

## יז. הסתמכות על משפט אחר מחוץ לדיני התורה - מבוא

השאלה היא האם דיני התורה פרטיקולאריים ומכוונים את היהודים לשמוע רק בקול התורה שבכתב והתורה שבעל פה? האם אסור ליהודי להישמע להוראות אזרחיות שאינן חלק מהתורה שבכתב או שבעל-פה?

התשובה הברורה היא כי לצידם של דיני התורה מתפתחים במרוצת הדורות עוד שתי מערכות משפטיות שבפירוש אינן חלק מן התורה אך כל יהודי חייב מבחינה הלכתית להישמע להם. מערכת אחת היא במישור הפנים קהילתי, והשנייה – במישור החוץ קהילתי. ואלו הם:

”תקנות הקהל”: הן מעשי החקיקה הפנים-קהילתיים - על-ידי יהודים חברי הקהילה למען יהודים חברי הקהילה או הבאים לגור בה. תקנות הקהל יוצרות מנגנוני ביצוע ושפיטה שאינם דיני התורה.  
 ”דינא דמלכותא”: הם השתקפותם של חוקי השלטון הנוכרי (מונארכי בעיקרו) ומידת תחולתם על הקהילה היהודית ועל חבריה.

צריך לומר כי פיתוחם של מערכות משפטיות ”אלטרנטיביות” אלה בא בעיקר בהם היהודים אינם במדינה ריבונית משל עצמם אלא כפופים לשלטון נכרי בעל דת שונה בעת העתיקה וכן בימי הביניים. לא רק שליהודים אין ריבונות בארצות אלה אלא שהם לרוב משוללים זכויות אלמנטאריות של אזרח או תושב. היהודים התגוררו בערים וביישובים נכריים אך בקהילות נפרדות הן במובן החברתי-הדתית והן במובן הגיאוגרפי (למעשה היו אזורים רבים שאסור היה ליהודים להתיישב בהם ולגור או לסחור שם). יהודי הקהילה נהנו בתקופות שונות מפריחה בשל התועלת הכלכלית שהביאו למלך, לנסיך, למושל. לעתים לא רחוקות הם גורשו, רכושם הופקע רק משום שסר חינום בעיני המושל או בשל לחץ דתי של אנשי דת קנאים. בראש ובראשונה היהודים משלמים מיסים ומשתתפים בהוצאות החזקת הצבא, המלך, הדרכים וכדומה. ליהודי הקהילה ניתנה סמכות לנהל את אורח חייהם הדתיים והלאומיים (הלאום היהודי נחשב עד לאחרונה עניין זהה לדת היהודית). בין היתר ניתנה להם ”אוטונומיה שיפוטית”. בבבל הייתה ליהודים אוטונומיה מרוכזת תחת הנהגתם של ”ראשי הגולה” ו”ראשי הישיבות”, ואילו באירופה, תחת השפעתו של המשטר הפיאודלי וחולשתו של השלטון המרכזי, נחלקה האוטונומיה לקהילות קהילות שכל קהילה עצמאית בתקנותיה וכן כפופה לדין הנוכרי המקומי שסובב אותה.

להלן נסקור את העקרונות ההלכתיים לפיהם מוחלות מערכות משפטיות אלה: היקפן, סייגיהן, ודרך הפעלתן.

## יח. תקנות הקהל:

### 1. עקרונות ההלכה היהודית לפיהם יש לציית לתקנות הקהל

תקנות הקהל הופעלו בהתאם לעקרונות הבאים:

1. אין להחיל תקנה אלא רק במידה שהיא אינה מנוגדת ל”דין תורה”. מאחר שרק בענייני ממון מותר להתנות עם כל אדם ”על מה שכתוב בתורה” ולא בענייני איסור הרי שתקנת הקהל לא יכולה לעסוק אלא רק בענייני ממונות ולא בעניינים הקשורים לכשרות, שבת, וענייני טהרה ופולחן.

2. ההלכה היהודית אינה מכירה ב"אישיות משפטית מלאכותית" של תאגיד, מדינה או אף קהילה, אלא רק באישיות משפטית טבעית. התורה מופנית כלפי בני אדם בלבד. נזכיר כי לאחר חורבן בית המקדש אין העם היהודי "עם" במובן ההלכתי אלא הוא "ציבור" – אוסף של פרטים, וכמו שפרטים יכולים לכות חוזה ביניהם שיגביל את כוחם לפי הדין, כך "הקהל" שהוא ציבור אנשים ביחידה גיאוגרפית מסוימת: מדינה, גליל, נסיכות, עיר, שכונה, כפר יכולים להסכים ביניהם על תניות מסוימות שיגבילו את כוחם.

3. יכולתה של הקהילה לחוקק חקיקה שונה בענייני ממונות מזו הכתובה בתורה, נובעת מהסכמת בני הקהילה כפרטים להגביל את יכולתם הממונית באמצעי חקיקה - היא תקנת הקהל. בפועל נעשו תקנות הקהל על-ידי נבחר ציבור שנקראו גם "שבעת טובי העיר" ("זט"ה"), "עיני העדה", "ברורים" וכדומה. נבחר ציבור באסיפותיהם עסקו גם בחקיקת תקנות הקהל גם בביצוען בפועל וגם בהתדיינויות משפטיות אודותן. עקרון הפרדת הרשויות המקובל כיום לא היה מוכר לבני הקהילה היהודית כמו שלא היה מקובל בסביבה הגובלת באותה עת.

4. עם זאת ההסכמה של ציבור הקהילה ל"תקנות הקהל" שחוברו ע"י נבחריה לא הייתה חייבת להיות סובייקטיבית אלא אובייקטיבית, לפי "אומד הדעת" מה באמת חושב כל חבר קהילה אפילו זה המביע את התנגדותו לתקנת הקהל. אם באמת היה מקום לחשוב שהתנגדותו אמיתית ויש לה מקום כי אז אין לכפות על המתנגד. לעומת זאת אם התקנה כל-כך נחוצה באופן אובייקטיבי אנו אומדים שהתנגדותו של המתנגד היא כה מוזרה שבעצם ניתן להניח כי אובייקטיבית הוא מסכים עמה. מכאן שרק בעניינים נחוצים ביותר ניתן לכפות על המיעוט את דעת הרוב, כמו צורכי ביטחון הנפש והרכוש, או ביטחון סוציאלי ("קופה של צדקה") מאחר שאנו אומדים שצורך זה הוא שווה לכל נפש ולכן אף המתנגד לה מסכים עמה כי היא נחוצה לו במקרה שהוא יינזק או יאבד את רכושו. גם הליכות המסחר והביטוח בין בעלי המקצוע שבעיר מוסדרים ע"י הסכמה מאומדת ולא דווקא סובייקטיבית. כך, למשל, יכולים בעלי המקצוע "לעשות רגיעה ביניהם" (לחלק את זמן מתן השירות לרגעים), להתנות שכל מי שתמות בהמתו או תטבע ספינתו יעמידו לו בהמה או ספינה חלופיים מאחר שהסיכון הוא כה גבוה עד שיש אומד הדעת שגם המתנגד בגלוי מסכים בסתר ליבו ליהנות מן ההסדר הזה במקרה שהוא עצמו יינזק.

5. "קופה של צדקה" היא ביטחון סוציאלי ומרוב נחיצותה יש אומדן דעת שכעולם מסכימים לתת לה. שיעור מתן הצדקה הוא לפי אומדן דעתו של "גבאי הצדקה" [=גובה הצדקה] בכמה הוא מעריך את יכולתו של חבר הקהילה לתת. מכאן הביטוי של אדם אמיד [= אדם שגבאי הצדקה משער שביכולתו לתת]. אין צורך לומר שהאומדן הוא אובייקטיבי-שיפוטי ולא סובייקטיבי לפי הצהרתו של הנישום על עצמו או לפי שרירות ליבו של גבאי הצדקה.

6. מכוח הסכמת בני-העיר המאומדת יש מקום להסמיך את נבחר ציבור לחוקק חוקים משמעתיים או פליליים הגם שאין להם סימוכין בתורה. ניתן אפוא גם להקל בדיני הראיות וסדרי-הדין התורניים. כך ניתן, למשל, להתקין תקנת קהל לפיה מי שיהרוג אדם כיום (כשהסנהדרין אינה קיימת) ואין על מעשהו עדות כשרה (אלא רק עדות נסיבתית בלבד או עדות של פסולי עדות) ואף לא היתרו בו כנדרש אעפ"כ יענש בעונש מיתה או מלקות או בעונש אחר שאינו מוכר בדיני התורה לפי שיקול דעת השופט או הדיין.

7. (עולה מתשובת ר' מאיר הלוי מטולדו) לא בכל דבר מסכימים בני העיר למסור את זכות ההכרעה לנבחר ציבור. בייחוד כשמדובר בזכויות של הקניין הפרטי, אין כל אומד הדעת שבני הקהילה אכן הסכימו לוותר על זכותם להסרת המטרד המפריע למקום מגוריהם.

8. (עולה מתשובת ר' מאיר הלוי מטולדו) לא ניתן להתקין "תקנת הקהל" אלא אם היא חלה על כולם בשווה. אך לא ייתכן כי רוב בני הקהילה שאינו ניזוק מן המטרד ייכפה על המיעוט הניזוק לוותר על הזכות להסרת המטרד. תקנת קהל שכזו תיחשב כ"עושה המיעוט" והיא בטלה.

9. (עולה מתשובת ר' מאיר הלוי מטולדו) לא ניתן להתקין תקנת הקהל אלא מכאן ולהבא. כך שלכל פרט תהא אפשרות לבחור להתיישב בקהילה ולהסכים לתקנותיה או לעבור לקהילה אחרת או למקום אחר. מכאן שתקנה רטרואקטיבית - פסולה.

10. מאחר שתקנות הקהל חייבות להיות "נסבלות" על דיני התורה חשוב שבכל נבחר ציבור יהא "אדם חשוב" שמתמצא בדיני התורה. אך חשיבות הכרעתו אינה בעיקר בגין ידיעתו את חוקי התורה אלא בשל היותו מקובל על חברי הקהילה.

11. מלבד זאת היה מקובל שחברי הקהילה ממנים להם רב, דיין או מורה צדק כדי שינהיג את אורחות חייהם הדתיים והציבוריים. המינוי כמו כל תקנת קהל מבוסס על הסכמת חברי הקהילה לקבל את מרותו. מינוי זה היה פוסק בגמר התקופה או במקרים שדעת חברי הקהילה לא הייתה נוחה מן המינוי.

12. מאחר שתקנות הקהל מבוססות על הסכמה מאומדת, ומאחר שלא בכל מקרה ההסכמה הייתה מוכחת, ניתן היה לדבר על "מרי אזרחי" בו הסרבן מתדיין עם נבחר הציבור, עם גוף משפטי מחוץ לקהילה בדבר נחיצותה של התקנה, בדבר עקרונות הגבייה. ההתדיינות הייתה כמו בכל הליך בדיני הממונות (זבל"א, הלך התובע אחר הנתבע, אי סופיות הדיון, חוסר התיישנות, טענות "קים ליי" ועוד) וכל עוד לא ניתנה הכרעה לרעתו בעצם לא היה ניתן להכריחו.

## 2. הנושאים הזקוקים להסדרה באמצעות "תקנות הקהל"

בתקנות הקהל השתמשו הקהילות היהודיות בכדי להסדיר את חייהם בכמה אופנים:

א. הסדרת יחסי מסחר: יחסים מסחריים שבין בני העיר הנחתומים, הצבעים החמרין, וכדומה. כמובן גם הטלת חיובים כספיים למסים ולשאר צרכי העיר החיוניים, צדקה, שחיטה, בתי-כנסת, ספרי תורה, ועוד.

ב. הסדרים כלליים של הרחבת מעגל החיובים מעבר לדיני התורה, כמו הרחבת מעגל הכשרים להעיד עדות מעבר לדיני תורה; חיובי כתובה שבעל מתחייב כלפי אשתו במקרה של גירושין או אלמנות; דיני שטרות. בתקנות הקהל ניתן לחייב אדם בגין חיובים נזקיים עקיפים שגרם (גרמא) אף שלפי דיני תורה הוא פטור מלשלם (חיוב פיצויים על מי ששוכר עדי שקר להעיד לטובתו אף שלפי ההלכה "פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים").

ג. הגברת ערכי הדת (חיזוק הדת) וליכוד השורות בדרך של הטלת קנסות, עונשים גופניים וחרמות בייחוד על "המוסרים" על "הרודף" על מי שטוען שלא כהלכה בבתי-הדין, וכדומה. מינוי דיינים ומורי הוראה ואכיפת דעתם על הסרבנים (יוסבר להלן).

## 3. מנגנון ההפעלה של "תקנות הקהל"

א. **חקיקה וביצוע:** הקהל נשלט ע"י שלטון אוליגרכי-למדני. "טובי העיר" היו לרוב מן העשירים ומן הלמדנים. משום כך נתקבלה ההלכה עוד בזמן התלמוד שאף תקנה פשוטה בין אומנים, בעלי מלאכה אינה בת-תוקף אם לא קבלה הכשר מ"אדם חשוב" - הכוונה לזקן תלמיד חכם שמקובל בעירו. "האדם החשוב" אינו רב הקהילה שפרנסתו בכך, אלא אדם אמיד, משכיל, יודע תורה וכריזמטי. הסכמת "האדם החשוב" לא באה להוסיף חיובים על האומנים ובעלי המלאכה, אלא בעיקר למנוע תקנות שיש בהן לסטות מן העקרונות ההלכתיים שבהן ניתן להתקין, כמו שהן נוגדות איסורי תורה, או יש בהן "עושה המיעוט" רטרואקטיביות, ועוד. תפקידו היה מעין "טריבונל שיפוטי מנהלי" של "טובי העיר".

**ב. שפיטה ופיקוח:** מלבד זאת מינה הקהל חכם תורה שישמש כ"מורה צדק", "מורה הוראה", דין או רב. תפקידו של אותו חכם תורה ממונה היה לשרת את הקהל במובן של הדרכה רוחנית, התרת ספקות הלכתיים, וכן הרבצת התורה, פיקוח על השחיטה, תקינות המקוואות, ועוד. כדרך מובנת של תפקיד אותו חכם, התחייב הקהל בתקנה לקבל את הכרעותיו. פיצול הדינים והמחלוקות הרבות באורח חייהם הדתיים של קהילות שונות, נובע ממנהגים שהנהיגו רבנים שונים בקהילותיהם.

## יט. "דינא דמלכותא דינא"

### 1. ההשקפה התלמודית בסוף העת העתיקה

המשפט העברי או ההלכה היהודית אינם רק דיני תורה אלא גם דינים מחוץ לדיני התורה ואף מנוגדים להם. כפי שאמרנו שני ענפים להם: תקנות הקהל, ו"דינא דמלכותא דינא". בעוד שהענף הראשון הוא פנימי בין היהודים לבין עצמם, הענף השני הוא חיצוני של המלך הנוכרי על היהודים. הבדל זה אינו רק סממן חיצוני, אלא מקרין משהו מהותי יותר. בעוד שמתקני תקנות הקהל מכירים את ההלכה ורואים עצמם כפופים לה, ב"דיני המלכות" אין המלך הנוכרי רואה עצמו כפוף לתורה או לפרשנותה על-ידי חכמים, והיא בשבילו כאילו אינה. יתר-על-כן, גם התורה עצמה, לפי הבנת חכמים אינה רואה במלך כמחויב לקיים מצוותיה (למעט שבע מצוות בני נח ומצוות "דינים" אינה אלא העמדת מערכת שיפוטית שדינה לא בהכרח יהיו לפי דיני התורה), בעוד שז' טובי העיר הם יהודים. משום כך התנאי לקיומה של תקנת קהל שאחד מטובי העיר יהיה חכם בתורה "אדם חשוב", דבר שאינו הכרחי ב"דינא דמלכותא".

"דינא דמלכותא דינא" נאמר על-ידי מר שמואל שחי בדור הראשון של האמוראים. באותה תקופה עבר השלטון בבבל מן הפרתים שהיו סבלניים והעניקו אוטונומיה שיפוטית ליהודים לסנסנידים שהיו קנאים וריכוזיים. מר שמואל מחדש כי במקרה של סתירה בין הוראה מדיני התורה לחוק של המלך הנוכרי - עדיף חוק המלך. יחד עם ההוראה של "דינא דמלכותא דינא" הורה שמואל הוראה נוספת הקובעת:

**"הני זהרורי דזבין ארעא לטסקא - זביני זביני"**

(=אותם פקידי מס קרקעות שמכרו קרקע בגין חוב מס - מכירתם מכירה)

ברור שלא פקידי המלך באים לשאול את חכמי התורה, מה דעת התורה על הוצאה לפועל מטעמם. משני טעמים: האחד, באופן מעשי הם לא הכירו ולא הבינו בחוק יהודי אלא רק בחוק המלך. שנית, גם התורה לא כופפת אותם אליהם. השאלה היא מעשית יותר של יהודי המעוניין לקנות את הקרקע מפקידי המלך. האם ראוי לסמוך על מכירתם שתקבל תוקף לפי דין תורה או שמא קיים חשש שלאחר שיקנה היהודי את הקרקע שהופקעה לצורך גביית מס - היא תחזור לבעליה? תשובת מר שמואל היא שאם ההפקעה של פקידי המס מטעם המלך הייתה לשם גביית מס קרקע - ההפקעה תקפה גם לפי ההלכה ועל-כן יכול יהודי לקנות את הקרקע המופקעת מן הבעלים הראשונים, מבלי לחשוש שייטבע על-ידי אותם בעלים ראשונים להשיבה אליו. אבל האמוראים המאוחרים יותר פירשו את כוונת שמואל רק לגבי מס הקרקע (=טסקא), אבל לגבי מס על הגולגולת (=כרגא) - לא, כלומר, אין הפקעת המלך או פקידיו בשל חוב על מס גולגולת שחייב הבעלים הראשונים כשרה על-פי ההלכה (אף שלפי דיני המלכות עצמה רשאים פקידיו להפקיע קרקעות גם בשל כך), וממילא אם יהודי קונה קרקע שהופקעה מהבעלים הראשונים בשל חוב של מס גולגולת - חייב להשיב את הקרקע שקנה לבעליה הראשונים. וסיבת ההבדל, כך נאמר שמשם הגולגולת רובץ על ראש החייב (=כרגא אקרקה דגברי מנח), כלומר אין זיקה ישירה בין מס הגולגולת המוטל על אדם למקרקעיו ועל-כן אין כל צידוק, לפי ההלכה היהודית, להכיר בהפקעה זו כשם שמכירה בהפקעה בשל מס על הקרקע.

אם נאמר שהלכה זו היא ענף של "דינא דמלכותא", ברור שההלכה היהודית אינה מכירה בכל דין-מלכות המפקיע קרקעות, אלא רק הפקעות מסוימות. השאלה היא מה פשר הקוד הפנימי של ההלכה המבחין בין סוגי ההפקעות השונות? על כך בהמשך.  
הענף השלישי של דברי מר שמואל:

**"אריסותא דפרסאי עד ארבעין שנין" (=אריסות של פרסים עד 40 שנה)**

שוב נראה שאין פה דיון בחוקי ההתיישנות של הדין הפרסי המלכותי, שכן המלך הנוכרי או פקידיו אינם שואלים או מתעניינים בעמדת חכמי ההלכה. כפי שאמרנו, גם ההלכה עצמה אינה רואה את הנכרים כפופים אליה ועל-כן אינה מצווה עליהם מה לעשות. כל הדיון הוא ביחס בין היהודים בינם לבין עצמם. האם יהודי שקנה מגוי פרסי קרקע בכסף מלא - כשהגוי לא קנה את הקרקע מהבעלים הראשונים היהודי, ואף לא טוען שקנה, אלא רק התיישב בכוח והחזיק בקרקע לשימושים שונים במשך 40 שנה (שזו תקופת ההתיישנות לפי החוק הפרסי) - חייב להחזיר קרקע נגזלת זו לבעליה הראשונים? תשובת מר שמואל היא שאם עברה תקופת ההתיישנות הפרסית של 40 שנה - אין כאן גזל, ועל-כן אין הקונה היהודי צריך לחשוש מלקנות קרקע זו מהגוי הגזלן.

הערות: א. ההתיישנות כאן היא מסוג "התיישנות רוכשת" דוגמת ההתיישנות בזיקת ההנאה לפי החוק הישראלי המצויה בס' 94 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969. ולא "התיישנות מגינה" דוגמת חוק ההתיישנות, תשי"ח-1958.

ב. גזל לפי ההלכה אינה רק נטילת חפץ או כל זכות בכוח (כמו "ויגזול את החנית מיד פלישתי"), אלא כל רווח שלא כדין הוא גזל. במובן מסוים אם ההתיישנות הפרסית אינה תופסת לפי ההלכה, ייחשב היהודי שקנה מהנוכרי שהחזיק 40 שנה כגזלן ויצטרך להשיב אותה לבעליה הראשונים, אף שלפי "דין המלכות" הפרסי הוא בעלים מושלם.

**"דינא דמלכותא דינא" (=דין המלך - דין)**

מה המשמעות הכללית של כלל יסודי זה? נעיין בדו-שיח שהתנהל בין שני אמוראים מאוחרים למר שמואל המתדיינים בקשר לתוקפו של הכלל "דינא דמלכותא דינא":

"אמר רבא: תדע דקטלי דקלי וגשרי וגשרי ועברינן עליהו", כלומר, כיצד מותר להשתמש בגשרים שבנתה המלכות אם לשם כך הפקיעה מקרקעין של יהודים וגם עקרה את דקליהם ומהם בנתה גשרים, הרי זה גזל, אם לא שנאמר ש"דינא דמלכותא דינא"?

"אמר ליה אביי: ודילמא משום דאייאוש להו מינייהו מרייהו?", כלומר, אולי נאמר שמותר לנו היהודים להשתמש בגשרי המלכות לא בגלל דין המלכות, אלא שהיהודים שמהם הופקעו המקרקעין ונקצצו דקליהם התייאשו מהשבת נכסיהם עקב מעשיו של המלך? כוונתו של אביי לומר שההיתר להשתמש בנכסים של אדם אחר שנגזלו או שאבדו נובע מכך שאותו אדם התייאש ממונו ובכך הסתלק מתביעת זכותו עליהם (מעין וויתור) ואין כאן גזל. כך, אדם שמצא אבדה שבעליה וודאי התייאשו ממנה מותר לו לקחתם לעצמו  
"אמר ליה רבא: אי לא דינא דמלכותא דינא היכי מייאשי?" כלומר, "דינא דמלכותא" הוא הגורם את הייאוש של הבעלים מממונם.

ממסקנת רבא ניתן לומר שההפקעה השלטונית תופסת על-פי ההלכה, לא בשל "הלכת המשפט הציבורי" אלא בשל "המשפט הפרטי" שאדם מתייאש אם רואה שהמלך גוזל את ממונו.

מכאן אולי ניתן להסיק ש"דינא דמלכותא" אינה השלמה מלאה עם הדין הנוכרי מעין "השתלבות" או מה שקרוי במשפט הבינלאומי הפרטי "ברירת דין", אלא זוהי ברירת מחדל של הפרט, שלפי אומדן דעתם של חכמים הוא מתייאש מאחר ש"אין מה לעשות" כנגד המלכות.

הסוגיה ממשיכה ומדייקת בהלכותיו של "דינא דמלכותא": שהרי פקידי המלך אינם עושים כפי שאמר המלך, שהרי המלך אמר, לגזול דקלים מכל הבקעות כדי לבזר את הנזק ולהטילם בשווה, והם הפקידים גוזלים רק מבקעה אחת, לפי נוחיותם? על כך משיבים: ששלוחי המלך אכן נוהגים לפי דין המלך, שהרי תפקידם רק לבנות גשרים ואילו יישום מדיניות המלך לבזר את הנזק מוטלים על התושבים עצמם לתבוע את חלוקת נטל ההפקעה על כולם. (בכך ניתן להבחין בין המדיניות הריכוזית של השלטון בימינו המפצה בעצמו את בעלי המקרקעין המופקעים לבין ההשקפה העתיקה שהתושבים נאלצים להתמודד בעצמם על "ביזור" הפסדם בין כל בעלי העניין.

מסוגייה זו ניתן להסיק שתי מסקנות בדבר "דינא דמלכותא" לפי השקפתה של ההלכה היהודית:

1. לא ניתן להחיל "דינא דמלכותא" נגד ענייני איסור והיתר. רק עבירת הגזל מתרפאת עקב "דינא דמלכותא" בשל היותה בנויה על ויתור הבעלים מקניינו (לפי אומדן אובייקטיבי).
2. לא ניתן להתחשב ב"דינא דמלכותא" אלא רק אם הוא מוטל בשווה ואין בו "עושק המיעוט". לו היה ברור לחכמים שהמלך מפקיע בשרירות רק חלקה אחת, וקוצץ דקלים רק מבקעה אחת, מבלי להורות על "ביזור העלויות" על כולם, לא הייתה ההלכה היהודית מכירה בהם.
3. אין המלך ממונה על "ביזור העלויות" אלא הנפגעים עצמם חייבים לגבות את המגיע להם מכל בעלי החלקות בבקעה. המלך עוסק בהקמת גשרים ולשם כך הוא מפקיע מקרקעות מסוימים, אך תהליך הגבייה נעשה על ידי האזרחים עצמם.

עד כאן העולה מן הספרות התלמודית, והנה נוכח קריאת המקורות עולה צרור שאלות:

- א. מה ההבדל בין "טסקא" לבין "כרגא"? שניהם מיסי המלך, ולמה הפקעת פקידי המלך ב"טסקא" מקובלת ואין צורך ליהודי שקנה מפקידי המלך לחשוש מתביעתו של הבעלים הראשונים ממנו הופקע להשיב את הקרקע ומדוע ב"כרגא" חייב הקונה היהודי להשיב?
- ב. האם כל התיישנות "פרסית" (לפי החוק הנוכרי) נחשבת כהתיישנות או רק לגבי מקרקעין? למשל, האם מותר לי לקנות טלוויזיה שהופקעה מבעליה רק בשל אי תשלום האגרה, לאחר שעברה תקופת ההמתנה לבעלי הטלוויזיה "לשחרר" את הטלוויזיה תמורת תשלום האגרה?
- ג. האם רק התיישנות "פרסית" תופסת? האם רק הפקעה לפי שלטון שאינו יהודי במדינה לא יהודית? או שמא גם התיישנות לפי חוק ההוצאה לפועל, תשכ"ז 1967- ותקנותיו?
- ד. האם זהותו של האדם שגזל את הקרקע מהבעלים הראשונים, התיישב בה במקומו והשתמש בה לצרכיו, חשובה? האם רק "פרסי", כלומר נוכרי דווקא, או שמא אף אם הוא יהודי?

## 2. השקפת חכמי ההלכה בימי הביניים במשטר הפיאודלי

מפרשי התלמוד, הראשונים, שכללו את הכללים והוסיפו תנאי שלא מופיעה בפירוש בתלמוד:

(מספר התרומות של ר' שמואל הסרדי בשם חכמי צרפת) אין "דינא דמלכותא" אלא רק בדברים שהם "עסקי המלך, כגון ענייני דרכים והטסקאות שלו, אבל העסק שיש בינו לבין חברו לא אמרו חכמים...". פירוש הדבר, שמנקודת השקפתה של ההלכה, למלך אין זכות לחוקק אלא רק בענייניו, שהם בטחון, דרכים ומסי הקרקע, אך חוקים שעוסקים ביחסים בין אדם לחברו אינם מעניינו ועל כן אין ההלכה היהודית מכירה בהם. הבחנה זו בנויה על ההשקפה הפיאודלית של ימי הביניים שאין המלך ריכוזי ושולט במישרין על נתיניו, אלא רק על אדמותיו אותן הוא מחלק לצמיתו הנסיכים שהם מעין "קבלני המשנה"

מכאן ניתן אולי לפרש את ההבדל המופיע בתלמודים בין מס הקרקעות (=טסקא) למס הגולגולת (=כרגא) הוא שהקרקע היא מעניינו ועל כן הפקעת המקרקעין בשל חוב זה - תקפה על-פי ההלכה. לא כן מס הגולגולת שאין לו יחס ישיר למקרקעין - אין זה מסמכותו של המלך. ועל כן מס זה הוא גזל בעיני ההלכה.

בצורה מפורשת כותב התשב"ץ (כרך א סימן קנח) בתשובותיו:

1. אין המלך יכול להתערב אלא רק "מיסים וארנוניות" וכן "לכרות עצים, לבנות גשרים, לתקן מדינתו" אך לא בדברים "שאינו לו למלך בהם הנאת ממון כלל" שאז "אף-על-פי שהם חוקין חקוקים לו במלכותו - אין דינו דין כלל". כלומר, הסיבה שאין דינו דין היא סיבת "חוסר תועלתו האגואיסטית" של המלך. המלך בשום פנים ואופן אין לו מניע אחר מאשר "הנאה" מתושביו.

כלומר, "דינא דמלכותא דינא" תופס רק מה שהוא מעניינו של המלך "עסקי המלך": שהם מיסים ובטחון. בעניין זה כלולות סלילת דרכים חדשות והפיקוח עליהם מאחר שהמלך נהנה מביטחון (תעבורה) וכן ממכסים שהוא גובה באמצעות פקידיו.

2. האזרח חייב להישמע למלך רק בדברים "שמגיע למלך הנאת ממון" כמו מיסים, מכסים וכדומה. ומשום כך אסור לו "להבריח" את נכסיו, כלומר, להעלים מס מן המלך. כדאי לשים לב לסיבה מדוע אסור לאזרח להעלים את נכסיו ולהימנע מתשלום מס. "שאלו החוקים המוטלים על העם לעשות למלך, והרי הוא אל המלך כשאר זכויות שיש לאדם על חבירו". כבר אמרנו כי במשפט העברי אין מקצוע שנקרא "משפט ציבורי", דוגמת מה שקיים בשיטות משפט מודרניות. הפרט המעלים מיסיו הוא אינו יכול להיחשב כ"סרבן מס" בלבד אלא כ"גזלן" הוא גזל את מה ששייך למלך. המלך כביכול הוא אישיות משפטית טבעית ומכוח זה נחשב המעלים ממנו מס - גזלן. והסיבה שהמיסים והארנונות הם "מנת המלך" כלומר, הם שייכים למלך בגלל שהוא "אדון הארץ" ורק בגלל הרשאתו מותר לנתין לשהות בגבולו. העלמת מס היא אפוא הפרה "חד-צדדית" של ההסכם מבחינת ההלכה והכסף שהאזרח אינו משלם היא "גזל".

3. כדבר נלווה אך חשוב היא סמכותו של המלך להעניש את המורדים בו. שוב, אין המורדים נענשים בגלל שהם מחבלים ב"סדר הציבורי" וגורמים במעשיהם לאנרכיה, אלא מאחר שהוא מזיק לשלטונו של המלך. מעניינת ההשוואה הישירה ביחסים שבין הפרט לחברו, לבין זכות המלך להעניש: "והלא בין דם לחברו אם ביישו או ציערו - חייב לשלם דמי בושתו וצערו, כל-שכן המצער אדוניו והמכעיסו חייב להיענש כאשר ישית עליו האדון".

4. כאמור, כל מה שהמלך יכול לגבות הוא רק מה שבא לרווחתו. רק אלו "עסקי המלך" אך בפירוש אין המלך יכול להתערב ב"עסק ישראל עם חבירו" דהיינו ביחסים של אזרחים פרטיים בינם לבין עצמם.

ייחוד סמכותו של המלך רק "לעסקיו" נובע מההשקפה של ימי הביניים של שלטון המלך הפיאודל באמצעות צמיתיו הנסיכים והם עצמם באמצעות צמיתיהם מעין "פירמידה" בו כל אזרח יודע את מקומו בהירארכיה שבין האנשים הכפופים לו לאלו שמעליו. אך הרעיון מקבל בספרות ההלכה היהודית תוקף משפטי פנימי משתי נקודות ההשקפה המנוגדות: מזו של המלך על "נתיניו" לבין זו של האזרח כלפי "אדונו"

מכאן שבמקום שאין המלך רשאי להתערב - כי אז אין דינו דין, וממילא אינו יכול להעניש את מי שמסרב לציית לחוקיו.

מובן מאליו שחלוקה זו בין "דברים שמגיע למלך הנאת ממון" לבין "דברים שאין לו למלך בהם הנאת ממון" אינה חלק מהדינים של המלך הצרפתי, הגרמני של "הקיסרות הרומית הקדושה" עצמו אלא הם דיני ההלכה היהודית עצמה הקובעת את גדרי הציות של היהודים מבחינת ההלכה. ברור שדיוני ההלכה אינם בנוגעים במישרין ביחסים בין הנתינים היהודים למלך עצמו או לפקידיו, שהרי הם עצמם, אינם מתעניינים או קשורים להלכות המשפט העברי, אלא השאלה היא עד כמה חייבים היהודים בינם לבין עצמם להישמע ל"דיני המלכות"

אף שדינים אלו סותרים את דיני התורה. אם-כן כאשר אני צריך לעבור על גשר שבנתה המלכות, אין דיני התורה יכולים למנוע ממני מלעבור בגין הפקעת הקרקע על-ידי המלך מאחר שדיני המלך הם דין. אך כאשר המלך מחוקק חוק אזרחי שאינו מעניינו ואין לו "הנאה" ממנו - אין לסטות מדיני התורה. כזכור, ההשקפה של חכמי ההלכה היא ההשקפה הרווחת גם בסביבה הנכרית. הדינים הפרטיים נידונו לפי מנהגים עתיקים חלקם בעל-פה וחלקם כתובים בספרים עתיקים.

### 3. החלת "דינא דמלכותא" גם על זכויות אובליגטוריות או זכויות מיטלטלין

השאלה שהתגלעה בין חכמי ההלכה בימי הביניים הייתה: מה הדין אם המלך, למרות ההשקפה הרווחת בימי הביניים מתערב ב"דברים שאין לו הנאה מהם"? האם אני האזרח היהודי חייב להתעלם מהם או לא? כמה אסכולות בין חכמי הביניים:

#### א. השיטה הקלאסית המשמרת את הכלל רק על זכויות מקרקעין ומסים כמו בתלמודים:

לפי השקפת התשב"ץ התשובה המוחלטת היא - לא. זוהי מעין "הפרת חוזה" מצד המלך כלפי אומתו שמתערב במה שאינו שייך לו ולכן גם היהודים כתושבי הממלכה אין חובה להישמע למלך המפר חוזהו עימם. כך נראה מדברי ר' מנחם המאירי מחכמי פרובאנס החשובים הקובע שכל חידוש המחיל "דינא דמלכותא" על מה שאינו הוצאות ביטחון, מסים ומקרקעין הוא כפייה "מחמת אונס", כלומר, קפריזה מלכותית. ייתכן, מוסיף המאירי שהכפייה היא לא מצד "דינא דמלכותא" אלא חוק קוגנטי של הדין העתיק, הרומי/ השבטי של הסביבה הנוכרית "שהאומות מחזיקים בהם מתורת ספריהם", כלומר, אימוץ מנהג עתיק והפיכתו לחוק קוגנטי שחל על יהודים - אין דין זה דין, שהרי רק המלך הוא "בעל הבית" ורק חוקיו צריך לשמור.

#### ב. שיטת ביניים הדבקה בתלמודים אך משנה את הרציונאל התלמודי של הכלל:

אך ר' יונה ג'ירונדי (מהעיר ג'ירונה, ספרד) מביע השקפה מתונה יותר כלפי "התערבות" המלך. לדעתו גם אם המלך מכריז שחוק פרטי מסוים הוא קוגנטי, אין כוונתו אלא שתהיה אחידות בבתי המשפט הכללים "בפני ערכאות שלהם", אבל אין כוונתו להחילו ביחסים שבין יהודי לחבירו שאז הם מתדיינים ביניהם ב"דיני ישראל", כלומר, בערכאות שיפוטיות פנימיות של חברי הקהילה. המלך לא כופה על יהודים להתדיין בערכאות השיפוט שלו דווקא, וממילא אין הוא מקפיד שיידונו ביניהם שלא לפי דיני המלך שהוא חוקק. שוב, השקפת ר' יונה מג'ירונדה, על מידת הקוגנטיות של החוק המלכותי, אינה שאלה מה באמת המלך חושב, ומה הוא באמת קבע בחוק חרות אלא זוהי הנחה אובייקטיבית של המלך "הסביר" של ימי הביניים שהוא רק פיאודל "בעל הבית" הנותן רשות ליהודי הנתינים לשהות בארצו, ואין לו כל עניין ביחסים המשפטיים שבין היהודים, בינם לבין עצמם. מכאן שאם יקרה מקרה שיהודים יצטרכו בפועל, לפי צו מלכותי, להתמודד בערכאות שיפוט חיצוניות דווקא עם יהודי אחר - מותר להם להסתמך על דיני המלכות.

#### ג. שיטות הראשונים המרחיבות תחולת הכלל

אף שנראה ברור, בין חכמי הביניים, שיש לחלק בין דינים העוסקים בעניינים הקשורים למה ששייך למלך לבין עניינים פרטיים שאינם קשורים למלך. הרחיבו חכמי ההלכה במשך הזמן את הסיווג של העניינים הקשורים למלך.

לפי מה שלמדנו ה"טסקאות" המכסים של הדרך שייכים למלך אך, כפי שראינו "כרגא" אינה שייכת למלך, ולכן אם הקרקע הופקעה על-ידי המלך בשל מס על הגולגולת - אין הפקעתו הפקעה מצד דיני ישראל ולכן אסור לכל יהודי לרכוש קרקע זו שהופקעה מיהודי אחר שלא כדין. והנה בימי הביניים המאוחרים מוצאים את הראב"ה



המרחיב ואומר ש"אפילו שאר ענייני ממון" שהמלך הכריז עליהם כקוגנטיים "דינא דמלכותא דינא" (מובא באור זרוע).

**בבית יוסף**, הוא חיבורו הארוך של בעל שולחן ערוך להלכות הרווחות בימי הביניים במערב ובמזרח, מרחיב הוא את "דין המלכות לא רק לטסקא אלא גם "לכרגא" והסיבה היא "והיינו טעמא דדיניו דין, דארצו הוא".

**בספר "תמים דעים" של הראב"ד** (ר' אברהם בן דוד, מפושקירא פרובנס) מובאת הלכה חדשה והגינות שבענייני משכנתאות קרקע "דינא דמלכותא דינא". דבר זה אין לו מקור ישיר בתלמודים, ושתי סברות בדבר: I. "שקרוב הדבר לדינא דמלכותא דינא", פירוש, משכון הקרקע קשור לקרקע, ולכן אם הקרקע היא "מעסקי המלך" מדוע שלא יהא כך במשכון על הקרקע.

II יתר על-כך כותב הראב"ד "ובמשכונ' קרקע במקום שאין מנהג הולכים אחר מנהג גויים והם נהגו..." כלומר, הסיבה ש"דינא דמלכותא דינא" בענייני משכנתאות קרקע היא משום שאין דין פוזיטיבי נוגד לכך בדיני התורה. והראב"ד בעצם מצהיר כלל חשוב נוסף על הכללים שאמרנו ש"בכל דבר שאין דינו מפורש אצלנו ואין לנו מנהג בו ידוע שהולכים אחר מנהגות שלהם". מכאן ששאלת תוקפו של דין המלך, לפי הראב"ד היא אינה רק אם היא דין המלך הוא עסקו של המלך, אלא בשאלה האם יש דין תורה הסותר בפירוש את דין המלכות. ההנחה התמימה שכל מה שלא כתוב בתורה הוא בבחינת "הסדר שלילי" ולכן הטלת חיוב שלא לפי דין תורה (בדבר שלא ברור מן התלמוד "כשייך" למלך) היא גזל, ניטשטשה וקיבלה צביון של לאקונה ש"אין לנו מנהג" ולכן מותר להשלימו לפי דין המלכות.

וכאן נשאלת השאלה - מדוע הם משנים את הלכת התלמוד, האם התלמוד לא ידע מזה?

#### ד. שיטה המנסה לאיין את תחולת הכלל "דינא דמלכותא"

התוספות מעורר שאלה מה הדין "במלכי ישראל" האם אז דיניהם שלא לפי דין תורה דין? לפי הכרעתו נראה שאין "דינא דמלכותא" תופס במלכי ישראל "לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה" ועל-כן אין המלך יכול להתנות את הימצאותם של בני ישראל על אדמתם בכך שיישמעו להוראותיו. אומנם שאלת "מלכי ישראל" נשמעה מופרכת בימי הביניים, אך דומני שהתוספות מעורר עניין הקשור לרעיון אוטופי בו יש רעיון של "ריבונות המדינה" דהיינו, שאין המדינה שייכת למלך, ואין הוא רשאי לגרש את נתיניו רק מתוך סרבנות כלפיו, האם אז יש מקום לציית לדיניו. דומני, שתשובתו האנליטית היא - לא. "מלכי ישראל" שהוזכרו לא הוזכרו בגלל הזיקה הדתית וההיסטורית לארץ-ישראל.

#### 4. "הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי": השתנות דיני הזכויות במשפט הפרטי

ראינו כי קיימת הנחה בין הראשונים כי דיני המלכות חלים רק "בענייני המלך" ולא בעניינים פרטיים שבין אדם לחברו. בין הנימוקים לכלל מצינו הבדל דק שבין הראשונים: חלקם דוגמטיים הקובעים שמלך שקבע חוק בעניין אזרחי פרטי שאינו מעניינו אין להתחשב בו כלל כי יש פה מעין "הפרת הסכם" מצדו לפי ההשקפה של ימי הביניים, לבין הסבר ממוצע יותר הקובע כי המלך בחוקו חוקים במישור האזרחי אינו כופה את חוקיו אלא רק כאשר יהודים מזדקקים להתדיין בערכאות השיפוט שלהם, בעיקר מחמת נוחיות השיפוט. אך כאשר

היהודים מתדיינים בינם לעצמם בערכאות שיפוט אוטונומיות לפי דיני התורה, אין למלך כל התנגדות לכך. יש לנו עדות מחכם שחי בספרד ממלכת ארגון ששם המלך סבלני יותר ומורה לערכאות השיפוט הכלליות לדון לפי דיני התורה כל אימת שיהודים מתדיינים ביניהם בפניהן.

כפי שאמרנו, הבסיס ל"דינא דמלכותא" היא הכרתם של חכמי ישראל שאין המלך כפוף לדיני התורה. כלל זה בעצם קיים לא רק במלך נוכרי או פיאודל אחר, אלא בעצם לגבי כל פרט נוכרי המתדיין עם יהודי, כי אז לפי ההלכה יש להחיל עליהם דין שונה, לרוב דין המקובל על אותו אינו יהודי. כבר אמרנו שהנוכרי עצמו אינו כפוף לדיני התורה, לא מבחינתו שרואה עצמו מחוץ ליהדות ולא מבחינת דיני התורה עצמם שבעקרון מכוונים דבריהם רק ליהודים, ואינם כופים דרכם על מי שאינו יהודי. ההנחה היא אפוא שהנוכרי מקבל את סמכותו מדינים דתיים או אזרחיים אחרים. לא זו בלבד אלא אחת משבע מצוות בני נח היא "דינים" אין כוונת מצווה זו להורות לנוכרי על תוכנו של הדין הראוי, אלא רק על חובה לקיים מערכת שיפוטית וביצועית ולנהוג לפיה, כל נכרי לפי דתו ולאומיותו. הכלל הזה מתיישב עם שיטות משפט בעולם העתיק ובימי הביניים שהדין הולך אחר לאומיותם של הצדדים המתדיינים. והנה בתלמוד מופיע כלל הקובע שלא רק הגוי פטור מדיני תורה "ישראל הבא מחמת גוי - הרי הוא כגוי". כלומר, לעתים גם כאשר ישראל דן בעניין פרטי עם חברו הישראלי, בעניין שאינו קשור למלך, חייב לדון לפי דיני המלכות ולא לפי דיני תורה. מקרה זה הוא כשיהודי רכש את זכותו הקניינית מגוי - "מחמת גוי" חל עליו הדין הנוכרי ולא דין תורה. כך כותב הרשב"ם "דכל מי שבא מחמת הגוי יש לידון בדין המלכות".

החידוש הוא שלא רק לגבי נוכרי המתדיין עם יהודי - אין תחולה לדין תורה אלא "ישראל הבא מחמת גוי - הרי הוא כגוי". כלומר, לעתים גם כאשר יהודי דן בעניין פרטי עם חברו היהודי, בעניין שאינו קשור למלך, חייב לדון לפי דינים פרטיים מנהגיים, "ספרים ישנים" ולא לפי דיני תורה.

מקרה זה מופיע במקורו בתלמוד בסיטואציה הבאה: יהודי רכש זכות קניינית מגוי ולאחר מכן נתבע על-ידי יהודי אחר להשיב את אותו קניין שרכש מהגוי, מאחר שלפי דין תורה "רכישתו" של הגוי אינה רכישה ועל כן היא גזל. היהודי שרכש מהגוי הנ"ל חייב להשיב את הרכוש הנ"ל לבעליו היהודים הראשונים. הכלל הוא שאדם שמחזיק קרקע וטען שקנה ממשהו את זכותו (זכות בעלות) חייב להציג שטר מכר כראייה. אך אם החזיק בקרקע שלוש שנים ועיבד אותה כדרך הבעלים ולו מיחה בו התובע או מאן דהו אחר - יכול לטעון להתיישנות התביעה, והסיבה כי לו התובע היה בעל הקרקע היה מוחה, ומאחר שלא מחה במשך שלוש שנים יכול בעל הקרקע לטעון "שטר היה לי ואבד". הכלל נובע מניסיון חיים ששטרות יכולים להיאבד או להיאכל לאחר שלוש שנים (זהו מעין חוקי ההתיישנות המגינה בשיטות משפט מודרניות). חזקה זו נקראת "חזקה שיש עמה טענה" - טענת רכישה כדין, בניגוד ל"חזקה שאין עימה טענה", של רכישה כדין אלא של פוססיה בלבד (שהיא בעצמה רוכשת זכות קניינית) והנה כלל ההתיישנות זה של "חזקת שלוש שנים" אינו חל לגבי גוי. והרשב"ם ממפרשי התלמוד מנמק בנימוק מפתיע כי "סתם גויים גזלנים הם וישראל ירא למחות". כלומר, הזכויות המשפטיות שבין יהודים לסביבתם, אינם תמיד לפי דיני המלך, ואינם תמיד לפי החוק, אלא מדובר באלימות, ומאחר שהיהודי הנגזל מפחד להתדיין עם הנוכרי, לכן אין השיהוי מראה על חזקת רכישה חוקית. החידוש הוא שגם מי שבא מחמת גוי גם הוא נחשב כגוי.

מתוך התלמוד כאן עם פירוש הרשב"ם, קיימות הרבה סיטואציות מסופקות: מה הדין אם הגוי רכש מישראל כדין - דין המלכות שבארצו, ואז ישראל קנה ממנו. אין הרשב"ם מבאר כאן מה הדין. האם נאמר כי מאחר שלפי דיני המלכות עצמם יש "התיישנות מגינה" של שלוש שנים אז נאמר ש"דינא דמלכותא דינא", מאחר שמדובר

במקרקעין, או שמא חזקת שלוש שנים מבוססת על אומדן דעת שלו התובע היה צודק כי אז היה כבר מגיש תביעתו כנגד המחזיק בתוך שלוש שנים, אך כאשר הוא מפחד מהמלכות לא ניתן לומר כי יש כאן התיישנות? (עיינו למשל בסיבות שתקופת ההתיישנות לא תחול לפי הוראות חוקי ההתיישנות המודרניים). כמו כן לא ברור מה הדין אם היהודי שרכש מן הגוי החזיק בעצמו שלוש שנים האם הוא "מרפא" את הפגם, ושמא מאחר שיסוד הרכישה בגזל כי אז שום התיישנות לא תרפה הנזק. על-כך קיימות התיישנויות רבות בין הראשונים והאחרונים - מפרשים ופוסקים, ומקוצר הזמן לא נדון בכך.

נביא הלכה אחת מחודשת בשם הרא"ה (ר' אהרון הלוי מברצלונה) שבאה בעקבות ההלכה התלמודית שבה אנו עוסקים: ש"אם זכה הגוי בשום קרקע של ישראל או בשום נזקי חלון על ישראל - הבא מכוחו זכה בדינא, דדינא דמלכותא דינא". וההסבר הוא כך, כשם שיהודי אינו יכול להתגונן בטענת התיישנות כאשר בא "מחמת גוי" ודינו כגוי עצמו, כך באופן הפוך, כאשר יהודי רכש זכות פוזיטיבית לפי דיני מלכותו דינו כמו גוי עצמו.

## 5. האם הפקעה מלכותית של תשמישי קדושה יהודיים תופסת?

מה הדין אם יהודי רוכש מיטלטלין שהופקעו על-פי צו המלכות, ופה נכנס אלמנט נוסף שהרכוש המופקע אינו אלא ספרי קודש וחפצי מצווה כמו מזוזות, תפילין וכדומה. בעניין זה מצאנו מחלוקת קוטבית בין הרמב"ם לבין רב רבו ר' יוסף הלוי אבן מיגש האם יש לראות בהפקעה זו חלק מ"דיני המלכות" ועל-כן מותר לקנות חפצי קדושה מן המלכות, או שמא יש לראות במלך "גזלן מפורסם" שאז אין דיני המלכות תופסים בו, ולא זו בלבד אלא אין גם מקום להגן על יהודי הקונה שלל מביזת המלך ב"תקנת השוק" כשאר קונים תמימים הקונים מגזלנים אנונימיים אלא כדין הקונה מ"גזלן מפורסם". שאלה זו נשאלה הן מנקודת השקפה של כוחו של המלך להפקיע מחד גיסא, והן מכוח דיני הייאוש הכלליים, המצביעים על וויתור של הבעלים המקוריים מהרכוש שנבזז מהם. שאלה נוספת לדעה שהמלך המפקיע הוא "גזלן" האם יש מקום לפצות את אותו יהודי שרכש ספרי קודש מן הנוכרי וחיוב הוא להשיב אותם לבעליהם הראשונים? או שמא לא?

מעניינת גישתו של הרמב"ם בתשובה רט (בלאו, 370 - 371) שנשאל "בדבר מי שקנה מן הבוזזים ספרי הקודש, שהיו שייכים לאחד מבתי הכנסיות שבערים, האם קנה אותם או כופין אותו להחזירם?" על כך השיב: "אם זו הביזה נעשתה בפקודת סולטאן, הרי קנה ובטל דין הקדש, ואפילו כלי המקדש אם נבזזו, בטלה קדושתם. .... אבל אם נבזזו שלא ברשות סולטאן, יישבע בנקיטת חפץ, כמה הוציא, ויטול, ויחזור זה הספר למקומו .....". נראה אפוא שהרמב"ם מרחיב את תוקפו של כיבוש מלחמה (שעליו נדון בהמשך) לכל תפיסה והפקעה שלטונית אף שנעשתה בשרירות לב.

הפך מדעתו של הרמב"ם עולה לכאורה מתשובתו של רב-רבו, ר' יוסף הלוי אבן מיגש (מובאת בשיטה מקובצת, ב"מ, כד, ב), שנשאל בדומה לרמב"ם, האם מותר לקנות ספרי קודש שנגזלו בפקודת השלטונות? ואם קנו, האם חייבים להשיבם לבעליהם הראשונים? מתשובתו עולה שהדבר תלוי באומדן הדעת של הבעלים הראשונים. לדעתו "אע"פ שהיה הדבר במאמר המלך שאין מוחה בידו ואין מבטל גזירתו", אין הבעלים מתייאש מהם "לפי שהספרים אינם ראויים כי אם ליהודים ואין להם מכירה כי אם להם". נמצא שהבעלים הראשונים "סומך שאם באו ליד ישראל יברר שהן שלו ויוציאן מידו" משום כך כל הקונה ספרי קדושה כאלו הרי הוא גזלן. לדבריו לא רק שאין ההפקעה השלטונית "מטהרת" את הרכישה עקב ייאוש הבעלים, אלא שאין הקונה ספרי קודש מאותה הפקעה נהנה מתקנת השוק שכן "הואיל וידע הקונה שהמלך גזלם ומכרם וכבר אמרו גנב מפורסם לא עשו בו תקנת השוק".

לא ברור, מתוך ההתדיינות מה יהא הדין, לפי הרמב"ם ולפי ר' יוסף הלוי אבן מיגש אם ההפקעה של המלך אינה של ספרי קודש וכלי פולחן יהודיים שרק יהודים משתמשים בהם, אלא של טלוויזיות מקררים, ושאר עניינים מודרניים הרווחים בימינו שאינם מיוחדים ליהודים. ניתן לומר שבזו הנקודה יהא הבדל ביניהם.

## 6. האם מותר ליהודי לרכוש שלל מלחמתי שנבזז מיהודי אחר?

בספר במדבר מתוארת מלחמת ישראל בסיחון מלך האמורי שבסיומה כבש ישראל את העיר חשבון מיד האמורי. המקרא מוסיף את ההיגד הבא (במד' כא, כו): "כי חשבון עיר סיחון מלך האמורי היא, והוא נלחם במלך מואב הראשון, ויקח את כל ארצו מידו". לכאורה, היגד שאין בו יותר מאשר סיפור דברי-הימים של מלחמות העמים שאולי השתרבב לכאן מ"ספר מלחמות ה'", אותו ספר חיצוני שהתורה מעידה בסמוך על קיומו (במד' כא, יד). גם חז"ל הרגישו במוזרותו של פסוק זה; ובבבלי חולין (ס ע"ב) מנו פסוק זה בין "הרבה מקראות שראויין לשרוף והן הן גופי תורה".

נשאלת אפוא השאלה: אילו "גופי תורה" טמונים בפסוק זה שלפי תוכנו, אינו יותר, מאשר סיפור דברי הימים של מלחמות העמים? ומה הוא בא ללמדנו?

הנה חז"ל הפקיעו פסוק זה מפשוטו ההיסטורי, ודרשו אותו בתרי אנפין: היחסים החוקיים שבין האומות, מה שמכונה כיום משפט בינלאומי פומבי. והיחסים המשפטיים שבין הפרטים השונים מן האומות השונות, מה שמזכיר מאוד את המשפט הבינלאומי הפרטי.

באשר לפן הראשון. דעתם של חז"ל היא, כי אין כיבושם של בני ישראל יכול להיחשב בר קיימא אלא רק אם הוא צודק, ואין הוא צודק אלא אם ניתן לו "היתר" מהקב"ה. שאם לא כן יש פתחון פה לאומה הזרה שאסור להם, לבני ישראל, להלחם נגדה ולכובשה. כך מובא במקורות (מדרש תנחומא באבער, חוקת, נג ובשינויי נוסח במדבר רבה, פרשה יט, ל):

"ויקח ישראל את כל הערים האלה' (במדבר, כא, כה) זה שאמר הכתוב 'כי אני ה' אוהב משפט שונא גזל בעוולה' (ישעיהו, ס,א). אמר הקב"ה למשה, 'אל תצר את מואב' (דברים, יב, ט) וחשבון של מואב היתה, שנאמר: 'כי חשבון עיר סיחון מלך האמורי היא, והוא נלחם במלך מואב הראשון' (במדבר, כא, ט). באו ישראל נטלו חשבון מיד סיחון, וכל מה שנטל ממלך מואב. שאילו נטלו ממנו היתה בידם גזל, אלא נטל סיחון מן מואב, ונטלו ישראל מן סיחון, שהיו פטורין מן הגזל, לכך כתיב: 'כי חשבון עיר סיחון'".

הדברים מודגשים יותר במובאה הבאה הלקוחה ממסכת חולין (ס, ב) שכבר ציטטנו מתוכה: "'כי חשבון עיר סיחון מלך האמורי היא, והוא נלחם במואב' וגומ', מאי נפקא מינה? (= כלומר, מה נלמד מפסוק זה?) דאמר להו הקב"ה לישראל 'אל תצר את מואב'. אמר הקב"ה ליתי סיחון ליפוק ממואב וליתו ישראל וליפקו מסיחון (=יבוא סיחון ויוציא ממואב, ויבוא ישראל ויוציא מסיחון), והיינו דאמר רב פפא: עמון ומואב טיהרו בסיחון".

עולה אפוא משתי המובאות שהבאנו שאין בני-ישראל רשאים לכבוש ולספח שטחים, אלא רק לאחר שקילה מדוקדקת של זכויות לגיטימיות מול מניעות והשתק. אף ההיתר לכבוש את חשבון, הגם שהייתה במקורה עיר מואבית, בא בעקבות ההכרה בכיבושה של חשבון על-ידי סיחון מלך האמורי.

ההכרה כי הכיבוש נזקק להצדק חוקי נשנה במדרשי חז"ל גם אצל דוד במלחמותיו עם האומות השכנות. אין דוד כובש את פלישתים שכן כבר נשבע אברהם לאבימלך שלא יכבוש את ארצו "אלא אמר הקב"ה ליתו כפתורים ליפקו מעוים, וליתו ישראל ליפקו מכפתורים". כלומר, ההסכם של אברהם היה עם אבימלך שהיה מלך פלישתים המקורי שנקראו עוים. ואילו הכיבוש של דוד היה מפלישתים האחר שנקראו כפתורים. מכאן שאילולא ההכרה בחוקיות הכיבוש והסיפוח שעשו הכפתורים בשטחם של העוים, לא היה אלוהים מתיר לבני ישראל לספח שטח בניגוד לאמנה עתיקת-יומין שבין אברהם לאבימלך על הסדרי הגבולות שביניהם.

הפן השני שלמדו חז"ל מפסוק זה הוא השפעתו של הכיבוש על דינו של היחיד. כך מובאת השקלא וטריא המפורסמת בבבלי גיטין (לז, ב - לח, א):

הנה קניינים במקרקעין ובמיטלטלין שנשללו בפעולה מלחמתית על-ידי הצבא הכובש, המותר ליהודי לקנות שלל זה? ברור שאין השאלה תופסת אם השלל נבזז ממי שאינו יהודי, שהרי "דיני המלכות" תופסים ביחסים שבין האומות בינן לבין עצמן וכן בין נתיני מלכות אחת מול נתיני מלכות אחרת. ברור גם שדיני התורה אינם חלים כאשר יהודי רכש שלל שנבזז ממי שאינו יהודי מאחר ש"דיני התורה" אינם חלים על מי שאינו יהודי, וכשם שלא מתעוררת שאלה בדיני התורה האם מותר לגוי לרכוש שלל מלחמתי שנבזז במלחמה שהרי התורה אינה שייכת בו, כך יהודי שקנה שלל שנבזז בדרך מלחמתית מגוי, אין דיני התורה חלים עליו. אבל השאלה האם מותר ליהודי לרכוש, לקבל במתנה שלל שנבזז בפעולה מלחמתית מיהודי אחר? האם אין היהודי הבעלים הראשון של הרכוש זכאי לקבל את רכושו שנבזז במלחמה מאחר שפעולה זו הייתה גזל לפי דיני התורה המקוריים?

הנה התשובה בבבלי סנהדרין (צד ע"ב) נאמר בדרך של דרשת הכתוב: "ואוסף שללכם אוסף הקסיל", אמר להם נביא לישראל אספו שללכם... אמרו לו והלא ממון עשרת השבטים (יהודים אף הם) מעורב בו? אמר להם: 'כמשק גבים שוקק בו' מה גבים הללו מעלין את האדם מטומאה לטהרה, אף ממונם של ישראל כיוון שנפל ביד עובדי כוכבים מיד טיהר".

מדוע אפוא שונים דיני הרכישה במקרי של ביזה מלחמתית שונים מביזה אלימה, האין בביזה מלחמתית גם אַלמות? היעלה על הדעת שכל לקיחת רכוש מבעלים יהודי על-ידי גוי גזלן תתיר לכל מאן דבעי מישראל לקנות את הרכוש הבזוז הזה מן הגוי ו"תטהר" את הגזלה כך שלא יצטרך להחזירה לבעלים הראשונים? נוסף אנו ונשאל ומה דינו של רכוש שנבזז על-ידי כובש יהודי: מלך, ממשלה, צבא או פיראט, האם גם אז "יטהר" הממון "כמשק גבים שוקק"?

נראה שבנקודה זו יש הבדל בין הראשונים. בעוד שמן הריטב"א (שם, שם) משמע שיש במלחמה דין מיוחד של חזקת מלחמה, ובלשונו: "... אע"ג דקרקע אינה נגזלת, חזקת מלחמה שאני וחזקה גמורה היא, וישראל שלקחיהו מסיחון זכו ביה דסיחון קנאה קנין גמור בחזקה שהחזיק בה ע"י מלחמה...". הרי שלפי תוס' הרי"ד (ר')

ישעיהו דיטראני) עולה שאין כיבוש המלחמה היתר מיוחד, אלא הוא סניף להלכות היאוש המצויות בכל עת ובכל שעה. וזה לשונו: "אמר רב פפא עמון ומואב טיהרו בסיחון, פי' עמון ומואב היתה ארצם אסורה לישראל ובעבור שבא סיחון ונטלה מהם הותרה לישראל. שקנאה סיחון בכוח ובחזקה שנתייאשו עמון ומואב ממנה, וחזרו ישראל ולקחוה מסיחון. אלמא כנעני קונה מחברו בחזקה". ניתן אולי לומר שמימרת רב פפא: 'עמון ומואב טיהרו בסיחון' שבאה ללמד על דינו של סתם שבאי גוי, נמצאה למדה. אין חשבון מיטהרת בגלל "חזקת המלחמה" אלא בגלל היאוש הבעלים.

בין האחרונים מצאנו התבטאויות מעניינות באשר לכיבוש מלחמה. ר' דוד פרידמן מקארלין (קארליני) בספרו פסקי הלכות, ב (לח, ע"ב) משווה את כיבוש המלחמה ל"אחד מקנייני התורה" - לדרך מיוחדת של סיום הבעלות שאינה נובעת מדיני היאוש. וזה לשונו: "מצינו ממונו של אדם יוצא מרשותו לרשות חבירו בעל-כורחו על כמה דרכים. הדרך האחת, והוא היותר גדול מכולם על-ידי כיבוש מלחמה, וזהו הקניין הגדול ביותר, שהנרכש במלחמה נקנה להכובש". את ההוכחה שכיבוש מלחמה שונה מסתם היאוש בעלים הוא מוצא במימרה התלמודית שהבאנו: "שהרי עמון ומואב טיהרו בסיחון"; וזאת על-אף הכלל הידוע שהקרקע אינה נגזלת, כלומר, שאסור לאף אדם לקנות מגזלן קרקע מאחר שהבעלים הראשונים של אותה קרקע אינם מתייאשים ממנה. חכם אחר בשם ר' אברהם דובער כהנא-שפירא (שכיהן כרבה של קובנה בתחילת מאה זו) תלה בדעת הרשב"א, את הסברא שקנין כיבוש מלחמה נמשך "כל זמן שהוא כבוש תחת ידו ... אבל אחר שנפסק הכיבוש נפקע זכותו של הכובש ...". (תשובות דבר אברהם, חלק א, סמן יא). ושוב הדבר מנוגד לדיני היאוש הרגילים. שם לעולם לא נפקעת זכותו של אדם שזכה ברכוש שנגנב או שנאבד לאחר היאוש של הבעלים המקורי.

השקפה אחרת מעניינת שעלתה על שולחנם של חכמי ההלכה שאיו קניין כיבוש-מלחמה אוטונומי-פנימי הבא להכריע בסכסוך שבין שני יהודים - בין הבעל המקורי שרכושו נבזז לבין הקונה רכוש זה מן הגוי. כיבוש מלחמה, לדעתם, הוא "סמוך ונראה" לנוהג המקובל בין האומות באשר לחוקיותו של כיבוש המלחמה ותוקפם המשפטי של תוצאותיו. החל בעניין זה ר' אליהו ברוך קמאי, מגדולי התורה שבליטא בראשית המאה התשע-עשרה, רבה של העיר מיר ומייסד ישיבתה המפורסמת. לדעתו, אין כיבוש מלחמה קניין עצמאי, אלא הוא תלוי בהכרה הבינלאומית במלחמה וצידוקה מבחינת המשפט הבינלאומי הפומבי, וזה לשונו: "דגדר כיבוש מלחמה הוא שכל שהוא מקובל מנימוסי המדינות המקובלים בין העמים בתורת מלחמה בין צד לצד - יש לו דין כיבוש; וכל שאינו מנימוסי המדינות המקובלים - יש לו דין גזלן". הגזלן המדובר אינו חלילה הריבון, שכבש בניגוד להשקפה הבינלאומית המקובלת, אלא אותו יהודי שקנה מהריבון הכובש, לפי חוקיו של אותו ריבון. הווה אומר אם יהודי קונה או לוקח רכוש בזוז או נטוש לפי דיני מדינה כובשת, אין הוא בהכרח זוכה בו מטעם קניין כיבוש-מלחמה, אלא הדבר תלוי כיצד משקיף המשפט הבינלאומי על הכיבוש. אם הכיבוש אינו לפי "נימוסי המדינות המקובלים", על אף שהמדינה הכובשת מכירה בחוקיותו של הכיבוש בדיניה הפנימיים, עדיין תחשב הרכישה גזלנות.

מה שהבחין אותו חכם התורה לפני כמאה וחמישים שנה קיבל משמעות מעשית מחרידה באחד מפסקי-הדין הרבניים בישראל, שניתן בהרכב הדיינים: ר' יהודה עדס ור' יעקב בצלאל ז'ולטי זכרם לברכה, ויבדל לחיים ארוכים וטובים ר' יוסף שלום אלישיב, גדול הפוסקים בזמננו. ההתדיינות שם נסובה בשאלת הבעלות על כתר-תורה שזוהה על-ידי בעליו הראשונים, יליד העיר מקוב שבהונגריה, שבביקורו במרתף השואה בהר ציון

שבירושלים גילה שכתר-תורה זה עומד לתצוגה. כתר-התורה נבזז בעיקרו על-ידי הנאצים ועוזריהם שחייבו את היהודים בפקודת החרמה רשמית למסור את כלי הכסף היקרים שלהם לרשות השלטונות ואף הועידו עונש מוות, על מי שייתפס מחביא כלי כסף יקרים. ברור שהיהודים מסרו את הרכוש לנאצים מכוח רצונם לשרוד בחיים ושלא להיתפס. בין יתר ההתחבטויות, נשאו ונתנו הדיינים שם בשאלה אם פקודת החרמה שהוציאו הנאצים מעניקה להחרמה דין של "כיבוש מלחמה".

הדיינים הורו להחזיר מידית את כתר- התורה לבעלים המקורי בקובעם שאין הכיבוש הנאצי בגדר "כיבוש מלחמה" ונימוקם: "...שהרי הנאצים האונגרים, יימח-שם, פשטו ידיהם הטמאות באותם היהודים אשר ישבו לבטח בארצם תחת ממשלתם, ושדדו מהם כל חפצי ערך שנמצאו אצלם, ואם-כן אין זה שלל מלחמה כלל, אין זה אלא מעשה שוד גזל וחמס". דומה שאף הדיינים של בית-הדין הרבני מהלכים בשיטתו של ר' אליהו ברוך קמאי. אכן, אין ביזה של אזרחים שלווים בשטח כבוש יכולה להיחשב "כיבוש מלחמה" בדיני המדינות בנות-תרבות בימינו וממנה פינה לאי-חוקיותה של רכישתו של כתר-התורה לפי ההלכה היהודית עצמה.

אך בית הדין הרבני באותו הרכב הוסיף נופך מחודש בסוגייתנו בקובעו שקיומו של "כיבוש המלחמה" תלוי ונשען בהכרת ההלכה ב"דינא דמלכותא" (-בדין המלכות). כידוע, הכרת ההלכה ב"דינא דמלכותא" אינה אוטומטית אלא נובעת, בין היתר, מן ההכרה כי המלך הוא "אדון הארץ" וכי יכול לגרש את מי שאינו נשמע לחוקיו. נמצא שהציות לחוקי המדינה היא מעין אמנה-חברתית בתנאי שהמדינה והעומד בראשה שומרים על זכויותיהם של היהודים; "ואם כן" - מסיימים הדיינים - "בנידון דידן שהתוכנית של הצוררים הייתה לחסל את העם היהודי לגמרי ושללם לבז, הרי הדבר פשוט שאין בזה 'דינא דמלכותא' כלל".

תוקפו של כיבוש מלחמה זכה להרחבה רבה עם קום המדינה בשעה שבעלי הקרקעות הערבים נטשו את שדותיהם החקלאיות ובהן יבול רב. המדינה הקימה אגף במשרד האוצר הנקרא האפוטרופוס על נכסי נפקדים ובאמצעותו ניהלה את הרכוש הנטוש על ידי קבוצות יהודיות ופועלים ערביים שקצרו, זרעו ועיבדו את היבול הרב. נשאלה השאלה אם את הפרות והירקות של יבולי השדות הנטושים חייבים לתרום ולעשר ולשמור בהן קדושת פרות שביעית, כדין שדות שבבעלות יהודית או לא. בעניין זה נחלקו רבני ישראל ר' בן ציון מאיר חי עוזיאל, הראשון לציון דאז, ור' פסח צבי פרנק, שהיה ראש הרבנים בירושלים. בין הנקודות הרבות והמסועפות שעליהן נתווכחו הייתה השאלה מה מידת ההכרה בקניין כיבוש מלחמה. הרב פרנק היה סבור שנכסי הנפקדים הללו נחשבים לנכסי יהודים. שכן אם "עמון ומואב טיהרו בסיחון", כך גם מדינת ישראל ברכושם של הנפקדים הערבים. לעומתו סבר הרב עוזיאל שאין דומה הכיבוש הישראלי בזמננו לכיבוש של סיחון שכן " ... ביחס לרכושם אין ספק שיחייבו את ממשלת ארץ ישראל לפצות אותם ועד שישלמו הפיצויים כל הרכוש ופירותיו הם כבעלותם כמו שכן נוהג בתור חוק לאומי בכל ממלכות העולם שעד חתימת השלום הנכסים שהם נכסי האויב וכל שכן נכסי הנמלטים או השבויים הם בבעלותם". מבין שני חכמים אלו עולה כי כיבוש מלחמה אינו רק עניין למלך לצבא או לשבאי גוי אלא גם לממשלה יהודית, לצבא יהודי ובתנאי שהם פועלים בתנאי מלחמה.

## 7. תחולתם של "דיני המלכות" בעת החדשה במדינות ריבוניות בנות זמננו

נראה עתה את תחולתם של "דיני המלכות" במדינות מודרניות בנות זמננו. נראה את תשובתו של ר' משה פיינשטיין גדול הפוסקים בזמננו, הנערץ בארצות הברית באירופה ובישראל ויש לדבריו משקל רב:

השאלה שנשאל מה דין של מלווה שהלווה לחברה בע"מ בבעלות שני דירקטורים יהודים, ועתה החברה היא חדלת פרעון ומינו לה, לפי החוק השוויצרי כונס נכסים/ מפרק. לפי החוק השוויצרי חברה שמינו לה כונס נכסים או מפרק הוא זה המחזיר את חובות החברה ובמקרה שהחובות עודפים על נכסי החברה הוא מחזיר חובות לפי "סדר עדיפויות" שנקבע בחוק (כמו נושים מובטחים לפני הכל, חובות של עובדי החברה, וכדומה) והנה באותו מקרה החזירו הדירקטורים למלווה "מאחורי הגב" של כונס הנכסים והמפרק חלק גדול מהסכום שהיו חייבים לו בגין ההלוואה, ובזה גרמו להעלים חלק מרכוש החברה שלא לפי הדין השוויצרי. במצב זה חייב אפוא המלווה להחזיר את הכספים שקיבל שלא כדין. יצוין שבמהלכה היהודית אין בעצם "אישיות משפטית מלאכותית" ששמה חברה בע"מ, וכן אין הליכי פירוק או כינוס נכסים מיוחדים, ועל כן המלווה זכאי לכל החזר כנגד ההלוואה שנתן. השאלה היא האם המלווה שקיבל כסף כדין לפי ההלכה היהודית מחויב להחזיר את מה שקיבל עקב דיני פירוק וכינוס נכסים של הדין השוויצרי?

תשובתו של ר' משה פיינשטיין שאכן המלווה אף שהוא יהודי וכן אף שהדירקטורים ששניהם יהודים אין הולכים אחר דין התורה המהותי, אלא שלפי ההלכה היהודית מחויבים ללכת אחר החוק השוויצרי ולהחזיר את ההלוואה למפרק החברה/כונס הנכסים.

מדבריו עולות כמה נקודות חשובות:

א. "דינא דמלכותא דינא" תופס גם במדינות בנות זמננו, אף שהן ריבוניות ומבוססות על רצון העם ואינן פיאודליות, כלומר, השלטון אינו "אדון הארץ".

ב. "דינא דמלכותא דינא" תופס לא רק בענייני קרקעות מכסים וביטחון, אלא בכל עניין "שהוא חסרון למלכות" וזה כולל לדעתו: פשיטות רגל, פירוקי חברות, קניינים.

ג. אין דיני המלכות תופסים לדיני התורה בענייני נזקי רכוש בין פרטים, ירושות, דיני שכנים, שליחויות, ויחסי ממון ותביעות בין בני זוג. פה לדעת ר"מ פיינשטיין אין "חיסרון למלכות".

ד. בשאלה איזה עניין נחשב חיסרון ואיזה לא, אין הוא מבאר, אך ניתן לומר שהחילוק הוא בין נושאים היוצרים קניין וסטאטוס בעיני הריבון (זכויות מקרקעין, פשיטות רגל, כינוס נכסים, פירוקי חברות) לבין אלו שהם רק חיובים אובליגטוריים (חוזים נזיקין, ויחסי ממון בתוך המשפחה). יצוין כי האבחנה בין סוגי הזכויות הוא במדד הבא: האם יכול אזרח לוותר על זכות המגיעה לא. ביחסים אובליגטוריים – "מחילה" (=היינו, ויותר) מועילה. ביחסים קנייניים ובזכויות סטאטוס – לא.

ה. כשמדובר בזכויות קנייניות וסטאטוס, יש להפריד בין אם הרכישה "לצרכים אזרחיים" שאז כל אדם "סומך דעתו" על דיני המדינה, לבין אם הרכישה לצרכים דתיים (מכירת חמץ) שאז אין צורך להקפיד על דיני המדינה.

שאלה אחרת העלה ר' עובדיה יוסף, לשעבר הראשול"צ, הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול האם מותר ליהודי להעלים מס מרשויות מס ההכנסה בישראל. נביא דבריו בקיצור:

שאלה: האם מותר מן הדין להשתמט מתשלומי מס הכנסה, ומס ערך מוסף, ומכס, וכיוצא בזה, הנועדים לקופת המדינה, או יש להחיל עליהם את הכלל דינא דמלכותא דינא?.

תשובה: בכבא בתרא (דף נד ע"ב) אמר שמואל, דינא דמלכותא דינא. ופירש רשב"ם, שכל דיני מסים וארנוניות ומנהגי משפטי המלכים שרגילים להנהיג במלכותם דין הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, הילכך דין גמור הוא....



...בשם התוספות, שהכלל שאמרו בגמרא שם דינא דמלכותא דינא, לגבי מכס, הוא שייך רק במלכי אומות העולם, ובחוק לארץ, שהמדינה שלהם, ויכולים לומר לתושביהם אם לא תעשו כמצותינו נגרש אתכם מן המדינה שלנו, אבל במלכי ישראל לא שייך לומר דינא דמלכותא דינא, לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפים בה, ואין למלך בה יותר מכל איש אחר....

אבל הרמב"ם (בפרק ה' מהלכות גזלה ואבדה הלכה יא) כתב, שהמבריה מן המכס לפי מה שקבע המלך קצבת המכס, הרי זה גוזל מנתו של המלך, בין שהוא מלך ישראל בין שהוא מלך גוי, לפי שדין המלך דין הוא. וכן כתב בפירושו המשנה (פרק ג' דנדרים דף כח ע"א) שאסור להבריה מן המכס, בין כשהמלך ישראל ובין כשהמלך גוי

ונראה שגם במדינה שאין השלטון על פי מלך, אלא על פי ממשלה הנבחרת על ידי תושבי המדינה, שייך בהם הכלל דינא דמלכותא דינא, בכל מה שנוגע לתשלומי מסים וארנוניות ומכס וכדומה.

...וכמו שכתבו התוספות עבודה זרה (דף י ע"ב) שברומי נשבעו שלא יהיה להם מלך אלא ממשלה של שלש מאות יועצים וכו'. ע"ש....וכן כתב בשו"ת הרשב"א חלק א' (סימן תרלז), שכל שלטון של ישראל המושל במקומו דינו דין, והוא בכלל מה שאמרו דינא דמלכותא דינא. וכדין מלך ממש, וראיה לזה ממה שאמר רבא (בבא קמא דף קיג ע"ב), תדע דאמרינן דינא דמלכותא דינא, שהרי שלוחיו כורתים אילנות דקלים לעשות מהם גשר, ואנו עוברים עליהם וכו'. (וכן הוא ברמב"ם. וכן הדבר בכל שלטון ישראל על ידי הפקידים הממונים על כך.

וכן מבואר מדברי הגרא"י קוק בשו"ת משפט כהן (סימן קמד אות יד), שגם בזמן שאין מלך בישראל, חוזרים כל משפטי המלוכה בכל מה שנוגע למצב הכללי של תושבי ארץ ישראל, אל העם השוכן בתוכה, והממשלה הנבחרת על ידו יש לה כל דיני מלכות. וכן כתב בשו"ת ישכיל עבדי חלק ו' (חלק חשן משפט סימן כח סעיף ב) שהוא הדין לממשלה שיש לה בית נבחרים ומחוקקים, אף על פי שאינם מעוטרים בעטרת מלוכה, דינם דין גמור בעניני המדינה, ושייך בהם הכלל דינא דמלכותא דינא, ושכן הדין לגבי מדינת ישראל שאזרחי המדינה בוחרים בכנסת וכו'.

ולכן נראה להלכה שבכל מה שנוגע למסים וארנוניות ומכס, יש לקיים את החוק של המדינה, שזה בכלל מה שאמרו חז"ל דינא דמלכותא דינא

הערה: אולם *אנו צריכים למודעי, שלפי ההלכה (בבבא בתרא דף ח ע"א) אסור להטיל מס על תלמידי חכמים העוסקים בתורה, וכן פסקו הטור והשלחן ערוך יורה דעה (סימן רמג סעיף ב')* שתלמידי חכמים פטורים מכל מיני מסים, בין ממסים הקצובים על כל בני העיר, בין ממסים שקצובים על כל איש ואיש בפני עצמו, בין ממסים קבועים בין שאינם קבועים וכו'. ....

## כ. איסור ההזדקקות לערכאות שיפוט אזרחיות

מלבד השאלה שדנו בשיעורים הקודמים, איזה דין יחול בין יהודי ליהודי המתדיינים ביניהם בעניינים השייכים למלך או למדינה, מתעוררת שאלה של מקום השיפוט. לאמור, האם מותר ליהודים בני-ברית לפנות לערכאות שדנות שלא לפי דין תורה.

מן המקורות בתלמודים עולה כי אין לפנות לערכאות אלו "אף על פי שדיניהם כדיני ישראל". כלומר, האיסור אינו רק מהחשש שמא ההתדיינות תוכרע על-פי חוק אזרחי, שהרי לעתים מותר להחיל דין זר השונה מדיני תורה, אלא גם אם יש "שוויון דינים" - הדבר אסור.

ולא זו בלבד אפילו אם הערכאות האזרחיות דנות לפי דין תורה וקובעות למשל, שיש לבעל לגרש את אשתו בכפייה - הגט שנוצר בכפייה זו פסול. ואם ניתן גט שכזה לאשת-איש היא אינה מגורשת (ספק דאורייתא לחומרא) ואם ילדה בן מגבר שאינו בעלה - בנה ממזר.

ברם אם כבר קיים פסק הלכה דתי של דיני ישראל שהבעל מחויב בכפייה לגרש את אשתו, מותר לפנות לערכאות ביצוע אזרחיות שיוציאו פסק דין זה אל הפועל. כך נאמר: "אבל גויים חובטין בו ואומרין לו: עשה מה שישראל אומר לך - כשר".

סיבת האיסור הטוטאלי נראה הגיוני. הדין חייב לבוא מסביבת נתיניו. זה גם הרעיון של חבר המושבעים בשיטת המשפט האנגלית, לפיו העם הוא ששופט את העבריין הבא מתוכו והוא זה שקובע לפי חומר הראיות אם יש כאן "רשלנות" "פזיזות" או "כוונה" ואין השופט המקצועי אלא מדריך ומכוון את חבר המושבעים: אילו שיקולים יכולים להיחשב כנכונים על-פי הדין ואילו - לא. סיבת ההזדקקות לערכאות שיפוט יהודיות נובעת מההשקפה שיישום ההלכה על מערכת עובדות מזקיקה הכרה מקרוב של אורחותיהם של המתדיינים העומדים לדין. היהודים נפרדים מאורחותיהם של בני סביבתם ולכן אין הערכאות האזרחיות יכולות להכריע בסכסוכים בין יהודים.

ברם בימי הביניים מביא רש"י נימוק אחר לאומני במשהו: חילול השם. המשפט הוא עניין דתי, בכמה מקומות בראש המערכת המשפטית עומד כהן דת ראשי, ועל כן מי שמייקר (=מכבד) ומתדיין עם יהודי אחר ב"ערכאות של גויים" הוא מייקר את שם אליליהם.

אך מה יעשה בעל דין יהודי הרוצה להתדיין בבית דין דתי אך בעל דינו מתחמק וטוען שלדיינים אין סמכות שיפוט לדון בעניין?

על כך עונה הרמב"ם בצורה ברורה. מותר לפנות לערכאות אזרחיות רק לאחר "נטילת רשות" מדייני ישראל וזאת כדי "להציל את ממונו". זהו בעצם "כתב הסירוב" שבו מתמלאים שלטי המודעות באזורים חרדיים, בבתי הכנסיות והמדרשות, בעיתונים החרדיים, במקוואות שבהם מודיעים כי פלוני "לא ציית דינא" ועל כן מותר לתובעו בערכאות אזרחיות.

אין צורך לומר שהאיסור הגורף ללכת לערכאות של נוכרים, מהטעם שבכך "מחלל את השם ומייקר את שם אליליהם" אינו קיים בהתדיינות בין יהודי לנוכרי, שהרי אין הנוכרי כפוף לדיני התורה, ואין התורה מחייבת אותו להתדיין בפניה. הנימוק של "מחלל את השם" "מייקר את אליליהם" תופס רק כאשר יהודי מתדיין עם חבריו בפני ערכאות של נוכרים.

למרות האיסור לפנות לערכאות של נכרים מצאנו בתלמודים שיהודים נזקקו לא פעם לערכאות שבם פוסקים לפי דינים זרים שאינם דיני תורה כדי ליישב סכסוכים ביניהם, והיה לזה כינוי "ערכאות שבסוריא".

המונח התלמודי המדויק של "ערכאות שבסוריא" הוא לאו דווקא ערכאות של גויים. בל נשכח כי בזמן התלמוד היה יישוב יהודי גדול ביותר בסוריה (כולל הגולן). דא עקא יישוב זה היה רחוק ממקום תורה ונוצרו בו "טריבונלים עממיים" ששפטו לפי מה שנדמה להם צודק וישר מבלי להזדקק לחכמי התורה, דיינים מקצועיים.

התלמוד אינו מקדיש מקום רב לשאלה כיצד מותר ליהודים להתדיין בפני יהודים שלא לפי דין תורה.

אלא שחכם גדול מן הראשונים ר' שלמה בן אדרת (הרשב"א) מברצלונה (המאה ה-13) מנמק "רשות" זו בהסכמת הצדדים המתדיינים להתדיין שלא לפי דין תורה. נבאר את סברתו:

כבר אמרנו לעיל, כי הדין לפי ההלכה היהודית אינו "יוצר" הלכות חדשות, דוגמת השופט המודרני אלא "מגלה" אותן מתוך קודקסים ותקדימים מן העבר. אין הדין אלא "מומחה" ועל-כן אם באו בעלי דין להתדיין לפי ההלכה והדין "טעה", כלומר סטה מן ההלכה הישנה הוא בעצם התרשל וצריך לפצות את מי שהפסיד לפי הפסק שקבע. אם פסק הדין ההלכתי אינו "יוצר" (קונסטיטוטבי) הלכה חדשה, אלא רק "מצהיר" (דקלרטיבי)

מהו דין התורה בסוגיה שבסכסוך שביניהם. מותר אפוא לשני צדדים מסוכסכים להסכים ביניהם להתדיין אצל מי שהם חושבים לעצמם כמומחה לדין העברי. הדיין שמסכים לקבל את שיפוטו עליהם הוא "נחזה" להיות מומחה בהלכה היהודית, ואם יתברר שטעה ניתן לתובעו אישית על "רשלנותו". אך מה הדין אם הדיין מצהיר בפירוש שהוא אינו פוסק לפי רק לפי דין תורה, אלא לפי מה שנראה לו צודק ונכון ובעיקר בכדי לשים קץ להתדיינות בין הצדדים, והצדדים "קיבלו" זאת על עצמם - דינו של הדיין דין אף אם הוא סוטה מדיני התורה. בימינו הטריבונולים הרבניים, בין הממלכתיים ובין אלו ה"פרטיים" פוסקים בענייני ממונות לפי "דין פשרה" ובכך מסירים הם מעצמם כל תביעה הלכתית נגדם אם סטו ופסקו שלא לפי ההלכה הצרופה. מכאן שרשאים בעלי הדין עצמם, לפי דין תורה, לקבוע בהסכמה בין בעלי הדין, שהסכסוך יתברר אצל דיינים שאינם יודעי תורה כמו "ערכאות שבסוריא" שאינם אמונים על-דיני התורה וסברות ההלכה, הגם שהתוצאה תהא רחוקה ממה שקובע דין תורה עצמו.

עוד יצוין, כי לפי ההלכה עצמה כדי לקנות או למכור חפץ מיטלטל או מקרקעין, בכדי לרכוש זכות אובליגטורית אין דיי ב"מפגש הרצונות" של הצדדים אלא חייבים הצדדים לעשות "מעשה קניין" כלשהו ביניהם. גם בעלי-דין המוותרים על זכותם להתדיין לפי דיני תורה חייבים "לעשות קניין" ביניהם בכדי לממש את התחייבותם לקבל עליהם פסק-דין שלא לפי דין תורה.

על-פי דעת הרשב"א מחדש אחד ממפרשי השולחן ערוך בעל הש"ך (שפתי כהן לר' שבתאי כהן, ליטא המאה ה-17, נהרג בפרעות חמלניצקי, ת"ח ות"ט) שיכולים יהודים להסכים ביניהם להתדיין בערכאות של נוכרים ממש אם עשו "מעשה קניין" ביניהם.

וזו בעצם "עקב האכילס" של הפרשה הזו. כיצד איסור כה גורף ללכת להתדיין בפני ערכאות של נוכרים מתאייד מול קונסטרוקציה הלכתית שהצדדים הסכימו ביניהם להתדיין שלא לפי דיני התורה?

נקדים ונאמר שגם במשפט הישראלי מקובלים שתי צורות של שיפוט. שיטת השיפוט הפורמלית בו השופט בערכאה שיפוטית ריבונית חייב לדון לפי החוק, לפי דיני הראיות ובהרבה מקרים אינו רשאי לסטות מהם אף אם הצדדים מסכימים ביניהם. וקיימת, מאידך גיסא, שיטה שיפוטית בלתי-פורמלית - "בוררות" - בה הצדדים יכולים בהרבה עניינים לעצב מראש את החוק המהותי שלפיו יכריעו את הסכסוך ביניהם ואת סדרי הדין והראיות ובכלל לשחרר את הבורר מכבלי הפרוצדורה המשפטית בכדי שיפסוק "לפי מיטב השפיטה" שנראית בעיניו ראויה. אך גם הבורר אסור לו לסטות מכללי ההגינות הבסיסיים ביותר של השפיטה המכונים "עיקרי הצדק הטבעי" (זכות טיעון, איסור משוא פנים, הטיית המשפט, ועוד).

לפי הבנה זו מיישב חכם תורה הידוע על-שם ספרו ה"חזון אי"ש" (ר' אברהם ישעיהו קרליץ, שעלה לישראל מליטא בשנות ה-30 והתיישב בבני ברק) שיש להבחין בין מקרה בו אני כבעל דין מקבל עלי את שיפוטו של נוכרי או יהודי בור ועם-הארץ בתורה, בגלל סגולותיו האישיות, "עומק שכלו" - הוא משפטן, בקי בנושא, יש לו "חוש צדק" מפותח וכדומה. רק במקרה זה מותר לי ובלבד שאותו שופט יקבל עליו, כלשונו, את "מוסרי האדם" - הם בלשונו "עיקרי הצדק הטבעי". אך כאשר אני נזקק בצורה ממוסדת אל ערכאה שיפוטית לא בגלל סגולותיו התרומיות של השופט המכהן באותה ערכאה, ואותו שופט "כבול" לשיטה משפטית זרה, בחוקיה האזרחיים, בתקדימיה המחייבים - הרי זה "חילול השם" "שעזבו מקור מיים חיים לחצוב להם בארת נשברים". לדבריו "ערכאות שבסוריא" הם טריבונולים לא פורמליים מעין המוכר לנו במשפט הישראלי כ"בוררות פרטיות".

כנגד דעתו של החזון אי"ש כתב המשנה לנשיא לשעבר פרופ' מנחם אלון ש"ערכאות שבסוריא" אינן רק ערכאות פרטיות שפעלו ב"ואקום" משפטי ללא כל חוק, אלא אלו "טריבונולים שיפוטיים" הפוסקים לפי הדין

הסורי-הנוכרי שנהג בארצם. לפיכך, לדעתו, יכולים בעלי-דין יהודיים להתדיין בערכאות נוכריות, ולא כל-שכן בטריבונלים שיפוטיים המנוהלים על-ידי יהודים שלא לפי דין תורה. בעמדה הראשונה אוהזים כל הרבנים, הדיינים, גדולי התורה ובעצם כל העולם החרדי הנמנעים מלפנות ישירות לבתי משפט אזרחיים, גם אם ניצחונם שם בטוח יותר מאשר בדיני התורה. רק אם הצד השני מתחמק משיפוט רבני מוציאים הם הרשאה מהדיינים לפנות לערכאות אזרחיות בשל היותו של בעל הדין כנגדם סרבן - זהו "כתב הסירוב" המלווה לעתים בחרמות ונידויים. בעמדה השנייה אוהזים כל שאר "עמך" ישראל, חלקם מתוך נהנתנות - השיטה האזרחית נוחה יותר, שימושית יותר וגם מובנת בשפתה ובאורחותיה; אך חלקם הקטן טוען "אידיאולוגית" כי הדבר מותר ואפילו נצרך בימינו.

## כא. קליטת המשפט העברי בחוקי מדינת ישראל

### 1. הקונפליקט בין משפט אזרחי ישראלי למשפט דתי הלכתי

עד כה דנו במשפט העברי במנותק מהמשפט הישראלי. דיונו בהלכה היהודית לשכבותיה היו במנותק לגישה המשפטית הנוהגת בישראל. גם אם הזכרנו דינים שמחוץ לדיני התורה כמו תקנת הקהל, "דינא דמלכותא דינא" לא התכוונו אלא לשיטות משפט נכריות (לרוב מימי הביניים) אזרחיות-חילוניות או סמי-דתיות אבל לא לשיטת משפט ישראלית מודרנית המנוהלת על-ידי יהודים מהם שומרי תורה ומצוות. בזעיר אנפין יחסים בין דיני התורה לדיני האזרחיים בישראל הם פרשת יחסים מוכרת יותר בציבור של הדת והמדינה או בניסוחה המודרני: "יהדות ודמוקרטיה". הפרובלמטיקה היא ששתי השיטות הללו תובעות "ריבונות" על אותם "נתנים" ששיטות אלו מנכסות לעצמן. המשפט האזרחי הישראלי בתוקף היותו הדין הריבוני על הטריטוריה של מדינת ישראל; ודיני התורה: מתוקף חלותם על כל יהודי. מבחינת השקפתם של שיטות משפט אלו אין חשיבות כלל לרצונו של הפרט למידת זיקתו המשפטית. כשם שאין אזרח ישראלי יכול להתנות את תחולת המשפט הישראלי במידת רצונו הסובייקטיבי, נאמנותו למדינה וערכיה; כך אין השתייכותו של יהודי לדיני התורה אינה תלויה בהרגשתו הסובייקטיבית לערכיה של היהדות, למידת הקפדתו בשמירת מצוות התורה או באמונתו בהישארות הנפש. דיונו יעסוק בשתי נקודות חיכוך:

1. כיצד מביט המשפט העברי על המשפט האזרחי הנוהג בישראל?
2. כיצד מסגל הדין הישראלי את דיני התורה?

### 2. השקפת המשפט העברי על תחולתו של המשפט האזרחי בישראל

#### א. דיני מדינת ישראל אינם דינא דמלכותא

1. דינא דמלכותא לא יכול לגבור על דיני איסור והיתר. דיני מדינת ישראל יש להם נגיעה בדיני איסור והיתר (היתרי עבודה בשבת, הפלה בשל טעמים חברתיים; ריבית ושכר-טרחה המשתלמים בסוף המשפט)
2. דינא דמלכותא היא בשל אדנותו של המלך שיכול לגרש את נתיניו. בדיני המדינה כיום לא ניתן לגרש את אזרחיה כעונש.

3. דינא דמלכותא הוא כשהמלך אינו מותיר ברירה ליהודי שלא לנהוג אלא לפי דין המלכות. כיום רבים מן הדינים האזרחיים מאפשרים למתדיינים בהסכמה לבחור לעצמם דין אחר מהדין האזרחי.
4. דינא דמלכותא הוא רק כשיד גוי באמצע (המלך, הפקיד מטעמו, השופט). בישראל הדין נחקק, מופעל ונפסק בעיקר על-ידי יהודים.
5. דינא דמלכותא ניתן לשימוש כאשר מדובר בעניינים של המלך בעיקר דיני המקרקעין, המסים והביטחון ולא במשפט הפרטי. הקלה נוספת קיימת בין חכמי ההלכה לפעול לפי דיני המלכות בכל העניינים הנחשבים כסטאטוס משפטי. אין כל צידוק לעניינים פרטיים שאין בהם כל סטאטוס כמו דיני החוזים והנזיקין וכדומה.
6. דינא דמלכותא הוא בעיקר כשאין דין פוזיטיבי יהודי כמו דיני עבודה, רישום בטאבו, דיני תעבורה. אך דיני מדינת ישראל לפעמים "עוקרים" דיני תורה פוזיטיביים (ירושת בן-הזוג; ירושת הבת בין הבנים; שיתוף נכסים; איון נכסי המלוג).

## ב. דיני מדינת ישראל אינם תקנות הקהל

1. תקנות הקהל אינן תקפות אם הן סותרות דיני איסור והיתר. דיני מדינת ישראל לפעמים - כן.
2. תקנות הקהל דורשים הסכמה פוזיטיבית לכל עניין. אצלנו בחירות הן עניין עונתי וכללי. לא בכל עניין פרטי.
3. תקנות הקהל מבוססות על הסכמה של "רובו מתוך כולו". אצלנו במדינת ישראל - רק בחוקים מיוחסים.
4. תקנות הקהל נחקקות במודע עם זיקה לדיני התורה. חשובה ההסכמה של חכמי התורה. הנבחרים הם "ז' טובי העיר" עיני העדה", אנשים חשובים בתוך קהילתם לפי ערכים יהודיים: שמירת המצוות עם חכמת התורה ו/או עשירות. בישראל אין הכנסת נועצת בחכמי התורה ואנשיה נבחרים על סמך כשרונות מגוונים.
5. תקנות הקהל - כשמן כן הן - רק בתוך הקהל היהודי הכפוף למסגרת דתית מחייבת. דיני מדינת ישראל הם "לכל אזרחיה" לנוכחים שאינם כפופים לדיני התורה וגם לאלו שאינם רואים עצמם כפופים כלל לדין דתי כלשהו.

## ג. מעמדם של בתי המשפט האזרחיים בדיני התורה

זוהי סוגיה המעוררת אי-נוחות רבה דווקא בקרב יהודים שומרי תורה ומצוות המתדיינים בערכאות אזרחיות, משמשים כעורכי-דין בבתי משפט אזרחיים ואף מכהנים כשופטים בבתי משפט אזרחיים בישראל ודנים בהן לפי פרוצדורה ומהות של שיטת המשפט בישראל המושפעת רבות משיטות משפט אנגלו-אמריקאיות וקונטיננטליות. כבר דנו בהרחבה בשאלה באופן עקרוני.

נוסיף ונאמר, שבערכאות ממלכתיות ממסדיות שיש תוקף ריבוני לאכיפת פסקי הדין באמצעות המשטרה, רשות הוצאה לפועל הרי שסטייה מעיקרי ההלכה אינה באה בהסכם ולא ניתן לומר שהצדדים המתדיינים "קיבלו" זאת על עצמם, כפי שקיבלו על עצמם יהודים להישפט ב"ערכאות שבסוריא". ואם נאמר שהשופט הוא יהודי והוא פוסק שלא לפי דין תורה ופסק-דינו נאכף על מי שמסרב - קשה אפוא לומר שהדבר מתיישב עם ההלכה היהודית.

מאחר שבהלכה היהודית אין מקום ל"חסינות" גורפת של הדיין מפני "טעות שבדין", וכן אין מקום לדין לפסוק שלא לפי דיני התורה, כפי שבארנו, יוצא שכל שופט יהודי המחייב צד יהודי שלא לפי דין תורה, בלא וויתור או הסכמה להישפט שלא לפי דין-תורה עלול הוא השופט לחטוא בעבירה דתית בעצמו ואף "להתחייב" לשלם את מה שנגרע מן החייב עקב פסיקתו. הרבה מן השופטים היושבים על כס השיפוט ועורכי הדין סבורים ששיבתו של כל אזרח בארץ, והשתתפותו בחייה הדמוקרטיים של מדינת ישראל (וכמובן הסכמתו לזכות במידה שפסק הדין האזרחי יכריע לטובתו) מהווים "הסכמה מכללא" לוותר על כל טענה כנגד חיוב שלא לפי-תורה.

### 3. השקפתו של המשפט הישראלי על תחולתם של דיני התורה בישראל

ניתן לומר כי ישנן ארבע נקודות השקפה בהן מביט המשפט הישראלי על המשפט העברי

1. הדין האזרחי מאמץ את הדין הדתי והופך אותו לחלק מחוקי המדינה (תוקפם של נישואין וגירושין שנערכו בישראל בין יהודים - לפי דין תורה; מזונותיה של אישה מבעלה היהודי הגר בישראל - לפי הדין האישי - דין תורה). במקרה זה ידיעת השופט האזרחי היא כידיעת כל דין אחר שהוא "מן המפורסמות שאינן צריכות ראייה".  
2. הדין האזרחי מאמץ לא רק את הדין הדתי אלא קובע כי ערכאת השיפוט הדתית היא המוסמכת (דיון בתוקף הנישואין בין יהודים ובהתרתם בסמכות הייחודית של בתי הדין הרבניים; הסמכות להתדיין בענייני מזונות בסמכות מקבילה גם בבתי דין רבניים).

3. הדין האזרחי מתיר לצדדים להתדיין בהסכמה לפי הדין היהודי וכן מתיר בהסכמה לפנות לבוררות לפי דיני התורה. בתוספת לחוק הבוררות, תשכ"ח-1968 נאמר כי "הבורר יפעל בדרך הנראית לו מועילה ביותר להכרעה צודקת ומהירה של הסכסוך ויפסוק לפי מיטב שפיטתו על פי החומר שבפניו; הבורר לא יהיה קשור בדין המהותי, בדיני הראיות או בסדרי-הדין הנוהגים בבתי-המשפט". הצדדים אפוא יכולים באמצעות הסכם בכתב לפנות לבורר הפוסק לפי דיני תורה. בתי-הדין הפרטיים מיישמים את חוק הבוררות על שלל סעיפיו ולמעשה, בכל אינסטנציה חרדית, קיצונית ככל שתהא, לא נפתחת שום התדיינות עד שהצדדים חותמים על "שטר בוררין לפי חוקי הקומפרומייס של הממשלה"

4. הדין האזרחי מתפרש על-ידי הדין הדתי או בהשראתו (עיין: בנק קופת-עם נ. הנדלס בדעת השופט אלון; מושג ה"שכיב מרע" שבחוק הירושה, תשכ"ה-1965 ועוד).

בסוגייה זו נכתב כה רבות שיקצר המצע מהשתרע, אך כמה נקודות מרכזיות:

1. בס' 46 לדבר המלך במועצתו 1922-1947 נקבע כי במקרה של לאקונה בחוקים העות'מאניים, בדברי המלך המנדטוריים, הפקודות המנדטוריות והתקנות "ישפטו בתי המשפט האזרחיים בהתאם ליסודות החוק המקובל ולעיקרי הצדק הנוהגים באנגליה".

2. הסדר זה המשיך גם לאחר קום המדינה עד 1980 לפי פקודת סדרי שלטון ומשפט, תש"ח-1948 במקרים של לאקונה בחוקים הישראליים ובפסיקה האזרחית. הרבה הלכות פסוקות נקבעו אז בהתאם לשיטת המקובל ודיני היושר האנגליים ואנגליים דווקא. רק לעתים נדירות פנו השופטים לשיטות משפט קונטיננטליות ואחרות, בעיקר מחוסר הנחת מהפתרון "המקובל".

3. בשנת 1980 נחקק חוק יסודות המשפט, תש"ם-1980 שקבע בקצרה שני עניינים חשובים: אחד פוזיטיבי ואחד נגטיבי.

הנגטיבי: בוטל ס' 46 לדבר המלך הנ"ל. כלומר, כיום במקרה של לאקונה - אין לפנות למה שנחשב "צינור היבוא" שלנו וממילא אין להזדקק למשפט האנגלי על שני ענפיו - משפט מקובל ועיקרי הצדק. הפוזיטיבי: נקבע קטגורית שאם "ראה בית-המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה, או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל".

4. דעתם של אנשי המשפט העברי האקטיביסטים הינה כי קיימת בחוק זה הכוונה ברורה למשפט העברי. לא להלכה הדתית כשלעצמה, אלא להיבטים האוניברסליים שבה, המתיישבים עם "עקרונות החירות, הצדק והשלום". גם האקטיביסטים מודים שאין להחיל את המשפט העברי "על קרבו ועל כרעיו" אלא באופן סלקטיבי, מתוך דגש על אינטרפרטציה יישומית לבעיות בנות-זמננו.

5. בניגוד אליהם טוענים מומחים אחרים של המשפט העברי כי אין להפריד את הדת של ההלכה היהודית מן ההיבט המשפטי. לא ניתן לדבר על עקרון השבת אבדה או כיבוד הזולת מבלי להפריד בין אלו שההלכה היהודית מחייבת את כבודם ואת הצלת רכושם, ואלו שההלכה הדתית שוללת מהם. ניתן לומר שחוק לא תעמוד על דם רעך, תשנ"ח1998- שונה במהותו ובאופיו מהאזהרה ההלכתית המבוססת על "לא תעמוד על דם רעך".

6. מחוץ לזה טוענים אחרים כי "מורשת ישראל" הוא מושג רחב דיו גם להחיל ערכים דמוקרטיים ביותר מבלי זיקה דתית כלשהי למשפט העברי. גם הגיגיו של הנשיא פרופ' ברק של הפילוסוף הנודע פרופ' מרטין בובר ואולי אפילו של מרקס, פרויד ואיינשטיין גם הם חלק מ"מורשת ישראל" לא פחות מספרות ההלכה התנאית והאמוראית, הגאוניקה, של חכמי הראשונים בימי הביניים וספרות חכמי ההלכה בעת החדשה.

7. מחלוקת נכבדה התגלעה בין השופט ברק לשופט אלון: מה גבולותיה של ההסתמכות על "מורשת ישראל"? האם היא מורה רק למקרים בהם יש לאקונה, כלומר, שאין פתרון בלשון החוק, או שמא מורה היא להזדקק ל"מורשת ישראל" גם כדרך ביאור למונחים חיקוקיים? כך נשאלה שאלה בפרשת **בנק קופת עם נ' הנדלס** האם המונח "רשות" המופיע בחוק מתפרש על-פי תובנת המשפט העברי, ושמה בהשראה אחרת. על דברי פלוגתותיהם ונימוקיהם עיינו שם ובמאמרים השונים שבחומר הביבליוגרפי.

8. אין צורך לומר שהשאלה אם קיימת לאקונה בחוק או החוק מתפרש לפי כוונתו - "כוונת המחוקק" היא בסוברניותו של בית המשפט, ולפי שיטת השופט ברק, יכול שופט להימנע מהזדקקות ל"מורשת ישראל" בהפעילו "דרך של היקש" שהיא בעצם בחירה אקלקטית של שיטות משפט לפי העדפת השופט.

להלן תקציר ההרצאה שניתנה על-ידי במסגרת הכנס: "על תרומתה של הרבנות הראשית לישראל לשיח החברתי"

## **על תלת תפקידיה של הרבנות הראשית לישראל: מחוקקת, מבצעת ושופטת ישראל צבי גילת**

אם מעיינים אנו באורחות חייה של הרבנות הרשמית בישראל, שעליה עומדת מועצת הרבנות הראשית לישראל ושבראשה עומד מיודענו כב' הרב הראשי לישראל כנשיאה, הננו מגלים כי סמכויותיהם של מועצת הרבנות הראשית לישראל, והרבנים הראשיים לישראל אינן סובלות מ"הפרדת רשויות" וספק אם "ביזור רשויות" נהג בהם. אם לפרט: מועצת הרבנות הראשית לישראל ממונה על מתן תעודות כושר, הכשר וכשרות למיניהן שמכוחן עולה אחריותה המנהלית לביצוע בתחומי דת שונים. נשיא מועצת הרבנות הראשית הוא כעת חבר בית הדין הרבני הגדול ובעוד שלוש שנים ומחצה ישמש כנשיא בית הדין הרבני הגדול. חלק מחברי מועצת הרבנות הראשית מכהנים בה רק בשל היותם רבני הערים הגדולות: ירושלים, תל-אביב, חיפה ובאר-שבע, ומתוקף כך הם משמשים בתורת "ראש אבות בתי-הדין הרבניים" באזורם. בנוסף לסמכויות הביצוע והשיפוט, ראשי הרבנים הראשיים לישראל להוציא מתחת ידם כללים פרוצדוראליים בתחום השיפוט, שיש להם תוקף רשמי ומחייב את בתי-הדין הרבניים השונים. הכללים מפורסמים בילקוט הפרסומים והם בבחינת "דין". כך היה בשנת 1993, בה הוציאו הרבנים הראשיים דאז: אברהם שפירא ומרדכי אליהו "תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים – תשנ"ג". וכך לפני כחודשיים הוציא, הרב הראשי לישראל ונשיא בית הדין הרבני הגדול "כללי הדיון בבקשות לגיור – תשס"ד". מעבר לסמכותם על-פי דין המדינה, נהוג היה כי הרבנות

הראשית לישראל יוזמת תיקונים דתיים בהלכה היהודית עצמה, בתחומים משפטיים ולבר-משפטיים. כך היה בזמנם של הרבנים: הרצוג ועוזיאל בעניין איסור הייבום, העצמת מזונות הילדים הקטנים עד לגיל של חמש-עשרה שנה; כינונם של טקסי דת ביום העצמאות, והוראות בעניין כשרותם של עדות שלמות מפזורי ישראל.

"ריכוז סמכויות" זה, שנראה מוזר למשפטן המודרני, אינו דבר חדש בעולמה של היהדות. בשיטה זו כוננו בעבר הרבנויות המפוארות שניהנו בקהילות היהודיות באירופה במאה התשע-עשרה ותחילת המאה העשרים. הרבנות, בדמותו של רב הקהילה, איחדה את שלוש הפונקציות השלטוניות: החקיקה, הביצוע והשפיטה, ללא כל חלוקה מבנית ביניהם. הרב היה מלמד תורה, "מורה הוראה" (היא ה"חקיקה") "דיין" (השפיטה) ואחראי "מנהלית" על השחיטה, על המקוואות ועל ההנהגה הדתית בבתי הכנסת. נכון כי לצד רב הקהילה היו פרנסים שהיו את "שבעת טובי העיר", או במונח אחר "עיני העדה", שהיו אף הם מנהלים את חיי הקהילה, אך בענייני הלכה במובנה הנוקשה וכן בקביעת הצביון הדתי של הקהילה, הרב היה "שליט בעירו" וכונה אף בשם "מרא דאתרא".

ופה מתעורר הספק הגדול בעולמה של היהדות: על שום מה זכה הרב בערים ובעיירות לכבוד הגדול הזה? האם בשל החוזה שנכרת בין הרב לקהילה לפיו הם מקבלים את הדרכותיו? או בשל הכריזמה האישית של גדלות בתורה, שכל טוב ופאראדיגמה חינוכית? ספק זה מובנה עד היום בתקופתנו. מצד אחד ישנה הערצה רבה לאיש התורה שנקרא לא רב ולא רבן אלא "חכם התורה" שבשל "פרסומיו" היינו חידושי התורה שהוציא, חוות דעת שנתן לשואליו, מהווה מעין "סמכות עליונה". במאה התשע-עשרה אנו נתקלים בדמותו הסוחפת של רבי משה סופר שהיה רב בקהילת פרשבורג. הוא לא היה שם הרב הראשי אלא אחד משנים עשר "מורי הוראה" שהיו תחת מרותם "המנהלית" של פרנסי הקהל. אך השפעתו של רבי משה סופר הייתה רבה ביותר על כל הקהילות היהודיות של הקיסרות האוסטרו-הונגרית וכן על קהילות נסיכויות גרמניה. רבני הקהילות היו מריצים אליו שאלות, לא רק כ"חוות דעת" נוספת, אלא כתהליך התדיינות מתמשך של הצדדים. היינו, הצד שהתדיין בבית הדין המקומי שרב הקהילה עמד בראשו "המשיך" להתדיין אצל רבי משה סופר, מבלי שהצד שזכה יטען ל"סופיות הדיון" ל"חוסר סמכות בינלאומית" או ל"חוסר סמכות מקומית", טענות שנשמעות היום מפי עורכי-דין וטוענים רבניים על כל צעד ושעל. גם בדורות מאוחרים יותר עמדו גדולי תורה עצומים מחוץ למערכת רבנות מקומית או רבנות ראשית ו"הכתיבו" את דרכם של הרבנים הממסדיים ללא שום קבלת מרות מהם. כך היו גם ר' חיים עוזר גרודזינסקי שפעל בוילנה לפני מלחמת העולם השנייה ור' אברהם ישעיה קרליץ בעל ספר ה"חזון אי"ש" מבני ברק במלחמת העולם השנייה ולאחריה עד לפטירתו. ר' חיים עוזר גרודזינסקי שכונה על שם ספרו בעל ה"אחיעזר" לא היה רבה של וילנה, כפי שנהוג לחשוב אלא "ראש הרבנים" היינו איגוד עצמאי של רבנים שפרשו מן הקהילה היהודית הרשמית. ואף על פי שלא היה רב הקהילה הגדולה וילנה כונה בשם השמור ליחידים: "רבן של כל בני הגולה". פסקיו היו שמים קץ להתדיינות מקומיות שנידונו בבתי דין של רבני עיר שונים, מארצות שונות מרוסיה, ליטא ופולין ומקהילות המהגרים של אז בארצות הברית של אמריקה, אך לא סיפקו את הצד שהפסיד בהם. השני, ר' אברהם ישעיהו קרליץ שהיה בעל חנות מכולת מבני ברק (ובעצם מעולם לא קיבל סמיכה לרבנות ואף לא למד תורה בישיבה או בכולל אלא רק בעצמו עם עצמו). פסקיו, הדרכותיו היו מרעישו עולם. כמו בשאלה המפורסמת מתי צריכים יהודים, ששהו בתור פליטים בשנחאי בזמן מלחמת העולם השנייה, לצום את יום הכיפורים האם לפי קו התאריך של ירושלים או יום לפניו. עד היום ישנם כמה דיינים מבתי הדין הרבניים הממלכתיים בישראל הרואים עצמם כפופים להוראותיו של ה"חזון אי"ש" ולהכרעותיו בכתב ובעל-פה יותר מאשר להכרעות הרבנות הראשית לישראל ולתקנותיה. גם אלו מן ההיסטוריונים המגמתיים שמנסים לשכתב את דמותו הנערצת של הרב הראשי השני לארץ ישראל ר' יצחק אייזיק הלוי המכונה ד"ר הרצוג לא יכולים להתעלם מחכם תורה אחר שחי כמעט בשכנות להרב הרצוג ושלמעשה לא היה אלא אחד מרבני השכונות בירושלים. אותו חכם בשם ר' פסח צבי פרנק שכונה אומנם "ראש הרבנים בירושלים" מעולם לא קיבל מינוי כזה (מטעמים פוליטיים) אבל פסקיו והכרעותיו היו נשמעות יותר מאשר אלו של הרב הרצוג עצמו. גדולה הייתה בו ברב הרצוג שהיה שואל בעצתם ולא ראה עצמו כ"בית דין הגדול" שרק ממנו "הוראה יוצאת", או כ"פוסק הלכה"



אחרון. גם בזמננו עומדים גדולי תורה וקובעים עמדה מבלי להתחשב בעמדתם של הרבנים הראשיים, ולהפך להגיד בשבחם, הרבנים הראשיים הנוכחיים, אינם מחזיקים לטיבותא לנפשם ורואים עצמם חובה להיוועץ עם גדולי התורה האמיתיים ר' יוסף שלום אלישיב ור' עובדיה יוסף.

מן הצד השני אנו נתקלים במקורות ההלכה החל מימי בית שני בהעצמת כוחה של הרבנות הממסדית: כך בימי בית שני, הכהן הגדול משמש מורה דרך ועומד בראש בית הדין הגדול; המשך בתקופת חכמי "הזוגות" שהראשון הוא נשיא והשני "אב בית הדין" שניהם חכמי התורה, אך לאו דווקא המופלגים ביותר שבהם. ידועה המחלוקת במשנה של מסכת ראש השנה בין רבן גמליאל שהיה "נשיא ישראל" לבין רבי יהושע שהיה זקן ומופלג בחכמתו, ושוב בעניין תיארוכו של יום הכיפורים. ורבן גמליאל פונה לרבי יהושע ואומר: "גוזרני עליך שתבוא אצלי במקלך ובמעוטיך ביום הכיפורים שחל להיות בחשבונוך" ורבי יהושע "מָצַר", היינו, נקרע בסבך הנאמנות לשיטתו ולתורתו מחד גיסא, לבין צו ההסתמכות על הסנהדרין שבראשה עומד רבן גמליאל. בהמשך משכנעו חברו רבי דוסא בן הרכינס שיש עליו להישמע לרבן גמליאל מבלי להרהר אחריו שכן "אם באים אנו לדון אחר בית דינו של רבן גמליאל, צריכין אנו לדון אחר כל בית דין ובית דין שעמד מימות משה ועד עכשיו". לבסוף נכנע רבי יהושע ובא לרבן גמליאל בעצם יום הכיפורים שחל "להיות בחשבונו" ורבן גמליאל אומר לו: "בא בשלום רבי ותלמידי! רבי בחכמה, ותלמידי שקבלת את דברי".

בהמשך בתקופות ה"אמוראים" ו"גאונים", היינו ראשי הישיבות הגדולות בבבל: סורא ופומבדיתא רואים עצמם מקור הסמכות להלכה שיש להישמע להם ללא כל סייג, אף שבתקופת "מלוכתם" היו חכמים גדולים בחכמה כמותם ואף מופלגים מהם. גם בימי הביניים ובעת החדשה אנו מוצאים במקורות חובה דתית המוטלת להישמע לרב הקהילה שבעיר ולהנהגותיו לא רק לתושבי העיר שמינוהו אלא על כל אורח או תושב ארעי הגר בעיר. "מרא דאתרא" לא הייתה אפוא מליצה ריקה.

אך הרבנות הראשית בדמותה ובצלמה היום, היא מורשת האימפריה הטורקית שנתנה מעמד של "עדה" למיעוטים האתניים וביניהם ליהודים, והעמידה את ה"חכם באשי" כראש העדה. היהודים אפוא לכל קהילותיהם (הרומניוטים, הספרדים והאשכנזים) היו כפופים ל"חכם באשי" כחלק מחובתם האזרחית שנכפתה עליהם על ידי השולטן הטורקי. כך גם היה בקיסרות האוסטרו-אונגרית שבראש המיעוט היהודי במחוזות מסוימים עמד "הרב הראשי" שהיה "ממונה מטעם".

והנה עם כניסתם של הבריטים לארץ ישראל והקמת "הבית הלאומי" לעם היהודי שכונה "כנסת ישראל", התעוררה שאלה פנימית וחיזונית, האם ראוי שהנהגת "כנסת ישראל" שנשלטה על-ידי מנהיגים אזרחיים מן "הציונים הכלליים" וממפלגות הפועלים - תקים אפוא מסגרת דתית מחייבת לכל חברי כנסת ישראל? אף בין חכמי התורה של אז התעוררו חילוקי דעות: כלום ראוי להקים באופן וולונטרי מסגרת רבנית ממסדית הנשענת על הנהגה אזרחית שאינה רואה עצמה כפופה לדיני התורה? הרב יעקב מאיר, שהיה לימים הרב הספרדי הראשון הצהיר: "אי אפשר לרבנות בתור מוסד דתי להסכים בשום אופן להיות כפוף תחת איזה מוסד שהוא" ואילו הרב אברהם יצחק הכהן קוק, שהיה הרב האשכנזי הראשון כתב: "אני רואה את הדבר הזה, בעזרת השי"ת לפתח תקווה לתשועת ישראל לתחיית הקודש ולחיזוק התורה וכבודה על אדמת הקודש ובכל העולם כולו...". הרב קוק עוד התפלמס עם המתנגדים הנחרצים שהכריזו בכרוזים על יום צום והפגנה "לרגל שמועות מרגיזות ומבהילות" ומהן השמועות? הקמתה של הרבנות הראשית לארץ ישראל. ומה נימוקם? "הבאת ח"ו שינויים (רעפארס) בחוקי וגופי משפט התורה והדינים לפרוץ פרצות בחומת דת ישראל". הרב קוק מתנגד אפוא נחרצות לחששות אלו בנימוק כי כל רבני הרבנות הראשית "עומדים חזקים מצור נגד מי שרוצה לנגוע בדין ובמשפט תוה"ק ובמנהגי ישראל הקדושים אפילו כמלוא נימא".

במבט רטרוספקטיבי: האומנם צדק הרב קוק? האומנם הרבנות הראשית הייתה מקור "לפתח תקווה לתשועת ישראל לתחיית הקודש ולחיזוק התורה וכבודה על אדמת הקודש ובכל העולם כולו"? הרבה היסטוריונים והוגי דעות דשו, חזרו ודשו בסוגיה זו ואני הקטן איני יודע להכריע בדבר. אך בשאלה אם צדקו החוששים שבעקבות הקמת הרבנות הראשית יחולו "שינויים בחוקי וגופי משפט התורה והדינים לפרוץ פרצות בחומת דת ישראל", התשובה הברורה היא, כן. ואין הדבר נובע מהתכוונותם של הרבנים הראשיים לדורותיהם אלא בשל היותה של הרבנות הראשית גוף ממסדי שתורת המשפט המנהלי חלה עליו. נפתח בדוגמא אקטואלית מן העיתונות. הנה בידי כותרת מתריסה מעתון "הארץ" **גיוור הוא מצב זמני** בכותרת המשנה מצוי ההסבר הבא: "המחטף של הרב הראשי: שלמה עמאר פרסם ברשומות כללים מחמירים, המחייבים גר באורח חיים דתי ומאפשרים לבטל גיוור בדיעבד. במזכירות הממשלה חוקרים איך זה קרה". כוונת העתון ל"כללי הדיון בבקשות לגיוור, תשס"ד שפרסמו ב"פ, תשס"ד, 3958 (מיום 13.9.2004). כפי שאמרתי לעיל מתוקף תפקידו רשאי הרב הראשי להתקין תקנות וכללים, אלא שמתברר מן העיתון כי יש הגבלה על הרבנים הראשיים להתחשב ברצונו של ראש הממשלה להפוך את הגיוור כ"יעד לאומי" ולהעמידו תחת אחריותו הבלעדית תחת ראש מערך הגיוור במשרד ראש הממשלה. לא הייתי נזעק מעצם הכתבה אלא מן הרוח הנושבת בכותרתה. "גיוור הוא מצב זמני". אכן לפי ההלכה הצרופה המסורה מדור דור, גיוור או כניסה ליהדות אינו טקס, וההטבלה אינה סקרמנט כמו בדוקטרינה הקתולית. ההטבלה היא שלב נלווה לדבר העיקרי: קבלת עול תורה ומצוות. על כן לפי ההשקפה היהודית הטהורה, גיוור שבו לא הייתה קבלת עול תורה ומצוות באופן מושלם הוא *ab initio* בטל ואינו קיים. ההטבלה ליהדות במקווה אינה אלא אחד השלבים. למיטב הבנתי ויש רגלים לדבר גם מפסיקת בית המשפט העליון בעבר, כי בעתיד עלולה הביקורת השיפוטית להתערב בעניין הלכתי כה רגיש הנוגע לכשרות היוחסין, בבת עינה של היהדות הנאמנה.

ולא רק בענייני גיוור שראש הממשלה רואה בו "יעד לאומי" בלבד. מצוי אני בפסיקת בית המשפט העליון בכל הנוגע לדיני המשפחה, ויכול אני להעיד כי בית המשפט העליון עוקר דיני תורה מושרשים מדור דור ושבתי הדין הרבניים בישראל נהגו בהם מאז היווסדם בטכניקה של "התקפה ישירה". לאחרונה מתגבר "זרם" של שופטים מבתי המשפט לענייני משפחה שמתעלמים מפסקי דין רבניים בטכניקה של "התקפה עקיפה" בתואנה כי פסקי הדין הרבניים מבוססים על הלכות ש"אבד עליהן הכלח". חוששני, ולוואי שאתבדה, שלא רק פסקי הדין הרבניים אלא אף תקנותיה לעתיד של הרבנות הראשית לישראל וכלליהם של הרבנים הראשיים לישראל, יעברו אף הם את אותה מסכת הביקורת הכפולה של "ההתקפה הישירה" של בית המשפט העליון ושל "ההתקפה העקיפה" מבתי משפט אזרחיים שיעסקו בשאלות הסמוכות ונראות לכל עניין הקשור בדת ובהלכה.

עניין נוסף. חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ס-1980, עוסק בסמכויותיה המגוונות של מועצת הרבנות הראשית לישראל, בין שלל התפקידים "מתן תשובות וחוות דעת בענייני הלכה לשואלים בעצתה".

כמה פעמים עלתה בפסיקת בית המשפט העליון מה היקף סמכותה של הרבנות הראשית לישראל. ברוב המקרים השאלה התעוררה מצד "שואלים בעצתה" של הרבנות, כלום רשאים הם? ועל-כך אמר בית המשפט העליון בכמה פסקי הדין כי גוף מנהלי הכפוף לחוקי המדינה האזרחיים אינו רשאי לקבל את ההכרעה ההלכתית באופן מושלם. אך בד בבד עלתה בשני פסקי-דין שאלה מצידה של הנשאלת, היינו מועצת הרבנות הראשית, כלום מותר לה "להתערב" בכל עניין הנשאל? בשאלה זו דן בית המשפט בעליון בפרשת **בילט נ' הרב שלמה גורן, הרב הראשי לישראל**, פ"ד כט(1) 98 שם עתר אדם כנגד הרב גורן והרבנות הראשית וביקש שיורה להם להימנע מלהשיב תשובה הלכתית למפלגה דתית שביקשה את חוות דעתם. בית המשפט העליון קבע פה אחד כי "הסמכויות שהוענקו למועצת הרבנות הראשית או לרבנים הראשיים אינן באות לפגוע במעמדם כרבנים ובסמכותם המצפונית הדתית כרבנים, מורי הוראה ומנהיגים רוחניים, שהרי כל חברי הרבנות רבנים המה." ועל השאלה היכן הכלל הידוע של "עיקרון החוקיות המנהלית"? ענה השופט שמגר, כתוארו אז, בדברים הנחרצים הבאים:

"ושוב חוזרים אנו לשאלה מהם תפקידיו הרגילים והמקובלים של רב בישראל. שום חיקוק לא עשה זאת ומסתבר שלא היה צורך בכך. הלא הדת והדין הדתי אינם יצורים של המחוקק החילוני, לכן אין לצפות מן המחוקק החילוני שיתערב בשאלה מה יהיו תפקידיהם של מנהיגי הדת בשטח הדתי."

סימן 83 לדבר המלך במועצתו על ארץ-ישראל קובע בחלק הראשון שבו את העיקרון של חופש הדת והמצפון ובחלקו השני - אוטונומיה לעדות דתיות בכפוף לכל פקודה. בעקבות סימן זה נחקקה פקודת העדות הדתיות (ארגון), ולפיה ניתנה לממשלת פלשתינה-א"י סמכות להוציא תקנות. לפי חוק זה הוצאו תקנות כנסת ישראל, שמטרתן לקבוע ארגון היישוב היהודי כעדה דתית, וכן נמסרו סמכויות משפטיות לרבנים ולמועצת הרבנות הראשית בעניינים שונים, ובשטח שלא נמסרה סמכות משפטית לרבנים פועלים הרבנים רק בסמכותם הדתית והמצפונית. גם הרבנים הראשיים עוסקים באותם תפקידים ובוודאי שרשאים הם לענות תשובה לכל מי שיפנה אליהם בשאלה, ובוודאי יענו אם השאלה היא בעניין שהוא בהיקף ארצי ולא מקומי בלבד. וכפי שאפשר לשאול כל רב, כך מותר לשאול מפי חבר רבנים, המהווים ביחד את מועצת הרבנות הראשית, ובמיוחד כאשר הרבנים הראשיים רוצים להיוועץ בהם."

דומני, כי לאחרונה נתפוגגה והלכה לה ההבנה היסודית הזאת, וכי בית המשפט העליון עלול לעתיד להורות בשם "עיקרון החוקיות המנהלית" כי אל לה למועצת הרבנות הראשית ואל לרבנים הראשיים, חלילה, לחוות דעתם בעניין הלכה. וכל זאת למה?

כמה פסקי דין של בית המשפט העליון היה עניינם בעתירות שהוגשו נגד בתי דין רבניים אזוריים שלא במסגרת סמכותם הייחודית, ואף אינם עניין מובהק של הדין האישי, אלא בית הדין הרבני פסק מכוח הסמכות הדתית שלו והוציא אף "כתבי סירוב" כלפי מי שסרב לבוא להתדיין בפניו. בפסקי הדין בדעת הרוב נקבע כי אין דינם של בתי הדין הרבניים הממלכתיים כדינם של בתי הדין הרבניים הפרטיים. בעוד שהאחרונים רשאים להוציא "כתבי סירוב" ולתת צווים לפי חומר ההלכה, אין הדבר כן באשר לבתי הדין הרבניים הממלכתיים. כך ביאר פרופסור פנחס שיפמן בספרו דיני המשפחה בישראל (מהדורה שניה, תשנ"ה-1995) כרך א סעיף 13 (בעמ' 42-43):

"... יש להדגיש כי בפעילותו השיפוטית, לא יוכל בית-הדין הדתי להישען על סמכותו הדתית, כדי ליטול לעצמו שיפוט בענין החורג מגדר הסמכות המשפטית הנתונה לו בחוק המדינה... כאשר 'בית-הדין' כלל איננו יציר כפיו של החוק, פסיקתו אינה נחזית, אף למראית עין, כפסיקה חוקית וכשרה, ואין חשש של ממש להטעיית הציבור והרשויות המנהליות. אך בית-דין דתי המוכר על פי החוק, צפוי להתערבותו של בית-המשפט-הגבוה-לצדק, אם יחרוג מהסמכות שניתנה לו בחוק. התערבות זו דרושה כדי להסיר את המסווה החוקי מעל פניה של הפסיקה חסרת הסמכות של אותו בית-דין. במקרה זה לא תישמע הטענה שההיזקקות לבית-הדין הדתי נועדה רק לשם קבלת חוות-דעת בעלמא. אדרבא, דבר זה ייחשב כשימוש לרעה בהליכי בית-הדין."

בפרשת **אמינוף נ' אלטלף** (בג"צ 816/98) בהתייחסו לפרשת **בילט** רמז השופט חשין כי לדעתו אין התוצאה משביעה רצון וכי יש מקום לאסור על כל גוף מנהלי, כולל הרבנות הראשית לישראל ש"כתר מלכות" על ראשה להשתמש ב"כתרה של תורה" אם יש בו כדי להשפיע על הליכים שלטוניים שאינם בסמכותם על-פי הדין האזרחי.

