

15597

15597

אליאב שוחטמן

הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

תדפיס מתוך

שנתון המשפט העברי

כרך סז - יז (תש"ן - תשנ"א)

אליאב שוחטמן

הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

א. מבוא; ב. משפט המלך; 1. תחולת עקרונותיו של משפט המלך במישטר דמוקרטי. 2. הצורך בהסכמתם של חכמי ההלכה. 3. האם "משפט המלך" כולל את הסמכות לחוקק חוקים. 4. היקף סמכות החקיקה של המלך; ג. דינא דמלכותא דינא; 1. תחולתו של הכלל במדינה יהודית. 2. תחולתו של הכלל במדינה בעלת משטר דמוקרטי. 3. תחולתו של הכלל על שלטון יהודי חילוני. 4. ההגבלות ביחס להיקף תחולתו של הכלל. 5. תחולת הכלל בתחום המשפט הציבורי. 6. תחולת הכלל בתחום המשפט הפרטי. 7. מתן תוקף לחוק המדינה בדרך של הסכמה; ד. תקנות הקהל; 1. סמכות הציבור ונבחריו וגבולותיה. 2. כנסת בעלת רוב חילוני. 3. כנסת הכוללת בהרכבה חברים שאינם יהודים. 4. כשרותם של הליכי החקיקה: רוב ו"רובו מתוך כולו". 5. הצורך באישורם של חכמי ההלכה. 6. קבלתו של חוק המדינה בדרך של הסכמה; ה. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

מדינת ישראל היא - על פי הגדרתה במגילת העצמאות - מדינה יהודית. אופייה היהודי של המדינה מוצא ביטויו בשורה של חוקים, כגון חוק השבות, תשי"ב-1950, הקובע בסעיף 1: "כל יהודי זכאי לעלות ארצה", או פקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948, הקובעת בסעיף 18א (א), כי "שבת ומועדי ישראל... הם ימי המנוחה הקבועים במדינת ישראל". אופייה היהודי של המדינה מוצא ביטוי גם בעובדה שהלשון העברית "היתה ללשון המדינה, ללשון החוק ולשפת כל תחומי החיים".¹

ואולם, בתחום המשפט, בחרה הכנסת - שהיא הגוף המחוקק של מדינת ישראל - שלא לאמץ את שיטת המשפט העברי כמשפט המדינה באופן כולל, ופרט לתחום דיני הנישואין והגירושין של יהודים, המסודר באופן ייחודי לשיפוטם של בתי הדין הרבניים

1. מ' אלון, המשפט העברי (מהדורה שלישית, ירושלים, תשמ"ח) 1358 [להלן - המשפט העברי]. לדוגמאות נוספות, ראה: מ' אלון, חקיקה דתית (תל-אביב, תשכ"ח).

הדנים על פי דין תורה², אין יתר תחומי המשפט של המדינה מבוססים, בחלקם הגדול, על עקרונות המשפט העברי, אם כי נודעת למשפט העברי מידה מסוימת של השפעה על עיצובם של כמה וכמה חוקים³, וחוקים אחדים הם אפילו בעלי אופי דתי מובהק, שלא יכלו לבוא לעולם אלא במסגרת מערכת משפט של מדינה יהודית, כמו חוק חג המצות (איסורי חמץ), תשמ"ו-1986, או חוק עסקאות במקרקעין (קיום מצוות שמיטה), תשל"ט-1979.

מציאות זו, של מדינה יהודית ריבונית, שאף שיש בידה היכולת להשתית את מערכת החוק והמשפט שלה על יסודות המשפט העברי - שהוא שיטת המשפט הלאומי של עם ישראל⁴ - הרי היא בוחרת לאמץ לה מערכת של חוק ומשפט, שבמידה רבה אינה תואמת את המשפט העברי, היא מציאות שלא נדונה כלל במקורותיה הקלאסיים של ההלכה היהודית. הנחת יסוד של ההלכה היהודית היא, שכשם שכל פרט ופרט מחוייב בקיום תורה ומצוות, כך גם החברה המאורגנת בכללותה מחוייבת לכוון את אורחות חייה בהתאם למערכת של תורה ומצוות, ואם הדברים נכונים ביחס לקהילות בגולה, על אחת כמה וכמה שהם נכונים ביחס למדינה יהודית ריבונית, שהרי הלכות מדינה הן חלק מן ההלכה⁵, וקיומן השלם אינו אפשרי אלא במסגרת מדינית עצמאית⁶.

לאור הנחת יסוד זו, אין למצוא במקורותיה הקלאסיים של ההלכה כל דיון בשאלה של מתן הכרה הלכתית למערכת שלימה של חוק ומשפט של מדינה יהודית, שאינה מבוססת על דין תורה. הדיונים המעשיים בשאלה זו לא יכלו לבוא לעולם אלא בעקבות היווצרותה של חברה יהודית בעלת השקפת עולם חילונית, שמצד אחד מבקשת לשמר את זהותה הלאומית היהודית אבל מן הצד האחר אינה רואה כל מחוייבות לפעול בכפוף

2. ראה סעיף 2 לחוק שיפוט בתי דין רבניים (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953.
3. ראה מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 1361 ואילך.
4. על החקיקה הישראלית הנושאת אופי דתי, והנובעת ממניעים שמקורם בחלק הדתי של המשפט העברי, ראה מ' אלון, חקיקה דתית (לעיל, הערה 1). מאז פירסומו של חיבור זה חלו שינויים רבים הן בחוקים הנזכרים שם, כגון בנושא הכשרות (שם, עמ' 18-20), שבו התקבל בינתיים חוק איסור הונאה בכשרות, תשמ"ג-1983, והן בחוקים שנחקקו לאחר מכן, כגון שני החוקים הנזכרים בזה.
5. ראה מ' אלון, המשפט העברי, שם, עמ' 6.
6. הלכות מדינה כלולות, בחלקן, בהלכות מלכים שבספר משנה תורה לרמב"ם. הלכות אחרות פזורות ביתר מקורותיה של ההלכה; ראה, לדוגמא, שו"ע, חו"מ, סימן קסג, העוסק בדיני מיסים, וסימן דלא, סעיפים כז-כח, לענין סמכות החקיקה של הציבור.
7. הלכות צבא ומלחמה, לדוגמא, אינן מעשיות אלא בהתקיים ריבונות מדינית יהודית.

לדין היהודי⁸. כל זמן שהמדינה היהודית היתה כגדר של חזון בלבד, לא היתה לדיונים אלה אלא משמעות תיאורטית בלבד, ואולם עם הקמתה של מדינת ישראל הפכה שאלה זו לשאלה מעשית ובעלת חשיבות ראשונה במעלה, לפחות מבחינתם של יהודים שומרי תורה ומצוות. חריפותה של הבעיה, מבחינתו של ציבור זה, מתמצית בשאלה הבאה: במקרה של התנגשות בין הנורמה הקבועה בדין הדתי ובין הנורמה הקבועה בחוק המדינה - וכזה הוא המצב במרבית המקרים - איזו נורמה גוברת, זו הקבועה בדין הדתי היהודי, קרי: המשפט העברי, או זו הקבועה בחוק המדינה?

ברור לחלוטין, שעל כל פנים חלק מחוקי המדינה ראויים להכרתה של ההלכה, גם אם הם נוגדים את דין התורה, שכן אי-הכרה בכל חוק שהוא כמוהו כאי-הכרה במדינה עצמה. כבר בשנתה הראשונה של המדינה, כעת שהרב הראשי ב"צ מאיר חי עזיאל התחבט בשאלות אלו, ודן באפשרות החלתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" על מדינת ישראל לאור אחת הדעות השוללות את תחולתו של הכלל ביחס למלכות ישראל (ועל כך ידובר במפורט להלן), הוא הציג את השאלה במלוא חריפותה⁹: "שאם כן [=שכלל זה לא יחול במדינת ישראל], בזמננו זה איך תתקיים מדינת ישראל אם אין דינא דמלכותא דינא מחייבת את כל איש ואשה מישראל בחוקי המדינה להטלת מסים או דיני עונשים? ואין להעלות על הדעת שמדינת ישראל תהיה רשות ולא חובה ואיש הישר בעיניו יעשה". מה הם איפוא התחומים שבהם מוכרים חוקי המדינה על ידי ההלכה היהודית, ובאלו תנאים?

ההכרה ההלכתית בחוקי המדינה יכולה להיעשות על יסוד אחד משלושה אלה:

1. "דין המלך", או "משפט המלך". 2. הכלל: "דינא דמלכותא דינא". 3. סמכות הציבור ונבחריו להתקין תקנות.

מן העיון בפסיקה הרבנית שהתפרסמה למן קום המדינה מתברר, שהכלל "דינא דמלכותא דינא" שימש יסוד עיקרי למתן הכרה הלכתית לחוקי המדינה, כאשר זו ניתנה,

8. מציאות חדשה זו מעוררת בעייה הלכתית נוספת: כלום יש מקום לכפות את מערכת המשפט העברי על כלל הציבור בארץ, שבחלקו הוא בעל השקפת עולם חילונית; זאת, בהנחה שיש בידי נציגי הציבור הדתי די כוח להעביר בכנסת חקיקה כזו, באופן שלם או חלקי. לשאלה זו, ראה הרב ש' ישראל, עמוד הימיני (תל אביב, תשכ"ו) סימן י, בעמ' פא-צו; הרב א' שרמן, "משפטי התורה - חקיקתם ויישומם בחוקי המדינה" תורה שבעל פה ל (תשמ"ט) טו-פ.
9. הרב ב"צ מאיר חי עזיאל, "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים" התורה והמדינה ה' (תשי"ג-השי"ד) טז.

ורק במקרים ספורים ביססה הפסיקה הרבנית את ההכרה בחוק הכנסת על יסוד סמכות הקהל להתקין תקנות. בשום מקרה הידוע לי, לא בססו בתי הדין את הכרתם בחוק מחוקי הכנסת על "משפט המלך". נדון להלן בכל אחד מן היסודות הללו, ונבחן את השאלה: האם, ובאיזו מידה, ניתן לבסס את ההכרה ההלכתית בחוקי הכנסת על יסודות אלה¹⁰.

10. דיונונו יתמקד בשאלה של ההכרה ההלכתית בחוק המדינה בחור שכוח, ולא כמשקף מנהג; עשוי אמנם המנהג להיות מוכר, אבל לא מכוח חקיקת הכנסת, ובשאלה זו אין אנו עוסקים במסגרת זו. לשאלת ההכרה ההלכתית בחוק המדינה של דין המדינה מכוח המנהג, ראה דבריו של השופט מ' אלון בבג"ץ 323/81 וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים ואח', פ"ד לו(2) 740-742, שם עמד גם על היחס שבין הדרכים השונות שבאמצעותן עשויה ההלכה להכיר בחוקי המדינה. מכל מקום חשוב להדגיש, כי עצם קיומו של חוק אינו מצביע בהכרח על קיומו של מנהג, שכן לא בכל עניין יפה כוחו של המנהג לגבור על הדין; וראה מה שכתב הרב ב"צ מאיר חי עוזיאל, שו"ת משפטי עוזיאל, חור"מ, סימן כח, לענין חוק ההתיישנות. ואולם, ישנם עניינים שבהם יפה כוחו של המנהג גם נגד הדין, ואז עשוי החוק לגרום להיווצרותו של מנהג, וזאת כתוצאה מכך שהציבור מציית לחוק ופועל בהתאם לאמור בו. דבר זה יכול להיאמר ביחס לפרק על בתים משותפים שבחוק המקרקעין. תשכ"ט-1969, כפי שעולה מדבריו של הרא"י וולדינברג בשו"ת ציץ אליעזר, חלק טו, סימן סט, סעיף ב, הכותב, כי "חוק בתים משותפים איננו מכיל רק חוק אחד, אלא הוא פקעת חוקים של כל מיני בעיות שמתעוררות בדיני שותפים בבתי כמעט יום יום, ומכיון שעניניו הרואות שמתנהגים על פיו בדרך כלל באין חולק, אם כן הוא נהפך על ידי כך למנהג המדינה, ושוב אין יכולים לבוא ולטעון דין הדין לא הדין לא הדין לי" (=ערעור תשמ"ד/32, פד"ר יד, עמ' 174, שבו בוטל פסק דינו של בית הדין האזורי בירושלים שניתן ברוב דעות, והתקבלה דעת המיעוט של הרב עזרא בצרי, שכתב בין יתר דבריו (שם, עמ' 169), כי "לא החוק הוא שקובע בהלכה, רק המנהג. אלא שאם אחר שיש חוק התחילו לנהוג כן, ויש למנהג כללי ההלכה של מנהג, יש לזה חוק לא מצד החוק אלא מצד המנהג". וראה גם מה שכתב בשו"ת וישב משה (זורגר), חלק א, סימן קיח, סעיף ח, לענין המנהג לחייב דיירי בתים משותפים בהוצאות זיפות הגג: "...ואם הונהג על פי דינא דמלכותא יש לו יותר חוק, וכן כתבו הפוסקים שאם לא ידעין אם מנהג זה הוא ברור, וידעין שכן הוא דינא דמלכותא, אמרין מסתמא שמנהג ברור לכל הוא כל שאינו ידוע להיפוך" (וראה מה שכתב שם ביחס לשאלה: האם מנהג שנוהגים בבית אחד נחשב למנהג, ומה שכתב בשאלה זו הרב י"ד גולדשטיין, אהל יששכר (ירושלים, תש"ן) סימן צג). והשווה לשו"ת משכנות ישראל להר"י גרוסמן (ירושלים, תשמ"ד) ב"התנצלות המחבר" שבסוף הספר, שמדבריו משמע, שבאופן עקרוני אין פרק ו' של חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969 (בתים משותפים), מחייב במקום שהוא עומד בניגוד להלכה, אלא אם כן "זה בגדר מנהג המדינה...". לסקירת הפסיקה הרבנית שיש בה אימוצו של מנהג המדינה, ראה הרב רב כ"ץ, פסיקה בתי הדין הרבניים והחוקים (ירושלים, תשל"ו) 37-57. על כוחו והשפעתו של מנהג המדינה בדיני תיווך, למשל, ראה הלכות מתוכים להר"י גולדברג (ירושלים, תשמ"ח) לפי המפתח שבסוף הספר, עמ' שסז.

ב. משפט המלך

1. תחולת עקרונותיו של משפט המלך כמישטר דמוקרטי

מדינת ישראל אמצה לעצמה את צורת השלטון המקובלת היום בעולם המערבי, דהיינו מימשל דמוקרטי, והחקיקה הנעשית בבית המחוקקים הישראלי היא אפוא פרי הרצון וההסכמה של רוב התושבים, כפי שהדבר בא לידי ביטוי באמצעות נציגיהם שבבית המחוקקים. מקורותיו הבסיסיים של המשפט העברי בענייני מימשל, אינם מכירים את צורת השלטון הדמוקרטי והם מתייחסים לצורת השלטון שהיתה מקובלת בעולם העתיק, דהיינו: שלטון המלך¹¹. מטבע הדברים מוקנות למלך ישראל סמכויות מסוימות, והשאלה הנשאלת היא, אם יש מקום ליישום העקרונות, שנאמרו ביחס לשלטונו של מלך וסמכויותיו, גם ביחס לשלטון הדמוקרטי דהיום, ולבחון לאור זאת את מעמדה של החקיקה הישראלית מנקודת מבטה של ההלכה היהודית.

דומה, שאין כל מניעה מלבחון את מעמדה של החקיקה הישראלית דהיום - חקיקה הנובעת מסמכותו הריבונית של המוסד המחוקק, קרי: הכנסת - לאור סמכויותיו של מלך ישראל. אם מניחים שקיומה של מדינה אינו אפשרי ללא שלטון מרכזי כלשהו - ודומה שאין מי שיחלוק על הנחה זו - כי או צריך להניח, שבמקום ובזמן שאין מלך, צריכות סמכויותיו להיות מסורות בידי אותו שלטון הקיים במקומו של המלך. כך, לדוגמא, כותב הרמב"ן ביחס ליציאה למלחמת רשות¹²: "מצוה על המלך, או על השופט ומי שהעם ברשותו, להוציאם לצבא במלחמת רשות". המקורות אינם מדברים על "מי שהעם ברשותו"¹³, אבל הדבר פשוט ומוכן מאליו, שבמקום ובזמן שאין מלך, מסורות סמכויותיו בעניין יציאה למלחמה בידי אותו שלטון שבא במקומו. ואמנם, בדברו על סמכויות השלטון היהודי בארץ ישראל בזמן הזה, במציאות שבה אין השלטון נתון בידי מלך, כותב הראי"ה קוק את הדברים הבאים¹⁴:

11. על מבנה המדינה היהודית על פי השקפת המקורות ולאור עקרונות הדמוקרטיה, ראה: הרב ש' פדרבוש, משפט המלוכה בישראל (ירושלים, תשי"ב) 25 ואילך; הרב נ"צ פרידמן, "קיום לדמוקרטיה והלכה" תחומין ד (תשמ"ג) 255-258; דיא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך א (ירושלים, תשמ"ט) 2 ואילך.

12. השגות הרמב"ן על ספר המצוות לרמב"ם (מהדורת שעוועל, ירושלים, תשמ"א), בעמ' חט.

13. ראה סנהדרין טז, ע"א; וההלכה ברמב"ם, הלכות מלכים ה, א.

14. משפט כהן, סימן קמד, בעמ' שלו-שלת.

נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, תוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה. וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל [במובן של שופט מתקופת השופטים, דהיינו: מנהיג] דין מלך יש לו, לענין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל... כל שמנהיג את האומה דן הוא כמשפטי המלוכה, שהם כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם... ומכל מקום הסברא קיימת, דלענין משפט המלוכה, שנוגע להנהגת הכלל, ודאי גם שופטים מוסכמים ונשיאים כלליים, במקום מלך הם עומדים¹⁵, וסעד לדבר הוא לשון הרמב"ם בפ"ד דסנהדרין הלכה י"ג: ראשי גליות שבבבל במקום מלך הן עומדים ויש להם לרדות את ישראל בכל מקום כו'. וקל וחומר שנשיאים המוסכמים באומה, בזמן שהיא בארצה ובשלטונה, באיזו מדריגה שהיא, שהועמדו בשביל הנהגת האומה... פשיטא דלא גריעי מראשי גליות שבבבל... דאפילו בגלות יש להם כח של עמידה במקום מלך ישראל, אבל כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי, על פי דעת הכלל ודעת בית דין, ודאי עומד הוא במקום מלך, לענין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל.

משמעות הדברים היא, שבהיעדר מלך, מסורות סמכויותיו - המוגדרות כ"משפט המלך" - בידי אותו שלטון הנהנה מהסכמת העם¹⁶.

כך סבור גם הריא"ה הרצוג בדונו בשאלת סמכותו של המלך בימינו¹⁷:

15. על הזהות שבין נשיא ומלך במקורות חז"ל, ראה: משנה הוריות ב, ה; ג, ג.
 16. ראה גם פירוש המלבי"ם לשופטים כ, א, ביחס למעשה פילגש בגבעה: "ויכולים להרגם למגדר מלתא... רק או מלך ישראל, שיכול להרגם מדין המלכות, או כללות ישראל עם הסנהדרין בראשיהם, שעומדים במקום מלך". על הסכמת העם, כיסוד הנחוץ לבחירת מלך כשאינן נביא, ראה פירוש הרדב"ז על הרמב"ם, הלכות מלכים ג, ח. לפי פירושו של הנצי"ב ב"העמק דבר" לרמב"ם יז, יד, גם הסנהדרין אינם מצווים להעמיד מלך עד שיאמרו העם שרוצים בהנהגת מלך. הטעם לכך הוא, "משום דהנהגת המדינה משתנה אם מתנהג עפ"י דעת מלוכה או עפ"י דעת העם ונבחריהם, ויש מדינה שאינה יכולה לסבול דעת מלוכה, ויש מדינה שכלא מלך הרי היא כספינה בלי קברניט... משום הכי לא אפשר לצוות בהחלט למנות מלך כל זמן שלא עלה בהסכמת העם לסבול עול מלך...".
 17. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה (לעיל, הערה 11) 129.

והמלך אין כחו אלא מן העם, שנבחר על ידי העם. וכן יש לנו לאמר שהעם כולו... יש לו הסמכות של המלך בנוגע לעניני האומה... ולא יגרע כח העם כולו מכחו כשאין מלך בישראל.

וכן היא מסקנת דבריו של הרב שאול ישראלי בדונו בסמכות הנשיא ומוסדות הממשל הנבחרים בישראל. הר"ש ישראלי מוצא ביסוס לדבריו של הראי"ה קוק במקורות חז"ל והראשונים¹⁸, ובסיכום דבריו הוא כותב¹⁹:

היוצא מדברינו, מכיוון שהוכחנו לעיל בע"ה שכח המלך ניתן בהעדר המלך גם שופט... ולאחר שנתברר שמינוי המלך והשופט שוים הם לענין הרשות הממנה אותם, וזה יכול להיות בשני אופנים... על ידי נביא וסנהדרין, ובדרך בחירה על ידי העם... מעתה יוצא, שכל המינויים הממלכתיים שיעשו בישראל בדרך של בחירות שיכולים למנות איש אחד כראש ושופט, כמו כן אפשר למנות מועצה שביחד יהיו לה הסמכויות הללו, ולפי זה נראה כי מועצת ממשלה שתבחר בדרך של בחירות נכונות היא לה סמכות בכל מה שנוגע להנהלת האומה, כאותה סמכות שהייתה למלך ישראל²⁰.

מאחר שהכנסת נבחרת על ידי העם, אין איפוא, לכאורה, כל מגיעה מלהחיל עליה את כל משפטי המלוכה²¹.

18. י' אחיטוב, כותב במאמרו "הערות על גדרים הלכתיים כלפי מדינת ישראל" עמודים לו (אייר תשמ"ט) 264, כי לדברי הראי"ה קוק לא ניתנה גושפנקא הלכתית קונקרטית לגבי מדינת ישראל, וכי אופציה זו שכדברי הרב קוק נדחתה כבר על ידי הרב הרצוג כאשר זו הוצעה לו על ידי אחד הרבנים. אין המחבר מצייץ מה המקור לדבריו ביחס למה שנמסר בשם הרב הרצוג, ולא ברור מדוע אין לראות בדבריו של הר"ש ישראלי, ושל רבנים אחרים, מתן גושפנקא קונקרטית לגבי מדינת ישראל. וראה, בהקשר זה, גם דבריו של הר"מ ראטה בשו"ת קול מבשר, חלק א, סימן מז, ד"ה בנוגע לשאלה ג', לעניין מלחמת מצווה, ומה שכתב באותו ענין בד"ה הבא, בשם הראי"ה הרצוג.
19. עמוד הימיני (לעיל, הערה 8) נט.
20. ראה גם מה שכתב הר"ש ישראלי במאמרו: "מסירת שטחים מארץ ישראל במקום פקוח נפש" תחומין י (תשמ"ט) 53, לעניין הסמכויות במלחמת מצווה, בהיעדר מלך, ומה שכתב הר"י אפשטיין, "מורד במלכות", שם, 91, לעניין דינו של מורד בשלטון כשאין מלך.
21. זאת, לכאורה, משום שיש דעה שמשפטי המלוכה שעל פי פרשת המלך אינם מוקנים במלואם אלא למלך שהומלך על פי נביא ועל כל ישראל, בעוד שמלך שהומלך בהסכמת העם אין לו כל הזכויות שבפרשת המלך, אם כי תורת מלך עליו לשאר ענייני המלוכה. ראה תוספות סנהדרין ב, ע"ב, ד"ה מותר ומה שכתב הרב ג' אריאלי, "העם והנביא במינוי מלך" התורה והמדינה ד (תשי"ב) קלג-קלה.

2. הצורך בהסכמתם של חכמי ההלכה

אכן, פיסקה אחת בסיום דבריו הנוכרים של הראי"ה קוק יש בה כדי לעורר ספק בנכונותה של מסקנה זו. נוסף ל"דעת הכלל", דהיינו: הסכמת העם, שהיא יסוד חיוני לחוקיותו של שלטון הבא במקום המלך, ואשר עליו חלים משפטי המלוכה, מזכיר הראי"ה קוק יסוד נוסף והוא: "דעת בית דין", כלומר: הסכמתם של חכמי ההלכה. יסוד זה נזכר על ידי הראי"ה קוק עוד בראשית דבריו בעניין זה²² ביחס למינויו של המלך עצמו, אם אין הוא מבית דוד: "כשיש עיכוב ואין עומד מלך מבית דוד, כשכבר נפסקה שלשלת הירושה מכמה דורות על ידי הגלות... אז מעמידין גם בלא נביא אלא על פי בית דין. וזה ענין מלכות בית חשמונאי". וכבר נפסקה ההלכה ברמב"ם, שאין מעמידים מלך אלא על פי בית דין של שבעים ואחד²³. בזמן הזה אין אמנם בית דין של שבעים ואחד, אבל "בית דין" במשמעות של "חכמי ההלכה" בוודאי שקיים, ובדברו על הצורך בדעת בית דין, מתכוון, ככל הנראה, הראי"ה קוק לקבלת הסכמתם של חכמי ההלכה לשלטון הבא במקום המלך ואשר נהנה מהסכמת העם.

האם ניתן לומר על המסגרת השלטונית הקיימת היום במדינה, שיש לגביה גם "הסכמת בית דין", כשם שהיא נהנית מהסכמת כלל הציבור? לעניות דעתי, החשובה חיובית. חכמי ההלכה - על כל פנים ברובם הגדול - בעצם השתתפותם בהליכים הדמוקרטיים של המדינה, ובעצם היבחרם לתפקידים שונים שלא נוצרו אלא מכוח חוק המדינה, מביעים את הסכמתם שמכללא לחוקיותו של השלטון בכללו, ולחוקיותה של הכנסת כמוסד מחוקק בפרט. בהסכמה זו, שמכללא, אין משום מתן גושפנקא לכל מעשיו של השלטון באופן כללי, ובוודאי לא למעשה החקיקה שלו בכל עניין ועניין²⁴, אבל בוודאי יש בה בהסכמה זו משום אישור נאות לחוקיותו של המימשל, באופן שלכאורה ניתן לראות בו מסגרת שלטונית שחלים עליה הכללים והעקרונות של "משפט המלך".

22. שם, תחילת עמ' שלו.

23. הלכות סנהדרין ה, א; הלכות מלכים א, ג. וראה: הרב א' שפירא, "מינוי מלך", בקובץ כבוד חכמים - עטרת פז (לכבוד הרב מ"מ שניאורסאהן מליובאוויטש, ירושלים, חשמ"ט) תפט.

24. על הבעייתיות המתעוררת מבחינת חוקי המדינה נזכר העיקרון של שלטון החוק, ראה להלן, בפרק הסיכום.

3. האם "משפט המלך" כולל את הסמכות לחוקק חוקים

השאלה הנשאלת היא: האם סמכויותיו של מלך ישראל כוללות את סמכות החקיקה, ואז יש מקום לראות את כנסת ישראל כמוסד המוסמך לחוקק חוקים מכוח "משפט המלך", או שמא אין סמכות החקיקה נכללת כלל במסגרת סמכויותיו של המלך, וממילא אין מקום לדון בהכרה ההלכתית בחקיקה הישראלית על יסוד "משפט המלך"?

עיון במקורות ההלכה יש בו אמנם כדי לעורר ספק, אם סמכות החקיקה כלולה ב"משפט המלך".

פרשת המלך שבתורה²⁵ אינה מקנה למלך ישראל סמכויות חקיקה. למעשה, אין מדובר באותה פרשה על סמכויות כלשהן אלא רק על מינויו של המלך ועל תובותיו, ובכלל זה על החובה "לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החוקים האלה לעשותם"²⁶. בוודאי שאין פרשה זו יכולה לשמש יסוד לסמכויות המלך בתחום החקיקה, ובוודאי לא לסמכות חקיקה בניגוד לדין תורה²⁷.

גם הפרשה, הידועה כ"פרשת המלך" שבספר שמואל²⁸, ספק אם יכולה לשמש יסוד לסמכויות חקיקה שבידי המלך. פרשה זו מדברת על כך שבידי המלך לגייס אנשים ונשים לעבודות שונות, במסגרת צבאית ואזרחית כאחת, וכן לקחת ולהחזיר מרכוש האזרחים לצרכיו, ולהטיל מסים. בתלמוד²⁹ נחלקו חכמים אם כל האמור בפרשה זו המלך מותר בו, או שמא לא נאמרו הדברים אלא כדי לאיים על העם שביקשו להם מלך³⁰. ההלכה

25. דברים ט, יד-כ.

26. שם, יט.

27. יש לזכור, שעצם מינויו של מלך ישראל הוא על פי בית דין הגדול בירושלים (ראה לעיל, הערה 23), לאמור: סמכותו נובעת מכוח התורה, ואין למצוא בתורה מקור לסמכותו לחוקק חוקים שלא כדינים המפורשים בה. ראה גם תיאור מעמדו וסמכויותיו של המלך ב"מגילת המקדש", כרך א (מהדורת י' ידן, ירושלים, תשל"ז) 268, בה מדובר על מעין מועצת משפט של כהנים ולויים שלידי המלך, "ולוא יעשה כול דבר לכול עצה חוץ מהמה".

28. שמואל א, ת, י-כב.

29. סנהדרין כ, ע"ב.

30. על ההקבלה הקיימת בין דעות חכמי התלמוד בסוגייה זו ובין דעותיהם של הוגים בעולם העתיק שבתקופת חז"ל, ראה א"א הלוי, "משפט המלך" תרביץ לח (תשכ"ט) 225-230.

שנפסקה היא, כי כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו", כלומר הפרשה הנזכרת יכולה לשמש בסיס לסמכויותיו של מלך ישראל³². ברם, האם אפשר למצוא בפרשה זו יסוד לסמכות חקיקה, ואם תמצי לומר שהדבר אפשרי - האם אפשר למצוא כאן בסיס לסמכות חקיקה בכל תחום שהוא, או שמא בתחומים מסויימים בלבד?

המשותף לכל הדברים הנמנים עם סמכויותיו של המלך הוא, שבכולם מדובר בדברים שהמלך נזקק להם במסגרת סמכויותיו השלטוניות. המדובר הוא בסמכויות ביצוע, וספק אם המלך זקוק לחוקק חוקים כדי שיהיה בידו לממש סמכויות אלו³³. גם מקורות אחרים העוסקים בסמכויותיו של המלך, כמו "פורץ לו דרך ואין ממחין בידו"³⁴, או הסמכות להרוג את המורד במלכות³⁵, וכן להרוג רוצח שאין נגדו ראיות ברורות, לצורך שעה³⁶, הן סמכויות ביצוע שלטוניות של המלך שאולי אינן טעונות הליך שיפוטי כלשהו, ושלשמן אין המלך צריך, ככל הנראה, לחוקק חוקים³⁷.

אכן, עצם העובדה, שהמקורות העוסקים בסמכויותיו של מלך ישראל אינם עוסקים אלא בסמכויות ביצוע ובסמכויות שיפוט, אין בה כדי להוליך למסקנה כי אי אפשר שיהיו לו למלך גם סמכויות חקיקה, כדי להסדיר, בדרך של חוק, את פעולותיו השלטוניות והשיפוטיות.

מקור מפורש לכך נמצא כבר במדרש חז"ל. על הפסוק האמור בפרשת המלך שבספר דברים³⁸: "לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החוקים האלה לעשותם", מוצאים

31. רמב"ם, הלכות מלכים ד, א.
32. על השתקפותו של "משפט המלך" במציאות ההיסטורית הקדומה, ראה ש' טלמון, "משפט המלך" ספר בירם (ירושלים תשט"ז) 45-56.
33. וראה לשון הרמב"ם, שם, הלכות א-ז.
34. סנהדרין כ, ע"ב; וראה רמב"ם, הלכות מלכים ה, ג.
35. רמב"ם, שם, ג, ח.
36. שם, הלכה י. וראה ש' ליברמן, תוספת ראשונים (ירושלים, תפרח"י) לסנהדרין ט, ל, בעמ' 160.
37. כך, על כל פנים, לשיטת הרמב"ם וגדולי הפוסקים. וראה ג' גרמן, "מלך ישראל, שימתו וסמכויותיו השלטוניות" (עבודה לקבלת התואר מוסמך, האוניברסיטה העברית בירושלים, תשל"ו) 232 ואילך. וראה מהר"ץ חיות, תורת נביאים, פרק ז, בתוך: כל כתבי מהר"ץ חיות, כרך א (ירושלים, תשי"ח) מג ואילך. על סמכויות השיפוט של המלך - שאלה שבה אין אנו עוסקים כאן - ועל היחס שבינן ובין דין תורה, ראה מהר"ץ חיות, שם; הריא"ה הרצוג, "דין המלך ודין התורה" תלפיות ז (תשי"ח) 4 ואילך; הריא"ה הרצוג, "גדרים בדין המלכות" התורה והמדינה ז-ח (תשט"ו-תשט"ז) יג-כ; הרב י' גרשוני, "דיני סנהדרין ודיני מלכות", בתוך ספרו: קול צופיך (ירושלים, תשי"ם) צב-קב.
38. דברים יז, יט.

אנו במדרש³⁹: "ואת החוקים האלה, אלו חוקי מלכות. אתה אומר חוקי מלכות או אינו אלא דברות? וכשהוא אומר: 'לשמור את דברי התורה הזאת' - הרי דברות אמורות, הא מה אני מקיים: 'ואת כל החוקים האלה' - אלו חוקי מלכות". הרי, שלפי המדרש, לבר מן החוקים האמורים בתורה יש יסוד, בתורה עצמה, ל"חוקי מלכות".

דומה בעיניי, שהראשון בין חכמי ההלכה שהזכיר את סמכותו של המלך לחוקק חוקים הוא הרמב"ן. על הפסוק⁴⁰: "כל חרם אשר יחרם מן האדם", כותב הרמב"ן בפירושו לתורה: "מן הכתוב הזה יצא... שכל מלך בישראל, או סנהדרי גדולה במעמד כל ישראל שיש להם רשות במשפטם, אם יחרימו על עיר להלחם עליה, וכן אם יחרימו על דבר, העובר עליו חייב מיתה, והוא חיובן של אנשי יבש גלעד ושל יהונתן שאמר לו אביו⁴¹: 'כה יעשה אלהים וכה יוסיף כי מות תמות יונתן', ומהיכן נתחייבו אלו מיתה מן הדין חוץ מן הכתוב הזה?!". ולהלן הוא כותב עוד: "כי חרם המלך והסנהדרין חל על המורדים לכלותם או על העובר גזירתם ותקנתם". על העקרונות שבאים לידי ביטוי בפירושו לתורה, חזר הרמב"ן גם ב"משפט החרם" שלו⁴², בסמוך למקום שבו הוא דן בסמכותו של הציבור ונבחריו להטיל חרם על העובר על תקנתם. מדברי הרמב"ן משמע, שבסמכותו של המלך - בדומה לסמכותה של הסנהדרין - לקבוע הוראות במסגרת של חוק, ולהעניש את מי שעובר על החוק⁴³.

באיגרתו למהר"ץ חיות, בתגובה על חיבורו "תורת הנביאים" - חיבור שבו דן המחבר בין היתר במשפטי המלוכה - כותב ה"חתם סופר", שלא מצא יסוד לסמכות הענישה של המלך אלא בדברים אלה של הרמב"ן⁴⁴. על דברי הרמב"ן מוסיף ה"חתם סופר" וכותב גם, ש"כל שישראל ונשיאי העדה, או אפילו אחד משני אלו, מסכימים ומחרימים, הרי זה מוחרם מן התורה". משמעותו של המונח "מסכימים ומחרימים" היא: מחוקקים, ויוצא איפוא מדבריו של ה"חתם סופר", שסמכות החקיקה מצוייה גם בידי "נשיאי העדה", ולמעשה בידי כל שלטון הנבחר על ידי העם.

39. מדרש תנאים לספר דברים (מהדורת רד"צ הופמן, ברלין, תרס"ח) שם.

40. ויקרא כז, כט.

41. שמואל א, יד, מד.

42. במהדורת הרב ח"ש שאגן (מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים, תשל"ו) עמ' רצה.

43. וראה גם שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תיא.

44. ראה שו"ת חתם סופר, או"ח, סימן רח.

4. היקף סמכות החקיקה של המלך

נשאלת השאלה: מה היקף סמכות החקיקה שבידי המלך ובידי כל שלטון נבחר; האם סמכות זו משתרעת על כל התחומים, או שמא על תחומים מסויימים בלבד?

והנה, מתשובתו הנזכרת של ה"חתם סופר" אפשר להסיק, לכאורה, שמדובר בסמכות רחבה למדי המשתרעת על כל התחומים; שכן הוא כותב:

ונראה לי דרשות ביד המנהיגים להרוג ולענוש מקרא 'זוהיה עליך דמים'... ומסתמא גם אילו לא ניתנה תורה, וקודם מתן תורה, היו דינין ונימוסים, וכל מלך במשפט יעמיד ארץ... וניתנה תורה וחידשה: 'אלה המשפטים', וקבע חוק: גנב ישלם כפל, ושור תם חצי נזקו, שומרים - כך וכך. אבל מה שלא הזכירה תורה, כגון היזק שאינו ניכר, לא הותר?! חלילה, דרכיה דרכי נועם, אלא איננו בכלל משפטי תורה, והמלך וסנהדרין יראו לפי המקום ולפי הזמן, ואין להתורה עסק בזה, והוא הדין ומכל שכן להסיר המזיקין הרבים הרוצחים בלא עדים וכדומה, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום.

מדברי ה"חתם סופר" משמע, שכל מה שלא נזכר בתורה, ולפיכך אינו בגדר "משפטי התורה", בסמכותם של המלך והסנהדרין לחוקק בו חוקים. ומכיוון שנוכרים כאן בחדא מחתא גם מלך וגם סנהדרין, והסנהדרין מוסמכת לחוקק בכל תחום שהיא מוצאת לה לנכון, הרי שלכאורה גם למלך יש סמכות דומה.

ואולם דומה בעיניי, שלא כך צריך לפרש את דבריו של ה"חתם סופר", אלא יש לפרש, שכל אחד משני אלה - המלך והסנהדרין - כל אחד בתחומו, רשאי לחוקק חוקים מעבר למה שכתוב בתורה, ותחום סמכויותיו של מלך ישראל הוא על פי מה שמוגדר כ"משפט המלך".

ומניין לנו שאין למלך סמכות חקיקה כללית, בכל התחומים? לעניות דעתי, הדבר נובע מכך, שכל סמכות החקיקה הזאת שבידי המלך היא בגדר של חידוש, שהרי בעיקרו של דבר מופקדת הסנהדרין על מלאכת החקיקה, והכלל הוא שכל שחידשה תורה - אין לנו בו אלא חידוש, כפי שניתן ללמוד מתשובתו של רבינו תם. כאחת מתשובותיו, מצמצם רבינו תם את סמכותו של המלך לדברים הדרושים לצורך שלטונו, להבדיל מדברים שהוא

45. שם, ד"ה עד כאן הגעתי.

עושה לתועלתו הפרטית, וזאת מן הטעם ש"כל האמור בפרשת מלך, מלך מותר בו - אין לך בו אלא חידושו"⁴⁶. מאותו טעם, שפרשה זו אין לנו בה אלא חידושה, יש לצמצם את היקף סמכות החקיקה - במידה וסמכות זו מצוייה בידי המלך - לתחום הזכויות השלטוניות והמשפט הציבורי בלבד, או, כהגדרתו של הראי"ה קוק למשפט המלך: "כל דבר כללי הנוגע לאומה, וגם כל תיקון של הוראת שעה, לגדור בפני עושי עולה"⁴⁷.

מאלפים הם דבריו של מהר"ץ חיות לעניין הגדרתו של "משפט המלך"⁴⁸:

כל משפטי המלוכה המה רק ענין התקשרות בין המלך והעם, ועל אופנים הללו נאותו הצדדים, והעם התרצו לוותר הונם ורכושם לטובת הכלל, להיות דבר אחד לדור אשר יצא לפנייהם וילחם מלחמותיהם, ונחוץ הדבר גם כן כי בשעת מלחמה יהיה פורץ לו גדר בשדה אחר, וגם מותר להציל עצמו בממון חברו לצורך, כי המלך כולל כל האומה ובו תלוי טובת המדינה, ואף בדבר אשר אינו נוגע רק [=אלא] לכבודו [=למעמדו] לבד, הוא גם כן הטבה כללית להעם. והותר לו נמי אפילו לקחת בניו ובנותיו, הן לצורך הנהגת מדינתו והן בדבר שנוגע לכבודו, ואם ממלכתו מקושט בכל מיני כבוד והדר אזי נצמח מזה הטבה כללית ותועלת עצום, כי יגורו ויפחדו ממנו יושבי קצות הארץ, וכסאו יהיה נכון מבלי מפגיע ומחריד משכניו מסביב... ועתה כיון שראינו דלא וותרו הונם ורכושם רק [=אלא] לצורך ולתועלת המדינה, שוב הדבר מוכן מעצמו, דהיינו שלא נראה שום צמיחת פעולה מלקיחת הונם, שוב חזר דין התורה למקומו, ועל אופן זה לא נתרצו הצדדים. ומפני זה ניחא נמי לתרץ קרשיית התוספות (סנהדרין כ, ע"ב, ד"ה מלך מותר בו), דהקשו, דכיון דמלך מותר ליקח שדות וכרמים של העם אם כן למה הצריך אחאב לחפש עצות מרחוק ליקח כרמו של נבות, הרי בלאו הכי מותר מצד הדין? אבל לפי הנ"ל ניחא, דדוקא משום צורך המדינה מותר, כיון שמגיע תועלת כללי, על אופן זה התרצו העם, אבל אחאב שביקש כרם נבות לצורך תענוג עצמו, ולא הגיע מזה שום תועלת לעם, שוב חזר דין התורה למקומו, דלקחת בחזקה הוא גול גמור... דדין המלך אינו רק [=אלא] מטעם שנתרצו העם ליתן ממונם לצורך המדינה,

46. תשובות בעלי התוספות (מהדורת אייגוס, ניו-יורק, תשי"ד) סימן יב.

47. משפט כהן, סימן קמד (עמ' שלה).

48. כל כתבי מהר"ץ חיות, שם, עמ' מו-מו.

ולכל מה שיגיע לעם תועלת בדבר שנוגע לכבודו, אבל בענין שאינו נצמח שום תועלת, אזי לא נופל הוא משאר האנשים אשר תורת ה' הוא חלקם, ואסור להרחיק ממנה אף כחוט השערה, ובפרט המלך אשר נצטווה על פי התורה להיות ספר התורה אצלו תדיר...⁴⁹

פירושו של דבר: משפטי המלוכה כוללים את הדברים אשר לגביהם קיימת הסכמת העם להעניק למלך סמכויות שלטוניות הדרושות כדי לבצר את שלטונו, ולצורך תיקון המדינה. הסכמה זו נתונה למלך, מכיוון שלכלל הציבור יש עניין בקיומו של שלטון חזק, וכל דבר שנחוץ לצורך זה הוא בסמכותו של המלך מכוח הסכמת העם. לפיכך, המסקנה המתחייבת היא, כפי שאומר מהר"ץ חיות בסוף דבריו, שבדבר שאין בו משום ביצור שלטונו של המלך, אין למלך בו כל סמכויות מיוחדות, אלא הוא מצווה ללכת בו לפי דין תורה ואסור לו להרחיק ממנו אף כחוט השערה.

וכך כותב ר' מאיר שמחה הכהן בפירושו לרמב"ם⁵⁰: "דכמו דלסנהדרין בזמן הבית היה רשות להרוג ולענוש מפני הוראת שעה... כך יש למלכי בית דוד רשות לתקן העולם, והיינו דוקא לרוצח, אבל בענינים שבין אדם למקום, כמו בהטיח את אשתו תחת תאנה או רכב על סוס בשבת, שזה אינו נוגע לתקון המדינה כלל, אין זה שייך למלכי בית דוד, רק לסנהדרין, וברור". כלומר, סמכותו המיוחדת של המלך מצומצמת אך ורק לאותם דברים שניתן להגדירם כ"תיקון העולם", ולכן - אם עבר אדם עבירה דתית - אף על פי שמבחינת ההלכה זוהי עבירה פלילית כמו כל עבירה אחרת נגד החברה, אין למלך כל סמכויות מיוחדות ביחס לעברייני זה, שכן ענישתו אינה נחוצה לתיקון העולם, או לתיקון המדינה⁵¹. דומה, שאם בתחום הפלילי מוגבלת סמכותו של המלך לעניינים שיש בהם משום ערעור

49. וראה הרב ישראל בארי, המדרש כהלכה (תל אביב, תש"ך) בעמ' שי, המבקש להוכיח, ש"אף דזכותו של מלך הוא דפורץ לו גדר ואין ממחין בידו, מכל מקום מלך ירא שמים אינו מנצל זכות זו שבידו ומשתדל לא לפגוע בממון אחרים". אבל ראה מה שכתב שם, בעמ' רצו, שאף על פי שהדין הוא שמלך שגזר לעבור על דברי תורה אין שומעים לו, מכל מקום "אם מתחילה קבלו עליהם גם על תנאי זה הרי הם חייבים לשמוע בקולו מדין מלכות, אף דלא הותרו, ויענשו על עבירות אלו כדין, אבל יש למלך כוח להכריח אותם לעבור מדין מלכות". עיין שם לראייתו, והדברים צריכים עיון רב.

50. אור שמח, הלכות מלכים ג, י. וראה גם מה שכתב הרב א' כ"ץ, "הערות לנושא בתי המשפט בארץ ואיסור ערכאות" תחומין ג (תשמ"ב) 538.

51. וראה גם דבריו של הרי"א הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ב (לעיל, הערה 11) 78, בדבר צימצום כוחו של המלך לתחום דיני העונשין, בעיקר בדין רוצח שלא ניתן להרשיעו בבית דין, לתיקון המדינה.

אושיות החברה בלבד, ואינה כוללת עבירות שבין אדם למקום, שאף הן עבירות לכל דבר, קל וחומר שאין סמכויותיו של המלך כוללות עניינים מתחום המשפט הפרטי, שבין אדם לחבירו, שבהם קיימת כבר מערכת של חוקים ומשפטים שעל פי דין תורה, ואם מתעורר צורך כלשהו לתקן תקנות, הרי שחכמי ההלכה הם המוסמכים לכך, כשם שאף במשפט הפלילי - ככל שמדובר בעבירות שבין אדם למקום - חכמי ההלכה הם המוסמכים לתקן לצורך שעה, ולא המלך.

לכך יש להוסיף עוד ולומר: באופן בסיסי, מוקנות סמכויות החקיקה במשפט העברי בידי הסנהדרין⁵². לא ייתכן שאותה מערכת משפטית תקנה סמכות חקיקה ראשית, בכל תחומי המשפט, לשני גופים מקבילים. הסמכויות המוקנות בידי המלך הן איפוא בהכרח סמכויות ביצוע לצורך שלטונו ולתיקון המדינה, ואף אם תמצי לומר שסמכויות אלה כוללות גם את הסמכות לחוקק חוקים, אין זאת אלא בתחום מוגדר זה של הסמכויות השלטוניות שניתן אולי להגדירו כתחום המשפט הציבורי.

מסקנת הדברים היא, לכאורה, שכנסת ישראל, כיורשת סמכויותיו של מלך ישראל, גם אם בעלת סמכות היא לחוקק חוקים במסגרת סמכויות הביצוע של השלטון, סמכותה מוגבלת - מכוח משפט המלך - לתחום דיני המשפט הציבורי, כדיני עונשין ומסים בלבד, ואז מוסמכת הכנסת - בדומה למלך עצמו - לחוקק גם בניגוד לדין תורה⁵³, בעוד שלכל התחום הרחב של המשפט הפרטי אין משפט המלך יכול לשמש בסיס כלל.

והנה, אחד מגדולי הרבנים שבדורנו, הרב שאול ישראלי, המרבה לעסוק בשאלות של תורה ומדינה במציאות ימינו, בדונו בשאלת תוקפם של משפטי המלוכה בימינו, מגיע, לכאורה, למסקנה מרחיקת לכת יותר; ואלו דבריו בסיכום⁵⁴:

הנה כי כן נפשט הספק שהתחלנו בו את בירורנו, שכל הסמכות שמוצאים במלך, בין בעניני ממונות בין בעניני נפשות, עיקרה תלוי בהסכמת העם שמינוהו על עצמם בסמכויות אלה. סמכויות אלה, כיוון שכל עיקרם בהסכמת העם, יכולות להינתן גם לממשלה ולנשיא. ואין לסמכויות אלה שום גבולות מוגדרים, רק שיהא בהם

52. ראה רמב"ם, הלכות ממרים ב, ב. בהיעדר הסנהדרין, מסורות סמכויות החקיקה בידי חכמי ההלכה המוסמכים ולא בידי השלטון האזרחי, ראה מ' אלון, המשפט העברי, עמ' 391 ואילך. גם אם ההלכה מכירה בסמכותם של נבחרי הציבור (שאינם חכמי הלכה) לחוקק חוקים, אין זאת אלא בתחומים מסויימים ובפיקוחם של חכמי ההלכה (ראה להלן, פרק ד).

53. וראה הרב י' גרשוני (לעיל, הערה 37) צד.

54. עמוד הימיני (לעיל, הערה 8) פ.

משום תיקון העולם. וכל עוד הם פועלים בגבולות הסמכות שנמסרה להם, דינם דין ותקנתם תקנה, בין כמה שנוגע לממונות ובין מה שנוגע לענייני נפשות.

האם יש בדברים אלה משום מתן בסיס הלכתי לכל התחום של המשפט הפרטי [=דיני ממונות] במדינת ישראל על יסוד "משפט המלך"? דומה בעיניי שלא. כפי שמטעים הר"ש ישראלי, תנאי יסודי הוא, שהשימוש בסמכות מכוח הסכמת העם לא יהיה אלא לתיקון העולם. ספק גדול אם ניתן, לדעתו, להצדיק את המרתו של חושן משפט בכללותו במערכת חוקים אחרת באמצעות הנימוק של "תיקון העולם"⁵⁵.

יחד עם זאת, כאשר נמצא שבעניין מסוים - גם אם מדובר בתחום המשפט הפרטי - נחוצה חקיקה שתשנה מן הדין הקיים בהלכה היהודית, כגון הצורך ברישום עסקות במקרקעין כתנאי לתוקף העיסקה⁵⁶, יתכן שניתן אמנם לבסס חוק כזה על "משפט המלך". ואולם, חוקים שבהם אין למצוא שום יסוד של "תיקון העולם"⁵⁷, אין, לכאורה, כל מקום לכיסוסם על "משפט המלך", שכן גם אם נרחיק לכת ונאמר, שאף בתחום המשפט הפרטי - זה שבין אדם לחבירו - יש למלך סמכות לחוקק חוקים, מכל מקום אין להפריד בין סמכות זו ובין הציווי האמור בתורה ביחס למלך, ושלפיו חלה עליו באופן מיוחד, בתוקף מעמדו כמלך, החובה ל"שמור את כל דברי התורה הזאת"⁵⁸.

55. ויש להעיר: אין ספק, שהכנסת, מבחינתה, כוונתה במעשה החקיקה שלה, לתקן את העולם (כמובן הרחב של מושג זה). ואולם, מאחר שבאופן בסיסי קיימת מערכת מחייבת שלימה של חוק ומשפט, המבוססת על "חושן משפט", וחקיקת הכנסת באה לשנות מערכת זו, צריכות להיות לכך סיבות טובות. והנה, בסוף דבריו כותב הר"ש ישראלי את הדברים הבאים (שם, עמ' פא): "אכן כמה שנוגע לסמכות הכנסת לרון בעניינים אלה וכן להמחות אחרים לרון בזה, הן מצד הרכב הנבחרים (פורקי עול תורה ומיעוטים של עמי נכר היכולים להכריע לפעמים) הן מצד דרכי הדיון (שכל אחד דורש טובת עצמו), יש מקום לדיון רחב מצד עצמו". הרי שגם המחבר עצמו, למרות מסקנתו לעיל, מהסס בנוגע להשלכות המעשיות הנובעות מכך ביחס לחקיקת הכנסת. דומה, שדבריו דלעיל, אינם מתייחסים אלא לעצם סמכותה של כנסת הנבחרת על ידי העם לחוקק חוקים, גם בדיני ממונות, במידה שהדבר נחוץ לצורך תיקון העולם (כמובן המצומצם של המילה), אבל אין באותם דברים קביעה שמאחר שהכנסת מוסמכת לכך, ממילא יש תוקף הלכתי לכל מעשה החקיקה. הטעם לכך שאין הכרה הלכתית למעשה החקיקה בכללותו, נובע מהרכבה של הכנסת, ומבעיות נוספות כיוצא בזה.
56. ראה בעניין זה להלן, בפרק ג. ושם מבואר, שהרישום נחוץ כדי לנעול דלת בפני הרמאים, שאף לא כן יהיה בידו כל אדם למכור נכסיו לכמה בני אדם; ראה הטקסט בסמוך לציון להערה 135.
57. היסוד של "תיקון העולם" מצוי באותם עניינים שבהם אין בדין הקיים כדי לתת מענה נאות לבעיות חברתיות שנוצרו כתוצאה מן המציאות המשתנה.
58. דברים ח, יט.

דברים מפורשים בעניין זה אנו מוצאים בדרשות הר"ן⁵⁹. שיטת הר"ן היא, "שתכלית מנויים [=של השופטים] הוא כבר לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי בעצמו [=משפט התורה]... ומפני שסדור המדיני לא ישלם בזה לכדו, השלים האל תיקונו במצות המלך"⁶⁰. כותב הר"ן בהמשך דבריו⁶¹:

ולפי שכח המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת אלהים יבוא להפריז על המדות יותר במה צ"ל: ממה שיתחייב לתקון הכלל, צוהו שיהיה ספר תורה עמו תמיד, כאמרו... וכתב לו את משנה התורה הזאת... למען ילמד ליראה את ה' אלקיו לשמור את כל דברי התורה הזאת. ירצה בזה על מצות התורה כלל, אם יבטל שום מצוה לצורך תקון זמנו, לא תהיה כונתו לעבור על דברי תורה כלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כוונתו לשמור את כל דברי התורה זאת, ואת החוקים האלה לעשותם, שבכל מה שיוסיף או יגרע יכוין כדי שחוקי התורה ומצוותיה יהיו יותר נשמרים. כאשר נאמר על צד המשל, שכשיהרוג הורג נפש בלא עדים והתראה, לא תהיה כונתו להראות ממלתו לעם שהוא שליט על זה, אבל יכוין בעשותו זה כדי שמצות 'לא תרצח' תתקיים יותר ולא יפרצו עליה.

מהסברו של הר"ן עולה, שכל סמכותו של המלך - שהיא סמכות משלימה לזו שמצוייה בידי בית דין - כפופה למסגרת הבסיסית הקבועה בתורה ובדין תורה, והמטרה שלשמה הוקנתה למלך סמכות זו אינה אלא כדי ש"חוקי התורה ומצותיה יהיו יותר נשמרים". כלומר, ה"תיקון המדיני" שעליו מדבר הר"ן אינו תיקון מדיני לפי תפיסות אנושיות כלליות, אלא על פי התפיסה ההלכתית היהודית⁶². דומה, שקשה מאוד לבסס את סמכותה של הכנסת לחוקק חוקים בתחום המשפט הפרטי - גם אם היא מוסמכת לכך מכוח "משפט המלך" - כשמדובר לא על חוקים משלימים לתיקון המדינה אלא על החלפתו של דין

59. דרשות הר"ן, הדרוש האחד עשר (מהדורת פלדמן, ירושלים, תשל"ד) רא.

60. שם, עמ' קצ. דוגמאות, מתוך המקרא, לכפיפותו הבסיסית של המלך למשפט התורה, ראה במאמרו של ש' ייבין, "משפט התורה ביהודה ובישראל בימי המלוכה" תרבי" כ (ספר היובל לכבוד י"ג אפשטיין, תש"י) 58-60.

61. שם, עמ' רא.

62. וראה גם פירוש הרמב"ן לדברים יז, יט; ודבריו של ח' טשרנוביץ ("רב צעיר"), תולדות ההלכה, חלק ב (ניו יורק, תש"ה) 113.

שמה אינו מתייחס אלא למלכות של גויים? ב. אם ימצא שכלל זה מתייחס גם למלכות ישראל, מה היקף תחולתו, ובאלו תחומי משפט הוא ניתן ליישום?⁶⁶ התשובה לשאלה הראשונה היא, לכאורה, חד-משמעית: מכל המקורות התלמודיים, המצטטים כלל זה בשמו של האמורא שמואל, עולה, כי הרברים נאמרו ביחס למציאות שבה נתונים היהודים למרותו של שלטון זר. יש שהסוגייה התלמודית מתייחסת במפורש לשלטון הזר של הגויים, כמו במסכת בבא בתרא נה, ע"א, שם נזכר דינה של מלכות פרס, ויש שאין הסוגייה מפרשת בשמה של אותה מלכות, כמו במסכת בבא קמא קיג, ע"א, אבל מהקשרם של הדברים ברור שזכוונה היא למלכות של נכרים ולא למלכות ישראל. גם אין תימא שבסוגייה הנזכרת שבמסכת בבא בתרא מצוטט הכלל בשמו של שמואל על-ידי לא אחר מאשר עוקבן בר נחמיה, ששימש כראש הגולה, ועסק, מטבע הדברים, בצורה אינטנסיבית, במערכת היחסים שבין הציבור היהודי ובין השלטון הנכרי, ובכלל זה גם בשאלה הבסיסית של ההכרה ההלכתית בחוקיו של שלטון זה, שהרי המציאות שבה חיו היהודים לא איפשרה להם להתעלם מקיומה של מערכת חוקים זו.⁶⁷

ואמנם, עיון בספרות ההלכה של הראשונים מגלה, שלא נמצא אפילו פוסק אחד הקובע, בצורה חד-משמעית, שכלל זה חל גם על מלכות ישראל. הדעה הרווחת היא, כלשונו של בעל "נימוקי יוסף"⁶⁸, "שדוקא במלכי אומות העולם דינא... ומלכי ישראל אין דנין דין אלא על פי התורה". נימוקו של בעל "נימוקי יוסף" הוא, שבמחלוקת התלמודית⁶⁹ אם כל האמורא בפרשת המלך שבספר שמואל - מלך מותר בו אם לאו, ההלכה היא שמלך אסור בו, "ולא אמרה תורה אלא ליראם ולבהלם שלא ישאלו להם מלך", ולפיכך מלך ישראל חייב לדון על פי דין תורה בלבד. אכן, אחרים מן הפוסקים סוברים שכל האמורא בפרשת המלך - מלך מותר בו,⁷⁰ אבל עצם הסמכות המוקנית מכוח פרשת המלך אינה

66. אם ימצא שהכלל הזה חל גם על מלכות ישראל, הרי שלכאורה הדיון בהיקף תחולתו מיותר, שכן מאחר ששללנו את סמכותו של המלך לחוקק ככל התחומים, מה טעם יש לדון בסמכותו לחוקק בתחומים נוספים וזאת מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא"? אלא, כפי שיתבאר בסמוך, במקורו אין הכלל מתייחס אלא למלכות של גויים. יש מקום אפוא לומר, שביחס למלכות הגויים סמכות החקיקה רחבה יותר, ואם בתקופה מאוחרת יותר הוחל הכלל גם על מלכות ישראל, הרי שכתוצאה מכך זכה מלך ישראל בסמכויות נוספות שלא היו בידו מכוח "משפט המלך".

67. וראה ש' שילה, דינא דמלכותא דינא (ירושלים, תשל"ה) 6.

68. על הרי"ף נדרים (דפוס וילנא, י, ע"א) ד"ה והא אמר שמואל.

69. סנהדרין כ, ע"ב.

70. ראה לדוגמא רמב"ם, הלכות מלכים ד, א.

תורה כולו, או כמעט כולו, במערכת שונה של חוקים, שבוודאי אין לומר עליה שכל תכליתה הוא ש"חוקי התורה ומצוותיה יהיו יותר נשמרים".

עם זאת מן הראוי להדגיש, שבאותו תחום שבו תיתכן הכרה הלכתית בחקיקת הכנסת על יסוד "משפט המלך", דהיינו תחום המשפט הציבורי, ואולי גם אותו חלק של המשפט הפרטי שיסודו ב"תיקון העולם", לא זו בלבד שחוקי הכנסת עשויים להיות בניגוד לדין, ולמרות זאת הם יהיו מוכרים, כאמור לעיל, על ידי ההלכה, אלא דומה שההלכה אינה מזקיקה - גם לא לכתחילה - כל אישור מוקדם מטעמה של סמכות הלכתית כלשהי, בדומה לדרישה הקיימת ביחס לתקנות הקהל⁶³. הטעם לכך הוא, ש"לא מצינו במלך ישראל שצריך להמלך עם חכם העיר"⁶⁴, וכאשר סמכותה של הכנסת מבוססת על "משפט המלך", לא קיימת, גם לגביה, דרישה זו.

כדי לבדוק את שאלת ההכרה ההלכתית בחוקי הכנסת מעבר לכך, דהיינו בתחום המשפט הפרטי כולו, עלינו לדון בשני היסודות הנוספים שפורטו בראש דברינו, וזאת נעשה בפרקים הבאים.

ג. דינא דמלכותא דינא

1. תחולתו של הכלל במדינה יהודית

הכלל: "דינא דמלכותא דינא" נזכר פעמים אחדות בתלמוד⁶⁵, ומשמעותו היא: דין המלכות הוא הדין (גם כשקיימת התנגשות בינו ובין הדין היהודי).
אם נבוא ליישם כלל זה כפשוטו במציאות הישראלית דהיום, יהיה עלינו להגיע למסקנה, שבכל עניין שבו יש הסדר במסגרת החוק הישראלי, נדחה, לכאורה, הדין היהודי מפניו. ואולם, לפני שנגיע למסקנה כה מרחיקת לכת, עלינו לדון במספר שאלות מיקדמיות, והן:
א. האם הכלל האמור מתייחס לכל מלכות, כולל מלכות ישראל (מדינת ישראל), או

63. ראה להלן, פרק ד, סמוך לציון להערה 195.

64. שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו"מ סימן כח, סעיף ב, אות ז.

65. בבא קמא ק"ג, ע"א, ומקבילות.

גורמת להחלתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" גם על מלכי ישראל. הר"ן, למשל, מחזיק בדעה, שכל האמור בפרשת המלך - מלך מותר בו⁷¹, אבל אין זה מחייב את המסקנה שלדעתו יחול הכלל "דינא דמלכותא דינא" במלכי ישראל, שכן במקום אחר הוא מגלה דעתו המפורשת נגד החלתו של הכלל על מלכי ישראל; ואלו דבריו, בשם התוספות:

דוקא במלכי עובדי כוכבים אמר דדינא דמלכותא דינא מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם: 'אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ', אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה⁷².

לעומת מקורות מפורשים אלה ואחרים - מקורות שאותם מביא שמואל שילה בספרו המקיף אודות הכלל "דינא דמלכותא דינא"⁷³, דומה שאין כל מקור מפורש לכיוון ההפוך⁷⁴.

אכן, עצם העובדה, שבמקורו לא התייחס הכלל "דינא דמלכותא דינא" אלא למלכות הגויים, אין בה כדי למנוע את החלתו של הכלל גם על מלכות ישראל, וזאת בדרך של פרשנות מרחיבה. השאלה הנשאלת היא איפוא האם הרחבת היקף תחולתו של הכלל בדרך של פרשנות היא אפשרית, לאור הנימוקים המוגחים ביסודו של הכלל?

עיון בשיטות הפוסקים מגלה, שלכלל "דינא דמלכותא דינא" ניתנו כמה וכמה נימוקים. אימוצם של אחדים מהם בוודאי מונע את האפשרות להרחיב את היקף תחולתו של הכלל ויישומו גם במלכות ישראל. כך, לדוגמא, אם נראה כבסיס עיקרי לכלל את נימוקם של בעלי התוספות המצוטט על ידי הר"ן שהובא לעיל, דהיינו שהמלך הוא הבעלים על הארץ, ולכן חייבים להכיר בחוקיו, לא נוכל להחיל את הכלל גם על מלכות ישראל, כפי שהר"ן עצמו כתב במפורש. הוא הדין ביחס לנימוק שנותן רש"י לכלל זה, דהיינו שיסודו של

71. חידושי הר"ן לבבא בתרא נה, ע"א, ד"ה ורב הונא.

72. פירוש הר"ן לנדרים כח, ע"א, ד"ה במוכס העומד מאליו. וראה גם חידושי הרשב"א לנדרים, שם.

73. לעיל, הערה 67, בעמ' 99 ואילך.

74. ראה הדברים שמביא ש' שילה שם, בעמ' 103. ויש להעיר: הדברים המובאים, שם, בשם המהרי"ק על-פי תשב"ץ, ח"ד, חוט המשולש, טור א, סימן יד, בשם "פ"י הגאון מהרי"ק ז"ל", אינם לר' יוסף קולון, שנמנה אמנם עם הראשונים, אלא לר' יוסף קארו, הנמנה כבר עם האחרונים. המקור לכך מצוי ב"כסף משנה" על הרמב"ם, הלכות גזילה ואבידה ה, יא. יתירה מזו: לאחר שה"כסף משנה" כותב מה שכותב בפירוש דעת הרמב"ם, הוא כותב: "אבל יש לגמגם בזה...", עיין שם.

הכלל הוא כמצוות דינים של בני נח⁷⁵ - מצווה שמטבע הדברים אינה יכולה להיות שייכת במלכות ישראל⁷⁶.

ואולם, לכלל "דינא דמלכותא דינא" ניתנו גם נימוקים אחרים. מדבריהם של כמה מן הראשונים עולה, כי הבסיס לכלל הוא הסכמת התושבים. זו, למשל, דעתם של הרשב"ם⁷⁷ ושל הרמב"ם⁷⁸. נימוק זה לכלל בוודאי יכול להיות ישים גם במלכות ישראל. הוא הדין בנימוק שניתן לכלל על ידי רבינו תם⁷⁹. לדבריו, יסודו של הכלל הוא בסמכות חכמים להפקיר ממון ("הפקר בית דין הפקר"), וכשם שהם מוסמכים להפקיר על-ידי תקנה, כך גם מוסמכים הם להפקיר בדרך של מתן תוקף לדינא דמלכותא. גם קבלתו של נימוק זה מאפשרת את החלת הכלל על מלכות ישראל.

ואכן, מן הטעמים הללו רווחת הדעה בקרב האחרונים, שהכלל "דינא דמלכותא דינא" ניתן ליישום גם במלכות ישראל⁸⁰.

כל דיוניהם של האחרונים, עד להקמתה של מדינת ישראל, אינם מתייחסים למציאות נתונה, אלא לבעייה העקרונית של תחולת הכלל דנן על מלכות ישראל. עם הקמתה של מדינת ישראל הפכה שאלה זו לשאלה מעשית הדורשת הכרעה. בעצם העובדה שהכלל ניתן ליישום גם במלכות ישראל, כפי שעולה מספרות ההלכה של האחרונים, כאמור לעיל, אין כדי לקבוע בצורה נחרצת שמעשה דוחה חוק מדינת ישראל את הדין היהודי במקום שיש התנגשות בין השניים, שכן קודם ליישום המעשי של הכלל על חוקי המדינה יש לדון במספר שאלות מקדמיות. בשאלות אלו נדון להלן.

2. תחולתו של הכלל במדינה בעלת מישטר דמוקרטי

השאלה הראשונה הנשאלת היא: האם תחולתו של הכלל היא רק ביחס לשלטונו של מלך, או שגם על שלטון דמוקרטי נבחר יחול הכלל?

75. גיטין ט, ע"ב, ד"ה חרץ מגטי נשים.
 76. וראה, בהקשר זה, דבריו של הרב בצלאל זולטי בערעור תשכ"ה/47, פר"ד ה, 258.
 77. בבא בתרא נד, ע"ב, ד"ה והאמר שמואל.
 78. הלכות גזילה ואבידה ה, יח. לפי נימוקם של הרשב"ם והרמב"ם, יש מקום לומר ש"דינא דמלכותא דינא" הוא מדאורייתא, שכן הכלל מבוסס על מחילה וקבלה, והרי זה מעין תנאי שבממון שקיים מן התורה; ראה שו"ת ציץ אליעזר, חלק טז, סימן מט, סעיפים ד-ה, ובמקורות שציין להם. לשאלה זו ראה מה שכתב ש' שילה (לעיל, הערה 67) 85-87.
 79. תשובות בעלי התוספות (לעיל, הערה 46) סימן יב.
 80. ראה המקורות המובאים על ידי ש' שילה, שם, עמ' 104 ואילך.

כאמור בדברינו לעיל ביחס לכלל עצמו, אין ספק שהכלל במקורו נאמר ביחס לשלטונו של מלך - צורת השלטון השכיחה אז. גם חלק מן ההנמקות שניתנו לכלל זה על ידי חכמי ההלכה עניינן בשלטונו של מלך דווקא. כך הוא המצב, למשל, ביחס לנימוקם של בעלי התוספות המצוטט על ידי הר"ן לעיל, דהיינו: שהארץ היא של המלך. אם נבוא להסתמך על נימוק זה דווקא, כי אז לא ניתן יהיה ליישם את הכלל בשלטון דמוקרטי, שבוודאי אינו נחשב לבעלים של הארץ⁸¹.

ברם, גם לעניין זה אין הכרח להסתמך על נימוקים כגון זה של בעלי התוספות דווקא, וניתן לאמץ למשל את הנמקתם של הרשב"ם והרמב"ם, המדברים על הסכמת התושבים כבסיס לכלל. הנמקה זו, שנמצאה יפה על ידי הראשונים ביחס לשלטונו של מלך, על אחת כמה וכמה שהיא יפה ביחס לשלטון דמוקרטי של ימינו⁸².

ואמנם, האפשרות העקרונית להחיל את הכלל גם על שלטון שאינו של מלך, עולה מפורשות מדבריהם של ראשונים ואחרונים. מתוך אחת מתשובותיו של הרשב"א עולה, שהמבחן לצורך החלתו של הכלל דנן הוא, אם יש לשלטון כוח לחוקק חוקים: "אם השלטון הזה יש בו כח לעשות חוקים בעירו, דינו דין, דקיימא לן דינא דמלכותא דינא"⁸³. ובכן, הכלל "דינא דמלכותא דינא" יכול לחול על כל מסגרת שלטונית שהיא שבידה הכוח לחוקק חוקים. וכן כתב הראי"ה קוק בדור הקודם, בתקופה שקדמה להקמת המדינה, שכל האמור במקורותינו ביחס ל"מלך", חל על כל שלטון אחר שיש לגביו הסכמת העם⁸⁴. מבחינת היסוד של הסכמת העם בוודאי שהכנסת בימינו נהנית מהסכמה כזו, ולפיכך ניתן להחיל עליה באופן עקרוני את הכלל "דינא דמלכותא דינא". זו גם דעתם של כמה מגדולי הרבנים בזמננו, שדנו בשאלה מסויימת זו⁸⁵.

כיוון שנמצא, שניתן להחיל על חוקי הכנסת את הכלל "דינא דמלכותא דינא", יכולה ההכרה ההלכתית, מכוח כלל זה, לחול לא רק על החקיקה הראשית של הכנסת, אלא גם על כל חקיקת המשנה הנעשית במדינה על-ידי רשויות הפועלת מכוח החוק, שכן "שלוחא

81. מטעם זה, בין היתר, שולל הרב ח' פרס את החלתו של הכלל על מדינת ישראל. ראה מאמרו: "היש תוקף הלכתי לחוקי הכנסת?" תחומין ז (תשמ"ו) 520.
82. על הסכמת אנשי המקום כיסוד חיוני למינויו של ראש הגולה, ראה פירוש המשנה להרמב"ם, בכורות ד, ד.
83. שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תריב. וראה גם ים שלמה לבבא קמא, פרק י, סימן יח.
84. משפט כהן, סימן קמד.
85. ראה, לדוגמא, שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו"מ, סימן כח, סעיף ב.

דמלכא כמלכא"⁸⁶, ורשות הפועלת מכוח המחוקק דינה כמחוקק עצמו.

3. תחולתו של הכלל על שלטון יהודי חילוני

שאלה נוספת שיש לעורר היא: בהנחה שניתן להחיל, באופן עקרוני, את הכלל "דינא דמלכותא דינא" על הכנסת וחוקיה, כלום אין לומר שתנאי מוקדם לכך הוא שהכלל יחול רק על מוסד מחוקק המורכב מאנשים יראי שמים המקבלים עליהם עול תורה ומצוות, ואילו על הכנסת, בהרכבה הנוכחי, דהיינו, שרוב מניין חבריה אינו מקבל עול תורה ומצוות, הכלל אינו חל?

בין פוסקי ההלכה של דורנו, מוצאים אנו אמנם מי שמחזיק בדעה, ש"כיון שאין כאן גוף חוקי בדין תורה אלא מדינא דמלכותא, הא לא שייך דינא דמלכותא כלל בבני פריצי עמנו"⁸⁷. ויש שעוררו את השאלה בלא להכריע מפורשות: "עוד יש לדון בכלל אם שייך במדינה זו דינא דמלכותא דינא, כיון שמשפטיהם לקוחים ממשפטי העכו"ם בעוה"ר"⁸⁸. כוונת הדברים היא, ככל הנראה, שביחס לאומות העולם, כל שיטת משפט שהם מקבלים על עצמם היא חוקית, מבחינת ההלכה, שכן בכך הם מקיימים את מצוות דינים של שבע מצוות בני נוח. אבל ישראל הרי מחוייבים בדין תורה, ולכן כל חקיקה שמקורה בחוקי הגויים - ואולי גם חקיקה מקורית, שאינה תואמת את דיני התורה - אינה חוקית מבחינת ההלכה.

ואולם דומה, שאין לשלול מחוקי הכנסת את הגדר של "דינא דמלכותא" מן הטעם שהכנסת פועלת שלא מתוך מחוייבות לדין תורה. כפי שנאמר לעיל, במקורו לא נאמר הכלל "דינא דמלכותא דינא"⁸⁹ ביחס למלכות ישראל אלא ביחס למלכות הגויים. לפי שיטת הרמב"ם ואחרים, תנאי מוקדם להכרה בחוק הנכרי מכוח הכלל האמור הוא,

86. בבא קמא קיג, ע"ב.

87. שו"ת פאת שדך, סימן צא. וראה גם תשובת הר"מ אמסעל בשו"ת המאור (ספר היובל, ניו-יורק, תשכ"ז) שסד, שכתב, שכיוון שאין תוקף למינויים של נושאי משרות המוגדרים כ"כופרים" או "רשעים", הרי "ממילא כל הפקודות והדינים והמשפטים שמוציאים, בין מהכנסת או מבית המשפט או מסתם פקיד, אינם מחייבים שום בן אדם, משום שמחוייבים לדון על-פי דיני התורה...". וכן סבור הרב ח' פרדס, (לעיל, הערה 81), "שדין זה חל דוקא במלך שהוא שומר מצוות ומי שאינו שומר מצוות אין לו דין מלך כלל".

88. שו"ת מנחת יצחק, חלק ז, סוף סימן קלח. וראה גם שו"ת בית אבי, חלק ב, סימן קמג.

89. ראה לעיל, בסמוך לציון להערה 67.

שהשלטון יהנה מהסכמת התושבים. אם החלתו של הכלל על מלכות ישראל היא על יסוד שיטה זו, כי אז צריך לומר שמאחר שהשלטון במדינת ישראל נהנה מהסכמת התושבים, אין בעצם העובדה שמדובר בשלטון חילוני כדי לעכב. יש לדעת, שכלל זה הוחל על ידי הפוסקים גם לגבי שלטון נכרי מושחת⁹⁰, ומה שקבע היה אם מדובר בשלטון מוכר, אם לאו. אף לגבי מדינת ישראל יש לומר אפוא, לכאורה, שאין בעצם העובדה שהשלטון אינו פועל בהתאם לדין תורה כדי למנוע את החלתו של הכלל. כבר בעלי התוספות עוררו את השאלה: למה נענש אחאב על מעשה נבות, הרי היתה לו הסמכות לפעול כפי שפעל בהיותו מלך ישראל⁹¹? לשאלה זו ניתנו כמה תירוצים - ואין הפרטים חשובים לענייננו - ולא נאמר הדבר הפשוט ביותר שיכול היה להיאמר, דהיינו, שבהיותו רשע, לא חל על אחאב דין מלך. מכאן משמע, לכאורה, שמעמדו של המלך (או שלטון אחר כלשהו), אינו תלוי במבחן שמירת המצוות (או החוקים, כשמדובר במלך נכרי)⁹², ואם ניתנה לו הסכמת התושבים (לפי שיטת הרשב"ם והרמב"ם, כאמור לעיל), יש לו מעמד חוקי, וניתן להחיל עליו את הכלל "דינא דמלכותא דינא".

כך סבור גם הרב עובדיה יוסף, הכותב: "שגם לגבי מדינת ישראל [=שבה חלק מן הנבחרים לכנסת הם מפריצי עמנו ויש בהם גם כן שונאי דת] שייך הכלל דינא דמלכותא דינא... ולכן נראה להלכה שכל מה שנוגע למסים וארגוניות ומכס יש לקיים את החוק של המדינה"⁹³.

90. ראה, לדוגמא, שו"ת משנת ר' אליעזר (שאלוניקי, תרי"ג) סימן ח (כט, ע"ג), לגבי חוקיות ההחרמה של רכושו של יהודי שנרצח בפקודת השליט. אכן, במקרה קיצוני כמו שלטון הרצח של הגרמנים הנאצים ימ"ש, נפסק על ידי בית הדין בירושלים בתיק 517/תשי"ד, פד"ר א, 169, שאין הכלל דגן חל, באשר מדובר היה בחוק שהיפלה את הציבור היהודי ולכן לא התקיים אחד התנאים הבסיסיים לתחולתו של הכלל (ראה להלן, סמוך להערה 108), ועוד, שמאחר שנשללה זכות הישיבה של היהודים שם, נשמט היסוד להחלתו של הכלל באותה ארץ. וראה ש' שילה, שם (לעיל הערה 67) בעמ' 81.

91. סנהדרין כ, ע"ב, תוספות ד"ה מלך מותר.

92. וראה גם מה שכתב בנידון זה הרב זלמן קורן, "ממלכתיות ישראלית - משמעויות הלכתיות", בתוך: ממלכת כהנים וגוי קדוש (לזכר דוד כהן הי"ד, ירושלים, תשמ"ט), מעמ' 184 ואילך.

93. שו"ת יחזה דעת, חלק ה, סימן סג. לפיכך חולק המשיב על דעתו של בעל פאת שדך, בכתבו, ש"אפלו במלך רשע ועובד עבודה זרה שייך הכלל דינא דמלכותא דינא". כאסמכתא לדבריו הוא מציין לדברי התוספות הג"ל, וכן לספר הזוהר, פרשת וישב, דף קצב, ע"ב.

4. ההגבלות ביחס להיקף תחולתו של הכלל

השאלה האחרונה שיש לדון בה היא: מה היקף תחולתו של הכלל, והאם המשמעות הנודעת להחלתו של הכלל על חוקי המדינה היא, שבכל מקרה בו יש התנגשות בין חוק המדינה ובין ההלכה היהודית תגבר ידו של החוק?
יש לדעת, שהכלל "דינא דמלכותא דינא" הוקף במרוצת הדורות בסייגים שונים על ידי הפוסקים, וגם במדינת ישראל לא יחול הכלל אלא בכפוף לאותם סייגים. מן הראוי להדגיש את החשובים שבין הסייגים הללו⁹⁴:

א. הכלל "דינא דמלכותא דינא" אינו חל בתחום הדין הדתי כלל ועיקר, וכלשון הרמב"ם: "שכל דיני המלך בממון - על פיהן דנין"⁹⁵. דבר זה מקובל על דעת כל הפוסקים. כך, לדוגמא, כותב התשב"ץ⁹⁶:

מילתא פשיטא היא שבכל דבר שיש בו איסור, אי אפשר לומר דינא דמלכותא דינא להתירו, דבענין ממון הוא דאמרינן הכי... אבל דבר שיש בו איסור, זה לא אמרו אדם מעולם.

כלומר, מטרתו של הכלל לא היתה לתת לגיטימציה לחוקים הבאים להתיר דברים שההלכה היהודית אוסרת, ובתחום זה אין לכלל דגן כל תחולה. ואין הדברים אמורים רק ביחס להלכה הדתית במובן הצר של המילה, דהיינו מצוות שהן לגמרי בתחום היחסים שבין אדם למקום, כמו שבת וכשרות, אלא גם ביחס להלכה משפטית שיש בה יסודות של איסור. כך, לדוגמא, דבריו הנזכרים של התשב"ץ נאמרו לעניין השאלה, אם ניתן להכשיר דיין שידון את מי שהוא פסול לו על-פי ההלכה, וזאת מכוח מינויו על-ידי השלטון הנכרי.

94. וראה ביתר הרחבה, ולהגבלות נוספות, בספרו של ש' שילה (לעיל, הערה 67) 88 ואילך.

95. רמב"ם, הלכות זכיה ומתנה א, טו.

96. תשב"ץ, חלק א, סימן קנת.

מכיוון שפסלותו של דיין היא עניין שבאיסור, קבע התשב"ץ שלא ניתן להתירו מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". כיוצא בזה פסק התשב"ץ במקום אחר⁹⁷, לעניין התדיינות בפני ערכאות של נכרים; מכיוון שהתדיינות כזו אסורה על פי ההלכה, אין אפשרות להתירה מכוח הכלל האמור⁹⁸.

אי ההכרה בחוק מלכות שיש בו משום פגיעה בדיני איסור והיתר, עלול להיות כרוך, מטבע הדברים, בקונפליקט חמור בין הציבור היהודי והשלטון הנכרי. גזירות אדריאנוס והשלטון הרומי בשעתו, שאסרו על המילה ועל מצוות דתיות אחרות, היו בגדר של חוק מלכות, אבל כיוון שהחוק פגע בדיני האיסורים של ההלכה היהודית, לא הוכר החוק על ידי הציבור היהודי, ועל כך היו מוכנים יהודים גם למסור את נפשם⁹⁹. אחד מחכמי דורנו, רואה חוק המטיל חובת גיוס לצבא על תלמידי חכמים, כחוק המנוגד לדין תורה, ולכן "אפילו היה גזור המלך חוק גם עליהם, לא היו מחויבים לילך כיוון שהוא נגד דין תורה"¹⁰⁰.

במדינת ישראל, רוב מעשי החקיקה היוצאים מלפני הכנסת אין להם ולא כלום עם מצוות שבין אדם למקום ואין הם עוסקים בשאלות של איסור והיתר. ביחס לחוקים אלה אין מתעוררת כל בעייה, ובאורח עקרוני הם ניתנים להכרה מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא". ואולם ניתן להצביע על חוקים מסוימים שיש בהם התנגשות, או שעשויה להיות להם התנגשות, עם דיני איסור והיתר של ההלכה.

והרי דוגמאות אחדות:

1. חוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע את המקרים בהם מותר לוועדה רפואית לתת היתר לביצוע הפלה מלאכותית. באורח עקרוני ההפלה אסורה על פי דיני ישראל, להוציא

97. תשב"ץ, חלק ב, סימן רצ.

98. וראה גם שו"ת מהרי"ז ענין ל, סימן ד, ד"ה אמנם; שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סוף סימן נח; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יב, סימן פב; חלק יז, סימן נ; שו"ת יביע אומר, חלק א, חו"מ, סימן א, סעיף ח; שו"ת יחווה דעת, חלק ד, סימן סה.

99. ראה: ארץ ישראל מחורבן בית שני ועד הכיבוש המוסלמי (צ' ברס, ש' ספראי, י' צפריר, מ' שטרן, עורכים) כרך א (ירושלים, תשמ"ב) 47; 73-74.

100. שו"ת משנה הלכות, חלק ט, סימן שלט, בביאור תשובת החתם סופר; הדברים נכתבו כמובן ביחס לצבא המלך בחוץ לארץ.

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

מקרים יוצאים מן הכלל בהם היא מותרת¹⁰¹. במידה שהחוק האמור מתיר ביצוע הפלה במקום שההלכה היהודית אוסרת אותה, אין החוק יכול לשמש בסיס להתרת ביצוע ההפלה מכוח הכלל דנן.

2. חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, קובע, בסעיף 12, שניתן לתת היתר עבודה בשבת בתנאים מסוימים, וביניהם, כאשר הפסקת העבודה עלולה "לפגוע פגיעה רבה בכלכלה". במידה שסעיף זה מתיר עבודה בשבת כשזו אסורה על פי ההלכה, אין להכיר בו מכוח הכלל דנן.

3. חוק פסיקת ריבית והצמדה, תשכ"א-1961, קובע, בסעיף 2, כי רשות שיפוטית שפסקה לבעל דין סכום כסף, רשאית לפסוק לטובתו גם ריבית על אותו סכום. גביית ריבית אסורה לפי דיני ישראל¹⁰², ולדעת רבים מהפוסקים האיטור חל גם כאשר פסיקת הריבית נעשית על-ידי בית משפט או בית דין¹⁰³. לפיכך, אין בכוחו של החוק הנזכר להכשיר מעשה כזה, והכלל "דינא דמלכותא דינא" לא יחול.

4. חוק הירושה, תשכ"ה-1965, קובע הסדרי ירושה על פי דין המנוגדים לחלוטין לדין היהודי. דעתם של רבים מחכמי ההלכה היא, שענייני ירושה מוגדרים כאיסורא, ומטעם זה בלבד אין לקיים בהם את הכלל "דינא דמלכותא דינא"¹⁰⁴. ברם, גם אם לא נגדיר את הירושה כ"איסורא" אלא כ"ממונא", מכל מקום התורה שוללת את האפשרות להתנות על דיני הירושה ולשנות מן הדין הקיים¹⁰⁵, ולכן אין להכשיר את החוק מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא"¹⁰⁶.

101. ראה ד' סינקלר, "היסוד המשפטי של איסור הפלה במשפט העברי" שנתן המשפט העברי ה (תשל"ח) 177 ואילך.
102. ראה שו"ע יו"ד, קסא, א.
103. ראה שו"ת אבני נזר, יו"ד, סימן קלג.
104. ראה, לדוגמא, שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדו"ת, סימן פג, ומה שמביא ש' שילה, (לעיל, הערה 67) 130-129. וראה מה שכתב בדורנו הרב עובדיה הדאיה, שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו"מ, סימן כב.
105. ראה רמב"ם, הלכות אישות יב, ט; הלכות נחלות ו, א; וכן השגת הרמב"ן על ספר המצוות לרמב"ם, מצוה יב, שהוסיף על מניין מצוות לא-תעשה.
106. וראה שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן רנד; שו"ת ציץ אליעזר, חלק טז, סימן נב, סעיף ב. וראה לאחרונה: הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על-פי התורה (לעיל, הערה 11), כרך ב, 73.

הצד השווה לכל החוקים הללו הוא, שבכולם אין המדינה כופה באמצעות החוק נורמות התנהגות המנוגדות להלכה הדתית, אלא היא מתירה אותן. חוקים אלה אינם מעמידים אפוא יהודי שומר תורה ומצוות במצב הבלתי אפשרי, מבחינה דתית, של כפייה לעבור על מצוות הדת. נקל להבין מדוע אין הכנסת מחוקקת חוק המטיל חובת גיוס על תלמידי ישיבות, וזאת - לבד מן הטעמים הפוליטיים הכרוכים בסוגייה זו - מן הטעם, שלפחות חלק מציבור זה עשוי לראות בכך חוק הפוגע בחלק האיסורי של ההלכה, ושיש בו משום כפייה אנטי-דתית¹⁰⁷.

ב. אין הכלל דנן חל אלא ביחס לחוקים שאינם מפלים. על דעתם של כל חכמי ההלכה מקובל, שתנאי מוקדם לתחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא" הוא, שהחוק שבו מדובר יחול בשווה על כל מי שנתון למרותו של החוק באותה מדינה, או שיחול באופן שווה על כל מי שמתנהג בדרך מסוימת¹⁰⁸.

מדינת ישראל קדשה את העיקרון של שוויון כל האזרחים בפני החוק, ופרט לחוקים בורדים היוצאים מן הכלל, כמו חוק השבות שנוכר לעיל, המקנה זכות מיוחדת ליהודי באשר הוא יהודי, אין החוקים בכללותם מפלים בין חלקים שונים באוכלוסיה; בוודאי שאין בהם הפלייה בין יהודי ליהודי. לפיכך צריך לומר, שמבחינת עקרון השוויון בחוקים אין כל מניעה מלקיים בחוקי הכנסת את הכלל "דינא דמלכותא דינא". מובן מאליו, שאם ימצא חוק מפלה כזה, לא תוכל להינתן לו ההכרה מכוח הכלל דנן¹⁰⁹.

5. תחולת הכלל בתחום המשפט הציבורי

לכסוף עלינו לדון בשאלה: באלו מתחומי המשפט ניתן לקיים את הכלל "דינא דמלכותא דינא"; האם, בכפוף לסייגים האמורים לעיל, משתרע הכלל על כל תחומי המשפט, וממילא חלה ההכרה על רובו המכריע של המשפט הישראלי, או שמא אין הכלל משתרע אלא על תחומים מסוימים של המשפט בלבד, וכחוצאה מכך גם מידת ההכרה ההלכתית במשפט הישראלי מוגבלת?

107. ראה לעיל, סמוך לציון להערה 100. אבל השווה עם דעות שונות המובאות בקובץ: תלמוד תורה ושרות צבאי (בהוצאת הקיבוץ הדתי-נאמני תורה ועבודה, תש"ס).

108. ראה חידושי ר"י מיגאש לבבא בתרא נד, ע"ב, ד"ה דינא דמלכותא דינא; תשב"ץ, חלק א, סימן קנח.

109. ראה דבריו של הרב מרדכי אליהו, תחומין ג (תשמ"ב) 242.

מתוך סוגיות התלמוד העוסקות בכלל זה, ומתוך ספרות הפוסקים הבתרת-תלמודית עולה, שעיקר תחולתו של הכלל הוא בתחום המשפט הציבורי: דיני עונשין, מיסים וכיו"ב¹¹⁰.

אין ספק איפוא, שמאחר שנמצא שבאורח עקרוני ניתן לקיים בחוקי הכנסת את הכלל דנן, הרי שכל החקיקה בתחום הפלילי, בתחום המיסים והמשפט הציבורי בכללו, מוכרת על ידי ההלכה היהודית, ובלשונו של ר' שניאור זלמן מלאדי: "משפט המלכות הם דין גמור כדין של תורה"¹¹¹. כך, לדוגמא, נפסק על ידי הרב עובדיה יוסף ביחס לעבירה על חוקי המס, "שבכל מה שנוגע למסים וארגוניות ומכס, יש לקיים את החוק של המדינה, שזה בכלל מה שאמרו חז"ל: 'דינא דמלכותא דינא'¹¹². וכן נפסק על ידי הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל ביחס לחוקי הבחירות לרשויות המדינה: "חוקת המדינה בעניני בחירות למוסדות עירוניים ואזרחיים מחייבת את כל המדינה... מדין דינא דמלכותא דינא"¹¹³.

מתן תוקף לחקיקת הכנסת בתחום המשפט הציבורי היא למעשה הכרחית. אם הכנסת נעדרת בסיס חוקי כלשהו מבחינתה של ההלכה, כי אז המסקנה הנובעת מכך היא, שאין היתר לאזרחים ליהנות בצורה כלשהי מפעולותיו של השלטון, כאשר השלטון נזקק למימון פעולותיו על ידי גביית מסים, שהרי בהיעדר בסיס חוקי לגביית המסים נמצאים כל מעשי השלטון בבחינת גזל שאסור ליהנות מהם. כך, לדוגמא, אסור היה להשתמש בכבישים שהממשלה בונה, משום שלצורך בנייתם עליה לגבות מסים כדי לממן את הבנייה, ואם אין לכך בסיס חוקי, הרי כל שימוש בכביש יש בו משום הנאה מן הגזל שהיא אסורה! ראייה זו, שמן המציאות הנוהגת, היא היא הראייה שמביא התלמוד עצמו לכך שהלכה כשמואל, שטבע את הכלל: "דינא דמלכותא דינא"¹¹⁴.

110. ראה ש' שילה, שם, עמ' 202 ואילך. על חובת הגיוס לצבא מטעם "דינא דמלכותא דינא", ראה שו"ת משנה הלכות, חלק ט, סימן שלט, ובמקורות המובאים שם. וראה שם, סימן שלד, לעניין השאלה אם המקבל צו מבית משפט להעיד נגד ישראל חברו, מחוייב לבוא ולמסור עדות מטעם הכלל "דינא דמלכותא דינא".

111. שו"ע הרב, הלכות הפקר והשגת גבול, סעיף ג.

112. שו"ת יחזה דעת, חלק ה, סימן סג. כך פסק גם הרב מונק, שדעתו העקרונית, השוללת את החלתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" במדינת ישראל במציאות ימינו, הובאה לעיל (סמוך לציון להערה 87): כך שמעתי מפי אחד משומעי לקחו. וראה גם להלן, סמוך לציון להערה 119.

113. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן ג; וראה גם שם, סוף סימן ד.

114. ראה בבא קמא ק"ג, ע"ב: "אמר רבא: תדע, דקטלי דקלי וגשרי גישרי וכו', ופירוש הרשב"ם לב"ב נה, ע"א, ד"ה דינא דמלכותא דינא. וראה דבריו של הרב ז' קורן (לעיל, הערה 92) 200.

למן קום מדינת ישראל, לא הציע איש מבין חכמי ההלכה שחיו ופעלו במדינה - על כל פנים לפי מה שנתפרסם - שלא לקיים את המסקנה העולה מתוך התלמוד ביחס למציאות השוררת במדינה. דומה, שאם קיימת הסכמה - לפחות הסכמה שבשתיקה - בין חכמי ההלכה, לתחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" בדיני המיסים של מדינת ישראל, צריכה אותה הסכמה להתייחס גם ליחור ענפי המשפט הציבורי, כשם שגם ביחס לשלטון הזר בחוץ לארץ הוכרו כל חוקיו שבתחום זה, ולא נעשתה הבחנה בין הענפים השונים שלו.

6. תחולת הכלל בתחום המשפט הפרטי

עתה עלינו לברר מה דינו של תחום המשפט הפרטי. אם נמצא שגם כאן יחול הכלל, כי אז המסקנה היא, לכאורה, שאין כיום כמעט תחולה מעשית לכל חלק "חושן משפט" של ה"שולחן ערוך", באשר כל הנושאים הנדונים בחלק זה מכוסים על ידי החקיקה הישראלית החדשה.

מן התלמוד נראה, לכאורה, שתחולתו של הכלל היא גם על המשפט הפרטי. אחת הסוגיות שבהן נזכר הכלל בשמו של האמורא שמואל¹¹⁵, מוסרת, בשמו של שמואל עצמו, גם שתי הדגמות לתחולתו של הכלל. הדגמה אחת היא מדיני המיסים, שמתחום המשפט הציבורי, ואילו הדגמה אחרת היא מדיני חזקת קרקעות, שמתחום המשפט הפרטי. על פי הדוגמה שמדיני חזקת קרקעות, אם הדין הנכרי קובע שהתקופה הדרושה לרכישת חזקה בקרקע היא ארבעים שנה, בניגוד לדין היהודי הקובע משך זמן של שלוש שנים בלבד, הכלל הוא: "דינא דמלכותא דינא", והדין הנכרי הוא הדין המחייב. אם נתייחס לדוגמה זו לא רק כבאה ללמד על עצמה, אלא כמשקפת סוג של נושאים משפטיים, כי אז עלינו לומר, לכאורה, שלא רק בעניין חזקה בקרקע, אלא בכל התחום של המשפט הפרטי, דהיינו בכל המערכת המשפטית הרחבה העוסקת בתחום היחסים שבין אדם לחבירו, יחול הכלל "דינא דמלכותא דינא".

בשאלת המשמעות הנודעת להדגמה הנזכרת מתחום דיני החזקה, נחלקו חכמי ההלכה. יש מהם שסוברים, שלא ניתן ללמוד מכאן לדינים אחרים שמתחום המשפט הפרטי, כאשר הדגש כאן הוא על היסוד של מקרקעין. לדעתם, תחולתו של הכלל דנן היא רק בדינים השייכים לענייני קרקעות, וכל הדין של הקרקע אינו נובע אלא מן התפיסה שלפיה

115. בבא בתרא נה, ע"א.

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

הארץ שייכת למלך, ולכן יחול הכלל "דינא דמלכותא דינא"¹¹⁶. לשיטה זו בוודאי שאין להסיק מתוך סוגיית הגמרא הנזכרת מסקנה כללית ביחס לכל תחום המשפט הפרטי. ואולם, אחדים מחכמי ההלכה אינם גורסים כך. לדעתם, "אפילו במה שאין תועלת למלך בדבר אמרינן דינא דמלכותא דינא, כדמוכח בחזקת הבתים (דף נה)... דאריסותא דפרסאי עד ארבעים שנים, אף על פי שזה לא מעלה ולא מוריד למלך"¹¹⁷. הדוגמא מדין חזקת קרקעות הנזכרת בסוגיה שבמסכת בבא בתרא, נתפסת איפוא כאן כמייצגת מכלול שלם של דינים שאין בהם "תועלת למלך", כלומר דינים שאינם שייכים לתחום דיני העונשין והמיסים וכו', אלא לתחום המשפט הפרטי. שתי השיטות הובאו להלכה על ידי הרמ"א בהגהותיו לשולחן ערוך¹¹⁸, וזו לשונו:

יש אומרים דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא במסים ומכסים התלויים בקרקע, כי המלך גוזר שלא ידורו בארצו כי אם בדרך זה, אבל בשאר דברים לא, ויש חולקים וסבירא להו דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא¹¹⁹.

לכאורה, תלוייה איפוא השאלה, אם הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל גם בתחום המשפט הפרטי, בשתי השיטות הללו, ולפי השיטה השנייה הנזכרת, שלפיה תחולתו של הכלל היא "בכל דבר", יש להכיר בכל חקיקת הכנסת כדינא דמלכותא (להוציא אותם מקרים יחידים שבהם קיימת התנגשות בין חוק הכנסת ודין מדיני איסור והיתר של ההלכה היהודית).

ואולם, לדעתי, אין להגיע למסקנה מפליגה כזו, וזאת נוכח שני סייגים חשובים שנקבעו על ידי הפוסקים ביחס לתחולתו של הכלל דגן בתחום המשפט הפרטי. הסייג הראשון מקורו בפירוש שנתן רבינו יונה, רבו של הרמב"ן, לסוגיית הגמרא

116. ראה אור זרוע, פסקי בבא קמא, חלק ג, סימן תמו, בשם ר' אליעזר ממין.

117. שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תתצה.

118. חר"מ, סימן שסט, סעיף ח.

119. פעמים, מוצאים אנו אצל אותו מחבר עצמו התבטאויות לשני הכיוונים במקורות שונים שבחיבוריו. ביחס לרמב"ם, למשל, מוצאים אנו בהלכות זכיה ומתנה א, טו: "שכל דיני המלך בממון על פיהן דנין", אבל מהלכות אחרות שלו, כמו הלכות מלוה ולוה כז, א, ניתן להסיק מסקנה הפוכה; ראה מה שמובא על ידי ש' שילה (לעיל, הערה 67) 133. ואעיר, שאפשר שבהלכות זכיה ומתנה אין מדובר אלא באימוץ דיני המלכות המתייחסים לדרכי הקניינים, באשר דין המלכות עושה זאת למנהג; וראה שו"ת מבי"ט, חלק א, סוף סימן קמה.

הנזכרת שבבבא בתרא. לפי פירושו, אין בכוונת הגמרא אלא לומר, שכאשר גוי רכש חזקה, יחולו דיני החזקה של השלטון הנכרי, שהרי אין בידי היהודי לאלץ את הגוי להתדיין איתו לפי דיני ישראל, "אבל אין לפרש דישאל שמחזיק בנכסי חברו [=היהודי] בארץ פרס, אין לו חזקה אלא בארבעין שנין, דסתם חוקי המלך על בני אומתו בלבד הן, ואפילו אם פירש והטיל אותן הנהגתו על ישראל, כיון שיכול ישראל לכופף את חברו בדיני ישראל ואין המלך כופה אותן לדון באותן דינין והנהגות שהנהיג, נמצא שלא פקע זכותו של ישראל מחמת אותו דינא דמלכותא... שלא קבע אותן דינין על ישראל אלא לענין שידונו אותם בערכאות שלהם כן... ושמעינן מהכא, דאפילו בדברים שאינן להנאת המלך אמרינן דינא דמלכותא דינא"¹²⁰. פירושו של דבר, שלדעת רבינו יונה, הכלל דנן חל אמנם גם בתחום המשפט הפרטי, אבל רק באותם מקרים שבהם חייב היהודי להתדיין בערכאות של המדינה, דהיינו כשמעורב בעניין בעל דין גוי, אבל כאשר מדובר בשני בעלי דין יהודיים, ואין המלך כופה עליהם להתדיין דווקא בערכאות של המדינה, מחוייבים בעלי הדין לילך לבית דין שידון להם דין תורה, ואז אין כל תחולה לכלל "דינא דמלכותא דינא".

דברים מפורשים בכיוון זה אומר גם הרשב"א בתשובתו הנזכרת לעיל¹²¹, בה הוא מחיל את הכלל דנן גם על עניינים שמתחום המשפט הפרטי. בהמשך התשובה הוא כותב, שאם המלך נותן רשות ליהודים לדון בדיני ישראל, אין לו לבית הדין לדון על פי דינא דמלכותא, אלא עליו לדון על פי דין תורה.

סייג זה, העולה מדבריהם של רבינו יונה והרשב"א, אינו דעת מיעוט בהלכה, אלא הוא מקובל על דעת הכל. כך כתב ה"חזון איש" בדור הקודם, בדונו בשאלה אם הכלל "דינא דמלכותא דינא" חל על החוק המחייב רישום בטאבו בעסקאות מכר של מקרקעין. לאחר שהוא מצטט את דבריו של רבינו יונה, כותב החזון איש¹²²:

והנה למדנו מדברי רבינו יונה... שכאשר הנידון הוא בין ישראל לחברו, אין כאן דינא דמלכותא ודיינינן להו בדיני ישראל, וזה דעת כל הפוסקים... וכמו שהחרידו בדבריהם הרשב"א ומהרי"ק, דאם לא כן בטלת חס וחלילה דיני ישראל¹²³.

120. עליות דרבינו יונה, ב"ב נה, ע"א. והשווה עם שני הפירושים המובאים בפירוש הרשב"ם לב"ב, שם, ד"ה דאריסא דפרסאי.

121. בהערה 117.

122. חושן משפט, ליקוטים, סימן טז.

123. וראה גם שו"ת שארית יהודה, סימן קנב, ד"ה ובאמת אמרו; ריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ב (לעיל, הערה 11) 70.

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

יוצא איפוא, שהסייג האמור, שלפיו אין תחולה לכלל "דינא דמלכותא דינא" אלא דווקא כאשר השלטון מבקש לכפות את ביצועו של החוק, מקובל על דעת כל הפוסקים. הדוגמא הבולטת לסוג זה של חוקים היא מדיני עונשין ומיסים וכיוצא בהם, שבהם אין השלטון מוכן לחלק את סמכותו עם גורם אחר כלשהו, והוא מקפיד על ביצועו של החוק ואינו מוכן לאפשר לאזרחים להתנות עליו. לעומת זאת, תחום המשפט הפרטי נתון, בדרך כלל, להתנאה בין הצדדים, כאשר אין לשלטון עניין בקיומו של ההסדר הקבוע בחוק כאשר כל הצדדים המעוניינים מסכימים ביניהם על הסדר אחר. כך, למשל, חוק הקובע מה מידת אחריותו של שומר, אינו מבקש לכפות את ההסדר שהוא קובע, ואם הצדדים מעוניינים בקביעת דרגת אחריות שונה, אין למחוקק כל עניין בשלילת חופש ההתקשרות ביניהם, ובלבד שאין הסדר זה פוגע בצד אחר כלשהו או בסדר הציבורי¹²⁴. ואולם, אם מדובר בחוק המחייב להיזקק לו, ואינו מאפשר התנאה עליו, יוכר חוק זה על-ידי ההלכה גם אם הוא נוגע לעניינים שמתחום המשפט הפרטי¹²⁵.

אכן, אימוץ סייג זה באופן גורף, ביחס לחוקי הכנסת, עשוי לעורר קושי גדול נוכח העובדה ששורה של פסקי דין שיצאו מלפני בתי הדין הרבניים בישראל העניקו הכרה להסדרים הקבועים בחוקים שונים - גם בתחום המשפט הפרטי. האם לא קיבלו בתי הדין הרבניים סייג זה?

אין ספק שהסייג האמור מקובל גם על דעת בתי הדין הרבניים וההכרה שהעניקו אותם בתי דין לאי אלו מחוקי המדינה על יסוד הכלל "דינא דמלכותא דינא", אינה נובעת אלא מן הסייג השני לתחולתו של הכלל במשפט הפרטי, שבו ידובר להלן. על פי הסייג השני ביחס להיקף תחולתו של הכלל דנן, "לא מיבעיא לאותן הפוסקים שסוברים דלא אמרינן דינא דמלכותא רק בדברים שהם להנאת המלך ולא בין איש לחבירו...

124. נושא הרישום בטאבו הוא אמנם מן הנושאים שלא ניתנים להתנאה, וזו בוודאי אחת הסיבות לפסיקתם של בתי הדין הרבניים בעניין זה, החולקת על פסיקתו של החזון איש. בדעת החזון איש יש לבאר, שמאחר שאין המחוקק מתנגד לכך שאדם יוותר על זכויותיו שעל פי חוק המדינה, ושאלו תיקבענה אך ורק על פי הדין היהודי, ממילא אין בחובה הבלתי-ניתנת להתנאה של הרישום בטאבו, כדי להשפיע על הזכויות והחובות הקבועות בדין היהודי.

125 א. ראה, לדוגמא, שו"ת שמש ומגן, להר"ש משאש, חלק א, חו"מ, סימן א, לעניין הכרה בתוקפן של צוואות שנעשו על פי חוקי המדינה. דוגמא לחוק מתחום המשפט הפרטי שלא ניתן להתנות עליו הוא חוק אימוץ ילדים, תשמ"א-1981; ראה פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל, חלק ב (ירושלים, תשמ"ט) 145. על ההכרה בזכויות הנוצרות מכוח חוקי האימוץ, על יסוד הכלל "דינא דמלכותא דינא", ראה שו"ת ויען אברהם, לר' אברהם איזרעאל, חו"מ, סימן ט.

אלא אפילו לשאר פוסקים הסוברים דאמרינן דינא דמלכותא דינא בכל דבר, הי מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלינו, אבל לדון בדיני העכו"ם נגד תורתנו - חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל"¹²⁵. כלומר, גם לשיטה הגורסת הכלל דנן היא אף במשפט הפרטי, אין הדברים אמורים אלא בחוק מדינה הק בעניין שלא קיים בו הסדר אחר בהלכה. במקרים כגון אלו יש מקום לומר, ש"הי המלכות עושה דין זה למנהג שקבלו עליהם"¹²⁶, אבל כאשר החוק קובע הס לזה הקיים בהלכה, אין תחולה לכלל זה. ואם תימצי לומר שהכלל חל במשפט כשהוא סותר דין תורה, מכל מקום "לא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שי למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עכו"ם, דאם כן - בישראל"¹²⁷.

כלומר, תנאי מוקדם להכרה בתוקפו של חוק המלכות מתחום המשפט שהחוק לא יהא סותר דין תורה, או שעל כל פנים - גם אם יש בו סתירה כזו - "תקנת בני המדינה", דבר שניתן להגדיר כ"תקנת הציבור", "צורך שעה" ומוסכם מכל מקום, שחוק בתחום המשפט הפרטי שגם סותר את ההסדר הק וגם אין בו כל יסוד של תיקון המדינה וכו', אין להכיר בו מכוח הכלל "די דינא".

כך, לדוגמא, בשאלה שנשאל הרב הראשי, רבי בן-ציון מאיר חי עוזיאל, המדינה, ביחס להכרה בחוק מלכות הקובע תקופת התיישנות על חובות, הו אפשר לקבל חוק זה להלכה פסוקה ומוסכמת, לפי שדין ישראל מחייב את אמת לאמתו"¹²⁸. בהתייחסו לאפשרות לדון חוק זה כמנהג שקבלו עליה: "ואין זה דומה למנהג שקבלו עליהם, שלא נאמר זה אלא בדרכי הקניין, ומנהג הסוחרים, שעל-פי המנהג גמרו ומקנו, אבל אין היתר לגזול מפני וכל זמן שהשטר קיים יש הוכחה ברורה שלא נפרע... והואיל ואין הלווד

125. ש"ך לשו"ע, חו"מ, סימן עג, ס"ק לט, ודבריו מקובלים על ידי הרבה מהפוסקים.

126. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כח.

127. הגהות הרמ"א לשו"ע, חו"מ, שסט, יא; יסוד הדברים הוא בתשובות הרשב"א וסימן כב. חפיסה זו מקובלת גם על דעת פוסקים שאינם מקבלים את הבחנתו של לציון להערה 125). וראה דבריו של הש"ך עצמו, שם; ראה בעניין זה ש' שילו 149 ואילך. וראה לאחרונה: שו"ת ציץ אליעזר, חלק טז, סימן מט, סעיף יג.

128. שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן כח.

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

שטר זה... הרי זה בכלל דינא דגזלנותא, ואין הגזל נותר מפני המנהג...¹²⁹".
 בדוגמא זו, עמד חוק המדינה בניגוד לדין הקיים בהלכה היהודית, ולפיכך קבע הרב עוזיאל שלא ניתן להכיר בו. המעניין בדוגמא זו הוא, שמדובר בחוק, שחלק מן הנימוקים שניתנו לו יש בהם יסודות של "תקנת הציבור"¹³⁰, ולמרות זאת לא ראה הרב עוזיאל סיבה מוצדקת להכיר בו, וזאת מן הטעם שלא כל מה שנחשב כ"תקנת הציבור" לפי השקפתו של המחוקק החילוני (או הזר), נחשב גם כ"תקנת הציבור" בעיני הפוסק הדין על יסוד תפיסותיה הבסיסיות של ההלכה היהודית.

אם נסקור את פסיקת בתי הדין הרבניים בישראל מאז קום המדינה ועד עצם היום הזה, לא נמצא ולו מקרה אחד שבו הוכר חוק מחוקי המדינה בתחום המשפט הפרטי, כשאותו חוק קבע הסדר הסותר דין קיים בהלכה, אלא אם כן מצאו בו בתי הדין יסוד של תקנת הציבור. כל המקרים שבהם הוכר חוק המדינה כדינא דמלכותא - עניינם בנושא חדש מבחינה הלכתית, או שעל כל פנים היה בו יסוד של תקנת הציבור, ולכן לא ראו בתי הדין מניעה מלאמצו, משום שבאופן עקרוני מן הראוי היה שחכמי ההלכה עצמם יתקינו הסדר שכמותו, ולפיכך לא ראו כל פגם במתן אישור הלכתי להסדר שכבר היה קיים ממילא במצוות המחוקק.

ביסוס הלכתי לאימוצם של הסדרים כאלה הקבועים בחוק, מוצאים אנו בדבריו של הרב הראשי, הרי"ה הרצוג: "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 משפטיים ממש, מכל מקום מכיון שמציאות כזאת ומצב כזה לא היו קיימים בימיהם, ויש לנו יסוד לשער שאילו היה

129. לגופו של דבר, מסקנתו לבסוף היתה שניתן לחייב את הדיירים בהוצאות הנ"ל, אבל זאת מכוח המנהג.

130. ראה דברי ההסבר להצעת חוק ההתיישנות שנחפרסמו בהצעות חוק, תשי"ז, עמ' 283, שם נזכר, בין היתר: "הקושי לשמור, זמן רב מדי, על ראיות והוכחות", וראה דברי השופט זילברג בע"א 158/54 יצחק די בוטון ואח' נ' בנק המזרחי בע"מ ואח', פ"ד י, 695.

מתחדש בימיהם היו מתחשבים עם המציאות וקובעים תקנה משום תיקון העולם, וכדרך שתיקנו שלא לנעול דלת וכו'... יש לקבל דין המלכות בזה הממלא אותו הצורך שהיתה תקנה כזו ממלאה"¹³¹.

על מתן הגושפנקא ההלכתית לחוקי השלטון הנכרי מן הטעם האמור, כבר עמד בשעתו ה"חתם סופר" בתשובה שבה הוא דן בחוק שנעשה כנגד משיגי גבול, ואלו דבריו¹³²:

דהתיקון שתיקנו שרי הקומידאט שאיננו נגד דין תורה, אלא כתורה עשו, ואילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן דלא יתרבו הסרסורים יותר ממה שראוי.

וכן פסק הרב מאיר אריק ביחס לחוק מדינה שבא להגן על השוכר מפניו שרירותי על ידי המשכיר. בצטטו את תשובתו הנזכרת של ה"חתם סופר" הוא כותב¹³³: "הכי נמי בנדרון דנן, שידוע שהתקנה גדולה מאוד בזמנינו, שלא יהיו בני אדם מושלכים בחוצות, וכיוצא בזה מצאנו שחששו חז"ל ועשו תקנה להודיע מקודם להשוכר... על כן בזמנינו, שגם ההודעה לא יועיל מחמת גודל הדחק בדירות, שפיר דינא דמלכותא דינא לענין שלא יוכל המשכיר להוציא"¹³⁴.

בעקבות דברי ה"חתם סופר", פסק גם בית הדין הרבני הגדול בירושלים, שהחוק המחייב רישום בטאבו כחלק מתהליך רכישת מקרקעין מוכר על ידי ההלכה מטעם "דינא דמלכותא דינא", וזאת מכיוון "דיש בזה משום תיקון ונעילת דלת בפני הרמאים, שאילולי

131. ריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על פי התורה, כרך ב (לעיל, הערה 11) 72. בהקשר זה מן הראוי להביא גם את דעתו של הרב י"א הענקין, "בענין דינא דמלכותא דינא" הפרדס לא (תשי"ז) חוברת ז, אות יב: "דברי הש"ך שחולק על רמ"א בענינים של טובת המדינה, דלא אזלינן בזה בטר דינא דמלכותא, הוא במקום שיש לישראל קהילות מיוחדות עם טובי העיר נבחרים לתקן תקנות שלהם. אבל פה במדינה [=ארצות הברית] לא שייך זה, ופשיטא דחוקי המדינה הם צריכים להיות נר לדיינים של ישראל כשבא דין זה לפניהם".

132. שו"ת חתם סופר, חו"מ, סימן מד.

133. שו"ת אמרי יושר, חלק ב, סימן קנב, סעיף ב.

134. ראה גם שו"ת מנחת יצחק, חלק ב, סימן פו, בענין תחולת הכלל "דינא דמלכותא דינא" בחוקים שבענייני שכירות דירות מדין תקנת הציבור. ובסוף דבריו הדגיש, שמכל מקום תנאי מוקדם לתחולת הכלל הוא, שלא יהיה ספק ביחס לתוכנו של דינא דמלכותא, שכן אם מדובר בשאלה השנויה במחלוקת בין עורכי הדין של הצדדים, או שבתי המשפט אינם פוסקים בה בצורה אחידה, אין להחיל את הכלל. וראה בעניין זה גם שו"ת דברי יואל, חו"מ, סימן קמז.

כן הרי בידי כל אחד למכור נכסיו לכמה בני אדם ולהחליף את מכירתו עשרת מונים, ובזה וכיוצא בזה כולי עלמא מודו דדינא דמלכותא דינא¹³⁵. דרישת הרישום בטאבו אינה עומדת בניגוד לדרישות ההלכה היהודית, אלא היא באה נוסף למה שההלכה קובעת. כיוון שנמצא שחידוש זה יש בו חיוב, הוכרה החקיקה הזו מטעם "דינא דמלכותא דינא"; ואין פסק הדין הנזכר יחיד בעניין זה¹³⁶.

כיוצא בזה פסק בית הדין הרבני הגדול בירושלים, ברוב דעות, ביחס לדינה של ערבות בנקאית: "גם כאן לא היה זה נגד ההלכה... אם הסוחרים היו נוהגים בכך, ולכן אף שלא היה מנהגם בכך רק עתה על ידי דינא דמלכותא, כיון שסוף סוף עתה נהגו כולם בכך משום דינא דמלכותא, הדר דיניה בשאר כל מנהגי הסוחרים דדינא יתיב שמנהגם מנהג ולא מקרי נגד ההלכה, מכיוון שאף בלי טעם דינא דמלכותא דינא אם נהגו בכך מנהגם מנהג, אם כן דינא דמלכותא לא מגרע המנהג, אלא אדרבא נותן לו תוקף יותר"¹³⁷. וכן נפסק על ידי בית הדין הגדול לערעורים, שחוקי התכנון והבנייה מוכרים מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא", ולפיכך נקבע שם שבסכסוך שבין בעל ואשה אודות הרכוש המשותף יש לחתוך את זכויות וחובות הצדדים בהתאם לחוקים אלה¹³⁸.

דוגמא אחרת לחוק שהוכר מן הטעם הזה, הוא חוק זכויות יוצרים, הבא להגן על זכויותיהם של מחברים וממציאים. הטעם להכרה בחוק זה הוא, "דכל שהוא תקנה שאינה נגד התורה והשכל והיושר מחייב זאת מצד 'ועשית הישר והטוב' ומכח דינא דמלכותא הוא חוק קבוע, בזה אנו מחויבים להחזיק בדינא דמלכותא"¹³⁹.

על יסוד דברי ה"חתם סופר" הוכרו גם חוקי התעבורה של מדינת ישראל (ומדובר כמובן בחוק שלא מתחום המשפט הפרטי), שכן "אנן סהדי שלו היו נזקקים לכך, היו מלך ישראל, הקהל, טובי הקהל ותלמידי חכמים שבימינו גם כן מתקנים כן. אמור מעתה,

135. ערעור תשכ"ו/127, פד"ר ו, 382. קטעים ותמציות מפסק דין זה, ומפסיקה רבנית אחרת בסוגיה זו, מובאים בספרו של הרב דב כ"ץ (לעיל, הערה 10) 15-34.

136. ראה תיק תשל"ח/307, פד"ר יב, 294-296. וראה גם תיק תשט"ו/70 (פתח תקוה), פד"ר א, 281; תיק תשכ"ב/1987 (ירושלים), פד"ר ה, 120; לנימוקים נוספים להחלתו של הכלל דגן בעניין זה, כמו סיטומתא וגמירות דעת הצדדים. והשווה עם דעת החזון איש, חו"מ, ליקוטים, סימן טו.

137. ערעור תשכ"ה/47, פד"ר ה, 269-270.

138. ערעור תש"ס/151/6, פד"ר יב, 15.

139. נ"מ ויספיש, משנת זכויות היוצר (ירושלים, תשמ"ח) טו; כו.

שדינא דמלכותא בענין זה אינו מנוגד לדין תורה, ולפיכך אין כל מניעה מלדון על פי חוקים אלה¹⁴⁰.

גם בעל שו"ת "פאת שדך", שדבריו הובאו לעיל, הסובר, שעקרונית אין תחולה לכלל "דינא דמלכותא דינא" ב"בני פריצי עמנו", סבור "שאי אפשר לעמוד בזה כלל, אם לא נדון בקצת דברים בדינא דמלכותא, שהרי אין יד ישראל תקיפה לתקן תקנות כלל אף בדברים שיש בהן צורך גדול משום תיקון העולם"¹⁴¹. כלומר, המציאות אינה מאפשרת התעלמות מוחלטת מכל מה שנחקק על ידי הכנסת (אין הוא מזכיר את הכנסת בשמה), שהרי המציאות מחייבת התקנת תקנות בדברים שיש בהם צורך גדול, אלא ש"אין יד ישראל תקיפה לתקן תקנות". לפיכך, דעתו היא כי יש "לדון בזה מפני הדחק כראות עיני הדיינין, ונאמר דלב בית דין מתנה על אותן הדברים שנראים הגונים בעיני בית דין... לדין, שאין כאן מלך כלל, ואף ידינו אינה תקיפה כלל, וכי נניח שאיש את רעהו חיים בלעו". כלומר, מאחר שיש הכרח בתקנות מסוימות, ניתן לתת הכרה סלקטיבית לאותם חוקים הנראים בעיני בית הדין הגונים (ושראויים היו להיות נתקנים על ידי חכמי ההלכה עצמם, אילו היה הדבר בידם). השאלה שנשאל המשיב שם, התייחסה לעסקי מניות בחברת ביטוח שבחלק מעסקיה יש איסור ריבית, חילול שבת ועוד. בין היתר מחווה המשיב דעתו, כי מצד אחד "אין בידינו היתר להחזיק מניות בעלי זכות הצבעה אלא אם כן ידוע שבעלי החברה אינם עושיין שום איסור"¹⁴². ואולם מצד אחר, לעניין רכישת מניות בחברה הוא קובע ש"עיקר הקנין מועיל מדינא דמלכותא, אף בארץ ישראל בזמן הזה, משום דלב בית דין מתנה על דברים שיש בהם משום תיקון העולם, ובודאי שקנין מניות הללו יש בהן צורך למשא ומתן כפי מנהג הדורות הללו"¹⁴³.

פרט למקרים אלה, שבהם אין ההסדר הקבוע בחוק סותר את ההלכה (כשההלכה אינה קובעת למעשה כל הסדר), או שעל כל פנים יש בו משום תקנת הציבור, לא מצינו

140. הרב נ' בר-אילן, "עדות על תאונות דרכים בבית משפט" תחומין י (תשמ"ט) 181. בעניין חוקי התעבורה, כבר חיווה קודם לכן הראשל"צ, הרב מרדכי אליהו, את דעתו, שהם תקפים, אם כי הביא זאת כדוגמא לתוקפם של חוקים מדין תקנות קהל - נושא שבו ידובר להלן; ראה דבריו, במאמרו "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג (תשמ"ב) 243. אכן, לאחרונה שב הראשל"צ ודן בעניין במקום אחר, ושם קבע שחוקים אלה תקפים על יסוד הכלל "דינא דמלכותא דינא"; ראה תשובתו בקובץ מים מדליו (לזכר הרב א"ט רפאלי, ירושלים, תש"ן) 37.

141. שו"ת פאת שדך, סימן צא, ד"ה ועוד אפילו.

142. שם, ד"ה בהא סלקינן.

143. שם, ד"ה ומפני.

בפסיקה הרבנית החדשה הכרה הלכתית בחוקים אחרים שמתחום המשפט הפרטי מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא".

לסיום הדיון בשאלת תחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" בתחום המשפט הפרטי, מן הראוי לתת ביטוי גם לעמדה לא שיגרתית הקיימת בספרות ההלכה, שכן בדומה לשאלות רבות בהלכה, ניתן למצוא גם כאן דעות שונות. דומה, שקיצונית בעניין זה היא הדעה המיוחסת להרב יהושע בומבאך¹⁴⁴: "דברי הש"ך¹⁴⁵ לא נאמרו רק בדורות הראשונים שכל נמוסי המלכות נחתכו ונקבעו על ידי המלך ויועציו, מה שאין כן בדורות הללו, שכל מדינה יש לה בית נבחרים מכל המדינה (פארלאמענט) וכל החוקים נחתכים על פי הנבחרים האלה, מעתה כל מה שעושים ומתקנים לטובת המדינה, הוה כקיבלו עליהם כל החוקים, יען שכל אנשי המדינה בוחרים צירים לבית הנבחרים ושולחים אותם לתקן להם תקנות טובות ומועילות, אשר על כן בדברים שבממון - אף שהוא היפך מדין תורה, יש להם הכח והעזו לתקן תיקון המדינה...¹⁴⁶. לפי השקפה זו, לכאורה, כל החקיקה הנעשית במסגרת של משטר דמוקרטי¹⁴⁷, נחשבת כחקיקה שיש בה משום טובת המדינה וככל הנראה לא זו בלבד שאין להתחשב בשאלה אם חוק מסויים סותר דין תורה, אלא אין גם מקום לבדיקה מוקדמת אם הוא עומד בקריטריונים של טובת הציבור ותיקון המדינה, שכן הכל נחשב לתיקון המדינה.

ואולם דומה, שדעה כל כך קיצונית, הבאה להכשיר את כל מעשה החקיקה של משטר דמוקרטי בתחום המשפט הפרטי, ולבטל למעשה כליל את תחולתו של חושן משפט בפסיקת ההלכה בעניינים אלה, היא יוצאת דופן מאוד ולא מקובלת¹⁴⁸. הדעה הרווחת יותר בין הפוסקים, מסייגת את תחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" בתחום המשפט הפרטי בסייגים האמורים לעיל.

144. בניגוד לדברים מפורשים שכתב הוא עצמו בעניין זה; ראה שו"ת אהל יהושע, חלק א, סימן י.

145. לעיל, בסמוך לציון להערה 125.

146. שם, סימן יא.

147. הדברים נאמרו ביחס למדינה בחוץ לארץ.

148. וראה לשונו של הש"ך, חו"מ, סימן עג, ס"ק לט: "אם כן בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני המדינה!". וראה מה שכתב בשו"ת השיב משה, חו"מ, סימן צ, ביחס למה שדנים הגויים בערכאותיהם, שאין להחיל עליו את הכלל "דינא דמלכותא דינא": "ואף אם אמר יאמרו שהן חקי המלך... שמחדש מלך לעמו חדשים לבקרים [=לתיקון המדינה]... מכל מקום לא נאבה להם ולא נשמע להם דעל הכל יש לומר דהוא לתיקון המדינה... ואם כן בטלו חס וחלילה כל דיני תורתנו...".

האם פירושו של דבר, שלעולם אין תחולה לחלק הארי של המשפט האזרחי בבית הדין הרבני הדין על פי דין תורה? התשובה לכך, לעניות דעתי, היא שלילית, וזאת מן הטעם שיתבאר בסעיף הבא.

7. מתן תוקף לחוק המדינה בדרך של הסכמה

אם הסכימו בעלי דין להחיל על מערכת היחסים שביניהם את חוק המדינה, כי אז יחול חוק זה גם אם הוא עומד בניגוד להסדר הקבוע בהלכה באותו עניין. הסיבה לכך היא, שבממונות הכלל הוא: "כל תנאי שבממון קיים", ויכולים הצדדים להסכים ביניהם על חוק אחר שיחול עליהם, ולא דין תורה.

דבר זה אנו למדים מתוך תשובת הרשב"א¹⁴⁹. בתשובתו עוסק הרשב"א, בין היתר, בפירוש סוגיית הגמרא¹⁵⁰ בעניין כשרותם של שטרות העולים בערכאות של גויים. מן הסוגייה יוצא, שהסיבה לכשרותו של שטר מתנה העולה בערכאות (כלומר, שלא נעשה כפי דרישת הדין היהודי), היא: "דינא דמלכותא דינא". אפשר היה לחשוב, שכוונת הדברים היא שדין המלכות מחייב בתור שכזה, דהיינו על שום היותו חוק בעל כוח כפייה, שחייבים לקבלו. ואולם, הרשב"א מפרש בצורה אחרת לגמרי. לפי פירושו, מכיוון שמדובר כאן בעניין שאין למלך הנאה בו (בלשוננו: עניין מתחום המשפט הפרטי), אין כל תחולה לכלל "דינא דמלכותא דינא" ככלל המחייב מכוח עצמו (שכן לא בעניינים מסוג זה נאמר הכלל). ואולם - אומר הרשב"א - "כיון שזה מדעתו עשה מתנתו בערכאות, הרי קבל עליו לילך בזה בדיני המלכות שאמר שכל שטר שיעשה בערכאות שיועיל ויקנה, ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן משלו שלא מן הדין, כמו שנאמר 'מתנה שומר חנם להיות כשואל'..."

מתשובת הרשב"א יוצא, שאין שום מניעה הלכתית שהצדדים יקבלו עליהם עולה של מערכת דינים זרה כבסיס להתדיינות ביניהם, ובכך אין כל איסור שכן מדובר בענייני ממונות בלבד, שבהם יפה כוחו של התנאי. ואין לערב בין קבלתה של מערכת דינים זרה כבסיס להתדיינות ובין קבלתו שיפוטו של בית משפט המחיל מערכת של חוק זה. ביחס לקבלת שיפוטם של ערכאות גויים, יש איסור

149. שו"ת הרשב"א, חלק ו, סימן רנד.

150. גיטין, ע"ב.

מוחלט שלגביו אין מועילה התנאה¹⁵¹. שכן משמעותו של הסכם להתדיין בערכאות היא, בין היתר, שהצדדים מקבלים עליהם את שיפוטו של מוסד המפעיל את החוק הזר כחוק מחייב מכוח הדין, וזאת אין ההלכה מאפשרת. ואולם, קבלת ההסדר הקבוע בחוק הזר בלא לקבל את שיפוטו של המוסד הכופה את החוק משמעותה היא התנאה רצונית על הדין, שבהקשר של דיני ממונות אין בו כל פגם מבחינת ההלכה¹⁵².

מתשובת הרשב"א יוצא גם, שקבלתו של החוק הזר אינה צריכה להיעשות בדרך של התנאה מפורשת, אלא גם התנאה מכללא מועילה. במקרה שבו דן הרשב"א עצם העובדה ש"זה מדעתו עשה מתנתו בערכאות" מגלה שכוונתו היתה להחיל על אותה מתנה את דין המלכות; דין המלכות יחול כאן איפוא לא מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא", אלא מכוח ההסכמה.

כיוצא בזה כתב בימינו ר' משה פיינשטיין ביחס לחוקי השכירות שבארצות-הברית. באחת מתשובותיו¹⁵³, הוא מבחין בין הסכם שכירות שנעשה קודם שנחקק חוק המדינה ובין הסכם שנעשה במציאות שבה החוק כבר היה קיים. ביחס להסכם שנעשה קודם החוק, ומתעוררת השאלה אם זכויות הצדדים מושפעות מן האמור בחוק, "צריכין לדון אם יש בזה דין דינא דמלכותא דינא". מדוע צריכים לדון בשאלה זו - סתם ולא פירש, אבל מסתבר שהצורך בדיון זה נובע מן העובדה שמדובר בחוק מתחום המשפט הפרטי, שבו, כאמור בדברינו לעיל, אין תחולה לכלל דנן אלא אם מתקיימות נסיבות מיוחדות המצדיקות זאת. ואולם, ביחס להסכם שנעשה לאחר שהחוק כבר נחקק - "הוי כהתנו שאדעתא דדין המלכות השכיר לו". בהמשך דבריו, מדמה המשיב דבר זה למנהג המדינה, שבאותם עניינים שבהם נודעת לו חשיבות, "אין צורך שיעשה המנהג על פי חכמי תורה וגם אף לא על פי יהודים דוקא, דאף שהנהיגו זה הנכרים... נמי הוא מדין התורה בסתמא כפי המנהג, דאדעתא דמנהג העיר נחשב כהתנו בסתמא". לפיכך, מסקנתו היא, ש"ודאי לא גרע דין המלכות ממנהג, שבסתמא הוא כהתנו אדעתא דדין המלכות. וכל שכן שכן נוהגין כדין המדינה, ונמצא שגם המנהג כן".

151. ראה שו"ע, חו"מ, כו, א. וראה ספרי: מעשה הבא בעבירה; תוצאותיה של אי-חוקיות במשפט העברי (ירושלים, תשמ"א) 183.
152. במקרה שהצדדים קיבלו עליהם את הדין הנכרי, השיפוט בעניינם חייב להיות איפוא בידי בית דין הדין תורה, אלא שעליו להתחשב בתנאים שקיבלו עליהם הצדדים.
153. שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק א, סימן עב.

דיון בתחולתם של חוקי מדינת ישראל מכוח הסכמת הצדדים, מצאנו לאחרונה בפסק דינו של הרב א"י וולדינברג, חבר בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים¹⁵⁴. נושא הדיון היה פסק דינו של בית הדין הרבני האזורי בירושלים, שבו אושרה, ברוב דעות, זכותו של הנתבע לבנות דירה נוספת מעל גג דירתו המצויה בבית משותף. בפסק דינו, חיווה הרא"י וולדינברג את דעתו שיש לקבל את הערעור, ואת דבריו הוא מחלק לשניים: מבחינת ההלכה ומבחינת החוק. בחלק הראשון הוא מנתח את מקורות ההלכה הנוגעים לעניין, ומסיק שאין הנתבע זכאי להוסיף ולבנות על דירתו ללא הסכמת יתר הדיירים (ולא ניכנס בזה לדיון בפרטי ההנמקות).

בחלקו השני של פסק הדין - והוא החשוב לענייננו - מחווה הרא"י וולדינברג את דעתו, שאין הנתבע זכאי להוסיף ולבנות על ביתו, כאמור, גם מבחינת חוק המדינה. החוק הנוגע לעניין הוא חוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, שממנו יוצא, שלבנייה כאמור יש צורך בהסכמת כל הדיירים בבית המשותף. כותב הרא"י וולדינברג: "לפי דעתי בכגון נידוננו יש שפיר להתייחס באופן חיובי אל החוק האמור, הן מפני שהוא איננו נוגד דין תורתנו הקדושה, ועל כל פנים לא מפורש אצלנו דלא כן... והן מפני שזה מעין קבלוהו עלייהו ונהפך למנהג המדינה".

דבריו של הרא"י וולדינברג לעניין מנהג המדינה כבר הובאו בדברינו לעיל¹⁵⁵ ולא נחזור עליהם כאן. החשוב לענייננו בפרק זה, הם דבריו לעניין ההכרה בתוקפו של החוק בתור שכזה, ולא כיוצר מנהג גרידא. ביחס לשאלת תוקפו של החוק סבור הרא"י וולדינברג, לאור הרישא שבדבריו, שהחוק תקף על יסוד הכלל "דינא דמלכותא דינא", שהרי הוא מסתמך על דבריו הידועים של הש"ך, שהובאו בדברינו לעיל¹⁵⁶, דהיינו, שכל שדין המלכות אינו נוגד את דין תורתנו, הרי הוא מוכר על ידי ההלכה¹⁵⁷. ואולם כפי שעולה מן הסיפא של פסק דינו, מבקש הרב שלא לקבוע מסמרות בעניין זה, והוא מעדיף להסתמך על קבלתו של החוק על ידי הצדדים כנימוק לכוחו המחייב. בהמשך דבריו הוא מברר, כי "הצדדים התדיינו לפני הרשות המוסמכת אם להחיל על הבנין שלהם דין משותף", ובעקבות התדיינות זו הוצא הצו על ידי הפקיד המוסמך. לפיכך, לדעתו, "אין לך איפוא קבלוהו עלייהו יותר מזה". במקרה זה מדובר בקבלה שאותה רואה המשיב כקבלה מפורשת, אבל

154. נדפס בספר חשובותיו, שו"ת ציץ אליעזר, חלק טז, סימן סט. לא צויין שם אם פסק הדין משקף את דעת כל חברי בית הדין הגדול שישבו עימו לדין.
155. לעיל, הערה 10.
156. ראה לעיל, סמוך לציון להערה 125.
157. והשווה עם דעתו של הרב ישראל גרוסמן, להלן, הערה 158.

דומה בעיניי שמסקנתו לא תשתנה גם לגבי הסכמה מכללא, במקום ובנסיבות שעל פי כללי ההלכה יש לראות הסכמה כזו כמחייבת.

אם אין כל מניעה הלכתית מלקבל את חוק המדינה כחוק מחייב בדרך של הסכמה, ואם הסכמה כזו יכולה להינתן גם מכללא, המסקנה המתבקשת היא, שבמדינת ישראל עשויה להיות תחולה לכל מערכת החוק הפרטי של המדינה, ולא למשפט העברי, אם לא מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא", אזי מכוח הסכמה מכללא של האזרחים החיים במדינה, הנושאים ונותנים ביניהם על דעת חוקיה.

אימתי יש מקום להניח קיומה של הסכמה כזו שמכללא? ניתן לומר, שכאשר הנושאים ונותנים ביניהם הם שני יהודים שאינם שומרי תורה ומצוות, בוודאי על דעת חוק המדינה הם נושאים ונותנים. הנחה זו עשויה להיות נכונה גם כאשר רק אחד מהצדדים שומר תורה ומצוות, שכן מאחר שאחד הצדדים אינו רואה עצמו מחוייב לדין תורה ואין בידי חבירו לכפותו לכך, מקבלים עליהם שניהם את חוק המדינה כדין המחייב. ואולם, כאשר מדובר בשני יהודים הרואים עצמם מחוייבים לדין תורה, ספק אם ניתן לייחס להם הסכמה מכללא לקבל עליהם את חוק המדינה, אלא אם כן מדובר בחוק שבפועל נוהגים לפיו - כלשונו של ר' משה פיינשטיין לעיל - הידוע לכל, שלגביו ניתן לומר שמסתמא קיבלוהו הצדדים עליהם. דוגמא לחוק כזה הוא חוק בתים משותפים, הקובע את מערכת הזכויות והחובות בסוג זה של מגורים, שהוא נפוץ מאוד בארץ. יש מקום לומר, שמכיוון שהשימוש בחוק נפוץ מאוד, הרי כל הנושא ונותן בסוג כזה של מקרקעין על דעת החוק הוא נותן - גם אם מדובר בשני יהודים הרואים עצמם מחוייבים לדין תורה¹⁵⁸. לעומת זאת, חוק כמו חוק החוזים, שפרטיו אינם ידועים לרוב ההדיוטות, וקשה לומר עליו שהוראותיו משקפות מנהג, ספק אם ניתן לקיים בו את ההנחה שכל הנושא ונותן - כולל שומרי תורה ומצוות - על דעת החוק הוא נותן. במקרה כזה קרוב יותר להניח שבראותם עצמם מחוייבים לדין תורה, התכוונו הצדדים להחיל על ענייניהם דין זה ולא את חוק המדינה¹⁵⁹.

158. אם כי אין הכרח לקבל הנחה זו. וראה דבריו של הרב ישראל גרוסמן בסוף שו"ת משכנות ישראל (ירושלים, תשמ"ד), תחת הכותרת "התנצלות המחבר", משם משמע, שלדעת המחבר אין חוק בתים משותפים חל, מכוח הסכמה, על יהודים שומרי תורה ומצוות.

159. לא מצאתי בפסיקת בתי הדין הרבניים שום מקרה שבו שקל בית דין רבני את האפשרות להחיל את חוק המדינה מכוח התנאה מכללא, על יסוד תשובת הרשב"א הנ"ל, הגם שלכאורה יש מקום להחלת החוק בנסיבות מתאימות, כאמור לעיל.

ד. תקנות הקהל

1. סמכות הציבור ונבחריו וגבולותיה

נוסף לחכמי ההלכה, המופקדים, בין היתר, גם על הסמכות להתקין תקנות, ובלשונו: סמכות החקיקה¹⁶⁰, נמסרה סמכות זו, בגבולות מסוימים, גם בידי הציבור ונבחריו: "רשאים בני העיר להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן"¹⁶¹. סמכות זו מתייחסת אך ורק לתחום דיני ממונות ולתחום הדין הפלילי. בדיני ממונות יפה כוחו של תנאי גם אם הוא נגד הדין, שכן הכלל הוא: "כל תנאי שבממון - קיים"¹⁶², ודינה של תקנה שניתקנה על ידי הציבור בכללותו, או על ידי נבחריו, הוא ככל תנאי שבממון, הקיים גם אם עומד הוא בניגוד לדין¹⁶³, "והרי הוא כאילו כל אחד ואחד מיחידה הקהל התנה וקיבל כן על עצמו"¹⁶⁴.

כמו כן ביססו חכמי ההלכה את סמכותו של הציבור בתחום דיני הממונות על הכלל "הפקד בית דין הפקר", שנאמר - על פי פרשנותם של חכמי ההלכה - לא רק ביחס לבית דין, אלא גם ביחס לציבור ונבחריו, "מכיוון שכל אנשי העיר עיניהם בהם תלויות בכל דבר ודבר שיש בו תיקון העיר ודומיהן וכולהו סמכו דעתייהו עליהו, והרי הוא כאילו בררום בפירוש שכל מה שיעשו שיהיה עשוי"¹⁶⁵. לפי דעתו של אחד האחרונים¹⁶⁶, "לא נאמרה הלכה זו [=הפקד בית דין הפקר] על בית דין של ישראל בתור בית דין אלא בתור שררה וממשלה", ולפיכך "לאו דוקא על בית דין של ישראל נאמרה הלכה זו אלא על כל שררה וממשלה בביתה שהיא השולטת בכל אשר לנתיניה".

160. ראה מ' אלון, המשפט העברי, 405 ואילך.

161. בבא בתרא ח, ע"ב. וראה פירוט ההלכות השונות הנוגעות לסמכויות בני העיר, בשו"ע, חו"מ, סימן קסג.

162. ראה קרושין יט, ע"ב.

163. ראה שו"ת הריטב"א (מהדורת הר"י קאפח) סימן קכ, עמ' קלז.

164. שו"ת הריב"ש, סימן שה (פד, ע"ד).

165. שו"ת ד' אליהו מזרחי, סימן נו (הוצאת הדרום, עמ' קפז). וראה גם שו"ת רגמ"ה (מהדורת אידלברג) סימן סז.

166. שו"ת דבר אברהם, חלק א, סימן א, ענף ב, ד"ה והנ"ל, בכיבוד דעתו של רבינו יונה.

אף בתחום הפלילי מבוססת סמכות הציבור ונבחריו, בין היתר, על הכלל "הפקר בית דין הפקר"¹⁶⁷, ואולם נוסף לכך שימש גם כאן כלל אחר, רחב יותר, שבמקורו נאמר ביחס לבית דין, אבל סופו ששימש גם הוא יסוד לסמכות הציבור, והוא: "בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין". על פי דין התלמוד¹⁶⁸, מוסמך בית הדין להטיל עונשים שלא מן הדין ולסטות מדיני הראיות הרגילים לצורך שעה, וחכמי ההלכה הרחיבו סמכות זו כמתייחסת גם לציבור ונבחריו¹⁶⁹. ידועה, בהקשר זה, תשובתו של הרשב"א¹⁷⁰, המבחין בצורה ברורה בין סמכות הענישה שעל פי הדין ובין סמכות הענישה שמכוח התקנות: "מי שעומד על תיקוני המדינה אינו דן על הדינים הכתובים בתורה ממש, אלא לפי מה שהוא צריך לעשות כפי השעה... וכן אמרו: 'מכין ועונשין שלא מן הדין'... כל שכן אתם, עיקר ההסכמה לא היתה אלא לעשות מה שיראה בעיניכם, כמו שכתוב באגרת התקנה"¹⁷¹.

נבחר הציבור במדינת ישראל הריבונית, אין כוחם גרוע משבעה טובי העיר ומנושאי תפקידים אחרים הנוכחים בהלכה, ובוודאי יפה כוחם להתקין תקנות לטובת הציבור. וכך כותב בעניין זה הריא"ה הרצוג¹⁷²: "אין ספק לדעתי שממשלת ישראל, מלכות ישראל עצמאית בארץ ישראל, בצירוף המועצה המורחבת של הרבנות הראשית לארץ ישראל"¹⁷³, יש לה אותו הכח במדינה שיש לז' טובי העיר במקומם, ואמנם גם לשם כך הוקמה המלכות לעשות תקנות בעניני ממונות (ובהטלת עונשים לחיקון העולם)..."

לעומת זאת, בתחום של דיני איסור והיתר אין לציבור ונבחריו כל סמכות לשנות מן הדין בדרך של חקיקה, וחכמי ההלכה הם בעלי הסמכות הבלעדית בנושא זה¹⁷⁴. יחד עם

167. ראה שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס לכוב, סימן תכג, ודבריו של מ' אלון, המשפט העברי, 566 ואילך.

168. יבמות צב, ע"ב; סנהדרין מו, ע"א.

169. ראה מ' אלון, המשפט העברי, 567 ואילך.

170. שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן שיא.

171. על סמכותם של נבחר הציבור, ובכלל זה חברי הכנסת במדינת ישראל, בסוגייה זו של דיני עונשין, ראה הרב י"מ גינצבורג, משפטים לישראל (ירושלים, תשט"ז) נח ואילך. וראה דבריו של הריא"ה הרצוג שהתפרסמו לאחרונה בספר תחוקה לישראל על-פי התורה, כרך א (לעיל, הערה 11), 50 ואילך; 173.

172. ריא"ה הרצוג, שם, כרך ב, 58.

173. על דרישה זו, לצירוף הסמכות ההלכתית כתנאי להכרה בתוקפם של החוקים, ראה להלן, בסעיף הדן בצורך באישורם של חכמי ההלכה.

174. ראה שו"ת הריב"ש, שם; שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן ג; הרב ב"צ מאיר חי עזיאל, "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים" התורה והמדינה ה-1 (תשי"ג-תשי"ד) כא; מ' אלון, המשפט העברי, 574. וראוי להעיר: עובדת היותם של חכמי ההלכה בעלי הסמכות להתקין תקנות בתחום של דיני

זה, מוסמכים נבחרו להתיקין תקנה גם בתחום של דיני אישות, לדוגמא, המסווגים כחלק מדיני איסור והיתר, כשהתקנה מבוססת על הכלל "הפקר בית דין הפקר", כגון: תקנה המחייבת עריכת קידושין במעמד רב ועשרה אנשים כדי למנוע תקלות העלולות להתעורר כתוצאה מקידושי סתר או קידושי שחוק¹⁷⁵. כמו כן מוסמכים נבחרו להתיקין תקנות גם בענייני איסורים, כשמטרת התקנה היא לאסור את המותר, ולא להתיר את האסור, כאשר יש מגיע חברתי להתקנת התקנה¹⁷⁶.

הגבלה זו של סמכותו של הציבור ונבחריו במעשה החקיקה, דומה להגבלה הקיימת גם ביחס לחוקי השלטון הנכרי, שכאמור בדברינו לעיל¹⁷⁷, אינם מוכרים כלל במידה שיש בהם פגיעה כלשהי בתחום הדתי של ההלכה. אם באים אנו איפוא לבחון את השאלה, אם חקיקת הכנסת, הנעשית בידי הגוף המחוקק הנבחר על ידי כלל האזרחים במדינת ישראל, עשויה להיות בעלת תוקף מבחינת ההלכה, אין לנו אלא לחזור על מה שנאמר לעיל ביחס לתוקפה של חקיקה זו מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא", דהיינו, שבדרך כלל אין לחקיקה זו כל נגיעה לדיני איסור והיתר ולכן היא עשויה להיות תקיפה, ואולם אם ימצא שחוק זה או אחר מנוגד לדין דתי של ההלכה היהודית, לא תינתן לו כל הכרה.

האיסורים, אין משמעותה שהם ישתמשו בסמכותם כדבר שבשיגרה. גם בענייני ממונות אין חכמי ההלכה שבדורות האחרונים מרבים להשתמש בסמכותם לתקן תקנות, וביחוד כשמעורבים בעניין גם יסודות מדיני איסור והיתר. וראה הדברים שכתב הרב עובדיה הדאיה בשו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו"מ סימן כב, בעניין התקנת תקנות בירושה (בתגובה להצעותיו בנדון של הריא"ה הרצוג). לדבריו, קיים חשש שאם יבואו לתקן בעניין אחד, עלול הדבר לשמש פתח להתרת דברים אחרים שלא עלו כלל על דעתם של המתקינים, ונמצא שבמקום גדר יהיה בתקנה משום פירצה. ועוד: "הלא אלה הרוצים להיות ככל הגויים בחוקותיהם והלכותיהם, לא יסתפקו בזה, הם רוצים לשנות כל חוקי התורה, ואם נפתח להם פתח כחודו של מחט, אז יבואו לדרוש לפתוח להם פתח כפתחו של אולם, בראותם שיש אפשרות ביד הרבניים למצוא פתחים של היתר, ויאיימו בכל מיני איומים וגיוזומים עד שיכריחו הרבנים למצוא דרכים... לכמה פתחי היתרים". דעה מרחיקת לכת יותר היא זו של החזון איש, קובץ אגרות, חלק א (בני ברק, חשל"ו) סימן צו (עמ' קיב), ולפיה "אין אנו ראוים כלל לתקן תקנות, שצריך לזה גדלות בתורה במידה מופלאה ואנחנו ירדנו פלאים והדיוטים אנחנו, ואיך נעזו פנינו ונקשה ערפנו לומר חכמים אנחנו ויש כח בידנו להפקיר ממון ולקבוע תקנות לדורות"; הדברים נאמרו ביחס להצעה להתקין תקנות בענייני ירושה. כן ראה ב"צ אליאש, "החקיקה הרבנית בפסיקה הרבנית" דיני ישראל י"א (תשמ"א-תשמ"ג) קעו ואילך; ריא ואילך, לעניין תקנות הרבנות הראשית לישראל בענייני אישות, ומידת התקבלותן על ידי חכמי דורנו (אבל השווה עם דבריו של ש' מירון בתגובתו, שם, רטז-ריח).

175. ראה, לדוגמא, שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן תקנא, ודבריו של מ' אלון, המשפט העברי, 577-578.

176. ראה, לדוגמא, שו"ת הרא"ש ז, א, בעניין איסור שחיטתם של משיגי גבול.

177. ראה לעיל, בסמוך לציון להערה 95.

יוצא איפוא, שחוקי הכנסת שאינם יכולים להיות מוכרים בהלכה מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא" בשל היותם נוגדים את הדין הדתי של ההלכה, לא יוכלו לקבל הכרה זו רק בשל העובדה שהם נחקקו על ידי מוסד נבחר יהודי, ודינם כתקנות הקהל.

2. כנסת בעלת רוב חילוני

השאלה הבאה שיש לדון בה היא, אם הכנסת, על פי הרכבה הנוכחי - שהוא ברובו המכריע חילוני, ואינו רואה עצמו מחוייב כלל לקיום תורה ומצוות - כשירה מבחינתה של ההלכה היהודית לשמש כגוף נבחר לעניין הסמכות להתקין תקנות קהל. הספק בעניין זה מתעורר נוכח העובדה, שבשורה של עניינים הושווה מעמדם של נבכרי הציבור לזה של דיינים, ואם דיין אינו יכול לשמש בתפקידו אם אינו מכיר בסמכותה של ההלכה, כיצד יכול נבחר ציבור לכהן בתפקידו אם אינו ממלא אחר דרישה בסיסית זו?

מעמדם של נבכרי הציבור הושווה לזה של בית דין, ואף לסנהדרין עצמה, לעניין סמכות החקיקה המסורה בידם: "שורת הדין בהסכמת בני המדינה, כל שהרוב מסכימין ומתקנין ומקבלין עליהם, אין משגיחין לדברי היחיד, שרוב כל עיר ועיר אצל יחידיהם הם כבית דין הגדול אצל כל ישראל, ואם גזרו הם - גזירתם קיימת"¹⁷⁸. הקבלה זו מצאה ביטוייה בשורה של הלכות אחרות¹⁷⁹, וביניהן גם בהלכה העוסקת בכשירויות של נבכרי ציבור: "אלו טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים, הרי הן כדיינים, ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה"¹⁸⁰.

העיקרון הכללי הנוגע לכשירותו של דיין הוא: "כל הפסולים להעיד מחמת קורבה או מחמת עבירה, פסולים לדון"¹⁸¹. ההלכה מהלכות עדות השייכת לענייננו קובעת, כי "רשע פסול לעדות"¹⁸², והגדרתו של רשע היא: "כל שעבר עבירה שחייבים עליה מלקות, ואין צריך לומר אם חייבים עליה מיתת בית דין, לא שנא אם עבר לתיאבון לא שנא אם עבר

178. שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן תיא.

179. ראה מאמרי: "חובת ההנמקה במשפט העברי" שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ם) 319, בעמ' 379 ואילך.

180. הגהות הרמ"א על שו"ע, חו"מ, לו, כב.

181. שו"ע, חו"מ, ז, ט.

182. שו"ע, חו"מ, לד, א.

להכעיס"¹⁸³. ההבדל בין עברייין לתיאבון ובין עברייין להכעיס הוא, שעברייין לתיאבון נחשב ל"רשע דחמס", כלומר הוא עברייין שיש לו טובת הנאה בעבריינותו, בעוד שעברייין להכעיס אינו "רשע דחמס", דהיינו אין הוא מרוויח מאומה מעבריינותו, ואינו חשוד איפוא לעבור עבירה כדי להפיק לעצמו טובת הנאה¹⁸⁴. ההלכה שנפסקה, אינה מבחינה, כאמור, בין שני סוגים אלה של "רשעה", ואם באים אנו ליישם הלכה זו ביחס לדיינים, עלינו לומר שגם דייין ש"רשעותו" אינה של חמס, אף הוא פסול מלשמש בתפקידו.

לאור האמור, המסקנה המתבקשת היא, לכאורה, שמאחר שגם טובי הקהל, דהיינו נבחרי הציבור, אסורים להושיב ביניהם מי שפסול משום רשעה, הרי שמרבית חברי בית המחוקקים הישראלי אינם כשרים לשמש בתפקידם, ואולי יש בכך כדי לפסול את כל מעשה החקיקה שבו הם שותפים.

הספק ביחס לעצם תוקפו של מעשה החקיקה של כנסת ישראל דהיום נובע גם מן העובדה, שלכאורה אין לכהונתם של חברי הכנסת כל בסיס חוקי (מנקודת מבטה של ההלכה כמובן), וממילא כל מה שהם עושים במסגרת מילוי תפקידם, אינו תקף מבחינתה של ההלכה. הטעם לשלילת הבסיס החוקי מכהונתם של חברי הכנסת נעוץ בהלכה הבאה שברמב"ם¹⁸⁵: "כל סנהדרין או מלך או ראש גולה שהעמידו להן לישראל דייין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה וראוי להיות דייין, אף על פי שהוא כולו מחמדים ויש בו טובות אחרות, הרי זה שהעמידו עובר בלא תעשה". על פי עקרונות ההלכה, מעשה הנעשה בניגוד ל"לא תעשה" שבתורה הוא חסר תוקף, שכן ההלכה בעניין זה נפסקה כרבא, האומר¹⁸⁶: "כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד, אי עביד לא מהני"¹⁸⁷. לפי זה, מינויו של דייין שאינו הגון הוא חסר תוקף, ולאור השוואתם של נבחרי הציבור לדיינים צריך לומר שאף מינויו של נבחר ציבור שאינו הגון הוא חסר תוקף, שכן אף לגביו חל האיסור הבסיסי שלא למנות מי שאינו ראוי לתפקידו¹⁸⁸. וכן פסק הרמב"ם¹⁸⁹: "וכל מי שאין בו יראת שמים, אף על פי שחכמתו מרובה אין ממנין אותו למינוי מן המינויין שבישראל".

183. שם, סעיף ב.

184. ראה סנהדרין כז, ע"א.

185. הלכות סנהדרין ג, ח.

186. תמורה ד, ע"ב.

187. ראה ספרי (לעיל, הערה 151) 22 ואילך; 49 ואילך.

188. ראה ספר החינוך (מהדורת שעוועל) סימן חיד.

189. רמב"ם, הלכות מלכים א, ז.

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

ואולם, גם אם יש אמת במסקנה שאליה הגענו ביחס למינויים של מנהיגי ציבור שאינם ראויים לתפקידם (והדברים צריכים עדיין עיון), אין למסקנה זו כל נגיעה למעמד החוקי של הכנסת ונבחריה. כל האמור לעיל מתייחס למינויו של מי שאינו ראוי לתפקידו, בעוד שהכנסת היא גוף נבחר, וביחס לנבחר ציבור הכלל הוא שונה, ויש בידי כל ציבור וציבור לבחור לעצמו את האנשים שישמשו בתפקידים הציבוריים והשלטוניים השונים.

ההבחנה בין מינוי ובחירה מצוייה ביחס לדיין. כפי שראינו לעיל, יש איסור למנות דיין שאינו הגון, ואולם ביחס לבחירה פסק הרמב"ם: "מי שקבל עליו קרוב או פסול... להיותו דיין... אפילו קבל אחד מן הפסולים בעבירה... כשלושה בית דין מומחין לדרך לו... שקבל על עצמו לאבד זכויותיו ולמחול מה שהיה טוען על פיהם... אם קנו מידו על זה, אינו יכול להזור בו"¹⁹⁰.

אין צריך לומר, שקבלתו של דיין פסול על ידי בעל דין אינה יפה אלא לעניינים שבממון. שבהם, ורק בהם, יכול אדם לקבל על עצמו לאבד זכויותיו ולמחול על שלו, בעוד שבענייני איסורים, שבהם לא שייכת מחילה כלל¹⁹¹. אין להעלות על הדעת שיוכל אדם לקבל על עצמו כדיין מי שאינו מוסמך להוראה כדי שיפסוק לו בענייני איסור והיתר.

לעניין בחירה, לא רק היחיד רשאי לקבל על עצמו מי שהוא פסול לשמש כדיין, אלא גם הציבור בכללותו רשאי לבחור לו דיין מן הסוג הזה. דברים מפורשים בעניין זה כותב הרשב"ש¹⁹²: "ובענין דיינות, דבר ברור הוא שאין להעמיד על הצבור אלא דיין הגון... ולכשתחבונן בה תמצא, שלא נאמרו הדברים אלא במעמידו על הצבור שלא ברצונם, אבל אם העמידוהו מעצמם יכולים הם... ואם כן, אם הקהל, כל אחד ואחד, נתרצה בזה הפסול והפגום והרשע, והעמידוהו עליהם, רצו לזוק בנכסיהם, ולא יהיה אלא מפשר¹⁹³, וכיחידים דמו, ואין ביניהם אלא שהיחיד בעי קנין, ואלו - כיוון שנתרצו כלם, הוי תחלת דינא כסוף דינא וכאילו נגמר הדין, שאינם יכולים לחזור בהם". הרשב"ש אינו מסתפק בניחות העיוני, אלא מעיד גם על המציאות ששררה בזמנו, ש"בכל שנה ושנה מבררין הקהל עליהם דיינים אוהבי בצע, אוהבי מצה, לפסוק על הקהל יצ"ו, ואין לך דין גדול מזה, ואנחנו

190. הלכות סנהדרין ז, ב. וראה מה שנפסק, הלכה למעשה, בשו"ת הר"י מיגאש, סימן קיד.

191. ראה גיטין סד, ע"א, ורש"י שם, ד"ה דאיתיהיב למחילה.

192. שו"ת הרשב"ש, סימן תריא.

193. כמפשר, דינו של דיין כזה הוא כ"ערכאות שבסוריא" (סנהדרין כג, ע"א), שעל פי שו"ת הרשב"א, ח"ב, סימן רצ, הוא מוכר מבחינת ההלכה במקום שבו לא מצויים דיינים היכולים לדרך דין תורה. וראה שו"ע, חו"מ, ח, א, ברמ"א; ו"חזון איש" לסנהדרין, סימן טו, סעיף ד.

שומעין ושותקים ומקיימים דבריהם, לאחר שעשו - מה שעשו נעשה דין כיון שקבלום עליהם¹⁹⁴.

לאור השוואתם של מנהיגי הציבור לדיינים, המסקנה המתחייבת היא, לכאורה, שאף מי שהציבור בחר בו לתפקיד ציבורי והוא אינו ראוי לתפקידו מן הטעמים הפוסלים בדין, אין לערער על בחירתו, שכן הציבור רשאי לבחור לעצמו את מנהיגיו, גם אם אין הם ממלאים אחר הדרישות הקיימות בהלכה לכתחילה¹⁹⁵.

ואמנם, בשורה של מאמרים שכתבו רבנים שונים, בעיקר בשנותיה הראשונות של המדינה, בהם נדונה שאלת מעמדה של החקיקה הישראלית, לא הועלתה כלל האפשרות לפקפק בתוקפה של חקיקה זו מן הטעם שחברי בית המחוקקים אינם ראויים לשמש בתפקידם¹⁹⁶. במקרים רבים לא הוזכרה הכנסת בשמה, אבל יש מן הרבנים שהתייחסו במפורש לכנסת ישראל דהיום¹⁹⁷. כך, לדוגמא, דן הרב הראשי, הרב בן-ציון מאיר חי עוזיאל, באחד ממאמריו¹⁹⁸, באפשרות להכשיר פסולי עדות מחמת עבירה, כמחללי שבת

194. ראה גם סימן תריב בשו"ת הרשב"ש. כן ראה קונטרס תיקון עולם שבסוף ספר משפט שלום, סימן רלא, סעיף כג; שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן קלז; שו"ת תשורת שי, חלק א, סימן שג.

195. כאן מבקש אני להדגיש את הלכאורה שבהנחה זו. כאמור לעיל (הערה 193), על פי ההלכה שנפסקה ברמ"א, בחירתם של הדיוטות אינה אמורה אלא במקום שאין דיינים מומחים. אכן, מן הסיפא של הגהת הרמ"א, אפשר להסיק, לכאורה, שבחירתם של הדיוטות כדיינים אפשרית גם בלי תנאי זה, אבל אין לפרש כך. יסודה של הסיפא בתשובה אחרת של הרשב"א - בחלק א, סימן תשכט (=חלק ג, סימן תלא), וכפי שיתברר למעיין, לא בא הרשב"א ליתן פירוש חדש למוסד של "ערכאות שבסוריא" (שאם לא נפרש כן תימצא סתירה בין שתי תשובות הרשב"א). יתירה מזו: אילו רצה הרמ"א לחדש שמינויים של הדיוטות אפשרי גם במקום שבו יש מומחים, למה היה לו להביא ברישא את תשובתו של הרשב"א בסימן רצ, המסייגת דין זה רק למקום שבו אין דיינים מומחים? היה צריך להביא רק את המקום שממנו משתמע, לכאורה, חידוש גדול יותר, דהיינו שבחירה של הדיוטות אפשרית בכל מקרה, גם כשיש דיינים מומחים! מכל מקום, אם אמנם זוהי ההלכה, האם לא נובע מכך שגם נבחרו ציבור שאינם מקבלים עליהם עול תורה ומצוות אינם מוכרים אלא במקום שאין אחרים, אבל כאשר מצויים בקרב הציבור אנשים המסוגלים למלא תפקידים ציבוריים והם שומרי תורה ומצוות, יש לבחור בהם ולא במי שפסול משום "רשעה"? והדברים צריכים עיון רב. כמו כן יש לעורר את השאלה: כלום יש להחיל את העיקרון המכשיר פסולים, ואף "רשעים", מכוח הסכמה וקבלה, גם לגבי כופרים בעיקר, שאינם מקבלים את עולה של ההלכה מכל וכל. ראה גם את מאמרו של הרב ש' גורן, "חוקה תורנית כיצד?", בתוך ספרו של הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על-פי התורה כרך א (לעיל, הערה 11), 147, ודבריו של הריא"ה הרצוג, שם, 196.

196. ראה: התורה והמדינה, כרכים א'- (תש"ט-תשי"ט).

197. ראה הרב ר' כ"ץ, "חוק ומשפט במדינת ישראל" התורה והמדינה ט-י (תשי"ח-תשי"ט) לא.

198. הרב ב"צ מאיר חי עוזיאל, "בהגדרת פסולי עדות" המאור כרך ד, חוברת י (תשי"ג) 4-7; כך ה.

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

בפרהסיא, ועוד, בדרך של מתן תוקף על ידי הרבנות הראשית למעשה החקיקה של הכנסת בעניין זה. במאמרו אין המחבר דן כלל בשאלה אם הכנסת, בהרכבה הנוכחי, היא גוף המשולל סמכות לתקן תקנות, ולכאורה הוא רואה זאת כדבר מובן מאלין¹⁹⁹.

התפרסמו לאחר פטירתו של הרב המחבר, ובהם נתן ביטוי להשקפתו שלפיה "ברור כשמש שדעתו [=של הרב עוזיאל] לציבור שומר תורה ומצוה, ונבחריו בכנסת הם גם כן כמותו, ואף אם לפעמים יתרחש שיהיו ביניהם מקצת פסולים, אמנם כל הכנסת עומדת כלה על רקע דתי ונשמעת לדבריה של הרבנות הראשית כסמכות הכי עליונה, שאז יש לכנסת הזו דין ציבור... הנאמר ונשנה בכל המקורות ההלכתיים שמחברנו דן בהם... אבל ארגוני המפא"ים והמפמ"ים והשומרים והכלליים וכולם למיניהם, הרי אלו מכה חדשה שלא נאמרה בתורה, והס מלהזכיר לכנות את אלו בשם ציבור, וציריהם ושליחיהם בכנסת שהתלכדו לעצרת בוגדים, להדיח ולהשחית את כל חלקה טובה בישראל, ואפילו את הרבנות הראשית, תקנתם אינה תקנה... ובודאי לא יעלה על דעת שום בן תורה, להעניק לאלו תוקף משפטי..."²⁰⁰

ואולם, ברור כשמש בצהרים, שהרב הראשי עוזיאל אכן התכוון לכנסת דהאידינא, שהרי בחלקו הראשון של המאמר²⁰¹, הוא כותב במפורש, שכל הצעתו אינה נובעת אלא מן החשש, שבמציאות הקיימת, אם לא תימצא דרך להכשרת פסולי עדות בפני בתי הדין הרבניים, "כתוצאה מזה יכולים לפסול את רוב פסקי הדין ותיפסק חס וחלילה הגשמת דין התורה בארצנו"²⁰². חשש זה - כפי שכל בר דעת יכול להבין - אינו יכול להתייחס אלא

חוברת א (תשי"ד), 4-5; חוברת ב, 3-4; חוברת ג, 11-12; כרך ז, חוברת א (תש"ז) 3-4; חוברת ג.1.

199. וראה גם מאמרו: "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים" התורה והמדינה ה-1 (תשי"ג-תשי"ד) טו-כא. בקשר להצעתו הנזכרת בדבר הכשרת פסולי עדות, ראה גם מה שכבר כתב עשרות שנים קודם לכן הר"ר מרגליות, "חקרי הלכה על בתי המשפט בארץ ישראל", נדפס מחדש בתוך: המשפט העברי ומדינת ישראל, (י' בזק עורך, ירושלים, תשכ"ט) 208, הערה 21.

200. המאור ה, חוברת ג (תשי"ד) 12. להשקפה ההלכתית האוסרת גם את ההשתתפות בבחירות לכנסת, ראה שו"ת באין חזון (ירושלים, תשכ"ט, נדפס בעילום שם המחבר) סימנים א-ד. המאור ד, חוברת י (תשי"ג) 4.

20. ראה גם שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן יז, בעניין הכשרתם של נכרים לעדות בדרך של התקנת תקנה. גם שם - בחשובה שנכתבה לפני קום המדינה - דן הרב עוזיאל בצורך בהתקנת התקנה לאור המציאות בה אנו חיים: "אין זה ממת הצדק האזרחית לפסול לעדות אלה היושבים אתנו ונושאים ונותנים עמנו באמונה ותם לב... ואם בכל העולם הנאור נתקבל חק כזה... איכה נעשה אנחנו הברל זה?"

למציאות הקיימת היום במדינה, כאשר הרוב החילוני בכנסת הוא הקובע ביחס למעמדם של בתי הדין הרבניים, שהרי אם התייחסותו של הרב עוזיאל היתה לכנסת המורכבת משומרי תורה ומצוות, מה היסוד לחשש שתיפסק חלילה הגשמת דין תורה בארצנו? בשאלה זו עצמה, של הכשרת פסולי עדות במציאות הקיימת היום, עסק גם הרב הראשי, הריא"ה הרצוג, ודבריו התפרסמו לאחרונה. כותב הרב הרצוג²⁰³: "אם נבוא להעמיד את הדין על תלו, כמו שהוא, מבלי עצות ותחבולות, כמובן במסגרת תורתנו הקדושה, נתקל בקשיים עצומים שאי אפשר להתגבר עליהם... מה נעשה בנוגע לפסולים מחמת עבירה על מצוות שבין אדם למקום, או לפסולים מחמת שידועים לחפשים בדעות ברקע של אמונה, ועוד יותר קשה מזה בנוגע לעדות של אינם בני ברית... ואין לנו עצה אלא על ידי קבלה כללית מצד הקבלה". להלן בא הרב הרצוג לדון בצד המעשי של קבלה זו והוא כותב²⁰⁴: "...שהרי אי אפשר שיתקבצו כל תושבי המדינה ויקבלו עליהם הפסולים הנ"ל, אלא שהציבור בישוב כולו בוחר באספה מחוקקת והאספה הזאת בכח הבחירה הזאת תצהיר שמקבלת בשם הציבור כולו לעדים ולדיינים²⁰⁵ (עליהם) הפסולים מדין תורה ומתקנת חז"ל, והיינו לענייני ממונות ועונשין... ואין לך תיקון העולם ומיגדר מילתא גדול מזה, שהוא לביסוס המדינה היהודית לפי המצב הקיים, לצערנו, עכשיו, ולמנוע על ידי כך שהמדינה תקבל חוקים זרים, משפטים של אומות העולם, שזה יהיה הריסה לדת כולה, חס וחלילה...". אין כל ספק, שאף הריא"ה הרצוג התייחס לכנסת על-פי הרכבה במציאות ימינו.

אכן, אין לכחד כי גם אצל רבנים שאינם בעלי השקפות כגון זו הנזכרת לעיל, יש פקפוק ביחס לתוקפם המלא של חוקי הכנסת כתקנות קהל, נוכח העובדה שהכנסת מורכבת מחברים שברובם אינם בני תורה הכשרים לדון²⁰⁶. ברם, לעומת זאת מוצאים אנו רבנים אחרים הסבורים - בדומה לדעתו של הרב עוזיאל בשעתו - ש"גם אם נמצא בין הנבחרים

203. הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על-פי התורה כרך א (לעיל, הערה 11) 39-40.

204. שם, 41.

205. בנושא קבלתם של דיינים פסולים, ראה מה שכתב הרב הרצוג בהמשך דבריו, שם, 43 ואילך.

206. ראה הרב ש' ישראלי, עמוד הימיני (תל אביב, תשכ"ו) פא; הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג (תשמ"ב) 242; הרב ח' פרדס, "היש חוקף הלכתי לחוקי הכנסת?" תחומין ז (תשמ"ו) 519.

הללו אי-אלה שאינם חרדים לדבר ה', והאמונה בקדושת התורה אבדה להם, אין הצטרפותם גורם פסול לכל הוועד"²⁰⁷.
 כחיזוק לדעת הסוברים, שאין בחירתם של נבחרים ציבור נפגמת, בדיעבד, כאשר לכתחילה אין הם ראויים לתפקידם, יש לציין, שגם ביחס לשלטונו של מלך נוכחנו לדעת²⁰⁸, שבדיעבד, גם אם אין המלך ראוי לתפקידו, אין בכך כדי לגרוע ממעמדו החוקי כמלך; לכאורה, אין מקום לחלק בין מעמדו של מלך כשליט חוקי, ובין מעמדה של הכנסת ונבחריה כבעלי מעמד חוקי, מבחינת ההלכה, אף-על-פי שלא מתקיימות בהם כל הדרישות המפורטות בהלכה.

3. כנסת הכוללת בהרכבה חברים שאינם יהודים

שאלה אחרת שיש לדון בה, והנוגעת אף היא להרכבו של בית המחוקקים, היא בעניין שיתופם של נכרים בין חברי הבית. על פי האמור בתורה²⁰⁹, אין למנות מלך מזרע נכרים, וההלכה שנפסקה היא, שלא רק מלך "אלא כל שררות שבישראל... שנאמר: 'מקרב אחיך תשים עליך מלך' - כל משימות שאתה משים לא יהיו אלא מקרב אחיך"²¹⁰. אם בבחירתו של נכרי לשמש כחבר-כנסת יש משום שררה, כי אז נוגד שיתופם של נכרים בין חברי הבית את ההלכה, ויש אולי מקום לדון בכשרותו ובחוקיותו של הגוף כולו בעטיו של איסור זה.

ברם, יש מקום לומר שבבחירה לתפקיד של חבר-כנסת אין משום שררה. השררה המוענקה למלך מתבטאת במינויו לכל ימי חייו, והמלוכה אף עוברת בירושה לזרעו. לעומת זאת, חבר כנסת נבחר לזמן מוגבל ואין הוא מוריש את משרתו לזרעו אחריו. על הבחנה זו נומד הרב שאול ישראלי, הכותב ביחס למהות הבחירה של חברי הכנסת, ש"אינם אלא

20. הרב י"מ גינצבורג, משפטים לישראל (ירושלים, תשט"ז) סט. המחבר מנמק אמנם את דבריו בכך שרבים מחברי הכנסת הם דתיים בהחלט או שעל כל פנים נותנים כבוד לקדשי ישראל. אבל דומה שגם בהיעדר תנאי זה אין לפקפק בתוקף בחירתם על ידי הציבור, כפי שעולה מתשובת הרשב"ש הנ"ל.

21. ראה לעיל, סמוך לציון להערה 93. וראה דבריו של הרב ז' קורן (לעיל, הערה 92), בעמ' 195.

22. דברים יז, טו.

23. רמב"ם, הלכות מלכים א, ד.

באי כח הצבור ושליחיו לפעול מה שצריך לטובת הציבור... ומכיון שאינם אלא שליחים אין כאן גדרי שררה כלל, כי מכח המשלחים הם יונקים את כוחם ואין כאן אלא שררה שהצבור שורר על עצמו, ומגביל עצמו לטובתו על ידי שלוחיו שמסר להם ייפוי כח זה"²¹¹. הסבר אחר לחוקיות שיתופם של נכרים בין חברי בית המחוקקים, נותן הרב ראובן כ"ץ²¹². לדבריו, על פי המסגרת הדמוקרטית של המדינה, זכאי כל ציבור במדינה לנציגות מתאימה בהתאם לחלקו היחסי באוכלוסייה. בחירתם לכנסת של הנבחרים מקרב המיעוט הלא יהודי במדינה, "נעשית למעשה אך ורק בשביל הצבור שלהם בלבד", אלא מכיון שאין זה מעשי שכל נבחר לתפקיד ציבורי מסוים ישורת רק את אותו ציבור שאותו הוא מייצג, "נקבע גוף מבצע ומוציא לפעול שהוא אחיד ביסודו, ושריו ופקידיו משרתים את הצרכים של התושבים כולם... ובאופן זה נוטה הדעת לקבוע, שאין כאן הדין של 'כל משימות שאתה שם לא יהיו אלא מקרב אחיך'".

הסבר דומה נותן הרב א"י וולדינברג לסמכותו של הציבור לבחור נכרים כחברי כנסת. לדעתו, "חבר בכנסת אינו משמש בדרך כלל בתפקיד מיוחד, אלא משמש כשותף עם שאר חברי הכנסת לישא באחריות קולקטיבית בעול הציבור ולהביע דעה בעניני המדינה העומדים על הפרק, ומכיון שאינו משמש בתפקיד מיוחד ואין לו כשלעצמו שום כוח הכרעה מבלי שיצטרפו לדעתו עוד חברי כנסת עד כדי שימצא רוב לדעתו, אם כן באופן כזה לא נקרא משמש באיזה שררה שהיא עד שיחול על כגון דא האיסור של 'לא תוכל לתת עליך איש נכרי'..."²¹³.

וכן כותב הריא"ה הרצוג ביחס למינויים ציבוריים של נכרים בימינו, בין יתר הנימוקים להכשרתם של נכרים: "כך יש להדגיש את הנימוק של שותפות, שזהו שורש השלטון הדימוקרטי שכל התושבים הם שותפים במדינה, ואין האיסור של 'כל משימות' נוהג כאן..."²¹⁴.

היותם של חברי הכנסת שאינם יהודים חלק מגוף קולקטיבי רחב יותר, והעובדה שאין הם בעלי מעמד עצמאי, שוללים מהם איפוא את השררה, שאותה אוסרת ההלכה למסור

211. עמוד הימיני (לעיל, הערה 206) קלו. וראה גם הריא"ה הרצוג, תחוקה לישראל על-פי התורה, כרך א (לעיל, הערה 11) 23; 97. אבל השווה עם דבריו של הרב עוזיאל, שם, 246.

212. הרב ראובן כ"ץ, "חוק ומשפט במדינת ישראל" התורה והמדינה ט-י (תשי"ח-תשי"ט) לא.

213. הלכות מדינה, חלק ג (ירושלים, תשט"ו) קכו.

214. ראה ספרו (לעיל, הערה 11) שם, 22, הערה 1. ראוי להדגיש, שהריא"ה הרצוג אינו מתייחס במפורש לחברי בית המחוקקים הישראלי, אלא למינויים ציבוריים בכלל, כמו בשירות הממשלתי, בדואר, בצי, ועוד.

בידם, ולכן כנסת הכוללת בהרכבה גם חברים שאינם יהודים היא גוף כשר מבחינתה של ההלכה²¹⁵.

והנה דומה, שהכשרתו של הרכבה של הכנסת, הכולל גם נכרים, מוטלת בספק נוכח אחת הדוגמאות שאותה נוקט הרמב"ם בהלכה שבענייננו. וזו לשון הרמב"ם²¹⁶: "אין מעמידין מלך מקהל גרים... ולא למלכות בלבד אלא לכל שררות שבישראל... אפילו ממונה על אמת המים שמחלק ממנה לשרות, ואין צריך לומר דין או נשיא שלא יהא אלא מישראל". לאור השוואתם של נבחר ציבור לדיינים, על כל פנים מבחינת כישוריהם²¹⁷, מתחייבת לכאורה המסקנה, שכשם שלא ניתן למנות נכרי כדיין, כך גם לא ניתן למנותו כנבחר ציבור, וחבר כנסת בכלל זה. כלפי הסבריהם של הר"ר כ"ץ והרא"י וולדינברג שהובאו לעיל יש לומר, שלכאורה נסותר דעתם מתוך לשונו הנזכרת של הרמב"ם. שהרי דין אינו בעל מעמד עצמאי, ואינו יכול להכריע בעצמו את הדין, ובכל אופן חל עליו האיסור, באשר כהונתו נחשבת לשררה, ואם כן נשמט לכאורה היסוד להבחנה המוצעת בין נושא משרה בעל סמכות הכרעה ובין נושא משרה שהוא חבר בגוף קולקטיבי. ואולם דומה, שניתן להכשיר את כהונתם של חברי הכנסת שאינם יהודים, למרות השוואתם של נבחר ציבור לדיינים. כבר לעיל, בעת שנדונה שאלת כשירותם של חברי הכנסת היהודים לתפקידם, עמדנו על ההבחנה שקיימת בהלכה בין ממונים ונבחרים, וכאשר מדובר בבחירה - אין מניעה שהציבור יקבל עליו את מרותו של מי שאינו בעל הכשירויות הנדרשות לכתחילה מנושאי תפקידים ציבוריים²¹⁸. האמור ברמב"ם אינו שולל אלא את האפשרות למנות נכרי למשרה של דין; אין בהלכה זו כדי לשלול את האפשרות לקבל את שיפוטו של דין נכרי בדרך של בחירה והסכמת הצדדים, דהיינו למנותו כבורר. אף שהרמב"ם עצמו לא כתב כך במפורש, ניתן מכל מקום להסיק זאת מן ההלכה הכללית העוסקת בקבלתם של פסולים כדיינים²¹⁹: "מי שקיבל עליו קרוב או פסול... להיותו דין...

215. וראה בית הבחירה לקדושין עו, ע"ב, ד"ה כל הפסול לעדות: "...וכשאינן אמו מישראל, אין ממנים אותו אף לשום שררה, אלא שמקצת שררות מצרפין אותן עם האחרים ומבליעין אותם ביניהם". דבריו מצוטטים על ידי הרב ר' כ"ץ, שם, הכותב על סמך זה, כי "מותר לצרף גם את חלקי התושבים הלא-יהודים ולהבליעם בתוך פקידות והשירותים של המדינה כולה".

216. רמב"ם, שם (לעיל, הערה 210).

217. ראה לעיל, הערה 180.

218. ראה לעיל, סמוך לציון להערה 190.

219. הלכות סנהדרין ז, ב.

אם קנו מידו על זה, אינו יכול לחזור בו²²⁰. ובמפורש כתב כך הרשב"ש בתשובותיו²²¹:
 "כתבו המחברים, דאדם יכול לקבל עליו גוי ואפילו לדיין, ולא עליו יראתם יש, דלאו
 ערכאות הוא"²²². שווה איפוא נכרי לגר, שאף הוא פסול לשמש כדיין, אבל אם קבלוהו
 הצדדים עליהם - יכול לדון²²³, "דלא שייכא שימה ודבר של שררה אלא בכפייה"²²⁴.

220. אכן, בהלכות סנהדרין כו, ז, כתב הרמב"ם: "כל הדין בדייני עכו"ם ובערכאות שלהם... הרי זה רשע". אבל לעניות דעתי, הגירסה הנכונה היא זו שבכתבי היד התימניים: "בדייני", והאות ד' חרוקה (ראה הכתיב במהדורת הרמב"ם לעם, הוצאת מוסד הרב קוק, ירושלים תשכ"ב). וזה לדעתי הבסיס להחלתו של איסור ערכאות של נכרים גם על בתי משפט המורכבים משופטים יהודים, והדנים על פי חוק המדינה; האיסור לפי זה הוא בין אם מדובר כמוסד שיפוטי של גויים ממש, ובין אם מדובר כמוסד של יהודים שאינם דנים על פי דין תורה אלא על פי מערכת חוקים אחרת [=דיני עכו"ם, או דיני גויים]. וראה מ' אלון, המשפט העברי, 1606-1607. אם נכונה הצעתי בדבר נוסחה של ההלכה הנ"ל ברמב"ם, כי אז נופלת מאליה השאלה שמעלה י' בלידשטיין, "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית" דיני ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) לו: "כיצד אין איסור מפורש להתדיין על פי דיני הגויים, ולא רק בפני דייניהם?". התשובה שנתון לכך המחבר שם, היא שהדבר הוא בגדר פשיטא, אבל לאור המוצע בזה, מנוסח איסור זה גופו בהלכה שפסק הרמב"ם. וראה גם מה שכתב הרב א' כ"ץ, "הערות לנושא בתי המשפט בארץ ואיסור ערכאות" תחומין ג (תשמ"ב) 537. והשווה עם דבריו של י' בוק, "בתי משפט בישראל - ערכאות של גויים?" תחומין ב (תשמ"א) 524. וראה מה שהאריך בעניין זה הרב י' סגל, "על המשפט החילוני בארץ" התורה והמדינה ז-ח (תשמ"ו-תשי"ז), בעמ' עד ואילך, והרב י' אריאל, "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות" תחומין א (תשמ"ם) 319 ואילך; ב (תשמ"א) 528.

221. שו"ת הרשב"ש, סימן תריב (דף קכד, ע"ב).

222. וראה ספרי (לעיל, הערה 151), עמ' 196, הערה 111. כן ראה שו"ת הריב"ש, סימן רו; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן רכט; חידושי ר' עקיבא איגר לשו"ע, חו"מ, ג, א. וראה הערת העורך הרב ש' ישראלי למאמרו של הרב י' סגל, שם (לעיל, הערה 179) פט-צ. לעניות דעתי, ניתן לפרש את תקנת רבינו תם על פי הנוסח שמביא Louis Finkelstein, Jewish Self-Government in the Middle Ages, N.Y. 1964, p. 153: "...וההרמנו על כל איש... אשר יביא את חברו בדיני גויים... אם לא מדעת שניהם". פשוטם של דברים הוא, לכאורה, שניתן להתנות על איסור התדיינות בפני ערכאות של גויים, ומכאן סחירה לדעת הרווחת בין כל הפוסקים שאיסור זה לא ניתן להתנאה (ראה ההלכה בשו"ע, חו"מ, כו, א). וראה מה שכתב פינקלשטיין בנסיון לתרץ קושי זה, שם, בעמ' 156, הערה 1. וראה גם י' בלידשטיין, שם (לעיל, הערה 220), בעמ' לו. קושי זה ניתן לסילוק אם הדברים יתפרשו לא במובן של מתן היתר להתדיין בפני ערכאות כמוסד שיפוטי בעל כוח כפייה, אלא במובן של הסכמה לקבל גוי כבורר.

223. ראה כנסת הגדולה, חו"מ, מהדורא קמא, סימן ז, הגהות הטור, סעיף ב; סמ"ע לשו"ע, חו"מ, ז, ס"ק ד.

224. תוספות, יבמות קא ע"ב, ד"ה ואנא גר אנא, וראה ב"ח, טור חו"מ, ז, א. בהתאם לכך, יש לפרש גם את תשובת הרשב"א, חלק ז, סימן קט, המדבר על שררותא דמתא [=שררת העיר] שהיא מן הדברים "שאין מתמנים עליהם הנכרים והגרים אלא ישראלים בלבד", במשמעות של מינוי, להבדיל מבחירה.

אם ניתן לקבל נכרי כדיין - במובן של בורר - בדרך של הסכמה, אין גם לכאורה כל מניעה לקבל נכרי כנבחר הציבור בדרך של הסכמה²²⁵. את חברי הכנסת, כנבכרי ציבור, אין להשוות איפוא לדיינים ממונים - תפקיד שאינו יכול אמנם להימסר לנכרי - אלא לדיינים הנבחרים על ידי הצדדים בהסכמה - תפקיד היכול להימסר גם לנכרי, ולפיכך אין כל מניעה שגם נכרי ייבחר לכנסת בהסכמת הציבור. דומה, שגם אם יש במשרתו של חבר כנסת משום שררה, יש להכשיר בחירתם של נכרים לכנסת על יסוד הדברים שכתב בשעתו הריא"ה הרצוג בעניין מעמדם של הנכרים בארץ ישראל במסגרת מדינה יהודית. בעומדו על אופיה הדמוקרטי של מדינת ישראל, כותב הרב הרצוג²²⁶, "שהאומות המאוחדות בודאי יעמדו על זה בכל תוקף שעל כל פנים בשטח המדיני והאזרחי והמשפטי לא תקופחנה זכויות המיעוטים". ולהלן הוא מוסיף ואומר²²⁷: "...הגיע הזמן להסתכל במצב כמו שהוא ממש ולבחון את ההלכה מתוך אותה הסתכלות הריאלית. אנחנו לא כבשנו עד עכשיו, ולא יכולנו לכבוש את הארץ כנגד רצונם של האומות... ואין שום ספק שעד שיבא משיח צדקנו נצטרך להגנתם עלינו כנגד ים של אויבים מדיניים מקיפים מסביב... וגם אין שום ספק שלא יתנו לנו את המדינה היהודית אלא אם כן נקבע בתחוקה ובמשפט זכות המיעוטים...".

באופן קונקרטי, ממקד הרב הרצוג את דבריו בשתי דוגמאות מדיניות הנוהגים בנכרים: איסור ישיבתם של עובדי עבודה זרה בארץ ואיסור מכירת קרקעות לנכרים בארץ ישראל. מקשה הרב הרצוג ומתריך: "מה עלינו לעשות? להגיד לאומות: אין אנחנו יכולים לקבל את התנאי הזה, מפני שתורתנו הקדושה אוסרת על ממשלה יהודית להתיר הישיבה בארצנו לנוצרים ומכל שכן לעובדי אלילים? ... דומני שלא ימצא רב בישראל בעל מח ובעל שכל ישר שיסבור שעלינו להשיב כך, כלומר שזוהי חובתנו מדין תורתנו הקדושה. אפילו אם נניח שבקבלנו את המדינה בתנאי הנ"ל תעבור הממשלה היהודית עבירה כשחקיים את התנאי, גם אז הייתי אומר שהעבירה נרחית מפני פיקוח נפש של עם ישראל...".

225. בהכשרת מינויים של נכרים לתפקידים ציבוריים בדרך של קבלת הציבור, דן גם הריא"ה הרצוג (לעיל, הערה 11) 23-24, ושם גם הוציע את האופן שבו קבלה כזו צריכה להיעשות. אבל חשוב להדגיש שאין הוא דן במפורש בקבלתם של חברי כנסת נכרים, אלא במינויים ציבוריים אחרים. וראה גם דבריו של הרב עוזיאל, שם, 246.

226. הריא"ה הרצוג, "זכויות המיעוטים לפי ההלכה" תחומין ב (תשמ"א) 169.

227. שם, 175-176.

הרב הרצוג לא התייחס במאמר זה לשאלת מינויים של נכרים למשרות ציבוריות בישראל, אבל דומה שאותם הנימוקים שמכוחם הוא מגיע למסקנה שהאיסורים הגמורים שבהם הוא דן נדחים מפני פיקוח נפש של עם ישראל, יפים גם לגבי השאלה שלפנינו, שהיא מעקרונות היסוד של כל חברה דמוקרטית, דהיינו הזכות לבחור ולהיבחר.

יתירה מזו: בהמשך דבריו²²⁸ מסיק הרב הרצוג, כי אותן המצוות, דהיינו איסור ישיבת נכרים בארץ וכו', אינן חלות אלא במצב שבו הממשלה היהודית הריבונית אינה צריכה להתחשב כלל בגויים. ואולם, במציאות ימינו, שהכרח להתחשב בגויים, יש לכונן את המדינה בכפוף לאותם תנאים שאומות העולם לא יוותרו עליהם, גם אם הדבר כרוך בדחייתן של אותן מצוות²²⁹.

לפי השקפה זו יש לומר, שאף אם בכהונתו של חבר כנסת יש משום שררה, ושעל כן אין לבחור נכרים, מעיקר הדין, למשרה זו, מכל מקום לאור אופייה הדמוקרטי של המדינה שעליו הוכרז גם קבל עם ועולם במגילת העצמאות, ולאור המציאות המדינית בה נתונה מדינת ישראל כיום - ולמעשה מאז הקמתה - יש להכשיר את בחירתם של נכרים לכנסת ישראל.

מסקנת הדברים היא איפוא, שמעמדה החוקי של הכנסת כמוסד מחוקק אינו נפגם, מבחינתה של ההלכה היהודית, כתוצאה מבחירתם של נכרים לשמש חברי כנסת.

4. כשרותם של הליכי החקיקה: רוב ו"רובו מתוך כולו"

אם אין לפקפק בעצם מעמדה של הכנסת כגוף חוקי המוסמך לחוקק חוקים, מבחינתה של ההלכה היהודית - וברור שעל כל פנים ביחס לעניינים מסויימים מן ההכרח להקנות לה סמכות כזו, כאמור בדברי המבוא למאמרנו זה - כי אז השאלה שיש לדון בה היא: האם הליכי החקיקה המקובלים בכנסת תואמים את דרישותיה של ההלכה ביחס לגוף של נבחר ציבור?

אין ספק, שדרך ההכרעה על פי רוב - כמקובל בכל חברה דמוקרטית - תואמת את דרישותיה של ההלכה היהודית: "הסכמת הקהל חלויה ברוב דעות, שעל כל חלוקי דעות

228. שם, 177.

229. ראה גם הרב ש"ת רובינשטיין, "זכויות המיעוטים לאור ההלכה" תורה שבעל פה ל (תשמ"ט) כג-כז.

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

אמרה תורה: 'אחרי רבים להטות'²³⁰. ברם, על פי דרישותיה של ההלכה היהודית, הכרעתו של הרוב צריכה להיות מושגת במעמד כל חברי הגוף המחוקק, וכלשון המקורות: "רובו מתוך כולו". דרישה זו מתייחסת במקורה לבית דין²³¹, והיא יושמה על ידי הפוסקים גם ביחס לגופים של נבחרים ציבוריים²³². טעמה של הלכה זו הוא, שכל החלטה של גוף שיפוטי או ציבורי חייבת להתקבל לאחר משא ומתן בין חברי הגוף כדי שיביעו את דעתם בעניין, שהרי לשם כך נבחרו הם לתפקידם²³³.

הדרישה של "רובו מתוך כולו" אינה מקויימת במסגרת הליכי החקיקה של כנסת ישראל, שכן סעיף 25 לחוק יסוד: הכנסת, תשי"ח-1958, קובע: "הכנסת תחליט ברוב דעות של המשתתפים בהצבעה", ולא קיימת איפוא כל דרישה לנוכחותו של הקוורום המלא של כל חברי מליאת הכנסת, גם לא לכתחילה. בבעייתיות הקיימת בהלכה לעניין הכרה בחוקי הכנסת נוכח היעדר הדרישה הבסיסית הזו בחוק הישראלי, כבר דנתי בשעתו במקום אחר²³⁴, ושם עמדתי על האפשרות לחרוג מן העיקרון החשוב הזה בהתקיים אחד

230. שו"ת הרא"ש, ז, ה. והשווה עם דעת רבינו תם במרדכי לבבא בתרא, פרק א, סימן תפ-תפא, הסבור, שאין סמכות לחדש חקנה שיש בה משום רווח לאחד והפסד לאחר, אם לא מדעת כולם (אלא אם כן התקנה נחוצה לסייג ולצורך שעה). דעה זו מובאת על ידי הרמ"א בהגהותיו על שו"ע, חו"מ, ב, א, בשם "יש חולקין", ועל כך כתב בסיכום: "מכל מקום הולכים אחר מנהג העיר, וכל שכן אם קבלום עליהם לכל דבר". וראה מ' אלון, המשפט העברי, 580 ואילך.

231. ראה שו"ת הרשב"א, חלק ב, סימן קד; בית יוסף, טור, חו"מ, יג, ט.

232. ראה שו"ת הרשב"א, חלק ג, סימן שד; טור בית יוסף, יו"ד, סימן רכח (דפוס ווארשא, דף קמת, ע"ג).

233. ראה שו"ת הרשב"א, חלק ה, סימן קכו; שו"ת דברי ריבות, סימן ס, ד"ה ואלום השאלה הב'; ערעור תשכ"ח/135, פד"ר ז, 238.

234. "רובו מתוך כולו"; חוקים המתקבלים במליאת כנסת שאינה מלאה" תחומין ט (תשמ"ח) 102-82. מסקנת הדברים שם היא, שדעת רוב מכריע של הפוסקים (אם לא כולם) היא, שאין לוותר על הדרישה של "רובו מתוך כולו" - בוודאי לא לכתחילה - כאשר מדובר בגוף נבחר. אע"פ, שבשו"ת ציץ אליעזר, חלק טז, סימן נא, סעיף ה, ציין לשו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן רפא וצ"ל: סימן רפ, ושו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ד, סימן פט, ובסעיף ח, ציין לשו"ת תשורת שי, חלק א, סימן שג, משם עולה המסקנה כאילו לדעתם של משיבים אלה יש חוקף לתקנה גם אם קבלתה לא הייתה במעמד כולם. ואולם מעיון במקורם של הדברים מתברר, שהנדון שם אינו קבלת חקנה על ידי גוף נבחר, אלא קבלתה על-ידי הציבור בכללותו, וכבר עמדתי במאמרי שם, בעמ' 98 ואילך, על ההבדל בין השניים, ועל כך שהמקורות המכשירים הליכים שלא התקיים בהם "רובו מתוך כולו" אינם עוסקים אלא בציבור בכללותו ולא בנבחרים הציבוריים. גם בציץ אליעזר, שם, הדגיש ש"הרבה מגדולי הפוסקים אינם סוברים כן", דהיינו שיש צורך ב"רובו מתוך כולו" בהתקנת תקנות. אשר לדברי המשיב, שם, בסעיף ז, בעניין נבחרים ציבוריים שהוזמנו ולא באו, שאין היעדרותם מעכבת, שכן הם נחשבים כמי שהסכימו למה שיתקבל (מקורו בתשובת החתם סופר, חו"מ, סימן קטז), ראה מה שכתבתי שם, עמ' 95 ואילך.

משני אלה: א. מנהג שעל פיו אין מקיימים את הדרישה של "רובו מתוך כולו"²³⁵.
 ב. תקנה מפורשת המכשירה הליכי חקיקה שאין בהם דרישה ל"רובו מתוך כולו"²³⁶.
 שם חיויתי דעתי²³⁷, כי הכשרת הליכי החקיקה של הכנסת מכוח תלוייה באפשרות
 להוכיח קיומו, בפועל, של מנהג כזה בישראל, ואילו הכשרת הליכים אלה מכוח תקנה,
 תלוייה בשאלה אם סעיף 25 לחוק יסוד הכנסת שנוצר לעיל יוכר כתקנת קהל לצורך זה.
 כאן אוסיף ואומר, שלכאורה מן ההכרח שסעיף זה יוכר כתקנת קהל, שהרי חוק זה הוא
 הבסיס החוקי לחקיקת הכנסת בכללותה, ואם לא יינתן לו התוקף הדרוש מבחינת ההלכה,
 כי אז יושמט הבסיס החוקי מכל חוקי המדינה. דומה, שאין להעלות על הדעת מצב שבו
 לא יהיה בסיס חוקי לפחות לחלק מן החוקים, כמו החוק הפלילי, ולכן יש מקום להכרה
 בחוק הנזכר בתקנת קהל, גם אם הוא עצמו לא התקבל בדרך של "רובו מתוך כולו".

5. הצורך באישורם של חכמי ההלכה

הבעייה החמורה ביותר בקשר למתן ההכרה ההלכתית לחוקי הכנסת כתקנות קהל
 נובעת מהיעדר כל פיקוח הלכתי על הליכי החקיקה של הכנסת. פגם זה - שבו ידובר להלן
 - חמור במיוחד נוכח הליקוי הבסיסי, שבו דובר לעיל, דהיינו שכל מעשה החקיקה של
 הכנסת נעשה שלא בהתאם לדרישת היסוד של "רובו מתוך כולו", וכבר כתב המהרש"ם²³⁸,
 ש"בזמנינו, שרוב תקנות הצבור אינם נעשים ברובו מתוך כולו... נראה דבודאי מעכב
 הסכמת בית הדין שבעיר". עלינו לברר איפוא אם, ועד כמה, יש צורך בפיקוחם של חכמי
 ההלכה על תקנות הציבור.

מן הסוגיה התלמודית²³⁹ עולה, שתנאי מוקדם לתוקפה המחייב של תקנה הוא, שאם
 במקום התקנת התקנה נמצא "אדם חשוב", חייבים המתקינים לקבל את אישורו, ואם לא
 עשו כן - אין תוקף מחייב לתקנה. טעמה של דרישה זו הוא, שיש צורך בפיקוח הלכתי

235. ראה שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן עח.

236. ראה שו"ת מהרשד"ם, יו"ד, סימן קנא.

237. שם, עמ' 101.

238. משפט שלום, סימן רלא, סעיף כח.

239. בבא בתרא ט, ע"א.

שימנע פגיעה לא מוצדקת בחלק מן הציבור²⁴⁰, או שנבחרי הציבור עלולים לתקן תקנה בעניין שאינו בסמכותם מבחינת ההלכה, או שהיא בניגוד לדין ולא באה לתקן כלל אלא לקלקל, ולפיכך נחוץ פיקוח של חכמי הלכה מוסמכים על מעשה החקיקה שלהם²⁴¹. השאלות שעלינו לברר הן איפוא: א. מיהו "אדם חשוב" שאישורו נחוץ לצורך מתן תוקף לתקנה, והאם אישיות כזו קיימת במציאות הישראלית לצורך בחינת חוקיותם של חוקי הכנסת? ב. באיזה סוג של תקנה נחוצה קבלת אישורו של "אדם חשוב", והאם חוקי הכנסת נמנים עם הסוג הזה?

אשר לשאלה הראשונה: מן הסוגיה התלמודית דלעיל, המזכירה את הדרישה לאישורו של "אדם חשוב" כתנאי לתוקף התקנה, עולה באופן ברור שהכוונה היא לתלמיד חכם, שכן הדברים נאמרים שם ביחס לאישיותו של האמורא רבא. מסקנה זו עולה גם מתוך מספר רב של סוגיות בתלמוד שבהן נזכר "אדם חשוב" בהקשרים אחרים, ואף בהן זו הוראתו של הביטוי²⁴².

ממקורות ההלכה של הפוסקים עולה, שיש הסוברים שמציאותו של תלמיד חכם כלשהו, די בה כדי להצריך את אישורו לתקנה כתנאי לתקפותה²⁴³, ויש הסוברים שרק מציאותו של תלמיד חכם הממונה על הציבור מצריכה את אישורו²⁴⁴. הדעה הרווחת בין חכמי ההלכה היא שיש צורך בשני היסודות, ולכן אם בקהילה מסוימת ישנו ממונה שאינו תלמיד

240. ראה, לדוגמא, שו"ת הריב"ש, סימן שצט; שו"ת הרדב"ז, חלק א, סימן סה; שו"ת אורח משפט, חו"מ, סימן ב.

241. ראה שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן יא, ומה שכתב מ' אלון המשפט העברי, 607 ואילך. בתקנה הנוגדת את הדין, קיימים מקרים בהם גם באישורו של "אדם חשוב" לא יינתן תוקף לתקנה; דומה שמסקנה זו ניתן להסיק מדבריו של הרב משה פיינשטיין, שו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן נח, ד"ה אבל ודאי, לעניין תקנה המחירה להכות מפרי שביתה. אין לדרוש את אישורו של "אדם חשוב" כשלאותו "אדם חשוב" יש נגיעה בדבר שבו מבקשים לקבל החלטה; ראה שו"ת שואל ומשיב, מהדורא תניינא, חלק ד, סימן פט.

242. וראה רשימת הסוגיות של "אדם חשוב שאני" במאמרו של צ"א שטיינפלד, "אדם חשוב שאני" דיני ישראל י"ג-י"ד (תשמ"ו-תשמ"ח) קצג-רלח. על גדרו ותכונותיו של "אדם חשוב" בספרות התלמודית ולאחריה, ראה S. Berman, "Adam Hashub: New Light On The History Of Babylonian Amoraic Academies" שנתפרסם בדרך הנ"ל של דיני ישראל, החלק האנגלי, 123-154. על כך שממונה שאינו תלמיד חכם אינו "אדם חשוב", ראה שו"ת מהריט"ץ, סימן קסת. אבל השווה עם שו"ת אבן השהם ומאירת עינים, סימן סו, דף מג, ע"ד, משם אפשר אולי לדייק שהדרישה היא רק להיותו ממונה מטעם הציבור לתקן ענייניהם, גם אם אינו תלמיד חכם.

243. ראה, לדוגמא, שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה, ומ' אלון, המשפט העברי, 613.

244. ראה שיטת הר"י מיגאש המובאת בשיטה מקובצת לב"ב ט, ע"א, ד"ה היכא דאיכא אדם חשוב.

- חכם או תלמיד חכם שאינו ממונה, אין צורך בקבלת אישורו המוקדם כתנאי לתוקף התקנה²⁴⁵.
- יש יסוד לסברה, שהדרישה לאישור "אדם חשוב" שהוא תלמיד חכם הממונה על הציבור, קשורה בסמכותו של ה"מרא דאתרא" [=רב המקום] ביחס לאנשי קהילתו²⁴⁶. סמכות זו נובעת מקבלתו על ידי הציבור הרואה אותו כרבו, ואם במקום מסויים מכהן רב שאנשי המקום קיבלו עליהם את הוראותיו ופסקיו בענייני הלכה, הרי שגם תקנות שמבקשים נבחרו אותו ציבור לעשות טעונות את אישורו המוקדם²⁴⁷.
- במציאות הישראלית דהיום, מצויים, מחד גיסא, הרבה תלמידי חכמים שאינם ממונים על הציבור, ומאידך גיסא יש הרבה ממונים שאינם תלמידי חכמים. דומה, שיש רק מוסד אחד שניתן למצוא בו מיזוג של שני היסודות, והוא הרבנות הראשית לישראל. מוסד זה מורכב מתלמידי חכמים גדולי תורה שיש בהם גם היסוד של ממונים על הציבור. דבר היותם ממונים על הציבור עולה מעצם העובדה שהם נבחרים לכהונתם מכוח חוק המדינה, המכיר בהם כסמכות הרבנית העליונה במדינה²⁴⁸, ומן העובדה שבבחירתם משתתפים לא רק אנשי ההלכה אלא גם נציגי הציבור החילוני²⁴⁹, וזאת כדי לשוות לתפקידם מעמד חוקי ביחס לכלל הציבור היהודי בארץ, ולא דווקא ביחס לציבור שומרי תורה ומצוות²⁵⁰. בהחלט ניתן איפוא להתייחס לרבנות הראשית לישראל כ"מרא דאתרא" של ארץ ישראל²⁵¹, ובתורת שכזו, היא היא שחייבת לתת את האישור של "אדם חשוב" לחוקי הכנסת, ובלא אישורה אין לראות, לכאורה, את חוקי הכנסת כתקפים מדין תקנות הקהל²⁵².
245. ראה יד רמה לכבא בתרא ט, ע"ב, ד"ה הנהו טבחי, סימן קג.
246. ראה שו"ע, יו"ד, רמב, לא, ברמ"א.
247. וראה שו"ת הרשב"ש, סימן ריא: "...אם הסכמה זו רוצים לעשותה קהלכם הנכבד יצ"ו, אינה כלום אם לא יסכים א"א שהרי קבלוהו עליהם לדיין, ואם לא יסכים בה, הויא כתקנה שלא היה בה אדם חשוב, שאינה כלום עד שיסכימו כלם". כן ראה תשב"ץ, חלק ד, טור ראשון, סימן טו: "גם בתקנות בני העיר ואיכא בינייהו אדם חשוב ממונה על כל ענייניהם, דאין תקנתם תקנה בלא הוא... לפי שכבר קבלוהו עליהם להיות כל מעשיהם לפי ראות עיניו ואין להם לעשות דבר זולתו".
248. ראה חוק הרבנות הראשית לישראל, תש"ם-1980.
249. ראה סעיף 6 לחוק הנ"ל.
250. ראה הרב ש' ישראל, עמוד הימיני (לעיל, הערה 206) מה-נא. על מעמדה של הרבנות הראשית כמוסד ההלכתי העליון, מבחינתה של המדינה, ראה גם י' אנגלרד, "מעמדה של מועצת הרבנות הראשית וסמכות הפיקוח של בית המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט כב (תשכ"ו) 73-74.
251. ראה ערעור תשמ"א/291 (לא פורסם): "מועצת הרבנות הראשית... היא הממונה על תקנות הציבור בכללותו".
252. לפי המגיד משנה בפירוש דעת הרמב"ם, הלכות מכירה יד, יא, גדרו של "חכם חשוב" הוא מי

ואמנם, בהצעתו של הרב עוזיאל הנזכרת לעיל²⁵³, בדבר הכשרתם של פסולי עדות על ידי חוקי הכנסת מדין תקנת הקהל, דן המחבר גם בצורך באישורו של "אדם חשוב", והוא רואה בפשטות את הרבנות הראשית כגוף המוסמך לעניין זה; וכך הוא כותב בסיכום דבריו²⁵⁴: "מכל האמור ומדובר מפורש יוצא להלכה, שיש רשות לרבנות הראשית בישראל, לתת תוקף משפטי לתקנת הצבור על ידי ציריו במדינת ישראל לתקן שתהיה מתקבלת [=התקנה, והיינו החוק, המכשיר פסולי עדות] לדרך על פיה עדות הפסולים מחמת עבירה... ותקנתם קיימת ומחייבת"²⁵⁵. וכן כותב הרב הראשי, הריא"ה הרצוג²⁵⁶: "אין ספק לדעתי שממשלת ישראל, מלכות ישראל עצמאית בארץ ישראל, בצירוף המועצה המורחבת של הרבנות הראשית לארץ-ישראל, יש לה אותו הכוח במדינה שיש לז' טובי העיר במקומם... וכשהם מתקנים על פי חכמי התורה הקבועים מאת הציבור בתור בית דין הגדול, ודאי שאין כוחם פחות מכוח ז' טובי העיר". ולהלן הוא מסיק, לעניין סמכותם של נבחרי הציבור מכוח הכלל "הפקר בית דין הפקר", כי "מלכות ישראל, כשהיא עושה חוק בהסכמת בית דין הגדול של ארץ ישראל והיינו המועצה המורחבת של הרבנות הראשית לישראל, ודאי שיש לה אותו הכח על פי התורה הקדושה" [ההדגשה במקור - א.ש.]²⁵⁷.

מאחר שנמצאנו למדים, שבמדינת ישראל יש גוף הלכתי מוסמך שאישורו חיוני לצורך מתן תוקף לתקנות, עלינו לדון בשאלה השנייה, והיא: כלום אישור זה נחוץ לכל סוג של

ש"ממונה פרנס על הציבור לעיין בתקנות בני העיר ובכל דרכיהם". לאור זאת כתב הר"מ פיינשטיין בשו"ת אגרות משה, חו"מ, חלק ב, סימן נט (ביחס לתקנות של איגוד מקצועי), שגם ביחס להלכה שבשולחן ערוך בעניין זה - אף ש"נקט סתם אדם חשוב ממונה על הצבור, נמי צריך לפרש שהוא ממונה לעיין בצרכי העיר לא רק להורות ולדרוש". לפיכך, מסקנתו היא, ש"בערים שבמדינה זו [=ארצות הברית], לא ממונה שום חכם על כך ולכן הוא כליכא אדם חשוב שתנאיהם ותקנותיהם קיימים. וכל שכן במדינתנו שיש להם = לאיגוד המקצועי] רשות מהממשלה על זה". דומה בעיניי, שלאור מעמדה הרשמי והמעוגן בחוק של הרבנות הראשית, יש הבדל בינה ובין רבנים שבחוץ לארץ בזמן הזה, לפי הגדרתו של המשיב.

253. לעיל, סמוך לציון להערה 198.

254. המאור, שנה ה, חוברת ג (תשי"ד) 12.

255. והשווה עם דעתו של הרב עוזיאל: "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים" התורה והמדינה ה-1 (תשי"ג-תשי"ד) יח, שם הוא מסיק שאין הכרח בקבלת אישורו של אדם חשוב לחוקים המתקבלים על ידי בני הציבור ונבחריו.

256. ריא"ה הרצוג, שם כרך ב (לעיל, הערה 11) 58.

257. שם, עמ' 59. ראה גם סיכום דבריו של הרב יוסף גליקסברג, "סמכות השלטון הישראלי על פי ההלכה" תורה שבעל-פה ל (תשמ"ט) סה.

תקנות ולכן גם חקיקת הכנסת טעונה אישור כזה, או שמא אין האישור נחוץ אלא לסוג מסויים של תקנות, ואין חקיקת הכנסת בכלל אותן תקנות? השאלה, באיזה סוג של תקנות נחוץ אישורו של "אדם חשוב", שנוייה במחלוקת ראשונים: דעת הריב"ש היא²⁵⁸, שכיוון שהסוגייה במסכת בבא בתרא ט, ע"א, שהיא המקור לדרישה זו, עוסקת בתקנות של איגוד מקצועי, אין להרחיב את הדרישה מעבר לכך, ולכן רק בתקנות כאלה נחוץ אישורו של "אדם חשוב". לשיטה זו, אין חקיקת הכנסת טעונה אישורו של "אדם חשוב". הרשב"א, לעומת זאת, מפרש, שדברי הגמרא בדבר הצורך באישור "אדם חשוב" מתייחסים לא רק לנסיבות המקרה הקונקרטי שנדון בגמרא, אלא לסמכותם הכללית של בני העיר להתקין תקנות²⁵⁹. לשיטה זו, טעונה איפוא גם חקיקת הכנסת אישור "אדם חשוב".

רוב מכריע של חכמי ההלכה נקטו כשיטת הרשב"א, דהיינו, שהדרישה של אישור "אדם חשוב" מתייחסת גם לתקנות הציבור ונבחריו²⁶⁰.

לכאורה היה מקום לומר, ששאלה זו שנוייה במחלוקת בין מחבר ה"שולחן ערוך" ובין הרמ"א בהגותו על ה"שולחן ערוך". וזו לשון ההלכה שלענייננו²⁶¹:

258. שו"ת הריב"ש, סימן שצט.
259. ראה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף רו; חלק ד, סימן קפה; חלק ה, סימן קכה; שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, סימן סה; סימן רפ.
260. ראה מ' אלון המשפט העברי, 611. נוסף למקורות המובאים שם, ראה גם: תשובת הרמ"ה שבסוף שו"ת זכרון יהודה; שו"ת מהר"ם מרוטנבורג, דפוס פראג, סימן תתקסח; שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן רכב; תשב"ץ, חלק א, סוף סימן קנט; שו"ת מהר"ם מיניץ, סימן ו; שו"ת הרשב"ש, סימן חטז, תקעג, ו-תריא; שו"ת ר' אליהו מזרחי, סימן נו; שו"ת מהרלב"ח, סי' צט; שו"ת חוט המשולש (דוראן), הטור הראשון, סימן טו; שו"ת מבי"ט, חלק א, סימן רפ; שו"ת אבקת דוכל, סימנים קפו, קפח (תשובת הר"י צייאח); שו"ת דברי ריבות, סימן קסב; שו"ת הב"ח החדשות, סימן מג; שו"ת מהריט"ץ החדשות, סימן קסח; שו"ת מהרש"ך, חלק ב, סימן קט; שו"ת שבות יעקב, חלק א, סימן יא; שו"ת בית יהודה, חו"מ, סימן א; שו"ת חתם סופר, יו"ד סימן ה, חו"מ, סימן קיז; שו"ת אורח משפט, חו"מ סימן ב. בשיטת הריב"ש מחזיקים מהר"ם אלשקר, בתשובותיו, סימן מט, ור' דוד אופנהיים בשו"ת אבן שהם ומאירת עינים, סימן סו (דף מג, ע"ד).
261. שו"ע, חו"מ, רלא, כז-כח.

כז. רשאים בני העיר לקרוא להם שער לכל דבר שירצו ולהתנות ביניהם שכל מי שיעבור קונסים אותו כך וכך.

כח. רשאים בעלי אומנות (הגה: לעשות תקנות בענין מלאכתם כגון) לפסוק ביניהם שלא יעשה אחד ביום שיעשה חברו, וכיוצא בזה, וכל מי שיעבור על התנאי שיענישו אותו כך וכך... במה דברים אמורים, במדינה שאין בה חכם חשוב ממונה על הציבור, אבל אם ישנו - אין התנאי שלהם (הגה: או של כל בני העיר) מועיל כלום, ואין יכולים לענוש ולהפסיד למי שלא קיים התנאי אלא אם כן עשו מדעת החכם.

לכאורה יוצא איפוא שלדעת המחבר אין הדרישה לאישורו של "אדם חשוב" מתייחסת אלא לתקנות בעלי אומנות, שהרי רק בסעיף כח - הוא הסעיף העוסק בתקנות אלה - הזכיר מרן המחבר דרישה זו, בעוד שבסעיף כז, העוסק בתקנות בני העיר, לא הזכיר כלל את הצורך באישור "אדם חשוב". הרמ"א, שהוסיף בסעיף כח את הצורך באישור "אדם חשוב" גם ביחס לתקנות הקהל, הוא בלבד סבור, לכאורה, שהצורך באישור זה נחוץ גם בתקנות אלה²⁶².

ואולם, לאמיתו של דבר אין כל מחלוקת, ומחבר ה"שולחן ערוך" לא בא לחלק בין תקנות הקהל ובין תקנות בעלי אומנות לענין הצורך באישור "אדם חשוב". שני הסעיפים - כז וכח - הם למעשה חטיבה אחת, והפיסקה: "במה דברים אמורים במדינה שאין בה חכם חשוב" וכו' מוסבת גם על הרישא, דהיינו סעיף כז, העוסקת בתקנות בני העיר. התוספת של הרמ"א בהגותו לא באה בגלל שהוא חלק על המחבר, אלא כדי להשלים ולהבהיר את הדברים על פי מקורם בטור. במקום אחר²⁶² כבר הראיתי בעז"ה, שעל פי מהותו, חיבור ה"שולחן ערוך" הוא, בעיקרו של דבר, קיצור של ספר הטור (פרט למה שהוסיף המחבר על פי הכרעותיו שב"בית יוסף"). מקריאת נוסח ההלכה שבטור - שממנה לא בא

262. אמנם, כמה מחכמי ההלכה ראו בשאלה זו מחלוקת בין השולחן ערוך והרמ"א; ראה, לדוגמא, שו"ת ציץ אליעזר, חלק ב, סימן כג, אות יד (עמ' קכז).
262א. ראה מאמרי: "על הסתירות ב"שולחן ערוך" ועל מהותו של החיבור ומטרותיו" אסופת ג (תשמ"ט) שכג-שכט.

המחבר לשנות כלל ב"שולחן ערוך" - עולה, באופן חד-משמעי, שהדרישה של "אדם חשוב" מתייחסת לשני סוגי התקנות כאחד; וזו לשון הטור²⁶³:

רשאי בני העיר לפסוק לכל (ואולי צ"ל: על) השערים... וכן כל בעלי אומנויות רשאי לתקן תקנות בענין מלאכתם... במה דברים אמורים כשאין אדם גדול וחכם בעיר לתקן עניינם, אבל אם יש חכם ומנהיג, אפילו כל בני העיר אין רשאי לתקן כלום זולתו, ואם תקנו והתנו דבר בלתי ידיעתו - אינו כלום.

אילו הסתייג המחבר מדברי הטור, והיה מכריע ב"בית יוסף" כשיטת הריב"ש, היה מקום לומר שב"שולחן ערוך" פסק על-פי הכרעה זו, בניגוד לטור. ואולם, ב"בית יוסף" אין המחבר מביא כלל את שיטת הריב"ש, ואינו אומר דבר שיש בו כדי לעורר למחשבה שמא התכוון לחלוק על הטור. לפיכך אין, לעניות דעתי, כל ספק, שגם לדעת מחבר ה"שולחן ערוך" מותנה תוקפן של תקנות הקהל בקבלת אישורו של "אדם חשוב"²⁶⁴. נשאלת השאלה: מה דין החקיקה הישראלית, שהרי אין כל הליך המזיק קבלת אישורה של סמכות הלכתית כלשהי כתנאי לתקפותם של החוקים שהכנסת מחוקקת, ולפי ההלכה שב"שולחן ערוך" - כאשר נחוץ אישורו של "אדם חשוב", ואישור כזה לא ניתן - אין תוקף לתקנה?

דומה בעיניי, שאף כאן עלינו להיזקק לאבחנה היסודית, שדובר בה בשני הפרקים הקודמים²⁶⁵, בין החקיקה שמתחום המשפט הציבורי ובין החקיקה שמתחום המשפט הפרטי.

263. טור, חו"מ, רלא, ל.

264. לעניות דעתי, גם הרמב"ם סבור כך, וכדרך שפירשתי את דעת ה"שולחן ערוך" יש לפרש גם את דעת הרמב"ם, דהיינו את מה שפסק הרמב"ם בהלכות מכירה יד, יא, יש לקרוא יחד עם האמור ברישא, בהלכה ט. וראה גם מה שכתבו הר"ש דוראן בשו"ת חוט המשולש, הטור הראשון, סימן טו, הר"י צייאח בשו"ת אבקת רוכל, סימן קפו, ומהריט"ץ החדשות, סימן קסה, בביאור הלכת הרמב"ם באופן שתתאים לשיטה זו. והשווה עם דעת הריב"ש בתשובותיו, סימן צט, המפרש את הרמב"ם על פי שיטתו, וראה גם שו"ת מהר"ם אלשקר, סימן מט; שו"ת אבן השהם ומאירת עינים, סימן סו, דף מג, ע"ד; שו"ת ציץ אליעזר, חלק ב, סימן כג, אות יא (עמ' קכו); הרב ב"צ מאיר חי עזיאל, "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים" התורה והמדינה ה-ו (תשי"ג-תשי"ד) יז-יח.

265. לעיל, סמוך לציון להערה 261.

בסיומה של הלכה כח הנ"ל שב"שולחן ערוך", בה מפורטת הדרישה לאישור "אדם חשוב" כתנאי לתוקפן של תקנות בעלי אומנות ותקנות הקהל בכלל, מובאת פסקה אחת קצרה של הרמ"א החותמת את הסימן כולו, וזה לשונה:

הגה. מיהו [=מכל מקום], אם ליכא הפסד לאחריני [=אם אין הפסד ממון לאחריים], יכולין לתקן ביניהם מה שירצו.

זאת כתב הרמ"א על פי המובא ב"בית יוסף"²⁶⁶ בשם הר"ן²⁶⁷, וכפי שמבואר בביאור הגר"א²⁶⁸: "דוקא בממון צריך בית דין חשוב, דאלימי לאפקוריה ממונא, והוא הדין לאדם חשוב בעירו". יוצא אפוא, שהדרישה לאישור "אדם חשוב" מבוססת על הצורך להבטיח שלא ייחקק חוק שיהיה בו משום הפקעת ממון ללא הסכמתה של סמכות הלכתית, מכיוון שלצורך זה צריך "בית דין חשוב", ודינו של "אדם חשוב" הוא כשל "בית דין חשוב". לפי זה יוצא, שהחקיקה בתחום המשפט הציבורי, אינה צריכה אישור "אדם חשוב", גם לא לכתחילה, על כל פנים לשיטתם של הרבה מן הפוסקים²⁶⁹.

266. טור, חר"מ, סימן רלא, ל (בדפוס ווארשא, דף קיא, ע"א).

267. חידושי הר"ן, בבא בתרא ט, ע"א (מהדורת סופר, עמ' 49).

268. ביאור הגר"א לשו"ע, חר"מ, רלא, ס"ק טו.

269. וראה שו"ת הראנ"ח שבספר מים עמוקים, סימן נג. מכל מקום, בספרות התשובות ניתן למצוא דוגמאות לאזכורה של הדרישה לאישור "אדם חשוב" גם כשאין מדובר בתקנה שיש בה היסוד של "פסידא לאחריני"; ראה, לדוגמא, שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף רו, לעניין הפקעת קידושין; תשב"ץ, חלק א, סימן קנט, ושו"ת מבי"ט, חלק א, סימן רפ, לעניין מינוי דיינים; תשב"ץ, חלק ב, סימן סב, בשם הרשב"א, לעניין הכשרת ראיות פסולות. גם בהרבה מן התשובות שבהן נדונה באופן כללי סמכות הציבור ונבחריו להתקין תקנות, ונוכרה הדרישה לאישור "אדם חשוב", לא נעשתה אבחנה בין דבר שיש בו "פסידא לאחריני" ובין דבר שאין בו יסוד זה; ראה, לדוגמא, שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה; שו"ת מהרלב"ח, סימן צט. וראה לשונו של מהר"ם מינץ בתשובותיו, סימן ו: "אין כח בשום אדם כהאי גוונא לחדש או להנהיג דבר בעיר שיש בו רב ומנהיג מומחה ומחזק לרבים זולתו...". וראה שו"ת חתם סופר, יו"ד סימן ה, ד"ה וראיתי: "...ומכל מקום הרמ"ה עצמו ורוב הפוסקים סבירא להו אפילו בסתם בני עיר וליכא פסידא לאחריני, נמי היכא דאיכא אדם חשוב אין יכולים להסיע על קצתן". וראה, לאחרונה, דבריו של הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג (תשמ"ב) 243, לעניין החקיקה בתחום דיני העונשין; ועיין היטב, בהקשר זה, בשו"ת מבי"ט, חלק ג, סימן עו. וראה שו"ת אגרות משה, חר"מ, חלק ב, סימן נח, שם כתב ביחס לתקנות של איגוד מקצועי, ש"בדברים שאינם נגד הדין, כגון לקבוע השכר ושיעורו זה את זה, אין צריך כלל הסכם החכם, דהוא ככל עניני משא ומתן ושותפות בעלמא". וראה מה שהאריך בשו"ת בית יהודה, חר"מ, סימן א (דף סג, ע"ג-ע"ד), בביאור דעת הר"ן הנ"ל, שעליו מסתמכת הגהת הרמ"א, כאמור לעיל.

דוגמא לתקנה מתחום דיני העונשין, שבה ניתן לוותר על הדרישה לאישורו של "אדם חשוב", ניתן למצוא באחת מתשובותיו של ה"חתם סופר", שבה נשוא הדיון היה: תקנה למיגדר מילתא שנועדה למנוע קיפוח פרנסתם של אנשים מבני הקהילה. המדובר שם²⁷⁰ היה במס שהוטל על מכירת בשר, וההכנסה נמסרה בחכירה לחוכרים מסויימים. כדי לעקוף את תשלום המס, "פרצו העם ליקח בשר מהכפרים בסתר ולא שלמו ההתחייבות וניזקו החוכרים". כדי לגדור בעד הפירצה, נתקנה תקנה שאסרה את השחיטה שמחוץ לעיר אף שנעשתה בהכשר גמור. ברונו בתוקפה של התקנה, שלא קיבלה את אישורו של רב המקום, מחווה המשיב דעתו שבאופן עקרוני טעונות גם הסכמותיהם של בני העיר (ונבחריהם) אישורו של "אדם חשוב" (ולפיכך, באופן עקרוני, אין להכיר בתוקפה של התקנה). ואולם - כותב ה"חתם סופר" - "כל זה בתקנה דליכא אלא תקנת הציבור ולא מיגדר מילתא דאיסורא בפני פריצי הדור, אבל היכי דתקנתא הוא למגדר מלתא דאיסורא, לית דין ולית דיין דיכולים ומחוייבים ממנוי הקהל לעמוד בפני פריצים ולא בעינן חבר עיר [=אדם חשוב]... היות כן, בנידון שלפנינו, שהחוכרים חכרו מהקהל מס הבשר, והם כמוכס ישראל הנוטל בדין... והגונב מוכס ישראל גולן גמור הוא... ואם כן מחויבים הקהל לגדר בפני הפריצים הגזלנים הללו, ויאושר כותם בתקנתם, ולא צריכי חבר עיר... על כן לכאורה איסור שאסרו הקהל - איסור גמור הוא ואסור לפרוץ גדרן ולסייע ידי עוברי עבירה"²⁷¹.

משמע מדברי ה"חתם סופר", שלצורך ענישה, כשמדובר על דבר שהוא למיגדר מילתא, ניתן לוותר על הדרישה לאישור "אדם חשוב".

דוגמא אחרת לתקנה מתחום המשפט הציבורי שבה אין צורך באישור "אדם חשוב", ניתן ליטול מתשובת הראי"ה קוק שבה נשוא הדיון היה: תקנה בעניין שיטת הבחירות בקהילה מסוימת²⁷². אותה תקנה קבעה שיטה של בחירות יחסיות, שעל פיה ייבחרו נציגי הציבור על פי משקלם היחסי בציבור לאור תוצאות ההצבעה. פירושו של דבר, שלא ייבחר אותו נציג שזכה במספר הקולות הרב ביותר, אלא ייבחרו מספר נציגים על פי כוחם היחסי בציבור. כנגד שיטה זו יצא רב אחד ועירער על חוקיותה, נוכח דרישת התורה "אחרי רבים להטות", שפירושה, לדעת אותו רב, שייבחר אותו נציג שזכה ברוב.

270. שו"ת חתם סופר, יו"ד, סימן ה.

271. לגופו של דבר, בנסיבות אותו מקרה, הסיק המשיב לבסוף, כי מאחר שבפועל החייעצו המתקינים עם רב המקום, והלה הסתייג במפורש מהתקנה, יש לראות זאת כביטול מצידו של התקנה שנתקנה - מה שבידו לעשות - ולכן אין לתקנה היא תוקף.

272. שו"ת אורח משפט, חו"מ, סימן ב.

בתשובתו, יוצא הראי"ה קוק כנגד העירעור על שיטת הבחירות היחסיות, ובראשית דבריו הוא אומר, שאף אם היה בכך משום ניגוד לדין התורה של "אחרי רבים להטות", מכל מקום "דין פשוט הוא שיכולין הציבור להסיע על קיצתן כשהן מתנים על פי הסכמת הרוב גם בדבר שהוא שלא כדין תורה". ובאשר לדרישה לאישורו של "אדם חשוב", כותב הראי"ה קוק: "וגם הא דבעינן אדם חשוב דוקא... כבר כתבו הפוסקים כדברי הרמ"א בהג"ה חו"מ סוף סי' רלא שהוא דוקא במקום דאיכא פסידא לאחרים, וכתב הגר"א שם בביאוריו שהוא מטעם דלאפוקי ממונא בעי בית דין חשוב, אבל בשארי תקנות מתקנים כל מה שירצו על פי הסכמתם".

לשיטתם של הפוסקים הנזכרים, אין איפוא כל מניעה מלהכיר בחוקי מדינת ישראל שלא מן התחום הממוני [=משפט פרטי] אלא מן התחום הציבורי, כתקנות קהל בעלות תוקף גמור.

לעניין תוקפו - מבחינת ההלכה היהודית - של חוק שהוא בעל מעמד של תקנת קהל, יש להדגיש, שבדומה לעיקרון הקיים ביחס לחוקים המוכרים מכוח הכלל "דינא דמלכותא דינא"²⁷³, אף חוקים המוכרים מכוח היותם תקנות קהל דינם כדין תורה ממש²⁷⁴, וכך, לדוגמא, בתחום דיני המיסים חל איסור להונות את הרשויות המוסמכות, משום שהבטיס להטלת המס הוא חוקי²⁷⁵.

נשאלת השאלה: מה דין המשפט הפרטי במדינת ישראל; האם בשל היעדר אישור "אדם חשוב" אין הוא מוכר בכללותו על ידי ההלכה?

דומה, שהגם שהליך המכשיר לכתחילה את חוקי הכנסת, באמצעות מתן אישור של "אדם חשוב", אינו קיים, אין כל מניעה שחכמי ההלכה יעניקו את אישורם בדיעבד לאי אלו מן החוקים, ובכך יקנו להם את התוקף הדרוש. כדבר הזה מצינו ביחס לסוגיית "דינא

273. ראה לעיל, סמוך לציון להערה 111.

274. ראה, לדוגמא, שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קפה; תרומת הדשן, חלק השו"ת, סימן רפא. לפי שיטת הגר"א בביאורו לשו"ע, יו"ד, רכת, ס"ק צג, המקור לסמכותו של הקהל להתקין תקנות ולחייב בהן את כלל הציבור, מצוי בפסוק: "ושמרו את משמרתיו" - פסוק שנדרש על ידי חז"ל (יבמות כא, ע"א): "עשו משמרת למשמרתיו". דרשה זו התייחסה במקורה לחכמי ההלכה שבכל דור, אבל לפי פירוש הגר"א מתייחסים הדברים גם לסמכותו של הקהל בכל דור לחקן תקנות למען הציבור. וראה בעניין זה: הרב א' שרמן, "דמוקרטיה ושלטון הקהל במקורות ההלכה" חסד לאברהם (לזכר אברהם לב, בני ברק, חשמ"ט) קלד-קמ.

275. ראה שו"ת ישכיל עבדי, חלק ח, חו"מ, סימן ו.

דמלכותא דינא". בדוננו בתחולתו של כלל זה במדינת ישראל נוכחנו לדעת, שגם מי שסבור שאין הכלל חל בדרך כלל, מסכים, מכל מקום, לכך שניתן לתת הכרה בדיעבד לחוקים מסוימים שלדעת חכמי ההלכה ראויים שתינתן להם הכרה כזו. אין כל מניעה איפוא, שאף ביחס לסוגיית תקנות הקהל ייאמר דבר זה, דהיינו: אף על פי שהיעדר אישור "אדם חשוב" מונע מתן הכרה כוללת, מכל מקום ניתן להכיר באותם חוקים הראויים להכרה כזו לדעת חכמי ההלכה.

עלינו לברר איפוא, אם בפועל ניתנה בפסיקה הרבנית למן הקמתה של מדינת ישראל הכרה כלשהי לחוק מחוקי המדינה בתחום המשפט הפרטי.

משמעיינים אנו בפסיקה זו - והכוונה היא למה שהתפרסם ברבים - אנו מוצאים שלושה מקרים בלבד שבהם נפסק כי יש להכיר בחוק הכנסת כתקנת קהל, ובשלושת המקרים מדובר היה באותו חוק עצמו: חוק הגנת הדייר²⁷⁶. השאלה הנשאלת היא: האם ניתן להסיק מהכרה זו מסקנה כללית לגבי כלל החקיקה הישראלית של הכנסת בתחום המשפט הפרטי?

דומה בעיניי שהתשובה היא שלילית. בחוקי הגנת הדייר יש יסוד של "מיגדר מילתא", דהיינו סייג לצורך השעה, שהרי הם נועדו להגן על שכבה חברתית שלמה של דיירים שאלמלא החוקים עלולים היו להיות נתונים לשרירות ליבם של בעלי הבתים בכל הנוגע לגובה שכר הדירה, פינני וכיו"ב. יסוד זה מודגש היטב בפסק דינו של הרב עובדיה הדאיה הנזכר לעיל²⁷⁷. אין תימה, שחוקים מסוג זה, שגם הם טעונים לכתחילה אישורו של "אדם חשוב"²⁷⁸, זכו להכרה בדיעבד של חכמי ההלכה, למרות היעדרו של האישור מלכתחילה. מדובר בחוק סוציאלי, שאפשר לקיים בו את ההנחה, שאילו היתה בידי חכמי ההלכה הסמכות החוקית לחוקק חוקים למדינה כולה, היו הם עצמם פועלים באותו אופן, או בצורה דומה, כדי להגן על מי שאכן זקוק להגנת החוק²⁷⁹. ואולם, כאשר מדובר בחוק

276. ראה שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו"מ, סימן ח; פסק דינו של בית הדין הרבני הגדול לערעורים המאוזכר בבג"ץ 323/81 וילוזני נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד לו(2) 737; שו"ת ציץ אליעזר, חלק יז, סימן סח (=ערעור תשמ"ב/2209). וראה עתה גם את פסק דינו של הרב ש' דיכובסקי, בעניין פירוק השיחוף בדירת בני הזוג, המתפרסם בכרך זה, להלן.

277. בהערה 276.

278. ראה שו"ת הרשב"א, חלק א, סימן אלף רז. תשובתו הנזכרת לעיל של החתם סופר (ליד הערה 270) עוסקת בענישה - שבה ניתן, למיגדר מילתא, לוותר על הדרישה לאישור אדם חשוב. וכנראה שצריך להבחין בין התחומים השונים, כמבואר בדבריי לעיל.

279. ראה דבריו של הרב הראשי, הר"א שפירא, המובאים בפסק הדין שבשו"ת ציץ אליעזר הנ"ל (לעיל, הערה 276).

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

אזרחי שלא בא לפתור בעייה חברתית כלשהי, ושאינן למצוא בו את היסוד של "מיגדר מילתא", אין כל סיבה לחשוב שאף הוא יזכה להכרה כזו²⁸⁰. ואמנם, כפי שכבר נאמר, פרט לחוקי הגנת הדייר, לא מצאנו חוקים אחרים שהוכרו בפסיקה הרבנית שמאז קום המדינה כתקנות קהל²⁸¹.

במילים אחרות: התמונה המצטיירת מבדיקת הפסיקה הרבנית החדשה היא, שכאשר דנו בתי הדין בתביעות ממוניות למיניהן: מכר, חוים, מתנה וכיוצא באלה, הבסיס העיקרי לדיון ולהכרעה היה דיני "חושן משפט", להוציא מקרים אחדים שבהם הוכרו חוקים מסוימים כ"דינא דמלכותא", וזאת כאשר לא היה בהם משום ניגוד לדין קיים ב"חושן משפט", ובתי הדין ראו בהם פיתרון לבעיות שהמציאות חדשה (להוציא מקרים אחרים שבהם הוכר החוק כמשקף מנהג). פרט לחוקי הגנת הדייר - שאף הם באו ליתן מענה לבעייה חברתית שהמציאות חדשה - לא המיר בית דין רבני כלשהו במדינת ישראל, דין מדיני "חושן משפט" בחוק מחוקי הכנסת, בראותו בו תקנת קהל הבאה במקום הדין הקיים.

והנה, באחת מתשובותיו של הרב עובדיה הדאיה, שבה הוא דן בשאלת תחולתו של הכלל "דינא דמלכותא דינא" במדינת ישראל, הוא עוסק גם בדינה של החקיקה הישראלית כתקנות קהל²⁸². בין היתר, עומד הרב הדאיה בדבריו על אחד היסודות החיוניים בהקשר זה, והוא: קבלת אישורו של "חכם העיר הממונה על הציבור". לאחר שהוא עומד על כך שיתר היסודות החיוניים לצורך הכרה בחוקי הכנסת כתקנות קהל מתמלאים במציאות הישראלית, הוא כותב, ש"לענין התנאי דצריך להיות בהסכמת חכם העיר, לכאורה הוא חסר בנדון דנא, דמעולם לא נמלכים בחכם העיר"²⁸³. כדי להתגבר על קושי זה, מחדש

280. יחירה מזו, גם חוקים שיש בהם יסוד של תקנת הציבור לפי השקפתם של חברי בית המחוקקים, אינם צריכים להיות מקובלים בהכרח גם על דעתם של חכמי ההלכה, שכן לא כל מה שנחשב בעיני המחוקק החילוני כתקנת הציבור, חייב להיחשב ככזה גם על ידי חכמי ההלכה; וראה דבריו של הרב דב ליאור, "יחס ההלכה לחוקי המדינה" תחומין ג (תשמ"ב) 248.

281. אם כי חוקים אחדים הוכרו על יסוד הכלל: "דינא דמלכותא דינא", כאמור בדברינו לעיל, או כמשקפים מנהג, כגון מה שנפסק בערעור חשכ"ו/12 (לא פורסם) לעניין חוק פיצויי פיטורין, תשכ"ג-1963.

282. שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו"מ, סימן כח.

283. שם, סעיף ב, אות ו.

הרב הדאיה וכותב²⁸⁴: "אמנם נראה, מאחר דגם חכם העיר הוא אחד מהבוחרים, הרי כאילו מתחילה הסכימה דעתו עמהם לכל אשר יעשו לטובת העיר, כל שאינו מתנגד לדין תורה... ורק בענין ממונות שהוא מבחינת הפקר בית דין, וגם אין בו רווחא להאי ופסידא להאי..."

לפי חידושו של הרב הדאיה, בעצם השתתפותם של חכמי ההלכה בהליך הדמוקרטי של בחירת הכנסת, ניתן האישור הדרוש מצידם למה שהכנסת תחוקק. אכן, הסכמה מכללא זו אינה מתייחסת אלא למה שאינו נוגד את דין התורה, ואמורה בדיני ממונות בלבד. לכאורה יש כאן הכרה רחבה ביותר בתוקפו של המשפט הפרטי הישראלי כולו, שהרי המשיב מתייחס לכלל דיני הממונות. ואולם, אם זו היתה דעתו של המשיב, כי אז היה עליו לדון בכל השאלות הממוניות שבהן הוא דן לאחר קום המדינה, לא על יסוד מקורותיו של המשפט העברי אלא על יסוד חוקי מדינת ישראל, בעוד שעיון קל בתשובותיו ובפסקיו בתחום זה, מן אותה תקופה, כפי שהתפרסמו בשו"ת ישכיל עבדי, יגלה מיד שלא זו היתה דרכו של המשיב, ופרט ליוצא מן הכלל שבעניין חוקי הגנת הדייר, לא פסק את הדין על יסוד החוק הישראלי כתקנת קהל²⁸⁵.

ונראה לפרש, שלדעתו של הרב הדאיה משמשת השתתפותם של חכמי ההלכה בבחירות לכנסת הסכמה ואישור מכללא לאותם חוקים בתחום הממוני שאינם נוגדים דין קיים בהלכה היהודית, אלא יש בהם משום פיתרון לבעיות משפטיות מחודשות שההלכה היהודית אינה מתייחסת אליהן או שצורך השעה מחייב בהם שינוי גם מהלכה קיימת. פרשנות מצמצמת זו לדבריו של הרב הדאיה, לבד משהיא עולה בקנה אחד עם יתר תשובותיו ופסקיו שבענייני ממונות, כאמור לעיל, מתיישבת גם עם התמונה המצטיירת מספרות השאלות והתשובות בדבר היקף השימוש בסמכות להתקין תקנות על ידי הקהל ונבחריו. בידינו כיום אוסף שלם של כל תקנות הקהל הנזכרות בספרות השאלות והתשובות של הראשונים²⁸⁶. סקירת החומר הכלול בתקנות אלה מגלה, שפרט לדיני ירושה, לא באו התקנות לשנות, בשום מקרה אחר, דין קיים במשפט הפרטי, לבד אם מדובר בשינוי שהתחייב מפני תקנת הציבור וכיו"ב²⁸⁷. כך לדוגמא: אין אנו מוצאים בכל הספרות הזו תקנות

284. שם, אות ז.

285. ראה שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו, חו"מ, סימן ו; חלק ז, חו"מ, סימן ו; חלק ח, חו"מ, סימן א-ב.

286. ראה הערך "תוכן תקנות קהל", מפתח השאלות והתשובות של חכמי ספרד וצפון אפריקה (ירושלים,

תשמ"ו) 581-591; המפתח לשו"ת חכמי אשכנז ואיטליה עומד להימסר לדפוס בקרוב בעז"ה.

287. כגון תקנות ההכרזה שנתקנו בספרד ושנועדו להגן על זכויותיו של קונה מקרקעין בתום לב מפני

תביעות הבעלים, בניגוד לדין התלמוד; ראה בעניין זה: ש' שילה, "על שתי תקנות קהל בספרד" סיני סא (תשכ"ז) קצא-קצו.

אליאב שוחטמן: הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל

המשנות מדיני הנזיקין או מדיני החוזים הרגילים. אם מוצאים אנו, לדוגמא, תקנה בנושא של "מכר"²⁸⁸, אין המדובר אלא בעיסקה שמעורב בה נכרי, וזאת על רקע המציאות של חיים תחת השלטון הנכרי. או, אם מוצאים אנו תקנה בנושא של "שכירות", אין המדובר אלא בהגנת השוכר מפני הסגת גבול, ואין זה אלא צורך שעה שחייב התקנת תקנה בלא שהדין המהותי הבסיסי של שכירות השתנה. רק בנושא של ירושה²⁸⁹ מוצאים אנו תקנות שיש בהן משום שינוי הדין הקיים, וזאת לא נעשה אלא על דעתם של חכמי המקום שאשרו את הצורך לתקן תקנות אלה, אף בניגוד לדין.

לאור זאת, אך טבעי הוא שכאשר דן הרב הדאיה עצמו, ורבנים אחרים, בשאלה כלשהי מדיני ממונות, מעולם לא ראו את כלל החוק הישראלי כמחליף של הדין היהודי המקורי, באשר שום סמכות הלכתית לא נתנה לחקיקה הישראלית בכללותה את האישור הנחוץ לצורך החשבתה כתקנות קהל, ואם היו מקרים בודדים שבהם מצאו רבני ישראל לנכון להכיר בתוקפו של חוק זה או אחר כתקנת קהל, משום שיש בו היסוד של צורך שעה, טובת הציבור וכיוצא בזה, הרי אותו אישור שבדיעבד כוחו יפה ביחס לאותו חוק מסויים שבו דנו, ותו לא²⁹⁰.

המסקנה בדבר ההיקף המצומצם של ההכרה ההלכתית בחוקי המדינה עולה גם למקרא דבריו של הרב הראשי, הרב אברהם שפירא, בסוגייה זו²⁹¹. דעתו היא, שבאופן עקרוני מוסמכת הכנסת להתקין תקנות, ואולם מן הראוי לשים לב ללשון אותה הוא נוקט, ולדוגמאות שהוא נותן לדבריו: "לקהל על נציגיו יש סמכות לתקן תקנות לשם הסדר חיי הקהילה... תקנות כאלו בענייני מסים, עבודה, תעבורה ועוד, בתנאי שלא יסתרו את דיני התורה"²⁹². ניכר בעליל, שהתייחסותו של הר"א שפירא היא לתחום המשפט הציבורי,

288. ראה מפתח השאלות והתשובות, שם, 587.

289. ראה שם, 586.

290. וראה מה שכתב הרב דב ליאור, "יחס ההלכה לחוקי המדינה" (לעיל, הערה 280) 249, באבחנה בין חקיקה בנושא ספציפי ובין חקיקה הקובעת הסדר כולל בתחום מסויים.

291. הרב א' שפירא, "מבט תורני על חוקי המדינה והתקנת תקנות בימינו" תחומין ג (תשמ"ב) 238.

292. כמבחן שבאמצעותו אפשר יהיה להבחין בין חוק הסותר דין תורה ולפיכך אינו תקף ובין חוק שאינו סותר דין תורה ולפיכך הוא תקף, מציע הר"א שפירא לבדוק אם החוק התקבל ללא התנגדות חברי הכנסת הדתיים, ואז ההנחה היא שהוא כשר, ואם לאו - ההנחה היא שהוא סותר דין תורה. הבחנה זו מבוססת על כך ש"הנציגים הדתיים ערים לחוקים מחד, ושואלים רבנים מאידך, כך שהם לא יסכימו לחוק הסותר את ההלכה". לדעת "בלידשטיין, "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית" דיני

ועל כל פנים לחוקים שאינם סותרים דין תורה אלא באים לענות למציאות החדשה שהמקורות הקלאסיים של ההלכה אינם מתייחסים אליה, כמו דיני תעבורה, או שמקורות ההלכה מעניקים בהם מעמד מיוחד למנהג, כמו דיני עבודה ודיני מיסים. דומה שאי-הזכרות של חוקים כמו חוק החוזים, חוק המכר, חוק השליחות וכיוצא בהם, אינו מקרי, ולפיכך אין להסיק מכאן מסקנה גורפת לעניין חקיקת הכנסת בכללותה, וביחוד לא לגבי התחום הרחב של המשפט הפרטי.²⁹³

בעוד שהרב אברהם שפירא אינו מתייחס בדבריו לבעייתיות הקשורה בדרישה לאישור "אדם חשוב", הנה הרב הראשי הראשון לציון, הרב מרדכי אליהו, בהתייחסו לאותן שאלות עצמן, מסיק²⁹⁴, שמאחר שההלכה שנפסקה היא כי תקנות הקהל צריכות אישור "אדם חשוב", הרי למרות המחלוקת הקיימת, לדעתו, אם אישור זה הוא לעיכובא, מכל מקום "מכאן עולה שלחוקי הכנסת אין חוקף של תקנות קהל ממש"²⁹⁵.

לבר מחוקי הגנת הדייר שבהם הכירה הפסיקה הרבנית כתקנות קהל, מצאנו חוק נוסף שלגביו הועלתה הסברה שאף לו הוענקה הכרה כזו, והוא: חוק הירושה. בשנת תש"ג הותקנו תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בארץ ישראל, ובמסגרתן נקבעו תקנות קפ"ב-קפ"ג אשר קבעו שחלוקת ירושה תיעשה בהתאם לחוק (ולא לפי דין תורה), וזו לשונן:

קפ"ב. יורשים הרוצים לקבל תעודת חלוקת ירושה על עזבון מורישם מגישים לבית הדין בקשה... בית הדין דן בבקשה... ומוציא "תעודת חלוקת ירושה", בה מפורטים... שמות היורשים וחלוקת העזבון ביניהם לפי דין ישראל, פרט לנכסים לא-נדדים מסוג "מירי", שכן חק הממשלה הקיים (פקודת הירושות) מצריך לחלקם באופן קבוע ועומד, היינו רק לפי ההוראות שבתוספת השניה לפקודת הירושות.

ישראל יג-יד (תשמ"ו-תשמ"ח) כג, מהווה הסכמתם של הנציגים הדתיים בכנסת - לדעת הרב שפירא - "מעין הסכמת חכם". כשלעצמי, מסופקני אם זו כוונתו של הר"א שפירא, וייתכן שלא נכנס כלל לבירור נושא זה של הצורך באישור "אדם חשוב", אלא דן רק בשאלה: מהו המבחן שלפיו ייקבע אם חוק מסוים סותר את ההלכה, אם לאו.

293. בשיחה בעל-פה, אישר הר"א שפירא את דבריי.

294. בראיון המתפרסם בתחומין, שם (לעיל, הערה 238) 242.

295. יחד עם זאת, בתשובה אחרת שלו, שנחפרסמה בקובץ מים מדליו (לזכר הרב א"ט רפאלי, ירושלים, תש"ן) 37, חיווה הראשל"צ דעתו, כי "בדיעבד, אם חוקקו חוקים [=בלי להתייעץ עם גדולי הדור] צריכים לקיים אותם ככתבם וכלשונם". אף כאן, הגם שהמשיב נקט לשון כללית: "דיני ממונות", יש לפרש את דבריו על דרך הצמצום, וזאת לאור הדוגמאות שבהן השתמש: חוקי מיסים, חוקי הפקעה לצרכי ציבור וחוק התעבורה.

קפ"ג. אם נתבקש בית הדין על ידי מישהו, אשר לפי חק הממשלה (פקודת הירושות) הוא נחשב ליורש, לחלק את כל העזבון, ולא רק הנכסים הלא-נדים מסוג "מירי", על פי חק זה, בית הדין מחלקו בהתאם לכך...

חלוקת ירושה בהתאם להוראות אלה משנה איפוא באופן ממשי מדין תורה, ועל כך כותב מו"ר מ' אלון²⁹⁶: "חידוש עקרוני אחר, שהיה בו משום מהפכה בהסדר חלוקת הירושה לפי ההלכה נתקבל בתקנות, שבהן קיבל בית הדין הרבני על עצמו לחלק את העיזבון לפי ההוראות של פקודת הירושה המנדטורית משנת 1923... סדר חלוקה זה משווה את הבת לבן ואת הבעל לאשה, בניגוד להוראות המשפט העברי, שלפיהן אין הבת יורשת אלא אם אין בן, והבעל יורש את אשתו, אך האשה אינה יורשת את בעלה...".

בשנת תש"ך התפרסמו תקנות הדיון בבתי הדין הרבניים בישראל שבאו להחליף את התקנות הנ"ל משנת תש"ג, ומתוכן נשמטו כליל ההוראות בדבר חלוקת הירושה בהתאם לחוק. על השמטה זו כותב מ' אלון²⁹⁷, כי "למעשה ממשיך בית הדין הרבני לנהוג בעניין חלוקת הירושה כפי שנהג לפני כן, אבל עצם ההשמטה מעוררת הרהורים ומחשבה".

בדעה זו, שלפיה הוכרו חוקי הירושה על ידי בתי הדין הרבניים בארץ, מחזיק גם ידידיה כהן, הכותב, בין היתר, כי "הכרעה זו [=של בתי הדין הרבניים] נבעה מראיית החוק כ'תקנת ציבור' מחייבת, ולפיכך גם 'חוק הירושה' המודרני כלול באותה קטגוריה... שמה, על כן, יורשה לנו לראות בהכרעתם של בתי הדין הרבניים הפוסקים על פי חוק הירושה מעין הסכמתו²⁹⁸ של 'אדם חשוב' שהוא תנאי לקבלתה של תקנת קהל".

לעניות דעתי, אין לייחס לבתי הדין הרבניים הכרה בחוקי הירושה, לא מכוח תקנות קפב-קפג של תקנת הדיון משנת תש"ג, ולא מכוח פסיקתם הלכה למעשה. תקנות קפב-קפג לא נועדו לחולל שינוי כלשהו בהלכה המהותית של דיני הירושה, ויש להתייחס אליהן כתקנות דיון שלא באו אלא להסדיר את כללי סדר הדיון בפנייה לבית הדין להוצאת צו ירושה במסגרת המציאות החוקית הנתונה. לפי החוק המנדטורי, לא היה בית הדין מוסמך לחלק את העיזבון לפי הוראות הדין הדתי אלא בהסכמת היורשים כולם (ובנכסים מסוג

296. מ' אלון, המשפט העברי, 670-671.

297. שם, הערה 181.

298. י' כהן, "תקנות הקהל בירושת הבעל את אשתו" שנתון המשפט העברי ו-ז (תשל"ט-תש"ס) 173-174.

"מירי" גם הסכמה לא הועילה)²⁹⁹. תקנות קפב-קפג לא באו איפוא, אלא לקבוע את כללי הדין בתחום זה אשר בו חייב בית הדין לפעול בהתאם לחוק. ראייה לכך שדעת מתקיני התקנות לא היתה לחולל שינוי מהותי מבחינת הדין היהודי בסוגיה זו, ניתן למצוא בלשון התקנות עצמן. במפורש נקבע, שכעיקרון, נעשית חלוקת העיזבון "לפי דין ישראל", ורק כאשר מבחינת החוק אין הדבר אפשרי, יחולק העיזבון בהתאם לחוק. אילו באמת ביקשו מתקיני התקנות - כנטען לעיל - לחולל שינוי מהותי בדין היהודי בשאלה זו, ולאמץ את ההסדרים הקבועים בחוק בעניין השוואת הבת לבן והבעל לאישה, לא היה מקום לקבוע, שכאשר החוק מאפשר זאת - יש לחלק את הירושה על פי דין תורה³⁰⁰.

זאת ועוד: אם אמנם הוכרו חוקי הירושה כתקנות ציבור, לא היו בתי הדין דורשים מן הצדדים לקבל קניין על הסכמתם לחלוקת העיזבון שלא לפי דין תורה. הנוהל של קבלת קניין הקיים בבתי הדין הרבניים בארץ מזה עשרות שנים, נחרץ אך ורק משום שעל פי הדין היהודי חייבת הירושה להתחלק לפי דין תורה, ורק משום שהחוק אינו מאפשר חלוקה כזו בהיעדר הסכמת כל היורשים, יש צורך בקניין³⁰¹.

ולבסוף: בשנותיה הראשונות של המדינה יזם הרב הראשי, הריא"ה הרצוג, התקנת תקנות בענייני ירושה, מתוך מגמה שהכנסת תאמץ הצעה שתאושר על ידי הרבנות הראשית, ואז יוכל חוק הירושה של הכנסת להיות מקובל על ידי בתי הדין הרבניים. הצעתו של הרב הרצוג נדפסה בקונטרס מיוחד והופצה בין רבני ישראל אשר לא צדדו בה. הצעה זו התפרסמה על ידי הרב הרצוג³⁰², אשר בדברי הפתיחה שהקדים לה, כתב: "אני התויתתי את הגבולות הכי רחוקים, הכי קיצוניים, של אפשרות התקנות והיתה הרשות ביד הרבנות לקבל הכל או לקבל פחות ממה שהצעת, או לדחות הכל. הדבר לא בא לידי הצבעה, אבל ניכר היה שרוב הרבנים שליט"א החבירים לא היתה דעתם נוטה לתקן שום תקנה"³⁰³. אם - כפי

299. ראה מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (ירושלים, תשכ"ה) 181-182.

300. עדות על מקרים שבהם קיבלו עליהם כל הצדדים את שיפוטו של בית הדין לחלוקת הירושה לפי דין תורה, ראה בספרו של הריא"ה הרצוג, כרך ב (לעיל, הערה 11) טו.

301. ראה צ' וינמן, "דיני ירושה בבתי הדין הרבניים: הלכה ומעשה" שנתון המשפט העברי ח (תשמ"א) 358. גם צ' וינמן סבור כי "מעולם לא קיבלו בתי הדין הרבניים, כהוראה מחייבת, את חוקי הירושה", ולדעתו, "כדי למנוע הפקעת כוחם השיפוטי בנוגע לענייני ירושות, נאלצו בתי הדין לקבוע בתקנות הדין - את תקנות קפב וקפג".

302. ריא"ה הרצוג, "הצעת תקנות בירושות" תלפיות ו (תשי"ג) 36-50.

303. כל החומר הנוגע לפרשה זו נאסף עתה על ידי א' ורהפטיג ופורסם בספרו של הרב הרצוג, שם (לעיל, הערה 11).

הנטען - הוכרו כבר חוקי הירושה הקיימים כתקנות, למה זה היה צורך בהתקנת תקנות חדשות, ומכל מקום מדוע היה לרבנים להתנגד להצעה כזו, בזמן שהם כבר נתנו, כביכול, את הסכמתם לחוק הקיים. ברור, איפוא, לעניות דעתי, שבתי הדין הרבניים לא העניקו לחוקי הירושה הכרה הלכתית כלשהי.

אוסף עוד הערה אחת לעניין הנוהל הקיים, כאמור לעיל, בבתי הדין הרבניים, בעניין קבלת קניין. לכאורה אפשר היה לומר, שבנוהל זה יש משום מתן גושפנקא להסדר הקבוע בחוק, שהרי אילו רצתה הרבנות הראשית באמת ובתמים לעמוד על קיומו של דין תורה בנושא הירושה, היה בידה לסרב לדון בכל בקשה לחלוקת עיזבון על פי החוק, ולהיזקק אך ורק לבקשותיהם של יורשים המבקשים לקיים דין תורה.

והנה, במסגרת דיוני הוועדה לתקנות הדיון שהכנינה את הנוסח החדש של התקנות בשנת תש"ך, הועלתה אמנם הצעה "לכתוב בתקנות הדיון שבית הדין יטפל בתעודת ירושה רק אם הצדדים יבקשו חלוקה לפי דין תורה"³⁰⁴. ברם, הצעה זו לא נתקבלה, ובמסגרת הדיון סביב שתי התקנות הנדונות הועלו גם טיעונים אחרים: "מוטב שיבואו תמיד לבית הדין הרבני ולא כדאי להוציא מסמכיותינו"³⁰⁵, וכן: "יתכן שפעם יהיה לנו שלטון שיחנהל לפי דין תורה"³⁰⁶. בסופו של דבר הוחלט להשמיט את כל העניין מתוך קובץ התקנות. זאת, לפי דעתי, בהתאם למגמה הכללית להוציא מנוסח התקנות הוראות שונות שהועתקו מתוך נוסח תקנות הפרוצידורה האזרחית שנהגו באותה עת בבתי המשפט האזרחיים³⁰⁷. כיוון שהיה מקום לראות בתקנות אלו חריגה מן הדין המקובל (אם כי באמת יש לפרש כפי שפירשתי לעיל), סברו מתקיני התקנות משנת תש"ך שמוטב לא לכלול כל הוראות בעניין אופן חלוקת הירושה במסגרת התקנות החדשות, ולהמשיך בנהלים המעשיים הקיימים בבתי דין מזה שנים, כאמור לעיל.

לעניות דעתי, הפרקטיקה הנהוגה על ידי בתי הדין הרבניים נובעת מן השיקולים שזכרו

304. הצעת הרב בצלאל זילטי, חבר הוועדה, על פי פרוטוקול הוועדה מיום 21.4.53; תיק הוועדה נמסר לי על ידי השופט ד"ר יצחק קיסטר, חבר הוועדה, ותודתי נתונה לו בזה.

305. הצעת עו"ד לבנון, חבר הוועדה.

306. הצעת הרב ש' ברוט, יו"ר הוועדה.

307. ראה, לדוגמא, תקנה ח משנת תש"ג, בעניין מקום השיפוט, והשווה עם תקנה ז החדשה, משנת תש"ן; תקנה סג הישנה, בעניין גביית עדות בבית העד, והשווה עם תקנה פג החדשה; תקנה פד הישנה, בעניין הוצאות משפט, והשווה עם תקנה קח החדשה; תקנה קו הישנה בעניין תשלום ערבות בערעור, שבוטלה בתקנות החדשות; תקנות צב-צט הישנות, בעניין התנגדות לפסק דין שניתן במעמד צד אחד, והשווה עם תקנות קט-קטו החדשות.

בתחום המשפט הפרטי, לעומת זאת, מוגבלת ההכרה ההלכתית אך ורק לאותם חוקים שאינם סותרים דין קיים או שיש בהם משום תקנת הציבור - חוקים שראויים היו להיות נתקנים על ידי חכמי ההלכה עצמם אילו היתה בידם הסמכות לכך. אין לדבר איפוא לא על הכרה בלתי מסוייגת של ההלכה במעשה החקיקה של הכנסת, כשם שגם אין לדבר על שלילה מוחלטת של הכרה הלכתית במעשה חקיקה זה. לפיכך, כל תיאור של ההתייחסות ההלכתית לחוקי מדינת ישראל, שאינו לוקח בחשבון את הצורך הבסיסי להבחין בין תחומי המשפט השונים, לא נראה לי כמשקף נכונה את המציאות לאשורה. מטעם זה, ספק בעיניי אם מוצדקת מסקנתו של יעקב בלידשטיין³¹¹, "כי חוקי המדינה זוכים להסכמה הלכתית 'דה פקטו' גם אם נמנעת ההסכמה 'דה יורה', (וכי) מבחינה זאת, מצטייר הדיון בלגיטימיות ההלכתית של המדינה כדיון עקר ובלתי-רלוונטי למציאות".

מסקנה זו היא פרי התרשמותו של המחבר מן העובדה, שאין מצידם של הרבנים קריאה להפר את חוקי המדינה, שהחלטות מוסדותיה מתקבלות כנורמטיביות³¹². ואולם עובדה זו נכונה רק ביחס לתחום המשפט הציבורי, בעוד שביחס לתחום המשפט הפרטי אין כל הוכחה לכך ש"החלטות מוסדותיה [=קרי: הכנסת ומי שפועל מכוחה] מתקבלות כנורמטיביות", ובתחום זה דומה שנכון יותר לומר שהכלל הוא שאין החלטות הכנסת מתקבלות כנורמטיביות, אם כי גם לכך יש יוצאים מן הכלל, כמבואר בדברינו לעיל. אין לדבר איפוא על הסכמה הלכתית דה-פקטו לכלל החוקים, כשם שלא נכון יהיה לדבר על מניעת הסכמה דה-יורה מכלל החוקים. יש חוקים שאינם מוכרים כלל, גם לא דה-פקטו, ויש חוקים הנהנים גם מהכרה דה-יורה, והכל על-פי המבחנים ואמות המידה שנדונו בדברינו לעיל. עבור הציבור היהודי החי בארץ והרואה עצמו מחוייב לדין תורה, לצד היותו מחוייב לחוק המדינה, נודעת איפוא חשיבות רבה למסקנות בדבר היקף תחולתה של ההכרה ההלכתית בחוקי המדינה. אי לכך, דומה שאין הצדקה לתיאור הדיון בלגיטימיות ההלכתית של המדינה, או ליתר דיוק: בלגיטימיות ההלכתית של חוקי המדינה, כ"דיון

311. שם (לעיל, הערה 292), בעמ' כג.

312. כיוון שהמחבר לא חילק בדבריו, הרי שלמסקנתו יש משמעות מרחיקת לכת, לכאורה, שכן לפיה יוצא, שבאופן מעשי, כאשר חוק המדינה אינו מתיישב עם ההסדר הקבוע בהלכה היהודית, יש לקיים את חוק המדינה בכל מקרה. ואולם, אם אלו היו פני הדברים, צריך היה הדבר למצוא ביטוי בפסיקה הרבנית, שהיתה חייבת לאמץ בכל דיון ממוני את החוק הישראלי, וזה אינו המצב, כמבואר לעיל. ואולי אין המחבר מתכוון אמנם אלא לתחום המשפט הציבורי, שביחס אליו בלבד שייך המושג, הנזכר בדבריו, של "הפרת חוק".

עקר ובלתי רלוואנטי למציאות", באשר תכליתו של דיון כזה היא לברר את השאלה המעשית העשויה להתעורר תדיר אצל הציבור החי בארץ ואשר בעייה זו מעסיקה אותו³¹³. מסקנה זו שבדבריי, בדבר צימצומה של ההכרה ההלכתית בחוקי המדינה לתחום המשפט הציבורי בלבד, פרט ליוצאים מן הכלל שבתחום המשפט הפרטי, אין לפרשה כנטילת הבסיס החוקי מרובו של המשפט הפרטי של מדינת ישראל. אין לבוא חלילה למסקנה, כאילו בתחום רחב וחשוב זה של המשפט לית דין ולית דיין באשר ההלכה אינה מכירה בו כמחייב. אי ההכרה של ההלכה בתחום זה של המשפט הישראלי נוגע אך ורק לאותו חלק בציבור הישראלי הרואה עצמו מחוייב לדין תורה, וביחס אליו קובעת ההלכה שמערכת הנורמות החלה עליו היא זו של "חושן משפט", ולא הדין הישראלי. ואולם, אותו חלק בציבור הישראלי שאינו רואה עצמו מחוייב לדין תורה, בוודאי שאינו יכול "ליהנות" מאי ההכרה של ההלכה היהודית בחלק זה של משפט המדינה, שהרי לא תיתכן חברה ללא מערכת של משפט פרטי, ואם אין ההלכה מכירה בתחום זה של המשפט הרי זה משום שהיא מבקשת להשתית את מערכת היחסים שבין אדם לחברו על הבסיס של דיני "חושן משפט" ולא משום שהיא רוצה להביא להרס מסגרות החוק והמשפט במדינה. אם נמצא אפוא בציבור הישראלי חלק מסויים שאינו מקבל על עצמו דינים אלה, בוודאי שדין המדינה הוא שיחול עליו. מחוייבותו של הציבור החילוני למסגרות הקבועות בחוק המדינה נובעת גם מיסוד ההסכמה, שכאמור בדברינו לעיל³¹⁴ יכולה לשמש בסיס לתוקפו המחייב של חוק המדינה גם ביחס למי שרואה עצמו מחוייב לדין תורה.

אבחנה זו, שבין אותו חלק בציבור הישראלי הרואה עצמו מחוייב לתורה ומצוות ובין החלק בציבור זה שאינו רואה כל מחוייבות לדין תורה, לעניין היקף תחולתו של המשפט הפרטי במסגרת משפט מדינת ישראל, היא תוצאה מחוייבת של השקפת חכמי ההלכה בזמן הזה, בדבר היעדר אפשרות של שימוש בכוח כפייה כדי להשליט את דיני התורה על אלו שאינם מקבלים דינים אלה. היעדר האפשרות לכפות את דיני התורה על כלל הציבור בזמן הזה - אף-על-פי שלפי דין התלמוד כופין על המצוות³¹⁵ - אינו רק תולדה של

313. עצם העובדה, שבפועל ממעטים יהודים שומרי תורה להזיק לדין תורה בענייני ממונות (וראה: ש' שילה, "למעמדו של המשפט העברי במדינה" דיני ישראל ה (תשל"ד) 257), אינה הופכת את הדיון בשאלה זו לעקר ובלתי רלוואנטי למציאות. המציאות היא, בין היתר, תולדה של חינוך לקוי, והיא ניתנה לשינוי, אם כי לא בנקל.

314. ראה לעיל, סמוך לציון להערה 310.

315. ראה כתובות פו, ע"א. וראה דוגמאות לכך ברמב"ם, הלכות מתנות עניים ז, י; הלכות מעשה הקרבנות יד, טז.

המציאות שאינה מאפשרת, פשוטו כמשמעו, מהלך כפייתי כזה³¹⁶, אלא הוא גם תולדה של המדיניות הנקוטה על ידי חכמי ההלכה, שלפיה גם אם אפשר היה לכפות, אין מקום לעשות שימוש באמצעי זה בימינו מן הטעם שאין בו כל תועלת, שכן לא ניתן בדרך זו לקרב את הבריות לתורה, ולהיפך - השימוש באמצעי כפייה רק ירחיק ולא יקרב, ועל כן הוא אפילו אסור משום חילול השם³¹⁷.

אם לא ניתן לכפות על קיומן של מצוות מסוימות, וודאי שלא ניתן לכפות את כלל המשפט העברי על מי שאינו מקבל אותו - לא בשלימותו ולא חלקים ממנו. יחד עם זאת, איש לא יטען שכיוון שלא ניתן לכפות את המשפט הפרטי היהודי על כלל הציבור, לא תחול על חלק גדול מן הציבור בישראל מסגרת כלשהי של משפט פרטי. לפיכך, ביחס לציבור שאינו רואה עצמו מחוייב לתורה ומצוות, יחול המשפט הישראלי על כל חלקיו, ואילו ביחס לציבור הרואה עצמו מחוייב לתורה ומצוות - יחול המשפט הישראלי רק במידה שהוא מבקש לכפות עצמו על כלל האוכלוסיה, או במידה שיש בו אלמנט של תקנת הציבור, אבל ברובו של תחום המשפט הפרטי - יחול הדין העברי כדין מחייב, מבחינתה של ההלכה.

ולבסוף, הערה אחת לעניין העיקרון של "שלטון החוק" בזיקה לנושא הדיון דנן. משמעותו של עיקרון זה - שהוא מן היסודות החשובים של המשטר הדמוקרטי במדינת ישראל - היא, שהחוק חל באופן שווה על הכל, כולל השלטון עצמו וזרועותיו³¹⁸, ושהוא הבסיס היחיד לקביעת זכויות וחובות של אדם בחברה³¹⁹. בהקשר הנושא דנן, משמעותו

316. ראה ספר החינוך, מצוה ו: "וכלל גדול בכל התורה לכל שאומר שיבטל מצות עשה שכופין אותו בית דין, אם יש כח בידם, עד שיקיימנו".

317. הבסיס לגישה זו היא ההלכה ברמב"ם, הלכות ממרים ג, ב-ג, שהבחין בין הכופרים מדעתם ובין הכופרים בעטיו של החינוך שקיבלו, שהרי הם "כתינוק שנשבה ביניהם [=בין הגויים] וגדלוהו ואינו זריו לאחוז ברכי המצוות שהרי הוא כאנוס... שהרי גדלוהו על טעותם... לפיכך ראוי להחזירם בתשובה ולמשכם בדברי שלום עד שיחזרו לאיתן התורה". וראה מה שנכתב ביחס ל"פושעי ישראל" בזמן הזה, בשו"ת בנין ציון החדשות, יו"ד, סימן כג; שו"ת מלמד להועיל, חלק א, סימן כט; שו"ת אגרות משה, או"ח חלק א, סימן כג; חזון איש, יו"ד, סימן ב, סעיף טז. כן ראה: הרב ש' ישראלי, עמוד הימיני (לעיל, הערה 206) פא-צו; הרב א' שרמן, "יחס ההלכה כלפי אחינו שפרשו מדרך התורה והמצוות" תחומין א (תשמ"ם) 311-318 (והערת העורך, שם, 318); ב (תשמ"א) 267-271. על חובת החקיקה הדתית בהקשר זה ראה מה שכתב הרב א' שרמן, "חובת החקיקה הדתית וישומה על פי ההלכה" תחומין ה (תשמ"ד) 366-376.

318. ראה, לדוגמא, בג"ץ 652/81 ח"כ שריד נ' יו"ד הכנסת מנחם סבידור, פ"ד לו(2) 202.

319. ראה, לדוגמא, ע"ב 3,2/84 ניימן נ' יו"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה; אבנרי נ' יו"ד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 296.

של עיקרון זה היא, שכאשר קיימת התנגשות בין חוק המדינה ובין ההלכה הדתית - חוק המדינה גובר³²⁰. האם לא מתחייבת מכאן, לכאורה, המסקנה, שחוק המדינה דוחה מפניו את המשפט העברי כולו? או, במילים אחרות: האם אין בקביעה שלפיה מסוייגת ההכרה שנותן המשפט העברי לחוקי המדינה לתחום המשפט הציבורי בלבד (או כמעט בלבד), משום פגיעה בעיקרון של שלטון החוק, שהרי פירושה של קביעה זו הוא, שחלק נכבד מן החוקים אינו חל על ציבור מסויים באוכלוסיה, הרואה עצמו מחוייב למערכת אחרת של נורמות?

התשובה לכך, לפי עניות דעתי, היא שלילית. אי-הכרה בחוק ייחשב כפגיעה בעקרון שלטון החוק - רק כאשר מדובר בחוק שהמדינה מעוניינת לכפותו על כלל האוכלוסיה, ואינה מאפשרת להתנות עליו כלל, כמו החוק הפלילי, דיני המיסים וכיוצא בהם דינים מתחום המשפט הציבורי. אולם, החוקים מתחום המשפט הפרטי ניתנים להתנאה, בדרך כלל, ואם קיימת הסכמה בין הנוגעים בדבר להחיל על מערכת היחסים שביניהם את הדין היהודי במקום חוק המדינה, אין המדינה שוללת הסדר זה, ולפיכך אין בו משום פגיעה כלשהי בעקרון שלטון החוק. על פי סעיף 12 לחוק הדיינים, תשט"ו-1955: "אין על דין מרות בענייני שפיטה זולת מרותו של הדין לפיו הוא דין", דהיינו: דין תורה. התדיינות בהסכמה בפני בית הדין יש בה איפוא הסכמה מכללא להחיל את הדין היהודי על נושא הדין, והמתקוק נתן לכך גושפנקא מפורשת, כאמור. גם בתי המשפט רואים זאת כמובן מאליו שבתי הדין אינם חייבים להתחשב בהוראות החוק האזרחי אלא בדין תורה בלבד³²¹.

320. ראה בג"ץ 72/62 אוסולד רופאייזין נ' שר הפנים, פ"ד טז, 2439; כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד מא(2) 737-736. וראה גם בג"ץ 732/84, בשג"ץ 327/85 צבן נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מ(4) 152, לעניין כפיפותו של דין לאמות המידה הקבועות בחוק הדיינים. וראה מאמרי: "פסיקת בג"ץ בפרשת קבורתה של טרזה אנגלוביץ - מתן יד לכפייה אנטי-דתית?", דיני ישראל טו (תשמ"ט-תש"ן) קצט-רא.

321. ראה מ' זילברג, המעמד האישי בישראל (לעיל, הערה 299) 403. על הבעייתיות שבאי-הכרה בחוק האזרחי, גם כאשר לכאורה יש מקום להכיר בו, ראה מה שכתבתי במאמרי: "המשפט הישראלי והמשפט העברי - זיקה וניכור" משפטים יט (תש"ן) 871. כאן אעיר רק זאת, שעצם העובדה, שחוק המדינה בתחום המשפט הפרטי אינו כופה עצמו על בתי הדין, אין פירושה שעל בתי הדין, ועל פוסקי ההלכה בכלל, לעצום עיניהם ולהתעלם כליל מן המתרחש בעולם המשפט. לעניות דעתי, יש נושאים שללא ספק ראויים לעיון לאור ההתפתחויות שחלו בעולם המשפט, וזאת גם בתחום המשפט הפרטי, אבל אנו לא עסקנו כאן אלא במידת ההכרה שמעניקה ההלכה היהודית בפועל - מפי דבריה המוסמכים - לחוקי המדינה, ולא במצב הרצוי. דוגמא לנושא מתחום סדרי הדין (שאלת החיוב

כל האמור בדברינו לעיל על אי ההכרה ההלכתית³²² בחלק מחוקי המדינה אינו מתייחס אלא לנסיבות שבהן כל בעלי הדין מוכנים לקבל על עצמם דין תורה, אבל כשאחד מבעלי הדין אינו ניאות לכך, יש להחיל את חוקי המדינה, וההלכה תכיר בתוצאות המשפטיות שינבעו מכך.

בהוצאות משפט), שלעניות דעתי מן הראוי היה לאמץ בו את ההסדר הקיים במשפט הכללי, ראה במאמרי: "החיוב בהוצאות משפט בפסיקת בתי הדין הרבניים" דיני ישראל" י-יא (תשמ"א-תשמ"ו) רסג, ובמיוחד מעמ' רעה ואילך.
322. על ההכרה ההלכתית בתוצאותיו של דיון משפטי שהתקיים בפני ערכאות של נכרים, במקום שלא היה מנוס מכך, ראה שו"ע, חו"מ, כו, ב.