תלמידי חכמים אין להם מנוחה לא בעולם הזה ולא בעולם הבא, שנאמר 'ילכו מחיל אל חיל יראה אל אלהים בציון' (ברכות סא ע"א)

וקאמר הכא בתלמיד חכם שהוא פעולת השכל ועיון בעוה"ז ובעוה"ב דאין לו מנוחה וכילוי מזאת הפעולה של עיון השכלי אלא שתמיד פועל בה והיא בעצמה פעולת המנוחה דלעוה"ב שהצדיקים יושבין ונהנין מזיו השכינה בעיון השכלי. (מהרש"א, שם)

לכבודו של ר' ברוך בער פרופ' פינצ'וק, חכם התורה ואיש המדע

פרופ' ישראל צבי גילת, בית הספר למשפטים, המכללה האקדמית נתניה

**גורלו של כתר התורה ממאקוב – מ'וַיְהִי בִּנְסֹעַ' ל'וּבְנֻחֹה יֹאמַר'**

**ישראל צבי גילת**

אפשר לומר בפרפרזה לפתגם הידוע: כתר התורה מהיכל בית הכנסת הגדול במאקוב זכה בפרסום ובהנצחה דווקא בשל מזלו שהוחרם על-ידי הכובשים הנאציים, נפל לידי הכוחות האמריקאיים לאחר מלחמת העולם השנייה, והועבר למשרד הדתות הישראלי בראשית שנות המדינה. ביוזמת מנכ"ל המשרד דאז, ד"ר שמואל ז' כהנא, הושם כתר התורה על קברו של דוד המלך בהר ציון, בסמוך ל'גנזך השואה'. בביקור מקרי ותמים באתר זיהה מר צבי לנדסמן את כתר התורה כתרומה שהקדיש אביו לקהילת מאקוב. האב נספה בשואה ובנו תובע לקבל את כתר התורה ולהשימו בקהילה שבה הוא מתפלל. דרישה זו הציתה מחלוקת רבת-אנפין בין גדולי תורה, שנשאו ונתנו בדבר תביעתו של מר לנדסמן (להלן: התובע) להעברת כתר התורה, מול רצונו של ד"ר כהנא המנכ"ל (להלן: הנתבע) להשאירו במקום שיועד לו. לוז הדיון היה למי שייך הכתר: לבנו של מקדיש כתר התורה, שאביו נספה בשואה? למדינת ישראל שרכשה את הכתר? או שמא לאף אחד מהם, אלא לדוד המלך עצמו, שעל המיוחס כקברו הניחו את כתר התורה?

האזורי בירושלים, שבו דנו בה ר' עובדיה הדאיה – אב"ד, ר' יוסף שלום אלישיב ור' יעקב בצלאל ז'ולטי (להלן: הדיינים). במקביל להתדיינות שלח ר' עובדיה הדאיה את העניין הנידון להיוועצות עם,שכיהן כחבר בית הדין הרבני הגדול וכיועץ הלכה לבתי הדין הרבניים. לפני מלחמת העולם השנייה ר"מ ראטה וכראש ישיבה ; במלחמה הוברח לבוקרשט ומשם הגיע לארץ ישראלר"מ ראטה השיב לר' עובדיה הדאיה באריכות, והייתי אומר בחריפות.[[1]](#footnote-1) פסק הדין הרבני שניתן בעניין כתר התורה היה בהסכמת כל חברי המותב, אך רגליים לדבר שהדיין רי"ש אלישיב כתבו.[[2]](#footnote-2) מפסק הדין עולה שהדיינים מתנגדים בחריפות לדרכו של ר' משולם ראטה.

1. **האם כתר התורה שהונח על קברו של דוד המלך הפך ל"נכס לאומי"?**

למרות שר' משולם ראטה נשאל לגבי כתר התורה לאחר הגשת התביעה נגד משרד הדתות, הוא לא נמנע מלהביע פליאה על עצם השמתו של כתר התורה על קברו של דוד המלך. שתיים היו קובלנותיו: האחת, הוא הסתייג מההנחה שמאחר שהכתר הושם על קברו של דויד המלך ע"ה, אז הוא הופך ל"קנייה מיתנא" – היינו, הקדש השייך למת; זאת, בדומה להצעתו של רבא לגבי איצטלא שהכניסה אישה לביתה, שלאחר מות בעלה פרסו היתומים על אביהם המת.[[3]](#footnote-3) רציונל ההכרעה לטובת המת היה שכהקדש תכריכיו הם איסורי הנאה, וכשם שהקדש כזה מפקיע משעבוד ממוני – כך גם כתר התורה. על כך משיב ר"מ ראטה: "...בנידון דידן, כפי שנודע לי אין שָם מצבה ממש, רק ארגז שהניחוהו לפני זמן קרוב על הקרקע שאומרים שיש תחתיו קבר והארגז הזה והכתרים שעל גביו אין להם שום שייכות למת וגם לקבר שלו, וגם הדבר מוטל בספק אם בכלל יש במקום הזה קבר של מת".

קובלנה נוספת, מנוגדת לקודמתה, הייתה בפי ר"מ ראטה: האם ראוי בכלל לעטר את קברו של דוד המלך בכתר התורה? כתר התורה הוקדש לספר תורה; הכיצד אפשר, אפוא, ל"הוריד מקדושתו" ולשימו על קבר? ר"מ ראטה היה בעל עמדה "ציונית" כלפי הקמת המדינה וסמליה, ואף-על-פי-כן – "תורה לא זזה ממקומה". תהא אשר תהא חשיבות ציונו של דויד המלך ל"זהות הישראלית", ולמרות שכתר התורה יבלוט בייחודיותו מול המבקרים בציון הקבר, אין הוא משתווה לחשיבותו של עיטור התורה, אף שכתר התורה מוצנע עם ספר התורה בארון הקודש כל ימות השנה.[[4]](#footnote-4) בנוסף, טוען ר"מ ראטה כי "אדרבה, המשים כתר על קברו של מלך הוא כמו לועג לרש... כי כתר הוא סמל השלטון ואין שלטון ביום המוות...".[[5]](#footnote-5)

1. **האם ניתן לראות ב"כתר התורה" אבידה שיש להשיב לתובע?**

ר"ע הדאיה שאל את ר"מ ראטה לגבי הדין והדברים שבין התובע לנתבע. ר"מ ראטה השיב כמעט בגערה:

ראיתי דברי הרה"ג ר"ע הדאיא שליט"א במכתבו, ומ"ש דהוי יאוש בטעות דלא נתייאש אלא מחמת ספק ולא עלה על דעתו שיבוא לידי הצלה לא הוי יאוש וברשות מרא קמא קיימי. אבל במח"כ טעה בזה טעות גדולה ונעלמו ממנו דברי הגמרא ב"מ דף כ"א רע"ב (בזוטו של ים: אף על גב דאית בי' סימן רחמנא שריי' כדבעינן למימר לקמן) ופרש"י שם /ב"מ דף כ"א/ ד"ה רחמנא שרייה ונמוק"י שם ד"ה רחמנא שרייה בשם הרשב"א ורנב"ר (שהוא הר"ן) ותוספות כ"ב ע"א ד"ה שטף והרא"ש שם /ב"מ דף כ"א/ סי' ב' וסי' ו' והשו"ע חו"מ סי' רנ"ט ס"ז וסמ"ע שם ס"ק ט"ז וש"ע הרב ז"ל ה' מציאה סי"ט דמבואר בדבריהם דמציל מן הארי והדוב וכדומה א"ח להחזיר אף אם לא נתיאשו הבעלים דיליף לה בגמרא דף כ"ב ע"ב ממה שנאמר אשר תאבד ממנו שאבודה ממנו ומצוי' לכל אדם יצתה זו וכו, ונ"ד הנאצים ימ"ש דמו לארי ודוב וגרע עוד יותר, כי אין מידם מציל.

מדבריו, ניכר שר"מ ראטה הבין את עמדתו של השואל ר"ע הדאיה כי אין טענת הייאוש תופסת משום שהוא "ייאוש בטעות", כי "לא עלה על דעתו שיבוא לידי הצלה... וברשות מרא קמא קיימי". תשובתו של ר"מ ראטה הייתה שכתר התורה הנידון אינו נחשב לפי דיני התורה לאבידה, כי דינו כ"אבידה ששטפה נהר", שהמוצא אותה אינו חייב להשיבה לבעליה הראשונים, אלא זוכה בה לעצמו אם רצה בכך. כך מובא בבבלי בבא מציעא בשם רבי ישמעאל בן יהוצדק:[[6]](#footnote-6)

מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת - דכתיב 'וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה' מי שאבודה הימנו ומצויה אצל כל אדם, יצאתה זו שאבודה ממנו, ואינה מצויה אצל כל אדם.

הראשונים פירשו פטור זה מהשבת אבידה כך: המצווה להשיב אבידה תלויה באומדן דעתו של בעל הנכס שאבד. בדרך כלל כשאדם מאבד נכס הוא מקווה למוצאו, אם בעצמו ואם על-ידי אחרים. הוא אינו חושב לוותר, כי הוא משער שיש סיכוי רב שהחפץ שאבד לא נעלם אלא נמצא ברשותו או שאחרים ימצאוהו בנקל. אם מי שאבד לו נכס "מתייאש" ממנו, אז גם אם לאחר מכן ימצא אדם כלשהו את אותו נכס – אין כאן אבידה והוא שייכת למוצא. לפיכך, אם אדם איבד נכס שאין לו סימנים הוא "מתייאש" מראש, כי הוא סבור שלא יוכל להוכיח את בעלותו בפני מוצא האבידה. הוא הדין אם יש בנכס סימנים, אך "שטפה נהר": ניתן להניח כי אף אדם לא יוכל למצוא את הנכס שנשטף בנהר, ואז אין המציל את הרכוש חייב להחזיר הנכס לבעליו.[[7]](#footnote-7)

בסמוך, מובאת באותה סוגיה מימרת ר' שמעון בן אלעזר:[[8]](#footnote-8)

המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס, ומן זוטו של ים ומשלוליתו של נהר, ... - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן.

וכך משלב הרא"ש בהלכותיו את שתי השמועות הללו:[[9]](#footnote-9)

זוטו של ים ושלוליתו של נהר אף על גב דאית ביה סימנא רחמנא שריא. דאמר ר' יוחנן משום ר"ש בן יהוצדק מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת שנא' כן תעשה וגו' אשר תאבד ממנו ומצאתה. מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם. יצתה זו שאבודה ממנו ומכל אדם. ואפי' עומד וצוח נעשה כצווח על ביתו שנפל ועל ספינתו שטבעה בים.

הווה אומר: במקרים שאיתני הטבע גרמו לכך "שאבודה ממנו ומכל אדם", אין דעתו של בעל הנכס חשובה כלל, והמוצא באופן מקרי את הנכס האבוד – שלו הוא, ואינו חייב להחזירו לבעליו. מדרג הנכסים שחייב המוצא להשיב לבעליהם אינו לפי דעתו הסובייקטיבית של בעל הנכס – אם התייאש מהנכס אם לא – אלא לפי מה "מה שבדעת כל בני האדם", היינו מה "האדם הסביר" סבור בסיטואציה שכזו.[[10]](#footnote-10) לדעת ר"מ ראטה, אבידות בגין הנאצים הן עוד תופעה של אבידה בשל "איתני הטבע", ועל כן אין זה משנה אם אביו של התובע התייאש מכתר התורה אם לא.

למרות דחייתו הנמרצת של ר"מ ראטה את חיוב השבת האבידה של כתר התורה, מעיון בספרו של ר"ע הדאיה דומה כי ר"מ ראטה לא הבין כראוי את ר"ע הדאיה. האחרון לא טען ל"ייאוש בטעות" קלאסי, שהרי התובע הנוכחי כלל לא היה בעל הנכס בשעת החרמתו על-ידי הנאצים, אלא אביו שהקדיש את ספר התורה ונספה בשואה מבלי לדעת מה גורל הכתר. טענתו של ר"ע הדאיה הייתה שמוטעה לייחס "ייאוש" לבעלי נכסים שהוחרמו על-ידי הכובשים הנאצים, שהרי השלטון הנאצי התכוון בראש ובראשונה להשמיד את היהודים ולא פנה לבזיזת הרכוש כעניין עיקרי. כך כותב ר"ע הדאיה לר"מ ראטה מאוחר יותר, לאחר שנוכח כי פנייתו המקורית לר"מ ראטה "הונצחה" בספרו של הלה באופן מוטעה:[[11]](#footnote-11)

אשר להערתו על דברינו הנ"ל, במחי"כ בודאי שאין מי שיכחיש שהם גרועים מארי ודוב, אך כל העולם יודע כי כל עיקרם על עם ישראל לא באו אלא על עסקי נפשות, ולא היתה מגמתם רק להשמיד רח"ל, ועסקי ממון הם רק בדרך אגב, ולפי מה שהוגד לי, שהרבה שהושמדו אחרי גמר המלחמה כשבאו קרוביהם מצאו את כל רכושם כמות שהוא בבית, ויש מהם שנשלל ע"י השכנים. הנאצים ימ"ש כשבאו לטרוף נפשות לא פנו אל הרכוש, כל הנלקחים נשאר רכושם במקום שממנו נלקחו, ולכן לא רחוק לומר שיורשיהם לא נתייאשו מהם רק מצד הספק פן נשדד ע"י השכנים, ובפרט בזמן מלחמה, לא ברור מי ינצח, ואפשר שחשבו כי אחרי שינוצח אז לכל הפחות יוחזר להם הרכוש, ולכן לפע"ד אין זה בבחי' טריפת ארי ודוב. א. שלא ברור שהארי טרף הרכוש כי הם באו בעיקר בשביל הנפשות. ב. אף שנניח שטרפו הרכוש, מכיון שבמצב מלחמה יכול להיות שינוצחו כמו שכן היה באמת, אין כאן יאוש ברור.

שנות המלחמה לכשעצמן אינן זמן ייאוש, שהרי בכל מלחמה יש אפשרות שהאויב המחרים ייכשל. אך כל מלחמה יש לה ייחוד משלה; המונח "בשעת מלחמה", המובא בבבלי גיטין, אינו אלא קוד הצלה שהמלכות הכריזה שמי שיימנע מלהרוג יהודי – ייהרג. יש להניח שיהודי שנתן קרקע לסיקריקון, במעין עסקה של "שא קרקע זו והניחני", גמר בדעתו לוותר על רכושו מכל וכל.[[12]](#footnote-12) אך במקרה של כתר התורה מעולם לא שימשה "הביזה" תמורה להצלת חייהם של בעלי הנכס. ועוד דבר, טוען ר' עובדיה הדאיה, כי בניגוד ל"ארי ודוב", שאצלם מטרת ה"טרף" היא השגת הרכוש, המזון; ובניגוד לסיקריקין, שה"טרף" העיקרי שלו היה קבלת הבעלות על הקרקע ואילו קטילתו של היהודי הייתה רק תמריץ לכך – אצל הנאצים הייתה דווקא הימנעות מביזה ומשלל מצד אחד, והשמדת הגזע היהודי באמצעות הריגתם, שריפתם או משלוחם למחנות ההשמדה מצד שני. ניצולי המלחמה, לדעת ר"ע הדאיה, חששו בהקשר של רכושם רק משכניהם מלפני המלחמה, שחלקם בזזו או שללו, וחלקם התייראו מהגרמנים והשאירו את רכושם של היהודים כמות שהוא.

ר' יעקב יחיאל ווינברג היה ראש הסמינר לרבנים בברלין עד פרוץ מלחמת העולם השנייה, ולאחריה ראש ישיבת מונטריי בשוויץ. ניצול שואה בעצמו, הוא פתר בטענה זהה את השאלה הבאה: אדם שבזמן מלחמת העולם השנייה הציל ספרים מספריית הסמינר לרבנים בברלין, האם דומה הוא למציל מ"זוטו של ים" ולפיכך הספרים שייכים לו? ועל כך השיב:[[13]](#footnote-13)

מלבד הנ"ל מסופקני אם יש לדמות לזוטו של ים, מכיון שידוע כי הרשעים ימ"ש לקחו כל הספרים מהביבלאתיקאות [ספריות] והניחום במקומות משומרים (גם הביבלותיקה שלנו נשארה בשלימותה והיא מונחת בפראג, כידוע) ולא פסה התקוה מלבנו כי הרשעה כולה כעשן תכלה ותעבור ממשלת זדון - וע' בחו"מ סי' רל"ו סע' ח' ברמ"א דבספרים לא הוי יאוש. עי"ש בבאורי הגר"א ובפ"ת. וע' בשו"ת אמרי יושר ח"ב ס' נ"ט, שנשאל על כגון זה אחרי מלחמת העולם הראשונה והעלה ג"כ שמחויב להחזיר. ואמנם, זה עתה ראיתי בירחון המאור היו"ל בניו יורק (חוברת ה' שנה ו') מאת רב אחד, שהעלה שלא צריך להחזיר ספרים שנצלו מן השמד יעו"ש. והנה מלבד שדבריו אינם נכונים לדינא - בנידון דידן לא הפקירו הבעלים מעולם, כמשכ"ל.

1. **האם קיימת חובת השבה של כתר התורה בשל תקנה מאוחרת?**
2. **השקפתו של ר"מ ראטה – שלילת חובת ההשבה של הכתר לתובע, ונימוקיו**

בסמוך ובנראה חש ר"מ ראטה לטענה אפשרית חילופית, לפיה אף שלפי דיני השבת האבידה המוצא זכה בה, יש להשיבה לידי התובע "לפנים משורת הדין". זאת, על סמך תקנה של 'ועשית הישר והטוב', כפי שניסח. כך הגיה ר' משה איסרליש במפה על פסקו של ר' יוסף קארו בעל השולחן ערוך, לגבי "המציל מהארי והדוב וזוטו של ים... הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח":

הגה: מ"מ טוב וישר להחזיר, כמו שנתבאר סעיף ה'. ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך או ב"ד חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר ב"ד הפקר... ולכן פסקו ז"ל בספינה שטבעה בים, שגזר המושל גם הקהלות שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב, ואין לו מן הבעלים אלא מה שנתן (מרדכי ריש פרק אלו מציאות).[[14]](#footnote-14)

כלומר, אומנם דין התורה שניתנה "במעמד הר סיני" פוטר את המוצא מלהשיב את האבידה, בין היתר משום שהיא נפלה לידי "הארי והדוב" ו"זוטו של ים"; אולם, ייתכן שתהא חובה להשבת האבידה אם משום שכך "גזר המלך", היינו "דינא דמלכותא", ואם מפני תקנת חכמים מאוחרת, מכוח "הפקר בית דין הפקר". הרחבת החיוב מעבר לדין התורה נתונה לשיקול דעת של נראות, כמו שכותב הרמ"א לעיל בסעיף ה:

אף על פי שמן הדין במקום שרוב עובדי כוכבים מצויים, אפילו נתן ישראל בה סימן אינו חייב להחזיר, טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן. ואם הוא עני ובעל אבידה עשיר, אין צריך לעשות לפנים משורת הדין.

מדברים אלו מסיק ר"מ ראטה על משמעות הקדשו של כתר התורה ממאקוב ועל השלכותיו:

כתר התורה שאדם מקדיש לבית כנסת אינו נמצא בבעלותו של המקדיש, והוא אינו רשאי לבקשו לעצמו לשימושיו האישיים, שכן הקדשו היה לטובת הקהל, וכאילו הותנה שטובה זו לא תהא הדירה. בלשון המקורות: "לב בית דין מתנה עליהם" שההקדש לעולם יחול. אך המקדיש רשאי להתנות כי אם ייחרב בית הכנסת או אם הוא עצמו יעבור להתגורר במקום אחר, יעבור הכתר עמו וישמש את בית הכנסת שיחפוץ להניחו שם. [[15]](#footnote-15)הווה אומר, למרות שהמקדיש אינו "בעל הכתר" ממש, יש לו בחפץ המוקדש "טובת הנאה", שהיא זכות הדדית של המקדיש להנות בני אדם אחרים ובה בעת לקבל את הוקרתם. לפיכך, מסיק ר"מ ראטה, לוּ המקדיש עצמו, אבי התובע, היה חי, כגון שהיה ניצל ועולה לישראל, ייתכן שדברי הרמ"א היו נכוחים, שכן למקדיש נותרה "טובת הנאה" והיה צריך להשיב לו "לפנים משורת הדין". אך "טובת ההנאה" הזו אינה עוברת בירושה מהמוריש לבנו התובע, ועל כן תביעתו להשיב אליו את כתר התורה כדי להשימו בבית הכנסת שהוא חפץ בו, אינה אפילו "לפנים משורת הדין".

1. **השקפתם המנוגדת של הדיינים – חיוב ההשבה של הכתר לתובע, ונימוקיהם**

טענה זו של ר"מ ראטה נדחתה על-ידי דייני ההרכב של בית הדין מכל וכל, על כל הנחותיה:

ראשית, קבעו הדיינים כי אין לראות במעשיהם של הנאצים "זוטו של ים" או "הארי והדוב" – מעין תופעת טבע – אלא מעשה פשע מכוון. על כן, אין להניח כי בעליו של נכס גזול התייאש, ויש להשיבו לבעליו מצד דיני הגזל. הפרדה כזו עולה מהשוואת הנוסחים הבאים:

בברייתא המובאת בבלי בבא מציעא כד ע"ב הנוסח:

המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס, ומן זוטו של ים ומשלוליתו של נהר, המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה, ובכל מקום שהרבים מצויין שם - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן.

ואילו במשנה בבא קמא , פ"י, ב הנוסח:

המציל מן הנהר, או מן הגיס, או מן הלסטים: אם נתיאשו הבעלים, הרי אלו שלו.

שינויי הנוסח נובעים כנראה מהאבחנה בין התערבות איתני הטבע, הנחשבים "כוח עליון" שקובע בעצמו את ייאוש הבעלים, לבין התערבות שאינה כזאת, המותנית ברצונו של הכובש מאבד הרכוש. ומכאן נראה שלדעת הדיינים כל עוד מקדיש הכתר לא התייאש בפועל, לא ניתן להניח שהייאוש הוא "בדעתו ובדעת כל בני האדם".[[16]](#footnote-16)

הנקודה השנייה שעליה חלוקים הדיינים עם ר"מ ראטה היא ההנחה כי בגזילה טמון מעשה רשע. במקרה כזה, הגם שהבעלים מתייאש, מכורח הבנת הנסיבות יש מקום לראות בחובת ההשבה "תקנתא אלימתא".

כך עולה, לפי הבנתם של הדיינים, מדבריו של בעל תרומת הדשן ובעקבותיו של ר' משה איסרליש בהגהות לשולחן ערוך, לגבי השבת רכוש גנוב אף במקרה שהיה בו ייאוש ושינוי רשות:[[17]](#footnote-17)

דמכל מקום צריך להחזירו לבעלים מכח דינא דמלכותא, דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא. ובמקום שנהגו שיתן לו הריבית, צריך ליתן לו גם הריבית (תרומת הדשן סימן ש"ט).[[18]](#footnote-18)

לפי הבנת הדיינים שונה "ההשבה" בגזילה, שכן היא חלה על כל רכיב ורכיב, לרבות על "טובת ההנאה". על כן, מאחר שהכתר היה גזול – יש להחזירו לבעליו, ואם הם מתו אז ליורשיו.

1. **סיבת המחלוקת לגבי אופיין של תקנות ההשבה – פרשנות הגהותיו של ר' משה איסרליש**

הבאנו את הדיון ב"תקנות ההשבה" שהן מאוחרות, מקורן כפי הנראה אינו בחכמי התלמוד, וגם זיקתן לחכמי הראשונים אינה כה מבוססת. אך דומה ששורש המחלוקת בין חכמי התורה לגביהן נעוץ בפרשנות שונה של דברי הרמ"א בהגהותיו.

בשלושה מקומות מוזכרות "תקנות ההשבה" הללו, וכולן בהגהות של ר' משה איסרליש:

1 . בסימן רנ"ט בסעיף ז על דברי ר' יוסף קארו, המצטט את ההלכה התלמודית ש"המציל מהארי והדוב וזוטו של ים ושלוליתו של נהר – הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח", מגיה הרמ"א:

הגה: מ"מ טוב וישר להחזיר, כמו שנתבאר סעיף ה'. ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, יז] אם גזר המלך או ב"ד "תקנת השבה באבידה לבין תקנת חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר ב"ד הפקר...

2. בסימן שנ"ו בסעיף ז על דברי ר' יוסף קארו, שכתב: "משכן הגניבה... נותנים לבעל המשכון... וחוזרים ועושים דין עם הגנב אלא אם כן היה גנב מפורסם...", מעיר ר"מ איסרליש:

הגה: וכן אומן שנותנין לו כלים לתקן, והשכינם, צריכין הבעלים ליתן לו מעותיו אבל לא הריבית שעולה עליו, דלא עשו תקנת השוק על הריבית. ואפילו למאן דאמר: אומן קונה בשבח כלי, לא נאמר דהרי הוא של אומן ולא של בעלים, דמכל מקום צריך להחזירו לבעלים מכח דינא דמלכותא, דהכי נהיגי עכשיו להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא. ובמקום שנהגו שיתן לו הריבית, צריך ליתן לו גם הריבית (תרומת הדשן סימן ש"ט)

3. בשולחן ערוך סימן שסח הולך ר' יוסף קארו ומכריע את הדין לפי המסורת בבבלי,[[19]](#footnote-19) כי יש להבחין בין דינו של "המציל מיד ליסטים ישראל – הרי אלו שלו, חוץ אם ידע שהבעלים הגזול לא התייאש", לבין דינו של "המציל מיד ליסטים עובד כוכבים... חייב להחזיר שסתם הדבר שלא התייאשו הבעלים". על כך מוסיף רמ"א בהגהה כי בגניבה, בין אם הגנב ישראל או עובד כוכבים – "סתם גניבה הוי יאוש אפילו בעובד כוכבים, ואם כן הקונה מן הגנב לא היה צריך להחזיר הגניבה אלא אם כן ידעינן דלא נתייאש, דהא קנאה ביאוש ושינוי רשות".

זהו עיקר הדין, אך הנה התקנה לפי הגהת הרמ"ה:

מיהו נהגו להחזיר כל גניבה (ת"ה סי' ש"ט), ואין לשנות מן המנהג (טור), וכמו שנתבאר לעיל סימן שנ"ו. ואין חלוק בזה בין גנב לגזלן, דבכל ענין מחזיר דמיו ונוטל את שלו, כן נראה לי. ועיין לעיל סימן רל"ו הקונה קרקע גזולה.

אם מעיינים במקורות הרמ"א, הרי שהתקנה על השבת אבידה נשענת על תשובת רבנו גרשום, המובאת במרדכי על בבא מציעא, ואילו התקנה על השבה בגניבה ובגזילה נשענת על תשובת ר' ישראל איסרליין, בעל תרומת הדשן. נבחין בסגנון השונה של ההלכות העולות מכל אחד מהמקורות.

במרדכי על בבא מציעא:

נשאל לר"ג [רמז רנז] על עסקי היהודים ההולכים בספינה וטבעה הספינה וניצולו הנפשות והממון היה בתיבות עמד יהודי אחד שניצל מן הספינה ושכר עובד כוכבים אחד לעזור לו להציל הממון והציל העובד כוכבים תיבתו של ראובן אבל לא היה יכול להוציאה אל היבשה לפי שהיתה מלאה מים והוצרך העובד כוכבים לשברה ולהוציא ממון שבתוכה ושאר הממון שבספינה לא יכול להציל הכל כי היה חשך ואישון לילה ואפילה והעובדי כוכבים נתאספו לשם וחטפו מן הממון ושאר נכסים והוליכו לביתם למחרת נתנו שוחדים למושלים ולשופטים לחקור ולפשפש ביד האנשים הנחשדים שנתקבצו שם וגם הקהלות גזרו חרם על כל מי שבא לידו מנכסי ספינה שנאבדה שיחזיר לבעלים ובתוך ל' יום שהיה ראובן מחזר על אבדתו מכר עובד כוכבים אחד מן הממון ומן הנכסים הנאבדים בספינה לשמעון ואינו רוצה להחזיר לראובן ואומר שכבר זכיתי בה שאבידה ששטפה נהר מותרת והשיב כך דעתי נוטה שאין בדברי שמעון ממש כי מה שטוען אבידת נהר מותרת אינה טענה שהרי לא הציל הוא מן הנהר אלא העובד כוכבים הצילה ומושלי העיר כבר צוו להחזיר ודינא דמלכותא דינא ובדיני עובד כוכבים המציל מן הנהר נוטל שכר טורחו כשמודה בה ומחזירה לבעליה בחנם ועובד כוכבים שכופר בה דינו כגנב ודינו של שמעון זה כלוקח מן הגנב ועשו בו תקנת השוק וישבע כמה נתן ויטול כדתנן המכיר כליו וספריו ביד אחר אם יצאה לו שם גניבה בעיר ישבע כמה הוציא ויטול וגם מפני תקנות הקהלות צריך שמעון להחזיר האבידה לראובן אפילו אם נתייאש ראובן דהפקר בית דין הפקר שנאמר וכל אשר לא יבא לשלשת הימים בעצת השרים והסגנים יחרם הוא וכל רכושו וליכא למימר דוקא בדורות של שמאי והלל או של ר"ג שהרי אמרו חכמים למה לא נתפרשו שמותם של שבעים זקנים שלא יאמר אדם פלוני כאלדד ומידד ופלוני כנדב ואביהוא וכתיב וישלח ה' את ירובעל ואת בדן ואת יפתח וגו' לומר לך יפתח בדורו כשמואל בדורו ומי שמתמנה פרנס על הצבור כאביר שבאבירים ע"כ יחזיר שמעון את אשר קנה כי מכמה טעמים לא זכה בו וכן הדין ושלום גרשום ברבי יהודה:

ואילו תשובתו של ר' ישראל איסרליין כתובה בסגנון שונה:

וא"ת אפי' נאמר דאומן קבש"כ גופא ושבח, ואפ"ה היה צריך שמעון להחזיר לראובן החגורה מטעם דדינא דמלכותא דינא, דהכי דייני עתה דצריך להחזיר לבעלים כ"ד הגנוב מרשות הבעלים או מה שהאומנים והשומרים מוכרים מרשות עצמן משל אחרים, ואפי' לאחר יאוש ושינוי רשות דקני נמי כמו שינוי מעשה. מ"מ אי בתר דינא דמלכותא ניזל צריך ראובן לתת לשמעון הריבית כמו הקרן, דחוק קבוע הוא ליהודים מן המלכות באילו מדינות כשמלוין על דבר הגנוב ובאו הבעלים לפדות צריכין לפרוע קרן וריבית. ובנ"ד אף על גב דהישראל הוא צריך לפרוע הריבית לחבירו אין כאן איסור שהרי לא לוה כלום משמעון ואין זה ריבית הבא מיד לוה למלוה.

מתוך אריכות הדברים נראה כי שתי התקנות – ההשבה באבידה וההשבה בגניבה וגזלה – מבוססות על דיני המלכות, המחייבים את מי שמחזיק ברכוש להשיבו לבעליו. אלא התשובה המיוחסת לרבנו גרשום מעלה את "דינא דמלכותא" כאפשרות אחת, ליד רעותה מהמשפט הפנימי בישראל – "הפקר בית דין הפקר"; מנגד, תשובת ר' יוסף איסרליין מבוססת על "דינא דמלכותא" בלבד. ולא זו אף זו, "דינא דמלכותא" בהשבת אבידה, כפי שמסופר בתשובת רבנו גרשום, היא תקנה שהותקנה אד הוק, לאחר מעשה של איתני הטבע, ובעקבות השתדלות לא מעטה, כמסופר: "... למחרת נתנו שוחדים למושלים ולשופטים לחקור ולפשפש ביד האנשים הנחשדים שנתקבצו שם וגם הקהלות גזרו חרם על כל מי שבא לידו מנכסי ספינה שנאבדה שיחזיר לבעלים". לאחר ההתקנה הזו, על מאורעותיה, נקבע כי מי שאינו מחזיר הוא גזלן. לעומת זאת, ההשבה בגזילה וגניבה מעוגנת היטב – "חוק קבוע הוא ליהודים מן המלכות...". עוד הבדל טמון בתוצאה: על-פי "דינא דמלכותא" בהשבת אבידה, ההחזרה לבעל האבידה בחינם, אבל רשאי המוצא ליטול "שכר טורחו"; ואילו ההשבה מגזלן וגנב מחייבת את הבעלים לשלם לא רק את הקרן של ההלוואה שעליה ניתן משכון למלווה, אלא גם את הריבית שצבר המלווה עבור המשכון.

סיפור הדברים נראה כך: תקנת השבת האבידה היא עניין מוסרי של "טוב וישר". מדובר בהתערבות איתני הטבע, שגרמה לסחורה להיחשב "אבודה". ועל כן הפנה הרמ"א בסימן רנט לסעיף ה, ששם יש להחזיר אבידה (ולא משום "דינא דמלכותא") ליהודי, אף שהעיר רובה גויים, מצד "הישר והטוב" – רק אם המוצא עשיר והבעלים עני. לא כן בגניבה וגזילה, שם "דינא דמלכותא" חל בכל מקרה ולא רק מטעם "הטוב והישר".

נראה, אפוא, שאבחנה זו עומדת ביסודה של הערת בעל הש"ך, ש"דינא דמלכותא" להשיב גזילה וגניבה לאחר שינוי היא כל כך "אלימה", שיש לקיימה גם בקהילות ישראל, אף על גב שיש בו "מנהג גרוע שהוא נגד דין תורה":

דהכי נהיגי עכשיו כו' מכח דינא דמלכותא כו'. ואף ע"ג שהוכחתי לעיל סימן ע"ג סי"ד באריכות דלא אמרינן דינא דמלכותא מה שהוא נגד דין תורתינו מ"מ דיינין הכי שפיר בלישנא דהכי נהיגי עכשיו כלו' דגם בישראל נהיגי כן ובת"ה א"ש טפי דכתב דהכי דייני עתה כו' ואף על גב דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה וכמש"ל סי' ע"ב ס"ק ל"ה וכמה דוכתי י"ל דהאי מנהג הוא שנתקן כך ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן ודוק:

לדעת בעל הש"ך הסיבה היא המסובב, מאחר שזו "דינא דמלכותא" והיא כ"חוק קבוע", לכן הוא פשט גם בישראל ונוהגים ללכת אחריו, על אף היותו נגד דין התורה. אפשר אפוא להניח כי הדיינים, בהסתמך על תרומת הדשן ופרשנותו על-ידי הרמ"א, ביארו את "דינא דמלכותא" בעניין השבת הגזילה כעניין של תקנה נוקשה, לפיה יש להשיב את כל רכיבי הגזילה, כולל "טובת ההנאה" שבה, גם לתובע שהוא יורש המקדיש.

מפסק הדין עולה כי הדיינים היו מודעים לפרשנות שונה של דברי הרמ"א, לפיה גם בענייני גניבה וגזילה יש ללכת אחר "דינא דמלכותא", בשל "מנהג טוב וישר". זו דעתו של בעל קצות החושן המתפלמס עם בעל הש"ך, שכזכור ראה בתקנת ההשבה בגניבה וגזילה "מנהג גרוע".

כך כותב בעל קצות החושן בסימן רנט:

אמנם נראה דזה לאו מנהג גרוע אלא מנהג טוב וישר הוא, דכיון דאמרו בגמרא (ב"מ כד, ב) דאבידה לאחר יאוש מחזירין לפנים משורת הדין, והוא משום ועשית הישר והטוב (דברים ו, יח) דמהכא נפקא לן לפנים משורת הדין, וכן ביאוש ושינוי רשות אמרו בפרק הגוזל בתרא (ב"ק קיד, א) בירא שמים מחזיר לבעלים הראשונים, ומשום הכי כשראו חכמי הדור לתקן שיחזיר לאחר יאוש אין זה מנהג גרוע ח"ו. וכן כתב במרדכי פרק אלו מציאות (ב"מ סי' רנ"ז) ז"ל, אמר ליה לפנים משורת הדין, ואשכחנא נמי בפרק הגוזל בתרא חייב בבא לצאת ידי שמים, וכיון דחזינן דהוי כייפי להו (להני) [הכי] כדאיתא פרק האומנין (ב"מ פג, א) גם אנן כייפינן למיעבד לפנים משורת הדין אם היכולת בידו לעשות דתני רב יוסף (שם ל, ב) והודעת להם את הדרך (שמות יח, כ) כו', וכן פסק ראב"ן וראבי"ה דכייפינן להו לעשות לפנים משורת הדין עכ"ל. והיינו דאע"ג דבעלמא לא כייפי למיעבד לפנים משורת הדין הכא ראו הב"ד לתקן תקנה זו, ואין זה מנהג גרוע כיון דיאות למיעבד לפנים משורת הדין, ובפרט שהוא נמי דינא דמלכותא דינא.

ותדע דהא כתב הרמ"א סעיף ה' דאם הוא עני ובעל אבידה עשיר א"צ להחזיר, וכיון דכתב דהשתא דינא הכי משום דינא דמלכותא דינא א"כ למה נהדר פני דל דודאי [ל]עני ועשיר משפט אחד הן מצד דינא דמלכותא דינא או מצד הפקר ב"ד. ודוחק לומר דהרמ"א סעיף ה' מיירי היכא דליכא דינא דמלכותא דינא וליכא נמי הפקר ב"ד. אלא כיון דעיקר הטעם אינו משום דינא דמלכותא דינא אלא משום דראוי נמי למיעבד לפנים משורת הדין להכי דיינינן הכי בישראל ועשו כפיה לעשות הישר והטוב, ולפנים משורת הדין אינו אלא למי שהיכולת בידו ומשום הכי אין העני מחויב להחזיר ודי לו לעני במשפט כתוב. ועיין מ"ש בסימן שנ"ו (סק"ד) [סק"ה]:

לדעת בעל קצות החושן יש לערב בין תקנת ההשבה בגזילה וגניבה לבין תקנת ההשבה באבידה. בשתיהן יש תמריץ של "דינא דמלכותא" אך זהו אינו סוף דבר, שכן שניהם מנהגים ששורשם אף ב"טוב וישר". גם באבידה וגם בגניבה מצאנו הנהגה עודפת של השבה: בראשונה מחזירים אבידה לאחר ייאוש משום "ועשית הישר והטוב", ובשנייה מחזירים לאחר ייאוש ושינוי רשות "בבא לצאת ידי שמיים", "בירא שמיים". על כן, כשם שבאבידה מחזירין "לפנים משורת הדין" – כך גם בגזילה ובאבידה. מסקנתו היא שגם באבידה וגם בגזילה וגניבה יש מקום ללכת אחר "דינא דמלכותא", אך בד בבד יש להפעיל את ההשבה כעניין צודק וראוי. ולכן כשם שבאבידה לא הכול חייב בהשבה, אלא רק כשהדבר ראוי וישר – כך גם בגניבה וגזילה, בהן אין מחייבים להשיב אלא אם ההשבה צודקת, היינו שלא נגרם למשיב הגזילה כל הפסד – למשל כשמחזירים לו התמורה, או כשהמוצא עשיר והמאבד עני.[[20]](#footnote-20)

הדיינים מעלים בפסק דינם השערה שלוּ הייתה ההשבה מצד "הישר והטוב" לא היו צריכים להשיב את כתר התורה לתובע, שכן "הישר והטוב" חל על יחידים ולא על ציבור. לאמור, רק כלפי היחיד יש דרישה של "צדק משלך ותן לו", אך זו אינה דרישה מכלל הציבור. לדעתם, דעת בעל קצות החושן אינה מעוגנת בפשט דבריו של בעל תרומת הדשן, הקובעת כי יש חובה להשיב לבעלים גם את הקרן וגם את הריבית, ללא כל התנייה. דעה זו אף אינה נהנית מאזכור נאות בדברי הרמ"א בהגהתו, כפי שהבינה בעל הש"ך. מדוע, אפוא, סבור בעל קצות החושן שאין חובת השבה בגניבה וגזילה מטעם "דינא דמלכותא", אלא אם היא "הטוב והישר"?

דומה שבעל קצות החושן אינו סבור שיש להבחין באופן דיכוטומי בין השבת אבידה במקום של "כוח עליון" לבין השבתה בגזילה וגניבה, וכשם שיש לקיים החזרה באבידה מצד "הטוב והישר", כך גם לגבי חובת ההשבה בגניבה וגזילה. ואולי מזה למד ר"מ ראטה שיש להשיב רק מצד "הישר והטוב" גם "טובת הנאה" שנגזלה ואבדה – רק לבעליה ולא ליורשיו.

1. **כיבוש נכסים במלחמה: ייאוש בעלים או פררוגטיבה של המלכות הכובשת?**
2. **המחלוקת בין ר"מ ראטה לבין הדיינים בדבר ההשבה של נכס כבוש בעתות מלחמה**

מטיעונו של ר"מ ראטה עולה כי העדר העילה להשבת כתר התורה מבוסס על ההנחה כי מלחמה היא תופעה "על אנושית", כמו איתני הטבע, שבהם אין חובה להשיב אבידה ש"אבודה מכל אדם". משום כך, דינו של הרכוש שנשלל ונבזז לעבור לידי הכובש באופן מושלם וללא כל ערעור, וכן לכל מי שקנה את הנכס מן הכובש. כך נקבע במשנה בגיטין ש"בשעת מלחמה" לא היה "דין סיקריקון",[[21]](#footnote-21) אלא היהודי שהוכרז על-ידי השלטון הרומאי כבן-מוות אולץ להעביר את נכסיו לסיקריקון, מתוך רצונו של היהודי להציל את חייו. כאמור, "גמירות הדעת" של הייאוש בזמן המלחמה היא אובייקטיבית, לפי מה שהיה נוהג "האדם הסביר", ואינה עניין סובייקטיבי, היינו מה חשב בפועל היהודי שרכושו נשלל בזמן מלחמה. הפועל היוצא, כי על אף הכלל הידוע ש"קרקע אינה נגזלת", בשעת מלחמה יש ויתור של הבעלים היהודים גם על נכסי המקרקעין שלו.

מאחר שר"מ ראטה נשען על הדין היהודי הקלאסי של "ייאוש בעלים", אין פלא שגם שאלת ההשבה בשל תקנה מאוחרת העסיקה אותו מאוד, והוא לא פטר אותה בנקל בשל צוק העתים. מכוח דיני התורה הקלאסיים, לדידו, תקנות ההשבה המאוחרות, הנזכרות בהגהות הרמ"א על ספר שולחן ערוך, אינן חלות כלפי התובע. זאת, משום שמעולם לא הייתה בידי התובע בעלות על הכתר, ומכוח ירושת אביו זכה ב"טובת ההנאה" שהייתה לאביו לאחר הקדשת כתר התורה לקהילה. "טובת הנאה" שכזו, לפי ר"מ ראטה, אין בה כדי לחייב השבה חומלת מצד "הישר והטוב".

אך לא כך היא דעת הדיינים, הרואים במלחמה עוד מעשה של גזל ורשע, שאינו כאיתני הטבע. ועל כן, אף אם היינו מניחים כי היה ייאוש בפועל מצד המקדיש, עדיין הייתה חובה להשיב את הגזילה כתקנת השבה מאוחרת מכוח "דינא דמלכותא", ולהשיב את כתר התורה לתובע אף שאין בהשבה זו משום "הטוב והישר". היינו – גם אם התובע "ירש" מאביו רק את "טובת ההנאה" בכתר התורה, מחויב הגוזל להשיב את הכתר ליורש בעליו.[[22]](#footnote-22)

אך מכאן מחדשים דייני בית הדין הרבני: "כיבוש מלחמה", היינו ביזת נכסים על-ידי הכובש, כמו הסיקריקון במשנה, אינה תיאור של מצב קיצוני שבו בני אדם נוהגים אחרת מבעתות שלום בשל החשש לחייהם; אלא שלקיחת החפץ מבעליו הראשונים על-ידי הכובש יוצר קניין מקורי בנכס, הנשען על הפררוגטיבה של המלך הכובש. "קניין כיבוש מלחמה" הוא קניין חזק, שאינו כפוף ל"תקנות ההשבה" באבידה, בגניבה או גזילה. ואלו דבריהם:

... אבל אם שללו לגיונות בכיבוש מלחמה שזהו דין מיוחד שיש קנין ע"י כיבוש מלחמה כמבואר בגיטין ל"ח, יש לדון שאין לזה ענין להאי דינא דסימן שנ"ו, ויתכן דבכה"ג לא תיקנו שום תקנה שהזוכה מהם יהיה מחויב להחזיר, ועיי' בסנהדרין דף צ"ד ע"ב כמשק גבים שוקק בו, מה גבים הללו מעלין את האדם מטומאה לטהרה אף ממונם של ישראל כיון שנפל ביד עכו"ם מיד טהר.

על המונח החדש של "כיבוש מלחמה", שבכוחו לגרום "לטיהור" הנכס, נקדיש דברינו להלן.

1. **"טיהור" נכס שנבזז במלחמה – מה משמעו? הדעות החלוקות**

הרעיון של "שלילת" נכסים באופן מוחלט מבעליהם בשעת מלחמה מכונה "טיהור", ונמצא כבר בתלמודים בשני היבטים:

ההיבט הראשון, של היחסים בין האומות, נמצא במקרא עצמו. בספר במדבר מתוארת מלחמת ישראל בסיחון מלך האמורי, שבסיומה כבש ישראל את העיר חשבון מיד האמורי. המקרא מוסיף את ההיגד הבא (במדבר פרק כא, כו):

כִּי חֶשְׁבּוֹן עִיר סִיחֹן מֶלֶךְ הָאֱמֹרִי הִוא וְהוּא נִלְחַם בְּמֶלֶךְ מוֹאָב הָרִאשׁוֹן וַיִּקַּח אֶת כָּל אַרְצוֹ מִיָּדוֹ עַד אַרְנֹן**:**

גם יפתח נדרש, לפי ספר שופטים, למשא ולמתן עם מלך בני עמון בנקודה "בינלאומית-פומבית" זו (שופטים, יא, כא-כז):

וַיֹּאמֶר מֶלֶךְ בְּנֵי עַמּוֹן אֶל מַלְאֲכֵי יִפְתָּח כִּי לָקַח יִשְׂרָאֵל אֶת אַרְצִי בַּעֲלוֹתוֹ מִמִּצְרַיִם מֵאַרְנוֹן וְעַד הַיַּבֹּק וְעַד הַיַּרְדֵּן וְעַתָּה הָשִׁיבָה אֶתְהֶן בְּשָׁלוֹם: ... וַיֹּאמֶר לוֹ כֹּה אָמַר יִפְתָּח לֹא לָקַח יִשְׂרָאֵל אֶת אֶרֶץ מוֹאָב וְאֶת אֶרֶץ בְּנֵי עַמּוֹן:

# תשובת יפתח למלך בני עמון מבוססת אף היא על הפסוק המצוטט בספר במדבר: סיחון מלך חשבון הוא שלקח מבני עמון את השטח, וישראל כבשו אותו מהאמורי, ממלכתו של סיחון. סיפור דברי הימים של מלחמות העמים, שאולי השתרבב לכאן מ"ספר מלחמות ה'"[[23]](#footnote-23) נראה אולי מיותר, עד שחז"ל מנוהו בין "הרבה מקראות שראויין לשרוף והן הן גופי תורה" (חולין ס ע"א). ומהם אלו "גופי התורה"? הנה התשובה – כללי משפט "בינלאומיים" יהודיים. אין כיבוש אלא ברצון אלוהים, והאיסור האלוהי שהוטל על בני ישראל לכבוש את ארצותיהם של מואב ועמון אינו כולל חבל ארץ שסופח בכיבוש מלחמה על-ידי סיחון.

גם המקורות התלמודיים **דנים** בטיהור נכסים, בהקשר של מלחמות דויד בפלשתים. כשדויד בא לכבוש את פלשתים, מנפנפים הם לו בהסכם השלום "הבינלאומי" בין אברהם לאבימלך. דויד נועץ בסנהדרין וזו תשובת אלוהים, כפי שמובאת בחולין, ס ע"ב:

אמר הקב"ה יבואו כפתורים, ויוציאו מעוים דהיינו פלשתים, ויבוא ישראל ויוציא מכפתורים.[[24]](#footnote-24)

ההיבט השני של ההכרה בכיבוש מלחמה הוא ההיבט הפרטי, היינו, היכולת של אדם לרכוש זכויות משפטיות בעקבות מעשה המלחמה ומלאכת הכיבוש שבעקבותיה. זהו עיקר דיוננו. הכיבוש המלחמתי בהקשר של הזכויות הפרטיות מופיע בדרך של דרשת הכתוב של נבואת ישעיהו על מפלת סנחריב ונפילת שללו. כך מובא בבבלי סנהדרין (צד ע"ב):

" 'ואוסַף שללכם אוסֶף הֶחָסיל' (ישעיהו לג, ד), אמר להם נביא לישראל: אספו שללכם. ... אמרו לו: והלא ממון עשרת השבטים מעורב בו? אמר להם: 'כמשק גֵבים שֹקק בו'. מה גבים הללו מעלין את האדם מטומאה לטהרה, אף ממונם של ישראל כיוון שנפל ביד עובדי כוכבים מיד טיהר".[[25]](#footnote-25)

מטאפורת ה"גֵּבִים", היינו המעיינות החיים, חזקה מאוד, בשלושה עניינים:

ראשית, כשם שה"גבים" "מטהרים" לגמרי את כלי הטומאה, כך ה"כיבוש" גורם ל"אחיזה כשורה", היינו לקבלת בעלות מלאה על נכסי הנכבשים, מעבר למה שבאמת שייך לקניינם, ועל אף ששלילת הנכסים של הנכבשים זהה למה שמוגדר בשפה פשוטה – גֶּזֶל.

שנית, כשם שהמקווה מטהר דבר שנטמא מאב הטומאה ולא את אב הטומאה עצמו, שכן "טובל ושרץ בידו" אינו מיטהר, אף "ממונם של ישראל" אינו נטהר על-ידי כיבוש ישראל את ישראל רעהו, אלא רק מ"כיוון שנפל ביד עובדי כוכבים". תפיסת עובד הכוכבים כמי שאינו מחויב לתורה ולדיניה, היא היא המעבירה את הבעלות מעשרת השבטים לגולי בבל.[[26]](#footnote-26)

שלישית, כשם שהגבים מפקיעים את הטומאה כאילו לא הייתה מעולם והכלי כנולד חדש, אף כיבוש המלחמה מייתר את הצורך לפצות את הבעלים הראשונים עבור אבדן הנכס.

על אותה דרך מצוטט רב פפא בגיטין לח ע"א כי "עמון ומואב טיהרו בסיחון". כוונתו להשליך מהמשפט "הבינלאומי" הפומבי, כפי שמובן בפשט הפסוק, לתחום המשפט "הבינלאומי" הפרטי. כשם שה"טיהור" של שטח בני עמון על-ידי סיחון הוא טוטאלי, כך הנכסים הנכבשים על-ידי הכובש יכולים להירכש בידי יהודי ולהפוך לנחלתו, מבלי שיצטרך לחשוש מעבירת הגזל מבעל הנכס המקורי (היהודי) לפי דיני התורה.

במקום אחר הרחבתי את הדיבור על אודות המחלוקת שהתגלעה בין חכמי ההלכה החל מאמצע ימי הביניים עד לימינו, על משמעותו של "הטיהור".[[27]](#footnote-27) אסכולה אחת של ראשונים סבורה הייתה שאין במלחמה אלא מה שעולה מתוך התלמודים – "שעת מלחמה" – נקודת ציון בציר הזמן, שממנה ניתן לשער כי בעלי הנכס שנלקח על-ידי הכובשים התייאשו מזכויותיהם.[[28]](#footnote-28) אך רבים מחכמי ההלכה דוגלים באסכולה אחרת, המעצימה את המלחמה והופכת אותה למושג משפטי אוטונומי, בעל חיות בפני עצמו, של "קניין כיבוש מלחמה" או "חזקת מלחמה": לפי גישה זו, המלחמה אינה עוד נתון עובדתי, נקודת ציון שממנה מתחילה שעת הייאוש הגורמת לאדם לאבד זכויותיו לטובת הסיקריקון תמורת הישארותו בחיים, כפי שעולה מספרות חז"ל; לעומת זאת, "כיבוש מלחמה" היא דרך אוטונומית לסיום יחסי הבעלות וההחזקה של הבעלים הראשונים, שמאפשרת לכל יהודי שקנה רכוש כבוש מהמלכות הכובשת להמשיך להחזיק בנכס שנרכש, ללא שום פקפוק או נדנוד של עבירת הגזל.[[29]](#footnote-29) והיו בין החכמים שפסחו על שני הסעיפים.[[30]](#footnote-30) האסמכתא ל"קניין כיבוש מלחמה" הוא מתחום הכיבוש הריבוני ביחסים שבין האומות, אך בספרות ההלכה משויך הוא לתחום היחסים שבין

מה שורש המחלוקת בין שתי הגישות שהצגנו? מה ההבדל המעשי בין "כיבוש מלחמה" כקניין אוטונומי, לבין ויתור על נכס ב"שעת מלחמה" בשל "ייאוש בעלים"? הראשונים אינם מבארים את עצמם ואילו ראשוני האחרונים, שהכירו אף הם ב"כיבוש מלחמה" וטרחו לבאר את סגולותיו, לא העמידוהו מול דיני הייאוש הקלאסיים של דיני התורה. רק משלהי המאה ה-19 מוצאים אנו התחבטויות והשערות בין חכמי ישראל מארצות מזרח אירופה ובארץ ישראל בדבר הרציונל המפריד בין "כיבוש מלחמה" לבין "ייאוש בעלים" בשל שעת מלחמה. בייחוד דן בזה ר' אברהם דובער כהנא-שפירא, שהיה רבה של העיר קובנה בליטא עד למותו הטראגי.[[31]](#footnote-31) דומה מדבריו כי המחלוקת בין הראשונים שמנינו נעוצה בתפיסתם את המונח "כיבוש מלחמה": הסוברים ש"כיבוש מלחמה" הוא קניין בפני עצמו, רואים בכיבוש חלק מן "הרמנותא דמלכא" – פררוגטיבה מלכותית שמתוקפה יכול הכובש להפקיע זכויות במשפט הפרטי, ועל כן כל כיבוש מלחמה גורם לשינוי מהדין הנוהג. אלא שבזמן מלחמה, האינטרסים של המלך הכובש אינם רק בענייני מקרקעין ומיסים אלא לגבי כל רכוש מיטלטל שנבזז. לא כן לפי הגישה הקלאסית, שלדידה אין "כיבוש מלחמה" גורם לסטטוס "מלכותי", אלא הנכסים נושרים מן הבעלים המקורי מכוח היכולת לוותר על נכסים שלא מרצון חופשי – ייאוש. הרי זה דומה ל"זוטו של ים ולשלוליתו של נהר", ש"אפילו עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל", כלשון הרא"ש בהלכותיו.[[32]](#footnote-32)

אפשר אפוא לומר שהדוגלים ב"שעת מלחמה" לוקחים את רצון הבעלים המקורי כעיקר – אם היה "ייאוש" מצידו או לא – כשמעשה הכיבוש הוא קטליזטור לגיבוש עמדתו של בעל הנכסים; מנגד, הדוגלים ב"קניין כיבוש מלחמה" מתמקדים בעיקר ברצונו וביכולתו של הכובש לנשל כל אדם מנכסיו, ואין דעתם של הבעלים מעלה או מורידה.[[33]](#footnote-33)

הציות לחוקיו של הכובש כמקור להעברת נכס מהבעלים המקורי, ללא כל צורך להעניק משקל לדעתו של בעליו המקוריים – טעון הבהרה: מה בין "כיבוש מלחמה", שבו אנו עוסקים, ל"דינא דמלכותא"?

**מתקל הדינים - בין "דינא דמלכותא" ל"כיבוש מלחמה"**

כל יודע הלכה מכיר את הדיכוטומיה בין "דיני התורה", הכוללים את ההלכות העתיקות שנמסרו לחכמים "מעתיקי השמועה איש מפי איש עד משה רבנו", תקנות חכמים ומנהגים ידועים, לבין "דינא דמלכותא", שמוצאה בשלטון המלך המקומי, שלפיו רשאי המלך להפקיע רכוש ולגבות מכסים על פי החוקים שחקק. לפי מימרה שנמסרה מפי מר שמואל: "דינא דמלכותא – דינא";[[34]](#footnote-34) כלומר, גם דיין הדן בעניינם של בעלי דין יהודים חייב לכלול בפסק דינו את "דינא דמלכותא". על אף שעיקרון זה ברור ומקובל מאז התלמודים עד לימינו, היקף תחולתו מעורפל ביותר, הוא השתנה מתקופת התלמודים בבבל לתקופת הראשונים שחיו באירופה הפיאודלית, תוך שימוש בשלוש-ארבע שיטות שונות לקביעת היקף החלתו. גם בתקופת האחרונים עד לדורנו אנו השתנה שוב היקפו.[[35]](#footnote-35) הנושא אף נחקר לעומק בכתבי החוקרים השונים.[[36]](#footnote-36)

אך מה ההבדל בין "דינא דמלכותא" ל"כיבוש מלחמה"? הדברים אינם כה ברורים בתלמודים,[[37]](#footnote-37) אך מתוך הלכות רמב"ם, הלכות גזילה ואבידה, פרק ה עולה ההיררכיה הבאה: הפקעה בידי גזלן או מוכס מטעם עצמו; הפקעה בידי המלך או בידי מוכס העומד מטעם המלך; הפקעה בידי המלך "הכועס".

זכייתו של יהודי שקיבל נכס מ"ליסטים מזוין" (כולל "המוכס כליסטים") אינה ראויה, נחשבת גזל, וחייב הזוכה להשיב את הנכס לבעליו המקוריים.[[38]](#footnote-38) זכייתו של יהודי ממה שלקח המלך או ממה "שגזר המלך" – לרבות "מוכס העומד מחמת מלך" או סתם עבד מעבדיו של המלך – שאז "כל הקונה אותה מהמלך זכה בה". ממילא אין חובה ליהודי שרכש זכייה "מחמת המלך" להשיב את הרכישה לבעלים המקורי. אך לא כל זכייה מהמלך ראויה, ויש פעמים שגם הזוכה מהמלך חייב להשיב את הנכס שזכה לבעליו. מי נחשב "מלך" ומי סתם "ליסטים מזוין"? כך מגדיר זאת הרמב"ם בדברים הבאים:

במה דברים אמורים במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין וכן מלך זה וכל עבדיו כגזלן לכל דבר (פ"ה הי"ח).

המדד "מטבעו יוצא" הוא החשוב בהכרה של מלך "ריבוני". רק מלך ריבוני הוא "אדון הארץ" וכל הגרים בארצו נחשבים לנתיניו. אין צורך בהסכמה פוזיטיבית, אלא מי ש"מטבעו יוצא" רשאי לנהוג מנהג "בעל הבית" בארצו, לרבות גביית מיסים, הענשת המורדים בו וכדומה.

אך קיים עוד כלל חשוב: המלך מוגבל להנהגה נאותה בהעברת נכסים של נתיניו ללא הסכמתם. כך מנסח הרמב"ם בלשונו:

כללו של דבר כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל (שם שם הי"ד).

כלומר, "דינא דמלכותא" תקף רק אם ההפקעה הייתה כללית וללא אפליה כלפי פרט זה או אחר. אך יצוין כי אף שחקיקה אינדיווידואלית של המלך כנגד אחד מנתיניו אסורה, קובע רמב"ם (בהלכה יג) כי המלך יכול להפקיע את רכושו של נתין מנתיניו בשרירות לב, וזה נימוקו:

שזה דין המלכים כולם ליקח כל ממון שמשיהם כשכועסין עליהם והרי המלך הפקיע שעבודן ונעשית חצר זו או שדה זו כהפקר וכל הקונה אותה מן המלך זכה בה. אבל מלך שלקח חצר או שדה של אחד מבני המדינה דרך חמס שלא כדינין שחקק הרי זה גזלן והלוקח ממנו מוציאין הבעלים מידו.

הֶצבר ההלכות מראה על חלוקה ברורה בין האסור למותר: המלך הוא מי ש"מטבעו יוצא", אך גם הוא צריך להחיל את חוקיו בשוויון לכול, ולפיכך הטלת קנס או הפקעה אינדיווידואלית בשל "כעס", מותרת, וחקיקה אינדיווידואלית מושכלת אסורה.[[39]](#footnote-39) מדוע "מלך כועס" יכול בכעסו להתיר הפקעה אינדיווידואלית?

נראה כי אם נצרף את דעתו של רא"ד כהנא־שפירא ש"כיבוש מלחמה" הוא "כל מקום שאינו יכול להוציא מידו ואפילו גזלן יחידי אלא שאינו יכול לתובעו לדין על פי אלמותו או על פי דינא דמלכותא דינא", ניתן להסיק מסקנה מפתיעה ביחס שבין "כיבוש מלחמה" ל"דינא דמלכותא": כיבוש מלחמה אינו סניף ל"דינא דמלכותא", אלא הוא זכות בפני עצמה.[[40]](#footnote-40) כיבוש מלחמה אינו מיוחד ל"שעת מלחמה" ואף לא מציין "הוראת שעה", אלא הוא סדרו של עולם. ההבדל בין כיבוש מלחמה ל"דינא דמלכותא" אינו, אפוא, בין העתים, עת שלום ועת מלחמה, אלא בתוקפה של נורמה היוצאת מאת המלך הריבון. נראה שכיבוש מלחמה הוא אפוא "הנורמה הבסיסית" של המלך, חוק שחקק המונרך הכול יכול, גילוי רצונו המפורש של המלך. דבריו תקפים וקיימים ואין הם מוגבלים לכלל הידוע ב"דינא דמלכותא", ש"כל דין שיחקוק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל וכל שיקח מאיש זה בלבד שלא כדת הידועה לכל אלא חמס את זה הרי זה גזל".[[41]](#footnote-41) המלך הוא ריבון-על ואין מי שיאמר לו מה יעשה, ועל כן אם החליט מדעת עצמו לנשל בשרירות לב ובאפליה מאן דהו מאדמתו – שלילת הנכסים תקפה. הלכה זו של "טיהור" מלכותי תקפה לא רק ביחס לשלילת מקרקעין, אלא גם ביחס לביזת מיטלטלין "בפקודת סולטאן". אמור מעתה, שכל יהודי הרוכש נכס שנבזז או קרקע שהופקעה מ"מרא קמא" יהודי בשל רצונו המפורש של המלך-הריבון – קניינו של היהודי הרוכש תקף ואין הוא צריך להשיב את "הגזילה" או אף לפצות בשוויה. ברם, כאשר המלך אינו מביע את רצונו המפורש לגזול ולבזוז מיהודי זה דווקא, או נכס מסוים דווקא, אלא בא גבאי מגבאי המלך או "מוכס העומד מחמת המלך", ובשם ההרשאה שקיבל מהמלך רוצה להפקיע מקרקעין של בן ישראל או לבזוז מיטלטליו – מחויבים חכמי ההלכה לבחון את תקפותן של ההפקעה ושל הביזה, אם הן נעשו בהגינות ובשוויון; זאת, בשל ההנחה שהמונרך התכוון להטיל את המס או להפקיע את הרכוש בשוויון ובהגינות בין כל הנתינים בני אותו מעמד או בני אותה העיר, לפי מיטב המסורת הפיאודלית של ימי הביניים.[[42]](#footnote-42) לפיכך, בן ישראל שחפץ לקנות מקרקעין שהופקעו מ"מרא קמא" על-ידי פקיד המלך או ליהנות משלל מיטלטלין שנשלל מיהודי אחר – קנייתו תיחשב לגזלנות, בלתי אם ההפקעה נעשתה בהגינות ובשוויון. אמור מעתה: "כיבוש מלחמה" אינו מבחין בין נתיני המלך שהסכימו למרות המלך לבין אלו שמרדו בו והוא הכניעם, או שהיו שייכים למלכות אחרת עד שהמלך כבשם ושלל את נכסיהם. כמו כן, אין כיבוש מלחמה תלוי אם אותו "מרא קמא" מופקע הוא "מעבדיו ושמשיו" של המלך או סתם תושב – שהרי הכול הם נתיני המלך ותלויים בגחמותיו. כאשר המלך מגלה דעתו כי חפֵץ הוא ברכושו של פלוני אלמוני דווקא כי "כועס" הוא עליו, משפט המלוכה מתהפך ונכסי "המורד" מופקעים ממנו מבלי לבדוק אם הכעס מתורגם לקודקס פלילי או אזרחי מובנה, או אם הוא בא בשל חמדנות טהורה או בשל גחמה כלשהי. [[43]](#footnote-43) מצד שני, אם המונרך אינו כל יכול אלא יש חזק ותקיף ממנו, אז שהמונרך עצמו נעשה לצמית, בהיותו שליט משנה המחויב להפעיל את "דינא דמלכותא" של מונרך-העל באופן השווה לכול, ולא – יהיה הוא עצמו גזלן וניתן יהא לתבעו בדין.

מובנה של מימרת רב פפא "עמון ומואב טהרו בסיחון" שוּנה על-ידי הרמב"ם, לעניות דעתי, מהמובן התלמודי הפשוט של "שעת מלחמה" – לכל הבעה סובייקטיבית של המלך. אולי בשל כך קיצר הרמב"ם בהלכות גזילה ואבידה פרק ה', בדיון על שלל וביזה שבא בכיבוש מלחמה, ורק ציין שני מצבים אפשריים: האחד "מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה ולקח שדהו או חצרו", שאז אין הלקיחה גזל, והאחר הוא "מלך שלקח חצר או שדה של אחד מבני המדינה שלא בדינין שחקק" – שהלקיחה גזל.

ההבדל בין שני המצבים אינו עילת "הלקיחות", שכן "כעסו" של המלך אינו מוגבל לשיקולים רגשניים אלא ייתכנו גם שיקולים אגואיסטיים ומחושבים של חמדנות, כשם שמלחמות רבות בימי הביניים התחוללו בשל שיקולי ביזה; אין ההבדל בין שני המצבים גם בזהות קבוצות היחס, שכן לפי המקובל בימי הביניים כל הנתונים למלכותו של המלך הם "נתיניו ועבדיו", ממש כשם שמזכיר התלמוד בבבא מציעא: "מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח", מה עוד שהרמב"ם אסר רק גזל המלך "מבני המדינה" ולא קבע דבר לגבי בני מדינה אחרת; קשה גם להניח כי ההבדל בין שני המצבים תלוי בדין הנוכרי הפוזיטיבי שנהג בימי הביניים.

נראה לי שההבדל הוא עניין של פרשנות פנימית יהודית ראויה של חוקי המלך, מעין התחקות פרשנית של חכמי ההלכה אחר "כוונת המחוקק", שלפיה ניתן לקבוע מתי מותר ליהודי לרכוש זכות ממלך ששלל נכסים של יהודי אחר ומתי לא. כאשר המלך "כועס" הוא מביע את דעתו הסובייקטיבית ועל כן אין מה שנשלל גָּזֵל, ויהודי שקנה רכוש ממלך "כועס" קנה אותו קניין מושלם ואינו חייב להחזירו לבעליו הראשונים מישראל. אך כאשר המלך לא מביע דעתו אלא רק שולל, באמצעות חייליו-עבדיו, חכמי ההלכה מפרשים את כוונתו כך שלמלך אין עניין בנכס מסוים לעצמו או בהענשת בעליו, אלא רק בהפקעת רכוש לשם מילוי אוצרותיו; משום כך, אין השלילה תקפה אלא אם היא שוויונית "בדינין שחקק", והיא פסולה אם אינה שוויונית, מאחר שאין זו ממש כוונתו. לפיכך, פקיד ששלל באופן שרירותי עשה זאת שלא לפי דעת המלך ועל כן תיחשב שלילה זו גזל, ויהודי שרכש רכוש בזוז כזה חייב להחזירו לבעליו הראשונים.

בהתאמה, עירב הרמב"ם בהלכות עבדים פרק ט' הלכה ד' בין "מלך עכו"ם שעשה מלחמה והביא שביה... אם הרשה לכל מי שירצה שילך ויגנוב מאומה שהיא עושה עימו מלחמה" לבין "אם היו דיניו שכל מי שלא ייתן המס יימכר" – בכולם הרצון הסובייקטיבי של המלך מכריע את הכף. תוקפו של הרצון הסובייקטיבי של המלך, שרשאי לשלול נכסים (הן מאויביו הן מאזרחיו) הוא "במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים", אך מלך שכפוף לגבוה ממנו אינו רשאי לשלול נכסים, בלתי אם היה זה לפי "דינא דמלכותא" של אותו "מלך שמטבעו יוצא".

1. **תפנית מפתיעה בעמדת הדיינים: אין "טיהור" בעניינו של כתר התורה ממאקוב**

לאחר שעמדנו בסעיף הקודם על עמדתם של הדיינים בפסק דינם, שראו בגורלו של כתר התורה ממאקוב כגורלה של ביזה "מלכותית", ועל כן נדמה היה לנו כי ייחרץ גורלו להישאר ברשות המדינה – באה תפנית מפתיעה בדבריהם:

אמנם נראה כי בנ"ד לא שייך כלל ענין כיבוש מלחמה, שהרי הנאצים האונגרים ימ"ש פשטו ידיהם הטמאות באותם היהודים אשר ישבו לבטח בארצם תחת ממשלתם, ושדדו מהם כל חפצי ערך שנמצאו אצלם, וא"כ אין זה שלל מלחמה כלל, אין זה אלא מעשה שוד גזל וחמס. גם אחרי כן, כשנפל כל השלל בידי חיל כיבוש האמריקאי לא שייך לדון מדין קניין כיבוש מלחמה, כי הרי הם לא רצו ולא כוונו כלל לזכות בשלל והם אספו את השלל על מנת למוסרם לנציגי היהודים.

למרות שרגש הצדק בא על סיפוקו בתוצאת פסק הדין לטובת התובע, שזכה בכתר התורה, עדיין תורה היא וללמוד היא צריכה. מדוע קבעו הדיינים בפרשת לנדסמן כי ביזת כתר התורה על-ידי השלטונות הנאצים הוא מעשה גזלנות ואין היא כשירה מחמת "כיבוש מלחמה"? הדיינים ציינו את הכיבוש הנאצי ככיבוש מרושע ויוצא דופן, שלא ניתן להכיר בגינו בפירות כיבוש המלחמה. סיטואציות של כיבוש מלחמה היו תדירות בכל זמן מהזמנים שבהם חיו היהודים באירופה, ואם נביא בחשבון את "מלחמת מאה השנים" (1453-1337), הרקונקוויסטה (מתחילת המאה הי"א עד סוף המאה הט"ו), "מלחמת שלושים השנה" (1648-1618), "מלחמת שבע השנים" (1763-1756) וכן את מלחמותיהם השונות של שושלות שונות ומשונות והרבה מלחמות אזרחים – הרי ששגרת יומם של יהודים רבים התנהלה לא מעט בצל אי-הוודאות באשר לדין התורה הנוהג בעניינם.

יצוין כי ר' משולם ראטה ור' יצחק יעקב וויס, שדנו בפרשת לנדסמן בתשובותיהם, לא הכירו ב"קניין כיבוש מלחמה"; מדבריהם עולה כי ככל שרשעותו של הכובש שטנית יותר, ממהרים בעלי הנכס להתייאש מנכסיהם, שהרי כל אבדן במלחמה הוא כמו אבידה באיתני הטבע, ש"אבודה ממנו ומכל אדם".

לעניות דעתי ניתן להציע שלוש הצעות לביאור סברתם של הדיינים בפרשת לנדסמן:

הצעה ראשונה: חלק מהשטחים שנשלטו על-ידי גרמניה הנאצית, כמו אוסטריה והונגריה, לא באו לשלטונם מחמת מלחמה אלא בהשתלטות "ידידותית", בלא התנגדות הצבא המקומי, שנבעה מהסכמה של יסודות נרחבים בממשל האוסטרי או ההונגרי.[[44]](#footnote-44) לפי העדויות, כוחות מקומיים שהיו שייכים למפלגת "חץ הברזל" בזזו את הרכוש היהודי, ולא השלטונות הנאציים שעניינם היה רק בהשמדת העם היהודי. מצב עניינים זה לכאורה אינו "כיבוש מלחמה", אלא סמכות נחזית של המשך הקיים. על כן, "מחויבים" היו "הנאצים ההונגרים" שלא לבזוז או לשלול רכוש, ובלקיחת רכוש התושבים או הפקעת קרקעותיהם – לפעול בלי להפלות בין התושבים. משלא עשו זאת, מעשיהם הפכו לגזל, וכל שקיבל מהם רכש בגין הפקעתם, מחויב להחזיר את הנכסים הכבושים לבעליהם הראשונים.[[45]](#footnote-45)

הצעה שניה: חידוש הוא שחידשו חברי בית הדין בפסק דינם – ענייני כיבוש מלחמה נלמדו ממלחמת סנחריב. גם כובש אכזרי כמו סנחריב מלך אשור, שעליו נסובה נבואת ישעיהו "אספו שללכם", לא הפעיל את כוחו כלפי העם בירושלים אלא לשם השלטתו עליהם, כעולה מהצעת הכניעה של רבשקה שר צבאו לעם בירושלים בשפתם היהודית (ישעיהו לו טז-יז): "כִּי כֹה אָמַר הַמֶּלֶךְ אַשּׁוּר עֲשׂוּ אִתִּי בְרָכָה וּצְאוּ אֵלַי וְאִכְלוּ אִישׁ גַּפְנוֹ וְאִישׁ תְּאֵנָתוֹ וּשְׁתוּ אִישׁ מֵי בוֹרוֹ. עַד בֹּאִי וְלָקַחְתִּי אֶתְכֶם אֶל אֶרֶץ כְּאַרְצְכֶם אֶרֶץ דָּגָן וְתִירוֹשׁ אֶרֶץ לֶחֶם וּכְרָמִים".

נלעג ביותר יהיה להשוות את הצעת סנחריב למוראותיה של המלחמה ביהדות הונגריה, שבה לא היה ליהודים כל מפלט מלבד "הפיתרון הסופי".[[46]](#footnote-46)

הצעה שלישית: מועלית בהתבסס על ההנחה כי כיבוש מלחמה מבטא את כוחו הבלתי מוגבל של הריבון, המסוגל להפקיע רכוש כרצונו. ניתן להסיק מכך שרצונו המוחלט והבלתי מעורער של הריבון הכל יכול הוא "הנורמה הבסיסית" ועל כן מכריע את הכף. אך בפרשת לנדסמן הכריעו הדיינים כי מעשי הביזה של הנאצים סותרים את הכללים של הריבון האמיתי בזמנים המודרניים – "חבר הלאומים" ואחר כך מוסדות האו"ם; הללו קיבלו על עצמם את אמנת ז'נבה הרביעית, האוסרת שלילת רכוש והשמדת עם ורואה בכך "פשע מלחמה", וכן את פרשנותן של אמנות אלו במשפטם של פושעי המלחמה הנאציים בנירנברג בשנים 1946-1945, שהתפרסמה בעולם ותרמה מאוד להעלאת המודעות למאבק נגד פשעי המלחמה ולהגדרה של חלקם כ"פשעים נגד האנושות".[[47]](#footnote-47) על כן, נראה לדיינים כי השלטונות הנאצים אינם יכולים להיות "מלך כועס", שהרי אסור היה להם לחרוג מהוראת הריבון האמיתי, האוסר על אפליה גזעית.[[48]](#footnote-48)

1. תשובתו מופיעה בספר תשובות קול מבשר, חלק א נז. כל הציטוטים שלהלן בשם ר"מ ראטה לקוחים מתשובה זו. [↑](#footnote-ref-1)
2. תיק 517/תשי"ד (י-ם) **צבי לנדסמן נ' הוועדה להר ציון** פד"ר א 169. כל הציטוטים להלן לקוחים ממקור זה. [אולי כדאי להוריד משפט זה, כי להלן מופיעים ציטוטים רבים ממקורות רבים ולא רק מפסק הדין] פסק הדין הודפס גם בקובץ תשובות ממרן הגאון ר' יוסף שלום אלישיב, סי' ריז, עמ' תלב-תלה (ירושלים תש"ס). [↑](#footnote-ref-2)
3. יבמות סו ע"ב. הביטוי הוא מטבע מושאל, שהרי המת אינו קונה. הכוונה שאסור להשתמש במה שיוחד למת לשום דבר אחר. [↑](#footnote-ref-3)
4. על דרכו והליכותיו של ר"מ ראטה ביחס למדינת ישראל וסמליה ניתן ללמוד מתשובותיו קול מבשר, חלק א כא; עוד **מבשר ואומר: מתולדותיו, מעשיו ומכתביו של הגאון הרב משלם ראטה זצ"ל** (תשס"ו). [↑](#footnote-ref-4)
5. התייחסותו היא למדרש האגדה על אודות לווייתו של יעקב: סוטה יג ע"א:

   א"ר יוחנן: בתחילה עד שלא ראו בכבודן של ישראל לא נהגו בהן כבוד, ולבסוף שראו בכבודן נהגו בהן כבוד, דכתיב: ויבאו עד גורן האטד, וכי גורן יש לו לאטד? א"ר אבהו: מלמד, שהקיפוהו כתרים לארונו של יעקב כגורן זה שמקיפים לו אטד, שבאו בני עשו ובני ישמעאל ובני קטורה. תנא: כולם למלחמה באו, כיון שראו כתרו של יוסף תלוי בארונו של יעקב, נטלו כולן כתריהן ותלאום בארונו של יעקב. תנא: שלשים וששה כתרים נתלו בארונו של יעקב.

   וראו גם מדרש תנחומא בובר, 222 וכן תנחומא ויחי, יז. לדעתו של ר"מ ראטה הכתרים הונחו באופן זמני, כי אין להם שייכות לתכריכי המת, כמו האיצטלא ששימשה ליתומים לכרוך את המת. [ההקבלה לא ברורה – הכוונה שגם האיצטלא הונחה באופן זמני?] עיינו גם בתשובה אחרת שכתב ר"מ ראטה בעניין זה, חלק א תשובה א. [↑](#footnote-ref-5)
6. בבא מציעא כב ע"ב. [↑](#footnote-ref-6)
7. תוספות ב"מ כב ע"א מבדיל בין נוסחתו של רש"י בברייתא שם, הגורס: "שטף נהר קוריו עציו ואבניו ונתנו בתוך שדה חברו – הרי אלו שלו מפני שנתייאשו הבעלים" לבין גירסתו שלו בברייתא: "שטף נהר קוריו עציו ואבניו – אם נתייאשו הבעלים". כדי למעט במחלוקת בין שתי הגירסאות מסייג התוספות את גירסתו:

   וצ"ל דמיירי דיכול להציל בקל אם רודף בשעת שטיפה דאי לאו הכי הוה כזוטו של ים שאבוד ממנו ומכל אדם. [↑](#footnote-ref-7)
8. ב"מ כד ע"א. [↑](#footnote-ref-8)
9. בבא מציעא, פרק ב הלכה ב. [↑](#footnote-ref-9)
10. המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה, ובכל מקום שהרבים מצוין שם. [↑](#footnote-ref-10)
11. תשובות ישכיל עבדי, חושן משפט, חלק ו, סימן כ. [↑](#footnote-ref-11)
12. המשנה המפורסמת בגיטין פרק ה' משנה ו' ומקבילתה בתוספתא שם פ"ג ה"י (מהד' ליברמן, עמ' 257), העוסקות בשאלת רכישת הבעלות על מקרקעין ב"שעת מלחמה", משתמשות ב"מלחמה" ובנגזרותיה כציון זמן, כתופעה, אך לא בתור מונח משפטי; כך בתוספתא:

    ארץ יהודה אין בה משום סיקריקון מפני יישוב המדינה. במה דברים אמורים? בהרוגין שנהרגו לפני מלחמה ובשעת מלחמה, אבל הרוגין שנהרגו מן המלחמה ואילך יש בו משום סיקריקון.

    כך מסביר ר"ש ליברמן, בקצרה, בתוספתא כפשוטה, על סמך פרשני הבבלי:

    משום שבזמן המלחמה שהחיילים היו מצווים להרוג את התושבים ביהודה שמח היהודי אם הציל את חייו בקרקע, ואגב אונסיה גמר ומיקני ולפי זה הלוקח מן הסיקריקון – הקרקע שלו מן הדין. [↑](#footnote-ref-12)
13. שרידי אש חלק א סימן קמז עמוד תע. [↑](#footnote-ref-13)
14. הפניית רמ"א לסעיף ה, שבו נכתב:

    (ל') אף על פי שמן הדין במקום שרוב עובדי כוכבים מצויים, אפילו נתן ישראל בה סימן ג אינו חייב להחזיר, טוב וישר לעשות {יב} לפנים משורת הדין {י'} <ב> להחזיר לישראל שנתן בה סימן. (טו] ואם הוא עני ובעל אבידה עשיר, אין צריך לעשות לפנים משורת הדין). [↑](#footnote-ref-14)
15. ועיי"ש ברמ"א סי' קנ"ד שכתב בשם התה"ד הטעם משום דלב ב"ד מתנה עליהן. ובס' אלי' רבה ופמ"ג בסי' קנ"ג בא"א ס"ק מ"ג ומש"ז ס"ק י"ד נתקשו בדברי המג"א הנ"ל שסותר עצמו למ"ש בסי' קנ"ג ס"ק י"ד דתשמישי קדושה בקדושתייהו קיימי לעולם וא"א להוציאם לחולין, ובע"כ צ"ל שכוונת המג"א מ"ש שנשארים ברשות בעליהם אינו להוציאם לחולין רק שיש לבעלים טובת הנאה שיכולים להוציאם מבהכ"נ זה ולתת אותם לבהכ"נ אחר אם ירצה כגון שעוקר דירתו לעיר אחרת וכדומה. א"כ גם בנ"ד אם יחזירו את הכתר להתובע מצד לפנים משה"ד כנ"ל, יהי' להתובע הזכות רק בתורת טובת הנאה שיוכל ליתנו לבהכ"נ בחיפה או במקום שירצה. [איפה מתחיל הציטוט? כדאי לשים מרכאות או לשים בעיצוב של פיסקת ציטוט] [↑](#footnote-ref-15)
16. רש"י על המשנה קיד ע"א ד"ה אם נתייאשו מציין כי בסוגיית התלמוד שם יקשו מן הרישא של המשנה: "גזלו הלסטים את כסותו ונתנו לו כסות אחרת – הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן" ויתרצו את ההבדל בין "ליסטים עובד כוכבים" ל"ליסטים ישראל". אך כבר העיר המהרש"א על המקום כי הקושיא אינה מפורשת בתלמוד. ור"ח אלבק מבאר את המשנה בהשלמותיו, כדלהלן: "ההבדל בין הרישא לסיפא הוא, שברישא הכסות נמצאת ביד הלסטים מכבר, ובוודאי כבר התייאשו הבעלים, אבל כאן המציל עומד בשעת הגזלה, ואם הוא רואה שאין הבעלים מצילים, הוא שלו, אבל בסתם אפשר שגם הבעלים היו מצילים". ר"ח אלבק משער שזה מעין חילוקו של הרמ"ה בשיטה מקובצת שם. אך ייתכן לענ"ד לראות בהבדל בין המקרה של ליסטים הגוזל מעין "תליוהו ויהיב" לבין הרישא שהם מעין "תליוהו וזבין" והכוונה משהו בתמורה. על כן ברישא הבעלים מתרצים יותר ונוטים הם להתייאש לעמוד על מלוא זכותם לבין סתם גזלנים שגזלום ולא קיבלו מהם תמורה.

    יצויין גם כי לא כל איתני הטבע הם מקשה אחת. הסוגיה בבבא מציעא כב ע"א מחלקת בעניין "שטף נהר קוריו עציו ואבניו" בין אם "נתייאשו הבעלים", שאז האבידה שייכת למוצא, לבין אם "היו הבעלים מרדפין אחריהם", שאז עדיין אין המוצא יכול לזכות באבידה מאחר שהבעלים לא התייאשו. חילוק זה מופיע בתוספתא (ליברמן) בבא קמא פ"י הכ"ד. ברם התוספות בבא מציעא, כב ע"א, ד"ה שטף נהר, מבחין בין איתני הטבע של נהר שניתן להציל "לפי שיעכבן עקולי ופשורי ויקחם שם ואפילו יקדמו אחרים ויקחו ויחזירום לולפי שניכר שהוא בעליו" לבין "זוטו של ים שאבוד ממנו ומכל אדם". [↑](#footnote-ref-16)
17. חושן משפט סימן שנו סעיף ז. [↑](#footnote-ref-17)
18. בתרומת הדשן מופיע עניינה של התקנה להשיב בזו הלשון: "לדעת ר"י איסרליין, ניתן לדרוש את תשלום הריבית ואין בזה כל חשש לאיסור ריבית כי היא אינה מלווה אלא קנס". [↑](#footnote-ref-18)
19. וראו ה"ש 15 לעיל. [↑](#footnote-ref-19)
20. בעל קצות החושן מפליג בחידושיו לגבי ענייני קידושין בדבר הגזול, וכותב שלדעת בעל השולחן הערוך אם אדם מקדש אישה בגזל לאחר ייאוש ושינוי רשות – האישה מקודשת:

    ובחידושי לאה"ע (אבני מילואים) סימן כ"ח (סק"ב) כתבתי בהא דנתחבטו ונתלבטו בספר בית הלל (שם סעיף א') ובית שמואל שם (סק"ג) בהא דכתב בשו"ע שם (סעיף א') דאם קידש אשה בגזל דמקודשת משום יאוש ושינוי רשות, והקשו דהא עכשיו צריך להחזיר אפילו אחר יאוש. ושם כתבתי דזה שקנה אותו ביאוש ושינוי רשות גם עכשיו קונה אותו אלא שראו ב"ד לכוף אותו להחזיר בכדי לעשות לפנים משורת הדין דמחזיר לבעלים, ואם רצו ב"ד כופין על לפנים משורת הדין וכמבואר אצלינו בסימן רנ"ט שם, והני מילי בעשיר דיכולת בידו לעשות לפנים משורת הדין אבל לא בעני, וגם בעשיר כיון דאין לו פסידא במה שמחזיר האבידה דלא הוציא עליה כלום, וגם בלוקח אחר יאוש מחזירין לו הדמים שנתן, ומש"ה ראו ב"ד לכופו לעשות לפנים משורת הדין במקום שאין בו חסרון, אבל בקידושי אשה שיתבטלו הקידושין מחמת זה ודאי אין כופין את האשה להחזיר לפנים משורת הדין ולבטל קידושי מצוה. [↑](#footnote-ref-20)
21. עיינו לעיל הערה 12 ועניינה. [↑](#footnote-ref-21)
22. יצוין כי אצל הראשונים מצאנו חוסר דיכוטומיה בין "איתני הטבע" לבין מלחמה, שהיא מעשה רשע של בני האדם. מהמהר"ם מרוטנבורג, (בתשובותיו.....[נשמע שחסר כאן משהו] בתירוצו השני עולה כי הוא משווה נטילת חפץ בשעת מלחמה לאבידה "ששטפה נהר". גם מתשובת המהרי"ק (שורש ג) עולה בבירור כי יש לראות לעתים במעשי גזילה של שליט שלקח הלוואה במרמה ולאחר מכן חזר בו באיימו כי יגרש את היהודים אם יתבעוהו – כ"זוטו של ים ושלוליתו של נהר". וכלשונו:

    וה"ל כאבידה ששטפה נהר שאבודה ממנו ומכל אדם אלא אפילו היכא דלא ברי היזיקא בודאי ואפשר לומר שלא יאבד הממון אפילו הכי כיון שנאבד הוא ע"פ הרוב יש לומר שמתייאש דאמר בפרק אלו מציאות (דף כ"ד) וכן היה רשב"א אומר המציל מן הארי ומן הדוב וכו' הרי אלו שלו מני שהבעלים מתייאשים מהם והרי לך דחשיב דריסת הארי יאוש גמור דומיא דזוטו של ים ושלוליתו של נהר דקתני סיפא. [↑](#footnote-ref-22)
23. "ספר מלחמות ה" מוזכר בבמדבר, כא, טו, ותוכנו תיאור כיבושיו של סיחון במואב. על מציאותו של ספר "חיצוני" זה עיינו: אבן עזרא על אתר; האנציקלופדיה המקראית, ערך "מלחמות ה" (כרך ד, 1066-1065). [↑](#footnote-ref-23)
24. על אודות ההסכם בין פלשתים לאברהם עיינו: בראשית, כא, כב-לד. הסכם דומה בין יצחק לאבימלך **שם**, כו, כו-כט. עוד הסכם משפחתי שהתפרש אצל חז"ל כהסכם "בינלאומי" הוא ההסכם והברית בין יעקב לאבי נשותיו, לבן: "עד הגל הזה ועדה המצבה אם אני לא אעבור את הגל הזה ואם אתה לא תעבר אלי את הגל הזה ואת המצבה לרעה". שני ההסכמים הללו "הופרו", כביכול, על-ידי דויד במלחמותיו. על ההצדק להפרות אלה עיינו בפרקי דר' אליעזר, פרשה לו, מדרש תנחומא מהד' בובר, חוקת נג ובשינויי נוסח בבמדבר רבה, פרשה יט. [↑](#footnote-ref-24)
25. על עניינה של הנבואה אם למפלת סנחריב מלך אשור כוונה או למלחמה אפוקליפטית של "יום הדין" עיינו ברד"ק על אתר. [↑](#footnote-ref-25)
26. באופן ברור, ההיתר לשלול שלל הוא רק מידי סנחריב, מלך נוכרי ושלטון נוכרי שאינם כפופים לתורה ולמצוותיה. אך מלך יהודי, המחויב במצוות התורה – דינו מסופק.

    ...והנה בהא דדינא דמלכותא דינא כ' רשב"ם בב"ב נ"ד ע"ב הטעם דהמדינה עצמה ניחא להו וז"ל כל מסים וארנוני' ומנהגי של משפטי מלכים שרגילי' להנהיג במלכותם דינא הוא שכל בני המלכות מקבלי' עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והילכך דין גמור ואין למחזיק בממון חברו עפ"י חק המלכות הנהוג בעיר משום גזל עכ"ל. ולפ"ז אין לחלק בין מלך או"ה למלך ישראל שאפי' מלך ישראל שאין הארץ שלו כ"א לשבטי' נתחלקה מ"מ כל נימוסיו וחקיו מקבלי' עליהם ברצונם ומחילה גמורה הוא ומ"מ כל זה כשאינו מתנגד למ"ש תורה בהדי' אבל כשמתנגד למ"ש תורה בהדי' אזי אפי' למלך או"ה אין שומעי' ק"ו למלך ישראל.

    המלך היהודי כפוף, אפוא, לדיני המחילה היהודיים, אבל המלך הגוי יכול להישען על מנהגים קדומים. אך עיינו בקרית ספר, הלכות גזלה ואבדה, פ"ה. ר' איסר זלמן מלצר בספרו אבן האזל, הלכות נזקי ממון, פ"ח ה"ה ד"ה "עתה נבוא" מבחין בין התנהגותו של מלך יהודי כלפי נתיניו היהודים, שלהם הוא מחויב לפי דיני התורה ו"אין דין המלך כלל דין היכי שהוא נגד דיני התורה", לבין התנהגותו כלפי מי שאינו יהודי, "שלא ניתנה לו תורה, הוי דין המלך דין אם אינו משפט של חמס ממש". ועיינו בסיכום דעתם של הראשונים ברי"א הרצוג **תחוקה לישראל בדיני התורה** כרך ב (מוסד הרב קוק, תשמ"ט) 67-66, 127-124. [↑](#footnote-ref-26)
27. גילת י"צ "חידתו של 'כיבוש מלחמה' כדרך של העברת זכויות בהלכה היהודית" **שנתון המשפט העברי** כו 146-89 (2011-2009). [↑](#footnote-ref-27)
28. מתשובת הגאונים המופיעה אצל בעל העיטור, אות מם מודעא, מהד' רמ"י, ח"ב, מא ע"ב, עולה כי הגאונים לא מכירים במושג ההלכתי של "כיבוש מלחמה". נוסח מורחב של תשובה זו מופיע בשמו של רב שרירא גאון **בגנזי קדם ה** (תרצ"ד), עמ' 123-121; התשובה התבארה על-ידי שמחה אסף (שם, עמ' 109-108) וכן על-ידי שרגא אברמסון ("עניינות בספרות הגאונים", **סיני נח** (תשכ"ו), עמ' כ, כז-כח). אף שמופיע בנוסח זה הביטוי "קניין גמור", שקנתה "המלכות החדשה" בעוקרה את המלכות הראשונה, המעיין בתשובה (שקטעים ממנה חסרים או משובשים) יראה שאין זה "קניין כיבוש" אלא אומדן ייאוש הבעלים; אצל ר"י אבן מיגאש התשובה מובאת בשיטה מקובצת לבבא מציעא כד ע"ב, ד"ה והר"ר יהוסף הלוי אבן מיגש. ר' ישעיהו דטראני (הזקן) תוס' רי"ד לגיטין, ל"ח ע"א, (מהד' ליס, עמ' קד); ר' מאיר הלוי אבולעפיא, יד רמ"ה סנהדרין צד ע"ב, ד"ה אחר הדברים. [↑](#footnote-ref-28)
29. תשובת ר' יצחק אלפסי (מובאת בספר העיטור, אות מם, מודעא, מהדורת רמ"י מא ע"א); תשובות ר' משה בן מימון סי' רט (מהד' בלאו ב עמ' 371-370); חידושי ר' שלמה בן אדרת לגיטין לז ע"ב (מהד' סקלר, עמ' שסג-שסד); כך משתמע גם מתשובותיו, ח"א סי' תרלז; חידושי רבינו קרשקש לגיטין המיוחסים לריטב"א לח ע"ב (מהד' ליכטנשטיין, עמ' שלא); ר' מנחםב"ר שלמה המאירי, בית הבחירה לגיטין נט ע"א ד"ה גאוני המערב (מהד' שלזינגר, עמ' 244), ראו גם ר' דוד מקרלין פסקי הלכות ח"ב (וורשא, תרס"א) לח ע"א. [↑](#footnote-ref-29)
30. המהר"ם מרוטנבורג, בתשובתו חלק ד דפוס פראג, סימן אלף ט, מיישב את הסתירה בין האיסור לקחת מגוי סחורה שידוע שמקורה בגזל, לבין ציווי הנביא "אספו שלל" הגם ש"ממון עשרת השבטים מעורב בו", בשתי דרכים חלופיות: הן משום "דבחזקה דכבוש מלחמה שאני" והן משום "דדמי לאבידה ששטפה נהר דאפי' בדבר שיש בו סימן מייאש". לעומתו, הרשב"ץ מתחבט ונוקט בתשובותיו תשב"ץ ח"ב סי' קלו, וכן שם סי' קלז. תשובה נוספת מובאת בחלק ד' (חוט המשולש) טור ג סי' כד, ונכתבה על-ידי ר' אברהם אבן טאווה (טור ג'), מראשי קהילת אלג'יריה במאה הט"ז וכנראה מצאצאי הרשב"ץ. הוא מביא את שתי הגישות הללו בדבר תוקף רכישת שלל בידי יהודים מפיראטים גויים ששללו רכוש שנשלח בספינה על-ידי בעליו הראשונים היהודים, אך לבסוף מכריע כי אין הבדל ביניהן. [↑](#footnote-ref-30)
31. תשובות דבר אברהם (ווארשא, תרס"ו), חלק ראשון, סימן א סעיפים ו-יב; וסימנים י ו-יא; חלק ב, סימן ו, סעיפים ג-ד. רא"ד שפירא מתחבט בסתירה הדוקטרינרית בין הסוגיה בגיטין של סיקריקון לבין תפיסת "כיבוש מלחמה" אצל הרשב"א. מדוע, שואל הוא, בסימן א סעיף יב, צריך לומר שהסיקריקון קונה בשעת מלחמה משום ש"אגב אונסא גמר ומקני", שמשמע שהוא קונה מטעם ייאוש אם קיים "כיבוש מלחמה"? ותירוצו: שסיקריקון לא היה "כיבוש מלחמה של רבים", אלא הסיקריקון "היחיד לקחה שלא במלחמה ממש". תירוץ שני מרווח יותר הוא מציע: "או שיש לומר עוד יותר דלא הפקירה המלכות אלא גופם אבל לא הורשה לקחת ממונם". בטקסט נקטתי בגישה שונה, לענ"ד. אציין כאן את מאמרו המאלף של הדיין ר' אברהם שרמן: "הלכות ודיני שביעית בשטחי א"י שנכבשו במלחמות ישראל" **תורה שבעל-פה מב** (תשס"א) עמ' עה-פה, שדן בכמה עניינים שבסימן זה, אך הגיע למסקנות שונות משלי. [↑](#footnote-ref-31)
32. רא"ש, בבא מציעא, פרק ב, סימן ו. [↑](#footnote-ref-32)
33. חילוק זה נמצא כמעט בפירוש בתשובותיהם של הרמב"ם ושל ר"י מיגאש שחלקו בשאלה אחת זהה: האם מותר ליהודי לרכוש ביזה של ספרי קודש שנשללו מבעליהם היהודים? ואם קנה האם מחויב להחזירם לבעליהם המקוריים?

    הרמב"ם בתשובה רט (בלאו, 370-371) השיב על כך:

    ...אם זו הביזה נעשתה בפקודת סולטאן, הרי קנה ובטל דין הקדש, ואפילו כלי המקדש אם נבזזו, בטלה קדושתם. ... אבל אם נבזזו שלא ברשות סולטאן, יישבע בנקיטת חפץ, כמה הוציא, ויטול, ויחזור זה הספר למקומו ...

    ההיפך מדעתו של הרמב"ם עולה לכאורה מרב-רבו, ר"י מיגאש (מובאת בשיטה מקובצת, ב"מ, כד, ב), שמתשובתו עולה שהדבר תלוי באומדן הדעת של הבעלים הראשונים. לדעתו, "אע"פ שהיה הדבר במאמר המלך שאין מוחה בידו ואין מבטל גזירתו", אין הבעלים מתייאש מהם "לפי שהספרים אינם ראויים כי אם ליהודים ואין להם מכִירה כי אם להם". נמצא שהבעלים הראשונים "סומך שאם באו ליד ישראל יברר שהן שלו ויוציאן מידו". משום כך, כל הקונה ספרי קדושה כאלו הרי הוא גזלן. לדבריו, לא רק שאין ההפקעה השלטונית "מטהרת" את הרכישה עקב ייאוש הבעלים, אלא שאין הקונה ספרי קודש מאותה הפקעה נהנה מ"תקנת השוק", שכן "הואיל וידע הקונה שהמלך גזלם ומכרם וכבר אמרו גנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק".

    נראה, אפוא, כי השקפתו של ר"י מיגאש היא כי מעשה הגזילה אינו יוצא מתחום המשפט הפרטי. ולהיפך, מדעת רמב"ם, דווקא גזילה של ספרי הקודש הנעשית "במאמר המלך" – הרי המלך עצמו הפך להיות "גנב מפורסם", שאין בו אף תקנת השוק. אלא שבזמן מלחמה, כשחייו של כל יהודי כבוש בסכנה, אז הרי יש אומדן דעת של ייאוש. לעומתו, סבור רמב"ם שאין זה משנה אם הבעלים מתייאש או לא, אלא האם ביזה נעשתה ב"מאמר המלך". [↑](#footnote-ref-33)
34. בבלי גיטין, י ע"ב; בבא קמא, קיג ע"א=ע"ב; בבא בתרא, נה ע"א. [↑](#footnote-ref-34)
35. *סקירה של השיטות השונות בהיקף חלותו של "דינא דמלכותא" ימצא המעיין: גילת י"צ, (בדפוס) "*"מלך פורץ גדר ואין ממחין בידו" - בין המלך היהודי למלך הנוכרי: על הפררוגטיבה של הפקעת זכויות בתפיסתם של חכמי ההלכה". בתוך **ספר יעקב נאמן** (עורכים אהרן ברק דוד גליקסברג ויצחק שרגאי). [↑](#footnote-ref-35)
36. שלום אלבק "דינא דמלכותא דינא בקהילות ספרד" **ספר היובל לכבוד אברהם וייס** קט-קכה (התשכ"ד); הנ"ל **יסודות בדיני הממונות בתלמוד** 68-70 (התשמ"ז). שמואל שילה **דינא דמלכותא דינא** (תשל"ה). [↑](#footnote-ref-36)
37. יצוין כי בעל החזון אי"ש, חושן משפט, ליקוטים, סי' טז סעיף ט, מבדיל בין "כיבוש מלחמה", שהוא קניין גמור לדעתו, לבין "דינא דמלכותא", וזה לשונו: "דכוח המלך לקנות לעצמו שזה קניין מלחמה, אבל להקנות לאחרים צריך הזוכה מידו קניין"; ודבריו צריכים עיון. [↑](#footnote-ref-37)
38. הלכה יא:

    במה דברים אמורים שהמוכס כליסטים בזמן שהמוכס גוי או מוכס העומד מאליו או מוכס העומד מחמת המלך ואין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה ומניח מה שירצה. [↑](#footnote-ref-38)
39. חילוק כזה מופיע גם בתשובות הרשב"א, ח"א, ס' תריב, ובשם הראבי"ה באור זרוע, פסקי בבא קמא סי' תמז. לפי הרשב"א אין הבדל בצורת הגבייה, בין אם המלך העניש את היהודי העבריין והעביר רכוש שלו לפקידו, שהוא במקרה יהודי, לבין אם הִרשה לפקידו היהודי לגבות מעבריין המס היהודי את הקנס שהטיל, וכסף הקנס יישאר אצל הפקיד היהודי; אך גם אם הדבר מותר בעיקרו, אין לעשותו בכל אופן. וכך מסיים הרשב"א באזהרה מוסרית: "ובלבד שהיהודי הפקיד לא יגרום ולא יסבב שום הפסד ליהודים הענושים. והדברים האלה לא נמסרו אלא למי שהמחשבות גלויות לפניו יתברך שומר נפשו ירחק מהם". [↑](#footnote-ref-39)
40. ### הדבר עולה כמעט בבירור מתשובת הרדב"ז, ח"ג סי' תקלג. ועיינו גרוטיוס *De Jure Belli ac Pacis* (=The Rights of War and Peace), (trans. by A.C. Campbell (New York: 1901, The Online Library of Liberty), Book III "The Division of War Into Public and Private and the Nature of Sovereign Power”, במיוחד בסימן V. בדבר הגישה המודרנית להגדרת המלחמה והבחנתה מסכסוכים מזוינים בין אזרחים, בהתבסס על אמנות האג ופרשנותן, עיינו: Yoram Dinstein War, Aggression and Self-defence*,* Cambridge 1998, pp. 3-29. עמ' 29-3; הילה אדלר "דיני כיבוש" משפט בינלאומי, 530-521 (בעריכת רובי סיבל), ירושלים 2010.

    [↑](#footnote-ref-40)
41. לשון הרמב"ם, הל' גזילה ואבידה פ"ה הי"ד. [↑](#footnote-ref-41)
42. הדברים מדויקים בבית הבחירה לנדרים כ ע"ב, מהד' ליס עמ' צו: "וכן נודרים להרגים... ולחרמים... ולמוכסים כלומר מוכס העומד מאליו או אף במינהו מלכות אלא שאין לו קיצבא ומאחר שאין לו קיצבא אין זה דינא דמלכותא אלא גזלה דמלכותא אם הוא ממנהו על דרך זה או גזילת המוכס אם הוא עושה כן מאליו". דוגמה לפרשנות דיני המלך ימצא המעיין בתשובות ר' יום טוב בן משה צהלון, תשובות מהריט"ץ החדשות, סי' לד, שם הוא מבדיל בין המלך לבין שר משריו. הנחתו היא כי "מֶלֶךְ בְּמִשְׁפָּט יַעֲמִיד אָרֶץ", ואף ששר הצבא גזל מהיהודים את בתיהם בעלילה חזקה, ש"המלך איש חסד וחפץ חסד הוא ואוהב את העניים ושונא גזל, ואם יבררו לו הדברים בריא אולם שיחזיר הבתים לבעליהן". בהתייחסו לשאלת החוקיות של מעשי השר, כאשר ישנה ערכאה שיפוטית שדנה בתקפות מעשיו, אין המהריט"ץ מחשיב את סיכויי ההצלחה או הכישלון בערכאות השיפוט כשלעצמן, אלא מבחין בטיבן של הערכאות, אם הן כפופות לשר הצבא המקומי או למלך בעצמו בלבד. תשובה נוספת ומפורטת ימצא המעיין בתשובות חקקי לב (לר' חיים פאלאג'י מאיזמיר), ח"ב, סי' ו. עיינו גם שילה (לעיל, הע' 2), עמ' 184-143, על "תנאים מוקדמים לתחולת הכלל" בתקופת האחרונים, וניתוחיו את תשובות האחרונים, בהערות שם. כל התשובות הן דיון מתמשך ב"כוונת המחוקק". [↑](#footnote-ref-42)
43. ההכרעה של הריבון הכל יכול כלפי כל נתיניו ואין הבדל אם הם מנתיניו הוותיקים או מארץ האויב. [↑](#footnote-ref-43)
44. על השותפות של האדמירל מיקולוש הורטי (Miklós Horthy) עם היטלר, הצטרפותה של הונגריה למדינות "הציר" והכרזת מלחמה על בנות הברית, וכן על שיתוף הפעולה בין מפלגת "חץ הברזל" לשלטון הנאצי בגרמניה בסמוך לכיבוש, עיינו: דידי רנקי, האנציקלופדיה של השואה, ב, ערך "הונגריה", עמ' 354-350; Mario D. Fenio, *Hitler, Horthy, and Hungary: German-Hungarian relations*, 1941-1944, New Haven 1972*.* [↑](#footnote-ref-44)
45. מעניינת ביקורתו של ר' מנשה קליין (הקטן), רבה של אונגוואר עם פרוץ מלחמת העולם הראשונה, שבתשובתו (לעיל, הע' 44) התייחס לפסק הדין של רי"ש אלישיב בביקורתיות לא מעטה. אחת מהשגותיו היא כי רי"ש אלישיב לא הבחין בין הנאצים ההונגרים, שלא נלחמו וכבשו, לנאצים הגרמנים שבהחלט באו לכבוש ולשלול. [↑](#footnote-ref-45)
46. בסגנון שונה כותבים הדיינים להלן:

    נראה דהא כל הטעם דדינא דמלכותא דינא, הוא מטעם שהמלכות נותנת זכות ישיבה לישראל על אדמתם כמ"ש הר"ן בנדרים, וא"כ בנ"ד שהתכנית של הצוררים היתה לחסל את העם היהודי לגמרי ושללם לבוז, הרי הדבר פשוט שאין בזה משום דינא דמלכותא כלל, וא"כ גם נדון דידן נכלל באותה התקנה שתיקנו להחזיר לבעל החפץ כשבא לידו מסיבת גזילה ושוד, אפילו אחרי שנתיאשו הבעלים מהם.

    נראה לי כי כוונתם לרמוז למצוטט בשיטה מקובצת לנדרים, כח ע"א ד"ה ואומר ר'**: "**והיינו טעמא דדיניה דינא שהארץ שלו היא ואינו רשאי שיעמוד בארצו אלא במצותו. אבל אם קוצב על מלכות שאינו שלו שכבשו בגזל כי ההיא דסיקריקון דגיטין או אדם שאינו חפץ לעמוד בארצו לאו כל כמיניה למיגזליה".ניתן אולי למצוא תמיכה לשיטתם גם בפסקיהרא"ש לבבא קמא, פ"ו סי' ז: "ויהודי שברח מעירו והשר מחזיק בקרקע שאין בה טסקא ואפילו יש בה טסקא אם הניח הקרקע ביד אחרים לפרוע הטסקא נראה שאם ישראל אחר קנאו מיד השר מחזיר לבעלים ונוטל מה שההנהו. דאין זה דינא דמלכותא כי מנהג הוא בכל מדינות וחוק ישראל הוא על פי השרים והמלכים לילך ולדור בכל מקום שירצה ולא יעכב השר משלהם כלום. והבא לשנות ממנהג זה גזירת השר הוא כמו מוכס שאין לו קצבה". בין חכמי דורנו דן ר' יהודא משה סילמן בספרו דרכי חושן (מהדורת המחבר, תשס"ב), עמ' שנז, ב"מעשה היה שגב' אחת, ולה רכוש גדול בברלין המזרחית, שהוחרם על-ידי השלטונות הנאצים וחזר והוחרם על-ידי הקומוניסטים שעלו לשלטון בגרמניה המזרחית"; השאלה הייתה בקשר לזכויותיה, על-פי דין תורה, לאחר נפילת הקומוניזם והחזרת רכושה אליה: האישה הקדישה את נכסיה בברלין לישיבה אחת בהיות הנכסים מולאמים, וכעת, כשכל נכסיה הוחזרו לבעלותה, האם יהיו מוקדשים לישיבה או שמא זכתה בנכס חדש ונקי? בין יתר השיקולים ששקל רי"מ סילמן היה שהגברת לא גרה במקום (עמ' שסב) "ולא שייכת הסברא, דאם לאו יגרש מן הארץ", אלא שמנגד "סברא אחרת במקומה, דניחא לו לצורך רכושו ג"כ שיהא שלטון מסודר – אבל כל שהשלטון לוקח ממנו הכל – אין לו בו שום תועלת ולזה לא הסכים". בנוסף לכך מסתפק רי"מ סילמן [ב...?] אם הכוונה להסכמה סובייקטיבית של כל בעל רכוש לפי האינטרסים שלו או שמא "דסגי ברצון הרוב", כלומר לפי דעתם של רוב בעלי הנכסים באותה מדינה. לאחר מכן הוא מסתפק בכשרות ההפקעה, "שמא אין בכלל היושר של חוקיהם להלאים כל רכוש – וכן הדעת נוטה להכריע וממילא אין זה אלא גזלנותא". מכוח הספק מכריע רי"מ סילמן בקשר לתפיסת הקומוניסטים כי יד המוחזק ברכוש היא על העליונה, אבל לגבי הפקעת הנאצים "אין לזה שום תוקף של דינא דמלכותא דינא – אלא הוא גזלנותא בעלמא". [↑](#footnote-ref-46)
47. על ההשפעה של משפטי נירנברג על דעת הקהל בסוגיית מעשי הזוועה נגד היהודים ראו: מריאן מושקט, משפטי נירנברג – פסק הדין של בית הדין הצבאי הבינלאומי, ירושלים תשכ"ב, עמ' 97-13; הנ"ל, אנציקלופדיה של השואה, ערך "משפטי נירנברג". על התהליך שעבר על מדינות בעלות הברית בהתוויית המדיניות של ההענשה בגין השמדת היהודים, ראו אריה י' כוכבי, הדרך למשפטי נירנברג – גיבוש מדיניות הענישה כלפי פושעי המלחמה,ירושלים תשס"ז עמ' 201-159. מלכתחילה, לפני מלחמת העולם השנייה ואף במהלכה, לא היו מעשיה הנפשעים של גרמניה נגד אזרחיה ונגד אזרחיהן של מדינות הציר בגדר "פשע מלחמה", ורק פעולות נגד יהודים שהיו אזרחים של בעלות הברית נחשבו פשע מלחמה. בלחץ השדולות היהודיות, שר האוצר האמריקני הנרי מורגנטאו ופקידים בעלי תחושה מוסרית במשרד המלחמה הממשלתי, החליט הנשיא טרומן לאמץ את ההרחבה בהגדרת פשע עם ביחס לכל היהודים באשר הם. על השפעת דעת הקהל על מקבלי ההחלטות ראו: Debora E. Lipstadt, *Beyond belief: The American press and the coming of the Holocaust*, 1933-1945*,* New York 1986. רק לאחר תום המלחמה, באוגוסט 1945, נחתמה בלונדון "אמנת בית הדין הצבאי הבינלאומי", שכוננה את מערך השפיטה וההענשה של פושעי המלחמה הנאציים. אמנה זו הגדירה בסעיף 6(ג) במונח "פשעים נגד האנושות" את המעשים הבאים: "רצח, השמדה שעבוד ומעשים בלתי אנושיים אחרים שנעשו נגד אוכלוסייה אזרחית לפני המלחמה או במהלכה, או רדיפות מטעמים מדיניים, גזעיים או דתיים בעת עשיית פשע כלשהו בתחום שיפוטו של בית הדין הזה או בקשר לעשיית אותו פשע, בין שהדבר נחשב לפגיעה בחוקיה הפנימיים של המדינה שבה בוצע הפשע ובין שאינו נחשב פגיעה בהם". [↑](#footnote-ref-47)
48. מתשובות ר' יצחק יעקב וויס (מנחת יצחק, ח"ד, סי' עו; חלק ח, סי' סט) עולה בבירור כי הוא חולק על סברת הדיינים בעניין לנדסמן. בחלק ח' סי' סט נשאל "בעניין הכתב יד מג"א שנמצא אחר המלחמה הנוראה, והמוצא את כתב-יד אינו רוצה להחזירה ליורשים, בטענה דהוי כאבידה ששטפה נהר והוי דידיה". רי"י וויס, בהסתמך על המהרי"ק שורש ג ועל סמך חילוקיו של בעל נתיבות המשפט, חושן משפט סי' שסא ס"ק ב, מכריע "כי בעת שהובילו אחב"י למקומות ההריגה בעוה"ר הי"ד, והשאירו כל מה שלהם בביתם, כבר נתיאשו אף קודם ששללו את הונם ושלחו ידיהם בביזה בעוה"ר" ועל כן אין זו גזילה אלא אבידה. רי"י וויס אף לא מבדיל בין חמסנותם של הנאצים לבין חמסנותם של הרוסים, ובשני המקרים ייאוש מוכח הנובע מהפקעה מביא לייאוש הבעלים, וכל המציל מן השלטונות הללו הוא כמוצא אבידה. נראה שרי"י וויס, כמו ר"מ ראטה, נקט עמדה הרואה בדיני הייאוש חזות הכול. [↑](#footnote-ref-48)