

הצורך בתקנות בזמן הזה

חכמים ראו שיש צורך לגדור בפני עושה עוולה, ולצורך כך הטילו קנסות קבועים מתוקף סמכותם לתקן תקנות.

דוגמא לכך מופיעה במשנה (בבא קמא ח ג):

התוקע לחבירו נותן לו סלע. רבי יהודה אומר משום רבי יוסי הגלילי: מנה. סטרו, נותן לו מאתים זוז. לאחר ידו, נותן לו ארבע מאות זוז. צרם באזנו, תלש בשערו, רקק והגיע בו רוקו, העביר טליתו ממנו, פרע ראש האשה בשוק – נותן ארבע מאות זוז.

התקנות נצרכות כהשלמה לדין תורה, וכך מובא בשם הרב קוק (תקנות הרבנות הראשית, תחומין טו עמוד 81):

בצורה של דין אי אפשר לנו לשנות שום דבר מהמשפטים הקבועים לסדריהם. אבל בתור תקנות יש חופש לחדש ולתקן מה שמוצאים בתי הדין בהסכמת הרבים לתיקון העולם ובכוונה לשם שמים. הרבה תקנות גדולות תקנו חכמי דור ודור, לבד מהקדמונים, התנאים והאמוראים. גם בתי דין מאוחרים, הגאונים וכו'. בחיינו הלאומיים החדשים בארץ ישראל יהיה לנו בודאי לפעמים צורך גדול לתקן תקנות גדולות, שכל זמן שתהיינה מוסכמות מרוב חכמי ישראל המומחים לרבים ומקובלים אחריכך על הקהל, יהיה להם כח של דין תורה.

וכך ביאר מהרשד"ם (חושן משפט קעח) את הפסיקה של המהר"י"ק:

אע"פ שהיה אפשר לומר שאין זה שורת הדין, מ"מ ראוי להטיל עליו זה הקנס ולעשות כן, יען כי דבר זה תיקון העולם ודבר מצוי הוא... לכן

ראוי להטיל עליו קנס כדי שכל אדם ידקדק במעשיו ולא ישנה מדעת
חבירו כדי שלא יבוא לידי הפסד.

על הצורך בהתקנת תקנות מן הסוג האמור עמד כבר הרב הראשי, הרב
יצחק אייזיק הלוי הרצוג (שם), עוד בשנותיה הראשונות של המדינה:

והיות ויש כח ידוע בידינו על פי תורתנו הקדושה עצמה לתקן
תקנות לתיקון העולם ולמיגדר מילתא, וכמו שיבואר להלן, אף
בקביעות עד שיתוקן עולם במלכות שדי; והיות גם כן, ובקשר
עם הרבה ענינים שבחיי המסחר והתעשייה, וגם כן בשטחים
אחרים מסוימים, דרושות תקנות משפטיות על פי יסודות משפט
תורתנו הקדושה לתקן תקנות בשטחים הללו – לפיכך יוטל על
ועדה משפטית מוסמכת מורכבת מגדולי התורה, שתהא עובדת
בהתיעצות עם מומחים למשפט בכלל [דתיים ובני תורה], לקבוע
התקנות הדרושות בכל השטחים הנ"ל, ועל פיהן ידונו בתי הדין
הממשלתיים היהודיים הנ"ל. והוא הדין בנוגע לבתי הדין הרבניים –
ועדת רבנים מוסמכת תוסיף תקנות, כפי כח התורה הנתון לנו, כפי
הצורך, והן תהיינה זוקקות את בתי הדין הרבניים.

בכיוון זה כתב הרב אברהם שפירא (תחומין ג עמוד 245):

מקובל היום לחייב גם במקרים של גרמא בנוזיקין. מבחינת ההלכה
יתכן שיש מקום לחייב במקרים האלו בדרך הפרשנות הנ"ל, כפרשנות
רחבה למושג "גרמי" במסגרת הכללית של הפוסקים בנידון זה. אך
אולי יש מקום להכיר בחקיקה בנושאים אלו, שכן אי אפשר לומר
שחייב בגרמא הוא נגד הדין. "גרמא" למשל חייב דיני שמים; וחייב
בדיני שמים, יש לו משמעות מעשית גם כן (לרש"י ב"מ צא ע"א תפיסה
מועילה, למאירי ב"ק נו ע"א אם אינו משלם נפסל לעדות). ואם כן, בחברה
של היום יש מקום להכין הסדר של תקנות שמחייב תשלום בגרמא,
מכיון שהחייב המוסרי בדיני שמים ברור ואין הכפיה בניגוד לרוח
התורה.

וכבר הרחיב בזה הרב אשר וייס (סנהדרין - כתב עת לחשיבה משפטית, כרך א, עמוד 10):

אף מערכת משפט לא יכולה להמשיך ולהיות רלוונטית ותקיפה לאורך תקופה ארוכה מבלי להתעדכן. מערכת המשפט "התורנית" המבוססת על דין תורה אינה שונה בנושא זה מכל מערכת משפט אחרת. גדולי ישראל במשך הדורות הכירו בצורך בתקנות מעבר להלכה היבשה. דוגמא מאוד בולטת הינה הכלל ההלכתי הקובע כי "מטלטלי דיתמי לא משתעבדי לבעל חוב". בזמן הגאונים לאחר חתימת התלמוד, תוקנה תקנה שקבעה כי מיטלטלין כן משתעבדים. הסיבה לכך הייתה נעוצה בעובדה שהחברה השתנתה וכבר לא הייתה חברה חקלאית. להיפך, לרוב האנשים לא הייתה אדמה והיה צורך לתקן תקנה שמאפשרת לזכאי (מי שהלווה כסף לחברו) לגבות או לממש את זכותו גם בדברים שאינם קרקע. זוהי דוגמא אחת מיני רבות לכך שחכמים תיקנו תקנות אשר יתאימו לרוח המציאות הקיימת באותה התקופה. כאמור, מזה כמה מאות שנים שלא תוקנה כל תקנה חדשה, ואין לנו שום גוף שמוסמך לתקן תקנות... אחת הסוגיות החשובות ביותר בה, לדעתי, קיים צורך מיידי בתיקון תקנות שיתאימו אותה לימינו, הינה סוגיית הנזיקין ככלל, ו'גרמא בנזיקין' בפרט... במציאות הקיימת היום, רוב תיקי הנזיקין המגיעים לבתי הדין עוסקים בנושא זה. כך למשל, אם אדם נתן לחברו מליון דולר להשקיע ופלוני עשה שימוש בכסף ולא השקיע בכלל ולאחר חמש שנים אין כל רווחים, הוא פטור מעיקר הדין שכן הוא בגדר 'מבטל כיסו של חברו'. לי נראה ברור כשמש, שאילו היה היום גוף מרכזי בעולם התורה, קודם כל הוא היה מתקן תקנה הקובעת כי 'גרמא בנזיקין' חייב.

תוקף חוקי המדינה לאור הצורך בתקנות

לדעת חלק מהפוסקים, בשעת הצורך, יש לתת לחלק מחוקי מדינת ישראל תוקף הלכתי מטעם תקנת הציבור.³⁸

עם זאת, גם לדעתם אי אפשר לקבל את כל החוקים כמקשה אחת, מפני איסור ערכאות (כפי שיבואר לקמן). אף על פי כן, חוק שהולם את הצורך "להציל עשוק מיד עושקו" הוא ללא ספק חוק ראוי.

חוקים אלה הם מעין החוקים שהתבטא עליהם החתם סופר (חושן משפט סימן מד): "אילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים". לדבריו, יש לראות בחוק מעין תקנה של חכמים ולתת לו תוקף של 'דינא דמלכותא דינא' במצב שבו גם חז"ל היו קובעים תקנה זו. חוקים אלו יכולים לשמש כלי עזר ביד הדיין על מנת לחייב אף במקרים שעל פי הדין ההלכתי ישנו פטור. כמובן, הדיון יתקיים בבית הדין, והפסיקה תתבסס גם על חוקי המדינה.

תקנות, אם כן, הינן בהחלט דרך טובה לכונן את הצדק, וניתן להיעזר בכוח הלכתי זה כלפי חוקי הכנסת.

ויש להוסיף כי גם לדעת החולקים הסוברים שלחוקי הכנסת אין תוקף של תקנות הקהל, יש שכתבו כי פסיקת בתי דין החוזרת על עצמה הופכת לתקנה, בהיותה מפורסמת, והרי על דעת כן הצדדים פעלו.³⁹

כך ניתן ללמוד מדברי הש"ך (חושן משפט שנו ס"ק י) אשר התייחס למנהג שהופך לתקנה:

האי מנהג הוא שנתקן ופשיטא די ש ביד הדור לתקן תקנות.

38. הרב אברהם שפירא, תחומין ג עמוד 238; ישכיל עבדי ו חושן משפט ח ב. הם גם התייחסו לצורך באישור "אדם חשוב". תוקף הלכתי לחוקי המדינה יכול להתבסס גם על הכלל "דינא דמלכותא דינא" כפי שמפורט בכרך ב.

39. הרב מרדכי אליהו, תחומין ג עמוד 276.

ובאר את דבריו הרב אשר וייס (תחומין ל עמוד 279):

כיון שכך דנו בתי הדין בראותם את נחיצות הענין, הוה ליה כתקנה שתקן הדור.

עם זאת, אין ספק שנצרכת כאן זהירות יתרה ו"הליכה על חבל דק". מצד אחד עומד כמובן הרצון להישאר נאמנים לתורה ולשמר את פסיקותיה, ומאידך גיסא יש להציל עשוק מיד עושקו ולהתמודד עם פועלי אוון. כבר התריע על כך הרב מרדכי אליהו (תחומין ג עמוד 242):

אין לתקן תקנות במגמה להשוות דינינו לדיני העכו"ם. כך אומר הרשב"א, "לא תהא כהנת כפונדקית". הרבנים מעצמם צריכים להחליט מה רצוי ונחוץ לתקן, בלא לפזול לכוונים זרים לנו. כך למשל, בזמנו, כשתוקן שטר חצי זכר (חושן משפט, סימן רפא, ז) שעוסק בירושת הבת, תוקן בכונה "חצי זכר" ולא "זכר", שלא להשוות בת לבן בהשפעת חוקי העמים (חקרי לב חלק ב' סימן נו) אבל תקנה שהבת תירש - אין, ואסור לתקן⁴⁰.

לסיכום, יש צורך להתחיל לקבוע פיצוי מוגדר לנפגעים מכוח תקנה, כך שכלל בתי הדין העוסקים בתחום יפסקו על פי מדיניות אחידה. אולם גם כאשר אין עדיין הסכמה על כך, יש להתחשב בחוקי המדינה בתחום זה ולהחשיב זאת כתקנה בעלת תוקף הלכתי.

40. כתב הרב שלמה דיכובסקי: "למעשה, דנים בתי הדין בירושה לפי הדין האזרחי, בהסכמת הצדדים. נער הייתי ועדיין לא זקנתי, ומתוך אלפי תיקי ירושה שבהם דנתי, לא היה גם תיק אחד שחילקנו את העזבון בין הבנים בלבד, תוך כדי נישול הבת והאשה. בכל אותם צווי ירושה, שהם לכאורה בניגוד להלכה, בצענו בהסכמת הצדדים, הקנאות מתאימות, על מנת לחלק את העזבון לפי ההלכה - מדיני הקנינים, גם אם לא מדיני הירושה... אלא מצאנו דרך שלא לפגוע בהלכה, ולקיים את חוק הירושה האזרחי כפי רצון הצדדים. לא שמעתי מעולם על אפילו דיין אחד שנמנע מלדון בתיקי ירושה עקב אי היכולת ליישם דין תורה..." (תחומין יח עמוד 30).