

התוקף ההלכתי של חוקי המדינה

הרב ישראל בן שחר הרב יאיר הס

תוכן העניינים

342	מבוא
344	פרק ראשון : משפט המלך
348	פרק שני : דינא דמלכותא דינא
363	פרק שלישי : תקנות קהל
377	פרק רביעי : מנהג

תוכן עניינים מפורט

342	מבוא
344	פרק ראשון : משפט המלך מיהו המלך 344 סמכויות החקיקה 345 מסקנת הפרק 347
348	פרק שני : דינא דמלכותא דינא הגדרת "מלכות" 349 הגדרת הדין 351 א. דין מחייב 358 ב. דין השווה לכל 360 מסקנת הפרק 361
363	פרק שלישי : תקנות הקהל 1. תקנות על פי החלטת הרוב 365 2. נוכחות כולם בעת התקנת תקנות 368 3. אישור אדם חשוב 370 4. תקנות שבין אדם לחבירו 374 5. הפסולים ל"טובי העיר" 374 מסקנת הפרק 375
377	פרק רביעי : מנהג יסוד חיוב המנהג 378 מנהג הסותר דין תורה – מנהג ותיקין 380 מנהג הנובע מחקיקה 382 מסקנת הפרק 384 סיכום המאמר 385

מבוא

"ברוך הוא אלוהינו שבראנו לכבודו, והבדילנו מן התועים, ונתן לנו תורת אמת, וחיי עולם נטע בתוכנו".

זכינו וקבלנו תורה משמים, תורה אלקית. חוקיה ודיניה של התורה בעלי ערך כפול הם – הנחלת האידיאל האלקי בעולם, והסדרת היחסים החברתיים על כל מרכיביהם: בין פרט לפרט, בין פרט לכלל, ובין כלל לפרט. אולם, העובדה שהעולם סובל מפחיתויות שונות ועדיין לא התרומם לדרגה נעלה, ועקב החיים המשתנים והצרכים השונים הנובעים מהשתנות זו, נדרשת לעיתים התערבות תחיקתית נוספת. השלמה זו מושגת על ידי התורה שבעל פה, לכל אורך השתלשלותה. השילוב בין שני חלקי התורה מנווט את החיים בסידור נאות תוך הנחלת הצדק והיושר.

אומות העולם – דיניהם, דין אנושי. אין בהם אלא הערך המישני של סידור החיים האנושיים. אף סידור זה, נקבע על פי ראות עיני בשר ודם, ראייה צרה, שאינה מקיפה, ואינה בעלת מבט החובק את מלוא אורך ורוחב צרכי האנושות. הצדק והיושר עליהם מושתתים דינים אלו, הינו סובייקטיבי, ולא מוחלט.

לו זכינו, הרי שעם הקמת מדינת ישראל בארצנו, בחסדי ה' עלינו, ממליכים היינו את התורה כעטרת ותפארת למדינתנו. מערכת חוקי המדינה היתה נבנית על יסוד דיניה של תורה, תוך חקיקה והתקנת תקנות הנדרשות לעידן זה של ההסטוריה. חקיקה כזו נדרשת, הן מפני שינוי דפוסי חיים בזמננו, והן מצד המסגרת שנתחדשה לנו – מדינה, ולא חיי קהילה גרידא, לה הורגלנו מזה אלפיים שנה.

אף אילו זכינו לכך, צריך היה לדון למי נתונה סמכות החקיקה לתקן תקנות – האם ל"כנסת", או שמא לרבנות הראשית. כמו כן, היה מוטל עלינו לברר אלו חוקים ותקנות ניתן לחדש.

אולם משלא זכינו לעת עתה, מתחדדת ביתר שאת הדרישה לברר את סמכויות הכנסת, מפני שלדאבונו הכנסת מתעלמת כמעט לחלוטין מדיני תורתנו הקדושה, וחוקיה מהווים למעשה מערכת חליפית, המנותקת ממקור חיינו.

להלן נסקור איפא, את עיקרי הנקודות הנוגעות לתקפם ההלכתי של חוקי המדינה.*

* דיונים נוספים בעניין זה – תחומין ג' עמודים 238-249; בצומת התורה והמדינה כרך א'; שנתון המשפט העברי, כרך ט"ז-י"ז (תש"נ-תשנ"א) מאמרו של א' שוחטמן. מקורות נוספים באוצר המשפט לנחום רקובר, חלק א' עמ' 127, 226 ובחלק ב' עמ' 129, 222.

התוקף ההלכתי של חוקי המדינה

בדיוננו נתייחס לארבעת הגורמים אשר מכחם עשוי להנתן תוקף הלכתי לחוקי הכנסת:

- א. משפט המלך.
- ב. דינא דמלכותא דינא.
- ג. תקנות הקהל.
- ד. מנהג.

פרק ראשון

משפט המלך

בספר דברים¹ וספר שמואל² מבוארות חובותיו וזכויותיו של המלך. חובות וזכויות אלו של עוסקים בשני תחומים: התחום האחד כולל את כל הקשור לענייניו האישיים. התחום השני, זה המובא בספר שמואל, עוסק בכלים השלטוניים המסורים בידי לצורך המלוכה, כגון לקיחת עבדים, קרקעות ונכסים.

נחלקו תנאים ואמוראים³, האם סמכויות אלו נאמרו הלכה למעשה או שנאמרו רק "כדי שתהא אימת מלכם עליהם, אבל אינו מותר לעשות".⁴ להלכה נפסק⁵ שכל האמור בפרשת מלך, מלך מותר בו.⁶

מיהו מלך?

יש לברר, מיהו המוגדר כ"מלך" לעניין זה. באופן פשוט נראה היה לומר, שמשפט המלך נאמר דווקא על מלך ממש. ואם כן, אין לכך משמעות מעשית לימינו.⁷ אף על

1 פרק י"ז, י"ד-כ'.

2 שמואל א' פרק ח' י"א-כ'.

3 סנהדרין כ' ע"ב.

4 לשון רש"י (שם).

5 רמב"ם הלכות מלכים פרק ד' (וכסף משנה שם בהלכה א'). וכן דעת רוב הראשונים (עיין בירור הלכה לסנהדרין שם).

6 האחרונים דנו בזיקתם של משפטי המלוכה לכלל "דינא דמלכותא דינא". ישנן שיטות המזהות בין שני המושגים. לשיטות אלו אין לנו כאן גדר מיוחד של סמכויות שלטון, ולשיטתם, הדיון על גדרי הסמכויות כולל בפרק הבא – דינא דמלכותא דינא. המשך דיונו כאן איננו אלא לדרך הפשוטה יותר, המבדילה בין המושגים.

למקורות סוגיא זו – עיין קרית ספר (ה' גזילה פרק ה'), מגדל עוז ורדב"ז (ה' מלכים פרק ד' ה' א'), מהר"ץ חיות (נדרים כ"ח ע"א). מאידך, עיין בדבר אברהם (סי' א'), בהערה שבסוף ענף ב'), ישכיל עבדי (חלק ו', חו"מ, סי' כ"ח), מעדני ארץ (שביעית, סי' כ', אות י"ב). ועיין בירור הלכה (סנהדרין כ' ע"ב). ובספר שלטון החוק בישראל לנ' רקובר (עמ' 67) לומד ברמב"ן, ברשב"א ובמאירי שהמושגים זהים, וכלל אין הכרח לדבריו.

7 כך כתב למעשה הרב פרדס (תחומין ז', עמ' 520). ומהאחרונים המובאים בסמוך רואים שלא כדבריו. גם על הסתייגותו הנוספת ממשפט המלך בימינו, מאחר שאין אצלנו נביא וסנהדרין – חולקים האחרונים. עיין לקמן הערה 11.

פי כן חידשו אחרונים⁸, שכאשר אין מלוכה בישראל, חוזרות סמכויות המלוכה, בכל הנוגע לעניינים הכלליים באומה, לעם כולו. מכאן, שכאשר העם מחליט⁹ החלטות שהינן נכללות במשפטי המלוכה, הרי שיש להן תוקף מדין "מלך מותר בו". על יסוד זה, כתב הרב שאול ישראלי זצ"ל,¹⁰ שהחלטות הכנסת תקפות מכח משפטי המלוכה.¹¹

סמכויות החקיקה

יש לברר, מה הן הסמכויות הנכללות במשפטי המלוכה.

לכאורה, לא שמענו בפרשיות אלו אלא רק שלמלך יש סמכות ליטול מהעם את הדרוש לו על מנת לבסס ולהעצים את בית מלכותו. אולם לא נזכר שם דבר מעבר לכך.

- 8 מפורסמים דברי הראי"ה קוק במשפט כהן (סי' קמ"ד, אות ט"ו-א', עמ' של"ז):
"נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה". בתשובה שם הוא דן לגבי הסמכות שהיתה לחשמונאים לצאת למלחמה. וכן סובר הרב הרצוג (תחוקה לישראל על פי התורה, כרך א' עמ' 129), בדיונו על הסמכות לגיוס העם למלחמת השחרור, וזו לשונו: "...יש לנו לומר שהעם כולו – ועיקר עם ישראל הם היושבים בארץ ישראל – יש לו הסמכות של המלך בנוגע לענייני האומה... סברא היא, שעל כל פנים לא גרע כוחם של הממנים כולם יחד מכח מי שנתמנה על ידם... ומאין בא לו כוחו – הלא מהעם! ולא יגרע כח האומה מכוחו, כשאינו מלך בישראל". בהמשך דבריו מזכיר גם את דברי המשפט כהן הנ"ל. וכן נראה בשו"ת קול מבשר (חלק א' סי' מ"ז), שמקבל הנחה זו [שנכתבה אליו על ידי הרב הרצוג] בלא לערער עליה. וכן כתב הרב גרשוני בספרו קול צופיך (עמ' צ"ג).
- 9 לגבי אופן ההחלטה – מסתבר שתלוי ברצון העם. ולכן, אם החלטת העם היא על ידי נציגות נבחרת, כגון הכנסת, היא תקפה.
- 10 עמוד הימיני, סי' ז' וסי' ט'.
- 11 ואמנם כתב הרמב"ם (הל' מלכים פרק א', הל' ג', ח'), שלהמלכת מלך נדרשים נביא ובית דין של שבעים ואחד. ומבאר במשפט כהן (שם, עמ' של"ז), שכשאינו נביא בישראל אין תנאי זה מעכב. לגבי הצורך בבית דין – לא דן שם, האם הוא לעיכובא. מפשטות דבריו נראה שאכן בעיניו בית דין, שכך כותב שם, עמ' של"ח:
"אבל כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי על פי דעת הכלל **ודעת בית דין**, ודאי עומד הוא במקום מלך לעניין משפטי המלוכה הנוגעים להנהגת הכללי".
אמנם בקול מבשר (שם) כותב להדיא שאין צורך בבית דין. וכן מבאר בעמוד הימיני שבמינוי שנעשה מדעת העם אין צורך בדעת בית דין, ומוכיח כן מהרדב"ז (הל' מלכים פרק ג' הל' ח'). אמנם צריך עיון, האם ניתן להבין כך גם את דעת המשפט כהן, לאור הציטוט דלעיל. וא' שוחטמן כותב, במאמרו (לעיל בהערה שבמבוא) עמ' 424, שדעת בית דין אינה מעכבת בנידונו, על פי שתי הנחות שהוא מניח:
הראשונה – אין צורך דווקא בבית דין, אלא ב"חכמי ההלכה". השנייה – השתתפותם של חכמי ההלכה בהליכים הדמוקרטיים של המדינה מהווה הסכמה דמכללא למינוי השלטון ולזכותו לחקוק. נראה, ששתי הנחותיו טעונות ביסוס הלכתי, ואין לקבלן מכח סברא גרידא.

אלא שכבר כתב הרמב"ם: ¹² "כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה, או בלא התראה, אפילו בעד אחד, או שונא שהרג בשגגה, יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה. והורג רבים ביום אחד, ותולה ומניחן תלויים ימים רבים, להטיל אימה, ולשבר יד רשעי העולם".¹³

מדברי הרמב"ם עולה כי משפטי המלוכה מתרחבים, ונוגעים ל"כל דבר כללי הנוגע לאומה, וגם כל תיקון של הוראת שעה, לגדור בפני עושי עוולה, הכל הוא בכלל משפטי המלוכה... לטובתן ולכבודן של ישראל"¹⁴... כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם".¹⁵

פשוטם של דברים אלו מורה, שיש למלך סמכות לחרוג מההנהגות ה"תקניות" והשגרתיות, ולפעול פעולות מיוחדות, כהוראת שעה, על פי הדרוש לשעתו.

אולם, יש מהאחרונים¹⁶ שהבינו את הדברים בצורה נרחבת יותר. לדעתם, לא רק פעולות מזדמנות רשאי המלך לפעול, אלא גם כח חקיקת חוקים – שהינם במהותם קבועים ועומדים – נתון לו לצורך כך.

זאת ועוד, לשיטתם, אף היקף החקיקה אינו קבוע, אלא תלוי ברצון העם, וכאשר העם מעניק למלך סמכויות נרחבות, רשאי הלה לממש את החקיקה בכל תחומים אלו.¹⁷

על פי שיטה זו, כל הסמכויות שהעם מעניק לכנסת – בין בענייני ממונות ובין בענייני נפשות – נתונות לה. אלא, שאף אחרונים אלו מגבילים את היקף סמכויות החקיקה לחוקים העומדים בקריטריון של "תיקון עולם".

ברם, מדבריהם של אחרונים אחרים¹⁸ נראה שאינם מסכימים לחידושים אלו.

12 הלי מלכים פרק ג' הלי י'.

13 ועיין גם ברמב"ם שם פרק ד' הלי י', ובהלי רוצח פרק ב' הלי ד'. עוד מבואר ברמב"ם (הלי סנהדרין, פרק י"ח הלי ו') – באפשרות אחת – שהריגת יהושע את עכן, מכח משפטי המלוכה היתה. ועיין שו"ת חתם סופר; (או"ח סי' ר"ח, ד"ה ויען, ד"ה עכ"פ, ד"ה עד כאן הגעתי) ובאור שמח (הלי רוצח פרק ב' הלי ד' הלי מלכים פרק ג' הלי י'), הדנים במקור יכולתו של המלך להרוג את העוברים על גזירותיו.

14 משפט כהן (שם, עמ' שלי"ה).

15 שם, עמ' שלי"ז.

16 עמוד הימיני (שם), הרב דב ליאור (תחומין ג', עמ' 247).

17 עמוד הימיני (סי' ט', אותיות י"ג-ב). הבנה זו מבוססת על הנחה, שמקור סמכות המלך הינו מהעם (עיין לעיל הערה 8 בציטוט לשונו של הרב הרצוג).

ונראה, שהרחבת סמכויות זו חורגת מפשטות דברי הרמב"ם והמשפט כהן.

18 בדבר אברהם (לעיל הערה 6) מבואר להדיא שלגבי חוקים ותקנות אין למלך סמכות מכח משפטי המלוכה. הוא דן שם ביחס שבין דינא דמלכותא למשפטי המלוכה. במסקנתו שם הוא מוכיח שאין זיקה בין הדינים. אולם, כבר בתחילת דיונו מציב כהנחה פשוטה, שאף אם זיקה זו קיימת,

מסקנת הפרק

נראה, שיש לכנסת תוקף של מלכות, בכל הנוגע לצרכים הכלליים של האומה. מכח זה היא יכולה ליצור כלים המבססים ומאפשרים מימושו של תוקף זה – לחוקק חוקים.

דוגמאות לצרכים כלליים: מיסוי, ענייני צבא ובטחון וסדרי ממשל. מאידך, ברור שאין משפט המלך נוגע למערכת חקיקה בכל תחומי החיים השוטפים שבין אדם לחבירו.

יכולת החקיקה בתחום שבין הצרכים הכלליים לבין מערכת החיים השוטפים שבין אדם לחבירו, שנויה במחלוקת אחרונים:

* יש השוללים לגמרי סמכויות חקיקה באלו.

* יש המצמצמים מאד את "משפט המלך" בכל מה שאינו נוגע לביסוס המלכות, ולא התייחסו במפורש לנושא החקיקה. משיטתם עולה באופן ברור, שאף אם ישנה סמכות חקיקה, אין היא מתייחסת אלא לתיקון עוולות חמורות. כגון, מניעת פשיעות חמורות כרצח, אונס, שוד מזוין וכדומה. ובכלל העניין – אף ענישה מתאימה לעבריינים, ענישה היוצרת הרתעה.

* יש מעטים המקנים סמכויות נרחבות יותר. ואף הם מגבילים את היקף החקיקה, לחוקים המוגדרים כ"תיקון עולם"¹⁹. כגון, חוקי תחבורה. נראה שאף חיובי ממון הבאים לתמוך בקבוצות חלשות כלולות בזה. לכן חוקי מזונות שונים, הביטוח הלאומי וכדו', יכללו לשיטה זו במשפט המלך.

היא יכולה להתקיים רק בנוגע למיסים וכדו'. אבל בנוגע לצדדים האחרים של דינא דמלכותא, כתקנות וחוקים שבין אדם לחבירו – "לא שייך האי טעמא דפרשת המלך".

בתחומין ג' (עמ' 238-249) דנים הרב אברהם שפירא שליט"א, הרב מרדכי אליהו שליט"א והרב דב ליאור שליט"א בתוקפם של חוקי הכנסת. שני הראשונים אינם מבססים כלל את תוקפם על משפטי המלוכה. אף הרב הרצוג, המשתמש בכח זה, אינו עושה כן אלא בעניין יציאה למלחמה. ולגבי החידוש השני בדברי הרב ישראלי, בדבר הרחבת סמכויות החקיקה – אין נראה כן מדברי האור שמח. שכתב (הלי מלכים שם) בלשון זו: "ולמדנו חדשות, דכמו דלסנהדרין... רשות להרוג ולענוש מפני הוראת שעה... לעשות סייג לתורה, וכאן יש למלכי בית דוד רשות לתקן העולם. **והיינו דווקא לרוצח**, אבל בעניינים שבין אדם למקום... שזה אינו נוגע לתיקון המדינה כלל – אין זה שייך למלכי בית דוד, רק לסנהדרין". נראה שדבריו "דווקא לרוצח" הם לא בדווקא (ובא לאפוקי דברים שבין אדם למקום), ובכל זאת, צמצום גדול נראה בדבריו.

19 א' שוחטמן כותב במאמרו (לעיל בהערה שבמבוא) עמ' 420: "בשום מקרה הידוע לי, לא ביססו בתי הדין את הכרתם בחוק מחוקי הכנסת על משפט המלך".

פרק שני

דינא דמלכותא דינא

בכמה מקומות בגמרא¹ מובאים דברי שמואל האומר: "דינא דמלכותא – דינא". על פי קביעתו, חוקים שמחוקקת המלכות יש להם תוקף בדיני ישראל.² וכך נפסק בשו"ע הלכה למעשה.³

דבריו של שמואל נאמרו בכלליות וללא פרוט, ויש לדון, איפוא, הן בגדרי המלכות אליה הוא מתכוין, והן בגדרי הדין.⁴

- 1 נדרים כ"ח ע"א, גיטין י' ע"ב, בבא קמא קי"ג ע"ב, בבא בתרא נ"ד ע"ב. "ולא אשכחן מאן דפליג עלה בשום דוכתא" – ריטב"א (נדרים שם). וכן ברא"ש (גיטין שם).
- 2 הדעה המקובלת היא, שהתוקף של דינא דמלכותא הוא מדאורייתא – אבני מילואים (סי' כ"ח ס"ק ב'), חתם סופר (שו"ת יו"ד סוף סי' שי"ד) ודלא כמו שסברו בדעת הבית שמואל (אהע"ז, סי' כ"ח ס"ק ג'). אולם עיין בבנין ציון (חלק ב' סי' ט"ו), המביא דעות נוספות כבית שמואל. ועיין במעדני ארץ (סוף סי' כ'), שמבאר בדעת הבית שמואל, שיש חילוק בין דינים הנוגעים לתועלת המלך לדינים העוסקים בתחום שבין אדם לחבירו. בסוג הראשון, התוקף הינו מדאורייתא. בסוג השני, התוקף מדרבנן בלבד, עיי"ש בביאורו לחילוק זה. ומשמע שסובר שכו"ע יודו לבית שמואל, ואין בזה מחלוקת בין האחרונים, שכן הוא מסיק מסקנות מעשיות מחילוק זה.
- 3 חו"מ סי' שס"ט סעיפים ב', ו-י"א. הנחיצות לתת תוקף לדין המלכות נובעת מהצורך לארגן סדרי חברה ומדינה תקינים, וכלשונו של הרשב"א (שו"ת, חלק ב' סי' שני"ו): "... וכן לעשות חוקים בארצו, כדי שלא יבואו העם לידי הכחשות וקטטות".
לגבי מקור הכח של המלכות לחוקק, ישנן שתי גישות מרכזיות בראשונים. יש המבארים (ר"ן, נדרים כ"ח ע"א, ד"ה במוכס העומד מאליו, בשם התוס'; ראי"ש שם ועוד) שהקרקעות שייכות למלך, ומכח הרשות שנותן לדור בארצו, רשאי לחוקק חוקים שונים. ויש המבארים (רמב"ם, הל' גזילה ואבידה סוף פ"ה, רשב"ם בבא בתרא נ"ד ע"ב, אור זרוע סי' תשי"ה, תשמ"ה, ועוד), שבני המלכות מקבלים עליהם מרצונם – אף שלא במפורש (תרומת הדשן, סי' שמ"א) – את חוקי המלך.
בביאור שיטת הר"ן כותב במעדני ארץ (שביעית, סי' כ' אות א'), ששייכות הקרקעות למלך נובעת מדין כיבוש. ובשו"ע הגרש"ז (הל' הפקר והשגת גבול, סעי' ג') משמע, שדין כיבוש נדרש רק כאשר מלך כובש ממלכה זרה. אולם במלכות שלו אין צורך בהגדרת כיבוש לוכן כתב מפורשות הרב יי הענקין (הפרדס, חוברת ז', אות י').
- 4 ומבוארים הדברים בחזון איש (חו"מ ליקוטים סי' ט"ז סעי' ט'), שעצם שליטתו בממלכתו אינה פחותה מכיבוש.
דע, דסוגיא זו מורכבת, ואינה בהירה כל צרכה, וכעדותו של האגרות משה (חו"מ א' סי' ע"ב): "בענין דינא דמלכותא – קשה לכתוב בעניינים אלו... מטעם שכתב בשו"ת השיב משה... שיש מבוכה רבה בין הפוסקים וסתירות רבות, וצריך לזה עיון וזמן רב... וכ"ש קטני ערך כמוני". ובמעדני ארץ (שם) כתב: "עם סיום הדברים מצאתי לנכון להעיר, שידוע אני שטרם נתבררו ונתלבנו הדברים כראוי, בבירור הך כללא דדינא דמלכותא דינא".
למקורות ולדיונים נוספים בענין דינא דמלכותא – עיין אנציקלופדיה תלמודית ערך "דינא דמלכותא דינא"; ספרו של ש' שילה, **דינא דמלכותא דינא**; **אוצר המשפט** לנ' רקובר חלק א' עמ' 227 וחלק ב' עמ' 224.

הגדרת "מלכות"

כתבו הפוסקים,⁵ ש"מלכות" האמורה כאן אין כוונתה דווקא לשלטונו של מלך, אלא כל שלטון חוקי שהוא. לכן, אף אם נניח שאין אצלנו במדינת ישראל מלכות כפשוטה,⁶ אין זה מונע מלתת תוקף לדיני השלטון.

אולם לכאורה קיימת מגבלה אחרת, להחלת דינא דמלכותא בנידוננו. שכן, נחלקו הראשונים, האם בארץ ישראל תקף הכלל דינא דמלכותא דינא.⁷ אלא שמהשו"ע⁸ נראה שפסקו, שגם בארץ ישראל חל דינא דמלכותא. ואכן, פסקו רבים מגדולי זמננו, שיש תוקף של דינא דמלכותא לחוקי המדינה.⁹ אולם מיעוטם חלקו על כך.¹⁰

5 שו"ת הרשב"א (חלק א' סי' תרל"ז). ועיין שם בסי' תרי"ב, ובחלק ב' סי' שני"ו, ובמהרי"ק (סוף שורש קצ"ד), ובשו"ת בנימין זאב (סי' רצ"ד). וכן מבואר באחרוני זמננו – שו"ת דובב מישרים (חלק ג' סי' פ"ט), שו"ת ישכיל עבדי (חלק ו', חו"מ סי' כ"ח סעי' ב'), שו"ת פאת שדך (סי' קס"ה). וצריך עיון, האם פשוט הדבר גם להסברו של הר"ן לדינא דמלכותא, דאפשר שלא נאמר שהקרקעות שייכות למלכות, אלא במלך כפשוטו. וצ"ע על הסובר בצורה פשוטה, בתחומין ז' עמ' 520, שבעינן דווקא מלך.

6 עיין לעיל פרק א.

7 המחלוקת נובעת מהנימוקים השונים לדינא דמלכותא (עיין לעיל הערה 3). לדעת הר"ן, לא שייך לומר דינא דמלכותא בארץ ישראל, כיון שהיא אינה רכוש המלך, אלא "כל ישראל שותפים בה". אולם לדעת הרמב"ם, אין מקום לחלק בין הארץ לחוץ לארץ, כמובן. ומפורש בדברי הרמב"ם (הל' גזילה ואבידה, פרק ה' ה"א): "בין שהיה המלך גוי, בין שהיה המלך ישראלי". וברור שאין כוונתו למלך ישראל המולך דווקא מחוץ לארץ ישראל.

הרשב"א (נדרים שם). ובשו"ת חלק א' סי' תרל"ז, חלק ב' סי' קל"ד הביא גם הוא את דעת התוס'. וכן דעת היראים (הובא באור זרוע, בבא קמא אות תמ"ז). ואילו המאירי (נדרים שם) מחזיק בדעת הרמב"ם.

8 סי' שס"ט סעי' ו' – לשון הרמב"ם שבהערה הקודמת. ומתאים גם לנימוק של דינא דמלכותא, שנוקט להלכה (שם, סעי' ב') – שהעם מקבל על עצמו את דיני המלכות.

9 הרב הדאיה (ישכיל עבדי, שם), הרב אלישיב (פסקי דין רבניים חלק ה' עמ' רנ"ח), הרב עובדיה יוסף (יחווה דעת, חלק ה' סי' ס"ד). הרב וולדינברג (הלכות מדינה, שער ג' פרק ו'); צ"ץ אליעזר (חלק ה' סוף סי' לו), הרב מרדכי אליהו (תחומין ג' עמוד 242), הרב דב ליאור (תחומין ג' עמוד 247). ועיין גם בפד"ר חלק א' עמ' רפ"א, ובחלק ו' עמ' שט"ו, ובחלק ז' עמ' של"ו, ובספרו של ש. שילה עמ' 106 הערה 139.

10 הרב עוזיאל (שם). הוא נוקט שדברי הר"ן אמורים דווקא בזמן שלטון ישראלי על הארץ [לכן בזמן המנדט הבריטי פסק שאמרינן דינא דמלכותא (פסקי עוזיאל, סי' מ"א, מ"ב) ולאחר הקמת המדינה פסק (הערה 11) שלא אמרינן כן]. ועיין בעניין מלכות גויים בארץ ישראל באריכות במעדני ארץ, סי' כ', סעי' ח"ו.

גם הרב זולטי (פד"ר ה', עמ' רנ"ח, בדעת מיעוט) סובר שאין תוקף של דינא דמלכותא במדינה, אולם מטעם שונה. לדעתו לא אמרינן דינא דמלכותא אלא במלכי גויים, ולא במלכי ישראל. הוא מסתמך על דברי רש"י בגיטין (ט' ע"ב, ד"ה חוץ).

אף לשיטות הראשונים הסוברים שבארץ אין תוקף לדינא דמלכותא, כתבו אחרונים שחוקים אשר ענינם הוא יצירת חיים תקינים במדינה,¹¹ או חוקים המוסכמים על האזרחים,¹² תקפים הם לכו"ע¹³ אף בארץ ישראל.

כעין זה מפורש בנימוקי יוסף (נדרים כ"ח): "...דזוקא מלכי אומות העולם... ומלכי ישראל אין דנים דין אלא על פי התורה, דקיימא לן במסכת סנהדרין (כ' ע"ב) כל הכתוב בפרשת מלך בספר שמואל, מלך אסור בו...". אולם דעתו לא נתקבלה להלכה (עיין לעיל, הערות 7, 8), ואף על משענתו ד"מלך אסור בו" – חולקים רוב הראשונים (עיין לעיל פרק א' הערה 5). עולה אם כן, שהרב עוזיאל והרב זולטי שוללים שניהם את החלת דינא דמלכותא במדינה. הראשון מצד ארץ ישראל, והשני מצד מלכות ישראל.

טענה נוספת לאי החלת דינא דמלכותא במדינת ישראל – היותם של חלק מחברי הכנסת "כופרים" ו"רשעים". כן כתבו בשו"ת פאת שדך (סי' צ"א), שו"ת המאור (עמ' שס"ד) והרב פרדס (תחומין ז', עמ' 520). ודבריהם דחויים. שכן, למרות שאין למנות למינוי ציבורי אלא אדם ירא שמים (עיין רמב"ם, ה' מלכים פרק א' ה' ז'), אין בכך מלמונוע בדיעבד תוקפו של מינוי שלא עמד בקריטריון זה. כן מוכח להדיא מהתוספות בסנהדרין (דף כ' ע"ב). הדיון שם נסוב על ענשו של אחאב בעניין כרם נבות. תמהים התוסי' מדוע נענש אחאב, והרי "מלך מותר בו". בכל תירוצי התוסי' לא נזכר שאין תוקף למינויו מחמת היותו רשע. וכן כותב בפשיטות הרב עובדיה יוסף שליט"א (שו"ת יחוה דעת, חלק ה' סוף סי' ס"ד); וכן מוכח מהאחרונים המובאים בהערה 12, שפסקו למעשה שחל דינא דמלכותא במדינה.

אף בעל פאת שדך עצמו מסייג מעט את דבריו, וסובר שבקצת דברים חייבים לקבל דינא דמלכותא, עיי"ש.

11 ים של שלמה (בבא קמא פרק ו' סי' י"ד): "כתב הר"ן... אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל שותפין בה. ומ"ה [צ"ל: ומ"מ] נראה דיכול נמי לעשות חוקים ונימוסים במדינה שלו במידי דתלוי בתקנת ארצו, ולהעניש העובר על קיצתו. וכל שכן הדינים שבין אדם לחבירו שדינו דין, דאם לא כן לא תעמוד הארץ ותהרס".

ובגיטין (פרק א' סי' כ"ב) מבאר להדיא, שכוחו זה מצד דינא דמלכותא הוא. ונראה פשוט שלא אומר המהרש"ל את דבריו לרבות בכח הדינא דמלכותא, ואין כוונתו להתעלם מההגבלות השונות המובאות לקמן, אלא הוא רק מסיר את הגבלת ארץ ישראל השוללת, לכאורה, לדעת הר"ן, באופן החלטי את התוקף של דינא דמלכותא.

12 חתם סופר (שו"ת, חו"מ סי' מ"ד). הוא מבאר, שכל המחלוקת בין הראשונים בטעם של דינא דמלכותא היא במיסיס וכד', שזהו ענין הדורש כפיה. אולם, בדברים אחרים, שבני המדינה מסכימים לקבל עליהם את דיני המלכות, לכו"ע אמרינן את הביאור השני. ממילא, דינים כאלו יחולו בודאי אף בארץ. וכן סובר הגרשי"ז אויערבך זצ"ל (מעדני ארץ, סי' כ', אותיות י"א, י"ג).

13 אולם מהפסקי עוזיאל (בצומת התורה והמדינה, כרך א' עמ' 84), נראה שאינו סובר כך. שכן, הוא מכריע כשיטת הר"ן, ומכח זה מסיק שלא יחולו חוקי המדינה אלא מכח תקנות קהל.

הגדרת הדין

מסברא לא יתכן לומר, שבכל תחומי החקיקה יקבעו חוקי המלך בלבד, שהרי, אם כן, תיבטל תורת הקבי"ה חלילה.¹⁴ זקוקים אנו, איפא, להגדיר מה הם התחומים בהם חל הכלל דינא דמלכותא דינא. ובנידונו – מה הם תחומי החקיקה הנתונים לסמכותה של הכנסת.¹⁵ דבר פשוט הוא, שהכלל דינא דמלכותא דינא, לא נאמר אלא בדיני ממונות, ולא באיסורים.¹⁶

בדיני ממונות: נחלקו הראשונים לגבי היקף תחולתו של הכלל בדיני ממונות. מהם המצמצמים את הכלל, ל"דינים התלויין בקרקעות¹⁷ [כמו מכס, שאומר המלך לא יעבור אדם בארצי, אם לא שיתן המכס... וגם כרגא דקרקפתא (= מס גולגולת), דאמר מלכא לא יהא בארצי אם לא יתן כך וכך¹⁸], או אף לכל הדברים הנוגעים

14 רשב"א (שו"ת, חלק ג' סי' ק"ט, וחלק ו' סי' רנ"ד. עיין ציטוט מדבריו לקמן פרק ד' הערה 73), ובמהרי"ק (שורש קפ"ז), ומביאם הרמ"א (סי' שס"ט סעי' י"א). וכן כותב המאירי (בבא קמא קי"ג ע"ב).

15 יש להעיר כי ניתן היה לחלק בין דינא דמלכותא המעניק תוקף למלכות גויים, אשר מעצם טבעה מחוקקת חוקים לארגון חיי המדינה, לבין מצב שבו מדינה יהודית יוצרת מערכת חוקים אשר ברובה הגדול מתעלמת מדיניה של תורת ישראל. אמנם למעשה אנו רואים שחלק גדול מאחרוני זמננו (לעיל הערה 12) נתנו תוקף של דינא דמלכותא לחלק מחוקי הכנסת. ואף החולקים לא בגלל סיבה זו חלקו.

16 רמב"ם (הלכות זכיה ומתנה, סוף פרק א'), וזו לשונו: "שכל דיני המלך בממון – על פיהם דנים". ועיין תשב"ץ (חלק א' סי' קנ"ח, ד"ה עוד יש לדקדק).

דוגמא לאי תחולתו של דין המלכות במדינתנו בענייני איסורים, הינה סעיף 12 לחוק שעות העבודה והמנוחה (תשי"א). חוק זה מתיר במצבים מסוימים – שלא מחמת פיקוח נפש – לעבוד בשבת, כולל בדברים הכרוכים בחילול שבת. לדוגמאות נוספות – עיין במאמרו של א' שוחטמן (לעיל, בהערה שבמבוא), עמ' 442.

17 בית יוסף (סי' שס"ט) בשם הרא"ש והמרדכי, שכתבו כן בשם הרא"ם. והמרדכי (שם) והאור זרוע (בבא קמא אות תמ"ז) כתבו כן גם בשם הראב"ה (תלמיד הרא"ם), לדעה אחת. ועיין בספרו של ש' שילה עמ' 97 אחרונים נוספים שנקטו כשיטה זו.

18 ומבאר הרא"ש (שם) את הטעם: "דארצו הוא, ואף הדיוט שיש לו קרקע כך דינו, שלא יהנה אדם מארצו אלא מדעתו ובקצבתו". וכן באור זרוע (שם).

למלכות בצורה ישירה,¹⁹ כמו מיסים מסוגים שונים.²⁰ ומהם²¹ המרחיבים את הכלל לכל דבר,²² ואף לדברים הנוגעים לתחום המשפט הפרטי²³ – דינים שבין אדם לחבירו [בכפוף להגבלות שיבוארו לקמן].²⁴

19 רמב"ם (הל' מלוה ולווה, פרק כ"ז הל' א') על פי ביאור המגיד משנה (שם). הרב המגיד כותב שם, שכך סוברים רוב הגאונים, (ועיין גם בדברי הרמב"ם שהובאו לעיל בהערה 16), ספר התרומות (שער מ"ו, חלק ח', אות ה') בשם רבותיו, מהרי"ק (שורש ס"ו). כמו כן, הובאו דעות ראשונים הסוברות כן ברמב"ן (בבא בתרא נ"ה ע"א, ד"ה אם כן; ובשו"ת סי' מ"ז), ברשב"א (גיטין י' ע"ב, ד"ה ואיבעית אימא) ובר"ן (גיטין שם).

20 וצריך עיון, האם הרא"ם (לעיל הערה 17) מודה לדברי הרמב"ם (לעיל הערה 19), שכל דבר המועיל למלכות תקף בו דינא דמלכותא [כך משמע להדיא בדבר אברהם (חלק א', סוף ענף ב' בהערה) בהביאו את שתי הדעות], או שמא סובר שדווקא בענייני קרקעות אמרינן דינא דמלכותא (כך משמע בכנסת הגדולה, חו"מ סי' שס"ט הגהות ב"י אות נ"ח). אם נאמר כצד השני, נובע הדבר מנימוקו של הר"ן לדינא דמלכותא (הערה 3).

21 רמב"ן (שם), רבינו יונה (בבא בתרא נ"ה ע"א), רשב"א (שם), ובשו"ת חלק א' סי' תצ"א, ובחלק ב' סי' שניו. וצ"ע מדבריו בחלק ו' סי' רנ"ד, שכתב להדיא שדינא דמלכותא הוא רק במה שיש תועלת למלך, ר"ן (שם), נימוקי יוסף (בבא בתרא שם), מרדכי (בבא קמא פרק י' אות קנ"ד, גיטין אות שכי"ה), תרומת הדשן (סי' ש"ט).

22 לשון הרמ"א בסי' שס"ט סעי' ח'.

23 אמנם, ההרחבה לכשעצמה, אינה מחייבת את החלת דין המלכות גם בתחום המשפט הפרטי (שכן עקרונית, ניתנת ההרחבה להאמר בדברים ציבוריים שאינם קשורים ישירות לשלטון; עיין לקמן הערה 38). ואכן כך מבאר הסמ"ע את דעת המרחיבים, לפי הבנת האגרות משה (עיין באריכות לקמן הערה 34). אולם שיטה זו מוקשה מאד. שכן הראשונים דלעיל (הערה 21), מביאים הוכחה להרחבת התחום של דינא דמלכותא מכך שחזקה נוצרת בארבעים שנה, במקום שכך הוראת המלכות (בבא בתרא נ"ה ע"א).

חזינן מפורש, שאף בבין אדם לחבירו אמרינן דינא דמלכותא. וכן מפורש ברשב"א (מובא לקמן הערה 32), ובמגיד משנה (הל' מלוה ולווה, פרק כ"ז הל' א') כותב כך להדיא. וגם בדרכי משה (סי' שס"ט אות ג') מביא את המהרי"ק בשם הרשב"א שגם בין אדם לחבירו אמרינן דינא דמלכותא. ועי"ש עוד בשם המרדכי. וכן לקמן הערה 27, וכן כותב הים של שלמה (לעיל הערה 9), וכן מפורש בדבר אברהם (שם).

24 המחלוקת הנזכרת לעיל (הערה 3), בביאור הטעם לדינא דמלכותא, אינה מקבילה למחלוקת הנזכרת כאן לגבי היקף הנושאים שלגביהם אמרינן דינא דמלכותא [למרות, שאפשר לטעות ולחשוב כך בעקבות דברי הרמ"א (שם) המביא את שיטת המצמצמים, ומבאר טעמם כגישה הראשונה]. שכן, הרמב"ם מבאר את הטעם כגישה השניה, ונוקט כשיטת המצמצמים, והר"ן מבאר כגישה הראשונה ונוקט כשיטת המרחיבים. ומצאנו כך אף בכנסת הגדולה (סי' שס"ט הגהות ב"י אות ל"ג; הוא מוכיח כך מדברי הרשב"א).

אמנם, אם דעת הרא"ם שדווקא בענייני קרקעות אמרינן דינא דמלכותא דינא (עיין לעיל הערה 20), ודאי נובע הדבר מכך שלומד את הטעם כשיטת הר"ן. ואם כך, הרי שהוא תולה את היקף התחום של דינא דמלכותא, בנימוקו של כלל זה.

בעקבות הראשונים נחלקו אף הפוסקים, כיצד להכריע למעשה. מדברי השו"ע²⁵ משמע שפוסק כדעה הראשונה. ואילו הרמ"א²⁶ בהביאו את שתי הדעות, הכריע כדעה השניה.²⁷

מכאן, שחוקים הנחקקים בכנסת, העוסקים בעניינים הנוגעים לעצם השלטון, דהיינו חוקים מתוך תחומי המשפט הציבורי – כגון: מיסוי,²⁸ הפקעת קרקעות ונכסים לצרכי ציבור,²⁹ שינוי שער המטבע,³⁰ וכד' – תקפים לכל הדעות.³¹ אולם, תוקפם של חוקים מתחום המשפט הפרטי, הנחקקים על ידי הכנסת, שנוי במחלוקת ראשונים.

לכאורה מחלוקת קיצונית לפנינו. הללו מאד מרחיבים – בכל דבר, והללו מאד מצמצמים – רק לענייני המלכות, אלא שאין הדבר כך. המרחיבים – מסייגים הרחבתם, והמצמצמים – מסייגים צמצומם. הקירבה בין השיטות נובעת מחוקים שניתן להגדירם כ"תיקון בני המדינה", כדלקמן.

סייג המרחיבים – בדברי הרשב"א³² והרמ"א³³ מבואר שבתחום המשפט

25 כך נראה משני מקומות:

א. בסי' שסי'ט מובאות דוגמאות של מיסים וכד' בלבד, כלשון הרמב"ם (ועיין לעיל הערה 19, שביאר הרב המגיד שהרמב"ם כמצמצמים).

ב. בסי' ס"ח פוסק כרמב"ם שבשטרי מתנה לא אמרינן דינא דמלכותא. ופסק זה מבוסס כולו על שיטת המצמצמים [עיין מגיד משנה (הלי' מלוה ולוה, פרק כ"ז הלי' א') ובאור הגר"א (סי' שסי'ט ס"ק ל"ו)].

אמנם, פשטות דבריו היא שלא דווקא בקרקעות, אלא בכל דבר שהינו גורם תועלת למלך אמרינן ביה דינא דמלכותא, כדעת הרמב"ם (לעיל הערה 19). וכן כתב בשו"ת רב פעלים (חלק ב', חו"מ סי' ט"ו, ד"ה ודע) בדעת השו"ע, והוסיף: "לא תועיל בנידון דידן סברת החולקים על זה, יען דלדידן [= בני ספרד] אין לומר קים לי נגד מרן ז"ל". כמובן, שאין דבריו האחרונים מתייחסים לנוהגים כפסקי הרמ"א.

26 סי' שסי'ט סעי' ח'.

27 וכהכרעתו זו נקט להלכה בפשיטות בסי' ס"ח סעי' א' (גר"א שם ס"ק י"ב), בסי' ר"ז סעי' ט"ו (גר"א שם ס"ק נ"ב), ובסי' שניו סעי' ז' (השווה לדבריו בסי' שסי'ט סעי' ח'). בשלושת מקומות אלו, מדובר בדינים שבין אדם לחבירו (עיין לעיל הערה 23).

28 שו"ע סי' שסי'ט סעי' ו'.

29 שו"ע שם, סעי' ב'.

30 שו"ת הרמב"ן סי' מ"ז – "שאין לך עסק מלכות גדול מזה". ועיין יו"ד סי' קס"ה ברמ"א, וש"ך ס"ק ח'.

31 ובאותם מקומות שדיני המלכות תקפים, חלים גם דיני עונשים. עיין שו"ע שם סעי' ז', ח', י"א. ומסתברים דברי א' שוחטמן במאמרו (עמ' 438): "יכולה ההכרה ההלכתית מכח כלל זה, לחול לא רק על החקיקה הראשית של הכנסת, אלא גם על כל חקיקת המשנה הנעשית במדינה על ידי רשויות הפועלות מכח החוק, שכן 'שלוחא דמלכא כמלכא' (בבא קמא ק"ג ע"ב)". עיין בעניין זה בשו"ת בנימין זאב, סי' רצ"ד.

32 שו"ת הרשב"א (המיוחסות לרמב"ן, סוף סי' כ"ב), וזו לשונו: "כל שיש טעם במה שהמלך מצווה ומנהיג דבר לתיקון הנהגת המדינה, יכול הוא לומר – ממון שראוי להיות לזה מן הדין, יהא לחבריו". הובא גם בדרכי משה (סי' שסי'ט אות ג').

33 סי' שסי'ט סעי' י"א.

הפרטי לא נאמר הכלל דינא דמלכותא דינא, אלא רק כאשר הדין נועד לתקנת בני המדינה.³⁴ כלומר, תיקון ושכלול סדרי החיים בין בני המדינה³⁵ [ועיין

34 הטעם – כמבואר לעיל, דאם לא כן בטלת תורת ה' חלילה.

עיין סמ"ע (שם ס"ק כ"א) העומד על הסתירה לכאורה בדברי הרמ"א, שבסעיף ח' כתב שאמרינן דינא דמלכותא דינא בכל דבר, ואילו בסעי' י"א מצמצם, ואומר שרק בדבר הנוגע לתקנת בני המדינה [לאפוקי דינים כירושה] אמרינן כן. ובישוב הרמ"א מבאר הסמ"ע ש"כל דבר" האמור בסעי' ח' הוא לאו דווקא, אלא שהרמ"א בא לרבות שלא רק במיסים ובארנוניות אמרינן דינא דמלכותא, אלא כל דבר שהוא מחוקי המלוכה וממשפטי המלכים. ומהאגרות משה (חוי"מ ב' סי' ס"ב) נראה שהבין בדעת הסמ"ע, שרק דברים שבמהותם הם בעלי אופי ממלכתי או ציבורי אמרינן דינא דמלכותא. אולם כל דיני בין אדם לחבירו – אפילו אם למלכות יש אינטרס לחקיקה מסוימת ואחידה בהם – אינם נכללים בדינא דמלכותא דינא. האגרות משה דוחה את הסמ"ע [על פי הבנתו אותן]. הטעם – שכן בדרכי משה מבואר להדיא שלא כדבריו, עיין לעיל הערה 23. ולכן מבאר האגרות משה, בדעת הרמ"א, שבכל תחום ואף בדברים שבין אדם לחבירו אמרינן דינא דמלכותא, אם יש עניין "מדיני" בדבר. כלומר, באותם דינים שהמלכות מקפידה שכל הציבור יתנהל אך ורק על פי הוראותיה (ולעני"ד, אפשר שגם כוונת הסמ"ע כן).

ומסתבר שלמרות שהאגרות משה נקט את הקפדת המלכות כקנה מידה לתיקון המדינה, הוא יסכים שאם יהיו חוקים, שברור לנו גם ללא מדד זה, שהם בגדר תיקון המדינה, הם יהיו תקפים, כדברי האחרונים בהערה הבאה.

35 כן כותב החתם סופר (שו"ת, חוי"מ סי' מ"ד). הוא נשאל על דין המלכות, המחייב את סוחרי היינות לחלק את רווחיהם באופן שווה בין כל הסוחרים. תשובתו היא, שדין זה תקף, וזו לשונו: "ואילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן... כדי שיכולים להתפרנס, ולא יפסקו חיותא זה לזה". ולפני כן הטעים דבריו: "וראוי לתקן שלא יעשה אדם כדגי הים, שכל אחד בולע חבירו". את העיקרון של החתם סופר, השליכו אחרונים לחוקי מלכות נוספים, שהם ראו אותם כראויים: האמרי יושר (חלק ב', סי' קנ"ב סעי' ב') מסכים לדעת השואל, שהביא את החתם סופר, ורצה להסתמך עליו לעניין חוק הגנת הדייר: "שידוע שהתקנה גדולה מאד בזמננו, שלא יהיו בני אדם מושלכים בחוצות". ומסיק האמרי יושר: "אין לשנות בזה מכפי דינא דמלכותא, שהוא לטובת המדינה" [וקודם לכן הוסיף, שעסקינן בקרקע, שבזה אמרינן דינא דמלכותא לרוב הפוסקים. כמו כן הוא מדגיש, שדבריו אמורים להחזקת ממון ולא להוצאתו]. הרב ניסים זצ"ל, הרב זולטי זצ"ל, ויב"ט הרב אלישיב שליט"א כתבו כך (פסקי דין רבניים, כרך ו' עמ' שע"ו), לעניין חוק רישום מקרקעין בטאבו. וזו לשונם:

"ולפי מה שכתב חתם סופר בתשובה הנ"ל... יש לדון דהוא הדין בנוגע להעברת נכסי דלא נידי, שאינם יוצאים מרשות לרשות, אלא ע"י רישום בטאבו. דיש בזה משום תיקון ונעילת דלת בפני הרמאים. שאלולי כן, הרי בידי כל אחד למכור נכסיו לכמה בני אדם, ולהחליף את מכירתו עשרת מונים, ובה וכיוצא בזה, כו"ע (=גם הסוברים שבארץ ישראל אין דינא דמלכותא, עליהם דנו קודם לכן) מודו דדינא דמלכותא דינא, ויש לפי"ז תוקף לרישום במשרדי האחוזה, ויש בזה משום מעשה קניין". ובדומה לכך נכתב בפד"ר ו' עמ' שט"ו, ובפד"ר י"ב עמ' רצ"ד.

דוגמאות נוספות – עיין במאמרו של א' שוחטמן, עמ' 452.

בדומה לזה כותב אף הרב הרצוג (תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ב' עמ' 75), וזו לשונו: "יומכל מקום עולה בדעתי בנוגע למציאות שנתחדשה בעולם המסחר והתעשייה דבר כללי – שמציאות כזאת ומצב כזה לא היה קיים בימי חז"ל, [אף] שאפשר לנו לקבוע הדין בזה על פי הכללים שאינם תקנות אלא משפטים ממש, [מכל מקום] מכיון שמציאות כזאת ומצב כזה לא

הערה³⁶], או מצב בו המלכות מקפידה שידונו דווקא על פי חקיקתה.³⁷ **סייג**

היו קיימים בימיהם, ויש לנו יסוד לשער שאילו היה מתחדש בימיהם, היו מתחשבים עם המציאות וקובעים תקנה משום תיקון העולם, וכדרך שתקנו שלא תנעול דלת וכו', משנתמעטו דיינים סמוכים וכו', יש לקבל דין המלכות בזה הממלא אותו הצורך שהיתה תקנה כזו ממלאה... אך אינני אלא מעורר ולא קובע שום דבר".

אמנם, הרב הרצוג אומר דבריו כמהסס קימעא, וכן אינו מציע דבריו אלא במציאות שנתחדשה, ולא בכל תיקון מועיל. אלא שסיבת הדבר היא, שהוא מתייחס שם לכל הדעות, כולל שיטת הש"ך (עיין לקמן), ולכן דיבר בזהירות. על כל פנים, רואים מדבריו את הגישה העקרונית המתאימה לאחרונים דלעיל.

על פי דברי החתם סופר נראה, שקנה מידה חשוב בנושא זה הוא, האם ראוי היה שיחוקק חוק זה על ידי אנשי התורה עצמם. והמנחת יצחק (חלק ב' סי' פ"ו) נשאל לגבי הרלוונטיות של חוק הגנת הדייר, בתקופה שבה הדירות כבר מצויות. בתשובתו כתב (אות ג'): "הנה לענ"ד, במה שנוגע להפוסקים שסבירא להו דהיכא שנעשה לתקנת בני המדינה – דינא דמלכותא דינא, לא נתנו דבריהם לשיעורים, ולחלק בין תקנה לתקנה".

נראה שנכון יהיה לומר, שחקיקה לתיקון בני המדינה יכולה לנבוע מדינמיקה של החיים היוצרת לעיתים עיוותים, או שיוצרת צורך בהכוונה וניווט מחודשים של מהלך החיים החברתיים. דינמיקה זו יכולה להיווצר הן בגלל מציאויות או התנהגויות חדשות, והן מפני תפיסות חיים חדשות, המתאימות לרוחה של התורה.

36 אמנם צריך לעיין, מיהו המוסמך להחליט לגבי חוק אם הוא עומד בגדר של תיקון בני המדינה. בהקשר לכך יש להעיר, שלא כל דבר הנראה למחוקקים כתקנה טובה, נראה כך גם לגדולי ישראל. כגון, חוק התישנות החובות. הרב עוזיאל (משפטי עוזיאל, חו"מ סי' כ"ח) שולל מכל וכל, ובמילים חריפות – "גזלנותא", חוק זה. זאת, למרות שמחשבתם של המחוקקים היתה לתועלת הציבור – מניעת הצורך לשמור על שטרות למשך זמן רב. וראה גם דברי הרב דב ליאור (**תחומין** ג' עמוד 248 ד"ה רביעית) וכן בדבריו (שם עמוד 249) לגבי שלילת שחרור גנב מתשלום נזק, לצד העונש הפלילי שנושא בו.

ובשיחתנו עם מו"ר הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א אמר לנו, שיש לחלק בין חוק שמחוקקת הכנסת ויבמקרה הוא עונה לגדר של תיקון בני המדינה, לבין מצב בו חברי הכנסת מודעים לכך שחקיקה מסויימת אינה על פי שורת הדין, ובכל זאת הם מחוקקים כן לתיקון בני המדינה.

37 עיין באגרות משה המובא לעיל בהערה 34. וביאור העניין – דכיון שהמלכות מקפידה, מוכח שהאחדות בדבר זה נחוצה לחיי המדינה ו/או תושביה [אלא אם כן אלו הקפדות הנובעות מאינטרס למלכות עצמה, שאז ודאי שהחקיקה תקפה אפילו למצמצמים]. אם כן, חקיקה בזה היא מעצם עניינו של השלטון. וכמו כן, חוקים המשכללים את סדרי החיים – עניינו של השלטון הוא לחוקקם.

ונראה שאף האחרונים המובאים בהערה 35 יסכימו לקנה המידה של האגרות משה, שהרי מוכח כדבריו בראשונים בגיטין, הסוברים שם שאמרינן דינא דמלכותא כיון שאיכא הורמנא דמלכא. אם כן, אמרינן הכי גם בתחום המשפט הפרטי, למרות שאין שם "תיקון עולם" נראה לעין. על כרחנו, שהתוקף נובע מעצם הקפדתה של המלכות, כדברי האגרות משה.

המצמצמים – פשוט בסברא, ומבואר כן אף באחרונים,³⁸ שהם יודו שדינא דמלכותא חל לגבי עניינים **ציבוריים**, אף אם הם אינם עוסקים בצורה ישירה בענייני השלטון.

מכאן שחוקים שנועדו לתיקון בני המדינה תקפים לכל הדעות, כאשר הם מתחום המשפט הציבורי.³⁹

יוצא, איפוא, שלכל הדעות:

- א. אין לתת תוקף לחוק, אלא אם כן הוא נעשה לתיקון בני המדינה.
- ב. חוק מתחום המשפט הציבורי, העוסק בתיקון המדינה – תקף.⁴⁰

38 עיון בדברי המצמצמים יכול היה להוביל לחשיבה, שענייני ציבור שאינם עוסקים בצורה ישירה בענייני המלכות עצמה אין להם תוקף של דינא דמלכותא. שכן, לא הובאו בדבריהם אלא מצבים אלו. ויש ראייה לכך מדעת הסמ"ע, הסובר שאף המרחיבים אינם מחילים את דינא דמלכותא בתחום המשפט הפרטי (לפחות, על פי הבנת האגרות משה את דבריו – עיין לעיל הערה 34). אם כן, על כרחנו שהמצמצמים סוברים שדינא דמלכותא אינו אלא בענייני השלטון. מאידך, אינו מתקבל הדבר על הדעת, שלשיטה זו לא יהא תוקף של דינא דמלכותא לעניינים ציבוריים. וכי תיעשה המדינה כהפקר?!

ומצאנו כדברינו בים של שלמה (גיטין, פרק א' סי' כ"ב): "וזה היא סברת הרא"ם [= שיטת המצמצמים]... אבל מכל מקום כל החוקים והנימוסים שעושים לקיום המדינה שלא תהרס – הכל הוא בכלל דינא דמלכותא דינא". וכן מובא בספרו של ש. שילה (עמ' 147, הערה 382) בשם רבי חיים פאלאג'י: "אפילו למ"ד בדברים שאין הנאה למלך ליכא דינא דמלכותא דינא, היינו בעניינים שבין אדם לחבירו. אבל בדבר הנוגע קצת להנהגת מדינתו ועמו, הגם כי אין מגיע הנאה למלך, כו"ע [סברי] דדינא דמלכותא דינא".

לאור בירור זה נראה אם כן, שעניינים ציבוריים שאינם עוסקים ישירות במלכות, אבל אי נתינת תוקף של דינא דמלכותא לגביהם תגרום נזק למלכות – חלים עליהם דיני המלך. לכן, חוקים הבאים לשמירת הסדר הציבורי תקפים אף לשיטת המצמצמים.

דוגמא מעידן חיינו – חוקי התעבורה (ועיין **בתחומין** י' עמ' 179, מאמרו של הרב נ' בראילן). וכן נראה שהמבואר בפסקי עוזיאל (סי' מ"א, מ"ב) בעניין חוקי הבחירות, הינם אליבא דכל השיטות. וזו לשונו: "חוקת המדינה בענייני בחירות למוסדות עירוניים ואזרחיים, מחייבת את כל המדינה או העיריה וועדי הקהילות, להשמע ולקיים אותן מדין דינא דמלכותא דינא". (תשובה זו נכתבה ע"י הרב עוזיאל בשנת תרצ"ה, כאשר המלכות עדיין לא היתה ישראלית – עיין לעיל הערה 13).

39 וצריך עיון, האם ישנם חוקים מתחום המשפט הציבורי שאינם כלולים בגדר תיקון בני המדינה. 40 לאור המתבאר עולה, שלכו"ע מערכת חוקי מלכות בכללה אינה תקפה. ובדרך כלל אינם תקפים אלא ענייני קרקעות ועניינים הנוגעים למלכות. מעבר לכך, בעיני גדר של תיקון בני המדינה, כדי שדין המלכות יהא תקף. החוקים שיוגדרו כך בתחום המשפט הפרטי הם אחוז מזערי יחסית לכלל החוקים. לא יפלא איפוא, אם מוצאים אנו בפוסקים ביטויים האומרים בצורה פשוטה, שאין לדון בין אדם לחבירו בדיני המלכות כי אם בדין תורה. ואין בהתבטאויות אלו דבר עם שאלת הכרעה בין המרחיבים למצמצמים. אנו כותבים זאת, לאפוקי מהוכחות שהובאו במקומות שונים, שלדעתנו אין בהן ממש.

הערת עורך: לא ברור על מה מסתמכת הקביעה שרק אחוז מזערי מכלל החוקים בתחום המשפט הפרטי מוגדרים כתיקון בני המדינה, ולענ"ד אין זה כך. אכן השאלה הבסיסית היא מיהו המוסמך לקבוע אלו חוקים נכללים בכלל תיקון בני המדינה, כפי שהובא לעיל בהערה 36. (ש.א.)

בנקודות שבהן קיימת מחלוקת בין המצמצמים למרחיבים, נמצאו מגדולי ישראל,⁴¹ שפסקו כמצמצמים. אחרים⁴² התייחסו לעניין כספיקא דדינא, ונמצא שהמוחזק יכול לומר 'קים לי' כשיטה הנוחה לו. אולם רבים מאחרוני בתראי⁴³ נקטו למעשה כשיטת המרחיבים.

מן הדברים עולה, שדין הנועד לתקנת בני המדינה – חל לגבי דין המלכות, אפילו כאשר עוסק בתחום המשפט הפרטי.

כאשר דין המלכות סותר דין תורה: כתב הש"ך,⁴⁴ שאף לדעת המרחיבים, כאשר דין המלכות סותר דין תורה, אין לו תוקף של דינא דמלכותא, אפילו אם נועד לתקון חיי המדינה.⁴⁵ אולם, מדברי הרשב"א⁴⁶ משמע שלא כדבריו. לדעת הרשב"א, כל דין הנועד לתקון בני המדינה מקבל תוקף מדינא דמלכותא, אף אם סותר דין תורה, ופסק הרמ"א⁴⁷ כדעתו.⁴⁸

41 מהר"י בן לב (חלק ג' סי' ק"ט), מהרשד"ם (חלק ב' סי' רכ"ד), שו"ת בנימין זאב (סי' ת"ד, תט"ז); הוא אומר את דבריו כמילתא דפשיטא, ולא כהכרעה בין שתי שיטות). וכן משמע להדיא מדברי מהר"ם אלשיך (שו"ת, סי' ס"ז).

42 רדב"ז (חלק א' סי' תקמ"א). ועיין בדבריו בסי' כ"ט, ששם נוקט כשיטת המצמצמים), כנסת הגדולה (ח"מ, סי' שס"ט הגהות ב"י אות נ"ה).

43 כן נראה מהאחרונים שנקטו דדינא דמלכותא דינא אף בתחום המשפט הפרטי – לעיל הערות 9, 35, ולקמן הערה 49. וכבר הקדימם הלבוש (סי' שס"ט, סעי' ח'). אולם עיין לעיל הערה 25, דעת הרב פעלים [לגבי בני ספרד].

44 סי' ע"ג ס"ק ל"ט, וסי' שני"ו ס"ק י"י.

45 וכלשונו: "דמי מפיס, אם כן בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני המדינה" – כן לשונו (בסי' ע"ג). לדבריו, אמרינן דינא דמלכותא "דוקא מה שאינו נגד דין תורתנו, אלא שאינו מפורש אצלנו". יש לציין שהחזון איש (ח"מ, ליקוטים סי' ט"ז אות א') תמה על עצם דברי הש"ך: "ולשונו הש"ך ז"ל קשה לכווין, שאין חילוק בין דין מפורש לאינו מפורש, ואין כלל דין שאינו מפורש, שהכל מפורש בתורה". ועיין בהערה 35, בדברי הרב הרצוג.

46 שם. עיין הערה 32 בלשונו.

47 סי' שס"ט סעי' י"א. שם מבאר הרמ"א, שכל ההגבלה בדינא דמלכותא נובעת מהנימוק "דאם כן בטלו כל דיני ישראל", ובכל זאת לתיקון בני המדינה הוי דינא. [ועיין עיקרון דומה בסי' ע"ג סעי' י"ד – ה"מנהג" שמזכר שם, במקורו (במרדכי) הוא דינא דמלכות].

וכן אומר הדרכי משה במפורש, שהסתמכותו היא על הרשב"א דלעיל. הש"ך (שבהערה 44) תמה על בסברא על הרמ"א וכן על מקור פסיקתו זו, וטען שברשב"א (המובא בהערה 14) מוכח, שאף בכהאי גוונא לא אמרינן דינא דמלכותא.

ולכן הוא מציע אפשרות, שהרמ"א אינו עוסק בדינא דמלכותא שסותר מפורשות דין תורה. אולם, לאור האמור בדרכי משה, אי אפשר לומר כן. וברור שהש"ך ראה רק את הרשב"א דהערה 14 ולא את הרשב"א דלעיל בהערה 32, שהוא המובא בדרכי משה. וכן מצאנו במנחת יצחק (חלק ב' סי' פ"ו), שתמה בזה על הש"ך. וכן בספרו של ש. שילה (עמ' 150), בשם שו"ת דברי אמת (סי' י"ב).

48 אמנם, לכו"ע אי אפשר שדין המלכות יהווה תחליף לתורת ה' חלילה, עיין לעיל ליד ציון 14.

נחלקו אחרוני תקופתנו, האם יש לחוש לדעת הש"ך היחידאית או לא.⁴⁹

מספר הגבלות מרכזיות נוספות הובאו לגבי דינא דמלכותא:

א. דין מחייב

כתב רבינו יונה:⁵⁰ "ואריסא דפרסאי ארבעין שנין – פי', כגון שהנהיג המלך שתועיל חזקה לגוי בארבעין שנין. הלכך גוי שלקח מישראל והחזיק בה ארבעים שנה, הופקעה מישראל בדינא דמלכותא... אבל אין לפרש, דישאל שמחזיק בנכסי חבירו בארץ פרס, אין לו חזקה אלא בארבעין שנין. דסתם חוקי המלך על בני אומתו בלבד הן, ואפילו אם פירש והטיל הנהגתו על ישראל, כיון שיכול ישראל לכופ את חבירו בדיני ישראל, ואין המלך כופה אותן לדון באותן דינין והנהגות שהנהיג, נמצא שלא פקע זכותו של ישראל מחמת אותו דינא דמלכותא. אלא אם כן הלך חבירו לדון בפני ערכאות שלהם, ודנו אותו בדינא דמלכותא. שלא קבע המלך אותן דינין על ישראל אלא לעניין שידונו אותם בערכאות שלהם כך. ומשמתינן ליה לבר ישראל שכופה את חבירו לדון בערכאות שלהן".

הבינו אחרונים⁵¹ בדעתו, שהכלל של דינא דמלכותא דינא לא יחול, במצב בו למלכות אין התנגדות שאנשים יסכימו ביניהם, שחוק אחר ולא חוק המלכות הוא אשר יחול עליהם, והם אף יתדיינו על פיו בשעת הצורך. במצב זה לא יחול דינא דמלכותא, אלא כאשר הגיעו הצדדים לערכאות – שלא כדין⁵² – שאז המלכות קובעת שיש

49 בדובב מישרים (חלק א' סי' ע"ו) כתב: "אך באמת, כיון שרוב הפוסקים הכריעו דבדבר שנוגע לטובת הכלל לכו"ע אמרינן דינא דמלכותא דינא, על כן קשה לדון ולומר קים לי כדעת יחידאה. ועיין בשו"ת חתם סופר סי' מ"ד, ויראה דפשיטא ליה דבכהאי גוונא אמרינן לכו"ע דינא דמלכותא דינא". אולם, במנחת יצחק (חלק ב' סי' פ"ו) חולק על כך, וסובר שיש להתייחס לעניין כספיקא דפלוגתא, ואין מוציאין מיד מוחזק. ועיין לעיל (בדברי הרב הרצוג, הערה 35), שיתכן שאף הש"ך יודה, שדינים הנוגעים למציאותיות חדשות שלא היו בזמן חז"ל, ולו היו אז, אומדן דעתנו שחז"ל היו גם כן מתקנים תקנות אלו – הדינים תקפים. לאור דברים אלו יש לתמוה על כותבי הערך 'דינא דמלכותא דינא' באנציקלופדיה התלמודית, שכתבו (הערות 56, 121) בסתמא כדעת הש"ך, ללא חולק. ואילו אנו רואים להיפך – הפוסקים נקטו לעיקר את דעתו של הרמ"א.

50 בבא בתרא נ"ה ע"א. מובא גם בנימוקי יוסף שם ובבית יוסף סוף סי' שס"ט.
51 החזון איש (חו"מ בבא קמא סי' כ"ג סעי' ב', ד"ה וכל, ליקוטים סי' ט"ז. לדבריו "זהו דעת כל הפוסקים", אך עיין הערות 56 ו-57, שאין זה מוסכם). והרב זולטי (פסקי דין רבניים חלק ה', עמ' רנ"ח).

כדבריהם משמע ברשב"א (שו"ת סי' א' תתצ"ה), בלא שמתייחס שם לרבינו יונה. אולם הרשב"א ראה את דברי רבינו יונה, שהרי הביאם בגיטין י' ע"ב. וכדבריו רואים אף בדעת ה"ר יעקב ישראל, המובא בבית יוסף (סוף סי' שס"ט; הוא כתב כן גם בשם הרמב"ן, וצ"ע בראייתו, עיי"ש). ועיין עוד בספרו של ש. שילה עמ' 146 – מקורות נוספים (בחלקם יש לעיין, ואכ"מ).

52 דיון זה בערכאות אסור על פי התורה, כמפורש בציטוט מרבינו יונה לעיל (ועיין שו"ע חו"מ סי' כ"ו), ולכתחילה אין להדיין אלא בבית דין רבני, והלה צריך לפסוק על פי תורתנו, ועל כן, אין דברינו אמורים אלא בדיעבד (הרב הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ב' עמ' 69-70, והחזון איש שם).

לדון על פי דיניה. ממילא, אם ידונו בערכאות ואחד הצדדים יזכה בממון מכח פסיקתם – אין הממון גזל בידו.⁵³ במדינתנו, מקפידה ה"מלכות" על ענייני ממון ציבוריים. ממילא, חוקים בנושאים אלה תקפים. אולם היא אינה מקפידה על קיום חוקיה בדברים ממוניים שבין אדם לחבירו.⁵⁴

אם כן, חובה על בתי הדין – לפי שיטה זו – לדון בדינים אלו על פי דין התורה, ולא על פי דין המלכות, כאשר ישנה סתירה בין שניהם.⁵⁵

אולם נראה, שאין דין זה מוסכם – הן מצד שיתכן שראשונים אחרים חולקים על היסוד של רבינו יונה,⁵⁶ והן מצד שיש מקום להבין באופן שונה את דבריו.⁵⁷

53 כמובן שאין דבריו אמורים, אלא כאשר אין חסרונות אחרים להחלת דינא דמלכותא. הערת העורך: אם הצדדים הסכימו שחילוקי דעות ביניהם ידונו עפ"י דין תורה, לא יוכל ביהמ"ש לפסוק עפ"י החוק אלא גם הוא יהיה חייב לפסוק עפ"י דין תורה, בהתאם להסכמת הצדדים. (ש.א.)

54 ואדרבה, אם נחתם שטר בורות על פי חוק הבוררות (התשכ"ח), ההוצאה לפועל מממשת את פסקי הדין. שכן, המדינה מעוניינת להקל על העומס בבתי המשפט. כמובן שאי הקפדה זו אינה נוגעת לענייני מיסוי, עונשין וכד'.

55 דבריו כאן מתייחסים לדינא דמלכותא בלבד. מבחינות אחרות – עיין בשאר פרקי המאמר, ובסיכומו.

56 הדרכי משה (סי' שסי"ט אות ג') מבין את דעת המרדכי (בבא בתרא אות תקנ"ג) שאינה מסכמת לדברי רבינו יונה. [אולם עיין מהרש"ם (חלק א' סי' קכ"ה, מובא בהגהות והערות שבהוצאת הטור השלם), התמה על הדרכי משה בזה].

57 הדרכי משה הנ"ל, בעקבות דברי המרדכי. [גם בשו"ת רב פעלים (חלק ב', חו"מ סי' ט"ו) נראה שהבין אחרת שיטה זו].

עוד יש לציין, שהצורך ב'דין מחייב' של המלכות לא הוזכר בשו"ע (אף שהובא בבית יוסף). ואפשר שפשיטא שעצם המונח 'דינא דמלכותא' אינו אלא דין מחייב.

הספק המרכזי בהבנת רבינו יונה נובע מדבריו "כיון שיכול ישראל לכופ את חבירו בדיני ישראל, ואין המלך כופה אותן לדון באותן דינים והנהגות שהנהיג, נמצא שלא פקע זכותו של ישראל מחמת אותו דינא דמלכותא".

לפי הנראה, אין שייכות בין דברי רבינו יונה למציאות במדינה. שכן, למרות שחוקי המדינה מאפשרים לדון באופנים אחרים, אם אחד מהצדדים מעוניין לדון דין תורה, והשני מעוניין לדון בבית משפט אזרחי, ידו של האחרון על העליונה. ואילו רבינו יונה מדגיש שאין דבריו אמורים, אלא כאשר ישראל יכול לכופ את חבירו. וצריך לעיין, מדוע החזון איש מתעלם מכך.

הרב הרצוג (שם) מביא גם כן את דברי רבינו יונה, ומתייחס למשפט זה. ומסבירו: "ברור שרבינו יונה מדבר באופן שהמלך לא נתן סמכות משפטית לבתי דינו, אלא שלא איכפת לו אם אנו מכריחים לבוא לדון לפנינו, באמצעי כפיה מוסרית שישנם בידינו, ובמצב כזה אין דינא דמלכותא דינא חל". אם כן לדעתו נדרשת יכולת כפיה, אלא שמשפיקה יכולת כפיה מוסרית. יש להסתפק, האם המצב הנוכחי במדינת ישראל תואם לגדר זה. שכן, כפיה מוסרית בעלמא מותרת כיום. אולם, כאשר הדברים יכולים להתפרש כאיום, הרי שהם אסורים לפי חוקי המדינה".

והדבר אברהם (חלק א', סי' א' ענף ב', ד"ה והנ"ל) בהתייחסו לכך כותב: "וכידוע שבבבל היה לראשי גלותא שלטון מטעם המלך לדון בין ישראל, ואין דינא דמלכותא מתערב ביניהם". נראה קצת, שלומד שבעיני יכולת כפיה ממשית, כתנאי לאי החלת דינא דמלכותא.

על פי האמור בהערה הקודמת ובהערה זו, ניתן להבין מדוע הרב הדאיה והרב אלישיב (בפד"ר המובא בהערה 9) מתעלמים מדברי רבינו יונה, שהובאו באותו פסק על ידי הרב זילטי.

מכל מקום, גם עפ"י מה שכתבנו בדעת רבינו יונה, יש מקום גדול לומר שלא אמר את דבריו אלא בתחום המשפט הפרטי,⁵⁸ אך בתחום שבין אדם לציבור או למדינה, גם לשיטתו אין להגביל את כח דין המלכות.

מכאן שיתכן, שעקב ההשפעה הכללית הטמונה בדינים המוגדרים כתיקון בני המדינה, יש להתייחס אליהם, לעניין זה, כאל תחום המשפט הציבורי אף שעוסקים בתחום שבין אדם לחבירו. אם כנים הדברים, הרי שיחול דינא דמלכותא בדינים אלו לכוי"ע.⁵⁹

סיכום: ישנן דעות רבות, שאין דינא דמלכותא חל כאשר המלכות מאפשרת לדון על פי חוקים שאינם חוקיה. ויתכן שחוקים המוגדרים כתיקון בני המדינה תקפים לכוי"ע.

ב. דין השווה לכל

אין אומרים דינא דמלכותא דינא, אלא כאשר המלכות מחילה את דיניה באופן שיוויוני על בני המלכות.⁶⁰ אולם דין המפלה בין האזרחים – אינו דין.⁶¹

58 בזה עוסק שם רבינו יונה, כמפורש בדבריו. החילוק בין המשפט הפרטי למשפט הציבורי מובן. המשפט הפרטי אינו ענינה של המלכות [אלא אם כן יש בדבר תיקון בני המדינה], ולכן אינו כפוף לדינא דמלכותא, משא"כ בתחום המשפט הציבורי.

59 ובכל זאת יתכן שאין הדברים מוסכמים. שכן, דוגמא שניתן להתייחס אליה כ"תיקון בני המדינה", היא חובת הרישום בטאבו עיסקאות במקרקעין (לעיל הערה 35). ובכל זאת, החזון איש (ח"מ ליקוטים סי' ט"ז, אות ה') סובר שקנין חל אף ללא רישום זה, כיון שאין המלכות מקפדת. וצריך לעיין האם אין הוכחה מדבריו שדברי רבינו יונה חלים גם בדברים שהם בגדר תיקון עולם. אולם מצאנו כדברנו בשם הנחלה לישראל (מובא בספרו של ש. שילה שם, הערה 371).

60 רמב"ם (הלי גזילה ואבידה פרק ה' הלי י"ד), רא"ש (נדרים כ"ח ע"א, ד"ה מוכס), שו"ע (סי' שס"ט סעי' ח'). ועיין אצל ש"י שילה עמ' 109 הערה 153, שמביא כן מהרבה ראשונים.

61 בפרטי כלל זה יש לעיין. דהמהרי"ק (שורש קצ"ד) סובר, שאם המלכות גוזרת על כל היהודים לשלם יותר מהגויים – הוי דינא, כיון שכל היהודים משלמים באופן זהה.

רואים מכאן לכאורה, שאם מיגזר שלם אחיד בדיניו דין המלכות תקף, למרות שציבור זה מופלה לרעה. דבריו הובאו להלכה ברמ"א (סי' שס"ט סעי' ו'). אולם במקום אחר (שורש ס"ו) כותב, שחוק המוטל על בעלי חנויות מסוג מסוים – אינו דין. אף דין זה הובא ברמ"א (שם סעי' ח'). והגר"א (שם ס"ק ל"ט) נשאר בצריך עיון על הדין האחרון. ועיין תחומין ג' (עמ' 242) בדברי הרב מרדכי אליהו שליט"א, שלהלכה דוחה את הרמ"א הראשון. ממילא הוא פוסק, שהפלות שונות, כהטלת מיסים על מיגזרים מסוימים ופטור ממסים אלו למיגזרים אחרים (כמוסדות דתיים) – אינו דין. וכן פסקו הדיינים הרב עדס, הרב זולטי והרב אלישיב (פד"ר, חלק א', עמ' קס"ט), וזו לשונם: "אבל נידון דידן דומה למה שכתב הרא"ש בפירושו לנדרים (כ"ח ע"א), במוכס שאין לו קצבה: 'הא לאו דינא הוא, דדוקא בדבר שהוא שוה לכל בני המדינה יש לו רשות לעשות, אבל לא בדבר שאינו שוה, למעט לזה ולהרבות לזה'. וכן כתב בשיטה מקובצת בנדרים שם: 'ואומר ר' דלאו דינא דמלכותא דינא, אלא כשמושה מדותיו על כל בני מלכותו, אבל אם משה למדינה אחת לא הוי דיניה דינא, כדתנן בגיטין לא היו סיקריקין ביהודה מהרוגי מלחמה. ומפרש דין סיקריקין דאגב אונסי' גמר ומקני, ואי לאו משום דאונס לא גמר ומקני, אעפ"י שמצות המלך

מסקנת הפרק

רבים מגדולי ישראל סוברים שבאופן עקרוני הכלל ההלכתי 'דינא דמלכותא דינא' חל על חוקי המדינה.⁶²

לאור דבריהם יש לסווג את החוקים כדלקמן:

* חוק מתחום המשפט הציבורי [שהמדינה מקפידה שינהגו על פיו] אם הוא נוגע ישירות לשלטון תקף לכו"ע. אם אינו נוגע ישירות לשלטון, אבל נועד לתיקון המדינה – הכריעו האחרונים, שדין המלכות תקף לכו"ע.⁶³

* חוק מתחום המשפט הפרטי [שהמדינה מקפידה שינהגו על פיו] אם הוא לא נועד לתיקון המדינה⁶⁴ – לכו"ע הוא אינו תקף.

היתה עכ"ל. ואפילו להחולקים על זה, נראה דהא כל הטעם דדינא דמלכותא דינא, הוא מטעם שהמלכות נותנת זכות ישיבה לישראל על אדמתם כמי"ש הר"ן בנדרים, ואם כן, בנידון דידן, שהתכנית של הצוררים היתה לחסל את העם היהודי לגמרי ושללם לבז, הרי הדבר פשוט שאין בזה משום דינא דמלכותא כלל. ואם כן גם נידון דידן נכלל באותה התקנה, שתיקנו להחזיר לבעל החפץ כשבא לידו מסיבת גזילה ושוד, אפילו אחרי שנתיאשו הבעלים מהם". דיונים נסוב על הפליית היהודים, וחזינן שאין לדבר תוקף של דינא דמלכותא.

ודע, שאם חוק מסוים הוא חידוש שלא היה כמותו לפני כן, הוא אינו תקף לדעת הרמב"ן (בבא בתרא נ"ה ע"א, ד"ה אם כן), אפילו אם הוא שווה לכל. וכן סובר הרמ"ה (לדעת הטור, סוף סי' שס"ט). אולם, כבר מעיר במגיד משנה (הלי גזילה ואבידה פרק ה' הלי י"ג), שהרמב"ם חולק בזה, והוא פוסק כמותו. וכן מעיד הטור על אביו הרא"ש שחולק על הרמב"ן. ואף השו"ע לא הזכיר את דברי הרמב"ן.

והחזון איש (ח"מ ליקוטים סי' ט"ז, סוף אות ט') סובר, שאף הרמב"ן עצמו לא אמר את דבריו, אלא ביחס לחוק הנוגד את הצדק והיושר. אבל חוק הגיוני וסביר, הוי דינא. אמנם, במגיד משנה הני"ל מוכח שלא כדבריו.

62 לעיל הערות 12, 13. עיין שם שמעטים סוברים שלחוקי המדינה אין כלל תוקף של דינא דמלכותא.

63 לעיל הערה 38.

64 אף בפרק א', משפט המלך, ישנה הגדרה דומה – "תיקון עולם". ויתכן, שיש חילוק בין הנזכר שם לבין "תקנת בני המדינה" בפרקנו. משפט המלך אינו עוסק במהותו בחקיקה, אלא בביסוס עצם המלכות. יכולת החקיקה – אם קיימת – אינה אלא סניף לעיקר. אולם בעסקנו בדינא דמלכותא, לפחות לדעת המרחיבים, דנים אנו בכח החקיקה העצמותי שניתן למלכות [שהרי הדוגמאות בגמרא (עיין לעיל הערה 1) נאמרו בתחום החקיקה]. לכן, משפט המלך מצמצם מאד את יכולת החקיקה. אולם יכולת החקיקה הנובעת מדינא דמלכותא נראה שהינה רחבה יותר, כדמוכח בדוגמאות המובאות בפרק זה.

אם הוא נועד לתיקון המדינה – הכריעו האחרונים למעשה, שאומרים בזה דינא דמלכותא דינא.⁶⁵

* חוק שאין המדינה מקפדת שינהגו דווקא על פיו⁶⁶ – ישנן דעות רבות שאין חיוב לנהוג על פי דינא דמלכותא.⁶⁷

* חוק הסותר דין תורה – אם החוק נועד לתיקון המדינה הוא תקף. אולם חולקים האחרונים, האם המוחזק יכול להשאיר את הממון בחזקתו.⁶⁸

* אם החוק יוצר הפליה בין האזרחים – אין דין המלכות תקף.⁶⁹

מן הדברים עולה, כי למעשה יהיה החוק תקף, אם הוא עומד בתנאים הבאים:
א. הוא נועד לתקנת בני המדינה [אפילו אם הוא מתחום המשפט הפרטי].⁷⁰
ב. הוא אינו מפלה בין האזרחים.

ג. לדעות רבות – המדינה מקפידה שינהגו דווקא על פיו.⁷¹

65 אולם עיין לעיל ליד ציון 41, 42, ובהערה 36.

66 בדרך כלל זוהי חקיקה בתחום המשפט הפרטי.

67 ויתכן שחוקים המוגדרים כתיקון בני המדינה תקפים לכו"ע. עיין לעיל בסוף 'דין מחייב'.

68 עיין הערה 49. ותקנות טובות, העוסקות במציאויות חדשות – יתכן שתקפות לכו"ע. עיין לעיל הערות 35, 40.

69 ועיין לעיל הערה 61. יש לציין שבאופן כללי אין חוקי המדינה נגועים בהפליה.

70 עיין לעיל הערה 40, שרק מיעוט החוקים בתחום זה הינם בגדר 'תיקון בני המדינה'.

71 ולחלק מהדעות קיים תנאי נוסף – הוא אינו סותר דין תורה.

תקנות קהל

ציבור יכול לתקן תקנות, המחייבות את כל פרטיו. ציבור זה יכול להיות מורכב מבני מקום מסוים, או אפילו מבני אומנות מסוימת.¹ ורשאי הציבור אף לקנוס את העובר על תקנותיו. עצם דין זה מפורש בחז"ל,² וברור ללא חולק. וכך פוסק השו"ע:³ "רשאים בני העיר לקוץ להם שער לכל דבר שירצו, ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור קונסים אותו כך וכך. רשאים בעלי אומנות (לעשות תקנות בעניין מלאכתם, כגון) לפסוק ביניהם, שלא יעשה אחד ביום שיעשה חברו, וכיוצא בזה. וכל מי שיעבור על התנאי יענישו אותו כך וכך".⁴ ובלשונו ההחלטית של הרשב"א:⁵ "דבר ברור הוא, שהציבור רשאים לגדור ולתקן תקנות ולעשות הסכמות כפי מה שיראה ביניהם... וכן נהגו בכל קהילות הקודש, ולא נסתפק אדם בזה מעולם". ועוד כתב:⁶ "אין רשות ביד אדם להסתלק ולפטור עצמו מתקנת הקהל, ולומר לא אכנס בתקנות... לפי שהיחידים משועבדים לרוב, וכמו שכל הקהילות משועבדות לבית הדין הגדול או הנשיא, כך כל יחיד ויחיד משועבד לציבור שבעירו".⁷

תקנות אלו – בהיותן תקנות ציבוריות – יכולים בני העיר לתקן גם בתחומים בהם יחידים אינם יכולים לחייב את עצמם. כגון, התחייבות **להמנע** מעשייה כלשהי.⁷ כמו כן, אין תקנות הקהל דורשות מעשה קנין, לעומת יחיד שאין תוקף

1 כיון שהם במקצועם המשותף נחשבים כבני עיר בפני עצמה (רא"ש, בבא בתרא פרק א' ס"י ל"ג, ושו"ת הרשב"א חלק ד' ס"י קפ"ה). ובשו"ת אורח משפט (חושן משפט, ס"י ב' ד"ה ומאחר) הוסיף: "ולאו דווקא בעלי אומנות, אלא כל בעלי מפלגה שיש להם עניינים מיוחדים שמחלקים אותם מהציבור בכללו, לבעלי אומנות הם דומים".

2 תוספתא בבא מציעא פרק י"א; גמרא בבא בתרא ח' ע"ב.

3 חושן משפט, ס"י רל"א סעי' כ"ז, כ"ח.

4 שו"ת, חלק ד' ס"י קפ"ה.

5 שו"ת, חלק א' ס"י תש"ט. ועיין גם בתשב"ץ חלק א', סוף ס"י קנ"ט, וחלק ג' ס"י קכ"ג. ובשו"ע יו"ד ס"י רכ"ח סעי' ל"ג: "הנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל, הוי שבועת שוא, ועל כרחו חל עליו תקנת הקהל".

6 למקורות נרחבים בתקנות קהל – עיין כנסת הגדולה (חושן משפט, ס"י רל"א, אותיות י"א-קכ"ט), קונטרס תיקון עולם למהרש"ם (בספרו משפט שלום על שו"ע חושן משפט, סוף ס"י רל"א), המשפט העברי (פרק י"ט) למ' אלון, תקנות הקהילות (ספר שלישי) ל"י צציפנסקי, בצומת התורה והמדינה (הוצאת צומת, כרך א' מעמ' 139).

7 רשב"א, בבא בתרא ט' ע"א, סוף ד"ה ואני אומר. הביאו הדבר אברהם (ס"י א', ענף א', אות ב'). וקצת צריך עיון מדברי הריב"ש (ס"י ש"ה, ד"ה וא"כ – הוצאת מכון ירושלים): "...ובודאי שיכולים הקהל להתנות בכיוצא בזה, דתנאי שבממון הוא, והרי הוא כאילו כל אחד ואחד מיחיד הקהל התנה וקיבל כן על עצמו". פשטם של דברים אלו הוא, שכח התקנת תקנות הינו מתוקף תנאי שבממון, הקיים גם ביחידים.

אולם עיין לקמן הערה 9, שגם הריב"ש מחלק להדיא בין ענייני ממון דיחיד, לבין תקנות קהל.

מחייב למעשהו ללא קנין.⁸ ולאחר שהותקנו התקנות, גדול כוחן, בהיותן מחייבות גם את מי שלא היה בעיר בעת התקנתן, כגון הבא לגור בעיר בתקופה מאוחרת יותר, וכן הנולדים לאחר מכן.⁹ את התקנות יכולים בני העיר לתקן בשני אופנים. האחד – שיתאספו בני העיר לצורך התקנת התקנות. השני – שימנו מספר אנשים שיהיו באי כוחם,¹⁰ ונבחרים אלו יתקנו.¹¹

נבחרים אלו מכונים בהלכה "טובי העיר".¹² טובי העיר אינם דוקא הגדולים בחכמה או בעושר וכבוד, אלא אנשים המקובלים על הציבור לנהל את ענייני העיר.¹³

לאור המתבאר, נראה שבאופן עקרוני יש לחברי הכנסת דין של "טובי העיר",¹⁴ והחקיקה שם יכולה לקבל תוקף מדין 'תקנות הקהלי'.¹⁵

8 שו"ת הרא"ש (כלל ו' סוף סי' י"ט), וזו לשונו: "מנהג פשוט הוא, מה שטובי הקהל מסכימים לעשות, שריר וקיים הוא בלא קנין. ובכל תקנות הקהל, שמתקנים על יחידים ועל רבים, ומסיעים על קיצתם – כל דבריהם ככתובים וכמסורים דמו". וכן במרדכי (בבא בתרא, אות תפ"א). וכן ברמ"א, חושן משפט סי' כ"ב סעי' א', ובסמ"ע שם ס"ק י"ב. ועיין גם בשו"ת חתם סופר (חור"מ, סי' צ"ו, ד"ה וכדל).

9 שו"ת הריב"ש (סי' שצ"ט), תשב"ץ (חלק א', סי' קכ"ג, קני"ט), כנסת הגדולה (חושן משפט, סי' רל"א אות י"א).

10 אין מעמידים פרנס על הציבור, אלא אם כן נמלכים בציבור' (ברכות נ"ה ע"א).

11 נבחרים אלו כוחם כבני העיר, כמבואר ברמב"ן (מגילה כ"ה סוף ע"ב) בהתייחסות מפורשת לגמי בבבא בתרא: "ושמעין מינה, למאי דאמרינן רשאים בני העיר... דשבעה טובי העיר הם המתנים...". כלומר, הברייתא האומרת שבני העיר מתנים, כוונתה לומר שטובי העיר הם המתנים. דבריו מבוססים על הירושלמי (מגילה פרק ג' הל' ב'). וכן מבואר ברשב"א (שו"ת, חלק א' סי' תרי"ז): "לפיכך, כשהם שבעה יש להם רשות לכל דבר, כאילו עשו כן כל בני העיר אעפ"י שלא העמידו אותם על דבר זה בפירוש. אבל פחות משבעה אין כוחם שווה להיותם ככל בני העיר עד שיטלו רשות בפירוש מן בני העיר" (הדברים מובאים במשנה ברורה, סי' קנ"ג ס"ק כ"ט).
12 מגילה כ"ו סוף ע"א; שו"ע או"ח סי' קנ"ג סעי' ז'. ואף שמוזכר שם 'שבעה טובי העיר', עיין הערה קודמת שזהו דווקא כשלא נבחרו בפירוש.

13 שו"ת הרשב"א (שם), הובא במשנה ברורה (שם), וכן בשו"ת הרא"ש (סי' נ"ג). ועיין גם בבאר היטב (סי' קנ"ג ס"ק י"ח). ובמסכת ראש השנה (כ"ה ע"ב) – 'אפילו קל שבקלים ונתמנה פרנס על הציבור הרי הוא כאביר שבאבירים'. ואף בשו"ת המב"י (חלק א' סי' פ"ד) משמע שטובי העיר הם הראשים בחכמה ויראה, מבאר בקונטרס תיקון עולם (לעיל הערה 6, בסוף אות ג') שאפשר לומר שאינו חולק על הרשב"א, אלא עוסק במקום שלא מינו אותם בני העיר, שאז יש תוקף להחלטותיהם רק אם הם מצטיינים בתורה וביראה.

14 וכן מפורש בשו"ת ישכיל עבדי (חלק ו', חושן משפט, סי' ח', אות ב'; וכן בסי' כ"ח סעי' ב' אות ו'). הרב הרצוג (תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ב' עמוד 58), הרב עוזיאל (בצומת התורה והמדינה כרך א', עמוד 85), וכן דעת הרב וולדינברג (בצומת התורה והמדינה, כרך א', עמוד 135), הרב ש' גורן, הרב מ' אליהו והרב י' קאפח (פסקי דין רבניים י"ב, עמוד 15) בנוגע לחוקי בנייה מוניציפאליים, הרב שפירא (תחומין ג', עמוד 238), הרב דב ליאור (שם, עמוד 247).

15 אין בעובדה שלא בעיר עסקינן אלא במדינה, בכדי לגרוע מתוקף התקנות. שכן דבר ברור הוא שתוקף התקנות קשור לקבוצת אנשים המהווה 'קהילה', כמבואר לעיל בהערה הראשונה. ובלשונו ההחלטית של הרב הרצוג (שם): "...ודאי שאין כוחם פחות מכח שבעה טובי העיר, כאילו הם השבעה טובי עיר של המדינה, וכלום מפני שרשותם משתרעת על המדינה כולה אין כוחם יפה במדינה, כח שבעה טובי העיר בעירם!".

ברור שתוקף זה של תקנות קהל, אינו בא לאפשר יצירת תחליף לדיני התורה.¹⁶ אלא, על גבי הבסיס של דיני תורתנו הקדושה, רשאי הקהל להתקין תקנות לפי צורך המקום והשעה.

סמכות זו של הקהל אכן מאפשרת אף לסתור דין תורה, אם קיים צורך.¹⁷ אך כאמור, פשיטא, שאין להתעלם מדיני התורה, ולהקים לה אלטרנטיבה.¹⁸

לכן, אין דיונונו אמור אלא לגבי חוקים שמחוקקת הכנסת אשר אינם סותרים דין תורה, או כאלו שנסיבות מיוחדות דורשות לחוקקם, למרות היותם סותרות דין תורה. אולם גם במסגרת התחום הנ"ל, קיימים תנאים אחדים ליכולת בני העיר וטובי העיר לתקן תקנות. חלקם מוסכמים, וחלקם שנויים במחלוקת. נביאם בקצרה, ונבדוק האם הם מתקיימים בחברי הכנסת ובהחלטותיהם.

1. תקנות על פי החלטת הרוב

ברור הדבר שתקנה שנתקבלה על דעת כל בני העיר היא בעלת תוקף מחייב. אולם, הראשונים¹⁹ חלוקים בשאלה האם גם כאשר רק רוב בני העיר מעוניינים בתקנה, יש בכוחו של רוב זה לתקן תקנות כאשר הללו גורמות רווח לאחד והפסד לשני.²⁰ יש הסוברים²¹ שאין ביכולתם לתקן. לדעות אלו, אף טובי העיר²² מוגבלים בהגבלה זו, ואם אחד מבני העיר אינו רוצה בתקנה הרי שאין לה

16 דברים אלו פשוטים בסברא. וניתן גם ללומדם בק"ו מדברי הרשב"א (לקמן פרק ד', ליד ציון 29), הסובר שאין ללכת אחר מנהג שנוצר בעקבות חוק גויים הסותר דין תורה, ק"ו שלא ללכת אחר חוק הגויים ממש. ואם כן, ודאי שאין ליצור חקיקה אלטרנטיבית. ואף לסוברים שהריב"ש חולק שם (ועיי"ש, שלהלכה נקטינן כרשב"א), אין להרבות במחלוקת ולומר שאף בנידוננו יחלוק, שכן כאמור, חקיקה חמורה לאין שיעור.

17 אמנם חזינן באחרונים (לעיל הערה 14), שבדיעבד אין אנו שוללים מכל וכל את חוקי הכנסת, למרות החקיקה האלטרנטיבית שם. וחוקים שהשעה דורשת לתקנם יתכן שמקבלים תוקף של תקנות קהל.

18 ש"ך (סי' שני' סעי' י'), שו"ת אורח משפט (חושן משפט סי' ב'). ועיין רש"י בבא בתרא ח' ע"ב ד"ה להסיע.

19 עיין שו"ת הרא"ם (סי' נ"ז), ובשו"ת מהרשד"ם (יו"ד סי' קי"ז) המביאים ראשונים אחדים לכל דעה.

20 ועיין לקמן הערה 34, אימתי הפסד הוא אכן 'פסידא'.

21 ר"ת (הובא במרדכי, בבא בתרא אות ת"פ), מהר"ם (מרדכי שם, תפ"א), מרדכי (בבא קמא אות קע"ט), מהרי"ק (שורש א') ועוד.

המהרשד"ם (יורה דעה, סי' קי"ז, ד"ה ומעתה) מבאר את סברתו של ר"ת – 'אחרי רבים להטות' נאמר דווקא בדבר שהוא לקיום תורה או מצווה, "דאי לאו הכי אין קיום והעמדה לתורה, אם כל אחד יבחר דרך לעצמו. אבל בדבר הרשות, לא איכפת ליה להקב"ה כלל, דלמה יפסיד היחיד בשביל המרובים".

ובשו"ת חתם סופר (חושן משפט, סי' קי"ז) פוסק כדעה זו, וציין שהראב"ה החולק (לקמן הערה 23) יחידאה הוא. וצריך עיון בדבריו, שהרי בעצמו כותב שהמנהג כהראב"ה (לקמן הערה 32). ועוד תמוה – רבים הם הסוברים כראב"ה (לקמן הערה 23)!

22 מבואר להדיא במרדכי בשם המהר"ם ועוד. ועיין לקמן הערה 31.

תוקף. לעומת זאת, סבורים אחרים,²³ שגם בתקנות כאלו הולכים אחר הרוב. נראה, איפא, שחוקים הגורמים הפסד ממוני²⁴ לחלק מן הציבור אינם תקפים לדעה הראשונה, שהרי מספיקה התנגדות של אדם אחד במדינה כולה בכדי למנוע החלת חוקים אלו.

להלכה הביא הרמ"א²⁵ את שתי הדעות ופסק כדעה השניה, שהולכים אחר הרוב גם בתקנות שיש בהם רווח לאחד והפסד לשני, והסכימו האחרונים²⁶ לפסקו. זאת ועוד, במקום שישנם טובי עיר אשר נבחרים ולא ממונים – יש אומרים,²⁷ שאין חולק על כך שהולכים אחר הרוב.

כשם שעל פי הסכמת הפוסקים הולכים אחר רוב הציבור, כך גם בתוך שבעת טובי העיר עצמם מכריעים על פי הרוב.²⁸ לכן אם מיעוט מתוך טובי העיר מתנגד להחלטה, אין הוא מונע את תוקפה.²⁹ אמנם יש החולק³⁰ על כך, וסובר שאין תוקף

23 ראב"ה (הובא במרדכי, בבא בתרא אות תפ"ג), הרא"ש (שו"ת, כלל ו' סי' ה'), וזו לשונו: "וששאלת: אם שנים או שלושה מהבינונים שבעיר יכולין להוציא עצמן מן ההסכמה שיעשו הקהל, או מגזרת חרם שיעשו על שום דבר. דע, כי על עסק של רבים אמרה תורה: אחרי רבים להטות. ועל כל ענין שהקהל מסכימים, הולכים אחר הרוב, והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים. דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר, אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם; לכן אמרה תורה, בכל דבר הסכמה של רבים: אחרי רבים להטות" [ובמהרשד"ם (שם) מעיר, שיתכן שנקט את הפסוק רק לאסמכתא, שלומדים ממנו סברא לכל דבר מחלוקת שנלך בו אחר הרוב]. וכן דעת התשב"ץ (חלק א', סי' קכ"ג, קנ"ט), וכן המהרשד"ם (שם); עיי"ש שבתחילה לא רצה להזדקק כלל לשאלה זו, מפני שפשוט היה לו לפסוק כר"ת. אך כששב לעיין בסוגיא זו מצא שרוב הפוסקים כראב"ה, המהר"ם אלשיך (סי' נ"ט) והשאלת יעב"ץ (סי' ע"ח) הכריעו כשיטה זו, שכן דעת רוב הראשונים. ועיין בשו"ת הבי"ח הישנות (סי' ס'), שהמנהג כמותם.

24 עיין לקמן הערה 34, פירוט גדר זה.

25 סי' ב', ובסי' קס"ג סעי' א'. ובאגרות משה (חוי"מ סי' נ"ט) מבין שכך גם דעת השו"ע ביו"ד (סי' רכ"ח סעי' ל"ד). ויש מקום לעיין בראייתו.

26 עיין קונטרס תיקון עולם, אות י"ז, המביא אחרונים הסוברים כן. וכן פסק בערוך השולחן (חושן משפט סי' רל"א סעי' כ"ז), וכן נוקט להלכה הציץ אליעזר (חלק ב' סי' כ"ג). ועיין גם לעיל סוף הערה 23.

27 הרב עוזיאל (בצומת התורה והמדינה, כרך א' עמ' 85).

28 והחלטת טובי העיר – בין אם נתקבלה על פי רוב, ובין אם נתקבלה על דעת כולם – אינה יכולה להיות תקפה אם רוב הציבור יביע מחאה כנגדה, אף אם מינו את טובי העיר בתחילה, דהוי כאילו סילקו אותם עכשיו ממינויים (שו"ת חתם סופר, יו"ד סי' ה').

29 שו"ת רדב"ז (חלק ג' סי' תתק"י) בשם הרא"ש, ש"ך (יורה דעה, סי' רכ"ח ס"ק פ"ט) בשם התשב"ץ (חלק א' סי' קכ"ג), קונטרס תיקון עולם (אות ה') בשם שו"ת פני יהושע (סי' ד').

30 ביאור הלכה (סי' קנ"ג סעי' ז', ד"ה והוא הדין). הוא מבסס את דבריו על השולחן ערוך (חושן משפט, סי' י"ב סעי' י"ח) והרמ"א (חושן משפט, סי' י"ח סעי' א'), שפוסקים ידלא אזלינן בתר רובא כי אם בבית דין, אבל לא בברורי הקהל. מקורו של השו"ע הוא ברשב"א (שו"ת חלק ה' סי' קכ"ו). הביאור הלכה משווה בין ברורים [=בוררים], אנשים שנתמנו לפשר בסכסוך, לבין טובי העיר. יש מקום לדון בהשוואה זו, אולם לנושא הנידון כאן אין נפקא מינא, כמבואר למעלה. לכן למעשה, אין סעיף זה מעכבנו מנתינת תוקף של תקנות קהל לחוקי הכנסת.

להחלטת טובי העיר, אלא אם כן נתקבלה פה אחד, ולדבריו, אין לכאורה תוקף של תקנות קהל לחוקי הכנסת, שמתקבלים כמעט תמיד על סמך רוב. אלא שאף לשיטתו ישנם שני מצבים בהם גם הוא יודה שמכריעים על פי הרוב:
א. כאשר מינו מראש את טובי העיר על דעת שיכריעו על פי רוב.³¹
ב. כאשר מנהג המקום להכריע על פי רוב.³²

כיון ששני התנאים מתמלאים בנידוננו,³³ הרי שאף לשיטתו אין כאן פגם בנתינת תוקף של תקנות קהל לחוקי הכנסת. ועיין בהערה,³⁴ בה ציינו מצבים נוספים בהם לכו"ע התקנות תקפות, אף בניגוד לדעתם של יחידים.

31 הביאור הלכה אינו מביא ראיה לזה, אולם הדברים מפורשים בכנסת הגדולה (חו"מ, סי' רל"א אותיות כ"ט, ע"ז), בכותבו שאף לשיטת המהר"ם (לעיל הערה 22) תועיל החלטת טובי העיר – גם בניגוד למיעוט מהציבור – אם יקיבלו עליהם הציבור לקיים מה שיגזרו הברורים.

32 הביאור הלכה מסתמך בזה על שו"ת חתם סופר (חו"מ סי' קט"ז; לדעתו של החתם סופר זו גם כוונת הרמ"א בסימן ב'. ובשו"ת הרמ"א, סי' ע"ג, כתב כך במפורש), וזו לשונו: "כבר נהיגי בכל גלילות הללו למיזל בתר רובא בכל עניינים כאלו. ואם נמתין עד שיסכימו כולם לא יגמר שום עניין, ויהיה השחתת הכלל". והשווה לדברי הרא"ש, המובאים לעיל הערה 23. וכבר העיד הב"ח (שו"ת הבי"ח הישנות סי' ס') שכן המנהג. ואף הרשב"א (שו"ת חלק ה' סי' קכ"ו) כתב כן לעניין בוררים, ולדעת הביאור הלכה, לעיל הערה 30, אפשר להקיש מכך גם לענייננו. ועיין לקמן סוף סעי' ג' [אדם חשוב], שאף שם אומרים האחרונים סברא כזו.

33 ברור הדבר ללא כל ספק שגם כיום, כמו בזמן הבי"ח והחתם סופר, נוהגים כן בכל מקום ובכל ציבור כולל בכנסת. ויש לתמוה על דברי א' שוחטמן (**תחומין** ט' עמוד 101), שחותם את דיונו, להכשיר את חוקי הכנסת מכח מנהג, בלשון זו: "תהא השאלה המעסיקה אותנו, דהיינו דין חקיקת הכנסת בהקשר זה תלויה באפשרות להוכיח קיומו של מנהג כזה בישראל".

34 שני סוגים במצבים אלו –

1. כאלו שאינם מוגדרים כפסידא להאי':

א. כאשר בשעת התקנה אין ידוע מיהו האמור להפסיד (מבי"ט, חלק א' סי' רל"ז).
ב. מניעת ריווח, כגון אי קניה של מוצר הנמכר ביוקר (שואל ומשיב, כרך ב', חלק ד', סי' פ"ט; ועיין גם במבי"ט הני"ל).
ג. במקום שצפוי שהמצב ישתנה, ואותו שמפסיד עכשיו עשוי להרוויח לאחר זמן (קונטרס תיקון עולם, אות ט"ז).
ד. מיסים פרוגרסיביים, למרות שנוטלים יותר מחלק מהאוכלוסיה (ישכיל עבדי, חלק ו', חושן משפט סי' כ"ח, סעי' ב' אות ו').

2. כאלו שאין מתחשבים בהפסד:

א. בתקנה שבאה ליצור סידור נאות של חיי הקהילה לטובת הציבור. כגון, איזון בין צרכים שונים ודרישות מגוונות הקיימות באוכלוסיה, כמוכרים וקונים, מעסיקים ופועלים וכד'. אין בתקנה התחשבות בצד זה או אחר, אלא ראיית הצורך הציבורי (מבי"ט הני"ל).
בדומה לזה כתב הרמ"א (שו"ת, סי' ע"ג): "...דדבר שמתקנין על פי הדת כמו בעניין המדות והשערים ושכר פועלים שמדינא יש לו קצבה, וכמו שדרשו רז"ל (ב"ב פ"ט ע"א) שב"ד מצווים להעמיד אגרדמים על המדות וכו', אלא שהחק לישראל הוא לחקקו בכל עיר ועיר לפי העניין, זהו רשות לקהל לתקנו כפי חפצן ורצונם אע"ג דאיכא פסידא ליחידים בדבר... אבל שיתקנו תקנה חדשה שיהא נגד דין תורה, כגון ליתן מס מדבר שאין חייבין בו...".

2. נוכחות כולם בעת התקנת תקנות

אף שהבאנו לעיל שיש תוקף מחייב להחלטת הרוב, אין זה אלא כאשר התאספו כולם, וההחלטה התקבלה בהתאם לדעתם של הרוב כנגד דעת המיעוט. אולם, כאשר לא כולם השתתפו בדיון, וכל שכן אם רק מיעוט מטובי העיר השתתפו בדיון, אין תוקף להחלטה.³⁵

כלל זה נאמר במקורו ביחס לבית דין,³⁶ אך רוב הפוסקים למדו משם אף לבוררים

לזה אין כח ביד הקהל לעשותו אם לא מדעת כולם. ומעכשיו בנדון דידן שבני העיר הגדולה אומרים לתקן שאין בני עיר אחרת ישאו ויתנו בעירן שלא כדת, אע"ג דהוי פסידא למקצת יחידים בדבר, הרשות ביד הקהל לתקן להכריח היחידים ולהפסידן כדי להעמידן על החוק שחקקו להם".

דוגמא נוספת לצרכי העיר – מניעת נזק. וכדברי הרמ"א הנ"ל, שמוסיף ומנמק בהמשך תשובתו שהתקנה חלה גם מסיבה זו [ועיין גם במבי"ט הנ"ל, ובכנסת הגדולה שם אות כ']. ונראה לצרף לכאן אף תקנות שנועדו לימיגרד מילתא' [עיין רמ"א הנ"ל, מבי"ט (חלק ב' סי' ע"ז), סמ"ע (סי' ב' ס"ק י"ג), משא מלך (חלק א', שער א' משפט ב'), כנסת הגדולה (שם, אות י"ב)]; כגון תקנה המובאת בחתם סופר (שו"ת, יורה דעה סי' ה'), שאסרה לקנות בשר מחוץ לעיר, כאשר קניה זו גרמה נזק לחוכרי המס על מכירת בשר. וכן בישכיל עבדי (חלק ו', חושן משפט סי' ח' אות ב') לעניין חוקי הכנסת. נושא דיונו הוא חוק הגנת הדייר, וזו לשונו: "וחוק הדירות ודאי דאינו גרוע מבחינת מיגרד מילתא, לטובת בני העיר מחוסרי הדירות. בפרט בזמן עליה מוגברת, דרוב ככל מחוסרי דירות. ואם לא יתקנו תקנה כזו לטובת הישוב, אז רבים היו צריכים לשבת ברחוב מחוסר הדירות, ויוקר שכרם, שאין כל אחד ואחד יש לו היכולת לשכור דירה בסכום עצום כל כך, ולכן מצאו לנכון לתקן תקנה כזו לטובת הכלל, כפי שכן עשו במדינות אחרות, ואין זה בבחינת חוקי הגויים ח"ו".

וכן במקום נוסף (חלק ד', אבן העזר סי' ט"ו) כתב כן לעניין חיוב מזונות לילדים גדולים, וזו לשונו: "...מזונות הבנים דיש חשש שיצאו מזה לתרבות רעה ח"ו... נראה פשוט דכל כי הא מילתא בנידון דידן אין מי שיחלוק ויאמר כל הנך תנאים [=דתקנות קהל]. ויכולים טובי העיר לתקן תקנה כזו בשופי...".

אמנם נחלקו הפוסקים, האם מיגרד מילתא נאמר דווקא בענייני איסור או גם בענייני ממון [עיין כנסת הגדולה (שם, אותיות מ"ז, מ"ט), ישכיל עבדי (חלק ג', יורה דעה סי' י"א, סעיף ב' אותיות ב', ג')].

ב. בעניינים כאלו שהסכימו כולם לתקן, אלא שנחלקו רק לגבי אופן התקנה [כנסת הגדולה שם, אות ט"ז].

35 רשב"א (שו"ת, חלק ב' סי' ק"ד, חלק ג' סי' ש"ד, חלק ה' סי' קכ"ו) מביאו הבית יוסף (חוי"מ סוף סי' י"ג); רא"ש (שו"ת, כלל ו' י"א), מהרי"ק (סוף שורש ק"פ). הובאו במהרש"ם (יו"ד, סי' ע"ח, פ"ב) והסכים לדבריהם. וכן בכנסת הגדולה (חוי"מ סי' רל"א אות י"ח). ועיין גם בחידושי רעק"א (על השו"ע, סי' רל"א סעי' כ"ח), שנקט כן למעשה. ובמהרי"ט (חלק א' סי' ס"ח) מוסיף שאפילו אם כולם יסכימו לדעה אחת על ידי הצבעה בכתב, לא יהיה תוקף להסכמתם אם לא נתאספו כולם יחד להחליט כך. ועיין קונטרס תיקון עולם (אות ה'), וכן במאמרו של א' שוחטמן (תחומין ט' עמוד 87) מקורות רבים לדין זה.

סברתם – הכרעה כזו חסרה את שיקול הדעת המספיק, כיון שיתכן שלא נשמעו כל הסברות המקיפות את העניין מצדדיו השונים.

36 רשב"א הנ"ל. ועיין גם שו"ע חוי"מ סי' י"ח סעיף א', ובסמ"ע שם ס"ק ד'.

ולטובי העיר. עם זאת, אף שהשלכה זו, מבית דין לגורמים אחרים, מקובלת על רוב הפוסקים,³⁷ אין היא מקובלת על כולם.³⁸

החלטות הכנסת אינן מתקבלות בנוכחות כל הנבחרים, ופעמים רבות נוכחים רק מיעוט מחברי הכנסת. ממילא, לדעת רוב הפוסקים היה מקום לומר שאין תוקף לחוקים המתקבלים בה.³⁹ אלא שהגבלה זו אינה קיימת אלא רק בהחלטות הדורשות שיקול דעת והכרעה בין צדדים שונים, אך בעניינים אשר ברור שהינם זכות לציבור, ואין בהם כל צד חובה, אין צורך ברוב מתוך כל.⁴⁰

זאת ועוד, נראה שהגבלה זו אינה חלה כלל בנידוננו – חקיקת הכנסת – משלושה טעמים:

א. מבואר באחרונים,⁴¹ שאם כל בני העיר יודעים על ההתכנסות, ובוחרים מרצונם

37 לעיל הערה 35.

38 מהר"ם שיק (או"ח סי' ש"ח), תשורת שי (חלק א' סי' ש"ג), שואל ומשיב (כרך ב', חלק ד' סי' פ"ט) להבנת הציץ אליעזר (חלק ט"ז, סי' נ"א אות ח'; ועיין בהערה 40).

39 יש לציין שבעיה זו לא התחדשה בדורנו, אלא נתעוררה כבר לפני דורות אחדים – עיין קונטרס תיקון עולם, אות ו'. עקב הצורך בהתאספות כולם, הוא מעלה שם בעיה אף בעצם בחירתם של טובי עיר שלא על ידי אסיפה ציבורית, אלא על ידי חתימות.

40 קונטרס תיקון עולם (אות ה') משוי"ת זית רענן (חלק ב', יו"ד סי' כ"ג). הדוגמא שנוקט שם – תקנה שלא ייקרו הסרסורים את השער. ובאותו נידון בדיוק – מוכרי בשר שהפקיעו את המחירים יותר מכל המוכרים בסביבתם – כתב גם השואל ומשיב (שם), שאין ללמוד מהצורך של ירובו מתוך כולו שמצאנו בבית דין "דשם לעניין בית דין, שידונו על פי שכלם ועל פי סברתם בעי שיהיה רוב מתוך כולם, אבל לא בעניין התקנה". אפשר אולי להבין מדבריו, שבכל תקנות הקהל אין צורך בהתכנסות כולם. אולם לכל הפחות בתקנה שהיא זכות גמורה אמר כן, כמו שכותב שם: "שהתקנה היא טובה ונכוחה... טובה כללית".

ונראה שבנידון זה כבר נחלקו מהר"י בירב והמהרלב"ח, סביב דיונם אודות חידוש הסמיכה בזמן הזה. חכמי צפת רצו לחדש את הסמיכה, על פי דעת הרמב"ם (הלכות סנהדרין פרק ד' הלכה י"א), שיכולים להסמיך אם יסכימו כל חכמי ארץ ישראל. ועשו גם מעשה והסמיכו את רבי יעקב בירב. אחר כך שלחו לחכמי ארץ ישראל שיסכימו לסמיכתם. המהרלב"ח חלק עליהם. עיין בסוף שו"ת מהרלב"ח, שם מובא הויכוח הגדול ביניהם. אחת מטענות המהרלב"ח היא, שצריך משא ומתן של כולם ורק אז מועילה הסכמת הרוב. תשובתו של המהר"י בירב (שם) היא, שבעניין כזה לא צריך מעמד ומשא ומתן של החכמים, אלא הסכמה וגילוי דעתם בלבד. ומוסיף: "אמשול לך משל למה הדבר דומה – לחכמים שרוצים לעשות תקנה לקהילות לעניין מצווה, האם צריך משא ומתן לזה?!... אלא שידו המסכימים ויגלו דעתם שרוצים בזה...". והמהרלב"ח חולק בתוקף גם על משלו של המהר"י בירב, כי בכל תקנות וגזירות צריך גם משא ומתן של כולם, ומתוכם יסכימו הרוב.

41 חתם סופר (שו"ת, חו"מ סי' קט"ז), וזו לשונו: "נראה פשוט, כיון שהכריזו בפרהסיא, ביום שהיו כל הקהילה בעיר, שיבואו לפקח על עסק פלוני ופלוני – מי שלא בא הוי ליה כמוסר כוחו והרשאנו לאותן שבאו לאסיפת הקהל". וכן כתב ערוך השולחן (חו"מ סי' רל"א סעי' כ"ז). וכן נראה להדיא באגרות משה (חו"מ חלק א' סי' נ"ט), לעניין בני אומנות. ומצינו כבר כעין זה במהרש"ם (יו"ד סי' ע"ח), בשם הרא"ש (כלל ו' סי' י"א). והוסיף שם עוד, שהוא הדין אם לאחר ההחלטה הסכימו להחלטת המתכנסים.

שלא להשתתף, אין בהעדרותם חסרון, ויכולים הנאספים בפועל לתקן תקנות כאילו נאספו כולם. והוסיפו אחרונים⁴² שאף לגבי טובי העיר אמרינן הכי. אולם קולא זו אינה מוסכמת לכו"ע,⁴³ ובפרט לגבי טובי העיר.⁴⁴

ב. אם מנהג המקום להחליט ולתקן גם שלא בנוכחות כולם – המנהג מועיל.⁴⁵

ג. אם היתה מראש התניה שטובי העיר יכריעו גם שלא בנוכחות כולם – ההתניה מועילה.⁴⁶

לאור הטעמים הללו, אין סעיף זה מונע את תוקפם של חוקי הכנסת.

3. אישור אדם חשוב

מבואר בגמרא,⁴⁷ ונפסק להלכה,⁴⁸ שהחלטות בני אומנות הינן תקפות רק במקום דליכא אדם חשוב. אבל במקום דאיכא אדם חשוב אין תוקף להחלטתם, אם לא קיבלו את הסכמתו.⁴⁹

באופן פשוט נראה שאדם חשוב הינו תלמיד חכם, כגון רב המקום, אולם יש מקום

42 אגרות משה (חוי"מ חלק ב', סי' כו'), ציץ אליעזר (חלק ט"ז, סי' נ"א סעיף ז').

43 מהרי"ט (חלק א' סי' נ"ח), וזו לשונו: "זה דבר ברור ומוסכם, שאין הולכים אחר הרוב אלא כשהיו כולם שם. ואחר שאלו החמישה לא הובררו בקיבוץ כל הקהל, בין שלא הודיעום בין שהודיעום ולא באו, מכל מקום לא נתחייבו לשמוע בקולם, אלא בזמן שנתבררו במעמד כולם". ובקונטרס תיקון עולם (אות ו') כתב שנעלמו דברים אלו של המהרי"ט מעיני החתם סופר.

44 מהרשב"א (שו"ת, חלק ב' סי' ק"ד) נראה להדיא שלגבי בוררים נצרכת נוכחות כולם ממש. ולפי הביאור הלכה (עיין לעיל הערה 30) יוצא שהוא הדין בטובי העיר, דלא כאחרונים שבעהרה הקודמת. ואכן מבואר בביאור הלכה (שם) שמכירת בית כנסת חייבת להיות בנוכחות כל טובי העיר. ונראה להדיא בדבריו שאין סייג לדרישה זו.

45 מהרשד"ם (יו"ד, סי' ע"ח) בשם הרשב"א. גם בקונטרס תיקון עולם (שם, סוף אות ו', ובאות י"ג) מבאר בכך שמועילה עצם בחירת המנהיגים (עיין לעיל הערה 39). דהיינו, כיון שנהגו לבחורם בדרך זו של הסכמת הרוב ללא הסכמת כולם. וכן במקום שאין נבחרים אלא מתקנים על פי הסכמת רוב העיר.

46 מהרשד"ם (יו"ד סי' קנ"א), כנסת הגדולה (שם, אות ל"ד). וכן פסקו למעשה בימינו בפסקי דין רבניים (כרך ז' עמוד 225).

ונראה פשוט שאין צורך שההתניה מראש תהיה דווקא בצורה של תקנה וכדומה. דאם ברור לכל דאדעתא דהכי הם נבחרו – יש לזה תוקף (עיין במהרשד"ם שם). יש להתפלא אם כן על דבריו של א' שוחטמן (תחומין ט' עמוד 101), היוצא מתוך הנחה פשוטה שבעיני דווקא תקנה, ולכן מסתפק שם האם חוק הכנסת (סעיף 24 לחוק יסוד הכנסת), הקובע שאין צורך בנוכחות כולם, נחשב כתקנה מבחינה הלכתית.

47 בבא בתרא ט' ע"א.

48 רמב"ם, הל' מכירה פרק י"ד הל' י"א; שו"ע, סי' רל"א סעי' כ"ח.

49 סיבת הצורך באדם חשוב – "דכיון שיש בתקנה איזה הפסד ליחידים, צריך בזה הסכם חכם העיר שיבין שראוי לעשות כן לטובת הכללי" (ערוך השולחן, סוף סי' רל"א). ומקורו בדברי הראשונים – רמב"ן ור"ן (בבא בתרא ט' ע"א).

לעיין בכך. וראה דיון על כך בהערה.⁵⁰

50 יש לעיין בגדרו של אדם חשוב, ובשאלה האם הוא מתקיים בחוקי הכנסת. הרשב"א (שו"ת, חלק ה' סי' קכ"ה, ועיין גם בסוף הערה זו), הר"י מיגש (בבא בתרא ט' ע"א ד"ה האי דתני, מובא ברשב"א שם), המאירי (שם) ועוד, סוברים שהכוונה היא לאדם החשוב בתורה. וכך באמת המשמעות בדרך כלל בש"ס של מונח זה – עיין ברכות י"ט ע"א, ובגליון הש"ס שם. לעומת זאת, יתכן שמשמעות דברי הרמב"ם (הל' מכירה פרק י"ד הל' טי-י"א) והשו"ע (שם), שהמונח אדם חשוב אינו מורה דווקא על חשיבות תורנית, אלא הכוונה היא לחכם בעלמא, הבקי בתיקון מעשי המדינה. ועיין בסוף הערה זו בדברי הרשב"א (מתשובה אחרת), וכן בהערה 52 בשם אבן השוהם – מהם גם כן עולה מפורש כך. לשיטה השניה – דין אדם חשוב אינו נדרש בטובי העיר (ולענינו – חברי הכנסת), כיון שעצם בחירתם מורה על חכמתם לעניין זה.

ולשיטה הראשונה – יש להסתפק, האם נדרש אדם בעל שיעור קומה תורני גדול במיוחד או כל חכם בתורה הינו בגדר של אדם חשוב. אם נאמר כאפשרות השניה – אפשר שתלמידי החכמים המצויים בקדנציות מסוימות נקראים אדם חשוב [ולפי זה, יש לבדוק לגבי כל חוק, האם נחקק בקדנציה שהיה בה אדם חשוב, והאם הוא הסכים לחקיקה]. וכן יהא הדין בקדנציה שיש בה חבר כנסת המוחזק בכך שמתייצע, לגבי כל חוק שמוצע, עם גדול בתורה (ראה בדברי הרב דב ליאור, **תחומין ג'** עמוד 248).

דעה נוספת ישנה בפוסקים בגדרו של אדם חשוב, שבעקבותיה יתכן שהתנאי של אדם חשוב לא מעכב בנידוננו, אפילו לשיטה הראשונה. הר"י מיגש (הובא במגיד משנה שם), הרמב"ם (לדעת המגיד משנה) ועוד, סוברים שאדם חשוב הוא דווקא חכם הממונה על הציבור. וכן ברא"ש (שם): "ואדם חשוב היינו כגון רבא שהיה ראש ומנהיג בעיר". וכן פסק בשו"ע (שם). יש לדון בגדר המינוי – אפשר להבין שהמינוי הוא בנוגע לחיי העשייה בעיר. ואמנם, כך מבואר במגיד משנה (הל' מכירה י"ד, י"א): "לעיין בתקנות בני העיר ובכל דרכיהם". וכן באגרות משה (חוי"מ, סי' נ"ט) "לעיין בצרכי העיר, ולא רק להורות ולדרוש". ובעקבות כך מסיק האגרות משה, שבארצו אין מציאות של אדם חשוב לעניין זה. וכן מביא בספר תקנות הקהילות (ספר שלישי עמוד נ') משו"ת צמח צדק האחרון. ואם כך מסתבר שאף אצלנו אין אדם חשוב [לשיטה שהחשיבות היא בתורה], כיון שגדולי התורה אינם ממונים על כך. אולם אפשר להבין שהכוונה היא למינוי ציבורי כללי, כגון רב העיר. וכן הבינו אחרונים רבים – מהרלב"ח (סי' צ"ט), חתם סופר (שו"ת, יורה דעה סוף סי' ה'), ערוך השולחן (סוף סי' רל"א), משפט שלום (סוף סי' רל"א) – הסכמת בית דין שבעיר). ובישכיל עבדי כתב כן לעניין תקנת מזונות לילדים גדולים, וזו לשונו: "דהתקנה הזאת הותקנה ויוסדה במעמד כל רבני הקהילות שמשמשים רבנים ומנהיגים בכל עיר ועיר ומושבה ומושבה". ועיין עוד בספר תקנות הקהילות (לעיל הערה 6) עמוד מ"ז, הערות 29-31. לפי זה הרבנים הראשיים נקראים אדם חשוב.

לגבי הרבנות הראשית, יש מקום לומר שהיא בעלת מינוי ציבורי, העונה על התנאים להגדרת אדם חשוב לכל הדעות. [ועיין בדברי הרב הרצוג (**תחוקה לישראל על פי התורה**, כרך ב' עמוד 58) וכן בדברי הרב עוזיאל (**המאור**, שנה ה' חוברת ג' עמוד 12)].

יש להוסיף כאן את דבריו של הרב עוזיאל (פסקי עוזיאל) (פסקי עוזיאל סי' מ"ו ס"ק ו'): "ולמעשה אני אומר לעניות דעתי כי לפי מצב תנאי העבודה בזמן הזה, אין אדם חשוב יכול בעצמו לדון על תוקף חוקותיהם של הפועלים, אלא צריך לדעתי להקים בית דין חשוב של יודעי משפט התורה ואנשי מדע שיודעים פרק בתורת האיקונומיה הכלכלית ותנאי השוק החברותי, והם בצירופם יקבעו חוקת העבודה לפרטיה".

הרשב"א בתשובה אחרת (חלק ד', סי' קפ"ה), כתב: "...ובלבד שיהיה בהסכמות אלו תלמיד חכם או אדם חשוב שנתמנה פרנס על העיר. שאם יש תלמיד חכם או פרנס שנתמנה על הציבור, ועשו שלא מדעתם, אין הסכמתם הסכמה". למדים אנו מדבריו שלושה דברים. האחד, אדם חשוב הינו אחד מהשנים – או תלמיד חכם או פרנס. השני, מספיקה הסכמת אחד מהשנים דלעיל. השלישי, תלמיד חכם הוא "אדם חשוב", גם ללא מינוי ציבורי. אם כן, מחד גיסא מחמיר הרשב"א, שחובה לקבל הסכמתו של תלמיד חכם אפילו אם אינו ממונה על הציבור. אולם מאידך, הסכמת פרנס פוטר מלקבל את הסכמתו של התלמיד חכם. לפי זה בנידוננו, החלטת חברי הכנסת מספיקה בהיותם "פרנסים", והיא בעלת תוקף גם ללא אישור תלמיד חכם. אולם מהאחרונים דלעיל רואים שלא פסקו כן לדינא.

נחלקו הפוסקים,⁵¹ האם הגבלה זו חלה רק על תקנות בני אומנות, או גם על תקנות בני העיר. לשיטה שאף בתקנות בני העיר נדרש תנאי זה, נראה שהתנאי של אדם חשוב נדרש אף בטובי העיר, ולא רק בבני העיר כולם.⁵²

הצורך לקבל את הסכמתו של האדם החשוב נאמר רק במקום שבו ההחלטה גורמת הפסד ממוני למאן דהו.⁵³ אולם החלטות הבאות לתקן סדרים חברתיים והסכמים הדדיים שאינם כרוכים בהפסד⁵⁴ – לא הצריכו בהן את הסכמתו של אדם חשוב.⁵⁵

כמו כן תקנות הבאות ל'מיגדר מילתא', דהיינו למנוע עוולות, תקפות אף ללא

51 הסוברים שאף בבני העיר נדרש התנאי – רשב"א (שו"ת, חלק ד' סי' קפ"ה) מאירי (בבא בתרא ח' ע"ב) בשם רוב המפרשים, רא"ש (בבא בתרא פרק א' סי' ל"ג), טור (סוף סי' רל"א), רמ"א (שם), ש"ך (שם), מהר"ב"ח (סי' צ"ט). ועיין עוד בכנסת הגדולה (שם, אות קכ"ח) ובספר משפט שלום של המהרש"ם (על השולחן ערוך שם), המביאים ראשונים ואחרונים רבים כשיטה זו. וכן פסק הישכיל עבדי (חלק ג', חו"מ סי' א'). והחתם סופר (שו"ת, חו"מ סוף סי' קט"ז) מעיד: "חזינן שרוב התקנות חתומים גם ממרא דאתרא".

הסוברים שדווקא בבני אומנות נדרש התנאי – מאירי (שם), ריב"ש (סי' שצ"ט) ומבין כן גם בדעת הרמב"ם והרמב"ן [וכמותו מבין גם החתם סופר (בחידושו לבבא בתרא שם, ד"ה אבל)]. והכסף משנה (על הרמב"ם שם) הביא דבריו. ובשו"ע (סי' רל"א סעי' כ"ז, כ"ח) משמע שפוסק כמותו, וכן דעת הסמ"ע (שם), ולכך נוטה גם דעת החתם סופר (שו"ת, שם ובסי' קי"ז, וכן בחידושו לבבא בתרא שם. אולם בשו"ת יו"ד סי' ה' פוסק כדעה הראשונה, וצ"ע). אף השואל ומשיב (כרך ב' חלק ד' סי' פ"ט) פוסק כדעה זו. וכן פוסק הרב עוזיאל (בצומת התורה והמדינה, כרך א' עמ' 87).

טעם השיטה השניה הוא, שדווקא לגבי תקנות שמתקנים בני אומנות צריך להשגיח, כי הן עלולות לפגוע בבני העיר. מה שאין כן בבני העיר עצמה – ריב"ש (שם) בדעת הרמב"ן.

52 כן נראה להדיא מדברי המרדכי (בבא בתרא, אות תפ"ד) ומהמהרשד"ם (יו"ד סוף סי' קי"ז). ועיין עוד בספר תקנות הקהילות (ספר שלישי, עמוד מ"ה הערה 18).

אמנם במשפט שלום (שם) בשם תשובת אבן השוהם (סי' ס"ו) כתב שתקנותיהם של נבחר ציבור תקפות, כיון שהסכמתם כהסכמת אדם חשוב. ונראה ששאלה זו תלויה בהגדרת אדם חשוב – עיין על כך בהערה 50. ועיין שם בסוף ההערה שאף הרשב"א סובר שלא בעינין הסכמת גורם נוסף בהחלטת טובי העיר.

53 כנסת הגדולה (סי' רל"א אות קכ"ה), רמ"א (על שו"ע שם). וביאר הגר"א, וזו לשונו: "דדווקא לעניין ממון צריך בית דין חשוב, דאלימי לאפקוריה ממונא, והוא הדין לאדם חשוב בעירו".

54 עיין שואל ומשיב (כרך ב', חלק ד' סי' פ"ט), שעל סמך דין זה פסק שתקנה הבאה למנוע הפקעת מחירים הינה תקיפה, למרות התנגדותו של רב העיר. ובאורח משפט (חושן משפט סי' ב') פסק לאור דברי הרמ"א, שבחירות יחסיות הינן חוקיות.

55 עיין באגרות משה (חו"מ סי' נ"ח) שכתב בעניין אגודות פועלים, וזו לשונו: "בדברים שאינם נגד הדין, כגון לקבוע שכר, ושיעורו זה את זה (בשביתות וכד'), דברים שהם לתועלתם) אין צריך כלל הסכם החכם, שהוא ככל ענייני משא ומתן ושותפות דעלמא". ויתכן שדבריו זהים לדברי הרמ"א.

הסכמת אדם חשוב.⁵⁶

לגבי חוקי הכנסת: לשיטה שאף בבני העיר נדרשת הסכמת אדם חשוב, נראה לכאורה שתנאי זה אינו מתקיים בחוקי הכנסת, וממילא הם אינם תקפים.⁵⁷ אלא שכאמור לעיל, חוקים שאינם גורמים הפסד לחלק מהאוכלוסייה, או כאלו הבאים למיגדר מילתא – תקפים.

זאת ועוד, על פי שיטות מסויימות⁵⁸ אין בחוקי הכנסת חסרון של אדם חשוב, משלושה טעמים:

- א. אדם חשוב פירושו ממונה כלשהו על הציבור, ולא דווקא תלמיד חכם. ממילא חברי הכנסת עצמם מוגדרים כאדם חשוב.
- ב. אדם חשוב הינו תלמיד חכם שהינו גם ממונה על כל הפרטים של עסקי הציבור.
- ג. חברי הכנסת בני התורה, או שמתיעצים בקביעות עם גדולי תורה הינם אדם חשוב. טעם זה יהיה תקף, כמובן, רק לגבי חוק שהללו תמכו בו.

אמנם שלושת הטעמים הנ"ל אינם הדעות הרווחות והמקובלות בין הפוסקים.

מדברינו עולה כי חוקים שמחוקקת הכנסת אשר אינם כרוכים בהפסדים ממוניים [כחוקי תעבורה, ובדרך כלל כל חוק מתחום המשפט הציבורי], או כאלו הבאים

56 עיין מבי"ט (חלק ב' סי' ע"ז) ובשו"ת חתם סופר (יו"ד סי' ה', ד"ה אמנם כל זה). התקנה המובאת בחתם סופר עוסקת באיסור לקנות בשר מחוץ לעיר, כאשר קניה זו גורמת נזק לחוכרי המס על מכירת בשר. חזינן שימיגדר מילתא' אינו דווקא עניין מאד נדיר ויוצא דופן. אמנם מבאר שם החתם סופר, שאם ישנה התנגדות מפורשת של אדם חשוב לתקנה – מועילה התנגדותו. אולם נראה שסברתו אינה שייכת לנידונו, שכך הוא מנמק את דבריו: "תלמיד חכם הממונה... נתמנה מכל הציבור קודם להם, ושוב נתמנו הם על מנת לשמוע בקולו ולהאזין למצוותו, על כן כל מה שעשו נגד רצונו – ישא רוח, יקח הבל, ואין בו ממש". לצערנו, רוב חברי הכנסת לא נתמנו על מנת לשמוע לקולם של הרבנים.

57 הרב מרדכי אליהו שליט"א (תחומין ג' עמ' 267) העלה את סוגית אדם חשוב כמעכבת את תוקפם של חוקי הכנסת [אולם בפד"ר (כרך י"ב עמ' 15) לא פקפק בכח הכנסת לתקן עקב סוגיא זו]. וכן נראה מהרב עוזיאל (לעיל הערה 50). לעומתם הרב אברהם שפירא שליט"א מעלה אפשרות שחוקי הכנסת תקפים מדין תקנות קהל, ולא מזכיר את סוגית אדם חשוב. ונראה שבנידונו – חוקי מדינת ישראל – יש מקום לומר שיש משנה צורך בהסכמת אדם חשוב. שכן, הכנסת יוצרת מערכת חוקים אלטרנטיבית לתורה, ולא מתקנת תקנות גרידא. וכבר נזכר במאמר זה פעמים אחדות את חומרת העניין במבטה של תורה. ממילא, למרות שככלל רשאית קהילה להתקין תקנה נגד דין תורה אם השעה דורשת לעשות כך, אין היתר זה ישים לגבי הכנסת, אלא אם כן היא אישור תורני לצורך זה. ומסתבר שבכגון זה לא מועיל המנהג לתקן ללא הסכמת אדם חשוב.

58 עיין לעיל הערה 50. ועיין בישכיל עבדי (חלק ו', חו"מ סי' כ"ח, סעי' ב', אותיות ז', ח') שרצה לחדש שאין בחקיקת הכנסת חסרון של אדם חשוב, כיון שה'אדם החשוב' משתתף בבחירות, הרי שהסכימה דעתו מראש להחלטותיה, עיי"ש שהגביל סברא זו בתנאים אחדים. ואם גזירה היא – נקבלנה, ואם בסברא – הדברים תמוהים. וכי המצביע למפלגה פלונית מקבל את אשר יחוקק הרוב שמפלגה זו כלל אינה מנויה עליו!?

למיגדר מילתא, דהיינו למנוע עוולות – תקפים.

אולם חוקים אחרים – תוקפם תלוי במחלוקת לגבי הצורך באדם חשוב בתקנת בני העיר. ויש הסוברים שחוקים אלו תקפים אף לסוברים שיש צורך באדם חשוב בבני העיר.

4. תקנות שבין אדם לחבירו

כתב המהרי"ק: ⁵⁹ "...אפילו לדברי הראב"ה,⁶⁰ פשיטא דלא קאמר שיהא כח ביד ראשי הקהל להפקיע ממון, אלא דווקא בדבר שהוא נוגע אל הקהל בכללות – בהא קאמר שהרשות בידם, כיון שנתמנו על כך. אבל לחוב לזה כדי לזכות לזה, ואין הקהל מרויח או מפסיד – בזה פשיטא, דבהא מודו כולי עלמא דלאו כל כמינייהו".

אם כן לכאורה, לא נוכל להחיל דין תקנות הקהל לגבי חוקים מתחום המשפט הפרטי.

ברם, כבר כתב הב"ח,⁶¹ שחוקים אשר תוכנם הוא לארגן את תקינותם של החיים הציבוריים – תקפים, למרות שבפועל ובאופן מעשי הם עוסקים ומתממשים ביחסים שבין אדם לחבירו.⁶² ומסתבר, שדבריו מקובלים ללא חולק.⁶³ ועיין הערה.⁶⁴

5. הפסולים ל"טובי העיר"

כתב הרמ"א:⁶⁵ "טובי הקהל, הממונים לעסוק בצרכי ציבור או יחידים, הרי הם

59 שורש י"ד. והביאוהו הדרכי משה (חו"מ סי' ב'), הב"ח (שו"ת הב"ח הישנות, סי' ס') והסמ"ע (סי' ב' ס"ק י"א).

60 לעיל הערה 23.

61 שם. הוא כותב יסוד זה לא בעקבות "אילוץ", אלא כהסבר פשט דברי הראב"ה והמהרי"ק. המעשה בו עסק היה תחרות על קבלת זכות למכור משקאות מידי השלטון. תחרות זו גרמה ל"היזקות שגורם איש לרעהו... לקפח מחייתו...". ותיקנו בקהילה שם "שכל מי שהחזיק... ג' שנים... שוב אין רשות לחבירו להשיג גבולו כל ימי חייו". על תקנה זו כותב הב"ח: "נראה דלא נהגו אלא במה שהוא לתקנת הקהל דווקא... וכן כתב המהרי"ק... ומעתה נמשך דהתקנה שתקנו שלא ישיג אדם גבול חבירו וכו', אין לה מקום אלא ליחיד כנגד יחיד, וכמבואר בטעם שנתנו להסכמתם, לפי שראו היזקות שגורם אחד לחבירו".

62 מסתבר שגדר זה זהה ליתיקון בני המדינה שמצאנוהו בפרק הקודם. עיין שם הערות 35, 36.

63 וכן משמע מהרב עוזיאל (בצומת התורה והמדינה, כרך א', עמוד 87): "מכאן אנו לומדים שרשות המדינה מוגבלת רק בדברים שהם צרכי המדינה, אבל לא להוציא ממון מאיש לחבירו שלא במשפט ושלא לצורך הקהילה". משמע שאם יש צורך קהילה – ניתן לתקן אף בין אדם לחבירו.

64 ויתכן שאף לדברי המהרי"ק ניתן לתקן אף בתחום המשפט הפרטי במקום שהמנהג כך, או במקום שנתמנו על דעת כך.

65 סוף סי' ל"ז, ומקורו בתרומות הדשן (פסקים, סי' ר"ד).

כדיינים, ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה⁶⁶. אמנם מבואר באחרונים⁶⁷, שאם הפסולים לא מונו אלא **נבחרו** ע"י הקהל לטובי העיר – תקנתם קיימת, כיון שקיבלום עליהם.⁶⁸ אולם יש⁶⁹ המפקפק בדבר.

לצערנו, רבים מחברי הכנסת עדיין אינם שומרי תורה ומצוות באופן מלא. למרות זאת סוברים האחרונים, רובם ככולם, שאין בכך כדי למנוע נתינת תוקף של תקנות קהל לחוקי הכנסת.

מסקנת הפרק

רבים מגדולי ישראל סוברים שלחברי הכנסת יש דין של טובי העיר, ומכח כך יש באופן עקרוני לחוקים הנחקקים בכנסת דין של תקנות קהל.⁷⁰

ברור שאין דברים אלו אמורים להוות תחליף לדיני תורה ח"ו, אלא כתקנות נצרכות על בסיס תורתנו הקדושה.

66 רשעה הפוסלת לדון ולהעיד אינה דווקא רשעה הנובעת מחימוד ממון (שו"ע, סי' ז' סעי' ט', סי' ל"ד סעי' ב'), אלא כל העובר על איסורים – פסול לנעיין שם בחילוקים שונים – מתי פסולו מדאורייתא ומתי מדרבנן. וכן הביא הבית יוסף (חוי"מ סוף סי' קנ"ו) בשם תרומת הדשן (סי' רי"ד): "הנשבע לשקר אין רשאים להושיבו עם טובי הקהל לתקן צרכי רבים... אלא אם כן שב בתשובה".

67 רשב"ש (סי' תרי"א), קונטרס תקון עולם (אות כ"ג), הרב גורן (תחוקה לישראל על פי התורה, כרך א' עמוד 147). הם מתייחסים במפורש גם לרשע, ולא רק לקרוב, ושני האחרונים עוסקים להדיא בטובי העיר. אמנם יש להסתפק, האם יאמרו דבריהם גם במקום שהרשע נבחר בסיועם של רשעים (שזו לכאורה המציאות בעניננו). אולם מו"ר הרב שפירא שליט"א (תחומין ג', עמוד 238), מתייחס ישירות לחוקי הכנסת, ואומר שיש להם תוקף מדין תקנות קהל, ולא העלה בעיה זו. ועיין לעיל הערה 14 בכל רשימת האחרונים, הסוברים שיש תוקף של תקנות קהל לחוקי הכנסת.

68 וכדין המקבל עליו קרוב או פסול לדיין (שו"ע חו"מ, סי' כ"ב, וסי' ח' סעיף א' ברמ"א). והוסיף לחדש התיקון עולם שם לגבי תקנה שתיקנו ממונים שאינם מקובלים על הציבור: "...אבל אם תיקנו תקנה ושתקו בני העיר בשעה ששמעו, דהוי כקיבלו עליהם – בודאי אין אחר מעשה כלום".

69 הרב מרדכי אליהו שליט"א (**תחומין ג'**, עמוד 242). אולם בפד"ר י"ב (עמ' 15) מבואר שחלים חוקי הבניה גם מכח תקנות הקהל. הרב אליהו היה אחד הדיינים שם, ולא השיג על האמור. ובערוך השולחן (סי' ל"ז סעי' כ"ב) מחלק בין פסולים מחמת קורבה או נגיעה לפסולים מחמת רשעות, וזו לשונו: "אבל רשעים בוודאי לא קיבלו עליהם מעולם, דפשיטא שאין ממש בעדותן ובדינן, כיון שאין יראת ה' על פניהם, ולכן פסולים בכל ענייני העיר". ויש להסתפק בדתנו; שכן הוא עוסק שם בכשרות קרוב, הנובעת ממנהג העולם לקבל עליהם עדות של קרובים. לכן כותב שמנהג זה הוא דווקא בהתייחסות לקרובים, אבל אין מנהג לקבל עדות ודיינות של רשעים, ולכן הללו פסולים. ולפי זה, אם בוחרים רשע, הרי בפועל מקבלים אותו עתה עליהם, והוא כשר. אולם מאידך, לשונו "פסולים בכל ענייני העיר" מורה על פסול החלטי, ללא תנאי.

70 ויש מעט המפקפקין בנתינת תוקף של טובי העיר לרוב חברי הכנסת, מצד היותם אנשים שאינם שומרי תורה ומצוות.

לאור דבריהם יש לסווג את החוקים כדלקמן:

חוקים שאינם כרוכים בהפסד ממוני, או כאלו הבאים למנוע עוולות (=מיגדר מילתא) יש להם תוקף של תקנות קהל.

חוקים הכרוכים בהפסד ממוני, שאינם 'מיגדר מילתא' – נחלקו הפוסקים בתוקפם, כשלא נחקקו על דעת אדם חשוב.⁷¹

אף לדעתם של הסוברים שחוקים אלו נחשבים כתקנות הקהל, אין זאת אלא בתחום המשפט הציבורי, ואילו בתחום המשפט הפרטי לא יחשבו חוקים אלו כתקנות הקהל. אולם אם החוקים הללו הינם בעלי השלכה לחיי החברה בכללותה (=תיקון בני המדינה), יחשבו כתקנות הקהל ויהיו תקפים.⁷²

71 ועיין לעיל סוף סעיף 3, שישנן דעות המקילות בענייננו, אף לדעה שיש צורך בהסכמת אדם חשוב גם בתקנות של בני העיר.

72 ויתכן שאף לחלק מהדעות שבקבוצת הדורשים אדם חשוב, יועיל בכהאי גוונא (עיין לעיל הערה 37).

ומסתבר שאף תקנות קהל אינן מחייבות, לדעת רבינו יונה (עיין לעיל פרק ב' דין מחייב), אלא כאשר ישנה הקפדה שהקהל ינהג דווקא על פי התקנה. ועיין לעיל הערה 64.

פרק רביעי

מנהג

חוקים שהתקבלו בציבור, והלה מרבה לנהוג על פיהם, ישנה אפשרות לומר שיש להם תוקף, לא מצד עצם החקיקה, אלא מפני הנהגה המקובלת על הציבור.¹

מנהגים – כמחייבים – מצאנו הן באיסורים² והן בממונות. במסגרת זו עלינו לבדוק את תוקפם של מנהגים הקשורים לממונות.

המחויבות לנהוג בענייני ממון על פי המנהג, מבוארת בש"ס במקומות שונים. כך, למשל, נקבע במשנה³ ששעות העבודה של פועל הם על פי מנהג המקום. לכן, אם נקבע גובה השכר בין מעביד לעובד,⁴ והם לא סיכמו מאומה בעניין שעות העבודה, שכר זה הוא עבור שעות עבודה המקובלות בין הפועלים. על כגון זה אומר

1 ויש לעיין מהי הדרגה הנדרשת להשתרשותו של חוק, על מנת שנוכל לייחס לו מעמד של מנהג. עיין ברמ"א (חו"מ סי' שלי"א סעי' א', וסי' קפ"ג סעי' ג'), וזו לשונו:

"דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים. אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או ב' פעמים אינו קרוי מנהג". ועיין בפסקי דין רבניים, בפסק העוסק בעניין פיצויי פיטורין (חלק א' עמ' ש"ל): "והנה בשאלת חיוב הפצויים, כבר דן הראשלי"צ הגרב"צ עוזיאל זצ"ל, בתשובתו הנדפסת בס' תחוקת העבודה שיצא לאור בשנת תשי"ה. ודעתו שם, שאין לבוא בזה מצד הכלל כמנהג המדינה, ונימוקיו הם שנים: א. צריך שהמנהג יהיה מנהג פשוט בכל המדינה. ב. צריך שהמנהג יהיה דבר השכיח ונעשה הרבה פעמים, אבל דבר שאינו נעשה רק פעם אחת או שתי פעמים אינו נקרא מנהג, וכמו שכתב הרמ"א (חו"מ סי' שלי"א סעי' א'). והנה, מאחר שתלה זה בהתפשטות המנהג, ובהיותו מצוי ונעשה הרבה פעמים, הרי שכעת שהמנהג נתפשט ונתקבל בכל הארץ, והוא מצוי ושכיח ונוהגים לפיו יום יום, יש ללכת אחרי המנהג הזה, ואין הדברים הנזכרים לעיל האמורים בשנת תשי"ה, קיימים ועומדים כעת שהמנהג התבסס והתפשט".

2 עיין משנה פסחים פרק ד', שו"ת הרשב"א חלק ב' סי' רפ"ח, שו"ע יו"ד סי' רי"ד.

ועיין הערה 8.

3 בבא מציעא, תחילת פרק שביעי. ועיין אור זרוע (פסקי בבא מציעא, דף פ"ו ע"א), המביא מקורות מחז"ל להליכה אחר המנהג בממון. ועיין ברמב"ם (הל' מכירה סוף פרק כ"ו וסוף פרק כ"ז) ובשו"ע (סי' רט"ו סעי' ח'), שכתבו "אין כל אלו הדברים האמורים וכיוצא בהם, אלא במקום שאין שם מנהג... אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך – הרי זה מכור, וסומכים על המנהג... וזה עיקר גדול בכל דברי משא ומתן – הולכים אחר... ואחר המנהג".

4 אף אם שכר זה גבוה מהמקובל.

הירושלמי⁵ – "מנהג מבטל הלכה"⁶.

יסוד חיוב המנהג

יסוד גדול למדנו מתורתן של ראשונים⁷, בעניין תוקפו של מנהג בתחום ממוני. בראשונים מבואר שלא עצם המנהג מחייב, שהרי עצם העובדה שנהגו בדבר מסוים איננה סיבה להוציא ממון מזה לזה,⁸ אלא שהמנהג מחייב מחמת אחת משתי סיבות:

א. הוא יוצר "אנן סהדי", שעל דעת כן נתקשרו שני הצדדים לעסקא.⁹
 ב. אם המנהג נתפשט בין כל הציבור, אנו מניחים שהיתה תקנה כלשהי שבעקבותיה התהווה המנהג.¹⁰

היות שדיוננו כאן נסוב על מנהגים שנוצרו מחמת חוקי הכנסת, אין כל רלוונטיות לענייננו לסיבה השניה שהובאה לעיל. זאת משום שחוקים שתקפים מצד עצמם, אין צורך לבדוק את תקפותם מצד מנהג, ואילו חוקים שאינם תקפים מצד עצמם, אי אפשר לתת להם תוקף אלא רק מחמת הסיבה הראשונה דלעיל, כלומר, שהמנהג יחייב מפני שהוא יוצר אנן סהדי.

עוד יש לציין, כי אם משתמשים, לצורך נתינת תוקף לחוקי המדינה, בסברה של אנן

5 בבא מציעא שם.

6 נחלקו המפרשים בגדר של מנהג מבטל הלכה. האור זרוע (פסקי בבא מציעא, אות רפ"ב) והשדה יהושע (על הירושלמי שם) מבארים כפשוטו. וכן מוכח בש"ך (חוי"מ, סי' ע"ב ס"ק ל"ה), וכן משמע בגר"א (סי' ס"א ס"ק כ"ג ובסי' ע"ב ס"ק ל"ג). כלומר, המנהג שקובע אחרת מההלכה גובר על זה, ויש לנהוג על פי המנהג (ועסקינן בענייני ממון, כמובן). ובנידוננו – שעות העבודה הן על פי המנהג, ולא "תזרח השמש... יצא אדם לפעלו, ולעבודתו עדי ערב". אולם, הפני משה (על הירושלמי) והאגרות משה (חוי"מ חלק א', סי' ע"ב, ע"ה) אומרים שבמצב זה המנהג הוא גופו הלכה, דתנאי שבממון קיים, ולא שייך לכנות זאת מנהג מבטל הלכה. לדבריהם, אנו זקוקים לגדר זה לא לגבי עצם ההליכה אחר המנהג, אלא לגבי הכרעה בין בעלי הדין, כאשר הם טוענים טענות הסותרות זו את זו. האחד טוען שהסיכום ביניהם היה במפורש שלא כמנהג, והשני מכחיש סיכום זה. לכאורה צריכים אנו לפסוק לטובת המוחזק. אולם 'מנהג מבטל הלכה', ולכן פוסקים כשני.

וראה לקמן – מנהג ותיקין – שהש"ך סובר שלא אזלינן בתר המנהג אלא אם כן נתייסד על ידי ותיקין. רואים אנו דעות הפוכות זו מזו. לדעת הפני משה כל כך פשיטא שאזלינן בתר המנהג עד שאין צורך כלל לגדר של 'מנהג מבטל הלכה'. ואילו לדעת הש"ך כלל לא אזלינן בתר המנהג אם לא נתייסד על ידי ותיקין.

7 רי"ף (שו"ת, סי' י"ג), רמב"ן (בבא בתרא קמ"ד ע"ב, ד"ה הא דאמרינן), רא"ש (שו"ת, כלל נ"ה סי' יז). ועיין ריב"ש (סוף סי' שמ"ה).

8 רא"ש (שם). הוא מבחין שם הבחנה עקרונית בין מנהג הבא להחמיר בענייני איסור, שהוא מנהג מחייב מצד עצמו, לבין מנהג בממון.

9 רא"ש (שם), מהרשד"ם (חוי"מ, סי' ש"פ), סמ"ע (סי' קע"ו ס"ק ל"א). וכן מוכח בגר"א (סי' ס"א ס"ק כ"ג) – הלומד, שסייגים הנמצאים בהתנאות, יחולו במנהג בק"ו.

10 רי"ף (שם) ורמב"ן (שם).

סהדי, יתכן שאין צורך כלל להזקק לתוקף של מנהג. ניתן לומר שההתקשרות בין הצדדים נעשית מלכתחילה על דעת החוקים שקבעה המדינה, ולא דווקא מצד היותם מנהג.¹¹

מנהג אינו יכול להיות תקף מצד אנן סהדי, אלא אם כן מתמלאים התנאים הבאים: א. העניין לגביו אנו דנים הוא התקשרות ממונית, שנוצרת מהסכמתם ורצונם של המעורבים. בענייני ממון, שאינם נובעים מהתקשרות רצונית בין צדדים – כגון, חיובי נזיקין – אין תוקף למנהג.

ב. התוכן של ההתקשרות הוא דבר הניתן להתניה. לולא כן – לא יועיל המנהג, שהרי כל כוחו של האנן סהדי אינו אלא להחשיב את הצדדים כאילו הסכימו במפורש להתניה.

ג. ההתניה הטמונה בעניין יכולה להתפרש כהתחייבות שמקבלים הצדדים לעיסקא על עצמם, ולא כשינוי של עצם דין התורה.¹²

כל זאת על פי דברי הראשונים שהבאנו לעיל. אולם מדברי המהרי"ק,¹³ נראה קצת שסובר שמנהג אכן מחייב מצד עצמו, ולא רק מחמת היותו יוצר אנן סהדי. וכדבריו כותב אף החזון איש.¹⁴

11 כך כותבים החזון איש (חוי"מ, בבא קמא סי' כ"ג סעי' ב', ובליקוטים סי' ט"ז סעי' א', ד"ה ולפיכך) והאגרות משה (חוי"מ א', סי' ע"ב).

ומסתברים דברי א' שוחטמן (במאמרו, עמ' 459, שהוזכר לעיל במבוא), שאומדן דעת זה אינו אלא באנשים שאינם שומרי מצוות. אולם יראי שמים, מתנהלים על דעת דין תורה. לכן אם החוק סותר דין תורה אין דעתם לילך בתריה, אלא אם כן, ישנו מנהג הרווח גם בין אנשי אמונה. (אולם אף לגבי אנשים יראי שמים יחול לכאורה החוק, וזאת כאשר הם יקבלו אותו עליהם במפורש. ויש להסתפק במצבים שקרובים לקבלה מפורשת, האם נאמוד את דעתם שהתכוונו לקבל עליהם את חוקי המדינה, כגון, שנים שעורכים חוזה, הבנוי על חוקי המדינה. ועיין לקמן הערה 31). וכל המשך דיונונו, לגבי ההגבלות בהליכה אחר המנהג, תקפות גם לגבי אומדן דעת זה (ואף לגבי קבלת החוק במפורש יחולו חלק מההגבלות – עיין לקמן הערה 20).

12 דמנהג לא עדיף מהתניה מפורשת, שחלה בה הגבלה זו. וכן כותב ה"ט"ז (סי' כ"ו סעי' ג' ד"ה ועוד נראה ל'). ומסכים עמו הגר"א (סי' ס"א ס"ק כ"ג).

13 שורש חי'. ודבריו מובאים ברמ"א חוי"מ סי' רפ"א סעי' ד'. הוא דן שם על מנהג שנהגו שאין בכור נוטל פי שנים בירושת האב. הוא שולל את תקפותו של המנהג מטעמים אחדים. מדיונו זה מוכח האמור כאן. שכן, אילו היה סובר שכל הבסיס לתוקפו של מנהג הוא מחמת יצירת אנן סהדי – פשיטא שלא שייך הדבר בירושה, שהרי אין כאן מעשה שנוכל לומר שנעשה על דעת המנהג.

14 בבא בתרא סי' ה' סעי' ד'. זו לשונו: "הא דהולכין אחר המנהג, יש בו שני גוונין. אחד – מפני שזה שנכנס לחצר זו על דעת המנהג הוא נכנס... והשני – מפני שהסכמת הציבור הוי ככח בית דין (ועיין שם בס"א סעי' ב', ד"ה כתב).

הרי לנו שמנהג מחייב לדעת החזון איש גם שלא מצד אנן סהדי.

לשיטה זו, אין נפקא מינא בין עניין ממוני הנובע מהתקשרות, לבין עניין ממוני אחר.¹⁵

מנהג הסותר דין תורה – מנהג ותיקין

בבואנו לבחון את האפשרות לתת לחוקי הכנסת תוקף של מנהג, יש להתייחס להגבלה נוספת בעניין תוקפו של מנהג, הגבלה המובאת בדבריהם של חלק מהראשונים.

האור זרוע¹⁶ כתב, שאין מנהג מבטל הלכה אלא כאשר הוא "מנהג ותיקין". כלומר, מנהג שנקבע על פי חכמים¹⁷ בחכמת התורה.¹⁸ אולם אם לא נקבע באופן זה, אזי אפילו אם נתפשט בכל הציבור, ואפילו אם יוצר אנון סהדי, הוא אינו מחייב. הטעם – מפני שאפשר שהוא מנהג גרוע.

15 יש להשיג מלטעות, מהבאת ראייה לשיטה זו, מהמשנה הראשונה בבבא בתרא ודומותיה. שם אומרת המשנה, ששכן חייב לבנות כותל בינו לבין חברו מהסוג ובעובי המקובל במדינה. לכאורה, רואים אנו שאזלין בתר מנהג אפילו אם אחד הצדדים אינו מעוניין במנהג (ואיננו נכנסים כאן לפירוט שתי השיטות בסוגיא בעניין היזק ראייה). אם כן, ההליכה אחר המנהג אינה מדין אנון סהדי. ולא היא – שם תקנת חכמים היא (אפילו למי"ד היזק ראייה לאו שמייה היזק – עיין רש"י דף ב' ע"ב ד"ה וטעמא דרצו), והגדירו חכמים שתקנתם היא שיבנו על פי מנהג המקום.

ואם כן אפילו אם בעלמא אין למנהג כח כפיה – שם המנהג מחייב, מכח חיוב חכמים.
16 פסקי בבא מציעא, אות ר"פ. את דעתו מבסס על סמך האמור במסכת סופרים פרק י"ד, הלכה י"ח (וראה לקמן הערה 18). שם מדובר בעניין קריאת המגילות, והאור זרוע לומד משם למנהג בממון.

אמנם דברי האור זרוע אינם בהירים לנו דים. שכך כתב: "הלכך איתבריר לן דהולכין אחר המנהג לעניין דיני ממונות, והבא לשנות המנהג וטוען שהתנה בעניין אחר ולא כמו שהמנהג נוהג עליו להביא ראייה. מיהו נראה בעיני וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום... מנהג ותיקין". מלשוננו אפשר להבין שהצורך בותיקין אינו לעצם ההליכה אחר המנהג, דבזה כל מנהג תקף. והצורך בותיקין הוא רק כאשר ישנה טענה שהיה תנאי מפורש בעניין אחר (עיין לעיל הערה 6). אולם המרדכי (בבא מציעא, ריש פרק ז') מביא את האור זרוע, ומשמיט את הציור של התנאה מפורשת. מתבאר, שהצורך בותיקין מתייחס לגבי עצם המושג 'מנהג מבטל הלכה'. [אמנם לדעת האגרות משה – לעיל הערה 6 – אף עצם מושג זה מדבר על התניה מפורשת. אולם דעתו היא דעת מיעוט. יותר מכך – באור זרוע גופיה מבואר (בהמשך שם, אות רפ"ב) להדיא שלא כדבריו]. מאידך, ההגהות אשרי מביא (בבא מציעא ריש פרק ז') מחד גיסא את האור זרוע, ומאידך כותב (ריש בבא בתרא) שלא בעיני ותיקין (דבריו מובאים לקמן ביתר הרחבה). משמע שמבאר את האור זרוע שהצורך בותיקין אינו לגבי הליכה אחר עצם המנהג. (אם כי יש להעיר שההגהות אשרי בהיותו מלקט, אפשר שיהיה סתירה בין מקום אחד למשנהו).

17 אור זרוע (שם), הגהות אשרי (בבא מציעא פרק ז', סוף סי' א'), רא"ם (שם).

18 כן משמע באור זרוע שם. וכן משמע מפשטות הברייתא דמסכת סופרים (שם): "וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה – מנהג ותיקין, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה – אינו אלא כטועה בשיקול הדעת". הברייתא מציגה את מנהג הותיקין כהיפוכו של מנהג שאין לו ראייה מן התורה. משמע, שבעיני חכמים בתורה.

הדוגמא הקיצונית ביותר למנהג גרוע, הינה מנהג הנוגד דין תורה, כאשר זה אינו ניתן להתניה.¹⁹ מנהג כגון זה, אין ראוי להסתמך עליו.²⁰ ועיין הערה.²¹

על פי דברים אלו, אין ללכת אחר מנהג היוצר שינוי מדין תורה. אולם יש מיעוט מן המפרשים המבארים²² שאין דברי האור זרוע נוגעים לשאלת הליכה אחר מנהג, ואף הוא מודה שאין צורך בכך שהמנהג יהיה מנהג ותיקין.

19 לפי המהרי"ק ראינו, שגם מנהגים שלא ניתנים להתניה הם תקפים, אולם אם הם נוגדים דין תורה – אין להם תוקף (עיין רמ"א חו"מ, סי' רפ"א סעי' ד'). ורק מנהג שניתן להתניה – אף אם נוגד דין תורה – הוא המנהג שנאמר עליו שמבטל הלכה, (אלא שיש סוברים שזה בתנאי שהוא מנהג ותיקין, כמבואר כאן). דוגמא נוספת עוסקת בחיוב לבנות כותל בין שכנים (לעיל הערה 15). אם מנהג המקום לבנות מחומר גרוע את המחיצה – הוא אינו תקף, לדעת ר"ת (בבא בתרא ב' ע"א, תוס' ד"ה בגויל) וראשונים נוספים שם. אולם הרמב"ן (שם, ד"ה מתניתין) והגהות אשרי חולקים. ובאחרון מפורש שהמחלוקת היא עקרונית. שכתב: "ולא ידענא איזה מנהג הוא שאין סומכים עליו". ונראה שלדעתם באמת לא בעינן ותיקין (עיין הערה 25).

אף המנהג שיחולו קנינים ללא מעשה אלא בדיבור בעלמא, מוגדר על ידי הרא"ש (שו"ת, כלל י"ב, אות ג') כגרוע, ולא אזלינן בתריה. בתשובתו שם, הוא מביא את דעתו של רבו המהרי"ם מרוטנבורג, החולק וסובר שמנהג זה הינו בעל תוקף. ויש לעיין, האם המהרי"ם אזיל בשיטת ההגהות אשרי (עיין הערה קודמת), או שסובר שמנהג זה אינו גרוע.

דוגמא למנהג הניתן להתניה, והוא לא יקובל בהיותו גרוע מחמת שסותר דין תורה, הוא "התיישנות חובות". וכך כותב על חוק זה הרב עוזיאל זצ"ל (משפטי עוזיאל, חו"מ סי' כ"ח):

"אבל אין היתר לגזול מפני המנהג... הרי זה בכלל דינא דגזלנותא, ואין הגזל נותר מפני המנהג".
20 במרדכי (בבא מציעא ריש פרק ז') מתבאר שזהו טעם האור זרוע. שכן לאחר שמביא את דברי האור זרוע כותב שאכן מצינו מנהגים גרועים שאין לסמוך עליהם, כדוגמת דברי ר"ת בריש בבא בתרא (לעיל הערה 19). אולם מהשי"ך (סי' ע"ב ס"ק ל"ה) נראה להדיא שמבאר שסיבת הצורך בותיקין אינה מחשש שמא מהות העניין גרועה, אלא – עצם העובדה שהמנהג סותר דין תורה נותנת לו מעמד של מנהג גרוע, אלא אם כן הוא מנהג ותיקין.

21 ויש לעיין בדברים. דלכאורה יוצא, שאף אם שנים מסכימים ביניהם במפורש הסכמות שונות, לא יהא להם ערך, אם לא תעבורנה ביקורת של "ותיקין". שהרי אף כאן קיים אגן סהדי שהצדדים מעוניינים במנהג, ובכל זאת אנו חוששים שהסכמתם אינה ראויה. ומעולם לא שמענו צורך כזה (ועיין שו"ע, חו"מ סי' ס"א סעי' ו', ובסמ"ע ס"ק י"ד, ובגרי"א ס"ק כ"ג). והדברים מתבארים על פי דברי החזון איש (בבא בתרא סי' א' סעי' ב', ד"ה כתב): "דכל מנהג גרוע מרופה בליבות בני אדם, ובני אדם יודעים דלפעמים המנהג גרוע וההלכה עיקר, ודעת המשתתפים לסמוך על ההלכה". העולה מדבריו, שאין הגבלת הותיקין קיימת אלא בהסכמה הנובעת ממנהג, ולא בהסכמה מפורשת של צדדים לעיסקא. ממילא, הסכמה מפורשת אינה מוגבלת אלא בהגבלת הרשב"א דלקמן.

הערת עורך: עפ"י סברת החזו"א יתכן שדברי האור זרוע אינם שייכים לענינו, שהרי כיום החוק אינו מרופה בליבות בני אדם ודעתם לסמוך עליו ולפעול על פיו אף אם הוא בבחינת "מנהג גרוע". (ש.א.)

22 הגהות אשרי (לעיל הערה 16) והאגרות משה. וכנראה שכך מבאר גם הגרי"א (חו"מ, סי' ע"ב ס"ק ל"ג), שנוקט בפשיטות שמנהג הסותר דין תורה לא בעינן ותיקין. ומפשטות דבריו נראה שכו"ע יודו בזה. ואם כן כנראה שלומד את האור זרוע כאגרות משה.

בין הראשונים האחרים יש הסוברים כשיטת האור זרוע,²³ ויש החולקים.²⁴ להלכה למעשה נחלקו הדעות. יש הסוברים²⁵ שמחמת מחלוקת זו, אין אפשרות להוציא ממון, ומשאירים את הממון ברשותו של המוחזק בו. ויש סוברים,²⁶ שאין צורך במנהג ותיקין. לדעת חלק מהפוסקים אין איפוא תוקף הלכתי למנהג שנוצר בעקבות חוקי הכנסת, אם הוא יוצר שוני מדין תורה בדברים שאין אפשרות להתנות עליהם. אולם במקום שהמנהג אינו בא לבטל הלכה, לא נדרש התנאי של "מנהג ותיקין",²⁷ והמנהג יהיה בר תוקף.

מנהג הנובע מחקיקה

עסקנו עד כאן בתוקפו של מנהג, וראינו את המחוייבות שהוא יוצר, ואת מגבלותיה של מחוייבות זו. אולם, המנהג שלגביו אנו נדרשים במאמרנו זה שונה ממנהג סתמי. הוא נוצר בעקבות חוקים, שנחקקו על ידי הכנסת. יש לדון איפוא, בשאלה האם תוקפם של חוקים אלו זהה לתוקף של מנהג רגיל. כתב הרשב"א,²⁸ שמנהג שלא נוצר על ידי הציבור, אלא שהציבור נוהג כך בעקבות

23 הגהות מיימוניות (הלי שכירות פרק ט' אות א'), הגהות אשרי (בבא מציעא, ריש פרק ז'), רא"ם (שם), ש"ך (סי' ע"ב ס"ק ל"ה, וכתב שצריך לפרש אף את הרמ"א כדבריו). ועיין באריכות בכנסת הגדולה (סי' ר"א, הגהות בית יוסף אות ד'). אמנם לגבי ההגהות אשרי – עיין לעיל הערה 16 – הוא אמנם מצריך ותיקין, אבל לא לגבי עצם ההליכה אחר המנהג.

24 כן פשטות דעת הרמב"ם והשו"ע, שלא הזכירו כלל את הותיקין כתנאי למחוייבות שיוצר המנהג (וכן כתב האגרות משה, שם). (אמנם ברא"ם מנסה לומר שהרמב"ם לא חולק, עיי"ש). וכן משמע ברשב"א (שו"ת, חלק ב' סי' רפ"ח. דינו שם בהרחבה על אופנים שונים של מנהגים שמחייבים, ולא הזכיר כלל ותיקין). וכן דעת מהרי"ק (שורש ט' ובמקומות נוספים, וצ"ע משורש ח'). ועיין סוף הערה 19, ועיין בכנסת הגדולה (שם).

25 רא"ם (שם), כנסת גדולה (שם, אות ה'). והוסיף שם ברא"ם דיכול המוחזק לומר קים לי כפוסקים הסוברים דבעינן מנהג ותיקין.

26 הגר"א (חומ"מ, סי' ע"ב ס"ק ל"ג), אגרות משה (שם, שכן פשטות הפוסקים). ויותר מכך – האגרות משה סבור, כאמור לעיל, שאף המצריכים ותיקין, אין זה אלא בציור המבואר לעיל (הערה 6). אולם בסתם הליכה אחר המנהג – אף שאינו תואם דין תורה – לכולי עלמא לא בעינן ותיקין. אולם ברא"ם הני"ל מפורש שלא כדבריו.

ובחזון איש (בבא בתרא סי' ה' סע' ד') מבואר גם כן – באפשרות אחת בהבנת המרדכי – שלא בעינן ותיקין, אלא רק במנהג שבמהותו הוא גרוע.

27 מהרי"ק (שורש ט'). ועיין כנסת הגדולה (שם, אות ט"ז).

28 שו"ת, חלק ו', סי' רנ"ד (מובא בבית יוסף סוף סי' כ"ו, וברמ"א סוף סי' שס"ט). הוא נשאל שם על מקום שנהגו שלא כדן תורה בירושת הבעל "שהכל יודעים שהם הולכים בדיני הגויים, הרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן". ותשובתו היא: "כל דבר שבממון קיים... אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט הגויים באמת נראה לי שאסור, לפי שהוא מחקה את הגויים... ואף על פי ששניהם רוצים בכך, והוא דבר שבממון, שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו חוקות הגויים ודיניהם...".

דיני מלכות – ודינים אלו חורגים מהתחומים בהם דין המלכות תקף – אינו מנהג, ואין ללכת אחריו, אפילו אם יוצר אנון סהדי. סיבת העניין היא – כשם שעצם החוק אינו מחייב, ואדרבא, אסור לקבל על עצמו ללכת אחר חוק המלכות, מפני שהוא מייקר בזה את חוקותיהם, כך גם המנהג שנובע מחקיקה זו אינו מחייב, ואף אסור לנהוג על פיו. אין בעובדה שהציבור נוהג על פי חוק כזה כדי לתת לו יתר תוקף.

אף חוקי המדינה הינם לצערנו מערכת אלטרנטיבית לחוקי התורה, ופשוט שדינם כחוקי הגויים.²⁹ ועיין הערה.³⁰

אולם מהריב"ש³¹ נראה לכאורה שלא כרשב"א. הוא מתייחס למנהגם של בני קהילת מיורקה לילך בענייני ממון אחר חוקות הגויים, ואינו מסתייג ממנהגם, ואדרבה הוא כותב בזו הלשון: "...היה להם לדון בדיני הגויים, כי כן נהגו קהל מיורקה מרצונם". יש שהבינו³², שאכן הריב"ש חולק בזה על הרשב"א³³. ויש הסוברים שאין מחלוקת ביניהם³⁴. אולם, אף הרוב³⁵ מבין אלו הסוברים שהריב"ש חולק על הרשב"א, פסקו למעשה כרשב"א.

29 ונראה שבמדינתנו העניין חמור עוד יותר. שכן, כאן אנו איננו נתונים תחת עול הגויים, ומצויים אנו לנהל את מערכות חיינו לאורה של התורה.

הערת העורך: מאידך, חוק יסודות המשפט ביטל את הזיקה שבין החוק הישראלי למשפט האנגלי וא"כ אין אנו מקבלים עלינו באופן אוטומטי את "משפט הגויים". גם לא מעט חוקים הינם ישראלים מקוריים. אולם מסתבר שסברת הרשב"א קיימת בכל מערכת חוקים שאינה לוקחת בחשבון כלל את דין תורה, אף שאין היא מחקה את הגויים. (ש.א.)

30 ואמנם יש להסתפק, האם קבלה מפורשת של חוק מועילה, כשלא מדובר על כלל המערכת, אלא בנושא ספציפי. יתכן שדברי הרשב"א "שהם הולכים בדיני הגויים" מתייחסים דווקא לקבלת מערכת שלימה של חוקים, ורק אז קיים גדר של מחקה חוקות הגויים. ולפי זה, בקבלת חוק אחד לא חל האיסור. ובפרט אם סיבת ההליכה בדבר המסוים אחר החוק, היא משום נוחות גרידא, ולא כרצון ללכת אחר החוק בגלל היותו חוק המדינה – אפשר שלא שייך בזה כלל גדר של מייקר. מאידך יש מקום לומר, שעצם ההליכה אחר חוק זה – ללא חשיבות לכוונה של הנהוג כמותו – היא היא ייקור חוקות הגויים, והדבר אסור. ובמיוחד, עקב העובדה שחוק זה מהווה חלק ממערכת שלמה של חוקים, שהיא אכן נוצרה כאלטרנטיבה לתורה.

ונראה שספק זה קיים רק בקבלה ציבורית של החוק – מנהג. אולם, קבלת חוק בודד, שמקבל על עצמו אדם כלשהו באופן עצמאי, ודאי מועילה לכו"ע. כך נראה מהסיפא של תשובת הרשב"א, שם הוא מקבל כדבר מובן מאליו את הלגיטימיות של קבלת חוק, למרות שברישא של אותה תשובה שלל זאת מכל וכל. וכן מוכח מהט"ז (סי' כ"ו סע' ג'), שקבלת חוק מועילה, אם היא נעשית באופן המועיל להתניות ממוניות.

31 סי' נ"ב. הריב"ש עוסק שם בהלכות דין "אחריד" בירושה, ובדין ירושה אין לה הפסק.

32 תשב"ץ (חלק א' סי' ס"א), כנסת הגדולה (ח"מ סי' כ"ו), הגהות בית יוסף אות כ"ו ועוד.

33 ולדבריהם, הריב"ש חולק במחלוקת מאד עקרונית על הרשב"א. שכן, הוא מתיר לקבל אף את החוק עצמו, למרות שסותר דין תורה, ולא דווקא ללכת אחר מנהג הנובע מהחוק.

34 מהרי"ט (ח"מ סי' ו'), חתם סופר (שו"ת, ח"מ סי' קמ"ב). עיין בדבריהם באריכות.

35 התשב"ץ הני"ל, כנסת הגדולה בשם הבית יוסף, ועוד רבים. אולם מיעוט מהפוסקים פסקו כהריב"ש (עיין בכנסת הגדולה שם, ובהערות על הריב"ש בהוצאת מכון ירושלים).

לכן נראה, שלמעשה יש לפסוק כרשב"א. ונראה שאף הרמ"א³⁶ סובר כך.

מסקנת הפרק

לאור ההגבלות הנזכרות בפרק, נראה שמנהג שנוצר בעקבות חוקי המדינה אינו בהכרח מחייב כמנהג.

אולם, מנהג שהוא בגדר תיקון עולם,³⁷ ודעת תורה נוחה הימנו,³⁸ הוא בר תוקף.³⁹ תוקף זה מותנה, לדעת רבים, בכך שהנושא שלגביו אנו באים להחיל את המנהג נוגע להתקשרות בין שני צדדים, שהתקשרות זו ניתנת להתניה, ושלא התנו המתקשרים ביניהם תנאי השונה מהחוק.

36 הרמ"א הביא הן את הרשב"א (חו"מ סי' שסי"ט סעי' י"א), והן את הריב"ש (שם, סי' רמ"ח סעי' א'). אם כן, נראה שמבין את הריב"ש באופן שאינו סותר את הרשב"א. אולם הסמ"ע (סי' שסי"ט ס"ק כ') מסכים אמנם שמוכח מהרמ"א שהרשב"א והריב"ש אינם חולקים, אלא שהופך את משמעות העניין – הרשב"א הוא המודה עקרונית לריב"ש, ודינו שהוא בסי' שסי"ט הוא היוצא דופן, עיי"ש [וצריך עיון בדעת החתם סופר (שם) שכתב שדברי הסמ"ע קרובים לדבריו, ואנן חזינן להדיא איפכא]. והמע"ן בדברי הרשב"א יתקשה לפרשם כביאורו של הסמ"ע, וצריך עיון.

37 שכן הוא ודאי אינו גרוע.

38 שכן אין זה מנהג שמבטל הלכה.

39 במצבים אלו – שהמנהג הוא בגדר תיקון עולם, ודעת תורה נוחה הימנו – לא קיימת בעייתיות בכך שהמנהג נוצר מחקיקה, כיון שעקרונית אף החקיקה עצמה הינה לגיטימית (עיי' לעיל פרק ב'). ממילא, המנהג בר תוקף. וכאן מתחדש לנו, שאפילו אם במקרים בהם דינא דמלכותא אינו חל – כגון, עקב המגבלה של רבינו יונה, עיי' לעיל בפרק ב' – המנהג בכל זאת מחייב. נמצאנו למדים, שבאמת תוקפו של מנהג הנובע מחוק, מחייב לעיתים יותר מהחוק עצמו. ובאמת בבתי הדין הרבניים אנו מוצאים לעיתים (עיי' לעיל הערה 1) הליכה אחר המנהג, גם כאשר הוא נובע מחקיקה.

מסתבר, שחוק שנוהגים על פיו יחייב אף אם יש בו פרטים רבים שלא כולם ידועים לכל. שכן, אומדן הדעת הוא שכיון שעצם החוק ידוע, הרי שהתכוונו לנהוג על פיו – ופרטיו שאינם מפורסמים יתבררו אם וכאשר יזדקקו להם. וכן כתב הרב וולדינברג (פסקי דין רבניים י"ד, עמ' 174) לעניין חוק בתים משותפים.

סיכום המאמר⁴⁰

החקיקה במדינת ישראל נעשית על ידי הכנסת, או מכוחה. הכנסת, בהיותה גוף נבחר, היא בעלת מעמד כפול. מחד – מלכות, מאידך – נציגות ציבורית. מבחינה הלכתית בא הדבר לידי ביטוי גם בסמכויות החקיקה: מצד המלכות – משפט המלך ודינא דמלכותא דינא. מצד הנציגות הציבורית – תקנות קהל. בנוסף לשלוש סמכויות אלו, יש מעמד לחקיקה מחמת היותה יוצרת נורמות של התנהגות (= 'מנהג'), והללו בעלות משקל הלכתי.

העולה מבירורנו כאן, שיש להבחין בין תחומי חקיקה שונים ובין מטרות שונות לחקיקה. כמו כן, יש חילוק בין חוק הסותר דין תורה לחוק שאינו כזה. בנוסף, חשובה מידת ההקפדה של המערכת השלטונית על כך שינהגו דווקא על פי החקיקה.

* חקיקה בתחום שלטוני מובהק כגון מיסוי, הפקעת קרקעות וכד' – הינה בעלת תוקף הן מצד משפט המלך, הן מצד דינא דמלכותא.⁴¹ ויש הסוברים שאף מצד תקנות קהל.

* חקיקה בתחומי המשפט הציבורי שנועדה לתיקון המדינה, דיני התעבורה, הדין הפלילי וכד' הינה בעלת תוקף מצד דינא דמלכותא.⁴² ויש הסוברים שאף מצד משפט המלך או אף מצד תקנות קהל. לחלק מדעות הפוסקים מותנה תוקף חוקים אלו בכך שהמחוקק עומד על כך שינהגו דווקא על פיהם.

* חקיקה בתחומי המשפט הפרטי (=תחום פרטי מובהק) – אין לה במקרים רבים תוקף משום בחינה שהיא, ויש לדון בדינים אלו אך ורק על פי דין תורה.⁴³ אולם, אם חקיקה זו נועדה לתיקון המדינה (=פתרון עוולות חמורות הנגרמות לתושבים וכד') – היא תהיה בעלת תוקף מצד דינא דמלכותא, ויש הסוברים שאף מצד משפט המלך או אף מצד תקנות קהל. אף כאן, לדעת חלק מן הפוסקים, מותנה תוקף החוק בהקפדת המחוקק שינהגו רק על פיו. אולם במקרה שהחוק יצר מנהג, ומנהג זה הוא בגדר תיקון העולם שדעת תורה נוחה הימנו, הוא יהיה תקף אף אם המחוקק אינו מקפיד שינהגו דווקא על פיו.⁴⁴

40 קיימות דעות יחידאיות, יוצאות דופן, שלא הובאו בסיכום זה. כמו כן, לא נכנסנו במסגרת זו לדיון סביב המצאותם של גויים בכנסת, והאם יש לכך השפעה על תוקפם של החוקים. על כך עיין במאמרו הנזכר של א' שוחטמן (עמוד 469). אולם נראה פשוט, שכל המקום לדון בכוחם של גויים הוא בחקיקה העוסקת בתחומי הסדרים החברתיים וכד' ולא בכל הנוגע לענייני עם ישראל, ארצו ותורתו.

41 התוקף של דינא דמלכותא מותנה בשוויון כל האזרחים, ללא הוצרות הפליה על ידי החוק.

42 כאשר חקיקה זו סותרת מפורש דין תורה, יש הסוברים שאין אפשרות להוציא ממנו.

43 אולם חקיקה שאינה כרוכה בענייני ממון (אלא רק בהסדרת היחסים שבין אדם לחבירו) – תקיפה מצד תקנות קהל.

44 במקרה כזה, אין כמובן צורך בהקפדת השלטון כתנאי לתחולת החוק.

In researching the prohibition of interest in corporations, we considered whether it was possible to use the modern economic tool known as the “corporation” or “company, ltd.” to cope with the prohibition against charging interest. The findings of the study indicate that a limited company is not a miracle cure for the problem of taking interest. Yet, occasionally, when other lenient halachic explanations are present, it is possible to attach to them the fact that it is a corporation and not a private individual and thereby cope with the problem of interest in certain circumstances.

The third topic, the halachic validity of the laws of the state, is a topic which many have dealt with and about which many opinions have been voiced. Nonetheless, we deemed it very important to also comment on it in the Keter Institute. The question of the halachic validity of the laws of the state significantly affects the position of halacha on many economic issues. Thus, for example, the halachic questions regarding the validity of a contract may be resolved if it is determined that there is halachic validity to the contracts law. The extent of the responsibility born by one who causes damage to another according to halacha can be decided very simply if it is determined that halacha gives validity to the law of damages.

The question of the halachic validity of the laws of the state is not, obviously, merely a practical question. It is also a weighty question from a theoretical perspective: what is the meaning of the Hoshen Mishpat section of the Shulhan Aruch, if according to halacha, the laws of the state are halachically valid. These and other issues were clarified in our research into the matter. The research coordinates the different relevant opinions and also draws practical conclusions from them.

During the first three years of the Institute's existence, far-reaching research was conducted on a variety of issues.

This book, the first in a series of books entitled "Keter – Studies in Economics and Law According to Halacha", contains some of the fruits of the research. It covers three topics:

1. Contracts According to Din Torah
2. The Prohibition of Interest in Corporations
3. The Halachic Validity of the Laws of the State

The contract is the basic tool in the life of the economy. It comprises all aspects of life, from the contract made between a bus passenger and the bus company guaranteeing that the passenger will reach his destination, as well as contracts with various sections that are drawn up between giant companies. The wording of a contract is of concern to every person buying or selling an apartment. The parties to a contract usually take extra care in formulating the details of each section of the contract in order to ensure that their legal rights are maintained.

However, many are not aware that even if the legal validity of a contract is not in question, its halachic validity is totally unclear. This may result in either of the following: either the parties will refrain from bringing the differences that may arise between them to a rabbinical court and prefer to have the case heard in a civil court; or they will nonetheless decide to have the case heard in a rabbinical court, but then they may find themselves in a situation where they will be unable to implement all the sections of the contract.

Undoubtedly, neither of these two possibilities is desirable. Therefore we saw fit to research and clarify the principles according to which a contract can be drawn up according to halacha and to present an example of one. This form of contract is designed to ensure the rights of the parties if they opt to have the case heard in a rabbinical court, while not detracting from their contractual rights according to law.

The prohibition against charging interest is one of the most difficult halachic problems in the modern economy. The cost of capital is a basic concept in economic life today, but it may represent a serious Torah prohibition. This problem not only affects the relation between the client and the bank, but also affects additional areas. Thus, for example, the standard contract for purchasing an apartment may be violating the prohibition of charging interest; those selling items for payment in installments may also be engaging in a Torah prohibition.

We have resolved the problem of interest in a contract for purchasing an apartment through our research on contracts according to halacha, by using the appropriate wording in the contract itself.

FOREWORD

Rabbi Kook z"l, in describing the destiny of the Jewish people in the world and the way to achieve this destiny, wrote:

“From the onset of the establishment of our people as a nation that knew how to call out in the name of the Lord, there has been a yearning desire to establish a multitude of people who would undertake to watch over the ways of God to do justice and righteousness... To fulfill this desire, it is necessary that this group have within them the qualities of political and social sciences, along with national judicial qualities at the highest cultural level, concurrently as the “godly ideal” rules from above and places man in the center of its life. And let it be known, it is not only individuals of high intellect who possess within themselves this aura of heavenliness, but also entire nations, in all realms of the universe, entire nations who together comprise the backbone of all humankind; from the highest spheres of art and intellect, through the wider socio-economic and political stages, to the different levels of the proletarians, even at their lowest degree.”

The path of every grand vision is a long and complex one that goes from a descriptive stage to implementation of the smallest details in reality and day-to-day life.

How much more so is this the case when referring to an all-encompassing vision of the foundations of the world and the Jewish people as expressed in the vision of the Rav z"l. This calls for much in-depth work based on a thorough study of the halachot related to economic and commercial activity, while taking into account and understanding new realities.

This challenge of linking the theories of Torah learned in batei midrash to the actual reality of living is at the core of several institutes involved in Torah study and research as it applies to various aspects of life.

The Keter Institute in Kedumim has also joined in this quest.

The Institute is the initiative of scholars and economists from the settlement of Kedumim who have joined together to form a center that will clarify contemporary issues of the business world through a Torah perspective.

The Institute engages renowned scholars and researchers who are knowledgeable and actively involved in the real world. The Institute is presided over by HaRav HaGaon Zalman Nechemia Goldberg, shlita, who provides the background for and certifies the findings of the research.

Moreover, key Israeli economic figures and senior jurists are involved in the Institute's work.

K E T E R

Studies in Economics and Law According to *Halacha*

Volume One

5756 1996

Editors:

Rabbi Shlomo Ishon

Rabbi Yitzhak Bazak

Keter Institute Members who have contributed to this volume:

Rabbi David Bass

Rabbi Yisrael Ben-Shahar

Rabbi Yair Hess

The Moshe and Matel Heller Keter Institute

Kedumim