

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

מאת

פרופ' מנחם אלון

א. מבוא. ב. תחום המחקר. ג. דרך מחקרו של אשר גולאק. ד. ערכיות ומדעיות במחקר המשפט העברי. ה. דרכו של חוקר ודרכו של פוסק. ו. הדגמת שיטת המחקר. 1. עקרונות מנחים במחקר המשפט העברי. 2. מחקר כללי-תקופתי ומקורות תיעודיים. 3. עקרונות יסודיים במשפט העברי. ז. הצעות אנגלרד למחקר המשפט העברי. ח. לשיטה אחרונה.

א. מבוא

לאחרונה יחד יצחק אנגלרד מאמר מפורט לעניין מחקרו של המשפט העברי, מהותו ומטרותיו.¹ אנגלרד עסק עד עתה לא מעט בבעיות המתעוררות מתוך יישומו של המשפט העברי, כמשפט דתי, במערכת משפט של מדינת ישראל, הקדיש לכך עיון לגופו של דבר והסיק מה שהסיק. וכדרך העולם, חלק ממסקנותיו אלה שנויות במחלוקת, ואף כותב שורות אלה השיג עליהן מה שהשיג.² במאמרו האחרון דן אנגלרד בעיקר בדרך מחקרו של המשפט העברי גופו ובמהותם וטיבם של הדרכים שבהם נקטו חוקרי המשפט העברי, ומתוך שלא נחה דעתו מהם הוא מציע הצעות משלו. אמנם מבחינה מתודית – והרי עיקר מאמרו של אנגלרד במתודה הוא עוסק – דומה שראוי היה ליצחק אנגלרד שתחילה יטול נושא איזה שהוא מנושאי המשפט העברי, יחקור בו, כמחויב במחקר הלכתי-משפטי, בכל דרך שתיראה בעיניו כנאותה וכנכונה, ומתוך כך יעמוד על הפרובלמטיקה שבנושא המסוים ועל גופו של מחקר המשפט העברי בכלל, ולאחר ולאור כל אלה יודיע בשער בת רבים שיגע ומצא שדרכו אינו כדרכם של חוקרים אחרים, ושמהשבותיו אינן כמתשבותיהם. אך אנגלרד בחר להקדים ביקורת למחקר, ובדאי טעמו ונימוקו עמו. יתא אשר יהא – מקובלנו ששערי ביקורת לא ננעלו, ומוכן ואין צריך לומר שביקורת דרכי המחקר חיובה היא מאוד, בראש ובראשונה למען אלה שעוסקים במחקר זה, למען ישמעו ויבדקו את משנתם. ובנוהג שבעולם אין חובה על המבוקר, שהסביר כל צורכו את דרך מחקרו, להסיב על הביקורת שנכתבה לגביו. ואני כשלעצמי דנתי במקומות שונים בדרך מחקרי המשפט העברי ולאחרונה ייתדתי לכך פרק מיוחד, הפרק השלישי, שבספרי המשפט העברי, והקורא המלומד יקרא אפוא ויעיין, יסקול בדעתו, ויבחר את אשר יבחר מבין דתי הגיחות שהועמדו בפניו.

אך תורתו ועיינותי בדבר, וחושבני שמן הראוי לתזור ולהתייחס לנושא חשוב זה של מחקר המשפט העברי, לאור מאמרו של יצחק אנגלרד. במאמרו נדונו מספר עניינים

1 יצחק אנגלרד, "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ו) 34.

2 ראה לאחרונה בספרי המשפט העברי (מאגנס, תשל"ג) חלק א, 117 ואילך.

שהבהרה נוספת לגבם היא בה מן המועיל. חשוב גם לייחד דברים לטיב קביעותיו והשגותיו של אנגלרד בעניין מחקרים וחוקרים, במיוחד לאחר שדן בדרכו של אשר גולאק במחקר המשפט העברי, וכבודו של חכם וחוקר גדול זה מחייבנו להעמיד דברים על בכוונתם. וכן אעיר דברים אחדים בעניין הטענות שהעלה אנגלרד כלפי דרכי אני בחקר המשפט העברי, ואסיים בניסיון לעמוד על הצעותיו של אנגלרד בדבר הדרך הנכונה שיש לבור אותה במחקר זה.

ב. תחום המחקר

עניין ראשון שאנגלרד מתייחס אליו הוא התחום שתחמו לעצמם חוקרי המשפט העברי בדבר נושא מחקרם, והוא אותו תחום של ההלכה שדומיו מקובלים להיות כלולים במערכות משפטיות אחרות, היינו עניינים המסדירים את היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו, ולא הוראות שעניינן במצוות שבין אדם למקום; בלשון אחרת – עניינים המצויים, בעיקרם, בשולחן ערוך, אבן העזר וחושן משפט, ולא באלה (פרט ליוצאים מן הכלל) הנידונים בשולחן ערוך, אורח חיים ויוהרא דעה. ברור לכל, ואף אנגלרד מודע לכך, כי הגורמים לתייחוס זה, אצל רוב חוקרי המשפט העברי, הם על רקע מעשי. אלה הם הנרשאים שעומדים בראש סולם התעניינותם משום השכלתם המשפטית, בנוסף לידעתם ולימודם את עולם ההלכה, משום האקטואליות שבנרשאים אלה לחיי המעשה של המשפט ומשום רצונם של חלק ניכר מהם להשפיע באמצעות מחקריהם על עיצוב המערכת המשפטית של המדינה. אנגלרד מתרעם קשות על כך:

”מבחן האקטואליות, או בלשוננו של מ' אלון, מבחן הברירה לפי ההשוואה עם שיטות משפט מודרניות, אינו יכול להצדיק קביעת מקצוע אוטונומי נפרד. לשם כך דרשה סגולה 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. כל החומר הגורמטיבי של ההלכה ראוי הוא לעיון מדעי במסגרת תחום מחקרי אחיד. היסוד הדתי של ההלכה – לא זו בלבד שאין אפשרות להתעלם ממנו, אלא שהוא צריך לשמש כאחת הנקודות המרכזיות של המחקר” (עמ' 37).

ובהערה לקטע זה (הערה 17) מפנה אנגלרד את הקורא לדין הקאנוני. איני מצוי בדין הקאנוני, אך בכל מה שנוגע לעולם ההלכה, טענה זו של אנגלרד תמוהה ומתמיהה. לגבי רוב הנושאים הכלולים בהגדרת המושג ”משפט עברי”, היינו המשפט האזרחי והחוק המינהלי-ציבורי, קיימת סגולה פנימית מובהקת להבחנה בינו ובין יתר חלקי ההלכה, הבחנה שבאה לידי ביטוי הן לעניין כללים יסודיים בדיני המשפט העברי – כגון חופש ההתנאות, חווים אסורים ועוד – והן לעניין המקורות המשפטיים, היינו הדרכים שבאמצעותן המשיך המשפט העברי ליצור ולהתפתח בדברי ימי הגדולים והארוכים, כגון החקיקה – היינו התקנות והגזרות – המנהג והסברה. בכל אלה דנתי במפורט בספרי המשפט העברי³, וירשתי לי לצטט מדברי בדיוני זה⁴:

3 שם, חלק א, 158 ואילך, חלק ב, 806 הערה 3, ובמקומות נוספים.

4 שם, חלק א, 159.

"לכשנעיין במקורות ההלכה נמצא, כי ההלכה העברית, על אף אחדותה הכוללת במקור ובעקרונות, בדרכי החשיבה ובסיוע הגומלין של כל חלקי ההלכה, מבחינה הבחנות מהותיות מאד בין שני סוגים עיקריים שבתחומיה, בין 'דברים של ממוץ' — הוא חלק ההלכה הכלול במושג 'ממוץ', ובין 'דברים שאינם של ממוץ' — הוא חלק ההלכה הכלול במושג 'איסורא'. אמנם נכון, שאין שני תחומים אלה — איסורא וממוץ — זהים למושגים המקובלים כיום בשם דת ומשפט; אך עם זאת השפעה הבחנה מהותית זו שבין איסור לממוץ השפעה מכרעת ומרחיקה לכת על דרכי התפתחותו של חלק גדול מן העניינים הכלולים במונח המשפט העברי".⁵

5 בנושא זה מאלפים מאוד דבריו של תוגה הדעות ר' יעקב אנטולי, מחכמי דרום צרפת במאה השלוש-עשרה, בספרו מלמד התלמידים, על פרשת "משפטים" (הוצאת מקיצי נרדמים, 1866). הדברים לא הובאו בספרי, ומאחר שנודמן לידי לחזור ולדון בנושא זה כאן אצטט במפורט:

"... והשם ברחמי, כאשר בחר בעמו ישראל, הגיד לו דבריו בסודות הכצאות ובמחנות השומרות אמונת כמו שבאו בעשרת הדברים, והודיעם חוקיו ומשפטי הצריכים בכל עת ובכל מקום לקיום יישוב מדיני הצריך למין האדם. לפיכך סמך פרשת אלה המשפטים לעשרת הדברים, ללמדך שאין שלמות האדם מושג בחכמה ובאמת בלבד עד שיהיו דינים מסודרים ביניהם בדרך שיחיו אלה עם אלה...

וכל הדינים הנזכרים שם באו דרך קצרה מאוד; גם דינים רבים הניחה התורה שלא הזכירה כלל דבר מענינם אפילו על דרך רמז, והם נזכרים בתלמוד ולא נאמר בו עליהם 'מנא לן' ולא מצינו שנאמרו על פה. וזה, לפי שמצות דינים היתה קדומה ואינה כשאר מצות התורה. כי כשנצטוו בני נח על הדינים לא היתה המצוה אלא שישדרו דינים ביניהם לפי שהעולם עומד על הדין, וכבר התבאר זה בפרשה אלה תולדות נח. וכן היה הענין אחר מתן תורה על מה שלא נצטוו בפירוש, שהמצוה ההיא היתה מסורה לשופטים להניח חוקי המשפט כפי הנגה ראויה למדינה, וזה דבר נהוג היום בין האומות.

גם לסוחרים ולבעלי מלאכה היה מסור לקבוע חוקים ביניהם, כמו שאמרו (בבא קמא, קטו, ב): 'רשאיין חמרין להתנות ביניהם כל מי שיאבד לו חמור שמעמידין לו חמור, וכן הספנין רשאיין להתנות ביניהם על מי שתאבד לו ספינה שמעמידין לו ספינה... וכן כל כיוצא בזה הוא דין כאלו היה כתוב בתורה, וכל העובר עליו עובר על דברי תורה אחר שצותה התורה לשמוע אל השופט אשר יהיה בימים ההם.

ואל זה הענין נמשך מה שאמרו דינא דמלכותא דינא (גדרים, כת, א, ועוד). כי אחר שמצות דינים היא קדומה ואי אפשר לבאר פרטית, כי הענינים המתחדשים בין בני אדם הם מאין תכלית והמלך שהוא מושל בארץ ההוא ראוי הוא שכל דין שיגזור אותו כללי בארצו ולא יהא בו סתירת דבר מן התורה שיהא דינו דין ונדון בו...

סוף דבר, לפי הענין הנזכר היו נעשים קצת הדינים בימי חכמי התלמוד לפי סברתם במה שיראה להם שהוא הנגה טובה בין בני אדם בכלל מה שלא היתה ראייה נמצאת אל הסברא ההוא או על סתרה... ולפי שרוב הדינים נגזרים אחר הסברא ולא נודעו מתורה שבכתב ולא מתורה שבעל פה, נצרך יהושפט להזהיר השופטים ולומר להם: ראו מה אתם עושים כי לא לאדם תשפטו כי ליי (דברי הימים ב, יט, ו) רצה בו שדרך המשפט הראוי בין בני אדם היא להדמות בדרכי השם המעמיד המציאות במשפט, כי כל דרכיו משפט, כמו שקדם לנו באמרו: הלא היא הדעת אותי (ירמיה כב, טו). ואחר שהוא כן, השם הוא נשפט במשפט ההוא... ולפי הענין הנזכר, היה משה יושב דין, ולא היה צריך לבקש מאת השם על כל דין ודין; ואחר זה בחר שופטים, והדבר הקטון שהיו יודעים לגזור בו כפי סברתם — היו דינים כמו שאמר: ושפטו את העם בכל עת את הדבר הקשה יביאון אל משה והדבר הקטון ישפטו הם (שמות, יח, כו), וזה נכתב בתורה קודם שנכתב בה עשרת הדברים" (שם, עא, עב, עב, עב, עב).

אך גם אם נשתמש במבחן האקטואליות בלבד לגבי תיחום העניינים הכלולים בהגדרת המשפט העברי — כפי שאכן כך הוא לעניינים מסוימים בדיני אישות, דרך משל — מה פסול מוצא אנגלרד במבחן זה? הרי מבחן האקטואליות שימש אחד הגורמים המכריעים בתולדות לימוד ההלכה וחיבור ספרותה, ובכך דנתי במפורט במקומות שונים⁶. הלוא זהו הרקע לעריכתם, או אי-עריכתם, של סדרים מסוימים בבבלי ובירושלמי⁷, ואף לעניין הלימוד התיאורטי היתה למבחן האקטואליות השפעה רבה, כפי שמעיד עלינו ר' מנחם המאירי, במאה השלוש-עשרה:

"שלא הורגל בלמוד רק בג' סדרים, ר"ל [= רצוני לומר] מועד, נשים, נזיקין, ונעזבו השלושה האחרונים, ר"ל קדשים, טהרות, זרעים — עזיבת מוחלטת, רק לאחד מעיר ושנים ממשפחה. לכייעוט צורך ידיעתם באלו הזמנים ולרוב עומק עניניהם"⁸.

וגדולה השפעת מבחן האקטואליות בחיבור ספרות הפוסקים, שמאו הלכות פסוקות לרב יהודאי גאון (במאה השמינית) הם מתרכזים במצוות שנוהגות בזמן הזה. מצויים אף ספרי הלכות שעניינם אך ורק בתחום מסוים בתוך דיני ממונות, כגון ספר התרומות לר' שמואל הסרדי, במאה השלוש-עשרה, שהוא אולי הקודם העברי הראשון המיוחד אך ורק לחלק ניכר מהמשפט האזרחי. והרי פרט לרמב"ם, שביקש להחזיר עטרה ליושנה וכלל בספרו משנה תורה את כל התורה כולה ואף עניינים שבאמונות ודעות, כלל גדול בידי גדולי הקודיפיקטורים — הר"ף, הטור, השו"ע ועוד — שמיחדים הם את ספריהם למצוות שנוהגות בזמן הזה, ואינם דנים בענייני זרעים, קדשים וטהרות. דברים אלה מן המפורסמות הם, ועמדתי על בירורם ופרטי ענייניהם במקומות רבים בכרך השלישי של ספרי.

מהי, אליבא דאנגלרד, "הסגולות הפנימית" לתחומי תחומים זו בתוך עולם ההלכה? חכמי ההלכה עצמם לא חיפשו סגולה פנימית שכזו, אלא נימקו זאת במבחן האקטואליות של דינים בעניינים הנוהגים בזמן הזה. ובודאי שאנגלרד אינו מתכוון לומר שבמחקר המשפט העברי אין דיון בעניינים שבאיסור והיתר המתעוררים תוך כדי ובהקשר לעניינים משפטיים. שהרי אף זה מן המוסכמות הוא על דעת כל חוקריו של המשפט העברי, שנושא משפטי מסוים העומד לבירור נדון על כל צדדיו ופרטיו במידה שבירור זה דרוש להבנה נכונה של הנושא המרכזי⁹.

קשה לי גם להלום את דברי אנגלרד בקשר למחקר המתעלם מן היסוד הדתי של ההלכה, או על בידוד חלקים משפטיים וניתוקם מן המשמעות הדתית של מקורותיה¹⁰. מה בעצם מבקש אנגלרד מחוקרי המשפט העברי, ומה "ההתקפה" הדתית הזאת? יושב לו חוקר, דן בשאלה לגופה, מעיין במקורות הדיון, ובא למסקנות כפי שהן עולות בידו.

6 ראה מ' אלון, המשפט העברי, חלק א, 39–42 ובמקומות רבים בחלק השלישי של ספר זה.

7 המשפט העברי, חלק א, 40, חלק ג, 899 ואילך.

8 שם, חלק א, 41.

9 בספרי המשפט העברי מצויים פרקים שלמים הדנים ביחס שבין איסורא לממונא, בנורמה הבסיסית של כלל ההלכה, בכוחם ובמעמדם של המקורות המשפטיים (המדרש, התקנה, המנהג וכו') בענייני ממונות ובענייני איסור והיתר וכיוצא באלה. וכך הוא בכל מחקר שבתחום המשפט העברי.

10 ראה אנגלרד, שם 36–37.

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

מהו חטא ה"בידוד" ו"הניתוק" שעל ראשו של חוקר זה? ייתכן שמצויים חוקרים שמבחינת השקפת עולמם דעתם היא שיש מקום לגישה זו של הניתוק מן היסוד הדתי, אבל האם זוהי הנחת היסוד במחקרו של המשפט העברי היום? דומה עלי, שאנגלרד אינו יכול להשתחרר מדיונו ומטיעונו בעניין יישום המשפט העברי במשפט המדינה, ששם מתעוררת הבעיה של אי-קבלת המשפט העברי, על הנורמה הדתית שבו, על-ידי קולטיו במשפט המדינה, ומיידם הוא את הפרובלמאטיקה שבגרשא זה גם על עניין מחקרו של המשפט העברי. אני כשלעצמי דעתי היא שאף לעניין קליטת המשפט העברי במשפט המדינה אין משהו שיכול ל"חלן" את ההלכה, ואין היא זקוקה לשמירת דתיותה וחיסונה ממאן דהוא. ועוד אחזור לעניין זה בהמשכם של דברים. אך גם אליבא דאנגלרד, טענותיו אלה יש להן מקום לעניין יישום המשפט העברי במשפט המדינה, אך אינן תופסות לעניין מחקרו של המשפט העברי.

ואנגלרד, ברצונו כי עז לשמור על "דתיותה" של ההלכה, מוסיף ואומר:

"אדם החפץ להדגיש את ההיבט הדתי נוקט לשון הלכה או דין תורה, אדם הרוצה 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" (עמ' 37–38).

אך לא דק פורתא. רבנים ותלמידי חכמים לומדים ועוסקים בתורה ואין להם עניין מיוחד בהגדרות מתודיות וסמאנטיות, וכדרכו של מינוח חדיש – כפי שכך הוא לעניין המונח "משפט עברי" – הדירתו לחוגים שונים הוא עניין של זמן ושל הרגל, ולא הייתי מייחס לחוגי הרבנים רתיעה עקרונית מפני מונח זה בגלל מטענו הערכי. על כל פנים, מי לנו גדול מהרב ר' יחזקאל אברמסקי ז"ל, שהלך לעולמו לפני חודשים אחדים, ושהיה זקן ראשי הישיבות ומגדולי ההלכה בדורנו, והוא דוקא עשה שימוש נרחב מאוד במונח זה וכותב הוא, בין היתר, על "המשפט העברי" שדבריו דברי אלקים חיים¹¹, כאילו בא לסתור במפורש את הנחתו של אנגלרד, שמי שחפץ להדגיש את ההיבט הדתי נוקט לשון הלכה או דין תורה ולא לשון משפט עברי, כמיוחד הוא להיבט הלאומי והתרבותי דוקא.

ג. דרך מחקרו של אשר גולאק

ומכאן לדיונו של אנגלרד במשנת מחקרו של אשר גולאק. אנגלרד מרבה לצטט מתוך דבריו של גולאק בהקדמותיו לספריו, דן בדרכו של גולאק במחקר המשפט העברי בשיטה הדוגמטית וההיסטורית ומסיק שתחילה סבר גולאק "כי יש להקדים מחקר דוגמטי למחקר היסטורי, סברה שלא גרס עוד במפעלו המאוחר" (עמ' 50), שאז הוא כבר "נוקט בשיטה היסטורית במלוא מדבן המלה (או במינוח הקודם שלו) = היסטוריה חיצונית" (שם).

11 ראה בחוברתו המאלפת דיני ממונות (תופיעה לראשונה בלונדון, תרצ"ט, ותורה ונדפסה בהוצאת "נצח", בני ברק, תשכ"ט): "המשפט העברי שדבריו דברי אלקים חיים... המשפט העברי המפלס מאזני צדק בכל פנות החיים... המאור השכלי והמוסרי של המשפט העברי...". (שם, 4).

עיקר ביקורתו של אנגלרד כלפי שיטת גולאק מופנית על דרך המחקר הדוגמטית של גולאק, שלדעת אנגלרד באה לידי ביטוי בספרו יסודי המשפט העברי. אנגלרד מוצא, שפרטי דינים רבים חסרים בספרו זה, ומטיל ספק אם בכלל ניתן לתאר מוסד משפטי שיטתי בתחום המשפט העברי בגלל קיום חילוקי דעות רבים בהלכה. את ביקורתו הוא מדגים בשתי דוגמאות: האחת – תיאורו של גולאק את מוסד האסמכתא, שבעניינו מביא גולאק שתי שיטות, זו של הרמב"ם וזו של הר"י, דבר המוכיח ש"גולאק עצמו הרגיש במוסדות אחדים בקושי הגדול של יצירת מוסד שיטתי על יסוד החומר הקיים והוא נאלץ לנקוט שיטה אחרת", היינו, "בדרך של תיאור שתי שיטות" (עמ' 51); והדוגמה השנייה – תיאורו של גולאק את הדין ש"אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם", שלגביו משמט גולאק דברים, שלדעתו של אנגלרד הם "מזהותיים ביותר" (עמ' 52; ראה במפורט להלן). והוא מסכם את דבריו לאמור:

"מפעלו הדוגמטי של גולאק השיבותו העיקרית בסידור השיטתי של החומר הנורמטיבי. יש כאן הכנסת סדר בדרך תיאור המערכת, דבר המועיל בעיקר למשפטן שאינו מצוי בנבכי הדין היהודי והרוצה לקבל תמונה כללית ראשונה על מוסדות המשפט היהודי. לעומת זאת, הנחותיו המתודולוגיות של גולאק בדבר מהות המחקר ומטרותיו אינן עומדות בפני הבקורת דומה, כי הוא עצמו הכיר בכך ופנה לאחר מכן למחקר היסטורי של משפט התלמוד" (עמ' 54).

דומה עלי שאנגלרד לא עמד אל גכון על דרכו של גולאק, ועל אף ריבוי הציטוטים לא עמד על שניים שלדעה קטעים כתוך דברי גולאק, המתארים בבהירות את דרכו במחקר. וראוי הוא גולאק, שתלמיד חכם וחוקר גדול היה וזכויות רבות לו בהנחת יסודות במחקר המשפט העברי, שנעמוד ביתר עיון על יצירותיו ועל מגמתו במחקרו של המשפט העברי.

מן הראוי שנציין תחילה את עיקרי יצירותיו של גולאק, לפי סדר הופעתן: בשנת תרע"ג (1913) פרסם את החלק הראשון של ספרו יסודי המשפט העברי, ובשנת תרפ"ג (1923) פרסם את שאר שלושת חלקי הספר הזה, וכן מהדורה חדשה של החלק הראשון. בשנת תרפ"ו (1926) פרסם את ספרו איצור השטרות ובאותה שנה גם נשא את הרצאתו במכון למדעי היהדות באוניברסיטה העברית בירושלים על השוואה כללית בין רוח דיני ממונות העבריים ובין רוח דיני ממונות הרומאיים. כעבור שנה, בשנת תרפ"ו (1927), פרסם גולאק בקובץ המשפט העברי מאמר בשם "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי" וזן הוא בו, בעיקרו, בדרך מחקרו של המשפט העברי. בשנת תרפ"ט (1929) מפרסם גולאק את מחקרו העוסק בדיני קרקעות בתקופת התלמוד¹², בשנת תרצ"ה (1935) את מחקרו (בגרמנית) על מסמכים ושטרות בתלמוד בהשוואה למשפט היווני-מצרי והרומי¹³, ובשנת תרצ"ט (1939) כתב את ספרו האחרון – על החיוב ושעבודיו בתקופת התלמוד¹⁴. בנוסף על אלה פרסם שורה של מאמרים בתחומי המשפט העברי, במיוחד בתרביץ.

12 א' גולאק, לחקר המשפט העברי בתקופת התלמוד, חלק א: דיני קרקעות (ירושלים, תרפ"ט), להלן: דיני קרקעות.

13 A. Gulak, *Das Urkundenwesen im Talmud* (Jerusalem, 1935).

14 א' גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד, א: החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט), להלן: החיוב ושעבודיו.

מתוך עיון בדבריו של גולאק בפרסומיו הרבים עולה לעינינו דרכו בחקר המשפט העברי: את ספרו יסודי המשפט העברי ראה גולאק כספר שיש להכינו לפני וכדי שניתן יהיה לגשת למחקרו הממשי של המשפט העברי, בין ששיטת המחקר תהא דוגמטית בלבד, היסטורית בלבד, או שילוב של דרך דוגמטית-היסטורית. וכך מעיד גולאק על יצירתו זו בהקדמה שהקדים לה¹⁵:

"המתחיל במחקר מדעי בתורת משפטינו נתון מסבה זו בתוך עגול הגיוני: כי הבנת הפרט, המקצוע היחיד, לא תהיה שלמה קודם ידיעת הכלל, או המשפט בשלמותו; מצד שני, ידיעת הכלל לא תבוא אלא על ידי הבנת הפרטים הבחדיים. המוצא היחיד מתוך עגול זה הוא לרכוש, קודם כל, ידיעה אלמנטרית כוללת בסדר משפטינו, ואז יתגלו הדרכים ויפתחו השערים להתעמקות יותר רבה ביסודותיו וחלקיו השונים. הראיתי כאן במלים מועטות על תכונת ספרי ומטרתו" (ההדגשה שלי — מ.א.).

קטע זה, שאנגלרד לא עמד עליו במאמרו, מגלה לנו היטב מה היא הדילמה, "העגול ההגיוני", שבפניה עמד גולאק בבואו לחקור במשפט העברי. גולאק סבר, ויש היגיון רב בסברתו זו, שלפני כל מחקר מעמיק במשפט העברי, באיזה נושא שהוא ובאיזה דרך שהוא — היסטורית או דוגמטית — קיים צורך לקבל מושג על המבנה הכללי של מערכת משפטית זו. אך כדי לקבל מושג כללי כזה, יש צורך לחקור במסודות המשפטיים השונים שמהם מורכבת מערכת זו. אך כאמור, מחקר מפורט כזה דורש ידיעה קודמת של כלל המערכת המשפטית כדי למצוא מוצא "מתוך עגול זה" קיבל על עצמו, והיה בכך אומץ אינטלקטואלי לא מבוטל, לכתוב ספר שבמוצהר ובמחשע יספק רק ידיעה "אלמנטרית כוללת" של המשפט האזרחי העברי, וכדי להגיע למימוש מטרה מצומצמת — אם כי נועזת — זו "השתמטתי מכל ההלכות הרבות רק באלה המגלות לנו את תוכן מושגי המשפט, גדריו ומסודותיו"¹⁶.

בכך סיים גולאק לתאר את מטרתו בחיבור ספרו יסודי המשפט העברי — שבגלל שיטתו, סידורו, כלליותו ויחידותו באותה שעה זכה ונתקבל, ובצדק, כספר שכל מעיין, ואף כל חוקר, במשפט העברי ממשמש בו ונוקק לו. מכאן ואילך מעלה בפנינו גולאק את דרכו במחקרו הממשי, המעמיק, בתחומים השונים של המשפט העברי. מקצת מדרכי מחקר אלה מתאר גולאק עוד בהמשך דבריו באותו מבוא¹⁷, ובמיוחד עומד הוא עליהם במאמרו "תכנית לעבודת חברת המיטש העברי" ובמבואותיו לספריו דיני

15 יסודי המשפט העברי (דביר, תרפ"ג) ספר ראשון, 4.
16 שם, עמ' 4. ומתוך אותה מגמה עצמה של תיאור אלמנטארי וכולל של יסודות המשפט העברי מצא גולאק לנכון להביא מפעם בפעם, בקיצור נמרץ, עיון היסטורי כרונולוגי בנושא משפטי מסוים; וכן הוא מביא בספרו, לעתים מזומנות, בנוסף להשוואה בין מונחים עבריים למונחים מהמשפט הרומי, ושוב בקיצור נמרץ, חומר להשוואה בין מוסדות המשפט העברי לאלה של המשפט הרומי. אין כל ספק, שגם בתיאור ההתפתחות ההיסטורית וגם בהשוואות עם המשפט הרומי המובאים בספרו זה — שהובאו כאמור בקיצור נמרץ, שלא כבספריו האחרים שנעשו בדרך של מחקר מפורט וממצה — ראה גולאק צורך כחלק מהתיאור האלמנטארי של מערכת המשפט העברי, ולא התייחס לכך כאל מסקנות העולות מתוך מחקר מפורט.

17 שם, בעיקר בעמ' 11–13.

קרקעות ויהחיו ושעבדיו¹⁸. באלה דן הוא בדרך המחקר הדוגמטית ובשיטת המחקר ההיסטורית, במחקר היסטורי "חיצוני", ובמחקר היסטורי "פנימי"¹⁹, במחקר לפי תקופות, במחקר השוואתי, במחקר היסודות המוסריים והפילוסופיים וביוצא באלה. אשר לעניין הבעיה העקרונית, התליכה בדרך המחקר ההיסטורי או הדוגמטית בתחום המשפט העברי, מסכם גולאק במפורש את דעתו מהי הדרך אותה יש לבור (ותמיהני על אנגלרד, שעיקר מאמרו דן בבעיה מרכזית זו – המחקר ההיסטורי והדוגמטי – מהתעלם מדבריו אלה של גולאק, ומתוך כך בא למסקנה לא נכונה בתיאור משנתו, כ"נוקט בשיטה היסטורית במלוא מובן המלה")²⁰. את דעתו בעניין זה מביע גולאק במאמרו "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי", שאותו כתב כשנתיים לפני פרסום מחקרו הגדול והמפורט הראשון בנושא מתחום המשפט העברי, הלוא הוא ספרו דיני קרקעות. במאמר זה סוקר גולאק את גישות המחקר השונות במשפט העברי, ובין היתר מתאר הוא את דרך המחקר ההיסטורי ואת שיטת המחקר הדוגמטית²¹, והוא מסכם בעניין זה לאמור:²²

"הבדלנו בין החקירה ההיסטורית ובין החקירה הדוגמטית. צריך אמנם להוסיף ששני מקצועות אלו נוגעים זה בזה ויונקים זה מזה, וביחוד במצב ההתחלה שאנו עומדים בו בחקירת המשפט העברי עדיין קשה לדייק בחלוקת המקצועות בהקפדה יתירה. אי אפשר לדוגמטיקן של המשפט העברי שיעמוד על טעמים והסברתם של כמה הלכות קודם שיעמוד על יסודם ההיסטורי, בתוך אותם התנאים שבהם נוצרו. וכיוצא בזה אי אפשר להיסטוריקן שיברר את סדר התפתחותם של מוסדות משפטיים קודם שיתבררו ויתחווירו לו מבנם ההגיוני ותכונותיהם המשפטיות של מוסדות אלו. ומתוך שאין לנו כמעט אף התחלה במקצוע ההיסטוריה של המשפט העברי ובחקירה דוגמטית אנו עומדים בתקיפת התחלה, יוצא שזה שעוסק בחקירה דוגמטית צריך שיפנה לעתים קרובות לברר לעצמו איזו פרובלימה היסטורית שבה תלויה חקירתו, וזה שעוסק בחקירה היסטורית פעמים שאין לו על מי להשען וצריך שיתעמק בעצמו

18 ראה הערות 12 ו-14 לעיל.

19 על שני סוגי מחקר היסטורי אלה ראה במבואו ליסודי המשפט העברי, עמ' 12–13, ובמבואו לדיני קרקעות, עמ' 101–103. נכון מצייץ אנגלרד (בעמ' 49), שבמבואו לדיני קרקעות מביע גולאק הסתייגות מדעתו הקודמת, אותה הביא במבוא לספרו יסודי המשפט העברי, בדבר עדיפות המחקר ההיסטורי-פנימי.

20 שם, עמ' 50.

21 מן הראוי לציין מה טיבה ומה דרכה של החקירה הדוגמטית בעיני גולאק: "החקירה הדוגמטית צריכה שתתן לנו מיוגורפיות בודדות על מוסדות משפטיים שונים ועל עיקרים שהם כוללים ומקיפים כמה דינים בתורת משפטינו, ובמרום שאיפוא צריכה שתעמוד המטרה ליתן לנו את כל המשפט העברי בסדר שלם ומשוכלל, בני על פי גדרים וכללים נובעים מתוך הלכותיו, כגוף אחד חי, ברוח אחת" (עמ' 198). דברים אלה כתב גולאק לאחר שארבע שנים לפני כן פרסם את ספרו יסודי המשפט העברי, ועדיין יש לדעתו צורך במחקר דוגמטי של מיוגורפיות של בנין המערכת כולה וכי – כי מי כמוהו ידע שספרו הקודם לא בא לחקור את המשפט העברי אלא לתארו בצורה אלמנטארית-ראשונית לפי מושגיו הכלליים! וכן ראה בקטע שמצוטט להלן, בעניין שילוב החקירה הדוגמטית-היסטורית.

22 קובץ המשפט העברי, חלק ב, 198–199.

בצרוף מושגיו וגדריו של איזה מוסד משפטי. קשה להחליט ולומר לאיזה מקצוע ראוי שיתנו דין קדימה במדע המשפט העברי, לחקירה דוגמתית או היסטורית. בכל אופן החוקר ההיסטורי זקוק לסדור דוגמתי מוקדם, כדי שלא יבלה לריק כחו בחטוט בפרטים קלי ערך ושיעמוד מתחילה על המוסדות והעיקרים המשפטיים שבהם ראוי שיתגלה לו מהלך התפתחותו של סדר המשפטים בכללותו. וגם זה שעוסק בדוגמה של המשפט זקוק להסברה היסטורית בכדי לעמוד על טעמי ההלכות. ולפיכך שני מקצועות אלו ראויים שיטפלו בהם בבת אחת בכדי שיסתייעו זה מזה.²³

בדברים מפורשים אלה קובע אפוא גולאק, שדרך המחקר שלדעתו יש לנקוט בה במשפט העברי היא דרך שנוקטת בשתי הגישות גם יחד – ההיסטורית והדוגמתית, והזקה על גולאק שהוא עצמו נקט בדרך שהוא ממליץ עליה כנכונה בשביל מחקרו של המשפט העברי. ואכן, בשני מחקריו החשובים שפרסם לאחר מכן, דיני קרקעות ודיני חובות ודיני בדין, הולך גולאק בדרך מחקר היסטורית-דוגמתית משולבת.²⁴ כפי שיתברר לכל המעיין בספריו אלה, ובמאמרים ובמחקרים אחרים שכתב. דרך המחקר, שבה משולבים תבירור הדוגמתי והעיון ההיסטורי, מונחת אפוא גם ביסוד מחקרו של גולאק.²⁵ והיא מחויבת המציאות לאור המשימות המחקריות שראה גולאק בשביל המשפט העברי, ולאור מטרותיו המוצהרות לשימוש וליישומן של משפט זה בחיי היישוב ההולכים ומתפתחים בארץ ישראל.²⁶

עתה, משעמדנו על דרכו של גולאק במחקרו של המשפט העברי, נחזור ונעיין בביקורתו של אנגלרד. ביקורת זו מופנית בעיקרה כלפי הספר יסודי המשפט העברי. וכך אומר אנגלרד (עמ' 52):

"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 (שם, בעמ' 90: כן מוזכר הדין בקצרה בפרק על מכירה, ספר שני, בעמ' 153). גולאק מקדיש לדין זה חמש שורות; הוא מציין כי הקנין אינו תופס ומזכיר את האפשרות של מכירת אילן לפירותיו. כבר העיון החטוף במקור המוזכר על ידו (חושן משפט, סימן ר"ט, ס"ק ג' ואילך) [צריך להיזהר: סעיף ד ואילך – מ.א.] 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

23 ראה דבריו בהקדמה לדיני קרקעות, במיוחד בעמ' ו,א, "משום כך הדרך הנכונה וכו'". בדרך זו צריכים אנו לילך וכו'". בעמ' xiv, וכן בהקדמתו להחובות ודיני חובות, עמ' iii–iv.

24 מלבד ואין צריך לומר שמצויים שינויי הדגשה בקשר לאופן השילוב הדוגמתי-היסטורי בין חוקרים שונים, כי אין שני חוקרים מעיינים בסגנון אחד; ולהלן אחזור ואדון בכך בקשר לדרכי שלי במחקרו של המשפט העברי. אך התפיסה היסודית של שילוב שתי הגישות מצויה בצורה ברורה אצל גולאק.

25 ראה מאמרו "לסדור חיינו המשפטיים בארץ", משנת תרפ"א, המובא אצל י' בוק, המשפט העברי ומדינת ישראל, לקט מאמרים, עמ' 128 ואילך, וראה גם מאמרו "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי" בקובץ המשפט העברי, חלק ב, 202 ואילך.

(המכר תופס ; חרשן משפט, סימן ר"א). בדיקת מקורות נוספים תעלה מספר רב של דינים וחילוקי דעות שהם בעלי משמעות להבנת העקרון, כגון הדעה שכל עוד לא חזר בו המוכר המקח קיים (חוקת משפט, הלכות מכירה, תשט"ו, ירושלים, פרק ר' סעיף א', הערה ג') ; וכן הדעה כי אם קיים מנהג לקנות דבר שלא בא לעולם הקנין מועיל (חוקת משפט, שם, סעיף כ"א. השווה גם הרב הרצוג, ה"ש 93 לעיל, שם, בעמ' 65–68, וכן ערוך השולחן, חושן משפט, שם), וכן הדין של מכר דבר למחירה יתירה 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 (חוקת משפט, שם, סעיף א', הערה א'), רעיון המתקשר ליסוד הנפשי בעיסקה משפטית (אצל גולאק נידון יסוד הדעת בנפרד, שם, בעמ' 66–67).

תבה נעיין בטיבם של פרטים "מהותיים ביותר" אלה, שגולאק צריך היה, לדעת אנגלרד, להביאם והשמיטם. ואלה דברי גולאק :

"החפץ הנקנה צריך שיהא בעולם בשעת פעולת הקניה, ואם איננו בעולם בשעה זו, אף שעתיד הוא לבוא אחר כך, הרי הוא נקרא דבר שלא בא לעולם ואין הקנין תופס בו. תולדות החפץ העתידות לבוא, או פירותיו שיביא לאחר זמן, אפשר להקנות רק על ידי קנין בגוף החפץ עצמו לתולדותיו או לפירותיו (ח"מ, סי' ר"ט)".

שני כללים הם אפוא : האחד — כדי שהקנין יתפוס, צריך שהחפץ, נשוא פעולת הקנין, יהיה בעולם ; והשני — אפשר להקנות גם דבר שיבוא לעולם בעתיד, אם וכאשר נעשה עתה קנין בגוף שממנו נובע ויבוא אותו דבר, היינו בטרמינולוגיה ההלכתית — מוכר אילן לפירותיו²⁶.

והנה, לכשנעיין בפרטים שלפי טענת אנגלרד השמיט גולאק, נמצא שחלקם אינם אלא הדגמה לשני הכללים שקבע גולאק ולכן אין כל צורך להביאם, וחלקם אינם שייכים במיוחד לנושא זה של דבר שלא בא לעולם, ולכן שוב לא היה מקום ולא צורך

26 יסודי המשפט העברי, ספר ראשון, עמ' 90.
27 וכן מצויים שני עקרונות אלה בראש שני הפרקים במשנה תורה לרמב"ם, פרקים כב ו-כג מהלכות מכירה, שבה נדונו ענייני דבר שלא בא לעולם. בהלכה א' שבפרק כ"ב נאמר : "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בין במכר, בין במתנה, בין במתנת שכיב מרע. כיצד ? מה שתוציא שדה זו מכור לך, מה שתוציא אילן זה נתן לך, תנו מה שתלד בהמה זו לפלוני — לא קנה כלום, וכן כל כיוצא בזה".
ובהלכה א' שבפרק כג כותב הרמב"ם : "מקנה אדם הגוף לפירותיו בין במכר בין במתנה בין במתנת שכיב מרע ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם, שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות".

בין התכונות הנדרשות הנוספות שגולאק מביא בהמשך דבריו (שם, עמ' 90–91), הוא שהחפץ צריך להיות שלו, של המוכר, בעת פעולת הקנין (וכאן הוא מביא כמה דוגמאות שבגלל צורכי החיים ותקנת השוק סטו מדרישה זו במקרים מסוימים) ושהחפץ צריך להיות בעת פעולת הקנין לא רק שלו, אלא גם ברשותו של המוכר (ולכן אם החפץ הופקד בידי אחר, והנפקד אינו מודה בזכות הבעלות של המפקד, הוא אינו ניתן למכירה). הלכות אלה נידונות ברמב"ם, שם, ובח"מ, סימנים ר"ט, ר"א, והם כלולים בספרות ההלכתית במובן

להביאם. "המוכר פירות שובך או פירות כוורת לחבירו – קנה, ואין זה מוכר דבר שלא בא לעולם... אלא... זה הקנה שובך זה לפירותיו כמו שמוכר אילן לפירותיו"²⁸ – הלכה פשוטה וברורה, שכל עניינה הדגמה למקרה של דבר שבא לעולם, ללא כל חידוש מבחינת העיקרון של דבר שלא בא לעולם. וכן פירות אילן שחנטו הם כדבר שבא לעולם (והקניין מועיל גם אם הוא נעשה בפירות עצמם), מה שאין כן אם מוכר עובר של פרה אף אם הפרה מעוברת, משום "דפירות חנוטים הם בעין... מחשבי כדבר שבא לעולם, מה שאין כן בעובר שבמעז הפרה... שאינו בעין"²⁹, היינו שוב שאלה שולית לחלוטין. כאשר הדבר הוא גלוי לכל, אף אם רק במצב של חניטה, הרי הוא כבר נחשב דבר שבא לעולם, מה שאין כן כאשר הדבר אינו גלוי, כגון עובר שבמעז פרה. ומתי התנמקה לדין שאם תפס הקונה את הדבר לאחר שבא לעולם שאין מוציאין מידו? ההנמקה היא שאנו מניחים שהמוכר מחל (ויתר, הסכים) ללוקח ומוכן עכשיו, לאחר שהדבר בא לעולם, למכור לו את החפץ; משום כך התפיסה מועילה רק אם נתקיימו שני תנאים: (א) הלוקח תפס לפני שהמוכר הודיע שהוא חוזר בו מהעסקה (כי אם הודיע שהוא חוזר בו סימן שאינו מחל ללוקח), ו-(ב) שהמוכר יודע על התפיסה, כי רק במקרה כזה ניתן להניח שהוא מחל לו³⁰. דין התפיסה של הלוקח אינו שייך אפוא לעניינו של דבר שלא בא לעולם, שהרי להיפך, הלוקח תפס את החפץ לאחר שהוא בא לעולם ואנו מניחים שהמוכר, שידע מתפיסה זו ושתק, הסכים, וכאילו היקנה עכשיו, לאחר שהחפץ הוא בעולם, את החפץ ללוקח³¹; ובדאי שאין כל מקום להביא כאן את הדין שכאשר קיים מנהג לקנות דבר שלא בא לעולם הקניין מועיל, שהרי זוהי הוראה והנחה כללית לכל דבר שבממון, "שהמנהג מבטל הלכה", ובמיוחד פעל עיקרון זה לענין פיתוח דרכי הקניין במשפט העברי³², ועל שום מה יציין גולאק דבר זה במיוחד לענין קניין בדבר שלא בא לעולם³³?

הרחב של דבר שלא בא לעולם (ראה ברמב"ם, שם, כב, ה, ובש"ע, שם, ר"א, א: "דבר שאינו ברשותו של מקנה אינו נקנה, והרי הוא כדבר שלא בא לעולם" וכו', וראה בבלי, בבא מציעא, טו ב), ולכן כוללם גולאק יחד בספר השני, עמ' 153, בדיני מכר; וכן הוא בספר חוקת משפט לר' בנימין רבינוביץ-תאומים (ירושלים, תשי"ז), הכולל את כל העניינים הנ"ל בפרק השישי, עמ' יז–ל.

28 ש"ע, חו"מ, סימן ר"ג (בטעות נאמר אצל אנגלרד סימן ר"א). וראה בש"ע, שם, ס"ק א, שמסביר משום שהשובך טפל הוא לפירותיו ולכן מועיל גם אם מכר פירות שובך ולא רק שובך לפירותיו. וראה עוד חוקת משפט, שם, עמ' יט, סעיף ד, וביאורים, ס"ק יג.

29 ש"ע, חו"מ, סימן רט, בש"ע, ס"ק ט; וראה עוד חוקת משפט, עמ' יח, וביאורים, סימנים ו, ז, ח.

30 ראה ש"ע, חו"מ, סימן רט, בש"ע, ס"ק יא. ובש"ע, ס"ק ה, ו ר"ז. וכן ראה בחוקת משפט, עמ' ב, סעיף ה, ובהערות שבמקורות וביאורים, שם.

31 מאותו טעם עצמו אין מקום להבאת דין כתיבת שטר על-ידי המוכר ללוקח, משום שהנימק הוא שכתובת השטר היא כתפיסה: "ואפילו לא תפס, אלא כתב ליה שטר ומסר ליה השטר, כמאן דתפיס דמא" (ש"ע, חו"מ, סימן רט, סעיף ד, ברמ"א). והמדובר הוא שהמוכר מסר את השטר ללוקח לאחר שהדבר בא לעולם. ראה שם, בש"ע, ס"ק יג; ושם, חוקת משפט, סעיף ה.

32 ראה במפורט בספרי המשפט העברי, חלק ב, 732 ואילך, 741 ואילך. גולאק עצמו דן בעניין המנהג, בקיצור נמרץ, בפרק הראשון בספרו, ומביא עיקרון כללי זה, שבדבר שבממון המנהג מבטל הלכה. ראה יסודי המשפט העברי, ספר ראשון, 28–30.

33 דברי אנגלרד – "וכן הדין של מכר דבר למחירו" – אינו יודע מה בא ליומר בהם. הדעה

לו עמד אנגלרד נכונה על מטרת כתיבתו של גולאק את יסודי המשפט העברי, ולו היה עומד על תוכנם של הפרטים שהוא טוען שגולאק השמיטם, דומה שלא היה משיג מה שמשיג³⁴. כאמור, גולאק לא ראה ביצירתו יסודי המשפט העברי מחקר בדרך השיטה הדוגמטית, כפי שמייחס לו אנגלרד, אלא הכנה של תיאור הכולל — כפי שקרא לספרו — את יסודי המשפט העברי, עקרונותיו ומושגיו, כשהם ממוינים לפי ענפים ותחומים משפטיים מוגדרים, מסודרים בסידור שיטתי של החומר ומודגמים במספר דוגמאות הכרחיות. וזאת, כדי להכין מושג אלמנטארי וכולל של דיני ממונות במשפט העברי, לפני שיערכו מחקרים מעמיקים ומפורטים בדרך דוגמטית-היסטורית בנושאים משפטיים שונים. בשביל מטרה זו לא היה על גולאק להביא את כל פרטי הדינים שאנגלרד מציינם, שדומה שכלל וכלל אינם "פרטים מהותיים ביותר". ייתכן שאנגלרד הוטעה מתוך שמצא פרטים אלה בספר חוקת משפט³⁵, שהיכירו לפני שנים מספר הרב בנימין רבינובitch-תאומים, תלמיד חכם גדול וסדרן גדול במלאכתו. בספר זה, המוקדש להלכות מכירה, מובאים, בלשון ברורה ומובנת לכל ובנוסח של סעיפים, הדינים הנוגעים להלכות מכירה, והפרק הששי שבו מוקדש בחלקו הגדול לעניין דבר שלא בא לעולם, ושם מובאים כל הפרטים שאנגלרד מביא אותם כ"השגות" על גולאק. אך לא הרי הספר חוקת משפט, שמטרתו לעמוד על עיקרי פרטי הדינים בנושא מסוים, כיסודי המשפט העברי של גולאק, שמטרתו לתאר ולדון ביסודי דיני ממונות בכללותם, וקיים שוני רב בין שני סוגי החיבורים.

ואם לעניין הפרטים הנ"ל השיג אנגלרד שלא כדין על גולאק על שהשמיטם ולא הביאם, יש להצטער שאנגלרד לא שם לב לכך שגולאק אכן חוזר ודן בעניין דבר שלא בא לעולם, כאשר יש בכך משום חידוש עקרוני לגופו של עניין. ואלה דברי גולאק כאשר הוא דן במהותו של החיוב במשפט העברי³⁶:

"בחייב נתינה יחויב אדם לתת לחברו דבר ממשי שיש לו שווי של ממון (dare).

שכל עוד לא חזר בו המוכר המקח קיים, הוא מהטעם שהוא מחוסר אמונה אם יחזור בו, וכל העניין שנוי במחלוקת, ואין כל זה שייך לתיאור היסודי של העיקרון של דבר שלא בא לעולם. ראה חוקת משפט, שם, עמ' יז, ביאורים, הערה ג. לא ברורה לי גם השגתו של אנגלרד שגולאק לא מבאר את הדעות השונות בדבר הבסיס הרעיוני של העיקרון שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כפי שאנגלרד מצא בחוקת משפט, פרק ו, סעיף א, ביאורים ס"ק א (עמ' יז). בשאלת גמירת הדעת וסמיכת הדעת בכל פעולה משפטית במשפט העברי דן גולאק בחלק הכללי שבספר הראשון ובמקומות אחרים בספרו, ואין עליו לחזור על כך לגבי כל עיקרון ועיקרון בנפרד. וראה עוד דברי גולאק בספר השני, עמ' 153. קשה לי לרדת לסוף דעתו של אנגלרד. הרי בדאי אינו סובר שגולאק לא ידע, או שחש פרטים אלה שהוא מציינם, שהרי רובם מצויים בצורה גלויה ופשוטה בחלק, בסעיפים רט, ריא, ובסמוך להם, שגולאק עצמו מציינן להם בדבריו הנ"ל. אם כן, גולאק ראה פרטים אלה ובכל זאת לא הביאם. על כורתנו נאמר שההסבר היחיד הוא שלדעתו של גולאק אין בהם בפרטים אלה כדי להוסיף על התיאור של המושג קניין בדבר שלא בא לעולם. והרי גם זה מוכיח שמטרתו של גולאק בכתיבת ספרו זה היתה להביא תיאור אלמנטארי יסודי, ולכן במדע ובמתכונן השמיט פרטים שאין בהם צורך לתיאור מעין זה.

35 ראה לעיל, בסוף הערה 27.

36 יסודי המשפט העברי, ספר שני, 60.

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

חייב זה הל בתור שעבוד הגוף³⁷ על החייב עצמו, ובכוח שעבוד הנכסים שבו, הרי הוא תופס ומשעבד את נכסי החייב כנגד שיעור שוויו, ומפני שעל ידי החיוב נתפסים גוף החייב ונכסיו, אין כל צורך שיהא אותו הדבר שמתחייבים עליו בא לעולם וברשותו של החייב בשעת העמדת החיוב, ויכול אדם להתחייב גם על דבר שלא בא עדיין לעולם ואינו ברשותו, בין אם מחייב את עצמו בסכום ממון או במדה ידועה של מין הפצים, בין אם מחייב את עצמו על גחינת הפץ ידוע³⁸.

והרי אכן קביעה אלמנטארית בנוגע לדבר שלא בא לעולם, הבחנה בין דיני קניין לדיני חיובים, כדברי הרשב"א בעניין מי שחייב עצמו ליתן לחברו כל מה שירויה מכאן ועד שלושים יום:

"דבר ברור הוא זה דחייב, דלא אמרו בדבר שלא בא לעולם אלא במקנה הדבר שלא בא לעולם כגון פירות דקל; אבל במחייב עצמו ליתן מה שיוציא הדקל לאחר עשר שנים – דבריו קיימין, שזה אינו מקנה הפירות אלא מחייב עצמו ליתן, ובחובין... לא שייך דבר שלא בא לעולם"³⁹;

והבחנה עקרונית זו מצא גולאק לגכון, ובצדק, לציין במפורט⁴⁰. לאחר שאנגלרד מציין שהשגתו בעניין דבר שלא בא לעולם "מיוצגת את כל הבעייתיות" בעניין דרכו של גולאק בספרו יסודי המשפט העברי, הוא ממשיך ואומר:

"אין פלא כי דרכו של גולאק הביאה עליו ביקורת חריפה מצד רבנים, במיוחד כלפי טענתו כי שיטתו היא מדעית, לעומת הדרך המסורתית" (עמ' 52).

ובהערה הוא מפנה לביקורתו של הרא"א קפלן על יסודי המשפט העברי. ואתה עומד ומתמה – מה פירוש "אין פלא", ומה הקשר בין השגותיו של אנגלרד ובין ביקורתו של קפלן? ר' אברהם אליהו קפלן – תלמיד חכם מובהק וחוקר שהוא, כגולאק, מתלמידי ישיבת סלובודקה היו – מתרעם בתחילת דבריו על אנשי מדע שרואים הם בדרכם, בניגוד לדרך הלימוד המסורתית, חזית הכל, ומביע משאלתו "אילו היה בידינו להזמין את שניהם [היינו איש המדע והלמדן בדרך הלימוד המסורתית – מ.א.] לפונדק אחד על מנת שילמדו

37 מושג זה של שעבוד הגוף פירושו החובה הציבורית של החייב למילוי החוב, בנוסף לשעבוד שיש לו לבעל החוב על נכסיו של החייב; ראה על כך במפורט בספרי, חירות הפרט בדרכי גבוהת חוב במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד) (להלן: חירות הפרט) 18 ואילך, ושם הערות 39, 40.

38 שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן סה, והיא מובאת עליידי גולאק, שם, עמ' 60 הערה 1. וראה בעניין זה במפורט במאמרי על Contract, בספר M. Elon (ed.), *The Principles of Jewish Law* (Jerusalem, 1975) 246, 248–250.

39 גם השגתו של אנגלרד בעניין הבאת שתי שיטות בתאור מוסד האסמכתא אינה מובנת לי כל עיקר. אמנם, בגלל ריבוי דעות במוסד האסמכתא, שהוא מסובך כשלעצמו, מציין גולאק שתי שיטות עיקריות במוסד זה. אך כלום מוכיחה עובדה זו שגולאק "נאלץ לנקוט שיטה אחרת"? תיאור אלמנטארי של עקרונות ומושגים אין פירושו שלא קיימות דעות שונות לגבי עיקרון זה או אחר, וריבוי דעות כגון זה אינו פוגע בהצגת השיטה בכללותה. ואכן, גולאק תורר ומביא את שתי השיטות בבואו לדון בעניין הקנס המותנה בחיובים. ראה שם, ספר שני, 78–82.

איש מרעהו את הטוב והמועיל — ודאי שכל אחד מהם היה מצליח יותר"⁴⁰; מכאן ואילך מקדיש קפלן את החלק המכריע של מאמרו לדיון בדבריו של גולאק ביסודי המשפט העברי לגופו, היינו, טוען הוא שבעניין זה או אחר טעה גולאק בהבנת סוגיה או דין מסוימים, ומוכיח דבריו בדרך העיון והלימוד כנהוג ומקובל, וביקורת כוונות חיוניות ומוצדקת היא ואיש אינו צריך להימלט ממנה. אך קפלן (מי הם "הרבנים" האחרים שכתבו ביקורת חריפה על גולאק? סתם אנגלרד ולא פירש!) אינו כותב ולו גם מלה אחת בכיוון תוכן השגותיו של אנגלרד — לא שגולאק משמיט פרטי דינים ולא בכיוצא בזה — וכיצד אפוא נתלה יצחק אנגלרד באילן גדול כקפלן באורח פלא, באומרו "אין פלא"? מובטחני, שאף רב לא ראה ולא יראה פגם כלשהו בכך שגולאק, בדונו בעניין דבר שלא בא לעולם, נמנע מלציין שפירות שחנטו הם כדבר שבא לעולם. אף תמה אני מאוד על גוסס קביעתו הקאטיגורית של אנגלרד ש"הנחתיו המתודות-לוגיות של גולאק בדבר מהות המחקר ומטרותיו אינן עומדות בפני הביקורת" (עמ' 54). למה כוונתו במלים סתמיות, גורפות ופסקניות אלה? אני מנחש שכוונת אנגלרד לספר יסודי המשפט העברי ולדרך המחקר הדוגמטית ששימשה לדעתו יסוד לחיבור ספר זה. כבר עמדתי על כך שמגמתו ודרך חיבורו של גולאק בספרו זה הן שישמש כספר מכין למחקר מעמיק ומפורט במשפט העברי — ובכלל זה אף כהכנה למחקר דוגמטי מפורט שצריך עוד להיעשות⁴¹, ואין לדבר לגביו על "הנחות מתודולוגיות בדבר מהות המחקר ומטרותיו". ואם אכן יש בחיבור זה משום הנחות מחקריות לצורך כתיבת תיאור אלמנטארי של המשפט העברי — הרי אלה עלו יפה והשיגו את מטרותן. אם מדברים אנו לעניין גולאק על הנחות מתודולוגיות במחקרו של המשפט העברי — הרי אלה מצויים במאמריו, שבהם הוא מתווה את דרך מחקרו וכן בספריו האחרים, והנחות אלה עומדות יפה בפני הביקורת, וספריו ומאמריו מהווים עד היום מחקרי יסוד בתחום המשפט העברי⁴².

ולשיטה אחרונה, הערה אחת נוספת. אין אני טוען, הם ושלום, שאין מקום לביקורת, על כל חוקר ועל כל מחקר, ואף אני נהגתי כך לגבי גולאק גופו, בעניינים מספר ובצורה הראויה⁴³. הביקורת, עיונה ו"איומה", הם הכוח המניע והמוהר בכל תחומי העשייה האנושית, ובמיוחד ביצירה הרוחנית, שבה קלה ה"התחלקות" מבתחומי היצירה

40 בעקבות היראה (ירושלים, תש"ך) סז. כן הוא בא בטענה על דברי גולאק שמחקרו של המשפט העברי הוא "גוף עזוב ונשכח". ודעתי בעניין טענה זו כתבתי בספרי המשפט העברי, חלק א, 135, הערה 35.

41 ראה דבריו לעיל, ובהערה 21.

42 ראה למשל ביקורתו המצוינת של גדליה אלון על ספרו של גולאק, החיוב ושעבודיו בתוך מחקרים בתולדות ישראל (תל-אביב, תשי"ח) כרך שני, 285–297.

43 ראה בספרי המשפט העברי, חלק א, 130, הערה 4, ועמ' 135 ואילך. וכן ראה מאמרו של הרא"א קפלן שנוכח לעיל. עניין אחר שיש בו, לדעתי, לפגוע במדה מסוימת בשלמות תיאורו ואלמנטארי של גולאק בספרו יסודי המשפט העברי, כרוך במיעוט שימוש של גולאק בספרות השו"ת, ומתוך כך, יש ונעלמו בתיאורו עקרונות כלליים שבאו לעולמו של המשפט העברי לאחר התייחסות התלמוד ושניתן לעמוד עליהם בעיקר מתוך עיון בשו"ת. דוגמת לכך הוא עניין מוסד ההתיישנות במשפט העברי. לעניין זה אומר גולאק (יסודי המשפט העברי כרך ב, 105, הערה 1): "צריך להעיר, כי על פי דינינו אין החיובים נשמטים על ידי שיהת זמן ארוך, שעבר מזמן העמדתם עד שעת התביעה עליהם, כמו בתורת המשפטים הרומית ושל ימינו. ועיקר בחורמ ס' צח ס"ק א'". דברים אלה נכונים הם

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

שבחומר. אך גם בביקורת חל הכלל, על משקל אימרה דומה בדיני נזיקין שבמשפט העברי, "הכל לפי המבקר והמבוקר". ובביקורת על גולאק בעניין דרכו במחקרו של המשפט העברי חייב כל אחד לפחות בשני דברים: עיון מעמיק בדרכו ובמשנתו ומציאת פירוכות של ממש בטרם שבאים לסתור את דרכו או מסקנתו, ולשון של הצטנעות, פחות פסקנית ופחות גורפנית.

ד. ערכיות ומדעיות במחקר המשפט העברי

ומשדנתי במאמרו של יצחק אנגלרד בקשר עם מחקר משנתו של אשר גולאק, אומר דברים אחדים לעניין מה שנאמר באותו מאמר בקשר עם דרכי שלי במחקר המשפט העברי. אמנם ידעתי, על דרך מאמרם של חכמינו, כי אין אדם רואה נגעי מחקרו, אך מאחר שזכותי, כפי שמעיד על כך אנגלרד, שתלמידים-חברים נוקטים דרך זו במחקרם, שוב אין הביקורת מופנית רק כלפי, ואשר על כן באתי להאיר דרך זו במספר הערות. ותפילתי על שפתי, כתפילתו של אותו חכם בכניסתו לבית המדרש, שלא יארע דבר תקלה על-ידי, ולא איכשל בדבר הלכה וישמחו בי חברי. טענה קשה וחמורה בפיו של אנגלרד, ואותה הוא מעלה וחוזר ומעלה, והיא הגישה הערכית שבה אני נוקט במחקרי: "שתי ההנחות של אלון [כי בכוחו של העיון ההיסטורי למצוא את עקרונות המשפט הבסיסיים והיסודיים שלא נשתנו], וכי מטרת המחקר היא להכין ולהכשיר את המשפט העברי לתהליך קליטתו במשפט של מדינת ישראל" — עמ' 55] אינן עולות בקנה אחד עם מחקר אובייקטיבי והן ביטוי לגישה ערכית" (שם). וכן להלן: "הבקורת על מהות הפתרון של פוסק זה או אחר היא בבחינת שפוט ערכי" (עמ' 56); ולא נתקררה דעתו של אנגלרד, עד שפוסק הוא את פסוק, לאמור: "גישה ערכית היא ללא ספק לגיטימית, אך אין היא יכולה לטעון למדעיות" (שם; ועוד שם, עמ' 57—58).

מבלי להיכנס לפרטי דוגמאותיו של אנגלרד להסברת המושג של גישה ערכית (באלה עוד אחזור לדון להלן), שם אני נפשי בכפי ובאתי להודות ולהתוודות שאכן הנני בעל גישה ערכית. אני מודה באשמה, או מוטב אולי לומר, למען דיוקם של דברים, מודה בעובדות מבלי להודות באשמה. לא העלמתי ולא אעלים את דעתי, שאחת המטרות החשובות במחקרו של המשפט העברי היא — בנוסף, כמובן מאליו, לבידור ולמחקר

לעניין המשפט העברי בתקופת התלמוד ותקופה ממושכת אחרית, אך במשך הזמן נוצר במשפט העברי מוסד ההתיישנות בדרך מיוחדת משלו. וראה על כך במפורט במאמרי "על ההתיישנות במשפט העברי" הפרקליט יד (תשי"ח—1958) 179—189, 243—279 (ועיין שם, בעמ' 183), ובספרי המשפט העברי, חלק א, 110—113. אמנם במצבו של המחקר במשפט העברי בימיו של גולאק קשה מאוד היה לעמוד על שינויים עקרוניים כאלה המשוקעים בים השו"ת, ויש להתפעל מיכולתו של גולאק להשתלט — ולו מבחינת קביעת עקרונות ומושגים אלמנטאריים — על ספרות התלמוד והפוסקים שהיתה לפניו. וראה עוד בספרי המשפט העברי, 135 ואילך, וכן בהערה 46 שם. במידה ניכרת בא עניין זה על תיקונו בספר שבעריכתי *The Principles of Jewish Law* (ראה הערה 38 לעיל), המכיל דיון ביסודות המשפט העברי ומושגיו בכל ענפי המשפט, ולא רק במשפט האזרחי, ומצביע, בדרך כלל, גם על דרכו של המשפט העברי בענפים השונים בתקופה הבתר תלמודית. ראה שם, הקדמה ומבוא.

לשמו — הכנתו לשם קליטתו במערכת המשפט של המדינה. בכך דגתי רבות ובמפורט במקומות שונים, ואריזה לעצמי לצטט מדברים שכתבתי לאחרונה בהקדמה לספרי המשפט העברי⁴⁴:

"כל מי שדן כיום בתחום המשפט העברי, גם אם משימתו העיקרית היא הוראתית ומחקרית, אינו יכול — ואינו רצאי — שלא להיזקק לבעיה זו של מקומו של המשפט העברי בחיי המשפט המעשיים במדינה העברית. והלוואי ויהיה בספר זה כדי לסייע ללימודו ולמחקרו של המשפט העברי תוך עיון והעמקה במקורותיו, ויקדמנו לקראת מילוי המשימה הגדולה והנכספה העומדת לפני דורנו ששב לריבונוּת עברית כארצו — הלוא היא קליטתו והחלתו של גכס תרבותי ורוחני זה, שהוא מנכסי צאן ברזל בעולמה של היהדות, במערכת המשפטית של מדינת ישראל".

אך על אף דברים "ערכיים" אלה מעז אני עדיין "לטעון למדעיות". ולא זו בלבד, אלא שתמה אני על תמימותו של אנגלרד בנושא זה של ערכיות ומדעיות בעולם המחקר. איני יודע בדיוק מה מידת הטוהר המדעי, ללא סיגים של ערכיות רחמנא ליצולן, במחקר מדעי הטבע; איני מצוי כל צורכי בתחום מחקר זה. אך בתחום מדעי הרוח, החברה והמשפטים — וכי ייתכן בו מחקר מדעי אובייקטיבי טהור, ללא שמץ — קטן או גדול — של גישה ערכית-אובייקטיבית, היסודות ומקורה בהשקפת עולמו של החוקר? וכי הדברים צריכים לפגוע בתחום מדעי הפסיכולוגיה, הפילוסופיה והסוציולוגיה? ובתחום מדעי הכלכלה — אין השקפת העולם הסוציאליסטית או הקפיטאליסטית משאירה רישומים עמוקים בכתביהם ובמסקנותיהם של אנשי מדע גדולים ודגולים? והיצירות שנכתבו על-ידי היסטוריונים גדולים ומובהקים במחקר דברי ימי ישראל, אם בתיאור ההיסטוריה העברית כולה ואם בתיאור פרקים אלה או אחרים שבדברי ימיה של אומה זו — המסקנות השונות בהכנת אירועים היסטוריים מכריעים — כלום אינן מושפעות, בין היתר, גם מהשקפת עולמו הלאומית, הדתית, המיסטית וכיוצא באלה של חוקר זה או אחר? ובמחקר המשפטי, באומות העולם ובישראל, אין הדבר כן? או שמא, לדעתו של אנגלרד, מדעי המשפט דומים למדעי הטבע, משהו כגון כימיה אורגנית או אי-אורגנית? ושם הצהרה או הכרזת טוונות בדבר טוהר מדעי או מחקר אובייקטיבי סטרילי לא תשנה עובדה זו, שדוכה עלי שידועה ומפורסמת היא בעולם המחקר, לפחות בתחומים אלה.

ואם יישאל השואל — אם כן מה בין מחקר מדעי לאפולוגטיקה, בין עיון המבוסס על עובדות ונתונים ובין יצירה שתחילתה וסופה יש בהם מכוס ביטוי להרהורי לבו של היוצר? אף אחת אמור לו, שההבדל הוא במידת הכשרתו של החוקר לבדוק את התיאוריות, המאורעות, הנתונים והעובדות במירב העיון האובייקטיבי, בכישרון הבחנה בין טפל לעיקר, ביכולת חדירה מירבית לסתום שמתחת ושמאחורי המגולה, בתכונה ואופי של כנות ויושר אינטלקטואליים שלא לחפות על שום נתון שעלה בדרך מחקרו ושלא ליפות במעטה קוסמטיקה וול עובדות ואירועים שאינם עולים בקנה אחד עם השקפת עולמו, במאמץ מירבי להתגבר על נטיותיו האינדיבידואליות ועל השקפת

44 המשפט העברי, חלק א, י.

עולמו הערכית, ובאזהרה המטרה שמוזהר הוא את עצמו לבל יטשטש ובל יטושטש האיוון החיוני בין עולמו המדעי ועולמו הערכי. אבל כאמץ מירבי ואזהרה המורה — ותו לא! כי לא ייתכן, פשוט לא ייתכן, שמאמץ זה יוכתר בהצלחה מלאה, שהרי החוקר אינו גולם-מכונה, מין מחשב דהאידנא, שקולט נתונים, אירועים ותיאוריות ופולטם כשם שבולעם. רוחו של החוקר, הנשמה היתרה שבו, הם הם ש"מבשלים", מגבשים ומסגנים את פרי מחקרו, והשקפת עולמו וערכיו הרוחניים של החוקר הם חלק מהותי ובלתי ניתן להפרדה מרוח ונשמה יתרה אלה. השאלה ביסודה אינה אפוא אם לנקוט גישה ערכית, או שלא לנקוט גישה כזו, כי אין בנמצא — כך יש לקוות — חוקר ללא גישה ערכית משלו לנושא, אלא השאלה היא מה מידת השימוש שמשתמש אותו חוקר בגישתו הערכית האינדיבידואלית, מה גודל ההשפעה שיש למטרותיו הערכיות על מחקרו ומה מידת יכולתו וכשרונו לצמצם שימוש והשפעה אלה במידה מירבית לבל יסלפו את מסקנותיו המדעיות של מחקרו. שהרי אם אי אתה אומר כן — אנה אנו באים? טול למשל טיעונו של אנגלרד, שחוקר שמצהיר שמחקרו במשפט העברי ישמש, בין היתר, כהכנת המשפט העברי לקליטתו במערכת המשפט של המדינה, שחוקר כזה אינו יכול "לטעון למדעיות". פועל יוצא מכך הוא שכל מי שמצהיר כך, אנוס הוא על-פי דעתו של אנגלרד להדיר עצמו מעיסוק במדע המשפט העברי ונגזר עליו לכלוא את מחקרו ששוב לא יזכה לשכון בהיכל המדע. והרי רובם המכריע של חוקרי המשפט העברי מאז תחילתה של מאה זו נתפסו ל"מינות מדעית" זו⁴⁵. חוקרים כגולאק, פריימן, אסף, דיקן וילברג וייבדל לחיים ארוכים חיים כהן⁴⁶, וכן רובו המכריע של הדור הצעיר והמבטיח של חוקרי המשפט העברי, מצהירים וחוזרים ומצהירים, במחקריהם ובמאמריהם — איש איש בשעתו — על רצונם ועל מטרתם שפרי עמלם יקל על קליטת המשפט העברי ויאפשר את התדרתו למשפט של היישוב היהודי האוטונומי שלפני קום המדינה ולמערכת משפט של מדינת ישראל. וכי מכל אלה בא אנגלרד לשלול, בהנף יד, את מדעיותם?

למעשה, אנגלרד קורא תגר על המגמה שהתוספה בעולם המחקר של המשפט העברי, החל מן ההתעוררות הלאומית בתחילתה של מאה זו, שלעומת המחקר במשפט העברי שלפני כן, שהיה נעדר כל מטרה מעשית וענייניו היה מחקרי בלבד — אם לצורך השוואה עם מערכות משפטיות אחרות, ואם לצורך העניין ההיסטורי, הספרותי והפילוסופי הגלום במקורותיו — התוספה בו מעתה גם מגמה של הכשרתו לחיי המעשה⁴⁷. בודאי שזכותו הלגיטימית של אנגלרד היא לקרוא תגר על מגמה זו, וכן זכאי הוא לשלול את מדעיותם של רוב חוקרי ומחקרי המשפט העברי שנעשו מתחילתה של מאה זו

45 זה אחד השינויים החשובים שחל במטרות מחקרו של המשפט העברי החל מתקופה זו, לעומת "המחקר הטהור", ללא כל מסקנה משפטית-מעשית, המאפיינת את מחקרו של המשפט העברי בתקופות שלפני כן. וראה בספרי המשפט העברי, חלק א, 136—139.

46 הדברים ידועים וכתובים הם במחקריהם ובמאמריהם, ולא אמנה אותם כאן כרוכל. חלק גיכר של דיון והפניות ימצא הקורא במאמרים שנוכרו לעיל, בהערה 25, וכן בספרי המשפט העברי 117 ואילך, 138 ואילך ובמאמרי: "The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel" part III, 3 *Israel Law Review* (1968) 443 etc.

47 ראה על כך בספרי המשפט העברי, א, 136—139.

ואילך, אך מעז אני לומר, בדחילו ורחימו, כי אנטי-ערכיותו של אנגלרד אף היא גישה ערכית מובהקת היא, וחושש אני חשש חמור, שמרספע הוא מגישתו זו במידה שלמעלה מן המותר, באופן שיש בה כדי לפגום באובייקטיביות המדעית של ביקורתו.

ה. דרכו של חוקר ודרכו של פוסק

העניין השני שבביקורתו של אנגלרד קשור בהבחנה בין דרכו של החוקר ובין גישת הפוסק בפסיקתו. כדי להבהיר במה מדובר חייב אני לצטט את שני הקטעים הנוגעים לעניין. בקטע הראשון (עמ' 55) מצטט אנגלרד מדבריי:

"את השילוב בין שתי הנחותיו [מציאת עקרון יסודי שלא הייתה במשך התקופות השונות ומטרת המחקר כדי להכין את המשפט העברי לקליטתו במשפט המדינה – מ.א.] 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 לענין קליטת עיקרון זה בחיי המעשה, שומה עליו לדעת: (א) מה היו השלבים השונים בעיקרון זה בכל התקופות של המשפט העברי; (ב) מה היו הגורמים הכלכליים והחברתיים שהביאו להתהוותם של שלבים שונים אלה; (ג) כיצד אימץ לו המשפט העברי את השינויים שבשלבים השונים כחלק מהותי של מערכת דיניו, ומת הן הדרכים המשפטיות שנקט המשפט העברי כדי לתאם בין ההלכה הקיימת ובין ההלכה המתחדשת' (המשפט העברי, עמ' 139)".

ועל כך כותב אנגלרד לאמור:

"אולם הסתירה בדרך מחשבתו מתגלית ביתר שאת בהבחנה שהוא קובע בין חוקר המשפט העברי (הנוקט שיטה היסטורית-דוגמית) לבין פוסק ההלכה (הנוקט שיטה מסורתית). הבחנה זו גורמת לגיתוק 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 המתחייבים מסור ללב המעיין ואין בו ממידת האובייקטיביות הדרושה למחקר היסטורי" (עמ' 56).

קראתי וחזרתי וקראתי בדברי אנגלרד, וקשה לי להבינם ולעמוד על משמעותם. דומה עלי שנתחלפו לו לאנגלרד מושגים ומונחים השונים אלה מאלה, מתוך שלא עמד על דברים ברורים ומפורשים שכתבתי בעניין זה של הבחנה בין דרכו של החוקר לדרכו של הפוסק.

ובכן, כך הוא העניין בקצירת האומר. במקומות אחרים (ראה להלן) כתבתי, דומה עלי שהוא מן המפורסמות, שיש להבחין בין הדרך הנקוטה בשעת העיון התיאורטי

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

בנושא מסוים בהלכה, ובין הדרך שנוקט מי שבא לפסוק את הדין לעניין קונקרטי מסוים. ואיני יכול אלא לחזור ולצטט מה שאמרתי בנדון (בעניין הדיון על קליטת המשפט העברי במערכת משפט של המדינה העברית) ⁴⁸ :

"הרי מן המפורסמות הוא, שגם בעולמה של ההלכה גופה מצוי הלומד והפוסק, ולא אחת דעותיהם ומסקנותיהם שונות זה מזה ואף סותרות זו את זו. ובוודאי ובוודאי ששונה היא דרכו של החוקר מדרכו של הפוסק, כי הדין הפוסק את הדין — כדרכו של שופט בכל מערכת משפטית שהיא — אין עניינו אלא בבדיקה וקביעה דוגמתית של אותו דין שבהלכה כפי שהתגבש לאחרונה; לעומת זאת עניינו של החוקר בבדיקה דוגמתית-היסטורית של אותו נושא בכל שלבי ההיסטוריים בתקופותיה השונות של ההלכה...".

דומה שדברים אלה כה ברורים הם, עד שאין צורך לחזור ולהסבירם, ויש להצטער צער רב שאנגלרד לא טרח לצטטם או לפחות לעיין בהם. ההבדל איננו אפוא, כדברי אנגלרד בשני הקטעים שציטטנו לעיל, בין גישה מחקרית מדעית ובין מתודה מסורתית, או "בין חוקר המשפט העברי (הנוקט שיטה היסטורית-דוגמתית) לבין פוסק ההלכה (הנוקט שיטה מסורתית)". ההבדל הוא בין המטרה העומדת בפני מי שנוקט לנושא המסוים — האם מטרתו עיונית, היינו לשם לימוד או מחקר, או שמטרתו היא מעשית, היינו לשם פסיקה או שיפוט, והבדל זה קיים גם בתוך "המתודה המסורתית" עצמה.

חוששני מאוד שאנגלרד מחליף בין עניינים שונים אלה לאורך כל מאמרו. בתחילת מאמרו (עמ' 34) מעמיד אנגלרד את השאלה הבאה:

"השאלה הראשונה העומדת בפני החוקר המודרני היא איפוא: במה שונה מחקרו, המכוונה לעתים מדעי, מן הלימוד והעיון של בית המדרש הישן? האם השוני הוא במתודה או במטרה או בשתייהן גם יחד? מה טיבו של שוני זה?"

כנראה שבתשובה לכך מקדיש אנגלרד לתיאור דרך "הלימוד והעיון של בית המדרש הישן" דברים אחדים במאמרו (עמ' 45—47), שדומה שאינם ממצים נושא גדול זה ויש מקום לבעל דין להשיג על מה שנאמר בהם ⁴⁹, אך לא כאן המקום להאריך בכך. והנה, כשהוא דן בהמשך דבריו במחקרו של המשפט העברי, וכשהוא מעלה, בין היתר, את השאלה, האם מטרת המחקר היא להנהיג את המשפט העברי במשפט המדינה, הוא

48 שם, עמ' 118.

49 למשל, אנגלרד קובע (עמ' 45): "מחקר היסטורי משפטי או פילולוגי מודע ומכוון לא יכול היה לקנות לעצמו שביתה באקלים הרוחני של בית המדרש הישן והוא נעדר משם עד עצם היום הזה". הרבה ראשונים, ולא מעט אחרונים, הקפידו רבות על דברים הנוגעים למחקר פילולוגי, עמדו על שינויי נוסחאות, דרך עריכת הסוגיות וכיוצא באלה. והדברים ידועים ואין כאן מקום להאריך. אנגלרד מפנה לאורבך, בעלי התוספות (מוסד ביאליק, מהדורה שנייה, תשי"ז) 532, 563. אך שם נאמר התייחס הגמור מדבריו (ראה שם, עמ' 527 ואילך, וראה למשל דברי אורבך (שם, עמ' 556): "באחרות ממסקנותיהם על מבנה הסוגיה החל" מדתית ועל עריכתה הקדימו [בעלי התוספות — מ. א.] את המחקר התלמודי החדש מיסודה של חכמת ישראל". על כל פנים נושא גדול וחשוב זה אין לפטרו במספר משפטים בלבד.

חוזר ואומר: "שאלה זו קשורה בשאלה עקרונית נוספת, והיא: במה נשתנה המחקר הדוגמתי המודרני מן העיון המסורתי" (עמ' 47). אך על שאלה זו לשוא אתה מחפש תשובה וכנראה שאנגלרד קרטר את דברי אני בנוגע להבחנה שבין החוקר ובין הפוסק (שאת דרכו הוא רואה כמי שמייצג את "המיתודה המסורתית", כפי שראינו לעיל) כאילו היא באה לדון בהבחנה שבין המחקר המודרני ובין העיון המסורתי⁵⁰. אך בכך נתפס לטעות ויש כאן משום החלפה בין שני נושאים שונים, שכל אחד כשלעצמו ראוי הוא לעיון מעמיק. אך אני לא דנתי ולא הית לי עניין לדון, אלא בנושא אחד מבין שני נושאים אלה בלבד. ובאותו נושא ידנתי בו, דומה שגלוי וידוע שההבדלים בין דרך הלימוד לדרך הפסיקה (גם כשיש בהם במתודה המסורתית!), ומכל שכן בין דרך המחקר לדרך הפסיקה, גדולים ומהותיים הם. הלומד מבקש לעמוד על שורשי של הנושא ועיקר עניינו בניתוח האנליטי של הסוגיא, בדעות הכוונות הבראשונים ובאחרונים מבחינת דרך לימודה והבנתה וכיצד באלה, הכל לפי דרך העיון הנקטה בידו⁵¹. לעומתו — עניינו העיקרי של הפוסק להכריע בנושא הקונקרטי המובא לפניו, בין אם הנושא הוא מעשה שהיה ובין אם הוא פסיקה עיונית בבעיה מסוימת. משום כך — אין על הפוסק לברר ולדון בכל המקורות שבכל התקופות, שממם התפתחו

50 אילו עין אנגלרד ביתר עיון בקטע שהוא מצטט מדבריי, ובמה שנאמר לפני כן ואחרי כן, היה עומד על הטעות בדרך הבנתו, גם אם לא שם לב — משום מה — לדברים שהבאתי לעיל מעמ' 118 מספרי. קטע זה (שבעמ' 139) אין עיקר עניינו כלל לעמוד על הבחנה שבין החוקר ובין הפוסק, וכל מה שמובא מדרכו של הפוסק אינו בא אלא להדגים אימתי אין חובה צורך בדיון כללי-תקופתי. בדברים שלפני קטע זה אמרתי שיש צורך במחקר כללי-תקופתי במשפט העברי, היינו מחקר שידון בנושא מסוים לפי השלבים שנושא זה עבר מתחילתו ועד לימינו אנו. "וזאת על שום מה? על שום שכל מי שטוען לעיקרון מעקרונות המשפט העברי על ידי הוכחה מן התלמוד, בלי לעיין בהתפתחות שחלה בניתוח בתקופות שלאחר מכן, או כל המוכיח עיקרון משפטי מסוים מתוך דבריו של אחד האחרונים, בלי להצביע על סיבו ומהותו של עיקרון זה בתקופות קדומות יותר — כזה כן זה אינם מצביעים על עמדת המשפט העברי באותו נושא מסוים, אלא על הוליה קדומה או מאוחרת אחת מתוך השתלשלותו של המשפט העברי". מיד לאחר דברים אלה מובא הקטע שאותו מצטט אנגלרד, ולאחר מכן בא אני בביקורת על אותם חוקרים שנקטו בשיטת "המחקר המקצועי", היינו המחקר עד לתחילת התלמוד בלבד, מתוך שלא העריכו נכונה את ההתפתחויות העצומות שחלו לאחר תחילת התלמוד, ומציין אני את פריימן, שעמד היטב על יצירה גדולה זו שמצויה במשפט העברי בתקופת הבתר תלמודית. מה שנאמר כאן הוא אפוא שלדעתי שומה על החוקר לחקור את הנושא המסוים כפי שהוא מצוי בכל תקופות המשפט העברי (ולכך עוד אתייחס להלן), דבר שאינו מוטל על הרב הפוסק, שעניינו בהחלת הנורמה האחרונה המחייבת. כל הצגת הדברים עליידי אנגלרד בתחילת הקטע היא מטעה. אומר אנגלרד: "את השילוב בין שתי הנחותיו [היינו מציאת רעיון מרכזי לאורך כל התקופות והכנת המשפט העברי לצורכי קליטתו במשפט המדינה — מ.א.] מבטא אלון שעה שהוא בוחן את היחס בין גישתו המחקרית ('המדעית') לבין המתודה המסורתית", ועל כך הוא מביא את הקטע הנ"ל שבעמ' 139. אך כאמור, קטע זה דן בבעיית המחקר הכללי-תקופתי לצורך הכנת המשפט העברי, ואינו מזכיר כל עיקר את עניין הרעיון המרכזי השזור בכל הדורות, ואם כן, מה ביטוי יש כאן לשילוב שתי ההנחות הנ"ל?

51 על דרך לימוד זו, כפי שהיתה נהוגה בישיבות ליטא בדורות האחרונים, ראה מאמרו של גדליה אלון, "ישיבות ליטא" בחקרים בתולדות ישראל חלק א, 1, 3-5, ובמאמרי "לזכרו של משה זילברג" עמ' 107-108 העברי חלק ב (תשל"ה) א, בעמ' 2-3.

דעות שונות באותו נושא, ואין הוא חייב — אם כי לעתים הוא עושה זאת — להתעמק בהבנתן של הסוגיות על ראשוניהן ואחרוניהן, אלא עיקר מעיינו בהתגבשותה של ההלכה בנושא שלפניו, כפי שהוא מצוי בספרות הפוסקים והשו"ת. וייתכן גם ייתכן, ומעשים שבכל יום הם, שהלומד ילמד "פשוט" בסוגיא שבגמרא וברמב"ם בצורה כזו, שהמסקנה המתבקשת מכך לפתרונה של בעיה מסוימת תהיה שונה לחלוטין מהמסקנה שאלה מגיע הפוסק בדרכו הוא בפירשה של הסוגיא והספרות שעליה. ואף כללים מיוחדים נקבעו בקשר לכך, כגון שרש"י בפירושו נתכוון לפרש ולא לפסוק, שיש להעדיף מסקנה שבשו"ת, מתוך שהיא עוסקת בעניין שהוא למעשה, על מסקנות שבספרות הלכתית אחרת, ועניינים רבים ונוספים שלא כאן המקום להאריך בהם.⁵² כמובן ואין צריך לומר ששני בעלי הפונקציות האלה, על אף השוני שבדרכו ושיטתו של כל אחד מהם, ועל אף שיתכן גם ייתכן שהלומד מגיע לפתרון מהותי השונה מזה של הפוסק, שניהם גם יחד מהווים חלק מהותי, אינטגרלי ולגיטימי בעולם ההלכה. ואם כזהו השוני בין הלומד ובין הפוסק (ששניהם נוקטים "בדרך הלמוד של בית המדרש הישן") בדאי ששוני זה גדל עוד יותר בין החוקר הנוקט בדרך מדעית, ובין הפוסק, שהרי החוקר חייב, עוד יותר ממה שנוהג בו הלומד, להעביר בעיונו את כל החומר המצוי באותו נושא, מכל הספרות התלמודית, ואף כזו שאינה מצויה כל כך בשימושם של לומדים סתם; חייב הוא בבדיקת נוסחאות של כתבי-יד הרבה יותר מהמקובל בעולם הלומדים; חייב הוא לעמוד על כל הדעות השונות שנאמרו באותו עניין, ללא יוצא מן הכלל; חייב הוא בדיעת ובלמוד המציאות ההיסטורית והחברתית שביסוד הלכות שונות, וכיוצא באלה. כמו כן שומה על החוקר, הכל לפי השיטה הנקוטה בידו, לעמוד על הנושא כפי שהתפתח בתקופות השונות של המשפט העברי, באמצעות איזה מקור מן המקורות המשפטיים חלה התפתחות זו וכיוצא באלה (ועוד נחזור לעניין בכך להלן). והחוקר — כפי שכך הוא אצל הלומד ועוד יותר מכך — בדרכו הוא, ייתכן גם ייתכן שיגיע לפתרון מהותי שונה מזה של הפוסק, ודבר זה מותר ומקובל ורצוי — גם מבחינת עולם ההלכה ודיניה — כל עוד חוקר זה אינו מתעטף באיציטלה של דיין ומתיימר להיות פוסק ומורה הוראה, אלא מבקש לעמוד על עומק פשוטה והבנתה של ההלכה.⁵³ ודרך זו, חשיבות מרובה נודעת לה, לא רק מבחינת

52 ראה על כך במפורט בספרי המשפט העברי, חלק ב, 782 ואילך, 795 ואילך, חלק ג, 1215 ואילך. בעולם הישיבות התהלך הסיפור הבא, שגם אם לא היה למעשה, יש בו כדי לבטא את שאמרנו. מעשה בר' חיים מבריסק, שהיתה לו שאלה בהלכה למעשה. החליט לפנות לפוסק שבדורו, לר' יצחק אלחנן מקובנה. וכך כתב לו: "זהו המעשה וזהו השאלה, במטותא ממך אנא השב לי בשורה אחת בלבד — כשר או טרפה, חייב או זכאי, ללא מתן נימוקים". וכאשר נשאל ר' חיים משום מה ראה לעשות כך, השיב: "פסיקתו של ר' אלחנן מחייבת אותי, שהרי הוא הפוסק של הדור, לכן יודיע לי מה המסקנה אליה הגיע. אך כל יכתוב נימוקים, שהרי בלימוד ובהבנת הסוגיא דרכי שונה משלו, ואם יכתוב את נימוקיו ייתכן ואראה שטעה בהבנת הסוגיא ויהא ספק בלבי אם פסק נכון הוא. לכן עדיף שלא אקבל את נימוקיו". וזהו ההבחנה בין הלומד ודרכו הוא, ובין הפוסק והסמכות המוקנית לו. וכך נהגו גם גדולי ההלכה מדור לדור. ראה למשל דברי הרשב"ם לבראשית, לו, ב, בעניין אין מקרא יוצא מידי פשוט; ודברי הרמב"ם ובעל תוספות יום טוב בעניין פשוטה של משנה, והבאתם על-ידי חוקרי התלמוד, כמפורט בספרי המשפט העברי, חלק ג, 909.

בירור וליבון הנושא בדרך המחקר המדעי לשמו, בחינת עומק פשוטה של תהלכת, אלא גם מבחינת קליטת המשפט העברי במערכת המשפט של המדינה, מבחינת אופייה ומהותה של קליטה זו, כפי שעמדנו על כך בהרחבה במקומות שונים⁵⁴, וכפי שעוד ידובר בכך בקצרה להלן.

1. דוגמת שיטת המחקר

עניין נוסף שאנגלרד דן בו, הנוגע לשיטת מחקר, הוא "החלתה המעשית" של שיטת מחקר זו. כדוגמה בחר במחקרי חרות הפרט בדרכי נביית חוב במשפט העברי⁵⁵. ואם כי קדם לו מחקר מקיף אחר, על ההתיישנות במשפט העברי, ואחריו באו מחקרים אחרים, טוב עשה שהתייחס לספרי זה, שהשקעתי בו מאמץ רב כדי לנסות, לבסס ולהדגים את שיטת מחקר, וחביב הוא עלי מאוד. ומעיד אני עלי שמים וארץ שציפיתי למצוא בהערותיו ובהשגותיו לעניין עיקרון ופרט זה או אחר שבמחקר דברים שיהא בהם כדי לעוררני לחזור ולדון בהם. שהרי מקובל עלי, כפי שמקובל על כל חוקר על דבר אמת, ששגיאות מי יבין ומנסתרות נקני, וכשם שאין בית מדרש בלא חידוש כך אין חידוש שלא יפול בו גם שיבוש. וחייב כל אדם לחזור ולתלות מעת לעת על דבריו, מאמריו ומסקנותיו. אך חוששני שאנגלרד הקל על עצמו את המלאכה ואין ביקורתו מעמיקה, ומצטער אני שיצא ידי חובתו בכך.

אנגלרד פותח ואומר שאלון כגדיר את שיטת מחקר דוגמטית-היסטורית, שלראשונה הופיע צירוף זה בספר קידושין ונישואין של א"ח פריימן⁵⁶, אלא שאלון "נותן לביטוי משמעות מיוחדת מאד" (עמ' 54), ולדעתו של אנגלרד, דרך זו יש בה משום סכנה. וכל כך למה? אומר אנגלרד:

"סכנה אחרת הטמונה בצירוף של שיטה דוגמטית ושיטה היסטורית (כפי ששם המתודה של אלון מחייב) נוגעת לדרך ההצגה של הנושא... דומה כי אין אפשרות לצרף את שניהם בעת ובעונה אחת, מבלי לגרום לחוסר בהירות ולחוסר שיטתיות בהצגת הצד הדוגמטי והצד ההיסטורי" (עמ' 57).

דברים סתמיים וכלליים שקשה לי לרדת לסוף משמעותם. את משמעות המושג מחקר דוגמטי-היסטורי, כפי שהוא נקוט בידי, הגדרתי באופן ברור בדברי המצוטטים על-ידי אנגלרד (עמ' 54—55), והדגמתי דרך משולבת זו במחקרים שונים. כפי שראינו לעיל, כבר גולאק העמיק לראות בדרך זו של שילוב היסטורי-דוגמטי את הדרך הטובה והיעילה שיש לבור אותה, ובה נקט במחקריו, שדומה עלי ששיטתיים ובהירים הם כמחקרים לדוגמה. כמובן שישנם שינויי דגש — לצד ההיסטורי או לצד הדוגמטי — בין דרכו של גולאק, בין שיטתו של פריימן ובין דרכי אני, אך הגישה ביסודה משותפת היא לכולם.

הערה 10. הדברים ידועים ומקובלים לכל מי שעוסק במחקר התלמודי, ודומה שאנגלרד לא היה ער לכך.

54 ראה לאחרונה בספרי המשפט העברי, חלק א, 117 ואילך.

55 ראה הערה 37 לעיל.

56 א"ח פריימן, קידושין ונישואין (ירושלים, תש"ה).

1. עקרונות מנחים במחקר המשפט העברי. בטרם אדון בהמשך דבריו של אנגלרד, שבהם הוא עומד על מספר עניינים נוספים בשיטת מחקרי בספרי חירות הפרט, ארשה לעצמי, למען בהירות העניין, לציין את עיקרי הדברים שביקשתי לתרום ולהדגיש מבחינת שיטת המחקר במשפט העברי, בנוסף לדרך הדוגמית-היסטורית (או היסטורית-דוגמית), הנקוטה כבר בידי גולאק ופריימן. עיקרה של תרומה זו מתמקד בשלושה דברים, שלושה שהם ביסודם שניים. הדבר האחד הוא, שעל המחקר להיות כלל-תקופתי וכלל-תפוצתי, היינו, הנרשא המשפטי המסוים לא יסתיים במצב התגבשותו בתקופת התלמוד, אלא כפי שהוא עולה בדינו במשך כל התקופות שלאחריה על תפוצותיהן השונות. במידה מסוימת כבר עמדו על כך פריימן ואסף, אלא שלא היה סיפק בידם לבסס דרכם זו. על הנימוקים להרחבת יריעת המחקר מבחינה תקופתית עמדתי בהרחבה במקומות רבים ושונים ולאחרונה הקדשתי לכך את עיקרו של הפרק השלישי בספרי המשפט העברי, שכל כולו מוקדש לדרך מחקרו המדעי של המשפט העברי, והמעין יעין במקומות אלה, גולאק, מתוך שביני ראשוני גדולי חוקרי המשפט העברי היה ומתוך שעסק במחקריו כמעט אך ורק בתקופת התלמוד, לא עמד במידה מספקת על ההתפתחויות העצומות שחלו במערכת המשפט העברי בתקופה הבתור תלמודית, הן מבחינת השינויים המפליגים שחלו במסודות משפטיים שונים והן מבחינת יצירת עקרונות, ולעתים אף ענפים, משפטיים חדשים.⁵⁷

מבחינת דרך המחקר הדוגמית-היסטורית מצויות בידי החוקר המתעמק במשפט העברי בתקופה הבתור תלמודית הרבה יותר אפשרויות, מזומנות ופתוחות, לעמידה על התפתחות הנושא המשפטי המסוים, על הרקע החברתי והכלכלי להתפתחות זו, ועל הדרכים המשפטיות שבהם שוגו ונוצרו דינים אלה, מאשר מצויות בידי המחקר בתקופת התלמוד. שהרי החומר ההלכתי שבספרות התנאים והאמוראים הנו במידה מרובה קצור ופסקני, ושיוכה של הלכה מסוימת לתקופה זו או אחרת בתוך התקופה הכללית של תקופת התלמוד הוא מן הדברים שלעתים קרובות קשה מאוד לעמוד עליהם.⁵⁸ לא כן הדבר בחומר ההלכתי שבתקופה הבתור תלמודית. ספרות השאלות והתשובות, המעלה בפנינו

57 ראה לעיל, הערה 43 ובספרי המשפט העברי, חלק א, 129 ואילך, 139 והערה 46. יש לציין שגם גולאק עמד על מציאות קיומו של המשפט העברי, כמשפט חי ונוהג, במשך התקופה הבתור תלמודית (ראה למשל מאמרו "לסידור חיינו המשפטיים בארץ" שכתבו בשנת תרפ"א (1921), המובא בקובץ המשפט העברי ומדינת ישראל, שנוכר בהערה 25 לעיל, עמ' 28, ושם עמ' 29, 31-32, ובמאמרו "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי", שכתבו בשנת תרפ"ז (1927), המובא בקובץ המשפט העברי חלק ב, 195, 202 ואילך), אך לא העריך במידה מספקת את היצירה העצומה שבתקופה הבתור תלמודית, כפי שמשמע מהקדמתו לספרו החיוב ושעבודיו.

58 גולאק עצמו עמד על קושי זה במקומות שונים. ראה למשל דבריו במבואו ליסורי המשפט העברי, ספר ראשון, 12: "הספרות המשפטית עצמה לא הבליטה ולא הטעימה את דרכי גדולו והתפתחותו של המשפט אצלנו". וכן ראה הקדמתו לספרו החיוב ושעבודיו. מתוך קושי זה ביקש גולאק תחילה להעדיף את "המחקר ההיסטורי הפנימי" (יפורי המשפט העברי, 13), אך לאחר מכן חזר בו (ראה מבואו לספרו דיני קרקעות, xii; וראה דבריו לעיל, עמ' 106 והערה 19). וכן ראה על קושי זה בדברי ביקורתו של גדליה אלון על הספר החיוב ושעבודיו לגולאק, בספרו מחקרים בתולדות ישראל, חלק ב, 285. אמנם גולאק אומר בהמשך דבריו (יפורי המשפט העברי, חלק א, 12), שקשה גם להשיב על השאלה "איך היה ובמה נשתנה [המשפט העברי — מ.א.] בתקופת הרמב"ם והרשב"א? ואיך התפתח אחר כך

מציאות של אוטונומיה שיפוטית עברית המשתקפת מתוך אוצר בלום ובלתי גדלה של חיי המעשה של המשפט העברי, ממציאה בידי החוקר מקור שלא יסולא בפז הן לבירור הדוגמטי והן למחקרו ההיסטורי של המשפט העברי בתקופה זו, במיוחד מן המאה האחת-עשרה ואילך. שהרי בתשובה אנו מוצאים תיאור מלא ודיון מפורט, הנוגע הן במציאות המשפטית שהיתה קיימת אותה שעה והן בבעיות שהתעוררו בקשר לכך, הן בשינויים שחלו באותה תפוצה מתקופה לתקופה והן בשינויים שהיו קיימים בין גולה אחת ובין גולה אחרת באותה תקופה עצמה ברחבי הפזורה היהודית. בקשר לכך יש לשים לב גם לעובדה, שחלק גדול וניכר מתורתם ומתקנותיהם של חכמי ההלכה ומנהיגי הקהל בארצות תורכיה, צפון אפריקה וארצות מזרח אחרות – מהמאה ה־17 ואילך – היה בבחינת נעלם בשביל המרכזים האשכנזיים השונים, שעה שדוקא בארצות אלה נמשכה האוטונומיה השיפוטית העברית, גם לאחר שבטלה בארצות אירופה; ואוצרות בלומים אלה יש לשבץ מחדש במערכות המשפט העברי. בנוסף לכך, מצויה בתקופה שלאחר התלמוד ספרות נרחבת של פרשנות ופוסקים, תקנות ושטרות, ספרי הגות והיסטוריה, וספרות משפטית והיסטורית כללית.

הדבר השני, הקשור במשימה הראשונה וגובע הימנה, הוא שעל החוקר לעמוד כדי לחשוף את הרעיון המרכזי המצוי ביסודו של המוסד המשפטי המסוים, רעיון שנשמר לאורך התקופות והמרכזים השונים, ושהיווה את המכנה המשותף, את הברית התיכון, של כל השלבים והשינויים שעברו על אותו מוסד משפטי. ודאי ואין צריך לומר שאין החוקר יכול להבטיח ולקבל על עצמו מראש שאכן רעיון מרכזי יימצא בכל מוסד ומוסד משפטי שהוא דן בו. אך מותר גם מותר לו לחוקר לצפות, הן מתוך הכרתו וידיעתו את מהות מערכת המשפט העברי, שיסוד הרציפות וההמשכיות הוא אחד ממרכיביה הראשיים⁵⁹, והן מתוך נסיונו האישי במחקר המשפט העברי בנושאים שונים, שאכן מצוי וקיים רעיון מרכזי שכזה⁶⁰.

בתקופת הש"ך ז' אך דומה שבכך לא דייק, שהרי קביעה זו היא הרבה יותר נוחה והרבה יותר מדויקת לאור העיון בספרות השו"ת, כמבואר בפנים.

59 מאלפים הם דבריו של אשר גולאק בנדון, כמבואר לספרו יסודי המשפט העברי, חלק א, 6:

"ובכל זאת עלינו להכיר, כי המשפט העברי תורה אחת היא שלמה ויחידה על פי רוחה, אשר שמרה את עצמיותה המיוחדת לה בכל התקופות, שבהן שונה היה גורל עמנו, כי רוח העם ותורתו עלולים להשתנות מעט או הרבה בהתאם לתנאי הזמן והמקום, אבל בעיקרם יעמדו תמיד בהיותם, וכל עוד העם קיים ומקורות חייו לא נכזבו, אחת היא תורתו ואחד הוא הרוח המתגלה ביצורי רוחו. מובן מאליו, כי השגת האופי הכללי של המשפט העברי בכל תקופות קיומו תוכל לבוא רק כתוצאה החקירה המדעית בכל מקצועות תורת משפטינו בזמנים ובארצות שונים. כי רק אחרי אשר יתבררו לנו דרכי התפתחותה של תורת משפטינו והשנויים שחוללו בה גלגלי הזמן וגדודי המקומות, נוכל להבין מה שהוא תדיר וקיים ברוח דינינו ואת עצמיותם המיוחדת של הדינים העבריים. מכל מקום – השקפה זו על אחדותו הפנימית של משפטנו צריכה להיות גם במחשבה תחילה בגשתנו אל המחקר במקצוע זה, כי היא תישר את ארחותינו ולפי נקודת המבט, שתהיה בזה לחוקר, יכונן את צעדיו בדרך זו או אחרת".

60 וכך הבעתי עמדתי-ציפיתי זו בספרי חירות הפרט, עמ' יג: "ענין זה [של מציאת העקרונות הבסיסיים שביסוד כל התקופות כולן – מ.א.], שביקשתי לעמוד עליו בכמה הזדמנויות, הובהר מחדש, כך נראה לי, מתוך מסקנות המחקר שלפנינו (ראה מ' אלון חירות הפרט

הדבר השלישי שביקשתי להדגיש בדרך מחקרי הוא החשיבות המרובה שנועדה לעיון בדרכים – היינו המקורות המשפטיים – המוכרות על-ידי מערכת ההלכה עצמה, לשם הקניית תוקף מחייב לגורמה הלכתית מסוימת. לשון אחרת: שומת על החוקר לעמוד על הדרכים שבאמצעותן שינו וחדשו חכמי ההלכה במערכת המשפט העברי, היינו אם באמצעות הפרשנות, התקנת, המנהג, הסברה וכיוצא באלה, שהרי העמידה על כך תאלפנו דעת על דרך התפתחותו של המשפט העברי, על היצירה והבניין של מוסדותיו ועקרונותיו, דבר שנודעת לו חשיבות מרובה להבנת מהותו של המשפט העברי ולחיפוש דרכים להחזרתו לחיי המעשה בימינו. ואף לעניין זה, אפשרויות הביורור והעיון בתקופה שלאחר התלמוד מרובות לאין ערוך מאלה שבתקופת התלמוד, דבר הנובע שוב ממהותה ומדרכה של ספרות השו"ת, שבה מפורטים המציאות העובדתית, הפרובבלמאטיקה ההלכתית ודרכי היצירה של המשיב בתשובתו. ונוטל אני רשות לעצמי לחזור ולצטט מדבריי:

"בשאלה ובתשובה עומד המעיין בעיצומה של מציאות משפטית חיה, כשהוא מאזין לעובדות ולטענות שבפי הצדדים וכשהוא מלווה את גדול ההלכה בכל שלב משלבי עיונו המשפטי. הלומד והחוקר, בעינם בשאלה ובתשובה, נמצאים בתוך תוכה של המעבדה, שותפים לנסיון וליצירה, לוקחים חלק בגיתוח משפטי מקיף ומעמיק, שומעים תיאור או בייקטיבי – כמסיה לפי תומו – של רקע כלכלי וחברתי המשולב בדין ההלכתי ומאזינים לרמזים שקופים או סמויים על לבטאן וחיפושיו של חכם ההלכה במציאת הכרעה ופתרון משפטיים, המושתתים על העבר המסורתיים את הצרכים המרובים של דורו".⁶¹

עקרונות אלה בקשתי ליישם במחקרי חירות הפרט, שעניינו חקר הדרכים והאמצעים שבהם מותר לגקוט לשם גביית חוב אורח, במידה שיש בהם משום כפייה נגד גופו או חירותו של החייב, היינו משום ירידה לחיי החייב ולא רק לנכסי החייב, כגון עבדות על חוב, כפייה למלאכת לשם תשלום החוב, כניסה לבית החייב לשם גביית החוב, מאסר על חוב, ועיכוב קבורת החייב עד לתשלום החוב. המחקר משתרע על כל תקופות המשפט העברי, היינו מתקופת המקרא ועד לימינו, תוך עיון, במידת האפשר, במערכות משפטיות אחרות שבאותו מקום ובאותו זמן ועמידה על המציאות הכלכלית, החברתית והמוסרית שבתקופות ובפזוורות השונות. במחקר מושם הדגש על השלבים השונים שעברו על כל נושא ונושא, במידה שהיו כאלה, על הדרכים המשפטיות שבאמצעותן באו השינויים וההתפתחויות לעולמו של המשפט העברי ועל העקרונות שביסוד כל הנושא כולו לאורך תקופותיו השונות.

2. מחקר כלל-תקופתי ומקורות חיצוניים. חלק מהשגותיו של אנגלרד מתמקד במספר עניינים מתוכן, ונעיין בהשגות אלה כדי לעמוד נכונה על טיבן ועל המסקנות העולות מהן. כך טוען אנגלרד, שבגלל אורך התקופה שעליה משתרע

בדרכי גביית חוב כמשפט העברי 255 ואילך, 265, הערה 45). וראה גם לאחרונה בספרי המשפט העברי, חלק א, 104 ואילך, 118.

61 המשפט העברי, חלק א, 141; וראה עוד שם, חלק ג, 1215 ואילך.

המחקר "נאלץ המחבר להסתפק בחומר מצומצם בתקופות אחדות. כך למשל נסקרת תקופת המקרא עד לתלמוד בעמודים ספורים" (עמ' 58). האמנם זו היא הסיבה? בעשרת העמודים הדנים בתקופת המקרא מובא, לפי מיטב ידיעתי או ועתה, כל החומר המצוי בתורה, בנביאים ובכתובים, תוך הקבלה מפורטת לחוקי המזרח הקדום, בעניין עבדות על חוב ובכל מה שנוגע לנושא המחקר. אנגלרד אינו טורח להצביע על מקור, ולו אחד, שלדעתו שייך לנושא ואינו מובא. ואם כך, אולי הסיבה הפשוטה היא שזהו כל החומר שיש לדון בו בקשר עם נושא המחקר, דבר שלא יפליא את החוקר במשפט העברי, שהרי החומר המצוי במקרא, באופן יחסי לתקופות האחרות של המשפט העברי, הוא מועט ומצומצם מאוד, ולגבי רוב הנושאים האחרים שבמשפט העברי קשה יהיה לדון אף בעשרה עמודים באותו נושא בתקופת המקרא⁶².

אנגלרד ממשיך ואומר שהצגת

"המקורות הרבניים [אין זה ביטוי מקובל, ומוטב לומר "המקורות מן התקופה הרבנית" — מ.א.] כשהם מסודרים לפי המאה ולפי המקום... גורעת הן מהצגת הצד הדוגמתי והן מהצגת הצד ההיסטורי. המוסד המשפטי אינו מתואר באופן שיטתי על כל פרטי דיניו, אלא הוא מוצג לפי המקרייות של תוכן המקור הספרותי. התוצאה היא כי הדיון הדוגמתי במקום להיות רצוף ומקיף, הופך להיות מפוצל וקסאיסטי ביותר" (עמ' 58).

סתם ולא פירש, ועל כך כמובן אין מקום לדון ולהתווכח. ולי היה נראה דוקא שאחד הדברים הטובים והמועילים בדרך הצגה זו הוא, שאתה עוקב אחר נושא משפטי מסוים לכל אורך דרכו, מלווה את כל התוספות והשינויים שחלו בו, וגם החוקר וגם הקורא המעיין נהנים מתיאור רצוף ומקיף⁶³. ועוד: מה עניין כאן "למקרייות של תוכן המקור הספרותי"? מה מקרייות יש כאן? אם מצוי חומר במקור מסוים באותו נושא

62 אנגלרד, שם הערה 129, משיג על נכונות תפיסתי, שלפיה הוכחת הנביאים שהתנגדו לעבדות על חוב מבטאת את עמדת המשפט העברי — "הנראית לנו פשטנית מאד. גם המציאות מבוססת על דין והשאלה היא כיצד פירשו את דין תורה". זוהי כמובן שאלה שאין להכריע בה בדרך ההוכחה המשכנעת, היינו כאשר אנו מוצאים במקומות מסוימים בתנ"ך שבמציאות נהגו בעבדות על חוב והנביאים הוכיחום על כך, אם המנהג שבמציאות מוכיח שכך היה הדין והנביאים ביקשו בתוכחתם לשנות את הדין, או להיפך, שהנביאים ייצגו את הדין ובמציאות לא הקפידו תמיד לשמור ולהקפיד עליו. לפי הלך מחשבתו של אנגלרד, כאשר הנביאים מוכיחים את העם על עבודה זרה, על עושק אלמנות וכיוצא באלה — האם גם במקרים אלה נאמר שאלה שנהגו כך במציאות עשו כן משום שכך פירשו את דין התורה והנביאים ביקשו לשנות את הדין, או אולי — כפי שלדעתי הוא ההסבר הסביר — שאלה שנהגו כך, עשו שלא כדין והנביאים הוכיחום שעליהם לקיים את האמור בתורה. על כל פנים, לא אוכל להבין כיצד ראה אנגלרד בדבריו של יחזקאל קויפמן (תולדות האמנה הישראלית, כרך ד, ספר ראשון, 321–322), משום תנא דמסייע לו. בדבריו של קויפמן דנתי באריכות (חירות הפרט 2, הערה 9), דבר שכנראה נעלם מעיני אנגלרד. קויפמן אומר בדיוק את ההיפך, היינו שאלה שנהגו בעבדות על חוב עשו שלא כדין התורה, "ולא יכלו להסתמך על חוקי התורה".

63 הסידור לפי המאות אינו בדקא, והוא תלוי במהותו של כל נושא ונושא ובחומר המצוי בו. באותה מידה יש מקום לחלוקה לפי תקופות יותר ארוכות או יותר קצרות, הכל לפי מהות החומר שבאותו נושא, ועל כך עמדתי במפורט בהקדמה לספר (עמ' יא).

ובאותה תקופה הוא משתלב באופן אורגאני בתיאור ובעיון, ואם לא מצוי חומר כזה – אין הוא קיים, ואין כאן לא פיצול ולא מקריות. ועוד מוסיף אנגלרד ומסיג: "גם הצד ההיסטורי אינו מפותח. סידור החומר הוא כרונולוגי לפי זמן הופעת המקור, ללא בדיקה של מקורות חיצוניים" (עמ' 58). ואם מבקש אתה לדעת למה כוונת המשיג, הרי מדגים הוא את דבריו (בהערה 131):

"ראה, למשל, את תיאור התקנות בפולנייה, שם, בעמ' 172 ואילך. נקודת המוצא היא לשון התקנה ומובא מעט חומר היסטורי חיצוני המתייחס לאותה תקופה והקשור להתהוות התקנות".

ואתה עומד ותמה, ואינך מאמין למראה עיניך. והרי סוף סוף ייתכן שמי שקורא את דבריו של אנגלרד ואת ההפניה שהוא מפנה אליה, ילך אמנם ויפתח את המקור שאליו מכוונת ההפניה וירצה להיווכח האמנם כצעתה. והנה מאותו עמ' 172 ואילך, הדין בבעיית המאסר על חוב בפולין, ליטא ואשכנז במאה ה-17, מובא תחילה דיון בדבריהם של יצחק שיפר, חוקר תולדות הכלכלה של יהודי פולין וליטא, של מאיר באלאבאן, ההיסטוריון של דברי ימי ישראל בפולין ושל חיים הלל בן ששון, ההיסטוריון של תולדות ישראל בימי הביניים, בדבר המשבר הכללי ששרר באותה שעה בארצות אירופה המערבית והשפעתו על הכלכלה היהודית, בדבר ריבוי פשיטות הרגל, ובעניין המניעים המדיניים, הכלכליים והחברתיים-דתיים למציאות זו ביהדות פולין וליטא באותו זמן. בהמשכם של דברים מובאים תיאורים מפורטים על פשיטות-רגל, בריחות ומאסר החייבים בידי השלטונות הנוכריים, כפי שהם מצויים בשורה של שאלות ותשובות מפייהם של גדולי המשיבים באותה תקופה. ולאחר כל אלה מתקיים דיון מפורט בתקנות קהילת קראקא מהשנים 1595–1616, שפורסמו על-ידי מאיר באלאבאן, שקבעו פרוצדורה מפורטת ומדויקת בדבר סדר גביית החוב, כאשר החייב טרען שאין לו במה לשלם, פירוט סוגי החובות – הלוואות, דמי גזיקין, דמי שכירות, מסים, שכר לימוד ועוד – שבהן נהוגה הפרוצדורה הקבועה בתקנות, פירוט מלא של הסאנקציות שבידי בית הדין לנקוט נגד פושטי הרגל למיניהם ובפרט נגד אלה המשתמטים מתשלום המסים המוטלים עליהם והרקע התברתי-מוסרי לכך. כגון, בלשונה של התקנה (חירות הפרט, עמ' 180):

"לכן החמרנו כל כך בענין התקנה של מסים, משום שאנו רואים שרבים נכשלים בכך, ומורים היתר (= לעצמם) בענין המסים, ואינם ימים אל לבם שזהו גזל הרבים: לכן אנו מזהירים מאוד את הציבור על כך".

לאחר מכן בא תיאור של קובצי תקנות מפורטות שנתקבלו כעבור זמן בשני המסדות המחקקים של יהדות פולין וליטא באותה תקופה, ועד ארבע הארצות בפולין וועד הקהילות הראשיות בליטא, ובהן הוראות נוספות בעניין דיני פשיטת-רגל עבריים, בדבר תנאי המאסר של החייבים לפי תקנות אלה, תוך עמידה על השוני המהותי שהיה נהוג באותה תקופה במערכות משפטיות אחרות בארצות שונות באירופה על-פי מחקריהם של Otto Gierke ו-Joseph Kohler, ופסיקת בית הלורדים שבאנגליה. לא זו

המסגרת ולא כאן המקום להאריך, והמעין יעיין במחקר גופו. האם לזאת ייקרא דיון "ללא בדיקה של מקורות חיצוניים"?

לא טוב מזה גורלה של הפיסקה הבאה בדבריו-השגותיו של אנגלרד: "החלוקה המיכנית לתקופות ולארצות גורמת לחוסר רציפות ובכך לפיצול התמונה ההיסטורית". ומה ראתה מביא אנגלרד להלכה פסוקה זו שבפיז? על כך הוא מסביר בהערה 132:

"ראה את תיאור המאה החמש עשרה בספרד המתמצה בשני משפטים (עמ' 148): 'מאת זו, שהיתה תקופה של עזוועים קשים בתולדות פוזרי העם היהודי, בה שקעו מרכוזים ועלו אחרים במקומם, עניה, כידוע, גם בחומר הלכתי, על ענפיו השונים. במאה זו שוב אין בדינו ידיעות על מצבה של הלכה זו במרכז הספרדי, שעמד ערב שקיעתו'."

וכאן שואל השואל: וכי החלוקה לתקופות ולארצות היא שגורמת לחוסר רציפות ולפיצול התמונה ההיסטורית, או אולי נכון לומר, כפי שכך נאמר ברורות בקטע שבדבריי המצוטט על-ידי אנגלרד, שהמציאות ההיסטורית—שאותה קשה כמובן לשנות—היא עצמה גורמת למציאותו של הלל ריק, ששום שיטת מחקר ושום דרך שהיא לא תשנה אותה? והרי זוהי עובדה הידועה לכל בר בי רב שמאה שנים אלה, שתחילתן בפרעות בשנת 1391—שנת קנ"א—וסופן בחורבן הגדול של מרכז יהדות ספרד עם הגירוש בשנת 1492, היא תקופה שמעטה בה ביותר הספרות ההלכתית ושבמה היגרו מספר גדולי הלכה לפוזרות השונות, ומה לנו כי נלין בגלל כך על דרכה של שיטת מחקר זו או אחרת? ולא רק למרכז שבספרד עלה כך, אלא היתה זו תקופת דמדומים גם במרכוזים הלכתיים אחרים, אם כי בצורה פחות קשה מאשר בספרד. ואכן, עלה בדינו לדון, במידה מסוימת, בהתפתחות ההלכתית שחלה בנושא בתקופה זו במרכוזים היהודיים שבאשכנז ושבאיטליה (ראה בספרי, עמ' 148—152).

אנגלרד מסיק את מסקנתו מ"השגותיו" ומ"הוכחותיו" שעמדנו עליהן, לאמור: "דומה כי הדרך היחידה להתגבר על קשיים אלה היא קיצור היריעה ההיסטורית והגיאוגרפית" (עמ' 58). על מידת הקושי ש"בקשיים אלה" כבר עמדנו, ואין לנו להוסיף על כך. אך יתרה מזו. אמנם אנגלרד נתפס להשגות שאין להן אחיזה. אך אין זאת אומרת שדרך זו של מחקר דוגמטי-היסטורי כללית-קופתי אינה רצופה קשיים ולבטים רבים בגילוי כל החומר ההלכתי, ההיסטורי, ההלכותי, החברתי והכלכלי הנוגע לעניין, וזוהי משימה הדורשת מאת מי שמתמסר לה עמל ללא ליאות, יגיעה עצומה וחילושי דרך וחומר בלתי פוסקים. במחקרי השתדלתי וביקשתי לדלות את כל החומר ההלכתי הרלוונטי במידה שידי מגעת, את כל החומר המצוי בחוקים הכלליים השונים של הערים והמחוזות בספרד, באשכנז, באיטליה ובמרכוזים אחרים, את כל מה שנאמר באותה סוגיה על-ידי היסטוריונים ורושמי תולדות הכלכלה—אך בטוחני למעלה מכל ספק שעדיין מצוי חומר הנוגע לעניין שהוא נעלם מן העין, וגדול הספק המכרסם בלב החוקר שמא לא עלה בידו להבחיר את הסוגיא על בוריה.

אך המסקנה הנובעת מחשש גדול ומוצדק זה אינה נסיגה והתקפלות, משיכת היד והמוח מדרך מחקר טובה, נכונה ויעילה; המסקנה שאליה צריך להגיע החוקר המאמין באמיתות דרכו היא עשיית מירב המאמצים לגילוי הספונות ולאתור הנסתרות, אם על-ידי עמל וסקידה נוספים ואם על-ידי הכנת הספרות המתאימה שתסייע בדרכו

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

ובמלאכתו של החוקר⁶⁴. התקופה הבתר תלמודית כה עשירה היא בהתפתחות וביצירה של מוסדות המשפט העברי עד שלא נוכל להרשות לעצמנו "נזחות" זו של התעלמות ממחקרה כדי להקל מעלינו את עול העמל והיגיעה. הספק וחוסר הודאות בעניין זה או אחר, שהם מנת חלקו של כל חוקר על דבר אמת, בל יהא בהם כדי לרפות את ידי החוקר מהליכה עקבית בדרך מחקרו; אדרבה, ספק זה גופו יהא בו משום דירבון להעמקת יתר במקורות שלפניו ולחיפוש יתר אחר מקורות נוספים, ומתוך כך יזכה להתרת הספקות, שאין שמחה כשמחיתה.

3. עקרונות יסוד במשפט העברי. ועוד השגה כללית מעלה אנגלרד, והפעם בעניין מציאת הרעיון המרכזי שבמוסד משפטי מסוים, הנשמר לכל אורך תקופות המשפט העברי.

"אין יסוד אובייקטיבי לאמונה כי על ידי העיון ההיסטורי ניתן לגלות את הפתרון המהותי 'הנכון' והאמיתי 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 מסוים, ומן הצד האחר הוא מבקש לעמוד על השלבים השונים ועל השינויים של עקרון זה. קשה לראות כיצד אפשר לפתור באופן אובייקטיבי את הניגוד הזה בין היחסי לבין המוחלט" (עמ' 56).

אשר ל"יסוד האובייקטיבי לאמונה", עניין הוא כמובן למידת הבנתו ו"הרגשתו" של החוקר את הנורא שהוא דן בו, יש שניחן בהרגשה ויש ואין נחלתו בכך, ועל כל פנים אין כאן מקום לשיכנוע הדדי⁶⁵. אך אשר ל"ניגוד הזה בין היחסי לבין המוחלט", למה מכוונים הדברים? הרי במחקרי הירות הפרט דנתי וחזרתי ודנתי בעניין טיבו של המכנה המשותף מצד אחד, שהוא השמירה העקבית על העיקרון של שלילה מוחלטת של השפעת גורם עונשי או נקמני בדרכי גביית החוב, ולכן לא הותרה, בשום שלב שהוא, פגיעה בחירותו או בגופו של החייב שאין לו, ומצד שני – השינויים השונים שבאו לידי ביטוי בהתפתחות מתמדת בשיכלול ויעול אמצעי גביית החוב, אף בדרך של כפייה נגד גופו של החייב שיש לו, אך משתמש מלעמוד בהתחייבותו; ואף לגבי חייב שיש לו, נקבעו הוראות שונות שבאו להבטיח שכפייה זו, היינו המאסר, לא תישא איזה אופי שהוא של ענישה, אלא שתהא מיועדת לגבייה בלבד (כגון הבטחת מאסר לתקופה מוגבלת בלבד ובתנאים הוגנים)⁶⁶. ומה ניגוד יש בשתי קביעות אלה, שמשלימות האחת את רעותה? וחזור ומשיג אנגלרד באותו עניין:

64 לשם כך עמל עתה צוות חוקרי המכון לחקר המשפט העברי שבאוניברסיטה העברית בהכנת המפתחות לספרות השו"ת – מפתח משפטי, היסטורי ומפתח המקורות – דבר שיבטיח לחוקר מירב הביטחון של מציאת החומר ההלכתי, ההיסטורי והחברתי-כלכלי העצום המשוקע בספרות עצומה זו של השו"ת, ספרות המהווה מקור ראשי וראשון לכל מחקר מקיף וממצה במשפט העברי.

65 ראה לעיל, עמ' 122 והערות 59 ו-60.

66 ראה סיכום המחקר בספרי הירות הפרט, 255 ואילך.

"אין אלון מצליח להראות התפתחות עקבית של מוסד משפטי, אלא את שינויי הפתרונות לפי צרכי הזמן והמקום לגבי בעייה קבועה. יש זהו מודה בעצמו בכך (לגבי כפיית החייב לעשיית מלאכה, שם, בעמ' 107), ויש שהנחתו הטוענת לעקביות העקרון אינה עומדת בפני הבקורת. כך, בנושא המרכזי של מאסר חוב, מציין אלון עצמו (שם, בעמ' 267) כי בהמשך דרכו הארוכה לא נרתע המשפט העברי מלסגל עצמו לתנאים הכלכליים והחברתיים ששררו בתקופות השונות מתוך ניגוד לאידיאל משפטי-מוסרי צרוף" (עמ' 59).

יש להצטרף על דרך זו של הצגה מקוטעת של דברים. אשר לעניין כפיית החייב לעשיית מלאכה – נכון גם נכון שלא תמיד ניתן להצביע על התפתחות מודרנית ועקבית בכל נושא משפטי שהוא. מתפקידו של החוקר על דבר אמת לגלות גם עובדה זו ולהצביע עליה, ולא לאנוס אותו נושא בכיוון של התפתחות מודרנית. אך במקרה זה שומה עליו להסביר מדוע ומשום מה לא חלה התפתחות עקבית כזאת בנושא המשפטי המסוים. וכוונתו הוא מצב הדברים, לאחר מחקר כלל-תקופתי מפורט, בנושא של כפיית החייב לעשיית מלאכה לשם תשלום החוב, ולכן עמדתי בדבריי, במקום המצוטט על-ידי אנגלרד, בהרחבה על הנימוקים והגורמים לתופעה זו. כוונתי חובתו של החוקר לאמיתו של העניין, ואין כל פגם בכך. ואם בעניין זה לא עמד אנגלרד על דיוני המפורט בהסברת התופעה בנושא המסוים, שלא חלה בו התפתחות מודרנית, הרי בעניין שהוזכר לאחריו השמט משום מה המשכו של הקטע שתחילתו מובא על-ידו. שהרי כך הוא נוסח הדברים, בספרי, בעמ' 267:

"בראשית דרכו הציב לו המשפט העברי אידיאל משפטי מוסרי צרוף של שלילה מוחלטת, באיזו צורה שהיא, של ירידה לחירותו וחיייו של החייב; אך בהמשך דרכו הארוכה לא נרתע המשפט העברי מלסגל עצמו לתנאים הכלכליים והחברתיים, ששררו בתקופות השונות, ואשר לא יכלו לעמוד באידיאל צרוף זה, כל עוד תסתגלות זו לא באה על חשבון המגמה היסודית של אי ענישת החייב".

בדברים אלה, אם מובאים הם עד הסוף, נאמר אפוא ברורות שנשמרה עקביות העיקרון של המגמה היסודית של אי-ענישת החייב, למרות שינוי התנאים הכלכליים והחברתיים, ששררו בתקופות השונות; כיצד ניתן אפוא לומר על כך "שהנחתו הטוענת לעקביות העקרון אינה עומדת בפני הבקורת"?⁶⁷ אנגלרד מסיים את ביקורתו לאמור:

67 השגה נוספת של אנגלרד היא לאמור: "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" (עמ' 59). אף כאן לא הובא העניין בשלמותו כפי שהוא גידן בספרי. כאמור, הותקנו בפולין, ליטא ואשכנז במשך המאות השבע עשרה והשמונה עשרה, תקנות שניתן לאסור חייב שאינו עומד בתשלום החוב, גם כשאין לו במה לשלם, לתקופות קצובות קצרות. בספרי (עמ' 172 ואילך) מצוי דיון מפורט בתקנות אלה ובהתנגדותן החריפה של חכמי ההלכה למאסר של חייב שאין בידו לשלם, משום "שאין להם כח להקהל לתקן דבר זה לעבור על האיסור" (מדברי הב"ח, שם, עמ' 190). על תופעה זו נאמר בסיכומי של המחקר (עמ' 260):

"האמת היא כי אין בכוחו של המחקר ההיסטורי האובייקטיבי לפתור את הבעיה הערכית של ניגודי עקרונות המתעוררים בכל מציאות היסטורית. מחקר זה עשוי להראות — וכאן תרומתו של אלון — את דרכי הפתרונות השונים שנמצאו לבעיה. באופן יותר ספציפי לגבי מאסר חוב: השאלה אם לקיים או להנהיג מאסר חוב אין לפתור באופן מחייב מתוך העיון ההיסטורי. 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' (חירות הפרט עמ' 269). מכאן, כי הן ביטולו של המוסד והן המשך קיומו מתיישבים עם עקרונות המשפט העברי על תקופותיו. ההחלטה כיצד לנהוג היום בישראל 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 המשותפים על דרכי כפייה הברתיים. הייחוד של המשפט היהודי יימצא איפוא במסגרת הדוגמית, דהיינו בהתייחסות למקורות הסמכותיים של ההלכה בשעת התמקקה של קבלת הפתרון. כל פתרון בסוגיה זו יהיה של המשפט היהודי אם הוא אומץ על ידי הסמכות הפורמלית בדרך הלגיטימית. החלת המשפט היהודי בזמן הזה, החלת הכוללת את התאמתו למציאות הקיימת בכל הדרכים המוכרות על ידו (חקיקה, פרשנות) היא ביסודה משימה דתית" (עמ' 59).

בסוף דבריו אלה חוזר אנגלרד על השקפתו וטיעונו נגד קליטת המשפט העברי במערכת משפטית של המדינה. לדעת אנגלרד אותו פתרון עצמו, אם הוא נעשה על-ידי בעל הסמכות הפורמאלית בהלכה הרי הוא "משפט יהודי", ואם לאו — אין כאן שום "ייחוד של משפט יהודי". זהו ללא ספק ביטוי מובהק לפורמאליזם חותך ולאובייקטיביות מובהקת, מבלי לתת לקצת "נשמה" לחדור, חס ושלום. העובדה שהמשפט העברי יש בו גם משום יצירה תרבותית לאומית, שזהו נכס רוחני שאנו חשיבה של האומה במשך דורותיה השקיעו בו ממיטב מוחם וכוחם, שזוהי יצירה משל בניו של העם הזה — עובדה זו אין בה, לדעת אנגלרד, כדי להקנות למערכת משפטית זו ופתרונותיה משום

"היו אלה חילוקי דעות קשים בין שני גורמים לגיטימיים בעיצובו והתפתחותו של המשפט העברי, בין תקנות הקהל לבין חכמי ההלכה, ובמרוצת הזמן גברה ידם של חכמי המשפט, והמשפט העברי חזר לקביעה היסודית של כפייה לשם גבייה ולא לשם ענישה, והחייב העני שוחרר לחלוטין מכל אמצעי כפייה שהם".

זוהי אפוא תופעה טבעית המצויה בכל מערכת משפטית המתמודדת עם חיי המציאות; אמנם מנהיגי הקהל נאלצו, לרגל המציאות החברתית הקשה של מכת פשיטות-הרגל, להתקין תקנות בניגוד לעיקרון היסודי שאין לאסור חייב שאין לו, אך חכמי ההלכה עמדו על המשמר והחזירו את העטרה ליושנה. אנגלרד טוען (בעמ' 58) שהמיון בין הלכה עברית מקורית ובין סטייה מהלכה זו הוא "מיון שקשה לבססו על מבחנים אובייקטיביים". אך כבר מסרתי מודעה בדבריי לעיל, שמבחן אובייקטיבי במדעי המשפט אינו בבעיית מבחן אובייקטיבי במתמטיקה, והקביעה דלעיל של התמודדות בין שני גורמים — הקהל שביקש לסטות מן העקרון החכמי ההלכה שהגנו על שמירתו, כשידם של האחרונים גוברת — הוא, לעניות דעתי, מבחן כשר באובייקטיביותו ונכון לגוסר.

"ייחוד של משפט יהודי". אך בכך דנתי בהרחבה במקום אחר⁶⁸, ובסיכומם של דברינו עוד נחזור לעניין בקצרה.

מה שיש להעיר עתה על דבריו האמורים של אנגלרד הוא, ששוב תיאור הדברים הוא שלא כהיותם. שהרי אין זה נכון שהן ביטולו של המאסר על חוב והן קיומו מתיישב עם עקרונות המשפט העברי על תקופותיו. כי אם תתקבל, דרך משל, הוראה שלפיה ניתן לאסור חייב עני שאין לו לשלם, יהא בכך משום ניגוד לעיקרון היסודי שבמשפט העברי – שדרכי הכפייה נגד החייב מותרים אך ורק אם הם לשם גבייה ולא לשם ענישה, והוראה כזו אם תתקבל תהא אפוא נוגדת את המשפט העברי; וכך נאמר במפורש בסופו של הקטע המצוטט על-ידי אנגלרד, "כשהוא מוגדר שהוא בא לגבייה ולא לענישה". במקרה של מאסר על חוב דוגמה זו אינה כל כך מציאותית, שהרי יש להניח שהכנסת בימינו לא תקבל את אפשרות מאסרו של חייב שאין בידו לשלם. אך נוכל להדגים את הדבר מתוך דוגמאות מעשיות מאוד, מתוך חוקים שנתקבלו בכנסת, והעומדים בניגוד לעיקרון הבסיסי של המשפט העברי. כך, למשל, בעניין עקרון התיישנות התביעה. בעיית התיישנות עברה כמה שלבי התפתחות במשפט העברי, מתקופת התלמוד, שבה לא הכיר המשפט העברי בעקרון התיישנות כל עיקר ועד לשלבו האחרון, שבו הכיר בתיישנות כפרוצדוראלית בלבד, אך לא כבעלת אופי מטריאלי, היינו שאין היא מבטלת את הזכות גופה. העיקרון המרכזי במוסד התיישנות במשפט העברי בכל תקופותיו הוא אפוא שלעולם אין בתיישנות משום ביטול עצם הזכות, ולכן אם הגתבע מודה בקיום החוב, גם אם הוא טוען בעת ובעונה אחת שהחוב התיישן, אין שומעים לו והוא חייב בתשלום החוב. בהצעת חוק התיישנות משנת תשי"ז–1957 נתקבלה עמדה זו של המשפט העברי, אך בחוק כפי שנתקבל בכנסת בשנת תשי"ח–1958 נשארה אמנם ההוראה שאין בתיישנות בלבד כדי לבטל את הזכות גופה, אך יחד עם זה נקבע בחוק שהודאת הגתבע בקיום זכותו של התובע מבטלת את תקופת התיישנות רק כשלא באה ההודאה ביחד עם טענת התיישנות. גישה זו נוגדת באופן מהותי את העיקרון היסודי שבמשפט העברי כפי שנשמר בכל תקופותיו. בדוגמה זו המסקנה העולה מתוך העיון ההיסטורי במוסד התיישנות במשפט העברי מביאה אותנו לעיקרון מרכזי השונה מכפי שנתקבל לגבי אותו מוסד משפטי בחוקי הכנסת, ולגביו אין אפוא לומר שכל פתרון המתקבל בחוקי המדינה כיום תואם את עמדת המשפט העברי⁶⁹.

דנתי באריכות-מה בהשגותיו של אנגלרד. אילו לא בא אנגלרד בהשגותיו אלא לדון בפרט זה או אחר לגופו, ניתן היה לקצר את יריעת התשובה, שהרי בכך אין עניין מיוחד לחזור ולדון, בנוסף על מה שנאמר כבר על-ידי המחבר לראשונה. אך אנגלרד מבקש לערער על-ידי השגותיו על עצם שיטת המחקר ועל המסקנות העולות ממנה, והשגות מעין אלה דורשות ומחייבות דיון ותשובה מפורטים ומלאים כדי להעמיד דברים על נכונותם.

68 ראה לאחרונה בספרי המשפט העברי, חלק א, 116 ואילך, ובביבליוגרפיה המובאת שם.
69 ראה במפורט בספרי המשפט העברי, חלק א, 110–113. וראה שם, עמ' 104 ואילך, ובהערה 149, דוגמאות נוספות.

ז. הצעות אנגלרד למחקר המשפט העברי

דבר מתמיה וקשה ביותר במאמרו של אנגלרד הוא החלק האחרון, המכונה בשם "מסקנות והצעות". מיד בתחילת המאמר כותב אנגלרד, שלאחר דיוגו בבעיות המתודות-לוגיות העומדות בפני החוקר בתורת המשפט בכלל ובמשפט העברי בפרט, ולאחר תיאור ביקורתי של עבודותיהם המחקריות של גולאק אלון ואלבק – "בסיכום נציע מספר הצעות לעריכת מחקרים במשפט היהודי" (עמ' 34). ואתה הקורא מצפה, לאחר קריאה של שלושים ושניים עמודים ובהם הצגות וטענות נגד דרכי המחקר הקיימות, ללמוד ולקרוא על ההצעות למחקר במשפט העברי נוסח אנגלרד. והנה, "מספר הצעות" אלה מובאות בארבעה כללים, המשתרעים על פחות מעמוד אחד, כתובים בתמציתיות של מעשה מברק, שהסתום בהם מרובה על המגולה, והפרוץ על העומד. חלק מהכתוב גם ב"קיצור שולחן מחקר" זה הוא חזרה על דברים שנאמרו כבר לפני כן שאין לנהוג לפיהם במחקר המשפט העברי, חלק אחר יש בו משום מלים ומושגים ללא כל הגדרה תוכנית שהיא, והעיקר חסר מן הספר – חסרה כל התייחסות לעיקרי הבעיות שבפניהן עומד כל מי שעמל במחקרו של המשפט העברי, העלאת הצעה כזו של דרך מחקר בנושא כה גדול ומורכב כמחקרו של המשפט העברי תמוהה שבעתיים, במיוחד לאחר שאנגלרד הראה במאמרו מה הם הלבטים שהוקרי המשפט העברי מתלבטים בהם במחקרם.

מה הם "ארבעה אבות המחקר" של אנגלרד? האב הראשון הוא –

"המחקר של המשפט היהודי צריך להקיף עקרונות את כל ההלכה ללא הבחנה מוקדמת בין חלקים שונים, כגון בין 'דתיים' ל'בלתי דתיים'. המדעא למחקר הוא היצירה המשפטית היהודית בשלמותה על כל חלקיה עד לזמננו ועד בכלל. יש ענין מיוחד בבדיקת היסודות המטפיסיים המיוחדים להלכה" (עמ' 64).

על עניין תחום המחקר של המשפט העברי, כבר עמדתי לעיל בהרחבה ולא אחזור לדון בו כאן. על כל פנים, אנגלרד מציע לחוקרי המשפט העברי להתמסר גם לדיני טריפות, הילכות שחיטה, בשר וחלב, דיני שבת ויום טוב, וממילא ירווח לנו ויחדל אחת ולתמיד הויכוח על קליטת המשפט העברי במערכת המשפט של המדינה, שהרי אם ימנעו לחקור בבעיות בדיני חייב וקניין, נזיקין ומשפט מינהל, ממילא לא יהיה החומר מוכן לשם קליטתו. עוד יותר מאלפת היא המטרה החדשה שאותה מעמיד אנגלרד לחוקרי המשפט העברי – "בדיקת היסודות המטפיסיים המיוחדים להלכה". לא נקט בלשון "מוסריים" או "פילוסופיים", אלא "מטפיסיים" דוקא. נעסוק אפוא בתורת הקבלה, ברוץ דרזין, ואז מובטחנו שיהא זה מחקר שישכון כבוד בספירות העליונות ולא בעלמא הדין של חוק ומשפט בחיי החברה המעשיים.

הכלל השני שבתורתו של אנגלרד בא בעיקרו ללמדנו מה אסור במחקרו של המשפט העברי, ולא כיצד יש לחקרו.

"המחקר צריך להיות 'טהור' ללא מטרות מעשיות מיידיות כגון זו של 'הכנת המשפט היהודי והתאמתו לקליטה על-ידי משפט המדינה'. המטרה 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 הדוגמטית הקיימת); שתי המשימות אינן בבחינת מחקר אובייקטיבי של הקיים" (עמ' 64).

עד כאן לשונו של אנגלרד. בלשון יותר פשוטה פירוש הדברים הוא כך: לפי הכלל הראשון צריך החוקר לחקור את כלל ההלכה העברית, אבל עדיין אין איסור על מחקר דיני חושן משפט ואבן העזר, בצד דיני השכמה בבוקר שבשולחן ערוך אורח חיים ודיני מוזהב שבשולחן ערוך יורה דעה. בא הכלל השני ומוסיף, שכאשר אחת חוקר לעתים בדיני חיובים וקניין במשפט העברי, אסור בתכלית האיסור — אם אין אתה רוצה להיות מוקע "כמחוסר אובייקטיביות" — לרצות שמסקנות מחקרך יסייעו לקליטת המשפט העברי במשפט המדינה. שהרי משאלה כזאת היא בעייתית, אידיאולוגית, על מישור ערכי, ושומר גפשו ירחק כמטחוו קסת ממושיגים לא מדעים כגון אלה וממילא הושגה מטרתו של אנגלרד במלואה, כפי שהוא מסיים בכנות רבה את הכלל השני. בעניין קליטת המשפט העברי במשפט המדינה לא יוכל לעסוק סתם יהודי דת, שאינו לא דיין ולא פוסק. שהרי "התאמת המשפט היהודי למציאות החדשה" תוך שמירת המסגרת הדוגמטית היא "משימה דתית", קרי — לאור כל מה שקראנו במאמרו של אנגלרד — משימה שהיא מתפקידם של הדיינים ופוסקי ההלכה; והתאמת המשפט היהודי למציאות החדשה תוך שבירת המסגרת הדוגמטית היא גישה לאומית-תרבותית, קרי — גישה לא דתית, שיהודי שומר תורה ומצוות אסור לו לעסוק בה, שהרי יש בכך משום סילוף עולם ההלכה, חילונה וכו', כדעתו הידועה של אנגלרד. ויחסי המשימות גם יחד — וזה חל שוב על כל חוקר במשפט העברי — "אינן בבחינת מחקר אובייקטיבי של הקיים". ועדיין לא שמענו כיצד חוקרין את המשפט העברי, גם אם מחקר זה נעשה בכפוף לסייגים שיש לחקור את כל עולם ההלכה לאורה של הקבלה ושאסור לרצות שהמחקר יתאזר בו משום תועלת מעשית. תשובה לשאלה זו נשמע בשני הכללים האחרונים. וכך נאמר בכלל השלישי:

"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 [כמה פעמים אפשר עוד לחזור ולהזהיר שלא להיכשל בהרהור קל בעניין התוצאות של המחקר! — מ. א.]. אין לערבב מחקר דוגמטי עם מחקר היסטורי. רצוי להפריד בין תיאור דוגמטי לתיאור היסטורי של מוסד משפטי" (עמ' 65).

אך בטרם שנשתדל להבין מה טיבן של הנחיות המחקר שהובאו זה עתה, נעיין תחילה גם בכלל הרביעי, כדי שהתמונה תובא בפנינו "בשלמותה" ו"בבהירותה":

"במישור הדוגמטיקה אנו רואים חשיבות רבה בהיבט הדיקטטי. המשימה צריכה להיות הצגה של מוסדות משפט בצורה שיטתית ככל האפשר, המובנת למשפטן שאינו בן ישיבה. השימוש בכלים דוגמטיים מודרניים למטרה זו צריך להיעשות בהירות רבה ביותר. השימוש צריך להיות יותר בעצם רעיון המיון הפורמלי

בדרך ההצגה מאשר במושגים עצמם. ענין מיוחד יש בהצגת המוסדות המיוחדים להלכה" (עמ' 65).

זאת תורת המחקר כולה של יצחק אנגלרד, ואידך – זיל גמור! ובכן, חשיבות ראשונית יש למחקר היסטורי ולמחקר פילולוגי, ואת המחקר ההיסטורי יש לנהל בשיטה מדעית. יפה. אבל – מהי שיטה מדעית זו וכיצד היא מבוצעת? האם זה כל כך ברור ופשוט? הרי אנגלרד עצמו הביא את התלבטויותיו של גולאק בדבר מחקר היסטורי "פנימי" ומחקר היסטורי "חיצוני" (ראה לעיל עמ' 106), וזו אינה – כידוע לכל מי שעוסק בכך – הבעיה היחידה בתחום המחקר ההיסטורי.

ומה טיבו של המחקר הפילולוגי? לשיטת מחקר זו אנגלרד אינו מוסיף אפילו את שתי המלים, שהיא צריכה להתנהל בשיטה מדעית! האם הכוונה לבדיקה טקסטולוגית, לחקירת שינויי נוסחאות וכתב-יד? ואולי לשורשם הבלשני-לשוני של מושגים ומונחים שונים? כיצד ניתן לזרוק ככה לחלל שתי מלים יפות – היסטורי ופילולוגי – מבלי לטרוח ולהקדיש לזה אפילו מלת הסבר אחת?

אנגלרד ממשיך ומוזהיר, שלא לערבב מחקר דוגמטי במחקר היסטורי, אלא יש להקפיד על הפרדה בין תיאור דוגמטי לתיאור היסטורי של המוסד המשפטי. מה פירושם של ערבוב והפרדה אלה? דרך משל, הריב"ש אומר, שמנהיגי הקהל בסרגוסה באו אליו ואמרו לו שבגלל המציאות החברתית הכלכלית של השתמטות מתשלום חובות צריך להגביר את אמצעי הכפייה לגביית חובות ולכן יש לאפשר גם מאסרו של החייב; האם מותר לו לחוקר הדוגמטי להביא את התיאור ההיסטורי הזה, שהביא לשינוי בגישת המשפט העברי לבעיית המאסר על חוב⁷⁰, או שאסור לו לחטוא בערבוב כזה? ובמקרה שהסבר חברתי-כלכלי זה לא יתאמצו במפורש בתשובה עצמה – כפי שכן הוא אצל הריב"ש – אלא ימצא באיזה מקור הלכתי אחר, או באיזה ספר הגות או מקור היסטורי יהודי אחר של אותה תקופה, או באיזה מסמך המובא בספרות ההיסטורית או המשפטית הלא יהודית של אותה תקופה – האם מחובתו של החוקר להביא תומר זה במחקרו, או שמא מותר – או אסור – לו לעשות כן? וכיצד נעשה התיאור הדוגמטי, הנפרד מהתיאור ההיסטורי, "בצורה שיטתית ככל האפשר"? האם די בהבאת המסקנה הסופית שבשולחן ערוך למרן ר' יוסף קארו והרמ"א שבמאה השש-עשרה, או שמא מספיק סיכום הדברים כפי שהוא בערוך השולחן לר' יחיאל מיכל עפשטיין בתחילתה של המאה הזאת? האם צריך להביא את כל הדעות השונות שבאותו מוסד משפטי, גם אלה שלא נתקבלו כהלכה פסוקה? ובאיזה סדר צריך לערוך את המחקר הדוגמטי – האם צריך תחילה לדון במקרא, בספרות התנאים והאמוראים, הגאונים וכן הלאה – או כזה כבר נחשב לתיאור היסטורי?

אנגלרד נוגע גם בבעיה הקשה והסבוכה של הטרימינולוגיה המשפטית העברית ויחסה לזו הנהוגה כיום במערכות משפטיות אחרות, והוא אומר שהשימוש בכלים דוגמטיים מודרניים צריך להיעשות בזהירות רבה ביותר. יפה. אבל מה טיבה של זהירות זו? האם על החוקר במשפט העברי להיות צמוד לטרמינולוגיה הקונקרטית שבספרות ההלכה – כגון קרן, שור וכו', או שעליו להעבירם למושגים מופשטים? האם מותר

70 ראה בספרי חירות הפרט 143.

להכניס יין חדש בקנקן הישן והמקובל יזל מטבעות לשון עבריות-משפטיות, או לא? ומה בדבר הבעיה הסבוכה של הקלאסיפיקציה, המיון למוסדות ולענפים משפטיים? אומר אנגלרד: "השימוש צריך להיות יותר בעצם רעיון המיון הפורמלי בדרך ההצגה מאשר במושגים עצמם". אודה ולא אבוש, קראתי וחזרתי וקראתי ואיני מבין מה נאמר כאן.

לבסוף אומר אנגלרד, שיש עניין מיוחד בהצגת המוסדות המיוחדים להלכה. אולי מוטב היה לתת לפחות דוגמה אחת או שתיים למהותו של "מוסד מיוחד בהלכה"? האם הכוונה למוסדות כמו דינא דמלכותא דינא וכיוצא בו, ואולי לבעיית היחס שבין ממונא לאיסורא, ואולי בכלל למה שהוא אחר? ובעצם זוהי שאלת השאלות: כיצד ניתן לתאר שיטת מחקר שיש לנקוט בה — בפרט לאחר ששיטות המחקר האחרות נמצאות פגומות — על-ידי זריקת מלים ומושגים, ללא כל הסבר, ללא כל דוגמה, ללא מחקר, לפחות בנושא אחד, לדוגמה? אילו ערך אנגלרד לפחות מחקר אחד בתחום המשפט העברי ניתן היה אולי לקבל חלק מהתשובות על השאלות הללו מתוך עיון במחקר זה. ואולי מוטב היה אילו ניסה אנגלרד תחילה, לפחות פעם אחת, ליישם את שיטת מחקרו בנושא מנושאי המשפט העברי, ורק לאחר מכן להציע לאחרים את דרך מחקרו, ואולי, מעו אני להוסיף, רק לאחר מכן לבקר ולהשיג על דרכם ועבודתם של חוקרים אחרים? וסהרי במרומים שלא לקנטר אני בא. כל מה שחזור ומבקש אני הוא שהמבקר ימוד לעצמו באותה מידה שהחוקרים שאותם הוא בא לבקר מדדו לעצמם. והרי אסר גולאק הרחיב את הדיבור בתיאור שיטת המחקר שלו בכל אותן בעיות שהצגתי לעיל, דן בהן והשיב עליהן במפורט במבואותיו למחקרית, במאמריו ובמחקריו עצמם, וכך השתדלתי לנהוג אף אני בהקדשת מבואות ופרקים מיוחדים לתיאור שיטת המחקר ובעמידה מפורטת על כך במחקרים ובספרים גופם. זוהי הדרך הנאותה בכל מחקר שהוא, בכל נושא שהוא, ומכל שכן שכן יש לנהוג בעניינו של המשפט העברי, שמרובים וקשים בו אורחות החקר והמחקר, וקל וחומר בן בנו של קל וחומר שכן יש לנהוג בטרם עורכים ביקורת על פרי רוחם של חוקרים אחרים. אכן כלל גדול הוא, ששערי ביקורת לא ננעלו, אבל יפה אמרו חכמים שאין חכם כבעל ניסיון, וחכם — גם מבקר במשמע.

ח. לשיטה אחרונה

ולשיטה אחרונה. קראתי וחזרתי וקראתי במאמרו של אנגלרד וקשה לי להשתחרר מן הרושם שבעצם מה שמניע את אנגלרד, במודע או שלא במודע, הוא להשלים את אשר החל במאמרו "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית" ובמקומות אחרים⁷¹, ולהבטיח הבטח היטב שלא ייקלט המשפט העברי במערכת המשפט של המדינה, למען יישמר ולא יבוא לידי חילון חס ושלום. חזרתו הבלתי נלאית לאורך כל מאמרו על האזהרה החמורה לבל ישים החוקר לגד עיניו את המטרה של הכנת המשפט העברי לקליטתו במשפט המדינה, קביעותיו החוזרות ונשנות לאורך כל מאמרו בנוסח:

71 ראה מאמרו של אנגלרד, עמ' 57 והערות 123.

"החלת המשפט היהודי בזמן הזה, החלה הכוללת את התאמתו למציאות הקיימת בכל הדרכים המוכרות על ידו (חקיקה, פרשנות) היא ביסודה משימה דתית... כי בעיית ההפרדה בין פסיקת ההלכה במובן הרחב לבין החלת 'עקרונות המשפט העברי' לא נפתרה, ואף אינה ניתנת לפתרון אובייקטיבי" (עמ' 59).

כל אלה מגלים לנו יותר מטפח ממידת "האובייקטיביות" – שאנגלרד כל כך חרד לה בכל עמוד ממאמרו – המשמשת נר להשגותיו על מחקרו הקיים של המשפט העברי ולהצעותיו הוא לדרך מחקרה של מערכת משפט זו. רצון עז ובלתי מובן זה בתקיפותו וקנאותו לשמירת טהרתו וקדושתו של המשפט העברי, כפי שטוהר וקדושה אלה מצטיירים בעיני רוחו של אנגלרד, בניגוד לדעתם ולהכנתם של רוב רובה של היהדות הדתית וגדולי תורה והלכה⁷² – רצון זה, כדרכה של כל הרגשה אמוציונלית מופרזת, מקלקל את שורת העיון והדיון האובייקטיבית, ומתוך כך העלה בידו ביקורת שאינה עומדת בפני הביקורת והצעות שאינן עומדות במבחן של יישום מחקר אלמנטארי.

במאמרו האמור, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי", מתנגד אנגלרד לקליטת המשפט העברי במערכת החקיקה בכנסת והשיפוט בבית המשפט, אך עדיין "מותר" היה לחקור את המשפט העברי במטרה להכינו לחיי המעשה. ואילו במאמר שלפנינו עלה הכוונה גם על כך: מחקר לשם מטרה מעשית פגום ופסול הוא, לוקה בחוסר אובייקטיביות, אינו יכול לטעון למדעיות, וכיצא באלה פגמים חמורים שכל חוקר הטוען למדעיות ידיר עצמו מהם. בכך בא אנגלרד לסגור את המעגל בצורה הרמטית ומעתה מובטח לו למשפט העברי שיישמר בטהרתו ובקדושתו. ניתנה ראש ונחזור את הגלגל אחורה למצב מחקרו של המשפט העברי במאה התשע-עשרה, לתקופה שבה אומה זו טרם חזרה והחיתה את ארצה, לשונה וריבונותה, ונחקר במשפט העברי ככמוצג מוזיאוני, שיש בו דברים מעניינים, יפים ונחמדים שהיו, שהיו אך חס ושלום לא יהיו.

לא יתא חלקי במחזה מרהיב ומרענן זה. כל עיקרה של דאגה-טענה זו, שקליטת המשפט העברי במערכת משפט של מדינת ישראל יש בה משום "חילונה של ההלכה" – אם משום שמבחינתה של המדינה קבלת המשפט העברי אינה מבוצעת מתוך הכרה בחוקפו המחייב מבחינה דתית, אלא מתוך אינטרסים אנושיים, לאומיים או אחרים, ואם משום שלא הכנסת ולא בתי המשפט הם בעלי כשירויות מתאימות, מבחינת הדרישות המחויבות במערכת ההלכה, לפסוק ולהכריע בדין מדיני ההלכה – אין לה עמידה. בכך דנתי במקומות שונים, ונוטל אני רשות לעצמי לצטט דברים אחרים ממה שכתבתי לאחרונה בספרי⁷³:

"דומה, שגישה זו לוקה בשתי טעויות: האחת מבחינת השקפת עולמה של ההלכה, והשנייה מבחינת מהות קליטת המשפט העברי במשפט המדינה. מבחינת עולמה של ההלכה אין קדושתו ודתיותו של עיקרון מעקרונות המשפט העברי נפגעת, על שום שמבחינת התיאורית של המשפט הכללי משתנה הנורמה הבסיסית של עיקרון זה ותוקפו המחייב על-ידי קבלתו על-ידי הכנסת. כל כולו של שינוי זה

72 ראה בספרי המשפט העברי, חלק א, 117 ואילך.

73 המשפט העברי, חלק א, עמ' 117–119.

בסולם הערכים הוא פרי רעיון שמקורו במערכת משפט של המדינה, וההלכה עצמה — לפי השקפתה — אינה יכולה כלל להיפגע ולרדת מקדושתה בשל כך... הטעות השגייה שבגישה זו הוא בכך, שנתחלף לה בין מעשה הכנסת ובתי המשפט בקליטה לבין מעשה חכם ההלכה בפסיקה. שעה שהכנסת או בתי המשפט באים לקלוט עיקרון מעקרונות המשפט העברי, אין הם מתיימרים — ואינם יכולים להתיימר — לפסוק הלכה באותו דין מדיני המשפט העברי, כמשמעות המיוחסת למושג פסיקה במערכת דיני ההלכה. סמכות פסיקה ההלכה ייחודית היא למוסד ההלכתי המוסמך מטעם מערכת ההלכה לפסוק את דיניה, ואין הכנסת ולא בתי המשפט מתיימרים להוות אוטוריטה הלכתית שכזו... [המשפט העברי] מתבקש להיקלט בחוקיה של המדינה ובפסיקתם של בתי המשפט לא כדי שאלה יוסיפו הלכה נוספת לשולחן ערוך, שמחייב מבחינה דתית, אלא כדי שאלה ימשיכו לשזור את הרעיון המשפטי העברי למערכת משפט של מדינת ישראל, המחייב את אזרחיה מבחינה משפטית. זוהי קליטה נאה, טובה ורצויה של המשפט העברי, אף על פי שאין זה פסק הלכה במובנו של מושג זה מן הבחינה הדתית. ודומה שוודאי הוא, שמבחינת השקפת עולמה של ההלכה נוח ורצוי שסכסוך שבין שני הצדדים יבוא על הסדרו לפי התוכן והצדק שבשולחן ערוך מאשר לפי הוראותיה של מערכת משפטית אחרת".⁷⁴

לא החשש המדומה שמה יהא בקליטת המשפט העברי במשפט המדינה משום פגיעה בעולמה הרוחני של ההלכה הוא שצריך להדאיגנו; לא זו בלבד שפגיעה אין כאן, אלא אתגר גדול יש כאן, גם לכוח היצר של המשפט העברי. הדבר שיש ויש בו כדי לעורר דאגה, והמחייב מחשבה רבה ותושיה גדולה, הלא היא עובדת אי-קליטתו של המשפט העברי — במידה של ממש — במשפט המדינה, והתוצאה שנובעת מכך, לזה כלזה:⁷⁵

"מערכת חקיקה ושיפוט יהודיים שאינה מבוססת על המשפט העברי, במיוחד כשמערכת זו מקיפה את הרוב המכריע של תחומי המשפט, מציאות קשה היא בעולמה של היהדות בכלל ובעולמה של ההלכה בפרט. הקושי שבמציאות זו אינו מבחינת האיסור הפורמלי שבדבר; על כך מצויים היתרים פורמליים שונים, הן בתחום המשפט האזרחי והן בתחום המשפט הפלילי. הקושי הוא בהרגשה המדכאה של ניתוק מאוצר משפטי תרבותי גדול, עשיר ומפותח, הנדחק בחיי המעשה לקרן זווית, דחיקה שאינה יפה לא לו ולא לדוחקו... קליטת המשפט העברי במערכת המשפטית של המדינה אין בה משום 'פגיעה' בעולמו של המשפט העברי, ואין בכוחה ליחלף את ההלכה. המשפט העברי לא יחוסן על ידי הכנסתו לבידוד,

74 דומה, שגישה זו, השוללת את קליטת המשפט העברי במשפט המדינה, מעוגנת היא בגישה שוללנית מקיפה יותר במכלול היחסים הרוחניים ההדדיים שבין שני המחנות שבעם היהודי לאחר פרוס האמנציפציה — המחנה השומר תורה ומצוות והמחנה שאינו רואה עצמו מצווה על שמירת התורה והמצוות — ושיסודה הוא בטענה המפליגה, שההלכה אינה מכירה כל עיקר בהוויתה היהודית של מדינה עברית, שאינה מקבלת עליה את עול ההלכה, ושכל חוקיותה של זו אינה נובעת אלא מן האספקט השלטוני בלבד. וראה שם, עמ' 119—120.

75 שם, עמ' 122—123.

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

ולו יתא 'טהור' ומשומר'. להיפך: הדרך הראשית להחייאת המשפט העברי ולהחזרתו לחיי המעשה היא על ידי קליטתו המחודשת במערכת המשפטית של המדינה העברית. רק בדרך זו יחזור המשפט העברי להתמודד עם הבעיות שהזמן גרמן, ורק מתוך התמודדות זו תופח בו מחדש רוח רעננה ומשיבת נפש, שיש עמה תסיסה של יצירה".

ולשם כך, חייב גם חוקר המשפט העברי שיעשה במלאכת מחקרו בדרכי מחקר נכונות, בדוקות ומדעיות, ומותר גם מותר לו, ולעניות דעתי אף חייב הוא, שלנגד עיניו תעמוד גם המטרה של הכנת המשפט העברי לשם קליטתו במערכת החקיקה והשיפוט של המדינה העברית הריבונית.