



## יחסי התקפות בין מוסר, הגיון ומשפט/ד. ברקוביץ

### יחסי התקפות בתורת ישראל

**מוסר-בתורת ישראל, המוסר מחולק לשני נשאים:**

א. הלכות מוסר-הכוללות את כל ההלכות, השייכות לתחושות, רגשות, מדות ותכונות האדם. הן אינן שפיטות מבחינה טכנית בבית הדין, שהרי "אין לדיין אלא מה שעניו רואות". ואין אדם יכול להוכיח ע"פ הוכחות או הגיון בלשהו מה שבליבו של הזולת. לכן תחום השיפוט, נתן בהלכות אלו רק בן ארם לאלוקיו, מבחינת המישור של שכר ועונש.

ב. תורת המוסר-עוסקת גם בתחום התחושות, רגשות, מדות ותכונות האדם, ומחולקת לשני חלקים:

1. תחום ההגדרה -מה נקרא טוב/חיובי ומה נקרא רע/שלילי. בתחומים אלו, בדוגמה, קנאה היא מדה מסוימת בליבו של האדם.

קנאה תהיה טובה/חיובית במקרה של "קנאת סופרים תרבה חכמה", היינו, קנאה בחכמתו של הזולת ורצון להגיע לחכמתו של הזולת. קנאה רעה/שלילית -שאר סוגי הקנאה.

2. תחום העבודה העצמית-כיצד לשעבד ובסופו של דבר להפוך את הרע/שלילי בתחום התחושות, רגשות, מרות ותכונות האדם לטוב/חיובי.

עבודה זו אמורה ללוות את האדם כל חייו. הרע/שלילי הזה הוא למעשה יצר הרע, המושך את האדם לכוונו, בצורה מתחכמת ביותר וממש לחם בו. יצר הטוב נכנס באדם רק עם קבלת עול מצוות בגיל 13 ובאשה בגיל 12, כאשר עד אז היה יצר הרע שליט יחיד בנפשו של האדם. גם כאשר נכנס כבר יצר הטוב לנפשו של האדם, הוא בשלב ראשון הרי רק אורח, ולאט לאט הוא הולך ומתחזק, אך יש לו בכיז את הפיגור של 13 שנה ובאשה של 12 שנה. וכן היצר הרע כשנכנס, לא היה מי שהתנגד לו ולכן יכל להתבסס בצורה נחה וברורה בנפשו של האדם ואילו כאשר נכנס יצר הטוב כבר התייצב מולו המלך, שהיה עד עתה יחיד בנפשו של האדם-יצר הרע-שגם "התרכב" בצורה "אורגנית" ו"בימית" בנפשו של האדם, בתקופה הקריטית ביותר בהתפתחותו של האדם שאו בעיקר נקבעת אישיותו, כמו זרע של עץ [שהרי "האדם עץ השדה"] ששיניים גנטיים שעורכים ברע יש להם השלכות קריטיות לצורת העץ ותכונותיו.

ומה יעשה האדם? לכך נתנה לו בחירה חופשית, להאבק נגד יצר הרע-"מלחמת היצר". אך על פי התאור שלעיל, זה מאבק קשה ביותר. לכן אמרו חז"ל, שתקוותו של האדם היא יצר-ו, לולא הקב"ה עתרו, אין יכול לוי. עם סיוע אלוקי, עושה האדם חיל ועולה מדרגה לדרגה ותמיר יש גם נפילות, בי בכל זאת מה שקובע בעיקר, היא בחירתו החופשית. בכל דרגה אליה מגיע האדם בשבירת המדות והתכונות הרעות, רק אז הוא יכול להגיע לעיקר יעודו-יראת אלוקים ואהבתו. מכאן הוא מגיע ליכולת ההכרה באלוקים ואח"כ ליכולת ההודאה לאלוקים, אשר היא תפקידו של האדם בעולמו (רמב"ן). עבודה עצמית זו נמשלת ע"י חז"ל למפתחות של האולם החיצוני, ומי שאין לו את מפתחות האולם החיצוני, שהם העבודה העצמית והמוסרית, להגיע ליראת אלוקים ואהבתו, לא יעילו לו מפתחות האולם הפנימי, שהם קיום המצוות ולימודן. כיוון שכאשר האדם אינו שובר את מידותיו הרעות הוא שבוי ביד יצרו האפל וממילא דותם את כל עשיית המצוות להשבעת יצרו הרע/שלילי.

**הגיון-היוונים**, כיוון שלא ידעו או לא התייחסו לידע שהגיע לאדם ע"י התגלות אלוקית, הסתמכו רק על ידע אנטי. ולכן חילקו את ההגיון לארבעה חלקים. אריסטו הגדירם: אמת בעצם ואמת שבמקרה, שקר בעצם ושקר שבמקרה (הרמב"ם המזהר"ל מפרג נקטים בהגדרות אלו). אפלטון מגדיר אמת מחייבת ואמת אפשרית שקר מחייב ושקר אפשרי. אלו הם למעשה האפיסטולטים הבסיסיים של הלוגיקה. (רבי חסדאי אבן קרשק בספרו "אור ה" החזו"א בספר "אגרות החזו"א" נקטים בניסוח זה. לא תמיד ניסוחו של אריסטו ו/או אפלטון מתאימים להגדרה נכונה של המציאות הלוגית, ולכן ניתן להשתמש בשני הניסוחים).

ע"פ תורת ישראל, התורה ומצוותיה יש להם תקפות לוגית והם אמת בעצם/מחייבת היות שמקורה הוא החכמה האינסופית של האלקים. וממילא היחס בין המוסר והתורה בכלל ובין ההגיון הם טריוויאליים, מבחינת התקפות הלוגית שלהם, היינו, אמת מוחלטת.

**משפט-משפט** משמעו, מערכת הדנה והשופטת בסכסוכים אישיים וציבוריים, אך גם מחוקקת חוקים ומתקנת תקנות, הנדרשות מפני צורך השעה במישור האישי והציבורי. פעילותה של מערכת זו, יש לה תקפות לוגית. כל זמן שמסמכותה לדון ע"פ התורה היא פוסקת ע"פ כללי הפסיקה, במידה ופסיקי הלכה נפסקו בטעות. ישנן הלכות מוגדרות כיצד לנהוג במקרים אלו, עיקרן של הלכות אלו מופיע ב"תלמוד הבבלי" במסכת הוריות. במדה שהמערכת המשפטית אין מסמכותה לפעול ע"פ התורה והיא דנה ופוסקת תוך התעלמות מדיני התורה, אין לפסיקותיה כל תקפות לוגית, וההתייחסות אליה כאל שקר בעצם, היינו, שקר מחולט. מבחינה מעשית ישנן הלכות שונות כיצד להתייחס למערכת שכופה פסיקות אלו לגבי היחיד הכלל ישנן פסיקות שיש לבצען וישנן פסיקות שאין לכצען בכל מחיר אפילו "יהרג וכל יעבור". כמובן שישנם

מקרים רבים שקיימת חפיפה ו/או קונטינגנטיות מבחינה מעשית, בין הפסיקה ההלכתית לבין הפסיקה שאינה הלכתית.

ישנו יסוד אחר שעובר כחוט השני בכל חוקי המשפט היהודי הרנים בסכסוכים או אי הסכמה, בין ארם לחברו. יסוד זה אומר, שהאדם יש לו בעלות מוחלטת על מה ששייך לו. ולכן בכל מקרה של סכסוך על הפרת חוזה, הנתען ע"י אחד הצדדים, כל המאמץ המשפטי מופנה לברר מה היה בליבם של שני הצדדים, בקשר להעברת הבעלות בשעת ההסכם. על פי יסוד זה מובן, שאין כל קשר בין הלכות המשפט לבין מערכת הלכתית אחרת, אפילו לא להלכות מוסר. לדוגמא, אדם עני ועשיר באו לדיון בפני בית הדין ונפסק שטובם הכסף, שהיה שנוי במחלוקת שייך לעשיר, אין הדין משתנה, אפילו אם כתוצאה מפסק הדין, יצטרך בעת העני לחזור על הפתחים. בחברה המושתתת על ארני ההלכה ועל תכונותיהם של היהודים "ביישנים רחמנים גומלי חסדים", יש להניח שימצאו המוסדות המתאימים שיוכלו לטפל באותו עני בצורה מכובדת. על הקמת מוסדות אלו מופקד בית הדין, אולם אין לכך כל קשר לשנוי כלשהו בפסק הדין.

הקדמנו לברר את הנושאים של מוסר הגיון ומשפט ויחסי התקפות שביניהם בתורת ישראל, משתי סיבות א. משום שהעם, התרבות והחברה הישראלים הם היחידים שבהם יחסי תקפות אלו הם בהירים ברורים ומוגדרים. בשאר העמים והתרבויות יחסי תקפות אלו הם מאוד לא ברורים ושנויים במחלוקת ולעיתים מזומנות קיימת סתירה פנימית ביניהם. ב. העם היהודי הוא זה שהביא את כשרות המוסר לעולם, כך שמכחינה כרונולוגית הוא הראשון שהשתמש בה. כל ניסיון להראות שגם לפני העם היהודי היה מושג כזה בתרבויות אחרות נובע או מהסתכלות פוסט-היסטורית מגמתית או שמדובר ביחידים או בחברה שטיפל כהם אברהם אבינו, אבי העם היהודי וגיירם, כפי שמופיעים במקורות המרשיים ובתלמוד [ב"כ (טז); (צא)].

### יחסי התקפות בשאר התרבויות העמים באירופה

#### יחסי התקפות בפילוסופיה היוונית ובחברה ההלניסטית

בתקופה האלילית כיוון, לא רק שמוסר לא היה, אלא אף צדק לא היה קיים כנורמה מחייבת. גם המושג של טוב ורע לא שימש כנורמה חברתית. חוקי החברה אופיינו ע"י אינטרסים של יופי, חחק גופני ועריצות השליטים. בין אינספור האלילים ביוון היתה גם אלת הצדק, אך סגדו לה בעיקר המעמדות הנשלטים. הם אמצו אלה זו, במקרי עריצות קשים.

הדברים מבוטאים בצורה יפה ב"אנטיגונה" לסופוקלס. אנטיגונה קברה את אחיה המת בניגוד לאיסור שהוכרז ובכך הפרה את החוק. הדיאלוג הבא מופיע במערכה השנייה:

קריאון (לאנטיגונה) כעת אמר לי בקצרה, בשתי מלים

האם נדע לך האיסור אשר הוכרז?

אנטיגונה: מודה אני ולא בחשתי מעשי

אמנם ידעתי-גלוי היה לכל.

קריאון: ואת למרות הכל, העזת לבח לחוק?

אנטיגונה: לא זום האל השמיע את הברח הלז,

ולא הציבה חוק כזה לבני אדם

אלת הצדק הודיה בצל-שאל.

ולא חשבתי כי כרוזן יפה כחו

ללחוץ בעז על זרוע אשת לעבור

על חוק אלה לא כתוב, אבל יציב.

כי לא אתמול נולד-חיינו חיי עולם,

ולא נדע מאימתי יוסד לער.

אותו לא איבד מאימת-גאות אדם

כי פי אלים ידרוש פשעי ביום משפט.

גם בתקופת הפילוסופיה היוונית אין הלכות מוסר, אך במקרה אחד לפחות מופיעה תורת המוסר. הכוונה ל"ספר המדות" של אריסטו, אשר יש בו רמיון רב ברמה הפרמטרית, למה שמופיע בתורת ישראל שבכתב וגם לתורה שבע"פ. אך אריסטו, נראה שאינו מייצג בצורה רחבה את תקופת הפילוסופיה היוונית בנושא המוסר. מפתיע, למשל, למצוא את ה"אורגאנון" של אריסטו, מחולק לשלושה עשר חלקים, המקביל ל"ג המדות שתורת ישראל נדרשת בהן. י"ג מדות אלו נמסרו מסיני ונחשבות מבחינת תקפותן "הלכה למשה מסיני". אמרנו שאריסטו אינו מייצג במובן זה את הפילוסופיה היוונית. גם משום שישנן מסורות, שאריסטו נפגש עם שמעון הצדיק, שהיה כהן גדול בראשית ימי בית שני, ואחרי שיחה ארוכה, על נושא הנבואה ותכניה, ביקש אריסטו לחזור בו מכל ספריו. גם תלמידו אלכסנדר מוקדון נפגש עם שמעון הצדיק והשתחוה לו ואמר לשריו שאת דמותו רואה הוא בחלום וכל פעם לפני מלחמותיו, הוא מבטיח לו נצחון, כפי שמופיעות בתלמוד מסורות על כך. על המפגש של אפלטון עם ירמיה הנביא, מופיע ב"תורת העולה", שחיברו הרמ"א, בפרק י"א מהדורה ראשונה. וכן אמפדוקלס למר ופרסם לראשונה את נושא ר' היסודות של היקום אחר שנפגש עם דוד המלך, כפי שמופיע בשהרסתני. עם זאת, אריסטו היחיד שמוכר עליו שחור בו מכל דעותיו, וכל מה שנותר מהפילוסופיה שלו הוא מכתבי תלמידיו, לאחר שבקש מתלמידו-אלכסנדר-לגנוח את כל כתביו, לכן הוא אינו ממש מייצג את הפילוסופיה היוונית, מכחינת ראית המוסר כדבר יסודי המוכנה

אימננטיות במערכת פילוסופית כלשהי. לכאורה גם נראה, ש"תורת המידות" שייכת לתקופה האחרונה בחיי של אריסטו. אפלטון למשל כותב ב"פוליטאה", שחברת האזרחים יכולה לחטוף תינוקות מחברת העבדים והנתינים הזרים, ולחנכם ברגם החברתי שהוא מציע-אשר יש בו כמה מן היסודות של הקומוניזם-פעולה המנוגדת לתפיסה מסורתית כלשהי.

כפי שבתקופת האלילות אנו מוצאים שני כיוונים מרכזיים של התעלמות מצדק במישור של הטוב והרע-היינו ברמת המיקרו, של דאגה לאינטרסים של העריץ או דאגה לאינטרסים של חברה אליטיסטית ברגם של עיר-פוליס" או ברמת המקרו של אימפרה-בן אנו מוצאים כיוונים מרכזיים אלו בפילוסופיה היוונית.

### המוסר בצורות

עם כפייתו של הנצרות ע"י רומא על התרבות האלילית האירופית, מופיע לראשונה המושג של חוקים הלכות מסורתיים. את מי לאהוב ואילו הנאות אסורות ואילו מותרות, בתחום התחושות, ובכך ישנו עדין דמיון כלשהו ליהדות.

במאה ה-16 אירופה מתעדרת לעידן חדש, כאשר מרטין לותר, נזיר אוגוסטיני בבגסית וויטנברג, חורט על דלתות כנסייתו בלטינית *Hic Profiteo*, 95, 95 הצהרות המחאה נגד היסודות האמוניים ("Entartungen dess Glaubens") של הממסד הקתולי השולט בוותיקן. הוא מוחה על כך שהכנסייה הוסיפה נזף על כתיבי הנצרות ובכך סילפה את כוונת הנצרות. הוא דורש הצמדות מוחלטת לכתבי הנצרות מחד ונתוק הממסד הכנסייתי מיחסי האדם עם אלהיו מאידך. בכך העלה את חמתו של הוותיקן. בתחילה היה נסיון לשכנעו בטובות ולאחר מכן האפיפיור מכריז על מצוה של הסדת ראשו מעליו, אך מספר נסיכויות מכרזות שהן יגנו עליו, ובלית ברירה נשלחת משלחת של קרדינלים להפגש עמו בעירו ולנסות לשכנעו לסגת מדעיונותיו. אך ללותר יש גם בעיה נפשית. לאור חינוכו האדוק על ברכי הספר "עיר האלהים" של אוגוסטינוס, הגדוש שמאז החטא הקדמון, האדם נמצא כל הזמן במצב של חטא. לותר עורך סיגופים רבים כדי לתקן את חטאיו ומרוב יאוש ודכאון ניסה מספר פעמים להתאבד, כאשר נזיר הכנסייה שלו, ברגע האחרון, הצילו אותו. התאוריה החדשה שהוא המציא עזרת לו להפטר מסיגופיו ומדפסיה החשיבה שהביאו אותו למשברים נפשיים עמוקים, כך שבפגישה עם הקרדינלים, כאשר יש לו כבר מאחוריו המון אוהד והגנה לבטחון חייו, הוא מודיע להם בגרמנית: "Ich bin da, ich kenn nicht anders",-אני כאן איני יכול אחרת". הפרוטסטנטיות כובשת לה אהדה באירופה, אשר בעקבותיה מתנתקת אנגליה מהוותיקן ומקימה לעצמה בצודה עצמאית את הכנסייה האנגליקנית.

תנועת מחאה זו למעשה גרמת, בלא שתתכוון לכך, למצב שאלטות מסוימות באקדמיה, בספרות ובפילוסופיה, רואות לעצמן זכות להנתק מהממסד של הנצרות, ואף מהנצרות הדוגמטית בכלל. מאז קריסתה של רומא-בסיס הכוח של הוותיקן-מתחילה להתנהל "מלחמת שתי החברות", בין חרב הוותיקן לחרב המלוכה. במלחמה זו ישנן עליות ומורדות, כאשר "ההליכה לקנטסה" של קרל הגדול, משמשת אחת מנקודות הציון של מלחמה זו. כאמור, התנועה הפרוטסטנטית גרמת, שלא במתכוון, לנצחונה של חרב המלוכה. ובהמשכה, גם של חרב המדינה על חרב הוותיקן. במאות ה-18-19.

### **יחסי התקפות בין "מוסר" ל"משפט" מאז ה"רנסנס" ועד לתקופה ה"פוסט מודרנית"**

חוקי הנצרות הופכים להיות מערכת אחת מתוך שלל מערכות פילוסופיות ואידיאולוגיות, כבתקופתה האלילית של אירופה ומושג ה"מוסר" מקבל מימד שונה לחלוטין ממשמעותו המקורית. חוקי הנצרות נתפסים כחוק שמימי ההופך להיות מונח אקדמלטי של המונח "מוסר". כמעט כל פילוסוף או מערכת פילוסופית גרדשת לבעיה מי המכריע באשר ישנה התנגשות בין חוקי השלטון, באיזה דגם שרק יהיה, ובין החוק השמימי, היינו, הנצרות, ע"פ ניסוחה מחדש ע"פ מרטין לותר, אשר הדגש העיקרי שבה, חוקים החלים על נפשו של האדם ומערכת יחסי אנוש. מתגבשות מספר פרידיגמות, בקשר ליחסים החיצונים, בין המשפט השלטוני למשפט הנצרי, אשר מבחינה מושגית מוגדר כעת בשם-"מוסר".

#### **א. חפיפה בין משפט למוסר**

גישה זו גורסת שמשפט ומוסר חייבים להיות חופפים, מפני שהמוסר הוא שמכתיב את התוכן הממשי של המשפט. זה מתאים להשקפת התאוקרטיות הקלוויניסטיות, או כפי שאימץ גישה זו ז'אן ז'אק רוסו, שאין לחייב קיומו של חוק שאינו תואם את חוק השמים (שהיא למעשה, אחת מהלכות תורת ישראל). החלופה הראשונה מובילה להנחה, כי רק חוק "מוסרי", היינו חוקי הנצרות, או תורה אחרת המגלמת בתוכה חוקי נפש ויחסי אנוש-הנו תקף והוראת חוק בלתי "מוסרית" אינה תקפה, החלופה השנייה, הנתמכת ע"י מספר פילוסופים, כגון תומס הובס, סוברת ש"מוסר" אינו למעשה אלא ציות למשפט, היינו חוקי הנצרות צריכים להתכופף לחוקי המשפט, כך שלא יתכן "חוק בלתי צדק". זו הייתה גם כידוע גישתו של הגל, (Georg Wilhelm Friedrich Hegel), אשר ריבר על עליונותה המוסרית של המדינה על הפרט.

#### **ב. המשפט הטבעי.**

גישה זו גורסת, שהמשפט והמוסר-עולמות נפרדים הם ולכל אחד שטח פעולה משלו, אך בהתנגשות ביניהן חייבות מערכות אלו למצוא פתרון לטובת ה"מוסר". הפועל היוצא מגישה זו יכול להיות שונה. ניתן לטעון, שמשפט אשר אינו תואם את ה"מוסר", חייב להתבטל ואין האזרח חייב לציות לו. מאידך, אפשרות גם

הטענה, ששאלה זו אינה מעניינת של האזרח ופתרונה נתון בין המוסר, היינו, האלוהות הנוצרית לבין המחוקק הבלתי צודק ואילו חובת האזרח לציית לחוק אינה נפגעת. תורה זו, המכירה בשתי מערכות כללים, של "משפט" ושל "מוסר", פותחה במשך מאות בשנים, החל מהיוונים ההלניסטים שנפגשו עם הנצרות ועד ליוריספרהנציה המודרנית בארצות המערב, וידועה בשם "המשפט הטבעי", משפט אשר מייחסים לו ערך גבוה יותר מאשר לחוק ארצי, בין שמקורו של המשפט הטבעי הוא משפטו של בודא עולם ובין אם הוא חלק מההסדר הטבעי של העולם. דוקטרינה זו, בזמנים שונים, קשורה ברעיונות ברי החשיבות של ה"זכות הטבעית" של בני האדם. רעיונות אלו מילאו תפקיד נכבד ושמשו בסיס לדמוקרטיה ולמהפכה הצרפתית. הרעיון, כי מעל כל תובנה של האינדיבידואל, נמצא חוק גבוה יותר, אשר לאורו יש לבחון את חוקי בני האדם, הביאה לתוצאות רבות חשיבות בהתפתחות ההיסטורית. המסקנה שהוסקה מכך היתה, שלא רק שחוק עליון זה מבטל כללים ממשיים של החברה שאינם מתאימים לו, אלא גם שהאזרח יכול להשתחרר מחוק זה ואף להתקומם ולהאבק נגד השלטון החוקי של המדינה, כגון נגד חוקי הפרדה, מטעמי גזע או דת. הוראות אלו כה מנוגדות ליסודות ה"מוסר", כך שאין לראותם כחוקים תקפים. זוהי ההצדקה להתערבות העמים במדינת דרום אפריקה ובמדינות הדרום של ארה"ב ונגד הנאצים. גישה זו מובעת בחוות דעת, שמסר בית המשפט העליון הגרמני ב-6 בספטמבר (6.9.53), המביא תוך הסכמה את הדברים הבאים מפסק דינו של בית המשפט העליון הגרמני ב- באוריה, "אין לשלול פסלותה של הוראה בחוקה, על שום כך בלבד, שההוראה עצמה היא חלק מן החוקה. ישנם כללים חוקתיים שהם כה יסודיים והם ביטוי של דין על-חוקתי, עד כדי לקשור את מחוקק החוקה ככבודו ובעצמו. הוראות חוקה אחרות, שאינן בעלות דרגה כזאת הן עומדות בסתירה לכללים אלה, יכולות להיפסל".

כיהמש העליון במדינת ישראל 1/65 ידור נ' יור ועדת הבחירות לכנסת הששית, בהסתמכו על פסה"ד הגרמני אמר: "אם כארץ בעלת חוקה כך, בארץ שאין לה חוקה כתובה (כמו מדינת ישראל) על אחת כמה וכמה. כדרך שאדם אינו חייב להסכים שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוהו ומחוקה מן המפה". וממשיך ביהמש" בדברים על תפקידו של השופט: "שופטיה (של המדינה) אינם רשאים לשבת בחיבוק ידיים ולהתייאש מהעדר דין פחיטיבי, כשבעל הדין מבקש מהם שיושיטו לו יד עזר להביא את הקץ על המדינה".

למעשה, כללים אלו מקורם אי שם, כמקום בלתי מוגדר ובכל תקופה מכונים השקפות וכלים הנראים לחברה המערבית כצדקים, בשם "משפט טבעי", לפחות בחלק מהמשטרים המערביים. בהתייחסו לכללים אלה אומר ביהמש" העליון של מדינת ישראל, כי הכללים היסודיים, העל חוקתיים האמורים, אינם בעצם אלא זכות התגוננות של החברה המאורגנת במדינה. באים הם לקרוא לכללים בשם: "דין טבעי", ללמד שמטבע בדייתה של המדינה רין הם. מנקדת מבט של הרשות השופטת, הכלים להגנה על קיום המדינה מצויים בידי ביהמש", אף אם אינם מפורטים בחוק הבחירות.

מושג "ההגנה על קיום המדינה" ניתן להרחיבו בצורה שדירותית ועל חשבונן של הרשות המבצעת והמחוקקת כפי שעשה פרופ' ברק, כאשר מונה לנשיא ביהמש" העליון. חכמה אמרתו הידועה לשמצה- "הכל שפיט", אימרה שאף "לשכת עוה"ד" יצאה במתקפה עליה. גישה אנכרוניסטית זו הביאה את "לשכת עורכי הדין" לנסח משו"ב בין אלפי חבריה. הם התבקשו לדרג את שופטי הבג"ץ, מחוזי והשלים לגבי כשירותם המוסרית והתיפקדית לשמש כשופטים. אהרן ברק דורג במקום השלישי, ואשתו-יור"ד ביה"ד הארצי לעבודה, דורגה במקום האחרון. על אף תחנוניו לבטל משו"ב זה, אולי מסיבות אישיות, לא נענו לו. אימרה זו, מהווה אנדרקציה למאבקי הכוח בין שלוש הרשויות במדינה-השופטת המחוקקת והמבצעת. בארה"ב ניסו למנוע מלחמות כאלו, ע"י בניית מבנה של שלטון נשיאותי, הנתמך על העקרון של Check and Balance.

### ג. הפוזיטיביזם המשפטי

גישה זו סוברת שישויות ה"מוסר" וה"משפט" הינן אוטונומיות, כך שאף אחת אינה יכולה לפתור בעיות של תקפות אלא בתחומה היא. תוקפו של כלל משפטי, תלוי אך ורק במבחן המשפטי, כשם ש"כלל מוסרי" יבחן רק ע"י קריטריונים של תחום ה"מוסר". לתומכי גישה זו השקפה פרגמטית על הכלל המוסרי, והם מבססים אותו על עקרונות מנהג חברתי, דת ותועלת. התנגשות בין שתי ישויות אלו, אין בה כדי לפגוע בתקפותו של חוק ארצי או לפגוע בחובה לציית לו. גישה זו בוטאה ע"י השופט זילברג בע"א 563/63 יגר נגד פלביץ, בתביעה של ידועה בציבור למזונות עבורה ועבור בנה. אומד השופט זילברג: "מצטער אני מאד על שאין בידי להסכים לתוצאה הסופית שהגיע אליה חכרי...כי רואה אני ומדגיש במצבה הקשה של אשה עלובה...אך דא עקא, כי כמעט בכל מקרה בו טוען הנתבע כי התביעה היא בלתי מוסרית ומשום כך בלתי חוקית, הדבר צורם את האזון ומקומם את ההרגשה המוסרית. הדבר המכריח אותנו להתעלם או להבליג על "צרימת האוזן" הלזו, היא כי המשפט הוא דבר השווה לכל נפש, הן במקרים קלים והן במקרים קשים, ופרט לענינים בהם שקולי הצדק הופכים הם גופם לשקולי חוק (כמו כללי היושר וביהמש" הגבוה לצדק), חייב הדין לנקוב את ההר ויהי מה!".

למעשה כיום, כאשר מדובר על "מערכת חוקי מוסר" מעל ה"חוק הארצי", אין הכוונה בדוקא למערכת החוקים הנוצריים, אף כי אצל חלק מסוים הכוונה היא אכן לכך. במקרים רבים, הכוונה היא לשרידיים ממערכת חוקים זו, שהשתרשו עמוק בתודעת החברה המערבית והופכים לא אחת לכללים משפטיים ("מוסר הניתק למשפט"), או כללים-מתוך חוקי הנצרות-המשמשים כאבן בוחן להפעלת כללים משפטיים, כגון עבירות ניאוף ושברות. כאמור לעיל, עבירות אלו למשל, אינן נכללות כלל בחוקי המוסר בתורת ישראל-שהרי

מדובר בעבירות הנעשות בצורה פיסית-ובנצרות הקמאית. אחרי שמטין לותר פסל את כל החוקים בנצרות, שאינם מעוגנים בכתיב הנצרות הקרומים, ואחרי שקבע שהחוקים שכתובים בכתובים אלו, נתונים לתחום השיפוט שבין אדם לאלוהיו מלבד החוקים הטקטיים, נוצר מצב חדש-ע"פ הפירוש הפרוטסטנטי-בו מרכז הכובד האונטולוגי בנצרות, כולל כמעט רק חוקים, הקשורים לרגשות האדם, אשר ע"פ פירושה הפרוטסטנטי, נמצאים בתחום שבין אדם לאלוהיו. טרנספורמציה ערכית זו, יצרה קומפלקס משפטי אונטולוגי, כאשר מחד גיסא נשאים בניאוף ושכרות קשורים למעשה פסי ומאידך גיסא-ע"פ הגדרתו של מרטין לותר-קשורים לנפש המבצעת זאת ואם אין בכך אינטו הזולת, הרי שזה קשור לתחום האדם עם אלוהיו. מוקר הבעיה היה, שעבירות אלו השתרשו בחברה המערבית כמעשים פסולים שיש להעניש עליהם כדי למונעם ומאידך, לפי הפירוש החדש, אין לבני האדם להתערב בכך וכדאי לא לשפוט אותם. מלבד זאת, נשארו מאות מליוני קתולים, שלא קיבלו את הדת הפרוטסטנטית. לכן נוצר מצב בו לפי החברה הקתולית יש להעניש על עבירות אלו ע"י מערכת המשפט בכל חומרת הדין ולפי החברה הפרוטסטנטית המעשה אמנם פסול, אך אין להעניש על כך ע"י המערכת המשפטית, כי זה כבר אינו חוק אלא לכל היותר רק מוסכמה חברתית. מי שהסריע את הקף היא אותה חברה שיצאה בכלל מהנצרות ואף החלה לכפור בה בגלוי, כאשר היא מגבה את עצמה בתחילה ע"י פילוסופים שראו את המדינה-החוק הארצי, בחזות הכל טוברנית לשפוט ע"פ חוקים משלה. לבסוף קיבלה גושפנקא מפילוסופים בניציה וקול מרס, אשר פסלו את החוק השמימי לא משום שהיה יקר בעיניהם דוקא רעיון המדינה, אלא משום שהם ראו כנצרות תעלם ערכיה פרייגמה ללא בסיס מציאותי. ניציה-השפעתו היתה על התנועות הלאומיות וק. מדכס השפעתו היתה על התנועות הסוציאליסטיות. השפעתו של ניציה נבלמה לחלוטין עם התפתחם של הפשיזם והנאציזם, אשר קיבלו השראה רבה מכתביו. הנאציזם שאב את השראתו גם מביקורת התבונה הטהורה של עמנואל קאנט, בפרט לגבי ביסוסן של התוכנות הקונטיביכות על יסודות היסטיטיות אפירודית של קאנט, אך ישנם כאלו החולקים טוברים, שלא היתה לכך השפעה על המיסוד הנאצי וגרודותיו כדיספלינה מחייבת, למעט אולי את המקרה של אייכמן, אשר במשפטו בירושלים הצהיר שהתנהגותו ביחס ליהודים נבעה מהפילוסופיה הקנטיאנית.

כיוון שרובה של החברה המערבית תועלה לשתי תנועות אלו-הלאומניות והסוציאליסטיות, וביוון שהפילוסופיה הניציאנית נטרלה, עקב האנטיגוניזם שנוצר כלפיה כתוצאה מהנאציזם והפשיזם, נשאר על הבמה המרכזיים. הסוכיטיזם והסטאליניזם, שהם יחיד האידיאולוגיה המרכזיסטית, לא יצרו אנטיגוניזם אנטי מרכזיסטי, כיוון שהן זוהו כמשהו אחר לגמרי מהמרכזים, אשר ניתנו לו פירושים פוטט מרכזיסטיים מרובים. כדוגמא לכך, פרופ' רוברט קמינקא מאוניברסיטת ברלין יצר פוטט מרכזיסם, אשר היה אנטיזוה מוחלטת לטוביטיזם, ואף קול מרכז עצמו, כאשר סיפרו לו שברטייה שיתו קנתה לה מהלכים, ביטל זאת בזלול ואמר על הרטים - „הם פרימטיבים מדי ואינם מבינים את כוונתי“. מושגיה ועמדותיה הבסיסיות השפיעו למעשה כיום בצורה כמעט מכרעת על תרבות המערב, כאשר האידיאולוגיה המרכזיסטית מטופלת ומשופרת ע"י פוטט מרכזיסטיים. מדינאים, משפטנים והוגי דעות רבים המנותקים באופן מעשי כיום מהאונטולוגיה הנצרות, ואפילו אותם שאינם מנותקים לגמרי מהאונטולוגיה הנצרות וקשורים בצורה כלשהי לכנסיה הפרוטסטנטית, הרי שיצקו הם את השקפותיהם הפוטט מרכזיסטיות, לפחות במובן המושגי-חברתי להייתם הדתית, ונוצר מצב בו הוצאו שרידי החוקים הנצריים ממערכת המשפט.

הגישות שתוארו לעיל הפסיקו להיות גישות חשיכה עקרוניות והחלו לשמש רק ככלי ניסוח ושפה משפטית, כאשר, כפי שראינו לעיל, כל שופט יכול להשתמש באותה גישה כמו חבירו ובכל זאת להסיק לגבי יחסי התקפות בין „הגיון“, „משפט“ ו„מוסר“ להפך מחברו.

גם הגישה השלישית שהצגנו (ה"פוזיטיביזם המשפטי"), אשר לכאורה כבר מפרידה בצורה מוחלטת בין מערכת חוקי המוסר (אשר הכוונה בה, כאמור, לשרידי הנצרות הפרוטסטנטית) ובין מערכת המשפט, יכולה להכליל במערכת המשפטית חוקי מוסר בתור "מוסר הניתק למשפט" או "כבללים מוסריים המשמשים אבן בוחן להפעלת כללים משפטיים". בעלי תת גישה בגישת ה"פוזיטיביזם המשפטי", אף יכולים להצרין את המשפט והמוסר ע"פ מעגלי זה מודגאן ב"תורת הקבוצות", כאשר המשפט והמוסר מתוארים כשני מעגלים האחד בתוך משנהו.

החלק הפנימי מצין את נקודת הזהות בין המשפט למוסר והחיצוני את ההבדל ביניהם. אופייה ה"מוסרי" של חברה מתבטא במרחק הקצר או הארוך שבין המעגל החיצוני למעגל הפנימי. השיטה המשפטית אמורה למצוא ולקבוע גבולות ואבחנות ברורים, שהן לא אחת גם שרירותיים. כך קובע סעיף 221 לחוק הפלילי 1936 במדינת ישראל, כי „לא יחשב אדם כאילו הודג אחר, אם לא נפטר האדם בתוך שנה ויום אחד מיום גרם המוות“. מבחינה "מוסרית" אין כל הבדל אם הנפגע נפטר כעבור 366 או כעבור 365 או 367 ימים.

ברור הוא כי תמיד חייב להיות הבדל בין שני המעגלים ולעולם הם לא יחפפו. אך דומה, שכיום מושג ה"מוסר" עבר טרנספורמציה ערכית שלישית, וכאשר כל אותם חוקי "מוסר" בגלגולם הלוטרני, כאמור, עוברים מן העולם כערך משפטי, כיוון, שכאמור, רובה של החברה המערבית מפסיקה להיות גם לוטרנית ומקבלת על עצמה את ערכי הבסיסיים של המרכזים ואף משתמשת במושגיו בלא לדעת שמקורם הוא המרכזים. מספק אם נציין את המושג "מעמדות" (בינוני, בודגני, עליון, נמוך) במובנו הכללי והכלכלי, או

\* Drachkovith M. Marxism in the modern world  
Milorad Ed. (Stanford California 1965) PP. 1-47 164-191

"תודעה" ו"תת תודעה" ששייך לקשר הפרוידאני של קרל מרקס, או "תיזה" ו"אנטי תיזה", אשר שייך לבסיסה של הדיאלקטיקה המרקסיסטית. כך מוצאים מתוך התחום שבין המעגלים עבירות כשכרות וניאוף. דו"ח ועדת וולפנדון של הועדה המלכותית הבריטית מ- 1957, ממליץ לבטל עבירת ההומוסקסואלזם מרצון, בטענה שקשה לודא ולאכוף את החוק והאיסור משמש פיתוי לעבירות אחרות, כגון סחיטה. היתה לכך גם סיבה אחרת, והיא רצונו של המחוקק לאי התערבות במקרים כאלה, יותר מאשר הצורך לשמור על הסדר הציבורי ולהגן על האזרחים מפעולות מזיקות. תת גישה זו בגישה השלישית מובילה אותנו לניחון סטיוארט מיל שטען, כי אל לו לחוק להתערב בעניינים פרטיים הנוגעים להתנהגות מוסרית. גישה זו הותקפה קשות ע"י תת הגישה השנייה, שמזהה חוק זה כ"מוסר הניתק למשפט" ורואה במסקנות הועדה, "בשלון היוריספרורנציה". למעשה, ישנו כאן שילוב של צידוק מעשי כלפי החברה הקתולית ונימוק בתחום האמונה והמחשבה המספק את החברה הפרוטסטנטית, ובעיקר את בעלי הגישה הכופרת בכלל ברת הנצרות.

ילינק-כתוצאה מן המצב המעשי בשטח-אמנם רואה בתרבות המערבית הרדרדות תהומית בתחומי הפשע האלים ועבירות מין, אך את המשפט הוא מגדיר כמינימום ההברחי של ה"מוסר". המרינה אינה יכולה להשליט בכוח החוק את כל העקרונות המוסריים הנעלים. עליה למצוא את נקודת האיזון בין אותם כללים שיש להבטיחם ע"י כח לבין הנזק שמוסד הכפיה מביא עמו, מלבד הקושי לודא מקרים אלה ולהעניש עליהם. בכך למעשה חוזרות התרבות והחברה המערבית לעיין התרבות האלילית אחרי 2000 שנות שעבוד מוחלט של התרבות הנצרית אשר נכפתה עליה ע"י רומא והוותיקן. במקום בליל של אלילים מטפיסיים בתקופה היוונית, קיבלה על עצמה התרבות המערבית בליל של פילוסופיות ואידיאולוגיות מטפיסיות, כאשר כ"א בוחר לו בכמה פילוסופיות או פילוסופיה אחת עיקרית ועוד מושגים, רפטי מחשבה וצורות חיים מפילוסופיות ואידיאולוגיות שונות. כבר לפני ארבעים שנה היו קולות בארה"ב שהכריזו, שיש לחזור לתרבות האלילית הטרומ נצרית. רומה שתהליך זה כיום הושלם בכל תחומי האונטולוגיה רק בצבעים וכלים שונים, ובן במערכת המשפט.

#### סיכום:

פתחנו בתיאור חוקי המוסר, תורת המוסר והגדרתם כפי שהם מקובלים ביהדות. עברנו לחוקי המוסר כפי שהם עברו חיקוי וחוקקו-בצורה בלתי מצלחת-ע"י הכנסיה הקתולית וכן על הטרנספורמציה הערכית שעבר מושג המוסר בכנסיה הפרוטסטנטית. הטרנספורמציה הערכית שעבר מושג זה בארבע מאות השנים האחרונות והפרובלמטיות שהיא יצרה בתחום האונטולוגיה והיוריספרורנציה. סיימנו במחצית האחרונה של המאה הנוכחית, בה צומצם מושג המוסר בתחום המשפט לחוקים משפטיים שאינם נראים נכונים אך בלית ברירה נחקקים ובשרידיים מהמוסר הלותרני, כאשר שנת האלפיים מחזירה אותנו לתקופה האלילית הקדומה. למעשה, חשיבות מחקר זה נעוצה בעובדה שעד כה, כל מי שעסק או עוסק במחקר מודעי בתחום ההיסטורי פילוסופי ומשפטי, אינו מבין מהו באמת המוסר המקודי, מושג שגולקח מהיהדות, אולי משום שאף לא אחד מן החוקרים למד וחווה בצורה יסודית ואוטנטית את חוקי המוסר ותורת המוסר במסגרת היהדות, וכל ריון מחקרי נסוב על אינטרפרטציות של חיקוי מושג זה במקורו.