

מונטסקיה והקודיפיקציה של המשפט הפרטי

(קוד נפוליאון)*

מאת

אלפרדו מרדכי ראבילון**

1748, השנה שבה פורסם ספרו של מונטסקיה "De l' Esprit des Lois" (על רוח החוקים), 1789, השנה שבה פרצה המהפכה הצרפתית, 1804-, שנת הפרסום של קוד נפוליאון, הם תאריכים חשובים ביותר בהיסטוריה של המשפט ובהיסטוריה האירופאית התרבותית בכלל.

מונטסקיה¹ נולד בשנת 1689, למד משפטים ב-Bordeaux, והוסמך כעורך-דין בשנת 1716 וירש את התפקיד של דודו כנשיא-לכל-החיים של הפרלמנט של Bordeaux. מונטסקיה היה חלק אינטגרלי מהאריסטוקרטיה של הגלימה (aristocratie de robe)².

* הרצאה שניתנה במסגרת ערב עיון על "משנתו הפוליטית-פילוסופית של מונטסקיה" בכית האקדמיה הלאומית הישראלית למדעים, ביום 24.12.1998.

** פרופסור בקתדרה למשפט השוואתי ותולדות המשפט ע"ש מונטסקיה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים. פרופסור במכללה האקדמית למשפטים, רמת-גן.

1 ראה בעברית: מונטסקיה על רוח החוקים (תרגום מצרפתית ע' בסוק; ערך והוסיף מבוא ק' קליין "מונטסקיה: האיש ויצירתו") ירושלים, תשנ"ח; ראה גם: (Charles Louis Baron de Montesquieu) *Oeuvres complètes* (A. Mason ed., 3 vols., Paris, 1950-1955); *L'Esprit des Montesquieu Oeuvres complètes* (J. Brethe de la Gressaye ed., 4 vols., Paris, 1950-1960); *The Spirit of the Laws* R. Shackleton, *Montesquieu*, T. Nugent, New York, 1959) (translated by R. Shackleton, *Montesquieu*, a Critical biography (Oxford, 1961); J. Dalat *Montesquieu magistrat* (Paris, 1971) D.C. Cabeen *Montesquieu: a Bibliography* (New York, 1947); Id. "A supplementary Montesquieu Bibliography" *Revue Internationale de philosophie* IX E. Vidal, *Saggio sul Montesquieu, con particolare riguardo alla sua concezione dell'uomo, del diritto e della politica* (Milano, 1950); S. (Torino, 1953); Id. "Montesquieu Charles-Cotta, *Montesquieu e la scienza della società* Louis" in *Novissimo Digesto Italiano* (Torino, vol. X, 1964) p.890 f.; J.A. Baum

עבודתו של מונטסקיה עולה בקנה אחד עם עלייתו של הרציונליזם המשפטי. המהפכה הרציונליסטית במערכת המשפט הצליחה, בסופו של דבר הודות לפעולתם של הפרופסורים למשפט ולמרות כל הביקורת שהם נאלצו לספוג. לצד אנשי תאוריה עמדו גם אנשי מעשה, כמו דגוסו (Daguessau) ופוטיה (Pothier), אשר תרמו רבות לתהליך³. תרומתו של מונטסקיה למחשבה הפוליטית ולמשפט הציבורי ידועה לכול, שמו קשור בל יינתק לתאוריה של הפרדת הרשויות⁴. אולם, לדעתי, רוחו של מונטסקיה שימשה השראה גם לאלו אשר עסקו במשפט הפרטי, ותרמה אף למושג הקודיפיקציה.

"Introduzione, cronologia, *Montesquieu and social theory* (Oxford, 1979); R. Derath "bibliografia e commento a *Lo spirito delle leggi*" (Milano, 1989)

ראה בפרק של ספר XX "על המסחר", את ההלל של מונסקיה על האריסטוקרטיה של הגלימה. 2

על ראשיתו של הקוד סיביל הצרפתי ראה את הערותיו הביקורתיות של A.J. Arnaud *Les Origines* 3
ais, Paris, 1969; J. Maillat "The historical significance *Doctrinales du Code Civil Fran*
of French codifications" 44 *Tulane L. Rev.* (1970) pp. 681 ff.; G. Tarello *Le Ideologie*
B. Schwartz *della Codificazione nel secolo XVIII* (Genova, s.d.)
The Code Napoleon and the Common Law World (1956); K. Zweigert-H.Koetz *An*
Introduction to Comparative Law (Amsterdam-Oxford, 1977); A. Watson *The Making of*
the Civil Law (Harvard U.P., 1981); P. Stein *Legal Institutions. The Development of*
Dispute Settlement (London, 1984) p.98 f.; O.G. Robinson T.D. Fergus & W.M. Gordon
An Introduction to European Legal History (Abingdon, 1985) s.v. Montesquieu and
Pothier. M. Kingsley, *French Liberal thought in the Eighteenth Century* (New York,
1963) pp.151 ff., 167 f.; D. Richet *La France moderne: l'Esprit des Institutions* (Paris,
1973); A. Gambaro "Codice Civile" in *Digesto*, IV edizione, (Torino, 1988)

cle aise au XVIII si^{me} de la constitution fran 4
E. Carcassone *Montesquieu et le probl*
(Paris, 1927); M. Spurlin *Montesquieu in America* (Louisiana, 1940); S. Cotta
paration des pouvoirs et la constitution federale des Etats Unis" *Revue* "Montesquieu, la s
Internationale d'Histoire politique et constitutionnelle (1951), pp. 225 ff.; C.J. Friedrich
"The Ideological and Philosophical Background" in B. Schwartz (ed.) *The Code Napoleon*
and the Common-Law World (New-York, 1956), pp.12, 14; C.A. Cannata *Lineamenti di*
,621 ,112 עמ' גם ראה) *storia della Giurisprudenza Europea II* (Torino, 1977), at p. 152
J.N. Shklar *Montesquieu* (Oxford, 1987); B.B. Berceanu "Le principe de ;(651
paration des pouvoirs (1748) et le droit constitutionnel roumain fondMontesquieu de la s'
sur ce principe (1858-1947)" 34 *Revue Roumaine des Sciences Sociales, Sciences*
Juridiques (1990), at pp. 99 ff; M. Troper "The Development of the notion of separation
of powers" 26 *Israel L. Rev.* (1992) 1 ff.; G. Bognetti *La divisione dei Poteri*
(Milano,1994) ; ק' קליין "מבוא" (לעיל, הערה 1), עמ' 27 ואילך.

בספרו "על רוח החוקים" (1748) קיימת סטייה קיצונית מדרכם האוטופית והרדיקלית של התאוריטיקנים. בניגוד לדעתו של הובס⁵ – *homo homini lupus* ("אדם לאדם זאב") – מונטסקיה ראה את החיים בחברה כהתממשות המשפט הטבעי. "טבע הדברים" (*la nature des choses*) מופיע כבר בראשיתו של הספר הראשון "על החוקים בכלל". כותב מונטסקיה:

"החוקים, במשמעותם הרחבה ביותר, הם היחסים (*rappports*) ההכרחיים מטבע הדברים; ובמובן זה, לכל הישים יש חוקים משלהם: לאלוהות יש חוקים משלה, לעולם החומרי יש חוקים משלו, לישים בעלי השכל הנעלה משכלו של האדם יש חוקים משלהם; לחיות יש חוקים משלהן; לאדם יש חוקים משלו".

על כן אין לראות בחוקים את הרצון השרירותי של המחוקק כי, כאמור, "החוקים... הם היחסים ההכרחיים מטבע הדברים...". מעיר אבינרי כי "מונטסקיה מכיר במסגרת החוקית-מדינית וכל עיקרו הוא תאור החוק הפוזיטיבי תוך ניסיון לציין מערכת של משתנים הקובעים את דמותו הקונקרטית של החוק הזה..."⁶.

ברקאוזן (*Barckausen*) משווה במאמרו "אי הסדר של רוח החוקים" (*Le desordre de l'esprit des lois*) את ספרו של מונטסקיה לקתדרלה גותית – אשר גם בה, בתחילה נראה כי מדובר ביער מבלבל של עמודים, פילארים, פסלים, קברים וכו'. אולם כאשר לומדים לברור את החלקים השונים (הציר המרכזי והמשני, אזור המקהלה וכו') מבינים כי כל המבנה אינו אלא תכנית פשוטה של שני קווים המצטלבים בזווית ישרה⁷. כך גם לאחר קריאה קפדנית של "על רוח החוקים" ניתן ללמוד את הדוקטרינה הכללית של המשפט, תאוריות של תורת המשטרים ודוקטורינות של החירות הפוליטית. מונטסקיה מדבר על חירות האומה מול השפעות הזרים (עצמאות לאומית), חירות אזרחית בתוך

C.W. Hendel "To Montesquieu: Acknowledgement and Appreciation" 8 *Revue Internationale de Philosophie* (1955) pp. 346 ff.: "Argument against Hobbes' Terrible System", pp. 350 ff.; R. Derathe "Montesquieu et Jean-Jacques Rousseau", *ibidem*, pp. 366 ff. לעומת זאת, תרומתו של הובס לתפיסות המשפט הפרטי המודרני מוכרות היטב; see

O.G. Robinson, T.D. Fergus & W.M. Gordon *An Introduction to European Legal History* (Abingdon, 1985) p.361 f. (דיון על הצהרת הרצון של הצדדים לחוזה).

6 ש' אבינרי **פירקי חברה ומדינה** (תש"ל), עמ' 40 תוך השוואה לתורתו של רוטו.

7 H.D. Barckausen "Le desordre de l'Esprit des lois" 9 *Rev. du Droit public et de la science de politique* (1898) pp. 31-40; Id. *Montesquieu, l'Esprit des lois et les archives de la Br7* (Bordeaux, 1904).

האומה וחירות פוליטית: pouvoir faire ce que l'on doit vouloir et n'etre point contraint & faire ce que l'on ne doit point vouloir.

לשיטתו, רק ההפרדה בין שלוש הרשויות (המחוקקת, השופטת והמבצעת) תביא חירות אמיתית ותבטיח אותה⁸.

בתקופה שבה הרעיונות המשפטיים והפוליטיים עדיין היו תחת השפעת הרעיונות המופשטים של "המשפט הטבעי"⁹, בתקופה שבה הרעיונות של "משפט פוזיטיבי" ו"הסטוריה של המשפט" זכו לבוז בלבד – עבודתו של מונטסקיה נראתה כניסיון ראשון, אחרי הניסיון של Vico¹⁰, ליצור פילוסופיה של המשפט הפוזיטיבי, או יותר מכך – ניסיון ליצור מדע של המשפט (ההיסטוריה של המשפט ומשפט השוואתי). למרות היותו של מונטסקיה אדם דתי¹¹, הוא קיבל את הרעיון של הפרדת המשפט הדתי מהמשפט האזרחי.

אך לא הכול היה ברור וקוהרנטי בספר "על רוח החוקים": כך, למשל, השפעתו של מונטסקיה הורגשה בעיקר אצל אלו שניסו לאחד את החוק. אנו יכולים לשאול את עצמנו כיצד ניתן לגשר בין תיאוריית "הפרדת הרשויות", אשר מדברת בפירוש על קודיפיקציה כללית, לבין תיאוריות, כגון זו של "השפעת האקלים"¹², אשר מקבלת את קיומו של החוק המקומי כמובן מאליו.

- 8 על תורת המשטרים של מונטסקיה ראה ק' קליין "מונטסקיה: האיש ויצירתו" (לעיל, הערה 1), עמ' 25 ואילך, עם הספרות המצוטטת שם.
- 9 M.H Waddicor *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law* (The Hague, 1970) על השפעת הדוקטרינה של המשפט הטבעי על הקודיפיקציות בראשית המאה ה-XIX ראה: G. Solari *Socialismo e Diritto privato. Influenze delle odierne dottrine socialiste sul Diritto privato* (1906) (Milano, 1980) p. 6 nt.7; F. Wieacker *Storia del Diritto privato moderno* (Milano, I, 1980), pp. 502 ff.
- 10 B. Croce *La filosofia di Giambattista Vico* (Bari, 1947); F. Battaglia "Vico e Montesquieu" in Idem *Corso di Filosofia del Diritto* (Roma, 1960) pp. 294 ff.; F. Wieacker *Storia del Diritto privato* (supra note. 9), p. 386, vol. II,16; G. Solari *Socialismo e Diritto privato. Influenze delle odierne dottrine socialiste sul Diritto privato* (supra note. 6), pp.3 ff.
- 11 J. Carayon *Essai sur les rapports du pouvoir politique et du pouvoir religieux chez Montesquieu* (Montbeliard, 1903); M.P. Masterson "Rights, Relativism and Religious Faith in Montesquieu" *Political Studies*, vol. XXIX, No.2, pp. 204 ff. של מונטסקיה על הצנזורה הדתית של ספרו, שהוכנס לרשימת הספרים האסורים על המאמינים הנוצרים (Index) "Montesquieu et la censure r : (Index)" C.J. Beyer "Montesquieu et la censure r : (Index)" *Revue de Sciences humaines* (1953), pp. 105 ff.
- 12 ראה ק' קליין "מונטסקיה: האיש ויצירתו" (לעיל, הערה 1), עמ' 23 ואילך ("תאוריית האקלימים").

אכן, אמת הדבר, כי לפי¹³ G. Hervé, מונטסקיה טעה כאשר ייחס יותר מדי משקל ל"השפעת האקלים" על החברות. מונטסקיה הגיב על כך¹⁴ בצורה אחרת: ישנם רעיונות של אחדות, של התאמה משפטית, אשר כובשים את הנפש, אך עם זאת ברור שישנם יוצאים מן הכלל. רק גאון אמיתי יוכל להבחין בין המקרים הנכללים בקטגוריה הכללית לבין היוצאים מן הכלל.

כפי שקבע זאת ישעיה ברלין (I. Berlin): "אכן, אפשר שאין סתירה לוגית מובהקת בין האמונה שחוקים הם פועל-יוצא מהתפתחות חברתית לבין האמונה בתקנים קבועים של צדק והדרישה לקודיפיקציה מפורשת ולהחלה קפדנית"¹⁵.

מעניין לציין, ולו בהערת אגב, את גישתם של אנשי המהפכה הצרפתית אל מונטסקיה¹⁶. למעשה, דור המהפכה עצמו היה מודע למורכבות היחס אל Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de Montesquieu. באופן כללי הצדיקו אנשי המהפכה את מונטסקיה, אבל, לדוגמה, בספר *De l'autorité de Montesquieu dans la révolution présente* (על סמכותו של מונטסקיה במהפכה הנוכחית), משנת 1790, כותב Philippe Antoine Grouvelle שמונטסקיה הכין את המהפכה, אך הוא אשם בכך שהגן על האצולה.

13 "Montesquieu: l'ethnographie dans *l'Esprit des Lois*; la th'G. Hervé *Revue de l'Ecole d'anthropologie de Paris*, 17. 1907, pp.337 ff.; A.J. Arnaud *Les Origines de l'ethnographie* (Paris, 1907), p.98 f. *Doctrinales du Code Civil* (supra note 3), p.98 f. "מבוא" (לעיל, הערה 1), עמ' 23 ואילך.

14 בסנגוריה שלו על רוח החוקים (Defense de l'Esprit des Lois).

15 "ברלין נגד הזרם. מסות בהסטוריה של האידיאות (תשל"ט), עמ' 207 ואילך, בעמ' 235-236.

16 על השפעתו של מונטסקיה על המהפכה הצרפתית ראה: E. Chevalley *La th'orie des différents de Montesquieu et son application a l'histoire. Le "divorce" de ordres de lois d'après* Cairo, s.d. (Doct. Dissertation, quoted by D.C. Cabeen); E.M. Ehrlich *Napoli*

"Montesquieu and Sociological Jurisprudence" 29 *Harv. L. Rev.* (1916) 582 ff.,586;

A. Mathiez "La place de Montesquieu dans l'histoire des doctrines politiques Qau XVIII^e siècle" 7 *Annales Historiques de la Revolution francaise* (1930) pp. 97 ff.

לדוגמה, כי המהפכה הצרפתית האשימה את מונטסקיה משום שלא הוכיח את מטרת החוקים:

"ce qui manque a son esprit des lois c'est le commencement et la fin. Les lois n'ont ni base fondamentale ni but juridiques" B. Groethuysen *Philosophie de la Revolution francaise (1789-1804)* (Paris, 1956) p. 126; P. Saguac *La legislation civile de la Revolution francaise (1789-1804)* (Paris, 1898 non vidi).

הוא מוסיף וטוען כי "על רוח החוקים" מצביע על חוסר השראה, המתחייבת ממחוקק אמיתי, כלומר חוסר אהבת האדם וחוסר רגש השוויון (le sentiment de l'égalité).

רובספייר שמר על נקודת מבט סקפטית ביותר בכל הנוגע לחוק. מולו עמדה הסקפטיות של מונטסקיה אשר הייתה משולבת ברציונליזם. בתחילת המאה ה-XIX, היה המחוקק הצרפתי עסוק פחות בספקנות ושאף יותר לאחד את החוקים הצרפתיים. בספרו של מונטסקיה מצא המחוקק את הכללים ליצירת הקודקס.

החלק החשוב ביותר המתייחס לנושא זה ב"רוח החוקים" נמצא בספר 29 *De la manière de composer les lois* "על אופן חיבור החוקים" בפרק הראשון – "על רוח המחוקק":

"אני אומר זאת... רוחו של המחוקק צריכה להיות מתונה; טובת הפוליטיקה כמו המוסר, נמצאת בין שתי קצוות – הבה ונציב דוגמא. מספר צורות של צדק נחוצות לחירות, אך מספרן עשוי להיות גדול עד כדי כך שהן תהיינה מנוגדות לאותו חוק עצמו שיצר אותן; הפרוצדורה תהא ללא סוף... והאזרח יאבד את חירותו ואת הביטחון שלו...".

המחוקק חייב לשקול גם את חוקיהן של מדינות זרות, וכאן מונטסקיה מזהיר אותנו מאחת הסכנות הגדולות ביותר למי שעוסק במחקר השוואתי – אדם אינו יכול להסתפק בידע חלקי ועליו לבחון נורמות בקונטקסט המקורי, אם ברצונו להבין את המשמעות האמיתית של הנורמה:

"בכדי לקבוע מי מבין החוקים מתקבל ביותר על הדעת, עלינו לא לשקול אותם בנפרד, כי אם עלינו להשוות את השלם כולו" (פרק 11).

גם בקטע זה אנו מוצאים את המשפט הרציונלי מהדהד. בדרך דומה בפרק 13:

"כפי שהמשפט האזרחי נסמך על המוסדות הפוליטיים, מאחר והם נוצרו בעבור אותה החברה, בכל מקום בו עולה נושא אימוץ משפט של אומה זרה, יהה זה אך נאות לבחון לפני כן האם לשתי האומות, יש את אותם מוסדות ואותו משפט פוליטי".

בעקבות מונטסקיה, אשר נקרא "אבי המשפט ההשוואתי", הפך המשפט ההשוואתי אופנתי במאה ה-XIX¹⁷.

R. David, J. Brierley *Major Legal Systems in the World Today. An Introduction to the Comparative Study of Law* (3rd Edition, London, 1985), at p. 4 "in

גם הגל (Hegel) העריץ את עמדותיו של מונטסקיה והאמין ש"מונטסקיה גילה את נקודת המבט ההיסטורית האמיתית, את העמדה הפילוסופית האמיתית, כלומר, שיש להתייחס אל החקיקה, גם הכללית וגם הפרטיקולרית, לא כדבר מבודד ומופשט, אלא כחלק מהשלם, המקושר עם כל הגורמים האחרים היוצרים את אופיה של האומה ושל התקופה. הקישור הוא כה חזק, עד כי ממנו יונקים החוקים את משמעותם האמיתית ואת ההצדקה שלהם"¹⁸.

הפרק ה-16 של ספר 29 – שכותרתו "עניינים שיש להקפיד על שמירתם בעת חיבור החוקים" – הוא חשוב במיוחד¹⁹:

"על סגנון החוקים להיות פשוט; ההתבטאות הישירה מובנת יותר מן ההתבטאות הבלתי ישירה... כאשר סגנון החוקים הוא מנופח, אין רואים בהם אלא חיבור לצורך ראוה. חיוני הדבר שמילות החוק יעוררו אצל כל בני-האדם את אותן האידאות... משהוברה היטב משמעות המונחים המוזכרים בחוק, אל למחוקק לשוב ולהזדקק לביטויים מעורפלים... אל לחוקים להיות מחוכמים יתר על המידה בניסוחם; נועדו הם לאנשים בעלי כושר השגה בינוני; הם לא נועדו להבנתם של חכמי תורת ההיגיון, אלא לבינתו הפשוטה של אב משפחה".

האם אנו יכולים לראות במילים אלה את ההסבר לאופיים השונה של הקודקס הצרפתי (קוד נפוליאון) הפשוט והברור, הקרוב לעם, פרי המהפכה, לעומת הקודקס

the light of Darwinian theory and ideas of progress then current", at pp. 2, 63-66;

H.Cairns *Legal Philosophy from Plato to Hegel* (Baltimore, 1949), at p. 214

G.W.F. Hegel *Grundlinien der Philosophie des Rechts mit den von Gans redigierten* 18
tzen aus Hegelsvorlesungen, in *Saemtliche Werke*, VI2 (Leipzig, 1921) 21; *Hegels Zus*
Philosophy of Right (trans. by T.M. Kook, Oxford, 1967) pp. 16 f., 161; Cfr. H. Trescher
Montesquieu Einfluss auf die philosophischen Grundlagen der Staatslehre Hegels
nchen, 1918), at pp. 471 ff., 907 ff. (quoted by D. C. Cabeen); (Schmoller's *Jahrbuch*, M'n
H. Cairns *Legal Philosophy* (*supra*, note 17) 439 ff., 516 f.; Cotta *Montesquieu* (*supra*,
note 4), at p. 891; A.A. Ehrenzweig *Psychoanalytic jurisprudence. Ethics, Aesthetics and*
"Law" (Leiden, 1971) at pp. 122 ff.; W. Friedman *Legal Theory* (London, 1967) at
de Droit Compar (vol.II, Paris, 1974) at pp. pp.128 f., 213; L.J. Constantinesco *Trait*
S. Avineri *Hegel's Theory of* ראה של הגל ראה 201 ff.
(the Modern State Cambridge, 1972) pp. X, 4, 185 ff.

19 התרגום נלקח כאן מן המהדורה העברית, המוזכרת לעיל, בהערה 1.

הגרמני (ה-B.G.B.²⁰), המדויק, המדעי, אך הכל כך קר ורחוק מן העם (משפט הפרופסורים, Professorenrecht) ?

"כאשר היוצאים מן הכלל, ההגבלות, הסייגים והתיקונים אינם הכרחיים, – ממשיך מונטסקיה – מוטב שלא לצייןם כלל. פרטים כאלה מסבכים בפרטים נוספים [ואין לדבר סוף]. אין לשנות את החוק ללא טעם מספיק..."

כאשר טורחים לנמק את החוק, ראוי שהטעם הניתן יהא ברמה הראויה לחוק..."

במה שנוגע לחזקה (presumption), חזקת החוק [חזקה מכח הדין, 'חזקה חלוטה'] עדיפה על חזקת אדם [חזקה עובדתית]... כאשר השופט מסיק בדרך זו, שיפוטיו נעשים שרירותיים; כאשר החוק מגדיר חזקה, הוא נותן לפני השופט כלל קבוע..."

כשם שהחוקים חסרי התועלת מחלישים את מעמדם של החוקים החיוניים, כך חוקים שניתן להערים עליהם מחלישים את עצם החקיקה. החוק צריך להטביע את חותמו... אסור שהחוק ינוסח באופן הנוגד את טבע הדברים."

מילים אלה של מונטסקיה נשמעות באספה המכוננת של יולי 1790, וכמה שנים לאחר מכן בנאום הכינון של הקודקס של הטריבון אנדריהו (Andrieux)²¹.

20 השווה למילותיו של אחד ממנסחי הטיוטה של הקודקס – Portalis – "נמנענו בצורה שווה מהשאפה המסוכנת לווסת ולצפות הכל... תפקיד החוק הוא לסדר בקווים כלליים את דברי הצדק, לייסד עקרונות עשירים ברמיזות ולא לרדת לפרטי שאלות שעלולות להתעורר בכל מקרה" A. Von Mehren, J. Gordley *The Civil Law System* (2nd ed., 1977), at p.54 כפי ידוע, ה-BGB הגרמני, בניגוד לקודקס הצרפתי, נהגה כ"קודקס של פרופסורים" (professorenrecht), המבוסס על הפורמאליסטיות של הפנדקטיסטים ("Pandektenrecht") אשר מרוחקת מהאדם הפשוט. ראה P. Stein *Legal Institutions. The Development of Dispute Settlement* (London, 1984), at p. 100; M.A. Glendon, M.V. Gordon & C. Osakwe *Comparative Legal Traditions* (St. Paul, Minn., 1985), at p. 53 התהליך הקודיפיקטיבי "ספר זיכרון לגואלטירו פרוקצ'יה. חיבורי משפט (בעריכת א' ברק, נ' ליפשיץ, א' פרוקצ'יה, מ' א' ראבילו ירושלים, תשנ"ז) עמ' 133 ואילך.

מונטסקיה אינו שולל חוקים קיימים, והוא רוצה שהקורא יגיע בעצמו למסקנה שהחוקים צריכים שינוי דרסטי. נכון הדבר שספרו "על רוח החוקים" הינו שמרני ביסודו, אך הוא כה עשיר מבחינה אילומיניסטית שיכולים להשתמש בו בדרכים שונות כמעין תנ"ך של התרבות המשפטית-פילוסופית האירופאית החדשה, לפי המגמות החדשניות התומכות בקודיפיקציה. מונטסקיה האמין בכוחה של הידיעה, ולכן ניתן לראות בו את נציגן של תקוות ההשכלה. מטרתה הפילוסופית של עבודתו הייתה להגדיר מבנה של חוק ולמיין תחת כמה כותרות קוהרנטיות את כל המגוון של החוקים החברתיים והפרוצדורליים בצורה כזו שתגלה את מיקומם בכל חברה נתונה²². הניצחון המהפכני של האילומיניזם הליברלי, ה־garantiste, מצא את אישורו בקודקס האזרחי הראשון – קוד נפוליאון²³.

21 H. Silving *Sources of Law*, Buffalo-New York, (s.d.), at pp. 280, 289; גם את הערותיהם של P. Stein *Legal Institutions, The Development of Dispute Settlement* (London, 1984), at p. 99 מובן שדעתו של מונטסקיה על תפקיד השופט אינה מקובלת על השופטים האקטיביסטים, כגון השופט אהרון ברק – נשיא בית-המשפט העליון, בספרו **פרשנות במשפט**, כרך א (תשנ"ב), עמ' 172 ואילך. השופט ברק מתייחס לגישתו של מונטסקיה כי השופטים אינם יותר מאשר "הפה של המחוקק" כאל דעה קיצונית: "גישתו של מונטסקיה בודאי אינה משקפת את מלוא הניסיון השיפוטי". ראה גם י' זוסמן "מקצת מטעמי פרשנות", ספר היובל לפנחס רוזן (תשכ"ב) עמ' 147 ואילך, 153. עם זאת גם השופט ברק מוכן להסכים כי תאוריית ההכרזה של מונטסקיה תקפה לעתים: "ברבים מהמקרים, אכן נכון התאור של מונטסקיה, לפיו השופט הוא הפה החוזר על לשון החוק" א' ברק **שיקול דעת שיפוטי** (1987) עמ' 153. אך למרות זאת, לדעתו, ישנם מקרים, שבהם היוזמה השיפוטית אינה הכרזתית (דקלרטיבית) בלבד, אלא צריכה להיות יצירתית, ומכאן שחייבת ליצור שינויים של השיטה הנורמטיבית. דחיית דעתו של מונטסקיה ואימוץ השיטה הסובייקטיבית לפרשנות אינם צריכים להוביל אותנו, לדעת ברק, לדיקטטורה של בתי-המשפט, שבה השופט יוצר הכול לפי מערכת אמונתיו הפוליטית. היצירה מוגבלת. א' ברק בספרו הנ"ל **פרשנות במשפט**, עמ' 348; בניגוד לביקורתו על דוקטרינת הפרשנות של מונטסקיה, השופט ברק מסכים עם דעתו של מונטסקיה לגבי הקשר בין חירות ובין הפרדת רשויות. השופט ברק כותב: "מטרתה של גישה זו אינה הגברת היעילות – דבר שאותו אין היא משיגה – אלא מניעת השרירות, בין שרירות של הגוף המחוקק, בין שרירות של הגוף המבצע ובין שרירות של הגוף השופט". א' ברק בספרו הנ"ל **שיקול דעת שיפוטי**, עמ' 279.

22 Cfr. J.N. Shklar *Montesquieu* (*supra*, note 4).

23 A. Cavanna *La storia del Diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella piu' recente storiografia italiana* (Milano, 1983), at pp.182 ff.; *Idem Storia del Diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico* (Milano, 1982).

המשימה הראשונה שעמדה בפני המחוקק המודרני הייתה, להבחין בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי, להסדיר את המשפט הציבורי וליצור משפט דיוני שיגן על זה המהותי. עבור נפוליאון וצוות הקודיפיקטורים שלו, כתביו של מונטסקיה היוו סמכות עליונה, והם הסתמכו על כתביו ללא עוררין. נפוליאון היה נצר נאמן למאה ה-XIX. הוא אימץ מתוך "רוח החוקים" את התאוריה של ההבחנה בין חלקיו השונים של המשפט. *Napoléon en fu penetr*: דעה הנתמכת במכתב של הקיסר משנת 1809²⁴. בקוד נפוליאון אנו מוצאים את הנטייה הרציונליסטית, שנציגה המרכזי היה Domat, וכן את הזרם ההיסטוריו-סוציולוגי המיוצג על-ידי מונטסקיה²⁵. וכך נאמר במפורש על-ידי Portalis בנאום ההקדמה (*liminaire discours*):

"C'est ce que fit, dans le dernier siècle, le célèbre auteur de l'Esprit des lois; il laissa loin derrière lui tous ce qui avaient écrit sur la jurisprudence; il remonta à la source de toute législation; il approfondit les motifs de chaque loi particulière; il nous apprit à ne jamais s'parer les détails de l'ensemble, à étudier les lois dans l'histoire, qui est comme la physique expérimentale de la science législative; il nous a mis, pour ainsi dire en relation avec les législateurs de tous les temps et de tous les monds..."²⁶.

בין השאר, קבע Portalis, בעקבות מונטסקיה, כי "יש מדע למחוקקים בדיוק כמו שיש מדע לשופטים".

24 *orie des différents ordres de lois d'après Montesquieu (supra, E. Chevalley La th* note16); J.Ray *Essai sur la structure (supra, note 21)*, at p. 4 ff.; A.J. Arnaud *Les Origines Doctrinales du Code Civil (supra, note3)*, pp.56 ff.: "Quelle était, enfin, la culture de Bonaparte? Il avait beaucoup lu, et appréciait surtout Montesquieu" (p.58 and p.98 f.);

.F. Wieacker *Storia del Diritto privato moderno (supra, note 9)*, at p. 496.
25 להיבט סוציולוגי רחב בכתבי מונטסקיה ראה למשל: ר' ארון ציוני *דרך בהגות הסוציולוגית* (1993) עמ' 31-76.

26 Portalis *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil* (1845); re du Code Civil" *Rev. crit. leg. et jurisp.* (1936), at p.187; V. Capitant "Portalis, le p A.J. Arnaud *Les Origines Doctrinales du Code Civil (supra, note 3)*, at p. 31, 315; . *de Droit Civil, Introduction Generale* (Paris,1977), pp.85 ff.J. Ghestin, G. Goubeaux *Trait*

כפי שכבר ציינו קודם, נפוליאון ו־Portalis לא היו בודדים באהבתם למונטסקיה. כך, למשל, Maleville מזכיר הוועדה לקודיפיקציה, נהג לצטט פסקה אחת, שאותה מונטסקיה אהב במיוחד:

“Si sous pretexte d’un plus grand bien on changes les anciennes lois, les inconvenients arrievent en foule par des issues qu’on n’avait pas prévues”.

הווה אומר, לעתים נוצרות בעיות, שאין לצפותן, כאשר משנים חוקים. כעת נבדוק בקצרה שני היבטים של המשפט הפרטי: העבודות והקניין; מונטסקיה מקדיש מקום רב בספרו להיסטוריה המשפטית, ובמיוחד למשפט הרומי²⁷. דוגמאות היסטוריות הובאו לא רק כדי להמחיש כיצד החוק של החברה בכל זמן נתון רכש את צורתיו השונות, אלא גם כדי להראות את חלקן בדברים עצמם. פ' ט' פלטר²⁸ הצביע על השפעתו של מונטסקיה על מתנגדי העבודות באנגליה. כותבים, כגון רוברט וואלס (Wallace), בלאקסטון ואדם פרגוסון, הושפעו ממונטסקיה. התייבוס של מונטסקיה את העבודות היה השראה לכמה מעבודותיו המבריקות ביותר. לכן קשה לקבל את העובדה כי למרות זאת מונטסקיה עצמו הסכים לשימוש בעבדים

G. Del Vecchio *Philosophy of Law* (Washington, 1953), at p. 93: “The greatest merit of L. Althusser, his work consists in having used the historical method to a great extent”; Montesquieu, *la politique et l'histoire* (Paris, 1959); S. Goyard-Fabre *La philosophie du droit de Montesquieu* (Paris, 1973); J. Glissen *Introduction historique au Droit* (Bruxelles, 1979), at p. 348 הרומית ראה:

A. Momigliano “Christianity and the decline of the Roman Empire” in *The conflict between Paganism and Christianity in the fourth century* (Oxford, 1963), at p. 3 “In the early eighteenth century, more exactly in 1734, Montesquieu published his *Considerations sur la grandeur et la decadence des Romains*. By subtle analysis Montesquieu showed two of the main reasons for the fall of ancient Rome to be the power of the army and excess luxury. Later in the century Christianity was made responsible for the decline of Rome. There is an anti-Christian note in Montesquieu which becomes loud in Voltaire and loudest of all in Gibbon’s *Decline and Fall*”

F.T.H. Fletcher *Montesquieu and English politics (1750-1800)* (Paris, 1939); R.P. Jameson *Montesquieu et l'esclavage. Etude sur les origines de l'opinion antiesclavagiste* (Paris, 1911; 2nd ed., New York, 1941), esp. pp.260 ff. *en France au XVIIIe si*

במטעים במושבות, שהיו המקום היחיד שבו השתמש האדם הלבן בעבדים, כפי שמרסל גארו (Garaud) קבע בספרו *La Rvolution et l'galit civile*²⁹. גם בנושא הבעלות, שהיה חשוב ביותר לאנשי המהפכה הצרפתית, הייתה תרומתו של מונטסקיה חשובה ביותר. הקניין, בעבורו, היווה זכות טבעית של האדם³⁰; היה זה אחד ההיבטים של הזכות לחירות: הדבר ישפיע ודאי על אנשי המהפכה ועל ההצהרה על זכויות האדם. אך מונטסקיה האמין כי גם זכות זו טומנת בחובה חובות מסוימות, וזו הסיבה שבגינה הוא עדיין יכול להיקרא פרוגרסיבי. במיוחד במדינות מתועשות, המדינה חייבת לעזור לזקנים, לתינוקות, ליתומים וכן לספק עבודה והכשרה מקצועית לאלו הזקוקים לה³¹.

לפי רודולפו מונדולפו (Mondolfo)³², כמה מהדוקטרינות הכלכליות של מונטסקיה הן כה "מתקדמות", עד כי הן בקושי התקבלו, גם על דעתם של החוגים הליברלים,

- galite civile; D.B. Davis *The Problem of Slavery in volution et l'M. Garaud La R* 29
Western Culture (Ithaca, 1966); M.I. Finley *Ancient Slavery and Modern Ideology*
 (London, 1980), at p. 15 ff.
 על תפיסת הקניין בממשל הישן בצרפת וקודקסים בורגניים מודרניים ראה P.C. Timbal *Histoire des Institutionas et des faits sociaux* (Paris, 1974), at p. 454 ff.; P. Stein "The general notions of property and contract in eighteenth century Scottish thought" *Juridical Rev.* (1963) pp. 1 ff.; Amos-Walton *Introduction to French Law* (3rd ed., 1967), at p. 87;
 W. Friedmann *Law in a Changing Society* (2nd ed., 1972), at p.103 ff.; P. Stein-J. Shand *Legal Values in Western Society*, Edinburg, ch. 9; G.Tarello *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del Diritto* (Bologna, 1976) 26 ff., 73 ff.,180 ff.,357 ff.; R. Sacco *La propriet* (Torino, 1968) at p. 78; AA. VV. *Propriet nei codici privata e funzione sociale* (Padova, 1976); P. Rescigno "La propriet patrimoniale" in Idem. dell'Ottocento. Iniziativa economica, rischio, responsabilit, impresa e *Introduzione al Codice Civile* (Bari, 1991) pp.101 ff.; P. Perlingieri "Propriet funzione sociale" in *e Diritto nell'esperienza storica* (Palermo, 1992),M. Marrone (ed.), *Imprenditorialit* .at pp. 275 ff.
- M.H. Waddicor *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law* (The Hague, 1970) 31
 "Montesquieu the reformer. III Property" pp.162 ff., p.165,
 "his <socialism> is in reality paternalism..." A. Sorel *Montesqueiu* (Paris, 1932)
 nel Montesquieu" *Rivista filosofica* (vol 11, 1908) 129 ff.; "La dottrina della propriet 32
 Idem in 8 *Am. L. Rev.* (1874) pp.326 ff.; C.E. Vaughan "The Eclipse of Contract: Montesquieu" in idem, *Studies in the history of political philosophy before and after*

בתחילת המאה העשרים. מכאן ניתן להסיק כי חשיבתו הכלכלית של מונטסקיה הייתה מתקדמת בהרבה מחשיבתו הפוליטית. אם הממשלה מתערבת במשפט הפרטי, אישיותו של האזרח ורכושו נמצאים בסכנה – זו הייתה דעה משותפת למונטסקיה ולאנשי המהפכה הצרפתית:

"המשימה הראשונה של המשפט המודרני, היא להבחין בין תחומי ההתנהגות הפרטי והציבורי, להסדיר בחוק רק את האחרון, וליצור משפט דיוני שיגן על זה המהותי. אם... הממשלה מתערבת במשפט הפרטי, האזרח ורכושו בסכנה. ביטול קדושת הרכוש ותפיסת רכוש פרטי לצרכי ציבור ללא פיצוי נאות – לא יכול, לעולם, להיות 'לטובת הציבור'. כי מהי טובת הציבור אם לא הביטחון שיש לו ברכושו? אלו הן סיבות המחייבות שמירת הרכוש הפרטי בנפרד מהרכוש הציבורי"³³.

הרשו לי לציין כי השקפה זו, שהיא בבסיסו של המושג *laissez faire* ושהייתה ודאי פרוגרסיבית בזמן פרסום קוד נפוליאון, אינה יכולה להתקבל היום בחברה המודרנית, שבה אנו שואפים להגיע ל"צדק החוזי", ובה אנו שואפים להגיע לאיזון נכון בין צורכי הכלל לצורכי הפרט.

יהה זה ראוי לסיים, כאן בארץ-ישראל, בסיפור שמספר לנו מונטסקיה. ב"על רוח החוקים" (25.13), הוא מתייחס להעלאתה על המוקד של בחורה יהודייה בת 18, במהלך תקופת האינקוויזיציה בליסבון, ב־*auto-da-fé* והוא מציג גינוי משכנע, שהוא מעין הטלת אשמה, שנכתב על-ידי יהודי:

Rousseau vol.1 (Manchester, 1925) pp.253 ff.; H. Van Leisen "Montesquieu e le leggi fondamentali" *Riv.Int.di Filosofia del Diritto*, vol,10 (1930) pp.402 ff. 33
 es,1770; Shklar *Montesquieu (supra, note 4)*, at p. 73Pens³³ מובן שעיקרון נוקשה של הפרדה בין המשפט הציבורי למשפט הפרטי התקבל כדי להבטיח לאזרחים חופש מהתערבות המדינה; עיקרון זה היה חשוב מאוד וממשי בתקופת הנאציזם, כפי שציין על-ידי L. Raiser *Die Aufgabe des Privatrechts* (Kronberg, 1977) היום, כידוע, המצב שונה והתערבות המדינה הינה, בדרך-כלל, תחת ההשראה של העקרונות של ה-"Welfare State". ראה C. Woodard "Reality and Social Reform, the transition from *laissez faire* to the Welfare State" *Yale L. J.* 72 (1962), pp. 286 ff.; G. Gilmore *The death of Contract* (Columbus, 1974); P.S.Atiyah *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (Oxford, 1979).

"אתם מתלוננים (הוא אומר לאנשי האינקוויזיציה) שקיסר יפן שורף את כל הנוצרים בממלכתו על אש קטנה, אך הוא יכול היה לענות לכם 'אנו נוהגים באלו שאינם מאמינים כמונו, כפי שאתם נוהגים, באלו שאינם מאמינים כמותכם...' אם אינכם רוצים להיות נוצרים, לפחות היו בני אדם"³⁴.

מונטסקיה הוא תוצר של דורו. מובן שכיום, קל לנו לבקר חלק מעמדותיו. אך עם זאת המחשבה המודרנית חבה למונטסקיה בתחומי מדעי המדינה והמשפטים, כמי שניבא את הסוציולוגיה של Comte³⁵, כמי שפיתח את המונח של ההיסטוריה כתהליך המבוסס על האינדיווידואליות של האומה, כיוצר תיאוריית החירות וכן כמי שתרום לקודיפיקציה של המשפט הפרטי³⁶.

כפי שכתב אחד מגדולי הציביליסטים הצרפתים בני ימינו Jean Carbonnier :

"לילד ללא אם יש אולי הצאצא האמיתי ביותר בקור סיביל של הצרפתים"³⁷.

.E.M. Ehrlich "Montesquieu and Sociological Jurisprudence" (*supra*, note 16), at p. 590 s 34

G. Del Vecchio *Philosophy of Law* (*supra* note 27) p.181: "Long before him (Comte) 35

Vico, Montesquieu, and still others knew how to study social facts in their correlations

G.Del Vecchio *The Formal bases of* : ראה גם ; tthrough observation and rational analysis"

Law (Boston, 1914), at p.39; R. Aron "Montesquieu" in *Les Grandes doctrines de*

sociologie historique: Montesquieu, Auguste Comte, Karl Mazx, Alexis de Tocqueville,

Les sociologues et la revolution de 1848 (Paris, 1960), at p.14 ff.; W. Stark *Montesquieu*

pioneer of the sociology of knowledge (London, 1960) M.H Waddicor *Montesquieu and*

.the Philosophy of Natural Law (The Hague,1970), at p.165, 225 ff.

D. Corradini *Garantismo e statualismo. Le codificazioni civilistiche dell'ottocento* 36

(Milano, 1986) 78 ff.

J. Carbonnier *Essais sur les lois* (Paris) pp. 225 ff. 37