

01102

מחקר המשפט העברי — מהותו ומטרותיו

מאת

פרופ' יצחק אנגלר

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

המחקר של המשפט היהודי מעורר בעיות מתודות רבות. ההלכה היהודית היא מערכת גורמטיבית דתית אשר מאחוריה מסורת בעלת רציפות היסטורית; ארוכה מאוד. דורות רבים של תלמידי חכמים עסקו בה בעיון ובמעשה. השאלה הראשונה העומדת בפני החוקר המודרני היא, איפוא: "במה שונה מחקר המשפט, השאלה הראשונה העומדת בפני העיון של בית המדרש הישן?" האם השוני הוא במתודה או במטרה או בשתייהן גם יחד? מה סיבו של שוני זה? הקושי במתן תשובה לשאלה זו נעוץ בין היתר בכך כי המשפט על מקורותיו עשוי לשמש מושא למחקרים במסגרת ענפי מדע שונים: היסטוריה, פליל-סופיה, מדעי החברה, ועוד. כמו כן קשורה התשובה בהבהרה מוקדמת של בעייה נוספת וכללית, והיא: מהות המחקר המשפטי עצמו. אין ספק כי קיים קשר הדוק בין מטרת המחקר לבין שיטתו.² כן נראה כי הגדרת מטרתו של מחקר אינה נקמה מהרעיונות ערכיות המסורות ללבן של החוקר. ננסה במאמר זה להבהיר את הבעיות המתודולוגיות העומדות בפני החוקר תוך כדי עיון ביקורתי בעבודות המחקר של אחדים מבין חוקרי המשפט העברי המובהקים. תחילה נדון במונח משפט עברי. עצמו המשמש רבים מבין החוקרים לשם הגדרת תחום מחקרם. לאחר מכן נבדוק את היחס בין המחקר ההיסטורי של המשפט לבין המחקר הדוגמטי. הפרק אחרון יוקדש לתיאור ביקורתי של עבודתיהם המחקריות של א' גולאק, מ' אלון ושי' אלבק. כסיכום נציע מספר הצעות לעריכת מחקרים במשפט היהודי.

1. על מושג הרציפות בהיסטוריה של המשפט ראה: Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der* 43-45.
2. על השיבותה של השקפת עולמו של החוקר בבחירת המתודה ומטרותיו במשפט השווה: *Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, Goettingen, pp. 175-176.

1. המונח "משפט עברי" וגדריו

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

נקודת הכובד של הבעיה מצויה בקביעת היחס המדויק בין מושג ההלכה לבין

3. ר' אלון, המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו, השלי, ירושלים, בעמ' 150.
4. ר' אלון, שם, בעמ' 90 ואילך; זלברג, כך דרכו של הלומי, השכי, ירושלים, בעמ' 152-153; שילה, "הבו לנו משפט עברי", המשפט העברי ומדינת ישראל, בעריכת י' בוק, תשכ"ט, ירושלים, בעמ' 135, 137 ואילך.
5. Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit fuer Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814, passim; Jhering, *Geist des roemischen Rechts*, 6. Aufl. 1907, Leipzig, I, pp. 29-30, 33-35. יוריג חור בו מן הדימוי בספרו על המצב למשפט (תרגום: שקי), G. Marini, "La storiicit del diritto": ראה במיוחד: Jhering, *Jherings Erbe*, 1970, Goet- e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering", *Jherings*, pp. 155, 158 et seq.
6. ראה למשל, פ' דייקן (דיקטטור), תולדות המשפט השלום העברי, השכי, תליאבי, בעמ' 14-15: "משפט השלום העברי חרת על דגלו את חידוש המשפט העברי ביסודותיו ללא צביון דתי...". כן ראה אנגלר, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית", הנות הלבנה, השכי, ירושלים, בעמ' קס"א, קס"ב, הערה 14, ובעמ' קצ"ג-קצ"ד; המאמר פורסם גם בספר המשפט העברי ומדינת ישראל, בעריכת י' בוק, ה"ש 4 לעיל, בעמ' 110, 114, 131; ה"ש 3 לעיל, שם, בעמ' ד' ואילך.
7. בדבר ההתנגדות של חוגים חרדים לשמוש העברית כשפת חולין ר' אלון, ה"ש 3 לעיל, שם, בעמ' 120.
8. את ספקותינו לגבי אפשרות ההפרדה הבענו ברשימתנו הנזכרת לעיל (ה"ש 6).

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

יורה מוז: אין כל אפשרות אובייקטיבית לתחום את היקף המקצוע משפט עבר לעומת מכלול ההלכה.

הטענה כי רק הדינים העוסקים ביחסים בינאישיים הם בחינת משפט אינה עומדת במבחן הביקורת¹³, והיא אף אינה מעלית על-ידי חוקרי המשפט העברי. אין להסדק ספק בכך כי דיני האיסור וההיתר בהלכה, המלווים באיום של סנקציה חברתית, הם בעלי אופי משפטי. הנימוק לצימצום תחום המחקר לחלק מסויים של ההלכה אינו מצוינה במהות הדינים. דומה כי כל-כולו קשור למטרה הציגונית של המחקר, והיא: האקטואליות שבו למשפט המדינה ולעיצובה. לכן נתפסים כל דיני האישיות של ההלכה כחלק של המשפט העברי, על אף אופיים הדתי והאיסורי המובהק. בדרך הטבע מבחן של אקטואליות אינו יכול להיות שיטתי בהיותו כפוף למציאות המשתנת ולהשקפת החוקר¹⁴. ואמנם כל נסיון למיין את הנושאים השונים יגלה את הקשיים המרובים בשיבוץם תחת ראש המשפט העברי, בהבדל מיתר ההלכה. נסתפק בהזכרת אחדים מהם: הספק בדיון, דינא דמלכותא דינא, ניתוח מהים, השתלת איברים, הזרעה מלאכותית, כשרות, מקומות קדושים, ערכאות של גויים, איסור ריבית, חרם ונידוי¹⁵.

מבחינת האקטואליות, או בלשונו של מ' אלון, מבחינת הברירה לפי ההשוואה עם שיטות משפט מודרניות, אינו יכול להצדיק קביעת מקצוע אוטונומי נפרד. לשם כך דרושה סגולות פנימיות כלשהי של החומר המבורר עצמו.

לדעתנו אין צידוק מדעי לצימצום המחקר המשפטי לתחומים אלה של ההלכה בלבד, אשר דומינם מצויים בשיטות משפט אחרות או לאלה אשר עשויים להיקלט במשפט המדינה¹⁶. כל החומר הנורמטיבי של ההלכה ראוי לעינון מדעי במסגרת תחום מחקרי אחר. היסוד הדתי של ההלכה — לא זו בלבד שאין אפשרות להתעלם ממנו, אלא שהוא צריך לשמש כאחת הנקודות המרכזיות של המחקר¹⁷. דרך אגב יצויין כי דווקא דיני איסור היתר הם האקטואליים ביותר במסגרת ההלכה הנוגעת.

נשאת שאלת המינוח. במציאות הישראלית — ובה בלבד, כי לא נמצא תרגום לועזי למונח משפט עברי — משמש המושג משפט עברי ככלי ביטוי להשקפה ערכית. אדם החפץ להדגיש את הריבט הדתי נוט לישון ל' כה' או ל' דין תורה¹⁸; אדם הרוצה לדבר טענה זו וביקורתה ראה אנגלרד, “שמעך הדין המשפט הישראלי” (חלק א'), משפטים, ב' (תשל"ג), בעמ' 270 ואילך.

13 השווה אלון, הי"ש 3 לעיל, שם, בעמ' 146 הערה 21.

14 מארק הוא העינון במפעלו הביבליוגרפי של ג' רקובר, *אוצר המשפט, מבנה ביבליוגרפי למשפט העברי, השל"ה, ירושלים*.

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

16 השווה לגבי דיני הקנוני: I, München-Berlin, pp. 337 et seq. D'Avack, *Corso di diritto canonico*, 1956, Milano, pp. 13 et seq.

17 לחיוב או לשלילה. מכאן למשל האימרה הידועה המיוחסת לר' בריגוריון: “אנו מדינה של חוק ולא של הלכה”.

מושג המשפט העברי. נסיון לבירור שאלה זו נעשה לאחרונה על-ידי מבחן אלון בספרו המקיף על המשפט העברי⁹. הוא יוצא מן ההנחה כי המשפט העברי הוא חלק מן ההלכה, שהיא מכלול ההוראות הנורמטיביות שבהודות. לדבריו המונח משפט עברי “כולל רק אותם התחומים של ההלכה, שבהומה להם, מקובלים להיות כלולים במערכת משפטיות אחרות הדינים, היינו עניינים המסדירים את היחסים שבין אדם לחברו ולחברתו, ולא להבחנה זו אין אחיזה במשפט היחודי המשלב בתוכו את שני היסודות, החברתי והפולחני. עם זאת הוא מגיע למסקנה שעל אף השרירות שבהגדרת המונח מבחינת הדיוק הלשוני והתכני יש לקבלו; כי הוא השרושה מזה כשבעים שנה כמונח הכולל אותו חלק של ההלכה, שמקובל לכולו כיום במערכות משפטיות אחרות. הוא מסיים: “הן מבחינה מעשית והן מבחינה מתקנית עניין לנו בחלק זה של ההלכה; כחוקרים וכמשפטנים אנו זקוקים איפוא למונח מיוחד זה, ובתור שכזה עלינו לקבלו ולאמצו”¹⁰. מן האמור עולה כי תחום המשפט העברי אינו מוגדר על יסוד מבחנים פנימיים של מקור ותצבתו, ההלכה, אלא מתוך התייחסות לשיטות המשפט של המדינות המודרניות. תחומו מצוי באותן הוראות ההלכה העוסקות בנושאים שמקובל לעסוק בהם בשיטות משפט אחרות. נסיון ההפרדה בין היסוד הדתי לבין היסוד הלאומי-חברתי מביא, איפוא, באמצעות ברירה בין הדינים השונים. דומה כי ההנחה היא שכללים העוסקים ביחסים בין אדם לחברו מהותם הדתית אינה בולטת, נוכח התפקיד החברתי שכללים אלה ממלאים ביחסים מסוג זה. כאן קל יותר להציג את המלימד הדתי כענין של צורה לגבי המהות הלאומית¹¹. אין ספק כי שימת הדגש על מהות הפתרון המשפטי בסיכוד בין-אישית עשויה להבליע את היסודות הדתיים של המערכת. לרוב הבעייה העומדת לפתרון אופיינית לכל חברה אנגשית, ללא קשר לאמונתם של מרכיביה. מכאן, כי גם הפתרון המהותי אינו מבטא במישרין אמונה דתית מיוחדת. התכלית הקרובה של תקנת הציבור משותפת לכל החברות ואין הכרח מידי להתייחס לתכלית הרחוקה של תיקון עולם במלכות שדי.

אך, שימת הדגש על טיב הפתרון המהותי עלולה לסמטש את מהותה של מערכת משפטית. יסוד מאפיין חשוב בכל שיטה הוא דרך הפתרון באמצעות כלליה הקבועים. כי לעתים קרובות המהלך הרחוני למציאת הפתרון, ולא הפתרון עצמו, הוא קו האופי המייחד משפט מסויים. על הפוסק בסכסוך לבסס את פסקו, בדרך רציונלית, על יסוד החומר הנורמטיבי המושם לפניו. הלך הפסיקה הוא הלך דוגמתי, ועל כן על השופט לקבל את סמכות המקורות לפי התפיסה הפנימית של המערכת. אם לא יעשה זאת, הוא יחרוג ממסגרת המערכת הנורמטיבית הנתונה, ביצרו שיטה חדשה.

מסקנה זו מערערת את ההנחה כי אפשר לבודד בתוך ההלכה היהודית חלקים

9 הי"ש 3 לעיל.

10 שם, בעמ' 146: השווה גם גולאק, *ישרי המשפט העברי*, תרפ"ג, ברלין, עמ' 5.

11 שם, בעמ' 151.

12 ראה לדוגמה, דייקן (דיקסטיין), “לעתידי של המשפט העברי”, פורא, תשי"ג-תשי"ח, עמ' 464, 470-471 ובן בוק (עורך), הי"ש 6 לעיל, שם, עמ' 75, 80; וראה את ביקורתו ברשימתו הנזכרת בהי"ש 6 לעיל, אך ראה גם ש"ק מורסקי, “המשפט העברי ומדינת ישראל”, בוק (עורך), שם, בעמ' 61, 62 ואילך.

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

2. דוגמטיקה והיסטוריה במחקר המשפט

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

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

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

E. Rothacker, "Die dogmatische Denkform: das Problem des Historismus", *Akademie der Wissenschaften und der Literatur*, 1954, Wiesbaden, pp. 239, 249-250, 255 כפי שמחבר זה מציין אין לזוהת את מושג הדוגמטיקה עם דוגמטיזם, כמובן השלילי של העדר ביקורת. ראה קאנט, ביקורת התבונה המהירה, מהדורה שנית, תשכ"ו, ירושלים, עמ' 23-24. ראה עוד על הדוגמטיקה המשפטית: Koschaker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, Goettingen, pp. 54-55; Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, Goettingen, pp. 54-55 et passim; J. Doelle, "Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung", 34 (1970), *Rabels Z.*, 403; Tedeschi, "On Reception and on the Legislative Policy of Israel", *Scripta Hierosolymitana*, Jerusalem, 1966, XVI, pp. 11, 40.

21 על התפקיד של הדוגמטיקה בבליק הפסיקה ראה: Wieacker, "Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik", *Hermeneutik und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, Tübingen, II, p. 311; Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, 1970, Frankfurt/M., pp. 87 et seq. השלכה מעשית, במיוחד ביצירת מושגים מופשטים ובמיונם. על חופעה זו בהלכה היהודית ראה להלן הטכסט ליד ה"ש 61.

נורמטיבית; כלומר, קביעת כלל התנהגות נוכח מציאות עובדתית מסוימת. הפתרון לבעיה חייב להימצא על יסוד המקורות הנורמטיביים הנחשבים כתקפים. על העוסק בדוגמטיקה לקבל את הנחות השיטה ולהגות לפי "כללי המשחק" שלה.²² הגישה ההיסטורית, לעומת זאת, משקיפה על מערכת המשפט "מן החוץ" כעל מציאות אמפירית. חפצה הוא להכיר מציאות זו על גורמיה השונים. עניינה בהשלשלות האירועים שתבואו לידי מציאות זו. אם ניסול מערכת משפטית נחונה הרי מטרתה של הדוגמטיקה היא החלטה; מטרת ההיסטוריה היא ההכרה של דרך התגבשות המערכת.

אולם מן הראוי לציין כי מושג הדוגמטיקה אינו מיוחד למשפט. מקור המשג עצמו כתאולוגיה הנוצרית, אך במשמעותו הרחבה הוא נוגע לכלל המדעים. כלומר, אם נתמס את הגישה הדוגמטית כמובנה הכללי כמתודה מחקרית המבוססת על הנחות מוקדמות, הרי שאלת מקומה נוגע לכל המדעים. היא בעיית יסוד בפילוסופיה של המדעים בה היא מופיעה כשאלת הפשר.²³ ברור כי הדיון בבעיה כללית זו חורג הרחק מעבר לתחום המשפט ההיסטורית. יותר קרובה לנו היא שאלת הדוגמטיקה במחקר ההיסטורי, הכוונה היא למובן הרחב של המשג, ובכך לפילוסופיה של החיים-טורית. השאלות נוגעות למעמד התודעה ההיסטורית, למרות ההבנה ההיסטורית, ובאופן כללי לבעיית ההצטנאוטיקה במדעים היסטוריים.²⁴ שאלות אלה קשורות קשר הדוק לבעיית ההיסטוריות בה עסקו רבים.²⁵

אין לנו לא היכרות ולא הנאפשרות-לאחריות את מיריעה על בעיות אלה של הפילוסופיה של ההיסטוריה, ולא נוכל אלא להצביע על הקשר בינו לבין תחום עיונו שהיא בעיית היחס בין הדוגמטיקה המשפטית לבין ההיסטוריה של המשפט.

לשם ברור נשאל זה אין גם צורך לדון ולהכריע בשאלה השנויה במחלוקת אם ההיסטוריה של המשפט היא ענף אוטונומי במדעי ההיסטוריה לה יש ייחוד מדעי המבדילה מן ההיסטוריה הכללית, או שמא דינה כדך כל מחקר היסטורי אחר.²⁶ אם אנו תופסים כאן את מושג הדוגמטיקה כחשיבה מושגית לפי כללים פנימי-שיטתיים. השה, אטר, היש 21 לעיל, שם: אך דומה-כי-קיימת נטייה להשתמש במושג לשם ציון החשיבה והתמקקה המשפטית באופן כללי במובן ה"legal reasoning". השה 21 לעיל, שם: לפי חסיסתנו המושג קרוב יותר ל"conceptualism", דהיינו לסוג-אחד-של חשיבה משפטית. השהו להלן הטכסט ליד ה"ש 60 בתקשר שלנו, בו אנו מצוהנים להעמיד את הדוגמטיקה מול גישת ההיסטוריה, אין צורך לקבוע מסמרות לגבי היקף המשג.

22 ראה, למשל, *Review*, 25 (1971) of the Sciences of Man. Taylor, "Interpretation and the Sciences of Man", 25 (1971) *Review*, 3 of *Metaphysics*, 3. Rothacker, *Wahrheit und Methode*, 2. Aufl. 1965, Tübingen.

23 שטקסו בנושא זה חוץ ציון המקורות: Gadamer, *supra* n. 24, *op. cit.*, 477 et seq. H. Mitteis, *Vom Lebenswert der Rechts-geschichte*, 1947, Weimar; Dulceit, *Philosophie der Rechts-geschichte*, 1955, Milano; Id., "L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere", 16 (1960), *Annali Giurisprudenzia Bari*, 3.

26 Wieacker, *supra* n. 1, p. 426, "Der gegenwaertige Stand der Disziplin der neueren Privat-n. 36; Id., "Der gegenwaertige Stand der Disziplin der neueren Privat-

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

הבנה של שיטה משפטית קיימת, על הוראותיה, דורשת לעיתים ידיעה היסטורית על התהוותה של כלל משפטית ועל המשמעות שתמוחק התכוון לתת לנוסח החוק. כאן עשויה ההיסטוריה להשלים את כליו של הדוגמטיקן, ולשמר כאמצעי למטרותיו. בעזרה זו של ההיסטוריה בהחלת המשפט אין להטיל ספק, ולעיתים אפשר לחמוה על המאמצים הגדולים שהשקיעו ההיסטוריונים של המשפט במטרה להראות את השיבוטה. המובנת מאלה, בתחום המשפט הפוסטיביבי.²⁸ אך איש אינו חולק עוד היום על כך כי תפקידו של המשפטן אינו מתמצה בהבנה ההיסטורית של הוראת חוק.²⁹ הליך ההחלה של גורמה על המציאות הקונקרטית הוא מקיף יותר כי יש בו אלמנטים נוספים. "ההרגמנאוטיקה המשפטית גותנת את דעתה על המסקנות של המחקר ההיסטורי והפילולוגי, אך היא משתמשת בהן ב'פרשנותה ההגינית' רק ברוח הדוגמטיקה. מכאן חוסר ההבנה הבלתי-היסטורית של מקורות המשפט בחשיבה הדוגמטית"³⁰.

אחד ההבדלים החשובים בין ההיסטוריון לבין המשפטן הדוגמטיקן מצוי אפוא בתפקידו של האחרון לחול את הנורמה המשפטית לשם פתרון בעיה קונקרטית. נעשה אמנם נסיון חשוב ומעניין מצד Gadamer³¹ להראות — מתוך ייחוס עם Bettü³² — את הקירבה הדמיון, במישור ההרגמנאוטיקה, בין עבודת המשפטן לבין עבודת הדין-טוריון: שניהם מתווכים בין עבר להווה.³³ אך הקירבה האפשרית במישור פילוסופי כללי זה אינה גורעת במאומה מן ההבדלים העיוניים המעשיים הקיימים בין הגישה הדוגמטית לבין הגישה ההיסטורית במישור מטרותיותן המיוחדות.³⁴

rechts-geschichte", *Eranion Maridaktis*, 1963, Athen, I, pp. 356 et seq.; sed cf. A. Momigliano, "The Consequences of New Trends in the History of Ancient Law", *Studies in Historiography*, 1966, London, p. 239

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

28 W. Hellebrand, "Die juristische 430-423 בעמ' לעיל, 1 בעמ' 430-423 וראו: Esser, *supra* n. 21, p. 93 et seq.

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

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

31 ה"ש 24 לעיל, בעמ' 310 וראו.

32 לגבי תוכנו של בטי על דעותיו של גאדמר ראה את מאמרו הנוכח בה"ש 25 לעיל, "L'ermeneutica storica"

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

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

המורכבות של בעיית היחס בין שתי הגישות מופיעה במשנה הריפות שעה שתחום המחקר אינו שיטה קיימת, אלא משפט של העבר. כאן עבודת החוקר תהיה בראש וראשונה היסטורית-פילולוגית, כי החילה יהיה עליו לקבוע את המקורות ההלכתיים לתקופה הנתונה ולעמוד על משמעות נוסחם. תיאור השיטה הקדומה על יסוד המקורות ההיסטוריים הוא בעיקרו מלאכה של היסטוריון, אך קרובה ביותר לאלו של הדוגמטיקן. היא דורשת הבנת המבנה הפנימי של השיטה והבנת הבעיות המ-פוטיות שהן יסוד מוצק בעבודתו של הדוגמטיקן. עקרונית, עדיין קיים הבדל חשוב ביניהם: הדוגמטיקה המשפטית בתפקידה הכולל חותרת לקראת שיכלול המערכת הנורמטיבית על-ידי הפשטה או סידור שיטתי וכיוצא בזה, כשלנגד עיניה הפתרון המעשי של סיכסוך או בעיה משפטית. שאיפה זו רחוקה היא מלב ההיסטוריון שיצירתו מכוונת להכרת המציאות. ידעת הדוגמטיקה המשפטית משמשת את ההיסטוריון ככלי עזר להכרת המציאות האובייקט, אולם, אם נצמצם מחד את המחקר ההיסטורי מבחינת משך הזמן ומבחינת האובייקט ומאידך, את המחקר הדוגמטי מבחינת תפקידו, הרי נוכל ליצור קירבה רבה עד כדי זהות בין שתי הגישות. נגיה, לדוגמה, כי ברצוננו לתאר שיטה משפטית ברגע היסטורי מסוים. אם נוותר על ההיבט הדינמי של התהוות השיטה מבחינה היסטורית ונתעניין בגורמות בלבד, הרי התיאור יהיה סינכרוני ואפשר לכוונתו דוגמטי, על אף שאינו מכוון לפתרון בעיות קונקרטיות. עם זאת התיאור יהיה במונח ידוע גם היסטורי, משום שהמדובר במציאות של העבר, אם כי במציאות מצומצמת מאוד. מצב התיאור כזה הוא בעצם הסף למעבר מגישה לגישה. לדעתו של רוטהקן³⁵ המעבר מגישה לגישה מבוסס בעיקרו על שינוי בהשקפתו של החוקר, כי מעבר זה אינו פוגע בקשר השיטתי של המערכת. "אם הדוגמטיקן העקבי בראש וראשונה בדבר ההגיון הפנימי של השיטה, דהיינו בדבר הקשר הפנימי העקבי של מושגיה, הרי ההיסטוריון גותן את דעתו בראש וראשונה על העובדה שכל היה פעם המשפט"³⁶. והוא מגדיר באופן קולע:

"Was der Dogmatiker 'bekenn', erzählt der Historiker"³⁵

צודק רוטהקן בהדגשת שוני זה בעמדת החוקר, אך דומה כי בשאיפתו לקיים את מושא המחקר, המערך בתוכו הרבה, הוא המעיט מתשיבותו של השוני בתוצאות המחקר הבא בעקבות השוני בעמדה. נכון אמנם כי תיאור של מציאות העבר הוא עבודה היסטורית, ונכון כי תיאור של מערכת משפט היא עבודה דוגמטית, אך אין ההיסטוריון מסתפק בדרך כלל בתיאור של מציאות, אלא רוצה הוא לעמוד על גורמה³⁶; ואין הדוגמטיקן בעבודתו הכללית מסתפק בתיאור פסיבי של הנורמות.

35 השווה וראו, ה"ש בעמ' 364-366; Jurisprudenz und Rechtsgeschichte vor Bettü, ARSP 354 dem Problem der Auslegung", 40 (1952)

36 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 254 וראו.

37 שם בעמ' 255

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

39 רוטהקן עצמו מעיר כי ההיסטוריון יכול לעמוד על גורמי המציאות, אך לדבריו אין זה הנאי הכרחי. לדעתו המעיט כאן רוטהקן בתפקיד ההיסטוריון כדי להבליט את הקירבה בינו לבין הדוגמטיקן.

הוא שואף כאמור לשיכלול השיטה, לפיתוח המושגים, להבהרת הפתרונות הצפויים. כל זה הוא בבחינת מחשבה יוצרת העשויה לשנות את המערכת עצמה.⁴⁰ אולם במקרה של משפט קדום, שאינו נוהג עוד ושאינו מתכוונים לשוב ולהנהיגו, נשאלת בצדק השאלה, מה השעם בדוגמטיקה יוצרת? להלכה הדבר אפשרי. יכול חוקר, לאחר שמקורות המשפט מוצגים בפניו על יסוד מחקר הנורמטיבי הזה ויכול הוא לשפלא צריך היה לפתור בעיות משפטיות על-פי החומר הנורמטיבי הזה ויכול הוא לשפלא ולפתח את מושגי השיטה ולמצוא עקרונות מופשטים. אך על החוקר העוסק במחקר דוגמתי כזה לשאול את עצמו מה ערך מפעלו שאין בו לא תיאור של מציאות עובדתית של העבר (בהנחה כי אין יסוד שכך פסקו וכך חשבו בפועל⁴¹) ולא תיאור של מציאות עתידית רצויה (כי השיטה אינה נותנת ערך)⁴²? לשם מה המאמץ ההדוני שהוא בבחינת דרישה שאין עמה קבלת שכר? דומה כי צודק ללינק בראותו בעבודה כזאת מושגים יגיעה לריק⁴³.

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

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

41 על בעיית השימוש בכלים דוגמטיים מודרניים במחקר ההיסטורי, ראה להלן בעמ' 43, 53-54.

42 כאן אנו עוסקים בתפקיד יוצר במלוא מובן המלה.

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

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

הנסקרת על-ידי הנכנסת יתר-שיטתיות. בעיה אחרונה זו קשורה קשר הדוק לבעיית ההרמנאוטיקה הפילוסופית עליה עמדנו בראשית פרק זה. המשפטן של היום חי בעולם מושגים מודרני, האם יכול וצריך הוא להשתחרר מן הדוגמטיקה שלו כדי לתאר דוגמטיקה אחרת. אין ספק כי קיים מתח ידוע בין דוגמטיקה והיסטוריה שבמובן רחב זה, כשהמיוחד במצב הוא, שהאובייקט ההיסטורי העומד למחקר הוא דוגמטיקה משפטית. בין ההיסטוריונים של המשפט הרומי פרץ ויכוח חריף וממושך על הצורך ועל הנכונות לתאר את המשפט של העבר באמצעות מושגים מודרניים שהרומאים עצמם לא השתמשו בהם. רבו השוללים על המחייבים⁴⁴, אך גם המחייבים לא התכוונו "לשיכלול" המשפט בדוגמטיקה וזה מעורר בעיה יסודית וקשה לגבי המשפט היהודי. על-כל-פנים אין לחלוק על כך כי דוגמטיקה יוצרת המשכללת את המערכת אינה עוד בבחינת תיאור המציאות ובכך נוצר ניגוד בינה לגישה ההיסטורית.

הסכנה השלישית מפניה הייב הדוגמטיקן להיזהר היא ערבוב המציאות הנורמטיבית עם המציאות המשפטית הממשית. על ההבדל בין החוק הכתוב לבין הגשמתו למעשה במחקר ההיסטורי עמד במיוחד ירינג⁴⁵. אך הבעיה היא קשה ביותר. נטייתו הטבעית של דוגמטיקן במשפט נוהג היא לגשר על הפער הנצחי בין נורמה למציאות. שאיפתו היצירת היא להביא לידי הרמוניזציה בין הנורמות בינו לבין עצמו וכינו לבין הפתרון הרצוי. לגבי העבר אין הניגוד, אם הוא קיים, ניתן לגישור. אך קיים הניגוד פוגע במידה רבה באפשרות של תיאור שיטתי של מציאות שלמה. התיאור הדוגמטי הייב איפוא בהכרח מצומצם לתחום צר של מציאות, והיא מערכת מחשבתית של העבר.

בכך עדיין לא מצינו את בעיית היחס בין היסטוריה ודוגמטיקה. קושי נוסף קיים כאשר הדוגמטיקה הופכת לאובייקט של מחקר היסטורי שלם. כלומר, לא עוד תיאור של שיטת משפט ברגע היסטורי מסוים, אלא תיאור של התפתחות היסטורית לאורך הזמן. במלים אחרות, היסטוריה של הדוגמטיקה שהוא היסטוריה של עקרונות משפט, מסודרת ומושגית. כנגד סוג זה של מחקר כלל-תקופתי העלה Wieacker⁴⁶ שתי השגות, אחת מעשית ואחת עקרונית.

מעשית, קשה מאוד לקבל תמונה שלמה על החלת המשפט במשך תקופה ארוכה בין המייבנים המלומד האיטלקי בטי אשר הציג את עמדתו בתקיפתו במאמרים אחדים, ביניהם: *Method und Wert des heutigen Studiums des römischen Rechts*, "Falsa im-Rechts", 15 (1937), *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 137; *postazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, Gagner, *Zur methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen*, 1967, Stockholm 81-125. בין השוללים *Studi Arangio-Ruiz*, 1952, Napoli, IV, pp. 81-125. ויאקר, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 424-425, הערה 33; הנ"ל, ה"ש 26 לעיל, בעמ' 361 ואילך וראה את המקורות המבוארים, שם.

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

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

46 ה"ש 1 לעיל, בעמ' 16-17.

ובמקומות שונים בגלל ריבוי החומר ומיעוט המחקר ההיסטורי הקיים⁴⁸. חשובה יותר היא ההשגה המחדשת: בצאתו מן ההבחנה של Windelband⁴⁹ בין מדע אידיאליסטי⁵⁰ לבין מדע נומוטטי⁵¹, טענתו היא כי ההיסטוריה של המשפט, כמו כל היסטוריוגרפיה היא מדע המתאר הליכים ומצבים אינדיבידואליים של העולם ההיסטורי. הדוגמטיקה נעדרת קיום אינדיבידואלי; קיום כזה יש לפעולות החקיקה ולפעולות הפסיקה ולא שיהא האנשים. מה שנראה כהתפתחות של הדוגמטיקה (עקרונות, מושגים ומוסדות של משפט) אינו אלא שינוי בתודעה ובכללי ההתנהגות של החברה האנושית. מכאן כי תיאור אידיאלי של דוגמטיקה אפשרי רק ברגע היסטורי מסוים, כלומר, תיאור של תודעה משפטית כמציאות היסטורית נתונה. אך לדוגמטיקה אין היסטוריה עצמית, כפי שאין היסטוריה לחוקי הטבע או לפסקי ההגיון. תיאור נומוגרפי של שיטה דוגמטית אינו מתאים להכרת הליך ההיסטורי-המשפטי המתמשך.

דומה כי יש הגומה מסוימת בקושי המחדש המועלה על-ידי ואקר. עם זאת נראה לנו כי יש חשיבות רבה בגישתו המזהירה מפני רעיונות פשטניים של רציפות והתפתחות בקשר למוסדות משפט. לעצם הענין אנו נוטים להסכים עם Hellebrand⁵² כי אפשר להכיר, בצד ההיסטוריה של מציאות ופעילויות, בהיסטוריה של חכמים ורחנים, ובקשר שלנו (המשפט) בהיסטוריה של תפקודיות⁵³ המתרחשת על מישור אחר.

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

Cf. Kunkel, 71 (1954), SZ Rom 509, 511, 48
 49 שני הפילוסופים האלה נמנים על האסכולה הקרואה "אוקונטאיניות דרום-מערב גרמנית" (Sueddeutscher Neukantianismus) והם עסקו בבעיות מהותולוגיות והכרתיות של מדעי הרוח (מדעים היסטוריים ו"מדעי תרבות") לעומת מדעי הטבע. בדבר השפעת תורתם על הפילוסופיה של המשפט ראה: Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., 1969, Berlin—Heidelberg, pp. 96 et seq.
 50 "מתאר את המיוחד"; הכוונה היא לתיאור האופייני-אינדיבידואלי של מציאות; הטרופי עומת התמידי והכללי. מכאן כי ההיסטוריה היא מדע אידיאליסטי.
 51 "קובע חוק"; הכוונה היא לתפיסת המציאות על-ידי מושגים כלליים, שהם החוקים בעלי החחלה הכללית. וזהו דרך החשיבה של מדעי הטבע.
 52 "Kleiner Beitrag in juristischer Absicht zum Spannungsverhältnis zwischen Dogmatik und Historik", *Sein und Werden in Recht*, Festgabe fuer U. von Luebbrow, 1970, Berlin, pp. 137, 147-149.
 53 בעמ' 148: "Geschichte der Gueltigkeiten".

הניגוד הנוצר כאן אינו בעצם בין המתודות עצמן, אלא הוא יותר במישור הפסיכולוגי של החוקר. הדוגמטיקן, המודה בהתנתקותו של הדוגמטיקה מתוך אמונה אישית (בתבול מ"התאדה" בהן לצורכי עבודתו), יתקשה לגשת אליהן מתוך ראייה היסטורית ביקורתית. מכאן ההימנעות האופיינית מביקורת אוניברסיטתית של הנחות היסטוריות דוגמטיות מצד בני אדם המקבלים באופן אישי את החיוב של מערכת דתית. עם זאת קורה כי העימות בין הנחות דוגמטיות לבין מסקנות היסטוריות מנוגדות מגיע לתודעת בעלי הדוגמטיקה תוך כדי יצירת מתח פנימי. יש עניין מיוחד בדרך הפתרון לסילוק מתחים אלה⁵⁴. האפשרויות הן מגוונות ולא כאן המקום לבדוק אותן.

3. היסטוריה ודוגמטיקה במחקר המשפט היהודי

לאחר בירור היחס בין היסטוריה לדוגמטיקה במחקר המשפט באופן כללי נעמוד בקצרה על צדדים אחדים של בעיה זו במחקר ההלכה היהודית. חכמי ההלכה של כל הדורות עסקו במלאכת הדוגמטיקה מתוך אמונה בסמכותם המזינת ואף בקדושתם של המקורות. מחקר היסטורי משפטי או פילולוגי מודע ומכוון לא יכול היה לקנות לעצמו שיתוף באקלים הרחני של בית המדרש הישן⁵⁵ והוא נעדר משם עד עצם היום הזה⁵⁶. התודעה ההיסטורית של חכמי ההלכה התבססה בעיקרה על הקביעות של המקורות הקיימים והיא שונה הכלית שינוי מן ההיסטוריות המודרנית⁵⁷.

לדוגמטיקה המשפטית המסורתית בהלכה תכונות אופייניות. העיסוק העיוני במשפט, תלמוד תורה, הוא מצווה דתית בעלת חשיבות מכרעת המוטלת על כל יהודי. אין כל הכרח כי לימוד התורה יתרכז בכללים שהם בעלי חשיבות מעשית לאדם או לחברה. בירור מחלוקת עתיקה בדבר דינים שאין להם כל תחולה אקטואלית הוא חלק אינטגרלי של תלמוד תורה כמצוות עשה, בבחינת שכר מצווה — מצווה. מכאן המאמץ האינטקטואלי האדיר שהושקע במשך דורות רבים מצד לומדי התורה בבירור כל מערכת הדינים הדתיים⁵⁸.

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

54 כדוגמא אפשר להזכיר את המונח התלמודי "הלכה למשה מסיני" המבטא בדרך דוגמטית רעיון היסטורי. ראה על כך אלון, הי"ש 3 לעיל, בעמ' 192 ואילך; איי השל, תורה מן השמים באשכוליה של הדורות, ספר שני, תשכ"ו לונדון וניו יורק, בעמ' 229 ואילך.
 55 דבר אינו מיוחד ליהדות; הדוגמטיות נעלה את דלת העיון ההיסטורי גם במשפט קנוני. השורה ואקר, הי"ש 26 לעיל, בעמ' 340-341.
 56 השורה את הנטייה בהלכה לאסור את הקריאה בספרי היסטוריה שאין עמה לקח ליהודי שומר המצוות. ראה: שילוח עוזר, אורח חיים, סימן ש"ז, ס"ק ט"ז ונשאו הכלים וכו' ר' יעקב עמזון בספרו מדר וקציעה (על סור א"ח), תשכ"א, אלטונה, סי' ש"ז; וכן תוספות, שבת קט"ז, ב' ד"ה: "וכי"ש בשטרי הדיקות" (המהרש"א, ש"ב).
 57 השווה: ב' רומנטיזם, על היום היהודי בזמן הזה, תל אביב, עמ' 24 ואילך. לגבי דוגמאות אחדות על דרכם של חכמי ההלכה ראה: איי אורבך, בעלי התוספות, תשכ"ח, ירושלים, עמ' 532, 563.
 58 על האופי העל-זמני והעל-מציאותי של ההלכה, השווה: ב' דהיפריס, "הלכה", האנטיק-לופיה העברית, כרך י"ד, בעמ' 506-507.

מבחינה פנים-שיטתיים במערכת הנורמטיבית⁵⁹, הרי אפשריות דרכים שונות להשגת מטרותיה. יש פיתוח מושגים בדרך קוואיסיטית ויש פיתוחם בדרך ההפשטה והסינתזה. במציאות המודרנית אפשר להדגים הבדל זה באמצעות החלוקה הגדולה בין שיטות המשפט הקונטנטינליות, בעלות קודיפיציית, לבין שיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות בעלות משפט שיפוטי. שיטה שבמרכזה תקדימים היא בדרך הטבע קוואיסיטית יותר. אולם הדוגמטיקה בתור עולם של מושגים ומוסדות משפט אינה חוות הכל של מערכת המשפט. הליך הפסיקה, כלומר, הליך מציאתו של כלל ההתנהגות למצב עובדתי מסוים, מורכב מיוסודות נוספים. יסודות אלה הם טרום-דוגמטיים ומבוססים על חשיבה ערכית. חשיבה ערכית זו מלווה את החשיבה המושגית על כל צורותיה⁶⁰. והנה, העדר הצורך לפסוק הלכה למעשה משפיע השפעה מכרעת על המתודה המשפטית בגלל מעמד הבלעדיות שיש בה לחשיבה המושגית.

אין להתפלא איפוא שהלימוד לשמו ביהדות שהיה מנותק מכל מטרה של מציאת פתרון לבעיה מעשית, הביא לידי מושגיות צרופה, שהפילוסוף הוא אחד מצורותיה השונות. לפנינו מאמץ אדיר וצורך של דורות על גבי דורות של חכמים לברר חילוקי דעות קודמים תוך חתירה מתמדת לצמצום המחלוקת. המאמץ הרחבני שהושקע במטרה זו מדהים בהיקפו והוא מבטא שאיפה עמוקה ליעירת הרמוניה בעולם ההלכה⁶¹. כאשר לטיב הדוגמטיקה אפשר להבחין בה כורמים שונים המעוגנים הן בסביבה והן באישיותם של חכמי ההלכה. בצד גישה קוואיסיטית בדרך האסכולטיקה אפשר למצוא מגמות של יצירת מושגים ומוסדות בדרך הסינתזה⁶². אולם, אין ספק כי רעיון הסמכות בדוגמטיקה ההלכתית המחייב התייחסות שווה לכל המקורות, מצבי גבולות ברורים לאפשרות של הפשטה וסינתזה מושגית⁶³.

אך גם אם המושגיות הצרופה — הן בצורתה הפילופית והן בצורתה הקטגוריאלי — היא תופעה שכיחה בעולם ההלכה, הרי דינים רבים נהגו בפועל בחברה היהודית.

59 השווה: אסר, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 88.

60 ראה במיוחד את ספרו של אסר, ה"ש 21 לעיל, וכן ויאקר, ה"ש 21 לעיל, ובאופן כללי: J. Stone, *Legal System and Lawyers' Reasonings*, 1964, London, passim; Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, 1921, 1968.

61 השווה: א"א אורבך, ה"ש 57 לעיל, בעמ' 571, המביא את דבריו של רבנו חסד: "כי אפילו כשיש בהלמוד חייב במקום אחד ופטור במקום אחר אנו מתרצים יפה כל שכן קושיית אחרות" (ספר הישר, הוצ' מק"נ, סי' נ"ו, בעמ' 125). ראה את דברי הביקורת על גישה זו, מתוך שאיפה להנהיג את המשפט היהודי במדינה היהודית, אצל א"ח פריימן, "דיני ישראל בארץ ישראל", המשפט העברי ומדינת ישראל, לקט מאמרים (י' בוק, עורך), תשכ"ט, עמ' 45-46.

62 לפי מיטב ידיעתנו נכתב מעט על החשיבה המשפטית של חכמי ההלכה לדורותיהם ועל תולדות חשיבה זו. ראה את הביבליוגרפיה אצל נ' רקובר, *איצר המשפט, תשל"ה*, ירושלים, בעמ' 37-38 (מזרח); שיטות בהלכה, דרכי לימוד, פילפול). השווה במיוחד אורבך, ה"ש 57 לעיל, בעמ' 523 ואילך. תיאור של חכמי הדור האחרון, ראה אצל הרב שיי' זיון, *אישית ורשיות, תשי"ב*, תל-אביב; וכן ראה ג' אלון, "שיבות ליטא", מחקרים בתולדות ישראל, כרך א', הדפסה שניה, תשכ"ז, תל-אביב, בעמ' 4-5. לדעתנו, זה אחד מהחומי המחקר הראויים לפיתוח.

63 על בעיית זו, ראה את דבריו להלן בעמ' 50-51.

הדוגמטיקה עמדה איפוא בפני תפקידים מעשיים, והיינו היה עליה להשתלב בהליך של פסיקה. המימד הערכי חייב היה להופיע אגב הליך זה כדי לקבוע פתרון שלא היה רק "היגיוני" במסגרת השיטה, אלא גם תואם את מטרות המשפט הדתי בכללותו, תהינה אשר תהינה משרות אלה (צדק, יעילות ועוד). אין איפוא כל תמחה על כך כי עלי-י המושגיות מופיעים שיקולים פרגמטיים מסוגים שונים⁶⁴. עובדה מעניינת ואופיינית היא כי חכמי ההלכה עצמם הבחינו בין דוגמטיקה במטרה עיונית לבין דוגמטיקה במטרה מעשית, ויעידו על כך הביטויים 'לה לכה והלכה למעשה המופיעים בתלמוד⁶⁵ ובספרות הרבנית⁶⁶.

4. ביקורת של מחקר המשפט העברי

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

64 ראה במיוחד אורבך, ה"ש 57 לעיל, בעמ' 571 ואילך בו הוא מוכיר את המבחן בין מה שמכונה בפיו "מגמה פורמאליסטית" לבין "מגמה פינאליסטית-כלתית" בתשובות הראשונים ובתוספות. אורבך (שם, והערה 21) מאפיין את גישת בעלי התוספות בהשתמשו במטבע לשוני של יהרינג: "בעזרת ההלכה התלמודית אל מעבר להלכה התלמודית" (יהרינג, ה"ש 5 לעיל, בעמ' 14). השימוש בסימטו של יהרינג בענין המשפט הרומי אינו מדויק אם נבין אותה ברוח כוונתו של יהרינג. האחרון התכוון לביקורת המשפט הרומי של המשפט הרומי (שם, בעמ' 15), אשר לדבריו היא הדרך היחידה המאפשרת להפריד בין החוק, שהוא הרומי הסהור, לבין הצנחי ותכללי. "Nur auf diesem Wege wird es moeglich werden, das Vergaengliche und rein Roemische in ihm von dem es moeglich werden, das Unvergaenglichen und Allgemeinen zu scheiden..." (p. 16) במיוחד: "Das Recht im roemischen Recht", *Jherings Erbe*, supra, 5, p. 228 et seq. W. Wilhelm, "Das Recht im roemischen Recht", על גישה זו ראה 164, 104. גישה ביקורתית ברוח זו ניתה רחוקה מלב בעלי התוספות כפי שאורבך עצמו מעיד, שם, בעמ' 554. "היגיוני" השכלית תרבה דוברי התלמוד, המגיעה לעיתים למעין התעמלות שכלית, היא פרי אמונה שהתלמוד הוא שלם ודבריו כולם הם דברי אמת".

65 לדוגמא כבא בתרא, ק"ל, ב. והשווה פנהריו, ע"א, א: "למה נכתב, דרש וקבל שכר"; ובמיוחד עין יעקב, ענף יוסף, שם.

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

א. שיטתו של אשר גולאק
 ספרו של גולאק יסודי המשפט העברי⁶⁷ הוא עדיין הספר השיטתי הכולל ביותר בתחומנו. גולאק הקדיש בו מחשבה רבה לשאלה המתודית.⁶⁸ בגישתו הושפע עמוקות על-ידי הרינג, ולידת דיוק על-ידי דבריו של יתרינג בדרך הראשון של ספרו רוח המשפט היומי.⁶⁹ גולאק מעמיד זה מול זה מחקר היסטורי ומחקר דוגמתי. במחקר ההיסטורי עצמו הוא מבחין — ככל הנראה בהשפעת יתרינג⁷⁰ — בין שתי דרכים:

מחקר היסטורי חיצוני ומחקר היסטורי פנימי.⁷¹
 המחקר ההיסטורי החיצוני נתפס על ידו כענף הקרוב למתודה של ההיסטוריה הכללית, אשר יתאר את התפתחות המשפט על הרקע החברתי הכלכלי של כל תקופה ותקופה. לדעת גולאק, על אף חשיבות מחקר זה, אין סיכוי כי מתודה זו תצמיח פירות, בגלל דלות החומר ההיסטורי וקשיי התיאור של התפתחות המשפט לפי סדר כרונולוגי. הוא מציע משום כך את שיטת המחקר "ההיסטורי הפנימי" המיוחדת למחקר דברי ימי המשפט. לפי שיטה זו⁷² אין לבחון את התפתחות מוסדות המשפט לפי סדר כרונולוגי. גולאק מתאר את השיטה ההיסטורית המוצעת כך: "ההיסטוריון המשתמש במתודה זו אינו צועד הולך לפי סדר השנים והזמנים, רק שהוא חודר לתוך תכנו ומובנו של איזה מוסד משפטי, כמו הירושה, השעבוד וכדומה, לאט לאט מגלה לנו את גדולו והדרגה של מוסד זה, ואת השתנות דיניו בהתאם לצרכי החיים. הסדר ההיסטורי מתגלה כאן מאליו ומתוך הבנת המוסד המשפטי משיגים אנו מה שהוא מוקדם ומאוחר בו, ומה שנוסף עליו במשך זמן קיומו. וכן יכול החוקר להתחקות על התהוות המוסדות המשפטיים, כצמחים דקים שיש בהם גרעינים של חיים, לראות, איך גדלו, בכרו והשתרשו מוסדות אלה בחיי-העם לפי דרישות הזמן והמקום, או איך נעקרו ובטלו, אם לא התאימו לדרישות החיים".

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

67 הרפ"ג, ברלין, ארבעה ספרים, הדפסה שנייה, תשי"ז, תל-אביב.

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

69 הי"ש 5 לעיל. כידע הסתייג יתרינג בתקופתו המאוחרת יותר מהנחות רבות של שיטתו "הטבעית-ההיסטורית". Rudolf von Jherings naturhistorische

Cf. H. J. Hommes, "Rudolf von Jherings Methode", *Jherings Erbe, supra* n. 5, pp. 101 et seq.

70 לתמורה החריפה שחלה בהשקפות יתרינג.

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

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

73 ראה לעיל, סמוך לה"ש 48 ואילך.

74 שם, בעמ' 13.

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

הדימויים של אורגניזם צומח, לשון, רוח העם הם סימן מובהק להשפעת האסכולה ההיסטורית הגרמנית מיסודו של סביני שפעלה על גולאק דרך ספרו הנזכר של יתרינג.⁷⁶ דימוי המשפט כאורגניזם חי המתפתח לפי חוקיות קבועה אינו עומד בפני הביקורת. Gaudemet⁷⁷ ביקרו את רעיון האורגניזם וההתפתחות אצל יתרינג מצביע באופן קולע על הסכנה הטמונה בשימוש הדימויים הלוקחים מעולם החי.⁷⁸

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

75 שם, בעמ' 3-4.

76 הי"ש 69 לעיל. יתרינג עצמו חזר כידע מדימוי זה ל ש 1, השווה הי"ש 5 לעיל.

77 "Organicisme et évolution dans la conception de l'histoire du droit chez Jhering", *Ibid.*, p. 37: "Le mythe de l'évolution régulière et continue ne saurait être retenu".

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

80 דיני קרקעות, הי"ש 79 לעיל, בעמ' XIV-XII: "בחקירת תולדות דינינו שאנו עומדים בה עדיין בהתחלתו, הדרך הקרובה אל תנאי החיים המעשיים היא הנאמנה ביותר, ומשום כך, בשעה זו אין להתמקד עוד יותר מדי בהתפתחותם של גורמים ומשנים, של דעות והשקפות מוסריות, או בכלל של עניינים הלויים בסברות הגיוניות בלבד. מוטב שבחילת מחקרינו נדון בפרובלמות מעשיות, שמעשיותן וערכן הדייני יקרבונו אל המציאות של אותם הדורות ואל השתלשלות הסיבות ההיסטוריות שנתראו פעולתן בכל פניות חייהם". השווה גם את הערתו על סדר המחקר מבחינה היסטורית ודוגמית מבואו לספרו על החיוב ושעבודיו, הי"ש 79 לעיל, שם, בעמ' IV, וכן השווה את רשימתו הפרוגרמטית "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי", המשפט העברי, כרך ב', הרפ"ז, עמ' 195.

כי במחקרי המאחרים גולאק נוקט שיטה היסטורית במלוא מובן המלה (או במינוח הקודם שלו: היסטוריה הייצוגית).

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

מבחינתו יש עניין מיוחד בעבודתו הדוגמטית של גולאק, כפי שהיא באה לידי ביטוי בספרו המקיף על יסודי המשפט העברי. כאמור סבר גולאק בתקופת חיבורו זה כי יש להקים מחקר דוגמתי למחקר היסטורי, סברה שלא גרס עוד במפעלו המאוחר.⁸² הפיסתו של גולאק על מחות הדוגמטיקה המשפטית מגלה שוב את ההשפעה העמוקה של הריינג ושל הפונקטיביקה הגרמנית. גולאק גרס כי מתוך העיון בפרטי הדינים ניתן לעלות ולהגיע אל מושגים כלליים: "[תורת המשפטים] מנתחת באומל הדינים את הדינים הבודדים ליסודותיהם הפרטיים, מציאה מתוך יסודות פרטיים אלה כללים עיקריים קבועים, המברורים את כל הדינים מן הקצה אל הקצה. הכללים העיקריים משמשים כתבנית לבניית סדר המשפטים והם גם המלט המאחד ומחדק את אבני הבנין, את הדינים הבודדים. דינים אלה יוצאים על-ידי סדרים המדעי מתוך הערכות ששררה בהם תחילה, מתקרבים ומתאחדים למוסדות משפט שלמים, שהם תופסים את מקומם הראוי בתוך הסיסטמה הכללית. במקום חומר מגובב ומעורבב ישתכלל היכל תפארה, סדר משפטיים, שכל חלקיו מתאימים זה אל זה ואף פרט אחד קטן אי-אפשר להוציא ממנו מכלל לקלקל על-ידי כך את ההרמוניה השוררת בכלל".⁸³ והוא ממשיך באומרו: "עבודה זו של הסידור המדעי במקצוע דיני ישראל היא המטרה, אשר הצבתי לי בספרי זה. היסטמתניצי של המשפט העברי הצריכה אותי לצרף וללבן את מושגיו, להגדיר את גדרו, לכלול את כלליו העיקריים ולעמוד על אופי גורחם (constructions) של מוסדותיו השונים".⁸⁴

גולאק ראה איפוא את עיקר משימתו בהשגת מוסדות המשפט בדרך של הפשטה. הוא גורס כי זוהי הדרך "המדעית" של תורת המשפטים. רעיון המדעיות של תורת המשפט — ילד טיפוחיה של האסכולה ההיסטורית הגרמנית⁸⁵ — הוא בעייתי כשלעצמו אך לא כאן המקום לעמוד על סוגיה זו.⁸⁶

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

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

82 "תבנית", שם.

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

84 שם, בעמ' 4.

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

86 קושאק, שם, ובעמ' 337 ואילך; השווה ויאק, ה"ש 1 לעיל, בעמ' 17; אך ראה רוטק, ה"ש 21 לעיל, בעמ' 257 הערה 1.

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

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

87 Cf. Wilhelm, "Das Recht im roemischen Recht", *Jherings Erbe*, supra n. 5, p. 228 et seq.; Losano, "Dichtung und Wahrheit in Jherings Konstruktionslehre", *Jherings Erbe*, p. 142 et seq.; Hommes, supra n. 69.

88 ראה במיוחד לוזאנו, שם, בעמ' 154.

89 שם, בעמ' 4.

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

91 יסודי המשפט העברי, בעמ' 67 ואילך.

92 גולאק העדיף את שיטת הרמב"ם: "שהיא מתקבלת על הלב יותר מפני פשוטה ושלמותה הגיונית" (שם, שם).

93 השווה את הדין באסמכתא אצל הרב הרצוג בספרו, *The Main Institutions of Jewish Law*, 2nd ed., 1965, London, II, pp. 71 et seq. הרב הרצוג מוסיף שיטות נוספות בד-

לשם הדגמת דרכו של גולאק בהרנו, באופן מקרי לגמרי, את הדין הדוע בהלכה: "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". דין זה מופיע אצל גולאק בשער תורת הקניין, בפרק על חבונות נשוא הקנין.⁹⁴ גולאק מקדיש לדיון זה חמש שורות; הוא מציין כי הקניין אינו תופס ומזכיר את האפשרות של מכירת אילן לפירותיו.

כבר העיין החשוף במקור המוזכר על דיו (הישן משפט, סימן ר"ט, ס"ק ג' ואילך) יגלה לנו כי הוא השמיט פרטים מהותיים ביותר, כגון: תפיסת הדבר על-ידי הקונה לאחר שבא לעולם (התפיסה מועילה); דין כתיבת שטר ומסירתו (נחשבת כתפיסה); דין פירות אילן שחנפו הרי הם כדבר הבא לעולם, בהבדל מפרה מעוברת; דין מכירת פירות שובר או פירות כוורת (המכר תופס).⁹⁵ בדיקת מקורות נוספים תעלה מספר רב של דינים וחילוקי דעות שהם בעלי משמעות להבנת העקרון, כגון הדעה שכל ער לא חזר בו המוכר המקח קיים;⁹⁶ וכן הדעה כי אם קיים מג'ג לקנות דבר שלא בא לעולם הקנין מועיל.⁹⁷ וכן הדין של מכר דבר למחיר.

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

הדוגמה הנוכרת נראית לנו כמיצגת את כל הבעייתיות של דרך תיאור "עיקרים" מתוך ויתור על פרטים. אין פלא כי דרכו של גולאק הביאה עליו ביקורת חריפה מצד רבנים, במיוחד כלפי טענתו כי שיטתו היא מדעית, לעומת הדרך המסורתית.¹⁰⁰

ביקורתנו אינה באה לגרוע מערך המחקרי של גולאק, אך היא מעמידה אותו במקומו הראוי: תרומתו הגדולה של גולאק מצויה בסידור השיטתי של החומר המקל על המעיין המודרני להתמצא בו, על אף היותו בעל רקע תרבותי השונה מזה של תלמיד בית המדרש הישן. חלקות החומר מבוצעת לפי סדר הגיוני: הגדרת מוסד, תיאור הכוונותיו, דרך היווצרותו, וכיוצא בזה. כמו כן משתדל גולאק לתאר את האופי הכללי של דינים המופיעים במקורות אגב עסקות מיוחדות. לדוגמה: מושג הכשרות המשפטית של קטן מופיע בראש הספר הראשון בפרק מיוחד, על אף העובדה כי במקורות ההלכה רוב הדינים מופיעים אגב עיסקת המכר. שימת דגש על התיאור השיטתי של המוסדות לפי הסדר הגיוני הנוכח היא תרומתו המקורית של גולאק. ספרות ההלכה אינה חסרה אמנם מגמות שיטתיות מן הסוגים הנזכרים, אך יש חידוש במפעל

בר מהות האסמכתא.
 94 שם, בעמ' 90, כן מוזכר הדין בקצרה בפרק על מכירה, ספר שני, בעמ' 153.
 95 חרשן משפט, סימן ר"א.
 96 חוקת משפט, הלכות מכירה, תש"ו, ירושלים, פרק ו', סעיף א', הערה ג.
 97 חוקת משפט, שם, סעיף כ"א. השווה גם הרב הרצוג, ה"ש 93 לעיל, שם, בעמ' 65-68, וכן ערוך השולחן, הישן משפט, שם.
 98 חוקת משפט, שם, סעיף א', הערה א'.
 99 אצל גולאק נידון יסוד הדעה בנפרד, שם, בעמ' 66-67.
 100 הרב א"א קפלן, בעקבות היאה, תש"י, ירושלים, עמ' 50. לאחר שציין לשבח את רקעו החלומי של גולאק מתבטא המחבר בחריפות יתרה: "ואף על פי כן, מכיון שניגש אל עבודת חבורו זה לאחר שנתגייר בהיכל המדע ולאחר שקבל עליו מרותו על כרחו שדבקה בו קצת ממדת השטחיות ולא החזיק מעמד". השווה גם מ' אלון, ה"ש 3 לעיל, בעמ' 135, הערה 35.

מקף ועקבי. בעבודתו זו נעזר גולאק באופן מודע בספרות הפנדקטיסטית הגרמנית המצטיינת בגישתה השיטתית. דרך הצגת החומר במינו ובחלוקתו מזכירה לנו בכל ספר אינסטיטוציות על המשפט הרומי.¹⁰¹

אולם, סידור החומר לפי חלוקה ומיון שיטתיים¹⁰² העמיד את גולאק בפני בעיה חריפה, והיא השימוש בקטגוריות ובמושגים משפטיים מודרניים הלקוחים מן השיטה הרומנסטית. גולאק היה ער מאוד לבעיה זו. הוא פותח את דיונו בשאלה זו¹⁰³ בבואו מתוך ספרו של יורינג כי "סיסתמה של תורת המשפטים אינה סדר שמכניסים אותו אל הדבר הנלמד אלא היוצא מתוכו, והוא הדין בכל מקצוע אחר".¹⁰⁴ גולאק דורש כי על החוקר "להשתחרר במקצת מאופן המחשבה הירודי המקובל, ולפרוץ את כותל הגדרים ההגיוניים, שנקבעים במוח של יוריסטן בימינו על-ידי העיון בתורת המשפטים הרומית, למען יוכל לחדור לתוך עמקי תכונותיו של נושא מחקרו, להציב לו את גדריו ומושגיו המיוחדים ולרכוש את אופי-המחשבה המיוחד לך".¹⁰⁵

גולאק נגע כאן בנקודה יסודית ביותר שהעסיקה הן חוקרים של המשפט הקונוני¹⁰⁶, והן חוקרים של המשפט הרומי. בכל החלומים האלה בעיית השימוש בכלים הצינוניים היא קשה, כפי שהזכרנו כבר בפרק הקודם. גולאק עמד כאן בפני דילמה. מצד אחד הושפע מדעתם של חכמי הפנדקטיסטיקה כי עלה בידם ליצור מושגי משפט בעלי תחילה אוניברסליים,¹⁰⁷ ומן הצד האחר הריגיש כי מושגים אלה אינם תואמים התאמה מלאה את המשפט היהודי. מכאן דבריו הנבאים הנוגעים לחלוקה הרומנסטית בין דיני חיובים ודיני הקנין: "הרבה מה שעל-פי תורת המשפטים הרומית הוא חשוב ומקובל כחיוב אישי, בדינינו יש לו ערך הקנין בחפץ, כמו שאילה, שכירות וכדומה. אולם צריך להכיר, כי ההבדל בין הקנין בחפץ ובין החיוב שבין אדם לחברו הוא בל כד הכרחי בתורת

101 גולאק עצמו מסתמך לעתים על ספרו של H. Dernburg, *Pandekten*, 5. Aufl. 1896, Berlin, אולם, סידור החומר מזכיר במידה רבה את ספר האינסטיטוציות המפורסם של Jolowicz (ed.), *The Division and Classification of the Law*, 1970, London; K. Engisch, *Festschrift Karl Larenz*, 1973, und Klassifikation in der Jurisprudenz", Muenchen, pp. 125 et seq.
 102 על בעיית החלוקה והמיון במשפט באופן כללי, ראה: *The Division and Classification of the Law*, 1970, London; K. Engisch, *Festschrift Karl Larenz*, 1973, und Klassifikation in der Jurisprudenz", Muenchen, pp. 125 et seq.
 103 גולאק, שם, בעמ' 13.
 104 יורינג, ה"ש 5 לעיל, בעמ' 36-37; והשווה גם, שם, ו', בעמ' 312. אולם לפי ההקשר נראה כי כוונת דבריו של יורינג הייתה שונה לגמרי. הוא לא המכוון לסידור הצינוני של החומר אלא לשיטה הפנימית, כלומר, למחולקת של המשפט בכללותו. על משמעות דבריו של יורינג ראה במיוחד לוזנר, ה"ש 87 לעיל, בעמ' 146 ואילך; וכן הומס, ה"ש 69 לעיל, בעמ' 108 ואילך, ובאופן כללי ויהלם, ה"ש 87 לעיל.
 105 שם, בעמ' 13-14.
 106 Cf. D'Avack, *Corso di diritto canonico*, I, 1956, Milano, pp. 39 et seq.
 107 Cf. Sohm, *Mitteis, Wenger, Institutionen*, 17. Aufl. 1923, 1947, Berlin, pp. 8-9: "Die Arbeit, welche eine Reihe von Geistern ersten Ranges... dem roemischen Recht gewidmet hatte, galt... an erster Stelle der Entwicklung der juristischen Begriffe, mit deren Hilfe wir nicht bloss das roemische Recht, sondern ebenso jedes andere Recht zu meistern imstande sind".

המשפטים ומונח בטבע המחשבה הירידית, עד שאי אפשר להשתמש ממונח בחקירה מדעית בדיני הממונות¹⁰⁸.

כיום חלפה במידה רבה האמונה ב"מדעיותם" ובאופי האוניברסלי של מושגי משפט ושל מוסדות משפט שפותחו מתוך המשפט הרומי¹⁰⁹. אין ספק כי גולאק צדק בהיסוסו העקרוניים לכפות על מערכת המשפט היהודי מושגים זרים בחששו כי המשפט היהודי ירוסק אברים אברים ונשמחו חינמל ממנו. אך דומה כי לא הצליח להגדיר לעצמו את מידת ההשתחררות הדרושה מן הדוגמטיקה הרומניסטית.

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

שונה המצב שעה שהמדובר במחקר דוגמתי, שהוא כאמור בעל אופי סינכרוני. כאן ההשוואה עם דין זר אינה מזהותו של המחקר. ההשוואה עשויה להיות מועילה, אולי, מבחינה דקדמית, אך יש לנהוג לגביה במירב הזהירות. גולאק בספרו מרבה לערוך השוואות עם המשפט הרומי-הפנדקטיסטי¹⁰⁸, מתוך הנחה כי הן תועלנה לקורא בעל השכלה משפטית רומניסטית. על מידת היחסיות שבהשוואות אלה אפשר לעמוד אם נעמידן מול אלה המופיעות בספרו של הרב הרצוג¹¹⁰ והמבוססות בעיקרן על המשפט המקובל האנגלי. לדעתנו, גם התועלת הדיקדמית היא יחסית מאוד בגלל הסכנות הידועות הטמונות בהשוואות מושגים דוגמתיים השייכים לשיטות שונות¹¹¹.

בסיכום: מפעלו הדוגמתי של גולאק חשיבותו העיקרית בסידור השיטתי של החומר הגורמטיבי, יש כאן הכנסת סדר בדרך תיאור המערכת, דבר המועיל בעיקר למשפטן שאינו מצוי בנכחי הדין היהודי והרוצה לקבל תמונה כללית ראשונה על מוסדות המשפט היהודי. לעומת זאת, הנחותי המתודולוגיות של גולאק בדבר מהות המחקר למחקר היסטורי של משפט ההלמודי, אין מגוון מן המסקנה כי דרך הפנדקטיסטיקה לא זו בלבד שבאה לסופה אף במקום מכונתה, אלא היא מעולם לא התאימה להלכה היהודית שדרכה היא קסואיסטית.

⊗

ב. שיטתו של מנחם אלון

אלון מגדיר את שיטת מחקרו דוגמית - היסטורית. צירוף מלים זה, אשר מקורו כנראה אף הוא בספרי הפנדקטיסטיקה הגרמנית, הופיע לראשונה בעברית בכותרת ספרו של א"ח פריימן¹¹². אולם אלון גותן לביטוי משמעות מיוחדת מאוד. הוא

108 שם, בעמ' 19; השווה גם את ספרו החיוב ושעבודיו, ה"ש 79 לעיל.
 108 השווה טרסקי, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 48-49.
 109 בעיקר על-פי ספרו של דרנבורג, ה"ש 101 לעיל.
 110 ה"ש 93 לעיל. השווה: טרסקי, ה"ש 20 לעיל, בעמ' 43.
 111 Maurry, 1960, Paris, I, 579.
 112 פדר קירדשין וניטאוין תש"ו, ירושלים.
 Zweigert, "Méthodologie du droit comparé",



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

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

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

שתי ההנחות של אלון אינן עולות בקנה אחד עם מחקר אוניקסיטי והן ניטוי גישה ערכית. הנחתה המקדמת כי באמצעות מחקר היסטורי אפשר לגלות בתוך תחומי

113 אלון, חירות הפרט בדיני חוב במשפט העברי, תשכ"ז, ירושלים, בעמ' י"א.
 114 המשפט העברי, תולדותיו מקורותיו עקרונותיו, חלק ראשון, תשל"ג, ירושלים, בעמ' 136-140.
 115 חרות הפרט, בעמ' י"ג.
 116 המשפט העברי, בעמ' 38, הערה 117.
 117 שם, בעמ' 139.

המשפט היהודי עקרונות פוסטיביים בסיסים של א ג ש ת ג , הנחה זו אינה עומדת בפני הביקורת. כלומר, אין יסוד אובייקטיבי לאמונה כי על-ידי העיון ההיסטורי ניתן לגלות את הפתרון המתו"ח "הנכון" ו"האמיתי" של המשפט היהודי, פתרון שאפשר לקלוט במשפט המדינה. דברי א ל ו ן ע צ מ ו , אם נצרפם יחד, אינם בהירים די צרכם. מצד אחד מדבר הוא על המכנה המשותף ועל העקרון הבסיסי של מוסד משפטי מסוים, וכן הצד האחר הוא מבקש לעמוד על השלבים השונים ועל השינויים של עיקרון זה. קשה לראות כיצד אפשר באופן אובייקטיבי את הניגוד הזה בין היחסי לבין המוחלט.

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

גישה של אלוו היא אידיאולוגית והיא מזכירה לנו את השקפת הזרם הקונסרבטיבי ביהדות. יסוד זרם דתי זה מוגהת האמונה כי בכוחו של העיון ההיסטורי לגלות את יסודות היהדות האמיתיים. אין פלא שזרם זה נקרא שורם זה "האסכולה ההיסטורית", כי שם זה מבטא באופן קולע את השקפת ההיסטוריונים עליה הוא מבוסס.¹¹⁹ ואמנם, יש כאן קרבה רבה בין גישתו של אלוו לבין זו של בועז כהן, הנמנה אישית, על הזרם הקונסרבטיבי. בועז כהן מרחיב את ההיבט על הצורך בשינויים שיש להכניס לתוך המשפט היהודי על יסוד הבנת ההתפתחות ההיסטורית של — אלוו, לעומת זאת, רואה את עצמו מחוייב — כנראה מתוך הבנת ההתפתחות ההיסטורית של — להפריד בין פסיקת ההלכה, המסורה לרבנים, לבין קביעת תוכן המשפט העברי המסור לחוקר. נמצא, כי מה שבעז כהן היה רוצה לראות כהלכה עצמה, מעדיף אלוו להגשים במשפט העברי, אך היא ההבדל ביניהם אשר ירא, גישת שניהם היא ערכית. גישה ערכית היא ללא ספק לגיטימית, אך אין היא יכולה לטעון ל"מדעיות". הטענה כי היהדות הקונ-

118 השווה: אנגלר, ה"ש 6 לעיל, הערה 26.
 119 השווה אוריאל טל, "עולמה הרחני של היהדות הקונסרבטיבית", המצאת ישראל חוברת ד' (תשי"ה), עמ' 7, 9: "בהשפעת האסכולה ההיסטורית בתורת המשפט, שרווחה במאה הי"ט, קבעו פרנקל ובעקבותיו סלמון שכטר, כי החינוך של דת הגורם הרבות, ובכלל אלה גם המשמר, ובין הגורם ההיסטורי, המתפתח ולכן גם המשתנה".
 B. Cohen, "Towards a Philosophy of Jewish Law", *Law and Tradition in Judaism*, 1959, New York, pp. 26 et seq.; Id., "On Rendering Legal Decisions", *op. cit.*, pp. 119-126.



סרבטיבית מדעית יותר מאשר היהדות האורתודוקסית,¹²⁰ משאלת יסוד באותה מידה, כמו השענה כי הפתרון המוצע על-ידי חוקר המשפט העברי מדעי יותר מזה של הרב הפוסק הלכה.¹²²

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

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

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

לאחר ביקורתו הכללית את הניתוחו של אלוו, ברצוננו לבחון את שיטתו בהחלטה המעשית. אלוו מדגים את המתודה שלו בספרו על חירות הפרט בדרכי גבית חוב במשפט העברי.¹²⁶ במחקר זה דן אלוו בכמה מדרכי גבית חוב מתקופת המקרא

121 מהלך מחשבה זה עולה בבירור מתקשר דבריו של ב' כהן, שם, בעמ' 26-27.
 122 טענה מעין זו עולה מדבריו של אלוו, ה"ש 114 לעיל.
 123 אנגלר, "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלית", תחת והלכה, תשי"ז, ירושלים. בעמ' קס"א, וכן המשפט העברי במדינת ישראל, בעריכת ב' כהן, תשכ"ט, בעמ' 117 ואילך.
 אנו עדיין מחוייבים בדעה כי האופי הדתי של המשפט היהודי הוא נשמתי ובהלכה זה ממנו ניטל אף מהותו. אנו חולקים על התנחה כי פתרון ההלכה בסכסוך בינאישי הוא בעל אופי יהודי מובהק שאין דומה לו בשיטות אחרות. האופי המיוחד מתבטא לא בציפיות של עקרון מהותי, אלא בציפיות של המסורת, דהיינו, של המקורות ושל קבלת סמכותם המחייבת על מטעם המטפיסי.
 124 על תופעה זו באסכולה ההיסטורית הגרמנית, ר' ה"ש 42 לעיל.
 125 השווה את הדעתו של ד'אבק, ה"ש 106 לעיל, בעמ' 78, להפריד בין החלק ההיסטורי לבין החלק הדוגמטי.
 126 ה"ש 113 לעיל. ציינו כי כמה מתלמידיו הלכו בעקבותיו.

ועד לתקופה החדשה. נוכח אורך התקופה — כשלושת אלפים שנה — וריבוי המקומות הגיאוגרפיים, נאלץ המחבר להסתפק בחומר מצומצם מאוד בתקופות אחדות. כך למשל נסקרת תקופת המקרא עד לתלמוד בעמודים ספורים¹²⁷, כשבמרכז ההתעניינות המקורות הסמבוליים, דיינו התנ"ך. אלו ממצויי דת דין החורה כנגד הנהגה במציאות כפי שהוא מתגלה בסיפורי המקרא¹²⁸. הוא רואה בתוכחת הנביאים נגד מציאות זו ביטוי לעקרונות המשפט העברי¹²⁹.

מרכז הכובד של המחקר מצוי בתקופה הרבנית. שיטת אלו היא להציג לגבי מוסד מסויים את המקורות הרבניים כשהם מסודרים לפי המאה ולפי המקום¹³⁰. שיטה זו גורעת הן מהצגת הצד הדוגמתי והן מהצגת הצד ההיסטורי. המוסד המשפטי אינו מתואר באופן שיטתי על כל פרטי דיניו, אלא הוא מוצג לפי המקרייה של הוכח המקור הספרותי. התוצאה היא כי הדין הדוגמתי במקום להיות רצוף ומקיף, הופך להיות מפוצל וקסואליטי ביותר. גם הצד ההיסטורי אינו מפותח. סידור החומר הוא כרונולוגי לפי זמן הופעת המקור, ללא בדיקה של מקורות חיצוניים¹³¹. החלוקה המכנית לתקופות ולאוצרות גורמת לחוסר רציפות ובכך לפיצול התמונה ההיסטורית¹³². דומה כי הדרך היחידה להתגבר על קשיים אלה היא קיצור היריעה ההיסטורית והגיאוגרפית¹³³.

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

127 חיזות הפרי, בעמ' 10-1.

128 בעמ' 8.

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

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

131 ראה, למשל, את תיאור התקנות בפולני, שם, בעמ' 172 ואילך. נקודת המוצא היא לשון התקנה ומבא מעט חומר היסטורי המתייחס לאותה תקופה והקשרו להתנהויות התקנות.

132 ראה לדוגמה, את תיאור המאה החמש-עשרה בספר ד' המתמצה בשני משפטים (עמ' 148): "מאה זו, שהייתה תקופה של זעזועים קשים בתולדות פורזי העם היהודי, בה שקעו מרכיבים ועלו אחרים במקומם נעים, כידוע, גם בחומר הלכתי, על ענפיו השונים. במאה זו שוב אין בידינו ידיעות על מצבה של הלכה זו במרכז הספרד, שעמד ערב שקיעתו".

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

3

מסויים ולהצגתו כבעל אופי מקורי¹³⁴. אין אלו מצליח להראות התפתחות עקבית של מוסד משפטי, אלא את שינויי הפתרונות לפי צרכי הזמן והמקום לגבי בעיה קבועה. יש והוא מודה בעצמו בכך¹³⁵ ויש שהנחתו הטוענת לעקביות העקרון אינה עומדת בפני הביקורת. כך, בנושא המרכזי של מאסר חוב, מציינ אלו עצמו¹³⁶, כי בהמשך דרכו הארוכה לא נרתע המשפט העברי מלסגל עצמו לתנאים הכלכליים והחברתיים ששררו בתקופות השונות מתוך ניגוד לאידיאל משפטי-מוסרי צרוף. אפילו הרעיון של אי-ענישת החייב על אי-תשלום החוב, שהוא לדעת אלו הרעיון המקשר בין כל התקופות, לא נשמר במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה כתוצאה מהתקנת תקנות בפולין, ליטא ואשכנז.

האמת היא כי אין בכוחו של המחקר ההיסטורי האובייקטיבי לפתור את הבעיה הערי-כית של ניגודי עקרונות המתעוררים בכל מציאות היסטורית. מחקר זה עשוי להראות — וכאן תרומתו של אלו — את דרכי הפתרונות השונים שנמצאו לבעיה. באופן יותר ספציפי לגבי מאסר החוב: השאלה אם לקיים או להנהיג מאסר חוב אין לפתור באופן מחייב מתוך העיון ההיסטורי¹³⁷. מסקנתו של אלו מעידה על כך; הוא אומר: "מתוך הדין הממצה שהתקיים כננסת בעניית המאסר על חוב למדנו לדעת, מפי רוב המתווכחים, שעדיין לא איכשר דרא לביטול אמצעי איום המאסר על אי-תשלום חוב. . .".¹³⁸ מכאן, כי הן ביטולו של המוסד והן המשך קיומו מתיישבים עם עקרונות המשפט העברי על התקופותיו. ההחלטה כיצד לנהוג היום בישור אל תלויה בהערכת "יעילות האמצעים נוכח המצב העובדתי. יתרה מזו; כל האמצעים הנחשבים סבירים ויעילים לגביית חוב או לגילוי נכסי החייב עשויים להתקבל על דעת המשפט היהודי, כפי שהם עשויים להתקבל על כל גילוי נכסי החייב עשויים מודרנית. נמצא כי גם כאן אין שום ייחוד במהות הפתרונות המשותפים על דרכי כפיית חברתיים. הייחוד של המשפט היהודי יימצא איפוא במסגרת הדוגמית, הדיינו בהתייחסות למקורות הסמכותיים של ההלכה בשעת ההנמקה של קבלת הפתרון. כל פתרון בסוגיה זו יהיה של המשפט היהודי אם הוא אומץ על-ידי בעל הסמכות הפרומלית בדרך הלגיטימית. החלת המשפט היהודי בזמן הזה, החלה הכללת את האמתו למציאות הקיימת בכל הדרכים המוכרות על ידו (חקיקה, פרשנות) היא ביסודה משימה דתית.

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

ג. שיטתו של שלום אלבק

שיטתו של אלבק מציבה בפני המעיין בה קשיים ניכרים. אם שורשי השקפותיהם של גולאק ואלון גלויים ומובנים הם, הרי קשה לעמוד על מקור שיטתו של אלבק ועל אופיה, על אף המספר הניכר של עבודות שנחתברו על ידו¹³⁹. אלבק הקדיש מאמר

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

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

136 שם, בעמ' 267.

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

138 שם, בעמ' 269.

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

טענים, אשר לא יכילו המים". מכאן היחס בין המשפט והיסטוריה: ההיסטוריה צריכה למשפט ואין המשפט צריך להיסטוריה.¹⁴⁹

גישתו העקרונית של אלבק מעוררת קושיות רבות. לו המדובר היה בנסיון לגיבוש שיטה פילוסופית על היחס הכללי בין עקרונות הצדק, משפט ומציאות — ניתוח כללי יותר היינו יכולים להצטרף על כך כי המחבר אינו נוקט לפרי מחשבתם של אחרים, מגדולי העולם. אפשר אולי מוצא אצלם כלים מעודנים יותר לביטוי מחשבותיהם של אחרים, המדובר אינו בפילוסופיה (כעדות המחבר עצמו¹⁵⁰), אלא במחקר של שיטת משפט מסוימת, הלא היא ההלכה היהודית. ההלכה עצמה היא מציאות ומיין לנו כי המציאות הנורמטיבית הזאת, על כל שינוייה, היא ביטוי הכרחי לעקרונות צדק נצחיים? קביעה כזאת אינה יכולה להיות נכונה מראש לגבי ההלכה היהודית, מבלי שתשמש כתבנה לכל שיטה משפטית. מאידך, אם התבנה היא נכונה לגבי כל שיטה, לפנינו מושג פורמלי ביותר של צדק, אותו אין טעם לגלות דווקא על יסוד שיטה נתונה אחת. על משמעותה האמתית של גישת אלבק אפשר לעמוד מחד עיין במחקריו. דרך עבודתו היא דוגמתית טהורה. נקודת מוצא שלו משמשים מקורות התלמוד מתוכם הוא מנסה להוכיח את קיום העקרונות המופשטים¹⁵¹. התחתו המתודית היא כי אפשר להשתלט על המקורות בדרך של הפשטה מושגית. בכך יש דמיון מסויים לגישתו של גולאק בשעת חיבורו על יסודי המשפט העברי¹⁵². האמת היא כי אלבק, על אף כוונתו המוצהרת, אינו מוצא נצחיות בעקרונות של צדק, אלא במושגים ובעקרונות גות משפט.

ניסול לדוגמה את עקרון היסוד שהוא מוצא בדני הקנין בהלכה: "השימוש בכנסים, הוא היסוד העיקרי במושג ירשות" (פוסקיה, "זוקה" בלשון של ימינו) שהוא המושג של דיני הקנין מיוסדים עליו... על מושג זה מיוסדת הבעלות. שכן הבעלות אינה אלא רשות, שיש בה נצחיות וקביעות. כלומר, שהנכס הוא ברשות הבעלים לעולם, בלי הגבלה בזמן, ואינו יוצא מרשותו אלא לזמן מוגבל וברך ערואי בלבד. וכיוצא בזה אף זכויות קניניות אחרות, שאינן בעלות מיוסדות על רשות, כגון: שאילה, שכירות או אריסות הן רשות עראית, המוגבלת בזמן".

מניין לו למחבר הגדרות אלה של בעלות, של זכות קנינית אחרת? החלוקה מוכירה לנו את ההבחנות השיטתיות הרומניסטיות שאינן הכרחיות והראיה: ההלכה היהודית מכירה דווקא בקנין בעלות המוגבל בזמן¹⁵³, ואין היא השיטה היחידה בענין זה.

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

149 שם, בעמ' 715-716.

150 שם, בעמ' 724.

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

152 ראה לעיל הטכס ליד ה"ש 68 ואילך.

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

מיוחד להסברת שיטתו בו הוא מציגה כהשקפה עצמאית ובצורה החלטית מאוד¹⁴⁰. אלבק יוצא מהנחות רבות בדבר מהותן של ההיסטוריה ושל המשפט תוך הצגת הנחות אלה כאמיתות הכרחיות לגביהן אין מקום לפיקפוק כלשהו¹⁴¹. אין הוא מזכיר כלל את הספרות המדעית הענפה העוסקת בשאלות אלה.

אלבק מגדיר את מטרתו של העיון המדעי במשפט כגילוי היסודות המשותפים של פרטי הדינים, שהם עקרונות הצדק. עקרונות אלה הם קבועים, נצחיים ובלתי משתנים, והם מסבירים את הפרטים ונותנים להם טעם ומשמעות¹⁴². אלבק מטעים שעקרונות הצדק האלה אינם מהווים מערכת נורמטיבית אידיאלית לעומת המשפט הפוסטיבי¹⁴³; הוא שולל את התפיסה של משפט טבעי הקיים בנפרד מן המשפט הנוהג¹⁴⁴. אין שניות במערכות וממלא אין לראות בעקרונות ההלכה מערכת נשגבה אותה שואפים להגשים במציאות. מה אם כן היחס בין עקרונות הצדק הנצחיים האלה לבין המציאות? על כך הוא אומר: "ההלכה היא המציאות כדי לצאת מן הכוח אל הפועל. אין להם תוכן משל עצמם שהיא, והצרכנים את המציאות כדי לצאת מן הכוח אל הפועל. על-ידי כך שמודדים את הצדק שבהם והם מתמלאים תוכן מן העובדות של המציאות, על-ידי כך שמודדים את הצדק שבהם על-פי העקרונות. אין העקרונות הללו אלא אמות מידה למדוד לפיהם את המציאות, ואין לאמות המידה מציאות משל עצמן"¹⁴⁵. אלבק מדמה את עקרונות ההלכה לחוקי המתמטיקה הנכונים בכל מציאות, וכן לצבע שבו יש לצבוע כל התנהגות אנושית¹⁴⁶. ההנחה הפילוסופית של אלבק מוצאת את ביטוייה התמציתי בפסוק: "ההלכה היא

למציאות כצורה לחומר"¹⁴⁷.

גישת אלבק מנוגדת איפוא חכלית הניגוד לזו של אלון¹⁴⁸. העקרון ההלכתי המופשט אינו ביטוי למציאות ואין הוא קשור להיסטוריה. המציאות המשתנת נקבעת לפי חוקי ההיסטוריה; עקרונות הצדק עומדים לעד. פרטי הדינים משתנים עם המציאות המשתנת, כדי לתת ביטוי הולם לעקרון הנצחי. לחוקר אין עניין בפרטי הדינים המשתנים, אלא בעקרון המופשט "החכם מרווח צמאנו במעיין החכמה ולא בכלים

מחר", דעות, השל"א, עמ' 301; "מיעוט יחידים במשפט התלמודי — דיני הקטן כמלומדים עיקרי יסוד של דיני 'ממונות'", שנתון המשפט העברי, תשל"ד, ירושלים, עמ' 21; "מקומה של גמירת הדעת בקנין", תרביץ (תשל"א), עמ' 158; "התנאים בדיני המלמד", משפטיים, ד (תשל"ג), עמ' 77; "עקרונות הטעות בדיני ממונות של המשפט העברי", משפטיים, ה (תשל"ד), עמ' 61.

140 משפט והיסטוריה במחקר ההלכתי, עיוני משפט, ג (תשל"ד), עמ' 710.

141 ראה, למשל, הדיון ביחס בין מדע ההיסטוריה ומשפט, "משפט והיסטוריה", שם, בעמ' 711.

142 שם, בעמ' 713.

143 שם, בעמ' 711.

144 שם, בעמ' 714.

145 שם, בעמ' 721.

146 שם, בעמ' 721.

147 שם.

148 עיוני כי אלבק אינו גורס בדרך כלל את המונח משפט עברי ונוהג להשתמש בביטוי משפט תלמודי. כמו כן, אין הוא דוגל ברעיון קליטת המשפט היהודי במשפט המדינה.

השווה "משפט התורה בעולם של מחר", ה"ש 139 לעיל.

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

שיטתו של אלבק קשה עוד יותר שעה שהוא מנסה ליישב את המקרים בהם פטור המזיק, כך, למשל, דיני גרמא בנויקין¹⁵⁸. המשפט היהודי, בדומה לשיטות קדומות אחרות, דרש קשר סיבתי ישיר לשם הטלת אחריות על המזיק. אלבק כופה על מושגי סיבתיות מיוחדים אלה את רעיון הפשיעה (רשלנות). הוא קובע כעקרון כי בכל אותם מקרי הפטור, המזיק לא פשע משום שלא היה צריך להעלות על דעתו את דרך התרחשות הנזק¹⁵⁹.

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

דברינו אלה נכונים גם לגבי עקרון גמירות הדעת. אלבק מגדיר את גמירות הדעת ככולל הן מבחן סובייקטיבי (דעתם של המתקשרים עצמם) והן מבחן אובייקטיבי (דעתם של רוב בני אדם). אין הוא שם לב לכך כי שני המבחנים אינם זהים. האחר, שם את הדגש על רצונם הפנימי של המתקשרים; האחר, על החוות החיצוניות של הבעת הרצון. מגמות שני המבחנים הן שונות, והבעיה היא להכריע ביניהם במקרה הקונקרטי. הכללת שניהם במרגש אחד מרוקנת אותו במידה רבה מתוכנו המהותי. אלבק מנסה במספר מקומות להסביר את ההכרעה בין שני המבחנים לפי רעיון רוב ומיעוט בהתנהגות בני אדם. כלומר, רצונו הפנימי של היחיד מתחשבים כאשר הוא נמנה על מיעוט נכר, אך מתעלמים מרצונו זה, שעה שהוא נמנה על מיעוט קטן¹⁶⁰. בניסיון הסבר זה אנו נתקלים שוב בתופעה של כפיית המושג על המציאות: במקרה והיין מתחשב ברצון היחיד הייב להיות מיעוט ניכר הנוהג כך, אין להניח כי אלבק סבור שתכמי ההלכה ערכו סקרי דעת קהל לפני שקבעו מה שקבעו¹⁶¹.

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

158 פשר דיני הניקין בתלמודי שם, בעמ' 714-715 ואילך.
 159 ראה, למשל, את הסברו של אלבק לברייתא (בבא מציעא, מ"ז ב'; נ"ז א'): "הנותן סם המות לפני בהמת חבירו פטור מדיני אדם וחיוב דיניי שמים", שם, בעמ' 47-48.
 160 ראה מאמרו "רוב מיעוט ויחידים", ה"ש 139 לעיל.
 161 ראה בהקשר זה את מאמר הביקורת על גישת אלבק בסוגיית התנאי מאת ב' ליפשיץ, "היסוד העיוני של התנאי במשפט העברי", מצפיה"ד (תשל"ג), 6:36.

בדרך דומה הולך אלבק בדיני הניקין: העקרון היסודי בהלכה היהודית הוא כי אדם אחראי בנויקין במקרה של פשיעה (רשלנות) בלבד. העדר פשיעה הוא אונס הפוסל את המזיק. "פשיעה היא התנהגות שיהיה לו לאדם להעלות על הדעת שתביא נזק, ואימתי חייב אדם להעלות על דעתו שמעשיו והתנהגותו יזיקו? כשהנזק שכ"ח עד כדי כך, שרוב בני-אדם במקומו היו מעלים על דעתם נזק"¹⁶⁴. בספרו פשר דיני הניקין בתלמוד¹⁶⁵ מנסה אלבק להראות כי כל פרטי הדינים וכל המחלוקות בתלמוד בכל הזמנים אינם אלא ביטוי להערכות שונות של המציאות נוכח עקרון נצחי זה. "מה שפשיעה בדרך אחד הוא אונס בדרך אחר; אבל לעולם העקרון אחד: על פשיעה חייב על אונס פטור".

העקרון המרכזי שאלבק מצא בתחום דיני הקניין והיין החווים הוא גמירות הדעת שהיא, כהגדרתו, אינה אלא החלטה של הגומר בדעתו, שלא לחזור בו ממה שהחליט. אולם, גמירת הדעת הזאת אינה תלויה בדתם הסובייקטיבית של הצדדים, אלא בגמירת הדעת האובייקטיבית הנוהגת אצל רוב בני אדם¹⁶⁶. ושוב כל פרטי הדינים, אינם אלא תרגום למציאות של עקרון זה.

גישת אלבק היא מלאת פירוכות. ראשית, ההנחה כי כל פרטי הדינים בכל הזמנים הם ביטוי של עקרון נצחי אינה יכולה להיות נכונה, אם העקרון הוא בעל תוכן מהותי, כהבדל מפורמלי. הנסיון האנושי הפשוט מלמד כי עקרונות משפטיים מהותיים משתנים על-ידי מעשים רצוניים של מחוקק שבאופן מודע רוצה לשנותו. הנחתו של אלבק כי כל שנויי הדינים הם ביטוי לשנויי מקביל של המציאות החברתית, כשכל מטרת השנויים היא לקיים את העקרון המהותי הנצחי במציאות השונה — הנחה זו היא משוללת יסוד. היא כופה את המציאות ההיסטורית לתוך מיטת סדום מושגית ועולה להביא לידי מסקנות היסטוריות מוטעות. ההיסטוריה עומדת ברשות עצמה ואין היא צריכה במובן זה למשפט. אפשר, כמובן, ליצור עקרונות כה מופשטים עד כדי איבוד כל תוכן מהותי. עקרונות פורמליים כאלה עשויים לחול על כל מציאות, אך במחיר אבדן כל משמעות. כך היא, אולי, אפשר לומר כי כל הדינים בכל הזמנים הם ביטוי לעקרון הנצחי שיש להכריע בסכסוך לפי מה שנראה צודק בסביבות העניין. ואמנם כל הדינים לא היו אלא החלה של עקרון נצחי זה על המציאות, אך לא רק בהלכה היהודית, אלא בכל משפט אחר. אלבק לא שם לב לכך כי כל התקדמות בדרך ההפשטה המושגית מביאה לידי אבדן מהות¹⁶⁷.

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

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

154 שם, בעמ' 714-715.
 155 ה"ש 139 לעיל.
 156 "משפט היסטוריה", ה"ש 140 לעיל, שם, בעמ' 717.
 157 השווה באופן כללי לארנז, ה"ש 49 לעיל, בעמ' 412 ואילך, במיוחד 419 ואילך.

היא שירת המסגרת הדוגמטית הקיימת; שתי המשימות אינן בביחית מחקר אובייקטיבי של הקיים.

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

(ד) במישור הדוגמטיקה אנו רואים חשיבות רבה בהיבט הדיקטטי. המשימה צריכה להיות הצגה של מוסדות משפט בצורה שיטתית ככל האפשר, המובנת למשפטן שאינו ביישיובה. השימוש צריך להיות יותר רעיוני למטרה זו צריך להעשות בוזהירות רבה ביותר. השימוש צריך להיות יותר רעיוני המיון הפורמלי בדרך ההצגה מאשר כמושגים עצמם. ענין מיוחד יש בהצגת המוסדות המיוחדים להלכה.

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

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

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

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

5. מסקנות והצעות

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

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

(ב) המחקר צריך להיות "טהור" ללא מטרות מעשיות מיוחדות 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 אידיאלוגיות 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