטוריה ישראלית
32	קליין, ש., ספר הישוב
17, 19	קרוכמל, נ., מורה נבוכי הזמן
42	שרשבסקי, ב., דיני משפחה

(ב) לועזית

Allen, Law in the Making	149
Argentine Constitucion de la Nacion	57
Bohm, Causality and Chance in Modern Physics	51
Buckland. Manuel of Roman Law	35
Brasillian Penal Code, 1940	57
Buergerliches Gesetzbuch	111

Turkish Penal Code, 1926	57
Warhaftig, Specific Performance in Hebrew Law, Scripta Hierosolymitana, vol. 5, Studies in Law	138
Yugoslav Penal Code, 1951	57

ג. פסקי דין

(א) ישראל לייים וארצישראל לייים

158	ה' פסקים עליון 356
158	אגושביץ נ. פוטרמן, ע"א 47/48, ה' פסקי דין 4 ;
158	ג' פסקים עליון 339
158	אנגלמאיר נ. לינדרמן, ע"א 90/51, ו' פסקי דין 426 ;
57, 142, 143, 152, 158	אש"ד נ. היועץ המשפטי, ע"א 53/54, ח' פסקי דין 785 ;
147	ט"ז פסקים עליון 100
24, 87, 158	בלו נ. המוציאים לפועל של צוואת ליטווינסקי, ד"נ 23/60 ;
147	ט"ו פסקי דין 71
145, 146	ג'יקובס נ. קרטו, ע"א 110/53, ט' פסקי דין 1401 ;
158	ב' פסקים עליון 192
158	גרוסמן נ. רוט, ע"א 70/52, ו' פסקי דין 1242 ;
158	ה' פסקים עליון 563
158	דגי דואר נ. מנהל הארנונה, ע"א 20/60, י"ד פסקי דין 1933
158	דויק נ. היועץ המשפטי, ע"פ 10/50, ה' פסקי דין 81
158	דויק נ. לאלו, ע"א 99/49, ה' פסקי דין 625 ;
158	ד' פסקים עליון 286
158	היועץ המשפטי נ. פלוני ואלמוגי, ע"פ 222/60, י"ד פסקי דין 2511 ;
158	הקר נ. ברש ("אריזונה"), ע"א 208/51, ח' פסקי דין 566 ;
158	ט"ז פסקים עליון 415
158	הרב סולימן עבודי נ. שר הדתות, בג"ץ 205+210/60 ;
158	י"ד פסקי דין 2020
158	הרב סולימן עבודי נ. שר הדתות, ד"נ 21/60, י"ד פסקי דין 2045 ;
111	וינשטיין נ. קדימה, המ' 106/54, ח' פסקי דין 1317 ;
145	ט"ז פסקים עליון 329
158	ולפוביץ נ. פישר, ע"א 286/55, י"א פסקי דין 379 ;
158	כ"ז פסקים עליון 387
5	ולפסון נ. ספינס, ע"א 25/50, ה' פסקי דין 265 ; ד' פסקים עליון 26
140	ון מירופ נ. מנהל אגף השיכון, בג"ץ 194/56, י"א פסקי דין 659
139	חברת לונדון לקידום הנצרות נ. אור, ע"א 29/47, 14 פל"ר 218
	חסן חמד נ. ברלסינה, ע"ק 1/36, 3 פל"ר 178

Code Pénal Belge, 1867	57
Code Pénal Français, 1810	57
Corpus Juris Canonici, 1917	57
Danish Penal Code, 1930	57
Dicey, Law of the Constitution	5
Duff, Personality in Roman Private Law	10
English & Empire Digest	76
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Buergerlichen Rechts	73
German Law of the 28.6.1935	57
German Penal Code, 1871	57
Glaser, Nullum Crimen Sine Lege, Journal of Com- parative Legislation and International Law, 3rd Series, vol. 24	56, 57, 58
Grodecki, in Pari Delicto prior est Conditio Defendentis, L.Q.R. vol. 71	82
Hall, Jerome, Nulla Poena Sine Lege, Yale Law Journal, vol. 47	56, 57, 58
Halsbury — Hailsham, Laws of England	136
Hamson, Illegal Contracts and Limited Interests, Cambridge Law Journal, vol. 10	80
Hanbury, Modern Equity	134, 135, 136
Holdsworth, History of English Law	134, 135, 136
Holmes, The Common Law	150
Joers-Kunkel-Wenger, Roemisches Recht	37, 73
Jolowicz, Historical Introduction to Roman Law	37
Kaser, das Roemische Privatrecht	37
Kaunitz, History of Philosophy	150
Kerly, History of Equity	134, 135, 136
Lenzen, Causality in Natural Science	51
Lindley, on Partnership	76
Mann, Legal Aspect of Money	54
Margenau, Nature of Physical Reality	51
Metzger-Schoenke-Jeschek, das Auslaendische Strafrecht der Gegenwart	57
Mommsen, Roemische Staatsrecht	10
Nussbaum, Money in the Law	54
Rabbi Herzog, Main Institutions of Jewish Law	73-74
Salmond-Williams, Law of Contracts	80
Snell, Principles of Equity	134
Sohm, Institutions of Roman Law	10, 37
Soviet Penal Code, 1926	57

כך דרכו של תלמוד

158	ריחני נ. צדקי, ע"א 335/59, ט"ו פסקי דין 159	
	רפורטוט נ. ראש עיריית נתניה, בג"ץ 59/52, ו' פסקי דין 492;	
158	ו' פסקים עליון 416	
5	רשות הפתוח נ. היועץ המשפטי, ע"פ 134/58, י"ג פסקי דין 722	

(ב) אנגליים

Alexander v. Rayson (1936), 1 K. B. 169	80
Austen v. Graven (1812), 128 E. R. 483	7
Ayerst v. Jenkins (1873), 29 L. T. 126	77
Bigos v. Boustead (1951), 1 All E. R. 92	81
Billingham v. Hughes (1949), 1 All E. R. 84	145
Blyth v. Birmingham Waterworks C. (1856), 156 E.R. 1047	55
Bowmaker v. Barnet (1944), 2 All E. R. 579	80
British Transport Comm. v. Gourley (1955), 3 All E.R. 796	147
Bradford Corp. v. Ferrand (1902), 2 Ch. 655	99
Bullock v. Bullock (1886), 55 L.T. 703	55
Cavendish v. Middleton (1628), 79 E. R. 725	150
Crapp v. East Sonnehous Local Board (1889), 5 T.L.R. 501	150
Cundell v. Dawson (1847), 136 E. R. 552	77
Davis v. Morgan (1825), 107 E. R. 962	150
Dive v. Roebuck (1909), 1 Ch. 328	55
Dolphin v. Robins (1859), 11 E. R. 156	62
Everet v. Williams (1725)	76
Forster v. Taylor (1834), 110 E. R. 1019	77
Gabarron v. Kreeft (1875), 33 L. T. 365	7
Great Northern Ry. Co. v. Swaffield (1874), 30 L.T. 562	150
Gremaire v. Le Clerc Valon (1809), 170 E. R. 1110	78
H. v. H. (1953), 2 All E.R. 1233	30
Hobbs. v. L. & S. W. Ry. Co. (1875), 32 L.T. 352 56, 150-151	
Holman v. Johnson, (1775), 98 E. R. 1120	81
Jebara v. Ottoman Bank (1927), 2 K. B. 254	150
Johnson v. Hudson (1809), 103 E. R. 973	77
Jordan v. Limmer & Trinidad Co. (1946), 1 K.B. 356	145
Liverpool Borough Bank v. Turner (1860), 129 E.R. 172	77
Law v. Hudgson (1809), 170 E. R. 1111	78
Martens v. Martens (1952), 3 S. Afr. L. R. 771	30

מ. זילברג

	טנבוים נ' נחום, ע"א 94/56, י' פסקי דין 1602;	
145	כ"ה פסקים עליון 334	
158	טריביש נ. היועץ המשפטי, ע"פ 141/59, י"ג פסקי דין 1793	
	יעקובוביץ נ. היועץ המשפטי, ע"פ 125/50, ו' פסקי דין 514;	
141	ו' פסקים עליון 439	
	כהן-בוסליק נ. היועץ המשפטי, ע"א 238/53, ח' פסקי דין 4;	
31	י"ד פסקים עליון 278	
	כוכבי נ. בקר, ע"א 81/55, י"א פסקי דין 225;	
143, 144, 148, 149	כ"ז פסקים עליון 258	
139	כורי נ. סלווסקי, ע"א 132/38, 5 פל"ר 378	
158	לובין נ. עיריית ת"א, בג"ץ 163/57, י"ב פסקי דין 1042	
76	ליבמן נ. ליפשיץ, ע"א 87/50, ו' פסקי דין 57; ו' פסקים עליון 297	
	מלכה נ. היועץ המשפטי, ע"פ 47/56, י' פסקי דין 1543;	
151, 158	כ"ה פסקים עליון 296	
158	מנהל מס עובון נ' עובון סוציאנו, ע"א 376/60, י"ד פסקי דין 2475	
	משצ'נסקי נ. מיכאליץ, ע"א 64/50, ז' פסקי דין 324;	
158	י"ב פסקים עליון 352	
158	סהר נ. היועץ המשפטי, ע"פ 20/61, ט"ו פסקי דין 561	
	סולימן נ. היועץ המשפטי, ע"פ 106/53, ז' פסקי דין 824;	
158	י"ג פסקים עליון 349	
158	עיריית ת"א נ. לובין, ד"ג 13/58, י"ג פסקי דין 118	
	עמל נ. שינדלר, ע"א 130/50, ו' פסקי דין 710;	
114, 158	ט' פסקים עליון 163	
139	פארוקי נ. איוב, ע"מ 1/35, 2 פל"ר 390	
158	פרווה נ. פרידמן, ע"א 260/57, י"ד פסקי דין 427	
	פינגולד נ. האפוטרופוס הכללי, ע"א 55/49, ה' פסקי דין 1180;	
140	ט' פסקים עליון 73	
158	פינקלשטיין נ. פרושטייר, ע"א 459/59, י"ד פסקי דין 2327	
158	פלוגיני נ. אלמוגי, ע"א 407/60, ט"ו פסקי דין 212	
	"פלס" בע"מ נ. משרד התחבורה, ע"א 28/52, ט' פסקי דין 436;	
140	י"ח פסקים עליון 304	
	פסחוביץ נ. יו"ר וחברי מועצת בת ים, בג"ץ 172/52,	
158	ו' פסקי דין 934; י"א פסקים עליון 318	
56	פרל נ. זלצמן, ע"א 406/46, א' פסקים 358	
158	קיצים נ. שפושניק, ע"א 551/59, י"ד פסקי דין 1380	
158	קליינר נ. מנהל מס עובון, ע"א 263/60, י"ד פסקי דין 2521	
	ראם נ. שר האוצר, בג"ץ 287/51, ח' פסקי דין 494;	
147	ט"ז פסקים עליון 303	
	רוזנבאום נ. זגר, ע"א 248/53, ט' פסקי דין 533;	
54, 158	י"ח פסקים עליון 407	
	רוטנשטרייך נ. היועץ המשפטי, ע"פ 35/52, ז' פסקי דין 58;	
158	י"ב פסקים עליון 158	

התקנת פסקי דין

re Mahmud & Ispahani (1921), 2 K. B. 716	77
Metropolitan Ry. Co. v. Jackson (1877), 37 L.T. 679	150
Moses v. Mcferlan (1760), 97 E. R. 676	99
Nicholson v. Chapman (1793), 126 E. R. 563	150
Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts & Engineering Co. Ltd. (1961), 1 All E.R. 404	151
Pearce v. Brooks (1866), 14 L. T. 288	77
re Polemis v. Furness, Withy & Co. (1921), 3 K. B. 560	151
Pragr v. Blatspiel (1924), 1 K. B. 566	150, 151
R. v. Newland (1954), 37 Cr. App. R. 154	142
Ridley v. Blacket (1795), 170 E. R. 195	150
Sharp v. Powell (1872), 26 L. T. 436	56
Shaw v. Director of Public Prosecutions, (1961), 2 W. L. R. 911	77
Sims & Co. v. Midland Ry. Co. (1913), 1 K.B. 103	150
Smith v. L. & S. W. Ry. Co. (1870), 23 L. T. 678	151
Smith v. Mowhood (1845), 153 E. R. 552	77
Snook v. Grand Junction Waterworks Co. Ltd. (1886), 2 T.L.R. 308	55
Springer v. Great Western Ry. Co. (1921), 1 K.B. 257	150
Stuart v. Stuart (1897), 77 L. T. 128	55
Taylor v. Chester (1869), 21 L. T. 359	80
Thorpe v. Thorpe (1701), 92 E. R. 980	150
Upfill v. Wright (1911), 1 K. B. 506	77
U. S. v. Rubinstein (1945), 151 Fed. R., 2nd Series 915	30
Warrender v. Warrender (1835), 6 E. R. 1239	62
Whetherell v. Jones (1832), 110 E. R. 82	77
Wyatt v. Great Western Ry. Co. (1865), 122 E.R. 1356	56
Yelverton v. Yelverton (1859), 164 E. R. 866	62

The liberal attitude of Jewish Law toward
Illegal Contracts.

Does not refute, but in fact upholds the
religio-moral contents of Jewish Law.

Jewish Law: Essence, Purpose and Methods
of Enforcement.

The influence of all this on the ideology,
style and mode of the provision of Jewish
Law.

Legal Formalism.

Rabbi Jeremia's attack on it by reductio
ad absurdum, and his "expulsion from
the Beth Midrash".

Advantage and disadvantage of Form-
alism.

Comparison with the Formalism of Cri-
minal Law.

CHAPTER SEVEN: Law and Equity 97— 138

Transcendental and Pragmatic Equity.

Equity and Morals.

The three kinds of Equity ("Yosher") in
Jewish Law.

Similarity and differences between them,
The historical development of English
Equity.

Trust, Specific Performanc, Guardian-
ship.

The majority of English Equity-Institutes
being in Jewish Law not Institutes of
Yosher, but Institutes of Din (Law
proper).

CHAPTER EIGHT: At the Crossroads . . . 139 — 161

The "import-channel" of Art. 46 of the
Order in Council.

[VI]

Common Law and Equity.

English Judgements as binding on Israeli
Courts.

Judgements given after the Establish-
ment of the State and Judgements given
prior to the Establishment of the State.

The attitude of the Supreme Court of
Israel.

The Yaakubovits Case, Eshed Case and
Kochavi Case.

Analysis of the said Cases.

Conclusion arrived at by the Supreme
Court.

Forecast of the future development of Is-
rael Law in the light of said conclusion.

It will be in spirit not Israeli, not Eng-
lish, but a mixed and compound Israeli-
English system of law.

The alternative to this: Creation of an
Israeli independent Code, based on maojr
principles of Jewish Law.

Outline for the method of compiling such
Code.

The urgency of this problem and the need
for solving it in our generation.

[VII]

Grotesque, unreal examples in the Talmud.

Their purpose: to expound precisely the legal principle, by eliminating all accidents which, usually, accompany the natural event.

CHAPTER THREE: Evasion ("Haarama") . . . 26 — 44

The classical meaning of the term Haarama is: evading the law by means of the law itself.

The marriage of three hundred women by Rabbi Tarfon, in order to feed them Truma.

Evasions Concerning the Second Tithe.

Dying husband's brother marrying the wife's sister, in order to free his sister-in-law from the burden of Halitza.

Norm and purpose.

The Haarama is exploiting the interval between them.

Successful and unsuccessful Haarama.

The test for it.

The gift of Beth Horon.

Evader evaded.

"Urhta".

Transfer of the res litis to agent, in order to clothe him with active legitimation.

"Bad transfer", or limited ownership.

Comparison with the Roman Fiducia.

Institutional Haaramoth.

Haarama as basis for the introduction of new Rules and Regulations.

Pruzbul.

Hether Iska.

[IV]

CHAPTER FOUR: Standards and Measures . . . 45 — 59

Predilection of Jewish Law for concrete, exact standards.

Return of lost article.

Renunciation of Ketuba.

Immersion of the unclean.

Standards derived from "statistical" laws.

Main reason: Abstract standards do not enable the Citizen to know where is the demarcation line between Allowed and Forbidden.

Parallel with a corresponding principle of the modern criminal law.

CHAPTER FIVE: Rule and Reason . . . 60 — 65

The Reason is not the "lord" of the rule, and does not necessarily govern its existence.

"Why have not been disclosed the reason of the Tora".

The result: Discrepancy between Rule and Reason.

"Internal" and "external" gap.

The Ketuba, its aim and purpose.

Ketuba-sum not raised even after it ceased to serve its purpose.

The Regulations of the Chief Rabbinate of Israel.

CHAPTER SIX: Law and Morals . . . 66 — 96

The difference between legal and moral commands.

"The repayment of a debt is a Mitzva".

Creditor's right as the "reverse" of Debtor's moral duty.

[V]

TABLE OF CONTENTS

CHAPTER ONE: Legal Character 1 — 12

The legal character of the whole Halacha.

Halacha in Aggada.

The Lord as litigant.

Was not there a legal defect at the Revelation on Mount Sinai?

Application of the Rules of Tora to the act of giving the Tora.

Lawgiver subject to the rules of His Law.

The "real" concept of the prohibition.

No prohibition falls on another: for lack of vacant space.

Equal legal categories in both the secular and religious sectors of the Halacha.

The Divinity as property-owner.

CHAPTER TWO: Casuistic Form 13 — 25

The early Mishna and its abstract formulation.

Restrictive interpretation by later Mishnoth and Braitoth.

The Talmud.

Is not a Code.

Scribes, Tanaim and Amoraim.

The former interpreted the Tora, the latter interpreted the Mishna.

Restrictive interpretation by way of "Ukimta".

PROF. M. SILBERG
Justice of the Supreme Court of Israel

PRINCIPIA TALMUDICA

Faculty of Law of the Hebrew University
Legal Studies No. 8

published by "Mif'al Hashichpul"
The Hebrew University Students' Press
Jerusalem, 1984