

דינא דמלכותא דינא

חוקי המדינה לאור המשפט העברי

תמוז ה'תשע"א

יואב סטשביסקי

תוכן עניינים

4.....	מבוא
5.....	פרק א' - מקור הדין
8.....	פרק ב' - מלך ישראל ודינא דמלכותא בארץ ישראל
10.....	דין מלכי ישראל - שיטת הרמב"ם
14.....	תחולת הכלל דינא דמלכותא במשטר דמוקרטי
16.....	פרק ג' - אפליית קבוצת אנשים מסויימת
17.....	האם משפט המלך כולל יכולת חקיקה
20.....	פרק ד' - הכרה בחוק מכח מנהג המדינה
22.....	חוק הגנת השכר
23.....	מנהג המוכרח מכח החוק
23.....	חוק בתים משותפים
24.....	הפקעת קרקעות לצרכי ציבור
25.....	חלות מכר דירה לפני רישום בטאבו
27.....	שטרות חוב - צ'קים
28.....	גדר תקנת הציבור בדינא דמלכותא
30.....	פרק ה' - גבול הסמכות של דינא דמלכותא
40.....	חוק הגנת הדייר - דיור מוגן
43.....	הסדר נושים בפשיטת רגל
48.....	פרק ו' - דיני חוזים
48.....	אסמכתא
49.....	ערבות בנקאית
51.....	השבת אבידה
52.....	תכנון ובניה- הרחקת נזיקין
56.....	פתיחת עסק בבית מגורים
57.....	פרק ז' - שטרות העולים בערכאות של גויים
60.....	שטרי מכר
62.....	תוקף חוזה מכר ללא רישום בטאבו
62.....	שיטת המכירים בחוק המלכות בקנייני מקרקעין
67.....	פסקי הדין של הרבנות הראשית
69.....	נאמנות הערכאות לענייני איסור
72.....	נאמנות ערכאה שאינה שיפוטית
74.....	הכרה בשטרי ערכאות מכח מנהג
77.....	חוק מדינה המחייב לדון בערכאות

79.....	פסקי בתי הדין הרבניים
80.....	דיון בבית הדין על פי החוק האזרחי
84.....	פרק ח' – דיני מיסים
86.....	מלך שמקל על יחידים ומכביד על אחרים
87.....	שינוי במיסוי שלא כדרך המלוכיות
88.....	פטור ממס ליחיד
93.....	פרק ט' - משפט פרטי
96.....	חיוב פיצויים הקבועים בחוק
96.....	המשפט הציבורי
97.....	חוק המלך וחוקי הערכאות
100.....	פרק י' - גוי וישראל
102.....	היתר עירובין במקום שיש גוי
104.....	פרק יא - החוק הישראלי וההלכה
104.....	ירושה
107.....	ירושה של חברה בע"מ
108.....	דיני עבודה
109.....	פרק יב – הכרה בכיבוש מלחמה לדין המלכות
110.....	קנין ע"י כיבוש מלחמה
112.....	דעת פוסקי זמנינו
116.....	ביבליוגרפיה

מבוא

עם הקמת מדינת ישראל, אחד מהנידונים המרתקים ביותר, הוא על השילוב בין ציבור דתי שנשמע לחוק התורה, לבין מדינה דמוקרטית, שבה קיום החוק הוא מעל הכל.

למעשה, שאלה זו נשאלה ונידונה בעבר, בכל מקום שבו חיו יהודים שומרי מצוות תחת שלטון שחוקיו הם שונים מחוקי התורה.

תשובה לקונפליקט זה, נמצאת גם היא במשפט העברי, שבו ישנה התייחסות נרחבת לשאלה איך להתנהג תחת שלטון זר, ויש בו תשובות מקיפות על כל הבעיות העלולות להתפתח כתוצאה מהתנגשות זו בין מערכות החוקים.

אך בנושא זה, מפני היקפו הנרחב, ומגוון הבעיות הנובעות ממנו, קשה למצוא מענה בצורת חיפוש עצמאי בספרי הפוסקים. אינו דומה שאלה על סמכות בית המשפט, לשאלת תקפות חוקי המדינה, ואף בחוקים עצמם הנידון שונה לפי נושא החוק המדובר, ואף יש הבדל בין המדינות והארצות.

בנוסף, בגלל שנושא זה מעורר מתחים פוליטיים, חלק מחכמי הדורות נמנעו מלעסוק, ועל כל פנים מלכתוב תשובות מפורשות בנושא מאימת המלכות. גם כעת, אנשים נכבדים נמנעים מלכתוב על הנושא, כדי לא ליצור סערת רוחות על כך.

גם קונטרס זה אינו ממצה את ההיקף של הנושא, אך אני תקווה שהוא נותן פתח ומראה מקום להרחיב את הידיעות בתחום.

פרק א' - מקור הדין

מקור הדין של הכרת המשפט העברי בכח המלכות לחוקק חוקים ותקנות, נמצא בגמ' בהגוזל¹:

"גופא אמר שמואל דינא דמלכותא דינא. אמר רבא תדע דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברין עליהו".

מצינו שיטות בראשונים מה מקור הדין והכח של המלכות לקבוע דינים. בגמרא בפרק חזקת הבתים:

"אמר רב יהודה אמר שמואל נכסי עכו"ם הרי הם כמדבר וכל המחזיק בהן זכה בהן. א"ל אביי ומי אמר שמואל הכי והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באיגרתא². ופי' רשב"ם "כל מיסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא ואין למחזיק בממון חבירו ע"פ חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל"³.

חזינן דדעת הרשב"ם דמקור דינא דמלכותא הוא הסכמת העם לקבל עליהם חוקי המלך.

הרמב"ם מנמק את ההלכה של דינא דמלכותא דינא:

"במה דברים אמורים במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות, שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים. אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע כמו חבורת ליסטים המזוינן שאין דיניהן דין"⁴.

השימוש במטבע על ידי הציבור, מהווה הכרה בסמכות השלטונית של המלך. אומנם הכרה זו היא בדיעבד, אך גם בשלטון כזה ישנה הענקת סמכות, כל שכן אם המלך נבחר ישירות על ידי העם כפי שהדבר נוהג בימינו.

אך יש לומר דהרמב"ם הוסיף הסבר מהו גדר המלוכה שכל שהסכימו בני המדינה על המלך, זה קובע שמו כמלך ולא כגזלן. וכמו חידוש הרב ווסטהיים שדברי הר"ן שהמלך יכול לגרש בני המדינה ולכן דינו דין שהכל שלו, אינו בא לומר כמו שנהוג להבין, שבלא זה אינו מלך, אלא שמלך צריך הסכמת העם על המלוכה כדי למלוך ולא להיות גזלן ומוכס העומד מאליו. ובא הר"ן לומר, שעצם שלטונו מעמידו בחזקת מלכות. ואלו רק הגדרים מי נקרא מלך ולא הסיבה לחוקיות מלכותו.

הבית שמואל כתב דדינא דמלכותא הוא מתקנת חכמים⁵, והביאו להלכה המנחת יצחק⁶, ופליג עליה בעל האבני מלואים שם, שדינא דמלכותא הוא מהתורה.

¹ ב"ק קיג:

² מכאן ראייה שאמרינן דינא דמלכותא גם כלפי חוקים שנועדו לתקן מו"מ הוגן בין אנשים, ולא רק במה שנוגע למיסי המלך, וכן שהדין הוא גם בין ישראל לגוי, ועיי' לקמן בגדרי דינא דמלכותא.

³ רשב"ם מסכת בבא בתרא דף נד עמוד ב, ד"ה אמר שמואל.

⁴ הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה יח

ובשו"ת חתם סופר :

"והנה הא דפשיטא לשמואל דינא דמלכותא דינא נ"ל שרשו בנוי אהא דשמואל שבועות ל"ה ע"ב ומאתים לנוטרים את פריז ע"ש דלאו דוקא קטלא אלא לרבותא נקיט אפי' אי צריך למקטל כגון למלחמותיו כמ"ש תוס' שם כיון דצורך נטירת הכרם הוא היינו תיקון המדינה שפיר דמי כש"כ ממנוס אפי' בשעת שלום לצורך הנהגה שפיר דמי והא דחד משיתא דהיינו חומש מלבד מאתים מאלף בנוי על חק יוסף החמישית לפרעה וארבע הידות ליושבי הארץ כנלע"ד דליכא מידי דלא רמיזא באוריתא"⁷.

ועיין בספר דבר אברהם⁸, שיש שני לימודים לדין זה שדינא דמלכותא הוא מן התורה. אפשר דילפינן לה מההיא קרא גופא דילפינן מיניה הפקר ב"ד⁹, והוא מהכתוב בספר עזרא: "וכל אשר לא יבוא לשלשת הימים כעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו"¹⁰, ולא נאמרה הלכה זו לב"ד של ישראל מכח סמכות הבית דין, אלא מכח סמכות שלטונית של ממשלה, שהרי השרים והזקנים כתיב, ולא ביחוד בב"ד של ישראל נאמרה, כי אם בכל ממשלה בארצה שהיא השלטת בכל אשר לנתינה.

הלימוד השני הוא מגמ' גיטין¹¹: וישב ממנו שבי, דאומות העולם קונה בכיבוש. וא"כ המלך הוא הבעלים, ויכול להפקיר ולתת לכל מי שירצה. וכן הוא מפורש בחו"מ סי' קס"ב ס"א: "אבל אם נתן להם המלך רשות להעמיד דלתות במבוי שלהן דינא דמלכותא דינא כי השווקים והרחובות שלהם ויכולין לעשות בהם מה שירצו", וכן בסי' תי"ז ס"א.

ועוד, שרשות הרבים היא של מושלי העיר, ולכל מה שנותנין רשות אזלינן בתריה, ומסביר שם שגם להרשב"ם בב"ב הנ"ל, הוי גם כן דין מדאורייתא, ובאמת אתי עליה משום כיבוש. והסביר הרשב"ם משום קיבלוהו דטעם זה מהני גם לבאים לגור אחר הכיבוש, שהרי כמו"כ כתב הרשב"א יבמות שע"מ כן באים לגור בארצו וכאילו לקחום במלחמה. הרי שהאי טעמא מסייע לבאים לגור אח"כ שיהיו נחשבים בכיבוש. או שטעם זה שקיבלוהו מסייע להפקר ב"ד, שקיבלוהו והוי ב"ד וזקנים עליהו עיין שם באריכות דבריו ובמסקנתו הברורה שדד"מ דינא הוא מן התורה.

אך שיטת הר"ן אחרת :

"מתני' נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין שהיא תרומה אע"פ שאינה תרומה שהן של בית המלך אע"פ שאינן של בית המלך. גמ' והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא אמר רב חנינא א"ר כהנא אמר שמואל במוכס שאין לו קצבה דבי ר' ינאי אמר במוכס העומד מאליו"¹².

⁵ בית שמואל על שו"ע אהע"ז סי' כח סק"ג.

⁶ שו"ת מנחת יצחק, ח"ב סי' פו אות י'.

⁷ שו"ת חתם סופר חלק ה (חושן משפט) סימן מד.

⁸ דבר אברהם חלק א', סימן א'.

⁹ גיטין דף ל"ו ע"ב.

¹⁰ עזרא, פרק י', פסוק ח'.

¹¹ גמ' גיטין דף לח ע"א.

¹² תלמוד בבלי, מסכת נדרים דף כח.

וכ' הר"ן :

"והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא - והיכי שרינן למידר הכי כדי להפטר כיון דמן הדין חייב ליתן לו את המכס.

במוכס שאין לו קצבה - וכיון שכן לאו דינא הוא אלא חמסנותא וחמסנותא דמוכס לאו דינא הוא. במוכס העומד מאליו - שלא במצות המלך וכתבו בתוספות שדווקא 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 שא"י כל ישראל שותפין בה. וכי אמרינן דינא דמלכותא דינא, ה"מ לענין שאם קנה אחד מכס זה, חייבים ליתן לו את המכס. וכן נמי אם לא קנה אותו אלא שהוא ממונה לגבות את המכס, שאינו רשאי ישראל חבירו לישבע שהן תרומה, דליכא אונסא כיון דדינא דמלכותא דינא".

חזינן מדברי הר"ן שהכח של דינא דמלכותא הוא מכח שהאנשים יושבים על הקרקע שלו ובידו לגרשם.

פועל יוצא מההכרה בבעלות המלך על הקרקע, הוא זכות קביעת שימושים בקרקע באופן שכלפי חוק ממוני רגיל, אינו בר תוקף.

דוגמה לכך היא, פסק הרמ"א בהלכות שותפים בקרקע, שאף שבני מבוי יכולים למחות על העמדת דלתות בכניסה למבוי, כי טורח הוא להם לעצור ולפרוק את המשא לפני הדלת, אם נתן להם המלך רשות להעמיד דלתות בכניסה למבוי, דינא דמלכותא דינא, כי השווקים והרחובות שלהם, ויכולין לעשות בהן מה שירצו.¹³

¹³ רמ"א, שו"ע חו"מ, סימן קסב, סעיף א. הפתחי תשובה שם סעיף ג' מחדש, שאין היתר אלא אם כבר נתן המלך רשות, אבל לכתחילה אסור לבקש מהמלך שיתן רשות להעמיד דלתות, והא בכלל מה שאמרו (ב"ב יב) מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, והיינו באיזה אופן שיהיה, על כל פנים מקלקל הוא ואסור.

פרק ב' – מלך ישראל ודינא דמלכותא בארץ ישראל

שיטות הראשונים במלכות ישראל, אם יש בה דינא דמלכותא

ראשית רש"י בגיטין¹⁴ מדגיש לכתוב "דינא דמלכותא של עובדי כוכבים", ומשמע לשיטתו, שדינא דמלכותא, נאמר רק במלכות עכו"ם אבל לא במלכות ישראל.

ועוד מצינו כן מפורש בר"ן נדרים שם¹⁵ ובמילתא בטעמא, שכותב:

"וכתבו בתוספות שדווקא 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 שא"י כל ישראל שותפין בה".

הרי שהר"ן בשם התוס' כותב לחלק בזה בהדיא בין מלכי עכו"ם למלכי ישראל, אלא שדבר חילוקו הוא רק לענין ארץ ישראל לפי שכל ישראל שותפין בה, ומשמע אבל בחו"ל אין חילוק וגם במלכי ישראל - אם ישנם בחו"ל - שייך דינא דמלכותא.

וכך השיב בשו"ת הרשב"א¹⁶:

"דכל שלטון ישראל הממונה בעירו ומושל במקומו, דינו דין. והוא בעירו בכלל דינא דמלכותא, כל זמן שעושה בחוקי מקומו דומיא דמלך ממש, זה ברור. והראיה תדע דקטלי דיקלי וגשרי גישרי כלומר הפקידים הממונים ואף במלכי ישראל בחוצה לארץ, ודוקא בארץ שהיא ירושה לכל ישראל, הוציאו רבותינו הצרפתים בנדרים, עיין שם".

ועיין בחידושי הרשב"א לנדרים שכותב ג"כ לחלק כזאת, ומטעם זה לפי שארץ ישראל כל ישראל שותפין בה, ואין בה למלך יותר מלאיש אחר. ומוסיף לכתוב:

"ותדע לך דהכי הוא דהא איכא מאן דאמר, כל האמור בפרשת מלך מלך אסור בו, ולא נאמר אלא ליראם ולבהלם. ואמאי, תיפוק ליה משום דינא דמלכותא דינא? אלא דלא נאמרו דברים אלו במלכי ישראל, אלא במלכי האומות".

למדנו מזה שדעת הרשב"א היא, שדבר זה שלא נאמר דינא דמלכותא במלכי ישראל, אינו תלוי בפלוגתא אם כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו או לא, דאל"כ מה היא ראייתו ממאן דאמר דכל האמור בפרשת מלך מלך אסור בו, נאמר שבזה גופא פליגי, אי כל האמור בפרשת מלך מלך

¹⁴ גיטין דף י', עמוד ב.

¹⁵ גיטין, דף כח עמוד א.

¹⁶ שו"ת הרשב"א ח"א, סי' תרל"ח.

מותר בו או לא, וזהו גופא טעמא דמאן דאמר, דכל האמור בפרשת מלך מלך אסור בו. אלא משמע שהרשב"א סובר, שאותם המ"ד לא נגעי כלל בדיון זה אי דינא דמלכותא גם במלכי ישראל, ומשו"ה מוכיח שפיר כנ"ל דלא נאמרו דברים אלו במלכי ישראל, ומזה סתירה לדברי המהר"צ חיות בנדרים שם דתלי מימרא דשמואל זאת דדינא דמלכותא דינא במימרא דשמואל בסנהדרין דאומר דכל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו שהוא משום דינא דמלכותא¹⁷.

לעומת הרשב"א, בריטב"א והנ"י על הרי"ף בנדרים משמע כהמהר"צ חיות שכן תלוי הדבר בפלוגתא הנ"ל, אי כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו.

הריטב"א כותב:

"אף במלכי ישראל הקדושים דיני המלך ידועים כמו שכתוב בקבלה ע"י שמואל הנביא וארז"ל כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו".

והנמוקי יוסף כותב:

"ומלכי ישראל אין דין אלא על פי התורה דקי"ל במס' סנהדרין כל הכתוב בפרשת המלך בספר שמואל מלך אסור בו, ולא אמרה תורה אלא ליראם ולבהלם שלא ישאלו להם מלך".

הרי יוצא מדבריהם שדבר זה אי דד"ד במלכי ישראל תלוי בפלוגתא דאי כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו, או לא.

ועיין שם בחתם סופר שכתב לדייק מדברי הרשב"ם בבא בתרא הנ"ל שלפי טעמו אין לחלק בין מלך אומות העולם למלך ישראל, שאפי' מלך ישראל שאין הארץ שלו, כי אם לשבטים התחלקה, מ"מ כל נימוסיו וחקיו מקבלים עליהם ברצונם ומחילה גמורה הוא, ואף הרי"ן לא פליג אלא במסים ומכס שמטיל על כרחם אבל במנהגים ונימוסים אף הרי"ן מודה דהטעם משום דניחא להו ואין לחלק בין מלכי ישראל לאומות העולם עיין שם. ויתכן לפי זה שבמנהגים ונימוסים כו"ע יודו דאין חילוק בזה בין מלכי או"ה לבין מלכי ישראל, וגם לא בין חו"ל לבין ארץ ישראל.

ועיין במאירי בנדרים שסובר ג"כ שאין לחלק בין מלכי עכו"ם למלכי ישראל, ואדרבא מדבריו בבא קמא משמע שק"ו שהדין כן במלכי ישראל, שכותב בלשון "ולא סוף דבר במלכי ישראל אלא אף במלכי האומות" ע"ש¹⁸.

¹⁷ נדרים, דף כא עמוד ב'.

¹⁸ בית הבחירה למאירי, בבא קמא דף קיג, עמוד ב'.

דין מלכי ישראל – שיטת הרמב"ם

והנה זה לשון הרמב"ם בהלכות גזלה ואבדה שם:

"המלך אינו בחזקת גזלן לפי שדין המלך דין הוא ולא עוד אלא שהוא עובר המברח ממכס זה מפני שהוא גזל מנת המלך בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראלי".

הרמב"ם לא מחלק בדינא דמלכותא בין מלך ישראל לבין מלך גוי. ונראה לומר שהרמב"ם לשיטתו, שהמלך יונק את סמכותו מהסכמת העם¹⁹. ולדידו אין הבדל בנקודה זו בין מלכי ישראל לבין מלכים גויים. אלו ואלו יונקים את סמכותם מכוח עמיהם.

אך התוס' שהובאו על ידי הר"ן מגבילים את סמכותם של מלכי ישראל:

"אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל - כל ישראל שותפין בה". לדעתם, דינא דמלכותא נובע מהריבונות של המלך על הארץ ולכן יש להבחין בין מלכי ישראל לבין מלכים גויים. מלכי ישראל אינם ריבוניים על ארצם. הארץ שייכת לכולם ולא רק למלך ומשום כך אין דינא דמלכותא נוהג בישראל, כפי שהוא נוהג באומות העולם. משטחיות לשונם עולה לכאורה שבמלך ישראל אין הכלל של דינא דמלכותא חל כלל ועיקר. כי המלך אינו יכול לומר להם: אם לא תעשו מצותי אגרש אתכם מן הארץ"²⁰.

אך הקושיה היא, שלהוכחתו של הכלל דינא דמלכותא דינא אומר רבא²¹ תדע דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברין עליהו. כלומר היה אסור לנו להשתמש בדכים ובגשרים שנסללו ונבנו על ידי השלטון. שהרי קרקעות רבות הופקעו לשם כך מבעליהן, ויחול איסור על שימוש בדרכים שבונה השלטון בישראל! והרי חזינן שכולי עלמא משתמשים בדרכים אלו!

הסבר הנמוקי יוסף

הנמוקי יוסף מסביר את התוס':

"אמר שמואל דינא דמלכותא דינא... והסכימו רוב המפרשים דווקא במלכי אומות העולם דינא דמלכותא... ומלכי ישראל אין דנים דין אלא על פי חוקי התורה, דיש לומר: כל האמור בפרשת המלך לא נאמר אלא ליראם ולבהלם שלא ישאלו להם מלך"²².

¹⁹ הדבר אברהם סימן א מסביר שדינא דמלכותא דינא ותקנות הציבור נובעות מיסוד אחד. הסבר זה נכון רק לדעת הרמב"ם שסבר שדינא דמלכותא הוא מטעם הסכמת הציבור.

²⁰ ונראה לומר לדעתם שהוא הדין מלך גוי בארץ ישראל, דינו לא דין, שהרי הוא לא הבעלים של הארץ.

²¹ בבא קמא דף קיג עמוד ב.

²² מסכת סנהדרין כ עמוד ב.

ודבריו צריכים עיון: ממה נפשך - אם מלך ישראל דן רק על פי דיני התורה עליו לדון אפוא לפי משפט המלך כפי שהוא נמסר לישראל על ידי שמואל הנביא. ואם כן, איך אומר הנמוקי יוסף תוכ"ד שפרשת המלך לא נאמרה אלא ליראם ולהבהילם? אם לא על פי משפט המלוכה, על פי איזה דין תורה ידון המלך? אין לנו בתורה פרשת מלך אחרת מלבד זו של שמואל הנביא! הדבר מצריך אפוא עיון בפרשת המלך שנמסרה על ידי שמואל הנביא.

וכן נפסק להלכה בשו"ע²³:

"בד"א שהמוכס כלסטים, בזמן שהמוכס עובד כוכבים, או מוכס העומד מאליו, או מוכס העומד מחמת המלך ואין לו קצבה אלא לוקח מה שירצה. אבל מוכס שפסקו המלך ליטול דבר קצוב [ואפילו צוה שישראל יתן יותר מעובד כוכבים, מכל מקום מקרי דבר קצוב לכל איש (מהרי"ק שורש קצ"ד)], והעמיד מוכס ישראל לגבותו למלך, ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך, אינו בחזקת גזלן, משום דדינא דמלכותא דינא. ולא עוד אלא שהמבריח ממכס זה, עובר על לא תגזול (ויקרא יט, יג), מפני שהוא גזל מנת המלך, בין שהיה מלך ישראל בין שהיה מלך עובד כוכבים.

וכן אם ישראל קנה המכס מהמלך, המבריח עצמו הרי זה גזל ישראל שקנאו. וי"א דאפילו ידוע דהישראל לוקח יותר מן הקצבה, מ"מ אסור להבריח ממנו דבר הקצוב, דהוי כגזל מן הגזלן, דאסור (ב"י).

אבל אם קנאו עובד כוכבים, מותר, משום דהוי כהפקעת הלואתו דשרי במקום דליכא חלול השם. הגה: וי"א דאפילו המוכס ישראל, אם לא קנאו לעצמו רק גובה למלך ע"ג, אף על גב דאסור להבריח מכס דינא דמלכותא, מ"מ אם אדם מבריח אין למוכס לכוף אותו ליתן, דהוי כהפקעת הלואתו דשרי. מיהו אם יש בזה משום יראת המלך, ודאי יכול לכוף אותו (ר"ן פרק ארבעה נדרים)."

מבואר דעת המחבר, דאמרינן דינא דמלכותא אף במלכי ישראל.

ועיין בשו"ת יחווה דעת דאין לומר קים לי כנגד הרמב"ם ושו"ע. וז"ל שם:

"ומרן הבית יוסף חשן משפט (סימן שסט), הוכיח כן מהגמרא בבא קמא (דף קיג ע"א), שהקשו על המשנה (נדרים כח ע"א) נודרים לחרמים ולמוכסים וכו', והרי אמר שמואל דינא דמלכותא דינא, ולא תירצו שהמשנה מדברת במלך ישראל, אלא ודאי שגם במלך ישראל שייך הכלל דינא דמלכותא דינא. וכן פסקו הטור והשלחן ערוך חשן משפט (סימן שסט סעיף ו'). וכן עיקר להלכה, שאין כל הבדל בזה בין מלכי ישראל למלכי עכו"ם²⁴.

וידוע שאין לומר קים לי נגד פסק הרמב"ם ומרן השלחן ערוך, וכמו שכתב בשו"ת הלכות קטנות (סימן קפב), ובשו"ת מהר"י פראג' (סימן כב), ובשו"ת גנת ורדים (חשן משפט כלל ה' סימן טז ויז),

²³ שו"ע חלק חו"מ סימן שסט, סעיף ו'.

²⁴ וע"ע להכנה"ג בשו"ת בעי חיי חו"מ ח"ב (סוף סימן רד). ע"ש.

ובשו"ת נחפה בכסף (חשן משפט סימן יח), ובברכי יוסף חשן משפט (סימן כה ס"ק כז - כח), ובשו"ת קול אליהו חלק ב' (חשן משפט סימן א'), ובשו"ת חיים לעולם (חלק יורה דעה סימן א'), ובשו"ת רב פעלים חלק ב' (חלק חשן משפט סימן ג'). ועוד²⁵.

וכן פסק הרב אברהם יצחק הכהן קוק זצ"ל, בספרו משפט כהן :

"...ומ"מ הסברא קימת, דלענין משפט המלוכה, שנוגע להנהגת הכלל, ודאי גם שופטים מוסכמים ונשיאים כלליים במקום מלך הם עומדים²⁶. ומ"מ דיני המלכות קיימים בכל זמן, ואף בכל דור ודור יש רשות למנהיגי הדור, גדולי הארצות, לענוש ולהרוג דרך הוראת שעה וכו' וזהו שנרמז בתורה אל השופט אשר יהי' בימים ההם. ובדרשות הר"ן דרוש יא: כאשר לא יהיה מלך בישראל השופט יכלול שני הכחות, כח השופט וכח המלך.

וסעד לדבר הוא לשון הרמב"ם בפ"ד דסנהדרין הי"ג: ראשי גליות שבבבל במקום מלך הן עומדים ויש להם לרדות את ישראל בכל מקום כו'. וק"ו שנשיאים המוסכמים באומה, בזמן שהיא בארצה ובשלטונה, באיזו מדרגה שהיא, שהועמדו בשביל הנהגת האומה, לא רק בעיקר בשביל הרבצת התורה, כבני בניו של הלל דלא נקראו שבט כ"א מחוקק, כפי הנראה מסנהדרין ה' א', דאינם עומדים במקום מלך, כ"א כח ב"ד יש להם, אבל אותם שהוסכמו בעמדתם לכתחילה בשביל האומה בהנהגת הכללית, גם הארצית, כמלכי בית חשמונאי, וגם נשיאיהם, פשיטא דלא גריעי מראשי גליות שבבבל. וע"כ לא הוצרך קרא לרבות ראשי גליות, שהם דוקא מיהודה, ומבית דוד, כמבואר בתוס' שם ד"ה דהכא בשם הירושלמי, אלא להורות דאפילו בגלות יש להם כח של עמידה במקום מלך ישראל. אבל כשמתמנה מנהיג האומה לכל צרכיה בסגנון מלכותי, ע"פ דעת הכלל ודעת ב"ד, ודאי עומד הוא במקום מלך, לענין משפטי המלוכה, הנוגעים להנהגת הכלל²⁷.

יוצא מדברי הרב קוק, שאם נבחר מלך ישראל ע"פ דעת הציבור, והבי"ד הסכימו, יש לו תוקף לא רק מדינא דמלכותא, אלא כח של מלך ישראל לענין הנהגת הכלל (ולא לחובות אישיות, כאיסור להרבות כסף וזהב מאוד, או החובה לירא מהמלך, שזהו רק במלכות בית דוד ע"פ נביא, וכאן הכוונה שכחו כח ביי"ד, וכריש גלותא).

אמנם בשו"ת פאת שדך²⁸ כתב ש"לא שייך דינא דמלכותא כלל בבני פריצי עמנו", ולכן אין לומר דין זה בכנסת, שיושבים בה כמה שונאי דת וכן אנשים המתנגדים למדינה.

וגם בשו"ת מנחת יצחק כתב על דרך הרבים שהיתה עוברת דרך קרקע פרטית, ומכרוהו לאחר, ורצה לבנות שם בית דירות:

"והנה אם אמרינן בזה דינא דמלכותא דינא, הנה בהגהת חכמת שלמה (חוי"מ סי' שע"ז) כתב בפשיטות דאמרינן בזה דינא דמלכותא דינא. ולכאורה הדבר מפורש כן שם ברמ"א (חוי"מ סי' קס"ב סעי' א') שכתב כי השווקים והרחובות שלהם ויכולין לעשות בהם כמו שירצה עיין שם. וכן כתב שם

²⁵ שו"ת יחיה דעת להרב עובדיה יוסף שליט"א, חלק ה' סימן סד.

²⁶ עיין בית הבחירה למאירי, סנהדרין נב, עמוד ב'.

²⁷ שו"ת משפט כהן (עניני ארץ ישראל) סימן קמד – דין מדינת ישראל.

²⁸ שו"ת פאת שדך סימן צא.

(סי' תי"ז סעי' א') דרה"ר = דרשות הרבים = הם של מושלי העיר וכל מה שנותנין רשות אזלינן בתרי' ולפי ענין המנהג עכ"ל. ומקורו בב"י בשם הרשב"א.

וכ"כ בערוך השלחן שם (סעי' ה') דבאלו הדברים דינא דמלכותא דינא עיין שם. וכה"ג כתב (בסי' שע"ז סעי' ד') עיין שם. אמנם בפתחי תשובה שם (סי' שע"ז סק"ב) כתב דנראה דדוקא אם כבר נתן רשות, אבל לכתחילה אסור לבקש על ככה עיין שם, וגם בעיקרן של דברי הרמ"א הנ"ל, כתב בתשו' בית אפרים שם והובא בפתחי תשובה (סי' תי"ז סק"א) שדווקא לבנות תחת רה"ר אמרינן בזה דד"מ = דינא דמלכותא = דינא, ועוד כתב איזה חילוקים בזה עיין שם. ועוד יש לדון בכלל אם שייך במדינה זו דדמ"ד, כיון שמשפטיהם לקוחים ממשפטי העכו"ם בעוה"ר, כמו שכתבתי לעיל (סי' קל"ז) ²⁹.

וכוונתו כמו שאמר החזו"א (מפי השמועה, וכן בענין טאבו שמובא לקמן) שמלך ישראל גרע ממלך עכו"ם, לא רק מצד הטעמים ששייכים רק במלכות גוי, שעל הדין נצטוו בני נח, אלא גם לרשב"ם שדינא דמלכותא נובע מהסכמת העם להשליט המלך עליהם, אין לעם ישראל סמכות להחליט ללכת אחרי חוקי הערכאות, שזה נגד דין תורה, שעליהם לנהוג לפי דין תורה, וכמו ריבית שנאסרה אף ששני הצדדים מסכימים ומוכנים להתחייב עליה, בי"ד מוציאה בדיינים ³⁰. אף כאן התורה אסרה על צורת ממשל שמקבל את ערכאות העמים האחרים, כמשפט האנגלי והאמריקאי כאבן היסוד שלו, ולא את המשפט העברי שה' נתן לעמו.

דעת הרב עובדיה יוסף, שדינא דמלכותא חל גם בשלטון יהודי שלא מתנהג על פי התורה ³¹. וכן לגבי שלטון נכרי רשע, נפסק שהחרמת רכוש מיהודי שנרצח בפקודת השלטון, חוקית מבחינה זו. אמנם בשלטון מפלה, שבו לקבוצת אנשים נאסר להתגורר בארץ, כשלטון הנאצי ימ"ש, נפסק בפד"ר ³² שהובא לעיל, שאין כאן דינא דמלכותא.

בבתי הדין הרבניים בארץ ישראל, מצינו מחלוקת חריפה בסוגיה זו, איך היחס למעשה לחוקי המדינה, לאור מחלוקת הראשונים אי אמרינן דינא דמלכותא בא"י.

הרב שלמה דיכובסקי, דיין בית הדין הרבני הגדול, כתב בקובץ תחומין, דאמרינן דינא דמלכותא גם במלכי ישראל זאת מכח הרמב"ם שדינא דמלכותא דינא "שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם, והם לו עבדיו" ³³. וכ"כ הרשב"ם שהובא לעיל ³⁴ "כל מיסים וארנוניות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא, שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו". וא"כ ה"ה למלכי ישראל בא"י, שהרי גם כאן קיבלו עליהם בני המלכות את המשפט וחוקיו מרצונם.

²⁹ שו"ת מנחת יצחק חלק ז' סימן קלח.

³⁰ מימרא דרבי אלעזר בב"מ דף סא: "א"ר אלעזר ריבית קצוצה יוצאה בדיינים", ונפסק בטוש"ע חלק יו"ד סימן קסא סעיף ה'.

³¹ שו"ת יחווה דעת חלק ה' סימן סג.

³² בית הדין הרבני ירושלים, תיק 5170/תשי"ד, פד"ר א' עמ' 169.

³³ רמב"ם ספר היד החזקה, הל' גזילה פרק ה' הלכה יח.

³⁴ תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף נד עמוד ב', ד"ה והאמר שמואל.

דוגמה למחלוקת מעין זו היא המח' האם מותר לישראל להתנות בחוזה שתנאי החוזה והזכויות, הם ע"פ החוק במדינה, במקום שהחוק אינו חל מכח דינא דמלכותא, כחוקי הערכאות עצמם, שבה נחלקו הסמ"ע והט"ז ועוד רבים, ונביאם לקמן.

אולם כ' הרב שלמה דיכובסקי³⁵:

"כבר הוכיח בשו"ת יחיה דעת³⁶ שהובא לעיל, מתוס' בסנהדרין³⁷ שאף לגבי המלך אחאב שהיה רשע נאמרה פרשת המלך, וחל עליו הכלל דינא דמלכותא".

וכן הרשב"א³⁸ כ':

"כל שלטון ישראל הממונה בעירו ומשל במקומו דינו דין. והוא בעירו בכלל דינא דמלכותא כל זמן שעושה כחוקי מקומו דומיא דמלך ממש. זה ברור. והראיה תדע דקטלי דיקלי וגשרי גישרי כלומר הפקידים הממונים ואף במלכי ישראל בחוצה לארץ. ודוקא בארץ שהיא ירושה לכל ישראל הוציאו רבותינו הצרפתים בנדרים".

היינו שלמלך ישראל הוי דינא דמלכותא, אך לא בא"י שכולם שותפים בה.

אך הטעמים האחרים בדינא דמלכותא, לא שייכים במלך ישראל ובא"י. לרש"י³⁹ הוי דינא משום ש"על הדינין נצטוו בני נח", וזה ליכא בישראל שנצטוו על דין תורה. וכן הנ"י והר"ן שהובאו לעיל.

תחולת הכלל דינא דמלכותא במשטר דמוקרטי

האם במדינה דמוקרטית שבה כח הממשל מוגבל, וכפוף למערכת חוקים ולרצון העם, דינא דמלכותא דינא?

שאלה זו תלויה בשיטות הראשונים בטעם הדין של דינא דמלכותא. לר"ן⁴⁰ בשם בעלי התוספות נימוקו הוא שהארץ היא של המלך, ובידו לגרשם מן הארץ. בזה יש להסתפק כמש"כ לעיל האם הטעם הוא פשטני, שרק אם ביד המלכות לגרש מן הארץ ללא סיבה, היא קובעת את בעלות המלכות על הארץ. כך סבר הרב ח' פרדס, ולכך שלל את החלתו של הכלל על מדינת ישראל⁴¹. אך מסתבר שטעם הר"ן הוא מדד לכח שלטון המלך על העם. טעם זה בא לשלול כח מלכות משלטון שאין בכוחו הצבאי, גם ללא הגבלות שנובעות מזכויות אזרח, לפעול במדינה. המדד לכח זה הוא האפשרות לגרש מן הארץ. לפי הגדרה זו אכן יש ביד מדינה דמוקרטית, ע"י החלטה של הגופים המוסמכים, לגרש מן הארץ. אך יש שמבארים את דברי הר"ן, שמלכות, הקרקע שלה, ומכח

³⁵ קובץ תחומין כרך יח, עמוד 18.

³⁶ שו"ת יחיה דעת חלק ה' סימן סד.

³⁷ תלמוד בבלי מסכת סנהדרין דף כ' עמוד ב' תוס' ד"ה מלך.

³⁸ שו"ת הרשב"א חלק א' סימן תרלז.

³⁹ תלמוד בבלי מסכת גיטין דף ט' עמוד ב' ד"ה חוץ מכגיטי נשים.

⁴⁰ גמ' מס' נדרים דף כח.

⁴¹ במאמרו "היש תוקף הלכתי לחוקי הכנסת" תחומין ז' (תשמ"ו) עמ' 520.

הרשות לשבת בקרקע, מקבל העם את חוקיו. ולפי"ז בא"י אין דינא דמלכותא (הובא לעיל שכך שיטת הנ"י בדברי הר"ן).

אך לשיטת הרשב"ם והרמב"ם, שכל המלכות נובע מהסכמת העם לשלטון, שלדעת הרמב"ם הוא ע"י שימוש במטבע המלך ככסף עובר לסוחר, קל וחומר שלטון הנבחר בבחירות דמוקרטיות.

מפורשים יותר הם דברי הרשב"א בתשובתו⁴²:

"אם השלטון הזה יש בו כח לעשות חוקים בעירו, דינו דין, דקיימא לן דינא דמלכותא דינא".

יוצא מדברי הראשונים, שדינא דמלכותא דינא הוא גם במדינה דמוקרטית, ולחלק מהראשונים אף עדיפה שיטת המשטר הדמוקרטי, שבה יש הסכמת העם לחוקי המדינה, בכך שהוא הגוף הבוחר את חברי בית המחוקקים.

⁴² שו"ת הרשב"א חלק א' סימן תריב.

פרק ג' - אפליית קבוצת אנשים מסויימת

סמכות השלטון מוגבלת להיותה על דרך הצדק והיושר, ומנהג המלכויות באותה תקופה. לכן גם כשחוקי המדינה מפלים קבוצת אנשים מסויימת, אין לזה תוקף כלל. וזאת מכח דברי הרשב"א לעיל, שדינא דמלכותא אמרו – דין המלכויות דינא, ולא דין המלך לעשות כרצונו.

דין זה מוצא ביטוי מעשי בפס"ד של בית הדין ירושלים בפני הרבנים י' עדס, י' ש' אלישיב, ב' זולטי, בעניין הגזירות של הנאצים ימ"ש בשנות האימה:

טענת התובע: אני מאונגריה מעיר מקוב, היה לי כתר תורה פרטי... הנאצים האונגרים שדדו את כתר התורה... בחול המועד סוכות שנה זו בקרתי בהר ציון ושם ראיתי את הכתר שלי, נכנסתי למשרד ובקשתי שיראו לי את הכתר, ומסרתי את סימניו... אני דורש בכל תוקף להחזיר לי את הכתר תורה שלי...

תשובת הנתבע: ...אני טוען שזה נקרא "מציל מזוטו של ים", כי ברור שבימי השואה נתיאשו הבעלים ממנו וא"כ פקעה הבעלות מן הכתר...

...ומה שכתב הרמב"ם בתשובה (הובאו דבריו בשיטה מקובצת ב"מ דף כ"ד): שאלת: מי שקנו מן השוללים ספרי קודש לקצת בתי כנסיות שבמדינות, אם נאמר שקנה... תשובה. אם ביזה זו היתה במצות המלך, קנה... עכ"ל. נראה גם כן שהכוונה הוא, או בזמן מלחמה שלקחו במצות המלך ממדינת האויב, או באופן ששייך במצות המלך משום דינא דמלכותא.

אבל נידון דידן דומה למה שכתב הרא"ש בפירושו לנדרים כ"ח... דווקא בדבר שהוא לכול בני המדינה, יש לו רשות לעשות, אבל לא בדבר שאינו שוה, למעט לזה ולהרבות לזה. וכך כתב בשיטה מקובצת, בנדרים שם...

ואפילו החולקים על זה, נראה דהא כל הטעם דדינא דמלכותא דינא, הוא מטעם שהמלכות נותנת זכות ישיבה לישראל על אדמתם, כמ"ש הר"ן בנדרים, וא"כ בנידון דידן שהתכנית של הצוררים היתה לחסל את העם היהודי לגמרי ושללם לבז, הרי הדבר פשוט שאין בזה משום דינא דמלכותא כלל, וא"כ גם נדון דידן נכלל באותה התקנה שתיקנו להחזיר לבעל החפץ כשבא לידו מסיבת גזילה ושוד, אפילו אחרי שנתיאשו הבעלים מהם⁴³.

אך הרא"ש⁴⁴ כ' על הגמ' שנודרים לחרמין ולהרגין ולמוכסין שהיא של תרומה אע"פ שאינה של תרומה. ובגמ' ולמוכסין והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא. וכ' הרא"ש ומי ששכר המכס מן

⁴³ פסקי דין רבניים חלק א עמוד 169.

⁴⁴ נדרים פ"ג אות יא.

המלך אסור לגנוב לו המכס. וכההיא דפרק חזקת הבתים (ב"ב נה.) אריסא דפרסאי עד ארבעין שנין (שם נד:). ומלכא אמר מאן דיהיב טסקא ליכול ארעא. וגם כרגא דקרקפתא דאמר מלכא לא יהא בארצי אם לא יתן כך וכך. והיינו טעמא דדינו דינא שארץ שלו היא, ואף הדיוט שיש לו קרקע כך דינו שלא יהנה אדם מארצו אלא מדעתו ובקצבתו. וכ"כ המרדכי בסוף ב"ב דכיון דהארץ שלו, אם אמר שלא יכנסו עוד יהודים לשטח מלכותו, הוי דינא דמלכותא, והובאו דבריו בב"י חו"מ סימן קנו.

וכנראה שיש הבדל בין זכויות של אזרחים בתוך ממלכתו, שהם שווים בפני החוק, ואין זכות למלך לשלול זכויות מקבוצה אחת (וראה עוד בפרק דיני מיסים בזה), לבין זכותו למנוע כניסת אזרחים זרים לממלכתו, שבזה מותר לו להפלות בין אנשים, ולקבל תושבים ע"פ קריטריונים כרצונו. יכול להיות שדין זה מעניק תוקף לחוק השבות, הקובע שרק יהודים זכאים להתיישב בארץ באופן אוטומטי, ולקבל אזרחות.

האם משפט המלך כולל יכולת חקיקה

בפרשה הידועה כ"פרשת המלך" בספר שמואל, מצאנו סמכויות ביצוע הניתנות למלך, גיוס אנשים לעבודתו, החרמת רכוש וקרקע לצרכי המלוכה, והטלת מס. סמכויות חקיקה, לא מצאנו מפורשים בדברי הראשונים, האם יש כח למלך לחוקק חוקים לצורך המלכות במה שנראה לו לתקן?

ראשון המדברים בזה הוא הרמב"ן⁴⁵ על הפסוק "כָּל חֶרֶם אֲשֶׁר יִחָרֵם מִן הָאָדָם לֹא יִפְדֶּה מוֹת יוֹמָת" שמוכיח מהפסוק שיש לסנהדרין ולמלך כח להחרים וליצור דיני עושין שלא כתובים בתורה:

"ולכך אני אומר כי מן הכתוב הזה יצא להם הדין הזה שכל מלך בישראל או סנהדרי גדולה במעמד כל ישראל שיש להם רשות במשפטים, 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 אביו (ש"א יד מד) כה יעשה אלהים וכה יוסיף כי מות תמות יונתן, ומהיכן נתחייבו אלו מיתה מן הדין חוץ מן המקום הזה:

וזה היה טעותו של יפתח בבתו, כי חשב כאשר חרם נגיד ישראל חל וקים להמית אנשים או העובר על חרמו חייב מיתה, כן אם נדר בעת מלחמה לעשות מאיש או אנשים זבח יחול הנדר, ולא ידע כי חרם המלך והסנהדרין חל על המורדים לכלותם או על העובר גזירתם ותקנתם, אבל לחול הנדר לעשות עולה מדבר שאין ראוי לה' חס וחלילה. ולכך אמר בבראשית רבה⁴⁶ שאפילו הקדש דמים לא היה חייב ונענש בדמה".

⁴⁵ רמב"ן ויקרא פרק כז פסוק כט

⁴⁶ מדרש בראשית רבה, ס', ג'.

והחת"ס מביא הרמב"ן להלכה, ומוסיף שיש רשות ביד המלך והסנהדרין לגדור ביד עושי עוולה לפי המקום והזמן וז"ל:

"אך הקושי אין הנביא רשאי לחדש [שבת ק"ד ע"א], זהו קושיא שצע"ג. ולא מצאתי לה פתר כי אם ממה שכתב רמב"ן פרשת בחוקתי [כ"ז - כ"ט] וכן בקונטרס משפטי החרם שלו, דהא דכתיב כל חרם אשר יחרם מן האדם לא יפדה מות יומת, אין בו פירוש עפ"י פשוטו, אלא כל נשיא בישראל, ומכל שכן כל ישראל שמסכימים להחרים דבר העובר על חרמם חייב מיתה... ונ"ל דרשות ביד המנהיגים להרוג ולענוש מקרא והיה עליך דמים [דברים י"ט י] כמו שדרשו בזה במס' מ"ק ה' ע"א, ומסתמא גם אילו לא ניתנה תורה וקודם מתן תורה היו דינין ונימוסים וכל מלך במשפט יעמיד ארץ יעניין תשוי רמ"א סי' יו"ד, וניתנה תורה וחידשה אלה המשפטים וקבעה 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 והסנהדרין יראו לפי המקום ולפי הזמן ואין להתורה עסק בזה, והוא הדין ומכ"ש להסיר המזיקים הרבים הרוצחים בלא עדים וכדומה דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום".

אך רבינו ר' מאיר שמחה הכהן בפירושו לרמב"ם כתב⁴⁷ שיש חילוק סמכויות בין הסנהדרין למלך. הסנהדרין ממונה על שמירת מצוות ה', ובכוחה לתקן תקנות שהן מונעות מכשולים עבירות על מצוות התורה. אך כח המלך לתקן תקנות, הוא רק בנוגע לשמירת הסדר הציבורי ואינטרסים של המלוכה. וז"ל:

"דכמו דלסנהדרין בזמן הבית היה רשות להרוג ולענוש מפני הוראת שעה, כמו שכתב רבינו בפרק כ"ד מסנהדרין הלכה ד', רק ששם כתב לעשות סיג לתורה, וכאן יש למלכי בית דוד רשות לתקן העולם, והיינו דוקא לרוצח, אבל בעניינים שבין אדם למקום, כמו בהטיח את אשתו תחת תאנה (יבמות צ' ע"ב) או רכב על סוס בשבת, שזה אינו נוגע לתקון המדינה כלל, אין זה שייך למלכי ב"ד, רק לסנהדרין, וברור".

מכח ראיות אלו, הגיע פרופ' אליאב שוחטמן⁴⁸ למסקנה, כי בתחום החקיקה, כח המלך מוגבל למשפט ציבורי בלבד, וכנראה גם לתקנות שנוגעות לצרכי ציבור. אפשר להניח שהכוונה היא גם לתקנות כחוק דיור מוגן, שהוא אינטרס ציבורי לדאוג לדיור הוגן בשעת מחסור בדיור. כמו כן חוקי תנועה, מיסים, וחוקים הנוגעים לפעילותן של רשויות מקומיות ומוסדות חינוך וממשלה, נכללות בסמכות המלך. אך תחום המשפט הפרטי, כדיני חוזים, דיני ראיות וכדומה, אינם בתחום סמכות המלך, אלא בסמכות הסנהדרין, או בית דין חשוב במקומה, הוא מוסמך לתקן תקנות הנצרכות לצורך השעה.

דוגמה מעשית לתקנה שהתקבלה על כל הציבור בארץ, היא תקנת הרבנות הראשית לחייב את האב במזונות ילדיו עד גיל 15⁴⁹, ולאחר מכן מועצת הרבנות הראשית החליטה בישיבתה ביום ט' בתמוז תשל"ו:

⁴⁷ אור שמח הלכות מלכים פרק ג הלכה י.

⁴⁸ 'הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל' – שנתון המשפט העברי כרך טז-יז, עמ' 15 במאמר.

⁴⁹ התקנות משנת תש"ד - תחוקה לישראל על פי התורה, ח"ג, עמ' 120.

"לאור הנסיבות המוסריות, החינוכיות והכלכליות בזמננו... להעלות את גיל חיוב האב למזונות ילדיו עד גיל שמונה עשרה שנה. ההחלטה הייתה זקוקה לאישורו של הרב הראשי, הראש"צ הרב עובדיה יוסף, שנעדר מהשיבה. אולם הר"ע יוסף הסתייג מההחלטה, כי לדעתו, כפי שנתפרסמה בגילוי דעת: 'תקנה כזאת צריכה להיות על ידי כל דייני ורבני ישראל וגדולי התורה'".⁵⁰

סיכום

ההכרה בחוקי מדינה מכח משפט המלך מוגבלת לחוקים המשלימים את משפט התורה, כמשפט ציבורי, ותקנות שעה מיוחדות. אך אין בסמכות השלטון להחליף את משפט התורה בחוקי העמים, ובפרט במשפט פרטי שבין אדם לחבירו.

אך בתחומים שבהם מוכר משפט המלך, אין הוא זקוק לאישור מבית דין או סמכות רבנית אחרת לחוקיו. הטעם הוא ש"לא מצינו במלך ישראל שצריך להמלך עם חכם העיר"⁵¹.

⁵⁰ זאת על פי הדין, שתקנה ע"י בי"ד, צריכה להתקבל ע"י כל הרבנים החשובים באותה תקופה כדי לקבל תוקף. תקנה שנתקבלה ע"י חלק מהעם, תקפה לגבי אותו ציבור בלבד. כך למשל בארצות המזרח לא התקבל חרם דרבינו גרשום על נשיאת אישה על אשתו, (במקום החרם, מקבל החתן בכתובה בשבועה ואזהרה, שלא לישא אישה על אשתו).

⁵¹ שו"ת ישכיל עבדי חלק ו', חו"מ סימן כח, סעיף ב', אות ז'.

פרק ד' - הכרה בחוק מנהג המדינה

מנהג שמפקיע דין תורה או מחקה את משפטי העמים

המהרי"ק נשאל באחד שרוצה להפקיע ירושת בן הבכור באמרו כי מנהג מבטל ההלכה וכי נהגו בארץ ההיא להשוות הבכור והפשוט וחלק בחלק יטלו, והשיב שהדבר פשוט יותר מביעתא בכותחא שאין במנהג זה ממש ואין ללכת אחריו כי אין עקירה מה שכתוב בתורה גדול מזה ע"ש⁵².

והמהרשד"ם מסיים את דבריו בלשון זה:

"פשיטא מנהג כזה שהוא נגד התורה ממש אין בו ממש, ואיך יעלה על הדעת שיקבעו חכמים עצמם לקבוע מנהג כזה וזה אינו נקרא מנהג ותיקין אלא מנהג רשעים ואין לילך אחריו".

ורבי אליעזר יהודה וולדנברג הביאם⁵³, וכתב טעם הדבר שמהרי"ק והבאים אחריו השיבו על כך בכל כך חריפות מפני שעקרו דיני בכור לגמרי מבלי להשאיר לכך כל זכר, וכהדגשת המהרשד"ם "שהוא נגד התורה ממש" ולכן אין בו ממש.

כעת אצטט כמה דוגמאות מתקנות שהתקינו חכמים מגדולי הספרדים כדי להבטיח חלק האלמנה והבנות וכו', נוסף על תקנות ידועות ונפוצות בתפוצות ישראל בכל מושבותיכם כתקנות שו"ם, ר"ת, טוליטולה, סולצק, דמשק, ועוד ועוד.

בספר כרם חמר מר"א אנקווא נמצאים שם כמה וכמה תקנות חדשות בקשר לכך ומצוין שהמה תקנות מרוקו - המגורשים מקאשטילייה ועמם עוד קהלות רבות, וכתובים המה בספר התקנות⁵⁴.

בהקדמה כתוב:

"ואלו הם התקנות שתקנו והתנו להיות ביניהם הקהלות הקדושות מגירושי קאסטילייה אשר בפאס בעצת החכמים השלמים וגדוליה. ונפרט בזה התקנות העיקריות הכתובים שם.

סימן ב. תקנה, כשנפטרת האשה, הבעל יקח ב' שלישים ויורשיה יקחו השליש.

סימן ג. בא פירוט. כשהאשה נפטרת והניח בנים ממנו יחלקו הבעל והזרע מבעלה זה מחצה כמחצה, וכן יחלקו הבעל עם אביה ועם אחיה ובניה.

⁵² שו"ת מהרי"ק, שורש ח'. והחרו החזיקו בפסקו זה בשו"ת מהר"י אדרבי סי' קע"ד, ושו"ת מהרשד"ם חלק חו"מ, סי' ש"ד.

⁵³ שו"ת ציץ אליעזר חלק טז סימן נב.

⁵⁴ עיין סי' ר"י מהספר.

סימן ה. כשהבעל נפטר בלי זש"ק אשתו נוטלת ב' שלשים והשלש האחר יקחו יורשיו עד שלשי בשלשי, ואם הניח זש"ק ממנה תחלוק עמם מחצה במחצה.

סימן ח. כשישאירו אחריהם בנים ובנות ירשו הבנות שוה ושוה עם הבנים, ודוקא קודם שינשאו הבנות. וזאת התקנה היתה בעבור שינשאו כשתספיק לנשואין זאת הירושה, ואם לא יספיק ישרו צורך הנשואין מן הנותר. ויעויין שם עוד בסי' קמ"ב קמ"ג שמבואר ביתר פירוט מזה ומפורט שמות כל ארצות המערב פא"ס, טיטאוויין וכל הגליל, ומכאן וצפרו וכו' וכו' שנוהגים בכזאת כמנהג המגורשים.

סימן יט. האשה והבנים והבנות שלא נישאו ירשו שוה בשוה זולת הבכור כי העדיפה לו התורה חלק בכורה. ובקיצור התקנות ד' ה' ע"א סעי' ח' בא הביאור, שכל זה הוא בירושה הבאה להם מאב ואם, אבל ירושה הבאה להם משאר קרובים מוקמינן ליה אדין תורה דבמקום ברא, ברתא לא תירוט.

סימן ל. הבת נוטלת חלק כזכר רק בפטירת האב או האם תחילה וכו', ואין לבת ירושה עם הזכרים חלק כחלק מכח התקנה זולת בנשואין ראשונים ולא בשניים. ההסבר לסימן זה הוא בסי' רט"ו וז"ל: מי שמת והניח בנים ובנות בתולות ונשואות, הנשואות לא ירשו כלל כיון שיש בן דאיכא ירושה דאורייתא, והבתולות ירשו עם הבנים חלק כחלק, אך אינם יורשים כי אם פעם אחת כגון אם מת האב ירשו הבתולות כנ"ז, ואם אח"כ מתה אמה לא יירשוה כי אם הזכרים וכו'. ובסי' ר"ח מבאר שאם חלקו הבנות והבנים כיון שעשו חלוקה נזונוט משל עצמן, דכיון שחלקו נסתלקו זה מזה".

הנה כי כן ראינו שהרבה והרבה גדולים מחכמי הדורות שקדמונו לא היססו מלתקן תקנות גם במשפטי הירושה, כל שהשאירו היכר בהם למשפטי התורה ולא עקרו מעיקרו משפטי הנחלה. ואלה המה רק דוגמאות מעטות. ועוד הרבה שהשמטנו מלהזכירם בזה ונפוצים המה בספרי התשובות כתקנות צפת וירושלים, שהרבה מהם נראה כעקירת ירושה לגמרי, ועל כן היו גם שחלקו עליהם⁵⁵.

עוד מקום שמצינו שחייבו חכמים שיהיה קרוב המנהג לדין תורה, הוא לשיטת ר"ת.

ר"ת הוכיח ממתניתין דב"ב ומריש פ' הפועלים, דיש מנהגים של שטות שאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתנן התם הכל כמנהג המדינה. ובאור זרוע כתב נמי דלא אמרינן מנהג מבטל הלכה א"כ מפי חכמים, ומרדכי ר"פ הפועלים הוסיף לפרש בשם אור זרוע שדווקא מנהג ותיקין מבטל ההלכה, אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא טועה בשקול הדעת.

אך בענייני שותפות שכוללים דיני מיסים, כי בני העיר נחשבים לשותפים, לא צריך להקפיד על דין תורה כמו שכתב התרומת הדשן⁵⁶:

⁵⁵ יעוין לדוגמא בשו"ת משפטים ישרים (בורדוגו) ח"א סי' רס"ט, ושו"ת חוט המשולש (דיאוון). וכן בקונטרס הגדול והרחב על "תקנת העזבונות בירושלים ובארץ ישראל" מר"א ריבלין ז"ל שנדפס בספר "אזכרה" כרך ג', אשר אסף וציטט מכל דברי השו"ת בזה מיימינים ומשמאילים יעו"ש. ואכמ"ל יותר בזה.

⁵⁶ תרומת הדשן סימן שמב.

"מ"מ נראה לומר שבענייני מסים וכה"ג כולו מודו דאזלין בתר מנהגם דבני העיר או בני המדינה שנהגו בו מקדם, אפי' אי לא הוקבע ע"פ חכמים כדמייתי הר"א כ"ץ ראייה ברורה על זה מההיא דחמרים וספנים פ' הגוזל בתרא⁵⁷. ונראה דיפה יש לחלק בענייני מסים לבני העיר וכן צורכי חמרים וספנים, למהלך שיירא שלהם וכל דבר שרבים מצורפים יחד צריכים למיזל בתר מנהגא דידהו, וכפי הסדר שעושים לעצמן לפי צרכיהם לפי ענינם, דאי מצרכתא להו למיזל בתר דין תורה בכל דבר לעולם תהא מריבה ביניהם, מש"ה מעיקרא מחלו אהדדי לוותר על דין תורה וגמרי ומקני למיזל בתר סדר מנהג דידהו"⁵⁸.

והרב שמואל סגל בספרו נחלת שבעה⁵⁹, כתב שהמנהג צריך לנהוג על פי חכמים ומנהג ותיקין :

"מה שכתב המרדכי בשם מהר"א כ"ץ שהמנהג מבטל הלכה הוא דוקא מנהג קבוע שקבעו אותו לדורות, ונמנו על כך שיהא מנהג קבוע, למר כדאית ליה, לרבינו תם ואור זרוע שיהא נקבע מפי חכמים ותיקין דוקא, כמו שהביא רבינו תם ממתניתין דב"ב (ב' ע"א בתוד"ה בגויל), ומריש פרק הפועלים (דף פ"ג ע"ב). ולמהרא"י בספר תרומת הדשן שכתב דההיא דרבינו תם ואור זרוע קאי על חילוק חצרות ובתים ובנין שלהם וכו', וכל כהאי גוונא וכו' שצריך שיהא המנהג שיש לו עיקר על פי חכמים וראיה מן התורה, משא"כ בענייני מסים וכיוצא בו דמנהג בעלמא מבטל בהן דין תורה, צריך דוקא שיהא אותו מנהג קבוע שנמנו על כך רוב טובי העיר הנוהגים תמיד להסכים בתקנתא, שיהא נכתב בין שאר הנהוגים ותקנות לקבוע אותו לדורות או לשעה. ולא שנהגו כך מאליהן, כמו שכתב הרא"ש וז"ל, ואין לעשות מזה מנהג קבוע שיעבור הדין אמת מדברי תורה לקיים המנהג, אם לא שיאמרו רוב טובי העיר נמלכנו והסכמנו מנהג זה"⁶⁰.

וכן הרמב"ן והתוס' והנ"י בריש בבא בתרא⁶¹ כתבו שאם נהגו לעשות גדר שמחלקת שטח בין שותפין, ותפקידה למנוע היזק ראייה פחות משיעור עובי הגדר המינימלי הכתוב במשנה שם, הוא מנהג טעות ושטות, ואין הולכין אחריו.

אך המלכות, אין בכוחה לתקן תקנות בנושאים אלו, שהינם משפט ממוני פרטי, וראה להלן בזה.

חוק הגנת השכר

בחוק הגנת השכר יש פיצוי להלנת שכר בתוספת ריבית, דבר האסור על פי ההלכה. לכן קבע בית הדין הרבני בתל אביב⁶² שאין להכיר בחוק, אפילו היה מנהג המדינה כך :

"על כן גם חוק הגנת השכר שיש בו ניגוד לאיסורי ריבית⁶³, אינו יכול לקבל תוקף הלכתי מכח דינא דמלכותא דינא... שכל דין מלכותי שהוא נגד דין תורה, אפילו שנעשה לתקנת בני המדינה, אינו דין..."⁶⁴.

⁵⁷ ב"ק קט"ז ע"ב.

⁵⁸ ועיין בהרחבה בפרק דיני מסים בזה.

⁵⁹ ספר נחלת שבעה שטרות סימן כז, אות ו.

⁶⁰ שו"ת הרא"ש כלל נה, סימן ט.

⁶¹ הובאו בבית יוסף להלכה, חו"מ הלכות שותפין בקרקע, סימן קנז אות יח.

⁶² תיק 16710/מח, עמ' 252, פסה"ד של הרב שרמן.

אך אם העובד חותם בהסכם העבודה עם המעביד אפי' בתוספת בכתב יד, שהכל יהא על פי היתר עיסקא כדין ויחתמו על כך, כתב שם הרב שרמן בשם הרב משה הרשלר⁶⁵, שבזה יצא מידי ספק ריבית, ויוכל לדרוש את הפיצויים מכח חוק הגנת השכר, אם הלינו את שכרו.

מנהג המוכרח מכח החוק

דעת הרב ניסים קרליץ שליט"א ובית דינו, כפי ששמעתי מהגאב"ד הרב יהודה סילמן שליט"א, וכן מפי השמועה מהחזו"א, שאין דינא דמלכותא בא"י. אך דבר שהנוהג הוא כמנהג המדינה, אף שההכרח לכך הוא הכרח להתנהג בעניין כלשון החוק, אין זה גורע ממנהג המדינה שגובר על ההלכה, כמנהג הסוחרים, וקנין סיטומתא.

חוק בתים משותפים

בחוק זה כתב הרא"י וולדנברג⁶⁶:

"לפי דעתי בכגון נידוננו יש שפיר להתייחס באופן חיובי אל החוק האמור (חוק בתים משותפים). הן מפני שהוא איננו נוגד דין תורתנו הקדושה, ועכ"פ לא מפורש אצלנו דלא כן (יעויין במגיד משנה בפרק כ"ז מה' מלוה ולוה ה"א, וש"ך חו"מ סי' ע"ג ס"ק ל"ט ע"ש), והן מפני שזה מעין קבלו עליהו ונהפך גם למנהג – המדינה... מפני שחק בתים משותפים איננו מכיל רק חק אחד, אלא הוא פקעת חוקים של כל מיני בעיות שמתעוררות בדיני - שותפים - בבתים כמעט יום יום, ומכיון, שעניינו הרואות שמתנהגים על פיו בדרך כלל באין חולק, אם כן הוא נהפך על ידי כן גם למנהג - מדינה, ושוב אין יכולים לבוא ולטעון דין הניין ודין לא הניין ליי."

וכן כתב בשו"ת וישב משה⁶⁷ לענין המנהג לחייב דיירי בתים משותפים בהוצאות זיפות הגג: "...ואם הונהג על פי דינא דמלכותא יש לו יותר תוקף, וכן כתבו הפוסקים שאם לא ידעין אם מנהג זה הוא ברור, וידעין שכן הוא דינא דמלכותא, אמרינן מסתמא שמנהג ברור לכל הוא כל שאינו ידוע להיפוך".

⁶³ אף שלשיטת החתם סופר, אין איסור ריבית במעות שבאו לידו שלא בתורת הלוואה, אך הכא שמתחילה העבודה היא על דעת המנהג והחוק, שבמקרה של הלנת שכר תשולם ריבית קבועה, לכו"ע הוי ריבית לכל הפחות מדרבנן.

⁶⁴ יש להסתפק על קביעה זו, שאם מחייבים את הקנס, נחשב הדבר כאילו הסכימו המעביד והעובד על תוספת ריבית בפיגור תשלום. שהרי אין החוזה או מנהג המדינה שכלול בהסכם ואפשר להתנות עליו מחייב את הקנס, אלא דינא דמלכותא, שהוא חל אף אם יסכימו שניהם בתחילת העבודה לויתור על קנס זה, מכח שהוא חוק קוגנטי – בלתי ניתן להתנאה. ולכן אפשר לכאורה לטעון שקנס כעין קנס ב"ד, על הלנת שכר, אין בו משום ריבית.

⁶⁵ ספר תורת ריבית, פרק יד, סעיף כז.

⁶⁶ שו"ת ציץ אליעזר חלק טז, סימן סט, אות ב'.

⁶⁷ שו"ת וישב משה(זורגר) חלק א' סימן קיז, סעיף ח'.

הפקעת קרקעות לצרכי ציבור

ובעניין הפקעות קרקע לצרכים ציבוריים, ומכירתה לציבור כדיור או לשימוש של בתי כנסת וגנים, או רכישת דירה על פי רישומי הטאבו, אף אם לא נאמר שיש לזה סמכות מכח דינא דמלכותא, נהגו אף בבי"ד שלא מכירים בדינא דמלכותא להתיר, משום יאוש של נשתקע שם הבעלים מהקרקע, שאף שיאוש גרידא לא מהני בקרקע, יאוש גמור מהקרקע היכא שנשתקע שם הבעלים מהקרקע, מועיל אף בקרקע⁶⁸.

מקור דין זה הוא בירושלמי⁶⁹, הובא בתוס' במסכת סוכה⁷⁰:

"מאימתי נקרא אנס משישקע, אמר רבי אחא נשתקעו הבעלים ולא נתיאשו הבעלים איסורו דבר תורה. נתיאשו הבעלים ולא נשתקעו הבעלים איסורן מדבריהן. ויש קרקע נגזל – אמר רבי לא, אף על פי שאין קרקע נגזל יש יאוש לקרקע".

הירושלמי מבאר מאימתי נקרא גזלן אנס, שהקונה מן האנס המקח חל, וכעין יאוש במטלטלין, שקונה החפץ לגזלן, וחייב לשלם דמיו. ואם נתיאשו הבעלים ונשתקע שם הבעלים, ששוב אין הקרקע מזוהה עם הבעלים, ואין לו שום סיכוי להחזיר את הקרקע לרשותו, קונה הגזלן ביאוש. ומכאן מקישים האחרונים, שגם במקרה שהרשויות הפקיעו את הקרקע מהבעלים, יאוש הבעלים גמור, מכיון שעל פי חוקי המדינה הופקעה זכותו על הקרקע לעולם, ונקרא שנשתקע שם הבעלים מהקרקע.

אמנם לא הובאה הלכה זו בשו"ע, אך מצינו בהלכה אחרת שנפסק בשו"ע בהלכות כלאי הכרם:

"האנס שזרע כלאים בכרם חבירו, אם נשתקע שם הבעלים אע"פ שלא נתיאשו, הרי זה קידש מן התורה. ואם לא נשתקעו הבעלים, אע"פ שנתיאשו אינו מקדש אלא מדברי סופרים"⁷¹.

ביאור: כלאים שנזרעו בכרם, רק אם דעת הבעלים דניחא ליה בקיום שני המינים, אז נאסרים שני המינים מדין כלאים, וכרבי עקיבא במסכת כלאים דאמר אין אדם מקדש דבר שאינו שלו⁷². בהלכה זו מצאנו שאף שיאוש לא מהני, וגם בכלאים לא קידש אלא מדרבנן, אם נשתקע שם הבעלים מהקרקע, היינו יאוש גמור שהבריות לא מקשרים בין הקרקע לבעלים, ואין לבעלים שום סיכוי לקבלה בחזרה, אז הוי יאוש דמהני אף בקרקע מדאורי.

ולכן אף בנידון דידן, אף לסוברים שאין דינא דמלכותא דינא בא"י, כיון שכל הזכויות במקרקעין במדינה הם ע"פ רישומי הרשויות, והמדינה הפקיעה את הקרקע בצורה חוקית, שוב אין סיכוי לקבל את הקרקע, והוי כנשתקע שם הבעלים מהקרקע.

⁶⁸ שאם לא נאמר כן, הרי הקרקע היא של אבותינו שגלו מהארץ, וכל מקום שנרצה לעשות בו שימוש לא נוכל. אלא שיאוש שנשתקע שם הבעלים מהקרקע מהני.

⁶⁹ ירושלמי מסכת כלאים פרק ז הלכה ד.

⁷⁰ תוס' סוכה דף ל:

⁷¹ שו"ע חלק יו"ד סימן רצו.

⁷² משנה כלאים פרק ז' משנה ה'.

לכן אף בקרקע שנרשמה ע"ש אדם על פי צו בית משפט שלא כהלכה, כירושת הבת למשל, הקונה יכול לבדוק את הבעלות על הקרקע ע"פ רישומי הטאבו בלבד, ואין בדבר חשש גזל, כי נשתקע שם הבעלים מהקרקע⁷³.

איסור נוסף שקיים בקנייה של קרקע מהפקעה ממשלתית לפי הסוברים דליכא דד"מ בא"י הוא החולק עם הגנב, אף שכי הריב"ש⁷⁴ שלא נפסל לעדות, והביאו להלכה הקצוה"ח⁷⁵, כתב הרבינו יונה בשערי תשובה שזהו מעשרים וארבעה המעכבים את התשובה. אך כנראה שהכא שאילו היה בי"ד או מלכות ישראל, היו הם מפקיעים אדמות לצרכי ציבור, אין הדבר כגניבה עצמה.

אך מדברי החזו"א⁷⁶ מבואר שסבר שיש דינא דמלכותא בארץ ישראל. אך כיון שדבריו נכתבו לפני הקמת המדינה, אין ראייה על דעתו כלפי ממשלה יהודית.

חלות מכר דירה לפני רישום בטאבו

החזו"א דן שם על קניית דירה בשטר או בכסף, בלא רישום בטאבו, שהחוק אינו מכיר במכר עד הרישום בטאבו.

חוק המקרקעין קובע בפרק ב' :

7. (א) עסקה במקרקעין טעונה רישום; העסקה נגמרת ברישום, ורואים את השעה שבה אישר הרשם את העסקה לרישום כשעת הרישום.
- (ב) עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה.
8. התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.
9. התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - זכותו עדיפה.
10. מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.

כל הדינים הללו הם שלא כדעת ההלכה. להלכה פוסק הרב יוסף קארו בשלחן ערוך: "קרקע נקנה באחד מארבעה דברים: בכסף, בשטר, ובחזקה"⁷⁷.

⁷³ מצאתי רעיון כזה בספר המשפט וישראל של הרב יגאל מוניסר פרק ז' עמ' 162, וכן שמעתי כן מהרב מנחם מנדל שפרן שליט"א.

⁷⁴ שו"ת הריב"ש סי' רכו.

⁷⁵ קצות החושן סימן לד, סעיף ג'.

⁷⁶ חזו"א חו"מ, ליקוטים סימן טז.

⁷⁷ שולחן ערוך חושן משפט הלכות מקח וממכר סימן קצ.

ואילו בחוק הישראלי, וכן בחוק המנדטורי, קניית קרקע היא רק ע"י רישום בטאבו. וכל חוזה למכירת קרקע, הוא רק התחייבות למכירה. ואף התחייבות זו בטלה, אם המוכר מכר את הקרקע והעבירה בטאבו ע"ש הרוכש השני, אם השני פעל בתום לב – אם לא ידע מהעסקה עם הראשון.

מביא החזו"א רבנו יונה⁷⁸ לגבי המימרא בגמרא⁷⁹ שחזקת פרסאי ארבעין שנין – חזקה בקרקע שמשמשת ראייה בלא שטר מכר, היא ארבעים שנה. זאת לעומת חזקה בדינינו שהיא שלוש שנים.

"וכתב הר"י שדין הגמרא הוא רק לגבי ישראל שקנה קרקע מן הגוי, ובא ישראל אחר וערער על בעלות הגוי המוכר בקרקע, והביא עדים שהיתה השדה שלו, בזה אם ישב הגוי ארבעים שנה בקרקע, הוא מוחזק בקרקע.

אבל אין לפרש דישאל שמחזיק בנכסי חברו בארץ פרס דאין לו חזקה אלא בארבעין שנין דסתם חוקי המלך על בני אומתו בלבד הם.

ואפילו אם פירש והטיל הנהגתו על ישראל, כיון שיכול ישראל לכופ את חברו בדיני ישראל, אין המלך כופה אותו לדון באותם הדינים והמנהגות שהנהיג.

נמצא שלא פקע זכות של ישראל מחמת אותו דינא דמלכותא אלא אם כן הלך חברו לדון בפני ערכאות שלהם ודנו אותן בדינא דמלכותא ולא קבע המלך אותם הדינים על ישראל אלא לענין שידונו אותם בערכאות שלהם כך.

ושמעין מהכא דאפילו בדברים שאינם להנאות המלך אמרינן דינא דמלכותא דינא ובפרק קמא דגיטין נמי אמרינן תני חוץ מגטי נשים כלומר דשטר מתנה בערכאות פסול ולא אמרינן קיימא לן דינא דמלכותא דינא ולא כאידך לישנא דאתמר התם דטעמא דמתניתין משום דינא דמלכותא דינא. ולי נראה דלהכי אמרינן התם תני חוץ מכגיטי נשים ולא משנינן ליה משום דינא דמלכותא דינא לפי שאין המלך מפקיע ממון ישראל אצל חברו אלא כל זמן שהוא בא לדון בערכאות שלהם. הלכך אף על פי שעושה ישראל שטר לחברו בערכאותיהם לא עשה ולא כלום. ולפום לישנא דקאמר התם טעמא דמתניתין משום דינא דמלכותא, פירושו שאין המוכר יכול לחזור בו עוד שכבר הופקעה ממנו השדה בדינא דמלכותא, וכשיחזיק בה הלה יזכה בה, ולא בשטר עצמו זוכה בה וכמו שאתה אומר בשטרי מכר בזוזי קני. אי נמי אפשר שקונים בשטר וכדקא אמרינן התם האי סיתומתא קניא באתרא דנהיגי למקני בה ודינא דמלכותא נמי כמנהגא הוי. מעליות דרבנו יונה".

מחדש החזו"א בפירוש דברי רבינו יונה חידוש עצום. על אומתו, המלך דינו דין לכל דבר, והחוק מחייב את כולם. ואפי' אם הדבר נוגע כעת רק בין ישראל לחבירו, כגון שהנכרי מכרה לישראל, וישראל אחר ערער על בעלות הגוי המוכר, הדין הוא כדינא דפרסאי, שחזקתו בארבעים שנה.

אבל אם הדיון הוא על חזקת ישראל, אם אין כפיית מלכות שידונו דווקא בדיניהם, כמו דברי הרבינו יונה שיכול למחול על הקרקע לפי דיניהם, ובצורה כזאת לדון כדין תורה, אין דינא דמלכותא חל על ישראל, ואינו דין כלל.

⁷⁸ מובא בשיטה מקובצת בבא בתרא נה'.

⁷⁹ גמרא מסכת בבא בתרא דף נה.

ומביא החזו"א שם ראיה מהרמב"ן שהביא הטור בסוף סימן סח, שאם יש בשטר דבר הפוסלו לפי דיני התורה, השטר פסול, שאין מלכים מקפידים אלא בהכשר שטרות שלהם. מבואר שאם היו מקפידים שידונו כדיניהם, גם זה היה בכלל דינא דמלכותא. וזה הטעם שאנו דנים לעולם בין ישראל לחבירו בדיני ישראל, ואין משגיחין בדיניהם.

והפירוש שנראה לי בדברי החזו"א, דאומות העולם נצטוו להקים להם בתי דין. לפי הרמב"ם שהם דנים שם כפי שימצאו בשכלם ולפי אומד דעתם. ולכן גם בלא כפיית המלך את אומתו לדון לפי המשפט שהנהיג, חייבים לנהוג לפי חוקי המלך. אך ישראל, המצווה לנהוג לפי משפט התורה, מקור הכח של המלך הוא כיון שהוא שולט עליו. ובמקרה שאין כפיה לדון כדיני המלך, חוזר הדין שעליו לדון כדין תורה, ולא כדינא דמלכותא.

לכן, כותב החזו"א, מכיוון שאין כפיה לדון בסכסוכים אזרחיים כדין המדינה, וכל אחד יכול בהסכמת שני הצדדים לדון לפי חוק הבוררות, והבורר יכול לדונם כדין תורה, ולחייב את בעל הדין לשנות את הרישום בטאבו באופן שיתאים לפסק הדין על פי ההלכה, ממילא אין הכרח לדון ע"פ רישומי הטאבו, אלא אפשר לדון לפי דין תורה, ולכן לכו"ע חייבים לדון בענין זה ע"פ דין תורה.

אך חוקים קוגנטיים שהם בלתי ניתנים להתנאה, שבהם אי אפשר לדון לפי דין תורה, כמו חוק שכר מינימום שלא מועילה הסכמת העובד לשכר מופחת⁸⁰, חוק שעות עבודה ומנוחה⁸¹, וחוקים דומים שבהם יש כפייה על קיום החוק, והם נועדו לתקנת המדינה, בהם לכאורה לחזו"א יש לקבל את דין המלכות.

שטרות חוב – צ'קים

סעיף 3.א לפקודת השטרות קובע:

"שטר-חליפין הוא פקודה ללא תנאי ערוכה בכתב מאת אדם אל חברו, חתומה בידי נותנה, בה נדרש האדם שאליו ערוכה הפקודה לשלם לאדם פלוני או לפקודתו, או למוכ"ז, סכום מסויים בכסף, עם דרישה או בזמן עתיד קבוע או ניתן לקביעה".

כלומר, ההמחאה⁸² או הצ'ק הוא מכתב של הלקוח, המורה לבנק לשלם לפלוני. במקרה של יתרת זכות זהו הוראה מהמלווה – הלקוח, ללווה – הבנק, עם הוראה לשלם את החוב לאחר. במקרה של יתרת חובה, משמעות השיק הוא מכתב לבנק שיואיל בטובו ליתן כסף לאדם שלישי, וחייב את הערב כדין ערב שלוף דוך – ערב שהוא הנתבע היחיד או העיקרי להחזר החוב.

⁸⁰ חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987, סעיף 12.

⁸¹ חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951, סעיף 7,9.

⁸² המילה העברית "המחאה", היא ממקור תלמודי, ממסכת בבא מציעא ק"ב ע"א, שם ישנו דיון בפועל המקבל את שכרו מהמעביד על ידי כך ש"המחאה אצל חנווני או שולחני", דהיינו שלח אותו אל החנווני או השולחני שיקבל מהם שכרו על חשבון מה שהם חייבים למעביד. במילה "המחאה" במשמעות של העברת חיוב מנושה אחד למשנהו, נעשה שימוש גם בחוק המחאת חיובים, תשכ"ט-1969.

במקרה שיש היתר עסקה, משמעות המכתב היא שחצי יתנו כפרעון ההלואה שניתנה לבנק, וחצי יתנו ע"י מכירת חלק השותפות שיש לו עם הבנק.

מבחינה הלכתית אין לפי נוסח הכתוב בהמחאה אפילו כדי מכתב התחייבות, אלא בקשה לבנק לשלם לפלוני. והדין הוא שכל זמן שלא נגבה השיק, יכול השולח לחזור בו מהוראתו. אך בחוק חל איסור לביטול שיק, הגם שהוא מועיל, ועל המבטל חובת ההוכחה שהביטול מוצדק, כגון אי אספקת סחורה וכדו'. זאת משום שלפי החוק השיק הוא התחייבות קיימת.

בנידון זה לשיטות דאמרינן בזה דינא דמלכותא, פשוט שחלה התחייבות בזה. אך גם לשיטות שאין דינא דמלכותא בזה, פוסק הרב סילמן⁸³ שהמנהג הוא שצ"ק עדיף על מכתב, גם בגלל האישום הפלילי בביטולו, והחובה להוכיח שהביטול מוצדק. לכן היחס אליו הוא כאל התחייבות קיימת, ולכך גם מבחינה הלכתית ההמחאה יוצרת התחייבות, והוי כעין סיטומתא להתחייבות.

והוסיף הרב סילמן שם, שנראה שתשלום ע"י שיק, הוא פירעון על תנאי, ומיד שנמסר השיק נחשב שנפרע החוב, כיוון שאדם מוחל על החוב תמורת קבלת המסמך, אם ברור לו שהשימוש בטוח.

ולכן פוסק, שאם מסרו לאדם שלישי, ונאבד, כבק נפטר הראשון מהחוב, כי אומדים דעתם שעל דעת זה הסכימו, שכל עוד שלא מוחזר השיק, אין חובת תשלום. ולכן השטר מועיל כקנין גמור, וכן העיד הרב סילמן שם בשם הרב אלישיב לגבי מכירת חמץ שהשטר לא גרוע ממטבע (אמנם בשם הרב וואזנר ראיתי שדן בזה לדינא שהוא ספק קנין, ככל שטר התחייבות).

גדר תקנת הציבור בדינא דמלכותא

הנה בעצם דינא דמלכותא הא פליגי רבותינו הראשונים והובא להלכה ברמ"א בהלכות גזילה⁸⁴. ופסק הרמ"א שם דאמרינן בכל דבר דינא דמלכותא דינא. ומה שכתב הרמ"א בסוף סעי' י"א שם דיש אומרים שלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, עיין בסמ"ע ס"ק כ"א שאין כוונת הרמ"א בסעי' ח' בכל דבר ממש, הוא דחוק בפירוש הרמ"א, ולא משמע כן בדרכי משה, (ופלא שהסמ"ע אדרבה מוכיח מהד"מ וצ"ע).

והרב משה פיינשטיין זצ"ל בספרו אגרות משה⁸⁵ ביאר וז"ל:

"אבל נראה דודאי אף להסוברין דד"מ בכל דבר, היינו מה שנקבע מדינא דמלכותא בדיני קנינים ותשלומי הלואות מהנכסים, שהוא חסרון להמלכות שיהיה חלוקי דינים בין אינשי לאינשי, שמזה אפשר לבא לידי קנאה ותחרות ומריבות. ואף שלא שייך זה לכאורה אלא בדיני שופטי המלך

⁸³ קונטרס דרכי חושן, דיני צ'קים, עמ' 33-34.

⁸⁴ שו"ע חו"מ, סימן שס"ט, סעי' ח'.

⁸⁵ שו"ת אגרות משה חושן משפט חלק ב סימן סב.

והמדינה, מ"מ אולי יחוש המלך גם לזה שלא יהיו שופטים אחרים דנין באופן אחר, שג"כ אפשר יבא לערער על דיני המלכות.

אבל בענינים שלא שייך זה, כגון בירושת הבת עם הבן שאין זה ענין מדיני כל כך, דהרבה אינשי מורשים כרצונם, וכן בנזקי בהמה שהתורה חייבה שאף אם הם פטרי, לא שייך זה לדינא דמלכותא. וכן חיובי שומרין ודיני שכנים ושלוחים ליכא בזה דד"מ דינא, וכן בדינים שבין איש לאשתו שג"כ אינו ענין מדיני ויכולה כל משפחה להתנהג כרצונה שלא שייך זה למלך ולא לתקנת בני המדינה. וזהו כוונת הרמ"א ס"ס י"א לפרש הכל דבר שבסעיף ח'."

פרק ה' - גבול הסמכות של דינא דמלכותא

אחת הסוגיות המרכזיות בנושא דינא דמלכותא דינא מצויה במסכת גיטין במשנה :

"כל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים, אע"פ שחותמיהם עובדי כוכבים כשרים, חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים"⁸⁶.

המשנה מבחינה בין שטרות רגילים, הכתובים בערכאות, וחתומים על ידי גוים - שהם כשרים, לבין גט אישה - שהוא פסול.

הגמרא שם דנה באילו סוגי שטרות מדובר :

"בשלמא מכר מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה, ושטרא ראיא בעלמא הוא, דאי לא יהיב זוזי קמייהו לא הוּו מרעי נפשיהו וכתבין ליה שטר. שטר מתנה - במאי קא קני? לאו בהאי שטרא, והאי שטרא חספא בעלמא הוא!"

מתרצת הגמרא : "אמר שמואל דינא דמלכותא דינא". שטר מתנה יקנה לא בגלל נאמנות של עדים גוים, אלא משום "דינא דמלכותא דינא", כחלק מסמכויות השלטון של המלך. אומנם על פי דיני ישראל השטר פסול, אבל לפי דיני המלך השטר כשר. למלך יש יכולת לקבוע כיצד תעבור הבעלות על הקרקע. לכן שטר שנעשה על פי חוקי המלך - כשר. במה דברים אמורים? - בשטרות, ובדברים השווים לכל אזרחי המדינה. אך בדיני הגרושין, השייכים רק לעם ישראל, אין למלך סמכות להתערב. המלך יכול לקבוע רק בעניינים הקשורים לסדרי ממלכתו, אך אינו יכול לקבוע בעניינים שבינינו לבין הקב"ה.

הגמרא מביאה תרוץ נוסף : "אי בעית אימא - חוץ מכגיטי נשים". מסתבר שהתרוץ השני לא חולק על עצם הדין של שמואל שדינא דמלכותא דינא. שהרי דין זה מוסכם בכל הש"ס כולו. אם כן צריך להבין מה מחדש התרוץ השני?

הר"ן מביא בשם יש מי שפירש את ההבדל בין התרוצים :

"אמר שמואל דינא דמלכותא דינא : הלכך כל השטרות העולות בערכאות של גוים (עובדי עבודה זרה) לא שנה שטרי מכר ולא שנה שטרי הלואה כשרים לגמרי ואפילו לגבות ממשעבדי". איבעית אימא (תירוץ נוסף) : תני חוץ מכגיטי נשים : כל השטרות שהן כגיטי נשים, שעל ידי הדבר נגמר דהיינו נמי שטר מתנה. ... ולפיכך יש מי שפירש דנדין מלישנא קמא משום דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהם להנאת המלך, וכדאמרינן בפרק הגוזל תדע דקצצי דקלי וגשרי גשורי ועברין עליהו. אבל מידי דלא שייך בהו מלכא, לא אמרינן דינא דמלכותא דינא. ומשום הכי נדין הכא מלישנא קמא ואמרינן איבעית אימא חוץ מגיטי נשים".

⁸⁶ גמ' גיטין, דף י', עמוד ב'.

האיבעית אימא חולקת על תרוצו של שמואל. סמכות המלך חלה רק בעניינים הנוגעים למלכות, כדברי רבא⁸⁷ המוכיח את דינא דמלכותא דינא ממעשים שבכל יום. המלך מפקיע קרקעות לסלול דרכים וקוצץ דקלים לעשות גשרים. ואם ההפקעה הזו היא גזל, הרי אסור לדרוך מקומות אלו. וכן דברים אחרים הנוגעים למלכות כגון: סוג חזקה, וצורת בעלות על קרקע למטרות מס⁸⁸, רק באלו יש למלך סמכות. שטר מתנה לא נוגע למלכות עצמה אלא לאזרחים ולכן אין למלך סמכות להתערב. מה ענינו של המלך אם חפץ נקנה בהגבהה או בצורה אחרת! וכדברי הש"ך⁸⁹:

"היאך נלמוד מדברי גויים לבטל דין תורה, ... נראה בעיני שלא נאמר דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהמלך גוזר להנאתו, ... אבל בדברים שבין אדם לחברו, אין לנו לדון אלא על פי תורתנו".

ומוסיף הש"ך:

"דאמרין דינא דמלכותא היינו דווקא מה שאינו נוגד את תורתנו, אלא שאינו מפורש אצלנו אבל לדון בדיני גויים בכל דבר נגד תורתנו חלילה ודאי לא יעשה כן בישראל"⁹⁰.

הר"ן עצמו חולק על ה"יש מי שמפרש": "ולא נהירא ... אלא ודאי איבעית אימא לא פליג אלישנא קמא". ושני התרוצים מדברים כל אחד במציאות אחרת. בתרוץ הראשון במציאות שבה המלך חקק חוקי שטרות, לכן השטר כשר מדינא דמלכותא. בתרוץ השני מדובר במציאות בה המלך לא קבע חוקים, ובה אנו מחלקים בין שטר מתנה לשטר מכר. לפי תרוץ זה יש למלך סמכות להתערב גם בנושאים אזרחיים הנוגעים בין אדם לחברו ולא רק בנושאים הנוגעים בין האזרח לשלטון.

כלומר, יש מחלוקת ראשונים האם "דינא דמלכותא דינא" תקף בכל תחומי החיים החברתיים כולל בין אנשים פרטיים, או רק בעניינים ציבוריים, שבין האזרח והמלכות.

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם סובר כשיטת ה"יש מי שמפרש", שהיא השיטה הראשונה בר"ן. וזה לשון הרמב"ם:

"שטרי הודאות ומתנות ופשרות ומחילות שהן בעדים שלהן אע"פ שיש בהן כל הדברים שמנינו הרי הן כחרס"⁹¹.

ומסביר המגיד משנה:

"והנה דעת רבנו ורוב הגאונים לפסוק כלשון האחרון שאמרו - ותני חוץ מכגיטי נשים. ורוצה לומר: שכל שטר שהוא כגט שהשטר הוא שטר הקנאה ושעבוד, אינו מועיל כלל. ויש לפרש לפי דעתם: דאף על גב דדינא דמלכותא דינא, הני מילי במה שהוא לתועלת למלך בעיני המיסין שלו ומה שהוא

⁸⁷ במסכת בבא קמא ק"ג:

⁸⁸ מסכת בבא בתרא נ"ג:

⁸⁹ סעיף עג סעיף קטן לט

⁹⁰ במציאות שבה כל הציבור נוהג לקנות בקניין שקבע המלך הקניין יועיל מדין "סיטומתא". והדיון כאן כאשר הקניין עדיין לא התקבל בציבור.

⁹¹ הלכות מלוה ולוה פרק כז הלכה א

מחוקיו. אבל בדברים שבין אדם לחברו אין דינו דין. והכי קאמר: אי בעית אימא לא אמרינן בכי הא דינא דמלכותא דינא ותני חוץ מכגיטי נשים".

הרא"ש פסק כדעת הר"ן שלמלך יש סמכות גם במתנות וכדו'.

רבי יוסף קארו בשו"ע בהלכות הלוואה פסק כהרמב"ם⁹², ואילו הרמ"א באותו מקום פסק כהרא"ש. וז"ל:

"...כל השטרות שחותמים עובדי כוכבים, פסולים, חוץ משטרי מקח וממכר ושטרי חוב. אבל שטרי מתנות, כגון: שדי נתונה לך, שעיקר הקנין נעשה על ידי השטר, ועובדי כוכבים חתומים בו, וכן שטרי הודאות שפלוני הודה לפלוני שהוא חייב לו, ופשרות שהם בעדים שלהם או שטרי מחילות (טור), אף על פי שיש בהם כל הדברים שמנינו, ונמסרו לפני עידי ישראל (טור), הרי הם כחרס.

הגה: וי"א דשטרי הודאות כשטרי הלוואות (ב"י בשם הרשב"א והר"ן בפ"ק דגיטין). וכן שטרי מחילות כשרים בערכאות (ריב"ש סימן קמ"ב). וכן מתנה הנקנית בקנין או בחזקה (ב"י), רק שהודה בערכאות, דכל השטר אינו אלא ראייה בעלמא, כשר מה שנעשה לפנייהם (ר"ן פ"ק דגיטין). ולכן שכיב מרע שעשה צוואה לפני ערכאות של עו"ג, קיים כל מה שצוה (ריב"ש סימן נ"א), וכמו שיתבאר לקמן סימן רנ"ג סעיף ל"ב. ובכל מקום שמשפט המלך לכתוב כל הדברים בערכאות, כל השטרות העשויים לפנייהם, כשרים, אפילו שטרי מתנות, מכא דינא דמלכותא (הרא"ש פ"ק דגיטין וטור). וכל שכן במקום שכבר נהגו להכשירם, כשרים (ריב"ש סימן תצ"ג, ותע"ח ובה"ת וב"י בשם רשב"א והמגיד פכ"ז מה' מלוה)".

גבול הסמכות – שיטת הש"ך

הש"ך⁹³ קובע גבול להתערבותו של המלך. אין הוא יכול לשנות את חוקי ההלכה שלנו. ולכן הוא מקשה על הרמ"א שפסק שהמלוה לא רשאי למכור את משכנו של הלווה אלא לאחר שנה, כמנהג הגויים (לפי ההלכה אפשר למכור את המשכון אחרי 30 יום), וזו לשונו:

"היאך נלמוד מדיני גוים לבטל דין תורה, חס וחלילה לא תהא כזאת בישראל. ולא מיבעיא לאותן הפוסקים שסוברים דלא אמרינן דינא דמלכותא רק בדברים שהם להנאת המלך, ולא בין איש לחברו, אלא אפילו לשאר פוסקים דסוברים דאמרינן דינא דמלכותא בכל דבר, היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלנו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל. היאך נלמוד מדיני גוים להכחיש דיני ישראל חלילה.

אמת, שהרב כתב לקמן בסוף סימן שס"ט בהג"ה (רמ"א) וזה לשונו: "דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני גוים, דאם כן בטלת כל דיני ישראל". ומשמע לכאורה מדבריו דבמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרינן ביה דינא

⁹² שו"ע חושן משפט סימן סח סעיף א.

⁹³ ש"ך חושן משפט סימן עג, ס"ק לט.

דמלכותא דינא. אבל לפי עניות דעתי צריך עיון, ואנה מצא זה דמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרינן דינא דמלכותא דינא אפילו נגד דין תורה".

והש"ך מתרץ דברי המרדכי שיש חילוק בין דין מפורש לאינו מפורש, ומפני חשיבותו המכרעת של הש"ך, שרבים פסקו כמותו בכל ההלכה של דינא דמלכותא נביא לשונו בשלמות:

"ונראה, דהיינו משום דאין מפורש אצלינו שלא יוכל למכרו אחר שנה בלא תביעה. ואדרבה לכאורה נראה מש"ס דילן פרק איזהו נשך⁹⁴ להפך, דאמרינן סתם משכונא שתא אפילו בקרקע וכל שכן במטלטלין. ואם כן אין המלוה זקוק לשומרו יותר משנה. והלכך פסק דאזלינן בזה בתר דינא דמלכותא כיון שאין הדין מפורש אצלינו, וכמו שכתבתי לעיל ס"ק ל"ו בשם הראב"ד.

אבל כאן בעל כרחך מיירי שהמלוה רוצה למכור המשכון ולגבות חובו עתה, אם כן כיון שהדין מפורש אצלינו בש"ס פרק המקבל⁹⁵, ובכל הפוסקים אין גם אחד שחולק דיכול למכרו לאחר ל' יום, היאך נלמוד מדיני גוים להכחיש דיני ישראל חלילה".

וכבר האריך הרשב"א בתשובה⁹⁶, באחד שנשא אשה במקום שדנין בדיני גוים שאין הבעל יורש את אשתו כו', שאעפ"כ יורש את אשתו, ולא שייך בזה דינא דמלכותא כלל, דאם כן, עקרת כל דיני התורה השלימה כו', ע"ש שהאריך הרבה.

וכן כתב גם כן מהרי"ק⁹⁷ וז"ל, ואשר נסתפקת אם יש לדון על שטר גוים בדיני גוים באותו שטר או לא, כגון לענין יד בעל השטר על התחתונה שכתבת שדיניהם בהפך, לע"ד נראה דבר פשוט שאין בטענה זו ממש, דאע"ג דקיימא לן דינא דמלכותא דינא, ואפילו למאן דאמר דינא דמלכותא דינא בכל דברים, היינו דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים, אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא, דאם כן, בטלת כל דיני תורה ח"ו.

וכן כתב גם כן הר"ן בקדושין ובפ"ק דגיטין⁹⁸ וז"ל, והא דאמר שמואל דינא דמלכותא דינא, דוקא מה שהוא עושה מחוקי המלך, אבל מה שהוא עושה שלא כדין, לא. ולישנא דדינא דמלכותא הכי משמע, ולא אמרו דינא דמלכותא, דאי עביד שלא כדין חמסנותא הוא ולא דינא כו'.

וכן מצאתי כתוב בשם מה"ר שמשון מקינון וז"ל, על אודות שטר שעולה בערכאות של גוים כו', עד מ"מ מדבריו למדין בהדיא דלא הוכשרו שטרות העולים בערכאות של גוים אלא לענין הימנות דידהו, דלא חשבינן להו ככותבי פלסתר, אבל לא לשנות מדין תורה אפילו כמלא נימא, עכ"ל, וע"ש.

והרי משמע נמי להדיא מדברי הראב"ד שהבאתי לעיל ס"ק ל"ו דדוקא בדבר שאין מפורש אצלינו למדין מדינא דמלכותא, אבל לא מה שהוא מפורש בדינינו. אמת שהרב כתב לקמן סוף סימן שס"ט בהג"ה וז"ל, הנושא אשה במקום שדנין בדיני גוים ומתה אשתו, אין יכולים יורשיה לומר כל הנושא

⁹⁴ תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף ס"ח.

⁹⁵ תלמוד בבלי בבא מציעא דף קי"ג ע"א.

⁹⁶ שו"ת הרשב"א ח"ו סי' רנ"ד, מביאה ב"י לעיל סוף סימן כ"ו [מחודש ז'].

⁹⁷ מהרי"ק שורש קפ"ז.

⁹⁸ ר"ן מסכת גיטין דף ד' ע"א מדפי הרי"ף ד"ה ודאמרינן.

אשה על דעת המנהג הוא נושא ונדון הדבר בדיני גוים דאם מתה לא יורשה בעלה, וליכא בזה משום דינא דמלכותא, דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני גוים, דאם כן בטלת כל דיני ישראל, עכ"ל.

ומשמע לכאורה מדבריו דבמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרינן ביה דינא דמלכותא דינא, ולפי"ז היה אפשר לישב דבריו כאן קצת, דזהו שאינו יכול למכור המשכון בפחות משנה הוא לתקנת בני המדינה. אבל לפע"ד גם דבריו דלקמן סוף סימן שס"ט צ"ע, ואנה מצא זה דמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרינן דינא דמלכותא דינא אפילו נגד דין תורה, והרי בתשובת הרשב"א [ח"ו סי' רנ"ד] שמעם מקור הדין דהנושא אשה כו', לא כתב בכל התשובה רק שחלילה שנדון בדין גוים נגד דין תורתינו.

ועוד דמי מפיס, א"כ בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני המדינה. ומה שכתב מהרי"ק לעיל, היינו דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים כו'. הכי קאמר, היינו דוקא לענין ארנוניות שנוגע למלך, דאז כל הדין נוגע למלך עצמו והזוכה בו הוא כבא מכח המלך, או במנהגות של מלכים אף על פי שאינו נוגע במלך עצמו, כיון שהוא משפט המלך במדינה ואינו נגד דין תורה, אמרינן דינא דמלכותא דינא. אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא, ואף שיפסקו בדיניהם כן משום תקנת בני המדינה.

[וואין להקשות מפרק חזקת הבתים גבי מלכא אמר לא ליקני אלא באגרתא⁹⁹, ונתבאר לקמן סימן קצ"ד סעיף ב', ואף על גב דהתם בדינינו קונה בחזקה. שאני התם כיון דהקרקע היא של גוי אזלינן בתר דין גוים ואמרינן נמי דישאל הראשון אדין גוים סמך, וכן בפ"ק דגיטין [דף י' ע"ב]] ונתבאר לעיל סימן ס"ח סעיף א' דשטרי מתנות העולים בערכאות של גוים כשרים, היינו נמי כיון שהשטר עשוי בערכאותיהם א"כ אדינא דמלכותא סמך. ועוד תירץ בבעל התרומות שער מ"ו ח"ח [ס"ה] בענין אחר הך דחזקת הבתים ודפ"ק דגיטין. ומ"מ לפי דברי הרמב"ן בבעל התרומות שם צריך לתרץ כמו שכתבתי, ע"ש ודוק].

ואם באנו לישב דברי הר"ב דלקמן סוף סימן שס"ט צ"ל דהכי קאמר, דלא אמרינן דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה מה שאין הדין מפורש אצלנו, אבל לא שידונו בדיני גוים נגד תורתנו כו'. וכן תיקן וביאר בעיר שושן להדיא לקמן סוף סימן שס"ט וז"ל, לא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש לו הנאה למלך או שהוא לתיקון בני מדינתו בעניני משא ומתן שביניהם, אבל שאר דינים דיני תורה המפורסמים בינינו, כגון שהם מכשירים עד אחד ואפילו הוא קרוב או פסול, וכיוצא בדברים אלו דינים פרטיים שבין ישראל לחבירו, פשיטא שלא נדין בהם כמותם, דאם לא כן בטלו ח"ו כל דיני תורה מישאל. וכן הנושא אשה במקום שדין דיני גוים ומתה, אין יכולים יורשיה לומר כל הנושא אשה על דעת המנהג הוא נושא, דהא פשוט בינינו דהבעל יורש את אשתו כו', עכ"ל. וכן משמע בסמ"ע שם [סקכ"א] שכן כונת הר"ב שם, אבל דברי הר"ב (הרמ"א) כאן צריכים לי עיון."

תמצית דברי הש"ך : בקרקע דיני המלכות, אף בהתערבות במו"מ בין אנשים פרטיים, תקף, כיוון שהקרקע של המלך. וכן שטרות מתנה, כיון שהקנה על דעת חוקי המלכות, גמר בדעתו שייקנה כפי דיניהם, ולכן אם יש גמירות דעת, קנה. וכן אם יש דין שאינו מפורש אצלנו, אפשר לקבל

⁹⁹ גמ' בבא בתרא, דף נד, עמוד ב'.

תקנות של המלכות. אך לא לקבל באופן גורף כל הדינים, דמי יכריע מה לתקנת בני המדינה ומה לא.

ומביא ראיה מדברי הרשב"א לגבי ירושה, שבה ברור שאין דינא דמלכותא נגד דין תורה מפורש שלא ניתן להתנאה.

ולמעשה שורש המחלוקת של הש"ך על הרמ"א הוא במקום שהתורה מתירה למכור משכון, ואין בהטלת איסור משום עבירה על חוקי התורה, אלא שזהו שלא כדין תורה, האם כאן נקבל את חוקי המלכות כתקנה לטובת בני המדינה, או שבמשפט ממוני פרטי שאין בו נגיעה למלך – ללא נפקא מינה למיסים או לקרקע, אין דינא דמלכותא לגבי ישראל.

דברי האחרונים על שיטת הש"ך

החזו"א¹⁰⁰ השיג על הש"ך, דאין כלל דין שאינו מפורש בתורה, והכל מפורש בתורה. אלא שכן הוא הדין שאם משכנו סתם צריך ב"ד לשקול את האומד עד כמה מחל לו שלא יתבענו, ודינא דמלכותא מכריע את האומד, וכיוון דמורגל אצלנו דינא דמלכותא אף שזה רק בתנאים מיוחדים, מכל מקום זה משפיע על בני אדם לסמוך בסתמא על שיעור שהם דנים. ונמצא שאנו דנים בדינינו ולא בדיניהם. ולפי ביאור זה ברמ"א, אין ראיה מכאן להחלת דינא דמלכותא על משפט פרטי שבין אדם לחבירו.

ובהשיב משה סי' צ' כתב על הש"ך הנ"ל וז"ל:

"וקשה לי טובא -

א. דהלא שטר מתנה בערכאות מפורש בדינו שהוא פסול, ואעפ"כ כשרים מדינא דמלכותא כבסימן ס"ח סעיף א' בהג"ה.

ב. הלא גם אסמכתא מפורש דלא קנה, ואעפ"כ קונה שטרותיהם משום דינא דמלכותא כמבואר בס"י ר"ז סעי' ט"ו בהג"ה, והוא בב"י בשם הרשב"א.

ג. המציל מדוב והארי וזוטו של ים, דמפורש בדינו דהרי אלו שלו, ואעפ"כ אם גזר המלך חייב להחזיר מדינא דמלכותא כבסי' רנ"ט ס"ז בהג"ה - וג"כ קשה מסי' שני' ס"ז, רק שם הרגיש הש"ך בזה וכתב שהוא משום שכך נהיגי, אבל דוחק דבאמת מבואר בלשון הג"ה שם דנהיגי רק משום דד"מ וכו'".

והרב יעקב מרדכי ברייש, בעל החלקת יעקב, תירץ¹⁰¹:

"דהא הש"ך תמך עיקר יסודותיו על דברי הרשב"א, באחד שנשא אשה במקום שאין הבעל יורש אשתו (זה הדין שבסוף סימן שס"ט הנ"ל) עיי' בש"ך, והרשב"א בחידושו לגיטין י' ב' פוסק דתירוצא בתרא בגמ' שם על הקושיה שמשמע לגמרא שהמשנה כל השטרות העולים בערכאות של עובדי כוכבים כשרים חוץ מגיטי נשים כשרים, כוללת גם שטרי מתנה, אף שבהלכה אין להם תוקף.

¹⁰⁰ חו"מ, ליקוטים סימן טז. ד"ה ולפיכך.

¹⁰¹ שו"ת חלקת יעקב, חו"מ, סימן לב.

ותירץ שמואל דינא דמלכותא דינא. והתירץ השני לדעת רש"י שם הוא: "ואי בעית אימא תני חוץ מכגיטי נשים", שגיטי נשים והדומים להם, שעל ידי השטר נגמר הדבר, אינם כשרים. אך לרשב"א התירץ השני אינו חולק על שמואל, והלכה כמותו אף בשטר מתנה – ועל כרחך החילוק, דלענין זה ודאי הסברא נותנת דאמרינן דינא דמלכותא דינא, שלא להשפיל כבודם לומר, שנעשה בב"ד ישראל יהני ובערכאות לא מהני, אף שנעשה כמו דיני ישראל לא נגד התורה, רק מפני שנעשה אצלם לא יהני, זה ודאי נגד כבוד המלכות, וע"ז אמרינן דדמ"ד. (ובסברא זו לא מצאתי לו חבר, לומר שמשום כבוד המלכות יהא דינא דמלכותא דינא, כדי לא להשפיל כבודם).

אבל בענינים שהם נגד התורה ודיני, כמו בעל לרשת את אשתו, שפיר קאמר הש"ך וגם הרשב"א ושאר פוסקים בש"ך שם דלא יהני, דדינא דמלכותא לא יבטל דיני תורה.

ועי' בש"ך יו"ד סימן קס"ה האריך בדינא דרמ"א שם, דאם גזר המלך שכל מי שיפרע יפרע ממטבע חדשה הולכין אחר גזירת המלך דדמ"ד, ואין בזה לא משום רבית וגזל, ובחז"מ סוף סימן ע"ד מביא הרמ"א גם יש חולקין בזה, והש"ך האריך דעיקר כפסק הרמ"א בכאן, דענייני מטבעות דינן כמסים ומכסים, ודלא כמהרש"ל ובי"ח שחששו לדעת היש חולקין לומר המוציא מחבירו עליו הראיה. חזינן, דהש"ך לא סגר את הדלת למימר דבכל מקום שהחוק נגד דיננו, אין סומכין על דינא דמלכותא. אבל דא קצת חידוש, שבענייני מטבעות, פשיטא ליה להש"ך דאמרינן דדמ"ד דהוי כענייני מכס, ורמ"א בחז"מ סוסי' ע"ד מביא ב' דעות בזה, ובדבר שהוא לתקנת בני המדינה, פשיטא ליה להרמ"א בחז"מ סוף סימן שס"ט דאמרינן דדמ"ד, והש"ך בסי' ע"ג ס"ק ל"ט האריך לחלוק עליו דבדבר שנגד תוה"ק לא אמרינן דדמ"ד, וכתב דמאן מפיס, דבכל דיניהם נימא שהיא לתקנת בני המדינה.

וברמ"א סי' רמ"ח ס"א ואם עשה הצוואה במקום שנהגו לדון בערכאות של עכו"ם ובאו אחר כך למקום אחר לדון בדיני ישראל, לא אמרינן דירושא אין לה הפסק (כדין ישראל), וזה מהריב"ש¹⁰² - ועיינתי בריב"ש, ושם מיירי לענין אנוסים, וכתב וז"ל: וגם ביהדותם הי' להם לדון בדיני עכו"ם, כי כן נהגו מעולם קהל מיורקה מרצונם, עכ"ל. לכאורה נראה מלשונו, דרשות לכל קהל לקבל מרצונם לדון בדיני עכו"ם. אבל התשב"ץ¹⁰³ כתב עליו וז"ל גם כי יהי כן הדבר, אין מביאים ראיה ממנהג של איסור, ותא חזו מה סלקא להו (שכולם נשתמדו רח"ל) והחת"ס¹⁰⁴ (רמזו הפ"ת) הליץ בעד הריב"ש (רמזתי לעיל) דכוונת הריב"ש כיון דבלשון תליא מילתא, ואלו האנשים לא הכירו לשון תורה, כי כל התנהגותם בערכאות היה, גם דין תורה היא שמתנה ולא ירושה, וכעין זה גם בנתיבות רמ"ח ס"ק ג' עיי"ש.

ומעתה נחרוז ונגבב כל פסקי השו"ע בנוגע דדמ"ד, בסימן שס"ט ס"ח ברמ"א ב' דעות אי דוקא במכסים או גם בשאר דברים, ופסק הרמ"א דכן עיקר דאף בשאר דברים דדמ"ד, וגם במלוה על המשכון יוכל למכרו אחר שנה.

ובסו"ס שס"ט פסק הרמ"א דדמ"ד בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה - הש"ך בסי' ע"ג ס"ק ל"ט חולק ע"ז, ופסק בדבר שכנגד דין תוה"ק לא אמרינן דדמ"ד דאם כן בטלו ח"ו כל דיני התורה ומאן מפיס, דבכל דיניהם נימא שהיא לתקנת בני המדינה - בענייני

¹⁰² שו"ת הריב"ש, סימן נ"ב.

¹⁰³ תשב"ץ ח"א סימן ס"א.

¹⁰⁴ שו"ת חתם סופר, חלק חו"מ סימן קמ"ב.

מטבעות דעת הש"ך ביו"ד סי' קס"ה דדומה למסים וארנונות וכפסק הרמ"א שם, ובחו"מ סוף סי' ע"ד מביא הרמ"א ב' דעות בזה.

בשטר מתנה בערכאות בסי' ס"ח ס"א בהג"ה אמרינן דדמ"ד ואף להש"ך, משום דזה נוגע לכבודו של מלכות וכנ"ל באות ג'. בסי' ר"ז סט"ו בהג"ה, בהשלישו משכנות זה כנגד זה ובשטרותיהן קני אפי' באסמכתא משום דדמ"ד, משום דגמר ומקני, ולא הוי נגד דין התורה, דדינא דמלכותא משוי ליה לגמר ומקני וכעין סברת חת"ס סי' קמ"ב כנ"ל אות ג'.

בסי' רנ"ט ס"ז בהג"ה המציל מזוטו של ים דחייב להחזיר מדינא דמלכותא, דכיון דאף בדין ישראל טוב וישר להחזיר, וכן בהאי דסי' שניו ס"ז ג"כ מטעם זה, ולא הוי דד"מ נגד דין התורה, דטוב להחזיר כל גניבה אף לאחר יאוש ושינוי רשות ולא לסמוך על מה שנתייאשו הבעלים.

בסימן רמ"ח ס"א בהג"ה, בעשה צוואה במקום שנהגו לדון בערכאות לא אמרינן דירושה אין לה הפסק כדין ישראל, שם עיקר הטעם דכיון שנהגו כן הוי כפירש לשם מתנה ולא לשם ירושה, ובנתיבות שם ס"ק ג'.

בסוף סי' שס"ט ברמ"א לענין בעל יורש אשתו, לא אמרינן דדמ"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם, דאם כן בטלו כל דין ישראל, לשון הרמ"א שם, ובסמ"ע שם ס"ק כ"א דזה אף לפי היש חולקין בסע' ח' דבכל דבר אמרינן דדמ"ד, אפילו הכי אם גזר המלך בהדיא לילך בתר ערכאות אין לדיני ישראל לקיים זה מכח דדמ"ד, דעל כזה לא אמרו אלא על דברים מחוקי המלוכה, וזה אף לשיטת הרמ"א שם דבדבר לתקנת בני המדינה אמרינן דדמ"ד, פרטי דינים בין איש לחברו לא מקרי תקנת בני המדינה, ועל כרחך דס"ל לרמ"א דלמכור משכון לאחר שנה זה מקרי יותר לתקנת בני המדינה, והש"ך באמת משיג דמאן מפסי, א"כ בכל דיניהן נאמר כן, רק בכל הני המבוארים שייך דדמ"ד, ולא משום תקנת בני המדינה בדבר נגד דין תורה.

שיטת החתם סופר

אך נראה לעניות דעתי לתרץ את קושית הש"ך על הרמ"א על פי שו"ת חתם סופר¹⁰⁵:

"התיקון שתיקנו שרי הקומידאט איננו נגד דין תורה אלא כתורה עשו, ואילו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן הא דלא יתרבו הסרסורים יותר ממה שראוי לפי העיר והמסחר כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא זה לזה ומצינו כיוצא בזה בפרק קמא (ראשון) דבבא בתרא בהני טבחי ובשולחן ערוך חושן משפט סוף סימן רל"א והוא הדין כל תקנות שתיקנו ביניהם דלא למיפסק חיותא. והנה, בהני טבחי דב"ב ונחתומין דבתוספתא דמייתי ה"ה, פרק יד מהלכות מכירה הלכות יורה דעה התם לא מצינו כיוצא בו בתורה שיהיה זה עובד ביומו ואידך שובת על כרחו וימות ברעב ואפילו הכי כיון דעבדי בהדדי מסייען על קיצתן בהסכמת חבר עיר והוא הדין דינא דמלכותא דעדיף לענין זה".

¹⁰⁵ חלק ה (חושן משפט) סימן מד.

כלומר, אם יש תקנות חברתיות שהזמן גרמן שגם אנחנו היינו מתקנים אותן אלמלא דינא דמלכותא אין הדבר נחשב נגד דין תורה לכן גם כאשר המלכות מתקנת אותם דינא דמלכותא דינא. וקנה המידה לצדקתן של תקנות אלו הן: אילו היינו גם אנו היינו עשויים לתקן תקנות כאלו אלמלא דינא דמלכותא. כגון תקנות השוק למיניהן ותקנות המתייחסות להתפתחות הטכנולוגית (כגון תקנות תעבורה וכדו'). וכן כאשר תקנת המלכות תואמת את לפני משורת הדין אצלנו, גם אנו מן הסתם מעוניינים שהמנהג יהיה כך ולכן דינא דמלכותא דינא.

דוגמא לכך מצינו בשולחן ערוך חושן משפט סימן רנט סעיף ז:

"המציל מהארי והדוב וזוטו של ים (פירוש: לשון ים החוזר לאחוריו עשרה או 15 פרסאות ושוטף כל מה שמוצא בדרך חזרתו וכן עושה בכל יום) ושוליתו של נהר (פירוש כשהנהר גדל ויוצא על גדותיו ופושט, רש"י), הרי אלו שלו אפילו הבעל עומד וצווח.

רמ"א: מכל מקום, טוב וישר להחזיר, כמו שנתבאר סעיף ה'. ואף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבידות אלו, אם גזר המלך או בית דין חייב להחזיר מכח דינא דמלכותא או הפקר בית דין הפקר".

ולכן פסקו זה לשונו בספינה שטבעה בים, שגזר המושל גם הקהלות שכל מי שקונה מן העובדי כוכבים שהוציאו מן האבידה ההיא שיחזיר לבעליו, שצריכין להשיב, ואין לו מן הבעלים אלא מה שנתן (מרדכי ריש פרק אלו מציאות).

ובכך יש ליישב את הערת הש"ך על הרמ"א. אומנם, מדין תורה אפשר למכור משכון כבר לאחר 30 יום, אך בודאי ממידת חסידות ראוי שהמלוה ימתין זמן רב יותר. וכעין שמצינו בתקנת שומא הדר (בבא מציעא לה א). לכן פסק הרמ"א שדינא דמלכותא תקף בנושא זה ואין למכור את המשכון אלא כעבור שנה.

ולגבי חוקים שבני העיר יכולים לתקן ולהכריח את כל התושבים בתקנה זו מטעם מחילה והסכמה הדדית, בזה ודאי אינו נגד התורה, כי אדם רשאי למחול על ממונו. וזה לשון החת"ס שם:

"והנה בהא דדינא דמלכותא דינא כי רשב"ם בב"ב נ"ד ע"ב הטעם דהמדינה עצמה ניחא להו וז"ל כל מסים וארנוני ומנהגי של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא שכל בני המלכות מקבלי עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והיכלך דין גמור ואין למחזיק בממון חברו עפ"י חק המלכות הנהוג בעיר משום גזל".

ולפי"ז אין לחלק בין מלך או"י למלך ישראל, שאפי' מלך ישראל שאין הארץ שלו כ"א לשבטי' נתחלקה, מ"מ כל נימוסיו וחקיו מקבלי עליהם ברצונם ומחילה גמורה הוא.

ומ"מ כל זה כשאנו מתנגד למה שכתבה תורה בהדיא אבל כשמתנגד למה שכתבה תורה בהדיא אזי אפי' למלך או"י אין שומעים, ק"ו למלך ישראל. וזה מבואר מלשון רשב"ם שם ד"ה ומלכא

אמר וכו' שכתב: ואיך יקנה זה המחזיק הואיל ואין לו שטר מן הנכרי וכו' עכ"ל. משמע דגוי וודאי אסתלק בזווי כדכתיב בספר אוריתא דמשה דגוי מסתלק מהקרקע בכסף אף על גב דמלכא אמר דאין מסתלק בכסף אין זה כלום, והרי העכו"ם מסתלק ממילא. אך אידך לא יקנה מההפקר כי מלכא אמר דלא יקנה אלא בשטרא, וזה אינו נגד הכתוב בתורה, שאפילו ישראל היכי דלא סמכא דעתיה למיקני בכספא לא קנה אלא בשטרא. הנה מבואר דנגד דין תורה אפי' מלך או"ה אינו יכול ומה שאינו מפורש בתורה אפי' מלך ישראל יכול להנהיג.

ולא מיבעיא מנהגי ונימוסי מדינה שבין אדם לחברו, כגון קנין קרקע בשטר דהתם מיירי בהכי, אלא אפילו הטלת מסים וארנוניות ומכסים נמי אמרינן שבני מדינה מרצונם מוחלים על ככה, ואפילו מלך ישראל דינו דין, וכ"כ להדיא רמב"ם פ"ה מהל' גזילה.

נידון החת"ס הוא בהסדר רישיונות לסרסורי יין. הממשל קבע מספר מסוים של סוחרים כאלו, ונתן להם מונופול, וקבע להם חלוקת רווחים ביניהם. החת"ס קבע שאמנם מן הדין אין תוקף למונופול כזה מן התורה. אך כיון שזו תקנה ראויה, ואילו שלט במדינה הבי"ד היו מתקנים גם הגבלת התחרות בשוק היצף (דומה למכסי מגן הנהוגים כיום כדי לשמר כושר התחרות של התעשייה המקומית, ואף במקרים של היצף חמור, איסור יבוא כולל), ולכן פסק:

"נעיל להא דידן דלא מיבעי' דהתיקון שתיקנו שרי הקומידאט שאיננו נגד דין תורה אלא כתורה עשו ואלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן הא דלא יתרבו הסרסורים יותר ממה שראוי לפי העיר והמסחר כדי שיכולים להתפרנס ולא יפסקו חיותא זה לזה. וכן הוא בכל מדינות מלכותו שיש מספר ומפקד לכל מיני אומני' כמה יהי' בעיר מאותו אומנו' ולא יפסידו זה על זה. ומכל שכן בסרסורים שתקנה הוא בכל העיירות גדולות שהם מושבעים מהמלכות ושזולתם אסורים לסרסר ושיש להם מספר ידוע. ומצינו כיוצא בזה בפ"ק דבי"ב בהני טבחי ובש"ע ח"מ סס"י רל"א וה"ה כל תקנות שתיקנו ביניהם דלא למיפסק חיותא וכתב לי' במהרי"ק ומיייתי לי' ג"כ מהרשד"ם סי' ת"ז אף על גב דמן הדין כל השייך בכרגא דהאי מלכות אין כח ביד בני העיר לאסור עליהם מו"מ באותה העיר מ"מ אם ראו בני העיר דפסקו חיותא טובא מותר להם להשתדל אצל השר לאסור עליהם גם שהוא שלא מן הדין ע"ש וה"ה ומכל שכן הכא".

ולגבי חלוקת הרווחים בין הסוחרים, מביא החת"ס ראייה מדברי הגמרא בבבא בתרא¹⁰⁶ בדבר הני טבחי שקנסו אחד את השני אם אחד עבד ביום שנאסר עליו לעבוד בו ע"י בני אומנותו. ומכאן ק"ו להסדר חלוקת הרווח בין הסרסורים, שיש לה שורש בהלכה. עוד ראייה מביא מהקרבת הקרבנות על ידי הכהנים שכולם חולקים בקרבנות בשווה, ללא קשר לכמות עבודתם.

כמובן שאין זו ראייה משפטית, שהרי הכהנים 'משלחן גבוה קזכו' ואין ללמוד משם שבלא תקנה, כך ראוי לעשות. אלא נראה שכוונת החת"ס בראיות אלו להוכיח שמדובר בהסדר מוסרי, ואין בו דעות זרות קומוניסטיות שתכליתם לקחת מהעשירים שלא כדין ולחלק לעניים.

גישה זו למעשה מכניסה את בית הדין לנעלי המחוקק, ומצריכה הבחנה מה המניע של המחוקק בבואו לתקן תקנה. מניע חברתי או כלכלי, שנועד לטובת העם, יקבל הכשר משום שגם הבי"ד היו

¹⁰⁶ תלמוד בבלי מסכת בבא בתרא דף ח' עמוד א'.

מתקנים תקנה זו. אך חוק שמניעיו אידאולוגיה של קומוניזם או העתקה מתרבויות ומשפטי עמים אחרים, לא תתקבל.

חוק הגנת הדייר - דיור מוגן

מכח זה התפתח ויכוח גדול סביב חוק דיור מוגן, האם יסוד החוק הוא בתקנת העם, או שיש בו תורה סוציאליסטית.

הרב אליעזר יהודה וולדנברג הלך בעקבות דרך זו וקבע כי אין ללכת אחר חוקי המדינה, אם המטרה האמיתי שלהם היא לאמץ דעות ותרבויות שונות, ולא צורך כלכלי או חברתי אמיתי, וזה לשונו:

"...ובעצם ההגדרה מתי דאמרינן דינא דמלכותא דינא מצינו בזה מבוכה גדולה בין הפוסקים... מכל הלין שהבאנו עד כה תורה יוצאת ברורה ומחויבת כשמלה, שאי אפשר בשום אופן בין לממשלת עכו"ם ובין לממשלת ישראל לבוא מכח דינא דמלכותא ולחוקק לישראל דיני מלכות המתנגדים לדיני התורה, או לחקות חוקי ערכאות זרים אשר חידשו להם לפי מצב המדינות ולחקקם בישראל, באמתלא שיש בזה משום תיקון המדינה"¹⁰⁷.

אך בתשובה לגבי דיור מוגן, הכריע שמדובר בחוק שהוא תקנה לטובת העם, והוא תקף אע"פ שמצד דין תורה אין לשוכר כל זכויות מעבר למה שהותנה בחוזה. וזה לשונו¹⁰⁸:

" חוץ מכל הנ"ל נראה דבכגון השאלות שלפנינו שהמדובר כשיצא על כך חוק ממשלתי, ובעלי בתים באים בתביעתם בכח סיוע החק כו"ע יודו דהמשכיר יכול לדרוש דמי השכירות החדשים גם על הזמן שעבר, דהיינו החל מיום כ"ז אדר"ב תשי"ד (1/4/1954) אף על פי ששתק זמן מה, מכיון שהחק לא הגביל הזמן שצריך לדרוש מיד עם יציאתו, אם לא שהמשכיר יודע בנפשו שסיבת שתיתו היתה בגלל מחילה, משום דמצינו בדברי הפוסקים שכתבו דאמרינן דינא דמלכותא דינא בשכירות הפוסקים שכתבו בנוגע לזה לדברי הערך שי על חו"מ סי' ש"ב סעי' ה' שכותב וז"ל: ואם דד"מ אחד באותו עיר גם בהשכיר לזמן קצוב וגם זמן הודעה אינו כד"י =כדיני ישראל= וגם אפילו נתייקרו הבתים לפי מה שכתב התומים בסי' ע"ג סי"ד ס"ק ט"ו ה"נ אזלינן בתר דד"מ דמתחילה סתמא השכיר אדעת כן, עכ"ל.

וכן למה שראיתי בספר אורחות המשפטים בקונטרס אחרון לכלל כ"ה באות ג' שמביא בשם האמרי יושר שכותב דלדעת רוב הפוסקים אמרינן דד"מ דינא בכל כגון זה שהדבר לתקנת בני המדינה כולה, ודן שם עפ"י דד"מ דינא גם לענין יוקר הבתים עיין שם¹⁰⁹.

וא"כ גם בנידוננו שייך לומר בזה דד"מ דינא, ובחק הגנת הדייר תשי"ד - אלף תשע מאות חמישים וארבע כתוב מפורש בפרק חמישי סעיפים נ"א נ"ב שדמי השכירות החדשים יחולו מיום כ"ז באדר

¹⁰⁷ הלכות מדינה, ח"א, שער ג', פרק ו'.

¹⁰⁸ שו"ת ציץ אליעזר חלק ה סימן ל.

¹⁰⁹ שו"ת אמרי יושר ח"ב סי' קנ"ד.

ב' תשי"ד (אחף באפריל אלף תשע מאות חמישים וארבע), ושאפילו אם כבר שילם הדייר לפני כן דמי שכירות נמוכים מאלה, חייב הדייר לפרוע את ההפרש. והדברים עוד ק"ו לכגון נידונו, כי הרי זה שהמשכיר היה מעוכב כל הזמן זה שנים מלדרוש יציאה או תוספת לפי יוקר החיים וערך המטבע, הרי ג"כ לא היה זה עפ"י דין התורה, דלפי דין התורה היה המשכיר יכול להודיעו בזמן הקצוב בגמ', אלא מאי! חק המדינה הוא שעכב בידי המשכיר למדרוש את דרישותיו, עד אשר יצא החק החדש, וזה היה לטובת הדיירים, וא"כ אם כל הזמן נהגו כלפי המשכיר לגרועותא כפי חק המדינה ובגללו, איך אפשר שוב לבא כעת ולומר שבנוגע לטיבותא ידיה של המשכיר אין לנהוג כפי חק המדינה? ועיין בספרי הלכות מדינה ח"א שער ג' פרק ו' מה שהארכתי בגדר דדמ"ד ומה שהבאתי דעת הפוסקים דגם במלכי ישראל אמרינן דדמ"ד ע"ש.

עוד זאת. בכגון הנהוג כאן באופן קבלת ההחלטות בכנסת, עדיפא קבלת החקים ותקפם עוד יותר משאר דוכתא של דדמ"ד. כי הרי החקים מתקבלים אחרי הצבעת ההסכמה עליהם ע"י רוב חברי הכנסת, וכידוע חברי הכנסת המה נבחרים שנבחרו ע"י רובו ככולו של הציבור בארץ ונבחרו לשם ענינים כאלה בעמידה על המשמר לטובת אנשי המדינה ולטובת האינטרסים של בוחריהם, וא"כ הרי כל חק המתקבל ע"י החלטת רובם נחשב זה כנתקבל ברצון ע"י קהל שולחיהם הבוחרים, וכל בכה"ג דהוו כסברו וקבילו בודאי יודו כו"ע שמהני דבר ההסכמה לכך גם כשזה נגד דין תורה ונחשב כמחלו זל"ז = זה לזה = זכותם שמגיע להם ע"פ דין תורה דומיא דמצינו בב"ב ד' ח' ע"ב בלהסיע על קיצתו, וכדהארכתי בזה בביאור הסוגיא שם ודברי הפוסקים בספרי שו"ת ציץ אליעזר ח"ב סי' כ"ג עיין שם, וכן הארכתי בזה בספרי החדש הלכות מדינה ח"ג"ג.

מבואר מדבריו, דאע"ג דהתנגד להחלת חוקים שנובעים ממניעים זרים של השקפות אידאולוגיות, כיון שמדובר בתקנה לטובת העם, כח הדינא דמלכותא אינו מצד גזירת חוקים או כח לדון את העם, שבזה בישראל אסור לדון שלא על פי דין תורה. אלא בדינא דמלכותא מכח הסכמת העם ותקנת בני העיר להסיע על קיצתם, שזהו כח של הסכמת רוב בני העיר לכפות את המיעוט המתנגד על תקנות לטובת העיר. ולכן לענין זה גדול כוחה של מדינה דמוקרטית, שהחלטותיה מתקבלות ע"י נבחרים הממונים ע"י כל הציבור.

אך הרב מטרנאנא בשו"ת אמרי יושר קיבל רק חלק מדברי החוק להגנת הדייר, וקבע שלא כל תקנה ראויה ומקובלת. ורק מה שמצינו שחז"ל חששו לכך, ותקנו בזה דברים, יש לחוש לכך. בכך הלך בדרכו של החת"ס שמצא שורשים בהלכה לתקנות המדינה.

ולכן, בנוגע לאיסור הוצאת השוכר מהמושכר, קבע שכיוון שמצינו בהלכה את הצורך להודיע לשוכר קודם הפינוי כדי שלא יימצא בלא קורת גג, אפשר להרחיב תקנה זו, ולקבוע שבמקרה שגם עם הודעה השוכר לא ימצא דירה לשכור, יש אפשרות לקבל תקנה האוסרת כליל את הוצאתו מהבית. אך האיסור על העלאת שכר הדירה, בזמן ששכר הדירה הממוצע עולה, אינו קביל.¹¹⁰

"ונהי דמדינא דמלכותא גם לענין זה עשו תקנה, מכל מקום כיון שחז"ל לא חשו בכחאי גוונא, יש לומר דלא משגיחין בדינא דמלכותא".

¹¹⁰ שו"ת אמרי יושר, ח"ב, סי' קנב, להרב מאיר אריק.

אך גם את איסור הפינוי, ביטל לאחר זמן הרב דוד מנחם מאניש באב"ד וקבע שעתה חוק זה הושאר ממניעים אידאולוגיים של רוחות הקומוניזם שפשטו, ומכאן זה אסרו על עליית שכר הדירה, ואיסור פינוי. ולמעשה הלאימו את הדירות להשכרה, כדי להוציא מהעשירים ולתת למעוטי יכולת את ממונם (אף שפעמים שהמשכיר נשאר בחוסר כל, ודמי השכירות עתה מגוחכים עקב האינפלציה - עליית יוקר המחיה). וז"ל:

"ונראה דהרב מטרנא ז"ל היה כותב זאת בשעת המלחמה (מדובר במלחמת העולם הראשונה) דאז היה באמת עת לחץ ודוחק גדול. והוצרך להפך בזכותם של השוכרים. אבל עכשיו השכל גוזר להפך, שזה עוול גדול נגד בעלי בתים שמתקיים בהם שורך טבוח לעיניך וכו', וזרים שולטים ברכושם ואין להם מושיע. וגם להשוכרים אין זה תקנה, רק להשוכרים הישנים, אבל הרי בכל יום מתרבים אנשים חדשים שצריכים לשכור דירות, ולהם התקנה הוא קלקלה, שע"ז מתייקרים הדירות ביותר, ואין למצוא דירה מה שלא היתה זאת קודם המלחמה. ובפרט שידוע לנו שעיקר החזקת החוק הזה הוא הא ע"י איזו נבחרים חפשיים שיש להם דעות ושיטות הקאמוניסטאן וסאצליאליסטאן ללחוץ את העשירים לקחת ממונם. שכל אלו השיטות הם נגד דעת תורה. ואף שכבר נהגו בזה, אין זה מנהג ותיקין רק משום שאין יד ביד תקיפה..."

הרי שאף שהשתרש המנהג, וכבר נעשה מנהג המדינה בזה, אין בחוק כלום אם הוא נובע ממניעים זרים של תורות משפט ואידאולוגיות שונות. רק חוק שהוא תקנה שהולכת לפי רוח התורה, הא תתקבל מכח הסכמת בני העיר על תקנות לטובת התושבים.

וכן כתב בשו"ת דובב מישרים¹¹¹ שרוב הפוסקים הכריעו שבדבר הנוגע לטובת הכלל, אמרינן דינא דמלכותא דינא: "על כן יש לדון ולמר קים לי כדעה זו".

למעשה, חוק דיור מוגן אומץ בבתי הדין הרבניים בארץ, ראה בספרו של הרב דב כץ "פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים"¹¹², וכן כתב הרב מאיר אריק¹¹³:

"שידוע שהתקנה נצרכת מאוד בזמנינו שלא יהיו בני אדם מושלכים בחוצות... מחמת גודל הדחק בדירות, ואמרי' דינא דמלכותא דינא לענין שלא יוכל המשכיר להוציא"¹¹⁴.

ובית הדין הרבני הגדול, בפסק של הרבנים שלמה דיכובסקי, אב"ד; עזרא בן שלום ואברהם שרמן, קבע שיש לחוק הגנת הדייר תוקף מטעם סיטומתא או שבני העיר מסיעין על קיצתן – כח בני העיר לתקן תקנות אף שיש בהם רווח להאי ופסידא להאי, מדין ז' טובי העיר¹¹⁵.

ואם יבטלו את חוק הגנת הדייר, חוק דמי מפתח, לרב פישר תישארנה הזכויות לדייר ע"פ ד"ת.

¹¹¹ שו"ת דובב מישרים סימן עז.

¹¹² פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים, עמ' 37-57.

¹¹³ שו"ת אמרי יושר חלק ב' סימן קנב, ב'.

¹¹⁴ זה נאמר לתקופה הראשונה, שבה השוכר נכנס לפני תחולת החוק, ולא על דעתו. אך היום בדיור מוגן, כל קניה של בית כזה, גם בלא דינא דמלכותא, היא על דעת החוק, וכמש"כ בשם הרב יהודה סילמן בסמוך.

¹¹⁵ תיק 8347/מה, פד"ר טז, עמ' 296.

אך דעת הרב סילמן (שמעתי מפיו) שכל זכות ההחזקה היא ע"פ החוק, דבלעדיו לא היתה לו כל זכות, ולכן אם מתבטל החוק, אבדו זכויותיו, דכל מנהג המדינה שעשו על פיו את ההסכם, הוא אדעתא שיכול להיות שנויים בחוק, וממילא יהא שינוי בזכויות.

הסדר נושים בפשיטת רגל

פקודת פשיטת הרגל

החוקים הראשונים שנחקקו בנושא באירופה ראו בפושט הרגל עברין. באנגליה נחקק ב' 1542 החוק הראשון, שהטיל סנקציות על החייבים ממאסר בבית כלא מיוחד לחייבים ועד עונש מוות. בארצות הברית נחקקו חוקים במהלך המאה ה'19 שהובילו בהדרגה לגישה יותר סלחנית כלפי החייבים והגנה עליהם.

בישראל, מוסדר הליך פשיטת הרגל ב"פקודת פשיטת הרגל", שבו ישנו איזון בין ההגנה על החייב, למיציא מקסימלי של התהליך לתשלום החובות לנושים.

מטרת פקודת פשיטת הרגל לכנס את כל ההליכים לגביית החוב תחת מטריה אחת, ולמצות ככל האפשר את אפשרויות החייב לשלם. וכן חלוקת ההחזר בשווה בין הנושים, תוך העדפה למיסים, למשכורת ולמזונות. לצורך זה מוטל על החייב הגבלות שונות, ועונשים כבדים במקרה של העלמת והברחת נכסים, של מאסר עד ארבע שנים.

לעומת זאת, מאפשר ההליך לחייב, לפתוח בחיים חדשים אחר מיצוי כושר ההחזר, כולל תשלומים חודשיים שביכולתו לשלם להחזר החוב, ולהשתקם כלכלית.

הליכי פשיטת הרגל מתחלקים לשלבים, כאשר בשלב הראשון ניתן נגד החייב צו כינוס נכסים. משניתן צו כינוס הנכסים, בית המשפט המחוזי מעכב את כל ההליכים המשפטיים התלויים ועומדים נגדו בגין חובותיו, לרבות הליכי הוצאה לפועל. אולם, מרגע שניתן צו כינוס הנכסים חלות עליו גם מגבלות רבות, כגון איסור פעילות כלכלית מסוגים שונים. המגבלות נועדו להבטיח שלא יצבור חובות נוספים. הוא גם מחויב לשלם לכונס הרשמי סכום חודשי שאותו קובע הכונס ומנוע מלצאת את גבולות ישראל.

תפקידו של הכונס להבטיח שכל נכסיו של החייב יועברו לקופת הכינוס. לשם כך הוקמה יחידת חקירה מיוחדת מכוח תיקון לפקודה מ' 1996-שתפקידה להתחקות אחרי נכסיו ולמנוע את הברחתם מהארץ או כל הונאה אחרת. משכונסו הנכסים הם מחולקים לנושים לפי דין קדימה הקבוע בפקודה. לדוגמה: חוב לתשלום מזונותאו לתשלום משכורת קודם לחוב לבנק או לאדם פרטי אחר.

מספר חודשים לאחר שכונסו נכסיו של החייב, מתקיים דיון בבקשתו להכריז עליו פושט רגל. סיומו של ההליך בדרך כלל בצו הפטר שנותן בית המשפט לחייב כאשר השתכנע שכל מה שניתן היה לשלם לנושים שולם ואין תועלת בהמשך ההליכים. משניתן צו הפטר נמחקים החובות ומוסרות ההגבלות שהוטלו על החייב. לפני התיקון ב־1996 היה נהוג למשוך את ההליכים במשך שנים עד שיצליח החייב לפרוע לפחות שליש מחובותיו. כיום בית המשפט מאפשר למי שנקלעו לחובות בתום לב לקבל צו הפטר מהר יותר, גם בלא ששילמו את השליש האמור ולחזור לעולם העסקים הרגיל.¹¹⁶

עמדת ההלכה כלפי פשיטת רגל

בפסקי ההלכה מצינו מחלוקת חריפה ביותר האם לשמוע לדין המלכות שתיקנה מעמד של פשיטת רגל, או שזהו חוק מעוות הפוטר את החייב מתשלום, ללא כל הצדקה.

דעת התומכים

בס' ברכי יוסף מובא בשם מהרש"ך שראוי לכופ את בעלי חוב המסרבים להתפשר עם הלוח שירד מנכסיו כאשר התפשרו אתו רוב הסוחרים ע"ש¹¹⁷.

וע"ש עוד כי בתשובות האחרונים נסתייעו ממהרש"ך הנ"ל לנידונם כמבואר בברכ"י שם. גם בשו"ת חזון נחום דן בנתעשר הלוח אחר שנתפשר, ודעתו שאין המלוח יכול לתבוע את שארית החוב¹¹⁸. כן ראיתי גם בשו"ת בית ישראל שדעתו דאמרינן בזה דינא דמלכותא דינא¹¹⁹, והמיעוט שאינם בפשרה ותובעים את הלוח לדיני ישראל אין שומעין להם, כי מעיקרא כשנתנו סחורה להלוח אדעתא דהך מנהגא נתנו וידעו שאם הלוח יפשוט רגל יוכרחו לקבל כפי הפשרה כמנהג ע"ש¹²⁰.

הרב משה פיינשטיין העניק לחוק תקפות מצד דינא דמלכותא, וכן השווה את הקפאת ההליכים במסגרת הליך פשיטת הרגל, להלכה האוסרת הקדמת תשלום לנושה אחד, באם ישנם עוד נושים, וצריך לחלק לכל הנושים בשווה. וזה לשונו:

¹¹⁶ מתוך ויקיפדיה ערך פשיטת רגל.

¹¹⁷ חלק חו"מ, סי' י"ב, אות י"ד. ועיין דברי הגאונים (כלל י"ד אות י"ח) שמעתיק דבריו בקצרה.

¹¹⁸ שו"ת חזון נחום, סי' נ"ו, ד"ה ובדבר.

¹¹⁹ שו"ת בית ישראל, עדעלין, סי' קע"ב.

¹²⁰ ועיין שו"ת ח"ס (חחו"מ סי' מ"ד) ושו"ת בית יצחק (חיו"ד ח"ב סי' ע"ה אות ה'), בנוגע לדינא דמלכותא במה שהיא תקנה לטובת בעלי אומנים, דהוי דינא. ועיין גם שו"ת ח"ס (חאה"ע ח"א סי' קכ"ו ד"ה והנה בשקאלא).

יולפ"ז הדינים שקבעה המלוכה לאם אחד ירד מנכסיו ואין בכחו לנהל עסק שלו שקורין פשיטת רגל (בענקראט) והוא בע"ח להרבה אנשים, שימנו ועד של ג' אנשים לחלק המעות בעין וכל הנכסים לכל בע"ח לפי סך המעות שחייבין לו ואסור לשום בע"ח לתפוס בעצמו הוא מהדינים שנוגע לכל אנשי המדינה וממילא הוי בזה לפסק הרמ"א דינא דמלכותא, וכל שכן כשהוא חברת מניות גדולה (קארפאריישאן) שאפשר שנוגע זה גם לאינם יהודים. ודין זה הוא כן בדיני התורה לישראל כשיודעין ב"ד שאחד יש לו הרבה חובות אין להם להניח לשום בע"ח לתפוס אלא צריך לחלק לכל בע"ח כפי סך המעות שחייב לו, אבל בדיני ישראל בסתם אדם שחייב להרבה בע"ח תלוי במוקדם ומאוחר בגביית קרקעות לכו"ע ובמטלטלין איכא פלוגתא בין האחרונים עיין בסמ"ע סימן ק"ד סק"א, אבל בחברות מניות (קארפאריישאנס) כאלו שהכסף שנותנים להם הוא במכירת מניות (שערס) שהוא קניית חלקים לא שייך ענין מוקדם ומאוחר, ואם גם לחברות המניות הללו בתורת הלואה פשוטה הוא בדין התורה כמו בסתם אדם שחייב להרבה מלוים, אבל שייך בזה ענין דינא דמלכותא אף בקרקעות כשהם אומרים שכולן שוין.

ובעצם מסתבר שגם מעצם הדין לא משתעבדין הקרקעות במדינות שעושין עניני מכירת קרקעות רק כדיניהם משום ששעבוד תלוי בסמיכות דעת של המלוה ובודאי ליכא סמיכות דעת כשערכאות המדינה לא יסכימו לזה, ופשוט שאף במכירת קרקעות ובתים לא נקנו במדינתנו וכדומה לא בכסף ולא בשטר כל זמן שלא עשה לו כדיני המדינה דשום אדם לא סמך דעתו אלא על דיני המדינה בזה. ופשוט שבמכירת חמץ בשביל שיהיה קנין חצר צריך דוקא בשכירות המקום על ימי הפסח שליכא בזה קפידא דדיני המדינה איך להשכיר אבל לא במכירת המקומות שתלוי זה דוקא בדיני המדינה.

ולכן למעשה בהעובדא שראובן שחייבת לו החברה ס"ב אלף שנתנו לו המנהלים (דירעקטארן) ל"ו אלף לפרעון חובו תלוי אם כבר נעשה פשיטת הרגל והיה אסור למנהלים לישא וליתן ולעשות בדעת עצמן מצד דיני המדינה ושלא כדין המדינה עשו מה שנתנו לראובן ל"ו אלף עבור חובו מחמת שרצו להטיב לו, צריך להחזיר מה שקבל משם להקופה שתחת הועד לתשלומי החובות כדיני המדינה, ואם עדיין לא נעשה פשיטת הרגל והמנהלים נשאו ונתנו כדין, אך ראובן חשש שמא יחליטו לעשות פשיטת הרגל והקדים לתבוע ונתנו לו הרי עשה כדין ואינו צריך להחזיר אף אם חזרו בהם"¹²¹.

דעת המתנגדים

בשו"ת חלקת יעקב (ח"ג סי' ק"ס) האריך בדין פושט את הרגל ומסקנתו (שם אות ז') כי גם אם באמת אין לו ללוה כעת לשלם, לא נפטר בכך מלשלם כאשר יהיה לו אח"כ ולא אמרינן בזה דינא דמלכותא דינא, גם אם הוא פושט רגל לפי החוק. וכן בתשובה אחרת מאריך בזה וזה לשונו :

יקרת מכתבו קבלתי וז"ל ראובן הלוח גמ"ח לשמעון ושמעון פשט את הרגל וערך על מאראטוריום באנקראפסי, והחוק הוא שצריכין להודיע לכל התובעים שהוא באנקרופסי, ואם אינו משיב שאינו מסכים, אזי בית המשפט מאשרים את הבאנקרופסי, וממה שנשאר בעלי חובות לוקחים כפי האחוזים. ועתה נשאר רק שלשים אחוזים, ראובן תובע כל החוב באמרו, ראשית כל לא ידעתי שגמ"ח בכלל זה, ושנית לא רציתי להזיקך, אבל אני לא וויתרתי על מעותי כי לא עשיתי עמך מסחרים. ושמעון טוען, אם לא מחית מחלת ואין לך יותר מכפי המגיע עפ"י חשבון, וכן הוא דינא דמלכותא - ע"כ יורנו נא המורה כדת מה לעשות עכ"ל שאלתו.

¹²¹ שו"ת אגרות משה חושן משפט חלק ב סימן סב.

תשובה: הדין של דינא דמלכותא הוא מההלכות המעוממות, ואינן מבוררות בספרי הפוסקים על בורין ומבוכה רבה בין הפוסקים בענין זה, וסתירות רבות, דלפעמים הרימו דגל המלוכה עדי מרום, ולפעמים השפילו עד לעפר ולא ראיתי שום אחד מהמחברים שיאמר בזה דבר ברור ויסוד חזק, כהחכם יודע פשר דבר, להשוות כל המקומות שדברו בזה לא יהא נפתל ועקש, קושיא ותיובתא, ותקצר היריעה מהכיל לפורטם, עוד חזון למועד איה"ש, לברר הדבר כשמלה לפני כל יודעי דת ודין, ואות אחת מן התורה לא יבטל וכו' - לשון שו"ת השיב משה חו"מ סי' צ'.

ונבא לני"ד - גם פה במדינות אירופא, מנהג ודין הערכאות, באם אחד פושט רגל הנקרא באנקראט או נאחלאס, אם רוב מהבעלי חובות מסכימים לקבל האחוזים מהרכוש שיש לו להלוה, בית המשפט מאשר זאת גם להמיעוט שלא הסכימו ע"ז או לא השיבו כלל ע"ז, ואם הרוב אינם מסכימים אז בא יבא הלוה לקאנקורס, ובאופן זה מקבל כל אחד מבעלי חובות האחוזים המגיע לו, ועל הנשאר מקבל מבית המשפט פרלוסט-שיין בלע"ז, משמעותו שיכול כל בעל חוב לתבוע מהלוה, כשיהי' לו איזה רכוש, מה שנשאר חייב לו מהמגיע לו. ובאופן הא' לאחר שקיבל האחוזים שלו, ויותר על המותר ואין לו עוד רשות לתבוע מהלוה אף כשיהי' לו אח"כ רכוש גדול, וזהו האופן דני"ד. וכמובן דזה נגד דין תורה שלנו, דכ"ז שלא מחל בפירוש להלוה, פשיטא דעפ"י דינו יכול לתבוע מהלוה מה שמגיע לו, ובאנו לזה אם בכה"ג שייך דינא דמלכותא דינא.

... נמצינו למדין, בני"ד לכל השיטות אין לנו להשגיח על דין דערכאות שהוא נגד דין התורה, ולומר שהוא מחל על ממונו, אף שלא מחל לעולם, רק מפני שהערכאות פוסקין כן, אם כן יבטול כל דיני התורה, ואף להרמ"א המרים ביותר הגדר דדמ"ד, דאף משום תקנת בני המדינה אמרינן דדמ"ד, בני"ד איזו תקנת בני המדינה יש בזה לגזול ממונו מפני שאין ללוה לשעה לשלם, אח"כ ישלם וישלם, לא תהיה לו כנושה בשעה שאין לו כתוב בתוה"ק, אבל לא שיופטר מפני זה לשלם אף כשיש לו אחר כך, ובפרט בממון של גמ"ח דשייך גם נעילת דלת - כמה חרדו חז"ל על תקנה זו שלא יהי' נעילת דלת, ובדין כזה אתה נועל ממש הדלת בפני הלוי, ישתקע הדבר ולא יאמר¹²².

וכן רבי יצחק וייס נשאל על פושט רגל שחייב כספים לגמ"ח, שהכריזו כל מי שאינו מתנגד להסדר החוב, מוחל, וטען הגמ"ח שלא מחל מה דינו :

"ע"ד ראובן שהלוה לשמעון גמ"ח, ואח"כ פשט שמעון את הרגל, וערך לבית המשפט על באנקראט /פשיטת רגל/, והחוק שמודיעים לכל התובעים שהוא באנקראט, - ואם אין מחאה - אזי הבית המשפט מאשרים הבאנקראט, וכמה שנשאר מחלקים לבעלי חובות לפי חשבון, - ועתה נשאר שלשים אחוזים, וראובן תובע שמעון לד"ת, שישלם לו כל החוב בשלימות, ושמעון משיב הודעתי לך מהבאנקראט, הי' לך למחות, דהיינו להודיע שאינך מסכים, - ואם לא הודעת הסכמת, ותקבל כפי המגיע לך עפ"י החוק - והשאר מחלת או אחרת - וראובן משיב, ראשית לא ידעתי שגמ"ח בכלל זה, ושנית לא רציתי לסתור כל הבאנקראט שיגיע לך היזק, - ואני לא מחלתי ולא אחרתי מאומה, כי לא עשיתי עמך מסחרים רק הלויית לך גמ"ח עכ"ד.

הנה לא ידעתי לחלק בין חוב מגמ"ח, לשאר חוב, אלא אף בכל חוב גם אם הי' מסכים בפירוש להפשר, הי' אפשר לדון אם לא הוי פשרה באונס, להוציא מה שיכול, אך הי' צריך לעשות מסירת מודעא מקודם, כמבואר בדברי הפוסקים, אבל היכא דלא הסכים בפירוש רק שלא עשה מחאה, הרי

¹²² שו"ת חלקת יעקב חושן משפט סימן לב.

מבואר בתש"ו מהרי"ל (סי' ע"ח), ובב"י (ח"מ סי' קכ"ח), בשם מצא כתוב, דמה שבנמוסיהם, כל מי שאינו בא להשיב תשובתו, שכנגדו נוצח, היינו גזילה עיין שם, והביאם בתש"ו מהרש"ם¹²³ והוא הביא לזה מדברי הירושלמי, דמוכח שם דכן הי' דד"מ גם בזמן הש"ס¹²⁴, ומסיק דלדין דוקא בעמד בדין וברח, וע"כ ס"ל להמהרש"ם שם בנדון דידי' כה"ג, דנאמן באמתלא עיין שם, וא"כ הה"ד בנד"ד¹²⁵.

אמנם, מצאתי שגם בדין תורה קיים הסדר כזה, שבאמצעות הכרזה של ב"ד שכל מי שלא מתנגד להכרזה איבד זכותו, הפקר הבי"ד הפקר, וא"א לתבוע. וז"ל הרשב"א על ההלכה שאסור לפתוח פתח למבוי בלא הסכמת בני המבוי, אלא אם היה לו פתח מקודם, אפי' סתום כל שלא עקרו לגמרי: עוד אמרת: כי לוי בא עליו בטענה אחרת, שאומר: שנתן ביתו מתנה לבנו. והכריזו בבית הכנסת: כל מי שיש לו זכות על הבתים, והבית שער סמוך לו, שיראה זכותו תוך חמישה עשר יום. ואם לא יראה, שיאבד זכותו כתקנת הקהל. וראובן לא הראה זכותו שיש לו בו, מחמת פתחו הסתום. וראינו שטר המתנה קרוע, וכתוב למטה מן השטר, שהכריזו בבית הכנסת על הבית, ועל הבית שער, ולא הראה ראובן זכות פתחו הסתום. הודיעני: הדין עם מי? ואם נאמר: כיון ששטר המתנה קרוי ובאותו שטר כתוב לשון ההכרזה, דנתבטל כח ההכרזה, בבטול שטר המתנה הקרוע?

גם בזה, נראה לי שלא אבד זכותו ראובן, משני פנים. האחד, כי אפילו המתנה קיימת, ושהכריזו על הבתים ועל הבית שער, ולא הראה ראובן זכותו. ואפילו הכי, לא אבד את זכותו. דכל שלא פרץ הפצימין, הרי הוא כפתוח. והגע עצמך! אם הכריז לוי כך, בעוד שהיה פתחו של ראובן פתוח, ונכנס ויוצא בו, מי נימא שיהא ראובן צריך לבא לפני בית דין, ולומר יש לי זכות בחצר שאני נכנס ויוצא בו, דרך פתחי זה לביתי. וזה ודאי, הדעת נותנת, שאני צריך לכך, ולא אבד את זכותו בשתיקתו. שפתחו מכריז על זכותו, ומראה אותו באצבע. ולפיכך, אם הפתח כמו שאמרנו, שאין כאן פריצת פצימין, הרי הוא כפתוח, ואינו צריך הודאה¹²⁶.

וכל מה שדחה הרשב"א, מפני שהפתח הוא כהודעה שיש לו זכות בחצר. אך בלא זה ההכרזה מועילה לבטל זכויות. אם כן לכאוי גם בהכרזת המלכות שמי שלא יתנגד יאבד זכותו, יש לה תוקף, לשיטות המקנות למלכות תוקף מטעם שיש לה כח כהפקר ב"ד הפקר".

סיכם את דעות המתנגדים רבי בצלאל שטרן:

"...אך איך שלא יהיה הרי גם בשו"ת מנחת אלעזר הנ"ל אינו דן בזה לפטור את הלוח מטעמא דדינא דמלכותא, אף שחוק זה היה בודאי קיים כבר בזמנו (הספר נדפס ע"י מחברו בשנת תרפ"ב). ואולי גם כן מה"ט שלא היתה פשיטת הרגל שבנידונו עפ"י החוק כאשר כותב שם, כי פשיטת הרגל האחרון היה "בגזילה נוראה" ע"ש. ואמנם אפשר גם כי דעתו דלא שייך לפטור את הפושט רגל מלשלם כל מה שהוא חייב בשלימות, מטעמא דדינא דמלכותא דינא.

וכן מבואר באמת בשו"ת חבצלת השרון (תניינא סי' פ"ו) בענין חמור מזה, וכתב דכיון דהוא מחלוקת הפוסקים אם שייך דינא דמלכותא דינא בין אדם לחבירו והוי ספיקא דדינא. וכל דינא

¹²³ שו"ת מהרש"ם, חלק ג', סימן צ"ו.

¹²⁴ תלמוד ירושלמי, מסכת כתובות, פרק ט', הלכה ח'.

¹²⁵ שו"ת מנחת יצחק חלק ג' סימן קלד.

¹²⁶ שו"ת הרשב"א חלק ב' סימן שלט. והביאו הב"י להלכה בחו"מ סימן קסב, סעיף ח', מחו' ה'.

דמלכותא דינא הוא רק תקנתא דרבנן, וכל ספק תקנתא אוקמינן אדינא, וכיון שהלוח מודה שהוא לוח, דינא הוא שהוא חייב לשלם מן התורה ע"ש.

ועיין באותה שאלה גופה בשו"ת מנחת יצחק (ח"ג סי' קל"ד) שמסקנתו דבלא הסכים הנושה בפירוש להפשרה רק שלא עשה מחאה כשקיבל הודעה על פשיטת הרגל, לא אמרינן דאבד זכותו, דלא אמרינן בכה"ג דינא דמלכותא דינא ע"ש.

העולה להלכה: א) משך הלוח כספים ממסחרו, והצליח אח"כ להטעות את הנושים עד שהכירו בו כפושט רגל, גם אם התפשרו הנושים בלא קנין לקבל אחוז מסויים, חייב הלוח לשלם כל סכום החוב (אות א'). ב) פושט רגל באמת שהתפשר עם נושיו ושילם להם אחוז מסויים מחובו, מחלוקת האחרונים אם חייב לשלם כל החוב (אות ב' - ג' - ד')¹²⁷.

פרק ו' - דיני חוזים

אסמכתא

אסמכתא – התחייבות על קנס שתלוי בתנאי, לא תקפה¹²⁸.
כתב הרמ"א אע"ג שאסמכתא היא התחייבות שלא מועילה, אם ההתחייבות תופסת במשפטי הגויים, מהני:

"וי"א דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן, קנו אפילו באסמכתא, משום דינא דמלכותא דינא (בית יוסף בשם רשב"א)"¹²⁹.

מסביר בעל החלקת יעקב¹³⁰, שכל הבעיה באסמכתא הוא חסרון בגמירות דעת לקנין. וכיוון שדינא דמלכותא דינא, מסתמא גמר ומקני, ולא הוי נגד התורה. וכמו קנין בפני בי"ד חשוב, דאמרינן גמר ומקני - ותוס' ב"מ ס"ו א' ד"ה ומניומי, לענין קנס בשידוכין דלא הוי אסמכתא כיון דכך נוהגין כל העולם, מידי דהוי אסטומתא¹³¹ - וכעין סברת החתם סופר חו"מ סי' קמ"ב באמצע התשובה וז"ל:

"וכיון שבכוונה ובלשון תלי' מילתא, ואלו האנשים לא הכירו לשון תורה, כי כל התנהגותם בערכאות הי', א"כ גם ד"ת הוא שמתנה הוא ולא ירושה, אבל חלילה לעלות על הדעת לעקור חקי ומשפטי התורה אפי' כחוט השערה, וקרוב לזה כוונת הסמ"ע סי' שס"ט ס"כ עיי"ש".

¹²⁷ שו"ת בצל החכמה חלק ה סימן קיד.

¹²⁸ מקור ההלכה בתלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף סו, ונפסק להלכה בשו"ע חו"מ סימן רז.

¹²⁹ שו"ע, חלק חושן משפט, סימן רז סעיף ט"ו.

¹³⁰ שו"ת חלקת יעקב, חו"מ, סימן לב.

¹³¹ ועיין בשו"ת מהרש"ל סימן לו, ושו"ת שואל ומשיב מהדורא קמא, ח"א סימן י"ח, שגם כן כותבים דמהני התחייבות באסמכתא משום דינא דמלכותא, דלא גרע ממנהג הסוחרים - סיטומתא.

ור' יעקב לורברבוים בעל נתיבות המשפט חידש עוד דאף לשיטות שלא מהני סיטומתא בדבר שלא בא לעולם (לדעת המרדכי שבת סימן רעג), מדינא דמלכותא מהני¹³².

וכן פסק הרב יחזקאל לנדא¹³³, שאפשר לקבל שררה ישירות מהמלכות בדבר שלא בא לעולם, אך אין אפשרות להקנות זכות זו לאחר (כנראה שעל זה אין דין של המלכות, שדין המלכות הוא רק לזכות את בעל השררה בתפקיד, ולא דין על העברתו לאחר).

אך החזו"א קבע, שקנס הנמצא בחוזה בין שני יהודים לא תקף, אף אם דינא דמלכותא מקיים השטר¹³⁴.

ערבות בנקאית

בערבות אחר מתן מעות יש בעיה של אסמכתא. דערב בשעת מתן מעות משתעבד אגב ההנאה שהאמינו המלוה, ונתן מעות על פיו. לכך אחר מתן מעות לא משתעבד, דהוי אסמכתא.

וכן נפסק בשו"ע¹³⁵:

"המלוה את חבירו, ואחר שהלוהו אמר לו אחד: אני ערב, או שתבע את הלוח בדין, ואמר לו אחר: הנח ואני ערב, או שהיה חונק את חבירו בשוק ליתן לו, ואמר לו: הנח ואני ערב, אין הערב חייב כלום ואפילו אמר בפני ב"ד: אני ערב".

לכן התעוררה שאלה, מה דין ערבות בנקאית לאחר ההלוואה, שנעשתה בלא קנין? בעיה זה הובאה לפני בית הדין הגדול לערעורים¹³⁶: המקרה בקצרה הוא שהאישה קיבלה אישור לקחת עימה את בנם המשותף לחו"ל, והפקידה ביד בית הדין ערבות בנקאית למקרה שהילד לא יחזור אחר 4 חודשים. אחר זמן רב שהילד לא חזר, החליט בית הדין שהמשיב ב' זכאי לקבל את הערבות הבנקאית. ב"כ האם עתר לביה"ד לערעורים בנימוק שהערבות היא אסמכתא ולא תקפה. הרב יוסף שלום אלישיב פסק שיש לקיים את הערבות הבנקאית מכמה טעמים. והטעם הנוגע אלינו הוא, שהסתמך על דברי הרמ"א לעיל שאם יש דינא דמלכותא, אין בהתחייבות משום אסמכתא. אך בלא זה דחה את העתירה מטעם שהבנק אינו נותן מעות אלא אם הוא בטוח במעותיו, ובזה ודאי הבנק משתעבד בשעבוד גמור, דהא לא יגרם לבנק כל הפסד.

לעומת זאת פוסק הרב זולטי שם בדעת מיעוט, שיש לפסול את הערבות הבנקאית. דהכלל דינא דמלכותא הוא לא יותר ממנהג המדינה, וכיוון שפוסקים חלוקים אם מנהג מבטל אסמכתא, אין להוציא מהמוחזק. וזה לשונו:

¹³² נתיבות המשפט ביאורים סימן רא.

¹³³ שו"ת נודע ביהודה, מהדו"ת, או"ח, סימן נט.

¹³⁴ חזו"א, ליקוטים לחו"מ, סימן טז, אות יא.

¹³⁵ שולחן ערוך חושן משפט הלכות ערב סימן קכט סעיף א.

¹³⁶ ערעור תשכ"ה/47 פד"ר ה', עמ' 258.

"אולם בחדושי הרשב"א גיטין י' ע"ב ד"ה ואי כתב ורבינו הרב נ"ר פירשה... דה"ק תני חוץ מכגיטי נשים ולא משנינא ליה משום דינא דמלכותא דינא, לפי שאין המלך מפקיע ממון ישראל אצל חבריו, אלא כ"ז שהוא בא לדון בערכאות שלהם, הילכך אף על פי שעשה ישראל שטר לחבירו בערכאות שלהם לא הופקעה השדה מן המוכר על אותו שטר כ"ז שלא באו בערכאות שלהם, והא דקאמר שמואל טעמא משום דדינא דמלכותא, חידושו שאין המוכר יכול לחזור בו עוד שכבר הופקעה ממנו השדה בדד"מ = בדינא דמלכותא =, וכשיחזיק בה הלה יזכה ולא בשטר עצמו זוכה בה... א"נ אפשר וכדאמרין התם האי סיטומתא קניא באתרא דנהיגי למיקנא ודד"מ נמי כמנהגא הוי. וכ"ה בש"מ ב"ב נ"ה ע"א ד"ה אריסות עיין שם.

הרי כתב דדינא דמלכותא דמהני הוא בשני אופנים, חדא כשבאים לדון בערכאות שלהם, ועוד דד"מ מהני משום דהוי כסיטומתא דקניא באתרא דנהיגי למיקנא, ודד"מ נמי כמנהגא הוי.

מעתה לשיטת הפוסקים דסיטומתא לא מהני למיקני באסמכתא כנ"ל, ה"ה דד"מ לא מהני באסמכתא שהרי כל דין דד"מ הוא מדין קנין סיטומתא.

ואפילו אם נאמר דדינא דמלכותא עדיף מקנין סיטומתא, ועיי' אבני מלואים סי' כ"ח ס"ב דד"מ מה"ת הוא, ואילו קנין סיטומתא כתב הנתיבות דהוא רק מדרבנן עיין שם¹³⁷.

אמנם כתב הטור חו"מ סי' ס"ח בשם הרא"ש וז"ל: אם הנהיג המלך שלא יעשה שום שטר אלא בפני הערכאות אז היו כל שטרות הנעשים בערכאות כשרים אפילו שטרי מתנות והודאות משום דינא דמלכותא, אבל כיון דהאידנא ליכא דד"מ שיהיו כל השטרות נעשין בערכאות, הני שטרי מתנות הנעשים בערכאותיהן חספא בעלמא הן.

עוד הביא שם הטור בשם הרמב"ן דלענין דרכי הקנאה לא מהני דינא דמלכותא, ועיי' בתומים שם (חו"מ סי' ס"ח סק"ו) שכתב בתוך דבריו: "אך זה הכל בענין כתיבת השטר, אבל מה שנוגע לשארי קנינים... דזה אינו ענין לשטר פשיטא דלא שייך דד"מ דינא דאל"כ בטלת דין תורה ח"ו".

ולפי זה בנדון דידן דליכא דינא דמלכותא שיהיו כל השטרות נעשין בערכאות, אלא אפשר גם לעשות שטר וקנין כד"ת, ועוד דהערבות שנתן הבנק היה על יסוד פס"ד של ב"ד רבני, א"כ הני שטרי הנעשים בערכאותיהן חספא בעלמא הן כמש"כ הרא"ש הנ"ל.

והא דכתב הרשב"א הנ"ל שהביא הרמ"א, דאם השלישו משכנות זה כנגד זה במשפטי גוים ובשטרותיהן קנו אפילו באסמכתא, היינו משום דהרשב"א לטעמיה דד"מ הוי כמנהגא וקני מדין סיטומתא, ולפי האמור הרי יש בזה מחלוקת הפוסקים אם סיטומתא קני באסמכתא, וא"כ אין להוציא מהמוחזק.

עוד יש לדון דבמקרה דנן לא שייך בכלל לבוא מכח דינא דמלכותא, דכתב רש"י בגיטין ט' ע"ב בטעמא דד"מ, משום דבני נח נצטוו על הדינין, וא"כ נמצא דד"מ הוא כדין, שהרי אצל ב"נ = בן נח = אלו הדינים שלהם, ולכן, אפילו ישראלים שעשו שטרותיהן במשפטי הגויים קנו, שהרי אצל הגויים

¹³⁷ נתיבות המשפט, סי' רא, סעיף קטן א'.

השטר קונה כדין, משא"כ כאן שכולנו מצווים לשמור ולקיים את כל משפטי התורה, א"כ כל שטר שנעשה שלא כדין אין לו כל תוקף, אלא שי"ל שלא גרע מסיטומתא דקני וכנ"ל.

ולפי זה אפשר לומר דהא דפסק הרמ"א בשם הרשב"א דד"מ מהני גם באסמכתא, היינו בשטרות שנעשו במשפטי הגוים שדד"מ שלהם הוא כדין, אבל בנידון דידן שלא שייך לומר בזה דד"מ, אלא רק מדין קנין סיטומתא, בזה גם הרמ"א סובר דלא מהני לקנות באסמכתא, וכמש"כ הגרע"א הנ"ל דלא מהני סיטומתא למחשבי יותר מקנין גמור. בצלאל זולטי"

השבת אבידה

והאי דסי' רנ"ט ס"ז בהג"ה המציל מזוטו של ים, שבזה לא חייב להחזיר, אם גזר המלך חייב להחזיר מדינא דמלכותא, כיון דאפילו על פי דיננו מבואר ברמ"א שם דטוב וישר להחזיר, וכמו שנתבאר בסעיף ה' שאפי' במקום שרוב עכו"ם מצויין שודאי נתיאשו הבעלים, טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין ולהחזיר, ממילא כשגזר המלך או ב"ד חייב להחזיר מכח דדמ"ד.

וכעין זה מבואר במהרי"ק¹³⁸ באמצע התשובה וז"ל:

"באשר נגזר מאת המלך שלא להלוות ברבית דאפקעתא דמלכא היא ודדמ"ד, ויכול לגזור שלא ילוה עוד ברבית תחת ממשלתו, ואפי' מס יכול לקבוע ולומר איני רוצה שידור אדם בארצו אם לא יתן כך וכך, כש"כ וכש"כ כיוצא בזה שבקושי התירו, כבב"מ דף ע"א, אלא משום כדי חייו הותר, פשיטא שהמלך יכול למנוע בכיוצא בזה".

החזרת גניבה

וזה גם הטעם בהאי דסימן שני' להחזיר כל גניבה אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות מכח דינא דמלכותא¹³⁹, דזה לא הוי נגד דין התורה, כיון דגם עפ"י התורה טוב וישר שלא לסמוך על יאוש גבי מציאה, ומסתמא גם לענין גניבה, וממילא יש כח למלך לגזור, ולעשות לחוק ולדין במדינתו.

וכוונת הש"ך בס"ק י' שם, דהכי נהיגי עכשיו, הוא בא בשתיים - הא' דכבר בישראל נהיגי כן וכברמ"א סימן רנ"ט ס"ז (הנ"ל) דאף על גב דמדינא אין חייבין להחזיר באבדות, אם גזר המלך או ב"ד, דייק ואמר או ב"ד, דגם ב"ד יכולין לגזור על מנהג טוב כזה אם רואין בזה נחיצות, וזה גם כוונת הש"ך שם דגם בישראל כבר נהיגי, ומסיים ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא כן, כלומר ובגוונא כדין דדמ"ד - באופן שמכל המקומות שמביא בהשיב משה להקשות על הש"ך יש לתרץ, דשם ודאי שייך לומר דינא דמלכותא אף לשיטת הש"ך. ועי' בסוסי' שס"ח ברמ"א מבואר להדי' וז"ל מיהו נהגו להחזיר כל גניבה אף ביאוש ושינוי רשות ואין לשנות מן המנהג, ומהתימה על גאון הדרת קדשו של השיב משה הנ"ל, שכתב אבל דוחק דמלשון הג"ה שם מבואר דנהיגי רק משום דדמ"ד וכו', והעלים עיניו הקדושים מרמ"א סוף סימן שס"ח שכתב הלשון סתם, מיהו נהגו להחזיר.

¹³⁸ תשו' מהרי"ק, סי' קפ"ז.

¹³⁹ שו"ע חר"מ, סימן שנו.

תכנון ובניה- הרחקת נזיקין

לאור היסוד שכדי להכיר בחוקי המדינה עלינו לראות יסוד לתקנה בדין תורה, עולה השאלה האם יש התייחסות במשפט העברי לתקנות תכנון ובניה, המגבילות בעל שטח פרטי מפעולות בשטחו, משום הסדר הציבורי, נוי העיר, או נזק לשכנים?

כך, למשל, נקבע שיש להרחיק מתקנים מסחריים העשויים להזיק לרבים ולהימנע מלהקימם בסמוך לשטחי מגורים. ההלכות הללו משמשות פעמים הרבה עילה בידי הפרט לתבוע את חברו על שהזיק לו או אף לאכוף את הסרתו¹⁴⁰.

ואולם לעתים מובלט דווקא הפן הציבורי שבדיני התכנון. כך, למשל, נקבע כבר במשנה כנורמה המנוסחת על דרך הכלל, בלשון רבים¹⁴¹, שיש להרחיק מן העיר את הנבלות, את בית הקברות ואת הבורסקי [=מקום עיבוד העורות¹⁴²]. ונחלקו הפרשנים בטעמה של הלכה: יש הסבורים שהטעם הוא הריח הרע העולה מן המקומות הללו, בדומה לשאר דיני מטרדי היחיד; אך יש אומרים שהדבר נועד רק למנוע עגמת נפש מבני העיר¹⁴³.

הוראה דומה נקבעה בחוק הישראלי, שקבע, מכוח דיני התכנון והבניה, תוכנית מתאר ארצית לעניין שטחי קבורה, המתחשבת בשיקולים תכנוניים וסביבתיים בהגבלת המקומות שניתן לקבור בהם.

ובפרט בארץ ישראל, שכידוע 90% מהקרקעות והמגרשים בזמננו הינם 'אדמות מינהל', והמינהל רק" מחכיר " את המגרש לבונה, והן אמנם שמחכירים זאת בחכירה לדורות לתקופה של 49 שנים או 99 שנים תוך התחייבות בלתי חוזרת שעם תום התקופה הם יחכירו לו זאת פעם נוספת לתקופה זו וכן הלאה. מכל מקום, אין לקונה בעלות גמורה על הקרקע. וכיון שהינו רק חוכר, והמחכיר - דהיינו הרשויות, מגבילים אותו בצורת הבניה ודורשים ממנו להתחיל את הבניה ממרחק של מספר מטרים בגבול המגרש, הרי הוא משעובד לעשות כרצונם¹⁴⁴.

דהיינו, דיני התכנון והבניה נובעים מהעובדה שהקרקע נקנתה מגורם ציבורי, ולכן יש להם מעמד

¹⁴⁰ ראה אנציקלופדיה תלמודית, כרך י', עמ' 666-671, ערך הרחקת נזיקין.

¹⁴¹ הגם שרוב הפוסקים, דוגמת הרמב"ם, קבעו גם נורמה זו בין מטרדי היחיד.

¹⁴² בבא בתרא ב, ח. לדעת קרויס, קדמוניות התלמוד (הנזכר לעיל, בהערה 2), עמ' 41, הכוונה היא רק ל"עיר" בה"א

הידיעה, ירושלים, אך הפוסקים לא סייגו הלכה זו. ראה רמב"ם, הלכות שכנים, פרק י', הלכות ג-ד.

¹⁴³ ראה ספר הלבוש לרבי מרדכי יפה, יורה דעה, סימן שסה.

¹⁴⁴ עמק המשפט, הלכות שכנים, סימן טז.

כדין מכירה משויירת. זאת משום שברור המנהל אינו מוכר את הקרקע, אלא באופן שיאפשר לו לשמור על חוקים אלו.

נוי העיר

בשל הרצון לשמור על "נוי העיר" ויפיייה החיצוני¹⁴⁵, חייבו חז"ל להרחיק עצים מסוימים מגבולותיה¹⁴⁶. והטעם שניתן בתלמוד לאיסור: מפני שענפיהן מרובים, ו"נוי הוא לעיר כשיש מרחב פנוי לפניה"¹⁴⁷.

בתלמוד הירושלמי היה מי שפירש שהרחקת עצים אלה מן העיר באה עקב נופם הרחב המצל על העיר ומאפיל אותה¹⁴⁸. יש מן הראשונים שצמצמו חובה זו רק ליישובים בארץ ישראל, בגלל החובה לשמור על יופייה, אך יש מי שהרחיבוה גם לערים בחו"ל¹⁴⁹. וכבר קבע הרשב"א כלל גדול בחידושו: "כל שהוא משום נוי, אין בני העיר יכולין למחול"¹⁵⁰. כלומר, מדובר בהוראה קוגנטית שתכליתה לשמור על "נוי העיר", ולכן לא ניתן להתנות עליה.

הקפדה מיוחדת על 'נוי העיר' הייתה בערים שניתנו ללוויים. וכך הוסבר הדין האמור בתורה¹⁵¹ המחייב להותיר 'מגרש' פנוי מסביב להן בידי רש"י¹⁵²: שביקשו להותיר בשולי העיר מרחב פתוח, ותישאר "רחבה פנויה מזריעה ומבתים ומאילנות לנוי העיר, להיות לה לאוויר". ממקורות אחרים עולה ששטח פנוי זה הקיף את העיר מכל צדדיה, ומידתו הייתה כאלף אמה, כחמש מאות מטרים¹⁵³.

הלכה נוספת נאמרה בערי הלוויים, ולפיה אסור לשנות את ייעודה של קרקע, כגון בתוספתא: "אין עושין שדה מגרש ולא מגרש שדה"¹⁵⁴.

ופירש רש"י: "אין עושין שדה מגרש, משום יישוב ארץ ישראל, והיינו חורבן, שממעט את הזריעה; ולא מגרש שדה, שמחריב את נוי העיר"¹⁵⁵.

¹⁴⁵ במקורות יש הדים לקיומם של מתכנני ערים, כגון: "ארכיטקטון שבנה את העיר" (בראשית רבה כד, א).

¹⁴⁶ משנה, בבא בתרא ב, ז.

¹⁴⁷ רש"י, בבא בתרא כד ע"ב, ד"ה מרחיקין את האילן מן העיר.

¹⁴⁸ ירושלמי, בבא קמא ב, ז.

¹⁴⁹ רמב"ן, רשב"א וריטב"א - בבא בתרא, שם.

¹⁵⁰ חידושי הרשב"א, בבא בתרא כד ע"ב.

¹⁵¹ במדבר לה, ה.

¹⁵² סוטה כז ע"ב.

¹⁵³ ראה: תרגום אונקלוס, במדבר לה, ד-ה; פירוש רש"י, עירובין נו ע"ב, ד"ה צא מהן.

¹⁵⁴ תוספתא, ערכין ה, יח.

¹⁵⁵ ערכין לג ע"ב, ד"ה אין עושין.

כלומר, הרצון לשמור על אזורים חקלאיים מסוימים ועל נוי העיר מחייב להימנע מלשנות את ייעודה של הקרקע. נורמות דומות נקבעו בחוקי התכנון והבנייה בישראל¹⁵⁶.

הוראות מיוחדות בחוק התכנון והבנייה הישראלי מונעות מן האדם לשנות דבר בביתו, כגון סגירת מרפסת או בניית תוספת, בלא לקבל היתר מן הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה. עקרונות דומים קיימים בהוראות אחדות במשפט העברי ובתקנות הקהל.

עקרון היסוד במשפט העברי נקבע בדברי הנביא: "הוי בונה ביתו בלא צדק ועליותיו בלא משפט" (ירמיהו כב, יג). לאמור: האדם חייב לבנות את ביתו לפי עקרונות של צדק ומשפט. בדורות מאוחרים יותר, שימש פסוק זה לחכמים כאסמכתה להלכות שעניין דיני תכנון ובנייה. כך, למשל, קבעו חכמי איטליה שאדם אינו רשאי לשנות בביתו שום דבר העלול לפגוע בזכויות שכניו לאור ולאוויר¹⁵⁷. הלכה זו מקורה מן המשנה שצריך להרחיק בנייה מחלון חבירו ארבע אמות¹⁵⁸.

הוראות אחרות בחוקי התכנון והבנייה המודרניים מחייבות את האדם להרוס בניינים רעועים שנשקפת מהם סכנה לסביבה. הוראה דומה מצויה בדיני הנזיקין שבמשפט העברי. כבר במשנה נאמר שבמקרה מעין זה, בית דין קובע זמן לבעליו של הנכס להרוס את הבניין הרעוע בתוך שלושים יום, ואם אינו עושה כן, הוא חייב בכל נזק שייגרם על ידו¹⁵⁹.

במשנה ובתלמוד נקבעו הלכות בעניין בנייה בעומק¹⁶⁰, שנועדו למנוע סכנה מן הרבים. וכן נאמר במשנה: "אין עושין חלל תחת רשות הרבים, כגון: בורות, שוחה או מערה"¹⁶¹. ואולם רבי אליעזר מתיר לעשות חלל גם מתחת לרשות הרבים, ובלבד שיעשה לו כיסוי חזק דיו עד כדי "שתהא עגלה טעונה אבנים מהלכת על גביו".

עוד נאמר באותה משנה: "אין מוציאין זיזין [=קורות בולטות] וגזוזטראות [=מרפסות] לרשות הרבים. אלא: אם רצה, כונס לתוך שלו ומוציא [את הקורה או המרפסת בשטחו שלו]".

בתלמוד מובאת דעה המסייגת הלכה זו וקובעת שאם הקורות הבולטות הן למעלה מ"גמל ורוכבו", שאינן מפריעות לעוברים ולשבים, הדבר מותר.

¹⁵⁶ על הרגישות לנויה של עיר, ניתן ללמוד גם מדברי שבח אגדיים שהרעיפו חכמים על טבריה, שדרשו את שמה (מגילה ו ע"א) כמין נוטריקון: "טובה ראייתה" - הנוף שלה נאה לעין ומשובב נפש. על טוב ראייתה של טבריה, ראה ספרו של הרב מ' קלירס, רבה של טבריה, טבור הארץ (טבריה, תרצ"ג).

¹⁵⁷ ראה שו"ת הרמ"ז, לרבי משה זכות, סימן לז. וראה א' הכהן, "וכי הרבים גזלנים הם? על הפקעת מקרקעין ופגיעה בזכות הקניין במשפט העברי", שערי משפט 1 (תשנ"ז), עמ' 39-54.

¹⁵⁸ משנה מסכת בבא בתרא פרק לא יחפור, ובגמ' שם דף כב. ונפסק להלכה בשו"ע חו"מ סימן קנד.

¹⁵⁹ ראה: משנה, בבא מציעא י, ד; רמב"ם, הלכות נזקי ממון, פרק יג, הלכה יט; שו"ת הרשב"א, חלק ד, סימן קיד.

¹⁶⁰ על הפן הקנייני של בנייה מעין זו, ראה ד' האן, "היקפו של קניין מקרקעין", פרשת השבוע, חיי שרה, תשס"ו, גיליון מס' 232, "דעת".

¹⁶¹ משנה, בבא בתרא ג, ח.

הריטב"א, שנדרש לעניין זה, קובע שבמקום ש"לא נהגו" להוציא קורות אף אם הן גבוהות הרבה יותר מ"גמל ורוכבו", אין להוציאן¹⁶². אך כשיש מנהג להתיר את הדבר, אי אפשר למחות ביד העושה, והוא אף עשוי לרכוש "חזקה", ולא ניתן להכריחו להרוס את מה שבנה¹⁶³.

תכנון ובנייה בירושלים

בשל קדושתה ואופייה המיוחדים, נקבעו לעיר ירושלים דינים מיוחדים. כך, למשל, נאמר שאסור להוסיף על גבולותיה "אלא על פי בית דין של שבעים ואחד"¹⁶⁴. ובמקור מקביל, מגילת תענית, הורחבה הלכה זו, ונאמר שאין מוסיפין אלא 'במלך ובנביא ובכהן, ובאורים ותמים, ובסנהדרין של שבעים ואחד, ובשיר ובשתי תודות'.

כחלק מ"תקנות ירושלים", נקבע שאפילו **ברשות היחיד**, האדם מנוע מלבנות קורות הבולטות מן הכתלים החוצה או מרפסות או צינורות לרשות הרבים, לפי שהם עלולים לטמא את עולי הרגלים הבאים לעיר וגם כדי שלא יזיקו לעולי הרגלים¹⁶⁵.

בדומה לכך נאסרה גם נטיעת "גנות ופרדסים" בירושלים, פרט ל"גינת ורדים שהייתה שם מימות נביאים הראשונים"¹⁶⁶. וטעם הגזרה: כדי למנוע את זיבול השדות, משום שמרבים ריח רע, ויש חשש ש"יקוצו בה עולי רגלים וכל הבאים אליה מכל קצוי ארץ"¹⁶⁷.

כיוצא בדבר: "אין עושים כבשונות בירושלים", והם משרפות סיד לקדרות, מפני שהעשן משחיר את החומה, וגנאי הוא לירושלים, שנאמר עליה שהיא "כלילת יופי, משוש לכל הארץ" (איכה ב, טו). ויש שפירשו שהטעם הוא שלא ישחיר העשן את כותלי בית המקדש¹⁶⁸.

¹⁶² שו"ת הריטב"א, סימן קכה.

¹⁶³ שו"ת הרא"ש, כלל צט, סימן ו.

¹⁶⁴ משנה, סנהדרין א, ה.

¹⁶⁵ בבא קמא פב ע"ב; תוספתא, נגעים, פרק ו; אבות דרבי נתן, פרק לה; רמב"ם, הלכות בית הבחירה, פרק ז, הלכה יד; שו"ת הריטב"א, סימן קכה. וראה: ש' ביאלובלוצקי, "ירושלים בהלכה", עלי ע"ן (ירושלים תש"ח), 74-25 [=אם למסורת, ר"ג תשל"א, עמ' 72-19]; נ' רקובר, "עשרה דברים נאמרו בירושלים", פרשת השבוע, במדבר, תשס"ג, גיליון מס' 123.

¹⁶⁶ רמב"ם, הלכות בית הבחירה, פרק ז, הלכה יד.

¹⁶⁷ שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרלג.

¹⁶⁸ בבא קמא פב ע"ב; רש"י ושיטה מקובצת שם; חגיגה כו ע"א; זבחים צו ע"א; רמב"ם, הלכות בית הבחירה, פרק ז, הלכה יד.

עוד אמרו שאין לבנות בית קברות בתחומיה, "חוץ מקברי בית דוד וקבר חולדה הנביאה, שהיו שם מימי נביאים הראשונים"¹⁶⁹. אך הרדב"ז, רבי דוד בן זמרה, מחכמי מצרים וארץ ישראל במאה הט"ז, כתב שבזמן הזה שאין בית המקדש קיים, ואין דיני טומאה וטהרה נוהגים עוד, בטל איסור זה¹⁷⁰.

במדינת ישראל

במשפט הישראלי, הוסדרו דיני התכנון והבנייה במערכת חוקים ובראשם חוק התכנון והבנייה, התשכ"ה-1965. חוקים אחרים קובעים סייגים להצבת מתקני מסחר ותעשייה באזורי מגורים, כגון: חוק רישוי עסקים, התשכ"ח-1968, חוק למניעת מפגעים, התשכ"א-1961 וחוקי עזר עירוניים שונים.

במקרים אחדים מצאו בתי המשפט בישראל סעד וסמך במקורות המשפט העברי לנושאים שבאו לפניו בענייני דיני התכנון והבנייה. כך למשל, כשנידונה חובת העירייה להרוס מבנה רעוע, הביא השופט טל את עמדת המשפט העברי, ולפיה יש להבחין בין בניין רעוע שסכנתו אינה מיידית, שחובה על בית הדין להתרות בבעליו ולתת לו שהות להרוס, לבין בניין שסכנתו מיידית¹⁷¹. וכן נקבע בשולחן ערוך:

"הכותל והאילן... אם היו רעועין, בית הדין קובעין לו זמן לקוץ את האילן ולסתור את הכותל, וכמה זמן? שלושים יום"¹⁷².

והוסיף הרמ"א בהגהתו:

"קובעים לו זמן - דווקא כשהתרו בו בית דין. אבל בלא בית דין, אף על פי שהתרו בו חבריו, אינו כלום... ואם הדבר נחוץ, ויש לחוש שיזיק לאחרים, אין נותנין לו זמן, רק כופין אותו לסלק היזקו מיד".

פתיחת עסק בבית מגורים

זכות השכנים למחות במשכיר דירתו לעסק בבית מגורים נידונה בביה"ד באשדוד¹⁷³:

¹⁶⁹ תוספתא, אבות דרבי נתן.

¹⁷⁰ שו"ת הרדב"ז, חלק ב, סימן תרלה.

¹⁷¹ ע"א 2904/92 עיריית ת"א נ' עזבון המנוח לטרהויז, פ"ד (נ1) 754.

¹⁷² שולחן ערוך, חושן משפט, סימן תטז, סעיף א.

¹⁷³ תיק 1440/מא, פד"ר יב, 349, עמ' 354. בפני הדיינים: ש' דיכובסקי – אב"ד, י' אליעזרוב, מ' אלחדד.

"סיבה נוספת נראה דיכולים למחות דנתברר מאישור שהגיע מעיריית אשדוד, שכל יעוד שאינו מגורים חייב בקבלת היתר לשימוש חריג, ואישור מהוועדה המקומית והוועדה המחוזית לתכנון ובנייה. ואם קיימת התנגדות שכנים, סביר להניח שהוועדה לא תאשר זאת, וכל זה לאחר בירור בין המבקש והמתנגדים. אשר לכן מכיון שקיים חוק כהנ"ל הוה כמנהג שעל דעת כן נכנס לדירה, ויש לו זכות להביא התנגדות לשימוש חריג, וכן שמעתי מהגרי"ש אלישיב שליט"א, מגדולי הפוסקים בדורנו כנזכר לעיל, אשר על כן נראה דיכולים לעכב..."

פרק ז' - שטרות העולים בערכאות של גויים

שנינו במשנה :

"כל השטרות העולים בערכאות של עכו"ם אף על פי שחותמיהן עכו"ם כשרין חוץ מגיטי נשים ושחרורי עבדים"¹⁷⁴.

ובגמרא :

"קא פסיק ותני, לא שנא מכר ולא שנא מתנה. בשלמא מכר, מדיהיב זוזי קמייחו הוא דקנה, ושטרא ראייה בעלמא הוא. דאי לאו דיהיב זוזי קמייחו לא הוה מרעי נפשיהו וכתבי ליה שטרא. אלא מתנה במאי קני ליה, בהאי שטרא, והאי שטרא חספא בעלמא הוא. אמר שמואל דינא דמלכותא דינא איבעית אימא תני חוץ מכגיטי נשים"¹⁷⁵.

לתירוץ ראשון רק גיטי נשים לא מוכרים, משום דדינא דמלכותא דינא. לתירוץ שני, גיטי נשים וכל הדומה להם אינם מוכרים. והדומה לדעת רש"י שם זה שהקנין נעשה על ידי השטר, ובזה אין תוקף אם נעשה שלא כהלכה, וכולל בזה שטרי מתנה. טעם סברא זו כנראה מקורה במחלוקת לגבי סמכות המלכות להקנות דברים, שיש אומרים שרק להפקיע יש להם סמכות, ולא להקנות, ולכן רק שטרות שהם ראייה בלבד, מוכרות אם השלטון מקפיד על זיוף ואינו מושחת, ועיין בזה בפרק הקנאה מכח דינא דמלכותא.

עוד שם בהמשך הגמ'¹⁷⁶ :

"רבינא סבר לאכשורה בכנופיאתה דארמאי. אמר ליה רפרם, ערכאות תנן. ודוקא ערכאות דלא מקבלי שוחדא".

¹⁷⁴ מסכת גיטין, פרק א', משנה ה'.

¹⁷⁵ תלמוד בבלי גיטין דף י' עמוד ב'.

¹⁷⁶ גיטין דף יא.

ובדף יט :

"רב פפא כי הוה אתי לקמיה שטרא פרסאה דעביד בערכאות של עכו"ם, מקרי ליה לשני עכו"ם זה שלא בפני זה, והוה ליה כמסיח לפי תומו, ומגבי ביה ממשעבדי", (ויש גורסין מבני חרי).

שיטת הרמב"ם

הרמב"ם במשנה תורה¹⁷⁷ :

"כל השטרות שחותמיהן עכו"ם הרי אלו פסולין, חוץ משטרי מקח וממכר ושטרי חוב. והוא שיתן המעות בפניהם, ויכתבו בשטר : לפנינו מנה פלוני לפלוני כך וכך דמי המכר או מעות החוב. והוא שיהיו עשויין בערכאות שלהם, אבל במקום קבוץ פליליהן בלא קיום השופט שלהם לא יועילו כלום.

וכן צריכין עדי ישראל, שיעידו על אלו העכו"ם שהן עדי שטר, ועל זה השופט שלהן שקיים עדותן שאינן ידועין בקבלנות שוחד. ואם חסרו שטרי העכו"ם דבר מכל אלו הרי הן כחרס. וכן שטרי [חוב] והודאות ומתנות ופשרות ומחילות שהן בעדים שלהן, אף על פי שיש בהן כל הדברים שמנינו, הרי הן כחרסים.

והורו רבותי, שאפילו שטרי חוב שלהן שנתנו המעות בפניהם פסולין, ולא הכשירו אלא שטרי מקח וממכר שנתנו המעות בפניהם. ואין אני מודה בזה.

אם לא ידעו דייני ישראל לקרות שטר זה הנעשה בערכאות של עכו"ם, נותנו לשני עכו"ם זה שלא בפני זה, וקורין לו שנמצא כל אחד מהן כמסיח לפי תומו וגובה בו מבני חורין אבל אין טורפין בו מפני שאין לו קול שהרי לא ידעו הלקוחות במה שנעשה בעכו"ם".

השגת הראב"ד :

"והורו רבותי וכו' עד איני מודה בזה. א"א יפה הורו רבותיו שאפילו היה שט"ח שלהן וכו' שהשטר העולה בערכאות שלהן וחותמיהן עכו"ם, אינו גובה ממשועבדים, דלית להו קלא. הילכך אפשר שנפרע ולא תבעו".

וביאר המגיד משנה על הרמב"ם :

"אבל כל השטרות שחותמיהן עכו"ם הרי אלו פסולין וכו'. והנה דעת רוב הגאונים ז"ל ורבינו לפסוק כלשון האחרון שאמרו תני חוץ מכגיטי נשים שרוצה לומר שכל שטר שהוא כגט שהשטר הוא שטר הקנאה ושיעבוד אינו מועיל כלל.

¹⁷⁷ רמב"ם הלכות מלוה ולוה פרק כז הלכה א'.

ויש לפרש לפי דעתם ז"ל, דאע"ג דקיימא לן דדינא דמלכותא דינא כמבואר פ"ה מהלכות גזילה ואבידה, הני מילי במה שהוא תועלת למלך בענייני המסין שלו, ומה שהוא מחקו. אבל בדברים שבין אדם לתבירו, אין דינו בהם דין".

ובענין מחלוקת הרמב"ם ורבותיו בענין שטרי הלואה :

ונחלקו רבינו ז"ל ורבותיו, שטרי הלואה מה יהא דין, לפי שלא נזכרו בסוגיא זו. דעת רבותיו להשוותן לשטרי מתנה. והטעם שלהם הוא, מפני שאע"פ שהוא מקבל מעות וברי לנו שקבלן דלא מרעי נפשיהו, מ"מ אם לא מחמת השטר היתה מלוה זו מלוה ע"פ שהיה נאמן לומר עליה פרעתי. וכיון שכן האי שטרא חספא בעלמא הוא ואינו דומה למכר לפי שהמוכר שדהו בעדים הרי הוא כמוכרו בשטר לכל דבר, ואנן סהדי דאי לאו דיהיב זוזי קמייהו לא מרעי נפשיהו...

והר"א ז"ל כתב בהשגות : א"א יפה הורו רבותיו וכו'. ביאור דבריו, שאפילו בחייב מודה או בתוך זמנו, אינו גובה ממשועבדים. הילכך אם חייב טוען לאחר זמן פרעתי, נאמן כדין הוציא עליו כתב ידו, כמבואר פ"א. ויש לחלק, שאינו דומה שטר גמור לכתב יד. ומ"ש רבינו והוא שיתן המעות בפניהם, הוא לשון הגמרא דאמר דאי לאו דיהיב זוזי קמייהו. והטעם, לפי שבכסף הוא קונה, ואין הודאתו בפניהם הודאה. ומ"ש וכן צריכין עדי ישראל וכו' הוא ממה שאמרו ודוקא ערכאות דלא מקבלי שוחדא, פי' שידועות שאינן מקבלות שוחד. זו היא שיטת רבינו ומחלוקתו עם רבותיו ז"ל.

אבל שיטה אחרת יש לבעל העיטור והרמב"ן והרשב"א ז"ל, שכל השטרות כשרין אפילו שטרי מתנה. וגובין בשטרי הלואה מן המשועבדים, משום דק"ל כשמואל דאמר דינא דמלכותא דינא, אפי' בדברים שאינן תועלת המלך. והאי איבעית אימא הכי קאמר, מתני' אפי' בדליכא הרמנא דמלכא. ותני חוץ מכגיטי נשים, דתרת לישני לא פליגי. דודאי כל היכא דאיכא הרמנא דמלכא כל השטרות שבעולם כשרין, כגון בנוטירין של מלכות שלנו. ובדליכא הרמנא דמלכא, תני חוץ מכגיטי נשים, למעט שטר מתנה וכיוצא בו. אבל שטרי מכר והלואה קיימין, וגובין בהן מן המשועבדים, כיון שעולים בערכאות. והן גורסין בדבר פפא ומגבי ביה ממשעבדי, ומפרשים בשטרי הלואה משום דערכאות אית להו קלא. זו היא שיטתם ז"ל, ועליהם סומכין בארצותינו.

וכתב הרמב"ן ז"ל : בין בערכאות בשטרי מכר והלואה, בין בנוטירין של מלכות, בכל השטרות אין הכשרן אלא להיות השטר כאילו נכתב ונחתם בעדים ישראלים. אבל אם חסרו דבר מדרכי ההקנאות, כגון מטלטלי אגב מקרקעי וכגון דאקנה וכיוצא בהן, ודאי אין דנין בהם לענין אותו דבר שחסר מהם.

ואם דבר הפוסלן הוא כגון שנתן לו מעות בלא אגב, ושטרות בלא מסירה, ובקני הוא וכל שיעבודא דאית ביה, פסולין לגמרי, ואין דנין בהן בדיני עכו"ם. שאין דנין של מלכים אלא להכשיר שטרות שלהם, ולעשות סופר שלהן כמאה עדים. אבל לענין דרכי הקנאות, לא עדיפי משטרות שלנו. שאף העכו"ם במקומות הרבה בדינין חלוקין, דנין אותן כפי מחלוקת חכמיהן ומנהגי המקומות, ואין מלכים מקפידין אלא בהכשר השטרות בלבד. עד כאן דבריו".

היוצא מדברי המגיד משנה, שלפי הסברו את הראשונים הסוברים שדינא דמלכותא נאמר גם לא להנאת המלך, גם שטרי מתנה מוכרים מצד דינא דמלכותא.

שטרי מכר

בפס"ד הביא הרב לוי את המגיד משנה על הרמב"ם, ששטר הנעשה בערכאות שטר גמור הוא. וכן כתוב בקובץ שיעורים להג"ר אלחנן וסרמן זצ"ל¹⁷⁸, שביאר הלכה זו באופן אחר עפ"י חידושו של הגר"ח מבריסק (בחי' הגר"ח על הש"ס בענין שטרך בידי מאי בעי) שהא דאינו יכול לטעון נגד שטר, אין זה משום הראיה דשטרך בידי מאי בעי - מה עושה אצלי השטר שלך, שהיא ראייה נסיבתית, אלא מדין השטר הוא שאין הלוח נאמן לטעון כנגדו. ואף שטר של ערכאות דין שטר יש עליו לענין זה.

לפיכך הסכם זה שנעשה ונחתם בהתאם לחוק אצל עו"ד, אין צד אחד יכול לבוא ולטעון טענות הסותרות אותו או את מקצתו. בין לטעמו של המגיד משנה מכח הראיה של שטרך בידי מאי בעי, כי מדוע לא דאג התובע לשנות את שטר ההסכם שביד הנתבע, ובין לטעמו של הרב אלחנן וסרמן הי"ד, שזה כוחו של שטר שא"א לטעון כנגדו¹⁷⁹.

היוצא מפסק הדין, ששטר מכר הוא שטר לכל דבר, ואף ראיות ייחודיות שמוכרות בהלכה לכח שטר שנעשה כתיקון חכמים, מעבר לראיה נסיבתית כהודאה בכתב וכו', יש לשטר מכר של ערכאות.

בפסק דין של בית הדין הרבני ירושלים לדיני ממונות בראשות הרב אריה לוי נפסק כדברי החזו"א, שהבעלות נקבעת לפני הטאבו, כיון דאין המלכות מקפדת שהדיון בבוררות יהיה לפי חוקיה. אמנם המסקנה היא לא ברורה, כי הביאו את דברי הרב אלישיב שהבעלות היא 'בעלות שביושר' כפרשנות הפסיקה האחרונה, ועיין לקמן בסוגיה זו. וזה לשון הפס"ד:

כתב אאמו"ר זצ"ל בפס"ד ירושלים כרך ה עמ' פז: מה שהקבלן אינו רוצה להעביר את הדירה בטאבו, ספק אם זה נקרא תפיסה. דהעברה בטאבו אין זה אלא ענין פורמאלי ואין זה נוגע לעצם הקנין, דהוא רק שטר ראייה שהוא הבעלים על הנכס אם ירצה פעם להעביר את הדירה ע"ש הקונה ממנו. ומה שאין רוצה הקבלן להעביר בטאבו, אין בזה שום זיקה לתפיסת הנכס. ועי' פס"ד ירושלים כרך ז עמ' רג משו"ת מהר"י באסאן סי' צא בשם הראנ"ח, שאע"פ שהסכימו רוב הפוסקים שבחזקה קנה מיד אף במקום שכותבין שטר, אם התנו ביניהם שיכתוב הבית בספרי האחווה, כל זמן שלא כתב אינו קונה כלום אפילו החזיק. אמנם בחזו"א מעשרות סי' י וחוו"מ לקוטים סי' טז

¹⁷⁸ ב"ב אות תרה.

¹⁷⁹ פסקי דין - ירושלים דיני ממונות א פס"ד בעמוד פא, הרב אברהם דב לוי.

כתב שבארץ ישראל אין הדין כן, כיון דאין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה, אלא יש לפסוק על פי השו"ע, ואם קנה בחזקה אף על גב דלא כתבו בטאבו, לא המוכר ולא הקונה יכולין לחזור. וכעין זה בדברי מלכיאל ח"ד סי' קמג. ועי' פס"ד ירושלים כרך ח עמ' מט בשם פסקי תשובות למרן הגריש"א ח"א סי' רי שהחזקה בלי רישום בטאבו מועיל מדין "בעלות שבישר".

גישה זו בולטת גם בפס"ד אחר של הרב לוין, שבו נשאל הרב אלישיב על סתירה בין החוזה לבין הרישום בטאבו, שנטען שנרשם בטעות שהגג כלול ברכוש המשותף¹⁸⁰:

"שאלתי היום י אדר תשס"ז את מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א, והשיב לי שהרישום בחוזה גובר על הרישום בטאבו. ואם בחוזה רשום שהגג לא נמכר ברכוש המשותף, אף על פי שאח"כ כתב בטאבו שהגג שייך לרכוש המשותף, הגג אינו כלול ברכוש המשותף, ויכול הקבלן למוכרו לאחד מקוני הדירות".

טעם לדבר יכול להיות, שגם חוקית הרישום בחוזה גובר על הרישום בטאבו: בימ"ש השלום בתל אביב פסק לאחרונה¹⁸¹, כי אף שהוראות חוק המקרקעין קובעות, כי רישום בטאבו מהווה ראיה חותכת לתוכנו - הרי שאם נפלה טעות בתום לב ברישום, גם אם לפני שנים רבות, רשאי הדייר לטעון כלפי הבעלים הרשומים, כי למרות הרישום ובניגוד לנאמר בנסח - המקרקעין שייכים דווקא לו.

השופט דן מור דחה תביעה שהגיש מינהל מקרקעי ישראל לסילוק ידו של אמיל טובול מדירתו ביפו ולחיובו בדמי שכירות עבור התקופה בה הוא מחזיק בנכס (החל מאוקטובר 1996). טובול טען, באמצעות עוה"ד אהוד ירצון ותמר מילגרום-ישק, כי האמין בתום לב שהדירה בה הוא מתגורר לאורך כל השנים ושאותה רכש - נמצאת בבעלותו.

מור ציין בפסק הדין, כי טובול מתגורר בדירה נשוא התביעה מזה כ-30 שנה, ובמקרה הנדון נפלה טעות בתום לב ברישום בטאבו, בנוגע לבעלות המינהל בדירה. טעות שניתנת לתיקון ואין בה כדי להורות על סילוק ידו של הדייר.

מור קבע עוד, כי הנתבע מחזיק כדין בדירה שבבעלותו, ועל כן אינו חייב כל דמי שכירות למינהל.

ולפי דברים אלו יש לעיין לגבי פס"ד אחר¹⁸² שבו נפסק שאין להתחשב בקביעת החוק שלא לדור בלא טאבו, מכח פסק החזו"א שהקרקע נקנית בחוזה המכר.

¹⁸⁰ פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין יא פס"ד בעמוד שז.

¹⁸¹ ת.א. 76331/97.

¹⁸² פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ח פס"ד בעמוד מו.

תוקף חוזה מכר ללא רישום בטאבו

בענין תוקף חוזה מכירה לקניית מקרקעין בלי רישום בטאבו, כתב החזו"א¹⁸³ דבארצנו אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה ולא על הדיון בבי"ד של ישראל וכו', הלכך כל קניינם שנעשו בין איש לרעהו, צריכים לדון עפ"י דין תורה. אף על גב דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאבו, מ"מ אין דיניהם על דין שבין ישראל לחבירו וכו'. הלכך אם קנה בכסף והתנה שיקנו לו בלא שטר או שקנה בחזקה או קנין סודר, קנה אף על גב דלא כתבו בטאבו, ולא המוכר ולא הלוקח יכולים לחזור וכו'.

וכן אם קנה בכסף באתרא דכתבו שטרא וכתבו לו שטרא בעדים או בחתימת ידו אף על גב דלא כתבו בטאבו קנה וכו'. ואפילו תימא דחשיב אומדנא דמוכר דלא נתרצה הלוקח אלא ע"מ שיכתוב לו בטאבו וכו', מ"מ אם הלוקח מתרצה בלא כתיבת הטאבו אין המוכר חוזר, ע"כ.

וכע"ז בדברי מלכיאל ח"ד סי' קמג. ועי' פס"ד ירושלים כרך ז עמ' רג, ועמק המשפט ח"א עמ' קמג בשם כמה אחרונים, שאין הרישום בטאבו מעכב את הקנין.

לפי החוק יש בעלות הנקראת בעלות שביושר, שמכחה יש זכויות לקונה, והוא רשאי להתיישב בדירה לפי תנאי החוזה, ועל המוכר לרשום את הדירה בטאבו ע"ש הקונה מיידית. אך יכול להיות שפס"ד זה נכתב אחר 1967, אז הוכנס תיקון לחוק המקרקעין, שעל פיו התבטלה ההכרה בבעלות חלקית של הקונה מכח החוזה (אח"כ שונה הדבר ע"פ פסיקת ביהמ"ש בהלכת אהרונוב, ראה לקמן).

שיטת המכירים בחוק המלכות בקנייני מקרקעין

הריב"ש כתב בתשובה לגבי כשרות שטר הנעשה בערכאות :

וכן בטרשא זו, הם אין חוששין לה משום רבית...וגם מפני שנעשית טרשא זו בערכאות של עובדי כוכבים, ושטרותיהן שרירות וקיימות, אם מפני הדין, דדינא דמלכותא דינא, אם מפני תקנת הקהל, שהתנו בזה, וכל תנאי שבממון קיים. אין לומר : הואיל ובדיניהם דנין אותה כדין מכר, והותרה להם טרשא זו, מפני זה שתהיה לנו ג"כ כדין מכר ולא כדין הלואה, ולא תהיה רבית קצוצה.

¹⁸³ חזו"א, חו"מ, ליקוטים סי' טז, אות ה.

שהרי מ"ש חז"ל, דשטרות העולות בערכאות של עובדי כוכבים כשרים, ואפי' שטרי מתנה, משום דינא דמלכותא, כפי הלשון הראשון הנזכר בפרק א' בגיטין (י:), היינו לומר שהשטר כשר, ויש תורת שטר עליו כאלו נעשה ונחתם על ידי ישראל, אבל לא לומר שנדין בדיניהם לגמרי.

כמו שנאמר על דרך משל, שאם הקנה בשטר העשוי בערכאות של עובדי כוכבים דבר שלא בא לעולם, או שהקנה למי שלא בא לעולם, שיועיל הקנין, כיון שנעשה בשטר העשוי בערכאותיהן, ובדיניהם מועיל הקנין אפילו בדבר שלא בא לעולם ולמי שלא בא לעולם; שזה אינו בכלל דינא דמלכותא דינא. שאין המלך מקפיד אלא שהשטר הנעשה על ידי סופריו, שיש להם הורמנותא דמלכא, שיועיל, ושנדין בו כדין שטר כשר הנעשה ע"י סופרי ישראל.

אבל אם הענין בעצמו אינו מועיל בו קנין, או שאינו נקנה בשטר, בדין תורתנו, אין המלך מקפיד בזה שנדין בדיניהם. וכבר אנו רואין בעינינו, שכל מלכי ארגון נותנין רשות לדון בדין תורתנו, ומצוים לשופטיהם שידינו כן בין יהודי ליהודי. וא"כ, בנדון זה, אין מה שנכתב שטר זה בערכאות של עובדי כוכבים מעלה ומוריד בענין הרבית, מטעם דינא דמלכותא, אלא הרי הוא כאלו נעשה בגופן שלנו¹⁸⁴.

דעת דברי אמת דתוקף הרישום בפינקס המוטילוי קונה מדין דינא דמלכותא, ולא מועיל שום קנין אחר, והוכיח כן מהרמב"ן רשב"א ריב"ש ומוהריק"ו, וכן בתומת ישרים סי רב, דקנה ברישום בפינקס המוטילוי בלבד. וכן כנה"ג חו"מ סי' קצ הגה"ט אות ז:

"אם דינא דמלכותא לקנות בכתיבת הפינקס של מלך לבנו, אפי' בלא שום אחד מדרכי הקניינים קנה. (אמנם דבר זה נ"ל שלא מוכיח הפוך, שאם הקנה לאחר בקנין אחר, אם הסכים השני לקנות, שלא יקנה מדינא דמלכותא, כי שמא כריב"ש והחזו"א שבדבר זה אין המלכות מקפדת וע"ש)¹⁸⁵.

דעת המתנגדים להכרה בחוק המלכות לענין קנייני מקרקעין

אך דעת רבי יעקב אלפנדרי¹⁸⁶ שאין ברישום בטאבו משום מעשה קנין אלא משום סמיכות דעת גרידא, וזה לשונו:

"מעשה באחד שמכר חצי ביתו לשמעון וכתב לו בשטר חצי ביתו מכורה לך, וכתב לו ג"כ שטר בערכאות... לימים הוציאו שמעון ולא מצא כתוב כי אם שמכר לו רביע הבית... והשבתי אפי' לאחרונים רבני זמנינו שכתבו דכתיבה בפינקס המוטילוי מעכבת למכירה ולקניית הלוקח, היינו משום שלא סמכא דעתיה דלוקח והוא לקיום שטר הנעשה בדינינו וחזק, אבל לא שיבטל שטר שלנו, ולא תהיה שיחה בטילה שלהם כתורה שלמה שלנו".

וכ"כ המוהרי"ט בסימן סו, ודבר משה סי סב, וכן במטה שמעון חו"מ סי' קצ בהגה"ט אות כא, כג שכל דפריש לקנות בלא כתיבת המוטילוי קני והסכימו עמו רבני סלוניקי.

¹⁸⁴ שו"ת הריב"ש סימן שה.

¹⁸⁵ ועי' אשדות הפסגה סי' יב, ובנדיב לב חו"ב סי' מב, ושו"ת פני משה ח"ב סי' עז, ומשנת ר' אליעזר חו"מ סי' לב, ושערי אשר חו"ב סי' כז, ובחוקות חיים להרב פאלאג'י ז"ל סי' נ, שו"ת חת"ס סי' קמב.

¹⁸⁶ בספרו שו"ת מוצל מאש סימן ט'.

פסק הרב יוסף שלום אלישיב

מביא הרב אלישיב חת"ס סי עד חו"מ שבנימוסי המלך שקיבלו מרצונם, דין המלך גמור לכו"ע. וכן הוכיח מהרמב"ם שו"ת אורח לצדיק סי א. וכן נמצא בדפוסים קדמונים בני"י בפי חזקת הבתים :

"הסכימו כל בעלי הוראה דמדאמר דד"מ ולא אמר דינא דמלכא, משמע דלא אמרינן אלא בדברים שהם חוק המלכים יש חוקים ידועים שהרי אפילו במלכי ישראל כתב להם שמואל מה שהמלך מותר בו".

והכריע הרב אלישיב: לגבי שלטון המנדט, לכו"ע גם להחולקים שאין דינא דמלכותא בארץ ישראל, זה רק ע"י יהודי, ולא בשלטון גוי, והביא כן ממוהרי"ט¹⁸⁷, במה שהביא מירושלמי¹⁸⁸, דאין לחוש לקנות פירות מסתם גוי, משום דחזקה כל מה שהוא בידו שלו הוא, שקנה בדמים מישראל, או מן המלך שכבש את הארץ, דכיבוש הוא קנין בדמים (וזה דלא כתו"ט בעדיות פ"ח דבחזקה שהחזיקו מיד מלך פרס לא אתא כיבוש ומבטל לחזקה ועל לקיחתה מידינו לא מצינו בה נבואה בפירוש, ולפיכך שלא כדין נטלוה מידינו ואין קרקע נגזלת).

ובית רידב"ז בתחילת הספר כ' שדבר פשוט הוא שבקרקעות לא מועילה מכירה אם לא נעשה בערכאות של הממשלה, ושטר המכירה (שמסדרים לקראת השנה השביעית שמוכרים הקרקעות של הישראל לגוי) אינו ראוי אלא לצור ע"פ צלוחית. ומשמע מזה שלא נחית להר"ן שבא"י ליכא דד"מ, הסכים למוהרי"ט שיש.

ולכן פוסק הרב אלישיב מכח החת"ס, שהתקנה לא להעביר אלא בטאבו, מונעת רמאויות, והיא תקנה טובה לכו"ע. וכן קונה מדין סיטומתא, וכ"כ הכנה"ג¹⁸⁹, שאפילו אינה דינא דמלכותא, אם מנהג פשוט הוא בכל התגרים כשמוכרים חנות אלו לאלו, שבכתיבת הפנקס בלבד מתקיים המקח, קנה.

וכ"כ הריב"ש שכיון שנהגו בקנין ע"י כתיבת הנוטריון, קנה¹⁹⁰. וכן ברמב"ם¹⁹¹ שאם המנהג מדינה שיקנה הרושם קנין גמור, נקנה המקח. ואף שהש"ך¹⁹² הביא מה שכתב הב"ח דקנין סיטומתא

¹⁸⁷ שו"ת מוהרי"ט חלק א' סי' מג.

¹⁸⁸ ירושלמי, שביעית, סוף פרק ט'.

¹⁸⁹ כנסת הגדולה, סימן קצ בהגה"ט אות ח'.

¹⁹⁰ שו"ת הריב"ש סי' תעח.

¹⁹¹ רמב"ם הלכות מלכים, פרק ז'.

¹⁹² שפתי כהן על חו"מ סימן רא.

קונה רק במטלטלין, כבר כתב המנחת חינוך בקו"מ סי' קלב, שמפורש בהרא"ש¹⁹³ דמהני סיטומתא גם בקרקע. (ובשו"ת מהרי"א הלוי כ' בטעם הב"ח משום דלא סמכא דעתיה בקרקע לקנות בלא שטר¹⁹⁴. וא"כ הכא זה ההפך, שלא סמכתא דעתיה לקנות, רק עם רישום הטאבו). ולכן פוסק הגרי"ש אלישיב שקונה רק בשטר – בעת רישום הטאבו¹⁹⁵.

אך מסייג זאת הגרי"ש, שכאן בארץ יש ערך לחוזה גם בלא רישום בטאבו, ונקרא לפי מושג שלהם בעלות שביושר, [אף שבידי המוכר להפקיע הבעלות במוכרו לאיש אחר, אם רשם בספרי האחוזה ע"ש האחרון], אך בד"א שקיבל את התמורה, אך אם כתוב בחוזה שאת רוב התמורה יעביר בעת הרישום בטאבו, חוזה כזה לא מקנה שום בעלות. ועי' ביאורו ב"פסיקת בתי"ד הרבניים והחוקים" עמ' 24, ועי' שם ובקובץ אור ישראל עמ' קנב על פרשנות החוק המצריך רישום בטאבו¹⁹⁶.

ההבנה בדבריו כנראה היא, שכיון שכל הקנין בטאבו נסמכת על דינא דמלכותא ומהגג שגם הוא נסמך על החוק, כיון שהחוק מכיר בבעלות מסוימת שהיא 'בעלות שביושר', מושג כזה תקף גם הלכתית.

בעלות שביושר

ביאור המושג, הלקוח מהמשפט האנגלי, הוא זכות קניינית **נאמנות קונסטרוקטיבית כזכות שביושר, מעין זכות קניינית**. "נאמנות קונסטרוקטיבית" – נאמנות מכוח יחסי הנאמן והנהנה המוכרת כ"בעלות שביושר": מקרה בו לא מוזכרת הנאמנות בחוזה אולם היא **נוצרת מכוח יחסייהם בפועל של הצדדים** אשר נוהגים זה בזה כנהנה ונאמן, כך שלא נותר לביהמ"ש אלא לקבוע שיש בין הצדדים יחסי נאמנות. דוג': א' ו-ב' עורכים חוזה מכר מקרקעין אשר בבעלותו של א'. מה טיב זכותו של ב' בינתיים?

- התפיסה הקלאסית – ל-ב' בינתיים יש **זכות חוזית בלבד**, אשר תכנה הינו העברת בעלות עתידית.

- אם ב' שילם כבר את רוב/כל המחיר לעיתים חוזה מכר מקרקעין יוכל להתפרש כ**נאמנות קונסטרוקטיבית** (א' יהיה ה"נאמן" וב' יהיה ה"נהנה"), למרות שייתכן ולא הייתה לכך כוונה. כך, כבר בשלב מקדמי ב' זוכה במעין "פיסת קניין" – מה שנקרא באנגליה **"בעלות שביושר"**, אשר יכולה לחזק זכותו כלפי קונים אחרים פוטנציאליים.

ולמעשה, יש בעלים רשומים, שהם נקראים הנאמן. ויש בעלים שלהם הרשות להנות מהחפץ, והם נקראים בעלות שביושר.

¹⁹³ פסקי הרא"ש, בבא מציעא פרק א', סימן לח.

¹⁹⁴ שו"ת מהרי"א הלוי ח"ב סימן צא.

¹⁹⁵ קובץ תשובות למרן הגרי"ש אלישיב שליט"א סי' רו.

¹⁹⁶ ועי' פסקים וכתבים להגרי"א הרצוג חו"מ סי' ל דבענינים כאלו הולכין אחרי דד"מ, ודד"מ שאין קרקע עוברת אלא ע"י הרישום בטאבו ונמצא שעד העברה בטאבו לא היה זה אלא חוזה אבל עוד לא היה בעל הנכס.

לפי ההלכה המגדיר של הבעלות הוא היכולת לאסור על אחרים להנות מהחפץ, והיכולת להשתמש בו. לכאור' שני התנאים מתקיימים בנהנה בבעלות שביושר, אך העובשה שהנאמן יכול, אם כי לא מורשה, למכור את החפץ, גורעת מזכות הקניין של הנהנה.

פס"ד בוקר – שני צדדים חתמו על הסכם במקרקעין, ולפני הגעת השלב הקנייני, אחד מנושיו של המוכר הטיל עיקול על הנכס. הלכת בוקר הייתה מחייבת במשך 30 שנה, עד לפני כשנתיים: בפס"ד בוקר הפסיקה הייתה לטובת המעקל, וקבעה כי הקונה לא יוכל להשלים את הרישום או למחוק את צו העיקול ולכן המעקל יוכל להמשיך בהליכים, בעזרת ההוצאה לפועל, ולגבות את החוב מתוך ההכנסות ממכירת המקרקעין. כיצד הסביר ביהמ"ש את החלטתו בפס"ד זה? לקונה ישנה זכות אובליגטורית ועד למועד המרשם אין לקונה זכות קניינית. בזמן שהעיקול הוטל המקרקעין הוא בבעלות המוכר ולכן הוא חשוף לעיקול.

לפני 1969 בעימות כזה, הפסיקה קבעה כי חלים דיני היושר האנגלים, שלפיהם הקונה גבר על המעקל מכוח זכות שביושר (שלפי המשפט האנגלי נסוגה רק מפני רוכש בתום לב, ולטובת המעקל אין שום זכות קניינית). פסה"ד בוקר למעשה הפך את הדין האנגלי, וקבע כי מאז חקיקתו של חוק המקרקעין בוטלו הזכויות שביושר, שכן חוק המקרקעין קבע כי מתחילת חוק זה, אין זכויות אלא ע"פ חוק. חוק המקרקעין קבע שכל עוד אין מרשם, הזכות היא רק אובליגטורית, ולכן הקניין חשוף לעיקול כל עוד לא התבצע השלב הקנייני.

המקרים הנידונים הם כולם מקרים שבהם לא נכתבה הערת אזהרה לטובת הקונה. לפי סעיף 127א, שהיה בחוק המקורי, הערת אזהרה מונעת רישום עסקאות על אותו קניין, ולכן הערת אזהרה לא סייעה במקרים מסוג אלו שלפנינו, שכן עיקול אינו פעולה קניינית. סעיף 127ב, שנחקק מאוחר יותר על מנת לעגן את הלכת בוקר, קבע כי רישום הערת אזהרה מונע גם עיקולים.

פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונב – פסק דין זה שינה את הלכת בוקר, והעניק עדיפות לקונה. ייתכן שאחת הסיבות היא מעבר מגישה פורמלית לגישה מהותית, ומתפיסה נוקשה של רישום לתפיסה שמושפעת מצדק והגינות. הלכת בוקר מחזקת את זכויות של המעקל יותר מאשר הקונה המאוחר במצב שבו המוכר ביצע שתי עסקאות על אותו קניין, שכן במצב זה הקונה הראשון גובר על הקונה המאוחר גם ללא הערת אזהרה, ואילו במצב שלפנינו הקונה הראשון נזקק להערת אזהרה על מנת לגבור על המעקל.

לכן, כעת חזרנו לפרשות משפטית המכירה במושג בעלות שביושר, ולפי פרו' אהרון ברק, נראת זכות קניינית ולא זכות חוזית.

העובדה שהרב אלישיב הכיר בפרשנות משפטית לחוק, אע"פ שדבר זה הוא לא חוק מוחלט מטעם המלכות, הינה כנראה גם מצד שמנהג הסוחרים לסמוך על החוק, כוללת את ההסתמכות על פרשנות בית המשפט לחוק. וכן שבמקרה זה, אין מניעים אחרים לביהמ"ש לפסוק ולפרש אחרת את החוק, ולא אקטיביזציה של המשפט, אלא עשה זאת מכח הסמכות הנתונה לו לפרש את חוקי הכנסת, ולהתאימם למציאות.

אמנם סעיף 7 ב' לחוק המקרקעין קובע: "עסקה שלא נגמרה ברישום רואים אותה כהתחייבות לעשות עסקה". ולפי זה פס"ד אהרונוב סותר לחוק מפורש.

אך בסעיף 9 לחוק המקרקעין כתוב:

"התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה בעודו בתום-לב - זכותו עדיפה".

עצם ההעדפה לקונה הראשון אמנם נובעת מכח ההתחייבות המוקדמת לביצוע עסקה. אך העובדה שאין המוכר יכול לחזור בו, וכן שאם השני פעל שלא בתמורה, אף שנרשם הנכס על שמו, אין בדבר כלום, מראה שיש לראשון יותר מאשר זכות חוזית. אמנם אפשר לפרש את העובדה המחייבת תמורה לקונה השני, וכן את פעולתו בתום לב, כתקנת השוק שלא להבריש נכסים אחר מכירתם.

וכן הביא הדברי אמת מה שכתב ר' יוסף קצבי בספרו רב יוסף סי כג :

"דחכא נהיגי לעשות מכר משטרי הגוים, דמרגלא בפומייהו דאינשי דלא סמכא דעתו דלוקח עד שיכתבנו בגויים. וכיון שכן אף שמן הדין אין בו ממש, למה יגרע מההיא דאמרינן דסיטומתא קניא".

ובנידון דידן, הורה מרן הגריש"א שליט"א שאם לפי החוק החוזה שכתבו ב' וג' אחרי רישום המשכנתא בטאבו יש בו תוקף להקנות את הדירה לג', דינה של הדירה הזו כנכסים משועבדים, אבל אם לפי החוק אין תוקף לחוזה הזה, דינה של הדירה כנכסים בני חורין שיש לא' תביעה עליהם.

פסקי הדין של הרבנות הראשית

ובפסקי דין של בית הדין הרבני האזורי תל - אביב - יפו¹⁹⁷, במקרה של התחייבות חברת שיכון ובינוי למכירת דירה על ידם, שידוע שהרישום בטאבו נעשה זמן רב אח"כ, קבעו הדיינים שאף לדברי החזו"א, שבארץ אין המלכות מקפדת שיקנו גם בלא שטר, כיון שהיא מסכימה לדיון ע"פ חוק הבוררות, בכל אופן כיון שבחוזה הזה כתוב שלא קונה רק לאחר הרישום בטאבו, זה היה תנאם שלא יקנה אלא בשטר, ולא קנה.

ולפי זה בכל חוזי מכר שנהוגים היום, יש רק התחייבות למכירת דירה, ולכן אין קנין רק ע"י הרישום בטאבו, שאז קונה ממש.

¹⁹⁷ בפני כב' הדיינים: הרבנים, מ' שלזינגר - אב"ד, י' וילנסקי, י' סורוצקין, פסקי דין רבניים חלק ו פס"ד בעמוד 315.

ולכאורה אפשר לדון להיפך, שעד כמה שהחוק מכיר בקנין מסוים שנקרא בעלות שביושר, גם במקרה שבו היתה בחוזה רק התחייבות למכירת דירה, כיון שנוסח החוזה הוא בגלל החוק, דעת הצדדים לחוזה, וכן דינא דמלכותא לייא בזה שהיו דינא, שתחול בעלות חלקית, וזכויות מסויימות שמוקנות לו מכח בעלות שביושר.

וזה תמצית מפסק הדין :

"בית הדין לאחר העיון והדיון מוצא וקובע: טענת התובע שהדירה נקנתה לו ע"י קנין כסף, ואף שבאתרא דנהיגי בשטרא כסף לא קונה, מ"מ בדירות שבשיכונים אין נוהג לקנות בשטר - לא מתקבלת, מאחר וידוע דבכל סוגי בנינים ושיכונים, הנוהג הוא לרכוש בעלות רק ע"י רישום בספרי האחוזה (טאבו).

ברם נראה דבארץ - נוסף לזה דהוי אתרא דנהיגי בשטרא - יש גם דינא דמלכותא שאין תוקף למכירת קרקעות כי אם ע"י רישום בספרי האחוזה (טאבו). ובשו"ע חו"מ סימן קצ"ד סעיף ב' נפסק: במה דברים אמורים במקום שאין משפט ידוע למלך אבל אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר, עושים כפי משפט המלך.

ולפי"ז פשוט דבנידוננו לא קנה לא מטעם חזקה ולא מצד דבר הנעשה ברבים, כיון דלפי החוק והנוהג אין תוקף למכירת קרקעות אלא ע"י רישום בטאבו".

וראה בערוך השולחן חו"מ סימן קצ"ב סעיף י"ז שכתב :

"חזקה קונה בלא כסף ובלא שטר... ואפילו במקום שנהגו לכתוב שטר, מפני שעשה מעשה בגוף הקרקע, ואם התנה שלא יקנה בלא שטר הכל לפי תנאו... וכן כשהמנהג לקיים בערכאות לתוקף הענין אינו קונה בלי זה".

הרי יוצא כפי שכתבנו, דאם לפי החוק אינו זוכה בקרקע אלא ע"י רישום בערכאות, לא מועיל אפילו כשקנה בחזקה. וראה בשו"ת דברי אמת סימן י"ב שהעלה דבמקום שיש חוק המדינה שלא יקנו כי אם ע"י העברה בטאבו - שום קנין אחר לא מהני. וכן כתב חתם סופר בחו"מ סימן קמ"ב.

אמנם דעת חזון - איש בחושן משפט לקוטים סימן ט"ז היא, דאף בלי רישום בטאבו חל הקנין, וז"ל: "והנה בארצנו אין המלכות מקפדת על עשיית שטרות זולתה ולא על דיון בבי"ד של ישראל, ואדרבא כשבעלי הדין חותמין הצהרה שהם מקבלים פלוני לדין ביניהם, הממשלה מאשרת אח"כ בדיניהם את פסה"ד שקיבלו עליהם, והלכך כל קנינים שנעשו בין איש לרעהו, צריכים לדון עפ"י דין תורה, אף על גב דדיניהם דלא ליכול ארעא אלא באגרתא דטאבו, מ"מ אין דיניהם על דין שבין ישראל לחבירו... והלכך אם קנה בכסף והתנה שיקנו לו בלא שטר או שקנה בחזקה או בקנין סודר, קנה אף על גב שלא כתבו בטאבו, ולא המוכר ולא הלוקח יכולים לחזור. הרי דעתנו דבארצנו יש תוקף לקניני קרקע עפ"י ד"ת בלי רישום בטאבו".

ברם נראה דבנידוננו לא קנה אף לדעת חזון איש, מאחר ובחוזה שצורף לתיק כתוב מפורשות: נקבע בזה במפורש ששום דבר בחוזה אינו יוצר... יחסי שכירות לדירה... ולא יקנו למשתכן כל מעמד, כל עוד לא נרשמה זכותו במשרד ספרי האחוזה.

ברם כל דברינו אלה הנם רק לדעת ב"כ התובע אשר לפיו כאילו יש בנידונו ענין של קנין. אבל האמת תורה דרכה, כי כל חוזה הנחתם בין קבלן (חברה) לבין משתכן אינו אלא התחייבות למכירת דירה והקנין בעצמו נעשה רק בשעת הרישום בטאבו. הנוסח של כל חוזה נערך בלשון התחייבות המחייבת את הקבלן להעביר את פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין יא פס"ד בעמוד שז".

ענין פורמאלי ואין זה נוגע לעצם הקנין, דהוא רק שטר ראיה שהוא הבעלים על הנכס אם ירצה פעם להעביר את הדירה ע"ש הקונה ממנו, ומה הדירה בטאבו (גם החוזה שצורף לתיק ושדוגמתו היתה צריכה להימסר לתובע, נוסח רק בלשון התחייבות).

והנה הגם שלפי זה כל חוזה כעין זה, מהווה רק התחייבות למכירת דירה, בכ"ז אין לו שייכות לקנין אתן, המבואר בחו"מ סימן רמ"ה ואשר לדעת הרבה פוסקים אינו תופס, - דדוקא במקום שקנו מידו בלשון ליתן או אתן הוי קנין דברים, אבל היכא דאמר בלשון התחייבות, שמתחייב למכור קרקע, ההתחייבות חלה על גופו וגופו איתא בעולם ואין לזה שום ענין עם קנין אתן. והכי מפורש בסמ"ע בחו"מ סימן ס' ס"ק י"ח, וז"ל: אם כתב הריני מחייב נפשי ליתן לך,,, החיוב חל על גופו ואפילו לדעת האומרים דאם קנו מידו ליתן או אתן לא קנה דהו"ל קנין דברים,,, מ"מ בזה שחייב נפשו ליתן הכל מודים דקנה.

נאמנות הערכאות לענייני איסור

נחלקו הפוסקים אם כשרים הם מהתורה או מדרבנן מדין תקנתא, שיטת רש"י¹⁹⁸ ותוס'¹⁹⁹, ותשב"ץ²⁰⁰, בשם חכמי הצרפתים, שלא מצינו בשום מקום רמז לפסול אותם כקרובים ושאר פסולים, מלבד בעדות גיטין וקידושין לפי שאינם שייכים בתורת גיטין וקידושין, ולכן אינם נעשים עדים בדבר. אלא שמדברנן הם פסולים לעדות, שכן סתם גוי משקר כמו שכתוב: "אשר פיהם דבר שוא"²⁰¹, ולכן חששו לאמיתותם. ולפיכך אם יש לסמוך עליהם שאינם משקרים כגון בשטרות ערכאות של הגויים, עדותם כשרה²⁰².

ויש שכתבו שהגויים אינם פסולים מן התורה אלא משום שהם גזלנים, וגזלן פסול לעדות. לכן אלו שידועים ומוחזקים שאינם שקרנים כשרים. כן איתא במרדכי בגיטין בשם רבנו יקיר, ובהגהות אשר"י גיטין פרק א' שם.

¹⁹⁸ רש"י גיטין ט', ב, ד"ה חוץ, וד"ה פסולא. ובדף י', ב, ד"ה כריתה.

¹⁹⁹ תוס' ב"ק פ"ח, א, ד"ה יהא בשיטתו.

²⁰⁰ שו"ת התשב"ץ, ח"א, סימן עח.

²⁰¹ תהלים פרק קמד, פסוק ח'.

²⁰² וכן כתב קצות החושן בדעת רש"י כנ"ל, בסי' ס"ח, ס"ק א'.

ויש חולקים וסוברים שמן התורה הם פסולים אלא שתקנת חכמים היא במקום שידוע לנו שעדותם אמת כגון עדים החתומים בערכאות של גויים שיהיו כשרים²⁰³.

והנה לשיטת רש"י שדין השטרות העולים בערכאות שהם כשרים מן התורה כנ"ל, לאו דוקא בענין ממון אמרו, אלא הוא הדין לכל מילי אפילו לענין איסור אשת איש.

כן העלה הרב משה סופר :

"היוצא לנו מכל זה דמוכח מרש"י דסבירא ליה דהך חזקה דלא משקרי, חזקה אלימתא ודאורייתא הוא ואפילו לענין איסור ערוה החמור וכן העלה בשו"ת באר יצחק בארוכה²⁰⁴, שלדעת רש"י דסבירא ליה דמן התורה סמכינן על לא מרע נפשיהו הוא הוכחה לסמוך אף נגד חזקת ממונא כל שכן נגד חזקת איסור, ועיי"ש שדן לגבי איסור יבמה לשוק"²⁰⁵.

הן אמת שכבר העלה הבית אפרים, את השאלה האם יש ללמוד איסור ממון ולהכשיר ערכאות גם בענייני איסור, אם לאו, וכתב שם שאפשר לומר כי רק לענין ממון אמרו לא מרעי נפשיהו ודוקא בדבר שבין אדם לחבירו מרתתי למימר שקר, אבל בענין שאין בו משום בין אדם לחבירו משקרי²⁰⁶.

וכן העלו הרבה אחרונים לחלק בין ממון לאיסור, והם סוברים שלא הכשירו שטרי ערכאות רק לענין ממון גרידא ולא ילפינן איסורא מממונא²⁰⁷. ועיין באוצר הפוסקים מה שהביא בשם אחרונים שלא רצו להסתמך על תעודות של ערכאות לענין היתר עגונה, והם כתבו שאין ללמוד משטרות לעדות אחרת²⁰⁸.

ברם כבר ביאר ביתר עוז המהרי"ק :

"דהא אפילו אחזקה שצריך עדות גמור כגון להוציא ממון מחזקתו דבעינן שני עדים, סמכו אחזקה דלא מרעי נפשיהו גבי שטרות העולים בערכאות של כותים, בשטרי מכר אף בלא טעמא דדינא דמלכותא דינא, כדמוכח בהדיא בפרק קמא דגיטין ואף על גב דאם היה משקר לא היה לו היזק רב כי אם מעט זלזול, אפילו הכי אמרינן כיון שהוא דין לא היה מעיד שקר ופוגם את כבודו ואפילו לענין ערוה להתיר אשת - איש לעלמא הוה סמכינן אחזקה זו אי לאו דבני כריתה נינהו כדמוכח שם בהדיא"²⁰⁹.

נמצאנו למדים, כי יסוד חזקה זו דלא מרעי נפשיהו כוחה אפילו להתיר איסור אשת איש החמור, ובשו"ת תורת חסד כתב להסביר שיטתו וז"ל :

²⁰³ כן סבירא ליה התוספות גיטין ט', ב, ד"ה אף על פי. רמב"ם, עדות, פרק ד', הלכה ד' ועוד.

²⁰⁴ שו"ת באר יצחק, חלק אבן העזר, סימן ה', ענף ד'.

²⁰⁵ שו"ת כתב סופר, סימן כג.

²⁰⁶ שו"ת בית אפרים, אבן העזר, סימן לא.

²⁰⁷ עיין בשו"ת עטרת חכמים, אה"ע סימן ח', דברי חיים, ח"ב, סימן נה וסימן צח, פרשת מרדכי סימן כז, ועוד.

²⁰⁸ אוצר הפוסקים, חלק ג', עמודים קה - קז.

²⁰⁹ שו"ת מהרי"ק, שורש קכא.

"ויותר נראה לומר דמהרי"ק סבירא ליה דבערכאות נאמנים בעדות אשה מדאורייתא ולא תקנתא דרבנן"²¹⁰.

ובעיקר ראיית המהרי"ק מגיטין שאמרו והא לאו בני כריתות נינהו ולא אמרו והא לאו בני עדות נינהו, מכאן רוצה להוכיח שערכאות יהיו כשרים להתיר אשת איש, כבר כתבו התוס' שם י', ב', ד"ה והא וכו': הוי מצי למיפרך הא לאו בני עדות נינהו. מובא שדעתם לפסול ערכאות לכל ענין מטעם פסול עדות, הרי שהתוס' חולקים על מהרי"ק.

ויש יסוד להסביר כי יסוד מחלוקותם תלוי ועומד בעיקר דין ערכאות אם הם כשרים לעדות או פסולים, התוס' אזלי לשיטתם שכתבו בגיטין:

"אבל עכו"ם דלאו אחיו הוא פשיטא דפסול וכיון דלאו בני עדות נינהו היה ראוי אפילו כל שטרות העולים בערכאות של עכו"ם לפסול מן התורה אפילו אותם העומדים לראיה, אלא תקנתא דרבנן הוא היכי דקים להו בשהדוטיהו שהוא אמת דלא מרעי נפשיהו"²¹¹.

לפי זה שפיר כתבו התוס' בדף י"ב, דהוי מצי למיפרך דלאו בני עדות נינהו שהרי הם פסולים מן התורה.

אבל המהרי"ק אזל בשיטת רש"י ורבנו יקיר הנ"ל, דאם ידעינן שאינם שקרנים אזי הם כשרים לעדות מן התורה, שפיר מדייק המהרי"ק שלולא הטעם שאמרו והא לאו בני כריתות נינהו היינו מכשירים גיטין על פיהם, ואף על פי שלענין הכשר גט בעינן עדים, מ"מ הם יהיו כשרים, ולכן מוכיח המהרי"ק שיש לסמוך על ערכאות אף להתיר אשת איש לעלמא וכל שכן שיש להקל לענין עיגונא. וכן כתב הכתב סופר בארוכה בסימן הנ"ל לבאר שיטת המהרי"ק וז"ל: הרי לנו שיטתו דנאמנות ערכאות מדאורייתא, היא, ואפילו בדבר שבערוה סמכין עלה.

(ועיין באוצר הפוסקים דרוב האחרונים נקטו כמהרי"ק להסתמך עליו במקום עדות לאשה עגונה, וכן כתב האבני נזר, סימן כ"ז: דדעת רוב האחרונים להתיר בערכאות).

ולכן קבע הרב לוין, שגם לענין קביעת יוחסין יש להסתמך על שטרות של ערכאות, היינו שאם היה מגיש המבקש תעודה חתומה ע"י ביהמ"ש האומרת כי אם המבקש היתה נוצריה מלידה, היה מקום לדון ולקבל תעודה זו מדין שטרות העולים בערכאות. ולשיטת הראשונים שהם כשרים מן התורה, אף תעודה זו היתה כשרה וקבילה עלינו. אבל לשיטות הראשונים הסוברים דדין שטרות העולים בערכאות שאינם כשרים מן התורה ואינה כי אם תקנתא דרבנן, בוודאי יש לומר הבו דלא להוסיף עלה, ואין ללמוד מתקנתא דרבנן שתקנו לענין ממונות לענין קביעת יוחסין ושאר איסורי תורה.

²¹⁰ שו"ת תורת חסד אה"ע, סימן א', אות ו', וסימן מ', אות ה'.

²¹¹ תוס' גיטין, דף ט', ד"ה אף על פי.

נאמנות ערכאה שאינה שיפוטית

בפד"ר בראשות אב"ד הרב א. שאר ישוב²¹² עלתה השאלה האם שטר העולה בערכאות הוכר רק מכח היותם ערכאות הממונים על שמירת החוק, או שכל פקיד שלטוני או נאמן המוכר לעניין מסוים מטעם השלטונות, הצהרתו מוכרת?

מעתה עלינו לפנות לשאלה בנידון דידן, שהמבקש הביא תעודה שהוצאה ע"י כנסיה חתומה ע"י כומר, יש לדון מה דינה, שכן יש מקום לחלק ולומר שרק אם השטר יוצא מערכאות הכשירו מטעם דלא מרעי נפשיהו, אבל מי שאינו שופט ודיין, לא אמרו לגביו לא מרעי נפשהו.

ובגיטין י"א, א', אמרו: רבינא סבר לאכשורי בכנופיאתה דארמאי, אמר ליה רפרס, ערכאות תנן. ומפרש רש"י שם ד"ה בכינופיא: "שאינן ערכאות". ובד"ה בערכאות: "מקום בית וועד דיינים קבועים שלהן". הרי מבורר הדבר שיש הבדל בין שטר העולה בערכאות היינו מקום בית וועד דיינים קבועים לשטר היוצא ממקום שאין שם דיינים קבועים.

וכן נפסקה ההלכה בשו"ע חו"מ סימן ס"ח, סעיף א': "והוא שיהיו עשויים בערכאות שלהם, אבל במקום קיבוץ פליליהם בלא קיום השופט לא יועילו כלום". וברמ"א שם הוסיף: "אבל אם כתב סופר הממונה מפיה שופט שלא בפני השופט אינו כלום".

נמצאנו למדים שכל הדין האמור חזקה דלא מרעי נפשיהו דווקא בשופט אמרו, אבל אם אינו שופט לא אמרו דלא מרעי נפשיהו, ולכן אפילו הסופר שהוא ממונה מטעם בית המשפט אין עליו דין שטרות העולים בערכאות, ולא אמרו לגביו לא מרעי נפשיהו.

אם כן בנידון דידן היות והתעודה לא הוצאה ע"י ערכאה משפטית, ושום שופט ערכי לא חתם עליה, ורק כומר חתום עליה, אין לקבלה מדין שטרות העולים בערכאות.

ואפילו לשיטת הפוסקים שיש לקבל תעודות ממשלתיות רשמיות מטעם לא מרעי נפשיהו כמבואר, יש להסביר למה לא נאמר כן לגבי חתימת הכומר לא מרעי נפשיהו כשם שאמרו לגבי שופט דלא מרעי נפשיהו, לפי שכל מקום שיש לומר דמצי לאישתמוטי אין בו משום דלא מרעי נפשיהו, כן כתבו התוס' בע"ז כ"ז, ב', ד"ה כל, שלכן אין מתרפאין מן הגויים כשאין הרופא מומחה שיכול להשתמט ולומר מסוכן היה. כלומר, מאחר שלא יתלו הדבר בחסרון ידיעתו ואומנתו ממילא אין הוא מעמיד עצמו בגדר לא מרעי נפשיהו, ועיין ש"ך, יור"ד סימן קנ"ה, ס"ק א'. לכן רק ברופא מומחה התירו להתרפאות שכן לגביו שייך לא מרעי נפשיהו, ואינו מצי לאישתמוטי, ומפחד הוא שיתלו בו חסרון ידיעה. ולכן הואיל והכומר יכול להשתמט ולומר כי מחמת רצונה להתנצר חתם לה תעודה זו, או כדי שתוכל להינצל מהנאצים, לכן אין לקבל חתימתו.

²¹² פסקי דין רבניים חלק יא פס"ד בעמוד 340 הרב א. שאר ישוב אב"ד.

ועיין בשו"ת חתם סופר אה"ע, סימן צ"ד, שכתב להסביר את הסוגיא, בגיטין בטעם רפרם, שדחה ואמר דאין לסמוך אלא בערכאות הממונים לכך:

"והחילוק נראה, כמו שיש הפרש וחילוק בין רופא אומן לרופא מומחה לרבים, דאפילו רופא אומן עביד דמשקר אמונתו היכי דמצי לאשתמוטי שעשה מטעם שנאה, מה שאין כן רופא מומחה לרבים, זה לא ישקר אמונתו בשום פנים. הכי נמי ערכאות הוה מומחה לרבים וביותר שהרי זה הוא כל המחאתם שיעמדו האמת ולא ישקרו אומנתם על כן מהימני טפי.

ואם כן הכי נמי לענין חתימת הכומר דינו ככנופיא ארמאה, הואיל ואינו שופט ואין המחאתו לומר את האמת, לכן אין לומר לגביו דלא מרעי נפשיה.

ועיין בשו"ת עטרת חכמים, שדן שם אם לקבל תעודת פטירה חתומה ע"י כומר, וכתב שם כי עפ"י רש"י הנ"ל ושאר ראשונים אין לקבל שום תעודה שאינה של ערכאות, וכתב והואיל והכומר אינו ערכי, לכן אין לקבל את תעודת הפטירה. וז"ל שם: היוצא מזה שמי שאינו דיין לא יקרא בשם ערכי ואין נאמנות לערכאות כאלו, מדינא דחו"ל²¹³.

ואין לבוא ולקבל תעודת הכומר מטעם דינא דמלכותא דינא, שכן כתב הרמ"א בס"ח, סעיף א', דסופר של השופט יש לו דין דינא דמלכותא דינא ועיי"ש, ואם כן יהא לכומר דין כמי שממונה מטעם המלך, שכן כל הדין של דינא דמלכותא דינא אמור הוא רק לענין ממון גרידא או בדברים שבין אדם לחבירו²¹⁴.

ומטעם זה מסיק העטרת חכמים לא לקבל תעודת פטירה חתומה ע"י כומר, הואיל דדינא דמלכותא דינא אמור רק לענין ממון גרידא, ועיי"ש.

יתר על כן יש לומר שלא לקבל את התעודה החתומה ע"י הכומר, עפ"י מה שביאר הבית יצחק, בשאלה אם לקבל תעודת לידה או תעודה רשמית של כומר המעידה על יהודיה שהמירה את דתה והוא כתב שם וז"ל: דהרי אמרינן שמע מקונטרמיסין של נכרים איש פלוני נהרג אל ישיא את אשתו ופירש"י בגמרא גיטין כ"ט, אף דמסיח לפי תומו הימניה מהימניה, הני מילי במילתא דלא שייכי בה אבל במילתא דשייכי בה עבידי לאחזוקי שיקרא, שמתפארים שהרגו בדין, כן הכי נמי יש לומר שמתפארים שישראלית המירה דתה, על כן יש לומר שאינו נאמן²¹⁵.

אם כן הכי נמי בנידון דידן, כותב הרב שאר ישוב, הואיל וכל התעודה מעידה שאשה הזו הוטבלה לנצרות, מאן יימר לו שהיא נולדה כגוייה, אולי היא נולדה כיהודיה ואח"כ המירה דתה, ומאן יימר לן שאין בזה משום להתפאר, והכומר כתב לשם התפארותו, שלענין זה אין להם נאמנות.

וביחוד יש לחשוש כי כל התעודות הושגו בדרך לא כשרה, ויש לחוש לשוחד, שכן כל התעודות נושאות תאריך אחד, והם הושגו ע"י האשה שנשעה במיוחד לרומניה כדי להשיג את התעודות על מנת לשחרר את המבקש מחובותיו כלפי אשתו, וכבר כתב המהרשד"ם, שבזמן הזה אין להביא

²¹³ שו"ת עטרת חכמים, חלק אבן העזר, סימן ח'.

²¹⁴ עיין מגיד משנה, הלכות מלוה ולוה פרק כז הלכה א', וש"ך חו"מ, סימן עג, ס"ק ל"ט.

²¹⁵ שו"ת בית יצחק, חלק אבן העזר, סימן לא.

ראיה מכתבי ערכאות מפני שרובן מוחזקין במקבלי שוחד²¹⁶. וכתב המארני"ח, שיש הבדל בין שופטים גדולים מערים מפורסמות שאינם חשודים בקבלת שוחד, ובין שופטים של כפרים וערים קטנות שיש לחשוש²¹⁷.

והואיל והתעודות שהוגשו גם כן באו מכפר קטן יש גם חשש שהם הושגו ע"י שוחד וכדומה, ועיין בשו"ת חידושי הרי"ם סימן ד', שדן שם בענין חשש דמשקרי היכי שיש ריעותא לפנינו.

לאור כל האמור יש לדחות את התעודות מלקבלן ככשרות, ואין לדון לפיהם כלל וכלל".

ניתן להסיק מפסה"ד, שכומר לא נאמן כי אין אומנתו תלויה במתן תצהיר אמת. משא"כ בית משפט, שחייב לעמוד על האמת, לכן לא חשדין ליה בזיוף. לפי זה, אפשר שחתימת תצהיר של עו"ד, שכל ההאמנה שלו היא על זה שחותמו אמת, והיא החלק המרכזי בנאמנותו על תצהירים, יהא נאמן כדין שטר העולה בערכאות.

הכרה בשטרי ערכאות מכח מנהג

הרדב"ז²¹⁸ הכיר בכל השטרות של הערכאות מכח המנהג, ומכח דינא דמלכותא :
 "זהו דין תורה אבל כבר נהגו לגבות בכל שטר העולה בערכאותיהם אעפ"י שאין בו התנאים שהזכירו רז"ל משום דידם תקיפה על עצמם ואומרים כיון שהודה שיצא ערב למה לא יתחייב אלא שאתם מפקירים הממון מדעתכם ואין זה כתוב בתורה ותו דדינא דמלכותא דינא".

אך בתשובה אחרת הרדב"ז מגביל את המנהג²¹⁹ :

ועל מה ששאלת שטוענת האשה מקבלת המתנה שמנהג המדינה הוא לעשות כל שטרותיהם ע"י סופרים עכו"ם ועדים עכו"ם אם תועיל טענה זו לזכות במתנה. תנן בכמה דוכתי הכל כמנהג המדינה. וגרסינן עלה בירושלמי בפרק הפועלים אמר רבי הושעיא זאת אומרת מנהג מבטל הלכה וכתבוה בעלי ההלכות והוכיח ר"ת ז"ל בריש בתרא ממתניתין דהשותפין דיש מנהגים דאין לסמוך עליהם אפילו היכא דתני כמנהג המדינה וכן בא"י כגון שהוא מנהג קבוע עפ"י חכמי העיר כדאמר"י במסכת סוטה אין הלכה נקבעת אלא עד שיהיה מנהג קבוע וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה פ"י מנהג ותיקין אבל מנהג שאין לו ראיה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת וכמה מנהגים גרועים דלא אזלינן בתרייהו כדפי' ר"ת ז"ל בבתרא עכ"ל.

ואף על גב [דאמרין] בפרק הגוזל בתרא ובלבד שלא ישנו ממנהג החמרים וממנהג הספנים אלמא דאפילו מנהג החמרים הוי מנהג. לא קשיא דמנהג החמרים והספנים לדידהו הוי כמנהג דותיקין לכל בני המדינה. ומפני שכל הראשונים דברו בזה לא אאריך אבל העולה מדבריהם כי המנהג אשר אמרו מבטל הלכה צריך שיהיה ידוע וקבוע ע"פ בקיאים ועוד חדשתי אני בתשובה בראיות צריך שיהיה קבוע על פי רבים. הילכך אם תברר האשה בשני עדים כשרים שכל שטרותיהם היו נעשים

²¹⁶ שו"ת מהרשד"ם, אה"ע סימן קמ"ד.

²¹⁷ שו"ת מארני"ח, ח"א, סימן פד.

²¹⁸ שו"ת רדב"ז חלק א סימן שעט.

²¹⁹ שו"ת רדב"ז חלק א סימן תקמד.

ע"פ סופר ועדים עכו"ם אף על פי שלא היה בערכאותיהם ובכל התנאים אשר הזכירו רז"ל והובאו שטרות אלו לפני חכמי העיר ועשו על פיהם והוקבע המנהג הרי זה מנהג המבטל ההלכה ואעפ"י שלא בא לפנייהם שטר מתנה ממש כזה לית לן בה כי כמו שנהגו בשאר שטרות אף על פי שאין בהם שאר תנאי ערכאותיהם נהגו גם בשטר מתנה. אבל אם העידו שהיו באים לפני חכמים שטרות העולות בערכאותיהם ועשו על פיהם אין זו ראייה שהמנהג הוא לכתוב כל השטרות ע"פ עכו"ם דדילמא מדינא עשו על פיהם ולא משום מנהגא עד שתביא ראייה שבאו לפנייהם שטרי מתנות במטלטלין בלא דרך מדרכי הקנין ועשו על פיו וקבעו המנהג לעשות כל שטרותיהם בעדים עכו"ם ובנימוסיהם. ולפי דעתי עדות זו רחוק המציאות ולכן צריך לחקור אחר העדים ולדקדק אחריהם".

היוצא מתשוי הרדב"ז שיש להכיר בשטרות מכח מנהג, ואף בשטרי מתנה. אך את המציאות האמיתית כתב בתשובה אחרת²²⁰:

"אבל בלאו הכי כבר נהגו בכל זה המלכות לסמוך על פסקי הרמב"ם ז"ל שלא הכשיר אלא שטרי מקח וממכר ושטרי חוב והוא שיתן המעות בפניהם וכן הוא דעת רבותיו ודברי רבותיו דברי קבלה הם ועליהם אני סומך אפילו היה הדין במחלוקת".

היינו שלמעשה נהגו במצרים לפי פסקי הרמב"ם, רק בשטרי ראייה סומכים על המלכות. אך יכול להיות שאת התשובות הקודמות כתב בצפת²²¹ ולכן המנהג באזור לא היה ברור לו, וצריך את השואל להביא ראיות למנהג.

לסיכום, אצטט את לשון השו"ע בהלכות הלוואה, על שטר העולה בערכאות:

"שטר שכתוב בכל לשון ובכל כתב, אם היה עשוי כתקון שטרי ישראל שאינם יכולים להזדייף ולא להוסיף ולא לגרוע, והיו עדי ישראל ויודעין לקרותו, הרי הוא כשר וגובה בו מהמשועבדים.

אבל כל השטרות שחותמים עובדי כוכבים, פסולים, חוץ משטרי מקח וממכר ושטרי חוב; והוא שיתן המעות בפניהם ויכתבו בשטר: לפנינו מנה פלוני לפלוני כך וכך דמי המכר או מעות החוב.

והוא שיהיו עשויים בערכאות שלהם, אבל במקום קיבוץ פלליהם, בלא קיום השופט שלהם, לא יועילו כלום. ואפילו דנו כבר הערכאות ע"פ אותו השטר והחזיקו הקונה במקחו, אינו כלום (א"ז פ"ק דגיטין).

וכן צריכים עידי ישראל שיעידו על אלו עובדי כוכבים שהם עידי השטר, ועל זה השופט שלהם שקיים עדותו, שאינם ידועים בקבלת שוחד, ואז גובים מבני חורין. ואם חסרו שטרי עובדי כוכבים דבר מכל אלו, הרי הם כחרס.

הגה: וספר שכותבין בו הערכאות, הוי כשטר שלהם (נ"י בשם הרשב"א).

²²⁰ שו"ת רדב"ז חלק ב סימן תרלד.

²²¹ הוא יצא עם הגולה מספרד בשנת ה"א רנ"ב (1492) ועלה לצפת. בשנת ה"א רע"ג (1513) ירד ר' דוד מצרימה, שם היה לראש קהילת היהודים המקומית, ושימש כרב, אב בית-דין, ראש ישיבה וגבאי קופת הצדקה, וכל זה ללא תשלום עקב עשרו הרב, שבא לו מהצלחתו במסחר. הוא חזר לארץ בשנת ה"א שי"ג (1553) והתיישב שוב בצפת

ויש אומרים דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא, וכיון שנעשה בפניהם גובין אפילו ממשעבדי, אפילו בלא עידי מסירה ישראל, ואפילו אין השופט חתום לקיים העדים, אלא כל שנעשה בפני הערכאות לא מרעי נפשיהו לשקורי. ואפילו נפק עליהו קלא דמקבלי שוחדא להטות משפט, מכל מקום לעדות שקר לא מרעי נפשיהו.

ואין צריך שיהא כתוב בו שראו נתינת המעות, אלא שאנו סומכין שראו בודאי (הרא"ש פ"ק דגיטין טור).

ואין חילוק בין חתום עליו עד אחד עובד כוכבים או שנים (ב"י בשם הרשב"א), כל שנעשה לפני השופט. אבל אם כתב סופר הממונה מפי השופט, שלא בפני השופט, אינו כלום (טור ומהר"ם פאדוואה סימן נ"ו). מיהו במקום שיש דינא דמלכותא להכשיר שטר שנעשה ע"י סופר המלך, כשר (טור בשם הרמב"ן).

אבל שטרי מתנות, כגון: שדי נתונה לך, שעיקר הקנין נעשה על ידי השטר, ועובדי כוכבים חתומים בו. וכן שטרי הודאות שפלוני הודה לפלוני שהוא חייב לו, ופשרות שהם בעדים שלהם או שטרי מחילות, אף על פי שיש בהם כל הדברים שמנינו, ונמסרו לפני עידי ישראל (טור), הרי הם כחרס.

הגה: וי"א דשטרי הודאות כשטרי הלואאות (ב"י בשם הרשב"א והר"ן בפ"ק דגיטין). וכן שטרי מחילות כשרים בערכאות (ריב"ש סימן קמ"ב). וכן מתנה הנקנית בקנין או בחזקה (ב"י), רק שהודה בערכאות, דכל השטר אינו אלא ראייה בעלמא, כשר מה שנעשה לפניהם (ר"ן פ"ק דגיטין). ולכן שכיב מרע שעשה צוואה לפני ערכאות של עו"ג, קיים כל מה שצוה (ריב"ש סימן נ"א), וכמו שיתבאר לקמן סימן רנ"ג סעיף ל"ב.

ובכל מקום שמשפט המלך לכתוב כל הדברים בערכאות, כל השטרות העשויין לפניהם, כשרים, אפילו שטרי מתנות, מכח דינא דמלכותא (הרא"ש פ"ק דגיטין וטור). וכל שכן במקום שכבר נהגו להכשירם, כשרים (ריב"ש סימן תצ"ג, ותע"ח ובה"ת וב"י בשם רשב"א והמגיד פכ"ז מה' מלוה). ועיין לקמן סימן שס"ט בדיון דינא דמלכותא, וכל שטר שמכשירין משום דינא דמלכותא, אם לא נכתב כהוגן לפי דיניהם, אף על פי שנכתב כהוגן לפי דינינו, פסול, דלא נכשיר יותר מהם (ריב"ש סימן נ"א). וכן להפך, אם פסול לפי דינינו וכשר לפי דיניהם (מהרי"ק שורש קפ"ח). ויש חולקין בזה (תשובת הרא"ש כלל י"ח)²²².

²²² שולחן ערוך חושן משפט הלכות הלואה סימן סח סעיף א.

חוק מדינה המחייב לדון בערכאות

לדון בבית משפט אסור, אפי' אם חוק המדינה מחייב זאת. ומכיוון שמדובר באיסור תורה, אין דינא דמלכותא מתיר זאת, וכדברי הרמב"ם שדינא דמלכותא בממון דינו דין, ואין הדין מתיר איסורים כמו שנכתב לעיל בארוכה.

מקור האיסור בגמרא גיטין²²³ :

"תניא, היה ר"ט אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוראות של עובדי כוכבים, אף על פי שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר: ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם"²²⁴, לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים".

ורש"י פירש :

"אגוראות - אסיפות כמו אגור בקיץ (משלי י). והם הבתי דין של הגויים, ובכללם כל מקום משפט שלא דנים על פי דין תורה אסור לדון לפניהם".

ונפסק להלכה בשו"ע²²⁵ :

"אסור לדון בפני דייני עובדי כוכבים ובערכאות שלהם (פי' מושב קבוע לשריהם לדון בו), אפילו בדין שדנים בדיני ישראל, ואפילו נתרצו ב' בעלי דינים לדון בפניהם, אסור. וכל הבא לידון בפניהם, הרי זה רשע, וכאילו חרף וגדף והרים יד בתורת מרע"ה"²²⁶ (מדהניח דייני ישראל והלך לפני דייני גוים מראה כאילו תורת משה רבינו עליו השלום ומשפטיו אינו אמת, ח"ו, סמ"ע שם).

הגה: ויש ביד בית דין לנדותו ולהחרימו עד שיסלק יד העובדי כוכבים מעל חבריו (מהרי"ק שורש קנ"ד).

וכן היו מחרימין המחזיק ביד ההולך לפני עובדי כוכבים (ריב"ש סי' ק"ב). ואפילו אינו דן לפני עובדי כוכבים, רק שכופהו על ידי עובדי כוכבים שיעמוד עמו לדין ישראל, ראוי למתחו על העמוד (מרדכי פ' הגוזל קמא). וע"ל סימן שפ"ח.

מי שהלך בערכאות של עובדי כוכבים ונתחייב בדיניהם, ואחר כך חזר ותבעו לפני דייני ישראל, יש אומרים שאין נזקקין לו (מהרי"ק שורש קפ"ח); ויש אומרים דנזקקין לו (מרדכי פ' הגוזל בתרא), אם לא שגרים הפסד לבעל דינו לפני עובדי כוכבים (מהר"ם מירזבורק). והסברא ראשונה נראה לי עיקר".

על פסק הרמ"א, המתיר להחזיק בממון שזכה על פי דין הערכאות, תמה התומים, מי התיר לו זאת על פי דין תורה. אמנם לפי מהר"י בן פרץ אין נזקקין לו, אך הוא סובר דינא דמלכותא דינא

²²³ תלמוד בבלי מסכת גיטין דף פח עמוד ב.

²²⁴ שמות, פרק כא.

²²⁵ שולחן ערוך חושן משפט הלכות דיינים סימן כו, סעיף א'.

²²⁶ רש"י והרמב"ן בתחילת פרשת משפטים הביאו טעם, דלמדים זאת מפרשת האזינו[דברים לב, לא]: כי לא כצורנו צורם ואויבינו פלילים. כשאויבינו פלילים זהו עדות לעילוי יראתם.

בכל דבר²²⁷. ואמנם השי"ך שם חולק על הרמ"א, שרק אם קיבל על עצמו גוי או פסול, מהני הקבלה, אך לא לקבל אות חוק הערכאות, שזה איסור, ולא חלה קבלתו²²⁸.

אך בתשובות האחרונים מצינו מחלוקת שנראית קיצונית במידה הצריכה ביאור :

הברכי יוסף פסק שההולך לערכאות הוא מהמר על תוצאות הדיון, כמשחק בקוביא, ולכן מועילה קבלתו את הערכאות לפסוק בעניינו :

"מענה כיון שסמך על ערכאותיהם ואינו יודע אם ינצח או יפסיד, ויש להם תביע זה על זה, הוי ממש כמשחק בקוביא, שקנה אם יש להם תביעה זה על זה. והוא הדין כאן לשיטת הרא"ש, כיון שמשפטים כל ידעום, ובקל יכולין לחלק בין דין לדין לפי הזמן ולפי המקום, ובשינוי כחוט השערה כקורי עכביש ישתנה דיניהם, שפיר הוי כמשחק בקוביא שאין בידו כלל, ואין דבר לתלות בו אדעתא דהכי הותנה שהיה סבור הדבר לבא לידי כך, ושפיר גמר ומקני בדיבור בעלמא"²²⁹.

אך המהר"ל צינץ כתב לגבי מי שהפסיד בערכאה נמוכה, ורוצה לשוב לדין תורה :

"פשיטא שמוכרח לברר זכותו בדיניהם, ואין עסק לבי"ד של ישראל כלל"²³⁰.

כנראה דין זה תלוי בטיב הערכאות לפי הזמן והמקום. הברכי יוסף, רבי חיים יוסף דוד אזולאי, החיד"א, חי בירושלים במאה השבע עשרה, והשיב תשובות לאזור המזרח התיכון וצפון אפריקה, וכנראה שבאזור זה מערכת המשפט לא היתה מפותחת, וללכת לערכאות אכן נמשל להימור על תוצאות הדיון.

לעומת זאת בזמן המהר"ל צינץ, החי במאה התשע עשרה אירופה המודרנית, ודאי שאדם ידע לפני התביעה בערכאות, את החוקים, ויכל לשער במשפט שאינו על צד הספק ממילא, את תוצאותיו. וכן רואים באבן השוהם, המשבח את הערכאות בזמנו, החותרים לבירור האמת.

ובפתחי תשובה שם הביא מהחוות יאיר²³¹ :

"עיינן בתשובת חות יאיר סי' קנ"ג שכתב בענין כתב יד שנכתב בו שאם לא יפרע לזמן פלוני יתחייב קנס מאה ר"ט להשררה, ודאי מצד הדין אסור למלוה לתבוע להלוה בערכאות של גוים כבחוי"מ סימן כ"ו, רק באם בע"ד אלם דקיי"ל שנוטל רשות מב"ד ודן בערכאות של גוים, ובכ"י זה מוטל מאד על הב"ד להיות מתון ולהתרות בלוה על היזק דאפשר להגיע לו מלבד חובו, ואם לא ישגיח והמלוה תובע את שלו והמה תובעים הקנס, אין ללוה על המלוה שום תרעומות, משא"כ בלי רשות ב"ד ודאי לא מהני תנאו, אפילו נכתב בפירוש שתיכף שיעכב יורשה זה להגיד הקנס להשררה ולא יהיה לו דין מסור לאנס, כל זה לא יועיל למלוה לתבוע אותו בערכאות של גוים או להגיד להשררה

²²⁷ תומים, חר"מ סימן כו, אות ב'.

²²⁸ ש"ך, חר"מ סימן כו, סעיף קטן טו.

²²⁹ שו"ת ברכת יוסף, חר"מ סימן כג.

²³⁰ שו"ת מהר"ל צינץ, חר"מ, סימן ל', סעיף ד'.

²³¹ פתחי תשובה חושן משפט סימן כו.

מהקנס לבד, ואפילו נימא דמ"ש שלא יהיה לו דין מסור לאנס כאילו התנה ע"מ לפטור, כמו גבי קרע את כסותי ע"מ לפטור²³², מ"מ יש לחלק, דהתם אחר דאין הנאה להאומר ודאי פטר ליה בלב שלם, דאלי"כ למה א"ל, משא"כ כאן כו'. ע"ש עוד".

ובמקרה שאין הנתבע רוצה לבוא לבית הדין להתדיין פסק השו"ע²³³:

"היתה יד הגויים תקיפה ובעל דינו אלם ואינו יכול להציל ממנו בדיני ישראל יתבענו לדיני ישראל תחילה אם לא רצה לבוא נוטל רשות מבי"ד ומציל בדיני גויים מיד בעל דינו. ע"כ. וכתב בבאר הגולה שם אות ד דאע"פ שהוא אלם וסרבן מלציית דין ה"ל ליטול רשות מבי"ד.

ועי' בפסקי הרב יצחק וייס בספרו מנחת יצחק²³⁴ דלהלכה למעשה יש ליקח רשות בי"ד, או כפי הנהוג אצלינו לשלוח הזמנה אחת במקום שלושה, ולהתרות שאם לא תבוא לדינא יותן להתובע רשות לילך בערכאות, או אם הבי"ד יחליטו שהוא בכלל אלם ולא ציית דינא אי"צ להזמין לדין, אלא יותן בלא זה רשות לילך עמו בערכאות. ע"כ".

פסקי בתי הדין הרבניים

ובנידון בביה"ד ירושלים לדיני ממונות²³⁵ שהתובע תבע את הנתבע בבית דין והנתבע השיב שעל פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מקום הדיון בתביעה זו הוא בית דין לעבודה, הורה מרן הגר"ש אלישיב שליט"א שלמרות תשובה זו של הנתבע אין התובע רשאי לפנות לערכאות אלא בהיתר בית דין, כי הוראת היועץ המשפטי לממשלה המורה לעובדי המדינה שלא להתדיין בבית דין על פי דין תורה, בענינים הקשורים לעבודתם בשירות המדינה, מנוגדת להלכה המחייבת את הנתבע לבוא לבית הדין לדין תורה. ולאור הודעת הנתבע (שאין הוא מוכן לבוא להתדיין בדין תורה), מורשה התובע לפנות לכל מקום שימצא לנכון. אברהם דוב לוין אב"ד, יהושע ווייס, שמשון גרוסמן

כתב הגר"א הרצוג בספרו²³⁶:

"אפילו אם אין לבי"ד הרבני כח חוקי ממשלתי לדון בתיק, אבל כלום אין לנו הכח עפ"י דין תורה להזדקק לכל תביעה ממונית גם מחוץ למסגרת של שטר הבוררות? החוק החילוני אינו מונע מבית דין רבני להזמין בע"ד לפניו, ואם באו בע"ד לפניו ונשמעה בפניהם תביעה ממונית אין החוק מונע אף בהעדר שטר בוררות מלפסוק כדין תורה ומלדרוש מהנתבע מהבחינה הדתית המוסרית לקבל את פסק דינם עפ"י דין תורה".

וכן פסק ביה"ד הגדול בהרכב הדיינים הגר"ב ז'ולטי זצ"ל ויבלח"ט מרן הגר"ש שליט"א והגר"מ אליהו²³⁷: תביעה שהוגשה בבית דין נגד שר הסעד, והיועץ המשפטי של משרד הסעד השיב

²³² שו"ע חר"מ, סימן ש"פ, סעיף א'.

²³³ חר"מ סי' כו סעי' ב.

²³⁴ שו"ת מנחת יצחק חלק ט' סי' קנה.

²³⁵ פסקי דין - ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין ח פס"ד בעמוד יא.

²³⁶ פסקים וכתבים כרך ט עמ' לא/

שלדעת היועץ המשפטי לממשלה נשוא התביעה אינו בתחום סמכותו של בית הדין הרבני. בית הדין הגדול פסק כי כל יהודי באשר הוא יהודי יהא מעמדו ותפקידו אשר יהא חייב לפי דין תורה להענות לכל הזמנה של בית דין רבני להתדיין לפניו ולציית לכל אשר יורה לו בית הדין, ואפילו מלך וכהן גדול מזמינים אותו לדון לפני בית הדין והוא חייב להתדיין לפניו.

בית הדין הרבני יונק את שיפוטו מכוחה של תורה ודיניה, ואם כך הרי כל טענה על חוסר סמכות במסגרת החוק אינה תופסת כאשר הבעיה היא בסמכות מכח התורה ליהודי שומר תו"מ. ע"כ.

בדרך זו פסק ביה"ד הגדול בהרכב מרן הגר"ש אלישיב שליט"א, הגר"ע יוסף שליט"א והגר"ב זיילטי זצ"ל²³⁷ בתביעה נגד מנהל אגף החינוך של עיריית ת"א על פיטורי עובד, ומנהל האגף נמנע מלבוא לבית דין משום שהתביעה נגדו לא היתה אישית, ובכגון דא נוהגת העירייה להתדיין לפני ערכאות. פסק ביה"ד הגדול כי השאלה אם התביעה היא אישית או לא, היא גופה טעונה בירור, ועל כן על הנתבע להופיע לדין, ואם אינו מופיע יש להוציא נגדו כתב סירוב, ואפילו אם התביעה היא נגד המשיב בתוקף תפקידו, גם במקרה כזה יש לנהוג על פי הדין.

כך גם פסק ביה"ד בת"א²³⁸ בהרכב הרב דיכובסקי, הרב בר שלום והרב שרמן בתביעה נגד מועצה דתית שבאם תסרב המועצה לבוא לדין ידון בית הדין בהוצאת כתב סירוב. הדברים ראו אור בספר הנ"ל:

"וב"ה זכינו שכמה וכמה נושאי משרות ממשלתיות ציבוריות, והם יראי ה' ותורתו, שהוזמנו לד"ת בבי"ד בעניינים הנוגעים למשרדים ולתפקידים הציבוריים עליהם הם אחראים, לא ניסו להתחמק מחובתם כלפי שמיא, והופיעו לבי"ד כנדרש. במקרים בהם התברר בבית דין שניתן לפתור את הסכסוך בין הצדדים בלי צורך של הסכמת גורמים ממשלתיים אחרים, פסק בית הדין את ההלכה, והענין בא על פתורו. ואילו במקרים בהם התברר שהפתרון תלוי בגורמים ממשלתיים אחרים הנשמעים רק לביהמ"ש, ניתנה הרשות לתובע לפנות לכל מקום שימצא לנכון".

ולכן פוסק הרב לוין:

"...מכל מקום אין רשות הלכתית לעובד מדינה שומר תו"מ לסרב להופיע בבי"ד אף לא כדי לשמוע את התביעה והאם ניתן לפתור את הסכסוך בלא צורך לערב גורמים ממשלתיים אחרים. והעושה כן תוך הסתתרות מאחורי הוראת היועץ המשפטי לממשלה, דינו כמסרב לדין תורה, וכתורה יעשה לו".

דיון בבית הדין על פי החוק האזרחי

²³⁷ בערעור מיום יב בטבת תשל"ב, ופורסם בסדר הדין עמ' 169.

²³⁸ ביום יב אב תשכ"ט בערעור תשכ"ט 186.

²³⁹ ביום ה בחשון תשמ"ז בתיק מס' תשמ"ה 12608.

במקרה ששני הצדדים קבלו עליהם לנהוג בעסקה על פי החוק האזרחי, ומבקשים שבית הדין ידון לפי חוק זה :

הובא לעיל דברי המחבר בשו"ע²⁴⁰ : "המקבל עליו לידון עם חברו לפני עכו"ם, אינו כלום, ואסור לידון לפניהם", וזו הלכה פשוטה.

אך האחרונים נחלקו במקרה שבו יש לאחד מהצדדים זכות עדיפה בדיני עכו"ם, והוא רוצה שבדין תורה תישמר לו זכות זו. האם דנים בדין תורה, על פי זכויות בערכאות?

הסמ"ע שם כתב :

"אבל אם יש למלוה זכות בזה, אין בידו לחזור בו דהקנין חל על נכסים שנשתעבדו לו על אותו זכות שקיבל עליו לדון לפני דייני עכו"ם, ולא מצאתי מי שחולק על זה. ואף שהר"ן סתם וכתב בתשובה²⁴¹ דלא מהני קבלתו לדון בפניהם, מכל מקום יש לפרשו באופן שלא יחלוק על הבעל התרומות והרא"ש, ומיירי הר"ן כשאין זכות לו יותר בדיני עכו"ם מדיני ישראל...".

ובסמ"ע בסימן סא סעיף יד מפורש יותר שיש לו זכות לדון ממש בפני העכו"ם, אף שעובר על איסור ומרים יד בתורת משה :

"ומכאן ראייה למה שכתבתי בסימן כ"ו בדרישה ובסמ"ע [סקי"א] דאם כתב בפירוש שידון עמו בדין גוים מפני הזכות שיש לו בדיניהן יותר מבדין ישראל, צריך לדון עמו בדיני גוים אף במקום שיש דייני ישראל שיכולין לדונו ולהוציאו מידו, והיינו דוקא במקום שיש איסור לדייני ישראל לדון בדיני גוים כגון להוציא מידו ממון שעבר עליו השמיטה וכיוצא בו, אבל במקום שאין איסור, ידונו דייני ישראל באותו זכות שיש לו לפני דייני גוים מאחר שקיבל עליו וחייב נפשו בזה, ועל דרך שכתב מור"ם בהג"ה לקמן סוף סימן שס"ט ע"ש".

שיטת הסמ"ע מחודשת, והוא יחיד בשיטה זו, שקבלה לדון בערכאות מועילה. וזהו נגד השו"ע בסימן כו, וגם בסימן סא סעיף ו' :

"שטר שכתוב בו שיש רשות למלוה לירד לנכסי לווה בין בפניו בין שלא בפניו בלא רשות בית דין ובלא שומא והכרזה, אינו רשאי לעבור על דברי תורה לירד לנכסיו, שהמלוה את חברו לא ימשכנו אלא בב"ד. אבל אם לא מצא דיין שרוצה לדונו, אז יש לו רשות לעשות דין לעצמו".

והגאון שם בס"ק כג מבאר שאף שכל תנאי שבממון קיים :

"...היינו להתחייב מה שהיה פטור, אבל תנאי לעבור על דברי תורה לא. וכמו בעל מנת שאין בו אונאה...".

²⁴⁰ שו"ע סימן כו, סעיף ג'.

²⁴¹ שו"ת הר"ן סימן פא. ובדפוסים חדשים סימן עג.

לכן חולק הגאון על הסמ"ע שאין בתנאי כדי להתיר איסור תורה לדון בערכאות, וכפשטות השו"ע.

אך הטי"ז²⁴² כתב:

"אף לדון בפני דייני ישראל על זכות שיש לו לפי משפט העמים, אין שומעין לו, דהוה מתנה על מה שכתוב בתורה".

כנראה שלדעתו, עצם העדפת חוקי העמים על פני דין תורת משה, הוא ייקור הערכאות שנאסר.

והברכי יוסף²⁴³ פסק שאם קבלו עליהם במפורש שדייני ישראל יפסקו לפי זכות העכו"ם, גם לדעת הרא"ש²⁴⁴ יכולים לדון לפי זכות העכו"ם.

הכרעת בית הדין הגדול

לנדון זה נדרש ביה"ד האזורי בירושלים²⁴⁵, בו הסכימו בני הזוג שביה"ד ידון בחלוקת רכושם לפי חזקת השיתוף. השאלה שעלתה היא, האם הסכמת הצדדים מחייבת את בית הדין.

דעת הרוב בביה"ד היתה:

"בית הדין מפנה את הצדדים למי שבקי בתורת חלוקת הרכוש הנ"ל והוא יכריע ביניהם, מאחר שאנו דנים אך ורק לפי דין תורה...".
ודעת המיעוט היתה:

"למרות שבוודאי ביה"ד דן אך ורק לפי דין תורה, אולם כיון שיש הסכמה של שני הצדדים לחלק את רכושם אחד עם השני לפי כללים אחרים... אין שום סיבה לא לפעול בהתאם להסכמתם".

על פסה"ד הוגש ערעור, ובפסק הדין כתב הגר"ש דיכובסקי²⁴⁶:

"לי נראית עמדת המיעוט גם לגופם של דברים, וגם עקב ההשלכות הנובעות מכך. לגופם של דברים, מאז ומתמיד, דנים בתי הדין לפי ההלכה, גם ב"דינא דמלכותא" שלא לפי דין תורה... בכל אותם צווי ירושה שהם לכאורה בניגוד להלכה, ביצענו בהסכמת הצדדים, הקנאות מתאימות על מנת לחלק את העיזבון לפי ההלכה מדיני הקניינים, גם אם לא מדיני הירושה... לא ראינו עצמינו כפוסקים בניגוד לדין תורה, מאחר ונעשו הקנאות, אלא מצאנו דרך שלא לפגוע בהלכה, ולקיים את חוק הירושה האזרחי כפי רצון הצדדים.

²⁴² טורי זהב על שו"ע הלכות דיינים סימן כו, סעיף ג'.

²⁴³ חו"מ סימן כו, אות ח'.

²⁴⁴ שו"ת הרא"ש כלל יח סעיף ד'. הובא בב"י ובסמ"ע, חו"מ, סימן כו.

²⁴⁵ פסק בית הדין האזורי י-ם, תיק מס' 349233/21.

²⁴⁶ פורסם על ידו בקובץ תחומין, כרך יח אות יא, "הלכת השיתוף – האם דינא דמלכותא דינא".

לא שמעתי מעולם, אפילו על דין אחד, שנמנע מלדון בתיקי ירושה, עקב אי היכולת ליישב דים תורה... כאמור לעיל, הימנעות ביה"ד הרבני מלדון בכך היא צדקנות מיותרת ומזיקה... לפיכך אני סבור שיש לקבל את הערעור ולקבוע, כי בית הדין האזורי ידון בחלוקת הרכוש לפי הלכת השיתוף בהתאם להסכמת הצדדים. אם ביה"ד יסרב לכך, יש להעביר את התיק להרכב אחר".

בית הדין הרבני הגדול, החליט ברוב דעות לקבל את הערעור, ופסק כדעת המיעוט של ביה"ד האזורי.

הרב דוד מלכא²⁴⁷ כתב, שלא זו בלבד שיש לביה"ד להזדקק לדין זה, אלא חל איסור להפנות את הזוג לערכאות. זאת ע"פ מה שנכתב לעיל שהאיסור לדון ממש בערכאות בהסכמת הצדדים, ברור לדעת כל הפוסקים. אך לדון בדיני ישראל על פי זכות שיש לו בדיני עכו"ם, בזה יש מהאחרונים (סמ"ע, ברכי יוסף, נתיבות המשפט) שס"ל שיש לו זכות זו.

אך לעניות דעתי, נראה שנידון הסמ"ע והט"ז הוא על מחלוקת בין בעלי הדין, שבזה נחלקו האם קבלה בחוזה בין הצדדים על זכויות לפי דיני עכו"ם, האם חלה. בנידון של ביה"ד, שני הצדדים לפנינו, וברצונם לחלוק את הממון לפי ההקנאות המתאימות מדעתם. ורק צורת החלוקה, ברצונם לעשות לפי החוק של חזקת השיתוף. בזה ודאי שגם הט"ז מודה, שאין מניעה לבית הדין, לבצע חלוקת רכוש כפי רצון הצדדים לזה.

²⁴⁷ פורסם בשורת הדין, כרך ז, "דיון בביה"ד על פי החוק האזרחי".

פרק ח' – דיני מיסים

מקור הדין

שנינו בגמ' בבא מציעא :

"רבינא הוה יהיב זוזי לבני אקרא דשנוותא ושפכי ליה טפי כופיתא. אתא לקמיה דרב אשי, אמר ליה : מי שרי? - אמר ליה : אין, אחולי הוא דקא מחלי גבך. - אמר ליה : הא ארעא לאו דידהו היא! - אמר ליה : ארעא לטסקא משעבדא, ומלכא אמר : מאן דיהיב טסקא - ליכול ארעא. אמר ליה רב פפא לרבא : חזי מר הני רבנן דיהבי זוזי אכרגא דאינשי ומשעבדי בהו טפי! - אמר ליה : השתא איכו שכיבא לא אמרי לכו הא מילתא. הכי אמר רב ששת : מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח, ומלכא אמר : מאן דלא יהיב כרגא לשתעביד למאן דיהיב כרגא"²⁴⁸.

ופירש רש"י :

"לבני אקרא דשנוותא - שנוותא שם הנהר, אקרא - קונטריא"ה בלעז (מחוז, איזור), יושבים על שפת אותו נהר, ויהיב להו רבינא זוזי לפני הבציר לתת לו היין בשעת הבציר כשער היוצא. ושפכי ליה טפי כופיתא - מדעתם, שלא בתנאי. אחולי קמחלי גבך - הואיל ולא פסקת עמהם, ומדעתם נותנים לך, ואין מזכירים לומר בשכר מעותיד שהיו בטילות אצלנו - מתנה בעלמא היא. והא ארעא לאו דידהו היא - אלא שהיו עשירים, ורואין בני אדם שהניחו שדותיהם וברחו, ואין נותנים מס הקרקע למלך - והם נוטלים השדות והכרמים, ופורעין מס למלך, ושמא היין שאני לוקח מהם גזל הוא בידך, דקרקע אינה נגזלת, והרי היא של בעלים, ופירות גזל! טסקא - מס של קרקע. כרגא - כסף גולגלתא, שהיו כל היהודים, כל אחד נותן כסף גולגלתו למלך".

במימרא זו אנו מוצאים, שדין המלך על השדות היה מוכר, עד כדי שחוק המלך היה שמי שנותן את מס המלך, הוא הבעלים על השדה. ולכן במקרה שהבעלים ברחו ולא נתנו את מס המלך, הקרקע עוברת לבעלות נותן המס כחוק. ואכן רב אשי מתיר לכתחילה ליהנות מפירות שדה זו, ואין כאן חשש גזל. עוד נלמד מכאן, שמס המלך הוא חוקי, ולכן מי שלא נותן את מס המלך, משתעבד למי שנתן, ולכן זוכה ה"נושה" בקרקע.

אולם במסכת בבא קמא אנו מוצאים חילוק בין המוכסים.

משנה במסכת נדרים :

²⁴⁸ תלמוד בבלי מסכת בבא מציעא דף עג עמוד ב.

"נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין - שהיא של תרומה, שהיא של בית מלך, אף על פי שאינה של תרומה, אף על פי שאינה של מלך"²⁴⁹.

והגמרא במסכת בבא קמא הקשתה:

"ולמוכסין, והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא! א"ר חנינא בר כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה; דבי ר' ינאי אמרי: במוכס העומד מאליו"²⁵⁰.

לפי פירוש זה למשנה, אין דינא דמלכותא חל על מוכס שאין לו קצבה, או על מוכס העומד מאליו. הפירוש המקובל בדברי דבי רב ינאי, שאין מחלוקת בינם לבין שמואל, שמוכס שאין לו קצבה אין לו סמכות לגבות מס. ואף אם יש קצבה למס, אם אין לו מינוי מטעם המלכות – אין דינו דין.

בתירוצים אלו יישבו בגמרא הנ"ל את המשנה, שמותר להערים על המוכס שאין הסחורה של המלך ע"י נדר. וכן את המימרא דר"ש שמותר להבריא את המכס. אך החידוש מפירוש זה, שמוכס הממונה מאת המלך, ומיסיו קצובים, אסור להערים עליו, ואף נחשב כגזול כפסק הסמ"ג והתשב"ץ²⁵¹.

את כח המלך בגביית המס, רואים בתקנת רבנו גרשום מאור הגולה²⁵², שהמלך או הקהל זכאים לגבות מיסים, אף אם החייב אינו מסכים עם החיוב. רק לאחר הגבייה זכותו לערער, ואם יזכה יוחזר לו הכסף.

טעם הדבר, פירש המהר"ם מרוטנבורג:

"אך [כפי] מנהג המדינה, וזה חזיתי ואספרה זה נוהג בכל הקהילות שעברתי. כמדומה אני שכל יחיד המדיין עם קהלו עבור עניני מיסים, שהקהל גובי המס תחלה, ואח"כ אם הוא חפץ ירדו עמו לדין. אם נטלו ממנו שלא כדת יחייבו הדיינים להחזיר, והקהל רוצים להיות מוחזקים ותפושים ונתבעים ולא תובעים. ואפי' היכא דלא תפשו עדיין, מחזיקים עצמם בחזקת תפוסים לענין זה דהמוציא מהן עליו הראייה.

והנה נתתי לבי ודקדקתי כי מנהג תורה הוא ויש לו על מה שישמוך פ' איזהו נשך (ע"ג ע"ב) א"ל רב פפא [לרבא] חזי מר [הני רבנן] דיהבי זוזי אכרגי [דאינשי] ומשתעבדי בהו כו' עד אמר רב ששת מוהרקייהו דהני [בטפסא] דמלכא מנח, אלמא חשוב המלך כמוחזק במס של כל אחד ואחד. וכל היכא דאיכא שום ספיקא ושום טענה ליחיד שאינה ברורה לפטור ממס, אז אמרי' דינא דמלכותא דינא, ומוהרקייהו בטפסא דמלכא מנח עד שיברר שהוא פטור.

²⁴⁹ מסכת נדרים פרק ג, משנה ד.

²⁵⁰ תלמוד בבלי מסכת בבא קמא דף ק"ג עמוד א.

²⁵¹ סמ"ג עשין עג; תשב"ץ ח"ג סימן מו.

²⁵² לפי עדות המהר"ק (שו"ת מהר"ק, סימן יז), ורבנו בנימין זאב (שו"ת בנימין זאב, ח"ב, סי' רצה).

ועוד סברה גדולה היא, שאם לא היינו אומרים כן, אם כן כל אחד ואחד יאמר לקהל אני פטור מן הדין או פרעתי מס שלי, ואם תרצו להוציא ממני אשבע שפרעתי, או תשבעו אתם וקודם שהיה כל אחד מן הקהל נשבע בשביל דבר מועט המגיע לחלקו היו מוחלים לו ונמצאו הקהל מפסידים. ובכמה דוכתי אשכחן דחשו רבנן טובא להפסד דרבים דהא מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו (ב"ב ק' ע"א), וכגון מי שהיתה דרך רשות הרבים עוברת בתוך שדהו, ונטלה ונתן להם מן הצד (ב"ב צ"ט ע"ב) וכיוצא בזה. וטעמא משום דכל היכא דאיכא טענה כל דהו לרבים חשיבי כמוחזקים, דאם לא כן לא היה להם תקנה לרבים, שכל אחד יעשה עוולה ויחשוב בלבו מי יתבעני לדין מאן פייס ומאן שביק, קידרה דבי שותפי לא חמימא ולא קרירא. לכן יש לנו [להחשיב] כמוחזקים, לבד מהיכא דידוע שאין הדין עמהם. דמשום דרבים נינהו אין להעביר הדרך על שום אדם, אטו רבים גזלנים נינהו".

סיכום טעמי המהר"ם לדין שהקהל נחשבים למוחזקים במס, אף שהיחיד לא שילם עדיין, משום שזה תקנת הרבים שאי אפשר לבוא לדין על כל טענה, ואין אפשרות להשביע את כל הקהל שלא גבו את המס אם היחיד טוען פרעתי. וכך ימצא שלא ייגבו המיסים, דכל אחד יטען שאינו חייב.

עוד טעם הוא שבויתות של יחיד מול ציבור, כיון שלציבור אין מי שידאג, אם הם לא יהיו מוחזקים ויצטרכו לתובעו בבית דין, לא יהיה מי שיעשה זאת. והיחיד יעלים מס, ויאמר מי יתבעני לדין.

ואפשר שהטעם במוחזקות זו של הציבור והמלך, מכיון שהמלך בכחו לגזור מס חדש, ולשעבד את העם בשעבוד חדש, אם הוא קבע שעל פי רישומיו אותו אדם חייב מס, או שבמקום ספק יש חיוב לשלם, הרי זה חיוב ברור ומוחלט, ולכן לא שייך כאן הטעם שהמוציא מחבירו עליו הראיה. כמובן שזכותו של הנישום לברר בפני בי"ד שאכן יש טעות בחיוב, אך זה לא מונע את זכות המלך לגבות במקום ספק. הנפקא מינה היא במקרה שהרשויות מסופקות בעצמן בחיוב, לטעם המהר"ם כנראה שלא יהיה להן זכות לגבות חיוב מסופק כזה. אך לטעם שבכח המלך לומר שבמקום ספק יש חובה לשלם, אכן הנישום יתחייב במס זה.

היום החוק במדינת ישראל בנושא זה דומה, שזכות הרשויות לגבות גם במקרה של ערר על חיוב התשלום, ובמקרה שהתלונה צודקת, יוחזר הכסף. חוק זה הוא שריד מהחוקים המנדטוריים ששרדו בארץ, ואף מהתקופה העות'מנית. אך נראה שגם רבנו גרשום ראה צורך לתקן חוק זה, ולכן חוק זה הינו קביל כיון שהוא תקנת הציבור, לכל השיטות.

מלך שמקל על יחידים ומכביד על אחרים

המהר"ם מרוטנבורג כתב בתשובה על זכות המלך למיסוי לא שוויוני :

"גם השר או המלך הבא לשנות את הדין, אין שומעין לו. ולא אמרינן בכהאי גוונא דינא דמלכותא דינא, דלאו דינא דמלכותא הוא [אלא גזילה דמלכותא כגון מכס שאין לו קצבה דאמרינן בפרק

הגוזל בתרא²⁵³ ובפרק ארבעה נדרים²⁵⁴ דלאו דינא דמלכותא] הכא נמי, מיד כשנתפשרו נתחייב כל אחד ליתן לפי מה שיש לו. ואם בא המלך להקל על זה ולהכביד על זה, לאו כל כמיניה"²⁵⁵.

וכן בתשובה אחרת על יהודי שיש לו עול גדול מן השר ומהלואות וממסים, ונכנס לעיר תחלה לדעת כן שנתפשר בפני עצמו עם השר בכך וכך שלא להשתתף עם הקהל:

"אם מדעת הקהל נחלק מהם הרשות בידו. אבל בלא דעת הקהל אינו רשאי להפרד מהם שלא לישא בעול עמהם, אחרי שמנהג העיר כך הוא להיות כל היהודים שותפין במס רשאין בני העיר להסיע על קיצתם [בבא בתרא ח, ב], ולא כל כמיניה של השר להפרידם זה מזה לשנות מנהג שהנהיג ליהודים שבעירו, ולא היינו דינא דמלכותא אלא גזילה דמלכותא, כמוכס שאין לו קצבה [נדרים כח, א ועוד]"²⁵⁶.

שינוי במיסוי שלא כדרך המלכויות

תוקף סמכות המלך בחוקיו כפופה לדעת רוב הפוסקים לנהוג במנהג המדינות בחוק זה. לדוגמה פסק המהר"ם מרוטנבורג שאין הוא רשאי להפקיע בעלות קרקע של יהודים, רק מפני שהם עזבו את המקום:

" ואם ברח יהודי מעירו, והניח קרקעותיו והחזיק בהם השר [שאין] בהם כרגא, ואפי' יש בהם כרגא [אם] הניח אחרי' במקומו לפרוע הטסקא, נראה לר' שאין לישראל אחר לקנותם, דקרקע אינה נגזלת. אף על גב דקיי"ל דינא דמלכותא דינא, אין זה דינא אלא גזילה דמלכותא, כי הדין הוא בכל המלכויות האלה שכשהיה יהודי יוצא מן העיר שבדין מלכות לא היו המושלים [מחזיקים] בביתו לפי שמשפט היהודי' ללכת אנה ואנה בכל מקום שירצו. ואם [שעוותו] את הדין אין זה דין מלכות אלא גזל מלכות כי לא מצינו דין מלכויות אלא במה שהגון לעשות, אבל דבר שאין הגון לעשות כגון מוכס שאין לו קצבה אמרי' בהגוזל בתרא (בבא קמא קי"ד ע"א) דלא הוי דינא דמלכותא"²⁵⁷.

וכן הרא"ש פסק:

"דעל כרחך לא קאמרי: דינא דמלכותא, אלא דוקא אם הוא תקנת המלך ונימוס מפורסם, שכל מי שימות בלא זרע, שיטול המלך נכסיו, בענין זה אפשר שהיתה טענתו טענה. אבל כיון שאין נימוס המלך ואבותיו, אין זה דינא דמלכותא, אלא גזלה דמלכותא, דאין כח ביד הנפקד להפקיע ירושת הירש"²⁵⁸.

אך שינוי לפי הצורך במס, אינו חריגה מסמכות המלך:

²⁵³ גמ' בבא קמא, דף קיג עמוד א'.

²⁵⁴ גמ' נדרים דף כח עמוד א'.

²⁵⁵ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג חלק ד (דפוס פראג) סימן קלד.

²⁵⁶ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג חלק ג (דפוס קרימונה) סימן רכב.

²⁵⁷ שו"ת מהר"ם מרוטנבורג חלק ד (דפוס פראג) סימן תרסא.

²⁵⁸ שו"ת הרא"ש כלל פו סימן ט.

"...ה"ה למיסים שלנו כיון שאינו נוטל אלא כאשר הורגל. אפי' אם לפעמים ישנה להוסיף במס דהוי דינא כפי הצריך. ותדע שהרי כל רבותינו ז"ל השיבו בתשובותיהם ושום בדבר דמיסים שלנו הוי דינא...²⁵⁹" הר"ח אור זרוע.

וכן רבי ישראל איסרלן בעל תרומת הדשן, פסק כי הפחתה לעיר אחת, והכבדה על האחרת לפי צרכי המלך, ושינוי האנשים בערים, אינו גזילה דמלכותא²⁶⁰.

אף הגדיל לאמר, שאם המלך רגיל להטיל אנגריא לא קבועה, המס חוקי משום :

"...דחזינן דכל המושלים רגילים בפשיעות כזה, שהם תדירים לתבוע בקשות ולהטיל אנגריא, אדעתא דהכי אנו קובעים דירה תחתיהם ומקבלים עלינו את עולם ומשאם, והווי כולו מעתה דינא דמלכותא דינא...²⁶¹".

למעשה, בעל תרומת הדשן מסתמך על יסוד הר"ן, ששלטון המלך מוחלט מכח בעלותו על הקרקעות שבשטח מלכותו, ולכן, הדרים שם מקבלים עליהם באופן מוחלט את גזירותיו.

פטור ממס ליחיד

בעיית הפטור ממס שהעניקה המלכות ליחידים, וברוב המקרים גרם הכבדה על שאר העם, כדי להשלים את מכסת המס, העסיקה רבות את הקהילות היהודיות, וביחוד באירופה המערבית בימי הביניים, אז היה נטל המס כבד במיוחד.

בימי רש"י הותקנה תקנה בעניין, שלא ישיג פטור אחד מבני הקהילה, וישמט עצמו מעול הציבור :

"אנחנו שוכני טרוי"ש עם קהילות אשר סביבותינו גזרנו באלה ובנידוי ובגזירה חמורה על כל איש [ואשה] הדרים כאן : שלא יהיו רשאים לצאת [את] עצמן מעול ציבור. וגם היום או מחר, וגם אם השלטון, אם מבאי כח היהודים, מוציאין [אותו] להבדיל מעדת ישראל ומצא שלא פרע בעול עם חבריו, גזרנו שיתן ככל אחד ולא יקל ממשאו. ואם לפרוע דבר אל השלטון והפרידו מאחיו, מן היום הזה והלאה יהיה נמנה עמהם ויתן כל אחד אליטרא שלו לפי מה שיצוינו בני העיר כאשר נהגו מיום הוסדה"²⁶².

תחילת הדיון האם פטור שניתן לאחד מבני העיר, האם תקף מצד דינא דמלכותא, וכן האם הפטור הוא מוחלט לאותו יחיד, או שמא זהו פטור לכל בני העיר, מקורו בדיני שותפין :

²⁵⁹ שו"ת הר"ח אור זרוע, סימן רנג.

²⁶⁰ שו"ת תרומת הדשן, סי' שמא.

²⁶¹ שם, סי' ע"ד.

²⁶² שו"ת רש"י סימן רמח.

הרי"ף הביא תוספתא :

"בני חבורה שמחלו עליהן מוכסין, מחלו לאמצע. ואם אמרו משום פלוני מחלנו, מה שמחלו, מחלו לו"²⁶³. וכן פסק הרמב"ם²⁶⁴.

רבי יצחק אור זרוע הביא את תשובת רבו, רבנו שמחה, הדין בדברי תוספתא זו (נפרשה קטע אחר קטע):

"השיב מורנו רבינו שמחה זצ"ל, על אחד שלא רצה ליתן המס עם הקהל מפני שמחלו לו ההגמון. וזה לשונו: הדבר ידוע כל מי שדר בעיר ונושא ונותן כולם שותפין, ועל כולם מוטלת מנת המלך ומנת ההגמון. ואפי' פדרכת מסייע מתא. ואחרי שהם שותפים, הבא להציל מעצמו, הציל לאמצע, אפי' הציל בגופו, כ"ש בדבריו, לא בלבד שפטרו ההגמון או המלך שלא לתת, אלא אפילו נתן והחזיר לו ההגמון, סבורני שהציל לאמצע. דאמרי' בהגוזל בתרא: שיירה שיצאה למדבר, ועמד עליה גייס וטרפה, ועמד אחד מהם והציל, הציל לאמצע. ואם אמר: לעצמי אני מציל, הציל לעצמו. מדקאמר וטרפה משמע שהציל מה שלקחו כבר. ומוקי לה רמי בר חמא בשותף. אמר מיפלג, פלג. לא אמר, לא פלג. והכא, אפילו אמר, לא פלג. דכל זמן שהם בעיר שותפות לעולם קיימת.

ותו אמירה דגמי' דידן מפורש בתוספתא דבבא מציעא דהתם עיקרו, והכי מיתניא התם: שיירא שהיתה במדבר ונפל עליה גייס ועמד אחד והציל, הציל לאמצע. ואם התנה עליהם בבית דין, מה שהציל הציל לעצמו. אלמא לא נחלקה השותפות באמירה בעלמא, וכל מה שאחד מציל, בשליחות כל השותפין מציל."

רבנו שמחה מוכיח מהגמרא בהגוזל, ששותף יכול לקחת את מה שהציל, רק אם נפרד לפני כן מהשותפות. ולכן בבני עיר, הם שותפים במיסים כל זמן שהם באותה עיר, ולכן מה שהציל, וקיבל פטור ממס, זהו רווח לכל הקהילה.

ממשיך רבנו שמחה :

"וכן כתב רבינו שלמה זצ"ל בתשובות, שאין שותפין חולקין אחד בלא חבירו, אלא בפני שלשה. ובתוך הזמן מעכב אחד על חבירו שלא לחלוק. והיינו דקאמר כגון זה שותף חולק שלא מדעת חבירו, אף על גב דבעלמא אינו רשאי לחלוק, הכא ששם נפשו בכפו להציל שלא מדעת חבירו, אפי' תוך הזמן. והשיירא כל זמן שהם במדבר, הו' בתוך הזמן.

וסבורני, דהא דקאמר כגון זה, דוקא בכי האי גוונא ששם נפשו בסכנה או שותף חולק שלא מדעת חבירו. אבל אחד מן הצבור שרצה לפרוש מן הצבור להתפשר בפני עצמו לאו כל כמיניה בלא דעת חבירו. ואם פישר לעצמו והקיל ההגמון מעליו, הכל לאמצע.

ועוד אי אית לן למיזל בתר אומדנא כל מה שמקיל לזה מכביד על אחרים. וכן תנא בתוספתא שותפין שמחלו להם מוכסין, מה שמחלו מחלו לאמצע. ואם אמרו בשביל פלוני מחלנו, מה שמחלו

²⁶³ ר"ף, בבא קמא, פרק י', סימן רכ.

²⁶⁴ הלכות שלוחין ושותפין, פרק ה', הלכה ז'.

מחלו לו. לפי משמעות לשון הברייתא דקתני מה שמחלו מחלו לאמצע למי היה להיות כי אם לאמצע? וסבורני דהכי בעי למימר, שביקש אחד מהן למחול לו מה שמחלו לאחד מהן מחלו לאמצע כאילו היה שלוחם. ואם אמרו בשביל פלוני מחלנו, שמעצמם אמרו בלא פיוס שלא ביקש אחד מהן למחול, מה שמחלו מחלו לו. מהתם משמע שאפילו במקום שאין אחרים מפסידים במחילתו של זה אפי' הכי מה שמחלו הוא לאמצע.

וההיא דחזקת הבתים: פדרכת מסייע מתא והני מילי באצילתיה מתא אבל אנדיסקי סייעתא דשמיא הוא. פר"ח זצ"ל אנדיסקי אם נמצאו בני אדם שם שאינם מן בני המקום ואמרו לשלטון כי זה פדרכת מתא עני ונתרצה לו השלטון וכתב לו אנדיסקי שהניח לו מה שעליו אינו נותן לבני העיר כלום. מדקאמר אבל אנדיסקי סייעתא דשמיא, ופר"ח זצ"ל נמצאו שם בני אדם שאינם מן בני המקום ולא קאמר שהוא הציל ונתחנן לפני השלטון ופייסו, ש"מ אצילתיה בין הוא ובין אחר לעולם מסייע מתא דכולהו שותפי נינהו וכולהו שלוחי דאהדדי.

ושמעתי שדודי רבינו קלונימוס זצ"ל קרוב למלכות היה, מבני פלטיין של המלך, כשהיה המלך שואל מס מבני העיר, היה מסייעם בפשרה הגונה. ואחר כך היה מבקש מן המלך לנכות מן המס שליש או רביע, מה שהיה מגיע לחלקו ליתן כי היה אומר למלך אני עובדך בהלוואות ובענינים הרבה אני רוצה שתתפשרני מן המס ודיני ליתן עמהם. אף על פי שהמלך היה מתרצה לו לנכות מן המס כפי חלקו היה חוזר ונותן עם הקהל. סבור הייתי שמדת רחמנות ומדת חסידות היתה. ואני רואה שמדת הדין הוא כי כל ישראל ערבים זה בזה לקבל עול גלותם ויזכו להשתתף עמהם בנחמתם ובגאולתם - שמחה בר שמואל זצ"ל²⁶⁵.

סיכום שיטת רבנו שמחה, שאם אחרים מפסידים במחילתו של זה, ודאי שהמחילה היא לכולם, כי למעשה מבחינת השותפות, אין כאן מחילה, אלא התערבות השלטון בשותפות, שאחד ישלם את חלק האחר. ובזה לכל השיטות אין סמכות למלכות לקבוע כך והוי 'גזילה דמלכותא' כמש"כ לעיל.

וכן באור זרוע נפסק:

"...שאין כח ביד המלך להפרידו שאין זה דינא דמלכותא. שלא קבלו עליהם בני המלכות חוקי המלך ומשפטיו אלא כמו שהנהיגם הוא ושלפניו. אבל הוא שרוצה לשנות ומפרידם זה מזה, וניכר הדבר שאינו מפריד אלא לשנות גבייתם, והוא לעולם גובה המס שלו, אין כח ביד המלך"²⁶⁶.

ואם אין מפסידים, רק אם המלכות הציעה לו את הפטור, הרווח לעצמו. דאם הוא בא לבקש, סתמא דמילתא שמבקש עבור כל השותפות, ואין הוא יכול ליחלק אלא במקרה שחירף נפשו על הרווח (שאז כנראה שאר השותפים התייאשו, ונתנו לו חלקם בעבור הסכנה).

המהרשד"ם נתן טעם לחילוק בין פטור מהמלך, לפטור ע"י בקשה:

²⁶⁵ ספר אור זרוע ח"ג פסקי בבא קמא סימן תס.

²⁶⁶ שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן פ'.

"והטעם בזו, דכשהם שותפים, דרך השותף לטרוח בשביל השותפות. ואפי' שהמלך אמר בפירוש בשביל פלוני אני מוחל, כיון שהיה ע"י בקשה, יש לנו לומר שלא היה כ"כ בשביל אהבתו בהחלט, אלא האמירה בלבד. אבל כשמחל מעצמו, נראה שהיה מצד אהבתו לגמרי..."²⁶⁷.

הר"ח אור זרוע מחדש עוד, שאין היחיד נפטר מתשלום המס, אלא אם הפטור התקבל לפני שנקבע המס עבור בני העיר. אך אם נקבע המס, אסור לנפטר מהמס להנות מהפטור²⁶⁸.

המהר"ם מרוטנבורג הסכים עם רבנו שמחה והאור זרוע בהפסד לשאר בני העיר שלא נפטר המבקש מהמס. אך אם הפטור לא מכביד על האחרים, אף אם ביקש זאת הנהנה, הפטור הוא אישי²⁶⁹.

כסברת המהר"ם מצינו גם אצל חכמי ספרד. רבי שלמה בן שמעון דוראן, הרשב"ש, קבע אודות מגורשי מיורקה, שמלך קבע להם מס מופחת בשבתם בתלמסאן בצפון אפריקה. זאת כיון שהם היו אנשים מועטים, והפחתת המס לא יצרה הכבדה על שאר הסוחרים בעיר.

וכן כתב המהרשד"ם, שאין המס בספרד בדקדוק כפי מספר בני העיר, ולכן אין בפטור אנשים מסויימים שהמלכות חפצה בהם, משום הכבדה על האחרים:

"...שכן דרך המלכים לאנשים ידועים חכמים אצלם להועילם להם לבדם... ועוד לגמר ענין זה ראיתי להציע דברי בפני כל יודעי דעת ומביני מדע, והם אלו שכל מה שנחבטו אלו החכמים ר"ש והנמשכים אחריו ומהר"ם אין ללמוד מהם למקומות אלו ומלכות הגדול הזה יר"ה. דאותם המקומות היו ישראל במקומות מועטים מעטי הכמות כלם עוברים תחת השבט כצאן ע"י מונה אין נמלט מהם, ובאותם המקומות היה בהם כל החשש שאמרנו שהמלך או השר, מה שיקל מזה מחמיר על זה, ואינו גורע מחקו הקצוב באומד דעתו דבר. ועל כן נכנסו אלו החכמים ז"ל לדקדק כל כך באותם המקומות. אבל במלכות הזה יר"ה רחב ידים, אין נמשכים הדברים כל כך בדקדוק, ופוק חזי כמה איכא בשוקא שאין עליהם משא מלך ושרים"²⁷⁰.

אחר עשיית הפשרה, כתב הנמוקי יוסף שאסור ליחיד לבקש פטור ממס:

"...עד שלא תבא האכסניה עליהם מותר לו לתת שכר שלא יתן כלום באותה אכסניא. אבל אחר שבאו והוטל המס בשבילם אסור, כיון שכבר נתחייב, כשפטר עצמו ממנו, הרי הוא כאילו גוזלו מהם"²⁷¹.

להלכה, פסק רבי יוסף קארו בשו"ע:

²⁶⁷ שו"ת מהרשד"ם חלק חושן משפט סימן שסד.

²⁶⁸ שו"ת מהר"ח אור זרוע, סימן פ', רו.

²⁶⁹ שו"ת מהר"ם, ד"פ, סי' קלד.

²⁷⁰ שו"ת מהרשד"ם חלק חושן משפט סימן שסד.

²⁷¹ נ"י על הר"ף, בבא בתרא, פרק א', סי' תרנה, ד"ה גרסינן בגמ' ההוא דמי כלילא.

"אדם שהוא בטל ואין לו שום משא ומתן בעיר, אם בני העיר פייסו בשבילו, כגון כשבא גובה המס לגבות חק הקצוב והוא מטילו על בני העיר לפי אומד דעתו עד כדי קצבתו, ואמרו לו בני העיר: אדם זה בטל הוא ואינו ראוי לפרוע מס, ומחמת זה פטרו וגבה מהם חלקו שנתמעט, צריך לשלם להם חלקו שהטיל עליהם. אבל אם מעצמו פטרו, אף על פי שהטיל חלקו על שאר בני העיר, פטור"²⁷².

מקור הפסק מדברי הטור. והחילוק הוא בין פטור ביוזמת המכס, שהוא פטור אף אם הוכבד העול על תושבי העיר. לבין פטור ביוזמת הנישום, שאז צריך לשלם לבני העיר את תוספת המס עליהם בגלל הפטור האישי.

וברמ"א שם יש תוספת דינים:

"הא דאדם בטל חייב במס, היינו כשדר בעיר. אבל מי שבא דרך מקרה בעיר, אינו חייב כלום, מאחר שאינו מרויח שם. וכל זה שפירושו קודם שקבעו המס, אבל אם קבעו המס על בני העיר, ואחר כך פטרו אדם בטל, חייב ליתן חלקו. (ב"י בשם נ"י שם) מי שמחל לו השר חלקו במסים, אם בא על ידי בקשתו, צריך ליתן להקהל חלקו. ואם פטרו מעצמו, הרי הוא שלו לבד (הגהות אשירי פרק הגזול בתרא, ותרומת הדשן סימן שמ"א). וי"א שקודם שנתפשו עם השר אין כח ביד השר לפטור אחד מהן, או להקל על אחד ולהכביד על אחרים, או להפרידן זה מזה. אבל אם כבר נתפשו עם השר, ומחל אחר כך לאחד חלקו, אפילו על ידי בקשתו, הוא שלו ואין צריך ליתן להקהל (הרשב"א סימן תתמ"א ומהרי"י סימן ל"ח ומרדכי פרק הגזול בתרא שתי הדעות).

דין זה של הגדרת בני העיר כשותפין, נובע מההכרה ההלכתית במס המלך. אך במקרה שכל המס אינו חוקי, כמס שאינו קצוב או עלילות, אין בני העיר שותפין, אלא יחידים שכל אחד יכול להציל עצמו מ'גזילה דמלכותא', וכן פסק הרמ"א שם בשם הראשונים:

"והקהל שותפין זה עם זה במסים הקצובים, אבל בעלילות אין שותפין, ואם המושל מעליל על קצתן, אין האחרים חייבים ליתן. ואפילו העליל תחלה על כולן, וברחו קצתן, או נפטרו בחכמתן, פטורים (תשובת מיימוני דקנין סימן א' ותשובת רשב"א אלף צ"ט).

ואם בא עלילה על עיר אחת, כל הקהלות אשר יש לחוש שגם עליהם יעבור, חייבין ליתן לזה (מהרי"ק שורש ד'). ובמס שאינו קצוב, יכול המלך או המושל להפריד או לחבר הנותנין כפי מה שירצה (ת"י סימן שמ"א), ואין רשות לאיזה יחיד או קהל לגרום עם השר לחבר לאיזה קהל או להפרידן, אם הדבר מזיק לאחרים; ואם עשו, יש להם דין מסור לאנשים, אך רשאים לומר: אנחנו מועטים, או כדומה לזה, והשר יעשה מה שירצה (שם ושם).

²⁷² שולחן ערוך חושן משפט הלכות שותפים בקרקע סימן קסג סעיף ו.

פרק ט' - משפט פרטי

תשובות הרשב"א

הבית יוסף הביא בסימן כו שתי תשובות משל הרשב"א (הרמ"א בדרכי משה סימן שסט מצטט את השניה שבהן).

התשובה הראשונה לקוחה משו"ת הרשב"א²⁷³:

השאלה לרשב"א היא: אבי הכלה שמתה עם בתה, תובע מחתנו להחזיר לו הנדוניא, אע"פ שלפי דין תורה הבעל יורש את אשתו, וכן יורש את בתו, כיון שהכל יודעים שהם הולכים במנהגי הגויים, והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן. וכמ"ש (כתובות ד' ס"ז) גמלי דערביא אשה גובה פורנא מהם לפי שאסמכתין עליהם ואף על פי שאין כתובה נגבית מן המטלטלין. ועוד שדינא דמלכותא הוא שאם ימות הילד תוך זמן ידוע, שקרובי האם יירשוהו.

ותשובת הרשב"א:

"...ובמ"ש דינא דמלכותא דינא יגעתי הרבה שאמרתי אפשר דשמואל אמר כן כשהמלך רוצה שידינו בארצו חכמי הגויים וע"ז הספרים שנתחברו להם. והמלוה את חבירו שלא בעדים אינו נאמן לומר פרעתי, ומי שגובה כן ע"י ערכאות הגויים ודאי גזלן הוא. וא"ת לומר בזה שהלוה נעשה כמ"ד ליה מהימנת עלי למימר דלא פרענא הנה בדיניהם שאפי' הלוקח חפץ מחבירו אם יש למוכר ראייה שהיה שלו מוציאו מיד הלוקח ולא שבקת חיי לכל בריה.

וכך ראיתי שאין הדברים אמורים אלא במה שהוא נעשה בדיני המלכות שכל עם ועם יש לו חקים ידועים בדיני המלכות ודינא דמלכותא אמרו, דינא דמלכא לא אמרו. וכל מה שאינו מחקי המלוכה אעפ"י שיאמר עכשיו המלך כן אינו דין וכן הסכימו הראשונים ז"ל.

וכן אינו דין אלא במה שיש לו למלך תועלת כאותה שאמרו בפ' הגוזל בתרא (ד' קי"ג ע"ב) אמר שמואל דינא דמלכותא דינא תדע דקטלי דיקלי וגשרי גשרי ועברי עליהו. ואקשי' והא לא עבדי מאי דאמר מלכא אמר זילו קטולו לכולהו באגי ואינהו קטלו מחד מחד באגא שליחא דמלכא כמלכא ולא טרח. וכהנהו נמי דפ' חזקת הבתים (ד' נ"ד ע"ב) בדורא דרעותא דמלכא אמר מאן דיהיב טסקא ליכול ארעא והני זהרורי דמזבני ארעא לטסקא וכן כל כיוצא בזה.

וא"נ במה שישראל עושה עם ישראל חבירו מדעת עצמו כאותה שאמרו בפ"ק דגיטין גבי מתני' דכל השטרות העולות בערכאות שלהן כשרים חוץ מגיטי נשים דאקשי' קא פסיק ותני כל השטרות ואפי' שטרי מתנה במאי קני בהאי שטרא חספא בעלמא הוא ופרקי' תני חוץ מגיטי נשים. ואיכא דאמרי משום דינא דמלכותא דינא כלומר אף על פי שמצד דיני המלך אינו מועיל כיון שבמתנה אין בו תועלת למלך כיון שזה מדעתו עשה מתנתו בערכאות הרי קבל עליו לילך בזה בדיני המלכות שאמר שכל שטר שיעלה בערכאות שיועיל ויקנה. ובדבר שבממון יכול לשעבד עצמו וליתן משלו שלא מן

²⁷³ שו"ת הרשב"א חלק ו סימן רנד.

הדין כמ"ש מתנה שומר חנם להיות כשואל, וכענין ערב דמשתעבד אף על גב דהוי אסמכתא", עכ"ל.

הרשב"א הציב תנאים לתחולת דינא דמלכותא. כאשר יש למלך טובת הנאה מהחוקים, כהפקעה לצורך עשיית גשרים. וכן שיהא חקוק וידוע במשפטי המלכים, ולא פטור אישי מהמלך, אלא דינא דמלכותא ולא דינא דמלכא.

אך אם התנה ישראל עם חבריו שיועיל ההקנאה ע"י השטר כדיני הערכאות, מועיל הקנין, כמו ששומר חנם יכול להשתעבד ולהתחייב כשומר שכר.

התשובה השניה לקוחה משו"ת הרשב"א חלק ג סימן קט :

"ולענין דינא דמלכותא דינא שאמרת, בודאי לא אמרו אלא במאי דאיכא הרמנא דמלכא, ובדברים שהם מדיני המלכות, דדינא דמלכותא אמרו, דינא דמלכא לא אמרו. אלא כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה, כמו שאמר להם שמואל לישראל, דמלך מותר בו, כך בשאר האומות, דינין ידועים יש למלכים, ובהם אמרו: דדיניהם דין; אבל דינין שדינין בערכאות, אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דנין לעצמן, כמו שימצאו בספרי הדיינין; שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלוש דיני ישראל, וכבר בא לידי ואמרתי כן".

כאן הרשב"א מציב גבול נוסף לסמכות המלך. רק הדינין שנוגעים למלוכה, והם חקיקה כוללת שקשורה למוסד המלוכה, בזה דינו דין. אך דיני הערכאות שדנים האומות בבתי דיניהם, אין זה מדיני המלוכה, ואין דינם דין לסכסוך שבין ישראל לחבריו. אין בהלכה זו כדי לסתור את ההלכה הקודמת, שאם התנה ישראל להקנות כמשפטי העמים, שמועיל. כי בזה מביא הרשב"א שתנאי מועיל, ולא משנה מהו התנאי, כמו ששומר חנם יכול להתנות שיתחייב כשואל באונסין, וזהו חיוב מדין תורה, ולא מכח הערכאות. ואין בכח תליית גמירות הדעת במשפטי הערכאות כדי לשלול את חוקיות התנאי.

דברים אלו מוכחים מדברי הרשב"א בחידושו למסכת בבא קמא דף קיג :

"ויש לומר שאף הרב ז"ל לא נתכוין אלא לארנונא שהמלך מטיל ברצונו ושלא מן הדין. והראב"ד ז"ל, פירש: הגבאין שגובין מס המלך מפני שהן גזלנין ואינן קונין ביאוש שהמסים אינן דין, כי דינא דמלכותא אמרו וזולתי דינא דמלכא לא אמרו".

וכן בחדושי הרשב"א על מסכת בבא בתרא דף נה :

"אלא שכך הסכימו כל המחברים וכל המפרשים, דלא אמרו דינא דמלכותא דינא אלא בדברים שהם חוקי המלכים ידועים ומוסכמים. ותדע, שהרי שמואל כתב להם לישראל פרשת מלכים, שדויתכם יעשור וכלל הענין, ואמרו חז"ל בגמרא (סנהדרין כ, ב) כל שכתוב בפרשת מלכים מלך מותר בו, וכן לכל המלכים חוקים ידועים. אבל בא ליטול מבני ארצו יותר מיכן אינו דין. וזהו שאמרו דינא דמלכותא דינא ולא אמרו דינא דמלכא דינא. כן הורו כל בעלי הוראה ועיקר".

וכן הוא בחדושי הר"ן על גיטין דף י :

"דינא דמלכותא אמרו כלומר מה שהמלך עושה מחוקי מלכותו אבל דינא דמלכא לא אמר דההוא חמסנותא מקרי".

וזה לשון המאירי על מסכת בבא קמא דף קיג :

"כל מה שאמרנו בדין המלכות שהוא אצלנו דין גמור הוא בחוקים שחקק הן לתועלתו והן לתועלת נכסיו אפילו חקק שיהא כל אדם נותן לו כך וכך בשנה או כך וכך ממשאו ומתנו או כל שיעשה כך יטול המלך ממנו כך וכך או כל שכיוצא בזה אף על פי שהוא כנגד דינין שלנו דין הוא ואסור לגזול או לעבור על מה שתקן שכך הוא ראוי לו מצד מלכותו על הדרך האמור במלכי ישראל כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו וזהו שאמר דינא דמלכותא ולא אמר דינא דמלכא. כלומר דינים הראויים לו מצד המלכות אבל מה שהוא מחדש מחמת אונס או דינים שהאומות מחזיקות בהם מתורת ספריהם ונימוסי חכמיהם הקדומים כנגד דינין שלנו אינן בכלל זה, שאם כן כל דיני ישראל בטלים הם מעתה".

מדבריהם של הראשונים עולה הבחנה בין צורכי המלך המקובלים שבהם דינו דין, שנכלל בזה תקנות שהן לטובת החברה והמדינה, לבין דינים הנוגעים בין אדם לחברו שבהם אין דינו דין. לכאורה הדבר מוכח מדברי רבא בגמ' בבא קמא דף קיג תדע דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עליהו, ולכאורה הגשרים משמשים מעבר לכל בני המדינה ולא רק למלך בלבד. והם נכללים בכלל דינא דמלכותא. אלא שהדבר תלוי במחלוקתם של רבי יהודה ורבי שמעון במסכת שבת דף לג :

"פתח רבי יהודה ואמר כמה נאים מעשיהן של אומה זו תקנו שווקים תקנו גשרים תקנו מרחצאות רבי יוסי שתק נענה רבי שמעון בן יוחאי ואמר כל מה שתקנו לא תקנו אלא לצורך עצמן תקנו שווקין להושיב בהן זונות מרחצאות לעדן בהן עצמן גשרים ליטול מהן מכס".

ואם כן, לרבי שמעון אין ראיה מגשרים שגם טובת המדינה בכלל דינא דמלכותא.

ובמסכת עבודה זרה דף ב סתמה הגמרא כרבי שמעון :

"במאי עסקתם אומרים לפניו רבונו של עולם הרבה גשרים גשרנו הרבה כרכים כבשנו הרבה מלחמות עשינו וכולם לא עשינו אלא בשביל ישראל כדי שיתעסקו בתורה אמר להם הקדוש ברוך הוא כל מה שעשיתם לצורך עצמכם עשיתם תקנתם גשרים ליטול מהם מכס".

(ייתכן שאף רבי יהודה לא אמר שמעשיהם נאים אלא בגלל שחשש מפני המלכות. מיהו יש לומר שאומנם המלכות עושה זאת לצורך עצמה אך יש בכך גם תועלת לבני המדינה. ואולי זוהי כוונתו של רבי יהודה שיש להתייחס לתוצאה החיובית ולא לכוונה השלילית. ושניהם לשיטתם, רבי יהודה סובר דבר שאינו מתכוון אסור, כי מתייחסים לתוצאה ולא לכוונה ורבי שמעון סובר שדבר שאינו מתכוון מותר כי הכוונה היא העיקר ובלא כוונה הדבר מותר. ובני"ד כוונת המלכות היא טובת עצמה ולא טובת האזרחים).

אולם, הסברה נותנת שאם דינא דמלכותא דינא תקף בדברים הנוגעים לטובת המלך כולי עלמא מודים שדינא דמלכותא דינא תקף גם בכל הדברים שהמלכות עושה לטובת המדינה והחברה. (לא מיבעיא למאן דאמר להלן שסמכותו של המלך נובעת מרצון העם. ואם כן כל מה שהוא לטובת העם הוא בכל דינא דמלכותא, אלא גם למאן דאמר שמקור הסמכות היא במלך עצמו מסתבר שמלך הגון צריך גם לדאוג לטובת אזרחיו ולכן גם טובת העם בכלל דינא דמלכותא).

חוב פיצויים הקבועים בחוק

הרב אשר וייס שליט"א דן בחובת הפיצויים המוטלת על רופא שהתרשל בטיפול. לדעתו, הרופא המתרשל חייב לשלם לחולה כמקובל, אף שמדובר בתשלומי צער ריפוי שבת ובושת, שחלקם אין דנים בזמן הזה, ובנזק בגרמא. וטעמו:

"אף שאין התחייבות מפורשת של קופת החולים לפצות את המבוטח על נזקיו, עצם התחייבות הקופה לספק טיפול רפואי נאות תמורת תשלום המשולם לה, יש בכללה מעין התחייבות לפצות את המשלם כשלא קיבל טיפול נאות, דאטו לשווא שילם?"

ואכן, בפסקי דין רבים קיבלו בתי משפט את הטעון שהקופה מחוייבת לפצות את הניזוק ברשלנות רפואית לא רק מצד דיני נזיקין, אלא אף מצד דיני חוזין. מצד דאנן סהדי (=אנחנו העדים) שמתחייב בחוזה לספק שירות ראוי למי שמשלם עבורו, מתחייב גם לפצות את הזכאי אם יצא ניזוק מהפרת החוזה".

דברים אלו הם חידוש רב, שאדם או חברה התחייבו לשלם או לבטח נכס מסויים וכו', אם על פי האומדן, דעתם היתה לבטח מקרה ולשלם, על פי החוק, אף שמבחינת ההלכה אין תשלום כזה, זוהי התחייבות אישית שלהם למקרה כזה, והם חייבים, אם על פי החוק יש חבות.

זוה לשונו במקום אחר:

"הנה ברור, שקופת החולים בהתקשרותה עם לקוחותיה כפופה לחוקי המדינה ולפסיקת בית המשפט, והרי זה כאילו התחייבה מפורשות לשלם פיצוי נזיקין כפי פסיקת בית המשפט"²⁷⁴.

המשפט הציבורי

²⁷⁴ דרכי הוראה ה, עמ' צט.

למעשה, מתן תוקף לחקיקת הכנסת כלפי המשפט הציבורי מוכרחת היא ממצאות החיים. שהרי אם הפקעות קרקע אינן חוקיות, אזי אסור להשתתף במכרזים לבנייה. ואף שי"א שמועיל מדין יאוש שנשתקע שם הבעלים מהקרקע, אך ראייה זו שאנו משתמשים בהפקעות המלוכה ואין זה גזל, זוהי ההוכחה בגמ' לשמואל שדינא דמלכותא דינא! "אמר רבא תדע דטלי דקלי וגשרי גישרי ועברין עליהו"²⁷⁵.

וכן נפסק ע"י הרב עובדיה יוסף ביחס לדיני מיסים:

"שבכל מה שנוגע למיסים וארנוניות ומכס, יש לקיים את חוק המדינה, שזה בכלל מה שאמרו חז"ל 'דינא דמלכותא דינא'²⁷⁶".

וכן נפסק ע"י הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל ביחס לחוקי הבחירות לרשויות המדינה:

"חוקת המדינה בענייני בחירות למוסדות עירוניים ואזרחיים מחייבת את כל המדינה...מדין דינא דמלכותא דינא"²⁷⁷.

חוק המלך וחוקי הערכאות

אך עדיין צריך להבין מה האבחנה בין משפטי המלך, לבין דיני הערכאות ברשב"א, ועל מה כתב "כל מה שאינו מחוקי המלוכה, אע"פ שיאמר עכשיו המלך כן, אינו דין". וכן הרמ"א הביאו להלכה²⁷⁸:

"דלא אמרין דינא דמלכותא דינא אלא מה שהוא מדיני המלוכה, אבל דינים שדנים בערכאות אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דנין בעצמן כמו שימצאו בספרי הדיינים, שאם אין אתה אומר כן בטלת ח"ו דיני ישראל".

תשובה לזה נמצאת בדברי המהריא"ז ענגיל²⁷⁹. הוא תמה בתשובתו על דיינים שזיכו משום דינא דמלכותא:

"דכל מי שיש לו עיניים לראות ולב להבין דברי הפוסקים ראשונים ואחרונים יראה ויבין, שדעת כולם שזה דלא שייך דינא דמלכותא אלא בדבר חוק ומשפט חקוק מאת המלך, מפורש וברור בלי שום ספק ושיקול הדעת".

²⁷⁵ בבא קמא דף ק"ג, עמוד ב'.

²⁷⁶ שו"ת יחווה דעת חלק ה' סימן סג.

²⁷⁷ שו"ת משפטי עוזיאל, חו"מ, סימן ג'-ד'.

²⁷⁸ דרכי משה חו"מ סימן שסט, ובסמ"ע שם סעיף קטן כא.

²⁷⁹ שו"ת מהריא"ז ענגיל סימן ד'.

מבואר מדבריו, שחוקי המלכות הברורים, כספר החוקים של המדינות, שבו נכתב תקנות וחוקים להנהיג את המדינה, הוא דינא דמלכותא. אך הפרשנות השיפוטית של בתי המשפט, שהיא נסמכת על תרבות שפיטה של אומות העולם, והרבה פעמים יש סתירה בין פסיקת שופט אחד למשנהו, וישנם נושאים שביהמ"ש העליון לא הכריע בהם כלל. פסיקות אלו של בתי המשפט הם הדברים התלויים בשיקול הדעת, שעליהם חל האיסור בהליכה לערכאות להישפט בפניהם, ואף שבית הדין ידון גם לפי חוקי המדינה מכח דינא דמלכותא, כל שהם לא סותרים את מצוות התורה כירושה וכו', ביה"ד לא יתייחס לפרשנות השיפוטית של בית המשפט שתלויה בשיקול הדעת.

הרב דייכובסקי בהמשך מאמרו שהובא לעיל²⁸⁰ תמה מה ההבדל בין החוק המפורש, שגם נתון לשינוי תחוקתי לפי הצורך, ומה יגרע חלקה של הפרשנות השיפוטית מחוק מפורש, הרי אלו ואלו חוקי המדינה?

הרב דייכובסקי ציטט את בג"ץ בבלי כדי להמחיש את ההבדל בין פרשנות שיפוטית גרידא לחוק, שלדעתו אינה שונה מהחוק עצמו, (אם כי אפשר להבין אחרת לאור דבריו של המהריא"ז ענגיל, שכל דבר המוטל בספק, אין אנו נסמכים על פרשנות שיפוטית, אף שהחוק במדינה מורה כן, אלא על בית הדין שיכריע בעניין) לבין מקום שבו קיימת לאקונה חוקתית, שפס"ד של ביהמ"ש אינו מפרש את דברי החוק, אלא מייצר חקיקה שיפוטית משלו:

בג"צ בבלי - למרות שהמדובר בפס"ד ישן יחסית (1994), הוא משמש עד היום "אבן דרך" בתחום המעמד האישי. ההחלטה התקדימית הזו ידועה בשם: בבלי (חנה בבלי נ. שמואל בבלי ונגד ביה"ד הרבני הגדול). בפס"ד זה, כאשר השופט ברק משמש כ"רוח החיה" של ההחלטה, קבע בג"צ כי ביה"ד הרבני אינו יכול לשלול מאישה זכויות שנקבעו לה בדין האזרחי.

לגופו של עניין- בניה"ז היו נשואים כשלושים שנה. היו 3 ילדים. הבעל היה טייס. האישה היתה מורה ואח"כ עקרת בית. היה לבניה"ז רכוש רב שנצבר במהלך הנישואין, אלא שכמעט כל הרכוש היה רשום ע"ש הבעל. מר בבלי הגיש תביעת גירושין "כרוכה" לביה"ד הרבני. ביה"ד הרבני פסק עפ"י ההלכה היהודית- מה שרשום ע"ש הבעל יישאר שלו, ומה שרשום ע"ש האישה יישאר שלה. (שבמקרה ההוא זה היה כמעט כלום).

אילו הבבלים היו נישאים לאחר שנחקק "חוק יחסי ממון" (בשנת 1974), לא היתה כאן בעיה עקרונית, כי החוק קובע כזכור שרכוש שנצבר בנישואין מתחלק בין בניה"ז, גם אם זה רשום רק ע"ש אחד מהם. העניין הוא שהבבלים נישאו לפני 1974, ולכן לא היה בעצם שום "חוק" ביחס אליהם. היתה רק הלכה שנקבעה ע"י ביהמ"ש העליון ונקראה: "חזקת השיתוף", היא זו שחלה עד היום על אלה שהתחתנו לפני 1974. עמדתו של ביה"ד הרבני היתה שבהיעדר "חוק", זכותו להחליט על חלוקת הרכוש לפי ההלכה, כלומר שהרכוש הולך למי שזה רשום על שמו. כיוון

²⁸⁰ קובץ תחומין חלק יח, עמ' 18.

שהרכוש רשום ע"ש הבעל, זה הולך לבעל, והאישה זכאית לכתובתה ואי אילו פיצויים.

בא ברק וקבע:

"...חזקת השיתוף בין בני-זוג היא עיקרון בדיני הקניין, שנתגבש, כאמור, על יסוד פסיקתו של בית-משפט זה. חזקה זו, אשר הבסיס העיוני להיווצרותה ותחומיה גובשו עוד לפני כארבעים שנה, הפכה יסוד מוסד בדיני הקניין ושימשה אמת מידה מקובלת ומושרשת בקביעת יחסי הממון בין בני-זוג עוד עת רבה לפני שחוקק חוק יחסי ממון בין בני זוג....חזקת השיתוף, כעיקרון משפטי, צמחה מתוך שילוב של ערך השוויון, כביטוי בתפיסותינו החוקתיות בדרך כלל, ובחוק שווי זכויות האשה, בפרט, עם עיקריהם של דיני החוזים - ובמיוחד הכללים בדבר היווצרותם של היחסים החוזיים וגיבוש תנאיהם, ודיני היושר נוסח ישראל המבקשים לתת ביטוי קנייני צודק והוגן לזיקת שני בני הזוג לרכוש שנרכש במאמץ משותף של שניהם, כל אחד בתחומו...".

ברור שפסיקה מעין זו, שכל כולה לא נסמכת על החוק, שהוא פרי החלטת הנבחרים על פי העם, אלא המצאה מסברת עצמו של בג"צ, אינה פרשנות שיפוטית, אלא "חקיקה שיפוטית" שהינה למעשה השתלטות ביהמ"ש על החקיקה, והיא אינה חלק מדינא דמלכותא, אלא דברי הערכאות, שאסור ללכת לדון אצלם.

פרק י - גוי וישראל

גמרא בפרק חזקת הבתים²⁸¹:

"אמר רב יהודה אמר רב: ישראל הבא מחמת עכו"ם - הרי הוא כעכו"ם, מה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר, אף ישראל הבא מחמת עכו"ם - אין לו חזקה אלא בשטר. אמר רבא, ואי אמר ישראל לדידי אמר לי עכו"ם דמינך זבנה - מהימן. מי איכא מידי דאילו עכו"ם אמר לא מהימן, ואילו אמר ישראל משמיה דעכו"ם מהימן? אלא אמר רבא, אי אמר ישראל: קמי דידי זבנה עכו"ם מינך וזבנה ניהלי - מהימן, מיגו דאי בעי א"ל: אנא זבינתה מינך".

וברשב"ם שם:

"ישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם - שדה שהכל יודעין שהיתה של ישראל ואכלה עכו"ם שלש שנים או יותר וטוען שלקחה מישראל, ואזיל ישראל וקנה מההוא עכו"ם ואכלה גם הוא אחר העכו"ם שני חזקה או יותר, לא הוי חזקה. אלא אתי מריה דארעא ומפיק ליה מידיה דישאל, וישאל ליזיל וליתבע לעכו"ם דזבן מיניה, דאיהו הוא דאפסיד אנפשיה דלא הוה ליה למזבן ארעא דישאל מעכו"ם עד דלימא ליה הב לי שטר דזביני דזבנת לה מישראל דדין חזקה לית ליה לעכו"ם ולא כל מאן דאתי מחמתיה, דסתם עכו"ם גזלנים הם, וישאל ירא למחות.

והלכך לא תקנו בהם חזקה כדאמרין לקמן בשמעתין הני דבי ריש גלותא לא מחזקי משום האי טעמא גופיה שיראים אנו למחות. וישאל זה הבא מחמת עכו"ם, אף על פי שהחזיק אין חזקתו כלום, וחזקה שאין עמה טענה היא. שהרי הוא טוען העכו"ם מכרה לי אבל איני יודע היאך באה לידי העכו"ם שיוכל למכרה.

אבל אי טען ישראל ואמר, יחב לי ההוא עכו"ם שטר זביני דזבנה מינך, וראיתי בו שלקחה ממך, מהימן. דדמי למאן דא"ל קמי דידי זבנה ההוא עכו"ם מינך דמסקי לקמן דמהימן מיגו דאי בעי א"ל מינך זבנתה ואכלתה שני חזקה. ודוקא בא מחמת עכו"ם, דאילו בא מחמת ישראל אף על פי שלא דר בה אלא יום אחד אותו שמכרה לזה וזה החזיק שלש שנים חזקתו חזקה כדאמרין לקמן בבא בתרא/ (דף מא:) גבי ההוא דדר בקשתא בעליתא ארבע שנין.

דידי אמר לי עכו"ם דמינך זבנה מהימן - דמדאסיק אדעתיה למיטען הכי ה"נ הוה מצי למיטען אנא זבינתה מינך ואכלתי שני חזקה דמהימן הלכך מה לו לשקר וקושטא קאמר.

מי איכא מידי דאילו אמר עכו"ם לא מהימן כו' - השתא נמי חזקה שאין עמה טענה היא דאפי' אם טענתו אמת היא דאמר ליה עכו"ם דמישראל זבנה הלא אין בדבריו של עכו"ם כלום בלא שטר. קמאי דידי - כלומר שאני יודע בבירור היינו חזקה שיש עמה טענה".

ועפ"ז פסק בהגהות אשרי²⁸²:

²⁸¹ גמ' בבא בתרא דף לה עמוד ב'.

"ודוקא להורע כחו של ישראל, אבל ליפות כחו של ישראל כגון עובד כוכבים שהיה דר בשכונת ישראל והחזיק עליו בחלונות שלוש שנים, ושוב קנה ישראל מאותו עובד כוכבים לא אמרינן הרי הוא כעובד כוכבים להחזיק באותן חלונות, דמה שהחזיק העכו"ם שלא כדין החזיק לפי שבדיניהם אין אדם יכול למחות שלא יפתח חלונות עליו. אבל ראובן ושמעון שקנו מן העובד כוכבים ושניהן באין מכח העכו"ם התם ודאי הרי הוא כעכו"ם בין ליפות כחו בין להורע כחו. מאור זרוע".

מבואר דכלפי דין אף בין ישראל לישראל, נשמרים הזכויות שהישראל קנה מהגוי.

וכן נפסק בשו"ע²⁸³ בהל' שכנים:

"ראובן יש לו בית אצל עובד כוכבים, ופתח חלון על גגו של עובד כוכבים, לאחר ימים מכר העובד כוכבים ביתו לישראל, ובא הלוקח להגביה ביתו בענין שסותם החלון של ישראל, וטוען ראובן: אתה מאפיל על אורות חלוני, אף על פי שהלוקח בא מחמת עובד כוכבים, אסור לו לסתום כדין ישראל עם ישראל, דלא אשכחן דקאי במקום עובד כוכבים אלא לגריעותא.

הגה: וי"א דהואיל והעובד כוכבים היה יכול לסתמו, גם הלוקח הבא מכחו יכול לסתמו, וכן כל כח העובד כוכבים יש לישראל הבא מכחו, וכן הורו מהר"ם והרא"ש, וכן נ"ל להורות. וכ"ש במקום דאיכא דינא דמלכותא דאזלינן בתרה".

הרמ"א כ' דכל שכן דמקום דאיכא דינא דמלכותא דאזלינן בתרה. ומשמע אף במקום דליכא דד"מ, אזלינן בתר דיניהם, במקום דאיכא דין עם הנכרי. מבואר דיש חילוק בין חוקות המלוכה שמקורם בשלטון, לבין מערכת המשפט, שבסמכותה לפסוק בין אדם לחבירו אף במקום שאין חוק ברור.

וכתב הרשב"א²⁸⁴:

"ולענין דינא דמלכותא דינא שאמרת, בודאי לא אמרו אלא במאי דאיכא הרמנא דמלכא, ובדברים שהם מדיני המלוכה, דדינא דמלכותא אמרו, דינא דמלכא לא אמרו. אלא כמו שאנו יש לנו משפטי מלוכה, כמו שאמר להם שמואל לישראל, דמלך מותר בו, כך בשאר האומות, דינין ידועים יש למלכים, ובהם אמרו: דדיניהם דין; אבל דינין שדינין בערכאות, אין אלו ממשפטי המלוכה, אלא הערכאות דנין לעצמן, כמו שימצאו בספרי הדיינין; שאם אין אתה אומר כן, בטלת חס ושלוש דיני ישראל, וכבר בא לידי ואמרתי כן."

ואלו הם דברי הרשב"א שמחלק בין משפטי המלוכה, לבין דינין שדינין בערכאות.

²⁸² הגהות אשר"י בבא בתרא פרק ג' סימן כד.

²⁸³ שולחן ערוך חושן משפט הלכות נזקי שכנים סימן קנד סעיף יח.

²⁸⁴ משו"ת הרשב"א חלק ג סימן קט.

היתר עירובין במקום שיש גוי

נידון מעניין ביותר הוא, ההשתמשות בחוק המדינה לפתרון בעיה בעירוב בשבת. ההלכה היא, שבמקום שיש דירת גוי, אין מועיל העירוב, ואי אפשר לטלטל בשבת.

כתב הטור בהלכות שבת:

"וכשיש ב' חצירות של בתי ישראל בעיר צריכין לשכור מכל חצר וחצר של כותי ואין מספיק במה שישכור משר העיר"²⁸⁵.

רבי יוסף קארו²⁸⁶ כתב על זה:

"ומ"ש רבינו ואין מספיק במה שישכור משר העיר... וא"כ על כרחך לומר שאין דברים הללו אמורים אלא בשר שאין הבתים שלו וגם אין לו רשות להשתמש בבתי בני העיר כלל ואפילו בשעת מלחמה שצריך להושיב אנשי המלחמה וכלי מלחמתם בבתי בני העיר אינו נעשה על פי השר אלא על פי עצה והנהגת יועצי המדינה נעשים כל הדברים כמנהג קצת עיירות שאין למלך ולשר עליהם שררה ושולטנות כי אם לקבל מסים ידועים ולשפוט משפטיהם ושאר כל צרכי העיר אינם נעשים רק על פי יועצי המדינה ומנהיגיה הנקראים בלשונם דיגידורי"ש אבל עיירות שצרכי העיר אינם נעשים אלא על פי המלך והשר והנהגתו או על פי הממונים שלהם ודאי שהשכירות מהמלך ההוא או השר ההוא מהני שהרי יש לו רשות להושיב אנשי מלחמתו וכלי מלחמתם בבתי בני העיר בשעת מלחמה שלא מדעתם".

ובן מצינו בדעת הרשב"א בתשובה (ח"א סי' תרכו, מיוחסות סי' ריח) ששכירות מן השר לא מהני שכתב וזה לשונו שאלת אם מספיק להן שישכירו מהפרש שהוא אדון העיר ונותנין לו חוק ידוע בכל שנה מהבתים או שמא צריך שישכרו מהבעלים הדרים שם.

"תשובה כל דמצי הפרש לסלקן מצי לאוגורי כל היכא דלא מצי לסלקן לא מצי לאוגורי וכדאמרין (סה:) בההוא פונדק דלא הוה שוכר והוה משכיר עכ"ל ואם הפרש הזה היה לו רשות להושיב אנשי מלחמתו וכלי מלחמתם בבתי אנשי העיר אפילו אי לא מצי לסלוקינהו נמי היה יכול להשכיר וכמו שכתב הרב המגיד בפרק ב' מהלכות עירובין (הי"ד) אלא על כרחך בעיר שדבריהם וצרכיהם נחתכים ע"פ מנהיגי העיר ויועציה ולא ע"פ השר דברי התשובה אמורים והכי דייק לשון השואל שכתב אם מספיק שישכרו מהפרש שהוא אדון העיר ונותנין לו חוק ידוע בכל שנה מהבתים ולמה לו להאריך כל כך היה לו לכתוב סתם אם מספיק שישכרו מאדון העיר או לא אלא ודאי אילו היה שר העיר בהחלט פשיטא ליה שהיה מספיק שישכרו ממנו אבל לפי שלא היה לו רשות בעיר כי אם לשפוט משפט בני העיר וליקח מהם מס מהבתים אבל לא היה לו שום ממשלה אחרת מש"ה קמיבעיא ליה אבל במתנהגים ע"פ השר לא נסתפק לו דהא ודאי לכולי עלמא שכירות השר מהני מטעמא דפרישית".

²⁸⁵ טור אורח חיים הלכות שבת סימן שצא.

²⁸⁶ בית יוסף אורח חיים סימן שצא.

וכמו שהתדיינות בפני ערכאות נאסרה, אע"פ שהיא חוק המלכות, כיון שבסתירה בין דינא דמלכותא לבין מצוות התורה, החיוב לקיום המצוות גובר. וכן פסק התשב"ץ²⁸⁷, שמכיון שהתדיינות לפני ערכאות אסורה בהלכה, אין כח ביד המלכות להתירו בשום אופן.

וכך כתב התשב"ץ²⁸⁸:

"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".

ולכן, גם במינוי דיין שלא על פי ההלכה, קבע התשב"ץ שלא ניתן להתיר המינוי מכח דינא דמלכותא.

²⁸⁷ תשב"ץ חלק ב' סימן רצ.

²⁸⁸ תשב"ץ, חלק א', סימן קנח.

פרק יא - החוק הישראלי וההלכה

ירושה

חוק הירושה, תשכ"ה-1965, קובע הסדר ירושה, המנוגד לחלוטין להלכה היהודית. לפי החוק²⁸⁹, ילדי הנפטר יורשים בשווה, וכן בן הזוג יורש חלק. קרובים רחוקים מעבר להורי הורים אינם יורשים. סעיף 17 שם קובע שבמידה ואין יורשים קרובים, תירש המדינה.

לפי ההלכה, אין לך אדם שאין לו יורשים²⁹⁰, וכן יש גדרים אחרים לירושת הבנים, וכן לירושת בן הזוג. רבי עקיבא איגר²⁹¹ כתב שענייני ירושה מוגדרים כאיסורא, ולכן אין למלכות כח לשנות בהם מאומה. וכן פסק הרב עובדיה יוסף²⁹².

ברם, אף אם דיני ירושה הם לא 'איסורא' אלא 'ממונא', אין בכח האדם להתנות עליהם, ולכן אף החוק אינו תקף.

הרמב"ם²⁹³ שפוסק דבנחלות אעפ"י שזה ממון א"א לעקור לפי שנא' בפ' נחלות והיתה זאת לכם לחוקת משפט לומר שחוקה זו לא תשתנה ואין התנאי מועיל בו.

וכן נזכיר בזה דברי המבי"ט²⁹⁴ שכותב וז"ל:

"ועוד בענין הירושה היא חקת משפט וכי היכי דאין המוריש יכול להנחיל בתורת ירושה איש נכרי אפילו ברצון יורש כמו שכתב הרמב"ם וז"ל פ"ב מה' אישות דכל תנאי בירושה בטל, ה"נ ביי"ד אינם יכולים להנחיל מי שאינו ראוי לנחול".

נקדים להעתיק תשובתו המאלפת של הרשב"א ז"ל המובאת בבית יוסף בטור חו"מ סימן כ"ו. הוא נשאל על אחד שמתה בתו ותבע את חתנו בערכאות העכו"ם שיחזיר לו כל הנדוניא בטענה שאעפ"י שבדיני ישראל הבעל יורש את אשתו, כיון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני העכו"ם הרי כל הנושא אשה שם כאילו התנו כן וכמו שאמרו בכתובות ס"ז גמלי דערביא אשה גובה פורנא מהם לפי שסומכת עליהם.

²⁸⁹ חוק הירושה תשכ"ה-1965, סעיפים 10-16.

²⁹⁰ לשון הגמרא סנהדרין דף סח: וכי יש לך אדם מישראל שאין לו גואל.

²⁹¹ שו"ת רבי עקיבא איגר, מהדו"ת, סימן פג.

²⁹² שו"ת ישכיל עבדי, חלק ו', חו"מ, סימן כב.

²⁹³ רמב"ם פרק ו' מהלכות נחלות הלכה א'.

²⁹⁴ שו"ת מבי"ט ח"ב סי' קכ"ח.

והשיב ע"ז הרשב"א :

"כל דבר שבממון תנאי קיים ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה, אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט העכו"ם באמת נ"ל דאסור לפי שהוא מחקה את העכו"ם, וזהו שהזהירה תורה לפניהם ולא לפני העכו"ם, ואף על פי ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון.

שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו חוקות העכו"ם ודיניהם, ולא אפילו לעמוד לפנייהם לדין אפילו בדבר שדיניהם כדיני ישראל, והמביא ראיה לזה מגמלי דערביא טועה, דכתובה מן הדין היה לגבות ממטלטלי דמיניה ואפי' מגלימא דאכתפיה, אלא ששמו רבנן שאין סמיכת האשה עליהם משום שגבייתם לזמן מרובה, ובערביא שכל עסקיהם בגמלים סומכים עליהם, אבל ללמוד מזה לילך בדרכי העכו"ם ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה, וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטוא לעקור נחלה, הסומך על משענת קנה הרצוף הזה ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שורש וענף והתורה מידו תבקש.

ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזלן הוא, ואפילו גזילה ישיב רשע מיקרי כדאיתא בפ' הכונס²⁹⁵, ובכלל עוקר כל דיני התורה השלימה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי, ילמדו את בניהם דיני העכו"ם ויבנו להם במות טלואות בבתי מדרשי העכו"ם, חלילה לא תהא כזאת בישראל חס ושלום שמא תחגור התורה שק עליהם".

בגמ' בבא בתרא איתא :

"אמר רב הונא אמר רב כל האומר תירש בת עם בת הבן אפילו נשיא שבישראל אין שומעין לו שאינן אלא מעשה צדוקין"²⁹⁶.

ומבארים התוס' בד"ה אפילו :

"אפילו נשיא שבישראל שרוצה לתקן כן לפי צורך שעה כעין שמצינו בבני בנימין שהתנו שלא תירש בת הבן עם אחיו אין שומעין לו משום צדוקין".

ונראה כוונתם, אע"פ שיש כח לבי"ד ולנשיא שבישראל לתקן לפי צורך שעה, משום הפקר בי"ד הפקר, ומצינו שתיקנו בדומה לזה בבני בנימין, מכל מקום משום כדי שלא יטעו לחשוב שתקנה זאת באה כאילו להסכים לדין הצדוקין, הסוברים שדין תורה כן הוא, לכן שללו כח ההפקר בי"ד בזה, ואפילו אם יעברו ויתקנו בכזאת, ויהא זה אפילו נשיא שבישראל אין שומעין להם.

וכזאת כותב לבאר גם הנמוקי יוסף ז"ל על הרי"ף בב"ב שם וז"ל :

²⁹⁵ בבא קמא דף ס' עמוד ב'.

²⁹⁶ בבא בתרא, דף קט"ו עמוד ב'.

"כל ביי"ד שאומר כן דרך תקנה וגדר אפילו נשיא שבישראל שהיה לו כח להפקיר ממון, אין שומעין לו מפני שהוא עושה מעשה צדוקין וחושבין שאנו עושין כן מדין תורה וכי אנו מודים לדבריהם והוא הפירוש הנכון, דאין לפרש כל דיין שפוסק כן דפשיטא דטועה בדבר משנה הוא, וגם אין לפרש כל ש"מ שמצוה כן, דאפילו רבי יוחנן בן ברוקה לא אמר אלא על מי שראוי ליורשו, נראה מכאן שאם לא מפני מעשה צדוקין אף על פי שמדין תורה אינו כן היו רשאים לתקן כן עכ"ל הנמוקי יוסף".

ורבי אליעזר וולנברג ביאר דברי הראשונים בטוב טעם ודעת:

"ודברי התוס' עם דברי הנמו"י המה בבחינה של בא זה ולימד על זה, וכוונתם ברורה לבאר ולהסביר שכוונת הגמ' באמרה "כל האומר" היא על ביי"ד או נשיא שבישראל שבא ואומר כן דרך תקנה וגדר, דלומר שזה דין תורה אף אחד מהם לא יטעה לומר כן, כי טועה בדבר משנה הוא, אלא כנ"ז שבאופן כזה בדרך כלל כח ביי"ד ונשיא יפה בזה לתקן ולגדור ולהפקיר ממון, אבל אפ"ה מכיון שבכאן הצדוקין אומרים כן, ויש מקום לטעות ולחשוב שהמתקן עושה כן לא משום תקנה וגדר אלא מפני שדעתו מסכימה לדעת הצדוקין שדין תורה כן הוא, לכן הפקיעו כח ביי"ד ונשיא בזה, בכדי שלא יצא מזה פוקה ומכשול, וישתו התלמידים הבאים אחריהם וכו', מכיון שסוף סוף מעשה צדוקין הוא, ויטעו ויבואו לפרש כוונת התקנה שבאה כאילו להודות לדברי הצדוקין שאמנם דין תורה כן הוא, או כאילו המתקן סובר כן כמעשה הצדוקין.

ויש לדייק מהאמור שהא כל שיעשו היכר ושינוי באיזה דרך שהיא אשר יהא ניכר מזה באופן בולט שזה לא כדעת צדוקין, אזי הדרך פתוחה לפני חכמי דור דור לתקן בזה תקנות לצורך השעה והזמן, וכפי שמצאנו באמת בזאת שתיקנו תקנות בזה באופנים שונים לפי מקומם ושעתם (עיי' לקמן מה שנביא מזה). וכמובן רק חכמי התורה אשר יראתם קודמת לחכמתם ביכלתם בעינם החדה והחודרת ועומק דעתם דעת תורה להבין ולהבחין בין תקנה לתקנה ולדעת איזה דרך של תקנה ישכון בה אור מבלי שתצא ממנה מכשול באיזה צד שהוא".

עוד טענה בדבר אי תוקף לחוק הירושה, שמכיוון שבסעיף 155(א) לחוק כתוב:

"על אף האמור בסעיפים 66(א) ו-151 מוסמך בית הדין הדתי שהיה לו שיפוט בעניני המעמד האישי של המוריש, לתת צו ירושה וצו קיום צוואה ולקבוע זכויות למזונות מן העזבון, אם כל הצדדים הנוגעים בדבר לפי חוק זה הביעו בכתב הסכמתם לכך".

וסעיף 155(ג) מעניק לבית הדין הרבני את הסמכות לדון לפי דין תורה:

"בענין שהובא בפני בית דין דתי בהתאם לסעיף קטן (א) מוסמך בית הדין הדתי, על אף האמור בסעיף 148, לנהוג לפי הדין הדתי הנוהג בו, ובלבד שאם היה בין הצדדים קטין או מי שהוכרז פסול-דין, לא יהיו זכויות הירושה שלו, אם על פי דין ואם על פי צוואה, וזכויותיו למזונות מן העזבון פחותות ממה שהיו לפי חוק זה.

לכן, לפי סברת החתם סופר, שכל מקום שבו המלכות מסכימה לדיון לפי דין תורה, אין דינא דמלכותא, בחוק הירושה, שבו בתוך החוק עצמו ישנו היתר לדון לפי דין תורה, ודאי שהדין הקובע הוא דין תורה.

ירושה של חברה בע"מ

הרב דיכובסקי דן בשאלה, אם לחברה בע"מ יש מעמד משפטי עצמאי, או שזוהי שותפות רגילה.²⁹⁷ הנפקא מינה שבה הוא עוסק היא, כאשר בעלי החברה מתו, ויורשיהם נתבעים. במידה ומדובר בתביעת שותפים, הרי לפנינו תביעה של יורשים, ובית דין טוענים להם כל טענה שהיה אביהם רשאי לטעון.

אולם, אם חברה היא בעלת מעמד משפטי עצמאי, אין היא נחשבת יורשת, וממילא אין בית דין טוענים לה שמא פרע, אלא הרי זה איני יודע אם פרעתיך שחייב.

הרב דיכובסקי תולה את השאלה הזו בשאלת סיטומתא בדבר שלא בא לעולם. לדעתו, היות שדבר שלא בא לעולם אינו בר הקנאה, יש להבין שלא להסוברים שסיטומתא מועילה לדבר שלא בא לעולם, הרי שסיטומתא אינה רק דרך לבטא גמירות דעת, אלא היא הכרה במנהג הסוחרים כבעל תוקף הלכתי, דהיינו שהיסוד של סיטומתא הוא מנהג מבטל הלכה.

וכך כתוב בשו"ת דברי חיים²⁹⁸:

"מאי שנא דבדבר שאיננו קנין כלל לא מהתורה ולא מדרבנן אמרינן דמנהג התגרים מבטל הדין וכמו שכתוב בש"ס בכמה מקומות ולמה בדבר שלא בא לעולם לא יאמרו אם המנהג כן, מנהג מבטל הלכה...הא בדבר שלא בא לעולם שייך חיוב ולימא דטעם המנהג דמהני שמחייב בנפשו דזה מהני בדבר שלא בא לעולם".

על סמך עקרון זה, מסביר הרב דיכובסקי, שאף שבהלכה אין ישות משפטית שאיננה בן אדם, יש להכיר בקיומה של ישות כזו, אם מנהג הסוחרים להכיר בקיומה. דברים דומים שמעתי גם בשם הרב אשר וויס שליט"א.

אך הרב יהודה סילמן פסק, שמבחינה הלכתית אין משמעות למושג ישות משפטית, כי בדין תורה כל תביעה היא כלפי אדם מסויים. אלא ההגדה ההלכתית של חברה בע"מ היא כאפותיקי מפורש, שמגביל את זכות הפירעון לנכסים מסויימים, ואין למלווה זכות לגבות אלא מנכסים אלו בלבד. לכן אין הבעלים חייב מעבר לנכסי החברה, גם בחתימתו האישית על המחאות בשם החברה.²⁹⁹ ובמקום שפטור בדיני אדם, פטור גם בדיני שמים, חוץ מגרמא בניזקין.

²⁹⁷ פד"ר י עמ' 278.

²⁹⁸ חו"מ ב, כו.:

²⁹⁹ קונטרס דרכי חושן, דיני צ'קים, עמ' 40-41.

בית הדין הרבני הגדול³⁰⁰ פסק:

"אע"פ שלא מצינו מושג 'חברה בע"מ' לא בתורה ולא בחז"ל, קיימת אפשרות ליצירת מושגים חדשים בדיני ממונות בין ע"י יחיד באמצעות תנאי, בין ע"י ציבור מדין סיטומתא ודינא דמלכותא".

עבודה בשבת

החוק הישראלי³⁰¹ אמנם מגדיר את יום השבת כיום המנוחה הרשמי של המדינה, ובכך יש קידוש ה' גדול, שמדינת היהודים שובתת בשבת. אך הסעיף בחוק שמתיר עבודה בשבת אם "הפסקת העבודה עלולה לפגוע פגיעה רבה בכלכלה", הוא נגד ההלכה, שרק פיקוח נפש דוחה שבת, ואין בכח החוק להתיר זאת.

דיני עבודה

בדיני עבודה, נאמר בהלכה הכלל "הכל כמנהג המדינה"³⁰², אך אם התנה המעביד שהעובד יוותר על זכותו, אף אם היא קבועה מכח חוק קוגנטי – בלתי ניתן להתנאה, פסק בית הדין הרבני בת"א, שההתנאה חלה, כמו שזכות העובד לוותר כליל על שכרו, וחוק שלא מכיר בויתור על תנאי עבודה, אין להתחשב בו, הואיל והוא נוגד את דין התורה³⁰³.

³⁰⁰ ערעור 162/תשי"ט, פד"ר ג', עמ' 368-369, בהרכב הרבנים: ע' הדאיה, י' ש' אלישיב, ב' זולטי.

³⁰¹ חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951.

³⁰² בבא מציעא, דף עה, עמוד ב'.

³⁰³ תיק 5626/כ"ז, התובע א. נגד הנהלת ישיבת הרב עמיאל, פד"ר ח', עמ' 78. בפני הרבנים: ש.טנא - אב"ד, י. נשר, א. הורביץ. והשווה עם פד"ר טז עמ' 296, מהרב דיכובסקי, שרמן ובר שלום, שרשאית הכנסת לתקן תקנות מכח שבני העיר מסייעין על קיצתן.

פרק יב – הכרה בכיבוש מלחמה לדין המלכות

עם הקמת מדינת ישראל, התעוררה שאלה חדש, מה קובע את הריבונות על הארץ, ובייחוד אחר מלחמת ששת הימים, מה מעמד השטח ששוכרר. האם הוא שטח כבוש מהערבים, או שמכח הזכות ההיסטורית על הארץ, אלו חלקי ארץ שלנו ששוכררו.

הדרך הנכונה לענות על שאלה פילוסופית היסטורית, שמעורר הספק הוא התנ"ך, הוא להסתכל מה אמרו חז"ל בסוגיה זו.

למעשה, טענות הערבים מתייחסות מבחינה הלכתית לסוגית כיבוש מלחמה, ודינא דמלכותא. אמנם מבחינת מלכות ישראל, זכות עם ישראל על ארצו אינה ניתנת לערעור. וזהו המאמר הראשון שמביא רש"י בפירושו על התורה³⁰⁴:

"אמר רבי יצחק לא היה צריך להתחיל [את] התורה אלא (שמות יב ב) מהחודש הזה לכם, שהיא מצוה ראשונה שנצטוו [בה] ישראל, ומה טעם פתח בבראשית, משום (תהלים קיא ו) כח מעשיו הגיד לעמו לתת להם נחלת גוים, שאם יאמרו אומות העולם לישראל לסטים אתם, שכבשתם ארצות שבעה גוים, הם אומרים להם כל הארץ של הקדוש ברוך הוא היא, הוא בראה ונתנה לאשר ישר בעיניו, ברצונו נתנה להם וברצונו נטלה מהם ונתנה לנו".

וכן טענות אומות העולם בעבר על ארץ ישראל, היו מכח זכויות היסטוריות, כמסופר במס' סנהדרין³⁰⁵ שבאו בני אפריקא (לדעת המהרש"א שם אלו עם הגרגרשי שברח מהארץ בעת הגעת עם ישראל אחר יציאת מצרים) ורצו ליטול חלק ביהודה וירושלים, ובאו למשפט לפני אלכסנדר מוקדון. טענתם היתה על פי הכתוב בתורה³⁰⁶ "ארץ כנען לגבולותיה", וכנען היה אביהם של הגרגשים.

מטעם חכמי ישראל נשלח גביהה בן פסיסא וטען: אם מקור זכותכם על הארץ הוא התנ"ך, אף אני לא אביא ראיה אלא משם. והרי כתוב "ויאמר ארור כנען עבד עבדים יהיה לאחיו", עבד שקנה נכסים, עבד למי? נכסים למי? ואמר להם אלכסנדר: החזירו לו תשובה. אמרו לו: תנו לנו זמן שלושת ימים. נתן להם זמן, בדקו ולא מצאו תשובה, מיד ברחו והניחו שדויתיהן כשהם זרועות וכרמיהן כשהן נטועות, ואותה שנה שביעית היתה.

הרי שגם אומות העולם הכירו בזכות עם ישראל על ארצו מכח ספר הספרים.

³⁰⁴ פירוש רש"י על התורה, בראשית א, א.

³⁰⁵ גמ' מסכת סנהדרין, דף צא עמוד א'.

³⁰⁶ במדבר לד, ב.

קנין ע"י כיבוש מלחמה

הטענות היום מתבססות על ריבונות וזכויות משפטיות עכשוויות. למי שייכת ארץ שבה ישב עם אחד, ובא מלך מעם אחר במלחמה, וכבשה. האם לעם מכח ישיבתו בארץ, או למלך מדין כיבוש מלחמה.

זכות זו של כיבוש מלחמה מוכרת גם במשפט הבינלאומי. צבא תוקפן שתקף מחבל ארץ מסויים מדינה זרה, וצבא המדינה השניה הצליח להודפו, המדינה התוקפנית איבדה את זכותה על חבל הארץ ממנו התקיפה.³⁰⁷

אך מבחינה ריבונית, ללא קשר להכרה בצדק ההחזקה בחבל הארץ ע"י המדינה הכובשת, החוק הבינלאומי מכיר בשלטון בפועל של מדינה, אם אכן היא שולטת בו מבחינה צבאית. וכל פעולה של כניסה ופריצת השטח הכבוש מצד המדינה הנכבשת, היא פעולה מלחמתית, אפי' אם היא נעשתה ע"י אזרחים ללא נשק.

משפט התורה בדין כיבוש מלחמה:

הרידב"ז³⁰⁸ כתב:

"...והנה בכיבוש מלחמה דעת רוב הראשונים ז"ל דלא קנה אלא בכיבוש ויאוש בעלים. אבל כשלא נתיאשו לא נקנה בכיבוש מלחמה כלל... ולפ"ז אם הנכרי לא קנה הקרקע מישראל, אך שאותיו ישבו בקרקע לאחר החורבן כשגלינו מארצנו בעוונותינו הרבים, לכו"ע אין קנין – שאנחנו לא נתיאשנו מארצנו הקדושה כי בכל יום אנו מחכים לביאת משיח צדקנו..."

ולפ"ז אכן נוכל לומר שאין קנין כלל לגוי בא"י, ולא אמרינן דינא דמלכותא דינא. ויתר מכך, הגויים שבאו לכאן אחר החורבן, לא קנו כלל הקרקע, ומותר לקחת מהם הקרקעות ללא תשלום. וזה חידוש מופלג. וביחוד שסותר לדברי הרדב"ז עצמו שצווח על היתר המכירה בשמיטה, מכח זה דאזלינן בקרקעת בתר דינא דמלכותא, ואין הקנין חל אא"כ קנה גם בערכאות שלהם, וזה סותר לדבריו שלו עצמו.

הרב שלמה זלמן אויערבך זצ"ל בספרו מעדני ארץ³⁰⁹ הקשה על שיטת הרדב"ז דאם כן, תחול קדושת שביעית על שדות של נכרי בא"י, ולא קי"ל כן, ועוד קושיות, ולכן מחדש שציפיה לנס, אינה מונעת יאוש. ומכח זאת מגוי שקונה ישראל לעבד בכבוש מלחמה, אע"פ שמאמין שה' יצילנו, ואינו מתיאש כלל מן הרחמים.

³⁰⁷ לכך יש דוגמאות רבות. המפורסמת היא חבל הסודטים שהוחזר לצ'כיה אחר מלחמת העולם השנייה, אף שויתרה עליו בהסכם מינכן לגרמניה הנאצית.

³⁰⁸ מובא במכתב תשובה הנדפס בשער ספר באר יצחק על משניות קדשים.

³⁰⁹ מעדני ארץ על הלכות שביעית, סימן כ', אות ט'.

אך התירוץ העיקרי שלו, הוא שיאוש האמור כלפי כיבוש מלחמה, שונה מיאוש של גזילה. והרי יש אומרים שאין יאוש כלל בקרקע, ואעפ"כ לגבי כיבוש מלחמה קונה ביאוש. והטעם הוא שעיקר הקנין הוא הכיבוש, ומה שצריך יאוש, אין הכוונה יאוש הבעלים, אלא כל זמן שממשיכים בקשרי מלחמה אין זה חשוב ככיבוש גמור. אך אם נכנעו ופסקו מלהלחם, והוכרזה שביתת נשק, חשיב יאוש וקונה הכובש את הארץ.

וגם הרמב"ם³¹⁰ פסק שיאוש קונה בא"י:

"ולמה אני אומר במקדש וירושלים קדושה ראשונה קדשה לעתיד לבוא, ובקדושת שאר א"י לענין שביעית ומעשרות וכיוצא בהן לא קדשה לעתיד לבוא, לפי שקדושת המקדש וירושלים מפני השכינה ושכינה אינה בטלה, והרי הוא אומר והשמותי את מקדשיכם ואמרו חכמים אף על פי ששוממין בקדושתן הן עומדים אבל חיוב הארץ בשביעית ובמעשרות אינו אלא מפני שהוא כבוש רבים וכיון שנלקחה הארץ מידיהם בטל הכבוש ונפטרה מן התורה ממעשרות ומשביעית שהרי אינה מן ארץ ישראל, וכיון שעלה עזרא וקדשה לא קדשה בכיבוש אלא בחזקה שהחזיקו בה ולפיכך כל מקום שהחזיקו בה עולי בבל ונתקדש בקדושת עזרא השנייה הוא מקודש היום ואף על פי שנלקח הארץ ממנו וחייב בשביעית ובמעשרות על הדרך שביארנו בהלכות תרומה".

והם דברים מפורשים, שקנו הגויים את הארץ ע"י הכיבוש. אמנם הרידב"ז יכול לתרץ דברי הרמב"ם, שמכיון שאחר חורבן בית שני היה תקופה שהארץ היתה שממה, והכיבוש לא היה במטרה להתיישב בארץ, ולכן אינו קונה. אך לדבר זה לא מצאתי סימוכין, גם לא בדבריו.

ומה שקדושה שניה לא בטלה, ביאר הרב איסר זלמן מלצר³¹¹ דקדשו הארץ עוד בזמן כיבוש, וקדושתה לא תלויה בשלטון, וכעין ס"ת שנכבש במלחמה, שלא פוקעת קדושתו.

והרב ווסטהיים שליט"א כתב דקדושה שניה היתה מכח הסכמת האומות, ולכך לא בטלה, והובא לעיל.

אמנם בתש"ו הגאונים³¹² כתבו לענין ד' אמות קרקע שיש לכל אחד מישראל, ועי"ז אפשר להקנות מטלטלין באגב:

"דקים להו לרבנן שאין לך כל אחד ואחד מישראל שאין לו ארבע אמות בארץ. וא"ת כבר גזלו מכמה דורות? קיים להו לרבנן דקרקע אינה נגזלת לעולם ובחזקת ישראל קיימא דכתיב כי לי הארץ". ובתש"ו אחרת כי "שהרי גויים שהחזיקו בה אין להם חזקה דקיי"ל קרקע אינה נגזלת וארץ ישראל בחזקתינו עומדת לעולם".

ולפ"ז אין דינא דמלכותא בא"י, וצ"ע.

³¹⁰ היד החזקה סוף פרק ו' מהלכות בית הבחירה.

³¹¹ אבן האזל מלכים פרק ה' הלכה ב'.

³¹² הובא באוצר הגאונים למסכת קידושין דף כו עמוד ב'.

אך החת"ס³¹³ מחדש שגם לר"ן שטעם דינא דמלכותא משום שהארץ שלו, זה במיסים וארנוניות שלא ניחא לתושבים בזה (כנראה הכוונה במה שלוקח להנאת עצמו, ולא במיסים לתקנת בני המדינה), אך במנהגים ונימוסים כמו מודה הר"ן לרשב"ם שהטעם משום דניחא ליה לתושבים בזה, ואין לחלק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם עכ"ל. ולפי החת"ס איכא דינא דמלכותא בא"י לגבי תקנות בני המדינה.

דעת פוסקי זמנינו

הרב הרצוג³¹⁴, התייחס לשאלה מה קובע את הקניין ע"י הכיבוש :

"דעתי, שקנינו בכיבוש מלחמה. שאע"פ שאין מוציאים למלחמת הרשות אלא ע"פ ב"ד של שבעים ואחד, ואף למלחמת מצוה אין מוציאים אלא ע"פ מלך ישראל³¹⁵, הרי כבר הכריעו קודמי, הגאון החסיד ז"ל במשפט כהן³¹⁶ ובזה כיון לדעת המאירי ז"ל³¹⁷, שבזמן שאין לאל מלך ולא סנהדרין, ראשי הציבור עומדים במקומם".

ובענין שלושת השבועות כתוב במסכת כתובות³¹⁸ :

"...לכדרכי יוסי ברבי חנינא, דאמר : ג' שבועות הללו למה? אחת, שלא יעלו ישראל בחומה ; ואחת, שהשביע הקדוש ברוך הוא את ישראל שלא ימרדו באומות העולם ; ואחת, שהשביע הקדוש ברוך הוא את העובדי כוכבים שלא ישתעבדו בהן בישראל יותר מדאי".

פירש רש"י :

"שלא יעלו בחומה - יחד ביד חזקה".

והכוונה בדברים אלו, שיש איסור שמקורו במגילת שיר השירים³¹⁹ :

"הַשְׁבִּיעֵנִי אֶתְּכֶם בְּנוֹת יְרוּשָׁלַם בְּצַבָּאוֹת אוֹ בְּאִילֹת הַשָּׁדָה אִם תַּעֲרִירֵנִי וְאִם תַּעֲזֹרְרֵנִי אֶת הָאֶהָבָה עַד שְׁתַּחֲפֹץ".

ושבועה זו נכתבה שלוש פעמים במגילה. ואחד מהפעמים שנכתבה, לדעת רבי יוסי בר חנינא הוא לאיסור לעלות בחומה – לעלות לארץ ישראל כציבור, ביד חזקה כנגד אומות העולם.

³¹³ חו"מ סימן מד.

³¹⁴ פסקים וכתבים חלק ג', סימן לו.

³¹⁵ רמב"ם הלכות מלכים פרק ה, הלכה ב.

³¹⁶ סימן קמד, טו, א.

³¹⁷ סנהדרין נב, ב.

³¹⁸ תלמוד בבלי מסכת כתובות דף קיא עמוד א.

³¹⁹ שיר השירים פרק ב פסוק ז.

ומחדש הריא"ה הרצוג זצ"ל:

"כיון שהתחלנו במלחמה ברשות המלכויות, האומות המאוחדות, וכבר מפורש במדרש שיר השירים שנמצא בגנזי קהיר" ד"א השבעתי אתכם וגו' עד שתחפוץ המלכות למסור את החרב בידכם. והרי המלכויות כבר נתנו את הסכמתן.

אך לי נראה, שאיסור שלושת השבועות הוא איסור, והעובר עליו חוטא לה', אך אין בכחו לקבוע גבולות, וזה קשור לקנן שע"י הכיבוש גרידא".

אך אח"כ חזר בו הרב הרצוג וכתב³²⁰:

"אם כי גיליתי דעתי שקנין בכיבוש מלחמה, נודע לי עכשיו שממשלת ישראל עוד לא הכריזה על קנין כיבוש, שהדבר עוד לא מוחלט, ותלוי ועומד בהחלטת האומות בסידור השלום".

בדבריו אלו יש להסתפק, האם מכיוון שהממשלה השליטה לא החילה את החוק הישראלי על השטחים הכבושים, היא החליטה שלא לקנותם בכיבוש מלחמה, ותלתה זאת היא בעצמה בהחלטת האומות. או שכל כח תחולת הריבונות בכיבוש מלחמה, תלוי בהחלטת האומות.

ההבדל היום בין הצדדים הוא עצום. אחר שהמחוקק הישראלי החיל את החוק והריבונות הישראלית על מזרח ירושלים והגולן, יוצא שלגבי החלטת הממשלה הכובשת, היא החילה את הקנין בשטחים אלו לכל דבר וענין. אך האומות המאוחדות, ולמעשה אף מדינה, לא הכירה בסיפוח שטחים אלו לישראל.

דעת הרב צבי פסח פרנק שכיבוש מלחמה אינו תלוי בהחלטות סיפוח:

"והוא קנין גמור ומוחלט, ונעשה רכוש ישראל ממש, בין לענין שביעית, ובין לענין מעשרות".

המקור לכיבוש מלחמה הוא כיבוש חלקי ארץ מעמון ומואב ע"י סיחון. שגרם לכך שאף שאסור היה לתקוף את עמון ומואב, כיון שסיחון כבשם, מותר לכבוש את הארץ מיד סיחון.

כל זה מובא בגמ' מסכת גיטין³²¹:

"אמר רב פפא: עמון ומואב טהרו בסיחון".

פירש רש"י:

עמון ומואב טהרו בסיחון - אלמא עובד כוכבים קונה מחבירו קרקע בחזקה והאי עבד נמי כיון דאפקריה ישראל ביאוש קנה ליה עובד כוכבים בחזקה.

³²⁰ פסקים וכתבים סימן לו, סעיף ד.

³²¹ תלמוד בבלי מסכת גיטין דף לח עמוד א.

טהרו בסיחון - דכתיב (דברים ב) אל תצר את מואב וכן בבני עמון אל תצורם (שם/דברים ב') וכתוב (במדבר כא) כי חשבון עיר סיחון וגו' אלמא טהר מואב בסיחון ובני עמון אשכחן ביפתח (שופטים יא) שאמרו לו מלאכי בני עמון כי לקח ישראל את ארצי בעלותו ממצרים מארנון ועד היבוק ואשכחן כשכבשו את ארץ סיחון ויירש את ארצו מארנון עד יבוק וגו' אלמא מבני עמון כבשה והדור ישראל וכבשו מיניה וטהרה להם על ידו אלמא קנייה בחזקה".

מכאן המקור לכיבוש מלחמה, לדעת הר"ח שהובא בתוס' שם, וכן הרשב"א שם, דסיחון קנה בעלות על ארץ עמון בכיבוש מלחמה.

לדין זה, שמספיק כיבוש להחיל ריבונות, מסכימים הדבר אברהם³²², והמקנה³²³. וכן הרמב"ם³²⁴:

"מלך עכו"ם שעשה מלחמה והביא שביה ומכרה וכן אם הרשה לכל מי שירצה שילך ויגנוב מאומה שהיא עושה עמו מלחמה שיביא וימכור לעצמו, וכן אם היו דיניו שכל מי שלא יתן המס ימכר, או מי שעשה כך וכך או לא יעשה ימכר הרי דיניו דין ועבד הנלקח בדינין אלו הרי הוא כעבד כנעני לכל דבר".

ומהכסף משנה שם משמע שס"ל בפשיטות שחל דינא דמלכותא בשטח הכבוש, ואף אם הטלת המס היא רק על יושבי הארץ ההיא, אם לא ישלמו, יהיו עבדים למלך.

אכן לענין קדושת הארץ, מצינו שהקדושה לענין תרומות ומעשרות תלויה בהסכמת האומות.

בגמ' מגילה³²⁵ כתוב שקדושה ראשונה קדשה לשעתה ולא לעתיד לבא, וקדושה שניה קדושה לעולם. אחד מהסברי הראשונים לדין זה הוא שבקדושה שניה היה זה עזרא שעלה מבבל, בהסכמת כורש ששלט על כל העולם, ולכן קדושה ראשונה שהיתה תלויה בכיבוש, בטלה בגולת בני ישראל. אך קדושה שניה של עולי בבל, שהיתה מכח הסכמת האומות, לא בטלה, וקיימת כיון דהאומות לא נתנו את הארץ לאף אחד אחר.

לכן כהיום הזה, אפשר אולי לומר שגבולות הארץ המוכרים כקו הירוק, תקפים לענין מעשרות. אך חידוש זה לא מקובל על פוסקי ההלכה בדורנו לענין מעשרות.

אך דעת הרב הרצוג שמובאת לעיל, ודעת הרב עוזיאל שמביא הרב צבי פסח פרנק³²⁶ ביחס לשדות וכרמים שננטשו ע"י הערבים במלחמת השחרור כתב באחד הטעמים הנוגעים אלינו:

"כל העולם יודעים ששאלה זו עומדת לפני האו"ם, ואין ספק שיחייבו את ישראל לפצות אותם...במה זכתה הממשלה בקרקעות ובפירות אלו, כי לא מצינו שמוציאין רכוש של אדם כשהוא צווח ואומר שלי הוא".

³²² דבר אברהם ח"א סימן א'.

³²³ ספר המקנה, קידושין כו, א.

³²⁴ רמב"ם הלכות עבדים פרק ט הלכה ד.

³²⁵ תלמוד בבלי מסכת מגילה דף י', עמוד א'.

³²⁶ הר צבי, זרעים סימן יח.

רואים בדבריו ש"ל שדינא דמלכותא, או שאינו קיים בא"י, או שבמקום שיש סמכות מעל הממשל כמשפט בינלאומי שהמדינה מחוייבת בו, יש לו משקל בזה שהאדם לא מתייחס מרכושו, אם החזרת הרכוש ניתנת ע"י המשפט הבינלאומי, וההסכמים בין המדינות³²⁷.

וכן הביא בדבר אברהם שם בשם הרב אלי' ברוך קמאי: "גדר כיבוש מלחמה הוא שכל שהוא מנמוסי המדינות המקובלים בין עמים בתורת מלחמה בין צד לצד, יש לו דין כיבוש מלחמה; וכל שאינו מנמוסי המדינות יש לו דין גזל". הרי שיצא לחדש, שנמוסי המדינות וחוקי המלחמה הבינלאומיים, מחייבים את כל המדינות והם ה"דינא דמלכותא" היום הכללי שחל על כל המדינות. וכבר ראינו כמה פעמים מדינות המפרות חוקי מלחמה, או המבצעות רצח עם, שחלו עליהם סנקציות, ואף תקיפה צבאית מטעם ארגוני הגנה של מדינות כדוגמת נאט"ו, כדי להפסיק פעולות לא חוקיות. ההגדרה לזה כנראה היא שתושבי העולם למען שלום כל המדינות ראו שיש פעמים ששלטון של מדינה, אף שנבחר בבחירות דמוקרטיות, גורם הרס ורוע בעולם, ולכן נתנו את הסמכות לארגון על, שיעצור עוולות גדולות, ולכן חוק או כיבוש שהוא נגד חוקי המלחמה הבינלאומיים, אינו חל.

אך בנידון דידן, קשה לומר שכיבוש השטחים נעשה שלא ע"פ חוקי המלחמה, שהרי הערבים הם אלו שהתכוונו לפתוח במלחמה, ומותר למדינה החוששת מתקיפה מוצהרת לבצע פעולות הגנתיות, בבחינת 'הבא להרגך השכם להורגו'. ואף שהאוי"ם אינו מכיר בכיבוש שטחים אלו, אין בהחלטותיו משמעות מבחינת הכפייה עליהם, כפי שראינו שדינא דמלכותא הוא ע"י השלטון השליט, והכח השליט (מועצת הבטחון, נאט"ו, ארה"ב) לא כופה לסגת משטחים אלו שלא דרך מו"מ והסדר שלום כולל.

אמנם סעיף 55 לאמנת האג³²⁸ קובע (בתרגום חופשי): המדינה הכובשת נחשב רק לנאמן ולנהנה של הבנינים הציבוריים, נכסי דלא ניידים, יערות ומפעלים חקלאיים השייכים למדינה האויבת והנמצאים במדינה הכבושה. עליה לשמור על קרן הנכסים האלה ולנהלם לפי כללי טובת-ההנאה.

ר' אליעזר ממץ³²⁹ כתב על מעמד מלך הכובש ארץ: "אבל אם קוצב על מלכות שאינו שלו, ושכבשה בגולה כי ההיא דסיקריקון דגיטין, או אדם שאינו חפץ בארצו לאו כל כמינה למיגזליה". קביעה זו היא לשיטתו, שכן קבע שם שסמכות המלך כהר"ן, מכח שהארץ שייכת לו, ולכן אם אין כוונת המלך לספח את בשטח לארצו, אלא רק לקחת מס, אין לו סמכות. ור' שרירא גאון הכיר בסמכות הכובש.

³²⁷ למשל, מטוס נוסעים שנפגע ע"י צבא לוב, למרות שהנפגעים לא יכלו לדרוש פיצוי מבית המשפט הלובי, הם קיבלו פיצוי ממשלת לוב, עקב תביעה שהגישו לבית משפט אמריקני. ובזה שונה המציאות היום שיש מעצמת על שיכולה לכפות מדינות קטנות לקבל תכתיבים ממנה, ובמובן מסוים יש לה שליטה מעבר לגבולותיה.

³²⁸ Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.

³²⁹ אור זרוע, פסקי בבא קמא, ס"י תמו.

ואכן טענת הרבנים הראשיים היא שמדינת ישראל אמנם לא התכוונה לקנות את השטח, והשאירה אותו במעמד של שטח כבוש, (שבו לדברי ר' אליעזר ממיץ, אין קנין, כי כדי להחיל קנין, צריך כוונה להחיל ריבונות מלאה, ולא רק לעניינים מסוימים) שבו המדינה היא נאמן על השטחים הציבוריים. ואכן בשטחי יהודה ושומרון, חל ע"פ החוק הישראלי, החוק הירדני, שהוא החוק של המדינה ששמנה נכבש השטח. לבד מירושלים והגולן, שלפ"ז יש בהם כוונת קנין, והם אכן נכבשו בכיבוש מלחמה, והם תלויים בספק הנ"ל האם צריך להחיל הריבונות הסכמה מהחוקים הבינלאומיים. והרי ברור שצריך כוונת קנין ע"מ לקנות בכיבוש. ומלך שנכנס לשטח רק לצורך מסויים כהרתעה וכו', וחזר למקומו, או שעתיד לחזור למקומו, אין בכניסתו משום קנין של כיבוש מלחמה. כך טען הרב שרמן במאמרו 'מלחמות ישראל – תוקפן ההלכתי לקביעת הריבונות בשטחי א"י',³³⁰.

על שטחי יהודה ושומרון יש להסתפק בנפרד, היות והמדינה השליטה – ירדן, ויתרה עליהם בהסכם השלום ב-1994,³³¹ ונקבע בהסכם השלום שגורל השטחים ייקבע במו"מ עם הפלסטינים, יש להסתפק מה המעמד החוקי של שטחים אלו, אם נניח שמדינת ישראל לא זכתה בשטח, הרי שטח כבוש שהמדינה הנכבשת ויתרה עליו, אינו שטח כבוש, וצריך עיון בדבר.

ביבליוגרפיה

- Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907** [ספר].
אור שמח [ספר] / מחבר ר' מאיר שמחה ב"ר שמשון קלונימוס הכהן. - ירושלים : מכון מסורת ישראל, 1902-1926 .
דבר אברהם [ספר].
דרכי הוראה [ספר].
דרכי חושן [ספר] / מחבר סילמן יהודה.
הלכות מדינה [ספר].
המקנה [ספר] / מחבר רבי פינחס ב"ר צבי הירש הלוי הורוויץ. - ירושלים : [ללא מחבר], 2009.
המשפט וישראל [ספר] / מחבר הרב יגאל מוניסר.
חוק הירושה תשכ"ה-1967 [ספר].
חוק שכר מינימום, תשמ"ז-1987 [ספר].
חוק שעות עבודה ומנוחה, תשי"א-1951 [ספר].
חזון איש [ספר] / מחבר רבי אברהם ישעיה קרליץ.
לבוש [ספר] / מחבר ר' מרדכי יפה. - ירושלים : מכון זכרון אהרון, 2004.

³³⁰ תחומין חלק טז.

³³¹ סעיף 3,2 להסכם השלום: "הגבול, בהתאם לאמור בנספח I א), הוא הגבול הבין-לאומי הקבוע, הבטוח והמוכר בין ישראל לירדן, בלא שיחא בכך משום קביעה מוקדמת באשר למעמדם של שטחים כלשהם שבאו לשליטת הממשל הצבאי הישראלי ב-1967".

- מעדני ארץ [ספר] / מחבר הרב שלמה זלמן אויערבך.
משפט כהן - ענייני ארץ ישראל [ספר] / מחבר הרב אברהם יצחק הכהן קוק.
נחלת שבעה [ספר] / מחבר ר' שמואל ב"ר דוד משה הלוי סג"ל. - אמסטרדם : [ללא מחבר], 1667 .
עמק המשפט [ספר].
פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים [ספר].
פסקי דין ירושלים [ספר].
פסקי דין רבניים [ספר].
פסקים וכתבים [ספר] / מחבר הגר"א הרצוג.
קובץ תחומין [ספר].
קובץ תשובות [ספר] / מחבר הרב יוסף שלום אלישיב.
קצות החושן [ספר] / מחבר ר' אריה לייב ב"ר יוסף הכהן. - ירושלים : מאורי אור, 1999.
ש"י [ספר] / מחבר הרב עובדיה יוסף.
ש"ת אגרות משה [ספר] / מחבר רבי משה פיינשטיין.
ש"ת אמרי יוסף [ספר] / מחבר הרב מאיר אריק.
ש"ת באר יצחק [ספר] / מחבר רבי יצחק אלחנן ספקטור.
ש"ת בית אפרים [ספר] / מחבר רבי אפרים זלמן מרגליות. - ורשה : [ללא מחבר], 1904.
ש"ת בעלי התוספות [ספר].
ש"ת דובב משרים [ספר].
ש"ת הר צבי [ספר] / מחבר רבי צבי פסח פרנק.
ש"ת ה"ח אור זרוע [ספר] / מחבר ר' יצחק ב"ר משה. - ז'טומיר : [ללא מחבר], תרכ"ב.
ש"ת הרא"ש [ספר] / מחבר רבי אשר בן יחיאל. - ונציה : [ללא מחבר], ר"פ.
ש"ת הרדב"ז [ספר] / מחבר דוד בן שלמה אבן זמרא.
ש"ת הריב"ש [ספר] / מחבר רבי יצחק בר ששת פרפת.
ש"ת הרשב"א [ספר] / מחבר רבי שלמה בן אדרת. - ברצלונה : מכון ירושלים, 1310.
ש"ת וישב משה [ספר].
ש"ת חלקת יעקב [ספר] / מחבר ר' מרדכי יעקב ברייש. - תל אביב : [ללא מחבר], 1992.
ש"ת חתם סופר [ספר] / מחבר רבי משה סופר. - וינה : [ללא מחבר], 1889.
ש"ת יחוה דעת [ספר] / מחבר רבי עובדיה יוסף.
ש"ת ישכיל עבדי [ספר] / מחבר ר' עובדיה הדאיה. - ירושלים : [ללא מחבר], 1931.
ש"ת ישכיל עבדי [ספר] / מחבר רבי עובדיה יוסף.
ש"ת כתב סופר [ספר] / מחבר ר' אברהם שמואל בנימין וולף סופר. - ירושלים : מכון חתם סופר, תש"כ.
ש"ת מב"ט [ספר] / מחבר משה בן יוסף טראני. - שאלוניקי : [ללא מחבר].
ש"ת מהר"ם מרטנבורג [ספר] / מחבר רבי מאיר בן ברוך מרטנבורג. - ירושלים : מכון ירושלים, 2010.
ש"ת מהר"ק [ספר] / מחבר רבי יוסף בן שלמה קולון.
ש"ת מהרי"א ענגיל [ספר].
ש"ת מהרש"ל [ספר] / מחבר רבי שלמה בן יחיאל לוריא. - 1996 : מכון אבן ישראל, ירושלים.
ש"ת מהרשד"ם [ספר] / מחבר רבי שמואל בן משה די מדינה. - שאלוניקי : [ללא מחבר].
ש"ת מוצל מאש [ספר] / מחבר רבי יעקב אלפנדר.
ש"ת מנחת יצחק [ספר] / מחבר רבי יצחק וייס.
ש"ת משפטי עוזיאל [ספר] / מחבר רבי בן ציון מאיר חי עוזיאל. - 1995-2000.
ש"ת משפטים ישרים [ספר] / מחבר רבי רפאל בן מרדכי ברדוגו. - קראקא, בפולין : [ללא מחבר], 1891.
ש"ת נודע ביהודה [ספר] / מחבר רבי יחזקאל בן יהודה לנדא.
ש"ת פאת שדך [ספר].
ש"ת ציץ אליעזר [ספר] / מחבר אליעזר יהודה ולנדברג.
ש"ת רבי עקיבא איגר [ספר] / מחבר רבי עקיבא בן משה גינז איגר.
ש"ת שואל ומשיב [ספר] / מחבר רבי יוסף שאול נתנזון.
ש"ת תרומת הדשן [ספר] / מחבר רבי ישראל בן פתחיה איסרליין.
ש"ת תשב"ץ [ספר] / מחבר רבי שמעון בן צמח דוראן.
שנתון המשפט העברי [ספר] / מחבר אליאב שוחטמן.
תחוקה לישראל על פי התורה [ספר].