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 מהפתגם הידוע: זכה כתר התורה ממאקוב בפרסום ובהנצחה דווקא בשל מזלו שהוצא מהיכל בית הכנסת הגדול במאקוב והוחרם על ידי הכובשים הנאציים, ובהמשך לאחר מלחמת העולם השנייה, בנפילתו לידי שלטונות הכיבוש האמריקאיים שהעבירו כתר התורה הזה למשרד הדתות 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 שהוצג על הקבר, כתרומה שהקדיש אביו לקהילת מאקוב. האב נספה בשואה ובנו תובע לקבל את כתר התורה ולהשימו בקהילה בו הוא מתפלל. דרישה זו הציתה מחלוקת רבת אנפין בין גדולי תורה שנשאו ונתנו בדבר תביעתו של מר לנדסמן (להלן: התובע) מול רצונו של ד"ר כהנא המנכ"ל להשאירו במקום שיועד לו (להלן: הנתבע). 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?

גדולי התורה שחלקו בעניין היו ר' משולם ראטה שכיהן כרב בקהילות רומניה ובהמשך כאב"ד בעיר טשרנוביץ וכראש ישיבה שם. בזמן מלחמת העולם השנייה ר"מ ראטה הוברח לבוקרשט ומשם הגיע לארץ ישראל. פה הוא כיהן כחבר בית הדין הרבני הגדול וכיועץ הלכה לבתי הדין הרבניים. מנגד דן בעניינו של כתר התורה, חבר הדיינים מבית הדין הרבני האזורי בירושלים, ר' עובדיה הדאיה – אב"ד, ר' יוסף שלום אלישיב ור' יעקב בצלאל ז'ולטי (להלן: הדיינים). השתלשלות היריבות הייתה כך. מר צבי לנדסמן הגיש את תביעתו נגד משרד הדתות לבית הדין הרבני. במקביל להתדיינות שלח ר' עובדיה הדאיה את העניין הנידון לר"מ ראטה להיוועצות והלה משיב לו באריכות, והייתי אומר בחריפות.[[1]](#footnote-1) פסק הדין הרבני שניתן לאחר מכן היה בהסכמת כל חברי המותב, אך רגליים לדבר שהדיין רי"ש אלישיב כתבו.[[2]](#footnote-2) מתוך פסק הדין נראה שהם מתנגדים בחריפות לדרכו של ר' משולם ראטה.

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

למרות שהשאלה שנשאלה בפני ר' משולם ראטה הייתה לאחר הגשת התביעה נגד משרד הדתות, לא נמנע ר"מ ראטה מלהביע פליאה על השמתו של כתר התורה על קברו של דוד המלך. שתיים היו קובלנותיו. האחד, שמאחר שהכתר הושם על קברו של דויד המלך ע"ה אז "קנייה מיתנא", היינו הוא הופך להקדש השייך למת, כפי שהציע רבא להכריע בגורלה של "איצטלא" שהכניסה אישה לבעלה בכתובתה ולאחר מותו פרסו היתומים איצטלא זו על אביהם המת.[[3]](#footnote-3) רציונל ההכרעה לטובת המת שתכריכי המת הם איסורי הנאה כהקדש, וכשם שהקדש כזה מפקיע משעבוד ממוני כך גם כתר התורה. על השגה זו משיב ר"מ ראטה בשתי תשובות האחד: "...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".

אך קובלנה אחרת, מנוגדת לקודמתה, הייתה בפי ר"מ ראטה שאותה לא פתר בקלות, האם ראוי בכלל לעטר את קברו של דוד המלך בכתר התורה? כתר התורה הוקדש לספר-תורה, הכיצד אפשר אפוא ל"הוריד מקדושתו" ולשימו על הקבר. הנה כאן בתמצית הגיונו. 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 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 אותה לתובע?**

לעצם דין ודברים שבין התובע לנתבע, עליהם נשאל ר"מ ראטה על ידי ר"ע הדאיה, משיב הוא בתשובתו 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.

מתוך דבריו ניכר שהבין את עמדתו של השואל ר"ע הדאיה כי אין טענת היאוש 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. מאחר שהיא דומה לסיטואציה של "אבידה ששטפה נהר", שהמוצא אותה אינו חייב להכריז עליה ולהשיב לבעליה הראשונים, אלא אם רצה הוא זוכה בה לעצמו. 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 מלהשיב 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 כי יש סיכוי רב שהחפץ שאבד בכלל לא נעלם אלא הוא נמצא ברשותו או שאחרים ימצאוהו בנקל. אם מי שאבד לו "מתייאש" מהנכס אז בעצם גם אם לאחר מכן יימצא המוצא את הנכס שאבד – אין כאן אבידה והיא שייכת למוצא. לפיכך, אם אדם איבד נכס שאין לו סימנים, הוא "מתייאש", מראש כי הוא סבור שלא יוכל להוכיח את בעלותו בפני מי שמצא האבידה. הוא הדין אם יש בנכס סימנים, אך "שטפה נהר" שניתן להניח כי אף אדם לא יוכל למצוא את הנכס שנשטף בנהר– כי אז 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 של איתני הטבע שהם גרמו "שאבודה ממנו ומכל אדם" אין דעתו של בעל הנכס חשובה כלל, והמוצא באופן מקרי את הנכס האבוד - הרי היא שלו ואינו חייב להחזיר לבעליה. המדרג של הנכסים שחייב המוצא להשיב לבעליו אינו לפי דעתו הסובייקטיבית של בעל הנכס אם התייאש מהנכס אם לא אלא מה "מה שבדעת כל בני האדם" היינו מה "האדם הסביר" סבור בסיטואציה שכזו. [[10]](#footnote-10) לדעת ר"מ ראטה הנאצים הם 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 של חיוב השבת אבידה של כתר התורה, דומה שעיון בספרו של ר"ע הדאיה מצביע 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, והוא נספה בשואה מבלי לדעת מה גורל הכתר. טענתו של ר"ע הדאיה הייתה שייחוס "ייאוש" לבעלי נכסים שהוחרמו על ידי הכובשים הנאצים הוא מוטעה, 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. "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 כאן מעולם לא שימשה "הביזה" תמורה להצלת חייהם של בעלי הנכס. ועוד דבר, טוען ר' עובדיה הדאיה, כי בניגוד ל"ארי ודוב" שמטרת ה"טרף" הוא השגת הרכוש, המזון; בניגוד לסיקריקין שה"טרף" העיקרי שלו היה קבלת הבעלות על הקרקע וקטילתו של היהודי היה רק תמריץ לקבל בעלות על הקרקע בארץ יהודה, אצל הנאצים הייתה דווקא גלורפיקציה: הימנעות מביזה ומשלל מצד אחד, והשמדת הגזע היהודי באמצעות הריגתם, שריפתם או משלוחם למחנות ההשמדה מצד שני. הנותרים מהמלחמה לדעת ר"ע הדאיה חששו רק משכניהם מלפני המלחמה, שהם בזזו או שללו, או שלהפך הם התייראו מהגרמנים והשאירו את רכושם של היהודים כמות שהוא.

בטענה זהה פתר ר' יעקב יחיאל ווינברג, שהיה ראש הסמינר לרבנים בברלין עד לפרוץ מלחמת העולם השנייה, ולאחריה ראש ישיבת מונטריי בשוויץ, ניצול שואה בעצמו, שאלה שנשאל אם אדם שבזמן מלחמת העולם השנייה הציל ספרים מספריית הסמינר לרבנים בברלין, אם 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**

אך בסמוך ובנראה חש ר"מ ראטה לטענה אפשרית חילופית כי אף שלפי דיני השבת האבידה המוצא זכה בה, אף על פי כן יש להשיב את את האבידה לידי התובע "לפנים משורת הדין" וזאת 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, שהאבידה נפלה לידי "הארי והדוב" ו"זוטו של ים", אך ייתכן שתהא השבת האבידה 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).

לפי דברים אלו מסיק ר"מ ראטה מדעתו 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 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 ליהנות בני אדם אחרים ובה בעת לקבל את הוקרתם מהם. לפיכך מסיק ר"מ ראטה, כי לו המקדיש, אבי התובע, עצמו 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 להשימו בבית הכנסת שהוא חפץ בו אין תביעה אפילו "לפנים משורת הדין".

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

תוצאתו 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 הבעלים התייאש, ואם כך כאשר נופל נכס גזול יש להשיבו לבעליו מצד דיני הגזל. הפרדה שכזו עולה מהשוואת הנוסחים לסיטואציות הבאות:

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 בין התערבות איתני הטבע הנחשבים "כוח עליון" הקובע בעצמו ייאוש הבעלים, לבין התערבות שאינה כזאת המותנית ברצונו של הכובש מאבד הרכוש. ועל כן דעתם של הדיינים כנראה כי כל עוד מקדיש הכתר לא התייאש בפועל לא נניח שהייאוש הוא "בדעתו ובדעת כל בני האדם"[[16]](#footnote-16)

הנקודה השנייה עליה חלוקים הדיינים על סמך ההנחה כי בגזילה טמון מעשה רשע, אז הגם שהבעלים מתייאש מכורח הבנת הנסיבות יש מקום לראות בחובת השבה "תקנתא אלימתא".

כך עולה לפי הבנתם של הדיינים מבעל תרומת הדשן ובעקבותיו ר' משה איסרליש בהגהות לשולחן ערוך לגבי השבת רכוש גנוב אף 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" בגזלה שהיא חלה על כל רכיב ורכיב גם על "טובת ההנאה" ועל 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 ואינן כפי הנראה מחכמי התלמוד, וגם זיקתם לחכמי הראשונים אינה כה מבוססת. אך דומה ששורש המחלוקת בין חכמי התורה נעוצה 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, הרמ"א 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 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 היא 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 מבוססים על דיני המלכות המחייבים את מי שמחזיק ברכוש להשיבו לבעליו, אלא התשובה המיוחסת לרבנו גרשום מעלה את "דינא דמלכותא" כאפשרות אחת ליד רעותה של המשפט הפנימי בישראל - "הפקר בית דין הפקר" ואילו תשובת ר' יוסף איסרליין מבוססת על "דינא דמלכותא" בלבד. ולא זו אף זו, "דינא דמלכותא" בהשבת אבדה כפי שמסופר בתשובת רבנו גרשום היא תקנה שהותקנה ad hoc לאחר מעשה של איתני הטבע, שהושגה לאחר השתדלות לא קטנה 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 היא יצוקה - "חוק קבוע הוא ליהודים מן המלכות...". עוד הבדל הוא בתוצאה: "דינא דמלכותא" באבידה ההחזרה לבעל האבידה היא בחינם אבל רשאי המוצא ליטול "שכר טורחו", ואילו ההשבה בגזלן 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". המדובר בהתערבות איתני הטבע שהסחורה הייתה נחשבת ל"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" הוא 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, אף על פי היותו נגד דין התורה. אפשר אפוא להניח כי הדיינים, בהסתמך על תרומת הדשן ופרשנותו על ידי הרמ"א, ביארו את "דינא דמלכותא" בעניין השבת הגזלה כעניין של תקנה נוקשה שיש להשיב את כל רכיביה כולל "טובת ההנאה" שבה גם לתובע שהוא יורש המקדיש.

מתוך פסק הדין נראה כי הדיינים היו מודעים לפרשנות שונה של דברי הרמ"א שגם בענייני גניבה וגזילה יש ללכת אחר "דינא דמלכותא" בשל "מנהג טוב וישר". דעה זו היא של בעל קצות החושן המתפלמס עם בעל הש"ך שכזכור ראה בתקנת ההשבה בגניבה וגזילה "מנהג גרוע" ומפרש באופן שונה את דברי הרמ"א,

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 השבה בגזילה וגניבה לבין תקנת ההשבה באבידה. בשניהם יש תמריץ של "דינא דמלכותא", אך תמריץ זה אינו סוף דבר. אלא שניהם מנהגים ששורשם "טוב וישר". גם באבידה וגם בגניבה מצאנו הנהגה עודפת של השבה: באבידה שמחזירים אבידה לאחר יאוש משום "ועשית הישר והטוב" וגם בגזילה שמחזירים 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 כעניין צודק וראוי. ולכן כשם שבאבידה לא הכל חייב בהשבה אלא רק שהדבר ראוי וישר כך גם בגניבה וגזילה. היינו רק כאשר המוצא עשיר והמאבד עני, וכך גם בגזילה אין מחייבים להשיב, אלא אם ההשבה צודקת, היינו שלא נגרם למשיב הגזילה כל הפסד כמו שמחזירים לו התמורה.[[20]](#footnote-20)

הדיינים בפסק דינם מעלים השערה שלו 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 כנגד הציבור. אך לדעתם, דעת בעל קצות החושן אינה מעוגנת בפשט דבריו של בעל תרומת הדשן הקובעת כי יש חובת השבה להשיב לבעלים גם את הקרן וגם את הריבית ללא כל התנייה ואף אינה נהנית מאזכור ניאות בדברי הרמ"א בהגהתו, כפי שהבינה בעל הש"ך. מדוע אפוא סבור בעל קצות החושן שאין חובת ההשבה בגניבה וגזילה מטעם "דינא דמלכותא" אלא רק אם היא "הטוב והישר"?

דומה שבעל קצות החושן אינו סבור להבחין באופן דיכוטומי בין השבת אבידה במקום של "כוח עליון" לבין השבת בגזילה וגניבה, וכשם שההחזרה באבידה מצד "הטוב והישר", כך גם בגניבה וגזילה. ואולי מזה למד ר"מ ראטה שגם "טובת הנאה" שיש לבעלים שנגזלה ואבדה יש להשיב רק מצד "הישר והטוב" – רק לבעליו 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**

מתוך טיעונו של ר"מ ראטה עולה כי חוסר העילה להשבת כתר התורה מבוסס על ההנחה כי מלחמה היא תופעה "על אנושית" כמו של איתני הטבע שבהם אין חובה להשיב אבידה ש"אבודה מכל אדם" . משום כך דינו של הרכוש שנשלל ונבזז הוא שיעבור לידי הכובש באופן מושלם ללא 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 הקנה לסיקריקון, שאנס אותו להעביר את נכסיו שבבעלותו, 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 וויתור של הבעלים היהודיים 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, ולא פטר אותה בנקל בשל צוק העתים, אלא מכוח דיני התורה הקלאסיים שתקנות ההשבה המאוחרות הנזכרות בהגהות הרמ"א על ספר שולחן ערוך, אינן חלות כלפי התובע שמעולם לא הייתה בידו בעלות על הכתר, אלא מכוח ירושת אביו זכה ב"טובת הנאה" שהייתה לאביו לאחר הקדשת כתר התורה לקהילה. "טובת ההנאה" שכזו 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 הגזלה כתקנת השבה מאוחרת הבאה מכוח "דינא דמלכותא" והיה צורך אפוא להשיב 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 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 מצב קיצוני שבני אדם נוהגים אחרת מבעיתות 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 בשעת מלחמה מבעלי נכס באופן מוחלט 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, וישראל כבשו את השטח הזה 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 מנאוהו בין "הרבה מקראות שראויין לשרוף והן הן גופי תורה"

# 0חולין ס ע"א). ומהם אלו "גופי התורה"? הנה התשובה – כללי משפט "בינלאומיים" יהודיים. אין כיבוש אלא ברצון אלוהים, וכי האיסור 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** אודות טיהור נכסים בהקשר לדויד במלחמותיו בפלשתים. כשדויד בא לכבוש את פלשתים, מנפנפים הם לו בהסכם השלום "הבינלאומי" בין אברהם לאבימלך. דויד נועץ בסנהדרין ותשובת אלוהים, כפי שמובאת בחולין, ס ע"ב:

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

אך ההיבט השני, של ההכרה בכיבוש מלחמה, הוא ההיבט הפרטי, היינו, היכולת של אדם לרכוש זכויות משפטיות בעקבות מעשה המלחמה ומלאכת הכיבוש בעקבותיה. 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, היא כה חזקה, ובשלושה 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 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 מלפצות את הבעלים הראשונים עבור אבדן הנכס.

על אותה דרך מצוטט רב פפא בגיטין לח ע"א כי "עמון ומואב טיהרו בסיחון". כוונתו של רב פפא היא 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 להיקנות על ידי יהודי ולהפוך לנחלתו, מבלי שיצטרך לחשוש מעבירת הגזל מבעל הנכס המקורי (היהודי) לפי דיני התורה.

במקום אחר הרחבתי את הדיבור 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 שממנו ניתן לשער כי בעלי הנכס שנלקח על ידי הכובשים התייאשו מזכויותיהם.[[28]](#footnote-28) אך הרבה מחכמי ההלכה דוגלים באסכולה אחרת המעצימה את המלחמה והופכתה למושג משפטי אוטונומי בעל חיות בפני עצמו של "קניין כיבוש מלחמה" או "חזקת מלחמה". 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, "כיבוש מלחמה" היא דרך אוטונומית לסיום יחסי הבעלות וההחזקה של הבעלים הראשונים, וממנה מקום לכל יהודי שקנה רכוש כבוש זה 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 שהיצגנו? מה ההבדל המעשי בין "כיבוש מלחמה" כקניין אוטונומי לבין וויתור 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 ותולדותיהם בארץ 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 שבה יכול הכובש להפקיע זכויות במשפט הפרטי ועל-כן כל כיבוש מלחמה גורם אפוא לשינוי מהדין הנוהג. אלא שבזמן מלחמה, האינטרסים של המלך הכובש אינם רק בענייני מקרקעין ומיסים אלא כל רכוש מיטלטל שנבזז. לא כן לפי הגישה הקלאסית, אין "כיבוש מלחמה" גורם לסטאטוס "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 שבעוד 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. הרי שהדוגלים ב"קניין כיבוש מלחמה" מתמקדים בעיקר ברצונו וביכולתו של הכובש לנשל כל אדם מנכסיו, ואין דעתם של הבעלים מעלה או מורידה. [[33]](#footnote-33)

ההישמעות לחוקיו של הכובש והציות להם כמקור להעברת נכס מהבעלים המקורי ללא כל צורך להעניק משקל לדעתו של בעליו המקוריים טעון הבהרה: מה בין "כיבוש מלחמח" 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 שהעיקרון ברור ומקובל מאז התלמודים עד לימינו, היקף תחולתו - מעורפל ביותר, השתנה מתקופת התלמודים בבבל לתקופת הראשונים שחיו באירופה הפיאודלית ושלוש-ארבע שיטות חלוקות היו ביניהם וגם 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 ההירארכיה 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" (ובכללן "המוכס כליסטים"), אינה ראויה ונחשבת גזל. וחייב הזוכה להשיב את הנכס לבעליו המקוריים.[[38]](#footnote-38) זכייתו של יהודי ממה שלקח המלך או ממה "שגזר המלך" – ובכללן "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 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 ויכול הוא לגבות מיסים, להעניש המורדים בו וכדומה.

אך עוד כלל חשוב: המלך מוגבל להנהגה ניאותה 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" תקפה רק אם ההפקעה הייתה כללית וללא אפליה כלפי פרט זה או אחר. אך יצוין כי אף שחקיקה אינדווידואלית 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 מלך זה צריך להחיל את חוקיו בשוויון לכול, ולפיכך הטלת קנס או הפקעה אינדווידואלית בשל "כעס", מותרת, וחקיקה מושכלת אינדווידואלית אסורה.[[39]](#footnote-39) מדוע "מלך כועס" יכול בכעסו להתיר הפקעה אינדווידואלית?

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 הכל 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 ומי יאמר 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 בזוז או קרקע מופקעת של "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 והכניעם 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 חפץ 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 נעשה המונרך עצמו 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" שונה 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' דיון 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 גם "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 הללו הוא תלוי הדין הנכרי 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 ואין חייב הוא להחזירו לבעליו הראשונים מישראל. אך כאשר המלך לא מביע דעתו אלא רק שולל, באמצעות חייליו־עבדיו, חכמי ההלכה מפרשים את כוונתו כך שלמלך עצמו אין עניין בנכס מסוים לעצמו או להעניש את בעליו אלא רק בהפקעת רכוש לשם מילוי אוצרותיו, ועל כן אין השלילה תקפה אלא רק אם היא שוויונית "בדינין שחקק" והיא פסולה אם היא אינה שוויונית מאחר שאין זו ממש כוונתו. לפיכך פקיד ששלל באופן שרירותי עשה זאת שלא לפי דעתו של 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 (והכוונה הן לשלל 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 אין הוא 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 כביזה "מלכותית" ועל כן נדמה היה לנו כי ייחרץ גורלו להישאר ברשותה של המדינה באה תפנית מפתיעה בדברים שבקטע הבא:

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 יוצא דופן שבגינו לא ניתן להכיר 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", ומדבריהם עולה כי ככל שרשעותו של הכובש היא שטנית יותר, ממהרים בעלי הנכס להתייאש מנכסיהם. שהרי כל מלחמה היא כמו אבידה באיתני הטבע ש"אבודה ממנו ומכל אדם".

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

הצעה ראשונה היא כי חלק מן השטחים 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 אינה "כיבוש מלחמה" אלא סמכות נחזית של המשך הקיים, ועל כן "מחויבים" היו "הנאצים האונגריים" שלא לבזוז או לשלול רכוש. בלקיחת 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 – הנה הצעת 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 יהיה ביותר להשוות את הצעת סנחריב למוראותיה של המלחמה ביהדות הונגריה, שבה לא היה ליהודים כל מפלט מלבד "הפיתרון הסופי".[[46]](#footnote-46)

הצעה שלישית: בהתבסס על ההנחה כי כיבוש מלחמה הוא כוחו הבלתי מוגבל של הריבון המסוגל לפי רצונו להפקיע רכוש ללא כל הגבלה. רצונו המוחלט של הריבון הכל-יכול מביא למסקנה שרצונו הבלתי מעורער היא "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 שקיבלו 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 והגדרתם של חלק מהם 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 להלן משמו נמצאים בתשובה זו. [↑](#footnote-ref-1)
2. תיק 517/תשיד (ים) **צבי לנדסמן נ' הועדה להר ציון** פד"ר א 169.כל הציטוטים להלן לקוחים ממקור זה. 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 עם מדינת ישראל וסמליה יעוין בתשובותיו קול מבשר, חלק א כא. יעוין עוד **מבשר ואומר: מתולדותיו, מעשיו ומכתביו של הגאון הרב משלם ראטה זצ"ל** (תשס"ו) [↑](#footnote-ref-4)
5. התייחסותו היא למדרש האגדה אודות לוויתו 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 שימת הכתרים הייתה זמנית כי אין לה שייכות לתכריכי המת כמו האיצטלא ששימשה ליתומים לכרוך את המת. יעוין 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 מצויין 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. [↑](#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 גזלני 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" אם "נתייאשו הבעלים" שאז שייכים למוצאם לבין אם "היו הבעלים מרדפין אחריהם" שאז עדיין אין המוצא יכול לזכות בהם 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 מה שכתבתי בה"ש 15 לעיל. [↑](#footnote-ref-19)
20. בעל קצות החושן מפליג בחידושיו לגבי ענייני קידושין בדבר הגזול שלדעת בעל השולחן הערוך אם אדם מקדש אישה בגזל לאחר יאוש 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..... בתירוצו השני עולה, כי הוא משווה נטילת חפץ בשעת מלחמה לאבידה "ששטפה נהר". גם מתשובת המהרי"ק עולה בבירור (שורש ג), 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. אודות ההסכם בין פלישתים 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 פרקי 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 רד"ק על אתר. [↑](#footnote-ref-25)
26. באופן ברור ההיתר לשלול שלל הוא רק מידי סנחריב, מלך נכרי ושלטונו נכרי 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 אפוא כפוף 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" מחלק בין התנהגותו של מלך יהודי כלפי נתיניו היהודים שלהם 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 סיכום 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 אין הגאונים 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 יאוש הבעלים; 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 משמע 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 בתשובתו ונוקט בתשובותיו תשב"ץ ח"ב סי' קלו, וכן שם סי' קלז. תשובה נוספת מובאת בחלק ד' (חוט המשולש) טור ג סי' כד, נכתבה על ידי ר' אברהם אבן טאווה (טור ג'), מראשי קהילת אלג'יריה במאה הט"ז וכנראה מצאצאי הרשב"ץ. -– מביא את שתי הגישות הללו בדבר תוקף רכישת שלל על ידי יהודים משלל ששללו פירטים גויים רכוש שנשלח בספינה על ידי בעליו הראשונים היהודים, אך לבסוף מכריע כי בעניין שעליו נשאל אין הבדל בין שתיהן. [↑](#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 הדוקטרינארית 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 יאוש 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 .....

    היפך מדעתו של הרמב"ם עולה לכאורה מרב-רבו, ר"י מיגאש (מובאת בשיטה מקובצת, ב"מ, כד, ב), מתשובתו 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 שחייו של כל יהודי כבוש בסכנה אז הרי יש אומדן דעת של ייאוש. לעומתו, סבור רמב"ם, שאין זה משנה 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"](http://oll.libertyfund.org/title/553/90803) , , במיוחד בסימן V. בדבר הגישה המודרנית ביחס להגדרת המלחמה והבחנתה מסכסוכים מזוינים בין אזרחים, בהתבססה 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 2.

    [↑](#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 במעשיו של 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 כפופות הן לשר הצבא המקומי או למלך בעצמו בלבד. תשובה נוספת ומפורטת ימצא המעיין בתשובות חקקי לב (לר' חיים פאלאג'י מאיזמיר), ח"ב, סי' ו. ועיינו גם שילה (לעיל, הע' 2), עמ' 184-143, על "תנאים מוקדמים לתחולת הכלל" בתקופת האחרונים, וניתוחיו את תשובות האחרונים, בהערות שם. כל כולן של התשובות הן דיון מתמשך ב"כוונת המחוקק". [↑](#footnote-ref-42)
43. ההכרעה של הריבון הכל־יכול כלפי כל נתיניו ואין הבדל בין אם הם מנתיניו הוותיקים או מארץ האויב. [↑](#footnote-ref-43)
44. על השותפות של האדמירל מיקולוש הורטי (Miklós Horthy) עם היטלר והצטרפותה 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 הוא 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 לרמז 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, שכל נכסיה הוחזרו לבעלותה, האם יהיו הנכסים שהושבו לה מוקדשים לישיבה או שמא היא 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 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 בהתווית המדיניות של ההענשה כלפי 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 אזרחי 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 יאוש מוכח הנובע מהפקעה מביא ליאוש הבעלים, וכל המציל מן השלטונות הללו הוא כמוצא אבידה. נראה שרי"י וויס, כמו ר"מ ראטה, נקט עמדה הרואה בדיני היאוש חזות הכול. [↑](#footnote-ref-48)