

בקורת

על חקר המשפט העברי כשיטת משפט *

A.M. Schreiber, Jewish Law and Decision-Making, A Study Through Time, Philadelphia, 1979, 440 pp.

מאת אריאל רוזן-צבי

שיטה משפטית ניתן לסמלה כבריכה זו אשר בקצה האחד מוזרמים אליה מים ממספר מקורות וצינור בקצה האחר מוציא ומנקז את המים מן הבריכה. מיקומו של מבנה הבריכה הוא קבוע ואף המבנה עצמו אינו משתנה בתדירות. גורמים אלה הם יציבים וקבועים יחסית. מיקום הבריכה מכתוב את תנאי הסביבה הבסיסיים, אך גובה המים, מחירות הזרימה, תנאי האקלים הסביבתי המשתנה או שינוי מלאכותי בהם משפיע על מי הבריכה ועל סביבותיה. גם מספר האנשים הרחצים בה והנמצאים לידה משפיע על הבריכה ומימיה. למתבונן מן הצד, זה העומד על שפת הבריכה, נדמה כאילו מי הבריכה נשארו כשהיו ללא תחלופה וללא שינוי. דמוי כזה מקנה תחושה של ודאות ובטחון, של רצף והמשכיות. למעשה רוחשים מיי-הבריכה תנועה מתמדת. בכל זמן נתון משמשים בערבוביה ישן עם חדש בהרמוניה. אם זרימת המים תהיה מהירה מדי או חזקה מדי יקשה הדבר על המתרחצים ועלות התפעול תהיה גבוהה. אם לא יוחלפו המים או תפסק הזרימה לזמן רב יזדהמו המים והבריכה לא תוכל לשמש למטרתה. אם צינור הניקוז יסתם תעלה הבריכה על גדותיה.

כלפי מה אמור סמלנו זה¹, אותו ניתן להמשיך ולפתח באופנים רבים

* תודתי לחברי ד"ר יורם שחר וד"ר חיים גנו אשר עברו על כתב היד והרמו מחמתם לנוסח הסופי של הרשימה.

1 שמוש בסמלים לתאור תופעה משפטית הוא בעייתי. על הסמל בספרות ראה בין היתר: J.T. Shipley (Ed.), *Dictionary of World Literature* (Totowa, New Jersey, 1966) 262, 404. כן ראה ר' וולק, א' וורן, תורת הספרות (מהדור רה עברית, תל-אביב, תשכ"ז) 92-93, 130, 166, 200-202; ד' לנדאו, ממשאפורה עד סמל (רמת גן, תשל"ט) 191 ואילך. ברוב המקרים כלי הבעה מתחום הספרות או מתחומים אחרים אינם משקפים תמונה נכונה של התופעה המשפטית (ראה

ולכיוונים שונים? כלפי הגישה הגורסת כי אין למדוד שיטה משפטית בהקשר פורמלי צר. רוצה לומר אין לדחוק את מלאכתו של המשפטן, הן זה העיוני והן זה המעשי, לנתוח הוראות קובץ של נורמות משפטיות בתוך עצמן כאילו היו אלה הזות הכל בשיטה משפטית. כשם שחתון בין קרובי דם בלבד חושף ליקויים גנטיים ומשהוא נמשך והולך סופו שהוא מנוון את המשפחה, כך גם עסוק פורמלי-פנימי בתוך הקובץ, ללא שיג ושיח עם ההקשר התרבותי, החברתי, ההסטורי, הכלכלי, הסימנטי וכיוצא בזה, מנוון את המשפט ואת השיטה המשפטית ואינו מאפשר לה להתפתח.

ספרו של פרופ' אהרון שרייבר *Jewish Law And Decision-Making, A Study Through Time* הוא בטוי מאלף של הגישה לה ניתן ביטוי בהקדמה. נקודת המוצא של הספר, שענינו בשיטת המשפט של הדין העברי, הגה, כפי שמעיד עליה המחבר, שהתרכוזת יחודית בדרך בה משתבצת נורמה מסויימת במבנה של כללים אף כי מעניקה תחושה של סימטריה הגיונית אין בה כדי לצייר תמונה מלאה של שיטה משפטית.² הספר אינו מאמץ לעצמו

למשל בקורת על השמוש בדמויו של המשפט לאורגניזם באטכולה ההסטורית הגרמנית, י' אנגלרד "מחקר המשפט העברי — מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ו) 34, 49. בקורת זו אינה שוללת אמנם את עצם השמוש בדימויים אלא מבקרת את הדמוי הספציפי עצמו, אך היא משקפת את הקושי בשמוש בכלי הבעה ותאור הלקוחים מתחומים אחרים). יתר על כן, במקרים מסויימים עשוי כל בטוי ספרותי או כלי הבעה ספרותי לבא במקומה של אנליזה משפטית. קפיצת דרך מחשבתית כזו, הנעשית באמצעות ציור ספרותי או בטוי לשוני, נועדה לעקוף דיון בקושי משפטי, לטבר את האוון, להסיח דעת הקורא ולפתותו בקשוט לשוני ספרותי כתחליף להתמודדות עם הבעיה המשפטית. במקרים כאלה הסגנון וההבעה אינה משרתים את התוכן, אלא נתנים כמכשול לפני עור. כלי הבעה כאלה הם תשובה שלא ממין הטענה לבעיה המשפטית. אולם אם בתאור כזה אנו מבקשים לשרטט או לתאר תופעה משפטית ולא להסתתר מאחורי המלים במקום שיקצר המצע המשפטי לפתרון הבעיה, אם איננו מבקשים זאת אלגורית מושלמת ואם ערים אנו להעדרה של שלמות בדיוק, יכול סמל מתאים לשמש אמצעי מתודי להארת תופעה משפטית ולהקניית ממדי עומק של הבנה. מובן ששמוש בכלי הבעה כאלה מחייב זהירות מירבית וסיוג סייגים מתאימים.

2 הספר בעמ' 3-4. אין בדעתנו להכנס להיבטים של אנליזה-יוריספרודנטלית של שיטת משפט. נציין רק כי כבר קלזון הגיע למסקנה כי לא יתכן להבין את מהותו של החוק אם מגבילים את תשומת הלב לכלל משפטי יחיד בבדידותו. Kelsen, *General Theory of Law and State* 3 J. Raz. רז מרחיק לכת וסבור כי תיאוריה של שיטה משפטית היא תנאי מוקדם לכל הגדרה הולמת של הדין. ראה J. Raz, *The Concept of Legal System, an Introduction to the Theory of Legal System* (2nd Ed., Oxford, 1980) 2. לידו יחטי הגומלין שבין הדינים

דרך אחת מבודדת מדרכי המחקר המקובלות של המשפט העברי או של משפט עתיק כלשהו, בין זו הדוגמטית ובין זו ההסטורית³. המחבר משרטט את דיוקנו של המשפט העברי כשיטת משפט חיה תוך שלוב של גישה דוגמטית עם גישה הסטורית המלווה במחקר השוואתי. בנקטו גישה משולבת הולך פרופ' שרייבר בעקבות הדרך בה הולך השופט פרופ' מ' אלון במחקריו⁴. בעבר הצביע פרופ' י' אנגלרד על הקשיים הנראים לו כאורבים לחוקר המאמץ לעצמו את מלאכת השלוב של שיטות המחקר השונות⁵. אין אנו נדרשים

קובעים את הבנתם של סוגים מסויימים של דינים (ראה בעמ' 170 של ספרו הנ"ל), ולכן נתוח המבנה של שיטת משפט הוא חיוני להגדרת ה"דין". על שיטת משפט ונתוחה ראה רז בספרו *J. Raz, The Authority of Law* (Oxford, 1979) 78—121. נקודת המבט ממנה מתבונן פרופ' שרייבר על שיטת המשפט העברי איננה האנליזה היוריספרודנטלית המבקשת לבדוק את שאלת קיום הדינים, זהות הדינים או אף את מבנה השיטה כמכלול של דינים (ראה *J. Raz, Concept, ibid.* 1—2). נקודת המבט שלו, כפי שנראה להלן, מתחילה במקום שהאנליזה היוריספרודנטלית, לבאורה, סיימה את תפקידה. היא לוקחת כבר בחשבון קיומה של שיטת משפט והכללים הנמנים עליה והמרכיבים אותה. כלומר: היא יוצאת מנקודת המוצא שהיא כשלעצמה מהווה את מושא החקירה של האנליזה היוריספרודנטלית של שיטת משפט. פרופ' שרייבר עוסק, אפוא, יותר בשאלת האחדות המהותית של שיטת משפט (כהגדרתו של *J. Raz, Authority, ibid.* 79) הבוחנת את מאפייניה המבחינים של שיטת משפט — התלויים, בין השאר, בתכנים של הדינים ובאופן החלתם — ולא בשאלת זהויה וזהותה של שיטת משפט. מובן כי גם לצורך קביעת המאפיינים של השיטה לא נבדקים ההסדרים המפורטים של תכני הדינים, אלא העקרונות הכלליים המוכרחים לאורך השיטה, מבנה המוסדות המשפטיים ודרך הנהגת השיטה ופועלה.

3 דיון על שיטות המחקר השונות ראה: מ' אלון, *חירות הפרט בדרכי גביית חוב כמשפט העברי* (ירושלים, תשכ"ד); מ' אלון, *המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, תיו, עקרונותיו* (ירושלים, מהדורה שנייה, תשל"ו) 129 ואילך; י' אנגלרד, *לעיל הערה 1*; ש' אלבק, "משפט והסטוריה במחקר ההלכה" עיוני משפט ג (תשל"ד) B. Cohen, *Jewish and Rome Law: A Comparative Study* (New York, 1966), "Introduction"; B.S. Jackson, ed., *Modern Research in Jewish Law* (London, 1980).

4 מ' אלון, *חירות הפרט, לעיל הערה 3*, בעמ' י"א. זו כנראה גם הדרך המחקרית הנראית לא' גולאק "תכנית לעבודת חברת המשפט העברי" *המשפט העברי* ב 198—199. בדרך זו הלך בספריו דיני קרקעות והחובות ושעבודיו. (ראה מ' אלון "עוד לענין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ח (תשל"ז) 99, 106—107, 120). זו גם דרך המחקר הננקטת בספרו של א"ח פריימן, *כור קידושין ונישואין אחרי התימת התלמוד* (ירושלים, תש"ה).

5 י' אנגלרד, *לעיל הערה 1*, בעמ' 56—57.

לפנים, לבדיקת הבקורת ולבחינתה⁶, שכן נראה לנו כי בעיקרה מכוונת הבקורת כלפי פיתוחה של סוגיה או של תחום משפטי מסויים או של מוסד משפטי ספציפי ובחינת קובץ של נורמות. פרופ' שרייבר אינו מתאר או מנתח תחום משפטי כזה או אחר. ענינו המרכזי, ובכך גם חידושו של הספר לדעתנו, הוא בבחינת השיטה המשפטית של הדין העברי ותאור מאפייניה ביחס לשיטות משפט בכללותן. בחינה כזו מחייבת מבט שלם על השיטה המשפטית. מבט כזה משלב התבוננות בתכנים העדכניים של השיטה, בעקרונות היסוד שלה ובמאפייניה יחד עם עיון בגלגולים ההסטוריים. דרך מחקרית משולבת עולה, איפוא, בקנה אחד עם מטרת הספר.

המחבר בוחן את שיטת המשפט העברי בין היתר באמצעות דיון:

- (א) בדרך קבלת החלטות נורמטיביות ובגורמים המעצבים את ההחלטה.
 (ב) בגורמים ובענינים השונים, בין היתר, גורמי פנים וגורמי חוץ, הפועלים במסגרת השיטה המשפטית ועליה.
 (ג) בדרכי החלת הנורמות ואכיפתן.

בהקשרים אלה מושפע המחבר לא מעט מן הגישה הריאליסטית אשר הגיעה לפיתוח רחב בארצות הברית⁷. המחבר אינו נשבה בגילויים הקיצוניים והמדעניים של גישה זו, הרואים את חזות הכל בנתוח אופיים של מעצבי ההחלטות והמבקשים לבחון את המשפט דרך טורי הרכילות של אישיותו, אופיו והתנהגותו של השופט או יתר עושי המלאכה המשפטית⁸. מאידך גיסא, בצדק ניתן ללמוד מגישתו כי מבט כולל על שיטת משפט ילקה בחסר אם יתעלם

6 תשובות לבקורתו של י' אנגלרד ראה: מ' אלון מאמרו במשפטים, לעיל הערה 4;
 ב' שיבר "שיטתו של אלבק במחקר המשפט התלמודי" משפטים ח (תשל"ז) 91.
 7 על הגישה הריאליסטית ראה, C.K. Allen, *Law in the Making* (7th ed., Oxford, 1963) 39 et seq.; J. Frank, *Law and the Modern Mind* (New York, 1930) 170; J. Frank, *Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice* (Princeton, 1949); J. Frank, "Are Judges Human?" 80 *Uni. of Penn. L.R.* (1931) 17; K.N. Llewellyn "Some Realism About Realism-Responding to Dean Pound" 44 *Harvard L.R.* (1931) 1222; G. Schubert, *Judicial Policy Making* (Illinois, 1965); G. Schubert, *Judicial Decision Making* (1963); G. Schubert, *The Judicial Mind: The Attitudes and Ideologies of Supreme Court Judges (1946—1963)* (Evenston, 1965).

8 מאלפת היא ההשוואה ללגיטימיות הבחינה של החוויות הדתיות על פי מבנה האישיות ותופעות נפשיות של אנשי הדת והמאמינים וגבולות בחינה כזו, ראה ו' גיימס, החוויה הדתית לסוגיה — מחקר בטבע האדם (מהדורה עברית, ירושלים, תשי"ט).

מגילויה ומהתגשמותה של השיטה הלכת למעשה ויתמקד בקובץ הנורמות המרכיבות את המשפט החקוק או הפסוק בלבד.^{9, 10} המבט השלם ורבוי האספקלריות באמצעותן מוארת השיטה המשפטית באה לביטוי גם על-ידי כך שהמחבר מתייחס לדין העברי בהיבט ההקשרי כאספקט אחד של יחסי גומלין חברתיים, תרבותיים, כלכליים ואף גיאוגרפיים (סביב-בתיים).¹¹ ביטוי נוסף של שלמות החקירה ורב-המימדיות שלה הוא ההתייחסות לסמכות ההכרעה של המוסדות המוסמכים ליישוב סכסוכים ולדרך קבלת ההחלטות בשיטה המשפטית בצד בחינת תכני הדין עצמם. בענין אחרון זה כבר נאמר כי כל שיטת משפט משלבת תכונות של שתי פונקציות נורמטיביות:

9 הספר בעמ' 5.

10 על היחס שבין קיום הנורמה לבין יעילותה ואכיפותה בקשר לזהויה כחלק מן השיטה המשפטית, על הבעיות הכרוכה בכך ועל דעות שונות של מלומדי תורת המשפט, ראה J. Raz, *Authority*, supra note 2, at p. 85–90. על הבעיות הקשורה בערוב המציאות הנורמטיבית עם המציאות המשפטית הממשית, ראה גם י' אנגלרד, לעיל הערה 1, בעמ' 43.

11 הספר בעמ' 5. "כל הקשר משפטי אוצר בחובו, פוטנציאלית, תשלובת של סטנדרדים כלל-חברתיים העשויים ללבוש צורות שונות: כללים ספציפיים, עקרונות, קוי מדיניות, ערכים חברתיים, ציונים מוסריים, מושגי יסוד פוליטיים. בה במידה שסטנדרדים אלו, ודומיהם, רלבנטיים להקשר המשפטי הנדון יש לראותם כחלק אורגני של השיטה המשפטית הנוהגת ולא כסטנדרדים חוץ-משפטיים"; ע' שפירא "לבעית 'שיקול הדעת השיפוטי' במקרי גבול" משפטים ב (תש"ל) 57, 62 וההפנייה לאסמכתאות שם. זהו ביטוי לגישה כוללת ואחדותית של שיטת משפט. לסיוג גישה זו ראה י' רז "עקרונות משפטיים ושיקול דעת שיפוטי" משפטים ב (תש"ל) 317, 324–325. על ההקשר החברתי של הדין במובן של הדין כמגשים אינטרסים חברתיים ותכליות חברתיות ראה: C.K. Allen, supra note 7, at p. 32–39; Salmond, *On Jurisprudence* (12th ed., London, 1966) 63; R. Pound "The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence" 24 *Har. L.R.* (1911–1912) 140, 489; W. Friedmann, *Legal Theory* (5th ed., London, 1967) 243–252; L.M. Friedman, *The Legal System* (New York, 1975) לביטוי מעמיק ומאלף של חקר שיטה משפטית במסגרת חברתית ויחסי הגומלין שבין שיטה משפטית לשינויים חברתיים ראה: C.A. Auerbach "The Relation of Legal System to Social Change" *Wisconsin L.R.* (1980) 1227 והאסמכתאות שם בהערה 2. למחקרים ישראלים ראה א' ויתקון, משפט וחברה (תל-אביב, תשט"ו); וכן מאמרו המאלף של א' ברק "ההלכה השיפוטית והמציאות החברתית: הזיקה אל עקרונות היסוד" ספר זוסמן (ירושלים, תשמ"ד) 71–94 והאסמכתאות הרבות המובאות בו.

- (א) הכוונת התנהגות האוכלוסייה.
 (ב) יצירת דרכים ממוסדות ליישוב סכסוכים.

בפונקציה הראשונה נקבעות נורמות החלות על האוכלוסייה והקובעות את המותר והאסור, את התקף והבטל. בפונקציה השנייה נבחנות הדרכים שיצרה השיטה לפתרון סכסוכים, הן בהקניית הסמכות להחליט הנורמות והן בהענקת סמכות הברעה, מקום שאין פתרון חלקי או מלא לסכסוך על ידי החלת הנורמות. השילוב בין הפונקציות בכל שיטת משפט הוא ממהותו של המשפט בכלל¹² כשקיימים יחסי גומלין הדוקים ביניהן. היקף הנורמות והתחומים המוסדרים (הפונקציה הראשונה), מחד גיסא, והקף הסמכות הניתנת למוסדות המיישבים סכסוכים (הפונקציה השנייה), מאידך גיסא, משפיעים על אופיה של השיטה, על דרך עיצובה והתפתחותה ועל התהליכים הפנימיים המתרחשים בה. כך, למשל, יקבע אופן השלוב בין הפונקציות השונות אם באופיה של השיטה גובר היסוד הדינמי או הסטטי, שכן נראה לנו כי ככל שהנורמות מפורטות יותר וסמכות ההכרעה מצומצמת יותר יגבר היסוד הסטטי בשיטה. כל אחת מן הפונקציות יכולה להבדק מנקודות מוצא שונות, להבחין במישורים שונים ולהחשף לאספקלריות שונות (תרבותיות, חברתיות, מוסריות, כלכליות ועוד). יש להניח שכל אחת מן הפונקציות בפני עצמה וביחסה אל האחרת אינה סטטית וה"מתח" משתנה מעת לעת וממקום למקום.

אחד המאפיינים החשובים של שיטה משפטית היא הדינמיקה שלה. דינמיקה פנימית, תהליכים המתרחשים בתוך מסגרת השיטה, הן ליצירת המשפט, שינויו וחיודשו והן לאכיפת המשפט ושמירת קיומו; ודינמיקה "חיצונית" של הכוחות הפועלים על השיטה (כגון, דעת הקהל) והם מפעילים אותה ומפעלים על ידה. תהליך כזה כולל את המוסדות המרכיבים את השיטה, הגורם האנושי המרכיב אותם והמפעיל את המערכות ובדיקת יחסי הגומלין בין כל אלה. המשפט כתהליך, הנורמה המשפטית כחלק ממערכת כוללת יותר בתוך הקשר חברתי ותרבותי, הדינמיקה של ההכרעה המשפטית, משחק הכוחות בתוך המערכת, אלה הפועלים ליציבות והמשכיות ואלה הלוחצים לשנוי ולתמורה, הטכניקות המופעלות והדרכים הננקטות להשגת תכליות אלה עומדים במרכז הדיון בספרו של פרופ' שרייבר. תיזוק לגישה ה"הקשרית" והרב-מימדית של המחבר בבחינת שיטת משפט ניתן למצוא במחקרים משווים של שיטות משפטיות:

"שיטה משפטית, כמו כל שיטה אחרת, היא קבוצה של אלמנטים הקשורים

12 ראה י' רו, לעיל הערה 11, בעמ' 321—322.

באופן תפקודי זה בזה, ביחסי גומלין ביניהם וביחסי תלות הדדיים... אשר בצירופם מעניקים לשיטה את אופיה... המבנים המשפטיים הפורמליים הם רק מערכת אחת של אלמנטים כאלה...¹⁸

ספרו של פרופ' שרייבר מנסה לישם את המתודולוגיה והגישה הנקטות למחקר כל שיטה משפטית על מחקרו של הדין העברי.¹⁴ כח המשיכה של הספר הוא בהעמדת המשפט העברי בנתיבי שיטות משפטיות חיות ובשיג ושיח שהוא מנהל עמן על המסקנות המשתמעות מבדיקה כזו למחקר המשפט המודרני. דרך זו פותחת לפני המחבר עושר רב של דרכי מחקר ונקודות התייחסות. אולם לעתים עלול עושר כזה להיות שמור לבעליו לרעתו. שמוש בקטגוריות ובמושגים משפטיים מודרניים הלקוחים משיטות אחרות עלול שלא לעלות בקנה אחד עם המשפט העברי, מוסדותיו והדינמיקה של התפתחותו.¹⁵ נראה לנו כי פרופ' שרייבר, בהיותו ער לקושי זה, גמנע מכפייה מלאכותית של מתודות חיצוניות על הדין העברי. הוא השתמש בגישות כאלה ככל שיש בהן כדי לקרב את המשפטן הזר אל המשפט העברי ואל הבנת חקרו ופירו. כך למשל בהשוואת דיני אשור ובבל לדין העברי בתקופת המקרא נבחן המייחד על משמעויותיו ועל המסקנות המשתמעות ממנו לגבי חקר המשפט העברי.¹⁶ הפעלה זהירה של המתודה ניכרת גם בבחינת המוסדות היוצרים את הנורמה המשפטית ויחסי הגומלין שביניהם. גם כאן הדגש בהשוואה הוא על המייחד והמיוחד בצד הפעלת המתודה העקרונית של בדיקת מקורות המשפט.¹⁷

אין להתעלם גם מן הקושי בנתוח משווה של מוסדות וארגונים בחברה המודרנית ובמשפט בן זמננו למשפט העברי.¹⁸ כך, למשל מוסדות החקיקה והשפיטה שונים לגמרי, הן בתשתית הרעיונית, והן במבנה הארגוני. המשפט העברי הוא לא רק משפט דתי, הטבוע בחוכם של מסורת דתית והתפתחותה, אלא גם משפט "אישי" אשר התפתח במשך הדורות כמשפט ללא ארגון מדינתי

M.A. Glendon, M.W. Gordon, C. Osakwe, *Comparative Legal Traditions* (St. Paul, Minnesota, 1982) 70

14 הספר בעמ' 5.
15 על הבעייתיות הכרוכה בשאילת מושגים ודרכי מחקר מעולם מושגים של שיטות משפט אחרות ראה י' אנגלרד, לעיל הערה 1, בעמ' 53. ראה גם להלן, הערה 32 והטקסט הסמוך לה, על הקושי העקרוני בלמוד מסקנות משיטת משפט אחת על רעותה.

16 הספר בעמ' 102 ואילך.

17 ראה, למשל, הספר בעמ' 124 ואילך ובעמ' 236 ואילך.

18 ראה י' אנגלרד, לעיל הערה 1, בעמ' 54.

בעוד רוב השיטות המשפטיות בסיסן הוא טריטוריאלי ומיוסד על ארגון מדינתי. אולם למרות הקשיים יש חשיבות רבה בהשוואה כזו ובהעמדת כלי נתוח מקובלים לרשות מחקר המשפט העברי. בין היתר החשיבות היא:

- (א) בפתיחת צוהר של משפטן זר בן זמננו למשפט העברי על בסיס רלבנטי ולא כהסטוריה משפטית.
 (ב) בבחינה טובה יותר של השפעות המשפט העברי על שיטות המשפט המודרניות.
 (ג) במסקנות אפשריות שמעמידה שיטת משפט עתיקה אך חיה המיושמת ברציפות בתקופות שונות ובתנאים חברתיים שונים על חקר מוסדות משפטיים, הבנת תופעות משפטיות בהקשר רחב (כלכלי, חברתי ותרבותי) ויחסי הגומלין שבין המשפט למוסדותיו, לארגונים המשפטיים והחברתיים ולהקשרים הרחבים האמורים.

צעד בכיוון זה מחייב עדיין מחקרים רבים נוספים וזהירות רבה בהסקת המסקנות תוך בחינת הקשיים והדרך להתגבר עליהם.

חלק מן המחקרים הקיימים במשפט העברי עוסק בנתוח תחום משפטי או סוגיות משפטיות¹⁹. מחקרים אחרים ענינם בתאור ארגונים, מוסדות משפטיים, מושגים ועקרונות²⁰. מהם כאלה העוסקים בתאור ובנתוח המשפט העברי מתוכו²¹, תוך תאור הסטורי והצגת מקורות המשפט העברי ועקרונותיו²² ומהם שענינם במחקר משווה. חלק ניכר מן המחקרים המשווים נעשה לאור שיטות משפט עתיקות, כגון שיטת המשפט הרומי ומשפטי המזרח הקרוב

19 כך, למשל, מ' אלון, חרות הפרט, לעיל הערה 3; ש' אלבק, פשר דיני הנוזיקין בתלמוד (תל-אביב, תשכ"ח); ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד (תל-אביב, תשל"ו); ג' רקובר, השליחות וההרשאה כמשפט העברי (ירושלים, תשל"ב); ש' ורהפטיג, דיני עבודה כמשפט העברי (תל אביב, תשכ"ט); מטבע הדברים נערכו מחקרים רבים בתחום דיני המשפחה הואיל ועניני נשואין וגירושין נדונים בעיקרם בישראל, בתנאים מסוימים, על פי הדין העברי. מן המחקרים נציין כאן את ב"צ שרשבסקי, דיני משפחה (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ד); א"ח פריימן, לעיל הערה 4.

20 ראה, בין היתר, ש' אלבק, בתי-הדין בימי התלמוד (רמת-גן, תשמ"א); ש' שילה, דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תשל"ה); A. Kirschenbaum, Self-Incrimination in Jewish Law (New York, 1970); ו' ורהפטיג, החוקה כמשפט העברי (ירושלים, תשכ"ד).

21 למשל מ' זילברג, כך דרכו של תלמוד (ירושלים, תשכ"ד). זו גם דרכו המחקרית של ש' אלבק (ראה מחקריו לעיל הערה 19). דיון בדרכו המחקרית ראה ב' שיבר, לעיל הערה 6.

22 כך מ' אלון, המשפט העברי, לעיל הערה 3.

שבזמנם ובסביבותם פעל המשפט העברי²³. גם בספרו של פרופ' שרייבר פרקים משווים למשפטים עתיקים, אך ענינו המיוחד הוא בבחינת שיטת המשפט העברי כשיטת משפט לאור המתודולוגיה הרווחת היום לבחינת שיטה משפטית והמסקנות המשתמעות מכך לגבי המשפט העברי, מהד גיסא, וההשלכות על מחקר המשפט המודרני, מאידך גיסא.

מן הראוי לציין כי המחבר יכול היה לסמוך על מחקרי תשתית של המשפט העברי. בעיקר ראוי לציון המחקר המונומנטלי של השופט פרופ' מ' אלון, שענינו תולדותיו של המשפט העברי וכן תאור ונתוח של מקורות המשפט העברי ועקרונותיו היסודיים²⁴. על רקעם של אלה יכול היה פרופ' שרייבר לבנות את הבנין של שיטה משפטית חיה ולהוסיף את הנדבך החשוב של תרומתו.

כאן נדרשים אנחנו למימד נוסף. תרומתו של א' גולאק²⁵, מחשובי חוקרי המשפט העברי, היא סידור שיטתי של החומר הנורמטיבי של המשפט העברי, הכנסת סדר בדרך תאור המערכת²⁶. פרופ' מ' אלון, נוסף למחקר התשתית המקיף ביותר חותר בכל מחקריו להכין את המשפט העברי לקליטתו הלכה למעשה במשפט מדינת ישראל²⁷. פרופ' ש' אלבק תורם לנתוח מעמיק של סוגיות מרכזיות, כגון דיני נזיקין²⁸ ודיני ממונות²⁹, ולבאר מושגים ועקרונות

23 ביון היתר *R. Yaron, Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law* (Oxford, 1960); B. Cohen, *Jewish and Roman Law* (New York, 1966).

24 מ' אלון, המשפט העברי, לעיל הערה 3.

25 א' גולאק, יסודי המשפט העברי (תל-אביב, תשכ"ז).

26 י' אנגלרד, לעיל הערה 1, בעמ' 54; לדעת מ' אלון, לעיל הערה 4, בעמ' 105, 110, 112, ספרו של גולאק, יסודי המשפט העברי, היה רק בבחינת הכנה למחקר שיטתי של המשפט העברי. הכנה זו מחייבת לקבל מושג על המבנה הכללי של המערכת המשפטית של המשפט העברי, תאור יסודותיו, עקרונותיו, מושגיו וכיו"ב.

27 מ' אלון, המשפט העברי, לעיל הערה 3. פרופ' מ' אלון עצמו רואה את תרומתו למחקר שיטת המשפט העברי בשלושה:

- (1) מחקר כלל תקופתי וכלל תפוצתי.
- (2) חשיפת הרעיון המרכזי המצוי ביסודו של המוסד המשפטי המסוים; אותו רעיון שנשאר לאורך התקופות ושהיווה את המכנה המשותף, הברית התיכון של כל השלבים והשינויים שעברו על אותו מוסד משפטי.
- (3) הדגשת חשיבות הדרכים ומקורות המשפט באמצעותן שינו וחידשו חכמי ההלכה במערכת המשפט העברי.

ראה מ' אלון, לעיל הערה 4, בעמ' 121—123.

28 לעיל הערה 19.

29 לעיל הערה 19.

יסוד. פרופ' שרייבר נוסף על תאור ונתוח המשפט העברי כשיטת משפט חיה והעמדתה בצד שיטות משפטיות אחרות ולאור המתודולוגיה הרווחת מבקש, כפי שרמזנו כבר, לקבוע גם קוי חוץ בצד קביעת קוי הפנים האמורים. רוצה לומר: לדעתו של פרופ' שרייבר במחקר שיטת המשפט העברי ובעיקר בחינת דרך קבלת ההחלטות המקובלת בו יש תועלת רבה לחקר המשפט המודרני. מחקרו של פרופ' שרייבר מכוון בין היתר להשגת תכלית זו. פרופ' שרייבר רואה את עיקר התועלת בכמה מישורים⁸⁰.

ראשית, באמצעות התבוננות במשפט העברי ניתן לבדוד משתגים שונים המשפיעים על המשפט ועל עיצובן של נורמות משפטיות ולבחון את השפעתם על השיטה ועל יחסי הגומלין שבינם לבין עצמם ובינם לבין השיטה המשפטית. לדעתו המשפט העברי הוא המודל המתאים ביותר לכך בהיותו השיטה המשפטית העתיקה ביותר המוחלת בהמשכיות וברציפות עד ימינו אלה ועקב התלתה בתנאים משתגים של זמן ומקום ובסביבות חברתיות שונות. במיוחד, סבור פרופ' שרייבר, ניתן לבחון את דרכי הקליטה של סטנדרטים מוסריים בשיטת המשפט ומידת ההצלחה של קליטה כזו.

שנית, המחבר מבקר את הדעה הרווחת לפיה אין משפט דתי עתיק יכול להוות בסיס השוואתי למשפט מודרני. בנגוד לדעה זו מצביע פרופ' שרייבר על כך שדרך ההתמודדות של המשפט העברי נענית למאפיינים של החברה המודרנית, כגון: פלורליזם, ריבוי משברים בתחומים שונים, מורכבות ותחכום. הדין העברי יושם והוחל על חברה אשר נפוצה בתרבויות שונות ומגוונות, והוא התמודד במשך ההסטוריה עם מציאות משתנה והשפעה של תרבויות שונות.

שלישית, הלימוד ההסטורי משרת את המשפט בן זמננו בהבנת תהליכי קבלת החלטות משפטיות בחברה מורכבת ובהשפעת גורמים תרבותיים ותנאים כלכליים וחברתיים על עיצוב הדין. כמו כן ניתן ללמוד על תפקיד הדין בעיצוב החברה מהתבוננות במשפט העברי כשיטת משפט על מאפייניה, בדינמיקה של הליך קבלת ההחלטות ובכוחות הפנימיים והשפעות החוץ המשפיעים על החברה. ככל שנקודת המבט עשירה יותר בהקשרים שונים וככל שהיא שלמה יותר כך גדלה הרלבנטיות של המחקר והתועלת שניתן להפיק ממנו לחקר שיטות משפטיות בזמננו.

כל עיון הסטורי וכל שיטת עיון כזו שנויה במחלוקת בין חוקרים ושום

שיטה אין לה תוקף מוחלט³¹. כל נסיון של העברת מושגים ודפוסי חשיבה ממציאות אחת לאחרת ומשיטה אחת לרעותה תלוי בנקודת המבט של המתבונן. דוקא בחינת שיטה משפטית בהקשרים רחבים, הקשר היסטורי, תרבותי, חברתי וכלכלי, מחייבת הענקת משקל מתאים למאפיינים המיוחדים של כל הקשר בנתונים המיוחדים של הסביבה והגורמים המיוחדים הפועלים. כל שחזור מותנה תמיד בתהליכים של ברירה ופרשנות שהם סובייקטיביים במידה רבה. רבוי המשתנים, משקלם השונה בחברה נתונה ותגובתה השונה של כל שיטת משפט למשתנים כאלה עושים את מלאכת השחזור, היישום והסקת מסקנות מהכא להתם למשימה כמעט בלתי אפשרית. הצעת פרופ' שרייבר לבידוד המשתנים שבדין העברי ומחקרם היישומי לשיטת משפט מודרנית כמו בתנאי מעבדה יש בה, איפוא, קושי לא מבוטל³². אולם אין להניח לקשיים אלה לרפות את ידו של החוקר. אין אנו בני-חורין להפטר משיג ושיח כזה.

כך, למשל, עקרון הפלורליזם שבשמו מבקש פרופ' שרייבר להסיק מסקנות משיטת המשפט העברי על שיטות משפט הרווחות בחברה המודרנית³³ הוא בעל משמעות שונה בכל אחת מן החברות וממילא בגילוייו בשיטות המשפט. מושג הפלורליזם בחברה מודרנית פרושו, בין היתר, חופש המחשבה וחרות יחסית של עשייה מצד היחיד, כאשר בחברה היהודית הדתית המשמשת מושא למשפט העברי פרושו לכל היותר ישום קהילתי במסגרת נתונים תרבותיים וחברתיים שונים. אולם, מאידך גיסא, ניתן למצוא מכנה משותף תבניתי כולל במשפט העברי ובשיטות משפט מודרניות והוא מתייחס ללגיטימציה של רבוי האוטוריטות. ואף כי לפנינו אפיון אחר של מושג האוטוריטה ומהות אחרת שלה בכל אחד מסוגי הפלורליזם, כאשר לכל אחת משיטות המשפט תפישה עקרונית ורעיונית שונה העומדת בתשתית עקרון הפלורליזם, המכנה המשותף התבניתי יש לו נקודת חתוך כלשהי המאפשרת לחוקר להסיק מסקנות כלשהן.

באופן פרדוקסלי ניתן להרחיק לכת ולטעון כי הויכוח על מידת הלגיטימיות

31 ראה י' בורקהרט, עיונים בדברי ימי עם עולם (מהדורה עברית, ירושלים, תשכ"ב) 5. כן ראה עמ' 3-10 על הקושי בעיון ההסטורי ופחות שיטות עיון כאלה במיוחד בהקשר להסקת מסקנות לעניינים בני הזמן.

32 על הקושי להסיק מסקנות מלמוד שיטה אחת על אחרת ועל המגבלות הנוגעות לשימויות מחקר שיטה משפטית על אחרת, ראה J. Raz, *Authority*, supra note 2, at 84. רז טוען בצדק כי לכל שיטה אידיאלים אחרים של צדק, היא מקיימת איזון שונה של אינטרסים ומבקשת להשיג מטרות שונות. כל שיטת משפט מתקיימת בחברה שונה, בתנאים שונים ולכן סביר הוא שיאמצו פתרונות שונים לשאלת זהות השיטה המשפטית. 33 הספר בעמ' 7.

או האפשרות של תמישה פלורליסטית בתחום מסויים או בהקשר מסויים של השיטה המשפטית אינו נחלת המשפט הדתי בלבד אלא חוצה גם את תורת המשפט דהאידנא. לבושו החדש של העימות בין התיאוריה הדקלרטיבית לבין זו הקונסטיטיוטיבית בנוגע לתפקיד השיפוטי ולסמכותם של המוסדות ליישוב סכסוכים³⁴ נעוץ, לדעתי, בוכוח בין גישה פלורליסטית לגישה מוניסטית. דהיינו: ביסוד העימות ובתשתיתו ניצבת השאלה, האם אפשרית ומותרת רק תשובה נכונה אחת לכל בעיה משפטית כשבכל מקרה הכללים והעקרונות מכתבים תשובה חד-משמעית³⁵ אחת או שמא העקרונות המשפטיים לא תמיד מכתבים תשובה אחת בלבד לבעיות הטעונות פתרון שיפוטי³⁶. לבעלי דעה אחרונה זו בחירת התשובה האחת מבין מספר אופציות אפשריות מעוגנת בהכרעה השיפוטית ולא בתכתיבם החד-משמעי של הכללים והעקרונות המשפטיים עצמם כגרסת בעלי הדעה הראשונה³⁷.

התכנים השונים והפנים הרבות של מושג הפלורליזם כמו גם חוסר האחידות של המונחים אוטוריטה ורבויות אוטוריטות בהקשרים השונים מצביעים הן על הקושי של העברת מושגים משיטה לשיטה והן על הבעיות של הסקת מסקנות ממחקר של שיטה משפטית אחת על רעותה. מאידך גיסא, הדוגמה שהבאנו יש בה הוכחה שבהקשרים רבים סדנא דארעא חד הוא. בדרך כלל לא נמתחים קוים ישרים בין שיטה לשיטה, אך חקירת השונה והשווה וגם העקיבה אחר גלגולם של רעיונות ומושגים בתוך שיטה ובין שיטות שונות בתנאים שונים של זמן ומקום יכולים להשכיל את החוקר ולהשפיע על הפרספקטיבה של שיטות המשפט השונות. ניתן, איפוא, לומר כי מתוך השיג והשיח על נקודות השוני ועל המייחד צומחות מסקנות רלבנטיות לחקר שיטות

34 על העימות ראה א' ברק "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג) 25, 35-37.
35 זו דעתו של Dworkin, ראה *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass., 1977) וכן *U Chi. L.R.* (1967) 81 "The Model of Rules" 35 *Har. L.R.* (1975) 1057 "Hard Cases" 88 *Har. L.R.* (1975) 1057. כן ראה מאמרו של ע' שפירא, לעיל הערה 11.

36 זו דעתו של רז, ראה לעיל הערה 11. כן ראה J. Raz "Legal Principles and the Limits of Law" 81 *Yale L.J.* (1972) 823; E.P. Soper "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute" 75 *Mich. L.R.* (1977) 473. כן ראה א' ברק, לעיל הערה 34, בעמ' 36.

37 ראה י' רז, לעיל הערה 11, בעמ' 321, 325-327. וגם אם הוראתו של מושג הפלורליזם בהקשר זה (רבויות אפשריות של תשובות) שונה מן ההקשר הקודם אליו התייחסנו ניתן, אולי, להסיק מסקנות מרביות בהקשר אחד על הקשר אחר. הדבר טעון מחקר ועיון מפורטים ומדוקדקים שלא נוכל לערכם במסגרת רשימה זו.

משפטיות בנות הזמן. מכל מקום מאמץ אינטלקטואלי בכיוון שאליו מנסה פרופ' שרייבר להוביל את הקורא הוא כדאי. זהירות ומידה רבה של בקורתיות הן הכרת, אך אין לבטל בשמן של אלה את הנסיון. שאם כך נעשה נבטל מיניה וביה את הערך של התבוננות ועיון הסטוריים בכלל.

בתחום אחר, הוא התחום הפילוסופי, נעשו תורות פילוסופיות שצמחו בחיקה של מחשבה לא יהודית עילה ויסוד לאינטרפרטציה מתודשת של היהדות. ועם כל ההסתייגות מקרקע גידולם של הכלים והקטיגוריות המחשבתיות הופעלו אלה על ידי הוגי הדעות היהודיים לצורך הארתה של תורת האמונה היהודית וכמכשיר מהימן להעברתה³⁸. גם כאן היה מקום להזהר מסמביוזה המסיחה את הדעת מן השוני שבהנחות הרוחניות המיוחדות של כל אחת מן התרבויות³⁹. אולם במישורים רבים עלה הנסיון יפה.

תהליך כזה יכול לפעול גם בכיוון של הפעלת מתודות לחקר שיטות משפט שונות על מחקרו של המשפט העברי ובכיוון ההפוך של הסקת מסקנות מחקר המשפט העברי על שיטות משפט בנות זמננו. מכל מקום, גישתו של המחבר מזוייבת כל חוקר רציני להתמודדות אמיצה עם הנחותיו ועם נסיונותיו והיא פותחת צוהר לעושר רב של השוואות אפשריות. בעיני זהו נסיון מרתק הראוי לשבח. זהירות ובקורת הם מחוייבי המציאות, המנעות מוהלטת משום חששות היא בריחה לא ראויה.

כדי למלא את היעודים שלקח על עצמו המחבר וכדי לשרת את התכליות והדרכים שהוא מבקש להגשים נוקט הספר במבנה מורכב הניתן לתאור כמבנה של מעגלים.

המעגל הראשון הוא חלוקה הסטורית. הספר מחלק את בדיקת השיטה המשפטית לאורך שלש תקופות הסטוריות: הראשונה, המקבילה להתפתחות דיני המזרח הקרוב העתיק מ-2200 לפנה"ס ועד ל-350 לפנה"ס. השנייה, הדין התלמודי בתקופת הבית השני מ-350 לפנה"ס ועד לתחילת ימי הביניים המוקדמים, 630 לספירה. השלישית, תקופת ימי הביניים מ-630 לספירה ואילך. המעגל השני הוא חלוקה למאפייני השיטה. במסגרת זאת נדונים המוסדות המשפטיים במובן הרחב (כגון הרשויות השלטוניות ויחסי הגומלין שביניהן, המסגרות הפורמליות לעצוב כללי המשפט וכיוצא בזה), מקורות המשפט, "הנפשות" הפועלות בתוך השיטה והמפעילות אותה (כגון בתי המשפט, חכמי המשפט וכיוצא בזה), דרכי אכיפת הדין וכיוצא בזה. בכך הוא הולך בעקבות מתודולוגיה של בדיקת שיטות משפטיות.

38 מ' שורץ, שפה, מיתוס, אמנות, עיונים במחשבה היהודית בעת החדשה (ירושלים ותל-אביב, תשכ"ז) 5-6.

39 שם בעמ' 6-7.

המעגל השלישי הוא בחינת השיטה המשפטית כתהליך, כדינמיקה של הכלל המשפטי ועיצובו. הדבר מתבטא בתאור הרקע ההסטורי של כל תקופה, התנאים החברתיים והכלכליים של המציאות אשר השפיעו על עיצוב הכללים, נתוח השיטה המשפטית בפעולתה ותאור השוואתי של שיטת משפט אחרות בנות כל תקופה היסטורית אשר גם הותלו באותם מקומות בהם התפתח הדין העברי.

המעגל הרביעי הוא בחלוקה שבין דיון עיוני טהור לבין נתוח טכסטים שונים של הדין העברי מתקופות שונות ומסוגים שונים, הן טקסט מקורי והן נתוחים מחקריים.

המבנה הולם, איפוא, להפליא את המתודולוגיה שנבחרה על ידי המחבר ומשרת את התכליות. המבנה עצמו משקף את שיטת המחקר המובאת לבטוי מירבי במסגרת מבנה אשר כזה.

המשפט העברי אינו בן בלי זמן ובלי מקום. אין הוא מערכת מופשטת וסגורה של נורמות משפטיות המנותקת מכל הקשר גאוגרפי, חברתי, תרבותי או כלכלי והחסינה מפני השפעות. יחד עם זאת יש למשפט העברי מאפיינים מיוחדים והוא נבדל משיטות משפט אחרות גם בהיותו דין דתי במקורו וגם עקב התנאים המיוחדים שבמסגרתם עוצב והתפתח והתפקיד המיוחד שממלאת הנורמה המשפטית, ההלכה, בחייו של כל יהודי יחיד ושל עם ישראל שהוא מושאו של דין זה.

המחקר, כפי שמחברו מעיד עליו, צמח מתוך הוראת משפט עברי משווה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת טמפל בפילדלפיה, לסטודנטים שאינם אמונים על דין זה ומקורותיו. ככזה הספר הוא שלוב של ספר מחקרי עם ספר מקורות. אולם התוצר המוגמר יש בו תרומה לא רק למשפטן הור אלא לעוסק בחקר המשפט העברי בהקשרים השונים.

המחבר, כפי שהוא מעיד על עצמו⁴⁰, גודל וחונך על ברכי הדין העברי לאהבה אותו. אך מקריאת המחקר ניתן לומר על הספר כי הוא יוצא נשכר מן השליטה הרבה של המחבר במשפט העברי ומן הידע הרב בתורת המשפט, ובשיטות משפטיות הן העתיקות והן אלה בנות זמננו המשוקע בו. האהבה למשפט העברי היא לשבחזו של הספר ולא בעוכריו; אין היא מקלקלת את השורה.

40 הספר בעמ' 7. על גישה ערכית לחקר המשפט העברי ובעיותיה וכן על השפעת מטרה חיצונית כלשהי של מחקר על המחקר ראה אצל י' אנגלרד, לעיל הערה 1, בעמ' 37, 56—57; גישה אחרת ראה אצל מ' אלון, לעיל הערה 4, בעמ' 113—116.