

אמיר משיח

השפה הפרפורמטיבית בהלכה שבין אדם לחברו ובין אדם למקום¹

לשפה המילולית נקשרו כתרים רבים במסורות שונות. רב כוחה של השפה עד שהוכרז כי "מוות וחיים ביד לשון"². השפה היא גם המפגש הראשוני בין עולם ואל. כבר ביום הראשון לבריאה אנו נתקלים באמירה, אמירה יוצרת: "ויאמר אלהים יהי אור". השפה המילולית, אם כן, איננה אך אמצעי תקשורת בסיסי, כי אם הרבה יותר מכך.³ השפה בוראת עולם, ברם יכולה היא גם להחריבו. דבר זה נכון הן כלפי העולם הקוסמי הכללי הן כלפי העולם הפרטי-אישי או הבין-אישי.

מאמר זה מבקש להתחקות אחר כוחה של השפה המילולית, והמילולית דווקא, ביחסים שבין אדם לחברו תוך השוואה ליחסים שקובעת ההלכה ביחס לשפה המילולית שבין האדם למקום. ברור כי שפה יכולה להתבטא בכתב או בשאר צורות גרפיות, אולם במאמר זה בחרתי להתמקד במלל ולא בכתוב, כיוון שלדברים שבכתב יש תוקף מלא בכל מערכת נורמטיבית, והמשפט העברי אינו שונה מבחינה זו. ההסכם הכתוב שייך לדיני החוזים או לדיני השטרות, וככזה הוא יוצר רמה אחרת של מחויבות בין כורתי החוזה. הכתוב מעוגן, חקוק ומנוסח והוא גם פותר חלק ניכר מדיני הראיות, אם תיווצר בעיה משפטית כלשהי, כמו גם טענה לפרשנות לא נכונה של ההתקשרות. עם חוזים בכתב אנו נפגשים כבר מימי התנ"ך, וכך הולך תחום זה ומתפתח עד היום הזה ממש. אשר על כן, אינני רוצה להיכנס לשדה זה, אלא להתמקד בכוחה של השפה המילולית דווקא, ולבחון אם היא יוצרת מציאות משפטית חדשה, חוזה בין אנשים או חיוב שיש לעמוד בו. כן אינני עוסק בבעיות העלולות להיווצר כתוצאה מסוג התקשרות מילולית, כמו למשל הוכחת עצם הקשר וכל דיני הראיות, אשר סוג

1 מאמר זה הוא הגרסה העברית של מאמרי שפורסם באנגלית: Amir Mashiach, "The Performative Speech-Act in Jewish Law Interpersonal vs. Human-Divine Speech", *Hebrew Union College Annual* 84-85 (2015), pp. 173-206.

2 משלי יח, כא.

3 על השפה בהגות היהודית מהמקרא ועד העת החדשה, ראו ב' גרוס, ברית הלשון, ירושלים תשס"ה.

התקשרות בעלפה יכול להוליד מטבע הדברים. ההתמקדות תהיה רק בשפה המילולית הוורבלית, שכן בזו טמון עניין רב גם מבחינת הקטגוריות השונות בהתחייבויות שבין אדם לחברו לעומת התחייבויות שבין אדם למקום.

במאמר זה אתמקד בהשוואה שבין שתי הקטגוריות הללו, קרי בין אדם לחברו לעומת בין אדם למקום בכל הקשור לדינים המעגנים זכויות חוזיות וזכויות קנייניות. האם לשפה המילולית יש בכלל מקום בהלכה היהודית, לאור חשיבותה האדירה במבנה הכללי של העולם ושל התקשורת הבין-אישית? האם יכולה האמירה המילולית ליצור התחייבות חוזית או העברה של זכות קניינית מאדם לרעהו או בין אדם לאלוהיו?

אתחיל עם מבוא מתודולוגי קצר אשר יבהיר את כוונתי בסוגיית כוחה הנורמטיבי של השפה המילולית במאמר זה. הפילוסוף של השפה ג'ון אוסטיין, טען בספרו "איך עושים דברים עם מילים"⁴, שהפילוסופים של השפה מתמקדים בעיקר במשפטים שאותם הוא מכנה "מבע קביעתי" (connotative). מבע זה, הוא מסביר, כולל טענות, דיווחים, תיאורים או עובדה מסוימת. אך אלה, טוען אוסטיין, הם רק חלק קטן מהשימושים של הדיבור. קבוצה חשובה שנייה של אמירות, שאותן מכנה אוסטיין "מבעים ביצועיים" (performatives)⁵, אינן מדווחות על עובדה, אלא הן בעצמן ביצוע של פעולה מסוימת – פעולת דיבור. סוג המבע הראשון, הקביעתי, מסווג על ידוכאמתי או כשקרי, שכן הוא עוסק במציאות שכבר קיימת ואשר אליה הוא מתייחס. הוא יכול לתאר אותה באופן מדויק או לא. התיאור הוא הסתכלות מן החוץ בלבד ללא יכולת או רצון לשנות משהו במציאות המתוארת. לעומת זאת, סוג המבע השני, הפרפורמטיבי, אינו מבקש לתאר את המציאות או לדווח עליה, אלא הוא עצמו הנו ביצוע של פעולה מסוימת.⁶ אין כאן הסתכלות או תיאור מן החוץ, אלא יצירה של המציאות בעצמה.

4 ג'ון אוסטיין, איך עושים דברים עם מילים, תל אביב 2006; Austin, J. L. "Performative Utterances", in: Martinich, A. P. (ed.), *The Philosophy of Language*, New York, 1995, pp. 115–124.

5 ראו גם Searle, John, *Speech Acts*, Cambridge, 1969, pp. 22–53; Searle, J. "What is a Speech Act?", in: Martinich, A. P. (ed.), *The Philosophy of Language*, New York, 1995, pp. 125–135.

6 אוסטיין (לעיל הערה 4), עמ' 27–47.

כדי להדגים את דבריו לגבי המבע הביצועי נקט אוסטין במספר דוגמאות. למשל⁷: "אניקורא לספינה זו 'המלכה אליזבת' – כפי שאומרים כשמנפצים את הבקבוק על החרטום. 'אני מוריש את שעוני לאחי' – כפי שמופיע במסגרת צוואה"⁸. ממבעים ביצועיים אלה נוצרה מציאות משפטית (צוואה) או נקבעה עובדה חדשה (קריאת שם) אשר לא הייתה לפני. לשיטתו של אוסטין, אנו לא רק מבטאים דברים עם מילים, אלא אנו ממש עושים דברים עם מילים. בלשונו: "הבעת הפסוק מהווה ביצוע של פעולתי זו"⁹, ומכאן שם הספר.¹⁰

בשל הקושי להבחין בין המבעים, שהרי אם ניקח לדוגמה את מבע הירושה, הרי שכדי להוריש את השעון צריך המכריז על הירושה להיות בעל השעון, שאם לא כן כיצד יכול הוא להוריש דבר שאינו בחזקתו או בבעלותו? וכן הוא בדוגמת קריאת השם, הכרחי הוא כי מכריז השם יהיה זה שהוא בעל הסמכות לקרוא בשמות לכלי השיט, שאם לא כן באיזו רשות הוא קורא שמות? כך הולך אוסטין ומראה כי יש קשיים להבחין בין המבעים. כל אחד אמנם יכול לומר את כל שעולה על רוחו או על דל שפתיו, אולם האם כל אמירה ביצועית לכאורה אכן תהא כזו? מתוך כך הולך אוסטין ומפתח הבחנה משולשת, בין שלושה סוגים של דברים שאנו עושים עם לשוננו:¹¹

א. מעשה לוקוציוני (מעשה פונטי): מעשה דיבור המורכב מצלילים, אוצר מילים של שפה מסוימת אשר יש להן משמעות ומובן המעביר תוכן. למשל המילים "לך מכאן";

- | | |
|----|--|
| 7 | שם, עמ' 30. |
| 8 | אמנם אוסטין מנתח את המבעים ומנסה להבחין ביניהם. הוא מכנה את דרך ההבחנה כ"דוקטרינת התקלות", אשר בהמשך הוא מראה כי הקווים בין שני המבעים הולכים ומטשטשים. ראו אוסטין (לעיל הערה 4), עמ' 149–161. |
| 9 | שם, עמ' 31. |
| 10 | במשך השנים נמתחה ביקורת על שיטתו של אוסטין מכיוונים שונים. אציין רק חלק מן הביקורות, כיוון שאין מאמר זה מתיימר לעסוק בפילוסופיה של השפה של אוסטין או של מבקריו, אלא על המודל המאפיין את המבע הביצועי-פרפורמטיבי-מילולי. ראו Maxell, G. & Feigl, H., "Why Ordinary Language Needs Reforming", <i>The Journal of Philosophy</i> , Vol. 58, No. 18 (1961), pp. 488–498; Marcusa, Herbert, <i>One Dimensional Man</i> , London 1964, Chapter 7; Derrida, J. "Signature Event Context", trans. Samuel Weber and Jeffrey Mehlman, <i>Limited Inc</i> , Enenstone, Ill., 1988, pp. 1–23; Searle, J., <i>Speech Acts</i> , Cambridge 1969; Cavell, S., <i>Philosophical Passages: Wingenstein, Emerson, Austin, Derrida</i> , Oxford 1994; Cavell, S., <i>A Pitch of Philosophy: Autobiographical Exercises</i> , Cambridge, Mass. 1994. |
| 11 | אוסטין (לעיל הערה 4), עמ' 113–135. |

- ב. מעשה אילוקוציוני (מעשהפטי): מעשה דיבור בעל כוח מסוים – שאלה, ציווי, בקשה, הבטחה, תיאור וכו'. בקטגוריה זו נכללים הן המבעים הקביעתיים הן המבעים הביצועיים. למשל: "לך מכאן" היא פקודה או ציווי על הנמען ללכת מכאן;
- ג. מעשה פרלוקוציוני (מעשה רטי): מעשה הגורם לתוצאה חוץ-לשונית. אם מעשה זה הוא אפקטיבי, הרי שהוא משפיע על האחר הנמען שאליו אני מדבר. למשל "לך מכאן" יגרום לנמען לציית וללכת מכאן.

הבחנותיו של אוסטין בין סוגי המבעים הללו, ועוד אחרים שפיתח במהלך דיוניו בספרו, מותירות אותנו בערפל מסוים. לא ברור, אם כן, מה הם הפעלים המשרתים את המבעים השונים, וניכר כי קשה להבחין ביניהם, אם בכלל ניתן הדבר.

עניינו של מאמר זה אינו בניתוח מדוקדק של פועלי הביצוע לעומת פועלי הקביעה, כמו גם בניתוח המודלים של אוסטין. מחקר זה מבקש לבחון את כוחה הנורמטיבי של השפה המילולית בהלכה היהודית, תוך חילוק בין התחייבויות ויחסי קניין שבין האדם לחברו לעומת התחייבויות ביחסים שבין האדם למקום. נישאר צמודים להבחנתו הראשונית של אוסטין בין "מבע קביעתי" ובין "מבע ביצועי-פרפורמטיבי" בדגש על המילולי דווקא. זאת תוך התמקדות באחרון אשר מוכר בעליל מחיי היום-יום. נבחין במודל מילולי זה, הפרמורמטיבי, כחלק מהפרגמטיקה והפרקטיקה של השפה ה"רגילה"¹² או ה"טבעית", היינו יצירת מציאות משפטית על ידי אמירות מילוליות.¹³

השפה המילולית בהקשר מחקר זה נתפסת כהסכם התנהגותי בין בני אדם כביטוי לצרכים האנושיים הכוללים התנהגות וחשיבה.¹⁴ כהמשך ישיר לדברים

12 על נושא השפה ה"רגילה" או ה"טבעית" בהלכה, ראו צ' זהר, "על היחס בין שפת ההלכה לבין השפה הטבעית", בתוך הרב שאול ישראלי ואחרים (עורכים), ספר יובל לכבוד מורנו הגאון רבי יוסף דוב הלוי סולובייצ'יק (תשמ"ד), כרך א, עמ' נט-עא.

13 אוסטין עצמו משווה בין עמדותיו לעיקרון המכונה "פרגמטיזם אמריקאי" (של ויליאם גיימס וג'ון דיואי), אך אין הוא מפתח את הקשר הזה דיו. גיא אלגת וענת מטר, בהקדמתם לספרו של אוסטין "איך עושים דברים עם מילים", עמדו על כך בקצרה. על סמנטיקה ופרגמטיקה, ראו סוברן, שפה ומשמעות, חיפה, 2006, עמ' 137-149.

14 בהערת שוליים אומר, כי היצירה האנושית כפי שהיא באה לידי ביטוי במלל השגור על פינה בחברה, קרי המבע הפרפורמטיבי כפי שהראיתי לעיל, מזכירה אתדרכו של ויטגנשטיין המאוחר, אשר הדגיש את אופייה החברתי וההסכמי של לשון בני האדם, וראה בשימוש

הללו, של ראיית השפה הטבעית והמקובלת כשפה יוצרת, עלינו להבחין גם בין מלל אובייקטיבי למלל סובייקטיבי. הכוונה היא כי השפה הטבעית, כפי שהיא נתפסת בחברה האנושית, היא שפה אובייקטיבית, היינו שפה המובנת לבני אדם כולם, כמובן לאלה הדוברים אותה. למשל, ברור לכולם ש"כיסא" הוא דבר שיושבים עליו. זאת בניגוד לשפה הסובייקטיבית, שבה האדם הפרטי מעניק לביטויים תוכן אשר הוא עצמו יצק לתוכם תוך התעלמות ממובנם באוכלוסייה הכללית. כך למשל הוא יכול להחליט כי לדידו "כיסא" הוא דבר שאוכלים עליו. נוח יותר להדגים את הדבר על ידי דוגמאות העושות שימוש במבע הקביעתי, בלשונו של אוסטיין, זה המתאר את המציאות מבחוץ, אך לחילוק הזה בין מלל אובייקטיבי למלל סובייקטיבי יכולות להיות השלכות רבות כאשר נעסוק במבע הפרפורמטיבי. דברים אלה יובנו עוד בהמשך.

שלהם בשפה מפתח למשמעות. הוא גם הדגים בעצמו את הדבר בעת שכתב את ספרו "חקירות פילוסופיות" בשפה אנושית רגילה ולא תמציתית-לוגית כפי שעשה בספרו הראשון "מאמר לוגי פילוסופי". בספר הראשון בחן תאוריות שונות תוך עיסוק בשפה האנושית ובמה שיש ביכולתה להביע. ראו ל' ויטגנשטיין, חקירות פילוסופיות, ירושלים תשנ"ה. למשל בסעיפים 66-67 הוא מגדיר את המושג "משחקים" על פי מה שהוא מכנה "דמיון משפחתי": "עייין למשל פעם בהליכים שלהם אנו קוראים 'משחקים' [...] מהו המשותף לכל אלה? אל תאמר: 'חייב להיות להם משהו משותף, שאם לא כן לא היו קרויים 'משחקים' ' אלא התבונן ובדוק האם יש לכל אלה דבר מה משותף [...] והתוצאה של עיון זה היא: אנו רואים רשת מסובכת של דומויות החופפות והחוצות זו את זו. דומויות בגדול ובקטן. אינני יכול לאפיין את הדומויות הללו טוב יותר מאשר באמצעות הביטוי 'דמיון משפחתי'; שכן כך חופפות וחוצות הדומויות השונות השוררות בין קרובי משפחה: מבנה גוף, תווי פנים, צבע עיניים, הליכה, מזג וכו'. וארצה לומר: ה'משחקים' יוצרים משפחה".

בסעיף 199 הוא משתמש במושג שאותו הוא מכנה "משחקי שפה", שהוא תולדה של אורח החיים, אשר עם משחקים אלה יכולים להבין משמעות: "להבין משפט פירושו להבין שפה. להבין שפה פירושו לשלוט בטכניקה".

כך מתקשרים בתורתו של ויטגנשטיין המאוחר שני מושגים הפותחים עידן חדש בחקר המשמעות: הביקורת על הקטגוריזציה ועל ההגדרות הלוגיות המסורתיות אשר אפיינו גם את הפוזיטיביזם הלוגי. כעת המרכז הופנה אל השימוש בשפה, אל ההסכמים ההתנהגותיים והלשוניים-מילוליים שהם הביטוי לצרכים האנושיים הכוללים התנהגות וחשיבה. להרחבת נושא המשמעות והתפתחות הפילוסופיה של השפה, ראו סוברן (לעיל הערה 13).

גישה זו לשפה ולמשמעותה כשפה הכללית, הטבעית והמוסכמת בחברה האנושית,¹⁵ מקובלת בספרות ההלכה ובספרות חז"ל,¹⁶ ולכן אך לגיטימי הדבר שנעשה בה שימוש במאמר זה.¹⁷ אדגים דבר זה עם נושא שבועת שווא:¹⁸

מתניתין: איזו היא שבועת שווא? נשבע לשנות את הידוע לאדם, אמר על העמוד של אבן שהוא של זהב, ועל האיש שהוא אישה, ועל האישה שהיא איש. נשבע על דבר שאי אפשר לו, אם לא ראיתי גמל שפורח באויר, ואם לא ראיתי נחש כקורת בית הבד.

גמרא: אמר ליה רבינא לרב אשי: ודלמא האי גברא ציפורה רבא חזי ואסיק ליה שמא גמלא, וכי קא משתבע אדעתיהדידיהאישתבע! וכי תימא, בתר פומיהאזלינן ולא אזלינן בתר דעתיה, והא תניא: כשמשיבועין אותו, אומרים לו: הוי יודע, שלא על דעתך אנו משביעין אותך אלא על דעתנו ועל דעת בית דין, מאי טעמא? לאו משום דאמרינן: דלמאאסיקונדרייהב ליה ואסיק להו זוזי, דכיקא משתבע – אדעתיהדידיהקא משתבע!

לא, התם משום קניא דרבא.¹⁹

- 15 מאמרו של צבי זוהר (לעיל (הערה 12), הראה כי שיטתו ההלכתית של הרא"ש (שו"ת הרא"ש, כלל ד, סימן ז) מבוססת על השפה הטבעית-ריאלית, לעומת גישתו של הרי"ד סולובייצ'יק (בספרו "איש ההלכה") הרואה את שפת ההלכה כאידאלית-אפריורית. לשיטתו של זוהר, עולם ההלכה תלוי למעשה בעולם "השפה הטבעית", אף שהוא רואה בחיוב את ההדדיות שבין השפות, כדי ליצור מערכת עיונית מקבילה.
- 16 ראו מאמרו של ש' רוזנברג, "ידות נדרים", מ' בר (עורך), מחקרים בהלכה ובמחשבת ישראל, ירושלים תשנ"ד, עמ' 193–217. שם תיאר רוזנברג כי החכם התלמודי רבא הוא האמון על השפה הטבעית. ובמאמרו "על הוויית אביי ורבא", מ' חלמיש (עורך), עלי שפר, רמת גן תש"ן, עמ' 133–144, תיאר רוזנברג את שיטת ההלכה של רבא כהולך אחר מסגרות הסכמה יסודיות הקיימות בציבור ואמנה חברתית ראשונית. מתוך כך נכון הדבר גם לגבי השפה המקובלת כקריטריון הלכתי מקובל. עוד על תפיסות חז"ל את השפה, ראו ש' רוזנברג, "כוחה של טעות: סוגיות בשפה ובפרשנות", אקדמות יב (תשס"ב), עמ' 153–207.
- 17 יוסף פאור כתב מאמר שבו הבחין בין סוגי המבעים בהלכה והדגים אותם, ברם הבחנותיו וגישתו שונות משלי. הוא מבחין בתוכן השפה ומשמעותה כדי לקבוע אם זה מבע ביצועי או שמא היגדי. אין הוא מבחין ביחסים שבין אדם למקום או בין אדם לחברו, כמו גם בעובדה שהוא אינו מבחין ברמת הביצוע או השלכתה למעשה. ראו י' פאור, "מבע ביצועי ומבע היגדי בהלכה", דיני ישראל כ-כא (תש"ס-תשס"א), עמ' 101–121.
- 18 ראו ש' רוזנברג, "הערות לתפיסת הלשון בהגותם של חז"ל", יי הקלמן (עורך), אבי עופרים, ירושלים תשס"ב, עמ' 111–119.
- 19 בבלי, שבועות כט ע"א.

[תרגום: אמר לו רבינא לרב אשי, ושמא אדם זה ציפור גדולה ראה והעלה לה שם 'גמלי', וכאשר הוא נשבע על דעתו שלו נשבע?! וכי תאמר, אחרי פיו אנו הולכים ואין אנו הולכים אחר דעתו? הרי שנויה ברייתא: "כשמשיבין אותנו, אומרים לו: הוי יודע שלא על דעתך אנו משיבין אותך, אלא על דעתנו ועל דעת בית דין". מה הטעם? האם לא משום שאנו אומרים: שמא חתיכות עץ קטנות (שמשיבין בהם) נתן לו והוא כינה את שמם "זוזים", שכאשר הוא נשבע, על דעתו שלו הוא נשבע? לא, שם משום (המעשה שהיה עם) הקנה של רבא.]

במושגיו של אוסטין היינו אומרים כי יש כאן ויכוח על מה שהוא כינה המבע הקביעתי, זה המתאר את המציאות מבחוץ. בין רבינא לרב אשי יש ויכוח אם יש לאדם את האוטונומיה לתאר את המציאות כרצונו, ובעיקר מה תהיה ההשלכה בבית הדין. אולם במושגים שקבענו: שנלך על פי השפה הטבעית, הרי שרבינא טוען אפוא למה שמכונה שפה סובייקטיבית, קרי אדם יכול לנקוט בדרכו הפרשנית העצמאית ולתת אפילו לעצמים שונים שמות או תיאורים הזרים למקובל בחברה. הוא יכול לומר על עץ שהוא אבן או על ציפור שהיא גמל. במילים אחרות, אליבא דרבינא יכול אדם לומר מבע קביעתי סובייקטיבי ולא יהיה ניתן לדונו כאמת או כשקר. כתוצאה מכך, כאשר מגיע בעל דין לבית הדין והוא צריך להישבע על דבר מסוים, משיבין אותו שכעת השפה המקובלת בחברה האובייקטיבית, הטבעית והכללית היא השפה המכתיבה את המושגים, ולא פרשנותו היצירתית הסובייקטיבית והאינדיבידואלית.

יוצא אם כן, שלשיטתו של רבינא יש מקום בהחלט לשפה סובייקטיבית בכל מקום שהוא מחוץ לבית הדין. לדעתו או לדרך פרשנותו של האדם הפרטי אין משמעות בבית הדין.²⁰ ניתן בהחלט לשער כי יש בוודאי משמעות לשפה הפרטית של האדם, ברם אין היא יכולה לשמש בסיס בניהול מערכת חברתית או משפטית. והדבר אינו צריך לפנים.

לעומת גישתו זו של רבינא ניצב רב אשי. עמדתו הכללית היא שהשפה היא אובייקטיבית ולא סובייקטיבית, כעמדתו של רבינא, בר הפלוגתא שלו. לשיטתו, השפה היא מה שמוכן בצורה פומבית בחברה הכללית. לכן "כי משתבע אדעתא דידן משתבע [...] ועל דעתא דנפשיה לא עביד אינישדמשתבע [=כאשר

20 ראו רוזנברג (לעיל הערה 16), עמ' 193–217, שם הרחיב בנושא שתי הגישות: שפה אובייקטיבית ושפה סובייקטיבית.

נשבע, על דעתנו נשבע ועל דעת עצמו אינו רגיל להישבע²¹. אדם אינו נשבע על סמך הבנתו האישית כמו גם על המשמעות הפרטית שיצק לתכנים או לעצמים השונים. ה"איניש" הוא מה שמכונה "האדם הסביר" במשפט הישראלי. על כן, בכל הקשור לקומוניקציה בין-אישית מקובל על הכול כי המשמעות של השפה תהיה זו המקובלת בחברה, בקרב "האדם הסביר". לכן גם המבע הקביעתי הסובייקטיבי יכול אליבא דרב אשי להידון כאמת או כשקר, כפי המקובל בשפה האובייקטיבית בחברה הכללית.

נחזור ונסביר את הגמרא שהובאה לעיל. כאמור, על פי רבינא יש מקום לשפה סובייקטיבית. יכול הוא אף להביא סימוכין לדבריו ממקורות אחרים בחז"ל, כמו את דברי התוספתא הבאים:

משביעי' אותו בשבועה האמורה בתורה שנאמר ואשביעך בה' אלהי השמים ואלהי הארץ. אומרים לו הוי יודע שלא על תנאי שבלבך אנו משביעים אותך אלא על תנאי שבלבנו וכן מצינו כשהשביע משה את ישראל בערבות מואב אמר להם לא על תנאי שבלבכם אני משביע אתכם אלא על תנאי שבלבי שנאמר ולא אתכם לבדכם וגו' כי את אשר ישנו פה וגו'.²²

ברם עמדה זו המעניקה לגיטימציה לשפה הסובייקטיבית אינה מקובלת על רב אשי. הוא יסביר את ההגבלה של בית הדין לשבועה על פי מושגים של "האדם הסביר" או על פיהשפה האובייקטיבית, בשל מקרה שקרה, הנקרא "קניא דרבא" – מעשה הקנה שהיה לרבא, וכך הוא מתואר:

דההוא גברא דהוה מסיק בחבריה זוזי, אתא לקמיה דרבא, א"ל ללוה: זיל פרע לי, א"ל: פרעתך, א"ל רבא: אם כן, זיל אישתבע ליה דפרעתיה. אזל ואייתי קניא ויהיב זוזי בגויה, והוה מסתמיך ואזיל ואתי עליה לבי דינא. אמר ליה למלוה: נקוט האי קניא בידך, נסב ספר תורה ואישתבעדפרעיה כל מה דהוה ליה בידיה. ההוא מלוה רגז ותברה לההוא קניא, ואישתפך הנהו זוזי לארעא, ואישתכח דקושטא אישתבע.²³

21 בבלי, נדרים כה ע"א.

22 תוספתא, סוטה ז, ד.

23 לעיל הערה 21.

[תרגום :

איש אחד היה נושה בחברו זוזים. בא לפני רבא. אמר לו ללווה: לך פרע לי. אמר לו: פרעתוך. אמר לו רבא: אם כן השבע לו שפרעת לו. הלך והביא קנה ונתן את הזוזים בתוכו, והיה נסמך והולך, ובא עליו לבית הדין. אמר לו למלווה: אחוז את הקנה בידך. לקח ספר תורה ונשבע שפרע לו כל מה שהיה בידו. אותו מלווה רגז ושבר את הקנה ונשפכו אותם הזוזים לארץ, ונמצא שאמת נשבע.

זה המקרה שהביא לאותה קביעה בבית הדין שעל האדם להישבע על דעתו של בית הדין. ברם אליבא דרב אשי, אין כאן כוונה למניעת חדירת השפה הפרטית-סובייקטיבית לבית הדין, כעמדתו של רבינא. יש מקרים, כמו במעשה של "קניא דרבא", שבהם יש דו-משמעות פרגמטית ופרקטית בשפה שבה עושים שימוש בבית הדין. כך מבאר רש"י את המציאות האפשרית הזו: "לעולם בטר פומיה אזלינן, והא דאיצטריך לן למימר 'לא על דעתך', משום דבפומיה יש שבועה ברמאות, כגון דיהיב ליה קנה ונתן המעות לתוכו [תרגום: לעולם אחרי פיו הולכים, וזה שהצריך לומר לנו 'לא על דעתך', משום שבפיו יכולה להיות שבועה ברמאות, כמו במקרה שנתן לו להחזיק קנה אשר היו בתוכו המעות]".²⁴ מקרים כאלה יימנעו כאשר יישבע בעל הדין שהוא נשבע על דעת בית הדין, היינו על בסיס ההבנות והשימוש שעושים בשפה הכללית-אובייקטיבית.²⁵

ראינו אם כן כי השפה הטבעית-כללית-אובייקטיבית היא אכן זו שעל פיה ניתן לנהל חיי משפט וחברה תקינים. כך תפסו את השפה עוד מימי חז"ל. על כן אף אנו נצמד בדרך זו וננסה להתחקות אחר כוחו הנורמטיבי של המבע הפרפורמטיבי-מילולי בהלכה.

24 רש"י, שבועות כט ע"א, ד"ה "התם משום קניא דרבא".

25 כאן יש לציין כי יש מקרה יוצא דופן שבו בכל זאת יש מקום לגיטימי לשפה הסובייקטיבית. הוא המקרה המופיע בבבלי, נדרים כח ע"א: "מתני'. נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין, שהיא תרומה – אף על פי שאינו תרומה, שהן של בית המלך – אף על פי שאינן של בית המלך. גמ' [...] ואע"ג דסבירא לן [שסבורים אנו] דברים שבלב אינם דברים, לגבי אונסין שאני [במקרי אונס הדין הוא שונה]".

אמנם יש כאן מקום לשפה סובייקטיבית, אך מתעוררת קושיה: הרי נקוט בידינו הכלל ש"דברים שבלב אינם דברים"? בכל זאת הדבר מוסבר בכך שבמקרים של אונס המציאות ההלכתית משתנה, וההלכה מוכנה להעניק במקרי קצה שכאלה לגיטימציה לסובייקטיביות. במקרי אונס כן נחשיב את הדברים שבלב לדברים, הגם שבכל מקרה אחר לא נעשה כן, שהרי בדרך כלל "דברים שבלב אינם דברים".

המבע הפרפורמטיבי במשפט הישראלי

מעניין לראות כי המשפט במדינת ישראל, כמו בשיטות משפט מערביות מודרניות, קיבל את התפיסה כי אכן השפה המילולית יוצרת מציאות משפטית תקפה. על פי החוק האזרחי במדינת ישראל, חוזה בעלפה הוא חוזה לכל דבר ועניין, על כל המשמעויות הנלוות לכך, ממש עלפי מודל המבע הפרפורמטיבי של אוסטין. עיקרון חוזי זה מעוגן בחוק החוזים הקובע בצורה ברורה בסעיף 23: "חוזה יכול שיעשה בעלפה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים".²⁶ במילים אחרות, המילים יוצרות התחייבות חוזית נורמטיבית לכל דבר ועניין. במקרה זה לא חשוב כלל אם זה בעלפה או בכתב. החוזה הוא חוזה, והוא נוצר במלל – מבע פרפורמטיבי.

החוק עצמו הגביל מבע פרפורמטיבי-מילולי זה בשני מקרים היוצאים מן הכלל. הראשון הוא סעיף 8 לחוק המקרקעין, הקובע כי: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב".²⁷ המבע הפרפורמטיבי-מילולי אינו יכול על פי החוק הישראלי ליצור התחייבות או העברת נכס במקרקעין. היוצא מן הכלל הזה – דרישת הכתב בחוזים העוסקים בנדל"ן – הוא מובן. מקרקעין הם יקרים. לרוב בני האדם אלו הן העסקאות היקרות ביותר שיעשו בכל ימיהם, ועל כן לא ניתן להתחיל לסמוך על הבנות כאלה או אחרות המסתמכות על אמירות שבעל פה. חייב להיות עוגן בסיסי חזק יותר והחוק הישראלי מצא אותו בדמות השפה הכתובה.²⁸

היוצא מן הכלל השני בחוק הישראלי לעיקרון תקפות חוזה שבעלפה הוא סעיף 5 (א) לחוק המתנה, הקובע: "התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב".²⁹ גם כאן יש לשער כי הסיבה לדבר היא שמתנות ניתנות ברגעי התרוממות רוח והתרגשות. אלו הם מצבים שבהם מצוי חוסר הבנה בין הנותן למקבל, והוא עלול להתפרץ לאחר שוך ההתרגשות. אשר על כן יש כאן דרישת כתב.

26 חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973, סעיף 23.

27 חוק המקרקעין תשכ"ט-1969.

28 כמובן שגם זה נכלל בגדר מבע פרפורמטיבי, אך כאמור, במחקר זה העיסוק הוא במילולי דווקא.

29 חוק המתנה, תשכ"ח-1968.

חוץ משתי דוגמאות אלה שיש בהן דרישת כתב מהותית ולא רק ראייתית, היינו ללא כתב אין בעצם חוזה כלל, שכן אנו חפצים בגמירות דעת מושלמת ורצינות מרבית בכל אחד מהנושאים הללו, הרי שבמשפט הישראלי כל חוזה הנעשה בעלפה הוא תקף ונקרא "חוזה". גם כאן אין ספק כי כוונת המחוקק היא לשפה האובייקטיבית המקובלת בחברה, אשר מבחנה יהיה "האדם הסביר". ברור כי החוק הישראלי, כמו כל שיטת משפט מסודרת, אינו עוסק בפילוסופיה של השפה, ולדידו לא ייתכן לעשות שימוש בשפה סובייקטיבית-אינדיבידואלית³⁰ בסוגיות חוזיות או קנייניות. המבע הפרפורמטיבי-מילולי-אובייקטיבי מקובל לחלוטין מבחינה נורמטיבית, והוא אכן יוצר במשפט הישראלי מציאות משפטית, חוזית וקניינית לכל דבר ועניין.

המבע הפרפורמטיבי-מילולי במשפט העברי ביחסים שבין אדם לחברו

לעומת העמדה המעניקה תוקף מלא למבע הפרפורמטיבי-מילולי ביצירת חוזים והתחייבויות קנייניות במשפט הישראלי, ניווכח כי השפה המילולית בדינים שבין אדם לחברו במשפט העברי היא באופן כללי חסרת משמעות. ההתחייבות המילולית של אדם כלפי רעהו על פי ההלכה אינה מעניקה יכולת פירעון חוזית מהאדם שהתחייב מילולית או אכיפה.³¹ לשון אחר, אדם המבטיח בעל פה עצם מסוים לחברו או מתחייב לפעול בעבורו באיזה שהוא עניין, אינו מחויב לעמוד בדיבורו, ושום בית דין אינו יכול לכופו לקיים את שהבטיח. שורשיה של ההתחייבות המילולית נעוצים במוסר, אך לא במשפט. אדם נדרש אמנם לעמוד בדיבורו כדי ש"לא יחל דברו",³² היינו שלא יחלל את מילתו והבטחתו, בין אם הייתה זו כשבועה דתית בין משום שכך מתבקש על פי ערכי

30 אלא אם כן יש כאן קוד שפה בקרב קבוצה או כת, אשר שם מילים מסוימות יישאו משמעות המובנת לדובר ולשומע. אך גם שיח זה הוא יוצא מן הכלל אשר אינו מעיד על הכלל.

31 להרחבה בנושא זה, ראו ש' ורהפטיג, דיני חוזים במשפט העברי, ירושלים תשל"ד, פרק ב – "הסכם דברים (תקפו ותוצאות אי קיומו)", עמ' 16–30; ב' ליפשיץ, אסמכתא, ירושלים תשמ"ח, עמ' 383–393. לא רציתי להיכנס ולדון בכל נושא ה"אסמכתא לא קניא", כיוון שנושא זה עוסק גם בהתחייבות בכתב ואינו מבטא בבירור את ההתחייבות המילולית שהיא מושא מאמר זה; ז' ורהפטיג, התחייבות, ירושלים תשס"א, בעיקר בפרק ה – "התחייבות להקנות נכסים".

32 במדבר ל, ג.

האמת. יש אשר קראו לזה "מוסר טבעי" או "האוטונומיה של הרצון",³³ אך כיוון שכך, והבסיס להתחייבות נתון לשיקולי מוסר, הרי ברור כי החובה המשפטית הנגזרת ממנה היא וולונטרית. היינו, אין יכולת לאכיפה חוקית אשר סנקציה משפטית בצדה.³⁴

יצחק ברנד³⁵ מביא שתי דוגמאות לסוגיית חולשת ההתחייבות המילולית במשפט העברי.³⁶ הראשונה היא, שלפי דין המשנה, "הנושא את האישה ופסקה עמו כדי שיזון את בתה חמש שנים – חייב לזון חמש שנים".³⁷ היינו, ההסכם בין האיש לאישה מחייב אותו. אולם בתלמוד הירושלמי תמהו על כך:

הנושא את האישה ופסקה עמו כו' במה הוא מתחייב לה? לא כן רבי יוחנן ור' שמעון בן לקיש תריהון אמרין [שניהם אמרו] הכותב שטר חוב על חברו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב לו ליתן לו. רבי שמעון בן לקיש אמר עשו אותה כתוספת כתובה ויתן בסוף עשו אותה כקידושי אישה ויתן משעה הראשונה עשו אותה כמקדש את האישה על מנת ליתן לה שנים עשר דינר זהב בשנה להיות מעלה לה מדינר זהב לחדש.³⁸

חולשתה של ההתחייבות בין איש לאשתו, כפי שמתואר במשנה, מתבטאת כאן בכמה אופנים. כבר מראשית הדיון תמה התלמוד הירושלמי על החיוב שבהתחייבות זו, ושאל, "במה הוא מתחייב לה?". ממהלך הדיון והקושיה עולה כי במשנה מדובר בהתחייבות מילולית, שאם לא כן מה אינו מובן, "במה הוא מתחייב לה?", שהרי לכאורה אם נכתבת ההתחייבות הרי שבוזה מתחייב האיש לאישה, בדיוק כשם שהיה מתחייב לפלוני כאיש. אשר על כן, הן ר' יוחנן הן ריש לקיש פותרים את הקושיה בעצם על ידי הכנסת האלמנט הכתוב, כל אחד

33 על המוסר הטבעי כמטיל חיוב, ראו ע' קאנט, הנחת יסוד למטאפיזיקה של המידות, ירושלים תשמ"ד, עמ' 96-97; Atiyah, P., *Promises, Morals and Law*, Oxford, 1981, pp. 140-142; א' שגיא, יהדות: בין דת למוסר, תל-אביב תשנ"ט, עמ' 128-130 ובמקורות שם.

34 עוד על זיקת הגומלין שבין ההלכה למוסר, ראו מ' אלון, המשפט העברי – תולדותיו, מקורותיו ועקרונותיו, ירושלים תשנ"ח, כרך א, עמ' 125-171.

35 י' ברנד, "הנושא ונותן בדברים" – בין התחייבות חוזית להסתמכות נזיקית", מחקרי משפט כד (תשס"ח), עמ' 5-57.

36 לדוגמאות נוספות, ראו א' גולאק, תולדות המשפט בישראל בתקופת התלמוד, כרך א – החיוב ושעבודיו, תל-אביב תשכ"ז, עמ' 5-6; ב' ליפשיץ, "מדוע אין המשפט העברי אוכף קיומה של הבטחה", משפטים כה (1995), עמ' 161-163.

37 משנה, כתובות יב, א.

38 ירושלמי, כתובות יב, א (לד ע"ד).

מהמנגנון המשפטי-הלכתי שאותו בחר, כדי להעניק משמעות נורמטיבית להתחייבות האיש כלפי האישה. היה ברור להם שהתחייבות מילולית אינה תקפה ולכן יש צורך להמירה בכתובה. על פי הטרמינולוגיה של אוסטין, אולי נאמר כי ההתחייבות המילולית יכולה להיות מבע פרפורמטיבי, ואילו החוזה שבכתב הוא המבע הקביעתי, זה המתאר את ההתחייבות המילולית. אולם מדברי הירושלמי עולה כי המבע הפרפורמטיבי-מילולי בלבד הוא חסר משמעות ללא ההתחייבות הכתובה, ולכן אין הוא יוצר התחייבות כלל.

ברנד מסביר כי קביעה זו של ר' יוחנן וריש לקיש מתבלטת על רקע הצגת מקרה התחייבות המוצג באופן מסורבל כחוב פיקטיבי: "הכותב שטר חוב על חברו בחזקת שהוא חייב לו ונמצא שאינו חייב לו – אינו חייב ליתן לו". זאת במקום להציג בפשטות שיש כאן התחייבות. הצגה מסורבלת זו מלמדת על הפשטות שבחוב לעומת הבעייתיות שבהתחייבות. נוסף על כך, במסקנת הדיון נמנע הירושלמי מלתת להתחייבות שבמשנה תוקף עצמאי. חובת האיש למזונות בת אשתו השנייה נסמכת על מוסדות משפטיים אחרים המעניקים לה חסות, כתוספת כתובה או כהתניה בקידושי אישה. ברם אלמלא מוסדות אלו אין להתחייבות המילולית בעצמה תוקף הלכתי-משפטי המחייב את האיש, שכן המבע הפרפורמטיבי-מילולי במשפט העברי אינו תקף ביחסים שבין אדם לחברו.

דוגמה שנייה שבה נוקט ברנד כדי להבהיר את הסוגיה היא, שלפי ההלכה במשנה ניתן לערוך הסכם שמירה הנוגד את דיני השומרים בתורה: "מתנה שומר חנם להיות פטור משבועה, והשואל להיות פטור מלשלם, נושא שכר והשוכר להיות פטורין משבועה ומלשלם".³⁹ אולם התלמוד מערער על תוקפו של הסכם השמירה המילולי כשהוא לעצמו:

תנא: ומתנה שומר שכר להיות כשואל.

במאי, בדברים?

אמר שמואל: בשקנו מידו.

ורבי יוחנן אמר: אפילו תימא [אפילו תאמר] בשלא קנו מידו, בההיא הנאה דקא נפיק ליה קלאדאינישמהימנא הוא - גמיר ומשעבד נפשיה. [באותה הנאה שיוצא עליו קול (שמתפרסם) שהוא אדם נאמן – גומר בנפשו ומשעבד את עצמו].

דוגמה זו מפורשת יותר, כיוון שהיא מתייחסת במישרין לעיקרון שלילת המבע הפרפורמטיבי-מילולי כיוצר התחייבות. כבר בתחילה שואל התלמוד בתמיהה רטורית: "במאי – בדברים?!", כרוצה לומר, האומנם תקף הסכם זה על בסיס אמירה מילולית בלבד? ברור היה לו לתלמוד כי אין במלל כדי ליצור חיוב, ולכן רצה לברר כיצד בדיוק נוצרה ההתחייבות. ואכן, מיד מתקבל מענה כי אין בדברי המלל כדי להביא לחיוב אמתי, אלא אם כן נתלוותה להתחייבות המילולית מעשה קניין כקניין סודר – "קנו מידו", או לחלופין כאשר היא באה על דרך "בה היא הנאה", היינו על ידי תמורה המתבטאת בטובת הנאה שתצמח למתחייב ממילותיו, למשל שיראו בו אדם אמין. אשר גולאק המחיש בדוגמה זו את העיקרון שלפיו "אין ההתקשרות והחיובים הכרוכים בה נגמרים בדברים בלבד".⁴⁰ אכן המבע הפרפורמטיבי-מילולי אינו יכול ליצור חיוב בעצמו, אלא אם כן התלוותה אליו פעולת קניין או לחלופין הייתה עמו טובת הנאה כלשהי שהיא מעין תמורה הממלאת את הדרישה למעשה קניין.

על פי המשפט העברי, מעשה קניין ניתן לביצוע במספר דרכים. הדבר תלוי במושא החפץ, אם מדובר במיטלטלין או במיקרקעין. דרכי המכר בקצרה הם: משיכה, הגבהה, מעות, חזקה וקניין סודר,⁴¹ אך בשים לב שהדיבור אינו אחד מהדרכים לביצוע מכר כלשהו. אולם יש לומר, כי חולשת המילה ביצירת התחייבות הביאה את חז"ל לנקוט בגישה שתבהיר כי הגם שאין יכולת לאכוף את ההתחייבות המילולית, אף על פי כן אין רוחם נוחה מהתנהגות קלוקלת שכוז. וכך הוא בגמרא:

והנושא ונותן בדברים – לא קנה, והחוזר בו – אין רוח חכמים נוחה הימנו. ואמר רבא: אנו אין לנו אלא אין רוח חכמים נוחה הימנו.⁴²

והסביר רש"י:

אין רוח חכמים נוחה הימנו – אין נחת רוח לחכמי ישראל במעשיו של זה, אין דעתם נוחה עליהם, הימנו – על ידו. אנו אין לנו – קללה אחרת, אלא אינו הגון בעיני חכמים.

40 א' גולאק, יסודי המשפט העברי, תל-אביב תשכ"ז, ב, עמ' 33, הערה 1.

41 לא נוכל לפרט את כל המקורות לסוגיה גדולה ומורכבת זו, ואין זה מעניין מאמר זה להיכנס לכל הפרטים, אך נציין למשנה, בבא מציעא, פרק ד; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קצ.

42 בבלי, בבא מציעא מח ע"א.

בלשון התוספתא נאמר: "והנושא והנותן בדברים אין לו עליו אונאה אבל אמרו חכמים כל המבטל את דבריו אין רוח חכמים נוחה הימנו".⁴³ מכר הנעשה בדיבור בלבד אין שמו מכר והוא אינו ניתן לאכיפה. על כן אפילו אונאה אין כאן, הגם שחכמים הביעו אי-נוחות ממצאיאות הלכתית-משפטית-מוסרית רופפת שכזו.⁴⁴

במקום אחר הגדילו חז"ל והטילו מעין קללה על מי שאינו עומד בדיבורו במקרה של התחייבות מילולית: "אבל אמרו: מי שפרע מאנשי דור המבול ומדור הפלגה הוא עתיד להיפרע ממי שאינו עומד בדבורו".⁴⁵ הטלת קללה זו מראה בעליל כי לא היה אמצעי משפטי-הלכתי של ממש לאכוף את ההתחייבות המילולית בבית דין של מטה, ולכן פנו לדרך אחרת של הרתעה בדמות קללה מגבוה, בבית דין של מעלה.

43 תוספתא, בבא מציעא ג, יד.

44 בתשובות הגאונים מובאת תשובה בשם רב סעדיה גאון שבה הוא מדרג את המכר ונוקט בגישה הרואה את המכר כמשהו פיזי. לכן ככל שהפזיות של המכר חלשה יותר כך חלש המכר עצמו. תשובות הגאונים שערי צדק, חלק ד, שער ו, סימן ח: "ומצאנו הדיבורים שהמוציאים בין שני בני אדם במשאם ומתנם על שלש מעלות, הראשונה – דיבור ממש ואין שם מתן שום סיבה ולא קבלת החפץ, השנית – דיבור ומתן סיבה בלא קבלת החפץ, והשלישית – דיבור ומתן סיבה וקבלת החפץ. וכשמתחברין השלשה בשעת מקח וממכר ואמר ראובן לשמעון הרי מכרתי לך זו הסחורה במאה זוזים ונתן מאת הזהובים שהם הסיבה ונטל הסחורה שהוא החפץ ועוד אילו היה נוטל הסחורה ולא היה נתן הדמים, הרי המקח קיים ולא נשאר מקום לאחד מהם לחזור בו, כמו ששנינו (ב"מ דף מד) משך ממנו פירות ולא נתן לו מעות אינו יכול לחזור בו, וכל שכן אם נתן לו מעות. ואם אמר לו הרי מכרתי לך הסחורה במאה זוזים ונתן הזוזים שהם הסיבה ולא קבל הסחורה שהיא החפץ ורצה אחד מהם לחזור בו, אינו חייב בדיני אדם אבל הוא חייב בדיני שמים מפני שלא עמד בדיבורו עם הסיבה, כמו ששנינו (שם, ב"מ דף מד) נתן לו מעות ולא משך ממנו פירות יכול לחזור בו אבל אמרו מי שפרע מאנשי דור המבול הוא עתיד ליפרע ממי שאינו עומד בדיבורו. ואם אמר לו הרי מכרתי לך סחורה זו במאה זוזים ולא קיבל הסחורה שהוא החפץ ולא נתן לו הזוזים שהם הסיבה, אין הדיין מחייב אותו שום דבר וגם אינו חייב בדיני שמים כלום, ואין בזה אלא שהצדיקים אין רוצין לחזור בהן".

בקצרה: (1) מכירה הנעשית במשיכה – המכר הוא מכר וניתן לאכיפה; (2) חלש ממנו: מכר במסירת מעות ללא משיכה – ניתן לחזור מהמכר, אך תהיה כאן סנקציה לחזור בו; (3) חלש מכולם, הסכם מכר שנעשה בדברים בלבד – המכר ניתן לחזרה ואפילו סנקציה אין כאן.

45 שם מדובר במקרה שהייתה התחייבות מילולית בתוספת מתן מעות, ומשום שקניין מעות אינו קניין, יכול לחזור בו. עם זאת, "משום דברים שבאו על כך לכלל מעשה", כלשונו של רש"י (בבא מציעא מח ע"א, ד"ה "קאיי"), הרי שהחזר בו נתון לסנקציה מוסרית חמורה יותר, המקבלת את ביטויה בקללת "מי שפרע". עוד על קללת "מי שפרע", ראו ש' ורהפטיג, (לעיל הערה 31), עמ' 22–25.

וכך היא ההלכה המקובלת כפי שנפסקה בשולחן ערוך, שהתחייבות מילולית אינה קונה עד שיהא מעשה קניין:

אין המקח נגמר בדברים; שהאומר לחברו: היאך אתה נותן לי חפץ זה, ואמר ליה: בכך וכך, ונתרצו שניהם ופסקו הדמים, יכולים לחזור שניהם, אפילו היה הדבר בפני עדים ואמרו להם: הווי עלינו עדים שמכר זה ושלקח זה, הרי זה אינו כלום עד שיגמור המקח. כל דבר ודבר כראוי לו; קרקע לפי קניינו, ובעלי חיים לפי קנינם, ומטלטלים לפי קנינם. ולאחר שנגמר המקח, כל אחד לפי קניינו, אין שום אחד מהם יכול לחזור בו, אפילו לא היו עדים בדבר.⁴⁶

כפי שהראיתי לעיל, עלפי המשפט העברי אין להתחייבות המילולית שום נפקות של "מבע ביצועי" בבניית היחסים שבין אדם לחברו. אמירות מילוליות, תהינה אשר תהינה, הן חסרות משמעות, שכן "אין המקח נגמר בדברים", ואין סנקציה משפטית קיימת המעניקה יכולת אכיפה של אמירה "ביצועית" לכאורה שכזו. נדגיש, כי אין מדובר כאן רק במקרים שבהם המבע הקביעתי הוא תיאור של המבע הפרפורמטיבי-מילולי בלבד, אלא שאין כאן בעצם כל קביעה או תיאור אם לא התמלאה דרישת מעשה הקניין. באחת: המבע הפרפורמטיבי-מילולי הוא חסר משמעות מבחינה נורמטיבית, על אף חשיבותו האתית. במקרים אלה אך למותר לציין כי השפה היא השפה האובייקטיבית המקובלת בחברה, או לחלופין שפה שכזו המקובלת בין כורתי החוזה או ההתחייבות, שהרי הלכה היא "ונתרו שניהם". עוד עובדה חשובה שצריכה להיאמר כאן היא, שהמבע הפרפורמטיבי-מילולי בצירוף עם מעשה הקניין יוצר חוזה לכל דבר ועניין, "אפילו לא היו עדים בדבר", שכן תפקידם של אלה האחרונים שייך לדיני הראיות ולא לדיני החוזים.⁴⁷

יוצאים מן הכלל בדינים שבין האדם לחברו

"דברים הנקנים באמירה"

אחד מן המקרים היוצרים קניין בהלכה, על אף העובדה שהדברים נעשו בצורה מילולית בלבד, הוא מה שמכונה, "דברים הנקנים באמירה" או "פסיקתא".⁴⁸ וכך הוא בגמרא:

46 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קפט, סעיף א.

47 אינני נכנס לסוגיית עדי הקיום כמו שקיים למשל בקידושין, אלא למקח וממכר רגיל.

48 לתיאור ולפירוט סוגיה זו, ראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך "דברים הנקנים באמירה".

אמר רב גידל אמר רב: כמה אתה נותן לבנד? כך וכך, וכמה אתה נותן לבתד? כך וכך, עמדו וקידשו – קנו, הן הן הדברים הנקנים באמירה [...] אלא בההיא הנאה דקמיחתני אהדדי, גמרי ומקני להדדי [אלא באותה הנאה שמתחתנים זה עם זה, גומרים ומקנים זה לזה].⁴⁹

אם כן, אף על פי שכל התחייבות צריכה מעשה קניין, כפי שהראיתי לעיל, מכל מקום במקרה של שידוכים והתחייבויות, כשמיד לאחר ההכרזה עמדו האבות וקידשו, הרי שיש כאן קניין, ו"הן הן הדברים הנקנים באמירה". ואפילו פסק האב לבתו הבוגרת, שעל פי ההלכה אין ההנאה של כסף הקידושין באה לידו של אב, בכל זאת הרי זה גומר ומקנה בדברים. דבר זה נלמד מהעובדה שגם במקרה של אבי הבן שאין הנאה באה לידו אמרו כן. וכיצד זה ייתכן שאמירה מקנה? אלא שהמסקנה ההלכתית היא שבאותה הנאה שבאה אליהם בזה שהם מתחתנים זה עם זה הרי הם גומרים בלבבם להקנות זה לזה.⁵⁰

על סברה יוצאת מן הכלל זו, שלפיה הקניין מתבצע באמירה מילולית בשונה מן ההלכה הכללית בנושא זה, נחלקו הראשונים: יש הסוברים שהסברא האומרת כי "בהנאה זו שמתחתנים גמרו והקנו", איננה עיקר הטעם. טעם זה נאמר רק כדי שלא יהא הדבר כהלכה בלא טעם, ולכן אמרו את הטעם הזה. לשיטתם, עיקר הטעם הוא שזוהי תקנת חכמים, ברם כדי שלא יטעו אנשים לומר שהקידושין תלויים באותם התנאים, מאחר שסמוך לאותם הדברים קידשו, תיקנו שהקידושין יהיו גמורים בלי שום תנאי והתנאים יהיו עליהם חוב גמור. משום כך הדיבורים במקרה זה אכן יוצרים ומבצעים קניין.⁵¹ אחרים

49 בבלי, כתובות קב ע"א; וכך נפסק ברמב"ם, הלכות אישות כג, יג; הלכות זכייה ומתנה ו, יז; טור ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן נא, סעיף א.

50 להלן מקרים נוספים שבהם אומרים כי הדברים נקנים באמירה: התחייבות המשודכים והקרובים. המשודכים עצמם שפסקו עליהם, רוב הראשונים סוברים שאף הם מקנים באמירה בלבד והרי, "שהיו שידוכים בין איש ואישה ואמר לה כמה את מכנסת לי, כך וכך, ואמרה לו וכמה אתה נותן לי או כותב לי, כך וכך, ועמדו וקידשו, הרי הם קונים באמירה" (רמב"ם, הלכות אישות כג, יג; העיטור, אות פ פסיקתא בשם גאון; מאירי, כתובות קב ע"ב; סמ"ג עשין מח; טור ושולחן ערוך, אבן העזר, סימן נא, סעיף א). וכן בנישואין שניים. האב שפסק לבנו או לבתו אינו מתחייב באמירה, אלא בנישואין ראשונים, שמרוב שמחתו בנישואין ראשונים גמר והקנה, אבל בנישואין שניים אינו נקנה באמירה (ירושלמי, כתובות ה, א; תוספות, כתובות קט ע"א, ד"ה "תשב"; רמב"ם, הלכות אישות כג, יד; טור ושולחן ערוך, אבן העזר סימן נא, סעיף א).

51 מאירי, קדושין ט, ב, ד"ה "זה שאמרו בשם יש שפירשו"; שו"ת נודע ביהודה, מהדורה קמא, חושן משפט, סימן כח.

סוברים שעיקר הטעם הוא אכן טובת ההנאה, היינו שבהנאה זו שמתחתנים זה עם זה גמרו בדעתם והקנו ולכן כאן ההתחייבות המילולית יוצרת קניין.⁵² ביסודו של דבר, קניין הוא החלפת שווי בשווי. במקרים שעליהם נאמר כי הם "דברים הנקנים באמירה" יש יסוד של קבלת שווי על ידי המתחייב בטובת ההנאה שהוא מצפה לקבל תמורת התחייבויותיו.⁵³ דבר זה מבוטא באמירה, "בההיא הנאה [...] גמר ומקני".⁵⁴ אף אם אין כאן טובת הנאה במובן המקובל, אלא עילה או סיבה כלכלית או אחרת, בכל זאת חכמי התלמוד ראו בה תמורה המשלימה קניין לכל דבר.⁵⁵

במילים אחרות, לפי גישה קניינית זו נאמר כי מעשה הקניין נועד להביע את גמירות הדעת, או על פי המודל של אוסטין, זהו "מבע קביעתי" המבוטא במעשה ולא במלל או בכתב, והמתאר את גמירות הדעת שבין הצדדים. מכיוון שבכל מוכר יש נתינה וקבלה, ניתן היה לשער כי אין כאן גמירות דעת שלמה. כדי להפריך השערה זו נעשה מעשה קניין שמראה בעליל כי אכן יש כאן גמירות דעת.

על נושא גמירות הדעת בקניין כתב החזון איש:⁵⁶

כלל גדול יהיה לך בקניינים, דעיקר הקניין הוא שיגמור בלבו להקנות הדבר לחברו, וחברו יסמוך דעתו עליו. ויש דברים שקים להו לחז"ל שדיבור בעלמא גומר בלבו להקנות לחברו; ויש שאינו גומר בלבו רק על ידי הקניינים המפורשים מן התורה או מחז"ל.⁵⁷

52 מאירי שם בשם יש מפרשים. וכן הגר"י מפוזנא בתשובתו להנדוע ביהודה שם, סימן כז, ד"ה "ומ"ש כבוד אדוני".

53 ראו א' וסרמן, קובץ שיעורים, תל-אביב תשכ"ד, א, כתובות סימן שלו, עמ' קלח.

54 על הביטוי "בההיא הנאה", ראו ז' ורהפטיג (לעיל הערה 31), עמ' 376-380. הוא עסק שם בשאלה המופיעה בראשונים: האם "בההיא הנאה" היא בעצם פעולת מעשה קניין, כקניין כסף או קניין חליפין או שמא עדות לגמירות דעתם של הצדדים, דבר הבא במקום מעשה קניין? ראו שם, עמ' 10-11, הערות שוליים 26-28. רוב הראשונים והחוקרים מצדדים בדעה השנייה.

55 ש' ורהפטיג (לעיל הערה 31), עמ' 7-12. שם הוא מביא עוד מספר דוגמאות למקרים שבהם חל העיקרון, "דברים הנקנים באמירה". אך שם רוב הדברים הם התחייבויות ולא קניין של העברת טובין, כגון התחייבות להיות ערב, התחייבות שומר חנם להיות כשואל, מחילת חוב ועוד.

56 חזון איש, חושן משפט, סימן מב, וכן באבן העזר, סימן לח, ז' וסימן מג, א.

57 על נושא גמירות הדעת בקניין בהרחבה ובעומק, ראו א' וייס, מנחת אשר, בבא בתרא, ירושלים תשס"ד, סימן מו, עמ' קנה-קסג. שם הוא מביא את הגישה הטוענת לגמירות דעת כבסיס לקניין עד שאין צורך למעשה קניין בפועל. המנחת אשר מתקשה בקביעה עקרונית

במקרה של הורי חתן וכלה יש הנאה הדדית, ומשום כך יש כאן גמירות דעת שלמה המוכחת מעצם המעמד וההסכם. על כן אין צורך במעשה קניין ואלו הם הדברים הנקנים באמירה. חוזים אלה הם בעלי מעמד מיוחד, משום שהם נכרתים בזמן תכוף לזמן האמירה המחייבת סמוך לזמן השידוכין. זיקתם זו להנאת החיתון היא המעניקה להם תוקף נורמטיבי מחייב, אף שזוהי התחייבות באמירה בלבד.⁵⁸

לסיכום, כל נושא "דברים הנקנים באמירה", שהוא מבע פרפורמטיבי-מילולי, הוא יוצא מן הכלל לכל תפיסת ההתחייבות המילולית אשר, כפי שהראיתי לעיל, אין לה תוקף במשפט העברי אם אין בצדה מעשה קניין.⁵⁹

סיטומתא

יוצא מן הכלל שני לנאמר לעיל הוא מה שמכונה "קניין סיטומתא".⁶⁰ מונח זה הוא מושג הלכתי שפירושו: דרך קניין הנהוגה בקרב הסוחרים או בידי בני מקום מסוים. דוגמה לזה היא למשל תקיעת כף, אשר נתקבלה בקרב סוחרים סחורות מסוימים כקניין מחייב לכל דבר. ההלכה אמנם העניקה למנהג הסוחרים מעמד נורמטיבי מחייב, אך נשאלת השאלה אם כך הוא הדין גם במקרה של דיבור בעלמא. מנחם אלון מתאר⁶¹ דיון בפוסקים שבו נידונה השאלה מהו הדין במציאות שבה האמירה היא הסיטומתא, קרי המנהג לביצוע הקניין. הרא"ש התנגד בתוקף לראות באמירה משהו מחייב. הוא נותר נאמן

זו. בסוף דבריו הוא מסכם ואומר: "אין הכרח מדבריהם דמהני גמר ומקני לעשות קנין גמור. וע"ע בחזון איש בכורות סי' י"ט אות י"ג דאין אנו בקיאין בזה לדמות מילתא למילתא אלא במקום שהוזכר בשי"ס".

58 עוד על הנושא, ראו ז' ורהפטיג (לעיל הערה 31), עמ' 88–90; 112. ורהפטיג מציין כי משום אופייה של התחייבות זו, לרוב הראשונים היא יכולה לחול גם על דברים שלא באו לעולם. הרמב"ם הוא יוצא מן הכלל לשיטה זו.

59 סברה זו, שיסודו של הקניין הוא גמירות הדעת, נאמר גם על ידי ר' שמעון שקופ, מערכת הקניינים, סימן יא. שם הוא מתבסס על דעתו של הרשב"א בנושא (על מסכת בבא קמא קב ע"ב). סברה דומה נמצאת גם בפני יהושע על מסכת קידושין כו ע"ב, ד"ה "תוספות". ש' אלבק הרבה לבסס את דיני הממונות במשפט העברי על עיקרון גמירות הדעת. ראו בספריו: ש' אלבק, דיני הממונות בתלמוד, תל-אביב תשל"ו, עמ' 112–178; הנ"ל, יסודות בדיני הממונות בתלמוד, רמת גן תשנ"ד; הנ"ל, מבוא למשפט העברי בימי התלמוד, רמת גן תשנ"ט, עמ' 153–241.

60 על המושג ומשמעותו, ראו ר' קליינמן, "מנהגי הסוחרים בדרכי הקניין במשפט העברי (קניין סיטומתא)", עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן תש"ס.

61 מ' אלון (לעיל הערה 34), א, עמ' 744–746.

לקביעה היסודית שלשם גמירות דעת מוחלטת צריך מעשה קניין ולא אמירת דברים: "אבל דיבור בעלמא – לא, אפילו אי [אם] נהוג, מנהג גרוע הוא, ולא אזלינן בתריה [לא הולכים אחריו]"⁶². הרא"ש נותר נאמן לעיקרון שעל פיו המבע הפרפורמטיבי-מילולי לבדו אינו יוצר התחייבות קניינית או חוזית כלשהי, אף שקניין סיטומתא הוא לגיטימי ומקובל.

לעומת גישתו השוללת של הרא"ש ניצב הרדב"ז. הוא כן מעניק משמעות נורמטיבית מחייבת לאמירת התחייבות, אם אכן מדובר במנהג המקום, קרי סיטומתא:

לפי שכבר נהגו כל ישראל שמקנים זאת המצווה על ידי דבור בעלמא. וכבר ידעת כי המנהג עיקר גדול בכל כיוצא בדברים אלו, ראיה מהא דאמרינן במציעא האי סיטומתא [=שאמרנו במסכת בבא מציעא, זו הסיטומתא] [...] דאע"ג דלא קנה באחד מדרכי הקנין קנה מפני המנהג.⁶³ כך שהרדב"ז כן מעניק למבע הפרפורמטיבי-מילולי כוח ליצור התחייבות קניינית או חוזית.

יש לזכור כי מחלוקת זו, על קניין סיטומתא בדרך של אמירה מילולית, איננה מחלוקת על עצם הקניין בדברים שלכולי עלמא אין לו תוקף הלכתי מחייב, כפי שהארכת לעיל. זוהי בעצם מחלוקת על כוחו הנורמטיבי של המנהג, או בשמו המסורתי בהקשר של מנהג הסוחרים – "סיטומתא". אלון מסכם את הדיון באמרו כי תפיסתו של הרדב"ז התקבלה על דעתם של הפוסקים האחרונים, ועל פיה העניקו תוקף הלכתי מלא למכירות פומביות, עסקאות בבורסה וכיוצא באלה, כיוון שזוהי דרך המכירה המקובלת לסוג כזה של מסחר. ברם זוהי דוגמה למקרה היוצא מן הכלל, ולכן אל לנו להסיק ממנו כי למילה האמורה יש משמעות קניינית בהלכה. יש בקניין הסיטומתא עוד דוגמה לכוחו הנורמטיבי של המנהג, אך לבד מזה, עיקרון היסוד הוא שדברים בעלמא בלבד, קרי המבע הפרפורמטיבי-מילולי לבדו, אינו יוצר התחייבות קניינית או חוזית ואף אינו מבצע קניין.

62 שו"ת הרא"ש, כלל יב, סימן ג, ד"ה "נכדי ידידי".

63 שו"ת רדב"ז, א, סימן רעח, ד"ה "תשובה לא".

אודיאה

יוצא מן הכלל נוסף לקניין המתבצע על ידי מלל ודברים ללא מעשה קניין הוא "קניין אודיאה"⁶⁴. פירוש מונח זה בארמית הוא הודאה. הכוונה בזה היא להודאה של אדם כי דבר מסוים שייך לאדם אחר או שהוא מודה בעצם קיום חוב מסוים לאחר. הכלל העומד בבסיס עיקרון משפטי-הלכתי זה הוא, "הודאת בעל דין כמאה עדים דמי"⁶⁵. לפי כלל זה הרי שיש בכוחה של הודאת הבעלים לזכות את זה שההודאה נמסרה לטובתו.⁶⁶

יש הסוברים כי הודאה זו היא כמעשה קניין ממש, כאילו נעשה כאן מעשה בפועל של משיכה, מסירה או מעשה אחר משאר הקניינים. זאת כיוון שעל ידי ההודאה זוכה אדם אחר בדבר שלא היה שייך לו מקודם.⁶⁷ ראוי לציין כאן את אמירתו הגורפת של בעל הנודע ביהודה על קניין אודיאה: "שהודאה הוא הקנין בעצמו ולא מטעם שכיון שהודה אמרינן שכבר הקנה לו אלא שזה הוא הקנין בעצמו, כאשר לדעתי הודאה הוא הקנין הגדול שבכל הקניינים ואפילו דבר שאינו נקנה בשום קנין נקנה בהודאה"⁶⁸.

במילים אחרות, לשיטתו אין מדובר כאן על מבע קביעתי המתאר בעצם את ההתחייבות שהייתה כבר קיימת לפני, אלא שעצם ההודאה היא היוצרת את החיוב, ממש מבע פרפורמטיבי-מילולי. לא רק אישוש, אלא יצירת החיוב.

לעומת פוסקים אלה ניצבים אחרים הסוברים כי אודיאה איננה אלא מטעם נאמנות וברור, שאדם נאמן על עצמו יותר ממאה עדים לחובתו.⁶⁹ על כן המחזיקים בדעה זו אומרים שאין אודיאה אלא כזכות להוציא את הדבר בבית דין, אבל אין הדבר נעשה מיד כקנינו של פלוני.⁷⁰ אלא יאמרו בעצם כי האודיאה היא מבע קביעתי ולא פרפורמטיבי.

לאחר ברור ראשוני של מושג האודיאה, נשאלת השאלה העומדת בבסיס המחלוקת הזו אם האודיאה היא מבע קביעתי או פרפורמטיבי, כלומר אם יכול

64 על המונח באריכות, ראו אנציקלופדיה תלמודית, א, ערך "אודיאה".

65 בבלי, גיטין מ ע"ב, ובעוד מקומות.

66 בבלי, בבא בתרא קמט ע"א.

67 קצות החושן, סימן מ, סעיף קטן א וסימן קצד סעיף קטן ד, על פי תוספות, בבא מציעא מו ע"א ובבא בתרא שם; נתיבות המשפט, סימן ס, סעיף קטן יז.

68 שו"ת נודע ביהודה מהדורה קמא – חושן משפט, סימן ל, ד"ה "וז ומלבד".

69 ריטב"א, בבא מציעא מו ע"ב; שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן נ, הובאה בבית יוסף, חושן משפט, סימן רנב.

70 ריטב"א שם.

אדם להתחייב בהתחייבות חדשה על ידי אודיתא. בסוגיה זו נחלקו הפוסקים. יש הטוענים כי גם התחייבות חדשה יכול אדם להתחייב באודיתא, אף על פי שלא היה חייב כלום קודם לכן:

כל האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה, או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אף על פי שאין שם עדים, או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר, אף על פי שלא אמר אתם עדי, הואיל ואמר בשטר הרי זה כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם, אף על פי ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה אצלו כלום.⁷¹

היינו מבע פרפורמטיבי-מילולי של החוב החדש. אבל רבים מהראשונים חולקים על זה ואומרים שהתחייבות חדשה אינה מועילה אלא על ידי קניין ממש, או לכל הפחות על ידי שטר גמור שחתם עליו ורוצה להשתעבד על ידי שטר זה.⁷² כלומר שלילת המבע הפרפורמטיבי-מילולי כשלעצמו.

יש שטענו כי גם ללשון ההתחייבות יש משמעות עקרונית למוסד האודיתא, שכן אין התחייבות באודיתא אלא אם כן אמר בלשון הודאה: "חייב אני לפלוני מכבר", אבל אם אמר: "אני מתחייב לפלוני מנה", אין כל משמעות להתחייבות זו, אלא אם כן ההתחייבות המילולית הזו לוותה במעשה קניין. זאת כיוון שאילולא מעשה הקניין תיחשב ההתחייבות המילולית הזו כדברים בעלמא, שאין להם כל משמעות נורמטיבית.⁷³ אם כך הוא, הרי שעל פי גישה זו נראה בבירור כי האודיתא היא מבע קביעתי, שכן יש כאן תיאור של חוב קיים, "חייב אני לפלוני מכבר", אחרת לא ייווצר חיוב אלא אם כן היה כאן מעשה קניין.

נמצאנו למדים כי יש צדדים במוסד ההלכתי אודיתא, אשר על פיהם התחייבות מילולית בתנאים מסוימים, אכן יבצעו פעולה משפטית-הלכתית. ברם יש לשים לב כי המדובר הוא במציאות משפטית שאיננה יונקת את סמכותה מעצם השפה המילולית או מהמבע הפרפורמטיבי-מילולי. היסוד המונח בבסיס האודיתא הוא, לשיטות הפוסקים שאכן מעניקים משמעות הלכתית-קניינית לאודיתא, העיקרון "הודאת בעל דין כמאה עדים דמיי". אם כן, לא המלל הוא זה היוצר את הקניין, כי אם העיקרון המשווה את הודאת בעל

71 רמב"ם, הלכות מכירה יא, טו. הכסף משנה על אתר טוען כי הוא מתורת אודיתא; שולחן ערוך, חושן משפט, סימן מ, סעיף א.

72 רש"י, ר"ת, רמב"ן ורשב"א על מסכת כתובות קא ע"ב. וכן ראו בקצות החושן (לעיל הערה 67), סימן מ.

73 קצות החושן שם, על פי שולחן ערוך, חושן משפט, סימן ס; ש"ך ונתיות המשפט, סימן מ.

הדין למוסד המשפטי של העדות. באחת, המבע הפרפורמטיבי-מילולי כיוצר התחייבות במלל בלבד עדיין נותר ריק מתוכן ביחסים שבין אדם לחברו, על אף עיקרון האודיתא או שאר היוצאים מן הכלל שהוזכרו לעיל.

המבע הפרפורמטיבי במשפט העברי ביחסים שבין האדם לקונו

הקדש

כפי שראינו למעלה, בחוזים שבין אדם לחברו המבע הפרפורמטיבי-מילולי הוא חסר משמעות משפטית-הלכתית, לבד ממספר יוצאים מן הכלל. אמנם במשפט האזרחי חוזה שבעל פה הוא חוזה לכל דבר, אך במשפט העברי לא כך הם פני הדברים. אולם זאת כל עוד מדובר ביחסים שבין אדם לחברו, ברם ביחסים שבין אדם לקונו הרי שחוזה שבעלפה, חוזה שלכאורה נכרת על ידי התחייבות מילולית בלבד, הרי שהוא מחייב לחלוטין, ויש אף מספר סנקציות על המפר אותו. זאת כיוון שבעצם לא ניתן להפר כל חוזה שבין אדם לקונו אף אם נוצר בדיבור בלבד. באחת, המבע הפרפורמטיבי-מילולי ביחסים שבין האדם לקונו אכן יוצר חיוב.

סוגיה מעניינת המדגימה את ההבדל המהותי שבין דיני חוזים שבין אדם לחברו לדינים שבין אדם לאלוהיו, ניתן לראות בסוגיית ההקדש.⁷⁴ מקורו של ההקדש הוא מהפסוק, "ואיש כי יקדיש את ביתו קודש לה"⁷⁵ ומהפסוק, "מוצא שפתיך תשמור ועשית".⁷⁶ ההלכה מכירה בשני סוגי הקדש: הקדש בדק הבית והקדש מזבח. הראשון הוא לתיקון הבלאי וההרס של בניין בית המקדש, ואילו האחרון הוא לרכישת קרבנות בעלי חיים, מנחות ונסכים שמקריבים על גבי המזבח במקדש. על פי ההלכה, הקדש בדק הבית נקרא קדושת דמים.⁷⁷ גם אם לקח אבנים כדי לשקען בבניין שבמקדש, אם נמלך עליהן לפדותן יכול לפדותן, וכן כשנפל הבניין אם רוצה פודה את האבנים. אבל כל שאינו עומד להימכר, אפילו שאין גופו עולה למזבח, הרי זה קדושת הגוף.⁷⁸ הקדש מזבח הוא קדושת

74 לתיאור ולפירוט של סוגיה גדולה זו, ראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך "הקדש".

75 ויקרא כז, יד.

76 דברים כג, כב; רשב"ם, בבא בתרא קלג ע"ב, ד"ה "ולא תשיימה".

77 בבלי, חולין קלט ע"א במקדיש תרנגולתו; רש"י, מעילה יב ע"ב, ד"ה "אבל"; תוספות, שם,

ד"ה "אלא"; רמב"ם, ערכין ה, יח: "שכל הקדש בדה"ב [בדק הבית] קדושת דמים הוא".

78 תוספות, ערכין כח ע"א, ד"ה "דת"ר".

הגוף, אלא אם הקדיש כדי למכור ולהביא בדמים צורכי מזבח, הרי זה קדושת דמים.⁷⁹

אם התחייבות מילולית בין אדם לחברו היא נטולת משמעות נורמטיבית, אלא אם נעשתה ביחד עם מעשה קניין, הרי שעל התחייבות מילולית בין אדם לאלוהיו נאמר: "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט".⁸⁰ מילים אלה מבטאות בצורה ברורה כי "מעשה הדיבור" הוא "מעשה הקניין" לגבוה. שוני מהותי זה בין התחייבות מילולית לאדם (הדיוט) ובין התחייבות מילולית לאל (גבוה) מפורשים בדברי הגמרא:

מתני'. רשות הגבוה – בכסף, ורשות ההדיוט – בחזקה. אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט.

גמ'. תנו רבנן: כיצד רשות הגבוה בכסף? גזבר שנתן מעות בבהמה, אפילו בהמה בסוף העולם – קנה, ובהדיוט לא קנה עד שימשוך. כיצד אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט? האומר שור זה עולה, בית זה הקדש, אפילו בסוף העולם – קנה, בהדיוט לא קנה.⁸¹

בדברים אלה מובע במפורש העיקרון המצריך מעשה קניין פיזי כאשר מדובר בהעברת עצם, נכס או בעל חיים, בין מוכר לקונה, בין אדם לחברו, וכבר הארכתי בזה לעיל. אך נוסף על כך ראו חז"ל להדגיש את השוני בדין זה כאשר מדובר בהעברת זכויות קניין בעת שנעשה הדבר בין אדם לקונו. במקרה זה אין צורך במעשה קניין, כיוון שהאמירה עצמה מקיימת את היסוד הפיזי לכאורה של החוזה, כאשר קיום זה נעשה בדיבור בלבד.

התייחסות נוספת לממד הפיזי של החוזה שנעשה דווקא על ידי אמירה מילולית בסוגיית ההקדש מופיעה גם בדברים הבאים:

מתני': אין בין נדרים לנדבות אלא שהנדרים חייב באחריותו, ונדבות אינו חייב באחריותו.

גמ': [...] אי זהו נדר? – האומר "הרי עלי עולה". איזו היא נדבה? – "האומר הרי זו עולה" [...] נדרים, מתו או נגנבו או אבדו – חייב באחריותו [...] רבי שמעון אומר: את שעליו חייב באחריותו, ואת שאינו

79 בבלי, מעילה יב ע"ב: "בד"א [במה דברים אמורים] כשהקדיש קדושת הגוף לגבי מזבח אבל הקדישו קדושת דמים לגבי מזבח כו". עוד ראו בבלי, תמורה יט ע"ב; רמב"ם, הלכות מעשה הקרבנות, פרק טו, הלכה ד.

80 לפירוט ולתיאור סוגיה זו, ראו אנציקלופדיה תלמודית, ערך "אמירה לגבוה".

81 בבלי, קידושין כח ע"ב.

עליו אינו חייב באחריותו. מאי משמע? – אמר רבי יצחק בר אבדימי: כיון דאמר עלי – כמאן דטעין אכתפיה דמי [=כיוון שאמר "עלי" – הרי הוא דומה כמי שטען הדבר על כתפו].⁸²

גם כאן הדגש הוא על עצם האמירה לגבוה, שהיא מעשה ההתחייבות בין אדם לאלוהיו, ממש כשווה למעשה קניין פיזי, המומחש כמי שעשה מעשה וטען הדבר על כתפו.

דוגמה למבע פרפורמטיבי-מילולי אפקטיבי ומחייב שכזה היא האמירה על בהמה תמימה "הרי עלי לעולה", שבכך היא נעשית הקדש.⁸³ ההקדש הוא בעל ייחודיות רבה בהלכה, שכן הוא חל אך ורק על החפץ, על האובייקט.⁸⁴ האדם עצמו אינו מחויב לעשות מאומה, ברם כלפי האובייקט שעליו הכריז כהקדש חלים דינים אחרים ממצאות רגילה של חולין. ההלכה ראתה בהקדש מציאות חדשה המכילה בתוכה גם קדושה, היינו איסורים הנלווים לאובייקט שהוקדש, וגם כקניין לגבוה.⁸⁵ בכל אופן יש כאן מציאות אחרת של האובייקט, השונה מזו שהייתה לפני ההקדש. זו מציאות הלכתית-משפטית עם משמעויות הלכתיות להלכה ולמעשה; מציאות חדשה שנוצרה עקב אמירת האדם. הסובייקט עצמו יצר בהבל פיו, במילותיו, מציאות משפטית-הלכתית אחרת. מציאות הלכתית זו כוללת בתוכה חומרה שאינה קיימת בשאר איסורים, למשל שההקדש אסור בהנאה.⁸⁶ והנהנה ממנו בשוגג חייב להביא קרבן מעילה ולשלם קרן וחומש.⁸⁷ על

82 בבלי, מגילה ח ע"א; זבחים ד ע"ב.

83 בבלי, מגילה שם.

84 חידושי ר' חיים מבריסק (סטנסיל), כתובות נט ע"א, ד"ה "מודר ומושבע מפי אחרים", בתחילתו.

85 במהותו של ההקדש חקרו האחרונים בדיני הקדושה (איסור) והקניין לגבוה (ממון) שיש בו: יש שסברו כי יש בו גם קדושה וגם קניין לגבוה, כמו י' ענגיל, אתון דאורייתא, בני-ברק תשמ"ח, ג (תחילת ד"ה "והנה הספק"); מ"א עמיאל, דרכי משה, ירושלים תשנ"ח, דרך הקודש ח, א; א' וסרמן, קובץ שיעורים, תל-אביב תשמ"ו, כתובות קפו; שם קידושין מב ו-סו; מ' סגל, פרי משה בענייני קניינים, בני-ברק תשנ"ב, יד, א. יש אחרונים שחילקו בין קדושת דמים (קדושת בדק הבית) לקדושת גוף (קדושת מזבח), כמו י"י קנייבסקי, קהילות יעקב, בני-ברק תשמ"ה, מעילה ד, א.

86 רמב"ם, הלכות ערכין וחרמין ו, ט.

87 רמב"ם, הלכות מעילה א, ג.

פי ההלכה, עצום הוא כוחו של המבע הפרפורמטיבי-מילולי ביחסים שבין האדם לאל.⁸⁸

הקדש במחשבה

כפי שראינו, חייב להיות מבע מילולי כדי לייסד את הקשר שבין האדם לקונו, לכאורה לאפוקי ממחשבה. ברם בכל זאת דין ההקדש חל אפילו במחשבה. הדבר נכון רק במציאות שבה האדם המקדיש גמר בלבו לעשות כן ולהקדיש עולה. במקרה זה, אף שלא הביע את הדבר ואמרו בפיו הרי זה קדוש על כל המשמעויות ההלכתיות הנלוות לכך. לימוד זה נלמד מן הפסוק "כל נדיב לבי".⁸⁹ היינו נדיבות אף שמקורה בלב האדם, במחשבתו, בכל זאת היא מעניקה משמעות קניינית לכל דבר.

צדקה במחשבה

כהמשך לסוגיית הקדש במחשבה אנו מוצאים דיון בנושא צדקה במחשבה, אם כי הדבר שנוי במחלוקת הפוסקים. הרמ"א הכריע כי מצוות צדקה חלה גם אם אך חשב על נתינתה. וכך הוא פוסק: "אם חשב בלבו ליתן איזה דבר לצדקה, חייב לקיים מחשבתו ואין צריך אמירה, אלא דאם אמר – חייבין אותו לקיים. ויש אומרים דאם לא הוציא בפיו, אינו כלום. והעיקר כסברא הראשונה".⁹⁰ הרמ"א, אם כן, מביא את שתי הדעות המרכזיות מבין הראשונים בסוגיית צדקה במחשבה, אולם הוא עצמו פוסק כדעה המחייבת את האדם שחכך בדעתו

88 גם הדין של "אסמכתא לא קניא" החל ביחסים שבין אדם לחברו, אינו חל בדין ההקדש שהוא במהותו בין אדם לאלוהיו. להתחייבות בין אדם לאל אין דין אסמכתא והתחייבות מועילה. ראו שולחן ערוך, חושן משפט, סימן רז, סעיף יט.

89 בבלי, שבועות כו ע"ב; ירושלמי, נזיר ה, לא (פ ע"א); רמב"ם, מעשה הקרבנות יד, יב. גם בדין זה של הקדש שחל במחשבה יש דיונים בקרב הפוסקים. יש הסוברים כי אין החלות על גוף הדבר שהקדיש, אלא כל שיש כאן הוא חיוב על האדם להביא את הדבר שעליו חשב. כך סובר המאירי על חגיגה י ע"א: "אע"פ שאינו קדוש לענין מעילה מצוה לקיימו"; י רוזין, צפנת פענח, ירוש ים תשל"ט, נזירות א, ג; גליוני הש"ס, קדושין מא ע"ב, שכך היא כוונת הרמב"ם בהלכות מעשה הקרבנות יד, יב; רי"ל ה"ל, שו"ת עונג יו"ט, בני-ברק תש"ס, סימן קיז, שכתב שבמחשבה לא נתפס גוף הדבר. פוסקים אחרים סוברים (רש"י, קדושין מא ע"ב, ד"ה שכן כו' גמר בלבו כו' הרי הוא עולה; גליוני הש"ס, שם, שכתב שכן דעת כל הראשונים) שאם חשב בלבו להקדיש, למשל "שור זה עולה, בית זה קרבן", בכל זאת זה נחשב כ"אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט" (מרדכי, קדושין פרק א, סימן תצה).

90 שולחן ערוך, יורה דעה רנח, סעיף יג.

לתת צדקה.⁹¹ גם כאן נמצאנו למדים כי לנדיבות שבלב יש משמעות של הקניית הדבר לגבוה.

ניתוק היחסים בין האדם לקונו על ידי המחשבה

מעניין לראות כי תפיסת המבע האנושי, הן המילולי הן המחשבתי, אינו חל תמיד באופן של פרפורמציה קונסטרוקטיבית, אלא לפעמים דווקא באופן של פרפורמציה דה-קונסטרוקטיבית. הכוונה היא ליצירת נתק ביחסים שבין אדם לאלוהיו דווקא על ידי המחשבה וקל וחומר בדיבור. ההלכה העניקה למחשבה מקום ביצירת מציאות של ניתוק היחסים אדם-אל.

המקרה למציאות הלכתית כזו של ניתוק היחסים הוא מחשבת עבודה זרה, השקולה לעוון עבודה זרה בפועל ממש. על מחשבת עבודה זרה כעברה בפועל לכל דבר, אומרת הגמרא:

מה אני מקיים הנני מביא אל העם הזה רעה פרי מחשבותם? מחשבה שעושה פרי הקב"ה מצרפה למעשה, מחשבה שאין בה פרי אין הקב"ה מצרפה למעשה. ואלא הא דכתיב: "למען תפוש את [בית] ישראל בלבם". אמר רב אחא בר יעקב: ההוא בעבודת כוכבים הוא דכתיב, דאמר מר: חמורה עבודת כוכבים, שכל הכופר בה כמודה בכל התורה כולה.⁹² אמירה זו אינה חלה רק בתחום המוסרי, אלא היא בעלת השלכה משמעותית הן להלכה הן למעשה. וכך פוסק הרמב"ם:

91 ברם יש פוסקים רבים, הן מהראשונים הן מהאחרונים, החולקים על דין זה של "אמירתו לגבוה" בצדקה. אלה סוברים שהאדם מחויב לקיים בתורת נדר רק את מה שאמר, אולם אין אמירתו עושה קניין כמסירה להדיוט, ואין בית דין נוקקים לו אם רוצה לחזור בו (שו"ת הרשב"א, סימן תרנו וסימן תקסג; שו"ת ר' עקיבא איגר, סימן קמד; א"י ולדנברג, שו"ת ציץ אליעזר, ירושלים תשמ"ד, חלק א, סימן ו, ד"ה "א) הנה"). וכך כתב בשו"ת הר צבי (צ"פ פראנק, שו"ת הר צבי, ירושלים תשס"ד, חלק יורה דעה, סימן ר): "י"ל דאף בהקדש דמהני מחשבה היינו דווקא לענין זה דמחויב להביא, אבל מ"מ לאו דבל תאחר או לאו דבל יחל ליתא במחשבה [...] עיין ריטב"א בשבועות (דף כו) דבצדקה אינו עובר בבל תאחר בקבל בלב, משום דבבל תאחר כתיב מוצא שפתיך". בעל קצות החושן (קצות החושן, חושן משפט, סימן יב, סימן קטן א) אף צמצם יותר את דין הקדש במחשבה. לשיטתו, מחשבה או דעת בלא דיבור מועילה אך בקודשי מזבח, וזה הדין היחיד שחל בדעת בלי דיבור: "דלא מצינו בשום מקום דמחשבה מועיל, ואפילו הפקר והקדש ונדר בכולהו בעינן דיבור ממש, לבד בקדשי מזבח מהני ביה מחשבה משום דכתיב קרא (שמות לה, כב) 'כל נדיב לבי כדאינתא בפרק שבועות שתיים (שבועות כו ע"ב)". בבלי, קידושין מ ע"א.

האומר לאישה הרי את מקודשת לי בזה [...] על מנת על מנת שאני צדיק אפילו רשע גמור הרי זו מקודשת מספק שמא הרהר תשובה בלבו; על מנת שאני רשע אפילו צדיק גמור הרי זו מקודשת מספק שמא הרהר בעבודה זרה בדעתו, שעוון עבודה זרה גדול הוא וכשיהרהר לעבוד בלבו נעשה רשע שנאמר (דברים יא) "פן יפתה לבבכם", וכתוב (יחזקאל יד) "למען תפוש את בית ישראל בלבם".⁹³

מהדברים הללו עולה בצורה ברורה כי המבע האנושי-מחשבתי מבצע פרפורמציה קונסטרוקטיבית עד למצב שבו יכול אדם לקדש אישה "על מנת שאני צדיק", וגם פועל באופן של פרפורמציה דה-קונסטרוקטיבית, אשר מעבר לתנאי בקידושי האישה, הוא נחשב בגין מחשבתו לעובד עבודה זרה המנתק את יחסיו עם האל.

דיון

לסיכום הדברים שנאמרו עד כה נאמר כי המבע המילולי במשפט הישראלי יוצר חיוב לכל דבר ועניין, שכן חוזה בעלפה שמו חוזה. לעומת המשפט הישראלי הרואה בשפה המילולית כפרפורמטיבית לכל דבר, ניצב המשפט העברי שאינו מעניק למבע המילולי כל משמעות של חיוב אכיף בין המבטיח לרעהו. ההלכה מחזיקה בצורה של יצירת התחייבות הדוגלת במה שמכונה היסוד הפיזי של החוזה. לאמור, הבטחה או התחייבות מילולית בלבד, ללא מעשה קניין פיזי, איננה יוצרת כל קשר חוזי או חיוב בין אנשים. במקרה זה אין לאדם שכלפיו התחייבו בעלפה כל טענה ובוודאי שאין לו כל יסוד של ממש לדרוש אכיפה. בעצם, לא נכרת כל חוזה בין השניים. אמנם יש למתחייב בעיה המוגדרת בהלכה כמוסרית, אולם לרעהו שכלפיו התחייב זה לא יעזור ושום סנקציה בבית הדין לא תהא בעזרו.

עיקרון זה של היסוד הפיזי של החוזה ממשיך גם במקרה שבו ניתנו מעות בין המתקשרים ביניהם. למרות עובדה זו אין לו לאדם שכלפיו התחייבו אלא קללת "מי שפרע". לאמור, בית הדין אמנם יטיל על מקבל המעות קללה, אבל אכיפה לה ייחל הצד השני – לא תגיע. כל זה נכון כל עוד לא נעשה מעשה קניין, שהוא צורת ביטוי היסוד הפיזי של החוזה. היינו, אם נעשה אחד ממעשי הקניין, על אופניהם השונים, יש בהחלט קשר חוזי בין המתקשרים ואף זכות לאכיפה

93 רמב"ם, הלכות אישות ח, ד-ה.

נגד המפר את החוזה. כלומר, מבע פרפורמטיבי-מילולי בין המתקשרים, ללא מעשה קניין, הינו חסר משמעות על פי המשפט העברי (לבד ממספר מקרים יוצאים מן הכלל כפי שהראיתי). לא מתבצע קשר מחייב בין האנשים אם נעשה הדבר במלל בלבד.

מסקנה זו, שהמבע הפרפורמטיבי-מילולי הוא חסר משמעות, נכונה רק בדינים שבין אדם לחברו. לעומת דינים אלה ניצבים דינים שבין אדם למקום, שבהם הקשר מיוסד בהחלט על פי המלל של האדם. כאן יש מקום רב למבע הפרפורמטיבי-מילולי, שהוא המבצע את הקשר בין אדם לאלוהיו. דבר זה הודגם על פי מקרה מבחן של הקדששבו יסוד פיזי מומר למלל ולמעשה תופס את מקומו, שכן עיקרון היסוד בקניין בין אדם לאלוהיו הוא: "אמירתו לגבוה כמסירתו להדיוט".

אם נסתיע בעמדתו של פראנץ רוזנצווייג לסוגיית הדיבור הוורבלי, נראה כי לשיטתו השפה היא סימבוליקה ראשונה של הממשות. ⁹⁴ אם יש תפיסה פיזית-ממשית של החוזה, ובהיעדרו במשפט העברי אין בעצם התחייבות, הרי שכעת מובן מדוע על פי ההלכה ביחסים שבין אדם לאל, יש כאן סימבוליקה של ממשות, וזה מספיק בכדי לכוון את היחסים אדם-אל. דבר זה נכון גם לגבי המחשבה, שעליה כותב רוזנצווייג:

החשיבה, אילמת היא בכל יחיד ועם זה משותפת היא לכל. מכוח שיתוף זה היא מכוונת את השיתוף הממשי של הדיבור. אבל החשיבה אינה דיבור, אלא דיבור הקודם לדיבור, השיחים הנסתרים של הדיבור. ⁹⁵

המחשבה היא, אם כן, השיח שלפני הדיבור, מלל נסתר, ולכן לכאורה האל מבין ושומע אותו עוד בטרם נאמר על ידי האדם. כעת מובן מדוע מחשבת עבודה זרה היא ממשית דייה כדי להתחשב ולהתחייב בה. כאן מתבצע על ידי מבע פרפורמטיבי-מחשבתי ביטול הקשר בין האל לאדם.

השוני המהותי הזה ביחסים שבין אדם לחברו ובין היחסים בין אדם לקונו מבחינת המשמעות המוענקת למילה המילולית כיוצרת חיובים, מביא אותנו למחשבה על ההגדרה של האני. הפילוסוף הגרמני בן המאה התשע-עשרה, הגל, עסק בהגדרת האני ותיאר אותו מאספקטים שונים, כמו ישות גופנית, הכרה,

94 פי' רוזנצווייג, כוכב הגאולה, ירושלים תשנ"ג, עמ' 182, 231. עוד בנושא זה, ראו מי' שורץ, "שפה והתגלות ב'כוכב הגאולה'", מי' חלמיש וא' כשר (עורכים), דת ושפה, ישראל תשמ"א, עמ' 105-113.

95 שם, עמ' 147.

רצון, בחירה ועוד.⁹⁶ אך בתיאור זה של האני אין כדי להבהיר את השוני הקטגורי בהלכות שלפנינו. לשם כך נפנה לפילוסופיה האידאליסטית של פיכטה,⁹⁷ אשר הגדיר שתי תפיסות של אני (SELF): אני ריאלי ואני אידאי.⁹⁸ פיכטה רואה בעצם את האדם בראייה הדואליסטית. אמנם כבר קדמוהו רבים בזה, כמו בני הדתות המונותאיסטיות המגדירות את האדם כשילוב בין גוף לנשמה, וכן גם פילוסופים רבים שהלכו בדרך זו עוד מימי העת העתיקה. המפורסם מכולם הוא אפלטון, אשר במספר דיאלוגים שלו, כמו מנון,⁹⁹ פידון¹⁰⁰ ועוד, עסק בתיאור ה"אני" על פי התפיסה הדואליסטית. בכל זאת נראה לי לפנות להגותו של פיכטה, שכן הוא ניסח את הדברים בצורה המאפשרת לי להבין את השוני ביחס כלפי המבע הפרפורמטיבי-מילולי בדינים שבין אדם לחברו לעומת יחסים שבין אדם לקונו. זאת כיוון שבדרך כלל התפיסה הדואליסטית מתכוונת לגוף ולנשמה, ואלה, כך נראה לי, לא בדיוק המושגים המכוננים נורמטיביות משפטית-הלכתית. בעזרת הגותו של פיכטה, המחלק בין אני ריאלי לאני אידאי, נוכל בהחלט להבין את ההתייחסות האמביוולנטית אל המבע הפרפורמטיבי-מילולי.

מעבר להנחה זו בדבר דמיון בין פיכטה והתפיסה היהודית-מונותאיסטית, ניתן לראות גם שימוש מקביל בשתי תפיסות של "אני" אלו בהגות היהודית, כמו בספר הזוהר,¹⁰¹ בהגותו של ר' נחמן מברסלב¹⁰² ואצל הראי"ה קוק,¹⁰³ כך שהגותו של פיכטה יכולה בהחלט להתאים לדיוננו.

Hegel, G.W.F., *The Elements of the Philosophy of Rights*, Glasgow, 1991, pp. 37–57, 78–79, 86–88, 149–152. 96

לרקע על הפילוסופיה של פיכטה, ראו ש"ה ברגמן, תולדות הפילוסופיה החדשה: יעקובי, פיכטה, שלינג, ירושלים תשל"ז, עמ' 27–100. 97

י"ג פיכטה, תעודת האדם, ירושלים תרצ"ג. 98

אפלטון (בתרגום יליבס), כתבי אפלטון, ירושלים ותל-אביב תשכ"ו, כרך א, עמ' 462–414. 99

שם, כרך ב, עמ' 7–90. 100

על הפסוק "אלה תולדות נח נח איש צדיק תמים" (בראשית ו, ט), כותב ספר הזוהר, תוספתא, כרך א, נט ע"ב, בשים לב לתפיסת האני של יצחק, כאני אידאי בלבד, לעומת שאר הצדיקים שיש להם שתי תפיסות של אני: "למה נח נח תרי זמני אלא כל צדיק וצדיק די בעלמא אית ליה תרין רוחין רוחא חד בעלמא דין ורוחא חד בעלמא דאתי והכי תשכח בכלהו צדיקי משה משה יעקב יעקב אברהם אברהם שמואל שמואל שם שם בר מיצחק דלא כתיב ביה כמה דכתיב בהו, בגין דיצחק בשעתא דאתקרב על גבי מדבחא נפקת נשמתיה דהות ביה בהאי עלמא וכיון דאתמר ביה באברהם ברוך מחיה המתים תבת ביה נשמתיה דעלמא דאתי". 101

פיכטה עסק בשאלה, "מה אני בעצמי, ומהי תעודתי?"¹⁰⁴ אם במאה ה-י"ז הכריז דיקרט ואמר: "אני חושב משמע אני קיים" (COGITO ERGO SUM)¹⁰⁵, הרי שפיכטה אינו נעצר כאן. הוא מקשה: "הבאמת אני חושב ממש או איני אלא חושב שאני חושב? הבאמת אני חושב באמת, שאני חושב, או אני רק חושב על מחשבה של מחשבה? מה ימנע בעד העיון מלשאול כך ולחזור ולשאול כך עד אין סוף?"¹⁰⁶

פיכטה ממשיך בחקירתו וקובע לעצמו נקודת מוצא: "התבונה המוחלטת" או "האני המוחלט". ביטוי נוסף של מושג זה יבהיר אותו יותר, והוא ש"האני המוחלט" הוא מה שפיכטה מכנה "האני באידאה"¹⁰⁷. "אני" זה הוא כל יכול.¹⁰⁸ מסיבה שאינה ברורה לנו הוגבל "האני המוחלט" הזה לאני סופי, אני ריאלי, אך אנו כן יכולים לדעת שעל ידי הגבלה זו נוצרה באני המוגבל הריאלי השאיפה לשוב ולהיות מה שהיה בראשונה, קרי אני אידאי, אני אין-סופי. שאיפה זו מתגלית בכל אחד ואחד בצורת הערגה להיות במצב טוב יותר מהאני העצמי הקיים ברגע זה בהווה.

- [תרגום: למה נח נח מופיע פעמיים? אלא בכל צדיק וצדיק בעולם יש שתי רוחות, רוח אחד בעולם הזה ורוח אחד בעולם הבא, וכך תמצא בכל הצדיקים: משה משה, יעקב יעקב, אברהם אברהם, שמואל שמואל, שם שם (הכוונה לשם בן נח), חוץ מיצחק שלא כתוב בו כמו שכתוב בהם, כיוון שיצחק בשעה שקרב על גבי המזבח (בעקדת יצחק) יצאה ממנו נשמתו שהייתה בו בעולם הזה, וכיוון שנאמר בו באברהם ברוך מחיה המתים, שבה בו נשמתו (לא זו של העולם הזה, כי אם זו של העולם הבא).]
- 102 ליקוטי מוהר"ן, מהדורא קמא, סימן סו: "ויהי נא פי שנים ברוחך אלי (מלכים ב, ב, ט). כי איתא [כמו שמצוין] שיש להצדיק בחינת שני רוחות, רוח לעילא ורוח לתתא [רוח למעלה ורוח למטה]. כמו שכתוב (בראשית ו), אלה תולדות נח נח, 'נח לעילא ונח לתתא' [נח למעלה ונח למטה]."
- 103 אורות הקודש, ירושלים תשמ"ה, ג, עמ' קמ-קמא, "בקשת האני העצמי": "ו'אני' בתוך הגולה, האני הפנימי העצמי, של היחיד ושל הציבור, אינו מתגלה בתוכיותו רק לפי ערך הקדושה והטהרה שלו [...] חטא האדם הראשון, שנתנכר לעצמיותו, שפנה לדעתו של נחש, ואבד את עצמו, לא ידע להשיב תשובה ברורה על שאלת איך, מפני שלא ידע נפשו, מפני שהאניות האמיתיות נאבדה ממנו [...] וכה הולך העולם וצולל באבדן האני של כל אחד, של הפרט ושל הכלל [...] את האני שלנו נבקש, את עצמנו נבקש ונמצא".
- 104 פיכטה (לעיל הערה 98), עמ' 5.
- 105 ר' דקארט, מאמר על המתודה, ירושלים תשס"ח, חלק רביעי, עמ' 55.
- 106 פיכטה, (לעיל הערה 98), עמ' 146.
- 107 ראו ברגמן (לעיל הערה 97), עמ' 74-75.
- 108 על "אני" זה, ראו פיכטה (לעיל הערה 98), עמ' 154-165; 242-247.

פיכטה רואה בפעולה המוסרית של האדם הריאלי בעולם הזה, כשחזור של האני האידאי האין-סופי. על האדם להגיע לשלטון מוחלט של התבונה, כאשר שלטון זה בא לידי ביטוי יותר ויותר על ידי המעשה המוסרי של האדם. "לשמוע בקול זה, לציית לו באמונה, ביושר, בלי פחד ופלפול, זוהי תעודתי, וזו כל מטרת ישותי [...]. מה שהמצפון דורש ממני הנמצא במצב זה שיעשה, ייעשה ורק לכך נוצרתי".¹⁰⁹ המרחק מכאן ועד הגדרת האני כשתי ישויות שונות, ריאלית ואידאית, חושנית-פיזית ורוחנית, היה קצר: "זוהי אפוא תעודתי הנשגבה, מהותי האמתית. הנני חלק בשתי מערכות: האחת רוחנית לגמרי, שבה אני שולט על ידי הרצון הטהור בלבד, והאחת חושנית, שבה אני פועל על ידי מעשיי".¹¹⁰ לבסוף מגדיר פיכטה את חייו ה"כפולים", האני הריאלי והאני האידאלי, כך:

אני עומד במרכז שני עולמות מתנגדים זה לזה תכלית ההתנגדות. עולם נראה, שבו מכריע המעשה, ועולם סמוי מן העין ולגמרי בלתי נתפס, שבו מכריע הרצון; אני הנני אחד הכוחות הראשוניים בשני העולמות. רצוני מקיף את שניהם. רצון זה כשלעצמו הוא חלק של העולם אשר ממעל לחושים; שכן בשעה שאני מניע אותו על ידי הכרעת-מה אני מניע ומשנה דבר מה בעולם ההוא, ופעולתי עוברת בכל, מביאה תוצאות חדשות, קיימות לעד, קיימות מעתה ואינן צריכות להיעשות עוד. רצון זה מתפרץ במעשה חומרי, ומעשה זה שייך לעולם-החושים ופועל בו מה שהוא יכול לפעול.¹¹¹

המודל הזה של פיכטה יכול לבאר יותר את השוני ההלכתי שבהלכות שבין אדם לחברו לעומת ההלכות שבין אדם למקום, בהקשר של כוחה הנורמטיבי של המילה הנאמרת, או בלשונונו כאן – המבע הפרפורמטיבי-מילולי. ההלכה היהודית היונקת משורשיה של התיאולוגיה היהודית הדואליסטית רואה גם היא שתי תפיסות שונות של האני, ואשר היחס הנורמטיבי כלפי המלל הוורבלי הוא המגדיר אותן והמחלק ביניהן.

על פי ההלכה, וכפי שראינו לעיל, כאשר אדם מנהל משא ומתן עם חברו והדבר מבשיל לכדי עסקה, חייב הדבר להיות מלווה ב"מעשה קניין". זאת כיוון

109 שם, עמ' 156.

110 שם, עמ' 206.

111 שם, עמ' 196–197.

שבעולם הריאלי, כשהאני הריאלי רוצה לבטא את רצונו הפנימי, אין הדבר יכול להיעשות אלא במעשה ריאלי, כלשונו של פיכטה: "עולם נראה, שבו מכריע המעשה", והוא היסוד הפיזי של החוזה שעליו דובר לפנינו. אשר על כן, למילה המילולית, קרי למבע הפרפורמטיבי-מילולי, אין כל אחיזה נורמטיבית במציאות, בעולם המעשה הריאלי, והוא אינו יכול ליצור חיוב או אף קשר חוזי בין בני אדם.

זאת מלבד מספר יוצאים מן הכלל כפי שהובאו לעיל, אשר בהם לכאורה המבע הפרפורמטיבי-מילולי אכן יוצר קשר חוזי או חיוב בין הצדדים. כל זאת לכאורה, שכן היוצאים מן הכלל הללו, בעת שנבחן אותם בעיון מדוקדק, ניווכח לראות כי מעבר לעובדה שכל אחד מהם נתון במחלוקת הפוסקים, הרי שגם מי שבכל זאת מעניק להם תוקף נורמטיבי מחייב, משייך אותם בעצם למוסד הלכתי אחר היוצר את החיוב. כעין זאת ראינו את הכלל "דברים הנקנים באמירה", המתייחס למקרי שידוכין. כבר הגמרא טענה כי יש כאן טובת הנאה הנחשבת לתמורה ולכן נרקם כאן חיוב בין הצדדים. כעין זאת מצאנו בקניין סיטומתא, היינו מנהג הסוחרים אשר יונק את סמכותו לא מהמלל האנושי כי אם מכוחו הנורמטיבי של המנהג, אשר לו כידוע יש כוח רב, וכן הוא עם הכלל ההלכתי אודיתא, שהיא הודאת בעל דין. היו שטענו כי מדובר כאן על מבע קביעתי, היינו תיאור מילולי של חיוב קיים משכבר ושאינו כאן בעצם יצירת חיוב חדש "יש מאין". לעומתם, היו פוסקים אחרים שטענו כי אין מדובר כלל במבע קביעתי, אלא על מבע פרפורמטיבי-מילולי. אך גם כאן בעיון מדוקדק עלה כי הכלל ההלכתי המעניק את התוקף הנורמטיבי הוא כוחה של הודאת בעל הדין ולא המלל הוורבלי. ב"עולם נראה, שבו מכריע המעשה", כלשונו של פיכטה, הרי שהמבע הפרפורמטיבי-מילולי בלבד ללא היסוד הפיזי של החוזה הוא חסר משמעות הלכתית-חוזית.

לעומת היחסים שבין אדם לחברו, כאשר מדובר ביחסים שבין אדם למקום ויש התחייבות להעברת נכס, כמו במקרה של הקדש, הרי שזה משא ומתן בתודעה אחרת של האני. כאן מדובר על העולם האידאי ועל האני האידאי הפועל שם. על פי ההלכה היהודית, ביחסים שבין אדם לקונו אין צורך במעשה פיזי כדי לייסד חיוב. שם בעולם האידאי זה "עולם סמוי מן העין ולגמרי בלתי נתפס, שבו מכריע הרצון", כמליצתו של פיכטה, וכן "על מה שעליו לא ניתן לדבר, אודותיו

יש לשתוק", כמליצתו של ויטגנשטיין.¹¹² היינו הדיבור או אף הדיבור הפנימי, קרי המחשבה המוגמרת המתבטאת בשתיקה, היא שתביא את הקשר החווי וההתחייבות לידי חיוב גמור. אשר על כן, ביחסים שבין אדם למקום, שבהם הכול פועל על פי תודעת האני האידאי, הדיבור או המחשבה הם בעלי היכולות הביצועיות היוצרות חיובים. ממש מבע פרפורמטיבי-מילולי אשר יש פעמים שמספיק המלל המחשבתי כדי ליצור התחייבות. כך ראינו במקרה של הקדש, אשר המלל הוא היוצר את החיוב והוא ממש מקביל ליסוד הפיזי של החוזה, כאשר הכלל ההלכתי המנחה הוא: "אמירתנו לגבוה כמסירתנו להדיוט". הדברים מגיעים עד כדי כך שגם הקדש במחשבה יוצר התחייבות. לא זו בלבד שיצירת חיוב חווי בין אדם לאלוהיו נוצר בדיבור או במחשבה, אלא שגם ניתוק הקשר ביניהם נעשה בדרך זו, כפי שראינו במקרה של עבודה זרה במחשבה, ללא צורך בעשייה פרקטית.

לסיכום, ביחסים שבין אדם לאלוהיו המבע המילולי-מחשבתי מבצע פרפורמציה קונסטרוקטיבית כמו גם פרפורמציה דסטרוקטיבית, שכן לאני האידאי כללי משחק אחרים מהאני הריאלי.

112 אלו הן המילים האחרונות בספרו "מאמר תיאולוגי פילוסופי".