

שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו

מאת
גדעון ספיר*

- א. הקדמה
- ב. פסקי-הדין ונסיבותיהם
- ג. מחלוקת אלון-אנגלרד בשאלת ההלכה
- ד. מחלוקת אלון-אנגלרד במבט רחב
1. המחלוקת בשאלת מתודת המחקר של המשפט העברי
2. המחלוקת בשאלת הערך שבשילוב המשפט העברי במשפט המדינה
3. המחלוקת כמייצגת תפיסה קתולית מול תפיסה פרוטסטנטית
4. תורת המשפט של אנגלרד
- ה. מן הכלל אל הפרט
- ו. סיום

א. הקדמה

שני פסקי-דין, דומים זה לזה דמיון רב, ניתנו בהפרש של כשש שנים זה מזה.¹ בשניהם עמדה על הפרק מחלוקת בין אנשי החברה קדישא לבין קרוביו של נפטר בשאלת הלגיטימיות של הוספת כיתוב ותיארוך לועזי על מצבת יקירם. בשני המקרים ישבו בדין שלושה שופטים שאחד מהם שומר-מצוות, היושב בכס "השופט הדתי".² בראשון ישב בדין

* מרצה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת בר-אילן. תודתי לאריה אדרעי, שמשון אטינגר, צילי דגן, הנוך דגן, שחר ליפשיץ, עמיחי רדויגר, אבי שגיא, דודי שוורץ, רון שפירא וחברי מערכת עיוני משפט על הערותיהם המועילות לטיוטות קודמות; לדוד ארנובסקי על עזרתו בניבוי פרק ב; ולאריק ארלשטיין ואבי ביזמן על עזרה במחקר.

1 ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (להלן: עניין קסטנבאום); ע"א 6024/97 שביט נ' חברה קדישא גחש"א ראשון לציון (טרם פורסם) (להלן: עניין שביט).

2 במשך רוב שנות קיומו של בית-המשפט העליון, נמנו עם השופטים המכהנים בו גם שופטים חובשי-כיפה. השופט יצחק אולשן, שהיה נשיאו השני של בית-המשפט העליון וחבר בו מעת הקמתו, מספר בספר זכרונותיו, בנימת ביקורת הריפה, שעם הקמת בית-המשפט העליון, דרשו המפלגות הדתיות שבין חמשת שופטיו ייכלל לפחות שופט

השופט אלון ובשני השופט אנגלרד. התוצאות של שני פסקי-הדין זהות: בשניהם פסק בית-המשפט לטובת משפחת הנפטר, ובשניהם נותר השופט הדתי בדעת מיעוט.³ עם זאת קיים שוני בולט אחד לפחות בין שני פסקי-הדין, ועליו אבקש לעמוד במאמר זה. שוני זה מתבטא בטעם שנתן כל אחד מן השופטים הדתיים, שופטי המיעוט, לעמדתו. השופט אלון דחה את הטענה בדבר קיומו של איסור הלכתי על הוספת כיתוב ותאריך לפי הלוח

דתי אחד. לדבריו, דרישה זאת התקבלה על-ידי הממשלה הזמנית ללא כל התנגדות. "אולשן דין ודברים – זכרונות (1979) 247. השופט חיים כהן מתאר בשיחותיו עם מיכאל ששר את הנסיבות ואת הטעם לבחירתו של השופט הדתי בצורה אחרת לחלוטין. לדבריו, היה זה הוא שעמד בכל תוקף על כך שבבית-המשפט העליון ימצא מומחה למשפט עברי, ולכן טרח לשכנע את בן-גוריון ואת שר המשפטים הראשון, פנחס רוזן, להסכים למנות לכהונה הרמה את הרב שמחה אסף, שהיה מורו באוניברסיטה. מ' ששר חיים כהן שופט עליון – שיחות עם מיכאל ששר (1989) 115. כך או כך, הרב אסף היה הראשון שוכה לשבת על הכיסא הדתי בבית-המשפט העליון. עם פטירתו של אסף, בשנת 1953, לא התמנה חובש-כיפה למלא את מקומו בבית-המשפט העליון, ובמשך שנים מספר לא נכלל בין שופטי בית-המשפט אדם אורתודוקסי במובן המקובל, וזאת חרף תביעתן של המפלגות הדתיות למינויו של אדם בעל רקע כזה. בשנת 1965 התמנה שופט דתי, השופט קיסטר, לבית-המשפט העליון, ומאז, במשך שלושים וחמש השנים האחרונות, לא נותר בית-משפט זה יתום משופט דתי. למן מינויו של השופט קיסטר ועד היום, משהתפנה מקומו של השופט הדתי, התמנה מייד חובש-כיפה לכהונה במקומו.

לרעתי, אין מדובר במקרה. ראו מאמרי: G. Sapir "Law or Politics: Israeli Constitutional Adjudication as a Case Study" *U.C.L.A. J. of Int'l & For. Aff.* (forthcoming, Spring 2001). שם ביקשתי להראות כי במקרים שמתעוררות בהם שאלות הנוגעות במעמדה של הדת ובהיקף העיקרון של חופש הדת, עמדותיהם של שופטי בית-המשפט העליון נוטות להתפלג בהתאם להשקפות-עולמם – השופטים הדתיים מזה והחילוניים מזה. אך ראו מ' ד' בירנהרק וד' גוסרסקי "כסאות ייחודיים, דעות מיעוט ופולורליזם שיפוטי" עיוני משפט כב (תשנ"ט) 499, 527. כותבי המאמר מסיקים, לאור ניתוח ממצאים אמפיריים שאספו, כי "לא ניתן להצביע על קשר מובהק בין ייחודיותו של השופט לבין היותו בדעת המיעוט". אולם יושם-אל-לב כי הנתונים המובאים במאמר זה הינם כמותיים, ולא איכותיים, במובן זה שאינם מתמקדים רק בסוגיות שניתן לצפות בהן פערי השקפה בין יושבי הכיסא הייחודי לבין יתר השופטים, אלא מתייחסים לפסקי-הדין כולם כאל מכלול. מטעם זה דומני שמסקנת הכותבים אינה סותרת בהכרח את ממצאי. ראו י' שחר, מ' גרוס ור' הריס "אנטומיה של שיח ומחלוקת בבית-המשפט העליון – ניתוחים כמותיים" עיוני משפט כ (תשנ"ז) 749, 774 ("בפועל, דעותיהם התריגות של רוב השופטים נמהלות זו בזו, שכן בית-המשפט העליון בישראל עוסק כמעט בכל העניינים שהמשפט עוסק בהם, ולהערכתנו, המקרים ששופט מחזיק בהם בדעה שונה מדעת הרוב לאורך כל קשת העניינים הינם נדירים").

הגרגוריאני על מצבת הנפטר, וביסס על טעם אחר⁴ את חוות־דעתו המצדדת בעמדת החברה קדישא בשאלת השימוש בכיתוב לועזי על גבי המצבה. השופט אנגלרד, לעומת זאת, קיבל את טענתם ההלכתית של אנשי החברה קדישא, וביסס עליה את הכרעתו בעניין.

הטענה שאבקש לבסס במאמר זה היא שהשוני בעמדות השופטים אלון ואנגלרד אינו מקרי, אלא נובע ממחלוקת יסודית הקיימת בין שני שופטים חשובים אלה בשלוש שאלות בעלות משמעות וחשיבות הרבה מעבר לתחומי הסכסוכים שנידונו בפסקי־הדין: שאלת אופן מחקרו של המשפט העברי; שאלת מקומו של המשפט העברי במערכת המשפט הישראלית; ושאלת היחס הראוי בין הדת והמדינה. עוד אבקש לטעון שלפחות לגבי השופט אנגלרד, עמדתו בפסקי־הדין מתקשרת להשקפתו הכללית בתחום תורת המשפט. בפרק השני אסקור בקצרה את עובדות המקרים ואת פסקי־הדין תוך התמקדות מובנת בעמדות של שופטי המיעוט. בפרק השלישי ארחיב את יריעת המחלוקת ההלכתית בין השניים, ואסקור בקצרה את עמדות הפוסקים בשאלה שעל הפרק; לא על־מנת להכריע במחלוקת ההלכתית לגופה, אלא כהקדמה הכרחית לטענה שאבקש לבסס בהמשך המאמר. בפרק הרביעי אסקור את עמדת כל אחד מן השופטים בשלוש השאלות שהזכרתי לעיל: מחקר המשפט העברי, מקומו במערכת המשפט הישראלית ויחסי דת ומדינה בכלל. בפרק זה אציג גם את תורת המשפט של השופט אנגלרד, בהיותה קשורה אף היא קשר הדוק הן למסקנה שאליה הגיע בפסקי־דינו והן לעמדתו בשלוש השאלות דלעיל. לבסוף, בפרק החמישי, אסביר כיצד עמדותיהם העקרוניות של השופטים, שהוצגו בפרק הרביעי, מתקשרות למחלוקת הקונקרטית שהוצגה בפרק השני.

ב. פסקי־הדין ונסיבותיהם

בפרשה הראשונה מבין השתיים עתר המבקש, קסטנבאום, לבית־המשפט המחוזי לאחר שהחברה קדישא דחתה את בקשתו לחרות על המצבה שהוקמה על קבר אשתו המנוחה את שמה באותיות לטיניות ואת תאריכי לידתה ופטירתה לפי הלוח הגרגוריאני. החברה קדישא נימקה את סירובה בנימוקים הלכתיים ולאומיים, תוך שהיא מסתמכת, הסתמכות חוזית, גם על האמור ב"דף הסבר למזמין לוויה", שצוּרף ל"טופס רישום הומנת קבורה" שעליו חתם אחיו של המבקש בעת שהסדיר עם אנשי החברה קדישא את ענייני הלוויה והקבורה, ואשר פירט את כלליה של החברה קדישא השוללים כיתוב לועזי. עוד בבית־המשפט המחוזי, בטרם גיתן פסקי־הדין, חזרה בה החברה ממקצת סירובה באשר לציון התאריך הלועזי, והסכימה לכתיבתו, ובלבד שייכתב בכיתוב עברי וללא ספרות. המבקש לא הסתפק בכך, ובית־המשפט המחוזי נענה לתביעתו, הן לעניין התאריך הלועזי והספרות והן לעניין הכיתוב הלועזי.

4 הטעם שעליו ביסס אלון את הכרעתו הוא חשיבותה הערכית והלאומית של השפה העברית.

בעת שמיעת הערעור בבית־המשפט העליון הציג בית־המשפט לחברה להסכים לכתיבת התאריך הלועזי גם בספרות על גבי המצבה. החברה שקלה והסכימה, בתנאי שהתאריך בספרות יופיע על הצד האחורי של המצבה, ולא על זה שלפנים.⁵ אלוני נימק את ההצעה להסכים לכתיבת תאריך לועזי ובספרות על גבי המצבה בטענה ש"כיום שנויה היא במחלוקת הפוסקים השאלה, אם אכן קיים איסור הלכתי של הזכרת תאריך לועזי, אם לכתחילה ואם בדיעבד",⁶ ובנסיבות אלה, הסביר אלוני, "מן הראוי לגקוט את דרך המקילים, שהרי קבלה בידינו כי 'כוח ההיתרא עדיף'".⁷ לאחר שנתנה החברה קדישא את הסכמתה לכתיבת התאריך הלועזי בספרות, נותרה איפוא שאלה אחת בלבד להכרעתו של בית־המשפט העליון, ועניינה חריתת שם המנוחה באותיות לטיניות. בית־המשפט העליון, ברוב של שניים כנגד אחד, דחה את ערעורה של החברה קדישא, תוך שהוא קובע כי זכותו של אדם לכתיבת תאריכים גרגוריאניים על מצבת יקירו גוברת על התניה החוזית האוסרת כיתוב כזה. בדרכו לפתרון הבעיה נזקק בית־המשפט לקונסטרוקציות משפטיות רבות, אולם השימוש בכלים אלה אינו יכול להסתיר את המכנה המשותף להנמקותיהם של כל השופטים, שופטי הרוב, שמגר וברק, כמו גם שופט המיעוט, אלוני, המצוי בניסיון לאזן ולהכריע לגופו של עניין בין האינטרסים השונים העומדים על הפרק.

השופט ברק ביסס את פסק־דינו על זיהויה של החברה קדישא כ"גוף דו־מהותי" שמוטלות עליו, לצד החובות של המשפט הפרטי, גם חובות מתחום המשפט הציבורי.⁸ בין אותן חובות מנה ברק את החובה להגשים את התכלית המוגהת ביסוד מעמדה הציבורי, ובמסגרת תכלית זאת הוא כלל את "הערכים והעקרונות, אשר עליה להגשים בביצוע תפקידים לטובת כל הקהל כולו, ולא רק לטובת האנשים הדתיים".⁹ ברק מצא כי במקרה שלפניו יש להביא בחשבון שני ערכים מתנגשים: הערך בדבר הלשון העברית, מחד גיסא, והערך של כבוד האדם – כבודם של המשיבה ושל בני משפחתה – מאידך גיסא. ברק איזן בין ערכים מתנגשים אלה תוך שהוא קובע כי ידו של הערך בדבר כבוד האדם על העליונה.

השופט אלוני הכיר אף הוא בקיומם של שני הערכים, אך בניגוד לעמיתו ברק, הוא גרס כי כבודם של אלה שנקברו בבית־הקברות, של קרוביהם ושל אלה שעוד ייקברו בו מחייב

5 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 488.

6 שם, שם.

7 שם, בע' 488–489.

8 גם שני שופטי ההרכב האחרים, שמגר ואלוני, זיהו את החברה קדישא כגוף דו־מהותי, כל אחד מטעמיו הוא. לביקורת על היעדר אחדות ובהירות בנימוקי השופטים בשאלה זו, ראו א' בנבנשתי "תחולת המשפט המינהלי על גופים פרטיים" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 11, 18–19 ("שלוש הדרכים, שבהן בחרו השופטים ללכת בפסק־דין זה, לא תוכלנה תמיד למסקנה אחת. קשה למצוא להן מכנה משותף, מלבד הרצון... המוביל אותם בסופו של דבר לאותה תוצאה... שיקול הדעת השיפוטי הרחב מגביל את היכולת לצפות פסיקה עתידית").

9 עניין שביט, לעיל הערה 1, בפסקה 3 לפסק־דינו של הנשיא ברק.

כי המבקש "יקבל עליו באהבה וברצון 'עול' זה של לשונה ושפתה של המדינה היהודית".¹⁰ בין כך ובין כך לא התמודד בית-המשפט עם טענת החברה קדישא במישור ההלכתי, וזאת בהסתמך על קביעתו של אלון כי "התקנה של החברה קדישא 'קהילת ירושלים' שלא להרשות כיתוב לועזי אינה מטעמים של איסור הלכתי".¹¹

ביני לבני נחקק חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית,¹² הקובע כי מי שבחר בכך, בצוואה או בדרך אחרת, זכאי להיקבר קבורה חילונית. לאחר חקיקת החוק שבה והתעוררה שאלת הכיתוב הלועזי, תחילה בבית-המשפט המחוזי ואחר-כך בבית-המשפט העליון. בפסק-דינו קיבל בית-המשפט המחוזי בתל-אביב את עמדת החברה קדישא, תוך שהוא קובע כי לנוכח קיומו של החוק ואובדן המונופולין האורתודוקסי, שוב אין אדם יכול לתבוע כיתוב בניגוד לתקנות החברה קדישא. השופט יהודה זפט הסביר כי עם חקיקתו של החוק, "בוטלה הקונספציה שביסוד ע"א 294/91 לפיה באתר קבורה בעל אופי דתי, יכובד רצון הפרט גם אם אינו תואם את מנהג ודין המקום להשקפת מנהליו ובעליו, וגקבע תחתיו עקרון ההפרדה בין בתי עלמין בהם הקבורה תיעשה על פי דינים ומנהגים דתיים לבתי עלמין בהם הקבורה תיעשה לפי השקפתו של הנפטר, כפי שהובעה בצוואתו או בדרך אחרת".¹³ בית-המשפט העליון הפך את פסק-דינו של השופט זפט, תוך שהוא קובע כי "חובתה של החברה קדישא - כ'גוף דו-מהותי' - לא השתנתה עם חקיקתו של חוק הקבורה החלופית".¹⁴

החידוש החשוב לענייננו בפסק-דינו של בית-המשפט העליון לא נבע משינוי הנסיבות, אלא מהכנסתו, בידי השופט אנגלרר, של נתון חדש לתוך מעגל הנתונים

10 עניין קסטנבאום, לעיל הערה 1, בע' 516.

11 שם, בע' 499.

12 חוק הזכות לקבורה אזרחית חלופית, תשנ"ו-1996, ס"ח 1584.

13 עניין שביט, לעיל הערה 1, בפסקה 10 לחוות-דעתו של השופט חשין.

14 עניין שביט, שם, בפסקה 1 לחוות-דעתו של הנשיא ברק. לדעתי, קביעתו זאת של בית-המשפט אינה נקייה מספקות. כזכור, בעניין קסטנבאום העדיף בית-המשפט את תקנת-הציבור על העיקרון של חופש החווים - אף-על-פי שעיקרון זה "הוא מעקרונות היסוד של תפיסתנו המשפטית והחברתית, ומעמד לו כזכות יסוד חוקתית". רע"א 5248/90 אנטין נ' פרנקל, פ"ד מה(5) 139, 143. העדפה זו אינה מובנת מאליה, אולם קשה עוד יותר להולמה לאחר חקיקתו של חוק הקבורה האזרחית החלופית, כאשר לנפטרים וקרוביהם עומדת לא רק האפשרות לרכוש חלקת קבר בחלקה המנוהלת על-ידי חברה קדישא "ליברלית", המעלימה עין מכיתוב שאינו עומד בדרישות ההלכה, אלא אפילו בבית-קברות שאינו מנוהל על-ידי גוף דתי. מכל מקום, לא זה הוא מרכז דיוננו, ולפיכך אשאיר את הדיון בסוגיה זו לעת מצוא. עוד יצוין שמן הנתונים המוזכרים בפסק-הדין בעניין שביט עולה כי אותה שעה לא יושם עדיין חוק הקבורה החלופית הלכה למעשה, ולכן היה בית-המשפט העליון יכול לנמק את דחיית טיעונו של השופט דלמטה בטעם זה בלבד, מבלי לקבוע הלכה עקרונית - וכאמור, גם מוקשית - לגבי הדין שיחול אף לאחר הקמת בתי-קברות חלופיים כמצוות החוק.

הדורשים התייחסות. אנגלרד ציין בחוות־דעתו כי ההנחה שעמדה מאחורי פסקי־הדין בעניין קסטנבאום ובעניין גדעון, שקדם לו,¹⁵ היא, כאמור לעיל, שחקיקת התאריך הגרגוריאני אינה נוגדת את ההלכה היהודית. אנגלרד, לעומת זאת, סבר כי "בניגוד להנחה שהדריכה את בית המשפט הזה בשתי הפרשות הנזכרות, אין למצוא בפסקי ההלכה היתר לחקיקת תאריך נוצרי על המצבות. כל הפוסקים שנשאלו על כך, אסרו הריסת התאריך הנוצרי, כפי שפסק במקרה שלפנינו גם הרב של ראשון לציון".¹⁶ לחלופין גרס אנגלרד שגם אם היו כנמצא פוסקים המתירים חקיקת תאריך לועזי על גבי המצבה, עדיין היו אנשי החברה קדישא בראשון־לציון חייבים לנהוג לפי פסיקת רבם. אנגלרד גימק עמדה זו בהסבירו כי "עקרון גדול בהלכה הוא כי הציבור מחויב על־ידי פסק ההלכה היוצא מפי המרא דאתרא, כאן הרב של ראשון לציון".¹⁷ את התפיסה שלפיה עמדתם של אנשי החברה קדישא מעוגנת בדרישות ההלכה תרגם אנגלרד לקביעה המשפטית שלפיה הכרעה מצידו של בית־המשפט נגד החברה קדישא היא בה "משום פגיעה תמורה בעקרון חופש הדת".¹⁸

השופט ברק היה מוכן להניח את נכונות סקירתו ההלכתית של אנגלרד, אך חלק עליו בשאלת משמעותה המשפטית. בעוד שאנגלרד סבר כאמור שיש להכיר באינטרס של אנשי החברה קדישא כנופל במסגרת העיקרון של חופש הדת, סירב הנשיא ברק להעניק לאינטרס זה מעמד של זכות־יסוד, תוך שהוא מאמץ, בדומה לעמדתו בעניין כביש בר־אילן,¹⁹ פרשנות מצמצמת לעיקרון זה, וכך אמר ברק:

15 ע"א 280/71 גדעון נ' חברה קדישא גחש"א, פ"ד כו(1) 10 (להלן: עניין גדעון). בפרשה זו פסקו שופטי הרוב, עיוני וברנזון, כנגד דעתו החולקת של השופט ויתקון, לטובת בנו של מנוח שחפץ להוסיף לתאריך העברי גם את תאריך לידתו ופטירתו של האב על־פי הלוח הכללי.

16 עניין שביט, לעיל הערה 1, בפסקה 14 לחוות־דעתו של השופט אנגלרד.

17 שם, בפסקה 16.

18 שם, בפסקה 21.

19 בג"צ 5016/96 הורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 58. הצגת האינטרס של החברה קדישא כפגיעה ברגשות, ולא כפגיעה בחופש הדת, אינה סמנטית בלבד, אלא נושאת עימה משמעויות מעשיות. ראשית, בעוד שמוסכם על הכל שתביעה המבוססת על העיקרון של חופש הדת הינה בעלת תוקף רב, הרי שטיעונים בדבר פגיעה ברגשות הינם, כפי שהסביר דני סטטמן, חלשים למדי, ומבססים "בדרך כלל, לכל היותר, טעמים להתחשבות, אך לא הובה כזאת". זאת ועוד, הטענה לפגיעה ברגשות גם "כורכת בחובה סוג של השפלה עצמית". המבסס תביעתו על טענה ממין זה "נדמה כילד בכיין, שבמקום לקבול על חוסר ההגינות של ההתנהגות כלפיו... מתלונן על כך שכואב לו. מי שמבסס את תביעותיו המוסריות על כך שכואב לו חלש הרבה יותר ממי שמבסס את תביעותיו על טענת צדק או זכות". ד' סטטמן "פגיעה ברגשות דתיים" רב־תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוסגר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 133, 160. לביקורת על פרשנותו המצרה של ברק לעיקרון של חופש הדת, ראו מאמרי ג' ספיר "גיוס בחורי

"כשלעצמי ספק בעיני אם הפגיעה היא בחופש הדת. איש אינו מחייב את אנשי חברה קדישא לחרוט על המצבה כיתוב שאינו בעברית. ממילא הם לא יפעלו בניגוד להוראת המרא דאתרא בענין זה. הכיתוב נעשה על ידי אנשי מקצוע ולא על ידי אנשי חברה קדישא. בדומה, איש אינו מעלה על דעתו כי על מצבתו של נפטר שומר מצוות יחרט כיתוב שאינו בעברית, בניגוד להסכמתו או הסכמת קרוביו. הכיתוב הלא עברי נעשה רק על מצבה של נפטר, במקום שהוא (בחייו) או קרוביו (לאחר מותו) מבקשים זאת. על כן נראה לי כי חופש הדת אינו נפגע."²⁰

אולם השוני בעמדותיהם של שופטי ההרכב לא נבע לבסוף מן המחלוקת בשאלת תרגומה של עמדת החברה קדישא לשפת הזכויות המשפטית, אלא מן המחלוקת ביחס לתוצאת שקלולה אל מול זכותם של העותרים. הגם, שכאמור, היה ברק סבור שאינטרס החברה קדישא אינו ראוי להיכלל במסגרת העיקרון של חופש הדת, הוא גרס שאפילו היינו מזהים אותו עם חופש הדת, לא היה בכך כדי לשנות את התוצאה הסופית. ברק הסביר כי אל מול חופש הדת של אנשי החברה קדישא, נפטרים וקרוביהם, המבקשים לקיים רק כיתוב בעברית על המצבה של וולתם בשל פסק ההלכה של המרא דאתרא, ניצב החופש מדת של נפטרים וקרוביהם המבקשים לקיים כיתוב בלועזית על המצבה של יקירם. לדעת ברק, בהתנגשות בין חופש הדת מזה לבין החופש מדת מזה, "יד הרצון לקיים כיתוב בלועזית על העליזה".²¹

אנגלרד לא חלק על ברק בהערכת האינטרס של העותרים. גם הוא הסכים כי "השאלה הגדולה" הניצבת לפני בית המשפט בסוגיה זו היא "היחס בין עקרון חופש הדת של החברה קדישא ושל שומרי תורה ומצוות מבין קרובי הנפטרים – מחד גיסא, לבין עקרון החירות של קרובי הנפטר לנהוג על פי השקפת עולמו – מאידך גיסא".²² כברק, הבין גם אנגלרד כי "בהעדר הסכמה בין בעלי הדין, עיקרון אחד חייב לסגת מפני העיקרון האחר".²³ אולם בניגוד לשופטי הרוב, שהכריעו לטובת החופש מדת של העותרים, סבר אנגלרד כי "זכותם של קרובי הנפטר לעצב את המצבה לפי השקפתם, חייבת לסגת מפני זכותה של החברה קדישא לנהוג על פי פסק ההלכה של המרא דאתרא".²⁴

ג. מחלוקת אלון – אנגלרד בשאלת ההלכה

השופטים אלון ואנגלרד נותרו, כל אחד בזמנו, בדעת מיעוט. שניהם הצדיקו את

ישיבות לצה"ל: הצעת מתווה לשיקולים הנורמטיביים הרלוונטיים" פלילים ט (תשס"א)

217.

20 עניין שביט, לעיל הערה 1, בפסקה 5 לחוות דעתו של הנשיא ברק.

21 שם, בפסקה 14.

22 שם, בפסקה 18 לחוות דעתו של השופט אנגלרד.

23 שם, בפסקה 20.

24 שם, שם.

עמדתה של החברה קדישא. אולם, כפי שכבר נאמר, גחלקו השניים ביניהם בהערכת הטיעון ההלכתי בדבר קיומו של איסור לתקוק תאריך לועזי על גבי מצבה. השופט אלון סבר שיש פוסקים המקילים בעניין ושראוי להקל כדעתם, ואילו אנגלרד טען שכל הפוסקים שנשאלו בעניין פסקו להחמיר, וכי מכל מקום, פסיקתו המחמירה של המרא דאתרא היא המכרעת. דומני שאנגלרד צודק בשתי קביעותיו,²⁵ אולם דבריו הם בבחינת "מועט המחזיק את המרובה", ויש מקום להרחיבם ולבארם. לכך נייחד פרק זה.

הראשון שנשאל בנוגע לציון התאריך הלועזי על גבי המצבה היה המהר"ם שי"ק, מתלמידי התתם סופר, שהתגורר בהונגריה.²⁶ בתשובתו, אסר המהר"ם שי"ק את הריתת התאריך הלועזי באיסור נמרץ, בהסתמכו על האיסור המפורש "ושם אלהים אחרים לא תזכירו, לא ישמע על פיך",²⁷ שהרי התאריך הוא להולדת "אותו האיש".²⁸ שני פוסקים בני זמננו, שניהם מזכירים בחוות-דעתו של אנגלרד, הרב עובדיה יוסף והרב אליעזר וולדינברג, נשאלו גם הם בעניין, ושניהם פסקו לאיסור.²⁹ הרב עובדיה יוסף מנמק את איסורו בכך ש"המצבה היא עדות להשאת הנפש... ואין הנפש מכרת אלא במניין שהוא אמיתי והמטבע הנכון בעולם האמת".³⁰ הרב וולדינברג מסתמך בדבריו על מה שנכתב

25 קביעתו השנייה של אנגלרד, הנוגעת בתוקפה המחייב של הוראת המרא דאתרא, לא עלתה כלל בדיונו של אלון בעניין קסטנבאום, ולכן אין לדעת מה היה אלון משיב לטעם זה.

26 המהר"ם שי"ק, מהר"ם א"ש ואליעזר דייטש, שלושתם רבנים הונגריים מתלמידי החת"ס. שאלה זו עלתה לפניו כנראה על רקע התחזקותם של הרפורמים בהונגריה. תשובתם, המערבת גימוקים הלכתיים ומחשבתיים תוך נטייה עקרונית לאיסור, משקפת את מגמת החת"ס ותלמידיו במלחמתם ברפורמים. על המהר"ם שי"ק ומלחמתו במערערים הרפורמיים, ראו י' כ"ץ, ההלכה במיצר – מכשולים על דרך האורתודוקסיה בהתהוותה (תשנ"ב) 172–173; "שיק משה" האנציקלופדיה העברית לא (תשמ"ה) 827; י' כהן חכמי הונגריה והספרות התורנית בה (תשנ"ו) 27–31.

27 שמות, כג, יג.

28 שו"ת מהר"ם שי"ק, חלק חו"מ, סימן נו. בתשובה זו נשאל המהר"ם שי"ק גם ביחס לשינוי נוסף מן המקובל בקהילות ישראל: אפשרות הכתיבה על המצבה בלועזית, ובמקרה ההוא בהונגריה. בתשובתו הוא אוסר גם על החקיקה בלשון לעז. את קביעתו הוא מנמק בארבעה טעמים: ראשית, בית-הקברות הוא "חצר השותפין" ולפיכך אין לשנות מן הנהוג ללא קבלת רשות מכל השותפין; שנית, בית-הקברות הוא מקום קדוש, ואין ראוי לנהוג שם קלות-ראש (המתבטאת, לדעתו, בכיתוב בלשון לעז); שלישית, הכתיבה בלשון לעז פוגעת בכבוד המת שבמצבתו מדובר, כמו גם בכבוד המתים האחרים הקבורים במקום; ורביעית, המצבה מקורה במנהג שתיקן יעקב אבינו, והיא גועדה לחזק את האמונה בעולם התיקון ובתחיית המתים, ולשון לועזית אינה שייכת לא ליעקב אבינו ולא לעולם התיקון.

29 לקריאה שונה משלי של תשובת הרב וולדינברג, ראו להלן הערה 46.

30 ע' יוסף, שו"ת יביע אומר, חלק ז, יו"ד, סימן לב.

בש"ת "פרי השדה"³¹ בשם מהר"ם א"ש, שחקיקת תאריך לועזי היא כ"לעג שהוא מונה למנין אשר הוא מכתיש בפיו ובלבבו לפי הדת אשר נחל מאבותיו ולמה זה בחר למנין אשר איננו מאמין בו לתת כבוד לו... ולכן אמת צריך להיות כתוב בה, ומנין המזכיר שנות ימות העולם המשקף אמונתנו בעולם מחודש ובנצחיותנו כעם הנבחר שנוצר לספר תהילות ד' לדור ודור"³².

כאמור, למיטב השגתי, אנגלרד צודק בקובעו שכל הפוסקים שנשאלו בדבר חקיקת תאריך לועזי על גבי המצבה פסקו לאסור. אולם אנגלרד מעלה גם טענה נוספת, חלופית, שלפיה גם אם היו בין הפוסקים כאלה שמתירים חריתת תאריך לועזי על גבי המצבה, עדיין היו אנשי החברה קדישא חייבים לנהוג לפי הוראתו המחמירה של רבם, וזאת על-סמך העיקרון של חובת הציות לפסיקתו של המרא דאתרא, שאנגלרד מזהה אותו ככלל הפסיקה המכריע. דומני שהצדק עם אנגלרד.

בגמרא, במסכת שבת, מסופר שבמקומו של ר' אליעזר היו כורתים עצים בשבת להכין פחמין להכין אומל של מילה, כדעת רבם ר' אליעזר, אף-על-פי שלדעת חכמים אין היתר לחלל שבת לצורך "מכשירי מילה"³³. מעין זה מצינו גם בגמרא במסכת חולין, שבמקומו של רבי יהודה בן בתירא נהגו לאכול עוף בחלב כדעת רבם, שסבר כרבי יוסי הגלילי.³⁴ מסוגיות אלה למד הרשב"א בתשובותיו ש"אם היה רב אחד במקומם ולמדם [=ומלמדם] הן הולכין אחר דבריו"³⁵ אפילו להקל באיסורי תורה, וזה גובר על הכללים של "אחרי רבים להטות" ו"ספיקא דאורייתא לחומרא"³⁶. בש"ת הר"ן מבוארים הדברים יותר: "בני מקום אחד חייבין לנהוג כדברי גדוליהן, ואפילו היכא דרבים חלוקין עליהם, כדאמרינן בשבת קל. במקומו של ר"א היו כורתין עצים... וכל שכן כשגדוליהם מחמירים בדבר אחד שאין לאחד מאנשי מקומם להקל בדבר."³⁷ [ההדגשה שלי - ג' ס']. גם הרדב"ז בתשובותיו קובע שכאשר ציבור מקבל על עצמו "רב מסוים" חוזר הדבר אצלם כאילו אין בו מחלוקת כלל.³⁸

בקרב הפוסקים האחרונים מתעוררת מחלוקת אם החובה, ולכל הפחות ההיתר, לציית להוראת המרא דאתרא באיסור תורה, ואפילו במקום שרוב הפוסקים חולקים עליו, קיים גם בזמן הזה. המהריב"ל כותב שכיום ניתן לתקן שהולכים אחרי רב אחד רק בדיני ממונות, אבל בדיני איסור והיתר בעניינים מדאורייתא יש ללכת אחרי המחמיר, משום "דדוקא בימיהם שבכל עיר ועיר היה להם רב אחד שהיה מלמדם... וכל עיר ועיר היו

31 א' דייטש, ש"ת פרי השדה, חלק ראשון, סימן ג.

32 א' וולדינברג, ציץ אליעזר, חלק ט, סימן יד.

33 שבת, קל, א.

34 חולין, קטז, א.

35 ש' בן אדרת, ש"ת הרשב"א, חלק א, סימן רנג.

36 לדיון ביסוד ההלכתי-המחשבתי שדין זה יכול להתבסס עליו, ראו א' אבינר כללי הוראה בהלכות מסופקות (תשנ"ט) 15.

37 נ' גירונדי, ש"ת הר"ן, סימן מת.

38 ד' בן זמרא, ש"ת הרדב"ז, חלק א, סימן רכט.

מחויבים בכבוד מלמדם. אבל אנו בזמנים האלו, כל הפוסקים והרבנים אשר מימיהם אנו שותים הם רבותינו, ואנו מחויבים בשל תורה ללכת אחרי המחמיר...³⁹ המהריב"ל סבור אם-כן שבימינו דין מרא דאתרא לא שייך, משום שהתקשורת הטובה בין המקומות גורמת לכך שאין בני המקומות השונים פוסקים כרב "שלחם" דווקא, אלא כולם הולכים אחרי הרבנים המפורסמים. ה"פרי חדש" חולק על המהריב"ל וטוען שגם בזמן הזה, "אם יש להם רב – אין להם לזוז מדבריו בין לקולא בין לחומרא..." ואף בזמן הזה "איתיה להך דינא לקצת גדולי הדור..."⁴⁰ ה"חקרי לב" חולק גם הוא על המהריב"ל, ומסיק ש"יש כח ביד רבים לנהוג על פי פוסק אחד זולת בענייני אישות".⁴¹

גם לדעת הפוסקים, הסבורים שקיימת חובה או לפחות רשות לנהוג כפסק המרא דאתרא, אופיו המחייב של פסק המרא דאתרא נובע מקבלתו על-ידי בני העיר. בהתאם לכך כותב הרב ישראל⁴² כי הפוסקים מחייבים רק את מי שמקבלם עליו מראש. דומני שיהיה נכון לומר שבימינו, בכל הנוגע בעניינים פרטיים, אין הציבור מקבל עליו בדרך-כלל את פסיקת רב העיר, אלא יש כאלה המקבלים עליהם פוסק מסוים באופן קבוע, ויש שמחליטים בכל מקרה לגופו לאחר בחינת העמדות של הפוסקים השונים. בעניינים ציבוריים וכלליים, לעומת זאת, דומני שהציבור בבית-כנסת או ביישוב מסוים מקבל על עצמו את פסיקת המרא דאתרא,⁴³ ובפרט במקום שהדבר מעוגן במסמכים משפטיים. כאלה הם בוודאי פני הדברים בעניין שלפנינו: אנשי החברה קדישא בראשון-לציון מקבלים על עצמם את דעתו של רב העיר בענייני החברה קדישא, שעליהם הוא מופקד, ולכן בעניין זה יש לו דין מרא דאתרא, מה גם שבמקרה שלפנינו אין הרב פוסק לקולא נגד רוב הפוסקים, אלא לחומרא, כדעת גדולי הפוסקים. אשר על-כן נראה שיש בסיס מוצק לטענתו של אנגלרד שהחברה קדישא בראשון-לציון היתה חייבת לציית לפסיקתו המחמירה של הרב מדין מרא דאתרא.

אם עמדתו ההלכתית של אנגלרד נראית מוצדקת, נשאלת השאלה: כיצד הגיע אלון למסקנה הפוכה? תשובה אפשרית אחת היא שאלון "לא דק פורתא". בחוות-דעתו בשאלת השימוש בתאריך לועזי הסתמך אלון על תשובותיהם של הרב עובדיה יוסף ושל הרב וולדינברג, שפסקו שניהם להקל.⁴⁴ אולם כדברי אנגלרד, פסיקותיהם המקילות של

39 מהר"י בן לב, שו"ת מהר"י בן לב, חלק א, סימן עה.

40 פרי חדש, או"ח תצו, אות יא.

41 חקרי לב, או"ח תצו, אות צו.

42 שאול ישראלי, עמוד הימיני, סימן ו, נא (לבירור סמכותה ההלכתית של הרבנות הראשית לישראל). בדעה דומה נוקט גם אבינר, לעיל הערה 36.

43 כך מתאר את המציאות הרב אבינר, שם, בע' 18-19.

44 שני פוסקים אלה מגיעים למסקנה שאין בשימוש בתאריך לועזי משום הוכרת שם אלוהים אחרים, ובפרט אם מוסיפים לתאריך את המלה למניינם. עמדתם המקילה של השניים מבוססת בעיקר על התפיסה שלפיה התאריך הגרגוריאני אינו מכוון באמת ללידת הנוצרי. סימוכין לעמדה זו מוצאים השניים בדבריו של י' ד' אייזנשטיין "כרונולוגיא" אנציקלופדיה אוצר ישראל 5 (תרצ"ה) 291. אייזנשטיין סובר כי התאריך

השניים ניתנו ביחס לכתיבת תאריך נוצרי באגרות חול ובהקשר מסחרי. שני הפוסקים נשאלו גם ביחס להוספת התאריך הלועזי על גבי מצבה, וכאמור לעיל, פסקו שניהם לאיסור. הייתכן שאלון לא שם-ליבו להבחנה שעושים שני הפוסקים בין שימוש בתאריך לועזי באגרות מסחר לבין חריתתו על גבי מצבה, ולכן סבר שהחיתור לכתיבת תאריך לועזי באגרת נוגע גם למצבה? הגם שלא ניתן להפריך אפשרות זאת באופן ודאי, דומני שהסתברותה גמוכה, לפחות ביחס לעמדת הרב וולדינברג, מהטעם שלהלן. תשובתו של הרב עובדיה יוסף בשאלת הכיתוב על גבי מצבה נדפסה עלי ספר בשנת תשנ"ג, לאחר מתן פסקי-הדין בעניין קסטנבאום (הגם שניתנה שנים רבות קודם-לכן, בשנת תשל"ז), ולכן סביר שלא היתה לאלון ידיעה על קיומה בעת שכתב את חוות-דעתו, ואפשר שסבר שהחיתור ביחס לאגרת מסחר חל גם על מצבה.⁴⁵ אולם בכל הנוגע ברב וולדינברג, לא ניתן להנות את אלון מספק אי-הידיעה. דעתו האוסרת של הרב וולדינברג בשאלת הכיתוב על גבי מצבה מופיעה באותה תשובה שאלון עצמו מפנה אליה כמקור להקל, ובתשובה זו עצמה מבחין הרב וולדינברג במפורש בין השימוש בתאריך לועזי באגרת מסחרית לבין שימוש כזה על גבי מצבה. קשה להעלות על הדעת שבדרכו לבירור השאלה של הכיתוב הלועזי על גבי מצבה, תוך עיון בדברי הרב וולדינברג, נעלם מאלון החלק בתשובתו של הרב העוסק ישירות בנושא. חוזרת אס-כן השאלה למקומה: מה ראה אלון שהסיק להקל בניגוד לדעת הפוסקים שעסקו בנידון?⁴⁶ תשובה לשאלה זו ננסה להציע

הלועזי, "מה שהנוצרים אומרים שהוא למספרים", מקורו במניין יהודי לתחילת שלטון רומי, "ואין ספק כי כאשר התחילו להשתמש בו הנוצרים עובו אותו היהודים".
 45 אך ראו עניין גדעון, לעיל הערה 15, שם הביאה החברה קדישא, בתמיכה לסירובה לאפשר חריתת תאריך לפי הלוח הכללי, את חוות-דעתו של הרב עובדיה יוסף, שביהן אז כרבה הראשי של תל-אביב-יפו. הרב יוסף פסק ש"יש לאסור בהחלט העמדת מצבה בתאריך לועזי, כי יש בזה איסור תורה". שם, בע' 19. בפסק-דינו בעניין קסטנבאום, אלון מאזכר את עניין גדעון.

46 היה מי שחלק על קריאתי את תשובתו של הרב וולדינברג. לדעתו, כל הקורא את תשובתו של הרב וולדינברג אינו יכול אלא להגיע למסקנה שהשופט אלון הגיע אליה, ולפיה כיתוב לועזי על גבי מצבה הוא אומנם לא-רצוי, לא-נאה וכולי, אך הרב נוהר מאוד מלגקוט בטרמינולוגיה של איסור, ונקט באופן ברור בטרמינולוגיה מתונה יותר. שתי תשובות בדבר. ראשית, קראתי שוב את התשובה ואף נועצתי בכמה ידידים, ואני איתן בדעתי שהרב וולדינברג איסר חקיקת תאריך לועזי על גבי מצבה. שנית, גם אם הרב וולדינברג רק מסתייג באופן גמדין מהחקיקת תאריך לועזי על גבי מצבה, אך אינו אוסרה במפורש, אין חולק שהרב וולדינברג מבחין באופן חד, באותה תשובה עצמה, בין השימוש בתאריך לועזי באגרת מסחר לבין השימוש בו על גבי מצבה, מתיר ביחס לאגרת מסחר ומסתייג (כאמור, לכל הפחות) ביחס למצבה. בעניין קסטנבאום נידונה השאלה של חקיקת תאריך לועזי על גבי מצבה. חרף זאת בחר השופט אלון להפנות, בתמיכה לעמדתו שאין איסור הלכתי על שימוש בתאריך לועזי במצבה, לתשובתו של הרב וולדינברג מבלי לאזכר את ההבחנה שהרב וולדינברג עושה בין שני סוגי השימושים. דומני שהדבר אומר דרשני, ובהנחה שאלון קרא היטב את תשובתו של הרב

בפרק הרביעי, לא לפני שנקדים הקדמה הכרחית בפרק הקרוב, שעניינה מחלוקתם של אלון ואנגלרד בתחום חקר המשפט העברי ומקומו הראוי במערכת המשפט הכללי, מחלוקת המתקשרת ישירות לתפיסתם השונה בשאלת יחסי הדת והמדינה.

ד. מחלוקת אלון – אנגלרד במבט רחב

1. המחלוקת בשאלת מתודת המחקר של המשפט העברי

אלון, גדול חוקרי המשפט העברי בימינו, מייחד במקומות אחדים בהגותו מקום להקדמה מתודולוגית שבה הוא מסביר את דרכו במחקר. אלון מסביר כי לפני חוקר הניגש לחקור מוסד משפטי ממוסדות המשפט העברי ניצבת המשימה הבאה: עליו לעמוד על השינויים והתמורות שעברו על המוסד המשפטי בשלביו ההיסטוריים השונים ובמרכזו הגיאוגרפיים השונים, לחשוף את הגורמים הכלכליים והחברתיים שיצרו את השינויים והתמורות הללו, ולהתחקות אחר הכלים המשפטיים שהמשפט העברי נעזר בהם כדי לבצע את השינויים הנדונים.⁴⁷ אלון מגדיר שיטת מחקר זאת כ"דוגמטית-היסטורית". את פשרם של שני המושגים האלה מסביר אלון כדלקמן: "דוגמטית – בירור ממצה של כל דין ותלכה מבחינה משפטית-הלכתית, והיסטורית – מיקום היסטורי נכון של כל דין, ככל האפשר, בתקופה בה הוא נשנה או נקבע."⁴⁸ אנגלרד מרחיב את הדיבור על שתי שיטות מחקר אלה. הוא מסביר: "המחקר הדוגמטי של מערכת משפטית הוא סינכרוני, באשר הוא נוגע למציאות נורמטיבית ברגע נתון. המחקר ההיסטורי של משפט קיים, לעומת זאת, הוא דיאכרוני, משום שעניינו בדרך התהוותה של המערכת שהיא תוצאה של שינויים לאורך הזמן."⁴⁹

גישתו המחקרית של אלון מיוסדת על הנחה ועל שאיפה. ההנחה היא בדבר קיומם של עקרונות משפט בסיסיים ויסודיים שלא השתנו. אלון סבור כי הדרך לחשיפתם של אותם עקרונות היא דרך החקירה ההיסטורית. "כדי לעמוד על העקרון היסודי של כל נושא מנושאי המשפט העברי, שומה על החוקר לעמוד על היקפו הכלל-היסטורי, לגלות את המכנה המשותף, את הברית התיכון, שבשלבם ההיסטוריים השונים שבאותו נושא משפטי, כדי למצוא ולקבוע את העקרון הבסיסי שביסוד כל התקופות כולן."⁵⁰ שאיפתו של אלון היא לסייע בהחדרתו של המשפט העברי למשפט המדינה. שיטת המחקר ההיסטורית-

וולדינברג, המסקנה שאני מבקש להציע במאמר זה היא שבחירתו של אלון מכוונת ועולה בקנה אחד עם יעדיו המפורטים בהמשך.

47 מ' אלון המשפט העברי (מהדורה 3, תשמ"ה, כרך א) 78, 81; מ' אלון "המשפט העברי במשפט המדינה – כיצד? דעות י (תשי"ט) 16, 21; מ' אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי" משפטים ה (תשל"ח) 99, 116-120.

48 מ' אלון חירות הפרט בדרכי גביית חוב במשפט העברי (תשכ"ד) יא.

49 י' אנגלרד "מחקר המשפט העברי – מהותו ומטרותיו" משפטים ז (תשל"ו) 34, 40.

50 אלון המשפט העברי, לעיל הערה 47, בע' יג.

הדוגמית משמשת את אלון בדרכו למילוייה של השאיפה, בהסתמך על ההנחה שעקרונות היסוד שייחשפו בדרך החקירה המוצעת הם אלה שיסייעו בעיצוב הפתרונות ההלכתיים הראויים לקליטה במשפט המדינה.

גישתו המחקרית של אלון שימשה נושא למאמר ביקורת שכתב אנגלרד. אנגלרד משיג במאמר, בין היתר, על ההנחה בדבר אפשרות חילוצם של עקרונות בסיסיים שלא השתנו. אנגלרד סבור כי "אין יסוד אובייקטיבי לאמונה כי עליידי העיון ההיסטורי ניתן לגלות את הפתרון המהותי 'הנכון' והאמיתי של המשפט היהודי, פתרון שאפשר לקלוט במשפט המדינה".⁵¹ הוא גם מעלה את החשש כי "המטרה המעשית של 'הכנת המשפט העברי לקליטה במדינה'... עלולה להסיח את דעת חוקר ההיסטוריה מן העיון האובייקטיבי. הפיתוי למצוא פתרונות 'נכונים' ו'ראויים' לקליטה בחומר הנורמטיבי ההיסטורי הוא גדול".⁵² אולם קריאה, ואפילו שטחית, בביקורתו של אנגלרד ובדברי תשובתו של אלון מלמדת שמעבר למחלוקת המתודולוגית בין השניים מטתרת מחלוקת גדולה הרבה יותר, מחלוקת שעניינה לא בהנחת המוצא של אלון או בהשפעתה השלילית של שאיפתו על האובייקטיביות המחקרית, אלא בשאיפה לגופה ובטעמים העומדים בבסיסה. במחלוקת זאת נפנה לטפל כעת.

2. המחלוקת בשאלת הערך שבשילוב המשפט העברי במשפט המדינה

במאמר, שכותרתו היא "שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי",⁵³ אנגלרד מציג שתי הניעות (מוטיווציות) אפשריות לשילוב כזה. הניעה אחת, שאנגלרד מזהה את מקורותיה בקרב חוגים לאידיתיים,⁵⁴ מבוססת על ראייתו של המשפט היהודי כ"יצירה תרבותית של העם בעלת משמעות לאומית, בדומה להחייאת הלשון העברית. ביסוסו של המשפט הישראלי על עקרונות המשפט היהודי נחשב כביטוי לעצמאות רוחנית, כפעולה

51 אנגלרד, לעיל הערה 49, בע' 56.

52 שם, בע' 57. לבר מביקורתו של אנגלרד על בחירתו של אלון במתודה ההיסטורית, הוא גם סבור כי אלון אינו נאמן לה הלכה למעשה. לדעה דומה ראו: Z.W. Falk "Book Rev." 11 *J. of L. & Rel.* (1994-1995) 835, 837 ("Elon calls his system the Historic-Dogmatic... Method... which is not, really, adequate for his a-historical approach")

53 "אנגלרד 'שילוב הדין היהודי במערכת המשפט הישראלי' פורסם לראשונה בהגות והלכה (תשכ"ז); פורסם מחדש בקובץ המשפט העברי ומדינת ישראל (י' בוק עורך, תשכ"ט) 110.

54 אותם חוגים שאנגלרד מתייחס אליהם פעלו בעיקר בתקופת המנדט, תוך ניסיון ל"החייאת" המשפט העברי. על שורשיה ההיסטוריים והרעיוניים של התנועה להחייאת המשפט העברי, ראו א' לחובסקי "משפט עברי ואידאולוגיה ציונית בארץ-ישראל המנדטורית" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוטנר, א' שגי' ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 633. לגרסה מורחבת של המאמר ראו: A. Likhovski "The Invention

המדגישה את רציפותו ההיסטורית של העם היושב בציון.⁵⁵ ההניעה השנייה לשילוב הדין היהודי במשפט המדינה, זו שבאה, לדעתו של אנגלרד, מקרב החוגים הדתיים היא "להפוך את מדינת ישראל למדינה יהודית בעלת אופי דתי".⁵⁶ אנגלרד מסביר כי "קליטה חלקית של המשפט היהודי על ידי המחוקק הישראלי נחשבת בעיני החוגים הדתיים לא כסוף פסוק, אלא כשלב ביניים שהוא בבחינת פשרה נוכח הכוחות המדיניים הקיימים".⁵⁷ אנגלרד מערער על הנחות היסוד שבבסיס שתי השאיפות. אשר להניעה התרבותית, אנגלרד מפקפק בקיומו של סממן תרבותי יהודי בדיני הממונות שבהלכה. לדעתו, "ייתודו של המשפט היהודי אינו דווקא בפתרונות המוצעים על ידו, אלא בהשקפה הדתית העומדת ביסודו".⁵⁸ אשר על-כן אנגלרד נוטה לדעה שלפיה "לאחר דחייתו של היסוד הדתי אין לדבר עוד על המשך ורציפות במשפט".⁵⁹ אנגלרד מסביר גם שמגמת ההיבדלות וההתייחדות שחסידי ההניעה התרבותית מציעים עומדת בניגוד למגמה השלטת בעולם כיום, החתרת "לקראת איחוד השיטות השונות במיוחד בתחום המשפט הפרטי".⁶⁰ הוא מציין כי "המשפט הפרטי בזמן הזה, למעט דיני המשפחה והירושה, אינו לדעתנו בעל משמעות תרבותית-לאומית עמוקה. הוא רחוק להיות ממה שחשבו בשעתו בעלי האסכולה ההיסטורית כביטוי של 'רוח העם'".⁶¹ אולם, עיקר ביקורתו של אנגלרד מופנה, באופן טבעי, כלפי החוגים הדתיים שאליהם

- ראו גם of 'Hebrew Law' in Mandatory Palestine" 46 *Am. J. Comp. L.* (1998) 339 ר' שמיר "לקס מוריאנדי: על מותו של משפט ישראלי" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוסנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 589.
- 55 אנגלרד, לעיל הערה 53, בע' 110-111. לחובסקי מסביר במאמרו הנזכר לעיל כי שורשיה הרעיוניים של התנועה להחייאת המשפט העברי מקורם באסכולה ההיסטורית של המשפט, שהופיעה בגרמניה בראשית המאה התשע-עשרה, ושסברה שכל מערכת משפט משקפת את "רוח העם" שיצר אותה, ולפיכך עם אחד אינו יכול לאמץ את משפטו של עם אחר. לחובסקי, שם, בע' 634. לתיאור קצר של האסכולה ההיסטורית מפנה לחובסקי ל: J.M. Kelly *A Short History of Western Legal Theory* (Oxford, 1992) 320-323.
- 56 אנגלרד, שם, בע' 111.
- 57 שם, שם.
- 58 שם, בע' 131. לדעה אחרת ראו ח' דגן "דיני עשיית עושר: בין יהדות לליברליזם" משפט והיסטוריה (ד' גוטוויין ומ' מאוסנר עורכים, תשנ"ט) 165 (שיטות המשפט המתחרות על השפעה בשיטתנו - המשפט העברי מזה והשיטה האנגלו-אמריקאית מזה - "אין רק שייכות למורשות משפטיות שונות, אלא גם מייצגות - ועל כן מעצבות - ערכים חברתיים מהותיים שונים". שם, בע' 166).
- 59 אנגלרד, שם, שם.
- 60 שם, בע' 132.
- 61 שם, שם. ראוי לציין כי מאמרו של אנגלרד נכתב בשנות השישים, הרבה לפני התפתחותה, או שמא תחילתה, של הגישה הרב-תרבותית. מעניין לדעת אם ימשיך אנגלרד להחזיק בעמדתו גם כיום, עם ירידת קרנו של המוניזם ועלייתו של הפלורליזם.

הוא משתייך. לדעתו, החדרתו הברירנית של הדין הדתי למשפט המדינה נטולה ערך דתי ממשי, ולמעשה נזקה רב מתועלתה. אנגלרד מסביר כי קליטתו של הדין הדתי על-ידי המדינה פירושה הפיכתו לחוק של המדינה תוך חילונו. חרף זאת אנגלרד מסכים שהיה אפשר להכשיר שרץ זה "לו היתה מצליחה החקיקה החילונית להביא לידי הנהגת החיים על פי הוראות ההלכה", שאז היה "הפסד החילון הפורמלי... יוצא בשכר התוצאה הרצויה".⁶² דא עקא, לדעתו של אנגלרד, "מן הנמנע כי בתחום דיני הממון... מעשה החקיקה של המחוקק החילוני יביא אי פעם לידי השלטת ההלכה במציאות הקיימת".⁶³ דיני הממונות ההלכתיים נקלטים קליטה ברידנית בלבד על-ידי המחוקק, ומשתלבים בתוך מערכת הגורמות הכללית תוך הרכבת הדין החילוני הקיים על ההוראות הדתיות. במצב דברים זה, אך טבעי הוא שההכרעה בשאלה קונקרטית זו או אחרת לא תהא זהה לזו שאלה היה מגיע גוף רבני שהיה פוסק על טהרת ההלכה. זאת ועוד, לדעת אנגלרד, דין הממונות הדתי, במצב התפתחותו הנוכחי, אינו מסוגל לתת מענה לשאלות שהמציאות המודרנית החדשה מציבה, והמשך התפתחותו אינו יכול להיעשות אלא בידי חכמי ההלכה. גם ריבוי המחלוקות בקרב הפוסקים עומד כאן לרועץ, שהרי המחוקק החילוני יאלץ להכריע בעצמו במחלוקת אף-על-פי שאינו בעל סמכות מבחינת ההלכה לעשות כן, והרי לנו פגיעה מהותית נוספת בדין הדתי. לבסוף אנגלרד מצביע על מקומו המרכזי של השופט בתהליך של פסיקת ההלכה. אנגלרד סבור כי השופט החילוני המצוי אינו מצויד כראוי לדיון ההלכתי, נעדר סמכות הלכתית להכרעה, ומפעיל, בדרך הטבע, מערכת שיקולים שהינה שונה שוני מהותי משיקוליו של שופט-פוסק הלכה דתי.

אנגלרד אינו מסתפק, במאמרו הנזכר, בניסיון לערער על תוקפו של השיעור הדתי בזכות החדרתו של הדין העברי אל משפט המדינה, אלא מבקש גם להתחקות אחר הטעם האמיתי לעמדת החוגים הדתיים. לדעתו, חוגים אלה מודעים אף הם לצדקת טענותיו. כיצד אם-כן ניתן להסביר, שואל אנגלרד, "את מאמציהם העקשניים של נציגי המפלגות הדתיות לשלב לתוך המשפט הישראלי הוראות של הדין הדתי, כאשר גם להם צריך להיות ברור כי הקליטה פוגעת בשלמות ההלכה?"⁶⁴

לאנגלרד תשובה משלו לשאלה, אך הדיון בה תורג מגבולות הדיון במאמר זה.⁶⁵ נפנה אם-כן לעיון בתשובתם של החוגים הדתיים, באמצעותו של אלון, שהוא, להבנתי, אחד מדובריהם הרלוטים.

62 שם, בע' 118.

63 שם, שם.

64 שם, בע' 132.

65 לדעתו של אנגלרד, מאמציהם של הנציגים הדתיים לשלב דין דתי בתוך מערכת המשפט הכללית נובעים מ"אי-רצונם ואי יכולתם... להכיר בעובדת חילוניותה של המדינה", כמו גם מן העובדה שאין הם מסוגלים להציע "תוכנית חילופית שלמה של הסדר משפטי על פי ההלכה". הגם שאין לה, לדברי אנגלרד, כל משמעות דתית, הקליטה החלקית של הדין הדתי עשויה לטשטש את אופיה החילוני של המדינה ולאפשר בכך לחוגים הדתיים "להצדיק בעיני עצמם את עצם השתתפותם בהנהגת המדינה". שם, בע' 132-133.

נקודת-המוצא של אלון, הטורח לחזור עליה פעמים רבות, היא שאכן קליטתו של המשפט הדתי אל תוך משפט המדינה אינה הופכת את משפט המדינה לדין הדתי ואת פסיקת בתי-המשפט האזרחיים לפסק-הלכה. אלון חוזר ומדגיש שכאשר הוא, וכל שופט אחר, דן בעמדת המשפט העברי בנושא מסוים, תוך ניסיון להחילה על נסיבות העניין, אין הוא מתיימר לפסוק דין תורה כדרכו של פוסק. הכרעתו – גם אם היא מבוססת על המשפט העברי – אינה מהווה פסיקה הלכתית במובן הדתי המחייב.⁶⁶ הוא מקבל אם-כן מקצת מדבריו של אנגלרד. גם הוא מסכים שאף לאחר קליטתו של המשפט העברי בתוך משפט המדינה, עדיין נותרים המשפט החילוני מזה והמשפט הדתי מזה.

אולם, אם לדעת אלון לא "תגייר" קליטת המשפט העברי אל תוך משפט המדינה משפט חילוני זה, מהי תועלתה, לדעתו? לאלון תשובות אחדות לשאלה זו. תשובה אחת מבוססת על הטיעון התרבותי-הלאומי, שאותו שייך אנגלרד לחוגים הלא-דתיים.⁶⁷ אולם אלון סבור שלהחזרת המשפט העברי יש גם ערך דתי מסוים, וזאת משני טעמים. ראשית, אלון מסביר, "מבחינת השקפת עולמה של ההלכה נוח ורצוי שסכסוך בין שני צדדים יבוא על הסדרו לפי התוכן והצדק שבשולחן ערוך, מאשר לפי הוראותיה של מערכת משפטית אחרת",⁶⁸ וזאת אפילו אם הצדדים, כמו גם השופטים המכריעים ביניהם, אינם מכירים בערכו הנורמטיבי של הדין הדתי. תועלת זאת מתבטאת באמרה הידועה: "הלוואי אותי עזבו ותורתי שמרו."⁶⁹ לטעם זה מצטרף נימוק נוסף המדגיש את התועלת שתצמח, לדעת

66 ראו, למשל, מ' אלון המשפט העברי (מהדורה 3, תשמ"ח, כרך ג) 1603, 1627; אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי", לעיל הערה 47, בע' 135–137; מ' אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט" שנתון המשפט העברי יג (תשמ"ז) 227; אלון "המשפט העברי במשפט המדינה – כיצד?", לעיל הערה 47, בע' 16; מ' אלון "המשפט העברי במשפט המדינה" הפרקליט כה (תשכ"ט) 27, 47–48.

67 ראו, למשל, אלון המשפט העברי, שם, בע' 1603, 1608, 1628–1629 ("היחיד כציבור – ואולי קל וחומר לציבור – רוצה בדבר שהוא שלו, והרי המשפט הוא יצירה תרבותית לאומית, שכל עם משקיע בו את הרגשת הצדק שלו, את גישתו למוסר, ואת כוחו השכלי והרוחני." שם, בע' 1628); אלון "המשפט העברי במשפט המדינה", שם, בע' 48, 50; אלון "עוד לעניין חוק יסודות המשפט", שם, בע' 253; מ' אלון "ביסוס המערכת המשפטית על דיני התורה (תגובה להשגות)" תחומין ח (תשמ"ז) 304, 307.

68 אלון המשפט העברי, שם, בע' 1604. ראו גם אלון "המשפט העברי במשפט המדינה", שם, בע' 48.

69 ראו איכה רבה, פתיחתות, ד"ה ברבי אבא (ר' הונא ור' ירמיה בשם ר' חייא בר אבא אמרי כתיב (ירמיה ט"ז) ואותי עזבו ואת תורתי לא שמרו, הלוואי אותי עזבו ותורתי שמרו, מתוך שהיו מתעסקין בה המאור שבה היה מחזירן למוטב...) קביעה זו, המניחה שיש ערך למעשה דתי גם בלא כוונה דתית מינימלית, אינה מובנת מאליה. יש בסיס במסורת ההלכתית גם לדעה שלפיה ערכו של מעשה דתי מותנה בכוונה דתית כלשהי. ראו א' שגיא "הדת היהודית: סובלנות ואפשרות הפלורליזם" עיון מד (תשנ"ז) 175, 188–190. ניתן, כמובן, להשיב על טענה זו ולומר שבתחום דיני הממונות ממילא מימד

אלון, למשפט הדתי עצמו מקליטתו במערכת המשפט. אלון מסביר: "הדרך הראשית להחייאת המשפט העברי ולהחזרתו לחיי המעשה היא על ידי קליטתו המתודת במערכת המשפטית של המדינה העברית. רק בדרך זו יחזור המשפט העברי להתמודד עם הבעיות שהומן גרמן, ורק מתוך התמודדות זו תופח בו מחדש רוח רעננה ומשיבת נפש, שיש עמה תסיסה של יצירה."⁷⁰

מבין שלושת טיעוניו של אלון שהוזכרו זה עתה אני מעדיף להתעלם מן הראשון – התרבותי, וזאת משני טעמים. ראשית, הערכה רצינית של טיעון זה מחייבת הרחבתה של היריעה לסוגיות נוספות, ביניהן משמעותה של תרבות והחשיבות בשימורה. עיסוק בשאלות אלה ראוי שייקבע לו מקום לעצמו.⁷¹ עיון בטיעון זה תורג מתחומי המאמר גם

הכוונה הדתית אינו מרכזי. ראו, למשל, י' בלידשטיין עקרונות מדיניים במשנת הרמב"ם – עיונים במשנתו ההלכתית (תשמ"ג) 153–154. בלידשטיין מצטט פוסק המערער על עצם אופיים ה"דתי" של דיני הממונות שבהלכה, והסבור כי אלה יסודם בהסדרים אנושיים. אולם תשובה זו פרכתה בצידה, שכן קו טיעון זה מוביל גם למסקנה שהפתרון ההלכתי בתחום דיני הממונות אינו הפתרון הלגיטימי היחיד – דבר המתבטא, אגב, בכך שבתחום דיני ממונות, להבדיל מתחום איסור והיתר, הצדדים רשאים להסכים לא לנהוג לפי דיני ההלכה (ראו תוספתא קידושין, ג, ז-ה; מכות, ג, ב; רמב"ם, אישות, יב, ז-ט; שו"ע אבן העזר, לה, ה); ואם כך, ההתעקשות על יצירת מתאם מרבי בין החוק הנוהג לבין דרישות ההלכה בתחום הממון נעשית שוב לבלתי-מובנת מאליה.

70 אלון המשפט העברי, לעיל הערה 66, בע' 1605, 1631–1635; אלון "המשפט העברי במשפט המדינה", לעיל הערה 66, בע' 52–53; אלון "המשפט העברי במשפט המדינה – כיצד?", לעיל הערה 47, בע' 22.

71 לדיון בשאלות אלה ראו, למשל, א' מרגלית ומ' הלבנטל "ליברליזם והזכות לתרבות" רב-תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית (מ' מאוטנר, א' שגיא ור' שמיר עורכים, תשנ"ח) 93 (תרבות משמשת מרכיב מכונן בזהותו העצמית של הפרט); W. Kymlicka *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory Of Minority Rights* (Oxford, 1995) 81, 84 (תרבות משמשת תנאי הכרחי לקיומה של בחירה חופשית משמעותית); A.T. Kronman "Precedent and Tradition" 99 Y.L.J. (1990) 1029, 1065–1066 ("the world of culture makes it possible to extend one's life beyond its mortal limits without sacrificing the separateness that makes that life peculiarly one's own... the distinctiveness of our humanity is tied to our participation in the world of culture"). לא במפתיע, טיעונו של קרונמן בדבר החשיבות של שימור התרבות תואם טיעונים בדבר ערכם של חיי קהילה, שהרי התרבות המשותפת היא הדבק המחבר בין חברי הקהילה. ראו, למשל: Y. Tamir *Liberal Nationalism* (Princeton, 1993) 85–86 (Membership in a community enables humans to transcend their sense of mortality by connecting themselves to their ancestors as well as to future generations).

B. Anderson *Imagined Communities: Reflections on the* גם; לקו טיעון דומה ראו גם:

מבחינה תוכנית, שהרי מאמר זה עיקר עניינו בהתחקות אחר הגות-היסוד ההלכתיות-התיאולוגיות של אלון ואנגלרד; ואילו הטיעון התרבותי, הגם שעשויות להיות לו אסמכתאות בהגות ההלכתית, הינו בלתי-תלוי ביסודו בהנחות-מוצא דתיות.⁷² נגיה אם-כן לעת עתה לטיעונו התרבותי של אלון,⁷³ ונקרב מבטנו לשני הטיעונים האחרים, אלה המייחסים ערך דתי לקליטת המשפט העברי במשפט המדינה.

במבט ראשון נראים הטיעונים לקויים באופן יסודי. הנחת-היסוד מאחורי האמרה המעלה על נס את חשיבות המעשה, גם אם הוא מנותק לחלוטין מן הכוונה הראויה, היא שהמעשה תואם לכל הפחות את דרישות ההלכה. אולם, אם כדבריו של אנגלרד, גם לאחר החדרתו של המשפט העברי לתוך דיני מדינת-ישראל תהיה התוצאה המשפטית שונה עדיין מזו שההלכה מחייבת - אם משום שהשילוב שנעשה בריגני בלבד, אם משום שהשופטים שיפעילו את הדין ישתמשו בשיקולים ורים לעולם ההלכה או יכריעו בחוסר סמכות במחלוקת פוסקים, ואם מטעם אחר כלשהו - הרי שגם המרכיב של "יתורתי שמרו" אינו מתקיים. חולשתו של הטיעון האחרון שאלון מעלה, לפיו קליטת המשפט העברי במשפט המדינה תצמיח תועלת למשפט הדתי עצמו, נעוצה אף היא באותו עניין עצמו. אם מערכת המשפט הישראלית שלתוכה יושרש המשפט העברי היא בבחינת אדמה זרה, ואם, כפועל יוצא מכך, יהיו הגידולים שיצמחו מהשרשה כזאת בבחינת גידולי-כלאיים לכל היותר, לא ברור באיזה אופן יחזור המשפט העברי לחי המעשה על-ידי פעולת הטמעה

Origin and Spread of Nationalism (London, 1983). יצוין עם זאת שתקפותם של כל הטיעונים דלעיל, בהקשר הישראלי, מוטלת בספק. בל נשכח שלגבי רוב הציבור היהודי בישראל חלה ההלכה זה מכבר מלשמש לא רק מקור סמכות מחייב, אלא אפילו מצע תרבותי. לגבי ציבור זה, המשמעות של החדרת המשפט העברי למשפט המדינה אינה שימור של תרבות חיה או נאמנות לה, אלא החייאה או יבוא של חומרים תרבותיים זרים. קושי גוסף בהערכתו של הטיעון התרבותי נעוץ בהיותו מבוסס במידה רבה על הנחה אמפירית השנויה במחלוקת. כאמור, אלון ואנגלרד חולקים בשאלה אם קיים בהלכה דבר-מה ייחודי-יהודי מבחינה תוכנית. אם ייחודו של המשפט היהודי מתמצה בהשקפה הדתית העומדת ביסודו, כדבריו של אנגלרד, הרי שבהיעדרה של השקפה כזאת נעלם הסממן היהודי מן המערכת ובטל ערכה כאחד ממרכיבי התרבות היהודית שמן הראוי לשמרה או לשחזרה מטעם זה או אחר.

היה מי שסבר כי תחלטתי להתעלם מן הטיעון התרבותי הינה בעייתית, משום שאצל אלון זה הנימוק המרכזי והאמיתי, וכל שאר הנימוקים הם "פרפראות". דעתי אינה כדעתו. אין חולק על כך שאלון עצמו חוזר על הטיעון התרבותי פעמים רבות, אולם במאמרי זה אני מבקש להתחקות אחר כוונותיו של אלון לא רק על-סמך הרטוריקה שלו עצמו, אלא גם בהסתמך על מכלול הגותו האקדמית ויצירתו השיפוטית. דומני שעיון במכלול זה מאפשר מסקנה הפוכה מזו החולקת עלי, וכאמור, ביסוסה של זו מהווה אחת ממטרותיו של מאמר זה. כפי שאני מדגיש במפורש בהמשך המאמר, ייתכן שאין מדובר כאן בנסיון הסחה מצד אלון, אלא במהלך שאפילו אלון, הנוקט בו, אינו מודע לו באופן מלא. יקרא הקורא וישפוט.

כזאת. להיפך, מעשה הרכבה כזה עשוי אפילו לעכב את פעולת החייאתו של המשפט העברי, באופן שיתואר להלן.

הקורא המתעניין עשוי להיות מודע למאבק שפוסקי הלכה בדורנו מנהלים נגד ההיוקקות של שומרי-מצוות למערכת המשפט החילונית. הרב עובדיה יוסף, למשל, אסר וחזר ואסר באיסור נמרץ פנייה בענייני ממונות לבתי-המשפט של מדינת-ישראל, תוך זיהויים של בתי-המשפט הישראליים כ"ערכאות של גויים"⁷⁴ שההתדיינות לפנין אסורה מבחינת ההלכה.⁷⁵ את מלחמתו של הרב עובדיה יוסף ושל רבנים אחרים⁷⁶ ניתן כמובן להסביר בנימוקים הלכתיים טהורים. עם זאת, דומני שלפסיקתם גלווה גם טעם מטא-הלכתי. כדעתו של אלון, גם הרבנים מבינים כי הדרך היחידה לשמור על חיוניותה ועדכניותה של ההלכה היא הדרך של חידודה ותידושה על רקע הצורך להתמודד עם שאלות המתעוררות חדשות לבקרים. אולם בניגוד מוחלט לאלון, הרבנים סבורים שפנייה מסיבית מצד שומרי-מצוות לבתי-המשפט האזרחיים תוביל דווקא לניווט של ההלכה בתחומים אלה, שהרי הדבר יגרום למיעוט ההתדיינותיות בתחומי המשפט הפרטי לפני ערכאות הלכתיות. ניתן אם-כן לפרש את איסור הפנייה לבתי-המשפט האזרחיים כאמצעי

74 ראו ע' יוסף, שו"ת יחוה דעת, חלק ד, סימן סה ("לפי ההלכה על פי תורתנו הקדושה... אסור בהחלט לדון בדיני ירושות ונחלות וכן בדיני ממונות אלא על פי התורה שהיא נצחית ולא תשתנה בשום זמן ח"ו... ולכן איסור חמור הוא להתדיין בכל הדינים האלה בפני ערכאות ששופטים לפי חוקות הגוים, אשר עליהם נאמר ומשפטים בל ידעום. ואין כל הבדל בזה בין כשהשופטים גוים, לבין כשהשופטים יהודים הדנים על פי חוקות הגוים, שלא כדין התורה"). לא במפתיע, אלון חולק על עמדה זאת, וסבור כי איסור ערכאות אינו חל על בתי-המשפט במדינת-ישראל. ראו אלון המשפט העברי, לעיל הערה 66, בע' 1605-1607. לדעה דומה ראו י' בוק "בתי המשפט בישראל - האמנם 'ערכאות של גויים'?" תחומין ב (תשמ"א) 523. עמדתו של אלון משמשת מטרה לביקורת נוקבת מצד רבנים, ביניהם גם כאלה המזוהים באופן מוחלט עם המפעל הציוני. ראו למשל י' אריאל "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" תחומין א (תש"מ) 319; י' אריאל "תשובה לתגובה" תחומין ב (תשמ"א) 528.

75 שו"ע חו"מ, סימן כו. הגם שההלכה אוסרת ליוסם הליך לפני ערכאות, היא מתירה זאת לאחר ששומרי-המצוות התובע הצטייד בכתב-סירוב. כתב-הסירוב הוא מסמך מטעם בית-הדין הרבני המצהיר שהנתבע הוזמן לדין לפני בית-הדין וסירב ליישב את הסכסוך לפני ערכאה זאת. לאחרונה אסר בית-המשפט העליון על בתי-הדין הרבניים להוציא כתב-סירוב, בקובעו שהדבר מצוי מחוץ למסגרת סמכותם. בג"צ 3269/95 כץ נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים, פ"ד נ(4) 590. לניתוח פסיקתו של בית-המשפט ראו א' רוזן-צבי "סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי - בעקבות בג"צ כץ נ' בית-הדין הרבני האזורי בירושלים" עיוני משפט כג (תש"ס) 539; ר' הלפרין-קדרי "עוד על פלורליזם משפטי בישראל - בעקבות מאמרו של איסי רוזן צבי 'סובייקט, קהילה ופלורליזם משפטי'" עיוני משפט כג (תש"ס) 559.

76 בראשם ניצב החזון איש. ראו א' י' קרליץ, חזון איש, סנהדרין, סימן טו, סוף סעיף ד.

שנועד לחיזוק כוחם של בתי־הדין הרבניים, חיזוק שיאפשר להם לעסוק בפיתוח ההלכה בתחומי המשפט הפרטי.⁷⁷ לפי הבנה זו יש לקרוא את פסק־ההלכה של הרב עובדיה יוסף כניסיון, אחד מגי רבים, לעצב את המציאות החברתית של הקהילה הדתית בכיוון ערכי מסוים תוך שימוש במושגים הלכתיים־גורמטיביים.

על פניו, קו המחשבה שייחסתי לפוסקים דוגמת הרב עובדיה יוסף נראה משכנע למדי. עובדה זאת, בצירוף הידיעה שאלון, מגדולי המשפטנים הישראליים בדורנו, הקדיש את מיטב שנותיו כחוקר וכשופט לקידום המטרה של השרשת המשפט העברי במשפט המדינה, היא זו שמניעה אותי להניח שאלון יש הנחה נוספת, נסתרת במידה מסוימת, שרק חשיפתה יכולה להציל את מפעלו מחולשתו. להנחה סמויה זאת נפנה כעת.

בספרו המשפט העברי, אלון טורח לתאר את התפתחותה של ההלכה כהתפתחות של מערכת דואלית.⁷⁸ הוא מסביר כי לאורך כל ההיסטוריה של המשפט העברי פעלו במקביל שתי מערכות שיפוט וחקיקה: המערכת של הסמכות ההלכתית, ולצידה המערכת של ההנהגה הציבורית. אלון מציין שמערכות אלה לא התפתחו במנותק זו מזו, אלא השתלבו והתמזגו זו בזו. מערכת ההלכה יצרה כללים ועקרונות שבאמצעותם ומכוחם נעשו החוקים וההכרעות של המערכת הציבורית לחלק לגיטימי ובלתי־נפרד מן ההלכה. שילוב זה של שתי המערכות הפועלות זו לצד זו היה מובן וטבעי כל עוד הכירה המערכת הציבורית בסמכות התורה וההלכה. דא עקא, כיום אין המערכת הציבורית מכירה במרותה של ההלכה כערך עליון, קובע ומנחה. אלון שואל איפוא: "כלום יש בידינו למצוא – במציאות רעיונית זו של חברתנו כיום – תחליף ואמצעי, שיהא בהם בנותן סיכוי ותקווה, שאי פעם בעתיד ישתלב אף המשפט הישראלי, המתגבש עתה לנגד עינינו, עם המשפט העברי ההיסטורי ליחידה אחת?"⁷⁹

תשובתו של אלון לשאלה זאת, הגם שהיא מנוסחת בלשון מהוססת ובצירוף סימן־שאלה, היא כדלקמן: "האם לא ייתכן שהודות לקשר רשמי ועקרוני זה [כוונתו של אלון לחוק העוסק בהשלמת לקונות בדמותו של חוק יסודות המשפט – ג' ס'] – אף אם הוא צנוע והיוור – שבין מערכת המשפט הישראלית למשפט העברי ההיסטורי אנו יוצרים את החוליה המקשרת, ואולי את הבסיס, להתפתחות שכזו בעתיד?"⁸⁰ לשון אחר, לדעתו של אלון, החדרתו של המשפט העברי למשפט המדינה, תוך יצירת זיקה בין שתי המערכות ההלכתית והאזרחית ושמירה עליה, היא שעשויה להכשיר בעתיד מבחינה הלכתית את פעולת האיחוד בין שתי המערכות, תוך הכרה במשפט המדינה כבחלק אינטגרלי מן ההלכה.

אולם בדברים אלה לא מיצינו עדיין, להבנתי, את השקפתו של אלון. דומני – וכאן

77 להצגה מפורטת של טיעון זה ראו מאמרי: G. Sapir "Can an Orthodox Jew Participate in Anything but a 'Jewish Law State'?" *Shofar: An Interdisciplinary J. of Jewish Studies* (forthcoming, winter 2002, 20/2).

78 מ' אלון המשפט העברי, לעיל הערה 66, בע' 1631.

79 שם, שם.

80 אלון "המשפט העברי במשפט המדינה", לעיל הערה 66, בע' 52.

אנו פוסעים במודע, אף שבזהירות, לעבר תחום ההשערה והניתוח הפסיכולוגי - שההניעה של אלון אינה רק צופה פני עתיד. אלון אינו רואה את פועלו כחוקר ושופט רק בשמירה על הפוטנציאל של האחדות שתי המערכות, הדתית והאזרחית, בעתיד, אלא גם כביטוי לפעולת האחדה כזאת בהווה. דומני שאלון רואה עצמו, גם אם לא באופן מודע לחלוטין, כפוסק היושב על כס השיפוט המביא בפסקי-דינו, כבר כיום, לידי פיתוחה של ההלכה. אמת, כמצוין לעיל, אלון עצמו טורח להדגיש פעמים רבות את ההיפך ממה שנטען זה עתה, כשהוא חוזר ומציין שאינו רואה עצמו כפוסק. עם זאת, עיון בחוות-הדעת הרבות שכתב אלון כשופט מותיר את הרושם שלפחות לעיתים, דיבורים לחוד ומעשים לחוד.

אחת הדוגמות הבולטות למעבר שאלון עושה מעמדת השופט לזו של הפוסק מצויה בפסקי-דינו בעניין שקדיאל.⁸¹ עתירה זו נסבה סביב ההחלטה לפסול את העותרת מלכהן כחברה במועצה הדתית ביישוב ירוחם, כשהסיבה לכך היא, לטענת העותרת, אך ורק עובדת היותה אשה. בית-המשפט, מפי השופט אלון, מצא שיש צדק בטענת העותרת, והגדיר לפיכך את מעשה הפסילה כנוגד את דרישת השוויון שבחוק שיווי זכויות האשה. אלון הסביר: "אי-הפליית אישה באשר היא אישה עקרון יסודי היא במערכת המשפט הישראלית. כדי להעלות שאלה של איוון ושיקול נגד עקרון יסודי, צריך היה לטעון לפחות, כי מבחינה הלכתית חברותה של אישה במועצה דתית אסורה היא, ומתוך כך עלול הדבר להביא לשיתוק עבודתה של המועצה הדתית... אך טענה בדבר איסור חברות של אישה במועצה הדתית לא עלתה בפניהם של אף אחד מהמשיבים."⁸² לנוכח מצב דברים זה החליט אלון לקבל את העתירה.

אף-על-פי שמצא שהחלטת הפסילה לא נומקה בנימוקים הלכתיים, בחר אלון לא להתעלם ממכתבו של מנהל מועצת הרבנות הראשית, שהובא לידיעתו, ואשר ציין כי חוות-ידעתה של מועצת הרבנות הראשית לישראל, שהיא "חוות דעת של תורה ככל ההלכות שצונו רבותינו בכל הדורות והם בכלל ההלכה של 'ככל אשר יורוך'", היא "כי נשים אינם [כך:] רשאיות להיות חברות קבועות במועצה דתית".⁸³ אלון מרים את הכפפה, ובסקירה ארוכה ומפורטת מנסה לבסס עמדה הפוכה מזו של הרבנים הראשיים, כמו גם של רוב הפוסקים בדורות האחרונים. אלון מדגיש אומנם כי "לא פוסק ולא בן פוסק אנוכי, וידעתי גם ידעתי, שאיצטלה זו אינה הולמתני",⁸⁴ אולם דומני שעצם דיונו בשאלה, אף שכאמור לא נדרשה כלל לצורך ההכרעה בעניין, כמו גם המסקנה שאליה הגיע, התולקת על עמדת מועצת הרבנות, מלמדים גם מלמדים על תפיסתו את עצמו, במודע או שלא במודע, כבר-פלוגתא ראוי של פוסקי ההלכה בדורנו.

81 בג"צ 153/87 שקדיאל נ' השר לענייני דתות, פ"ד מב(2) 221.

82 שם, בע' 242-243.

83 שם, בע' 243-244.

84 שם, בע' 264.

3. המחלוקת כמייצגת תפיסה קתולית מול תפיסה פרוטסטנטית

את השוני בין עמדותיהם של אלון ואנגלרד ניתן לתאר גם כחלק ממחלוקת השקפתית רחבה יותר, וכנובע מתפיסות שונות של מערכת היחסים הראויה, לעת עתה, בין הדת היהודית לבין מדינת ישראל – תפיסה קתולית ותפיסה פרוטסטנטית. במאמרו "ציונות דתית: בין סגירות לפתיחות", ⁸⁵ אבי שגיא מתאר את שתי התפיסות כפי שהוצגו על-ידי ארנסט סימון. ⁸⁶ "סימון טען כי 'היהדות היא אמנם דת קתולית מבחינה אובייקטיבית', היינו היהדות היא דת טוטאלית המשתרעת על כל תחומי החיים, 'אך לעת משבר זה אין לנו גישה אליה אלא זו הסובייקטיבית הפרוטסטנטית'. ⁸⁷ כפי ששגיא מסביר, להבדיל מן העמדה הקתולית, הגישה הפרוטסטנטית מאמצת "תיאוריה של מידור, שלפיה הדת אינה מקיפה את מכלול הקיום, והיא מכוננת תחום פעילות מסוים המכונן על ידי ההלכה". ⁸⁸ שגיא מציין כי הצעתו של סימון נתקלה בהתנגדות חריפה בקרב החוגים של הפועל המזרחי, וכי התפיסה שנעשתה שלטת בקרב הציבור הדתי-הלאומי היא התפיסה הקתולית. תפיסה זו של הטוטליות של הדת מוצאת את ביטוייה גם בטקטיקה שמנהיגו הפוליטיים של הציבור הדתי-הלאומי נוקטים בה בתחום מערכת המשפט. אם תביעותיה של הדת חופפות כל, ראוי לנסות להחדירן, ואפילו קמעא קמעא, לתוך מערכת המשפט הישראלית, תוך ניסיון להאחדת המערכת האזרחית עם זו הדתית. זו בדיוק תפיסתו של אלון.

חסידי הגישה הפרוטסטנטית, לעומת זאת, ינקטו בטקטיקה שונה. הגם שבאופן עקרוני הם קתולים, במובן של הכרה ואמונה בכוליות ההלכה, הרי שבפועל הם מעדיפים לעת עתה לבקש לעצמם אוטונומיה מסוימת בתחומים מוגדרים, ולהשאיר למדינה החילונית

85 א' שגיא "ציונות דתית: בין סגירות לפתיחות" יהדות פנים וחזן, דיאלוג בין עולמות (א' שגיא, ד' שוורץ וי' שטרן עורכים, תש"ס) 124.

86 סימון הציע תיאוריה זו במסתו "האם עוד יהודים אנהנו", המופיעה עתה בקובץ מאמרים של ע"א סימון האם עוד יהודים אנהנו: מסות (תשמ"ג) 46–49. לדיון אזהר בעמדתו של סימון, ראו א' שגיא "האם עוד יהודים אנהנו" המישים לארבעים ושמונה (ע' אופיר עורך, תשנ"ט) 79.

87 שגיא, לעיל הערה 85, בע' 157–158.

88 שם, בע' 157. נדמה שהשימוש במושגים "קתולי" ו"פרוטסטנטי" לשם הבחנה בין שתי עמדות נוגדות לתביעות הדת כלפי מכלול הקיום הוא מודאלי באופיו, שהרי גם הורם הקתולי אימץ תפיסה של הפרדה בין קודש לחול, תוך צמצום תביעותיה של הדת לתחום מסוים בלבד. על יסודותיה הרעיוניים וההיסטוריים של תורת שתי החרבות הקתולית, ראו: Leo XIII, *Pop The Church Speaks to the Modern World: The Social*; *Teachings of Leo XIII* (New York, E. Gilson ed., 1954) 167–168; לגרסה מורחבת של מאמר זה ראו: G.E. Caspary *Politics and Exegesis: Origan and the Two Swords* (Berkeley, 1979); Marsilius of Padua *Defensor Pacis* (Toronto, A. Gewirth trans., 1990).

תחומים אחרים. זו בדיוק עמדתו של אנגלרד. אנגלרד סבור כי "היהדות הדתית צריכה היתה להכיר בחילוניותה של המדינה וליצור מערכת כללים המסדירה את יחס הדת אל מדינה כזאת... גבולות סמכויותיהם של גופי המדינה מנקודת הראות הדתית חייבים להיקבע על-ידי מוסדות דת עצמאיים המסוגלים לפסוק הלכה לגבי המציאות החדשה".⁸⁹ אנגלרד אינו רואה במצב הנוכחי, שבו נורמות המשפט החילוני שולטות במערכת המשפט הישראלית, מצב אידיאלי. הוא מדגיש כי אותם מוסדות דתיים "יצטרכו אף לעסוק בהצעה חילופית מקיפה וברורה של הסדרים משפטיים אם יראו צורך להסתייג מן החוקים המוצעים או הנהוגים ע"י המדינה".⁹⁰ הפרוטסטנטיות היא אם-כן, עבור אנגלרד, רק בדרך-מחדל היפה לשעתה.⁹¹ אולם לעת עתה הוא מציע לציבור הדתי להכיר במציאות של חלוקת תחומין, ולא לטשטש, משום שדווקא ההכרה בחלוקה הזמנית היא שתאפשר לדת לשמור על קולה העצמאי ולפתח מודל "קתולי" שלם שיונהג לעת מצוא. עמדתו של אנגלרד עשויה להיחשב לתואמת את השקפת הציבור החרדי. אלון מציע טענה כזו כחלק מתשובתו לביקורתו של אנגלרד. לדברי אלון: "דומה שגישה זו, השוללת את קליטת המשפט העברי במשפט המדינה, מעוגנת היא בגישה שוללנית מקיפה יותר במכלול היחסים הרוחניים ההדדיים שבין שני המחנות שבעם היהודי לאחר פרוס

89 אנגלרד, לעיל הערה 53, בע' 133-134. יצוין שחרף הדמיון המסוים בין העמדות של אנגלרד וסימון, טעמו של אנגלרד לאימוץ טקטיקה פרוטסטנטית שונה באופן יסודי מזה של סימון. אצל סימון הדבר נחוצ לנזכר כשלונה של היהדות עצמה לשמור על המודל הקתולי בטהרתו, ואילו אצל אנגלרד הדבר נובע מהתנגשות הרצונות בין הדת למדינה החילונית שאינה מסכימה לקבל מרות.

90 שם, בע' 134.

91 ביטוי מובהק לכך שלידו של אנגלרד, הפרוטסטנטיות היא רק בבחינת חלופה זמנית, ניתן למצוא בפתיחה למאמרו בעניין עמדת ההלכה בשאלה של מסירת שטחים מארץ-ישראל. אנגלרד מסביר שם כי "מנקודת ראותה של היהדות ההלכתית אין בסיס להפרדה עקרונית בין הדת לבין הפוליטיקה. נוכח אופייה המקיף של ההלכה היהודית, אין להפקיע מתחומה אף עניין מענייני המדינה". י' אנגלרד "הבעיה ההלכתית של מסירת שטחים מארץ ישראל: משפט ואידאולוגיה" הפרקליט מא (תשכ"ה) 13. יצוין שבניגוד לאנגלרד וסימון, התומכים באימוץ המודל הפרוטסטנטי רק כפתרון ארעי, יש בין ההוגים האורתודוקסיים גם כאלה המנסים להציע פרשנות חדשה של הדת היהודית כדת בעלת סממנים פרוטסטנטיים. ראו י' ליבוביץ אמונה, היסטוריה וערכים (תשמ"ב) 142 ("אין האדם הדתי נבדל מן החילוני אלא בזה שבחיו יש - נוסף על החולין המשותפים לכל בני אדם - פרטי פעילות והתנהגות שמקורם אינו המציאות הטבעית אלא התכוונות לשם שמייים"); שגיא, לעיל הערה 86, בע' 87 ("מאז סימון וליבוביץ לא הציעה ההגות הציונית [הדתית] חשיבה חדשה שתוכל להתמודד עם האתגר של חילוניות ושל חברה ליברלית פלורליסטית... להערכתי, אם לא תערוך הציונות הדתית בדק בית של עולמה הדתי ותציע מהפכה חדשה, תתמוסס כקוריו אל תוך העולם החרדי מזה, ואל תוך העולם החילוני מזה, או שתיוותר בשולי ההיסטוריה היהודית").

האמנציפציה – המחנה השומר תורה ומצוות והמחנה שאינו רואה עצמו מצווה על שמירת התורה והמצוות – ושיסודה הוא בטענה המפליגה, שההלכה אינה מכירה כל עיקר בהוויתה היהודית של מדינה עברית, שאינה מקבלת על עצמה את עול ההלכה, ושכל חוקיותה של זו אינה נובעת אלא מן האספקט השלטוני בלבד.⁹² אולם נראה כי טענתו של אלון אינה הכרחית. מבחינה אנליטית צרופה, אחיזה בהשקפת-עולם "פרוטסטנטית" אינה מחייבת גם קבלתה של השקפה השוללת משמעות דתית מן המדינה כפי שהיא. אנגלרד עצמו בוודאי שאינו קושר בין השתיים; להיפך: הגם שלדעתו, "ההכרה בעובדת חילוניותה של המדינה היהודית היא הכרחית", הוא מטעים כי "הכרה זו אין פירושה שלילת המדינה היהודית. הרעיון הלאומי גם בחילוניותו ממלא תפקידים יקרי ערך לגבי העם היהודי, וזאת... גם מנקודת הראות של הדת היהודית".⁹³

4. תורת המשפט של אנגלרד

כדי להבין מאין נובעים שורשי מחלוקתם של אלון ואנגלרד, נדרשת הקדמה נוספת אחת, הנוגעת בתורת המשפט שאנגלרד אוזח בה. הסקירה שנציג תהיה קצרה ונקודתית, שהרי תכליתה להאיר פן רלוונטי נוסף בהשקפת-עולמו של אנגלרד, ולא להתמקד בהגותו בתחום תורת המשפט כשלעצמה.

92 אלון "עוד לעניין מחקרו של המשפט העברי", לעיל הערה 47, בע' 136, הערה 74.
93 י' אנגלרד "היחס בין ההלכה והמדינה" מולד כב (תשכ"ה) 702, 712; ראו גם אנגלרד, לעיל הערה 91, בע' 14, הערה 5 ("הנחתו הכללית של ישעיהו ליבוביץ היא כי מדינת ישראל, בהיותה חילונית, אינה יכולה למלא כל תפקיד דתי. הנחה זו אינה נראית לי נכונה מנקודת ראות דתית, והיא אינה מקובלת על החוגים הדתיים"). אנגלרד אינו מבאר בדיוק מהי בעיניו חשיבותה, מנקודת-ראות דתית, של מדינת-ישראל. ניתן לשער שעיקר חשיבותה בעיניו הוא בשמשה וזו לפיתוח מודל למדינת הלכה מודרנית. עצם קיומה של מדינת יהודים מחייב את קהילת המאמינים להתמודד עם המציאות, לרענן את החשיבה הדתית ולגבש פתרונות הלכתיים ומסא-הלכתיים שלאורם תפעל המדינה, גישה דומה אפיינה את הגותו של יצחק ברויאר, מראשי אגודת ישראל בחלק הראשון של המאה העשרים. ברויאר חייב את המפעל הציוני, ובה בעת שלל את הכיוון שהתנועה הציונית מוליכה אליו. ראו, למשל, י' ברייער "זרמים חדשים" הדרך (כב שבט תש"ג) ג ("האמנציפציה הלאומית כפי תפיסתה של הציונות אינה אלא התבוללות לאומית, בה במידה אין ערוך לערכה כתומר תוסס בחיי הלאום היהודי..."). ברויאר ניסה לעורר תנועה לאומית תרדית שתגבר על מקבילתה, התנועה הציונית, ותקים לעם התורה בית לאומי אמיתי בארץ-ישראל. על ברויאר ומשנתו ראו י' ברויאר דרכי (תשמ"ח); י' ברויאר מוריה – יסודות החינוך הלאומי התורתי (תשמ"ב); י' ברויאר נחליאל – יסודות החינוך למצוות התורה (תשמ"ב); י' ברויאר – עיונים במשנתו (ר' הורוביץ עורכת, תשמ"ח); י' לוינגר "הציוני הנלחם בציונות" ספר ברוך קורצוויל (תשל"ה) 151–168; י' פונד פירוד או השתתפות – אגודת ישראל מול הציונות ומדינת ישראל (תשנ"ט) 30–48.

במאמרו "משנתו של ישעיהו ליבוביץ – מסכת של סתירות ופירוכות"⁹⁴ טוען אנגלרד לקיומה של סתירה מהותית בהגותו של ליבוביץ. שורש הסתירה נעוץ, לדעתו, "בשתי גישות ייסוד הנקטות על-ידי י"ל בעת ובעונה אחת. מן הצד האחד, לגבי מהות היהדות כמערכת נורמטיבית – הלא היא ההלכה – הוא נוקט גישה פוזיטיביסטית עקבית; מן הצד האחר לגבי מהות המדינה, החברה והאדם הוא מאמץ שיטה של הומניסם ליברלי, בעל גוון קיצוני למדי". לדעתו של אנגלרד, "שתי העמדות אינן מתיישבות ויוצרות ניגודים פנימיים"⁹⁵.

אנגלרד מסביר כי בשימוש במושג פוזיטיביזם בהקשר זה כוונתו בעיקר "לפוזיטיביזם נורמטיבי המתאפיין על-ידי הבחנה ברורה וחדה בין כללי התנהגות לבין המציאות... ההנחה היא כי מן המציאות הטבעית אין אפשרות להסיק מסקנות לגבי ההתנהגות הרצויה של האדם"⁹⁶. בהשליכו גישה זו על מהות היהדות, אנגלרד מסביר כי הפוזיטיביסט הדתי רואה בהלכה "מערכת אחידה ובלעדית שתיובה – או יותר מדויק; תקפותה – נובעת מסמכות המחוקק ואינה תלויה בתוכן הנורמות. כלומר הציווי הדתי מחייב את המאמין לא בגלל הכרתו בנכונותו מבחינת תכליתה האנושית מסוג כלשהו (כגון מוסריותו, תועלתו האישית או התברתית), אלא תוקפו מבוסס על קבלת עול מלכות שמיים"⁹⁷.

אנגלרד מסביר כי "הסמכות האלוקית, בהיותה מעבר למציאות האנושית, ובכך מעבר להשגתו של אדם, חייבת להתממש מבחינת קביעת הנורמות המחייבות בפועל, באמצעות סמכות אנושית, שהם מורי ההלכה בכל הדורות"⁹⁸. מקור הסמכות, לפי תפיסת הפוזיטיביסט הדתי, הוא אס-כן צו האל, אולם האותוים בה בפועל הם פוסקי ההלכה; בכוחם לפרש ולפתח את ההלכה מכוח זיקתם אל האל. זוהי, אם נרצה, הגורמה הבסיסית של הפוזיטיביסט הדתי, וזוהי, אנגלרד מסביר, גם תפיסתו של ליבוביץ.

ביקורתו של אנגלרד כלפי ליבוביץ נוגעת בחוסר העקביות שהלה מגלה, שהרי בניגוד לעמדתו הפוזיטיביסטית בתחום ההלכה, הוא מאמץ בתחום החברה והאדם גישה ליברלית-הומניסטית, העומדת בניגוד גמור לגישה הפוזיטיביסטית. אנגלרד מדגים את טענתו בדוגמות רבות, מתוכן נביא רק אחת, שעניינה מעמד האשה בהלכה. בדברים שאנגלרד מתייחס אליהם, ליבוביץ בוחן את סוגיית מעמד הנחות של נשים במסגרת ההלכה.⁹⁹ בין היתר ליבוביץ בוחן את פטור האשה ממצוות תלמוד תורה ואת האיסור ההלכתי על מינוי נשים לפונקציות של ממשל ומינהל. ליבוביץ טוען כי עמדת ההלכה בנושאים אלה משקפת מציאות חברתית-תרבותית שהיתה מקובלת בעבר ונחשבה

94 "אנגלרד "משנתו של ישעיהו ליבוביץ – מסכת של סתירות ופירוכות" שלילה לשמה כלפי ישעיהו ליבוביץ (ח' בן-יהודה וח"ע קולין עורכים, תשמ"ג) 421.

95 שם, שם.

96 שם, בע' 426.

97 שם, שם.

98 שם, שם.

99 ליבוביץ בוחן שאלה זאת בספרו. ליבוביץ, לעיל הערה 91, בע' 71-74.

כמתחייבת מטבע האשה. אולם, ליבוביץ מסביר, כיום השתנה המצב לחלוטין, האשה שותפה לגבר בתחום חיי הרוח כמו גם בתחום חיי המעשה, ולפיכך אין לשלול מן האשה את הזכויות המגיעות לה במסגרת הקיומית החדשה.

אנגלרד מצביע על "הפירכה הגדולה" שבהשקפתו של ליבוביץ.¹⁰⁰ הוא מזכיר כי ליבוביץ עצמו הרי הסביר כי "מושג הזכות אינו בעל משמעות אלא במערכת גורמאטיות נתונה". אם כך, אנגלרד טוען, "אין אפוא להסיק על זכויות מתוך המציאות המוחשית". אנגלרד אינו שולל קיומן של הכרעות ערכיות מן הסוג שליבוביץ מעלה, אך הוא מסביר כי התפיסה הפוֹזיטיביסטית מחייבת שהכרעות כאלה ייעשו רק בידי בעלי הסמכות, ובמקרה שלנו, כאמור, מורי ההלכה.

הגם שעיקר מאמרו של אנגלרד מוקדש לביקורת על שיטתו של ליבוביץ, הרי שבין קפלי המאמר מסתתרת גם השקפתו שלו. הדברים מתגלים בעיקר סמוך לסיום המאמר. בתגובה על עמדתו של ליבוביץ בשאלה של מעמד האשה, המיוסדת על תפיסת השוויון, הוא שואל: "האם עמידה על העיקרון הערכי החדש הזה אינה בבחינת לתור אחר הלב ואחר העיניים, דהיינו, דרך האתיאיסט המוסרי?"¹⁰¹ בנקודה זאת אנגלרד עובר לגוף ראשון רבים, ומשיב לשאלתו בדברים הבאים: "לשאלה הנוקבת הזאת אין תשובה והפיתרון מצוי ברעיון הסמכות. אין לנו אלא לסמוך על מורי ההוראה המוחזקים בעינינו ובעיני הציבור כעוסקים בתורה לשמה."¹⁰² אנגלרד מתגלה בדברים אלה כפוֹזיטיביסט הלכתי בלתי־מתפשר, אשר שלילתו את תורת ליבוביץ גובעת מאי־עמידתה בתביעותיה המחמירות של הגישה הפוֹזיטיביסטית הנוקשה.¹⁰³

100 אנגלרד, לעיל הערה 94, בע' 437–439.

101 שם, בע' 439.

102 שם, שם.

103 בהקדמה לספרו מבוא לתורת המשפט, אנגלרד מסביר כי תפיסתו האישית בתחום תורת המשפט מבוססת "בעיקרה, על הגישה הנורמטיביסטית של המלומד הנס קלזון". "אנגלרד מבוא לתורת המשפט (תשנ"א) XI. לאהרונה פרסם אנגלרד מאמר מאלף שבו הוא דן בביקורת שהשמיעו אנשי תורת משפט נאציים, ובראשם קארל שמיט, נגד תורת המשפט של קלזון, כשאחת ממטרותיו היא (לפחות בעיני) להפריך את הביקורת ההפוכה, זו הסבורה כי תורתו של קלזון דווקא העניקה לגיטימציה לחיה הנאצית. I. England, "Nazi Criticism Against the Normativist Theory of Hans Kelsen: It's Intellectual Basis and Post-Modern Tendencies" 32 *Israel L. Rev.* (1998) 183, 227 ("The Kelsenian concept could not lend any legitimacy to the Nazi regime; because of its formal, abstract and rational nature, it was inapt to produce any substantive rules for the purpose of implementing the radical cultural and social revolution envisaged and desired by Schmitt and his fellow Nazi scholars"). מעניין שגם אלון עושה שימוש בהגותו של הנס קלזון, בתארו את מערכת המשפט העברי כמבוססת על "הנורמה הבסיסית". ראו אלון המשפט העברי, לעיל הערה 47, בע' 204–208. לביקורת על שימושו של אלון במושג "הנורמה הבסיסית", ראו: Falk, *supra* note 52, at p. 843.

ה. מן הכלל אל הפרט

הבדלי ההשקפה בין השופטים אלון ואנגלרד, שתיארתי בפרק הקודם, כמו גם פילוסופיית המשפט ההלכתית שאנגלרד אוהז בה, מספקים, לדעתי, הסבר נאות למחלוקת שהתגלעה בין השניים בשאלת טיב הטיעון ההלכתי בדבר איסור השימוש בתאריך לועזי על גבי מצבה. להבהרת טענה זאת אייחד פרק זה. אפתח באנגלרד ואסיים באלון. אנגלרד מאמץ כאמור עמדה פוזיטיביסטית ביחסו להלכה. בעלי הסמכות לפסוק ולהכריע בשאלות הלכתיות הם חכמי ההלכה – הפוסקים.¹⁰⁴ הגם שאין להכחיש כי אותם חכמים מפעילים אף הם מערכת שיקולים ערכית, מטא-הלכתית, הרי שהנחת המוצא של אנגלרד היא שיראת השמים שאיתה הם נגשים למלאכת הפסיקה, בצירוף סייעתא דשמיא שהם זוכים בה, מביאה אותם אל המסקנה הנכונה.¹⁰⁵ מחקר ההלכה ההיסטורי, הגם שהוא

(Elon "misuses the term and talks what sounds like gibberish, when trying to explain" לביקורת על ההסתמכות על קלון מצד חוקרי המשפט העברי, ראו י' בלידשטיין "ערכי משפט ויהדות" דיני ישראל יב (תשד"ם-תשמ"ה) שא, שד ("דחיית קלטן" (לעומת ההסתמכות התמוהה עליו הנמצאת בין הוגי המשפט העברי...)) בטענה כי גישה פוזיטיביסטית שהורה חוטאת לאמונת היהדות באל טוב וצודק, היא מרנינה ומרעננת").

104 לביקורת על מבנה סמכות זה של התהליך ההלכתי, המעמיד את הרבנים במרכז היצירה ההלכתית, ביקורת הבאה משוליה ה"שמאליים" של האורתודוקסיה, ראו ז' פלק ערכי משפט ויהדות (תש"מ). מעניין שבניגוד לתפיסתו את חכם ההלכה כאישיות המרכזית בהליך השפיטה והפסיקה הדתית, הרי שבהתייחסו למערכת המשפט התילוונית, אין אנגלרד מוכן להעניק לשופט תפקיד מרכזי כזה. מחלוקתו של אנגלרד בעניין שביט עם חבריו השופטים נוגעת בין היתר גם בלגיטימיות של עצם פעולת האיוון. אנגלרד אינו מוכן לקבל מערכת שלשופט יש בה תפקיד בהשוואה בין הרגישויות של הצדדים השונים, השוואה המבוססת, לדעתו, בעל כורחה ובאופן בלתי-לגיטימי, על השקפתו הסובייקטיבית של השופט המאון. אך ראו: Englard, *supra* note 103, at p. 188, note 18 ("positivism does not preclude judges from questioning the justice of positive law, nor does it force them to ignore their ethical judgments in applying the law"). נדמה שאת ההבדל בין העמדות שאנגלרד מציג בשני ההקשרים יש לייחס בדיוק למימד ה"סייעתא דשמיא" שהוא מזהה בהליך השיפוטי הדתי, שנעדר כנראה, לדעתו, במסגרת ההליך השיפוטי האזרחי. ראו, למשל, אנגלרד מכוא לתורת המשפט, לעיל הערה 103, בע' 98 ("המסורת ההלכתית מצאה את התשובה לסכנה של עיוות הדין, בעת הליך פסיקתו, בדרישה כי הפוסק והדיין יהיו בעלי השקפת עולם דתית. התריס בפני מה שמכונה 'לגלות פנים בתורה' [שלא כהלכה] מצוי ביראת השמיים של הדיין").

105 האם מסקנה זו נכונה משום שהיא תואמת את דעתו של האל, או שמא היא נכונה חרף העובדה שאינה תואמת את דעת האל? לסקירת תשובות שונות שניתנו לשאלה זו, ראו י' אנגלרד "תגורו של עכנאי – פירושה של אנדה" שנתון המשפט העברי א (תשל"ד)

עשוי להועיל להמשך פיתוחה של ההלכה, חייב תמיד להישאר כפוף ל"שורה התחתונה" כפי שהיא מנוסחת על-ידי פוסקי ההלכה בעלי הסמכות. מערכת המשפט הדתית, הלא היא ההלכה, היא בבחינת מקשה אחת שאין לחלקה או לסייגה. עליה להישמר בטהרה, גם אם בנסיבות מסוימות עליה לצמצם את דרישותיה מן המערכת האזרחית שהיא חיה בתוכה. במצבים שהצמצום מתבקש בהם, עולם ההלכה נדרש להתמקד בפיתוח השקפתו שלו, תוך הצבת חלופה למציאות החיצונית הבלתי־ראויה.

פסיקתו של אנגלרד בעניין שביט משקפת בדיוק אותם עקרונות מחשבתיים שמנינו זה עתה. עמדת ההלכה בשאלה של חריתת התאריך הלועזי על גבי המצבה צריכה להילמד לאור כלל הסמכות, שלפיו חכמי ההלכה הם שיכריעו בסוגיה, ובהיעדר הסכמה, יכריע רב המקום. ההכרעה לפי כלל סמכות זה אינה ניתנת למשא־ומתן או לפשרה. טעמים הלכתיים ומטא־הלכתיים כאלה או אחרים לאיסור או להיתר מעניינים כשלעצמם, אך בסופו של יום תיעשה ההכרעה על-ידי הרבנים. הפעלתם של כללי הסמכות בנסיבות העניין מובילה את אנגלרד למסקנה הבלתי־נמנעת כי חריתת התאריך הלועזי אסורה על-פי ההלכה.

לאנגלרד גם קל יחסית להגן על עמדה בלתי־מתפשרת זו. הוא הרי מייצג השקפת־עולם פרוטסטנטית. לעת עתה אין הוא מתיימר או חפץ לעצב את רשות הרבים במדינה לפי דרישות ההלכה. כל שהוא מבקש הוא שהמדינה תאפשר לו ולשותפיו לעמדה הדתית לחיות את חייהם, במידת האפשר, לפי הבנתם. אנגלרד אינו גוזק ל"נחמדות" או לפשרנות שתהיה נחלתו של חברו הדתי החפץ לשכנע את המדינה לאמץ את מנהגיו. אותו חבר דתי, להבדיל מאנגלרד, יהיה חייב לנקוט צעדים בוגי־אמון כלפי החילונים ולשכנע אותם בצדקתה ונאורותה של מערכת ההלכה הדתית אם ברצונו להניע אותם לקבל על עצמם, אפילו באופן ברירני, חלקים ממערכת זאת. אנגלרד, שאינו מוצא ערך דתי בקליטה ברירנית כזאת, פטור מכל אלה, ויכול לפיכך להתבצר בעמדתו הנוקשה, שכל כולה נוגעת, לפי הבנתו, בשמירה על אורחות החיים של האדם הדתי.¹⁰⁶

45. לסקירה עדכנית בשאלת מקומה ומשמעותה של הפעילות ההלכתית האנושית בתפיסת־עולם דתית שבבסיסה האמונה בהתגלות ובתורה מן השמים, ראו א' אדרעי "הוראה או טעות": על חובת הציות במחשבת ההלכה" עיוני משפט כד (תשס"א) 463, 464-468, והמקורות המובאים שם.

106 גישתו זו של אנגלרד הגיונה עימה. עם זאת דומני שנסיון החלתה בנסיבותיו של עניין שביט אינו מובן מאליו, שהרי במחלוקת זאת כרוכה לא רק זכותו של הציבור הדתי לנהל את חייו, בלא הפרעה, לפי מצוות הדת, אלא גם זכותם של אחרים לא לפעול לפי תכתיבי הדת. כאמור, גם אנגלרד עצמו מכיר בקיומה של זכות נוגדת שתיפגע אם תכובד זכותה של החברה קדישא – זכותם של נפטרים וקרוביהם לעצב את מצבותיהם כרצונם. בנסיבות כאלה, שבהן גוף דתי מבקש לכפות את נורמות ההתנהגות שלו גם על אחרים, לא ניתן לבאורה להסתפק בקביעה הלקונית שאנגלרד משמיע בחוות־דעתו שלפיה בית־המשפט אינו מוסמך "לכפות על גוף דתי... לנהוג בניגוד לדין הדתי על פיו הוא אמון". עניין שביט, לעיל הערה 1, בפסקה 21 לדברי אנגלרד.

נקודת-המוצא של אלון שונה לחלוטין. אלון חפץ למוג בין המדינה ומוסדותיה לבין הדת כאן ועכשיו. מיווג זה ראוי כמובן להיעשות בדרכי נועם ובאופן הדרגתי, אולם בסופו של יום, הוא צריך להביא לידי כך שהמערכת האזרחית והמערכת הדתית יפעלו מתוך תיאום והרמוניה בהתאם לדרישות ההלכה. בדרך להשגת יעדים אלה אלון נדרש לרוויזיה מסוימת בתוך מסגרת ההלכה עצמה, רוויזיה שנועדה לשרת שתי מטרות. המטרה הראשונה, שהוזכרה זה עתה, היא לשכנע את הציבור שאינו נמנה עם שומרי-המצוות להסכים לקלוט, ואפילו קליטה ברירנית, את כללי ההלכה. בדרכו להשגת מטרה זו אלון מדגיש, למשל, בשורה ארוכה של פסקי-דין, את ההתאמה בין ערכי היהדות לבין עקרונות-יסוד של השקפת-העולם הליברלית המערבית, ובראשם הערך של כבוד האדם.¹⁰⁷ בנוטלו את ההובלה בתהליך השינוי והליברליזציה של גושא המעצרים,¹⁰⁸ תוך שימוש מושגי ותוכני בחומרים הלכתיים, אלון מעביר את מסר הנאורות והאקטואליות של ההלכה.¹⁰⁹

107 ראו, למשל, בש"פ 2145/92 מדינת ישראל נ' גואטה, פ"ד מו(5) 704 (הצגת עמדה המחייבת ריסון רב בעריכת חיפוש על גופו של אדם ברשות הרבים תוך הפשטתו מבגדיו כדי לגלות אם הוא נושא סמים על גופו, עמדה המסתמכת על תפיסת-היסוד של המשפט העברי בדבר בריאת האדם בצלם אלוקים. לדעת אלון, פגיעה כזאת בכבודו של אדם אסורה אפילו ניתנה לכך הסכמתו של מי שהחיפוש נערך על גופו, וזאת משום שהוא עצמו חייב בשמירת כבוד האדם שבו).

108 ראו בש"פ 2169/92 סוויסה נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(3) 338. בניגוד לדעתו של ברק, הסבור כי ניתן לעצור נאשם עד תום ההליכים בגלל חומרת העברה בלבד, אלון סבור כי סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו מחזק את המסקנה שמקורות מודשת ישראל מחייבים, לפיה אין לעצור נאשם, שהוא בחזקת זכאי וחף מפשע, אלא אם כן, בהתהלכו חופשי, תהא נשקפת סכנה לשלום הציבור או לבטחונו, לשיבוש הליכי משפט או להימלטות מן הדין. יצוין כי לאחר חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, נטה ברק לקבל את פרשנותו של אלון. ראו בש"פ 537/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(3) 355, 424-425. כעבור זמן עוגנה עמדתו של אלון גם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), תשנ"ו-1996, ס"ח 1592. ראו גם דברי ההסבר להצעת החוק ד"כ 155 (תשנ"ו) 5886. אכן, אלון זוכה בשבחים על גישתו הנאורה בסוגיית המעצרים. ראו, למשל, א' מעוז "משפט חוקתי - המהפכה החוקתית" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ו (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ו) 215, 248-249 ("פסיקתו הליברלית של השופט אלון היתה נטועה כליכולה בערכי היהדות - התואמים בסוגיה זו את ערכיהן של דמוקרסיות נאורות - ועתה אומצה גישה זו בפסיקתו של בית-המשפט העליון, בעקבות חקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו"); א' מעוז "ערכיה של מדינה יהודית ודמוקרטית" עיוני משפט יט (תשנ"ה) 547, 604-605.

109 עניין קסטנבאום אינו יכול לשמש דוגמה טובה למקרה שבו הגשים אלון את שאיפתו הראשונה, שהרי תרף העמדה ההלכתית המקילה שהציג, העדיף אלון לבסוף, מטעמים אחרים, לא-הלכתיים, את עמדת החברה קדישא. כפועל יוצא, עמדתו של אלון בעניין

הרוויזיה במערכת ההלכה נדרשת גם מטעם נוסף. אלון, כמו כל תלמיד-החכם המצוי בנבכי ההלכה מזה ובמציאות החיים המודרנית מזה, מודע לחוסר יכולתה של ההלכה, ברמת התפתחותה העכשווית, לתת מענה מלא לשאלות חדשות שהמציאות המשתנה מכתיבה. כפי שצינו לעיל, לעובדה זאת מודעים, לא פחות מאלון, גם חכמי ההלכה בדורנו. גם הם מכירים, גם אם לא במפורש, בצורך לרדת לשורשם של עקרונות-היסוד ההלכתיים בתחומים רבים בניסיון לגבש פתרונות הלכתיים שייתנו מענה מלא לדרישות המקום והזמן. השוני בין אלון לבין פוסקים אלה נעוץ בשאלה מיהו המוסמך לזווג ולקדם מהלכים כאלה. יש הסבורים כי לא תיתכן התמודדות יהודית עם המציאות המודרנית, ובכללה עצם קיומה של מדינת יהודים חילונית, ללא מהפך רציני בתהליך ההלכתי.¹¹⁰ אלון אינו טוען טענה כזו במפורש. כאמור, הוא נזהר מליטול לעצמו את אצטלת הפוסק, מצהיר נאמנות לכללי הסמכות ההלכתיים ומקבל את מרותם של דוברי ההלכה המקובלים – הרבנים, אולם בפועל הוא עושה כל שביכולתו כדי לזרז ולהוביל חשיבה הלכתית יוצרת.

הניעה זאת לפיתוח ההלכה לשם התאמתה למציאות המודרנית, כמו גם לדרישותיה של המערכת הדמוקרטית, היא זאת שמכתיבה, לדעתי, גם את המתודה המחקרית שאלון נוקט בה. בדיונו בראשית הפרק הרביעי הסברנו את משמעות הגישה ההיסטורית-הדוגמטית, והבהרנו כי גישה זו עשויה, לדעת אלון, לסייע בידו לגבש פתרונות ראויים ליישום במשפט המדינה, שהרי עקרונות-היסוד שייחשפו בדרך החקירה המוצעת יתרמו לעיצוב הפתרונות ההלכתיים המתאימים לימינו. אולם נדמה שלהרחבת היריעה מעבר למחקר הדוגמטי, המקובל בקרב פוסקי ההלכה, יש תועלת נוספת מנקודת-מבטו של אלון. במאמרו, "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?",¹¹¹ אלון מסביר כי הצגתן של גישות אחדות במסגרת ההלכה מאפשרת ברירה ובחירה של אלה העולות בקנה אחד עם היותה של מדינת-ישראל מדינה יהודית ודמוקרטית.¹¹² השימוש במתודת המחקר

קסטנבאום זוכה דווקא בביקורת נוקבת. ראו ד' שטרנהל "שתי תפיסות של יחיד, חברה ולאום" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 167 (פסק-דין של אלון מיוסד על תפיסה המשקפת "פרטיקולריות לאומית", "לאומיות של דת ואדמה" הקשורה ל"פולחן מתים"); א' סבן "השופט מנחם אלון: משפט והשקפת עולם" משפט וממשל ב (תשנ"ד) 153 (פסק-דין של אלון משמש "דוגמא לאופן שבו אלון אינו מגשר, וקרוב לוודאי אינו יכול לגשר, על כמה סתירות ופערים עמוקים" בין ההשקפה האורתודוקסית לבין ההשקפה הדמוקרטית הליברלית. שם, בע' 154). אולם, השוו ד' סטטמן "על ליברליזם ולאומיות ועל מה שאין ללמוד מפסק-הדין בעניין קסטנבאום" עיוני משפט כ (תשנ"ו) 239.

110 ראו לעיל הערה 104.

111 מ' אלון "חוקי היסוד: דרכי חקיקתם ופרשנותם – מאין ולאן?" מחקרי משפט יב (תשנ"ו) 253.

112 אחת הדוגמות שאלון מביא נוגעת במחלוקת בדבר מקומה ותפקידה של האשה בחיי הציבור, שאלה שהתעוררה בעניין שקדיאל, והוכרעה על-ידי אלון, כמתואר בגוף מאמרנו, תוך "אימוץ אותה פסיקה הלכתית שעולה בקנה אחד עם הערכים הדמוקרטיים

ההיסטורי מאפשר לאלון לא רק לתאר את התפתחותה של ההלכה, תוך זיקה לנסיבות החברתיות, הכלכליות, החיצוניות, ששררו בכל שלב משלבי ההתפתחות, מתוך כוונה לחשוף את עקרונות היסוד שבכל סוגיה, אלא גם ובעיקר להציג מגוון של דעות בשאלה הלכתית נתונה על-מנת לאפשר בחירה מתוכן מבלי להיות כפופים לכללי הכרעה דוגמטיים הלכתיים מוכרים. זו שאיפתו של אלון, וזו גם הנקודה שבה אלון מעורר עליו את ביקורתו של אנגלרד, הסבור כי דרך מגמתית זאת של אלון לקויה, בהעדיפה פסיקה אחת על דעותה משיקולים שאינם רלוונטיים למערכת הפנימית של ההלכה.

שאיפות אלה שאלון מחזיק בהן הובילו אותו, לדעתנו, לתוצאה ההלכתית שאליה הגיע בעניין קסטנבאום. עיון מדוקדק בתשובתו של המהר"ם שיק, שאסר, כזכור, שימוש בתאריך לועזי הן על גבי מצבה והן באגרת מסחרית, מלמד כי הטעם העיקרי שלו לאיסור הוא הזיקה בין תאריך זה לבין מועד לידתו של "אותו האיש". שני הפוסקים בני-זמננו, הרב עובדיה יוסף והרב וולדינברג, מציגים כבר עמדה מתפשרת יותר: שניהם מתירים שימוש בתאריך לועזי באגרות מסחר, ופוסקים לאיסור רק בשאלת המצבה. על-מנת להצדיק עמדה זו, הם נאלצים לנטוש את קביעתו של המהר"ם שיק, שלפיה יש בשימוש בתאריך לועזי משום הזכרת שם אלוהים אחרים, תוך שהם מתבססים בעיקר על התפיסה שלפיה התאריך הגרגוריאני אינו מכוון באמת ללידת הנוצרי. שני הפוסקים נאלצים לפיכך לבסס את פסיקתם לגבי איסור השימוש בתאריך לועזי על גבי מצבה על נימוק אחר מזה שהציג המהר"ם שיק, כשטענם מבוסס על החובה לציין תאריך המונה נכונה את השנים לבריאת העולם.

חוסר העקביות בפסיקתם של הרב עובדיה יוסף והציץ אליעזר מעורר כמובן תמיהה מסוימת.¹¹³ אולם חוסר העקביות מתגלה לא רק בגישתם של הפוסקים, אלא גם בעמדתה של החברה קדישא, העותרת בעניין קסטנבאום. כאמור, במהלך הדיון בשתי הערכאות, נסוגה החברה קדישא מעמדתה הבלתי-מתפשרת, עד שלבסוף הסכימה להוספת התאריך הלועזי, כשכל מחלוקתה עם המשיב מתמצה בשאלה היכן ייחרת התאריך – בחזית המצבה או בגבה. השופט אלון נדרש להתמודד עם מצב דברים זה כשהוא בא מעמדת מוצא המבקשת למזער את הקונפליקט בין דרישות ההלכה לבין המציאות החברתית. הייפלא איפוא שאלון מתפתה לצעוד צעד נוסף מעבר לזה שעשו כבר פוסקי הדור, ולהתיר במפורש מה שיש המוכנים לקבל בדיעבד כבר כיום?

שבימינו". שם, בע' 264. כאמור לעיל, באותה דוגמה בדיוק השתמש אנגלרד להדגמת ביקורתו על ליבוובין, תוך השמעת הטענה שלפיה ההכרעה בעניין חייבת להישמר לפוסקי ההלכה.

113 ייתכן שמקור ההבחנה בגישה המבקשת להצדיק את המנהג הקיים. המנהג הרווח גם בין שומרי-מצוות הוא שימוש בתאריך לועזי בענייני מסחר, ואין פוצה פה ומצפצף. בתחום הכיתוב על גבי מצבות המנהג הפשוט הוא שאין משתמשים בתאריך לועזי.

ו. סיום

במאמר זה לא התכוונתי לספר־מופת של איש־מופת, אף לא לספר קנאתו של פלוני זה או אחר, אלא תיארתי מחלוקתם של שני תלמידי־חכמים גדולים שחיים בינינו – בימים שאין הכל עושין את התורה עיקר ואינם יודעים שחירות ה' מעוזנו היא התורה – החפצים, כל אחד לפי דרכו ולפי רוחב השגתו, להכשיר את הקרקע לימים שבהם נזכה "לשמוע תורת ה' מפי משיח צדקנו כשישב וילמוד תורה עם כל ישראל שלמדו תורה מאהבה".¹¹⁴

114 ש"י עגנון "שני תלמידי חכמים שהיו בעירנו" סמוך ונראה (תש"ך) 5, 53.

תקצירים באנגלית
