

## מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו

מאת

פרופ' יצחק אנגלרד

1. המונח "משפט עברי" וגדריו. ב. דוגמטיקה והיסטוריה במחקר המשפט.  
3. היסטוריה ודוגמטיקה במחקר המשפט היהודי. 4. הביקורת של מחקר המשפט  
העברי; א. שיטתו של אשר גולאק, ב. שיטתו של מנחם אלון, ג. שיטתו של  
שלום אלבק. 5. מסקנות והצעות.

המחקר של המשפט היהודי מעורר בעיות מתודה רבות. ההלכה היהודית היא מערכת נורמטיבית דתית אשר מאתוריה מסורת בעלת רציפות היסטורית<sup>1</sup> ארוכה מאוד. דורות רבים של תלמידי חכמים עסקו בה בעיון ובמעשה. השאלה הראשונה העומדת בפני החוקר המודרני היא, איפוא: "במה שונה מחקר, המכונה לעתים מדעי, מן הלימוד והעיון של בית המדרש הישן?" האם הישן הוא במתודה או במטרה או בשתייהן גם יחד? מה טיבו של שוני זה? הקושי במתן תשובה לישראלה זו נעוץ בין היתר בכך כי המשפט על מקורותיו עשוי לשמש מושא למחקרים במסגרת ענפי מדע שונים: היסטוריה, פילולוגיה, מדעי החברה, ועוד. כמו כן קשורה התשובה בהבהרה מוקדמת של בעייה נוספת וכללית, והיא: מהות המחקר המשפטי עצמו. אין ספק כי קיים קשר הדוק בין מטרת המחקר לבין שיטתו<sup>2</sup>. כן נראה כי הגדרת מטרתו של מחקר אינה נקיה מהכרעות ערכיות המסורות ללבו של החוקר. נסוה במאמר זה להבהיר את הבעיות המתודולוגיות העומדות בפני החוקר תוך כדי עיון ביקורתי בעבודות המחקר של אחדים מבין חוקרי המשפט העברי המובהקים. תחילה נדון במונח משפט עברי עצמו המשמש רבים מבין החוקרים לשם הגדרת תחום מחקרם. לאחר מכן נבדוק את היחס בין המחקר ההיסטורי של המשפט לבין המחקר הדוגמטי. הפרק אחרון יוקדש לתיאור ביקורתי של עבודותיהם המחקריות של א' גולאק, מ' אלון וש' אלבק. בסיכום נציע מספר הצעות לעריכת מחקרים במשפט היהודי.

- 1 על מושג הרציפות בהיסטוריה של המשפט ראה: Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, Goettingen, pp. 43-45.
- 2 על חשיבותה של השקפת עולמו של החוקר בבחירת המתודה ומטרותיו במשפט השווה: H. Quaritsch, "Kirchen und Staat", 1 (1962) *Der Staat*, pp. 175-176.

## 1. המונח "משפט עברי" וגדריו

המושג משפט עברי הוא יצירה לשונית של דור התחייה הלאומית<sup>3</sup> שיש בו הרבה יותר מאשר חידוש בשפה. הוא מבטא הסקפה ערכית לגבי מהות המחקר ומטרותיו. יוצרי המונח משפט עברי ראו לנגד עיניהם את המטרה של "החייאת המשפט הלאומי" במקביל להחייאת השפה העברית.<sup>4</sup> דימוי המשפט ללשון, כביטוי לתרבות לאומית אורגנית, קנה לעצמו שביטה במחשבת האסכולה ההיסטורית הגרמנית<sup>5</sup>, אשר השפיעה רבות — כפי שנראה עוד בהמשך דברינו — על חוקרי המשפט העברי. אולם, בהקשר של הדין היהודי נועד להשוואתו ללשון העברית היבט נוסף, והוא: ניתוק המימד התרבותי-הלאומי מן המימד הדתי. הטיעון הוא כי כשם שהתנועה הלאומית השתדלה ואף הצליחה להחיות את הלשון העברית, ששימשה לכוון קודש, כך עליה להסיר מן המשפט היהודי את צביונו הדתי ולאמץ את תכניו הלאומיים-החילוניים<sup>6</sup>. טיעון זה אינו נראה לנו מבוסס, משום שהמשל אינו דומה לנמשל. המעבר מלשון קודש ללשון חול אינו נוגע במישרין למבנה הפנימי של השפה, אלא למטרת שימושו. היסוד הדתי בשפה אינו מתבטא בסטרקטורה שלה. המצב שונה לגבי מערכת המשפט היהודי שכינויה המסורתית הוא ה"לכה", דין תורה, דיני ישראל. משפט זה הוא במהותו מערכת דתית: מקור חיובו הוא על-אנושי ותכליתו טרנסצנדנטית. שניים אלה משפיעים השפעה מכרעת על תוכנו של המשפט, על מבנהו ועל הפעלתו. נמצא כי הפרדת היסוד "התרבותי-הלאומי" מן היסוד הדתי מעוררת כאן בעייה עקרונית שונה לחלוטין<sup>7</sup>. אולם, נתעלם בשלב זה מן המטרה הערכית הנזכרת העומדת מאחורי המונח משפט עברי ונבדוק אם הוא מצליח לתאר מציאות נתונה העשויה לשמש מושא למחקר. כלומר, מהי משמעות המושג מבחינת ההגדרה של תחום המחקר?

נקודת הכובד של הבעיה מצויה בקביעת היחס המדוייק בין מושג ה"לכה לבין

3 ר' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו עקרונותיו, תשל"ג, ירושלים, בעמ' 150.

4 ר' אלון, שם, בעמ' 90 ואילך; זילברג, כך דרכו של תלמוד, תשכ"ד, ירושלים, בעמ' 152-153; "שילה", ה"ש 3, בעמ' 153; "הבו לנו משפט עברי", המשפט העברי ומדינת ישראל, בעריכת י' בוק, תשכ"ט, ירושלים, בעמ' 135, 137 ואילך.

5 Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, passim; Jhering, *Geist des roemischen Rechts*, 6. Aufl. 1907, Leipzig, I, pp. 29-30, 33-35. ירהינג חזר בו מן הדימוי בספרו על המאבק למשפט (תרגום: שקי), 1947, תל-אביב, בעמ' 19 ואילך. ראה במיוחד: G. Marini, "La storicita del diritto: e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering", *Jherings Erbe*, 1970, Goettingen, pp. 155, 158 et seq.

6 ראה, למשל, פ' דייקן (דיקשטיין), תולדות המשפט השלום העברי, תשכ"ד, תל-אביב, בעמ' 14-15: "משפט השלום העברי חרת על דגלו את חידוש המשפט העברי ביסודותיו ללא צביון דתי...". כן ראה אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית", הגות והלכה, תשכ"ז, ירושלים, בעמ' קס"א, קס"ו, הערה 14, ובעמ' קצ"ג-קצ"ד; המאמר פורסם גם בספר המשפט העברי ומדינת ישראל, בעריכת י' בוק, ה"ש 4 לעיל, בעמ' 110, 114, 131; אלון, ה"ש 3 לעיל, שם, בעמ' 77 ואילך.

7 בדבר ההתנגדות של חוגים חרדים לשמוש העברית כשפת חולין ר' אלון, ה"ש 3 לעיל, שם, בעמ' 120.

8 את ספקותינו לגבי אפשרות ההפרדה הבענו ברשימתנו הנזכרת לעיל (ה"ש 6).

מושג המשפט העברי. נסיון לבירור שאלה זו נעשה לאחרונה על-ידי מנחם אלון בספרו המקיף על המשפט העברי<sup>9</sup>. הוא יוצא מן ההנחה כי המשפט העברי הוא חלק מן ההלכה, שהיא מכלול ההוראות הנורמטיביות שביהדות. לדבריו המונח משפט עברי "כולל רק אותם התחומים של ההלכה, שבדומה להם, מקובלים להיות כלולים במערכות משפטיות אחרות דהיום, היינו עניינים המסדירים את היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו, ולא הוראות שעניינם במצוות שבין אדם למקום"<sup>10</sup>. אלון עצמו מראה באופן משכנע כי להבחנה זו אין אחיזה במשפט היהודי המישלב בתוכו את שני היסודות, החברתי והפולחני. עם זאת הוא מגיע למסקנה שעל אף הטרריות שבהגדרת המונח מבחינת הדיוק הלשוני והתכני יש לקבלו; כי הוא היטרכי מזה כשבעים שנה כמונח הכולל אותו חלק של ההלכה, שמקובל לכלול כיום במערכות משפטיות אחרות. והוא מסיים: "הן מבחינה מעשית והן מבחינה מחקרית עניין לנו לדון בחלק זה של ההלכה; כחוקרים וכמשפטנים אנו זקוקים איפוא למונח מיוחד זה, ובתור שכזה עלינו לקבלו ולאמצו"<sup>11</sup>. מן האמור עולה כי תחום המשפט העברי אינו מוגדר על יסוד מבחנים פנימיים של מקור מחצבתו, ההלכה, אלא מתוך התייחסות לשיטות המשפט של המדינות המודרניות. תחומי מצוי באותן הוראות ההלכה העוסקות בנושאים שמקובל לעסוק בהם בשיטות משפט אחרות. נסיון ההפרדה בין היסוד הדתי לבין היסוד הלאומי-התרבותי מבוצע, איפוא, באמצעות ברירה בין הדינים הטובים. דומה כי ההנחה היא שבכללים העוסקים ביחסים בין אדם לחברו מהותם הדתית אינה בולטת, נוכח התפקיד החברתי שכללים אלה ממלאים ביחסים מסוג זה. כאן קל יותר להציג את המימד הדתי כעניין של צורה לגבי המהות הלאומית<sup>12</sup>. אין ספק כי שימת הדגש על מהות הפתרון המשפטי בסיכסוך בין-אישי עשויה להבליע את היסודות הדתיים של המערכת. לרוב הבעייה העומדת לפתרון אופיינית לכל חברה אנושית, ללא קשר לאמונתם של מרכיביה. מכאן, כי גם הפתרון המהותי אינו מבטא במישרין אמונה דתית מיוחדת. התכלית הקרובה של תקנת הציבור משותפת לכל החברות ואין הכרח מירדי להתייחס לתכלית הרחוקה של תיקון עולם במלכות שדי.

אך, שימת הדגש על טיב הפתרון המהותי עלולה לטשטש את מהותה של מערכת משפטית. יסוד מאפיין חשוב בכל שיטה הוא דרך הפתרון באמצעות כלליה הקבועים. כי לעתים קרובות המהלך הרוחני למציאת הפתרון, ולא הפתרון עצמו, הוא קו האופי המייחד משפט מסוים. על הפוסק בסכסוך לבסס את פסקו, בדרך רציונלית, על יסוד החומר הנורמטיבי המושם לפניו. הליך הפסיקה הוא הליך דוגמתי, ועל כן על השופט לקבל את סמכות המקורות לפי התביעה הפנימית של המערכת. אם לא יעשה זאת, הוא יחרוג ממסגרת המערכת הנורמטיבית הנתונה, ביצרו שיטה חדשה. מסקנה זו מערערת את ההנחה כי אפשר לבודד מתוך ההלכה היהודית חלקים

9 ה"ש 3 לעיל.

10 שם, בעמ' 146; השווה גם גולאק, יסודי המשפט העברי, תרפ"ג, ברלין, עמ' 5.

11 שם, בעמ' 151.

12 ראה לדוגמה, דייקן (דיקשטיין), "לעתידו של המשפט העברי", פורא, תשי"ו-תשי"ח, עמ' 464, 469-470, וכן בוק (עורך), ה"ש 6 לעיל, שם, עמ' 75, 80; וראה את ביקורתנו ברישמתנו הנזכרת בה"ש 6 לעיל. אך ראה גם ש"ק מירסקי, "המשפט העברי ומדינת ישראל", בוק (עורך), שם, בעמ' 61, 62 ואילך.

"משפטיים" ולנתקם מן המשמעות הדתית הנודעת לכל מקורותיה. אין לעשות זאת מבלי לפגוע בשלמות המערכת.

יתרה מזו: אין כל אפשרות אובייקטיבית לתחום את היקף המקצוע משפט עברי לעומת מכלול ההלכה.

הטענה כי רק הדינים העוסקים ביחסים בינאישיים הם בחינת משפט אינה עומדת במבחן הביקורת<sup>13</sup>, והיא אף אינה מועלית על-ידי חוקרי המשפט העברי. אין להטיל ספק בכך כי דיני האיסור וההיתר בהלכה, המלווים באיום של סנקציה חברתית, הם בעלי אופי משפטי. הנימוק לצימצום תחום המחקר לחלק מסויים של ההלכה אינו מצוי במהות הדינים. דומה כי כל-כולו קשור למטרה חיצונית של המחקר, והיא: האקטואליות שבו למשפט המדינה ולעיצובו. לכן נתפסים כל דיני האישות של ההלכה כחלק של המשפט העברי, על אף אופיים הדתי והאיסורי המובהק. בדרך הטבע מבחן של אקטואליות אינו יכול להיות שיטתי בהיותו כפוף למציאות המשתנית ולהשקפת החוקר<sup>14</sup>. ואמנם כל גסיון למיין את הגושאים השונים יגלה את הקשיים המרובים בשיבוץ תחת ראש המשפט העברי, בהבדל מיתר ההלכה. נסתפק בהזכרת אחדים מהם: הספק בדין, דינא דמלכותא דינא, ניתוח מתיים, השתלת איברים, הורעה מלאכותית, כשרות, מקומות קדושים, ערכאות של גויים, איסור ריבית, חרם ונידוי<sup>15</sup>.

מבחן האקטואליות, או בלשונו של מ' אלון, מבחן הכרירה לפי ההשוואה עם שיטות משפט מודרניות, אינו יכול להצדיק קביעת מקצוע אוטונומי נפרד. לשם כך דרושה סגוליות פנימית כלשהי של החומר המבורר עצמו.

לדעתנו אין צידוק מדעי לצימצום המחקר המשפטי לתחומים אלה של ההלכה בלבד, אשר דומיהם מצויים בשיטות משפט אחרות או לאלה אשר עשויים להיקלט במשפט המדינה<sup>16</sup>. כל החומר הנורמטיבי של ההלכה ראוי לעיון מדעי במסגרת תחום מחקרי אחד. היסוד הדתי של ההלכה — לא זו בלבד שאין אפשרות להתעלם ממנו, אלא שהוא צריך לשמש כאחת הנקודות המרכזיות של המחקר<sup>17</sup>. דרך אגב יצויין כי דווקא דיני איסור והיתר הם האקטואליים ביותר במסגרת ההלכה הנוהגת.

נשאר שאלת המינוח. במציאות הישראלית — ובה בלבד, כי לא נמצא תרגום לועזי למונח משפט עברי — משמש המושג משפט עברי ככלי ביטוי להשקפה ערכית. אדם החפץ להדגיש את ההיבט הדתי נוקט לשון הלכה או דיין תורה<sup>18</sup>; אדם הרוצה בדבר טענה זו וביקורתה ראה אנגלרד, "מעמד הדין הדתי במשפט הישראלי" (חלק א'), משפטים, ב' (תשל"ל), בעמ' 270 ואילך.

14 השווה אלון, ה"ש 3 לעיל, שם, בעמ' 146 הערה 21.

15 מאלף הוא העיון במפעלו הביבליוגרפי של ג' רקובר, אוצר המשפט, מפתח ביבליוגרפי למשפט העברי, תשל"ה, ירושלים.

16 אין אנו עוסקים בשאלה הדידקטית, מה עשוי לעניין יותר את התלמיד הלומד משפטים. כאן השיקול של אקטואליות הוא ללא ספק בעל משקל, אך אין בכך משום צימצום של תחום המחקר ויצירת מקצוע נפרד. השווה בהקשר זה את בעיית האקטואליות בהוראת המשפט הרומי: Koschaker, *Europa und das roemische Recht*, 2. Aufl. 1953, München-Berlin, pp. 337 et seq. p. 346 n. 6.

17 השווה לגבי הדין הקנוני: D'Avack, *Corso di diritto canonico*, 1956, Milano, I, pp. 13 et seq.

18 לחיוב או לשלילה. מכאן למשל האימרה הידועה המיוחסת לד' בן-גוריון: "אנו מדינה של חוק ולא של הלכה".

להדגיש את ההיבט הלאומי והתרבותי נוקט לשון משפט עברי. מכאן יובן כי בחוגים רבניים אין עוסקים אלא בחקר ההלכה ויש רתיעה מפני המונח החדש, בגלל מטענו הערכי. לדעתנו עדיף היה להשתמש בביטוי נויטרלי יותר כגון משפט יהודי, אך שאלה גדולה היא אם אפשר עדיין לשנות את הגוהג שהשתרש במשך עשרות בשנים.

## 2. דוגמטיקה והיסטוריה במחקר המשפט

בעיות תחום המחקר וכינויו אמנם חשובות הן, אך עולה עליהן, הן מבחינת החשיבות והן מבחינת הקושי, בעיית שיטת המחקר. מערכת משפט נתונה עשויה לשמש, כאמור, אובייקט למחקר מצד דיסציפלינות מדעיות שונות. רבות ביניהן גם עשויות לתרום תרומה חשובה לשם הפעלתה היעילה של המערכת המשפטית; כגון: הכלכלה, הסוציולוגיה, מדע המדינה, ועוד. אולם, בקרב המשפטנים מקובל לשים את הדגש על ארבע גישות שונות לגבי מערכת משפטית מסוימת: גישה דוגמטית, גישה היסטורית, גישה השוואתית, גישה ערכית ("פילוסופית")<sup>19</sup>. ברי כי ארבע הגישות אפשריות הן אף לגבי המשפט היהודי, אך עיקר הבעיה המתודית מתרכזת סביב שתי הגישות הראשונות, הדוגמטית וההיסטורית. בהמשך דברינו נעמוד על טיב הגישות האלה ועל היחס הכללי ביניהן.

הדוגמטיקה עוסקת במערכת משפט נתונה מתוך יחס של קבלת סמכות, דהיינו המחקר הדוגמטי הוא *ex auctoritate*. מהותה היא ההכרה והפיתוח השיטתיים של החומר הנורמטיבי תוך קבלת הסמכות המחייבת של המקורות<sup>20</sup>. לדוגמטיקה המשפטית נודע בדרך כלל תפקיד מעשי<sup>21</sup>: מציאת פתרון בדרך רציונלית לבעיה

Cf. B. Cohen, *Jewish Law and Roman Law*, 1966, New York, I, pp. VIII et seq.; 19  
Salmond, *Jurisprudence*, 11th ed., 1957, London, pp. 3 et seq.

20 על מושג הדוגמטיקה המשפטית ראה: E. Rothacker, "Die dogmatische Denkform in den Geisteswissenschaften und das Problem des Historismus", *Akademie der Wissenschaften und der Literatur*, 1954, Wiesbaden, pp. 239, 249-250, 255 שמתברר זה מציין אין לזהות את מושג הדוגמטיקה עם דוגמטיזם, במובן השלילי של העדר ביקורת. ראה קאנט, ביקורת התבונה הטהורה, מהדורה שנייה, תשכ"ו, ירושלים, עמ' 23-24. ראה עוד על הדוגמטיקה המשפטית: Koschaker, *supra* n. 16, *op. cit.*, pp. 337 et seq.; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, Goettingen, pp. 54 et passim.; J. Doelle, "Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung", 34 (1970), *Rabels Z*, 403; Tedeschi, "On Reception and on the Legislative Policy of Israel", *Scripta Hierosolymitana*, Jerusalem, 1966, XVI, pp. 11, 40

21 על התפקיד של הדוגמטיקה בהליך הפסיקה ראה: Wieacker, "Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik", *Hermeneutik und Dialektik*, 1970, Tuebingen, II, p. 311; Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, Frankfurt/M., pp. 87 et seq. הדוגמטיקה עשויה לעסוק בשאלות עיוניות ללא השלכה מעשית, במיוחד ביצירת מושגים מופשטים ובמיוגם. על תופעה זו בהלכה היהודית ראה להלן הטכסט ליד ה"ש 61.

נורמטיבית; כלומר, קביעת כלל התנהגות נוכח מציאות עובדתית מסויימת. הפתרון לבעיה חייב להימצא על יסוד המקורות הנורמטיביים הגתפסים כתקפים. על העוסק בדוגמטיקה לקבל את הנחות השיטה ולנהוג לפי "כללי המשחק" שלה<sup>22</sup>.

הגישה ההיסטורית, לעומת זאת, משקיפה על מערכת המשפט "מן החוץ" כעל מציאות אמפירית. חפצה הוא להכיר מציאות זו על גורמיה השונים. עניינה בהשתלשלות האירועים שהביאו לידי מציאות זו. אם ניטול מערכת משפטית נתונה הרי מטרתה של הדוגמטיקה היא החלטה; מטרת ההיסטוריה היא ההכרה של דרך התגבשות המערכת.

אולם מן הראוי לציין כי מושג הדוגמטיקה אינו מיוחד למשפט. מקור המושג עצמו בתאולוגיה הנוצרית, אך במשמעותו הרחבה הוא נוגע למכלול המדעים. כלומר, אם נתפוס את הגישה הדוגמתית במובנה הכללי כמתודה מחקרית המבוססת על הנחות מוקדמות, הרי שאלת מקומה נוגע לכל המדעים. היא בעיית יסוד בפילוסופיה של המדעים בה היא מופיעה כשאלת הפשר<sup>23</sup>. ברור כי הדיון בבעיה כללית זו חורג הרחק מעבר לתחום המשפט וההיסטוריה. יותר קרובה לנו היא שאלת הדוגמטיקה במחקר ההיסטורי, הכוונה היא למובן הרחב של המושג, ובכך לפילוסופיה של ההיסטוריה. השאלות נוגעות למעמד התודעה ההיסטורית, למהות ההבנה ההיסטורית, ובאופן כללי לבעיית התרמנאוטיקה במדעים היסטוריים<sup>24</sup>. שאלות אלה קשורות קשר הדוק לבעיית ההיסטוריוזם בה עסקו רבים<sup>25</sup>.

אין לנו לא היכולת ולא האפשרות להרחיב את היריעה על בעיות אלה של הפילוסופיה של ההיסטוריה, ולא נוכל אלא להצביע על הקשר בינו לבין תחום עיונו שהוא בעיית היחס בין הדוגמטיקה המשפטית לבין ההיסטוריה של המשפט.

לשם בירור נושא זה אין גם צורך לדון ולהכריע בשאלה השנויה במחלוקת אם ההיסטוריה של המשפט היא ענף אוטונומי במדעי ההיסטוריה לה יש ייחוד מדעי המבדילה מן ההיסטוריה הכללית, או שמא דינה כדיון כל מחקר היסטורי אחר<sup>26</sup>. אם

22 אנו תופסים כאן את מושג הדוגמטיקה כחשיבה מושגית לפי כללים פנים-שיטתיים. השווה, אסר, ה"ש 21 לעיל, שם. אך דומה כי קיימת נטייה להשתמש במושג לשם ציון החשיבה וההנמקה המשפטית באופן כללי במובן ה-legal reasoning. השווה Wieacker, ה"ש 21 לעיל, שם. לפי תפיסתנו המושג קרוב יותר ל-conceptualism, דהיינו לסוג אחד של חשיבה משפטית. השווה להלן הטכסט ליד ה"ש 60. בהקשר שלנו, בו אנו מעוניינים להעמיד את הדוגמטיקה מול הגישה ההיסטורית, אין צורך לקבוע מסמרות לגבי היקף המושג.

23 ראה, למשל, Taylor, "Interpretation and the Sciences of Man", 25 (1971) *Review of Metaphysics*, 3

24 Rothacker, *supra* n. 20, *op. et loc. cit.*; Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl. 1965, Tuebingen.

25 Gadamer, *supra* n. 24, *op. cit.*, 477 et seq. נסתפק בציון עבודותיהם של מספר משפטנים שעסקו בנושא זה תוך ציון המקורות: H. Mitteis, *Vom Lebenswert der Rechts-geschichte*, 1947, Weimar; Dulckeit, *Philosophie der Rechtsgeschichte*, 1950, Heidelberg; Betti, *Teoria generale della interpretazione*, 1955, Milano; Id. "L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere", 16 (1960), *Annali Giurisprudenza Bari*, 3

26 על שאלה זו ראה את המקורות בהערה הקודמת וכן, Wieacker, *supra* n. 1, p. 426, n. 36; Id., "Der gegenwaertige Stand der Disziplin der neueren Privat-

נחזור להבחנה במשפט בין גישה דוגמטית לבין גישה היסטורית אפשר לומר כי המחקר הדוגמטי של מערכת נורמטיבית הוא סינכרוני, באשר הוא נוגע למציאות נורמטיבית ברגע נתון. המחקר ההיסטורי של משפט קיים, לעומת זאת, הוא דיאכרוני, משום שעניינו בדרך התהוותה של המערכת שהיא תוצאה של שינויים לאורך הזמן.<sup>27</sup> אולם, היחס בין שתי הגישות הוא הרבה יותר מורכב. המורכבות מתגלית בחקר המשפט נוהג וביתר תוקף עוד בחקר משפט העבר.

הבנה של שיטה משפטית קיימת, על הוראותיה, דורשת לעיתים ידיעה היסטורית על התהוותו של כלל משפטי ועל המשמעות שהמחוקק התכוון לתת לנוסח החוק. כאן עשויה ההיסטוריה להשלים את כליו של הדוגמטיקן, ולשמש כאמצעי למטרותיו. בעזרה זו של ההיסטוריה בהחלת המשפט אין להטיל ספק, ולעיתים אפשר לתמוך על המאמצים הגדולים שהשקיעו ההיסטוריונים של המשפט במטרה להראות את חשיבותה. המובנת מאליה, בתחום המשפט הפוסיטיבי.<sup>28</sup> אך איש אינו חולק עוד היום על כך כי תפקידו של המשפטן אינו מתמצה בהבנה היסטורית של הוראת חוק.<sup>29</sup> הליך ההחלה של נורמה על המציאות הקונקרטיה הוא מקיף יותר כי יש בו אלמנטים נוספים. "ההרמנאוטיקה המשפטית נותנת את דעתה על המסקנות של המחקר ההיסטורי והפילולוגי, אך היא משתמשת בהן ב'פרשנות ההגיונית' רק ברוח הדוגמטיקה. מכאן תוסבר ההבנה הבלתי-היסטורית של מקורות המשפט בחשיבה הדוגמטית".<sup>30</sup>

אחד ההבדלים החשובים בין ההיסטוריון לבין המשפטן הדוגמטיקן מצוי איפוא בתפקידו של האחרון להחיל את הנורמה המשפטית לשם פתרון בעיה קונקרטיה. נעשה אמנם נסיון חשוב ומעניין מצד Gadamer<sup>31</sup> להראות – מתוך ויכוח עם Betti<sup>32</sup> – את הקירבה והדמיון, במישור ההרמנאוטיקה, בין עבודת המשפטן לבין עבודת ההיסטוריון: שניהם מתווכים בין עבר להווה.<sup>33</sup> אך הקירבה האפשרית במישור פילוסופי כללי זה אינה גורעת במאומה מן ההבדלים העיוניים והמעשיים הקיימים בין הגישה הדוגמטית לבין הגישה ההיסטורית במישור מטרותיהן המיוחדות.<sup>34</sup>

rechtsgeschichte", *Eranion Maridakis*, 1963, Athen, I, pp. 356 et seq.; sed cf.

A. Momigliano, "The Consequences of New Trends in the History of Ancient Law", *Studies in Historiography*, 1966, London, p. 239

27 על ההבחנה בין גישה סינכרונית ודיאכרונית במדע באופן כללי ראה: Kraemer, "Zur Ortsbestimmung der historischen Wissenschaften", 5 (1974), *Zeitschrift fuer Allgemeine Wissenschaftstheorie*, 74

28 השווה ויאקר, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 423-430, "Die juristische Funktion der Rechtsgeschichte", *Ius et Lex*, 1959, Basel, pp. 135 et seq. נוספים, שם.

29 ראה את הביקורת על סבינו אצל גאדאמר, ה"ש 24 לעיל, בעמ' 309.

30 Esser, *supra* n. 21, p. 93

31 ה"ש 24 לעיל, שם, בעמ' 310 ואילך.

32 לגבי תגובתו של בטי על דעותיו של גאדאמר ראה את מאמרו הנזכר בה"ש 25 לעיל, "L'ermeneutica storica"

33 Cf. Wieacker, in *Eranion*, *supra* n. 26, pp. 357-533, n. 54; Id. *Privatrechtsgeschichte*, *supra* n. 1, p. 15 n. 7

34 Wieacker, in *Eranion*, *supra* n. 26, p. 362

המורכבות של בעיית היחס בין שתי הגישות מופיעה במשנה חריפות שעה שתחום המחקר אינו שיטה קיימת, אלא משפט של העבר. כאן עבודת החוקר תהיה בראש וראשונה היסטורית-פילולוגית, כי תחילה יהיה עליו לקבוע את המקורות הרלבנטיים לתקופה הנתונה ולעמוד על משמעות נוסחם. תיאור השיטה הקדומה על יסוד המקורות ההיסטוריים הוא בעיקרו מלאכה של היסטוריון, אך קרובה ביותר היא לזו של הדוגמטיקן. היא חרשת הבנת המבנה הפנימי של השיטה והבנת הבעיות המשפטיות שהן יסוד מוצק בעבודתו של הדוגמטיקן. עקרונית, עדיין קיים הבדל חשוב ביניהם: הדוגמטיקה המשפטית בתפקידה הכללל חותרת לקראת שיכלול המערכת הנורמטיבית על-ידי הפשטה או סידור שיטתי וכיוצא בזה, כשלנגד עיניה הפתרון המעשי של סיכסוך או בעיה משפטית. שאיפה זו רחוקה היא מלב ההיסטוריון שיצירתו מכוונת להכרת המציאות. ידיעת הדוגמטיקה המשפטית משמשת את ההיסטוריון ככלי עזר להכרת המציאות ההיסטורית.<sup>35</sup> אולם, אם נצמצם מחד את המחקר ההיסטורי מבחינת משך הזמן ומבחינת האובייקט, ומאידך, את המחקר הדוגמטי מבחינת תפקידיו, הרי נוכל ליצור קירבה רבה עד כדי זהות בין שתי הגישות. נגית, לדוגמה, כי ברצוננו לתאר שיטה משפטית ברגע היסטורי מסויים. אם נוותר על ההיבט הדינמי של התהוות השיטה מבחינה היסטורית ונתעניין בנורמות בלבד, הרי התיאור יהיה סינכרוני ואפשר לכנותו דוגמטי, על אף שאינו מכוון לפתרון בעיות קונקרטיות. עם זאת התיאור יהיה במובן ידוע גם היסטורי, משום שהמדובר במציאות של העבר, אם כי במציאות מצומצמת מאוד. מצב תיאור כזה הוא בעצם הסף למעבר מגישה לגישה. לדעתו של רוטהקר<sup>36</sup> המעבר מגישה לגישה מבוסס בעיקרו על שינוי בהשקפתו של החוקר, כי מעבר זה אינו פוגע בקשר השיטתי של המערכת. "אם הדוגמטיקן טורח בראש וראשונה בדבר ההגיון הפנימי של השיטה, דהיינו בדבר הקשר הפנימי העקבי של מושגיה, הרי ההיסטוריון נותן את דעתו בראש וראשונה על עובדה שכך היה פעם המשפט"<sup>37</sup>. והוא מגדיר באופן קולע:

"Was der Dogmatiker 'bekennt', erzählt der Historiker".<sup>38</sup>

צודק רוטהקר בהדגשת שוני זה בעמדת החוקר, אך דומה כי בשאיפתו לקיים את מושא המחקר, המערכת במובן הרחב, הוא המעיס מחשיבותו של השוני בתוצאות המחקר הבא בעקבות השוני בעמדה. נכון אמנם כי תיאור של מציאות העבר הוא עבודה היסטורית, ונכון כי תיאור של מערכת משפט היא עבודה דוגמטית, אך אין ההיסטוריון מסתפק בדרך כלל בתיאור של מציאות, אלא רוצה הוא לעמוד על גורמיה<sup>39</sup>; ואין הדוגמטיקן בעבודתו הכללית מסתפק בתיאור פסיבי של הנורמות.

35 השוה ויאקר, שם, בעמ' 364-366; Betti, "Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor dem Problem der Auslegung", 40 (1952), ARSP 354

36 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 254 ואילך.

37 שם, בעמ' 255.

38 שם, בעמ' 259, בתרגום: "הדבר שהדוגמטיקן 'מודה' בו, ההיסטוריון מספר".

39 רוטהקר עצמו מעיר כי ההיסטוריון יכול לעמוד על גורמי המציאות, אך לדבריו אין זה תנאי הכרחי. לדעתנו המעט כאן רוטהקר מתפקיד ההיסטוריון כדי להבליט את הקירבה בינו לבין הדוגמטיקן.

הוא שואף כאמור לשיכלול השיטה, לפיתוח המושגים, להבהרת הפתרונות הצפויים. כל זה הוא בבחינת מחשבה יוצרת העשויה לשנות את המערכת עצמה<sup>40</sup>. אולם במקרה של משפט קדום, שאינו נוהג עוד וזאין מתכוונים לשוב ולהנהיגו, נשאלת בצדק השאלה, מה הטעם בדוגמטיקה יוצרת? להלכה הדבר אפשרי. יכול חוקר, לאחר שמקורות המשפט מוצגים בפניו על יסוד מחקר היסטורי-פילולוגי, לבחון כיצד צריך היה לפתור בעיות משפטיות על-פי החומר הנורמטיבי הזה ויכול הוא לשכלל ולפתח את מושגי השיטה ולמצוא עקרונות מופשטים. אך על החוקר העוסק במחקר דוגמתי כזה לשאול את עצמו מה ערך מפעלו שאין בו לא תיאור של מציאות עובדתית של העבר (בהנחה כי אין יסוד שכך פסקו וכך חשבו בפועל<sup>41</sup>) ולא תיאור של מציאות עתידית רצויה (כי השיטה אינה נוהגת עוד)?<sup>42</sup> לשם מה המאמץ הרוחני שהוא בבחינת דרישה שאין עמה קבלת שכר? דומה כי צודק ילינק בראותו בעבודה כזאת משום יגיעה לריק<sup>43</sup>.

מן האמור עולה כי הגישה לגבי משפט קדום חייבת להיות ביסודה היסטורית. לשם תיאור המשפט הקדום דרושה אמנם הבנה של הדוגמטיקה בתור עובדה היסטורית, אך אין מקום להפעיל לגבי גישה דוגמתית יוצרת. הדוגמטיקה חייבת להצמצם לתפקיד המשרת את ההיסטוריה, והוא: תיאור המציאות. בתפקיד זה אין מקום לחידושים במשפט, כי אין לדוגמטיקה כאן מטרה מעשית כלשהי הקשורה לפתרון סכסוך קונקרטי. הגישה הדוגמתית לגבי חומר נורמטיבי היסטורי חייבת איפוא להתמודד עם בעיות מיוחדות. רבות הן הסכנות האורבות לה. קודם כל עליה לדאוג להתאמה בין השקפתה הסינכרונית לחומר ההיסטורי; כלומר, עליה לקבוע על יסוד מחקר היסטורי ופילולוגי את הזמן הנכון והמדויק של מקורות המשפט, אותם היא רוצה להציג באופן שיטתי. שנית, עליה להימנע משיכלול של המערכת

40 ראה רוטהקר עצמו, שם, בעמ' 256-257 ובמיוחד הערה 1.

41 על בעיית השימוש בכלים דוגמטיים כדוגמיים במחקר ההיסטורי, ראה להלן בעמ' 43, 53-54. כאן אנו עוסקים בתפקיד יוצר במלוא מיבן המלה.

42 כאן המקום להעיר כי עבודתה של האסכולה הפנדקטיסטית הגרמנית במאה הקודמת יצאה מן ההכרה באקטואליות של המשפט הרומי. ככל שאסכולה זו יצרה יצירה עצמאית – ואין תולק על גדולת יצירתה ותפארתה – היא התרחקה מן האמת ההיסטורית. על היחס הבעייתי בין מפעל האסכולה ההיסטורית הגרמנית והפנדקטיסטיקה לבין מחקר היסטורי, ראה קושאקר, ה"ש 16 לעיל, בעמ' 191-192, 267 ובמיוחד 270; ויאקר, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 395 ואילך, 416 ואילך ובמיוחד 419, 423 ואילך; A. Schwarz, *Rechtsgeschichte*, und Gegenwart, *Gesammelte Schriften*, Karlsruhe, 1960, pp. 31, 105; H. J. Wolff, *Roman Law*, 1951, Norman, p. 217 על דרכו של סביני ליצירת עקרונות משפט מתוך המקורות הרומיים, ראה דוגמאות אצל: Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, Tuebingen, pp. 169-171, spec. nn. 123, 124.

43 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 1914, Berlin, p. 52: "Es gibt kein Seinsollendes nach rückwärts, und darum beschäftigt sich auch die Rechtsgeschichte mit dem, was tatsächlich war, nicht mit dem, was hätte sein sollen oder können" ("אין צריך להיות' למפרע ולכן עוסקת ההיסטוריה של המשפט במה שהיה בפועל ולא במה שהיה צריך להיות או יכול היה להיות").

הנסקרת על-ידי הכנסת יתר-שיטתיות. בעיה אחרונה זו קשורה קשר הדוק לבעיית ההרמנאוטיקה הפילוסופית עליה עמדנו בראשית פרק זה. המשפטן של היום חי בעולם מושגים מודרני, האם יכול וצריך הוא להשתחרר מן הדוגמטיקה שלו כדי לתאר דוגמטיקה אחרת. אין ספק כי קיים מתח ידוע בין דוגמטיקה והיסטוריה במובן רחב זה, כשהמיוחד במצב הוא, שהאובייקט ההיסטורי העומד למחקר הוא דוגמטיקה משפטית. בין ההיסטוריונים של המשפט הרומי פרץ ויכוח חריף וממושך על הצורך ועל הנכונות לתאר את המשפט של העבר באמצעות מושגים מודרניים שהרומאים עצמם לא השתמשו בהם. רבו השוללים על המחייבים<sup>44</sup>, אך גם המחייבים לא התכוונו "לשיכלול" העבר, אלא למתן ביטוי למה שהיה טמון בו מכבר<sup>45</sup>. כפי שנראה בהמשך עבודתנו השימוש בדוגמטיקה זרה מעורר בעיה יסודית וקשה לגבי המשפט היהודי. על-כל-פנים אין לחלוק על כך כי דוגמטיקה יוצרת המשכללת את המערכת אינה עוד בבחינת תיאור המציאות ובכך נוצר ניגוד בינה לגישה ההיסטורית.

הסכנה השלישית מפניה חייב הדוגמטיקן להיזהר היא ערבוב המציאות הנורמטיבית עם המציאות המשפטית הממשית. על ההבדל בין החוק הכתוב לבין הגשמתו למעשה במחקר ההיסטורי עמד במיוחד יהרינג<sup>46</sup>. אך הבעיה היא קשה ביותר. נטייתו הטבעית של דוגמטיקן במשפט נוהג היא לגשר על הפער הנצחי בין נורמה למציאות. שאיפתו היוצרת היא להביא לידי הרמוניזציה בין הנורמות בינן לבין עצמן ובינן לבין הפתרון הרצוי. לגבי העבר אין הניגוד, אם הוא קיים, ניתן לגישור. אך קיום הניגוד פוגע במידה רבה באפשרות של תיאור שיטתי של מציאות שלמה. התיאור הדוגמטי יהיה איפוא בהכרח מצומצם לתחום צר של מציאות, והיא מערכת מחשבתית של העבר.

בכך עדיין לא מיצינו את בעיית היחס בין היסטוריה ודוגמטיקה. קושי נוסף קיים כאשר הדוגמטיקה הופכת לאובייקט של מחקר היסטורי שלם. כלומר, לא עוד תיאור של שיטת משפט ברגע היסטורי מסויים, אלא תיאור של התפתחות היסטורית לאורך הזמן. במלים אחרות, היסטוריה של הדוגמטיקה שהיא ההיסטוריה של עקרונות משפט, מוסדותיו ומושגיו. כנגד סוג זה של מחקר כלל-תקופתי העלה Wieacker<sup>47</sup> שתי השגות, אחת מעשית ואחת עקרונית.

מעשית, קשה מאוד לקבל תמונה שלמה על ההלכת המשפט במשך תקופה ארוכה

44 בין המחייבים המלומד האיטלקי בטי אשר הציג את עמדתו בתקיפות במאמרים אחדים, ביניהם: *Betti, "Methode und Wert des heutigen Studiums des roemischen Rechts"*, 15 (1937), *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 137; Id., "Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica", Gagner, *Zur* *Studi Arangio-Ruiz*, 1952, Napoli, IV, pp. 81-125. והשווה *Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen*, 1967, Stockholm ויאקר, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 425-424, הערה 33; ה"ל, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 361 ואילך וראה את המקורות המובאים, שם.

45 על רעיון זה השווה במיוחד יהרינג, ה"ש 5 לעיל, בעמ' 29 ואילך.

46 ה"ש 5 לעיל, בעמ' 32 ואילך ובמיוחד בעמ' 55 ואילך.

47 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 16-17.

ובמקומות שונים בגלל ריבוי החומר ומיעוט המחקר ההיסטורי הקיים<sup>48</sup>. חשובה יותר היא ההשגה המתודית: בצאתו מן ההבחנה של Windelband ו-Rickert<sup>49</sup> בין מדע אידיוגרפי<sup>50</sup> לבין מדע נומוטתי<sup>51</sup>, טענתו היא כי ההיסטוריה של המשפט, כמו כל היסטוריוגרפיה היא מדע המתאר הליכים ומצבים אינדיבידואליים של העולם ההיסטורי. הדוגמטיקה נעדרת קיום אינדיבידואלי; קיום כזה יש לפעולות החקיקה ולפעולות הפסיקה ולחשיבה האנושית. מה שנראה כהתפתחות של הדוגמטיקה (עקרונות, מושגים ומוסדות של משפט) אינו אלא שינוי בתודעה ובכללי ההתנהגות של החברה האנושית. מכאן כי תיאור אידיוגרפי של דוגמטיקה אפשרי רק ברגע היסטורי מסוים, כלומר, תיאור של תודעה משפטית כמציאות היסטורית נתונה. אך לדוגמטיקה אין היסטוריה עצמית, כפי שאין היסטוריה לחוקי הטבע או לפסקי ההגיון. תיאור נומוגרפי של שיטה דוגמתית אינו מתאים להכרת ההליך ההיסטורי-המשפטי המתמשך.

דומה כי יש הגזמה מסויימת בקושי המתודי המועלה על-ידי ויאקר. עם זאת נראה לנו כי יש חשיבות רבה בגישתו המזהירה מפני רעיונות פשטניים של רציפות והתפתחות בקשר למוסדות משפט. לעצם הענין אנו נוטים להסכים עם Hellebrand<sup>52</sup> כי אפשר להכיר, בצד ההיסטוריה של מציאויות ופעילויות, בהיסטוריה של תכנים רוחניים, ובהקשר שלנו (המשפט) בהיסטוריה של תקפויות<sup>53</sup> המתרחשת על מישור אחר.

עד עתה עסקנו בתחומי המגע בין היסטוריה ודוגמטיקה תוך הדגשת הקשרים החיוביים ביניהן: ההיסטוריה עשויה להעזר בדוגמטיקה ולהיפך. אך בין שתי הגישות עלול להיווצר יחס שלילי. נתאר לעצמנו דוגמטיקה משפטית היוצאת מהנחות היסטוריות מסויימות מבלי להשאיר אותן פתוחות לביקורת היסטורית אובייקטיבית. סגירתו הדוגמתית של שער העיון ההיסטורי נעשית על-ידי רעיון הסמכות. סמכותו של הטכסט שנתקדש על-ידי המסורת, סמכותו של הפוסק שנתקבלה כמחייבת על-ידי המסורת. קביעותיהם ההיסטוריות של הטכסט המקודש או של בעל הסמכות אינן ניתנות לערעור מבחינה דוגמתית. נמצא, כי במסגרת הדוגמטיקה, העיון ההיסטורי הביקורתי, הבא לערער על הנחותיה המחייבות, אינו לגיטימי, או אולי יותר נכון, אינו רלבנטי.

48 Cf. Kunkel, 71 (1954), *SZ Rom* 509, 511

49 שני הפילוסופים האלה נמנים על האסכולה הקרויה "נאו־קנטיאניות דרום-מערב גרמנית" (Sueddeutscher Neukantianismus) והם עסקו בבעיות מתודולוגיות והכרתיות של מדעי הרוח (מדעים היסטוריים ו"מדעי תרבות") לעומת מדעי הטבע. בדבר השפעת תורחם על הפילוסופיה של המשפט ראה: Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1969, Berlin—Heidelberg, pp. 96 et seq.

50 "מתאר את המיוחד"; הכוונה היא לתיאור האופי האינדיבידואלי של מציאות; ההדרפעי לעומת התמידי והכללי. מכאן כי ההיסטוריה היא מדע אידיוגרפי.

51 "קובע חוק"; הכוונה היא לתפיסת המציאות על-ידי מושגים כלליים, שהם החוקים בעלי התחולה הכללית. זוהי דרך החשיבה של מדעי הטבע.

52 "Kleiner Beitrag in juristischer Absicht zum Spannungsverhaeltnis zwischen Dogmatik und Historik", *Sein und Werden in Recht, Festgabe fuer U. von Luebrow*, 1970, Berlin, pp. 137, 147-149

53 בעמ' 148: "Geschichte der Gueltigkeiten".

הניגוד הנוצר כאן אינו בעצם בין המתודות עצמן, אלא הוא יותר במישור הפסיכולוגי של החוקר. הדוגמטיקן, המודה בהנחותיה של הדוגמטיקה מתוך אמונה אישית בהן (בהבדל מ"הודאה" בהן לצורכי עבודתו), יתקשה לגשת אליהן מתוך ראייה היסטורית ביקורתית. מכאן ההימנעות האופיינית מביקורת אובייקטיבית של הנחות היסטוריות דוגמתיות מצד בני אדם המקבלים באופן אישי את החיוב של מערכת דתית. עם זאת קורה כי העימות בין הנחות דוגמתיות לבין מסקנות היסטוריות מנוגדות מגיע לתודעת בעלי הדוגמטיקה תוך כדי יצירת מתח פנימי. יש עניין מיוחד בדרך הפתרון לסילוק מתחים אלה.<sup>54</sup> האפשרויות הן מגוונות ולא כאן המקום לבדוק אותן.

### 3. היסטוריה ודוגמטיקה במחקר המשפט היהודי

לאחר ברור היחס בין היסטוריה לדוגמטיקה במחקר המשפט באופן כללי נעמוד בקצרה על צדדים אחדים של בעיה זו במחקר ההלכה היהודית. חכמי ההלכה של כל הדורות עסקו במלאכת הדוגמטיקה מתוך אמונה בסמכותם המחייבת ואף בקדושתם של המקורות. מחקר היסטורי משפטי או פילולוגי מודע ומכוון לא יכול היה לקנות לעצמו שביתה באקלים הרוחני של בית המדרש הישן<sup>55</sup> והוא נעדר משם עד עצם היום הזה<sup>56</sup>. התודעה ההיסטורית של חכמי ההלכה התבססה בעיקרה על הקביעות של המקורות הקיימים והיא שונה תכלית שינוי מן ההיסטוריות המודרנית<sup>57</sup>.

לדוגמטיקה המשפטית המסורתית בהלכה תכונות אופייניות. העיסוק העיוני במשפט, תלמוד תורה, הוא מצווה דתית בעלת חשיבות מכרעת המוטלת על כל יהודי. אין כל הכרח כי לימוד התורה יתרכז בכללים שהם בעלי חשיבות מעשית לאדם או לחברה. ברור מחלוקת עתיקה בדבר דינים שאין להם כל תחולה אקטואלית הוא חלק אינטגרלי של תלמוד תורה כמצוות עשה, בבחינת שכר מצווה – מצווה. מכאן המאמץ האינטלקטואלי האדיר שהושקע במשך דורות רבים מצד לומדי התורה בבירור כל מערכת הדינים הדתיים<sup>58</sup>.

על אף סימני ההיכר הקבועים של הדוגמטיקה המשפטית, שהם רעיון הסמכות ופיתוח

54 כדוגמא אפשר להזכיר את המונח התלמודי "הלכה למשה מסיני" המבטא בדרך דוגמתית רעיון היסטורי. ראה על כך אלון, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 192 ואילך; א"י השל, תורה כן השמים באספקלריה של הדורות, ספר שני, תשכ"ה לונדון וניו-יורק, בעמ' 229 ואילך.

55 הדבר אינו מיוחד ליהדות; הדוגמתיות נעלה את דלת העיון ההיסטורי גם במשפט קנוני. השוה ויאקר, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 340-341.

56 השוה את הנטייה בהלכה לאסור את הקריאה בספרי היסטוריה שאין עמה לקח ליהודי שומר המצוות. ראה: שולחן ערוך, אורח חיים, סימן ש"ז, ס"ק ט"ז ונושאי הכלים וכן ר' יעקב עמדין בספרו מור וקציעה (על טור או"ח), תקכ"א, אלטונה, סי' ש"ו; וכן תוספות, שבת קט"ז, ב, ד"ה: "וכ"ש בשטרי הדיוטות", והמהרש"א, שם.

57 השוה: נ' רוטנשטרייך, על הקיום היהודי בזמן הזה, תשל"ב, תל-אביב, עמ' 24 ואילך. לגבי דוגמאות אחדות על דרכם של חכמי ההלכה ראה: א"א אורבך, בעלי התוספות, תש"ד, תשכ"ח, ירושלים, עמ' 532, 563.

58 על האופי העל-זמני והעל-מציאותי של ההלכה, השוה, ב' דה-פריס, "הלכה", האנציק" לופדיה העברית, כרך י"ד, בעמ' 506-507.

מבחינים פנים-שיטתיים במערכת הנורמטיבית<sup>59</sup>, הרי אפשריות דרכים שונות להשגת מטרתה. יש פיתוח מושגים בדרך קואיסיטית ויש פיתוחם בדרך ההפסטה והסינתזה. במציאות המודרנית אפשר להדגים הבדל זה באמצעות החלוקה הגדולה בין שיטות המשפט הקונטיננטליות, בעלות קודיפיקציה, לבין שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות בעלות משפט שיפוטי. שיטה שבמרכזה תקדימים היא בדרך הטבע קואיסיטית יותר. אולם הדוגמטיקה בתור עולם של מושגים ומוסדות משפט אינה חוות הכל של מערכת המשפט. הליך הפסיקה, כלומר, הליך מציאתו של כלל ההתנהגות למצב עובדתי מסוים, מורכב ממוסדות נוספים. יסודות אלה הם טרום-דוגמטיים ומבוססים על חשיבה ערכית. חשיבה ערכית זו מלווה את החשיבה המושגית על כל צורותיה<sup>60</sup>. והנה, העדר הצורך לפסוק הלכה למעשה משפיע השפעה מכרעת על המתודה המשפטית בגלל מעמד הבלעדיות שיש בה לחשיבה המושגית. אין להתפלא איפוא שהלימוד לשמו ביהדות יהיה מנותק מכל מטרה של מציאת פתרון לבעייה מעשית, הביא לידי מושגיות צרופה, שהפילפול הוא אחד מצורותיה השונות. לפנינו מאמץ אדיר ורצוף של דורות על גבי דורות של חכמים לברר חילוקי דעות קודמים תוך חתירה מתמדת לצמצום המחלוקת. המאמץ הרוחני שהושקע במטרה זו מדהים בהיקפו והוא מבטא שאיפה עמוקה ליצירת הרמוניה בעולם ההלכה<sup>61</sup>. באשר לטיב הדוגמטיקה אפשר להבחין בה בזרמים שונים המעוגנים הן בסביבה והן באישיותם של חכמי ההלכה. בצד גישה קואיסיטית בדרך האסכולסטיקה אפשר למצוא מגמות של יצירת מושגים ומוסדות בדרך הסינתזה<sup>62</sup>. אולם, אין ספק כי רעיון הסמכות בדוגמטיקה ההלכתית המחייב התייחסות שווה לכל המקורות, מציב גבולות ברורים לאפשרות של הפסטה וסינתזה מושגית<sup>63</sup>. אך גם אם המושגיות הצרופה — הן בצורתה הפילפולית והן בצורתה הקטגוריאלית — היא תופעה שכיחה בעולם ההלכה, הרי דינים רבים נהגו בפועל בחברה היהודית.

59 השווה: אסר, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 88.  
 60 ראה במיוחד את ספרו של אסר, ה"ש 21 לעיל, וכן ויאקר, ה"ש 21 לעיל, ובאופן כללי: J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, London, passim; Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, 1968.  
 61 השווה: א"א אורבך, ה"ש 57 לעיל, בעמ' 571, המביא את דבריו של רבנו תם: "כי אפילו כשיש בתלמוד חייב במקום אחד ופטור במקום אחר אנו מתרצים יפה כל שכן קושיות אחרות" (ספר הישר, הוצ' מק"ג, סי' נ"ו, בעמ' 125). ראה את דברי הביקורת על גישה זו, מתוך שאיפה להנהיג את המשפט היהודי במדינה היהודית, אצל א"ח פריימן, "דיני ישראל בארץ ישראל", המשפט העברי והדינת ישראל, לקט מאמרים (י' בוק, עורך), תשכ"ט, עמ' 36, 45-46.  
 62 לפי מיטב ידיעתנו נכתב מעט על החשיבה המשפטית של חכמי ההלכה לדורותיהם ועל תולדות חשיבה זו. ראה את הביבליוגרפיה אצל נ' רקובר, *אוצר המשפט, תשל"ה*, ירושלים, בעמ' 37-38 (מחזור: שיטות בהלכה, דרכי לימוד, פילפול). השווה במיוחד אורבך, ה"ש 57 לעיל, בעמ' 523 ואילך. תיאור של חכמי הדור האחרון, ראה אצל הרב ש"י וויז, *אישים ושיטות, תשי"ב*, תל-אביב; וכן ראה ג' אלון, "ישיבות ליטא", מחקרים בתולדות ישראל, כרך א', הדפסה שנייה, תשכ"ז, תל-אביב, בעמ' 4-5. לדעתנו, זה אחד מתחומי המחקר הראויים לפיתוח.  
 63 על בעייה זו, ראה את דבריו להלן בעמ' 50-51.

הדוגמטיקה עמדה איפוא בפני תפקידים מעשיים, דהיינו היה עליה להשתלב בהליך של פסיקה. המימד הערכי חייב היה להופיע אגב הליך זה כדי לקבוע פתרון שלא היה רק "הגיוני" במסגרת השיטה, אלא גם תואם את מטרות המשפט הדתי בכללותו, תהיינה אשר תהיינה מטרות אלה (צדק, יעילות ועוד). אין איפוא כל תמיהה על כך כי על-יד המושגיות מופיעים שיקולים פרגמטיים מסוגים שונים<sup>64</sup>. עובדה מעניינת ואופיינית היא כי חכמי ההלכה עצמם הבחינו בין דוגמטיקה במטרה עיונית לבין דוגמטיקה במטרה מעשית, ויעידו על כך הביטויים להלכה והלכה למעשה המופיעים בתלמוד<sup>65</sup> ובספרות הרבנית<sup>66</sup>.

#### 4. ביקורת של מחקר המשפט העברי

בפרקים הקודמים השתדלנו לבאר מספר יסודות מתודולוגיים במחקר המשפט תוך כדי הדגשת היחס בין גישה היסטורית לבין גישה דוגמטית. דברים אלה ישמשו לנו כעת רקע לבחינת מהותו של מחקר המשפט היהודי ומטרותיו. עמדנו אמנם על השוני הקיים בין המגמה ההיסטורית לבין המגמה הדוגמטית, אך ידיעת שוני זה עדיין אינה מספיקה כדי להנחותנו במחקר המשפט היהודי. הבעיה היא מהי הדרך הנכונה בה יש ללכת במחקר זה. אם המחקר הוא דוגמטי — מה טיבו ומה מטרותיו? ואותה השאלה תופסת לגבי המחקר ההיסטורי. השאלה מתמקדת בראש ובראשונה סביב נקודת האקטואליות שבמחקר, כלומר, סביב הבעיה אם המטרה היא להנהיג את המשפט העברי במשפט המדינה או לאו. שאלה זו קשורה בשאלה עקרונית נוספת, והיא: במה נשתנה המחקר הדוגמטי המודרני מן העיון המסורתי? השאלות האלה הן מורכבות ביותר ולכן לא ננסה לענות עליהן בצורה מופשטת. אנו נבחן אותן אגב ביקורת מפעלם של שלושה מבין החוקרים המובהקים של המשפט העברי, והם: א' גולאק; מ' אלון; ש' אלבק.

64 ראה במיוחד אורבך, ה"ש 57 לעיל, בעמ' 571 ואילך בו הוא מזכיר את המתח בין מה שמכונה בפיו "מגמה פורמאליסטית" לבין "מגמה פינאליסטית-תכליתית" בתשובות הראשונים ובתוספות. אורבך (שם, והערה 21) מאפיין את גישת בעלי התוספות בהשתמשו במטבע לשונית של יהרינג: "בעזרת ההלכה התלמודית אל מעבר להלכה התלמודית" (יהרינג, ה"ש 5 לעיל, בעמ' 14). השימוש בסיסמתו של יהרינג בענין המשפט הרומי אינו מדויק אם נבין אותה ברוח כוונתו של יהרינג. האחרון התכוון לביקורת פילוסופית של המשפט הרומי (שם, בעמ' 15), אשר לדבריו היא הדרך היחידה המאפשרת להפריד בין החולף, שהוא הרומי הטהור, לבין הנצחי והכללי. "Nur auf diesem Wege wird es moeglich werden, das Vergaengliche und rein Roemische in ihm von dem Unvergaenglichen und Allgemeinen zu scheiden..." (p. 16) על גישה זו ראה במיוחד: W. Wilhelm, "Das Recht im roemischen Recht", *Jherings Erbe*, supra, n. 5, p. 228 et seq. על דרכו של יהרינג השווה עוד אסר, ה"ש 42 לעיל, בעמ' 164, הערה 104. גישה ביקורתית ברוח זו היתה רחוקה מלב בעלי התוספות כפי שאורבך עצמו מעיד, שם, בעמ' 554: "היגיעה השכלית הרבה בדברי התלמוד, המגיעה לעתים למעין התעמלות שכלית, היא פרי אמונה שהתלמוד הוא שלם ודבריו כולם הם דברי אמת".

65 לדוגמא בבא בתרא, ק"ל, ב. והשווה מנהררין, ע"א, א: "ולמה נכתב, דרוש וקבל שכר"; ובמיוחד עין יעקב, ענף יוסף, שם.

66 על בעיית היחס בין לימוד עיוני להוראה למעשה, ראה, אורבך, ה"ש 57 לעיל, בעמ' 566 ואילך; ח' אלבק, מבוא לתלמודים, תשכ"ט, תל-אביב, עמ' 545 ואילך.

## א. שיבתו של אשר גולאק

ספרו של גולאק יסודי המשפט העברי<sup>67</sup> הוא עדיין הספר השיטתי הכולל ביותר בתחומנו. גולאק הקדיש בו מחשבה רבה לשאלה המתודית<sup>68</sup>. בגישתו הושפע עמוקות על-ידי יהרינג, וליתר דיוק על-ידי דבריו של יהרינג בכרך הראשון של ספרו רוח המשפט הרומי<sup>69</sup>. גולאק מעמיד זה מול זה מחקר היסטורי ומחקר דוגמתי. במחקר ההיסטורי עצמו הוא מבחין – ככל הנראה בהשפעת יהרינג<sup>70</sup> – בין שתי דרכים: מחקר היסטורי חיצוני ומחקר היסטורי פנימי<sup>71</sup>.

המחקר ההיסטורי החיצוני נתפס על ידו כענף הקרוב למתודה של ההיסטוריה הכללית, אשר יתאר את התפתחות המשפט על הרקע החברתי והכלכלי של כל תקופה ותקופה. לדעת גולאק, על אף חשיבות מחקר זה, אין סיכוי כי מתודה זו תצמיח פירות, בגלל דלות החומר ההיסטורי וקשיי התיאור של התפתחות המשפט לפי סדר כרונולוגי. הוא מציע משום כך את שיטת המחקר "ההיסטורי הפנימי" המיוחדת למחקר דברי ימי המשפט. לפי שיטה זו<sup>72</sup> אין לבחון את התפתחות מוסדות המשפט לפי סדר כרונולוגי. גולאק מתאר את השיטה ההיסטורית המוצעת כך: "ההיסטוריון המשתמש במתודה זו אינו צועד והולך לפי סדר השנים והזמנים, רק שהוא חודר לתוך תכנו ומובנו של איזה מוסד משפטי, כמו הירושה, השעבוד וכדומה, לאט לאט הוא מגלה לנו את גדולו ההדרגי של מוסד זה, ואת השתנות דיניו בהתאם לצרכי החיים. הסדר ההיסטורי מתגלה כאן מאליו ומתוך הבנת המוסד המשפטי מטיגים אנו מה שהוא מוקדם ומאוחר בו, ומה שנוסף עליו במשך זמן קיומו. וכן יכול החוקר להתחקות על התהוות המוסדות המשפטיים, כצמחים דקים שיש בהם גרעינים של חיים, לראות, איך גדלו, בפרו והשתרשו מוסדות אלה בחיי-העם לפי דרישות הזמן והמקום, או איך נעקרו ובטלו, אם לא התאימו לדרישות החיים".

גולאק ראה אמנם חשיבות ניכרת במחקר היסטורי כזה, שהוא כעין היסטוריה של הדוגמטיקה<sup>73</sup>, אך הוא גרס כי יש להקדים לו מחקר דוגמתי. הוא מציין כי "צריך לעמוד תחילה על אופיים ומבנם הכללי של מוסדות המשפט שבתורתנו ועל המקום הקבוע להם בתוך הסיסתמה, זאת אומרת, דרושה ידיעה נכונה בדוגמה ובסדר המשפטים בכלל. בלעדי ידיעה זו בערכם ומקומם של המוסדות השונים וביחוסיהם זה לזה תחסר לנו ההשקפה הברורה על התפתחותם ההיסטורית"<sup>74</sup>.

67 תרפ"ג, ברלין, ארבעה ספרים, הדפסה שנייה, השכ"ז, תל-אביב.

68 ראה את המבוא בספר הראשון, עמ' 3 ואילך.

69 ה"ש 5 לעיל. כידוע הסתייג יהרינג בתקופתו המאוחרת יותר מהנחות רבות של שיטתו "הטבעית-ההיסטורית". *Rudolf von Jherings naturhistorische Methode*, Cf. H. J. Hommes, *Jherings Erbe, supra n. 5, pp. 101 et seq.* דומה כי גולאק לא שם לב לתמורה החריפה שחלה בהשקפות יהרינג.

70 ה"ש 5 לעיל, בעמ' 58 ואילך.

71 יסודי המשפט העברי, ה"ש 67 לעיל, ספר ראשון, בעמ' 11-13.

72 על יסוד דבריו של יהרינג, ה"ש 5 לעיל, בעמ' 58 ואילך, המצוטט על-ידי גולאק, שם, בעמ' 13.

73 ראה לעיל, סמוך לה"ש 48 ואילך.

74 שם, בעמ' 13.

דומה כי גולאק ראה במחקר הדוגמתי מפתח להבנת ההתפתחות ההיסטורית של המשפט. רעיון זה מופיע אצלו ביתר הדגשה, שעה שהוא מתאר את תפקידי הדוגמטיקה המשפטית: "סדר משפטים כזה, הבנוי על יסודות מדעיים מוצקים, מגלה לנו בכל פרטי ההלכות יצירה אחת אורגנית ושלמה, יצירה המתפתחת מתקופה לתקופה ומדור לדור על-פי חוקים קבועים והשומרת את תכונת עצמיותה בכל הזמנים, כמו הלשון. בתור יצירה שלמה כזו יש תמיד למשפט אופי לאומי, כי נוצר בקרב העם, בהתאם רוחו ותנאי חייו"<sup>75</sup>.

הדימויים של אורגניזם צומח, לשון, רוח העם הם סימן מובהק להשפעת האסכולה ההיסטורית הגרמנית מיסודו של סביני שפעלה על גולאק דרך ספרו הנזכר של ירהינג<sup>76</sup>. דימוי המשפט כאורגניזם חי המתפתח לפי חוקיות קבועה אינו עומד בפני הביקורת. Gaudemet<sup>77</sup> בבקרו את רעיון האורגניזם וההתפתחות אצל ירהינג מצביע באופן קולע על הסכנה הטמונה בשימוש הדימויים הלוקחים מעולם החי<sup>78</sup>.

דומה כי בתקופה מאוחרת יותר עלו בלב גולאק עצמו ספקות לגבי נכונות רעיונות אלה. במפעלו המאוחר יותר הוא התרכז בהיסטוריה של המשפט היהודי בתקופת התלמוד. במספר מקומות הוא מהרהר אחר ההנחה כי אפשר לעמוד על התפתחותם של דינים מתוך עצם תכונתם, דהיינו, ההתפתחות "מן הפשוט אל המורכב, מדעות פרימיטיביות אל השקפות יותר געלות". הוא מציין כי לעיתים המציאות טופחת על פני הסברות ההגיוניות<sup>79</sup>. יש יסוד להניח כי גולאק זנח את ההבחנה בין היסטוריה חיצונית לבין היסטוריה פנימית. ואמנם באחד מספריו המאוחרים הוא רומז על הסתייגות מדעתו הקודמת על עדיפות המחקר ההיסטורי-הפנימי<sup>80</sup>. על-כל-פנים באופן כללי אפשר לקבוע

75 שם, בעמ' 3-4.

76 ה"ש 69 לעיל. ירהינג עצמו חזר כידוע מדימוי הלשון, השווה ה"ש 5 לעיל.

77 "Organicism et évolution dans la conception de l'histoire du droit chez Jhering", *Jherings Erbe, supra* n. 5, pp. 29, 35 et seq.

78 *Ibid.*, p. 37: "Le mythe de l'évolution régulière et continue ne saurait être retenu".

79 לחקר תולדות המשפט העברי בתקופת התלמוד, חלק ראשון, דיני קרקעות, תרפ"ט, ירושלים, בעמ' 101. לגבי דוגמה קונקרטית, והיא: דרך ההתקשרות המשפטית, ראה את ספרו תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד, החיוב ושעבודיה, תרצ"ט, ירושלים, עמ' 3-4, 140. ראה במיוחד את הערתו הכללית, שם, בעמ' 146: "ההתפתחות ההיסטורית של המשפט לא תמיד הולכת בדרך ההתקדמות והשכלול, וגם בתלמוד אנו מוצאים בקצת ענינים שההלכות המאוחרות אינן עולות בתוכנן על אלו שקדמו להן". השווה גם את ביקורתו של ג' אלון, מחקרים בתולדות ישראל, כרך ב', תשי"ח, תל-אביב, עמ' 285 ואילך.

80 דיני קרקעות, ה"ש 79 לעיל, בעמ' 101-104: "בחקירת תולדות דינינו שאנו עומדים בה עדיין בהתחלתה, הדרך הקרובה אל תנאי החיים המעשיים היא הנאמנה ביותר; ומשום כך, בשעה זו אין להתעמק עוד יותר מדי בהתפתחותם של גדרים ומושגים, של דעות והשקפות מוסריות, או בכלל של עניינים תלויים בסברות הגיוניות בלבד. מוטב שבתחילת מחקרנו נדון בפרובלימות מעשיות, שמעשיותן וערכן החיוני יקרבונו אל המציאות של אותם הדורות ואל השתלשלות הסיבות ההיסטוריות שהראו פעולתן בכל פינות חייהם". השווה גם את הערתו על סדר המחקר מבחינה היסטורית ודוגמית במבוא לספרו על החיוב ושעבודיה, ה"ש 79 לעיל, שם, בעמ' 104, וכן השווה את רשימתו הפרוגרמטית "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי", המשפט העברי, כרך ב', תרפ"ו, עמ' 195.

כי במחקריו המאוחרים גולאק נוקט שיטה היסטורית במלוא מובן המלה (או במינוח הקודם שלו: היסטוריה חיצונית).

לא כאן המקום להעריך את עבודת גולאק כהיסטוריון של המשפט. הוא הכיר בקושי העצום של מחקר היסטורי לגבי המשפט היהודי והוא שלל את האפשרות של מחקר כל-תקופתי על-ידי אדם אחד.<sup>81</sup> בעבודותיו ההיסטוריות הוא התרכז בתקופת התלמוד שנראתה בעיניו כתקופה הקלאסית של המשפט היהודי.

מבחינתנו יש עניין מיוחד בעבודתו הדוגמטית של גולאק, כפי שהיא באה לידי ביטוי בספרו המקיף על יסודי המשפט העברי. כאמור סבר גולאק בתקופת חיבור זה כי יש להקדים מחקר דוגמטי למחקר היסטורי, כברה שלא גרס עוד במפעלו המאוחר.<sup>82</sup> תפיסתו של גולאק על מהות הדוגמטיקה המשפטית מגלה שוב את ההשפעה העמוקה של יהרינג ושל הפנדקטיסטיקה הגרמנית. גולאק גרס כי מתוך העיון בפרטי הדינים ניתן לעלות ולהגיע אל מושגים כלליים: "[תורת המשפטים] מנתחת באומל ההגיון את הדינים הבודדים ליסודותיהם הפרטיים, מוציאה מתוך יסודות פרטיים אלה כללים עיקריים קבועים, המבריחים את כל הדינים מן הקצה אל הקצה. הכללים העיקריים משמשים כתבנית לבניית סדר המשפטים והם גם המלט המאחד ומהדק את אבני הבנין, את הדינים הבודדים. דינים אלה יוצאים על-ידי סדורם המדעי מתוך הערבוביה ששררה בהם תחילה, מתקרבים ומתאחדים למוסדות משפט שלמים, שהם חופסים את מקומם הראוי בתוך הסיסתמה הכללית. במקום חומר מגובב ומעורבב ישתכלל היכל תפארה, סדר משפטים, שכל חלקיו מתאימים זה אל זה ואף פרט אחד קטן אי-אפשר להוציא ממנו מבלי לקלקל על-ידי כך את ההרמוניה השוררת בכולן".<sup>83</sup> והוא ממשיך באומרו: "עבודה זו של הסידור המדעי במקצוע דיני ישראל היא המטרה, אשר הצבתי לי בספרי זה. הסיסתמתיזציה של המשפט העברי הצריכה אותי לצרף וללבן את מושגיו, להגדיר את גדריו, לכלול את כלליו העיקריים ולעמוד על אופי גזרתם (constructions) של מוסדותיו השונים".<sup>84</sup>

גולאק ראה איפוא את עיקר משימתו בהשגת מוסדות המשפט בדרך של הפשטה. הוא גורס כי זוהי הדרך "המדעית" של תורת המשפטים. רעיון המדעיות של תורת המשפט – ילד טיפוחיה של האסכולה ההיסטורית הגרמנית<sup>85</sup> – הוא בעיניו כשלעצמו אך לא כאן המקום לעמוד על סוגיה זו.<sup>86</sup>

אך מעניינת ביותר היא אמונתו של גולאק כי שיטה מדעית תצליח לגלות (או אולי ליצור) מבנה הגיוני, אורגני והרמוני על יסוד החומר הנורמטיבי הקיים של המשפט היהודי. דומה כי ככלל קיים ניגוד בין הדין הפוסטיבי, שפרטיו הם לפעמים

81 "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי", ה"ש 80 לעיל, שם, בעמ' 198.

82 "תכנית", שם.

83 יסודי המשפט העברי, ה"ש 67 לעיל, עמ' 3.

84 שם, בעמ' 4.

85 ראה קושאקר, ה"ש 16 לעיל, בעמ' 210: "Der Terminus 'Rechtswissenschaft' ist eine Erfindung der deutschen historischen Schule, ist made in Germany und Quelle von zahlreichen Unklarheiten geworden".

86 קושאקר, שם, ובעמ' 337 ואילך; השווה ויאקר, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 17; אך ראה רוטהקר, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 257, הערה 1.

תוצר של פעולות חקיקה מקריות למדי, לבין שיטה הרמונית שהיא כליל השלמות. ניגוד זה בין הכלל המשפטי הפוסיטיבי היחיד לבין המוסד המשפטי "המדעי" מתגלה בתורת הקונסטרוקציה של יהרינג (על רקע המשפט הרומי) ונראה כי לא הצליח לפתור אותו.<sup>87</sup> אולם, אין ספק כי יהרינג העמיק חשוב ונגע בבעית היסוד של תורת המשפט, והיא הכרת המשפט עצמו. הוא שאף להכרת היסודות העל-פוסיטיביים של המשפט.<sup>88</sup> אצל גולאק הנחותיו של יהרינג מקבלות משמעות שונה לגמרי, ואפשר לומר פשטנית יותר. לא את מהות המשפט בכללותו ברצונו לתאר, אלא את המשפט היהודי. גולאק נתקל כמובן בבעיית היחס בין פרטי הדינים של ההלכה לבין המוסד המופשט והמקיף. והוא אומר: "מפני שמגמתי בספרי זה היא לתת השקפה בהירה על סדר דיני הממונות שלנו בכלליותם והיקפם, לכן השתמשתי מכל ההלכות הרבות רק באלה, המגלות לנו את תוכן מושגי המשפט, גדריו ומוסדותיו והמסייעות לנו להבין את המשפט כסיסתמה אחת שלמה והרמונית שכל פרטי ההלכות בה הם כענפים המסתעפים מאילן אחד".<sup>89</sup> ואמנם העיון בספרו של גולאק מגלה כי הוא תמציתי מאוד. פרטי דינים רבים אינם מוזכרים וחסרה כל הקסואיטיקה המאפיינת את ההלכה היהודית. שאלה גדולה היא איפוא אם פרטי הדינים משתלבים כה יפה במוסד הכללי, כפי שחפץ גולאק להשיג. דומה כי התשובה לשאלה זו היא שלילית. מטרתו של גולאק להציג את עיקרי הדינים גקנית במחיר של השמטת הפרטים. חילוקי הדעות הרבים הקיימים בהלכה מפריעים בדרך הטבע לתיאור שיטתי וגולאק נאלץ או להתעלם מהם או לדחוקם להערות השוליים. מקורותיו ההלכתיים בספר הם מצומצמים מאוד: הוא השתמש בעיקר בשני אוספי הדינים הבסיסיים: משנה התורה של הרמב"ם ושולחן הערוך על נושאי כליהם; ספרות הפוסקים מוזכרת באופן מצומצם ביותר.<sup>90</sup> ולרוב מכוח הפנייה מפורשת בשני המקורות העיקריים.

גולאק עצמו הרגיש במוסדות אחדים בקושי הגדול של יצירת מוסד שיטתי על יסוד החומר הקיים והוא נאלץ לנקוט שיטה אחרת. ניטול לדוגמה את טיפולו במוסד האסמכתא.<sup>91</sup>; כאן הוא מעיד כי בגלל הריבוי של חילוקי הדעות קשה לעמוד על מהות המוסד. הוא בוחר משום כך בדרך של תיאור שתי שיטות — זו של הרמב"ם וזו של הר"י — בפרט את דיני האסמכתא על-פי כל אחת מהן בנפרד.<sup>92</sup> דרך הצגה זו היא לפי מיטב המסורת הרבנית.<sup>93</sup> האמת היא כי מוסד האסמכתא אינו יוצא דופן; חילוקי דעות במספר לא קטן בהרבה נסובים סביב מוסדות רבים אחרים.

Cf. Wilhelm, "Das Recht im roemischen Recht", *Jherings Erbe*, supra n. 5, 87 p. 228 et seq.; Losano, "Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre",

*Jherings Erbe*, p. 142 et seq.; Hommes, supra n. 69

88 ראה במיוחד לוזאנו, שם, בעמ' 154.

89 שם, בעמ' 4.

90 השווה גם מ' אלון, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 136.

91 יפודי המשפט העברי, בעמ' 67 ואילך.

92 גולאק העדיף את שיטת הרמב"ם: "שהיא מחקבלת על הלב יותר מפני פשטותה ושלמותה ההגיונית" (שם, שם).

93 השווה את הדיון באסמכתא אצל הרב הרצוג בספרו, *The Main Institutions of Jewish Law*, 2nd ed., 1965, London, II, pp. 71 et seq.

לשם הדגמת דרכו של גולאק בחרנו, באופן מקרי לגמרי, את הדין הידוע בהלכה: "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". דין זה מופיע אצל גולאק בשער תורת הקנין, בפרק על תכונות נשוא הקנין<sup>94</sup>. גולאק מקדיש לדין זה חמש שורות; הוא מציין כי הקנין אינו חופס ומוכיר את האפשרות של מכירת אילן לפירותיו.

כבר העיון החטוף במקור המוזכר על ידו (חושן משפט, סימן ר"ט, ס"ק ג' ואילך) יגלה לנו כי הוא השמיט פרטים מהותיים ביותר, כגון: תפיסת הדבר על-ידי הקונה לאחר שבא לעולם (התפיסה מועילה); דין כתיבת שטר ומסירתו (נחשבת כתפיסה); דין פירות אילן שחנטו הרי הם כדבר הבא לעולם, בהבדל מפרה מעוברת; דין מכירת פירות שובך או פירות כוורת (המכר תיפס)<sup>95</sup>. בדיקת מקורות נוספים תעלה מספר רב של דינים ותילוקי דעות שהם בעלי משמעות להבנת העקרון, כגון הדעה שכל עוד לא חזר בו המוכר המקח קיים<sup>96</sup>; וכן הדעה כי אם קיים מנהג לקנות דבר שלא בא לעולם הקנין מועיל<sup>97</sup>, וכן הדין של מכר דבר למחירו.

יתרה מזו, גולאק אינו מבאר את הדעות השונות בדבר הבסיס הרעיוני של העקרון כי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. לפי דעה חשובה היסוד לעקרון מצוי ברעיון של סמיכת הדעת<sup>98</sup>, רעיון המתקשר ליסוד הנפשי בעיסקה משפטית<sup>99</sup>.

הדוגמה הנוכרת נראית לנו כמיצגת את כל הבעייתיות של דרך תיאור "עיקרים" מתוך ויתור על פרטים. אין פלא כי דרכו של גולאק הביאה עליו ביקורת חריפה מצד רבנים, במיוחד כלפי טענתו כי שיטתו היא מדעית, לעומת הדרך המסורתית<sup>100</sup>. ביקורתנו אינה באה לגרוע מערך מפעלו המחקרי של גולאק, אך היא מעמידה אותו במקומו הראוי: תרומתו הגדולה של גולאק מצויה בסידור השיטתי של החומר המקל על המעיין המודרני להתמצא בו, על אף היותו בעל רקע תרבותי השונה מזה של תלמיד בית המדרש הישן. חלוקת החומר מבוצעת לפי סדר הגיוני: הגדרת מוסד, תיאור תכונותיו, דרך היווצרותו, וכיוצא בזה. כמו כן משתדל גולאק לתאר את האופי הכללי של דינים המופיעים במקורות אגב עסקות מיוחדות. לדוגמה: מושג הכשרות המשפטית של קטן מופיע בראש הספר הראשון בפרק מיוחד, על אף העובדה כי במקורות ההלכה רוב הדינים מופיעים אגב עיסקת המכר. שימת דגש על התיאור השיטתי של המוסדות לפי הסדר ההגיוני הנזכר היא תרומתו המקורית של גולאק. ספרות ההלכה אינה חסרה אמנם מגמות שיטתיות מן הסוגים הנזכרים, אך יש חידוש במפעל

בר מהות האסמכתא.

94 שם, בעמ' 90, כן, מוזכר הדין בקצרה בפרק על מכירה, ספר שני, בעמ' 153.

95 חושן משפט, סימן ר"א.

96 חוקת משפט, הלכות מכירה, תשט"ו, ירושלים, פרק ו', סעיף א', הערה ג.

97 חוקת משפט, שם, סעיף כ"א. השווה גם הרב הרצוג, ה"ש 93 לעיל, שם, בעמ' 65-68, וכן

ערוך השולחן, חושן משפט, שם.

98 חוקת משפט, שם, סעיף א', הערה א'.

99 אצל גולאק נידון יסוד הדעת בנפרד, שם, בעמ' 66-67.

100 הרב א"א קפלן, בעקבות היראה, תש"ך, ירושלים, עמ' 50. לאחר שציין לשבח את רקעו

התלמודי של גולאק מתבטא המחבר בהריפות יתרה: "ואף על פי כן, מכיוון שניגש אל

עבודת חבורו זה לאחר שנחגייר בהיכל המדע ולאחר שקבל עליו מרותו על כרחו שדבקה בו

קצת ממדת השטחיות ולא החזיק מעמד". השווה גם מ' אלון, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 135,

הערה 35.

מקיף ועקבי. בעבודתו זו געזר גולאק באופן מודע בספרות הפנדקטיסטית הגרמנית המצטיינת בגישתה השיטתית. דרך הצגת החומר במיונו ובחלוקתו מזכירה לנו בכל ספר אינסטיטוציות על המשפט הרומי<sup>101</sup>.

אולם, סידור החומר לפי חלוקה ומיון שיטתיים<sup>102</sup> העמיד את גולאק בפני בעיה חריפה, והיא השימוש בקטגוריות ובמושגים משפטיים מודרניים הלקוחים מן השיטה הרומניסטית. גולאק היה ער מאוד לבעיה זו. הוא פותח את דיונו בשאלה זו<sup>103</sup> בהבאה מתוך ספרו של יהרינג כי "סיסתמה של תורת המשפטים אינה סדר שמכניסים אותו אל הדבר הנלמד אלא היוצא מתוכו, והוא הדין בכל מקצוע אחר"<sup>104</sup>. גולאק דורש כי על החוקר "להשתחרר במקצת מאופן המחשבה היורדי המקובל, ולפרוץ את כותל הגדרים ההגיוניים, שנקבעים במוח של יוריסטן בימינו על-ידי העיון בתורת המשפטים הרומית, למען יוכל לחדור לתוך עמקי תכונותיו של נושא מחקרו, להציב לו את גדריו ומושגיו המיוחדים ולרכוש את אופן-המחשבה המיוחד לו"<sup>105</sup>.

גולאק נגע כאן בנקודה יסודית ביותר שהעסיקה הן חוקרים של המשפט הקנוני<sup>106</sup>, והן חוקרים של המשפט הרומי. בכל התחומים האלה בעיית השימוש בכלים חיצוניים היא קשה, כפי שהזכרנו כבר בפרק הקודם. גולאק עמד כאן בפני דילמה. מצד אחד הושפע מדעתם של חכמי הפנדקטיסטיקה כי עלה בידם ליצור מושגי משפט בעלי תחולה אוניברסליים<sup>107</sup>, ומן הצד האחר הרגיש כי מושגים אלה אינם תואמים התאמה מלאה את המשפט היהודי. מכאן דבריו הבאים הנוגעים לחלוקה הרומניסטית בין דיני חיובים ודיני הקנין: "הרבה מה שעל-פי תורת המשפטים הרומאית הוא חשוב ומקובל כחיוב אישי, בדינינו יש לו ערך הקנין בחפץ, כמו שאילה, שכירות וכדומה. אולם צריך להכיר, כי ההבדל בין הקנין בחפץ ובין החיוב שבין אדם לחברו הוא כל כך הכרחי בתורת

101 גולאק עצמו מסתמך לעתים על ספרו של H. Dernburg, *Pandekten*, 5. Aufl. 1896, Berlin, אולם, סידור החומר מזכיר במידה רבה את ספר האינסטיטוציות המפורסם של Sohm.

102 על בעיית החלוקה והמיון במשפט באופן כללי, ראה: Jolowicz (ed.), *The Division and Classification of the Law*, 1970, London; K. Engisch, "Begriffseinteilung und Klassifikation in der Jurisprudenz", *Festschrift Karl Larenz*, 1973, Muenchen, pp. 125 et seq.

103 גולאק, שם, בעמ' 13.

104 יהרינג, ה"ש 5 לעיל, בעמ' 36-37; והשווה גם, שם, וו, 2, בעמ' 312. אולם לפי ההקשר נראה כי כוונת דבריו של יהרינג היתה שונה לגמרי. הוא לא התכוון לסידור חיצוני של החומר אלא לשיטה הפנימית, כלומר, למהותו של המשפט בכללותו. על משמעות דבריו של יהרינג ראה במיוחד לונגו, ה"ש 87 לעיל, בעמ' 146 ואילך; וכן הומס, ה"ש 69 לעיל, בעמ' 108 ואילך; ובאופן כללי וילהלם, ה"ש 87 לעיל.

105 שם, בעמ' 13-14.

106 Cf. D'Avack, *Corso di diritto canonico*, I, 1956, Milano, pp. 39 et seq.

107 Cf. Sohm, Mitteis, Wenger, *Institutionen*, 17. Aufl. 1923, 1947, Berlin, pp. 8-9: "Die Arbeit, welche eine Reihe von Geistern ersten Ranges... dem roemischen Recht gewidmet hatte, galt... an erster Stelle der Entwicklung der juristischen Begriffe, mit deren Hilfe wir nicht bloss das roemische Recht, sondern ebenso jedes andere Recht zu meistern imstande sind"

המשפטים ומונח בטבע המחשבה היוונית, עד שאי אפשר להשתמש ממנו בחקירה מדעית בדיני הממונות"<sup>108</sup>.

כיום חלפה במידה רבה האמונה ב"מדעיותם" ובאופי האוניברסלי של מושגי משפט ושל מוסדות משפט שפותחו מתוך המשפט הרומי<sup>109</sup>. אין ספק כי גולאק צדק בהיסוסיו העקרוניים לכפות על מערכת המשפט היהודי מושגים זרים בחששו כי המשפט היהודי ירוסק אברים אברים ונשמתו תינטל ממנו. אך דומה כי לא הצליח להגדיר לעצמו את מידת ההשתחררות הדרושה מן הדוגמטיקה הרומניסטית.

השימוש בכלים רומניסטיים בתיאור המשפט היהודי מביא אותנו לבעיה עקרונית נוספת העולה ממפעלו של גולאק: השוואת הדין היהודי לדינים אחרים. לשיטה ההשוואתית יש חשיבות מכרעת שעה שעוסקים בחקר ההיסטוריה של משפט חוק נסיון לברר את השפעתם של מקורות חוץ על הדין הנחקר. העיון יתרכז איפוא בשיטות אחרות, אשר בינן לבין המשפט הנחקר היתה קרבה של זמן ושל מקום, ואשר עשויות היו להשפיע על התהוות המערכת בדרך החיוב או בדרך השלילה.

שונה המצב שעה שהמדובר במחקר דוגמתי, שהוא כאמור בעל אופי סינכרוני. כאן ההשוואה עם דין זר אינה ממהותו של המחקר. ההשוואה עשויה להיות מועילה, אולי, מבחינה דיסקטית, אך יש לנהוג לגביה במיזב הזהירות. גולאק בספרו מרבה לערוך השוואות עם המשפט הרומי-הפנדקטיסטי<sup>109</sup>, מתוך הנחה כי הן תועלבה לקורא בעל השכלה משפטית רומניסטית. על מידת היחסיות שבהשוואות אלה אפשר לעמוד אם נעמידן מול אלה המופיעות בספרו של הרב הרצוג<sup>110</sup> והמבוססות בעיקרן על המשפט המקובל האנגלי. לדעתנו, גם התועלת הדיסקטית היא יחסית מאוד בגלל הסכנות הידועות הטמונות בהשוואות מושגים דוגמתיים ודייכיים לשיטות שונות<sup>111</sup>.

בסיכום: מפעלו הדוגמתי של גולאק חשיבותו העיקרית בסידור השיטתי של החומר הגורמטיבי. יש כאן הכנסת סדר בדרך תיאור המערכת, דבר המועיל בעיקר למשפטן שאינו מצוי בבכי הדין היהודי והרוצה לקבל תמונה כללית ראשונית על מוסדות המשפט היהודי. לעומת זאת, הגחותיו המתודולוגיות של גולאק בדבר מהות המחקר ומטרותיו אינן עומדות בפני הביקורת. דומה, כי הוא עצמו הכיר בכך ופנה לאחר מכן למחקר היסטורי של משפט התלמוד. אין מנוס מן המסקנה כי דרך הפנדקטיסטיקה לא זו בלבד שבאה לסופה אף במקום מכורחה, אלא היא מעולם לא התאימה להלכה היהודית שדרכה היא קסואיסטית.

### ג. שיטתו של מנחם אלון

אלון מגדיר את שיטת מחקרו דוגמתי-היסטורית. צירוף מלים זה, אשר מקורו כנראה אף הוא בספרי הפנדקטיסטיקה הגרמנית, הופיע לראשונה בעברית בכותרת ספרו של א"ח פריימן<sup>112</sup>. אולם אלון ניתן לביטוי משמעות מיוחדת מאוד. הוא

108 שם, בעמ' 19; השווה גם את ספרו החיוב ושעבודו, ה"ש 79 לעיל.

109 השווה טדסקי, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 48-49.

109 בעיקר עליפי ספרו של דרנבורג, ה"ש 101 לעיל.

110 ה"ש 93 לעיל. השווה: טדסקי, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 43.

Zweigert, "Méthodologie du droit comparé", *Mélanges Maury*, 1960, Paris, I, 579 111

112 סדר קידושין הירושאי, תש"ה, ירושלים.

מסביר: "דוגמאטית — בירור ממצה של כל דין והלכה מבחינה משפטית-הלכתית, והיסטורית — מיקום היסטורי נכון של כל דין, ככל האפשר, בתקופה בו הוא גשנה או נקבע. דרך משולבת זו יש בה כדי להעמידנו על מהותו ותוכנו של העקרון המשפטי, על שלבי התפתחותו ועל גורמים חברתיים וכלכליים שונים שביסוד שלבים אלה"<sup>113</sup>. לפני שנבחן את המתודה שלו בפעולתה, עלינו לעמוד על שתי הנחות חשובות המנחות את אלון במחקריו. ההנחה האחת נוגעת למהות המחקר ההיסטורי והאחרת למטרה המעשית של המחקר המדעי של המשפט העברי. ההנחה הראשונה היא כי בכוחו של העיון ההיסטורי למצוא את עקרונות המשפט הבסיסיים והיסודיים שלא נשתנו. ההנחה השנייה היא כי מטרת המחקר היא להכין ולהכשיר את המשפט העברי לתהליך קליטתו במשפט של כדינת ישראל. אין להסתפק "במחקר טהור"<sup>114</sup>. בין שתי ההנחות קיים קשר אורגני: העקרון היסודי והאמיתי העולה מן העיון ההיסטורי הוא העקרון אותו אפשר וצריך לקלוט במשפט המדינה.

לדעתו של אלון גילוי טיב העקרונות של המשפט ומהותם מותנה בחקירה היסטורית כל-תקופתית. הוא אומר: "כדי לעמוד על העקרון היסודי של כל נושא מנושאי המשפט העברי, שומה על החוקר לעמוד על היקפו הכלל-היסטורי, לגלות את המכנה המשותף, את הברית התיכון, שבשלבם ההיסטוריים השונים שבאותו נושא משפטי, כדי למצוא ולקבוע את העקרון הבסיסי שביסוד כל התקופות כולן"<sup>115</sup>. ובמקום אחר: "עיון בשלבי ההתפתחות השונים של המוסדות במשפט העברי יעמידנו על כך, כי יחד עם השינויים והתמורות השונים שעברו על המוסד המשפטי המסוים נשמר — לאורך כל תקופותיו — הרעיון המרכזי שביסודו של אותו מוסד משפטי, ורעיון מרכזי זה הוא המכנה המשותף של כל השלבים השינויים השונים שעברו על אותו מוסד משפטי, במשך תקופותיו ההיסטוריות השונות"<sup>116</sup>.

את השילוב בין שתי הנחותיו מבטא אלון שעה שהוא בוחן את היחס בין גישתו המחקרית ("המדעית") לבין המתודה המסורתית: "אמנם יתכן שהרב הפוסק יצא ידי חובתו במציאת דבריהם של גדולי האחרונים; אך המשפטן-החוקר המבקש להציג את טיבו ומהותו של עיקרון משפטי מסוים, במיוחד כשהוא מבקש להסיק מסקנות לעניין קליטת עיקרון זה בחיי המעשה, שומה עליו לדעת: (א) מה היו השלבים השונים בעיקרון זה בכל החקופות של המשפט העברי; (ב) מה היו הגורמים הכלכליים והחברתיים שהביאו להתהוותם של שלבים שונים אלה; (ג) כיצד אימץ לו המשפט העברי את השינויים שבשלבם השונים כחלק מהותי של מערכת דיניו, ומה הן הדרכים המשפטיות, שנקט המשפט העברי כדי לתאם בין ההלכה הקיימת ובין ההלכה המתחדשת"<sup>117</sup> (ההדגשה שלנו).

שתי ההנחות של אלון אינן עולות בקנה אחד עם מחקר אובייקטיבי והן ביטוי לגישה ערכית. ההנחה המוקדמת כי באמצעות מחקר היסטורי אפשר לגלות בתוך תחומי

113 אלון, חירות הפרט בדרכי נביית חוב במשפט העברי, תשכ"ד, ירושלים, בעמ' י"א.

114 אלון, המשפט העברי, תולדותיו מקורותיו עקרונותיו, חלק ראשון, תשל"ג, ירושלים, בעמ' 136-140.

115 חרות הפרט, בעמ' י"ג.

116 המשפט העברי, בעמ' 38, הערה 117.

117 שם, בעמ' 139.

המשפט היהודי עקרונות פוסיטיביים בסיסיים שלא נשתנו, הנחה זו אינה עומדת בפני הביקורת. כלומר, אין יסוד אובייקטיבי לאמונה כי על-ידי העיון ההיסטורי ניתן לגלות את הפתרון המהותי "הנכון" ו"האמיתי" של המשפט היהודי, פתרון שאפשר לקלוט במשפט המדינה. דברי אלון עצמו, אם נצרפם יחד, אינם בהירים די צרכם. מצד אחד מדבר הוא על המכנה המשותף ועל העקרון הבסיסי של מוסד משפטי מסויים, ומן הצד האחר הוא מבקש לעמוד על השלבים השונים ועל השינויים של עיקרון זה. קשה לראות כיצד אפשר לפתור באופן אובייקטיבי את הניגוד הזה בין היחסי לבין המוחלט.

אולם הסתירה בדרך מחשבתו מתגלית ביתר שאת בהבחנה שהוא קובע בין חוקר המשפט העברי (הנוקט שיטה היסטורית – דוגמתית) לבין פוסק ההלכה (הנוקט שיטה מסורתית). הבחנה זו גורמת לניתוק בין ההלכה לבין המשפט העברי, ניתוק שאין למצוא לו הסבר מדעי. אם המשפט היהודי הוא המושא למחקר, הרי יש לקבלו בשלמותו. לא יתכן כלל כי החוקר מגיע לפתרון מהותי השונה מזה של הפוסק. פסיקתו של הפוסק הרי היא הנתון ההיסטורי העומד לעינו של החוקר. הביקורת על מהות הפתרון של פוסק זה או אחר היא בבחינת שיפוט ערכי. מבחינה אובייקטיבית אין להבחין בתוך המערכת בין חלקים נכונים יותר ואמיתיים יותר לבין חלקים פחות נכונים ופחות אמיתיים. שיפוט זה של הפתרונות המהותיים מסור ללב המעיין ואין בו מידת האובייקטיביות הדרושה למחקר היסטורי.<sup>118</sup>

הגישה של אלון היא אידיאולוגית והיא מזכירה לנו את השקפת הזרם הקונסרבטיבי ביהדות. ביסוד זרם דתי זה מונחת האמונה כי בכוחו של העיון ההיסטורי לגלות את יסודות היהדות האמיתיים. אין פלא שזרם זה נקרא תחילה "האסכולה ההיסטורית", כי שם זה מבטא באופן קולע את השקפת ההיסטוריוזם עליה הוא מבוסס.<sup>119</sup> ואמנם, יש כאן קרבה רבה בין גישתו של אלון לבין זו של בועז כהן, הנמנה אישית, על הזרם הקונסרבטיבי. בועז כהן מרחיב את הדיבור על הצורך בשינויים שיש להכניס לתוך המשפט היהודי על יסוד הבנת ההתפתחות ההיסטורית.<sup>120</sup> אלון, לעומת זאת, רואה את עצמו מחוייב – כנראה מתוך מניעים אידיאולוגיים שלו – להפריד בין פסיקת ההלכה, המסורה לרבנים, לבין קביעת תוכן המשפט העברי המסור לחוקר. נמצא, כי מה שבועז כהן היה רוצה לראות בהלכה עצמה, מעדיף אלון להגשים במשפט העברי. אך הוא ההבדל ביניהם אשר יהא, גישת שניהם היא ערכית. גישה ערכית היא ללא ספק לגיטימית, אך אין היא יכולה לטעון ל"מדעיות". הטענה כי היהדות הקונ-

118 השווה: אנגלרד, ה"ש 6 לעיל, הערה 26.

119 השווה אוריאל טל, "עולמה הרוחני של היהדות הקונסרבטיבית", תפוצות ישראל, חוברת ד' (תשל"ה), עמ' 7, 9: "בהשפעת האסכולה ההיסטורית בתורת המשפט, שרווחה במאה הי"ט, קבעו פרנקל ובעקבותיו סלובין שכטר, כי החיוניות של דת ושל חרבות, ובכלל אלה גם היהדות, מותנית בהפריה הדדית בין שני גורמים אלה, בין הגורם החיובי, המתמיד ולכן גם המשמר, ובין הגורם ההיסטורי, המתפתח ולכן גם המשתנה".

B. Cohen, "Towards a Philosophy of Jewish Law", *Law and Tradition in Judaism*, 1959, New York, pp. 26 et seq.; Id., "On Rendering Legal Decisions", *op. cit.*, pp. 119-126.

סרבטיבית מדעית יותר מאשר היהדות האורתודוקסית<sup>121</sup>, משוללת יסוד באותה מידה, כמו הטענה כי הפתרון המוצע על-ידי חוקר המשפט העברי מדעי יותר מזה של הרב הפוסק הלכה<sup>122</sup>.

הנחתו השנייה של אלון כי מטרת המחקר היא להכין את המשפט העברי לקליטה על-ידי המדינה מבטאה, כמובן, אף היא גישה ערכית. לא כאן המקום לדון בטיב האידיאולוגיה השואפת להחדיר יסודות של המורשת היהודית לתוך המסגרת המדינית. להשקפה זו צדדים רבים הקשורים לאחת מבעיות היסוד של הקיום היהודי בזמננו, והיא: האם קיימים תכנים יהודיים במנותק מן הדת היהודית? בתחום המשפט השאלה המיוחדת והנוספת נוגעת למשמעות הניתוק של פתרון הנקלט במשפט המדינה מן המסגרת הנורמטיבית הדתית המקורית. אלון סבור כי רצוי ללכת בדרך זו מטעמים דתיים ולאומיים ואנו השגנו עליו מה שהשגנו<sup>123</sup>.

גם אם לא נבחן כאן את עצם נכונות האידיאולוגיה המונחת ביסוד הנחותיו של אלון, הרי מן הדין לעמוד על הסכנות הטמונות בה בעריכת מחקר משפטי. המטרה המעשית של "הכנת המשפט העברי לקליטה במדינה" – ותהא משמעותה של הכנה זו אשר תהא – עלולה להסיח את דעת חוקר ההיסטוריה מן העיון האובייקטיבי. הפיתוי למצוא פתרונות "נכונים" ו"ראויים לקליטה" בחומר הנורמטיבי ההיסטורי הוא גדול. קיימת סכנה של טיפול סלקטיבי במקורות תוך הפעלת שיקולים ערכיים לגבי התמורות שחלו במשפט. מציאת פתרון מתאים על יסוד החומר הנורמטיבי הקיים הוא ללא ספק משימתה הפרקטית הגדולה של הדוגמטיקה, שיש בה משום יצירה אמיתית. אך במגמתה זו היא סוטה מן המחקר ההיסטורי האובייקטיבי<sup>124</sup>.

סכנה אחרת הטמונה בצירוף של שיטה דוגמטית ושיטה היסטורית (כפי ששם המתודה של אלון מחייב) נוגעת לדרך ההצגה של הנושא. הבעיה היא כיצד לתאם בין האופי הסינכרוני של הדוגמטיקה לבין האופי הדיאכרוני של מחקר היסטורי כלל-תקופתי. דומה כי אין אפשרות לצרף את שניהם בעת ובעונה אחת, מבלי לגרום לחוסר בהירות ולחוסר שיטתיות בהצגת הצד הדוגמטי והצד ההיסטורי<sup>125</sup>.

לאחר ביקורתנו הכללית את הנחותיו של אלון, ברצוננו לבחון את שיטתו בהחלטה המעשית. אלון מדגים את המתודה שלו בספרו על חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי<sup>126</sup>. במחקר זה דן אלון בכמה מדרכי גביית החוב מתקופת המקרא

121 מהלך מחשבה זה עולה בבירור מהקשר דבריו של ב' כהן, שם, בעמ' 26-27.

122 טענה מעין זו עולה מדבריו של אלון, ה"ש 114 לעיל.

123 אנגלרד, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית", הגות והלכה, תשכ"ו, ירושלים, בעמ' קס"א, וכן המשפט העברי ומדינת ישראל, בעריכת י' בוק, תשכ"ט, בעמ' 117 ואילך. אנו עדיין מחויקים בדעה כי האופי הדתי של המשפט היהודי הוא נשמתו ובהלקח זה ממנו ניטל אף מהותו. אנו חולקים על ההנחה כי פתרון ההלכה בסכסוך בינאישי הוא בעל אופי יהודי מובהק שאין דומה לו בשיטות אחרות. האופי המיוחד מתבטא לא ברציפות של עקרון מהותי, אלא ברציפות של המסורה, דהיינו, של המקורות ושל קבלת סמכותם המחייבת על מטענם המטפיסי.

124 על תופעה זו באסכולה ההיסטורית הגרמנית, ר' ה"ש 42 לעיל.

125 השווה את הצעתו של ד'אבק, ה"ש 106 לעיל, בעמ' 78, להפריד בין החלק ההיסטורי לבין החלק הדוגמטי.

126 ה"ש 113 לעיל. יצויין כי כמה מתלמידיו הלכו בעקבותיו.

ועד לתקופה החדשה. נוכח אורך התקופה – כשלושת אלפים שנה – וריבוי המקומות הגיאוגרפיים, נאלץ המחבר להסתפק בהומר כצומצם מאוד בתקופות אחדות. כך למשל נסקרת תקופת המקרא עד לתלמוד בעמודים ספורים<sup>127</sup>, כשבמרכז ההתעניינות המקורות הסמכותיים, דהיינו התנ"ך. אלון מעמיד את דין התורה כנגד הנוהג במציאות כפי שהוא מתגלה בסיפורי המקרא<sup>128</sup>. הוא רואה בתוכחה הנביאים נגד מציאות זו ביטוי לעקרונות המשפט העברי<sup>129</sup>.

מרכז הכובד של המחקר מצוי בתקופה הרבנית. שיטת אלון היא להציג לגבי מוסד מסויים את המקורות הרבניים כשהם מסודרים לפי המאה ולפי המקום<sup>130</sup>. שיטה זו גורעת הן מהצגת הצד הדוגמתי והן מהצגת הצד ההיסטורי. המוסד המשפטי אינו מתואר באופן שיטתי על כל פרטי דיניו, אלא הוא מוצג לפי המקריות של תוכן המקור הספרותי. התוצאה היא כי הדיון הדוגמתי במקום להיות רצוף ומקיף, הופך להיות מפוצל וקסואליטי ביותר. גם הצד ההיסטורי אינו נפותח. סידור החומר הוא כרונולוגי לפי זמן הופעת המקור, ללא בדיקה של מקורות הייצוגיים<sup>131</sup>. החלוקה המכנית לתקופות ולאוצרות גורמת לחוסר רציפות ובכך לפיצול התמונה ההיסטורית<sup>132</sup>. דומה כי הדרך היחידה להתגבר על קשיים אלה היא קיצור היריעה ההיסטורית והגיאוגרפית<sup>133</sup>.

אולם, השובה יותר נראית לנו בדיקת המשימה העיקרית שהציב לעצמו אלון במחקרו: מציאת הרעיון המרכזי העולה מן הדיון ההיסטורי והכנתו לקליטה במשפט הישראלי. לאחר עיון מדוקדק במחקרו יש בלבנו ספקות כבדים אם מסקנותיו של אלון עצמו תומכות בהנחתו המתודית בדבר הרציפות של עקרונות משפט. אלון מראה יפה את רציפותה של הבעיה, שהיא דרך הגביה היעילה של חובות ואת השוני בפתרונות שנמצאו לבעיה זו בתקופות השונות. אך דומה כי תפיסתו לגבי רעיון מהותי רצוף היא בעלת רקע ערכי. כך הוא מבהין במספר מקומות בין הלכה עברית מקורית לבין סטיות מהלכה זו, מיון שקיפה לבססו על מבחנים אובייקטיביים. לעתים נראה כי המטרה המעשית של "הכנת המשפט העברי לקליטה" גורמת להעדפת פתרון

127 הירות הפרט, בעמ' 10-1.

128 עמ' 8.

129 יש לנו ספקות לגבי נכונות הפיסה זו הנראית לנו פשטנית מאוד. גם המציאות מבוססת על דין והשאלה היא, כיצד פירשו את דין התורה. השווה י קויפמן, תולדות האמונה הישראלית, כרך ח', תש"ד, ירושלים-תל-אביב, בעמ' 321-322: "על חוקי התורה לפי פשטם אין לבסס נישול אכר מעל אדמתו בחובו וביהוד – נבישת בניו של בעל חוב לעבדות. יסוד המעשים האלה היה נוהג עתיק, . . . מין 'תורה שבעל-פה'".

130 לדוגמה, בענין מאסר על חוב: המאה השתיים-עשרה – ספרד, דרום צרפת; המאה השלוש-עשרה – צרפת, ספרד אשכנז; המאה הארבע-עשרה – ספרד, אשכנז, ספרד; המאה החמש-עשרה – ספרד, אשכנז, איטליה וכו'.

131 ראה, למשל, את תיאור התקנות בפלוגיה, עמ' 172 ואילך. נקודת המוצא היא לשון התקנה ומובא מעט חומר היסטורי הייצוגי המתייחס לאותה תקופה והקשור להתהוות התקנות.

132 ראה לדוגמה את תיאור המאה החמש-עשרה בספרד המתמצה בשני משפטים (עמ' 148): "מאה זו, שהיתה תקופה של ועזועים קשים בתולדות פוורי העם היהודי, בה שקעו מרכזים ועלו אחרים במקומם עניה, כידוע, גם בהומר הלכתי, על ענפיו השונים. במאה זו שוב אין בידינו ידיעות על מצבה של הלכה זו במרכז הספרדי, שעמד ערב שקיעתו".

133 השווה את חששותיו של גולאק בענין זה, בטכסט ליד ה"ש 71-72.

מסויים ולהצגתו כבעל אופי מקורי<sup>134</sup>. אין אלון מצליח להראות התפתחות עקבית של מוסד משפטי, אלא את שינויי הפתרונות לפי צרכי הזמן והמקום לגבי בעייה קבועה. יש והוא מודה בעצמו בכך<sup>135</sup> ויש שהנחתו הטוענת לעקביות העקרון אינה עומדת בפני הביקורת. כך, בנושא המרכזי של מאסר חוב, מציין אלון עצמו<sup>136</sup>, כי בהמשך דרכו הארוכה לא נרתע המשפט העברי מלסגל עצמו לתנאים הכלכליים והחברתיים ששררו בתקופות השונות מתוך ניגוד לאידיאל משפטי-מוסרי צרוף. אפילו הרעיון של אי-ענישת החייב על אי-תשלום החוב, שהוא לדעת אלון הרעיון המקשר בין כל התקופות, לא נשמר במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה כתוצאה מהתקנת תקנות בפולין, ליטא ואשכנז.

האמת היא כי אין בכוחו של המחקר ההיסטורי האובייקטיבי לפתור את הבעיה הער-כית של ניגודי עקרונות המתעוררים בכל מציאות היסטורית. מחקר זה עשוי להראות – וכאן תרומתו של אלון – את דרכי הפתרונות השונים שנמצאו לבעייה. באופן יותר ספציפי לגבי מאסר החוב: השאלה אם לקיים או להנהיג מאסר חוב אין לפתור באופן מחייב מתוך העיון ההיסטורי<sup>137</sup>. מסקנתו של אלון מעידה על כך; הוא אומר: "מתוך הדיון הממצה שהתקיים בכנסת בבעיית המאסר על חוב למדנו לדעת, מפי רוב המתווכחים, שעדיין לא איכשר דרא לביטול אמצעי איום המאסר על אי-תשלום חוב..."<sup>138</sup>. מכאן, כי הן ביטולו של המוסד והן המשך קיומו מתיישבים עם עקרונות המשפט העברי על תקופותיו. ההחלטה כיצד לנהוג היום ב"ש"ר אל תלויה בהערכת יעילות האמצעים נוכח המצב העובדתי. יתרה מזו; כל האמצעים הנחשבים סבירים ויעילים לגביית חוב או לגילוי נכסי החייב עשויים להתקבל על דעת המשפט היהודי, כפי שהם עשויים להתקבל על כל שיטה משפטית מודרנית. נמצא כי גם כאן אין שום ייחוד במהות הפתרונות המושגות על דרכי כפייה חברתיים. הייחוד של המשפט היהודי יימצא אפוא במסגרת הדוגמית, דהיינו בהתייחסות למקורות הסמכותיים של ההלכה בשעת ההנמקה של קבלת הפתרון. כל פתרון בסוגיה זו יהיה של המשפט היהודי אם הוא אומץ על-ידי בעל הסמכות הפורמלית בדרך הלגיטימית. החלת המשפט היהודי בזמן הזה, החלה הכוללת את התאמתו למציאות הקיימת בכל הדרכים המוכרות על ידו (חקיקה, פרשנות) היא ביסודה משימה דתית.

מן האמור עולה כי בעיית ההפרדה בין פסיקת ההלכה במובן הרחב לבין החלת "עקרונות המשפט העברי" לא נפתרה, ואף אינה ניתנת לפתרון אובייקטיבי.

### ג. שיטתו של שלום אלבק

שיטתו של אלבק מציבה בפני המעיין בה קשיים ניכרים. אם שורשי השקפותיהם של גולאק ואלון גלויים ומובנים הם, הרי קשה לעמוד על מקור שיטתו של אלבק ועל אופיה, על אף המספר הגיכר של עבודות שנתחברו על ידו<sup>139</sup>. אלבק הקדיש מאמר

134 ראה למשל את עיכוב קבורת החייב, שם, בעמ' 246, הערה 42.

135 לגבי כפיית החייב לעשיית מלאכה, שם, בעמ' 107.

136 שם, בעמ' 267.

137 השווה אסר, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 90-91.

138 שם, בעמ' 269.

139 בין עבודותיו פשר דיני הניזקין בתלמוד, תשכ"ה, חל-אביב; "משפט התורה בעולם של

מיוחד להסברת שיטתו בו הוא מציגה כהשקפה עצמאית ובצורה החלטית מאוד<sup>140</sup>. אלבק יוצא מהנחות רבות בדבר מהותן של ההיסטוריה ושל המשפט תוך הצגת הנחות אלה כאמיתות הכרחיות לגביהן אין מקום לפיקפוק כלשהו<sup>141</sup>. אין הוא מזכיר כלל את הספרות המדעית הענפה העוסקת בשאלות אלה.

אלבק מגדיר את מטרתו של העיון המדעי במשפט כגילוי היסודות המשותפים של פרטי הדינים, שהם עקרונות הצדק. עקרונות אלה הם קבועים, נצחיים ובלתי משתנים, והם מסבירים את הפרטים ונותנים להם טעם ומשמעות<sup>142</sup>. אלבק מטעים שעקרונות הצדק האלה אינם מהווים מערכת נורמטיבית אידיאלית לעומת המשפט הפוסטיביבי<sup>143</sup>; הוא שולל את התפיסה של משפט טבעי הקיים בנפרד מן המשפט הנוהג<sup>144</sup>. אין שניות במערכות וממילא אין לראות בעקרונות ההלכה מערכת נשגבה אותה שואפים להגשים במציאות. מה אם כן היחס בין עקרונות הצדק הנצחיים האלה לבין המציאות? על כך הוא אומר: "ההלכה היא עקרונות מופשטים ללא תוכן, הנכונים בכל מציאות חברתית שהיא, והצריכים את המציאות כדי לצאת מן הכוח אל הפועל. אין להם תוכן משל עצמם והם מתמלאים תוכן מן העובדות של המציאות, על-ידי כך שמודדים את הצדק שבהן על-פי העקרונות. אין העקרונות הללו אלא אמות מידה למדוד לפיהם את המציאות, ואין לאמות המידה מציאות משל עצמן"<sup>145</sup>. אלבק מדמה את עקרונות ההלכה לחוקי המתמטיקה הנכונים בכל מציאות, וכן לצבע שבו יש לצבוע כל התנהגות אנושית<sup>146</sup>. ההנחה הפילוסופית של אלבק מוצאת את ביטוייה התמציתי בפסוק: "ההלכה היא למציאות כצורה לחומר"<sup>147</sup>.

גישת אלבק מנוגדת איפוא תכלית הניגוד לזו של אלון<sup>148</sup>. העקרון ההלכתי המופשט אינו ביטוי למציאות ואין הוא קשור להיסטוריה. המציאות המשתנית נקבעת לפי חוקי ההיסטוריה; עקרונות הצדק עומדים לעד. פרטי הדינים משתנים עם המציאות המשתנית, כדי לתת ביטוי הולם לעקרון הנצחי. לחוקר אין עניין בפרטי הדינים המשתנים, אלא בעקרון המופשט "החכם מרווה צמאנו במעיין החכמה ולא בכלים

מחר", דעות, תשל"א, עמ' 301; "מיעוט ויחידים במשפט התלמודי – דיני הקטן כמלמדים עיקרי יסוד של דיני 'ממונות'", שנתון המשפט העברי, תשל"ד, ירושלים, עמ' 21; "מקומה של גמירת הדעת בקניין", תרביץ (תשל"א), עמ' 158; "התנאים בדיני התלמוד", משפטים, ד (תשל"ג), עמ' 77; "עקרונות הטעות בדיני ממונות של המשפט העברי", משפטים, ה (תשל"ד), עמ' 61.

140 "משפט והיסטוריה במחקר ההלכה", עיני משפט, ג (תשל"ד), עמ' 710.  
141 ראה, למשל, הדיון ביחס בין מדע ההיסטוריה ומשפט, "משפט והיסטוריה", שם, בעמ' 711, 713.

142 שם, בעמ' 711.

143 שם, בעמ' 714, אלבק מדגיש שהוא דן בדיני ממונות.

144 שם, בעמ' 721.

145 שם, בעמ' 714.

146 שם, בעמ' 721.

147 שם.

148 יצוין כי אלבק אינו גורס בדרך כלל את המונח משפט עברי ונוהג להשתמש בביטוי משפט תלמודי. כמו כן, אין הוא דוגל ברעיון קליטת המשפט היהודי במשפט המדינה. השווה "משפט התורה בעולם של מחר", ה"י 139 לעיל.

קטנים, אשר לא יכילו המים". מכאן היחס בין המשפט והיסטוריה: ההיסטוריה צריכה למשפט ואין המשפט צריך להיסטוריה.<sup>149</sup>

גישתו העקרונית של אלבק מעוררת קושיות רבות. לו המדובר היה בנסיון לגיבוש שיטה פילוסופית על היחס הכללי בין עקרונות הצדק, משפט ומציאות — גיחה. לכל היותר היינו יכולים להצטער על כך כי המחבר אינו נוקק לפרי מחשבתם של אחרים, אך מגדולי העולם. אפשר והיה מוצא אצלם כלים מעודנים יותר לביטוי מחשבותיו. אך המדובר אינו בפילוסופיה (כעדות המחבר עצמו<sup>150</sup>), אלא במחקר של שיטת משפט מסוימת, הלא היא ההלכה היהודית. ההלכה עצמה היא מציאות ומניין לנו כי המציאות הנורמטיבית הזאת, על כל שינוייה, היא ביטוי הכרחי לעקרונות צדק נצחיים? קביעה כזאת אינה יכולה להיות נכונה מראש לגבי ההלכה היהודית, מבלי שתשמע כהנחה לכל שיטה משפטית. מאידך, אם ההנחה היא נכונה לגבי כל שיטה, לפנינו מושג פורמלי ביותר של צדק, אותו אין טעם לגלות דווקא על יסוד שיטה נתונה אחת. על משמעותה האמיתית של גישת אלבק אפשר לעמוד מתוך עיון במחקריו. דרך עבודתו היא דוגמתית טהורה. כנקודת מוצא שלו משמשים מקורות התלמוד מתוכם הוא מנסה להוכיח את קיום העקרונות המופשטים<sup>151</sup>. הנחתו המתודית היא כי אפשר להשתלט על המקורות בדרך של הפשטה מושגית. בכך יש דמיון מסוים לגישתו של גולאק בשעת חיבורו על יסודי המשפט העברי<sup>152</sup>. האמת היא כי אלבק, על אף כוונתו המוצהרת, אינו מוצא נצחיות בעקרונות של צדק, אלא במושגים ובעקרונות משפט.

גיטול לדוגמה את עקרון היסוד שהוא מוצא בדיני הקנין בהלכה: "השימוש בנכסים, הוא היסוד העיקרי במושג 'רשות' (פוססיה, 'חזקה' בלשון של ימינו) שהוא המושג שכל דיני הקנין מיוסדים עליו... על מושג זה מיוסדת הבעלות. שכן הבעלות אינה אלא רשות, שיש בה נצחיות וקביעות. כלומר, שהנכס הוא ברשות הבעלים לעולם, בלי הגבלה בזמן, ואינו יוצא מרשותו אלא לזמן מוגבל ובדרך עראי בלבד. וכיוצא בזה אף זכויות קנייניות אחרות, שאינן בעלות, מיוסדות על רשות, כגון: שאילה, שכירות או אריסות הן רשות עראית, המוגבלת בזמן".

מניין לו למחבר הגדרות אלה של בעלות, של זכות קניינית אחרת? החלוקה מזכירה לנו את ההבחנות השיטתיות הרומניסטיות שאינן הכרחיות. והראיה: ההלכה היהודית מכירה דווקא בקנין בעלות המוגבל בזמן<sup>153</sup>, ואין היא השיטה היחידה בענין זה.

אך, עיקר משימתו של אלבק היא להראות את היחסיות של זכות השימוש בנכס מבחינת תוכנה הקונקרטי. בעל הזכות רשאי להשתמש בנכס שלו שימוש הנחשב רגיל בזמן ובמקום הנתונים, כלומר, "כמנהג בני-אדם, ההולך ומתחלף". עקרון הצדק הנצחי הוא מבתן השימוש הרגיל; המציאות ממלאה אותו תוכן משתנה.

149 שם, בעמ' 715-716.

150 שם, בעמ' 724.

151 דרכו מזכירה לנו את הלימוד העיוני המסורתי, במיוחד את השיטה "הבריסקאית".

152 ראה לעיל הטכסט ליד ה"ש 68 ואילך.

153 ראה רמב"ם, הלכות מכירה, פרק כ"ג, הלכה ה'.

בדרך דומה הולך אלבק בדיני הניזקין: העקרון היסודי בהלכה היהודית הוא כי אדם אחראי בניזקין במקרה של פשיעה (רישלנות) בלבד. העדר פשיעה הוא אונס הפוטר את המזיק. "פשיעה היא התנהגות שהיה לו לאדם להעלות על הדעת שתביא נזק. ואימתי חייב אדם להעלות על דעתו שמעשיו והתנהגותו יזיקו? כשהנזק שכיח עד כדי כך, שרוב בני-אדם במקומו היו מעלים על דעתם נזק"<sup>154</sup>. בספרו פשר דיני הניזקין בתלמוד<sup>155</sup> מנסה אלבק להראות כי כל פרטי הדינים וכל המחלוקות בתלמוד בכל הזמנים אינם אלא ביטוי להערכות שונות של המציאות נוכח עקרון נצחי זה. "מה שפשיעה בדור אחד הוא אונס בדור אחר; אבל לעולם העקרון אחד: על פשיעה חייב על אונס פטור".

העקרון המרכזי שאלבק מצא בתחום דיני הקניין ודיני החוזים הוא גמירת הדעת שהיא, כהגדרתו, אינה אלא התלטה של הגומר בדעתו, שלא להזור בו ממה שהחליט. אולם, גמירת הדעת הזאת אינה תלויה בדעתם הסובייקטיבית של הצדדים, אלא בגמירת הדעת האובייקטיבית הנוהגת אצל רוב בני אדם<sup>156</sup>. ושוב כל פרטי הדינים, אינם אלא תרגום למציאות של עקרון זה.

גישת אלבק היא מלאת פירכות. ראשית, ההנחה כי כל פרטי הדינים בכל הזמנים הם ביטוי של עקרון נצחי אינה יכולה להיות נכונה, אם העקרון הוא בעל תוכן מהותי, בהבדל מפורמלי. הנסיון האנושי הפשוט מלמד כי עקרונות משפטיים מהותיים משתנים על-ידי מעשים רצוניים של מחוקק שבאופן מודע רוצה לשנותו. הגחתו של אלבק כי כל שינויי הדינים הם ביטוי לשינוי מקביל של המציאות החברתית, כשכל מטרת השינויים היא לקיים את העקרון המהותי הנצחי במציאות השונה—הנחה זו היא משוללת יסוד. היא כופה את המציאות ההיסטורית לתוך מיטת סדום מושגית ועלולה להביא לידי מסקנות היסטוריות מוטעות. ההיסטוריה עומדת ברשות עצמה ואין היא צריכה במובן זה למשפט. אפשר, כמובן, ליצור עקרונות כה מופשטים עד כדי איבוד כל תוכן מהותי. עקרונות פורמליים כאלה עשויים לחול על כל מציאות, אך במחיר אבדן כל משמעות. כך יהא, אולי, אפשר לומר כי כל הדינים בכל הזמנים הם ביטוי לעקרון הנצחי שיש להכריע בסיכסוך לפי מה שנראה צודק בנסיבות הענין. ואמנם, כל הדינים לא יהיו אלא החלה של עקרון נצחי זה על המציאות, אך לא רק בהלכה היהודית, אלא בכל משפט אחר. אלבק לא יסב לב לכך כי כל התקדמות בדרך ההפשטה המושגית מביאה לידי אבדן מהות<sup>157</sup>.

שנית, טעותו העיקרית של אלבק היא כי הוא סבור שהדינים הם ביטוי לעקרונות אחידים. ולא הוא! פרטי הדינים הם לעתים קרובות תוצאה של פשרה בין עקרונות מנוגדים, עקרונות צודקים כשלעצמם, אך בלתי מתיישבים במציאות נידונה. כל הדוגמאות של אלבק מוכיחות ענין זה.

ניקח תחילה את עקרון הפשיעה. עקרון זה עצמו אינו חד-משמעי. אפשר להגדירו או לפי מבחן קונקרטי (סובייקטיבי) או לפי מבחן חיצוני מופשט. שני

154 שם, בעמ' 714-715.

155 ה"ש 139 לעיל.

156 "משפט היסטוריה", ה"ש 140 לעיל, שם, בעמ' 717.

157 השווה באופן כללי לארנץ, ה"ש 49 לעיל, בעמ' 412 ואילך, במיוחד 419 ואילך.

המבחינים מבוססים על עקרונות שונים ובחלקם מנוגדים (אשמה אישית של המזיק או אשמה חברתית). יתרה מזו, בצד עקרון הפשיעה כנימוק להטלת אחריות בנויקין עומדים עקרונות אחרים המבוססים על רעיונות שונים, כגון סיכון, פיזור הנזק, ועוד. האחריות החמורה המתבססת על גרימה, בהבדל מאשמה, נחשבת בעיני רבים כעקרון מנחה במשפטים העתיקים. גם אם אין להפריז בבלעדיות עקרון זה בשום זמן מן הזמנים, הרי סביר להניח כי הוא תפס מקום גם במשפט היהודי בסוגיות מסוימות. דומה כי דינים רבים המטילים אחריות בנויקין ובהם מתקשה אלבק, מוסברים יפה לפי עקרון מנוגד זה.

שיטתו של אלבק קשה עוד יותר שעה שהוא מנסה ליישב את המקרים בהם פטור המזיק. כך, למשל, דיני גרמא בנויקין<sup>158</sup>. המשפט היהודי, בדומה לשיטות קדומות אחרות, דרש קשר סיבתי ישיר לשם הטלת אחריות על המזיק. אלבק כופה על מושגי סיבתיות מיוחדים אלה את רעיון הפשיעה (רשלנות). הוא קובע כעקרון כי בכל אותם מקרי הפטור, המזיק לא פשע משום שלא היה צריך להעלות על דעתו את דרך התרחשות הנזק<sup>159</sup>.

באופן תאורטי אפשר כמובן לנסח את הדברים כך: מאחר והדין פוטר בנויקין, לא צריך היה המזיק להעלות על דעתו את דבר הנזק. אך, ניסוח כזה מרוקן מתוכנו את מבחן הפשיעה. יש בניסוח כזה גם משום עיוות הדוגמטיקה המסורתית כפי שנראה בהמשך דברינו.

דברינו אלה נכונים גם לגבי עקרון גמירת הדעת. אלבק מגדיר את גמירת הדעת ככולל הן מבחן סובייקטיבי (דעתם של המתקשרים עצמם) והן מבחן אובייקטיבי (דעתם של רוב בני אדם). אין הוא שם לב לכך כי שני המבחנים אינם זהים. האחד, שם את הדגש על רצונם הפנימי של המתקשרים; האחר, על החזות החיצונית של הבעת הרצון. מגמות שני המבחנים הן שונות, והבעיה היא להכריע ביניהם במקרה הקונקרטי. הכללת שניהם במושג אחד מרוקנת אותו במידה רבה מתוכנו המהותי. אלבק מנסה במספר מקומות להסביר את ההכרעה בין שני המבחנים לפי רעיון רוב ומיעוט בהתנהגות בני אדם. כלומר, ברצונו הפנימי של היחיד מתחשבים כאשר הוא נמנה על מיעוט ניכר, אך מתעלמים מרצון זה, שעה שהוא נמנה על מיעוט קטן<sup>160</sup>. בניסוח הסבר זה אנו נתקלים שוב בתופעה של כפיית המושג על המציאות: במקרה והדין מתחשב ברצון היחיד חייב להיות מיעוט ניכר הנוהג כך. אין להניח כי אלבק סבור שחכמי ההלכה ערכו סקרי דעת קהל לפני שקבעו מה שקבעו<sup>161</sup>.

לא שפר חלקו של מושג השימוש בנכסים והרשות בהם, המבטא כביכול עקרון נצחי בדיני קניין. אלבק מדגיש כאן אמנם בצדק כי אין בעל הקניין רשאי לעשות ברכושו ככל העולה על רוחו; עליו להשתמש בו בדרך שלא יזיק לאחרים. אך שוב לפנינו שני עקרונות בעלי מגמות שונות. הקניין מבוסס על עקרון השליטה

158 פשר דיני הנויקין בתלמוד, שם, בעמ' 43 ואילך.

159 ראה, למשל, את הסברו של אלבק לברייתא (בבא מציעא, מ"ז ב'; ג"ז א'): "הנוחן סם המות לפני בהמת חבירו פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים", שם, בעמ' 47-48.

160 ראה מאמרו "רוב מיעוט ויחידים", ה"ש 139 לעיל.

161 ראה בהקשר זה את מאמר הביקורת על גישת אלבק בסוגית התנאי מאת ב' ליפשיץ, "היסוד העיוני של התנאי במשפט העברי", משפטים, ד' (תשל"ג), 636.

המלאה של בעל הקנין; הגבלת השימוש בו, לעומת זאת, מושתתת על רעיון התפקיד החברתי של השימוש בזכות. פרטי הדינים הם ביטוי להכרעה ברוח של פשרה בין שני העקרונות. רעיונו של אלבק כי כל הדינים מבוססים על העקרון של השימוש הרגיל אצל רוב בני אדם הוא טוב בבחינת כפיית המושג על המציאות או הרקת העקרון מכל תוכן מהותי.

המסקנה העולה מדברינו היא כי טעה אלבק בהנחתו כי קיים עקרון מהותי נצחי אחד העוצר כוח להכיל בתוך עצמו את כל פרטי הדינים. אולם, גישתו של אלבק ראויה לביקורת מנימוק נוסף. עבודתו שהיא בדרך הקונסטרוקציה הדוגמטית חוטאת לגבי המערכת הנורמטיבית בה היא עוסקת מן הבחינה ההיסטורית. האמת היא כי ההלכה היהודית לא הגיעה עד לעצם היום הזה לידי דרישת ההפשטה המוצעת על-ידי אלבק. היא לא הגיעה לידי הכרת עקרון הפשיעה כנימוק מספיק והכרחי להטלת האחריות בנויקין. אין היא פועלת לפי עקרון אחריות כללי ואין היא שונה בכך משיטות רבות אחרות. דרך ההלכה היא ניתוח המקרים היחידים על תילוקי הדעות הנוסבים סביבם. ראיית המשפט התלמודי כמערכת סטטית המחילה עקרונות מהותיים נצחיים על מציאות משתנית, אינה עומדת במבחן העיון ההיסטורי הביקורתי.

אגב, לו היינו מקבלים את דרך ההפשטה המוצעת על-ידי אלבק, ההגיון היה מחייב כי יש לראות את כל המקורות כהדגמה בלבד של עקרון נצחי. נמצא כי פוסק ההלכה היודע את העקרון אינו חייב להתחשב בפסקי ההלכה המהותיים של העבר, אם הוא בדעה שהמציאות העכשווית שונה. אין להניח שחכם מחכמי ההלכה היה מסכים עם אלבק כי רשאי הוא לנהוג כך.

גישתו של אלבק לא תתקבל, לא בעיני ההיסטוריון ולא בעיני הדוגמטיקן של ההלכה. אפשר להתפעל מן המאמץ האינטלקטואלי שהושקע בניתוח הספרות התלמודית לשם ביסוסה, אך המתודה אינה עומדת בסני הביקורת והחידוש והמקוריות שבה פורצים את גדר הדוגמטיקה הפנימית של משפט התלמוד.

## 5. מסקנות והצעות

לבסוף, לאחר הניתוח הביקורתי של הגישות המקובלות על שלושה מבין החוקרים המובהקים של המשפט העברי, ברצוננו לסכם ולהציע מספר עקרונות הנראים לנו כראויים להנחותנו במחקר המשפט היהודי.

(א) המחקר של המשפט היהודי צריך להקיף עקרונות את כל ההלכה ללא הבחנה מוקדמת בין חלקים שונים, כגון בין "דתיים" ל"בלתי דתיים". המושא למחקר הוא היצירה המשפטית היהודית בשלמותה על כל חלקיה עד לזמננו ועד בכלל. יש ענין מיוחד בבדיקת היסודות המטפיסיים המיוחדים להלכה.

(ב) המחקר צריך להיות "טהור" ללא מטרת מעשית מיוחדת כגון זו של "הכנת המשפט היהודי והתאמתו לקליטה על-ידי משפט המדינה". מטרה המעשית עלולה לפגוע באופי האובייקטיבי של המחקר. רעיון הקליטה של המשפט היהודי על-ידי משפט המדינה הוא בעייתי משום שהוא מעורר שאלה אידיאולוגיות שהתשובה עליה היא על המישור הערכי. התאמת המשפט היהודי למציאות החדשה היא או משימה דתית (במקרה של שמירת המסגרת הדוגמטית) או משימה לאומית-תרבותית (כשהמשמעות

היא שבירת המסגרת הדוגמתית הקיימת); שתי המשימות אינן בבחינת מחקר אובייקטיבי של הקיים.

(ג) יש חשיבות ראשונית למחקר ההיסטורי והפילולוגי של ההלכה על מקורותיה. את המחקר ההיסטורי של המשפט יש לנהל בשיטה מדעית, ללא הנחות אידיאולוגיות מוקדמות בדבר מהות התוצאות של המחקר. אין לערבב מחקר דוגמתי עם מחקר היסטורי. רצוי להפריד בין תיאור דוגמתי לתיאור היסטורי של מוסד משפטי.

(ד) במישור הדוגמטיקה אנו רואים חשיבות רבה בהיבט הדידקטי. המשימה צריכה להיות הצגה של מוסדות משפט בצורה שיטתית ככל האפשר, המובנת למשפטן שאינו בן־ישיבה. השימוש בכלים דוגמתיים מודרניים למטרה זו צריך להעשות בזהירות רבה ביותר. השימוש צריך להיות יותר בעצם רעיון המיון הפורמלי בדרך ההצגה מאשר במושגים עצמם. ענין מיוחד יש בהצגת המוסדות המיוחדים להלכה.