

חשיבה אונטולוגית ונטורליסטית במשפט התלמודי ובישיבות ליטא

שי עקביא ווזנר

א. מבוא; ב. נטורליסטיקה משפטית; ג. רטרואקטיביות, רטרורי-
ספקטיביות ומוסד התנאי; ד. עוד על מוסד התנאי; ה. בעלות – בין
דין למציאות; ו. הלכת המוכר גוף ופירות ליום אחד; ז. חשיבה אונ-
טולוגיה ותפישת הכוח של חכמי ההלכה; ח. תפישת מציאות
ותבניות חשיבה; ט. אחרית דבר.

בשנים האחרונות עסקתי בחקר החשיבה המשפטית שהתפתחה בישיבות
ליטא בשלהי המאה התשע עשרה ובתחילת המאה העשרים, ובפרט בכתיבתו
של הרב שמעון יהודה הכהן שקופ, מראשי הישיבות הבולטים בליטא
בתקופה זו.¹ בין השאר עמדתי על כך שאחד המאפיינים של חשיבה זו הוא
אימוצם של דפוסי חשיבה אונטולוגיים ונטורליסטיים של המשפט. חשיבה
אונטולוגית תופשת את המוסדות המשפטיים השונים כמצבי עניינים
אונטולוגיים שקיומם אינו תלוי במשפט, וחשיבה נטורליסטית מרחיבה את
גבולות חוקי הטבע ומחילה אותם גם על התחום המשפטי. במאמר זה אני
מבקש להתחקות אחר המאפיינים של דפוסי החשיבה הללו, להראות כיצד הם
באים לידי ביטוי בניתוח סוגיות משפטיות אחדות (בעיקר בכתיבתו של הרב
שקופ), ולדון בהשלכות שיש להם על הפסיקה הלכה למעשה.

1 שי עקביא ווזנר חשיבה משפטית בישיבות ליטא בראי משנתו של הרב שמעון שקופ
(עבודה לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים תשס"ה);
וכן שי עקביא ווזנר "בין תובות התנהגות לחיובי ממון – לביוררה של 'תורת המשפטים'
במשנתו של הרב שמעון שקופ" דיני ישראל כד 1 (תשס"ז).

א. מברא

החשיבה המשפטית מבחינה בין הפיזיס לנומוס, בין תחום המציאות הפיזית לבין תחומם של החוק והדין הנורמטיביים. בתחום המציאות הפיזית נמצא ה'מצוי', היש האונטולוגי, ואילו בתחום הנורמטיבי נקבע ה'ראוי'. המציאות הפיזית כפופה לחוקי הטבע שהם חוקים תיאוריים, ואילו בתחום הנורמטיבי שולטים חוקים פרוספקטיביים המכוונים את התנהגותם של נמעני החוק בתוך מציאות טבעית נתונה. כל גזירה של כלל התנהגות נורמטיבי מן המציאות הטבעית ומחוקי הטבע נופלת בכשל הנטורליסטי של גזירת ראוי ממצוי.² בצד כללי התנהגות המטילים על הנמענים חובות התנהגות, כולל המשפט גם כללי הגדרה אשר מגדירים את תנאי החלות של מוסדות משפטיים, כגון חוזה או בעלות, ואת היקפם של כוחות משפטיים, כגון כוחו של בעלים למכור את נכסיו או להורישם לאחרים באמצעות צוואה.³ גם כללים אלה נתפשים בתשיבה המשפטית כיצירה של המשפט, ובמקביל נתפשים המוסדות המשפטיים השונים כמושגים נומינליסטיים. המשפט הוא שמכונן את מוסד הבעלות (המשפטי) והוא שמעניק את הכוחות המשפטיים לנמענים, הוא זה שקובע את גבולות שליטת הבעלים בנכסיו ואת יכולתו למוכרם או להורישם

2 DAVID HUME, A TREATISE OF HUMAN NATURE, bk. III, pt. I, § I (1739): "In every system of morality, which I have hitherto met with, I have always remarked, that the author proceeds for some time in the ordinary way of reasoning, and establishes the being of a God, or makes observations concerning human affairs; when of a sudden I am surprized to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, it is necessary that it should be observed and explained; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it".

3 על ההבחנה בין כללי חובה לכללי הגדרה וכללי כוח ראו וזנר "בין חובות התנהגות לחיובי ממון – לבירורה של 'תורת המשפטים' במשנתו של הרב שמעון שקופ" (לעיל הערה 1), 30-34.

באמצעות פרוצדורות מוגדרות, והוא זה שקובע אם חוזה שנכרת באופן מסוים הינו תקף או בטל, וכיוצא בזה. על-פי תפישה זו המוסדות והסטאטוסים המשפטיים נוצרו ועוצבו על ידי המשפט, והם אינם משקפים מציאות בעלת ממשות אונטולוגית.

ואולם, בצד תפישה זו שתוארה לעיל ניתן למצוא במסורת החשיבה המשפטית גם כיווני חשיבה אחרים, אשר רואים את החיבורים שבין המשפט לבין המציאות האונטולוגית באופן מורכב יותר. במסגרת כיווני חשיבה אלה, מוסדות משפטיים שונים נתפשים כמצבי עניינים אונטולוגיים אשר קיימים מצד עצמם ואשר שייכים לתחום המציאות. במקביל, כללי ההגדרה המשפטיים נתפשים כסוג של 'חוקי טבע', וכוחו של המשפט מצמצם לקביעת כללי התנהגות נורמטיביים, המכוונים את התנהגות הנמענים לשם הסדרת החיים החברתיים במסגרת המציאות הנתונה. שורשיה של החשיבה האונטולוגית קדומים, והם נקשרים למארג סבוך ורחב של תפישת עולמם ואמונותיהם של הקדמונים. מופעים של החשיבה האונטולוגית ממשיכים להתקיים בצורות שונות גם בשיח המשפטי המודרני.⁴

4 כך למשל בכתיבתם של משפטנים פורמליסטיים כסוף המאה התשע עשרה ובחילת המאה העשרים בארה"ב, אשר ייחסו למוסדות משפטיים קיום אונטולוגי הכופה את עצמו על המשפט ועל המשפטנים. הריאליסטים ביקרו את דרך החשיבה הפורמליסטית ותיארו אותה כתפישה מאגית של המשפט. השימוש במונח 'מאגיה' לא היה מקרי. הוא נועד להצביע על כך שההנחות האונטולוגיות מבוססת על אמונות הבל המייחסות קיום ממשי למה שאינו קיים אלא כמחשבותיהם של בני אדם ובתרבות שהם יוצרים ומעצבים בעצמם. ראו: Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUM. L. REV. 809 (1935); Jerom Frank, *COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE* (1949); Suzanne Last Stone, *Rabbinical Legal Magic: A New Look at Honi's Circle As the Construction of Law's Space*, 17 YALE J.L. & HUMAN. 97 (2005); Jessie Allen, *A Theory of Adjudication: Law as Magic* (public law research paper no. 07-10, nyu law school, march 2007), available at <http://papers.ssrn.com/abstract=999624>.

גישות פורמליסטיות של המשפט שכות ומקבלות לגיטימציה בכתיבה המשפטית בשנים האחרונות, ומבחינות שונות הן מזכירות את תכניות החשיבה הנטורליסטיות. ראו למשל: Ernest J. Weinrib, *Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law*, 97 YALE L.J. 949 (1988); Thomas Grey, *The New Formalism* (working paper no. 4, stanford law school, public law and legal series, 1999), available at <http://ssrn.com/abstract=200732>.

כיווני חשיבה אונטולוגיים מצויים גם במסורת ההלכתית והמשפטית שבתלמוד ובמפרשיו,⁵ וכפי שציינתי בראשית הדברים הם בולטים בחשיבה המשפטית שהתפתחה בישיבות ליטא בשלהי המאה הי"ט.⁶ על פי כיווני החשיבה הללו, מוסדות הלכתיים ומשפטיים מרכזיים נתפשים כחלק מן המציאות הטבעית, שקיומה אינו נוכח מהיגדים ההלכתיים ואינו תלוי בהם. כך, למשל, מוסדות הקדושה והטומאה נתפשים כמצבי עניינים אונטולוגיים, וחוקי הקדושה והטומאה מתפרשים כ'חוקי טבע' נתונים שאינם יצירי המערכת הנורמטיבית אלא נכפים עליה. ב'חוקי הקדושה והטומאה' אין הכוונה לחוקים המורים לאדם הקדוש או הטמא מה מותר ומה אסור לו

5 כיווני חשיבה אלו נידונו בהרחבה במחקריו של פרופ' יוחנן סילמן, אשר הבחין בחשיבה ההלכתית בין גישות ריאליסטיות ואונטולוגיות (או 'יישותיות') לבין גישות נומינליסטיות וציווייות, כאשר לפי האחרונות מוסדות הלכתיים, כמו קדושה וטומאה, אינם חלק מהמציאות הטבעית אלא יצירה של המשפט, וניתן לעשות להם רדוקציה לכללי התנהגות. ראו מאמריו: יוחנן סילמן "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם – עיונים בפילוסופיה של ההלכה" דיני ישראל יב עמ' רמט (תשד"ס-תשמ"ה); יוחנן סילמן "מצוות ועבירות בהלכה – ציות ומדי או תיקון וקלקול" דיני ישראל טז עמ' קפג (תשנ"א-תשנ"ב); יוחנן סילמן "הרלוונטיות של חיובים לגבי בעלי חיים: עיון פנומנולוגי בהלכה" מחקרינו בהלכה ובמחשבת ישראל 243 (משה בר עורך, תשנ"ד); יוחנן סילמן "הנורמה הבסיסית בהלכה לאור סוגיות חרש, שוטה וקטן", דיני ישראל יח עמ' כג (תשנ"ו); Yochanan Silman, *Introduction to the Philosophical Analysis of the Normative-Ontological Tension in the Halakha*, 31 Da'at 5 (1993).

6 עובדה זו עשויה לעורר תהייה, שכן כפי שהראיתי בחיבורי חשיבה משפטית בישיבות ליטא בראי משנתו של הרב שמעון שקופ (לעיל הערה 1), שיטת הלימוד החדשה שהתפתחה בישיבות ליטא נועדה בין השאר להציע לתלמידים חלופה אינטלקטואלית הולמת להשכלה כללית, ודווקא גישה אונטולוגית ונטורליסטית עשויה להיראות ארכאית ומיושנת. אכן, כפי שציינתי (לעיל הערה 4), בסוף המאה התשע עשרה כיווני חשיבה אונטולוגיים היו מקובלים יותר. יתרה מזאת, הייתה בעניין זה השפעה של רוח הזמן מכיוונו של הזרם הפוזיטיביסטי הן במשפט והן במדעי הטבע. הפוזיטיביזם הלוגי הרגיש את ההתמקדות בעובדות שניחן לתפוס באמצעות החושים, וגם הפוזיטיביזם המשפטי הרגיש את הממד של החוק כ'עובדה קיימת' (שנוצרה על ידי המוסדות הסמכותיים) והמעיט בחשיבותו של הדיון בשיקולים הערכיים. ייתכן גם שהסיבה להתחזקות האונטולוגיה נעוצה ביתרונות של הגישה מבחינה פרשנית בפתרון דילמות מוסריות שמתעוררות לעתים בעקבות כללים הלכתיים, וכפי שנראה בהמשך. כמו כן ייתכן ששיטת הלימוד החדשה שהתנגדה לשיטת הפלפול ושניסחה לרדת לשורשים המהותיים של הדברים, התקרבה, אולי באופן בלתי מודע, לקריאה 'כונה' של הסוגיה התלמודית שאכן מבוססת במקרים רבים על הנחות אונטולוגיות ונטורליסטיות.

לעשות – שכן אלה כללי התנהגות שאינם מתארים מציאות אלא מכוונים התנהגות – אלא לכללי ההגדרה אשר מגדירים מיהו טמא, וכיצד עוברת הטומאה מאדם לאדם ומאובייקט לאובייקט, ומיהו האדם הקדוש, ומהו המקום הקדוש שאסור להיכנס אליו בטומאה, וכיצד באלו כללי הגדרה אלה נתפשים כסוג של 'חוקי טבע' המתארים מצבי עניינים נתונים, פיזיים או מטאפיזיים. לפי תפישה זו, דרכי ההיטמאות ופרוצדורות ההיטהרות אינן נובעות מקביעותיה של ההלכה, אלא מ'חוקי הטבע' של הטומאה, ולהלכה יש תפקיד מכונן רק בקביעת כללי ההתנהגות אשר מורים לאדם הטמא כיצד עליו לנהוג.

תפישות אונטולוגיות של קדושה וטומאה שכיחות ומוכרות היטב בחקר התרבות והאנתרופולוגיה. בתרבויות רבות נתפשו הטומאה והקדושה כמצבי עניינים אונטולוגיים או כיישיות בעלי איכויות 'טובות' ו'רעות' שמגע עם עשוי להיות מסוכן. אנשים ועצמים קדושים וטמאים הוגדרו כ'טאבו' שאסור להתקרב אליו.⁷ בתפישות פאגניות ודואליסטיות הקדושה נתפשה כשייכת לתחומים (של האלים) הטובים, ואילו הטומאה נתפשה כשייכת לתחומים של האלים הרעים וכוחות השאול. גם במקרא נראה שהטומאה נתפשת כישות רעה ומזיקה שיש להתרחק ולהיטהר (להתנקות) ממנה.⁸ הטומאה

7 ראו, למשל: R. PARKER, MIASMA, POLLUTION AND PURIFICATION IN EARLY GREEK RELIGION (1998). ההבדל בין טאבו 'קדוש' לטאבו 'טמא' קשור באינטרס המוגן על ידי הטאבו: קירבה לטאבו טמא מסכנת את האדם שמתקרב אליו והאיסור בא אפוא להגן על האדם, ואילו קירבה אל הטאבו הקדוש מסכנת את הדבר הקדוש ומחללת אותו. עמדה על ההבחנה MARRY DOUGLAS, PURITY AND DANGER: AN ANALYSIS OF CONCEPTS OF PURITY AND TABOO (1966). (ובעברית: מרי דגלס טוהר וסכנה: ניתוח של המושגים זיהום וטאבו (2004)). הבחנה דומה מצויה בניתוח שמציע הרב שקופ להבחנה בין 'איסור גברא' ל'איסור חפצא'. לדבריו 'איסור גברא' אוסר את האכילה או ההנאה מהדבר האסור כדי להגן על האדם מפני הנוק שייגרם לו, בעוד ש'איסור חפצא' אוסר את האכילה או ההנאה מהדבר כדי להגן על התפך הקדוש שלא יתחלל, ראו שערי ישר, שער ג, פרק כה עמ' רעא-רעב (הועד להוצאת ספרי הגאון רבי שמעון ז"ל, ניו-יורק, הוצאה שלישית, תשי"ט-תש"ך): "דכל האיסורים מה דאסר לן רחמנא כונת התורה הוא למנוע אותנו מליהנות מאיסורי חלב ודם וכיצד בזה, ואין הכונה משום המאכלות האסורות. ובאיסורי קדושה, כקונמות והקדשות, כונת התורה גם בשביל דבר המקודש שלא יתחלל על ידי השתמשות של הזר והנאסר ממנו".

8 בעניינים אלה יש ספרות רבה. אסתפק כאן בהפניה לחיבורו הגדול של יחזקאל קאופמן תולדות האמונה הישראלית מימי קדם עד סוף בית שני כרך א 403 ואילך (ההשקפה

מתפשטת בחלל, עוברת במגע ובורכים נוספות, ויכולה להידבק במצעים שונים.⁹ גם במקורות חז"ליים קיימת גישה דומיננטית, התופשת את הקדושה ואת הטומאה כיישויות או כתכונות¹⁰ אונטולוגיות שחלות על מצעים שונים.¹¹ ביטוי לכך ניתן למצוא בשפה ההלכתית, המדברת על הטומאה כעל יישות ש'נכנסת' לכלי ו'יוצאת' ממנו,¹² 'בוקעת ועולה' ו'בוקעת ויורדת'.¹³

הפגנית), 539 (ההשקפה המקראית) (תשי"ד); משה ויינפלד "המפנה בתפיסת האלהות והפולחן בספר דברים" תרביץ לא 30 (תשכ"ב); יוחנן ברויאר "איסור טומאה בתורה" מגדים ב 45 (תשמ"ז); הרב דוד צבי הופמן, ספר ויקרא, כרך א, עמ' רי ואילך (מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ו). בספרות היהודית בימי הביניים חוזרת הדעה שהטומאה היא כוח מסוכן ומזיק, ראו למשל ספר הכוזרי, מאמר ב, אות ס; פירוש הרמב"ן לבראשית לא, לה, ולויקרא יח, יט. הרמב"ם במורה נבוכים, חלק ג, פרק מז, ייחס גישה אונטולוגית לפגאנים, שרואים בטומאה הנדה ובטומאה בכלל כוח שלילי ומסוכן, ולכן הם נוהגים להרחיק את האישה הנידה מהבית ולשרוף את המקומות שהיא דורכת עליהם, בעוד שלדירו ההלכה אוסרת וק את המגע בין הטמא לקודש, אך אינה תופשת את הטומאה עצמה כמציאות אונטולוגית מסוכנת.

9 פרשנות אונטולוגית לחוקים אלה מתחזקת לנוכח הקושי להסביר את הרציונל שעומד מאחורי קביעת הכללים הרבים של מעבר הטומאה והתפשטותה במרחב. קושי זה אינו מתעורר במסגרת הגישה האונטולוגית, שמניחה שהטומאה היא מצב עניינים ממשי, בעל חוקי 'התנהגות' קבועים ונתונים, שאינם תלויים כלל במערכת הנורמטיבית ובשיקולי הצדק והתועלת שאמורים לעמוד בבסיסה.

10 כך למשל כותב הרב יוסף רוזין (הגאון הרונאציובי) שטומאה הינה בגדר 'תואר' ולא 'עצם', היינו הכוונה שחלה על חומר, ראו לעניין זה סיכומו של הרב מנחם מ' כשר מפענח צפונות 72 (תשל"ו).

11 כמה מחוקרי ההלכה הקומראנית טענו שהיא נוטה לכיוון האונטולוגי, בעוד שההלכה החז"לית נוטה יותר לכיוון הנומינאליסטי. ראו: Daniel Schwartz, *Law and Truth: On Qumran-Sadducean and Rabbinic Views of Law, in The Dead Sea Scrolls: Forty Years of Research* 229 (I. Diamnt & U. Rappaport eds., 1992); Jeffery Rubenstein, *Nominalism and Realism in Qumranic and Rabbinic Law: A Reassessment*, 6 *DEAD SEA DISCOVERIES* 157 (1999). וראו גם אריה אדריעי "ונפש כי תחטא בשגגה" – אחריות בלא אשמה? על אחריותו של החוטא בשגגה במקרא ובספרות חז"ל" שנתון המשפט העברי כד 1 (תשס"ז).

12 משנה, אהלות יא, ז: "שהטומאה יוצאת דרך שוליו" (מדובר שם בכלב שאכל בשר אדם מת, ודעת ר' אלעזר במשנה שטומאת המת יוצאת מגופו של הכלב משוליו, היינו מבית הרעי, ולדעת רבי יהודה (שם), הטומאה יוצאת גם דרך פיו!); משנה, זבים ה, ה: "נמצאת טומאה נכנסת לו [=למשכב הזב] ויוצאת ממנו".

13 ביטויים אלה שגורים במשנה, ראו למשל אהלות ו, ו. אכן, ניתן לומר ששימושי הלשון הללו אינם אלא ביטויים מטאפוריים המדברים על מושג מופשט כמונחים של ממשות אונטולוגית, לדיון בבעיה זו ראו להלן. ראויים לציון דבריו של הר"ש שקופ, שערי ישר

החשיבה האונטולוגית אינה מצטמטמת רק למוסדות הלכתיים כמו קדושה וטומאה, אלא זולגת מתחום הריטואלים ההלכתיים גם אל התחום המשפטי שבהלכה.¹⁴ מקורות שונים של המשפט העברי מבטאים, במפורש או במשתמע, את התפישה שמוסדות וסטאטוסים משפטיים, כמו בעלות, נישואין וגירושין, משקפים מצבי עניינים ממשיים אשר קיומם אינו תלוי בכללים ההלכתיים, ושהשינויים המשפטיים שחלים במוסדות אלו משקפים מאורעות של ממש בעולם המציאות. במקביל, גם כללי ההגדרה, המגדירים את דרכי היווצרותם של המוסדות המשפטיים, נתפשים ככללים המתארים את 'חוקי הטבע' של הקניין ושל הנישואין. לפי גישה זו המשפט שולט רק על כללי ההתנהגות שנוגעים לקניין ולנישואין, כגון איסור גזל, חובת השבה, איסור

(לעיל הערה 7), שער א, פרק יג, עמ' מא, שהסיק משימושי הלשון התלמודיים הללו שהטומאה היא 'מציאות': "לפי משמעות פשוטת סוגיות הש"ס נראה דענין טומאה הוא מציאות ממש, שלא כענין דין חלות איסור וקדושה, כמו שאמרו 'טומאה נכנסת' ו'טומאה יוצאת', וכך מצינו לענין חלות טומאה על טומאה שאמרו בגמרא (מנחות כד, ע"א) בלשון 'שבעה לה טומאה' ולא בלשון 'אין טומאה חלה על טומאה [...]'. ולפי זה באדם שנטמא יש מקום לומר דמלבד הדין שמתחדש על ידי הטומאה באדם הנטמא, הוא נושא את הטומאה עצמה. "במקום אחר הוא כותב (שם), שער ג, פרק ח, עמ' קעה): "דהנה פשוטות ענין הטומאה כפי לשון הש"ס והמשניות משמע שהוא ענין נפרד, שהוא נמצא בתוך הדבר הנטמא והמטמא, כמו לשון הש"ס 'טומאה בוקעת ועולה' ו'יורדת' נכנסת' ו'יוצאת', 'שבעה לה טומאה', והרבה כיוצא בזה, מה דלא מצינו לשון זה לענין איסור או פסול, דשם [=ששם] משתמש הש"ס בלשון 'חלות', כמו 'אין איסור חל על איסור. "הביטוי 'שבעה לה טומאה' מופיע בדברי רבא בבבלי, מנחות כד ע"א, שהסתפק בדינם של אוכלים טמאים שטבול יום נגע בהם שנית: האם האוכלים נטמאו שוב בטומאה החדשה, או שמא הם כבר 'שבעו' מהטומאה הראשונה ולכן הטומאה השנייה לא תחול עליהם. ראו אנציקלופדיה תלמודית כרך יט עמ' תקג (תשמ"ט).

14 סביר להניח שזליגה זו של התפישה האונטולוגית אל עבר התחום המשפטי שבהלכה, קשורה, בין השאר, בהיותו של המשפט העברי חלק מהמערכת ההלכתית, ומההשפעה ההדדית שיש לשני חלקי ההלכה, החלק הדתי והחלק המשפטי, בעיצוב דפוסי החשיבה בכל אחד מהתחומים. קשורה לכאן גם האמונה שהאל ברא הן את העולם הפיזי ואת החוקיות השוררת בו והן את חוקי התורה. זאת ועוד, תפישה רווחת במסורת הרבנית רואה בחוקי התורה את המודל האידיאלי שעל פיו נברא העולם, ראו ספרי דברים, פיסקא מח; משנה, אבות ג, יד; בראשית רבה א, א; ומאוחר יותר בזוהר תרומה, קסא ע"א: "דכד ברא קודשא בריך הוא עלמא, אסתכל בה באורייתא וברא עלמא, ובאורייתא אתברי עלמא" (=שכאשר ברא הקב"ה את העולם, הסתכל בה בתורה וברא את העולם, ובתורה נברא העולם). וראו אפרים א' אורבך חז"ל – פרקי אמונות ודעות 175 ואילך (מהדורה שנייה, תשל"א); אברהם יהושע השל תורה מן השמים באספקלריה של הדורות ספר שני 8-12 (תשכ"ה).

ניאוף וכיוצא באלו, אך לא על קביעת הבעלות ודרכי הקניין השונות, או על כינון נישואין וביטולם, שנתפשים כמציאות נתונה הפועלת על פי חוקים שהמשפט אינו שולט עליהם.

ניטול למשל את מוסד הקניין. במסגרת החשיבה המשפטית שהזכרנו בתחילת הדברים, נתפש הקניין כאגד של זכויות וחובות שנקבעו על ידי המשפט. חשוב לזכור, 'המשפט' בהקשר זה איננו מערכת נורמטיבית מופשטת, אלא מערכת שנוצרת ומופעלת על ידי בני אדם, מחוקקים ושופטים. בהגדרים את גדרי זכות הקניין יכולים המחוקקים והשופטים לעצב את הכללים המשפטיים כרצונם בהתאם להכרעותיהם הערכיות ולשיקולי צדק ותועלת שהם שוקלים,¹⁵ והם איננו כפופים לאילוצים חיצוניים כלשהם.¹⁶ במסגרת החשיבה האונטולוגית, לעומת זאת, נתפש הקניין כמצב עניינים ממשי שיש לו קיום קודם לכללי ההתנהגות המשפטיים שחלים לגביו. הקניין איננו מתמצה בזכויות ובחובות המשפטיות המתייחסות אליו, אלא נתפש כסוג של קשר אונטולוגי שמתקיים בין הנכס, מושא הקניין, לבעליו. קשר אונטולוגי זה 'מתנהג' על-פי חוקים קבועים שהמשפט אינו שולט עליהם ושאינו יכול לשנותם. כך, למשל, כותב הרב יוסף ליב בלוך (1860-1930), שכהן כראש ישיבת טלו עד פטירתו:

עניין קניני האדם אינו רק חוק שנקבע לסידור חיי החברה, שכשאדם רוכש איזה חפץ באחת מדרכי הקנינים עובר החפץ לרשותו לשלוט בו כרצונו, אלא שבאמת ענין הבעלות הוא התקשרות של עצם הדבר לבעליו, המתהווה על ידי הקנין [=מעשה הקניין] המאגד את החפץ עם זה

15 גם הדרישה לקהרנטיות משפטית נובעת משיקולים ערכיים ולא מאילוצים חיצוניים, ראו אלון הראל "תיאוריות קהרנטיות של המשפט" עיוני משפט יח 387 (תשנ"ד), ובספרות המצויינת שם.

16 "הקניין הוא מוסד חברתי (קטיגוריה משפטית) שיצרו בני-אדם ושביכולתם לעצב אותו כרצונם על-פי צרכיהם והעדפותיהם הערכיות" – חנוך דגן "דיני קניין: דיני נטילה שלטונית ודיני תחרות – לקראת שיח קנייני חדש" ספר השנה של המשפט בישראל 677, 673 (אריאל רוזן-צבי עורך, תשנ"ו). בהערה 11 (שם) הוא מזהיר "מפני הילכדותנו במושגים המשפטיים שיצרנו או שיצרו בשבילנו משפטים בני הדורות הקודמים, ואולי גם תרבויות אחרות", אך הוא גם מודע לכך שהשחרור מעול המושגים המשפטיים "הוא חלקי" בלבד. וראו עוד, חנוך דגן קניין על פרשת דרכים 29-31 (תשס"ה), וכן בהפניות לעיל בהערה 4.

שקנהו [...] חלות קניין מהוה מציאות בעצם החפץ, ומקשרו אל האדם שהוא שייך לו מעתה, וכמו שמצינו בספרים הקדושים¹⁷ כי כל קניני האדם [...] שייכים לשורש נשמתו.¹⁸

17 השו"ת לדברי ר' צדוק הכהן מלובלין, צדקת הצדיק, אות פו (צדקת הצדיק נרפס בשנת תרע"ג, ואפשר שהמהרי"ל בלוך הכירו): "כל מה שהוא מקנין האדם, אשתו ובניו, עבדו ואמתו שורו וחמורו אהלו וכספו וזהבו וכל אשר לו, הכל הוא משורש נפשו, כי גם כל הדצ"ח [=דומם, צומח, חי] משורשים בנפש האדם ושורש חיותם ממנו כנודע. ומה שקנוי לו הוא ששורש חיותם ממנו. וקנינים שהם הפקר כל חיתו יער הוא מפני שעדיין לא תיקן כל שורש חיותו, כי ודאי גם כן שייך לאדם. וכמו שהוא האדם כך הם קניניו. וכמו שאמרו (חולין ז): בהמתן של צדיקים אין הקב"ה מביא תקלה על ידם [...] ואין צריך לומר אשת חבר כחבר, וכן להיפך נשאת לעם הארץ [...] ואין צריך לומר בניו [...] וכן יוכל להתבונן האדם מכל קניניו. "והשוו עוד לדבריו (שם) באותיות צא, קס, קצו, רה, רמט. כיוצא בזה מוכא בספר דור ישרים לר' חיים שמתה ליינער (מהדורה חדשה, ירושלים תשנ"ז, עמ' נב), בשם הארמ"ר מראדזין בעל ה'בית יעקב': "רוח האדם מתפשט על כל מקני קניניו, וזה הטעם שאדם חייב על נוקי קניניו". שורשיו של רעיון זה נמצאים כבר בצוואת הריב"ש, ראו ספר בעל שם טוב על התורה, פרשת וחי, אות ה, ובציטוטים הנוספים שבהערות המהדיר.

התפישה הרואה בקניינו של אדם חלק מאישיותו ומנשמתו מוכרת גם בתרבויות אחרות ומתוארת באופן מרחק בספרו הידוע של מרסל מוס (Marcel Mauss) מטה על המתנה: צורתו וסיבתו של החליפין בחברות הארכאיות (הילה קרס, מתרגמת, 2005), ראו למשל בעמ' 48: "במשפט המאורי הקשר החוקי שמכוננים באמצעות חפצים הוא קשר של נשמות, משום שלחפץ עצמו יש נשמה והוא מן הנשמה. מכאן שהענקת דבר לאדם היא הענקת חלק מתוך עצמו [...] במערכת רעיונית זו ניתן להבין באופן ברור והגיוני את החובה להשיב לזולת את מה שמהווה למעשה חלקיק של טבעו ושל מהותו, משום שקבלת דבר-מה מידי אדם פירושה קבלת משהו מתוך מהותו הרוחנית ונשמתו. החזקת דבר זה תהיה מסוכנת וקטלנית, וזאת לא פשוט משום שאינה חוקית, אלא גם משום שדבר זה המגיע מאדם מסוים לא רק ברמה המוסרית, אלא גם ברמה הפיזית והרוחנית, מעניק לו אחיזה מאגית ודתית על המקבל". בפרק השלישי דן מוס בהשפעות של תפישה זו על המשפט הרומי והגרמני העתיקים. גישה זו חדרה במידה מסוימת גם לחשיבה המשפטית המודרנית, ראו, למשל, גד טרסקי "קניין ועבירות – הבעלות על השתל המופק מן החי" הפרקליט לח, 281, 296 (תשמ"ט): "מבחינה פילוסופית הקניין הוא כעין חיקוי לזכות האדם על גופו, שהוא מושג יותר פנימי וטבעי, והקניין הוא כעין הרחבת האישיות, על ידי סיפוח חלקים מן העולם החיצוני"; ברכיהו ליפשיץ משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי 21-22, הערה 8 (תשס"ב); ברכיהו ליפשיץ "ערכות לגוף" – הלכה ואגדה" מחקרים בתלמוד ובמדרש: ספר זיכרון לתרצה ליפשיץ 235, 243-244 (אריה אדריעי, משה בר-אשר, יהושע לוינסון וברכיהו ליפשיץ, עורכים, תשס"ה). כיווני חשיבה אלה קרובים, אך כמוכח אינם זהים, לתפישת הקניין הטבעי ולתיאוריית העבודה של ג'ון לוק בספרו המסכת השנייה על הממשל המדיני פרק ה (יוסף אור מתרגם, תשמ"ט), ולתיאוריית האישיות של הקניין, אשר מדגישה את הממד הפסיכולוגי שלפיו אדם חש שנכס שהשיג בעמל כפיו או יצירה שהגה ויצר הפכו להיות

על פי הנחה זו מסביר הרב בלוך שהדרישות הפורמליות והדקדקניות הדרושות לחלות הקניין במשפט התלמודי, אשר לחלק לא מבוטל מהן קשה לתת הסבר מניח את הדעת על יסוד שיקולי צדק ותועלת, נובעות מהחוקיות האונטולוגית של הקניין: "כי הוא טבע הדבר ומציאותו, שרק באופן כזה מתהווה החלות, ולא זולת". בהמשך הוא מדמה זאת לדרישה הדקדקנית שחוטי החשמל יגעו זה בזה כדי שיווצר מעגל חשמלי, "כך הדבר הזה גם בעינים הרוחניים הרחוקים יותר ממושגנו, המציאות מתהווה רק באופן כזה שנקבע בתורה, דלרמנא גלי [שכן לאל גלוי] ענינה והמידה הנדרשת להתהוות המציאות ההיא, ואם יחסר מעט מזה לא תתהווה המציאות"¹⁹.

החשיבה האונטולוגית מניחה אפוא שכללי הקניין השונים הם מעין חוקי טבע נתונים. ואולם, מהו הבסיס 'העובדתי' שממנו מוסקים אותם חוקים? הרי להבדיל מתופעות פיזיות שניתן לעמוד עליהן באמצעות התנסות החושים, טומאה וקניין אינם נראים לעין ואינם ניתנים לתפישה בחושים, ובלשון הרב בלוך (בקטע שצוטט לעיל) הם "רחוקים יותר ממושגנו"! תשובה אחת לתהייה זו קשורה בכך שהחשיבה האונטולוגית מופיעה על פי רוב בעבודותיהם של פרשנים ותיאורטיקנים של ההלכה והמשפט העברי, ולא באלה של יוצרי ההלכה. אותם פרשנים נותנים אמון ב'נכונותם' של הכללים הנתונים, בין מכוח טענה שהמקור שלהם אלוהי (כמו בדברי הרב בלוך לעיל) ובין מכוח הסתמכות על מסורת הקדמונים שכנראה "דעו" את סודות טבעה של המציאות. הפרשנים האונטולוגיים חושבים על המשפט (בתחומים האונטולוגיים שלו) בדומה לדרך שבה פסיקאים חושבים על עולם התופעות הפיזי. אלו ואלו מתבססים על העובדות הנתונות – כאשר אצל פרשני

חלק מאישיותו. ראו דגן קניין על פרשת דרכים (לעיל הערה 16), 45-38. לדיון מקיף בתפישת הקניין כאישיות ראו: Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, 34 STAN. L. REV. 957 (1982). אגב אורחא אציין שהקשר בין קניין ליצירה מורשש בשפה העברית (ובשפות שמיות אחרות): קונה - יוצר, השוו למשל בראשית יד, יט: "קנה שמים וארץ" שמשמעו 'בורא שמים וארץ'. וראו עוד ברכיהו ליפשיץ משפט ופעולה: מונחי חיוב וקניין במשפט העברי, ערך "קנה", 219-218.

18 ר' יוסף לייב בלוך "קדושת התורה" שעורי דעת חלק א עמ' רלב-רלג (מהדורה מתוקנת, תשמ"ט).

19 שם, עמ' רלד.

המשפט 'העובדות' הן הכללים הנתונים של המערכת – ומנסים להגדיר את התוקיות הפנימית השולטת בהן.²⁰

ואולם, לעתים ניתן למצוא חשיבה אונטולוגית גם בצמתים של יצירת המשפט. מקרים אלה חשובים במיוחד, שכן בהם החשיבה האונטולוגית משפיעה על פיתוחו ועיצובו של המשפט הלכה למעשה. פיתוח המשפט נעשה על ידי האונטולוגים בשתי דרכים עיקריות. בדרך אחת מוסקים 'חוקי הטבע' המשפטיים מהכללים הקיימים (באמצעות הסבר פרשני), ועל יסודם נקבעים ומעוצבים גם כללים חדשים.²¹ הדרך השנייה קשורה כתפישת נטורליסטית, הרוכבת על התפישת האונטולוגית, אשר מניחה, במודע או שלא במודע, שהחוקים השולטים בעולם המציאות המשפטית הם אותם חוקים ששולטים במציאות הפיזית. החשיבה הנטורליסטית מרחיבה אפוא את גבולותיהם של חוקי הטבע המוכרים לנו מהעולם הפיזי, ומחילה אותם על המוסדות המשפטיים, שאף הם מצויים (לפי תפישת זו) בחללו של הפיזיס.

20 השוו לדבריו של מנחם מאוטנר על החינוך המשפטי 18 (תשס"ב), שנכתבו אמנם ביחס לפורמליזם המשפטי, אך כוחם יפה כמידה רבה גם לתיאור החשיבה האונטולוגית: "התמקדותו של הפורמליזם בכללי המשפט, מכל תופעות המשפט, היא בעלת חשיבות רבה מבחינת יכולתו של הפורמליזם להציג עצמו כפרדיגמה אקדמית 'מדעית': היא מאפשרת לפורמליזם להציג את המשפט כ'מדע', מן הסוג של מדעי הטבע. כשם שמדעי הטבע מתמקדים בחקר המצב העובדתי של העולם הפיסי ובחקר היחסים הפנימיים הקיימים בין מרכיבים שונים של העולם הפיסי, כך מתמקד מדע המשפט בחקר המצב העובדתי של העולם המשפטי, היינו בתכונים של הכללים המהווים את המשפט, ובחקר היחסים הפנימיים הקיימים בין מרכיבים שונים של המשפט. במילים אחרות, כשם שהעולם הוא בגדר עובדה עבור המדען של מדעי הטבע, כך גם כללי המשפט הם בגדר עובדה מבחינתו של מדען המשפט. אכן, כרוח הפילוסופיה הפוויטיביסטית, משפטים פורמליסטיים שואבים את השראתם ממדעי הטבע, ומבקשים לארגן את המשפט כמערכת דמוית מערכת מדעית, שהמצבים העובדתיים הנוצרים בעולם יוכלו להתמייין אליה במדויק".

אכן, מבחינות רבות החשיבה האונטולוגית דומה לחשיבה הפורמליסטית, עם זאת חשוב לעמוד על הבדל שביניהן. האונטולוג טוען שכללי המשפט התיאוריים נובעים מטבעה של המציאות ולא ניתן לשנותם. הפורמליסט, לעומתו, מדגיש את מעמדה של הסמכות המוסדית שיצרה את המערכת הנורמטיבית ואת תוקפה המחייב של מערכת זו, אך אינו מייחס לה מימד אונטולוגי. הפורמליסט פועל בתוך פרדיגמה נתונה של המשפט, אותה הוא מקבל כמחייבת, אך הוא יכול להיות מודע לכך שהפרדיגמה הזו נוצרה על ידי בני אדם, ושכאופן עקרוני ניתן להחליפה בפרדיגמה אחרת שעשויה להיות ראויה יותר מהפרדיגמה הקיימת.

21 דוגמה למהלך כזה ראו להלן בפרק ו.

לתפישה הנטורליסטית השלכות שונות על החשיבה המשפטית, וכאמור היא עשויה להשפיע לא רק על עבודתם הפרשנית של תיארוטיקנים של המשפט, אלא גם על קביעת הסדרים משפטיים ועל פסיקת בתי הדין. בפרקים הבאים נעיין במאפייניה ובהשלכותיה של התפישה הנטורליסטית על החשיבה המשפטית שכתלמוד, דרך ניתוחן של סוגיות משפטיות אחדות.

ב. נטורליסטיקה משפטית

הראשון שהתייחס במפורש לקיומה של הנטיה הנטורליסטית במשפט העברי היה השופט משה זילברג,²² וכך הוא כותב:

קיימת תופעה אחת, מאוד מאוד מעניינת, אשר טרם זכתה לתשומת לבם של חוקרים ומלומדים. שמץ הימנה מצוי בכל שיטות המשפט, אך היא מתבלטת ביתר שאת בתחומי המשפט העברי. כוונתי להעברת חוקי טבע לחללה של הספירה המשפטית, כלומר: להחלתם של חוקי הטבע על המאורעות המתרחשים בעולמם המשפטי.

את השינויים החלים בעולם המשפט – כמו: חילופי בעלים (מכר, מתנה, ירושה), או שינוי סטאטוס (קידושין, גירושין, אלמנות), או הטלת שיעבוד, יצירת אפותיקי וכדומה – רואים לא כמשהו דמיוני, מופשט, אלא כמאורעות של ממש בעולם המציאות, ולכן מחילים עליהם, כביכול, את החוקים הפועלים בחיי המציאות.

כמובן, איש אינו חושב כי על ידי הפעולה המשפטית של הטלת השיעבוד משתנה הסדר המולקולארי של העצם המשועבד או התכונה הכימית שלו, אבל היחס המשפטי של פעולה ותוצאה – היינו היחס שבין כתיבת השטר ויצירת השיעבוד – נתפס בקאטגוריות של קאוזואליות פיסית ומוחלים עליו חוקי הטבע החולשים על אנרגיה, סיבה ומסובב.²³

22 סביר להניח שהמודעות שגילה זילברג לחשיבה הנטורליסטית בתלמוד נובעת מחינוכו בישיבות ליטאיות (סלבודקה ונובודהוק), ראו על כך ברשימתו: משה זילברג "נובחרדוק" באין כאחד – אסופת דברים שבהגות, בהלכה ובמשפט 140 (מהדורה שנייה מתוקנת, תשמ"ו). הדברים נדנסו שוב בספר ישיבות ליטא: פרקי זכרונות 361 (עמנואל אטקס ושלמה טיקוצ'ינסקי עורכים, תשס"ד).

23 זילברג באין כאחד (לעיל הערה 22), 162-163. וראו גם סילמן "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם" (לעיל הערה 5).

חשיבה אונטולוגית ונטורליסטית במשפט החלמודי וכשיבות ליטא

בהמשך מדגים זילברג את המגמה הנטורליסטית באמצעות שלושה כללים משפטיים שבתלמוד. עיון בדוגמאות הללו יוכל להעמיד אותנו על כמה ממאפייניה של הנטורליסטיקה. הדוגמה הראשונה מתייחסת לכלל ההלכתי "שטר שלווה בו ופרעו, אינו חוזר ולווה בו [-אפילו באותו יום], שכבר נמחל שיעבודו".²⁴ מלווה בשטר יכול לגבות את החוב מנכסים משועבדים (גם אם נמכרו לאחר ההלוואה לצד שלישי), בעוד שמלווה בעל-פה אינו גובה ממשועבדים. מה דינו של מי שהלווה לחברו בשטר, והלווה פרע את החוב באותו יום, ושוב ביקש ללוות מחברו אותו הסכום? האם יוכלו המלווה והלווה להשתמש בשטר שנכתב על ההלוואה הראשונה גם להלוואה השנייה (כדי שגם ההלוואה השנייה תחשב ל'מלווה בשטר' שגובה ממשועבדים)? לפי ההלכה הנזכרת אי אפשר להשתמש באותו השטר שוב, אף אם ההלוואה הנוספת ניתנה באותו יום (כלומר בתאריך הרשום על השטר). זילברג טוען שטעמו של הכלל נעוץ בכך ש:

השטר הוא הוא 'הכוח' היוצר באורח פורמאלי את שיעבוד הנכסים. משנפרע החוב הראשון נסתלק השיעבוד והלך לו, ושוב אינו יכול להיווצר מחדש על ידי ייחוסו וייחודו אל ההלוואה השניה, יען כי האנרגיה שבו כבר בזבזה לצורך יצירת השיעבוד הראשון. כשם שאבן שנפלה לארץ אינה יכולה לנפול שנית וליצור חום נוסף במקום נפילתה, אלא אם כן הקניית לה אנרגיה חדשה על ידי הרמתה אל על. כאן נחוץ במקום הרמת האבן, הכוח החדש של כתיבת השטר השני.²⁵

ניתן בהחלט לחשוב על הסברים אחרים להלכת השטר שנפרע ולחלוק על הסברו של זילברג, אבל אם נקבל את ההסבר כדוגמה למגמה הנטורליסטית נוכל לתמוד על מאפיין בולט של צורת חשיבה זו: טעמיהם של כללים משפטיים אינם מתמצים בשיקולים ערכיים של צדק ומניעת עוול, או בשיקולים תועלתניים ותכליתיים שמטרתם להסדיר חיי חברה מתוקנים. הנה, לפי הסברו של זילברג, הלכת השטר שנפרע היא הלכה נטורליסטית שנובעת מטבעה של ה'מציאות'. היא לא באה לקדם שיקולים תועלתניים בתחום של כתיבת שטרות וכיוצא בזה, ומטרתה אינה עשיית צדק או מניעת עוול.

24 בבלי, כתובות פה, ע"א.

25 זילברג באין כאתר (לעיל הערה 22), 164-165.

השיקולים אינם תכליתיים, הם אינם צופים פני עתיד, אלא מבוססים על קשרים סיבתיים צופי פני עבר.²⁶ השטר צריך 'אנרגיה', יש בו 'כוח' גבייה מנכסים משועבדים, ומאחר שכוח זה 'התבזבז', שוב אין לשטר שנפרע 'כוח' ליצור שיעבוד על הלוואה חדשה. הנמקה זו אינה תלויה מקום וזמן, אין היא קשורה בגמירות דעתם של הצדדים או בשיקולים תועלתניים אחרים. היא מתרוממת מעל ההקשר ההיסטורי, ומגלה לנו משהו על המציאות – שטר הוא תופעה במציאות שיוצרת זכות גבייה ממשועבדים, וזכות זו מתפוגגת לאחר שהשטר נפרע.

מהלך כזה יכול להוביל לשאלה הבאה, אותה אני מעלה רק כדי להראות להיכן עשויים הדברים להתגלגל לפי הלך המחשבה הנטורליסטי: מה העניק לשטר את כוח הגבייה ממשועבדים? האם זו כתיבת השטר או שמא חתימת העדים? או במילים אחרות: כיצד ניתן להפיח חיים חדשים בשטר שנפרע? האם די בכך שעדים יחתמו עליו מחדש, או שמא צריך לכתוב שטר חדש? ומכאן יוביל אותנו קו המחשבה הזה לכך שיש 'חפצא של שטר', או 'דין שטר', רוצה לומר: בניגוד לשטר פיזי, שהוא נייר או קלף שכתובות עליו מילים, ה'שטר' כמושג הלכתי (המשקף גם הוא 'מציאות') נוצר בכפוף לתנאים מסויימים. ולאחר שנוצר אין הוא סתם ראייה משפטית, הוא מקור כוח המאפשר לנושה לגבות את החוב מנכסים משועבדים. מבין השיטין עולה שגם הזכות לגבות חוב מנכסים משועבדים נתפשת ככוח בעל ממד אונטולוגי. ללא כוח זה אפשר אולי להוציא את הנכסים באופן פיזי מרשות בעליהם (על פי צו של בית דין) ולהעבירם לרשותו של הנושה, אך הוא לא 'באמת' יהפוך לבעליהם.

26 אכן מאפיין זה אינו ייחודי דוקא לגישה נטורליסטית. גם גישות משפטיות פורמליסטיות ומהותניות עשויות לכוון תפיסה מהותנית של המוסד המשפטי, תפיסה אשר ממנה נובעות תוצאות שונות, פעמים טובות ופעמים לא. זו הייתה אחת מנקודות הביקורת של הריאליזם האמריקאני נגד הפורמליזם. ובכלל, קווי דמיון נמתחים בין גישות פורמליסטיות, פוזיטיביסטיות ומהותניות של המשפט לבין הגישה הנטורליסטית, וכולן עומדות בניגוד לריאליזם ולאינסטרומנטליזם הפרגמטי שהדגישו את היותו של החוק מכשיר לקידום מטרות חברתיות, שצריך וניתן לשנותו בהתאם. ראו: ROBERT SAMUEL, SUMMERS, INSTRUMENTALISM AND AMERICAN LEGAL THEORY (1982). והשוו לעיל הערה 16 והערה 20.

הדוגמה השנייה של זילברג סובבת סביב הכלל התלמודי לפיו "אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם". כלל זה נושא משמעות כפולה: ראשית, אי אפשר לרכוש בעלות על נכס שאיננו מצוי עדיין בעולם, כגון פירות אילן שטרם צמחו.²⁷ שנית, גם את מעשה הקניין אי אפשר לבצע כל עוד הנכס אינו בעולם, גם אם הצדדים מסכימים ביניהם שחלות הקניין עצמה תחול רק כשהפירות יבואו לעולם. הלכה שנייה זו מעוררת את השאלה מדוע אי אפשר לפצל את מעשה הקניין מחלות הקניין? מדוע אי אפשר לבצע את מעשה הקניין היום, בעוד שהקניין עצמו יחול רק לאחר שהדבר הנקנה יבוא לעולם? ובלשונו של זילברג:

מדוע לא יתפוס הקניין לאחר זמן, כאשר הדבר, נשוא הקניין, כבר יהיה בעולם? ועל כך אין תשובה אלא אחת [!], והיא: הגישה הנאטורליסטית של המשפט. כי אם הכוחות הפועלים בעולם המשפט חייבים להיות רפליקה [=שיקוף] של הכוחות הטבעיים הפועלים בעולם המציאות, הרי תוצאה 'דחוייה' של פעולה פיסית איננה בנמצא בחיי המציאות [...] הכוח שהופעל, אם הוא עתיד להוליד משהו, מוכרח להיות רצוף למעשה. כי אין הפסק זמן בטבע בין סיבה ומסובב, ומה שאינו פועל מיד – אינסטאנטיבית – אינו פועל כלום. משום כך אין הקניין יכול לחכות עד שהדבר, נשוא הקניין, יבוא לעולם.²⁸

הדרישה לסמיכות בין המעשה לתוצאה המשפטית – או, בלשון הישיבתית, הסמיכות שבין 'מעשה הקניין' ל'חלות הקניין' – תופשת מקום מרכזי בדיוניהם של ראשי ישיבות ליטא, ויש לה שורשים מוצקים בחשיבה התלמודית. היא קשורה להגבלות הרבות שיש ביצירת 'קניין לאחר שלוש יום', ולמושג ההלכתי 'כלתה קניינו' שמדגיש את הצורך בקיומו של 'מעשה הקניין' בשעת התהוות חלות הקניין עצמה. בעוד שבמשפט המודרני מועד העברת הבעלות נתון להסכמת הצדדים, שיכולים להחליט בזה כרצונם, הרי שהתלמוד מקדיש דיונים רבים לסוגיה זו. האם אפשר לקדש אשה לאחר שלוש יום, היינו לבצע עכשיו את מעשה הקידושין (למשל באמצעות נתינת

27 הלכה זו עצמה משקפת תפישה אונטולוגית של הבעלות, ראו להלן.

28 זילברג (לעיל הערה 22), 165-166.

טבעת) אך לדחות את חלות הקידושין לעוד שלושים יום? ומה מעמדה של האשה באותם ימים? ומה יקרה אם אדם אחר קידש אותה בתוך אותו הזמן? דיונים תלמודיים אלה כשלעצמם מדגימים את החשיבה הנטורליסטית, שכן עולה מהם שלחכמים הייתה תפישה אונטולוגית של מוסד הקניין (במקרה זה הקידושין), אשר לשיטתם כפוף למגבלות הזמן והמקום. כיוצא בזה מסביר גם הרב שקופ מדוע אי אפשר לכרות חוזה מכר שייכנס לתוקפו רק לאחר שלושים יום:

שכך הם דרכי הקניינים, שהמעשה שפועלת לקנין [-את הקניין] צריך שתעשה בשעה שהבעלי-דברים רוצים שיחול חלות הדברים, אבל מה שעושה המעשה עכשיו בשעה שאין בדעתם לשנות בהאי חפץ [-בחפץ זה] שום השתנות, אין זה נקרא שום מעשה, אם לא שהמעשה מתחלת עכשיו ולא כלתה גם בזמן שהם רוצים שיחול ענין ההשתנות בחפץ – אז חל הקניין.²⁹

הביטוי "שכך הם דרכי הקניינים" מלמד על גישה נטורליסטית: כך היא דרך פעולתם של הקניינים. כלל זה נתפש כנתון עובדתי. כך מתנהגים חוקי הקניין. ושוב אנו רואים שלפי תפישה נטורליסטית זו, הכלל 'אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם', או הכלל שאי אפשר למכור נכס 'לאחר שלושים יום', אינם מבוססים על שיקולי צדק או יעילות, הם לא מבוססים על ההנחה שאין למכור או לקונה את גמירות הדעת הנדרשת לביצועו של חוזה מכר, גם לא על קשיים טכניים להגדיר בצורה ברורה את טיבו של הנכס הנמכר שעדיין לא נולד, או על שיקולים כיוצא באלו. כללים אלה נובעים מאילוץ שכופים 'חוקי הטבע' הקנייניים על הצדדים לעסקת המכר הנידונה. ושוב, מהלך זה קשור בתפישה רחבה יותר של מושגי היסוד שאנו דנים בהם. 'מעשה הקניין' הוא 'סיבת' הקניין, ויצירת הקניין כפופה לחוקי הסיבתיות. הבעלים אכן שולט בנכסיו, וברצונו הוא יכול למכורם לאחר, אך גם הוא כפוף לחוקיות של הקניין והתהוותו, ונדרשת סמיכות זמנים בין מעשה הקניין לחלות הקניין עצמה.³⁰

29 חדושי רבי שמעון יהודא הכהן, מטבת נדרים, סימן כב (ניו-יורק תשי"ב).
30 אגב, אין הכרח לומר שעל פי גישה נטורליסטית כזו צריך שמעשה הקניין יהיה דוקא כזה או אחר. המשפט העברי מכיר בתקפותו של קניין 'סיטומתא', שהוא מעשה קניין שצמח ממנהג הסוחרים, ולפי הרב שקופ הוא מועיל מדאורייתא (ראו להלן הערה 81).

ולפיכך גם אם עכשיו יש לו רצון מלא ואמיתי שהקניין יחול בעוד חודש, אין בכוחו לממש את רצונו זה, אלא בכפוף לתנאים שונים. מוסד הבעלות אינו ניתן לרדוקציה להיבטים הנורמטיביים שקשורים בו, שיכולים להיקבע על-ידי המערכת הנורמטיבית כמעט ללא מגבלות, אלא מהווה חלק מהמציאות ומשקף מצב עניינים שבו הדבר הנקנה נקשר לבעליו. הכללים הנורמטיביים, כגון איסור גזל או זכריות השימוש בנכס וכיוצא באלו, מתייחסים למציאות הבעלות כאל מצב נתון, וקובעים את היחס הנורמטיבי כלפיה. לפי תפישה זו, מציאות הקניין וחוקי התהוותה אדישים לשאלות ערכיות, ורק נורמות ההתנהגות שנקבעות על-ידי המשפט מושתתות על שיקולים ערכיים ותועלתניים.³¹

הטענה תהיה שמבחינה נטורליסטית הקניין נוצר בעיקרו על-ידי גמירות הדעת של הבעלים, אלא שצריך גם מעשה קניין פורמלי (שתוכנו וצורתו אינם חשובים) שיתבצע בזמן חלות הקניין.

31 ביטוי חריף להבהנה הזו בין מציאות הבעלות, שאיננה נקבעת על ידי ההלכה ואיננה מושתתת על שיקולי צדק ותועלת, לבין נורמות ההתנהגות שנקבעות על ידי המשפט וההלכה, נמצא בדבריו של הרב יחזקאל אברמסקי בחוברתו דיני ממונות (לונדון תרצ"ט). לדידו, הכלל היסודי בדיני ממונות הוא שהאדם שליט לעשות בנכסיו כרצונו, וכל הלכות הקניין (או נכון יותר: דיני מכר) אינן באות אלא לרדת לסוף דעתו של המקנה, כאשר המערכת הנורמטיבית כפופה לחוקיות זו של שליטון הבעלים על נכסיו. על פי הרב אברמסקי לא המשפט הוא זה שקבע שבכוחו של הבעלים לקבוע את גורל רכושו, אלא זהו טבעה של המציאות וזוהי מהותה של הבעלות. המחוקק, ויהיה זה אפילו המחוקק האלוהי (!), יכול לקבוע כללי התנהגות נורמטיביים, את המותר ואת האסור, את הראוי ושאינו ראוי, אך אין הוא יכול להגביל את הכוחות המשפטיים שיש לבעלים ולשלול את תוקפו של חוזה מכר שנעשה מתוך גמירות הדעת של הבעלים. מהלך זה מזכיר תפישות שונות בדיני חוים, שלפיהן החוזה מחייב מפני שהצדדים התחייבו, ולא מפני שהמחוקק מעניק לו גושפנקה מחייבת. לפי תפישות אלו כוחו של המחוקק לבטל תוקפם של חוים שהוא אינו מעוניין בהם – מוגבל. בכך מוסכרת גם גישתו של המשפט העברי, שלפיה חוזה אסור – תקף. ראו להלן.

מכאן טוען הרב אברמסקי, שכל האיסורים וההגבלות הנורמטיביות שקובעת ההלכה בדיני קניין ובדיני חוים, כמו למשל איסור ריבית או הונאה, הן הגבלות מוסריות (רוצה לומר שהן קובעות את המותר והאסור) ולא משפטיות (רוצה לומר שאין בכוחן לשלול את תוקפה של החובה או את חלות הבעלות), שכן מבחינה משפטית אין המחוקק יכול לקבוע דבר בניגוד לרצון הבעלים. וכך הוא כותב בעמ' 6: "כלל גדול הוא בדיני התורה [...] שבעל הממון הוא השליט היחידי על הונו וחילו, ולא הדין ולא הדיין חותכים את גורל רכושו [...] במשפטי ישראל לא נחקקו דיני ממונות שישודותם בהשקפות קלסיות סוציאליות מדיניות וכלכליות. כל ההלכות הסדורות בחושן המשפט בדברים שבני אדם גומרים ביניהם מדעת עצמם והסכמתם ההדדית, אינן אלא כידור הכונה והרצון של בעלי הריב על יסוד המשא ומתן המדובר כיניהם בגמר הענין, והדין מתבסס על הכרת

בהמשך לדבריו של זילברג אפשר להשתמש גם במשמעות הראשונית של הכלל 'אין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם' להדגמה נוספת של הרעיון הנטורליסטי. כאמור, כלל זה קובע בין היתר שאי אפשר לרכוש בעלות על פירות שטרם צמחו. ושוב, השאלה היא מדוע. הרי לכאורה אין כל בעיה מושגית להכיר בקיומה של בעלות על פירות שטרם צמחו, בדיוק כפי שהמשפט המודרני מכיר בקניין רוחני על דברים שאין בהם ממש.³² ניתן לנסות להצדיק את הכלל ההלכתי הזה בדרכים שונות, כגון על יסוד טענה בדבר פגם בגמירות הדעת שנובע מהעדר נכס קונקרטי. אך מסתבר שחלק מתכמי המשפט הציעו גם כאן הסבר נטורליסטי, שלפיו הבעלות נתפשת כתכונה שצריכה מצע ריאלי כדי שתוכל לחול עליה.³³

הדוגמה השלישית והאחרונה שמביא זילברג לנטייה הנטורליסטית בתשיבה התלמודית היא הכלל 'אין איסור חל על איסור'. כלל זה קובע שאיסור אינו חל על חפץ שנאסר כבר באיסור אחר, אלא אם כן האיסור השני הוא 'איסור מוסף', היינו איסור שמוסיף הגבלות דיניות נוספות.³⁴ וכך הוא כותב:

טעמו של דבר הוא מאוד 'נאטורליסטי': משירד האיסור הראשון ותפס, הרי הוא חופף עליו כאילו מכל עבריו, ושוב אין לו לאיסור ה'צעיר' יותר

החפץ [הרצון] של שני הצדדים בשעת החוזה. בתורת משה לא נאמרה הלכה הגוזרת אומר במשאם ומתנם של בני אדם. ואלה המקראות הכתובים בתורה במקח וממכר, כל עיקרם לא באו אך בשביל צד מוסרי, מבלי דבר מנקודת מבט משפטית [=שהיא נקבעת על פי רצון הצדדים בלי שיהיה למשפט מה לומר ביחס אליה].

32 על עמדת המשפט הרומי בעניין זה, שמאפשר רכישת בעלות על דברים שאינם בעולם, ראו אשר גולאק יסודי המשפט העברי – סדר דיני ממונות בישראל ספר ראשון 88-89 (תרפ"ב). וראו יצחק ברנד "עיסקה נדבר שאין בו ממש – מפילוסופיה למשפט" שנתון המשפט העברי כא 71 (תש"ס).

33 סילמן, "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם" (לעיל הערה 5), עמ' רנג ואילך; ברכיהו ליפשיץ אסמכתא: חיוב וקניין במשפט העברי 111 (תשמ"ח): "לפי דבריו של הרמב"ם, קניין דברים אין לו תוקף משום שאין כאן חפץ שבו הקניין יכול לתפוס. הקניין זקוק לדבר שיש בו ממש"; ברנד (לעיל הערה 32). והשוו לדבריו של ר' שלמה צורר, שו"ת התשב"ץ, חלק ד, טור ב, סימן יג: "שהטעם שאין הקניין חל על דבר שלא בא לעולם הוא מפני שהדבר ההוא אינו במציאות, ומאחר שאינו במציאות אין כאן מה שימכור המוכר ויקנה הקונה".

34 כך למשל האוכל בשר בהמה טמאה (לא כשרה) שמתה (ולא נשחטה) אינו עובר אלא על איסור אכילת בשר טמא, ולא על איסור אכילת בשר נבלה, כי איסור הנבלה אינו חל על איסור הטמאה.

מקום לתפוס בו,³⁵ אלא אם כן הוא 'איסור מוסיף', הנאחז כאילו באותה נקודה שבה אין דריסת רגל לאיסור הראשון.³⁶

במבט ראשון דוגמה זו מעוררת תמיהה: הרי בשונה מקניין ובעלות, שניתן לתפושם כמצבי עניינים אונטולוגיים, 'איסור' הוא מושג נורמטיבי! איך יכול 'כלל התנהגות' לתפוש מקום בחלל? התשובה לתמיהה זו קשורה בכפל משמעות שנודע למונח 'איסור' בישיבות ליטא ובלשונו של זילברג. במשמעות אחת משמש המונח 'איסור' לתיאור תכונה או מצב עניינים המכונה לעתים 'חלות-איסור', ובמשמעות השנייה הוא משמש לציון כלל התנהגות. 'חלות-איסור' היא תכונת היות-הדבר-אסור שחלה³⁷ על מצע³⁸ כלשהו, אדם

35 בדרך דומה הלך גם סילמן, "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם" (לעיל הערה 5), עמ' רנז. הוא מדבר על "צקרון הבלעדיות", שקובע "שחלות צורה מותנה בקיום מצע 'פנוי' מצורה אחרת, השייכת לאותו התחום". גם הרב שקופ הציע הסבר דומה לכלל 'אין טומאה חלה על טומאה', באומרו "שאין מקום בעצם לתפוס שתי מציאות הטומאה", אבל לאחר מכן דחה הסבר זה בטענה ש"קשה להשיג עניין זה [=של תפישת המקום] בדבר רוחני" (שערי ישר (לעיל הערה 7), שער ב, פרק כא). דומה שגם בדחייתו אין הוא חוזר מהתפישה האונטולוגית של הטומאה, אלא שהוא סבור שהטומאה, גם כיש אונטולוגי, אינה ממלאה את החלל באופן אקסקלוסיבי.

36 זילברג (לעיל הערה 22), 166.

37 חל = נפל, ירד, מונח. ראו שמואל ב, ג, כח-כט: "ויאמר נקי אנכי [...] מדמי אבנר בן נר. יחולו על ראש יואב", וברש"י: "ינוחו על ראשו", וברד"ק: "יפלו וינוחו על ראשו"; ירמיה כג, יט: "הנה סערת ה' חמה יצאה וסער מתחולל, על ראש רשעים יחול", היינו ירד; ובדומה באיכה ד, ו: "ולא חלו בה ידים". בלשון חז"ל אנו מוצאים את השימוש בפועל חל ביחס לאיסור: 'האיסור חל', 'אין איסור חל על איסור', וכיוצא באלו. כמו כן משתמשים חז"ל בפועל חל גם ביחס לעניינים הלכתיים אחרים, כגון: קדושה (משנה, תמורה ב, ג: "הקדושה חלה"); קידושין (ירושלמי, קידושין ב, ד (כו ע"א): "וקידושין חלין עליה למפרע"); שבועה (בבלי, נדרים ח, ע"א: "אין שבועה חלה על שבועה"), חגים ("פסח שחל להיות בשבת"), וכן לגבי 'שם שמים' (בבלי, סוכה ט, ע"א: "מניין לשם שמים שחל על הסוכה"). ונראה שהשימוש בפועל חל בכל המקרים הללו מלמד שה'חלויות' השונות אכן נתפשות כדבר מה ממשי שנופל, ירד ושורה על המצע האנושי או החפצי. כך לגבי קדושה וקידושין וקדושת החגים ושם שמים, וכך גם לגבי האיסור, לא במשמעותו ככלל התנהגות אלא כתכונת האיסור השורה על הדבר האסור, שכן אם הכוונה לאיסור ככלל התנהגות איוו 'נפילה' שייכת לכאן, ומהו מקור הדימוי המטאפורי של נפילה ביחס לאיסור? ויש לציין שכיוצא בזה אנו מוצאים בלשון חז"ל שהאיסור 'תלוי ועומד' באוויר, ועלול לחול וליפול בכל רגע על המצע (בבלי, יבמות לב, ע"א: "איסור אחות אישה מתלא תלי וקאי" וכו'). מצויים בתלמוד גם מטבעות לשון אחרים שלפיהם האיסור 'רובץ' ו'רוכב' על המצע, ראה למשל בבלי, ראש השנה כח, ע"א: "איסורא הוא דרכיב עליה"; בבלי, עירובין עת, ע"ב ובבלי, שבועות כב,

או חפץ,³⁹ בדומה לטומאה ולקדושה.⁴⁰ מדובר אפוא במצב עניינים שאי אפשר לעשות לו רדוקציה לכללי התנהגות, ואי אפשר לגזור ממנו כללי התנהגות מבלי ליפול בכשל הנטורליסטי. אם ניטול לדוגמה את איסור אכילת בשר נבלה, נוכל להבחין בין שני ממדים שונים של האיסור: ראשית חלה על בשר הנבלה 'חלות איסור' (שהופכת אותו ל'בשר אסור'), ורק לאחר מכן נקבע על ידי החוק כלל התנהגות שאוסר לאכול בשר שחלה עליו 'חלות איסור'. זילברג הבין שהכלל 'אין איסור חל על איסור' הוא אחד מחוקי הפיזיקה של 'חלות האיסור' או של 'תכונת האיסור'. כלל זה קובע שלאחר שחלה על המצע 'חלות איסור' אחת, אין שוב מקום ל'חלות איסור' אחרת לחול עליו,⁴¹ ובהעדרה לא יחול גם האיסור הנורמטיבי במשמעות של כלל התנהגות.

בסיום דבריו מצביע זילברג על הלכה אחת ויחידה לטעמו, שההיגיון הפנימי שלה אינו עולה בקנה אחד עם מה שמוכר לנו מחוקי הטבע, היא

ע"ב: "אריא הוא דרביעא עליה" (אריה הוא שרובץ עליו, והכוונה לאיסור המונע את השימוש בחפץ).

עם זאת, אין ספק שהמונח 'חל' קיבל משמעות רחבה יותר כמתייחס להוראות נורמטיביות ולכללי התנהגות שחלים על הנמען (היינו ממוענים אליו ומחייבים אותו). ואולי ניתן לומר, בניגוד לאמור לעיל, שהמונח 'חל' התייחס מתחילתו לאיסור ככלל התנהגות ציווי, ודימוי ה'נפילה' ניחס לאיסורים ולכללי התנהגות נבע מכך שמקור האיסורים בתפישה הדתית הוא באיווי האל שבשמים, ובדימוי תרבותי אחר: בראש הפירמידה הנורמטיבית, ולכן מייחסים לו 'נפילה', וכעין שימושי לשון מטאפוריים אחרים ששגורים בשפה היומיומית, כגון: 'ההוראה נחתה מגבוה', או 'המפקד הנחית פקודה חדשה'. לעניין המושג 'חלות' ראו גם הרב מיכאל אברהם, "מהי 'חלות'? הלכה לוגיקה ודבקות בה" צהר כ 71 (ו"ש"ס).

38 את המונח 'מצע' בהקשר זה שאלתי ממאמרו של סילמן "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם" (לעיל הערה 5). סילמן מאמץ את מונח ה'צורה' האריסטוטלי, ומבחין בין 'צורה' ל'מצע'. הפועל 'להצריך' משמש אותו כדי לתאר את פעולת החיבור בין הצורה למצע ('הצורה מוצרנת על המצע'), ואת תוצאת ההצרנה, היינו המצע שחלה עליו צורה, הוא מכנה 'תצורה'.

39 הדבר קשור להבחנה בין איסור-גברא לאיסור-חפצא, עליה הרחבתי את הדיבור בחיבורי חשיבה משפטית בישיבות ליטא בראי משנתו של הרב שמעון שקופ (לעיל הערה 1).

40 "וזאת למודעי, שהאיסור – מציאות הוא בחפץ, אף שאינו לפי חושינו, והוא האמת ליודעים" (מדברי מהרי"ל בלוח שנופסו בספר שיעורי רבי שמעון יהודה הכהן, עמ' פא (מוסד הרב קוק, תשל"ד).

41 כדי לשכר את האזון ניתן לדמות את 'חלות האיסור' למעין גז (רעיל). ואולם דוקא אנלוגיה זו מצביעה על חולשת ההסבר של זילברג, שכן התפשטות גז במרחב על פי רוב אינה אקסקלוסיבית (וראו לעיל הערה 35).

הלכת 'גיטה וחצרה באין כאחד'⁴² (על שמה נקרא קובץ מאמריו בשם 'באין כאחד'), שהרי בעולם חוקי הטבע לא ייתכן שהסיבה תבוא לאחר התוצאה! מהלך נטורליסטי דומה מצוי בדברי הרב משה עמיאל (1883-1946), תלמידו של הרב שקופ ולימים רב העיר תל-אביב. ה'מידה הראשונה' בספרו המונומנטלי 'המדות לחקר ההלכה'⁴³ היא 'מידת סבה ומסובב', וכך הוא כותב בראשית הדברים:

כמו [ש]בהופעות הטבע אין שום מסובב בלי סבה גורמת, ככה גם כל התחדשות במשפטי התורה זקוקה לאיזו סיבה שהיא גורמת לכך. וזהו כלל גדול בכל התחדשות של חיובים, קנינים, אישות, איסורים וכדומה. אין חיוב מיתה, גלות קרבן ממון קנס וכדומה בלי איזו סיבה מחייבת [...]. ומושכל ראשון הוא, כי הסיבה צריכה להיות קודמת להמסובב, ואי אפשר לסיבה ומסובב שיכואו כאחת ממש. זהו יסוד הגיוני המונח בעצם המושג סיבה, שהיא הגורמת למסובב, ובכך בהכרח שהיא תהיה במציאות באיזה מדה שהיא לפני המסובב.⁴⁴

כל הקטע אומר חשיבה נטורליסטית. הוא מתחיל בהשוואת משפטי התורה ל'הופעות הטבע': כמו שבטבע מתקיים עקרון הסיבתיות, כך גם בתחום המשפטי. בהמשך הוא כותב ש"אי אפשר לסיבה ומסובב שיכואו כאחת ממש... ובכך בהכרח שהיא תהיה במציאות באיזה מדה לפני המסובב". והקורא תמה, מדוע 'אי אפשר' ו'הכרח'? הלא המשפט הוא מערכת נורמטיבית פרי יצירתו של המחוקק, ובה לכאורה הכל אפשרי, כולל תוצאה שחלה באופן סימולטני עם סיבתה! אכן הרב עמיאל אינו מוכן לקבל מהלך כזה משום שלדיו גם העולם הנורמטיבי כפוף לחוקי הסיבתיות השולטים בעולם הטבע.

42 הלכה זו נאמרה בדיון התלמודי בעניין ההלכה הדורשת שהגט יימסר לאישה עצמה או יונח ברשותה הממונית, כגון בחצרה. על שאלת התלמוד: הרי בשעת הנישואין החצר של האישה שייכת לבעלה, ואם כן הגט לא הגיע לרשותה? מתרץ רבא ואומר: 'גיטה וחצרה באין כאחד', כלומר שני הדברים מתרחשים בעת ובעונה אחת: האישה מתגרשת ובכך החצר חוזרת לרשותה, ואם כן הגט הונח ברשותה. ראו עוד זילברג (לעיל הערה 22), 171.

43 משה אביגדור עמיאל ספר המדות לחקר ההלכה: מדות ההגיון בהסברא התלמודית (כרכים א-ג, ירושלים-תל אביב תרצ"ט-תש"ב).

44 שם, מדה א, אות א.

ודוק: עקרון הסיבתיות כשלעצמו אין לו דבר עם ערכים, מוסר, שיקולי צדק ותועלת. הוא משקף את טבעה של ה'מציאות' בעולם הנורמטיבי.⁴⁵

ההנחה הנטורליסטית לפיה הסיבה צריכה להיות מוקדמת בזמן למסובב, משמעה שגם בעולם המשפטי חלויות אינן יכולות לחול באופן רטרואקטיבי, בדיוק כמו שבעולם הטבעי אין השפעות ותוצאות רטרואקטיביות, ופעולות ואירועים משפיעים רק מכאן ולהבא.⁴⁶ סוגיה זו של הרטרואקטיביות במשפט העסיקה את הרב שקופ, אשר טבע את המונח 'מכאן ולהבא למפרע', שבאמצעותו צמצם את מושג הוטרואקטיביות, בשל הנחתו הנטורליסטית שאי אפשר לשנות את העבר גם בזקשר המשפטי. הפרק הבא יוקדש לבירורה של סוגיה זו.

ג. רטרואקטיביות, רטרוספקטיביות ומוסד התנאי

שאלת הרטרואקטיביות ('חלות למפרע') בהלכה חוזרת ועולה בסוגיות רבות. נזכיר דוגמאות אחדות: במצבי ספק, כאשר מתברר הספק מאוחר יותר, יש לבירור זה השלכות רטרואקטיביות, כך למשל המקדש את האישה 'על-מנת שהיא עשירה', כשיתברר למחרת היום שהיא עשירה תהיה האישה מקודשת למפרע מרגע מעשה הקידושין. דוגמה אחרת לרטרואקטיביות היא במקרים הרבים שנדונו בספרות התלמודית של תנאים עתידיים, שבהם אדם תולה קיומה של חלות בתנאי שתוכנו אירוע עתידי. כך למשל: המקדש את האישה (מעכשיו) על מנת שתיתן לו מאתיים וזו בתוך שלושים יום, הרי שעם נתינת הכסף חלים הקידושין למפרע. דוגמה אחרת לרטרואקטיביות היא התרת הנדר על-ידי חכם שעוקר את הנדר למפרע. ועוד דוגמאות הרבה.

45 בהמשך הדיון (שם, אות ה) מתקשה הרב עמיאל, בדומה לזילברג, בהבנת הלכת 'גטו וידו באין כאחד', ושוב, הקושי נובע מתוך אותה הנחה נטורליסטית שלפיה התוצאה צריכה להופיע לאחר הסיבה. ואגב, ייתכן שהדמיון הרב בין המהלך של זילברג לבין המהלך של הרב עמיאל מלמד שזילברג הכיר את דיונו של הרב עמיאל והושפע ממנו.

46 ראוי לציין שבפיזיקה מודרנית התעורר עקרון קדימת הסיבה למסובב בעולם החלקיקים האטומיים. כך למשל בתרגיל הדמיוני שידוע בכינוי 'החתול של שרדינגר'. ספרות רבה נכתבה על ההשלכות הפילוסופיות שיש לכך על תפישת הסיבתיות. ראו, למשל, הוגו ברגמן הוגי הדור 21 ואילך (תוצ"ה), שהתחבר בעברית עוד בחייהם של הרב שקופ והרב עמיאל.

האחרונים הבחינו בין שני סוגים של רטרואקטיביות: יש שהאירוע העתידי רק מברר שהחלות חלה (או התבטלה) בזמן שעבר, כמו בדוגמה הראשונה שנזכרה לעיל: המקדש את האישה על מנת שהיא עשירה, הרי שחלות הקידושין נקבעה מיד בשעת הקידושין לפי מצב העניינים האמיתי. במקרה כזה הבירור שהתרחש בעתיד אינו מהווה את סיבת החלות, ואין בו חריגה מעקרון קדימות הסיבה למסובב. דוגמה אחרת לבירור רטרואקטיבי מעין זה: הנותן לאישתו גט שיחול שעה לפני מותו. מותו של המגרש אינו מהווה את סיבת הגירושין, אלא רק מברר שלפני שעה הגט כבר חל, אלא שלא ידענו על כך.

לעומת זאת, יש מקרים שהאירוע העתידי הוא הסיבה להחלת החלות או לביטולה באופן רטרואקטיבי. כך למשל במקרה של התנאי העתידי. הרב שקופ טוען שהתקיימות התנאי (נתינת מאתיים זוו, בדוגמה שהזכרנו לעיל) מהווה סיבה שגורמת את החלות, ולא רק בירור שהקידושין חלו כבר.⁴⁷ טענה זו היא למד, בין השאר, מפסיקתו של הרא"ש, אשר קבע כי המקדש יכול לבטל את התנאי ולוותר על הדרישה שהאישה תמלא אותו, והרי אם קיום התנאי העתידי רק מגלה שכבר בעבר חלו הקידושין, והוא בגדר 'סימן', איך אפשר לבטל את התנאי, הרי החלות כבר חלה, או התבטלה, בעבר.⁴⁸

47 לפי הפירוש החלופי שהרב שקופ דוחה, קיום התנאי בעתיד (כגון: נתינת מאתיים זוו על-ידי האישה) מהווה גם הוא רק סימן לכך שהקידושין שנעשו בעבר אכן חלו (כבר אז). נוכל להסביר זאת כך: האומר "הרי את מקודשת לי [מעכשיו] אם תתני לי מאתיים זוו", מתכוון בעצם לומר שהאישה תהיה מקודשת (מעכשיו) אם עתה נכון לומר שבעתיד האשה תתן לו מאתיים זוו. ובניסוח אחר: אם ברגע הקידושין הפסוק "בעתיד תתני לי מאתיים זוו" אמיתי (ודבר זה יתברר רק בעתיד) – הרי שהאשה מקודשת מעתה, ואם הפסוק הוא שקרי – הרי אינה מקודשת. מהלך זה יתחזק אם נאמץ גישה דטרמיניסטית, שלפיה קיומה של ההתרחשות העתידית מעיד על קיומם של נסיבות ממשיות בזמן ההתנאה. אז נוכל לומר כי משמעות התנאי העתידי היא ש"אם עכשיו מצב העניינים הוא כזה שהאישה עומדת לתת מאתיים זוו לבעלה בעתיד – היא מקודשת". לפי שתי הגירסאות של מהלך זה, האירוע העתידי אינו סיבת החלות אלא רק סימן שמלמד על קיומה של סיבת החלות בעבר, ולפיכך בעיית הרטרואקטיביות כלל אינה מתעוררת, שכן העתיד לא שינה את העבר ואין הוא סיבה להתרחשויות שבעבר, אלא רק סימן שבאמצעותו ניתן לברר מה אירע בעבר. וראו הרב עמיאל, המדות לחקר ההלכה (לעיל הערה 43), מדה ב, אות ב, עמ' לה, שהלך בדרך זו.

48 חדושי רבי שמעון יהודא הכהן (לעיל הערה 29), מסכת גיטין, סימן ו, עמ' 82: "וזה [=ביטול התנאי על פי דברי הרא"ש הנ"ל] קשה מאוד, על פי מה שרגילים אנו לפרש בכל מקום דאמרינן 'איגלאי מילתא למפרע' [-התגלה הדבר למפרע], היינו שאח"כ

כיוצא בזה טוען הרב שקופ שגם התרת חכם את הנדר אינה מבררת שהנדר מעולם לא חל, אלא מהווה סיבה לעקירת הנדר למפרע. פעולה רטרואקטיבית אינה אפשרית במציאות הפיזית. אירועים שמתרחשים בהווה אינם יכולים להשפיע על העבר ולשנותו. לעומת זאת, בהקשר הנורמטיבי של עולם המשפט אין לכאורה מניעה מושגית, להכריז משיקולי צדק ותועלת, לומר שניתן לשנות את העבר, לעקור נדר למפרע או לקבוע שאישה מקודשת או מגורשת למפרע. אכן 'עקרון החוקיות' שולל חקיקה רטרואקטיבית בתחום הפלילי, אך הטעם לדבר מבוסס על שיקולי צדק ותועלת, ולא על מגבלה מושגית כלשהי. לעומת זאת התמונה משתנה לגמרי במסגרת החשיבה הנטרוליסטית. זו הרי מחילה את חוקי הטבע גם על התחום המשפטי, ומכאן מתעוררת הבעיה כיצד ייתכן שהחלות תחול לפני סיבתה. או במילים אחרות: כיצד ייתכן שסיבת החלות תפעל באופן רטרואקטיבי? דומה הדבר לבעייתיות שעורר הכלל 'גמא וידה באין כאחד'!

נתברר הענין שהיה מסופק אצלינו נוקדם. ולפי זה קיום התנאי וכטולו הוא רק לבורר אמיתות הענין בזמן הקודם, ואם כן אם לא קיימה אח"כ התנאי – נתברר שבזמן הקודם לא חלו הגירושין כלל, ואין יבטל ויתחדש עכשיו ענין חדש על-ידי מה שמבטל דבריו? ! וזה ענין נפלא מאוד". ובשערי ישר (לעיל הערה 7), שער החזקות, פרק ט, עמ' צו, הוא כותב: "דין התנאים שאדם מתנה ותולה תנאו באיזה מקרה, מוכח עפ"י ראיות חזקות שהמקרה העתידי פועל וגורם הדין למפרע [...] ונביא לדוגמא איזה פרטים מדיני התנאים, דהנה שיטת הרא"ש, הובא באבן העזר בטור סוף סימן קמג, ובמגרש על התנאי דמעכשיו, יכול לבטל את התנאי, וביאר שיטתו בתשובה, והוא כדין 'אתי דיבור ומבטל דיבור', שהענין כל זמן שהמקרה הגורם את הדין טרם בא, יכול אדם לבטל שלא יגרום המקרה העתידי, וככל עושה קנין לאחר שלושים דיכול לחזור שלא יחול הקניין [...] ומזה מוכח להדיא [=במפורש] דאין המקרה של קיום התנאי או ביטול התנאי גילוי מילתא למפרע ממש, אלא במה שאין מתקיים התנאי המקרה הזה גורם הדין למפרע, משום הכי [=כך] יכול להקדים קודם שגרום [=מקרה התנאי] לבטלה [את החלות] שלא יגרום [...] ומכל אלה מוכרח הדבר דמקרה העתידי גורם הדין למפרע".

יש לציין שההסבר שמציע הרב שקופ לדברי הרא"ש תלוי בזיהוי 'ברירת המחול' של החלות (ראו לענין זה בהמשך). במקרה שציינו בגוף הדברים נצטרך לומר שברירת המחול הייתה שהאישה מקודשת מעתה, והתנאי העתידי הוגדר על ידי הבעל כסיבת ביטול הקידושין למפרע. במקרה כזה סובר הרא"ש שכל זמן שלא אירע האירוע העתידי יכול המקדש לבטל את ההתניה, ובכך לנטרל כיבכול את האירוע העתידי מכוחו לבטל את החלות באופן רטרואקטיבי. לעומת זאת, אם ברירת המחול הייתה שהאישה אינה מקודשת והאירוע העתידי היה מוגדר כסיבת החלות למפרע – היו הדברים משתנים בהתאמה, והמקדש היה יכול לבטל את ההתניה ולומר שבכל מקרה האישה לא תהיה מקודשת, גם אם התנאי יתקיים בסופו של דבר.

מכוחן של תהיות אלה פיתח הרב שקופ מהלך פרשני חדש וטבע מושג חדש אותו כינה 'מכאן ולהבא למפרע'. לפי המהלך החדש, במקרים בהם מדובר במשפט התלמודי על תוצאה שחלה למפרע, אין הכוונה לשינוי העבר ממש, אלא לתוצאה שחלה 'מכאן ולהבא למפרע'. כך, למשל, התרת הנדר על ידי החכם אינה יכולה להפקיע את הנדר למפרע ולשנות בכך את העבר. התרת הנדר פועלת רק מכאן ולהבא למפרע: מכאן ולהבא היא משנה את ההסתכלות הנורמטיבית על אירועים שהתרחשו בעבר, ומכאן ולהבא אנו מסתכלים על הנדר כאילו נעקר למפרע. עקירת הנדר היא אפוא רטרופקטיבית, ולא רטרואקטיבית. גם לאחר התרת החכם נכון לומר שבעבר הנדר חל, והפרתו (בעבר) הייתה עבירה, וכי מוצדק היה (אז) להעניש את המפר על הפרת הנדר.⁴⁹ ואולם, משעה שהותר הנדר אנו דנים את הנודר כאילו מעולם לא נדר, ואם יובא היום לדין על הפרת הנדר בעבר – הוא יזוכה.

על פי המודל הרטרופקטיבי מנתח הרב שקופ גם את מקרה התנאי העתידי. אין בכוחו של קיום התנאי או ביטולו לשנות את העבר. קיום התנאי אינו גורם לחלוקתה של החלות למפרע, אלא רק 'מכאן ולהבא למפרע'. משעת קיום התנאי משתנה תמונת העבר מבחינה משפטית, ולכל הנפקויות הנורמטיביות אנו דנים כאילו החלות חלה או התבטלה בעבר, בהתאם לקיומו או אי קיומו של התנאי. כך אם האישה מקיימת את התנאי ונותנת לבעלה מאתיים זון, הרי שמכאן ואילך היא נחשבת למקודשת מרגע מעשה הקידושין, אבל אין בכך שינוי של העבר עצמו.⁵⁰

מודל זה מעורר את התהייה, מה היה מצבה של האישה ב'זמן אמת', בתקופת הביניים עד שהתקיים התנאי או שהתבטל? שאלה זו אינה מתעוררת לפי המודל הרטרואקטיבי, שכן על-פיו מצבה של האישה נקבע רטרואקטיבית

49 בכך מיישב הרב שקופ את השאלה: כיצד ניתן להעניש נזיר שעבר על נזירותו, הרי הנזיר יכול להישאל בעתיד על הנזירות, ואם חכם יתיר אותה הרי שהוא יעקור את הנזירות למפרע ויתברר שהנזיר לא עבר כל עבירה? לפי דברי הרב שקופ עקירת הנזירות אינה משנה את העבר, ו'בזמן אמת' הנזירות חלה, ולכן ענישתו באותו זמן מוצדקת (גם מנקודת מבט עכשווית לאחר עקירת הנזירות).

50 "וכעין זה [=כמו עקירת הנדר למפרע] הוא תנאי, דבאמת גם הסיבה דאחר-כך הוא פועל בהחלות, והא דחל מעיקרא היינו דלהנהגה דלהבא דיינינן כאילו חל למפרע" (מתוך שעורי הרב שקופ שנדפסו בספר הזכרון להגרות שמואלביץ, עמ' תכה (יוסף בוקסבוים עורך, הוצאת מוריה, ירושלים תש"ם)).

(בהתאם לקיום התנאי), וחוסר הבהירות שמאפיין את מצבה בתקופת הביניים אינו אלא ספק סובייקטיבי שנובע מחוסר ידיעה. כנגד זאת, במסגרת המודל הרטרוספקטיבי (מכאן ולהבא למפרע) לא ברור מהו מצבה של האישה באותה תקופת ביניים עד לקיומו או לאי-קיומו (=ביטול) של התנאי. האם היא מקודשת או פנויה? הרב שקופ מציין שאי אפשר לומר שקיום התנאי מהווה סיבה לקיום החלות ושביטול התנאי מהווה סיבה לביטול החלות, שכן בכל מצב עניינים בינארי, אחת משתי האפשרויות חייבת להיות בגדר 'ברירת מחדל' שאינה תלויה ב'סיבה' אלא ב'העדר הסיבה'.⁵¹ מכאן שיש לבחור בין שתי חלופות: או שברירת המחדל היא שהחלות אינה חלה וקיום התנאי מהווה סיבה לקיום החלות (מכאן ולהבא למפרע) או שברירת המחדל היא שהחלות חלה ואז ביטול התנאי מהווה סיבה לביטול החלות (מכאן ולהבא למפרע).⁵² בספרו הגדול 'שערי ישר' כותב הרב שקופ שהבחירה בין שתי

51 כך כותב הרב שקופ (הוא מתייחס לדוגמה של גירושין על תנאי): "ענין זה של תנאי הוא דבר נפלא, דאם נחליט שקיום ז'תנאי הוא הגורם שיחול הגט למפרע, בעל כורחינו עלינו להחליט דלשלילת חלות הגט אין צריך שום דבר לגרום. ואם נחליט להיפוך, דדבר העתיד לבוא גורם למפרע לבטל הגט, בעל כורחינו עלינו להחליט דלחלות הגט אין צריך שום גורם אחר בעתיד. וביסוד זה תלוי כל חלוקי הדעות המופלאות בדיני התנאים" (שערי ישר (לעיל הערה 7), שער החזקות, פרק ט, עמ' צו); "אם נחליט דלביטולו של גט גורם המקרה העתידי וגם לקיומו, זהו דבר שאי-אפשר, שזהו שני הפכים בנושא אחד" (שם, פרק י, עמ' צח). תלמידו, הרב עמיאל (לעיל הערה 43), מידה ב, אות א, עמ' לג, ניסח את הדברים כך: "פעמים רבות נופל הספק מהי הסיבה ומהו העדר הסיבה. ביחוד נופל הספק בשני דברים הסותרים זה את זה, שכזה, כמובן, אי-אפשר ששני הדברים יחד יודרשו לסיבות, אלא שבאופן שכזה רק צד אחד דרוש לסיבה והצד השני, הנגדי, כבר בא מהעדר הסיבה. וממילא יש להסתפק איזה צד מהם דרוש לסיבה כדי שנדע את הצד המתהווה מהעדר הסיבה".

52 שני הסברים חלופיים אלה בגדר פעולתו של התנאי מכונים בעולם הישיבות 'תנאי קיום' (קיום התנאי הוא סיבת קיום החלות) ו'תנאי ביטול' (ביטול התנאי הוא סיבת ביטולה של החלות), והם מזכירים במידה מסויימת את ההבחנה שבין 'תנאי מתלה' ל'תנאי מפסיק' בס' 27 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. לדיון בהבחנה אחרונה זו ראו דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ג 38 ואילך (תשס"ד). דניאל פרידמן פותח את הדיון באומרו: "ההבחנה בין תנאי מתלה לתנאי מפסיק היא לכאורה פשוטה. אפשר לגרוס שכאשר התנאי הוא מתלה, הרי כל עוד לא התממש – אין חוזה. לעומת זאת, כאשר התנאי הוא מפסיק – נקשר חוזה, ורק אם מתקיים התנאי החוזה פוקע. אך זאת רק לכאורה. למעשה העניין הרבה יותר מורכב". בהמשך הוא מציע ש"כאשר מדובר בתנאי מתלה שלא התקיים, יהא החוזה בטל מלכתחילה (למפרע) ואילו כאשר מדובר בתנאי מפסיק שהתקיים, יהא החוזה בטל רק מכאן ולהבא" (שם, בעמ' 39), ואולם הוא מפסק גם בפרשנות זו של ההבחנה.

האפשרויות הללו תלויה בקביעה של בעל התנאי. כך, למשל, המגרש את אשתו 'בתנאי שתתן לו מאתיים זוז' יכול לקבוע שברירת המחדל היא שהאישה מגורשת וביטול התנאי (=אם האישה לא תיתן לו מאתיים זוז) יביא לביטול הגירושין (מכאן ולהבא למפרע); לחילופין הוא יכול לקבוע שברירת המחדל היא שהאישה אינה מגורשת וקיום התנאי (=נתינת מאתיים זוז) הוא שיביא לחלות הגירושין (מכאן ולהבא למפרע).⁵³

לקביעת ברירת המחדל בזמן הביניים עשויות להיות השלכות הלכתיות. נעייך בדוגמה הבאה שנדונה בתלמוד: אדם יצא את ביתו לתקופה ארוכה, וכדי להבטיח שאשתו לא תיוותר אלמנה שזקוקה לייבום, גירש אותה מעכשיו כתנאי שלא ישוב לביתו בתוך י"ב חודש ("הרי זה גיטך מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חודש"). לימים התממש חששו, והוא נפטר בתוך התקופה האמורה. בעקבות מותו של הבעל ברור שתנאו יתקיים (הוא ודאי לא יחזור לביתו בתוך י"ב חודש...), ובכל זאת מעורר התלמוד את השאלה האם מותר לאישה להינשא מיד (שהרי היא גרושה ואינה צריכה ייבום), או שמא היא צריכה להמתין עד סוף התקופה כדי שהתנאי (שיהבעל לא ישוב לביתו בתוך י"ב חודש) יתקיים בפועל.⁵⁴ התלמוד אינו מכריע בשאלה, ואולם הרמב"ם אימץ את האפשרות השנייה ופסק שהאישה צריכה להמתין עד שיעברו י"ב

53 שערי ישר (לעיל הערה 7), שער החזקות, פרק ט, עמ' צח. אכן, במקום אחר נראה שהרב שקופ מאמץ מודל אחר, שלפיו חוקי התנאים כופים על הצדדים את ברירת המחדל, וקובעים שבכל תנאי ברירת המחדל היא של קיום החלות, וההתניה פועלת תמיד לביטול החלות במקרה שדרישת התנאי לא התקיימה. הדברים מופיעים בספר אבן ציון, שיעור בענייני ברירה מאת הרב שקופ, עמ' שצו-שצז (ירושלים תשמ"ז): "הנה בכל אופני תנאים מוכח להדיא [=בפירושו] מכל הראשונים ז"ל, שאין קיום התנאי גורם לקיום המעשה, רק להיפך, שביטול שם המעשה גורם מה שלא נתקיים אח"כ התנאי [...] אמנם נראה דהנה כל מעשה בני אדם בקנינים אנו חושבים כאילו האדם עושה כל הענין שיוכנס הדבר לרשות חבירו, ואיך שייך לומר שהתנה שאם לא ילך חבירו למקום פלוני לא יהא הסיבה של עכשיו כלום, כי דבר זה לא יצויר בשום אופן; רק חידוש הוא שחידשה תורה בדיני תנאים, שאם התנה בכך – שלא יועילו מעשיו רק כתנאי דמהני [=שמועיל]. ונמצא דבאמת הסיבה הגורמת לחול הקנין הוא המעשה הקדום [=שנעשה בשעת ההתניה], כי לא היה קודם שום חיסרון וגירעון על-ידי התנאי, דהתורה לא חידשה רק [=אלא] שאם לא יהא לבסוף כפי רצונו שלא יהני [=יועיל] המעשה, אבל אם נתקיים התנאי – בכהאי גוונא [=בכגון זה] לא חידשה התורה כלום, ונשאר הענין כפי כוח המעשה דמעיקרא".

54 בבלי, גיטין עו, ע"ב, וראו תוספות ד"ה 'דהא' שפירשו שהטעם לדרוש את קיום התנאי בפועל אינו מעיקר הדין אלא משום גזירה.

חודש, ורק אז תוכל להינשא.⁵⁵ לפי המודל הרטרואקטיבי הקלאסי פסיקה זו תמוהה. מדוע צריך שהתנאי יתקיים בפועל, ואין די בכך שאנחנו יודעים כבר עכשיו שהוא עומד להתקיים? הרי עם קיום התנאי תהיה האישה מגורשת רטרואקטיבית מרגע נתינת הגט, כלומר עתה היא כבר מגורשת!⁵⁶ לפי המודל הרטרואקטיבי, לעומת זאת, פסיקה זו יכולה להיות מובנת אם נניח שהצדדים קבעו ביניהם שכרירת המחדל היא שהאישה אינה מגורשת, ורק קיומו של התנאי בפועל ('אי ביאה בתוך י"ב חודש') יהיה סיבה לחלות הגירושין מכאן ולהבא למפרע. במקרה הזה האישה אינה מגורשת עד שיתקיים התנאי, וכשבעלה נפטר בתוך התקופה היא נחשבת לאלמנה (שזקוקה לייבום ואסורה להינשא לאחר). רק משעת קיום התנאי (בתום התקופה של י"ב חודש) היא נחשבת לגרושה מזמן נתינת הגט, אך גם קיום התנאי אינו משנה את מצבה בתקופת הביניים באופן רטרואקטיבי.

הרב שקופ הציע מודל נוסף לדרך פעולתם של תנאים עתידיים. מודל זה קשור בהבנה חדשה בדבר טיבם של מצבי ספק משפטיים, ומבוסס גם הוא על ההנחה הרטרואקטיבית בדבר תחולתן של חלויות 'מכאן ולהבא למפרע'. לעיל ציינו שמצבה של החלות בתקופת הביניים, עד לקיומו או לביטולו של התנאי העתידי, הוא בינארי: או שהחלות חלה או שהיא אינה חלה. השאלה הייתה רק מהי ברירת המחדל ומהי ההשתנות שנעשית מכוחו של קיום התנאי או ביטולו. והנה, במקום אחר מעלה הרב שקופ אפשרות שלישית לגבי מצבה של החלות בתקופת הביניים: עד לקיום התנאי או ביטולו חלה חלות 'חלשה' (או 'קלושה'). מושג זה של 'חלות חלשה' הוא חידוש של הרב שקופ, אשר למעשה הופך את מצב הספק ממצב סובייקטיבי של חוסר ידיעה למצב אובייקטיבי של 'חלות חלשה'. נחזור לדוגמת האישה שבעלה גירש אותה

55 משנה תורה, הלכות גירושין, פרק ט, הלכה יא: "הרי זה גיטיך מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד שנים עשר חודש" [...] מת בתוך שנים עשר חודש, אע"פ שאי-אפשר שיבוא והרי היא מגורשת, לא תנשא במקום יבם [=כלומר במקרה שהיא זקוקה ליבום, כדין אלמנה שבעלה מת ללא ילדים] עד אחר שנים עשר חדש כשיתקיים התנאי". וראו מגיד משנה, גירושין, פרק ת, הלכה כב, שמצטט את הלכת הרמב"ם הג"ל וכותב: "מתבאר מזה שאע"פ שאי-אפשר שיתקיים התנאי בשום פנים, דכיון שמת ודאי לא יבוא, אעפ"כ אינה מותרת ואין מחזיקין אותה בגרושה עד שיהיה מקויים בפועל [...] וזה דקדוק נפלא מורה על שכל רבינו [הרמב"ם]".

56 ראו שערי ישר (לעיל הערה 7), שער ב, פרק י, עמ' צו; וכן בחדושי רבי שמעון יהודא הכהן, מסכת גטין, סימן ו (לעיל הערה 48).

מעכשיו 'אם לא אבוא בתוך י"ב חודש'. הרב שקופ פותח בכך שמבחינה מעשית מצבה של האישה בתקופת הביניים הוא של ספק-מגורשת, שהרי בתקופה זו לא ידוע עדיין אם התנאי יתקיים או לא. משום כך אסור לאישה להינשא בתקופת הביניים, מהחשש שמא בעלה יחזור בתוך י"ב חודש, ואז יתברר 'מכאן ולהבא למפרע' שהיא עדיין נשואה ובנה מבעלה השני ממזר. הרב שקופ טוען שספק-גירושין זה אינו ספק סובייקטיבי שנובע מחסרון ידיעה מהו מצבה של האישה לאשורו, אלא 'ספק אובייקטיבי', כלומר באמצעות התנאי יצר הבעל מצב שבו במשך י"ב החודשים הראשונים האישה תהיה במצב ודאי של 'ספק מגורשת', כלומר במצב של 'גירושין קלושים'.⁵⁷

57 עצם הביטוי 'גירושין קלושים' משקף חשיבה נטורליסטית, לפחות ברובד הלשוני. ההלכה העיקרית שהרב שקופ מתבסס עליה כדי להוכיח קיומם של 'גירושין קלושים' כמושג אובייקטיבי שאינו נובע מחוסר ידיעה, היא ההלכה התלמודית בעניין המקדש אישה אחת מתוך חמש נשים, שכולן אסורות מספק. הרב שקופ טוען שהספק במקרה זה אינו נובע מחוסר ידיעה למי התכוון המקדש, שכן גם הוא עצמו לא התכוון לאישה מסוימת מתוך החמש (שאם כן היה נאמן לומר למי התכוון). ואם כך אי-אפשר לומר שאישה אחת מקודשת בודאות אלא שאנו מסופקים מי היא, שכן "איך נתקדשה אישה אחת שנאמר שהיא מקודשת גמורה ולא השניה? מי הטיל עליה דוקא ענין הקדושין? האם מן השמים הקנו לה? במה פשעה האחת יותר מן השניה שעליה יחול ענין הקדושין? וזה דבר מבהיל הרעיון" (חרושי רבי שמעון יהודא הכהן, שם). ומכאן הוא מתרשע שבמקרה זה "נעשה קנין וזכות על כל [חמש] הנשים, שמיחדות כולן לו בדרך ספק, כמו שאם הייתה אחת מקודשת לו ונתערבה שהיינו מסופקים, כמו כן על דרך זה נעשו הקדושין הכא לכתחילה". כלומר, מצבי הספק הסובייקטיביים יצרו קטיגוריה הלכתית חדשה, שניתן להחיל אותה לכתחילה כמעין מצב של ספק אובייקטיבי.

הרב שקופ חוזר על הדברים בשערי ישר (לעיל הערה 7), שער ג, פרק כב, עמ' רמב, ובין השאר הוא כותב: "דהנה במקדש אשה אחת מחמש נשים, שלא בירר המקדש והמתקדשת מי מהן תהיה מיוחדת לקידושין, איך אפשר לומר דבמציאות האמיתית נתייחדה אשה מיוחדת לקידושין, מאיזה טעם וסיבה ייחדו מן השמים אשה מיוחדת שתהא היא המקודשת והמיוחדת יותר משאר הנשים? אלא נראה יותר לומר, דכל כהאי גוונא גם במציאות האמיתית לא נתייחדה אשה מיוחדת לקידושין [...] והא דאמרין דכל חדא אסורה מחמת ספק, אינו כשאר ספיקות דעלמא דתורת הספק הוא שמא זה הוא הודאי במציאות [...] דגם קמי שמיא לא גליא שאחת ודאי איסור והשאר ודאי היתר, דבמציאות האמיתית גם כן כולן שווים המה ואין הבדל בין זו לזו".

המושג של 'ספק אובייקטיבי' בהקשרים אלה הוא מושג חדש, שלמיטב ידיעתי לא נזכר לפני הרב שקופ. אמנם, יש מצבים הלכתיים שמוגדרים כמצבי ספק אובייקטיבי, כגון 'בין השמשות' שהוא ספק יום ספק לילה, אך לא 'חלויות'. ואגב, ייתכן שיש למצוא דמיון מסויים לרעיון זה בעקרון אי-הוודאות של הייזנברג (שנוסח בשנת 1927), שמדבר על אי-וודאות מהותית ואובייקטיבית ביחס למיקומו ולמהירותו של האלקטרון, שאינו נובע מחוסר ידיעה של הסובייקט.

קיום התנאי, או ביטולו, קובע אפוא מכאן ולהבא את מצבה של האישה למפרע. על-פי מהלך זה צריך 'סיבה חיובית' (קיום התנאי או ביטולו) גם לקיום מלא של הגט וגם לביטולו המלא, כאשר ברירת המחדל היא מצב של 'ספק גירושין'.⁵⁸ מכאן מסביר הרב: שקופ את פסיקת הרמב"ם שהזכרנו לעיל, וטוען שעד לקיום התנאי או ביטולו האישה נמצאת במצב של ספק-גירושין, שהם גירושין קלושים, ולכן היא צריכה להמתין עד שיעברו י"ב חודש, כדי שגירושה יהפכו 'מכאן ולהבא למפרע' לגירושין גמורים.⁵⁹

הרב מיכאל אברהם (לעיל הערה 37), 76-77, דן בשיטת הרב שקופ בסוגיה זו, ומבין שבתקופת הביניים, עד קיום התנאי או ביטולו, האישה היא במצב של 'נשואה ומגורשת גם יחד'. על-פי הבנה זו הוא כותב בהמשך שמהלך זה מעורר קושי "ברוכד הלוגי: איך אישה יכולה להיות גרושה ולא גרושה בו זמנית. עקפנו בעיה שהיא ספק פיזיקלית ספק לוגית (סיבתיות הפוכה בציר הזמן), אולם שילמנו על כך בבעייתיות לוגית בעליל (מציאות שני הפכים בנושא אחד), שהיא כמובן חמורה הרבה יותר". דומני שקושי זה יפתר אם נניח ש'קידושין קלושים' (וגירושין קלושים) אינם מצב של 'גם נשואה וגם גרושה' אלא מצב של ספק אובייקטיבי.

58 חרושי רבי שמעון יהודא הכהן (לעיל הערה 29), מסכת גיטין, סימן ו, עמ' 83: "דענין תנאי בקנינים ובקדושין אינו כפי פשוטו, שאנו רגילים לפרש שהוא בירור המציאות בעבר, היינו שבקיום התנאי אנו יודעים שכבר נתקיים המעשה וכשלא נתקיים התנאי הוא התגלות בעבר שלא חל מעולם, אלא כיון שרוצה שאם יקויים התנאי תהיה מקודשת מעכשיו, ולהיפך [=אם לא יקויים התנאי] תהיה כפנויה, הרי רוצה שיהיה מעכשיו עד קיום התנאי בספק מקודשת ומגורשת. וכל היכי שעושה מתחילה על צד הספק, הוא קנין וזכות או עשיית איסור באופן שיהיה מעשה כזה על צד הספק. באופן דלפי זה ענין התנאי שעושה קדושין או גירושין שיהיה מעכשיו רק קדושין וגירושין קלושים, כדין הספק, וכשקויים התנאי אז יגמרו לגמרי, וכשלא יקויים – יבטלו לגמרי".

הרב מיכאל אברהם (לעיל הערה 37), 76 בהערה 8, עומד על השינוי בתפישתו של הרב שקופ בסוגיית התנאים, וטוען שהוא מייצג "התפתחות רציפה, ולא סתירתית, בפרשנותו של ר' שמעון. בשער ב הנ"ל [=שערי ישר (לעיל הערה 7)], שער ב, פרק ט-י] הוא טוען שהתנאי הוא הגורם שיוצר את החלות, ולא כפי שנהוג להבין שהוא רק מגלה למפרע האם המעשה יצר אותה. בקונטרס התנאים שנכתב אחרי שערי-ישר, הוא מתקדם הלאה וטוען (טענה שניתן לומר אותה רק על בסיס התפיסה שבשערי-ישר) שהמצב עד קיום התנאי הוא כעין ספק". אינני יודע מניין לרב אברהם שקונטרס התנאים נכתב לאחר שערי-ישר, ולכאורה נראה שסדר הכתיבה היה דווקא הפוך, שכן כמעט כל החומר שנדפס בחידושי הרב שקופ על ה"ש"ס הוא מתקופת טלז, שקדמה ככשלושים שנה לעריכתו ולפרסומו של שערי ישר בשנת 1928.

59 חרושי רבי שמעון יהודא הכהן (לעיל הערה 29), מסכת גיטין, סימן ו, עמ' 83-84 (ובדומה, מסכת כתובות, סימן א): "והא דקיימא לן [שמקובל עלינו] שדנים בקיום התנאי ובביטולו, לכל דיני אישות למפרע [=באופן רטרואקטיבי], כמו לענין ממזר [=שאם נולד לאישה שהתברר שלא הייתה גרושה בן מאיש אחר הוא יחשב ממזר למפרע], אף דלדברינו קודם הידיעה לא פעלו הקידושין והגירושין רק על צד הספק –

הדוגמאות שראינו עד כה עסקו בשאלת תחולתן של 'חלויות' שונות למפרע, בין אם מדובר בחלות נדר, בין אם מדובר בקידושין על תנאי, וההבחנה של הרב שקופ בין הרטוראקטיביות (למפרע) לרטורוספקטיביות (מכאן ולהבא למפרע) נבעה להבנתי משיקולים נטורליסטיים. במקומות אחרים מרחיב הרב שקופ את ההבחנה גם ביחס לחלותם של כללי-התנהגות למפרע, אך בהקשר זה ההבחנה בין רטוראקטיביות לרטורוספקטיביות נובעת משיקולים אחרים. נבהיר את הדברים.

ניטול למשל מצב של ספק ממוני, שבו כלל הספק קובע שהממון המסופק (חפץ כלשהו) שייך לפלוני. לאחר זמן התברר הספק ונודע בוודאות שהחפץ איננו של אותו פלוני אלא של אלמוני. האם הוברר עתה שפלוני עבר (בשוגג) על איסור גזל? תשובתו של הרב שקופ היא שלילית, וכך הוא כותב:

אבל גם לאחר שמתברר [=שהחפץ איננו שלו] אינו בטל [=לא בטלה] זכותו למפרע, דהרי מכל מקום מעיקרא [=מראש] לא היה ידוע, והיה אז הדין להתנהג כן. ואף דמסתבר לומר דלאחר הבירור מחוייב לשלם מה שנהנה או חסר מן הדבר, אם נתברר שהדבר אינו שלו, אבל גם דין זה אינו כמו שנתגלה הדבר למפרע שבטעות היתה הנהגה זו, אלא שדין זה של תשלומים גם כן חל מכאן ולהבא לשלם בעד שנהנה מעיקרא. והרבה עניינים כיוצא בזה מצינו בש"ס, דאמרינן שחל למפרע, ובאמת הוא הענין שמכאן ולהבא חל הדין לדון למפרע.⁶⁰

זהו מכללות גזירת התורה לדון בכל דבר כפי הידיעה של עכשיו [...] ונמצא דגם דיני ממזרות הם גם-כן התחדשות דינים אח"כ, היינו דמקודם לא היה עליו רק דין ספק ממזר, ורק אח"כ נעשה ממזר גמור או כשר גמור. ולפי זה כל דיני למפרע אינו בירור בלעבר, רק התחדשות גמורה לדון בלהבא כמו באופן שהיתה לנו ידיעה מכבר [...] ובוזה נוכל להבין שיטת הרמב"ם ז"ל, שסבירא ליה דצריך קיום התנאי ובטולו בפועל, והוא דכיון שכל תנאי אינו פועל שיוגמר הדבר למפרע, רק בהתחדשות של להבא, היינו דמקיום התנאי ואילך נגמר הדבר, רק שדינו אז לדון כמגורשת כבר, אבל באמת אינו גילוי מילהא במציאות הזמן שעבר, דנימא [=שנאמר] שאז חסרה לנו רק ידיעת המציאות של עכשיו, אלא שהתנאי בקיומו מחדש ענין גמר הגט. ולפי זה יש לומר במתנה 'על מנת שלא אבוא עד י"ב חודש' ומת בתוך י"ב חודש, אף שעכשיו נתברר הדבר שודאי לא יקיים התנאי, אבל מכיון שמראשית עשיית המעשה לא היה עומד לך, רק שיהיה בירור בזמן שיבוא הי"ב חודש [=אחר שיעברו י"ב חודש], ומשום הכי הוה כמו שיור מצד המקדש [=היינו שלתקופה זו גירש אותה בגירושי ספק שהם גירושין חלשים, ובזמן אמת היא עדיין ספק נשואה, ולכן צריכה חליצה]".

60 שער ישר (לעיל הערה 7), שער ה, פרק י, עמ' לח.

הרב שקופ אינו עוסק כאן בשאלת 'חלות הקניין' (הבעלות) בעבר, שכן מקרה זה נופל בגדר הסוג הראשון של 'למפרע' שדיברנו עליו בתחילתו של סעיף זה: הספק אמנם מתברר בעתיד, אך בירור זה אינו סיבת הדין. סיבת הדין התקיימה כבר בעבר בזמן האמת, ואין כל מניעה נטורליסטית לומר שעתה הוכרר הדבר למפרע שהחפץ מעולם לא היה שייך לאותו פלוני. כאן עוסק הרב שקופ בשאלת כללי ההתנהגות שחלו בעבר, והוא טוען שגם אם הוכרר עתה למפרע שהחפץ היה של פלוני ולא של אלמוני כפי שחשבנו עד-כה, אין זה משנה את העובדה שבעבר, בזמן אמת, חלו כללי הספק שהתירו לו לאותו אלמוני לנהוג בחפץ כבשלו, וכשפעל על-פיהם פעל כראוי. גם מנקודת המבט שבעתיד לא נאמר שאותו פלוני הפר כלל התנהגות כלשהו בעבר. רק לעניין כל השאלות המשפטיות שיתעוררו מכאן ולהבא, אנו מניחים את תמונת המצב החדשה שלפיה החפץ מעולם לא היה שייך לפלוני. מהלך זה אינו נובע מגישה נטורליסטית, אלא מניתוח משמעותם של 'כללי התנהגות' שאמורים לכוון התנהגות, ולכן הם חלים תמיד בהתאם למצב הידיעה הסובייקטיבית של הנמען.⁶¹

נסכם את העולה מהמקובץ עד כה. החשיבה הרטרואספקטיבית המשתקפת במונח 'מכאן ולהבא למפרע' מניחה שאי אפשר להחיל חלות משפטית באופן רטרואקטיבי, מפני שהדבר מנוגד לעקרון קדימותה של הסיבה למסובב. הנחה זו נובעת מתפישה אונטולוגית של חלריות משפטיות ומתפישה נטורליסטית המחילה על ה'מציאות המשפטית' את החוקיות המוכרת מהעולם הפיזי. בעולם הפיזי אי-אפשר לשנות את העבר, ועל-פי התפישה הנטורליסטית כך הוא גם ב'עולם' החלריות ההלכתיות. שינוי העבר יכול להיעשות רק בתודעה האנושית ובעולם הנורמטיבי. ניתן לשנות את תמונת העבר, את הדרך שבה נתייחס לעבר, ובהתאם ניתן לקבוע כללי התנהגות שיתבססו על תמונה חדשה

61 דוגמה אחרת להבחנה זו קשורה בהלכות ספיקות. נניח שכלל ההתנהגות ההלכתי קובע שמותר לאכול ספק איסור במצב מסויים. אדם נהג על פי הכלל האמור ואכל ספק-איסור, והנה התברר הדבר מאוחר יותר שהבשר היה אסור. האם נאמר שעתה הוכרר לנו שכלל ההתנהגות המקל היה מוטעה והכלל הנכון שחל בזמן אמת קבע שאסור לאכול את הבשר, ואם כן אותו אדם הפר (בשוגג) את הכלל שחל עליו באותה שעה? שוב, לפי הרב שקופ החשובה היא שלילית. כלל ההתנהגות התיר לאדם לאכול את הבשר, וגם אם עכשיו נודע לנו שהיה בכך מעשה-אסור (הוא אכל בשר אסור), אין זה משנה למפרע את 'כלל ההתנהגות' שחל באותו זמן.

של העבר. תפישה שמשוחררת מנטורליזם משפטי, לעומת זאת, יכולה הייתה לטעון שגם אם במציאות הפיזית אי-אפשר לשנות את העבר, אין כל מניעה לעשות זאת בעולם המשפטי שהוא עולם וירטואלי, ולקבוע שנדר שהותר על ידי חכם פקע למפרע ומעולם לא חל, שהרי מושג הנדר כולו אינו מציאות אונטולוגית הכפופה למגבלות הזמן וקדימות הסיבה למסובב; וכיוצא בזה בקידושין וגירושין ושאר חלויות. ואולם, הרב שקופ אינו מקבל זאת. לדידו הנדר הוא מציאות אונטולוגית שהתקיימה בעבר, ואי-אפשר לשנותה ולבטלה באופן רטרואקטיבי. החכם יכול לעקור את הנדר רק מכאן ולהבא, ומה שאמרו שהנדר נעקר למפרע משמעותו היא שלעניין הגדרת כללי ההתנהגות מכאן ולהבא אנו דנים את מצב העניינים בעבר כאילו הנדר נעקר למפרע. מהלך נטורליסטי דומה נמצא, באופן מפתיע אולי, בפסק דין של השופט מישאל חשין אשר עסק בחקיקה רטרואקטיבית, ובו כתב חשין את הדברים הבאים:

את העבר אין ביכולתנו לשנות (כך הוא, למגינת ליבם של אחדים ולשמחת-לב אחרים). מעשים שהיו – היו, מחדלים שנחדלו – נחדלו, מאורעות שאירעו – אירעו, נדרים שננדרו – ננדרו, נדרים שהופרו – הופרו. כל אלה כמו קפאו על מקומם והיו לנציבים, ואת הנעשה אין להשיב. אין בכוחנו אלא לתאר ולתעד דברים שהיו – או שלא היו – ולשנותם לא נוכל.

כך בעולם הגשמי וכך בעולם הנורמות, בעולם שבראנו אנו והוא פרי רוחו של האדם. נורמות שהיו בעבר – ובהן עקרונות-משפט וכללי-משפט – לא נוכל לשנותן לעבר: מה שהיה היה ומה שלא היה לא היה. עוולה שנעשתה לא נוכל לכחד כי נעשתה, וטקס נישואין שהוכר על-פי דין כיוצר קשר בין בני-זוג יישאר כקשר שהוכר בעבר. עד שנגיע לעשיית צדק עלינו לומר אמת, ואמת שבעבר היא אחת (גם אם קשה לרדת לחקרה) [...]

מה היא אפוא נורמה רטרואקטיבית, ומה הוא חוק החל מלמפרע? האם אין בכוחם של אלה לשנות את העבר, ולו בעולם הנורמות? [...] תשובתנו לשאלה היא בשלילה. וכך נאמר: פירושה של נורמה האומרת להחיל עצמה מלמפרע הוא זה, שהחל ביום תחילתה של נורמה – ולעתיד – לא עוד נשפוט דברים מן העבר לפי הנורמות שחלו עליהם

בעיתם, אלא כפי שתורה אותנו אותה נורמה. אמת נכון הדבר: דברים שהיו בעבר לא נוכל לשנות; גם נורמות שהיו בעבר לא נוכל לשנות, אם בתיבה 'לשנות' הכוונה היא לשינוי אמת שהיתה בזמנה; ואולם נוכל-גם-נוכל לקבוע כי בעתיד נחיל על מעשי-עבר לא נורמות שהיו בעת-מעשה – בלשונונו כיום: לא אותן נורמות ששררו 'בזמן אמת' – אלא נורמה חדשה האומרת להאפיל על קודמותיה. כל הנורמות כולן הן פרוספקטיביות – על-פי עצם הגדרתן – צופות הן פני-עתיד, אך יש מהן שהן צופות אף פני עבר לעניין תחולתן בעתיד על מעשים או על מחדלים של עבר [...] בניסוח אחר ניתן לומר, כי נורמות האומרות לשנות לעבר נורמות-של-עבר, אינן כלל בנות פועל תחיקתי; הואיל והעבר קפא והוא מסויים וידוע, נורמות מעין אלו אינן 'נורמות' אלא קרובין של הוראות אינדיבידואליות [...] מטעם זה, בין השאר, אני מעדיף לכנות נורמות אלו הצופות פני-עבר כנורמות רטרואקטיביות ולא כנורמות רטרואקטיביות, שהרי המושג אקטיביות יפה לעתיד אך לא לעבר.⁶²

בדומה לרב שקופ שולל גם השופט חשין את האפשרות שחקיקה תפעל באופן רטרואקטיבי, מפני שמשמעותה של אפשרות כזו היא שינוי העבר, בעוד שה'אמת' של העבר היא אחת גם כשמדובר בתחום הנורמטיבי שהוא 'פרי רוחו של האדם'. מכאן הוא מציע שהחקיקה יכולה להיות רק רטרואקטיבית, כלומר היא מורה לנו לשנות מכאן ואילך את הסתכלותנו על העבר, ולהכריע בכל עניין משפטי שיתעורר מכאן ואילך על פי ה'הסתכלות' החדשה. זו ממש ההבחנה של הרב שקופ בין 'למפרע' לבין 'מכאן ולהבא למפרע'. השיקולים שמעלה חשין כשהוא שולל את הרטרואקטיביות המשפטית נראים, לפחות מבחינה רטורית, כשיקולים נטורליסטיים, ואולם אין הם עולים בקנה אחד עם ההדגשה של חשין עצמו שעולם הנורמות נוצר על ידי בני אדם, ומכאן שהוא אינו צריך להיות כפוף למגבלת הרטרואקטיביות שמוכרת לנו מהעולם הפיזי הממשי. כמו כן, חסרה בדברי חשין ההבחנה שעשינו בין בעיית תחולתם הרטרואקטיבית של כללי התנהגות לבין בעיית תחולתן הרטרואקטיבית של 'חלויות משפטיות' (כמו, למשל, בעיית הרטרואקטיביות בדוגמה שהוא מזכיר בעניין תקפותו או אי-תקפותו של

62 ע"פ 4912/91 תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מת(1) 581, 619-620 (1993).

טקס נישואין שנעשה בעבר). כללי ההתנהגות באים לכוון התנהגות, והחלחם באופן רטרואקטיבי אכן מעוררת קושי מושגי, ללא כל קשר להנחות נטורליסטיות, שכן הכוונת ההתנהגות היא אפקטיבית רק מכאן ולהבא. לפיכך צודקים דברי חשין ביחס לחקיקה רטרואקטיבית שתוכנה הוא הכוונת התנהגות. כנגד זאת, כאשר מדובר על 'חליות משפטיות' שאינן 'כללי התנהגות', אין לכאורה קושי מושגי בטענה של תחולה רטרואקטיבית, אלא אם כן מחזיקים בגישה נטורליסטית חזקה, וספק גדול בעיניי אם אכן חשין היה רוצה להתחייב לגישה כזו. כאמור לעיל, אם אנו מניחים שינישואין הם סטטוס משפטי שמוגדר ונוצר על ידי המשפט, אין כל מניעה לומר שמצבה של אישה נשואה השתנה באופן רטרואקטיבי, ומעתה נקבע שהיא מעולם לא הייתה נשואה.⁶³

63 תפישתו זו של השופט חשין באה לידי מבחן נוסף במקרה מאוחר יותר, בו קבע שאי-אפשר לקבל את הטענה ששחרורו מצה"ל של רב-אלוף מופז הוקדם רטרואקטיבית לעניין חישוב תקופת הצינון הנדרשת כדי להיבחר להבר-כנסת. פרשה זו יכולה להמחיש את הבעייתיות שהצבענו עליה בגישתו של חשין. מעשה שהיה כך היה. ביום 11.8.2002 ביקש מופז לפרוש מצה"ל, לאחר תקופה של 'חופשת שחרור'. בעת השחרור הוצע לו להקדים את שחרורו רטרואקטיבית ליום 31.7.2002 משיקולים של חישובי מס, ואף נאמר לו שיפרישה רטרואקטיבית' כזו מקובלת ומותרת ונעשית כדבר שבשגרה. אירע המקרה, שימים אלה הפכו להיות קריטיים בחישוב תקופת ששת חודשי הצינון שנדרשו על-פי חוק כתנאי לכשירותו של מופז להיבחר כחבר כנסת בבחירות שנערכו בשנת 2003. בהחלטה פ"מ 13/16 של יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, "החלטת השופט בעניין שאול מופז, מועמד בבחירות לכנסת השש-עשרה" (25.12.2002), מצטט השופט חשין את דברי עצמו בעניין תלמי (לעיל הערה 62), וכותב בין השאר שמסקנתו היא: "כי מר מופז חדל מהיותו קצין בצבא – מכל מקום: לעניינם של חוק היסוד ושל חוק הבחירות – ביום 11.8.02, ולא בכל יום אחר. עד אותו יום היה מר מופז קצין בצבא; באותו יום ביקש מר מופז להשתחרר משירותו בצבא; ולא ידעתי כיצד ניתן לומר כי מר מופז 'חדל' מהיותו קצין בצבא ביום קודם ליום 11.8.02, קרא: ביום 31.7.02 או ביום 9.7.02. לו נשאל רא"ל מופז ביום 11.7.02 (יומיים לאחר סיום כהונתו כרמטכ"ל), או ביום 9.8.02 (יומיים לפני שביקש לסיים את שירותו בצה"ל), אם קצין בצבא הוא, אין ספק כי תשובתו היתה: אכן, אני קצין בצבא (בדרגת רב-אלוף) בחופשת שחרור. תשובה זו היתה ניתנת אותה עת גם בידי הדין, וזו היא התשובה – תשובה אחת ויחידה – העשויה להינתן גם כהיום הזה לגבי אותם ימים. ואם זו היא התשובה – ותשובה אחרת לא ידעתי – ממילא לא ניתן היה לקבוע אחרת ביום, היום שבו שוחרר מר מופז משירותו הלכה למעשה [...] אנו כולנו, בני אדם אנו, ואין בכוחנו לשנות את העבר [...] אכן, בעולם הנורמטיבי בכוחנו לחולל פלאות ונוכל (כביכול) לעשות בו כאוות-נפשנו, ואולם שומה עלינו להבין ולידע מה עושים אנו. מהו אפוא פירושה של נורמה האומרת להחיל עצמה מלמפרע? אמרנו

ד. עוד על מוסד התנאי

דוגמה נוספת לחשיבה הנטורליסטית מצויה בדיון אחר של הרב שקופ בעניין הבנת דרכי פעולתם של תנאים. במשפט הכללי נתפש התנאי כמושג בסיסי ואינטואיטיבי בדיני חוזים. ההנחה היא שהחווה מבוססת על רצונם של המתקשרים, ואלו מבטאים את רצוננו באמצעות תנאים שונים. כך למשל קבלן שמתנה את עסקת רכישת המקרקעין בכך שיקבל אישור לבנות על הקרקע, מגדיר במדויק את הרצון שלו לביצוע העסקה ומסייג בהתאם את תוצאותיה המשפטיות של הפעולה שהוא מבצע. התנאי משמש כמכשיר יעיל ביותר, שבו מבטיחים המתקשרים בחוזה את האינטרסים שלהם מראש.

על-כך בפרשת תלמי [...] אשר להקדמת שיחרורו של מר מופז משירותו בצבא, נאמר זאת: גם אם לצורכי הישוב גימלאות, כפי שהסבירה לנו אל"ם זרצקי, ראו הרשויות 'להקדים' את השיחרור מצה"ל - לצורכי הישוב גימלאות נעשה דבר; לצורך זה ולא לכל צורך אחר. בוודאי שלא לעניין חוק היסוד או חוק הבחירות. ואין חולקים כי לא היה זה כלל בסמכותה של אל"ם זרצקי - לא בסמכותה ולא בכוחה - להכניס את רא"ל (מיל') מופז למכונת-הפלא או למינהרת-הפלא השולחת אדם אל העבר. לעניינם של חוק היסוד ושל חוק הבחירות חדל רא"ל (מיל') מופז ביום 11.8.02 מהיותו קצין בצבא, והישוב פשוט יעלה - לפי כל לוח זמין - כי לא חלפו שישה חודשים מאז חדל מהיותו קצין בצבא ועד ליום המיועד להיותו יום הבחירות".

שאלת היותו של מופז חייל בצה"ל היא שאלה של סטאטוס ולא של תחולה למפרע של כלל התנהגות. מה הבעיה לומר שהסטטוס שלו השתנה באופן רטרואקטיבי? האם היותו של מופז 'קצין בצבא' היא מציאות פיזית שאי אפשר לשנותה למפרע? מדוע אין "בכוחה" של אל"ם זרצקי לשנות את העבר הנורמטיבי? ומדוע יש צורך ב"מכונת פלא" שתשלח את מופז לעבר, לצורך שינוי רטרואקטיבי של הסטאטוס שלו? זאת ועוד, מדבריו של חשין עולה כי מושג הרטרופקטיביות שהוא מאמץ חלש יותר מהמושג 'מכאן ולהבא למפרע' של הרב שקופ. הרי לפי המודל של הרב שקופ ניתן לומר שאכן פרישתו של מופז מצה"ל למפרע לא שינתה את העבר, ולכן אילו היה מופז נשאל בעבר אם הוא משרת בצה"ל והיה משיב בחיוב, הייתה זו תשובה נכונה ואמיתית גם מנקודת המבט העכשווית, לאחר שהקדים את שיחרורו למפרע. ואולם, היה טוען הרב שקופ, מעתה ואילך, בכל הנוגע לכל שאלה נורמטיבית נוכל להסתכל על העבר באופן שונה, כאילו השתחרר מופז כבר ביום 31.7.02, ולפיכך הוא יכול להשתתף בבחירות. אכן, ניתן היה להגן על תוצאת פסק הדין של חשין מתוך בחינת הרציונל של דרישת תקופת הצינון שנקבעה בחוק. ייתכן שבחינה כזו הייתה מלמדת שהגורם הקובע לעניין זה אינו הסטאטוס הצבאי של המועמד לבחירות אלא חודעתו הסובייקטיבית של המועמד, או אולי מראית פני הדברים בעיני הציבור, ומשום כך שיחרורו רטרואקטיבי אכן אינו אפקטיבי. ואולם הגימוקים שנותן חשין להחלטתו אינם אלה, אלא שיקולים שמנוסחים כמגבלות מושגיות הנוטות לכיוון הנטורליסטי.

על רקע זה מעניין לראות שעצם מושג התנאי נראה לרב שקופ בעייתי מבחינה מושגית (מעבר לבעיית הרטרואקטיביות שנדונה לעיל), וזאת למרות שמדובר במושג בסיסי ביותר גם בחשיבה ההלכתית. כאן נכנסת שוב החשיבה הנטורליסטית לתמונה. כאמור, הנטורליסטיקה המשפטית מחילה על עולם המשפט תבניות וסטרוקטורות שלקוחות מהעולם הפיזי, ואכן מנקודת מבט כזו קשה מאוד להגן על עצם מושג התנאי, שכן אין לו מקבילה במציאות הפיזית! במציאות הפיזית אי-אפשר לבצע פעולה על תנאי. שחייך שאינו יודע אם הברכה שהוא עומד לקפוץ לתוכה מלאה במים, אינו יכול לקפוץ לברכה ולהתנות זאת בכך שהיא מלאה במים. הוא גם אינו יכול להישאר על המקפצה ולא לקפוץ, ולהתנות את מצבו זה בכך שהברכה ריקה. השחייך רוצה לקפוץ לברכה שיש בה מים ואינו רוצה לקפוץ לברכה שאין בה מים, ואולם במצב של העדר ידיעה עליו להחליט אם הוא נוטל את הסיכון וקופץ, או לא. אין הוא יכול להבטיח את עצמו באמצעות תנאי כלשהו. באותו אופן בדיוק תמה הרב שקופ איך ניתן לבצע חלות על תנאי. כיצד פועל תנאו של המקדש את האישה על מנת שהיא עשירה? הרי ממה נפשך, אם המקדש עשה את כל מה שנדרש כדי לקדש את האישה (אנלוגי לקפיצת השחייך לברכה) – הרי שהיא מקודשת בין אם התנאי התקיים ובין אם לאו. ואם הוא נמנע מלבצע את כל שנדרש להחלת הקידושין מהחשש שמא האישה איננה עשירה (אנלוגי לשחייך שחשש לקפוץ לברכה) – מה יועיל קיום התנאי? הרי מעשה הקידושין לא נעשה מתחילה בשלמותו!

הרב שקופ לא מצא מענה לתהייתו זו, והוא נאלץ לקבוע שאכן אין לתנאי הסבר מניח את הדעת, אלא יש להבינו כ'חידוש שחידשה התורה'. תופעת התנאי הייתה מבחינתו כתופעת טבע חדשה ולא מוכרת שהתגלתה על ידי מדענים והם אינם יכולים להתכחש לה, גם אם הם אינם מוצאים לה הסבר המניח את הדעת במסגרת חוקי הטבע המוכרים להם.

עצם הרעיון שהתנאי הוא 'חידוש של התורה' נזכר כבר בדבריהם של בעלי התוספות.⁶⁴ הם דנים בשיטתו של רבי מאיר שסובר ש"אין אדם מתנה על מה שכתוב בתורה", היינו שחוקי התורה קוגנטיים ולא דיספוזיטיביים, ולכן המקדש את האישה 'על מנת שאין לה שאר, כסות ועונה' (שהן הזכויות

64 בבלי, כתובות נז, ע"א, ד"ה 'הרי זו מקודשת'.

המוקנות לאישה על פי דין תורה למוזן, ביגוד ויחסי אישות) – קידושיו קיימים ותנאו בטל. מקשים בעלי התוספות: מדוע הקידושין קיימים? הרי המקדש אמר בפירוש שאם הקידושין יחייבו אותו בשאר, כסות ועונה הוא אינו מעוניין בהם,⁶⁵ ואם כן, צריך היה לומר שאם אי-אפשר ליצור קידושין כאלה (שלא יחייבו את הבעל בשאר כסות ועונה), הרי שהקידושין יתבטלו! תשובתם של בעלי התוספות היא שעצם קיומו של מוסד התנאי, שבכוחו לבטל את החלות, הוא חידוש של זוק התורה (שנלמד מפרשת 'בני גד ובני ראובן' אשר ביקשו לנחול נחלה בעבר הירדן. משה התנה זאת בכך שהם יעברו חלוצים לפני העם במלחמת כיבוש ארץ כנען), ולכן האפקטיביות של התנאי תלויה בדרישות הלכתיות שונות, שאחת מהן היא שהתנאי לא יהיה בניגוד לחוק ('התניה על מה שכתוב בתורה'):

דאי לאו דילפינן [שאם לא שלמדנו] מ'תנאי בני גד ובני ראובן', הוה אמינא [=היינו אומרים] דשום תנאי אינו מבטל את המעשה, ואפילו לא יתקיים [=התנאי] בסוף – המעשה קיים. והשתא דילפינן מהתם דמהני [=ועכשיו שלמדנו משם שמועיל] תנאי לבטל המעשה, אמרינן דדוקא כשאינו מתנה על מה שכתוב בתורה, דומיא [=בדומה] דבני גד ובני ראובן, שלא התנו על מה שכתוב בתורה.

בעלי התוספות אינם מעלים את השיקול הנטורליסטי במפורש, אך כבר בדבריהם נמצא הרעיון שמוסד התנאי אינו אינטואטיבי אלא חידוש מיוחד של

65 זה לשון התוספות (שם): "על כרחך בדכפליה לתנאיה איירי [=על כרחך מדובר באופן שהבעל נקט בתנאי כפול], דאמר לזו: אם אין לך עלי שאר כסות ועונה הרי את מקודשת ואם לאו אל תהי מקודשת [...] ותימה אם כן אמאי [=מדוע] היא מקודשת, הרי התנה בפירוש שאם יהא לה עליו שאר כסות ועונה שאינה מקודשת?". בעלי התוספות הבינו אפוא שסוגיית 'מתנה על מה שכתוב בתורה' עוסקת בתנאי רגיל (כפול), ולכן הקשו מה שהקשו ותירצו מה שתירצו. אכן, לגופם של דברים, נראים דברי חלק מהראשונים והאחרונים, שמדובר כאן ב'שיור', ולא בתנאי, היינו באדם שרוצה לקדש את האישה באופן שלא יחייב אותו בשאר כסות ועונה, אך הוא אינו מתנה את הקידושין בתנאי כלשהו. כך מעיר ר' עקיבא איגר על דברי התוספות כאן: "ואילולי שאיני כדאי היה נראה לומר ש'על מנת' אינו בדרך תנאי, רק שמקדש אותה בלי התחייבות שאר כסות ועונה, והיא נתקושה לו על אופן זה"; וכן פירש נתיבות המשפט, סימן ריב, סעיף ה והוא מציין שכך פיוש גם הריטב"א. לפירושה של סוגיה זו ראו עוד חדושי רבי שמעון יהודא הכהן (לעיל זערה 29), מסכת כתובות, סימן מט (מציע מהלך חדש לפירוש דברי התוספות); ליפשיץ (לעיל הערה 33), 176 ואילך.

התורה. הרב שקופ הוא שמכניס לתוך דבריהם את השיקול הנטורליסטי. וכך הוא כותב:

דעיקר דין תנאי הוא חידוש שחידשה תורה, דמסברא לא היה שום תנאי מועיל לבטל את המעשה, דזה לשון התוספות בכתובות (דף נו ע"א ד"ה הרי את מקודשת): 'ואומר ר"י דאי לאו דילפינן מתנאי בני גד ובני ראובן הוה אמינא דשום תנאי אינו מבטל את המעשה, ואפילו לא יתקיים בסוף – המעשה קיים'. עכ"ל [=עד כאן לשונו] הצריך לנו. וביאור דבריהם הוא, דבכל הקנינים מה שאדם עושה המעשה, הענין הוא שעל ידי רצון והכונה נתחדש בזו המעשה כוח זה שעל ידי זה יחול הדין, ומצד האדם המקנה אין צריך יותר מזה [...] ומשום הכי אי לאו דילפינן [=ומשום כך, אם לא היינו לומדים] מתנאי דבני גד ובני ראובן, לא היה מהני [=מועיל] שום תנאי לבטל את המעשה, דכמו דלא שייך תנאי [על] פעולת ידים, לחפור בור על תנאי וכדומה, כמו כן לא שייך תנאי על גירושין וקידושין וכדומה, כיון דתנאי אינו חסרון בעיקר מעשה הגירושין, דעל כל פנים מעכשיו נתחדש במעשה זו שהוא עושה כוח גירושין, ואיך אפשר שעל ידי שלא תקיים את התנאי לבסוף, לומר איגלאי מילתא למפרע שלא היה כח גירושין במעשה הגירושין? ואם נאמר להיפוך, שעכשיו עדיין לא נתחדש במעשה כוח גירושין, איך נאמר שאם תקיים את התנאי איגלאי למפרע שהיה במעשה הגירושין כוח גירושין? ובעל כורחנו עלינו לומר דמחמת התנאי אין המתנה רוצה שיגרע עכשיו כוח המעשה כלום,⁶⁶ דאם כן לא יועילו מעשיו כלום אף אם יקיים התנאי, אלא שרוצה בכך שאף שעשה מעשה המועיל, להועיל בהחלט וכלי שום גרעון וחסרון כלל, מכל מקום רוצה שאם לא יקיים התנאי שיתבטל תכלית הענין. וענין זה אין בכח האדם לעשות אי לאו דגלתה תורה ענין זה בתנאי דבני גד ובני ראובן.⁶⁷

66 גראה שהרב שקופ אינו גוקט כאן עמדה בשאלה שנידונה בסעיף הקודם, מהי ברירת המחלף במקרה של התנאה, האם קיום החלות או ביטולה. הרב שקופ מדבר כאן על 'מעשה הקניין', וטוען שהכרחי לומר שהמגרש עשה מצדו את 'מעשה הגירושין' בשלמותו, ואולם עדיין עולה השאלה כיצד פועל התנאי, האם הגירושין אינם חלים אלא אם יתקיים התנאי, או להיפך, ברירת המחלף היא שהגירושין חלים אלא אם כן יתבטל התנאי.

67 שערי ישר (לעיל הערה 7), שער ז, פרק ח, עמ' רכו. מהלך דומה נמצא גם בשיעורי ר' חיים סולובייצ'יק משנת תרמ"א שנדפסו לאחרונה: "ובהכי מתיישבת קושיית התוספות

נמצא אפוא שבמקרה של גירושין על תנאי, הבעל עשה את 'מעשה הגירושין' בשלמותו (אנלוגי להחלטה של ה'שחיין לקפוץ לבריכה'), והגירושין היו צריכים אפוא לחול ללא כל התניות, אלא שיש דרך מחדשת, שאין לה מקבילה מוכרת בעולם הפיזי, למנוע את חלות הגירושין באמצעות מנגנון של התנאה, שבאמצעותו ניתן לשלוט על החלות למרות ש'מעשה הגירושין' נעשה במלואו.

כל ההתפתלות הזו ביחס למוסד ההתניה, שבחשיבה אחרת נראה כל כך אינטואטיבי ומובן מאליו, נובעת מהחשיבה הנטרוליסטית המחפשת את המקבילה הטבעית לכל מוסד משפטי. החשיבה הנטרוליסטית באה לידי ביטוי גם בהמשך הדברים, כאשר הרב שקופ אינו מוצא את המקבילה הטבעית למוסד התנאי. גם בשלב הזה ממשיך הרב שקופ לחשוב על החלויות השונות במונחים של סיבה ומסובב – מעשה הקניין מחיל את החלות, ואף אם אנו נאלצים להודות באפקטיביות של התנאת תנאים, יש לשלב את פעולת התנאי בתוך המודל הכללי שנשאר עומד על כנו.⁶⁸

בכתובות דף נו (ד"ה והרי), שהקשו למאי צריך משפטי התנאים, והרי מאחר שהתנה כן הרי חזינן דאינו רוצה לעשות המעשה אלא בקיום התנאי, וכי נכוף לאדם שיעשה המעשה שלא כרצונו? אכן לפי דעת הרמב"ם הרי ניחא, דבאמת אם יאמר שאינו רוצה לעשות המעשה כלל אלא לכשיתקיים התנאי לא נכופנו לעשות שלא כרצונו, אבל הכא הרי המעשה עושה לגמרי, אלא דתולה התנאי שיהא התנאי גומר את המעשה, ודבר זה לא מצינו כשום מקום שיוכל לתלות גמר מעשה בדבר אחר שאינו שייך למעשה זו, כמו שתולה גט בנתינת מאתיים זו, ואינו אומר שאינו רוצה לגרשה אלא בזה האופן, אלא מגרשה ורוצה שהנתינת מאתיים זו יהיו גומרים מעשה הגירושים, והרי מאתיים זו לא שייכי כלל לגירושיו! אלא דדבר זה הוא מגזירת הכתוב דבני גד ובני ראובן, ועל כן בעינן דומיא דתנאי בני גד ובני ראובן בכל פרטיו" (שיעורי רבנו חיים הלוי, בבא מציעא, עמ' סג 'ירושלים תשנ"ח)).

68 מעניינת הבחנה נוספת שעושה הרב שקופ בין כוונה לרצון. כוונה היא פעולה מנטאלית ('עבודת המוח' בלשוננו) שאיננה ניתנת להיעשות 'על תנאי', בדיוק כפי שאי אפשר לבצע פעולה פיזית כלשהי 'על תנאי'. ואולם הרצון, לדידו של הרב שקופ, הוא מצב עניינים מנטאלי ולא פעולה שכרוכה בהחלטה של הסובייקט. רצון יכול להיות 'על תנאי'. כך ייתכן שהשחיין רוצה לקפוץ לבריכה רק אם היא מלאה במים, והבעל רוצה לקדש את האישה רק אם היא עשירה או רק אם תתן לו מאתיים זו. רק ההכרעה המעשית אם לקפוץ לבריכה או לא, אם לקדש את האישה (כלומר לעשות את 'מעשה הקידושין' שכולל גם רכיב של כוונה) או לא, צריכה להיחתך לכאן ולכאן, ואי אפשר להחליט לקפוץ על תנאי או לקדש על תנאי (אלא על ידי המנגנון המיוחד שחידשה התורה). מכאן מסביר הרב שקופ שבנדרים, שנקבעים מכוח רצונו של האדם, אין צורך בתנאי כפול וכשאר פרטי הלכות התנאים, כי הנדר חל בעיקר מכוח רצונו של הנדר: "דהנה בארנו בסוגיה דתנאי באריכות

ה. בעלות – בין דין למציאות

בפרק זה אני מבקש לחזור ולדון בתפישה האונטולוגית של מוסד הבעלות. מתברר שגם המחזיקים בתפישה זו היו חייבים להודות בקיומו של מושג משפטי של בעלות שאינה אונטולוגית.

הרב שקופ הרבה לעסוק בכללי הספיקות הרבים שבהלכה. כללי הספיקות השונים מורים לאדם ולבית הדין כיצד לנהוג במצבי ספק. כך למשל הכלל 'ספק טומאה ברשות הרבים – טהור' מורה שאם התעורר ספק בנוגע לשאלה של טומאה וטהרה, ואירוע הספק התרחש ברשות הרבים, וכגון שיש ספק אם הטהרות נגעו בנבלה שהייתה מונחת ברשות הרבים – הטהרות נשארו בטהרתן ואין הן טמאות מספק. הכלל 'ספק ממון להקל' מבטא את הרעיון ש'המוציא מחבריו עליו הראיה', וקובע שאם יש ספק מיהו הבעלים של נכס מסוים – מכריעים לטובת מי שהנכס נמצא בחזקתו, והוא נחשב הבעלים.

לגבי כל הכללים הללו עולה השאלה מהו היחס שבין הכרעת הספק מכוח הכלל לבין 'האמת העובדתית'? ובמונחים של הרב עמיהל: מהו היחס שבין הדין למציאות? תהייה זו מתחזקת לנוכח התפישה האונטולוגית, כי אם אנו תופשים את הטומאה כמצב עניינים, הרי שאם האמת העובדתית היא שטהרות נגעו בנבילה – הן טמאות וכלל הספק אינו יכול לשנות זאת. ואכן הרב שקופ, המחזיק כאמור בתפישה אונטולוגית, נוקט בדעה שכללי הכרעת הספיקות הם כללי התנהגות שמעצבים לאדם את 'תמונת המציאות' שעל-פיה הוא צריך לנהוג (כאשר הוא אינו יודע מהי המציאות 'האמיתית' לאשורה), אך אין בכוחם לשנות את עצם המציאות של הטומאה או של הבעלות.⁶⁹

דמשום הכי כתבו תוספות, כתובות נו ע"א, דהא ד'תנאי מבטל מעשה' חידוש הוא, ובסברא אין שייך שיבטל תנאי את המעשה, משום שבכל מקום אין הדיבור פועל כי אם גילוי רצון על המעשה, והמעשה הקנין הוא הפועל, משום הכי סבירא להו להתוספות דאין שייך מעשה הקנין על תנאי, דהוי כמו חפירת בור ועשיית כלים על תנאי [שהוא דבר בלתי אפשרי]. וכן בכוונה גם כן, דהוי עבודת המוח, אין שייך על תנאי, דהוי כמו מעשה [...]. אבל בנדירים כיון שהדיבור הוא רק התגלות רצון, ועיקר הפועל הוא התורה [...] וכיון שברצון שייך ביה תנאי, דעל דעת זה אינו רוצה, לכן התורה גם כן פועלת על תנאי, ונמצא דמה שתנאי מבטל בנדר – סברא הוא, לכן לא בעינן כל גדרו התנאים" (ספר הזכרון להגר"ת שמואלביץ (לעיל הערה 50), עמ' תכג).

69 עניין זה תוזר בכל פרקי השערים הראשונים בשערי ישר (לעיל הערה 7), הן לעניין

מכאן מבחין הרב שקופ בין 'הבעלות האמיתית' לבין זכות הקניין המשפטית אשר נוגעת לעניין 'שליטה והשתמשות'. אותו אדם שמחזיק בנכס המסופק, רוכש עליו בעלות מכוח כלל הכרעת הספק, ומשום כך יש לו זכות לשלוט ולהשתמש בחפץ. במילים אחרות נוכל לומר שיש 'בעלות אונטולוגית' ויש 'בעלות משפטית' שהיא אגד של זכויות וחובות משפטיות. מכאן טוען הרב שקופ שהמקדש אישה בנכס שקנוי לו בבעלות משפטית בלבד – קידושיו קידושין ודאיים ולא 'ספק קידושין', כי מבחינה משפטית הוא הבעלים ובכוחו למכור ולתת את הנכס לאחרים.⁷⁰ ואולם, למרות כל זה, 'הבעלות האמיתית' היא עניין שבמציאות, והיא אינה משתנה בעקבות כללי הכרעת הספק:

עיקר הדין של 'המוציא מחבירו עליו הראיה' פועל רק לכל הנוגע לענין

כללי הספק השונים, והן לעניין כללי הרוב ודיני ביטול ברוב. גישתו זו מופיעה בנוסחים שונים גם בחידושים ובכתבי תלמידים, ראו למשל בשיעור "בסוגיא דרוב וקרוב", שנדפס בספר אש תמיד (ירושלים תשמ"ט, עמ' תעא ואילך). הבחנה זו מזכירה את ההבחנה המקובלת בדיני ראיות בין 'אמת עובדתית' ל'אמת משפטית', ראו, למשל, בג"ץ 152/82 אלון ג' ממשלת ישראל, פ"ד לו(4) 449, 464-475, דיני הראיות קובעים את 'תמונת המצב העובדתית' שעל-פיה מכריע בית המשפט את הדין, אך הם אינם יכולים לשנות את המציאות עצמה.

70 שער ישר (לעיל הערה 7), שער ה, פרק ח, עמ' כז-כח, ובניגוד לדעת בעל קונטרס הספיקות בעניין זה. בתוך הדברים מחדש הרב שקופ חידוש נוסף שמדגיש את הממד האונטולוגי במשפט, והוא שאם התובע תפס את החפץ הנתון במחלוקת בניגוד לדין (היינו למאן דאמר 'תפסו כהן מוציאין מידו'), וקידש בו אישה, היא תהיה ספק מקודשת, משום שהבעלות המשפטית אינה מבטלת כאמור את 'הבעלות האמיתית', ואם הוא ה'בעלים האמיתי', הרי שהאישה תהיה מקודשת למרות שמבחינה פונקציונלית היא לא תוכל ליהנות מהחפץ (מפני שבית הדין יוציא אותו ממנה ויחזירו למחזיק הראשון), וכך הוא כותב: "ולפי זה, אם קידש השני [=התובע שלא זכה בחפץ מכוח החזקה] הורו קידושי ספק, שמא החפץ שלו באמת ונתן לה כסף מעליא, אף שלא תוכל להשתמש בו, הוא חסרון מחמת חסרון ידיעה שאינו מגרע כלום. ואף דלכאורה יש לומר, דכיון דהשני איבד את כל כח ההשתמשות עפ"י תורת המשפטים, כמו כן אין בכוחו להקנותו לאישה. אבל באמת אינו כן, דרק היכא שהקנאה באה על-ידי המקנה יש לומר דחשיבין בכהאי גוונא (-באופן כזה) כדבר שאינו ברשותו [...] אבל אם מקבל הקונה את החפץ בידו ותצירו באופן דאין צריך דעת המקנה, רק התרצות, בכהאי גוונא גם באיסורי הנאה קונה. ומשום הכי גם בנידון זה קנתה האישה, אם באמת החפץ של המקדש הוא, אף שגם לה לא יהיה שום כוח השתמשות בפועל [=כי בית הדין יוציא ממנה את החפץ ויחזירו למוחזק הראשון], אבל בקנין שנעשה על-ידי הכנסה לרשות אין צריך שיזכה להשתמש בפועל" (שם).

שליטה והשתמשות, דכן הוא דין תורת המשפטים בספק ממון, שישאר הדבר לכל דבר שימוש ושליטת החפץ אצל המוחזק הראשון. אבל באמת המציאות האמיתית לא נשתנה כלום, ואם יבוא אליהו ויברר האמת – יחזור החפץ לבעלים האמיתיים, דלא נפקע קנין הבעלים על ידי דין 'המוציא מחבירו עליו הראיה'.⁷¹

לכאורה ניתן לפרש שבאומרו 'בעלות אמיתית' מתכוון הרב שקופ לקביעה הנורמטיבית הנכונה שהייתה נקבעת על-פי הדין אילו היו בידינו כל העובדות, ואם כך, אין כאן טענה שהבעלות היא מצב עניינים אונטולוגי. גם הדוגמה שבסוף הפסקה ('אם יבוא אליהו') משתלבת יפה עם הסבר זה, שכן היא מראה שכלל הספק כוחו יפה רק למצב של ספק, אך ברגע שהספק מתברר שוב אנו מכריעים את שאלת הבעלות לפי המידע החדש ומחזירים את החפץ לבעליו האמיתי. ואולם, ממקורות אחרים משתמע שהרב שקופ חושב על ה'בעלות האמיתית' כעל בעלות אונטולוגית שאינה תלויה כלל בקביעת הדין, ומכאן שכללי הספק השונים אינם אומרים מאומה ביחס לקביעת הבעלות האונטולוגית. הכרה זו בדבר קיומה הבלתי תלוי של הבעלות האונטולוגית חשובה מבחינה משפטית משום שהרב שקופ סבור שגם לבעלות האונטולוגית יש השלכות נורמטיביות שונות, על פי המבחן הבא: הבעלות המשפטית קובעת בנוגע לכל מה שקשור לרבותנות של הבעלים על הנכס, כלומר ביחס לכוחו של הבעלים להשתמש בנכס, למכור ולהקדיש אותו וכיוצא בזה. ואולם, הלכות שתלויות בעצם הבעלות ולא במעשה וברצון של הבעלים, כגון קדושת בכור בהמה שנובעת מעצם הבעלות של יהודי על הבהמה ולא ממעשה הקדשה של הבעלים, נקבעות על פי הבעלות האמיתית:

71 שערי ישר (לעיל הערה 7), שער ה, פרק ו, עמ' יט. וראו עוד פרק י, עמ' לח: "כן הוא דין התורה, שלענין הנהגה בפועל יזכה בחפץ המסופק המוחזק הראשון או שיהיה דין 'כל דאלים גבר', או שיחלוקו, וזכויות אלו ודאי זכויות ממש הם, שאם לא כן משתמש בשל אחרים ועושה גזל. וכיון שכן הוא משפט התורה בכללי משפטי דיני הממונות, לא גרע זכות זה משאר דיני הזכויות שאמרה תורה שהאדם זוכה בהם [...] דין זה הוא רק לענין הנהגה כל זמן שהדבר בספק, ואם יבוא אליהו ויברר האמת או הדרי נכסי למרייהו, דקניין הבעלים לא נפקע מחמת דין הנהוג בפועל". והשוו גם, שער א, פרק כ, עמ' סג: "דהנה לפי האמת כפי שהוא במציאות לא נפקע קנין הבעלים אף אם נאמר 'תקפו כהן מוציאם אותו מידו', אלא לענין כל תורת בעלים שנוגע לדין חשובים הבעלים מי שעפ"י תורת המשפטים הכה והזכות לשלוט בהחפץ כאדם העושה בתוך שלו, אף דקמי שמיא גליא שהשני הוא הבעלים האמיתיים".

לכל ענין שבא מכח שליטת הבעלים, אוליגן בחר [=הולכים אחר] הדין הנהוג בפועל [=הבעלות המשפטית שנקבעה מכוח כללי הספק השונים]. היינו שמי שזוכה עפ"י תורת המשפטים שישלוט בממון זה – הוא נחשב לבעלים בתורת ודאי, והשני אינו נחשב לבעלים כלל. ולענין הדינים המסתעפים מהממון שלא מכוח רצון ושליטת הבעלים, נשאר הדבר שקול, כלומר שדינים אלה תלוי במציאות האמתית כפי שגלוי קמי שמיא [=לפני השמים] למי קנוי החפץ, ומשום שקנין האמתי לא נפקע בלי יאוש והפקר.⁷²

הדין הנהוג בפועל הוא אותם כללי ספק-קניין שקובעים את הבעלות המשפטית על-פי ההחזקה. אך מול בעלות זו עומדת ה'מציאות האמתית כפי שגלוי קמי שמיא', שאינה מתבטלת מכוח כללי הכרעת הספק. על-פי מהלך זה מחדש הרב שקופ שאם המחזיק עצמו אינו רוצה ליהנות מהעובדה שהנכס נמצא באופן מקרי ברשותו, הרי שהוא אינו רוצה בהחזקה זו, והספק המקורי בענין ה'בעלות האמתית' חוזר וניער, ומביא לתוצאות אחרות מאלו שנגזרות מכללי הכרעת הספק שנקבעים על-פי ההחזקה:

דין זה של המוציא מחבירו עליו הראיה, הוא משפט דיינים על פי כללי המשפט, כששני בעלי דין דנים זה עם זה, שאז זוכה המוחזק מחמת חזקתו. אבל אם בעלי הדין אינם רוצים להעמיד בדין על פי כח חזקתם ואינם רוצים להחזיק הדבר ברשותם, ורוצים להתנהג על פי הדין באמת כפי שגלוי כלפי שמיא, אז אין מועיל חזקתם כלום וחזר הדין על האמת כמו שהוא. דבלאו הכי נמי, אף דנשאר החפץ אצל המוחזק, לא נפקע באמת הקנין מהבעלים האמיתיים, דמשום הכי לענין קדושה הבאה מאליה תלוי באמתת הדבר נמו שהוא, ורק לענין השתמשות וההנהגה בפועל בגוף החפץ הוא נכנס בשליטת המוחזק. משום הכי [=משום כך] יש לומר דאם המוחזק מוותר על חזקתו אין בזה דין מוחזק, דעיקר דין מוחזק הוא מה שבעל הרשות מחזיק הדבר לעצמו.⁷³

72 שיערי ישר (לעיל הערה 7), שער ה, פרק ח, עמ' כה.

73 שיערי ישר (לעיל הערה 7), שער ה, פרט טז, עמ' סד.

'משפט הדיינים' בהקשר זה הוא מכלול כללי ההכרעה שמנחים את בית הדין למי להעניק בעלות (משפטית) במקרי ספק, כאשר הכלל הבסיסי קובע שהבעלות תינתן לנתבע המחזיק בנכס ("המוציא מחבירו עליו הראיה"). אבל אם המחזיק עצמו אינו מעוניין להחזיק בחפץ המסופק, הרי שאין כבר חזקה שמכוחה ייקבע מי הוא הבעלים הפונקציונלי, והספק הראשוני 'מיהו הבעלים האמיתי' חוזר למקומו.

ו. הלכת המוכר גוף ופירות ליום אחד

נעיין בהלכה נוספת שמדגימה היטב את דרכי החשיבה האונטולוגית של מושג הקניין. במסכת גיטין⁷⁴ מסתפק התלמוד מה הדין במי שנתן גט לאשתו ואמר לה: "היום אי את אשתי, מחר את אשתי", כלומר שרצה לגרשה בגט זה ליום אחד בלבד, האם לאחר יום חוזרת האישה להיות אשתו של המגרש? בהמשך הסוגיה מובא שהאמורא רבא פשט את הספק מכות סברה, והכריע שהאישה מגורשת לעולם, שכן: "מסתברא כיון דפסקה – פסקה", כלומר מסתבר הדבר שמכיוון שקשר הקידושין נפסק ליום אחד, הוא נפסק לעולם ואינו יכול שוב להתחדש. נראה לי כי סברתו של רבא אינה מבוססת על שיקולים של מדיניות הלכתית בעיצוב מוסד הקידושין והגירושין, או על שיקולי צדק ותועלת, ויש בה עצמה נטייה נטורליסטית שיוצאת מתוך התבוננות אינטואיטיבית במהות חלות הקידושין, ומניחה שחלות זו אינה יכולה להיפסק ליום אחד בלבד ולהתחדש מיד לאחריו.⁷⁵ והנה, מהלכה זו הסיק הרא"ה (ר' אהרן הלוי מברצלונה, מגדולי הפוסקים במאה הי"ג), שגם המוכר קרקע לחברו ליום אחד, פקעה בעלותו של המוכר לגמרי והקרקע נקנית לקונה לצמיתות. וכך מביא בשמו הר"ן:

74 בבלי, גיטין פג, ע"ב-פד, ע"א.

75 ייתכן שיש כאן דוגמה נוספת לדברי זילברג בעניין החלת חוקי הטבע הפיזי על הקטיגוריות ההלכתיות. במציאות הטבעית אי-אפשר לשבור כד ליום אחד בלבד ואי-אפשר לקרוע תפר לשעה קלה בלבד. השבירה והקריעה יוצרים מצב חדש, וכדי להחזיר את הדברים למצבם הקודם יש צורך בפעולה חדשה של איחוי השברים ותפירת הקרעים. כיוצא בזה סובר רבא שאי-אפשר להפסיק את מצב הקידושין ליום אחד. הפסקת הקידושין יצרה מצב חדש, וכדי להחזיר אותו לקדמותו יש צורך במעשה קידושין חדש.

כתב הרא"ה ז"ל, דמהא שמעינן [מהלכה זו של רבא שמענו] שהנותן קרקע לחבירו, גוף ופירות יום אחד, שזכה מקבל בקרקע לעולם, דהא אסיקנא [=שהרי הסקנו] דכיון דפסקא פסקא.⁷⁶

האנלוגיה בין קידושין לקניין אינה נקייה מספקות, ובקלות ניתן להעלות שיקולים שונים להבחין בין הפסקת הקידושין להפסקת קניינו של המוכר. אנלוגיה זו מעוררת קשיים פנימיים גם לאור סוגיות אחרות.⁷⁷ ושוב, נראה כי הרא"ה מפעיל כאן חשיבה נטורליסטית, שמזכירה את דרך החשיבה של איש מדעי הטבע. הוא מנסה לעמוד על תכונותיה של 'חלות' באשר היא, וטוען שאם חלות קידושין אינה יכולה לפקוע ליום אחד בלבד, הרי שגם חלות הקניין (של המוכר) אינה יכולה לפקוע ליום אחד בלבד, וברגע שפקעה שוב אין היא יכולה להתחדש.

הרב שקופ מתעכב על נקודה נוספת בדברי הרא"ה, ומעיר שהאנלוגיה בין גירושין לקניין אינה נכונה לכאורה, שכן גם אם נקבל שקניינו של המוכר פקע לצמיתות, לא ברור כיצד זכה המקנל בקרקע לעולם, הרי הוא קנה את הקרקע רק ליום אחד? מכאן הסיק הרב שקופ 'יסוד' נוסף בדיני קניין:

כל אדם כשזוכה בחפץ, לא נעשה זכיה מיוחדת שנאמר שעל ידי זה זכה לקנין עולמי, אלא כיון שזכה אדם בחפץ רגע אחד, ואין לשום אדם זולתו שום זכות בהאי חפץ, אז אין הפסק לקנינו.⁷⁸

76 חידושי הר"ן, גיטין פד, ע"א.

77 ראו אבני מלואים, סימן כח, סעיף ג, שהקשה על הרא"ה מכמה סוגיות.

78 בזה הוא כותב בהרחבה בקונטרס מערכת הקנינים, סימן י, אשר נדפס בספר היוכל לכבוד הרב שקופ (וילנה תרצ"ו): "דכיון דקנה המקבל קנין הגוף שעה אחת בלא שיור כלל, אין צריך להקנותו על הזמנים שיבואו, כמו שבגט אין צריך [אלא] רק שיגרש שעה אחת, דנפסקה האישות ממנו, ואי אפשר שתחזור אליו בלא קידושין, כמו כן בקנין ממונות אין צריך רק שיקנה לו לשעה אחת, דכיון דיצאה מרשותו לשעה אחת אי אפשר שתחזור אליו בלא שום קנין חדש, ואז אף שהגיע הזמן שקבע אינו נעשה שוב של הנותן ממילא. וגם הפקר אינו, דכיון דהיה על החפץ בעלים [=הוא הקונה] לא נפסק קנינם לעולם". וראו גם המועצה הדתית ירושלים פסקי דין – מבית הדין לדיני ממונות של הרבנות הראשית לירושלים כרך א עמ' פט-צ (מהדורה ראשונה, אברהם דב לוי, עורך, תשנ"ג).

מצד שני בשיעור "בעניין שיעבוד מטלטלי אגב מקרקעי", שנדפס בספר אש תמיד (לעיל הערה 69), עמ' תפט, חוקר הויב שקופ: "והנה במכירה או בקידושין יש להתבונן מצד מה הדבר או הקידושין קנויין לעולם, א) יש לומר שהקנין אינו נעשה רק על אותו

זה 'יסוד' של הרב שקופ: הרוכש נכס אינו צריך לרכוש אותו לעולם, ודי בכך שרכש אותו לשעה, שכן אם בעלותו בשעה זו לא הייתה מוגבלת על-ידי בעלות או זכות של אדם אחר (כמו שקורה למשל במקרה של שכירות או קניין לזמן, שבהם הבעלים משייר לעצמו זכויות של בעלות בנכס המושכר), הרי שבאופן אוטומטי הבעלות ממשיכה לחול לצמיתות ואינה מפסיקה מאליה. בניסוח ציורי אפשר לומר שלבעלות יש תכונה של התפשטות במרחב הזמן: אם רכשת בעלות לזמן, והמוכר לא שייר לעצמו את הזכות העתידית, הרי שקנייך ממשיך לחול ואינו מפסיק.⁷⁹

בהמשך מבחין הרב שקופ בין חלות-קניין לבין קדושה, וטוען שקידושין ליום אחד אינם ממשיכים לחול מצד עצמם, ולכן בקידושין צריך שהבעל יקדש את האישה לעולם. האנלוגיה שעשה הרא"ה בין הלכת הגירושין להלכת הקניין התייחסה לדבריו רק לשאלת הפסקת החלות, ועל-פיה פסק הרא"ה שכמו שחלות הקידושין אינה מתחדשת אם פסקה ליום אחד, כך גם חלות הבעלות של המוכר אינה מתחדשת לאחר שהוא מכר את הנכס ליום אחד (גוף ופירות). המשכת הבעלות של הקונה היא בגדר תוצאה, שכן מאחר שאף אחד אחר אינו מאיים אל בעלותו היא ממשיכה להתקיים באופן אוטומטי:

בכל קנייני ממון כיון שזכה אדם בחפץ וליכא [=ואין] בעלים אחרים עליו, הוא בעלים עליו לעולם ממילא, דזהו דרכי שליטת הנכסים בעולם. אבל קדושת אישה או קדושת חפץ אינו כן, וענין כזה צריך שיעשה על ידי אדם, אבל אי-אפשר שתהיה אשה מקודשת משום שהבעל היה בעלה לשעה אחת, דזה שייך רק בנכסים, שכל אדם שיש לו שייכות לנכסים הם נקראים 'שלו'. והרא"ה, שלמד קנייני ממון מגירושין, הוא לענין פסיקת

רגע, ומכיון שבאותו רגע נפקע כוח הבעלים והלוקח נעשה בעלים תו לא פקע, וכיון ששעה אחת הוא שלו ממילא תו אי-אפשר לפקוע, ולעולם הוא שלו: ב) יש לומר שהקניין נעשה לעולם, היינו להיום ולמחר וליומא אחריו ולאחר שנה, וכן לעולם, ומצד מה הקניין שלו לעולם? מצד שכך נעשה הקניין. והוא מכריע כצד השני, שהוא מנוגד לכאורה למה שכתב כאן, ועדיין הדברים צריכים עיון.

79 כך גם ברוכש חפץ של הפקר: גם אם רכש אותו לרגע אחד הוא זוכה בו לעולם (אלא אם כן יפקיר אותו). ולפי זה אי-אפשר לרכוש חפץ של הפקר לשלושים יום בלבד. וצ"ע אם אפשר לזכות בחפץ של הפקר בקניין 'גוף לפירות' (ובכך לאפשר לאדם אחר לזכות בגוף). עוד יש להסתפק באדם שהשכיר נכס לפלוני ליום אחד, ובתוך אותו יום הפקיר (הבעלים) את הנכס, שאפשר לומר שהשוכר יזכה בנכס לעולם.

[הפסקת] הקניין, היינו דכמו דבגירושין מכיון שנפסקה אגודת הבעל לשעה אחת שוב אינה חוזרת ממילא, כמו כן בממון אם רק נפסק קניין הנותן ליום אחד אי-אפשר שיוחזר לו, ומה שנשאר אצל המקבל הוא מדין בעלים על בממון, שכל שהוא בעלים ליום אחד וליכא זכות לאחרים בו – הוא שלו לעולם.⁸⁰

קטע זה רווי בחשיבה נטורליסטית, הן במישור המושגי והן במישור הרטורי. המשפט "זהו מדרכי שליטת הנכסים בעולם" אינו מנסה להסביר מדוע דרכי שליטת הנכסים הן כאלה. בולט לעין שהרב שקופ אינו נכנס כלל לשיקולים משפטיים שונים של רצוי וראוי, כי לדידו מדובר כאן בנתון עובדתי, ולכן הוא עוסק רק בניסוחה של מעין 'פיסיקה' של קניין, וקובע בעניין זה שני 'יסודות': קניין שפסק לרגע פסק לעולם, וקניין שחל לרגע חל לעולם.

ז. חשיבה אונטולוגית ותפישת הכוח של חכמי ההלכה

במסגרת החשיבה האונטולוגית והנטורליסטית כוחם של חכמי-ההלכה כמחוקקים וכשופטים נתפש כמוגבל, שכן ההנחה היא שחכמים כפופים למגבלות המציאות האונטולוגית ולחוקיות הנטורליסטית. חכמי ההלכה יכולים לתקן תקנות, לקבוע כללי התנהגות, להטיל חיובים ולאסור איסורים, אך הם אינם יכולים לשלוט על המציאות ההלכתית והמשפטית, לשנות אותה או לעדכן אותה כרצונם. נניח שחכמי ההלכה רוצים לתקן תקנה בדיני קניין ולהוסיף מעשה קניין חדש. נניח גם שחכמים אלה מוסמכים מבחינה נורמטיבית לתקן תקנות, והתקנה נראית בעיניהם מוצדקת, טובה וראויה. במסגרת התפישה האונטולוגית אין די בכל אלה. חכמי ההלכה יצטרכו גם להסביר כיצד 'פועל' מעשה הקניין החדש ומה מקור האפקטיביות שלו. המגבלה כאן אינה מגבלה של סמכות נורמטיבית, אלא כזו שנובעת, לשיטה זו, מטיבה של המציאות. כך, למשל, בסוגיית גיטין יד ע"א, דן התלמוד הבבלי ב'קניין מעמד שלושתן', שעניינו מעין המחאת חיובים שנעשית במעמד הנושה, החייב והזוכה החדש. המחאת חיובים זו חריגה בכך שהיא נעשית באמירה וללא 'מעשה קניין'. נראה שמשום כך תמהו האמוראים

80 חדושי רבי שמעון יהודא הכהן (לעיל הערה 29), מסכת נדרים, סימן כ, עמ' 38-39.

ושאלו "וטעמא מאי?"⁸¹ כלומר, מה טעמו של קניין זה וכיצד הוא פועל?⁸² תהייה זו כשלעצמה מצביעה על כיוון חשיבה אונטולוגי, שלפיו האפקטיביות של הקניין החדש אינה תלויה בקביעה הנורמטיבית של חכמי ההלכה המוסמכים לכך, אלא במידת התאמתה לטיבה של המציאות הקניינית. חכמים יכולים לנצל את החוקיות של מעשי הקניין להגשמת יעדים תועלתניים, אך הם אמורים לפעול במסגרת נתונה של מציאות וחוקיות.⁸³

81 אכן לפי מה שכתבו חלק מהאחרונים, והרב שקופ בתוכם, שמעשי הקניין עצמם אינם אלא ביטוי פורמלי לגמירות דעת, אך פרטיהם נקבעים על ידי חכמים או על ידי הסוחרים (קניין 'סיטומתא'), העדרו של 'מעשה קניין' מוכר במעמד שלושתן אינו קשה כל-כך. ראו לעניין זה שערי ישר (לעיל הערה 7), שער ג, פרק ג: "וכן דרכי הקנינים במה שאדם מוסר מקניניו לחבירו, כתבו גדולי האחרונים שאינם חוקים שיהיה דוקא על ידי זה, וכשהסכימו רוב המדינה שיגמר קנין על ידי סיטומתא וכהאי גוונא – הוא קנין מהתורה". וכן בקונטרס מערכת הקנינים (לעיל הערה 78), בסימן יא: "דכל חפץ שנקנה על-ידי מעשה קנין דרבנן מועיל גם מן התורה, דקנינים [=מעשי הקניין] אינם גזירת הכתוב, ויש מן האחרונים דסברי דסיטומתא באתרא דנהיגי למיקני ביה – מהני גם מהתורה". וייתכן שהקושי (האונטולוגי) בקניין מעמד שלושתן נעוץ בכך שהתוב הנמכר הוא דבר שאינו בעין ושאינו בו ממש ושלכן אי-אפשר לכאורה למוכרו, ראו רשב"ם, בבלי, בבא בתרא קמח, ע"א, ד"ה 'במעמד שלושתן', ובאריכות בשיעור של הרב שקופ שנדפס בספר יד כהן – משיעורי מרן רבי שמעון יהודה הכהן שקאפ: מכתבי תלמידו יהודה דב רוניקוב (ירושלים תשס"ד, עמ' מג ואילך). בכך מבאר הרב שקופ את דברי רבא בסוגיה שם, שרצה להעמיד את קניין מעמד שלושתן דוקא במכירת פיקדון, שיש בו ממש, ולא במכירת חוב. לפירושה של סוגיה זו ראו עוד ליפשיץ (לעיל הערה 33), לפי הערך 'מעמד שלושתן' במפתח.

82 וכפי שהעירו בעלי התוספות שקניין זה ודאי יש בו צורך, וברור אפוא מדוע רצו חכמים לתקנו, אלא שאין טעם ברור כיצד הוא פועל, ראו תוספות, בבלי, גיטין יד, ע"א, ד"ה 'כהלכתא': "כהלכתא בלא טעם – פירוש מה שמועיל לקנות, אבל טעם יש למה תקנו חכמים מעמד שלשתן: תקנו שלא יצטרך לטרוח ולעשות קניינים". וראו גם שמואל שמעוני, "פסול קרובים לעדות והשלכותיו ליושבי בית המדרש" דף קשר 816, 2 (תשס"א), שהבחין על יסוד סוגיה זו בין 'טעמו התועלתני של הדין', 'הגדרתו המשפטית' ו'יסודו המשפטי'.

83 בסופה של הסוגיה, לאחר ניסיונות אחדים שנדחים, מסיק מר ווטרא ואומר שקניין זה "שוניהו רבנן כהלכתא בלא טעמא", כלומר עשאהו ותיקנהו חכמים כהלכה בלא שיהיה לדרך פעולתו טעם מניח את הדעת. כיצד מתיישבת מסקנה זו עם המודל האונטולוגי? ניתן להציע שני כיוונים. לפי האחד מסקנת הסוגיה היא שקניין מעמד שלושתן הוא אונטולוגי, אלא שבעלי הסוגיה אינם יודעים להסבירו (בדומה לחוקר מדעי הטבע שאינו יודע מהו ההסבר לתופעה פיזיקלית נתונה). לפי הכיוון השני נצטרך להבחין בין קניינים שמשקפים מציאות אונטולוגית לבין קניינים 'משפטיים', כמו מעמד שלושתן, שאינם אונטולוגיים אלא בעלי משמעות נורמטיבית בלבד. קניינים מהסוג השני מהווים אגד של זכויות משפטיות המעוגן בכללי התנהגות (שנקבעו על ידי חכמים). הסבר כזה

התפישה הנטורליסטית המגבילה את כוחם של חכמי ההלכה מקשה עליהם להציע פתרונות לדילמות מוסריות המתעוררות בשל כללים הלכתיים שונים, כמו למשל דיני ממזרות, סוגיית הגיור והבעיה הקשה של מסורכות גט. התפישה לפיה נישואין, ממזרות, יהדות וגיור הם מצבי עניינים אונטולוגיים הכפופים לחוקיות מסוימת, אינה מאפשרת לחכמי ההלכה המחזיקים בתפישה זו את הגמישות הנדרשת לעתים כדי לחולל שינוי הלכתי בתחומים אלה. המגבלה העיקרית שלהם בהקשר זה איננה מחויבות לחוקי ההלכה הנורמטיביים, אלא כפיפות למה שנתפש בעיניהם כמציאות אונטולוגית.

למגבלת הכוח יש גם יתרונות. היא מסירה אחריות מהפוסקים ומחכמי ההלכה באותם מקרים שנזכרו לעיל, כאשר נדמה שהכללים ההלכתיים יוצרים דילמות מוסריות. לפי הגישה הנטורליסטית בית הדין אינו אחראי לכך שמסורכת הגט סובלת, והוא גם אינו 'אשם' בכך שהוא נוקט עמדה פסיבית. הוא פשוט אינו יכול לעשות בעניין זה מאומה, מלבד לנסות וללחוץ על הבעל לגרש את אשתו.⁸⁴ כיוצא בזה נפתרת במידה רבה הבעייתיות המוסרית שמעוררים דיני הממזרות, שכבר חז"ל ראו בהם פגיעה לא-מוצדקת בממזר המסכן הסובל והמשלם על חטאי הוריו. התפישה הנטורליסטית תטען שסטאטוס הממזרות משקף מציאות אונטולוגית. איסור הנישואין לממזר נובע מכך שיש בממזר פגם אונטולוגי כלשהו,⁸⁵ שאינו נובע מקביעה הלכתית שניתנת לשינוי. הפגם של הממזר הוא חלק מהמציאות, בדומה לתינוק שנולד

משחלב עם עמדת חלק מהראשוניט שסברו ש"קניין דרבנן אינו מועיל לדאורייתא", ושהמקדש אישה כקניין מעמד שלושתן, וכגון שהיה לו חוב ביד אחר ואמר לאשה במעמדן שלושתם "הרי את מקודשת לי בחוב שיש לי ביד זה", הרי היא מקודשת מדרבנן בלבד (בית יוסף על אבן העזר, סימן כח, בשם רבנו ירוחם, וראו שולחן ערוך, אבן העזר, סימן כח, סעיף יג, ובנושאי כלים). בסוגיה זו יש ספרות רבה, ראו אבני מלואים, סימן כח, סעיף יג; שערי ישר (לעיל הערה 7), שער ה, פרק ט, ועוד.

84 כאן נכנסת לתמונה הנחה נטורליסטית נוספת שמשתקת את בתי הדין במידה רבה: ההלכה שגט שניתן בכפייה אינו זקף (במקרים רבים), מתפרשת אצלם לא כחוק נורמטיבי אלא כ'חוק טבע' שאי אפשר לשנותו ושאיין הצדקה לבקר אותו מבחינה מוסרית. משום כך הם נמנעים במקרים רבים מלאכוף את הבעל לגרש את אשתו, למרות שהם חושבים ואומרים במפורש שמכחינה הלכתית ומוסרית הוא מחוייב לעשות זאת.

85 בתוך הדברים משוקעת הנחה שהאימור לשאת ממזר או ממזרת הוא איסור פטרנליסטי שבא למנוע את הנזק שייגרם לבן-הזוג בעקבות הנישואין. את הממד הפטרנליסטי הזה אפשר לתקוף מבחינה מוסרית גם במסגרת העמדה הנטורליסטית, אך יש לזכור שהנזק אינו פוגע רק בבן הזוג אלא גם בילדיו (ילדי ממזר הם גם ממזרים).

חולה מפני שאמו עישנה סמים בזמן ההריון. התינוק אינו אשם, ומחלתו אינה 'עונש' על מעשיו, אלא תוצאה טבעית של מעשי אמו. גם הרופאים שאינם יכולים לסייע לו אינם 'אשמים'. האשמה מוטלת כולה על האם, שלא שמרה על כללי ההתנהגות הראויים בזמן ההריון. כך גם במקרה הממזר. ההלכה אינה 'אשמה' בכך שהממזר טובל, וגם לא חכמי בית הדין שאין בכוחם להושיט לו סעד. האחריות המוסרית לגורלו של הממזר מוטלת על הריו שנאפו בניגוד לדין. מעבר לאיסור הדתי הם פעלו בצורה לא מוסרית בכך שגרמו לכונם סבל עתידי. אכן, במסגרת חשיבה תיאולוגית דתית תעלה השאלה מדוע האל ברא את העולם באופן שיש בו ממזרים חפים מפשע שסובלים בשל הפגם שהוטל בהם, אך שאלה זו מצטרפת לשאלה הכללית בדבר קיומו הלא-מוסבר של הסבל בעולם, שחורגת אל מעבר לדין ההלכתי והמטה-הלכתי. לפי התפישה הנטורליסטית שאלה זו אינה קוראת תיגר נגד המערכת ההלכתית עצמה, ובוודאי לא נגד הממסד הרבני, שכן הלכת הממזר נובעת מטיבה של המציאות, ומציאות זו אין כוח בני-אדם לשנות.⁸⁶

מגבלת הכוח של המערכת ההלכתית במסגרת התפישה האונטולוגית יכולה אולי להסביר את עמדתו יוצאת הדופן של המשפט העברי, שמעניק תוקף למעשים אסורים.⁸⁷ עמדה זו מעוררת קושי מושגי: אם ההלכה מתנגדת לקידושי כהן וגרושה, למשל, מדוע היא מעניקה לקידושין אלו תוקף משפטי? ואם ההלכה מתנגדת לכריתת חוזה מכר בשבת ולחווה הלוואה בריבית, מדוע היא מעניקה להם תוקף? על פי התפישה האונטולוגית התשובה פשוטה: להלכה אין כביכול כוח לשלוט על תוקפם של המעשים והחליות ולהכריז על

86 נמצא אפוא שהחשיבה האונטולוגית והנטורליסטית צופנת בחובה יתרונות פרגמטיסטיים, ומקודדת מבט ביקורתית ייתכן שהיא נובעת לעתים מניסיון להתחמק מהפעלת השיקולים הערכיים. ואכן, בזרם הביקורתי של המשפט (ה-C.L.S) הושמעה ביקורת דומה על השיח המשפט הכללי, אשר לעתים מסתיר את השיקולים הערכיים או מתעלם מהם באמצעות הפיכתם של מושגים משפטיים למצבי עניינים בעלי תכונות 'טבעיות' הכפופים לחוקיות נתונה, ראו, למשל: James Boyle, *Introduction, in CRITICAL LEGAL STUDIES* xiii, xvii-xviii (James Boyle ed., 1992).

87 ראו בבלי, תמורה ד, ע"ב (שיטת אביי, שנפסקה להלכה, ש"כל מה דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד - מהני"); אליאב שוחטמן מעשה הבא בעבירה - תוצאותיה של אי-חוקיות במשפט העברי (תשמ"א); משה זילברג כך דרכו של תלמוד 75 ואילך (תשכ"ב); מנחם אלון המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו כרך ראשון 114 ואילך (מהדורה שלישית מורחבת ומתוקנת, תשמ"ח); ועוד.

בטלותם, שכן אלו נובעים מטיבה של המציאות. דומה הדבר לתחום המציאות הטבעית, שבו יכול המשפט לאסור על התנהגויות מזיקות וכלתי ראויות, אך לא לשלול את התוצאות הטבעיות שלהן. המחוקק אוסר להרוג, אך אין לו שליטה על התוצאות הטרגיות שינבעו ממעשה רצח אסור. בדומה תהיה הטענה במסגרת הגישה האונטולוגית-נטורליסטית: ההלכה מתנגדת לנישואי כהן וגרושה, לכריתת חוזה מכר בשבת ולחווה ריבית, ועל כן היא אוסרת את כל המעשים הללו, אך אם כהן נשא גרושה או שהצדדים כרתו חוזה אסור בניגוד לרצון המחוקק – מעשיהם תקפים, כי תוקפם של המעשים הללו הוא תוצאה טבעית של מעשה הקידושין או של הסכמת הצדדים בחווה, שלהלכה אין את הכוח למנוע אותה.⁸⁸

כיוון חשיבה זה, שמבחין בין דרך פעולתם של כללים הלכתיים לבין שאלת המוטיבציה של חכמים לאסור או להתיר את השימוש בדרך פעולה כזו, עולה מדברים שנאמרו בשמו של הרב י"ד סולובייצ'יק (ארה"ב, 1903-1933), שבהם התייחס לטענה היסטורית שההלכות המקילות בבניית דפנות הסוכה נבעו ממחסור בעצים בארץ ישראל בתקופת חכמי המשנה. תגובתו של הרב סולובייצ'יק⁸⁹ הייתה שיש להבחין לעניין זה בין המוטיבציה של החכמים ובין הנוסחה ההלכתית העומדת בבסיס הקביעה ההלכתית. המחסור בעצים אולי הניע את החכמים לחפש קולות בבניית הסוכה, "אבל סוף כל סוף אין עובדה היסטורית זו מועילה לנו כלום להגדיר ולתת לנו את הנוסחה (פארמולה בלע"ז) של אלו ההלכות", בדיוק כשם שהסבר המוטיבציה של המדענים לפתח את פצצת האטום בתקופת מלחמת העולם השנייה אין בו "כדי להסביר את יסוד הענין של הפצצה האטומית, כי לזה צריכים לברר את הפארמולה [...] וזהו עיקר הנקודה של כל לימודנו – לנסות לחשוף את הכללים והיסודות שבכל הלכה והלכה, לידע היאך אותה ההלכה פועלת והיאך הדין נקבע".⁹⁰

88 במסגרת תפישה זו, ההלכה שקידושין אינם תופשים באשת איש ובעריות תוסבר כמשקפת את הפיזיקה של 'קשר הקידושין' שאינו יכול להתהוות עם אישה נשואה או בין עריות, ולא כנובעת מהאיסור שבדבר. ואכן, המקדש אשת איש אינו עובר כל איסור, אלא שקידושיו אינם תופסים בה.

89 מובאת בשמו על ידי תלמידו הרב צבי שכטר נפש הרב – למלאת שנה לפטירת מרן הרב יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק: לקוטי אמרים, תאורי מעשים ודברי הערכה עמ' יב-יד (מהדורה ג, צבי שכטר עורך, תשנ"ט).

90 השו"ו אהרן ברק, חוק השליחות כרך א (1996) 317, בעניין תיאוריית מוסד השליחות:

ח. תפישת מציאות ותבניות חשיבה

לאורך המאמר גדונו טקסטים משפטיים אחדים, מהם ביקשנו ללמוד על קיומה של תפישה אונטולוגית ונטורליסטית במסורת ההלכתית. ניתן לתקוף מהלך פרשני זה, בו הלכו זילברג ואחרים ובו צעדנו אף אנו אחריהם, ולטעון שהפרשנים הנטורליסטים הולכים שבי אחר השפה ההלכתית והביטויים הלשוניים שבהם מנוסחות ההלכות כאשר הם מפרשים אותם באופן מילולי, בעוד שלאמיתו של דבר יש להבינם כמטאפורות. לפי טענה זו, הביטויים השונים שראינו אינם מלמדים שחכמים חושבים שבאמת יש לשטר 'כוח' ו'אנרגיה', ושהאיסור הוא באמת יישות שתופשת מקום בחלל, וכיוצא בזה. מדובר בשימושי לשון מטאפוריים בלבד.

"נראה לנו כי טעם זה של 'דרכי החיים' אינו מספיק למשפטן שכן בצד המדיניות הכללית של הכלל המשפטי הוא מבקש לדעת מהי הטכניקה המשפטית אשר בה התגבשה המדיניות האמורה". בשולי הדברים יש להעיר על קיומה של תפישת כוח חלופית, שלפיה בכוחם של חכמי ההלכה לשנות את המציאות האונטולוגית על ידי פסיקת ההלכה. על פי תפישה זו דומים חכמי ההלכה למעין מאגיקונים שיש בכוחם לשנות את המציאות ואולי אף ל'חולל נסים'. ר' חיים פאלאג'י בספרו החפץ חיים, סימן עו: "לדעת האומר שיש טעם למצות וכל מה שאסרה התורה מזיק לנפשותינו אע"פ שלא נודע לנו סיבתו, איך מותר לנו אותו דבר שטעו בו הסנהדרין, כי הרי אותו דבר איסור יעשה טבעו, ומה לנו בהסכמתם? ונראה לי שהקב"ה מהפך טבע הדבר כפי דברי הסנהדרין, וראיה מהירושלמי דראש השנה (פ"א ה"ג, נו, 2) על הפסוק 'כי מי גוי גדולי' (דברים ד, ז) וכו', ועוד אמרו בירושלמי פרק קמא דכתובות 'אקרא לאל עליון גומר עלי דבתוליה תוזרין'. ראו עוד לעניין זה: המחלוקת בהלכה – מקורות ופירושים, 265 (חנינה בן-מנחם, נתן הכט ושי עקביא וזונר, עורכים, תשס"ג); סילמן "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם" (לעיל הערה 5), עמ' רסא-רסו. והשוו דבריו של הרב אליהו מאיר בלון, מאמר "דרכה של תורה", פרק ה, נדפס בספר שעורי דעת, ספר ראשון, עמ' כא (מהדורה מתוקנת, ירושלים תשמ"ט) (מוזכר גם בהמחלוקת בהלכה – מקורות ופירושים, סימן 261): "התורה הקדושה, שהיא יסוד ושוורש הבריאה, תלאה הקב"ה בבחיר היצורים, כמה שנאמר 'תמשילהו במעשי ידך' וגו' (תהלים ח, ז), וכשנתנה התורה לישראל, נמסרו חוקי עניניהם לחכמי התורה, שמחשבתם, אם היא רק מכוונת לטעמה וסודה, קובעת את מציאותה ומציאות הבריאה התלויה בה. ולכן היא שונה משאר החכמות שהחוקרים בהן לא יקבעו את מציאותן אלא ימצאוה, כי במחשבתם והחלטתם לא תשתנה המציאות לעולם, לא כן היא דעת התורה שמציאות טומאה וטהרה, איסור והיתר, חיוב ופטור נקבעים בהחלטת חכמי התורה". דומה כי גם המקבלים תפישה זו מייחסים אותה על פי רוב לחכמים קדמונים, ולא לבני הדורות המאוחרים שלהם הם מייחסים כוח מוגבל למדי.

העניין תלוי איפוא בפרשנות. דומני שלגבי חלק מהטקסטים קשה לטעון שמדובר בלשון מטאפורית בלבד, והדברים נוטים בבירור לטובת הפרשנות החלופית שלפיה מחברי הטקסטים אכן הניחו הנחות אונטולוגיות על המציאות.⁹¹ עם זאת, אני מוכן להטיל ספק בעוצמתה של הנטייה הנטורליסטית בחלק של הטקסטים ההלכתיים שזכרו במאמר, אך באופן שאיננו מחליש באופן משמעותי את תוקפה של הטענה אודות החשיבה הנטורליסטית. אכן, ייתכן שיש להבין חלק מהציטוטים שהובאו לעיל כביטויים מטאפוריים על הטומאה והקדושה והקניין, ולא כאמירות שמתיימרות לתת תיאור של המציאות. ואולם, כיום כולנו מודעים לכך שהשפה איננה רק כלי ביטוי למחשבה, אלא מעצבת אותה ומשפיעה עליה. אנו חיים בעולם של שפה, של דימויים ושל מטאפורות.⁹² אם בשיח ההלכתי-המשפטי חוזרים חכמים ומייחסים 'כוח' לשטר, ממד ריאלי לבעלות ו'תפישת מקום וחלל' לאיסור, מסתבר שבשלב מסויים יקום הגולם על יצורו, תקום השפה על המחשבה, והביטויים וצורת השיח ישפיעו על החשיבה ההלכתית עצמה.⁹³ אם צודק זילברג בהסברו להלכת השטר שופרע, הרי שגם אם הנטורליסטיקה איננה תפישה מהותית אודות המציאות אלא רק צורה של שיח, היא השפיעה על כך שבסופו של דבר חכמים קבעו את ההלכה ששטר שנמחל אי אפשר לחזור וללוות בו.

חשוב להבחין לעניין זה בין אמונותיהם של בני אדם לבין תבניות חשיבה. אמונותיהם של חכמי ההלכה אודות המציאות נסתרות מעינינו וקשה לעמוד עליהן בבירור. תבניות החשיבה וכללי השיח ההלכתי, לעומת זאת, גלויים יותר לעין, ובמישור זה דומני שהמקורות אכן מלמדים שקיימת במסורת ההלכתית בכלל, וכשייכות ליטא של סוף המאה הי"ט בפרט, נטייה לתבניות חשיבה נטורליסטיות. דפוס חשיבה נטורליסטי אינו מותנה באמונה שטומאה וקניין הם באמת מצבי עניינים אונטולוגיים. די בזה שכך חושבים

91 ראו, למשל, דבריו של מהר"ל בלון (לעיל בסמוך להערה 18).

92 על כוחן המעצב של מטאפורות ו'או: GEORGE LAKOFF & MARK JOHNSON, METAPHORS WE LIVE BY (1980).

93 טענה דומה בדבר השפעת סגנון השיח על התרבות עומדת בבסיס התנועה של ה'תקניות הפוליטית' (Politically Correct). כך, למשל, טוענות חלק מהכותבות בתחום הפמיניסטי-מגדרי שהשפה המדוברת מעצבת חשיבה שובניסטית ושינוי השפה והשיח עשוי להביא לשינויים חברתיים מהותיים.

עליהם כאשר עוסקים בהלכות הטומאה ובהלכות הקניין הרבות, ומנסים להסבירן. איש ההלכה הנטורליסטי שלומד הלכות טומאה רואה לנגד עיניו יישות שיש לה חוקי התנהגות מסויימים שאינם נובעים מהכללים ההלכתיים אלא מטבעה של אותה יישות. אין זה מקרה שבחושבו וכדברו על הטומאה משתמש איש ההלכה בביטויים מטאפוריים המקנים לטומאה קיום של יישות ממשית. השימוש במטאפורות יכול ללמד אותנו על דפוסי החשיבה, ותובנה זו אינה מתערערת גם אם איש ההלכה עצמו יודה, אם נדחק אותו לפינה, שהוא אינו מחויב להאמין שהטומאה היא באמת מציאות של ממש. כך גם לגבי מוסד הבעלות ומוסדות הלכתיים ומשפטיים אחרים. באמצעות השפה ההלכתית נבנה עולם שבו יש למוסדות המשפטיים מציאות וקיום מעבר לכללי ההתנהגות הנובעים מהם, ודפוסי החשיבה המופעלים בהקשר לעולם זה דומים מאוד לדפוסי החשיבה שמופעלים כשאנו עוסקים בשאלות אונטולוגיות אודות המציאות הפיזית. לאנלוגיה זו יש כוח מבאר כשאנו באים לתת דין וחשבון אודות השיח ההלכתי הנטורליסטי. כאילוטרציה שתועיל להבהרת העניין, ניתן להזכיר ספרות שלמה שמתחברת בשנים האחרונות, שעניינה תיאור חוקי הטבע ששוררים בעולם הפנטזיה הדמיוני שיצרו הסופר טולקין וסופרים אחרים בחיבוריהם הבידיוניים. מובן שאיש אינו סבור שיש לחוקים אלה קיום ממשי כלשהו. זהו מעין משחק ב'כאילו',⁹⁴ כאשר בשעת המשחק מפעילים המשחקים תבניות מחשבה שדומות מאוד לתבניות המחשבה של חוקרי מדעי הטבע. כך גם איש ההלכה הנטורליסטי אינו חייב לראות לנגד עיניו את העולם הריאלי בדברו על 'מציאות הקניין'. הוא רואה לנגד עיניו מעין עולם דמיוני וירטואלי, עולם אידאי של משפט.⁹⁵ מטרתו

94 השו: KENDALL L. WALTON, MIMESIS AS MAKE-BELIEVE: ON THE FOUNDATIONS OF THE REPRESENTATIONAL ARTS (1990), שעוסק בדינמיקה ובכללים של משחקים ב'אמיתות-כאילו' – make-believe truths – ובתפקודם בהקשרים שונים. וראו אלון חסיד "הדיסוננס המוסרי של היהודי הדתי המודרני" מחויבות יהודית מתחדשת – על עולמו והגותו של דוד הרטמן כרך שני 629, 646 ואילך (אבי שגיא וצבי זוהר עורכים, תשס"ב), שדן ביישומו של המודל של וולטון על תפישת עולמם ההלכתי של יהודים דתיים.

95 מובן שאין בכוונתי לטעון שבמוחם של תלמידי ישיבות ליטא התקיים פיצול תמידי בין העולם הריאלי לבין העולם הדמיוני. הם היו עסוקים במלוא הרצינות ובמלוא הלהט בלימוד הסוגיות על פי ההנחות הנטורליסטיות, ומן-הסתם לא העסיקו את עצמם בשאלה אם אכן הנחותיהם משקפות את המציאות לאשורה. הם פשוט חיו והיו שם,

בלימוד ההלכה היא לחשוף את החוקיות של העולם ההלכתי, הכולל גם כללי התנהגות נורמטיביים וגם מעין 'חוקי טבע', אותם כללים תיאוריים שמגדירים את הכוחות המשפטיים ואת דרכי היווצרותן של 'החלוקות' ההלכתיות-משפטיות: כיצד חלה הבעלות? על איזה מצעים היא יכולה לחול? מהן דרכי התהוותה ('סיבותיה' בלשונם של הרב שקופ והרב עמיאל)? כיצד היא פוקעת? וכיצד באלו. ניסוח השאלות עצמו מצביע על הדמיון שבין תבניות החשיבה הללו לתבניות החשיבה של איש מדעי הטבע. 'העובדות' המהוות את התשתית לבירור חוקי הבעלות הללו הן הכללים ההלכתיים, ומבחינה זו דומה איש ההלכה הנטורליסטי לאיש מדעי הטבע שאוסף את הנתונים העובדתיים ומנסה לעמוד על החוקיות שלהם, 'להציל את התופעות' ולהסביר אותן באמצעות עקרונות היסוד שהוא מוצא במערכת. וכאמור, הסברים אלה כמעט ואינם נעזרים בשיקולי צדק ותועלת, שאינם מן העניין גם במציאות הפיזית בעולמנו שלנו.

תבניות החשיבה המשפטיות, כמו תבניות החשיבה בכל תחום, מעצבות את העולם שבו האדם חי.⁹⁶ החשיבה הנטורליסטית מעצבת עולם עשיר שבו למשפט (ולהלכה) יש גם תפקיד מתאר. המערכת הנורמטיבית אינה עוסקת רק

באותו עולם, דמיוני או אמיתי. מהלך זה מזכיר את דבריו של ההיסטוריון הצרפתי פול ון בספרו האם האמינו היוונים במיתוסים שלהם? (דן דאור, מתרגם, תשס"ג). הוא ממשיך את אמונתם של היוונים במיתוסים לאדם שקורא בספר 'אליס בארץ הפלאות' ו'צולל' לתוך העלילה. 'תחום האמת' שלו, בהגדרתו של ון, משתנה, ובאותם רגעים הוא תופש את חוקי ארץ הפלאות כאמיתיים: "אם אנחנו מאמינים באיליאדה, היא תהיה לא פחות אמיתית, בתוכנית האמת שלה, האמת המיתית. וכך גם 'אליס בארץ הפלאות'. שכן, גם אם אליס או ראסין הם בדיות בעינינו, אנחנו מאמינים להם בזמן שאנחנו קוראים. אנחנו בוכים בכסאנו בתיאטרון. העולם של אליס, בתכנית הקסמים שלו, מתקבל אצלנו כסביר, כאמיתי, לא פחות משלנו, ממשי לא פחות ביחס לעצמו, כביכול; שינינו את תחום האמת, אבל אנחנו עדיין בתוך האמיתי, או בדומה לאמיתי [...] ברגע שאנחנו פותחים את תאליאדה אנחנו נכנסים לבדיה, וכמאמר הבריות מאבדים את הצפון. ההבדל הקטן היחיד הוא שאחר-כך אנחנו לא מאמינים. יש חברות [-למשל החברה ביוון הקלאסית] שבהן, גם אחרי שסוגרים את הספר, ממשיכים להאמין בו, ואחרות שבהן מפסיקים להאמין" (שם, בעמ' 13). כיוצא בזה נוכל לומר על איש ההלכה הנטורליסטי שבעוסקו בהלכה הוא צולל לתוך העולם ההלכתי, שבו חלק מהכללים ההלכתיים משקפים מציאות נתונה, שאת החוקיות העומדת בבסיסה הוא מנסה לחשוף.

96 השו: Robert Cover, *Nomos and Narrative*, in *Narrative, Violence and the Law: The Essays of Robert Cover* 95 (Martha Minow, Michael Ryan & Austin Sarat ed., 1993).

בהכוונת התנהגות תלויית זמן ומקום והיא אינה תלויה רק בשיקולים ערכיים. היא קודם כל נותנת לנמעניה תיאור מדויק של המציאות, אמיתית או מדומיינת, שבה הם חיים. באמצעות תיאור המציאות המדומיינת נוצר סיפור חיים חדש, שלעתים עשוי להיות יפה יותר מסיפורה של המציאות האמיתית. ובכל מקרה, לסיפור החדש שנוצר יש השפעה מכרעת על חוויית החיים של בני אדם, ומהרבה בחינות הוא אינו פחות אמיתי וממשי מהמציאות האמיתית.

ט. אחרית דבר

בעיניים 'ריאליסטיות' התפישה הנטורליסטית עשויה להיראות מופרכת, בלתי רציונלית, מבוססת על תפישה דמיונית של המציאות שאינה נתמכת בעובדות כלשהן, ולפיכך גם בלתי מוסרית במקרה שהיא מובילה לתוצאות לא צודקות, כמו גרימת עוול למזר או לאישה מסורבת גט.⁹⁷ לגישה זו, העולם הדמיוני שיצרה החשיבה הנטורליסטית הוא עולם רע שיש בכוחם של בני אדם להחליפו בעולם מוסרי יותר. הנטורליסטים, מנגד, ישיבו שהם אלו שרואים את המציאות נכוחה, בעוד שמבקריהם דומים ליושבי המערה החשוכה במשלו המפורסם של אפלטון. אכן, תהום פעורה בעניין זה בין תפישות המציאות השונות שמתקיימות בין אנשים שונים בזמנים שונים ובחברות שונות. תשובה זו לא תספק כמוכן את המבקרים הריאליסטים. יתרה מזאת, ציינו לעיל שבחלק מהמקרים התפישה הנטורליסטית אינה משקפת את אמונותיהם האמיתיות של המחזיקים בה אודות המציאות, ואם כך תשובתם של הנטורליסטים אינה מספקת גם מנקודת מבטם הם, ויש צורך בחיפוש הצדקות אחרות לחשיבה שהם מציעים. אפשר להציע כיוון מחשבה להצדקה שתוכל להיות מקובלת במידה מסוימת גם על המבקרים הריאליסטיים. הצדקה זו תטען שלמרות הפגמים של העולם הדמיוני שיצרה הנטורליסטיקה, הוא טוב יותר מהעולם החלופי המבוסס על הנארטיב הריאליסטי שלפיו אנו יכולים לעצב כרצוננו את העולם הנורמטיבי בו אנו חיים בכל רגע נתון. את פיתוחו של הכיוון הזה אני משאיר להזדמנות אחרת.

97 השוו לביקורת הריאליזם האמריקאי על הפורמליזם (לעיל הערה 4).

