



אתר דעת * לימודים * גיליון 18 * תשפ"ב * 2021/22

המשפט העברי, ההלכה ומדינת ישראל

פרופ' שמואל שילה

מאמרים מן העיזבון

פרופ' שמואל שילה (תרצ"ו – תשע"ו 1936 – 2016)
למד בישיבה אוניברסיטה, בישיבת מרכז הרב ובאוניברסיטה העברית
מוסמך לרבנות וד"ר למשפטים
פרופ' למשפטים באוניברסיטה העברית,
ראש המכון לחקר המשפט העברי ועורך שנתון המשפט העברי
כיהן כנשיא מכללת הרצוג בשנים 2008 – 2010

הקובץ מכיל מאמרים שפרסם בתחומים שונים של המשפט העברי, הגות והלכה

אתר דעת

תשפ"ב

תוכן העניינים

3.....	כשדינא דמלכותא אינו דינא*
4.....	אי-ציות לשלטון ולחוקיו
7.....	מחאה
9.....	אימתי הוראת השלטון היא בגדר איסור?
12.....	פקודות הניתנות במסגרת צבאית
14.....	מרי אזרחי והתנגדות פסיבית: בעמים ובישראל
16.....	המשפט העברי לעומת ההלכה
16.....	הקדמה
27.....	THE JEWISH LEGAL SYSTEM
44.....	JEWISH LAW IN THE STATE OF ISRAEL
64.....	Jewish Law and Israel's Legal System
72.....	על ספרות השו"ת וארבע סוגיות הלכתיות
72.....	הערת העורכים:
73.....	אישיותם ודרכי פסיקתם
89.....	ארץ ישראל במאה הי"ט בתשובות חכמי פולין ורוסיה
89.....	צדקה ותרומות לטובת ארץ ישראל
94.....	היחס לעלייה לארץ
102.....	אתרוגי ארץ ישראל
104.....	פולמוס השמיטה
105.....	סיום
106.....	סוף דבר
109.....	על הדיאלקטיקה ביחסם של חז"ל לגרים
114.....	R. Shlomo Kluger and R.N.Z.Y. Berlin (ha-Neziv)

כשדינא דמלכותא אינו דינא*

הכלל במשפט העברי הוא שיש לציית לדיני השלטון. יש כמה מקורות לכך. המפורסם ביניהם הוא הכלל המשפטי שדינא דמלכותא דינא. ברם, יש יוצאים מן הכלל ולעתים לא רק שאין חובה לציית לדיני המלכות, אלא יש חובה שלא לציית להם. במקרים אלה - בדרך כלל מדובר בהוראות השלטון שהן בלתי מוסריות - לא רק אסור לציית להם אלא יש חובה נוספת, פוזיטיבית, למחות נגדן. המאמר גם דן בסיווגם של "הדינים" שאין לקיים כולל פקודות והוראות במסגרת הצבא. המאמר מסתיים בדיון קצר על מרי אזרחי והתנגדות פסיבית בעולם בכלל ובמסורת היהודים בפרט.

החובה לציית לדין המלכות

אין חולק על כך, שעל פי השקפת המשפט העברי יש חובה בסיסית לציית לדין המלכות. שלושה מקורות הלכתיים שונים מהווים בסיס לחובה זו. הכלל "דינא דמלכותא דינא"¹ מהווה הבסיס הידוע ביותר לסמכותו של חוק המלכות ולחובת הציות לו. בסיס חילופי שני הוא דין מלך². בסיס שלישי - הסמכות הניתנת לקהל להתקין תקנות, היינו, תקנות קהל³. שלושה עניינים אלה כבר מופיעים מפורשות בתלמוד⁴ ולפחות אחד מהם - דין מלך - מקורו במקרא⁵. הצד השווה ביניהם הוא ביסוסם התיאורטי והמעשי על הסכמת התושבים.

*על נושא מאמר זה ודומה לו נכתבו כמה מאמרים. הראשון ביניהם, בזמן ובאיכות, הוא מאמרו של משה גרינברג, שתחילתו בהרצאה בעל פה באוקטובר 1969 ושעבר מתורה שבעל פה לתורה שבכתב בכתב העת Judaism ב-1970 והובא שוב בספר שערך מ.מ.קלנר, Contemporary Jewish Ethics Rabbinic Reflections on Defying Illegal Orders: Amasa המאמר: Abner and Joab (עמ' 30 ב-Judaism ועמ' 261 אצל קלנר). המאמר תורגם לעברית:

¹ ראה ש' שילה, דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תשל"ה).

² ראה ש' פדרבוש, משפט המלוכה בישראל (מהד' ב תשל"ב). שו"ת משפט כהן, קמד; ש' ישראל, "תוקף משפטי המלוכה בימינו", התורה והמדינה ב תש"י=עמוד הימיני (תשכ"ו) סי' ט עמ' ע; י' קולודנר, "סמכות המלכות במדינת ישראל", התורה והמדינה, א תש"ט מב; ש' קוק, "דיני מלכות, הציבור והמדינה בישראל", שנה בשנה (תשל"ב), 210.

³ ב"צ עוזיאל, "שתי תשובות", התורה והמדינה, טו; י"א הלוי הרצוג, "דין המלך ודין תורה", תלפיות ז 4; א' שוחטמן, "רובו מתוך כולו — תוקפם של חוקים המתקבלים בכנסת", תחומין ט (תשמ"ח), 82.

⁴ דינא דמלכותא דינא — נדרים כח, א; גטין י, ב; ב"ק קיג, א"ב; ב"ב נד, ב נה, א. תקנות הקהל — תוספתא ב"מ יא, כג-כו; ב"מ ח, ב; ב"ק קטז, ב. דין מלך — סנהדרין כ, ב; שם, מח, ב — מט, א. ⁵ דברים יז, ד"כ; שמואל א, פרק ח.

"עמשא אבנר ויואב: על הסירוב לפקודות בלתי חוקיות במשנת חז"ל", שדמות, גל' עד (תש"ם), 80. הסתמכתי רבות על המקורות, על הגישה והניתוחים המאלפים.

דברי הרשב"ם והרמב"ם מדגימים בצורה ברורה את הבסיס המשפטי-חברתי-פילוסופי לכללו של האמורא שמואל שדינא דמלכותא דינא. בלשונו של הרשב"ם: "שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו"⁶. ובלשונו של הרמב"ם: "שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו לעבדים"⁷. הבסיס להכרה בתקנות הקהל היא העובדה, שרוב בני הקהל הסכימו לקבל עליהם את התקנות⁸. גם המלך נושא במשרתו הרמה כתוצאה מקבלת העם את מלכותו וכך נאמר על דוד המלך: "ויבואו כל זקני ישראל אל המלך חברונה ויכרות להם המלך דוד ברית בחברון לפני ה', וימשחו את דוד מלך על ישראל"⁹.

מהאמור לעיל עולה, ששלטון המבוסס על רצון העם הוא לגיטימי ויש לציית לחוקיו. עוד בתקופת התלמוד נקבע, כי מי שאיננו מציית לחוקי השלטון ולפקודותיו מכונה מורד במלכות ובתנאים מסוימים אף מתחייב בנפשו על כך¹⁰. מהאמור לעיל עולה, כי שלטון או חוק שאינם נתמכים על ידי העם, מאבדים את הבסיס ללגיטימיות שלהם ונפתח פתח של ממש לאי-ציות של התושבים.

אי-ציות לשלטון ולחוקיו

אין חובה לציית לחוקים שהם בלתי מוסריים בעליל, או לשלטון שהעם לא רוחש לו אימון. דוגמא עתיקה ביותר בתולדות האנושות לאי-ציות לחוק בלתי מוסרי - ולכן "בלתי חוקי" - היא ספור המיילדות במצרים. למרות שמדובר היה בפקודה "חוקית" של שלטון מוכר, פרעה מלך מצרים, המיילדות לא ביצעו את פקודתו להשליך ליאור את הבנים שנולדו לבני ישראל במצרים¹¹. הוראה המחייבת עשיית מעשה האסור על פי ההלכה, איננה בת-תוקף כלפי יהודים המצווים להתנהג על פי דין תורה, ועליהם לסרב לקיימה. לא דינא דמלכותא דינא, לא תקנות הקהל, ולא דין המלך תקפים מול

⁶ רשב"ם, ב"ב נד, ב ד"ה והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא.

⁷ הלכות גזלה ואבדה ה, י"ח.

⁸ ראה מ' אלון, המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (תשל"ג), 587-580.

⁹ שמואל ב, ה, ג.

¹⁰ יהושע א, יח; סנהדרין מט, א; ספר המצוות לרמב"ם מצוות עשה קעג; פירוש הרמב"ן לתורה

ויקרא כז, כט.

¹¹ שמות, פרק א.

ציווי ה' ואין חולק על כך, שאסור לקיים חוק או פקודה שהם בניגוד להלכה. ברור שהוראה המחייבת יהודי לאכול חזיר, איננה תקפה על פי כל אמת מידה הלכתית. דברים אלה נוסחו בצורה ברורה על ידי הרמב"ם, בהסתמכו על דברי התלמוד: "המבטל גזרת המלך בשביל שיתעסק במצוה קלה הרי זה פטור, דברי הרב ודברי העבד דברי הרב קודמין. ואין צריך לומר אם גזר המלך לבטל מצוה שאין שומעין לו"¹². כנראה הרמב"ם הסתמך על דברי התלמוד במסכת סנהדרין, גם בבבלי וגם בירושלמי. הגמרא בבבלי דנה בשאלה מדוע נהרג עמשא, שר הצבא של דוד. בספר שמואל ב' מסופר שעמשא נשלח על ידי דוד לדכא את המרד של שבע בן בכרי, ושהה קצת "וייחר מן המועד אשר יעדו"¹³. התלמוד מעלה את האפשרות, שבגלל שהייה זו יש לסווג את עמשא כמורד במלכות ומבחינת הדין בן-מוות הוא. ברם, בהמשך הסוגייה נדחת סברא זו, והאגדה מספרת שעמשא עסק בלימוד תורה, ולכן השתהה במקצת, ושהייתו היתה מוצדקת¹⁴. במלים אחרות, קיום מצוות תלמוד תורה דוחה הוראת המלכות. בירושלמי נדון סירוב לפקודת המלכות בהסתמך על מעשה שהובא בשמואל א. שאול המלך ציווה על הריגת הכוהנים שישבו בעיר נוב, כי הם לא הודיעוהו שדוד עמד לברוח ממנו. במקרה דנן המספר המקראי הודיענו, שהיה סירוב לבצע את פקודת שאול בדבר הרג כוהני נוב: "ולא אבו עבדי המלך לשלוח את ידם לפגוע בכוהני ה"¹⁵. התלמוד ראה בסירוב לבצע פקודה זו התנהגות חיובית, וניסה לאתר מי היו "עבדי המלך". "אמר ר' שמואל בר רבי יצחק: אבנר ועמשא היו". מן התיאור האגדי עולה גדלותם בעיני המספר. "אמרו ליה (לשאול): כלום אית לן עלינן אלא הדין זונרא והדין כלינרין (כלום יש לך עלינו אלא חגורה זו ואדרת שרד זו)? הא טריפין לך (הריהם מושלכים לפניך)"¹⁶ שני גיבורי חייל אלה, אבנר ועמשא, היו מוכנים להחזיר למלך את בגדי השרד שלהם, היינו את מינויים כראשי הצבא ויועצים בכירים לשאול המלך, ובלבד שלא יוכרחו לבצע מעשה שנראה להם בלתי מוסרי בעליל. נראה ששתי סוגיות אלו היו לנגד עיניו של הרמב"ם שהבאנו לעיל.

לכאורה, אין צורך להעמיק חקר בכל הנוגע לאיסור לציית להוראות השלטונות, כשהן סותרות את דיני ישראל. בהיסטוריה היהודית ידועים מקרים רבים של מקדשי השם שסירבו לקבל הוראות כאלה, כגון: דניאל, חנניה, מישאל, עזריה ומרדכי היהודי.

¹² הלכות מלכים ג, ט.

¹³ שמואל ב כ, ה.

¹⁴ סנהדרין מט, א.

¹⁵ שמואל א כב, יז.

¹⁶ ירושלמי סנהדרין י, ב (נב, איב בדפוס גלעד), כט, א.

בתקופה הבת-מקראית ובמיוחד בתקופה הבת-תלמודית נהגו כללים מסוימים, שהנחו את חכמי ההלכה בקבלם או בדחותם את דין המלכות. יתר על כן, כל דין זר עבר תהליך של בדיקה קפדנית, אשר בסופה נקבע אם יש לאמצו, או לדחותו. חכמי ההלכה שקמו לאחר תקופת התלמוד, פיתחו שיטות שונות כדי למנוע חדירה עמוקה מדי של דין המלכות לתוך מסגרת ההלכה. הדיון בשאלה זו לא היה בדרך כלל דיון מופשט אלא בירור בשל בעיות קונקרטיות. הדיון נסוב הן על הגינותם של דיני המלכות, ועל יכולת החברה היהודית לעמוד בהם. בתלמוד נאמר במפורש שאין להכיר במסים שאין להם קצבה¹⁷, ובמסים שהוטלו על ידי מלכות לא מוכרת¹⁸. לאור דברים אלה התפתח במשך הזמן המושג "גזילה דמלכותא", ונוצרה הבחנה בין חוקים צודקים לחוקים שאינם צודקים¹⁹. המקור להבחנה זו עולה בבירור מן התלמוד, אך תוצאותיו מרחיקות לכת יותר מן הנאמר בתלמוד. לעומת זאת, קביעת חכמי ההלכה כי יש להכיר רק בחוק שאינו מפלה בין אדם לאדם²⁰, מצאה בתלמוד רק סימוכין קלושים, אם בכלל.

רבי חיים אור זרוע פיתח הסבר חדש המאפשר פסילה של דין השלטונות. לנוכח השקפתו שהכלל דינא דמלכותא דינא מבוסס על הסכמת התושבים, הוא קבע שבמקרה שמעשה מסויים אינו סביר, הוא אינו זוכה להסכמת התושבים, ולכן אין להכיר בו²¹. בנוגע לדיני עונשין העלו חכמי ההלכה את התביעה שהעונש יהיה ביחס סביר לעבירה²².

כלל משפטי רלוונטי נוסף לענייננו הוא הקביעה, שאין שליח לדבר עבירה²³. טענה של אדם שעשה מעשה כתוצאה מציווי של שולחו - המלכות - איננה קבילה. כל אדם אחראי למעשיו ואין הוא יכול לתלות את התנהגותו העבריינית מבחינה ההלכה בהוראות שקיבל מאחר. אפילו אלה הסבורים שהכלל איננו פוטר את השולח מאחריות ומעונש²⁴, גם הם מודים שבראש ובראשונה האחריות נופלת על השליח - המבצע הוא האחראי.

¹⁷ ב"ק קיג, א.

¹⁸ שם.

¹⁹ ראה שילה, לעיל הערה 1 בהפניות מהמפתח הכללי בעמ' 473, "גזילת דמלכותא".

²⁰ שם, 109-114.

²¹ שו"ת הר"ח אור זרוע רו.

²² ראה שילה, הערה 1 לעיל, 434.

²³ קדושין מב, ב — מג, א.

²⁴ א' גרינבאום, "שרידיים בכתב יד מפירושו של ר' שמואל בן חפני על התורה", ספר היובל לא' יונג (תשכ"ב), עמ' 215 בעמ' 223-224; אור שמח, הלכות אישות ג, יז.

מחאה

אין להסתפק באי־ציות לחוק בלתי חוקי. חובה על האדם למחות נגד ציווי המלכות או מעשי המלכות שאינם בהתאם להלכה או בניגוד לכללי מוסר ברורים. עיקר דבריהם של נביאי ישראל היו מחאה והתרסה נגד מעשים המנוגדים לתורה ולמוסר. לפעילות מאומצת מסוג זה של נביאי ישראל אין אח ורע בעולם העתיק. התוכחות המפורסמות הן דברי נתן הנביא נגד המלך דוד בפרשת בת-שבע²⁵ ודברי אליהו הנביא נגד אחאב בענין כרם נבות²⁶. אין להסתפק בהתרחקות מרע, יש לעשות את הטוב. כשיסודות התורה ו/או המוסר הופרו - אפילו על ידי המלך עצמו - חובה על האדם בישראל למחות. חובת המחאה נקבעה בצורה ברורה וחד-משמעית במקומות שונים המופיעים בספרות התלמודית. דברי חכמי התלמוד מתייחסים לאמור במקרא, והרעיון פותח במיוחד על ידי הז'נר הספרותי החביב על החכמים ופשוטי העם כאחד - האגדה.

השקפה שיש לראות במחאה התנהגות חיובית, עולה מהאמור לגבי ירבעם בן נבט שחטא והחטיא את ישראל. "אמר רבי יוחנן מפני מה זכה ירבעם למלכות - מפני שהוכיח את שלמה"²⁷. יתירה מזו: לא רק שיש לראות את מעשה המחאה בחיוב, אלא יש לראות בחוסר מחאה התנהגות שלילית. בשני מקומות שונים חכמים באים בביקורת על אלה שלא מחו במקום שהיו צריכים למחות. רבי יהודה בשם רב אמר, שאבנר בן נר נענש כיוון שלא מחה בשאול, כנראה בענין הריגת כוהני העיר נוב²⁸. חובת המחאה עולה גם בדברי רבי חנינא בהסבירו את פשר הפסוק התמוה בישעיה "ה' במשפט יבוא עם זקני עמו ושריו"²⁹. ר' חנינא שואל: "אם שרים חטאו - זקנים מה חטאו?" תשובתו - "אלא, אימא: על זקנים שלא מיחו בשרים"³⁰.

בנו של רבי חנינא, רבי אחא³¹, הרחיב רעיון זה. דבריו של רבי אחא ברבי חנינא מתייחסים לספר יחזקאל: "ויקרא אל האיש הלבוש הבדים אשר קסת הסופר במתניו. ויאמר ה' אליו: עבור בתוך העיר בתוך ירושלים והתוית תו על מצחות האנשים הנאנחים והנאנקים על כל התועבות הנעשות בתוכה. ולאלה אמר באזני עברו בעיר אחריו והכו, אל תחוס עיניכם ואל תחמולו. זקן בחור ובחורה וטף ונשים תהרגו

²⁵ שמואל ב, פרק יב.

²⁶ מלכים א, פרק כא.

²⁷ סנהדרין קא, ב.

²⁸ שמואל א, פרקים כא-כב.

²⁹ ישעיה ג, ד.

³⁰ שבת נד, ב - גח, א.

³¹ אין זח ברור אם אמנם מדובר ברבי אחא בנו של רבי חנינא, כי כמה חכמים בתלמוד קרואים רבי אחא. כיוון ששתי הדרשות כה דומות, שיערתי שמדובר ברבי אחא בנו של רבי חנינא.

למשחית ועל כל איש אשר עליו התו אל תיגשו, וממקדשי תחלו, ויחלו באנשים הזקנים אשר לפני הבית³².

רבי אחא ברבי חנינא קבע ש"מעולם לא יצתה מידה טובה מפי הקדוש ברוך הוא וחזר בה חוץ מדבר זה" ומדוע רק במקרה זה היה הקדוש ברוך הוא מוכן להפוך מידה טובה שיצאה מפיו, למידת פורענות? הדו-שיח המובא בהמשך מאלף: "אמר לו הקב"ה לגבריאל: לך ורשום על מצחן של צדיקים תיו של דיו, שלא ישלטו בהם מלאכי חבלה. ועל מצחם של רשעים תיו של דם, כדי שישלטו בהן מלאכי חבלה. אמרה מידת הדין לפני הקדוש ברוך הוא: רבוננו של עולם, מה נשתנו אלו מאלו: אמר לה: הללו צדיקים גמורים, והללו רשעים גמורים. אמרה לפניו: רבוננו של עולם, היה בידם למחות ולא מיחו! אמר לה: גלוי וידוע לפני, שאם מיחו בהם - לא יקבלו מהם. אמר לפניו: רבוננו של עולם, אם לפניך גלוי - להם מי גלוי? והיינו דכתיב 'זקן בחור ובתולה טף ונשים תהרגו למשחית ועל כל איש אשר עליו התו אל תיגשו וממקדשי תחלו'. וכתוב 'ויחלו באנשים הזקנים אשר לפני הבית': תני רב יוסף: אל תקרי 'מקדשי' אלא 'מקודשי' - אלו בני אדם שקיימו את התורה כולה מאלף ועד תיו³³. היינו, מקודשי השם, שקיימו את התורה כולה מאלף עד תיו, הם הם הנענשים תחילה כיוון שלא מיחו נגד הרשעים, וזאת, אף בניגוד לכלל המקובל, שהקב"ה איננו הופך לעולם מידה טובה שיצאה מפיו למידה רעה. רק במקרה זה בגלל חומרת העניין של שתיקה במקום שצריך היה למחות, צדיקים גמורים נהרגים, והמידה הטובה של הקדוש ברוך הוא שיצאה מפיו, הופך לרועץ נגדם. וזאת על אף ידיעת הקדוש ברוך הוא שמחאתם לא תועיל, כיוון שהם אינם יודעים אם מחאה תועיל או לא³⁴. אלה דברים מרחיקי לכת ביותר, המדגימים בצורה חדה וברורה את חשיבותה ומרכזיותה של המחאה בישראל.

הצורך במחאה אינו נובע רק משיקולים מוסריים אלא מקורו במצוות עשה מן התורה: "הוכח תוכיח את עמיתך"³⁵. הקשר בין הפרדיגמה של המחאה, כפי שהיא משתקפת בדבריהם של נביאי ישראל, לבין מצוות התוכחה מוצא את ביטויו הברור בדברי הרמב"ם: "הרואה את חברו שחטא או שהלך בדרך לא טובה, מצוה להחזירו למוטב

³² יחזקאל ט, גז.

³³ שבת, נה, א.

³⁴ והשווה יבמות סח, ב "אמר רבי אילעא משום ר' אלעזר ב"ר שמעון: כשם שמצווה על אדם לומר דבר הנשמע כך מצווה על אדם שלא לומר דבר שאינו נשמע. רבי אבא אומר: חובה, שנאמר אל תוכח לץ פן ישנאך הוכח לחכם ויאהבך" (משלי ט, ח).

³⁵ ויקרא יט, יז.

ולהודיעו שהוא חוטא על עצמו במעשיו הרעים שנאמר הוכח תוכיח את עמיתך... כמו שעשו כל הנביאים בישראל³⁶.

הצורך הנפשי והחובה למחות נגד עוול מוצאים את ביטויים בצורה קיצונית בשני סיפורים מהמקרא. חכמינו עמדו על כך שאין לשלטון זכות מוסרית או חוקית להטיל עונש קולקטיבי על קבוצת בני אדם. אף במקרה שהקדוש ברוך הוא בכבודו ובעצמו עומד להטיל עונש קיבוצי, יש למחות נגדו³⁷. ראיות לכך לקוחות מדבריו של אברהם אבינו לפני הפיכת סדום: "חלילה לך מעשות כדבר הזה להמית צדיק עם רשע והיה כצדיק כרשע"³⁸, ומדברי משה לקב"ה בענין קורח ועדתו: "האיש אחד יחטא ועל כל העדה תקצוף?"³⁹

בנוסף למצוות עשה "הוכח תוכיח את עמיתך" יש לציין גם מצוות לא תעשה השייכת לענייננו. מי שאיננו מוחה, בגלל שהוא חושש כי יינזק באופן אישי בגלל מחאתו, עובר על הלאו של "לא תגורו מפני איש"⁴⁰.

אימתי הוראת השלטון היא בגדר איסור?

כאשר מתעורר ספק לגבי דין המלכות אם יש לקבלו או לדחותו, מי יקבע מה אסור ומה מותר, דיון בשאלה מי הפוסק הראוי בימינו מסיט את הדיון לעניינים אקטואליים ביותר. קולות שונים מתעוררים בימים אלה⁴¹ במחנה הדתי: יש אומרים שיש לפנות לרבנים בכל שאלה - כולל עניינים המוגדרים כפוליטיים; לפי גישה זו ההלכה כל יכולה ויש בה פתרון לכל שאלה המתעוררת בחיינו. מאידך, יש אומרים שבעניינים שהם במהותם פוליטיים, אין מקום לפסקי הלכה ולכן אין מקום לפנות לרבנים בנדון. למרות שגישות אלו נראות סותרות זו את זו, אולי אפשר לטעון שאין זו אלא טעות אופטית, ואלה ואלה דברי אלקים חיים.

אולי הגישה הראשונה היא הגישה הנכונה מבחינת תפיסת עולמה של ההלכה. לפי אותה גישה - ובניגוד לשיטות משפט דתיות אחרות - רואה עצמה ההלכה מעורבת בכל שטחי החיים, ומסוגלת לתת תשובות נכונות ואמיתיות - על פי השקפתה - לכל

³⁶ הלכות דעות ו, ז-ח.

³⁷ ראה שילה, הערה 1 לעיל, 438.

³⁸ בראשית יח, כה.

³⁹ במדבר טז, כב.

⁴⁰ דברים א, יז.

⁴¹ הדברים נאמרו סמוך לרציחתו של ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל ולאור הפולמוס בציבור בענין הטענה שרבנים מסויימים פסקו שלרבין דין רודף ו/או מוסר, וכן לאור פסיקת רבנים מסויימים שחיללים חייבים לסרב פקודה לבצע פינוי של תושבים יהודים משטחי יהודה ושומרון.

שואל בכל נושא. אפילו אם אהיה מוכן לקבל עמדה תיאורטית זו כמשקפת את העמדה המסורתית של ההלכה, הבעיה האמיתית אינה נעוצה בדין, אלא בדין. במלים אחרות, השאלה היא, מי הוא הפוסק ומה כישוריו לתת תשובה - על פי ההלכה - לשאלות החורגות מענייני יום יום כגון כשרותה של תרנגולת.

במסורת היהודית ובהלכה הפסוקה, אין זה מספיק שלפוסק - כל פוסק - יש בקיאות בהלכה. הוא צריך להיות בקי לא רק בנבכי ההלכה על פרטיה ודקדוקיה, אלא גם במה שרלוונטי לגבי השאלה הנשאלת. זה בוודאי נכון כשמדובר בשאלות העומדות ברומו של עולם. בשאלות אלו, אין להעלות על הדעת שתשובות תינתנה, אם בכלל, אלא על ידי גדולי הדור. כדאי לעיין בדברי הרמב"ם בפרוט לפני הקורא את תכונותיו של הדיינים והפוסקים המוסמכים. עליהם להיות קודם כל "אנשים חכמים ונבונים, מופלגין בחכמת התורה, בעלי דיעה מרובה", זאת ועוד, הם צריכים להיות גם בעלי ידע ב"שאר חכמות כגון רפואות וחשבון... והבלי עבודה זרה וכיוצא באלו כדי שיהיו יודעים לדון אותם"⁴².

תכונות מיוחדות, מעבר לבקיאות בהלכה, נדרשות מכל דין ורב פוסק. כך מלמדנו גדול חכמי ההלכה בדורות האחרונים, הגאון מוילנא. בהתייחסו לכפל הלשון המובאת בתלמוד שיש לדון "דין אמת לאמיתו"⁴³. הגאון כתב: "הדיינים צריכין להיות בקיאים גם בטבעו של עולם בכדי שלא יהיה דין מרומה, דאם לא יהיה בקי בעניינים, אף שיהיה בקי בדין תורה, לא יצא אמת לאמיתו, כלומר אף על פי שיפסוק אמת לא יהיה לאמתו, כי אפשר הוא דין מרומה ולכן צריך הדיין להיות בשניהם בקי"⁴⁴.

לאור דברים אלה, ולאור ההיגיון הפשוט, לא כל רב רשאי או מוסמך לתת תשובה לכל שאלה שמופנית אליו. היום, למשל, יש רבנים הבקאים מאד בענייני רפואה ומשפט, חלקם רבנים שהם רופאים. לכן, בנוגע לשאלות רפואיות מסובכות שלגביהן קיימות בעיות הלכתיות קשות, הם ראויים ומוסמכים לפסוק. למזלנו, בעניינים אלה, יש למי לפנות כדי לקבל תשובה מוסמכת ומנומקת. תחום זה של הלכה ורפואה התפתח מאוד בעשרות השנים האחרונות⁴⁵, ומעצבי ההלכה יכולים להיות גאים בכך. אבל, לדעתנו, דוגמא זו הינה יוצאת מן הכלל שאינה באה ללמד על הכלל.

⁴² הלכות סנהדרין ב, א.

⁴³ שבת י, א; סנהדרין ז, א; מגילה טו, ב.

⁴⁴ פירוש הגר"א למשלי ו, ד.

⁴⁵ השווה הערך "רפואה", באוצר המשפט, חלק ב The Multi-Language Bibliography of Jewish Law שניהם מאת נחום רקובר, עם הערכים המשפטיים המקובלים כגון "מכר", "מתנה", "פקדון", "אבידה" המופיעים שם. ההבדל הכמותי לטובת הראשון לעומת האחרונים, מדהים.

למשל, אם אדם דתי רוצה לדעת אם על פי ההלכה מותר לו לבקר במוזיאון בתערוכה של פסלים או להעמיד בביתו פסלונים, הוא לא יוכל לקבל תשובה אמיתית, גם אם המשיב הוא גדול בתורה, אלא אם אותו משיב בקי בתולדות האומנות, מבין לרוחם של אמנים פסלים, חודר לתוך עולמם ומבין מה מטרת הפיסול. במלים אחרות, הפוסק צריך להיות פתוח לעניינים שמבית מדרשו של יפת, ואין להסתפק בהיותו בקי ורגיל באהלו של שם. יתירה מזו, עליו להיות גם מודע לתוכנה של עבודה זרה ולחודר למדעי הדתות כדי להבין מה כלול בלאו שבעשרת הדברות: "לא תעשה לך פסל וכל תמונה". וכן בעניינים אחרים, כגון זה. למשל, שמיעת מוזיקה שמקורה בעולם הנוצרי כמיסות ופאסיונים. גם כאן עליו להבין לעומקה את תרבות המערב, את מקומה של המוזיקה בתרבות זו, את הנצרות לעומקה, מה התרומה של סוג זה של מוזיקה לאנושות ולתולדות המוזיקה, הפילוסופיה של האסתטיקה וכדומה. ללא ידע והבנה עמוקה - לאו דווקא הסכמה - של דברים אלה והדומים להם, אין לפוסק כלים מתאימים לפסוק הלכה בשאלות אלו.

על אחת כמה וכמה נכונים דברים אלה לגבי עניינים המתייחסים לכלל הציבור. כדי שאדם יהיה מסוגל ורשאי לקבוע הלכה בענייני הציבור, הוא חייב להיות בקי בעניינים השייכים למדעי המדינה, משטר דמוקרטי, יחסים בינלאומיים, צבא, בטחון ועוד ועוד. בלי ידע והבנה עמוקה בתחומים אלה, אין הוא רשאי ומסוגל לומר מה דין תורה בעניינים אלה. כמו שאין לו לפסוק לגבי שימוש בחשמל בשבת אלא אם הוא בקי בתורת החשמל - ויש חכמי הלכה העונים על דרישה זו - אין לו לפסוק לגבי עניינים צבוריים. כדי להיות מסוגל לפסוק בהלכות הציבור והמדינה, על הפוסק להיות בקי בספרות הפילוסופית והמדינית בנדון, בהשלכות הבינלאומיות של מהלכים מדיניים מסויימים, ומעל לכל להעמיק ביסודות הבסיסיים של הדמוקרטיה ורעיונות העולם המערבי שהתפתחו בנדון משך שנים רבות. אין מדובר רק בידיעת התחומים הללו. עליו להבין את התרומה הגדולה שרעיונות אלה הנחילו לאנושות, וגם להרגיש את רוח הדברים, אפילו אם בסופו של דבר יגיע למסקנה שתפיסה זו או אחרת אינה עולה בקנה אחד עם תפיסת ההלכה.

על כן נוכל לעשות פרפרזה, עם השינויים המתבקשים, מדברי קהלת: "אשר עוד בקשה נפשי ולא מצאתי, רב גאון בתורה אחד מאלף מצאתי, ורב גאון בתורה ובתרבות המערב, בכל אלה, לא מצאתי"⁴⁶.

⁴⁶ השווה קהלת ז, כז-כח.

בעייה נוספת, שקשה אפילו מקודמתה, אך לא נרחיב עליה את הדיבור, היא דלות הכלים הפנים-הלכתיים להתמודדות עם שאלות הרות עולם של הציבוריות הישראלית העכשווית. אין להביא תימוכין הלכתיים לשאלות מדיניות דהיום מהלכות הציבור - המפותחות יפה - של הקהילות היהודיות השונות שבגולה. הרי ההלכה כלל לא חשבה על אפשרות קיומה של מדינה יהודית חילונית, עם אזרחים שאינם בני דת משה וישראל שהם שווי זכויות, כפי שיאה ונאה להיות בסוף המאה העשרים. לא נוכל ללמוד הרבה בנדון מההיסטוריה היהודית וההלכות שנרקמו במשך הדורות, גם לא ממלכות ישראל ויהודה בעבר הרחוק וממלכות החשמונאים, וגם לא מהקהילות האוטונומיות למחצה ולשליש, לאחר חורבן הבית. הנסיבות הן כל כך שונות היום ממה שהיה בעבר, שהכלים ההלכתיים הנמצאים בידי חכמי ההלכה דהיום אינם מספיקים לנתינת תשובות אמיתיות. צריך יהיה לעשות קפיצה נחשונת הלכתית, אם בכלל אפשר הדבר, כדי להצטייד בכלים חדשים שיתאימו למציאות החדשנית. אינני יכול לסיים את הדיון בשאלות אלה בלי לצטט את אחד משבעת הדברים שציווה רבי עקיבא את רבי יהושע בנו "בני...אל תדור בעיר שראשיה תלמידי חכמים"⁴⁷. נדמה שבימינו ניהולה של העיר בני ברק - כעת בידיה של ועדה קרואה - מוכיח את עומק חכמתו של רבי עקיבא.

פקודות הניתנות במסגרת צבאית

פקודות הניתנות במסגרת צבאית מהוות בעייה מיוחדת. מצד אחד במסגרת הצבאית הנוקשה ישנה חובה מוחלטת, כמעט, לציית לפקודות. מצד שני, ההלכה איננה יכולה להשלים עם מצב - ולו גם במסגרת צבאית - המחייב עבירה על איסורים. ברור שבעת מלחמה איסורים רבים מותרים או נדחים. ואולם מה דינם של איסורים בזמן של רגיעה יחסית?

ההנחה היסודית היא שיש לציית לכל פקודה שאיננה בלתי חוקית בעליל, ובמקום שיש ספק שמילוי פקודה יגרום לעבירה, יש להסתמך על הכלל של חובת הציות לפקודות. השאלה הקונטרברסלית של העברת שטחים מארץ ישראל לרשות נכרים, בהנחה שזו אכן שאלה הלכתית - הנחה שאני מסתפק בה מאד - עוררה מחלוקת הלכתית. גדול בהלכה, הרב עובדיה יוסף, פסק שאין בציות להוראה לפנות שטחים

⁴⁷ פסחים קיב, א.

איסור הלכתי⁴⁸ וכידוע רבנים אחרים פסקו באופן אחר. כיוון שבמקרה זה יש בסיס הלכתי גם למילוי הפקודה - יש לציית לה.

במסגרת ההלכה יש תימוכין לעמדה, שהכללים התואמים את המסגרת הצבאית שונים מאלה המתייחסים למסגרת אזרחית רגילה⁴⁹. כך משתמע, למשל, מדברי הרד"ק בפירושו לספר שמואל ב. לדברי הרד"ק, למרות שהכלל ההלכתי קובע שאין שליח לדבר עבירה, ולכן המשלח פטור והשליח חייב, הרי במסגרת צבאית חלה האשמה על המשלח. ראייתו של הרד"ק מובאת מהאמור בשמואל ב' לעניין אוריה החתי, בעלה של בת-שבע, שנהרג במלחמה כתוצאה מהוראת דוד לאבנר שר צבאו להעמיד את אוריה במקום סכנה כדי להבטיח שייהרג. נתן הנביא ייסר את דוד ואמר לו "את אוריה החתי הכית בחרב, ואת אשתו לקחת לך לאשה, ואותו הרגת בחרב בני עמון"⁵⁰. משמע, שההורג הוא השולח, ולא מי שהוציא לפועל את הוראתו. ולמה הואשם דוד בהריגה, הלא אין שליח לדבר עבירה? תשובת הרד"ק היא כיוון שמדובר בפקודת מלך, שבני אדם נמנעים מלעבור על פקודותיו - אף במקרה שהציות כאן בבחינת עבירה. וכן, כששאל ציווה על המתת אנשי נוב עיר הכהנים⁵¹, למרות שפקודתו היתה בלתי חוקית בעליל, כיוון שדובר בפקודה חד-משמעית מאת המלך, שבני אדם אמונים להישמע לו "אין כל אדם נזהר בזה...לפיכך העונש על המלך". משתמע מכאן, שבנסיבות מיוחדות, כגון במסגרת מבצע צבאי, בני אדם בדרך כלל אינם מסרבים פקודה, כי אין הם מודעים לכך שעליהם לסרב פקודה⁵². למרות הכלל שאין שליח לדבר עבירה, וכל אדם המבצע מעשה אסור חייב לשאת באחריות למעשהו, במקרה שהמשלח הוא מלך - יישא המלך בעוון.

הסבר זה תואם את יחסם של חז"ל לאבנר בן נר שרדף אחרי דוד בשליחות שאול. כפי שראינו לעיל⁵³ אגדות בתלמוד ניסו למצוא סיבה להמתת אבנר בן נר. כמה סברות הועלו בנוגע להתנהגותו, אולם חז"ל לא ראו דופי בכך שבמשך שנים הוא רדף את

⁴⁸ ע' יוסף, "החזרת שטחים מא"י במקום פקוח נפש", תורה שבעל פה, כא (תש"ס) יב.

⁴⁹ ראה ע' שטיינזלץ, "ציות וסירוב לפקודות" בתוך ערכים במבחן מלחמה: מוסר מלחמה בראי היהדות (תשמ"ד) 190.

⁵⁰ שמואל ב יב, ט.

⁵¹ שמואל א, פרק כב.

⁵² רד"ק לשמואל ב יב, ט.

⁵³ בלשון הרד"ק: "אין כל אדם...יודע לדרוש אכין ורקין". כוונתו לדרשה בסנהדרין מט, א הקובעת שלמרות הזכות שניתנה ליהושע כפרדיגמה למלך, על ידי העם "כל אשר ימרה את פיך ולא ישמע את דברך לכל אשר תצוונו ימות", כשהממרה ממרה כיוון שהוא עוסק בתורה, אין לו דין מוות. יוצא מן הכלל זה נלמד מדרשת המשך הפסוק "רק חזק ואמץ".

דוד בהוראת שאול. כנראה הם ראו במעשהו התנהגות סבירה ומובנת של שר צבא המלך⁵⁴.

שאלה נוספת שיש להעלות כשמדובר במסגרת צבאית היא, האם אפשר לומר שחייל פועל תחת חשש של אונס, הרי במקרה שלא יבצע את המשימות שהוטלו עליו, הוא עלול להיענש. אין כאן המקום לדון דיון מעמיק בהגדרת האונס במשפט העברי⁵⁵. בדרך כלל - אונס רחמנא פטריה. לכאורה אין לראות בעונשים משמעתיים אונס בהגדרות המקובלות בהלכה לאונס. אבל אם מדובר, למשל, במאסר ממושך כתוצאה מאי-מילוי פקודה, אולי יש מקום לדון בהשלכות הנובעות מכך לגבי אחריותו של מי שמבצע פקודה בניגוד להלכה תחת איום מסוג זה.

מרי אזרחי והתנגדות פסיבית: בעמים ובישראל

להתנגדות פסיבית לחוקים בלתי מוסריים יש היסטוריה עתיקת יומין. אם אצל היהודים אפשר להעלות על הבמה ההיסטורית את המיילדות העבריות כראשונות בהיסטוריה האנושית אשר מדגימות התנגדות פסיבית זו, הרי הדוגמאות בתרבות המערבית הקלאסית למרי אזרחי אקטיבי הם סוקראטס האיש ואנטיגונה הדמות הספרותית של סופוקלס. "אותכם, אנשי אתונה, מברך ומחבב אני, אך לאל אציית יותר מאשר לכם"⁵⁶ אמר סוקרטס. ואילו אנטיגונה שהמרתה את פי המלך וקברה את גופת אחיה בניגוד לציוויו, הסבירה למלך את מעשיה במלים אלה: "הן לא מאת אל זוס יצא קול הקורא, אף לא מאל המשפט, מושל מתחת; פיקודים כאלה לא יפרו בני אדם; אך פקודיך אתה, מצוות בנותמותה, לא כה חזקים חשבתי למען הפר פיקודי אלהים, לא כתובים, אך בצורים! לא מתמול והיום המה, כי לנצח הם חיים וקיימים, לא נדע מוצאם"⁵⁷.

במאה ה-20 אנו עדים לתופעה של מרי אזרחי בלתי אליים, כדוגמת מהאטמה גאנדי ומרטין לותר קינג. השופט האמריקאי הדגול אוליבר וונדל הולמס כתב, שחוקים שמקורם בדיני אדם אינם צווים מוחלטים אלא אפשרויות. לפיכך אדם חפשי צריך להתייחס לחוק כאל נורמה של התנהגות אפשרית, ועליו לשאול את עצמו אם מותר לו לציית לו⁵⁸. ישעיהו ליבוביץ, בלשונו החדה נותן ביטוי לדילמה שהעלינו: "לחובת

⁵⁴ ראה לעיל.

⁵⁵ ראה שטיינר, לעיל הערה 49 בעמ' 195.

⁵⁶ ראה הערך "אונס" באנציקלופדיה התלמודית.

⁵⁷ אפלטון, "אפולוגיה" כתבי אפלטון (1975), כרך א, 223-224.

⁵⁸ אנטיגונה מאת סופוקלס שורות, 449-458.

הציות - לחוק...או לפקודה...קיימים גבולות. הגבולות קמים כשהאזרח או החייל מגיע להכרה שלא ניתן ליישב את החוק או את הפקודה עם התוקף המוחלט של חוק שמקורו בתורת ה' (אם הוא מאמין דתי) או עם התוקף המוחלט של חוק שמקורו במוסר של יצור תבוני (אם הוא הומניסט). במקרה זה זכותו, ואף חובתו, להפר את הצו או לסרב למלא את הפקודה גם כשהצו או הפקודה מנומקים באינטרס של המדינה...לעולם חובת האדם לאלהיו (בתפישה הדתית), או לאדם (בתפיסה ההומניסטית) קודמת לחובתו למדינה ולחוקיה"⁵⁹.

⁵⁹ ענין זה מזכיר לנו את מעשיה של רצפה בת איה ששמרה על גופותיהם של צאצאי שאול שנהרגו על יד הגבעונים בהסכמת דוד (שמואל ב, פרק כא). בעולם העתיק (וגם היום) אי הבאת גופה לקבורה הינו מעשה מזעזע — נפש המת לא מוצאת מנוח עד שהמת נקבר. חז"ל הסבירו שרצפה שמרה על הגופות שבעה חדשים למרות שרק שניים מהחללים המוקעים היו בניה. "ולא נתנה עף השמים לנוח עליהם יומם, ואת חית השדה לילה". דוד דאובה מצביע על כך שמשך כל הזמן הזה לא שומעים הגה מפיה, לא קינה ולא קריאת תגר, ושתיקה זו היא הזועקת ומממלאת את חלל העולם. יש בעמידה זו משום

D. Daube, *Civil Disobedience in Antiquity* (1972), p. 12. ראה גם: דוגמתה. יש מקום להצביע על כך שהתנגדות ומחאה פסיבית מופיעה במידה רבה אצל נשים דוגמת המיילדות העבריות, אנטיגונה, רצפה, ובימינו אנו בארץ, "הנשים בשחור" בשמאל המפה הפוליטית ו"הנשים בירוק", בימין.

המשפט העברי לעומת ההלכה

הקדמה

לעתים מזומנות, כאשר אני דן עם מאן דהוא הנמנה על העולם הרבני או על עולם הישיבות, או עם אדם שעיסוקו במחקר מדעי של התלמוד אודות עיסוק בענייני המשפט העברי¹, אני נתקל בתופעה שבה בן-שיחי אינו מבין בדיוק במה אני עוסק. האם אין המונחים "משפט עברי" ו"הלכה" חופפים זה את זה? במסה זו ברצוני לתחום בבירור את ההבדלים שבין ההלכה למשפט העברי, או ליתר דיוק, את ההבדלים שבין מחקר במשפט העברי לבין מחקר בהלכה - גם במובנו המסורתי וגם במובנו המודרני. לפני שאמשיך בדברי, ברצוני להרחיק מעלי אותם חוקרים - שעליהם אין אני נמנה - המתרכזים במשפט המקרא. ברור, שמה שהם עושים שונה מהותית ממה שעוסקים בו בישיבות או אצל חוקרי הלכה; אילו היו "משפט עברי" ומשפט המקרא היינו הך, כי אז לא היה מקום לשאול מה ההבדל בינו לבין המחקר ההלכתי. ברם, המונח "משפט עברי" אוצר בתוכו את כל המסורת המשפטית היהודית מאז ימות המקרא ועד לרגע זה ממש. על כן עלינו לנהוג במשנה זהירות בבואנו להבחין בין גישת "המשפט העברי" לבין זו של המחקר ההלכתי.

ההלכה והמשפט העברי עוסקים באותו חומר עצמו. ניתן לומר (וכבר אחרים שמו לב לכך) שעיקר מעינם של העוסקים במשפט העברי הוא באותם היבטים של ההלכה, אשר בדרך כלל כלולים במערכות משפטיות עכשוויות אחרות, כלומר בנושאים הנוגעים ליחסים שבין אדם לחברו ולא ביחסים שבין אדם למקום². אולם בכך אין אנו יכולים לראות אבחנה מובהקת בין המשפט העברי וההלכה. אילו היה זה ההבדל היחיד שביניהם, כי אז היה המשפט העברי רק תחום מוגדר אחד מתוך כלל ההלכה, איבר אחד מתוך גוף שלם, ולא תחום שונה מהותית. יתר על כן, שום חוקר בתחום המשפט העברי לא יוכל ברצינות להטיל ספק בכך, שההלכה כולה היא מעשה שזירה, ושלא ניתן כמעט לצלול אל תוך נושא כלשהו בשטח המשפט האזרחי מבלי להזדקק למובאה זו או אחרת, או לכלל כלשהו שמקורם בענייני איסור והיתר.

לדוגמא אביא נושא אותו אני חקרת, ההערמה, כלומר ההתחמקות מצפורני החוק³. השאלה, האם אדם מפר את החוק או שהוא מערים עליו ע"י שימוש באמצעים

¹ באשר לשימוש במונח "משפט עברי", עיין ב-מ. אלון, המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, תשל"ג), עמ' 146 ואילך.

² שם.

³ ראה ש. שילה, "ההערמה בתלמוד", שנתון המשפט העברי כרך ח (תשמ"א), עמ' 309.

משפטיים כשרים? זו היא שאלה חשובה בתחום המשפט. גם הדיוט וגם עורך דין ייזכרו מיד בהקשר זה בענין תשלומי מיסים. אימתי תיחשב פעולתי לחוקית, ואוכל שלא לשלם מיסים; ומתי הופכת פעולתי זאת לבלתי חוקית, ואני הופך להיות מעלים מס? ברור שזהו נושא משפטי; אך כל מי שדרכי המשפט העברי בענין ההערמה על החוק נהירים לו ישים מיד לבו לכך, שנושא זה נדון בראש ובראשונה באותו חלק בהלכה העוסק בענייני איסור והיתר, כדוגמת ההימנעות מעישור מעשרות, מכירת חמץ לפני הפסח, ועקיפת הדין העוסק בקדושת בכור בהמה. אם אכן כך הוא, וההיבטים האיסוריים והממוניים של ההלכה שזורים במהודק כל כך זה בזה, מה אפוא הופך את המשפט העברי למקצוע מוגדר בפני עצמו?

א.

אמרתי קודם, שגם המשפט העברי וגם ההלכה עוסקים בסופו של דבר באותו החומר עצמו; אולם הזהות בנושא אינה גוררת אחריו זהות בדיסציפלינות העוסקות בכך. עיקר החשיבות הוא כמובן בכך, כיצד רואה האדם את הנושא בו הוא עוסק, מטרת עיונו בו וצורת התבטאותו אודותיו. עלינו לחפש את הבדלי הגישות בין אלה העוסקים בחקר המשפט העברי לבין מי שעיקר מעינם בחקר ולימוד ההלכה, בשאלות הנשאלות בכל אחד משני התחומים הללו, ובשיטות המחקר המשמשות כל אחד מהם. כל אחד עוסק בחיפוש שונה.

במה שנוגע לאיש ההלכה, עלינו להבחין בין שני דגמים: הלמדן (לרוב בדמותו של ראש הישיבה) והפוסק. הראשון לומד את ההלכה וצולל לעומק נפתוליה במישור התיאורטי והאנליטי. אין מטרתו לפסוק כיצד יש לנהוג במקרה מסויים, אלא רצונו להבין את המקורות ולאחדם, ככל הניתן, במערכת תיאורטית. הלמדן מנתח מושגים הלכתיים. הפוסק, לעומתו, מעוניין לקבוע בעזרת תלמודו מהו הדין, ומה יש לעשות למעשה. הפוסק יכול שיהיה תלמיד חכם המקובל על הקהילה כבר-סמכא בענייני הלכה, או פוסק "פרטי", החוקר ודורש על מנת להגיע למענה הלכתי לשאלה, כיצד ינהג הוא עצמו לפי ההלכה.

בל נשכח, שלגבי שני דגמים אלו של אישי ההלכה המשפט העברי הוא בראש ובראשונה מערכת משפטית דתית, כלומר חוק שהוא ציווי אלוהי. האיש החילוני לעומת זאת מוצא ענין במשפט העברי בגלל מרכיביו התרבותיים-הלאומיים ובזכות היותם חלק מכלל מורשת ישראל, ללא תלות במהות האלוהית של ההלכה. ההתעניינות הגדולה שהתעוררה וקיימת בדורנו במשפט העברי היתה והינה ללא ספק קשורה עם רעיון הבית הלאומי בארץ ישראל וההתחדשות התרבותית; היא מקבילה

במהותה לשאיפות התרבותיות כפי שנתבטאו בתחיית הלשון העברית כאמצעי תקשורת מודרני. העובדה, שחוקר המשפט העברי אינו שם את הדגש במחקרו על המימד הדתי-נורמטיבי שבמשפט, אינה שוללת את קיומו של מימד זה, ממש כשם שניתן להתייחס לשפה העברית כלשון חולין בלא ששוללים את קדושתה, או ממש כשם שניתן להתייחס לארץ ישראל במונחים של ערך לאומי-תרבותי של העם היהודי, מבלי לשלול את חשיבותה הדתית. הכיוון של המשפט העברי אינו סותר על כן את מושג ההלכה, אולם יחד עם זאת הריהו משמש כבסיס להבחנה.

הבדל מתודולוגי נוסף בין חוקר המשפט העברי לבין איש ההלכה (למרות שמשמעותו הצמיתה פחותה יחסית) הוא, שמנקודת ראותו של המשפטן, המשפט העברי הוא חוק חי ומיושם; מכאן שימת הלב לספרות השאלות והתשובות. (ספרות זו מקבילה במידה רבה לפסקי הדין שבמשפט המקובל האנגלי שתרמו כה רבות להתפתחותה של המסורת המשפטית האנגלית. ללא רישומם של פסקי-דין שכבר ניתנו, מועטת חשיבותו של החוק עבור המשפטן; והריהו כגוף ללא נשמה). לעומת זאת, בישיבות, לימוד שיטתי של ספרות השו"ת הוא בבחינת "מאן דכר שמיה". אין אני סבור, שהבדל זה הוא מהותי, כיון שלפי הרגשתי הדגשה זו המיושמת ע"י חכמי המשפט העברי על ספרות השו"ת החלה כבר משפיעה על הישיבות התלמודיות המסורתיות, ולעתים קרובות יותר ויותר עתידות גם הן לפנות אל קבוצה ספרותית זו. לפני שאעבור לפרט את ההבדלים העיקריים שבין ההלכה והמשפט העברי, ברצוני להביע באופן בלתי-פסקני רעיון, אשר ודאי יהיו מן הקוראים שלא יסכימו לקבלו: אני סבור, שרק מי שנתחנך חינוך משפטי-חילוני יכול באמת ובתמים להיות חוקר בשטח המשפט העברי; עובדת היותו תלמיד חכם בלבד אינה מספקת.

ב

מהי גישתם של העוסקים במשפט העברי? או, ליתר דיוק, מה הן גישותיהם? אף כי ניתן לחלוק על שלימותו של המיון דלקמן, נהוג לחלק את המתודולוגיה של המחקר המשפטי לארבע קטגוריות שונות, והן: גישה דוגמאטית או אנליטית; גישה היסטורית; גישה משווה; גישה מוסרית או פילוסופית⁴. המשפט העברי ענין לו בכל ארבע הגישות. ההלכה מעונינת לרוב רק בשתיים מתוך ארבע הגישות; ואפילו אותן

⁴ באשר לבעייתיות הכללית בחקר המשפט העברי, ראה B. Jackson (ed), *Modern Research in Jewish Law* (Leiden, 1980); A.M. Schreiber, "A Suggested Approach to the Study of Jewish Law",

7 דיני ישראל ט (חלק אנגלי), עמ' 7 – 26. איק

שתיים שהן משמעותיות גם עבור איש ההלכה וגם עבור חוקר המשפט העברי אינן מתלכדות זו בזו - אם כי כמובן מצויים קוי-דמיון ביניהן. ברצוני לדון כאן בשלוש הגישות הראשונות.

הגישה הדוגמאטית-אנליטית - בגישה זו אנשי ההלכה וחוקרי המשפט העברי סמוכים ביותר זה אצל זה. איש ההלכה המעמיק ינתח טקסטים הלכתיים, או אפילו מוסדות משפטיים; לעתים הוא יצליח להסביר בצורה מתקבלת על הדעת הלכות הנראות כשונות ומשונות, או כסותרות. ברור שגישה זו היא א-היסטורית, ובמהותה היא מנסה להביא להתאמה בין כללים הלכתיים שונים ע"י איתור העקרון שעליו הן מושתתות. לעתים אנו חדורים יראת-כבוד בפני עומקם של אנשי ההלכה ובפני תוצאות ניתוחיהם, כמו למשל ה"חילוק" שפותח בצורה כה מבריקה על-ידי ר' חיים מבריסק⁵. יצירותיהם של ענקי-הלכה אלה הן בעלות ערך ואיכות בל-ישוערו.

גישה כזאת היא כמובן בעלת ערך לא רק בעיני התלמיד חכם, אלא גם בעיני חוקר המשפט העברי. אולם זה האחרון רואה גישה זו כבלתי מספקת לצורך ניתוח אנליטי של ההלכה. הבה ואסביר: מן המפורסמות, שהמשפט העברי הוא בעיקרו קזואיסטי. למרות שהיו כמובן בכל הדורות גדולי-רוח כמו ר' חיים אשר בשאר-רוחם חיפשו את העיקרון הכללי המצוי מאחורי הפרטים, הרי שרוב ההלכה, כבעבר כן עתה, מצטיין בחוסר-שיטתיות ובקזואיסטיקה. אפילו הרמב"ם, גדול הפוסקים, לא הצליח לעבור מן הניסוח הקזואיסטי של החוק לניסוח אנליטי.

הבה ונבדוק מספר דוגמאות מוחשיות. מצאנו במשנה הראשונה שבמסכת בבא קמא: "ארבעה אבות נזיקין השור והבור והמבעה - אשר מובנו נדון בתלמוד⁶ - וההבער". התלמוד מחלק את ענין ה"שור" לשלוש תת-קבוצות: הקרן והשן והרגל⁷. אם ננסה לבצע ניתוח אנליטי, הרי ברור ששבעת הגורמים הגשמיים הללו מהווים בסיס לחלק הארי של דיני הנזיקין המושתתים על תפיסות נרחבות יותר. על המשפטן הבקי במשפט העברי מוטלת המשימה לתרגם ולהמיר תפיסות אלו להיבטיהן הכלליים יותר - גם במובן המשפטי וגם במובן הלשוני.

נדון בהיבט נוסף של הגישה האנליטית: הכנסת שיטתיות למשפט. גם כאן הגישה הקזואיסטית היא השולטת עדיין בכיפה על חשבון שיטתיות ואנליזה. הרמב"ם למשל מקדיש חלק מספרו הקלסי לדין בענין שליחים⁸. נדונות שם רבות מהבעיות

⁵ ראו למשל בענין 'חילוק' ב N. Solomon, "Hilluq and Hakira: A Study in the Method of the Lithuanian Halakhists, דיני ישראל, ב, עמ'

⁶ בבא קמא, ג, ע"ב.

⁷ בבא קמא, ב, ע"ב.

⁸ הלכות שלוחים ושותפין, פרקים א' - ב.

הבסיסיות של השליחות אך בולטת העובדה, שלא מוזכרת כלל זכותו של השליח למנות שליח במקומו. האם לא עסקה ההלכה בבעיה זו? ואם כן, מדוע אין היא מוזכרת בדיוניו של הרמב"ם? התשובה לשאלות אלו היא, שההלכה אכן דנה בענין שליח המשנה, אולם בתלמוד נדון הנושא בהקשר למתן גט⁹. על כן, נאמן לדרכו הקזואליסטית קבע הרמב"ם את דיני שליח המשנה בסדר נשים של משנה תורה¹⁰. ברור, שהרמב"ם ידע גם ידע שענין שליחותו של שליח אינו מוגבל לשליחי גטין בלבד אלא שזהו נושא בסיסי לכל תחום דיני השליחות. אולם שיטת ארגונו את החומר תואמת את זו של המערכת ההלכתית, ושיטתיות זו היא שגרמה לכך שדינים אלה יוצבו בסדר נשים. המשפטן בן זמננו ישלול מכל וכל גישה כזאת אל החוק בכלל, ואל ספר פסקים בפרט. אחד מתפקידיו של חוקר המשפט העברי הוא להביא לשידוד מערכות חיוני זה שמטרתו להביא לסידור שיטתי של החומר באמצעות אנליזה ומיון, כך שכל קטעיו המשמעותיים של החוק יוצבו במקום הנאות להם מבחינה משפטית. זהו אחד מתפקידיו הדחופים של חוקר המשפט העברי. איש ההלכה מסוגל לחיות בשלום, ואפילו בנוחות, במצב העניינים כפי שהוא; איש המשפט - לא. כפי שראינו זה עתה, גם איש ההלכה וגם חוקר המשפט העברי עסוקים בגישה אנליטית, על אף ששתי האסכולות שמות את הדגש על נקודות שונות. אם נבחן עתה את שתי הגישות הבאות, יזדקרו הבדלי האסכולות ביתר שאת.

הגישה ההיסטורית כוללת בחובה שתי גישות: המילברית והמילגוית. המילברית, דהיינו חקר הגורמים החברתיים אשר בתוכם נתונים היו בני העם היהודי בזמן ובמקום כלשהו, אשר השפיעו על התפתחות ההלכה, וכיצד השפיעו עליה. מתי מספר יחלקו כיום על כך שגורמי חוץ השפיעו, ולו רק לעתים, על התפתחות המשפט העברי. משוכנעני שישנם עדיין פונדמנטליסטים קפדנים בין לומדי ההלכה שיטילו ספק בקביעה זו. אך חשוב יותר הוא, שגם אותם אנשי הלכה (ויהיה מספרם אשר יהיה) שדעתם כדעתנו, ממעיטים בחשיבות חקר תופעה זאת, או שהם בכלל מתעלמים ממנה. למשפטן זהו כמובן שדה-מחקר לגיטימי וחשוב. מיותר להביא (כאן) הדגמות של מוסדות ונוהגים משפטיים יהודיים שכך הושפעו.

לי אישית, הגישה ההיסטורית-המילגוית היא הנושא המחקרי הגורם לי את רוב הסיפוק האינטלקטואלי והיא מתאימה ביותר לחוקר המשפט - בניגוד להיסטוריון - בגלל הכשרתו ומיומנותו. במונח "גישה היסטורית-מילגוית" מתכוון אני לנסיון להבין

⁹ גיטין, כ"ט, ע"ב.¹⁰ הלכות גירושין, פרק ז, הלכות כ - כ"א.

ולהסביר את החוק בשלבי התפתחותו משלב לשלב על ידי ניסוח אמות-מידה בתוך מערכת המשפט העברי עצמו ולא על ידי חיפוש השפעות-חוץ. לצורך כך, יש ראשית לגלות את שלבי התפתחות החוק ולמקם מתי והיכן תוקנו או שונו דעות מסויימות או קביעות משפטיות מסויימות¹¹. משימה זו אינה קלה כלל ועיקר, אך היא הכרחית לפני שממשיכים במחקר. עלי לציין, שביצועה התקין של המשימה, דהיינו הבדיקה היכן וכיצד התפתח - ואולי נשתנה - החוק, היא עצמה מהווה תרומה נכבדה לחקר המשפט העברי. אולם מן הראוי, במידת האפשר, להמשיך מכאן ולהתקדם במספר כיוונים. הבה ואמנה את החשובים בהם לדעתי.

בהרצאתי לפני מספר שנים¹² בענין חוסר כוח גברא כעילה לגירושיו הוכחתי - ואני מקווה בצורה משכנעת - ששינוי פתאומי-לכאורה בגישת הספרות ההלכתית מופיע בד בבד עם שינויים בבעיה הלכתית אחרת. נושא זה, בדומה לבעיות אחרות, הצריך שימוש הן בגישות ההיסטוריות הפנימיות והן בחיצוניות. במחקרי אודות הבעיות המשפטיות של חוסר כוח גברא במשפט העברי, הערתי שדעתו של הרמב"ם בענין חוסר כוח גברא ועקרונות עמדה כנראה תחת השפעת הוראת מורהו בתורת הרפואה, הלא הוא אבו-סינה. יש להבהיר הבהר היטב, שהערות אלו על אודות בעיה הלכתית חשובה זו שונות בטיבן מדרך הניתוח השגורה בישיבות. ההבדל מונח בשלב זה בשימוש שאני עושה בנתונים ההיסטוריים החיצוניים. חוקר המשפט העברי, בשאיפתו לעמוד על התפתחותו הפנימית של החוק, ינסה לבדוק ולגלות כיצד נוסח והתפתח כלל משפטי כלשהו. הוא ישאל למשל, האם מקורו של הכלל במסורת שהורחבה מאוחר יותר על ידי דרכי המדרש או הפרשנות, ובשלב מאוחר יותר תוקן, לפי שיקול דעתו של תלמיד חכם כלשהו, על ידי "סברה"; או שמא יסוד בהכרעה משפטית או בנוהגו של תלמיד חכם במקרה מסויים כלשהו אשר בשלב מאוחר יותר נקבע כמנהג שבסופו של דבר נתקבל כתקנה או גזירה. ושוב, שאלות אלו שהן ללא ספק חלק ממערך ההלכה בכללותו, אין איש ההלכה עסוק בהן ישירות.

יתר על כן, מן הראוי לעמוד על ההבדל הבסיסי בין השימוש שנעשה על ידי חוקר המשפט בשינויי נוסח של טכסטים והשימוש שהוא עושה בכתבים שיצאו לאור זה עתה ואשר קודם לכן ניתן היה למוצאם בכתבי-יד בלבד, לעומת גישתו של איש ההלכה המסורתית. כמה מגדולי התורה, דוגמת הגאון מוילנא, דקדקו בשבע עיניים

¹¹ דוגמא מצויינת לסוג זה של מחקר היא: מ. אלון, חרות הפרט בדיני גבית חוב במשפט העברי, ירושלים, 1964.

¹² ש. שילה, "חוסר כוח גברא כעילה לגירושין", דברי הקונגרס העולמי החמישי למדעי היהדות, כרך, ג, עמ' 353. וכן: ש. שילה, דין מוסר ויושר במשפט העברי, ירושלים, 2006, עמ' 133 – 148.

בקריאה הנכונה של טכסטים עתיקים, והיו שמחים אילו ניתן להם ליטול חלק במחקרי הטכסטים כפי שהם מתבצעים כיום במסגרת מדעי היהדות. לעומתם, אנשי הלכה רבים אחרים כולל המפורסמים שבהם, אינם ששים לתקן תיקונים חדשים של הטכסט אם הללו מנוגדים לצורת הקריאה המסורתית. הם אף אינם מתרשמים (מאד) מפרסומי כתבים שלא נתפרסמו קודם לכן מפרי עטם של גדולי הלכה, אם תכנם של כתבים אלו עשוי לטלטל את ספינת ההלכה טלטלת גבר. כמאמר ה"חזון איש", תוך שהוא מתייחס ל"אוצר הגאונים" של ב.מ. לוי: הישן נקוט בידינו, ואילו את החדש אין אנו נזקקים. והסביר: "המקורות שנדפסו בעבר מצויים בכתביהם של הראשונים, כשהם שזורים בהקשר שבו הם מוזכרים ובענין שבו הם נדונים; ואילו המקורות הנדפסים עתה לראשונה מתוך כתבי היד שבגניזה יהי ערכם המדעי גדול ככל שיהיה, אינם חשובים ואינם ראויים לשימת-לב מצד ההלכה"¹³.

באשר לתיקון נוסחאות ופרסום כתבי-יד הרי גישתם של חוקרי המשפט העברי שונה מזו של איש ההלכה המסורתי אבל גם שונה מגישת חוקר התלמוד איש האוניברסיטה. עבור זה האחרון, עבוד הנוסח יכול להיות, ולעתים קרובות אכן הוא מהווה, מטרה בפני עצמה. בעיני המשפטן, זוהי רק דרך לקראת המטרה.

כתצפית אחרונה הנוגעת לגישה ההיסטורית עלי להוסיף, שהמשפט העברי גם מעוניין לדעת, מה היה החוק בעבר ו/או מה הינו כיום, כפי שהוא מנוסח בספרי החוק השונים וגם, כיצד יושם החוק הלכה למעשה בחיי היומיום. לא תמיד שני אלו חופפים, כידוע לכל משפטן. איש ההלכה מתעלם בדרך כלל מן הפער שבין החוק לבין יישומו.

עם זאת, הרי שהגישה המשווה היא התחום אשר בו יכול חוקר המשפט להפגין את ידענותו וחריפותו בדרך היחידאית לו, בזכות הכשרתו המשפטית. אם אולי יכול איש ההלכה להתחרות בו במישור הניתוחי, ההיסטוריון - בגישתו ההיסטורית, והפילוסוף או האתיקן איש איש בתחומו, הרי שאין איש יכול להתחרות במשפטן כאשר נשוא המחקר הוא מיקום המשפט העברי בהקשר הנאות לו בין כלל המערכות המשפטיות. ישנם שלושה תחומים עיקריים אשר בהם, מאמין אני, השיטה המשווה יכולה להיות והינה פוריה. בעבר, נהוגים היו שני סוגים של מחקר השוואתי. היו מן החוקרים אשר ניסו לחקור את השפעת המשפט העברי על שיטות משפט אחרות; ולחילופין, היו אף חוקרים שניסו להראות, היכן הושפע המשפט העברי משיטות משפט אחרות. השאלה הראשונה נדונה למשל על ידי פרופ' רבינוביץ איש האוניברסיטה העברית אשר העלה

Z. A. "Hazon Ish on Textual Criticism and Halakhah", Tradition, 18, No. 2, Summer 1980), ¹³ 172 – 174.

מספר הנחות מעניינות - אף כי הן ניתנות לויכוח - כגון אודות חלקו הנכבד ביותר של המשפט העברי בפיתוח החוק המסחרי (ביחוד של שטרות חליפין) וההשפעה הייחודית של המשפט העברי על המשכתנא שבחוק האנגלי¹⁴. כיום, סוג זה של מחקר הינו יחסית רדום, אך עדיין זהו שטח מחקר שובה-לב לכל המעוניין בסוג זה של עבודה. אולם, סביר להניח, שהמהמורות בשטח זה מרובות מן המצוי בנתיבים אחרים במחקר המשפט העברי, בגלל הקושי המציאותי לקבוע באורח חד-משמעי שאכן המשפט העברי השפיע בצורה מוחשית על מוסד משפטי כלשהו בתוך מערכת משפטית אחרת תוך כדי תהליך התפתחותו של המשפט.

נושא המחקר השני שמניתי לעיל, דהיינו ההשפעות החיצוניות על המשפט העברי, עמד לדיון מאז הפך המשפט העברי לנושא מחקר מוכר. בעבר, נחשב המשפט הרומי כמערכת שסביר היה להניח, שהיא זו אשר השפיעה על המשפט התלמודי¹⁵, אולם עתה קיימת הנטייה להרחיב את המחקר על מנת שיכלול את החוק היווני ואת המערכת המשפטית שהיתה נהוגה בממלכת פרס¹⁶. בגלל קשיי שפה, מיעוט מקורות ואילוצים נוספים מצוי מסלול מחקר זה עדיין בחיתוליו. גם כאן עלינו לעמוד על המשמר בטרם נקבע סופית שמערכת משפטית אחרת כלשהי השפיעה על המשפט העברי. הקבלה אינה מעידה על השפעה.

ההיבט החשוב והפורח שבשיטה המשווה הוא ללא ספק המחקר לעומק של מוסדות משפטיים, גם במערכת המשפט העברי וגם במערכות אחרות, וזאת על מנת להבין, כיצד בעיות משפטיות אוניברסליות (עלינו לזכור, שרוב הבעיות המשפטיות המבקשות פתרון הן אוניברסליות בטבען) זוכות למענה במסגרת המשפט העברי, בניגוד למערכות משפט אחרות. תדיר, הפתרונים לבעיות דומות דומים זה לזה בכל המערכות המשפטיות, אך לעתים קרובות מצויה במשפט העברי גישה ייחודית לשאלה מסויימת או למוסד משפטי מסויים. כאשר הפתרונים דומים זה לזה, חשוב להגדיר בפירוט את אופיו המדוייק של הדמיון, ואילו כאשר הם שונים זה מזה חשוב ומעניין ביותר שחוקר המשפט העברי יוכל לגלות את הגישה והמבנה המיוחדים למשפט

J.J. Rabinowitz, *Jewish Law: Its Influence on the Development of Legal Institutions*, New York, 1956.

¹⁴ החוקר המובהק שהקדיש את חייו להשוואת החוק הרומי עם המשפט העברי הוא בועז כהן. ראה ספרו בין שני הכרכים. *Jewish and Roman Law: A Comparative Study*, New York, 1956.

¹⁵ פרופ' שאול ליברמן הדגים זאת חזור והדגם משך שנים רבות, ר' למשל בספרו *Hellenism in Jewish Palestine*, New York, 1962. רזנטל המנוח הדגיש אף הוא את הצורך במשפט הפרסי לצורך הבנה נכונה של המשפט התלמודי. ר' א.ש. רוזנטל, "למילון התלמוד - בירור מילים ועיוני נוסח", תרביץ, 40, 1971 עמ' 178 - 201.

העברי וכיצד הצליח משפט זה לפתח את המוסד המשפטי, או המענה המשפטי המיוחד והמקורי שלו לגבי השאלה הנדונה.

לכל אותם המתעניינים במיוחד בדברי-ימי המשפט, הרי שנתבי-מחקר פורה ביותר מצוי במחקר בנושא מידת התאמתו של המשפט העברי לתיאוריות הכלליות המקובלות אודות דרך התהוותם של מוסדות משפטיים. לדוגמא, האם התפתחות המשפט העברי תואמת את המתואר על ידי Maine בספרו הקלאסי Ancient Law¹⁷? בידועין בחרתי ב-Maine, כיון שהוא נחשב עדיין לענק האינטלקטואלי בשטח מחקרי זה, וזאת למרות שכמה מהתיאוריות שלו הועמדו בספק ובוקרו קשות. Maine לא היה בקי במשפט העברי, והתיאוריות שלו הושתתו על חקר מערכות-משפט אחרות. האם המשפט העברי אכן נוהג לפי הדפוסים שהניח Maine? האם אכן מופיעה במשפט העברי תופעת ההתפתחות ממעמד לחוזה למשל¹⁸? אם המשפט העברי סוטה מדפוס ההתפתחות הנפוץ כנראה באופן אוניברסלי, מדוע הוא עושה כך?

דיון קצר זה בהיבט ההשוואתי מספיק על מנת להוכיח, שאין הוא קיים כלל ועיקר בעולמו של איש ההלכה. תודות להשכלתו המיוחדת והמקצועית, בידי איש המשפט העברי מצויה מערכת התייחסות נוספת בחקר המשפט העברי שאינה בתחום השגתו של איש ההלכה.

לסיום, ברצוני לציין כמה תצפיות כלליות. תרומה חשובה לתחיית חקר המשפט העברי בעשרים עד שלושים השנים האחרונות נעוצה בהתעוררות המחודשת - אם ניתן לקרוא לזאת כך - של כמה היבטים של המשפט העברי אשר קודם לכן עמדו כביכול על סף גויעה. כמה נושאים, כמו למשל הדין הציבורי בכללותו ותקנות הקהל במיוחד, שהיוו ללא ספק חלק נכבד במשפט העברי, נותרו במשך שנים רבות כאבן שאין לה הופכין. התחדשות הענין בנושאים אלו היא תולדה של מחקרים חדישים יחסית. אין ספק בלבי שהקמת מדינת ישראל בארץ ישראל היא שנתנה - במודע או שלא במודע - את הדחף למחקרים אלו. זכות נפלה בחלקו של פרופ' מנחם אלון,

H. S. Maine, *Ancient Law: Its' Connection with the Early History of Society and its Relations to Modern Ideas*, London, 1961, (Rev. ed. New York, 1960).

H.S. Maine, *Ancient Law*, p. 100. See too R.H. Graveson "The Movement From Status to Contract", *Modern Law Review*, 4 (1940/41), 261-272.

שריכוז את תשומת הלב והירבה במאמרים על נושאים אלו¹⁹, ולאחריו באו אחרים שהמשיכו בדרכו זו²⁰.

אני משוכנע, שחקר המשפט העברי במדינת ישראל אינו בעל ערך אקדמי בלבד, אלא שהיתה לו - ותקוותי שגם תהא לו בעתיד - השפעה משפטית-תרבותית מיוחדת. המשאלה להשפעה חוץ-אקדמית כזאת אינה נדירה לגבי המשפטן - כל איש משפט עוסק בו זמנית ביישום המעשי ובעיסוק האקדמי. משפט אינו רק היסטוריה, אלא הוא החיים עצמם. זאת במיוחד במדינה כמו מדינת ישראל שהיא מדינה צעירה המגששת בחיפושיה אחרי מערכת משפטית עצמאית. תוצאות מחקרנו יכולים - ובמידה מסוימת אף מצליחים - להשפיע על המערכת המשפטית בישראל. מספר חוקרי המשפט העברי בעבר, כמו גולאק, פריימן וזילברג, המליצו להכין אסופת דינים מודרנית של החוק האזרחי לצורך הכללתה האפשרית בחוקי מדינת ישראל, אשר תהיה מבוססת על עקרונות המשפט העברי - אך לא חופפת את השולחן ערוך²¹. אני אישית איני תומך ברעיון של אסופה מעין זו, אולם אותם שתומכים ביצירתה עומדים בפני אתגר חשוב לשכלו השנון של המשפטן הבקי במשפט העברי.

למעשה, אומצו כמה היבטים של המשפט העברי בחוקי מדינת ישראל²², ובפסקי דין רבים של בית המשפט העליון שזורים תקדימים מן המשפט העברי בכלל ומספרות השו"ת בפרט²³. למרות שיתכן שפתרון בעיה מסויימת ידמה בחוק האמריקאי, האנגלי והעברי, ללא ספק שאעדיף לצטט את ה"נודע ביהודה" הדין בראובן ושמעון על פני תקדים שעניינו בג'ון דו נגד הרי סמית. זאת יכולה כמובן להיחשב לנטיה אישית שלי, אולם סבורני ששותפים לי רוב רובם של היהודים הקשורים מבחינה תרבותית למורשת ישראל. היישום המעשי של המשפט העברי במערכת-חוק מודרנית אינו מהווה פחיתות כבוד למחקר "המדעי" של המשפט העברי יותר מכפי שהשפעתו

¹⁹ ראו למשל, מ. אלון, "למהותן של תקנות הקהל במשפט העברי", ב-מחקרי משפט לזכר אברהם רוזנטל (1964), עמ' 1-54; מ. אלון, המשפט העברי - תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (ירושלים, 1973), עמ' 367 - 390; 547-572.

²⁰ ראה למשל ש. שילה, "על שתי תקנות קהל בספרד" סיני, 61 (1967), ע' 291. שני מאמריו של א. נחלון, "סמכות הציבור להתקין תקנות לפי התשב"צ", שנתון המשפט העברי, כרך א', עמ' 142 ו-שם, כרך ג/ד, עמ' 271.

²¹ ראו מאמריהם של גולאק, פריימן וזילברג ב. בזק, (עורך), המשפט העברי ומדינת ישראל, (ירושלים, 1969).

²² ראה למשל י. גולדשמידט, "Jewish Law in the Legislative Activity of the Knesset", Dine Yisrael, vol. 5, xciv מראי המקומות למאמרים שונים על הנושא אצל נ. רקובר, אוצר המשפט וירושלים, 1975, עמ' 130.

²³ ראה בסקירות העונתיות בכרכי דיני ישראל, הפסיקה במדינת ישראל על פי המשפט העברי, מלוקטות ע"י ש. מרון ונ. רקובר, אוצר המשפט, עמ' 132.

המרובה של מילון הלשון העברית של אליעזר בן יהודה על העברית המודרנית מורידה מערכו המחקרי של מילון מונומנטלי זה. לא כל חוקר המשפט העברי חייב להשתמש בכל אחת משיטות-המחקר המנויות לעיל. למעשה, כלל לא יתכן שאדם יחיד כלשהו יעסוק בנושא מכל ההיבטים המנויים. זהו אחד מקסמיו של חקר המשפט העברי; השטח פרוץ: חוקר בעל הכשרה נאותה ועניו אישי בנושא יכול לברור לו את הגישה, או הגישות התואמים לו אישית, ולתרום את חלקו לאוכלוסיה הצעירה - אך גדלה והולכת - של משפטנים העוסקים במשפט העברי.

THE JEWISH LEGAL SYSTEM

Just as the Jewish people are unique in that they are the only people on earth today who have kept their own identity for such a lengthy period, way back into the pre-Christian era, so has Jewish law been a living law, for as long as the Jewish people have been around. To anyone only vaguely familiar with Jewish law it is clear that Jewish law encompasses not only the relationship between man and his maker, but also his relationship to his fellow man and to the society as a whole in which he lives. For jurists who are engaged in the legal discipline of Jewish law, our emphasis is placed on those questions and institutions which are of interest to the jurist in any given legal system.

The scattering of the Jews after the destruction of the Temple - and even before the destruction - did not bring in its wake the abrogation of autonomy. The Jews remained as autonomous communities in the lands where they lived throughout the middle ages even though they had lost political independence, and there was now no physical bond with their natural environment, the land of Israel.

The judicial and religious autonomy which was part of Diaspora living, allowed the Jewish courts to impose sanctions on the members of the Jewish community. In this setting the judicial autonomy could prosper since the judgements of the courts could be enforced. Sanctions included flogging, attachment of property and imprisonment, just to mention a few. At times, even the death penalty was allowed to be given. This extreme sanction was meted out almost solely to informers who would endanger the entire Jewish community by their treachery. Probably the most potent of all sanctions was the threat of excommunication. To be divorced from the Jewish community was a type of social death which was especially effective in the closed society of medieval times.

The scope of the Jewish community's autonomy was different from place to place and generation to generation. For example, wide autonomy was given to the Jews of Spain for many years. This judicial autonomy led to the further development of the criminal law, as well as public and administrative law.

Besides the external force which helped keep the Jewish people and Jewish law together, that is the central government's granting of limited self-rule to the Jewish communities, an internal cause had an even more profound effect. This was the stringent prohibition against adjudicating in Gentile courts. This prohibition dates from Mishnaic times and was codified in all the subsequent codes. So writes Maimonides, basing himself on the Mishna: "Whoever litigates according to Gentile law and in their courts, although their laws are the same as the laws of Israel, is an evil-doer and he is deemed to have reviled and blasphemed and rebelled against the Torah of Moses our teacher."

To sum up what we have just said, we can say that there were two basic factors of survival of Jewish law. First, the internal discipline of the traditional Jewish society and second, the political circumstances of the corporate medieval state. Justice Agranat, former President of Israel's Supreme Court, had the following to say in one of his leading judgments, *Skornik v. Skornik*, concerning the nature of Jewish law:

"...the very moment that we admit - as we are obliged to admit - the continued existence of the Jews in all generations and in all lands of their dispersion as a separate people, we must test the nature of Jewish law by the historic relationship of the Jewish people to this law. We shall then conclude that the Jewish people indeed treated Jewish law, throughout their existence and their dispersion, as their special property, as part of the treasure of their culture.

It follows that this law served in the past as the national law of the Jews, and even today possesses this national character in respect of Jews wherever they may be."

Although the basis of Jewish law is that of a religion, like Canon law or Moslem law, it is very different from both in its historical antecedents and legal framework. Jewish law has been in the past and is today, as we have seen, a national law, that is, the law of a people who see themselves as members of one nation. Both Canon law and Islamic law are purely religious and not the laws of any one nation. Furthermore, in spite of the dispersion of the Jewish people

throughout every country on this planet earth, the Jewish legal system remained whole and no schism occurred, as was the case in Islam , with the division into different religious sects each one having its own interpretation and tradition of the law such as Shiites and Sunis. It is albeit true that different Jewish communities occasionally amended the law by communal enactments, or different customs arose in the varying communities, but all this was peripheral and the legal system and legal tradition remained, basically, one. Of course there are some differences, for example between Sephardim - Oriental Jews, and Ashkenazim - western Jews, concerning one or another point of law. But all are part and feel part of the same legal system - Jewish law.

One of the most striking aspects of the Jewish legal system is that it has developed over the ages in a manner similar to that of the common law - through the cases. For the past 1500 years or so, no code of law has emerged which became a canon from which no one may deviate, Maimonides' Code and the Shulhan Arukh included. Disputes were brought before the prominent rabbis or to the rabbinical courts for judgment. There are, in print, some 300,000 of these judgments, all of them finely reasoned. This legal treasure is the case law of the Jewish legal system and is the backbone of all legal development. If one wants to compare the Jewish legal system with other legal systems, as to the manner of its development and the sources of its law, the English legal system would be the most appropriate. It is the case' law and not statute law - as is the situation in Europe - which epitomizes the history of both the Jewish and the English legal systems.

When one wants to discuss the nature of Jewish law, he is accosted with two seemingly paradoxical statements found in the Talmud, based on Scripture. On the one hand, we learn that "the Torah is from Heaven" and on the other hand that "the Torah is not in Heaven." What may, at first glance, be deemed as inconsistent, can probably be best understood by attempting to fully grasp the meaning of one of the most poignant and beautiful stories recorded in the Talmud.

In the course of a discussion in the Talmud about a complicated obtruse law concerning the cleanliness or uncleanness of a certain stove, a difference of opinion between two Amoraim, Talmudic Sages, Rabbi Yehoshua and Rabbi Eliezer, is recorded. In the heat of the discussion, the Talmud relates the following - beginning with the words of one of the principles, Rabbi Eliezer: "If the halakha is as I say, this tree shall prove it;' whereupon the tree was uprooted and moved of its own motion for a hundred yards (and there are others who say four hundred yards). But the scholars said to him, 'trees are no evidence'. Then he said, 'If the halakha is as I say, the water shall prove it; whereupon the water flowed backwards. But the scholars said to him, 'water is no evidence'. Then he said, 'If the halakha is as I say the walls of this house shall prove it;' whereupon the walls of the house started to fall down. Rabbi Yehoshua got angry at the walls and shouted, 'When the scholars debate the halakha, it's none of your business'; whereupon the walls ceased to fall down, out of respect for Rabbi Yehoshua, but they did not stand erect again, out of respect for Rabbi Eliezer. Then he said 'If the halakha is as I say, heaven shall prove it'; whereupon a voice came from Heaven and said, 'What do you want of Rabbi Eliezer, the halakha is always as he says,' but Rabbi Yehoshua stood on his feet and said, 'the Law is not in Heaven: the Law has been handed down to us on earth from Mount Sinai, and we do no longer take notice of Heavenly voices, for the Law which was handed down provides that decisions shall be taken by majority.'"

The Talmud goes on and relates that "One day one of the Rabbis met the prophet Elijah, descended from Heaven, and asked him 'What did God Almighty say when this happened?' and Elijah replied, 'He smiled, and He said, 'My children have defeated me, my children have defeated me'".

There can, of course, be many interpretations to this intriguing passage. I am sure that many of them illuminate different aspects of the Jewish legal tradition. Let us just spend a few moments in attempting to analyze what basic values this Talmudic tale is trying to get through to us.

The most obvious is that of the pre-eminence of the majority's view as to what the law should be. Once it was decreed in the Pentateuch as understood by the Rabbis, that where there is a difference of opinion concerning what the law is, it is the view of the majority of Scholars which prevails, this principle overrides all else, even if it is certain, through the Law-givers voice Himself, that the law is otherwise. If we want to go a bit deeper we can say that in this view there may be more than one Truth - truth is relative. The majority of mortals may miss the mark of objective Truth, but once the legal system was given into the hands of humans to interpret it, it is only they who can do so - Even God Himself, cannot interfere. In addition to the principle of decisions by majority, we also find in this passage, another re-affirmation of one of the basic tenets of Judaism: prophecy has no place in the interpretation of the Halakha.

Another theme which can be gleaned from this story is what we would call in today's legal idiom - the rule of law. This account, recorded about 1500 years ago, teaches us that the Ruler himself is ruled by his own laws. No one is above the law - not even the lawgiver himself. If this principle is espoused today in regard to governments, how much stronger and deeper is the Jewish view, going so far as to include God himself as bound to the law as it is expounded by those who are the legally accepted interpreters of the law.

And, as a final word about this passage, it is enlightening to compare the Jewish attitude, to the reigning pagan one of Talmudic times. In Greek and Roman mythology, when Zeus is tricked by Prometheus who brought fire to the world, for his victory over the Gods, he was punished with a most excruciating punishment. But here, what does God do after admitting that he has been, so to speak, outsmarted by mortals - He smiles, like a benevolent father, wryly complimenting his children, who have demonstrated their cleverness and understanding.

Another one of Jewish law's basic tenets which too is based on the idea of the majority, concerns legislation. It was agreed upon by the Scholars that no regulation could be imposed unless the majority of the people could stand it. If

an attempt was made at legislation and it was then proven to be ineffective in that the majority of people could not adhere to it, the piece of legislation was automatically annulled. The only real difference of opinion between the rabbis is whether the annulment is effective retroactively, or only from the time that it was officially declared that the majority find the enactment too stringent and do not adhere to it. The classic example is the attempt recorded in the Talmud to put a ban on the consumption of meat and wine as a sign of mourning for the destruction of the Temple. It was found that such an enactment was too harsh and the majority of the Jewish people would not be able to abide by it. Therefore the attempt was thwarted on the basis of this legal maxim.

Moving on now to more broader basic characteristics of Jewish law, Justice Silberg, former Deputy President of Israel's Supreme Court, has pointed out, there is a basic difference between the emphasis given to duties versus rights in the Jewish legal system, as opposed to other legal systems. If one had to choose to delete either the word "right" or "duty" from a legal system, one could probably get along, somehow, without the word "duty"; if the word "right" were omitted it is most probable that the system could not continue to function. In most legal systems, the Anglo-American one included, an individual has rights which, if need be, can be enforced in court. His opponent's duty toward him is but a reflection of his fundamental right. In Jewish law, it seems that the roles are reversed. The dominant theme is that of one's duty. It is, for example, also a religious duty, according to the Rabbis, to repay one's debt. Emphasis is placed specifically on one's duty; the Rabbinnical court is interested in seeing that the debtor do his duty - not so much with the secondary result of this process, of enforcing a right.

Another inherent trait of the Jewish legal system, which has been maligned for ages now, is what is deemed a too formalistic approach to the law. I must admit, that there is some truth behind the claim that Jewish law is at times very formalistic and technical, but this outlook must be explained. Take as an example what can be referred to as statistical law - according to the law one must, of

course, return a lost article to the original owner. Problems arise when there are no signs on the lost article and therefore the true owner cannot be found. A rule of law is brought in the Talmud, concerning a very specific situation. If a pigeon is found, which cannot be identified, fifty yards from a dovecot, the law states that it must be returned to the owner of the dovecot. If more than 50 yards - finders keepers. It is most improbable that a modern statute would include a similar piece of legislation. What today's legislator would probably do is decree that if the judge found it reasonable to believe that the pigeon flew from the dovecot it was to be returned to the owner of the dovecot. If not, it need not be given to him. It is even recorded in the Talmud, that one of the Talmudic scholars, Rabbi Jeremiah, asked a question which was looked upon as provocative. What is the law, he asked, if one of the pigeon's feet is within fifty yards and another is beyond the fifty yard mark. It seems that Rabbi Jeremiah had more modern concepts at heart and in fact was ridiculing the formalism of the law. It is related that because of his satirical query, Rabbi Jeremiah was evicted from the house of study.

What, then, is the reason for the Talmud's technical - formalistic view. It appears that the answer to this question is linked to our previous discussion. Jewish law is a legal system which talks primarily to the individual and only secondarily to the judge. Because of its emphasis on one's duty - and here there is an intermingling of both religious and civil duty - the law addresses itself primarily to the individual man who wants to know how he must act- now. If he keeps the pigeon when he should hand it over to another, he labels himself a thief, if, on the other hand, there is no duty to give the dove to the dovecot owner, there is no reason why he should do so. Therefore, the law comes to simplify matters for the plain citizen who is in a quandary as to what he is to do. The law makes it perfectly clear for him so that he can do what is correct both legally and morally. Within fifty yards - to the dovecot owner, further than fifty yards, he need not do so. We must also keep in mind that this fifty yard limit which was set by the Rabbis is not just a number chosen by whim. It is what the Rabbis felt was the

correct statistical average in a case such as this. In other words, fifty yards from a dovecot was the most logical line to draw for such a given situation. As we all know, a legal system must make its demarcation lines, whether it decides that a youth of eighteen years of age has the capacity to enter into a formal contract and one who has half an hour to go before reaching his eighteenth birthday is still a minor and a purported contract he signed is void, or, as does Jewish law, it wishes, for reasons of policy to encompass much more within its laws of measures and measurements. To conclude our discussion of this question, I want to point out to you that modern concepts of the criminal law have very much in common with the general outlook of Jewish law. In the criminal law we are taught to give strict technical interpretations to the law, clearly delineate what is considered illegal criminal conduct and be faithful to the dictum of nulla poena sine lege - there is no punishment without a law. It is especially in criminal law, that the State speaks directly to the citizen clearly prescribing for him his mode of behavior, specifically stating what is forbidden; what is not explicitly stated as forbidden - is permitted.

What must also be taken into account in any discussion of Jewish law, is that it has had an historic development and it is certainly not monolithic. In many cases one cannot get up and say: "this is the view of Jewish law on such and such a topic." Let us examine one example.

According to Talmudic law, witnesses do not swear that they will tell the truth when they are put on the stand. The procedure in the testimony of witnesses was that the chief judge would admonish a witness before having him give his testimony and forcibly point out to him the great sin of giving false testimony. The logic behind the rule against having witnesses take the oath was that if someone was suspect of giving false testimony, he was also suspect of lying under oath. Both these evils are specifically forbidden in the Ten Commandments. In fact, the Tosafists, classic commentators on the Talmud during the 12th and 13th centuries went even further and even voided testimony given under oath explaining that if someone must swear in order to make certain

that his testimony is trustworthy, and if not for the oath the veracity of his testimony would be open to question, then he is an individual whose testimony should not be accepted as valid. But, during the 14th and 15th centuries in North Africa and Spain, leading scholars did, indeed, allow testimony given under oath and in fact in many communities that became the practice of the Jewish courts. This reversal of the accepted law was explained by the scholars that it is due to the exigencies of the times and the feeling that in their courts the taking of an oath by a witness was, indeed, conducive to bringing out the truth. The fear of giving a false oath, in that period, at least, was real, and therefore the leading rabbis of the Spanish school decided to allow the courts to have a witness testify under oath. Now, if you ask me, what is Jewish law's stand as to having a witness testify under oath – I would have to be somewhat verbose and discuss the history and development of Jewish law on this topic, and could not give you a clear-cut answer. And so – with many other aspects of the law.

Before closing this portion of my talk, I want to point out as strongly as I can, that the Jewish legal system is a legal system which is based on logic brought to an almost unparalleled degree. In spite of its religious nucleus, when a legal analysis is made and, as is often the case, there is room or even need for analogy, this is done with no holds barred and without any submission to what could be called aesthetic or religious conceptions. Allow me to explain the perhaps puzzling statements I have just made, by a concrete example which, I am sure cannot be paralleled in any other legal system - especially not one which is at heart, a religious one.

According to Jewish religious law, there are special rules concerning one who has become ritually unclean. A person can become unclean, for example, if he touches a carcass or a dead body. One is not allowed to enter the Holy Temple if one is unclean. The Talmud discusses a situation of one already being in the Temple, and while there, becoming unclean. What is the proper action one should take or, in other words, how should one best get out of the Temple. In order to answer this question, an analogy is made. According to the law, one

may not have intercourse with his wife during her menstrual period. What should one do, asks the Talmud, if in the middle of intercourse one's wife begins bleeding. The Talmud then juxtaposes the question of how should one get out of his wife in such a situation with the question of how one should get out of the Holy of Holies. The analogous situation is clear. But making the analogy, as a matter of course, without a smirk or an uncomfortable feeling is, to my mind, the epitome of pure logic and legal analysis.

In spite of its religious basis, when it comes to matters of law, the halakha can and does make a division between them. A most striking illustration of the separation of the religious aspect of the law from the civil aspect is that concerning illegal contracts. One would perhaps be led to think that all illegal acts would be voided since Jewish law is first of all a religious law. But the attitude of the law is markedly different. Thus, although one is forbidden to transact business on the Sabbath, a sale made on the Sabbath is valid. The party or parties will be punished for their transgression, but the legal civil outcome of the transaction is valid. The idea of "blue-laws" is completely alien to the Jewish legal system.

Now that we have already moved from the very general aspects behind the Jewish legal system to more specific spheres of the law, such as the law of contracts and the attitude of Jewish law to illegal contracts, I want to continue my remarks by pointing out to you some unusual views on questions connected with a number of other specific spheres of the law other than the law of contracts. In the field of criminal law and criminal procedure, Jewish law goes even further than American law in that it completely rejects the self-incriminating testimony of the accused. If the accused did say something which could somehow be used against him, it is just stricken from the record. This is so even if it is clear that the confession is a true one and was not gotten by any unsavory methods. In order to convict - the case for the prosecution must be proven by other means. What is the reason behind so stringent a rule? Maimonides, in his code, attempts to give us an explanation - one that is imbued with a keen psychological insight

into the soul of he who is accused of a capital offense. So writes the Rambam: "For it is possible that he was confused in mind when he made his confession. Perhaps he was one of those who are in misery, bitter in soul, who long for death, thrust the sword into their bellies or cast themselves down from the roof. Perhaps this was the reason that prompted him to confess to a crime he had not committed, in order that he might be put to death".

In the realm of torts, there is an interesting parallel between the minority view of United States Supreme Court's recent decision in the Stump case to that of Jewish law's stand. If you recall, the majority of the court held that a judge could not be sued in tort for damages that he caused while performing his judicial function, even though he blatantly flaunted accepted procedures and acted in a manner unbecoming his position as a judge. In that case the judge ordered a fifteen year old girl sterilized at the request of her parents, without informing the girl of the nature of the operation performed on her and making his court order without adhering to the rules of procedure - and I may add decency - that such a request entails. The girl's parents felt that their daughter was "slow" and feared that she would end up pregnant - so they had asked for a court order allowing an operation to sterilize her. Some years later, after getting married, and not having children, she discovered that she had been sterilized and the brutal tale was unfolded to her. But, in spite of the judge's blatant mistakes and failure to hold a proper hearing, the majority ruled that he was immune to a private suit against him, because of the judicial capacity in which his damaging deed was done.

Jewish law would take a very different view of the above. Judicial error can, under certain circumstances, be rectified by a civil suit against a judge. Without going into too much detail I only want to point out that where there is no possibility of reopening a case or appealing it - if the decision of the judge was made due to ignorance of the law which should have been so obvious that one can describe his decision as the outcome of gross negligence on his part, he can be held liable in a civil suit instituted against him. He cannot, however, be held responsible for his mistake which cannot be rectified, if his mistake is what is

referred to in Talmudic phraseology as "an error of discretion." This is a very complicated problem in Jewish law but, in principle, Jewish law would not accept the reasoning of the majority in the Stump case.

Our last example borders on the question of judicial procedure, and our final example of Jewish law's outlook will be from this field of the law - about justice delayed. Of course, it is not only the Jewish legal system which looks askance at the slow-moving machinery of justice. But it seems to me that the intensity of the Rabbi's opposition to a delay in justice is perhaps unparalleled in any other legal system. I could bring you examples from purely legal texts but I think that a more powerful statement of views on this most problematic subject can be found in a story told about the final minutes before the death of two of the ten martyrs who were all put to death, in horrible ways, by the Romans. The following tale is told in one of the earlier sources: "At the time when R. Simon and R. Ishmael were led out to be killed, R. Simon said to R. Ishmael: Master, my heart fails me, for I do not know why I am to be killed. R. Ishmael said to him: Did it never happen in your life that a man came to you for a judgment or with a question and you let him wait until you had sipped your cup, or had tied your sandals, or had put on your cloak? And the Torah has said: 'If thou afflict in any wise [for if they cry at all unto Me I will surely hear them cry] - whether it be a severe infliction or a light infliction. Whereupon R. Simon said to him, 'You have comforted me, Master.'"

In fact, we find specific enactments to provide for speedy justice throughout the ages. For example, the regulations of the Jewish community of Cracow prescribed that a lower court had to render its decision within three days; higher courts and the highest courts had to render their judgments within nine days. If a litigant complains to the communal leaders of a longer delay, they could fine the judges - the proceeds of which would go to charity.

The Jewish judicial system was so esteemed that during the middle ages we find that sometimes, when litigants were Christian and Jew, although the Gentile

courts had jurisdiction in such circumstances, the Christian preferred to litigate in the Jewish court.

In spite of all that was described and discussed until now, there are undoubtedly problems which face Jewish law if it aspires to be a modern legal system. This is not just an attempt at some legal exercise but a question of importance to the thinking jurist today. The relevance is of a twofold nature; first - in spite of the turning of the great majority of Jews to the general secular court system for adjudication of their complaints, there are still some Jews who turn to rabbinical courts who act as arbitration tribunals and decide according to Jewish law. Secondly, in the State of Israel, although most of its legal system is not based on Jewish law, some of it is, and there is constant pressure there to have the Israeli legal system influenced to a greater extent by the national law of the Jewish people. This pressure group is made up not only of traditionally religious Jews, but also of secular Jews who are culturally committed to the renaissance of Jewish law in the Jewish State.

What are some of these problems as I see them? As all of us know, Jewish law has been a living law for the Jewish people throughout its three thousand year history. The law developed with the times and Jews, wherever they were found, brought their disputes to a recognized Rabbinic authority, be it a reknowned scholar or a local Bet-Din, for a decision. The Jewish people felt, and rightly so, that they had their own legal system which was true and just and could and would answer their needs if they had to be litigants. But when the ghetto walls fell and the Jews traded judicial autonomy for Emancipation, parts of the law ceased to develop as it had done, naturally, over the years. The Jewish people had less and less recourse to the Jewish courts and Jewish law, and bringing a civil suit before a Bet Din became the exception and not the rule. A legal system can develop and keep up with the times only if it is applied. A court must find a solution when a case is brought before it. But if the system is not in use, it becomes rusty and can be frozen in the place it has stood. In many spheres of the law, there is a gap - a gap that has to be somehow breached by having the two ends - the past and the

present - joined. In many cases the law stood still at the time of the great revolutions of our times - be they industrial, social, legal or other. Most of Jewish law has remained in its pre-Emancipation stage. To bridge this gap is a difficult but not an impossible task. But even some comparatively minor problems are obstacles in the way of having Jewish law presented as being also a modern legal system. These problems have to do with legal terminology and legal abstract thought. It is no secret that Jewish law is predominantly casuistic. Although there have, of course, been great men like R. Haim of Brisk throughout the ages whose outstanding minds sought the general as against the particular, most of halakha, in the past as well as in the present, is content with the lack of systemitization and with casuistry. Even the greatest of codifiers, the Rambam , did not make the leap from a casuistic formulation of the law to an analytic one.

Allow me to explain by giving you some concrete examples. I am sure that you are familiar with the first mishne of Bava Kamma. The four principles of tort are listed, the ox, the pit, mave - whose definition is debated in the Talmud, and fire. The Talmud then subdivides the ox into three different categories, tooth, horn and foot. These seven physical objects which form the basis for an entire part of the law of torts - if not for all of the law of torts - are, of course, based on broad concepts when analyzed dogmatically. But, it is up to the lawyer, versed in Jewish law, to translate and transform these concepts into its broader - both juridical and linguistic – aspects.

Or, take as an example another offshoot of the analytic approach - systemitization of the law. Again, the casuistic approach still reigns to the detrement of system and analysis. Rambam, in his classic code, has a section on the law of agency. Many basic problems of agency are discussed there, but when one reads through the chapters on agency one is struck with the fact that some fundamental questions are missing. For example, there is no mention of the right of an agent to appoint a substitute agent. Didn't the halakha deal with this problem? If our answer is yes, why is it missing in Rambam's code? The answer to these questions is that the halakha did indeed deal with the question, but in the

Talmud it happened to be brought up in connection with the granting of a divorce. Therefore, true to the Talmud's casuistic manner, Rambam put the law concerning a sub-agent in the book of Women in his code. Maimonides was, of course, well aware of the fact that the question of a substitute agent is not exclusively concerned with an agent for divorce but is a basic question in the general law of agency, but because of his methodology which was true to the methodology of the halakhic system, then as it is now, the one and only place that this question is discussed, is in the book of Women. Today, every jurist would negate such an approach to law in general and to a code of law in particular. It is one of the tasks of the scholar of Mishpat Ivri to make this much needed shift in systemitization by analysis and arrangement so that all the relevant pieces of the law will be placed into their proper legal perspective.

In concluding this paper, I want to make a few brief comments of a more general nature. One important contribution of the resurgence of scholarship in Jewish law over the past twenty or thirty years is the revival, if one may call it that, of certain aspects of Jewish law which were more or less moribund. Certain topics, which are undoubtedly an integral part of Jewish law had been overlooked for many years and the revival of interest in these topics such as public law in general and takkanot kahal - communal legislation - in particular, are the product of comparatively recent scholarship. There is no doubt in my mind that the emergence of a Jewish state in the land of Israel gave - a usually subconscious - impetus to these studies, and it is to the credit of Prof. Menachem Elon, now a justice of Israel's Supreme Court, who called attention to these questions and wrote scholarly articles on these topics, which brought others to continue to deal with these subjects.

I personally feel that the scholarly study of Mishpat Ivri in the State of Israel is not only of pure academic interest but has had, and I hope will have even more so in the future, a special legal-cultural influence. This is not surprising for the jurist; any jurist is concerned with both an academic pursuit and a practical one. Law is not only history but life itself. What more so than in Israel where a new

young state is groping to find its way to its own indigenous legal system. The product of our scholarship can and does, to some extent, influence the Israeli legal system. Some scholars of Jewish law in the past, such as Gulak, Freimann, and Silberg have advocated the preparation of modern code of civil law for the possible incorporation in the State of Israel, based on the principles of Jewish law, that would be different from the Shulhan Arukh. I, personally, am not a proponent of such a code, but for those who are, here is a major challenge for the acumen of the lawyer well versed in Jewish law.

The fact is that some aspects of Jewish law have been incorporated in the legislation of the State of Israel, and one can find that many decisions of the Israeli Supreme Court are interspersed with precedents from Jewish law in general and the responsa literature in particular. Even though a solution to a problem may be similar in American, English and Jewish law, I undoubtedly prefer a quote from the Noda B'Yehuda concerning Reuven and Shimon than a precedent concerning John Doe vs. Harry Smith. This, of course, is something personal, but I think that I am speaking for the vast majority of Jews who are culturally committed to the Jewish heritage. This practical application of Jewish law to a modern legal system in no way derogates from the so-called scientific pursuit of Jewish law just as Ben-Yehuda's dictionary of the Hebrew language greatly influenced the modern spoken Hebrew while not derogating from this monumental dictionary as a work of scholarship.

Finally, we, who are engaged in the study of the law in general, and Jewish law in particular, must ask of ourselves - what is the purpose of all this scholarship? My answer would be, that, at the very least, it is our task to educate and to change the status of Jewish law from the sealed book which it is today to both jurists and enlightened laymen to what it should be - where it can rightfully take its place together with the other great legal systems of the world. We should strive toward that goal which was described by Moses in the Bible, before he died and before passing over leadership to his disciple Joshua: "It is not in Heaven," he said, referring to the law "that thou shouldst say 'who shall go up for us to Heaven and

bring it unto us." We should see to it that Jewish law be brought down, to all of us, here, so that we can study it and understand it, and not have it remain as some esoteric study - up there in the Heavens, far away, making one either fear it as one fears the unknown, or, if not that, have it suffer an even more ignominious fate - that of being the object of indifference. As Rabbi Tarfon said in the Ethics of the Fathers and which can be directly applied to those of us engaged in this enormous task:"...It is not incumbent upon you to complete the work; but this does not give you license to desist from working on it."

JEWISH LAW IN THE STATE OF ISRAEL

Before we begin discussing the topic of Jewish law in the State of Israel, we must briefly discuss, what the basic structure of the Israeli legal system is. At the termination of the British Mandate in 1948 and the establishment of the new State, the first piece of legislation was put into effect - the Law and Administration Ordinance 5708 - 1948¹. Paragraph 11 of the Ordinance stated that: "The system of law which prevailed in Palestine at the 5th of Iyar 5708 (14th May, 1948) shall remain in force to the extent that it does not contradict this Order or other decrees to be issued by the Provisional Council of the State or through it, and the changes deriving from the establishment of the State and its authoritative institutions". In other words, the new Jewish state had just adopted the legal system - in toto - of the ruling British in Palestine. Of course, this adoption of the legal system of the British Mandate - from whom the Jewish People had just freed themselves - was, in principle, anathema to anyone who would just sit up and think for a moment. But, of course, there was good reason for such a declaration of law. The government could not leave a whole country in a legal vacuum and overnight abolish the rules of law which governed the people for years, without being able to replace it with a complete new body of rules. This is an accepted constitutional solution for emerging countries who have been under foreign rule and become independent States². It is not our purpose, here, to discuss the merits or demerits of the above Ordinance or whether it was feasible to have in preparation, a large body of law ready to

¹Official Gazette 1948, no. 1 page 1

² See e.g. F.A.R. Bennion, *The Constitutional Law of Ghana*, London, 1962 chap. 10, 391-407; Article 113 of the Transitional Constitution of the Sudan which States; "Subject of the Provisions of this Constitution all the laws in force in the Sudan immediately before the commencement of this Constitution shall continue in force until altered replaced or amended by parliament or other competent authority". And see: E. Guttman: "The Reception of the Common Law in the Sudan" 6 (1957) *International and Comparative Law Quarterly*, 401.

replace the laws of the Mandate, or whether such an idea was practical or desirable. This part of Israeli legal history is a fact of the past and there is not much sense in playing the game of "If" here.

What was the legal system of the Mandate which the new Jewish State inherited? It was a hodgepodge of old Ottoman law which had been the law of the land until the British took over, English law which slowly became the more dominant influence during the Mandate and was the more important of the two by 1948 and some specifically indigenous rules of law pertaining particularly to Palestine³. But, together with the above, there were special provisions concerning family law. Basically, each recognized religious community had its own court system which dealt with personal status - marriage, divorce and other aspects of family law. This situation, which originated in Turkish times under the Ottoman Empire, was inherited and accepted by the British when they began to rule Palestine under the Mandate and was, hence, absorbed into the legal system of the new Israeli State. This is a legal antecedent for the official status of Israel's Rabbinical Courts which have exclusive jurisdictions in matters of marriage and divorce, and, of course, decide their cases according to Jewish law⁴. One of the most important legal enactments of the Mandate government which, as we have seen, was accepted as part of the legal system by the fledgling State of Israel was Article 46 of the Palestine Order in Council, which stated that the laws of Palestine "shall be exercised in conformity with the substance of the common law and the doctrines of equity in force in England"⁵. This is the famous "import channel" as it became to be known and article 46 had opened the door

³ See N. Bentwich "The Legal System of Palestine Under the Mandate" 2 (1948) Middle East Journal 33; U. Yadln, "The sources and Tendencies of Israel Law" 99 (1951) Univ. of Penn. Law Review 511; D. Friedman "The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period" 10 (1975) Israel Law Review 192.

⁴ See I. Kister "Law of Personal Status" in Interation Lawyers Convention in Israel Jerusalem 1958, 244 R. Gotschalk, "Personal and Religious Law in Israel", 3 (1954) International and Comparative Law Quarterly 673; M. Elon "Developments in the Rabbinic Sudiary in Israel" 5 (1974) Dine Israel LXXI; I. Englard, Religious Law in the Israel Legal system, Jerusalem, 1975.

⁵ S. R. and O 1922 no. 1292.

to the constant Influx of the English common law both during the Mandate and during the life of the State of Israel, from its inception⁶.

Getting closer to our subject, it should be noted that from the very beginnings of the new Jewish State, voices were heard against the inclusion of Article 46 in the new Israeli legal system and the most vociferous where those individuals who wanted Jewish law to play a larger role in the legal system of the Jewish State. Israel does not have a written constitution. During the early years of the State – and even in the late pre State period - many lawyers and politicians felt that the new country should have a written constitution. Efforts were made to have one adopted, but they did not succeed⁷. It is not our purpose here to discuss this very important question of a need for a written constitution in Israel, but what is of interest to us here, is one section of a draft constitution which was prepared in the Justice Ministry⁸, but was never adopted. Sec. 11 of this draft Constitution stated: "The legislation of the State will be based on the fundamental principles of Jewish law and these principles of Jewish law will guide the courts in supplying what is lacking in the existing laws."

Of course, not only was the Constitution not adopted, but the development of Israeli law year after year these past 33 years has been far from that stated above.

⁶ See G. Tedeschi "On Reception and on the Legislative Policy of Israel" in Studies in Israel Legislative Problems, Jerusalem, 1966; H.E. Baker, "The Reception and Development of the Common Law and Equity in Israel" in International Lawyers Convention in Israel, Jerusalem 1958, 24 E. Shimron "The Reception and Development of Common Law and Equity in Israel" *ibid* 43; U. Yadln, "Reception and Rejection of English Law in Israel" 11 (1976) *International and Comp. Law Quarterly*. 59. G. Tedeschi "The Problem of Lacunae in the Law and Article 46 of the Palestine Order in Council 1922" *Studies in Israel Law*, Jerusalem, 1960, 166; D. Friedman, "In fusion of the Common Law into the Legal system of Israel" 10 (1975) *Israel Law Review* 324.

⁷ The framers of Israel's Declaration of Independence expected a Constitution to be drawn up. Israel's Declaration of Independence States: "We declare that with effect from the moment of the termination of the Mandate being tonight the eve of the Sabbath (15th May 1948) until the establishment of the regular authorities of the State in accordance with the Constitution which shall be adopted by the elected Constituent Assembly not later than October 1948. "And see I. Dror" *Constitutional Trends in States that Recently Have Become Independent*", *Israel Reports to the Sixth, International congress of comparative Law*, Jerusalem, 1982, 81.

⁸ L. Kohn, *A Constitution for Israel*, Tel-Aviv, 1949; N. Bentwich, "Israeli Draft Constitution" 61 (1949) *Juridica Review*, 63.

At first, article 46, the Import-channel, played a most dominant role in expanding the influence of the English common law in Israel. However, as years went by, and indigenous Israeli legislation began to fill the statute books, the English influence began to wane - in fact, it was now the turn of the Continental civil law system to gain more prominence⁹. The reason for this is probably due more to a personal quirk of history or sociology, than of law. Most laws are first drafted in the appropriate committees of the Justice Ministry and are then brought to the Knesset as a bill which, of course, is modified before it becomes law. The fact is that for most its history the Ministers of Justice and some of the most influential jurists in that Ministry, who were in charge of the preparation of bills, were of continental specifically German, Origins¹⁰. Therefore, it was only natural, that the laws proposed would have a European bent, being based on codes from the Continent and subsequently, after becoming law, being interpreted in the Courts with the help of European texts which discussed similar Statutes. So, the pendulum was swinging slowly albeit, from the English base of the law to an Israeli - European one.

In the summer of 1988, the Israeli Knesset finally abolished article 46 of the Order in Council and now the courts do not have to turn to English law when there is a lacuna in the law. This revocation of Article 46 is really not as legally world- shattering as it may seem, for, as we have already alluded, the direct importation of English law was already waning, the main parts of that system of common law and equity had already been incorporated in the Israeli legal system over the 60 or so years of the Mandate and the State of Israel's role in Palestine.

⁹ See e.g. G. Shaler and S. Herman, "Source Study of Israel's Contract Codification" 35 (1975 Spec. issue), Louisiana Law Review 1090; U. Yadln, "The New Statute Law of Contrats" 9 (1974) Israel Law Review 512; W. Zeltner," Reflections on the Contract Law (General Part) 5733-1973 1 (1975) Tel-Aviv University Studies in Law.

¹⁰ The first two Justice ministers H.H. Cohn and Pinhas Rosen were of German Origin. The Latter was Minter of Justice for many years and had a great influence on legislation. U. Yadin, also of German origin was head of the department for legislation in the Ministry of Justice during its formative year and he left his German-continental imprint on the legislation proposed to the Knesset.

~~~~~

This new law, known as the "Foundations of the Law Statute"<sup>11</sup>, not only did away with the Import channel, but, after arriving at a compromise between religious and secular, a compromise no one was at all thrilled about, added the following section which, as one can easily see, is much too vague to have very much impact on the Israeli legal system. It reads: "If the court has before it a legal question to be decided and cannot find an answer in legislation, case law or by way of analogy, the Court will decide it in light of principles of freedom, justice, equity and peace embodied in the Jewish tradition"<sup>12</sup>. One could write a lengthy essay on this one section of the law which has just been adopted, but, of course, this is not our purpose. We should keep in mind that, one: there is no specific reference to Jewish law - only to the very vague phrase "the Jewish tradition"; two: that even if a judge does turn to Jewish law as being part of the Jewish tradition he cannot apply it in general in the case before him but only apply what, as the law states, is based on "principles of freedom, justice, equity and peace" - Whatever all this means and thirdly: he will almost never get to apply Jewish law because this can be done only after the judge cannot find an answer either in legislation, case law and analogy. In other words, analogy takes precedence over the lofty principles of the Jewish tradition - and it is a very poor judge who will not be able to decide a new question by way of analogy to other laws and precedents found in the Israeli legal system. But, of course, time will tell how, if at all, this new piece of legislation will stimulate the incorporation of Jewish law in the decisions of the courts<sup>13</sup>.

Let us now turn to the question at hand - Jewish law in the State of Israel. At the outset I want to make it clear that I am not talking about the specific niche of the

---

<sup>11</sup> Sefer Ha Hukim (Laws of the State of Israel), 5740-1980, page. Sec. 1. Ibid.

<sup>12</sup> Sec. 1. *ibid.*

<sup>13</sup> See, at least one case, which was heard on appeal and reheard by an enlarged court: C.A. 546/78 Hendeles v. Kupat Am Bank 34 (3) P.D. 57; F.M. 13/80355 (2) P.D. Hendeles v. Kupat Am Bank 785. However, the main problems arising from this law have not as yet been clarified.



law which is governed by Halakha in Israel - marriage and divorce - but about Jewish law in its complete grandeur as a legal system, that vast realm of law which determines the relationship of man with its fellow man and with the society which surrounds him<sup>14</sup>.

There is a curious consensus of opinion both among the religious and the secular in that both would like to see Jewish law play a more dominant role in the Israeli legal system. The former view Jewish law as a religious law, the law of the Jewish people with the authority of God himself. The latter see Jewish law as a cultural creation of the Jewish people of national significance<sup>15</sup>.

The law has been compared to the Hebrew language. The desire is that just as the Hebrew language was resurrected in this century as a modern tongue so Jewish law should have its renaissance<sup>16</sup>. "The institutions of law are the letters of the language in which a state speaks to its citizens, the sole means of expression in which it presents its demands with reference to the normative and minimal moral behavior of the average citizen" - in the words of the late Justice Silberg of Israel's Supreme Court<sup>17</sup>.

No better expression of the culturally committed Jew's view about Jewish law can be found than a decision of Justice Agranat - former President of Israel's Supreme Court. Justice Agranat - who is personally not an Orthodox Jew - wrote: "The very moment that we admit - as we are obliged to admit - the continued existence of the Jews in all generations and in all lands of their dispersion, as a separate people, we must test the nature of Jewish law by the historic relationship of the Jewish people to this law. We shall then conclude that the Jewish people indeed treated Jewish Law throughout their existence and their dispersion, as their special property, as part of the treasure of their culture. It follows that this

---

<sup>14</sup> See M. Elon, *The Principles of Jewish Law*, Jerusalem, 1975, 5 - "Mishpat Ivri" in *Encyclopedia Judaica*.

<sup>15</sup> See M. Elon "The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel" 3 (1968) *Israel Law Review* 442.

<sup>16</sup> *Ibid*, 439.

<sup>17</sup> M. Silberg, *Talmudic Law and the Modern State*, New York, 1973, 61.

law served in the past as the national law of the Jews, and even today possesses this national character in respect of Jews wherever they may be<sup>18</sup>."

On the other hand, in the religious camp, there are those who say - all or nothing<sup>19</sup>. They are, of course, in the minority and we, strongly disagree with the all or nothing outlook. Such a position leads in the end to nothing. Just as in 1948 both secular and religious Zionists agreed to take just a part of the land of Israel which encompasses so much more than the State of Israel, so by espousing an extreme all or nothing view one can then relegate himself to the task of being a do-nothing critic.

But, things are not as simple as that, and on the theoretical plane there is room for argument as to the merits of having Jewish law as part of the Israeli legal systems because of, one: its not being accepted in toto, and two: the similar but yet different question of the secularization of the halakha<sup>20</sup>. I have already stated that in my view there is much merit in having the Israeli legal system being influenced by Jewish law even if there is still - to use Ben Gurion's juxtaposition - a state based on law and not a state based on halakha, and I am sure that I speak for the majority in Israel. But, on the theoretical plane, some interesting ideas have been aired. One cannot, of course, go into the jurisdic-philosophical-legal questions here, in all of their ramifications, but, to illustrate in a more concrete manner the more practical aspects of one of these questions, let us look into a debate on the Knesset floor about a proposed piece of legislation.

The Knesset was discussion the "Legal Capacity and Guardianship Bill"<sup>21</sup> and it was argued that, in this case, at least, the reception of Jewish law in Knesset legislation should be opposed. Sec. 20 of the Bill obliged a minor to obey his

---

<sup>18</sup> Skornik v. Skornik (1954) 8 p.o. 141, 177.

<sup>19</sup> See H. Cohn, Jewish Law in Israeli Jurisprudence, Cincinatti, 1968, at the beginning of the essay I. Englard, "The Problem of Jewish Law in a Jewish Stat< 3 (1968) Israel Law Review 254.

<sup>20</sup> I. Englard, *ibid.* I. Englard, "Religious Law in the Israel Legal System, Jerusalem, 1975; H. Cohn, "Secularization of Divine Law" in Jewish Law in Ancient and Modern Israel, Jerusalem, 1971.,

<sup>21</sup> Became law in 1963.

parents in all matters within their care and permitted them to take proper steps for his upbringing. Several Knesset members opposed including their section in the law, hating that it is not the legislations duty of interfere with the personal relations between parents and children and therefore there is no need to enact a law which states that children must honor their parents. What may appear incongruous is that some members of the religious parties opposed the inclusion of sec. 20 in the law the above - mentioned reason and also because, as one of them put it, to incorporate the Ten Commandments in the Statute Book without appropriate sanctions would not strengthen their observance but would merely derogate from their sanctity. It was argued that the reception of Jewish principles in statutory law is undesirable since it relegated them to a much less lofty position since their basic norm has been changed; the law now derived its force not from divine precept but from human enactment - the Knesset. Other Knesset members sharply disagreed with this view, arguing inter alia that such a view would preclude the inclusion in the law of the state of Israel, basic principles of Jewish law and Jewish moral teaching. The latter view won out and the section became a part of the law of the land<sup>22</sup>.

In fact, Jewish law has had its impact - if not too strong a one - on the Israeli legal system both in the field of legislation and in the decisions of the courts - especially Israel's Supreme Court. Since there are many problems about the place of Jewish law in the Jewish State's legal system, as well as room for some biting criticism, as we shall see, let us first observe, mainly by way of some concrete examples, where and how Jewish law can and does make its contribution to legislation and judicial decisions in Israel. First, let us turn to legislation. There are quite a number of laws or sections of laws which had their antecedents in the Jewish legal tradition. We will give an example taken from the field of labor law which is a highly developed sphere of the law in the State of Israel.

---

<sup>22</sup> See, 16 of the law.

The Wage Protection Law - 1958 which regulates delay in payment of wages is based on the verses from Leviticus and Deuteronomy which state "the wages of a hired servant shall not abide with thee all night until the morning"<sup>23</sup> and "in the same day thou shalt give him his hire"<sup>24</sup>. In the Knesset debate on the Bill, the Minister of Labour stated for the record: "The Bill... is intended to regulate one of the very distressing chapters in the history of labor relations... to prevent... a situation which the moral, social and legal conscience of our people has condemned since ancient times, as it is put in Leviticus 'the wages of a hired server shall not abide with thee all night until the morning' and likewise, in Proverbs: 'Say not go and come again, and tomorrow I will give.'<sup>25</sup>"

Another piece of legislation for the benefit of the laborer is the Severance Pay Law. Severance pay for a worker is not mentioned in the Bible. However, halakhic scholars developed it out of a similar Biblical institution, the gratuity which a master must pay his bound servant upon his release after serving him." And when thou lettest him to free from thee thou shalt not let him go empty; thou shalt furnish him liberally... of that wherewith the Lord thy God not blessed thee thou shalt give unto him"<sup>26</sup>.

This institution of the gratuity is unique to Jewish law among the ancient legal systems. Some halakhic scholars adopted this principle to the case of the ordinary employee. So writes the author of Safer HaHinukh in the 13th century concerning the mitzvah (positive commandment) of the gratuity. "It is the principle of the commandment to instill in people the fine, precious and desirable qualities... of dealing mercifully with those who work for us and giving them of our possessions bountifully beyond that which we have agreed to give them as remuneration"<sup>27</sup>. The author of Sefer HaHinukh then goes on to explain that the

---

Leviticus 13: 13.<sup>23</sup>

<sup>24</sup> Deuteronomy 24: 15.

<sup>25</sup> Proverbs 3: 28; (1956) 21 Divrei Haknesset 1234.

<sup>26</sup> Deuteronomy 15: 13 – 14.

<sup>27</sup> Sefer HaHinukh ed. Chavel Commandment 450.

above is to be learned from the laws of the gratuity which is given to a bondsman who leaves his master's service.

In bringing the Severance Pay Bill before the Knesset, the Minister of Labor said: "members would certainly associate it with the age-old tradition which is the pride of the Jewish people. Compensation to the dismissed employee," he said, "is perhaps the first social right which employees in this country achieved before they came to be organized in a powerful general union in continuation of the ancient Jewish tradition founded on the nation of the Biblical gratuity<sup>28</sup>.

As to the judiciary, many examples can be brought to illustrate the role of Jewish Law. A number of Israel's judges, some Justices of the Supreme Court in particular, refer freely to the sources of Jewish law in their decisions even where the laws of personal status are not involved. The quotations from Jewish law cover a great many spheres of the law be it criminal law, the laws of evidence, labor and taxation, constitutional law, contracts, torts, administrative law, interpretation of documents and statutes and, of course the laws of succession and family.

The reasons for such citations are various, but mainly these: Jewish law as a source for interpreting statutes, not least where they employ phrases and words used in Jewish law with special connotations; the Incorporation of ideas and phraseology taken from Jewish law which suit the given circumstances; the relevance and influence of the stand taken in similar instances in Jewish law; references in judgements to Jewish law to make a point or analyze a problem; comparisons in judgements between Jewish law, Israeli law, and other legal systems; and in a few cases in which although according to positive law, there was no legal basis for doing so, the court has gone directly to the sources of Jewish law and founded its finding on the stand taken by it The quoting and discussion of Jewish law by Israel's judges are understandably the work of a minority of them, as a rule, since most of the bench lack requisite halakhic

---

<sup>28</sup> (1962) 33 Divrei Haknesset 1050.

knowledge and background in Jewish law - something we will return to a little later.

Many examples of judicial reference to sources of Jewish law could be brought<sup>29</sup>. I will just mention one example.

The facts in a criminal appeal were these. The appellant, who was driving a truck, knocked down a child two years old, breaking its arm. The child was taken to a hospital where the doctors found that the fracture was a closed one, so that the child's blood had not come into contact with the road, and, for this reason, saw no need to give an antitetanus injection; in fact, they held that it might have been dangerous to administer one. The child stayed under treatment, but in a few days the wound opened, whereupon the child was given antibiotics but no injection against tetanus. Eight days after the accident, he died.

In the District Court of Haifa, the appellant had been charged under Section 218 of the Criminal Code Ordinance of 1936<sup>30</sup>, which says: "Any person who by want of precaution or by any rash or careless act, not accounting to culpable negligence, unintentionally causes the death of another person, is guilty of misdemeanour and is liable to imprisonment for two years or to a fine of such and such a sum". The court held that the appellant had been negligent in driving the truck and that there was a causal connection between the accident and the child's death; he was found guilty, and appealed to the Supreme Court<sup>31</sup> which upheld the finding of the District Court but discussed in detail the sufficiency of causal connection between the act of negligence and the child's death; it accepted the premise that for the purpose of Section 218 of the Criminal Code Ordinance, the measure of liability is the same as that of civil liability in the law of torts.

---

<sup>29</sup> See the surveys which S. Meron Prepares for Dine Israel (in Hebrew) and now the surveys which appear in the English language Jewish Law Annual.

<sup>30</sup> Today section 304 of the Criminal Law, 1977.

<sup>31</sup> Cr. A. 47/56 Malka v. A.G. 10 P.D. 1543.

After reviewing English and American opinions as to causality, Justice Silberg wrote: "It appears to me that, if we really must search for and find a concise formula as a device against forgetfulness, then the most forceful one will be the talmudic formula.

"Beginning in negligence and ending an accident guilty as long as the accident occurs because of negligence". Justice Silberg also, in the context of the English law of causality, cited the famous *In re Polemis*<sup>32</sup> case, the leading one in English at the time which was later overruled<sup>33</sup>. The talmudic view, he felt, was similar to the principle in that case, where the decision was that, if a person was negligent and caused damage, he is responsible for all actual damage resulting from his conduct, even if he could not foresee the extent or type of it when committing his act of negligence.

Justice Silberg went on: "In trying, therefore, to bring the actual facts of this case within the rule of the *Polemis* case as we have defined them, it is necessary to find, and we do find, that all the conditions of the rule are fulfilled:

- (a) "beginning in negligence" namely, the appellant's negligent driving which, in any reasonable view, was calculated to run down and kill the child;
- (b) "ending in accident" - namely, the child's death from tetanus, something which even the expert doctors could not foresee; and
- (c) the accident happened because of negligence - for, but for the injury to the arm, there would have been no necrosis and no penetration of the tetanus germs, and the child would not have died."

In spite of the learned argument of principles enunciated in the *Polemis* case and the principles of Jewish law, which were shown to be similar to them, Justice Silberg did not adopt the rule in question, but the reasons why not, and the rule

---

<sup>32</sup> *Rey Polemis and Furness, Withy and Co. Ltd.* (1921) 3 K.B. 560.

<sup>33</sup> *Overseas Tankahip (U.K.) Ltd, v. Morts Pack and Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound)* (1961) A.C. 388.  
*Overseas Tankahip (U.K.) Ltd, v. Morts Pack and Engineering Co. Ltd. (The Wagon Mound)* (1961) A.C. 388.

he did in fact adopt, are beyond the scope of our discussion. The decision is an example of a judgement which used the verbiage of Jewish law referred to Jewish law to analyze a problem and drew a comparison between the Jewish and other systems of law.

But, for every decision of this kind, which cites and discusses Jewish law, there are at least 50 decisions which never mention the Jewish legal tradition. If one takes a good honest look today at the legal system of Israel in general, one must come to the conclusion that the hopes and prayers of many, just prior to the birth of the State and during its first few formative years, for the rebirth of Jewish law in the new legal system of Israel, have not materialized.

It is true that the struggle is still going on and the proponents of Jewish law have not yet surrendered unconditionally. Even today, there are those who are attempting to have Jewish law penetrate the Israeli legal system - but to my mind some of these attempts are just a waste of time. The incorporation into the legislation of the Knesset of a section of a law which is in accord with the position of Jewish law, does not further Jewish law very much. Why not? In many cases the dry wording of a law is not only in accord with Jewish law but also with American or German or French or English law, or of any other legal system. But it is not the flat phraseology of the statute which is the determining factor but it is the interpretation of the law and the sources of such Interpretation which are of importance. Even though the law— which is just a skeleton - is in accordance with some principle of Jewish law, It is the flesh and blood which are grafted to this skeleton by the judges, taken from England's King's Bench or Queen's Bench, which give the legal system its real content. And so, even though a section of a law, or even most sections of a specific Statute are drafted as though they were taken right out of the Shulhan Arokh this does not very much further the cause of Jewish law.

A good number of years ago the Israeli Knesset began to promulgate laws in the sphere of civil law which were intended to replace the Mejlle, which was the Ottoman civil code still the law of Israel, as well as the imported English



law<sup>34</sup>. In the Knesset, both in the introduction of these bills by the Ministers of Justice over the years and in the Knesset debates, it was solemnly stated, time and time again that a goodly number of these new laws are based on principles of Jewish law. Learned articles in the law journals were written, showing how this law or another one, had its roots in Jewish law<sup>35</sup>. After some of these bills became law, and some time was allowed to pass so that specific sections of the laws, and the laws themselves, were elaborated upon by Israel's Supreme Court, I made a study of the contents of these judgments. After going over scores of these decisions, I found that **not one of them** even alluded to Jewish law while interpreting these statutes. So what, then, if, for example some basic assertions of the **Surety Law** is in accordance with Jewish law - when the court's inclination is to refer to Israeli statutory law, English law or European civil law when elaborating of the law concerning sureties.

The reason for the situation we have just described can usually be found not in any especially negative attitude of the judges to the sources of Jewish law, but to their ignorance of that system of law. It is, of course, true, that there are those in Israel, including those who sit on the bench, who are opposed, in principle, to anything which even has a taint of religion to it - including Jewish law which is, of course, basically a religious law - in spite of its national character. But I am not referring to such people. If I am not mistaken in my judgment, those who do feel so are a small minority.

Before us is a vicious cycle from which it is extremely difficult to be set free. Today's Supreme Court Justices were educated and taught either in the English or European legal traditions, but I would venture a good guess that even if they

---

<sup>34</sup> . See D. Friedman, "Independent Development of Israeli Law" 10 (1975) Israel Law Review 515; G. Tedeschi, "The Law of Laws - Prolegomena to the Civil Code" 14 (1979) Israel Law Review 145.

<sup>35</sup> See especially the series (in Hebrew) put out in mimeograph form by the Ministry of Justice written by N. Rakover and S. Warhaftig comparing various bills and laws to their Jewish Law Counterparts. A good number of these presentations were later published as articles in law journals and journals dealing with Judaica.

were graduates of Israel's present law schools, the result would be the same. We cannot expect a drastic change when in the future justices who will be appointed will be graduates of Israel's law schools, whether it be the Hebrew University, Tel-Aviv University or Bar-Ilan University. Legal education in Israel's law schools today is geared to Israeli positive law which is **not** Jewish law. What Jewish law that is taught in these faculties is peripheral - and this is so even for the religious Bar-Ilan University. Furthermore, the great majority of students who begin law school have a very minimal background in the study of Talmud - with the exception, to a large extent, of those studying at Bar-Ilan. But one cannot point an accusing finger at Israel's law schools and their curriculum, because a faculty of law is first and foremost an institution whose purpose it is to teach the law that is the law of the land.

The judge who is appointed to this most prestigious role in society was trained in the secular law of the State and writes his judgments on the basis of his legal education and thus helps develop and enriches a legal system. In Israel there is no prerequisite that a judge must be knowledgeable in Jewish law in order to be appointed to this lofty position - not even if he is about to become a justice of the Supreme Court of Israel. The sad fact is that most judges are not knowledgeable. Therefore, even if the Knesset would pass a law instructing the judges to turn to Jewish law when they have to interpret a law, this would be an enactment which the majority of judges would not be able to fulfill.

Furthermore, even those few judges who have a positive attitude toward Jewish law and who are capable of enriching the legal system of Israel by incorporating Jewish law in their decisions, do not usually do so. The reason for this is, it seems, the difficulty in finding, with a minimum of effort, source material which is relevant to the case at hand, if a judge is faced with a specific question, he can, in a relatively short time, through use of different types of indices which are very well developed in most Western countries - especially in the United States with its West systems and Shepardizing, and he can easily find a long list of relevant judgments and other legal material having a direct bearing on his case. This

cannot be done with regard to Jewish law. If a judge does decide to turn to Jewish law sources, a good part of his time is wasted just in trying to find the sources relevant to the case at hand. The court cannot delay for too long a time the handing down of its decision - for there is hardly a greater injustice than justice delayed. Therefore it is not right to criticize those judges who are learned in Jewish law for not turning more often to those legal sources in their reasoned judgments. There is, however, room to believe, that this last problems will be alleviated in the not too distant future by the work going on at the Hebrew University's Institute for Research in Jewish law<sup>36</sup> and Bar-Ilan University's computer Responsa Project<sup>37</sup>.

But the question at hand goes much deeper and is problematical on a more basic level - that which directly concerns Jewish law and goes to the heart of things. Jewish law has been a living law for the Jewish people throughout its three thousand year history. The law developed with the times and Jews, wherever they were found, brought their disputes to a recognized Rabbinnic authority, be it a renowned scholar or a local Bet-Din, for a decision. The Jewish people felt, and rightly so, that they had their own legal system which was true and just and could and would answer their needs if they had to be litigants. But when the walls fell and the Jews traded judicial autonomy for Emancipation, parts of the law ceased to develop as it had done, naturally, over the years. The Jewish people had less and less recourse to the Jewish courts and Jewish law, and bringing a civil suit before a Bet Din became the exception and not the rule<sup>38</sup>. A legal system can develop and keep up with the times only if it is applied. A court must find a solution when a case is brought before it. But if the system is not in use, it

---

<sup>36</sup> See Research 1978, Activities published by the Authority for Research and Development, the Hebrew University, Jerusalem, 1980. 190.

<sup>37</sup> See Y. Chweka, M. Slatkoff, S.W. Spero: "A Computerised Retrieval System for the Response Literature Revisited" (1979) Proceedings of the Association of Orthodox, Jewish Scientists 19.

<sup>38</sup> M. Elon, "The Sources and Nature of Jewish Law and its Application in the State of Israel" Part II 3 (1968) Israel Law Review 119-126; M.Elson, The Principles of Jewish Law 33-35.

becomes rusty and can be frozen in the place it has stood. In many spheres of the law, there is a gap - a gap that has to be somehow breached by having the two ends - the past and the present - joined. In many cases the law stood still at the time of the great revolutions of our times - be they industrial, social, legal or other. Most of Jewish law has remained in its pre-Emancipation stage. To bridge this gap is a difficult but not an impossible task. But even some comparatively minor problems are obstacles in the way of having Jewish law presented as being also a modern legal system. These problems have to do with legal terminology and legal abstract thought. It is no secret that Jewish law is predominantly casuistic. Although there have, of course, been great men throughout the ages whose outstanding minds sought the general as against the particular, most of halakha, in the past as well as in the present, is content with the lack of systemization and with casuistry. Even the greatest of codifiers, the Rambam, did not make the leap from a casuistic formulation of the law to an analytic one. In the first mishna of the tract at Bava Kamma the four principles of tort are listed, the ox, the pit, mave - whose definition is debated in the Talmud, and fire. The Talmud then subdivides the ox into three different categories, tooth, horn and foot<sup>39</sup>. These seven physical objects which form the basis for an entire part of the law of torts - if not for all of the law of torts - are, of course, based on broad concepts when juridical analyzed. But, it is up to the lawyer, versed in Jewish law, to translate and transform these concepts into its broader - both juridical and linguistic - aspects.

Or, take as an example another offshoot of the analytic approach - systemization of the law. Again, the casuistic approach still reigns to the detriment of system and analysis. Maimonides in his classic code, has a section on the law of agency. Many basic problems of agency are discussed there, but when one reads through the chapters on agency one is struck with the fact that some fundamental questions are missing. For example, there is no mention of

---

<sup>39</sup> Talmud Bavli, Bava Kamma 2b.

the right of an agent to appoint a substitute agent. Didn't the halakha deal with this problem? If our answer is yes, why is it missing in Maimonides code? The answer to these questions is that the halakha did indeed deal with the question, but in the Talmud it happened to be brought up in connection with the granting of a divorce<sup>40</sup>. Therefore, true to the Talmud's casuistic manner, Maimonides put the law concerning a sub-agent in the book of Women in his code<sup>41</sup>. Maimonides was, of course, well aware of the fact that the question of a substitute agent is not exclusively concerned with an agent for divorce but is a basic question in the general law of agency, but because of his methodology which was true to the methodology of the halakhic system, then as it is now, the one and only place that this question is discussed, is in the book of Women. Today, every jurist would negate such an approach to law in general and to a code of law in particular. It is one of the tasks of the scholar of Mishpat Ivri to make this much needed shift in systemitization by analysis and arrangement so that all the relevant pieces of the law will be placed into their proper legal perspective.

For many it is as though the exact opposite of what משה רבינו told בני ישראל in his parting speech, has come to pass. With all of Israel gathered around to hear his final words, they were told: "For this law which I comm and you today is not hidden from thee, neither is it far off. It is not in heaven, that there shouldest say, who shall go up for us to heaven and bring it unto us, that we may hear it and do it? Neither is it beyond the sea, that thow shouldest say, who shall go over the sea for us, and bring it unto us, that we may hear it and do it?" "But to many today", as H. Cohen has so cogently stated "the law<sup>42</sup> is hidden and far away. To most jurists - it is a sealed book. What was to be very close to ones mouth and heart, is now a source of fear of the unknown."<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Talmud Bavli, Kidushin 41a; Gittin 29b.

<sup>41</sup> Rambam, Hilhot Gerushin Chap 7 halaha 4, 20-21,

<sup>42</sup> Deuteronomy 30: 11-14.

<sup>43</sup> H. Cohn, "Prolegomena to the Theory and History of Jewish Law" in Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Paund, Indianapolis, 1963 44 at 81.

There is, however, a completely different outlook as to the manner in which Jewish law will be further developed. According to this view, it is through the Rabbinical courts that Jewish law will continue with its creativity. But, in spite of a few enlightening judgments of Israel's rabbinical courts on topics other than personal status and family law, where they sat technically as arbitration tribunal. Only a very small amount of litigation outside of domestic affairs reaches the court. Here too we are in the grips of a vicious circle. Jewish law does not keep up with the changing times because potential litigants do not turn to the Rabbinical Courts because they think - rightly, to some extent - that the Rabbinical Courts are not up to the times and that the Rabbinical judges are not expert in what is happening in a modern developing society and economy. It is not only the law which is sublimely attacked, but the judge as well<sup>44</sup>.

Perhaps it is our good luck that in 1948 the Israeli legal system was not proclaimed to be based on Jewish law. We were not really ready for it then and even today, with all the advances that have been made in Jewish law, which I have hardly touched on in this article, we are still not prepared for the imposition of Jewish law as the law of the State. Just as political Zionism had to wait for the proper historical setting for it to succeed, which included such diverse circumstances as nationalism, anti-semitism, World War II and finally the Holocaust, so the transformation of the present Israeli legal system into one which is wholly or even predominantly based on Jewish law, must too await its proper historical setting for its fruition. I am not a prophet and cannot tell when that will come about, or how. But those of us engaged in the pursuit of Jewish law must constantly repeat to ourselves the dictum of Rabbi Tarfon<sup>45</sup>: "It is not

---

<sup>44</sup> See S. Shilo "On the Status of Jewish Law in the Law of the State" (in Hebrew) (1974) *Dine Israel* 255.

<sup>45</sup> Talaudic Scholar (tanna), first century.

incumbent upon you to complete the work, but you are not free to resign yourself from doing it"<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Avot 1: 16 .

## Jewish Law and Israel's Legal System

### The Case for and Against the Incorporation of Jewish Law into Israel's Legal System

At the outset I want to make it clear that when discussing the topic of Jewish law in the Israeli Legal system I am not talking about the specific niche of the law which is governed by halakha in Israel-marriage and divorce - but about Jewish law in its complete grandeur as a legal system, that vast realm of law which determines the relationship of man with his fellow man and with the society which surrounds him.

A little over 30 years ago the Knesset passed a law known as the Foundations of the Law statute. After arriving at a compromise between religious and secular, a compromise no one was at all thrilled about, it said: "If the court has before it a legal question to be decided and cannot find an answer in legislation, case law or by way of analogy, the court will decide it in light of principles of freedom, justice, equity and peace embodied in the Jewish tradition." One could give a whole lecture - or perhaps a lecture series - on this one section of the law, but, of course, this is not our purpose. We should keep in mind that, one: there is no specific reference to Jewish law - only to the very vague phrase "the Jewish tradition"; two: that even if a judge does turn to Jewish law as being part of the Jewish tradition he cannot apply it in general in the case before him but only apply what, as the law states, is based on "principles of freedom, justice, equity and peace"- whatever this means, and thirdly - he will almost never get to apply Jewish law because this can be done only after the judge cannot find an answer either in legislation, case law and analogy. In other words, analogy takes precedence over the lofty principles of the Jewish tradition - and it is a very poor judge who will not be able to decide a case before him by way of analogy to



other laws and precedents found in the Israeli legal system. During the years since the promulgation of this law, the judicial fruits of this piece of legislation did not, on the whole, stimulate the incorporation of Jewish law in the decisions of the courts. The law has failed as an impetus for the incorporation of Jewish law into the legal system of Israel.

Perhaps Israel now has a new vessel for incorporating Jewish law as part of its legal system, I am referring to section one of the Basic Law: the Dignity of Man and his Freedom. Section 1a of the law reads: "The purpose of this Basic Law is to protect the dignity of man and his freedom, so as to anchor in a Basic Law the values of the State of Israel as a Jewish and democratic state." This reference to Israel being a Jewish state in a basic law, a law which is quasi-constitutional in that all laws have to be in accord with the principles enunciated in this Basic Law, theoretically could have a great influence on the inculcation of Jewish legal ideas into the Israeli legal system. However, the past has repeated itself. From what has so far been decided in Israel's courts it is clear that the judiciary pays very little serious attention to the legislator's words - which were added to the law on behest of the religious parties in the Knesset as a condition for their voting in favor of the bill. It seems that the value of Israel's being a democratic state, the second value mentioned in the section, almost completely overshadows the Jewish value mentioned first.

No better expression of the culturally committed Jew's view about Jewish law can be found than a decision of Justice Agranat - former President of Israel's Supreme Court. Justice Agranat - who was personally not an Orthodox Jew - wrote: "The very moment that we admit - as we are obliged to admit - the continued existence of the Jews in all generations and in all lands of their dispersion, as a separate people, we must test the nature of Jewish law by the historic relationship of the Jewish people to this law. We shall then conclude that the Jewish people indeed treated Jewish law throughout their existence and their dispersion, as their special property, as part of the treasure of their culture. It

follows that this law served in the past as the national law of the Jews, and even today possesses this national character in respect of wherever they may be."

In fact, Jewish law has had its impact - even if not too strong an impact - on the Israeli legal system both in legislation and in the decisions of the courts. But, for every decision which cites and discusses the Jewish tradition, there are at least one hundred decisions which never mention the Jewish legal tradition. If one takes a good honest look today at the legal system of Israel in general, one must come to the conclusion that the hopes and prayers of many, just prior to the birth of the State and during its first few formative years, for the rebirth of Jewish law in the new legal system of Israel, have not materialized.

It is true that the struggle is still going on and the proponents of Jewish law have not yet surrendered unconditionally. Even today, there are those who are attempting to have Jewish law penetrate the Israeli legal system - but to my mind some of these attempts are just a waste of time. The incorporation into the legislation of the Knesset of a section of the law which is in accord with the position of Jewish law, does not further their endeavors very much. Why not, you may ask? In many cases the dry wording of a law is not only in accord with Jewish law but also in accord with American or German or French or English law, or of any other legal system. But it is not the flat phraseology of the statute which is the determining factor but it is the interpretation of the law and the sources of such interpretation which are of importance. Even though the law - which is a skeleton - is in accordance with some principle of Jewish law, it is the flesh and blood which are grafted to this skeleton by the judges taken for example from England's King's Bench or Queen's Bench, which gives the legal system its real content. And so, even though a section of a law, or even most sections of a specific statute are drafted as though they were taken right out of the Shulhan Arukh - the code of Jewish law - this does not very much further the cause of Jewish law.

In the 1960s the Israeli Knesset began to promulgate laws in the sphere of civil law which were intended to replace the Mejele which was the Ottoman civil code

then still in force in Israel. In the Knesset, both in the introduction of these bills by the Ministers of Justice over the years and in the Knesset debates, it was solemnly stated, time and time again that a good number of these laws are based on principles of Jewish law. Learned articles in the law journals were written showing how this law or another one, has its roots in Jewish law. After some of these bills became law, and some time was allowed to pass so that specific sections of the laws, and the laws themselves, were elaborated upon by Israel's Supreme Court, I made a study of the contents of these judgments. After going over scores of these decisions, I found that not one of them even alluded to Jewish law while interpreting these statutes. So what, then, if some basic assumptions of the law are in accordance with Jewish law, when the court's inclination is to refer to Israeli statutory law, English law or European continental law when elaborating on these laws.

One reason for this situation I have just described can usually be found not in any especially negative attitude of the judges to the Jewish law sources, but to their ignorance of that system of law.

Before us is a vicious cycle from which it is extremely difficult to be set free. Legal education in Israel's law schools today is geared to Israeli positive law which is not Jewish law. What Jewish law that is taught in these faculties is peripheral. Furthermore, the great majority of students who begin law school have a very minimal background in the study of Talmud. But one cannot point an accusing finger at Israel's law schools and their curriculum, because a law school is first and foremost an institution whose purpose it is to teach the law that is the law of the land.

The judge who is appointed to this most prestigious role in society was trained in the secular law of the state and writes his judgments on the basis of his legal education and thus helps develop a legal system. In Israel there is no prerequisite that a judge must be knowledgeable in Jewish law in order to be appointed to this lofty position - not even if he is about to become a justice of the Supreme Court of Israel. Therefore even if the Knesset would pass a law instructing the

judges to turn to Jewish law when they have to interpret a law, this would be an enactment which the majority of judges would not be able to fulfill.

But the question at hand goes much deeper and is problematic on a more basic level - that which directly concerns Jewish law and goes to the heart of things. As all of us know, Jewish law has been a living law for the Jewish people throughout its three thousand year history. The law developed with the times and Jews, wherever they were found, brought their disputes to a recognized Rabbinical authority, be it a renowned scholar or a local religious court, for a decision. The Jewish people felt, and rightly so, that they had their own legal system which was capable of coping with the legal questions that arose and was fair and just. But when the ghetto walls fell and the Jews traded judicial autonomy for Emancipation, parts of the law ceased to develop as it had done, naturally, over the years. The Jewish people had less and less recourse to the Jewish courts and Jewish law. The bringing of a civil suit before a Jewish court became the exception and not the rule. A legal system can develop and keep up with the times only if it is applied. A court must find a solution when a case is brought before it. But if the system is not in use, it becomes rusty and can be frozen in the place it has stood. In many spheres of the law there is a gap, a gap that has to be somehow breached by having the two ends, the past and the present, joined. In many cases the law stood still at the time of the great revolutions over the past two centuries - be they industrial, social, legal or other. Most of Jewish law has remained in its pre- Emancipation stage. To bridge this gap is a difficult but hopefully not an impossible task.

The general public feels, and in many instances rightfully, that Jewish law does not have solutions to contemporary problems. In other words, Jewish law is irrelevant for them.

What has also turned the public sour on Jewish law is the negative image of the Rabbinical courts in Israel who have exclusive jurisdiction on matters of marriage and divorce. The continuing plight of women who are chained to their husbands and cannot receive a get from them is constantly in the news and this

injustice has angered many people. When there are clashes between the Rabbinical court and the civil court, the public usually sides with the civil court. A good example of this is the judgment of Israel's Supreme Court that not only in civil courts but in rabbinical courts as well, when a couple divorces all property should be divided equally. The religious establishment vociferously attacked the judgment since according to the prevailing view Jewish law holds otherwise. All this does not foster an atmosphere favorable to expanding the role and influence of Jewish law.

In spite of all this the idea that Jewish law is capable of giving acceptable answers to the questions arising in today's society has been claimed over and over again. A comparatively recent example of this is found in the preface to a book written by Rabbi Israel Grossman a former head of several Hassidic yeshivot in Israel and served for many years as a judge in the rabbinical court of Agudat Yisrael in Jerusalem. Rabbi Grossman writes:

"My heart is heavy when I see the increasing inroads of secular law, even in the apartment buildings of the ultra-orthodox...who are the strongholds of God and his Torah...All contracts between the [building] companies and the residents are written according to...secular law...and it does not occur to the ultra-orthodox contractors and the ultra-orthodox residents that they should write their contracts and [housing] regulations according to the law of our holy Torah. My heart aches that the maid-servant [civil law] has replaced her mistress [Jewish law], as if, Heaven forbid, Israel [the Jewish nation] has no Torah.... For in truth there is no question or problem that cannot be solved according to the Shulhan Arukh."

How serious and honest are such claims? 38 years ago, when I was somewhat younger, idealistic and maybe more optimistic about Jewish law in the State of Israel I had my doubts about the feasibility of Jewish law's being able to regulate a dynamic modern society. I challenged the vociferous proponents as one may say in slang - put your money where your mouth is. I asked - would the Mizrahi building company, Mishhav, or the Mizrahi Bank agree that all their disputes and adjudications take place in a Rabbinical court according to Jewish law?

~~~~~

Would the National Religious party make it incumbent on all its members to sign an arbitration agreement that when one member wants to sue another member he will turn only to the Rabbinical court and accept judgment according to Jewish law? Of course we all know the answers to these questions. As we say - again in slang - talk is cheap.

I think that the words of another prominent rabbi, Rabbi Yisrael Rosen, who among other positions is also the founder and head of the Zomet institute in Israel, are closer to the truth. Rabbi Rosen is known for his outspokenness; his no holds barred views are sometimes too strong to digest. Although he may be somewhat exaggerating, his position is to my mind closer to the truth than that of Rabbi Grossman. Rabbi Rosen writes:

"Today, studying tractates Baba Kama and Baba Metzia [which deal with monetary matter] is like studying tractates Zevahim and Menahot [which deal with laws pertaining to the Temple], with the exception that Zevahim at least will be relevant when the Messiah arrives, whereas it is doubtful whether Baba Metzia will be relevant after the Messiah arrives."

To conclude, my personal approach about advocating more Jewish law is not to try to flood Israeli law with Jewish law. I do not want the courts to write flowery sections in their judgments with sources from Jewish law which are not directly relevant to the case before them. On the other hand there should be an attempt to incorporate Jewish law into the legal system when one can honestly say that Jewish law's solution to a specific problem is better than the one given by civil law. For example, one could argue that the rights of a widow in her matrimonial home in Jewish law - where the widow may remain in the home for life or until she remarries - is preferable to current Israeli law where she can be evicted from the home.

Another example is the attitude of Jewish law to the legal principle of abuse of rights - in Hebrew terminology - kofin al midat S'dom - one can be coerced not to act in the manner of the people of Sodom. Although both Jewish law and secular civil law accept the idea behind these two phrases, that is one should

manifest his legal rights in a manner not harmful to another even though he is acting within the letter of the law. Jewish law extends this axiom to a greater extent than the civil law and arrives at more equitable solutions than does the secular civil law. Here I would try to influence Israeli jurists, legislators and judges to turn to our own Jewish sources for guidance.

Perhaps it is our good luck that in 1948 the Israeli legal system was not proclaimed to be based on Jewish law. The law was not ready for us then and even today, with all the advances that have been made in Jewish law - which could and should be a topic for another lecture - Jewish law is still not ready to become the law of the land, or even predominantly so.

על ספרות השו"ת וארבע סוגיות הלכתיות

הערת העורכים:

בעזבונו של שמואל שילה מצאנו את המאמר הבא: "ספרות השו"ת באזורי פולין-רוסיה במאה הי"ט ועד השואה". מאמר זה נכתב כפרק מקדים לשני פרקים נוספים, המהווים מאמרים בפני עצמם, שנכתבו על ידי המחבר, והם: "המלחמה ברפורמה בתשובות חכמי פולין ורוסיה במאה הי"ט", פורסם בדיני ישראל, כ – כ"א, (תש"ס – תשס"א) עמ' 419 – 433, וכן בקובץ מאמריו של המחבר: דין מוסר ויושר במשפט העברי, ברכיהו ליפשיץ, גדעון ליבזון ומרגלית שילה, עורכים, ירושלים, 2006, עמ' 325 – 339. ובנוסף לכך, הפרק: "התייחסות לארץ ישראל, יושביה וההתיישבות החדשה בה בתשובות חכמי פולין ורוסיה במאה ה-19" שמובא כמאמר בפני עצמו בקובץ הזה אחרי מאמר זה.

על ספרות השו"ת באזורי פולין־רוסיה במאה הי"ט ועד לשואה

המחקר אודות אחרוני האחרונים שמושבם היה בפולין וברוסיה, מהמאה הי"ט ועד פרוץ מלחמת העולם השנייה הינו בראשית דרכו. ברשותנו אוסף עצום של שאלות ותשובות מפרי עטם של חכמי פולין ורוסיה. יש מבין החכמים שנדון בהם שהשאירו גם פירות ספרותיים אחרים, אך קובצי השו"ת הם, לרוב, תרומתם הספרותית העיקרית. מתחילה סברנו שנדון גם בספרות השו"ת של המאה ה-18 אולם התברר שכמות החומר דלה וחשיבותה מועטת. כנראה שחכמי פולין טרם התאוששו במאה הי"ח מגזירות ת"ח ות"ט. אין משיב אחד חשוב באמת במאה ה-18 בפולין או ברוסיה. גם כעבור למעלה ממאה שנה, גזירת ת"ח ת"ט עוד נתנו את אותותיהן. בדור של רבי יהונתן אייבשיץ, הרב יעקב עמדין ומעל לכולם הרב יחזקאל לנדא בעל שו"ת נודע ביהודה, שפעלו מחוץ לפולין, חכמי פולין מתחווים שבעתיים. כמה מבין גדולי המאה, כגון רבי יהונתן אייבשיץ, נולדו בפולין אבל הגרו משם ותורתם בקעה ממקומות אחרים. ראיה נוספת, לדעתי למקומם המשני של חכמי פולין במאה ה-18

היא: הגט מקליבה. המעיין ברשימת הרבנים אליהם פנו בנדון, מראה בעליל שכמעט ואין פנייה לרבנים מפולין. הפנייה היחידה לא היתה פנייה לרב מסויים אלא לקבוצת חכמים, תלמידי חכמים מהקלויז בברודי⁴⁷. לו היו בפולין בעת זו חכמי הלכה המקובלים בעולם התורני כבעלי שיעור קומה "בינלאומי", אין ספק שהיו פונים גם אליהם. לדעתי, הערכתם של חוקרים מסויימים כי פולין במאה ה"ח היתה, שוב, למרכז תורה חשוב, לא תואמת את העולה מספרי השו"ת⁴⁸.

קצרה כאן היריעה מדיון מעמיק נרחב בכל ההיבטים של פעילותם הענפה של רבני פולין ורוסיה החל מראשית המאה ה"ט. הדרך שבה נקטתי היא עיון בקובצי תשובותיהם של שלושים מגדולי ישראל מאותה תקופה⁴⁹. נייחד את דברינו לשלושה עניינים: א. ראיית אישיותם ודרכי פסיקתם של המשיבים; ב. מלחמתם בתנועת הרפורמה; ג. גישתם לשאלת השיבה לארץ ישראל. שני נושאים אחרונים אלה הם מהנושאים המרכזיים בחיי העם היהודי במאה הקודמת ובמאה הנוכחית.

אישיותם ודרכי פסיקתם

המעין בתשובות אלו, לאלפיהן, יווכח לדעת שבדרך כלל אין להן קו אופי ייחודי בולט ודרכי כתיבתם של משיבים אלה תואמת את דרכם של משיבים אחרים בכל רחבי מזרח אירופה באותה תקופה. ניתן, בדרך כלל, להבחין בין תשובותיהם

⁴⁷ ראה ספר אור הישר (אמשטרדם, תקכ"ט).

⁴⁸ ראה, למשל מ. רוסמן, דימויו של בית ישראל בפולין כמרכז תורה אחרי גזירות ת"ח-ת"ט, ציון כרך נא (תשמ"ו) 435.

⁴⁹ שלושים חכמי ההלכה שבתשובותיהם נדון הם אלה: אליהו ב"ר יחזקאל ב"ר אביגדור מרגליות (מאה 18 שו"ת הר הכרמל); אפרים זלמן מרגליות (1760-1828 שו"ת בית אפרים); יעקב משולם ב"ר מרדכי זאב אורנשטיין (1775-1839 שו"ת ישועות יעקב); צבי הירש חיות (1805-1855 שו"ת מהר"צ חיות); מרדכי זאב איטינגא (1804-1863 שו"ת מאמר מרדכי); יצחק מאיר ב"ר ישראל אלטר מגור (1789-1866 שו"ת הרי"מ); מנחם מנדל שניאורסון מלובאביץ (1789-1866 שו"ת צמח צדק); שלמה קלוגער (1785-1869 שו"ת טוב טעם ודעת, שו"ת האלף לך שלמה ועוד); יוסף שאול נתנזון (1810-1875 שו"ת שואל ומשיב); חיים הלברשטאם (1793-1876 שו"ת דברי חיים); דוד דב ב"ר אריה יהודה יעקב מייזלש (1814-1876 שו"ת הרד"ד); יצחק אהרן ב"ר מרדכי זאב איטינגא (1827-1891 שו"ת מהרי"א הלוי); נפתלי צבי יהודה ברלין (1817-1893 שו"ת משיב דבר); ישראל יהושע טרונק מקוטנא (1820-1893 שו"ת ישועות מלכו); יצחק אלחנן ב"ר ישראל אשר ספקטור (1817-1896 שו"ת עין יצחק); שמואל מוהליבר (1824-1898 שו"ת ר' שמואל מוהליבר); יצחק יהודה שמעלקיש (1828-1906 שו"ת בית יצחק); אריה ליב ב"ר יצחק הורוויץ (1847-1909 שו"ת הרי בשמים); אברהם ב"ר זאב נחוץ בורנשטיין מסוכאטשאב (1839-1910 שו"ת אבני נזר); שלום מרדכי ב"ר משה שוודרון (1835-1911 שו"ת מהרש"ם); צבי אלימלך ב"ר דוד שפירא מבלוזשאוב (1843-1924 שו"ת צבי לצדיק); מאיר אריק (1855-1926 שו"ת אמרי יושר); אברהם מנחם הלוי שטיינברג (1847-1928 שו"ת מחזה אברהם); צבי אריי יהודה יעקב ב"ר דוד דב מייזלש (?);

יעקב); יהודה מאיר שפירא (1887-1934 שו"ת אור המאיר); שמואל ענגיל (1853-1935, שו"ת מהר"ש ענגיל); יוסף ראזין (1858-1936 שו"ת צפנת פענח); חיים עוזר גראדזענסקי (1963-1940 שו"ת אחיעזר); דוב בעריש ווידענפעלד מטשאבין (1881-1965 שו"ת דובב מישרים); יעקב אביגדור (1896-1968 שו"ת אביר יעקב) בחירת משיבים אלה מבוססת בעיקר על הערכת מנחם אלון (בספרו המשפט העברי (ירושלים תשל"ג) בנספח ג') של ספרי השו"ת הידועים ביותר ורשימה דומה המופיעה באנציקלופדיה יודאיקה בערך Responsa.

הארוכות ולפעמים גם הסבוכות של המשיבים הנדונים, לבין תשובותיהם הקצרות יחסית של חכמי מערב אירופה, במיוחד חכמי גרמניה. ואולם, אין סטיות משמעותיות בין משיבים אלה בני המאות ה-19 וה-20 לבין קודמיהם האחרונים. מי שבקיא בגוונים השונים של משיבים מסויימים יוכל אולי לזהות משיב זה או אחר אף מבלי שיראה מי חתום על התשובה. אך בדרך כלל השמרנות והמסורתיות הן התכונות הבולטות ביותר בכל הנוגע לסגנון ולגישה של המשיבים. היוצא מן הכלל שאיננו בא ללמד על הכלל כולו הינו הרב יוסף ראזין הרוגצ'ובי. הרוגצ'ובי היה מיוחד ביותר בגישתו ובסגנונו. תשובותיו שונות לחלוטין בדרך כתיבתן מתשובותיהן של כל המשיבים האחרים הן בדורו - והן בדורות אחרים.

אין בדברינו לעיל כדי לטשטש את העובדה שלחכמי ההלכה השונים היו השקפות עולם שונות, נטיות שונות בדרך פסיקתם, קווי אישיות שונים, חנוך שונה וכדומה. כל אלה השפיעו על גישתם ההלכתית ועל פסקיהם. לא הרי הרב שלמה קלוגר הקפדן כהרי הרב נפתלי צבי יהודה ברלין הנינוח ורודף השלום. יש ויש מקום להשוואה בין הפוסקים ולהדגשת המבדיל ביניהם. דרך ההסתכלות והעיון בתשובות המשיבים השונים אפשר ללמוד על מעמדם, אישיותם, דרכי פסיקתם, נטייתם לקולא או וחומרא, מדיניותם ההלכתית, המקורות ששמשו יתד לפסק דינם, יחסיהם בינם לבין עצמם ועוד פרטים שונים. נשתדל להאיר חלק מהדברים הללו. עם זאת יש להדגיש שאין לראות במשיבים שחיו בפולין וברוסיה במאתיים השנים האחרונות חטיבה מיוחדת בעלת ג'אנר חדש ומיוחד, ואף אין לראותם כמהפכנים הלכתיים, או ספרותיים. ניתן לראות דווקא בכך את גדולתם ואת ההסבר לכך שהתקבלו כפוסקים מוסמכים ומקובלים.

הרב אפרים זלמן מרגליות הוא היחיד שחי את רוב שנותיו עוד במאה הי"ח, וניתן לראות בו את החכם הראשון בזמן, בין המשיבים שנדון בהם. ראוייה לציון גם העובדה שמצבו הכלכלי היה כנראה הטוב ביותר בין כל 30 חכמי ההלכה שבסקירתנו. הוא היה איש עסקים מוצלח ועשיר. תוך כדי לימוד תורה בהתמדה רבה, הוא עסק בקנה מידה בינלאומי בסחר אלמוגים והקים בתי מסחר גדולים בברודי ובווינא, וכן סניפים נוספים בערים שונות. הוא מינה אחרים על מנת שינהלו את עסקיו, ולכן יכול היה להתפנות ולהקדיש את רוב זמנו ללימוד⁵⁰. יש לשער שמעמדו ועושרו הרב

⁵⁰ ראה בערכו אצל מ.ו. ונדר מאורי גליציה; אנציקלופדיה לחכמי גליציה (ירושלים תשל"ח-תשמ"ו).

השפיעו על הערכתו העצמית ונתנו את אותותיהם בגישתו לשאלות מסויימות. ראוי גם לציין כי נהג לחבר שירים בהקדמה לספריו כפי שנהגו חלק מקודמיו החכמים וכנראה שהיה מאחרוני המחברים שבפולין-רוסיה שנהגו כן. מעיון בשיר שכתב בהקדמה לחלק אורח חיים של תשובותיו⁵¹. ניתן לראות בבירור את הערכתו העצמית:

"...ובעזה"י בחכמי בניתי ביתי (הכוונה לספרו "בית אפרים") יגעתי ומצאתי כי מלא כל טוב ומאומה לא חסר, רבים וגדולים בחכמה ובמנין ובידם אמת הקנין הם העידו שבחו והודו כי זכו לאורו כי בו ימצא איש די מחסורו אשר יחסר לו בהוראה הצריכה לשעתו ודבר רעתו ובעזה"י נתפשט בקצות הארץ. וזכיתי כי הגיעני אגרות ממדינות רחוקות אשר שלחו ידם בשלומי מברכות פיהם ברכוני ובשפתם כבדוני על הטובה אשר עשיתי וענו ואמרו כי נמנו וגמרו כי הלכות קבועות הם. וכן הגיעני מכתב מעיר גדולה לאלקים חכמים וסופרים שמיום הגיע ספרי לשם מחתכין ההלכות על פיו... קבעוהו עליהם חובה להגות בו עד שהוא שגור בפייהם..."

הרב מרגליות היה הכח הפועל מאחורי מינויו של מהרש"ק כמ"מ וראב"ד בברודי, עיר מגוריו של רבי אפרים. הרב שלמה קלוגר היה חכם הלכה כלבבו. הרב קלוגר, כרב מרגליות, הכיר ביכולתו האינטלקטואלית ולפעמים גם נתן לכך ביטוי מפורש בכתביו. עם זאת ניתן להבחין גם בענוותנותו המשתקפת לפעמים מכתביו⁵². מוצאם של שני גדולים אלה היה שונה בתכלית. הרב אפרים מרגליות סימל את איש ההלכה שגדל בתוך עושר, ואילו הרב קלוגר הוא הדוגמה המובהקת לביטוי: 'הזהרו בבני עניים שמהם תצא תורה'. הוא גדל בעוני ומצב זה השפיע עליו כל חייו. בצוואתו ביקש שיקברו אותו בין עניים⁵³. יתכן שהסיבה העיקרית למלחמתו העיקשת נגד הכשרתן של מצות לפסח שנאפו על ידי מכונה נבעה מחששו לקיפוח פרנסתם של עניים⁵⁴. גם ההיתר שנתן למצות שנאפו לפני פסח בקטניות מבוסס על דאגתו לעניים⁵⁵. מהרש"ק לחם כארי על דעותיו, והיה מוקד למריבות רבות. נסיעתו

⁵¹ הקדמה לשו"ת בית אפרים, חלק או"ח.

⁵² ראה בהקדמותיו לספרי השו"ת שלו.

⁵³ ראה ח.ר. ראבינוביץ, רבי שלמה, קלוגר סיני כרך סד (תשכ"ט) רפח.

⁵⁴ ראה מודעא לבית ישראל - חוות דעת האוסרים; ביטול מודעא - חוות דעת המתירים.

⁵⁵ ש.י. זיון המועדים בהלכה (ת"א תשי"ז) 247-248; י.ז. כהנא מחקרים בספרות התשובות, ירושלים תש"י, 189-181.

S. Freehof, The Responsa Literature, (Philadelphia, 1955); 430

L. Jacobs, A Tree of Life, Diversity, Flexibility and Creativity in Jewish Law, (Oxford, 1984)

170-172, 179-180.

⁵⁵ ראה פתחי שערים לשו"ת טוב טעם ודעת ד"ה אמר (ג) וההמשך שם.

לברדיצ'ב ופסילת שחיטת השוחט שם עוררו פולמוס גדול, וכבר כתבו על כך אחרים⁵⁶. גם בדיוני ביחס לרפורמה כפי שהראיתי במקום אחר וכן בתשונותיו לגבי ארץ ישראל נראה את השתקפות אישיותו. למרות נטייתו להחמיר, הוא מפתיע לעתים בגישה "ליברלית", כפי שעשה בנוגע לשאלת גיור לשם אישות⁵⁷.

הרב שלמה קלוגר היה מודע היטב לאישיותו התוססת ולנטייתו לריב ומדון והוא אף הודה בכך מספר פעמים בקבצי תשובותיו. כנראה שלקראת סוף ימיו שינה את גישתו. במקום אחד כותב הרב שלמה קלוגר "…ובודאי היה ראוי לאוסרם אך זה ערך ב' שנים קבלתי עלי שלא אהי' באיסור איזה איש ומכ"ש להתירו מכמה טעמים הידועים אצלי ואיני מתערב בין מחלוקת השו"ב [השוחטים ובודקים] הצועקים אלי..."⁵⁸. סביר להניח שהחלטתו באה עקב הפולמוס בנוגע לשוחט מברדיצ'ב. אולם, המהרש"ק לא יכל להתאפק וחיווה בכל זאת את דעתו, בטענו שהשאלה נוגעת לעיר בערזאן שהיה גר בה מקודם ועל כן שיגר אזהרה לשוחט ובודק שם. כנראה שטענתו כי כשמדובר בעיר שהיה קשור אליה הוא חייב להגיב, היתה אמתלה בלבד. ענין דומה אפשר לראות בתשובה אחרת, לאב בית הדין "בק"ק פאקשאן במדינת וואלח...". שנגעה למינוי של שליח ציבור. היה [פגם] בהתנהגותו של שליח ציבור, והשאלה היתה אם יש למנוע ממנו מלשמש כשליח ציבור. התשובה נכתבה קרוב מאד לזמן כתיבת התשובה בנוגע לשוחט ובודק שהזכרנו, והרב קלוגר חזר על דברים שהבאנו בתשובה הקודמת: "זה ערך איזה שנים שקבלתי עלי בלי לצאת למלחמת חובה להיות באיסור איש או בהיתר איש מכמה טעמים לכך איני תוקע עצמי בדבר הלכה בזה להיות כגוזר ואומר". ובכל זאת הוא המשיך וכתב: "אך מ"מ להמלט לגמרי מזה א"א ואני אומר דרך עצה טובה שראוי להעבירו מהיות ש"ץ..."⁵⁹. ברור ש"עצה טובה" זו איננו אלא מסווה לפסק, דבר שקבל על עצמו לא לעשות בנסיבות כאלה.

דברים ברורים עוד יותר אנו מוצאים בתשובה אחרת שלו. ואלו דבריו: "בנדון המחלוקת שבין הרבנים ידי אל תהי בו ולא אתערב בזה כי הנה הן אמת שהימים הראשונים היו טובים מאלה. כי בילדותי או בשנים האמצעים הייתי אוהב להיות ניצב לריב ולהנקם ע"ד אמת ואף שידעתי שיהי' מעיזים להיפך... ולא חשתי על כבודי כי

⁵⁶ ראה Freehof לעיל הערה 8, 177-181; י.א. קלוגר, תולדות שלמה (ירושלים תשט"ז) פג.
⁵⁷ ראה: S. Shilo, Halakhic Leniency in Modern Response Regarding Conversion 353, 359, 357 at 357, 359, 22 *Israel Law Review* (1988) ולהלן בטקסט הערה 33.
⁵⁸ קנאת סופרים, השמטות לנדרי זריזין סי' כה.
⁵⁹ שם, סי' כד.

הי' לי כח לסבול ולעמוד בפרץ. אבל עתה לעת זקנתי אין לי כח לצאת במלחמת חובה ולקבל עלי דברי נרגן ומהלומה...” והמהרש"ק ממשיך ומסביר בדרך הלצית במקצת שתפקיד הנלחם לדברי ה' היה מוטל על שבט לוי אולם נקבע בתורה שהם מפסיקים את פעולתם בגיל חמישים. "ואם בבן חמישים אמרה התורה כן מל"ש במי שהוא תה"ל יותר מזה והנה אם כי זה דרך הלציי מ"מ י"ל דבאמת הוי כן". וכן, להצדיק את עצמו, מהרש"ק מביא ראיות מהתלמוד שלפעמים זקן פטור ממצוות מסוימות וחסים במיוחד על כבודו. על סמך דברים אלה, הוא כותב "אני מלמד זכות עלי והלואי שיהי' עלי מלמדים זכות למעלה כן. לכן ידע שאני לא אתערב בזה. יבוא בעל הכרם ויכלה את קוציו"⁶⁰. לא ידוע באיזה גיל היה כשכתב תשובה זו. אולם גילו בעת כתיבת שתי התשובות הקודמות שהזכרנו, היה שבעים ושלוש⁶¹.

יוסף שאול הלוי נתנזון, בר הפלוגתא הגדול של מהרש"ק בכמה וכמה עניינים, ראה את ייחוסו לשבט לוי כמצביע על ייעודו. באחת מהקדמותיו לאחד מכרכי תשובותיו הוא מזכיר את חכמי ההלכה האחרונים שהיו כהנים או לויים ושהפכו לפרשנים המובהקים של השולחן ערוך, הלא הם הסמ"ע, הש"ך, הט"ז, המגן אברהם, קצות החושן ועוד. מאחר שאף הוא משבט לוי, הוא הולך בעקבותיהם. הוא הצהיר כי הוא מקווה "לא לקנטר ולא להכעיס". לפני הוצאת תשובותיו לאור הוא "צינזר" הוסיף וגרע במידת מה: למשל, כשכתב את תשובותיו לא תמיד כתב את תארי הכבוד של השואלים, בגלל מהירות הכתיבה, ועתה עם כינוס התשובות הוא מוסיף אותם. הוא אף ציין כי חלק מהשואלים הפכו מאז השאלה המקורית לגדולים ו חשובים ויש להצביע על כך עתה. במקרים אחרים הוא השמיט דברי כעס: "גם לפעמים רתיחת הבחרות הניאתני לדבר דברי קנטורים וכעת מחקתי הדברים. ואולי עוד ימצאו אשר לא תקנתי אבקש מחילה מאתם כי לא במרד ומעל היא וחלילה להקל בכבוד אדם... שמות אנשים מחקתי למען לא יהיו לבוז חלילה"⁶².

ומן הכלל אל הפרט: כמה דוגמאות מספרות השו"ת המדגימות את אישיותם ובמיוחד את דרכי פסיקתם של גדולים אלה. אין עוד משיב מבין ראשי החסידות שכבדוהו כולם, כולל מתנגדים מובהקים, מאשר את רבי חיים מצאנז. בעל דברי חיים היה מוכר כאחד מגדולי הדור ופנו אליו רבנים וגדולי תורה ממקומות רבים. באישיותו

⁶⁰ האלף לך שלמה רנד.

⁶¹ מהרש"ק נפטר בשנת 1869 בהיותו בן 84.

⁶² הקדמה לשו"ת שואל ומשיב.

התקפלו תורה, עבודה ציבורית, ענווה אמיתית ותקיפות צודקת. הקורא את תשובותיו של רבי חיים משתאה להיקף ידיעותיו ולנוכח גישתו השקולה בפסקו הלכה. תכונותיו האישיות מבצבצות מבין תשובותיו ובולטת בהן הערכתו העצמית. למשל: "ומה שכ"ת כתב להמציא סברות כרסיות כבר הודעתי למעכ"ת כמה פעמים שאין דעתי נוחה אי' מגדולי הדור שלפנינו... מ"מ אין דעתי נוחה בחילוקים בדויים כי אין תורתנו קדושה כחלום בלא פתרון לומר כל מה שירצה"⁶³. הרב השואל - בעל סברות כרסיות, וגדולי הדור - עושים חילוקים בדויים⁶⁴.

חכמת חיים רבה היתה לו והיא נכרת במיוחד מתשובתו לבנו יחזקאל, אב בית הדין בקהילת שינאווא. הוא יעץ לבנו כיצד להתייחס לשאלות הנוגעות לענייני הקהל ולחזקות מסחר שונות שהיו מקובלות בפולין. האב כתב לבנו שנסיון החיים חשוב לא פחות מבקיאות הלכתית. ובלשונו הוא: "אולם אהובי בני כלל אחד אומר לך בזה ומיני' לא תזוע כי אם חכמה אין כאן זקנה יש כאן וימים ידברו וגם אני מעולם הייתי מוסר נפשי ליקח לטובת בני העיר כידוע לך אך באתי על הנסיון כי רוב פעמים בא הדבר ברמאות...". לפעמים בני אדם טוענים שמעשיהם הם לטובת הכלל ולשם שמים, אולם יש להיזהר, וכן "גם אוספי אסיפות האיך התנהגו האוראנדי (=חזקת המסחר בי"ש) לטובת הרבים ועושים תקנות הכל לש"ש (לשם שמים) עד אשר יעשקו ויגזלו את העניים ופושטים עורם מבשרם ואין מכלים כי אומרים הכל לש"ש ולטובת הכלל. ובעיני ראיתי גודל העושק הנעשה בעיר והכל לש"ש". בעל דברי חיים הגן בעוז על האינטרסים של העניים. את התנכלות מנהיגי הקהל לעניים כנה "רצח עניים". הוא סבר כי אף אם ממנים נאמן, "מסתמא נוטה אחר הנגידים כידוע". יתר על כן, יש לחקור היטב מה מניעי הקהילה בהחלטותיה בענייני חזקות מסחריות, ואין להסתמך באופן עוור על החלטה דמוקרטית כביכול של הרוב כי "ידוע פחד העשיר על העני". הוא מוסיף כי אין לקיים מנהגים באופן עוור "אם יש מקום לספק מעושק ורמאות וקנאת איש מרעהו". ויתר על כן, אין לכבד רבנים־מנהיגים באופן עוור. "וזה אמת לאמיתו. ואל תשגיח ברבני העירות המצפצפים והמהגים רק לגלות גדלם שיודעים מסברת הר"ח ז"ל ויתר החבורים אבל אין מבין תוך הדבר. ואפילו גדולי דורנו ראיתי מכשול תח"י (=תחת ידם) שכותבין בחפזון. ואת אשר כתבתי כן היא האמת לאמיתו. ואם כי אינו בפלפול של הבל ה' הטוב יצילנו מגבהות בתוה"ק ויעמדנו על האמת".

⁶³ שו"ת דברי חיים חייב קכז.

⁶⁴ וראה גם שו"ת דברי חיים ח"ב אבהע"ז קכד.

והוא מאשים את נגידי ומנהיגי העיר ש"עושים תקנות סדום הכל לש"ש"⁶⁵.

דברים בוטים וחריפים אלה יכולים היו להיכתב רק על ידי גדול שבגדולים. ר' חיים ביקר בצורה חריפה הן את מנהיגי הקהילה, בעלי הכח והשררה, והן את חכמי ההלכה והרבנים, וכל זאת לשם הגנה על זכויות העניים והמקופחים. אין להישען על הלכה או מנהג למען השג שליטה על המיעוט. במקרה כזה השענות על מסורת ישראל היא כשימוש בעלה תאנה. כשבאים לפסוק הלכה אין להסתמך על החיבורים ההלכתיים ללא בדיקת והבנת "תוך הדבר". רק לאחר הבנה מעמיקה של הדברים ניתן לפסוק ולהנהיג את הקהילה.

יחד עם זאת ענוותנותו הרבה של רבי חיים עולה בבירור מדבריו: "...והנה אמת אגיד ולא אבוש כי לא ידעתי למה רדפו אחרי (=שאלו אותי) כי אין בי לא סברא ולא בקיאות כי אני הצעיר שבתלמידים... ולכן אעלה נא פני הקורא בדברי שאם ח"ו ימצא איזה שגיאה יסלח נא לי כי תקפה עלי משנתי ומה' אשאלה שלא אכשל בדבר הלכה וזכות אבותי יסיעוני להורות האמת לאמיתו"⁶⁶. ובתשובה אחרת אנו קוראים דברים דומים: "... וביקש מעכ"ת (מעלת כבוד תורתו) ממני לחוות דעתי. הנה יאמין לי כ"ת שקשה הדבר מאד עלי כי ידעתי מיעוט חכמתי וגם כי אינני במיטב בריאות הגוף מי אנכי לדבר בעניני ערוה החמורה ולא בינת אדם ל". אולם בהמשך מדגיש ר' חיים את הערכתו העצמית לעומת רבנים אחרים בדורו. "ראיתי המורים מרובים ואינם יודעים שאינם יודעים והמה מבלי עולם ואוי לי על עלבונה של תורה. לזה אמרתי אם כי חכמה אין עמדי הלא שמשתי רבותי הגדולים וזכותם וזכות אבותי יעמוד לי שלא אכשל וד' יאיר מחשכי...". ענווה כנה, אולם מחד גיסא רבי חיים מבטל בצורה בוטה מורי הלכה אחרים, ומאידך גיסא הוא קובע שלא יתכן שתצא תקלה מתחת ידי⁶⁷. ובמקום אחר, ר' חיים עצמו הודה בכך: "ודרכי מעולם שלא לעיין באחרונים לענין דינא, רק כשיש לי איזה ספק, אבל אם הדבר פשוט בעיני - את האחרונים אני הו"⁶⁸.

מתוך אחת מתשובותיו של הגאון ר' יצחק אהרן איטינגא אפשר לראות עד כמה נערץ ומקובל היה בעל דברי חיים. ניתן, כמובן, גם להסיק מדברים אלה משהו

⁶⁵ שו"ת דברי חיים ח"א חו"מ כה.

⁶⁶ שם, שם, אבהע"ז טז.

⁶⁷ שם, שם, נב.

⁶⁸ שם, חו"מ ח"א, א.

על הגאון מלבוב מהרי"א הלוי. הרב חיים הלברשטם השיג על דברי מהרי"א הלוי ומהרי"א הלוי בא להסביר ולהצדיק את עמדתו. בדבריו, פנה הגאון מהרי"א הלוי והתייחס לבר-הפלוגתא שלו, בעל דברי חיים: "לכבוד האי גברא רבא ויקירא אספקלריא המאירה שר התורה ומי כמוהו מורה. הרב הגאון האמיתי המפורסם בצדקתו ויראתו על ישראל הדרתו נזר הדור וקדושו רכבו ופרשיו קדוש ד' מכובד כקש"ת (כבוד קדושתו) מו"ה חיים האלברשטאם אבד"ק צאנז יע"א.⁶⁹ דברי שבח אלה למתנגדו מעידים לא רק על הערכתו את רבי חיים, אלא אף על ענוותנותו של מהרי"א הלוי שעולה גם במקום אחר.

על אישיותו של מהרי"א הלוי ניתן ללמוד מדבריו בתשובה אחרת - תשובה שנכתבה חודש לפני הדברים שהבאנו. "...אשר אנכי מעולם נחבא אל הכלים לא אלכה בגדולות ובנפלאות ממני לא לבי הולך לעשות לי שם בארץ לחוות דעי ע"פ תבל..."⁷⁰.

המשיב המקובל יותר כפוסק בתפוצות ישראל במחצית השנייה של המאה הקודמת היה רבי יצחק אלחנן ספקטור. עוד לפני שספרי השו"ת שלו יצאו לאור כבר התקבל כפוסק הדור. ר' יצחק אלחנן, הגאון מקובנה, הכיר בערך עצמו. הוא מודע למעמדו. בהקדמה לספר השו"ת שלו כתב: "ובעזה"י שהוסבו ונתקבלו דברי בעיני גדולי הדור המה נתנו עיניהם בי וישרו דברי"⁷¹. הגאון מקובנה לא ראה עצמו כאחד מחכמי ההלכה בדורו; מעבר לכך, הוא סבר שהינו מקור להשראה של "חכמים גדולים". ביטויים נוספים להערכתו העצמית הרבה ניתן בדברי תשובתו בויכוח על דרך טחינת הקמח המיועד למצות בפסח. ריחיים מסוג חדש, של מים וקיטור נכנסו לשימוש והציתו מחלוקת חריפה. אלו התירו שמוש בהם ואלה אסרו.⁷² הרב יצחק אלחנן ספקטור נשאל והשיב תשובה מפורטת שבסופה כותב: "ודעתי מסכמת להרבים דמדינתם שהתירו ודברי המערערים הם בטלים. יותר אין בכחי לכתוב ונא בל יטרידני יותר בזה"⁷³. רק סמכות הלכתית כמו הגאון מקובנה אשר הכיר את מקומו בהירארכיה ההלכתית מסוגל היה לכתוב דברים אלה ולהכריע שפסקיהם של חכמים החולקים על דעתו "בטלים"; לאחר שקבע את עמדתו אין עוד מקום

⁶⁹ שו"ת מהרי"א הלוי ח"א יח.

⁷⁰ שם, שם טז.

⁷¹ בהקדמה לעין יצחק.

⁷² ראה והשווה שו"ת דברי חיים ח"ב או"ח לה; שם, ח"א ל-לא; שו"ת אבני נזר ח"ב ואו"ח שסט-שע; שו"ת הרי בשמים ח"ג-ח"ד נח; שו"ת ישועות מלכו או"ח לב לג. על התפתחות הריחיים במשך הדורות, ראה: R. Bennett, J. Elton, History of Corn Milling, (London, 1898), ובמיוחד כרך ב לענין התפתחות במאה ה-19.

⁷³ שו"ת עין יצחק או"ח סוף סימן טז.

לוויכוחים. הנושא נסגר ואין לפנות אליו שוב. חד וחלק.

מן המפורסמות הוא שגאון הדור, הרוגצ'ובי, הרב יוסף ראזין, לא התייחס כלל לחכמי האחרונים. בכך היה ללא ספק הקיצוני ביותר מכל האחרונים. יתר על כן, אף התייחסותו לחכמי הראשונים (חוץ מלרמב"ם) שונה מהמקובל. כמעט ולא נמצא הפניות גם לראשונים. רב יוסף ראזין פסק מכח חכמתו תוך התייחסות ישירה לחכמי המשנה והתלמוד בלבד. כל המעיין בכתביו נדהם מגדלותו, בקיאותו וחריפותו. כמוהו לא היה משך מאות בשנים. את גדלותו המיוחדת הכיר בעצמו ואף נתן לכך ביטוי באחת מתשובותיו: "חיבורי הגדול הנקרא בשם צפנת פענח שם ת"ל תראו נפלאות מתורת די ותבררו כל הספקות"⁷⁴.

הגישות השונות לדרך פסיקת ההלכה, הנטיות לחומרא או לקולא, התוויית מדיניות הלכתית, כל אלה מתבררים תוך עיון וקריאה בתשובותיהם של המשיבים. ניתן להצביע בבירור על נטיות מסוימות של חלק מחכמי הלכה אף אם תמיד אפשר להצביע על מקרים יוצאים מן הכלל. נציין כמה עניינים בולטים במיוחד: מהרש"ק – הרב שלמה קלוגר – היה בדרך כלל בין המחמירים. הרב ראזין הסתמך על הבנתו את המקורות, ללא כל שיקולים חיצוניים. לעומתו בין המקילים הבולט ביותר הוא המהרש"ם – הרב שלום שוודרון - ואילו הרב יצחק אלחנן ספקטור התיר את רובן ככולן של העגונות שענייניהן הובאו לפניו. בנוסף על מאפינים אלה, לעתים מצביעים המשיבים על גישה כללית, דרך מסויימת, או השקפת עולם המסבירה את הלך מחשבתם במלאכת הפסיקה הלכה למעשה. נעניין קמעה בגילויים אלה אצל חלק מהמשיבים.

הרב צבי הירש חיות, אישיות מיוחדת במינה, תלמיד חכם מובהק בעל השכלה כללית רחב אפקים, היה יוצא דופן בין חכמי ההלכה בפולין במאה הקודמת. הרב חיות היה ידוע בגישתו המקילה בדרך כלל, ואפילו כשהגיע למסקנה שיש להחמיר נטה להתחשב במציאות הרווחת ולהקל. במקרה בו נשאל אודות ארוע שהיה בו משום פריצות גדר השיב כי ראוי לנסות להחזיר את פורצי הגדר למוטב. יתר על כן, הוא כתב: "אכן אם יבין ר"מ כי לא ישמעו אליו אזי יעלים עיניים ומוטב שיהיו שוגגים ואל יהיו מזידים וכשם שמצוה לומר דבר הנשמע כך מצוה שלא לומר דבר שלא נשמע"

⁷⁴ שו"ת צפנת פענח (תש"ד) סוף סימן קנב. וראה עליו ועל שיטתו בהלכה בספרו של ש. ג. זווין, אישים ושיטות (ת"א תשי"ב) 75.

⁷⁵ דהיינו, מוטב לא להחמיר במקום שהצבור עלול לא להתנהג בהתאם לפסק האוסר דבר מה. עמדה זו אומצה על ידי מהר"צ חיות הלכה למעשה, ודברים אלה אינם מצביעים רק על גישתו לשאלה הספציפית שנדונה על ידיו, אלא הם משקפים את עמדתו המשתקפת בפסיקתו⁷⁶.

גם הרב יוסף שאול הלוי נתנזון נטה לגישתו של מהר"צ חיות. במקרה מסויים בו הגיע הרב נתנזון למסקנה כי בהתאם להלכה ראוי לאסור, ובדבריו "הנה הדברים פשוטים שיש לאסור בזה ולמחות בו". לנוכח המציאות הרווחת הוא סבר כי ראוי לא להלחם על אכיפת האיסור: "אבל בעוה"ר (=בעונותנו הרבים) מה כח ב"ד יפה וגדול השלום... הנח לו, ואם נוכל להסירו בקלות, מה טוב"⁷⁷. מכאן הצצה לחיי היהודים ולקושי ששרר באכיפת ההלכה במקרים מסויימים.

הצבענו לעיל⁷⁸ על הודאת מהרש"ק בדבר גישתו התקיפה והמחמירה במשך רוב שנות חייו. אבל, לפעמים, יכול המהרש"ק להפתיענו בגישה מקלה ומקורית. להלן דוגמאות לשתי הגישות השונות.

הרב קלוגר נשאל בנוגע להתייחסות הולמת כלפי יהודי שנשא בנישואי תערובת. ליהודי נולדה בת שלא היתה יהודיה על פי ההלכה והוא ביקש לתת לה שם בבית הכנסת. מהרש"ק שיבח במלים נרגשות את האדם שניסה למנוע זאת. אותו אדם, שאת שבחיו מונה מהרש"ק, הגיע ללייפציג מקראקה, וכנראה לא היה בקי בתמורות שחלו ביהדות גרמניה ובהתבוללות שרווחה שם. מהרש"ק הפליג בשבחיו של אדם זה וכתב: "...מי יתן והייתי במקומו הייתי מנשק עפר רגלו ומי יתן והי' שיה' חלקי עמו לעוה"ב (=לעולם הבא)... לפי המהרש"ק אותו יהודי עשה מעשה פנחס בקנאו את קנאת ה' צבאות בדרך היחידה האפשרית שהיתה בידו: ביוש העברייין ברבים"⁷⁹.

ואולם דוקא בנוגע לגיור, מצאנו שהרב קלוגר הקל ואף הביא לפריצת דרך. המהרש"ק מצא דרך לקבל כגרה בת זוג של יהודי למרות שלכאורה הגיור שבא לשם

⁷⁵ שו"ת מהר"צ חיות נג.

⁷⁶ ראה עליו אצל מ. הרשקוביץ, מהר"צ חיות (ירושלים, תשל"ב).

⁷⁷ שו"ת שואל ומשיב מהדו"ק ח"ג עד.

⁷⁸ ראה לעיל בגוף המאמר על יד הערה 14. והשווה להלן בגוף המאמר על יד הערות 6 – 15.

⁷⁹ שו"ת טוב טעם ודעת הלכות גרים סי' רכט.

אישות הוא גיור שאסור, לפחות לכתחילה. בפסק זה התווה המהרש"ק מדיניות הלכתית חדשה. לדעתי, תשובה זו יחידה במינה והיא חריגה לעומת גישתו ההלכתית המקובלת ולכאורה אין היא משתלבת יפה עם אישיותו התקיפה. המהרש"ק הסביר את צעדו יוצא הדופן: כבר הכירו במקומות מסויימים בנשואין אזרחיים, ולכן בני זוג היו יכולים להיות מוכרים במדינה כבעל ואשה ללא צורך בנשואים על פי דת משה וישראל; אם במקרה של זוג מעורב המוכר כזוג נשוי הלא-יהודי מבקש להתגייר, יש לגיירו(ה) כיוון שאין לראות בבקשה זו בקשה לגיור לשם אישות. לדבריו, יש להם חיי אישות גם בלי נישואין על פי דת משה וישראל; ולכן יש לגייר את המבקש. הרב קלוגר באר כי האיסור המקורי על גיור לשם אישות, מבוסס על ההנחה שבני הזוג טרם חיו חיי אישות והנכרי מבקש להתגייר כדי שיוכל לחיות עם בן (בת) זוגו. במקרה זה ההלכה מניחה כי תאוותו גדולה ובקשת הגיור בנסיבות אלו היא לשם קיום יחסי מין. אולם, בתנאים החדשים כאשר בני הזוג כבר קיימו יחסי אישות ביניהם, אין לחשוש שהמניע לגיור הינו כדי לחיות יחד. אין לסווג בקשה במקרה זה כבקשה המכוונת לספק חיי אישות, אלא כבקשה כנה להצטרף לעם ישראל ולדתו. פסיקה זו לקולא מרחיקת לכת ביותר ומפתיעה במיוחד כי היא מפרי עטו של הרב שלמה קלוגר⁸⁰.

בין המקילים הגדולים לענין גיור היה רבי חיים עוזר גרודזנסקי. הוא אימץ את דרכו החדשנית של מהרש"ק ופיתח אותה פיתוח נוסף. על ידי פירוש חדיש לסוגיה הדנה בגיור, פתח בעל אחיעזר פתח רחב המאפשר, לכתחילה, גיור של אנשים שידוע לבית הדין כי לאחר שיתגיירו לא יקיימו את כל דקדוקי ההלכה. דיון רחב בגישתו נמצא במקום אחר ואין כאן המקום לחזור על דיון זה⁸¹. ברצוני רק להדגיש כמה דברים כלליים בתשובותיו, המראים את גישתו הכללית לפסיקת ההלכה ואת התחשבותו בנורמות הרווחות בקרב הסובבים אותו. גישתו של רבי חיים עוזר בכל הנוגע לגיור היתה כי עדיף לעבור על עבירה קלה, אם על ידי כך תמנע עבירה חמורה יותר⁸². בסיום אחת מתשובותיו השמיע בעל אחיעזר עצה כללית לראשי העם: "... אך אין אני מוצא לנכון שירעישו על זה רבני הדור ולצאת במלחמה גלויה נגד הגרות כי בעיני עמי הארץ זהו כחלול השם שאינם מניחים הנשים להתגייר..."⁸³. במקרה זה

⁸⁰ שו"ת טוב טעם ודעת ח"א רל וראה מאמרי לעיל הערה 11.

⁸¹ דנתי בכך בפירוט במקום אחר. ראה המאמר המוזכר בהערה 11 לעיל.

⁸² שו"ת אחיעזר ח"ג כו ; שם, כה.

⁸³ שם, כת.

יש להתחשב גם בתגובותיהם של עמי הארץ וברגשותיהם.

את דרכו של הרב חיים הלברשטם כבר ראינו בתשובה לבנו שדנה ביחס לעסקי הקהלה ובמחויבות להגן על אינטרסיהם של העניים שבקהילה⁸⁴. מתשובות אחרות אנו לומדים על שיקולים כלליים אחרים שהנחוהו בבואו לפסוק הלכה. גישתו עולה בבירור מתשובה הדנה בשיטה טכנולוגית שהתחדשה במאה ה-19. מדובר ביהודים שבקשו לייצר ציציית לא בדרך המקובלת, ביד, אלא על ידי מכונה מיוחדת לכך. השיטה החלה להתפשט ומייצרי הציצייות חפשו אישורים הלכתיים המכשירים את ייצור הציצייות בצורה כזאת. אב בית הדין של הקהילה הגדולה פרעמיסלע פנה אל רבי חיים ושאל לדעתו. השואל, שהיה, כאמור, תלמיד חכם, כתב חוות דעת ארוכה ומפולפלת בענין.

הרב מצאנז הודה כי בגלל טרדתו בעניינים שונים לא עיין בהעמקת יתר בכל דברי הרב השואל. הוא הסכים, שמן הסתם השואל צודק בהכשירו את מעשה הציציית כי מבחינת ההלכה אין לאסור את דרך עשייתה במכונה. ואולם, למרות זאת, בעל דברי חיים לא היה מוכן לתת הכשר לכך. שיקוליו לכאורה זרים להלכה ונימוקיו מעניינים במיוחד. ואלה נימוקיו לאסור: א. ההקפדה על בדיקת החוטים חשובה מאד, ואין לסמוך אלא על בדיקה ידנית חמורה. דרך טוויית ציציית שלא באמצעות מכונה מאפשרת בדיקה יותר מדוקדקת. ב. אם יתיר בית מלאכה מסויים, ההיתר יתפשט, ירבו בתי מלאכה אחרים ויתכן שגם לא יהודים יעסקו בעסק המצליח. גם במקרה שהגויים רק יהיו בעלי העסק ואילו בעלי המלאכה יהיו יהודים נאמנים, ואפילו אם יהיה במקום משגיח מטעם הרבנות המקומית, תמיד תצאנה כמה ציצייות פסולות. יש חשש כי בעל העסק, הגוי, לא יציית לפסקי המשגיח ויבקש למכור גם את הציצייות שנפסלו. ג. אף אם ניתן להתיר סוג מסוים של מכונה יש לחשוש כי ייכנסו לעסק מכונות מסוגים שונים ויתכן שתהיינה שונות מן הסוג שהותר. בנוסף לטעמים אלה נאמר שלאחר מכן בנו ראה את המכונה ומסר לאביו שאין שם שום מעשה אדם כלל ולכן יש לפסול את הציציית. עינינו רואות שהנימוקים מלמדים כי בעל דברי חיים בקש, מסיבות שונות, לאסור עשיית ציציית על ידי מכונה ולכן אסר את החידוש הטכנולוגי למרות שמבחינת הדין הצרוף, לפחות עד לשלב עדותו של בנו, לא היה איסור בדבר. הוא עמד על דעתו בניגוד לגדולים שהתירו את המכונה הנ"ל, וכך כתב: "ובטוח אני לראות מהרה במפלת המאשין וכל השואל ממני בזה אודיע שלדעתי המה

⁸⁴ ראה לעיל בטקסט על יד הערה 19.

פסולים אך נגד גדולי הזמן אני כמחריש ואני נפשי הצלתי והי' שלום"⁸⁵.

בכמה וכמה מקומות מדיניות הלכתית שונה מצטיירת מדברי הנציב מוולוז'ין. בתשובותיו הביע הנצי"ב את השקפותיו לענין פסק הלכה בצורה ברורה ביותר. לדעתו אין להחמיר במקומות שהראשונים לא החמירו, וקל וחומר שאין לחדש חומרות שאינן מצויות אצל הראשונים⁸⁶. "אין לנו לבדות מלבנו איסורים שלא נמצאו בתלמוד... ומה שכתב לאסור משום בלבול הדעת וטיוול, אין זו הוראה אלא מוסר, ואין כל המקומות שווים"⁸⁷. הנצי"ב דן, כאחרים וחכמי דורו, בשאלת היתר אכילת עופות מסויימים שלא היו ידועים מקודם. בדורו התעורר בנושא זה פולמוס גדול⁸⁸, אלה מתירים ואלה אוסרים. הוויכוח בענין זה היה לעתים סוער ביותר. האוסרים היו בדעה שהאוכל את העופות שלא הכירום מקודם, אוכל עוף טמא. גם מסוגיה זו אפשר ללמוד על גישת הנצי"ב לפסיקה. הוא כתב שאילו העוף שבו מדובר היה מובא לפניו בראשית הוויכוח, היה "מגמגם בהיתרו". ואולם, כיוון שכבר נהגו לאוכלו, אין לאסור אותו. לו היינו אוסרים את העוף היינו מוציאים לעז על אלה שנהגו לאוכלו. כיוון שהעופות הוחזקו ככשרים על ידי חכמי הלכה מסויימים, אין לאסור את העוף. גישה זו עולה בקנה אחד עם רצונו העז למנוע פירוד ומחלוקת⁸⁹.

ברצוני להתעכב קמעה על תשובה אחת של הנצי"ב, המקפלת בתוכה כמה וכמה פנינים הלכתיות⁹⁰. התשובה עסקה בשאלת השימוש בריחיים של קיטור לטחינת חיטים עבור מצות של פסח, שהזכרנו לעיל⁹¹. בתחילת תשובתו כתב הנצי"ב שידועה לו המחלוקת בין חכמי דורו בנידון אך כיון שהוא, אישית, לא ראה את הריחיים, ואין בידי ספרי ההלכה הדנים בכך, אין הוא מוכן לפסוק בשאלה זו⁹². בהמשך תשובתו מגיב הנצי"ב על דברי השואל וקובע כמה עקרונות הלכתיים שהנחו אותו בדרכו.

⁸⁵ שו"ת דברי חיים או"ח א. בהערה לתשובה זו הוסף על ידי המו"ל, כנראה: לא עברו ימים מועטים ונשרף כל בית המאשין בהפסד גדול והי' לאות. עיין גם שו"ת מחזה אברהם ח"א או"ח ג.

⁸⁶ שו"ת משיב דבר ח"א ב.

⁸⁷ שם, ח"ב קד.

⁸⁸ ראה שו"ת דברי חיים ח"ב השמטות מב; שם, חו"מ נב בסופו; שו"ת בית יצחק יו"ד ח"א קו-קז; שו"ת הרי"ם חיו"ד ח; שו"ת טוב טעם ודעת מהדורה תליתאה קנ-קנב; שו"ת שואל ומשיב מהדורה תל-יתאה טו; ח בריל, ה' יצחק אייזיק מקאמרנא-תולדותינו, חיבורינו, מאמרנו, (ירושלים תשכ"ה) 114-124.

⁸⁹ משיב דבר, ח"ב, כב. וראה: י. פורת, דרכו של הנצי"ב בהלכה, אור המזרח שנה יא

(תשכ"ג) ו.

⁹⁰ משיב דבר ח"א ל.

⁹¹ ראה בטקסט על יד הערות 26, 27.

⁹² השווה דברי הרב שלמה קלוגר, אמנם בענין אחר, במאמרי על יחס רבני פולין ורוסיה לרפורמה.

הרב השואל סבר שאפשר להפעיל את הריחיים באופן שאין בו חשש לחימוץ, אולם הוא לא רצה לתת היתר כללי לריחיים וביקש להבדיל בין מקומות שונים ואנשים שונים. לעתים יש להתיר ולעתים יש לאסור. גישה זו נפסלה כליל על ידי הרב נפתלי צבי יהודה ברלין. לדבריו, גישה זו תגרום למחלוקות מרובות. על ידי כך יתעוררו טענות של העדפת אחד על רעהו ודבר זה יביא לחילול השם. שרות המוגש לרבים צריך להיות תחת השגחה כללית מטעם בית הדין המקומי. על ההשגחה לכלול את כל בתי הריחיים הכפופים לאותו בית דין, ועל בית הדין האחריות לתת הכשר. אין זה משנה מי הוא בעל הריחיים ועד כמה הוא מהימן. אם יש צורך בהשגחה מעולה על ריחיים מסוגים שונים, בית הדין צריך למצוא מומחה שישגיח על פעילות הריחיים. הנצי"ב חוזר ואומר שהכלל הוא: "אין לחלק בין מקום למקום ובין אדם לאדם".

הנצי"ב דחה גם את נימוקו השני של השואל. הרב השואל סבר שיש מספיק ריחיים מן הסוג הישן, של סוסים, ואין צורך להוסיף ריחיים מהסוג החדש, במיוחד כאשר הדבר מביא לסבוך בבעיות הלכתיות הנוגעות לשאלת מצות בפסח ואיסור חמץ בפסח. הנצי"ב עונה שלפי מיטב ידיעתו הקמח היוצא מבית ריחיים של קיטור טיבו טוב יותר מהקמח היוצא מבתי ריחיים מהסוג הישן. אנשים רוצים לשמוח בפסח בטיב הטוב ביותר של המצות ולכן סבר הנצי"ב שיש לעשות כל מה שאפשר לסייע לכך. לדבריו, הקידמה מנצחת את השמרנות. ועוד, יש לראות בחיוב את רצון העם ליהנות מהמצות הטעימות ביותר שאפשר לייצר, ויש לפסוק הלכה במטרה לספק את הרצון הזה של בני האדם.

בהמשך דבריו קבע הנצי"ב כלל בנוגע למצות בפסח, ממנו אפשר ללמוד אודות עניינים רבים אחרים. הנצי"ב קבע שאין לדרוש שמירה והקפדה יותר ממה שאפשר לקיים בדרך סבירה בנסיבות הנתונות. הנצי"ב מביא דוגמה לגישה זו מהלכה שנשנתה בשולחן ערוך⁹³. מדובר שם על ההיתר להעביר שקי קמח זה על גבי זה למרות שיתכן שיגרם שפשוף ביניהם ויש, אם כן, חשש לחימוץ. הרי ניתן להעביר כל שק בפני עצמו, ועל ידי כך הקמח ישתמר טוב יותר ולא יהיה שום חשש לשפשוף ולחימוץ. הנצי"ב כתב כי ההלכה איננה דורשת דבר זה מבני אדם. גם הדרך הראשונה מספיקה כי "הוא משומר כל צרכו לפי מעשה זו".

הנצי"ב סיים דבריו בפנייה לרב השואל שנטה להחמיר וביקש ממנו לנסות להקל.

⁹³ שו"ע או"ח סימן תנג, ז.

והוא הוסיף את עצתו: "אבל מע"כ יתיישב הרבה אם כדאי להחמיר על הרבים בזה וגם אולי יש מתירין, חלילה לעשות מחלוקת בשביל זה ולהוציא לעז שמאכילין חמץ ח"ו ועל כיוצא בזה איתא בב"ב (עח,א) באו חשבון בא ונחשב וכו' הפסד מצוה כנגד שכרה וכו'". את גישתו של הנצי"ב, כבר ראינו בדבריו בנוגע לעופות החדשים, הכלל שנקט הוא: אם יש מחמירים ומקילים, עדיף לאמץ את גישת המקילים כי אחרת, מוציאים לעז על הנוהגים להקל שיש להם על מה ועל מי לסמוך.

לדברים אלה ולדברי הסיום בתשובתו שנביא עתה תוקף מיוחד כאשר הם נאמרים על ידי גדול בתורה המכיר בסמכותו ההלכתית: "וה' ישמור רגלינו מלהלכד בהוראה ולבבנו וראשנו מלהכשל בהליכות עולם עפ"י הוראה לחומרא ודברי תורה דרכיה דרכי נועם כתוב בה". פסיקה לחומרא הגורמת לערעור נעימת דרכיה האמיתיים של התורה, היא בחזקת כשלון ומלכודת".

הפסוק דרכיה דרכי נועם אינו רק מליצה יפה, אלא הוא כלל הלכתי בדרך פסיקת ההלכה משך כל הדורות. האחרונים שאנו דנים בהם פנו לא במעט לכלל זה⁹⁴. גם אם לא מזכירים פסוק זה במפורש, נוהגים, לעתים, לאורו על ידי התחשבות בשיקולים אנושיים-רגשיים. התחשבות זו הוותה נר לרגלי המשיבים, כפי שעולה למשל, מאחת מתשובות המהרש"ם⁹⁵.

מעשה בנערה יתומה שהרתה לזנונים וילדה ילד. לאחר כמה שנים הצליחה להשתדך עם אדם שלא ידע על עברה. לו החתן המיועד היה מכיר את עברה אין ספק שהיה מבטל את השידוך. זמן החתונה קרב ובא, והועלתה שאלה הלכתית. לפי הדין בנוגע לכתובת הנערה, אם מדובר בבתולה ההתחייבות הכספית של הבעל בכתובה מגעת למאתיים זוז, ואם מדובר בבעולה - מאה זוז. מה לעשות? כיצד לנהוג? אם יכתבו בכתובה מאתיים זוז, יחייבו את הבעל שלא כדין. אם יכתבו מאה, יפורסם בפומבי בעת קריאת הכתובה שהאשה איננה בתולה. האם מצווים לאמר את האמת? המשיב ענה שהכלל הוא "מפני הבושה מותר לשנות". הפתרון המוצע על ידי המשיב היה שאמנם יכתב בכתובה מאה, אולם בזמן קריאת הכתובה ייאמר "מאתיים". אי אפשר לכתוב מאתיים כי אין לחייב את הבעל בממון שאינו חייב בו. אם ניתן להערים,

⁹⁴ ראה שו"ת מהרש"ם ח"א קצת; שם, מה; שם ח"ב רכד; שם וז"ה טו; שם ח"ד צב; שם ח"ז קצא; שם ח"ב רג; שם ח"ג נד; שם ח"ז קנב; שם ח"א גב; שם, קפט; עין יצחק יו"ד א; שם, לד; שו"ת משיב דבר ח"ב לא; שם, לב; שם ח"א יז; שם, מג; האלף לך שלמה או"ח שעו; שואל ומשיב מהדורה א' ח"ב קל; שם ח"ג עד; שם ח"ב קיז; אחיעזר ח"ב יו"ד יט; ישועות מלכו יו"ד מא; שו"ת מהר"ץ חיות לב.
⁹⁵ שו"ת מהרש"ם ח"ז ז קנב.

היינו, שהבעל לא ירגיש בהבדל בין הכתוב לנאמר בעל פה מה טוב. החיוב הקובע הוא מה שכתוב בכתובה - דהיינו מאה. ואולם, מה לעשות, אם יש חשש שהבעל יבחין בכתוב? במקרה זה המהרש"ם הציע עצה אחרת: יש לכתוב בכתובה חיוב של מאתיים ולהניח בבית דין התחייבות בכתב של הכלה הפוטרת את בעלה ממה שכתוב, ומחייבת אותו רק במאה שמגיעה לה. המהרש"ם נתן גם עצה שלישית: אחרי החופה יערכו חילופי כתובות - יתנו לה כתובה על פי הדין, ואת הכתובה שקראו ממנה תחת החופה - ישמידו. מערכת שיקולים ענפה זו הוקמה על ידי הרב שוודרון עבור אותה נערה שזינתה.

ענוותנות ותקיפות הם המאפיינים הבולטים ביותר באישיותם של חכמי ההלכה שנדונו. למרות שלכאורה יש סתירה בין השניים, לאמיתו של דבר, תכונה אחת לא ניטרלה את השנייה. להיפך, ניתן לומר כי תכונה אחת השלימה את השנייה. ניתן לסכם ולומר כי האישיות של כל אחד מגדולים אלה היתה מורכבת מאד ודרכם בפסיקה מפתיעה לא אחת. המעיין הסבור שהוא מכיר את נטייתם בפסק ההלכה, נוכח לדעת כי במקרים מסויימים יש הפתעות והפסק שונה מן המצופה. חלק גדול מהמשיבים פסק את דינו לא רק על סמך ההלכה הכתובה והאמת היבשה, אלא התחשב רבות בשיקולים רחבים יותר, כגון: נסיון למנוע פירוד ומחלוקת, חשש לחילול השם, הבאת שלום לעולם כדבר הפסוק: דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום; וכן נטייה לפסיקה לקולא אם פסיקה לחומרא עלולה היתה להוציא לעז על המקילים. יחסם לעני ולמסכן ראוי להבלטה מיוחדת. הם הגנו עליהם בתקיפות יתירה. ראוי להעיר כי גדולי הרבנים החסידיים, כגון, בעלי צמח צדק, שו"ת הרי"ם, דברי חיים ואבני נזר, לא נפלו בגדלותם מהחכמים הידועים כמתנגדים; הפניות אל החכמים החסידיים זרמו לא רק מקרב חסידים, וניתן לראות בפונים אליהם את העם כולו. חכמי ההלכה היוו את ההנהגה הרוחנית של יהדות פולין ורוסיה. החכמים הכירו במעמדם כמנהיגי הדורות בהם חיו, ודרך פסיקתם משקף מימד זה.

ארץ ישראל במאה הי"ט בתשובות חכמי פולין ורוסיה

ההתייחסות לארץ ישראל, יושביה וההתיישובות החדשה בה בתשובות חכמי

פולין ורוסיה במאה הי"ט

תמורות רבות באו על ארץ ישראל במאה הי"ט¹⁷⁸. הכיבוש המצרי בן תשע השנים (1831-1840) בישר את ראשיתה של העת החדשה בארץ ישראל. לשינויים חוקתיים ומנהליים שניזומו על ידי השלטונות העות'מאניים חברה התעניינות חסרת-תקדים של עמי אירופה בארץ ישראל. תמורות רבות חלו אף בקרב הציבור היהודי היושב בירושלים.

בראשית המאה מנה הישוב היהודי בירושלים רק 2,000 נפש, כולם ספרדים. רעידת האדמה שפקדה את צפת ב-1837, הביאה לצמיחה מחדש של היישוב האשכנזי בה. קצב גידול האוכלוסיה היהודית היה מהיר ומלווה חידושים. הענין היהודי הכלל-עולמי בירושלים בפרט ובארץ ישראל בכלל גדל אף הוא. ככל שצמח הישוב היהודי בארץ כן גדלה מעורבותם של בני הגולה בכל המתרחש בה.

צדקה ותרומות לטובת ארץ ישראל

משלוח כספים לא"י היווה הביטוי המובהק ביותר לקשר שבין יהודי הגולה ליהודי א"י. החלוקה שהיתה במהותה מוסד כספי, הביאה לידי ביטוי את היחס המיוחד ליהודי א"י. החלוקה¹⁷⁹ לא נתפסה כמוסד צדקה רגיל, ויהודי ארץ ישראל לא נתפסו כמקבלי צדקה גרידא, נהפוך הוא. יהודי ארץ הקודש נחשבו לשליחי הצבור של עם ישראל, מקיימי מצוות ישוב הארץ ומקרבי הגאולה. הם אינם נתמכים פשוטים, אלא חברת עילית שמתוקף ישיבתה בארץ הקודש מזכה את כל הצבור היהודי בעולם כולו.

האם, במקרים מסוימים, מותר לשנות יעד של כספי צדקה ולהקדישם לא"י; ולהיפך, האם ניתן לשנות יעדם של כספים שהוקדשו לא"י - ליעד אחר? שאלה הלכתית זו נידונה לא אחת. שאלת שינוי מטרות צדקה לאחר הנתינה היא שאלה נכבדה מאד בהלכה, ובדרך כלל נוטים לאסור העברת צדקה המיועדת לארץ ישראל,

¹⁷⁸ על ארץ ישראל במאה הי"ט, ראה: ב"צ גת, הישוב היהודי בארץ ישראל בשנות הת"ר – התרמ"ט, 1840 – 1881, תשל"ד; שמעון שמיר, מתי התחילה העת החדשה בארץ ישראל? קתדרה, 40, תשמ"ו, עמ' 138 – 158.

¹⁷⁹ על החלוקה, ראה מ. רוטשילד, החלוקה, ירושלים תשכ"ט; א.ה. מלאכי, לקורות החלוקה בירושלים, בתוך: ישראל קולת, עורך, פרקים בתולדות היישוב הישן, ת"א, תשל"א; יוסף שלמון, חלוקה וכוללים, הצעות לרפורמה של החלוקה, בתוך: ישראל קולת, עורך, תולדות היישוב היהודי בארץ ישראל מאז העלייה הראשונה, ירושלים תש"ן.

למטרות שבגולה. ההלכה שננקטה היתה כי ברגע שכספי הצדקה הגיעו לקופה, נחשב הדבר כאילו עניי הכולל שבארץ ישראל כבר זכו במעות¹⁸⁰. ואולם, היו חכמי הלכה שלא היססו לפסוק כי מותר להעביר צדקה המיועדת לארץ ישראל לטובת הקהילות שבגולה. הנצי"ב מוואלאז'ין התיר להשתמש במעות שכנהוג היו מיועדים לקופת רבי מאיר בעל הנס¹⁸¹, למטרת תמיכה ביתומים קטנים שדרו בגולה ושהיו בני אחיו המת של התורם¹⁸². שאלה דומה התעוררה בנידון כספים שהיו מיועדים לקופת רבי מאיר בעל הנס ואשר בקשו ליעד מקצתם לבנין בית חולים עבור קהילה בחוץ לארץ. המהרש"ם - אליו הגיעה שאלה זו - נטה לא להפריש כספים עבור בית החולים, אולם, פישר בין הצדדים ופסק כי יש להפריש לבית החולים סכום קטן¹⁸³. המהרש"ם הפנה את השואל לתשובה קודמת שלו. ממנה עולה שגישתו היא שיש להקפיד כי מעות שנתרמו לקופת רבי מאיר בעל הנס יופנו לארץ ישראל בלבד ואין לייעדם למטרות בגולה. לדבריו, אפילו עניי ארץ ישראל הנמצאים באירופה, אינם זכאים ליטול ממעות אלה¹⁸⁴. גישה שונה ניתן למצוא בתשובה אחרת של הרב שלום שוודרון. התשובה מגוללת את ספורה של אשה אשר בקשה לשנות את נדרה שייעדה בראשונה לקופת רבי מאיר בעל הנס ולאחר מכן בקשה להסב לטובת עניי עירה ועבור עניים מיוחדים בארץ ישראל. המהרש"ם התיר לה לתת את נדרה לעניי עירה לאור הכלל: "עניי עירך קודמים"¹⁸⁵. שאלה דומה התעוררה בנוגע לתליית קופת צדקה בבית מדרש. מהר"ש ענגיל נשאל בענין הצבת קופות צדקה לצרכי הגולה בכותל של קלויז. היה נהוג לתלות שם רק קופה אחת עבור ארץ ישראל, ואולם מהר"ש ענגיל התיר הוספת קופה נוספת, לטובת הקלויז ודחה את הטענה שיש לקופת ארץ ישראל חזקה בלעדית על הכותל¹⁸⁶. למרות גישתו האוהדת מאד לחלוקה ולהתרמת כספים עבור קופת רבי מאיר בעל הנס, הרב שלמה קלוגר לא ויתר, כדרכו, על ניתוח הלכתי ללא פניות, והגיע למסקנה שעליו לחלוק על חלק מהדברים שנקבעו על ידי הרב מבריסק, הרב אריה לב קאצינעלבויגן. מבלי להיכנס לפרטים הלכתיים, המחלוקת בעיקרה סבבה סביב האפשרות של נדר לטובת צדקת רבי מאיר בעל הנס, שתמורתו תישאר בגולה ולא תישלח לארץ. הרב שלמה קלוגר היה בדעה שבדרך כלל יש להעביר את הכספים

¹⁸⁰ ראו למשל, שו"ת דברי חיים ח"ב, חו"מ, סח; שו"ת מאמר מרדכי ט"ו; שו"ת מהר"א הלוי, ע"א; שו"ת מהר"ם ח"ד, ק"ז; שו"ת מהר"ש ענגיל, ח"ד, מ"ב.

¹⁸¹ יל קופת ר' מאיר בעל הנס, ראה י. ז. כהנא, מחקרים בספרות השו"ת, ירושלים תשל"ג, עמ' 239 – 257.

¹⁸² שו"ת משיב דבר, ח"ג, מח.

¹⁸³ שו"ת מהרש"ם, ח"ד קמז.

¹⁸⁴ שם, ח"א, קצ"ג.

¹⁸⁵ שו"ת מהרש"ם ח"ו, סד.

¹⁸⁶ שו"ת מהר"ש ענגיל, ח"א, ע"א.

לארץ, אולם אם משתמע בצורה ברורה שכוונת הנודר היתה לתרום לבית כנסת בגולה, יש לכבד את רצונו - למרות שהנדר היה עבור קופת רבי מאיר בעל הנס. על פסיקה זו של הרב שלמה קלוגר יצאו כמה גדולי התקופה לחלוק, אולם הרב שלמה קלוגר עמד בשלו וענה להם בביטחה ובתקיפות¹⁸⁷.

אפשר למצוא גם גישה המתירה, במקרה מיוחד, להעביר כספים שיועדו לגולה - לארץ ישראל. הרב חיים עוזר גרודזינסקי נשאל בדבר כספים לשם שיקום שכונות יהודים שנשרפו באירופה. השיקום הסתיים מבלי שהיה צורך בכל הכסף. התורמים אמנם תרמו למטרה מיוחדת, האם ניתן לייעד את הכסף למטרה שונה? המשיב פסק שיש להעביר את הכספים הנותרים לירושלים, לטובת בני ירושלים שסבלו בעת זו ממגיפת חולירע¹⁸⁸. מצאנו שגם מהר"ש ענגיל התיר לשנות יעד של צדקה בתוך ארץ ישראל. מדובר בנודר לתת מעות לקופת רבי מאיר בעל הנס באופן כללי, שנזכר, לאחר נדרו, שיש לו קרובים עניים בארץ וכי מוטב היה לשלם להם את תרומתו. מהר"ש ענגיל התיר שינוי זה¹⁸⁹. שאלה אחרת התעוררה בדבר כספים שנאספו עבור ירושלים והגבאי רצה להעבירם לצפת, למטרה דומה. מהר"א הלוי אסר והוסיף על הנימוק שאין לו לגבאי לקפח את בני ירושלים. נימוק נוסף: שאין מורידים בקדושה, כיון דכבר נודע ששיבת ירושלים היא מצוה יותר גדולה מן שיבת א"י...א"כ גם החזקת ישוב ירושלים גדול מהחזקת שאר א"י¹⁹⁰.

מן התשובות עולות בעיות שהתעוררו בנוגע לעוסקים במלאכת הגבייה עבור ארץ ישראל, ה"ממונים". אחריותם של המטפלים בכספים אלה, טעויותיהם ורשלנותם נדונו לא פעם על ידי המשיבים¹⁹¹. ביקורת על הממונים המסורתיים נשמעה לעתים, גם כאשר ממונים אלה היו מחשובי רבני התקופה. לאחר שהובאה דיבה כנגד האמרכלים, הרב יצחק אהרן אטינגא מלבוב והרב הצדיק מוויזניצא, רצה

¹⁸⁷ שו"ת טוב טעם ודעת מהדו"ק ח"א רצו; שם, שם, רי"ט, בחלקים האחרונים של התשובה; וראה ספר מגיני ארץ ישראל, שהוציא חיים נתן דעמביצר, הוצאה שנייה, משנת 1852. והשווה במיוחד סימנים יב, יח, כ, כג, כה, שם. לתשובות שבטוב טעם ודעת. רק כך אפשר לקבל תמונה שלמה על הוויכוח בין מהרש"ק לבין חכמים אחרים בני דורו.

¹⁸⁸ שו"ת אחיעזר חיו"ד כ"ג.

¹⁸⁹ שו"ת מהר"ש ענגיל ח"ז, מ. הרב מאיר אריק דן במקרה של אשה נדיבה אשר ירדה מנכסיה ורצתה לעלות לארץ. השאלה היתה – האם מותר להפריש עבורה כספים שהיו מופרשים לכלל יהודי ארץ ישראל? שו"ת אמרי יושר, ח"א, ד.

¹⁹⁰ שו"ת מהר"א הלוי ח"א, פ.

¹⁹¹ שו"ת אבני נזר יו"ד רצג; שו"ת הרי בשמים ח"ג – ח"ד פא. אותה שאלה נשאלה משני משיבים שונים, בהפרש של שש שנים – אם התאריכים נכונים בדפוסים שלפנינו. ראה והשווה שו"ת מהר"ש ענגיל ח"ב ס לשו"ת אחרי יושר ח"ב קפה.

השואל לעקוף אותם ולשלוח את הכספים ישירות לאביו שדר בארץ כדי שהלה יחלק את הכספים. המהרש"ם דחה כליל את ההצעה¹⁹².

הנוהג שהתקבל באמצע המאה ה"ט היה שחלק נכבד מן הכספים הנאספים במדינה מסויימת מועברים לבני אותה מדינה היושבים בארץ. אולי כדוגמת נוהג זה בקשו גם בני ערים מסויימות זכות יתר במעות שנאספו בעיר מוצאם וביקשו העדפה על פני יתר בני אותה מדינה שעלו לארץ. הגישה הכללית של חכמי ההלכה היתה נגד זכות יתר כזאת. אף על פי כן היו רבנים שהתירו לתת לבני אותה העיר משהו לפני משורת הדין 100. אולם היתר זה היה רק לגבי סכומים קטנים ובפירוש לא על פי הדין. מן התשובות אנו למדים על ערים מסוימות שתרמו רבות לארץ ישראל, אולם רק מיעוט קטן מבניהן עלה והשתקע בארץ. בשנת תר"כ-1860 מנה אותם רבי חיים מצאנז: קרקא, צאנז, טארנא וראפשיץ¹⁹³.

רבני הגולה חיו את דעתם גם בדבר דרך חלוקת הכספים המיועדים לארץ ישראל. ויכוח גדול ניטש בין הפרושים והספרדים בירושלים לענין פשרה שנעשתה בשנת 1845 בין הפרושים והחסידים בירושלים לגבי כספי העיר בראד. על פי בקשתו של צבי הירש לעהרן, ראש הפקידים והאמרכלים במערב אירופה, שישב באמשטרדם 102 הובא ענין זה להכרעת המרא דאתרא של בראד, הרב שלמה קלוגר. אמנם בעבר כספים אלה היו מועברים לפרושים, אך על פי הסכם הפשרה הספרדים היו אמורים לקבל כספים אלה. המאבק בין הקהילה הספרדית בירושלים לקהילה האשכנזית היתה מן המפורסמות. כתב הפשרה הנזכר נערך במסגרת המאמצים לפשר בין שתי הקהילות. הרב קלוגר יצא בשצף קצף נגד כשרות הפשרה, בהביאו טעמים הלכתיים שונים לדעתו, שהפשרה אינה ברת תוקף. הרב ישראל חזן השיב לו מירושלים 103. דברים אלה העלו כנראה את חמתו של המשיב והוא ענה שוב. הרב קלוגר התייחס לכל טענה בנפרד. בתשובתו עולה נימת זלזול כלפי חכמי ארץ ישראל בכלל וכלפי הרב חזן בפרט. יתכן שהרב קלוגר שלל את ההסכם מכל וכל בשל העובדה שמדובר היה בכספים שנשלחו מעירו, ללא התייעצות עמו או עם ממוני בראד. הוא עונה לשאלת הרב ישראל חזן בדבר התערבותו, בנדון, בדרכו שלו: "ומ"ש ר"מ למה הכנסתי את עצמי בזה הנה באמת הם סמכו עלי כפי אשר אומר הדין וכן כתבו אלי מירושלים והרב הגדול מו"ה צבי הירש לעהרן נ"י וא"כ נכנסתי ברשות והייתי מוכרח להגיד דעתי ואיך ח"ו אשא פני איש או ח"ו להתיירא מפני איש ולומר היפוך דעתי

¹⁹² שו"ת מהרש"ם ח"ד קז.

¹⁹³ שו"ת דברי חיים ח"ב חו"מ סח; שו"ת אמרי יושר ח"א, ד.

אדרבא תיתי לי דאפילו לגברא רבא לא מחניפנא. רק אשר שם ה' בפי אותו דברתי" למרות תשובתו הארוכה והמפורטת הפוסלת מכל וכל את הפשרה, בסופו של דבר, חרף ביקורתו הקשה, הוא עצמו הגיע אליה. בתשובה מאוחרת יותר כתב שהכספים שכבר נגבו יועברו, כפי שהיה נהוג, לפרושים, אולם מכאן ולהבא יש להכיר בהסדר החדש¹⁹⁴.

שאלה זהה נשלחה למהרש"ם ומהר"ש ענגיל בשנת תרס"ד-1904. השאלה התעוררה עקב שינויים אישיים בנוגע לגבייה¹⁹⁵. בעבר היו נוהגים לאסוף את הכספים מסביבת צאנז ולהעבירם לרבי מצאנז - היו אוספים כ 5,000 ר"כ - והוא היה שולח את המעות לנשיא - היינו לממונה הראשי על הגביה במחוז. מתוך 5,000 ר"כ שנאספו 400 ר"כ נהגו לשלוח ליחידי סגולה. כיוון שבאותה תקופה לא היה ראש גליל שטיפל בהעברת המעות, טיפלו בכך אנשי הגליל עצמם. הם, כנראה, לא ידעו אודות הפרשת 400 הר"כ ליחידי סגולה. השאלה שנשאלה היתה אם בכל זאת אפשר יהיה להמשיך במסורת זו, גם כשהתורמים לא ידעו על כך ויעדו את כספם לכלל עניי ארץ ישראל. היתה התלבטות רבה בנדון כי אין לשנות מצדקה לצדקה, ותשובות המשיבים אינן חד משמעיות. גם בתשובה אחרת של מהרש"ם הנוגעת להסכם בדבר תשלום לשד"ר, נדונה השאלה אם מותר להעביר צדקה מעני אחד לעני אחר. המהרש"ם אישר את ההסכם בין קהילת טבריה לבין השד"ר ובפסקו הסביר שתמריץ כזה, דהיינו שהשד"ר יזכה בתוספת רק אם יאסוף יותר כסף ממה שסוכם עמו מראש, הינו לטובת כולם¹⁹⁶. שאלות אחרות התעוררו בנוגע לצוואות לטובת ארץ ישראל, כגון, צוואה לטובת בית היתומים דיסקין. על הרב יצחק שמעלקיש הוטל בשנת תר"ס-1900 לפסוק בנוגע לצוואה זו, ובסופו של דבר המשיב הציע פשרה לצדדים¹⁹⁷. מן הנימוקים ההלכתיים בנוגע לשאלה אחרת ניתן ללמוד אודות השקפותיו הכלליות של המשיב מהר"ש ענגיל בנוגע לגאולת ישראל ולאפשרות בנין בית המקדש. בניגוד לחכמים אחרים כגון החפץ חיים, שציפה כל יום באמת ובתמימות לביאת הגואל ולבנין בית המקדש, נראה כי המר"ש ענגיל חש אחרת. הובאה בפניו שאלה בדבר נדרו של אדם שעל פיו יש לקנות ממעותיו זהב לצורך בית המקדש כשייבנה, גם אם לא ייבנה בחייו של הנודר, אלא לאחר מותו. הנודר רצה להתיר את נדרו. מהר"ש ענגיל עשה כמבוקשו בנימוק שמי שנודר דבר כזה דעתו קלושה ולמרות שאין הוא מגיע לדרגת שוטה,

¹⁹⁴ שו"ת דברי חיים, שם.

¹⁹⁵ ראה מ. אליאב, אהבת ציון ואנשי הוי"ד, ת"א, תשל"א, 19, 241.

¹⁹⁶ שו"ת מהרש"ם, ח"ג, קלב, שו"ת מהר"ש ענגיל ח"ד, מב.

¹⁹⁷ שו"ת בית יצחק, חו"מ, עג.

אפשר להתיר את נדרו¹⁹⁸. כנראה, אמונתו של מהר"ש ענגיל בדבר בניית בית המקדש "במהרה בימינו" לא היתה רבה¹⁹⁹.

היחס לעלייה לארץ

העלייה לארץ ישראל התגברה במאה ה-19 מעשור לעשור. אין תימא איפוא, כי השאלה בדבר היחס אל העלייה - הלכה למעשה - התחיל להעסיק את גדולי פולין. בראשית המאה היו העולים מתלמידי הגר"א, ולאחר מכן רבו הבאים מכל חלקי העם. נסיונות ההתיישבות החקלאית של אנשי העליה הראשונה (1882-1903) שומרי אמונים, הביאו ביתר שאת את הדיון בשאלות הקשורות לארץ ישראל בכלל, ובמצוות יישוב הארץ בפרט. כאמור, במאה ה-19 ובתחילת המאה העשרים היתה תמיכה רחבה והתענינות רבה בכל מה שקורה בארץ הקודש, והדברים עולים ברורות מתשובותיהם של גדולי הדור.

העובדה שגדולי ישראל, רובם ככולם, לא עזבו את הגולה ולא עלו ארצה הקשתה מאד את הסתמכות החכמים על מקורות ההלכה. למשיבים נראה היה כי העובדה שרוב החכמים לא עלו מעיד על כך שיש הצדקה הלכתית לכך. המעיין במקורות עיון מעמיק יראה שחכמי ההלכה סוברים כי אין מנוס מהמסקנה שבזמן הזה חובה לעלות, ואולם כיון שלמעשה גדולי הלכה לא עלו הגישה הינה שיש לתרץ זאת באופן שניתן יהיה להצדיק באופן הלכתי את ישיבת החכמים בגולה. ואולם בדרך כלל הטענות המצדיקות את ה"שב ואל תעלה" חלשות לעומת המקורות המצביעים על החובה ההלכתית "עשה" - "עלה".

גישת המסתייגים מהחיוב לעלות מיוצגת יפה על ידי הרב שלמה קלוגר. בתשובתו הוא מביא את דברי הרמב"ן בפרשת כי תבוא, ומפרשם בדרך לא מקובלת. לדבריו הרמב"ן סבר שאין מצוות עשה-עלה נוהגת היום כיוון שהמצווה חלה רק כאשר עם ישראל שרוי על אדמתו²⁰⁰. עמדת מהרש"ק מתבררת יותר בתשובה ששלח²⁰¹

¹⁹⁸ שו"ת מהר"ש ענגיל ח"ז, יח.

¹⁹⁹ חלק מחכמי פולין בתקופתו בעקבות הרב צבי הירש קלישר דנו בהרחבה בשאלת האפשרות של הקרבת קורבנות בזמן הזה, ובמיוחד בשאלה בדבר הבאת קרבן פסח בזמן הזה. ברור שאין לנתק דיון זה מההתעוררות הכללית במאה הי"ט לענין השיבה לארץ ישראל והישיבה בה. בתשובותיהם דנו בהרחבה בענין זה הרב צבי הירש חיות, שו"ת הרב צבי הירש חיות עו קונטרס אחרון עבודת המקדש, והרב יצחק שמעלקיש, שו"ת בית יצחק, יו"ד, ח"ב, פג.

²⁰⁰ האלף לך שלמה, אבהע"ז, קו.

²⁰¹ שם, קיח. וראה גם שם קיט.

למדפיס רבי ניסן בק²⁰² שחי בירושלים. ר' ניסן בק כתב, כנראה, שיש מצווה ברורה לעלות. המהרש"ק חלק עליו. תחלה הוא שואל אם כן: "למה אין עולין הרבנים החסידים לא"י אשר בכחם ודאי לעלות והרב המפורסם המנוח מו"ה ישראל מרוזין ז"ל למה לא נסע לא"י הוא ובניו שליט"א?" כנראה שהמהרש"ק הביא דוגמא זו משתי סיבות. א. ר' ישראל מרוזין היה בעל אמצעים והיה לסמל החסידות המטפחת חיי עושר רב. לרבי ניסן בק היו קשרים הדוקים מאד עם ישראל מרוזין ועם חסידיו²⁰³. בית הכנסת תפארת ישראל (=בית הכנסת ר' ניסן בק) נבנה על קרקע שקנה ר' ישראל למטרה זו, ובית הכנסת תפארת ישראל נקרא על שמו. אין זה מן הראוי להגיע למסקנות הלכתיות על סמך אי עלייתו של ר' ישראל מרוזין לארץ. גישה הלכתית צריך לנמק בראש ובראשונה על ידי המקורות עצמם. יתכן שגדולים וצדיקים נהגו כפי שנהגו מסיבות אישיות מיוחדות. יתכן, גם, שהתנהגותם בנוגע למצווה זו או אחרת איננה כליל השלמות. ואמנם, המהרש"ק הסביר את עמדתו גם לאור בחינת ההלכה.

המהרש"ק סבר שיש לפסוק לפי אותה גישה שאין מצוות עלייה לארץ ישראל בזמן הזה. הוא מוסיף שאפילו אלה הסוברים שיש מצווה לעלות בזמן הזה, מסייגים את המצווה למקרים שבהם העולה יוכל להתפרנס בעצמו ולא יצטרך לבריות. זאת ועוד: אם אדם עני יגיע ארצה ויפול על שכם הצבור, הוא יגרום לכך שעניים שכבר נמצאים בארץ וקצבתם מהחלוקה, יקבלו פחות. דינו של העולה העני הינו כשל משיג גבול עניים אחרים.

גישה שונה מובאת בתשובותיו של אחד מראשי חובבי ציון וגדול בתורה, הרב שמואל מוהליבר²⁰⁴ בתשובתו אנו מוצאים בבירור את גישתו החיובית לארץ ישראל המתחדשת, ולמצוות העלייה והישיבה בה. תשובתו נכתבה לרב שמחה ביק אב"ד דקהילת מאהליב, שכתב לרב מוהליבר על השתוקקותו להגיע לארץ הקודש "לשחר בית דבירו השמם והחרב, וללחוך עפרותו, ולרצות אבניו ורגבי תרבותו". הרב מוהליבר התייחס בשלילה למשאלה זו, ובמלים ספורות העמיד את השקפת עולמו מול השקפתו של השואל: "ואנכי מתפלל לאל עושי ובוראי אשר יזכני לראות בית

²⁰² על ניסן בק ראה י. בן אריה, עיר בראי תקופה, ירושלים, תשל"ז, א, עמ' 345 – 346; ב. צ. גת, לעיל הערה 1 באינדקס שם, י. ד. תדהר, אנציקפולדיה לחלוצי היישוב ובניו, ת"א, תש"ז - בערכו. י. טרויואקס, א. שטיינמן, עורכים, ספר מאה שנה, ת"א, 1938, עמ' 423 – 428.

²⁰³ על הרב ישראל מרוזין ראה א. א. צורף, עטרת תפארת ישראל, גבעתיים, תשכ"ט; א. י. ברומברג, מגדולי החסידות, ירושלים, תשי"ג, ו, בערכו.

²⁰⁴ אילה שיוביץ, פעילותו הציבורית והלאומית של הרב שמואל מוהליבר, עבודת דוקטור, אוניברסיטת בר-אילן, רמת-גן-1987.

דבירו בנוי ומשוכלל, ואם חלילה עוד לא אזכה בימי לזה, אזי לכה"פ יעזרני על כבוד שמו לעלות לאה"ק ולפדות איזה כברת ארץ מידי זרים, ולקחת חלק ביישובה לבנות עלי' בתים לזרוע שדות ולטעת כרמים ובני ציון היקרים ישבעו מטובה ויתענגו על פריה, אזי אדע כי פעלתי מה בימי חיי הבלי לטובת עמנו הנדכא וארצנו הקדושה והאומללה - והנה יען כי כ"ת משתוקק רק לצרכי גבוה וחלק הרוחני אשר בישיבת האה"ק... אבל לוא שם כתייר את פני חפצו גם לחלק החומרי באה"ק (אשר לדעת העניה גם החלק החומרי אשר באה"ק הוא רוחני מאד נעלה סולם מוצב ארצה וראשו מגיע השמימה)... הרב מוהליבר לומד על גודל מצוות יישוב ארץ ישראל מדברי הרמב"ם. הרמב"ם פוסק שאסור לומר לגוי שיעשה מלאכה דאורייתא לענין מילה בשבת, ואולם בכל מה שמשום יישוב ארץ ישראל מותר לאמר לגוי משום יישוב ארץ ישראל לעשות מלאכה דאורייתא בשבת²⁰⁵. "והרי מזה מוכח", כותב הרב מוהליבר "יישוב א"י גדולה מהמצוה היותר גדולה שהוא בכרת ונכרתו עליה י"ג בריתות". ואיך מקיימים מצוה זו? לדעת המשיב מקיימים המצווה על ידי ההתיישבות בארץ בימיו (התשובה נכתבה בשנת תרמ"ו-1886), על ידי גאולת הקרקע מן הנכרים ויישובה על ידי יהודים. והוא מוסיף בתשובתו: "ואקוה כי כאשר ישים כתייר אל לבו גודל הענין של יישוב אה"ק ומה גם שתמיכת הקאליניסטין הוא פיקוח נפשות ממש, גם הוא יתאמץ במחננו קדוש ובכל מקום אשר דבריו מגיעים, לחזק ידים רפות, וברכים כושלות יאמץ, וממילא כאשר יתחילו הרבה מגדולי הדור להכניס עצמם בהענין הנשגב הזה, אז יהי' ביכולתם לחזק שם גם עמודי התורה והיראה, אם אולי יש איזה מקום הצריך חיזוק, משא"כ כעת שרוב גדולי התורה עומדים מרחוק..."²⁰⁶.

לנוכח ראשית ההתיישבות החקלאית שהחלה בשלהי המאה הי"ט, הרבו גדולי תורה מסויימים לעסוק במצוות יישוב ארץ ישראל וכתבו קונטרסים בענין זה. חלק מהגות הלכתית זו מופיעה גם בספרות השאלות והתשובות. האדמו"ר ר' חיים ישראל מפילוב נכדו של ר' מנחם מנדיל מקאצק, שלח את קונטרסו בשנת תרנ"א-1891 (היא שנת שיא בעלייה הראשונה) הכתוב בכתב יד לשני גדולי הדור, הרב ישראל יהושע טרונק מקוטנא בעל ישועות מלכו והרב אברהם בורנשטיין מסובטשוב בעל אבני נזר. החכמים העירו את הערותיהם על דבריו ואף הרחיבו את גישותיהם בנדון בקבצי

²⁰⁵ רמב"ם, הלכות שבת, פרק ו, הלכות ט – י"א.

²⁰⁶ שו"ת הרב שמואל מוהליבר, או"ח, יט.

התשובות שלהם. קונטרסו של הרבי ישראל מפילוב (מקאצק) הנ"ל נדפס רק בשנת 1925 לאחר מותם של הכותב והמשיבים²⁰⁷.

בדומה למשיבים אחרים הגאון מקוטנא קבע²⁰⁸ חד משמעית שהמצווה לעלות לארץ ישראל שרירה וקיימת בזמן הזה. הדברים שגרמו לעיכוב העלייה בעבר, אינם מעכבים עוד, או לפחות, לא באותה מידה. וא"כ בזה"ז שנשתנה בעזה"ת לטובה הן בסכנת הדרכים והן מצד עניות ודאי היא מצוה גדולה. המשיב גם מסביר את האיסור כביכול לעלות מבבל לארץ שמובא ביחזקאל, ומסביר כי הוא מתייחס רק לבבל ורק לאותה תקופה שעליה נאמר "כי אחרי שהם נתרשלו בימי עזרא ולא רצו לשוב כי לא חשבו זאת לפקידה גמורה שצריכים לישוב שם כפי נבואת הנביא עד פקידה האחרונה, אבל בני מדינות הללו שהם מגולי טיטוס... אינם בכלל זה והוא מצוה גדולה". בהמשך דבריו בתשובה זו אנו פוגשים את נפשו הלוהטת ואת החיבה היתירה שרחש לארץ ישראל. גאון זה ביקר בארץ והיה בין שלושת המתירים המפורסמים לענין היתר השמיטה בשנת תרמ"ח-1888.²⁰⁹ "אמנם גם לפי דעת הרמב"ן שחשב זאת למ"ע (מצוות עשה) מ"מ (=מכל מקום) בעיקר המצוה אינו אלא הירושה והישיבה, כאדם העושה בתוך שלו לכבוש א"י שתהא תחת ירושתינו. לא על ביאה ריקנית של עתה...". הישיבה בארץ ישראל אף כאשר איננה ממלאה את דרישות המצווה במלואה דהיינו: עשייה בתוך שלו לכיבוש הארץ, בכל זאת: "אין ספק שהיא מצוה גדולה, כי הקיבוץ הוא אתחלתא דגאולה". המשיב מסיים ענין זה בהתייחסותו להלך הרוח בעם באותה עת: "ובפרט עתה שראינו התשוקה הגדולה הן באנשים פחותי ערך, הן בינונים הן בישרים בלבותם, קרוב לודאי שנתנוצץ רוח הגאולה".

התחדשות היישוב החקלאי בארץ ישראל גררה בעקבותיה שאלה שהופנתה לאדמו"ר מסוכאטשוב. האדמו"ר הרחיב את היריעה וכתב כמה וכמה עמודי תשובה המבהירים את עמדתו²¹⁰. גם הוא היה מוטרד כמו הרב שלמה קלוגר, מהשאלה "אם היא חובה אפילו בזה"ז (בזמן הזה) הוא משום דא"כ (=דאם כן) ח"ו (=חס ושלום) עוברין כל ישראל במצות עשה גדולה כזאת השקולה כנגד כל המצוות". וזה לשון

²⁰⁷ ספרו שלום ירושלים "דברים עתיקים גבוהים ורמים ברומו של עולם על פי הלכה ונפלאות מעניני חובת ומצות ישיבת ארצנו הקדושה בזה"ז", יצא לאור ע"י ישכר בער גאלדראט בפיטרקוב תרפ"ה 1925. על המחבר ועל ספרו ראה י. בן אהרן, האדמו"ר הציוני ר' חיים ישראל ז"ל מקוצק" במוסף העברי של היידישע שטימע, ורשה, תרצ"ז, גליון י.

²⁰⁸ שו"ת ישועות מלכו ט"ו.

²⁰⁹ על הרב ישראל יהושע טרונק ראה ד. וייסברוד (הלחמי) ארזי הלבונו, ת"א, תשט"ו, עמ' 126 – 131; אנציקלופדיה של הציונות הדתית, ב, 1960, עמ' 433 – 439.

²¹⁰ אבני נזר, יו"ד, ח"ב, תנד. וראה גם שם, תנה – תנו.

השאלה: "בדבר אשר מקרוב נתרבו קוני אדמה בא"י אשר במשך איזה שנים יוכלו להתפרנס ממנה, כשר הדבר למיעבד הכי ומחוייבין אנו לעשות כן או לא?"

מניתוחיו של הרב בורנשטיין שנכתבו בשנת תרנ"א-1891 עולה שרק עובדי האדמה החדשים מקיימים את המצווה של יישוב הארץ ממש, ואילו היישוב הישן, החי מהחלוקה איננו עושה זאת. תשובתו של בעל אבני נזר מורכבת. הוא היטיב לחלק בין גישתו האישית, לבין מה שנראה כדעת רוב הפוסקים. לפי גישתו האישית - המבוססת לא רק על שיקולים הלכתיים אלא גם על דברי קבלה - עיקר המצווה, הנוהג גם בזמן הזה, חל על אנשים צדיקים המתאימים לאכלס את ארץ הקודש. לדעתו, המצווה חלה רק על אלה היכולים להתפרנס מהארץ עצמה. מי שגר בארץ ישראל, אולם מקור פרנסתו מתרומות הבאות מחו"ל, אינו מקיים את המצווה כהלכתה. לדעתו, החובה לעלות לארץ הוא רק במקרה שאדם יכול להתפרנס מעבודתו בה. והרי עמדה זו נוגדת את האידאולוגיה שמאחורי החלוקה ואת דרך פרנסתו של היישוב הישן בארץ ישראל. ואלה דבריו: "אם ידור אדם בא"י ואין לו שם שום מצב פרנסה רק הנשלח לו מחו"ל ועדיין השפעת מזונותיו ע"י השר שמחו"ל, (במובן הקבלי), מה זו ישיבת א"י? וזה נ"ל טעם הגדולים שלא נסעו לא"י... ממילא הדרים בא"י ומתפרנסים ממעות חו"ל לענ"ד (לעניות דעתי) שממעטים המצוה ואינו ברור כלל אם יקיימו המצוה. אך י"ל (=יש לומר) ...דלעולם איכא (=יש) מצוה גם אם מתפרנסים מהנשלח להם מחו"ל. ובודאי היא מצוה יותר אם יהי' השפעתו שלא באמצעות השר. אך אף באופן זה יש מצוה מן התורה... כמה גדולה המצוה לקנות שדות בא"י ויוכלו להתפרנס מריוח שריוח בא"י בזה יתקיים המצוה בשלימות". בסוף תשובתו מסכם בעל האבני נזר את דעתו האישית. הוא חוזר על העקרון לפיו אין המצוה מקוימת בשלימות אם אינו מתפרנס מארץ ישראל ואך "מ"מ (מכל מקום) הוא מקיים מצות ישיבת א"י. וכשאני לעצמי הי' נ"ל (=היה נראה לי) כי אין מצות ישיבת א"י רק באיש צדיק שאם הי' כל ישראל כמותו הי' נגאלים". הגאון מסוכאטשוב אינו מתעלם מהמציאות הרווחת בפסיקת ההלכה והוא מודה שדעתו איננה הדעה המקובלת. הוא מוסיף כי לפי רוב הפוסקים מצוות יישוב ארץ ישראל נוהגת וחלה על כלל ישראל.

בעל האבני נזר פוסק כי העולה לארץ ישראל ומתפרנס ממנה "כמו שהוא בזמנינו זה מקיים בישיבתה מצוה ששקולה ככל המצות..." את דבריו הוא מסיים בפנייה לאנשי מעשה. הוא התייחס כנראה לגזירת התורכים כנגד העליה לארץ ישראל

שנשנתה ב 1891 ואשר עוררה הדים רבים²¹¹ ופנה אל השתדלנים כי יפעלו לביטול הגזרה" ובכך מצוה גדולה להשתדל אצל הממשלה ליתן רשות לקיבוץ אנשים לעלות... וכן אתם קציני וגבירי ישראל אשר יש לאל ידכם להשתדל בהשגת רשיון ולהוציא את הרעיון הנכבד הזה אל הפועל, עליכם המצוה הגדולה הזאת ואין קץ לשכר המסייעים בזה הן בהשתדלות הרשיון והן בעיקר קניות הנחלות".

בתשובה נוספת שנכתבה זמן קצר לאחר התשובה שעתה זה הבאנו משנת תרנ"א-1891, התייחס המשיב לקונטרס שהזכרנו לעיל, של הרב חיים ישראל מפילוב שהיה נכדו של הרב מנחם מנדל מקוצק. בעל האבני נזר שהיה חתנו של הרבי מקוצק, היה דודו ומחותנו של השואל²¹². בעל האבני נזר חזר על עיקר גישתו והתייחס, שוב, מפורשות, למצב יהודי ארץ ישראל דאז. הוא הסביר כי המצב בארץ ישראל השתפר וכי ניתן להתפרנס בה. החידוש בדבריו הינו התייחסותו לרכישת נחלת אדמה ועיבודה כאל אמצעי ראשון במעלה לפרנסה. "ודעתי זה העיקר במצות ישיבת א"י. וגם לקנות נחלה בא"י הוא דבר גדול בפרט להיות לו מזה פרנסה". ראוי לציין כי ב 1890 התארגנו קבוצות לא מעטות אשר בקשו לרכוש נחלה בא"י ולעבדה ע"י פועלים, כאשר בדעתם לעלות ארצה במועד מאוחר. והוא מוסיף כי אף אם רוכש הנחלה לא יעלה ארצה "נחשב קצת ישיבה בא"י". האבני נזר חתם את דבריו בהבעת משאלה אישית. "ע"כ (=על כן) ראוי מאד להתאמץ בזה... ובל"נ (ובלי נדר) אראה גם אני להיותו מן הקונה נחלה אך לא אדע עוד הדרך איך ומה"²¹³. האדמו"ר מסוכאטשוב ניסה, באמצעות בנו, לקנות נחלה בארץ, אולם לא נסתייע בידו.

שאלת אפשרויות הפרנסה בארץ ישראל העסיקה רבות את החכמים. הרב שלום שוודרון, הרואה את העלייה לארץ כמצווה, סייג את המצווה רק עבור האדם שיוכל להתפרנס בארץ. אם לא יוכל לעשות כן, אין מצווה בעלייתו. השאלה שבאה לפני מהרש"ם עסקה באדם שרצה לעלות וביקש היתר למכור ספר תורה שלו, כדי להוסיף על אלף הרובל כסף שהיו בידו טרם עלייתו. מכירת ספר תורה מעוררת בעיות הלכתיות ומותרת רק במקרים מיוחדים²¹⁴. השואל חשש כי סכום הכסף שבידו לא

²¹¹ דיון מעמיק בנושא: N.J. Mandel, *The Arabs and Zionism Before World War I*, Berekley, 1976, pp. 7 – 9. על פעילותם של נציגי המעצמות הזרות בארץ ישראל במאבק העלייה ורכישת קרקעות בסוף המאה הי"ט, ראה מ. אליאב, פעילותם של נציגי המעצמות הזרות בארץ ישראל במאבק על העלייה ורכישת קרקעות בסוף המאה הי"ט, קתדרה, 26, תשמ"ג, עמ' 117.

²¹² על הרב אברהם בורנשטיין מסוכאטשוב, בעל האבני נזר, ראה צ.י. ח. ממלוק, אביר הרועים, פיעטרקוב, תרצ"ה – תרצ"ח; י. רפאל, ספר החסידות, ירושלים, תשט"ו, עמ' 491 – 495; א.י. ברומברג, מגדולי החסידות, ה, לעיל, הערה 26.

²¹³ אבני נזר, שם, תנה.

²¹⁴ מגילה כז, א; רמב"ם, הלכות ספר תורה פרק י הלכה ב; שו"ע יו"ד סי' רע, סעיף א.

יספיק לפרנסתו וביקש להגדילו. לאחר דיון ארוך בשאלת העלייה והפרנסה בארץ התיר מהרש"ם את מכירת ספר התורה²¹⁵.

אולי השאלה השכיחה ביותר שנדונה בהקשר עם מצוות העלייה לארץ נסובה סביב ההלכה כי מותר לבן זוג לכפות את רעהו לעלות ארצה. ההלכה שנפסקה ברמב"ם²¹⁶ ובשלחן ערוך²¹⁷, המבוססת על דברי התלמוד²¹⁸, מורה כי לכאורה הבעל יכול לכפות את אשתו לעלות יחד עמו, ויתכן שגם האשה יכולה לכפות את בעלה לעלות עמה. השאלה החשובה ביותר היתה - האם יש להחיל את ההלכות האלו בזמן הזה? וזה לשון הרמב"ם: "בד"א (במה דברים אמורים) מחוצה לארץ לחו"ל או מארץ ישראל לארץ ישראל. אבל מחוצה לארץ ישראל כופין (אותה) לעלות אפילו מנוה היפה לנוה הרעה ואפילו ממקום שרובו ישראל למקום שרובו עכו"ם מעלין... אמר האיש לעלות לארץ ישראל והיא אינה רוצה תצא בלא כתובה. אמרה היא לעלות והוא אינו רוצה יוציא ויתן כתובה... שהכל מעלין לארץ ישראל ואין הכל מוציאין משם". וזו אף דעתו של רבי יוסף קארו שהולך בעקבות הרמב"ם.

הרב שלמה קלוגר דן בשאלה זו פעמים מספר²¹⁹. כבר הדגשנו כי גישתו היא שאין מצווה לעלות לארץ ישראל בזמן הזה, ובמיוחד מכוונים הדברים לגבי מי שאיננו יכול להתפרנס בארץ. הרב קלוגר ביסס את דבריו על הנוהג הרווח בימיו שלא נהגו לעלות - אפילו רבנים גדולים שהיו בעלי אמצעים. לפיכך, כשאשה נשאת היא נשאת על דעת המנהג שאין מצווה לעלות, ואין הבעל יכול לכפותה לעלות. אם הוא רוצה לעלות - יוציא ויתן כתובה²²⁰. בתשובה אחרת²²¹ מעלה הרב שלמה קלוגר אפשרות אחרת: אפשר, אולי, לכפות על האשה לעלות, רק כאשר ברור שעליית הבעל מכוונת למצווה, אבל אם יש לו כוונה אחרת, כגון: שלא התפרנס היטב ורצה לנסות את מזלו בארץ ישראל - לא. עולה כזה לא מוכר כאדם העולה לשם מצווה ולכן אין הוא יכול לכופ את אשתו לעלות עמו. מדבריו עולה עדות לאופי המגוון של העולים שהחלו לפקוד את ארץ ישראל משלהי המאה הקודמת.

במקרה אחר, שנידון ע"י בעל האבני נזר, בסיום תשובה מפורטת שדנו בה לעיל²²², הוא הגיע למסקנה שהבעל יכול לכופ את אשתו לעלות, אולם האשה איננה

²¹⁵ שו"ת מהרש"ם, ח"א, יח. וראה גם שם קטז.

²¹⁶ רמב"ם, הלכות אישות, פרק יג, הלכה יט.

²¹⁷ שו"ע, אבהע"ז סימן עה, סעיף ג.

²¹⁸ כתובות, קי, ב.

²¹⁹ האלף לך שלמה, אבהע"ז, ה, קו, קי"ח - קכ.

²²⁰ שם, קיח.

²²¹ שם, קכ.

²²² אבני נזר יו"ד, ח"ב תנד.

יכולה לכופ את בעלה. שאלה אחרת שהופנתה אל מהרש"ם²²³ דנה במלמד שרצה לעלות לארץ ישראל והיה ברשותו סכום כסף מסויים והבטחות של אחרים שיתמכו בו, אולם אשתו סרבה לעלות עמו. האם מותר לו לכופ אותה? מהרש"ם עונה כי אם לא יוכל לפרנסה בארץ ישראל - אסור לו לכפותה. ובלשונו: "כל זמן שיכול להתפרנס כאן ובא"י יצטרך ליהנות משל אחרים א"י (אינו יכול) לכופה, ואין לו רשות לבטל חיובין נגד אשתו". מדבריו עולה הגישה שכנראה היתה מקובלת אצל גדולי התורה בפולין בתקופה הנדונה: אם ברור לעולה שניתן לו להתפרנס בארץ ישראל עליו לעלות; ואולם כאשר יש ספק אם יוכל להתפרנס מעצמו ולא מאחרים אינו מצווה לעלות, וודאי אין ביכולתו לכופ את בן זוגו לעלות בתנאים אלה.

הגישה הסוברת כי המצווה לעלות לארץ ישראל תקפה רק כאשר העולה יוכל להתפרנס בה, מהווה סטייה מן האידיולוגיה של החלוקה לפיה יהודי ארץ ישראל זכאים להנות מנדבות הגולה ומטרת ישיבתם בא"י היא תלמוד תורה ותפילה. התנערו מהאידיולוגיה של החלוקה היתה מצוייה אף בקרב מעטים מבין בני ירושלים. ר' יואל משה סלומון כתב בעתונו "יהודה וירושלים" שיצא לאור ערב ייסוד פתח תקוה (1877-1878) בדבר המעלה הגבוהה יותר של העוסק ביישובה החקלאי של הארץ²²⁴.

התרבותו של היישוב בארץ ישראל והפנייה לעבר עבודת האדמה במקצת על ידי היושבים בארץ ובעיקר על ידי העולים הביא לוויתור ציבורי רב בקרב בני ירושלים אודות היחס להתיישבות החקלאית. וויכוח זה קיבל ביטוי חריף בכרוז "קול מהיכל" שפורסם על ידי כוללי האשכנזים ואשר כוון לעבר "יהדות רוסיה ופולין"²²⁵. מן הכרוז עולה רתיעתם של בני ירושלים מההתיישבות החקלאית ועל כל המשתמע ממנה ומן הנהירה ההמונית לעבר ארץ ישראל. בסיום דבריהם הם מבקשים מחד גיסא להגביר את משלוח התרומות, ומאידך גיסא לעצור את זרם העולים "אזרו חיל ועוז למנוע את המעפילים לעלות". נראה כי עמדתם ההססנית של חלק מחכמי פולין ורוסיה בכל הנוגע לחיוב מידי של עלייה לא עוצבה אך ורק על פי גישתם ההלכתית לנוכח קשיי עזיבת ארץ מגוריהם, אלא, אולי, גם לנוכח הכרותם את עמדתם של אנשי הישוב הישן.

²²³ שו"ת מהרש"ם ח"א יח.

²²⁴ ר' יואל משה שאלאמן, יהודה וירושלים, כתב עת תרל"ז – תרל"ח, נסדר מחדש, ג. קרסל, ירושלים, תשט"ו.

²²⁵ הכרוז פורסם בהצבי, גיליון ט"ז, כ"ט שבט תרמ"ה (6 בפברואר 1885) והובא בכתבים לתולדות חיבת ציון ויישוב ארץ ישראל, ליקט וערך לראשונה א. דרויאנוב, ההדירה וערכה שולמית לסקוב, ג, תעודה 519, עמ' 117 – 131.

אתרוגי ארץ ישראל

סוגיה אחרת, ממנה אפשר ללמוד רבות על היחס לארץ ישראל המתחדשת, היא זאת הדנה בשאלת אתרוגי ארץ ישראל. התעוררו בידון פולמוסים גדולים במיוחד, והידוע מכולן הוא לענין אתרוגי קורפו²²⁶. נתייחס רק לתשובותיהם של חכמי פולין ורוסיה שהתייחסו לשאלות הקשורות לאתרוגי ארץ ישראל.

חלק מהתשובות דנות בשאלות הלכתיות גרידא, ואין בהן ביטויים מיוחדים בנוגע לגישת המשיב לארץ ישראל ויישובה, ואילו אחרות מלמדות על רחשי האהבה של המשיבים לארץ הקודש. הרב יצחק שמעלקיש דן בשאלה של אתרוגים משנת השמיטה. לדעתו יש להתיר רק אתרוגים של ערבים ולא של יהודים - למרות שהוא סבור ששמיטה בזמן הזה נוהגת רק מדרבנן²²⁷. לעומתו, הרב שמואל מוהליבר התיר אתרוגים שצמחו בשמיטה ולא חשש לשביעית²²⁸. דיון על כך נמצא גם בתשובות מחזה אברהם²²⁹. כאשר הועלה חשש לערלה הרב שמעלקיש התיר את האתרוגים²³⁰. שאלה אחרת נסובה אודות ההכשרים שניתנו על ידי רבני ארץ ישראל לאתרוגים שנשלחו מהארץ. הגישה הרווחת היתה שיש להכיר בהכשרים אלה²³¹ ואפילו במקום שנמצא אתרוג בלי הכשר הרב שלום שוודרון התירו לשימוש למצווה כיוון שלדעתו חזקה עליו שהוא כשר כיוון שרוב האתרוגים הבאים מארץ ישראל מגיעים עם אישור הרבנים מארץ ישראל²³².

שתי תשובות, הנוגעות לאתרוגי ארץ ישראל, מביעות באופן מיוחד את גישתם הכללית של המשיבים לארץ ישראל. התשובה הראשונה היא משנת תרמ"ו (סוף שנת 1885) מאת הרב מוהליבר, והשנייה, משנת ת"ס-1900, מאת הרב אברהם מענדיל הלוי שטיינבערג בעל שו"ת מחזה אברהם. כבר הבאנו את דבריו העיקריים של הרב שמואל מוהליבר בהקשר אחר, אולם דברי הרב שטיינבערג, הודן בפירוט רב בתשובה ארוכה בנדון, ראויים לדיון מיוחד.

S. Freehof, The Responsa Literature, Philadelphia, 1955, pp. 181 – 189. ²²⁶

²²⁷ בית יצחק, יו"ד, ח"ב קכא.

²²⁸ שו"ת מהר"ש מוהליבר ח"ג – ח"ד או"ח יח. וראה גם שם, קמו. בענין שונה אבל דומה, מהר"ש ענגיל ענה בשנת תרס"ד 1904, על שאלה בדבר שמן זית מארץ ישראל ונר חנוכה וחשש לשביעית לגבי השמן, והתיר את השמן. ראה שו"ת מהר"ש ענגיל ח"ב ד. גם כאן ובתשובות של משיבים אחרים, נדונה השאלה של היתר הוצאת פירות ארץ ישראל לחוץ לארץ.

²²⁹ שו"ת מחזה אברהם ח"א או"ח קמ"ב.

²³⁰ בית יצחק, שם, קלו. וראה גם שו"ת צהר"ש מוהליבר שם, וסימן יט, שם.

²³¹ שו"ת מהר"ש מוהליבר, שם; שו"ת מהרש"ם ח"ג סז.

²³² שו"ת מהרש"ם ח"א עב; שם, ח"ג סז.

שאלת אתרוגי ארץ ישראל לעומת אתרוגים שגדלו בחוץ לארץ נדונה עוד בשנים שקדמו לתשובה זו, ואף יצאו קונטרסים מיוחדים אודותיה²³³. השאלה העסיקה את חכמי ההלכה רבות, והשואל הרב שלמה מארקוס, תיכנן להוציא ספר חדש עם תשובותיהם של גדולי ישראל בנדון. ואמנם, הספר יצא לאור זמן קצר לאחר כתיבת תשובתו של בעל מחזה אברהם²³⁴. וכך פותח הרב שטיינבערג את תשובתו²³⁵:

"מכתבו היקר הנכתב ברגש קודש מקרב ולב עמוק לחיבת ציון ויושביה אחינו בני ישראל הקדושים נכון הגיעני ובו הודיעני אשר עומד הכן א"ה (=אם ירצה השם) בקרב הימים להוציא ספרו פרי עץ הדר והוא קובץ מכתבים מגדולי ורבני זמננו להודיע בשער בת רבים להבדל מאתרוגי יון ולבחור רק באתרוגי אה"ק (-ארץ הקודש) תובב"א (תכונן ותבנה במהרה בימינו, אמן), וכבודו קרא גם אותי להיות נמנה לדבר מצוה ולחוות דעי גם אני ולמען אהבת ארץ אבותינו הקדושה והטהורה ה' ישיב שבותה וירחמה בב"א (במהרה בימינו אמן) הנני עט ממהר להשיבך - כיד ה' הטובה עלי".

בתשובה ארוכה דן המחבר בהבדל שבין החובה לקחת אתרוג מהודר, לבין החובה להעדיף קנייה מיהודי על קנייה מגוי²³⁶. והשאלה היא: - כשאתרוגו של הגוי מהודר יותר מאשר אתרוג מארץ ישראל - מה לעשות? מסקנת המשיב היא, שעל פי הדין, יש להעדיף מצוות הידור על מצוות "או קנה מיד עמיתך". אבל, כיוון שמדובר כאן בענין נוסף, דהיינו בעידוד מגדלי האתרוגים היהודים בארץ ישראל, אין המשיב מסתפק בהלכה הפסוקה וברצונו לשנותה. כיצד? המשיב מציע לרבני הדור לתקן תקנה המחייבת קניית אתרוגי ארץ ישראל בלבד, למרות שאתרוגי יוון מהודרים יותר. גישה זו יסודה במדיניות ברורה של עידוד היישוב החקלאי החדש בארץ. בסוף התשובה, סיכם המשיב את גישתו במלים: "...לגזור איסור על הקונים שלא לקנות מאתרוגי יון אף אם ימצא בהם מהודר יותר מאה"ק בכדי להחזיק ישוב א"י ולתמוך יד אחינו בני ישראל... דמקום מצוה רבה היא לחבת קדושת הארץ ארץ אבותינו הקדושים ולטובת יושבי' אשר עיניהם צופיות לזה... וזכות המצוה תגן עלינו להתברך ממעון הברכות בשפעת הצלחות ובמהרה נזכה לבנין אריאל וירום קרן ישראל אמן".

²³³ ראה, למשל, ז. מינץ, תשובות גאוני ורבני הדור ע"ד אתרוגי פארגא וזולתם... לעמברג, תר, 1840.

²³⁴ ש. מארקוס, פרי עץ הדר, קראקא תר"ט. הספר הוא קובץ של גאוני הדור בשבח אתרוגי ארץ ישראל לעומת אתרוגי יון ובמיוחד קורפו. בין הרבנים המובאים בספר: הרב יצחק שמעלקיש, הרב שלמה מרדכי שבדרון, הרב אריה ליבש הורוויץ.

²³⁵ שו"ת מחזה אברהם, ח"א, או"ח קמח.

²³⁶ סוכה, כט, ז; שם, לא, א; שו"ע או"ח סימן תרנ"ו סעיף א.

פולמוס השמיטה

פולמוס השמיטה שנתעורר בהקשר להיתר השמיטה לשנת תרמ"ט זכה בפרסום רב²³⁷ ואין ברצוננו להרחיב את היריעה בנידון. בדעתנו רק להוסיף דברים של אחד משלושת המתירים בנדון, הגאון מקוטנא, הנמצאים בקובץ תשובותיו. הוא התיר את מכירת השדות לגוי בשנת שמיטה, אך אסר את עיבוד האדמה על ידי יהודים. ידוע, כי הרב מקוטנא היה אחד משלושת החתומים על היתר השמיטה בתרנ"ט. מתשובותיו עולה בבירור כי חש במבוכה ובהססנות שליוו את ענין נתינת היתר המכירה בשביעית לאור ה"רעש" שהתעורר בעקבותיו²³⁸.

מלשון ההיתר משתמע שעבודת ישראל בשמיטה אסורה בדרך כלל, ומותרת רק במקרים מיוחדים, אך נראה שהדברים הובנו שלא כהלכה, ובלשון הרב מקוטנא: "ע"י פחזנותם של האשכנזים יצא מכשלה גדולה כי יעבדו ישראל בעצמם שדותיהם". והוא מדגיש כי הוא התיר את המכירה בלבד²³⁹. יתר על כן, בתשובה שכתב לפני כן בשנת תרמ"ח הוא התנער מאחריותו להיתר במלים בוטות: "ומה שנדפס במכתב עתי הנקרא מליץ על שמי לא מדעתי היה כי מתחילה לא הסכימה דעתי כלל על היתר שיעבוד ישראל בשביעית גם בקרקע של גוי". והוא חוזר ומדגיש "וזה שנדפס במכתב העתי שלא בידיעתי וברצוני היה". נראה כי הרב מקוטנא בקש לסגת מן המהומה שעורר הפסק, באמרו ששמו חתום עליו בניגוד לרצונו: "ועכ"ז (=ועם כל זה) אני מושך ידי מזה, וזה המעט לא כתבתי אלא לכבודכם".

בנוגע לגישת גדולי התורה להיתר, לא ניתן לקבוע כי דווקא האוסרים אינם מאוהבי ארץ ישראל ויושביה החדשים. הדוגמא הבולטת ביותר היא של גדול התורה וחובב ציון הידוע, הנצי"ב²⁴⁰ שבתשובותיו אסר את מכירת הקרקע בשביעית. עמדתו סותרת את הגישה הרווחת בקרב כמה מן ההיסטוריונים – כי עניין ההיתר או האיסור של המכירה בשמיטה היה מבוסס על האידיאולוגיה של המשיב. לפנינו דוגמא כיצד השיקול ההלכתי הטהור מנחה את הפסיקה.

למרות שגישתו של הנצי"ב בנוגע לשנת השמיטה היא לכאורה אנטי-התיישבותית, ניתן לראות את דאגתו המיוחדת לבני ארץ ישראל העוסקים בעבודת

²³⁷ ראה הביבליוגרפיה המפורטת בנידון של מ. וונדר, המעיין, תשכ"ו, ב, עמ' 26 – 72 והמילואים בכרכים נוספים של המעיין, תשכ"ט, ג עמ' 71 – 72; תשכ"ז, א, עמ' 77 – 80; תש"ל, א, עמ' 73 – 78.

²³⁸ שו"ת ישועות מלכו, נג, נה – נט.

²³⁹ שם, נג.

²⁴⁰ ראה קונטרס דבר השמיטה, אחר תשובה נו במשיב דבר ח"ב. תשובה זו נכתבה לפני הפולמוס הגדול שבשנת תרמ"ו. לפי התאריכים שבמשיב דבר הנדפס, היא נכתבה כבר בשנת תרל"ח, 1878, אולם לפי התוכן, מזכיר את השנה הששית לשמיטה, התאריך אינו יכול להיות נכון.

האדמה. הנצי"ב מוטרד מן התוצאה של פסק דינו דהיינו, מהאיסור על עבודה בשנת שמיטה, והוא שואל: מה יעשו בני המושבות בשנה של פנאי? ובלשונו: "עלינו לחוש לקלקול יושבי הארץ אשר יהיו הולכי בטל מכל עבודה בשנה שלמה, ובטלה מביאה לידי שעמום הדעת ולידי עבירה ח"ו (=חס ושלום)". הנציב מציע תכנית לפתרון הבעיה: העמדת מורים מיוחדים שילמדו את החקלאים בשנת השמיטה". שיטיפו לפני האנשים כפי שערכם בהלכות ואגדות ומוסרים טובים ואמונה בה". הנצי"ב מסתמך על 'הנדיב הידוע' שכפי שסייע לאנשים במשך שש שנות עבודה, יסייע להם אף בשנת השמיטה, ובמקום גנן יעמיד לפניהם מורה. "ומה מאושר הנדיב הידוע בכשרון מעשיו וחסדיו כהררי אל עם יושבי הקאלניות שזכהו ה' להושיב נשמות הארץ... ועתה בשנת השביתה מעבודת הגנן ישגיח להעמיד בכל קולוניע איש מיוחד וללמד את האנשים כפי ערכם". שמירת השנה השביעית מציינת את ייחודה של ארץ ישראל: "כי לא להושיב ארץ פלשתים אנחנו מנדבים כי אם להושיב נשמות ארץ הקדושה לה' ולישראל עמו...".

ובתשובה אחרת, בהמשך קונטרסו על השמיטה, הנצי"ב כותב לרב יודל לובעצקי מפאריז, מחדד את דבריו ומעיד כי מטרת יישוב הארץ אינה לפרנס את יושביה, אלא להשיב את קדושתה - ואין קדושתה מקויימת אלא על ידי מצוות שמיטה. בשל קדושת הארץ נתנות התרומות ליושביה, ואין בשמירת שמיטה משום פגיעה בארץ, אלא להיפך: "עיקר שהמה מנדבים על ישוב הארץ, אינו בשביל להחיות איזה סך אנשים כי אם להושיב נשמות ארצנו הקדושה וגם זה לא להושיב מחוז פלישתי נא כי אם קדושת א"י". הנצי"ב סמוך ובטוח כי הנדיב הידוע יכול להמשיך ולקיים את היישוב וכבר נודע כי הבארון הנדיב שליט"א, לא תקצר ידו להחיות את אנשים התלויים בה". עבודת האדמה בשנה השביעית נראית בעיניו כמצווה הבאה בעבירה. כאמור, מה שמדאיגו הינו הבטלה שעלולה להיות מנת חלקם של השובתים מעבודת אדמה "אבל להתיר עבודה ח"ו אינו עולה ע"ד (=על דעת) בשום אופן".

סיו

באיזו מידה מהווים השו"ת בבואה לשיבה לציון ולמעמד החדש של ארץ ישראל בתודעת העם היהודי? ניתן לומר כי השו"ת מצביעים על ראשיתה של תזוזה במצבה של ארץ ישראל ובמעמדה הציבורית היהודית, אך לא מצאנו הדים המשקפים את גודל השינוי ואת חשיבותו ההיסטורית. יתר על כן, ביכולתנו להצביע על מגוון רב של שאלות שלא נידונו בשאלות ותשובות של חכמי פולין ורוסיה. מה היחס הנאות

של שלומי אמוני ישראל לתנועות החדשות שניסרו בחלל היהודי: חובבי ציון משנת 1882 והתנועה הציונית שקמה ב-1897. באיזו מידה יכולים יהודים החרדים לתורת ה' לשתף פעולה עם יהודים המכונים חילוניים במעשה בנין הארץ? רוב התשובות שבידינו המביעות חובה ומסירות לארץ ישראל הן מתקופת חיבת ציון, עד לצמיחתה של התנועה הציונית. ההתייחסות לעניני ארץ ישראל פחתה במידה רבה במאה העשרים עם התגברות העלייה החילונית. עובדה זו מדברת בעד עצמה.

סוף דבר²⁴¹

כמה אלפי תשובות נכתבו על ידי שלושים המשיבים שבתשובותיהם דנו. השאלות והתשובות הן אוצר בלום לא רק לתלמידי חכמים ולמשפטנים, אלא גם להיסטוריונים, סוציולוגים, ביבליוגרפים ועוד. תקצר היריעה מלמנות את כל הנושאים המוזכרים בספרות זו, ואולם ברצוננו להעלות על קצה המזלג כמה הערות והארות.

יהדות פולין ורוסיה ידועה כיהדות שדבקה בדת, יותר מכל קהילה אירופית אחרת בעת החדשה. יתר על כן, הבית היהודי שהיה מצוי בה היה סמל לטוהר, לאחוה, אהבה שלום ורעות. ואולם, נראה לנו כי אחד הנושאים הנידונים ביותר בשו"ת שלפנינו היה - זנות וניאוף. זו לא היתה נורמה אך זו לא היתה תופעה יוצאת דופן. יש מאות תשובות בנדון. ראוי שנזכיר כי הפונים לרב גדול והמבקשים את חוות דעתו לא פנו כדי לקבל פסק הלכה עבור יהודים משכילים או רפורמים, אלא הבקשה באה עבור שלומי אמוני ישראל. ניתן אולי להסביר חלקית את התופעה על רקע ההגירה העצומה שארעה בתקופה הנידונה. בעלים רבים מאד עזבו את ביתם ונסעו למרחקים, בעיקר לאמריקה, במקרים רבים נשאר הנשים בפולין ורוסיה תקופות ארוכות מאד לבדן. מצב זה השפיע על ריבוי מקרי העיגון ובעקבותיהם ריבוי המאמצים להתיר עגונות. האמת ניתנת להאמר, שסיפורי המעשים נקראים לא אחת כמו רומנים זולים. מתגלה הווי לא ידוע לרבים בו מצויות זונות יהודיות, בגידות ללא ספור, בכל עת, כולל בליל יום כיפור, נסיונות לתפוס את הבוגדת "על חס", נשואי קטינים, עבריינות בקרב יהודים, ועוד כהנה וכהנה.

נושא שמעורר תשומת לב מיוחדת הינו: מחלות נפש על סוגיהן. תשובות רבות מאד דנות בנושא זה, ומתארות בהרחבה רבה סימפטומים שונים של אנשים ונשים.

²⁴¹ ראה הערת העורכים בעמוד 86.

אנשים ונשים נשלחו לא מעט במאה הי"ט ובראשית המאה הכ' לבתי חולים לחולי נפש. לפי התשובות אפשר לשרטט מפה של בתי חולים אלה במזרח אירופה כולה. חולי נפש יהודים רבים (מדובר בעשרות מקרים כאלה) נשלחו לבית החולים לחולי נפש בלבוב. ראוי לציין כי על רקע הרצון להתיר עגונות הרבו לטעון כי הנעלמים היו בלתי שפויים מתחת לחופה, ועל ידי כך נמצא מוצא להתרת כבלי העיגון. לעומת זאת, כאשר החכמים בקשו להכשיר את הגט שניתן על ידי אדם לקוי בנפשו, הם ניסו להוכיח את שפיותו - לפחות בזמן עריכת הגט ומסירתו. לא אחת נמצא כי סמפטומים שנמצאו או מעידים על מחלת נפש של בעלים נעלמים, לא הוכרו כן כשהיה מדובר בבעלים שמסרו גיטין והרבנים ביקשו להכשיר את גיטיהם.

נושא מענין אחר הינו: אמונות תפלות; דוגמא מאלפת: לשם עצירת מחלת ילדים, הציעו עריכת חופה בבית הקברות. מועלות שאלות מוזרות, כגון: המדרש מספר שאפשר היה לטעום במן כל טעם שהוא. האם מותר היה לטעום במן טעם איסור? או, האם אפשר לצרף למנין גולם שנברא על ידי ספר תורה?

למותר לציין כי ניתן ללמוד מהתשובות לא רק על עניינים שבשולי החברה. מצוי חומר עצום ורב בנוגע לקהילה, הנהגת הקהילה, רבניה שוחטיה ועוד בעלי משרות. משרת הרב הפכה לעתים למעין עסק, שכל המרבה במחירו לטובת הקהילה - יזכה בו. מהתשובות נראה את מלחמתם של גדולי התורה נגד תופעה זו.

נידונים גם ענייני רבנים מחוץ למזרח אירופה. בתשובת המהרש"ם נידונה מריבה בין הרב הראשי לבריטניה, הרב אדלר, עם החכם ורב הקהילה הספרדית בלונדון, הרב גסטר. בדברי הרב יצחק שמעלקיש נמצא אף ביקורת כנגד ההיסטוריון גרץ שבא להסביר לגויים את הפירוש לפרק מד ביחזקאל - פרק חשוב מאד להשקפה הדתית הנוצרית.

עיון בשאלות מלמד את הקורא רבות על מקומות שונים ועל מעמדו של הנשאל. שאלות שנשלחו מאמריקה לרבני פולין ורוסיה מענינות במיוחד. השאלות מאירות את עינינו למציאות שרווחה אצל היהודים שם במאה הקודמת. אנו שומעים על הנעשה לא רק בניו יורק אלא גם בבלטימור, סינסינטי, בופאלו, שיקאגו ואפילו מונטריאל, דאלס וסן פרנסיסקו.

חידושים טכנולוגיים עוררו ענין רב, והמשיבים חייבים היו לענות תשובות ברורות. החידוש המובהק ביותר היה החשמל. כשליש מהמשיבים שאנו דנים בהם, חיו את דעתם על כך, וכן נידונו מצות וציצית שנעשו על ידי מכונה, וכן סוגי ריחיים חדשים שהשתמשו בהם לטחינת קמח עבור מצות לפסת. גדולי פולין ורוסיה דנו גם ברכבת קיטור, טלגראף, נורות שפעלו באמצעות גאזים שונים, מכונת חליבה ועוד.

גם התקדמות הרפואה עוררה בעיות כגון טיפולים רפואיים המיוחדים לטיפול בעקרות וכן שאלת השימוש בגופות של מתים יהודים ללימוד מקצוע הרפואה בבתי ספר לרפואה. מעיון בתשובות אלה לאלפיהן, לומדים רבות לא רק על דרכי כתיבת התשובות כפי שכבר הצבענו - אלא אף על הספריות שהיו בידיהם של המשיבים. לרב נתנזון היתה כנראה, ספרייה גדולה מאד, אולם חלק לא קטן של תשובותיו נכתב ממקום מרפא הרחק מספרייתו. הרב נתנזון היה אדם חולני כל חייו והרבה לנסוע למקומות כגון אלה. לא אחת מציינים המשיבים השונים שספר זה או אחר איננו תחת ידם. מתשובות רבות אפשר ללמוד על הערכת משיב אחד, לאחר. בתשובות שואל ומשיב מתייחס הרב נתנזון, בין היתר, למהר"צ חיות, למהרש"ם, לרב יצחק שמעלקיש, לבעל שו"ת מאמר מרדכי ולמהרי"א איטינגא; מהרש"ק מתייחס למהר"צ חיות, לרב יצחק שמעלקיש, לבעל שואל ומשיב ולמהרש"ם. חלק מהמשיבים אהבו להדגיש במיוחד את ייחוסם. הרב יוסף שאול הלוי נתנזון הדגיש בתשובותיו שהוא צאצא של החכם צבי, בעל השער אפרים, המהרש"ל, מהר"ם פדואה, מהר"ל מפראג ושבעל הישועות יעקב היה דודו זקנו. וכן הרב יצחק שמעלקיש התפאר באבותיו החכם צבי, בעל תבואת שור, הש"ך, מהר"ם לובלין והב"ח.

לעתים נמצא כי אותה שאלה נשלחה ליותר מחכם אחד. מתוך השוואת התשובות אפשר לעמוד על המשותף ועל השונה בגישת שני משיבים לאותן עובדות. מענין הדבר שכמעט תמיד הגישות מתפרדות והמקורות עליהם מסתמכים המשיבים לרוב אינם זהים. ניתן גם ללמוד על התהוות קבצי השו"ת ועל דרך עריכתם. יש אוספים עם כמות אדירה של תשובות, כמו אלה של בעל שואל ומשיב, מהרש"ם ומהר"ש ענגיל, ויש קבצים צנועים יותר כגון אלה של הנצי"ב והרב ישראל יהושע טרונק.

המאה הי"ט והמאה העשרים עד לשואה ראו את יהדות פולין ורוסיה בשיאה הגדולים. בתקופת חיים זו גדלה הקהילה היהודית והתעצמה, וחייה זרמו כנחל אדיר. הקריאה בשו"ת מהווה בבואה יחידה במינה. מחד גיסא היא ממקדת את השאלות הבודעות של התקופה, ומאידך גיסא היא מהווה כניסה לרשות הפרט של יהדות פולין ורוסיה. אין כמו ההלכה היהודית המקיפה ד' אמותיו של אדם ומלווה אותו עשרים וארבע שעות ביממה. יהודי שומר מצוות חי את ההווה היהודית בכל מעשה ובכל רגע. ספרות השאלות והתשובות מאפשרות לנו הצצה לפני ולפנים - גם לרשות הפרט המכוסה בדרך כלל.

על הדיאלקטיקה ביחסם של חז"ל לגרים

מעמד הר סיני נתפס על ידי חז"ל כטקס הגיור הפומבי של העם. חכמי ההלכה ובעלי האגדה מאוחדים בדעתם כי במעמד זה עבר העם גיור כהלכה: מילה, טבילה והעלאת קורבן וכמובן - קבלת עול מצוות. מעמד הר סיני היה אקט של גיור קולקטיבי, ואילו גיורה של רות, שהוא מוקד המגילה הנושאת את שמה, מסופר מיד' שנה בחג השבועות ומציין את גיורו של הפרט. חג מתן תורה מציין הן את גיור הכלל, והן את גיור הפרט, גיורה של רות הסבתא רבא של דוד המלך, שהינה אם הטפוס של גר הצדק. למעשה, תכני חג השבועות מביעים את ההוקרה ההלכתית והלאומית לגרים ולגיור. היחס החיובי של התורה לגירות ולגרים הוא חד משמעי. שלושים ושש פעמים התורה מצווה אותנו על התייחסות חיובית לגר, יותר מכל מצווה אחרת. ואולם, בניגוד לעמדה ברורה זו, קריאת המקורות התלמודיים מעלה שתי עמדות קוטביות כלפי הגיור: חיוב מובהק אל מול גינוי מובהק. כיצד ניתן להסביר זאת? מאחר שבחינת הרקע ההיסטורי שהוליד גישות כל כך מנוגדות אצל חז"ל לא מניבה הסברים מוצקים, אנסה להציע הסברים אחרים מתוך קריאת הטקסטים שעוסקים בגיור.

חז"ל כמחייבי גיור: אברהם אבינו נחשב, כידוע, לאבי כל הגרים, והמדרש לפסוק: "ואת הנפש אשר עשו בחרן" גורס כי אברהם גייר את האנשים ושרה גיירה את הנשים והמגיירים נחשבו כאילו הם יצרו את הגרים. במדרש אחר שמתחיל במילים "חביבין גרים" מסופר כי אברהם נימול רק בהגיעו לגיל 99, כדי לאפשר לכל מי שחפץ להתגייר לעשות כן, ללא כל הגבלת גיל. על פי מדרש זה, הקב"ה העדיף שאברהם אבינו יהיה ערל כל אותו זמן ובלבד שלא תינעל דלת בפני גרים פוטנציאליים. מדרש מפורסם אחר קובע: "לא הגלה הקב"ה את ישראל לבין האומות אלא כדי שיתווספו עליהם גרים."

מדרש אחר המובא בגמרא בסנהדרין מזכיר את המלך מנשה שסבר שחלק מפסוקי התורה היו חסרי משמעות ולעג להם, למשל: "ואחות לוטן תמנע", "ותמנע היא פילגש לאליפז". הגמרא גוערת במנשה על דבריו אלה, אך בהמשך היא גם חוזרת ומעלה את שאלתו של המלך מנשה בגין משמעותם של פסוקים אלה. המדרש משיב על כך בספרו כי תמנע היתה צדקת שרצתה להתגייר והיא פנתה לשם כך אל שלושת האבות, אברהם יצחק ויעקב ובקשה מהם כי יגיירוה. ואולם, האבות

דחו את בקשתה. תמנע נפגעה מכך ונישאה לאליפז. אחד מצאצאיהם של תמנע ואליפז היה עמלק הידוע ברשעותו. המדרש מקשה ושואל: מדוע מזיווג זה יצא עמלק הרשע? והוא משיב: על שדחיה ולא גיירה. סיפור מופלא זה שמבקר קשות את שלושת האבות בשל סירובם לגייר את תמנע מציג את עמדתם החיובית של חז"ל לגיור.

בעוד שמתמנע שהיתה צדקת נולד רשע, מרות שהיתה מואבית נולד צדיק. גם מדרשים אחרים עוסקים בצאצאיהם הצדיקים של רשעים שהתגיירו, כגון צאצאי המן ונבוכדנאצר. מסיפורים אלה עולה כי צאצאיהם של רשעים שהתגיירו היו לדמויות חיוביות, ואילו צאצא של צדקת שסרבו לגיירה היה לרשע האולטימטיבי - עמלק.

חז"ל כמגני גיור: בצד אמירות אלה ואחרות בזכות הגיור ובזכות צדקתם של הגרים, יש במקורותינו דברים קשים ביותר כנגד גרים. לדוגמא: "רעה אחר רעה תבוא למקבלי גרים". וכן: "הגרים... מעכבין את המשיח". האמירה המפורסמת ביותר כנגד גרים היא, ככל הנראה, זו של רב חלבו: 'קשים גרים לישראל כספחת' (נגע העור). ואולם, תלמידו המובהק של רב חלבו, רבי ברכיה, גורס שלא מדובר כאן במחלת עור. המלה ספחת מפורשת על ידיו על פי הפסוק בישיעיהו "ונלווה הגר עליהם ונספחו על בית יעקב", וכן על פי הפסוק בשמואל א' בו נאמר: "ספחני אל אחת הכהונות". מדברים אלה עולה כי הגרים אינם כנגעי העור, אלא הם ייספחו לכהנים בעתיד, לאחר שבנותיהם יישאו את בני הכהנים, וכך יידבקו בהם ואפילו ישרתו במקדש.

לכאורה, עבור יהודים שמאמינים שהדת היהודית היא הדת הראויה, קבלת גרים היתה אמורה להיות אקט משמח, שהרי עוד אנשים רואים כמותם את האור ומצטרפים אליהם. דבריה של רות לנעמי: "כי אל אשר תלכי אלך וכאשר תליני אלן עמך עמי ואלוקיך אלוקי" וכן דברי הנביא זכריה: "כה אמר ה' צבאות בימים ההמה אשר יחזיקו עשרה אנשים מכל לשונות הגוים והחזיקו בכנף איש יהודי לאמור נלכה עמכם כ' שמענו אלוקים עמכם" היו אמורים להיות מודל לחיקוי לכל מי שמבקש להצטרף לעם היהודי. אם כן, כיצד נסביר את הדעות השליליות כלפי הגרים?

מבט מעמיק לתוכנו מראה כי אמנם עמוק בקרבנו מצוי יחס כפול ומקוטב כלפי הגר. אסביר. גר שעבר תהליך של גיור כבוגר, עבר ללא כל ספק, תהליך ארוך ומכאיב שכלל את דחיית דתו "הישנה" ובחירת דתו ה"חדשה". לעומתו, יהודי מלידה

פטור מלעבור תהליך סבוך זה. לרוב היהודי מלידה ממעט לחשוב על זהותו הדתית ומקבל באופן טבעי את האמונה בדבר היותו שייך לעם הנבחר. אי לכך, המפגש עם הגר עלול לעורר בו שאלות שלא שאל את עצמו קודם לכן: מה הבסיס האידיאולוגי ליהדותי? לו הייתי גוי האם הייתי בוחר ביהדות? האם יהדותי מבוססת על אמונה ומחשבה, או האם אני מקיים את דתי כמצוות אנשים מלומדה? אמנם, הגר לא מטיח בפני היהודי את השאלות האלה, אך המפגש עימו מעורר אותן ועמן עולות גם ספיקות רדומות לגבי האמונה הדתית של היהודי מלידה. ספיקות רדומות אלה מעוררות אצלו אי נחת שמוליד יחס מקוטב לגר.

הרהורים דומים מתעוררים בלב המאמין היהודי גם לנוכח חג מתן תורה, חג שבו על פי המדרש חזר הקב"ה על פיתחי העמים והציע להם את התורה. על פי המדרש היה זה העם היהודי שבחר בתורה. לצד מדרש זה מצוי גם מדרש שגורס את ההיפך, דהיינו, שבזמן מתן תורה הקב"ה כפה עלינו הר כגיגית וחייב אותנו לקבלה. על פי מדרש זה העם היהודי לא קבל את התורה מבחירה חופשית, אלא הוא נאנס לעשות כן. והרי "אונס רחמנא פטרי", דהיינו, הנאנס פטור מלקיים התחייבותו. היתכן? חז"ל פתרו דילמה זו בקלות. במגילת אסתר נאמר: "היהודים קיימו וקבלו עליהם". מכאן שקבלת עול מצוות לא התקיימה במעמד הר סיני, אלא בימי מרדכי ואסתר. הניגוד בין המדרשים מעלה את השאלות שמתעוררות כתוצאה ממפגש עם הגר ובראשן את השאלה הנוקבת: האמנם קיבלנו עול תורה ומצוות מבחירה? גם שאלה מטרידה זו מביאה להסתייגות מהגר.

קפדנותו של הגר בקיום המצוות הינה גורם נוסף שמביא לרתיעתנו מהגר. גרים נוהגים לדקדק ביותר בקיום מצוות, או בשל אדיקותם הדתית, או בשל מיעוט ידיעותיהם. כידוע, רק למדן מסוגל לקבוע מה היא קולא. חכמי התלמוד היו מודעים לתופעה זו והלכה מיוחדת נקבעה בשל כך. במסכת פסחים בדיון אודות חבורה שאוכלת יחדיו את קורבן הפסח נאמר: "אמר רב יעקב, אמר רבי יוחנן, אין עושים חבורה שכולה גרים שמא ידקדקו בו ויביאוהו לידי פסול." דקדקנות זו בקיום המצוות היא גם ההסבר של אחד מבעלי התוספות לאמירה שהזכרנו לעיל, "קשים גרים לישראל כספחת". בשל מדרגתם הדתית הגבוהה של הגרים יהודים רגילים נראים לעומתם כחוטאים לפני ה'. דקדקנות זו של הגרים בקיום מצוות נובעת מתופעה פסיכולוגית וחברתית ידועה - הרצון העז להתקבל בחברה חדשה על ידי מי שזה מקרוב בא. כדוגמה בולטת לכך אביא את יהודי גרמניה לאחר קבלת האמנציפציה.

כידוע, הם התנהגו כ'יותר גרמנים מהגרמנים' והתנהגות זו לא חיבבה אותם על שכניהם, אלא להיפך, גרמה לדחייתם.

הרתיעה מהגר נובעת גם מהרתיעה המובנית של היהודי מהגוי. רתיעה זו שהיתה מכוונת בתחילה כנגד עובדי אלילים התפשטה כלפי כל הגויים. על עוינות עמוקה זו נוכל ללמוד, למשל, מרשימת האמירות המצוייה בתלמוד שנאסר עלינו לאומרם לגר. מנוסח האיסור אנו לומדים על רגשותיו הסמויים של היהודי: "פה שאכל נבלות וטריפות שקצים ורמשים בא ללמוד תורה שנאמרה מפי הגבורה?! אמירה זו מעידה היטב על סלידת היהודי מהגר שנולד כגוי.

סיבה נוספת ליחס השלילי כלפי הגר נובעת ככל הנראה מהחשש שלאחר שתחלוף תקופת האופוריה שלו מדתו החדשה, הוא יתרחק ממנה. חשש זה שהגר יחזור לסורו נידונה בתלמוד מספר פעמים. גם יוספוס פלביוס העיד בכתביו על גרים שעזבו את יהדותם וחזרו לדתם המקורית. חשש זה הובע על ידי רב חייא במילים: "אל תאמין בגר עד כ"ד דורות שהוא תופס שיאורו [יסורו]".

עד עתה התייחסתי בעיקר ליחסו של היהודי מלידה לגר. כדי להיטיב להבין את יחסו של הגר למפגש עם עמו החדש, ברצוני להרחיב את היריעה ולדון ברגשותיו של אדם שמנסה להצטרף לקבוצה חברתית חדשה. מהמפגש של הגר עם בני העם היהודי מתברר לו שהעם הנבחר אינו אלא קבוצת אנשים רגילים שאינם מתעלים ליעדם הנבחר. בעקבות המפגש הגר חווה הלם. הלם מעין זה חווה גם יהודי דתי תמים שמגיע לארץ לראשונה ונתקל באופייה החילוני של המדינה, או אידיאליסט שרוצה להצטרף לקיבוץ בעידן של טרום הפרטה ונתקל בחברה הקיבוצית על כל עיוותיה. האכזבה והביקורת שיחוש הגר, כמו שיחושו המבקר שמתאכזב מהארץ או האידיאליסט שמתאכזב מהקבוץ, יכאיבו לא רק לגר, אלא גם למבוקרים על ידיו. מי אוהב לקבל ביקורת?

ולשיטה אחרונה - האם ניתן לקבוע מה היתה עמדתם המועדפת של החכמים כלפי הגרים, האם חשו דחייה או קירוב? נראה לי שהתשובה לשאלה זו מצוייה בנוסח בו מוזכרים הגרים בתפילת שמונה עשרה: "על הצדיקים ועל החסידים... ועל גרי הצדק...". מנייתם של גרי הצדק לצד הצדיקים והחסידים מוכיחה את יחסם החיובי של חז"ל לגרים.

R. Shlomo Kluger and R.N.Z.Y. Berlin (ha-Neziv)

Two Paradigms of Deciders (Poskim): R. Shlomo Kluger and R. Naphtali Zevi Yehudah Berlin (ha-Neziv)

My presentation will compare the decision making process of two leading nineteenth century rabbinic authorities who resided in eastern Europe but were regarded as authoritative throughout Europe and were even sent queries from the United States. The two are Rabbi Shlomo Kluger (1785-1869) rabbi of Brody for some fifty years, and Rabbi Naphtali Zevi Yehudah Berlin (ha-Neziv) (1817-1893) head of the renowned yeshiva at Voloshin for some forty years.

My presentation will be based on their responsa but I will not discuss the specifics of the various questions and answers found in them in much detail. Instead I will emphasize general principles enunciated by these two luminaries illustrating their distinct and divergent attitudes toward halakhic decision making. Their world-view, especially their individual understanding of Jewish law in general and decision making in particular, will be presented.

The specific examples I will refer to are questions which arose as a result of innovations which stemmed from 19th century modernity. In these responsa both Rabbi Kluger and the Neziv laid down principles and guidelines which serve as a basis for halakhic decision making in general. These decisions concerned the study of Hebrew grammar, the study of the works of Moses Mendelssohn, translating the Mishna into German, conversion to Judaism (R. Shlomo Kluger), the kashrut of newly discovered species of fowl, the innovative use of steam power in the baking of matzot for Passover and what should be ones conduct toward Reform Jews (haNeziv).

The presentation will emphasize policy as the key to their decision making. A number of policy rules enunciated by rabbis Kluger and Berlin will be examined. Two major topics that will be discussed are their attitudes toward innovation and their philosophies concerning stringency or leniency in halakhic

decision making. Occasionally we will be in for a surprise when a decision is made that seems to contradict the general approach of the respondent.

Rabbi Kluger is a prime example of the Talmudic saying: Take heed of the progeny of the poor, for from them Torah will flow. He grew up in poverty and this situation influenced him all his life. In his will he asked to be buried with the poor. It is most probable that the major reason for his stubborn battle against the introduction of machine matzos for Passover stemmed from his fear of depriving a living from the poor who were employed in the making of hand matzos. The halakhic permission he gave allowing consumption of matzos which were baked before Pesach with kitniot - legumes - also seems to be based on his concern for the poor. R. Kluger fought like a lion defending his positions, and was the center of many bitter disputes. His trip to Berdichev where he disqualified the ritual slaughter (shehita) of Berdichev's ritual slaughterer (shohet) caused a great controversy. He himself was aware of his impulsive fighting personality and his tendency to get into quarrels and disputes. He admits to this a number of times in his responsa. It seems that in old age he tried to change his ways and even wrote that he made a resolution to do so, but it seems that he could not fully fulfill his commitment. In the short time that we have, I want to discuss with you mainly his attitude and decision making in connection with the Haskalah and the Reform movement.

In one of his responsa, R. Kluger was asked about the conduct of a group of people who studied together mainly "Talmud Lashon Ivri", a book on Hebrew grammar and the writings of Moses Mendelssohn (parenthetically the name Mendelssohn is never mentioned in the responsa. In the responsum he appears

as “Desser”, that is from the city of Dessau. This nickname was used by Mendelssohn’s detractors who did not want to refer to him by name). This learning agenda greatly angered some members of the Jewish community; they confiscated Mendelssohn’s works and burned them. R. Kluger was asked if this was halakhically proper.

Kluger begins his response by saying that perhaps the burning of books was unbecoming conduct and not in accordance with the law. However, he continues, he can empathize with the bookburners. It is obvious, he says, that the learning group caused the ire of the members of the community - and rightly so. Even Moses, when angered, broke the tablets. According to Rabbi Kluger the book-burning was a natural, reasonable response. One should not blame them for what they did, since it was done in an understandable fit of anger.

As to the basic question, what is wrong with reading Mendelssohn’s works, Rabbi Kluger’s answer is very interesting. It highlights the basic difference between his way of thinking and rendering legal decisions and that of jurists trained in the legal thinking and practice of other legal systems especially in the area of the rules of evidence. R. Kluger admits that he never read one word of Mendelssohn. He states “I never looked into his writing and I am not aware of anything in the least faulty in his writing.” To Kluger there is nothing wrong with his being completely ignorant of what Mendelssohn wrote when dealing with the question posed to him. It is not important what Mendelssohn wrote, says Kluger, but what is important is how the public views him. R. Kluger brings Talmudic authority to show that communal leaders may make halakhic pronouncements based on public opinion and the public mood. He bases his arguments on the Talmudic saying: “go and see what the public is saying” and “the voice of the multitude is like the voice of God.” He even relies upon the aggadic saying about Israel, “If they are not prophets, they are the sons of prophets.” Any jurist would find his conclusion bewildering. “Since most people say that about him, it must be true And since most people speak derogatorily about him, it must be true”.

The questioner's attempt to validate Moses Mendelssohn on the basis of his being a pupil of the author of the commentary to the Talmud Yerushalmi, Korban He'edah and of R. Ya'akov Emden, is deemed groundless. R. Kluger lists a number of individuals from Ahiyah Hashiloni whose pupil was Yerovam ben Nevat, to the pupils of R. Ezekiel Landau, the Noda Be'yehuda, who were evildoers. R. Kluger does not name them but it seems that he is referring to the early Reform leaders, Aaron Chorin, Hertz Homberg and Peter Bick. All three were students of R. Ezekiel Landau. Being a student of an outstanding individual is not insurance against evildoing.

Another argument to bolster forbidding the reading of Mendelssohn's books is based on the so-called fact that only individuals who have strayed from the right path read his work. R. Kluger writes that only riffraff and sinners read Mendelssohn and that he has never heard of a righteous individual who has anything to do with his works. He adds that "every God-fearing person flees from him as one flees from a snake and a scorpion".

In addition, Rabbi Kluger points out another great flaw of Mendelssohn: the fact that he translated the Bible into German. For that, Kluger says, "he sinned and caused multitudes to sin". There are many reasons according to Kluger for negating the translation of the Bible into German. First, R. Kluger brings the negative attitude of the sages toward translating the Bible into other languages, such as their opposition to the Septuagint translation which was permitted only because there was no choice and was effected under duress. In addition, Mendelssohn's translation, he says, was the catalyst for the Reform movement's use of German in its liturgy in the Reform temple in Hamburg. For this sin of the many, Mendelssohn is responsible. In other words, the success in Hamburg is what led R. Kluger to take this halakhic stand. A little later we will see another example of R. Kluger's fundamental opposition to translations.

Concerning the question what is wrong with studying Hebrew grammar, Rabbi Kluger answers that there is really nothing wrong with such study. However, because of the state of Orthodox Jewry, who fiercely fought against

the Haskalah, one should prohibit the study of grammar - especially from the book written by Yehudah Lev ben Ze'ev - the author of the volume Talmud Lashon Ivri. R. Kluger writes that there is a time and place for everything and what was acceptable in the past is not necessarily so in the present. Times have changed and now, in the present, a fence must be erected. In the past, when it was not heretics and their ilk who studied Hebrew grammar, it was even commendable to do so. But today, when it is those negative elements who are the ones that study grammar, one should keep as far away from them as possible. What they do, i.e. the Reform Jews and the Maskilim, even if not prohibited and perhaps even can be looked upon as positive, should not be emulated by mitzvah abiding Jews. The respondent makes an analogy from the attitude of Hazal toward idolatry. The sages explain that initially God looked favorably upon a "matzeva" - a stone pillar. But often the stone pillar became an object of idolatrous ritual, it became abhorrent to Him and the Torah prohibited it. And now we come to R. Kluger's logical crescendo: the ultimate slippery slope argument. "For we have seen in our own eyes that the study of grammar leads to exclusive occupation with the study of the Bible, and Bible study leads to Bible translation into German, and the German translation leads to heresy", i.e. the Reform movement.

As to the author of the grammar textbook Talmud Lashon Ivri, Kluger writes and relates that he knows the author and that when he, Kluger, was a boy, Ben-Zeev's books were available. Ben-Zeev was a wicked sinful individual who ridiculed piutim and selichot, made fun of Purim, wrote selichot for Purim - and ridiculed Hazal. Rabbi Kluger's portrayal of Ben-Zeev was not off the mark. Ben-Zeev was one of the early Maskilim whose groundbreaking volume on Hebrew grammar using modern linguistic methodology for the study of Hebrew was published and republished many times. The book was the major textbook for the study of Hebrew in eastern Europe for about a century. He also did, in fact, write a biting sarcastic Purim parody to which Rabbi Kluger is referring.

R. Kluger's response to the Haskalah and the Reform movement was similar to many of his contemporaries. We find in his words a mix of halakha and drash, but especially halakhic policy. R. Kluger is very candid and as is usual for him he explains himself by way or analogy. He refers to modernity as an illness and in order to treat this sickness which manifests itself in the crumbling of religion one must prescribe the right medicine. Times have changed, he writes, and what was in the past a successful remedy is now no longer effective. New medication is now needed. That is the case with mental illness. He sees as the scourge of his generation the mental- spiritual malady of Reform and Haskalah. In the past the Jewish people's spiritual condition was much healthier and when they became spiritually ill there was no need for strong medicine to cure them. But now, with the spiritual deterioration great and the spirit weakened, mild medicines will not be able to cure the patient. What is his cure for this predicament? The exclusive study of shas and poskim.

Rabbi Kluger was consistent in his negative attitude toward translation from Hebrew. In the responsum we just discussed R. Kluger referred to the translation of the Bible. In another responsum he answers a query about the translation of the Mishnah into German. The question was sent to him by Rabbi Jacob Bachrach, a well known Orthodox maskil who wanted to embark upon a formidable project of translating the complete Mishnah into German. As he wrote to Rabbi Kluger, the reason behind his idea was to open this tome to a considerable public who were not able to learn Mishnah in the original Hebrew. He asked R. Kluger for his opinion about the proposed project.

Rabbi Kluger responded that Bachrach should not translate the Mishnah. The following is the gist of his reasoning. Since there are different explanations to many parts of the Mishnah the translator will have to decide which one of them to adopt; invariably it will be the one that seems to be the correct one in his eyes. But he may be mistaken. R. Kluger then takes a very narrow view of what study of Mishnah is all about - it is the fulfillment of the commandment to study Torah. R. Kluger says that if the individual's purpose in reading the Mishnah is

to fulfill the commandment of learning Torah, he will get his reward even if he reads the Hebrew without understanding a word of what he reads.

This is preferable to learning Mishnah in the translation and understanding what is being studied. He adds that if someone really wants to study Mishnah he can find himself a melamed to teach him Hebrew because there may be some mistake in the translation. This extreme position is paradigmatic of the losing battle in the fight against the enlightenment and Reform - a battle that was fought with no holds barred by a good many of Orthodoxy's rabbis.

R. Kluger advises - tells Rabbi Bachrach not to go ahead with his plans. Even if his intentions are praiseworthy the results will not be so. Rabbi Bachrach did not translate the Mishnah into German. It is most probable that R. Kluger's response contributed to his negative decision.

Given this stringent attitude of R. Kluger, it is somewhat surprising to find him in the lenient camp in matters of conversion. Not only was his decision lenient but his explanation of the reasons for his decision in the conversion case that came before him served as a landmark case for future deciders.

The Talmud, after discussing conversion to Judaism for some ulterior motive, comes to the conclusion that the Jewish court shall not convert Gentiles to Judaism if the reason for conversion is based on an ulterior motive. Perhaps the most frequent of these motives discussed in conversion cases is the desire to marry a Jew or a Jewess. Rabbi Kluger allowed conversion in such a situation. The gist of the decision needs explaining.

Briefly, the argument is as follows: Since the emancipation there is a legal possibility of marrying in a civil ceremony. As one can do so according to the laws of the State, an application to convert to Judaism in order to live together, or continue to live together, as Jews after conversion and a Jewish marriage ceremony, is not to be classified as a request for the sake of man or the sake of woman. Given the present reality in which there is no problem to marry civilly or live together as man and wife - as was usually the case when such requests

were made - one could explain the motive for conversion as an honest desire to become an integral part of the Jewish people. Rabbi Kluger permitted the conversion of the Gentile girl who had been living with her Jewish lover for some time: even without the conversion they could and would continue to live together, and therefore the request to convert was due not to lust of the body but to a true desire to convert to the Jewish religion.

Rabbi Shlomo Kluger explained that the original prohibition on converting where the purpose was for love and marriage referred only to a case where the couple did not as yet cohabit. In such a case, the urge to have intercourse is very strong. The court is not allowed to convert the Gentile since the ulterior carnal motive is the sole motive of the applicant. But where couples have been living together either without any ceremony or after a civil ceremony, the sex drive is not now as dominant since their desire has already been consummated: therefore the application for conversion is to be looked upon not as a request to fulfill a need of the flesh, but a need of the spirit.

In addition, the fear of apostasy on the part of the man was a major factor in Rabbi Kluger's responsum. The facts of the case involved a Gentile woman with whom a Jewish soldier had fallen in love.

Turning now to R. Naphtali Zevi Yehudah Berlin, the Neziv, we can find a clear enunciation of principles of decision making in his responsa. The Neziv's personality was diametrically opposed to that of R. Shlomo Kluger. Gentle, loving, not out looking for a fight the Neziv was paradigmatic of the school of Bet Hillel. Of course when he felt compelled to do so, he also, at times, took a more stringent view. Even though he too, of course, was an opponent of the Reform movement, juxtaposing one of his responsa on the topic with what we have seen in R. Kluger's responsa is enlightening. R. Berlin was sent a query from Charlestown, South Carolina - the cradle of Reform Judaism in America. He was asked what should be ones relations with Reform Jews. The Neziv answers with no polemics, that one must differentiate between joining them in their religious services and having business dealings with them. Although he too comments

negatively about Reform practices as is usual for Orthodox rabbis of the nineteenth century, he nevertheless makes a special point emphasizing that one should not quarrel with Reform Jews - an attitude different from what was that of R. Shlomo Kluger and other contemporaries of R. Berlin.

What is of special interest in the Neziv's oeuvre is his clear delineation of decision making rules. By examining these rules one can get more than a glimpse of the halahkic philosophy of this outstanding individual.

First, a major principle of the Neziv is that one should not take a stringent view where the Rishonim did not take such a view, a fortiori one should not invent or discover new stringencies - humrot. It is not for us, he says, to make up stringencies - humrot not found in the Talmud.

The Neziv dealt with a problem which was very much debated in the nineteenth century - the kashrut of newly discovered species of fowl. There were great disputations about this between many of his contemporaries. Some vehemently opposed declaring the fowl kosher and others took a more lenient view. Sometimes the debate on this question was very stormy. The prohibitors were of the opinion that anyone eating these newly discovered types of fowl was eating tref.

The Neziv wrote that if the question had been presented to him de novo he probably would have decided to prohibit eating the fowl. However, since people have already begun to eat the fowl, one should not prohibit it. For if he would prohibit it we would be slandering those who have been eating the new species of fowl. Since there are some halahkic scholars who permitted its consumption, the fowl should not be prohibited. This approach is in accord with the Neziv's very strong commitment to avoiding dissension and disputes.

I now want to go into some detail about another responsum of the Neziv - a responsum which contains a number of halahkic jewels. The responsum dealt with a new type of mill - a steam mill - and the validity of its use for the grinding of wheat for Passover matzot. If you recall I mentioned in passing a similar question which was also posed to R. Shlomo Kluger.

At the outset of his responsum the Neziv states that he is aware of the disputation between his contemporaries about the steam mill. However, since he, personally, did not have an opportunity to see and inspect the mill, and he does not have with him at the moment the halakhic material concerning the problem, he is not willing to make a decision. However, what is especially illuminating is the follow up to this statement where the Neziv responds to the questioner's statements and determines the halakhic principles and premises which guide him down the path of his decision making.

The questioner, who was a rabbi in his own right, was of the opinion that it is possible to operate the mill in a manner that there would be no fear at all of fermentation-himutz. However, the rabbi did not want to give a general dispensation for use of the steam mill, but wanted to differentiate between different places and different millers. Sometimes he would allow its use and sometimes he would prohibit its use. This differentiation was completely negated by the Neziv. According to the Neziv, the proposal, if put into effect, would cause quarrels and strife in the community. There would be claims of discrimination and all this will bring about desecration of the Name. A service which is given for the community's sake must be under one rabbinic supervision, overseen by the local Bet Din. The hechsher to be given should be uniform and all the mills in the jurisdiction of a particular Bet Din should be under the one and only religious supervision - hashgaha of that Bet Din. The Bet Din should be responsible for giving the certificate of kashrut. It makes no difference who the owner of the mill is and how much he is to be personally trusted. If there is a special need for additional exceptional inspection of a specific mill, it is up to the Bet Din to hire an expert to oversee the working of the mill. The Neziv reiterates that the principle is - not to differentiate between places or people.

R. Berlin also rejected the second argument of the rabbi-questioner. The rabbi-questioner felt that there were sufficient mills of the old type and there is no need to add a new modern type of mill, especially where the new steam mill bring in its wake problems which did not arise before. We are talking about the

kashrut of matzot on Pesach - surely a major question for halakhic Jewry. Why get yourself into possible halakhic trouble when the solution can be found by using the horse tread mills, goes the questioner's argument .

The Neziv replies that to the best of his knowledge the quality of the flour produced by the steam mills is superior to that of the older horsetread mills. People want to enjoy Passover eating the best possible quality matzot. Therefore the Neziv declared that one should do everything possible to produce high quality flour. For the Neziv progress has the upper hand. In addition one should look positively on the people's desire to enjoy the best tasting matzot that can be produced - the halahka should be decided taking into account the people's wishes.

The Neziv continues, laying down a principle which was stated in the context of Passover matzot but which has important implications for the halakhah in general. The Neziv states that one is not obliged to take precautions against the possibility of something becoming prohibited, even matzot for Pesach, in a manner that is more stringent than what is reasonable in the circumstances. He brings support for his view from the Shulhan Arukh. The Shulhan Arukh permits transporting two sacks of flour, one on top of the other, in spite of the fact that the rubbing together of the two sacks may cause himutz-fermentation. R. Joseph Karo made his decision in the Shulkan Arukh even though there is a solution to the problem. One can transport the sacks one by one; the flour will be better guarded and there will be no fear of rubbing or fermentation. The Neziv explains that Jewish law does not demand this stringency from people. The first manner of transportation is sufficient even though it is more problematical halakhically. So with the steam mill - ultra-stringency is not warranted.

The Neziv ends his responsum to the rabbi who tended to be stringent with a plea to try and take a lenient view. He explains that by taking a stringent view those using matzot with flour from the steam mill will be stigmatized as eating hametz on Pesach even though they use flour which was allowed by at

least some authorities. This should be avoided at all costs. As you recall, this was the argument used by the Neziv in connection with the kashrut of newly discovered species of fowl.

He ends his responsum by quoting the verse about the Torah that “Its paths are those of pleasantness”. Stringent decision making which undermines the true pleasantness of the Torah’s paths is, in R. Berlin’s words, both faulty and a snare.

Rabbi Kluger and the Neziv are two prototypes of disparate halakhic schools of thought which were prominent in the nineteenth century and which influenced halakhic development throughout the twentieth century and up to the present.

THE “KILLER-WIFE” IN JEWISH LAW AND LORE

In Jewish law presumptions play an important role. In the context of our topic, the type of presumption which is relevant is unique in legal systems: the presumption is that if things happen in a certain manner they will continue to happen in the same manner. The following are four examples of such presumptions in the Talmud.

1. There is a presumption that if an ox gored twice, or according to another view three times, it will continue to gore. Therefore there is a strict responsibility upon its owner to guard it and if it gores again the owner will be liable to a high rate of compensation—double the amount he would ordinarily have to pay the injured party before it became known that there is a presumption that this particular ox is prone to gore.
2. If a woman begins to menstruate on the same day of the month for three consecutive months, there is a presumption that that is the day when she begins her period and all the detailed regulations concerning a menstruous woman begin at that date.

3. If a woman is married ten years and has had no offspring, was divorced and remarried and has no offspring for another ten years, she is presumed to be sterile and she is now not permitted to marry a man who has no offspring and therefore has not yet fulfilled the commandment of procreation.

4. If a woman had children who died as a result of circumcision, it is forbidden to circumcise her other sons for fear that they may also die as a result of circumcision. There is a presumption that the family is prone to dying as a result of circumcision, probably due to hemophilia or some other genetic illness.

In a similar vein to the aforementioned examples the Talmud brings and discusses the killer-wife presumption. According to a Talmudic sage if a woman was married to one husband who died and to a second one who also died, she is not permitted to marry a third husband for fear of his life. There is, however, another Talmudic sage who holds that only after the death of three husbands is she prohibited from marrying a fourth. Most post-Talmudic decisors of the law rule according to the more stringent view that the prohibition begins after only two deaths, not three. In any event, this is another example of a presumption that what occurred in the past is prone to repeat itself.

The Talmudic discussion does not end here but what follows is an attempt to explain the reason for the husbands' deaths. Two possible reasons are given in the Talmud, both unclear and enigmatic. According to R. Huna her "well" is the cause. According to R. Ashi her bad luck is the cause. It seems that R. Huna's explanation refers to her womb, meaning that for some reason sexual relations with her have an adverse effect on her partner—perhaps she has some malignant disease which is transferred by sexual intercourse. R. Ashi's explanation too is unclear—what is meant by her bad luck?

The Talmud further enquires: do the different explanations posed by Rabbis Huna and Ashi respectively, lead to practical legal differences? The Talmud answers in the affirmative. "The difference between them is the case where the man only betrothed her and died or also when he fell off a palm-tree and died." The explanation of the above is that where it is clear that the husband's

death was not caused by his contact with her “well”—her womb—according to R. Huna she may remarry.

Both the examples which were given are situations where it is clear that coitus was not the cause of the husband’s death; the betrothed future husband and the man who was killed by the fall from a tree both died from circumstances which were not at all connected with having sexual relations with the woman. Hence R. Huna would allow a further marriage while R. Ashi would prohibit one since according to him she is an unlucky spouse.

Usually where there is a difference of opinion between R. Huna and R. Ashi the law is according to R. Ashi, who was both a later authority and the major redactor of the Babylonian Talmud. Thus in this case the more stringent view is to be accepted, that is, it makes no difference what the possible cause of death is: the woman is unlucky and in no circumstances should a third individual take the risk of marrying her.

This fear of dying as a result of marriage to a woman whose former husbands had died while married to her was taken very seriously. The Talmud relates a story about a very prominent rabbi, Abaye, who relied on the statement that the presumption takes effect only after three deaths, and married a woman whose two husbands had died.

The Talmud relates that after the marriage Abaye too passed away. In a related Talmudic passage we are told about the wife of another sage who, fearing that Abaye’s widow was interested in her husband, chased her out of town yelling at her, “You have already killed three men and now you come to kill another man”!

Before we turn to our discussion of the killer-wife in post-Talmudic times, we can pause here to ask whether there is a source or at least a hint of this fear in pre-Talmudic Jewish sources. The answer to this question is a weak “maybe.” The only Biblical source which may be alluding to such a fear is the story in Genesis of Judah and Tamar: Tamar married Judah’s son Er who died while married to Tamar. Then Er’s brother Onan married her—probably an early

example of a levirate marriage; he too died while married to her. The Bible then relates: "Then Judah said to his daughter-in-law Tamar, "Stay as a widow in your father's house until my son Shelah grows up"—for he thought: He too might die like his brothers ".It seems from this passage that there was a fear for the life of someone who married a woman whose previous husbands had died while married to her. This is so in spite of the fact that the Bible relates that Judah's sons died because of their sinful behavior.

In any event the Talmudic discussion was taken seriously in post-Talmudic times. As a result of what was said in the Talmud, many rabbis felt that there was a real danger in marrying such a woman and even if one could not be sure that the outcome of the marriage would be death, one could not take the possibility lightly. Therefore one must see to it that such marriages do not take place. In matters of life and death taking chances is forbidden. On the other hand, by adopting a stringent view, one could cause great harm to a young woman who had the misfortune of being twice widowed and could not now remarry. She is a *de facto agunah*—anchored woman—who is now relegated to the life of a spinster. Such a situation is clearly against the ideal of the Jewish religion.

These two competing diametrically opposed outlooks are the nexus of the halahkic-legal tug of war which emerged in post-Talmudic times. From the Talmudic sources it is clear that a marriage prohibition exists for the killer-wife. For the Talmud this is not a folkloristic superstition but a really serious problem.

Two schools of thought developed over the ages regarding the killer-wife. One was conservative, stringent in its interpretation of the Talmud, taking the Talmudic statement very seriously. The other, lenient school, includes a wide spectrum of views attempting to ameliorate, at least in some cases, the plight of the killer-wife. The range of views runs from minor inroads in the law to almost complete negation of the killer-wife rule. Some of the rabbis who took the killer-wife marriage prohibition seriously even extended the prohibition to situations not mentioned in the Talmud. These decisors saw themselves as life-savers, but they remained a minority.

It seems that one of the major causes for an upsurge in strictness was the appearance in the thirteenth century of the Zohar, the most influential and basic book in the Kabbalah. The Zohar looks askance at remarriage of widows in general. It speaks of the spirit of the deceased husband, which will return in order to harm the new husband.

The perceptions in the Zohar have parallels both in other sources of the Jewish cultural heritage and in the heritage of other civilizations. For example, in the Hindu religion marriage of a widow is not looked upon favorably. There too the spirit of the dead husband hovers above the new couple. In some cultures we find the spirit of the former husband and in others we find the belief that certain demons attend the wedding ceremony in order to harm the couple. In the apocryphal book of Tobit we read of Sarah, the daughter of Requel, the heroine of the book, having been widowed seven times, each husband dying in the wedding chamber. The cause of death is the demon Ashmedai (Asmodeus) who is in love with Sarah and slays every groom who approaches her.

It seems that not only the Zohar influenced the rabbis who held a more stringent view but that other extra-legal influences were present. In certain Jewish communities between the thirteenth and fifteenth centuries stringency appears to have become more prominent. One possible explanation of this phenomenon is that at that time there was a reaction against rationalism in all of Europe, including Jewish society.

However, it appears that a more lenient attitude was usually dominant. Before going into detail about the specific manner of interpretation used by these scholars of leniency, it is important to begin by emphasizing the general policy behind the lenient view: the attempt to alleviate the plight of women who would be left unwed as a result of their being branded killer wives. This situation is contrary to both the moral and religious attitude of Judaism. Therefore there was an urgency to find a solution to this problem, even if at times it could only be

partial. (Some of the post-Talmudic rabbis felt uneasy with the killer-wife rule, seeing it as essentially based on superstition rather than on logic.)

Undoubtedly the watershed decision and the most influential on later generations was the ruling of Maimonides (Rambam) on this issue. His outlook is clearly and explicitly presented in two of his responsa. Only someone of his stature could be so daring in confronting a Talmudic text which is clearly not to the liking of such a rationalist. Thus, when asked—twice—about different specific cases by local scholars, who thought that they must not perform a marriage ceremony for a killer-wife, the Rambam expresses his amazement that scholars would fail to distinguish between different categories of prohibition: things that are forbidden by the Torah, things forbidden by the sages and things which are termed “reprehensible,” makruh—a term borrowed from Islamic legal nomenclature—but not forbidden. The remarriage of the twice-widowed woman is of the third category. According to Maimonides the fear for the third husband’s life is in fact tenuous and is based on what could be termed as close to superstition. There can be no comparison, he says, between fear of the killer-wife and fear of a possible death where two brothers already died as a result of circumcision. The latter case is based on a real substantiated threat to life, not on flimsy superstitious coincidence. Therefore Maimonides, who cannot completely nullify the Talmudic statement, advises the couple to betroth themselves privately in front of two witnesses. After their betrothal they should appear before the rabbi, who should now arrange the final stage of the marriage including drawing up a ketubah (marriage contract). Maimonides says in his responsum that this is not an innovation of his but that the foremost rabbis who preceded him in Andalusia acted in such a manner and that since his arrival in Egypt he acts similarly. Besides Rambam’s reasoning based on his negative view of the Talmudic basis for the killer-wife prohibition, he also mentions more practical reasons for his decision. He hints at possible harsh consequences if the scholars take a stringent view—perhaps the fear that a woman (especially a young woman) who cannot remarry may convert to Islam or that she will live in

sin with another man out of wedlock. Rambam specifically tells the scholars to turn a blind eye to the private betrothal and even to advise the man and woman how to act. The logical consequence of the above, according to Rambam, is that if the marriage is consummated the couple are not obligated to divorce as would be the case in other prohibited marriages. For all intents and purposes Maimonides abolished the Talmudic prohibition of marrying a killer-wife.

This groundbreaking decision of Maimonides was anticipated by a good number of scholars who antedated the Rambam, but not everyone would agree to the far reaching consequences of Maimonides. Therefore many scholars who felt themselves bound to what was said in the Talmud but wanted to take a more lenient view, had to find other paths, mainly through interpretation of the Talmud, paths which would lead to the desired results. But doing so through distinctions and liberal interpretations would never lead to the wholesale abandonment of the Talmudic prohibitions, which was the de facto, if not the de jure, Maimonidean position.

There are scholars who are unwilling to adopt Maimonides' decisions lock, stock and barrel, but are influenced by him and agree with sections of his responsa. Others come to similar conclusions without referring to Maimonides. For example, a good many of the rabbis decided that if the couple nevertheless wed, they would not be forced to divorce. The Talmud says nothing about divorce in the context of the killer-wife so one can be lenient on this score. There are other examples in the Jewish legal system where one should not marry under certain circumstances but ex post facto, if one does marry, the law does not compel a divorce.

Others agree with the view that if the couple has already been betrothed, they may marry. Furthermore, a minority of scholars seem to go even further than Maimonides in rejecting the whole idea outright, stating that times have changed and what was perhaps true in Talmudic times is not relevant for later periods. Others, who do not go so far, are willing to take a lenient stand by explaining that there is no real danger to one's life in marrying a killer-wife but

only a remote possibility. Another line of thought goes on to say that one should have faith in God: He will protect the new husband as he protects us from danger in general. Others rely on Rambam's fear that if not permitted to marry, the couple would live together anyway without having officially consummated a marriage; better to permit marriage than have them live in sin.

One cannot overemphasize the fact that the development of Jewish law throughout the ages was possible only by interpretation and reinterpretation and not by legislation as is the case in other legal systems. Since Jews could not and would not legislate - save exceptionally interpretation was the tool of innovation. No better example of this axiom can be found than by studying closely the words of the rabbis when they discussed the killer-wife: since the undisputed conclusion in the Talmud was the recognition of the killer-wife and the prohibition against marrying her, and since Jewish legal tradition does not allow for disputing a clear-cut Talmudic decision, the only practical way of changing or amending the Talmudic source is through creative interpretation.

The most prominent logical-legal explanation of the lenient view is based on two interpretations of the Talmud. The first is that although it appears that the Talmud prohibits marriage after the death of the second husband, there is also another view which states that the prohibition applies only after three deaths as is the case concerning other presumptions which become valid only after three recurrences.

Although it seems that the accepted opinion is the more extreme one of needing only two instances, due to the negative consequences of applying the killer-wife rule one should decide according to the view voiced in the Talmud that a presumption is established only after three deaths.

A second attempt at alleviating the woman's predicament is also made by interpreting the Talmudic text and deciding what the law is, not according to the usual rules of decision-making. As mentioned above, R. Huna explained the reason behind the rule as based on contact with the woman's womb (or "well" in Talmudic parlance) while R. Ashi was of the opinion that it is based on the

fact that this particular woman is just an unlucky woman. Usually one would prefer the view of R. Ashi who was the most prominent of the redactors of the Talmud. His view would lead to a more stringent outcome since any death of a husband, no matter what its cause, is counted as a death in our context. According to R. Huna only death which seems to have some link with sexual intimacy of the couple is considered killer-wife death. Since the rabbis felt there was a need to be lenient with the killer-wife, many adopted the view presented by R. Huna, that only deaths linked physically to the woman are to be considered. As a result, many specific examples of death which R. Ashi would include as within the killer-wife rule, were excluded.

According to those scholars who took this legal path, specific example of causes of death which were not part of the killer-wife rule were martyrdom and suicide, plague, traumatic events such as a fall from a tall tree, etc. These examples are the logical outcome of R. Huna's explanation of the killer-wife prohibition. But such examples were extended to include some less directly linked to this explanation, such as death from old age, death after a long period of matrimony or where the husband was extremely ill at the time of his marriage. There is even a view enunciated that if the husband died outside the Land of Israel but the new potential couple want to live in the Land of Israel, the marriage should be allowed. This is analogous to the rule in Jewish law that although a couple who have no children for a period of ten years should divorce, if they make aliyah to the Land of Israel, their presence in the Land may help and they can try again for another ten years.

The tendency toward leniency seems to be based not only on legal interpretations and judicial policy, but also on extra-legal factors, mainly of a historical nature, which influenced the decision making. The most salient of these outside determinants are part of the milieu of the middle Ages, a period of extraordinary development of the Jewish legal system. What was decided by the medieval rabbis became precedents for later ages to this day.

The following undoubtedly influenced the attempt to find lenient solutions to the killer-wife rule:

1. Many husbands went on long and dangerous business journeys and lost their lives, leaving behind them young widows.
2. Very young women would marry elderly men in arranged marriages. Many times even children, little girls, were given in marriage. These men would die, leaving behind them young widows.
3. Pogroms and expulsions, including martyrdoms, left many young women widowed.
4. Plagues, especially the Black Death, decimated populations and left many young widows in the Jewish communities. These events brought to the fore the plight of many young widows who remarried and found themselves widowed once again.
5. The rise of rationalism in the thirteenth century and the Jews' special interest in rationalism led those influenced by rationalism to look askance on Talmudic passages such as the one concerning the killer-wife.

The harshness of deciding according to a strict interpretation of the Talmud seemed excessive, to many rabbis in all the above-mentioned circumstances. In our times the responsa of two leading contemporary respondents deserve mention: R. MOSES FEINSTEIN (1895-1986), born in Russia but an American resident for most of his life, until his death close to the end of the twentieth century, and R. OVADIAH YOSEF (b. 1920), who was born in Iraq, but has lived in Israel for almost all his life.

Ovadiah Yosef surveys the halakhic literature with his well-known erudition. In the end it appears that he would be willing to adopt the responsa of Rambam without any need for further debate. He is especially influenced by Maimonides's description of the killer-wife rule as based on superstition. Like Rambam, Ovadiah Yosef does not take the fear of death very seriously, following Rambam's distinction between the real danger in the circumcision case and the very doubtful danger in the killer-wife situation.

The example from Moshe Feinstein is somewhat different. The case before him concerned a woman whose first husband had died a natural death in old age and whose second husband died as a result of a fall in a lumberyard. The woman wanted to marry a third time. This case was the springboard for the rabbi's detailed discussion of the killer-wife issue. The main thrust of the responsum is a negation of many of the arguments put forward over the ages to substantiate a lenient attitude. One by one R. Feinstein refutes many of the leniency contentions. One is left with the clear impression that he sees through a good number of the leniency arguments and calls a spade a spade: Many are based on the flimsiest of reasoning, holding water on the basis of neither logic nor law. But in spite of the gist of his response, R. Feinstein too comes to the conclusion that at least in the case before him, the woman should be allowed to remarry. In the end he too adopts two of the leniency arguments, upon which he bases his judgment.

In conclusion, what seemed a more or less clear-cut Talmudic position which under ordinary circumstances would settle the law even unto our times, was rejected almost outright. This was done either by a broad stroke epitomized by Maimonides or through the universal legal process of distinguishing between cases until, as a result of public policy and purposeful interpretation, the law itself was in fact amended. This legal development was due to two major factors. Firstly, many scholars felt that the Talmudic presumption that there is a death pattern in connection with the specific woman was not logical and even superstitious. Secondly, the rabbis did not want to prohibit marriage, especially if the woman was young, on the basis of a questionable rule. However, we must not forget that throughout the ages there was always a school of thought which took the Talmudic precedent very seriously. These scholars felt that there was a real danger of death for the third husband and they did not want to take chances when life and death were at stake. However, in the end the lenient attitude prevailed, as seen from the contemporary responsa of the leading rabbinic scholars of our time, Rabbis Ovadiah Yosef and Moshe Feinstein. Israel's

highest rabbinical tribunal dealt with this question and on appeal from a district rabbinical court the Supreme Rabbinical Court decided unanimously that leniency is called for. This is not surprising, since one of the judges who sat on the panel was R. Ovadiah Yosef.