

מ א ר י ם

"באין כאחד", או מעגל קסמים *

מאת

פרופסור מ. זילברג **

תורת ההגיון קבעה מונחים כגון: "צירקולוס אין פרובנדו", "פטיציו פרינציפי", "גון סקוויטור" או — בקיצור "צירקולוס ויצייווס", בעברית: מעגל קסמים^{1, 2} — כדי לציין חשיבה גרועה, בלתי הגיונית, הבאה להוכיח את נכונות עצם ההנחה, מתוך המסקנות ההגיוניות שתעלינה הימנה, אם היא נכונה. ה"אנציקלופדיה בריטניקה" משתמשת, לשם הדגמת הרעיון, בדיאלוג מפורסם זה³:

ראובן לשמעון: ידידנו המשותף, פלוני אלמוני, מדבר עם מלאכים.

שמעון: זו מגין לך ?

ראובן: בעצמו סיפר לי.

שמעון: ואולי הוא שיקר ?

ראובן: הגע בעצמך ! אדם המדבר עם מלאכים, יוציא דבר שקר מפיו ?

שמעון: ובכן, צדקת ! הוא, כנראה, מדבר ...

המסקנה כי אותו פלוני אינו חשוד לשקר, תעלה הגיונית אם הוא מדבר עם מלאכים, וכיצד תוכל להוכיח ע"י כך, כי הוא מדבר עם מלאכים ? זה הוא הוויציום של ארגומנט "מעגלי" זה, ובכך הוא מבריק ומבדח את שומעיו⁴.

ההומור החרוף הידוע של היהודי, הומור אשר בחריפותו העוקצנית שימש לו אמצעי הגנה כלפי הרדיפות של הגויים⁵, הצטיין בריבויים של מעגלי קסמים. בהברקות כאלה הוא שכנע אחרים ועצמו בנעלותו האינטלקטואלית על הפרימיטיביות של רודפיו. בחשבי על כל אלה, וביודעי את התנגדותם של דויריסטים המודרניים (ה"משכילים")

* מאמר זה יופיע בספרו של פרופסור זילברג, כך דרכו של תלמד, חלק שני.

** לשעבר מ"מ נשיא בית המשפט העליון.

1 ברגמן, מבוא לתורת ההגיון, 1967, ע' 465.

2 בפסק דיני בע"א 61/48 זכולון נ. מלך, ב' פ"ע, 72, הצעתי את הביטוי "מעגל שוטה", כי המלה "שוטה" מציינת כל דבר לא נורמאלי, שאינו לפי הרגיל והמקובל. ראה רשבי"ם ב"ב קכ"ו ע"ב, ד"ה דכל בוכרא : דכל בוכרא דאמא בוכרא סוכלא קרי ליה, ולא משום שטות, אלא לפי שאינו בכור גמור, כמו הדס שוטה שאינו כשר.

3 אנציקלופדיה בריטניקה, כרך 5 ע' 721.

4 ראה את ניתוחו המעמיק של המונח "פטיציו פרינציפי" בספרו של אלפרד סידגוויק על כשלי הגיון (Fallacies), בעמודים 154, 195, 198, 260, 264.

5 זאת היתה כנראה מטרתו העיקרית. ובכך מוסברת העובדה, כי הבדיחה היהודית הולכת ונעלמת כמעט מן החיים שלנו. הגוער אינו מבין אותה, כי היא "אינה מושכת".

אל המוסדות האורחיים של המשפט העברי, חשבתי בלבי אם אין להסביר "בקיעה" זו בקונסטרוקציה המשפטית המיוחדת ("ה"פלפולית") של מוסדות ציוויליים אלה. חקרתי את הענין, עברתי על כל הסוגיות המשפטיות של הסדרים "בזיקין" ו"נשים", ומצאתי רק מקום אחד ויחיד, בו אפשר לכאורה – ורק לכאורה – למצוא נטייה לחשיבה הפלפולית, החשיבה ה"ציריקולארית" שעמדו עליה לעיל.

במסכת גיטין 6 אגו קוראים – בתרגום עברי – מעשה זה :

"מעשה בשכיב מרע שכתב לה גט לאשתו בפנות היום של ערב שבת, ולא הספיק לתתו לה. למחרת היום הורע מצבו. באו לפני רבא. אמר להם: לכו ואמרו לו, שיקנה לה את המקום – החדר – שישב בו הגט, והיא תלך ותסגור ותפתח, ותהא מחזיקה בו, ששנינו: בעל, גדר או פרץ – הרי זו חזקה. אמר לו רב עילש לרבא: הלא מה שקנתה אשה קנה בעלה! נתבייש רבא. לבסוף נתגלה, כי ארוסה היתה. אמר רבא: אם אמרו בנשואה – יאמרו בארוסה? חזר רבא ואמר: אין הבדל בין נשואה לארוסה, כי גיטה וחצירה באין כאחד!..."

המדובר כאן בשכיב מרע ההולך למוות, שכתב גט לאשתו בשעות האחרונות של ערב שבת, ולא הספיק לתתו לה לפני כניסת השבת. הסיבה לכך: לא שנאה לאשה, אלא דוקא אהבה לה. כי: לא היו ילדים לבעל, אך היה לו את, והוא ביקש לשחרר את אשתו – ע"י גירושין – מן הויקה לייבום או חליצה אחרי שימות. למחרת היום, בשבת, הורע מצבו, וחשש שמא ימות לפני צאת השבת, ולא יוכל לגרשה, כי לטלטל את הגט ולמסרו לאשה ביום השבת אסור. הלכו לרבא ושאלו אותו מה ייעשה. והוא נתן להם "עצה". אמר להם: לכו אל הבעל ואמרו לו, שיקנה ויעביר לאשה את בעלות החדר בו "יושב" הגט, היא תרכוש אותו בקנין "חזקה" על-ידי סגירתו של החדר, כפי ששנינו: בעל, גדר או פרץ – הרי זו חזקה, וכאשר החדר יהיה שלה, היא מייד תזכה בגט ותהיה מגורשת, שהרי הגט הוא ב"חצירה", והזורק גט לאשתו, והוא בתוך ביתה או חצירה, הרי היא מגורשת. אמר לו רב עילש לרבא: ומה תועיל כאן העברת החדר? הלא היא "קונה" אותו, כלומר: נעשית הבעלים של החדר, בהיותה עדיין אשתו של בעלה, ומה

6 גיטין, דף ע"ז ע"ב.

7 גיטין, שם, רש"י ד"ה תקף ליה.

8 גיטין, דף ע"ז ע"א; רמב"ם, הלכות גרושין פרק ה, ה"ב; שו"ע אה"ע סי' קל"ט, ס"א.

9 אמירתי כי האשה נעשית הבעלים של החדר, אינה נוגדת את דברי התוספות שם, ד"ה מה שקנתה, כי "הכא איירי בשאלה", כאילו לא העביר לה את הבעלות. אמנם בשיפה מקובצת על ב"מ, דף י"א ע"א, המצטט את הסוגיא דגיטין בענין השכיב מרע והגט, הגירסא היא: לושיל לה דוכתא זכור, אבל בספרים שלנו, בכל ההוצאות, הנוסחא היא: ליקני ניהלה להחזא דוכתא זכור, והמלים "לקנות" או "להקנות" – כאשר אין פירוש אחר על ידן – פירושן תמיד: לזכות או להעביר את זכות הבעלות. אף על פי כן אומר אני, כי אין בכך סתירה לדברי התוספות הנ"ל, וזה מטעמים אלה:

1 המלים "איירי בשאלה" אינן באות להגדיר את צורתו המשפטית של המעשה, אלא את התוכן הממשי שלו, ואת האינטרסים שהובטחו על ידו. הבעל העביר לה את החדר. אבל היתה מטרה אחת ויחידה להעברה זו: לאפשר לה להתגרש. הבעלות ניתנה לה רק בשביל זכיית הגט. ושני הצדדים – אין ספק – התכוונו לכך, כי אחרי הגירושין תעבור בעלות החדר לבעל או ליורשיו. כל מסיבות הענין מורות על כך. ובמקורותינו יש יסוד לכך, כי

"באין כאחד", או מעגל קסמים

שקנתה אשה — קנה בעלה¹⁰ לגבי אכילת פירות. זכיית הגט, באמצעות החדר, כפי שתכנן רבא, היא בגדר אכילת "פירותיו" של החדר, ולא אשה אין זכות כזאת כל עוד היא נשואה. נמצא כי החדר ימשיך להיות — לגבי אכילת פירות — "חצר" של הבעל, ולא "חצר" של האשה. הגט יהיה ברשותו, ושוב לא תהיה מגורשת! כששמע רבא דברים אלה, חפרו פניו, והוא נתבייש מאד על העצה שנתן. כשנתגלה לאחר מכן, כי האשה רק "ארוסה" היתה ולא "נשואה" — קיבלה קדושין וטרם נכנסה לחופה — אורו פניו של רבא, וחדל להתבייש. כי: אם אמרו (קנה בעלה) בנשואה — יאמרו בארוסה? שהרי אין הבעל אוכל פירות נכסי אשתו הארוסה¹¹. לבסוף חזר בו רבא מתירוץ "חלקי" זה, ואמר כי אף אלו "נשואה" היתה, יכולה היתה לזכות בגט באמצעות החדר-החצר הנ"ל. כי כאן "גיטה וחצירה באין כאחד". על ידי הגט היא זוכה בחצר (כשהיא חפשיה מ"שעבוד" זכות פירותיו של הבעל), וע"י החצר היא זוכה בגט!

סוגיא קטנה ו"פיקאנטית" זו היא אחת הסוגיות היורידיות ביותר במובן המודרני ביותר של מלה זו. הוויכוח שבו רחוק מן הפלפול. אינו דש בעובדות בלתי רגילות, ואינו שוקע במושגים רחוקים. הוא מתקדם הגיונית, כריח ברוך וצלול אל פתרון הבעיה. ה"מעשה שהיה" שבו טבעי ורגיל. איש ושוי, ההולך למות, רוצה לשחרר את אלמנתו העתידה מן הזיקה אל גיטה, כדי לאפשר לה להנשא למי שתחפוץ בו. הוא מנסה לגרשה במתן גט, אך נתקל בקושי דתי-הלכתי האוסר עליו למסור את

אם ראובן, בתג הסוכות ניתן אתרוג לשמעון ואומר לו: "יהא במתנה עד שתצא בו, ואחר כך יהא שלי בכתחילה, הוי כמו שאול" (רא"ש על מסכת סוכה, פרק לולב הגזול, כפי שצוטט בקצות החושן, ח"מ, סי' רמ"א, סעיף ו' (ד)). לכך התכוונו, לדעתי, התופפות שם בדברים על "שאלה", כי כוונתם שם היתה רק להסביר, מדוע במקרה דגן לא חל הדין של במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות.

2 את סברתו דלעיל אפשר גם ללמוד מעגין זה: מתוך דברי רש"י, שם ד"ה הרי זו חזקה, יצא כי לדעת רש"י קנתה האשה את הגט, לא מטעם "חצר" אלא מטעם "אגב", כי הוא מסתמך שם על המשנה דקדושין, דף כ"ו ע"א, הדנה בקנין אגב. ולגבי אגב כלל וכלל לא ברור, אם יכולין להקנות מטלטלין אגב קרקע שהושאלה לשימוש (ראה בית הבחירה על קדושין, הוצאת סיני, תל אביב, עמוד 157 למטה; ש"י על ח"מ, סי' ר"ב, סעיף א'; ש"מ"ק על ב"מ, דף י"א ע"ב, ד"ה ומקומו מושכר לו, בסוף המובאה). אם פירוש רש"י לגבי קנין אגב נכון הוא, ואם, חוץ מזה, הדין הוא כי אין יכולים להקנות מטלטלין אגב שאלה בלבד, מוכרחים נהיה לפרש את המלים "איירי בשאלה" כמוכחן שיטת הרא"ש הנ"ל.

3 וזה הוא העיקר. לי נראה, בניגוד לדעה המקובלת בעולם הישיבות, כי גם בשאלה ממש, הגוף שייך לשואל במשך תקופת השאלה, תוך הגבלות ידועות, כמוכחן, כדי להגן על האינטרסים העתידיים של המשאל אחר תקופת השאלה. כי אם "השכירות" — מכירה בת יומה היא" (רמב"ם, פרק י"ג מהלכות מכירה, הלכה י"ז, ומקורו: ב"מ, דף נ"ו ע"ב), אפשר לומר גם היפוכו של דבר, כי: "מכירה בת יומה — שכירות היא" (כי כל שוויון ניתן להיפוך), וממילא גם: "מתנה בת יומה — שאלה היא". אין זה שייך לפלוגתא הידועה אם קנין פירות קנין הגוף דמי או לא (גיטין, דף מ"ז ע"ב), כי הרמב"ם הפוסק כי קנין פירות לאו קנין הגוף דמי (הלכות ביכורים, פרק ד', ה"ו), אומר בהלכות מכירה, כי "השכירות — מכירה בת יומה היא". יש הבדל רב בין שתי השאלות, ואכ"מ להאריך.

10 בנישין, דף ע"ו ע"א, ד"ה קנה בעלה, אומר רש"י בפירוש: קנה בעלה לפירות.

11 מתובת, דף מ"ז ע"ב, כתוב: נישאת, וברמב"ם פ"ב, אישות, ה"א ואה"ע ס"ט סעי' א' כתוב: כשנשוא ארם אשה.

כתב הגט בשבת. בינתיים נעשה מצבו אנוש, והוא ירא פן ימות לפני צאת השבת. בני משפחתו פונים לאמורא הבבלי רבא, ומתנים לפניו את "צרת הבת". הוא מציע להם "המצאה" משפטית: שהבעל יעביר לאשתו את בעלות החדר בו "יושב" הגט, יעביר אותה ע"י קנין שאינו מצריך כל פעולה אסורה מצידו, היינו קנין "חוקה" של בעלת החדר; האשה תתגרש, איפוא, ע"י שהות הגט בחזרה, לאחר שהוא נעשה "חצירה". זאת היתה העצה היעוצה ע"י רבא, אך הדבר לא מצא חן בעיני רב עילש, והוא אמר לרבא: ומה תועיל כאן העברת החדר לאשה, הלא היא "קונה" אותו בהיותה עדיין אשתו של בעלה. זכייתה בגט היא בגדר "פירות" של החדר. משל למה הדבר דומה? למציאה שנפלה לחצירה של אשה נשואה. מי יזכה במציאה זו? ברור כי הזוכה יהיה הבעל. וכך גם פה. הגט אמנם לא "יעבור" אליה, אלא יישאר שלו, כי עדיין לא הועבר לאחר, והיא לא תהיה מגורשת!

בשמוע רבא את "טענותיו" של רב עילש הוא "איכסיף" — התבייש מאד, עד שנתברר כי האשה רק "ארוסה" היתה, והדין הוא שאין אדם אוכל את פירות נכסי אשתו הארוסה. אך בסופו של דבר, חזר בו ואמר, כי אף אילו נשואה היתה, לא היה כל פגם בזכיית הגט, כי במקרה דנן גיטה וחצירה באין כאחד. זאת אומרת: מכיון שהגט, לאחר שיהפוך אותה למגורשת, יפקיע את כל זכויותי, לרבות את זכות אכילת הפירות, של מי שהיה בעלה, הגעת הגט לחדר שניתן לה הופכת אותה למגורשת, ועושה אותו ל"מי שהיה". התוצאה החוקית של נתינת הגט, נעשית כאן סיבה לכשרות נתינתו.

אם אמנם זה הוא הפירוש הנכון של דברי רבא, וכך יוצא מדברי רוב המפרשים, ובתוכם המשפטן המבריק ר' אריה ליב ש"ן, בעל קצות החושן¹², יהיה כאן באמת "צירקולוס וויציוזוס" מושלם: הסקת מסקנות על כשרותו המשפטית של המעשה (מתן הגט), מתוך המצב שיווצר אחרי עשיית המעשה. ממש כמו בענין ה"פלוגי" של האנציקלופדיה בריטניקה, בו נכונות גירסתו על שיחתו עם מלאכים, מוסקה מתוך המהימנות שיהיה זכאי לה, אין ספק, אם הוא מדבר אתם.

ואולם אם נעמיק קצת יותר חשוב, ניזכר כי אין הדבר כן. יש הבדל רב בין הדוגמא ההיא וההלכה. שם השאלה היא אם עובדה מסויימת (מהימנותו של האיש) נכונה היא או לא, ועובדה זו טרם הוכחה, ולכן מותר גם להטיל בה ספק. כאן השאלה היא, מה יחסו של החוק אל מעשה מסויים שתפקידו הוא לשרות את המצב המשפטי הקיים. לגבי זכות-אכילת-פירות של הבעל — שהיא, כפי שראינו, הפוגמת היחידה בכשרותו של מתן הגט — יכולה תורת המשפט לבא ולהגיד, כי היא זה מאד משונה ובלתי הגיוני, לסכל את כשרות מתן הגט בשל זכות שהמעשה הנידון בא בדיוק להפקיע אותה. אשה העוסקת בפעולת הגרושין, מותר — לגבי זכויות הבעל — לראות אותה כגרושה, כפי שבאמת ישנו תנא אחד (ר' שמעון) המרחיק לכת ואומר כי משנתן הבעל עיניו לגרשה, שוב אין לו פירות¹³. זה הוא לדעתי הפירוש הנכון של "באין כאחד", וכאן מוצאים אנו לא חשיבה "פלפולית", בלתי נכונה, של משפטן תלמודי, אלא דוקא השקפה משפטית, רחבת-לב, לא-פדאגטיה, כדי שלא לסכל את ביצוען של פעולות משפטיות

12 קצות החושן, על שר"ע חו"מ, סי' ר', סעיף ב', ה'.
13 גיפין, דף י"ח ע"א.

"באין כאחד", או מעגל קסמים

דחופות ונחוצות. זהו הפירוש של "באין כאחד" לגבי גט אשה; זה הוא הפירוש לגבי שטר שחרור¹⁴, וכך יש להבין גם את דברי התוס' בעניני גיזר קטן, בו נתעוררה השאלה, כיצד יכול הלא-יהודי לעשות שליח למעשה הגיזר, והם אמרו: "דכיוון דבהך זכייה (כלומר: מעשה הגיזר) נעשה ישראל, הוי ישראל גמור לענין זכייה"¹⁵.

ראיה ברורה לרעיון משפטי ליבראלי זה, אפשר למצוא, במפתיע, בהקמת מדינת ישראל. ייסודה של מדינת ישראל בוצע משפטית ע"י הכרזת יום ה-14 במאי, 1948, שעה 4 אחה"צ, אך עצמאותנו הממשית החלה בשעה 12 בלילה. היכול מישחו לבא ולטעון, כי הואיל ובשעה 4 עדיין משועבדים היינו למלך ג'ורג' השישי באנגליה, לא יכולנו אותה שעה להכריז ולייסד בכך את עצמאותנו המדינית? עובדה זו מראה לנו, כי כאשר המדובר הוא בתהליך משפטי, הולך ומשתנה מיום ליום ומשעה לשעה, כגון זה, אי אפשר, ב"שעון—עצר", לקבוע את כשרותו המשפטית של כל אחד משלבי התהליך. המשפט הוא—אם מותר לי להתבטא כך—נכס תרבותי—מוסרי, חשוב מדי, כדי להימסר כולו למשפטנים. משום כך רשאי הוא, לפעמים, להיות גם קצת—בלתי חוקי!¹⁶

14 גיסין, דף ע"ז ע"ב.

15 תוספות כתובות, דף י"א ע"א, מטבילין.

16 כי ההנמקה השיפוטית של ההחלטה אינה מוגבלת לנימוקים יורדיים, נאמר והודגש לא מכבר ע"י פרופ' קאלינובסקי, בקולוגוויים חשוב של משפטנים וחכמי הגיון גדולים, שנתקיים בבריסל (בלגיה) בשנת 1970, על הנושא: "הנמקה משפטית והגיון דיאונטי". המונח "דיאונטי" לקוח מספרו של ירמיה בנתאם "דיאונטולוגיה" (תורת החובות המוסריות), 1834. וכך נאמר בקולוקוויים הנ"ל ע"י קאלינובסקי:

"Quant à l'application même (du droit), elle n'est pas uniquement judiciaire, loin de là! Chacun de nous passe sa vie à appliquer spontanément le droit et rares sont dans l'existence de la très grande majorité des hommes, les cas où cette application se fait, d'une manière ou d'une autre, avec le concours des tribunaux et au moyen des jugements ou arrêts! S'enfermer dans la salle d'audience, c'est laisser de côté la majeure partie du meilleur de la vie juridique et de la pensée juridique: la législation, l'application *extra-judiciaire* et la pensée discursive sans laquelle ni l'une ni l'autre ne peuvent avoir lieu, autrement dit: les raisonnements qui interviennent de manière essentielle et dans la législation et dans l'application spontanée du droit, et qui sont bel et bien des raisonnements juridiques"

(Logique et Analyse, Nouvelle Série, Mars-June 1970, Georges Kalinowski, *Le Raisonnement Juridique et la Logique Déontique*, at pp. 6, 7).

בעית הפרשנות בדיני מסים

מאת

ד"ר א. ויתקון *

בעית הפרשנות בדיני מסים היא מן הנושאים שאינם יורדים מסדר היום, וזה כשלעצמו אומר דרשני. מתלבטים בבעיה ואין פותרים אותה. אך אפילו אין בדינו להציע פתרון, רצוי לברר, מה הקושי. נקודת המוצא היא, כמובן, הוויכוח בין הסידי "הפרשנות הדווקנית" ומתנגדיה. אלה דורשים את יישום ההוראה הסטטוטורית ככתבה וכלשונה, אפילו אין התוצאה מניחה את הדעת מבחינת הצדק וההגיון, ואלה סבורים שדיני מסים אינם יוצאים מן הכלל המקובל עלינו בכל תחומי המשפט, שעל הפרשן לרדת לסוף דעתו של המחוקק ולהגשים את כוונתו המשוערת. השיטה ידועה: המחוקק מוחזק כיצור גבוה וסביר, ואפילו תמצי לומר, שאין זאת אלא פיקציה מוזרה, משתמשים בה בתור working hypothesis ומגיעים באמצעותה לתוצאה הרצויה.

אם בכל זאת היתה בעבר יד הפרשנים הדווקניים על העליונה, נראה לי שעלינו לחפש את הסיבה לכך בעובדה שכלל הפרשנות הדווקנית קשור קשר אמיץ עם כלל פרשנות אחר, הוא הכלל שבמקרה של ספק דין והוראה הפיסקלית להתפרש לטובת הנישום. "in dubio pro taxpayer" אומרים על משקל הפתגם הנודע "in dubio pro reo". ללמדנו שכשם שנאשם במשפט פלילי ראוי שיקפידו לטובתו כחוט השערה, כך זכותו של נישום שלא יחוייב במס אלא על בסיס בטוח ויציב. עצם העובדה שהנישום משול לנאשם במשפט הפלילי מגלה לנו את הרקע הסוציולוגי שבדבר. בתקופה שכלל הפרשנות הדווקנית עלה לגדולה, במאה ה-19 ובתחילת המאה ה-20, בתקופת הליברליזם וה-*laissez faire*, לא ראו את המיסוי בעין יפה. מוגזם לומר שראו בו עונש, אך מותר לומר שראו בו משום פגיעה בחופש הפרט, שצרכים תיוניים בלבד של התקציב יכלו להצדיקו. שמירה זו על רשות היחיד בפני השררה העמידו בתי המשפט בראש דאגתם, ולשם כך נוח היה להם להיזקק לכלל הפרשנות הדווקנית. הרי ברור שברוב המקרים הנישום הוא שישליך את יהבו על הכלל הזה וינסה לנצל ניסוח כושל של החוק לטובתו. בידו לטעון שאפילו נראה הדבר מוזר ומפתיע, הרי לפי פירושו המילולי של החוק אין הכרח לפרשו לחובתו. ואילו האוצר, קשה להעלות על הדעת שיבוא ויטען, לעומתו, שככל שהענין אינו סביר, הרי לפי פירושו המילולי של החוק אפשר לפרשו לחובת הנישום ושדי בכך כדי לחייבו. טענה כזאת לא היתה מסברת את האוון. הווכח מן

* שופט בית המשפט העליון.

1 לאוצר לא נותר אלא לדרוש שאותה מידה של דווקנות תונהג גם לגבי הוראה הפוטרת מהמס ולפרש אף אותה פירוש מילולי וצר, ואמנם, זוהי ההלכה באנגליה וגם אצלנו: ע"א 259/61