

ההלכה ודיפלומטיה בינלאומית - הרב צבי פסח פראנק ושאלת הרכוש הנטוש בשנת תש"ח

יצחק רונס

מבוא

בדברים שלהלן נבחן מספר קביעות הלכתיות שנקבעו על ידי הרב צבי פסח פראנק בשאלות מעשיות שונות שהתעוררו עם קום המדינה, שיסודן בהערכת המציאות המדינית ובקביעת הלכה לאורה.

הימים ימי מלחמת תש"ח, כאשר המאורעות ההיסטוריים מעוררים דיונים הלכתיים שונים מתרדמת ארוכת שנים. 'הלכות מלכים ומלחמותיהם', החותמים את ספר היד החזקה שברמב"ם, ששנים כה רבות היו בבחינת הלכתא למשיחא, הופכים באחת למושא השקלא וטריא ההלכתית בבחינת הלכה למעשה.

אחת השאלות היסודיות שעלו לדיון באותם ימים, אשר הינה אקטואלית עד לימינו, היא שאלת מעמדו ההלכתי של כיבוש צבאי חלקי, כלומר, כיבוש שאינו מלווה בכוונה להחזיק בשטח הכבוש לאורך ימים או כיבוש ללא כוונת סיפוח מדיני.

בתחילת 'הלכות תרומות' קובע הרמב"ם כי: "ארץ ישראל האמורה בכל מקום היא בארצות שכיבשן מלך ישראל... מדעת רוב ישראל, וזהו הנקרא כיבוש רבים". אם מקבלים את ההנחה כי הנהגה פוליטית נבחרת ממלאת להלכה את מקום המלך לעניין הלכות אלו,¹

1 פוסקים רבים ציטטו את ביטוי של הרב אברהם יצחק הכהן קוק, בשו"ת משפט כהן (ענייני ארץ ישראל) סימן קמד, לפיו: "כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי, ע"פ דעת הכלל ודעת ב"ד, ודאי עומד הוא במקום מלך, לענין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל". הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, (שו"ת היכל יצחק, אורח חיים סימן לז) כתב ליישם את הדברים בהקשר ההלכתי שלפנינו, ואלו דבריו: "לדעתי, יש למאבק זה דין של מלחמת מצוה, כפי שביארתי, ואם כי מלחמת מצוה צריך שתוכרו עפ"י המלך, ואין לנו מלך, אבל הציבור כולו, או רובו, כפי שביאר כבר קודמי, הגאון זצוק"ל, בשו"ת משפט כהן, סימן קמ"ד אות י"ד, "יש לו הסמכות של מלך ישראל, והרי גיוס זה הוכרו מטעם הרוב הגדול של הישוב בארץ ישראל שהוא בבחינת כל קהל ישראל". להרחבה בנוגע לעמדתו של הרב הרצוג, ראו מאמרי: 'רונס, 'מלחמות ישראל: הלכה ואידאולוגיה במשנת הגרי"א הרצוג', בתוך: ש' אליאש, א' ורהפטיג וא' דסברג (עורכים), משואה ליצחק: ספר זכרון למרן הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג במלאת חמשים שנה לפטירתו, חלק א, ירושלים, תשס"ט, עמ' 451-473.

בקשר לכיבושים שנעשו במערכת סיני כתב גם הרב שלמה גורן כי מדברי הרב קוק עולה כי: "כל שלטון חוקי על פי התורה השולט עם גיבוי ממשלה על דעת הציבור והעם, מקבל את כל אותן הסמכויות של מלך בישראל בכל

הרי שיש לברר אם כיבוש צבאי חלקי, כפי שהוגדר לעיל, עונה על ההגדרה ההלכתית של 'ארצות שכיבושן מלך'.

השלכות שונות העולות משאלה יסודית זו נידונות בדברי הפוסקים באותן השנים, ונסקור בקצרה חלק מהן כרקע לדיון בדברי הרב פראנק שנתמקד בו להלן.

מעמדו ההלכתי של כיבוש זמני - הבחנות יסוד

שאלת מעמדו ההלכתי של הכיבוש הזמני עולה לדיון במסגרת התכתבות הלכתית הנערכת בימי המלחמה (אדר שני, תש"ח), בין הרב הראשי, הרב יצחק אייזיק הלוי הרצוג, לבין ידידו, הרב משולם ראטה. הרב הרצוג טען שיש לייחס ללחימה בתש"ח מעמד הלכתי של מלחמת מצווה מכמה סיבות, ובין השאר הזכיר את הסברה שבלחימתם מקיימים החיילים את מצוות כיבוש הארץ. בתגובה לדברים ציין הרב ראטה שאף שהוא מודה שמבחינה עקרונית יש מקום לטענתו, הרי שהגדרה הלכתית זו אינה יכולה לחול על כלל הקרבות הנערכים באותם ימים. היות שמצוות כיבוש נובעת ממצוות יישוב הארץ, טען הרב ראטה שניתן להחיל הגדרה הלכתית זו אך ורק על לחימה שתכליתה כיבוש שטח נתון מתוך מטרה לאפשר את ההתיישבות היהודית באותו מקום ולהבטיחה. בהתאם לכך לא ניתן לייחס מעמד הלכתי זה של מלחמת מצווה של כיבוש הארץ ללחימה הנערכת בשטחים המיועדים למדינה הערבית העתידית בהתאם לתכנית החלוקה של האו"ם.²

הנוגע להנהגת העם. לכן דינה של מלחמה זו כדין מלחמת מצווה לכל דבר וכבושה ככבוש רבים לכל דיני התורה אם היתה זו דעת העם ורצונם בכך", (תורת המועדים עמ' 667); לעניין התוספת האחרונה שבדבריו בעניין רצון העם בכיבוש ראו עוד להלן.

2 "להלן בתשובתו [...] דן בזה שכיון שהיא לשם כיבוש הארץ הרי היא מלחמת מצווה. בדבר זה צריכים להתיישב הרבה, כי הרמב"ן חושב למצוה לדורות כיבוש הארץ לרשת אותה ולהשתקע ולהתיישב בה בתור בעלים כמו בימי יהושע, אבל אם כובשים עכשיו כפר ערבי במדינה הערבית, או הבינלאומית (בשטח סביבת ירושלים), כתכנית של החלטת או"ם האחרונה שזוהי הדרישה והתקוה המאקסימאלית שלנו לעת עתה [...] הלא נהי' מוכרחים גם אחר הכיבוש לצאת ממש ולמסור המקום לבעלים אחרים", (שו"ת קול מבשר, חלק א, סימן מז). מתגובתו של הרב הרצוג לדברים ניתן להבין שהוא הסכים לעיקרון שבדברי הרב ראטה, כי רק כיבוש המאפשר התיישבות ראויה להיכלל במסגרת ההגדרה של מלחמת מצווה של כיבוש הארץ, ועם זאת הוא חלק עליו מבחינה מעשית. לדעת הרב הרצוג, יש להעניק מעמד הלכתי של כיבוש הארץ ללחימה שמטרתה כיבוש זמני של כפר ערבי, כל עוד ניתן לראות לחימה זו כנוטלת חלק במאמץ הרחב הכללי שמטרתו הסופית היא לאפשר את המשך הישיבה בארץ: [...] ומטרת האויבים כפי שידוע לי בבירור היא, להכריח את הנשארם לאחר שיעשו ח"ו הרג רב לברוח מירושלים. והכיבוש של הקסטל וכדומה הוא להפך מזימתם הרצונית לעקור אותנו מכאן. ולהלחם כדי שתהא ישיבה בעיה"ק תכלית הדבר הוא, שנשאר יושבים ומשתקעים בה, וזוהי מצווה כמו כיבוש לכתחילה [...] ואומר אני שזוהו בכלל כיבוש, היינו לקיים את הישוב [...] כדי שנוכל להחזיק עכ"פ החלק שסוף סוף יהי לנו ב"ה", שו"ת היכל יצחק, או"ח לט.

פן נוסף של בעיית הגדרת מעמדו של הכיבוש הצבאי הזמני או החלקי התעורר בעקבות הכיבושים הנרחבים שהושגו במלחמות ישראל בשנים שלאחר מכן. כך למשל כתב הרב שאול ישראלי בעקבות מלחמת ששת הימים: "נראה שכיבוש מלחמה אינו שונה מכל קנין אחר שאינו קונה אלא אם כן הקונה רוצה לקנות. ומכיוון שממשלת ישראל עדיין לא החילה על המקומות שנכבשו את החוק הישראלי ושטחים אלה עדיין מוגדרים כשטח כבוש, אין מעשה הכיבוש מהווה קנין".³ הגדרה קרובה לזו מצויה בדברי הרב אליעזר יהודה ולדינברג, גם הוא בעקבות מלחמת ששת הימים: "כפי הנראה אין ולא היה כוונה להאחז בשטחים הנוספים הנ"ז ומוכנים להחזירם בכל עת שתובטח לנו שלא יתקיפו יותר, וא"כ לא היה בכאן כיבוש הראוי לשמו"⁴ ואין ממילא כל מקום לדון על קדושת כיבוש השטחים הנוספים וחייבם במצות הארץ".⁵

לאור התלבטויות בסיסיות אלו ביחס לגדרי כיבוש מלחמה, אנו מגיעים לבחון את הנושא הממוקד שהעסיק את הרב פראנק, והוא שאלת מעמדו ההלכתי של הרכוש הנטוש בתש"ח.

3 הרב שאול ישראלי, ארץ חמדה, ירושלים, תשמ"ח, עמ' קלו. השוו לדברי הרב שלמה גורן בעניין מעמדן של ההתנחלויות בשנת השמיטה שלדעתו החוק הבינלאומי איננו בעל תוקף לעומת חוקת האבות ביחס לארץ ישראל: "לא יכול שום חוק לאומי או בינלאומי לשנות את מעמדנו, זכויותינו וקשרינו עם נחלת אבותינו. וגם אם ממשלת ישראל לא סיפחה באופן רשמי את יהודה ושומרון למדינת ישראל ולא החלה עליהם את החוק הישראלי, דינם של אזורים אלו לפי דין התורה כארץ ישראל לכל דבר, ויש על כולה ריבונות קנין ובעלות עולמית, ושום חוק אינו יכול לשלול אותנו מנחלת אבותינו [...] לבא מכח החוק הבינלאומי להפקיע את הריבונות והקנין שלנו מנחלת אבותינו, בניגוד לתורת ישראל, לא תהיה כזאת בישראל, יש תקע הדבר ולא נאמר", הרב שלמה גורן, 'בעית השמיטה בהתנחלויות', מאורות 1 (תשמ"ם), עמ' 52-53. וראו עוד בדבריו בשו"ת משיב מלחמה, חלק ג, ירושלים, תשמ"ז, עמ' שלג-שלה. והשוו זאת לדברי הרב מנחם יהודה אושפיזאי שהסביר שחוקת עם ישראל על ארץ ישראל לא בטלה עם כיבוש המדינה על ידי צבאות זרים משום, שעיקרון כיבוש המלחמה הנוהג במלחמות שבין האומות אינו חל על זכותו של עם ישראל על ארצו: "כי כיבוש מלחמה בתורת קנין אינו אלא מחידוש התורה של"צ בזה רצון בעלים כלל, ואישרה תורה את הנהוג בעולם לרכוש ע"י מלחמה בע"כ של הבעלים [...] אבל לא מצינו חידוש זה כלפי א"י שהיא נחלת ה' וישראל לעולם ולא ניתן לשום גוי רשות לקנות בה בחוקה כבשאר הארצות [...] ולא הועילו כלום במלחמותיהם ולא הופקעה הארץ מבעלותם של ישראל ומחוקתם", הרב מנחם יהודה אושפיזאי, 'דיני שלל מלחמה', בצומת התורה והמדינה, כרך ג, עמ' 294-299 (הודפס לראשונה במסגרת כרך א של התורה והמדינה בשנת תש"ט), הציטוט מעמ' 297-298.

4 השוו לדברי הרב יעקב אריאל בהתייחסו לאפשרות להתיר את השימוש ברכוש הנמצא בבתיים ערביים שהצבא תופס תוך כדי פעולה צבאית, מדין שלל מלחמה. לדברי הרב אריאל, רעיון זה נדחה כל עוד שכוונת הצבא הייתה להיכנס באופן ארעי על מנת לצאת לאחר מכן מהשטח: "שבמבצע 'חומת מגן' הוצהר במפורש שאין מדובר בכיבוש, אלא במבצע מתגלגל, שבו הצבא נכנס ויוצא, ומשום כך יתכן שאין כאן גדר כיבוש כלל, והשלל אסור לכולי עלמא", הרב יעקב אריאל, 'גזל הגוי במלחמה', תחומין כג (תשמ"ג), עמ' 14.

5 ביחס לשאלה אם הכיבוש לבדו מחיל קדושה, ראו באריכות בדברי הציץ אליעזר שלהלן, וראו על כך עוד אצל הרב שלמה גורן בתורת המועדים עמ' 660-663 בדבר הצורך בפעולת הקדשה. יציין כי הרב גורן עצמו ביצע טקס הקדשה שכזה באזור אבו עגילה שבסיני, וראו דיונו על הפקעת קדושת המקום לאחר נסיגת צה"ל בשנת תשי"ז, במשיב מלחמה חלק ב, ירושלים, תשמ"ד, סימן קנו, עמ' תכב-תכט.

הגדרת מעמד הרכוש הנטוש - הרב פראנק והרב עוזיאל

במשך חודשי הלחימה עזבו את השטח שבו תתבסס מדינת ישראל העתידיה מעל חצי מליון פליטים בהותירם אחריהם רכוש רב.⁶ כפרים שלמים ננטשו מיושביהם, הבתים עמדו שוממים, והשדות, המטעים והכרמים הופקרו. על מנת למנוע מעשי ביזה נרחבים, הקים הממשל הזמני מנגנון בירוקרטי בשם 'האפוטרופוס לנכסי נפקדים' שבסמכותו היה לטפל בחלוקת הרכוש. המדינה לא הלאימה את הרכוש הנטוש, והאפוטרופוס, כשמו, הופקד כאחראי עליו. מתוקף תפקידו דאג האפוטרופוס להשכרת המבנים, וחילק אישורים לחקלאים לעבד את האדמות ולקצור ולבצור את התבואה ואת הפירות,⁷ וזאת תוך ניסיון לנהל חשבון של השכר המגיע לבעלי הרכוש על השימוש ברכושם, ועל בצירת פירותיהם על ידי מי שהורשו לכך.

בעקבות המצב המתואר התעוררו שאלות הלכתיות שונות שבבסיסן סוגיית הבעלות על הקרקעות ועל הפירות. במוקד העניין עמדה השאלה 'האם הרכוש נותר בחזקת בעליו הערביים הקודמים, או שמא לאחר המלחמה יש לראות בו שלל מלחמה שעבר לידי הממשלה, קרי, לידיים יהודיות?'. דברי הרב פראנק בסוגיה זו נכתבו במסגרת התכתבות בינו לבין הראשון לציון, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, שבו חלק בתקיפות על תשובה שפרסם הרב עוזיאל בנושא. נציג על כן תחילה את תשובת הרב עוזיאל, ולאחר מכן נעיין במחלוקת שבין השניים תוך כדי הבאת דבריהם כלשונם.

הרב עוזיאל נשאל על חובת הפרשת תרומות ומעשרות לפני האכילה מהפירות שנבצרו מהפרדסים הנטושים. בבואו לדון בדבר הניח הרב עוזיאל בתור הנחה ראשונית שהקרקעות הנטושות עצמן מצויות עדיין בחזקת בעליהן הקודמים ("הדבר ברור שהקרקעות אלה של הערבים הם בבעלותם וקנינם של בעליהם הערבים").⁸ אולם, אף שלדעתו הקרקעות עצמן נותרו בחזקת בעליהן המקוריים, יש מקום לדון במעמד הפירות שנבצרו מהכרמים, והתבואה שגדלה בשדות. היות שבעלי הקרקע הערביים אינם יכולים "לשוב ארצה ישראל הם או יורשיהם כל עוד לא נחתם השלום", על כן יש מקום לדון את הפירות כפירות הפקר שעברו ונכנסו לרשות ישראל. לעומת זאת ניתן לומר שבדומה לקרקעות עצמן, גם הפירות מצויים עדיין בבעלות הקודמת הואיל והממשלה משמשת כאפוטרופוס במקום הבעלים, והיא דואגת לשמור עבורם על רכושם. השאלה היא אם כן:

6 על הרקע ההיסטורי, כמו על הדעות השונות ביחס למספר הפליטים, וכו' ראו בספרו של א' גולן, שינוי מרחבי – תוצאת מלחמה: השטחים הערביים לשעבר במדינת ישראל 1948-1950, אוניברסיטת בן-גוריון, 2001.

7 התקנות לשעת חירום עברו שינויים במשך השנים, לפרטים ראו אצל גולן, שינוי, עמ' 15-18; 233-234.

8 הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ו, סימן צו, עמ' קיא.

אם פירותיהם הם בפקדון בידי הממשלה כדין נכסים נטושים ורטושים שהממשלה היא שומרת עליהם לזכותם ע"מ לשלם להם תמורתם כפי אשר ימכרו אחרי ניכוי הוצאות העבודה והטיפול, ולפי"ז פירות אלה הם קניניהם של בעליהם הערבים, והממשלה עוסקת בהם לזכותם מדין נפקד יעויין חו"מ סימן רפ"ה ס"ב, שפטורים מתו"מ, או שהם פירות הפקר שכל הקודם זכה מדין הפקר.⁹

לשם ברור העניין הציג הרב עוזיאל בראש דבריו נוסח חוות דעת רשמית שהתקבל מאת האחראי מטעם האפוטרופוס לנכסי נפקדים על הרכוש החקלאי הנטוש הקובע ברורות את מצב הפירות והתבואה:

והנה מר ש. זגורסקי¹⁰ מנהל מחלקת הכפרים [= האוצר האפוטרופוס לנכסי נפקדים] בשם מדינת ישראל, מיום כ"ט ניסן תש"ט, כותב שזיתים אלה הם של בעלים ערבים ומוסקים אותם פועלים ערבים מכאן ברור שרכוש זה אינו הפקר אלא ברשות בעליו הערבים הוא עומד. ודבר זה ידוע לנו שהרי הממשלה אוסרת ומענישה את כל אדם הלוקח לעצמו מתבואה זאת, וא"כ המדינה בהיותה אחראית על רכוש האויב מסרה שמירתו והכנסת פירותיו למחלקה מיוחדת שהיא מכניסה את הכל תחת ידה ושומרת את הכנסותיה בחשבון מיוחד של רכוש האויב עד חתימת השלום ושיבתם של הפליטים הערבים לרכושם או שתתן להם המדינה פיצויים תמורתם במזומן או בנכסים אחרים של ישראל בארץ ובגולה.¹¹

בהתבסס על הקביעה הרשמית הנ"ל כי הקרקעות ופירותיהם הם ברשות הבעלים המקוריים, מגיע הרב עוזיאל למסקנה שהפירות נחשבים להלכה לפירותיו של הגוי כל עוד לא יצאו מרשות האפוטרופוס לידי קונה יהודי. אשר על כן מעמד הפירות לעניין החיוב בתרומות ומעשרות יהיה תלוי למעשה בנסיבות הספציפיות שבכל מקרה ומקרה. כאשר מדובר בפירות שנבצרו על ידי אנשי האפוטרופוס, ורק לאחר מכן נמכרו הפירות לידיים פרטיות, פירות אלו פטורים מתרומות ומעשרות,¹² ואילו במקרה שבו הפירות נקנו מידי

9 שו"ת משפטי עוזיאל, שם.

10 ראו עליו בספרו של גולן, שינוי, עמ' 171; 234.

11 הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, שו"ת משפטי עוזיאל, חלק ו, סימן צו, עמ' קיא-קיב.

12 לדעת הרב עוזיאל, כל שהפירות עצמם הם בבעלות הגוי בשעת בצירתם אין חשיבות לשאלה אם הפועל שבפועל עסק בבצירה הינו יהודי או גוי, "וכיון שכן לא נפקא לן מידי אם מסיק אותם גוי בשביל ישראל או אפילו אם מסיק אותם ישראל שאפילו אם נניח שהמסיקה היא גמר מלאכתן אין מסיקתן ע"י ישראל מחייבת בתרומה ומעשר

האפוטרופוס עוד בעודם על העצים, והבצירה וגמר המלאכה נעשתה בידי הקונה היהודי, יחויבו הפירות בהפרשת תרומות ומעשרות.

בתגובה לפסק הלכה זה, כתב הרב פראנק תשובה שבה ביטל את דברי הרב עוזיאל תוך שיש בו מן המבטל ואף המזלזל בטענותיו. לדעת הרב פראנק, אין כל הוכחה לכך שכוונת הממשלה לפצות את הבעלים המקוריים על רכושם,¹³ ואין מקום ללמוד זאת מהצהרה הניתנת על ידי פקיד ממשלתי זה או אחר, שכן אין בכח הצהרה שכזו לשנות מציאות קיימת:

וכנראה שאיזה פקיד מאלה הממונים על רכוש האויב אמר כן, אבל לא מפיו אנו חיים כי המציאות סוטרו על פיו שהרי אי אפשר להעריבים לחזור לרכושם והפירות נלקטים בפקוח הממשלה כדי לחלקם לתושבים והרי כל אדם יודע וגם הערבים יודעים שהם יצאו נקיים מנכסיהם המטלטלים ולא יהיה להם הנאה מגוף הפירות כלום וא"כ הפירות בחזקת ישראל הן עומדין ופירות ישראל חייבים בתרו"מ.¹⁴

בעיני הרב פראנק המציאות בשטח ברורה לחלוטין, ומציאות זו גלויה היטב אף לבעלי הרכוש המקוריים עצמם. לדעתו ברור לכל כי הבעלים הערביים לא יראו עוד לעולם כל הנאה מהפירות שהותירו מאחור, ופירות אלו נתונים כעת בידי יהודים ומצויים בבעלותם הגמורה.

הרב עוזיאל הגיב להתקפותיו של הרב פראנק; הוא חוזר ומחזק את דבריו הראשונים. הוא אמנם מסכים לטענת הרב פראנק שההלכה אינה נקבעת על פי הצהרות סתמיות של 'איזה שהוא פקיד' ממשלתי,¹⁵ אולם לדעתו המציאות איננה עונה לתיאוריו של הרב פראנק.

הואיל ובשעת המסיקה עומדת בבעלותם וקנינם של הערבים", שו"ת משפטי עוזיאל שם. גם על נקודה הלכתית זו חלק עליו הרב פראנק בתשובתו.

13 "דמה שכתב לדבר ברור שרכוש זה עומד ברשות הערבים וטעמא יהיב שהרי יש עונש ממשלתי לכל הפושט יד ברכוש אויב זה אינו ממין הטענה כי חק הממשלה הוא רק לעכב שלא יהא כל אחד ואחד הולך וחוטף לעצמו אבל לא שהממשלה שומרת על הרכוש בעד הערבים". שו"ת הר צבי, זרעים, סימן יז עמ' מו. הדברים הופיעו לראשונה בכרם ציון יא, בשנת תש"י.

14 שו"ת הר צבי, זרעים, שם. בכרם ציון הוסיף הרב פראנק הקדמה החסרה בגרסה המודפסת בשו"ת, וראו להלן הערה 24.

15 הרב עוזיאל כעס על הזלזול שהשתמע מדברי הרב פראנק, כאילו סמך הרב עוזיאל על מקור בלתי מוסמך: "ואני תמה ושואל סילוף דברים למה? הלא בראשית דברי הבאתי את מכתבו של האוצר, המחלקה לנכסי נפקדים, שהוא אומר: וכרמי הזיתים הנם של בעלים ערבים. ואם כן אין כאן מקום לומר: "כנראה" ולא "איזה פקיד", אלא מנהל האוצר מטעם הממשלה. ודברי עצמו סתראי נינהו שכתב: איזה פקיד מאלה הממונים על רכוש האויב, ואם יש פקיד ממונה על רכוש האויב הרי שהרכוש הוא של האויב. הרב המשיב מוסיף וכותב: ולא מפיו אנו חיים. ובאמת לא מפיו אנו חיים, אלא מציאות אפוטרופוס לנכסי נפקדים שהוא גלוי וידוע לכל", שו"ת משפטי

להערכת הרב עוזיאל, המציאות היא שבעלי הרכוש המקוריים לא התייאשו מתקוותם לשוב לרכושם, והתנהגותם של הפליטים מוכיחה זאת בבירור:

ואנא דאמרי מציאות זאת שמדבר עליה מעכ"ת היא מציאות דמיונית וכל אדם היושב בארץ ישראל יודע: א. שנכסים אלה נקראים בשם רכוש האויב. ב. שקיימת מחלקה ממשלתית במשרד האוצר שנקראת בשם האפוטרופוסות לנכסי נפקדים, שיש בה מנגנון שלם לסדור החשבונות של כל הנכסים האלה מהכנסות בתי הדירה ופירות היבול וזוקף אותם לחשבונם. ג. כל איש ואשה מקטן ועד גדול יודעים שהערבים צווחים ככרוכיא, והליגה הערבית בראשם, תובעים החזרת פליטים אלה לבתיהם ורכושם, וזאת היא תביעתם הראשונה שבגללה מעכבים את השלום עם ישראל. ד. כל העולם יודעים כי שאלה זאת עומדת לדיון בפני האו"ם ואיך שתהיה החלטתה לענין החזרת הפליטים ואני מאמין שהיא לא תקום ולא תהיה כי יד' החזקה והנעלמה שגרשה אותם מן הארץ היא תעצור אותם ותמנע את חזרתם. אבל אין זאת אלא לשיבתם לארץ, אבל ביחס לרכושם אין ספק שיחייבו את ממשלת ארץ ישראל לפצות אותם, ועד שישלמו הפצויים כל הרכוש ופירותיו הם בבעלותם כמו שכן נוהג בתור חק לאומי בכל ממלכות העולם שעד חתימת השלום הנכסים הם נכסי האויב וכל שכן נכסי הנמלטים או השבויים היא בבעלותם.¹⁶

הרב עוזיאל מסכים אמנם שייתכן עקרונית מצב שבו הממשלה תחליט להפקיע את הבעלות המקורית ולהלאים את הרכוש הנטוש, אך הדבר מחייב החלטה רשמית מפורשת בנידון. לדבריו, החלטה מעין זו לא התקבלה, וממילא דבריו של הרב פראנק הם התלושים מהמציאות:

מעכ"ת התעלם מכל זה ויצר לעצמו מציאות דמיונית כזאת שאין לה עיקר והיא מוכחשת גם מהמציאות וגם מדבריהם של מחזיקי רכוש זה פקידי הממשלה שהם אומרים בכתבם: כי נכסים אלה ופירותיהם הן של ערבים... ובמטותא מיניה דמר אשאל ויודיעני במה זכתה הממשלה בקרקעות ופירות אלה, והלא היא מכריזה ואומרת שלא זכיתי בהם, והם של ערבים ולא מצאנו אלא זכין לאדם שלא בפניו משום דאמדינן דעתיה שהוא רוצה בזכות. אבל לא מצאנו שמציאין רכוש של אדם כשהוא צווח ואומר שלי הוא, אם לא מדין הפקר ב"ד וכאן הממשלה לא הפקירה נכסים אלה. ולא מצאנו זכין לאדם שאינו רוצה לזכות.¹⁷

עוזיאל, חלק 1, מילואים, סימן א.

16 שו"ת משפטי עוזיאל, שם.

17 שו"ת משפטי עוזיאל, שם.

גם תגובה זו זכתה למענה. בדבריו מצביע הרב פראנק על כך שהוויכוח בין השניים נעוץ בהערכות נבדלות של המציאות, והוא פונה אל קוראי תשובתו בבקשה שישפטו בין הצדדים:

ולמען יתלבנו הדברים בדבר הלכה למעשה יום יום אמרתי אערכה נא לעיני המעיינים שני סוגי המציאות שלנו היינו שלי ושלך מקבילות אחת אל אחת ואז כל מעיין ישר יראה ויבחין למי המציאות.

המציאות שלי: הקרקעות שהיה להם בעלים ערבים נכבשו¹⁸ על ידי הממשלה והזתים והענבים וכן שאר הפירות נמכרים ליהודים שעושים מהם שמן ויין. מרגע שהיהודים מקבלים את הפירות לרשותם אין רשות ביד מי שהוא ליגע בהם וכל אשר יטול מהם בלי רשות בעליהם היהודים יענש ויהא נידון כגנב וכגזלן. היהודים המה בעלים הגמורים

18 מן הראוי לציין כי במאמרו של הרב מנחם יהודה אושפיזאי משנת תש"ט, שהוקדש לביור דיני שלל מלחמה, (הערה 3 לעיל), הנחתו הפשוטה היא שהרכוש שנכבש באותה מלחמה נקנה לממשלת ישראל ככיבוש מלחמה. התמקדותו היא רק בשאלת סמכות הממשלה לאסור את לקיחת השלל במקום שהדבר הותר בתורה במפורש, כאשר לדעתו יש אכן תוקף לאיסור הממשלה ואין לראותה כמי ש"סטתה מן המסורת של חוק מלוכה המקובל בישראל":

"הן אם כוונתה לשמור על הרכוש ע"מ לנהל על ידו מו"מ עם האויב ולהחזיר להם תמורת ויתורים אחרים, או לאסור השלל מטעם חילול השם או שכוונתה לזכות בשלל בשביל צרכי ציבור וצבא. ודאי שיש לה הרשות והסמכות לכך. כי כל מה שנוגע לתקנת הציבור ולהנהגת העם הרשות בידה לחקוק חוקים כפי ראות עיניה. ומי שיקח רכוש זה, אם הוכרו כרכוש המדינה, ה"ז שוב כגזול ממון ישראל והמדינה", שם, עמ' 297. לדבריו, יש אף למצוא תקדים להחלטה להשיב את השלל לאחר המלחמה מצד קידוש השם, "כדרך אבותינו הראשונים", שכן נהג אברהם אבינו בהתרחקותו מהשלל, ובאמרו "והרכוש קח לך", (שם, עמ' 298-299). על שיקול זה של קידוש ה' וחילול ה' כבסיס להסבר "מדוע מותר היה בתקופה העתיקה לקחת שלל, אך בפועל אסור עלינו הדבר לפי מצבנו היום", שכן "על פי מושגי בני זמננו, אין זה מן היושר שחיילים יקחו רכוש לעצמם", ראו אצל הרב משה צוריאלי, 'ובביזה לא שלחו את ידם' - בימים ההם ובזמן הזה', עוז א (תשנ"ד), עמ' 193-201, הציטוטים לקוחים מעמ' 194-195. והשוו זאת לדברי הרב שלמה רוזנפלד שכתב ביחס לשינוי בנורמות וכללי המלחמה בהתאם לאמנות בינלאומיות המגינות על זכויות העם הנכבש, כי "עם ישראל, הרואה את ייעודו ב"ושפט בין הגויים והזכיח לעמים רבים וכתתו חרבותם לאתים... ולא ילמדו עוד מלחמה" (ישעיהו ב, ד), אמור לברך על עלייה מוסרית זו בקרב העמים", הרב שלמה רוזנפלד, 'חלוקת שלל וביזה במלחמות ימינו', תחומין כג (תשס"ג), עמ' 57.

לדעת פוסקים אחרים, חלות דין כיבוש מלחמה על השלל תלוי בדעת הכובש ובכוונתו. כך סבור הרב זלמן נחמיה גולדברג לענין דין נטילת שלל כיום, שבמלחמות שבהן אין לכובש כוונה שכזו ובהן "ימשיך הרכוש להיות שייך למנוצח, כיון שכל המלחמה היא על הריבונות, ולא על הרכוש הפרטי, שבו אין למנוצח כל רצון לזכות בו", דבריו הובאו בתוך מאמרו של הרב אליעזר שנקולבסקי, 'כיבוש מלחמה' או "שטחים כבושים" ובעלותם המשפטית, עוז א (תשנ"ד), עמ' 263. והשוו זאת להערת העורך של הרב אורי דסברג: "אפשר שכל מלחמה שלא נועדה מראש על מנת לשלול שלל [...] מופקע ממנה בכלל דין קנין כיבוש, ולא בה נאמרו כל היתרי השלל", בתוך: הרב יעקב אריאל, הערה 4 לעיל, עמ' 14.

על הפירות בין על פי התורה ובין במשפט הגוים.¹⁹ זהו המציאות שלי, והמציאות של הרב המשיב הנני מציגם כמו שהן סדורים לפני באותיות שבמכתבו [...] ושוב כותב אלי ובמטותא מיניה אשאל ויודיעני במה זכתה הממשלה בקרקעות ובפירות אלו כי לא מצינו שמוציאים רכוש של אדם כשהוא צווח ואומר שלי הוא עכ"ד בקצור. ולמען יתלבנו הדברים אעתיק כאן מאמרו של הגאון רבי דוד מקארלין ז"ל וזה לשונו בספרו "פסקי הלכות" חלק ב דף לח ע"א "מצינו ממונו של אדם יוצא מרשותו לרשות חברו בעל כרחו על כמה דרכים הדרך האחד והוא [...] כיבוש מלחמה.²⁰

השאלה המרכזית העולה מהעיון בדברי המשיבים הללו, היא האם אכן לפנינו מחלוקת בהערכת המציאות, שמא מדובר במחלוקת הלכתית לכל דבר מהסוג המתייחס להיבטים נוספים של מחלוקות הלכתיות באשר הן? האם עמדות הרבנים החלוקות נבעו אכן מהערכה שונה של המצב החוקי וממחלוקת בשאלת המקור המוסמך להביע דעה ביחס לכך, או שמא מדובר במחלוקת שיסודה בהבנת הגדרים ההלכתיים הפנימיים הנוגעים, כפי שרומז הרב פראנק בסיום דבריו, להלכות כיבוש מלחמה.

מחלוקת הרב פראנק והרב עוזיאל בעיני פוסקים בני ימינו

לכשנעיין בדבריהם של פוסקים בני ימינו המתייחסים למחלוקתם זו של הרב עוזיאל והרב פראנק, נמצא שהוצעו לכך דרכי הבנה שונות. יש שהסבירו שיסוד המחלוקת הוא בשאלה אם חלות קניין כיבוש מלחמה תלויה להלכה ברצון הכובש ובכוונתו לקנות את הרכוש הנכבש. הזכרנו כבר לעיל את דברי הרב ישראלי הקובע כי קניין כיבוש מלחמה זהה לעניין זה ליתר קנייני הממון שבתורה, ובדומה לכך יש להבין את דברי הרב עוזיאל. טענת הרב עוזיאל²¹ הייתה שהבעלות המקורית על הרכוש מעולם לא הופקעה שהרי

19 מכאן חיזוק להנחתו של הרב שרמן כי אף הרב פראנק מודה כי קניין כיבוש מלחמה מיוסד על רעיון דינא דמלכותא דינא, ועל כן יש מקום עקרוני להתייחס לעמדתה של המשפט הבינלאומי ביחס לכך, ראו להלן הערה 25.

20 שו"ת הרב צבי, זרעים, סימן יח, עמ' מט.

21 יש להעיר כי בחיתום תשובתו הראשונה של הרב עוזיאל, (לעיל הערה 11), נוסף קטע שככל הנראה לא עמד בפני הרב פראנק ובפני יתר המעיינים בדברי הרב עוזיאל. בקטע זה טוען הרב עוזיאל שאף אילו רצתה הממשלה לזכות בפירות היא אינה יכולה לעשות כן מדין כיבוש מלחמה, משום שדין כיבוש מלחמה כלל אינו מפקיע את הבעלות של היושבים בשטח הנכבש על רכושם הפרטי: "[...] הבעלים הערבים לא הפקירו לא את הקרקעות ולא את פירותיהם אלא נטשו אותם על דעת [...] לשוב ולהאחז בהם ולתבוע את נזקם ואת פירותיהם מממשלת ישראל [...] ומיילא אין כאן זוכה מן ההפקר שהרי הממשלה שמחזיקה בהם אינה זוכה בהם ואינה יכולה לזכות

מדיניותה הרשמית של מדינת ישראל הייתה שהכול נשאר בחזקת הבעלים הקודמים.²² לפי דרך זו יש להבין כי דברי הרב פראנק נסמכים על תפישה הלכתית מנוגדת המחלקת בין כיבוש המלחמה ליתר הקניינים הידועים. לדעת הרב פראנק, כיבוש המלחמה הוא קניין מיוחד שחל באופן אוטומטי בשעת הכיבוש מבלי כל קשר לרצון הצדדים. משום כך אין כל משמעות הלכתית להצהרותיהם של פקידי המדינה, לא משום שהן אינן אמינות, אלא משום שבמסגרת הדיון ההלכתי בקביעת מעמד הרכוש אין לייחס כל משמעות לכוונותיה של הממשלה, ולהלכה כל הרכוש הנטוש קנוי ביד הממשלה ונתון בבעלותה. בדרך זו כתב הרב יעקב אריאל הבא להסביר כי לדעת הרב פראנק:

אף שדעת הממשלה היא להחזירם לערבים - מועיל בהם הקניין של כיבוש מלחמה. וע"כ רצונו לומר שכיבוש מלחמה אינו נחשב קניין כדרכי הקניינים, שהעיקר בהם הוא רצון הצדדים, והקניין אינו אלא גלוי דעתם. שהרי כיבוש מלחמה קונה גם שלא ברצונו של בעל החפץ. וע"כ כיבוש מלחמה הוא קניין מסוג אחר: מכיון שע"י הכיבוש נמצא החפץ תחת רשותו של הכובש במציאות - הרי הוא שלו, אע"פ שאינו רוצה לזכות בו.²³

בהם שאין הכבוש מפקיע בעלות היחידים". פוסקים נוספים העלו חילוק מעין זה בין שאלת הריבונות על האזור הכבוש, לבין שאלת הבעלות על הקרקעות ויתר הרכוש הפרטי המצוי באותו השטח. ראו על כך במאמרו של הרב גד אלדד, 'כיבוש מלחמה כקניין', תחומין כג (תשס"ג), עמ' 60-72. הרב אלדד מציין לקביעתו של הרב שלמה גורן כי כיבוש צבאי אינו "מפקיע את חזקתו של היחיד כי אם את תקפה של השליטה המרכזית", ולדעתו קניין כיבוש מלחמה אינו "נוגע להפקעת קרקעות מידי יחידים, שאין זה נעשה ע"י כיבוש מלחמה, שהכיבוש מפקיע רק את הרשות המלוכתית מעל האדמות, ולא את הרשות הקניינית של היחיד", (תורת המועדים, ירושלים, תשנ"ו, עמ' 654-655). הרב גורן מוסיף ומבהיר כי לאחר כיבוש במלחמה השלטון החדש רשאי להפקיע את הבעלות הפרטית על קרקעות היחידים, אך זה לא ייחשב ל"מעשה של כיבוש כי אם מעשה של שלטון לאחר כיבוש", והשוו לדברי הרב עוזיאל שצוטטו לעיל כי "לא מצאנו שמוציאין רכוש של אדם כשהוא צווח ואומר שלי הוא, אם לא מדין הפקר ב"ד". יש להשוות זאת לדברי הרב ישראלי, (הערה 3, לעיל), הסבור שלאור העובדה שכיבושים הנעשים בזמננו אינם מפקיעים את הבעלות הפרטית על השטחים הנכבשים "ואין בו אלא החלפת השלטון המדיני", אם כיבוש שכזה יכול להיחשב לכיבוש שבעקבותיו ישנו דין היוצר קדושה על הארץ. אמנם למסקנתו גם "אופי הכיבוש של זמננו, למרות שאין בו לכאורה רק משום החלפת שלטון מבלי לנגוע בקניין הפרטי, יש לראותו ככיבוש לכל דיניו", הרב ישראלי שם, עמ' קלו.

22 "כפי שטענו הרבנים הראשיים, הרב הרצוג והרב עוזיאל, הממשלה הכובשת עדיין לא הכריזה על קניין הכיבוש, והוכיחה את אי-החלטתה בנידון ע"י מנוי אפטרופוס לנכסי נפקדים. הטענה היא, שכדי שהכיבוש ייצור בעלות, צריכים גם את דעתו של הכובש. כאשר מטרת המלחמה היא רק הדיפת האויב וסילוק האיום והסכנה, אין הכיבוש יוצר קניין", הרב אברהם ח' שרמן, 'מלחמות ישראל - תוקפן ההלכתי לקביעת הריבונות בשטחי ארץ ישראל', תחומין טו (תשנ"ה), עמ' 23-30, הציטוט מעמ' 29 שם. הרב שרמן מתייחס לדברים שציטט קודם לכן במאמרו בשם הרב הרצוג שנשאל אף הוא ביחס לשאלה זו עצמה של חיוב תרומות ומעשרות בנכסים הנטושים בספרו פסקים וכתבים, זרעים, חלק ג, סימן לו-לו. בהתייחסות ראשונה לעניין טען הרב הרצוג שהכול עבר לידיים יהודיות מכוח כיבוש המלחמה, ואילו בעיון החוזר בבעיה (סימן לו סעיף ד) כתב: "אם כי גיליתי דעתי שקנינו בכיבוש מלחמה, נודע לי עכשיו שממשלת ישראל עוד לא הכריזה על קניין כיבוש, שהדבר עוד לא מוחלט, ותלוי ועומד בהחלטת האומות בסדור השלום".

23 הרב יעקב אריאל, שו"ת באהלה של תורה, חלק א' סימן כ', עמ' 161.

בניגוד להבנה זו סבורים אחרים כי הרב פראנק הסכים עקרונית שקניין כיבוש מלחמה אינו חל בניגוד לרצון הכובש ולכוונתו, ומחלוקתו נבעה ממקום אחר. לדעת הרב פראנק אין ללמוד על כוונתה האמיתית של הממשלה מתוך הצהרותיה הרשמיות, שכן רצונה האמיתי מתגלה לא בהצהרות כי אם מהעיון במעשים הנעשים על ידה בשטח. המחלוקת שבינו לבין הרב עוזיאל איננה במישור המהותי של ההלכה, בהבנת גדרי כיבוש מלחמה, כי אם בהערכה ובהבנה האמיתית של המציאות הריאלית בשטח.

לדרך זו יש להבין את דבריו של הרב פראנק כהתייחסות עקרונית לפער המתגלה פעמים רבות במישור הפוליטי והדיפלומטי, בין המישור ההצהרתי לבין רמת המעשים בשטח. דעתו של הרב פראנק הייתה כדעת הרב עוזיאל שקניין כיבוש מלחמה הוא כיתר הקניינים הדורשים כוונת קניין. אולם לדעתו במקום שבו חישובים ושיקולים הלקוחים ממערכת הדיפלומטיה הבינלאומית מוליכים לכך שהצהרה המדינית הפורמלית עומדת בניגוד למעשים הנעשים בשטח, העובדות שבשטח הן הקובעות את פני הדברים להלכה. הבנה זו של כוונת דברי הרב פראנק, נסמכת על דברים שהוסיף בסוף תשובתו, שבהם מלמד הרב פראנק על כך ששאלה הלכתית דומה לזו שביחס לדיני תרומות ומעשרות נתעוררה אף ביחס לדיני טבילת כלים. החיילים שהשתלטו על משלטים של האויב רצו להכשיר את הכלים שמצאו במקום ולהשתמש בהם, ונתעוררה השאלה אם יש צורך לפני השימוש אף להטביל אותם במקווה טהרה. לדברי הרב פראנק גם בשאלה זו:

היו הרבה דעות ונמצאו מי שהורו דמכיון שעמדת הממשלה כאילו אין רצונה לשנות חזקת בעלותם של הערבים והרכוש רשום בתורת נכסי נפקדים מרכוש האויב לכן אין הכלים הללו חייבים בטבילה דדינם ככלים שאולים מן הנכרי [...] ולדידי כבר נתבאר לעיל, דמה שהממשלה מצביע עליהם שהם רכוש האויב רושם זה אינו משמש כלום להתיש כחו של קנין הכיבוש משום דמעשה מוציא מידי דבור ועובדא היא שכל [...]

הכלים שהממשלה בעצמה נטלתם להשתמש בהם מחשבתם ניכרת שבדעתם להשתמש בהם עד שיכלו לגמרי ושם זה שיש על הכלים שהם רכוש האויב אינו אלא סמיות עינים ופטומי מילי.²⁴

24 ניתן היה לחשוב שהתייחסות זו המצטיירת כמבטלת את העמדה הרשמית של מדינת ישראל ואף מזלזלת בה, נובעת מעמדה חרדית שהתנגדותה למדינה מובילה לזלזול במוסדותיה. אך לא זה מה שעולה מדברי ההקדמה שרשם הרב פראנק לתשובתו בשנת תש"י, (מה עוד שפיסקא זו אינה מופיעה בספר הר צבי): "זה קרוב לשנתים ימים אשר זכינו לראות כי פקד ד' את עמו להושיענו באתחלתא דגאולה ורובה של ארץ ישראל המערבית נכבשה ע"י צבא ההגנה לישראל. היינו נוכחים לראות שחוזר ונשנה לפנינו אותו החזיון המרומוז בפסוק (דברים א' ח') ראה נתתי לפניכם את הארץ באו ורשו את הארץ וגו', וכפירושו של הספורנו [...] כי הם מפחדים יפנו ויברחו או

הרב פראנק טוען שאין לייחס חשיבות להצהרות הממשלה משום שאין אלא ניסיון הטיה. בדרך זו הסביר הרב שרמן את הדברים במסגרת מאמרו העוסק במעמדם ההלכתי של השטחים שנכבשו על ידי מדינת ישראל מבלי שהמדינה החילה עליהם את ריבונותה. לדבריו, הרב פראנק סבור היה עקרונית שקניין כיבוש מלחמה כמוהו כיתר הקניינים, ובהקשר הנידון הדבר תלוי אף בשאלת מעמד הרכוש האמור במסגרת המשפט הבינלאומי,²⁵ אלא שכוונת הרב פראנק הייתה:

שמדיניות הממשלה שלא להכיר בכיבושה כפעולה קנינית אינה גורעת מתוקפה של ההתנהגות המעשית בשטח. הכרזותיה של ממשלה נעשות משיקולים מדיניים של יחסים בינלאומיים ולא משיקולים משפטיים טהורים. לעתים, אפילו מעשיה של הממשלה עצמה סותרים את הכרזותיה.²⁶

עולה אפוא כי ההלכה שמבקשת לדון דין אמת לאמתו אינה מסתכלת על המישור ההצהרתי הדיפלומטי – שהוא פעמים רבות אינו אלא עולם של שקר המבוסס על הניסיון לטשטש את הכוונה האמיתית ולהציגה ולהעמידה בפנים אחרות. כך הבין את כוונתו אף הרב אליעזר יהודה ולדינברג, תלמידו המובהק של הרב פראנק. הרב ולדינברג ציטט את דברי הרב פראנק הנ"ל כדי להדגים באמצעותם את חכמת החיים שניחן בה הרב פראנק, ואת יכולתו לחזור מבעד למסכות ולהכיר במציאות כפי שהיא באמת:

ימותו בלתי מלחמה, ומע"ז שהיה בגאולה ראשונה ע"י יהושע בן נון כן ראינו שנית בהתחלת גאולתנו האחרונה הזאת וכמו שהובטח לנו כימי צאתך מארץ מצרים אראנו נפלאות כי רוב הערבים הקדימו לברוח מנוסת חרב והשאירו אחריהם שדות זרועות תבואה כרמים ופרדסים אילנות דמלבלבי וכל עץ עושה פרי למינהו".

25 הרב אברהם שרמן, (הערה 22, לעיל), עמ' 27-28. הרב שרמן מניח זאת בדעת הרב פראנק, לאור הבנתו כי קניין כיבוש מלחמה פועל מכוח המסגרת המשפטית של הלכות דינא דמלכותא דינא, (והשוו לטקסט ליד הערה 19, לעיל). אמנם, תיתכן הבנה אחרת המסבירה את פעולת קניין כיבוש המלחמה באופן בלתי תלוי לחוקיות המלחמה ולמוסכמות הבינלאומיות, על כך ראו בהרחבה במאמרו של הרב גד אלדד, (הערה 21, לעיל), ובפרט בעמ' 72 שם. להבנה זו קניין כיבוש המלחמה חל גם ללא כוונת קניין מצד הכובש ואף בעל כרחו. היו שחלקו על דברי הרב עוזיאל, אשר ביטאו בדבריהם פרספקטיבה הלכתית שלישית זו, ראו על כך בתשובתו-תגובתו של הרב ישראל זאב מינצברג, שו"ת שארית ישראל, יורה דעה, סימן סג, עמ' קלז: "מש"כ כל עוד לא נחתם השלום, הדבר ברור שהקרקעות אלה של הערבים הם בבעלותם וקנינם של בעליהם הערבים, הדבר ברור ופשוט להיפוך [...] דכיבוש מלחמה קונה [...] ואדרבה כל עוד שלא נחתם השלום קרקעות הנטושים ופירותיהם הם קנינם של ישראל, ואם יחתם השלום ונצטרך לותר להערבים שישובו לאיזה מקומות מגוריהם, או שמדינת ישראל יתן להם פיצויים כספיים וכן בעד הפירות מאילנות שלהם שצמחו על אדמתם כ"ז אינו מפקיע הבעלות של ישראל עליהם מכה קנין כיבוש מלחמה, ולא אמרינן דלמפרע נשאר בעלותם על קרקעותיהם [...]". אמנם ייתכן שכוונת הרב מינצברג הייתה לבטל את מעמדו ואת סמכותו של המשפט הבינלאומי בכל הקשור לשאלת כיבוש ארץ ישראל דווקא, וזאת בדומה לדעת הרב גורן (הערה 4, לעיל).

26 הרב אברהם שרמן (הערה 22, לעיל) עמ' 29.

תוך הסתכלות בחכמת-חיים בהליכות בני אדם, במחשבותיהם ועלילותיהם, הכיר והבין מתוכם ועל ידם הליכות - תורת קל-חי הן בחלק ההלכה והן בחלק האגדה והמחשבה [...] ידע גם ידע לנער מערומי בני האדם, היחיד, והציבור, שמערימים הרבה פעמים מסיבות שונות על פני המציאות הנכונה ומעלים עליה צעיף של אמת - מדומה, ולחדור פנימה אל נקודת האמת כדי "לדון דין אמת לאמיתו" [...] זוהי הוראת אמת לאמיתה של המציאות.²⁷

המחלוקת ההלכתית נעוצה על כן בהערכות שונות של המציאות בשטח, המוביל ממילא לקביעות הלכתיות מעשיות שונות.²⁸ במקרים שבהם מתגלה אותו פער בולט בין המישור הפוליטי ההצהרתי למישור המעשים בשטח, ההלכה איננה מתייחסת לדיפלומטיה, והיא נקבעת על פי המעשים הקובעים לעניין זה את המציאות באמת.²⁹ לדעת הרב שרמן, המציאות אכן הוכיחה³⁰ את צדקת דבריו:

27 בהתאם להבנה זו, טען הרב אהוד אחיטוב, כי יש לחלק בין הדין שקבע הרב פראנק לבין דינים של זיתי הערבים המצויים בשטחים המוחזקים על ידי צה"ל מסביב להתנחלויות שבגדה: "הסיבה שאין להשוות זאת למקרים שהבאנו לעיל ממלחמת השחרור היא, שבאותם מקרים גם ביחס לפירות המדינה נהגה איתם בפועל כנכסיה הגמורים עד כדי מכירתם לאחרים, ורק באופן רשמי התייחסה אליהם כנכסי נפקדים. לעומת זאת במקרה הנידון הממשלה מתייחסת לעצים אלו כנכסי הערבים הלכה למעשה, ורק בקרקעות עצמם הוא נוהג כבתוך שלו. לפיכך נראה לומר שבאותם מקומות כל עוד שהנכרים לא התייאשו מהיבול, הפירות הם שלהם והלוקח מהם הוא כגזול את הנכרי", הרב אהוד אחיטוב, 'מסיק זיתים סביב ההתיישבות ביו"ש', **אמונת עתיד** 52 (תשס"ג), עמ' 30-45.

28 יש להפנות לדברי החזון איש באגרותיו: "בירור משפט בבחינת הלכה למעשה נחלק לעיונים שונים. העיון הראשון להניף הסולת הנקי סעיפי המשפט התוריים, ואחריו העיון השני החדירה בעובדה הנוכחת לפנינו במעלותיה ומגרעותיה ובדיקו משקל של כל פרק מפרקיה, כדי להתאים את הנידון אל סעיף ההלכה המכוון אליו. ומרובים המכשולים של התאמה כוזבת מהמכשולים ביסוד ההלכה", **אגרות החזון איש**, חלק א, סימן לא.

29 חכמים נוספים הדגישו את עליונות הפעולות הנעשות בשטח על פני הדיפלומטיה הדקלרטיבית בהקשרים הלכתיים נוספים גם כן. ראו בהקשר זה את הערתו של הרב נריה גוטל בנוגע לדרך יישומו למעשה של העיקרון ההלכתי המתיר לנהל מלחמות רשות גם בזמן הזה כל עוד שומרים על אמות המידה המקובלות בין עמי העולם במצבים דומים: "מבחן ה'הסכמה האוניברסלית' אינו ברטוריקה אלא בפרקטיקה. השאלה אינה מה מצהירות אומות העולם מן השפה ולחוץ, אלא כיצד הן נוהגות בפועל. כאשר דרות בכפיפה אחת הצהרות הומניות מזה והפגזות מסיביות מזה, מובן מאליו שהמשקל ההלכתי נקבע על-פי המעש", הרב נריה גוטל, 'לחימה בשטח רווי אוכלוסיה אורחית', **תחומין** כג (תשס"ג), עמ' 18-42, הציטוט מעמוד 40.

על המוסר הכפול בנוגע לקיומן של האמנות הבינלאומיות הללו, ראו עוד את הערתו של הרב יובל שרלו כי "בדרך כלל כל אומה תובעת מחברתה לעמוד בהן, בעוד היא עצמה הורגת ללא הבחנה. גם מוסדות השיפוט הבינלאומיים אינם מוסדות שיפוט הגונים, כי אם נגועים בפוליטיות, ומשמשים כלי פוליטי להשגת יעדים מדיניים, ולא כלי לעשיית צדק", במאמרו: הרב יובל שרלו, 'שאלות על מוסר המלחמה', **צהר** יא (תשס"ב), עמ' 97-104, הציטוט מעמ' 97 שם.

30 יש לציין לכך שבתשובה קודמת מתייחס הרב פראנק לשאלה אם ניתן לצאת ידי חובת מצוות מרור בחסה שנלקטה מתוך הכפר דיר-יאסין לאחר שנכבשה בידי ההגנה ("בשנת תש"ט בראשית מלחמת השחרור היה מחסור גדול במרור (חסה) לפסח, ורבים מתושבי ירושלים ירדו לכפר הערבי הנטוש דיר-יאסין שנלכד בידי היהודים כדי ללקוט שם. ונשאלתי ע"י הגאון רבי עזרא עטיה ראש ישיבת פורת יוסף, אם אפשר לצאת במרור זה

לעתים, אפילו מעשיה של הממשלה עצמה סותרים את הכרזותיה. לאחר שתי המלחמות האמורות (מלחמת השחרור ומלחמת ששת הימים) יזמו ממשלות ישראל ותמכו בבניית יישובים קבועים בשטחים שנכבשו, וזאת למרות ששטחים אלו המשיכו להיות מנוהלים ע"י מנהל המקרקעין כנכסי נפקדים ונטושים. 130,000 מתיישבים יהודים הם מעשה שבוודאי גדול מקביעות פורמאליות שלא נקבעו מנקודת ראות משפטית, אלא מדינית מאימת האומות.

לא נותר איפוא אלא לקבוע, שהתוקף המשפטי של כיבושי ישראל נקבע ע"פ התנהגותו למעשה של השלטון הישראלי. וכאמור, התנהגות כל ממשלות ישראל בעבר למעשה בשטח, הוכיחה שהכל ראו בכיבושי המלחמה, בין במלחמת השחרור ובין במלחמת ששת הימים, פעולות קניניות, שבאו להעניק ריבונות לישראל על אדמתו.³¹

ידי חובה, דלכאורה הוי גזל עכו"ם ובמרור הגזול לא יוצאים יד"ח", שו"ת הר צבי, אורח חיים, חלק ב, סימן עד. עורך ספרו של הרב פראנק מעיר על כך שבתשובה זו מסתפק הרב פראנק אם להחיל על השטח הכבוש דין כיבוש מלחמה, וכותב מבלי להכריע ש"יש לברר אם יש קנין כבוש מלחמה, שהרי היה כאן מלחמה ולברר גדרי כבוש מלחמה", וזאת לעומת הוודאות המוחלטת הקיימת בדבריו בתשובות שראינו לעיל. לדעת העורך יש להסביר את השינוי לאור זמני כתיבת התשובות: "והנה כאן לא הכריע רבינו שיש לזה דין כבוש מלחמה מפני שזה היה רק בתחילת מלחמת הקוממיות ומצב השטח הכבוש לא היה עדיין ברור ויציב, אולם אח"כ לאחר גמר המלחמה החליט מרן לענין תרו"מ ושביעית שזה בכלל כבוש מלחמה", שו"ת הר צבי, שם.

31 הרב שרמון (הערה 22, לעיל) עמ' 29-30. יצוין כי לאור דברי הרב שרמון כוונת הכובשים הייתה גם להחיל ריבונות, והשוו לנאמר בטקסט לעיל ליד הערה 3.

סיכום

בתור פוסק הלכות מובהק נקודת ההתייחסות הבסיסית של הרב צבי פסח פראנק למאורעות ההיסטוריים שחלו בימיו נעשתה דרך הפריזמה של העיון וההשוואה למקורות ההלכה. דבריו התקיפים של הרב פראנק במחלוקתו עם הרב עוזיאל נתפרשו ברבות הימים בדרכים שונות והותירו את חותמם על המשך הדיון ההלכתי בימינו אנו. יש שהבינו כי יסוד מחלוקתו בתפישתו בדבר תוקפה המוחלט של המלחמה בהעברת בעלות קניינית על הרכוש הנכבש לידי הכובש, ואילו אחרים הבינו כי במוקד העניין עמד דבר אחר לחלוטין. לדרך זו מוקד המחלוקת היה אכן מחלוקת בהערכת המציאות, שבמרכזה שאלת אופן ההתייחסות ההלכתית הראויה לנעשה במישור הדיפלומטי והמשפטי הבינלאומי. דברי הרב פראנק נתפרשו כהעדפת הנעשה בשטח במקום שבו מתגלה סתירה בין מעשי הממשלה לבין מדיניותה הדיפלומטית המוצהרת. כפי שראינו, דבריו אלו הפכו ברבות הימים ליסוד שעליו ביססו פוסקי הלכה בימינו את התייחסותם ההלכתית לבעיות השעה.

