

דינא דמלכותא בישראל ובעמים

א.

„דינא דמלכותא דינא“ שמוזכר כמה פעמים בש”ס נקבע להלכה ברמב”ם ובשו”ע, והם הוסיפו בלשונם „בין שהיה המלך ישראל בין שהיה המלך עכ”ם דיניהם דין עיי” ברמב”ם הל’ גזילה פ”ה הל’ י”א ובשו”ע חר”מ סי’ שס”ט ס”ק ט’. אולם הר”ן בנדרים כ”ח הביא בשם התוס’: דוקא במלכי עכ”ם אמר שמואל דינא דמלכותא דינא, מפני שהארץ שלו ויכול לאמר להם אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ, אבל במלכי ישראל לא — לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה.

לכאורה משמע מדברי הר”ן, שכל כוחו של מלך לחוקק חקים ושעליהם נאמר דינא דמלכותא דינא, עיקר הגורם לזה מפני שהוא הבעלים על הארץ וכל המדינה שייכת לו והרשות נתונה לאדם לעשות בתוך שלו כחפצו ורצונו וכמו אדם פרטי שיש לו נכסים וקנינים שביכולתו לשלוט בהם כרצונו. אבל היתרון הזה שהוא מלך אינו מקנה לו זכות לחוקק חקים ומשפטים, ולכן במלך ישראל, שהארץ אינה שלו וכל ישראל יש להם חלק כמוהו, אין לו שום יתרון כלפי העם, ואינו יכול לקבוע משפטים שעליהם נאמר „דינא דמלכותא דינא“.

אמנם דבר זה נראה מאד תמוה שלמלך ישראל לא יהיה כח לתקן תקנות וגזירות, כגון הטלת מסים וכדומה, ואיך אפשר להגביל את כחו בקשר לתקנות בעניני המדינה, בעוד שלשם כך מינו אותו שינהל את המדינה כנהוג בכל העמים. ומבלעדי זה לא יהיה לו שום יכולת לעמוד בתוקף, כי הסמכות שלו היא מוגבלת ומצומצמת. ולכן עלינו לברר את הגבולות והתחומים המבדילים בין מלכי ישראל למלכי עכ”ם בקשר לדינא דמלכותא המוזכר בגמ’ לפי הר”ן.

עוד מצינו בפסקי הרמב”ם בפ”ג מהל’ מלכים הל’ ח’ כל המורד במלך ישראל יש למלך רשות להורגו, אפילו גזר על אחד משאר העם שילך למקום פלוני ולא הלך, או שלא יצא מביתו ויצא חייב מיתה ואם רצה להורגו יהרג שנאמר „כל איש אשר ימרה את פיך יומת“ וכן כל המבזה את המלך או המחרפו, יש למלך רשות להורגו, אלו דבריו.

הרי לנו מקרא מפורש המלמדנו שמלך יש רשות בידו להרוג אם לא שומעים לעמוד תחת פקודתו ולמה לא נלמד מזה אם המלך שולט בגופו כ”ש בממונו, והלא ודאי שהר”ן לא יחלוק על הלכה זו דמורד.

איברא דגם ברמב”ם אנו רואים סתירה בהלכות אלו, שכתב שם שיש רשות למלך לאסור ולהכותו בשוטין לכבודו, אבל לא יפקיר ממון ואם הפקיר

הרי זה גול, וכבר עמד המנחת חינוך (מצוה תצ"ז) על הלכה זו שאינה מובנת כל צרכה למה יש לו רשות להרוג ולהכות ואין לו רשות להפקיר את ממון אחרים ולא יהיה ממונו חמור מגופו, ורצה לחדש בתירוצה, הא דאין לו רשות להפקיר ממון היינו באינו חייב מיתה אבל אם חייב מיתה והמלך רוצה להפקיר את ממונו ודאי רשאי.

ולוא שאיני כדאי הייתי מפרש את הרמב"ם לא כמו המנ"ח, דאם מחויב מיתה או מחויב המלך להענישו בעונש מיתה כדין מורד במלכות שאנו למידיים מהכתוב „כל איש אשר ימרה את פיך יומת“, וכן יש רשות למלך להכות בשוטין ולאסור לכבודו (ועיי' באור שמח המקור לזה) והלכה זו נקבעה לתמיד ולדורות דמורד במלכות מגיע לו עונש מיתה, ולכן אם המלך רוצה להתליפו בעונש אחר אינו רשאי, כגון לפוטרו ממיתה ולקבל ממנו ממון, כי צריכים לענוש בעונש המחויב בעד עברה כזו, ודוגמא לזה — אם כי רחוקה היא — במי שמחויב מיתה או גלות אסור לבי"ד לקחת ממנו ממון ולפוטרו, כמו כן הדין אם מזלזלים בכבוד המלך צריכים להענישו ככתוב בנביאים, אבל זה ברור אם המלך רואה צורך לקחת ממי שהוא את שדהו או ביתו יש לו רשות לעשות כרצונו.

וכן עיי' ברמב"ם הל' גזילה פ"ה הל' י"ז מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהן גשר מותר לעבור עליו, וכן אם הרס בתים ועשאן דרך או חומה מותר להנות בהן וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין, וכן פסק בהל' ט"ז שאם אחד שילם מס בעד השני הרי זה ששילם עובר בו, הרי מכל זה מבואר שמלך שולט בממון של כל אחד מאנשי מדינתו, ובהכרח לנו לאמר מה שכתב הרמב"ם שאם הפקיר הרי זה גול, היינו באופן שמפקיר מפני שזילול בכבודו שאז מגיע לו עונש אחר.¹

ב.

וראיתי בנימוקי יוסף נדרים כ"ח שדעתו ג"כ כדעת הר"ן אלא שהוסיף בלשונו: ומלכי ישראל אין דנים אלא עפ"י התורה דקיימ"ל במס' סנהדרין כ" דרב סובר כל הכתוב בפרשת מלך אין המלך זוכה ולא אמרה תורה אלא ליראם ולבהלם שלא שאלו מלך (ועיי' במהרי"ן חיות שהק' על הר"ן בנדרים מגמ' זו ולא הזכיר שהראשונים כבר תלו באמת מחלוקת זו דרב ושמואל שם בדינא

1. בעיקר הסברא הדברים מכוונים למשי"כ הרב י. ד. כהן ועי' מה שהערנו שם בדבריו

הערה 3.

יש עוד להעיר במשי"כ שהמלך מחויב להענישו בעונש מיתה ואינו יכול להחליפו בעונש אחר כגון לפוטרו ממיתה ולקבל ממנו ממון, שאין חיוב על המלך להענישו אלא רשות בידו וכמו שדייק מדברי הרמב"ם המנ"ח. ואף אין כאן לדון על החלפתה שהרי הרוגי מלכות ממילא נכסיהם למלך (המע').

דמלכותא דינא). והרמב"ם פסק בהל' מלכים שמלך מותר בכל הדברים האמורים בפרשת מלך, עיי"ש בכ"מ הואיל שרב ושמואל נחלקו בסנהדרין אם מלך זוכה ולפי הכלל הידוע שאם המחלוקת נוגעת לענין ממונא פסקי כשמואל בדיני. והנמ"י שפוסק כרב סובר: שאמנם מחלוקת זו נוגעת בממונא מ"מ אין לה קשר ישר עם ממונא כי עיקר המחלוקת היא עד היכן מגיע כח המלך כגון לתקן תקנות וגזירות ולהטיל מסים ולרדות בעם כחפצו ורצונו וממילא יוצא ממחלוקת זו שיש לו רשות לקחת גם את ממון באשר אין כח המלך מוגבל ומצומצם. ולכן אין אנו משתמשים בכלל זה דהלכתא כשמואל בדיני כי בסמכות זאת שהיא בלתי מוגבלת כלולות כמה הלכות שאינן שייכות כלל לממון.

ויותר נ"ל דאלו הראשונים שפוסקים דאין המלך זוכה בפרשת המלך מפני שגירסת הר"ח בסנהדרין שם דר' יוחנן סובר דאין המלך זוכה וכו' ובמקום רב הוא גורס ר"י, ולכן הם פוסקים כר' יוחנן.

ולפי זה יהיה לנו דרך פשוטה ליישב מה שהק' הב"י בחר"מ סי' שס"ט: לפי דעת הר"ן דבמלכי ישראל לא אמרי דינא דמלכותא דינא, למה הגמ' בנדרים לא מתרצת שמייירי במלכי ישראל שאין דינו דין והוכיח מזה דאין הבדל בין מלך ישראל למלך עכ"רם לענין דינא דמלכותא וכו'.

אבל לפי האמור הרי קושיא זו מעצמה מתיישבת, שהרי לשמואל לשיטתו, שסובר שמלך זוכה בכל פרשת מלך, אי אפשר לתרץ דמייירי במלכי ישראל. והרי הגמ' מקשה והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא, ולפי שיטתו אין באמת חילוק בין מלכי ישראל למלכי עכ"רם, ודברי התוס' לא נאמרו אלא להלכה לפ"מ שלא פסקו כשמואל לענין פרשת המלך.

ג.

ועדיין לא מבואר לנו דעת הנמ"י כל צרכה אם אמרי שאין המלך זוכה בכל פרשת מלך, ולכן לא שייך במלך ישראל דינא דמלכותא דינא, ומשמע לכאורה דאין שום יתרון למלך כלפי העם בקשר להטלת מסים וכדומה. אך אין הדעת סובלת שלא יהיה לו סמכות רחבה לרדות בעם שעל ידי זה הוא יכול לנהל את עניניו הממשלתיים, ועלינו איפא לחפש את הנקודה שבה נוכל לסמן את הגבול המבדיל בין מלך ישראל למלך עכ"רם בקשר לדינא דמלכותא דינא לפי דעת הראשונים הנ"ל.

והנה למשל אמרינן בכמה מקומות דרך המלך אין לה שיעור וכו' שמלך פורץ גדר ואין מוחה בידו, והלכה זו נאמרה בסתם משנה בלי שום חולק, ועלינו לברר מה דעת הר"ג בנוגע להלכה זו אם יש רשות למלך ישראל לפרוץ גדר או לא, ובפשטות הדברים משמע דאין שום חולק על הלכה זו דפורץ גדר, וגם יש להוסיף לפי גירסת ר"ח דר' יוחנן סובר דאין המלך זוכה בכל הפרשה, ובכל

זאת הוא דורש ביבמות מקרא זה: וכראות שאול את דוד יוצא לקראת הפלשתי אמר לאבנר שר הצבא וכר' ה"ק שאול אי מפרץ אתי אי מורח אתי אי מפרץ אתי מלכא הוי שהמלך פורץ לעשות לו דרך ואין ממחין בידו אי מורח אתי חשיבא בעלמא הוי, הרי דגם ר"י דורש את הדרשא דמלך פורץ גדר.

ובהלכה זו דמלך פורץ גדר יש מחלוקת הראשונים דרש"י בסנהדרין פירש דלוקח את הדרך לצורך עצמו וביד רמ"ה השיג עליו שדוקא לצרכי המלחמה יכול לפרוץ דרך. אבל עכ"פ אנו למדים דרשות נתונה למלך לעשות כרצונו ואין צריך לבקש רשות אחרים.

אמנם יודע אני שיש מרחק רב בין ההילכתא דדינא דמלכותא דינא לענין זה דמלך פורץ גדר, אבל כאמור למעלה שעלינו לחפש את הנקודה שאליה מגעת סמכות המלך ולאיוזה דברים הוא מוגבל.

והנראה לפענ"ד דגם אלו הראשונים שסוברים דלא אמרי' במלך ישראל דינא דמלכותא, אינם שוללים ממנו את הזכויות להטיל על העם מסים וכדומה בכדי שיוכל לנהל את עניניו הממלכתיים, ובאם לא יטול מכס ולא יהיה לו אוצרות כסף כמו שדרוש להוצאות שונות לטובת העם והמדינה, ורבות הן ההוצאות להחזיק חיל רב כנהוג בכל מדינה ומדינה, ומה גם בשעה שיוצא למלחמה שצריך להוציא סכומים ענקיים בכדי שיהיה ביכלתו לעמוד נגד האויב, וכל זה מוטל על המלך כידוע מחקי המלכות.

וי"ל דבקשר להענינים האלו כל הראשונים יסברו שדין המלך דין, ורק בנוגע לפרשה זו שאמר שמואל לישראל בשעה שביקשו שישים להם מלך והוא ישפוט אותם ככל הגויים ואמר להם את משפט המלך שימלוך עליהם שיקח את בניהם וישים במרכבתו ובפרשיו וכר' ואת הבנות יקח לרקחות ולטבחות ולאופות, וחשב ומנה להם את כל החומר שהמלך יטיל עליהם עד שבא לידי מסקנא שהם יהיו לו לעבדים. ועל אותו חומר הדין חולקים בגמ'. אם באמת המלך זוכה לעשות עם עמו למרות רצונם, והרשות נתונה לו בסמכות בלתי מוגבלת ואינו מצומצם בשטח תקנותיו וגזרותיו, או שפרשה זו נאמרה רק לאיים עליהם כי גם המלך אינו הדין יחידי כלפי העם להטיל עליהם מעמסה כבדה שקשה מנשוא, ואמנם הסכימו בני המדינה להמליך עליהם מלך, אך במדה מצומצמת ולא שיקח את כל אשר להם, ולטובת עמו הוא צריך לדרוש ולא שיגזור עליהם גזירות שאינן קשורות כלל וכלל עם טובת העם.²)

ולכן אם המלך מטיל מסים וכדומה לפי צורך עניני המלוכה באשר זה נוגע לקיום המדינה ומבלעדי הדברים האלו אי אפשר למלך לשבת על כסא ממלכתו, אז גם הר"ן מודה שדין המלך דין כלפי הדברים האלה. ומה לנו שכל

2. דומה שאם המלך מטיל יותר מדאי ולוקח כל אשר להם, גם מלך עכו"ם אין דינו דין כמש"כ בר"ן לעיל זה למוכס שאין לו קצבה שה"ו חמסנותא דמלכא, ובוה אינו דין, וכ"ה בשאר ראשונים שם. וע"ע תוס' ב"ק נ"ח שכתבו שדין שאינו הגון אינו דין.

ישראל שותפין בארץ ולא יכול לגרש אותם מהארץ, אבל אם הסכימו למנות מלך ידעו מראש שהמלך יקח מהם מסים ועוד צרכים הדרושים לקיום ממשלתו. וזה שכתב הנמ"י שאנו פוסקים כמ"ד דאין המלך זוכה בכל הפרשה, כלומר רק בנוגע לכל הפרשה אין דינו של מלך ישראל דין, אבל בתקנות וגזירות שהן לטובת העם והמדינה גם במלך ישראל דינו דין כמו במלך עכו"ם בחו"ל.

וכעל כל הון שמחתי — אחרי שפקפתי לחדש כל הנ"ל בפירוש הראשונים — שמצאתי בחתם סופר חר"מ סי' מ"ד שכתב באמצע דבריו: ומ"מ נ"ל דלא פליג הר"ן אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם ס"ל דלא שייך לאמר ניתא להו אלא משום שהוא אדון הארץ וא"כ יש לחלק בין מלכי עכו"ם למלכי ישראל אבל במנהגים ונימוסים כמו ב"ב נ"ד מודה הר"ן דהטעם משום דניתא להן ואין לחלק בין מלכי עכו"ם למלכי ישראל.

הרי לנו דעת הח"ס שהר"ן מודה במנהגים ונימוסים שדין מלך ישראל דין, ואם כי הח"ס לא הזכיר מסים, אבל אותו הטעם שכתב במנהגים ונימוסים יש להשתמש גם בשאר דברים ההכרחיים שדרושים לבני המדינה לטובתם ולהנאתם.

ד.

ובזה אמרתי ליישב את קושית הפני יהושע בב"ק קי"ג שהק' על התוס' בד"ה בודרין להרגין ולמוכסין ואע"ג שדברים שבלב אינן דברים משום אונסא שרי ליה. וקשה לפי המבואר ברמ"א יור"ד סי' רל"ב דנדרי אונסין מותרין דוקא אם לא ינדור יפסיד אבל אם רוצה לנדור בכדי להכניס רוח לא אמרי' בכגון זה דנדרי אונסין מותרין, ואם דינא דמלכותא דינא וחייב לתת ממון זה בעד המכס והוא נודר בכדי להפטר מחוב זה, איך התירו חכמים לנדור בכדי להפטר מחוב. הלא ברור אם אחד מחויב חוב ממון לעכו"ם אין לו שום היתר לנדור ולהפטר ואמנם אם יכול להשתמט ולא לשלם באיזה צורה שהיא מותר לו להשתמט מהטעם דהפקעת הלואתו מותר, א"כ איך תירץ ר' אשי בב"ק שם דהמשנה בודרין למוכסין מיירי במוכס עכו"ם דמותר להפקיע ממנו הלואתו, אבל למה מותר לנדור. ותירץ הפנ"י, ס"ס הוא מוציא עכשיו ממון מכיסו, והוי כמו הפסד. אכן חידוש גדול חידש לנו דחוב זה אפשר לקרותו בשם הפסד וגם בדברינו שלקמן נביא את דברי הר"ן בנדורים שלא כתב כן ופלא שהפנ"י לא הביא את דבריו.

ולפענ"ד נראה לחלק בין מכס למכס, ועלינו לדון על צורת המכס שמטילים עליו לשלם, ולאִיזה מטרה נגבה המכס. הנה למשל בכל מדינה קיים חוק שכל

א"כ עדיין אינו מובן, כיון שבהכרח המדובר שמטיל המסים באופן הגון לצורך החזקתו, למה אין דינו דין, כיון שקבלוהו עליהם כמלך. ויותר מסתבר על יסוד סברתו של הרב י. ד. כהן במאמרו לעיל, שמסים השייכים לניהול המלכות והמדינה מחויבים בהם מעיקר דין הש"ס וכמו שכופים בני העיר זה לזה לעשות דלת ובריח (המע').

אחד מחויב לשלם אחוים מהכנסתו או שיש חוק לשלם מס מרכושו כגון בתים וקרקעות וכדומה, והמס הזה מיועד להוצאות הכרוכות עם הנהלת המדינה, וכמו שנהוג בכל מדינה ומדינה שכל אחד הגר בה משתתף בכל ההוצאות הדרושות, כי דוקא בצורה כזאת יכולה מדינה להתקיים והעם היושב בה יכול לשבת בבטח, ואז אם אחד רוצה להשתמט מחוב כזה, והמוכס לא מאמין לו עד שינדור שהתבואה אינה שלו, בכהאי גוונא לא התירו לו חכמים כקושית הפנ"י כי המשלם חוב כזה אי אפשר לכנותו בשם „מפסיד“ אך אם המלך מטיל מסים מבלי שיעריך את הנותן אם יש ביכלתו לשלם מסים גבוהים, ויש מקרים שעל ידי מצוקה כזו המשלם יורד מנכסיו ואינו אלא מפסיד את נכסיו, בכהאי גוונא י"ל דהתירו לו חכמים לנדור כי המשלם חוב כזה אפשר לכנותו בשם „מפסיד“ ואנוס גמור הוא בנדר זה באשר הוא מפחד על יסוד פרנסתו שלא יתמוטט עם הוצאות מרובות כאלו, ובאופן כזה מודה הרמ"א שמותר לנדור.

אמנם שעדיין לא מבואר הענין כל צרכו, ויש להקשות: דהלא דבר פשוט הוא אם למשל אחד מחויב לשני סכום כסף שלוה ממנו, והלוה מפחד באם ישלם לבושה את אשר לו ירד מנכסיו ולא תהיה לו אפשרות להמשיך את עבודתו ועסקיו, ולכן ירצה לנדור שהחפצים אינם שלו בכדי להשתמט כעת מחוב זה, אין שום ספק שאסור לו לנדור, ואף שמפני פחד העתיד שצפוי לו עוני ומחסור — הוא נודר מ"מ עם התשלום הזה אינו מפסיד כי מחויב הוא לשלם מצד הדין, וכמ"כ אם דינא דמלכותא דינא הרי מוטל עליו לשלם חוב. ועוד יש להעיר, אם הוא איש עתיר נכסין ואין לו פחד שיבוא לידי עוני ומחסור, אבל המלך הטיל עליו מסים גבוהים לא לפי הערך ואין לו רצון לשלם יותר מכפי הראוי, ובאופן כזה לא שייך תירוץ הנ"ל שמפוזר מפני העתיד, ולכן עלינו למצוא את הנקודה המבדלת בין חוב שחייב מתוך הלואה לחוב שחייב רק מטעם דינא דמלכותא דינא. ונראה ד"ל בביאור הענין כמו שהסביר המהר"ק והגדיר עד כמה אנו מחשבים את הנודר לאונס, ונביא כאן מקצת מדבריו הנוגעים לעניננו, וי"ל בתשובה קס"ו: אימתי נחשב כאונס אם רוצים לקחת ממנו דבר שכבר זכה בזה אבל מי שהוא עושה דבר מפני יראתו שמא ימנע חבירו מלעשות עמו טובה והוא לא זכה עדיין באותה טובה כלל אז אמרי' שלא ישבע ולא יקבל את הטובה, אבל אם צריך להוציא דבר מכיסו שכבר זכה אז נכלל בדין אונס גמור, ובכגון זה התירו לו חכמים לנדור. ועי' שם אחרי זה שמטיק דבכהאי גוונא שאין חבירו עושה לו רע אלא נמנע מלהיטיב לו אין זה נקרא אונס א"כ למה תירץ ר"י דלא קאמרי' הדר קבלוה בערבות מואב, דהתם נמי היו יראים מהקב"ה שלא יכניסם לארץ אלא דקרי אונס מניעת הטובה כי התם שהיו יראים פן ימנע הקב"ה מלהכניסם לארץ, עיי"ש שתי באופנים שונים, ואח"כ מסיק דשאני התם שכבר זכו ונתנה להם מורשה והוי כמו עושה מפני יראתו שלא יטלו את שלו ובכהאי גוונא אונס גמור מיקרי, עכ"ל. אחרי כל זה אנתנו באים לידי מסקנא להבדיל בין חוב לחוב, דאם נתחייב עבור הלואה או תמורת חפץ שקיבל, הרי כשנודר שהפירות של תרומה ובוזה הוא

משתמט מלשלם אי אפשר לכנותו בשם מציל את עצמו מן ההפסד, אלא דמטרת הנדר הוא להשאיר את דמי החוב אצלו דהוי כמו הרוחה, אבל כשהמלך מטיל עליו מס וכדומה שומה עלינו לדעת את טיבו של המס הזה, אם הוא לטובת המדינה ולעם היושב בה ועל כל אחד מוטל להשתתף בהוצאות הכרוכות עם הנהגת המדינה כי בלעדם אין קיום להמדינה, ולכן כל אחד נותן לפי נכסיו והכנסתו, ואז כשהוא משתמט, אינו אלא כמרויח כי הוצאות כאלה אינן נקראות בשם הפסד, באשר הם לטובתו ולתקנתו. אך אם המלך מטיל עליו יותר כפי נכסיו והכנסתו והוא לוקח בחזקה כמה שהוא רוצה ואין יכול למחות נגדו הרי זה דומה בדומה להא שכתב המהר"ק דישאל פחדו מד' שלא יקח מהם את ארצם שכבר זכו וגם כאן הוא שלוקחים לפי ערך הנכסים והכנסה הבאה לו דכל אחד מוכרח להשתתף לטובת סתירה מגמ' ב"ק. דהר"ן מחלק בין מכס למכס, דאם המכס הוא כזה שביארנו לעיל בדין דנדרים אונסין.

וכל זה שייך במכס ומסים. אבל בחובות שמחויב לשלם מה שלקח אינו נקרא מפסיד במה שמשלם מה שלקח. אך זה אני מסתפק הנה למשל אנחנו פוסקים אם איש עני הוא הלוה דמסדרים לו בצורה כזאת שיוכל להמשיך את עבודתו או אומנתו, ויש לחקור אם בדינא דמלכותא לא קיים דין כזה שמסדרין אותו ורוצים לקחת ממנו את כל מה שבידו וביתו ישאר ריק וזה ישלול ממנו את עבודת אומנתו, אם בצורה כזאת מותר לנדור שהחפצים אינם שלו, מכיון דבישראל קיים חוק כזה, שלא יגרמו לו שירד מאומנתו, א"כ הוא מציל את עצמו מפסידא, או אפ"ל מכיון דסר"ס מחויב הוא לשלם ובזה הוא רוצה עכשיו להשתמט אינו אלא כמרויח, וגם אנו רואים במקרים ידועים שגם בדיני ישראל לא מתחשבים אתו במה שירד מנכסיו כגון אם יש לו חמור וממנו הוא מתפרנס, לוקחים את החמור עבור החוב אף שאנחנו גורמים לו שיצטרך לחזור על הפתחים, הרי שאין אנו מתחשבים בזה כי סר"ס מחויב הוא לשלם, א"כ גם בלוקחים ממנו את כלי אומנתו בדינא דמלכותא אינו נקרא בשם מפסיד, וצ"ע.

ה.

ומה שהכריחני לחלק בין מכס שעליו לשלם כפי הערך, למכס שהמלך מטיל בלי ערך ושומא רק לוקח בחזקה, מפני שהר"ן בנדריים כ"ח מסיק דממונה הבא מאת המלך לגבות את המכס אם יש באפשרות הישראל להשתמט מותר לו מפני דהפקעת הלואתו מותר כמו בב"ק קי"ג, אך אם אי אפשר להשתמט רק אם ינדור שהם של תרומה כמבואר ואז יסתלק ממנו, אסור להשתמט בצורה כזאת מכיון דדינא דמלכותא דינא עיי"ש בר"ן (בדפוס וילנא חסר כאן) והמשנה למלך בפ"ה מה' גזילה הכריח שדברי הר"ן אלו מוסבים לפי מסקנת ר' אשי שסובר דגם בדינא דמלכותא אנו מתירים להפקיע דהרי זה כמו הפקעת הלואתו בגוי, ולכאורה קשים לי דברי הר"ן, דהלא מפשטות הגמ' ב"ק קי"ג משמע דאחרי שתירץ ר' אשי

דמותר להשתמש מטעם דהפקעת הלואתו מותר, ואם צריך לנדור שהם של תרומה ג"כ אנחנו מתירים לו, דהרי תירוצו של ר"א קאי ואזיל על המשנה דנודרין להרגין ולחרמין ומוכסין, ומקשי' והא דינא דמלכותא דינא ומתרץ ר' אשי דמצד הפקעת הלואתו אתי' עלה, א"כ יוצא דלפי תי' ר"א מותר להשתמש וגם לנדור וכמו שהבין הפני יהושע שהבאנו את דבריו למעלה ובגלל זה חידש שם דינא דמלכותא מקרי כמו פסידא, ומדברי הר"ן אנו רואים ממש את ההיפך דאמנם מותר לו להשתמש ומ"מ לנדור אסור והטעם צ"ל דנקרא כמרויח ולא כמפסיד, וקשה להתאים דברי הר"ן עם סוגית הגמ' בב"ק.

אבל לפי המבואר למעלה יש מקום לקיים את דברי הר"ן שלא תהיה עליו עניני המדינה ולדרוש בשלום המלכות שהוא גר שם דאז אסור לו להשתמש בצורה כזו שהוא צריך לנדור באשר אינו אלא כמרויח להשאיר בכיסו מה שמוטל עליו להוציא.

ובגמ' ב"ק סובר הר"ן דר' אשי לא בא לחלוק על התרוצים הקודמים אלא שחידש דגם בדינא דמלכותא יש אותו ההיתר להפקעת הלואתו אבל בנוגע לנדור מותר עלינו לבדוק אם מגיע לו הפסד מתשלום זה דאז מותר לנדור אך אם רוצה להרויח ולא לשלם את החוב המוטל עליו דאז אסור לו לנדור.³

ועי' בריטב"א שכתב בנדריים כ"ח וז"ל: אבל אם המלך גוזר דבר חדש על מלכותו שלא נהגו בימי האבות לקיים העם, חמסנותא היא ולא דינא ואין דנים באותו דין עיי"ש באריכות. הרי אנו לומדים מזה דאם המלך מטיל על העם דברים כאלו שקשים מנשוא אין זה אלא חמסנותא שרוצה לעשות כטוב בעיניו, ולכן גם חידוש זה שכתבנו יש לסבול ולחלק בין מכס למכס דיש לקרותו בשם הפסד.

3. אם נאמר שרב אשי לא בא לתרץ הקושיא מנדריים הרי אין קושיא כלל מכאן על דברי הר"ן שיש לפרשם כפשוטם שבשום מקום שיש עליו חוב לא הותר לו לנדור ע"מ להפקיעו.

וכן הוא האמת בשיטת הר"ן והדברים מסורשים בשט"מ לב"ק בשם הרשב"א שהקשה באמת איך יתכן שהתירו לנדור להרויח המכס הרי בכדי ליטול מה שאינו שלו לא התירו לנדור. ומתוך זה הסיק, דודאי הא דרב אשי לא קאי אלא אהא דכלאים" עיי"ש. והיא היא שיטת הר"ן. ומפורש בדברי הרשב"א שכל שהוא מחויב במכס מצד ד"ד הרי הוא חוב ככל החובות ול"ש להתיר בזה לנדור בכדי להפקיעו. וכן היא ודאי הסברא הפשוטה. ואם מטיל מסים יותר מנשוא יש מקום לומר שאין בזה משום דינא כלל אלא חמסנותא. אבל לומר שהוא דינא ומ"מ התירו לנדור ה"ז כאוחז את החבל בשני ראשים.

ובעיקר דברי הרשב"ם והר"ן המ"ל פ"ה מגזילה הארכנו במק"א ואין מקומו בהערה (המצי').

מהמבואר למעלה אנחנו יכולים להסיק דיש שני גורמים שמקנים זכות למלך לחוקק חקים ומשפטים: א) ביחס להנהלת הממשלה והנהגת המדינה כי המלך העומד בראש מחויב לדאוג לטובת העם והמדינה וכל האחריות משלום המדינה רובצת עליו, ואם לא יטיל מסים על העם לא תהיה לו האפשרות הזאת לדאוג לקיום המדינה.

ב) אנחנו למדים מפרשת המלך שכתובה בשמואל א' דרשות נחונה לו לעשות כתפצו ורצונו עם העם ואפילו לקחת אותם לעבדים למרות רצונם. ובכגון זה ג"כ אמרו דינא דמלכותא דינא.

בראשון, הוכחנו לעיל שכלם מודים שדין המלך דין כאשר לשם כך מינו אותו להיות מושל במדינה, אך בנוגע לפרשת המלך יש מחלוקת בגמ' סנהדרין כ' ותלוי בפסק הראשונים, דהרמב"ם והשר"ע פסקו דגם מלך ישראל זוכה בכל הפרשה והנמ"י בשם התוס' פסקו דאין המלך זוכה בפרשה זו, ובמלך עכ"ם דיכול לגרש אותם מארצו כלם מודים דיכול לעשות כרצונו ודינא דמלכותא דינא לכל דבר. והנה יש עוד להוסיף ולבאר נקודה אחת בדין זה: הרמב"ם אחרי שהביא דמלך יש לו רשות להטיל מס ולהעביד את העם כעבדים, מסיק שם בד"א במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדונייהם והם לו לעבדים אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגולן בעל זרוע וכמו חבורה לסטים מזוינים שאין דיניהם דין וכן מלך זה וכל עבדיו גזלנים לכל דבר (פה' מה' גזילה הל' י"ח).

ולכאורה צריך להיות שהרמב"ם מדבר כאן במלך עכ"ם, מפני דמלך ישראל אינו נמנה כי אם עפ"י זקנים ונביא (פ"א מה' מלכים הל' ד') ולמה התנה כאן שמטבעו יוצא והסכימו עליו בני אותה המדינה, מפשטות הענין משמע אם הסנהדרין והנביא מעמידין מלך לא צריכים לשאול את דעת העם והסכמתם, ורק במלך עכ"ם שהוא צריך להתמנות על ידי הקהל ולכן הוא זקוק להסכמתם. אך זה י"ל אם מלך שיש לו מדינה בהסכמת בני המדינה, והוא כבש מדינה חדשה, וכמובן שבני המדינה אינם רוצים בממשלתו באשר הוא מלך זר להם, מ"מ דינו דין גם כלפיהם, מפני דמלך יש לו רשות לכבוש, והתורה נתנה לו רשות לזכות בארץ אחרים ולצרף אותה למדינתו, ואם יש לו כבר דין מלך אינו זקוק להסכמת הנכבשים.

ובנוגע למלך ישראל שפסק הרמב"ם שאינו נתמנה כי אם ע"פ זקנים ונביא יש מקום להסתפק שאולי דין זה נפסק דוקא בארץ ישראל, אבל בח"ל אם ישראל יכבשו ארץ ויבחרו להם מלך אז דינו ג"כ דין דלא גרע ממלך עכ"ם, ומה ששנינו בתוספתא סנהדרין פ"ב: שאין מעמידין מלך ישראל בח"ל, יש לאמר דהתוספתא מיירי דע"י נביא וזקנים אין ממנין אבל בהסכמת הכובשים ובדעת הקהל יש למלך אותן הזכויות כמו מלך עכ"ם.

וגם זה עדיין לא ברור לי הא דהזכרנו למעלה דתנאי הוא במלך ישראל

שיתמנה ע"י נביא חקנים, אבל יתכן שגם דעת והסכמת העם צריכים, מפני שראיתי בתוספתא סנהדרין פ"ב הל' ז': אין עושין כל צרכי ציבור אלא על תנאי כדי שיקבלו עליהם רוב הציבור. משמע דכל דבר ציבורי שהסנהדרין מחליטין עליו הם זקוקים גם להסכמת רוב הציבור עיי"ש במצפה שמואל שציין את הגמ' ע"ז דאין גזירין גזירה אלא א"כ רוב הציבור יכולים לעמוד בה. ולפי פירוש זה, אין הדין נהוג בכל דבר הנעשה ע"י הסנהדרין כלפי הקהל, רק בגזירות אם אין רוב הציבור יכולים לעמוד בהן אין בכח הסנהדרין לגזור עליהם, אבל במינוי מלך שאין זו גזירה על הציבור, יתכן שאין צריכים לשאול את דעת העם ואם בעיני הסנהדרין והנביא הוא ראוי למלכות אינם צריכים להמלך בעם. עיי"ש מה שהוכיח מירושלמי. ועיי' בח"ס חר"מ סי' י"ט שג"כ פלפל בענין זה דפרנס על הציבור אינו נתמנה כי אם בהסכמת הציבור, וההוכחה מברכות נ"ה אמר ר' יצחק אין מעמידין פרנס אלא א"כ נמלכין בציבור והקב"ה אמר למשה דישראל את ישראל אם בצלאל ראוי להתמנות כזאת. כמוכן שיש לחלק מסתם פרנס למינוי מלך. וצ"ע.

ז.

בזמן שישראל יושב בארצו הק', אך אין לו נביא ולא סנהדרין, ואי אפשר למנות מלך בלעד, והרמב"ם בפ"ה מה' סנהדרין מנה דין זה דאין ממנין מלך אלא ע"פ בי"ד בתוך שאר הדברים שזקוקים לבי"ד של ע"א וסנהדרין מעכבים בהם, [ועיי' בתוס' סוטה ח' ע"ב שהק' הא סוטה בעי בי"ד הגדול ואיך אמרי' דר"י בן זכאי בטל מים המאררים הא כבר גלו מקודם הרבה זמן ות' דאיום לא מעכב, עיי"ש בהגהות רד"ל שהעיר למה לא יעכב אם ילפי' ג"ש ואפילו אם איום לא מעכב מ"מ הא בעי' שבי"ד הגדול יפסוק את הדין שהיא ראויה לשתות א"כ צריכים שהסנהדרין ישבו על מקומם].

אבל אפשר למנות גוף אחר שימלא את מקום המלך ביחס להאומה, ושתקנותיו וגזירותיו תהיינה קיימות כמו מלך הגזור ועלינו לדעת מה הם התנאים הדרושים בכדי שיהיה קיים גוף כזה בישראל.

הטור בסי' ב' הביא מהאלפס בהגוזל דקנס' ר"נ לההוא גברא דגזולן עתיקא הוה ש"מ דקנס' בכי האי גונא אפילו בחו"ל, דוקא גדול הדור כמו ר"נ דחתני' דכי נשיאה הוי וממונה לדון ע"פ הנשיא, או טובי העיר שהמחום רבים עליהם אבל דיינא דעלמא לא ע"כ. ונראה אפילו אין בדבר עדות גמורה שהיה מתחייב ע"פ בי"ד בשעה שהיו דנים דיני נפשות, אלא שיש רגלים לדבר וקלא דלא פטיק אם נראה לדיין שיש צורך השעה לדונו בכך הרשות בידו, וכן יראה מדברי הרמב"ם שכתב יש לבי"ד להלקות למי שאינו חייב מלקות ולהרוג למי שאינו חייב מיתה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה וכר' כפי מה שיראה להם הכל הוראת שעה ולא שנקבעו הלכה לדורות וכר' וכן יש להם להפקיר ממון שיש לו בעלים וכר' כל אלו הדברים לפי מה שיראה לדיין שזה צריך לכך והשעת צריכה

לכך, ובכל יהיו מעשיו לשם שמים ואל יהא כבוד הבריות קל בעיניו וכר שהם בני אברהם יצחק ויעקב המחזיקים בתורת אמת וכר' אלא להוסיף כבוד המקום לבד.

ובב"ח בסי' זה ג"כ האריך בענינים אלו, ומסיק דאם אין השעה צריכה לכך לא ניתן רשות לקנוס שלא כדין תורה אפילו במילי דשמיא ואפילו טובי העיר שהמחוס רבים עליהם אין להם כח לזה ואצ"ל היכי דליכא מלי דשמיא אלא לתקנת הקהל, וכ"ש דאין כח לטובי העיר שהמחוס רבים עליהם לשנות דבר לפי דעתם, וכן כתב המרדכי פ"ק דבבא בתרא ע"ש ר"ת דאף רוב הקהל אין להם כח להכריח להמיעוט לשנות דבר במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי או להפקיע ממון שלא מדעת כלם אלא א"כ להכריח במה שהיה מנהג מקדם או למיגדר מילתא במילי דשמיא דאז יש כח לרב הקהל או טובי העיר שהמחוס עליהם מדעת כלם לכל דבר, וראב"ה לשם חולק וס"ל דאם קבלו עליהם ראשים לכל דבר כנהוג מה שעשו בתקנת הקהל דוקא ואע"פ שלא היה כן מנהג מקדם וגם אינו מגדר מילתא, ועוד אפילו יחיד שביררו מה שעשו עשו בתקנת הקהל ויפתח בדורו כשמואל בדורו. ואם טובי העיר עשו דבר במעמד אנשי העיר אפילו אם לא המחווה עליהם אם אין מוחה בידם מה שעשו עשו ודלא כר"ת שכתב דרוב הקהל אין להם כח להכריח את המיעוט. וגם לר"ת אם הוא גדול שאין בדורו כמוהו אפילו לא קבלוהו ג"כ אלים כחו טפי מטובי העיר ויכול לתקן מחדש ולהפקיע ממון דהפקר בי"ד הפקר, וכר. אבל מהר"ק בשורש א' כתב דלדעת ר"ת אפילו גדול שאין בדורו כמוהו אין לו כח לתקן במילתא דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי, ומ"מ נ"ל ברור לפענ"ד דלמיגדר מילתא אין חילוק דכל גדול בעירו הוי בי"ד יפה ויש לו כח לתקן, ולענין הלכה נהגו ברוב מקומות שטובי העיר בעירן כבי"ד הגדול ומה שעשו עשו בתקנת הקהל וכראב"ה, ואף לפי זה נראה דאם עשו מקצת הטובים איזה תקנה מחדש ומקצתם לא היו שם וכשבאו מיחו ואפילו רק יחיד יכול למחות דכיון שלא היה במעמד כשהתנו התקנה לא חשיב רוב כלל ואין תקנתם כלום, ועיי' במהר"ק שורש ק"פ ודוקא בדברים דלא מילי דשמיא אלא צורך הקהל אבל במילי דשמיא אינו יכול למחות אע"פ שלא היה במעמד. הבאנו לפנינו את כל תוכן דברי הב"ח וממנו נוכל ללמוד את כל הנוגע לנו כדלקמן.

ועלינו לבאר את המחלוקת בין הר"ת והראב"ה, כפי שהעתיק הב"ח וכן מובא במרדכי ב"ב, סובר הר"ת דאין כח ברוב הקהל להכריח את המיעוט בדבר יש שרוח לזה והפטד לזה, וכח הרוב להכריח הוא במה שהיה מנהג מקדם או למיגדר מילתא במילי דשמיא דאז יש גם בכח הרוב לכפות את המיעוט.

והראב"ה סובר דהרוב הוא תמיד הכח המכריע למרות רצון המיעוט ועל המיעוט להסכים כדין התורה דאחרי רבים להטות, ועיקר חיליה מהא דאמרי' אין גזרין גזירה על הציבור אלא א"כ רוב הציבור יכולין לעמוד בה שנאמר במארה פתם נארים אי איכא גוי כלו ורובו ככולו.

וכן הבאנו לעיל את התוספתא מסנהדרין: אין עושין כל צרכי ציבור אלא על תנאי שיקבלו רוב צבור עליהם הרי דאם מקבלים רוב ציבור סגי ולא בעי'

הסכמת כלם. ויתכן שאין סתירה לדעת הר"ת דיש לחלק דבי"ד או סנהדרין שרוצים לגזור גזירה או תקנה דאז אם רוב הציבור מסכימים יש להם כח לתקן, אבל אם הקהל בעצמו בלי בי"ד רוצה לתקן להם תקנות וגזירות או י"ל דע"ז לא נאמרה ההלכה דאחרי רבים להטות שהרוב יכול לכופ את המיעוט שיגרר אחריה, והמיעוט יכול לעשות להם תקנות אחרות הנוחות להם ביותר, כי הלא גם הר"ת מודה אם אחד הוא מפורקי עול ואינו רוצה לשתף עצמו במלי דציבורא או יכולים להכריח אותו, רק שיטת הר"ת היא אם יש מיעוט שאינם מסכימים לתקנות הרוב, באשר לא יצמח להם רוח או מסיבות אחרות אינם רוצים להיות קשורים אל הרוב לכן המיעוט נחשב כקהל בפני עצמו, אך אם בי"ד גזרים גזירה וכמו שהבאנו מהתוספתא או אינם צריכים להמלך עם כלם, וברוב סגי בכדי שיהיה לבי"ד כח לגזור גזירות.

ויש עוד מחלוקת ביניהם בנוגע לטובי העיר עד כמה מגיע כחם של טובי העיר, הר"ת סובר דאין להם כח לתקן גזירות חדשות או תקנות כי אם מדעת כלם והמרדכי הביא שם בפ"ק דב"ב וז"ל וששאלתם על ראשי הקהל שבאו להטיל מס על שוה ליטרא קרקע כמו על ליטרא מעות, בכל מלכותנו אין נותנים מס על הקרקעות ופעמים רבות רצו בעלי כסים לשנות ולא הנחנום, דהא דאמר"י דשאין בני העיר וכו' היינו קצתם שנהגו קודם לכן או שהן עצמם באים לתקן תקנות מדעת כלם כי הנהו תרי טבחי דאתי לקמי' דרבא וכו', אבל מהראב"ה שהביא המרדכי שם משמע שראשי העיר יש להם כח לעשות ולתקן כרצון נפשם, והמרדכי מביא: אם ראשי הקהל הסכימו שלא לקבל שבועה משום אדם במס, וכו', אם הובררו טובי העיר מתחילה להנהיג קהלם בכל דבר אפילו יחיד שביררו מה שעשה עשוי בתקנת הקהל ויפתח בדורו כשמואל בדורו, ואע"ג דבפ' בני העיר משמע דבכרכים לא מהני טובי העיר להפקיע מקדושת בית הכנסת ה"מ בסתמא, אבל אם ביררו אפילו בכרכים מהני ויש כח בידם להפקיע קדושת ביהכ"נ.

והמהרי"ק בשורש א' הוכיח כר"ת ומתוך זה כתב דאפילו לגדול הדור אין בכח לתקן מילתא דאיכא רוח להאי ופסידא להאי ולא מיגדר מילתא, וראי' מגיטין לר' דאמר שמואל האי פרוזבל עולבנא דדיינא אי איישר חילי' אבטליניה, משמע בהדיא דאפילו בי דינא דר' אמי אין יכולים להפקיע ממון, דהא שמואל גופי' קאמר לעיל מיני' דלא כתבי' פרוזבל אלא בבי דינא דסורא או נהרדעא והיכי קאמר דעולבנא דדייני, עיי"ש באריכות דבריו.

ומה מאד קשים לי דבריו הקדושים, מה שהוכיח מהא דקאמר שמואל האי פרוזבל עולבנא דדיינא יש להעיר דאין כונת שמואל להקשות דמפני שאין בכח להוציא לכן הוי עולבנא, דיתכן לאמר מפני דבעיני שמואל לא היה נראה התקנה הזו כתועלתית לכן היה אומר שהיא כעולבנא, אבל אה"נ במקום שצריכים לתקן ואף דלא הוי למיגדר מילתא ג"כ יש להם כח לגדולי הדור לעשות ולתקן אף דלא הוי מיגדר מילתא.⁴

4. אין זה מתקבל על הדעת כלל שיחלוק על דבר שתועלתו ברורה והלל ובי"ד תגיעו למסקנא שיש צורך בדבר, והאיך יכחיש את המציאות (המע').

וכן מה שהוכיח מזה שכתב המרדכי דטובי העיר הוי בעירם כמו גדולי הדור בכל מקום, ואח"כ כתב המרדכי דאין בכח טובי העיר לשנות שלא מדעת כלם במילתא דאיכא רוחא להאי ופסידא להאי, הכי נמי לגדולי הדור אין כח לתקן, עיי"ש. ג"כ לא זכיתי להבין דאפ"ל דכונת המרדכי דטובי העיר הוי כגדולי הדור היינו בנוגע להדברים שנתמנו עליהם, אבל לתקן דברים חדשים ומנהגים שלא נהגו מקודם לכן אין בכחם מפני שלא נתמנו על זה אבל גדול הדור ממש כמו ר' אמי ור' אסי יתכן דיש להם כח לתקן כפי ראות עיניהם אף במידי דאיכא פסידא לזה ורוח לזה. כי כחו של גדול הדור יפה יותר מטובי העיר, ויש לו כח באופן כללי לתקן ולגזור, אבל טובי העיר כחם יפה רק על מה שנתמנו.

ועוד קשה הא בפרובל אמרי' דיש כח לבי"ד להפקיע ממון מפני דהפקר בי"ד הפקר, והאי הילכתא דהפקר בי"ד הפקר היא מוזכרת הרבה פעמים בש"ס, וכן אמרי' ביבמות פ"ט דירושת בעל בקטנה אינה אלא מדרבנן ומדאורייתא יורש לה אביה, ומטעם הפקר בי"ד נגעו בה, ובירושה זו הלא יש רוח לבעל והפסד ליורשי האב, וכאן לא שייך תירוצו של המהרי"ק כמו בפרובל דהוי תקנה לשניהם, דלכאורה מה תקנה היא בשביל יורשי האב ומ"מ משמע דיש כח ביד בי"ד להפקיע מזה ולמסור להשני, וכן הלא עיקר הלימוד דהפקר בי"ד הפקר הוא ממקרא זה דכתיב וכל אשר לא יבא לשלושת הימים וגו' יחרם כל רכושו והוא יבדל מקהל הגולה ואין זה אלא הפסד לזה בלי שום רוח.

אמנם קושיא זו אפ"ל, דבאמת קשה על הגמ' דילפי' הפקר בי"ד ממקרא זה, הא שמה הוי כמו למיגדר מילתא וראו את צורך השעה להחרים את רכושם אם לא יבואו כעצם השרים והזקנים ואיך ילפי' מכאן לשאר דברים דהפקר בי"ד הוי הפקר (ושמעתי קושיא זו ממרן הגרא"י הרצוג שליט"א הרב הראשי לא"י).

וכן ראיתי ברמב"ם פכ"ד הל' ו' שכתב, ויש לדיין תמיד להפקיר ממון שיש לו בעלים וכו' לגדור פרצת הדת ולחזק הבדק או לקנוס אלם זה הוא אומר בעזרא וכל אשר לא יבא לשלושת הימים יחרם כל רכושו מכאן שהפקר בי"ד הפקר. ומלשון הרמב"ם שהזכיר פרצת הדת ולחזק בדק משמע שרק לענין זה יש להם כח, ומשמע לכאורה מדברי הרמב"ם שדין הפקר בי"ד הוי בכדי לגדור פרצת הדת, ואולי י"ל דפרצת הדת לא הוי כמו למיגדר מילתא, ועיי' רש"י ביבמות ד"ה מיגדר מילתא לעשות גדר ותקנה כי התם שהשיבן על ידי כן מעבודת כוכבים, וזה נקרא מיגדר מילתא, אבל הפירוש של פרצת הדת יש לכלול בכל תקנה שבי"ד רואים שיש איזה צורך לתיקון הדת.

וקרן אורה ביבמות פ"ט רצה לתלות דין זה דהפקר בי"ד הפקר אם יש בכח בי"ד בכל תקנה או דוקא למיגדר מילתא, תלוי מאיזה פסוק אנחנו לומדים אם מזה שכתוב וכל אשר לא יבא, או דוקא למיגדר מילתא, אבל אם ילפי' מאלה הנחלות או בכל מיילי אפשר להם לתקן, והרמב"ם שהביא את הלימוד מוכל אשר לא יבא לשלושת הימים, יוצא שדוקא למיגדר מילתא אפשר לתקן, אבל ישאר לנו קושיתנו

הניל. הא גם בירושת הבעל ג"כ מטעם הפקר בי"ד אתינן לה דשם לא הוי למיגדר מילתא כי אם תקנה שבי"ד ראו לתקן אותה, וצ"ע.

ת.

ברמ"א חר"מ סי' ב' קבע לדינא, שכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כבי"ד הגדול, וכבר הבאנו לעיל את דברי הב"ח שכתב שנהגו כדברי הראב"ה שהולכין אחר הרוב.

ועיי' בחתם סופר שו"ת חו"מ סי' קט"ז דר"ת ג"כ מודה דהמנהג הוא שהרוב כופה את המיעוט לעשות כמו שהם אומרים כי אם נמתין עד שיסכימו כלם לא יגמר שום ענין ויהיה השחתת הכלל.

אך דבר זה יש להוסיף שהמהרי"ק בסי' ק"פ דן בענין הסכמות שעשו מקצת אנשי העיר שלא מדעת כלם, ואחרי שהביא את הר"ת והראב"ה מסיק שם וז"ל וסוף דבר לפי הנר' לפענ"ד דבר פשוט הוא דאין כח ביד שום ראשי הקהל לחדש שום הסכמה חדשה מדעתם מבלי רשות כלם או מבלי שיתמנו מאת כלם להנהיג הקהל או הקהילות ולא מיבעא לדעת ר"ת אלא אפילו לדעת ראב"ה מ"מ בעי' שיתבררו תחילה מאת הקהל להנהיג הקהל ולא שיטלו שררה מעצמן להנהיג בלא הסכמת כלם, ודברי המהרי"ק קשים מאד וכבר הקשה בשו"ת הח"ס יור"ד סי' ה' דאיך אפשר להשוות את הדעות בעוד שהם רחוקים זה מזה כרחוק מזרח ממערב עיי"ש בח"ס.

ובהכרח לנו לבאר את דברי המהרי"ק, דמה שרצה להשוות את הדעות היינו לדבר זה שמביא שם שהנידון היה שאנשי העיר עשו הסכמות, וכנראה שמעשה זו היתה דבעלי החניות עשו בינם לבין עצמם תקנות אך לא נתבררו מקודם מטעם כל העיר או רוב העיר שהם יהיו טובי העיר ועל פיהם יתנהלו כל הענינים אלא שרוב בעלי החניות באו לידי הסכמה אחת וכמין הסכמה הדדית עשו ביניהם, וע"ז השיב המהרי"ק שאין בכח הרוב הזה לכופף את המיעוט באשר לא נתבררו מקודם לנהל את העיר, אלא הם בנידון זה כמו שלקחו שררה מעצמם דאז הראב"ה מודה שהמיעוט לא צריך לבטל את דעתו, אך אם ירצו לברור אנשים שהם יהיו טובי העיר, וכנהוג בכל מקום שיש מקצת אנשים הרוצים לבחור את פלוני ומקצתם רוצים לבחור באיש אחר או לפי דברי הראב"ה תלוי ברוב דעות וכן מכל הדברים העומדים על הדיון שדנים ע"פ הרוב, ובוה מודה המהרי"ק שאי אפשר להשוות את דעת הר"ת

5. נראה שהמהרי"ק סובר שדין הפקר בי"ד מעיקר הדין לא נאמר אלא בסנהדרין ובזמנה לעזרא, וגדול הדור הוא רק מגדר קבלו עלייתו של טובי העיר, וכיו"ב כ' הנמוקי' בסנהדרין שלא אמרו בי"ד מכין ועונשין לצורך שעה אלא בסנהדרין דרב גוברייתו עיי"ש. וע"ע תשובות הרא"ם ג"ז שהובאה במאמר הרב נ. צ. פרידמן בקובץ זה שמפרש סמכות בי"ד הגדול שבדור מחמת סמיכות דעתם של אנשי הדור עליו, ע"כ השוה המהרי"ק את גדול הדור לטובי העיר וכנ"ל (המע').

והראב"ה, ורק בנידון זה שהביא המהרי"ק שהם לא שאלו לגמרי את המיעוט אלא שהרוב באו לידי הסכמה אחת מבלי שישאלו לגמרי את המיעוט דאז מודה הראב"ה שדינם כמו שלקחו שררה מעצמם.

ומכל זה נבא לידי מסקנא בנוגע לעניננו, כשרוצים למנות אנשים שיעמדו בראש הקהל או בראש האומה כפי הנהוג מוכרחים להבחר מדעת האומה או אם יהיו רוב המסכימים להנבחרים ואף שהמיעוט לא יסכים על אלה אך בכגון זה כבר נהגו לילך אחר הרוב כמו שכתב הה"ס הנ"ל.

אולם כל הדברים האמורים הם אם התקנות הם לא כנגד תורה"ק, ולא מיבעא לאלו הסוברים דאינם יכולים להסיע על קצתם אלא בחבר עיר, ובלעדו לא יכולים לתקן שום דבר, אלא אפילו לאלה הסוברים דלאו לכל דבר בעי' חבר אלא לענין קנס בעי' חבר עיר, אך זה אמור אם אין התקנות מתנגדות לדת תורה"ק, אבל אם מסלקים לגמרי את החבר עיר ומתקנים תקנות שלא כדת תורה"ק ברור שאין בכח הרוב לכוף את המיעוט, ועיי' בח"ס סי' קט"ז שו"ת חו"מ שםסיק דלדעת ר"ת דבאמת לא סגי ברוב, אלא מצד שנהגו ברוב לבד לכן הם כופים את המיעוט אבל תזינן דרוב התקנות חתומים ממרא דאתרא ועיי' בחו"מ סי' רל"א ובש"ך ובסמ"ע שם. ובנידון דידן ג"כ אם מסלקים לגמרי את חברי הרבנים הגאונים שבדור זה אי אפשר שהנבחרים ע"י הרוב יקבלו סמכות מליאה לנהל את כל האומה על פיהם ואף שיבחרו על ידי רוב האומה.

וכבר הבאנו בהתחלת דברינו את דברי הר"ן שבארץ ישראל אין דינא דמלכותא מפני שכל ישראל שותפין בה ואף שהרמב"ם לא פסק כהר"ן, מ"מ דוקא אם הכל מתנהג כדין תורה"ק. וכבר כתב הרמב"ם בפ"ד מ"ה מלכים הל' י' דכל מעשיו של מלך יהיו לשם שמים ותהיה מגמתו ומחשבתו להרים דת האמת ולמלאות העולם צדק ולשבור זרוע הרשעים ולהלחם מלחמת ד'.
ולכן אם המלך או הגוף הנבחר במקומו אינו מכוון את מעשיו לש"ש אז גם הרמב"ם מודה להר"ן שבמקום כזה שכל ישראל שותפין ואין זה המקום שלו כמו שביארנו באות א' אין בכחו לשלוט על העם בחקיו ובתקנותיו.