

ס פ ר י ם

נחום רקובר: השליחות וההרשאה במשפט העברי *

האפשרות לבצע פעולות משפטיות באמצעות שליח לא היתה מוכרת במשפט הקדום. ואולם במשפט העברי הוכר מוסד השליחות כבר בשלבים מוקדמים מאוד. הכלל התלמודי "שלוחו של אדם כמותו" (קידושין, מ"ב ע"א) רווח ביותר בתחומי ההלכה השונים: בדיני ממונות, בדיני משפחה ובדיני קדשים, וכדברי הרשב"א באחת מתשובותיו (חלק ג' סימן קלב): "כל התלמד שלנו מלא מזה". לאחרונה אומץ כלל זה כלשונו אף על-ידי הכנסת בחוק השליחות, תשכ"ה-1965 (בסעיף 2).

הנושא של שליחות והרשאה הוא בעל השלכות משפטיות מרובות ומעניינות בכל תחומי ההלכה, ולא בכדי הקדיש הראב"ד (רבי אברהם ב"ר דוד מפושקירא, המאה ה"ב) חיבור מיוחד על ענייני הרשאה (תמים דעים, סימן סא-סב).

ספרו של ד"ר נחום רקובר, "השליחות וההרשאה במשפט העברי", מוקדש לחקירת מהותו, השתלשלותו והיקף תחולתו של מוסד השליחות ומוסד ההרשאה במשפט העברי. הנושא של שליחות נדון בארבעת פרקי הספר הראשונים. הפרק הראשון סוקר את השתלשלות הכלל "שלוחו של אדם כמותו" בדיני ממונות. בתקופה התנאית נתפס השליח כאילו היה המשלח ממש ("הוה ליה כגופיה" — הרי הוא כגופו) ועל כן נקבע, כי פסול הוא לעדות באותו דבר מחמת נגיעה, כפי שפסול המשלח. ואולם לאחר מכן, במקורות האמוראיים, נפסקת ההלכה כי שליח נעשה עד (קידושין, מ"ג ע"א) והמחבר מסיק מכאן, בצדק, כי בכך מצטמצמת משמעותו הדיוקנית של הכלל "שלוחו של אדם כמותו". צמצום זה מתבטא גם בהלכה הקובעת, כי שלוחו של נושה התופס בשמו את נכסיו של החייב, אין תפיסתו מועילה, לפי שהיא פוגעת בזכותם של נושים אחרים, או בזכותו של החייב עצמו (פתובות, פ"ד ע"ב). ואולם בתקופה מאוחרת יותר פוסק הרא"ש, כי במקום שהלווה מודה בחובו, או כשיש בידי התופס שטר מקויים, מועילה תפיסתו של השליח מן החייב עצמו ואין בכך פגיעה בזכות אחרים, "כיון שהלווה מודה שהוא חייב, או השטר מקויים ביד התופס" (פסקי הרא"ש לבבא מציעא, א' כ"ז).

בפרק השני דן המחבר בדרכים הפורמליות הדרושות למינוי שליח. המחבר מראה כי מצד הדין אין צורך במעשה קניין כדי למנות שליח ויכול המינוי להעשות באמירה

* פרסומי הפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית מס' 26. מוסד הרב קוק, ירושלים. תשל"ב, 448 עמ'.

בלבד (רמב"ם, שלוחין ושותפין, א' א'), ואולם, במקומות רבים נתקבל, בכל זאת, המנהג למנות שליח בדרך של הקניית קניין. השאלה, כיצד ובאיזו דרך יכול המשלח לחזור בו ממינוי השליח, והאם קיימת אפשרות להבטיח שהמשלח לא יוכל לחזור בו ממינוי השליח, נידונית בפרק השלישי. ואילו בפרק הרביעי דן המחבר בשאלה, אם מתבטלת השליחות מאליה עם מותו של המשלח. שאלה זו כרוכה בתפיסת כהות השליחות, שאם השליחות אינה אלא ייצוג המשלח, הרי שאם מת המשלח טוב אין את מי לייצג; ואולם, אם השליחות היא מסירת כוחו של המשלח לשליח, לא יגרור מותו של המשלח את ביטול הסמכות. עיקרו של הספר מוקדש לדיון במוסד ההרשאה, לאמור, מתן יפוי כוח לשליח לייצג את המשלח, התובע, בבית-דין.

כדי להתגבר על טענה, העלולה לבוא מצד הנתבע כלפי השליח: "לאו בעל דברים דידי את", הציגו חכמים כי המשלח יחתום על כתב הרשאה (אורכתא, ויש גורסים: אדרכתא) לשליח שבו ייאמר: "לך, דון וזכה והוצא לעצמך" (בבא קמא, ע' ע"א). בכך גם הובטח, שלא יוכל התובע לבטל את ההרשאה. מאידך גיסא, רצוי להבטיח שהמורשה לא יתפוס את הנכס לעצמו מכוח שטר זה. הדרך שהציע רב שמואל בן חפני גאון היתה— הקנאה אגב ארבע אמות קרקע שיש לכל יהודי ויהודי בארץ ישראל. שכל הקנאה בדרך זו מונעת מן המורשה תפיסת נשוא ההרשאה (עמ' 106), לפי שאין מקומו ידוע ואינו ממוצר במצרים. (המושג "הקנאה אגב קרקע" והשתלשלותו נידון בהרחבה בפרק השביעי).

בכך, בתקנאת נשוא ההרשאה למורשה, מתבטא ההבדל העיקרי שבין שליחות להרשאה. הקנאה זו צמצמה, לכאורה, את אפשרות התרשאה לאותם דברים הניתנים לפי הדין להקנאה. ואכן, בתקופת הגאונים לא התירו לכתוב הרשאה על הלואה "מפני שמלווה להוצאה גיתנה, ואין אדם מקנה לחבירו דבר שאינו בעולם" (רמב"ם, שלוחין ושותפין, ג' ז'). ואף לא על פיקדונות שהנתבע כפר בהם ("נמצא זה כמשקר. שהוא אומר לו: הרשיתך ליטול מה שיש לי ביד פלוני— וכבר אמר פלוני שאין לו אצלו כלום" (רמב"ם, שם, הלכה ו')). ואולם, חכמי אשכנז וצרפת התירו הרשאה גם על "מטלטלי דכפרי" (מטלטלים שכפר בהם) כשהם מנמקים דעתם על-פי תקנה שהותקנה או על-פי פרכנות כוונה של דברי התלמוד (עמ' 194). כנגד הטענה ש"נמצא זה כמשקר", קובע הרדב"ז (עמ' 229): "כיון שנהגו כן— לא מיחזי כשיקרא" (לא נראה הדבר כשקר). ואילו רבי מרדכי יפה, בעל ה"לבושים", מנמק זאת בנימוק, שאין להמעיט בחשיבותו העקרונית: "אנו למיחזי כשיקרא לא חיישינן (אין אנו חוששין לטענה שיראה הדבר כשקר) כיוון שיש בזה תיקון העולם" (י) (עמ' 246). ואכן, כפי שמראה המחבר, נתפשט בפולין המנהג שכותבים הרשאה על הכל, ואף על דבר שמעולם לא בא לידי המרשה (עמ' 245).

הבעייה של מינוי מורשה לנתבע (הנידונית בפרק השמיני) כונה מזו של מינוי מורשה לתובע, לפי שבניגוד לתובע אין הנתבע רשאי להעביר חובו לאחר, לפיכך אין מורשהו של הנתבע בבית-דין אלא בגדר שליח לטעון שם טענותיו. ואכן, בתקופת התלמוד ובתקופת הגאונים לא הוכרה האפשרות שנתבע יהיה מיוצג בבית-דין על-ידי שליח. רק לאחר תקופת הגאונים נראים יציגים ראשונים של אפשרות מינוי טוען לנתבע, ביחוד באשכנז ובצרפת (עמ' 17–314). החופעה הולכת ומתרחבת יותר בתקופה

שלאחר היבור ה"שולחן ערוך", עד שהיא מקבלת גושפנקה של גוהג מקובל וזוכה כדורנו להכרה מלאה בתקנות הדיון של בתי הדין הרבניים בישראל, ואף להכשרו העקרוני של בעל ה"חזון איש" (עמ' 7-246).

ככל שמתפשט הגוהג של יצוג בעלי-דין על-ידי מורשים, מתגלים גם הצדדים השלייים הכרוכים בתופעה של פרקליטים מקצועיים שאינם שומרים על כללי הגינות בתפקידם. רבי חיים בנבנישתי קובל על המנהג בוויניציה, "שהמורשה טוען בעד התובע והנתבע כמה שקרים וטענות שהבעל-דין עצמו אינו יודע לטעון, ולכן בוחרים אבוגאדור (פרקליט) תחבולן ורמאי ובעל הדבר, ומי שגדול מחבירו בשקרים ותחבולות ורמאות, נותנים עיניהם בו לשכרו ברצי כסף. אינו יודע מאין להם המנהג הרע הזה" (עמ' 337).

וכך גם בתקנות שהותקנו על-ידי קהילות מגורשי קשטיליה בפאס: "ומוזה נמשכים כמה עניינים דאיכא למיחש בהו לחילול ד', ובפרט עינור הדין ועוות הדין. ולפעמים, מורשה אחד עומד בעד התובע ומורשה אחד עומד בעד הנתבע ומתעצמים שני המורשים כאילים המנגחים זה את זה, וכל אחד מתחכם ומתנשא לאמור: אני אמלוך. ודין נצח. ומחמת זה אלו ואלו באין לידי טענות שקר, ועוד עניינים ופרטים אחרים, ילאה הקולמוס לפרטם ולבארם ולבררם" (עמ' 339).

ואולם, מאידך גיסא, יש המכירים גם ביתרון שיש במינוי פרקליטים לצדדים והמחבר מזכיר בתי-דין הממליצים לבעלי-הדין למנות להם מורשים לשם ייעול הדיון (עמ' 343). המחבר נקט בשיטת המחקר ההיסטורי. הוא סוקר השתלשלותו של כל אחד משמונת הנושאים בהם הוא דן, החל מתקופת התנאים והאמוראים, עובר לתקופת הגאונים ותקופת הפוסקים הראשונים, ומסיים בהלכה, כפי שנידונה על-ידי ה"שולחן ערוך" ונושאי כליו, ובהתפתחות הנוספת שחלה מתקופה זו עד זמננו. בסוף כל אחד משמונת פרקי הספר בא סיכום תמציתי של הנושא שנידון בו, ובפרק מיוחד בסוף הספר מסכם המחבר בנפרד את סוגיית ההרשאה לתביעה שהיא, כאמור, הנושא המרכזי של המחקר. המדובר בתחום השייך בעיקרו של דבר לדיני ממונות, תחום שבו מכיר המשפט העברי באפשרות של שינוי הדינים והתאמתם לפי צורכי השעה המשתנים מדור לדור וממקום למקום. יש שינויים הבאים מכוח המנהג, היינו מכוח החיים עצמם [אכן, לא תמיד מכירים חכמי ההלכה במנהגים כאלה, בייחוד כשהם מנוגדים בפירוש לדין התל-מוד. ראה, למשל, התנגדותו של הרשב"א למנהג של כתיבת הרשאה על הלואה (עמ' 216); מאידך גיסא, מכיר תלמידו, הריטב"א, בתוקפו של המנהג לכתוב הרשאה על הלואה (עמ' 219) ומציין: "ויש בה תיקון גדול לעולם" (עמ' 220)]; ויש שינויים הבאים מכוח תקנות, הן כאלה שנתקנו בפירוש ובדרך פורמלית על-ידי הקהילות, והן כאלה שנתקנו על-ידי גדולי הפוסקים על דרך הפרשנות. על דרכים אלה ואחרים כיוצא בהם, עמד המחבר בהערות הסיכום שלו בעמ' 359 ואילך.

ההערות המרובות והארוכות המלוות את הטקסט מעידות על העמל הרב שהשקיע המחבר במחקרו והן מרחיבות את הדיון בנושאים צדדיים הנוכחים אגב אורחא. ואף-על-פי שהן כשלעצמן מאירות עניינים ומרחיבות דעת, נראה לנו כי הן סוטות במקרים רבים מנושא המחקר ולא תמיד הן הכרחיות להבנת הענין. מוטב היה לצמצמן כדי להקל על הקורא להתרכז בנושאים העיקריים של המחקר. אכן, זו אחת הבעיות המיוחדות לחקר המשפט העברי, שפע החומר שנצטבר משך מאות שנים של לימוד איטנסיבי

של ההלכה ועיסוק מתמיד בה, לא רק על-ידי חוג מצומצם של אנשי מקצוע, אלא על-ידי כל יהודי משכיל. שפע זה טומן בחובו סכנה של שקיעה יתירה בפרטים, שעלולה להסתיר את העקרונות הבסיסיים ולהכביד על הבנת עיקר הנושא. לפיכך, מוטב לו לחוקר להתרכז באותם מקורות שיש בהם משום חידוש ממשי, לעמוד על מהותם המשפטית ולנסות להסבירן לאור העקרונות החלים באותו נושא. בעיקרו של דבר נקט המחבר בדרך זו, אך עדיין נותרו מקומות רבים בהם ניתן היה לוותר על כמה מן האיזכורים ולהתרכז יותר בדיון אנליטי של עקרונות ומושגים.

תוך כדי דיון מצטט המחבר מקורות תלמודיים ורבניים למאות בלשון הארמית ואחר כך מפרשם. אף כאן נראה לנו, כי מוטב היה להביא עיקר תכנו של המקור התלמודי בלשון מודרנית, ולא להביא את המקור בלשונו אלא במקום שסיבות מיוחדות של הדיון מחייבות זאת.

לתוך הטקסט נשתרבו כמה שיבושי לשון שכבר נתרגלו בהם חוגי הלומדים אך מוטב להימנע מהם [הן בית שמאי והן בית הלל מחזיקים בדעה" (עמ' 14), "ובאותו כיוון אנו מוצאים את רבא" (עמ' 93)].

אולם, בעיקרו של דבר, הרי זה מחקר חשוב ומרחיב דעת בנושא מרכזי של המשפט העברי, וד"ר נחום רקובר ראוי לברכה על ספר רב ערך זה שהוא חיוני, מכאן ואילך, לכל מי שיבוא לעסוק בסוגיה כל שהיא מדיני השליחות וההרשאה.

ד"ר יעקב בזק

X. Ryckmans & R. Meert-van de Put: Les droits et les obligations des médecins, Tome I*

לאחר שפע של ספרי-מקראה היוצאים חדשים לבקרים בארצות "המשפט המקובל" נעים לקרוא בספרי-עיון הכתוב בצורה נאה ובהירה, שיצא במדינה קונטיננטלית כמו בלגיה. ספר זה שהינו מהדורה שניה של ספר שיצא לראשונה בשנת 1954, מגיש לנו סקירה מעמיקה ומקיפה של הזכויות והחובות של העוסקים ברפואה.

לכאורה נדמה כאילו אין לנו בישראל כל ענין באמור בו, מאחר שאנו נחשבים לאחת ממדינות המשפט המקובל ואילו בלגיה הינה מדינה ששיטת משפטה היא אירופית. אך לא כך הדבר, וזאת משני טעמים: הטעם הראשון הוא שמשפטנו מתרחק משיטת המשפט המקובל ומתקרב לדין הקונטיננטלי. "בחקיקה החדשה רבו מרכיבים שמוצאם או תכונתם במשפט של מרכז אירופה" ולכן מתרבה ההשענות על "החומר המשפטי היבשתי"¹. הטעם השני הוא שהגיון משפטי, דרך ניתוח של משפט ועקרונות כלליים אינם כה שונים משיטה לשיטה. הפרטים עשויים להשתנות בהתאם לצרכים המיוחדים של כל מדינה, אך לא הפרטים הם מעניינינו אלא העקרונות והגישה.

הספר מעניק למעיין בו את הכלים למציאת פתרון לבעיות בהן הוא עוסק, ומתווה את הדרך בה יש לנסות למצוא את התשובות לשאלות שונות, ובכך השיבותו. כמובן, סקירת המצב המשפטי המיוחד של בלגיה וארצות אירופיות אחרות (בעיקר — צרפת) מצוייה בו, אך כדי להשכיל ממנו אין צורך לדעת פרטי חוקיה של מדינה זו או אחרת. יתירה מזו, ההסדר החקיקתי שבבלגיה בעניינים שהמחברים דנים בו בספרם אינו תמיד משביע את רצונם, והם מציעים שינויי חקיקה, לאור התפתחות המדע, תורת המשפט הכללית וסדרי החברה. הצעות אלה עשויות לעזור גם למחוקק הישראלי כאשר יחליט שיש מקום להסדיר בחקיקה את השאלות שמעורר המשפט הרפואי.

שני מחברי הספר הינם משפטנים. הם ניסו להביא בפני המשפטן והרופא כאחד את הבעיות השונות הכרוכות במעמד הרופאים. הם הצליחו בכך, מאחר שהספר כתוב וערוך באופן שגם המשפטן וגם הרופא יכולים ללמוד ממנו ולמצוא בו את הבעיה המעניינת אותם, מבלי שהאחד צריך להיות בעל מידע מיוחד במקצועו של השני ומבלי לקפח במאומה את הרמה האקדמית של איזה מהם.

אין מחברי הספר מתיימרים להקיף את כל בעיות המשפט הרפואי, ואף לא את כל

* 2ème éd., 1971, Bruxelles, Maison F. Larcier S. A., 14 + 487 pp.
1 ראה א. ידן, "קונה של דירה ונושה של המוכר — מי מהם עדיף?", הפרקלים, כ"ז (1971), 471, 471.

בעיות המגע בין משפט ורפואה. הם צמצמו מראש את תחומו ומכאן בהירותו ואי גלישתו לנושאים צדדיים שדיון בכל אחד מהם מצריך מחקר בפני עצמו. הם גם נמנעים, ובצדק רב, מדיון בבעיות של רפואה משפטית — מקצוע השונה לחלוטין מהמשפט הרפואי². למרות שהמחברים אינם משתמשים בהערות שוליים (אף כי מרובים הם מראי המקום שבשוליים) ניתן לעקוב אחר דרך השיבתם ולהבין במה הם מסכימים עם המקורות שהם מביאים, במה לא, ומדוע.

רגילים אנו בדרך כלל לספרות משפטית שיותר ממה שהיא מעוררת מחשבות היא מסכמת הלכות, כעין "דייג'סט" מורחב. המחברים כאן נוטעים בנו את ההרגשה שלא הפסיקה היא המכתיבה את דעותיהם, אלא החשיבה המשפטית והספרות המקצועית. כאשר הם מאזכרים פסיקה, הרי זה לשם הדגמה ולא לשם הבאת מקור ממנו יש לשאוב עקרונות בבחינת "כוח ראה וקדש". זוהי הגישה המקובלת בספרות המשפטית בארצות אירופה. ככל שהספר טוב יותר כך מתמעטים פסקי הדין המובאים בו. לאור ספרות כזאת נשאלת השאלה האם באמת הגישה המקובלת אצלנו, כבארצות המשפט המקובל, של "סנקטיפיקציה" של ההלכה הפסוקה וכתיבת ספרות בעקבות הפסיקה היא הגישה הטובה יותר. האם באמת עלינו להוליד את ההגיון המשפטי ולבנות עקרונות בעקבות הפסיקה או שמא עלינו להוביל את הפסיקה ואף לשנותה בעקבות עקרונות המשפט וההגיון? הכרך הראשון של הספר, שעליו אנו מתעכבים ברישימה זו, מחולק לשבעה פרקים. בפרק הראשון מביאים המחברים את שיטת חיבורם וסקירה על החקיקה הקיימת בנושאים בהם יעסקו. הפרק השני מחולק לשיניים — בתחילה הוא עוסק באנשים שעניינם שטחים מיוחדים ברפואה, כגון רופאי שיניים, מילדות ורוקחים ובמקצועות העוזר-רפואיים כגון אחיות, אנשי סגל בית-חולים שאינם רופאים, אופטיקאים, טכנאי שיניים, וכן במקצועות קרובים שונים כמו מומחי דיאטה, מעסים וקוסמטיקאים. הסקירה כאן היא תמציתית והיא בבחינת רקע בלבד, מאחר שדיון מעמיק בעניינים אלה מנטיחים לנו המחברים בכרך השני של הספר. בסופו של פרק זה דנים המחברים בכשיריות הדרושות לעוסק ברפואה. הפרק השלישי דן בחובות הרופא — חובותיו האזרחיות, להבדיל מהרפואיות, כלפי הציבור וכלפי הפציינט, כגון מתן תעודות וסודיות מקצועית. הפרק הרביעי דן בתוצאות החוזיות של התקשרות הרופא, ומעמדו כצד לחוזה שרותים.

פרק מיוחד, הפרק החמישי, דן בשכרו של הרופא. המענין הוא שלפי החוק בבלגיה, כאשר רופא גותן את שרותיו הרפואיים לאדם הנזקק להם במקרי חירום, כאשר ה"פציינט" אינו יכול לתת את הסכמתו כתוצאה ממצב אליו נקלע, כגון הלם, אובדן הכרה וכו', ואי הגשת טיפול רפואי מידי עלולה לגרום למותו או להחמרה ניכרת של מצבו — נוצרים בין השניים יחסים של "כעין חוזים". הרופא חייב להעניק את הטיפול הרפואי הדרוש, כי אחרת יהיה חייב גם בפלילים וגם בגניקין, ומצד שני — ה"פציינט" חייב לשלם לרופא עבור שרותיו³. בשאלה אחרת — מה טיבם של היחסים הנוצרים בין רופא לפציינט שאינו משלם עבור שרותיו הרפואיים של הרופא, מפאת היחסים

2 הרפואה המשפטית נותנת בידי המשפטן כלים מתאימים להבנת הופעות שונות ברפואה לצורך עיסוקיו. המשפט הרפואי הוא מקצוע בתחום המשפט הדן בהיבטים המשפטיים שב-רפואה ושל העוסקים בה.

3 עמ' 167.

הקולגיאליים, כגון כאשר הפציינט הוא גם כן רופא או בן משפחתו של רופא — אשתו, אלמנתו או ילדיו הקטינים⁴, מביאים המחברים את שתי הדעות הנוגדות: הדעה שנוצרה כאן כוונה לקשירת יחסים חוזיים, למרות חוסר התמורה, ועל כן קיים קשר חוזי, והדעה הכופרת ביצירת קשר חוזי או כעין-חוזי לאור חוסר התמורה העשוי להצביע על חוסר כוונה ליצור קשר כזה. שתי הדעות מובאות בצרוף האסמכתאות לכל דעה, מבלי להכריע בענין, וחבל — מאחר שמענין לדעת מהי דעתם של המחברים, לאור הניגודים בהשקפות השונות. באותו פרק דגים המחברים גם בשאלת הרופא כיורש או כזוכה על-פי צוואה של פציינט, שאלה המעסיקה את בתי המשפט במדינות השונות מדי פעם.

הפרק השישי בספר זה עשוי לענין בישראל את העוסקים בביטוח הבריאות על-צד-רותמי השונות, קופות-חולים וכד'. המחברים מקדישים פרק זה לרופא והביטוח הסוציאלי הרפואי, ודגים בו במעמד הרופא, הובותיו וזכויותיו, לעומת אלה של החולה. להלכה קיים כאן קשר תלת-צדדי. לא נוצרים קשרים משפטיים ישירים בין הרופא לפציינט. היחסים הישירים הם בין הפציינט למוסד ובין המוסד לרופא, אך בפועל נוצר קשר כזה בין הרופא לפציינט. הרופא הוא זה הנותן את השרות הרפואי (בהבדל מן השרות המינהלי) לפציינט. אמנם הדיון בפרק זה הוא לאור החקיקה שבבלגיה, אך הוא עשוי לסייע בידי המחוקק הישראלי ואנשי קופות החולים השונות לקראת חקיקת חוק בענין ביטוח בריאות כללי.

הפרק השביעי דן באחריות הרפואית שיש לרופא כלפי הפציינט. בפרק זה אנו מוצאים, בין השאר, סקירה של דיני הסכמתו של פציינט לטיפול הרפואי, השלכותיה של הסכמה כזו לגבי קטינים ופסולי דין אחרים, ותוצאותיה של חוסר הסכמה כזאת. בסוף פרק זה מביאים המחברים סקירה קצרה (ואולי קצרה מדי) בהם הם מיישמים את האמור בפרקים הקודמים על מספר מקרים כמו ניסויים בבני אדם, טיפול חדשני, כירורגיה פלסטית, השתלת אברים וביתורי גוויות.

הכרך השני של הספר, שעמד לצאת לאחר יציאת הכרך הראשון, עומד לעסוק, בהתאם לאמור במבוא לחלקו הראשון אותו סקרנו, באחריות רפואית מיוחדת כגון קביעת דיאגנוזה, כירורגיה, רדיולוגיה ופסיכיאטריה. פרק רחב יוקדש למסייעים השונים — רופאי ההרדמה, האחיות וכו'. בסיומו של החלק יעסקו המחברים בתופעה של מתן טיפול רפואי על-ידי מי שלא מוסמך לכך.

תוכן העניינים שבספר מלא ומפורט, אך חסר בו מפתח עניינים. חסרון זה עלול להכביד על המעונין לעיין בדחיפות בנושא מסויים. יתכן שיימצא בכרך השני של הספר, בצורה כוללת, אך גם אם יהיה בו — עדיין הליקוי מצער, מאחר שהוא פוגם בשלמותו של הכרך, אותו סקרנו, שיצא בנפרד.

דוד א. פרנקל

4 במקרים אלה המנתג השורר בבלגיה, בדומה למנהג הקיים בישראל, הוא שהרופא אינו מקבל שכר עבור שרותיו מפאת הדחית קולגיאליית.

יורם דינשטיין: המשפט הבינלאומי והמדינה *

יכולים אנו לטבח את ד"ר (היום – פרופסור) יורם דינשטיין על שלא נרתע מלהתמודד עם משימה שהיא מן הקשות והנכבדות: להציג לסטודנט, למשפטן ולאדם המשכיל – בספר-עזר משוחרר, כדברי מחברו, מכבלי אידיאולוגיה כלשהי – את המשפט הבינלאומי האמיתי בלא כחל ובלא שרק. והמשימה היא דבר בעתו, הואיל וזה מכבר בלט הצורך בחיבור מקיף, אשר יאיר עיניו של אותו ציבור, שהתייחסותו או אי-התייחסותו אל סבך הבעיות, שמעורר המשפט הבינלאומי, נובעות בעיקרן מחוסר ידיעה ומושפעות ממה שהמחבר מכנה "אמת שהיא אמ"ת (אגדה, מיתולוגיה, תעמולה)"¹.

הספר שלפנינו הוא המבוא למסכת נרחבת יותר, שתבאר היבטים מיוחדים של המשפט הבינלאומי (כגון ישוב סכסוכים בינלאומיים ודיני מלחמה), ויעודו לתאר בעיקר את היחס שבין המשפט הבינלאומי לבין המדינה, "מבלי להעמיק חקר בנושאים שהעבודה המונוגרפית יפה להם". לא אוכל להקל ראש בעבודה העצומה והיסודית – התומכת יתדותיה באסמכתאות אין-ספור – אשר הושקעה בחיבור הספר, אך גם לא אוכל שלא להציג את השאלה, האם דוקא משום חשיבות הנושאים בהם דן פרק המבוא, אין שיטתו של המחבר לוקה בחסר. הן משום שהנושאים הנדונים הם בבחינת התשתית להמשך מפעלו של המחבר והן משום שהמחבר מבקש לעקור מן השורש את המבוכה והוסר-הבקיות הסוררים בכל הגוגע למשפט הבינלאומי, הרי דומה שבהצגת הדברים לרוחב, מתוך נסיון לתפוס מרובה – ולו גם בשיטתיות הראויה לציון – במקום לנסות ולחדור לעומק הענין אפילו על חשבון שלמות התרצאה – יוצא שצר המחבר בהפסדו.

החלק הראשון, המשתרע על פני יותר ממחציתו של הספר, דן רובו ככולו ביסודותיו של מקצוע המשפט הבינלאומי, במקורותיו ובהתפתחותו ההיסטורית. לא בכדי בחר המחבר להקדיש את הפרק הראשון בספרו² לבירור השאלה הנוקבת, הצפה ועולה חדשים לבקרים, האם המשפט הבינלאומי ראוי לו להיקרא בשם משפט. שהרי "זוהי למעשה נקודת המישע, שבאמצעותה – ורק באמצעותה – ניתן להרים את עולם

* הוצאת שוקן ואוניברסיטת תל-אביב, 1971, 148 עמודים ועוד 12 עמודי מפתחות.

1 בעמ' 9.

2 הפרק מבוסס על מאמר המחבר, "המשפט הבינלאומי: דין או דמיון?", הפרקליפ, כרך כ"ו, עמ' 507.

הדין והסדר (law and order) ביחסים הבינלאומיים³. ואכן ידוע לכל בר-בירב בתחום זה, כי חוגים שונים משמיעים הרהורים והשגות על זכותו של "המשפט הבינלאומי" להחשב למשפט כהלכתו, שהרי אין הוא תואם את ההגדרות התיאורטיות המקובלות⁴, ומה שחמור יותר – אינו הולם את הקריטריונים הפרגמטיים-אמפיריים המקובלים, המאפיינים שיטות משפט מקובלות⁵.

את העימות עם הגישה הדוגמטית מתחיל המחבר ומסיים בטענה, כי לא תתכן הגדרה אחידה ומוסכמת של המונח "משפט", כי לא כל דבר שהוא בר-הוכחה הוא גם בהכרח בר-הגדרה (כדברי אריסטו) וכי דעתו נוטה להגדרה מקיפה לפיה המשפט הוא "סדר נורמטיבי מחייב שחברה מקימה על מנת להגביל התנהגות אנושית"⁶. אולי ניתן ליישם את הגדרת המחבר גם בתחום היחסים הבינלאומיים (ועל-כך – להלן), אך חולשתה מרומזת בדברי המחבר עצמו – היא מקיפה מדי ואינה מגבילה ותוחמת דייה.

ברצינות-יותר מבקש המחבר להתמודד עם הטענות המושמעות נגד אופיו המשפטי של המשפט הבינלאומי והמבוססות על גישה אמפירית. לדעתו השאלה אינה שאלת הגדרה, אלא באיזו מידה העדר אלמנטים המאפיינים מערכות משפט מקובלות יוצר חייץ בין לבין המשפט הבינלאומי. על יסוד גישה זו מושמעות שלוש טענות עיקריות: (א) העדר רשות מחוקקת במישור הבינלאומי; (ב) העדר רשות שופטת בינלאומית; (ג) העדר רשות מכצעת בינלאומית, ובעיקר מנגנון שיטור והטלת סנקציות. שלושת המאפיינים הללו של כל שיטת משפט הם קלאסיים גם במובן המילולי, וכבר מנה אותם המשורר אובידיוס ב"מטמורפוזות" שלו, שם הוא מציין את החוק החרות, השופט והעונש כסימני-היכר של תורה-המשפט⁷. בעקבות ניתוח משופע כדוגמאות, המצביעות על התפתחות ניצני חקיקה, שפיטה ושיטור במישור הבינלאומי, מגיע המחבר למסקנה, כי המשפט הבינלאומי הוא מחוייב המציאות בחברה הבינלאומית (ubi societas ibi ius) וכי ההבדלים בין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הלאומי הם "ה ב ד ל י ם ש ב ד ר ג ה ל ה ב ד ל י ם ש ב מ ה ו ת"⁸. לשון אחרת: השקפת המחבר היא, כי המשפט הבינלאומי הוא, עקרונית, בבחינת מערכת משפט אמיתית, אם כי מערכת המצויה

3 עמ' 13.

4 הכוונה לתיאוריה האימפרטיבית הנוקטת גישה דוגמטית-קונספטואלית, שדוברה העיקרי הוא אוסטין (Austin). ראה דינשטיין, המשפט הבינלאומי והמדינה, עמ' 14-15 וכן Salmond, *Jurisprudence*, 12th ed., pp. 25-35.

5 נראה שהכוונה לתיאוריית "הריאליזם המשפטי". ראה עמ' 35-43.

6 עמ' 14, ראה האסמכתאות המובאות שם וכן השווה עמ' 26.

7 "דור הזהב שהיה בראשית – לא חוקים ולא אונס,

צדק למדוהו ותום, אך לבו הטהור הדריכהו.

עונש וחיל לא נודעו עוד, דברי-איומים על נחשת

לא נחרתו – ולפני השופט החנונים לא הפילו

הנחכעים ברעדה – בלי נוגש יבטחו וישליו."

אובידיוס, מטמורפוזות, הוצאת מוסד ביאליק 1965, כרך ראשון, ספר ראשון, עמ' 34-35 (תרגום ש. דיקמן). לפי התפיסה המיתולוגית תור הזהב, בו ההמון ההפכפך הלך בדרך הישר מרצונו הוא, קדם מבחינה כרונולוגית לעידן המשפט, ואילו לפי הגישה הפרגמטית-המודרנית הסדר הוא הסוף. ראה, למשל, Maritain, *Man and the State*, 1956, pp. 188-216.

8 עמ' 26.

בדרגת התפתחות פרימיטיבית, וכי כללי המשפט הבינלאומי נתונים בתהליך אבולוציוני הולך ומשתכלל.

אין בדעתי להאריך בפולמוס עם עמדת המחבר, שאז יקצר המצע מלהשתרע, בהיות הויכוח כרוך בהיבטים פילוסופיים, סוציולוגיים והיסטוריים. המצית טענתי היא, כי ההשוואה שעורך המחבר בין שיטות משפט פרימיטיביות לבין המשפט הבינלאומי אינה שלמה ומדויקת. גם בחברה הפרימיטיבית ביותר, כדוגמת המסגרת השבטית ואף בחברות הקיימות במדינות עצמן, כגון צבא ואפילו ארגוני-פשיע כדוגמת המאפיה, הרי המושג "משפט" או "מערכת כללים נורמטיביים מחייבים" כרוך ושלוב במושג "שלטון". באין שליט – היא טיבו ותהא צורתו אשר יהיו – המשפט עשוי להיות לכל היותר מערכת-נורמות אינטלקטואליות אך משוללות כל אפקטיביות. האמת, שאין כמעט בנמצא חברה אנושית שבה לא תתגבש בדרך הטבע מנהיגות כלשהי, למעט – לדעתי – החברה הבינלאומית המורכבת ממדינות שכל אחת היא בבחינת חי הנושא את עצמו, ולו רק מן הבחינה שאין היא זקוקה למשפט-על לו תהא כפופה, אלא לכל היותר למשפט-מתאם בלבד. באנלוגיה מתורת "האמנה החברתית" ניתן לומר, כי בכל חברה המקיימת משפט בקרבה מבחינים בנוסף ל"הסכם האיחוד" (pactum unionis) בין הפרטים בינם לבין עצמם – הסכם הנובע מהמושכל הראשוני שהפרט הוא יצור חברתי הזקוק לחברה כדי לספק את מערכת צרכיו – גם ב"הסכם הכפיפות" (pactum subiectionis) שבין הנשלטים לשליט. החברה הבינלאומית נמצאת כיום כבולה לכל היותר להסכם מן הסוג הראשון, אך לא לזה האחרון, שבהעדרו ניטלת המשמעות מהמושגים חוק, שיפוט ובעיקר סנקציה⁹. בהעדר חברה בינלאומית מגובשת הכפופה למעין ממשלה עולמית, נשארים אותם ניצנים, שעליהם מצביע המחבר בגאווה – ביחס להיסטוריה הארוכה של היחסים הבינלאומיים – בגדר יצור קופא על שמריו; והחקיקה במישור הבינלאומי אינה יותר מאשר הסכמה הלוזבת ופושטת צורה בדמות אמנות, השיפוט אינו יותר מאשר בוררות שאינה מחייבת והשיטור אינו אלא שם נרדף – בסופו של דבר – למושג "העזרה העצמית" (self-help). ועוד זאת ייאמר: המחבר מנסה להתמודד בעיקר עם הטענות השוללות מן המשפט הבינלאומי את אופיו כשיטת משפט מגיסטריאלית, אך אין הוא מנסה להתמודד כלל עם ההשקפה המושמעת, כי בנוסף להעדרם של אמצעי-כפייה ויתר האלמנטים המאפיינים כל שיטת משפט פוזיטיבית, אין המשפט הבינלאומי בגדר שיטת משפט נורמטיבית מעצם טיבו וטבעו; דהיינו בפנימיותו ובמהותו אינו מתואם להסדרתם המשפטית של יחסי המדינות. אחד התומכים בגישה זו הוא פרופסור אביגדור לבונטין. במנותו את הגורמים האנטי-משפטיים במשפט הבינלאומי¹⁰ הוא טוען, בין היתר, כי בניגוד לשיטת משפט נורמטיבית המספקת דרכים לקביעה אוביקטיבית-אבסולוטית, המחייבת את הכל, אם התחולל מאורע או קיימת עובדה א' הגורמים לכן לתוצאה משפטית ב', הרי לאור כללי "ההכרה" במשפט הבינלאומי "שום עובדה, שום מצב, שום מאורע אינו קיים אלא לגבי המדינה הרוצה

9 זוהי, בעיקר, השקפתו של לוק (Locke). ראה סאביין, תולדות הנרת המדינה, 1966, כרך ב', עמ' 57-68 וכן, Friedmann, *Legal Theory*, 5th ed., 1967, pp. 123-124.
10 במאמרו "משפט בינלאומי ובטהון בינלאומי", קובץ מחקרים במשפט הבינלאומי לזכר הריש לאוטרפאכט, תשכ"ב, עמ' 178-209.

להכיר' בקיומו". לדעתו לא תיתכן שיטת משפט המעניקה תוקף לכללים, שמשמעותם שלילת קיומה של אותה שיטת משפט הבנויה עליהם¹¹.

הפרק השני מנסה להשיב על השאלה, "המשפט הבינלאומי מהו?" ומתוך ההגדרה הכללית למושג משפט, שהגיה המחבר קודם לכן, נובעת הגדרתו למשפט הבינלאומי: "סדר נורמטיבי מחייב, שהחברה הבינלאומית הקימה על מנת להגביל התנהגות אנושית"¹². להלן הוא מפתח את שני יסודותיה העיקריים של ההגדרה: הנושא (החברה הבינלאומית, המורכבת מתאגידים בינלאומיים, שהחשובים בהם הן המדינות וכן האירגונים הבינלאומיים) והמושא (התנהגות אנושית על כל צדדיה ותחומיה). חלק הארי של הפרק מוקדש לגיתוח ההבדל שבין המשפט הבינלאומי לבין מה שמכונה משפט בינלאומי פרטי. המחבר מתקומם על שבשל הנטיה לערבוּב התחומים, נוהגים להצמיד את הכינוי "פומבי" או "ציבורי" – וללא כל צידוק של ממש – למשפט הבינלאומי שאינו "פרטי". מבחינה מתודולוגית עדיף לדעתו לדבר על משפט בינלאומי ועל משפט לאומי, מאחר שהמשפט הבינלאומי הפרטי אינו יותר מאשר כללי התנגשות דינים המהווים חלק מכל מערכת משפט לאומי¹³. בהתייחסו לקשר שבין המשפט הבינלאומי לבין המשפט הפרטי, ממחיש המחבר היטב, בעזרתן של "דיאגרמות מרובעים" (block-diagrams), את ההבדל בין אמנות בינלאומיות אשר מאחדות כללי התנגשות דינים (conflict of laws) לבין אמנות בינלאומיות המאחדות את עצם הדינים מבחינה סובסטנטיבית ועל כן מיתרות את הצורך בבירור דינים¹⁴. הדיון כאן עשיר בדוגמאות מן הפסיקה אך יש בו, לדעתי, הרחבה מוגזמת ומיותרת של נקודות הטפלות לעיקר, ומן הראוי היה לצמצם כאן את התיאור ובמקומו להרחיב ולפתח את הסקירה על האירגונים הבינלאומיים כנושאי המשפט הבינלאומי ועל צירופים משפטיים של מדינות, צירופים שזכרם בא רק ברמו בפרק זה.

בהגיעו לשאלת יסוד כוחו המחייב של המשפט הבינלאומי, בפרק השלישי של הספר, מביא המחבר את תשובותיהן של האסכולה הנאטורליסטית והאסכולה הפוזיטיביסטית, ומציע במקומן תיאוריה מקורית משלו¹⁵: גישתו היא פוזיטיביסטית בעיקרה, הגם שהוא מסכים כי יש צורך בהיפותיזה לבר-משפטית כבסיס לכוחו המחייב של המשפט הבינלאומי. "הנורמה הבסיסית" המוצעת היא: "על נושאי המשפט הבינלאומי לנהוג בהתאם לחובותיהם הבינלאומיות". צודק המחבר בנסותו למצוא את "הנורמה הבסיסית" מחוץ לשיטה עצמה כדי להיחלץ מן "המעגל השוטה" שיצרו אלה המבססים את כוחו המחייב של המשפט הבינלאומי על המסגרת הוולונטרית של רצונן המשותף של המדינות; שהרי אם המשפט הבינלאומי מחייב מכוח הרצון המשותף ואם זהו כלל משפטי, השאלה היא מכוח איזה כלל משפטי מחייב כלל זה, וכה הלאה וכה הלאה. אולם עם זאת נראית התיאוריה המוצעת מעורפלת למדי. מהן, דרך משל, "חובותיהן הבינלאומיות" של המדינות? האם אין החובות

11 עמ' 182.

12 עמ' 26.

13 עמ' 30.

14 עמ' 33-36.

15 עמ' 43-44. את המשמעות ההשוואתית של הנורמה הבסיסית המוצעת, למול אלה המוצעות על-ידי קלון ואנוילוט, ממחיש המחבר בצורה סכימטית.

ספרים

הזכויות נקבעות על פי כללי המשפט הבינלאומי, דהיינו בעיקר על פי המנהגים והאמנות? אם כן מה ההבדל המהותי בין התיאוריה המוצעת לבין אלה של אנזילוטי (Anzilotti) – שהעקרון המוצע על ידו הוא "הסכמים יש לכבד" (pacta sunt servanda) – ושל קלזן (Kelsen) – שהעיקרון המוצע על ידו הוא "על המדינות לנהוג כפי שנהוג על ידיהן לנהוג"? זה אומר: יש לנהוג בהתאם להסכמים וזה אומר: יש לנהוג בהתאם למה שנהוג (כשאחד הכללים המנהגיים הוא "הסכמים יש לכבד"), ואילו המחבר אומר, במלים אחרות: יש לנהוג בהתאם להסכמים ובהתאם למה שנהוג (המהווים יחד את כללי המשפט הבינלאומי). נמצא, בסוף כל הסופות, כי את הבקורת שהשמיע המחבר כנגד התיאוריות הפוזיטיביסטיות של קלזן ושל אנזילוטי ניתן להטיח חזרה כנגדו.

הפרק הרביעי¹⁶ מתאר את מקורות המשפט הבינלאומי, אשר פירוט מלא שלהם ניתן למצוא בסעיף 38 של חוקת בית הדין הבינלאומי. המחבר מציע שלא לדבר על "מקורות" (sources) של המשפט הבינלאומי, ואילו ומשמעות הביטוי אינה נהירה די צרכה, וכי מקור המשפט הבינלאומי הוא הפרקטיקה של המדינות, ובמסגרת מקור אחד זה מהווים המנהגים, האמנות ועקרונות המשפט הכלליים "רבידים" שונים של נורמות. גראה, לדעתו, כי ההבחנה אינה מהותית אלא לשונית בעיקרה, וכאשר מדברים הן על רבדי המשפט הבינלאומי והן על הפרקטיקה של המדינות כמקור יוצר, מתכוונים בשני המקרים לדרכים ולאמצעים שעל-ידיהם נוצרים כללי המשפט הבינלאומי. הפרקים האחרונים¹⁷ בחלקו הראשון של הספר דנים בהתפתחות ההיסטורית של המשפט הבינלאומי, בקודיפיקציה שלו ובתחולתו הגיאוגרפית. מבחינה דיסקרטית ראוי היה, לעניות דעתי, לתאר את המשפט הבינלאומי בפרספקטיבה ההיסטורית שלו בפרק האחרון דוקא. מקומה של "הקודיפיקציה של המשפט הבינלאומי" במסגרת הפרק הדן ברבדים של המשפט הבינלאומי, ואילו "תחולתו הגיאוגרפית" (פרק בו ממייין המחבר את המשפט הבינלאומי, מבחינת תחולתו, למשפט בינלאומי כללי; משפט בינלאומי אזורי; משפט בינלאומי מיוחד) מקומה הנכון הוא במסגרתו של הפרק השני: "המשפט הבינלאומי מהו?".

בחלק השני של ספרו מברר המחבר את מעמדה של המדינה מבחינה בינלאומית והוא דן, לפי סדר הפרקים¹⁸, בתנאים להיווצרות המדינה, בשאלת ההכרה במדינות ובכמשלות, בירושת מדינות, בדרכי רכיבת טריטוריה וביחס שבין המשפט הבינלאומי למשפט הלאומי. מה קדם למה: המשפט הבינלאומי או המדינה? לדעת המחבר המסקנה המתחייבת מהיות המדינה אישיות משפטית – פרי רוהו של סדר משפטי עליון – היא שהכדינה קיימת מכוח המשפט הבינלאומי; ואם נאמר, כי המדינה נוצרת מכוח המשפט הלאומי שלה, כי אז המדינה קיימת לא לפני המשפט הבינלאומי אלא בלעדיו. לדעתי גם יסוד הויכוח הזה הוא טרמינולוגי במהותו. הטיעון שלפנינו איננו תקף בעיקר משום שאין הגדרה מדוייקת של המדינה בפי המחבר. המדינה היא

16 עמ' 44-66.

17 פרק חמישי עד פרק שמיני: עמ' 66-88. הפרק החמישי פורסם בשעתו כמאמר מאת המחבר בשם "על הרצף של המשפט הבינלאומי", עיוני משפט, כרך א', עמ' 84-95.

18 פרק שמיני עד פרק שנים-עשר: עמ' 91-148.

בראש וראשונה ישות פוליטית. לדעת הפילוסוף המדיני בן זמנו ז'אק מאריטן
(J. Maritain) המדינה היא:

"... Only that part of the body politic especially concerned with the maintenance of law, the promotion of the common welfare and public order, and the administration of public affairs."¹⁹

המדינה יכולה להיראות אף כאישיות משפטית מבחינת המשפט הלאומי שלה, ובהיבט זה אין לה שום קשר עם המשפט הבינלאומי, אם כי ברור שכשמדובר על המדינה ככפופה למשפט הבינלאומי מתייחסים או לאספקט הבינלאומי של אישיותה המשפטית. גכון הוא שהמדינה לא קדמה למשפט הבינלאומי כאישיות משפטית בינלאומית, אם כי היא עשויה להקדימו בכל הנוגע להיבטיה האחרים.

לאור מטרתו של הספר שלפנינו טוב היה עושה המחבר, לדעתו, אילו היה מרחיב יותר את הפרקים הדנים בקיום המדינה וביחס שבין המשפט הבינלאומי למשפט הלאומי (יחס, שלדברי המחבר בפתח הדבר, הוא עיקרו של הספר) ומשלבם בחלק הראשון של ספרו; שאר פרקי החלק השני, הדנים באספקטים ספציפיים של המדינה מבחינת המשפט הבינלאומי, ראויים לפיתוח במסגרת מסכת נפרדת, דוגמת סוגיות אחרות במשפט הבינלאומי שבהן מתכוון המחבר לדון בנפרד בעתיד.

ועוד הערה "טכנית" קצרה: המפתחות שצורפו לספר תועלתם מרובה²⁰, אך סבורני כי מפתח הענינים אינו ערוך כהלכה, בעיקר משום שאינו נחלק לסעיפים אב ולסעיפי משנה, למען הקל את השימוש בו. לדוגמא: הערך "משקאות חריסים" היה צריך להכלל תחת הערך "אמנות"; וכן הערך "מנהגים בינלאומיים" ראוי היה שייכלל במסגרת ערך ראשי של "רבדי משפט בינלאומי".

לבסוף יצויין סגנון הכתיבה הבהיר והמדויק. השפה עשירה וקולחת ומשופעת בדוג-מאות ובתיאורים גרפיים, הממחישים המחש היטב את הרעיונות המובעים. הריכוז הרב של האסמכתאות המובאות בשולי הדברים עשוי להיות לעזר רב לכל מי שספרו של פרופסור דינשטיין ידרבנו להרחיב ולהעמיק את ידיעותיו בתחום המשפט הבינלאומי. לא נותר לנו עתה אלא לקוות, כי למפעלו של המחבר יהא המשך, אשר ירחיב את האשנב למשפט הבינלאומי שקרע למענינו ספר זה.

הלל שמגר *

Op. cit., p. 12 19

20 עמודים, הכוללים מפתח פסיקה, מפתח אמנות, מפתח אישים ומפתח ענינים. * תלמיד השנה הרביעית בקולטה למשפטים.