

הבניה רציונלית

ימימה בן-מנחם

א. מבוא

חקר המשפט העברי בכלים האנליטיים של הפילוסופיה של המשפט מהווה ללא ספק אחד המאפיינים של עבודתו של חנינה בן-מנחם. השימוש בכלים אלה מיושם על ידו הן ביחס לשאלות פרטניות, כגון אינדיבידואציה של חוקים ואפשרות הטעות, והן ביחס לשאלות כלליות יותר כגון חלותו של המושג מערכת משפט (legal system) על המשפט העברי לדורותיו, או התאמתו (ואי-התאמתו) של המשפט העברי למודלים פילוסופיים כגון פוזיטיביזם, ריאליזם אמריקאי וכדומה. מאחר שהמשפט העברי נחקר בעבר בעיקר מנקודת מבט היסטורית, הממשק שנוצר בין המשפט העברי לפילוסופיה של המשפט היה בגדר חידוש מרענן. אף על פי שהשיח הפילוסופי-אנליטי הפך בעשורים האחרונים למקובל יותר, היסטוריונים בכלל והיסטוריונים של המשפט העברי בפרט עשויים לתהות על המתודולוגיה המפגישה מוקדם ומאוחר בחדר הניתוח המשפטי-מושגי. הם מאתרים כאן הבניה רציונלית (rational reconstruction), שלדבריהם רק פשע מפריד בינה לבין אנכרוניזם, החטא הקדמון ברשימה השחורה של כל היסטוריון. הבניה רציונלית היוותה ועודנה מהווה סלע מחלוקת גם בתחומי ידע אחרים כגון ההיסטוריה והפילוסופיה של המדע. כאן נפגשים תחומי העניין של חנינה ושלי. הדברים הבאים מוקדשים אפוא לברור מעמדה של הבניה רציונלית, הסכנות שהיא מוערת להן, והפירות שהיא מניבה.¹

מהלך המאמר: אפתח בברור קצר של מושג ההבניה הרציונלית ובדוגמה להבניה כזאת בפרשנות של ישראל אומן למשנה בעייתית (ב). בסעיף שאחריו אדון בביקורת על הבניה רציונלית בתחום ההיסטוריה – בראש ובראשונה ביקורתו של קוונטין סקינר – ובקשיים שביקורת זו מעוררת (ג). אעבור להבניה רציונלית בתחום המשפט

* ברצוני להודות לחנינה בן-מנחם על עזרתו; בלעדיה לא הייתי יכולה לדון בנושאים המשפטיים ובמקורות התלמודיים המופיעים כאן.

1 הבניה רציונלית בחקר המשפט העברי ודיון במעמדה ניתן למצוא, למשל, בעבודתו של בנימין פורת; ראו בנימין פורת "הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי" דיני ישראל ל 179, 179-213 (התשע"ה).

ובתיאוריות העוסקות בחקר המשפט (ד). לבסוף אזכיר בקצרה כמה דוגמאות להבניה רציונלית הלקוחות מעבודתו של חנינה בן-מנחם בפילוסופיה של ההלכה (ה).

ב. המושג הבניה רציונלית והדגמתו

הבניה רציונלית של אמירה (וכן פעולה, פסיקה, טיעון, יצירה ספרותית וכיוצא בזה) היא פרשנות המחילה על האמירה מסגרת מושגית שאיננה חלק מן האמירה המקורית, ושכמסגרתה האמירה מתפרשת באופן הגיוני, סביר, קוהרנטי, רציונלי יותר מאשר היא נראית על פניה. את המונח "רציונלי" יש להבין כאן במונח רחב כך שיחול גם על הבניה הכוללת נורמות (מוסריות, מתודולוגיות או אסתטיות) שלא בהכרח היו בתודעתם של בעליה המקוריים של האמירה. כפי שיתברר בהמשך, הבניה רציונלית נוטה מעצם טיבה לאנכרוניזם, אך לא כל אנכרוניזם הוא הבניה רציונלית. אף שעיקר ענייני כאן הוא בהבניה רציונלית, הדיון יגלוש מדי פעם גם לתחום הרחב יותר של פרשנות אנכרוניסטית. כמו כן ארצה להשוות הבניה רציונלית לסוגי פרשנות אחרים, כגון הבנת המשפט או ההיסטוריה במונחי תיאוריה כלכלית.

דוגמה מופתית להבניה רציונלית מצויה במאמרו של ישראל אומן "בעניין מי שהיה נשוי שלוש נשים".² אומן מציע מודל מתמטי המסביר משנה שתומה שהטרידה את פרשניה למן התלמוד ועד ימינו מבלי שנמצא לה פירוש מוסכם.³ המשנה דנה בזכאותן של שלוש אלמנות של אדם לכתובתן כשבעיזבונו של הבעל לא נותר סכום המספיק לכולן. כמו במקרים רבים, המשנה אינה מנסחת את דבריה במונחים כלליים אלא באופן קוואיסיטי, כלומר, היא דנה במקרה פרטי, שבסוגיה הנידונה כולל שלושה סכומי כתובה ושלושה סכומי עיזבון. במאמרו, אומן מציע כלל החל על המקרה המובא במשנה והבנוי לדבריו על המודל של "שניים אוזנים בטלית". כאשר האחד תובע את הטלית כולה והשני את חציה, המשנה קובעת שהראשון מקבל שלושה רבעים משווי הטלית והשני רבע ממנה.⁴ אומן מבין זאת כך: המחצית האחת אינה שנויה במחלוקת ואת המחצית השנייה, שרק לגביה יש מחלוקת, חולקים שווה בשווה בין התובעים. הוא מראה שחלוקת המשנה בכתובות תואמת את הרעיון שהחלוקה בין כל שתיים מן הנשים (לאחר שנוכה מן העיזבון הסכום שהמשנה קובעת לשלישית) נעשית כך שהן מתחלקות שווה בשווה בסכום השנוי ביניהן במחלוקת. אומן מציע אלגוריתם כללי (שלא אביא כאן) התואם את חלוקת המשנה, ומוכיח שהוא מספק פתרון יחיד לבעיות חלוקה מן הסוג הנדון. הוא משער שבעל המשנה, רבי נתן, אכן התכוון לכלל זה, אך שאלת מודעותו

2 ישראל אומן "בעניין מי שהיה נשוי שלוש נשים" מוריה ג-ד עמ' צח-קז (התשנ"ט). אומן מצייץ שהעבודה המתמטית המקורית היא פרי עבודתו עם מיכאל משלר ופורסמה בספרות המקצועית במאמר משותף.

3 משנה, כתובות י, ד.

4 משנה, בבא מציעא א, א.

של רבי נתן לכלל אינה ניתנת להכרעה ברורה, וכפי שאטען בהמשך – אין לראות בה אילוץ כללי על הבניה רציונלית; לכן אניה לה בשלב זה. ואולם חשוב להדגיש: ערכו של הכלל אינו רק בכך שהוא חל על המשנה בכתובות ויכול להנהיר אותה, אלא שהוא חל גם על אין-ספור מקרים אחרים. כלומר, גם אם יש כל מספר אחר של נשים וכל סכום אחר בכתובותיהן או בעיזבוננו של המת, האלגוריתם המוצע על ידי אומן נותן פתרון, ופתרון יחיד, לבעיה. במילים אחרות, ללא הכלל לא היינו יודעים כיצד למלא את הוראת המשנה במקרה שונה. זהו יתרון שקיים לא פעם בפרשנות המסתייעת בהבניה רציונלית.⁵

בניגוד לדוגמה המופתית של אומן, יש מקרים רבים של הבניה רציונלית המונעים על ידי הרצון להעמיד את המקור ההיסטורי באור חיובי יותר (בעיני הפרשן, לפחות), אך אין בהם כדי לשכנע. ב"תשובות באנשי און" נוכל למצוא דוגמה קיצונית, על גבול האבסורד, שהניגוד בינה לבין הכלל של אומן מדבר בעד עצמו.

וכלל גדול הוא אצלי, מיום עמדי על דעתי, כי מה שלא ניתן לכתב בתלמוד מפני שאין הדעת סובלו אפילו נמצא כתוב אלף פעמים הרי הוא כאלו לא נכתב, ואין מביאים ראיה הימנו, דילמא משבשתא הוא [...] ומה שניתן לכתב מפני שהדעת מחייבו, אפילו לא נכתב, הרי הוא כאלו כתוב וחתום, שהרי הדעת מכריעו ואף אתה אמור, חיסורי מחסרי והכי קתני.⁶

ג. הבניה רציונלית בתחום ההיסטוריה

היסטוריונים ופילוסופים של ההיסטוריה מתלבטים בשאלת היחס בין העבר להווה בחקר ההיסטוריה. קיים מתח רב בין השאיפה לתאר את העבר באופן אובייקטיבי "ממש כפי שהיה", כאמירתו המפורסמת של רנקה (Leopold von Ranke), לבין ההכרה בכך שההיסטוריה איננה יכולה להעלים את נקודת המבט הסובייקטיבית של ההיסטוריון והיא תמיד "היסטוריה של ההווה", כאמירתו הידועה לא פחות של מישל פוקו (Michel Foucault). הדין בהבניה רציונלית מפגיש אותנו עם המתח הבסיסי הזה. אחד המבקרים החריפים של חקירה היסטורית הנעזרת בהבניה רציונלית הוא קוונטין סקינר, אשר הקדיש לסוגיה זו מאמר מפורט בשם "משמעות והבנה בהיסטוריה של רעיונות".⁷ אף על

5 בספרות אפשר למצוא התנגדויות שונות לפרשנות של אומן, למשל שלא ייתכן שהגמרא, שהולכת בדרך אחרת, לא הבינה את המשנה, אך זו אינה נראית לי התנגדות כבדת משקל. הועלתה גם ההתנגדות שאין להשתמש בכלל מתמטי שלא היה ידוע לרבי נתן כדי לפרש את עמדתו. אם אכן לא היה הכלל ידוע לרבי נתן (כאמור, אומן משער שהיה ידוע לו), יש כאן התנגדות עקרונית להבניה רציונלית, נושא המאמר הנוכחי.

6 פנחס מנחם היילפרין **תשובות באנשי און: האלדהיים ורעיו במכתבים שלשה עשר** 31 (מהדורת פרנקפורט 1845).

7 Quentin Skinner, *Meaning and Understanding in the History of Ideas*, 8 HIST. AND THEORY 3 (1969) (reprinted in MEANING AND CONTEXT: QUENTIN SKINNER AND HIS

פי שסקינר אינו משתמש במונח "הבניה רציונלית", דעת לנכון נקל שטיעונו מכווני בין היתר כנגד מתודולוגיה זו.⁸ המאמר רצוף דוגמאות מעניינות להבניה רציונלית (פסולה, לדעתו) שמהן אזכיר כרגע שתיים. בשנות השלושים של המאה הארבע עשרה עלה המשורר פטרארקה (Petrarch) להר מנטו (Mentoux) שבדרום צרפת, ובמכתב שכתב עם רדתו הוא אומר שהוא האדם הראשון מאז התקופה הקלאסית שעלה להר רק כדי לראות את הנוף. אירוע זה צוין בספרות כתחילתו של הרנסנס. מובן מאליו שפטרארקה עצמו לא היה יכול לראות אותו ככזה, ולכן, לפי סקינר, אין להבין את האירוע בזמן התרחשותו דרך הפריזמה של מושג הרנסנס המאוחר יותר. גם אם זו אינה הבניה רציונלית במלוא מובן המילה, מדובר ללא ספק בהבניה, ובהבניה אנכרוניסטית, של פעולתו של פטרארקה. הדוגמה מבהירה את הצורך להבחין בין הבנתנו את דברי הדובר (או פעולתו) כפי שראה אותם, לבין הבנתנו את השפעתו על מהלך האירועים הבאים.⁹ נראה לי שאין מי שיחלוק על הצורך בהבחנה זו. הדוגמה השנייה, שאכן מדגימה הבניה רציונלית באופן ברור יותר, לקוחה מספרו של ארתור לבג'וי, "שרשרת ההוויה הגדולה", שכותרת המשנה שלו היא "עיון בתולדותיו של רעיון". לבג'וי חותר לשרטט את מופעיו השונים של רעיון שרשרת ההוויה "בכל מחוזות ההיסטוריה שבהם הוא מופיע".¹⁰ רעיון שרשרת ההוויה, המכונה גם עקרון הרצף, תומך בקיומה של היררכיה רציפה של היצורים מן האל דרך המלאכים אל בני אדם, בעלי חיים, צמחים, ודוממים. ההנחה שאותו רעיון עצמו חוזר לאורך ההיסטוריה תוך שינויי מופע קלים נראית בעיני סקינר אנכרוניסטית. בפרט, לגבי רעיון שרשרת ההוויה לבג'וי עצמו מכיר בכך שמדובר במעברים בין תפיסות דתיות לחילוניות, בין אלכימיה ומאגיה למדע, וכדומה. אין פלא אפוא שכפיית מסגרת מושגית אחידה על שינויים אלה נראית לסקינר מלאכותית ומטעה.

בניסונו להבין את מקור הטעות הכרוכה בפרשנות אנכרוניסטית, סקינר מזהה כמה הנחות מוטעות שפרשנות זו מבוססת עליהן, הנחות שבעיניו אינן אלא סוג של מיתולוגיה.¹¹ במרכז המיתולוגיה ישנו דימוי של מושגים ורעיונות מוגדרים ונצחיים אשר מעסיקים בני אדם חושבים באשר הם שם. זוהי העצמה (reification) של מושגים ורעיונות, המדמה אותם לעצמים או לישויות קונקרטיות, ולפעמים לאורגניזם מתפתח. תפיסה זו היא בלתי היסטורית בעליל. כביכול ניתן לדלג מזמן לזמן ומתרבות לתרבות

.CRITICS 29 (James Tully ed., 1988)

- 8 יש לא מעט אירוניה בכך שאני מייחסת לסקינר התנגדות להבניה רציונלית אף על פי שהוא עצמו אינו משתמש במונח.
- 9 דוגמה מפורסמת שהתבררה כשגויה: נטען שמכתב משנת 1920 (כלומר לפני מלחמת העולם השנייה), שמדבר על מלחמת העולם הראשונה, הוא בוודאי מזויף. אך מתברר שכבר לפני מלחמת העולם השנייה היה מי שכינה את מלחמת העולם הראשונה בשם זה.
- 10 ARTHUR O. LOVEJOY, THE GREAT CHAIN OF BEING, A STUDY OF THE HISTORY OF AN IDEA 15 (1960). המובאה היא מן המקור האנגלי ובתרגומי.
- 11 סקינר (1988), לעיל ה"ש 7, בעמ' 32.

ולאתר בכל אלה גרעין רעיוני אחד הלובש ופושט צורות ניסוח שונות. המובאה הקודמת מספרו של לבג'וי מדגימה מיתולוגיה זו בצורה ברורה. אם מקבלים את מיתולוגיית הרעיונות הזאת, קל מאוד לדבר על הסכמה או מחלוקת על רעיון בין הוגים שונים ורחוקים זה מזה, שהרי אנו מניחים שהם מביעים דעה על אותו רעיון מוגדר וקבוע, וכן על פיתוח של רעיון, הטרמה של רעיון, טעות בהבנת הרעיון וכדומה. וכך (אומר סקינר), אנו מוצאים את מרסיליוס (Marsilius, 1275-1342) מטרים את מקיאווולי (Niccolo Machiavelli, 1469-1527). ומקיאווולי מטרים את מרקס (Karl Marx, 1818-1883). או להיפך, אנו מבקרים את מקיאווולי על שהחמיץ תוכנה של מרקס וכיוצא בזה. גישה היסטורית תתייחס בחשדנות לזיהוי כזה של מושגים, היגדים, תיאוריות ופעילויות הנטועים בזמנים ובהקשרים שונים לחלוטין. מבחינת ההיסטוריון, מושגים כמו זכויות הפרט, הפרדת רשויות, ביקורת שיפוטית, משפחה, מולדת, לאום, מתודה מדעית, כוח, אנרגיה, ועוד רבים אחרים אינם מושגים נצחיים החיים את חייהם המופשטים בשמי הרעיונות, אלא יצירי אנוש היונקים את משמעותם מן התודעה של היוצרים אותם והמשתמשים בהם, ואלה אינם נצחיים כלל וכלל. הנחה נוספת שזוכה לחיצי ביקורתו של סקינר היא הנחת העקביות של טקסט או יוצר. גם כאן הדימוי של ישויות רעיוניות מוגדרות עומד בדרכו של החוקר המשלה את עצמו שהבעיה שהטקסט שלפניו עוסק בה היא אחת מאותן בעיות אל-זמניות המוכרות לכול. אשליה זו עלולה להביא אותו שוב לשני מהלכים מנוגדים – לכפות עקביות מדומה על הטקסט או להיפך, לבקר את הכותב על היעדרה.¹²

בסופו של המהלך הביקורתי, סקינר מציע את האילוץ שלו על פרשנות ראויה:

The relevant logical consideration is that no agent can eventually be said to have meant or done something which he could never be brought to accept as a correct description of what he had meant or done.¹³

בקצרה, תיאור של מעשה או אמירה צריך להיות כזה שהאדם המתואר היה יכול להכיר בהם כתיאור הולם של דבריו או מעשיו.

12 ביקורות דומות העלו גם היסטוריונים אחרים. אחת הידועות שבהן היא ביקורתו של הרברט באטרפילד על מה שהוא מכנה פרשנות ויגית של ההיסטוריה. ראו HERBERT BUTTERFIELD, *The Whig Interpretation of History* (1931). פרשנות ויגית היא פרשנות תכליתית המייחסת להיסטוריה (לא תמיד במודע ובמפורש) וקטור של קדמה לקראת ההווה. למרות ההבדלים בין פרשנות זו של היסטוריה ופרשנות הנעזרת בהבניה רציונלית, הכשלים שלדברי המבקרים פרשנויות אלה מועדות להם הם דומים. גם הפרשנות הוויגית נוטה להתייחס לרעיונות כישויות, לפעמים ישויות דמויות אורגניזמים, שניתן לדבר על שלבים עובריים ושלבים מפותחים שלהם ולכן על הטרמה, החמצה ויוצא באלה.

13 סקינר (1988), לעיל ה"ש 7, בעמ' 48.

הבה נעבור כעת מסקירת עמדתו של סקינר לדיון ביקורתי בה. הקריטריון המוצע מעורר כמה שאלות שמן הראוי להתעכב עליהן. ראשית, נשים לב שסקינר פוסל רק תיאורים שהאדם המתואר לא יכול היה לקבל ולא ניתן היה לגרום לו לקבל. אילוץ זה מותיר עדיין מרחב פרשני ניכר. מתקבל על הדעת שבמקרה של הפרשנות של אומן, יכולנו לשכנע את רבי נתן לקבל את הכלל גם אם לא ניסח אותו לעצמו בצורה כה ברורה. אך לא תמיד קל לקבוע מה יכולנו לגרום לאדם לקבל. מן הסתם הרמב"ם לא היה מבין תיאור שלו כפוזיטיביסט, אך ייתכן שאפשר היה לגרום לו להבין תיאור כזה ולקבל אותו. האם היה די במשפט מסביר אחד או בקורס שלם בהיסטוריה של הפילוסופיה של המשפט? הקושי לענות על השאלה מראה שהקריטריון – מה שיכולנו לגרום לאדם לקבל – אינו חד-משמעי. ייתכן מאוד שסקינר כשל כאן בניסוח עמום שמאפשר חופש פרשני רב יותר ממה שהיה רוצה לאפשר ושכפועל כוונתו לאסור על הפרשן כל חריגה מעולם המושגים של האדם הנדון.

שנית, ייתכן שלא היינו יכולים לגרום לאדם לקבל תיאור מסוים של מעשהו – למשל תיאורו כמעשה אכזרי – אך הטעם לכך אינו שימוש אנכרוניסטי במושג, אלא התנגדות לעצם התיאור. אין זה הגיוני לדרוש מן המתאר לתאר מעשה כאכזרי רק אם הפועל עצמו מסכים לתיאור זה. אולי צריך להבחין בין מקרים שונים, למשל בין תיאורים ניטרליים מבחינה ערכית לתיאורים שיש בהם היבט שיפוטי. אני יכולה לומר על שכני שהוא מתאכזר לכלבו גם אם הוא עצמו חושב שמעשיו אינם אכזריים, אך אם השיפוט "מעשה אכזרי" מופנה כלפי תרבות שונה, למשל כשאנו אומרים שעבדות או מילת נשים¹⁴ היא נוהג אכזרי, כי אז יש מקום לטענה נוסח סקינר שלפיה הנוהג אינו אכזרי בהקשרו, כלומר אינו אכזרי בעיני בני החברה שבה הנוהג עבדות או מילת נשים. עולה מכל זה שהסכמת הדובר-פועל לתיאור אינה תנאי הכרחי לתיאור ראוי.

שלישית (וכאן אני מוצאת לנכון להרחיב יותר), יש להבחין בין המונה – ביטוי כשפה, לבין המושג, הרעיון המופשט, וכן בין המושג לבין הפעולה או החוויה שהמושג חל עליהן. היעדרו של מונח אינו מעיד בהכרח על היעדרו של מושג, והיעדרו של מושג אינו מעיד בהכרח על היעדרה של פעילות או חוויה. במקרא איננו מוצאים את המונחים "אכזבה" ו"התלבטות", ביוונית קלאסית אין פועל מקביל ל"להרוות" בהקשר של הרוויית צמא, ובאנגלית אין ביטוי מקביל ל"שמחה לאיד".¹⁵ האם זה אומר שדוברי העברית המקראית לא התלבטו ולא התאכזבו, דוברי היוונית לא הרוו את צימאונם, ודוברי אנגלית אינם חשים לעיתים שמחה לאיד? האם נחטא באנכרוניזם כשנייחס להם מצבים ורגשות אלה? ייתכן שכאן החשש לאנכרוניזם אינו מטריד אותנו מכיוון

14 נוח להרחיק למילת נשים שמנקודת מבטנו נראית אכזרית, אך השאלה עולה גם לגבי ברית מילה.

15 תודתה לפרופסור ארנה הררי מאוניברסיטת תל-אביב על בדיקת הדוגמה ביוונית וכן על הדוגמה האחרונה במשפט.

שמדובר בחוויות אנושיות, ואלה, שלא כמו מושגים מופשטים, נראות לנו כחלקן הגדול אוניברסליות. ייתכן שעמדתנו תהיה שונה לגבי מונחים תיאורטיים יותר, למשל המונח "חור שחור". המונח הוצע בשנות השישים על ידי הפיזיקאי רוברט ה' דיק (Robert H. Dicke), כנראה מתוך רמיזה ל"חור השחור של כלכותה" – בית סוהר שנאמר עליו שאיש מאסיריו לא יצא ממנו בחיים, והתקבל במהירות רבה. ואולם המושג של אזור במרחב-זמן שבו העקמומיות (או הכבידה) אינה מאפשרת הימלטות של קרני אור היא אפשרות הנובעת מתורת היחסות הכללית. הפתרון המייצג אפשרות זו וזהה כבר ב-1916, מייד לאחר פרסום תורת היחסות, כלומר הרבה לפני יצירת המונח "חור שחור". למעשה, כבר במאה ה-18 נשקלה האפשרות של מסה כבדה במידה כזאת שאור לא יוכל להימלט ממנה, אפשרות שכונתה "כוכב אפל". האם אפשר לומר שכבר במאה ה-18 חשבו על חורים שחורים? לכאורה, לפי סקינר התשובה אמורה להיות שלילית, אך בעיני עמדה זו קפדנית מדי. האם לא מדובר באותה תופעה תחת שם שונה? האם לא נכון יותר לומר שלא פעם, הלידה של מושג, כמו זו של ילד, מקדימה את מתן השם? מתקבל על הדעת שככל שהרעיון מופשט יותר כך גדלה הסכנה לאנכרוניזם. מה שנכון לגבי עצם קונקרטי כמו כוכב קורס, אולי איננו נכון לגבי רעיון מופשט כמו זכויות הפרט, מרי אזרחי, משפט טבעי וכדומה.

בניגוד לדוגמאות הפשוטות הללו שאולי אינן דורשות הכרעה, ישנן דוגמאות מורכבות יותר שלגביהן אכן התעורר ויכוח נוקב בספרות. הנה דוגמה שנויה במחלוקת, גם היא מתולדות המדע. אחד העקרונות החשובים והידועים בפיזיקה הוא חוק שימור האנרגיה, שלפיו אנרגיה איננה נוצרת ואיננה נכחדת אלא רק עוברת מצורה לצורה תוך שימור כמותה הכוללת. העיקרון הלך והתגבש במשך זמן רב והתרחב בחלותו כל אימת שנתגלו צורות אנרגיה חדשות. עם זאת החוקרים מסכימים שמאמרו של הרמן פון הלמהולץ "Die Erhaltung der Kraft" – הוא ציון דרך חשוב בגילוי החוק.¹⁶ אולם כותרת זו מעוררת בעיה קשה. המונח הגרמני "Kraft" מציין כוח ולא אנרגיה! בעוד האנרגיה נשמרת, הכוח אינו נשמר. כיצד ייתכן, אם כן, שהמאמר המנסח לראשונה את חוק שימור האנרגיה בצורתו המודרנית משתמש במושג שגוי בתכלית? יהודה אלקנה בספרו על גילוי חוק השימור¹⁷ טוען כי זו היא דוגמה טיפוסית למושג בהתהוות. המושג לא היה מוגדר בהירות לפני גילוי החוק, אלא התגבש עם החוק וכתוצאה מניסוחו. יתר על כן, לפי אלקנה, לא זו בלבד שהלמהולץ גילה את החוק למרות עמימות המושג, אלא שהעמימות סייעה לתהליך הגילוי. מנגד, פיטר קלארק מסכים שטוב היה אילו השתמש הלמהולץ במונח אנרגיה ולא במונח כוח, אך טוען בלהט על סמך ניתוח המאמר הנדון

HERMANN VON HELMHOLTZ, UBER DIE ERHALTUNG DER KRAFT, EINE PHYSIKALISCHE ABHANDLUNG (1996) 16

.YEHUDA ELKANA, THE DISCOVERY OF THE CONSERVATION OF ENERGY (1974) 17

שהלמהולץ הבחין יפה בין המושגים כוח ואנרגיה אלא שהמינוח עדיין לא התייצב.¹⁸ בין היתר, הייתה כאן השפעה היסטורית מעכבת, שכן צורת האנרגיה הראשונה שהוגדרה כמדויק בפזיקה הייתה האנרגיה הקינטית וזו, למרבה האירוניה, נקראה כפי לייבניץ (Gottfried Wilhelm Leibniz), שגילה אותה, בשם כוח החיים *Vis-Viva*.¹⁹

הנה שתי דוגמאות נוספות, הפעם מתחום ההיסטוריה של המשפט, אשר מדגימות את הפער האפשרי בין מונח למושג. הראשונה היא של סקינר. ומתייחסת לאדוארד קוק (Sir Edward Coke), בן זמנו של המלך ג'יימס הראשון, אשר טען באוזני המלך בשנת 1610 כי במשפט האנגלי המנהג יכול לגבור על רצון הריבון. היסטוריונים אחדים ראו בכך הפעלה של ביקורת שיפוטית, טענה שסקינר מתנגד לה מכול וכול הואיל ומושג זה נולד מאוחר יותר בהקשר פוליטי ומשפטי שונה לחלוטין. בעוד ביקורת שיפוטית מבקרת חקיקה מסוימת, אם על יסוד חוקה או על סמך אמות מידה כלליות ומוסכמות, קוק, לפי סקינר, התכוון רק למנוע את המלך מלהתערב בנעשה בבתי המשפט שפעלו בימיו. אף שסקינר רואה כאן ביטוי מובהק לאנכרוניזם, אנו עשויים לתהות שמא הוא מצמצם מדי את מושג הביקורת השיפוטית ומגביל אותו למקרים שבהם המונח היה כבר מטבע לשון מקובלת. דוגמה דומה ניתן למצוא בספרו של דייוויד דאוכה על מרי אזרחי בעת העתיקה.²⁰ דאוכה רואה במעשי המיילדות העבריות במצרים, המצילות את היילודים הזכרים מגזירת פרעה, ובפעולתה של אנטיוגונה, הקוברת את אחיה בניגוד לצו המלך, פעולות של מרי אזרחי. אין צורך לומר שהמונח לא היה קיים בזמן המתואר במקרא או בטרגדיה של סופוקלס, ולכן הניתוח של דאוכה נדרש לכאורה להבניה רצינונית מן הסוג שסקינר מבקר. אך שוב אנו נתקלים בפער בין המונח והמושג. מצד אחד אנו מבינים יפה מדוע דאוכה בוחר במושג המודרני של מרי אזרחי כדי למסגר את הפרות החוק של הגיבורות, ומצד שני אנו גם מכירים בכך שהמושג המודרני נטוע בתיאוריה פוליטית מורכבת שגיבורות אלה לא פעלו במסגרתה. כמו בדוגמה של ביקורת שיפוטית, הפרשנות של דאוכה איננה מופרכת ותלויה במידה רבה בנכונותנו להרחיב

Peter Clark, *Elkana on Helmholtz, and the Conservation of Energy*, 27 Br. J. Phil. Sci. 18 (1976) 165.

19 גד פרודובסקי מנתח בפרוטרוט דוגמה אחרת ומגן באופן משכנע על ההיסטוריון אלכסנדר קורא (Alexander Koyre) מפני טענת האנכרוניזם. קורא מייחס לגלילאו גלילאי את המושג "מסת התמדה" אף על פי שגלילאו לא השתמש במושג זה. בדומה לדוגמה של הלמהולץ, טענתו של פרודובסקי היא שכתבי גלילאו מעידים על הבנת המושג למרות היעדרו של המונח ושלא ניתן להבין את דברי גלילאו וחישוביו מבלי לייחס לו את המושג. ראו Gad Prudovsky, *Can We Ascribe to Past Thinkers Concepts They Had no Linguistic Means to Express*, 36 Hist. & Theory 15 (1997).

20 David Daube, *Civil Disobedience in Antiquity*, 81 Am. Hist. Rev. 167 (1972)

או לצמצם את הגדרת המושגים מרי אזרחי או ביקורת שיפוטית.²¹ השאלות שעלו עד כה והדוגמאות הנלוות אליהן מראות שלא די בקבלה עקרונית של האילוץ המתודולוגי של סקינר כדי לקבוע מהי פרשנות ראויה, שכן הפעלת הקריטריון בכל מקרה ומקרה היא עניין סבוך שנתון גם הוא לפרשנות. כדי להפעיל את הקריטריון עלינו לשער, מבלי שיהיו בידינו עדויות חותכות, מה ניתן היה לגרום לדובר או לפועל לקבל כתיאור הולם, ועלינו להעמיק לחפור מתחת לרובד הגלוי של המינוח כדי לחשוף את הרובד המושגי.

ד. הבניה רציונלית בתחום המשפט

סקינר הוא היסטוריון וביקורתו מופנית כלפי היסטוריונים, בעיקר היסטוריונים של רעיונות, האמורים, לדעתו, לשחזר את עולם המושגים של מושאי מחקרם ולא לתאר אותו מבעד למערכת המושגית של זמן ומקום שונים. עם זאת, הצורך בהטלת אילוצים על פרשנות אינו ייחודי להיסטוריה. מעניין אפוא להשוות את הדיון באילוצים כאלה בתחום ההיסטוריה לדיון באילוצים כאלה בתחום אחר המתבסס על פרשנות – תחום השיפוט והפסיקה. ההבדל הברור בין התחומים הוא כמובן שההיסטוריון הוא תיאורטיקן שלדעותיו אין בדרך כלל כל נפקות מעשית ואילו הכרעותיהם של שופטים ופוסקים מחייבות, ולא פעם חורצות גורלות. לאור הבדל זה ניתן לומר שההיסטוריון שואף לחזור עד כמה שניתן אל הטקסט הקדום על כוונותיו ומשמעותיותו המקוריות, ואילו השופט חייב להביא את הטקסט הקדום אליו, שכן הוא נדרש לעשות בו שימוש במקרה שלפניו. ועוד, פרשנות בתחום המשפט נדרשת בדרך כלל לדיון באמות מידה מוסריות ולא רק באמות מידה רציונליות במובן הצר. למרות ההבדלים הללו, יש מן המשותף בתהליכי העבודה בשני התחומים, שכן גם שופטים נדרשים לפרשנות בבואם להחיל את החוק (וחומרים משפטיים אחרים כגון תקדימים) על המקרה שלפניהם, ולכן הבעיות שנתקלנו בהן בסעיפים הקודמים מעסיקות גם אותם. במילים אחרות, גם שופטים עשויים להתלבט בשאלת ההבניה. כידוע ישנן אסכולות שונות בנוגע לאילוצים על מעשה הפרשנות.²² גם אם מוסכם שהשופט כפוף לחוק, הדעות חלוקות בשאלה מהו החוק, האם מה שמחייב את השופטים הוא לשון החוק, רוח החוק, או כוונת המחוקק.²³

21 אחד ההבדלים בין מרי אזרחי כפי שהמונח מובן כיום לבין נימוקי הגיבורות של דאוכה למעשהיהן הוא שהמריין האזרחי מקבל את סמכות המשטר והמערכת המשפטית ומבקר חוק מסוים או פסיקה מסוימת. בדוגמאות של דאוכה לעומת זאת, הגבורות חושבות שהן סרות לסמכות גבוהה יותר מן המלך ושלכן הן רשאיות להפר את חוקיו.

22 מעניין שההיסטוריון מושווה לא פעם לשופט. בהשוואה זו יש הגזמה במידת הדמיון בין התחומים והיא אינה מקובלת עליי, אך דחייתה אינה פוסלת הכרה בדמיון בשאלות המתודולוגיות המשותפות להם.

23 הדרישה שלעיתים כוונת המחוקק, ולא לשון החוק, היא המחייבת מועלית כידוע על ידי אריסטו: "כשהחוק מדבר, אפוא, על תחום מסוים בקביעות כלליות, למעשה יקרה דבר

אם הדרישה היא לציית לכוונת המחוקק, ואם המחוקק המחייב הוא המחוקק המקורי, מנסח החוק, כי אז השופט ניצב מול בעיות דומות לבעיותיו של ההיסטוריון וסביר שיידרש ממנו להימנע מלייחס למחוקק המקורי נורמות ומושגים שלא היו חלק מעולמו המושגי והנורמטיבי. לצד עמדה זו ישנו מנעד של עמדות שאינן רואות את השופט ככבול לכוונתם של מנסחי החוק. הקוטב המנוגד לדרישה לנאמנות לכוונת המחוקק מאפשר שימוש גמיש בחוק כדי להגיע למסקנה רצויה. תחת תפיסה זו השופטים רשאים להשתמש בטכניקות יצירתיות של פרשנות כדי לשחרר את עצמם מהפעלה דוקנית של החוק. הם יכולים, למשל, להבחין בין המקרה שלפניהם והמקרה שמוזכר בחוק או היה לנגד עיני המחוקק. אילוץ הכפיפות לחוק נשמר כאן למעשה רק באופן פורמלי במובן זה שהשופט אינו יכול להצהיר שאינו מקבל את החוק או שהוא פועל בניגוד אליו. ברור ששופט (או מערכת משפטית) המקבלים תפיסה זו לא יראו את עצמם כפופים לקריטריון של סקינר לפרשנות.

המחויבות לכוונה המקורית של החוק היא סלע מחלוקת מפורסם בין אוריגינליסטים (originalists) למתנגדיהם באשר לפרשנות החוקה של ארצות הברית. (האוריגינליסטים גם הם אינם עשויים מקשה אחת ונבדלים בשאלה אם מה שמחייב הוא לשונה של החוקה תחת המשמעות המקורית של מונחיה, כוונתם המקורית של מנסחי החוקה, או הפרשנות שאדם סביר בן זמנם של המנסחים היה נותן לחוקה). תומכי "החוקה החיה" (the living constitution), מאפשרים פרשנות דינמית ויצירתית של החוקה. עמדה זו מקצרת את הדרך לאקטיביזם שיפוטי. לא אכנס כאן לפרטי המחלוקת הסבוכה המתנהלת גם בימינו אלה וכרוכה בפרשנויות שונות למושגי יסוד כמו דמוקרטיה והפרדת רשויות.

נעבור עתה לסוג שונה לחלוטין של הבניה רציונלית, וכאן אנו נכנסים למים עמוקים. ישנן תיאוריות שאפשר לראות בהן תיאוריות פרשניות, או גם גרסאות של הבניה רציונלית, ושמטרתן המודעת והמוצהרת איננה פרשנות היסטורית מן הסוגים שנדונו לעיל. תומכיהם של תיאוריות אלה כלל אינם רואים את עצמם מחויבים לאילוץ של סקינר. מטרתן של תיאוריות כאלה היא לספק מסגרת מושגית חדשה המאפשרת ארגון של פרטים במבנה כללי יותר המאפשר ניתוח, הסבר, ואולי אף חיזוי, שלא התאפשרו על ידי סקירת הפרטים כשלעצמם. הפרטים יכולים להשתייך לתחומים שונים, כגון אירועים מנטליים (מחשבות, החלטות), אירועים היסטוריים, או גם פרטים מתחום המשפט – חוקים, פסקי דין וכדומה. כנקודת פתיחה, נתבונן תחילה בתיאוריה המרקסיסטית ונסה לברר מה בינה לבין הבניה רציונלית במובנה המקובל. כידוע, המרקסיזם אינו מתעניין ברמה הרעיונית המודעת של פעולות אנושיות, יחידים או

מה החורג מקביעות אלו, אזי נכון יהיה – במקרים שהמחוקק לא לקח אותם בחשבון ושגה בקביעות פשוטות מדי – לתקן את אשר חיסר הלה, ולומר את אשר המחוקק עצמו היה אומר אילו היה נמצא באותו מעמד, והיה שם לחוק, אילו ידע שמקרה כזה עשוי לקרות" (אריסטו אתיקה: מהדרת ניקומאכוס ספר ה' 134 (יוסף ג' ליבס מתרגם 1973)).

חברות. מבחינת התיאוריה המרקסיסטית, הרמה המודעת של רעיונות וערכים אינה אלא מבנה-על (super-structure) משולל השפעה סיבתית מעל רמת היסוד המניעה את ההתפתחות ההיסטורית – רמת יחסי ההון, הייצור והעבודה. מאחר שלפי התיאוריה, רמת היסוד הסיבתית מספקת עקרונות של רציונליות, לפחות במובן הרחב (היא משקפת מטרות, אינטרסים, ואמצעים להשגת המטרות וסיפוק האינטרסים), אפשר לכאורה לראות בתיאוריה המרקסיסטית סוג של הבניה רציונלית. עם זאת, יש לה שני מאפיינים חשובים שמבדילים בינה לבין הדגמים המובהקים של הבניה רציונלית (חישבו שוב על הכלל של אומן המחיל מודל מתמטי על המשנה העוסקת בחלוקת העיזבון בין האלמנות הנבדלות בסכומי כתובותיהן). ראשית, יש כאן העמדה, רדוקציה, של תחום אחד בעל מושגי מפתח משלו (ערכים מוסריים, צווים דתיים וכדומה), על תחום אחר שמושגי המפתח שלו שונים לגמרי. שנית, יש כאן מעבר מתחום הטעמים לתחום הסיבות. ככלל, הסבר של פעולה על ידי טעם מניח מודעות הפועל לטעם; הסבר סיבתי, לעומת זאת, איננו מניח מודעות. על פי המרקסיזם, האדם הפועל אינו מודע לסיבות לפעולותיו יותר משכוכב לכת מודע לחוקי התנועה שעל פיהם הוא נע. משתי הבחינות הללו התיאוריה המרקסיסטית דומה יותר לתיאוריה מדעית המסבירה תופעות נצפות בעזרת תהליכים וחוקים ברמת היסוד של החומר. כך, למשל, מוסברות תופעות תרמודינמיות על ידי רדוקציה לתהליכים מכניים ברמה המולקולרית, וכך מקווים חלק מחוקרי המוח להעמיד תהליכים מנטליים על תהליכים נוירולוגיים ופיזיקליים. בשל הדמיון לרדוקציה, אינני רואה במרקסיזם הבניה רציונלית, ובכל מקרה – אין צורך להתעקש על המונח – זו הבניה רציונלית מסוג שונה.

שאלה מורכבת יותר עולה לגבי התיאוריה הכלכלית של המשפט. מחקרים בתחום משגשג זה מבקשים להסביר את היווצרותם של הסדרים משפטיים בכך שהם מארגנים את התנהגות המצייתים להם באופן שפעולותיהם התיינה רציונליות מבחינה כלכלית, או אף חוזים אילו הסדרים משפטיים עשויים להשיג מטרות זו בצורה מיטבית.²⁴ ברור שגישתם של תומכי התיאוריה הכלכלית להסבר של הסדרים, אם אלה הסדרים קיימים אם כאלה שהיו קיימים בעבר, שונה באופן קוטבי מגישתו של ההיסטוריון. התיאוריה הכלכלית אינה חותרת לרדת לסוף דעתם של שופטים ומחוקקים, אלא לחשוף רובד שהללו כלל לא היו מודעים לו. יתר על כן, עצם היכולת לתאר תחום פעילות במונחים שונים מאלה שהיו בדעתם של הפועלים מהווה בעיני תומכי התיאוריה יתרון. ריצ'רד פונזר אומר זאת במפורש:

24 אינני מתייחסת להבחנה בין הפן התיאורי לפן הנורמטיבי של התיאוריה הכלכלית של המשפט, הבחנה שממילא יש הטוענים שאיננה אפשרית הואיל וגם הגרסאות התיאוריות יותר של התיאוריה רוויות בנורמות חברתיות-מוסריות.

Few legal opinions, to be sure, contain explicit reference to economic concepts, and few judges have a substantial background in economics. But the true grounds of legal decision are often concealed rather than illuminated by the characteristic rhetoric of judicial opinions [...] Indeed legal education consists primarily of learning to dig beneath the rhetorical surface to find those grounds. It is an advantage of economic analysis as a tool of legal study rather than a drawback that it does not analyze cases in the conceptual modes employed in the opinions themselves.²⁵

גם כאן הטענה היא שהרובד הקובע הוא הרובד הכלכלי ולא פני השטח המשפטיים. מבחינה זו מדובר גם כאן ברדוקציה של תחום אחד לתחום אחר. עם זאת, ובשונה מן התיאוריה המרקסיסטית, בעלי התיאוריה הכלכלית סבורים שאפשרי, ואף רצוי, לייצר במודע הסדרים משפטיים שיעמדו באמות המידה הכלכליות.²⁶ טענה זו נדרשת כמובן לטעמים ולא רק לסיבות. זהו אפוא מקרה ביניים בין רדוקציה להבניה רציונלית טיפוסית, וכמוהו יש אחרים, למשל – תורת המשחקים.

הדיון בשני הסעיפים האחרונים מראה כי יש הבדלים משמעותיים בין סוגי הפרשנות השונים ומטרותיהם. הביקורת על הבניה רציונלית אכן משכנעת כשמטרתו של הפרשן להבין את הכוונה המקורית של אמירות ופעולות מן העבר, ולא פעם, בתחום ההיסטוריה כמו גם בתחום המשפט, זו אכן מטרתו של הפרשן. בצד מטרה זו ראינו שישנן גם מטרות אחרות שלשם השגתן, המשגה חדשה (שאינה מבקשת לרדת לסוף כוונת המקור) הינה יתרון ולא חיסרון. לאור תובנות אלה נוכל עתה לעבור לדיון בהבניה רציונלית בתחום הפילוסופיה של ההלכה ובעבודתו של חנינה בן-מנחם בתחום זה.

ה. הבניה רציונלית בחקר ההלכה

בסעיף הקודם דנתי בשאלות העולות בהקשר של פרשנות משפטית וגבולותיה. שאלות דומות על פרשנות, גבולותיה ומגבלותיה עולות גם בהקשר של הבנת התלמוד: מהו, למשל, היחס בין לשון המשנה לפרשנותה בגמרא? האם האמוראים ראו עצמם מחויבים לפענח את כוונת התנאים ולפסוק על פיה? בן-מנחם טען לא פעם (בהרצאותיו יותר מאשר בכתביו) שהתשובה על שאלה זו שלילית. טכניקת ההבחנה המברילה – האוקימתא – היא

25 RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, 18 (2nd ed. 1977)

26 לגבי המרקסיזם, נשאלת לא פעם השאלה – יש אומרים הפרדוקס – אם עצם המודעות לתיאוריה המרקסיסטית משנה את המצב ומאפשרת תודעה אמיתית (שאינה תודעה כוונת). אם התשובה חיובית, כי אז יש דמיון גדול יותר בין המרקסיזם והתיאוריה הכלכלית של המשפט. לא אדון כאן בפרדוקס זה.

אחת הטכניקות הנפוצות בגמרא והיא מאפשרת לאמוראים לחדש את עולמם המשפטי אל מול המשנה, וזאת מבלי להסתייג במפורש מן המוסכמה שלפיה אמורא אינו יכול לחלוק על ההלכה שנפסקה במשנה. בצידה של טכניקה נפוצה זו ישנן גם טכניקות רדיקליות יותר, כגון תיקון נוסח המשנה – "חיסורי מחסרי והכי קתני", ועוד. יתר על כן, ישנם מקרים שבהם אפשר לראות גם בתוך התלמוד את התפתחות הדיון בסוגיה כהבניה רציונלית מאוחרת למקור קדום. למשל, המעבר מסוגיית "הדר בחצר חברו שלא מדעתו" להמשגה הכללית הרואה את המקרה הנדון כמקרה פרטי של המצב שבו "זה נהנה וזה לא חסר"²⁷. לא כל הדוגמאות של פרשנות יצירתית הן דוגמאות של הבניה רציונלית, אך הביקורת המושמעת כנגד פרשנות כזאת – הביקורת השוללת כל פרשנות החורגת מן המשמעות שהייתה, או לפחות יכלה להיות, הפרשנות המקורית – היא ביסודה הביקורת השוללת הבניה רציונלית. כל עוד האילוץ על פרשנות דורש נאמנות למושגים וכוונות מקוריים, האילוץ שסקינר ניסח בתחום ההיסטוריה של הרעיונות יתקבל כתקף גם בתחום המשפט. ממילא, נדרשת גם התמודדות עם הקשיים שיישומו של האילוץ נתקל בהם ושסקרתי לעיל.

בניגוד לשוללי ההבניה הרציונלית, ובהתאמה עם האופן שבו הוא מבין את המסורת הפרשנית התלמודית שאיננה שוללת אותה, בן־מנחם מציע לעיתים קרובות פרשנות משפטית הנעזרת בהבניה רציונלית. כמובן, הבניה רציונלית כפי שהיא מתפקדת בעבודתו של בן־מנחם איננה דומה למרקסיזם או לתיאוריה הכלכלית של המשפט בשני המאפיינים שמנתי. היא איננה מבקשת להעמיד את עולם המושגים המשפטי על עולם מושגי שונה, כביכול בסיסי יותר, וגם איננה מחליפה המשגות והסברים הנדרשים לטעמים בכאלה הנדרשים לסיבות בלבד. עם זאת, גם בעבודתו המטרה איננה פרשנות המשחזרת את כוונתם של חכמי ההלכה ואין היא מגבילה את עצמה למונחים, ואפילו לא למושגים, אשר בהם השתמשו. המטרה הינה להתבונן בחומר המשפטי של ההלכה גם (כמובן) לא רק) דרך הפריזמה של עולם המושגים של תורות משפט מודרניות יותר ולהיעזר בהן להבנתו של חומר משפטי זה. בן־מנחם ניסח את מטרתו בבירור כבר בתחילת דרכו:

באומרי שקיומה של טענה זו מתיישב עם עמדה יוריספרודנטית מסיימת אין כוונתי לומר, כמובן, שאותה עמדה זכתה לארטיקולציה הלכתית או היתה מבחינה היסטורית בהכרח במחשבתם או בתודעתם של אותם חכמים שפיתחו והחזירו טענה זו למשפט העברי. הטיעון המוצע כאן איננו טיעון היסטורי והניסיון להציג את הרציונל שמאחורי טענת קים לי אינו תרגיל בשחזור היסטורי. מטרת האנליזה היא לנתח מוסד משפטי מסוים באמצעות כלים אנליטיים שפותחו בתורת המשפט הכללית, ולבדוק

27 משנה, בבא קמא כ, א-ב. על המעברים מקוואיסיקה להמשגה בתלמוד ראו, Leib Moscovitz, *Talmudic Reasoning: From Casuistics to Conceptualization* (2002).

את ההשלכות הנובעות מקיומו של המוסד על התיאוריה המשפטית של המערכת כולה.²⁸

וכן, כעשר שנים מאוחר יותר:

Though the sources that will be examined in this book are ancient, this is not a study in legal history. Its primary aim is not to establish historical veracity [...] Rather, this study seeks to present a jurisprudential reading of Talmudic material by means of conceptual tools developed by analytic positivists. It is not suggested that the conceptual tools which will be employed to analyse Talmudic material have themselves ever been articulated as part of Talmudic law or of the legal thinking of the Rabbis. In order to enter the minds of the original authors, a legal historian [...] must establish that the concepts being used [...] are themselves contemporary with the ancient sources, or he would justly be charged with being anachronistic. This is not so in the case of jurisprudential analysis where one may project a given conceptual framework upon a given legal system, the intellectual process being that of reading the ancient sources from the perspective of the conceptual framework. [...] The claim of a jurisprudential study is that the account given represents the best rationale one can make when the material discussed is conceived of as representing a complete description of a legal system.²⁹

מזן האמור לעיל עולה שכל עוד המטרה ברורה ואין חשש לכלכול בינה לכין מטרת השחזור הנצמדת לעולם המושגים המקורי, אין פגם מתודולוגי במתודה זו. עדיין אפשר כמובן לשאול מהי התועלת בהבניה רציונלית כזאת ואיזה סוג של הבנה היא מעניקה לנו. והתשובה לשאלה זו היא שיתרונותיה של המשגה חדשה מרובים; היא ממסגרת בצורה שונה את הנתונים, מצביעה על קשרים חדשים ביניהם, ולא פעם מאפשרת לתת תשובות ברורות לשאלות שלא הועלו קודם לכן. ראינו כבר שכשהמקור מדבר בשפה קוואיסטית, המשגה כללית יותר מאפשרת השלכה על מקרים אחרים. אך תרומתה של המשגה יכולה להיות מרחיקת לכת יותר. למשל, אין ספק שהדיון בשאלה אם

28 חנינה בן-מנחם "טענת קים לי – לקראת ניתוח יוריספרודנטי" שנתון המשפט העברי ו-1 46, 45 (התשל"ט-התש"ם).

29 HANINA BEN-MENAHM, JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN NOT BY RULES 7-8 (1991).

הנורמות של ההלכה תקפות מכוח היותן רצון המחוקק או מכוח היותן בהתאמה עם קוד מוסרי, מתחדד לאור הניסיון לעגן את ההלכה במסגרת המשפט הטבעי. אף על פי שהמושג "משפט טבעי" אינו מצוי במקורותינו, הבניה רציונלית זו שכיחה בספרות המחקר ומעשירה אותה. מעבר לכך, הבניה רציונלית יוצרת מפגש חי בין החוקר ועולמו המושגי לבין החומר הקדום ובכך מאפשרת עדכון ופיתוח שהחקירה ההיסטורית הטהורה אינה מאפשרת.³⁰ ניתן אולי לדמות את השימוש בהמשגה חדשה לשימוש במשקפיים ואת האיסור להשתמש בהמשגה כזאת לתביעה לתאר את העולם אך ורק מבעד לעין העירומה, ללא כל תיווך. תארו לעצמכם אדם האוסר את השימוש במושג המטפורה כשאנו מפרשים טקסט מקראי או תלמודי מן הטעם שהמונח אינו מופיע בטקסטים אלה. האם אין פרשנות המתנזרת ממושג המטפורה מועדת לדלות ולטעות?³¹

בעבודתו של בן-מנחם יש שלל דוגמאות לניתוח סוגיות במשפט העברי בכלים מתחום תורת המשפט המודרנית: אינדיבידואליזם של חוקים, בעיית "קים לי", "שודא דדייני", שיקול דעת חזק וחלש של שופטים, "דעבד כמר עבד, ודעבד כמר עבד", שאלת אפיון המשפט העברי כמשפט דתי ועוד.³² כל אלה כרוכות במידה זו או אחרת בהבניה רציונלית. אתעכב על דוגמה אחת בלבד. במסכת בבא בתרא (לד, ע"ב) אנו מוצאים את ההלכה הבאה: "זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי – אמר רב נחמן: כל דאלימ גבר". כלל זה, שעל פניו מתיר לצדדים שימוש באלימות, הטריד מאוד את הפרשנים שניסו ברובם לצמצם אותו בדרכים שונות.³³ לדעתו של בן-מנחם יש להבין תחילה את המצב המתואר, את סוג הסכסוך שהכלל אמור להכריע, ורק לאחר מכן לפרש את המונח "אלימות" בהקשרו זה. הגמרא מדברת גם כאן בשפה קזואליסטית ומתארת מקרה יחידאי, אך האם נוכל להפשיט מן התיאור היחידאי תיאור משפטי כללי יותר של המצב? הפרשנים המסורתיים דילגו על שלב זה והתרכזו בשאלת האלימות, אך הבנת המצב המשפטי קריטית לדעתו של בן-מנחם והוא נעזר בהמשגה הכללית של מצבים

30 למעשה, גם עולם הישיבות עוסק במונחיו שלו, ומאותם טעמים עצמם, בהבניה רציונלית.

31 חנינה ואני תהינו לא פעם אם אין בפרשנות המילולית של ביטויים תלמודיים המייחסים לאל דמות גוף החמצה מסוג זה, אך על כך בהזדמנות אחרת.

32 ראו, למשל, עניין "טענת קים לי" לעיל, בן-מנחם, ה"ש 28. חנינה בן-מנחם "הסוד של יסוד מורא וסוד תורה – השורשים למניין המצוות של רבי אברהם אבן עזרא" דיני ישראל כב 177 (התשס"ג); Hanina Ben-Menahem, *Is There Always One Uniquely Correct Answer to a Legal Question in the Talmud?* 6 JEWISH L. ANNUAL 164 (1987); idem, *Maimonides' Fourteen Roots: Logical Structure and Conceptual Analysis*, 13 JEWISH L. ANN. 3 (2000); idem, *Is Talmudic Law a Religious Legal System? a Provisional Analysis*, 24 J. L. & RELIG. 379 (2008–9); idem, *Dworcules, Jewish Law, and the Doctrine of Legal*, idem; *Error* (unpublished, 2017), Available at SSRN: ssrn.com/abstract=2989076 לעיל ה"ש 29.

33 ראו למשל: פסקי הרא"ש, משנה, בבא בתרא ג, ג; שו"ת שבות יעקב, חושן משפט, קסז, א.

משפטיים על פי הופלד (Wesley Newcomb Hohfeld) כדי לזהות את המצב המתואר בגמרא. על פי הופלד ישנם ארבעה מושגי יסוד שיחדיו ממצים את האפשרויות ליחסים משפטיים בין שני צדדים: זכות, כוח, חירות, חסינות. כדי לקבוע מהו היחס המשפטי במקרה נתון יש להתמקד תמיד בפעולה אחת ובשני צדדים שאת היחס המשפטי ביניהם מבקשים להגדיר. לענייננו חשובה הקטגוריה של חירות. חירות קימת כאשר אדם אחד אינו נמצא תחת חובה משפטית כלפי אדם אחר לעשות פעולה מסוימת או להימנע ממנה. נניח שבית מוצע למכירה ויש כמה קונים מעוניינים בו. לאיש מהם אין חובה לרכוש את הבית ולאיש מהם אין חובה שלא לרכוש את הבית. לאיש גם אין זכות לרכוש את הבית שכן (במצב הרגיל) אין על בעל הבית חובה למכור דווקא לו. התיאור ההולם הוא שלכל קונה יש חירות מול כל קונה אחר. חירויות עלולות להתנגש כפי שאכן קורה במקרה שיש כמה קונים שרק אחד מהם יכול בסופו של דבר לזכות בבעלות על הבית. מצבים כאלה של חירויות מתנגשות שכיחים מאוד בחיינו ובדרך כלל הם אינם מעוררים בעיה משפטית. הקונה מהיר ההחלטה, או בעל הממון הרב יותר, וכדומה, יזכה בבית. הצעד המכריע בפרשנות של בן-מנחם הוא זיהוי המצב המשפטי שעליו חל הכלל "כל דאלים גבר" כמצב של התנגשות בין חירויות! הצעד השני, הנובע מן הצעד הראשון, הוא הבנת מושג האלימות החל במקרה זה. אם מדובר בהתנגשות בין חירויות כי אז הכלל "כל דאלים גבר" אינו מתיר לצדדים לנהוג באלימות (בכוח) ובוודאי לא לנהוג בה כדי לזכות בבעלות על משהו שחובה עליהם לא לנכס לעצמם, אלא רק לפעול בזריזות, בתושייה ובתבונה כדי לממש את חירותם. כמו תמיד, הכלל אינו מנותק מכללים אחרים: גם מימוש החירות יהיה כפוף לחובות המוטלות על אדם, למשל החובה לא לפגוע בזולתו. הכלל "כל דאלים גבר" אומנם מתיר לנו לממש את חירותנו, ואולם האמצעים העומדים לרשותנו הם אך ורק אמצעים לגיטימיים, כלומר, רק אלה שאינם מפירים חובות אחרות שלנו – זכויות של אחרים כלפינו. החלת מושג החירות המודרני על המקרה הנדון בתלמוד היא הבניה רציונלית והיא אנכרוניסטית ביודעין.³⁴ הרווח שבצידה ברור ומונע אי-הבנת הכלל והיזקקות לפרשנות אפולוגטית שלו. ועוד, מיון היחסים המשפטיים מהווה מסגרת מושגית כללית וממצה. מסגרת זו חלה לפיכך על כל מערכת הסדרים משפטיים ואין סיבה שלא תחול על דיני הקניין ההלכתיים. העובדה שהיא מתאימה גם למקרים שלא התאימו את עצמם אליה מראש הינה יתרון – מפתח שהתגלה כמתאים למנעול ישן.

*

כדי לחזור ולהמחיש את בעיית הקריאה העכשווית בטקסט קדום מזווית שונה ומשעשעת יותר, אסיים בסיפור – "פייר מנאר, מחבר דון קיחוטה" מאת חורחה לואיס בורחס. גיבור

34 אין זה מן הנמנע שהיינו יכולים להביא את רב נחמן להכיר במושג החירות, כשם שרבי נתן היה יכול לקבל את הכלל של אומן, ובמקרה זה אפילו ההתנגשות עם האילוף של סקינר אינה חריגה משמעותית.

הסיפור, פייר מנאר, הציב לעצמו מטרה "הרואית עד בלי די": לכתוב מחדש חלקים מסוימים מספרו הידוע של סרוונטס "דון קיחוטה". ודוק, הרעיון לא היה להזדהות עד תום עם סרוונטס ואף לא להתרחק ממנו ולטעת את דון קיחוטה במחוזות המודרניים של המאה העשרים. ואין צריך לומר שכוונתו של מנאר לא הייתה להעתיק חלקים מן הספר אלא לכתוב אותם מחדש! בסופו של דבר הטקסט שכתב היה זהה במילה לטקסט של סרוונטס ואולם עשיר בהרבה מקודמו ומשמעותו הייתה שונה בתכלית... הנה קטע מסיפורו של בורחס האמור להדגים זאת.

מאירת עיניים היא ההשוואה בין 'דון קיחוטה' של מנאר לזה של סרוונטס. הלה, לדוגמה כתב: ...האמת, שאמה הורתה היא ההיסטוריה; יריבת הזמן, כלי-קיבול למיפעלות אנוש, עדה לעבר, דוגמא ומופת להווה ואזהרה לעתיד לבוא.³⁵

מנוסחת במאה ה-17, מנוסחת בידי "ההדיוט החריף" סרוונטס, סידרה זו אינה אלא נאום-הלל רטורי להיסטוריה. מנאר, לעומת זאת כותב: ... האמת, שאמה הורתה היא ההיסטוריה; יריבת הזמן, כלי-קיבול למיפעלות אנוש, עדה לעבר, דוגמא ומופת להווה ואזהרה לעתיד לבוא.

ההיסטוריה, "אמה-הורתה" של האמת; הרעיון מדהים. מנאר, בן זמנו של וויליאם ג'יימס, אינו מגדיר את ההיסטוריה כחקר המציאות אלא כמקורה. האמת ההיסטורית, לדידו, אינה מה שהתרחש; היא מה שאנו סבורים שהתרחש. חלקי המשפט האחרונים "דוגמא ומופת להווה ואזהרה לעתיד לבוא" – הם פרגמטיים להחציף.³⁶

בסופו של דבר, בורחס עצמו פותר את הפרדוקס שיצר ורומז לנו שהשאלה שעמדה לנגד עיניו איננה כתיבה מחדש, אלא קריאה מחדש על אפשרויותיה האינ-סופיות.

35 חורחה לואיס בורחס "פייר מנאר מחבר דון קיחוטה" בדיונות פרק ט: פייר מנאר מחבר דון קיחוטה 41-50 (יורם ברונבסקי מתרגם, 1998).

36 שם, בעמ' 48.

