

הפילוסופיה של המשפט העברי: עיון מתודולוגי

בנימין פורת¹

א. הקדמה

בשלושת העשורים האחרונים התברך מחקר ההלכה בצמיחתו של תחום חדש: הפילוסופיה של ההלכה.² עניינו ב'הפיכת ההלכה לנושא פילוסופי',³ כלומר עיון בעולם ההלכה באמצעות כלים ומושגים פילוסופיים⁴ שאינם שאובים מתוך השיח הפנים-הלכתי הקלאסי.⁵

- 1 אני מבקש להודות לאריה אדרעי, ירון אונגר, הילה בן אליהו, דוד אנוך, חנינה בן מנחם, אלון הראל, שירילי ויסמן, חיים זיימן, יאיר לורברבוים ועמיחי רדזינר שקראו טיוטות קודמות והאירו את עיניי בנקודות חשובות.
- 2 דומה, כי שני החוקרים הראשונים שאפיינו את מחקרם כ"פילוסופיה של ההלכה" הם: זאב פלק ערכי משפט ויהדות: לקראת פילוסופיה של ההלכה (1980); יוחנן סילמן "היקבעויות הלכתיות בין נומינאליזם וריאליזם – עיונים בפילוסופיה של ההלכה" דיני ישראל יב רמט (התשד"ם-התשמ"ה) (נרפס שוב בכרך זה, בעמ' 1). יחד עם זאת, אף קודם לכן היו שעסקו בפילוסופיה של ההלכה, הגם שהיא טרם כונתה בשם זה (ראו להלן ה"ש 11). סקירת הספרות שנכתבה בעשורים האחרונים בתחום הפילוסופיה של ההלכה חורגת ממטרות מאמר זה. לכן, אסתפק בהפניה למספר אסופות שערך בשנים האחרונות אבינועם רוזנק, המכילות מאמרים רבים בתחום זה: עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה (אבינועם רוזנק, המכילות מאמרים עורכים, 2008); הלכה, מטה-הלכה ופילוסופיה (אבינועם רוזנק עורך, 2011); ההלכה: הקשרים רעיוניים ואידיאולוגיים גלויים וסמויים (אבינועם רוזנק ודפנה שרייבר עורכים, 2012). ראו גם מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי (עמיחי ברהולץ עורך, 2003).
- 3 אבי שגיא "הרב סולובייצ'יק ופרופ' ליבוביץ כתיאורטיקנים של ההלכה" דעת 29 131 (התשנ"ב).
- 4 בשלב מוקדם זה של המאמר אני מבקש להימנע מלהגדיר במדויק מהן "פילוסופיה" ו"פילוסופיה של ההלכה", שכן כפי שיתברר בהמשך שאלות אלה הן שעומדות במקד הדיון.
- 5 בכך מחקר הפילוסופיה של ההלכה קורא תיגר על הן על מה שמציע עולם הלמדנות הישיבתית (ברדגש על זו הבריסקאית) והן על מה שמציע המחקר הפילולוגי-ההיסטורי של התלמוד, שהרי שני אלה מגבילים (מטעמים שונים) את הדיון במקורות ההלכה למישור הפנים-הלכתי, תוך הימנעות מעיסוק בשאלות מופשטות יותר הנוגעות לטעמי ההלכה ולתכליתיה. על

בהקשר זה דנים הפילוסופים של ההלכה בתכליותיה, בתפיסותיה המופשטות ובהנחות היסוד המובלעות שלה אודות האדם, האל, החברה. דוגמאות לנושאים המונחים על שולחנם של חוקרי הפילוסופיה של ההלכה הן אמת ופלורליזם, התגלות ותבונה, תוקף וסמכות, פורמליזם ומהות, תיאוריות של פרשנות, עקרונות מדיניים וערכים במשפט.⁶ במאמר זה אבקש להידרש לשאלת המתודולוגיה של מחקר הפילוסופיה של ההלכה. אסביר מדוע לפרספקטיבה הפילוסופית-משפטית יש ערך מוסף בהקשר זה, וכיצד בכוחה של הפילוסופיה של המשפט להעשיר בגוון ייחודי את מחקר הפילוסופיה של ההלכה, כפי שכבר נעשה בעבר ואף מעבר לכך.⁷

אל פסגת ההר, שם שוכנת הפילוסופיה של ההלכה, ניתן לטפס משני עבריו: הנתים האחד הוא מכיוון מחקר המשפט העברי והעיון המשפטי, שבתחילת דרכו עסק בניתוח עולם ההלכה בכלים דוגמטיים-היסטוריים⁸ והשוואתיים,⁹ ובעשורים האחרונים

כך ראו משה הלברטל "דוד הרטמן והפילוסופיה של ההלכה" מחויבות יהודית מתחדשת א 13, 16 (אבי שגיא וצבי זוהר עורכים, התשס"ב).

6 חשוב להבחין בין השאלה, שאיני דן בה כאן, האם ועד כמה מושפע איש ההלכה בפסיקתו משיקולים חוץ-הלכתיים (כגון שיקולים אידיאולוגיים, פוליטיים, חברתיים ותרבותיים), לבין השאלה העומדת כאן לדיון, האם ניתן להבין את השיקולים הפנים-הלכתיים בכלים פילוסופיים. לפיכך, יש שהבחינו בין "הפילוסופיה של ההלכה", שבה אני דן במאמר זה, לבין "שיקולים מטא-הלכתיים" (חוץ-הלכתיים) המשפיעים על פסיקת ההלכה. על כך ראו, למשל ההלכה: הקשרים רעיוניים ואידאולוגיים גלויים וסמויים, לעיל ה"ש 2; אבינועם רוזנק "מטה-הלכה, פילוסופיה של ההלכה ויוסף שוואב" הלכה, מטה-הלכה ופילוסופיה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 17; נעם זהר "פיתוח תאוריה הלכתית כבסיס חיוני לפילוסופיה של ההלכה" עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 43; אביעד הכהן "שיקולים מטא הלכתיים בפסיקת ההלכה: מתווה ראשוני" שם, בעמ' 279; Moshe Koppel, *Meta-Halakhah: Logic, Intuition and the Unfolding of Jewish Law* (1997) זכות הראשונים למונח "מטא הלכה" שמורה לאליעזר גולדמן מחקרים ועיונים: הגות יהודית בעבר ובהווה 13 (דני סטטמן ואבי שגיא עורכים, התשנ"ז); אליעזר גולדמן "יסודות מטה-הלכתיים להכרעה ההלכתית" עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה, לעיל ה"ש 2, בעמ' 259.

7 המונח "הפילוסופיה של המשפט" מכיל כמה מובנים ורבידים מובחנים זה מזה, אשר זיקתו של כל אחד מהם למחקר הפילוסופיה של ההלכה ראייה לבחינה נפרדת. על כך ראו להלן, טקסט ליד ה"ש 68 ואילך.

8 המנסחים הראשונים של המתודה הדוגמטית-ההיסטורית הם אברהם חיים פריימן סדר קידושין ונישואין אחרי חתימת התלמוד: מחקר היסטורי-דוגמטי בידי ישראל 5 (1964); מנחם אלון חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי יא-יד (1964). עוד על הקשר בין המחקר הדוגמטי-ההיסטורי לבין מחקר הפילוסופיה של ההלכה ראו להלן, טקסט ליד ה"ש 114.

9 לדיון מתודולוגי בשיטת הניתוח ההשוואתי בקשר למשפט העברי ראו Boaz Cohen, *Jewish and Roman Law: A Comparative Study* vii-xxvii (1966); Gideon Libson,

התרחב לעיון במשפט העברי בכלים פילוסופיים. הנתיב השני נמשך ובא מכיוון חקר מחשבת ישראל והעיון הפילוסופי, שבאופן מסורתי נתן עניו בעיקר בכתבי הפילוסופיה והתיאולוגיה היהודית, ולאחרונה הוא כולל את העיון הפילוסופי ביצירה ההלכתית. לא ראי נתיב זה כראי נתיב זה;¹⁰ כל אחד מתחומי הידע – מחקר המשפט ומחקר מדעי היהדות – מצייד את חוקר הפילוסופיה של ההלכה בכלים ובמתודולוגיות שונות. יתרה מכך, ייתכן ששני תחומי ידע אלה מציבים בפני חוקר הפילוסופיה של ההלכה תכליות וציפיות שונות לגבי מפעל מחקרי זה, ובבסיסן עומדות למעשה שאלות יסוד נפרדות.¹¹ כמה מחוקרי הפילוסופיה של ההלכה כבר נתנו את דעתם לשאלה המתודולוגית,¹² אלא שבדרך כלל, הדין וחשבון המתודולוגי נערך מנקודת המבט של מחקר מחשבת ישראל. במאמר זה אבקש לבחון את ההיבטים המתודולוגיים של מחקר הפילוסופיה של ההלכה כפי שהם נראים מנקודת המבט של הפילוסופיה של המשפט.¹³

JEWISH AND ISLAMIC LAW: A COMPARATIVE STUDY OF A CUSTOM DURING THE GEONIC PERIOD 11-15 (2003)

- 10 אלא שבניגוד למשל שבו המטפס חייב לבחור באחד משני הנתיבים, יש בין חוקרי הפילוסופיה של ההלכה שרגליהם נטועות היטב בשני תחומי הידע, והם פוסעים בשני הנתיבים במקביל ובמשולב. על כך ראו גם להלן, טקסט ליד ה"ש 67.
- 11 לעתים ישנה נטייה לנכס את המחקר הבין-תחומי לאחד מתחומי הידע בלבד. ראו למשל, אבינועם רוזנק "הרהורים על הזיקה שבין הפילוסופיה של ההלכה לפילוסופיה של החינוך" **עיונים חדשים בפילוסופיה של ההלכה**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 65, 67: "כך התהווה שיח הפילוסופיה של ההלכה", שבסיס האם שלו נמצא בחוגים למחשבת ישראל, אולם שגרירים ניתן, כאמור, למצוא לו גם במחלקות לסוציולוגיה ואנתרופולוגיה, לפסיכולוגיה, להיסטוריה ולפילוסופיה". כביכול, לא היו אלה חוקרים מתחום המשפט העברי – משה זילברג, זאב פלק, רוברט קאבר, חנינה בן מנחם – הראשונים לעסוק, ובהרחבה מרובה, בפילוסופיה של ההלכה.
- 12 הלברטל, לעיל ה"ש 5; נעם זהר "הפילוסופיה של ההלכה וחקר מחשבת חז"ל" דעת 61 (התשס"ז); שלום רוזנברג "על הגישה הקונצפטואלית בחקר התלמוד וסוגיית 'ברירה'" **הלכה, מטה-הלכה ופילוסופיה: עיון רב תחומי**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 249.
- 13 כמעט מיותר לציין שאין בכוונתי לטעון לעליונות של המחקר הפילוסופי של ההלכה על פני דרכי המחקר האחרות המקובלות במשפט העברי. לדין בדרכי המחקר הקלאסיות של המשפט העברי – הדוגמטי, ההשוואתי, ההיסטורי והפילוסופי – ראו Cohen, לעיל ה"ש 9, בעמ' viii; יצחק אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהות ומטרותיו" **משפטים ז** 34 (התשל"ו). מאז הצטרפו דרכי מחקר נוספות, כגון הניתוח הכלכלי של ההלכה, ניתוח המשפט העברי מנקודת המבט של יחסי משפט ותרבות, כתיבת ביוגרפיות אינטלקטואליות של פוסקי ההלכה ועוד.

ב. הקושי המתודולוגי: ההלכה אינה דוברת פילוסופיה

המהמורה העיקרית בדרכו של המעיין בפילוסופיה של ההלכה, בין אם כחוקר מחשבת ישראל ובין אם כחוקר משפט עברי, היא העובדה שההלכה אינה דוברת פילוסופיה. שפת ההלכה היא נורמטיבית; לשונה היא המותר והאסור, החייב והפטור, ואין היא מפרשת שיחה בעניין הרבדים הפילוסופיים שאולי קיימים בבסיס תפיסותיה.¹⁴

אפילו כאשר מדובר בפוסק שהוא גם פילוסוף מובהק, קיימת מעין חציצה מורגשת בין עיסוקו הפילוסופי לבין שיחו ההלכתי; בספרי פסקיו, בפירושו לסוגיות התלמוד או בקבצי תשובותיו עולמו הפילוסופי מבליח רק לעתים קצרות.¹⁵ על אחת כמה וכמה נעדר הממד הפילוסופי כמעט לגמרי מיצירתם של רוב מניין ורוב בניין של בעלי ההלכה שאינם אמונים על שיח פילוסופי.¹⁶

הניסיון להתחקות אחר הפילוסופיה של ההלכה הוא אפוא במובן מסוים בקשה לא הוגנת מן ההלכה שתבטא את עצמה בשפה שאינה שפתה.¹⁷ לפיכך, חוקר הפילוסופיה

14 "מבעים ערכיים והגותיים מפורשים הם עיקרה של ספרות האגדה, בעוד שבספרות ההלכה מבעים כאלו נעדרים (או על כל פנים אינם מפורשים). העדר זה בולט לעין ביותר בספר היסוד של המסורת ההלכתית – המשנה, שכמעט כולה הלכות הלכות בלי הסבר או נימוק כל שהוא" (זהר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 13-14).

15 לכן כה קשה לחוקרי הרמב"ם להכריע האם ועד כמה ישנה השפעה של עולמו הפילוסופי על פסיקותיו ההלכתיות. על כך ראו יעקב לוינגר הרמב"ם כפילוסוף וכפוסק 100 (2004); יצחק טברסקי מבוא למשנה תורה לרמב"ם 391 (1991); זאב הרוי "בין פילוסופיה מדינית להלכה במשנת הרמב"ם" עיון כט (ג) 198, 212 (התש"ם); אבירם רביצקי "תפיסת הלשון של הרמב"ם: פילוסופיה והלכה" תרביץ עו (א-ב) 185, 202 (התשס"ז); HOWARD KREISEL, Maimonides' Political Thought: Studies in Ethics, Law and the Human Ideal (1999) 281. לדוגמאות של חשיפת זיקות סמויות בין כתיבתו ההלכתית של הרמב"ם לבין כתיבתו העיונית ראו לורברבוים "הרמב"ם על צלם אלוהים: פילוסופיה והלכה – עברת הרצח, הדין הפלילי ועונש המוות" תרביץ סח (ד) 533 (התשנ"ט); יאיר לורברבוים "צלם אלוהים ומצוות פרייה ורבייה: חז"ל והרמב"ם" עיוני משפט כד (3) 695 (2001). עוד לשאלת השפעתם של שיקולים פילוסופיים על פסיקת הלכה ראו ישראל מ' תא-שמע הלכה, מנהג ומציאות באשכנז: 1100-1350 79 (1996).

16 אך ראו הרב דוד כהן קול הנבואה: ההגיון העברי השמעי טז (התשס"ב): "גאוני ההלכה הם גאוני הפלוסופיאה היהודית, בשיא גבהה". הרב הנזיר מונה בהקשר זה את רב סעדיה גאון (רס"ג), הרמב"ם, רבי לוי בן גרשום (רלב"ג), רבי חסדאי קרשקש, רבי יוסף אלבו ורבי יצחק עראמה.

17 כפי שנראה להלן, העובדה שבדרך כלל החוק אינו מפרש את טעמיו ואינו חושף את הנחותיו הפילוסופיות היא מאפיין כללי של המשפט, ואינה ייחודית למשפט העברי. לפיכך, האופן שבו תיאורטיקנים של המשפט מתגברים על כך ומתחקים אחר היסודות

של ההלכה מסתכן בכך שדבריו הם "כמעט בגדר הררים התלויים בשערה"¹⁸. נמצא אם כן, כי האתגר המתודולוגי הוא להורות את הדרך שבה ההסבר הפילוסופי להלכה יעמוד במבחן המחקר הביקורתי.¹⁹

אולם לאמתו של דבר הקושי חריף יותר. לבעיה המתודולוגית (כיצד ניתן לחשוף מתוך ההלכה את הפילוסופיה שלה) קודמת שאלה מהותית: האם ובאיזה מובן ניתן לדבר על קיומה של פילוסופיה של הלכה, אם שפתם של חכמים מורה לכאורה על העדרה? האמנם ניתן לבקש אחר הפילוסופיה של ההלכה של אביו ורבא, של קצות החושן ונתיבות המשפט, אם אין זה ברור שתודעתם יכולה הייתה לשאת את מה שאנו מכנים פילוסופיה הלכתית? כפי שנראה בהמשך, הבעיה המתודולוגית ושאלת עצם קיומה של הפילוסופיה של ההלכה קשורות זו בזו; הדרך שבה נגדיר את מובנה של הפילוסופיה של ההלכה ואת אופן קיומה תקרין על האמצעים שבהם ניתן יהיה לחושפה.

הפילוסופיים של המשפט יכול וראוי לשמש השראה לתיאורטיקנים של ההלכה. על כך ארחיב בהמשך הדברים.

18 זהר, לעיל ה"ש 12, בעמ' 14.

19 ראוי לציין כי היו גם היו ניסיונות רבניים, פנים-בית-מדרשיים, ששאפו להחזיר אל הדיון ההלכתי ממצבים מופשטים יותר, ובהם ניתן לראות ניסיונות מוקדמים ליצירת מעין פילוסופיה של ההלכה או ספיריטואליזציה שלה. לעניין זה כדאי להבחין בין שלוש סוגות: הסוגה הראשונה היא המסורת ארוכת השנים של ספרות טעמי המצוות. להרחבה ראו יצחק היינמן **טעמי המצוות בספרות ישראל** (מהדורה ו מתוקנת בתוספת מקורות, 1993). ראו גם אפרים אלימלך אורבך **חז"ל: פרקי אמונות ודעות** 321 (מהדורה שנייה מתוקנת, התשמ"ג); ישעיהו ליבוביץ **שיחות על פרקי טעמי המצוות: מתוך "מורה נבוכים" לרמב"ם** (2003); יאיר לורברבוים "רצוי להם ביותר שלא תושכל לצייוי ולאיסור כל משמעות' על השגבת טעמי המצוות במורה הנבוכים" **דעת** 17 77 (התשע"ד). סוגה שנייה ביקשה להפוך את ההלכה לרוחנית באמצעות מזיגת ספרות הקבלה לתוכה. ראו לדוגמה ספר טעמי המצוות לרבי יוסף הבא משושן הבירה; טעמי המצוות לרבי מנחם מריקנטי; רעיא מהימנא; שער המצוות לרבי חיים ויטאל; ליקוטי הלכות לרבי נתן מנמירוב; דרך מצוותיך לאדמו"ר צמח צדק. להרחבה ראו משה חלמיש "פרשנות קבלית לתורה" **מחניים** 4 198 (התשנ"ג). ראו גם יעקב כ"ץ "הלכה וקבלה – מגעים ראשוניים" **הלכה וקבלה: מחקרים בתולדות דת ישראל על מדוריה וזיקתה החברתית** 9 (1984). את הסוגה השלישית ניתן למצוא במסגרת הלמדנות הליטאית בעת החדשה, בדגש על חיבורים הלכתיים בעלי רמת הכללה, הפשטה והמשגה גבוהים במיוחד, אשר סבורני כי גם בהם יש לראות ניסיונות מעניינים ליצירת פילוסופיה הלכתית. ראו לדוגמה: שערי יושר לרבי שמעון שקופ; המדות לחקר ההלכה לרב משה אביגדור עמיאל. על כך ראו שי ווונר, **חשיבה משפטית בישיבות ליטא בראי משנתו של הרב שמעון שקופ** (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, התשס"ו); אבי שגיא "המצווה הדתית והמערכת המשפטית: פרק בהגותו ההלכתית של הרב שמעון שקאפ" **דעת** 99 35 (התשנ"ה); שמעון גרשון רוזנברג (הרב שג"ר) **בתורתו היגה: לימוד גמרא כבקשת אלקים** 96-104 (2008). במאמר זה אני מבקש להתמקד בתרומתו של המחקר האקדמי לתחום הפילוסופיה של ההלכה.

ג. איתור רגעי המפנים ההלכתיים: נקודת המבט המתודולוגית של מחשבת ישראל

חוקרי מחשבת ישראל העוסקים בפילוסופיה של ההלכה חשו היטב בסכנה שבהיעדר מתודולוגיה מסודרת ידבק במחקרם כתם הדרשנות, ולכן ביקשו, כלשונו של משה הלברטל, "לספק מתודה יציבה יותר שתאפשר הצצה אל מבעד לפרגוד"²⁰.

מידה מסוימת של קרקע מוצקה נמצאה במקומות בהם חכמים עצמם הותירו אחריהם עקבות של התפיסות ההגותיות שבבסיס הלכותיהם. עקבות אלה ניתן לסווג לשתי קבוצות. הקבוצה הראשונה היא נימוקים ערכיים שחז"ל העניקו מעת לעת לקביעותיהם ההלכתיות, בעיקר במדרשי ההלכה. נימוקים אלה מלמדים על תפיסותיו ההגותיות של הדרשן.²¹ כך למשל נאמר במדרש לגבי עונש הכרת החל על הנותן מזרעו למולך ועל משפחתו: "א"ר שמעון: וכי מה חטאת המשפחה? אלא ללמדך שאין לך משפחה שיש בה מוכס שאין כולה מוכסין, שיש בה ליסטים שאין כולה ליסטים, מפני שמחפים עליו"²². מדרש זה חושף יותר מטפח לגבי תפיסותיו הערכיות של רבי שמעון אודות רעיון הענישה הקיבוצית.²³

קבוצה שנייה של רמזים לתפיסותיהם ההגותיות של בעלי ההלכה מצויה בקשרי עומק של נושאים שנידונו על ידם במקביל בהלכה ובאגדה.²⁴ ספרות האגדה עניינה,

- 20 הלברטל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 19.
- 21 עניין זה עומד במוקד ספרו של משה הלברטל מהפכות פרשניות בהתהוותן: ערכים כשיקולים פרשניים במדרשי הלכה (התשנ"ז).
- 22 ספרא, קדושים, פרשה י, יג. בפסוק המקור נאמר: "וְשִׁמְתִי אֲנִי אֶת פְּנֵי פְּאִישׁ הַהוּא וּבְמִשְׁפַּחְתּוֹ וְהִכֵּרְתִי אֹתוֹ וְאֵת כָּל הַזָּנִים אַחֲרָיו לְזִנוֹת אַחֲרֵי הַמִּלֵּךְ מִקְרֵב עִמָּם" (ויקרא כ 5).
- 23 אכן, מכאן המדרש ממשיך וגוזר מסקנה נוספת: "והכרתי אותו" מה תלמוד לומר? לפי שנאמר 'ובמשפחתו' יכול תהא משפחתו בהכרת, תלמוד לומר 'אותו', אותו בהכרת ואין משפחתו בהכרת, אלא בייסורים" (ספרא, לעיל ה"ש 22, יד).
- 24 ראו יונה פרנקל מדרש ואגדה חלק שלישי 694-708-716-720 (1996); מנחם אלון המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו א 84 (מהדורה ג מורחבת ומתוקנת, 1998); יאיר לורברבוים צלם אלהים: הלכה ואגדה 105 (2004); אבינועם רוזנק "אגדה והלכה: הרהורים על מגמות בהגות ובמחקר הפילוסופיה של ההלכה" מסע אל ההלכה: עיונים בין-תחומיים בעולם החוק היהודי, לעיל ה"ש 2, בעמ' 285. ראו גם ברכיהו ליפשיץ "אגדה ומקומה בתולדות תורה שבעל פה" שנתון המשפט העברי כב 233, 272 (2003). קשורות לכך גם קריאותיהם הגדולות של הרב אברהם יצחק הכהן (הרא"ה) קוק ושל חיים נחמן ביאליק לאיחוד האגדה וההלכה. אשר לרא"ה קוק ראו אורות הקודש, חלק א, עמ' כא ואילך. על כך ראו גם אבינועם רוזנק ההלכה הנבואית: הפילוסופיה של ההלכה במשנת הרא"ה קוק (2007); יובל שרלו תורת ארץ ישראל לאור משנת הרא"ה (התשנ"ח). אשר לביאליק ראו: ח"נ ביאליק "הלכה ואגדה" כל כתבי ח"נ ביאליק רכג (התש"ך). ראו גם צפורה כגן

בין השאר, עיוני הגות, ערכים ומחשבה. ככל שיש בה התייחסויות לנושאים הקרובים להלכה הרי שניתן לדלות ממנה היבטים חשובים שיוכלו להאיר את השקפות עולמם של בעלי ההלכה. דוגמה לדבר ניתן למצוא בהלכתו של רבי עקיבא בדיני תפילה: "ר' עקיבא אומ'ר: אם שָׁגְרָה תפילתו בפיו – מתפלל שמונה עשרה, ואם לאו – מעין שמונה עשרה"²⁵. פְּשָׁרָה של הלכה זו עשוי להתבאר, מבחינה יישומית ורעיונית כאחד, לאור המעשה האגדי אודות רבי חנינא בן דוסא: "אמרו עליו על ר' חנינא בן דוסה שהיה מתפלל על החולין ואומ'ר: זה חייה וזה מת. אמרו לו: מניין אתה יודע? אמ'ר: להם: אם שָׁגְרָה תפילתי בפי יודע אני שהוא מקובל, ואם לאו – יודע אני שהוא מטורף"²⁶.

אלא שרמזים מעין אלה אינם פזורים לרוב בספרות ההלכה. על דרך הרוב, ידם של בעלי ההלכה קפוצה והם אינם נדיבים בחשיפת נימוקיהם הערכיים. כמו כן, עיון מקביל בהלכה ובאגדה מוגבל, בדרך כלל, לתקופת חז"ל, ולעומת זאת, כפי שטוען יעקב כ"ץ, "בשלבי ההתפתחות המאוחרים שלה, בייחוד לאחר חתימת התלמוד, מתייצבת ההלכה כמערכת סגורה שמסלולי דיוניה, המשא ומתן לבירור ענייניה ומנגנון הפסיקה המסונף לו, מתפרנסים ממקורותיה הבלעדיים"²⁷. לפיכך, ככל שמדובר בדיונים הלכתיים סגורים, נטולי היגדים ערכיים או אגדתיים, יש צורך במתודות נוספות שתוכלנה לסייע בחשיפת טפח מהשקפותיהם הכלליות יותר של בעלי ההלכה.

הלכה ואגדה כצופן של ספרות (1998); שולמית אלמוג "משפט וספרות, הלכה ואגדה" מחקרי משפט יג (2) 413 (התשנ"ז).

25 משנה, ברכות ד, ג (כתב יד קאופמן). על פי כתבי היד הארץ-ישראליים, נוסח המשנה הוא "אם שָׁגְרָה תפילתו", ולא כמקובל בנוסח הדפוסים ובכתבי היד מן הענף הבבלי: "אם שגורה תפילתו". הבחנה זו עומדת ביסוד הצעתו של שלמה נאה, המובאת בהערה הבאה.

26 משנה, ברכות ה, ה (כתב יד קאופמן). על פי הצעתו של שלמה נאה, משמעותו של הביטוי "שָׁגְרָה תפילתי" היא תפילה ניגרת ושוטפת מאליה, השונה מתפילה הבנויה היטב אשר נעשית בארגון ובשליטה של המתפלל. ראו שלמה נאה "'בורא ניב שפתיים": פרק בפנומנולוגיה של התפילה על פי משנת ברכות ד, ג; ה, ה" תרביץ סג (ב) 185 (התשנ"ד). לדוגמאות נוספות של תרומת האגדה להארת ההלכה ראו לורברבוים, לעיל ה"ש 24, בעמ' 125, המפנה גם למספר חיבורים אחרים, ביניהם ישראל קנוהל "פרשה שיש בה קיבול מלכות שמים" (ספרי במדבר קטו) תרביץ נג (א) 11 (התשמ"ז); אהרן שמש עונשים וחטאים: מן המקרא לספרות חז"ל (2003); הלברטל, לעיל ה"ש 21, בפרק שביעי; יעקב נגן מים, בריאה והתגלות: חג הסוכות במחשבת ההלכה (התשס"ח).

27 כ"ץ, לעיל ה"ש 19, בעמ' 12. עם זאת, יש בין פוסקי ההלכה היוצאים מכלל זה, ואשר המשיכו את מסורת הכתיבה המקבילה הן בענייני הלכה הן בענייני אגדה (בדמות פילוסופיה, קבלה וכו'), ולגביהם ניתן לחקור את קשרי העומק בין יצירתם ההלכתית לבין יצירתם האגדתית. המובהק שבכולם הוא הרמב"ם, ובדומה לו פוסקי הלכה נוספים, כגון הרמב"ן ור' מנחם המאירי (וראו לעיל, ה"ש 16).

בהקשר זה הציגו חוקרי מחשבת ישראל מספר דרכים נוספות למחקר ההלכה בדרך שתסייע לחשיפת תפיסותיהם הרחבות יותר של בעלי ההלכה הניצבות בבסיסה.²⁸ המשותף לדרכים אלה הוא חיפוש אחר הנקודות שבהן מופרת הזרימה ההלכתית הרגילה, כלומר כאשר לא ניתן להסביר את ההתפתחות ההלכתית על יסוד שיקולים פנים-הלכתיים של הסתמכות על מקורות קודמים, באופן הפותח את הצוהר לעיון במה שמאחורי ההלכה, קרי בפילוסופיה של ההלכה.

כך למשל, הוצע להתמקד ברגעים הגולמיים, כלומר בנקודות זמן שבהן נוצרים מערכים הלכתיים. בנקודות זמן אלה לא ניתן להסביר את ההלכה כפי שהתפתחה על יסוד ההלכות שקדמו לה, שהרי פנים חדשות באו לכאן. כיוון שהסבר פנים-הלכתי על יסוד מקורות קודמים אינו אפשרי, ממילא נקרא החוקר למלא את החלל באמצעות הסבר חלופי, שעשוי להיות הסבר פילוסופי. ניתן להדגים זאת באמצעות איתור הנקודה שבה האיסור המקראי הכללי על עשיית מלאכה בשבת²⁹ פשט צורה ולבש צורה חדשה של איסור על עשיית ל"ט אבות מלאכות.³⁰ חוסר היכולת להסביר שלב מכונן זה על יסוד מקורות הלכתיים קודמים קורא להסבר מופשט יותר אודות האופן שבו תפסו חכמים את מושג המלאכה ואת מהות השבת.

דרך נוספת היא באמצעות התחקות אחר המפנים הפרשניים ברצף ההתפתחות ההלכתית. הגם שהתפתחות של הלכה פלונית מבוססת על פרשנות למקורות קודמים, לא אחת היא נעשית בדרך של העדפת פרשנות שהיא פחות סבירה ביחס לפרשנויות סבירות יותר. רגישות לחלופות הפרשניות עשויה לספק את המפתח לחשיפת המניעים שהובילו את הפרשן לבחור בחלופה הפרשנית שבה בחר. כך, למשל, בעוד שבהשקפה המקראית הנישואין נתפסו כהתקשרות שבין הבעל לבין האב, בתפיסה החזו"לית הם התפרשו כהתקשרות שבין הבעל לבין האישה.³¹ רגישות לתמורה פרשנית זו חושפת את הרבדים הפילוסופיים אודות מעמד האישה ומהות הנישואין כפי שהם משתקפים ממסכת קידושין.

לבסוף, שלבי העריכה מאפשרים אף הם חרך הצצה אל תפיסות העומק שביסוד ההלכה. הצבת תחומים הלכתיים ביחידות ספרותיות חדשות,³² וכן עיצוב מבנה הפרקים

28 הדרכים שייסקרו להלן, כמו גם מרבית הדוגמאות, שאובים מן המחקרים שצינו לעיל, בה"ש 12.

29 שמות כ 10; לא 14-15; לה 2; ויקרא כג 2; דברים ה 14.

30 למשל, "הא דתנן אבות מלאכות ארבעים חסר אחת כנגד מי? אמר רבי חנינא בר חמא: כנגד עבודות המשכן. אמר רבי יונתן ברכי אלעזר כך אמר רבי שמעון ברכי יוסי בן לקוניא: כנגד מלאכה מלאכתו ומלאכת שבתורה – ארבעים חסר אחת" (בבלי, שבת מט ע"ב).

31 על כך ראו הלברטל, לעיל ה"ש 21, בעמ' 78.

32 כדוגמת מפעלי העריכה של המשנה והתוספתא, משנה תורה וארבעה טורים.

בקבצי ההלכה השונים, עשויים להתגלות כמעניקים להלכות קיימות משמעות רעננה, שאינה נובעת מן המקורות הקודמים.³³ לדוגמה, הבנת מהותם של דיני צדקה ותכליתם עשויה להיות מושפעת, בין השאר, מבחירתו של העורך האם למקמם במסגרת ההלכות שבין אדם לחברו, כפי שבחר הרמב"ם לעשות (בהלכות מתנות עניים), או שמא בהלכות שבין אדם למקום, כפי שעשה רבי יעקב בן אשר, בעל הטורים, (בטור יורה דעה). וכפי שניסח זאת הלברטל, "עריכה וחיתום הם על כן שלבים החושפים גם הם מגמות הרמנויטיות רחבות יותר, הפעם לא מפני שהם ניצבים בראשיתה של התנועה אלא בסופה".³⁴

נמצא אפוא כי באמצעות הכלים הפילולוגיים-ההיסטוריים יכול החוקר לסדוק את התמונה לפיה התפתחות ההלכה נובעת אך ורק משיקולים פנים-הלכתיים, ובדרך זו לסמן את מקומם של ההסברים הפילוסופיים החלופיים.

דומני כי ביסוד ההצעות המתודולוגיות שנסקרו חבוי הרציונל הבא: אם ניתן להעניק להלכה מסוימת הסבר מלא ושלם באמצעות שיקולים פנים-הלכתיים קשה לנסות ולהסבירה באמצעים פילוסופיים. במקרים כאלה ההסבר הפילוסופי עלול להיות בגדר דרשנות גרידא. כלומר, ההסבר הפנים-הלכתי וההסבר הפילוסופי מצויים באותו מישור ומתחרים זה בזה; ההסבר הפילוסופי יכול להישמע רק במקום שבו תש כוחו של ההסבר הפנים-הלכתי. אכן, ככל שמשמעה של הפילוסופיה של ההלכה הוא חשיפת מניעיהם של בעלי ההלכה וכוונותיהם,³⁵ אזי המניע הפנים-הלכתי של הפוסק להכרעת הלכה והמניע הפילוסופי במידה רבה מוציאים זה את זה.

באופן לא מפתיע, קיים דמיון רב בין המתודולוגיה שהציעו חוקרי מחשבת ישראל בתחום הפילוסופיה של ההלכה לבין המתודולוגיה שהציע חיים סולוביצ'יק בתחום המחקר ההיסטורי של ההלכה. גם סולוביצ'יק ניצב בפני שאלה דומה: ההיסטוריון של

33 ראו לדוגמה מחקריו של אברהם ולפיש: שיטת העריכה הספרותית במשנה על פי מסכת ראש השנה 315 (2001); "העריכה היוצרת וכוח היצר: עיון בעריכת מסכת קידושין במשנה, בתוספתא ובבבלי" *Jewish Studies: an Internet Journal* 7, 31 (2008); "איחוד ההלכה והאגדה: עיון בדרכי עריכתה של התוספתא" היגיון ליונה: היבטים חדשים בחקר ספרות המדרש, האגדה והפיוט 309 (יהושע לוינסון, יעקב אלבוים וגלית חזן-רוקם עורכים, התשס"ו). ייתכן שלעניין זה רלוונטית גם דרך עריכת הסוגיה התלמודית, שבשנים האחרונות התווספה לשולחנם של חוקרי התלמוד. ראו למשל, מנחם כהנא "גילוי דעת ואונס בגיטין: לחקר השתלשלות המסורות המוחלפות בעריכתן המגמתית של סוגיות מאוחרות" *תרכיץ* סב (ב) 225 (התשנ"ג); מרדכי סבתו "עיון במשנת מגילה ד, א לאור מגמת עריכתה של המסכת" *סידרא* כו 117 (התשע"א); מרדכי סבתו "המקיף את חברו משלש רוחותיו" (בבלי, בבא בתרא ד ע"ב – ה ע"א): לבידור היחס שבין ביקורת הנוסח לשאלות עריכה בחקר התלמוד הבבלי" *תרכיץ ע* (ב) 189 (התשס"א).

34 הלברטל, לעיל ה"ש 5, בעמ' 23. על כך ראו גם נעם זהר בסוד היצירה של ספרות חז"ל: *העריכה כמפתח למשמעות* (2007).

35 הנחה, אשר כפי שנראה להלן אינה הכרחית כלל ועיקר.

ההלכה מבקש לחשוף את המתרחש 'מאחורי הקלעים' של הפעילות ההלכתית, את המרכיבים האישיים והנסיבתיים המעצבים את ההלכה בהקשרם החברתי וההיסטורי. אולם מהי ההצדקה להענקת הסבר היסטורי להלכה שהתפתחה בזמן ובמקום מסוימים שעה שניתן לספק לה הסברים פנים-הלכתיים אימננטיים? כיצד ידע החוקר אם הלכה שקבע רש"י בהקשר דיני יין נסך היא תוצאה של לחצים חיצוניים – כלכליים, חברתיים, אישיים או אידיאולוגיים – הקשורים לזמנו ולמקומו, או שמא זו הפרשנות הטובה ביותר שלדעת רש"י נובעת מן הסוגיה התלמודית? תשובתו המתודולוגית של סולוביצ'יק היא שעל ההיסטוריון לברוק את "זווית הסטייה" של ההלכה הנידונה. אם זו קטנה וניתן להסבירה כעולה בקנה אחד עם המקורות התלמודיים הקודמים, אין מקום לנסות ולהסבירה כתגובת הפוסק לאתגרי הוויית הזמן והמקום שבמסגרתם פעל. רק אם ההלכה הנידונה סוטה במידה משמעותית מן המקורות שקדמו לה, ולא ניתן לעגנה בהסברים פנים-הלכתיים, רשאי ההיסטוריון של ההלכה לפנות להסברים חלופיים "שהזמן גרמן", אשר "האישי והנסיבתי מרובים בהן על האימננטי".³⁶ נמצא כי לפי תיאור זה, ההסברים הפילוסופיים להלכה, בדומה להסברים ההיסטוריים לה, מתחילים רק בנקודה שבה מסתיימים ההסברים הפנים-הלכתיים.

מתודולוגיה זו של מחקר הפילוסופיה של ההלכה ידה רב לה בחשיפת רבדים הגותיים הנחבאים בצמתים הלכתיים מרכזיים. יחד עם זאת, חשוב גם לעמוד על מגבלות כוחה. ראשית, מתודולוגיה זו מציעה מרשם מפורט כיצד לזהות נקודות מפנה הלכתיות הטעונות הסבר פילוסופי, אולם לא תמיד היא מדריכה מהיכן יישאב ההסבר הפילוסופי הראוי. אמנם כאשר חז"ל שילבו ביצירתם ההלכתית שיקולים ערכיים, או שהתייחסו לנושא ההלכתי גם במסגרת ספרות האגדה, אזי יש לו לחוקר הפילוסופיה של ההלכה בית אב להיתלות בו.³⁷ אולם ככל שמדובר בדיון הלכתי טהור, יהיה עליו להפעיל מידה רבה של אינטואיציה יצירתית כדי לשחזר את הרבדים הפילוסופיים המתאימים. כך הסדר המתודולוגי עלול להימצא קטוע, בהיותו מדריך את החוקר צעד אחר צעד רק במחצית הראשונה, ההלכתית, של המחקר, אך מותיר אותו ללא הדרכה מסודרת במחציתו השנייה, הפילוסופית.

שנית, וזה העיקר, מתודולוגיה זו מצמצמת מראש את הפילוסופיה של ההלכה כך שהיא רלוונטית רק עבור המקומות האנומליים, בהם מופרת הזרימה ההלכתית, אך לא עבור רוב מניינה ובניינה של היצירה ההלכתית, שבה ההלכה מתפתחת מכוח האינרציה

36 חיים סולוביצ'יק יינם: סחר בינם של גויים: על גלגולה של הלכה בעולם המעשה 10 (2003) (להלן: סולוביצ'יק יינם). ראו גם מאמריו של חיים סולוביצ'יק: *Can Halakhic Texts Talk History?*, 3 AJS REVIEW 153 (1978); "היוכלו חיבורים הלכתיים 'לדבר היסטוריה'?" *נטועים ט 9* (התשס"ב).

37 הוא הדין לגבי אלה מביין הפוסקים הבת-תלמודיים, שידם רב להם לא רק בפסיקת הלכה אלא גם בכתיבה הגותית. ראו לעיל, ה"ש 27.

ההלכתית הפנימית. ככל שמדובר בהתפתחות הלכתית נורמלית, כלומר כזו שבה פסק הלכה נובע מפרשנות סבירה של מקורות קודמים, אריה על גבי לבנה, אזי פרספקטיבה זו מותירה את חוקר הפילוסופיה של ההלכה מחוץ להתרחשות ההלכתית.

ניטול כדוגמה את התיאור (המעט גס והלא לגמרי מדויק) של ההתפתחות ההלכתית הבאה. אדם השביח את רכוש חברו בלא שהתבקש לעשות כן, וכעת הוא תובע מן הבעלים שיפוי בעד הוצאותיו. בתוספתא נקבע הכלל הראשוני: "היורד לחורבתו של חברו ובנאה שלא ברשות, שמין לו וידו על התחתונה"³⁸. התלמוד הבבלי החיל הלכה זו גם על "היורד לתוך שדה חברו ונטעה שלא ברשות", תוך שהוא מבחין בין שדה העשויה ליטע לבין שדה שאינה עשויה ליטע.³⁹ הרמב"ם הוסיף את הקביעה המחודשת, שככל הנראה רמוזה כבר בסוגיה התלמודית, אשר לפיה שמורה לבעלים הזכות לדרוש מן המשביח את השבת המצב לקדמותו, "עקור אילנך ולך", ובכך לפטור עצמו מן החובה לשפות את המשביח.⁴⁰ בעל 'נתיבות המשפט' צירף את ההסתייגות שלפיה אם ההשבחה אינה ניתנת להסרה ולא ניתן להשיב את המצב לקדמותו, כגון שמדובר בצביעת צמרו של הבעלים, אזי אין לבעלים ברירה אלא לשלם בגין ההשבחה.⁴¹ זהו רצף הלכתי אופייני, שניתן להסבירו בכלים הלכתיים רגילים. דומה, כי הרגעים הגולמיים אינם כה דרמטיים בהלכה זו; קשה להצביע על מפנים פרשניים מהותיים (מעבר למחלוקות הלכתיות שגרתיות ולמהלכים פרשניים סבירים); וגם שלבי העריכה אינם משמעותיים בהקשר זה.⁴² האם העובדה שלפנינו רצף של התפתחות הלכתית פנימית, אבולוציונית, ממקורות התנאים ועד לפסקי האחרונים, מלמדת שאין לו גם רבדים פילוסופיים?

בשורות הבאות אבקש להצביע על נקודת המבט שיכול עולם הפילוסופיה של המשפט להציע להבנת מהותו של פרויקט הפילוסופיה של ההלכה, אשר לפיה ההסבר הפילוסופי אינו חייב בהכרח לעמוד באותו מישור של ההסבר ההלכתי ולהתחרות עמו אלא הוא עשוי להימצא ביסודו של ההסבר ההלכתי ולהשלימו. מכאן גם נגזרת מתודולוגיה שונה, משלימה, לחקר הפילוסופיה של ההלכה.

38 תוספתא, בבא קמא י', ז (מהדורת ליברמן 51); תוספתא, כתובות ח, י (מהדורת ליברמן 86).

39 בבלי, בבא מציעא קא ע"א.

40 משנה תורה, הלכות גולה ואברה, פרק י', הלכה ה.

41 נתיבות המשפט, ביאורים, הלכות גולה, סימן שעה, ס"ק ב.

42 לכך יש להוסיף כי בסוגיה זו בעלי ההלכה אינם מצהירים על השיקולים הערכיים שהנחו אותם, ואף ספרות האגדה אינה נראית בעלת תרומה משמעותית להבנת שיקולים אלה.

ד. מן הפילוסופיה של המשפט אל הפילוסופיה של ההלכה

1. הקדמה

אמנם שפת ההלכה נורמטיבית ואינה נדיבה בחשיפת תשתיותיה הרעיוניות, אך ישנן מערכות נורמטיביות מקבילות, הדנות ברבים מן הנושאים שבהם דנה ההלכה, מערכות שחוקריהן עמלו רבות במטרה לחשוף את יסודותיהן הפילוסופיים. כוונתי למסורת המשפטית המערבית המודרנית, שפיתחה ספרות נרחבת ומקיפה בתחום הפילוסופיה של המשפט. ההשוואה בין דוקטרינות הלכתיות קלאסיות לבין מקבילותיהן בשיטות משפט אחרות, בעלות תודעה עצמית פילוסופית מפותחת, תוכל לסייע לנו רבות בירידה לחקר הפילוסופיה של ההלכה.

אני מבקש אפוא להציע שימוש משולב בשלושה כלים שיוכלו להפרות ולהשיא את מחקר הפילוסופיה של ההלכה: הפילוסופיה של המשפט; המשפט ההשוואתי המושגי; וההבניה הרציונלית. השימוש בכלים אלה, לכל הפחות בחלקם, כבר נעשה לרוב בידי חוקרי המשפט העברי; אינני מתיימר להציעם כאן לראשונה.⁴³ כוונתי היא להציג את הדברים כמכלול, להעניק להם הצדקה מחקרית, לחדד את משמעותם המתודולוגית, ובעיקר להצביע על אפיקי פעולה חדשים שבחלקם כמעט ולא נעשה דבר עד כה.

הפילוסופיה של המשפט כשמה כן היא: עיון פילוסופי בתופעת המשפט.⁴⁴ היא אינה מגבילה את הסבריה רק למקומות בהם תש כוחם של ההסברים המשפטיים הרגילים; הסבריה אינם חלופיים לנימוקיהם של משפטנים אלא עומדים ביסודם. לפיכך, נטילת עזר מן הפילוסופיה של המשפט על מנת להאיר סוגיות בתחום הפילוסופיה של ההלכה תוכל לשחרר אותנו מן הלפיתה הדיכוטומית שתוארה לעיל של ההכרח לבחור בין הסבר

43 חוקרים מובהקים שפסעו בנתיב זה הם, למשל, משה זילברג וחנינה בן מנחם. חוקרים נוספים יוזכרו להלן בהערות השוליים. כמו כן, דוגמאות נוספות ניתן למצוא בכתיבתם של רוברט קאבר ומייקל וולצר ובספרות שנכתבה בעקבותיהם. לסקירה ראו Chaim Saiman, *Framing Jewish Law for the Contemporary Law School*, 19 JEWISH LAW ANNUAL 89, 101 (2011).

44 קצר המצע מלהכיל רשימה מפורטת של הספרות האדירה בתחום. אסתפק בכמה ספרי מבוא ואסופות: BRIAN BIX, JURISPRUDENCE: PHILOSOPHY OF LAW (Brian Bix ed., 2006); PHILOSOPHY OF LAW (Ronald M Dworkin ed., 1991); PHILOSOPHY OF LAW (Joel Feinberg & Jules L Coleman eds., 8th ed., 2008); JAMES W HARRIS, LEGAL PHILOSOPHIES (2nd ed. 2004); ANDREI MARMOR, PHILOSOPHY OF LAW (2011); JEFFRIE G MURPHY & JULES L COLEMAN, PHILOSOPHY OF LAW: AN INTRODUCTION TO JURISPRUDENCE (Rev. ed., 1990); A COMPANION TO PHILOSOPHY OF LAW AND LEGAL THEORY (Dennis Patterson ed., 2nd ed., 2010).

פנים-הלכתי לבין הסבר פילוסופי; גם כאשר מדובר בהתפתחות הלכתית נורמלית יש מקום לבקש אחר המשמעויות הפילוסופיות החבויות בהכרעות ההלכתיות.

הלא זאת יש לזכור: אם אמרנו שההלכה אינה דוברת פילוסופיה, הרי זה בשל אופי פעילותם של חכמי ההלכה ולא בשל אופיו של החומר ההלכתי עצמו. רוצה לומר, ההתרחשות ההלכתית עצמה, כיצירה נורמטיבית, מקפלת בתוכה, במודע או שלא במודע, הנחות יסוד פילוסופיות רבות. חכמי ההלכה הם שנמנעו מלשלב ביצירתם הספרותית שיח פילוסופי.⁴⁵

כיצד תיווצרנה נקודות המגע בין הדיונים שבפילוסופיה של המשפט לבין הדיונים הפנים-הלכתיים? לעיתים עצם המודעות לשאלות הפילוסופיות הרלוונטיות שופכת אור על סוגיות הלכתיות שמתברר כי הן דנות במישרין בקצה המעשי, היישומי, של אותן שאלות פילוסופיות. לדוגמה, מספר פעמים מובעת בספרות חז"ל העמדה שישנן מחלוקות הלכתיות שאין צורך להכריען, ו"דעבד כמר – עבד, ודעבד כמר – עבד".⁴⁶ מי שאזונו רגישה לדיון הפילוסופי-המשפטי המתקיים בשאלה "האם לבעיה משפטית תיתכן יותר מאשר תשובה אחת נכונה"⁴⁷ עשוי למצוא זיקה רעיונית בין דיון פילוסופי זה לסוגיה התלמודית האמורה.

אולם, על דרך הרוכ, הקישור בין הדיון ההלכתי לבין הדיון הפילוסופי-המשפטי אינו ניתן לחשיפה קלה ומידית. כדי להתגבר על קושי זה ניתן להיעזר בגורם מתווך: המשפט ההשוואתי. כלומר, ראשית נעשית השוואה בין דוקטרינה פלונית שבמשפט העברי לבין דוקטרינה אלמונית המקבילה לה בשיטת משפט מודרנית מסוימת, תוך עמידה על השווה ועל השונה ביניהן. בשלב שני עומד החוקר על הכתיבה התיאורטית שכבר הוקדשה בספרות ליסודות הפילוסופיים של אותה דוקטרינה אלמונית בשיטת המשפט המודרנית. ולבסוף, בשלב שלישי, יכול החוקר להיעזר ביסודות התיאורטיים של אותה דוקטרינה אלמונית על מנת להאיר את המשמעויות התיאורטיות הנגזרות מתוך הדוקטרינה ההלכתית פלונית שבה פתח.

לדוגמה, הזכרתי לעיל את פסיקתו של 'נתיבות המשפט', שלפיה במקרה של השבחה שאינה ניתנת להסרה חייב הבעלים לשפות את המשביח, אף אם לא הזמין את השבחה. פסיקה זו ניתנת להשוואה לפסיקה אנגלית מקבילה שגרסה בדיוק את ההיפך – הבעלים

45 ראו גם Saiman, לעיל ה"ש 43, בעמ' 102.

46 כבלי, ברכות כז ע"א. ראו גם תוספתא, יבמות א, יג (מהדורת ליברמן 4); תוספתא סוכה ב, ג (מהדורת ליברמן 262).

47 ראו Hanina Ben Menahem, *Is There Always One Uniquely Correct Answer to a Legal Question in the Talmud?*, 6 JEWISH LAW ANNUAL 164 (1987).

פטור מלשלם בגין השבחות שלא ביקש אותן מראש.⁴⁸ המשפט האנגלי פיתח תשתית פילוסופית נרחבת לפסיקה זו, שניתן לתמצתה בתפיסת מושג הבעלות כשליטה מלאה של אדם ברכושו וכהדרה אוטומטית של זרים שלא קיבלו ממנו רשות מראש.⁴⁹ על יסוד זה, ניתן עתה לנסות ולשרטט את התפיסה המשתקפת מן הפסיקה ההפוכה של המשפט העברי: תפיסה מרוככת של מושג הבעלות, שאינה מכילה הדרה אוטומטית של הזולת מרכוש הבעלים בכל מקרה.⁵⁰

כמעט מיותר לומר, שכאשר אני מציע שימוש בהישגי הפילוסופיה של המשפט על מנת לפתח את הפילוסופיה של ההלכה, אין הכוונה לייבא את העמדות ואת המסקנות המקובלות כיום בתחום הפילוסופיה של המשפט ולקרוא אותן באופן אנכרוניסטי אל תוך הפילוסופיה של ההלכה. כוונתי היא לנטילה של שאלות מושגיות ושל דילמות פילוסופיות, אשר יוצבו בפני מקורות ההלכה. התשובה הפילוסופית שתינתן לדילמות אלה על בסיס עיון הלכתי אינה יכולה להיות ידועה מראש. מטרת המפגש בין מקורות ההלכה לבין הפילוסופיה של המשפט אינה לכבול את הדיון ההלכתי, אלא להיפך, לפתוח אותו למרחבים מופשטים חדשים.

זאת ועוד; לעתים עשוי להתברר כי המפגש בין דילמות מודרניות מן הפילוסופיה של המשפט לבין מקורות המשפט העברי מוליד בחינה ביקורתית של הדילמות הפילוסופיות עצמן. כדי להמשיג כראוי את המצוי במקורות ההלכה, החוקר עשוי למצוא כי דרוש פיתוח מודלים ותיאוריות חדשים שאינם מוכרים לקורא המודרני, ואולי אף להוליד שאלות פילוסופיות חדשות.

לכן יש מי שכינה עיון השוואתי מעין זה "משפט משווה משחרר", כלומר משפט משווה שעניינו הענקת הזדמנות לכל אחת משיטות המשפט המשוות להיפתח אל אופקיה היישומיים והרעיוניים של שיטת המשפט האחרת, ובדרך זו לזכות בהבנה מעמיקה יותר

Chief Baron Pollock: "One cleans another's shoes. What can the other do but 48
put them on?" *Taylor v. Laird*, [1856] 25 L.J. 329, 332

ראו למשל, Paul Matthews, *Freedom, Unrequested Improvements, and Lord Denning*, 49
40 CAMBRIDGE L. J. 340 (1981); Daniel Friedmann, *Unjust Enrichment, Pursuance
of Self-Interest, and the Limits of Free Riding*, 36 LOY. L.A. L. REV. 831, 847 (2003)
לאמתו של דבר, גם במשפט האנגלי הדרת הזולת אינה מוחלטת לגמרי, אך עיון בחריגים
מחייב הרחבת דברים שאינה אפשרית במסגרת זו.

הזולת אינו מודר אוטומטית כל עוד הוא אינו פוגע ברכוש הבעלים (וכל שכן אם הוא 50
משיב את רכושו), וכל עוד הבעלים לא הביע את רצונו שהזולת ייצא מרכושו. על כך ראו
מאמרי Benjamin Porat, *Ownership and Exclusivity: Two Visions, Two Traditions* (in preparation)
Ernest J Weinrib, *Incontrovertible Benefit in Jewish Law*, ראו גם, ERNEST J WEINRIB, *CORRECTIVE JUSTICE* 230 (2012);
ארני ויינריב "הפקת טובת הנאה שאין לכפור בה כתוצאה מהתערבות הזולת: עיון משווה בסוגיית "היורד לשרה חבירו
ונטעה שלא ברשות" דיני ישראל כה 99 (התשס"ח).

של הנחות היסוד שהיא עצמה מתבססת עליהן.⁵¹ שני הצדדים (שתי שיטות המשפט) שישתתפו בריאלוג השוואתי זה צפויים לצאת ממנו נשכרים.

בדברנו על השימוש בכלי המשפט השוואתי חשוב שנבחין בין שני סוגים של משפט השוואתי: המשפט השוואתי הקלאסי, שתכליתו היסטורית, והמשפט השוואתי המושגי, שאני דן בו כאן.⁵² המשפט השוואתי הקלאסי מבקש לבדוק את הדומה ואת השונה בין שתי שיטות משפט שיש ביניהן קרבת מקום וזמן. נבחנים קשרי השפעה הדדית, אופני תגובה לאתגרים דומים, קבלת השפעה ממקורות שלישיים וכדומה. לפיכך, הקרבה ההיסטורית והגיאוגרפית מכריעה. אכן, המחקר השוואתי הקלאסי בהקשרו של המשפט העברי נעשה ביחס לשיטות משפט משיקות בזמן ובמקום, לרוגמה המשפט המשנאי הושווה אל המשפט הרומי,⁵³ המשפט בתלמוד הבבלי הושווה אל המשפט האיראני בן זמנו,⁵⁴ ויצירתו ההלכתית של הרמב"ם הושווה אל המשפט המוסלמי.⁵⁵ כאן, לעומת זאת, אני מציע משפט השוואתי מסוג שונה, חסר כל הקשר היסטורי, בין שתי שיטות שלא היה ביניהן כל מגע. לפיכך, אף שהשוואת המשפט התלמודי אל המשפט האמריקאי המודרני מופרכת מבחינה היסטורית, היא בעלת ערך רב מבחינה מושגית. תכלית משפט השוואתי מעין זה אינה לחשוף נקודות מגע ריאליות בין השיטות, אלא לעמת את תפיסותיהן המושגיות.

המהלך שהצעתי בסעיף זה מבליע את ההנחה שההלכה, וליתר דיוק החלקים המשפטיים שבה (המשפט העברי), מתפקדים, בין השאר, בדרך הדומה למערכת משפט. כזו, היא אכן ניתנת להשוואה עם מערכות משפטיות בנות זמננו. החולקים על הנחה

- 51 Gunter Frankenberg, *Critical Comparisons: Re-Thinking Comparative Law*, 26 HARV. INTER. L. J. 411, 447 (1985); חנוך דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" *משפט והיסטוריה* 165, 168 (מנחם מאוטנר ודניאל גוטוויין עורכים, 1999). מטפורת "מיזוג האופקים" היא כמוכן בעקבות HANS G GADAMER, *TRUTH AND METHOD* 302 (Joel Weinsheimer & Donald G Marshall trans., 2nd ed. 2004). ראו גם מנחם מאוטנר "גדרם והמשפט" *עיוני משפט* כג (2) 367 (2000).
- 52 על כך ראו גם David Ibbetson, *The Challenges of Comparative Legal History*, 1 COGNITIVE LEGAL HISTORY 1, 3 (2013). עמד על כך Cohen, לעיל ה"ש 9, בעמ' xxiv.
- 53 ראו למשל, אשר גולק *השטרות בתלמוד: לאור הפירושים היווניים ממצרים ולאור המשפט היווני והרומי* (1994); מרדכי אלפרדו ראבילו *פרקים בדיני חיובים: מן המשפט הרומי אל חוק החוזים החדש* (1977); Cohen, לעיל ה"ש 9.
- 54 ראו לרוגמה SHOSHANNAT YAAQOV: *JEWISH AND IRANIAN STUDIES IN HONOR OF YAAKOV* (Steven Fine & Shai Secunda eds., 2012); SHAI SECUNDA, *THE IRANIAN TALMUD: READING THE BAVLI IN ITS SASANIAN CONTEXT* (2014); Uri Gabbay & Shai Secunda, *ENCOUNTERS BY THE RIVERS OF BABYLON: SCHOLARLY CONVERSATIONS BETWEEN JEWS, IRANIANS, AND BABYLONIANS IN ANTIQUITY* (2015).
- 55 ראו Libson, לעיל ה"ש 9.

זו, וסוברים כי ההלכה כל עניינה הוא המעשה הדתי,⁵⁶ החסר כל קשר ודמיון למערכות משפט לא דתיות, יתקשו להיות שותפים להצעה המתודולוגית הנפרשת במאמר זה.⁵⁷ בהקשר זה יש לזכור כי תיתכנה גם תפיסות מורכבות של המושגים "דת" ו"משפט דתי", באופן שאינו בהכרח שולל את אופייה המשפטי של המערכת.⁵⁸

תופעת המחלוקת בהלכה היא היבט נוסף שעלול לכאורה להקשות על מלאכה זו של שימוש בפילוסופיה של המשפט על מנת להתחקות אחר הפילוסופיה של ההלכה. כידוע, המשפט העברי משופע במחלוקות אין קץ. הוא נעדר מנגנונים ברורים של הכרעה וסמכות, כמקובל בשיטות משפט אחרות.⁵⁹ כשם שהמשפט העברי התברך במחלוקות רבות בציר הסינכרוני, כך הוא מתאפיין לא פחות בשינויי עמדות ובתהפוכות בציר הדיאכרוני. האמנם ניתן אפוא לבקש אחר הפילוסופיה של ההלכה אם מדובר בשיטה כה מפוצלת, מתפתחת ומרובת דעות?⁶⁰ כיצד ניתן למשל לשאוף לנסח את התיאוריה

- 56 הדברים בהקשר זה עתיקים ומפורסמים. ראו ויכוחם המפורסם של מנחם אלון ויצחק אנגלרד: אנגלרד, לעיל ה"ש 13; מנחם אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" **משפטים** ח 99 (התשל"ז). רבים דנו בשאלה מה בין "המשפט העברי" לבין "ההלכה", ועד כמה המשפט העברי הוא אכן משפט דתי. ראו: Haim H Cohen, *The Methodology of Jewish Law: A Secularist View*, in *MODERN RESEARCH IN JEWISH LAW* 123 (Bernard S Jackson ed., 1980); חיים ה' כהן "בין הלכה למשפט" **מבחר כתבים: קציר עשור הגבורות** 99 (אהרון ברק ורות גביון עורכים, 2001); Bernard S Jackson, *Halacha and Law*, in *THE OXFORD HANDBOOK OF JEWISH STUDIES* 643 (Martin Goodman ed., 2002); Bernard S Jackson, *The Concept of Religious Law in Judaism*, in II. 19.1 *AUFSTIEG UND NIEDERGANG DER RÖMISCHEN WELT* 33 (Wolfgang Haase ed., 1979); Shmuel Shilo, *The Contrast between "Mishpat Ivri" and Halkhah*, 20 *TRADITION* 91 (1982); Alan Yuter, *Is Halakhah Really Law*, 8 *JEWISH LAW ANNUAL* 35 (1989). ראו גם הוויכוח המחודש שהתנהל לפני מספר שנים מעל דפי אקדמות: מיכאל אברהם "האם ההלכה היא 'משפט עברי'?" על דת, מוסר ומשפט" **אקדמות** טו 141 (התשס"ה), והתשובות שניתנו בגיליון העוקב: עמיחי רדזינר "המשפט העברי איננו הלכה (ובכל זאת יש בו ערך)" **אקדמות** טז 139 (התשס"ה); יעקב אריאל "מוסר והלכה" שם, בעמ' 169; איתמר ורהפטיג "משפט עברי" – הלכה ומדינה" שם, בעמ' 179; מיכאל אברהם "ההלכה כמשפט עברי" שם, בעמ' 189.
- 57 והוא הדין לגבי הרואים בהלכה מערכת שהיא בעיקרה חינוכית, לאו דווקא משפטית. ראו אבינועם רוזנק **ההלכה כמחוללת שינוי: עיונים ביקורתיים בפילוסופיה של ההלכה** (2009).
- 58 ראו לרוגמה, Hanina Ben Menahem, *Is Talmudic Law a Religious Legal System?* *A Provisional Analysis* 24 *J. L. & RELIGION* 379 (2008). ראו גם להלן, ה"ש 66.
- 59 אין טעם בהפניה לספרות המרובה שנכתבה סביב תופעת המחלוקת בהלכה. על כך ראו באופן כללי את **המחלוקת בהלכה** כרך א-ג (חנינה בן מנחם, נתן הכט ושי ווזנר עורכים, 1991-2002).
- 60 עד שיש מי שתהה האמנם ניתן לאפיינה כשיטת משפט אחת, להבדיל מאוסף של כמה שיטות משפט. ראו Bernard S Jackson, *Jewish Law or Jewish laws?*, 8 *JEWISH LAW ANNUAL* 15, 24 (1989).

הפוליטית של חז"ל, אם בשאלה כה בסיסית כדוגמת מינוי המלך אין התנאים מסכימים אם זהו דבר מצווה, דבר רשות, או שמא דבר בלתי ראוי?⁶¹ וכיצד ניתן להתחקות אחר התיאוריה שבבסיס מצוות הייבוש, אם בשאלה כה אלמנטרית – אם ייבוש קודם לחליצה או להיפך – ישנה מחלוקת ארוכת שנים בין מסורות שונות.⁶² ברם, על אף שמאפיין המחלוקת בהלכה ודאי משפיע על מחקר הפילוסופיה של ההלכה, אין מדובר בגורם המסכל את המחקר. מספר אסטרטגיות פתוחות בפני החוקר, הכול לפי העניין הנידון. לעתים, הגם שישנה מחלוקת ניתן להבחין בין דעות המייצגות את הזרם ההלכתי המרכזי לבין גישות מיעוט שוליות. בהקשרים אלה הדיבור אודות הפילוסופיה של ההלכה אינו חייב להתיימר לחבוק את הדעות ההלכתיות כולן, אלא את הזרמים המרכזיים שבהן. אך לעתים לפנינו מחלוקת שלא ניתן לפוטרה בדרך זו, שכן כל אחת מהדעות הנחלקות מייצגת קבוצה מרכזית בין חכמי ההלכה. במקרים מעין אלה יכול החוקר לנוע בין האפשרויות הבאות: האחת, התמקדות במכנה המשותף שקיים בכל זאת בין הצדדים הנחלקים זה עם זה. פעמים רבות המחלוקת אינה מתמצה באי ההסכמות שבין הצדדים, אלא היא גם מבליעה בתוכה הנחות משותפות סמויות, אשר ראויות להיבחן מנקודת מבט פילוסופית.⁶³ האפשרות השנייה, המתאימה לחלק מן המקרים, היא המרת היעד של חשיפת הפילוסופיה של ההלכה ביעד של חשיפת הפילוסופיות של בעלי ההלכה, כלומר של מגוון התיאוריות השונות, ואף המנוגדות, הניתנות להימצא בתוך הדין ההלכתי כפי שהאחרון משתקף מריבוי המחלוקות שבו ומן התמורות שפקדו אותו.

מדבריי בסעיף זה לא נובע שהשימוש בפילוסופיה של המשפט ככלי עזר לחשיפת הפילוסופיה של ההלכה נושא בכנפיו יתרונות בלבד; הוא עלול לטמון בחובו גם מגבלות. כך למשל שימוש מוגבר ביצירות מן הפילוסופיה הפוליטית ככלי למחקר הפילוסופיה של ההלכה⁶⁴ עלול להביא למיקוד המבט המחקרי בחלקים המשפטיים של ההלכה, תוך המעטה בחשיבותם של חלקי ההלכה שאינם משפטיים, כלומר ההלכות שבין אדם למקום.⁶⁵ גם לגבי החלקים המשפטיים של ההלכה עלול השימוש באספקטים

61 בבלי, סנהדרין כ"ב. על כך ראו יאיר לורברבוים מלך אביון: המלוכה בספרות היהודית הקלאסית (2008).

62 על כך ראו, למשל, אלימלך וסטרייך תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות 127, 215, 250, 288 (2002).

63 כך, לדוגמה, אמנם כאמור לעיל נחלקו הראשונים האם ייבוש קודם לחליצה או חליצה קודמת לייבוש, אולם אלו ואלו מסכימים על קיומה של זיקת הייבוש, הקובעת את מעמדה של שומרת היבם עד לייבוש או לחליצה.

64 ראו להלן, טקסט ליד ה"ש 72.

65 ברם, רכיבים אחרים של הפילוסופיה של המשפט, אשר יידונו בפירוט להלן, בעיקר אלה שבתחום הלוגיקה המשפטית (כגון פורמליות במשפט, מעמדו של התקדים, הגדרתה של לקונה), בהחלט רלוונטיים אף לחלקים הדתיים של ההלכה. כמו כן, אחת הנגזרות של המחלוקת המפורסמת בין מנחם אלון לבין יצחק אנגלרד (לעיל, ה"ש 56) היא האם ניתן

מסוימים של הפילוסופיה המודרנית של המשפט, שבדרך כלל נתפסת כבעלת אופי שאינו דתי,⁶⁶ להביא להצנעת הרבדים הדתיים המקופלים בתוך המשפט העברי.⁶⁷ כמאמר זה אני מבקש לטעון בעד שילוב של שתי נקודות המבט של הפילוסופיה של ההלכה – הפילוסופיה של המשפט מחד גיסא, ומחשבת ישראל מאידך גיסא – ולא המרה של נקודת מבט אחת ברעותה.

עד כה דיברנו על תחום הפילוסופיה של המשפט כתחום אחיד, אולם למעשה הוא רחב ומסועף יותר מכפי הנראה במבט ראשון, והוא נפרש על פני מספר תתי-תחומים, ביניהם: תורת המשפט; אתיקה ופילוסופיה פוליטית; תיאוריות של ענפי משפט.⁶⁸ מורכבות זו נובעת מן העובדה שכל אחד מרכיבי היסוד של הפילוסופיה של המשפט, קרי "הפילוסופיה" ו"המשפט", סובלים כמה פירושים, ובהתאם לפירושים אלה נוצרות כמה תרכובות אפשריות של "הפילוסופיה של המשפט". כשם שתחום הפילוסופיה של המשפט הוא עשיר ורב ממדי, כך גם השימוש שניתן לעשות בו להפריית מחקר הפילוסופיה של ההלכה. בעוד שבתת-התחום הראשון כבר הרבו חוקרי הפילוסופיה של ההלכה לעסוק, הרי שבתת-התחום השני העיסוק מצומצם יותר, ואילו בתת-התחום השלישי כמעט ולא נעשה דבר מבחינה מחקרית.⁶⁹

2. תורת המשפט

תת-התחום הראשון של הפילוסופיה של המשפט הוא תורת המשפט (jurisprudence), כלומר דיון פילוסופי אודות מושג המשפט עצמו. כאן מתפרשת המילה "משפט" לא במובנה כשיטת משפט (legal system), כלומר אוסף הנורמות המשפטיות שהתגבשו ביחידה פוליטית מסוימת (שיטת המשפט הישראלית, שיטת המשפט האנגלית וכדומה), אלא במובנה כמושג המשפט כשלעצמו. תורת המשפט היא אפוא האופן שבו תיאורטיקנים מגדירים את המושגים שמהם נבנה עולם המשפט: נורמה, זכות, חובה, סמכות, שיפוט, חקיקה, ודאות, טעות, פרשנות, ועוד כיוצא באלה.

לחקור את החלקים המשפטיים שבהלכה בנפרד מן החלקים הדתיים שבה, או שמה אין אפשרות להפריד בין שני הדבקים.

66 אך לא תמיד. יש המנתחים את המשפט המודרני מנקודת מבט תיאולוגית. ראו למשל, JOHN FINNIS, NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS 371 (2nd ed., 2011); THE REVIVAL OF NATURAL LAW: PHILOSOPHICAL, THEOLOGICAL AND ETHICAL RESPONSES TO THE FINNIS-GRISEZ SCHOOL (Nigel Biggar & Rufus Black eds., 2000).

67 אך ראו לעיל, ה"ש 58.

68 להרחבה ראו דוד אנוך ואלון הראל "עיון פילוסופי במשפט ואודותיו" דין ודברים: כתב עת משפטי בין תחומי 4 (1) 17 (2008).

69 כמעט מיותר לציין שהחלוקה בין שלושת תתי-התחומים אינה חדה, וכי יש ביניהם מערכות קשרים מורכבות.

אכן, מחקר הפילוסופיה של ההלכה עושה שימוש רב במדפי הספרים העמוסים של תורת המשפט. כאן נעזר חוקר הפילוסופיה של ההלכה ביצירותיהם של הוגים כדוגמת קלזן ואוסטין, הארט ודורקיין, על מנת לפענח את המשמעויות הפילוסופיות המקופלות בסוגיות הלכתיות שונות.

לעתים הדיונים ההלכתיים מכילים היגדים ישירים מתחום תורת המשפט, ואז סלולה דרכו של החוקר המעוניין בהשוואה מידית אל הספרות התורת-משפטית. כזוהי, למשל, הסוגיה המפורסמת הנעזרת בתיאור מעמד הר סיני לשם פתרון שאלת מקור סמכותו של החוק דרך תיאוריית ההסכמה:

ויתיצבו בתחתית ההר, אמר רב אבדימי בר חמא בר חסא: מלמד שכפה הקדוש ברוך הוא עליהם את ההר כגיגית, ואמר להם: אם אתם מקבלים התורה – מוטב, ואם לאו – שם תהא קבורתכם. אמר רב אחא בר יעקב: מכאן מודעא רבה לאורייתא. אמר רבא: אף על פי כן, הדור קבלוה בימי אחשורוש, דכתיב קימו וקבלו היהודים, קיימו מה שקיבלו כבר.⁷⁰

אך פעמים רבות הקשר בין הדיון ההלכתי לבין הדיון התורת-משפטי אינו ברור לעין במבט ראשון; נדרש ניתוח מורכב של הלכות מסועפות, תוך חשיפת התפיסות התורת-משפטיות החבויות בין השורות. דוגמה לכך היא המחלוקת בשאלה אם מיאון חייב להיעשות בפני הבעל או שמא גם שלא בפניו: "תניא, אמרו להן בית הלל לבית שמאי: והלא פישון הגמל מיאנה אשתו שלא בפניו! אמרו להן בית שמאי לבית הלל: פישון הגמל במדה כפושה מדר, לפיכך מדרו לו במדה כפושה"⁷¹. מנקודת מבט תורת-משפטית, תשובה זו של בית שמאי מבטאת תפיסה לא טריוויאלית המניחה חירות נרחבת הנתונה בידי הדיין לסטות מן הדין שעה שהוא מוצא לנכון לעשות כן. הדבר מחייב מתן פשר אודות מהותו של התפקיד השיפוטי ומערכת יחסיו עם התפקיד החקיקתי. אכן, ככל הנראה הירושלמי לא היה שותף לתפיסה עקרונית זו, אלא החזיק בתפיסה של כפיפות השופט בפני הדין, ולכן תמה: "וקשיא. אילו העושה דבר שלא כשורה שמא מתירין ערוה שלו"⁷².

70 בבלי, שבת פח ע"א. דוגמאות למקורות נוספים של בעלי הלכה העוסקים במישרין בשאלות מתחום תורת המשפט הן הפרקים המפורסמים בחלק ג של מורה נבוכים, הדנים בתכלית מערכת החוק, וכן ההקדמות לספרי קצות החושן ואגרות משה, המלבנים את יחסי אמת וטעות במשפט.

71 בבלי, יבמות קז ע"ב.

72 ירושלמי, יבמות יג, א (יג, ע"ג, 891 מהדורת האקדמיה ללשון העברית). על כך ראו חנינה בן מנחם "יחס התלמוד הירושלמי והתלמוד הבבלי לסטיית שופט מן הדין" שנתון המשפט העברי ח 113, 117 (התשמ"א). ראו גם ספרו, HANINA BEN MENAHEM, JUDICIAL DEVIATION IN TALMUDIC LAW: GOVERNED BY MEN, NOT BY RULES (1991). דוגמאות נוספות ניתן למצוא בהלכות הנוגעות לזקן ממרא ולבית דין שטעו, אשר קשורות בשאלות יסוד ביחסי אמת ותוקף במשפט – ראו אריה אדרעי "'הוראה או טעות': על חובת הציות

בהקשר זה חשוב לחדר את התובנה הבאה, שלעתים עלולה להיות מעט מבבלת בעניינו של המשפט העברי. לאור ההבחנה דלעיל בין תחום "תורת המשפט", כלומר הפילוסופיה של מושג המשפט, לבין המונח "שיטת משפט", כלומר אוסף הנורמות שהתגבשו ביחידה פוליטית מסוימת, יש לשאול האם היצירה ההלכתית כוחה רב לה בתחום תורת המשפט או שמא כשיטת משפט? האם רבי עקיבא ורבי ישמעאל, אביי ורבא, הם בני שיחם של תיאורטיקנים כדוגמת הארט ודורקין, או שמא של משפטנים פוזיטיביים קלאסיים כדוגמת הלורד דנינג והשופט הולמס? דומה כי ייחודיותו של המשפט העברי מתבטאת בכך שלגביו שתי התשובות נכונות. "זו"ל נטלו על עצמם משימה כפולה, והתרומה הייחודית של יצירתם ניכרת הן בתחום הדיון התיאורטי אודות מושג המשפט כשלעצמו הן בפיתוחה של שיטת משפט פוזיטיבית בעלת דוקטרינות משפטיות ייחודיות. לפיכך, המשפט העברי משחק בו זמנית הן במגרשם של התיאורטיקנים העוסקים בתורת המשפט הן במגרשן של שיטות המשפט הפוזיטיביות. שאלה מעניינת החורגת מגבולות יריעה זו ומזמינה דיון נפרד היא: מהי התשתית הרעיונית המאפשרת למשפט העברי לבצע בו-זמנית פעולה כפולה זו – פיתוח משפט פוזיטיבי עשיר מבחינה דוקטרינרית, המשלב גם דיונים ערים בעלי אופי תיאורטי תורת-משפטי. שילוב זה כה שונה מן המוכר לנו במשפט המודרני, שבדרך כלל רואה בכך שתי מלאכות נפרדות, האחת שייכת לפילוסופים של המשפט והשנייה למחוקקים ולשופטים המעצבים את המשפט הפוזיטיבי הנוהג.

אזכורי הספרות שהבאתי לעיל הם כטיפה בים ביחס למה שכבר נכתב ונחקר בתחום תורת המשפט של המשפט העברי, אף שעדיין ישנן לא מעט בקעות להתגדר בהן.

3. אתיקה, פילוסופיה פוליטית ומשפט

תת-תחום שני של הפילוסופיה של המשפט שוכן בנקודות החיבור בין שאלות קונקרטריות בתחום המשפט הפוזיטיבי לבין שאלות קלאסיות מקבילות בעולם הפילוסופיה, בעיקר בענפים פילוסופיים בעלי השלכות נורמטיביות. מגוון רחב של שאלות מעסיקות בו-זמנית משפטנים ופילוסופים, אשר נותנים עליהן את דעתם, כל אחד מן הפרספקטיבה הייחודית שלו. בהקשר זה, הפילוסופיה של המשפט היא ייבוא דיונים פילוסופיים קלאסיים ומזיגתם אל תוך שאלות בעלות השלכות משפטיות קונקרטיות.

במחשבת ההלכה "עיוני משפט כד (2) 463 (התשס"א), והספרות הנרחבת שהוא מפנה אליה; ראו גם מאמרים רלוונטיים באסופה בין סמכות לאוטונומיה במסורת ישראל (זאב ספראי ואבי שגיא עורכים, 1997); בהבדלים ההלכתיים שבין לכתחילה ובדיעבד, הניתנים לניתוח מנקודת המבט של אופן תפקודה של מערכת חוק (ראו שי וזנר "על קוהרנטיות ואפקטיביות בהלכה: בירור ראשוני של ההבחנה בין לכתחילה ודיעבד" דיני ישראל כ-כא 43 (התש"ס-תשס"א)).

מתוך הקשת הרחבה של ענפי הפילוסופיה כוונתי היא בעיקר לענפי המחשבה המדינית והאתיקה, אך גם לענפים נוספים כדוגמת הפילוסופיה של ההכרה והפילוסופיה של הלשון. משפטן העוסק בדילמה משפטית קונקרטית עשוי למצוא כי בכוחו של מדה הספרים הפילוסופי להעשיר את הדיון המשפטי ולהרחיב אותו לרובדים מופשטים שהוא אינו מצליח להמריא אליהם לבדו. כאן מתפרשת המילה "פילוסופיה" כמציינת את ענפי הפילוסופיה הקלאסיים, שדוגמאות לנושאי דברה המובהקים הם הובס ולוק, קאנט ורולס; ואילו המילה "משפט" מציינת את ענפי המשפט הפוזיטיבי, כגון דיני החוזים ודיני העונשין.

חוקר הפילוסופיה של ההלכה יכול אפוא לבצע את המהלך התלת-שלבי הבא: בשלב ראשון הוא ישווה את הדוקטרינה ההלכתית אל הדוקטרינה המשפטית המקבילה בשיטות משפט מודרניות. בשלב שני הוא יעמוד על הדיונים הפילוסופיים המקבילים המתקיימים לגבי הדוקטרינה המודרנית בה הוא דן. בשלב שלישי הוא יוכל להאיר באמצעות דיונים אלה את המשמעויות הפילוסופיות המקבילות המתחייבות מתוך הדוקטרינה ההלכתית שבה הוא עוסק.

אתן לכך שתי דוגמאות. דוקטרינות משפטיות רבות הן בעלות השלכות, ישירות או עקיפות, על חלוקת העושר בחברה. חלקן מקדמות ערכים של שוויון ושל צמצום פערים חברתיים, בעוד שחלקן מקדמות ערכים של חירות, שוק חופשי וביזור חברתי. דיני המסים הם תחום מובהק שבו הכרעות מעשיות משפיעות ישירות על חלוקת העושר בחברה. לפיכך, הדיון המשפטי בתחום המסים יוצא נשכר מייבוא של תיאוריות שונות של צדק חלוקתי, הנידונות במסורת הפילוסופית מאז אריסטו ועד ימינו.⁷³ כאשר אנו משווים את הלכות המסים במסכת בבא בתרא עם שיטות מיסוי פרוגרסיביות מודרניות, בדגש על התיאוריות החלוקתיות שבבסיסן, מתחדדת התובנה עד כמה דיני המסים התלמודיים חסרי אופי פרוגרסיבי, שלא לומר בעלי אופי רגרסיבי; האמוראים אינם מנסים לגרום לעשירים לשאת בנטל כבד יותר באופן יחסי מאשר השכבות החלשות.⁷⁴

73 ראו, למשל, LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL, THE MYTH OF OWNERSHIP: TAXES AND JUSTICE (2002); TAX JUSTICE: THE ONGOING DEBATE (Joseph J Thorndike & Dennis J Ventry Jr. eds., 2002); TAXATION, ECONOMIC PROSPERITY, AND DISTRIBUTIVE JUSTICE (Ellen F Paul, Fred D Miller, Jr. & Jeffrey Paul eds., 2006); HP Young, *Distributive Justice in Taxation*, 44 JOURNAL OF ECONOMIC THEORY 321 (1988)

74 באופן כללי מאוד, חישוב המס המופיע בבבלי (בבא בתרא ז ע"ב) מבוסס על חישוב הצריכה, כלומר החובה להשתתף במימון המוצר הציבורי (למשל, בניית חומת העיר) נגזרת מהיקף הצריכה של הנישום את אותו המוצר (בלשון המשפט, למעשה מדובר במחיר ולא במס). יתירה מזו, לפי אחת הדעות בתלמוד, מימון חומת העיר נעשה "לפי קירוב בתים", שכן הגרים בסמוך לחומה נהנים ממנה יותר מן הגרים בטבורה של עיר. לפי דעה זו, אם העניים הם אלה הנאלצים לגור בשולי העיר סמוך לחומה, הדבר יגדיל את נטל המס המוטל

שיטת המיסוי הפרוגרסיבי קשורה, בין השאר, בתיאוריה אודות הצדק החלוקתי וצמצום הפערים החברתיים שדיני המסים עשויים לשאוף לקדם. לעומת זאת, שיטת מיסוי ניטרלית, וכל שכן גרסיבית, כדוגמת זו המצויה במסכת בבא בתרא, תורמת לשימור הפערים החברתיים ואף להרחבתם. השוואה זו מעלה אפוא שאלות רבות ביחס להשפעה החלוקתית (או האנטי-חלוקתית) שיש לדיני המסים שעיצבו חז"ל, וזאת כחלק מדין רחב יותר אודות מקומו של הצדק החלוקתי ביצירתם.⁷⁵ שאלות אלה מתחזקות לאור הרגישות הרבה שיש לחכמים כלפי מצוקותיהם של העניים והדלים, אשר מבליטה את התהייה מדוע דיני המסים שבתלמוד לכאורה נעדרי כל רגישות שכזו. הדעת נותנת, כי גיבוש מענה מושכל לתהייה זו עשוי לדרוש בחינה מחודשת של רכיבי היסוד של תפיסות הצדק החלוקתי במשפט העברי (בתקופותיו השונות), שאינן עולות בהכרח בקנה אחד עם תפיסות מקובלות בנות זמננו.⁷⁶

דוגמה נוספת היא בתחום ההלכות הנוגעות ליחסי כהן-מלך-נביא-שופט, הנידונות בעיקר במסכת סנהדרין. הלכות אלה מסדירות את מערכות היחסים בין רשויות השלטון השונות. ניתוח מדויק של הלכות אלה, תוך השוואתן אל תפיסות משפטיות-פילוסופיות מן העת החדשה הקשורות ברעיון הפרדת הרשויות, עשוי להיות מאיר עיניים לגבי הבנה מעמיקה יותר של הפילוסופיה המדינית של חז"ל.⁷⁷

סוג מחקרים מעין זה כבר נעשה בתחום הפילוסופיה של ההלכה, אך במשורה, פחות מכפי שכבר נעשה בתחום תורת המשפט.

עליהם (וראו תוספות, בבא בתרא ז ע"ב, ד"ה "לפי קירוב בתים הן גובין"). אכן, בתלמוד אין פטור ממש לעניים או ליתומים (וראו בבלי, בבא בתרא ח ע"א לגבי ההקלה המינורית באופן יחסי הניתנת ליתומים). עוד לשאלת המיסוי הפרוגרסיבי במשפט העברי ראו Adam S Chodorow, *Agricultural Tithing and (Flat) Tax Complexity*, 68 U. Pitt. L. Rev. 267 (2006); Adam S Chodorow, *Biblical Tax System and the Case for Progressive Taxation*, 23 JOURNAL OF LAW AND RELIGION 51 (2007)

75 ספרו של יצחק אנגלרד, IZHAK ENGLARD, *CORRECTIVE AND DISTRIBUTIVE JUSTICE: FROM ARISTOTLE TO MODERN TIMES* (2009) מדגים את המקום השולי שתפסה ההבחנה האריסטוטלית בין צדק מתקן לבין צדק חלוקתי במסורת הפילוסופית היהודית. עובדה זו מדגישה את הערך המוסף שעשוי להיות לבחינתם של מונחים פילוסופיים אלה דווקא מן הפרספקטיבה של ההלכה המשפטית.

76 עם שאלה מעין זו ביקשתי להתמודד בהקשרה המקראי במאמרי: בנימין פורת "החקיקה החברתית-כלכלית של המקרא: עקרונות יסוד" מבקשי צדק: חברה וכלכלה במקורות היהודיים (חנוך דגן ובנימין פורת עורכים, טרם פורסם).

77 ראו לדוגמה, STUART A. COHEN, *THE THREE CROWNS: STRUCTURES OF COMMUNAL POLITICS IN EARLY RABBINIC JEWRY* (1990); David C. Flatto, *The King and I: The Separation of Powers in Early Hebraic Political Theory*, 20 YALE J L & HUMAN. 61 (2008).

4. תיאוריה של ענפי משפט

לבסוף, הפילוסופיה של המשפט משתרעת על פני תת-תחום נוסף, הוא התיאוריה של ענפי משפט. בהקשר זה פונים תיאורטיקנים משפטנים לענפי משפט מסוימים, מלקטים את הדוקטרינות השונות, מעבירים אותן תהליכי הפשטה על מנת להתחקות אחר יסודותיהן המשפטיים, ומנסים לחלץ מתוכן את התיאוריה המשפטית שתוכל להסבירן בצורה המיטבית. בהקשר זה דנים, למשל, בתכלית דיני הנזיקין,⁷⁸ בתיאוריה של החוזה,⁷⁹ ובמהות הקניין והבעלות,⁸⁰ כפי שאלה משתקפים מן הדוקטרינות השונות שבמשפט הפרטי. עיונים תיאורטיים אלה רגליהם מוצבות ארצה, בעיון דקדקני בפרטים המשפטיים, וראשם מגיע השמימה, למהויות הכלליות והמופשטות של ענפי המשפט השונים.

במובן זה של הפילוסופיה של המשפט אין מדובר על ממשק עם ספרות פילוסופית קלאסית; הכותבים הבולטים בתת-תחום זה אינם בהכרח חוקרים מן החוג לפילוסופיה אלא משפטנים בעלי ראייה רחבה ובעיקר מופשטת.⁸¹

כך לדוגמה, התיאורטיקנים של דיני הנזיקין דנים רבות בשאלה האם תכלית דינים אלה היא של צדק מתקן (פיצוי המזיק את הניזוק והשבת המצב לקדמותו),⁸² ייעול פעילות המשק באמצעות מניעה זולה של נזקים (ניתוח כלכלי),⁸³ או קידום יעדים של

- 78 ראו לדוגמה IZHAK ENGLARD, *THE PHILOSOPHY OF TORT LAW* (1993); *PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW* (David G Owen ed., 1997).
- 79 MELVIN A EISENBERG, *FOUNDATIONAL PRINCIPLES OF CONTRACT LAW* (forthcoming); BRIAN H. BIX, *CONTRACT LAW: RULES, THEORY AND CONTEXT* (2012); ERIC A. POSNER, *CONTRACT LAW AND THEORY* (2011); STEPHEN A. SMITH, *CONTRACT THEORY* (2004); *THE THEORY OF CONTRACT LAW: NEW ESSAYS* (Peter Benson ed., 2001).
- 80 Tony Honoré, *Ownership*, in *MAKING LAW BIND: ESSAYS LEGAL AND PHILOSOPHICAL* 161 (1987); JAMES E. PENNER, *THE IDEA OF PROPERTY IN LAW* 71 (1997); JAMES W. HARRIS, *PROPERTY AND JUSTICE* 31 (1996).
- 81 ברם, גם בתת-תחום זה נודע לעתים מקום משמעותי ביותר לכתיבתם של פילוסופים מובהקים, שדבריהם היו בסיס לדיונים נרחבים אודות תיאוריות של ענפי משפט שונים, כדוגמת IMMANUEL KANT, *THE METAPHYSICS OF MORALS* (Mary Gregor ed. and trans., 1996); גיאורג וילהלם פרידריך הגל קווי יסוד לפילוסופיה של המשפט או מתווה למשפט הטבע או למדע המדינה (פיני איפרגן עורך, גדי גולדברג מתרגם, התשע"א).
- 82 ERNEST J. WEINRIB, *THE IDEA OF PRIVATE LAW* (1995); ERNEST J. WEINRIB, *CORRECTIVE JUSTICE* (2012).
- 83 GUIDO CALABRESI, *THE COSTS OF ACCIDENTS: A LEGAL AND ECONOMIC ANALYSIS* (1970); WILLIAM M. LANDES & RICHARD A. POSNER, *THE ECONOMIC STRUCTURE OF TORT LAW* 85-88, 96-107 (1987).

צדק חלוקתי.⁸⁴ כל אחת מתכליות אלה קשורה בעקיפין בדיונים פילוסופיים מוקדמים יותר אודות מעמדן של תכליות אלה ואודות מהותן של המשפט הפרטי.

דוגמה נוספת היא השאלה שבה מתחבטת כיום הספרות בתחום התיאוריה של דיני חוזים. האם תפיסת הצדק הראויה היא זו של צדק חוזי תהליכי, המתמקד בהבטחת חירותם של הצדדים במהלך המשא ומתן לכריתת החוזה, או שמא של צדק חוזי מהותי, אשר גם מבטיח שתוכנם של החוזים יהיה הוגן ומאוזן.⁸⁵ הבדלי הגישות מתבטאים במחלוקות לגבי דוקטרינות ספציפיות ומגוון הכרעות מעשיות, והם ניזונים מתיאוריות פוליטיות רחבות הרבה יותר: הגישה הליברלית מחד גיסא, וגישות של אחריות חברתית מאידך גיסא.

חוקר משפט עברי שיהיה ער לדיונים תיאורטיים אלה יוכל להיעזר בהם על מנת להתחקות אחר תיאוריות מקבילות של ענפי המשפט בהלכה. המשפט העברי דן בדיוק באותן סוגיות בהן דנים בפילוסופיה של המשפט בהקשר זה. הוא מכריע הכרעות נזיקות, חוזיות, קנייניות וכדומה, ומזהן עשויה להשתמע תיאוריה זו או אחרת. ניתוח מדוקדק של סוגיות התלמוד, על צבא המפרשים, הפוסקים ונושאי כליהם, עשוי ללמדנו רבות אודות התפיסות התיאורטיות שביסוד ענפי המשפט השונים במשפט העברי.

דוגמה מוכרת לסוג זה של מחקר מצויה בדין "זה נהנה וזה לא חסר – פטור".⁸⁶ השוואת הדין התלמודי למקבילותיו (ההפוכות) במשפט האנגלו-אמריקאי בן זמננו חושפת את התפיסות השיתופיות למחצה שמבטא המשפט העברי באמצעות פרטיה המסועפים של הלכה זו.⁸⁷

דוגמה נוספת מצויה בדין אונאת מחיר שבמסכת בבא מציעא. מערכה הלכתית זו קובעת דרכים מפורטות להגנה על הצדדים לחוזה מפני מחיר מקפח, וכן מנגנונים מורכבים (ולא שגרתיים) שנועדו להבטיח כי השימוש שיעשה בתביעת האונאה לא יעבור את מידתו הראויה ולא יסב נזק העולה על תועלתו. ניתוח של דיני אונאה מנקודת מבט תיאורטית מלמד על תפיסה מורכבת של צדק חוזי מהותי העולה מתוך סוגיות התלמוד.⁸⁸

- 84 Tsachi Keren Paz, *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice* (2007)
- 85 על כך ראו Arthur A. Leff, *Unconscionability and the Code - The Emperor's New Clause*, 115 U. Pa. L. Rev. 485 (1967); James Gordley, *Equality in Exchange*, 69 Cal. L.R. 1587, 1625 (1981); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך א 54 (1991).
- 86 בבלי, בבא קמא כ ע"ב.
- 87 דגן, לעיל ה"ש 51; HANOCH DAGAN, *UNJUST ENRICHMENT: A STUDY OF PRIVATE LAW AND PUBLIC VALUES* (1997). לביקורת ראו Jonathan Blass, *Halakhic Altruism: A Critique of H. Dagan's "The Law of Unjust Enrichment: Between Judaism and Liberalism"*, 15 JEWISH LAW ANNUAL 3 (2004).
- 88 בני פורת "דין הונאת מחיר – יסודותיו, עקרונותיו וערכיו" כתר ד 292 (התשס"ד); בני פורת הצדק החוזי בדין התלמודי העברי (עבודת תזה, האוניברסיטה העברית, הפקולטה למדעי הרוח, התשס"ב).

מובן זה של הפילוסופיה של ההלכה כמעט ולא נחקר עד היום. מבחינה מסוימת, זהו הרצינול שעמד ביסוד ספרו השאפתני של הרב הרצוג, THE MAIN INSTITUTIONS OF JEWISH LAW.⁸⁹ כיום בורדים החוקרים המנסים ידם בכתיבה מעין זו;⁹⁰ פוטנציאל רב לה, ועדיין היא מוטלת בקרן זוית ומצפה לגואל.

ה. הפילוסופיה של ההלכה: בין שחזור להבניה רציונלית

דבריי עד כה מובילים אל הבעיה המתודולוגית הבאה: כיצד ניתן להיעזר בקטגוריות פילוסופיות מודרניות, שחכמים כלל לא היו מודעים להן ולא העלו אותן על דעתם, על מנת להבהיר את התשתיות הפילוסופיות שביסוד יצירתם? האמנם יש דרך אחרת להסביר מהלך זה מאשר חטא האנכרוניזם? האם עצם הצבת השאלה מהי התיאוריה של ענף מסוים במשפט העברי אינה מופרכת מעצם העובדה שחכמים כלל לא היו מודעים לה בצורתה המופשטת, והמושג "תיאוריה" אף לא היה חלק משפתם?

אני מבקש להידרש לשאלה זו באמצעות דיון המתקיים בתחום מקביל: ההיסטוריה של הרעיונות. אחת הבעיות המתודולוגיות עמן מתמודד ענף זה, אשר עניינו התחקות

89 ראו לדוגמה ציטוט אופייני מתוך ספרו 1 ISAAC HERZOG, THE MAIN INSTITUTIONS OF JEWISH LAW 71 (1980): "What is ownership?" is a question which is nowhere directly and abstractly put in any of the writings which are included under the description of sources of Jewish law, early or late, and one will therefore search in vain in the mass of Jewish legal writings of recognized authority for a definition of ownership. Jewish jurisprudence was too pragmatic and concrete in tendency to occupy itself with the definition of legal terms without immediate reference to a practical point. But the study of a certain number of passages in the Talmud will yield to us a tolerably clear idea of what the Jewish lawyers regarded as the right of ownership in a material thing"

90 ביניהם יש למנות גם את מחקרו של בני שמואלי ויובל סיני בנושא תכלית דיני הנזיקין במשנת הרמב"ם. ראו Benjamin Shmueli & Yuval Sinai, *Calabresi's and Maimonides's Tort Law Theories: A Comparative Analysis and a Preliminary Sketch of a Modern Model of Differential Pluralistic Tort Liability Based on the Two Theories*, 26 YALE J.L. & HUMAN. 59 (2014)

ישנם חוקרים שביקשו לעסוק בתיאוריה של ענפי משפט שונים במשפט העברי, אולם עשו זאת תוך התעלמות מן הספרות התיאורטית הענפה שנכתבה סביב התחומים המקבילים במשפט הכללי. ראו לדוגמה מחקריו של שלום אלבק: דיני הממונות בתלמוד (1976); יסודות בדיני הממונות בתלמוד (1994); יסודות העבירה בדיני התלמוד (1997); פשר דיני הנזיקין בתלמוד (1965); הראיות בדיני התלמוד (1987). לביקורת מחקריו של אלבק, ולמענה לביקורת, ראו: אנגלרד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 56; ברוך שיבר "שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי" משפטים ח 91 (התשל"ז).

אחר גלגוליהן ההיסטוריים של רעיונות שונים במחשבה האנושית,⁹¹ היא האם ניתן להסביר רעיונות של קדמונים באמצעות המשגה שפותחה רק לאחר תקופתם. בהקשר זה מזהיר אותנו קוונטין סקינר, מן הבולטים שבחוקרי ההיסטוריה של הרעיונות, מפני חוסר המדעיות שיש בניסיון להסביר הוגים קדמונים באמצעות רעיונות מאוחרים. עקרון הנגישות (the accessibility principle) מחייב את החוקר להגביל את הסבריו רק למושגים ולמונחים שהיו נגישים למושאי מחקרו בשפתם שלהם.⁹² הפרה של עיקרון זה, כלומר ייחוס אנכרוניסטי של מושגים מאוחרים יותר, הופכת כתיבה מדעית להיות כתיבה מיתית:

The particular danger with intellectual biography is that of sheer anachronism. A given writer may be "discovered" to have held a view, on the strength of some chance similarity of terminology, on some subject to which he cannot in principle have meant to contribute.⁹³

במאמר תגובה שכותרתו: "Can We Ascribe to Past Thinkers Concepts they had no Linguistic Means to Express?"⁹⁴ ביקש גר פרודובסקי להגן על השימוש במושגים מאוחרים כהסבר ליצירות קדומות. את טיעונו ניתן לתמצת בדרך (המעט פשטנית) הבאה: הלשון והשפה אינם תמיד ממצים את התודעה;⁹⁵ יתכן גם יתכן שתודעתו של ההוגה עשירה ומורכבת יותר מכפי שהלשון בזמנו אפשרה לבטא.⁹⁶ לפיכך, חוקר מאוחר

91 ראו, למשל, Maurice Mandelbaum, *The History of Ideas, Intellectual History, and the History of Philosophy*, in 5 THE HISTORIOGRAPHY OF THE HISTORY OF PHILOSOPHY, HISTORY AND THEORY 33 (1965).

92 Quentin Skinner, *Meaning and Understanding in the History of Ideas*, 8 HISTORY AND THEORY 3, 28-29 (1969).

93 שם, בעמ' 7-8. וראו גם שם, בעמ' 10: "if all the writers are claimed to have meant to articulate the doctrine with which they are being credited, why is it that they so signally failed to do so, so that the historian is left reconstructing their implied intentions from guesses and vague hints? The only plausible answer is of course fatal to the claim itself: that the author did not (or even could not) have meant after all to announce such a doctrine"

94 Gad Prudovsky, *Can We Ascribe to Past Thinkers Concepts they had no Linguistic Means to Express?* 36 HISTORY AND THEORY 15 (1997)

95 בנקודה זו חבויה סוגיה עמוקה, הנוגעת בשאלה האם השפה ממצה את התודעה, או שמא ייתכן שתודעתו על אדם תהיה רחבה מכפי שלשונו יכולה לשאת. הדבר נוגע, כמובן, לתפיסותיו של הפילוסוף ורודויג וויטגנשטיין בסוגיה זו, אך הדברים חורגים אל מעבר לנושא מאמר זה.

96 ובלשונו: "it is possible for someone to have an idea even though he or she has no linguistic means to express it" פרודובסקי, לעיל ה"ש 94, בעמ' 29. הדוגמה

רשאי להשתמש במושגים שנוסחו מאוחר יותר על מנת להסביר את הטמון ביצירתו של ההוגה המוקדם, גם אם מושגים אלה לא היו חלק משפתו של ההוגה בזמן שבו חי ופעל, ובלבד שמושגים אלה קוהרנטיים לגמרי עם רעיונותיו של אותו הוגה.⁹⁷

באופן עקרוני, ניתן היה לנסות ולהיעזר בטיעון מעין זה של פרודובסקי על מנת להצדיק את פרויקט הפילוסופיה של ההלכה. כלומר, גם אם שפתו של חכם ההלכה לא הייתה מספיקה כדי לנסח את הרעיון הפילוסופי המיוחס לפסיקתו, אין זו אומר שאותו רעיון פילוסופי היה מחוץ לתודעתו ושמדובר בייחוס אנכרוניסטי; ייתכן שהרעיון הפילוסופי היה על 'קצה לשונו', אף שלא היו לו כלים מילוליים משוכללים מספיק כדי להביעו. כך למשל לא יהיה זה מופרך לנסות ולשחזר את תפיסת מעמד האישה המשתקפת מתקנותיו המפורסמות של רבנו גרשום מאור הגולה (רגמ"ה) – איסור לשאת שתי נשים ואיסור לגרש אישה בעל כורחה;⁹⁸ אמנם רגמ"ה היה חסר שפה מתאימה לניסוח משנה פילוסופית סדורה בנושא זה, והביטוי "מעמד האישה" ודאי לא היה שגור על לשונו, אך מכך לא נובע שמשנה כזו לא הייתה חבויה בירכתי תודעתו.

אם אכן הייתה נבחרת הצדקה מעין זו לפרויקט הפילוסופיה של ההלכה, הדבר היה מחייב שימוש זהיר ומרוסן כשמייחסים תובנות פילוסופיות לבעלי ההלכה. אף שאולי ניתן לייחס לתודעתם תובנות פילוסופיות רחבות יותר מכפי שלשונם יכולה הייתה לשאת, אין זה אומר שניתן לייחס להם כל תובנה פילוסופית מאוחרת. בוודאי שישנן תובנות פילוסופיות שהיו לא רק מחוץ לשפתם אלא גם מחוץ לגבולות תודעתם. קשה לקבוע בבירור היכן עובר קו הגבול בין ייחוס רעיונות שהיו מחוץ לגבול לשונם של בעלי ההלכה אך בתוך סף תודעתם לבין ייחוס רעיונות שהם גם מחוץ לסף תודעתם.

97 הספציפית בה דן פרודובסקי במאמרו היא האם לגיטימי להשתמש במושג המסה על מנת להסביר את חידושיו של גלילאו גליליי, אף שהמדע היה מודע למונח זה רק מאוחר יותר. להרחבת היריעה לגבי הוויכוח בין הגישות המכוננות presentism, כלומר כאלה המוכנות ליטול עזר ממושגי ההווה על מנת לבאר רעיונות ומושגים מן העבר, לבין הגישות המתנגדות המכוננות anti-presentism, ראו Carlos Spoerhase, *Presentism and Precursorship in Intellectual History*, 49 CULTURE, THEORY AND CRITIQUE 49 (2008). לדיון בגישתו של הפילוסוף יורגן האברמס בהקשר זה ראו Bernhard Peters, *On Reconstructive Legal and Political Theory*, in HABERMAS, MODERNITY AND LAW 101 (Mathieu Deflem ed., 1996).

98 מבלי להיכנס כעת לשאלה האמנם רגמ"ה הוא מחבר התקנות, או שמא אחרים מבני חוגו. על תקנות רגמ"ה ראו אלימלך וסטרייך *תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות* 62 (2002); וכן מאמריו של שלמה זלמן הבלין: "תקנות רבנו גרשום מאור הגולה בענייני אישות בתחומי ספרד ופרובאנס" *שנתון המשפט העברי* ב 200 (התשל"ה); "בירורים חדשים בענייני תקנות רגמ"ה: ייחוסן, תחולתן והתפשטותן" *שנתון המשפט העברי* יא-יב 317 (התשמ"ד-תשמ"ו).

מכל מקום, ישנם מקרים שבהם נראה כבירור כי מדובר ברעיונות שפותחו בשלב כה מאוחר, רעיונות שחכמי ההלכה הקדמונים לא היו יכולים לשערם אפילו בדמיונם.⁹⁹

אני מבקש להציע למחקר הפילוסופיה של ההלכה הצדקה שונה מזו שהציע פרודובסקי למחקר ההיסטוריה של הרעיונות. בעוד הצעתו של פרודובסקי עדיין נותרת בתוך מסגרת הדיון ההיסטורי המתחקה אחר תודעתו של ההוגה המוקדם, תוך שהיא מרחיבה אותה עד קצה גבול כושר הנשיאה של התודעה, אני מבקש להציע למחקר הפילוסופיה של ההלכה הצדקה כדיון פילוסופי נטול יומרה היסטורית. לשם כך חשוב להפנים את המשמעות של פרשת הדרכים הניצבת בפני מחקר הפילוסופיה של ההלכה, שממנה יוצאים שני הנתיבים הבאים: הנתיב האחד הוא של מחקר פילוסופי של ההלכה שהוא בעל אופי היסטורי; עניינו בשחזור תודעתם של פוסקי ההלכה. הנתיב השני הוא של מחקר פילוסופי של ההלכה שהוא בעל אופי מושגי, א-היסטורי, ועניינו בהבניה מושגית של פסיקת ההלכה במונחים פילוסופיים. חוקר הפוסע בנתיב הראשון שואל את עצמו מהם השיקולים והתפיסות הפילוסופיות שהניעו את הפוסקים לעצב את ההלכה. כאן מכריעה השאלה, מה יכולה הייתה לשונו, או לכל הפחות תודעתו, של פוסק ההלכה לשאת.¹⁰⁰ ככל שמדובר במונחים פילוסופיים המתרחקים יותר ויותר משפתו של פוסק ההלכה, מזמנו וממקומו, כך נתקשה ליחסם לתודעתו. זו הסיבה לכך שעל פי אורינטציה מחקרית זו, החוקר חייב להישמר מלייחס לפוסק ההלכה שיקולים ומניעים פילוסופיים שעה שייתכן שמניעיו היו פנים-הלכתיים; אם פוסק פלוני חידש כפי שחידש משום שלמיטב שיפוטו כך מתחייב מתוך מקורות ההלכה שקדמו לו, תהיה זו טעות לנסות ולשחזר את התפיסות הפילוסופיות שכביכול הניעו אותו לפסוק כפי שפסק.

לעומת זאת, חוקר הפוסע בנתיב השני שואל עצמו שאלה שונה בתכלית: בהינתן פסיקות הלכה מסוימות, מהן התפיסות הפילוסופיות הנגזרות מהן. במובן זה כלל אין הכרח שאיש ההלכה היה מודע לתפיסות הפילוסופיות המשתקפות מתוך יצירתו ההלכתית, שכן הדיון אינו מתמקד בתודעתו של פוסק ההלכה, אלא במשמעויות הנובעות מפסיקתו. אכן, מנקודת מבט זו בהחלט ייתכן שהחוקר חושף רבדים פילוסופיים

99 דוגמה לכך ניתן למצוא במאמרו של חנינה בן מנחם "טענת קים לי: לקראת ניתוח יורספרודנטי" שנתון המשפט העברי ו-1 45 (התשל"ט-תש"ם). במאמרו מבקש בן מנחם להסביר באמצעות מודל "ההסדרים הכפולים" חלק מן הפסיקות בדין "קים לי". ספק רב אם לאותם פוסקים הייתה יכולת לפתח מודעות כלשהי למודל ההסדרים הכפולים, כפי שמתארו בן מנחם. אכן בן מנחם לא התיימר לייחס מודל זה לתודעתם של פוסקי ההלכה אלא העניק לכך הצדקה שונה, בה אדון להלן.

100 השו"ע דיונו של הלברטל על שאלת המודעות – הלברטל, לעיל ה"ש 21, בעמ' 173. הלברטל מדגיש, כי הוא מבקש לחשוף שיקולים ערכיים שדרשן ההלכה הפעיל באופן מודע בהעדיפו פירוש אחד על פני משנהו.

המשתמעים מתוך היצירה ההלכתית שפוסק ההלכה עצמו לא היה מודע להן.¹⁰¹ במלים אחרות, וכפי שההרמנויטיקה החדשה היטיבה לבאר, הפרשן עשוי להבין משמעויות ורבדים פילוסופיים החבויים ביצירה ההלכתית טוב יותר מפוסק ההלכה שחיברה.¹⁰² זו גם הסיבה לכך שעל פי הצעה זו אין תחרות בין ההסבר הפילוסופי לבין ההסבר ההלכתי, אלא יחסי השלמה, בבחינת בא זה ולימד על זה.

קעת ברור מדוע הנתיב השני מספק תשובה שונה לא רק לשאלה המתודולוגית אלא גם לשאלה המהותית: האם ובאיזה מובן ניתן לדבר על קיומה של פילוסופיה של ההלכה? עולה בידינו קעת, כי אין זה הכרח שהפילוסופיה של ההלכה מתקיימת בתודעתם של חכמים, אלא היא שוכנת בתוך ההלכות שהם קבעו. הכרעות הלכתיות מבטאות מיניה וביה הכרעות ערכיות ונקיטת עמדות בדילמות הגותיות, בין אם הדבר נעשה באופן מודע ובין אם לאו.

חשוב להדגיש, כי הבחירה בין שני הנתיבים שתוארו לעיל – השחזור ההיסטורי מול ההבניה המושגית – אינה תלויה בסוגה של המקורות הנדרשים. אמנם לכאורה

101 לעיל הזכרתי את מחקרו של בן מנחם אודות טענת "קים לי". אכן, בן מנחם היה מודע לכך שהטיעון הפילוסופי שהוא מייחס לחלק מן הפוסקים אינו בעל אופי של שחזור היסטורי אלא של הבניה מושגית: "הטיעון המוצע כאן איננו טיעון היסטורי והנסיגה להציג את הרציונל שמאחורי טענת קים לי איננו תרגיל בשיחזור היסטורי. מטרת האנליזה היא לנתח מוסד משפטי מסוים באמצעות כלים אנליטיים שפותחו בתורת המשפט הכללית, ולברוק את ההשלכות הנובעות מקיומו של המוסד על התאוריה המשפטית של המערכת כולה" (בן מנחם, לעיל ה"ש 99, בעמ' 46). השוו גם עם אבי שגיא 'אלו ואלו' – משמעותו של השיח ההלכתי: עיון בספרות ישראל 223 (1996): "ספר זה הוא ניסיון לשרטט את תווי פניה של התרבות ההלכתית כפי שנתפסה מבפנים. היינו, כפי שהבינו אותה האישים שחיו ופעלו בתוכה. תיאור 'מבפנים' אינו תחליף למאמץ שיטתי נדרש בפילוסופיה של ההלכה. משימת פילוסוף ההלכה היא להציע תיאוריה ביקורתית הולמת להבנת משמעותו של השיח ההלכתי והמחלוקת. מנקודת מבט 'חיצונית' זו, פרשנותם של אישי ההלכה או של חכמים שחיו והתנסו בה, אינה בהכרח הפרשנות הטובה ביותר להבנת השיח ההלכתי. פילוסוף ההלכה עשוי להתייחס לתודעתם של אישי ההלכה כחלק מהנתונים שאותם הוא בוחן כדי לברוק את מידת התאמתם ל'נתון'".

102 מקובל לייחס את התובנה לפיה הפרשן עשוי להבין את הטקסט טוב יותר ממחברו לפרידריך שליירמאכר – FRIEDRICH SCHLEIERMACHER, HERMENEUTICS AND CRITICISM AND OTHER WRITINGS (Andrew Bowie trans., 1998). עם זאת, ניצנים של רעיון זה ניתן למצוא עוד קודם לכן, למשל אצל עמנואל קאנט: "אין זה כלל משהו לא שכיח, הן בשיחה רגילה והן בכתבים, להבין את המחבר על ידי השוואת המחשבות, שהוא מביע על הנושא שלו, אף יותר משהוא הבין את עצמו, כיוון שהוא לא קבע את מושגו די צורכו, ושעל כן דיבר או חשב לפעמים בהיפך כוונתו המיוחדת" (עמנואל קאנט ביקורת התבונה הטהורה 192 (מהדורה שנייה, שמואל הוגו ברגמן ונתן רוטנשטרייך מתרגמים, 1954)). על כך ראו בהרחבה זאב לוי הרמנויטיקה 93 (1986).

ישנן סוגות הלכתיות שבהן ההקשר ההיסטורי בולט לעין באופן שלא ניתן להחמיצו, כדוגמת ספרות השו"ת. לעומתן, ישנם מקורות הלכתיים אחרים שבהם ההקשר ההיסטורי מורגש פחות, כדוגמת חלקים מסוימים בספרות הפרושים והחידושים. ברם, ההכרעה בין הניתוח הפילוסופי ההיסטורי לבין הניתוח הפילוסופי הא-היסטורי תלויה בעיקר בדרך בה בוחר החוקר לילך. הלא גם ספרות השו"ת, הנטועה במקום ובזמן מסוימים, משפיעה על פסיקת ההלכה מכאן ולהבא, וככזו היא ניתנת לניתוח מושגי, א-היסטורי. מנגד, ספרות החידושים והפירושים יכולה אף היא לשמש מושא לעיון בעל אופי של שחזור היסטורי.¹⁰³

מלבד הקושי של האנכרוניזם המאיים על הפילוסופיה של ההלכה, שבו דנתי לעיל, ניצבת הפילוסופיה של ההלכה גם בפני מהמורה נוספת: דקונסטרוקציה.¹⁰⁴ יכול אדם לטעון כי מחקר הפילוסופיה של ההלכה, בעיקר כפי שהוא מתואר במאמר זה, עושה במקורות חז"ל כרצונו, בונה על גביהם תילי תילים של טיעונים פילוסופיים חדשניים, שבעיקר מבטאים את המיית לבו של החוקר, בעוד הקשר בינם לבין מקורות חז"ל הוא לכל היותר רופף. האם הסוגיות התלמודיות משמשות כמקורות השראה למחקר הפילוסופיה של ההלכה ותו לא? אני סבור שהתשובה לכך שלילית, ובלבד שהפילוסופיה של ההלכה תהיה מחויבת לא להבניה גרידא של הטקסט ההלכתי אלא ל"הבניה רציונלית". לאמור, לא כל תיאוריה ניתנת להיגזר מתוך דברי חז"ל, אלא דווקא זו אשר נגזרת בדרך רציונלית מתוך דבריהם, במתודה אינדוקטיבית, הראויה לעמוד במבחן הביקורת המחקרית. לפיכך, למשל, הסבר פילוסופי להלכה מסוימת יתקשה לעמוד על רגליו אם לשונה של אותה הלכה תסתור אותו, או אם ימצאו מקורות הלכתיים נוגדים שאינם יכולים להתיישב עמו (ושלא ניתן לראותם כדעה חולקת), וכן אם יוצע לאותה הלכה הסבר פילוסופי מוצלח יותר מבחינה קוהרנטית.

לפיכך, חרף ההבחנה שעליה ביקשתי להצביע בין הניתוח המושגי של ההלכה לבין הניתוח ההיסטורי שלה, שתי צורות מחקר אלה אינן ניתנות להפרדה בסנין חדה. גם הניתוח המושגי חייב להישען על מידה מסוימת של הקשר היסטורי, בירורי נוסח ולשון, השוואה עם שיטות משפט עתיקות וכדומה (והוא הדין להיפך: גם הניתוח ההיסטורי אינו יכול למנוע עצמו משימוש שעושה החוקר בהמשגות מאוחרות יותר לתופעה הנידונה). אין מדובר אפוא בהפרדה מוחלטת בין שני סוגי הניתוח, אלא בהבדלי דגשים בקביעת עיקרו של המחקר ותכליתו אל מול היבטים משניים הכרוכים בו.

103 כפי שמודגם היטב במחקריו של חיים סולובייצ'יק, לדוגמה סולובייצ'יק יינם, לעיל ה"ש 36.

104 על הדקונסטרוקציה ראו כריסטופר נוריס **דקונסטרוקציה: להלכה ולמעשה** (צבי מרמלשטיין מתרגם, 1988); (Nicolás Royle ed., 2000); *DECONSTRUCTION: A USER'S GUIDE*; (1987) *DECONSTRUCTION AND PHILOSOPHY* (John Sallis ed., 1987). לביקורת הדקונסטרוקציה ראו ג'ון אליס **נגד הדקונסטרוקציה** (מאירה טורצקי מתרגמת, 2004).

ניתנת האמת להיאמר, כי מתודת "ההבניה הרציונלית", כפי שהיא מוצגת במאמר זה, הנה פחות יומרנית וחדשנית מכפי שהיא עשויה להיראות במבט ראשון. שיטת מחקר זו מצויה, פעמים במידה רבה ופעמים במידה מועטה, אצל רבים מחוקרי המשפט העברי, גם אם אינם מצהירים על כך במפורש. למעשה, כמעט כל המשגה של המשפט העברי אינה יכולה להימלט משימוש במושגי החשיבה המשפטית בת-זמננו.¹⁰⁵ כאן לא ביקשתי אלא להציף, לחדר ולהעצים מגמה זו.

ו. סיכום: על תכלית מחקר הפילוסופיה של ההלכה

משל למה הדבר דומה? לשני חוקרים המגיעים לאתר שבו נמצאו שרידי בניין מפואר מן העבר. שניהם מבקשים לחקור את שרידי האבנים על פי אמות מידה מדעיות, אולם מגמתו של כל אחד מהם שונה. הראשון הוא ארכיאולוג, ועניינו בדיקה מדוקדקת של שרידי הבניין על מנת לתאר במדויק את המבנה שהיה. השני הוא אדריכל, שמשימתו היא הקמה מחודשת של בניין העבר באופן שיהיה פתוח לכניסת מבקרים בהווה. שני החוקרים מחויבים לבדיקה מדוקדקת של שרידי האבנים, אך בנקודה מסוימת דרכיהם המחקריות מתפצלות. מעייניו של החוקר הראשון נתונים אל העבר, וככל שיצליח לנטרל את עצמו מידע ארכיטקטוני והנדסי מודרני כן ייטב למחקרו. מעייניו של החוקר השני, לעומת זאת, נתונים בו זמנית לעבר ולהווה גם יחד. בעשייתו הוא משלב מרכיבים של שחזור המבנה שהיה, יחד עם שימוש בידע המודרני שלו, על מנת להוציא תחת ידיו דגם מחודש של אותו המבנה, אשר המבקרים יוכלו לטייל בין חדריו, להתרשם מאיכותו ולהשוותו עם מבנים מודרניים אחרים.

אימתי חוקר הפילוסופיה של ההלכה חובש כובע ארכיאולוגים ואימתי חליפת אדריכלים? הבחירה בין שתי החלופות אינה עניין מדעי; דרך המחקר האחת אינה נכונה יותר מרעותה. הכול תלוי במטרות שמציב לעצמו החוקר, אשר מושפעות מעניינים הקשורים בהשקפות ובאמונות. מידה מסוימת של השפעה יש גם לסביבה האינטלקטואלית שבמסגרתה נחקרת הפילוסופיה של ההלכה. כאשר הסביבה האינטלקטואלית היא של מדעי הרוח, ובדגש על מחקר מחשבת ישראל והמחקר הפילולוגי-ההיסטורי של התלמוד, סביר שמחקר הפילוסופיה של ההלכה יתקרב אל המודל הראשון, ההיסטורי, מודל השחזור.¹⁰⁶ מנגד, הסביבה האינטלקטואלית של המחקר המשפטי עשויה להציע

105 ההבניה הרציונלית של ההלכה אינה ייחודית לפילוסופיה של ההלכה. היא רלוונטית עבור כל מי שמנתח את ההלכה בכלים מושגיים חיצוניים לה. גם מי שמעייין בהלכה בכלי מחקר כלכליים, ספרותיים או סוציולוגיים מבצע למעשה הבניה רציונלית בתחומו הוא.

106 במאמרו "מחקר התלמוד באוניברסיטה והלימוד המסורתי בישיבה" בחבלי מסורת ותמורה: אסופת מאמרים לזכרו של אריה לנג 113 (מנחם כהנא עורך, התש"ן), עמד מנחם כהנא על ההבדלים בין מחקר התלמוד הנעשה באקדמיה לבין הלימוד הישיבתי הנערך בין כותלי

אורינטציה שונה. באופן כללי, יותר משהמחקר המשפטי מבקש לפענח את צפונות העבר, עיקר מעייניו נתונים לשיפור ההווה ולבניין העתיד.¹⁰⁷ חוקר משפט המתמודד עם חוק מסוים יעניק משקל מוגבל לשאלת ההיסטוריה של התהוות החוק, ועיקר תשומת לבו תהיה נתונה להבנה טובה יותר של העניין המשפטי הנדון. מחקר המשפט מציע הבנה טובה יותר של מערכת המשפט, אם בדרך של הצעות דוגמיות-מעשיות ואם בדרך של מחקר ביקורתי.¹⁰⁸ מחקר הפילוסופיה של ההלכה הנעשה בסביבה האינטלקטואלית

בית המדרש. בין ההבדלים שמנה נמצא ההבדל היסודי הנוגע לכיוון פניו של הלימוד: "בישיבה נתפסת הספרות התלמודית, שנכתבה בעבר, כבעלת משמעות המתייחסת להווה ולעתיד; [...] יתר על כן, במובן מסוים נדרש תלמיד הישיבה לראות עצמו כממשיך ביצירת התורה שבעל פה, בחינת 'מה שתלמיד ותיק עתיד להורות לפני רבו כבר נאמר למשה בסיני' (ירושלמי פאה א, 1). [...] לעומת זאת, מעוניין המחקר האוניברסיטאי לברר, בעזרת הספרות התלמודית וחומר נוסף, את העבר. המחקר מתמקד בכירור היסטורי של ספרות ההלכה והאגדה, במגמה לשחזר את אורחות-חייהם והשקפת-עולמם של חכמי ישראל וקהילותיו לדורותיהם. אינטרס אקטואלי בחומר התלמודי עשוי לפגום בחשיפת העבר כפי שהוא, כאהבה המקלקלת את השורה". (ההדגשות במקור. שם, עמ' 114-115). מבחינה זו, התיאור של כהנא את מגמת פניו של המחקר הפילולוגי-ההיסטורי המתקיים בחוג לתלמוד עשוי להיות רלוונטי גם לגבי מחקר הפילוסופיה של ההלכה הנערך בחוג למחשבת ישראל. אולם כפי שנראה להלן, הוא אינו בהכרח מתאים למגמת פניו של מחקר הפילוסופיה של ההלכה הנערך בתחום המשפט העברי במסגרת הפקולטה למשפטים.

107 תוך מודעות לקיומו של ענף מיוחד בתוך עולם המשפט המוקדש למחקר משפטי היסטורי. אחד הקלאסיקנים הנודעים שבין ההיסטוריונים של המשפט הוא HENRY MAINE, ANCIENT LAW: ITS CONNECTION WITH EARLY HISTORY OF SOCIETY AND ITS RELATION TO MODERN IDEAS (1983). בהקשר הישראלי ראו למשל: האסופה **משפט והיסטוריה** (דני גוטוויין ומנחם מאוטנר עורכים, 1999); רון חריס, אסף לחובסקי ואלכסנדר (סנדי) קדר "בין משפט להיסטוריה: על ההיסטוריוגרפיה של המשפט הישראלי" **עיוני משפט** כו (2) 351 (2002). לאמתו של דבר, גם מדעי הרוח אינם עשויים מעור אחד, וישנם תחומים שבהם הדגש ההיסטורי משני לעומת הדגש הניתן לדיון המושגי. דוגמה מובהקת לכך הוא תחום הפילוסופיה, שחלקים ניכרים מחוקריו עוסקים בפילוסופיה כשלעצמה, להבדיל מתולדות הפילוסופיה.

108 ראו למשל, מנחם מאוטנר **על החינוך המשפטי** (2002), המבחין בין הפרדיגמה האקדמית המסורתית ("כפרדיגמה אקדמית, מצפה אפוא הפרומלזים ממלומד המשפט כי יעסוק בעיקר בהבהרת התכנים של כללי המשפט שבתחום עיסוקו" שם, בעמ' 18) לבין הפרדיגמה האקדמית החדשה ("תפיסת העולם והפרדיגמה האקדמית החדשות מדגישות את הממד הערכי והחברתי של המשפט, היינו, את הטעמים הערכיים והחברתיים העשויים לשמש הצדקה לקיומם של כללי משפט פרטיקולריים ואת התפקיד החברתי שהמשפט, כמערכת כוללת, ממלא" שם, בעמ' 25). ראו גם את כתב העת **דין ודברים** (1) (התשס"ז), שהוקדש ליחסים שבין מחקר המשפט ומדעי הרוח.

המשפטית עשוי להיות קרוב יותר אל המודל השני, הא-היסטורי, מודל ההבניה.¹⁰⁹

חשוב לזכור, כי ההבניה של ההלכה המוצעת כאן אינה שונה לגמרי מן הדרך בה נקטו הפרשנים הקלאסיים של ההלכה מדורי דורות. בעלי התוספות שפירשו את התלמוד בדרך הדיאלקטית הכניסו לפירושה הנחות יסוד הרמוניסטיות שאפשרו להם להבנות מחדש את דברי האמוראים עד ש"עשאהו ככדור [...] והפכהו וגלגלוהו ממקום למקום".¹¹⁰

אף המהלך הקודיפיקטיבי של הרמב"ם ב"ד החזקה" הוא הבניה רציונלית, על פי דרכו, למקורות שקדמו לו. פרשנו של הרמב"ם, בעיקר מבית בריסק, עשו אף לו כן, ופירושו בדרך שספק אם הייתה עולה על דעתו שלו. אכן, לעתים המפרשים עצמם נתנו ביטוי לכך שפירושה הוא הבניה ולא שחזור של תודעה: "וכן שמעתי מפי אביו הצדיק זצ"ל [=הנצי"ב מוולוז'ין], שאמר בשם חמיו זקנו הצדיק מו"ה חיים מוואלז'ין זצ"ל, שיש לומר פירוש בלשון הרמב"ם והשו"ע אם הוא עולה על פי ההלכה, אף שבוודאי לא כיוונו לזה, משום שרוח הקודש נזרקה על לשונם".¹¹¹ החידוש המתודולוגי המוצע במאמר זה אינו אפוא בעצם פעולת ההבניה לדברי חז"ל, שהיא דבר המקובל בבית המדרש מקדמת דנא, אלא בשימוש המחקרי בפילוסופיה של המשפט המודרני כגורם המניע והמפרה את פעולת ההבניה והמספק לה תבניות מושגיות ומערכי חשיבה. לפיכך, ההבניה הרציונלית המוצעת במאמר זה היא פנימית להלכה וחיצונית לה כאחד; היא מתימרת להתחקות אחר ההיגיון הפנימי של השיח ההלכתי מתוכו, כפי שעשו מאז ומעולם פוסקים ובעלי עיון, אולם היא עושה זאת באמצעות נטילת עזר ממערכות מושגיות שפותחו מחוץ לספרות ההלכה, שבעלי ההלכה לא בהכרח היו מודעים להן.

- 109 למותר לציין כי לא המקום גורם, וכי יש מחקרים איכותיים של חוקרי משפט עברי הנעשים בין כותלי הפקולטות למשפטים, ועניינם מחקר היסטורי ופילולוגי של המקורות. זאת ועוד, כפי שנאמר לעיל, אין מדובר בשתי מגמות מחקריות שבהכרח מוציאות זו את זו. חוקרים עשויים למלא את שני התפקידים בו זמנית. במסגרת מחקר שעניינו הבניה מחודשת של המקורות התלמודיים עשויים להיות היבטים בעלי אופי היסטורי מובהק. גם במסגרת מחקר היסטורי או פילולוגי, פעמים רבות לא יוכל החוקר להימלט מניסוח התובנות הנדרשות על ידו ברמת המשגה מופשטת יותר מכפי שהייתה בפיהם של מושאי מחקרו.
- 110 רבי שלמה לוריא (המהרש"ל), בהקדמתו ל"ים שלמה". ראו גם קהלת רבה, פרשה יב, פסקה יא.
- 111 הרב שלמה הכהן מוילנא, התפרסם בכתב עת המאיר ב ט (התשכ"ד), הובא על ידי שי עקיבא וזנר "עצמאות ומחויבות פרשנית: על תפישות פרשניות בספרות הרבנית" אקדמות ד 9, 28 (התשנ"ח) וראו גם אורים ותומים, תקו כהן, סימן קכג-קכד. מנגד, ראו תשובתו של הרב יחיאל ויינברג לשמואל אטלס: "והנה כת"ר בסוף מאמרו (עמ' ז') תירץ קושית הרמ"ך ע"י רעיון יפה מאוד וראוי לחכם שכמותו, אבל הוא מודרני יותר מדי בשביל להכניסו בדברי רבא" (שו"ת שרידי אש, חלק ב, סימן לח. אני מודה לדב פרימר שהסב את תשומת לב לתשובה זו).

הדברים האמורים עד כה עלולים להביא לזיהוי לא הכרחי של מחקר המשפט העברי בדרך ההבניה הרציונלית כפי שהוא מתואר כאן לבין הפרויקט המשפטי-הציוני של הכשרת המשפט העברי לקליטה במשפט הישראלי; חשוב למתוח קו בין שני הפרויקטים המחקריים הללו שכן אין חפיפה הכרחית ביניהם. השאיפה להבנת המשפט העברי בדרך ההבניה הרציונלית רחבה מן השאלה המעשית של קליטתו במשפט הישראלי ואף קודמת לה מבחינה מושגית וכתרונולוגית. אכן, לעתים ההתחקות אחר המשמעויות הפילוסופיות החבויות בהלכה פלונית במשפט העברי עשויה להביא למסקנה שקליטתה של הלכה זו במשפט הנוהג רצויה, בעוד שבמקרים אחרים העיון הפילוסופי בהלכה אלמונית דווקא עשוי להביא למסקנה ההפוכה שקליטתה של ההלכה הנידונה אינה מתאימה למסגרת החיים בת זמננו.¹¹² זאת ועוד, מחקר המשפט העברי בדרך ההבניה הרציונלית יכול להיעשות, ואכן נעשה, גם מחוץ לגבולות מדינת ישראל, שם הוא בוודאי אינו מונע משאיפה להביא להחלתו של המשפט העברי במשפט הנוהג.¹¹³ התכלית של מחקר המשפט העברי בדרך ההבניה הרציונלית היא פתיחת הדלת עבור המשפט העברי על מנת שיוכל להשתתף בשיח המשפטי והתרבותי המודרני, וזאת בלא לקבוע מראש את המסקנה הסופית בעניין קליטתו (הדעת נותנת כי המסקנה הסופית צפויה להשתנות מנושא לנושא ומהלכה להלכה, ואין טעם לנקוט לגביה עמדה אפריורית גורפת). במלים אחרות: בין שאר מעלותיה, ההבניה הרציונלית של המשפט העברי מאפשרת דיון מושכל יותר בשאלת קליטתו במשפט הנוהג.

ממוצא הדברים עולה, כי בכוחו של מחקר הפילוסופיה של ההלכה הנעשה בדרך של הבניה רציונלית לסייע להמשך פיתוחו של המשפט העברי בעת החדשה. בכך הוא בעל מידה מסוימת של דמיון ומידה אחרת של שוני ביחס לשיטת המחקר הדוגמטית-ההיסטורית. כידוע, עניינה של הגישה הדוגמטית הוא "בירור ממצה של כל דין והלכה מבחינה משפטית הלכתית", ועל כן נוסף הממד ההיסטורי, שתכליתו "מיקום היסטורי

112 לדוגמה, עיון בתיאוריה המשתקפת מכללי פרשנות החוזה שבמסכת בבא בתרא עשוי ללמד כי ההדגשה המרובה שחכמים נותנים על ענייני לשון ועל פרשנותו המילולית של החוזה נובעת מכך שבעיניהם כללים אלה מיועדים לביצור הלשון ולשכלולה, יותר מאשר להשגת פתרון צודק ולקידום שיקולי מדיניות משפטיים נוספים (על כך ראו בני פורת פרשנות החוזה במשפט התלמודי 280 (חיבור לשם קבלת תואר דוקטור למשפטים, האוניברסיטה העברית, התשס"ט)). אם אכן כנים הדברים, יש בהם כדי להטעים מדוע כללים אלה אינם מתאימים לקליטה במסגרת דיני פרשנות החוזה הנוהגים כיום (ומדוע גם הפוסקים בהתרת-תלמודיים עצמם לא פסקו, הלכה למעשה, בהתאם לכללים אלה).

113 ראו למשל, מחקריו השונים של רוברט קאבר: **נומוס ונראטיב** (יוסף א' דוד עורך, אביעד שטיר מתרגם, התשע"ב); "להביא את המשיח באמצעות החוק" שם, בעמ' 64; "זכות מול חובה: תורת המשפט היהודית של הסדר החברתי" **שאלה של כבוד: כבוד האדם כערך מוסרי עליון בחברה המודרנית** 139 (יוסף דוד עורך, 2006).

נכון של כל דין, ככל האפשר, בתקופה בה הוא נשנה או נקבע".¹¹⁴ על פי הגישה הדוגמטית-ההיסטורית, מחקר ראוי של המשפט העברי תורם לא רק להבנה אקדמית של הסוגיה הנידונה, אלא גם להמשך פיתוחו של המשפט העברי בשלבים שעוד נכונו לו בעתיד.¹¹⁵ אלא שבעוד שהמחקר הדוגמטי תורם בעיקר לפיתוח הפתרונות המעשיים של המשפט העברי, במישור הדוקטרינרי, הרי שהפילוסופיה של ההלכה תורמת לפיתוח ההבנה התיאורטית של המשפט העברי, בדרך של המשגה, הפשטה ועיון פילוסופי.¹¹⁶ זוהי הזמנה של המשפט העברי להיפתח אל רבדים הגותיים חדשים שבהם הוא טרם אמר את דברו. פיתוח רבדים אלה הוא אחד המפתחות החשובים, הנחוצים לסלילת הדרך עבור צעידתו של המשפט העברי אל תוככי העת החדשה כדי שיוכל ליטול חלק בשיח המשפטי המודרני.

- 114 אלון, לעיל ה"ש 8, בעמ' יא. לתיאור השיטה הדוגמטית נטולת הדגש ההיסטורי ראו אליאב שוחטמן מעשה הבא בעבירה: תוצאותיה של אי חוקיות במשפט העברי 17 (1981).
- 115 השו עם דברים שכתבו אברהם חיים פריימן ומנחם אלון ביחס לספריהם ולמתודולוגיה הדוגמטית-ההיסטורית שבבסיסם: "מתפקידי המחקר בינינו ישראל להעלות מתוך חומר מפורז ומפורד זה את גילויי היצירה המשפטית לתקופותיה השונות ולחשוף את שרשיה ויניקותיה – לא בחינת חקר קדמוניות בלבד, אלא כמורה דרך בהווי המשפטי של ימינו וכסולל מסילה לעתיד משפטנו בארצנו" (פריימן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 6); "ספר זה משמש מכשיר יעיל וגדול למערכת המשפטית של מדינת ישראל להשתלב בשרשרת התרבותית משפטית של ההיסטוריה היהודית, ובכך תזכה המערכת המשפטית של המדינה העברית לשרשים עמוקים ומושרשים בעבר, למען המציאות המשפטית בהווה, כשפניה ופריחתה לעתיד" (ההדגשות במקור. מנחם אלון כבוד האדם וחירותו בדרכי ההוצאה לפועל: ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית כב (מהדורה ב מורחבת ומתוקנת, 1999)).
- 116 כידוע, שיטת המחקר הדוגמטית-ההיסטורית עוררה את שאלת הסמכות, כלומר, האם חוקר המשפט העברי, חובש ספסלי האקדמיה, הוא בעל סמכות להשתתף בהמשך פיתוחו המעשי של המשפט העברי, ומה התוקף ההלכתי שיש לחידושי ולמסקנותיו. על כך ראו אנגלרד, לעיל ה"ש 13, בעמ' 45; אלון, לעיל ה"ש 56, בעמ' 116. שאלת הסמכות רלוונטית רק לגבי המחקר הדוגמטי, הן בפיתוח ההלכה המעשית, והיא אינה מתעוררת בהקשר פיתוחו הפילוסופי של המשפט העברי שאני מציע כאן, שהרי פיתוח הפילוסופיה של ההלכה אינו (בהכרח) קשור בשינוי הכרעות הלכתיות, אלא בהבנת ההלכה הקיימת בכלים מושגיים ותיאורטיים חדשים. במלים אחרות, תרומתו היא עיונית-למדנית ולא דווקא של פסיקה מעשית.