

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

מאת

פרופ' מנחם אלון

א. מבוא. ב. תחום המחקר. ג. דרך מחקרו של אשר גולאק. ד. עקריות ומדיעות במחקר המשפט העברי. ה. דרכו של חוקר ודרכו של פוסק. ו. הדגמת שיטת המחקר. ז. עקרונות מנחים במחקר המשפט העברי. ח. למחקר כללי-תקופתי ומקורות חיצוניים. ט. עקרונות יסוד במשפט העברי. י. הצעות אנגלרד למחקר המשפט העברי. יא. לשיטה אחרונה.

א. מבוא

לאחרונה ייחד יצחק אנגלרד מאמר מפורט לעניין מחקרו של המשפט העברי, מהותו ומטרותיו¹. אנגלרד עסק עד עתה לא מעט בבעיות המתעוררות מתוך יישומו של המשפט העברי, כמשפט דתי, כמערכת משפטה של מדינת ישראל, הקישי לכך עיון לגופו של דבר חסיק מה שהסיק, וכדרך העולם, חלק ממסקנותיו אלה נבניות במחלוקת, ואף כותב שורות אלה השיג עליהן מה שהשיג². במאמרו האחרון דן אנגלרד בעיקר בדרך מחקרו של המשפט העברי גופו ובמהותם וטיבם של הדרכים שבהם נקטו חוקרי המשפט העברי, ומתוך שלא נחה דעתו מהם הוא מציע הצעות משלו. אמנם מביחנה מתודית — והרי עיקר מאמרו של אנגלרד במתודה הוא עוסק — דומה שראוי היה ליצחק אנגלרד שתחילה יטול נושא איזה שהוא מנושאי המשפט העברי, יחקור בו, כמחזיב במחקר הלכתי-משפטי, בכל דרך שתיראה בעיניו כנאותה וכנוכח, ומתוך כך יעמוד על הפרובלמטיקה שבנושא המסוים ועל גופו של מחקר במשפט העברי בכלל, ולאחר ולאור כל אלה ידע ידע בשער בת רבים שיגע ומצא שדרכו אינו כדרכם של חוקרים אחרים, ושמחשבותיו אינן כמחשבותיהם. אך אנגלרד בחר להקים ביקורת למחקר, וברדאי טעמו ונימוקו עמו. יתא אשר יהא — מקובלנו ששערי בקורת לא נעלו, ומובן ואין צריך לומר שביקורת דרכי המחקר חשובה היא מאוד, בראש ובראשונה למען אלה שעוסקים במחקר זה, למען ישמעו ויבדקו את משנתם. וכנהוג שבעולם אין חובה על המבוקר, שהסביר כל צורכו את דרך מחקרו, להשיב על הביקורת שנכתבה לגביו. ואני כשלעצמי דנתי במקומות שונים בדרך מחקרי המשפט העברי ולאחרונה ייתרתי לכך פרק מיוחד, הפרק השלישי, שבספרי המשפט העברי, והקרא המלומד יקרא אפוא ריעיו, ישקול בדעתו, ויבחר את אשר יבחר מבין שתי הגישות שהרעמדו בפניו.

אך חזרתי ועיינתי בדבר, וחושבני שמן הראוי לחזור ולהתייחס לנושא חשוב זה של מחקר המשפט העברי, לאור מאמרו של יצחק אנגלרד. במאמרו נדונו מספר עניינים

1 יצחק אנגלרד, "מחקר המשפט העברי — מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ז) 34.
2 ראה לאחרונה בספרי המשפט העברי (מאגנס, תשל"ג) חלק א, 117 ואילך.

29191

"לכשנעיין במקורות ההלכה נמצא, כי ההלכה העברית, על אף אחידותה הכוללת במקור ובקרקנות, בדרכי החשיבה ובסיוע הגומלין של כל חלקי ההלכה, מבחינה הבחנות ממותיות מאד בין שני סוגים עיקריים שבתחומיה, בין דברים של ממוין — הוא חלק ההלכה הכללית כולל במושג 'מוצא', ובין דברים שאינם של ממוין — הוא חלק ומוצא — והיום למושגים המקובלים כיום בשם דת ומשפט; אך עם זאת השפיעה הבחנה מותיות זו שבין איסור לממון השפעה מכרעת ומחייבת לכת על דרכי התפתחותו של חלק גדול מן העניינים הכלליים במונח המשפט העברי"⁵.

בנושא זה מאליהם מאוד דבריו של הוגה הדעות ר' יעקב אנטולי, מחנמי דרום צרפת בספא השלוש-עשרה, בספרו מלמד התלמידים, על פרשת "משפטי" (הוצאת מקיצי נרדמים, 1866). הדברים לא הובאו בספר, ומאחר שנודמן ליד לחזור ולדון בנושא זה כאן אצטט במפורט:

"... והשם ברחמי, כאשר בחר בעמ ישראלי, הגיד לו-דבריו בסודות המציאות ובמציאות השמורות אמנות כמו שבאו בעשרת הדברים, והודיעם חוקי ומשפטי הנריכים בכל עת ובכל מקום לקיים יישוב מדויק ישריך למן האדם. לפיכך סמך פרשת אלה המשפטים לעשרת הדברים, ללמד שאין שלמות האדם מושג בתחמה ובאמת בלבד עד שיהיו דיניו מסודרים ביניהם בדרך שיחיו אלה עם אלה... וכל הימים הנזכרים שם באו דרך קצרה מאוד; גם דינים רבים הניחה התורה שלא הזכירה כלל דבר מעינים אפילו על דרך רמז, הם נזכרים בתלמוד ולא נאמר בו עליהם 'מנא לך' ולא מצינו שנאמרו על פה. וזה, לפי שמצות דינין קדמה ואינה כשאר מצות התורה. כי כשצטוו בני נח על הדינין לא היתה המצוה אלא שישדרו דינין ביניהם לפי שהעולם עומד על דינין. וכבר הנהגה זה בפרשה אלה תולדות נח. וכן היה הענין אחר מן תורה על מה שלא צטווה בפירוש, שהמצוה היתה מסורה לשופטים להניח חוקי המשפט כפי הנהגה ראויה למדינה, וזה דבר נהוג הימים בין האומות.

גם לסוחרים ולבעלי מלאכה היה מסודר לקבוע חוקים ביניהם, כמו שאמרו (בבא קמא, סוף, ב); רשאיין חמירין להתנות ביניהם על מי שיאבד לו חמור שמעמידו לו חמור, וכן הספנין רשאיין להתנות ביניהם על מי שתאבד לו ספינה שמעמידו לו ספינה... וכן כל כיצא בזה היה דין כאלו היה כתוב בתורה, וכל העובר עליו עובר על דברי תורה אחר שצוה התורה לשמוע אל השופט אשר יהיה בימים ההם.

ואל זה הענין נמשך מה שאמרו דינא דמלכותא דינא (בדדים, כה, א, ועוד). כי אחר שמצות דינין היא קדמה ואי אפשר לבאר פריטיה, כי העניינים המתחשבים בין בני אדם הם מאין תכלית והמלך שהוא מושל בארץ הוא ראויה הוא שכל דין שיגזור אותו כללי בארצו ולא יהא בו סתירת דבר מן התורה שהוא דינו ונודן בו... סוף דבר, לפי הענין הנזכר היו בעשים קצת דינין בימי חכמי התלמוד לפי סברתם כמה שיראה להם שהוא הנהגה טובה בין בני אדם בכלל מה שלא היתה ראויה נמצאת אל הסברא היא או על סותרה... ולפי שרוב הדינין הנגזרים אחר הסברא הם לומר להם: ראויה אתם עושים כי לא לאדם תשפטו כי ליי (דברי הימים ב, יט, ו) רצה בו שדרך המשפט הראוי בין בני אדם היא להצות בדרך השם המעמיד המציאות במשפט, כי כל דרכי משפט, כמו שקדם לנו באמרו: הלא היא העצת אחי (ירמיה כב, טו). אחר שהוא כן, השם הוא נשפט במשפט הזה... ולפי הענין הנזכר, היה משה יושב דת, ולא היה צריך לבקש מאת השם על כל דין דיין; ואחר זה בחר שופטים, והדבר הקטון שהיו יודעים לגזור בו כפי סברתם — היו דנין כמו שאמר: ושפטו את העם בכל עת את הדבר הקשה יביאון אל משה והדבר הקטון ישפטו הם (שמות, י"ח, כו). וזה נכתב בתורה קודם שנכתב בה עשרת הדברים" (שם, עא, עב, עג, עמ' ב).

שהתורה נוספת לגבם יחא בה מן המועיל. חשוב גם לייחד דברים לטיב קביעותו והשגותיו של אנגלרד בענין מחקרים וחוקים, במיוחד לאחר שדן בדרכו של אשר גולאק במחקר המשפט העברי, וכבודו של חכם וחוקר גדול זה מחייבנו להעמיד דברים על נכונותם. וכן אעיר דברים אחרים בענין הטענות שהעלה אנגלרד כלפי דרכי אני בחקר המשפט העברי, ואסיים בניסיון לעמוד על הצעותיו של אנגלרד בדבר הדרך הנכונה שיש לבור אותה במחקר זה.

ב. תחום המחקר

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

"מבחו האקטואליות, או בלשוננו של מ' אלו, מבחו הברירה לפי ההשוואה עם שיטות משפט מודרניות, אינו יכול להצדיק קביעת מקצוע אוטונומי נפרד. לשם כך דרושה סגולה פנימית כלשהי של החומר המבורר עצמו. לדעתנו אין צדוק מדעי לצמצום המחקר המשפטי לתחומים אלה של ההלכה בלבד, אשר דומיהם מצויים בשיטות משפט אחרות או לאלה אשר עשויים להיקלט במשפט המדינה. כל החומר הנורמטיבי של ההלכה ראוי לעיין לעיין במסגרת תחום מחקרי אחיד. היסוד הדתי של ההלכה — לא זו בלבד שאין אפשרות להתעלם ממנו, אלא שהוא צריך לשמש כאחת הנקודות המרכזיות של המחקר" (עמ' 37).

ובהערה לקטע זה (הערה 17) מפנה אנגלרד את הקורא לדין הקאנוני. איני מצוי בדיון הקאנוני, אך בכל מה שנוגע לעולם ההלכה, טענה זו של אנגלרד תמותה ומתמיהה. לגבי רוב הנושאים הכלולים בהגדרת המושג "משפט עברי", היינו המשפט האזרחי החוק המינולי-ציבורי, קיימת סגולה פנימית מובהקת להבחנה בינו ובין יתר חלקי ההלכה, הבחנה שבאה לידי ביטוי הן לענין כללים יסודיים בדיני המשפט העברי — כגון חופש ההתנאה, חוים אסורים ועוד — והן לענין המקורות המשפטיים, היינו הדרכים שבאמצעותן המשיך המשפט העברי ליצור ולהתפתח בדברי ימי הגדולים האזרחיים, כגון החקיקה — היינו התקנות והגזרות — המבנה הספרא. בכל אלה דנתי במפורט בספרי המשפט העברי, וירשה לי לצטט מדברי בדיני זה⁴:

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

4 שם, חלק א, 159.

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

"שלא הורגל בלמוד רק בג' סדרים, ר"ל [= רצוני לומר] מועד, נשים, נזיקין, ונעובו השלושה האחרונים, ר"ל קדשים, טהרות, ורעים — עויבה מוחלטת, רק לאחר מעיו ושנים ממשפחה. למיעוט צורך ידעתם באלו הזמנים ולרוב עומק עניינם"⁸.

וגדולה השפעת מבחן האקסואוליות בחיבור ספרות הפוסקים, שמאו הלכות פסוקות לרב יהודאי גאון (במאה השמינית) הם מתרכזים במצוות שנתהגות בזמן הזה. מצויים אף ספרי הלכות שעניינם אך ורק בתחום מסוים בתוך דיני ממונות, כגון ספר התרומות לר' שמואל הסרדי, במאה השלוש-עשרה, שהוא אולי הקרקס העברי הראשון המיוחד אך ורק לחלק ניכר מהמשפט האורחי. והרי פרט לרמב"ם, שביקש להחזיר עטרה לידינה וכלל בספרו משינה תורה את כל התורה כולה ואף עניינים שבאמונות ודעות, כלל גדול בנידו גדולי הקודיקסטורים — הר"ף, הטור, השו"ע ועוד — שמיחדים הם את ספריהם למצוות שנתהגות בזמן הזה, ואינם דנים בענייני זרעים, קדשים וטהרות. דברים אלה מן המפורסמות הם, ועמדתו על בירורם ופרטי ענייניהם במקומות רבים בכרך השלישי של ספרי⁹.

מהי, אליבא דאנגלרד, "הסגולות הפנימיות" לתחימת תחומים זו בתוך עולם ההלכה? חכמי ההלכה עצמם לא חיפשו סגולה פנימית שכזו, אלא נימקו זאת במבחן האקסואוליות של דינים בעניינים תנהגים בזמן הזה. וברואי שאנגלרד אינו מתכוון לומר שבמחקר המשפט העברי אין דיון בעניינים שבאיסור והיתר המתעוררים תוך כדי ובהקשר לעניינים משפטיים. שהרי אף זה מן המוסכמות הוא על דעת כל חוקריו של המשפט העברי, שנושא משפטי מסוים העומד לבירור נדון על כל צדדיו ופרטיו במידה שבירור זה דרש להבנה נכונה של הנושא המרכזי¹⁰.

קשה לי גם להלום את דברי אנגלרד בקשר למחקר המתעלם מן היסוד הדתי של ההלכה, או על בידוד חלקים משפטיים וניתוקם מן המשמעות הדתית של מקורותיה¹¹. מה בעצם מבקש אנגלרד מחוקרי המשפט העברי, ומה "ההתקפה" הדתית הזאת? ישב לו חוקר, דן בשאלה לגופה, מעיין במקורות הדין, ונא למסקנות כפי שהן עולות בידו.

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

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

8 שם, חלק א, 41.

9 בספרי המשפט העברי מצויים פרקים שלמים הדינים ביחס שבין איסורא לממונא, בנורמה הבסיסית של כלל ההלכה, כוחם ובמעמדם של המקורות המשפטיים (המדרשי, התקנה, המנהג וכו') בענייני ממונות ובענייני איסור והיתר ונמצא כאלה. וכך הוא בכל מחקר שכתחום המשפט העברי.

10 ראה אנגלרד, שם 36-37.

מהו חטא ה"בידוד" ו"הניתוק" שעל ראשו של חוקר זה? ייתכן שמצויים חוקרים שמבחינת השקפת עולמם דעתם היא שיש מקום לגישה זו של הניתוק מן היסוד הדתי, אבל האם זהו דעת היסוד במקרו של המשפט העברי היום? דומה עלי, שאנגלרד אינו יכול להשתחרר מדינו ומטיעונו בעניין יישום המשפט העברי במשפט המדינה, ששם מתעוררת הבעיה של אי-קבלת המשפט העברי, על הנורמה הדתית שבו, עליידי קולטיו במשפט המדינה, ומיישם הוא את הפרובלמטיקה שבנושא זה גם על עניין מחקרו של המשפט העברי. אני כשלעצמי דעתי היא שאף לעניין קליטת המשפט העברי במשפט המדינה אין מישוה שיכול ל"חלץ" את ההלכה, ואין היא זקוקה לשמירת דתיותה וחיסונה ממאן דהוא. ועוד אחזור לעניין זה בהמשכם של דבריי. אך גם אליבא דאנגלרד, טענותיו אלה יש להן מקום לעניין יישום המשפט העברי במשפט המדינה, אך אינו תופסות לעניין מחקרו של המשפט העברי.

אנגלרד, ברצונו כי עז לשמור על "דתיותה" של ההלכה, מסיף ואמר:

"אדם החפץ להדגיש את התיבט הדתי נוקט לשון ה'לכה' או 'דין תורה', אדם הרוצה להדגיש את התיבט הלאומי והתרבותי נוקט לשון משפט עברי. מכאן יובן כי בחוגים רבניים אין עוסקים אלא בחקר ההלכה ויש רתיעה מפני המונח החדש בגלל מטענו הערכי"¹² (עמ' 37-38).

אך לא דן פורטא. רבנים ותלמידי חכמים לומדים תוסקים בתורה ואין להם עניין מיוחד בהגדרות מתחיות וסמאנטיות, וכדרכו של מינח חדיש — כפי שכך הוא לעניין המונח "משפט עברי" — חידרתו לחוגים שונים הוא עניין של זמן ושל הרגל, ולא היתתי מייחס לחוגי הרבנים רתיעה עקרונית מפני מונח זה בגלל מטענו הערכי. על כל פנים, מי לנו גדול מהרב ר' יחזקאל אברמסקי ז"ל, שהלך לעולמו לפני חודשים אחדים, ושהיה זקן וכותב הוא, בין היתר, על "המשפט העברי שדבריו דברי אלקים חיים"¹³, במונח זה וכותב הוא, כי היתר, על "המשפט העברי שדבריו דברי אלקים חיים"¹⁴, כאלו בא לסתור במפורש את הנחתו של אנגלרד, שמי שחפץ להדגיש את התיבט הדתי נוקט לשון הלכה או דין תורה ולא לשון משפט עברי, שמיחיד הוא התיבט הלאומי והתרבותי דוקא.

ג. דרך מחקרו של אשר גולאק

ומכאן לדינו של אנגלרד במשנת מחקרו של אשר גולאק. אנגלרד מרבה לציטט מתוך דבריו של גולאק בתקדמותיו לספריו, דן בדרכו של גולאק במחקר המשפט העברי כשיטה הדוגמטית ותהיטורית ומסיק שתהילה סבר גולאק "כי יש להקדים מחקר דוגמתי למחקר היסטורי, סברה שלא גרס עד במפעלו המאוחר" (עמ' 50), שאז הוא כבר "נוקט בשיטה היסטורית במלוא מובן המלה (או במינוח הקדם שלו = היסטוריה חיצונית)" (שם).

11 ראה בחוברתו המאלפת דיני משניות (הופיעה לראשונה בלונדון, תרצ"ט), וחזרה ונדפסה בהוצאת "נצח", בני ברק, תשכ"ט): "המשפט העברי שדבריו דברי אלקים חיים... המשפט העברי המפלט מאוני צדק בכל פנות החיים... המאור השכלי והמסורי של המשפט העברי...". (שם, 4).

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

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

דומה עלי שאנגלרד לא עמד אל נכון על דרכו של גולאק, ועל אף ריבוי הציטוטים לא עמד על שניים-שלושה קטעים מתוך דברי גולאק, המתארים בבירור את דרכו במחקר. וראוי הוא גולאק, שתלמיד חכם וחוקר גדול היה וזכות רבות לו בהנחת יסודות במחקר המשפט העברי, שנעמוד ביתר עיון על יצירותיו ועל מגמתו במחקרו של המשפט העברי.

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

- 12 א' גולאק, לחקר המשפט העברי בתקופת התלמוד, חלק א: דיני קרקעות (ירושלים, תרפ"ט), להלן: דיני קרקעות.
- 13 A. Gulak, *Das Urkundenwesen im Talmud* (Jerusalem, 1935).
- 14 א' גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד, א: החיוב ושעבודיו (ירושלים, תרצ"ט), להלן: החיוב ושעבודיו.

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

"המתחיל במחקר מדעי בתורת משפטינו נתון מסבה זו בחוד עגול הגיוני: כי הבנת הפרט, המקצוע היחיד, לא תהיה שלמה קודם ידעת הכלל, או המשפט בשלמותו; מצד שני, ידעת הכלל לא תבוא אלא על ידי הבנת הפרטים הבודדים. המוצא היחיד מתוך עגול זה הוא לרכוש, קודם כל, ידיעה אל מטרות כוללת בסדר משפטינו, ואז יתגלו הדרכים ופתחו השערים להקצמות יותר רבה ביסודי דותיו וחלקיו השונים. הראיתי כאן במלים מעטות על חכונת ספרי ומטרותי" (ההדגשה שלי — מ. א.).

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

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

- 15 יסודי המשפט העברי (דברי, תרפ"ג) ספר ראשון, 4.
- 16 שם, עמ' 4. ומתוך אותה מגמה עצמה של תיאור אלמנטארי וכולל של יסודות המשפט העברי מצא גולאק לנכון להביא מעט בפעם, בקיצור נמרץ, עיון היסטורי-כרונולוגי בנושא משפטי מסוים; וכן הוא מביא בספרו, לעתים מוזמנות, בנוסף להשוואה בין מובנים עבריים למונחים מהמשפט הרומי, ושוב בקיצור נמרץ, חומר להשוואה בין מוסדות המשפט העברי לאלה של המשפט הרומי. אין כל ספק, שגם בתיאור ההתפתחות היסטורית וגם בחשוואות עם המשפט הרומי המובאים בספריו זה — שהובאו כאמור בקיצור נמרץ, שלא כמספריו ואחרים שנעשו בדרך של מחקר מפורט וממצה — ראה גולאק צורך כחלק מהצדאור האלמנטארי של מערכת המשפט העברי, ולא התייחס לכך כאל מסקנות העולות מתוך מחקר מפורט.
- 17 שם, בעיקר עמ' 11-13.

קרקעות ו-החיוב ושעבודיו¹⁸. באלה דן הוא בדרך המחקר הדוגמטית ובשיטת המחקר ההיסטורית. במחקר היסטורי "הצינוני" ובמחקר היסטורי "פנימי"¹⁹, במחקר לפי תקופות, במחקר השוואתי, במחקר היסודות המסויימים הפילוסופיים וכיצד אלה. אשר לענין הבעיה העקרונית, ההליכה בדרך המחקר ההיסטורי או הדוגמטי בתחום המשפט העברי, מסכם גולאק במפורש את דעתו מהי הדרך אותה יש לבחור (ותמיהני על אנגלרד, שיעיק מאמרו דן בבעיה מרכזית זו — המחקר ההיסטורי והדוגמטי — שהתחלת מדבריו אלה של גולאק, ומתוך כך בא למסקנה לא נכונה בתיאור משנתו, כי "נוקט בשיטה היסטורית במלוא מובן המלה")²⁰. את דעתו בענין זה מביע גולאק במאמרו "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי", שאותו כתב כשנתתיים לפני פרסום מחקרו הגדול המפורט הראשון בנושא מתחום המשפט העברי, הלא הוא ספרו דיני קרקעות. במאמר זה סוקר גולאק את גישות המחקר השונות במשפט העברי, ובין היתר מתאר הוא את דרך המחקר ההיסטורי ואת שיטת המחקר הדוגמטית²¹.

והוא מסכם בענין זה לאמור: ²²

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

18 ראה הערות 12 ו-14 לעיל.

19 על שני סוגי מחקר היסטורי אלה ראה במבואו ליסודי המשפט העברי, עמ' 12-13, ובמבואו לדיני קרקעות, עמ' 101-102. נכון מצייני אנגלרד (בעמ' 49), שבמבואו לדיני קרקעות מביע גולאק הסתייגות מדעתו הקודמת, אותה הביא במבוא לספרו יסודי המשפט העברי, בדבר עדיפות המחקר ההיסטורי-פנימי.

20 שם, עמ' 50.

21 מן הראוי לציין מה טיבה ומה דרכה של החקירה הדוגמטית בעיני גולאק:

"החקירה הדוגמטית צריכה שתתן לנו מונוגרפיות בודדות על מסודות משפטיות שונים ועל עיקרים שהם כוללים ומקיפים כמה דינים בתורת משפטינו, ובמרום שאיפותיה צריכה שתעמוד המטרה ליתן לנו את כל המשפט העברי בסדר שלם ומשוכלל, בניו על פי גורמים וכללים גובעים מתוך הלכותיו, כגוף אחד חי, ברוח אחת" (עמ' 198). דברים אלה כתב גולאק לאחר שארבע שנים לפני כן פרסם את ספרו יסודי המשפט העברי, וצייני את לדעתו צורך במחקר דוגמטי של מונוגרפיות, של בנין הערכת כולה וכו' — כי מי כמותו ידע

שספרו הקודם לא בא לחקור את המשפט העברי אלא לתאר בצורה אלמנטרית-ראשונית לפי מושגים הכלליים; וכן ראה בקטע שמצוטט להלן, בענין שילוב חקירה הדוגמטית-היסטורית.

22 קובץ המשפט העברי, חלק ב, 198-199.

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

דברים מפורשים אלה קובע אפוא גולאק, שדרך המחקר שלדעתו יש לנקוט בה במשפט העברי היא דרך שנוקטת בשתי הגישות גם יחד — ההיסטורית והדוגמטית, וחזקה על גולאק שהוא עצמו נקט בדרך שהוא ממליץ עליה כנוכח בשביל מחקרו של המשפט העברי, ואכן, בשני מחקריו החשובים שפרסם לאחר מכן, דיני קרקעות והחיוב ושעי-כדיו, הולך גולאק בדרך מחקר היסטורית-דוגמטית משולבת²³, כפי שיתברר לכל המעיין בספריו אלה, ובמאמריו ובמחקריו אחרים שכתב. דרך המחקר, שבה משולבים תבירור הדוגמטי והעיון ההיסטורי, מנחת אפוא גם ביסוד מחקרו של גולאק²⁴, והיא מחויבת המציאות לאור המשימות המחקריות שראה גולאק בשביל המשפט העברי, ולאור מטרותיו המוצהרות לשימושן וליישומן של משפט זה בחיי הישוב ההולכים ומתפתחים בארץ ישראל²⁵.

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

"לשם הדגמת דרכו של גולאק בחרנו, באופן מקרי לגמרי, את הדין הידוע בהלכה: אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. דין זה מופיע אצל גולאק בשער תורת הקנין. בפרק על תכונות נשוא הקנין (שם, בעמ' 90: כן מוזכר הדין בקצרה בפרק על מכירה, ספר שני, בעמ' 153). גולאק מקדיש לדין זה חמש שורות; הוא מצייני כי הקנין אינו תופס ומוכיח את האפשרות של מכירת אילן לפירותיו. כבר העיון החסוף במקור המוזכר על דוד (חושן משפט, סימן ר"ט, ס"ג ג' ואילך) [צריך להיות: סעיף ד ואילך — ג.א.] יגלה לנו כי הוא השמיט פרטים מתוחמים ביותר, כגון: תפיסת הדבר על-ידי הקונה לאחר שבא לעולם (התפיסה מעילה); דין כתובת שטר ומסירתו (נחשבת כתפיסה); דין פירות אילן שחננו הרי הם כדבר הבא לעולם, כהבדל מפרה מעוברת; דין מכירת פירות שובך או פירות כורת

23 ראה דבריו בהקדמה לדיני קרקעות, במיוחד בעמ' 101, "משום כך הדרך הנכונה וכו'".

24 "בדרך זו ציינינו אנו לילך וכו'", בעמ' 104, וכן בהקדמתו לחיוב ושעבודיו, עמ' 101-104.

25 מובן ואין צריך לומר שמצויים שינויי הדגשה בקשר לאופן השילוב הדוגמטי-היסטורי בין חוקרים שונים, כי אין שני חוקרים מעיינים כסגנון אחד; ולהלן אזורו ואדון בכך בקשר לדרך שלי במחקרו של המשפט העברי. אך התפיסה היסודית של שילוב שתי הגישות מצויה בצורה ברורה אצל גולאק.

26 ראה מאמרו "לסידור היינו המשפטיים בארץ", משנת תרפ"א, המובא אצל י' בוק, המשפט העברי ושינת ישראל, לקט מאמרים, עמ' 128 ואילך, וראה גם מאמרו "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי" קובץ המשפט העברי, חלק ב, 202 ואילך.

(המכר תופס; ה'ישן משפט, סימן ר"א). בדיקת מקורות נוספים תעלה מספר רב של דינים וחילוקי דעות שהם בעלי משמעות להבנת העקרו, כגון הדעה שכל עוד לא חזר בו המוכר המקח קיים (חוקת משפט, הלכות מכירה, תשס"ו, ירושלים, פרק א' סעיף א', הערה ג'); וכן הדעה כי אם קיים מנהג לקנות דבר שלא בא לעולם הקנין מועיל (חוקת משפט, שם, סעיף כ"א. השווה גם הרב הרצוג, ה"ש 93 לעיל, שם, בעמ' 65—68, וכן ערך השולחן, חשון משפט, שם), וכן הדיון של מכר דבר למחירו. יתירה מזו, גולאק אינו מבאר את הדעות השונות בדבר הבסיס הרעיוני של העקרון כי אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם. לפי דעה חשובה היסוד לעקרון מצוי ברעיון של סמיכת הדעת (חוקת משפט, שם, סעיף א', הערה א'), רעיון המתקשר ליסוד הנפשי בעסקה משפטית (אצל גולאק נידון יסוד הדעת בנפרד, שם, בעמ' 66—67).

הבה נענין כטיבם של פתרטים "מהותיים ביותר" אלה, שגולאק צריך היה, לדעת אנגלרד, להביאם והשמיתם. ואלה דברי גולאק²⁶:

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

שני כללים הם אפוא: האחד — כדי שהקנין יתפוס, צריך שהחפץ, נשוא פעולת הקנין, יהיה בעולם; והשני — אפשר להקנות גם דבר שיבוא לעולם בעתיד, אם וכאשר נעשה עתה קנין בגוף שממנו נובע ויבוא אותו דבר, היינו בטרימולוגית הכלתית — מוכר אלן לפירוטיו²⁷.

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

26 יסודי המשפט העברי, ספר ראשון, עמ' 90.

27 וכן מצויים שני עקרונות אלה ביאש שני הפרקים במשנה תורה לרמב"ם, פרקים כב רכג מהלכות מכירה, שבה נדונו ענייני דבר שלא בא לעולם. בהלכה א' שבפרק כ"ב נאמר:

"אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, בין במתנה, בין במתנת שכיב מרע. כיצד? — מה שתציא שדה זו מכור לך, מה שתציא אילן זה נתון לך, תג מה שתלך בהמה זו לפלוגי — לא קנה כלום, וכן כל כיצוד בה".

ובהלכה א' שבפרק כג כותב הרמב"ם: "מקנה אדם הגוף לפירוטיו בין במכר בין במתנה בין במתנת שכיב מרע ואין זה מקנה דבר שלא בא לעולם, שהרי הגוף מצוי ומקנה לפירות".

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

להביאם. "המוכר פירות שובך או פירות כורתת לתבירו — קנה, ואין זה מוכר דבר שלא בא לעולם... אלא... זה הקנה שובך זה לפירותיו כמו שמוכר אילן לפירותיו"²⁸ — הלכה פשוטה וברורה, שכל עניינה הדגמה למקרה של דבר שבה לעולם, ללא כל חדוש מבחינת העיקרון של דבר שלא בא לעולם. וכן פירות אילן שהנטו הם כדבר שבה לעולם (והקנין מועיל גם אם הוא נעשה בפירות עצמם), מה שאין כן אם מוכר עובר של פרה אף אם הפרה מעוברת, משום "דפירות חנוטים הם בעין... מחשבי כדבר שבה לעולם, מה שאין כן בעובר שבמעי הפרה... שאינו בעין"²⁹, היינו שוב שאלה שלילת לחלוטין. כאשר הדבר הוא גלוי לכל, אף אם רק במצב של חניטה, הרי הוא כבר נחשב דבר שבה לעולם, מה שאין כן כאשר הדבר אינו גלוי, כגון עובר שבמעי פרה. ומהי ההנמקה לדין שאם תפס הקונה את הדבר לאחר שבה לעולם שאין מצויאין מידו? ההנמקה היא שאנו מניחים שהמוכר מחל (ויתר, הסכים) ללוקח ומוכן עכשיו, לאחר שהדבר בא לעולם, למכור לו את החפץ; משום כך התפסה מועילה רק אם נתקיימו שני הנאים: (א) הלוקח תפס לפני שהמוכר הודיע שהוא חוזר בו מהתפיסה (כי אם הודיע שהוא חוזר בו סימן שאינו מחל ללוקח), ו(ב) שהמוכר יודע על התפיסה, כי רק במקרה כזה ניתן להניח שהוא מוחל לו³⁰. דין התפיסה של הלוקח אינו שייך אפוא לעניינו של דבר שלא בא לעולם, שהרי להיפך, הלוקח תפס את החפץ לא חר שהוא בא לעולם ואנו מניחים שהמוכר, שידע מהתפיסה זו ושחק, הסכים, וכאילו היקנה עכשיו, לאחר שהחפץ הוא בעולם, את החפץ ללוקח³¹; וברדאי שאין כל מקום להביא כאן את הדין שכאשר קיים מנהג לקנות דבר שלא בא לעולם הקנין מועיל, שהרי זוהי הוראה הנחמיה כללית לכל דבר שבממון, "שהמנהג מבטל הלכה", ובמיוחד פעל עיקרון זה לענין פיתוח דרכי הקנין במשפט העברי³², ועל שום מה יציין גולאק דבר זה במיוחד לענין קנין דבר שלא בא לעולם³³?

הרחב של דבר שלא בא לעולם (ראה ברמב"ם, שם, כב, ה, ובש"ע שם, ר"יא, א: "דבר שאינו ברשותו של מקנה אינו נקנה, והרי הוא כדבר שלא בא לעולם" וכו', וראה בבלי, בבא מציעא, טו ב), ולכן כוללים גולאק יחד בספר השני, עמ' 133, בדיני מכר; וכן הוא בספר חוקת משפט לר' בנימין רבינוביץ-תאומים (ירושלים, תשי"ז), הכולל את כל העניינים הנ"ל בפרק השישי, עמ' 10—11.

28 ש"ע, ח"מ סימן ר"ג (בטעות נאמר אנגלרד סימן ר"א). וראה בפמ"ע, שם, סי"א א, שמסביר משום שהשובך טפל הוא לפירוטיו ולכן מועיל גם אם מכר פירות שובך ולא רק שובך לפירוטיו. וראה עוד חוקת משפט, שם, עמ' 10, סעיף ד', ובאורים, סי"א ג.

29 ש"ע, ח"מ סימן רט, בפמ"ע, סי"א ט; וראה עוד חוקת משפט, עמ' 10, ובבאורים סימנים 1, 2, 3.

30 ראה ש"ע, ח"מ, סימן רט, בפמ"ע, סי"א יא. ובש"ע, סי"א ה, ו ר"ו. וכן ראה בחקת משפט, עמ' 10, סעיף ה, ובהערות שבמקורות ובביאורים, שם.

31 מאותו טעם עצמו אין מקום להנחת דין כתיבת שטר על-ידי המוכר ללוקח, משום שהנמיק הוא שכתובת השטר היא כתפיסה: "ואפילו לא תפס, אלא כתב לית שטר ומטר לית השטר, כמאן דתפיס דמא" (ש"ע, ח"מ, סימן רט, סעיף ד', במ"א). והמדובר הוא שהמוכר מוסר את השטר ללוקח לא חר שהדבר בא לעולם. ראה שם, בפמ"ע, סי"א יג; שם, חוקת משפט, עמ' 11.

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

33 דברי אנגלרד — "יבן הדין של מכר דבר למחירו" — אינו יודע מה בא לומר בהם. הדעה

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

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

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

שכל עוד לא חזר בו המזכר המקצ קיים, הוא מהטעם שהוא מחוסר אמונה אם יחזור בו, וכל העניין שנה במחלוקת, ואין כל זה שייך לתיאור היסודי של העיקרון של דבר שלא בא לעולם. ראה חוקת משפט, שם, עמ' יז, באורים, הערה ג. לא ברורה לי גם השגתו של אנגלרד שגולאק לא מביא את הדעות השונות בדבר הבסיס הרעיוני של העיקרון שאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם, כפי שאנגלרד מצא בחוקת משפט, פרק ג, סעיף א, ביאורים ס"ק א (עמ' יז). בשאלת גמירת הדעת וסמכות הדעת בכל פעולה משפטית במשפט העברי דן גולאק בחלק הכללי שבספר הראשון ובמקומות אחרים בספר, ואין עליו לחזור על כך לגבי כל עיקרון ועיקרון בנפרד. וראה עוד דברי גולאק בספר השני, עמ' 153.

34 קשה לי לרדת לסוף דעתו של אנגלרד. הרי ברור אינו סובר שגולאק לא ידע, או שכח פרטים אלה שהוא מציין, שהרי רובם מצויים בצורה גלויה ופשוטה בחוקת משפט, כסעיפים רט, ריא, ובסמך להם, שגולאק עצמו מציין להם בדבריו הנ"ל. אם כן, גולאק ראה פרטים אלה ובכל זאת לא הביאם. על כרחו נאמר שהחטב היחיד הוא שלדעתו של גולאק אין בהם בפרטים אלה כדי להוסיף על התיאור של המשג קניין בדבר שלא בא לעולם. והרי גם זה מוכיח שמטרתו של גולאק בבחיבת ספרו זה הייתה להביא תיאור אלמנטארי יסודי, ולכן במחד ובמחכוון השמיט פרטים שאין בהם צורך לתיאור מעין זה.

35 ראה לעיל, בסוף הערה 27.

36 יסודי המשפט העברי, ספר שני, 60.

חיוב זה חל בתור שעבוד הגוף³⁷ על החייב עצמו, ובכוח שעבוד הנכסים שבו, הרי הוא חופס ומשעבד את נכסי החייב כנגד שיעור שוויו. ומפני שעל ידי החיוב נתפסים גוף החייב ונכסיו, אין כל צורך שיאז אותו הדבר שמתחייבים עליו בא לעולם וברשותו של החייב בשעת העמדת החיוב. ויכול אדם להתחייב גם על דבר שלא בא לעולם ואינו ברשותו, בין אם מחייב את עצמו בסכום ממון או במדה ידועה של מין חפצים, בין אם מחייב את עצמו על נתינת חפץ ידוע³⁸.

וזחי אכן קטיעה אלמנטארית בנוגע לדבר שלא בא לעולם, הכתנה בין דיני קניין לדיני חיובים, כדברי הרשב"א בעניין מי שחייב עצמו ליתן לחברו כל מה שיריח מכאן ועד שלושים זים:

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

הכתנה עקרונית זו מצא גולאק לנכון, ובצדק, לציין במפורט³⁹.

לאחר שאנגלרד מציין שהשגתו בעניין דבר שלא בא לעולם "מצגת את כל הבע- יתיות" בעניין דרכו של גולאק בספרו יסודי המשפט העברי, הוא ממשיך ואומר:

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

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

37 מושג זה של שעבוד הגוף פירושו הו"ב ה"א"י של החייב למילוי החוב, בנוסף לשעבוד שיש לו לבעל החוב על נכסיו של החייב; ראה על כך במפורט בספרי, חירות הפרט בדברי נבית חוב במשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד) (להלן: חירות הפרט) 18 ואילך, ושם הערות 39, 40.

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

39 גם השגתו של אנגלרד בעניין הכאת שתי שיטות בתיאור מוסד האסמכתא אינה מובנת לי כל עיקר. אמנם, בגלל ריבוי דעות במסד האסמכתא, שהוא מסובך כשלעצמו, מציין גולאק שתי שיטות עיקריות במסד זה, אך כלום מוכיחה עובדה זו שגולאק "נאלץ לנקוט שיטה אחת"? תיאור אלמנטארי של עקרונות ומושגים אין פירושה שלא קיימות דעות שונות לגבי עיקרן זה או אחר, וריבוי דעות כגון זה אינו פוגע בהצגת השיטה בכללותה. ואכן, גולאק חזר ומביא את-שתי השיטות בבואו לדון בעניין הקנס המתנה בחיובים. ראה שם, ספר שני, 78-82.

איש מרעו את הטוב והמועיל — דאי שכל אחד מהם היה מצליח יותר⁴⁰; מכאן ואילך מקדיש קפלו את החלק המכריע של מאמרו לדיון בדבריו של גולאק ביסודי המשפט העברי לגופו, היינו, טוען הוא שבעניין זה או אחר טעה גולאק בהבנת סוגיה או דין מסוימים, ומכיון דבריו בדרך העיון והלימוד כנהוג ומקובל, וביקורת כזו בודאי חיונית ומצדקת היא ואיש אינו צריך להימלט ממנה. אך קפלו (מי הם "הרבנים" האחרים שכתבו ביקורת חריפה על גולאק? סתם אנגלרד ולא פירש!) אינו כותב ולו גם מלה אחת בכיוון תוכן השגותיו של אנגלרד — לא שגולאק משמיט פרטי דינים ולא בכיוצא בזה — וכיצד אפוא נתלה יצחק אנגלרד באילן גדול כקפלו באורח פלא, באומרו "אין פלא"? מובטחני, שאף רב לא ראה ולא יראה פגם כלשהו בכך שגולאק, בדונו בעניין דבר שלא בא לעולם, נמנע מלציין שפירות שתגטו הם כדבר שבא לעולם.

אף תמה אני מאוד על נוסח קביעתו הקאטיגורית של אנגלרד ש"הנחותיו המיוחדות לגויות של גולאק בדבר מהות המחקר ומטרותיו אינן עומדות בפני הבקורות" (עמ' 54). למה כוונתו במלים סתמיות, גורפות ופסקניות אלה? אני מנחש שכוונת אנגלרד לספר יסודי המשפט העברי ולדרך המחקר הדוגמטית ששימשה לדעתו יסוד לחיבור ספר זה. כבר עמדתי על כך שמגמתו דרך חיבורו של גולאק בספריו זה הן שישימש כספר מכין למחקר מעמיק ומפורט במשפט העברי — ובכלל זה אף כהכנה למחקר דוגמטי מפורט שצריך עוד להיעשות⁴¹, ואין לדבר לגבינו על "הנחות מתודולוגיות בדבר מהות המחקר ומטרותיו". אם אכן יש בחיבור זה משום הנחות מחקריות לצורך כתיבת התאור אלמנטארי של המשפט העברי — הרי אלה עלו יפה והשיגו את מטרותן. אם מדברים אנו לענין גולאק על הנחות מתודולוגיות במחקרו של המשפט העברי — הרי אלה מצויים במאמריו, שבהם הוא מתווה את דרך מחקרו וכן בספריו האחרים, הנחות אלה עומדות יפה בפני הביקורת, וספריו ומאמריו מהווים עד היום מחקרי יסוד בתחום המשפט העברי⁴².

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

40 בעקבות היראה (ירושלים, תש"ך) 10. כן הוא בא בטענה על דברי גולאק שמחקרו של המשפט העברי הוא "גוף עובד ונשכח". רדתי בעניין טענה זו כתבתי בספרי המשפט העברי, חלק א, 135, הערה 35.
 41 ראה דבריו לעיל, ובהערה 21.
 42 ראה למשל ביקורתו המצוינת של גדליה אלון על ספרו של גולאק, החיוב ושעבודיו בתוך מחקרים במשפט העברי, חלק א, 130, הערה 4, עמ' 135 ואילך. וכן ראה מאמרו של הראי"ה ספריו המשפט העברי, חלק א, 130, הערה 4, עמ' 135 ואילך. וכן ראה מאמרו של תיאורו ואלמנטארי של גולאק בספרו יסודי המשפט העברי, כרך במיעוט שימשו של גולאק בספרות השנייה, ומתוך כך, יש ונעלמו בתאורו עקרונות כלליים שבאו לעולמו של המשפט העברי לאחר החימת התלמוד ושניתן לעמוד עליהם בעיקר מתוך עיון בשו"ת. דוגמה לכך הוא ענין מוסד ההתיישנות במשפט העברי. לענין זה אומר גולאק (יסודי המשפט העברי כרך ב, 105, הערה 1): "צריך להעיר, כי על פי דינינו אין התייבום נשמטים על ידי שיהיה זמן ארוך, שעבר מוזמן העומדת עד שעת התביעה עליהם, כמו בתורת המשפטים הרומית ושל ימנו. ועיין בח"מ סי' צח ס"ק א'". דברים אלה נכונים הם

שבחומרו. אך גם בביקורת חל הכלל, על משקל אימרה דומה דיני גויקין שבמשפט העברי, "הכל לפי המבקר והמבוקר". וביקורת על גולאק בעניין דרכו במחקרו של המשפט העברי חייב כל אחד לפחות בשני דברים: עיון מעמיק בדרכו ובמשנתו ומציאת פירוט של ממש בטרם שבאים לסתור את דרכו או מסקנתו, ולשוין של הצטנעות, פחות פסקנית ופחות גורפתית.

ד. ערכיות ומדעיות במחקר המשפט העברי

ומשדנתי במאמרו של יצחק אנגלרד בקשר עם מחקר משנתו של אשר גולאק, אומר דברים אחרים לענין מה שנאמר באותו מאמר בקשר עם דרכי שלי במחקר המשפט העברי. אמנם דעתני, על דרך מאמרו של חכמינו, כי אין אדם רואה נגיע מחקר, אך מאחר שזכית, כפי שמעיד על כך אנגלרד, שתלמידים-חברים נוקטים דרך זו במחקרם, שוב אין הביקורת מופנית רק כלפי, ואשר על פן באתי להאיר דרך זו במספר הערות. ותפילתי על שפתי, כתפילתו של אותו חכם בבנייתו לבית המדרש, שלא יאיר דבר תקלה על-ידי, ולא איכשל בדבר הלכה ושמחו בי חברי.

טענה קשה וחמודה בפיו של אנגלרד, ואותה הוא מעלה וחוזר ומעלה, היא הגישה הערכית שבה אני נוקט במחקרי: "שתי הנחות של אלון [כי בכוחו של העיון ההיסטורי למצוא את עקרונות המשפט הבסיסיים ההיסטוריים שלא נשתנו], וכי מטרת המחקר היא להכין ולהכשיר את המשפט העברי לתהליך קליטתו במשפט של מדינת ישראל" — עמ' 55. אינו עולות בקנה אחד עם מחקר אויבייסקיני ותן כיסוי לגישה ערכית" (שם). וכן להלן: "הביקורת על מהות הפתרון של פוסק זה או אחר היא בבחינת שפוט ערכי" (עמ' 56); ולא נתקרה דעתו של אנגלרד, עד שפוסק הוא את פסוקו, לאמור: "גישה ערכית היא ללא ספק לגיטימית, אך אין היא יכולה לטעון למדעיות" (שם; ועוד שם, עמ' 57—58).

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

לענין המשפט העברי בתקופת התלמוד ותקופה ממשכת אחרת, אך במשך הזמן ניזר במשפט העברי מוסד ההתיישנות בדרך מיוחדת משלו. וראה על כך במפורט במאמרי "על ההתיישנות במשפט העברי" הפרקליטי ד (תשי"ח—1958) 179—243, 279 (ועיין שם, בעמ' 183). ובספריו המשפט העברי, חלק א, 110—113. אמנם במצבו של המחקר המשפט העברי בימינו של גולאק קשה מאוד היה לעמוד על עניינים עקרוניים כאלה במשקעים בים השנייה, ויש להתפעל מיכולתו של גולאק להשתלט — ולו מבחינת קביעת עקרונות ומושגים אלמנטאריים — על ספרות התלמוד והפוסקים שזויתה לפניו. וראה עוד בספרי המשפט העברי, 135 ואילך, וכן בהערה 46 שם. במידה ניכרת בא ענין זה על היקונו בספר שבעריכתו *The Principles of Jewish Law* (ראה הערה 38 לעיל), המכיל דיון ביסודות המשפט העברי ומשיגין בכל ענפי המשפט, ולא רק במשפט האזרחי, ומצביע, בדרך כלל, גם על דרכו של המשפט העברי בענפים השונים בתקופה הבתה לתלמודית. ראה שם, הקדמה ומבוא.

עולמו הערכית, ובאזהרה תמורה שמוחזי הוא את עצמו לבל ישמש ובל יטושש האיזון החיני בין עולמו המדעי ועולמו הערכי, אבל מאמץ מרכזי ואזהרה תמורה — ותו לא! כי לא ייתכן, פשוט לא ייתכן, שמאמץ זה יוכתר בהצלחה מלאה, שהרי החוקר אינו גולם־מכונת, מין מחשב דהאידגא, שקולט נתונים, אירועים ותאוריות ופולטם כשם שכולעם. רוחו של החוקר, הנשמה היתרה שבו, הם הם ש"מבשלים", מגבשים ומסגננים את פרי מחקרו, השקפת עולמו וערכיו הרחניים של החוקר הם חלק מחותי ובלתי ניתן להפרדה מרוח ונשמה יתרה אלה. השאלה ביסודת אינה אפוא אם לגקוט גישה ערכית, או שלא לגקוט גישה כזו, כי אין בנמצא — כך יש לקוות — חוקר ללא גישה ערכית מישלו לנשוא, אלא השאלה היא מה מידת השימוש שמשתמש אותו חוקר בגישתו הערכית האינדיבידואלית, מה גודל ההשפעה שיש למטרותיו הערכיות על מחקרו ומה מידת יכולתו וכשרונו לצמצם שימוש השפעה אלה במידת מירבית לבל יסלפו את מסקנותיו המדעיות של מחקרו. שהרי אם אי אתה אומר כן — אנה אנו באים? טול למשל טיעוניו של אנגלרד, שחוקר שמצדד שמחקרו במשפט העברי ישמש, בין היתר, כהכנת המשפט העברי לקליטתו במערכת המשפט של המדינה, שחוקר כזה אינו יכול "לטעון למדעיות", פועל יוצא מכך הוא שכל מי שמצדד כן, אנוס הוא על-פי דעתו של אנגלרד להדיר עצמו מעיסוק במדע המשפט העברי ונגזר עליו לכלוא את מחקרו ששוב לא יזכה לשכון בהיכל המדע. והרי רובם המכריע של חוקרי המשפט העברי מאז תחילתה של מאה זו נתפסו ל"מינות מדעית" זו⁴⁵. חוקרים כגולאק, פריימן, אסף, דיקן וזילברג וייבדל להייהם ארוכים היים כהן⁴⁶, וכן רוב המכריע של הדור הצעיר והמבטיח של חוקרי המשפט העברי, מצדדים וחוזים ומצדדים, במחקריהם ובמאמריהם — איש איש בשעתו — על רצונם ועל מטרם שפרי עמלם יקל על קליטת המשפט העברי ואפשר את החדרתו למשפט של היישוב היהודי האוטונומי שלפני קום המדינה ולמערכת משפט של מדינת ישראל. וכי מכל אלה בא אנגלרד לשלול, בהנף ד, את מדעיותם?

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

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

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

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

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

"כל מי שדן כיום בתחום המשפט העברי, גם אם משימתו העיקרית היא הוראתו ומחקרית, אינו יכול — ואינו רשאי — שלא להיזקק לבעיה זו של מקומו של המשפט העברי בחיי המשפט המעשיים במדינה העברית. והלוואי והיה בספר זה כדי לסייע ללמדו ולמחקרו של המשפט העברי תוך עיון העמקה במקורותיו, ויקדמו לקראת מילוי המשימה הגדולה והנכספה העומדת לפני דורנו ששב לריבונות עברית בארצו — הלוא היא קליטתו והחלתו של נכס תרבותי ורוחני זה, שהוא מנכסי צאן ברזל בעולמה של היהדות, במערכת המשפטית של מדינת ישראל".

אך על אף דברים "ערכיים" אלה מעו אני עדיין "לטעון למדעיות". ולא זו בלבד, אלא שתמה אני על תמימותו של אנגלרד בנשוא זה של ערכיות ומדעיות בעולם המחקר. איני יודע בדיק מה מידת הטהור המדעי, ללא סיגים של ערכיות רחמנא ליצלן, במחקר מדעי הטבע; איני מצוי כל צורכי בתחום מחקר זה. אך בתחום מדעי הרוח, החברה והמשפטים — וכי ייתכן בו מחקר מדעי אוניקטיבי טהור, ללא שמץ — קטן או גדול — של גישה ערכית אוניקטיבית, שיסודה ומקורה בהשקפת עולמו של החוקר? וכי חזברים צריכים לפנים בתחום מדעי הפסיכולוגיה, הפילוסופיה והסוציולוגיה? ובתחום מדעי הכלכלה — אין השקפת העולם הסוציאליסטית או הקפיטאליסטית משאירה רישומים עצומים בכתביהם ובמסקנותיהם של אנשי מדע גדולים ודגולים? והיצירות שנכתבו על-ידי היסטוריונים גדולים ומבוקרים במחקר דברי ימי ישראל, אם בתיאור ההיסטוריה העברית כולה ואם בתיאור פרקים אלה או אחרים שבדברי ימייה של אומה זו — המסקנות השונות בהבנת אירועים היסטוריים מכרעים — כלום אינן מושפעות, בין היתר, גם מהשקפת עולמו הלאומית, הדתית, המיסטית וכיוצא באלה של חוקר זה או אחר? ובמחקר המשפטי, באומות העולם ובישראל, אין הדבר כן? או שמא, לדעתו של אנגלרד, מדעי המשפט דומים למדעי הטבע, משהו כגון כימיה אורגנית או אי-אורגנית? ושום הצהרה או הכרות כוונות בדבר טהר מדעי או מחקר אוניקטיבי סטרילי לא חשנה עובדה זו, שדומה עלי שידועה ומפורסמת היא בעולם המחקר, לפחות בתחומים אלה.

ואם ישאל השואל — אם כן מה בין מחקר מדעי לאפולוגטיקה, בין עיון המבוסס על עובדות ונתונים ובין יצירה שחלילה וסופה יש בהם משום כניסוי להרחיף לבו של היציר? אף אתה אומר לו, שההבדל הוא במידת הכשרתו של החוקר לבדוק את התאוריות, המאורעות, הנתונים והעובדות במירב העיון האוניקטיבי, בכישרון הבחנה בין טפל לעיקר, ביכולת חדיה מירבית לסתום שמתחת רשמאורי המגולה, בתכונה ואופי של כנות וישר. אינטלקטואליים שלא לחפות על שום נתון שעלה בדרך מחקרו ורשלא לפנות במעשה קוסמטיקה זול עובדות ואירועים שאינם עולים בקנה אחד עם השקפת עולמו, במאמץ מרכזי להתגבר על נטייתו האינדיבידואליות ועל השקפת

ואילך, אך מיני אני לומר, בדחילו ורחימו, כי אנטי-ערכיותו של אנגלרד אף היא גישה ערכית מובהקת היא, וחריש אני חיש מור, שמושפע הוא מגישתו זו במידה שלמעלה מן המותר, באופן שיש בה כדי לפגום באובייקטיביות המדעית של ביקורתו.

ה. דרכו של חוקר ודרכו של פוסק

העניין השני שבביקורתו של אנגלרד קשור בהבחנה בין דרכו של החוקר ובין גישת הפוסק בפסיכתו. כדי להבחין במה מדובר חייב אני לצטט את שני הקטעים הנגועים לעניין, בקטע הראשון (עמ' 55) מצטט אנגלרד מדבריו:

"את השילוב בין שתי הנחותי [מציאת עקרון יסודי שלא השתנה במשך התקופות השונות ומטרת המחקר כדי להכין את המשפט העברי לקליטתו במשפט המדינה—מ.א.], מבטא אלון שעה שהוא בוחן את היחס בין גישתו המקורית ("המדעית") לבין המתודה המסורתית: 'אמנם יתכן שהרב שהרב הפוסק יצא ידי חובתו במציאת דברתם של גדולי האחרונים; אך המשפטן-החוקר המבקש להציג את טיבו ומחולתו של עיקרון משפטי מסוים, במיוחד כשהוא מבקש להסיק מסקנות לענין קליטת עיקרון זה בחיי המעשה, שומה עליו לדעת: (א) מה היו השלבים השונים בעיקרון זה בכל התקופות של המשפט העברי; (ב) מה היו הגורמים הכלכליים והחברתיים שהביאו להתהוותם של שלבים שונים אלה; (ג) כיצד אינך לו המשפט העברי את השינויים שבשלבים השונים כחלק מהותי של מערכת דיניו, ומה הן הדרכים המשפטיות שנקט המשפט העברי כדי להאם בין ההלכה הקיימת ובין ההלכה המתחדשת (המשפט העברי, עמ' 139)".

ועל כך כותב אנגלרד לאמור:

"אלם הסתירה בדרך מחשבתו מתגלית ביתר שאת בהבחנה שהוא קובע בין חוקר המשפט העברי (הנוקט שיטה היסטורית-דוגמטית) לבין פוסק ההלכה (הנוקט שיטת מסורתית). הבחנה זו גורמת לניתוק בין ההלכה לבין המשפט העברי, ניתוק שאין למצוא לו הסבר מדעי. אם המשפט היהודי הוא המושא למחקר, הרי יש לקבלו בשלמותו. לא יתכן כלל כי החוקר מגיע לפתרון מהותי השונה מזה של הפוסק. פסיקתו של הפוסק הרי היא הנתון ההיסטורי העומד לעיונו של החוקר. הביקורת על סמכות הפתרון של פוסק זה או אחר היא בבחינת שיפוט ערכי. מבחינה אובייקטיבית אין להבחין בתוך המערכת בין הלכים נכונים יותר ואמיתיים יותר לבין הלכים פחות נכונים ופחות אמיתיים. שיפוט זה של הפתרונות המתוחים מסור ללב המעיין ואין בו ממדת האובייקטיביות הדרושה למחקר היסטורי" (עמ' 56).

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

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

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

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

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

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

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

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

48 שם, עמ' 118.

49 למשל, אנגלרד קובע (עמ' 45): "מחקר היסטורי משפטי או פילולוגי מדעי ומכוון לא יכול היה לנתן לצמוע שביטה באקלים החוקי של בית המדרש הישן שהוא נגד משם עד עצם היום הזה". הרבה ראשונים, ולא מעט אחרונים, הקפידו רבות על דברים הנגועים למחקר פילולוגי, עמדו על שיינוי נוסחאות, דרך עריכת הנוסחאות וביצא באלה. והדברים יודעים ואין כאן מקום להצטטן. אנגלרד מפנה לאורבך, בעלי התפסות (מוסד ביאליק, מחזורי שנייה, תשי"ז) 532, 563. אך שם נאמר היפך הגמור מדבריו (ראה שם, עמ' 527 ואילך, וראה למשל דברי אורבך (שם, עמ' 556): "באחרות ממסכתותיהם של מבנה הסוגיה הולך-מדיית ועל ערכיתה הקלימו [בעלי התוספות—מ.א.] את המחקר התלמודי החזק מוסדה של חכמת ישראל"). על כל פנים נושא גדול וחשוב זה אין לפטור במספר משפטים בלבד.

חזור ואומר: "שאלה זו קשורה בשאלה עקרונית נוספת, והיא: במה נשתנה המחקר הדוגמתי המודרני מן העיון המסורתי" (עמ' 47). אך על שאלה זו לישא אותה מחפש תשובה ונראה "אנגלרד קושר את דברי אני בנוגע להבחנה שבין החוקר ובין הפוסק (שאת דרכו הוא רואה כמי שמיצג את "המיתודה המסורתית", כפי "ראינו לעיל) כאילו היא באה לזון בהבחנה שבין המחקר המודרני ובין העיון המסורתי"⁵⁰. אך בכך נתפס לטעות ויש כאן משום החלפה בין שני נושאים שונים, שכל אחד כשלעצמו ראוי הוא לעיון מעמיק. אך אני לא דנית ולא היה לי עניין לדון, אלא בנושא אחד מבין שני נושאים אלה בלבד, ובאותו נושא ידנתי בו, דומה שגלוי וידוע שההבדלים בין דרך הלימוד לדרך הפסיקה (גם כששייחם במתודה המסורתית), ומכל שכן בין דרך המחקר לדרך הפסיקה, גדולים ומחוזתים הם. הלומד מבקש לעמוד על שרשי של הנגשא ועיקר עניינו בניתוח האנליטי של הסוגיא, בדעות השונות שבינאשונים ובאחרונים מבחינת דרך לימודה והבחנה וכיוצא באלה, הכל לפי דרך העיון הנקוטה בידו.⁵¹ לעומתו — עניינו העיקרי של הפוסק להכריע בנושא הקונקרטי המובא לפניו, בין אם הנגשא הוא מעשה שהיה ובין אם הוא פסיקה עיונית כבעיה מסוימת. משום כך — אין על הפוסק לברר ולדון בכל המקורות שבכל התקופות, שמהם התפתחו

50 אילו עיי אנגלרד ביתר עיון בקטע שהוא מצטט מדבריי, ובמה שנאמר לפני כן ואחרי כן. היה עומד על המענה בדרך הבנתו. גם אם לא שם לב — משום מה — לדברים שהבאתי לעיל מעמ' 118 מספרי. קטע זה (שבצמ' 139) אין עיקר עניינו כלל לעמוד על הבחנה שבין החוקר ובין הפוסק, וכל מה שמובא מדרכו של הפוסק אינו בא אלא להגים אימתי אין חובה וצורך בדיון כלל-תקופתי. בדברים שלפני קטע זה אמרתי שיש צורך במחקר כללי-תקופתי במשפט העברי, היינו מחקר שידון בנושא מסוים לפי השלבים שנגשא זה עבר מתחילתו ועד לזמניו אנו. "והאם על שום מה? על שום שכל מי שטוען לעיקרון מעקרונות המשפט העברי על ידי הוכחה מן התלמוד, בלי לעיין בהתפתחות שחלה בנידון בתקופות שלאחר מכן, או כל המוכיח עיקרון משפטי מסוים מתוך דבריו של אחד האחרונים, בלי להצביע על טיבו והיותו של עיקרון זה בתקופות קדומות יותר — כוה כן זה אינם מצביעים על עמדת המשפט העברי באותו נושא מסוים, אלא על הוליה קדומה או מאוחרת אות מתוך השתלשלותו של המשפט העברי". מיד לאחר דברים אלה מובא הקטע שאותו מצטט אנגלרד, ולאחר מכן בא אני בבימורת על אותם חוקרים שנקטו בשיטת "המחקר המקומי", היינו המחקר עד לחתימת התלמוד בלבד, מתוך שלא העריכו נכונה את ההתפתחויות העצומות שחלו לאחר חתימת התלמוד, ומציין אני את פריימן, שעמד היטב על ציורה גדולה זו שמצויה במשפט העברי בתקופה הבתר תלמודית. מה שנאמר כאן הוא אפוא שלדעתי שומה על החוקר לחקור את הנושא המסוים כפי שהוא מצוי בכל תקופות המשפט העברי (ולכן עוד אחיחם להלן). דבר שאינו מוטל על הרב הפוסק, שעניינו בהחלת הנורמה האחרונה המחייבת. כל הצגת הדברים על-ידי אנגלרד בתחילת הקטע היא מטעה. אומר אנגלרד: "את השילוב בין שתי הנחותיו (היינו המשפט המדינה — מ.א.) מבטא אילו התקופות והכנת המשפט העברי לצורך ביישומו (המעמית) לבין המתודה המסורתית". שעה שהוא בוחן את היחס בין השני המשפטים המחקרית (המעמית) לבין המתודה המסורתית, ועל כך הוא מביא את הקטע הנ"ל שבצמ' 139. אך כאמור, קטע זה דן בבעיית המחקר הכלל-תקופתי לצורך הכנת המשפט העברי, ואינו מזכיר כל עיקר את עניין הרעיון המרכזי השזור בכל הדורות, ואם כן, מה ביטוי יש כאן לשילוב שתי הנחות הנ"ל? 51 על דרך לימוד זו, כפי שהיתה נהוגה בישיבות ליטא בדרות האחרונים, ראה מאמרו של גדליה אלון, "ישיבות ליטא" מחקרים בתולדות ישראל חלק א, 1, 3-5, ובמאמרי "לזכור של משה זילברג", שניהן המשפט העברי חלק ב (השל"ח), א, בעמ' 3-5.

דעות שונות באותו נושא, ואין הוא חייב — אם כי לעתים הוא עושה זאת — להתמקק בהבחנתו של הסוגיות על ראשונותן ואחרונותן, אלא עיקר מעינו בהתגבשותה של ההלכה בנושא שלפני, כפי שהוא מצוי בספרות הפוסקים והשו"ת. ויתכן גם ייתכן, ומעשים שבכל יום הם, שהלומד ילמד "פשוט" בסוגיא שבגמרא וברמב"ם בצורה פור, שהמסקנה המתבקשת מכך לפתרונה של בעיה מסוימת תהיה שונה לחלוטין מהמסקנה שאליה מגיע הפוסק בדרכו הוא בפירושה של הסוגיא והספרות שעליה. ואף כללים מיוחדים נקבעו בקשר לכך, כגון שרשי" בפירושו נתכוון לפרש ולא לפסוק, שיש להעדיף מסקנה שבשו"ת, מתוך שהיא עוסקת בעניין שהוא למעשה, על מסקנות שבספרות הלכתית אחרת, ועניינים רבים נוספים שלא כאן המקום להאריך בהם.⁵² כמובן ואין צריך לומר ששני בעלי הפונקציות האלה, על אף השוני שברדכו ושיטתו של כל אחד מהם, ועל אף שיתכן גם ייתכן שהלומד מגיע לפתרון מהותי השונה מזה של הפוסק, שניהם גם יחד מהווים חלק מהותי, אינטגרלי ולגיטימי בעולם ההלכה. ואם כוהו השוני בין הלומד ובין הפוסק (ששניהם נוקטים "בדרך הלמד של בית המדרש השו"ת") בודאי ששוני זה גדל עוד יותר בין החוקר הנוקט בדרך מדעית, ובין הפוסק, שתרי החוקר חייב עוד יותר ממה שנוהג בו הלומד, להעביר בעינו את כל החומר המצוי באותו נושא, מכל הספרות התלמודית, ואף כוה שאינה מצויה כל כך בשימושם של לומדים סתם; חייב הוא בבדיקות נוסחאות של כתבייד הרבה יותר מהמקובל בעולם הלומדים; חייב הוא לעמוד על כל הדעות השונות שנאמרו באותו עניין, ללא יוצא מן הכלל; חייב הוא בבדיעת ובלמוד המציאות ההיסטורית והחברתית שביסוד הלכות שונות, וכיוצא באלה. כמו כן שומה על החוקר, הכל לפי השיטה הנקוטה בידו, לעמוד על הנושא כפי שהתפתח בתקופות השונות של המשפט העברי, באמצעות איזה מקור מן המקורות המשפטיים חלה התפתחות זו וכיוצא באלה (ועוד נחזור לעיין בכך להלן). והחוקר — כפי שכן הוא אצל הלומד ועוד יותר מכך — בדרכו הוא, ויתכן גם ייתכן שניגע לפתרון מהותי שונה מזה של הפוסק, ודבר זה מותר ומקובל ורצוי — גם מבחינת עולם תהלכה רדינה — כל עוד חוקר זה אינו מתעסק באיציטלה של דיין ומתיימר להיות פוסק ומורה הוראה, אלא מבקש לעמוד על עומק פשוטה והבחנה של ההלכה.⁵³ ודרך זו, השיבות מרובה נודעת לה, לא רק מבחינת

52 ראה על כך במפורט בספרי המשפט העברי, חלק ב, 782 ואילך, 795 ואילך, חלק ג, 1215 ואילך. בעולם הישיבות התהלך המפור הבא, שגם אם לא היה למעשה, יש בו כדי לבטא את שאמרגו. משה בר' חיים מבריסק, שדחתה לו שאלה בולכה למעשה. החליט לפנות לפוסק שבדורו, לר' יצחק אלחנן מקובנה. וכך כתב לו: "והו המעשה וזהו השאלה, במטואת ממן אנא השב לי בשורה אחת בלבד — כשר או טרפה, חייב או זכאי, ללא מתן נימוקים". וכאשר נשאל ר' חיים משום מה ראה לעשות כן, השיב: "פסיקתו של ר' אלחנן בליכתב נימוקים, שהרי הוא הפוסק של הדור, לכן יודיע לי מה המסקנה אליה הגיע. אך ייתכן וראיה שטעה בהנחת הסוגיא והיא ספק בלבי אם פסקו נכון הוא. יכתוב את נימוקיו אקבל את נימוקיי", וזהו ההבחנה בין הלומד ודרכו הוא, ובין הפוסק והמסקנה המקינה לו. וכך נהגו גם גדולי ההלכה מדר לדור. ראה למשל דברי הרשב"ם לבראשית, לו, ב, בעניין אין מקרא יוצא מדיי לשוטו; דברי הרמב"ם ובעל תוספות יום טוב בעניין פשוטה של משנה, והבאתם על-ידי חוקרי התלמוד, כמפורט בספרי המשפט העברי, חלק ג, 909.

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

1. הדגמת שיטת המחקר

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

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

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

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

- 10. הערה 10. הדברים ידועים ומקובלים לכל מי שעוסק במחקר התלמודי, ודומה שאנגלרד לא היה ער לכך.
- 54. ראה לאחורונה בספרי המשפט העברי, חלק א, 117 ואילך.
- 55. ראה הערה 37 לעיל.
- 56. א"ח פריימן, קידושין ונישואין (ירושלים, תשי"ה).

1. עקרוניות מנחים במחקר המשפט העברי. בסרם אדון במשך דבריו של אנגלרד, שבהם הוא עומד על מספר עניינים נוספים בשיטת מחקרי בספרי חירות הפרט, ארשה לעצמי, למען בהירות העניין, לציין את עיקרי הדברים שביקשתי לתרום ולהדגיש מבחינת שיטת המחקר המשפט העברי, בנוסף לדרך הדוגמטית-היסטורית (או היסטורית-דוגמטית), הנקוטה כבר בידי גולאק ופריימן. עיקרה של תרומתי זו מתמקד בשלושה דברים, שלושה שהם ביסודם שניים. הדבר האחד הוא, שעל המחקר להיות כללי-תקופתי וכלל-תפוצתי, היינו, הנושא המשפטי המסוים לא יסתים במצב התגבשותו בתקופת התלמוד, אלא כפי שהוא עולה בידינו במשך כל התקופות שלאחריה על תפוצותיו השונות. במידה מסוימת כבר עמדו על כך פריימן ואסן, אלא שלא היה סיפק. בידם לבסס דרכם זו. על הנמקים להרחבת יריעת המחקר מבחינה תקופתית עמדתי בהרחבה במקומות רבים ושונים ולאחורונה הקדשתי לכך את עיקרו של הפרק השלישי בספרי המשפט העברי, שכל כולו מוקדש לדרך מחקרו המדעי של המשפט העברי, המעיין יעיין במקומות אלה. גולאק, מחור שבין ראשוני גדולי חוקרי המשפט העברי היה ומחור שעסק במחקריו כמעט אך ורק בתקופת התלמוד, לא עמד במידה מספקת על ההתפתחויות העצומות שחלו במערכת המשפט העברי בתקופה הבהר תלמודית, הן מבחינת השינויים המפליגים שחלו במוסדות משפטיים שונים והן מבחינת יצירת עקרונות, לעתים אף ענפים, משפטיים חדשים⁵⁷.

מבחינת דרך המחקר הדוגמטי-היסטורי מצויות בידי החוקר המתעמק במשפט העברי בתקופה הבהר תלמודית הרבה יותר אפשרויות, מזוגנות ופתוחות, לעמידה על התפתחות הנושא המשפטי המסוים, על הרקע חברתי הכלכלי להתפתחות זו, ועל הדרכים המשפטיות שבהם שוננו ונוצרו דינים אלה, מאשר מצויות בידי המחקר בתקופת התלמוד. שחרי החומר הלכתי שבספרות התנאים האמוראים הנו במדה מרובה קצר ופסקני, ושייכוה של הלכה מסוימת לתקופה זו או אחרת בתוך התקופה הכללית של תקופת התלמוד הוא מן הדברים שלעתים קרובות קשה מאוד לעמוד עליהם⁵⁸. לא כן הדבר בחומר התלכתי שבתקופה הבהר תלמודית. ספרות השאלות והתשובות, המעלה בפנינו

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

58. גולאק עצמו עמד על קושי זה במקומות שונים. ראה למשל דבריו למבואו לספרי המשפט העברי, ספר ראשון, 12: "הספרי המשפטיים עצמה לא הבלטיה ולא הטעמה את דרכי גדולו והתפתחותו של המשפט אצלנו". וכן ראה הקדמתי לספרי ושעבודיו. מחור קרשו זה ביקש גולאק תחילה להעדיף את "המחקר ההיסטורי הפנימי" (ספרי המשפט העברי, 13), אך לאחר מכן חזר בו (ראה מבואו לספרי דיני קרקעות, 100; וראה דבריו לעיל, עמ' 106 והערה 19). וכן ראה על קושי זה בדברי ביקורתו של גדליה אלון על הספר החיוב ושעבודיו לגולאק, בספרי מחקרים בתולדות ישראל, חלק ב, 285. אמנם גולאק אומר בהמשך דבריו (יסורי המשפט העברי, חלק א, 12), שקשה גם להשיב על השאלה "איך היה ובמה נשתנה המשפט העברי — מ. א. בתקופת הרמב"ם והרשב"א? ואיך התפתח אחר כך

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

הדבר השני, תקשור במשימה הראשונה ונובע הימנה, הוא שעל החוקר לעמול כדי לחשוף את הרעיון המרכזי המצוי ביסודו של המוסד המשפטי המסוים, רעיון שנשמר לאורך התקופות המרכזים השונים, ושהיווה את המבנה המשותף, את הברית התכונן, של כל השלבים השינויים שעברו על אותו מוסד משפטי, ואין צריך לומר שאין החוקר יכול להבטיח ולקבל על עצמו מראש שאכן רעיון מרכזי ימצא בכל מוסד ומוסד משפטי שהוא דן בו. אך מותר גם מותר לו לחוקר לצפות, הן מתוך הכרתו וידיעתו את מהות מערכת המשפט העברי, שיסוד הרציפות וההמשכיות הוא אחד ממרכיביה הראשיים⁵⁹, והן מתוך נסיונו האישי במחקר המשפט העברי בנושאים שונים, שאכן מצוי וקיים רעיון מרכזי שכוה⁶⁰.

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

59 מאלפים הם דבריו של אשר גולאק בנדון, כמבואר לספרו יסודי המשפט העברי, חלק א', 6; "ובכל זאת עלינו להכיר, כי המשפט העברי תורה אחת היא שלמה ויחידה על פי רוחה, אשר שמרה את עצמיותה המיוחדת לה בכל התקופות, שבהן שונה היה גורל עמנו, כי רוח השם תורתו עלולים להשתנות מעט או הרבה בהתאם לתנאי הזמן המקום, אבל בעיקרם יעמדו תמיד בהיותם, וכל עוד העם קיים ומקורות חייו לא נכזבו, אחת היא תורתו ואחד הוא הרוח המנחה בצוירי רוחו. מובן מאליו, כי השגת האופי הכללי של המשפט העברי בכל תקופות קיומו תוכל לבוא רק כתוצאה התקירה המדעית בכל מקצועות חוררת משפטיו במניין ובאוצרות שונים. כי רק אחרי אשר יתבררו לנו דרכי התפתחותה של תורת המשפט והשנויים שחוללו בה גלגלי הזמן ונודדי המקומות, נוכל להבין מה שהוא תדיר וקיים ברוח דינינו ואת עצמיותם המיוחדת של הדינים העבריים. מכל מקום — השקפה זו על אחדות הפנימית של משפטנו צריכה להיות גם במחשבה החילה בגשתנו אל המחקר במקצוע זה, כי היא תישר את אחותינו ולפי נקודת המבט, שתהיה בזה לחוקר, יכונן את צעדיו בדרך זו או אחרת".

60 וכן העמתי עמיתיי צייפתי זו בספרי חירות הפרט, עמ' ג': "ענין זה [של מציאת העקרונות הנטיסי שביסוד כל התקופות כולן — מ.א.], שביקשתי לעמוד עליו בכמה הדוגמות, הובתר מחדש, כך נראה לי, מתוך מסקנות המחקר שלפנינו (ראה מ' אלון חירות הפרט

הדבר השלישי שביקשתי להדגיש בדרך מחקרי הוא החשיבות המרובה שנועתה לעיון בדרכים — היינו המקורות המשפטיים — המוכרות על-ידי מערכת ההלכה עצמה, לשם הקניית תוקף מחייב לנומחה הלכתית מסוימת. לשון אחרת: שומה על החוקר לעמוד על הדרכים שבאמצעותן שינוי החדשו חכמי ההלכה במערכת המשפט העברי, היינו אם באמצעות הפרשנות, התקנה, המנהג, הסברה וכיוצא באלה, שהיי תעמידה על כך תאלפנו דעת על דרך התפתחותו של המשפט העברי, על היצירה התבנית של מוסדותיו ועקרונותיו, דבר שנועתה לו חשיבות מרובה להנחת מהותו של המשפט העברי ולהיפוש דרכים להחיותו להיי המעשה בימינו. ואף לעניין זה, אפשרויות תבירו והעיון בתקופה שלאחר התלמוד מרובות לאין ערוך מאלה שבתקופת התלמוד, דבר הנובע שוב ממהותה ומדרכה של ספרות השו"ת, שבה מפורטים המציאות הוצרבותית, הפרובלמטיקה ההלכתית הדרכי היצירה של המשיב בתשובתו. ונוטל אני רשות לעצמי לחזור ולצטט מדבריי :

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

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

2. מ ח ק ר כ ל ל - ת ק ו פ ת י ו מ ק ר ו ר ו ת ח י צ ו נ י י מ . חלק מהשגותיו של אנגלרד מתמקד במספר עניינים מתוכן, ונענין בהשגות אלה כדי לעמוד נכונה על טיבן ועל המסקנות העולות מהן. כך טוען אנגלרד, שבגלל אורך התקופה שעליה משתרע

61 דרכי נביות חוב במשפט העברי 255 ואילך, 265, הערה (45). וראה גם לאחרונה בספרי המשפט העברי, חלק א, 104 ואילך, 118.
61 המשפט העברי, חלק א, 141; וראה עוד שם, חלק ג, 1215 ואילך.

ובאותה תקופה הוא משתלב באופן אורגני בתיאור ובעיון, ואם לא מצוי חומר כזה — אין הוא קיים, ואין כאן לא פיצול ולא מקריות.

ועוד מוסיף אנגלרד ומשיג: "גם הצד התיסטורי אינו מפותח. סידור החומר הוא כרונולוגי לפי זמן הופעת המקור, ללא בדיקה של מקורות חיצוניים" (עמ' 58). ואם מבקש אתה לדעת למה כוננת המשיג, הרי מדגים הוא את דבריו (בהערה 131):

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

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

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

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

המחקר "גאלץ המחבר להסתפק בחומר מצומצם בתקופות אחרות. כך למשל נסקרת תקופת המקרא עד לתלמוד בעמודים ספורים" (עמ' 58). האמנם זוהי הסיבה? בעשרת העמודים הדנים בתקופת המקרא מובא, לפי גיטב ידיעתי או רעתה, כל החומר המצוי בתורת, בנביאים ובכתובים, תוך הקבלה מפורטת לחוקי המורה הקדום, בעניין עבדות על חוב וכל מה שנוגע לנושא המחקר. אנגלרד אינו טורח להצביע על מקור, ולו אחד, שלדעתו שייך לנושא ואינו מובא. ואם כך, אולי הסיבה הפשוטה היא שזהו כל החומר שיש לדון בו בקשר עם נושא המחקר, דבר שלא יפליא את החוקר במשפט העברי, שהרי החומר המצוי במקרא, באופן יחסי לתקופות האחרות של המשפט העברי, הוא מועט ומצומצם מאוד, ולגבי רוב הנושאים האחרים שבמשפט העברי קשה יהיה לדון אף בעשרה עמודים באותו נושא בתקופת המקרא.⁶²

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

סתם ולא פירש, ועל כך כמוכן אין מקום לדון ולהתווכח. ולי היה נראה דקרא שאחד הדברים הטובים והמועילים בדרך הצגה זו הוא, שאהה עקב אחר נושא משפטי מסוים לכל אורך דרכו, מלווה את כל ההוספות והשינויים שחלו בו, וגם החוקר וגם הקורא המעיין נהנים מתיאור רצוף ומקיף.⁶³ ועוד: מה עניין כאן "למקורות של תוכן המקור הספרותי"? מה מקריות יש כאן? אם מצוי חומר במקור מסוים באותו נושא

62 אנגלרד, שם הערה 129, משיג על נבונות תפיסתי, שלפיה הוכחת הנביאים שהתנגדו לעבדות על חוב מבטאת את עמדת המשפט העברי — "הנדיאית לנו פשטנית מאד. גם המציאות מבוססת על דין השאלה היא כיצד פירשו את דין תורה", וזהי כמותן שאלה שאין להכריע בה בדרך ההוכחה המשכנעת, היינו כאשר אנו מצאים במקומות מסוימים בתנ"ך שבמציאות הדין והנביאים ביקשו בתוכחתם לשנות את הדין, או להיפר, שהנביאים יצגו את הדין ובמציאות לא הקפידו המיד לשמור ולהקפיד עליו. לפי זלך מחשבתו של אנגלרד, כאשר הנביאים מביחים את העם על עבודה זרה, על עושק אלמנות וכיצא באלה — האם גם במקרים אלה נאמר שאלה שנהגו כך במציאות עשו כן משום שכך פירשו את דין התורה והנביאים ביקשו לשנות את הדין, או אולי — כפי שלדעתי הוא ההסבר הסביר — שאלה שנהגו כך, עשו שלא כדין והנביאים הוכיחום שעליהם לקיים את האומר בתורה. על כל פנים, לא אוכל להבין כיצד רואה אנגלרד בדבריו של יוזקאל קויפמן (תולדות המשנה הישראלית, כרך ד, ספר ראשון, 321—322), משום תנא דמסיע לוי. בדבריו של קויפמן נדתי באריכות (חירות הפרט 2, הערה 9), דבר שכנראה נעלם מעיני אנגלרד. קויפמן אומר בדין את הדין, היינו שאלה שנהגו בעבדות על חוב עשו שלא כדין התורה, "ולא יכלו להסתמך על חוקי התורה".

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

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

לא טוב מזה גורלה של הפיסקה הבאה בדברי-השיגותיו של אנגלרד: "החלוקה המיניכית לתקופות ולארצות גורמת לחוסר רציפות ובכך לפיצול התמונה ההיסטורית". ומה ראה מביא אנגלרד להלכה פסקה זו שבפניו? על כך הוא מסביר בהערה 132:

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

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

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

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

ובמלאכתו של החוקר⁶⁴. התקופה הבחר תלמודית כה עשירה היא בהתפתחות וביצירה של מוסדות המשפט העברי עד שלא נוכל להרשות לעצמנו "גוהות" זו של התעלמות ממחקרה כדי להקל מעלינו את עול העמל היגיעית. הספק חוסר התודות בעניין זה או אחר, שהם מנת חלקו של כל חוקר על דבר אמת, כל יאה בהם כדי לרפות את ידי החוקר מהליכה עקבית בדרך מחקרו; אדרבה, ספק זה גופו יאה בו משום דיבורו להעמקת יתר במקורות שלפניו ולחיפוש יתר אחר מקורות נוספים, ומחר כך יזכה להתרת הספקות, שאין שמחה כשמחמתה.

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

"אין יסוד אוניקסיטיבי לאמונה כי על ידי העיון ההיסטורי ניתן לגלות את הפתרון המהותי הנכון והאמיתי של המשפט היהודי, פתרון שאפשר לקלוט במשפט המדינת. דברי אלון עצמו, אם נצרפם יחד, אינם בהירים די צרכם. מצד אחד מדבר הוא על המכנה המשותף ועל העקרון הבסיסי של מוסד משפטי מסוים, ומן הצד האחר הוא מבקש לעמוד על השלבים השונים ועל השינויים של עקרון זה. קשה לראות כיצד אפשר לפתור באופן אוניקסיטיבי את הניגוד הזה בין היחסי לבין המוחלט" (עמ' 56).

אשר ל"יסוד האוניקסיטיבי לאמונה", עניין הוא כמובן למידת הנבנו וה"הרגשות" של החוקר את הנשוא שהוא דן בו, יש שניחן בהרגשה ויש ואין נחלתו בכך, ועל כל פנים אין כאן מקום לשיכנוע חרדי⁶⁵. אך אשר ל"ניגוד הזה בין היחסי לבין המוחלט", למה מכוונים הדברים? הרי במחקרי חירות הפרט דנותי וחורת דנותי בעניין סיכו של המכנה המשותף מצד אחד, שהוא השמירה העקבית על העיקרון של שלילה מוחלטת של השפעת גורם עונשי או נקמני בדרכי גביית החוב, ולכן לא הותרה, בשום שלב שהוא, פגיעה בחירותו או בגופו של החייב שאין לו, ומצד שני—השינויים השונים שבאו לידי ביטוי בהתפתחות מתמדת בשכלול ויעול אמצעי גביית החוב, אף בדרך של כפייה נגד גופו של החייב שיש לו, אך משתמש מלעמוד בהתחייבותו; ואף לגבי חייב שיש לו, נקבעו הוראות שונות שבאו להבטיח שכפייה זו, היינו המאסר, לא תישא איזה אופי שהוא של ענישה, אלא שתהא מיועדת לגביית בלבד (כגון הבטחת מאסר לתקופה מוגבלת בלבד ובתנאים הוגנים)⁶⁶. ומה ניגוד יש בשתי קביעות אלה, שמשלימות האחת את רעותה? וחזרו ומשיג אנגלרד באותו עניין:

64 לשם כך עתה צוות חוקרי המכון לחקר המשפט העברי שבאוניברסיטה העברית בהכנת המפתחות לספרות השו"ת—מפתח משפטי, היסטורי ומפתח המקורות—דבר שיבטיח לחוקר מירב הביטחון של מציאת החומר ההלכתי, ההיסטורי החברתי-כלכלי העצום המשועק בספרות עצומה זו של השו"ת, ספרות המוזהה מקור ראשי וראשו לכל מחקר מקי וממצה במשפט העברי.

65 ראה לעיל, עמ' 122 הערות 59 ו-60.

66 ראה סיכום המחקר בספרי חירות הפרט, 255 ואילך.

אין אלו מצליח להראות התפתחות עקבית של מוסד משפטי, אלא את שינויי הפתרונות לפי צרכי הזמן המקום לגבי בעיית קבועות. יש הוא מודה בעצמו בכך (לגבי כפיית החיוב לעשיית מלאכה, שם, בעמ' 107), ויש שהתנתו הסוגנת לעקביות העקרון אינה עומדת בפני הבקורת. כך, בנושא המרכזי של מאמר חוב, מציין אלו עצמו (שם, בעמ' 267) כי בתמך דרכו הארוכה לא נרתע המשפט העברי מלסגל עצמו לתנאים הכלכליים והחברתיים ששררו בתקופות השונות מתוך ניגוד לאידיאל משפטי-מוסרי צרוף" (עמ' 59).

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

"בראשית דרכו הציב לו המשפט העברי אידיאל משפטי מוסרי צרוף של שלילה מחולטת, באינו צורה שהוא, של ירידה לחירותו וחיינו של החיוב; אך בהמשך דרכו הארוכה לא נרתע המשפט העברי מלסגל עצמו לתנאים הכלכליים והחברתיים, ששררו בתקופות השונות, ואשר לא יכלו לעמוד באידיאל צרוף זה, כל עוד הסתגלות זו לא באה על השבון המגמה. היסודית של אי עגישה החיוב".

דברים אלה, אם מובאים הם עד הסוף, נאמר אפוא ברורות שגשגה עקביות העיקרון של המגמה היסודית של אי-עגישה החיוב למרות שינוי התנאים הכלכליים והחברתיים, ששררו בתקופות השונות; וכיצד ניתן אפוא לומר על כך "שהתנתו הסוגנת לעקביות העקרון אינה עומדת בפני הבקורת"? ⁶⁷

אנגלרד מסיים את ביקורתו לאמור:

67 השנה נוספת של אנגלרד היא לאמור: "אפילו הפעיון של אי עגישה החיוב על אי תשלום החוב, שהוא לדעת אלו הרעיון המקשר בין כל התקופות, לא נשמר במאות השבע עשרה השמונה עשרה כהתנאה מהתקנת הקנות בפולין, ליטא ואשכנז" (עמ' 59). אף כאן לא הונח העניין במלמונו כפי שהוא נדון בספרי. כאמור, התקנו בפולין, ליטא ואשכנז במשך המאות השבע עשרה השמונה עשרה, תקנות שניתן לאסור חיוב שאינו עומד בתשלום החוב, גם כשאין לו במה לשלם, לתקופות קצרות. בספרי (עמ' 172 ואילך) מצוי דיון מפורט בתקנות אלה ובהתנגדות החריפה של חכמי ההלכה למאסר של חיוב שאין בידו לשלם, משום "שאין להם כח להקהל לתקן דבר זה לעבור על האיסור" (מדברי הבית, שם, עמ' 190). על תופעה זו נאמר בסיכומי של המחוקר (עמ' 260):

"האמת היא כי אין בכוחו של המחוקר ההיסטורי האובייקטיבי לפתור את הבעיה הערכית של ניגודי עקרונות המתעוררים בכל מצאות היסטורית. מחקר זה עשוי להראות — וכאן תרומתו של אלו — את דרכי הפתרונות השונים שנמצאו לבעיה. באופן יותר ספציפי לגבי מאסר חוב: השאלה אם לקיים או להגדיר מאסר חוב אין לפתור באופן מחייב מתוך העיון ההיסטורי. מסקנתו של אלו מעידה על כך: הוא אומר: 'מתוך הדיון הממצה שהתקיים בכנסת בעיית המאסר על חוב למדנו לדעת מפי רוב המתוכננים, שעדיין לא איכשר דרא לביטול אמצעי איום המאסר על אי תשלום חוב' (חירות הפרט עמ' 269). מכאן, כי הן ביטולו של המוסד והן המשך קיומו מתיישבים עם עקרונות המשפט העברי על תקופותיו. ההחלטה כיצד לנהוג היום בישראל תלויה בהערכת יעילות האמצעים נוכח המצב העובדתי. יתרה מזו: כל האמצעים הנחשבים סבירים ויעילים לגביית חוב או לגילוי נכסי החייב עשויים להתקבל על דעת המשפט היחודי, כפי שהם עשויים להתקבל על כל שיטה משפטית מודרנית. נמצא כי גם כאן אין שום ייחוד במהות הפתרונות המשותפים על דרכי כפיית חברתיים. הייחוד של המשפט היחודי ימצא איפוא במסגרת הווגמתית, דהיינו בהתייחסות למקורות הסמכותיים של ההלכה בשעת ההנמקה של קבלת הפתרון. כל פתרון בסוגיה זו יהיה של המשפט היחודי אם הוא אומץ על ידי הסמכות הפורמלית בדרך הלגיטימית. החלת המשפט היחודי בזמן הוות, החלה להכליל את התאמתו למציאות הקיימת בכל הדרגים המוכרות על ידו (חקיקה, פרשנות) היא ביסודה משימה דתית" (עמ' 59).

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

"היו אלה חילוקי דעות קשים בין שני גורמים לגיטימיים בעיצוב התפתחותו של המשפט העברי, בין קננות הקהל לבין חכמי ההלכה, ובמרוצת הזמן גברה ידם של חכמי המשפט, והמשפט העברי חזר לקביעת היסודית של כפייה לשם גבייה ולא לשם עגישה, והחייב העני שחזר לחלוטין מכל אמצעי כפייה שהם".

וזוהי אפוא תופעה טבעית המצויה בכל מערכת משפטית המתמדרדת עם היי המציאות; אמנם מנגיני הקהל נאלצו, לרגל המציאות החברתית הקשה של מכת פשיטות-הרגל, להתקין תקנות בניגוד לעיקרון היסודי שאין לאסור חיוב שאין לו, אך חכמי ההלכה עמדו על המשמר והחזירו את העטרה ליושנה. אנגלרד טוען (בעמ' 58) שתמיהן בין הלכה עברית מקורית ובין סטייה מהלכה זו הוא "מיון שקשה לבססו על מבחנים אובייקטיביים". אך כבר מסרתי מודעה בדבריי לעיל, שמבחן אובייקטיבי במדעי המשפט אינו בבעיית מבחן אובייקטיבי במתמטיקה, והקביעה דליל של התמודדות בין שני גורמים — הקהל שביקש לסטות מן העקרון וחכמי ההלכה שהגנו על שמירתו, כשידם של האחרונים גוברת — הוא, לעינות דעתי, מבחן כשר אובייקטיביותו נכון לגופו.

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

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

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

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

3. הצעות אנגלרד למחקר המשפט העברי

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

מה הם "ארבעה אבות המחקר" של אנגלרד? האב הראשון הוא — "המחקר של המשפט היהודי צריך להקפיד עקרונית את כל ההלכה ללא הבחנה מקומית 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 בבדיקת היסודות המשפטיים המיוחדים להלכה" (עמ' 64).

על עניין תחום המחקר של המשפט העברי, כבר עמדתי לעיל בהרחבה ולא אחזור לדון בו כאן. על כל פנים, אנגלרד מציע לחוקרי המשפט העברי להתמסר גם לדיני טריפות, הילכות שחיטה, בשר וחלב, דיני שבת ויום טוב, וממילא ירווח לנו ויחדל אחת ולתמיד הויכוח על קליטת המשפט העברי במערכת המשפט של המדינה, שהיה אם ימעט לחקור בבעיות כדיוני חיוב וקניין, נזיקין ומשפט מינוחלי, ממילא לא יהיה החומר מוכן לשם קליטתו. עוד יותר מאלפת היא המטרה החדשה שאותה מעמיד אנגלרד לחוקרי המשפט העברי — "בדיקת היסודות המשפטיים המיוחדים להלכה". לא נקט בלשון "מוסריים" או "פילוסופיים", אלא "משפטיים" דוקא. ועסוק אפוא בתורת הקבלה, ברוח דרוזין, ואז מובטחני שיהא זה מחקר שישכון כבוד בספירות, העליונות ולא בעלמא הדין של חוק ומשפט בחיי החברה המעשיים.

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

"המחקר צריך להיות 'טהור' ללא מטרות מעשיות מיוחדות כגון זו של 'הכנת המשפט היהודי התאמתו 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 אידאולוגיות שהתשובה

עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי

עליה היא על המישור הערכי. התאמת המשפט היהודי למציאות החדשה היא או משימה דתית (במקרה של שמירת המסגרת הדוגמטית) או משימה לאומית-תרבותית (כשתמשמעות היא שבירת המסגרת הדוגמטית הקיימת); שתי המשימות אינן בבחינת מחקר אובייקטיבי של הקיים" (עמ' 64).

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

"יש חשיבות ראשונית למחקר הדיסטורי והפילולוגי של ההלכה על מקורותיה. את המחקר הדיסטורי של המשפט יש לנהל בשיטה מדעית, ללא הנחות אידיאולוגיות מוקדמות בדבר מזהות הותוצאות של המחקר [כמה פעמים אפשר עוד לחזור ולהזכיר שלא להיכשל בהרהור קל בעניין התוצאות של המחקר! — ג.א.]. אין לערבב מחקר דוגמטי עם מחקר היסטורי. רצוי להפריד בין תיאור דוגמטי לתיאור היסטורי של מסד משפטי" (עמ' 65).

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

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

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

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

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

אנגלרד ממשיך ומוזהיר, שלא לערבב מחקר דוגמטי במחקר היסטורי, אלא יש להקפיד על הפרדה בין תיאור דוגמטי לתיאור היסטורי של המוסד המשפטי. מה פירושה של ערבוב והפרדה אלה? דרך משל, הריב"ש אומר, שמנהיגי הקהל בסרגוסה באו אליו ואמרו לו שבגלל המציאות החברתית הכלכלית של השתמטות מתשלום חובות צריך להגביר את אמצעי הנפיה לגביית חובות ולכן יש לאפשר גם מאסרו של החייב; האם מותר לו לחוקר הדוגמטי להביא את התיאור ההיסטורי הזה, שהביא לשינוי בגישת המשפט העברי לבעיית המאסר על חוב³⁰, או שאסור לו לחסוא בערבוב כזה? ובמקרה שהסבר חברתי-כלכלי זה לא יתא מצוי במפורש בתשובה עצמה — כפי שכך הוא אצל הריב"ש — אלא ימצא באיזה מקור הלכתי אחר, או באיזה ספר הגות או מקור היסטורי יהודי אחר של אותה תקופה, או באיזה מסמך המובא בספרות ההיסטורית או המשפטית הלא יהודית של אותה תקופה — האם מחובתנו של החוקר להביא חומר זה במחקר, או שמה מותר — או אסור — לו לעשות כן? וכיצד נעשה התיאור הדוגמטי, הנפרי מהתיאור ההיסטורי, "בצורה שיטתית ככל האפשר"? האם די בתבאת המסקנה הסופית שבשולחן ערוך למורן ר' יוסף קארן והרמ"א שבמאה השש-עשרה, או שמה מספיק סיכום הדברים כפי שהנא בערך השולחן לר' יחיאל מיכל עפשטיין בתחילתה של המאה הזאת? האם צריך להביא את כל הדעות השונות שבאותו מסד משפטי, גם אלה שלא נתקבלו כהלכה פסוקה? ובאיזה סדר צריך לערוך את המחקר הדוגמטי — האם צריך תחילה לדון במקרא, בספרות התנאים ותאמוראים, הגאונים וכן הלאה — או שזה כבר נחשב לתיאור היסטורי?

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

70 ראה בספרי יורות הפרט 143.

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

כל אלה מגלים לנו יותר מטעם מדידת "האוניברסיטיות" — שאנגלרד כל כך חרד לה בכל עמוד ממאמרו — המשמשת נר להשגותיו על מחקרו הקיים של המשפט העברי ולהצעותיו הוא לדרך מחקרה של מערכת משפט זו. רצון עז ובלתי מובן זה בתקיפתו וקנאותו לשמירת טהרתו וקדושתו של המשפט העברי, כפי שטוהר וקדושה אלה מצטיידיים בעיני רוחו של אנגלרד, בניגוד לדעתם ולתבונתם של רוב רובה של היהדות הדתית וגדולי תורה והלכה⁷² — רצון זה, כדרכה של כל הרגשה אמוציוניזם מופרית, מקלקל את שורת העיון והדיון האוניברסיטאית, ומתוך כך העלה בידו ביקורת שאינה עומדת בפני הביקורת הצעות שאינן עומדות במבחן של "ישום מחקר אלמנטארי".

במאמרו האמור, "שילוב הדיון היהודי במערכת המשפט הישראלית", מתנגד אנגלרד לקליטת המשפט העברי במערכת החקיקה בכנסת והשיפוט בבית המשפט, אך עדיין "מותר" היה לחקור את המשפט העברי במטרה להכינו לחיי המעשה. ואילו במאמר שלפנינו עלה הכרת גם על כך: מחקר לשם מטרה מעשית פגום ופסול הוא, לוקה בחוסר אוניברסיטיות, אינו יכול לטעון למדעיות, וכיוצא באלה פגמים המורים שכל חוקר הטוען למדעיות דירי עצמו מהם. בכך בא אנגלרד לסגור את המעגל בצורה הרמטית ומעטה מובטח, לו למשפט העברי שיישמו בטהרתו ובקדושתו. ניתנה ראש ונחזור את הגלגל אחורה למצב מחקרו של המשפט העברי במאה התשע-עשרה, לחקופה שבה אומת זו טרם חזרה והחיימה את ארצה, לשונה וריבונותה, ונחקר במשפט העברי כמבוצע מוויאזני, שיש בו דברים מעניינים, יפים ונחמדים שהיו, שהיו אך חס ושלום לא יהיו.

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

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

72 ראה בספרי המשפט העברי, חלק א, 117 ואילך.
73 המשפט העברי, חלק א, עמ' 117—119.

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

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

ח. לשיטה אחרונה

ולשיטה אחרונה. קראתי וחזרתי וקראתי במאמרו של אנגלרד וקשה לי להשתחרר מן הרושם שבעצם מה שמניע את אנגלרד, במודע או שלא במודע, הוא להשלים את אשר החל במאמרו "שילוב הדיון היהודי במערכת המשפט הישראלית" ובמקומות אחרים⁷⁴. ולהבטיח הניח היטב שלא ייקלט המשפט העברי במערכת המשפט של המדינה, למען יישמר ולא יבוא לידי חילון חס ושלום. חזרתו הבלתי נלאית לאורך כל מאמרו על האזהרה החמורה לכל, שיש החוקר לנגד עיניו את המטרה של הכנת המשפט העברי לקליטתו במשפט המדינה, קביעותיו החוזרות ונשנות לאורך כל מאמרו בנוסח:

74 ראה מאמרו של אנגלרד, עמ' 57 והערה 123.

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

לא החשש המדומה שמה יהא בקליטת המשפט העברי במשפט המדינה משום פגיעה בעולמה הרוחני של ההלכה הוא שצריך להדאיגו; לא זו בלבד שפגיעה אין כאן, אלא אתגר גדול יש כאן, גם לכוחו היצר של המשפט העברי. הדבר שיש ויש בו כדי לעורר דאגה, והמחייב מחשבה רבה וחשייה גדולה, הלא היא עובדת אי-קליטתו של המשפט העברי — במידה של קמש — במשפט המדינה, והתוצאה שנובעת מכך, לזה כלוח⁷⁵:

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

74 דומה, שגישה זו, השוללת את קליטת המשפט העברי במשפט המדינה, מעוגנת היא בגישה שולגית מקיפה יותר במגוול החסים הרוחניים ההדניים שבין שני המחנות שבעם היהודי לאחר פרס האמנציפציה — המחנה השומר תורה ומצוות ומחנה שאינן רואה עצמו מצווה על שמירת התורה המצווה — ושיסודה לא בטענה המפליגה, שההלכה אינה מכירה כל עיקר בהוויתה היהודית של מדינה עברית, שאינה מקבלת עליה את עול ההלכה, ושכל חקיותה של זו אינה נובעת אלא מן האספקט השלטוני בלבד. וראה שם, עמ' 119—120.

75 שם, עמ' 122—123.