

## שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי

(הערות למאמרו של פרופ' אנגלרד)

מאת

ברוך שיבר \*

יפה עשה פרופ' אנגלרד<sup>1</sup> שהקדיש מאמר לבעיות המתודולוגיות של מחקר המשפט העברי ועורר את תשומת הלב של קהל קוראים כללי לנושא ספציפי, קשה וחשוב זה. ידיעת המשפט העברי על אלפי הלכותיו, הכרת מיבנהו הפנימי ויסודותיו ומחקרם של כל אלה מחייבים הקדשת שנות עיון ולימוד רבות, וחייב אדם "להמית עצמו באהלה של תורה" כדי לרדת לעמקי סודותיה ולגלותם, דבר שהמשפטן המצוי בישראל לא היתה לו ההודמנות לעשות במידה הנדרשת לדבר.

לפיכך תבוא הברכה על המחבר על המאמץ שעשה, למרות קשיים אובייקטיביים אלה, כשעזב את מחקר המשפט הפוזיטיבי, שהוא מומחה ורגיל בו, והקדיש מפרי עטו למשפט ההלכה. אלא שחוסר רגילות זה של המחבר הביאו לכתיבת מספר דברים, שבעיני הבקי במשפט התלמודי נראים תמוהים.

כמי שעיסוקו במשפט העברי וכמי שלמד את תורתו של פרופ' שלום אלבק מפיו, במשך שנים הרבה, יורשה לי להעיר מספר הערות על אותו חלק של המאמר הדו בשיטתו.

א. אנגלרד פותח את ביקורתו על גישתו העקרונית של אלבק בתלונה ובקושיה. התלונה היא על כך שאין אלבק נזקק לפרי מחשבתם של אחרים מגדולי עולם. אנגלרד אמנם מודה בעצמו, שאין התלונה אלא אילו "המדובר היה בנסיון לגיבוש שיטה פילוסופית על היחס הכללי בין עקרונות הצדק, משפט ומציאות", אבל הריהו מודה שאין המדובר בפילוסופיה, כדברי אלבק עצמו, אלא "במחקר של שיטת משפט מסוימת, הלא היא ההלכה". ואם כן, מקשה אנגלרד, מנין לנו שההלכה עצמה על כל שינוייה, היא ביטוי הכרחי לעקרונות צדק נצחיים, כדברי אלבק<sup>2</sup>. מוסיף אנגלרד ואומר, שההנחה כי כל פרטי הדינים בכל הזמנים הם ביטוי של עקרון נצחי אינה יכולה להיות נכונה, שכן לדבריו "הגסיון האנושי מלמד כי עקרונות משפטיים מהותיים משתנים על ידי מעשים רצוניים של מחוקק שבאופן מודע רוצה לשנותו"<sup>3</sup>.

התשובות לתלונה ולקושייה אחת הן, ושלובות זו בזו.

אנגלרד לא שם לב לנקודת המוצא של כל משפט דתי, המשפט היהודי בכלל זה,

\* מדרוך בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בראיילן.

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

2 שם, 61.

3 שם, 62.

והיא לראות במשפט של עצמו תוכן של צדק אבסולוטי, שעקרונותיו אינם משתנים עם חלוף הזמנים. בכך ייחודו של כל משפט דתי על-פני כל משפט אחר. לפיכך אין כלל מקום להשוואתו עם משפטים אחרים, המשתנים חדשות לבקרים לפי רצונו של המחוקק האנושי העומד מאחוריהם. שום חוקר של משפט דתי אינו יכול להתעלם מנקודת מוצא זו. מקום לעיון יש רק ביחס שבין היסודות הנצחיים שבמשפט הדתי ובין תוצאותיו המתחלפות ומשתנות לפי המציאות המתחלפת והמשתנית.

גילוי היסוד הנצחי בדיני התלמוד, ולפי מקורותיו, הוא הדבר שאלבק מנסה לעשותו. תרומתו העיקרית והמקורית של אלבק למחקר המשפט התלמודי היא בכך שאין הוא מסתפק בגישה תיאורית-דסקריפטיבית של פרטי הדינים הכונים, כדרכם של חוקרים רבים בשיטות משפט עתיקות, שמטבע הדברים הן מערכות סגורות, וכל מה שנשאר לחוקר אותן לעשות הוא לכאורה רק לתארן בשיטה זו או אחרת. יש אולי בגישות תיאוריות כאלה משום תרומה דידיקטית ללימודן של אותן שיטות משפט, אך הן אינן תורמות כמעט דבר להבנת מהותן.

פרי עינו המדעי ומחקריו של אלבק במשפט התלמודי ובמקורותיו יוצרים שלמות מחשבתית אחת, שלדעתו עולה ומוכחת מן התלמוד כשלעצמו ומגופו, והיא בנויה ומוסקת על-פי אלפי הפרטים וההלכות שבתלמוד, ומוגשת לקורא בעזרת מונחים שאף הם לקוחים מן התלמוד גופו.<sup>4</sup>

בגישה זאת הגותו של אלבק היא עצמאית ומקורית, כדברי אנגלרד עצמו, ומטבע הדברים שאינו נוקט לדבריהם של אחרים. הרוצה לחפש דמיון לשיטתו של אלבק במחשבותיהם ובהגותם של אחרים בשדה הפילוסופיה, ההיסטוריה, המשפט או במדעים אחרים, ייאלץ לכתוב עבודת-מחקר על עבודותיו של אלבק, וייתכן שאף יעלה בידו למצוא היכן ובמה דומה הגותו של אלבק להגותם של אחרים, אך ברגיל אין הוגה עצמאי תולה על עצמו שלט להודיע מי הם ההוגים שהשפיעו על חורתו לחלקיה השונים.

ב. טענה עקרונית נוספת בפי אנגלרד כנגד העמדת עקרונות נצחיים, המסבירים את פרטי הדינים על שינויהם, ש"עקרונות פורמליים כאלה עשויים לחול על כל מציאות אך במחיר אבדן כל משמעות... כל התקדמות בדרך ההפשטה המושגית מביאה לידי אבדן המהות".

קבלתה של טענה כזאת היתה הופכת את המחקר המדעי לחסר כל משמעות. תפקידו של החוקר בכל תחומי הידע האנושי הוא לגלות עקרונות כלליים ולהגדיר את החוקיות שבכוחה להסביר פרטים רבים ככל האפשר. רק הפרטים עצמם, שנבדקו והוגדרו בדייקנות ושמתיכם הוסקו החוקים הכלליים והשיטה, הם מהותיים ולא פורמאליים. ככל שהעקרונות והחוקים כוללים בתוכם יותר פרטים, כך העקרונות הללו הם יותר מופשטים, כלומר יותר פורמאליים ופחות מהותיים.<sup>5</sup>

4 ראוי לשים לב לכך, שלא במקרה כנראה אין אלבק משתמש במחקריו במונחים הלוקחים מעולם המשפט המודרני, הגם שאולי מבחינת תוכנם הם דומים מאוד לאלה שהוא נוקט ומבוססים על התלמוד גופו. כך, למשל, אין אלבק משתמש במונח "רשלנות" בבואו לתאר את יסודות האחריות בנויקין, אלא במונח "פשיעה", העולה מן התלמוד עצמו.

5 ראה גם אלבק, דיני הממנות בתלמוד 16.

שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי

צודק אנגלרד בדבריו, ש"אפשר ליצור עקרונות כה מופשטים עד כדי איבוד כל תוכן מהותי", אלא שאלבק היה ער לכך. אלבק אומר:

"לאחר שהסקנו את עקרונות הצדק המשפטיים בתחומים השונים, שהם קבועים ובלתי משתנים... ניתן להעלות עקרונות כלליים ומופשטים יותר, שיאחדו את כל העקרונות המשפטיים בתחומים השונים, ואפילו יאחדו ויתנו משמעות לעקרונות המשפט במסגרת כל תחומי החברה והתרבות, ואפילו במסגרת תופעות הטבע והעולם. אבל עקרונות כלליים, מופשטים ורחבים אלה שייכים לחכמת הפילוסופיה ולא לחכמת המשפט וההלכה".<sup>6</sup>

ואכן העיון במחקריו של אלבק מראה שהוא מעולם לא הרחיק לכת עד כדי העמדת עקרונות מופשטים בעדרי תוכן נורמאטיבי.

הכלל, שחובת התשלום בנוזקין מזתנית בפשיעה מצד המזיק, אינו הפשטה חסרת מהות, אלא בעלת תוכן נורמאטיבי מובהק, לפי שכל הרוצה לפסוק לפי כלל זה יודע איך לעשות זאת. לעומת זאת אפשר להביא כדוגמה לעקרון שהוא חסר מהות ונטול משמעות את הקביעה של אנגלרד עצמו, שהגבלת השימוש בקניינו של אדם "מושתתת על רעיון התפקיד החברתי של השימוש בזכות".<sup>7</sup> רעיון זה אינו מוכח מן העובדות-ההלכות, והוא נעדר משמעות, שכן הרוצה לפסוק לפי רעיון זה אינו יודע מהו התפקיד החברתי, אילו שימושים בקניין יש להתיר ואילו יש להגביל.

מכל מקום, האם לדעת אנגלרד רק המוגי פרטים חסרי שיטה וסדר ועקרונות שיסבירו אותם הם בעלי משמעות? והאם אמנם העקרונות שמסבירים אותם פרטים הם בעדרי משמעות? דומה, שאין צריך לומר, שהאמת היא היפוכו של דבר. האם יש להסיק מדברי אנגלרד שתורתם של אנשי המשפט הטבעי, או תורותיהם של קאנט, היגל, אוסטין וקלזון, או של אנשי האסכולה הסוציולוגית במשפט, הם כולם חסרי משמעות, משום שהעמידו כללים מקיפים שהם פורמאליים ולא מהותיים, והמלמדים עקרונות שכל העובדות צריכות למצוא בתוכם מקום והסבר?

ג. אנגלרד סבור שבמקום עקרונות אחידים העולים מן הדינים, "פרטי הדינים הם לעתים קרובות תוצאה של פשרה בין עקרונות מנוגדים" ולא היא! ככל שבעקרונות מדובר, אין שום קשר בין הפשרה הזאת ובין עקרונות אחידים. שכן, אף הפשרה, אם ישנה כזאת, בהכרח נעשית לפי כללים ועקרונות העומדים מעל העקרונות המנוגדים, כללים הקובעים אימתך, על מה ועד כמה כל עיקרון מנוגד צריך להיסוג ולוותר לחברו, כדי שלא תהא שרירות גרידא בפשרה שבין העקרונות המנוגדים. שכן, כידוע, כל דבר שאין ניתן למצוא בו עקרונות הוא שרירות בלבד ואינו ניתן למחקר ולהבנת הגיוניים. אבל אם כוונת אנגלרד לא לעקרונות מנוגדים, אלא לפשרה בין אינטרסים מנוגדים, הרי אף כאן יש לומר, שגם פשרה בין אינטרסים מנוגדים נקבעת, במודע או שלא במודע, לפי עקרונות מסוימים, כגון: שרוב בני אדם מסכימים שאינטרס פלוני חיוני יותר מחברו, או מועיל למטרה כלשהי יותר מחברו, או שהעיקרון העולה מן הפשרה חיוני ויעיל. נמצא, שהכללים של הפשרה גם הם תלויים לפעמים בעיקרון של גמירת-

6 שם, 31.

7 אנגלרד, 64.

הדעת האובייקטיבית, כלומר, של רוב בני האדם בחברה מסוימת. מכל מקום, גילויים של עקרונות משפטיים המכניסים סדר ושיטה בדינים הבודדים ומסבירים אותם, אינו סותר כלל את מגמות הסוציולוגיה של החברה או את ההיסטוריה שלה, שעל-פיהן נוצרו הדינים הבודדים. מתוך העובדות הסוציולוגיות של התנגשויות האינטרסים החברתיים והפשרות שלהם יוצר מדע הסוציולוגיה את הכללים ועקרונות-היסוד שלו. כללי זכות הקדימה של עקרונות ואינטרסים שונים בחברות אנושיות אף הם כללים.

ד. בדברי הסיכום שלו טוען אנגלרד ששיטתו של אלבק "אינה עומדת במבחן העיון ההיסטורי הביקורתי" והטעם הוא משום ש"האמת היא כי ההלכה היהודית לא הגיעה עד לעצם היום הזה לידי דרישת ההפשטה המוצעת על ידי אלבק". אבל באמת טעות היא לחשוב שיש קשר בין הפשטה שבמחקר מדעי ובין ההפשטה של הפסיקה המהווה "חומר גלם" הנתון למחקר המדעי. חוקר הלשון יכול לגלות כללים ודקדוק של לשון המדוברת בין אנשים שאינם מודעים כלל לכללים שעל-פיהם הם מדברים, ומעולם לא הגיעו לידי גיבוש כללים בלשונם.<sup>8</sup> הפסיכולוגים מנסחים כללים של התנהגות ילדים, והילדים מתנהגים לפיהם גם כשאינם מתכוונים כלל להתנהג לפי הכללים המופשטים הללו. אם הדיינים פוסקים הלכה מתקדים לתקדים, אין זה מונע מן החוקר המדעי לגלות, על סמך הפרטים הנתונים, שיטה וסדר בתקדימים, שהדיינים כלל אינם יודעים עליהם, ובלבד שהשיטה והסדר מוכחים מתוך הפרטים הנתונים, ועל-ידי כך להסביר, להבהיר ולאפשר הבנתם של פרטי העובדות הנתונות. כל מחקר משפטי, ואפילו ספר לימוד משפטי, מטרתו להכניס סדר ושיטה במכלול של פסקי הדין, אשר השיטה אינה כחובה בהם, ומרביתן של השיטות אף לא עלו על דעתם של מי שחיברו את פסקי הדין.

ה. עד כאן על ביקורתו העקרונית של אנגלרד כנגד שיטתו של אלבק, אלא שאנגלרד לא הסתפק בכך, ובתוך עמוד אחד של מאמרו (עמ' 63) הוא מנסה לסתור לגופו של עניין את תוצאות מחקריו של אלבק בשלושה ענפים גדולים של המשפט התלמודי, והם דיני הנוזקין, החוזים והקניין. וכאן מופרכים דבריו של אנגלרד מתוך המקורות התלמודיים. אנגלרד מניח שרעיונות מסוימים הקיימים בשיטת משפט זו או אחרת המוכרת לו בהכרח נכונים גם לגבי דיני התלמוד, מבלי לדעת או לבדוק האם העובדות מאשרות הנחה זו, או לפחות אינן סותרות אותה. אסתפק בשתי דוגמאות ממאמרו:

(א) אנגלרד אומר (בעמ' 63): "בצד עקרון הפשיעה כנימוק להטלת אחריות בנוזקין עומדים עקרונות אחרים המבוססים על רעיונות שונים, כגון: סיכון, פיזור הנוק ועוד... הרי סביר להגיה כי הוא תפס מקום גם במשפט היהודי בסוגיות מסוימות". השאלה, האם תפסו עקרונות אחרים בצד עקרון הפשיעה מקום במשפט היהודי, אינה תלויה "בסבירות ההנחה", אלא בידיעת פרטי העובדות של המשפט היהודי. והעובדות הן, שהתלמוד הפוסקים מכירים בפשיעה בלבד, ומבארים את הדינים לפי עיקרון זה בלבד.<sup>9</sup>

8 הטענה והתשובה לת מצויות למעשה בדברי אלבק עצמו, ראה דיני הממניות בתלמוד 15-16, וחבל שאנגלרד לא התייחס לדבריו.

9 עיין אלבק, פשר דיני הנוזקין בתלמוד 19-26.

שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי

(ב) דוגמה מאלפת עוד יותר לכך היא דברי אנגלרד על דין הגרמא. הוא כותב על דין זה כי "המשפט היהודי, בדומה לשיטות קדומות אחרות, דרש קשר סיבתי ישיר לשם הטלת אחריות על המזיק. אלבק כופה על מושגי סיבתיות מיוחדים אלה את רעיון הפשיעה (רשלנות)". ולא היא! כן, בעוד שיש בין שיטות המשפט הקדומות, כגון המשפט הרומי הקדום והמשפט האנגלי הקדום, שיטות הפוטורות על נזק שנגרם שלא כתוצאה מקשר סיבתי ישיר, הרי המשפט התלמודי אינו מכיר בהבחנה זו. הכל יודעים שהתורה חייבה על נזקי בור שנחפר וכל תקלה אחרת, שנעשתה על-ידי המזיק. ולפי המבחן של נזק שנגרם על-ידי קשר סיבתי ישיר, אין ספק שחופר הבור היה צריך להיות פטור על נזקו, כדיו מניח תקלה במשפט הרומי הקדום ובמשפט האנגלי הקדום.<sup>10</sup>

הטענה, שטעם הפטור בנוקסי גרמא הוא משום חוסר קשר סיבתי ישיר, נסתרת על-ידי דברי התלמוד עצמו, ולפיכך אין אפשרות לאומרו, כמו שמוכח מן הסוגיה שלהלן, שכל המפרשים מסכימים שהיא דנה בדין מדיני הגרמא<sup>11</sup>:

"ארבעה דברים העושה אותן פטור מדיני אדם... ואלו הן... הכופף קמתו של חברו בפני הדליקה" (כלומר, לצד הדליקה, כדי שתבער בה האש). ושואלים בגמרא שם: "היכי דמי (במה מדובר כאן): אי לימא (אם נאמר) דמטיא ליה ברוח מצויה (שבאה האש ברוח מצויה) בדיני אדם נמי (גם) ניחייב? אלא דמטיא ברוח שאינה מצויה".

דינו של הכופף קמתו של חברו הוא, לדעת כל המפרשים, גרמא, כלומר, נזק שאינו ישיר. והנה, בין אם באה האש ברוח מצויה ובין אם באה ברוח שאינה מצויה, המרחק בין המעשה המזיק ובין הנזק שווה, ואינו קצר יותר ברוח מצויה. אף-על-פי כן, אם באה האש ברוח מצויה, אפשרות שהיה על המזיק להעלות על דעתו, הרי היתה כאן רשלנות (פשיעה), והמזיק חייב; ואילו אם אותו נזק גרמא עצמו, שאינו ישיר, נגרם ברוח שאינה מצויה, שלא היה המזיק צריך להעלותה על דעתו, הרי לא התרשל, והמזיק פטור. נמצא, שהפטור בגרמא הוא משום העדר הרשלנות (הפשיעה), ולא משום קשר סיבתי שאינו ישיר<sup>12</sup>. אם שיטות משפט קדומות אחרות מצאו פתרונות לבעיות עובדתיות דומות על-ידי קביעת נורמות אחרות, הרי נורמות אלה הן עניין למי שחוקר את שיטות המשפט האחרות, ואין ביניהן ובין המשפט התלמודי ולא כלום.

ו. אנאכרוניזם יש בדברי אנגלרד: "אין להניח כי אלבק סבור שתכמי התלכה ערכו סקרי דעת קהל לפני שקבעו מה שקבעו". שכן, סקרי דעת קהל הם אחת הדרכים של המחקר המשמשות ככלי עזר בדורנו, להשלמה, או כתחליף, לנסיון חיים ולידע כללי ממקורות רבים, ששימשו את החכמים בדורות קודמים. אבל כדי לקבוע איך נוהגים רוב בני אדם או מיעוט בני אדם אין צורך לערוך סקרי דעת קהל, ונסיון החיים המצטבר

10 עיי, למשל, B. Nicholas, *An Introduction to Roman Law* (1962) 219 וראה גם Salmond, *On Torts* (15 ed, 1969) 6-7.

11 בכא קמא דף נה ב.

12 ראה גם אלבק, פשר דיני הנוזקין בתלמוד 44-45.

בלבד מגלה עובדה זו. כגון, כשנאמר במסכת בבא קמא דף כו, ב, שהמניח את הכד ברשות הרבים ובא אחר ונתקל בה ושברה פטור, "לפי שאין דרכן של בני אדם להתבונן בדרכים", הרי יש להניח שחכמי התלמוד קבעו עובדה זו בלי "סקרי דעת קהל". וכן כשאמרו שם: "דרובא קרו לה לכדא כדא, ולחביתא הביתא, ואיכא נמי דקרו לחביתא כדא", כלומר, "רוב בני האדם קוראים לכד – כד ולחבית – חבית, ויש מיעוט שקורא לחבית כד"<sup>13</sup>. אף עניינים אלה לא נקבעו בעזרת "סקרי דעת קהל", וכן בכתובות עב, ב: "מידי דקפדי בה אינשי הוה קפידיה קפידא, מידי דלא קפדי בה אינשי לא הוי קפידיה קפידא". כלומר, בדבר שדרך בני אדם להקפיד עליו, אף קפידתו של יחיד נחשבת קפידה, אבל בדבר שאין דרך בני אדם להקפיד, אף קפידתו של יחיד זה בטלה וכדי לקבוע מה דרך בני אדם להקפיד עליו, אין צורך בסקרי דעת קהל. וכן אין סוף לדוגמאות, שכל מעיין יוכל למוצאן בעצמו.

אמנם, מה שהטעה כאן את אנגלרד בדבר פשוט כזה הם כנראה דברי משיג אחד, שאנגלרד רומז להם בהערה 161 של מאמרו, שהשיג על דברי אלבק בסוגיית התנאי, משום שנשתבש בדברי התוספות. שכן, אותו משיג תוקף את אלבק על קביעתו שהרוצה להתנות תנאי צריך להשתמש בלשונות מיוחדים כדי שתנאו יהא תקף, משום שדרך בני אדם בהתנאות תנאים להשתמש בלשונות אלה דוקא, ורק אם ישתמש בלשונות המיוחדים לתנאי תובן כוונתו על-ידי בני אדם, ויהא תוקף להתנאות. הילכך הצורך בלשונות מיוחדים לתנאי תלוי במנהגם של בני אדם בהתנאות תנאים. ועל כך כתב המשיג, שאין להניח שבימים ההם עשו סקרי דעת קהל, אבל נעלם ממנו שלא אלבק נזקק כאן למנהגם של רוב בני אדם אלא התוספות הם שכבר כתבו זאת<sup>14</sup>: "גילוי דעת במילתא שאין רגילות לעשות כן לא מהני עד שיתנה, ויש דברים דאפילו גילוי דעת אין צריך", שכן: "יש דברים שאינם צריכים תנאי כפול אלא גילוי מילתא דאנו סהדי דאדעתא דהכי עבוד, וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי... לפי שאנו אומדים של כך היה בדעתו"<sup>15</sup>. כלומר, בדבר שאין בני אדם רגילים להתנות אין מספיק גילוי דעת גרידא ויש צורך בכל דקדוקי לשון תנאי כפול, וכיוצא בו, אבל בדבר שהם רגילים להתנות אין צריך לאומרו בלשון תנאי כפול ודי בגילוי דעת גרידא, לפי שאנו אומדים את דעתו גם בלי לשון כפול שלכך התכוון; ובתנאים הרגילים עוד יותר, אפילו גילוי דעת אינו צריך, ואנו אומדים את דעתו גם אם לא פירש אותה. והרי התוספות בדאי לא נוקקו ל"סקר דעת קהל", אלא להערכה ואומדן ולידע כללי. מכל מקום, תמות הוא שיחלקו על אלבק בדבר שבו הלך בעקבות בעלי התוספות, בשיטתם ובלשונם.

ז. תמוהה גם קושייתו של אנגלרד על הגדרת מושג הבעלות של אלבק. לפי הגדרתו של אלבק, שאנגלרד מביאה, "הבעלות אינה אלא רשות (פוססיה, חזקה), שיש בה נצחיות וקביעות, כלומר, שהנכס הוא ברשות הבעלים לעולם, בלי הגבלה בזמן, ואינו יוצא מרשותו אלא לזמן מוגבל ובדרך עראי בלבד. וכיוצא בזה אף זכויות קנייניות אחרות,

13 ויש מפרשים, כגון יש שלמה, שם, שדנים בהקשר זה אף בשאלה האם המיעוט הוא מיעוט ניכר או מיעוט קטן שאינו ניכר.

14 כתובות דף צז, א ד"ה זבין.

15 תוספות קידושין דף מט, ב ד"ה דברים. וראה אלבק, דיני המצוות בתלמוד 351.

שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי

שאינן בעלות, מיוסדות על רשות, כגון: שאילה שכירות או אריסות הן רשות עראית המוגבלת בזמן. ועל הגדרה זו מקשה אנגלרד: "מנין לו למחבר הגדרות אלה של בעלות של זכות קניינית אחרת? החלוקה מזכירה לנו את ההבחנות השיטתיות הרומי-ניסטיות שאינן הכרחיות. והראיה: ההלכה היהודית מכירה דווקא בקניין בעלות המוגבל בזמן (ראה רמב"ם, הלכות מכירה כ"ג, ה')"<sup>16</sup>.

מה הן "השיטות הרומניסטיות", שהגדרה זו מזכירה, אין אנגלרד מפרש ואף אינו מביא שום מראה מקום היכול לרמוז על כוונתו, מכל מקום זו ההגדרה המקובלת בדיני ישראל, ואביא רק שני מקומות המניחים הגדרה זו מתוך מספר רב של מקומות. המקום הראשון, מימים ראשונים, מן התלמוד הבבלי, והשני, מן האחרונים, מדברי הגר"א. בבבא מציעא (דף נו, ב) מובאת סוגיה זו: "בעי ר' זירא: שכירות יש לה אונאה או אין לה אונאה, 'ממכר' אמר רחמנא (התורה), אבל לא שכירות, או דלמא לא שניא (או שמא אין הבדל בין שכירות לממכר)? אמר ליה אביי: מי כתיב (וכי כתוב): ממכר לעולם? ממכר סתמא כתיב". ולפי זה כתב הרמב"ם (בהלכות שאלה ופקדון א, ה): "הלוקח קונה הגוף קנין עולם... והשוכר קונה הגוף לפירותיו עד זמן קצוב"<sup>17</sup>. והגר"א, בביאור לשולחן ערוך יורה דעה (סימן שה, ס"ק יד), כתב על מתנה על מנת להחזיר, שהיא לכאורה בעלות המוגבלת בזמן: "שהוא נותן לו במתנה גמורה לעולם, אלא שמתנה עמו תנאי, והוי כמתנה על דבר אחר, שאיכל או יעשה דבר או יתן לו דבר אחר"<sup>18</sup>. ואילו דברי הרמב"ם בהלכות מכירה, שמוזכר אנגלרד, אינם דנים כלל בבעלות, אלא ב"קניין פירות" שהוא לפי הפסק של הגמרא אפילו אינו כקניין הגוף, אלא הוא אחד ממיני האריסות. כל הפרק מתחילתו דן בקניין פירות, כגון מכירת קרקע בזמן שהחבל נוהג, ובהבדלים שבין קניין פירות ובין החכרות מסוג דומה. ותמוה היאך אפשר לבוא למסקנה שמדובר כאן בבעלות.

ה. כיוצא בזה יש לומר גם על דברים אחרים שכתב אנגלרד בעמ' 64 על הבעלות במשפט התלמודי:

"הקנין מבוסס על עקרון השליטה המלאה של בעל הקניין; הגבלת השימוש בו, לעומת זאת, מושתתת על רעיון התפקיד החברתי של השימוש בזכות פרטי הדינים הם ביטוי להכרעה ברוח של פשרה בין שני העקרונות"<sup>19</sup>.

"תפקיד חברתי" הוא מושג חדש ומודרני, וחכמי התלמוד לא ידעוהו ולא ביססו עליו את הלכותיהם, ולפיכך אי אפשר לבאר על-פיו את טעמי דעותיהם של חכמי התלמוד. אבל גם כהסבר מודרני לפרטי דיני התלמוד אין להשתמש בו, לפי שמדברי חכמי התלמוד עצמם בעניינים אלה עולים טעמים אחרים, ועל-פיהם מתבאר מפני מה יש שימושים בנכסים שלא הוגבלו ויש שימושים אחרים שהוגבלו והם אסורים<sup>20</sup>. מכל

16 אנגלרד, 61.

17 ועיין גם רש"י בבא קמא דף סח, ד"ר "פרט לשהקנה לו לשלשים יום".

18 דברי חכמים אחרים ימצא הקורא בספרו של אלבק, דיני המצוות בתלמוד 377 ואילך.

19 אנגלרד, 63-64.

20 עיין אלבק, דיני המצוות בתלמוד 423 ואילך.

מקום, הרעיון של אנגלרד על "התפקיד החברתי" הוא חסר משמעות, כמו שנתבאר למעלה בסעיף ב.

העיון בתלמוד גופו מעלה שהגדרת הבעלות בדיני התלמוד מיוסדת על רשות, ואחד מיסודות הרשות הוא יכולת השימוש בנכסים לפי מה שרגילים בני אדם להשתמש בנכס כזה באותו מקום.<sup>21</sup> ובכך כבר כלולה הגבלת השימוש בנכסים, כמו שבארו כבר ראשוני מפרשי התלמוד, ששימוש שאינו רגיל בקרקע והמוזק לשכן יש להרחיק ואילו שימוש רגיל בקרקע אין המוזק חייב להרחיק.<sup>22</sup> גמצא, שינוי העניינים כלולים כבר בעיקרון מקיף הרבה יותר, הכולל גם את בעיות הרשות והחזקה. והדברים עולים מתוך התלמוד עצמו, ולא מתוך השערות גרידא שנאמרו במקורן על שיטות משפט אחרות בתקופות אחרות.

הדברים שלעיל לא באו אלא להעמיד דברים חשובים על נכונותם, אך גם אם לא הבין פרופ' אנגלרד את בסיס שיטת מחקרו של אלבק, משום שבקיאותו היא במשפט המודרני, ולא בהלכה, הרי מכל מקום השכיל פרופ' אנגלרד לקרב להכרתו של ציבור המשפטנים הכללי את נושאי מחקר ההלכה, ועל תרומתו בעניין זה תבוא עליו ברכה.

21 אלבק, שם, 69 ואילך.

22 אלבק, שם, 423 ואילך.