

סקירת ספרים

Eduard Fram: *A Window on their World: The Court Diaries of Rabbi Hayyim Gundesheim, Frankfurt am Main, 1773-1794*
(Hebrew Union College Press, Cincinnati, Ohio, 2012)

אלימלך וסטרייך

בחיבור חשוב ורחב היקף זה פותח פרופ' טד פראם צוהר אל עולמם של יהודי אשכנז בשליש השלישי של המאה השמונה-עשרה וכד כבד הוא מרחיב את אופקם של חוקרים מתחומים שונים, ובכללם חוקרי המשפט העברי. תקופה זו היא רבת תהפוכות ושינויים בקרב הקהילות היהודיות באשכנז ובקרב העמים בסביבתם. תנועת הנאורות במערב אירופה ומרכזה הגיעה בשלב היסטורי זה לשיאה והשיגה בשנת 1789 את אחד ההישגים הפוליטיים הגדולים – המהפכה הצרפתית. גם החברה היהודית עברה שינויים מרחיקי לכת עם הופעת תנועת ההשכלה היהודית² והתערערו החברה היהודית המסורתית ומוסדותיה, וביניהם מערכת המשפט היהודית האוטונומית. מיד לאחר תקופה זו, במפנה המאה התשע-עשרה, איבדו למעשה הקהילות היהודיות בארצות דוברות הגרמנית את האוטונומיה השיפוטית שלהן. אך באופן מפתיע, סמוך לכך, בתקופה שבה עוסק החיבור, כיהנו במרחב הזה גדולי חכמי הלכה שהגיעו מפולין,³ ואשר לכמה מפסיקותיהם אתיחס בהמשך.

פראם נעזר בחיבורו ביומנים אישיים של אחד הדיינים בבית הדין הרבני בקהילת פרנקפורט ע"נ מייז (פ"פ), הרב חיים גונדסהיים (רח"ג). עיקרם של היומנים הוא רישומים שרשם לעצמו רח"ג, ובהם פרטים שונים על מקרים שנדונו בבית הדין של פרנקפורט בעת שכיהן שם כדיון משנת 1767 ועד שנת פטירתו 1795. בתעודות הרבות המצויות

* מחקר זה נתמך בידי הקרן הלאומית למדע, ISF (מענק מספר 922/16), ובידי המכון למשפט והיסטוריה ע"ש קרן דיויד ברג, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל אביב.
1 רות רמות תרבות ההשכלה: הגות ואמנות באירופה של המאה ה-18 (1991).
2 שמואל פיינר מהפכת הנאורות: תנועת ההשכלה היהודית במאה ה-18 (תשס"ב, 2001).
3 הכוונה היא לר' פנחס הלוי הורוויץ, יליד צ'ורטקוב, פולין ורבה של פ"פ בשנים 1805-1772; ר' יחזקאל לנדאו, יליד אפטא, פולין ורבה של פראג בשנים 1755-1793; ר' אריה גינזבורג, יליד פינסק פולין רבה של מז' בשנים 1765-1785; ר' רפאל הכהן, יליד פולין ורבה של המבורג, אלטונה וונדסבק (אה"ו) בשנים 1776-1779.

ביומן יש מידע מפורט ועשיר הכולל בין היתר את שמות הצדדים וטענותיהם המפורטות בנוגע לסכסוכים משפטיים ולעסקאות שביצעו. כל אלה מאפשרים לקורא ולחוקר לחדור עמוק לתוך הווייתה ועולמה של הקהילה היהודית החשובה בפרנקפורט. לחוקרי משפט עברי היא מעניקה הזדמנות נדירה למדי למפגש עם חומר ראשוני ובסיסי. בפנקס שפורסם כאן, בניגוד לרווח בספרות השו"ת שהיא עיקר התשתית המחקרית של חוקרי המשפט העברי, מצוי מידע מדויק ולא מעובד על פרטי המקרים שנדונו ועל פסקי הדין כפי שניתנו בידי הערכאה שדנה בהם. חיבור זה מצטרף לחיבור בעל אופי דומה שפרסם חיים ברקוביץ, שעוסק בפסקי דין של בית דין יהודי מן העיר מיץ בתקופה זו.⁴ חיבור נוסף הוא חיבורה של ג'סיקה מרקלין.⁵ עתה מצויים בידינו שלושה חיבורים השייכים לסוגה זו של פסקי בתי הדין ושניים מתוכם מתייחסים לסביבה זו, היהדות האשכנזית במרכז אירופה בסוף המאה השמונה-עשרה. חשיבותם של החיבורים הללו למחקר רבה עד מאוד אך בביקורת זו אצטמצם רק לחיבורו של טד פראום.

במקור כלל הפנקס 254 מקרים, אך 34 הראשונים אבדו, כך שבחיבור פורסמו 220 מקרים שנדפסו ב-433 עמודים. הפנקס המקורי נכתב באותיות עבריות, רובו בעברית רבנית והוא מוצג בחיבורו של פראם בצורה מאירת עיניים ונוחה עד מאוד לקריאה ולעיון. המחבר מקדים לכל מקרה מבוא קצר ויעיל מאוד בשפה האנגלית, שבו הוא מציג את פרטי המקרה, הצדדים, עיקרי הטענות אם ישנן, וכן את הכרעת הדין. בהערות הרבות המפורטות מוסיף המחבר מידע רב ומבהיר מונחים ומושגים שונים. המחבר גם כולל בהערות מידע הנוגע לצדדים השונים אם, למשל, הם הופיעו יותר מפעם אחת בפני בית הדין. בכך הופך הפנקס המודפס לכלי יעיל וזמין לשימושו של החוקר, ובכלל זה לקהיליית חוקרי המשפט העברי. בסוף החיבור (עמ' 573-653) מגיש לנו המחבר רשימת מפתחות מגוונת ויעילה ביותר לנוחות הקורא והמעוניין לעשות אותו כלי למחקר: רשימת ראשי תיבות מפורטת, מידות ומטבעות הנזכרים בפנקס, רשימת מילים לועזיות, רשימה ביבליוגרפית, הבתים והרחובות ברובע היהודי בפרנקפורט, מפתח שמות ומפתח נושאים. אין ספק שההדרה והמפתוח הצריכו מאמץ רב וראוי המחבר לברכה על כך.

לפנקס עצמו הקדים המחבר מבוא מקיף, מעמיק ומפורט, שהוא למעשה חיבור בפני עצמו ובעל חשיבות רבה (עמ' 17-86). המבוא פורש בפנינו יריעה היסטורית רחבה בכל הנוגע לזירה שבה התרחשו המקרים המפורטים בפנקס. כמו כן מבוא עיבוד ראשוני לפחות של המידע הרב הכלול בפנקס. במבוא מוצגות הביוגרפיות של דמויות הנזכרות בפנקס ולעתים גם הגנאלוגיה שלהן, ובראשן של מחבר הפנקס רח"ג, אך גם

JAY R. BERKOVITZ, PROTOCOLS OF JUSTICE: THE PINKAS OF THE METZ RABBINIC COURT 4
1771-1789 (2014).

JESSICA M. MARGLIN, ACROSS LEGAL LINES: JEWS AND MUSLIMS IN MODERN MOROCCO 5
(2016).

של אישים אחרים הקשורים בפעילות בית הדין בקהילת פרנקפורט, ובראשם דיניי בית הדין. המחבר בודק גם את זהותם של המורשים שמילאו תפקיד מעין זה של עורכי דין בימינו ואשר הופיעו בבית הדין, את היקף פעילותם, את טיב הכשרתם המקצועית ואת מידת התגמול החומרי שהייתה לפעילות זו. זאת, על רקע ההסתייגות העקרונית שהייתה קיימת במשפט העברי בתקופה המוקדמת לתופעת המורשים והשינוי המשמעותי שמשקף כבר בפנקס.

תשומת לבנו מופנית על ידי המחבר להרכב החברתי והמגדרי של ציבור הפונים לבית הדין (עמ' 34-35). מסתבר שהנזקקים נמנו עם כל שדרות החברה, החל בנערות משרתות שחסרו זכות תושבות, ועד לעשירי הקהל, דוגמת משפחת רוטשילד. ההרכב המגדרי אף הוא בעל עניין, שכן רוב הפונים לבית הדין היו נשים. אלא, שאין בהיקף הפונות להצביע על עצמאותן של הנשים, שכן נשים היו מיוצגות, או לפחות מלוות בדרך כלל בידי בעליהן. רק אלמנות או נשים במהלך תביעות גירושין הופיעו בגפן בבית הדין.

בחלק האינפורמטיבי של המבוא מוסר לנו המחבר מידע גם על חלוקת התיקים לפי נושאים. הקבוצה הגדולה, כ-40% מן המקרים, היא עסקאות מקרקעין, הן של מכירת בתים והן של מכירת מקומות ישיבה בבתי הכנסת (עמ' 46). קבוצות אחרות הן משפט מסחרי ויחסי עבודה – כ-20% (עמ' 40); ירושות, עיזבונות ואפוטרופסות – כ-20% (עמ' 41); מסים ופעילויות מנהליות ובכלל זה פרשנות של תקנות – כ-15% (עמ' 46). קבוצה נוספת, קטנה בהיקפה (כ-5% מהמקרים), היא הנושאים הריטואליים דוגמת טהרת היולדת או פדיון בכור. המחבר מצרף לרשימה זו גם ענייני חליצה, אך סיווגו של נושא זה ביחד עם הנושאים הריטואליים לא נראה בעיניי. חליצה בעיקרה היא אקט משפטי המנתק קשר של אישות בין אלמנה ערירית לבין אחי בעלה שנפטר ללא ילדים. אקט זה כמוהו כאקט הגירושין המנתק באמצעות גט קשר של אישות בין אישה לבין בעלה. בשני המקרים מדובר אמנם בפעולה בעלת אופי ריטואלי, אולם במהותה היא בעלת משמעות משפטית מובהקת. בכך שונה החליצה מן הנושאים האחרים שבמהותם, ולא רק באופני הביצוע הנדרשים, הם בעלי אופי ריטואלי.⁶

אלא שהמבוא איננו מצמצם בריכוז ואפיון בעל אופי אינפורמטיבי, כי אם פונה לדיון בכמה נושאים מהותיים בעלי חשיבות רבה למחקר ההיסטורי וגם למחקר המשפט העברי. הנושא הראשון הוא איסור הפנייה לערכאות של גויים (עמ' 50-62). נושא זה העיק על הקהילות היהודיות בכלל ועל מערכת המשפט העברי בפרט לכל אורך ימי הביניים וראשית העת החדשה. המחבר פורש בפנינו את מקורות המשפט העברי הנוגעים בסוגיה החל מתקופת חז"ל ועד לימות הפנקס, הן במרחב הנוצרי הן ובמרחב המוסלמי,

6 גם במשפט האזרחי המודרני ניתן למצוא תחומים שאופני הביצוע הם פורמאליים מאוד ולהדויט המתבונן מן הצד הם עשויים להיראות לעתים כפעולות ריטואליות (למשל, שטרי חליפין).

וכן הוא מציג כמה דיונים של חוקרים ומלומדים בנושא. חשובים הם המקורות שנתפרסמו לאחרונה בנוגע להתנהלות בפועל במקומות שונים בגרמניה, שהמחבר מביא אותם לידיעת ציבור החוקרים, ואשר לא היו גלויים עד כה לחוקרי המשפט העברי שעסקו בנושא זה, ובכלל זה למנחם אלון בספרו המונומנטלי "המשפט העברי"⁷.

מכאן מתכנס המחבר אל קהילת פרנקפורט (פ"פ) שנמצאת במקוד החיבור (עמ' 62-68). המחבר סוקר את גבולות האוטונומיה השיפוטית בקהילת פ"פ ובמקומות אחרים בגרמניה, שבמקצתם, דוגמת המלוכה הפרוסית, בוטלה האוטונומיה השיפוטית היהודית כבר באמצע המאה ה-18. המחבר עומד על מעמדה המיוחד של העיר פרנקפורט בתור עיר קיסרית ועל ההשלכות שהיו לכך על סמכויות השיפוט החלות על היהודים, ובראש וראשונה זכות הפנייה לבית המשפט של הקיסר בעיר וינה (עמ' 54). בכל מקרה הייתה לבית המשפט העירוני בפ"פ סמכות שיפוט כמוסד ערעורים של בית הדין היהודי (עמ' 53; שם, ה"ש 192).⁸ כתוצאה מקיומן של סמכויות מקבילות פנו יהודים לערכאות, לעתים אף במקרים שהיו מעורבים רבנים גדולים וחשובים. חשוב לעניין זה מכתבו של ר' פנחס הורוביץ, הפועל כראש מערכת השיפוט בפ"פ בתקופת הפנקס, ובו הוא שוטח בפני שליט נכרי את עמדתו בדבר חובת הזדקקותם של יהודים לבתי דין של יהודים דווקא (עמ' 59).⁹ ראוי לציין הסיכום של המחבר כי חרף העובדה שיהודים לא מעטים נזקקו לערכאות, עדיין פנו מאות יהודים בתביעותיהם לבית הדין היהודי (עמ' 59-60).

אני מסכים להערותו המסכמת של המחבר ונראה לי שראוי אף להעצימה. חוקרים שונים שעסקו בסוגיה, ובמיוחד היסטוריונים שנתוודעו למציאות הממשית, ציינו בדרך כלל את העובדה שהיו פניות רבות לערכאות של גויים. זאת, בניגוד לתמונה המצטיירת לעתים ממקורות הלכתיים שונים, ובוודאי בניגוד לעמדת חכמי ההלכה שנאבקו תמיד בתופעה. העובדה המפתיעה, לדעתי, איננה שיהודים פנו לערכאות חרף ההתנגדות הרבנית לכך, אלא שיהודים רבים כל כך המשיכו לפנות לבתי דין יהודיים. הערכאות נשענו בדרך כלל על הכוח של המדינה או מוסדות רשמיים אחרים ויכולת האכיפה

7 מנחם אלון **המשפט העברי: תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו** 13-18 (תשמ"ח-1988) (להלן: מנחם אלון **המשפט העברי**).

8 על זכות ערעור על פסקי בית הדין בפולין בראשית העת החדשה ראו, ANTONY POLONSKY, JAKUB BASISTA & ANDZEJ LINK-LENCZOWKI, *THE JEWS IN OLD POLAND, 1000-1795* (1993); וכן ראו שמואל ארתור ציגלמן **יהודי פולין וליטא עד שנת ת"ח (1648): מבואות ומקורות מבווארים** 122 (תשנ"א-1991). לעומת זאת, ראו שם, בעמ' 134, כתב זכויות שנתן סטניסלב גולסקי לקהילת לבוב המעניק סמכות שיפוט לקהילה היהודית, ללא זכות ערעור לערכאה פולנית.

9 המחבר מפרסם כאן לראשונה את תוכנו של מכתב חשוב זה של הרב פנחס הלוי הורוביץ, המצוי בארכיון בפרנקפורט ומורה לפרופסור אנדריאס גוטזמאן שהפנה את תשומת לבו למכתב זה.

שלהן הייתה רבה מזו של בתי הדין היהודיים. ערכאות המדינה גם לא חסמו יהודים מלפנות אליהם. דבר זה היווה תמריץ למי שלא היה שבע רצון מהתוצאה של המשפט העברי לנסות את מזלו בערכאות המדינה. העובדה שתופעת ההזדקקות לבית הדין היהודי מתקיימת בגרמניה גם בתקופה זו של סדקים הולכים ומתרחבים בעולם המסורתי¹⁰ ובקהילה היהודית ועל ספו של אובדן האוטונומיה, רק מחזקת את משמעותה של התופעה העולה מפנקס זה.¹¹

כמובן, הסביבה שבה נכתב הפנקס, גרמניה והארצות הנוצריות, היא רק אחת הסביבות שבהן התגוררו יהודים ופעלו בתחום המשפטי. חשוב לתת את הדעת על המרחב המוסלמי, שגם בו התנהלו ויכוחים ודיונים בנושא הערכאות. בדיונו בנושא המחבר מתייחס אמנם גם למרחב המוסלמי וכולל אותו עם הדין בסביבה הנוצרית, אך השוואה בין המרחב הנוצרי למרחב המוסלמי מחייבת זהירות רבה. יש לזכור כי במרחב המוסלמי, לפחות בעידן העות'מאני הטרור מודרני, לא קיבלו היהודים כתבי זכויות מפורשים המקנים להם אוטונומיה קהילתית ושיפוטית.¹² השיפוט העצמי היהודי בתחום הממוני התאפשר בין היתר בשל רפיון השלטון והיה תלוי במשמעת היהודית הפנימית ובלחצי המנהיגות הרבנית והקהילתית.¹³ רק עם תחילת עידן התנטי'מאת בשנות השלושים של המאה ה־19 הכיר השלטון באופן רשמי במוסד שיפוט יהודי.¹⁴ לעומת זאת במרחב

- 10 עזריאל שוחט עם חילופי תקופות: ראשית ההשכלה ביהדות גרמניה (1960).
- 11 נושא זה של פנייה לערכאות לא נס לחו עד עצם היום הזה. בשנים האחרונות היינו עדים לפולמוס חריף בין דיינים בנוגע ליחסים בין בית הדין הרבני ובין בית המשפט העליון. קבוצה אחת ובראשה הדיין שרמן שללה את הלגיטימיות של בית המשפט העליון בתור ערכאה משפטית. ראו אברהם בן יוסף שרמן "הלכת השיתוף לאור משפטי התורה" תחומין יח 32, 32-40 (1998). קבוצה שנייה בראשות הרב דיכובסקי נקטה גישה מנוגדת. ראו שלמה דיכובסקי "הלכת השיתוף – האם דינא דמלכותא?" תחומין יח 18, 20-22 (1998). התקופה שבה עוסק הפנקס והמידע ההיסטורי העולה ממנו יכלו לתרום תרומה של ממש לפולמוס זה ולעתידים לבוא אחריו; על רלוונטיות הקטגוריה "ערכאות של גויים" במדינת ישראל ראו יצחק ברנד ערכאות של גויים במדינת היהודים (2010).
- 12 למחקר מקיף ויסודי בנושא ראו "גבולותיה של האוטונומיה היהודית: השיפוט העצמי היהודי באימפריה העות'מאנית במאות ה־16-ה־18" תמורות בהיסטוריה היהודית החדשה 349 (שמואל אלמוג, עורך, 1988); ירון בן־נאה יהודים בממלכת הסולטנים: החברה היהודית באימפריה העות'מאנית במאה ה־17 (תשס"ז, 2007); לסיכום מצב הדברים במרחב המוסלמי עד לעידן המודרני של תקופת התנטי'מאת ראו Elimelech Wesstreich, *Jewish Judicial Autonomy in Nineteenth Century Jerusalem: Background, Jurisdiction, Structure*, 22 JEWISH L. ASS'N STUD, 303 (2012).
- 13 Wesstreich, לעיל ה"ש 12.
- 14 שם, בעמ' 311-314.

הנוצרי רווח הנוהג להעניק כתבי זכויות ליהודים רשמיים מטעם השליטים, שהקנו להם בין היתר סמכות שיפוט עצמית, וכולט הדבר בפולין בעת החדשה המוקדמת.¹⁵

נושא אחר שבו עסק המחבר, החורג מהמסגרת הצרה של הפנקס, הוא ספרות השאלות והתשובות והשוואתה לפנקס של רח"ג (עמ' 68-86). גם כאן נפרשת ידיעה רחבה המתייחסת למרחב הנוצרי והמזרחי כאחד על פני תקופה של כאלף שנים ויותר, המתחילה בתקופת הגאונים. המחבר מבקש לחדד את ההבדלים בין ספרות השו"ת, שהיא מקור מרכזי להכרת עמדות המשפט העברי בכל נושא ונושא, לבין פנקס רח"ג, הנותן תמצית של מקרה שנדון בערכאה הראשונה היא בית הדין היהודי בפ"פ. הקורא ימצא עניין רב גם בדיון בנושא זה ואין כוונתי כאן לפרט אותו, אלא רק להצביע על כמה הסתייגויות ונקודות מבט שונות.

ראשית, כדאי היה להבחין בין חטיבות שונות של חיבורי שו"ת לפי הזמן והמקום ולא תמיד ניתן לכלול אותם תחת מסגרת אחת. הבחנה ראשונה שיש לעשות היא בין תקופת הרפוס לבין התקופה שקדמה לה. במקרה השני יש לנו אוספים רבים וחשובים שהועתקו בידי מעתיקים שונים, שגם התערבו בטקסט עצמו במידה כזו או אחרת ואספו מקורות מיותר ממחבר אחד. גם בתקופה שלאחר המצאת הרפוס יש להבדיל בין המרכזים השונים מבחינות שונות. ניתן להצביע על הבחנות נוספות בין קבוצות שונות של חיבורי שו"ת. משום כך, נראה לי שראוי היה להצטמצם בדיון ממוקד בספרות השו"ת בגרמניה ואולי גם בפולין בתקופה זו של ראשית העת החדשה. דיון מקיף וכוללני של ספרות השו"ת בכללותה יתאפשר רק לאחר דיונים מיוחדים בסביבות זמן ומקום מסוימות.

במבט כללי ניתן לומר כי פנקס רח"ג מבטא את פסקי הדין בערכאה הראשונה שבפניה נפרשה היריעה העובדתית ובית הדין התמודד במישירי עם מסכת העובדות וחרץ את הדין כיד הלמדנות והידע הטובה עליו. ספרות השו"ת משקפת במקרים רבים דיון בערכאה נוספת שמזכירה ערכאת ערעור, אך החכם המשיב בדרך כלל איננו מתפקד כחלק ממוסד של ערעור. לאמור, אין לו סמכות לשנות את פסק הדין מן הערכאה הראשונה ולקבוע פסק דין אחר ממקומו. לעתים קרובות הנמענים הם גורמים מן הערכאה הראשונה, הפונים לבקש חוות דעת מאישיות בעלת יוקרה וסמכות. אבל, יש מקרים שהפונים הם אחד מן הצדדים ולא הדיין הפוסק בערכאה הראשונה, כך שהמשיב נמצא במישור מקביל למוסד הראשון ולא מעליו. ניתן למצוא תופעה זו בכמה מקרים במרחב

15 אוסף הפריווילגיות של יהודי פולין מוזכר בחיבור: JACOB GOLDBERG, JEWISH PRIVILEGES IN THE POLISH COMMONWEALTH: CHARTERS OF RIGHTS GRANTED TO JEWISH COMMUNITIES IN POLAND-LITHUANIA IN THE SIXTEENTH TO EIGHTEENTH CENTURIES (1985). ברובן הגדול של הפריווילגיות שניתנו לאזורים ולקהילות שונות, מופיע סעיף בנוגע לשיפוט העצמי היהודי. כך, למשל, 'יאן קז'ימו' קראסינסקי העניק פריווילגיה ליהודי סוקולוב המקנה לבית הדין היהודי סמכות שיפוט אקסקלוסיבית בסכסוכים בין יהודים (שם, עמ' 313); עוד בהקשר זה, ראו לעיל ה"ש 8.

המוסלמי שדנתי בהם.¹⁶ מעבר לכך, לעתים המקרים הנדונים בחיבורי השו"ת הם פסקי דין שניתנו בערכאה הראשונה ולא חוות דעת שניתנו לאחר מתן פסק הדין הראשון.¹⁷ במקרים כאלה ניתן להפיק מידע היסטורי עשיר מן התשובה ברמה המתקרבת למה שניתן להפיק מפנקס רח"ג לפי דבריו של המחבר.

אני מבקש עתה להעיר שתי הערות ספציפיות, האחת נוגעת בפנקס עצמו והשנייה במבוא. בתעודה מס' 43, שעניינה אוכדן שטר הלוואה בשריפה, נאמר:

אין אנו חוששים בשביל אחריי' אפשר שיש עוד מלווים אחרים על הלווה שאנו מחויבי' להם בכתב שטר זה ד"א [דבר אחר] באשר שנהוג כאן שכל השטרות צריך להיות על ידי נאמני הקהלה דאם לא כן לא מועיל כלום

לפי הנאמר כאן, רק הסכם הלוואה שנרשם בפנקס הקהילה יש לו דין של "הלוואה בשטר". מסמך שלא נרשם יהיה לו דין של "מלווה על פה". להבחנה זו נפקות רבה לשני עניינים: (1) שעבוד נכסים שנוצר במלווה בשטר והנותן לנושה זכות להיפרע מלקוחות מאוחרים; (2) זכות קדימה על פני נושים מאוחרים. שיטה זו מגנה היטב על נושים מאוחרים ועל לקוחות, שכן ביכולתם לברר על נקלה אם קיים שטר הלוואה על האיש שעמו הם רוצים לעשות עסקה או להעניק לו הלוואה. רישום זה דומה לפנקסי רישום אחרים של העידן המודרני, כמו פנקס המקרקעים ובמיוחד הפנקס של רשם המשכונות. הבסיס המשפטי לכלל זה הוא המנהג! הכלל איננו מעוגן בדין או בתקנה. אדרבא, עמדת הדין כפי שגובשה בשולחן ערוך ובנושאי כליו היא שכל מלווה בשטר גובה ממשועבדים ואין דרישה שירשם בפנקס של נאמני הקהל.¹⁸ מנקודת מבט מודרנית נראה בלתי סביר להעניק לנושה בשטר זכויות קדימה ושעבוד כה מרחיקות לכת. מנהג פ"פ פותר אפוא בעיה מטרידה זו ויוצר התאמה בין הדין בפועל להוויה הכלכלית. פשרו של השינוי הוא שבתקופת התלמוד היו מעטים יודעי כתוב, ולפיכך היה בהכרח היבט פומבי בחתימת שטר אצל מומחה. לא כן בתקופה המודרנית, לכן נדרש רישום בפנקס הקהילה המאפשר לכל מלווה או קונה לבדוק את מצב הזכויות.

יש אולי מקום להצביע על דמיון בין הסעד שנתן בית הדין בפרנקפורט במקרה של אוכדן שטר בשריפה לבין הסעד בכלל המשפטי של המשפט האנגלי המודרני הדין

16 לדיון בפרשה מהמאה השש-עשרה ראו אלימלך וסטרייך תמורות במעמד האישה במשפט העברי: מסע בין מסורות 265-275 (תשס"ב, 2002); לדיון בפרשה מהמאה התשע-עשרה ראו אלימלך וסטרייך "הייבוש בפסיקתם של דיני ירושלים במאה הי"ט" דיני ישראל כא 155 (תשע"ג, 2013).

17 לדוגמה ראו שו"ת בני בנימין, סימן כא; לדיון מקיף בפרשה זו ראו גם את המאמר המוזכר לעיל בה"ש 16, בעמ' 44-45.

18 שולחן ערוך, חושן משפט, סימן קיא, סעיף א. מקור הדברים הוא בתלמוד הבבלי, בבא בתרא קעה, ע"א.

באובדן של שטר חליפין.¹⁹ בשני המקרים זכאי הבעלים של השטר לתבוע שטר תחליפי לשטר שאבד ובית הדין (עמ' 108) או בית המשפט²⁰ יורה לעשות כן לאחר מתן ערבויות מצד הבעלים של השטר. בשני המקרים יש אפוא חשיבות לקיומו של השטר כדי לבסס תביעה משפטית, אם כי בשל נימוקים שונים. במנהג של פרנקפורט, הצורך בשטר תחליפי הוא כדי לתת תוקף לזכות הקדימה והשעבוד; ואילו בשטר חליפין הצורך הוא כדי להעניק לאוחז בשטר את הזכויות המיוחדות הקמות לו מכוח החוק.²¹

ההערה האחרת נוגעת בשאלת מעמדו של השולחן ערוך והיא מתייחסת לתעודה של בית הדין בפ"פ שאינה נזכרת בפנקס של רח"ג ואשר המחבר פרסמה במבוא (עמ' 65-66).²² מדובר באיגרת ארוכה ששלחו דייני בית הדין לנסיך של קורבי במענה לשאלה שהפנה אליהם. בין היתר התייחסו הדיינים למקורות המחייבים של המשפט העברי והם מונים שם את התורה שבכתב, התורה שבעל-פה, תקנות בתר-למודיות, ובסופה של הרשימה הם מציינים שדיננו בכל הנושאים כתובים בקיצור בכרכים של השולחן ערוך שכל בית ישראל נשען עליהם. השאלה היא האם אכן דברים אלה משקפים נאמנה את העמדה שרווחה בפ"פ ובסביבה האשכנזית ברבע האחרון של המאה ה-18 או שהדברים הם בגדר רטוריקה ונועדו למטרות אחרות. אם האפשרות הראשונה היא הנכונה, משתקפת בדברים אלה מהפכה שהתחוללה ביחס לשולחן ערוך, זאת לאחר שבתקופה הסמוכה להדפסת השולחן ערוך הייתה התנגדות חזקה בסביבה האשכנזית לקבל אותו בתור ספר הלכות מחייב.²³ עתה, לאחר כמאה וחמישים שנים לערך הוא הופך להיות לחיבור הבסיסי שלאורו פוסקים בפרנקפורט וכך מציגים אותו לשליט הנכרי. נראה שהמחבר רומז לכך, אך דעתי שונה מדעתו.

סבורני, כי חרף הדברים הנחרצים של בית הדין, השו"ע לא הפך להיות ספר הלכות מחייב בסביבה האשכנזית במשמעות שנודעת לקוד בסביבה המודרנית, ואף לא זכה

- 19 סעיף 69 לפקודת השטרות (נוסח חדש), התשמ"ג-1983 (להלן: "פקודת השטרות") תרגם ואימץ מילולית את חוק השטרות הבריטי משנת 1882.
- 20 סעיפים 69-70 לפקודת השטרות.
- 21 סעיף 37 לפקודת השטרות; ייתכן כי גם בשל העובדה שהשטר כמוהו כחפץ ומבלעדי שטר חליפי לא ניתן לתבוע מכוח השטר.
- 22 בעניין היחס לשולחן ערוך בפולין, שהיא החטיבה האשכנזית הגדולה בעת החדשה המוקדמת ראו E. Westreich, *Reception of the Shulchan Aruch in Poland*, YIVO (2008) *ENCYCLOPEDIA OF JEWS IN EASTERN EUROPE 1742*. נאמר שם כי בשום שלב לא התקבל חיבורו של ר"י קארו השולחן ערוך כקודקס מחייב שאין עליו עוררין. היו שייחסו מעמד מכריע לשילוב בין השולחן ערוך והגהות הרמ"א והיו – וביניהם החזון איש במאה העשרים – שייחסו לשילוב שבין החיבורים מעמד מועדף אך ניתן לביקורת.
- 23 מנחם אלון *המשפט העברי*, לעיל ה"ש 7, בעמ' 1139-1212.

למעמד שנודע לו בסביבה הספרדית והמזרחית.²⁴ כדי לבחון את הדברים יש להבהיר תחילה למה מתכוונים בסביבה האשכנזית בשימוש בביטוי "שולחן ערוך". אפשרות אחת היא שהכוונה לחיבורו של ר"י קארו כשלעצמו;²⁵ אפשרות אחרת היא שהכוונה לחיבורו של ר"י קארו בתוספת הגהות הרמ"א;²⁶ ואפשרות נוספת היא שהכוונה לחיבורם של ר"י קארו בתוספת הגהות הרמ"א וכן כתיבי נושאי הכלים (נו"כ). טענתי היא כי בסביבה האשכנזית במאה ה-18, ובכלל זה דייני פ"פ, הכוונה היא לאפשרות השנייה ואולי לאפשרות השלישית, דהיינו בשימוש בביטוי "שולחן ערוך" כוללים גם את נו"כ. באפשרות השנייה בחר ר' יהונתן אייבשיץ, שפעל במרחב זה דור אחד קודם לכן בקהילת פראג, מץ, ולאחר מכן בקהילות אה"ו (1750-1765).²⁷ בחיבורו "אורים ותומים" הוא כותב:

ובפרט דין שנזכר בשו"ע והרמ"א השמיטו דעת החולק קבלה בידי וכן ראיתי מדיינים מומחים, וכן דן אני ובא מבלי לטעון קים לי כדעת החולק כיון שהרב ב"י והרמ"א שמו זכרונו אחר הדלת אין לו לחוש לו וקיימו וקבלו חכמי הדור לשמור ולעשות ככל האמור במטבע הקצר שו"ע והגהת רמ"א ולכן ח"ו לומר קים לי נגד הכרעת המחבר והרמ"א... וכן ראוי להורות בלי פקפוק.²⁸

ואולם היו גם גישות שהעדיפו את האפשרות השלישית – שיש לכלול בשו"ע גם את נו"כ – ולהלן נראה שכך נקטו החכמים הגדולים באשכנז בתקופה זו.

- 24 על התקבלותו של השולחן הערוך בסביבה הספרדית כקודקס מחייב ראו בנימין לאו ממרן **עד מרן משנתו ההלכתית של הרב עובדיה יוסף** 232-225 (2005).
- 25 לפי עדותו של ר' חיים בנבנישתי, במאה הי"ז (שו"ת כנס הגדולה, סימן כד): "בקושט' אינם יודעים מהו ספר המפה והלבוש. רצוני לומר אין משגיחין בהם לראותם כי הם מתנהגים על פי הש"ע ואינם חוששים מספר המפה והלבוש וכמעט שאינם קוראים אותם".
- 26 כך נהגו לפי ר' חיים בנבנישתי "בתירייא יע"א [=הסמוכה לאיזמיר] ובמקומות הללו הם מתנהגים ג"כ על פי ס' המפה והלבוש ולכן כל מה שמביא בספר המפה והלבוש אני כותב" (שם).
- 27 על אודותיו ראו יחזקאל דוקקס **א'ו'ה' למושב: כולל תולדות הרבנים שישבו על כסא הרבנות של שלש קהילות א.ה.ו. אלטונה, האמבורג, וואנדסבעק** 29-52 (תרס"ג-1903).
- 28 ר' יהונתן אייבשיץ, קיצור תקפו כהן, סימן כג-קכד. ראו גם קביעתם של השו"ע והרמ"א בשולחן ערוך, בעניין "הוראה בפני עד אחד היא הוראה בין לישבע על פיו אם כפר בין לפרוע אם הודה שהודה בפניו" (חושן משפט, סימן פא, סעיף י). ר' שבתאי הכהן מחבר "שפתי כהן" (ש"ך) תמך בעמדתו החולקת של בעל המאור והסיק שהמוחזק יכול לומר קים לי כדעתו של בעל המאור נגד שו"ע ורמ"א. לעומת זאת, רבי יהונתן אייבשיץ בחיבורו או"ת פסק שאין המוחזק יכול לטעון קים לי כדעת בעל-המאור, "ואין לזוז מפסק השו"ע".

מה טיבם של חיבורים אלה של נושאי הכלים? לא ידוע לי על מחקר מקיף ויסודי שיתמקד בהם ויאפיין אותם, זולת מחקרו של רב צעיר²⁹ מלפני כמאה שנים, ובעקבותיו חיבורו של אלון.³⁰ אציע כאן כמה אפיונים החשובים לדיון זה. נו"כ הם חיבורים שנכתבו סביב השו"ע והגיבו בצורות שונות לתכניו. כמה מהם הפכו להיות קלאסיים, ולהם אתיחס בהמשך דבריי, ולא בלי קשר לכך נדפסו ביחד עם השו"ע בהוצאות השונות. הבולטים שבין נו"כ קלאסיים הם: "מגן אברהם" ו"טורי זהב" על אורח חיים; "טורי זהב" ו"שפתי כהן" (ש"ך) על יורה דעה; "חלקת מחוקק" ו"בית שמואל" על אבן העזר; ספר "מאירת עיניים" וש"ך על חושן משפט.

המכנה המשותף של נו"כ הקלאסיים שהם נוצרו במאה השבע-עשרה בידי חכמים מפולין. אף פוסק ספרדי לא הצטרף לרשימה הקלאסית (ולדעתי לא במקרה), וגם לא פוסק מארץ אשכנז. לשם השוואה אציין לחיבור "כנסת הגדולה" (לר' חיים בנבנישתי), שאף הוא בן המאה ה-17 אבל נכתב סביב ספר הטורים ולא סביב השו"ע. האם ניתן להצביע על מכנה משותף תוכני ומהותי בין נו"כ הקלאסיים? (מכאן ואילך אתיחס לנו"כ קלאסיים בתור נו"כ סתם). כמדומני שכן, ואני מבקש להציע כמה מאפיינים. ראשית, נו"כ מביאים תמציות של חיבורי שו"ת שנוספו לאחר השו"ע. עשייה זו מכונה בספרות האנגלו-אמריקאית digest. שנית, הנו"כ מעמתים את התשובות הללו עם דברי ר"י קארו ורמ"א בשו"ע. פעולה זו מזכירה את הסוגה האנגלית והאמריקאית המכונה "קומנטר".

נו"כ דנים באריכות ובפירוט במכלול הנושא ובוחנים מחדש את הקביעות של שו"ע בתוספת הרמ"א, לאור מקורות קדומים יותר החל מן התלמוד והפוסקים הראשונים שקדמום, ובסוף התהליך הם מגבשים את הכלל ההלכתי הראוי. מבחינה צורנית נראית אף עשייה זו כקומנטר. אולם אני סבור שלעיתים מדובר בחיבור נפרד, המציב במרכז חוק מסוים אבל הולך הרבה מעבר לו. אם כך הם פני הדברים כי אז אין בדברי חכמי פרנקפורט שום סטייה ממה שנאמר במאה ה-17. ההתנגדות של מהר"ם לובלין ואחרים הייתה לשו"ע של ר"י קארו עצמו. הליקויים שמנו בו היו בין היתר חוסר התחשבות במסורת האשכנזית, הסתרת מקורות ושורשים בחיבורים מחייבים. נו"כ מילאו חסר זה ביד רחבה והוסיפו רבדים חיוניים נוספים.

ביטוי ברור לכך ניתן למצוא בחיבור שכתב ר' פנחס הלוי הורוביץ (רפ"ה), רבה הנזכר של פ"פ וראש מערכת המשפט בתקופה שאנו דנים בה.³¹ בספר בשם "נתיבות

29 חיים טשרנוביץ תולדות הפוסקים: כולל שלשלת הפוסקים, תכונת חבוריהם ויסודי שיטותיהם בדרכי ההוראה מתקופת הגאונים עד השלחן-ערוך ונושאי-כליו (תש"ו-1946).

30 מנחם אלון המשפט העברי, לעיל ה"ש 7.

31 לפרטים ביוגרפיים עיקריים על אודותיו עד למינויו כרבה של פרנקפורט, ראו מרדכי הלוי הורוביץ רבני פרנקפורט 144-148 (מהדורה ב, תשל"ב, 1972). על התנהלותו בתקופת כהונתו בקהילת פרנקפורט ראו שם, בעמ' 148-178.

לשבת", שנדפס בלמברג 1837, נכתב בכותרת: "חידושים על ש"ע אבן העזר והוא חלק אחד מן ספר שבת אהים הנלווה אל ספר הפלאה". בחיבור זה נדפסו ביאוריו לסימנים א-כד. בשנת תשנ"ב נדפס בישראל חלק נוסף מביאור זה תחת הכותרת "קונטרס אחרון" ובראשו מציין המחבר "קונטרס אחרון ידעתיו בשם שבת אהים"³². הביאור מקיף את הסימנים סו – קיח של חלק אבן העזר, העוסקים בעיקר ביחסים כלכליים בין בני הזוג במהלך הנישואין ולאחר ניתוק קשר הנישואין בשל פטירה או גירושין. זהו חיבור רב כמות המכיל מאתיים עשרים ושישה עמודים. עד כמה שידי מגעת, המחבר אינו מציין בשום מקום כי קביעת ר"י קארו בשו"ע מחייבת, ואף לא קביעותיהם המשותפות של ר"י קארו והרמ"א. במקרים רבים רפ"ה פותח את הדיון בעיון בדבריהם של אחד הנו"כ הקלאסיים "בית שמואל" או "חלקת מחוקק", אך גם חיבורים אחרים מסוגות שונות. הוא בדרך כלל דן במקורות ההלכה שקדמו לשו"ע כמו הרמב"ם ובעלי התוספות וכמובן התלמוד עצמו. אין לשו"ע בקונטרס האחרון שום מעמד מיוחד מעבר לכך שהוא חיבור נוח לכתוב סביבו את הפירושים.

אם נעיין בקובץ השו"ת שלו, שנתפרסם בשם "גבעות פנחס", נגלה תופעה דומה של היעדר הענקת מעמד מיוחד לחיבור השולחן ערוך. רובן המכריע של התשובות שייכות לאבן העזר, וגם בחלק חושן משפט רוב התשובות קשורות לענייני המשפחה. עיינתי לעומק בעשר התשובות הראשונות, שעוסקות בין היתר בלידות מחוץ לנישואין וההשלכות שיש לכך על דיני הנישואין מצד הגבלות שחלות על מעוברת חברו ומינקת חברו וכן מצד איסור זונה לכוהן. בכל המקרים המחבר פורש יריעה רחבה של פוסקים, וכולט ביניהם נושא הכלים בית שמואל, מבלי לייחס משקל מיוחד לקביעה שקבע ר"י קארו בשו"ע. כך למשל בסימן א רק בפסקה השמינית הוא כותב "ותו מפורש בהרמב"ם ובשו"ע סימן ו...", לאמור אף כאן קודם הרמב"ם לשו"ע ושניהם כאחד אינם אלא אחד המקורות הנדונים.

אמנם, בסימן יא משתמע לכאורה כי רפ"ה כן ייחס משקל מיוחד לשו"ע. השאלה שנדונה שם הייתה האם להתיר לאלמנה מיניקה להינשא בתוך עשרים וארבעה חודשים להולדת התינוק, משום טובתם של היתומים, ובין יתר הדברים הוא כותב: "וחלילה להניח את המבואר בשלחן הטהור ולסמוך על הסניפים". אלא שעיון במכלול הדברים מראה כי אין בדברים אלה שום ביטוי למעמד המיוחד של השו"ע בקרב הפוסקים, אלא התייחסות לדרכי הכתיבה של הפוסק ואפיון חלק מן הדברים בתור רטוריקה בלבד, וכך כתב:

32 חיבור זה נזכר גם בדברי ההסכמה של תלמידו הגדול, חת"ם סופר, להדפסת קובץ השו"ת שלו. ראו פנחס הלוי איש הורוביץ, שו"ת גבעת פנחס (1837). חידושי אלה של רפ"ה לשו"ע אבן העזר יצאו לאור מחדש בגרסה נעימה יותר לקריאה ולעיון בשנת תשס"ט. ראו כל כתבי הפלא"ה כרכים א-ח (ירושלים, מכון המאור, 2009).

אמנם לא כתבו כל זה אלא לסניף בעלמא כדרך בעלי השו"ת שאחר שכתבו עיקר טעמם עושים סעד לדבריהם אפילו מדברים שאין בהם ממש וסמכו את עצמם כי האיש החכם יבין את זאת וחלילה להניח את המבואר בשלחן הטהור ולסמוך על הסניפים...

עקרון תורת המשפט שקובע כאן רפ"ה הוא שיש להבחין בין הנימוק או הנימוקים העיקריים לבין התוספת והנוסף, שנועדו בעיקר לחזק ולשכנע את השומעים. משום כך, דברים הנכתבים בשו"ע שהם תכליתיים לפסק הלכה, מסתמכים עליהם ומקבלים אותם. לעומת זאת, דברים שכותבים משיבים שונים משמשים לעתים בתור נופך ותפארת המליצה, או בלשון הפסיקתית המקצועית – סניף בלבד. משום כך, לא ניתן להסתמך ולבסס פסק דין אחר עליהם. אך גם אם התכוון רפ"ה להעצים את מעמדו של השו"ע, יש ליתן את הדעת למי התכוון רפ"ה באמרו "שו"ע הטהור". נעייין אפוא בציטוט שבו הוא מצטט את דברי השו"ע:

... אמנם לא היה מן הצורך לכא בעט סופר מאריך ודבר המבואר בשו"ע אה"ע [ואכן העזר] (סימן י"ג) 'ויש מקילין במזנה ויש להקל במופקרת לזנות כדי שיהיה בעלה משמרה תשובת ר"י מינץ'.

עיון בהפניה יגלה עד מהרה שהציטוט לקוח מתוך דברי השו"ע סעיף יא והוא איננו אלא דברי הרמ"א בהגהה! נציג אפוא את דברי השו"ע והרמ"א במלואם:

גזרו חכמים שלא ישא אדם ולא יקדש מעוברת חבירו, ולא מניקת חבירו, עד שיהיה לולד כ"ד חדשים... רמ"א: בין שהיא אלמנה בין שהיא גרושה בין שהיא מזנה. ויש מקילין במזנה ויש להקל במופקרת לזנות, כדי שיהא בעלה משמרה (תשובת ר"י מינץ סימן ה').³³

רפ"ה קורא אפוא "השולחן הטהור" לעמדת הרמ"א בהגהותיו החולק על עמדת ר"י קארו בשו"ע. אף על פי שלגופו של עניין, במקרה הקונקרטי שרפ"ה דן בו עמדותיהם של רמ"א ושל ר"י קארו זהות.

יחס דומה לזה של רפ"ה נוכל למצוא אצל ר' יחזקאל לנדאו בשו"ת "נודע ביהודה".³⁴ עיינתי בארבעים הסימנים של חלק חושן משפט מהדורא קמא, בכל המקומות שנוכר השולחן ערוך שאותם איתרתי באמצעות פרוייקט השו"ת. גם כאן בולט שאין לחיבור השולחן ערוך כשלעצמו מעמד על המחייב את הציבור היהודי. כמו כן לא התרשמתי שלר"י קארו ולרמ"א יש מעמד מיוחד בעיני המחבר. הדיון של הנודע ביהודה הוא בקשת רחבה של מקורות החל מן התלמוד ואילך וההכרעה נעשית על ידו בהתאם לשיקול

33 דברי הרמ"א מודגשים בקו במקור.

34 על אודות תולדות חייו מעת הולדתו בעיר אפטא שבגליציה ועד לרבנותו בעיר פראג, ראו קותיאל אריה בן גרשון קאמלהאר מופת הדור (תרט"ג, 1903).

דעתו. דוגמה לכך ניתן למצוא בסימן לר העוסק באפשרות לפרוע חוב באמצעות שטרי חוב שעדיין לא באו לידי גוביינא:

... הנה הדבר תלוי באשלי רכרכי. לדעת המחבר והרמ"א בסי' ק"א סעיף ה' או אין הבע"ח [הבעל חוב] יכול לעכב ומוכרח לקבל שטרות בחובו. אבל לדעת הש"ך בס"ק ג' יש מקום עיון בדבר... (ההדגשות שלי – א"ו)

השאלה שניצבה היא האם ניתן לפרוע חוב בניגוד לרצונו של הנושה באמצעות שטרי חוב שטרם הגיע מועד פרעונם. בעניין זה קובעים שו"ע ורמ"א שהנושה חייב לקבל את הפירעון. אולם הש"ך, שהוא נושא כלים חשוב ביותר, חולק ונוקט שלא ניתן לחייב את הנושה לקבלם בתור פירעון. עם זאת, נתונה הרשות בידי הנושה להיפרע מן השטרות לפי שיקול דעתו. למחלוקת זו השלכות על השאלה שהובאה בפני הנודע ביהודה אם שטרי החוב הם בגדר ראוי או מוחזק לעניין גביית כפל על ידי בכור. לפי עמדת שו"ע ורמ"א, השטרות נחשבים כמוחזק. לעומת זאת, לפי עמדת הש"ך הדבר הנו ספק. ברור לגמרי שהעובדה ששו"ע וגם רמ"א נוקטים עמדה מסוימת אין בה די להכריע את הדין, ועמדתו החולקת של הש"ך מותירה את הנושא פתוח. לפי העמדה כאן, השו"ע איננו מקור סטטוטורי, הוא גם איננו מקור מחייב וספק אם ניתן לראות בו מקור משכנע.

נציין, שכמאה שנים לאחר מכן התייחס לעניין זה אחד מגדולי חכמי ההלכה בפולין, ר' אברהם מסוכטשוב, ואחרי שהביא את דעת הרמ"א כתב: "אך באמת הש"ך פסק שם דלא כרמ"א אלא כרש"ל... וחלילה לפסוק נגד הש"ך שפסקו מקובלים ככל ישראל".³⁵

דומה שבטטה יותר היה ר' אריה גינזבורג מחבר שו"ת "שאגת אריה", שפעל בתקופה שאנו דנים בה.³⁶ בחיבורו הוא דן בשאלה אם "היו לפניו פירות הארץ ופירות האילן ובירך על פירות האדמה פרי האדמה, אם יצא חובת הברכה של פרי העץ נמי או לא".³⁷ הוא מביא את עמדת השו"ע, הפוסק שיצא ידי חובת הברכה על פרי העץ, אבל תמה כיצד זה התעלם המחבר מעמדתם החולקת של רש"י ותוספות. לדבריו "כמדומה לי שנעלם מהרב בית יוסף דברי התוספות שהרי לא הביאם בבית יוסף". מכאן מסקנתו: "ולענין דינא הדבר ברור שראוי לפסוק כרש"י ותוספות והכי משמע מסוגית הגמרא".

עניין אחר שבו הוא דוחה לגמרי את עמדת השו"ע הוא שיפורים בכרית מילה

לתינוק:³⁸

35 שו"ת אבני נזר יו"ד, סימן קל"ג.

36 שו"ת שאגת אריה (מהדורת דוד מצגר).

37 שם, סימן כז.

38 שם, סימן נה.

קטן שבשרו רך ומדולדל או שהוא בעל בשר הרבה עד שנראה כאילו אינו מהול... ואם אינו נראה נימול בעת הקישוי, צריך לחתוך כל הבשר המדולדל עד שיהיה נראה כנימול בשעת קישויו.³⁹

ר' אריה גינזבורג דן בהרחבה בדברי השו"ע וקובע באופן החלטי כי אין צריך למולו. נעיין עתה בעמדתו של ר' רפאל הכהן, שכיהן ברבנות בשלוש הקהילות אלטונא, המבורג, ונדסבק (להלן אה"ו) בתקופה שאנו דנים בה.⁴⁰ עד לפרישתו מתפקידו בשנת 1799 נותרה האוטונומיה השיפוטית בתוקף בקהילות אה"ו, שהיו נתונות למרותו של מלך דנמרק, בניגוד לקהילות גרמניה שאיבדו את האוטונומיה השיפוטית.⁴¹ המקרים שאביא להלן מקצתם בעלי אופי משפטי ומקצתם שייכים לתחום הריטואלי של ההלכה. במקרה אחד הנוגע להלכות נידה הוא כותב:

אך כיוון שהטור והבית יוסף בשולחן ערוך והרמ"א בהגה"ה שאנו נגדרים תמיד אחר דבריהם בין להקל וכו' מקילין, לכן המקיל לא הפסיד, אך המחמיר אינו מן המתמיהים ואדרבא הוא בכלל ברכה, והכל הוא לפי העניין.

השו"ע איננו אפוא קודקס בפני עצמו המחייב ללכת בעקבותיו. רק ביחד עם הטור והרמ"א שלושתם נחשבים למקורות מוסמכים ביותר שנוקטים כמותם אפילו להקל. עם זאת, הרוצה להחמיר על עצמו רשאי ואף יבורך על כך ובסופו של דבר העניין נותר פתוח שכן "הכל לפי העניין". עניין אחר הוא חמץ שנגע במצה שלא נאפתה כראוי. לפי השו"ע ניתן להסתפק בנטילה של החלק שנגע בחמץ. לעומת זאת, לפי רש"ל והב"ח, מחכמי פולין ברור שלאחר השו"ע, אסור הכול. עמדת ר' רפאל עצמו היא שיש מקום לחלק, אך בסופו של דבר הוא מותיר את החופש להחליט לכל אחד "והבוחר יבחר". לאמור, השו"ע איננו מחייב באופן מלא.

דוגמה שלישית עוסקת בנושא השבועה, השייך לתחום חושן משפט.⁴² ר' רפאל פותח את דבריו תשובתו כך: "לכאורה דין זה מבואר בשולחן ערוך סימן קכ"ג סעי' ט. ולפי שלפענ"ד (שלפי עניות דעתי) יש מקום עיון בדין זה לכן אמרתי לבארם". אף כאן העובדה שהדברים נקבעו בשו"ע איננה מהווה סוף פסוק כלל וכלל. לר' רפאל יש תהיות ושאלות ולכן הוא פותח את הנושא לדיון. השו"ע איננו אפוא קודקס במובן המודרני. ייתכן שלפי ר' רפאל יש לו מעמד משכנע, אך לא יותר מכך.

39 שולחן ערוך, יורה דעה הלכות מילה, סימן רס"ד.

40 לעיל ה"ש 27; על מאבקיו של ר' רפאל הכהן באתגרי ההשכלה ראו יעקב כץ ר' רפאל כהן, יריבו של משה מנדלסון" יעקב כץ ההלכה במיצר: מכשולים על דרך האורתודוקסיה 41-42 (תשנ"ב, 1992).

41 "כץ, שם.

42 שו"ת ושב הכהן, סימן צא.

חשוב להדגיש כי לא מצאתי אצל החכמים הנ"ל דיונים מעין אלה שאנו מוצאים אצל מחברים לא אשכנזים בנוגע לכללי הפסיקה שיש לנקוט לגבי דברי השו"ע.⁴³ דוגמאות כאלה ניתן למצוא מאות רבות ואדגים בקצרה מתוך מובאה של חכמים ספרדים המצויה בתשובת הרב עובדיה יוסף, בן המאה העשרים.⁴⁴ כבר בתחילת דבריו הוא מבקש לבחון את המקובל בסביבתו "שאינן המוחזק יכול לטעון קים לי כדעת הסוברים נגד פסק מרן השלחן ערוך, כי בגלילות אלה קבלנו הוראות מרן הש"ע ככל אשר יאמר כי הוא זה". כל הדוגמאות שהבאתי לעיל מחכמי אשכנז במחצית השנייה של המאה ה-18 מראות כי ניתן לחלוק על דברי השו"ע ולא רק לטעון "קים לי" נגדו. חכמי אשכנז שהזכרתי גם לא התחבטו בשאלה שהעסיקה את הרב עובדיה יוסף כיצד יש לפסוק "כשכותב מרן הש"ע שתי הסברות בשם יש אומרים ויש אומרים", שאז אין הכרעה בדברי ר"י קארו עצמו. במענה לשאלה זו מציג הרב יוסף עשרות מקורות, רובם ככולם ספרדיים (להוציא את ספר "עבודת הגרשוני"), שהרבו לעסוק בכך בהרחבה רבה. אך, כאמור, דיון מעין זה אינו נמצא בחיבורי השו"ת של חכמי אשכנז בתקופת הפנקס של רח"ג.

לסיכום, אין ספק שחוקרים מתחומים שונים ימצאו עניין רב בפנקס עצמו, ובכללם אנשי משפט עברי שעיקרו של הפנקס עוסק בתחום התעניינותם. חשיבותו של פנקס מעין זה רבה משום שמעטים הם פנקסי בית דין שנותרו מקהילות ישראל השונות לאורך ההיסטוריה היהודית באירופה ופרט לפנקס בית הדין במץ, שפרסם ג"י ברקוביץ, כמדומני שלא נתפרסם עדיין פנקס הסוקר את תיקי בית הדין. התקופה שבה עוסק הפנקס ניתנת לאפיון כשירת הברבור של האוטונומיה השיפוטית היהודית בגרמניה, ובאופן מיוחד של היצירה המשפטית העברית במרחב דובר הגרמנית. תהליכים אינטנסיביים של אמנציפציה מצד אחד, שהיו כרוכים באופן הדוק באובדן האוטונומיה הקהילתית והשיפוטית, ביחד עם התעצמות ההשכלה בקרב החברה היהודית ופנייה הולכת וגוברת של חברים בקהילה אל היכרות ולימוד של יצירות השייכות לנאורות הגרמנית, דחקו כעבור דור את המשפט העברי לצדי הדרך של החברה היהודית בגרמניה. הפנקס שפרסם טד פראם הוא גם גלעד לתקופה שנקטעה ולא שבה אל מכונה.

43 ראו, למשל, מלאכי בן יעקב הכהן יד מלאכי (תקכ"ז, 1767).

44 שו"ת יביע אומר, חלק ו, חושן משפט, סימן ב.

