

הרב בניהו שנדורפי

תוקפן ההלכתי של תקנות לשעת חירום בתקופת הקורונה

על מנת להיאבק במגפת הקורונה, תיקנה ממשלת ישראל לא מעט "תקנות לשעת חרום"¹. הללו השתנו מזמן לזמן וכללו הגבלות רבות על האזרחים: איסור התקהלות, איסור לצאת מהבית לבד מאשר לצרכים מסוימים, חיוב עטיית מסכה, הרחקה של אנשים זה מזה, איסור על כניסה לבתי כנסת, איסור הפעלת בריכות וחדרי כושר, איסור על ביקורים בבתי משפחות אחרות ועוד. מאמר זה יעסוק בתוקפן ההלכתי של תקנות אלה ובחובה ההלכתית להישמע להן.

א. חובה הלכתית להישמע לדברי הרופאים

מן הידועות היא ההלכה הקובעת כי במקום פיקוח נפש יש להישמע להוראות הרופאים, זאת גם בהלכות חמורות ביותר כמו חילול שבת ואכילה ביום כיפור.² למותר לציין שהוא הדין גם בהישמעות למומחים בגופים אחרים - מכבי אש, שוטרים וכו' - כאשר הם מתריעים על חשש פיקוח נפש.

פוסקים דנו בשאלה אם יש להישמע לרופאים גם כאשר אלה אינם מכירים בחומרת ההלכה שאליה הם מתייחסים, כדוגמת רופאים חילונים או נכרים.³ הכרעת הפוסקים היא שלמצער בשל חשש פיקוח נפש יש להישמע

1 בתקופת מגפת הקורונה תוקנו למעלה מ-70 תקנות לשעת חירום, הרבה יותר מאשר כל תקופה אחרת במדינת ישראל.

ראה <https://www.calcalist.co.il/local/articles/0,7340,L-3811853,00.html>.

2 משנה, יומא ח, ה; בבלי יומא פג ע"א; ירושלמי, יומא ח, ד; רמב"ם, הל' שבת ב, א והל' שביתת עשור ב, ח; רמב"ן, תורת האדם, שער המיחוש, עניין הסכנה; שו"ע או"ח שכח, י; שם תריח, א-1.

3 ראה: תפארת ישראל יומא ח, ד אות כו; ביאור הלכה סי' תריח ד"ה חולה; שדי חמד מערכת

להנחיותיהם.⁴ בכך דיי לחייב להישמע להנחיות מומחים בזהירות מפני כל מחלה ומגפה, כגון מגפת הקורונה.

עתים שאין דעה אחידה בין הרופאים, ולעומת רופאים הטוענים לסכנה במצב זה או אחר, ישנן הנחיות שונות, ואף הפוכות, מרופאים אחרים. ובכן, כיצד יש לנהוג כאשר קיימת מחלוקת בין רופאים? האם חובה להתנהג דווקא לפי הוראות והמלצות מערכת הבריאות, בין בנושאים שבהם המערכת חוששת להיבטים שאחרים אינם חוששים, ובין בנושאים שבהם היא מקילה יותר מאחרים?⁵

ראשונים נחלקו לגבי דין אכילת חולה ביום הכיפורים במצב שבו ישנה מחלוקת בין רופאים בשאלה אם מדובר בחשש פיקוח נפש. יש שפסקו ללכת לפי רוב הרופאים, או לפי הרופאים המומחים יותר,⁶ ויש שנקטו שאין עדיפות לרוב בין הרופאים ולא לרופאים מומחים יותר, אלא יש להתייחס לכל מחלוקת בין הרופאים כספק פיקוח נפש.⁷ מסקנת הפוסקים היא שאם אין רוב לאחד הצדדים יש לשמוע למומחים יותר.⁸

ברם דומה כי נכון להציע דגם אחר להכרעה: דעתו של ה"ממונה" עדיפה וגוברת. לברור טענה זו יוקדש הפרק הבא.

ב. עדיפות מומחים-ממונים

משני טעמים נראה שיש לתת תוקף הלכתי להכרעת מומחים הממונים מטעם המדינה על פני מי שאינו ממונה: משום קבלתם על ידי הציבור, ומשום שתפקידם גורם להם להיות מומחים יותר מן האחרים.

4 יו"כ סי' ג אות ה; שו"ת משנה הלכות ח"א סי' תקח; שו"ת דברי יציב או"ח סי' רסד.
שו"ת תשב"ץ ח"ג סי' רעא; שו"ע או"ח תריח, א; משנה ברורה, סי' שכח סקכ"ה; שו"ת ציץ אליעזר ח"ח סי' טו - קונ' משיבת נפש פרק ח; שש"כ פל"ב סעי' כא ופל"ט הערה טו ופ"מ הערה א.

5 לדוגמה: פתיחת בתי ספר וגני ילדים, שעה שהיו שחששו שפתיחה זו תוביל להדבקה גדולה.

6 הרמב"ם, הל' שביתת עשור שם ומגיד משנה שם בדעת השאלתות.

7 רא"ש (יומא פ"ח סי' יג); רמב"ן, תורת האדם שם; טור או"ח סי' תריח; רמ"א או"ח תריח, ד.

8 משנה ברורה סי' תריח סק"ח.

1. קבלת המומחים על ידי הציבור

חז"ל⁹ ופוסקים¹⁰ הזכירו את קבלת הרשות מבית הדין כדי להתמנות לרופא, כקריטריון הלכתי משמעותי. רשות זו נצרכת על מנת לפטור אותו מנזקים העלולים להיגרם על ידו בטעות, ויש שסברו כי בלעדיה אסור לו להתעסק ברפואות.¹¹ כיצד מתיישמת אותה רשות בימינו? יש מהאחרונים שכתבו שכיום הסמכה של הממשלה שקולה לרשות בית דין,¹² ויש שכתבו שלא מספיקה הסכמה מממשלה נכרית, אלא צריך אישור דווקא מבית דין של ישראל דהיינו קבלה על ידי הקהילה להסמכת רופא.¹³

לאור זאת נראה שלמערכות משרד הבריאות ישנה סמכות של בית דין לעניין הרופאים. על פי זה נראה שלהכרעות היוצאות ממערכת זו יש להתייחס כהחלטה של המומחים הגדולים, גם אם אין ידיעה מפורשת שהם הם הרופאים המומחים.

ניתן לדמות זאת לנושאים נוספים שבהם - הלכתית - הסמכות נקבעת לפי מה שהציבור מקבל על עצמו.

כמו לגבי טעות של רופא, כך גם לגבי טעות של דיין: יש מקרים שבהם הדיין צריך לשפות את הניזק ולשלם לו ממון מכיסו, יש מקרים שבהם הדיין מתבטל, ויש מקרים שבהם אין צורך לשלם. ההבחנה נובעת ממספר משתנים: מומחיותו של הדיין, מספר הדיינים שדנו, הסמכות שלהם לדון, סוג הטעות ועוד. אין ענייננו לעסוק בנושא מורכב זה, התלוי במחלוקות בהבנת הסוגייה בסנהדרין ובפסיקתה.¹⁴ מכל מקום, אחד התנאים לכך שדיין לא יצטרך לשלם גם אם טעה, הוא שבעלי הדין קיבלו על עצמם מראש את פסיקתו.¹⁵ מקום נוסף שבו

9 תוספתא, בבא קמא ו, יז; ט, יא.

10 רמב"ן שם, סוף ענין הסכנה; טור ושו"ע י"ד שלו, א.

11 ערוך השולחן, י"ד שלו, א; וראה שו"ת ציץ אליעזר ח"ה רמת רחל חלק כב. באנציקלופדיה הלכתית רפואית, ח"ז, ערך "רופא", עמ' 5 ועמ' 30, כתב שבעבר לא היה בעולם צורך בהסמכה או באישור על מנת לעסוק ברפואה, והיהדות היא הראשונה שהעלתה את הצורך בהסמכה.

12 ערוך השולחן שם.

13 בית הלל, י"ד סי' שלו: "ונראה מה שכתב אם הוא בקי, ר"ל אם יש לו כתב מאותו מקום שנותנין שם רשות לרפאות מרופאים מומחים שקורין אותו בלשון אשכנז דאקטרייר"ט, ואף על פי כן צריך רשות בית דין ישראל לרפאות, ואז אם ריפא שלא ברשות בית דין חייב בדיני אדם. ואם קבלו אותו באיזה קהל וגם יש לו כתב כנ"ל זהו מקרי רשות בית דין ופטור בדיני אדם".

14 הסוגייה בסנהדרין לג ע"א ובטושו"ע חו"מ סי' כה.

15 שו"ע חו"מ כה, ב.

החלטה של אדם לקבל על עצמו סמכות של מישהו נחשבת לבת תוקף הלכתי הוא מינוי של דיין או עד קרוב או פסול. לקבלה זו יש תוקף, והיא מחייבת מבחינה ממונית.¹⁶

דומה כי ניתן לדמות לכך גם ממונים לתחום הבריאות שהתקבלו על ידי הציבור או שלוחיהם, שיש להחלטותיהם תוקף מחייב, יותר מהחלטות של מי שלא מונה על ידי הציבור.

קבלה זו של עד או של דיין היא רק לגבי עניינים ממונים ולא לגבי דברים איסוריים, שכן ברור שאדם אינו יכול לומר שהוא מקבל על עצמו עד או דיין פסול ולהתיר לעצמו איסורים על פי זה.¹⁷ לכן, גם אם נשליך מדין "קיבלו עליהו" לתקנות בעניינים אלה, הדבר אינו נכון אלא לגבי דיני ממונות,¹⁸ ולא לגבי דברים אחרים.

ואולם, מהלכה נוספת נראה לכאורה להביא ראיה שקבלה של אדם על ידי הציבור יש לה השלכה גם לעניינים איסוריים: קבלת "מרא דאתרא". במחלוקות הלכתיות ישנם כללי פסיקה שונים לתחומים שונים;¹⁹ אחד הכללים הוא שיש לעשות כהוראת רב המקום. כלל זה מקורו בגמרא,²⁰ ונפסק להלכה על ידי

16 משנה, סנהדרין ג, ב; רמב"ם, הל' סנהדרין ז, ב; שו"ע חו"מ כב, א.

17 אמנם לגבי אשה שישנה סתירה בין עדים בשאלה אם בעלה חי או מת, נפסקה ההלכה (כתובות כב ע"ב; שו"ע אה"ע יז, לז עיי"ש) שאם נישאה לעד שאומר שבעלה הראשון מת, אינה צריכה להתגרש ממנו, והיא יכולה לסמוך על עדותו אף שעדותו מוכחשת. אך אין ללמוד ממקרה זה שאדם יכול לקבל על עצמו עדות של פסול לעדות, שכן שם הטעם הוא משום שלכל העולם יש ספק מה המציאות, והיא והוא בטוחים שבעלה הראשון מת, ואינם צריכים לחשוש לספקות של אנשים אחרים, וכפי שכתב רש"י (כתובות שם): "דאין אשם תלוי אלא למי שלבו נוקפו וזה אומר ברי ליי" (עוד על כך שכאשר אדם יודע בוודאות אחרת ממה שחושבים האחרים, הוא יכול לעשות כידעתו, עיין שו"ת רמ"א סי' ב; סדרי טהרה, יו"ד סי' קפה ס"ק א).

מקום נוסף שבו מצאנו שאדם מאמין לעד פסול, הוא לגבי עד אחד המעיד על אשה שזינתה, שנאמר על כך בגמרא (קידושין סו ע"א) שאף על פי שאין עד אחד נאמן, אם הבעל מאמין לעד כשני עדים הוא צריך להוציא את אשתו. אך דין זה הוא לחומרא ואין להביא ממנו ראיה שניתן לסמוך על עד או על דיין פסול.

18 ובכלל זה סגירת חנויות, הטלת קנסות ועוד.

19 עיין בע"ז ז ע"א; רמב"ם, הל' ממרים א, ה; שו"ת הרשב"א ח"א סי' רנג; שו"ע חו"מ כה, ב; ש"ך, יו"ד סוף סי' רמב, ועוד.

20 ראה שבת יט ע"ב, שם מו ע"א, עירובין ז ע"ב (וראה רי"ף ב ע"א בדפיו ותוספות ח ע"ב ד"ה והא, שביארו שנתנו חומרי דשמואל משום שנהרדעא היה מקומו של שמואל), עירובין פו ע"ב (ורש"י שם ד"ה ע"פ מי נעשה), שם צד ע"א, פסחים ל ע"א (ניתן לבאר שם שמה שנאמר שם זה רק ששמואל לא רצה להורות נגד רוב במקומו ולא שבני העיר מחויבים לעשות כפסק רב), שם נא ע"א, מגילה כה ע"ב, יבמות צט ע"ב, כתובות נד ע"א, חולין יח ע"ב.

הפוסקים.²¹ בכמה מקומות²² מספרת הגמרא:

ת"ר במקומו של ר"א היו כורתין עצים לעשות פחמים לעשות ברזל בשבת. במקומו של רבי יוסי הגלילי היו אוכלין בשר עוף בחלב. לוי איקלע לבי יוסף רישבא, קריבו ליה רישא דטווסא בחלבא לא אכל, כי אתא לקמי דרבי א"ל: אמאי לא תשמתינהו? א"ל אתריה דר' יהודה בן בתירה הוה, ואמינא דילמא דרש להו כר' יוסי הגלילי... א"ר יצחק עיר אחת היה בא"י שהיו עושין כר"א והיו מתים בזמנם, ולא עוד אלא שפעם אחת גזרה מלכות הרשעה גזרה על ישראל על המילה ועל אותה העיר לא גזרה.

הליכה אחרי הכרעות "מרא דאתרא" אינה רק בדיני ממונות, אלא בכל תחומי ההלכה.²³ ואם כן ניתן לכאורה ללמוד משם גם לגבי הלכות שמירת הבריאות, שיש סמכות לציבור לקבל על עצמם דמות, מוסד או מערכת, שהחלטותיה יחייבו מבחינה הלכתית. נכון הוא שאחרונים²⁴ סייגו את ההליכה אחרי "מרא דאתרא". לדידם, בנושאים חמורים מוטל עליו להתייעץ עם חכמי עירו ולא להחליט לבד. עם זאת נראה שבהחלטות לגבי מגפת הקורונה מתקיימת היועצות עם גורמים שונים ומגוונים, והחלטה אינה נקבעת שרירותית על ידי מומחה ממונה אחד בלבד.

ההשלכה מדין "מרא דאתרא" לממונה מטעם המדינה על נושאים בריאותיים, תלויה בטעם הדבר שיש היתר (ואף חובה) לציבור לנהוג כרב המקום נגד דעות אחרות, גם במקום שלפי כללי ההכרעה במחלוקות היה מוטל עליו לחוש לדעות אלה. יש שכתבו שהטעם הוא משום שציווי התורה "לא תסור מן הדבר

21 שו"ת הרשב"א ח"א סי' רנג; ר"ן, פסחים יז ע"ב מדפי הרי"ף, שו"ת הר"ן סי' מח; שלטי גיבורים, ע"ז ב ע"א מדפי הרי"ף; שו"ת ריב"ש סי' רנו; פרי חדש, או"ח סי' תצו אות יא ועוד.

22 שבת קל ע"א; יבמות יד ע"א; חולין קטז ע"א.

23 יש מהפוסקים שסייגו את יכולתו של הציבור לקבל על עצמו "מרא דאתרא" רק לדיני ממונות, ראה שו"ת מהר"י בן לב ח"א כלל יב סי' עה (עג); פרי חדש, או"ח תצו אות יא; חקרי לב או"ח סי' צו, אך גם הם לא אמרו זאת אלא רק כאשר הציבור רוצה לקבל על עצמו פסיקה של חכם מדורות קדמונים, אך כאשר ישנו רב המכהן בפועל ומקובל על הציבור, מודים גם הם שיש לעשות כהוראותיו אפילו בעניינים איסוריים ולא רק בדיני ממונות.

24 ברכי יוסף, חו"מ סי' י ס"ק ד, בהתבסס על שו"ת ריב"ש סי' שעח, וציין לדברי מהר"ם בן חביב ואחרונים נוספים שכתבו כך. ושם כתב: "ומסתברא דכי איתיה במתא בי דינא דתלתא ומתונים בדין, תו לא צריכי מתורת חיוב לימלך בשאר חכמי העיר כנ"ל".

אשר יגידו לך ימין ושמאל²⁵ חל גם ביחס לרב המקום, ולא רק ביחס לבית הדין הגדול שבירושלים.²⁶ טעם אחר הוא משום חובת בני העיר לכבד את רבם.²⁷ ויש שכתבו כי הטעם הוא משום שבני המקום נחשבים לתלמידים של הרב.²⁸ שלושת הטעמים האלה כוחם יפה רק ביחס לרב המקום, ולפי זה אין ללמוד מהם לנידון דנן. אמנם מדברי חלק מן הפוסקים ניתן ללמוד טעם שכוחו יפה לא רק ביחס לרבנים: ההישמעות לרב היא משום שלציבור יש סמכות-מה בהכרעת ההלכה,²⁹ וקבלת הרב היא כהכרעה של הציבור שהלכה כמותו.³⁰ על פי טעם זה ניתן להשליך מהליכה אחר "מרא דאתרא" גם להליכה אחר ממונים לעניינים אחרים. ברם, מכיוון שהטעמים שכתבו רוב הפוסקים נכונים רק ביחס לרב, ולא ביחס לממונים אחרים, נראה שאין להשוות את דין "מרא דאתרא" לממונה בענייני הבריות.

לאור האמור נראה שאין דיי בטעם של קבלת הציבור כדי להגדיר שישנה חובה הלכתית לשמוע דווקא למומחה מסוים. אך כאמור נראה שיש לתת תוקף למומחים הממונים מטעם אחר, שיבואר בסעיף הבא.

2. הנתונים חשופים בפני מומחים ממונים

סיבה אחרת לתעדף החלטות של ממונה רשמי היא שלממונה מטעם הרשויות יש, בדרך כלל, מידע רב יותר, ובשל כך הוא נחשב ליותר מומחה מן האחרים. גם אם בכישוריו ובידיעותיו בתחום הרפואי יש מומחים ממנו, מ"מ מתוקף תפקידו הוא נחשף לידע שאינו נגיש למומחים אחרים, וזה גורם לו להיות המומחה הגדול ביותר בתחום. התייחסות לממונה כמומחה הגדול כוחה יפה

25 דברים יז, יא.

26 חידושי הריטב"א, שבת קל ע"א; ועיין קובץ שיעורים, בבא בתרא אות רעג בביאור העניין.

27 שו"ת רד"ך בית יב (בסופו); משמעות הרשב"א בתשובה ח"א סי' רנג; משמעות שו"ת מהר"י בן לב ח"א סי' עה.

28 חידושי הר"ן, חולין מג ע"ב.

29 כך ניתן להסביר את הטעם של הליכה אחרי מנהג הציבור במקום מחלוקת ראה בבלי, ברכות מה ע"א; ירושלמי, פאה ז, ה; מעשר שני ה, ב; יבמות ז, ג. וראה בדברי הרא"ה קוק באדר היקר עמ' לט; אגרות הרא"ה ח"א עמ' קצג-קצד - איגרת קמט; פנקס "ראשון ליפו" פסקא צא 1, על סמכותו של עם ישראל כולו בענייני הלכה.

30 כך ניתן להבין את דברי הרשב"א בתשובה (ח"א סי' רנג) שהשווה בין הליכה אחרי רב המקום למנהג המקום. וכן כתב בטל חיים (כללי הוראה ח"א סי' ד, עמ' רפז-רפח) על פי דברי המאירי בהקדמתו למגן אבות. וראה עוד ר"א שפירא, "דעת תורה", תחומין ח (תשמ"ז), עמ' 364.

רק לדברים שההחלטות נובעות מידיעותיו, אך דברים התלויים בשיקולים אחרים, כמו למשל שיקולים ערכיים של העדפת ערך זה על פני ערך אחר, כאשר אלה אינם נובעים מחמת הידע הרחב שלו,³¹ נראה שאין לו עדיפות.

ג. סמכות המנהיגים לחוקק את תקנות הקורונה

כיוון נוסף שבו יש לדון הוא: סמכות המנהיגים לתקן תקנות אלה.

סמכות מדינת ישראל והמוסדות הנבחרים שלה לחוקק חוקים ולתקן תקנות, נידונה רבות בתקופה האחרונה.³²

הדינים שעליהם ביססו את הסמכות ההלכתית של חוקי מדינת ישראל³³ הם בעיקר: תקנות קהל של טובי העיר,³⁴ דינא דמלכותא דינא³⁵

31 אך אם השיקולים מושפעים מידיעתו נתונים שאחרים אינם יודעים, יש לתת עדיפות לשיקול הדעת שלו, גם אם אינו מכריע. דוגמה: מומחה היודע את כמות מכונות ההנשמה ואת דרכי ההיערכות של בתי החולים, יוכל לשקול בצורה מדויקת יותר את הסכנות העלולות להיגרם מחמת הקלות בפתיחת המשק. ישנם היבטים רבים נוספים שדיעתם יכולה לשנות את ההנחיות, והם אינם גלויים לכול.

32 נציין לשני מאמרים ארוכים ומקיפים: א' שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", שנתון המשפט העברי טז-יז (תש"ן-תשנ"א), עמ' 417-500; ר"י בן שחר ור"י הס, "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", כתר - מחקרים בכלכלה ומשפט על פי התורה א (תשנ"ו), עמ' 337-385.

33 על כל אחד מן הדינים יש מי שדחה את שייכותו לחוקי המדינה, ואכמ"ל.

34 ר"י בארי (קולונדר), "סמכות המלכות במדינת ישראל", התורה והמדינה א (תש"ט), עמ' מב-מה (=בצומת התורה והמדינה, א, עמ' 34); ר"א שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנות תקנות בימינו", תחומין ג (תשמ"ב), עמ' 238 (=מורשה, ירושלים תשס"ה, עמ' רמב); שו"ת ישכיל עבדי ח"ו, חו"מ סי' ח וסי' כח; הרב יעקב משולם גינצבורג, משפטים לישראל, פ"ח עמ' סו-סט; פסקי דין רבניים, כרך יב, עמוד 15 (הרב גורן, הרב קאפח והרב אליהו); שם עמ' 179. בג"ץ, בפס"ד וילוז'ני, שהובא על ידי גרשון גרמן בספרו מלך ישראל, עמ' 649, כתב ביחס לפד"ר זה: "פסק הדין בעניין שלפנינו הוא מן המעטים ואולי היחיד והדבר טעון בדיקה נוספת שבו מוכרות הוראות שבחוקי הגנת הדייר... מכוח הכלל של מסייעין על קיצתן". הלכות מדינה, ח"ג שער ג פרק א (בציץ אליעזר חכ"א סי' ט חזר המחבר על תשובה זו, אך ישנן שם השמטות); ר"ד ליאור, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין ג (תשמ"ב), עמ' 247.

35 שו"ת ישכיל עבדי ח"ו, חו"מ סי' כח; שם ח"ז, או"ח סי' מד שאלה יד; שם ח"ח, או"ח סי' יח שאלה ד; שו"ת ציץ אליעזר ח"ה סי' ל; שם ח"י סי' נב; שו"ת יחווה דעת ח"ה סי' סד; שו"ת באהלה של תורה ח"ד סי' טז; ר"ע בצרי, דיני ממונות, ח"ד, שער ראשון פרק ט ס"י; ר"ש דיכובסקי, לב שומע לשלמה, סי' ד (=ההלכת השיתוף - האם דינא דמלכותא?), תחומין יח [תשנ"ח] = "דינא דמלכותא ודין התורה", תורה שבעל פה לט [תשנ"ח]; ר"י בארי, התורה והמדינה שם; ר"מ אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין ג (תשמ"ב), עמ' 242; ר"ד ליאור, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין ג (תשמ"ב), עמ' 247; ר"א שרמן, "מנהג המדינה ביחסי עובד ומעביד", תחומין יח (תשנ"ח), עמ' 244; רנ"צ פרידמן, "סמכויותיה של ממשלת

ודין המלך.³⁶ לא זה המקום לדון בפרטי כל דין ובהתאמתו למציאות העכשווית; נסתפק אפוא רק בסקירת ההשלכות של דין זה על תקנות לשעת חירום בשל הקורונה, זאת לפי הסוברים שיש תוקף הלכתי מחמת טעמים אלו.³⁷ לשם כך נסקור בקצרה את יסודות דינים אלה, בהדגשה של הנושאים הנוגעים לנדוננו. יש להדגיש שהתייחסות לתקנות לשעת חירום במשקפיים של תקנות קהל וכדומה, אין בכוחה להקל אלא רק להחמיר. כלומר, אם מחמת חובת שמירת הבריאות או האיסור להזיק צריך להימנע מדברים מסוימים, הרי שחובה להימנע מדברים אלה גם אם הרשויות מאפשרות אותם,³⁸ שכן אין בכוחן של תקנות אלה להתיר דברים האסורים הלכתית.

מדינת ישראל, התורה והמדינה א (תש"ט), עמ' מו-מט (=סמכויות הממשלה במדינת ישראל, בצומת התורה והמדינה א עמ' 37-39); ר"י כרמל, "דינא דמלכותא דינא", חמדת הארץ א (תשס"א), עמ' 63-71; נייר עמדה של מכון הליכות עם ישראל בחתימת רבנים רבים, תחומין כט (תשס"ט), עמ' 144; פסקי דין רבניים, ח"א עמ' 284, ח"ה עמ' 269 (פס"ד של הרב הדאיה, וכך עולה גם מפס"ד של הרב אלישיב שם); פסק דין של חברי בית הדין הגדול (הרב זולטי, הרב יעקב עדס והרב אלישיב) משנת תשי"ד, תיק 1228 (פורסם בצהר טו, מכון דרך אליעזר [אדר ב תשס"ה]), עמ' שצ-שצג); פרויקט השו"ת, פד"ר מתוך המאגר המקוון, פסק דין רלה ופסק דין רלו.

36 היסוד שעליו מושתתים הדברים הינם דברי הראי"ה קוק במשפט כהן (סי' קמד עמ' שלז), ויסוד הדבר כבר בדברי הר"ן, המאירי והרמב"ן (על התוספת שבדברי הראי"ה קוק על דברי הראשונים ראה במאמרו של ר"נ גוטל, "סמכות מנהיגי ישראל", בירורים בהלכות הראיה, עמ' 91-120). את דברי הראי"ה הביאו: רי"א הרצוג (תחוקה לישראל על פי התורה, א, עמ' 129; היכל יצחק או"ח סי' לז); ר"ש ישראלי (עמוד הימיני סי' ז) ועוד; רכ"פ טכורש, כתר אפרים סי' יט (=זכות השביתה ומגבלותיה לפי ההלכה, שנה בשנה תשל"ב); ר"י גרשוני, "בדין איסור ישיבה בארץ מצרים", תורה שבעל פה יז (תשל"ה); "על מלחמת שלום הגליל בלבנון", תורה שבעל פה כה (תשמ"ד); "השביתה וההשבתה", תורה שבעל פה כו (תשמ"ה); רח"ד הלוי, דבר המשפט על הרמב"ם, הל' סנהדרין פרק כד, ד-י אות ז; שו"ת עשה לך רב ח"ז סי' סח; ר"א וולדנברג, ציץ אליעזר ח"י סי' א, הלכות מדינה ח"א שער ג פ"ה אות יא, ח"ג שער ג פרק א (בציץ אליעזר חכ"א סי' ט חזר המחבר על תשובה זו, אך שם הושמטה התייחסות זו); ר"ע יוסף, שו"ת יביע אומר ח"י, חו"מ סי' ו אות כג; שו"ת יחווה דעת ח"ה סי' סד; ר"ד ליאור, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין ג (תשמ"ב), עמוד 247; הרב ש' דיקובסקי, לב שומע לשלמה, שם; ר"א שרמן, "דמוקרטיה ושלטון הקהל במקורות ההלכה", שנה בשנה תשנ"ח; ועוד.

37 על ההשלכה משלושת דינים אלו לחוקי מדינת ישראל יש מערערים ומפקקים מסיבות אלו ואחרות, והאמור כאן מתבסס על דברי הפוסקים שהובאו בהערות הקודמות שלמדו מדינים אלו שישנו תוקף הלכתי לחוקי המדינה.

38 דוגמה לדבר - גם בשעה שנאסרו התקהלויות, לא נאסרו הפגנות. הטעם לכך הוא משום שאיסור להפגין מתפרש כנוגד את אושיות המשטר הדמוקרטי. אך אם ישנה סכנה בריאותית בהתקהלות בהפגנה, אין היתר הלכתי להתקהלות זו.

ד. תקנות קהל - טובי העיר

קהילות ישראל התנהלו במשך דורות על ידי חוקים והנהגות, שהתאימו לאופי הקהילה ומקומה. כל קהילה הגדירה לעצמה חוקים והנהגות, אם לעצמה ואם בשיתוף קהילות אחרות.

המקור לדבר הוא סוגיית ב"ב (ח ע"ב) על פי התוספתא:³⁹ "רשאי בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר פועלים ולהסיע על קיצתן". בגמרא (שם) נאמר שיש סמכות לבני העיר לתקן תקנות, ואף להעניש את העוברים על תקנות אלו.

מי הם מתקני תקנות הקהל? נחלקו ראשונים בשאלה אם סמכות זו נתונה רק בידי כל אנשי העיר, או שהיא נתונה גם בידי הממונים מטעם בני העיר - "טובי העיר". סיעת פוסקים סוברת שיש סמכות לטובי העיר לתקן תקנות,⁴⁰ וכנגדם סיעה אחרת סוברת שאין להם סמכות לתקן תקנות חדשות.⁴¹

גם בין הפוסקים הסוברים שאין כוח הלכתי לטובי העיר לתקן תקנות, יש מקרים שבהם הכול מודים שיש סמכות לטובי העיר. תקנות שעת החירום בשעת הקורונה עונות על מקרים אלה:

1. במקום שיש מנהג שיש סמכות לטובי העיר לתקן תקנות, יש לסמוך על המנהג. כיום המנהג הוא שיש סמכות לטובי העיר.⁴²

39 ב"מ יא, כג.

40 מהפוסקים שסברו כך: ר"ת (מרדכי ב"ב רמז תפ); ראבי"ה (מהדורת הרב דבילצקי, כרך ג, סי' אלף כה [תשובה נוספת של ראבי"ה הובאה במרדכי שם רמז תפב ובשו"ת מהר"ח או"ז סי' רכב; גם מהר"ם מרוטנברג, דפוס קרימונא סי' קסה, ציין לתשובת ראבי"ה]); מהר"ם מרוטנברג (מרדכי שם רמז תפ ומגילה רמז תתכא; שו"ת מהר"ם מרוטנברג, שם ודפוס פראג סי' תתקסח ותשובות נוספות); רמב"ן, מגילה כה ע"ב וב"ב קמד ע"א; רשב"א (שו"ת הרשב"א ח"א סי' תריז; ח"ג סי' תטז; ח"ה סי' קכה; ח"ז סי' קח); שו"ת מהר"ם אלשיך סי' נט.

41 מהפוסקים שסברו כך: ר"ת (מרדכי ב"ב תפ); מהר"ם מרוטנברג (מרדכי ב"ב תפא); שו"ת רא"ם סי' נז; שו"ת רמ"א סי' עג; נחלת שבעה, שטרות סי' כז אות יד. אחרונים התייחסו לסתירה בדעת חלק מפוסקים אלו, ראה לדוגמה שו"ת מהר"י בן לב ח"ד סי' טו, שו"ת מהר"ם אלשיך סי' נט, ספר טובי העיר, נספח ג (עמ' תלה-תנה).

42 כן כתב הרמ"א בחו"מ סי' ב ובתשובה סי' עג. וכ"כ פוסקים נוספים: ב"ח חו"מ ב, שו"ת חת"ס ח"ה, חו"מ סי' קטז; שו"ת בית שלמה חו"מ סי' מה.

2. במקום שהתקנות אינן נגד דין תורה,⁴³ וכל שכן במקום שהתקנות באות לחזק את התורה,⁴⁴ כמו במקרה שלנו שהן באות לשמור על בריאות הציבור ולמנוע מאנשים להסתכן.⁴⁵

ההתייחסות לתקנות לשעת חירום בתקופת הקורונה כמחייבות מתוקף סמכות טובי העיר לתקן אותן, מתבססת על כך שסמכות זו של טובי העיר לתקן את התקנות מחייבת כל יחיד לשמוע לתקנות אלו. כך כתב הרשב"א:⁴⁶ "אין כל אדם רשאי לפטור את עצמו מתקנות הקהל והסכמותם, לפי שהיחידים משועבדים הן לצבור. וכמו שכלל הקהלו' משועבד לב"ד הגדול או לנשיא, כך כל יחיד ויחיד משועבד לצבור שבעירו"; כדבריו כתבו פוסקים נוספים.⁴⁷ חובה זו, יש שכתבו שתוקפה כדיני תורה,⁴⁸ ויש שכתבו שתוקפה כדיני דרבנן.⁴⁹

חובת היחיד להישמע לתקנות הקהל תקפה רק כאשר התקנה התקבלה על ידי הציבור והוא מממש אותה. לעומת זאת אם התקנות אינן מתבצעות על ידי הציבור, הרי שפוקעת החובה לשמוע להם. מקור לכך נמצא בתקנות חז"ל שבטלות אם אין רוב הציבור יכול לעמוד בהם,⁵⁰ והחילו זאת הפוסקים גם ביחס

43 שו"ת הרמ"א סי' עג, חוות יאיר סי' פא (ושם כתב שאין בכלל מחלוקת בין הראשונים).
44 כן מפורש בדברי מהר"ם שהביא המרדכי שבדבר שהוא "מיגדר מילתא" יש סמכות לטובי העיר; שו"ת מהרי"ק סי' קפ; שו"ת רד"ך בית יב; שו"ת חת"ס יו"ד סי' ה. וע"ע בשו"ת הרשב"א ח"ה סי' קכו שגם במקום שחוששים לשיטות שאין סמכות לטובי העיר, "מ"מ, אם רצו לגדור ולתקן, ויש בתקנתם תועלת או גדר פרצה, והיחידים באים לעכב אם אין הצבור משגיחין בהם ומעמידין הדבר על קו הדין הרי זה דרך ישרה שיבור לו כל צבור וצבור".

45 אכן יש לעיין האם יש להם תוקף הלכתי לתקנות שעניינן לגדור פרצה בדבר הלכתי, אך מתוקנות לא מחמת האיסור ההלכתי שבדבר אלא מטעמים אחרים, ועל ידי אנשים שאינם שומרים בעצמם תורה ומצוות.

46 שו"ת הרשב"א ח"ג סי' תיז. וכן כתב גם בח"א סי' תשסט ובח"ז סי' תצ.
47 ראה בשו"ת הרא"ש כלל ו סי' ה; כלבו סי' קמב; סמ"ע, חו"מ סי' קנו סק"ו; שו"ת חכם צבי סי' לח.

48 סמ"ג, לאוין רלח בשם הגאונים ורש"י; הגהות מיימוניות ורדב"ז, הל' שבועות א, ו בשם רב יהודאי גאון; מרדכי, שבועות רמז תשנה בשם רש"י; תרומת הדשן סי' רפב.
49 ט"ז, יו"ד סי' רכח סקמ"ב בדעת השו"ע והרשב"א בתשובה (שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן סי' רפ). וביאר שם הט"ז שאם עניינה של התקנה לגדור פרצה הלכתית תוקפה כדין תורה, ואם בעניינים ממוניים תוקפה כדין דרבנן.

50 בכמה מקומות מצאנו שחז"ל לא גזרו גזרה מחמת שאין רוב הציבור יכול לעמוד בה (ב"ק עט ע"ב, ב"ב ס ע"ב), ובמקום אחד גם מצאנו שגזרה שהציבור לא עמד בה בטלה (בבלי, ע"ז לו ע"א; ירושלמי, ע"ז ב, ח). וכך פסק הרמב"ם בהל' ממרים ב, ו-ז, בהל' קריאת שמע ד, ח ובהל' תפילה ד, ה. פעמים שהתקנה בטלה מאליה, ופעמים שצריך בית דין לבטל את התקנה, עיין שו"ת הריב"ש סי' רעא, וכסף משנה, מקראי קודש, מעשה רוקח וכן ידד על הל' קריאת שמע

לתקנות הקהל.⁵¹ היו תקופות שבהן רוב הציבור לא נשמע לחלק מן ההנחיות של תקנות החירום בשעת הקורונה, או לא ביצע אותן בצורה הראויה.⁵² האם מחמת זה בטל תוקפן ההלכתי?

אם נקבל את ההנחה שחוקים אינם תקפים (מכוח תקנות הקהל) כאשר ציבור אינו עומד בהם, א"כ יש לדון בשאלה אם חוסר קבלה על ידי הציבור משמעו רק חוסר קבלה של מכלול התקנות, או רק של פרטים מסוימים. לכאורה היה נראה שביטול תקנה אינו אלא רק כאשר לא מקיימים אותה כלל, ולא במקרה שמקיימים אותה אך לא בכל פרטיה ודקדוקיה. ואולם מהתקנה שעליה אמרו חז"ל שהתבטלה מחמת אי-קבלתה על ידי הציבור יש ללמוד שאין הדבר כך.

התקנה שהתבטלה היא איסור שמן של גויים (ע"ז לו ע"א). איסור זה לא תוקן בפני עצמו אלא כחלק ממערכת הרחקות מנכרים הכוללת גם את פיתם, את יינם ואת הייחוד עם בנותיהם,⁵³ ואף על פי כן הוא התבטל בפני עצמו אף שבשאר האיסורים הציבור כן עמד.

עם זאת נראה לומר, שאף אם נשווה את חוקי הכנסת לתקנות הקהל, אין הם שווים להם לכל דבר, ויש בדבר זה להקל ולהחמיר. תקנות קהל, כמו תקנות חז"ל, תוקנו על מנת שהאדם יעשה אותם מתוך מחויבותו הדתית או בשל השתייכותו לקהילה. אמנם היו גם סמכויות אכיפה מטעם בתי הדין והשלטונות, אך נראה שהמניע העיקרי לשמירת התקנות היה יראת השמים

שם מתי התקנה בטלה ומתי צריך בי"ד לבטל אותה, ושו"ת תומת ישרים סי' ריג (עמוד תל).
51 תשובות הגאונים - מוסאפיה (ליק) סי' מא (= שערי תשובה סי' לג); תשובת ר' יוסף טוב
עלם בשו"ת מהר"ם מרוטנבורג דפוס לבוב סי' תעד (תכג); תשובת הראב"ה (מהדורת הרב
דבילצקי, כרך ג סי' אלף כה, וכן הובא בשם הראב"ה במרדכי, ב"ב סי' תפב, ובשו"ת מהר"ח
או"ז סי' רכב); משפט החרם לרמב"ן; שו"ת הרשב"א ח"ג סי' תיא, ח"ה סי' רמה וח"ז קח;
שו"ת הריב"ש סי' רעא; כל בו קמז-קמח; תרומת הדשן ח"ב סי' רנב; רמ"א יו"ד רכח, נ; שו"ת
הרא"ם סי' נז; שו"ת תומת ישרים סי' ריג (עמוד תל); שיירי כנסת הגדולה, הגהות בית יוסף,
יו"ד סי' רכח סקר"מ. עם זאת, כתבו הפוסקים (ראב"ה, תשובות וביאורי סוגיות, סי' אלף לא;
אגודה, סנהדרין פרק ג; דרכי משה, חו"מ סי' לד סק"ג; סמ"ע, סי' לד סק"ז) שמי שאינו עושה
כתקנות הקהל, אפילו בענייני ממון, אינו נפסל לעדות מחמת כך, וביארו בטעם הדבר "שא"כ
לא יוכשרו אחד מעשרים שמועלין בחרמות ובתקנות הקהילות" (לשון הראב"ה הנ"ל, ובדברי
הדרכי משה והסמ"ע הלשון היא: "אחד מאלף"), וא"כ נראה שרוב האנשים אינם שומעים
לתקנות. נראה שאמנם רבים אינם שומעים לתקנות, אך כל יחיד אינו שומע לתקנה אחרת
ובפעמים שונות, אך רוב הציבור כן מקיים כל תקנה בפני עצמה.

52 ראה <https://www.makorrishon.co.il/news/235261/>

53 ראה בע"ז שם, ובשבת יז ע"ב וברש"י בשבת (ד"ה כולן) כתב: "והא כולהו חדא היא".

של האדם הפרטי. לעומת זאת, חקיקת החוקים היום אינה מתבססת על יראת השמים של האדם, אלא על יכולת האכיפה, וגדרי החוק מושפעים מכך. מובן שהחוק גם מביע קריאת כיוון ערכית-מוסרית, אך פרטיו מנוסחים בצורה כזו שניתן יהיה לתפוס ולהעניש את העובר עליו. משום כך החוק מוגדר לא רק לפי הערכים, אלא לעתים מחמיר יותר, כדי שניתן יהיה להעניש ולא יוכלו להתחמק מעונש בסברות אלה ואחרות.

אם הבחנה זו נכונה, הרי שגדרי התקבלות החוק, שונים מגדרי תקנות הקהל. בעוד בתקנות הקהל, ובפרט בתקנות חז"ל, המטרה הייתה שכל אדם יקיים את התקנות כפי שהן בלי לשנות מהן ימין ושמאל, הרי שבחוקים דהיום לא זו הכוונה. ההשלכה הנובעת מהבחנה זו היא, מחד, שהחובה לשמור על תקנות הקהל אף שהיא חובה הלכתית, חובת הדקדוק בכל פרטיה ודקדוקיה במצבים שונים אינה כדיני תורה ואף לא כדיני דרבנן, ויש מקום לשיקול דעת.⁵⁴ מאידך, אי שמירה על פרטי החוקים, גם על ידי רוב הציבור, אינו מוכיח על חוסר תקפותו של החוק ועל חוסר התקבלותו על ידי הציבור.

ה. "דינא דמלכותא דינא"

כפי שהוזכר לעיל, יש שהתייחסו לתוקפם של חוקי המדינה מצד "דינא דמלכותא דינא".⁵⁵ יש לבחון אם ניתן לחייב את השמירה על תקנות לשעת חירום למלחמה בקורונה מכוח דין זה. סעיף זה יבחן את תקפותם של התקנות לאור "דינא דמלכותא דינא" משלושה היבטים:

1. כאשר התקנות מוסכמות על חכמי ישראל

אחת השאלות המרכזיות לגבי "דינא דמלכותא דינא" ביחס לחוקי מדינת ישראל, היא מחלוקת הראשונים אם דין זה קיים גם במלכות של יהודים⁵⁶ או

54 כעין סברה זו, שחובת השמירה על החוקים אינה כדיני תורה, ויש לעשות לפי שיקול דעת, כתבו: ר"א סדן "עבודת ילדים בחופשת הקיץ", אמונת עתיך 97 (תשע"ג), ר"י אריאל במכתבו שהובא באמונת עתיך שם, עמ' 86-87; ר"א וויס, שו"ת מנחת אשר ח"ב סי' קכג (דבריו נכתבו ביחס ל"דינא דמלכותא" ולא לתקנות קהל). בדומה לזה כתב הרב ניר אביב ("מעשה רשת", עמ' 92, הערה צד) בשם הרב דוב ליאור, שלחוק שלא אוכפים אותו אין תוקף מבחינה הלכתית. 55 המצדדים בכך שתוקפם של חוקי המדינה מצד דינא דמלכותא התמודדו עם מחלוקת הראשונים אם דינא דמלכותא דינא נכון גם במלכי ישראל ובארץ ישראל, ראה לדוגמה במאמרו של שוחטמן הנ"ל (לעיל, הערה 32), עמ' 434-440.

56 הרמב"ם, ה' גזלה ואבדה ה, יא.

רק במלכות של נכרים.⁵⁷ בשו"ת חתם סופר⁵⁸ כתב שחוק שאותו גם אנחנו היינו גוזרים, לכו"ע אומרים דינא דמלכותא דינא. לפי זה, יש מקום לומר שתקנות הקורונה מחייבות לכו"ע.

אמנם יש לדון בשאלה אם אכן גם אנו היינו מתקנים כן, ואיך נמדוד דבר זה? האם צריך שחכמי ישראל יסכימו לכל הפרטים שהסכימה המלכות? וכי לכך התכוון החת"ס? נראה ברור שאין כוונת החת"ס אלא שתקנה שהיא הגונה ולטובת הציבור, ואינה מיועדת רק לטובת המלך, מחייבת את הציבור, אך אין הכרח שחכמי ישראל ישבו לדון על כל פרט ופרט ממנה. ואף אם יש מחלוקות בין המומחים ובין חכמי ישראל על פרטי התקנות, יסכים החת"ס שיש לתקנות תוקף.

2. האם חובה לקיים את דיני המלכות?

כיוון אחר שמחמתו יש לדון ביחס לחובת האזרחים לשמור על חוקי הקורונה הוא השאלה אם "דינא דמלכותא דינא" מחייב את האזרח לשמור על החוקים, או רק נותן סמכות למלך לכפות אותם. הר"ן⁵⁹ כתב, שאף שבכוחו של המלך לחייב את האזרח לשלם מיסים, אין חובה על האזרח לתת את המס למלך הנכרי:

וכי אמרינן דינא דמלכותא דינא ה"מ לענין שאם קנה אחד מכס זה חייבים ליתן לו את המכס, וכן נמי אם לא קנה אותו אלא שהוא ממונה לגבות את המכס, שאינו רשאי ישראל חבירו לישבע שהן תרומה דליכא אונסא כיון דדינא דמלכותא דינא.⁶⁰ מיהו אין זה הממונה רשאי להכריח ישראל חבירו לפרוע לו את המכס אם לא מיראת המלכות דנהי דדינא דמלכותא דינא לא יהא אלא הלואתו, הא קיימא לן בפרק הגוזל הפקעת הלואתו מותרת.⁶¹

57 ר"ן, נדרים כח ע"א בשם התוספות. וראה "דינא דמלכותא דינא", אנציקלופדיה תלמודית, ז, אות ו טור שז-שח; ש' שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים תשל"ה, עמ' 99-108; רד"ש שור, דינא דמלכותא, ירושלים תשע"ז, עמ' שצט-תמח.

58 חושן משפט סי' מד.

59 נדרים כח ע"א ד"ה במוכס העומד מאליו.

60 מכאן עד סוף הציטוט הושמט מחלק מהדפוסים בגלל הצנזורה.

61 ראה רז"ג גולדברג, "תוקף התחייבות בזכרון דברים למכור", תחומין יב (תשנ"א) עמ' 293; פסקי דין רבניים חי"ד עמ' 350. הוא נקט כדברי הר"ן שאין חובה הלכתית על האזרח לשמוע לתקנות המלך. בשו"ע הגר"ז (חו"מ, הל' גזלה וגנבה ס"ק טו) כתב שירא שמים יחמיר על מנת

מדברי הר"ן עולה ש"דינא דמלכותא דינא" הוא רשות למלך לגבות את המס, אך לא חובה הלכתית על האזרח לתת אותו.

הרמב"ם, בשונה מהר"ן, כתב⁶² שמי שמבריח את המכס הוא גוזל את מנת המלך. כדברי הרמב"ם סבר גם המאירי.⁶³ יש מי שהבין על פי זה, שלדעת הרמב"ם משמעות "דינא דמלכותא דינא" היא חובה על האזרח לקיים את תקנות המלך. זו אינה רק סמכות שיש למלך, ומשום כך מי שאינו משלם את המס הוא גוזל מנת המלך.⁶⁴ לפי זה, השאלה נתונה במחלוקת בין הרמב"ם לר"ן. אך ניתן לבאר שמחלוקתו של הרמב"ם עם הר"ן היא בדבר אחר. דברי הר"ן המתיר לאזרח להעלים מס ממלך גוי, מבוססים על דברי הגמרא בב"ק⁶⁵ שמותר להפקיע הלוואתו של גוי. ההיתר להפקיע הלוואת גוי אינו מופיע ברמב"ם, ויתרה מכך, משמעות דבריו בתחילת הל' גזלה שהיתר זה כלל אינו קיים.⁶⁶ המאירי⁶⁷ כתב במפורש שאסור להפקיע הלוואתו של גוי: מכיוון שדברי הר"ן על ההיתר להעלים מס מבוססים על ההיתר להפקיע הלוואת הגוי, ניתן לומר שהטעם שהרמב"ם והמאירי אסרו להעלים מס הוא משום האיסור להפקיע את הלוואתו של הגוי, ולא משום שישנה חובה על כל אזרח לעשות את דיני המלך.⁶⁸

שלא לעבור על לאו.

יש להדגיש שאף על פי שהר"ן כתב את דבריו במלך גוי, הרי שמצד "דינא דמלכותא", מלך יהודי אין כוחו חזק מאשר מלך גוי (ולשיטת הר"ן, כפי שכתב בשם התוספות בתחילת דבריו המצוטטים כאן, אין אומרים "דינא דמלכותא דינא" במלך ישראל, כפי שהובא לעיל), וההבדל בין יהודי לגוי הוא רק בדין "הפקעת הלוואתו" שהותרה רק במלך גוי. א"כ נראה שלפי הר"ן אין חובה לקיים את תקנות המלך מצד דינא דמלכותא, אך במלך יהודי (אם נאמר בו "דינא דמלכותא דינא") יהיה חובה לשלם את המכס.

62 הל' גזלה ואבדה ה, יא.

63 בב"ב קיג ע"ב ובנדרים כח ע"א.

64 שו"ת מהרש"ן ח"ב סי' ריט; משנה למלך, הל' גזלה ואבדה ה, יא.

65 קיג ע"ב.

66 בהל' גזלה ואבדה א, ב כתב הרמב"ם שאסור לעשוק גוי, ושם בה"ד כתב שהפקעת הלוואה זהו עושק. א"כ נראה ברור שהרמב"ם נוקט שהפקעת הלוואתו של גוי אסורה. הכס"מ שם ביאר שגם הרמב"ם מודה שהפקעת הלוואתו מותרת, אך באחרונים (שו"ת חוט המשולש סי' יד; מרומי שדה, ב"ק קיג ע"א; דברי תלמוד עמ' קעד) ביארו את דברי הרמב"ם שפסק שהפקעת הלוואתו של גוי אסורה. שיטה זו מתחזקת לאור דברי המאירי שכתב בפירוש שהפקעת הלוואתו של גוי (גם אם הוא עובד ע"ז) אסורה.

67 ב"ק קיג ע"ב.

68 ראה בשו"ת חוט המשולש (סי' יד, תשובת הרב יום טוב ליפמאן אב"ד קאפולייע לרב חיים מוואלז'ין) שבתחילה ביאר שכל הממון של האזרחים משועבד למלך, ולאחר שהם נותנים

אכן, השו"ע⁶⁹ פסק מחד את דברי הרמב"ם שהמעלים מכס הוא גוזל את המלך, אך הוסיף מאידך שאם המוכס הוא גוי אין איסור בהעלמת המכס (במקום שאין חילול השם), משום שהפקעת הלוואתו מותרת. את שיטתו אי אפשר להסביר כפי שהתבאר בדעת הרמב"ם, שהרי הוא מתיר הפקעת הלוואת גוי ואע"פ כן מגדיר העלמת מכס ממלך גוי כגזל. א"כ בדעת השו"ע נראה שישנה חובה הלכתית על האזרח לקיים את תקנות המלך, ומטעם זה המעלים את המכס נחשב כגזלן.

הרמ"א⁷⁰ פסק כר"ן: "אף על גב דאסור להבריא מכח דינא דמלכותא, מ"מ אם אדם מבריא אין למוכס לכוף אותו ליתן, דהוי כהפקעת הלוואתו דשרי". מדבריו נראה שלומד גם בדעת הר"ן שישנה חובה על האזרח לקיים את מצות המלך. הגר"א⁷¹ מעיר על דברי הרמ"א, שהר"ן סבר שאף לכתחילה מותר שלא לשלם למלך, ולא כפי שכתב בדעתו הרמ"א. יש שביארו, שאף הרמ"א מודה שאין זו חובה הלכתית, ומה שכתב שאסור להבריא מכוח דינא דמלכותא, כוונתו לחובה אזרחית ולא לחובה הלכתית.⁷²

ממנו את המכס הוא שלהם, ומשום כך אי נתינת המכס הרי הוא כגזלה. ואח"כ ביאר שהרמב"ם פסק שהפקעת הלוואתו של גוי אסורה (וראה שם בסי' יז את תשובת הר"ח וולוז'ין לדבריו). עוד על שיטת הרמב"ם עיין באבן האזל, הל' גזלה ואבדה א, ב ובמרכבת המשנה (חעלמא) שם ה, יא.

69 חו"מ שסט, ו.

70 שם.

71 שם ס"ק כג.

72 ר"א בראלי, "האם אי ציות לחוק נחשב לאיסור הלכתי?", אמונת עתיך 113 (תשע"ו), עמ' 73-63. הוא מבסס את דבריו גם על שיטת הרשב"ם (ב"ב נד ע"ב ד"ה מי) שכל "דינא דמלכותא דינא" מבוסס על כך ש"בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו". גם הרב אריה שטרן (בכנס של מכון כת"ר תשע"ט, <https://www.youtube.com/watch?v=q4yC2mcQBnc>) סבור שהחובה לקיים את דינא דמלכותא היא חובה אזרחית ולא הלכתית (אלא שהוא מסייג זאת, שבמדינת ישראל החובה היא גם הלכתית מדין תקנות קהל). כך נוקט גם ר"א סדן (לעיל, הערה 54), עמ' 87-79.

בספר דברי תלמוד (הרב אברהם אליהו קפלן, ח"א עמוד קעב) מבאר את שיטת הר"ן כפי שהתבארה כאן, שאין בכוחו של המלך לחייב את האזרחים לעשות את מצוותיו, אלא שיש בכוחו לכפות אותם על זה, ולהענישם אם לא עושים כך. ובהמשך (עמ' קעה) מבאר את דברי הרמ"א שאין חובה לתת את המכס, אך אם המלך אוסר על מגורים במדינתו של מי שאינו נותן מכס, הרי שהוא גוזל את המלך בכך שגרר במדינה נגד החוקים שלו. (כעין הסבר זה כתב בשו"ע הגר"ז הל' גנבה וגזלה טו בדעת הרמב"ם). עוד לגבי הבנת הרמ"א והר"ן ראה בשו"ת ר' שלמה איגר ח"ב כתבים סי' סג אות ו.

ועיין בשו"ת תשובה מאהבה ח"א סי' קיז שכתב שמי שקידש אשה נגד חוקי המלכות קידושו תקפים, ומשווה את דין המלך לחייבי לאוים ושניות שקידושו תקפים (שו"ע אה"ע מד, ז).

3. תקנות מחודשות

אף על פי ש"דינא דמלכותא דינא", כתב הרמב"ן:⁷³ "מה שהמלך עושה לפי שעה או חוק חדש שהוא עושה לקנוס העם במה שלא נהגו בימי האבות, חמסנותא דמלכא הוא ואין אנו דנין באותו הדין", וכדבריו כתבו ראשונים נוספים.⁷⁴ לכאורה לפי זה תקנות לשעת חירום אינן נכללות ב"דינא דמלכותא". ניתן להבין שאין כוונת הרמב"ן אלא במקרה שהחוק החדש מיועד לטובת המלך, ולא כאשר הוא מיועד לטובת האזרחים.⁷⁵ בין הראשונים ההולכים בשיטתו יש שכתבו שאם העם מקבל על עצמו את החוקים, יש תוקף גם לחוקים חדשים.⁷⁶ א"כ יש לדון בשאלת קבלת הקהל את תקנות הקורונה, וכפי שנידון לעיל. מכל מקום ראשונים אחרים חלקו על כך שאין סמכות למלך לחדש חוקים,⁷⁷ וכדבריהם פסק השו"ע,⁷⁸ ואם כן אין מקום לפקפק מטעם זה על תקנות לשעת חירום.

מדבריו אלה נראה לכאורה שישנו איסור הלכתי ממשי על האזרח לעשות נגד חוקי המלך. אך נראה שאין להוכיח מתשובה זו, שכן משמע שדברים אלו נכתבו גם מפחד המלכות, וראיה לדבר שלאחר מכן כתב שאין לכפות אותו להוציא, ולא התייחס לכך שהנושא אשה בעברה כופים אותו להוציא (שו"ע אה"ע קנד, כ). לעומת זאת, ראה בהקדמה לשו"ת אגרות משה ח"ח (עמ' 26), שנכדי הר"מ פיינשטיין כותבים עליו: "שמירת חוקי המדינה של ארה"ב נחשבה בעיני רבנו חובה הלכתית מוחלטת", ובאגרות משה חו"מ ח"א סי' פח כתב שיש איסור להעלים מכס. חידושי הרמב"ן, ב"ב נה ע"א.

73 חידושי הריטב"א, ב"ב שם וגיטין י ע"ב; ריטב"א, נדרים י ע"א מדפי הרי"ף; נימוקי יוסף, נדרים י ע"א מדפי הרי"ף; ספר התרומות שער מו ח"ה בשם הרמב"ן; טור, חו"מ סוף שימן שסט בדעת הרמ"ה; תשב"ץ ח"א סי' קנח (וראה עוד בהערה הבאה ראשונים נוספים שכתבו בדומה לזה); שו"ת מהרי"ק סי' סו. כך ניתן להבין גם את דברי התוספות בב"ב נח ע"א ד"ה אי נמי.

74 כך משמע מכך שהרמב"ן אמר שרק דין המלך חל ולא חמסנות המלך, וכן מכך שחלק מן הראשונים כתבו את הסייג בצורה קצת אחרת: במקום לכתוב שאין בסמכות המלך לחוקק חוק חדש, כתבו שאין בסמכותו לקחת בלא חוק (חידושי הרשב"א, ב"ב שם; חידושי הר"ן, ב"ב שם; חידושי הר"ן, גיטין ד ע"א; נימוקי"י, ב"ב כט ע"ב מדפי הרי"ף). ויש מראשונים אלו שכתבו במקומות אחרים כדברי הרמב"ן (כפי שצוין לעיל), ונראה שכוונתם לדבר אחד.

75 חידושי הריטב"א, ב"ב וגיטין שם.

76 הרמב"ם, הל' גזילה ואבידה ה, יג וכפי שביארו המגיד משנה שם; משמעות הרא"ש, ב"ב פ"ג סי' סו וכן כתב בשמו הטור, חו"מ סוף סי' שסט; משמעות המאירי נדרים כח ע"א; ים של שלמה בבא קמא פ"י סי' יח.

77 חו"מ שסט, ז וביאור הגר"א שם ס"ק כה בדעתו.

ו. מלך ישראל

כאמור, בהתבסס על דברי הראי"ה, יש שהתייחסו לחוקי מדינת ישראל כמחייבים, משום שלמדינת ישראל יש, בעניינים מסוימים, סמכויות כמו "מלך". אם נאמץ גישה זו, אין מקום לחלק מן הפקפוקים שהועלו לעיל:⁷⁹

1. למלך ישראל ישנה סמכות לקבוע חוקים זמניים, וכמו שמצאנו לדוגמה אצל שלמה המלך שציווה על שמעי בן גרא שלא לצאת מירושלים.⁸⁰ כך כתב הרמב"ם:⁸¹ "כל המורד במלך ישראל יש למלך רשות להרגו, אפילו גזר על אחד משאר העם שילך למקום פלוני ולא הלך או שלא יצא מביתו ויצא חייב מיתה, ואם רצה להרגו יהרג, שנאמר כל איש אשר ימרה את פיך". יש להניח שגם על פי דברי הראי"ה קוק מדינת ישראל אינה יכולה לאסור יציאה מן העיר באופן שרירותי, ועל אחת כמה וכמה שאינה יכולה להרוג את העובר על איסור כזה. אך אין זה משום שאין בסמכותה לחוקק חוקים חדשים, כדברי הרמב"ן ביחס ל"דינא דמלכותא דינא", אלא משום שלא לכל דבר השווה הראי"ה קוק את מדינת ישראל למלך.⁸² מ"מ נראה שלגבי חידוש חוקים בעניינים הנוגעים להנהגת הכלל, יש סמכות למדינת ישראל לפי שיטת הראי"ה קוק, זאת גם אם נקבל את הסתייגותו של הרמב"ן לגבי "דינא דמלכותא דינא".

2. בשונה מ"דינא דמלכותא דינא", לגבי מלך לא מצאנו מחלוקת אם יש חיוב לעשות את מה שהוא מצווה. כך כתב הרמב"ם:⁸³ "כל זמן שיצוה המלך הזה צווי שלא יהיה סותר מצוה מן התורה, הנה אנחנו חייבים לשמוע מצותו".⁸⁴

79 ראה ר"נ גוטל (לעיל, הערה 36), עמ' 92-94, על כך שנתנית סמכות הלכתית מכוח דין המלך עדיפה מבחינות רבות על נתינת הסמכות משום תקנות קהל, או "דינא דמלכותא דינא".

80 מלכים א ב, לז.

81 הל' מלכים ג, ח.

82 ראה במשפט כהן סי' קמד בחילוקו של הראי"ה קוק בין עניינים פרטיים להנהגת הכלל. וע"ע במשפטי שאול - ארץ ומדינה, שער ב, סי' קלא-קלב, ובמכתבו של הרצי"ה קוק שהודפס בספר מתוך התורה הגואלת - מועדים וזמנים, עמ' 60-61.

83 ספר המצוות, עשה קעג.

84 בספר דברי תלמוד (לעיל, הערה 72) בעמ' קעב כתב שאין חילוק בין מלך נכרי למלך ישראל לגבי חובת האזרח לקיים את מצוותיו, אך "יוצא מן הכלל הזה הוא מלך המשוח, שהוא משיח ה', עליו נאמר 'שום תשים עליך מלך' ". נראה שהוא סבר שהנהגה שאינה מלכות גמורה, אין לה דיני מלך ישראל, ולא כשיטת הראי"ה קוק המובאת כאן.

יש לציין שיש מן הפוסקים שהשוו בין "דינא דמלכותא דינא" לדין המלך,⁸⁵ ולפי דבריהם ניתן להבין שחז"ל "תרגמו" את דין מלך ישראל גם לצורת הנהגה אחרות, ולא רק למלך ממשי. דבר זה מהווה קריאת כיוון להחיל תוקף הלכתי מחייב להחלטות מדינת ישראל (כמובן כאשר אין הן נוגדות את דברי התורה) למרות השוני בין צורת ההנהגה היום לבין הדגמים שעליהם דיברו חז"ל. כך ניתן ללמוד גם מהראשונים שהחילו את דיני טובי העיר גם על המנהיגים שבזמנם, אף שלפרנסים שבזמנם לא היה אותו מעמד כמו לטובי העיר שבזמן חז"ל.⁸⁶

סיכום

תוקפם ההלכתי של תקנות ממלכתיות למניעת התפשטות מגפת הקורונה, נובע מהנמקות אלה:

א. חובה הלכתית להיזהר מהסכנה. אם ישנה מחלוקת, יש לנהוג לפי המומחים ביותר. הממונה מטעם המדינה הוא בעל הידע הרב ביותר, ומשום כך נחשב למומחה גדול יותר.

ב. הכרעת פוסקים רבים שחוקי מדינת ישראל תקפים מבחינה הלכתית משום תקנות קהל, דינא דמלכותא דינא, או מדיני המלך. יש להישמע להנחיות גם מטעם זה.

85 שו"ת הרשב"א ח"ג סי' קט; ריטב"א, נדרים י ע"א מדפי הרי"ף; מאירי, ב"ק קיג ע"ב; קרית ספר, הל' גזלה ואבדה פ"ה. על פי זה יש מן האחרונים שסברו שהתנאים והאמוראים הסוברים (בסנהדרין כ ע"ב) ש"כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו", יסברו גם ש"דינא דמלכותא דינא", ואילו הסוברים שפרשת המלך נאמרה כדי לייראם יחלקו גם על כך ש"דינא דמלכותא דינא" (מהר"ץ חיות, נדרים כח ע"א, דברי תלמוד, שם, עמ' קעא ו-קעד ועוד).

86 ראה י"ש קפלן, "סמכות ומעמד מנהיגי ציבור בקהילה היהודית בימי הביניים", דיני ישראל יח (תשנ"ה-תשנ"ו), עמ' רנה-שג, על פערים בצורת ההנהגה במקומות ובזמנים שונים.