

דינא דמלכותא דינא

עבודה לסיום חוק הלימודים בפקולטה למשפטים

באוניברסיטה העברית בירושלים

שבת בן דב

התוכן

- א. מלך ישראל ומלך עכו"ם לענין דד"ד 4
- ב. טעם הכלל דד"ד ותחולתו על שלטון זר בארץ-ישראל ועל מלך ישראל בחוצה-לארץ 10
- ג. הקף תחולתו של הכלל דינא דמלכותא דינא 15
- ד. מסים וארנוניות 19
- ה. הוכחת ד"ד והכפיפות לתחולתו 25
- ו. "מלכא אמר: לא ליקני ארעא אלא באיגרתא" 29
- ז. מחלוקת השטרות העולים בערכאות של ע"כ 36
- ח. ערכאות הגויים ומעשה-בי"ד שלהם 45
- ט. הגדרת הזכות הבאה מד"ד 54
- י. דד"ד בעובדי כוכבים ובאים מכוחם 56

בארבע מקומות בתלמודנו שובר המשפט העברי את המהלך האורגני של ההלכה ובמקום חמישי הוא עושה שבירה זו עצמה הלכה חיובית מפורשת מתוכו. שנינו בבבלי בבא קמא קי"ג א': "אין פורטין לא מתיבת המוכסין ולא מכיס של גבאין ואין נוטלין מהם צדקה (רש"י): לטול הפרוטות מתיבתן, שנותנים בה מעות המכס, וכן מכיס של גבאי המכס, שגובה כסף גלגלת וארנונא, לפי שהן גזל", ומקשה הגמרא: "והא אמר שמואל דינא דמלכותא דינא!" וההלכה נסוגה ומצטמצמת: "אמר רב חנינא בר כהנא אמר שמואל: (משנתנו) במוכס שאין לו קצבה. דבי ר' ינאי אמרי: במוכס העומד מאליו". וכן בנדריים כ"ז ב': "נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין (רש"י): נוטל מכס המלך ורוצה לטול פירותיו בע"כ), שהיא תרומה, אעפ"י שאינה תרומה, שהן של בית המלך, אעפ"י שאינן של בית המלך", והגמרא מקשה וההלכה נסוגה ומצטמצמת כנזכר לעיל. ושוב בגיטין י' ב': "כל השטרות העולים בערכאות של עכו"ם - אעפ"י שחותמיהם ע"כ - כשרים, חוץ מגטי נשים ושחרורי עבדים", ומקשה הגמרא: "בשלמא מכר: מכי יהיב זוזי קמייהו הוא דקנה, ושטרא - ראייה בעלמא הוא, דאי לא יהיב זוזי קמייהו - לא הוו מרעי נפשייהו וכתבין ליה שטרא, אלא מתנה במאי קא קני?... והאי שטרא חספא בעלמא הוא! והתרוץ הוא: "אמר שמואל דינא דמלכותא דינא, ואי בעית אימא תני חוץ מכגטי נשים (רש"י): כל השטרות שהן כגטי נשים, שעל ידי השטר הדבר נגמר". ובבבא בתרא נ"ד ב': "אמר רב יהודה אמר שמואל: נכסי עכו"ם הרי הן כמדבר, כל המחזיק בהן זכה בהן. מ"ט- עכו"ם, מכי מטי זוזי לידיה אסתלק ליה, ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה... א"ל אביי לרב יוסף: מי אמר שמואל הכי, והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באיגרתא (רשב"ם): והיאך יקנה זה המחזיק, הואיל ואין לו שטר מן העכו"ם?! אלא לוקח ראשון יקנה **בדינא דמלכותא** לכי אתי שטריה דע"כ לידיה!" והמקום החמישי הוא בבא בתרא נ"ה א': "אמר רבה (נ"א רבא): הני תלת מילי אשתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל: דינא דמלכותא דינא, ואריסותא דפרסאי עד מ' שנין, והני זהרורי דזבין ארעא לטסקא (רשב"ם): בעלי נחלות העשירים קונים מעבדי המלך שדות עניי העיר, שאין יכולין

עמ' 2

לתת הטסקא למלך, והן פורעין את המס ומחזיקין בקרקעות בשביל המס, שכן ד"ד, דמאן דיהיב טסקא ליכול ארעא) - זבינהו זביני".

המיוחד שבשבירה הזאת שההלכה המקורית נשברת בה בכל המקומות האלה הוא כמובן בכך, שאין אנו עומדים כאן בפני שני כתובים המקציעים זה את זה בתוך תחוומה של תורת ישראל גרידא, ואף לא בפני תקנה מסוימת ומוגדרת, נושאת תוכן ידוע משלה, אלא בפני הוראה פורמלית בלבד, מופשטת ובלתי מוגבלת לחלוטין, המזקיקה את הדין למקורות משפטיים חצוניים ומתנה אותו בתוכן ההוראות שעלולים אנו לשאוב בדי-עבד מתוך המקורות הללו.

אמרתו של שמואל יוצאת אפוא דופן במשפטנו מעצם טבעה. משפט ישראל מתרחק כידוע מן ההכללות המופשטות והפורמליות והוא צמוד לרוב לשאלה הקונקרטית המוצגת לפניו; ושבעתים היה קשה לתורתנו לעכל את האמרה הכוללנית של שמואל, אשר אין דין בדינינו שאינו עשוי לבוא לידי התנגשות אתה ביום מן הימים. מלכתחילה היה ברור ומובן מאליו, שכשם שהכלל דינא דמלכותא דינא כשר כדי לצמצם במקרים מסוימים את הקף תחולתם של דינים אחרים כן גם יפה כוחם של הדינים האחרים, ואולי אפילו כוחם יפה יותר, כדי לצמצם ולהגביל את הקף התחולה והמשמעות של הדין החדש הזה. אולם, במאבק זה בקרב משפטנו היה לכאורה לחידושו של שמואל יתרון כוח עצום: אין כוחו של המשפט העברי גדול בניסוח עקרונות מופשטים כוללניים, והלא רק על ידי ניסוחם של עקרונות כאלה אפשר להתמודד ביעילות עם עקרונות מנוגדים ולהגיע לידי הכרעה ברורה וחד משמעית. אכן, בליט ברירה, נוסחו במשפטנו מספר עקרונות רחבים, מסורבלים למדי, לצורך ההתנגשות הזאת, אולם, לידי הכרעה ברורה לא הגיע הדבר בדרך זו מעולם. אף על פי כן, סוף סוף לא היה המאבק האמור מאבק בין שני כוחות מנוגדים באמת, אלא רק מאבק פורמלי בלבד בין רוח תורתנו לבין כלל אחר של אותה תורה שלנו עצמה, אשר גם הוא ממילא חדור ברוחה ביסודו של דבר.

ההכרעה לא נפלה אפוא על ידי ניסוחם של עקרונות כלליים וברורים, אולם היא נפלה גם נפלה באותה הדרך שהמשפט העברי רגיל לה - על ידי פתרון של בעיות משפטיות קונקרטיות: כללים

רבים של משפטנו הגיעו לידי התנגשות עם הכלל "דינא דמלכותא דינא", וההכרעה נפלה לגבי כל אחד מהם לחוד, ונדמה לי שבסופו של דבר אפשר ליחד במשפט ישראל תחום מסוים של דינים, **דיני דינא דמלכותא**, שהם אחידים באפים ובמגמתם ושאינן המחלוקת בהם רבה יותר מן המידה הממוצעת של פלוגתא המקובלת ברוב משפטנו. דינים אלה של דינא דמלכותא מקבילים מבחינה פונקציונלית במשפט ישראל למה

עמ' 3

שקרוי "משפט בין-לאומי פרטי" או "דיני התנגשות חוקים" בשיטות המשפט של יבשת אירופה ובשיטות המשפט האנגלו-סקסוניות, אם כי הפרספקטיבה של הבעיות שונה במשפטנו ביסודה, כפי שילך ויתבהר בפרקים הבאים.

א. מלך ישראל ומלך עכו"ם לענין דד"ד¹

אכן, במידה מסוימת של פלוגתא או נתקלים לכאורה במקורותינו לגבי עצם שאלת מהותו של הכלל דינא דמלכותא דינא, אם-כי אמנם מבחינה פורמלית אין השאלה מוצגת לפנינו באמת בנוסח מיטאפיזי זה, אלא - כדרכו של משפטנו - באופן קונקרטי, לאמור: האם אמורה הוראתו של שמואל גם במלך ישראל או רק במלכי אומות העולם בלבד? שאלה זו היא לכאורה שאלה של מהות, שהרי אם אנו מקבלים את האפשרות השניה, פרושו של דבר הוא רק זה, שדיני דינא דמלכותא באים לפתור את הבעיה האם מכיר משפט ישראל בכלל בזכויות וחובות המוקנות ומוטלות מטעם רשויות משפטיות זרות, ואם כן - באיזו מידה הוא מכיר בהן ומפעיל אותן, ובמקרה כזה מתאימים באמת דיני דינא דמלכותא במשפטנו מבחינה פונקציונלית ל"משפט הבין-לאומי הפרטי" במשפטי נכר, כפי שאמרתי; אולם, אם האפשרות הראשונה היא עיקר - התאמה פונקציונלית זו נראית רק כתוצאת לוואי, כאילו באים דיני דינא דמלכותא ביסודו של דבר לקבוע את היחס בין המשפט **הדתי** העברי לבין משפט הרשות החילונית הנתונה, באשר היא, מנקודת ראותו של המשפט הדתי. האפשרות הראשונה הזאת רומזת למשמעות האמורה, באשר היא מעבירה למראית עין קו מבדיל בולט בין תורת ישראל ודין המלכות בתור שכזו, ואת מלך ישראל היא מעמידה לכאורה מעבר לקו מבדיל זה ולחוץ, בשורה אחת ובאחדות מהותית עם מלכי אומות העולם הנכריים.

והנה, אין אני יודע על שום מקור שנאמר בו בפירוש כי שמואל התכוון באמרתו למלך באשר הוא מלך, לא שנא מלך ישראל ולא שנא מלך עכו"ם, וכל חוות הדעת שמצאתי, שאפשר להסיק מהן את הדבר הזה, אינן אומרות אותו אלא מסתמא, אם הן אומרות אותו בכלל.

עמ' 4

הרמב"ם בפ"ד הלי' מלכים הלי' א' פוסק ז"ל: "רשות יש למלך (למלך ישראל) ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס, ואסור להבריא מן המכס, שיש לו לגזור שכל מי שיגנוב המכס ילקח ממנו או יהרג... **ודיניו בכל אלו הדברים וכיוצא בהן דין**, שכל האמור בפרשת מלך - מלך זוכה בו". בפרוש המשניות, פ"ד נדרים, כותב הרמב"ם: "הנה העקר אצלנו דד"ד, ואין מותר לו לברוח מן המכס, ואיך ישבע עליו? ואין הפרש בזה בין מלך עכו"ם ומלך ישראל"; וז"ל בפ"ה הלי' גזלה ואבדה הלי' י"א: "דין המלך דין הוא, ולא עוד אלא שהוא עובר, המבריא ממכס זה, מפני שהוא גוזל מנת המלך, בין שהיה המלך ע"כס בין שהיה המלך ישראל". ומסתבר שמהרכבת כל הדברים האלה זה על זה יצאו להם לרדב"ז ולמגדל עוז פרושיהם על פסק ההלכה שהבאתי בזה מן הרמב"ם בפ"ד הלי' מלכים.

הרדב"ז מפנה אותנו שם אל פרק כהן גדול וממשיך: "פלוגתא (היא ענין פרשת המלך) דתנאי ואמוראי, ופסק (הרמב"ם) כדרי יוסי ושמואל, שאמרו כל האמור בפרשת המלך - מלך מותר בו, ואמרינן בכמה דוכתי דד"ד, **ואפילו מלכי הגויים אמרינן בהו דד"ד**". מגדל-עוז מפרש שם: "נדרים, פ"ד נדרים, וכמה מקומות בתלמוד הלכה רווחת: דינא דמלכותא דינא". מקיצור לשונו של מגדל-עוז עולה לנו כי הוא סבור שטעם דברי הרמב"ם באותה הבאה מהלי' מלכים הוא הכלל

¹ [נדפס בתלפיות ז[ב-ד] עמ' 395-495]

של שמואל דד"ד, אשר המימוני מזכיר אותו בנשימה אחת עם מלך ישראל בהבאות האחרות; ומאחר שהרמב"ם עצמו נותן לדבריו בהל' מלכים טעם אחר, יוצא לנו כי דעת מגדל-עוז היא שאין סתירה בבך ושטעם אחד הם, וממילא משמע כי הוא גוזר את אמרתו של שמואל מן ההלכה שאותו שמואל עצמו פסק במס' סנהדרין כ' ב': "כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו", ואת הטעם הזה לאמרתו של שמואל הוא מיחס גם לדעתו של הרמב"ם. ושוב, הואיל ובמס' גטין, בבא קמא ובבא בתרא ברור כי הכלל דד"ד אמור שם במלכי עכו"ם, משמע, כנראה, שלדעת מגדל-עוז אין הפרש בענין הכלל הזה לשיטת הרמב"ם בין מלך ישראל ומלך עכו"ם. אכן, לאור ההבאות מדברי הרמב"ם עצמו אשר הבאתי - פרושו של מגדל-עוז מתקבל עד מאוד על הדעת, ובדרך המחשבה המותנה בזה, העולה מדבריו, יש אף כדי להסביר אותה מלה סתומה, "אפילו" בפרושו של הרדב"ז, לאמור: הכלל דד"ד יוצא לנו מפרשת המלך שאצל הנביא שמואל, והוא חל אפוא מלכתחילה על מלך ישראל, אבל אין הפרש בזה בין מלך ישראל ומלך ע"כ, ואפילו במלכי הגויים אומרים אנו אותו דין. אעפ"כ, דברי הרדב"ז ניתנים להתפרש גם פרוש אחר, שאף הוא יהלום את דברי הרמב"ם בכל ההבאות שהבאתי; ואם

עמ' 5

כי אין אני רואה פירוש זה שאני עומד להציע, הן לדברי הרדב"ז והן לדברי הרמב"ם, כבעל כוח הכרעה כשלעצמו מבחינה לשונית פורמלית, הרי מבחינה מהותית הוא נראה לי כהולם הרבה יותר את רוח משפטנו וגם את כוונתו האמיתית של הרמב"ם.

הרמב"ם עצמו אינו מסמיך, כאמור, בפרוש את הכלל של שמואל דד"ד לענין פרשת המלך; יתר על כן, את פרשת המלך אין הוא מזכיר אלא בקשר למלך ישראל בלבד, ואלו את ענין דד"ד בלשון רחבה אין הוא מזכיר בלי שיזכיר בצדו את מלך עכו"ם, ודבר זה הולם לגמרי את המקורות התלמודיים. נוסף על כך, כידוע, מיחד המימוני מדור נפרד להלכות מלכי ישראל, בעוד אשר את ענין דד"ד הוא מזכיר ברובו בדיני ממונות, ורק בקשר לדיני מסים הוא מזכיר שם יחד את מלכי ישראל ומלכי הגויים, ודבר זה נוטה להוכיח שאין הרמב"ם גוזר את כל אלה ממקור אחד, אלא שהדינים האמורים באים אליו בשני ראשים שונים, דיני מלכי ישראל ודיני דינא דמלכותא של גויים, המתלכדים בקטע של דיני מסים וחוזרים שוב ונפרדים. הם חוזרים ונפרדים, שהרי בפ"א מהל' זכיה ומתנה הל' יד, במקום שהרמב"ם מדבר בבירור על מלך עכו"ם, הוא פוסק, ז"ל: "אבל אם דין אותו המלך ומשפטו, שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו - עושין כפי משפט המלך, שכל דיני המלך בממון - על פיהן דיניו".

דברים רחבים אלה שונים לחלוטין מסמכות החקיקה המצומצמת שהרמב"ם מוסר למלך ישראל בהבאה הנ"ל מהל' מלכים; והנה, אם כי אפשר לגזור מפרשת המלך סמכות חקיקה מלכותית בעניני הנהגת המלוכה המנהליים, שדיני מסים הם חלק מהם, ואשר המימוני מוסר אותה למלך ישראל, הרי קשה לגזור מאותה פרשה סמכות חקיקה בעניני ממונות בכלל, אשר אותה מוסר הרמב"ם למלכי עכו"ם, ושוב יוצא לנו אפוא שלא ממקור אחד גזר הרמב"ם את מיני הסמכויות. מנקודה אחרונה זו-ראייה מכרעת, כמובן, אין לנו, שהרי, כידוע, סותר הרמב"ם את דבריו האמורים שבהל' זכיה ומתנה ופוסק שאין דינא דמלכותא דינא, אפילו לא דינו של מלך עכו"ם, בענין שטרי הקנאה העולים בערכאות של ע"א, ולא מן הנמנע אפוא שהדברים לא יצאו מושלמים מתחת ידו בענין מיני סמכויות החקיקה המלכותיות בכלל, אך על כל פנים, פתח לספק בפירושו של מגדל עוז והרדב"ז יש ויש לנו.

נשאלת אם כן השאלה, האם שיקולים עניינים ראשוניים אלה לצד ההפרדה בין הכלל דד"ד לבין פרשת המלך אצל הרמב"ם יכולים לעלות בד בבד עם הפשט של לשונו. והנה, בהבאה שהבאתי מהל' גזלה ואבדה פותח אמנם הרמב"ם את דבריו לכאורה בתרגום

עמ' 6

עברי מן הכלל דינא דמלכותא דינא, אולם עצם הניסוח במילים עבריות מרחיק אותנו מן האסוציאציה של אמרת שמואל; גם ההפרש בין המונחים "מלך", המופיע אצל הרמב"ם, ו"מלכותא", המופיע באמרתו של שמואל, הוא הבדל בעל משמעות משפטית, כפי שנראה להלן,

וייתכן שמה שהמימוני אומר כאן אינו אלא זה שהברחת מכס היא גזל, בין ממלך ישראל בין ממלך עכו"ם, ודין שניהם - בענינים מסוימים ושונים - הוא דין, אבל אין משמע מכאן שהטעם לכך הוא אחד בשניהם, ואפשר שבמלך עכו"ם הטעם הוא הכלל דד"ד, ויהא טעמו של זה מה שיהיה, ואילו במלך ישראל הטעם הוא שכל האמור בפרשת מלך - מלך ישראל מותר בו. הוא הדין בלשון הרמב"ם בפרוש המשניות: שם, אמנם, מופיעות המלים הארמיות של שמואל בפירוש, אבל כנגד זה נאמר שם: "ואין הפרש בזה", ושמה בזה באמת אין הפרש, לדעת הרמב"ם, אבל בשאר דיני דינא דמלכותא יש ויש הפרש.

אפשרות פרוש שניה בכיוון זה נרמזת בפירושו של מהרי"ק לדברים אלה, וז"ל (בית יוסף על טח"מ סי' שס"ט סעי' א'): "ומ"ש (הטור) בין שהוא מלך עכו"ם בין שהוא מלך ישראל - כ"כ כתב הרמב"ם, טעמו משום דאלי"כ - כי מקשינן (בגמרא) להבריח מן המכס מי שרי, והאמר שמואל דד"ד!! - ה"ל לשנויי: לא קשיא, כאן (באמרת שמואל) - במלך ישראל, כאן (במשנה) - במלך עכו"ם². מהרי"ק מפרש אמנם את הגמרא, ואף את הרמב"ם, כמחילים את הכלל דד"ד על מלך ישראל ועל מלך עכו"ם כאחד, אבל מה שחשוב לנו בדבריו בנקודה זו של דיונו הוא זה שהוא מפרש, שאלמלא הושוו מלך ישראל ומלך עכו"ם עלולים היינו לחשוב שדינו של מלך ישראל דין הוא, ואילו דינו של מלך עכו"ם לא. להלן אחזור עוד לפירושו של מהרי"ק, אבל כאן אטול ממנו רק את הרמז האמור, ולפי זה אפשר שמה שהרמב"ם מקדים בדבריו את הכלל דד"ד - אין הוא מתכוון בזה אלא למלך עכו"ם, ובאמת הוא מזכיר את מלך עכו"ם בהמשך הדברים בתחילה, ואילו את מלך ישראל

[עמ' 7]

אין הוא מזכיר אחר כך אלא כדי להדגיש שלא נזלזל בדינו של מלך עכו"ם ונתיחס אל המסים שהוא מטיל עלינו כמו אל מסיו של מלך ישראל.

וכאמור, גם דברי הרדב"ז ניתנים להתפרש פירוש אלטרנטיבי ברוח זו, אם כי לאו דוקא בעקבות הרמז של מהרי"ק. מלשונו אין ברור כלל אם הסיפא שלו היא המשך אורגני לרישא, והוא מסיק את הכלל דד"ד מפרשת המלך, או שאין הסיפא אלא תוספת, ומשמע שבהבאת הכלל הזה הוא רק מביא טעם נוסף על הטעם שהביא הרמב"ם עצמו לדבריו, היינו הטעם של פרשת המלך.

אם האפשרות השניה היא עיקר, כפי שאני מנסה כאן להניח, הרי אותה מלה "אפילו" - אין תפקידה להוות גשר בין פרשת המלך למלכי עכו"ם, כפי שפרשתי לעיל, אלא להפך, היא באה להצדיק את הרמב"ם בעמדה אשר נקט במחלוקת שבין ר' יהודה ורב מצד אחד, לבין ר' יוסי ושמואל, מצד שני, בענין פרשת המלך, ולפי זה בא הרדב"ז לומר כך: בכמה מקומות אומרים אנו דד"ד, ושם אמורים הדברים במלכי עכו"ם, ומאחר שאפילו במלכי עכו"ם אומרים אנו כך, לא-כל-שכן שנאמר כך במלך ישראל, ההלכה היא כר' יוסי ושמואל, שהאמור בפרשת המלך אצל שמואל הנביא - מלך ישראל מותר בו. הכלל שד"ד ופרשת המלך נפגשים אפוא אצל הרמב"ם והרדב"ז בודאי, אבל הזהות שבין השנים רחוקה מלהקבע על-ידי כך כמסקנה הכרחית לשיטתם.

למעשה, גם לשונם של מגדל-עוז ושל מהרי"ק, המכניסים את מלך ישראל ואת מלכי עכו"ם כאחד בברור תחת כנפי הכלל דד"ד, אינה מכריחה אותנו להסיק שלדעתם דין אחד יש במשפט ישראל למלכינו ולמלכי הגויים; דבריהם רחבים במידה מספקת כדי לאפשר לנו להכניס הבחנות, ואפילו הבחנות עקרוניות, בבואנו לטפל בפרטים במסגרת האחת הזאת. מצד שני, שניהם גם יחד אינם אומרים לנו אלא זה שדין מלך ישראל ודין מלך עכו"ם דין הם, אבל אין הם נותנים בפרוש טעם ראשון לקביעתם זו, ואפשר לפרש גם אותם כמסיקים את אמרתו של שמואל משני טעמים נפרדים, השונים זה מזה לחלוטין, אחד לגבי מלך ישראל ואחד לגבי מלכי עכו"ם, וכפי שאסביר להלן, הבחנה שכזאת היא הכרח במשפטנו, לאור עקרונות יסודיים משלו שאין חולק עליהם ולאור מקורות נוספים שאני עומד להביא.

² סדרם של שני המלואים האחרונים בסוגרים מקבל את אשורו בתשב"ץ ח"ד טור א' סי' י"ד - תשובה שהיא אמנם מופרכת מיסודה לגבי עיקר ענין דד"ד שהיא עוסקת בו.

כנגד כל הדברים הללו, ברורים ופסקניים בהחלט הם אלה מרבתינו שדעתם היא כי אין הכלל דד"ד אמור במלך ישראל. המפורסם ביותר הוא הר"ן, בפרושו על פ"ד נדרים, וז"ל: "וכתבו התוספות דדוקא במלכי עכו"ם אמר דד"ד, מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם: אם לא תעשו מצוותי אגרש אתכם מן הארץ, אבל במלכי ישראל לא

[עמ' 8]

לפי שארץ-ישראל - כל ישראל שותפין בה". הרשב"א בחידושו על אותו הפרק חוזר על דברי התוספות שמביא הר"ן וממשיך: "...לפי שא"י - כל ישראל שותפין בה ואין בה למלך יותר מלאיש אחר, ותדע לך דהכי הוא, דהא איכא מאן דאמר כל האמור בפרשת מלך - מלך אסור בו, ולא נאמר אלא ליראם ולבהלם. ואמאי ת"ל משום דד"ד: אלא דלא נאמרו דברים אלו במלכי ישראל, אלא במלכי האומות". ובתשובה, סי' תרל"ז הוא כותב, ז"ל: "כל שלטון ישראל הממונה בעירו ומושל במקומו דינו דין, והוא בכלל ד"ד כל זמן שעושה כחוקי מקומו... ואף במלכי ישראל בחוצה לארץ. ודוקא בארץ, שהיה ירושה לכל ישראל, הוציאו רבותינו הצרפתים בנדרים". גם רש"י (הצרפתי, כמובן) פוסק כדרכו בקיצור, בפרושו על גטין י' ב', ד"ה מלכותא: "מלכותא - של עובדי כוכבים". ונימוקי יוסף על פ"ד נדרים מסכם: דד"ד - והסכימו רוב המפרשים ז"ל דדוקא במלכי אומות העולם, ...ומלכי ישראל אין דנין דין אלא עפ"י התורה, דקיי"ל במס' סנהדרין: כל הכתוב בפרשת המלך בספר שמואל - מלך אסור בו, ולא אמרה תורה אלא ליראם ולבהלם, שלא ישאלו להם מלך".

המקורות הללו מעמידים את כל הבעיה כלה על חוד השאלה אם מה שנאמר בפרשת המלך - מלך ישראל אסור או מותר בו. הם פוסקים כאפשרות הראשונה ומסיקים ממנה שאין דד"ד אמור במלך ישראל; משמע שלו באמת היה הכלל הזה אמור במלך ישראל - אכן גוזרים היינו אותו מפרשת המלך; ועם זאת הריהם קובעים שאמרתו של שמואל תופסת גם תופסת מחוץ לארץ-ישראל, אלא שהטעם שלה אינו קשור כלל בפרשת המלך הזאת.

ראינו אצל הרמב"ם וההולכים בעקבותיו שגם אותם אפשר לפרש כמפרידים בענין טעם הכלל דד"ד בין מלך ישראל ומלכי הגויים. אם באמת הם עושים כן - ברור שאין לנו מחלוקת במקורותינו לגבי מהותם של דיני דינא דמלכותא, שהרי במקרה כזה יש לנו שני שטחים נפרדים של דינים אלה, אשר הכל מסכימים לגבי עקרון השטח הבין-לאומי שביניהם - מוקם חיץ ברור בין המהות המשפטית של מלך ישראל ומהותם של מלכי עכו"ם - והמחלוקת מצטמצמת בגבולות המשפט המנהלי של מלכות ישראל. הכל מסכימים אמנם לסמכויות חקיקה ושפיטה מנהליות של מלך ישראל, שהרי גם הרשב"א, מן הכופרים בכלל דד"ד בא"י, כותב בתשובה, סי' אלף ק"א; "איני מכניס עצמי בדין הרוגי מלכות של אוה"ע, או נכסיהם למלך או לאו", ומשמע מדבריו, שהרוגי מלך ישראל - ודאי נכסיהם למלך, בניגוד להרוגי הסנהדרין, כאמור בתלמוד, ובכן מודה

עמ' 9

הוא שאפשריים הרוגי מלכות בישראל, מלבד הרוגי הסנהדרין; וכן גם הר"ן, בתשובה, סי' ס"ח, ד"ה אעפ"י: "אלו כך הוא דינו של חרם שהחרים מלך ישראל או סנהדרין במעמד רוב ישראל, שהעובר עליו מתחייב מיתה". אלא שהללו סוברים כי סמכות מנהלית זו צריכה להיות כפופה ל"מעמד רוב ישראל" או לאישור הסנהדרין וכד', ואלו החלטות אוטוקראטיות שרירותיות, על דרך פרשת המלך, נוגדות לדין תורה, בעוד אשר הרמב"ם פוסק כי אפילו החלטות מנהליות אוטוקראטיות של מלך ישראל דין הן ומותרות מן התורה³; ולא ארחיב כאן את הדיבור על מחלוקת זו, שגם היא נפתרת בסופו כל דבר, למעשה, אם כי לא להלכה, באחדות רעות. אחר הוא הדבר אם הרמב"ם וההולכים בעקבותיו אינם מבחינים בטעם הכלל דד"ד ומסיקים אותו באמת מפרשת המלך, הן לגבי מלך ישראל והן לגבי מלכי עכו"ם.

³ ועומדים אנו כאן בפני מחלוקת בדבר האישיות המשפטית של מלכות-ישראל, שהרמב"ם סובר שהיא מתבטאת במלך, ואלו רבותינו הצרפתים היא מתגלמת בשותפות הישראלית.

האם אפשר להביא תפיסה כזאת בחשבון ברצינות? - נתחיל בכמה שיקולים פורמאליים. כל רבותינו הסוברים שאין דד"ד אמור במלכי ישראל ואשר את דבריהם הבאתי, פרט לרש"י, מביעים את דעתם בנימה של ויכוח; אעפ"י כן, בתיתם כנימוק לעמדתם את התפיסה שהאמור בפרשת המלך - מלך אסור בו, הריהם מסתפקים בסיגנון הרומז על כך, שמובן מאליו הוא כי פרשת המלך ודאי שאינה נוגעת למלכי הגויים ושהעובדה כי הם גורסים וגורסים דד"ד לגבי מלכי עכו"ם אינה יכולה לשמש נימוק חוזר נגדם בתפיסתם האמורה. הדבר בולט ביחוד אצל הרשב"א, השואל: אם האמור בפרשת המלך - מלך אסור בו, מאי דד"ד?; והוא משיב: לא נאמרו דברים אלו אלא במלכי האומות; משמע שאין הוא חושש כלל שמא ימצא מישהו אשר יחזור ויתקיפנו לאמור: והא אמרת שפרשת המלך - מלך אסור בה! שנית, סוף-סוף הרי באמת לא נאמרה פרשת המלך לכתחילה אלא לגבי מלכי ישראל, ואם נאמר שבדי-עבד גזרו ממנה את הכלל דד"ד גם לגבי מלכי עכו"ם - עדיין נשאלת השאלה כיצד אנו באים לכך? הגשר היחיד שיש לנו, אם יש בכלל גשר, הוא בזה שמר שמואל הוא הוא שפסק כר' יוסי והוא הוא שאמר דד"ד, אך עדיין יש לשאול: ומהו הגשר שעבר עליו מר שמואל? התשובה היחידה שמצאתי, אם אמנם היתה שם בכלל כוונה כזאת, היא בדברי הרדב"ז, האומר "ואפילו במלכי הגויים אמרין בהו דד"ד", אלא שאין כאן למעשה שום קל וחומר, וממילא אין זו תשובה; והרי לא יתכן שאם באמת עומדים אנו כאן בפני בעיה עקרונית כל-כך לא ימצאו חכמים שלא די להם באיזה "אפילו" נידח כדי ללבנה; אולם, כאמור - גשר אחר לא מצאתי. שלישית, כפי שראינו גם-כן, למעשה לא אמר איש במפורש בכלל, שהאמרה דד"ד לגבי מלכי הגויים מבוססת על פרשת המלך, עד כדי כך שהרב הרצוג בספרו

עמ' 10

The Main Institutions Of Jewish Law, כרך א, יכול היה להפליג ולכתוב ש"מענין הוא כי שום מקור המדבר על דד"ד אינו מזכיר את הרצאות זכויות המלוכה שבשמואל א"י" (תרגום והדגשה שלי). ורביעית - י"א שהאמור בפרשת המלך - מלך מותר בו, אבל מה שייך לומר במלך עכו"ם שהוא אסור או מותר?

והמכריעים הם השיקולים הענייניים. אם הכלל דד"ד נאמר גם במלך ישראל - הטעם היחיד שראינו היכול להיות לכך הוא שהאמור בפרשת המלך - מלך מותר בו; שום טעם אחר לא ניתן לאפשרות זו. יוצא מכאן, שאם טעם הכלל הוא אחד הן במלך ישראל והן במלך עכו"ם - פרשת המלך היא היא אותו הטעם האחר, ומשמע שמהזכויות של מלך ישראל למדו רבותינו גזרה שווה על מלכי עכו"ם. מכאן בהכרח שמלך ישראל ומלכי עכו"ם שוים בעיניהם, ומכאן, כאמור, שהמשפט העברי יוצר הבחנה בין משפט דתי ומשפט חילוני בתור שכאלה. דבר זה לא יתכן, וחוסר אפשרות זה אינו צריך אפילו ראיה. חוקרים נכריים שונים ביקשו אמנם למצוא במשפטנו הבחנה שכזאת, אבל איני מהסס כלל לומר שדברים אלה הם הבל. ודאי ומובן הוא שאפשר למצוא על-ידי חקירה היסטורית של תורת ישראל את עקבות המאבק בין משפטנו המתפתח לבין המציאות המדינית במלכות ישראל ויהודה בימי שני הבתים שקדמונו, אולם מציאות משפטית בתקופה היסטורית מסוימת היא רק עובדה היסטורית, ולא הוראה משפטית מחייבת. יהא המצב המשפטי ביהודה בימי יהושפט המלך, ואפילו בימי הצדוקים, אשר יהיה - אין מצב זה יכול כמובן להוות הוראה חיובית, אלא-אם-כן הוא נקבע בתור שכזאת; והנה, כידוע, אין תורת ישראל מצווה עלינו להקים שתיים או שלש סנהדריות גדולות אלא רק סנהדרין אחת, ואין אנו מצווים להעמיד לנו מלך כגון ינאי, שסרב לעמוד על רגליו, אלא כגון דוד, שהוא דן ודנין אותו, וביחס לעקרון זה וכיוצא בו אין שום מחלוקת כלל. אין גם שום מחלוקת במקורותינו ביחס למה שנאמר לגבי מלך ישראל בסנהדרין מ"ט א': "כל איש אשר ימרה את פיך ולא ישמע את דבריך לכל אשר תצוונו יומת. יכול אפילו לדברי תורה? - ת"ל רק חזק ואמץ (מאוד לשמור ולעשות ככל התורה אשר צוה משה עבדי, אל תסור ממנו ימין ושמאל)", היינו שדינו של מלך ישראל דין הוא רק בתנאי שהוא בא לקיים את ישראל כמצוות התורה, ובכך במשפט ישראל, אבל לא אם הוא בא לשים עצמו עליון עליו או בלתי קשור בו; ובדבר הזה שוים הם, הן נימוקי יוסף - הדוחה את פרשת המלך - והן הרמב"ם, הגורס את קבלתה. אך התנאי האמור אינו חל לגבי הכלל דד"ד במלך עכו"ם, והדבר מובן מאליו. מלך עכו"ם הוא אפוא רשות חילונית, אבל מלך ישראל לא, וממילא אי-אפשר לומר שדין שניהם שווה בדינינו. וגם ודאי הוא הלא שלא הרמב"ם ולא מהרי"ק

לומר, שכשם שיש לנו המושג "חג" לציין בו את חגיגנו, ואלו "חגא" לצורך אידיהם, כן "מלכותא" היא בדרך-כלל מלכותא של גויים, ואלו מלכות תיקרא רק מלכותנו, מלכות ישראל.

מכל-מקום, ניתנות להסתכם כתוצאה מברור הדברים נקודות אחדות ממצות:

(א) הכלל דד"ד, בתור עקרון של הפילוסופיה המשפטית, אמור הן במלכות ישראל והן במלכויות הגויים, כדעת הרמב"ן;

(ב) בתור הוראה משפטית חיובית מיוחדת, אפילו אם כתב את הכלל דד"ד גם על מלך ישראל וגם על מלכי הגויים, הרי הוא מתחלק לשני ראשים שונים, הנבדלים באופן עקרוני ושטעמיהם שונים;

עמ' 13

(ג) במידה שהכלל דד"ד מוסב על מלכי הגויים, כהוראה משפטית חיובית, - אין עליו עוררין (ר'), למשל, הרא"ש בפסקיו על גטין י' ב': "ליכא מאן דפליג אהא דאמר בכולי התלמוד דד"ד) והוא מהווה באמת יסוד למדור במשפטנו המקביל מבחינה פונקציונלית ל"משפט הבין-לאומי הפרטי" במשפטי נכר;

(ד) החלתו של הכלל דד"ד כהוראה משפטית חיובית על מלך ישראל שנויה במחלוקת שהיא זהה בכל עם המחלוקת בשאלה אם האמור בפרשת המלך - מלך ישראל אסור או מותר בו. מחלוקת זו מתנהלת בתחום המשפט הקונסטיטוציוני-המנהלי של מלכות ישראל ואין לה שום שייכות לענין דד"ד במידה שהכלל הזה אמור במלכי עכו"ם;

(ה) מאחר שברור כי מבחינה היסטורית לא התכוון שמואל באמרתו דד"ד אלא למלכי הגויים, במובן שבסעי' ג' הני"ל, ואלו שאלת החלת הכלל על מלך ישראל התעוררה רק מתוך בלבול המובנים של המושג מלכותא, בעוד שהחלה זו או העדרה אין בהם כדי לשנות במאומה לא את הבעיות המשפטיות ולא את הדין; וכל השאלה היא רק מלולית גרידא ונושאת ערפל מיותר שאין בו ממש, - מן הראוי לחזור ולהעמיד את אמרתו של שמואל על מידת בהירותה המקורית ולומר עם רבותינו הצרפתים, שאין היא חלה על מלך ישראל. דבר זה כשלעצמו אין בו כלל משום הכרעה איזושהי בשאלה האמיתית השנויה במחלוקת, היינו ענין פרשת המלך.

ב. טעם הכלל דד"ד ותחולתו על שלטון זר בארץ-ישראל ועל מלך ישראל בחוצה-לארץ⁴

להלן נעסוק אם-כן בכלל דד"ד רק במובנו הבא⁵: המקורי והנכון עד היום, היינו המובן שבסעיף ג' בסיכום הפרק הקודם. ברור שלאמרתו של שמואל במובן זה אין שום שייכות לפרשת המלך, ונשאר לנו לברר מהו הטעם האמיתי של הכלל שאנו דנים בו. אגב ברור זה תהלכנה גם שתי הנקודות המתעוררות במקורות שהבאתי ושהתעלמתי מהן עד כה, היינו תחולת הכלל על ארץ-ישראל ועל מלכות של בני-ישראל בחוצה-לארץ.

הרב הרצוג בספרו הנזכר כותב: "אי-אפשר למצוא חוליה המקשרת אותו (את הכלל דד"ד) למקור מוקדם ממנו, ואף אין שום רמז על האסמכתא לכלל רחב זה או

עמ' 14

מקורו הראשון. לא היתה זו תקנה של גוף מחוקק בעל סמכות מספקת כדי לעשות את הכלל מקובל על הכל בישראל, ואכן, ראוי הדבר לציון באמת, שאין אסמכתא ומקורו ניתנים ואף אין שאלת המקור או האסמכתא מתעוררת בשום מקום בתלמוד. הפרשנים עשו נסיונות בכיוון זה, אך את אלה אפשר לראות רק בניחושים בעלמא". אף-על-פי-כן, דרך התהוותו של הכלל דד"ד

⁴ [נדפס בתלפיות ח[א-ב] עמ' 79-84].

⁵ [הערת עורך: יש כאן סימון לא ברור בכתב היד].

נחקרה כבר כהלכה מבחינה היסטורית; גישה היסטורית ניגש אליו גולק, ולגבי א"י מרחיב עליו את הדיבור פרופ' אלון בספרו "תולדות היהודים בא"י בתקופת המשנה והתלמוד". אלא שכמובן, ההסבר ההיסטורי אינו יכול לבוא במקום ההנמקה המשפטית במידה שישנה בעין. יהיו אפוא הנסיונות של רבותינו הפרשנים ניחושים בעלמא או הלכה למשה מסיני - אין לנו אלא פירושיהם, ורק לפירושים אלה יכול להיות תוקף משפטי; ולו יהא גם שפירושים לא התהווה אלא בתקופה מאוחרת - אין מוקדם ומאוחר בתורה.

עם זאת, כל ההנמקות שמביאים פרשנינו, ושנעמוד עליהן להלן, התהוו בגולה, ותחולת הכלל דד"ד לגבי שלטון זר בארץ ישראל לא היתה אקטואלית במיוחד לגביהם; הנמקותיהם הן כלליות, ובכלליותן הן עשויות לחול גם על א"י, אולם בשום פנים אין הדבר מובן מאליה, שהרי ארץ ישראל היא בעיה מיוחדת לעצמה, הזקוקה להארה מיוחדת, ומעמידים אותנו על כך, בקשר לענין שאנו עוסקים בו, מנקודת ראות ההלכה, רבותינו הצרפתים. הבעיה של שלטון זר במולדת אינה יכולה, כמובן, לעניין את המשפט הבין-לאומי הפרטי בשיטות המשפט של הגויים, שאם מולדותיהם נכבשות - גם שיטות משפטיות מתבטלות, אך לא זה הדין אצלנו, ודיני דינא דמלכותא לא יהיו שלמים אצלנו אם בעית א"י לא תוסדר בהם במפורש.

והנה, באותם המקורות שעברתי עליהם לצורך המחקר הזה לא מצאתי אלא תשובה אחת הנוגעת לתחולת ד"ד בא"י, אלא שהבעיה אינה נפתרת שם כלל: הרדב"ז מורה שם לשואלים שיקיימו דין מסוים של השלטון הזר בא"י, אבל נימוקו איננו דד"ד, אלא זה שאסור ליהודי להסתיר יהדותו, ומצד שני - אין הוא אומר בפרוש שדד"ד אינו חל בארץ. רבותינו הצרפתים, כפי שראינו, גורסים שאין הכלל דד"ד חל בארץ, אולם אין ברור אצלם אם הדברים אמורים דוקא לגבי מלך ישראל, ובכן רק לענין פרשת המלך, או שארץ-ישראל ומלך ישראל הם שני גורמים נפרדים לגבי הבעיה שלפנינו ולכל אחד מהם יש כוח משלו נגד אמרתו של שמואל. על-פי הפשט של לשונם, יותר נוטה אמנם הדעת להניח, שהטעם "לפי שא"י - כל ישראל שותפין בה" - כוחו צריך להיות יפה גם לגבי מלכי עכו"ם, אבל המלה "כל" באה בברור

עמ' 15

להשוות את מלך ישראל לשאר ישראל, והיא חוזרת וסוגרת את המעגל, וממילא מתעורר ספק לגבי שלטון זר. כנגד זה יש לנו, אמנם, מה שהרשב"א גורס דד"ד במלך ישראל בחוצה-לארץ, דומיא דמלך עכו"ם, ובכך משמע שהארץ היא היא היסוד הקובע, אבל הכרעה ברורה וחד-משמעית עדיין אין בזה.

יתכן כמובן, שאי-שם בספרותנו המשפטית העצומה צפונה תשובה של משהו מרבותינו שעסק בפרוש בשאלה שהצגתי, ואף נתן לה פתרון, אולם עצם העובדה, שאפשר לעבור על המקורות העיקריים בלי להתקל בפתרון שכזה, מוכיחה, כי השאלה לא נידונה על-כל-פנים במידה מספקת כדי שאפשר יהיה לראותה כפתורה בתוך מקורותינו המשפטיים המפורשים. אין לנו אפוא בררה אלא לפנות אל ההקשר, ולצורך זה חוזרת ומקבלת במקרה שלנו חשיבות מיוחדת החקירה ההיסטורית. המצבים המשפטיים הסטטיים שנגלה בחקירה זו לא יוכלו, כמובן, לקבל תוקף משפטי על-ידי עצם גילויים גרידא, אך מחוסר מקורות טובים יותר יתכן ונוכל ללמוד משהו מן החוקיות של ההתפתחות המשפטית הדינמית.

ראינו שאותן המשניות, שמקורן כמובן בא"י, ואשר הכלל דד"ד בא לצמצמן, בבבא קמא ובנדריים (נתעלם כאן מן המשנה בגטין כדי להמנע מהרחבה יתרה ובלתי-הכרחית), אינן רואות שום תוקף משפטי בדינינו לזכויות הבעלות המוקנות לגבאים ולמוכסים על-ידי משפט השלטון הזר, בעוד אשר אמרתו של שמואל לא נאמרה אלא בבבל. בעקבות מהרי"ק אפשר אמנו להקשות: אם באמת יש הבדל בין א"י לחו"ל לענין דינא דמלכותא - ה"ל לשנויי: לאו קשיא, הא בא"י, הא בחוצה לארץ! אלא שכמובן, לא ראיתי אינו ראיה, ומה שלא הזכירו בבבל את ענין ארץ-ישראל בקשר לדינא דמלכותא אינו ראיה לכך שבאמת אין הבדל כזה מצד ההלכה. העובדה נשארה, שאלה מחכמינו שישבו בארץ, וממילא לא יכלו לשכוח ששלטון זר שורר בה, לא ידעו לטבוע כלל כגון דד"ד, אלא קבעו את ההפך.

הרב הרצוג כותב אמנם: "כדאי לציין שאמרתו של שמואל אינה מופיעה בשום מקום בירושלמי... אף-על-פי-כן, במידה מסוימת לפחות, מכיר הירושלמי בעקרון זה מכללא... בדרך של תיקון לאחת המשניות על מוכסים הוכרז כי לא כשורה הוא לנסות ולהשתמט ממסים המוטלים למטרות של תועלת ציבורית - 'דבר שבישוב'". וכוונתו היא לירושלמי נדרים פ"ג ה"ד. אך דברי הרב הרצוג הם מוגזמים: אפילו לפי גרסתו - אם לא כשורה הוא להשתמט ממסים המוטלים לדבר שבישוב - ממילא משמע שאין שום רע בהשתמטות ממסים שאינם לדבר שבישוב, ובכן לא משום דד"ד אל

עמ' 16

לו לאדם להשתמט, לא משום טעם משפטי, אלא מטעמים שבתועלת בלבד. אבל גרסתו אף היא איננה מדויקת; לשון הירושלמי היא: "ר' ישמעאל אומר: 'לא תשבע בשמי לשקר' - נשבע את להרגין ולחרמין ולמוכסין", ור' יוחנן מתקן: "אם היה דבר של ישוב - אסור", היינו לאו דוקא שאסור להברית, אלא רק שאסור להשבע כדי להברית - אם זה דבר של ישוב.

לענין תפיסתם של חכמי א"י יש עוד להביא אולי את מס' שמחות, פ"ב ה"ט, וזו לשונה שם (אשר אלון מיחסה לתקופה מאוחרת ביותר): "הגונב את המכס ואת החרם הרי זה שופך דמים, ולא שופך דמים בלבד, אלא כאלו עובד ע"כ ומגלה עריות ומחלל שבתות"; אבל אם באמת מוסבה משנה זו על השלטון הזר בארץ, או אפילו רק על מלכי הגויים סתם - הרי מעצם לשונה יש ללמוד שרחוקה היא מלהיות דבר הלכה, ואם יש בה בכלל משהו, הלא זה רק מעין מהדורה עתיקה על דרך כרוזי "לא תרצח", הזכורים לנו מימי מלחמת השחרור בימינו.

אכן, זוהי לשונו של אלון במבוא לספרו הנ"ל: "לפני חורבן הבית עדים אנו להתעצמות קשה בעם (בימים כתיקונם) אם יש לקבל את עול המסים והשימושים האחרים של המלכות אם לאו. הקנאים ושעמהם הורו, שאסור להעלות מס למלכות, ותבעו 'ליהרג ולא לעבור' על מצוה זו. ואולם, אף אחרים, שלא קנאים ובני לוייתם, הורו אף הם: מן הדין פטורים ישראל, ואף אסורים הם להעלות את המס; אלא שאין לעמוד בזרוע בפני האונס. פירושו של דבר: האומה ביסודה הרב לא הכירה ביפוי-כוחה של המלכות (מבחינה משפטית-מדינית) להטיל מס על הארץ (סמל ובסיס לשלטונה)... תפיסה זו הריהי היפוכו של הכלל שנתנסח בגולה - **בבבל**, כלפי מלכות הפרסים (הססנידית) **'דינא דמלכותא דינא'**. עובדה זו בעלת משמעות **ריאלית** רבה, לא פסקה אף מלאחר החורבן, אף-על-פי שהיו מן החכמים שביקשו לסלקה... אלא שאף כאן, בהמשך הימים הועלתה שיטת פשרה מסוימת, שהיה בה כדי לסייע ולהביא לידי הודאה במקצת ב'דין המלכות'...".

מהי פשרה זו ראינו לעיל בדברי ר' יוחנן בירושלמי, והמקסימום שהיא הגיעה אליו, כנראה, מסתכם בדבריו של אלון בעמ' 341: "...קשה להעלות תשובה מן המקורות לימינו אלה (=פרוס מלחמת בר-כוכבא) בענין יחסו של המשפט התנאי כלפי מעשי הרשות הבאים מחוקי האדמיניסטרציה הפיננסית-מלכותית ושהם גוררים

[עמ' 17

שאלות מתחום המשפט האזרחי היהודי, כגון הפקעת נכסיו של אדם שלא פרע מסיו, ישראל שקנה נכסים אלו - קנינו קנין בדיני ישראל ואם לאו? בימים שלאחר בר-כוכבא נראה, שנתרווחה הלכה להכיר בזכות המקח, ברם, לימינו אין ללמוד במפורש, והדעת נותנת שעדיין לא רווחה הלכה זו באותה שעה".

לאור הדברים האלה ניתן לומר שהדין המקורי הוא ברור, שאין הכלל דד"ד חל בארץ-ישראל, ולא זו בלבד שאין אנו מכירים במשפט השלטון הזר באופן פסיבי, אלא שחובה להתנגד לו באופן אקטיבי. רק כאשר ארץ השעבוד מאוד, והנסיגנות להתמרד נגדו נכשלו, ומתוך שהתהיל העם להתיאש מן הגאולה הקרובה ובכל-זאת היה עליו להמשיך בחייו, וממילא גם בחיים המשפטיים, בתנאי השעבוד, - התפשטה ההכרה הפסיבית במשפט הזר, והיא הלכה והתפשטה במידה שגבר היאוש ומן הטעם הגלוי של היאוש. אולם, מאחר שנדמה לי כי עצם היאוש הזה הוא עברה - גם ללא ניסוח של י"ג עיקרים - ממילא גם החלת הכלל דד"ד, או תכנו למעשה, על ארץ-ישראל נעשתה בעברה על אחד העקרונות היסודיים ביותר של תורתנו, ואי-אפשר אפוא לראות החלה זו,

למרות היותה ההתפתחות המאוחרת, כמשהו יותר ממציאיות משפטית בתולדותינו ומעין מנהג גרוע, אבל לא כעקרון שהוא בר-קיימא - ללא אסמכתא משפטית-עקרונית חיובית ומפורשת. על אסמכתא מוסמכת שכזאת אין אני יורע מאומה.

כל זה, אמנם, רק לאור שיקולים היסטוריים חיצוניים, אך הניתוח ההיסטורי שופך בדי-עבד אור בהיר על הנימוק שהרמב"ם, למשל, נותן לכלל דד"ד ועל משמעותו לגבי שלטון זר בארץ-ישראל (פ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"ח): "בד"א (שדד"ד)? - 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". הניסוח הוא מרושל, שהרי יש כאן שני יסודות, ואין אנו יודעים אם כל אחד מהם יפה לעצמו או שאין כוחם אלא במיזוגם. אבל, על-פי פשוטם של דברים נראה כי "מלך שמטבעו יוצא" - זהו קודם-כל סימן הכר למלך שדינו דין, ורק אחר-בך נימוק לדינו, ואלו קבלת-עולו של המלך היא העיקר, שהרי היא קודם-כל נימוק ורק אחר-כך סימן הכר. לרוב יעלו כמובן שני החלקים שבפוסטולאט הכפול הזה לכלל דד"ד בד בבד, ונראה שזהו הטעם לכך שאין הרמב"ם מקפיד על ניסוח מדויק; ונדמה לי שמה שהוא מסתפק בסיפא של דבריו באותו היסוד בלבד שהוא ביסודו רק סימן-הכר - הטעם לכך הוא שבעצם

[עמ' 18]

אין זה מתפקידו של המשפט העברי לחטט ולברר בכל מקרה אם השלטון בארצות נכר מקובל על עמיהן או לא, ודי לנו בשלטון עובדתי - כפי שנראה להלן, בסייגים מסוימים - כדי שאנחנו נכיר במשפטו, שאף הוא יוצר עובדות, אשר אין אנו חייבים דוקא להתעלם מהן. אולם, ההשתלשלות ההיסטורית שהתחייבה עליה מעמידה אותנו על כך שבעצם עשויים דברי הרמב"ם להלוך לחלוטין את רוח המשפט העברי לגבי עניין דד"ד גם בארץ-ישראל, וזה בכל הדורות, ואפילו אם הרמב"ם לא נתן בדבריו המובאים את דעתו עליה במיוחד; אלא שלצורך זה אין לנו להסתפק בהחלט המבחן כלאחר-יד, בדרך ניסוחו המרושל, רק מוטל עלינו לתפסו במלוא משמעותו. והנה, לפי זה, אפילו נאמר שארץ-ישראל שווה בענין דד"ד לשאר ארצות - אין הכלל הזה אמור בה אלא-אם-כן אנחנו השלמנו עם העבדות בעצמנו; אם לא סמכה דעתנו שהשלטון הזר במולדת הוא אדונו ואנו עבדיו - העובדות המשפטיות שהוא יוצר הן בטלות ומבוטלות; ואם אמנם סמכה דעתנו כך - הלא מובן מאליו שנאמר דד"ד, אם עדיין בכלל נשאר לנו רגש מספיק של עצמאות כדי להזדקק באופן עקרוני לדינינו שלנו ולא לדיני אדונו, שהרי גם אם ההלכה הפוכה היא - הלא על-ידי כניעתנו העמדנו עצמנו מראש על בסיס של הפרתה. ומאחר שאין לנו מקורות פסקניים יותר לגבי השאלה הנידונה, ואלו דברי הרמב"ם בזה אין כמוהם לריאליזם משפטי והיסטורי כאחד, נראה לומר שנקבעה בהם ההלכה כפי שהיא עשויה כדי לעמוד בתמורות כל הזמנים; היא נשארת תלויה במצב הרוחני הסוביקטיבי של האומה ומסתכמת על דרך השאלה הפשוטה: הצום צמותוני אני?

הפתרון על דרך זו הוא, כמובן, רק מעשי בלבד, ואין הוא מסלק את הבעיה באופן עקרוני. מבחינה קונקרטית מתבטא הדבר בכך שעל-פי זה מתעוררת בהכרח השאלה מה יהיה דינן של זכויות שהוקנו בארץ-ישראל על ידי דינא דמלכותא בעוד בית הועד שרוי ברוח כניעה, וההלכה הרווחת היא דד"ד - במקרה שהרוח משתנה ומשנה ממילא את ההלכה. נראה, אמנם, על פי סנהדרין ע"א ב', שעקרון הזכויות המוקנות מקובל במשפטנו; אף-על-פי-כן, נדמה לי שאם לא היה פסק-דין למעשה במקרה הקונקרטי הפרטי - לא יתכן, כנרמז לעיל, שלא נראה בדי-עבד את עצם הכניעה המונחת ביסוד אותן זכויות מוקנות כביכול כפסולה מעיקרה ונוגדת לדין תורה, שהרי כל אותו שינוי הרוח וההתמרדות הכרוכה בו אינם יכולים, מבחינת המשפט העברי, להיות מבוססים אלא בהכרח רק על העקרון שהארץ היא

[עמ' 19]

ירושתנו ושדין השלטון הזר אינו דין בה; וזה מלבד מה שכל הבעיה כלה מתקשרת במקרה כזה בהכרח עם דיני שעת הגאולה המהפכניים. ומכאן שעל אף הפנים הסוביקטיביסטיים של ההלכה-למעשה בעניני דינא דמלכותא בארץ ישראל, הרי היא מוכרחת בכל זאת מן הקצה אל הקצה - להיותה סוף-כל-סוף מה שהיתה בתחילה: שלילית באופן ברור ומפורש - על ידי העקרון היסודי שארץ-ישראל ארצם של ישראל בלבד היא, לעולם ובכל הזמנים.

להסיק הלכה-למעשה מדברי הרמב"ם כשהוא לעצמו או יכולים, מפני שכל הנימוקים וההסברות האחרות שנותנים פרשנינו לכלל דד"ד - או שהם עולים בקנה אחד עם דברי הרמב"ם, ביסודו של דבר, או שאינם סותרים אותם לגבי הבעיה שעמדנו עליה.

רשב"ם, בפרק חזקת הבתים, למשל, מנמק כך: "כל מסים וארנוניות, מנהגות 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 עפ"י חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל". גם הרמב"ם וגם הרשב"ם מעמידים אפוא את הבסיס הפילוסופי לכוח-חיובם של משפטי נכר על הסכמת הנשלטים, אלא שהרמב"ם הוא יותר ענייני מן הרשב"ם. הרמב"ם מבליע, כפי שראינו, את הביסוס הפילוסופי כלאחר-יד והוא שם את הדגש בצד העובדתי: מסתבר שעצם השלטון העובדתי והבלתי מעורער הוא בעיניו ממילא הוכחה להסכמת העם לאותו שלטון למעשה, ואם די לו בכך - משמע שהוא מתכוון לומר כי דינא דמלכותא הוא דין אצלנו **משום שאין אנו יכולים להתעלם מעובדות**; וגם בהסכמה ובסמיכת הדעת של העם אין הוא מתכוון, כפי הנראה, להסכמה מוסרית דוקא, אלא להסכמה עובדתית-מעשית, שבלעדיה אין לנו שום עובדה יציבה. הרשב"ם, לעומת זאת, שם את הדגש בצד הפילוסופי-המוסרי, ויותר משהוא עומד על ההסכמה לחקיקה הוא עומד על ההסכמה בדבר החוקים הנחקקים, אבל גם הוא מקבל, כנראה, את השלטון העובדתי והכניעה לו כהוכחה מסתמא להסכמה. מן הרמב"ם יש ללמוד שדינא דמלכותא חל רק על מי שאפשר לראותו כעד לאותה "אמנה חברתית" - כבן אותה מלכותא; הרמב"ם, לעומת זאת, נראה כמחיל את הדין על מי שיש עליו שליטה יעילה, אבל גם על מי שיש לו זיקה של כפיפות לאותו דין, ובכך הפתרון הוא שווה, ועוד נחזור לכך להלן. גם לגבי ארץ ישראל המסקנה היא שווה בעיקרה.

[עמ' 20]

עמדה מנוגדת מבחינה פילוסופית נוקט הרא"ש בפרושו על פ"ד נדרים: "דד"ד - דאמר מלכא לא יהא בארצי אם לא יתן כך וכך, והיינו טעמא דדינו דינא, שהארץ שלו היא, ואף הדיוט שיש לו קרקע - כך דינו, שלא יהנה אדם מארצו אלא מדעתו ובקצבתו", ובעקבותיו הולכים רוב המפרשים. הרא"ש מוצא אפוא את ההצדקה לאמרתו של שמואל בתפיסה הפטרימוניאלית, אבל אין גישתו מיושנת בימינו רק משום שהתפיסה הפטרימוניאלית במובנה המקורי היא מיושנת: דעת הרא"ש נשארת, שהכלל דד"ד חל משום שאדם כפוף בהכרח לחוקי הרבון שבארצו הוא נמצא, ודבריו כוללים הלא את צד ההכרח העובדתי לא פחות מאשר את הצד המוסרי. גם הוא, כנראה, כרמב"ם, מחיל את הכלל הן במקרה של שליטה יעילה על הפרט הנידון או רכושו והן במקרה של זיקת-כפיפות, שהרי משתמעת מדבריו הברירה: מי **שאינו רוצה** להיות כפוף לחוקי יכול לו ללכת. לגבי בעית ארץ-ישראל, הדעת נותנת, לאור סגנונו, שהוא גורס כי אין הכלל דד"ד חל, אבל אין לנו ראיה לכך שדבריו ניתנים לחלוקה, לצד מוסרי לחוד וצד עובדתי לחוד, ומה גם שכמעט ודאי הוא כי הוא לא נתן כאן את רעתו על ארץ-ישראל.

והנה, דברי שלטי-גבורים בפרושו על פרק חזקת הבתים עולים, כנראה, בקנה אחד עם דעת הרמב"ם, רשב"ם והרא"ש גם יחד: "...והעם לא קבלוהו עליהם למלך, אלא **שבכוח** הוא מושל עליהם... - אין חוקיו חוקים". אכן, בדברים אלה אפשר לראות גשר בין הרא"ש - שודאי גם לדעתו אין כובש או מתמרד, שהשלטון לא נכון בידו, יכול להחשב כרבון שחוקיו מחייבים, - לבין רשב"ם והמימוני. יהיו אפוא ההבדלים הפילוסופיים הפורמליים אשר יהיו - למעשה אין אנו עומדים בפני שום מחלוקת לענין ההלכה, אשר נראה כי הרמב"ם ממצה אותה על דעת הכל.

הרב הרצוג מביא אמנם בשם ר' יונה טעם נוסף לכלל דד"ד, והוא זה, שיש למלך אותו כוח כמו שיש לבית-דין בענין "הפקר ב"ד הפקר". טעם זה נראה לי מוזר קודם-כל בגלל הגזרה השווה שיש בו כביכול בין ב"ד שדנו לבין מלך ע"כ והעמדתם על בסיס אחד. בשיטה מקובצת על ב"ב נ"ד, שאליה מפנה אותנו הרב הרצוג, לא מצאתי כלל כוונה מרחיקת-לכת כל-כך כפי שמייחס הרב הרצוג לר' יונה: לראות ביסוד הכלל "הפקר ב"ד הפקר" **טעם** לדד"ד. שם נאמר רק: "שלא הוזכר ד"ד אלא בהפקעה שהנכסים מופקעים מבעליהם בדיני המלך (בניגוד להקנייה שהם מוקנים למישהו), וכענין הפקר ב"ד הפקר..." אני מבין שאין כאן אלא העברת הקבלה, העמדתם-יחד של שני דברים הדומים זה לזה **מבחינות מסוימות**

כדי ללמוד מן האחד מהם, שהוא ידוע, על רעהו, שאיננו ידוע - במידה, ורק במידה, שיש ביניהם דמיון. אולם, גם אם פרושו של הרב הרצוג הוא הנכון - עדיין אני שואל, מה טעם יש כאן, אם בעצם, כאשר אנו מחפשים טעם לכלל דד"ד, מה שאנו מבקשים הלא הוא רק לדעת דוקא משום מה אנו מתיחסים לדינו של מלך עכו"ם באופן הדומה כלשהו ליחסנו אל הכלל הפקר ביי"ד הפקר? - ובזה, נדמה לי, אני יכול לפטור את הטעם שמצא לנו הרב הרצוג. להלן נראה כיצד משפיעה קביעת הטעם היסודי לכלל דד"ד על קביעת ההלכה למעשה.

לבסוף נחזור לתשובת הרשב"א בענין דד"ד לגבי מלכות של יהודים בחוצה-לארץ. מלכות שכזאת תתכן בשתי פנים: כבוש עברי מן הארץ ולחוץ או מלכות עברית בלתי תלויה. במקרה הראשון ברור שכל המשפט כלו בשטח הכבוש הוא מנקודת הראות של משפט מלכות ישראל ענין המסור לסמכויותיו המנהליות של המלך, ואם נתן הרשב"א את דעתו גם על מקרה זה, והדבר - כמובן - אינו ברור, משמע שהוא מבקש לומר כי בשטחי כבוש אין המלך מוגבל באיסור להשתמש בסמכויות האוטוקראטיות ששמואל הנביא איים בהן על ישראל; ונראה שזוהי ההלכה גם אם הרשב"א לא נתן את דעתו בתשובה הנידונה על המקרה, שהרי הטעם לאיסור פרשת המלך תלוי דוקא בשטחה של ארץ-ישראל; ואלו לדעת מתנגדיו מותר מלך ישראל בכל האמור בפרשת המלך ממילא. אלא שכל הענין אינו נוגע לכלל דד"ד כפי שסיגנוהו לעיל.

במקרה השני - אין משמע דוקא מדברי הרשב"א שמלך ישראלי בחו"ל פטור ממשפט ישראל, אלא שכמובן, עצם הניתוק בין המלכות הישראלית לבין ארץ-ישראל - בין אם ניתוק מבחינת הכפיפות ובין אם ניתוק מבחינת השאיפה והתכלית, - עצם הקמתה של מלכות ישראלית בחוצה לארץ לשמה, יש בהם כבר מלכתחילה משום התנכרות ממילא לתורתנו כשלמות, ומאחר שמלכות מתנכרת שכזאת אינה מתנגשת בהכרח עם העקרון המשיחי של אותם היהודים שהם שלמים, עם השאיפה למלכות ישראל בעלת שלמות עברית בארץ ישראל או עם קיומה של מלכות בזאת - אין שום נימוק לכך שנאמר כי המצוה היא להתמרד, אפילו אם אין המלך מחיל כלל את משפט ישראל, ושנעביר הבחנה לענין דד"ד בין מלך ישראלי פגום בחוצה-לארץ לבין מלך שהוא עכו"ם גמור; וזהו מה שאומר, כנראה, הרשב"א, ומכיון שלא מצאתי חולק עליו - נדמה שזוהי ההלכה, וביחוד לאור הטעם היסודי לאמרת מר שמואל, כפי שעמדנו עליו לעיל.

ג. הקף תחולתו של הכלל דינא דמלכותא דינא⁶

כידוע, נבדל משפט ישראל ממשפטי הגויים, בין השאר, בכך, שבעוד אשר משפטיהם מכוונים בעיקר-אפיים המפורש רק אל בית-הדין, כדי שהלה ידע על פיהם להכריע בדיעבד בסכסוך שהתגלע מקודם, הרי משפט ישראל מכוון בברור ובמישרין אל נושאו, והוא בא קודם-כל להסדיר את החיים העבריים בדרך חיובית. כפי שמבחין ד"ר זילברג בחוברתו על המוסר והמשפט בתורת ישראל - משפטי הגויים שמים את הדגש בצד הזכות, ואלו משפט ישראל שם את הדגש בצד החובה. נשאלת אפוא השאלה, האם גם הכלל דד"ד נושא אופי חיובי שכזה, ומצוה היא על היהודי להתנהג על-פי דין המלכותא שבא הוא חי, או שמא יוצאת אמרתו של שמואל מן הכלל בתורתנו גם בענין זה, באשר היה מכניסה לחיינו יסוד נכרי, המכוון לשבור את התנהגותנו העברית האורגנית.

על השאלה הזאת אין אנו יכולים להשיב בדרך ציטוטו של עקרון מן המוכן מראש במקורותינו, אלא התשובה עולה בדיעבד, כפי שאמרת לעיל, מן הפתרונות הנפרדים בכל ענין לחוד. אף-על-פי-כן, **על למידה מסוימת** - התשובה היא גלויה ביותר. מן הטעם שהרא"ש נותן לכלל דד"ד עולה לנו כי הסנקציה נגד התעלמותו של הפרט היהודי מן האמרה של שמואל מסורה לרבון שעל חוקיו הפרט עובד, היינו - לכתחילה לא עניננו הוא, אלא שבכל זאת, מן הבחינה המוסרית שבדברי

⁶ [נדפס בתלפיות ח[ג-ד] עמ' 530-526].

הרא"ש יוצא, שמן הראוי לו לפרט למלא אחר חוקי מי שהוא נהנה משלו. מן הטעמים של רשב"ם
אנו שומעים שמילוי אחר חוקי המלכותא הוא מילוי אחר חוזה שמכללא, והרי מי שאינו עומד
בדיבורו - רוח החכמים אינה נוחה ממנו. דברי הרמב"ם עומדים באמצע וכוללים את שני
הנימוקים גם יחד. מכאן - הכלל הרחב שאין הפרט היהודי רשאי להתעלם מדינא דמלכותא גם
מלכתחילה; עם זאת, נראה להלן שכלל רחב זה רצוף סייגים כמעט למלוא כל רחבו, ואחד מהם
אף הופך אותו למעשה על פיו (ר' פרק ד').

כבר בפתח הדברים אנו עומדים בפני צמצום מכריע של תחולת דד"ד בכלל. בתשב"ץ, ח"א סי'
קנ"ח, למשל, נקבע לפנינו הדבר המובן מאליו, "דמלתא פשיטא היא שבכל דבר שיש בו איסור
א"א לומר דד"ד להתירו, דבענין ממון הוא דאמרינן הכי אבל דבר שיש בו איסור - זה לא אמרו
אדם מעולם, ... דשאני איסור גזל (שבו אנו אומרים דד"ד), שהאיסור שבו אינו אלא מחמת ממון".
משמע - על אף

[עמ' 23]

כל הנימוסים וההסכמות - מה שהוא עברה על-פי דינינו איננו נעשה מותר רק משום שהוא מותר
על-פי דין המלכותא שבשטחה הוא נעשה, ואסור ליהודי לעבור על איסור משלנו אפילו אם הוא
מצווה על כך מטעם דינא דמלכותא באופן חיובי; ובשים לב להקפו ולמשמעותו של המושג
איסורא בתורתנו - עברה היא גם אם יהודי אינו מקיים מצוה ממצוות עשה שלנו, אפילו אם
המעשה אמור, ואף אם נעשים עליו, על-פי דינא דמלכותא; יתר על כן, יחסים משפטיים בעלי
תוקף על-פי המשפט העברי מתחום האיסורא שלנו - במידה שאינם יחסי ממון גרידא - כגון עצם
מעמד הנשואין, קיימים ועומדים מנקודת הראות שלנו אפילו אם הם בטלים על-פי דין המלך
במקום שהם נמצאים או במקום שנקשרו; ויחסים כאלה שהם בטלים בדינינו - נשארים בטלים,
אפילו אם יש להם תוקף על-פי דינא דמלכותא.

והרי דוגמה: אצל הרשב"א ראינו ש"כל שלטון ישראל הממונה בעירו ומושל במקומו דינו דין",
כדרך כל פקיד אחר מטעם המלכותא, אבל כנגד זה - הנה לשון התשב"ץ בתשובה הנ"ל לגבי מינוי
דיין לישראל מטעם המלך: "אף במה שנהג (אפילו אם מינוי דיניים לישראל הוא מחוקי
המלכותא מקדמת דנא) - לא דיניה דינא... ואם (תאמר) דד"ד בזה - נמצאת מבטל כל דיני תורה",
ואפילו אם מכריח המלך את הדיין לדון - יהרג ואל יעבור, רק שבשם חו"מ מסכמת התשובה:
"אעפ"י שאין מועיל רשות המלך - כיון שמקבלין אותם הקהל עפ"י רשות המלך - דנין" - היינו,
אם המינוי מטעם המלך והמינוי על-פי דינינו עולים בקנה אחד - מה טוב; ואפשר אולי לומר שאין
הקהל צריך למנות לו דיין בלי רשות, אם הרשות נחוצה מדינא דמלכותא וניתן לקבלה, אבל לאור
העקרון שנקבע לעיל ברור, שימנו להם הקהל דיין גם בלי רשות - אם אין הרשות ניתנת בכלל או
שאי-אפשר לקבלה למועמד מתאים; ואפילו אם אפשר לקבל את הרשות הנדרשת למועמד
מתאים, שלא שמינו להם הקהל דיין בלי להזדקק לרשות - נראה לומר שדין הדיין דין הוא, שהרי
עברה על הנימוס אולי יש כאן, אבל אם נבטל את הדין נפגע באיסורא. ודוגמה אפניית יש לנו
בתשו' הריב"ש, סי' קע"א, אם כי אין ענינה אולי בפלל דד"ד במובנו המדויק. מעשה בקהל
שהסכים כי היהודים לא יצחקו, וציוה המלך על יהודי אחד שיצחק לפניו, והוא עבר וציית וצחק.
הריב"ש פסק, שאם נאנס אותו יהודי הרי הוא פטור, אף כי גם כן עבר עברה, שהרי צריך היה
לההרג ולא לעבור; אבל אם יכול היה היהודי להשתמט, ובכל זאת עבר - הרי הוא חייב בודאי.

בצמצום עקרוני נוסף אנו נתקלים מיד אף כשאנו עוברים מתחום איסורא

[עמ' 24]

לתחום ממונא, והדבר ברור: כאמור, גם החולין של ישראל נתונים במסגרת של קדושה, ועצם
החובה להזדקק לדיני הממון שלנו, ולא לדיני עכו"ם, היא ענין שבאיסורא, ולא ענין שבממון.
בגטין פ"ח ב' שנינו: "היה ר' טרפון אומר: כל מקום שאתה מוצא אגוראות של ע"כ - אעפ"י
שדיניהם כדיני ישראל - אי אתה רשאי להזקק להם, שנאמר: ואלה המשפטים אשר תשים
לפניהם - לפניהם, ולא לפני ע"כ". וממלאה אחרי זה, למשל, תשובה מהנספחות על תשב"ץ, ח"ד
טור ג' סי' ו': "אפילו עם העכו"ם אסור לדון בערכאות, וזה נזכר במדרש ילמדנו, וכן בשאלתות,

פרשת ואלה המשפטים ופר' שופטים... ומה שהולכים היום עם העכו"ם לערכאות הוא כדי להציל מידם, וכמו שאמרו פ"ק דע"ז... דהיינו שהעכו"ם לא ציית לדינינו". ומעשה בראובן ושמעון שהתקוטטו (תש' הגאונים להרב אסף, תרצ"ג, עמ' 166), והתלונן ראובן בפני המלך ושמעון נקנס. ולא זו בלבד שלא כפו את שמעון בדינינו לשלם את הקנס, אלא אם שילם כבר - חייבו את ראובן להחזיר לו. ולא רק לתבוע בעש"ע אסור, אלא בעקרונו של דבר - אף להעיד נגד ישראל חברו; ולא נתעכב כאן על פרטי הדינים בענין זה, אלא נסתפק בסיכומו של סמ"ע (ש"ע חו"מ סי' כ"ח סעי' ג'⁷): "הכלל בזה דכל היכא שאינו גורם בעדותו שיתחייב ישראל בדין עכו"ם טפי מאלו היה מעיד עליו בדין ישראל - ה"ז מותר להעיד לו..., ואם מתחייב על ידי עדותו טפי - אזי אסור" (ומשמתיים אותו עד שישלם מה שהפסיד לחברו). וכמוכח, כל זה לא נאמר אלא אם גוי הוא צד בדין, אבל אם העדות היא לטובת ישראל התובע את חברו - "מחרימין המחזיק ביד ההולך לפני עכו"ם" (ש"ע חו"מ סי' כ"ו סעי' א' בהג"ה). העקרון הוא אפוא שגם תחת שלטון נכר חייבים היהודים להזדקק רק לבתי דין שלהם, ובתי דין אלה דנים דין תורה. בדרך כלל, אמנם, לא יבוא עקרון זה לידי התנגשות עם הכלל דד"ד, שהרי אין בדרך כלל חובה על-פי דינא דמלכותא לפנות דוקא לערכאות או איסור על בתי הדין שלנו שידונו בדינינו וציווי שיפעילו את דיני הערכאות; אבל הוראות ממין זה עלולות לצאת, ומה במקרה כזה? נראה לומר שהתשובה מובנת מאליה, לאור העובדה שהדבר יורד לשורש קיומנו הלאומי ואיננו עוד ענין שבממון אלא ענין שבאיסורא, שאין הכלל דד"ד אמור בו, ובלשון הרשב"א - "אי לא תימא הכי, עקרת ח"ו כל דיני התורה השלמה". ואכן, ברוח זו מסלק סמ"ע את המחלוקת הנטושה כביכול מסביב לענין זה, על סמך הגהה אחת של הרמ"א, ומישיבה על דעת הכל מתוך דברי הרמ"א עצמו בדרבי-משה, אשר עולה מהם כי "...אפילו אם גזר המלך בהדיא לילך בתר דיני הערכאות - דאין על דיני

[עמ' 25]

ישראל לקיים זה מכוח זה דעליו לקיים מן הדין דינא דמלכותא, דעל כזה לא אמרו, אלא על דברים מחוקי המלוכה; ולפי זה צ"ל, דגם מ"ש מור"ם לפני זה בס"ח ז"ל: ויש חולקים, וס"ל דבכל דבר אמרינן דד"ד, ושכן הוא עיקר - [...] רוצה לומר אף שאינו ממסים וארנוניות, והא ראייה דגם בד"מ כתב תחילה שלדעת המרדכי, בשם התוספות, אמרינן בכל דבר דד"ד, וכתב מיד עליה הא דכתב מהרי"ק, דאפילו לאותן דעות - היינו דוקא לענין הנהגות של משפטי המלכים כו'... " (ש"ע חו"מ סי' שס"ט סעי' י"א, על ההגהה). על פישרה של המחלוקת נעמוד להלן, אבל ההלכה העקרונית ברורה אפוא.

באופן כזה נסגר כביכול המעגל ולא נשאר לכאורה בכלל מקום לענין דד"ד להתגדר בו, אך המעגל נפרץ קודם-כל בסיכומו של השי"ך על ש"ע חו"מ סי' ע"ג סעי' י"ד, הג"ה, ז"ל: "אפילו לשאר פוסקים, דסוברין דאמרינן דד"ד בכל דבר - היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתנו, אלא שאינו מפורש אצלנו"⁸. שנית, הלא ראינו בכל-זאת שהכלל דד"ד שובר גם שובר אפילו הלכות שהן מפורשות בדינינו, ונשאלת השאלה מתי זה. התשובה העולה לנו היא שאין אנו מפעילים את הכלל דד"ד אלא רק כאשר הוא עצמו הלכה בדינינו, אבל לא כאשר אנו מצווים על כך מטעם דינא דמלכותא בלבד; אין אנו משנים הלכה רק משום שד"ד הוא לשנותה. אבל כל העקרונות שהניחו רבותינו כדי להגדיר באופן כללי מתי הוא אצלנו הלכה כזאת - אינם אומרים כלום ואינם מובנים כלל כשהם לעצמם, במנותק מפרטי ההלכות שעליהם הם נוסדו. אם הגדרה כללית אפשרית אפוא בכלל, נצטרך לחזור ולמצוא אותה על-ידי בדיקת ההלכה לפרטיה מחדש. עם זאת, גם משהורדנו כבר את הכלל דד"ד למרתפה של ההלכה - עדיין אנו נתקלים בסייג נוסף, שיכולים אנו לעמוד עליו מיד.

ראינו לעיל שהשלטון שאנו מכירים במשפטו צריך להיות איתן ובלתי מעורער; אם רוח הנשלטים לא סמכה עליו למעשה - אין דינו דין והרי הוא כגזלן. אולם, לא די בכך; אפילו אם סמכה רוח הנשלטים על המחוקק - עדיין אין אנו מכירים

⁷ ס"ק כ [הערת עורך]

⁸ תמה אני למעשה על תרוץ זה, שהרי מה שאינו מפורש בתורתנו במיוחד - מפורש אצלנו מכללא באיסור "ובחוקותיהם לא תלכו". ונראה לי לומר שאין תרוצו של השי"ך (ושל הראב"ד) יכול לעמוד אלא בעיקר רק לענין זה, שלא נעבור על איסורים מדינא דמלכותא כאשר אין אנו מצווים לעבור עליהם מדין תורה.

בדינו, או בדין מטעם באי כוחו, אם אין ההוראה חוקית מנקודת הראות של משפט אותה מלכותא: "מלך שלקח חצר או שדה של אחד מבני המדינה שלא בדינן שחקק - הרי זה גזלן, והלוקח ממנו - מוציאין הבעלים מידו" (הרמב"ם, פ"ח הל' גזלה ואבדה הל' י"ג). ומגיד-משנה ממלא שם: "וכן עיקר דד"ד, אבל גזלנותא דמלכותא - לאו דינא". וכן הר"ן בחידושו על פ"ק דגטין: "ודאמרין דד"ד - דוקא במה שהמלך עושה מחוקי מלכותו, אבל מה שהגמון עושה שלא כדין - לא, ולישנא **דמלכותא** הכי משמע"; ליתר בהירות מוסיף בית-יוסף (טחו"מ סי' שס"ט סעי' י"ד): "ומש"ה לא אמרו דינא **דמלכא**".

הרמב"ן בחידושו על ב"ב, והריטב"א על פ"ד נדרים, מרחיקים אפילו לכת יותר וזו לשון הריטב"א, שהיא ברורה יותר קצת מדברי הרמב"ן; "...דד"ד - והיינו הדין שהוא עפ"י חוקי המלכות הקבועים עליהם, שהוא **וכל אשר לפניו** הנהיגו הדברים, והם כתובים בדברי הימים ובחוקי המלכים, אבל מה שהגמון עושה **לפי שעה**, הן על יחיד והן על רבים, או **שגזר חדש על הגמוניא שלו**, שלא נהגו בימי האבות לקיים העם - חמסנותא היא ולא דינא, ואין דנין באותו דין". אולם, נראה שאין זו ההלכה. מגיד-משנה, בהמשך לדבריו הנ"ל, דוחה את סברת הרמב"ן: "ואין כן דעת רבנו (הרמב"ם) ז"ל ורבנותו ז"ל, אלא הרי הוא יכול לעשות דין חדש", וגם דעת הרא"ש, בפרק חזקת הבתים, נוגדת לסברה זו; ודי' טחו"מ סי' שס"ט סעי' י"ד.

מהי אפוא הוראה שהיא חוקית? הרמב"ם משיב (פ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"ד): "כללו של דבר: כל דין שיחקק אותו המלך **לכל**, ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו - אינו גזל, וכל שיקח מאיש זה **בלבד**, שלא כדת הידועה לכל, אלא חמס - את זה הרי זה גזל", ואותו רעיון מביע הרא"ש בפרושו על פ"ד נדרים. אבל אין משמע שהמדובר כאן בחוסר הפליות מבחינה פוליטית או כדומה; הכוונה היא לכך שהחוק יהיה חוק במובן המשפטי של המלה ושההוראה הפרטית תיבע מהוראה החלה על מספר בלתי מוגבל של אנשים, ומבהיר זאת מהרי"ק בשרש קצ"ה: "שפיר מיקרי דינא דמלכותא, אעפ"י שהיהודים פורעים יותר מהעכו"ם; מאחר שכל העכו"ם (היהודים?) פורעים כך - נקרא משהו מידותיו והוי דינא דמלכותא", אבל יתכן שבנקודה זו יש מחלוקת בינו ובין הרא"ש בפרק חזקת, ששם דרוש רבנו אשר, כי החוק יחול "על כל בני מדינתו" של המלך. מכל-מקום, שוב אין משמע שנחיל את הכלל דד"ד בחוק שאינו הגון: על האוקימתא בנדרים כ"ח א', "במוכס שאין לו קצבה", מקשות התוספות:

"ואיך תאמר? מכל מקום ד"ד הוא!", והתרוץ הוא: "וי"ל, כיון שאין דרך המוכסין כך - אין זה דינא, אלא גזלה של מוכס עצמו" - היינו, אם אין הדין הגון - חזקה שאינו חוקי, והמוציא מחברו עליו הראיה; אבל יש לנו גם מקור פסקי יותר על אותו יסוד - מהר"ם בן ברוך, בתשובה סי' תרס"א, זה לשונו בעקבות תשובה מבעלי התוספות: "**ולא מצינו** (!) דין מלכות אלא במה שהגון לעשות, אבל שדבר שאין הגון לעשות, כגון מוכס שאין לי קצבה - לא הוי דינא דמלכותא", ומשמע, כנראה, שהחזקה היא סופית ואינה ניתנת לסתירה. ופסקני עוד יותר הוא הרמב"ם בפ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"א, ששם נראה כי הוראה דמלכותא שאינה הגונה היא פסולה, לא רק מן החזקה, אלא במישרין מן הדין, וכן נראה עיקר מלשון הגמרא (ורי' נ"י על פ"ד נדרים).

שאלה לענייננו היא אם הגבלות כגון "כרגא אקרקה דגברי מנח", או יתרונות כגון "אפילו שערי דכדא משתעבדי לכרגא" (ב"ב נ"ה א'; ב"ק ק"יג ב', יבמות מ"ו א'), הם סייגים חוקיים שדינינו מסייגים בהם את תחולת הכלל דד"ד או שאין אלה דינים שרווחו במלכות פרס, ורק משום דד"ד הכרנו אנחנו בהם, לשעת תקפם ולמקום תקפם בלבד. רשב"ם מפרש באפשרות השניה וכן הרמב"ם בהלכות גזלה ואבדה פ"ה הל' י"ד, ור' לחם משנה שם על הל' י"ב. ואם כי בית יוסף על טחו"מ סי' שס"ט סעי' י' מציין בצדק, כנגד נ"י והרא"ש, שאין פרוש כזה עולה **דוקא** מלשון הגמרא ומפירש"י בב"ק, הרי גם הוא אינו חולק על הרמב"ם, כפי שנראה מדבריו על סעי' י"א; ולמעשה אין ספק באמת שכך הוא מבחינה היסטורית. - כאשר אנו דנים בכלל דד"ד בלי קשר לארץ מסוימת, שבה חלים הסייגים הנ"ל מטעם המשפט הנכרי, פטורים אנו אפוא מלתת את הדעת עליהם, לפחות בהקשר זה, ומשמע שאין כאן ראייה לכך שדינא דמלכותא צריך להלוס דוקא את

הגישה המשפטית שלנו לענין הנידון כדי שיהיה זה דין בדינינו. מסקנה הפוכה עולה אמנם מדברי ר"י בתשובה ט' מן התשובות הנספחות על ספר נזיקין ממשנה תורה להרמב"ם, אבל, כאמור, אין דעת רוב רבותינו כמותו, ור' הגהות מימוניות על פ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"ד, ולבסוף תשב"ץ ח"ג סי' קל"ח.

כיצד צריכים אנו אפוא להעריך אם דין נכרי מסויים הגון הוא אם לא, אחר שהתפיסה המשפטית שלנו איננה קנה-מידה בענין זה? מסקנה בכיוון זה עולה לנו מסוף דבריו של שלטי-גבורים על פרק חזקת נ"ד ב', ובעקבותיו ניתן לומר בסגנון ימינו, שקנה-המידה לאותה הגינות הנדרשת מדינא דמלכותא הוא הנוהג הבין-לאומי המקובל, ואכן, מסקנה זו מסתברת יפה מן המקור שבדברי בעלי התוספות, ור' דברי הרמב"ם,

[עמ' 28]

פ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"ג.

את בעית חוקיותם של דיני דמלכותא מסכם שלטי גבורים בחלק הקודם של דבריו שם, וז"ל, בין השאר: "ולאו דוקא דינא דמלכותא, אלא אפילו שלוחא דמלכא הוי כמלכא, כל זמן שעושה השליח מחוק המקום, ואם אינו עושה ממש כמצות המלך עליו, ששינה קצת ממצות המלך (כנראה - לאור המקור בב"ק קי"ג - במקום שיש לשליח שיקול דעת והוא מפעילו כראוי) - אפ"ה דינא דהא שלוחא הוי דינא... ומיהו נראה דצריך שיהא שליח מהמלך ממש, לאפוקי שאם אחד מן החצרנים והחדרנים ויועצים מן המלך עשה, שאין זה שלוחא דמלכא כמלכא, שאעפ"י שהמלך לא ימחה ביד היועץ והחדרן שעשה אותו דבר - מ"מ אין מעשיו כדינא דמלכותא ממש, מאחר שהמלך לא מינהו שלוחו" (לאותו דבר שעשה).

על הסייגים ממין זה בקשר לתחולת הכלל דד"ד לגבי ערכאותיהם אעמוד בנפרד להלן.

ד. מסים וארנוניות⁹

הסעיף הברור ביותר והמוסכם ביותר מדיני דינא דמלכותא במשפטנו הוא סעיף המסים והארנוניות, המשתלשל בעיקר מבבא קמא קי"ג ומנדרים כ"ז-כ"ח. דברי המשנה המשמשים בסיס להשתלשלות הדינים בסעיף זה נולדו, אמנם, כפי שראינו, במציאות של שלטון זר בארץ-ישראל, אולם, הגמרא אינה מתחשבת בכך. הגמרא יוצאת מנקודת הראות שתחולת דברי המשנה הללו היא מלכתחילה מוחלטת ואינה קשורה בשום מקום מסוים, שהרי אם לא כן לא היה טעם להקשות עליהם ממה שאמר שמואל דד"ד. מכאן יוצא לנו, שמלכתחילה, - כל מעשה בעל אופי משפטי שאינו מוסדר מראש לחיוב במשפט ישראל הוא בטל ומבוטל מיסודו או שהוא מהוה עברה מנקודת הראות של המשפט שלנו. אם אדם גובה, למשל, כספים בדרך של כפיה שלא על-פי משפט ישראל, ואפילו לתועלת הציבור, ואפילו הוא מבסס את כוחו על נימוקים משפטיים, אלא שהללו הם נכריים בלבד - אין הוא אלא גזלן, ככל גזלן אחר המוציא ממון בכפיה. הכלל הרחב הזה נשבר רק אם יש מקום להחיל על המעשה את הכלל דד"ד, וכבר עמדנו במקצת על המסיבות שבהן נעשה כן.

הגמרא בבבא קמא אומרת לנו שאם קיימות כל אותן המסיבות, הרי ממון שנגבה כמס או כארנונה - אפילו לא נגבה על-פי דין ישראל מלכתחילה - נגבה כדין

[עמ' 29]

ישראל בדי-עבד. ואם חכר המוכס את המס מן המלך, ועל-פי דינא דמלכותא הוא רוכש בעלות בממון תמורת תשלום חלק ממנו, הרי גם בדינינו נחשב המוכס כבעל אותו ממון לכל דבר. לשון זו מעוררת מיד שתי בעיות: קודם-כל, מהו מס? ושנית - "חכירה" ו"בעלות" הרי הן מושגים משפטיים מופשטים, אשר יתכן ויש להם משמעויות שונות בשיטות משפט שונות, ויתכן אפילו שלא יהיה להם בכלל תרגום משיטה לשיטה; מהן אפוא אותן "חכירה" ו"בעלות"? - האם חכירה

⁹ [נדפס בתלפיות ט[א-ב] עמ' 237-230].

ובעלות של דינא דמלכותא או חכירה ובעלות שלנו? על השאלה הראשונה ניתן להשיב שאין המשפט העברי רגיל להגדיר את מושגיו; מס הוא מס - מה שנקרא מס בלשון בני-אדם, - ולאור מה שאמרנו לעיל - מה שנקרא מס בנוהג המקובל בקרב העמים. על השאלה השניה, בעית הגדרת הזכויות, אתעכב להלן בפרוטרוט; לפי-שעה, כל זמן שאיננו עוסקים בפרטים, יכולים אנו להתעלם ממנה, שהרי המושגים הנידונים הם פשוטים ביחס; ואם לא משמעותם המשפטית המקצועית, הרי משמעותם הלשונית בשוק היא אחידה ביסודה ומיתרגמת באופן חפשי משפה לשפה. מכל-מקום, לפי שהדינים הפרטיים במשפטנו לא באו אלא ללמד על הכלל, למדנו אפוא עד כאן שמכירים אנו בזכויות ריאליות שניקנו מדינא דמלכותא על-סמך הורמנא דמלכא. על הרחבה זו מן המסים אל כל מה שנקנה על-סמך הורמנא דמלכא בכלל - או, במלים אחרות, "דברים שהם לתועלת המלך", הוראות היוצאות ממשפט המלוכה, או מן "המשפט הצבורי" - מסכימים כל פרשנינו, כמובן בתנאי שההורמן יהיה חוקי. ולגבי הגדרת הקפו של משפט המלוכה או המשפט הצבורי - דומני שלא נלך אחר דינא דמלכותא אלא אחר הנוהג הבין-לאומי ותורת המשפט הכללית.

מן הסוגיה שבבא קמא קיי"ג, ובמקצת ממקומות אחרים, מסיק, למשל, הרמב"ם בפ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"ב לאמור: "וכן מלך שמשים מס על בני העיר או על כל איש ואיש דבר קצוב, [...] או שגזר שכל מי שיעבור על דבר זה ילקחו כל נכסיו לבית המלך, או כל מי שימצא בשדה בשעת הגורן הוא יתן את המס שעליה, בין שהיה הוא בעל השדה בין שאינו בעל השדה, וכל כיוצא מדברים אלו - אינו גזל". היינו: מכירים אני בהחרמת נכסם דומיא דמסים וארנונויות, ומכירים אנו בשינוי הבעלות בלי להתחשב בתנאים ובמסיבות שבהן נעשה השינוי, ובלבד שהשינוי בתנאים ובמסיבות הללו יהיה חוקי (מסקנה הפוכה תעלה לנו אם נאמר ש"כרגא אקרקה דגברי מנח" - דבר תורה, כר"י, ובמקרה כזה נדרוש שהשינוי יעלה דוקא בקנה אחד עם דרישות אפשריות שלנו, מלבד החוקיות הנכרית וההגינות האוביקטיבית). ובהל' י"ג שם ממשיך הרמב"ם: "וכן מלך

וכן מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשיו מבני המדינה, ולקח שדהו או חצרו,

[עמ' 30]

אינה גזל ומותר ליהנות בה; והלוקחה מן המלך - הרי היא שלו, ואין הבעלים מוציאים אותה מידו, שזה דין המלכים כלם ליקח כל ממון שמשיהם כשכועסין עליהם...". ובכן, מכירים אנו בזכות הריאלית המוקנה מדינא דמלכותא בממון-עונשים ומתירים אנו להעביר ממון זה מיד ליד כממון כשר. ושלוחא דמלכא כמלכא, "ולפיכך (שם, הל' י"ד), גבאי המלך ושוטריו שמוכרים השדות במס הקצוב (אם אין משלמים אותו)... - ממכרן ממכר". הל' ט"ו: "מלך שהיו דיניו, שכל שלא יתן המס שעל השדה - תהיה השדה לנותן המס... ובא זה ונתן מס שעליה למלך ואכל פירותיה (מ"מ): כשלא מכרו גזבר המלך ממכר עולם, אלא שזה החזיק בעצמו ופרע מנת המלך) - אין זה גזל", ולא-כל-שכן אם נמכר לו השדה ממכר עולם. הל' ט"ז: "וכן מלך שגזר שכל מי שיתן מס הקצוב על האיש ישתעבד בזה שלא נתן, ובא ישראל ונתן המס שעל ישראל זה העני - הרי זה עובד בו יותר מדי...". והל' י"ז: "מלך שכרת אילנות של בעלי בתים ועשה מהן גשר - מותר לעבור עליו, וכן אם הרס בתים ועשאן דרך או חומה - מותר ליהנות בה, וכן כל כיוצא בזה, שדין המלך דין". ובבבא בתרא נ"ח א' נקבע, שאם היה דין המלך כי "אפילו שערי דכדא משתעבדי לכרגא", היינו שכל נכסי החייבים במס ישתעבדו למלך בשעבוד ראשון לסכום המס - אנו מכירים בשעבוד זה, והמלך נחשב מוחזק בנכסים עד תשלום המס (ר' יבמות מ"ו א'), ולפיכך אין הבכור יורש בהם את חלק בכורתו.

ועוד דוגמה ממשית: ב"תשובות גאוני מזרח ומערב" ליואל הכהן מילר, סי' קע"ט, למשל, היה מעשה בראובן שהאשימוהו ברצח והוציאו המלך להורג והחריב את ביתו. לימים עמד שמעון ובנה את הבית ותבעתו אלמנת ראובן לדין. הרב שנשאל על הדבר השיב, שאין זכותו של שמעון תלויה כלל בכך אם ראובן הוצא להורג כדין או לא, ש"ודאי אין דיניהם דין (בנפשות), דלא דיני וקטלי, ואפילו הם לעצמן, וכ"ש ישראל, וסומכים על עדיהם, והם כלם עדי שקר", אלא השאלה היא אם מנהג המלכות הוא שכאשר אמנם נתחייב אדם מיתה אין מניחים ליורשי לחזור ולקחת את ביתו. אם באמת כך הוא - משמע שהמגרש הופקע מן היורשים בדיני דמלכותא, שהלא בזה ודאי דינם דין, ואין עוד ליורשים שום תביעה; אבל אם לא היה דין המלך כן, אלא שהחריבו את הבית רק

בתור עונש, ולא היה חוק שיעכב את היורשים מלחזור - הרי ששמעון גזלן הוא ועליו להסתלק מן המגרש בדמי בנינו. מכאן, ששיקולים סוביקטיביים שלנו בדבר צדק והגינות אינם נכנסים בחשבון הכרתנו בעובדות משפטיות שנקבעו על-פי דינא דמלכותא, ושבאמת הטעם חעיקרי להכרתנו זו הוא התחשבותנו בעובדות שאין אנו יכולים באופן עקרוני לשנותן.

[עמ' 31]

עוד דבר שניתן לסכם מכל הדוגמאות הללו הוא שאף לא באחת מהן נמצאנו אנחנו מקנים לתובע זכויות ריאליות משום שיש לו זכות לקבלן על-פי המשפט הצבורי של דינא דמלכותא; רק כאשר דינא דמלכותא הופעל כבר למעשה על-ידי פעולה קונסטיטטיבית, והזכויות הריאליות הוקנו כבר לאדם הפרטי - אמרנו בדי-עבד שמה שנעשה עשוי. גם שעבוד הנכסים שבבבא בתרא אינו חורג מבחינה זו, שהרי גם שם היתה הוראה קונסטיטטיבית המקנה למלך את השעבוד, ולו יהא גם שהיא הוראה אחת כללית לכל המדינה. והוא הדין בהפקעה: לא אנחנו הפקענו את המגרש משום שד"ד הוא להפקיעו, אלא המגרש הופקע כבר על-ידי האיסור המוטל על היורשים שלא לחזור אליו, ואנחנו רק אישרנו עובדה זו בדי-עבד. - דברים אלה הם סיכום בלבד; אין הם באים לשמש שום מסקנה שהיא.

עם זאת, כבר עתה אנו רואים¹⁰ מהדוגמה מבבא בתרא נוטה לסתור את הסברו של הרמב"ם בפ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"ג, ששם הוא אומר כי הקונה ממון-ענשים מן המלך זוכה בו משום שהמלך הפקיע את החצר והיא נעשית כהפקר, והמלך זוכה מן ההפקר, וכל הזוכה ממנו - זכה. בהסבר שכזה כבר נתקלנו לעיל בקשר לענין הפקר ביי"ד הפקר (ר' שיטה מקובצת על ב"ב נ"ה) ולפי התיאוריה הזאת אין הכלל דד"ד אמור אלא בהפקעת נכסים: למלך יש בדינינו רק כוח להפקיע, אבל לא להקנות, וגם ההקנאה ההוא מתימר להקנות - אין לה אלא הכוח להפקיע את הזכות הכללית להחזיק בהפקר, ומשבא זה שיש לו רשות מן המלך להחזיק בממון הנידון - גם הוא אינו זוכה מכוח דד"ד, אלא מכוח החזקה שהוא מחזיק בהפקר. לפי זה יוצא שהמעשה הקונסטיטטיבי של הזכיה בממון מטעם ד"ד חייב להערך דוקא בצורה המוכתבת על-ידי משפטן שלנו, אחרת אין אנו מכירים בו; ומאחר שהזכיה מטעם דד"ד היא לפי זה לעולם זכיה מן ההפקר, הרי שהמעשה הקונסטיטטיבי הנדרש על-ידינו בענין זה הוא לעולם תפיסת חזקה. אולם, בענין שערי דכדא משתעבדי לכרגא אנו רואים בברור שיש למלך זכות ריאלית בנכסים במישרין, מכוח צו-ההקנאה שהוא מצוה להקנותו לעצמו, או אפילו מכללא, מכוח החוק עצמו; וזה לבד מן הפלפול הנורא שנסתבך בו לפי תיאוריה זו בהכרח, אם נאמר שבאמת אין השעבוד רובץ לטובת המלך במישרין, אלא שהנכסים מופקרים הם לטובת המלך ב"הפקר שוטף" עד תשלום המס. נוסף על כך יש לשאול לפי תיאוריה זו מה יהיה דינו של מס הנגבה על ידי גבאי? - החזקה שהגבאי חזיק בממון לא תקנהו למלך, שאמנם שלוחא

[עמ' 32]

דמלכא כמלכא, אבל בד"א? הוה אומר בהפקעה, ובכך נשאר הדין שלענין הקנאה אין שליחות לעכו"ם, והממון נשאר הפקר עד שיגיע לידי המלך או עד שיוצא על-ידי הגבאי; ועתה, אם נוסע הגבאי בממון זה לחוצה-לארץ כדי לקנות בו, למשל, נשק למלך - מי שתפס מידו, תפס וזכה מן ההפקר, שהרי בחו"ל אין איסורו של המלך חל, כפי שנראה להלן, אלא שאין אנו צריכים להפליג בפלפולים ובאבסורדים ללא ספור וללא מוצא שתיאוריה זו עלולה להביאנו אליהם. לשון הגמרא בב"ב מוכיחה שהמלך זוכה בשעבוד במישרין, ויוצא לנו מכאן שהמעשה הקונסטיטטיבי הנדרש על-ידי משפטנו להקנית הזכויות הריאליות מטעם המשפט הצבורי של דינא דמלכותא הוא מעשה שיש לו תוקף והוא בעל כוח מקנה מטעם דינא דמלכותא עצמו, בלי הבדל אם יש למעשה זה כוח בדינינו שלנו או לא; ומשמע שהכלל דד"ד אמור הן בהפקעה והן בהקנייה, לפחות של זכויות ריאליות מטעם המשפט הצבורי. דרכי הקכין העבריות יכולות לפי זה לבוא בחשבון בענין הנידון רק אם נסיק לבסוף, שיש מקרים שבהם לא זו בלבד שאנו מכירים בזכויות ריאליות מטעם ד"ד בדי-עבד, אלא שאנו מקנים בעצמנו זכויות ריאליות למי שיש לו זכות אישית לרכוש מטעם ד"ד.

¹⁰ ועוד אחזור לענין זה בפרק ו'.

אל בעית הזכויות והחובות האישיות מטעם המשפט הצבורי של ד"ד באים אנו דרך מסכת נדרים. בגמרא בנדרים כ"ח א' אנו לומדים כי אסור להשבע לשקר למוכס המלך הבא לגבות את המס כדין. יש לנו כאן ענין לא רק בזכויות המלך עצמו, אלא גם בזכויות אישיות פרטיות, שהרי המדובר הוא במוכס חוכר שקנה כבר את המס מן המלך, וכל שיגבה יהיה רכוש הפרטי; והשאלה היא האם חייבים אנו לשלם או להגבות לו את הסכום הקצוב המגיע לו בד"ד או לא. אולם האיסור להשבע לשקר איננו עדיין ראייה ברורה לחובה לשלם. מקור פסקי יותר יש לנו בברייתא המובאת בבבא קמא קי"ג א': "אסור להבריא את המכס. ר' שמעון אומר משום ר' עקיבא: מותר להבריא את המכס". הגמרא שם אינה נכנסת לבירור השאלה הלכה כמי, אלא היא מסיבה את דברי ר' עקיבא על ענין כלאים, לאמור: ר' עקיבא סבר שמותר ללבוש כלאים אם אין הלוש מתכוון דוקא ללבוש, אלא לענין צדדי, כגון להבריא בלבוש את המכס, אבל לגבי מוכס שהוא כשר משום ד"ד - אומרת הגמרא - מסכים גם ר' עקיבא שאסור להבריא ממנו; והרי זה ממילא פסק הלכה שלכל הדעות חייבים לשלם לו, ומכאן שאנו מכירים גם בזכויות וחובות אישיות המוקנות או מוטלות מטעם המשפט הצבורי של ד"ד. בזה היינו יכולים לפטור את העקרון שבדבר, אלמלא היתה הסוגיה מפליגה מיד אחר-כך לדיון שיש לו חשיבות עקרונית לגבי הצד המוסרי של ההלל ד"ד, שכבר עמדנו עליו במקצת לעיל.

שוב מביאה הסוגיה את המשנה מנדרים כ"ז ב' והיא מקשה עליה מאמרתו של שמואל,

[עמ' 33]

אבל במקום שתי אוקימתות, כפי שראינו עד כאן, יש לנו הפעם שלש אוקימתות: השתים הקודמות, במוכס שאין לו קצבה ובמוכס העומד מאליו, ואוקימתא שלישית של רב אשי: במוכס עכו"ם; היינו אם המוכס עכו"ם - מותר להשבע לו לשקר כדי להבריא ממנו, וממילא משמע שמותר להבריא ממנו. הדבר הוא פשוט: אין רב אשי בא לומר שאין אנו מכירים בזכויות וחובות אישיות ממעט ד"ד, אלא להפך, על-ידי מה שהוא מתיר להבריא מעכו"ם דוקא - ממילא הוא אומר שאסור להבריא ממוכס-חוכר יהודי; וגם בזכותו האישית של המוכס העכו"ם אין רב אשי כופר. אלא מאחר שהמשפט העברי שם את הדגש, כאמור, בצד החובה ולא בצד הזכות, ובכך ביחסים המשפטיים-המוסריים החיוביים ולא ביחסים המשפטיים השליליים גרידא, הרי שהטעם המונח ביסודם של כל היחסים הללו, "כי אחיך הוא" - כוחו פג כאשר החובה היא כלפי גוי: אמנם, אומר המשפט העברי, זכות משפטית גרידא יש לו לגוי, אבל לך, אשר הגוי אינו קשור עמך בברית בין הבתרים של שאיפת הגאולה ונצח ישראל, אין שום חובה כלפיו, וממילא מתרופפת גם זכותו; החובה היחידה שיש לך היא רק מן הברית ולפניהם, חובה לשמור על כבוד ישראל ולהקפיד שלא יתחלל שמו ושם קונו בגויים, והזכות שיש לעכו"ם - לא בזכות עצמו היא באה לו, אלא היא רק רפלקס בלבד מן פן החובה הזאת שאתה חב לעצמך ולאחריך; ואם אתה יכול להפטר מן העכו"ם בלי חילול השם - יצאת ידי חובתך, וממילא, זכותו של הגוי, שנשארת חסרת כל ממשות, איננה שום זכות עוד. לפי זה פסק רבא שהפקעת הלואתו של גוי, כשאין חילול השם, מותרת היא, ורב אשי החל כלל רחב זה על המקרה הפרטי של מוכס עכו"ם, אשר אם נפטר ממנו היהודי בלי חילול השם הרי יצא. לכל הענין הזה אין כמעט חשיבות משפטית במובן השלילי המצומצם של המלה, שהרי אם העכו"ם יודע על זכותו ותובע אותה - אסור להתכחש לו, כי בכחש הגלוי יש משום חילול השם; ולעולם אין, כמובן, חוסר חילול השם בעת מעשה מסוים יכול להתקבל כטענת הגנה משפטית לגבי אותו מעשה, כי התגלותו של חילול השם בדבר פועלת למפרע. ביטול זכותו של עכו"ם משום חוסר חילול השם יתכן אפוא, למעשה, רק במקרים שאינם באים לעולם לידי ברור משפטי, או בעקיפין - בתביעות בין שני יהודים, כאשר מישהו מהם בא מכוחו של עכו"ם ובעל-דברו טוען ומוכיח, שיכול היה להשתמט מן העכו"ם ההוא. הבעיה היא אפוא, בעיקרה, רק מוסרית ופילוסופית בלבד, אולם משפטנו כולל את המוסר, ולפיכך חייבים אנו לעמוד על הבעיה גם בהקשר זה.

על-פי פשוטם של דברים אין האוקימתא של רב אשי חולקת על האוקימתות האחרות, אלא היא מוסיפה עליהן, ולא הסיבה על המשנה בבבא קמא קי"ג א' מן הסיבה הפשוטה

[עמ' 34]

שאין ענינה לשם: שם מדובר רק בזכויות ריאליות שהוקנו על-פי ד"ד, ואין איש אומר שעכו"ם אין לו קנין ולעולם גזלן הוא. לפי זה ברור, שגם אם אין חוכר עכו"ם מתווך בין חייב המס ובין המלך, אלא המס צריך להיגבות בשביל המלך במישרין, בין אם ע"י גבאי ע"כ ובין אם ע"י גבאי בן-ברית - בכל-זאת עולה האוקימתא של רב אשי עד המלך העכו"ם עצמו, שהפקעת הלואתו מותרת, ומכאן שהברחת המכס ממנו מותרת אם אין חילול השם בדבר; ומשמע שגם אותה חובה מוסרית שאמרנו, שחובה על היהודי לנהוג בדרך-כלל על-פי ד"ד - אף היא תלויה במסיבות, ואם אין חילול השם בדבר אין אנו מחייבים את עצמנו בכך. על מסקנה זו עומד בפרוש הר"ן (מובא אצל משנה-למלך על פ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"א): "וכי אמרינן דד"ד - ה"מ לענין שאם קנה ישראל מכס זה חייבים ליתן לו את המכס, וכן נמי אם לא קנה אותו, אלא שהוא ממונה לגבות המכס...; מיהו אין ממונה זה רשאי להכריח לישראל חברו לפרוע לו את המכס, אם לא מיראת המלכות (היינו שהוא פוחד שמא יודע דבר "הפרוטקציה" ויענש, ואפילו אם לא יענש - מ"מ יהיה חילול השם בדבר), דנהי דד"ד לא יהא אלא הלואתו - הא קיימא לן דהפקעת הלואתו שרי"¹¹. ברוח זו מפרש גם כסף- משנה שם, אם כי דבריו מגומגמים, ודברי הר"ן מובאים בהג"ה על ש"ע חו"מ סי' שס"ט סעי' ו'. אולם אם דברי הד"ן הורדו למפה - משמע שיש מחלוקת בדבר, ואכן פלא הוא, כי דברי הר"ן הם פשוטים ומבוססים, בעוד אשר לחולקים עליו אין על מה לסמוך - לא במוסר העברי, מן הבחינה העקרונית, ולא בלשון הסוגיה, מן הבחינה הפורמלית.

הרא"ש, למשל, מפרש, שכל ענין חילול השם אינו נוגע אלא לעכו"ם אנס, וכשאמר רב אשי שממוכס עכו"ם מותר להבריח - גם דבריו אינם אמורים אלא ממילא רק בעכו"ם אנס; ושנית - האוקימתא של רב אשי חולקת על שתי האוקימתות האחרות, כי אותן שתי האוקימתות עוסקות במוכס יהודי, ומשמע מהן שממוכס יהודי גזלן מותר להבריח אפילו מה שהוא חוקו, ואלו רב אשי סובר שרק מעכו"ם אנס מותר להבריח את חוקו, אם אין חילול השם בדבר, אבל מיהודי אסור (ר' גם ב"י על טחו"מ סי' שס"ט סעי' ח'); ומאחר שרב אשי הוא האחרון - הלכה כמותו. בפרושו של הרא"ש יש מן התועלת בזה שהוא מזכירנו, כי גם מן הגזלן אסור לנו לגזול את מה שהוא חוקו, אבל לשם כך אין אנו חייבים דוקא להקים את דברי רב אשי בעכו"ם אנס; וכנגד זה, מה שהיה עד כה רעיון עמוק ויסודי בכל תפיסת המוסר העברית הופך על-ידי הסבר זה לאיזו הפליה בנלית וחסרת- שחר בלבד; כי ממה נפשך: אם המוסר העברי הוא באמת קוסמופוליטי, כמו המוסר הנצרי כביכול, מה ההבדל בין יהודי אנס לגוי אנס? ואם, מצד שני, המוסר העברי הוא אחד, ואיננו צבוע - למה נוסף לרב אשי מלה יתרה אשר לא אמרה? מכל-מקום, לענין

[עמ' 35]

ההלכה, אין הרא"ש מעלה את האוקימתא של רב אשי עד המלך העכו"ם עצמו - חוץ מן המקרה שהמלך עצמו הוא אנס, ואז ממילא אין דינו דין; ושנית - ברור לפי הרא"ש, שאם המלך איננו אנס, אסור להבריח מגבאי יהודי, הגובה במישרין למלך, אפילו אם אין בדבר חילול השם ויראת המלך. לפיכך אני מתפלא מה ראה משנה-למלך על כך שהוא מתרץ את הר"ן דוקא לפי שיטתו של הרא"ש, שהרי יותר יהלום את דבריו אם נאמר שאין האוקימתות סותרות, כאמור לעיל¹², או לפחות היה המשנה-למלך צריך להפנותנו אל הרי"ף, שגם הוא רואה אמנם פלוגתא בין האוקימתות, ופוסק כרב אשי, אלא שאינו מכניס את הסייג בדבר עכו"ם שהוא אנס דוקא. אכן, ברוח זו כותב הראב"ד (שיטה מקובצת על ב"ק קי"ג): "רב אשי אמר (שמותר להבריח) - לעולם במוכס שקנה מן המלך או שנתמנה גזבר, ודבר שיש לו קצבה, אבל אין זה המוכס ישראל כי אם עכו"ם, וכדרכי ישמעאל, דאמר שבאין עליו בעקיפין, הלכך הברחה מותרת, בין שקנה מן המלך או שנתמנה גזבר: ממה נפשך, גוי הוא, המלך והגזבר שלו, - ואפילו לר' עקיבא נמי, היינו משום דעקיפין - חילול השם איכא..." וכן גם דעת נ"י: "רב אשי אמר) במוכס כותי, ואעפ"י שקיבל המכס מן המלך, ואפילו הוא דבר קצוב - אין לחוש לו אם גזלו, דגזל כותי מותר היכא דליכא חילול השם..."

¹¹ [הערת עורך: מהמלים "מיהו אין ממונה זה" עד סוף הציטוט חסר מדפוס התלמוד, מחמת הצנזורה].

¹² והלא המ"ל עצמו כותב לבסוף, ז"ל: "ומ"ש (מהרש"ך, החולק על הר"ן) עוד דהיאך יתכן דהממונה מפי המלך יהא מותר להבריח וישראל הקונה יהא אסור (אם לשניהם יש קצבה ועומדים מטעם המלך, לפי האוקימתות הראשונות) - לא ידענא מאי קאמר: האי גזל את חברו ישראל והאי מפקיע של עכו"ם דמותר, ומה אוסיף עוד לדבר בדברים שאין בהם לא לא טעם ולא ריח?..."

גישה שונה לחלוטין נוקט הרמב"ם; בניגוד לכל המפרשים האחרים הוא מחיל את האוקימתא של רב אשי לא רק על בעית הזכויות והחובות האישיות בד"ד, אלא גם על המשנה עצמה, העוסקת בזכויות הריאליות, ועם זאת הוא סובר שאין שלש האוקימתות חלוקות זו על זו: הוא מפרש שדעת רב אשי היא כי סתם עכו"ם גזלן הוא, ולפיכך מסתמא הריהו כמוכס שאין לו קצבה ועומד מאליו, ובסתם מותר להבריה ממנו - כשם שאסור לפרוט מתיבתו (פ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"א), ורי"מ ולי"מ ומ"ל שם ובי"י על טחוי"מ סי' שס"ט סעי' ח'). ספק הוא על-פי דבריו אם חזקה זו ניתנת לסתירה או לא; ההגיון והמפרשים אומרים שאפשר לסתרה. אבל אין נראה כן מן הפשט של דבריו (רי' גם פירוש המשניות שלו על ב"ק). תפיסתו זו מוזרה היא, כי אין לה שום סמוכין בסוגיה, ולו היה הרמב"ם עקבי בנקודה זו הוא היה צריך לאסור בכלל את המו"מ עם גויים. בסוגיה

[עמ' 36]

קשורים דברי רב אשי בענין חילול השם, ואינם יכולים אפוא להתיחס אל המשנה. אך הרמב"ם מתעלם מענין זה בכלל, ואעפ"י שנראה מן הסוגיה בברור כי הברחת המכס הרי היא הפקעת הלואתו - אין הרמב"ם מזכיר בהקשר זה את הפקעת ההלואה כלל, ופוסק שהמבריה גוזל את מנת המלך, כאלו הטלת החיוב היתה יוצרת למלך זכות ריאלית בממון באופן אוטומאטי; ואינני יודע מנין לו זה, שהרי ראינו כי לפי דעתו, הכלל ששערי דכדא משתעבדי לכרגא אינו דבר תורה. המפרש היחיד שמצאתי, המנסה להוציא את הרמב"ם מסבך זה, הוא כסף-משנה (על הל' י"א), ואמנם אפשר במאמץ-מה למצוא פלפול כלשהו שיעלה בקנה אחד עם דברי הרמב"ם ויפתור את כל הבעיות האלו, אך מכל-מקום, נסיונו של כסף-משנה אינו משכנע כלל.

בכל אופן, ללא הפלפול המפוקפק, ברור שגם הרמב"ם חלוק על הר"ן, ובעקבותיו הולכים גם הטור ושלחן-ערוך. הטור (חו"מ שס"ט ח') אינו מזכיר אמנם בכלל את העכו"ם בהקשר זה, אבל ב"י שם מפרש, שדעת הרב כדעת הרמב"ם, ובש"ע חוזר העכו"ם כפי שהיה אצל המימוני. מחלוקת זו אפשר להסביר על אחת משתי הדרכים: או שחלק מן הפוסקים, המושפעים מן הקוסמופוליטיות של המסורת הקלאסית, הנצרות והאסלם, לא תפסו עוד את הרעיון המונח ביסוד ענין חילול השם וביקשו להשתחרר ממה שנראה להם כ"שרידי מוסר ברברי" בתורת ישראל, או שהם תפסו גם תפסו את הענין, אלא סברו, וזה בצדק, שאין זה "רעיון לאקספורטי" ורעיון שאפשר להורידו ללא חשש לחילול השם אל השוק של עמי-הארצות (כידוע אברו רבותינו בגלל ענין זה את לימוד התורה לעכו"ם). אלא שכמובן, אכן דילמה היא, אבל סוף-סוף הוכיחה ההיסטוריה שאי-אפשר גם להעלים ללא חשש, אף לא מן המלומדים, את המוסר העברי המקורי ולחנך יהודים על תרבות של ע"א צבועים. יהיה הדבר כאשר יהיה - תלמוד ופוסקים, הלכה כתלמוד, והפעם הלכה ברורה היא¹³.

נחזור אפוא לבעית הזכויות והחובות האישיות מטעם המשפט הצבורי של דינא דמלכותא. ראינו שאנו מכירים בהן ומפעילים אותן, ומשמע שאנו מכירים גם בצורה

[עמ' 37]

קונסטטיטוטיבית שבה הן נוצרו. בתשובת הרשב"א, למשל, סי' תרי"ב, היה מעשה בשלטון שתפסו ליהודי על דבר עלילה ונתפטר עמו בסך ידוע. והיה שם פקיד יהודי שהיה מקבל עשירית מכל הענשים שבעיר, והשלטון התפטר גם הפעם על מנת שהנידון יתן עשירית הסכום לאותו יהודי. הרשב"א פסק שאומרים אנו כאן דד"ד, ו"אין זה אלא כאלו העמיד השלטון אחד מבעלי חובותיו אצל זה הענוש ואומר לו: מנה שיש לי בידך - תנהו לפלוני" היינו, החיוב הוא כשר כאלו הועמד בצורה שהיא כשרה בדינינו.

¹³ נסיון לישוב את המחלוקת על דעת הכל, לכאורה, אנו מוצאים בש"מ על ב"ק קי"ג, אחר שמובאות דעות שונות וסותרות: "ולענין פסק כתב הרב המאירי ז"ל וז"ל: היה המוכס מעובדי האלילים הקדומים, שאינם גדורים בדרכי הדתות, והבריה ממנו את המכס - הואיל ואין כאן גזל גמור ולא חילול השם - אין מקפידין על כך... הא כל שהוא מעמין הגדורים בדרכי הדתות ועובדי האלהות על איזה צד, אעפ"י שאמונתם רחוקה מאמונתנו - אינם בכלל זה, אלא הרי הן כישראל גמור לדברים אלו..." אך אעפ"י שפוסקים רבים סבורים כך - אינני יודע מה הוא סח.

מסקנה דומה עולה לנו גם מן הכלל "שלוחא דמלכא כמלכא". כלל זה איננו, כמובן, דבר תורה במישרין, אלא הוא תלוי בדינא דמלכותא: אין אנו יכולים, כמובן, להכיר במישהו כבשליחו של המלך, אלא-אם-כן המלך מינהו שלוחו על-פי דיניו ומכיר בו בעצמו. והנה, על דרך זו אומרים אנו **בדי-עבד** "שלוחא דמלכא כמלכא". אף-על-פי שהדין **מלכתחילה** הוא כי אין שליחות לעכו"ם. מכאן שלא רק בענין הצורה, אלא גם לענין הכושר האישי לגבי יצירתה של זכות או חובה בדינא דמלכותא הולכים אנו אחר הדין הנכרי, ולא אחר דינינו. אמנם, עד למידה מסויימת הדבר הוא מובן מאליו, שהרי אם יש פסלות אישית באמצע בדיניהם - ממילא אין ד"ד יכול לראות שום חובה או זכות שנוצרה על-פיו; אבל עדיין אפשר היה לשאול אם מסתפקים אנו בכושר האישי שיש בדיניהם או דורשים אנו דוקא שיהיה גם כושר אישי בדינינו. נראה לומר שהתשובה על שאלה זו היא שלילית - לאור מה שאנו מכירים בשליחו של מלך עכו"ם. ומסתבר שמסקנה זו כוחה צריך להיות יפה לא רק לגבי חובות וזכויות אישיות, אלא גם לגבי זכויות ריאליות; אך בשני השטחים גם יחד מוגבלת, כמובן, מסקנתנו בדבר דין הכושר האישי על-ידי כללי הכפיפות העקרונית לדינא דמלכותא, אשר נעמוד עליהם בפרק הבא.

הבעיה **כיצד** אנו מפעילים את הזכויות והחובות שמד"ד שייכת לשאלת הגדרתן, והיא קשורה גם בבעיות אחרות, ועליה נעמוד לחוד בהמשך הדברים.

ה. הוכחת ד"ד והכפיפות לתחולתו

בקשר לדיני מסים שמטעם ד"ד יכולים אנו לעמוד גם על שני גדרים להפעלת אמרתו של שמואל במשפטנו למעשה.

קודם-כל בעיה נהלית: האם מוטל על הדיין לטעון לבעל-הדין שזכותו עלולה להיות תלויה בדינא דמלכותא, או במלים אחרות - האם נעשה ד"ד, במידה שאנו מכירים בו ומפעילים אותו, באופן אוטומאטי חלק מדינינו, או שמא אין הוא אלא עובדה מן העובדות

[עמ' 38]

אשר אין ב"ד מתחשבים בה כאשר אינה נטענת או אינה מוכחת? והנה, לא מצאתי את רבותינו נותנים את דעתם על שאלה זו בכלל, והטעם לכך הוא, כנראה, לא רק במידה הפחותה של פורמליזם המקובלת בסדרי הדיון שלנו, אלא קודם-כל בעובדה שרוב ההתדינויות אשר דינא דמלכותא היה מעורב בהן לא היו משתרעות על פני ארצות שונות, כמו שהדבר הוא ב"משפט הבין-לאומי הפרטי" אצל הגויים, אלא התנהלו בתוך אותן הארצות עצמן אשר את דין המלכות שלהן היה נחוץ להפעיל. הבעיות היו פשוטות, לרוב, והדיין ידע בדרך כלל בעצמו, אפילו בלי שיזקק לספרי החוקים הנכריים, מהו דינא דמלכותא בארצו בענין הנידון. אולם, הבעיה היא בעיה, לא רק במשפטי הנכרים אלא גם במשפטנו, שהרי גם אצלנו יתכן ויתכן שהבעיות תשתרענה על פני ימים וארצות, וקשה לומר שהדיין חייב להתמצא בכל החוקים שבעולם; רק חבר הסנהדרין צריך לדעת שבעים לשון, אבל לא כן השופט הפשוט. ודאי הוא, אמנם, שאין המשפט העברי יכול לחייב בענין זה פורמליזם רב כל-כך כמו המשפט האנגלי, למשל, אבל מכל-מקום, פתרון חייב במשך הזמן להמצא, והפתרון יצטרך להיות מבוסס על מקורות שיש לנו בעין מכבר, ואכן יש לנו רמזים אחדים בעלי חשיבות בכיוון זה.

בפ"ח הל' גזלה ואבדה הל' ט' כותב הרמב"ם: "בני אדם שחזקתן גזלנין, וחזקת כל ממונן מן הגזל, מפני שמלאכתן מלאכת גזלנין, כגון המוכסין..." - ודאי שהכוונה העיקרית של הרמב"ם היא לומר שסתם מוכס עובר על קצבתו, אבל פרוש הדברים הוא גם שאם בא המוכס וטוען כי מכוח ד"ד הוא בא - עדיין לא יצא בכך מחזקת גזלן, מן החזקה שאין לו ולד"ד ולא כלום. בהקשר זה יש להזכיר מה שאמרתי לעיל, בראש פרק מסים וארנוניות - בהשראת ההבאה הנידונה מן הרמב"ם - כי מלשון הגמרא מסתבר, שמלכתחילה, כל מעשה בעל אופי משפטי שאינו מוסדר מראש לחיוב במשפט ישראל הוא בטל ומבוטל מיסודו או שהוא מהוה עברה מנקודת הראות של המשפט שלנו - עד שימצא מקום להחיל עליו את הכלל דד"ד; והמסקנה ההגיונית מכל הדברים הללו היא שמי שמסתמך על דד"ד הוא מוציא מחברו, ועליו הראיה.

דברים מפורשים יותר בכיוון זה אומר הרמב"ם בהל' י"א: "אבל מכס שפסקו המלך, ואמר שיקח... דבר קצוב, והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה למלך, ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך אינו בחזקת גזלן..." כאן מדובר, אמנם, בראש וראשונה בנאמנות אישית, אבל - לא רק בנאמנות אישית בלבד; צריכים אנו לדעת לא רק שהמוכס דן נאמן בדרך-כלל, אלא גם שאינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך, ומסתבר שבענין זה החזקה היא נגדו לא פחות מאשר בענין נאמנותו הכללית, ומשמע שאם אין אנו יודעים בדיוק מה גזר המלך - על המוכס מוטלת ההוכחה גם בדבר הזה.

[עמ' 39]

שאכן כך יש לפרש את המונח "ונודע" יוצא לנו מעמדת הרמב"ם לגבי נאמנותם של ערכאות הגויים: הרי"ף גורס בענין זה "ודוקא ערכאות דלא מקבלי שוחדא"; הרמב"ם פירש: ערכאות דידע לן דלא מקבלי שוחדא (ר' הרא"ש בפסקיו על גטין י"ב), ועל-פי פירוש זה הוא פוסק: "וכן צריכין שיעידו עדי ישראל על אלו העובדי כוכבים..." אינני יודע אם הרמב"ם התכוון דוקא להעדאת עדים גם בדבריו בהל' י"א הנ"ל, אך מכל-מקום ברור שאין העדאת עדים מוצאת מכלל אפשרות. רמז נוסף ברוח זו יש לנו, למשל, בתשובת מהר"ם לובלין, סוף סי' נ"ב: "אם ברור הוא שבארצות האלו הנימוס בדיניהם שכל המוכר שט"ח, נקנה השט"ח ושעבודו... במסירה לחודיה - בדיניהן דיינינן ליה, וזכה בשט"ח..." אבל כל זמן שלא התברר הנימוס הנכרי לאשורו לא סטה מהר"ם מדין תורה. נדמה לי שכל הדברים הללו מספיקים כדי לקבוע את העקרון בשאלה הנידונה, ולו יהא גם שפרטיה נעלמים עדיין¹⁴.

שאלה שניה היא מתי אנו אומרים על אדם שהוא כפוף לדינא דמלכותא בכלל. בענין זה אני צריכים להבחין כבר בין יהודי לגוי; על תחולת הכלל דד"ד בנכרים אעמוד להלן בפרק מיוחד, ועתה ננתח אפוא את הבעיה רק לגבי בני-ישראל בלבד.

גם על בעיה זו, כמו על הבעיה הנהלית הנ"ל, לא מצאתי אלא מקורות מפורשים בודדים, אם כי רבים ומפורשים יותר, ומאותה סיבה עצמה שכבר הזכרתי: השאלה כמעט ולא נתעוררה, כי היה נחוץ להפעיל את ד"ד על-פי רוב על יהודים שישבו בתוך אותה הארץ עצמה שהדין שורר בה, והללו הרגישו על גבם את הכפיפות לדין הזה, ללא צורך בחקירות יתרות. אכן, בעצם הדבר הזה יש כבר משום פתרון-מה: דינא דמלכותא חל על מי שהוא בן אותה מלכותא וקיבל ממילא את חוקיה, וכפי שנאמר בתשב"ץ, ח"ג סי' קל"ח: "כיון שדין קבוע הוא לכל הבא לדור במקומם - על שעבוד אותו דין דר שם".

אף-על-פי-כן, פתרון עקרוני זה הוא סתום, שהרי יש לשאול: אמנם ברור שאין ד"ד חל על מי שאין אותו דין מחיל עצמו עליו, ונראה גם מן הדברים הנ"ל שמלכתחילה אין אנו שואלים רק את ד"ד עצמו מי ומי כפוף לו, אלא אנו בודקים את הדבר מבחינה

[עמ' 40]

עובדתית, אם האיש הכניס עצמו בעול אותו דין אם לא; אבל בדי-עבד, משכהניס עצמו האיש כך - האם הוא יכול גם לחזור ולהפוך את העובדה הזאת על דעת עצמו, על-ידי יציאה מן הארץ, או שמא גם בצאתו הוא נשאר כפוף לאותו דינא דמלכותא, כל זמן שאין אותו דין פוטר אותו מן השעבוד אשר לקח (אולי) על עצמו, להשאר נאמן לו עד שיפטר? הכרעה מפורשת בין שתי האפשרויות מובן שלא נוכל למצוא במקורותינו, שהרי כל הבעיה היא מודרנית, ורק במשפטי הנכר החדישים היא מסתכמת בשאלה אם יש ללכת אחר הנתונים או אחר מקום הישיבה לענין המשפט הבין-לאומי הפרטי. אולם, מחוסר צורך לבחור בין שניים, נקט משפטנו ממילא בפתרון על דרך מקום הישיבה, כפי שנראה תיכף ומיד, ונדמה לי שפתרון זה הוא בר-קימא גם עתה,

¹⁴ אעפ"כ, יתכן שכאשר השלטון עצמו או שלוחו הם התובעים - החזקה היא שתביעתם מבוססת בד"ד, ומי שטוען את ההפך עליו ההוכחה (ר', למשל, תשובת מהר"ר יעקב וייל, סי' קל"ג; אך אין זו הלכה ברורה, כי יש להשוות את הטעם הניתן שם עם מה שנאמר בש"ע חו"מ סי' רע"ח סעי' י' בהג"ה).

כשהתעוררה האפשרות השניה, כי הוא עולה בקנה אחד עם העקרונות האחרים של המשפט העברי, בניגוד לפתרון האחר, לפחות במה שנוגע לבני-ישראל¹⁵.

אמרתי שהמקורות המפורשים הדנים בענין שלפנינו הם מועטים, אבל כנגד זה יש לנו מקורות למכביר ביחס לגדרי תחולתו של דין הקהל על היהודי החבר בו. הדעת נותנת שהענין ענין אחד הוא - אם, אמנם, לא בעקרון הרי בפרטי הדינים, והשאלה היא רק אם יש לנו אסמכתא משפטית שתשמש גשר אל המקורות העשירים הללו. והנה, כבר ראינו לעיל

[עמ' 41]

שיש מי שמדמה בפרוש את בעית דד"ד לענין הפקר ביי"ד הפקר, ובכן ממילא גם לענין הקהל, ובחסות זו אין יכולים להשתמש באותם המקורות המקוטעים המהוים את הגשר בדיוק באותה שאלה שעליה אנו עומדים כאן.

בסי' פ"א מתשובותיו מביא מהר"ר יעקב וייל תשובה של מהר"ם בהמרדכי, פרק הגוזל בתרא, לאמור: מעשה ביהודים במלכות אחת, שהיו משלמים את המס בשותפות. לימים העביר המלך חלק ממלכותו לבנו, ונתעוררה השאלה אם השותפות בתשלום המס קיימת עדיין או שבטלה לגבי אותם יהודים שיצאו מתחת שלטון המלך. הרב השיב כי דבר פשוט הוא, כי "לא נשתתפו אלא משועבדים בעודם למלך ודרים תחתיו וכל זמן שהם שלו למס עובד, אבל אם יצאו מתחת ידו - אדעתא דהכי לא נשתתפו". לגבי ענינו אין זו תשובה ישירה, ויכולים אנו ללמוד ממנה **רק מכללא** שאם אין עוד היהודים **זרים** תחת המלך ממילא אין הם משועבדים לו עוד ואין לו עוד כוח להטיל מס עליהם; אבל דברים מפורשים יש לנו במה שמהר"ר יעקב וייל מסיק מתשובה זו לגבי הענין המובא לפניו. מעשה בראובן, מבני קהל טבריא, שנדר לבני עירו "שאלם יבואו נולדות - שיתן כל אחד לפי המס הקצוב". לימים עקר דירתו משם וביקשו "העירוניים" לעכבו "על הנולדות". מהר"ר יעקב וייל הסיק מהתשובה הנ"ל שאין הם יכולים לעכבו, כי אומדנא דמוכח הוא שלא נדר להם נולדות אלא כל זמן שהוא יושב עמם, ועתה, לאחר שעקר דירתו משם, "כיון דראובן יצא מרשות העירוניים לגמרי, ואין להם ממשלה עליו... - לא נשתעבד נגד הקהל על הנולדות אלא כל זמן שהוא דר שם, ולא לאחר שעקר דירתו משם". ושלוש מסקנות עולות לנו מתשובה זו: (א) דיני כפיפותו של יהודי לד"ד שוים לדיני כפיפותו לדין הקהל; (ב) כפיפות זו מותנית בישיבה תחת יד השלטון הנידון; (ג) רק על-ידי עקירה גמורה של ישיבתו מוציא עצמו האיש מתחת יד השלטון. מסקנה רביעית היא שחובות אישיות שהספיקו להיווצר לפני העקירה נשארות קיימות גם אחריה, אבל על דבר זה נעמוד לחוד להלן.

מהי אפוא ישיבה מספקת המכניסה את האיש תחת עול הקהל או ד"ד? הר"ן בתשובה סי' י"א כותב, ז"ל: "אין ספק שבני העיר יכולין להתקין ביניהם חוקים והנהגות, וחם קיימין עליהן, ומיהו דוקא לאותן שנקראים בני עירם, אבל לבני עיר אחרת - לא, גם כי יהיה להם תביעה עליו, דאיזה כוח יש להם להסיע על קיצתו, כיון שאינו מבכי קהלם? אבל בנידון זה צריך לעיין אם זה שנשא שם אשה נידון כבני עירם אם לאו. - לפי שאנו רואים שכל שיעשה - מעשה מוכיח שהוא רוצה לקבוע שם זירה באותה העיר - נקרא לאלתר מבני העיר, ואעפ"י שלא שהה עדיין לשם,

¹⁵ אמרתי שהיהודי כפוף לדינא דמלכותא בעיקר מפני שאין אנו יכולים להתעלם מן העובדה שבתחולה דין זה. אבל אם נאמר שהיהודי יכול להשאר קשור בנאמנות ובכפיפות למלכות זרה אף כאשר כוחה לגביו וסמיכת דעתו עליה פסקו להיות עובדה אובייקטיבית - נמצאנו קושרים אותו בזיקה מוסרית-מדינית הסותרת מעצם טבעה את הזיקה המוסרית-המדינית היחידה היכולה להיות ליהודי - הזיקה למלכות ישראל. "אין לאום אלא מלכות", נאמר בע"ז ב' ו"סתם חוקי המלך - על בני אומתו בלבד הם (ולא על ישראל היושבים אצלו)", כותב ר' יונה בעליותיו (ש"מ על ב"ב), ומשמע - ולו גם בדרך הדרש - שאין בני-ישראל רואים עצמם בני-המלכותא, ואפילו אם הסכימו על חוקיה, לענין לאומיותם; ובלשון אחרת נאמר, שיכולים אנו להכיר בישיבתו של יהודי בנכר, על כל הכרוך בכך, אבל אין אנו מכירים ב"אזרחותו" או ב"לאומיותו" הנכרית. ולענין סמיכת הדעת על החוקים של דינא דמלכותא - שזה דבר שבלב אחר שיצא האיש את הארץ - יוצא לנו, שאם סמיכת-דעת זו נמשכת משום שמתכוון האיש לחזור ואינו קובע לו ישיבה בארץ אחרת - הרי שגם עובדתיות התחולה של ד"ד נמשכת, ובכן דד"ד; אבל אם קבע לו האיש ישיבה בארץ אחרת, אלא שהוא ממשיך לראות עצמו, או להיות באופן פורמלי, "אזרח" ערטילאי של הארץ שעזב - אין זה מחיב את משפטנו, כי לכל יהודי יש תמיד ד' אמות בא"י, ורק בא"י הוא יכול להיות אזרח, ולא רק תושב. דבר זה אין פרושו, כמובן, שכל-זמן שהאיש הוא תושב המלכותא אין הוא חייב בחובות ה"אזרחיות", שיתכן והיא מטילה עליו - במידה שראוי לומר עליהן דד"ד.

כדתנן : אם קנה שם בית דירה - הרי הוא כאנשי העיר לאלתר" ; ולבסוף מסיק הר"ן שאין נשואין במקום מוכיחים על כוונה להשתקע

[עמ' 42]

שם, ואין הנישואין דומים לקניית בית, דירה : אין רוב בני-אדם קונים דירה בעיר שלא גרו בה אא"כ הם חפצים לדור בה, אבל הרבה נושאים נשים במקומות שאין דעתם לדור בהם. הריב"ש בתשובה סי' קל"ב כותב : "כל ששכר שם דירה ליי"ב חודש הרי הוא כאלו קנה שם בית-דירה, ומיד הוא כאנשי העיר". ומהר"ר יעקב וייל בתשובה סי' ל"ח : "ומה שאמר ראובן שבעת ההיא לא היה דעתו לתקוע שם דירתו... - טענתיה לאו טענה, דהא הוכיח סופו על תחילתו שבא לגור שמה..." המבחן הוא אפוא סובייקטיבי ואובייקטיבי גם יחד.

ברור אם-כן, שלא נכיר בחובות מד"ד באדם שלא התקימו בו התנאים הנ"ל, ההופכים אותו לתושב בארצו של אותו מלך. כיצד מתישב הדבר עם העקרון שאנו מכירים בעובדות, והלא כוחו של המלך על מי שבא לארצו הוא עובדה, אפילו אם אין האיש תושב? מענה על כך אנו מוצאים בתשובת הרשב"א, סי' תרמ"ד : "ממלכה אל מלכות אחרת אין למלך רשות לחלק ולשעבד, אלא שיכול לגזור שלא יחזור ולא יתעסק שום אדם בארצו אא"כ יתן כך וכך, וכענין המכסים ושאר החוקים שיש למלך על הסוחרים הנכרים בסחורותם שהם סוחרים בארצו..." קנה המידה להכרתנו בדין המלכותא לגבי מי שאינו תושב שלה, אלא רק עובר בה באופן עראי, נשאר אפוא הנוהג הבין-לאומי. מכל-מקום ברור שאין ד"ד ולא כלום לגבי מי שאינו בשעת הטלת החובה בגבולות המלכותא או שאינו, לפחות, תושב קבוע שלה, העומד לחזור לגבולותיה. ומסתבר שאדם פוסק להיות תושב באותו האופן שבו החתיל להיותו. אף-על-פי-כן, אין נראה כי בדינינו מספיק שהאיש ירכוש לו מקום ישיבה חדש כדי שיאבד את הקודם, אלא נחוץ שבאמת יתכוון לעקור מן הארץ לחלוטין ויעשה מעשים שיוכיחו זאת. מקום מגורים כפול אינו יכול להפריע במשפטנו, שהרי המצב האישי ביהודי לא יקבע אצלנו על-פי ד"ד אלא רק לגבי זכות או חובה מסוימת נתונה, אבל בדרך-כלל הוא יקבע רק על-פי דין ישראל.

כל זה אמור בזכויות וחובות אישיות. לגבי קביעתן של זכויות ריאליות בד"ד יש לנו קודם-כל הכלל הרחב שקובע הרשב"א בתשובה האחרונה הנ"ל ובתשובה סי' שני"ו בספר "תולדות אדם", והחל הן על חובות אישיות והן על זכויות ריאליות : "ולשון ד"ד מורה על דברים שהם מחוקי המלכים לעשות כן בארצם". והתשב"ץ ח"ג סי' קל"ח מפרש : "מי שהלך למדינת הים [...] והניח במקומו קרקע, והמלך תובע המס המוטל עליו - דינו כך שהמלך הוא מוחזק בשעבודו על נכסיו, ויכול למכור בנכסיו וממכרו ממכר... ואם לא הניח נכסים, לא קרקעות ולא מטלטלין, ויש לו מלוה אצל אחרים - גובין ממנה, דקיי"ל כר' נתן". אינני מבין מה ענינו של ר' נתן לכאן, שהרי אינו מתאר לעצמי כי התשובה תפסוק

[עמ' 43]

אחרת אם המלך יעשה אותו דבר על-פי חוק כשר משלו, ושלא כר' נתן. מכל-מקום, ברור כי נכיר בכל מה שהמלך יעשה כדין ביחס לזכויות הריאליות שבתוך ארצו, ושלא נכיר במה שיגזור או יעשה מחוץ לארצו. אעפ"כ, יש בזה סייג שאינו פוגע בעקרון. מהר"ר יעקב וייל כותב בתשובה סי' קל"ג : "וההוא גברא הטוען לפוטרו (ממס על) נכסים שלא ראו פני המדינה, ז"ל, דמ"מ יש שהורו : כסף שיש לאדם חוץ לעירו... פטור מן המס, כמו מתנה וירושה או שכר שבא לאדם חוץ לעיר, שמעולם לא היה להקהל עין מזה... וי"א מי שיש לו מעות חוץ לעיר... צריך ליתן מן הכל, וגם שם צריך ליתן מאותם מעות, אפילו לא באו המעות לידו מעולם, ורוב עמא דבר כן. עכ"ל... והמנהג בכל אלו המדינות שנותנים מסים... מנכסים שלא ראו פני המדינה, וכן אני רגיל לדון"; היינו, מכירים אנו בחובות אישיות שהוטלו מד"ד כדין, אפילו אם הדבר קשור בנכסים מחוץ למדינה, ויש אומרים שנכיר אף בחובות אישיות שהוטלו מד"ד על מי שאין לו אמנם זיקה של כפיפות אישית ישירה לאותה מלכותא, אלא שיש לו בה נכסים. ונראה לומר, שכשם שהבעיה הראשונה נפתרת לפי הנוהג הבין-לאומי - הוא הדין בבעיה השניה, ולפי זה יתכן שבעלות על נכסים במדינה - הבעלית כשהיא לעצמה - תקנה למלך שיפוט אישי של הבעלים, בקשר לאותם נכסים, וכנראה - בגבולות ערכה. משפטנו, מכל-מקום, מוכן לכך, שחרי בש"ע חו"מ י"ד א' בהג"ה אנו לומדים :

"...אא"כ יכול (התובע) לעכב מעותיו (של נתבע) בעירו (של תובע) - אז צריך להודיע לנתבע ואז צריך לדון במקום שמעותיו שם". דבר זה אינו חורג, כמוכן, מעקרון העובדתיות: החובה האישית מסוג זה תהיה מבוססת על שעבוד ריאלי שיש בכוח המלך לממשו.

ולבסוף, מה דינן של זכויות וחובות אישיות שדבקו באדם בדינינו מטעם ד"ד בהיותו תחת יד המלך - כאשר האיש יוצא את הארץ ועוקר את ישיבתו ממנה לחלוטין? את התשובה על כך ראינו כבר מכללא לעיל, אך התשובה המפורשת והיסודית בענין זה היא תשובה ט' מן התשובות הנספחות על ספר נזיקין ממשנה-תורה להרמב"ם, שגם אותה כבר הזכרתי בפרק ג', וזו לשונה: "השיב ר"י על אחד שברח, שפסקו עליו מן המס קכ"א ליטרא - כך מנהג בכל הקהילות, שאין אדם יכול לפטור עצמו מן המס בצאתו מן העיר אחר שנתחייב; וגם אם אין שום מנהג - נראה דין תורה, שכששאל המלך מס - אפילו שערי דכדא נשתעבדו, ומלכא אמר: מאן דלא יתיב כרגא לישתעבד למאן דיתיב כרגא בכל מה שנשתעבד כבר למלך, ובפרק הגוזל בתרא אמרינן: האי מאן דמשתכח בבי דרי פרע מנתא דמלכותא, ובר מתא אבר מתא מיעכב..., שכל מה שנתחייב למלך - נתחייב

[עמ' 44]

לפרוע כבר את המס משעה שנתחייב למלך". המדובר הוה בתביעה שהבורח ישלם את חלקו במס למי ששילם בעדו בד"ד וקנה בזה מן המלך את הזכות לחזור על חברו ולגבות ממנו; והתשובה היא שהבורח חייב לשלם, אעפ"י שהכלל אצלנו הוא כי אין אדם חייב לשלם למי שפרע חובו שלא על דעתו. נשאר לנו רק לבדוק את הנימוקים לפסק זה, שיש מקום לפקפק בהם. ר"י תולה את תשובתו קודם-כל במנהג הקהילות, ולפי זה יוצא שכיום, כאשר הנוהג הבין-לאומי הוא שאין מדינה אחת גובה מסים בשביל חברתה - לא נגבה גם אנחנו את החוב המגיע למלך ממי שאיננו עוד תחת ידו, אבל בד"ד? כשהמלך עצמו הוא התובע, אבל אם מי שבא מכוחו יתבע - נגבה לו את החוב, כי כך הוא המנהג להגבות. מה שהר"י אומר שגם דין תורה הוא להגבות - ראינו לעיל שאין זו דוקא דעת רוב רבותינו, לפחות במה שנוגע לנימוק של "שערי דכדא משתעבדי". וכמוכן לא במה שנוגע ל"מלכא אמר" וכו'. הנימוק היחיד היכול לעמוד בפני הבקורת הוא האחרון, היינו "בר מתא אבר מתא מיעבט" (ב"ק קי"ג ב'), אעפ"י שיש מקום לפקפק אם זהו, כשלעצמו, באמת דין תורה ולא איזה דין פרטי מד"ד שהכרנו בו רק לשעתו. אבל גם אם כך הוא - יוצא לנו לפחות שמדין תורה אנו מכירים בהעברת זכויות אישיות מן המלך לבאי-כוחו. אכן, ראינו כבר שבזכויות כאלו אנו מכירים אפילו כאשר אין עוד למלך שום ענין ישיר בהן, כגון שנמכר המס למוכס חוכר, ואפילו אם המלך לא יכפה את התשלום, כגון שהמוכס הוא יהודי ואסור לו להתלונן בפני המלך או בערכאות על ישראל חברו המברית ממנו. אותו העקרון עצמו, היינו שזכות אישית שנקנתה בד"ד ניתקת בשרשה מן המקור המשפטי הנכרי והופכת להיות זכות רגילה בדינינו, עולה לנו גם מ"בר מתא אבר מתא מיעבט", ובכך באמת יש לנו בזה ראייה גמורה שאכן דין תורה הוא כי נפעיל חובות וזכויות אישיות מד"ד, בין אם נושאייהן מסורים לשלטון המלך ובין אם יצאו מתחת ידו. בכל-זאת נדמה לי שהמלך עצמו לא יכנס בגדר זה - במקרה שיש מנהג מנוגד לכך בנוהג הבין-לאומי: זכותו של המלך - בתור עכו"ם - תידון בדיניו, כפי שנראה להלן, ובכך בד"ד, ואלו את ד"ד אנו מפעילים רק בכפיפות לנוהג הבין-לאומי; והוא יהיה הדין אפילו בבא כוחו, אם המנהג הבין-לאומי פוגע גם בזכותו שלו או ביכולת להפעילה, כי הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם - לענין הרעת כוחו¹⁶.

[עמ' 45]

ו. "מלכא אמר: לא ליקני ארעא אלא באגרתא"

עניני מסים וארנוניות הם השטח העיקרי שבו יצא לרבותינו לטפל באמרתו של שמואל דד"ד, ומכאן הסיקו פוסקים רבים שאין כוחה של אמרה זו יפה אלא בתחום המשפט העברי בלבד. ראינו בפתח דברינו שהסוגיה בגטין י' ב' עשויה לטפוח על פניה של תפיסה זו, אבל שם יש לנו שתי

¹⁶ נדמה שהמנהג הבין-לאומי כפי שהוא קיים כיום לא יפגע בזכותו של ב"כ המלך, כי לפיו אין זכות המלך כשלעצמה נפגעת, אלא ביה"ד של העד שכנגד רק אינו מחויב להפעילה - אם המלך עצמו הוא התובע; ויוצא אפוא שהמלך יכול להעביר בדיניו זכות שלמה למי שיבוא מחמתו.

לשונות, והלשון השניה - "תני חוץ מכגטי נשים" - מאפשרת להסיק שאין דד"ד אמור באותה משנה. קשה יותר היה לבעלי התפיסה הנזכרת להתגבר על הסוגיה בבבא בתרא נ"ד ב' - אם כי הם עצמם יצרו את הקושי במון ידיהם - ואכן, סוגיה זו היא המשמשת משום כך גשר לכלל דד"ד מן המשפט הצבורי אל המשפט הפרטי.

הסוגיה בנויה על הלכה מפוקפקת שאינה יכולה לעמוד בלי תרוץ דחוק ורחוק, על אף הכונה הטובה שהיא באה לשמש (כפי שאעיר להלן): "אמר רב יהודה אמר שמואל: נכסי ע"כ הרי הן כמדבר - כל המחזיק בהן זכה בהן. מ"ט? ע"כ - מכי מטו זוזי לידיה אסתלק ליה; ישראל לא קני עד דמטי שטרא לידיה". אביי הקשה על הלכה זו, כפי שראינו, מד"ד, אבל לפני שנוכל לטפל בקושיה זו עלינו קודם-כל להתמצא בעצם דברי רב יהודה, אף כשאין ד"ד מפריע להם.

ראשית יש לשאול, הלא גם יהודי קונה קרקע בכסף, ולא רק העכו"ם, אך על זה התשובה היא פשוטה, היינו שמדובר כאן במקום שנהגו ישראל לקנות בשטר (תוספות); ואם תאמר שסוף-סוף יכול היהודי הקונה לסטות מן המנהג ולקנות בכסף - כדי שלא יניח לקרקע להיות הפקר - משיבים התוספות: "אנן סהדי שלא היה בדעתו אלא כמות שהוא רגיל לקנות עם ישראל, דהיינו בשטר - מדלא פירש אי בעינא בכספא איקני", ואלו רשב"ם משיב: "דסתם עכו"ם אנסיס הם, ואין בדעתו לקנות בלא שטר". כזאת היא ביסודו של דבר דעת כל המפרשים; ב"ח על טור חו"מ סי' קצ"ד סובר אמנם ש"אין ללמוד... דתלוי (הדבר) בדעת הלוקח", אבל סוף-סוף גם הנימוק המוזר שלו לדעתו אינו אלא "לפי דלא סמכה דעתיה (דלוקח) עד דמטא שטרא לידיה". שאלה שניה, וחמורה יותר, היא שהלא בעיסקה אשר יש בה יד לעכו"ם אנו מחילים את דינו של העכו"ם; והתשובה על שאלה זו היא כתשובה על רעותה הראשונה: לא סמכה דעתו של לוקח. המסקנה היא אפוא, שאין כאן הלכה עקרונית להחלת שני משפטים אישיים שונים על תוצאותיה של עיסקה אחת, אלא מקרה יוצא דופן, שבו לא קנה הלוקח את הנכס לעצמו אלא להפקר - מתוך חוסר סמיכת דעתו על הדין החל על העסקה אשר גמר. תימה

[עמ' 46]

הוא מדוע הטילו חלק מן הפוסקים על העכו"ם את האחריות להפסד שנגרם לאותו לוקח מבולבל (למעשה צודק, כמובן, הב"ח, עם כל זרות הגיונו, כי באמת אין הלוקח מבולבל כלל, אלא רבותינו כפו עליו חזקת בלבול, כדי ליראו ולבהלו, שלא יסמוך על דברתו של עכו"ם); ואמנם, הרא"ש חולק על חיובו של הגוי בנזק, ומסתבר שטעם החיוב הוא פשוט זה, שרבותינו חסו על ממונו של ישראל ולא חסו על ממונו של עכו"ם, אבל לא שום טעם משפטי (ר' למשל את קלות-לשונו של הרשב"ם בענין זה). יותר הגיונית ומשפטית היא דעתו של הרמב"ן, שהתקבלה אמנם גם היא על לב פוסקים רבים, היינו שהתופס מן ההפקר חייב לפצות את הלוקח משום דמשתרשי ליה הני זוזי; אך מכל-מקום, כל הדברים הצדדיים הללו, כמו גם יתר המסקנות המשתלשלות מן ההלכה הנדונה, אינם נוגעים עוד לענינו.

אביי שואל אם-כן על התופס מן ההפקר, שנוצר על-ידי הלוקח מן העכו"ם, - כיצד יקנה זה, אם דינא דמלכותא הוא שלא יקנה אדם קרקע אלא בשטר? והבעיה היא לכאורה זאת: אם כך הוא דין המלך - כיצד מסתלק העכו"ם בדמים בלבד, שהרי הוא - ודאי שהוא מוכר רק על דעת דינא דמלכותא, ומלבד זה, גם דין הוא שנדון את העכו"ם בדיניו, היינו בדין המלך? במלים אחרות: הקושיה של אביי נובעת מזה, שעל-פי דין המלך, שאנו מכירים בו, אין התופס תופס מן ההפקר אלא משל העכו"ם. וממילא אנו צריכים להוציא מידו, גם בדינינו, ולהחזיר לעכו"ם או ללוקח - משיבוא השטר לידו, שהרי מכל-מקום, מה שעשה התופס בינתים אינו כלום, באשרו קרקע - לעולם ברשות בעליה היא עומדת. כך תופסים את הדבר רבנו גרשום ופוסקים אחרים (ר' שי"ך, ש"ע חו"מ סי' ע"ג סעי' י"ד); אולם, כפי שנראה להלן, הדין שהעכו"ם נידון תמיד בדינא דמלכותא שלו איננו דין ברור לחלוטין. העכו"ם נידון אמנם בדיניו, אבל לפעמים מפרשים "בדיניו - בדינים שפסקה לו תורה". ולפעמים - בד"ד, ואם כי לא מצאתי מחלוקת בין שתי התפיסות הרי גם לא מצאתי שום שיטה קבועה בזה. מכאן הקושיה המובאת בש"מ על ב"ב נ"ד מן העליות של ר' יונה: "אם-כן (אם הבעיה היא כמו שאמרתי לעיל משום רבנו גרשום) - למה הוצרך אביי להקשות מזה שאמר שמואל דד"ד? אפילו תימא ד"ד לאו דינא - היה יכול להקשות דמ"מ העכו"ם אינו גומר ומסתלק, כיון שיודע שאין המלך מניח ללוקח לזכות בשדה בלא שטר!" אינני רואה אמנם

את הפירכה הניצחת שבטענה זו, שהרי מכל-מקום אפשר להסיק מן הקושיה של אביי שדינא דמלכותא הוא באמת דינא, לפחות בעכו"ם ובבאי כוחו, אבל עובדה היא שרוב הפוסקים אינם מפרשים את קושית אביי כרבנו גרשום, אלא מעמידים את הבעיה, ולו גם מכללא (ללא הקושיה של ר' יונה

[עמ' 47]

בפרספקטיבה אחרת, בזו שבעליות, לאמור: "נהי דעכו"ם - מכי מטו לידיה, אסתלק ליה, מ"מ אין המחזיק בו יכול לזכות בו, כיון דדינא דמלכותא דינא, ומלכא אמר ליכא דקני ארעא אלא באיגרתא, ונמצא דעל-כרחך - הלוקח שיכתבו לו את השטר הוא לבדו יש לו רשות מן המלך לקנות".

ר' יונה עצמו תופס אמנם שקושיה חמורה יש על דבריו, היינו שמכל-מקום לא הסתלק העכו"ם בדמים בלבד, ואין אפוא צורך בכל הספקולציה שלו; אבל הוא מתרץ כפי שכבר ראינו בפרק קודם, שאין אנו אומרים דד"ד אלא בהפקעה בלבד, ובכך - העכו"ם באמת הסתלק לו, כי אין המלך יכול למנוע ממנו הסתלקות זו שהוא מסתלק בדינינו, היינו להקנות לו אחר שאנו רואים אותו כמסולק; אבל מעתה מפקיע המלך את הקרקע מיד כל מי שלא יהיה שטר קנין בידו, והלוקח יקנה בדינינו בחזקה, ולא בשטר (כי הגוי כבר הסתלק ואין לו אפוא כוח לחזור ולהקנות את השדה בשטר): הוא יקנה משום שהוא היחיד שהמלך מתיר לו לקנות ואינו מפקיע ממנו. לפי תפיסה זו יוצא בהכרח, שאין הלוקח יכול לסלק בדינינו את התופס מן ההפקר, אפילו אם בא השטר לידו, שהרי עדיין לא החזיק ולא קנה, ואם כי גם בדינינו לא תהיה לתופס שום זכות בקרקע, שהרי המלך הפקיעה ממנו - מכל-מקום אין הלוקח בעל דברים שלו. ראינו שהרמב"ם מזכיר במקום אחר משהו דומה לכך, אבל אין ברור לי כלל אם באמת עולה שם כוונתו של הרמב"ם בקנה אחד בכל עם דברי ר' יונה, ובכל-אופן, הטור ושלחן-ערוך, ההולכים בעקבות הרמב"ם, אינם מזכירים את ענין ההפקר כלל בהקשר זה. ראינו כבר גם את האבסורדים שהתפיסה האמורה מובילה אותנו אליהם, ואף זאת שאין מסתבר כי כך היא ההלכה¹⁷, ומכל החומר שבדקתי לא מצאתי אלא את ר' יונה סובר כך בפרוש ואת הרמז הסתום של הרמב"ם בכיוון זה; כל הפוסקים האחרים שראיתי, ואף הרמב"ם עצמו כשהוא עוסק בסוגיה הנידונה בפ"א ה' זכיה ומתנה, אינם מתישבים עם תפיסתו של ר' יונה.

ואף-על-פי-כן, רק מתוך הפרספקטיבה של ר' יונה בפרוש קושיתו של אביי, ולא מתוך הפרספקטיבה של רבנו גרשום, אפשר להבין את דברי אותם הפוסקים: הם מפרשים מכללא כר' יונה, אלא שאינם לוקחים בחשבון את הקושיה שהוא מקשה על עצמו (וממילא

[עמ' 48]

הם פטורים מתרוצו); היינו: הם יוצאים, כפי שמסתבר, מן ההנחה שאין שום חשיבות בדבר אם העכו"ם באמת הסתלק לו או לא, הם מתעלמים בכלל ממה שהייתה שם יד עכו"ם באמצע (ר' לשון הרמב"ם והרא"ש וני"י), והחשוב הוא לגבי דידם רק זה שאין התופס מן ההפקר יכול לזכות משום ד"ד; אך עם זה הם מסיקים, שכאשר יגיע שטר העכו"ם לידי הלוקח הראשון - **נוציא** לו את הקרקע בדינינו מיד המחזיק, שוב משום ד"ד (ר' ב"י על טחו"מ סי' קצ"ד, והוא מסתמך שם על דעת הרשב"ם, הרי"ף, הרמב"ם והרא"ש כאחד). מסקנה סופית זו מתישבת, כמובן, לחלוטין עם הלך מחשבתו של ר' גרשום (ר' שוב ב"י שם), ואמנם לא מצאתי לבד מר' יונה מי שדוחה הלך מחשבה זה בפרוש, אך כאמור, כמעט ברור שלא על הפסים שלו הגיעו הרשב"ם, הרמב"ם והרא"ש אל המסקנה שמביא בית-יוסף, והדבר נעשה ברור לגמרי אם נוכל לקבל כקנה-מידה את הויכוח שמנהלים בענין הנידון הפוסקים המאוחרים, כפי שנראה להלן. הרושם המוזר הוא שבמקרה זה הם לא התעמקו בסוגיה כלל, אלא נתפסו רק בפורמולה גרידא של ד"ד ו"לא ליקני ארעא אלא באיגרתא", אך על-פי זה נשאר קושיתו של ר' יונה על עצמו קושיה; שהרי מנין אנו

¹⁷ והלא גם אם אנו מדמים את הענין להפקר ב"ד הפקר - מהו הטעם של כלל זה? - "ר' אלעזר אמר מהכא: אלה הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע בן נון וראשי האבות וגו'. וכי מה ענין ראשים אצל אבות? לומר לך מה אבות מנחילין את בניהם כל מה שירצו - אף ראשים מנחילין את העם כל מה שירצו (גטין ל"ו ב').

יכולים ללמוד כי הלוקח הראשון זוכה בדינינו במישרין משום ד"ד, ולא דוקא בבא מחמת עכו"ם, אם העכו"ם בכלל לא הסתלק ולא נוצר אפוא שום הפקר? ממה נפשך: אם העכו"ם נידון בד"ד - הרי שלא הסתלק, והלוקח זוכה ממילא גם בדינינו שלנו בשטר; ואם נידון הגוי בדינים שפסקה לו תורה והסתלק - כיצד לא נחיל את ד"ד עליו ונחילנו על היחסים בין שני יהודים? - השיטה ההגיונית היחידה נשארת אפוא שיטתו של רבנו גרשום, ומזו אין ללמוד מאומה בדבר דד"ד בבני-ישראל.

יתר-על-כן, כפי שראינו, כל מה שאבוי אומר הוא לאו דוקא שדינא דמלכותא דינא בהתנגשו עם דיננו, אלא שלא יתכן כי שמואל אמר גם את ההלכה שעמדנו עליה וגם את אמרתו על הכרתנו בדין המלך הזר. אבוי מסיק, אמנם, שאם-כן לא אמר שמואל אותה הלכה, אבל מכל-מקום אמר דד"ד, וכן סובר גם רבנו חננאל. אבל רשב"ם מוכיח בברור ומעבר לכל ספק, שאותה הלכה היא הלכה בלתי-מעוררת, וכמוהו דעת כל הפוסקים האחרים. ואכן, מהלך הסוגיה כשלעצמו אינו יכול ללמד אותנו אלא רק דבר יחיד זה בלבד, ויש אפוא מקום לסבור, דוקא לפי שיטתו של אבוי - אשר מהלך הסוגיה אינו מפריד אותה - כי אותה הלכה הלכה היא, אלא ששמואל לא אמר דוקא את אמרתו דד"ד בדבר זה! ואמנם, תמה אני על כך שלא מצאתי בין הפוסקים אף אחד המעלה סברה זו; ייתכן וטעם הדבר הוא שאין מסקנה זו עולה יפה מרוח הסוגיה ומשכנותה עם אחותה הבאה אחריה (ב"ב נ"ח א'), ואם-כן ודאי שהצדק אתם, ואכן מוטל עלינו

[עמ' 49]

לישב את דברי שמואל השונים אלה עם אלה.

אך אם-כן, תמיהה חשובה יותר אני תמה על הפוסקים מדוע לא הקשו על עצם שאלתו של אבוי, המתבססת דוקא על כך שהמלך אמר כי לא יזכה אדם בקרקע אלא **בשטר**. נניח שהמלך לא אמר כן, וגם בדיניו ניקנית קרקע אף בכסף ובחזקה, כמו בדינינו, והיהודי נתן לגוי כסף בתמורת שדהו; לכתחילה צריכים אנו שוב לומר כי העכו"ם הסתלק והקרקע נעשתה הפקר משום שלא סמכה דעת הלוקח בלא שטר, ועל-פי זה יכול היה אבוי שוב להקשות "והא אמר שמואל דד"ד!", אעפ"י שמלכא לא אמר "לא ליקני ארעא אלא באגרתא" - שהרי בדינא דמלכותא קנה הלוקח מיד עם מתן המעות: רחוק יותר מדי הוא להניח כי גם בד"ד יש חזקה כזאת, שלא סמכה דעתו של הלוקח מן הגוי בלא שטר, ולשם מה אפוא לאבוי אותה תוספת-מלים בקושיתו? כל הפוסקים נמצאים מתרצים מכללא על-ידי מה שהם מקימים את ההלכה ש"נכסי ע"כ הרי הן כמדבר" רק במקום שאין בכלל דינא דמלכותא, ומשמע שאם יש דין ידוע למלך - לא שנא באמת אם דורש דין זה דוקא קנין בשטר או שהוא מסתפק גם בקנין כסף, ובשני המקרים אין הקרקע נעשית הפקר, ואכן, כך פסק הרמב"ם. מכל-מקום יוצא אם-כן, שבדורא דרעותא, ששם היה המעשה המקורי בלוקח מן העכו"ם, לא היה דין ידוע למלך, אולם לא זו בלבד שמסקנה כזאת סותרת את המציאות ההיסטורית, אלא גם מוזכר בסוגיה בפרוש שהיה גם היה שם דין כזה, ורשב"ם מפרש רק שאותו דין לא דרש **דוקא** קנין בשטר, ומשום כך זכה התופס מן ההפקר. יתר-על-כן, התוספות, ובעקבותיהם הרא"ש, אומרים שאסור ליהודי הלוקח הראשון להשתתף עם העכו"ם בסילוק התופס מן ההפקר, ואם יעשה כן - דינו כדין מסור; ומשמע מכאן כמעט בפרוש, שדין ידוע למלך ישנו וישנו, ואינו מכיר בתפיסה, ורואה את הלוקח הראשון כבעל הקרקע לכל דבר, ואף-על-פי-כן אומרת הגמרא שבדינינו זכה התופס מן ההפקר ואין אנו מוציאים מידו. לפי זה נראה, כי על מה שהרשב"ם מפרש, שלא היתה בדורא דרעותא חובה לקנות דוקא בשטר, יש להוסיף באופן חיובי, שאעפ"כ היה שם דין המלך לקנות באופן אחר - היינו, בהכרח ההגיון, לקנות בכסף, וחוזרת אפוא ונשאלת השאלה מה הבדל ראה אבוי בין קנין כסף וקנין בשטר?

והנה, אם ההנחה שעליה אני בונה את שיקולי היא נכונה, הרי ההבדל הוא זה: אם אמר באמת המלך "לא ליקני ארעא אלא באגרתא", אין העכו"ם מסתלק בדינא דמלכותא עם קבלת הדמים, והקרקע נשארת שלו, ובכך אין כאן תפיסה מן ההפקר, והדברים הם בין התופס לבין העכו"ם או בא כוחו - לאחר שבא השטר לידו - ואנו מוציאים מיד התופס משום שגזלן הוא; וכבר ראינו שהפירוש על דרך זה, פירושו של רבנו גרשום, הוא הפירוש שאינו גורר קושיות חסרות תרוץ ושמכל-מקום אין חולק עליו, כפירוש אפשרי, חוץ מר' יונה. לעומת זאת,

אם מסתפק דין המלכותא בקנין כסף, ללא שטר, - העכו"ם הסתלק עם מתן הכסף, לכל הדעות, בין בדינינו ובין בדינא דמלכותא; ואפילו אם בד"ד קנה הלוקח, הרי אצלנו חזקה היא שלוקח זה ויתר על הכוח שבא לו מן העכו"ם, והתופס מן ההפקר זכה אפוא; ועתה, כשבא הלוקח לתבוע ממנו - אמנם בעל דברים זידיה הוא התופס, אבל אין הלוקח יכול לבסס את טענתו אלא על הדינים של המלך בין אדם לחברו; ומאחר שהדין הוא בין שני יהודים - דנים אנו להם בדין ישראל, ואין אנו אומרים שהלוקח בא מחמת עכו"ם ונידון אפוא בדיני עכו"ם כי הלא החזקה היא אצלנו, כאמור, שלא סמכה דעתו על דינים אלה, ועתה מכוח עצמו בלבד הוא בא. ורק כך, נדמה לי, אפשר לתרץ למה הוצרך אביי להזדקק דוקא לטענה של "לא ליקני ארעא אלא באיגרתא", והיינו שבלעדי טענה זו ברור לו כי אין שמואל סותר את עצמו, כי מילתא פשיטא היא שלא נחיל דין עכו"ם מתחום המשפט הפרטי בין ישראל לחברו. ולפי זה אין הדגש בקושיה של אביי על השאלה כיצד קנה התופס מן ההפקר בלי שטר, אלא על השאלה כיצד הסתלק העכו"ם בדמים בלבד, כאשר בדינינו אין קנין הכסף מספיק. (ואינני רואה בזה שום סתירה למה שאמר אביי בסוגיה בבכורות, ש"דיניו - דינים שפסקה לו תורה", כפי שאסביר בפרק האחרון).

בסיכום הדברים ניתן אפוא לומר שהסוגיה הנידונה מלמדת אותנו שני דברים: א) אם יש ד"ד במקום הרי אנו דנים בדין זה בכל ענין שבממון, ואפילו בתחום המשפט הפרטי את העכו"ם ואת הבא מחמתו; וב) בין שני יהודים הבאים מכוחות עצמם או מכוח יהודים אחרים - לעולם אנו דנים בדין ישראל, ואפילו אם יש הפרש בין הזכויות והחובות בדינינו לבין הזכויות והחובות במשפט הפרטי של ד"ד.

שתי המסקנות האלו גם יחד עולות בקנה אחד עם ההלכה כפי שנקבעה כמעט בברור על-ידי הפוסקים המאוחרים, ולו יהא גם שהם מבססים את דעתם על סברות עקיפות ולא על סוגיה מן התלמוד, העוסקת בדברים אלה במישרין. עם זאת, איני מתעלם מכך שהמסקנה השניה שאני מוציא מבוססת רק על דיוק לשונם של אביי ופירוש הרשב"ם לתשובת רב יוסף, ובכך גם היא במונח מסוים רק סברה היא, וכמובן אינה יכולה להיות עדיפה מסברת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש, שלא היה דינא דמלכותא כלל בדורא דרעותא, לפחות בענין שלפנינו, אך מכל מקום אין בכל הדברים האלה כדי לשנות את הדין הלכה למעשה, כאמור. נוסף על כך, אי-אפשר, כמובן, להתעלם מן המסקנות שאותם פוסקים הסיקו מן הסוגיה שלפנינו על-פי שיטתם - בניגוד לשיטת רבנו גרשום - ושהפכו להיות הלכות במשפטנו ואף פיתחוהו, אם כי אני חוזר ואומר ששיטתם אינה יכולה לעמוד בפני ביקורת הגיונית, ומסקנותיהם אלה נשארות תלויות אפוא באמת רק בסברה בלבד או בשמועה -

- במונח המשפטי המדויק של המלים - ללא כל אחיזה ממשית בסוגיה שהם מתבססים עליה.

ראינו כבר שבעיקרו של דבר, המסקנה של הפוסקים היא כי בסתם יש בדינינו כוח למלך נכרי לחייב את באי ארצו, והיהודים בכללם, בצורות קנין מסוימות, ואם עשה כן - כל קנין שנעשה בנכסים הנמצאים בארצו בניגוד לגזרתו בטל ומבוטל גם בדינינו, ואלו קנין שיעשה בדין המלך ובניגוד לדינינו - יתפוס. ראינו כבר גם כן שהרמב"ם מנסח (פ"א הל' זכיה ומתנה הל' י"ד): "אם דין אותו המלך ומשפטו, שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר או הנותן דמים וכיוצא בדברים אלו - עושין כפי משפט המלך, שכל דיני המלך בממון - על-פיהן דנין", וכן אמרתי כבר שהרמב"ם סותר בעצמו את הסיפא של דבריו בדונו בענין שטרות; יתר-כל-כן, סיפא זו - **ודאי** שהיא חורגת מהקף הסוגיה לכל הדעות, ונדחה אפוא את הדיון בה לשלב שבו נעמוד על ההכללות השונות שהכלילו רבותינו בקשר לתחולת דד"ד. נשארת לנו אם-כן לפי שעה רק הרישא, ומתוכה יתכן לומר שהרמב"ם מגביל את המסקנה כפי שניסחתיה לעיל לקניני קרקע בלבד. הגבלה שכזאת תסתור אמנם את הסיפא, אבל סיפא זו היא מפוקפקת ממילא, ומכל-מקום לא חששו חלק מן הפוסקים המאוחרים לסתירה האמורה והכלילו: לא אמרינן דד"ד אלא דוקא בדינין התלוין

בקרקע"י (ר' ב"י על טחו"מ ס"י שס"ט סעי' י"ד, אם כי אין זו דוקא דעתו שלו). על-כל-פנים, יותר מדי רבים הם החולקים על הכללה זו כדי שנוכל לומר שיש במשפטנו נטיה לקבלה (ר' ב"י שם).

אם אין אנו נאחזים אפוא לא בסיפא של דברי הרמב"ם ולא בהגבלה שכנגדה, אשר באמת, יותר משהיא מתיחסת לענין שלפנינו הרי היא מתיחסת דוקא לסיפא של הרמב"ם, מוטל עלינו לשאול מאי משמע "אם דין אותו המלך ומשפטו שלא יזכה בקרקע אלא מי שכותב בשטר וכו"י", או במלים אחרות - מאי משמע שיש בדינינו כוח למלך נכרי לחיבנו בצורות קנין מסוימות? כי זאת לפחות הלכה ברורה היא, כפי שנראה להלן, שמה שאין המלך מכריח, אלא נותן בו רשות - אין אנו אומרים בדבר זה דד"ד (ר' ב"י שם).

המובן הפשוט והרגיל ביותר למשפט האומר כי המלך מחייב אותנו בצורות קנין מסוימות הוא שדין המלך קובע כי קנינים שיעשו בניגוד לצורות אלו אינם תופסים. מובן שכזה למשפט הנידון הולם את עקרון העובדתיות, כי סוף-סוף הרי יש למלך כוח לכפות את הסדרת הזכויות הריאליות בנכסים הנמצאים בארצו לפי דיניו, ואכן, קשיים רבים עלולים להגרם ליהודים תושבי-נכר אם יראו עצמם קשורים בדינינו בעוד אשר

[עמ' 52]

זכויותיהם וחובותיהם בדיני המלך תהיינה שונות; אולם, מצד שני, אם ניתן למשפט האמור את המובן שהזכרתי, נמצאנו מבטלים את כל התורה כלה. ראינו שבנסיון למצוא את שביל הזהב במבוך זה פסקו רבותינו שמכל-מקום - על הנוהג הכללי של דין תורה אין אנו יכולים לומר, שאם לא כן ויתרנו על עצמנו. אותו מובן שאמרתי אינו יכול אפוא לעמוד, וכך מוציא אותנו ממנו ר' יונה בעליותיו: "סתם חוקי המלך - על בני אומתו בלבד הם, ואפילו אם פירש והטיל הנהגתו על ישראל - כיון שיכול ישראל לכופף את חברו בדיני ישראל - אין המלך כופה אותו לדון באותם הדינים והמנהגות שהנהיג; נמצא שלא פקע זכות של ישראל מחמת אותו ד"ד אלא אם כן הלך חברו לדון בפני ערכאות שלהם, ודנו אותם בד"ד, ולא קבע המלך אותם הדינים על ישראל אלא לענין שידונו אותם בערכאות שלהם כד" (ר' ש"מ על ב"ב נ"ה). את דעתו זו מקבל הרשב"א בחידושו על גטין, וכן, בעיקרו של דבר, בית-יוסף, כפי שראינו זה עתה, והתשב"ץ ח"א ס"י י"ג זה לשונו: "אבל שידונו עפ"י דיניהם - אין המלכות מקפדת בכך, [...] וכיון שכן, אין בזה משום דד"ד, וכן דעת הרמב"ן ז"ל, וכ"כ האחרונים ז"ל משמו"¹⁸. הראיתי כבר לעיל שאפילו היתה המלכות מקפדת" על כך לא היינו משנים את העקרון (ר' בד"מ, טוח"מ ס"י ס"ח: "ובמהרי"ק שרש קפ"ח משמע דאפילו הוה הקפדת מלכות להכשיר שלא כדן - לא משגחין ביה"), אבל מה שחשוב לנו כאן הוא זה, שאף אם המלך לא יכיר בקנינים שנקשרו בדינינו, אלא יראה את הזכויות והחובות הפרטיות דוקא כפי שהן עומדות בדיניו - מכל-מקום לא יפגע ביותר עקרון העובדתיות אם אנתנו נתעלם מדיניו אלה; כי גם אם המלך יראה את ראובן כבעל ממון פלוני, ואלו אנו נראה כבעלים את שמעון - בכל זאת יוכל שמעון לההנות מזכויותיו שבדינינו באין מפריע כל זמן שראובן לא יתלונן עליו בערכאות ולא ישלח בו גוי שיבוא מכוחו, ושני דברים אלה גם יחד אסור לו לעשות. יתכן אמנם, שגם ראובן וגם שמעון יצטרכו להכניס התאמות מסוימות במסמכים הרשמיים שלהם, כדי להשוות את זכויותיהם וחובותיהם בדין המלך לזכויות והחובות שיש להם בדינינו (כדי שלא יצטרך, למשל, ראובן לשלם מסים על נכסים שהעביר כבר לשמעון); יתכן גם שיתעוררו סיבוכים כאשר שמעון יעביר את כוחו לעכו"ם (אם בכלל יצליח בכך), ויוכל ראובן לחזור ולהוציא מן הגוי בד"ד. אבל נראה שגם דבר זה אסור לראובן לעשות: קודם-כל מפני שהוא משלח על-ידי כך את הגוי בשמעון, ושנית משום שאסור לראובן לתבוע אף את הגוי בערכאות אא"כ אין הגוי מצייט

[עמ' 53]

לדיננו, אבל במקרה הנידון הלא אין בכלל לראובן זכות בדינינו כנגד הגוי (ונדמה לי שלא נאמר כאן כי הגוי נידון בד"ד, ויש לראובן זכות כנגדו, באשר זאת זכות שמלכתחילה אין דד"ד אמור בה); ושלישית - יתכן ויהיה חילול השם בדבר. מכל-מקום, הנה מה שנקבע, למשל, בטחו"מ ס"י ק"א

¹⁸ בד"מ על טחו"מ ס"י שס"ט מקשה הרמ"א על ר' יונה ממה שמובא בהמרדכי בענין חזקת חלונות, אבל לי קשה דוקא הקושיה יותר מן המוקשה, שהרי בענין חזקת חלונות יש יד עכו"ם באמצע, כפי שנראה להלן.

סעי' י"ב בשם הר"י"ף: "... היו [...] כל נכסיו"¹⁹ משועבדים לעכו"ם (בדיניהם, אבל לא בדיניהם) ואם יטלו אותם ישראל יבואו העכו"ם ויאסרו אותו ויהיה בשביה - הורו רבותינו שאין שומעין לו ואין משגיחין בו, ויגבה הישראל (שראו לו לגבות בדיננו). ואם יאסרוהו עכו"ם - הרי כל ישראל מצווין לפדותו". אין אנו נרתעים אפוא מפני הקשיים העלולים להתעורר, וכל זמן שלא יעשה מעשה-בי"ד מטעם ד"ד כדי לשנות את הסדר הזכויות שבדיניהם במקרה הקונקרטי הלכה למעשה, כפי שנראה להלן - אין אנו אומרים שהמלך חייב אותנו בצורות קנין מסוימות, רק משום שאין הוא מכיר בהסדר שלנו להלכה.

מכאן יש לנו רמז לתשובה הנכונה על השאלה ששאלתי: מתי אנו אומרים שהמלך באמת מחייב אותנו בצורות קנין מסוימות ו"מקפיד" עליהן ושאונו מקבלים עלינו אותו חיוב? - הוה אומר, כאשר המלך כופה עלינו את דינו לא רק להלכה, אלא גם למעשה, כאשר אותה צורת קנין שאנחנו נוקטים בדיניהם היא לא רק בטלה בדינו, אלא היא גם עברה על דינו, על דרך הלשון "לא ליקני ארעא אלא באיגרתא"; אבל נדמה לי שדבר זה כשלעצמו עדיין אינו מספיק, אם בדיעבד אין המלך בא ומפקיע את הקנין למעשה, בסלקו את מי שקנה בדינו, אלא הוא רק מטיל עונש על העברה. ודאי הוא אמנם שנכיר בחוב העונש - אם זה חוב כספי - אבל אין מסתבר שנבטל את דינו אם המלך אינו מונע כלל את קיומו (ר' פסק הר"י"ף לעיל). נחוץ אפוא שהמלך יוכל בתוקף המשפט הצבורי שלו, ושלא בניגוד לנוהג הבין-לאומי, להתערב ולבטל למעשה ולמפרע את הקנין שנעשה בניגוד לדינו. זוהי התשובה הראשונה שאפשר להסיק בדרך ההקש ושאיין בה כמעט שום חידוש, באשר היא מעבירה אותנו חזרה לתחום המשפט הצבורי, שכבר עמדנו עליו. החידוש היחיד הוא בזה שהפעם לא נחכה עד שיבוא המלך ויפקיע את הקנין, אלא לא נכיר בו מראש - אם הוא נעשה בניגוד לדין שכזה של המלך; אעפ"כ, יתכן שלא תמיד ננהג כך אף במקרה כזה, כגון שהקנין נעשה במחתרת ולא יהיה בו חילול השם (בימינו יש לדבר חשיבות ביחוד בעברות על חוקי המטבע. ור' ביחס לעסקות מחתרתיות הנוגדות לדינא דמלכותא את תשובת הריב"ש סי' קע"ט, ששם הוא מקיים עסקות כאלה, אף כי בדרך כלל אין הוא מרבה להסס בהפעלת המימרה דד"ד).

[עמ' 54]

פתרון שני, רחב יותר, עולה מן השיטה האומרת שאנו גורסים דד"ד רק בכל ענין שהוא לתועלת המלך (הרמב"ם, לפי פרוש הרב המגיד בפכ"ז הל' מלוה, שלטי- גבורים פ' חזקת ועוד). שלטי- גבורים כותב אמנם: "דברים שהמלך גוזר להנאתו, כגון המכסים והמסיות וכיו"ב", ובכך הוא מזהה את תועלת המלך עם המשפט הצבורי בלבד, ונדמה לכאורה שאין שיטת תועלת המלך מרחיבה את הדברים שאמרת, אלא להפך, היא באה רק לקיימם ולסייגם באשר הם; ואותו דבר עולה לכאורה גם מדברי ה"ה, הכותב ז"ל: "אע"ג דקיימא לן (לפי שיטת הרמב"ם) דד"ד... ה"מ במה שהוא תועלת למלך: בעניני המסים שלו ומה שהוא מחוקיו, אבל דברים שבין אדם לחבירו - אין דינו בהם דין". אכן, כך הבין נמוקי-יוסף, פ' חזקת, והוא שואל: "מאי אכפת ליה למלכא אי קני ארעא באיגרתא או לא?", אלא בעל-כרחך "שמעינן משמעתין דדינא ד"ד אפילו במילי דלא שייך למלכא מידי ביה". ואף-על-פי-כן, התפיסה הרווחת היא ששיטת תועלת המלך איננה דוחה את החלת "לא ליקני ארעא אלא באיגרתא" אף על היחסים בין ישראל לחברו, והדבר נשמע מדברי הרשב"א בחידושו על גטין י"ב; הוא דוחה את שיטת תועלת המלך, אבל בהציעו לפנינו את תפיסתה הוא כותב כך: "ויש (גורסים) דלא אמרינן דד"ד אלא בדברים שהן להנאת המלך, וכאותה שאמרו בב"ב: מלכא אמר לא ליקני איניש ארעא אלא באיגרתא, כלומר שיחתום הוא את השטר ויקיימנו כדי שיקח הוא את חוקו". פרוש זה הוא חיחיד היכול להציל את שיטת תועלת המלך בכלל (ר' מה שמקשה עליה נ"י לעיל ודברי הר"ן להלן) - אלא-אם-כן נעמיד אותה לשיטת רבנו גרשום בפרוש הסוגיה ונצמצם אותה שתהיה אמורה רק לגבי יהודים, ולא לגבי עכו"ם - ולפי פרוש זה יוצא שאם מטיל המלך מס על פעולות משפטיות מסוימות, אלא שהסנקציה היא מתחום המשפט הפרטי, היינו שהפעולה תהיה בטלה בלי אותה צורה רשמית שבשעת קיומה יש לשלם את המס - בכל-זאת גם אנו לא נכיר באותה פעולה, אף אם היא כשרה בדין המקורי שלנו, ונכיר בכל פעולה שיש לה תוקף על-פי אותו דין המלך, אעפ"י שהיא בטלה על-פי דינינו המקוריים. והנה, אם

¹⁹ [הערת עורך: בטור הנוסח הוא: "היו לו מטלטלין או קרקע ויש עליו חובות לעכו"ם ואומר כל נכסי משועבדים לעכו"ם".]

כי ראינו שהרשב"א דוחה את שיטת תועלת המלך, וכן דוחים אותה פוסקים רבים אחרים, הרי עובדה היא שהכל רואים לפחות במסקנותיה של שיטה זו את המינימום בתחולת דד"ד שאינו שנוי במחלוקת כלל (ר' להלן דברי הרשב"א). נראה אפוא לומר שאותה תשובה שניה שניסחתי היא מכל-מקום הלכה אצלנו, לפחות לכל הדעות המאוחרות. יתכן רק שיש להוסיף, כי גם תשובה זו היא חחלטית אולי רק כאשר יש חילול השם בדבר, שהרי הטעם הישיר שלה הוא לא העובדתיות, אלא מה שאסור להבריח את המכס (מסקנה עקיפה מעקרון העובדתיות).

[עמ' 55]

תשובה שלישית, רחבה עוד יותר, עולה לנו לפי שיטת ר' יונה והרשב"א. בש"ע חו"מ סי' שס"ט סעי' י"א בהג"ה מובאת דעת הרשב"א "דלא אמרינן דד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה, אבל לא שידונו בדיני עכו"ם, דאם כן בטלו כל דיני ישראל". על זה מקשה בצדק ש"ך (סי' ע"ג סעי' י"ד, על ההגהה): "אם-כן, בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני-המדינה!", שהרי באמת אין לדבר סוף, ואלו הרשב"א עצמו הלא שם לדבריו גבול חמור. אך התשובה על קושיה זו היא שאכן יש ויש גבול ל"תקנת בני-המדינה", כי הרשב"א מתבסס על דעתו של ר' יונה בעליותיו, שטעם "לא ליקני ארעא אלא באיגרתא" הוא כדי למנוע מריבות והכחשות על המכירות (ר' שיטה מקובצת ותשובת הרשב"א בספר "תולדות אדם" סי' שכ"ו). כמובן, אפשר גם על דבר זה להקשות שכל דיני המלך הלא אינם באים סוף-סוף אלא רק כדי למנוע מריבות והכחשות, אבל נראה לי שהפרוש הנכון יהיה כי ר' יונה אינו מתכוון אלא לדרכי קנין רשמיות הבאות כדי לתת לשלטון פיקוח על עסקות מסוימות שיש להן חשיבות מיוחדת, כגון רישום העברות מקרקעין או ספינות בימינו, או מניעת הברחות וכד'. אפילו על פרוש ממין זה יש אמנם לש"ך שם קושיה של טעם: "ואנה מצא זה דמה שהוא לתקנת בני- המדינה אמרינן דד"ד אפילו נגד דין תורה?" - אכן, אינני יודע על שום מקור לכך, פרט לניסוחו הרחב של הרמב"ם וסגנונם של הרשב"ם, הרי"ף והרא"ש ופוסקים אחרים, שפרושם על בבא בתרא נ"ד ב' אינו מצמצם את הסוגיה שחתול על גויים בלבד ונוטה להחילה אף על יחסים שבין ישראל לחברו. כפי שאמרתי לעיל, ממשקע הפרוש הזה בהלכה אי-אפשר, כאמור, להתעלם, ולפיכך יש אולי לגרוס, שמאחר שאין התושבים היהודיים בארצות נכר חייבים דוקא לבלבל שם את סדרי הנהלת המדינה, שהם נהנים מהכנסת-האורחים שלה - מן הראוי שלא יעברו על הוראות החוק הבאות לתת לשלטונות את הפקוח הנחוץ, ונכיר אפוא בדרכי הקנין הרשמיות הנדרשות; אך אם יעבור יהודי על הוראות אלו לא נכיר בקנין אשר העמיד, שהרי סוף-סוף אין זה אלא ענין חלקי ובלתי-עקרוני. מכל-מקום - קושייתו של הש"ך קושיה היא, אבל מתוך שיקולים ממין זה, כנראה, אין הוא דוחה את דעת הרשב"א לחלוטין, אלא רק משאיר אותה בצריך עיון ומנסה להגבילה; וזהו המקסימום שמצאתי אצל הפוסקים המאוחרים שאפשר להסיבו על ענין דד"ד לגבי "לא ליקני ארעא אלא באיגרתא"; כל מה שעלול להשתמע יותר מזה מלשונו של הרמב"ם או מלשון פוסקים אחרים מסתכם בהכללה שבכל דבר אמרינן דד"ד, והכללה זו נתקלת, כפי שראינו, וכפי שנראה עוד ביתר פרוט להלן, בטענת רשב"א כי סוף-סוף לא באו רבותינו לבטל חס-ושלום את כל דיני התורה השלמה מפני דינם של עובדי-כוכבים, וטענה זו נשמעת למעשה פה אחד, ללא חולקים, ומסיגת את התפיסה המקסימליסטית-כביכול

[עמ' 56]

מתוכה עצמה.

ז. מחלוקת השטרות העולים בערכאות של ע"כ

מאלפת היא העובדה התפיסה המקסימליסטית-כביכול אינה מתבססת על ניסוחו הרחב, המפורש והמפסקני של הרמב"ם בפ"א הל' זכיה ומתנה, אלא להפך, - על אף אותו ניסוח נחשב הרמב"ם כמינימליסט בהא-הידיעה לענין דד"ד; הרב הרצוג בספרו הנ"ל כותב: "הגבולות המצומצמים ביותר (לאותו כלל) הם אלה שנקבעו על-ידי המימוני" - וכמקסימליסטים נחשבים דוקא יריביו

של הרמב"ם. דבר זה יסודו במחלוקת המתנהלת בין הרמב"ם ורוב הפוסקים המאוחרים על פרוש הסוגיה בגטין י' ב' הנוגעת לענינו.

כפי שראינו, קובעת שם המשנה לאמור: "כל השטרות העולים בעש"ע... - כשרים, חוץ מגטי נשים ושחרורי עבדים"; הגמרא מקשה שם, שאמנם דבר זה מתישב לגבי שטרי ראייה, כי נאמנים עלינו הערכאות שלא ישקרו, אבל כיצד נכשיר שטרי הקנאה, היינו שטרות היוצרים זכויות וחובות שלא כדינו? - והתשובה היא: דד"ד, אבל אי בעית, אימא שאין המשנה אמורה אלא בשטרי ראייה בלבד. אין זו אפוא סוגיה פסקנית כלל; היא עצמה אינה סומכת ביותר על התרוץ דד"ד והיא נרתעת מפניו בו במקום, לאמור: ואי בעית - לא אמרתי כלום, ואין לנו בסוגיה זו ענין אלא בעדות עכו"ם; - הכל מסכימים שעדות גוי הדיוט פסולה - או משום שאינו בן-ברית (וממילא אינו מרגיש שום חובה כלפינו לומר לנו את האמת) ואם משום החזקה שסתם עכו"ם שקרן הוא (ר' הג"ה על הרא"ש באותה סוגיה) - אך הכל מסכימים שעדות הערכאות שלהם נאמנת, ושוב - בין משום שתקנת חכמים היא, משום תיקון העולם (ר' התוספות שם ומשה"כ באורים על ש"ע חו"מ סי' ס"ח סע' א'), כשיטה ה"א-פריורית" הראשונה, ובין אם מפני החזקה הנסיונית ההפוכה, כשיטה השניה (הרא"ש). אכן, כך נפתס כנראה הענין לכתחילה, שהרי זו לשונה של תשובה לדוגמה מתקופת הגאונים (תשו' סי' ל"א באוצר הגאונים על מס' גטין): "הכי פסקו כל רבואתא כהאי שינויית בתרא, ולא שמייע לנא במתיבתא מאן דסמך על שטר מתנה העולה בערכאות של גויים. והכין אמרין דבעלמא איתה לדשמואל דאמר דד"ד, אבל הכא לא הוה צריכה לשנויי שנויא אחרנא דפליג לתרוצה למתניתין ואפוקה מן פשטה... וכיון דהכי סליקא שמעתא, וכל כי הני תרי לישאני דפליגו - קא נטו רבנן למסמך אבתרא כד לא מוכח קמא, ומשוו ליה כמסקנה".

[עמ' 57]

הרמב"ם הולך אפוא בעקבות רוב הגאונים (ר' ה"ה) ופוסק בפכ"ז ה"ל מלוה ולווה ה"א, ז"ל: "כל השטרות שחותמיהן עכו"ם הרי אלו 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 עשויין בערכאות שלהם, אבל... בלא קיום השופט שלהם לא יועילו כלום". לא ניכנס לפי-שעה לניתוח השאלה מהם ערכאות ואילו ערכאות כשרים ואילו פסולים ושאלות צדדיות אחרות, שישנן בענין זה לרוב; החשוב לנו כאן הוא מה שהרמב"ם פוסק כי שטרות, אפילו אם הם עולים בערכאות, הריהם פסולים, אלא-אם-כן המעשה המשפטי שהם נוגעים לו התקיים בצורה הנדרשת לשם תקפו כדינו, והשטר בא רק להביא בפנינו את עדות השופט, שאמנם התקיים לפנינו אותו מעשה קונסטטוטטיבי. אבל "שטרי-חוב והודאות ומתנות ופשרות ומחילות שהן בעדים שלהן - אעפ"י שיש בהן כל הדברים שמנינו - הרי הן כחרסים. והורו רבותי שאפילו שטרי חוב שלהן, שנתנו המעות בפניהם, פסולין... ואין אני מודה בזה"; ושוב, לא ניכנס כאן לפרטי מחלוקת הרמב"ם עם רבותיו וההשגות שאפשר להביא על סגנונו ועל הפרטים שהוא מונה לפסול או להכשר, כי מכל-מקום ברור שלפי דעתו, אם ניתן הכסף ללווה בפני השופטים ונכתב שטר - נאמן השטר להעיד על המלוה, אבל אם השטר עצמו בא ליצור את ההלואה, כשאינו יודעים אם באמת ניתן הכסף או לא - השטר פסול, ומשמע שאין אנו מכירים בזכויות וחובות שלא נוצרו כדינו, ואפילו נוצרו בערכאות. ומאחר שאין הרמב"ם מזכיר כאן את דד"ד כלל - משמע שהוא סובר כי התרוץ הזה נדחה ואין אנו אומרים דד"ד בשטרות העולים בערכאות, כדי לתת תוקף לזכויות ולחובות שהם מתימרים ליצור. דבר זה אומר הרמב"ם כמעט בפרוש בפרוש על המשניות.

אולם, יחסי הרוב והמיעוט בענין זה מתקופת הגאונים השתנו במשך הזמן תכלית שינוי, וכך אנו קוראים בתשובת הריב"ש סי' תצ"ג: "והנכון כדברי האחרונים ז"ל, שהכשירו כל שטרות העולים בעש"ע (משום דד"ד)", והרמ"א מביא אפילו את דברי הריב"ש בד"מ (טחו"מ סי' ס"ח) בנוסח זה: "כן הסכימו כל האחרונים להכשיר כל השטרות הנעשים בערכאות העומדים בהורמנא דמלכא".

ואכן, כך כותב הרב המגיד על דברי הרמב"ם המובאים לעיל: "אבל שיטה אחרת יש לבעל העיטור והרמב"ן והרשב"א ז"ל, שכל השטרות כשרין, אפילו שטרי מתנה... משום דק"ל כשמואל, דאמר דד"ד... והאי איבעית אימא - הכי קאמר: מתניתין אפי' בדליכא הרמנא דמלכא, ותני חוץ מכגטי

נשים, דתרתי לשני לא פליגי, דודאי כל היכא דאיכא הרמנא דמלכא - כל השטרות [...] כשרין".
וב"י על טחו"מ ס"ח א' מוסיף לרשימה

[עמ' 58]

של בעלי השיטה האחרת גם את הר"ן ואת הרא"ה, ועל-פי זה נראה לכאורה שבאמת הוכרעה ההלכה נגד הרמב"ם; אך עובדה היא שאעפ"כ הולכים הטור ושלחן-ערוך בעקבות המימוני בעיקר גם בענין זה, ומשמע שהמחלוקת נמשכת עד ימינו.

ומחלוקת זו - הרבה יותר משהיא חשובה לעצם הענין של שטרות העולים בעש"ע, חשובה היא לגבי קביעת העקרון להסדרת הקף התחולה של האמרה דד"ד בכלל. הדבר מתחיל באותה סתירה יסודית, שכבר הזכרתי פעמים אחדות, שהרמב"ם סותר את דברי עצמו; מתעוררות קודם-כל השאלה, כיצד מתישבים דברי הרמב"ם בפ"א מהל' זכיה ומתנה עם עמדתו בפכ"ז מהל' מלוה ולוה? בתשב"ץ ח"א סי' קנ"ח מובעת הדעה ההגיונית מאוד, שאין עמדתו זו של הרמב"ם יכולה לעמוד לאור העקרון הכללי שהוא קובע כי "כל דיני המלך בממון - על-פיהן דנין", ולפיכך "יש לתקן דברי הרב ז"ל ולומר שלא פסל שטרי מתנה אלא באתרא דליכא הרמנא דמלכא" - כדעת יריביו. אלא שעל-פי אותו ההגיון עצמו, ואפילו ביתר תוקף, אפשר לומר שאם הרמב"ם לא הצליח באחד משני המקומות להביע את דעתו לאמיתה - מנין לנו שדוקא לענין גטין השתבשו דבריו ואלו לענין ב"ב הם הולמים את דעתו? - נאמר להפך: בהל' זכיה ומתנה הוא טעה לפוס ריהטא, ואלו לענין גטין דבריו קיימים, שהרי דבריו בגטין מבוססים סוף-סוף על דעת רוב הגאונים ועל פשט הגמרא וכללי פרושה, בעוד אשר דבריו האחרים תלויים באויר ואין להם שום יסוד מוצק, לפחות במה שנוגע ליחסים המפטיים בין ישראל לחברו, כפי שראינו לעיל. ואכן, כך מפרש הרב המגיד, ונביא כאן שוב את דבריו: "ויש לפרש לפי דעתם (של הגאונים והרמב"ם) ז"ל, דאע"ג דקיימא לן דד"ד, כמבואר פ"ה מהלכות גזלה ואבדה (משום-מה הוא מתעלם בכלל מפ"א הל' זכיה ומתנה) ה"מ במה שהוא תועלת המלך: בעניני המסים שלו ומה שהוא מחוקיו, אבל בדברים שבין אדם לחבירו אין דינו בהם דין". פרוש זה, ולא פרושו של תשב"ץ, השתרש בתפיסת הפוסקים המאוחרים לגבי עמדתו היסודית של הרמב"ם, וכך הגענו לכך שדוקא הוא נחשב כאותו בעל ההוראה שקיום תורת ישראל בין יהודי לחברו, כנגד דד"ד, מובטח אצלו יותר מאשר אצל כל בעל-הוראה אחר. וכיצד באנו לידי השוואה זו? מנין לנו שהפוסקים האחרים אינם חרדים לדין ישראל כמוהו? - גם זה מעשה ידיהם של בעלי שיטת תועלת המלך. כאשר בא, למשל, הרב המגיד לדון בשיטת יריביו של הרמב"ם הוא מציין את ההבדל בינו לבינם לאמור: "אבל שיטה אחרת יש לבעל-העיטור וכו'... משום דקיי"ל כשמואל, דאמר דד"ד, אפילו בדברים שאינן תועלת המלך"; ואכן, כך מתפתחים הדברים: אם הרמב"ם פוסל כביכול לעולם שטרי הקנאה העולים בערכאות, מכיון שהוא גורס דלא

[עמ' 59]

אמרינן דד"ד אלא בדברים שהם לתועלת המלך, משמע כי מי שמכשיר לפעמים שטרות כאלה גורס דד"ד בכל דבר, אף-על-פי שאיש מבעלי ההוראה החשובים לא אמר מה שאמר דוקא הרמב"ם בפ"א מהל' זכיה ומתנה. וממסקנה זו של מפרשי הרמב"ם רק צעד אחד לכך, שהמסקנה תתקבל גם על דעת יריביו הרמב"ם וכי מי שגורס כי אומרים אנו דד"ד בשטרות העולים בעש"ע יראה את עצמו באמת כמשתלב בשיטה הקובעת כי אמרינן דד"ד בכל דבר (רי' ש"ע חו"מ שס"ט ח' בהג"ה; סמ"ע על סי' ק"ד סעי' ב', הג"ה; ב"י על טחו"מ שס"ט י"ד; ד"מ על טחו"מ סי' ס"ח וסי' שס"ט), וממילא באנו לבסוף לצורך להציל את דין ישראל הנסחף במערבולת זו - כאשר התגלה פתאום מה יוצא לנו כאשר מנסים להפעיל את ההגדרה הפזיזה "דד"ד בכל דבר" הלכה למעשה (רי' ב"י שם; ש"ך על ש"ע חו"מ ע"ג י"ד; סמ"ע על סי' שס"ט סעי' י"א, הג"ה).

אולם נדמה לי שכל המחלוקת הזאת נופחה הרבה יותר מדי, הרחק מעבר לממדיה הממשיים, ועל-פי רוב באמת רק מסבות פורמליות ומחוסר התעמקות במשמעות הפרוש המוסכם על הרמב"ם, ולא משום טעמים של כוונה - בין אם מודעת ובין אם בלתי מודעת - להרחיב את תחולת הכלל דד"ד. דבר זה מוכח בהוכחה למופת במקרה של הר"ן, כפי שנראה תיכף ומיד, אך ננתח-נא את הדברים על-פי הסדר.

קודם כל יש לשאול: מאי משמע שאנו מכשירים שטרי הקנאה העולים בעשׂיׂע כאשר יש הורמנא דמלכא לעשות כן? שאלה זו היא זהה בהכרח עם השאלה שכבר הצגנו לעצמנו, מאי משמע שמלכא אמר לא ליקני ארעא אלא באיגרתא ושהדבר מחייב אותנו? וכדי שיהיה ברור לגמרי: אינני רואה שום מובן אחר למשפט כי אנו מכשירים שטרי הקנאה העולים בערכאות משום דד״ד, אלא זה שהמלך מחייב אותנו להכשירם ושאנו מכירים בחיוב זה, בדיוק כפי שהיה בפרק הקודם (אך אין זה משמע, כמובן, שגם התשובה על שאלה אחת זו חייבת להיות דוקא זהה בשני המקרים, כפי שנראה להלן). והנה, ראינו לעיל שאנו מכירים בחיוב מטעם המלך, כפי שהוא מנוסח בבבא בתרא, גם בין ישראל לחברו, בעיקר לפי שיטת הרמב״ם, ודוקא באותם הגבולות המצומצמים אשר הרב המגיד מצמצם בהם את שיטתו משום העמדה שהוא נוקט כאן, בגטין. פרוש מצמצם זה השתרש כל-כך בלב הפוסקים, שבהכרח אנו חייבים לומר כי זהו הפרוש המוסמך והנכון, וממילא יוצא, שלפחות מנקודת ראות ההלכה, אין לרמב״ם שתי שיטות שונות, ואין הוא סותר את עצמו, אלא באמת הוא קובע שבכל דבר שיש בו תועלת למלך אנו אומרים דד״ד; ומשמע מכאן בברור, שלפחות אם ציוה המלך שכל שטרי ההקנאה, או חלק מהם, יעלו בערכאות כדי שיקח מהם חוק - גם לפי שיטת הרמב״ם ולפי פרושו של הרב המגיד אנו מכשירים אותם - אם לא משום הסוגיה שבגטין, כי אז לפחות משום הסוגיה בבבא בתרא. והוא

[עמ' 60]

הדין, נדמה לי, אם המלך מצוה כי לא יערכו שטרי הקנאה מסוימים אלא בערכאות, לשם תקנת בני-המדינה, כפי שראינו לעיל; כי נראה לי שהתיאוריה בדבר תקנת בני-המדינה אינה חורגת דוקא ובהכרח מן התיאוריה בדבר תועלת המלך - ה"ה אומר: 'מה שהוא לתועלת המלך - בעניני מסים שלו ומה שהוא מחוקיו', ובכן, אולי לאו דוקא עניני המסים והמשטר הצבורי במובן המצומצם ביותר.

אל השיקולים האלה רומז בפרוש הרשב״א בחידושו על גטין: "שטרי הלואה העולין... בערכאות של גויים כשרין... אלא מתנה במאי קני לה?... האי שטרא חספא בעלמא הוא! (הלא) אמר שמואל דד״ד, ומלכא אמר **דכל הקונה בשטר העולה בערכאות [...]** ליכול ארעא". אין הרשב״א אומר, אמנם, שמלכא אמר **לא ליכול ארעא אלא** בשטר העולה בעשׂיׂע, כי-אם **כל הקונה** וכו', ועוד נעמוד על נקודה זו להלן; ואמנם דוחה שם הרשב״א את שיטת תועלת המלך בתור תיאוריה שלפיה אין אנו אומרים כלל דד״ד בשטרות העולים בערכאות; אך מכל מקום ראינו כבר שגם הרשב״א מגביל את תחולת דד״ד לאותם דברים בלבד שהם לתועלת המלך או לתקנת בני המדינה²⁰. ולפיכך אין אני נצליח בשום אופן לראות מהו ההבדל למעשה בין הרמב״ם והרשב״א, אם-כי אני רואה את ההבדל הפורמלי, שגם לו אין שום שרשים עמוקים החורגים מגדר הפורמליות; וממילא **נופל** בזה אותו מבחן, הקובע לפי העמדה לגבי שטרות העולים בערכאות של גויים אם בעל ההוראה הנידון הוא מינימליסט או מקסימליסט לענין דד״ד, תומך בשיטת תועלת המלך או דוחה אותה. לפחות **נופל** בזה המבחן לגבי הרשב״א.

אך הוא נופל גם לגבי הרא״ש. זוהי לשון הרא״ש בפסקיו על גטין י' ב': "הני תרי לישני לא פליגי אהדדי...ומיתרצא מתניתין איירי בתרי לישני: אם הנהיג המלך שלא יעשו שטר אלא בפני הערכאות, שלא יחתמו העדים על שטר עד שיבואו בעלי הדבר לפני הערכאות ויראו וידעו הערכאות אמתת הדבר, ואז יתנו הרשות לעדים לחתום... אז איירי מתניתין בכל שטרות, אפילו בשטרי מתנה²¹; ואם לא הנהיג המלך כך - אז מתרצא מתניתין חוץ מכגטי נשים". לשון זו מזכירה יותר מדי את התיאוריה של תקנת בני המדינה כדי שנוכל לומר שהרא״ש התכוון למשהו השונה ממנה באופן עקרוני, ואלו

[עמ' 61]

²⁰ ר' ביי על טחוי"מ סי' ס"ח סעי' ו', שהוא מביא תשובה מן הרשב״א הפוסל שטר העולה בעשׂיׂע, על אף דינא דמלכותא.

²¹ על פי זה ועל-פי תשובת הרא״ש כלל י"ח סי' ס"ז, שאזכירנה להלן, אינני מבין כיצד אפשר היה ליחס לרא״ש את הדעה כי אין אנו אומרים דד״ד אלא בקרקעות (ר' שׂיׂע חו"מ סי' שס"ט סעי' ח' בהג"ה).

מבחינה פורמלית - מצומצמת אפילו לשון הרא"ש יותר מלשון הרשב"א; ושוב אינני רואה אפוא כיצד היה יכול להיות שונה פסק-דין שניתן על-ידי הרמב"ם מפסק דין שהיה ניתן על-ידי הרא"ש במסיבות שוות, לגבי הנקודה העקרונית שאנו דנים בה. (פסקי-דין כאלה לשם בדיקה אין לנו, כי כפי שאומר הרא"ש - לא היה בזמנו ד"ד להכשיר שטרות העולים בערכאות).

והמבחן מתמוטט ממש במקרהו של הר"ן. בחידושו על גטין מנחית הר"ן מבחן זה על עצמו על-ידי כך שקודם-כל הוא קובע כי אין שתי הלשונויות חלוקות, ושהלשון השניה אמורה רק במקום שאין הורמנא דמלכא, ואחר כך הוא יוצא להתווכח עם יריביו, הסבורים ששני הלשונויות חלוקות הן, על דרך זו: התפיסה שלפיה שתי הלשונויות חלוקות מבוססת על ההנחה "דלא אמרינן דד"ד אלא בדברים שהם להנאת המלך"; אם אצליח אפוא להפריך הנחה זו - אומר כביכול הר"ן - ממילא הוכחתי ששתי הלשונויות אינן חלוקות (ובזה חוזר הר"ן ומודה שעל-פי שיטת תועלת המלך אין אנו מכשירים לעולם שטרי הקנאה העולים בערכאות, אעפ"י שראינו שאין זה יכול להיות נכון). והנה - ממשך כביכול הר"ן - הסוגיה בבבא קמא - ודאי שהיא מצדיקה את התיאוריה הנידונה; גם ב"לא ליקני ארעא אלא באיגרתא" - אפשר לומר שיש תועלת למלך בכך שיקח אח חוקו; אולם, בבבא בתרא נ"ה א' אנו אומרים דד"ד באריסותא דפרסאי עד מ' שנין, "כלומר דמלכא אמר והנהיג שתועיל חוקה לעכו"ם בארבעין שנין, והכא - (הנה!) - ליכא הנאה ותועלת בכך למלך. אלא ודאי (אנו אומרים דד"ד בכל דבר, וכי אמרינן הכא ואב"א - לא פליגא אלישנא קמא".

ואמנם, הגיונו של הר"ן אינו יכול להיות שלם אם לא נכניס לו בסוגרים את החוליה החסרה, שאמרינן דד"ד בכל דבר, אולם - דבר זה לא אמרו הר"ן מעולם. להפך: על-ידי מה שהוא מכניס את העכו"ם לעהין אריסותא דפרסאי הוא מוכיח בברור שאין הוא גורס דבר זה בין ישראל לחברו, וממילא משמע שאין הוא גורס דד"ד בכל דבר. והלא דוקא בנקודה זו פרוץ באמת הכלל דד"ד לכל הרוחות, כפי שנראה להלן. ואין לר"ן שום הכרח פורמלי להזכיר כאן את העכו"ם, ואכן, אלמלא היה מזכיר אותו היה הגיונו מושלם ואי-אפשר היה להפריכו בשום נימוק משפטי טהור; ואם בבל-זאת הוא מזכיר את העכו"ם וסותם את הפרצה ביזמתו ומדעתו שלו - הרי שגילה את דעתו כי יש ויש הגבלות על הכלל דד"ד, אפילו בעניני ממון, והזהירנו בפרוש שלא נגלה בדבריו פנים שלא כהלכה, כפי שעשו זאת בעלי-הוראה אחרונים. אבל אם-כן, - אין שום הוכחה ממנו ששתי הלשונויות באמת אינן חלוקות. להפך: אם הדבר תלוי בכך שנאמר דד"ד בכל דבר, הרי שהוא הוכיח כי לדעתו צריכות שתי הלשונויות להיות חלוקות. ומאחר שהוא

עמ' 62

אומר שאינן חלוקות - משמע שמדרך הגיונו אפשר להתעלם כאן בכלל, ונשארות רק מסקנותיו, ומשמע שאפשר לסבור דד"ד בשטרות העולים בערכאות של עכו"ם אעפ"י שאין סוברים כי אמרינן דד"ד בכל דבר; ומשמע שאפשר לסבור כי אין אנו אומרים דד"ד בכל דבר, אעפ"י שסוברים כי התיאוריה בדבר תועלת המלך מופרכת היא, ואין הדברים תלויים כלל זה בזה. אכן, הר"ן הצליח להפריך את התיאוריה של תועלת המלך כשיטה כוללת, באשר הוא מראה כי בעכו"ם אנו אומרים דד"ד בכל דבר, אבל עם זאת הוא אומר כי אנו מגבילים את הכלל בתחולתו לגבי יהודים, וממילא גם לגבי שטרות העולים בעש"ע עפ"י הורמן המלך. אך מאחר שקנה-מידה משלו להגבלה זו אין הר"ן נותן - שוב אינני רואה שום סתירה עקרונית למעשה בינו לבין הרמב"ם, הרשב"א והרא"ש כאחד, וממילא אנו מוכרחים לומר שודאי יענה הר"ן אמן אחר אותן ההגבלות שמציעים הפוסקים האחרים.

שיטה שונה יש בדברים אלה לרמב"ן. בחידושו על גטין יוצא גם הוא מן ההנחה ששתי הלשונויות אינן חלוקות, ובכן אנו אומרים דד"ד גם בשטרי הקנאה העולים בערכאות, ומכאן הוא מסיק, כרשב"א, ששיטת תועלת המלך מופרכת היא. וכבר ראינו שאין מכאן ראיה, כי הלא גם על-פי שיטת תועלת המלך עלולים אנו לבוא לידי הכשרת שטרות משום דד"ד. אך יותר חשוב מזה אצל הרמב"ן הוא מה שהוא קובע, ז"ל (ר' טחוי"מ ס"ח ו'): "שטרות העשויין בנטורין של מלכות, פירוש עיי סופרי המלך... - כשר, ולא מן הדין אלא משום דד"ד... ואם חסר בו דרך מדרכי ההקנאה (שלנו)... - אין דנים בו לענין אותו דבר שחסר בו, ואם הוא דבר הפוסלו, כגון שנתן לו מעות בלא אגב או שטרות בלא מסירה וכתובת קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה - פסולין לגמרי, דלא

עדיפי בערכאות מבסופרי ישראל, שאין דינין של מלכים אלא להכשיר שטרות שלהן ולעשות סופר שלהם נאמן כמאה עדים שלנו, אבל לענין דרכי הקנאה לא עדיפי משטרות שלנו... שאין המלכים מקפידים אלא בהכשר שטרות שלהם". לפי זה אין הרמב"ן בא להכשיר זכויות וחובות שנוצרו בדין המלך והעלולות שלא לעלות בקנה אחד עם הזכויות והחובות כפי שהן עומדות בדינינו, אלא הוא מכשיר את שטרי ההקנאה רק לענין העדות שהם מעידים על זכויות וחובות שנוצרו בדינים שלנו, או יותר נכון - הוא מיחס תוקף קונסטטוטטיבי לשטר העולה בערכאות בד"ד אם הפסול היחיד שהיה בשטר לכתחילה בדינינו הוא רק זה שעדי גויים.

והנה, שיטה זו היא סתומה ביותר. הטעם שהרמב"ן נותן לדעתו הוא זה שאין המלך מקפיד אלא על הכשרת הערכאות שלו וסופריו לעדות. ואם-כן - מאי משמע, קודם-כל, שהמלך מקפיד על כך? האם הוא יכפה את הזכויות כפי שהן עומדות עפ"י השטר, אף אם לא יבקשו זאת הצדדים ממנו, ובכך בתוקף המשפט הצבורי שלו, או שהוא רק יתרעם

עמ' 63

אם נזלזל בו, או שמא יטיל עונש, שוב מייזמתו העצמית, אם הכתוב בשטר לא יבוא על מילויו? על ידי כל האפשרויות האלה לא יצאנו ממה שנאמר כבר לעיל על הסוגיה בבבא בתרא, וראינו שגם האפשרות כי יש לנו הקפדה מספקת בעצם העובדה שהמלך מכיר בזכויות ובחובות כפי שנוצרו ע"י השטר אינה באה בחשבון, - הן מן הטעמים שהבאתי שם והן מן השיקול הפורמלי, שאם-כן, למה לו לרמב"ן לדרוש דוקא הקפדה? פשיטא שהמלך מכיר בשטר, ואין ספק שהקפדה היא משהו יותר מהכרה גרידא.

שנית, מה הדין אם המלך מקפיד לא רק על הכשרת העדות אלא גם על דרכי ההקנאה שלו? האם נאמר דד"ד או יקוב הדין את ההר? על-פי לשון הרמב"ן ועל-פי רמז שיש לנו בחידושו בנוסח זה: "ואי איכא הורמנא דמלכא דבלאו (שיאמר לעדים אתם עדי או כתובו ליה) נמי ליקני - בלאו הכי קנה" - נראה לומר כי תשובתו היא דד"ד, אך בשום פנים ואופן אין לומר שהדבר ברור הוא. ור' להלן, בפרק ח'.

והנה, ברור אצל הרמב"ן דבר אחד: אין הוא מדבר על מקרה שבו מחייב המלך שהשטרות יערכו **דוקא** בערכאות, כפי שמדבר על כך הרא"ש וכפי שראינו את הדבר ע"י הקש בשיטת תועלת המלך, אלא הוא מדבר רק על מקרה שבדי-עבד, שהשטר כבר נערך משום-מה בערכאות ומובא אלינו. כפי שצינו את הנקודה אצל הרשב"א וכפי שעלולה השאלה להתעורר גם על-פי הר"ן. אלא שעל העמדת השאלה בצורה זו יש להקשות משיטתו של ר' יונה בעליותיו (ר' ש"מ על ב"ב נ"ה): מה להם לשני יהודים ללכת פתאום לכתוב שטר הקנאה בערכאות של גויים, כאשר אין המלך מכריח אותם לבד? ובכן, אם המלך דורש דוקא שטר העולה בערכאותיו לגבי אותה עסקה, היינו אם הוא מחייב אותנו דוקא בצורת קנין מסוימת - ראינו כבר מהו הפתרון בענין "לא ליקני ארעא אלא באיגרתא, גם לפי שיטתו של הרמב"ן; אבל אם אין הוא מחייב אותנו דוקא בצורת קנין מסוימת על הדרך ההיא, אלא שני יהודים הלכו אל ערכאותיו מרצונם הם - כי אז אחת מן השתים: או ש"אין המלך מפקיע ממון ישראל אצל חברו" על פי אותו שטר - כלומר, אין המלך "מקפיד", - אלא רק כאשר יחזור ויתבענו בערכאות שלהם, ובמקרה כזה, אומר ר' יונה, שטר ההקנאה ההוא חספא בעלמא הוא בדינינו, ו"לא עשה ולא כלום", ומילתא פשיטא היא; אך אם "כבר הופקעה... השדה בד"ד", היינו אם מקפיד המלך על מה שנעשה בערכאותיו, ויש לשטר בדינינו תוקף של מעשה בית-דין - במקרה כזה לא שנא ממה שאמר הרמב"ם בפ"ה הל' גזלה ואבדה הל' י"ג בדבר מלך שכעס על אחד מעבדיו ושמשו מבני המדינה ולקח שדהו או חצרו. יש אמנם הבדל אחד בזה, שבמקרה המלך שכעס - המלך עצמו יוציא לפועל את פסק דינו,

עמ' 64

ואלו במקרה השטר - אעפ"י שמעשה ב"ד הוא - יתכן והמלך לא "יקפיד" למעשה עד שבעל-הדין יבקש את הוצאת המעשה אל הפועל, ואפשר לשאול במה שונה מעשה ב"ד שכזה מחספא בעלמא; אלא נראה לומר כי בשטר שהוא חספא בעלמא אין למלך נגיעה ישירה ליחסי הזכויות והחובות, אין המלך יודע כלל שעל-פי דיניו נפלו היחסים המשפטיים בין שני יהודים אי-שם

במלכותו על איזו דרך מסוימת, ואלו במעשה ב"ד יש הכרזה מפורשת מטעם המלך כיצד עומדים אותם יחסים, באותו המקרה הקונקרטי, עפ"י החוקים אשר חקק. ומאחר שהמלך גילה כבר את דעתו במקרה הקונקרטי הנתון - אין אנו מתעלמים מגילוי-דעת זה ואמו מפעילים את הזכויות והחובות כפי שהועמדו בדינינו לגבי אותם השניים מתושבי ארצו (ואין זה דומה למעשה ב"ד נכרי באשר פסה"ד בא אחר תביעה ממש שהיהודי תובע את חברו בערכאותיהם, כפי שנראה להלן); והתיאוריה של ר' יונה בדבר הפקר והפקעה, בניגוד להקנאה, אינה משנה את תוקף מסקנותיו העקרוניות, אפילו אם אנו מתעלמים ממנה. על-פי שיטתו של ר' יונה פותר את הדבר גם הרשב"א בחידושו על גטין, ועל פרוש אחר להקפדה שמדבר עליה הרמב"ן אינני יודע.

בנקודה זו נראה אמנם לומר שאכן יש מחלוקת בין ר' יונה, הרשב"א, הר"ן והרמב"ן, מצד אחד, לבין בעלי שיטת תועלת המלך, ואפילו הרא"ש, מצד שני; שהרי הרא"ש אינו מדבר אלא במקרה שהמלך מחייב אותנו בצורת קנין מסוימת, ואלו עפ"י שיטת תועלת המלך אין מקום להסיק שאנו מכירים במעשה ב"ד מתחום המשפט הפרטי של ד"ד כל זמן שלא הוצא לפועל למעשה. אולם, כבר מלכתחילה חייבים אנו להעביר את הרא"ש למחנה הראשון, כי דוקא הרא"ש הוא בעל ההוראה שממנו אנו לומדים בצורה המובהקת ביותר את הכרתנו במעשה ב"ד מתחום המשפט הפרטי של ד"ד (ר' תש"ו הרא"ש כלל י"ח סי' ט"ז), כפי שאסביר את הדבר להלן; ואלו את בעלי שיטת תועלת המלך אנו תופסים כאן בחוסר-עקביות, כי גם הטור (ח"מ סי' ק"ד) וגם ש"ע (שם), ההולכים בעיקר בעקבות הרמב"ם לענין שטרות העולים בעש"ע, הולכים בעקבות הרא"ש לענין מעשה ב"ד, ואפילו בתחום המשפט הפרטי, ולא ראיתי מי שמשגיג עליהם בנקודה זו. ההכרה במעשה ב"ד, לפחות במסיבות מסוימות, היא אפוא הלכה אצלנו, מכל-מקום לדעת כל הפוסקים האחרונים, ובזה - נדמה לי - אנו יכולים לראות את הפרטים העקרוניים של דין שטרי ההקנאה העולים בעש"ע כקבועים ואחידים אצלנו, לפחות במה שנוגע להלכה למעשה, אם כי לא דוקא לענין השיטה, והם מסתכמים בזה:

א) שטרי הקנאה העולים בערכאות של ע"כ - לא זו בלבד שהם כשרים, אלא הם מחויבים - אם מלכא אמר לא ליקני אלא בשטרות כאלה, בדברים שהם לתועלת המלך או

עמ' 65

או לתקנת בני-המדינה;

ב) שטרי הקנאה כאלה הם כשרים אם הם מהוים מעשה ב"ד מטעם ד"ד.

ולפי זה יוצא, שלענין ההלכה באמת נכונים הם דברי התשב"ץ בח"א סי' קנ"ח, לאמור: "יש לתקן דברי הרב (הרמב"ם) ז"ל ולומר שלא פסל שטרי מתנה אלא באתרא דליכא הורמנותא דמלכא" בתנאים הנ"ל, אם כי בלי שנפגע בכך בפרוש הקובע, שדעת הרב היא דלא אמרינן דד"ד אלא בדברים שהם לתועלת המלך; וממילא, הפרוש הנכון לסוגיה בגטין י"ב' לענין ההלכה הוא ששתי הלשונויות אינן חלוקות.

בהקשר זה צריכים אנו לעמוד רק עוד על נקודה אחת. הוכחתי שאין להביא ראיה מן הר"ן, הרא"ש או הרשב"א לכך שאומרים אנו דד"ד בכל דבר; להפך, מדברי כלם יוצא שאין הם גורסים כן. האם אפשר להסיק דבר כזה מן הרמב"ן? - הרמב"ן דוחה, כפי שראינו, את שיטת תועלת המלך, והוא מציע במקומה את ההגבלה שאין אנו אומרים דד"ד אלא בדברים שהמלך מקפיד עליהם. כאמור, אין הגבלה זו ברורה כלל, ובארצות מסוימות, שמלכן מקפיד על הכל, היא עלולה להשתוות עם חוסר הגבלה כלל. אולם, דוקא מפני חוסר-בהירות זה, ראינו שאין הגבלתו של הרמב"ן יכולה לעמוד בפני עצמה, והיא מקבלת את עיצובה בהכרח מדבריו של ר' יונה (על הסמכה זו ר' גם ב"י על טחו"מ שס"ט י"ד ותשב"ץ ח"ג סי' י"ח), ועיצוב זה חוזר ומעמיד אותה על העקרון של תועלת המלך בתוספת עקרון ההכרה במעשה ב"ד או מה שמשותף למעשה כזה. ואפילו אם ניקח דוגמה קיצונית כמו ברית-המועצות כיום - הרי גם שם אי-אפשר לומר שהמלך מקפיד בעניני ממונה מעבר לשני העקרונות האלה, - וזה לא מפני שאין המלך שם מקפיד עדין על הכל, אלא מפני שהקפדה על הכל, לפי פרושו של ר' יונה, הופכת את כל עניני הממון לדבר שבתועלת המלך, והעיצוב הזה שמקבלת שיטת ההקפדה חשוב לנו כאן בכך, שכל זמן שלא נותחה

ה"הקפדה" ליסודותיה, אפשר להסיק ממנה בפזיזות - אפילו הקפדה לביטול כל דיני ממון שבתורה; בעוד אשר אחר הפרוק הזה ליסודותו אנו רואים כי הרמב"ן אומר אמנם דד"ד אפילו על מצב כזה שאין בו בכלל, או כמעט ואין בו, יחסי ממון בין ישראל לחברו, אולם בשום פנים ואופן אין דבריו יכולים להתפרש כמובילים לביטול דיני התורה במידה שיחסי הממון הללו קיימים. אכן, אף לא ראיתי למעשה בכלל מי שמסתמך על הרמב"ן כדי להוכיח שדד"ד בכל דבר, והטעם לכך הוא כנראה בזה, שעל-ידי דבריו כי אין המלך מקפיד אלא על הכשרת ערכאותיו לעדות הוא גילה את דעתו בברור, כי הוא מחפש לו איזו דרך לצמצם את תחולת הכלל דד"ד.

עמ' 66

ואם מחמישה בעלי הוראה עיקריים, המכשירים שטרי הקנאה העולים בעש"ע, ושכלל אחד מהם שיטה שונה, ואף מן הרמב"ם בפ"א הל' זכיה ומתנה, אין ללמוד כי אומרים אנו דד"ד בכל דבר, אלא להפך, - נדמה לי שפטורים אנו מלחפש עוד מישהו שאפשר ללמוד ממנו את הדבר הזה.

אעפ"כ, היו והיו אצלנו בעלי הוראה שהסיקו כי אכן אומרים אנו דד"ד בכל דבר ממש, הלכה למעשה (ר' הגי"ה על המרדכי, גטין י'). לפני ר"י בר פרץ, למשל, הובא מעשה באחד שמשכן ספרים אצל חברו, ודין המלך היה שמוותר למכור משכונות בעבור שנה, ללא נטילת רשות, והלך המלוה ומכר כן; ר"י בר פרץ פסק שאין לממשכן כלום עליו משום דד"ד. ב"י על טחו"מ שס"ט י"ד מסביר כי ר"י בר פרץ הסיק דין זה ממה שהפוסלים שטרי הקנאה העולים בעש"ע דוחים את שיטת תועלת המלך, והוא עצמו דוחה את פסק-הדין משום הרמב"ן ור' יונה, שאין זה דבר שהמלך מקפיד עליו, ולפיכך אין אנו אומרים בו דד"ד.

בזה יכלנו לומר לענין די, אך הרמ"א חוזר ומכניסו בהג"ה על חו"מ סי' שס"ט סעי' י' לאמור: "ויש חולקין וסבירא להו דאמרינן בכל דבר דד"ד, ולכן המלוה על המשכון וכו'... וכן עיקר, וכמו שנתבאר בסי' שני"ו סעי' ז"; שם בהג"ה מוסיף הרמ"א בעניין אחר: "...דמכל-מקום צריך להחזירו לבעלים מכוח ד"ד, דהכי נהיגי עכשן להחזיר כל גנבה, אפילו לאחר יאוש ושינוי רשות, מכוח ד"ד, ובמקום דנהגו שיתן לו הרבית - צריך ליתן לו גם הרבית". על-פי זה אין ברור אם הרמ"א אומר "וכן הוא עיקר" משום דד"ד או משום "דהכי נהיגי עכשו". הסמ"ע מסכים עם ר"י בר פרץ והרמ"א, אבל בפרוש משום המנהג, ומסקנה כזאת לגבי טעם ההסכמה עולה בהכרח גם מפירוש הסמ"ע על הרמ"א בסי' שס"ט סעי' י"א, אשר הבאתיו כבר בפרק ג' לעיל, ששם קובע הסמ"ע כי גם הרמ"א אינו גורס למעשה דד"ד בכל דבר. הבחנה ברורה מכניס הש"ך: בסי' ע"ג סעי' י"ד הוא דוחה את פסק-הדין של ר"י בר פרץ אם טעמו הוא דד"ד, "דלא אמרינן דד"ד מה שהוא נגד דין תורתנו". אבל הוא סומך את ידיו עליו, אמנם באי רצון גלוי, אם הטעם הוא במנהג - בסי' שני"ו: "...מכל-מקום דיינין הכי שפיר בלישנא דהכי נהיגי עכשו, כלומר דגם בישראל נהיגי כן... ואע"ג דמנהג גרוע שהוא נגד דין תורה לא אזלינן בתריה... ופשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות, ועוד דגם בדינא דמלכותא הוא"²².

עמ' 67

אינני יודע אם התרוץ על דרך זה הולם באמת את גישתו של ר"י בר פרץ או לא; נדמה לי שנכון הבין ב"י, ושאלו לנו צורך בתרוצים, אלא יכולים אני לדחות אותו פס"ד, מהיותו מבוסס על החלה מסולפת של הכלל דד"ד. אולם, אין הדבר חשוב לגבי דידנו: מה שחשוב כאן הוא זה, שהתפיסה כי אומרים אנו דד"ד ללא הגבלה נדחית כאן לחלוטין, וממילא נשארת אמרתו של שמואל נתונה במסגרת אותן ההגבלות שהעלינו עד כאן. אעפ"כ, עובדה היא שהנסיונות לתרץ את החריגה מן ההגבלות הללו משום מנהגים הרווחים בקהילות מסוימות חוזרים ומכניסים בעד החלון את הגנב שהוצא מן הפתח.

²² (א) הש"ך מכשיר את פסה"ד בעיקר משום שהוא סובר כי אין הפסק במקרה הנדון נוגד לדין תורה, באופן שאפשר להתעלם בו מן הטעם דד"ד, אבל שיקול זה חורג, כמובן, מענייננו.

כמובן, נגד עצם התרוץ הזה אי-אפשר לטעון מאומה: פשיטא דיש ביד הדור לתקן תקנות, ומנהג מבטל הלכה, ואין לך דבר טבעי מזה שבקרב יהודים החיים בין גויים וסוחרים עמהם ישתרשו מנהגי עכו"ם במשאם ומתנם, וביחוד לאור הקשיים שכבר הזכרתי אותם לעיל. יש לתרוץ זה על מה לסמוך גם בדברי הקדמונים, כגון המרדכי; ושלטי-גבורים על ב"ב נ"ה מביא הבאה מריא"ז, ז"ל: "וכן בכל מקום שיש להם מנהג פשוט - ראוי לדון להם עפ"י המנהג, שכל משאם ומתנם של בני-אדם על דעת המנהג הוא, והמנהג מבטל הלכה, וכן המשפטים והחוקים שעשה המלך על המכסים ועל המסיות ועל הגלגלת - כלן קיימין הן, ודד"ד"; אלא שריא"ז עוצר כאן בעצמו את תנופת דבריו, ולא רק פסק-הלכה יש לנו בהם, אלא גם רמז ואזהרה, שלא נאמר חלילה שאין לדבר סוף. (הריא"ז גורס, בעקבות הרמב"ם, שאין אנו אומרים דד"ד בשטרות העולים בעשי"ע - ר' תשובה לסי' תש"ה ה' גטין²³ - והנה, אין הוא מזכיר את המנהג כדי להכשיר את השטרות אשר באופן אחר הוא פוסלם).

נדמה לי שבעל ההוראה המובהק ביותר שאינו נזהר הוא הריב"ש, ומשהוא מכניס לדינינו את דינא דמלכותא בדרך המנהג - מיטשטשים אצלו כל התחומים; תשובותיו מכילות דוגמאות לכך לרוב, וכמעט ואפשר לראות בו אסמכתא לתקופתנו, כשמכל התורה לא נשאר כביכול אלא רק אותו מנהג להחיל את דינא דמלכותא. בדבר זה, כמובן, לא ההלכה היא מכל-מקום האשמה, כי סוף-סוף יש בהלכה גם גדר לענין שאנו דנים בו, ומנהג גרוע, ההולך באופן שיטתי נגד דין תורה - לא אזלינן בתריה. דוגמה קונקרטית יש לנו לכך בתשובת הרשב"א המובאת, בין השאר, בש"ע חו"מ סי' שס"ט סעי' י"א בהג"ה: "הנושא אשה במקום שדנין בדיני עכו"ם ומתה אשתו - לא יוכל אבי אשתו או שאר יורשיה לומר: כל הנושא אשה - על דעת המנהג הוא נושא, ונדון הדבר בדיני עכו"ם, דאם מתה יורשה בעלה או כדומה לזה, וליכא בזה משום ד"ד"²⁴. סמ"ע מקשה

עמ' 68

על כך מתשובת הריב"ש סי' נ"ב, שגם אותה מביא הרמ"א בהג"ה בר"ס רמ"ח, ומעשה שהיה כך היה: איש גר עם אשתו במיורקה בחזקת נכרים, וכתב את נכסיו לבנותיו ואחריהן לאשתו, ומשמת ומתו בנותיו באה האשה לתבוע את הנכסים במקום אחר מהמחזיק בהם. הריב"ש השיב, שאפילו היו הבעל והאשה גרים במיורקה בחזקת יהודים - "גם ביהדותם היה להם לדון בדיני הגויים, כי כן נהגו מעולם קהל מיורקה", ולפיכך ימסרו הנכסים "לפני הדיין שלהן, שהוא הגזבר, ומי שיזכה, ויחזיקהו הגזבר בנכסי המוריש - הוא היורש".

הסמ"ע מנסה לישב את שתי התשובות השונות בכך, שבמקרה הראשון התקיימו רק הנשואין במקום שמנהג היה לדון בדיני עכו"ם, ואלו הפטירה לא, בעוד אשר במקרה השני נעשתה עצם הצואה במקום שהיה מנהג כזה; אך הט"ז דוחה תרוץ זה - נדמה לי, בנימוקים משכנעים לחלוטין, והסתירה נשארת אפוא סתירה, ואחת התשובות צריכה להדחות, לפחות במה שנוגע לעקרון הנידון. והנה, לא מצאתי מי שדוחה את תשובת הרשב"א, אבל בתשב"ץ ח"א סי' ס"א נדחית דברי הריב"ש בלשון פסקנית לחלוטין: "אלו (דברי הריב"ש) דברים בלא ראיה, ואין הדעת סובלתן כלל... ומ"ש כי כן נהגו מעולם קהל מיורקה - [...] אין מביאין ראיה ממנהג של איסור".

אבל יש בדברי הריב"ש גם נימוקים אחרים: אפילו אם נפסוק כדין ישראל, שירושה אין לה הפסק ואין האשה יכולה לזכות בנכסים - האשה לא תרתע ותתבע בדיני הגויים, והללו יוציאו ממילא ועוד יענישו את מי שהפקדון בידו. התשב"ץ, לעומת זאת, יוצא מתוך הנחות אחרות לגמרי: עד כמה שהוא יודע, "יש לנו יד תקיפה" על הנכסים; ובעקב ההבדל הזה, נדמה לי שאפשר לסכם את בעית המנהג לשאת ולתת על פי ד"ד בדברי קצות החושן בסי' שני, הנראים לי דבריו של טעם: אין זה מנהג היכול כשלעצמו לשנות את דין תורה יותר מן הגבולות שכבר עמדנו עליהם, אלא שבית-הדין יכול להחליט לנהוג לפנים משורת הדין, על-פי מסיבות הענין, כדי למנוע סבל או עוול

²³ [הערת עורך: המחבר נפל קרבן לטעות נפוצה, כאילו הריא"ז המובא בשלטי גבורים הוא ר' יצחק אור זרוע, ולכן הפנה לאור זרוע הלכות גיטין; ולאמיתו של דבר הכוונה לר' ישעיה אחרון ז"ל.]

²⁴ הרשב"א אינו דוחה את המנהג לחלוטין, באופן עקרוני, אלא רק במקרה בוטה כגון זה המובא כאן (ר' דבריו המובאים בב"י חו"מ ס"ח א').

העלולים לצמוח אם נדון את הדבר בדינינו, בעוד אשר הצדדים היו כפופים למציאות משפטית שונה²⁵.

עמ' 69

ח. ערכאות הגויים ומעשה-בי"ד שלהם

דרגות שונות יש במשמעות המונח ערכאות של גויים. קודם-כל יכול מונח זה לכלול בתי-דין עדתיים של גרים תושבים במלכות ישראל, הדנים על-פי משפטיהם שלהם, אך הכפופים לסנהדרין (ר' פיי' ה' מלכים ה' י"א). וודאי שאין לנו ענין באלה כשאנו עוסקים בד"ד. שנית כולל המונח ערכאות אוטונומיים של גויים, הן בחוצה-לארץ והן בא"י כשהיא משועבדת, שאין להם ולדינא דמלכותא ולא כלום; הללו אינו כשרים אלא כדי להעיד על מה שנעשה בפניהם, וגם הם אינם נוגעים לענינו. שלישית כולל המונח ערכאות של גויים העומדים מטעם ד"ד ואשר חובה להיזקק אליהם או שיש להם כוח ליצור מעשי-בי"ד על-פי הורמנא דמלכא - ובערכאות אלה נטפל בפרק זה.

על-פי מה שראינו עד כאן יכולים ערכאות אלה לענין אותנו ביחסים בין יהודי לחברו במקרים הבאים: א) כאשר חובה עלינו להיזקק אליהם מד"ד כדי ליצור חובות וזכויות, בדברים שהם לתועלת המלך או לתקנה בני-המדינה, על דרך "לא-ליקני ארעא אלא באיגרתא" (כאשר אין חובה דווקנית שכזאת מילתא פשיטא היא ששטרי ההקנאה שלהם פסולים ואין אנו מכשירים אלא שטרי ראיה שלהם, כדין הערכאות האוטונומיים); ב) כאשר אין אמנם חובה כנ"ל, ונוקקו אליהם יהודים כדי ליצור חובות וזכויות בדיניהם כרצונם, אלא שיש לשטר תוקף של מעשה-בי"ד בד"ד; ג) כאשר עשו הערכאות הללו מעשה-בי"ד בין יהודים שלא במסגרת סעיף ב' זה.

לגבי סעיף א' אין לנו כבר למעשה להוסיף מאומה במה שנוגע לבעיות הסמכות של יצירת החובה: ברור לפי מה שאמרנו בפרקים הקודמים, שנכיר בחובה שנוצרה במסגרת אותו סעיף א' אפילו אם כל הצדדים או חלק מהם לא היו תושבי המלכותא שבה נוצרה החובה; מספיק אם הצדדים רצו ליצור את החובה במקום שהוא בתחום שלטונו החוקי של המלך המסוים, ואז - אם הדבר הוא מן הדברים שהם לתועלת המלך או לתקנת בני-המדינה - צריכה יצירת החובה להיות בעלת תוקף מבחינה פורמלית על-פי דין המלך שבארצו היא נעשית. על-פי זה מובן מאליו, שאם המלך קבע כי לא תיוצר חובה כזאת אלא במוסד מסוים - לא נלך אחר ההגדרה, אשר יתכן ונמצא בדינינו לערכאות, אלא אחר ההגדרה שנמצא לדינא דמלכותא, כדי להחליט אם יש למוסד סמכות.

רש"י על גטין י' ב', ד"ה בערכאות, מגדיר למשל כך: "מקום בית-ועד דיינים קבועין שלהן", אך אפשר שהוא מתכוון רק לערכאות האוטונומיים, שעליהם בעיקר מדברת המשנה שהוא מפרשה, וכמובן - לגבי הגדרתם של אלה אין אנו יכולים ללכת אלא על-פי דינינו. הוא הדין ברמב"ם, בפרושו על המשניות, ז"ל: "וערכאות של ע"כ

עמ' 70

הם מעמדות דייניהם"; והלא הרמב"ם ודאי שלא התכוון לערכאות העומדים בד"ד. לעומת זאת, שונה היא באמת גישת רבותינו שהכשירו מדעת שטרי-הקנאה העולים בערכאות בד"ד. בהג"ה על המרדכי, גטין י', אנו קוראים: "י"א דלא מקרי ד"ד אלא דבר הנעשה בערכאות לפני שופטים, וליתא, דהא כל השטרות העולים בעש"ע כו' - ה"ה אפילו הדיוטות, אי לאו משום דחיישינן דמשקרי"; והרמב"ן זה לשונו כפי שמובא בטחו"מ ס"ח ח': "שטרות העשוין בנטורין של מלכות, פרוש ע"י סופרי המלך, ואפילו אין עדים חתומים בו אלא אחד ממונה על פי המלך - כשר, ולא מן הדין אלא משום ד"ד...". בטחו"מ שם סעי' ד' יאמר אמנם: "ולדברי הכל - אלו השטרות שכותבין הסופרים אין להם דין ערכאות... כיון שאין נעשים בפני השופטים", אבל על זה מעיר בית-חדש: "ויש להקשות, דבסוף סימן זה (סעי' ח') כתב ע"ש הרמב"ן בסתם דסופר מהני, ונראה דהכא איירי

²⁵ ד"ד עשוי לחול על עסקה בין יהודים גם אם הם מתנים כך בפרוש או מכללא, בתוקף המנהג, שעל דעת ד"ד הם נושאים ונותנים, בתנאי שלא תהיה בכך התנאה על מה שכתוב בתורה (ר' משה"א באורים על ש"ע חו"מ שס"ט י"א, הג"ה), אבל הדבר חורג מענינו ושייך לתחום דיני התנאה בכלל.

בדליכא הורמנא דמלכא לעשות הסופר שלהם נאמן". והרשב"א אעפ"י שאינו מטפל בענין זה מבחינת ד"ד, אלא מבחינת נאמנות עדותם של הערכאות, אף בשאין ד"ד, הריהו כותב בתשובה המובאת בב"י, שם סע' ג': "ספר הערכי כשטר הערכי"; ובתשובה סי' תתקפ"ב ז"ל: "מה ששנינו בגטין, דשטר העולה בעש"ע כשר... דלא דוקא באפי תרי, אלא אפילו באפי חד... ובמקומות... שהערכי מעמיד נער במקומו שאינו יודע לכתוב, ואעפ"כ מקיים אותו שטר שכתב הנער - לא חיישינן ליה, דסמכינן אחזקה דלא מרעי אנפשיהו, ולא הוה מקיים ליה אי לאו דקיים ליה ביה דלא הוה משקר...". - ואם משום נאמנות כן, משום ד"ד על אחת כמה וכמה. הרב המגיד מסכם גישה זו על דעת כל המכשירים שטרי הקנאה העולים בעש"ע משום ד"ד בלשון זו: "כל היכא דאיכא הרמנא דמלכא - כל השטרות כשרין, כגון בנוטרין של מלכות שלנו" (פכ"ז הל' מלוה ולוה הל' א').

אף-על-פי-כן, אפילו באותה הגהה של המרדכי שהבאתי, היוצאת מתוך נקודת השקפה מקסימליסטית ביותר לענין ד"ד, אנו מוצאים סייג לדבר: "אפילו הדיוטות - אי לאו משום דחיישינן דמשקרי". כל אותה סוגיה הבאה להכשיר שטרות העולים בעש"ע מבוססת על ההנחה "דאי לא יהיב זוזי קמייהו לא הוה מרעי נפשיהו וכתבין ליה שטרא"; ואף-על-פי שהדבר מוסב קודם-כל על שטרי ראיה - מכל מקום, גם בשטר הקנאה יש משום ראיה לכך שבאמת התכוון המקנה להקנות והקנה, ועל-פי זה פירש הר"י "דוקא ערכאות דלא מקבלי שוחדא", ומסתבר שהדבר מוסב אצלו הן על ערכאות אוטונומיים והן על ערכאות מד"ד, שהרי הר"י לא הכריע בין שתי הלשונות בספרו; ואצל הרא"ש ברורה ההסבה על שטרי ההקנאה לחלוטין. באופן כזה אנו מגיעים למחלוקת שבין הרמב"ם ליריביו, אם חזקה היא אצלנו שאין הערכאות מקבלים שוחד או שזקוק הדבר

עמ' 71

להוכחה בכל מקרה, ע"י עדים ישראלים כשרים. הרמב"ם כותב בפכ"ז הל' מלוה ולוה ה"א כסברה השניה; הרא"ש בפסקיו דוחה אותה, משום "מסתברא דסתם ערכאות לא מקבלי שוחדא", וכן נראה מדברי הרשב"א לעיל ומדברי הרמב"ן (ר' הג"ה על ש"ע חו"מ סי' ס"ח סע' ב'). הב"ח על טוח"מ ס"ח ג' פוסק ש"לענין הלכה נקטינן כהרמב"ם". אך הדעת נותנת, שאפילו אם הלכה כרמב"ם, אין מכאן מסקנה מוכרחת שכך הוא הדין אף כאשר אנו באים להכשיר שטרות משום ד"ד - שלא בצמוד אליו. מכל-מקום, יהא הדבר כאשר יהיה - אם ידוע שהערכאות הנידונים נוהגים לקבל שוחד או שנודע כי הם קבלו שוחד במקרה הקונקרטי - פוסלים אנו את השטר שעלה אצלם, אפילו אם על-פי גדרי הכלל ד"ד היינו צריכים להכשירו. במלים אחרות - אם חזקה היא, או אם ידוע, שהשטר המובא לפנינו בשקר יסודו, פסול הוא לעולם, ויהא ד"ד בדבר אשר יהיה.

בעיה שניה העלולה להתעורר היא, האם די לנו בכך ששטר ההקנאה שאנו מכשירים אותו משום ד"ד יהא כשר על-פי הצורה הנדרשת מד"ד, או שמא צריך הוא להיות עשוי גם כתקון שטרותינו שלנו. הדעת נותנת שיכולים אנו להכשיר או לפסול שטרות העולים בערכאות של גויים, אך אי-אפשר שנכשירם רק בתנאי שיהיו עשויים כתקון שטרותינו, שהרי לא מפינו חיים ערכאותיהם, אך אעפ"כ יש מחלוקת בדבר. מגיד-משנה על פכ"ז הל' מלוה ולוה ה"ב כותב, ז"ל: "ודע שהשטר העשוי בערכאות ג"כ צריך שיהיה כתקון שטרי ישראל ושלא יוכל להזדייף, אעפ"י שאין נראה כן מדברי רבינו (הרמב"ם), שלא הזכיר כן בערכאות. וגם [דעת] בעל העיטור הוא כדברי רבינו. אבל יש מצריכין כן אפילו בערכאות, וזהו דעת הרמב"ן והרשב"א". את דעת הרשב"א אפשר אולי לישוב בזה שנאמר כי הוא דרש ששטרי הערכאות יהיו עשויים כתקון השטרות שלנו רק בשטרי ראיה, אולם לא כאשר אנו מכשירים את השטרות משום ד"ד - אך תהיה זאת הבחנה מפוקפקת ביותר לגבי שיטת הרשב"א: בתשובה המובאת אצל ב"י (על טוח"מ ס"ח ו') הוא פוסל שטר הקנאה - קודם-כל מפני שאין הוא גורס בו ד"ד, ושנית הוא מוסיף דברים העשויים, אם כי אינם מוכרחים, להשתמע כך, שאפילו היה השטר כשר משום ד"ד, עדיין היה פוסלו משום שלא היה עשוי כתקון שטרי ישראל. אלא שאם זהו באמת הפרוש הנכון - שוב קשה לי לישוב את העובדה, שאעפ"כ מדמה הרשב"א, כפי שראינו, שטרי הקנאה העולים בערכאות ל"לא ליקני ארעא אלא באיגרתא"; מוצא מן הסבך אפשר אולי לראות במקרה כזה בכך, שמה שהרשב"א דורש כי השטר

יהיה עשוי כתקון שטרותינו - אפשר שאין כוונתו אלא רק להזהר מזיופים, ואלו במקרה שברור יהיה כי השטר הוא מקורי, הוא לא ידרוש את קיום הצורה העברית (ר' ה"ה פכ"ז הל')

עמ' 72

ב', בסיפא). - במה שנוגע לרמב"ן - כבר ראינו שעמדתו אינה ברורה: הוא קובע שאין המלך מקפיד אלא על הכשרת ערכאותיו לעדות, אבל כמעט ואינו אומר מה יהיה אם המלך יקפיד גם על צורת השטר ודרכי ההקנאה. כבר אמרתי שעל-פי הפשט והרמז שבדבריו נראה כי הרמב"ן צריך במקרה כזה להכשיר את השטר, אך לא דוקא כך הסיקו חלק מרבנותינו; מהר"ר מאיר מפדוא, למשל, כותב בתשובה ס"י ס': "ואף אם היה מנהג השרים עתה שכל השטרות יעלו בערכאות שלהם, והיה שייך אז ד"ד בשטר מתנה - אפילו הכי, מאחר שלא נעשה קנין סודר או שאר קנין כפי דין מתנת בריא, אין בשטר ממש" (ור' גם ד"מ על טחו"מ ס"ח ח' וב"י שם ותשב"ץ ח"ב ר"ץ). בלתי ברורה בענין זה היא גם דעת הרא"ש: בפסקיו על גטין הוא כותב שדורשים אנו גם משטר העולה בערכאות שיהיה עשוי כתקון שטרי ישראל (ר' גם קרבן נתנאל שם ופרישה על טחו"מ ס"ח ב'), אך בתשובה בכלל י"ח הוא כותב ז"ל: "שטרות הנעשים בעשי"ע ועשויין בלשון שטרי עכו"ם, כמו שרגילים הם לעשותם, אעפ"י שאינם עשויים בלשון שטרי ישראל - כשרים". הייתי נוטה לישוב את דברי הרא"ש בכך, שבפסקיו הוא מתכוון רק לדרישות הבטחוניות, ואלו בתשובתו הוא מכוון לצורות הקנין, אך משה"א באורים על חו"מ ס"ח א', הג"ה²⁶, כותב ז"ל: "דוקא לענין חזרת השטר בשיטה אחרונה או לענין שטר שיכול לזייף פליגי היש חולקים (הרא"ש בתשובה הנ"ל) ומכשירין בערכאות... אבל בשלא היה קנין כראוי, כגון שטרות שלא הקנוהו בכו"מ או מעות בקנין חליפין... - כולי עלמא מודי דפסול"; וקשה לי הדבר הזה, שהרי הרמב"ן עצמו, שממנו לקוח הסייג, איננו חד-משמעי בו כלל וכלל. הרמ"א מסכם את הדבר בהגהה הנזכרת בזה, לאמור: "וכל שטר שמכשירין משום ד"ד - אם לא נכתב כהוגן לפי דיניהם, אעפ"י שנכתב כהוגן לפי דינינו - פסול, דלא נכשיר יותר מהם (עפ"י הריב"ש), וכן להפך, אם פסול לפי דינינו וכשר לפי דיניהם, ויש חולקים".

על הסוגים ב' ו' של המקרים שבהם עלולים לענין אותנו ערכאות העומדים מד"ד נעמוד במעורב.

כבר עמדנו לעיל על הכלל הרחב, שאסור ליהודים להיזקק לערכאות של ע"כ מכל וכל, וראינו עד כאן שני יוצאים מן הכלל הזה: מותר לתבוע בערכאותיהם גויים שאינם מציינים לדינינו, כדי להציל מידם (ע"ז י"ג א'), ומותר להעלות אצלם שטרות משום דד"ד, בדברים שהם לתועלת המלך או לתקנת בני-המדינה. לגבי תביעות בין יהודים ליהודים יש לנו תשובה ממצה מימי הגאונים, המובאת באוצר

עמ' 73

הגאונים על ב"ק ס"י רצ"א: במקום שאין ב"ד יהודי - ידונו אפילו הדיוטות יהודים, אבל אם אין המפסיד מציינת לדין שיצא עליו - מצוה לגבות ממנו בדיני הגויים, ובלבד שיהיו הערכאות ישרים; ואפילו אם הנגזל גוי והגזלן יהודי - מותר להעיד נגדו בערכאותיהם, אם אין הגזלן מציינת לדינינו. בסי' ר"ץ שם מובאים אפילו דברים מפורשים יותר, בשם רב האי גאון - היינו שנחוץ כי קודם-כל יצא פס"ד של אמת בדינינו, ורק אם המפסיד נמנע מלקיימו מותר לתבוע בערכאות, אבל אם לא יצא עדיין פס"ד כזה - "חם ושלום שהוא התיר זה", ואפילו אם יש מקום להניח שהאיש ממילא לא יציית לדינו. דין זה נשאר כמעט ללא שינוי עד ימינו, וזה לשונו של שלחן-ערוך בחו"מ ס"י כ"ו: "אסור לדון בפני דיני עכו"ם ובפני ערכאות שלהם, אפילו בדין שדנים בדיני ישראל, ואפילו נתרצו ב' בעלי דינים לדון בפניהם - אסור... היתה יד עכו"ם תקיפה, ובעל דינו אלם, ואינו יכול להוציא ממנו בדיני ישראל - יתבענו לדיני ישראל תחלה; אם לא רצה לבוא - נוטל רשות מב"ד ומציל בדיני עכו"ם מיד בעל דינו"; אין כבר אפוא צורך בפס"ד עברי תחילה, אלא מספיקה תביעה שלא נענתה ורשות מביה"ד; אך הרמ"א מזהיר אותנו בהגהה, בשם מהר"י"ק: "וכל זה

²⁶ ס"ק ו [הערת עורך].

דווקא כשאנו רוצה להיות ציית דינא, אבל בלאו הכי אסור לביי"ד להרשות לדון לפני עכו"ם". ברור מכאן שנכיר בפסק-דין של הערכאות אשר ניתן בין יהודי לחברו בתנאים הנ"ל, ובזה יש לנו יוצא מן הכלל שלישי, ונכיר בפסה"ד הנכרי, אעפ"י שיתכן כי בינתים חזר בית-משפט שלנו וקיבל יד תקיפה כנגד אותו אלם, ואפשר לשונו ולהפעיל נגדו פסק-דין עברי; כי כפי שקובע מהר"ם מירזבורק בנימוקיו - "הקובל בין הגויים הפסיד דין יהודים, כי בתרי קטלי לא קטלין ליה". ולפיכך מתתבר, שלא זו בלבד שנכיר בכל העברת רכוש שבוצעה כבר על-פי אותו פס"ד זר, אלא אפילו אם לא הוצא עדיין פסק-הדין לפועל - נבצענו אנחנו, ללא העמדה חדשה בדין.

עם זאת, נשאלת השאלה מה יהיה הדין כשיהודי עבר על האיסור ותבע את חברו בערכאות בלי רשות, בין אם בהסכמת יריבו ובין אם בעל-כרחו, וניתן פס"ד נגד אחד מהם, פס"ד שיש לו תוקף של מעשה-ביי"ד בד"ד.

בהג"ה על ש"ע חו"מ סי' ק"ד סעי' ב' קובע הרמ"א השם הרשב"א כלל רחב לאמור: "וכן אם האחד גבה והשני טוען עליו שגבה שלא כדין ושלא היה חייב לו - הואיל וגובה על פי ד"ד - מה שגבה גבה". משה"א באורים שם כותב אמנם ז"ל: "לא שייך זה רק בעכו"ם", ובאמת יש לו על מה לסמוך, כי מעשה שהיה כך היה (ר' תשו' הרשב"א סי' תתקמ"ו): ראובן ושמעון היה לכל אחד מהם חוב על גוי אחד, וראובן הלך אל הערכאות

עמ' 74

וטוען שאבד שטרו, והשופט ציוה לחדש לו שטר, ובשטר הזה גבה ראובן את כל נכסי הגוי; בא שמעון עתה ומתלונן עליו שגבה שלא כדין, באשר לו, לשמעון, היה שעבוד קודם, והרשב"א פסק שאין לשמעון תביעה כנגד ראובן - קודם-כל משום שפנקס הערכי, שעל-פיו חודש השטר, נאמן כנגד הגוי, וכל-שכן אם גבה ראובן עפ"י דין המלך. וכמוכן, ממה שפסק הרשב"א בדבר גביה מגוי אין להביא ראיה בדבר היחסים בין יהודים; אעפ"כ, יש בדברי הרשב"א צד ספק להצדיק בו את מסקנת הרמ"א: הרשב"א אומר בפרוש שאין פנקס הערכי נאמן עליו במקרה זה אלא רק משום שמדובר בגוי, אבל מיד הוא מוסיף קל-וחומר לגבי ד"ד, בלי להזכיר עוד את ההבחנה בין יהודי לגוי, ויש מקום לסבור שאין הרשב"א מזכיר עוד את ההבחנה, משום שלענין דד"ד אין הבדל בבעיה שלפנינו בין מקרה שיש בו יד ע"כ באמצע ובין מקרה אחר. יתר-על-כן, הרשב"ם על ב"ב נ"ד ב', ד"ה דד"ד, מפרש, ז"ל: "ואין למחזיק בממון חברו על-פי חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל", וכן גם לשון הרא"ש בפסקיו שם, ובאמת אין שום הבדל נראה לעין בין המקרה שאדם גבה ממון מד"ד עפ"י פס"ד של שופט המלך לבין המקרה שהמלך כעס על אחד מעבדיו והחרים את שדהו ונתנו לאחר; והלא בזה המקרה השני אין שום אדם אומר כי יש להבחין בין עבד יהודי ועבד גוי. לפיכך נראה לומר שהרמ"א קבע את הכלל הרחב נכון, ומה שגבה אדם עפ"י מעשה-ביי"ד מד"ד - הרי הוא גבוי בידו, ואפילו אם גבה באיסור, ואין אנו מוציאים ממנו. ובדבר זה כשלעצמו אין כדי לפגוע במה שראינו בתשובה שהבאתי בפרק ג', ואשר על-פיה אנו מוציאים מיד מי שזכה בדיני עכו"ם שלא ברשות ומחזירים לחברו: נראה לי שהדבר דומה לדין בענין מי שהעיד נגד חברו בערכאות בלי רשות, שהוא צריך לפצות את הסובל בגללו על כל מה שהוצא ממנו יותר מכפי שהיינו מוציאים ממנו אנחנו בדינינו, וכך גם כאן - אמנם, זוכה הקובל בדיני עכו"ם בלי רשות במה שגבה עפ"י ד"ד, אבל אם גבה יותר ממה שהיה גובה בדינינו, הרי הוא צריך להחזיר ולפצות משום דין מסור (ר' למשל תשו' הרא"ש כלל י"ח סי' ה')²⁷.

אך מסקנה זו אינה פוטרת עדיין את השאלה מה דינו של מעשה ביי"ד שהושג בערכאותיהם בניגוד לדינינו, כאשר לא הוצא עדיין פסה"ד אל הפועל. ראינו שעל-פי

עמ' 75

²⁷ פחד יצחק, בערך דד"ד, מביא בשם בן-חביב תשו' מ"ד, כי "מה שהשופט הערכי דן כפי דינם - אין זה נקרא דד"ד" בכלל. לא מצאתי תשובה זו במקורה, אבל לפחות כפי שהדבר מנוסח, ללא כל סייגים והארות, אצל פחד-יצחק - נראה כי אין הוא יכול לעמוד לאור כל השיטות העיקריות, במידה שהוא סותר אותן.

תפיסתם של ר' יונה והרמב"ן עלול להתקבל על הדעת שנכיר אף בפס"ד כזה, אולי בכפופות להטלים ולדמי הנזק שיכולים אנו להטיל על המסור. אבל יש גם מקום לסבור שאנו קונסים את המסור, למרות דד"ד, ואין אנו נזקקים לו כלל; וכך מסתכם הדבר בשלחן ערוך חו"מ סי' כו סעי' א' בהג"ה: "מי שהלך בערכאות של ע"כ ונתחייב בדיניהם, ואח"כ חוזר ותבעו לפני דיני ישראל - י"א שאין נזקקין לו (מהר"ק שורש קפ"ח); וי"א דנזקקין לו (מרדכי בפרק הגוזל בתרא), אם לא שגרם הפסד לבעל דינו לפני עכו"ם (מהר"מ מריזנבורג). והסברא ראשונה נראה לי עיקר". ומכל מקום - אם נגרם הפסד, לכל הדעות אין אנו נזקקים לו; וכיצד יתכן שלא נגרם הפסד?

בכל אופן, נשאר לנו אפוא להתחקות על דין אותו מעשה-בי"ד שלהם שאנו מכירים בו בודאי, היינו כאשר הושג ברשות. ראינו לעיל שדיני סמכות השיפוט לענין דד"ד שוים לדיני סמכות השיפוט לענין הנהגת הקהל, ולפיכך נדמה לי שיש ללמוד מתשובת הר"ן סי' י"א²⁸, אשר כבר הבאתיה לעיל והדנה בכפופות לביה"ד של הקהל, גם את דין כפופות הנתבע לערכאות של המלכות. וזו לשון הר"ן שם: "ולענין מה שבא בשאלה אם יהודה מוכרח לקבל בי"ד קהל גירונה או אם יכול לשאול להם בי"ד אחר - אין ספק שבני העיר יכולין להתקין ביניהם חוקים והנהגות, והם קיימין עליהן, ומיהו דווקא לאותן שנקראין בני עירם, אבל לבני עיר אחרת - לא, גם כי יהיה להם תביעה עליו, דאיזה כח יש להם להסיע על קיצתו כיון שאינו מבני קהלם?" הר"ן אינו ממצה כאן אמנם את כל דיני סמכות השיפוט של בי"ד, אבל מכל-מקום מסתבר שאף לענין דד"ד אנו הולכים בדבר הזה אחר דינינו, ולא אחר ד"ד. אין מספיק אפוא שהערכאות יראו סמכות לעצמם לשפוט את האיש, אלא נחוץ שאנו נכיר להם סמכות זו; ובדרך-כלל נכיר בה אם האיש היה תושב קבוע באזור השיפוט (ר' גם דברי הרמב"ם בפ"ה ה"ל גזלה ואבדה ה"ל י"ג: "מלך שכעס על אחד מעבדיו... מבני המדינה, ולקח שדהו או חצרו - אינו גזלי") או שהיה לו שם רכוש (ר' ש"ע חו"מ י"ד א' בהג"ה: "...א"כ יכול לעכב מעותיו בעירו - אז צריך להודיע לנתבע ואז צריך לדון במקום שמעותיו שם"), אבל לפי תשובת הר"ן יוצא שלא נכיר בשיפוט אם לא התמלאו התנאים הללו ואין הנידון מסכים לסמכות השיפוט (ובכל זאת ראה ש"ך שם בדבר "בן העיר שתובע לאכסנאי").

שנית, ראינו שהערכאות צריכים להיות ישרים, ובכן שוב, "דלא מקבלי שוחדא"

עמ' 76

והפעם לא רק לעדות שקר, אלא גם לאצוליי דינא. ושלישית מתעוררת השאלה מה הדין אם הערכאות טעו בתום-לב. הרמ"א בד"מ (טחו"מ סי' שס"ט) מסיק מתשובת הריב"ש כי "שופט שצוה לשלוחו למכור בנכסי יתומים ועשו כן וטעו - מה שעשה עשוי", אך אין מאותה תשובה (סי' קע"ט) ראייה גמורה - קודם-כל משום שמדובר שם בפסק-דין שהוצא כבר אל הפועל; שנית - משום שאין ברור כלל אם השופט באמת טעה בדינו: המעשה היה כך, שהשופט ראה את אמו של נפטר יהודי כיורשת, ואף-על-פי שיש מקום להניח כי גם על-פי דיניו שלו היה השופט צריך להחיל את דין ישראל - מ"מ יתכן שלא היה כן, ושבדיניו היתה האם יורשת באמת, ובכן לא היתה שום טעות; שלישית - משום שהריב"ש מקיים שם פסק-דין נכרי, שהושג כנראה בלי רשות, ושנאשים עשו על-פיו בנכסי זולתם כעשות בתוך שלהם²⁹ - כאלו היה זה פסק-דין כשר למהדרין, ללא שום סייגים כלל; וממילא יש לנו כאן רק עוד דוגמה אחת לכך, שספק הוא בכלל אם מותר להביא ראייה מן הריב"ש לענין דד"ד; ורביעית - התשובה הזאת נדחית מיסודה בתשב"ץ ח"א סי' י"ג. נשאר לנו אפוא רק להשתמש בהקש ובסברה, ועל-פי זה נראה לומר, שכמובן צריך מעשה-ביה"ד להיות בעל תוקף גמור קודם-כל בדיניהם, אבל משהסכמנו על עצם העקרון כי נכיר באותו מעשה-בי"ד, ואכן מצאנו כי הוא בעל תוקף גמור כדיניהם ולא הושג בשוחד או במרמה - שוב אין טעם כי נשים עצמנו מומחים בדינא יותר משהם מומחים בו בעצמם. במה שנוגע לטעות בעובדות - הרי אין חולק אצלנו על כך שערכאותיהם כשרים לעדות, אם קיים לן בגוייהו דלא מקבלי שוחדא ומקפידים לברר אם עדיהם עדי אמת (ר' דברי הרמ"ה, טחו"מ סי' ס"ח סעי' ג'), ואפילו כאשר הערכאות הם אוטונומיים, ולא-כל-שכן כאשר הם עומדים בהורמנא דמלכא (ר' ש"ע חו"מ ס"ח

²⁸ לפנינו סי' י [הערת עורך].

²⁹ [לשני] הצדדים המתדיינים גם יחד לא היתה שום זכות בנכסים בדינינו; הנכסים היו שייכים ליורשי הנפטר, ומה שנאמר בשאלה שלא [היו יורשים] כלל - הלא ידוע שאין לך אדם מישראל שאין לו יורשים. [הערת עורך: צריך לבדוק בכתב היד את תחילת השורות, והאם זה הערה או השלמה לטקסט]

א' בהג"ה); נראה אפוא לומר שקביעותיהם העובדתיות הם מעשה-בי"ד באותה מידה - וכמובן, רק עד לאותה מידה - שפס"ד עבדי הוא מעשה בי"ד לענין שבעובדה, לפחות לגבי הצדדים שהיו בעלי-דברים זה לזה באותו דיון (ר' להלן).

מלבד המקרה הזה, שאנו מכירים במעשה-בי"ד שלהם כאשר הושג ברשות מטעם ביה"ד שלנו, יש לנו עוד יוצא מן הכלל רביעי, שבו ניתן ליהודים להיזקק לערכאותיהם, אפילו בלי רשות מיוחדת, היינו באשר אין הענין בעיקרו דבר של תביעה וריב בין יהודים, אלא שנחוץ ליהודי להשיג מעמד משפטי מסוים המוכר בדיניהם, ואפילו אם בדי-עבד יהיה מעשה-ביה"ד הנכרי עלול לפגוע ביהודים אחרים - בתנאי שיש בדבר צד התר בדינינו. בתשב"ץ סי' קפ"ח³⁰ היתה שאלה על שופט עכו"ם שמינה אשה יהודיה כאפוטרופסית, והשיב הרב, ז"ל: "אף על גב דקיימא לך דאין ממנין אפוטרופין

עמ' 77

נשים [...] - כיון שהשופט מינה אותה, אין מסלקין אותה; שכיון שהשופט הוא ממונה על פי המלך - מה שעשה עשוי, כדין שטרות העולים בערכאות של עכו"ם, דאפילו שטרי מתנה, דחספא בעלמא נינהו - כשרים משום דד"ד... ואע"ג דבעלמא אסור לדון לפניהם, כדאיתא בפרק המגרש - מינוי זה בהתר נעשה, לפי שיש בנכסים חובות על ישמעאלים, ואי אפשר לגבותם אלא אפוטרופס ממונה בערכאותיהם - ודאי מותר ללכת לפניהם כדי להציל מידם...". יש לנו אמנם במקרה זה יד עכו"ם באמצע, אבל רואים אנו שהתשב"ץ מקיים את המינוי שנעשה בערכאותיהם, משום דד"ד, אעפ"י שיתכן ויהיו מעורבים בדבר גם יהודים שאין להם ולא כלום עם אותם הגויים. ודוגמה בולטת יש לנו בתשובת הרא"ש כלל י"ח סי' ט"ז: "בעל חוב הוציא שטר על שמעון בכתב שלטון העיר אחר שעשו הכרזה לבתים ל' יום בבי"ד (?). אח"כ בא ראובן והוציא שטר חוב על שמעון שהוא מוקדם לשטר בע"ח שגבה משמעון ורוצה ליקח ממנו הבתים, ושמעון בעל חוב הא' טוען שגבה כבר, כיון שלא ערער בשעה שהכריזו על הבתים, שהפסיד כחוו"; והשיב הרא"ש: "אם הכרוז יוצא: כל מי שיש לו זכות וטענה ושעבוד על קרקע זה יבוא ויודיע ויערער, ואם ישתוק ויעלים מערעורו יבטלו כל זכויותיו שיביא מכאן ולהבא - כיון שנהגו כן³¹, ד"ד הוא, ויבטלו כל הזכויות...".

כאן יש לנו כמה סתומות: (א) מן השאלה עלול אולי להסתבר שההכרזה היתה בבי"ד שלנו, ואלו מתשובת הרא"ש עולה כי ההכרזה היתה מטעם דינא דמלכותא; לגבי הדין חשובה כמובן התשובה, ואכן כך הבינו המפרשים שעוסקים אנו כאן בשאלת תקפה של הכרזה נכרית (ר' הטור, ק"ד ג', שהשמיט את המלה "בי"ד", וביחוד סמ"ע על ש"ע, ק"ד, ב'). קושי זה מסתלק אפוא מעצמו. (ב) ואם בהכרזה נכרית אנו עוסקים כאן - כלום היתה כאן יד עכו"ם באמצע או לא? (ג) אם לא היתה כאן יד עכו"ם - כיצד באנו לידי ההכרזה? האם שמעון עצמו ביקשה, כדי להבטיח את שחרורו או שמא ביקשה בעה"ח הראשון, שבא לגבות וחשש שלבסוף יטרפו מידו, ואולי השלטון עצמו הוא שהכריז, ביזמתו? (ד) אם בעה"ח הוא שביקש - כיצד בא זה לגבות את חובו בדיני עכו"ם, ואם השלטון מיזמתו הכריז - מה לו ולחובות שבין יהודים? (ה) האם גם שטרו של ראובן, שהפסיד כוחו, שטר שנכתב בכתב שלטון העיר הוא, או שמא שטר עברי הוא (ואולי גם השטר האחר היה שטר עברי, ואלו כתב השלטון נבע מן ההכרזה), ואף-על-פי-כן הפסיד כוחו? - איננו יכול להמנע מלהסיק

עמ' 78

שההכרזה לא הושגה בעברה, שהרי לו בעברה הושגה - ודאי לא היה הרא"ש מוציא את ראובן נקי מתביעתו לגמרי; אלא מסתבר שגם כאן היה צודק משום-מה ששמעון יזכה בשחרור מחובותיו באופן רשמי בדיניהם. אף-על-פי-כן, עצם העובדה שהרא"ש מתעלם לכאורה מכל הבעיות האלו ומבליט מה שהוא מבליט - משמיעה לנו, כי החשוב בעינינו הוא רק זה שיצא מעשה-בי"ד מד"ד, המפקיע את זכותו של ראובן, ושדבר זה מספיק כדי שנראה את הזכות כמופקעת גם בדינינו.

³⁰ בחלק ב [הערת עורך].

³¹ אני מבין שאין כאן הכוונה למנהג ישראלי להכיר ב"פשיטות רגל" שאלו, אלא למנהג המלך ודינו להכריז עליהן ולקיימן.

ולשם יתר בהירות, המסקנה היא זאת: באופן עקרוני מכירים אנו במעשה ביי"ד שיצא מדי"ד, ויושג זה כאשר יושג, אך דבר זה אינו משנה את המסקנה האחרת, שאם יש מקום לכך - נקנוס את הקובל בדין המלך באיסור, אם על-ידי כך שנטיל עליו תשלומי נזק וקנס, ואולי גם חרם ונידוי, משום דין מסור, ואם על-ידי כך שלא נתערב כדי להפעיל לטובתו אותו פסי"ד נכרי אשר הושג באיסור.

ושתי פנים יש לתשובה זו של הרא"ש: קודם-כל היא קובעת שאין לראובן זכות כנגד בעל החוב שגבה ראשון, לטרוף ממנו מה שגבה; בדבר זה אין שום חידוש לגבי מה שראינו כבר לעיל, כי מה שנגבה בדין המלך הריהו גבוי ועשוי, ואין בכך גזל; אולם, שנית, הרא"ש קובע גם-כן שפקעו כל זכויותיו של ראובן, היינו גם זכויותיו האישיות כנגד שמעון, וכאן הלא אין לנו מעשה-ביי"ד שהוצא כבר אל הפועל, אלא רק מעשה שיכולים אנו עדיין להתעלם ממנו או לקיימו, לפי בחירתנו. הרא"ש פסק כי נקיימנו, וגישה זו אימצו להם, כאמור, גם הטור ושלחן-ערוך בחו"מ סי' ק"ד, ואיש מן הפרשנים שראיתי אינו חולק עליהם.

אך בהקשר זה יש להזכיר את המחלוקת המתנהלת בין המפרשים של שלחן-ערוך באותו סימן בקשר להגהה על סעיף ב'. הרמ"א מסתמך שם על תשובה המובאת בבית-יוסף ופוסק, ז"ל: "וה"ה אם היו בעלי החוב חלוקין, וציוו להשכין או לעקל נכסי הלווה, ולא ידענו מי הקורא, והשוטר מעיד כדברי האחד - נאמן מכוח ד"ד, אם המנהג כן". כאן אין ברור אם "מנהג" משמע מנהג ישראל או דין המלך; על-פי שיטתו של הרמ"א אני נוטה להניח שמדובר הוא במנהג ישראל, ואם-כן, - כל הויכוח שנראה להלן הוא מיותר, והבעיה אינה נוגעת לכלל דד"ד אלא לתקפו של מנהג הנוגד לדין תורה; אך הפרשנים מתעלמים מסיפא זו, והויכוח נסב על תחולת הכלל דד"ד.

יסוד המחלוקת הוא זה: ביי"ד מביא בשם "חזה-התנופה" תשובה (ר' קצות-החושן, שם) ב"ראובן ושמעון [...] שהיה לכ"א חוב על גוי אחד, וכל אחד מהם שלח האינטרגא גזור לבית הגוי הזה ומשכן אותו, ואין אנו יודעין מי היה מוקדם באותה אינטריגא זולתי עפ"י הגוי הממושכן³², ולא היה באותו משכון כדי לפרוע לכלם, ואחד טוען שזה

עמ' 79

המשכון השכין הוא תחילה, וכן טוען כ"א, והמשכון אינו תחת יד האחד מהם. - כל מי שיאמר הגוי שהוא ראשון שמשכן תחלה בעדו - זכה במשכון ההוא, כי גם סופרי הגויים שהולכים עמו ממונים על זה מפי המלך, ודד"ד, ולכן הוא נאמן בכל מה שיאמר בנידון זה, אחר שאין לנו מקום לדעת אמיתות דברים בעדי ישראל". כאן יש להעיר שבעצם סותרת התשובה את עצמה, כי היא נותנת נימוק דד"ד, ומיד היא מוסיפה תוספת נימוק, "אחר שאין לנו מקום לדעת אמיתות דברים וכו'", ומשמע שאין הנימוק האמיתי דד"ד, אלא למעשה הנימוק הוא בדיני הראיות שלנו, המתירים לנו כביכול לסמוך על עדות גוי המעיד מטעם המלך - במקום שאין לנו עדים כשרים. על-פי מה שראינו עד כה יש לרישא שבתפיסה כזאת על מה לסמוך, אבל הסייג שבסיפא תמוה הוא, ונחוץ אפוא לבחור באחד משני הנימוקים: או דד"ד, ואז לא שנה אם יש עדים כשרים או אין, או דיני ראיות, ואז גוי פסול לעדות.

אך הפרשנים החלוקים ביניהם מסביב לענין זה אינם מבחינים כן: הע"ש רואה שמדובר באן בלווה עכו"ם ומסיק שאין ללמוד מלווה ע"כ על לווה ישראל לענין דד"ד; בעקבותיו הולך הש"ך בסי' ע"ג ופוסק, כפי שראינו, שאין לומר דד"ד ביחסים בין ישראל לחברו בדבר שהוא מפורש בתורה; ובעקבות הש"ך הולך קצות-החושן כאן: הוא "תופס אמנם "דלא בא תשובת חזה-התנופה אלא לענין נאמנות דידהו, ובזה הוא דאמרינן ד"ד", אבל תיכף אחר-כך הוא עובר לנימוקים של הע"ש והש"ך ומסיק כמוהם שלא נאמרה התשובה אלא בלווה ע"כ. והנה, אם כי מובנת היא מסקנת הע"ש והש"ך, כשהיא לעצמה, הרי קשה לי אותה מסקנה עצמה כשהיא באה מקצות-החושן, שהלא סוף-סוף הוא רואה את עיקר התשובה בענין נאמנות דידהו, ובהכרח אפוא יש להסיק לפי זה שהיא אמורה גם בין ישראל לחברו, ולא רק לגבי עכו"ם. מכל-מקום, דברי קצות-החושן לא באו אלא כדי להגן על הע"ש מהשגת הסמ"ע, והשגה זו אומרת כך: "נראה דגם

³² צ"ל: הממשכן [הערת עורך].

בלוה ישראל הדין כן, אלא שהמעשה היה כן בעכו"ם לווה, ולא ידעתי למה כתב הע"ש אם הלווה הוא ע"ש, דמשמע דס"ל דדוקא בע"כ דינא הכי. ואי משום דכתב דהשוטר הוא מעיד וכו', - הא גם לפני זה כתב שגבה בכתב שלטון העיר, ואיירי שם אפילו בלווה ישראל, ובמקום שידיהן רמה צריכין לילך במנהגם; וכנגד נימוק זה מתשובת הרא"ש משיב קצות-החושן, שבתשובת חזה-התנופה אין מדובר כלל על גביה, כמו בתשובת הרא"ש, אלא רק בעיקול, ובעיקול - מה זכיה יש בזו?"

והנה, נדמה לי שהערבוביה שבמחלוקת זו היא היא מקור המחלוקת, ומשנסלק את הערבוביה אפשר לישב את הדברים בעיקרם על דעת הכל. קודם-כל, כאמור, אם הנימוק העיקרי שבתשובת חזה התנופה הוא משום נאמנות דידהו - באמת אין כאן הבדל בין

עמ' 80

בין לווה עכו"ם ולווה ישראל; אבל גם אם נאמר שעיקר הנימוק הוא דד"ד בכלל, ומסתבר שכך הוא הדבר על אף פשט לשון התשובה, הרי אין התשובה מדברת על יחסים שוטפים, שאין המלך מקפיד עליהם, כמו במקרה של מכירת המשבון בתשובת ר"י בר פרץ, אלא מדובר כאן על מקרה שהמלך התערב בו הלכה למעשה והצהיר כיצד הזכויות עומדות. לפי זה איני רואה באמת לכתחילה כל הבדל עקרוני בין עיקול לבין גביה; גם עיקול הוא מעשה ב"ד בדיוק כמו הגביה עצמה. אעפ"כ, נשאר העובדה שתשובת חזה התנופה עוסקת בלווה עכו"ם. ואפילו אם יש להסיק ממנה שמכירים אנו במעשה ב"ד נכרי כאשר יש יד ע"כ באמצע - אין להסיק ממנה כשלעצמה שנכיר במעשה-ב"ד נכרי אם כל הצדדים הם יהודים. כנגד זה באה אמנם תשובת הרא"ש ואומרת לנו שאין להבחין בדבר על פי הקוים הללו, אך עם זאת מתברר ועולה לפנינו מיד ההבדל בין שתי התשובות: בתשובת הרא"ש אין אנו יודעים כיצד הושגה ההכרזה, אבל כאמור, אין לנו שום סיבה להניח כי הרא"ש היה משיב תשובה "חלקה" כל-כך לו היתה ההכרזה מושגת באיסור; כנגד זה, בתשובת "חזה-התנופה" ברור לנו כי העיקול יושג באיסור אם נכניס במקום הלווה הגוי לווה ישראל. אם נכניס שם את החליפין הללו הרי שיתקבל כי שני המלואים באים לפנינו וטוענים כי הלכו ומסרו את חברם הישראלי לרשות; במקרה שכזה - אמרנו - הרי אפילו אם נכיר במעשה-ביה"ד הנכרי, לא נפעילו, ובכלל לא ניזקק לתובעים, כי "בתרי קטלי לא קטלינן ליה" ללווה, ואם ילך זה ויפר את העיקול וימכור - לא נתערב בדבר, ולא נוציא את הממון מן הקונה אף לא לאחד מן המלואים; ואפילו אם נגרוס כסברה השניה, וניזקק לתובעים - הרי שנבדוק קודם-כל את פסה"ד הנכרי לפי דין ישראל, אם לא נגרם שם נזק שיש לפצות עליו, וממילא משמע שמה שנפסק בד"ד אינו מספיק לנו עוד; והוא הדין אם אין המלואים תובעים עוד בפנינו את הלווה, אלא תובעים הם זה את זה: קודם-כל נצטרך לבדוק כיצד עומדות הזכויות ביניהם בדין ישראל, שהרי אין הם יכולים לדרוש כי נבטל את פסה"ד הנכרי - וזה עפ"י תשובת הרא"ש - אלא יכולים הם רק לבקש תשלומי נזק על ההפסדים שגרמו זה לזה, ושוב לא נדון אותם אפוא בד"ד אלא בדין ישראל. נראה לי אם כן שהמסקנה הנכונה היא, שבכל המחלוקת הזאת אין ההלכה אף לא כאחד מן הנחלקים, כי כלם מתעלמים כאן מן הבעיה העיקרית, היינו שאם הלווה הוא ישראל הושג העיקול באיסור.

מכאן אנו יכולים לעבור ליוצא מן הכלל החמישי והאחרון שניתן בו ליהודים לפנות לערכאות של עכו"ם, היינו כאשר יהודים רוצים לערוך שטר הקנאה ביניהם, ואין

עמ' 81

עליהם חובה משום דד"ד ללכת בענין זה לערכאות, אלא שהם החליטו לפנות לערכאות מרצונם הם, ובדי-עבד יש לשטר שהם עושים תוקף של מעשה-ב"ד בד"ד (כגון "שטר נוטריוני"). למעשה, זהו רק יוצא-מן-הכלל חלקי בלבד: לא מצאתי בשום מקום שמונת ליהודים ללכת במקרה כזה לערכאות; אך אף-על-פי-כן לא מצאתי גם בשום מקום, כי מי שמכשיר שטרות העולים בעש"ע, משום דד"ד, יגביל את ההכשר רק למקרים שבהם הדבר נחוץ לצורך רשמי, כגון ביוצא-מן-הכלל הרביעי, שראינו לעיל. להפך, מכל מה שראינו עד כה יוצא, שאנו מכירים ומפעילים בכל מקרה שטרות שיש להם תוקף של מעשה-ב"ד מד"ד, אפילו אם לא היה שום צד התר להעלות את השטר אצל הגויים, ועצם הפניה אליהם נעשתה באיסור, או לפחות - מתוך פגיעה בעקרון האוטונומיה המשפטית היהודית. המסקנה היא אפוא, שאף כי מלכתחילה נראה בעין דעה את העלאת השטר

בערכאות שלא לצורך, הרי בדי-עבד נקבלנו, אם יש לו התוקף האמור, היינו - היוצא-מן-הכלל הוא רק בדי-עבד. ונראה לומר שההבדל בין סוג-מקרים זה לבין דין הקובל על חברו, שאין אנו נזקקים לו כדי להפעיל את מעשה-ביה"ד אשר בידו הוא בכך, שכאן אין לנו ענין של הלשנה ומסירה ופגיעה בזכויות קיימות של הצד שכנגד, אלא התוצאות שהושגו הן אלה שהצדדים בעצמם התכוונו להן, ולכל היותר הרי זה כקנין שנעשה בשבת, שהוא תופס לכל דבר, אלא שעושי בני עונשין הם בתחום הדברים שבין אדם למקום, ולא בין אדם לחברו.

מסקנה הפוכה בתכלית, שכביכול לא זו בלבד שאין אנו מכירים במעשה-בי"ד ע"י שטר העולה בערכאות, אלא אפילו אם דנו הערכאות על-פי שטר עכו"ם והחזיקו את התובע במקחו - אף פסה"ד עצמו חספא בעלמא הוא, עלולה לעלות לנו מהגהת הרמ"א על ש"ע חו"מ ס"ח א' ומדבריו בד"מ (טחו"מ ס"ח ה'), ז"ל: "כתוב בא"ז פ"ק דגטין: שטר של מכירת בית הנעשה בידי עכו"ם ולא לפני הערכאות, ואח"כ דנו ערכאות על אותו שטר, והעמידו הקונה בבית - אינו כלום". כאן שוב אנו יכולים אמנם לשאול, כיצד זה בא יהודי לתבוע את חברו בערכאות, על כל המסקנות העולות משאלה זו, אבל הבעיה היא סוף סוף האם אין אנו מכירים בפסה"ד עד כדי כך, שנלך ונוציא את הבית מיד מי שמחזיק בו על-פיו. והנה, לא זו בלבד שלמעשה אין במסקנת הרמ"א כדי לסתור את מה שהסקתי עד כה, אלא להפך, התשובה שהרמ"א מתבסס עליה מחזקת עוד את מה שאמרת. התשובה היא תשובת הריא"ז לסי' תש"ח מהל' גטין, שכבר הזכרתיה לעיל, והנימוק שהוא נותן לפסילת פסק-הדין הוא זה ש"לא אשכחן דמלכא אמר דגבי ביה", היינו שהשטר הנידון חספא בעלמא הוא גם בדין המלך, ועוד "דלא קיים לן בגוייהו (של הערכאות)

עמ' 82

דלא מקבלי שוחדא"; ואף-על-פי שהריא"ז, ההולך, כאמור³³, בעקבות הרמב"ם לענין שטרות העולים בערכאות, מביא עוד גם נימוקים אחרים לדחיית פסה"ד, הרי יוצא לנו מכל-מקום, שאפילו מי שהולך בעקבות הרמב"ם משאיר פתח פתוח להכרה במעשי-בי"ד מד"ד, כתשובת הרא"ש - אם אין הערכאות מקבלים שוחד. ומאחר שהריא"ז נותן כנימוק את החשש שהערכאות קבלו שוחד - שוב אין אנו יכולים ללמוד מן התשובה אף זה שנפסול פס"ד מד"ד שהשופט טעה בו טעות משפטית בתום לב (כגון שהפעיל שטר שהוא חספא בעלמא בדינינו).

שאלה אחרונה שיש לנו לברר בפרק זה היא כיצד משפיע מעשה בי"ד מד"ד על זכויותיו וחובותיו של צד שלישי.

נאמר בבבא בתרא מ"ה א: " מכריז רבא ואיתימא רב פפא: [...] האי בר ישראל דזבין ליה חמרא לישראל חבריה וקאתי עכו"ם ואנס ליה מיניה - דינא הוא דמפצי ליה מיניה, ולא אמרן אלא שאינו מכיר בה שהיא בת חמורו, אבל מכיר בה שהיא בת חמורו - לא ולא אמרן אלא דלא אניס ליה לדידיה ולאוכפא, אבל אניס ליה לדידיה ולאוכפא - לא. אמימר אמר: אפילו ליכא כל הני - לא. מאי טעמא? מידע ידע דסתם עכו"ם אנס הוא..." רבותינו פסקו כאמימר, דבתראה הוא (ר' הרשב"ם והרא"ש והרמב"ם), ולפי זה, אם מוכח בכל זאת באופן חיובי שהעכו"ם הנידון איננו אנס, בניגוד לחזקה, חייב המוכר לפצות את הקונה, בסופו של דבר. התוספות מקשים: "לימא ליה אייתי ראייה דבדין טרפה ואשלם לך, דאפילו לגבי ישראל מצי למימר הכי, כל שכן לגבי עכו"ם! ויש לומר דמיירי (רבא, ואיתימא רב פפא) כגון שבדיני עכו"ם דן עמו, ובדיניהם הוא דעובד כוכבים, הלכך חייב לפצות". ולפי זה, שוב, אם נדע כי לא העכו"ם ולא הערכאות שדנו בדבר אנסים הם - יוצא שגם לדעת אמימר, שהלכה כמותו, חייב המוכר לפצות את הקונה, ומשמע שמעשה-בי"ד שלהם הוא הוכחה גם כנגד צד שלישי. אכן, כך נפסק בתשובה סי' ט"ז בספר "תשובות הגאונים" להרב אסף, תש"ב, עמ' 23-24, אך לא כן פסקו האחרונים.

³³ [הערת עורך: ראה לעיל, הערה 23].

הרמב"ם בפייט מהלי מכירה הלי ד' כותב, וז"ל: "אבל אם העכו"ם הוא שהוציא המקח מן הלוקח, בין בדין המלך בין בערכאות שלהן - אין המוכר חייב באחריותו, ואעפ"י שהע"כ טוען שהמוכר גנב חפץ זה או גזלה ממנו, והביא עדי ע"כ על כך... שזה אונס הוא..." מכאן עלול להשתמע עדיין שאם יוכיח העכו"ם את תביעתו בעדי ישראל - נכיר בפסה"ד הנכרי שניתן לטובתו גם כנגד המוכר; אבל כסף-משנה מפרש כך: "נראה... שהדבר תלוי באם הדין נותן

עמ' 83

שיטרפוה ממנו אם לאו, ואם טרפה ע"כ ממנו בדיניהם, וגם בדינינו היה טורף אותה - שהוא חייב... שהכל הולך אחר מה שהיה נותן דיננו. ומ"מ נשאר לי ספק א', שא"כ, למה כשהוציאו בדין המלך אינו חייב? הא קיי"ל דד"ד! אלא אם נאמר דסתם מקבל אחריות אינו מקבל אלא אם יתחייב בדין תורה, לא בדינא דמלכותא, אע"ג דהוי דינא. ועם כל זה אינו מספיק".

ואינני יודע מדוע אינו מספיק? אם על-פי דינינו באמת היא החמור שייך לעכו"ם - יוכיח-נא הקונה שגניבה קנה והמוכר יפצנו, אבל אם בדינם גניבה היא, ואלא בדינינו אין זו גניבה - כיצד נבוא לדון בין ישראל לחברו על פי דינא דמלכותא בדבר שאין המלך מקפיד עליו? פשיטא הוא, ששני יהודים הנושאים ונותנים ביניהם - על-פי דינינו הם נושאים ונותנים, ולא על דעת דינא דמלכותא, ואכן, אם התערב המלך והפקיע את קנינו של אחד מהם הרי זה אונס גמור, ולו גם, באופן פרדוכסלי, "אונס חוקי", ואין המוכר חייב באחריותו. כמובן, אם המוכר הוא באמת בא-כוחו של העכו"ם גם בדינינו, הריהו נידון כעכו"ם, ואם על-פי דיני העכו"ם הוא גנב את החמור - אף בדינינו הוא נחשב גנב, וממילא - כשיוציא העכו"ם מיד הקונה יצטרך המוכר לפצותו; הבעיה נוגעת רק למקרה שעל-פי דיני העכו"ם נחשב הגוי כבעל החמור, ואלו בדינינו אין שום קשר ואין שום גשר בין היהודי המוכר ואותו גוי, ובמקרה כזה אין לנו לומר דד"ד עד שהמלך יקפיד על דינו, ובינתים מוכר המוכר לקונה זכות מלאה בדינינו; וכשבא המלך והפקיד - הרי המוכר כבר הסתלק לחלוטין ואיננו אחראי כלל. ואמנם, כך פוסק הרב המגיד, שכסף-משנה מסתמך עליו, ללא פקפוק כלל: "אינו חייב אא"כ תצא ממנו בדינינו".

כך פוסק גם בית-יוסף על טחו"מ סי' רכ"ה ומוסיף על דברי הרב המגיד "וכן עיקר", ומשמע שמעשה ב"ד שלהם, אפילו מד"ד, אינו יכול לחייב בעקיפין צד שלישי, ואפילו אם יש לדין המלכותא סמכות לגביו, כל זמן שלא הוכח כי דינם עולה במקרה הנתון בקנה אחד עם דיננו (אך לא כן פסק הרא"ש, בתשובה כלל י"ח סי' ג').

עמ' 84

ט. הגדרת הזכות הבאה מד"ד

כאשר מובאת לפנינו זכות שרכש שמעון כנגד ראובן חברו משום דד"ד - יתכן וכל כלה לא תהיה מורכבת אלא ממעשה אחד וחד-פעמי אשר ידרש ראובן לעשות, ואשר משיעשנו תפוג הזכות הנכרית כלא-היתה, כגון זכות "שיכסה ראובן את הבור אשר חפר". במקרה כזה אין לך לכאורה דבר פשוט בזה שנחייב את ראובן לכסות את הבור, ומשיעשה כן יחזרו כמובן היחסים שבין ראובן ושמעון לגבי אותו בור להיות כפופים ממילא שוב רק לדיני ישראל בלבד. אולם, מסתבר שאפילו בדוגמה פשוטה זו לא תהיה הזכות מוגדרת לכתחילה בפרוטרוט, כגון שיכסה ראובן את הבור במכסה מעץ מסוג פלוני בעובי אלמוני וכו', - ואז נצטרך אנחנו לקבוע את כל הסייגים הללו, ותשאל השאלה אם נקבע את הסייגים על-פי דינא דמלכותא, שמתוכו צמחה הזכות, או שמא נקבעם על-פי דינינו. הבעיה תהיה, כמובן, חמורה הרבה יותר - אם כי לאו דוקא שונה במהותה - כאשר יש לזכות תולדות ובני-תולדות, וביחוד אם היא מנוסחת במושגים משפטיים מובהקים, כגון בעלות, שעבוד, חוב. וכו'. הדעת נותנת אמנם, שאם אנו מכירים בזכות ממקור נכרי - משמע שאנו מכירים בה על מה שכלול בתוכה, ובכך על הפרוש הניתן לה בדיני הנכר; אחרת אין זו הכרה אלא גלגול. אולם, גישה עקבית שכזאת לא תתכן: אין אנו יכולים לסבך את חיינו המשפטיים בהזקקות מתמדת לדיני נכר; אם רכש, למשל, ראובן בעלות בנכס מסוים בדינא דמלכותא - אין אנו יכולים לחזור ולפנות אל דיני המלך כשימות ראובן, כדי לקבוע מה היה הקף הזכות שרכש

ומה עלינו לעשות לפי זה בנכס, וכך עד סוף כל הדורות ובכל הזדמנות. אפילו הגויים, במשפט הבין-לאומי הפרטי שלהם, אינם נוהגין כך: הם "מְמַיְנִים" את הזכות לפי המקור הנכרי שממנו צמחה, אך "הסעד" שהם נותנים נקבע לפי משפט הַעֲרָפָה הדנה בענין; אך ההבחנה היא מלאכותית, שתפקידה הוא טכני בלבד, ומשמעותה היא סוף סוף כי הקף-הזכות אינו נקבע על-פי המשפט הנכרי, אלא לפי משפט הַעֲרָפָה. על אחת כמה וכמה שנהג על-פי עקרון זה אנחנו, שיותר מכל העמים האחרים אנו דבקים במשפטנו, בתורת-חיים, ומה גם שתולדותיהן של הזכויות הנכריות עשויות לעתים קרובות להתנגש עם דברים שבאיסורא, שאין אנו אומרים בהם דד"ד בכלל. לא מצאתי אמנם בשום מקום את הבעיה מוסדרת כך על ידי ניסוח עקרון משפטי כולל, אבל זוהי המסקנה העולה מכל הדוגמאות הקונקרטיות המוסדרות במשפטנו - היינו שאנו מתרגמים את הזכות הנכרית מיד בהיולדה אל המשמעות המקבילה לה בדינינו, ורק

עמ' 85

על-פי ההגדרה הזאת, זכות עברית רגילה, אנו מפעילים אותה אחר-כך. (מתקרב מאוד להסדר כולל של הבעיה הט"ז על ש"ע חו"מ ס"ח א', אך הוא רק מתקרב ואינו נוגע בה).

הדוגמה הראשונה לתפיסה זו שאנו נתקלים בה היא אצל הרמב"ם, פ"ה הל' גולה ואבדה הל' ט"ז, וזו לשונו: "וכן מלך שגזר שכל מי שיתן מס הקצוב על האיש ישתעבד בזה שלא נתן, ובא ישראל ונתן המס שעל ישראל זה העני - הרי זה עובד בו יותר מדי [...] אבל אינו עובד בו כעבד". וכסף-משנה מפרש: "וטעמו משום דקיי"ל דהא דאסור להעביד העבד עברי בדברים שהם מיוחדים לעשית העבדים, כגון להוליך כלי אחריו לבית המרחץ או לחלוץ לו מנעליו, משום שנאמר: לא תעבד בו עבודת עבד, [...] אבל ישראל שלא נמכר - מותר להשתמש בו כעבד... וקמשמע לן דהני - כיון דבדינא דמלכותא משתעבדי בהו משום כרגא דיהבי עלייהו, ה"ל כמכורים ודינם כדין עבד עברי, שאסור לעבוד בו עבודת עבד".

וכן בתשובת מהרי"ק, שרש קפ"ז (מובא אצל הש"ך על סי' ע"ג סעי' י"ד), ז"ל: "ואשר נסתפקת אם יש לדון על שטר עכו"ם בדיני עכו"םבאותו שטר או לא כגון לענין יד בעל השטר על התחתונה, שכתבת שדיניהם להפך - [...] לפי עניות דעתי נראה דבר פשוט שאין בטענה זו ממש".

על התפיסה הזאת מוכיחה גם המחלוקת, אם שטר העולה בערכאות של ע"כ גובה ממשעבדי או רק מבני-חורין (ר' הרא"ש בפסקיו על פ"ק דגטין וה"ה על פכ"ז מהל' מלוה ולוה). ולא מבעיא לרמב"ם, המכשיר לכאורה רק שטרי ראיה בלבד, אבל גם החולקים עליו בענין זה - לא עלה על דעתם כלל לומר כי נכריע בשאלה על-פי ד"ד, אלא פסקו שהשטר גובה מן המשועבדים, כי לדעתם יש קול אף לנעשה בערכאות של גויים, בניגוד לדעת הרמב"ם, הסובר שאין הלקוחות יודעים במה שנעשה בעכו"ם. וכאשר מביא הרמ"א בש"ע חו"מ ס"ח א' את תשובת הרשב"א, שלפיה "שטר שכותבין בו הערכאות הוי כשטר שלהם", מעיר משה"כ חדושים: "וכה"ג לכ"ע אינו גובה ממשעבדי, דהא גם בישראל, ממה שכתב הסופר שטר הטפסה - כ"ז שלא מסר השטר לבע"ד אין לו תורת שטר לענין משעבדי". על-פי שיטה זו מובן מאליו גם מה שיקבע כי "שטר העשוי בערכאות של עכו"ם - אם הוא עשוי בענין שהוא כשר בדינינו - ... נקנה בכתיבה ומסירה (ש"ע חו"מ ס"ו ו'), כדן השטרות שלנו.

בתשב"ץ ח"ג סי' י"ח מובא מעשה באשה אחת שנתנה לבנה בית במתנה עפ"י

עמ' 86

שטר העולה בערכאות; אחר-כך החזיר לה הבן את הבית, שוב בשטר כל גויים, אבל בינתים נשא אשה, והבית נשתעבד לכתובתה. משמת באה אשתו לגבות את כתובתה מן הבית, ואלו האם טענה כי מאחר שהשטר עלה בערכאות של גויים בטל השעבוד. בתשובתו מכשיר הרב את המתנה מכללא, על-פי שיטתו של הרמב"ן, היינו משום שהמלך מקפיד על הכשרת ערכאותיו לעדות, ועל-פי שיטה זו הוא מקיים גם את השעבוד: "מפני החזרת המתנה לא נתבטל זכותה (של האלמנה) [...] ועקר דבר זה הוא, שכשהכשרתם שטרות העולים בעש"ע - לא הכשרתם לדון באותן שטרות בדיניהן, אלא שהם כאלו נעשו בעדים כשרים, משום דד"ד, והמלך מקפיד הוא לפסול עדיו, אבל

אחר שהוכשרנו שטרותיהם נדון בהם כדינינו, כאלו היו שטרות נעשים בעדי ישראל, ולא יותר. [...] וכיון שלו נעשה השטר בעדי ישראל היה זכות האלמנה קיים - אף כשנעשה בערכאות נשאר זכותה קיים, ואעפ"י שאינו כן בדיניהם. ודבר זה כתבוהו הראשונים ז"ל, ומפני זה אמרו שאם יחסר בשטר העולה בערכאותיהם תנאי או דקדוק שמבטלו בדינינו - לא נקיים אותו, אעפ"י שאינו מבטלו בדיניהם, שאין המלכות מקפדת אלא להכשיר השטרות, לא לדון בדיניהם". לפי זה נראה מדברי התשב"ץ, שאם נקבל את הפירוש האלטרנטיבי לעמדת הרמב"ן, - היינו שהוא מכשיר שטרי עכו"ם גם אם אין בהם דרכי ההקנאה שלנו, כאשר המלך מקפיד על כך, - נצטרך אמנם לפסול את השעבוד כאשר המלך באמת מקפיד על ביטולו; אולם, כפי שראינו לעיל - אין לנו שום סיבה לומר שהמלך מקפיד על הביטול, כל זמן שהוא לא ביטל בפירוש. ויוצא מכאן שמסקנת התשב"ץ לגבי השעבוד הנידון בזה לא תשתנה אפילו אם יקבל את אותו הפירוש האלטרנטיבי, ומשמע שוב שנדון על הזכות הנכרית רק באותו הקף שהיא מקבלת במה שמקביל לה בדינינו.

בתשובת הריב"ש סי' שכ"ד היה מעשה בראובן שנפטר והניח בת ואשה מעוברת. קרוביו פנו לערכאות של עכו"ם כדי שימנו להם אפוטרופוס על הבת ונכסי ראובן, והם מינו את שמעון. זה נשאר במינוי שנה אחת ובינתים מתה הבת ונולדה בת אחרת. בי"ד של ישראל מינו לבת זו אפוטרופוס את לוי, וזה מצא כי שמעון מפסיד את הנכסים. הוא ביקש ששמעון יסתלק מאפוטרופוסותו, מאחר שבת-חסותו מתה, וכי ימסור חשבונות. שמעון טען כי מינוי עומד בתקפו גם לגבי הבת השניה. הריב"ש בתשובתו מסכים אמנם, שיש לחלק את שמעון, כי כך הדין אצלנו לגבי אפוטרופוס שיש עליו חשד, ועוד: "ומה ששמעון טוען מפני שהוא קרוב המת יותר מכל אדם - אדרבה, טענה זו היא כנגדו בדין תורתנו, אעפ"י שבדין הגויים נוהגי בה"; אבל עם זה הוא ממשיך

עמ' 87

ז"ל: "אעפ"י שאין האפוטרופא צריך לתת חשבון בדין תורתנו - מ"מ, שמעון זה שנתמנה בערכאות של גויים ובדיניהם ונתחייב לתת חשבון ליתומים, כי כן דרכם מחוקיהם ומנימוסיהם, שהאפוטרופא מתחייב לשופט הממנה אותו לתת חשבון מכל הנכסים. לזה ראו שטר האפוטרופוסות ואיך נשתעבד לשופט הממנה אותו, וכפי השעבוד ההוא תדינו לו, אם לחייבו חשבון אם לפטרו ממנו". יש אולי, אם-כן, מקום לסבור שהריב"ש רואה את הקף חובתו של שמעון כפי שהיא עומדת בדינא דמלכותא. אבל אם נדקדק בלשונו - מתפרש הדבר ביתר הסתברות, שאין הוא מפנה אותנו לדינא דמלכותא בכללו, אלא רק לנוסח כתב-המינוי; והיינו שהוא פוסק לאמור: אם חייב השופט את שמעון בפירוש במתן חשבונות, הרי הוא חייב בכך, אבל אם לא - לא, ויש לדון את הקף החובה במה שאינו מפורש בה - לפי דינינו בלבד; ובכך שוב ברוח השיטה שאמרנו.

י. דד"ד בעובדי כוכבים ובאים מכוחם

עמדתי כבר לעיל בהזדמנויות שונות על כך, שעכו"ם נידונים אצלנו בדיניהם. שנינו אמנם בבבא קמא קי"ג א': "ישראל וכותי שבאו לדין - אם אתה יכול לזכהו בדיני ישראל - זכהו ואמור לו: כך דינינו; בדיני כותים - זכהו ואמור לו: כך דינכם; ואם לאו - באין עליו בעקיפין (עד שפוטרים את הישראל) ואלה הם דברי ר' ישמעאל. אבל ר' עקיבא אומר כנגדו: "אין באין עליו בעקיפין מפני קידוש השם". הגמרא שוב מפרשת אמנם: "ור' עקיבא - טעמא דאיכא קידוש השם; הא ליכא קידוש השם - באין". אך אם פירוש זה חשוב הוא מבחינה עקרונית ופילוסופית, כפי שראינו, הרי למעשה לא יתכן אף-פעם שלא יהיה חילול השם בביאה בעקיפין, ואפילו אם אין חילול השם מיד - מ"מ יש חשש לחילול השם, והרי זה היינו הך; ולפיכך, משנקבע העקרון, אפשר להסיק ללא היסוס שההלכה היא כי "אין באין עליו בעקיפין, מפני קידוש השם", ללא סייגים נוספים, ודנים אנו אפוא את הגוי בדין אחד קבוע (אלא אם כן אין הגוי עצמו צד בדין, אלא מתעוררת השאלה אם העביר הגוי זכות טובה ליהודי אחר כנגד יהודי חברו, שאז יוצא מתשב"ץ ח"א סי' נ"ב, כי לא נחייב את היהודי בחוב שהיה חב לגוי, באשר הסתלק החשש לחילול השם. אך תמהני על תשובה זו, שהרי חוסר חשש לחילול השם אינו הורס את הזכות לחלוטין, אלא רק פוגם אותה: אין הוא

פוגע בזכות עצמה במישרין, אלא רק משמיט את החובה אשר כנגדה, ולפיכך קשה לי, והיכן מצא הרב שאפשר לבוא בעקיפין על היהודי, ולו יהא גם שהוא בא מכוחו של גוי?

עמ' 88

אדרבה, נראה לי שאם לא היה היהודי החייב יכול להשתמט מן הגוי עצמו, הרי שזה הצליח להעביר זכות טובה, ולא גרע את כוח היהודי מכוח עובד-הכוכבים).

אותו דין קבוע שאמרת, שדנים בו את העכו"ם, הוא בסתם הדין שפסקה התורה לגויים, כפי שמסתבר מן הסוגיה בסנהדרין נ"ו א' ואילך, וכפי שאומר אביי בפירוש בבכורות י"ג א'. פירוש של דבר הוא, במלים אחרות, שבסתם אין אנו מטילים על הגוי חובות אחרות אלה אלו המוטלות עליו מדין תורה במישרין, ואין אנו מקנים לו זכויות אלא רק זכויות כאלו. מכאן מסתבר מאליה מה שמסכם רבנו גרשום בפרושו על בכורות שם, ד"ה בדיניהן: "כלומר כל סחורה שיש ע"כ באמצע בעי למיזל אחר דינו", היינו שדין הגוי הוא השליט על היחסים המשפטיים עמו, אפילו אם הצד שכנגד הוא בן ברית: אין היהודי חייב לגוי אלא, כמובן, רק מה שהוא חייב לגוי, ואין הוא זכאי לקבל ממנו אלא מה שהוא זכאי לקבל מגוי, וכן להפך - אין הגוי זכאי וחייב אלא במה שזכאי וחייב גוי.

אבל בזה לא די. הוסדרו אצלנו היחסים המשפטיים בין יהודי לעכו"ם, ואף בין מלכות ישראל לבני-נוח העוברים או הגרים בה, אך בדרך-כלל לא הוסדרו היחסים בין בני-נוח בינם לבין עצמם; נקבע רק העקרון שהם חייבים בשבע המצוות שלהם, ובגדר העקרון הזה ניתנה להם אוטונומיה משפטית רחבה: "כשם שנצטוו ישראל להושיב בתי דינים בכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר - כך נצטוו בני נוח להושיב בתי דין בכל פלך ופלך ובכל עיר ועיר" (סנהדרין שם). ובתי-הדין הללו חפשים לדון בין בני עדתם בדיניהם האוטונומיים. בתשובה ע"ה באוצר הגאונים על קדושין נקבע, למשל, היחס ביד העקרון ובין האוטונומיה, במה שנוגע לדיני ירושה, כך: "העכו"ם יורש את אביו - דבר תורה, אבל שאר ירושותיהן מניחין אותן לפי מנהגם". בהתאם לכך קובע הרמב"ם בפ"י מהל' מלכים ה' י"ב: "שני עכו"ם שבאו לפניך לדון בדיני ישראל, ורצו שניהן לדון דין תורה - דנין. האחד רוצה והאחד אינו רוצה - אין כופין אותו לדון אלא בדיניהן". היינו - אפילו אם פנו שני עכו"ם לבי"ד שלנו, ולא לאחד מבתי-הדין העדתיים שלהם, הרי במידה שאין הדין מפורש אצלנו בדיוק לגבי היחס שבין שני גויים, נחיל את הדין העדתי האוטונומי שלהם, ולא את הדין הנהוג בין שני יהודים - אלא-אם-כן הסכימו על כך שני בעלי הדין בפרוש.

הסדר זה יכול להתנהל בפשטות כאשר ידנו רמה וגם עובדי-הכוכבים חיים מפנינו (ר' הרמב"ם שם, ה' י"א). מתעורר רק הקושי מה יהיה הדין אם שני בעלי הדין שייכים לעדות שונות, שדיניהן האוטונומיים שונים. אינני יודע על שום

עמ' 89

הסדר מפורט בענין זה, אבל נראה לי שיש ללמוד על כך גזרה שווה מן היחס שבין יהודי לעכו"ם: לא מבעיא כאשר שני בעלי הדין מסכימים שניהם על דין מסוים שיחול עליהם ביחסיהם ההדדיים (כגון על דין ישראל בעכו"ם), אבל אם אינם מסכימים - יחול דינו של אותו צד מן הצדדים אשר לפיו הזכות שיכול האחד לתבוע כנגד בעל הדברים שלו היא הפחותה ביותר, שהוא העקרון המונח ביסוד היחסים בין יהודי לעכו"ם. פתרון זה הולם גם את העקרון המונח ביסוד הכלל, שיד בעל השטר על התחתונה, והמוציא מחברו עליו הראיה, כלל החל ברוב מקרי הספק.

אך ההסדר מסתבך כאשר יש לנו ענין של דד"ד באמצע. אמנם, שום קושי חדש אינו מתעורר במה שנוגע ליחסים שבין גויים לבין עצמם, שהרי דין המלך מקביל למעשה לדיניים העדתיים האוטונומיים שאנו מכירים בהם לגבי עכו"ם. אולם, מתעוררת השאלה מה יהיה הדין ביחסים בין ישראל לעכו"ם: האם נישאר עומדים בזה, שאמנם היחסים כפופים לדין העכו"ם, אלא שדין זה הוא הדין שפסקה לו תורה, או שמא נאמר דד"ד, ודין העכו"ם - משמע הדין שפסק לו המלך. כאמור, אין חולק על כך שההלכה היא כאפשרות השניה, אבל אמרתי גם-כן, שעל אף חוסר המחלוקת אין ההלכה ברורה לחלוטין. כיצד? בתשובות רבות מאוד של רבותינו אנו מוצאים,

שאל כי הם דנו בדברים בין ישראל לגוי אשר היה בהם דינא דמלכותא - הם התעלמו מד"ד בכלל ולא החילו אלא את דין תורה כפי שהוא חל ביחסים עם עכו"ם (ר' למשל תשו' מהר"ם בן ברוך סי' ת"ס וסי' כ"ט, תשו' הרשב"א סי' תשמ"ט ותתקצ"ה). מסתבר שסבת הדבר היא בערבוביה הגמורה שהיתה שוררת בדיני הגויים, אשר לעתים קרובות אפשר היה להתיחס אליהם כאלו לא היו קיימים כלל, ואכן נראה שזוהי במידה רבה גם הסבה לאותו חוסר הבהירות שאנו יכולים למצוא בגדרי דד"ד אף בין ישראל לחברו. מכל-מקום, ודאי שלא נחיל את הכלל דד"ד כאשר אין דין המלך קיים, ואם אנו עוסקים בו - משמע שאנו עושים כן רק לגבי אותם המקרים שיש בהם ממש בדין המלכותא; ואם באמת יש בו ממש - הרי, כאמור, אין איש חולק על כך שנחילנו בבל יחס משפטי שיש בו יד עכו"ם באמצע (אלא-אם-כן, כמובן, שהדבר הוא דבר שבאסור, כגון נישואין-כביכול בין יהודי וגוייה וכד').

ראינו שהמקור להלכה זו הוא באותה סוגיה בבבא-בתרא נ"ד ב'; אך יש לכך גם מקור נוסף, בבבא-בתרא נ"ה א', לאמור: "אמר רבא (נ"א רבה): הני תלת מילי אישתעי לי עוקבן בר נחמיה ריש גלותא משמיה דשמואל: דינא דמלכותא דינא, ואריסותא דפרסאי עד מ' שנין, והני זהרורי דזבין ארעא לטסקא - זבינהו זביני". עמדנו כבר על משמעותן של מילתא קמיייתא ומילתא בתרייתא

עמ' 90

נשאר לנו לעמוד על הדבר האמצעי.

רשב"ם מפרש שם, ז"ל: "חזקת פרסיים - מ' שנים היא ע"י ד"ד, דאע"ג דלא קני איניש אלא בשטר - מיהו אם החזיק עכו"ם מ' שנים ובא ישראל וקנה ממנו - הוי קנין גמור, ולא יוכל ישראל אחר לומר שלי היא, שגזלה ע"כ ממני, ואע"ג דאמרינן (ב"ב ל"ה) ישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם, ואין לו חזקה אלא בההוא שטרא, שמכרה ישראל לעכו"ם - הכא יש לו חזקה. אי נמי אתא לאשמועינן דאע"ג דבשאר מקומות הויא חזקה לישראל בג' שנים - בארץ פרס אינה חזקה בפחות מ' שנים, דדינא דמלכותא הוא שם כן".

הרשב"ם מפרש אפוא קודם-כל, שאפילו במקרה שישראל הבא מחמת עכו"ם לא רכש במקרה מסוים קנין בדינינו, הרי בכל-זאת יש לו קנין אם בדיני המלך העביר לו הגוי קנין גמור (ואפילו בדבר שאיננו לתועלת המלך ולא לתקנת בני המדינה ואין המלך מקפיד עליו, שהרי כמובן יכול הגוי לעורר את הקפדת המלך על-ידי שיפנה אל ערכאותיו); ושנית אומר הרשב"ם, כי יתכן ואנו יכולים להסיק מכאן דד"ד אף בין ישראל לחברו בכל דבר. כך מסיקה באמת ההגהה על המרדכי (גטין י'): "ועוד אמרינן פרק חזקת הבתים אריסות דפרסאי עד מ' שנים - אפילו מישראל לישראל שייך ד"ד". אך הרא"ש מפרש רק: "ואריסא דפרסאי מס' שנין - הקוינה שדה מן העכו"ם שהיתה של ישראל, והחזיק בה העכו"ם מ' שנה, הרי היא שלו" (משום שכן ד"ד), וראינו שאף הר"ן, המנסה להוכיח דאמרינן דד"ד בכל דבר, אינו מסב את אריסותא דפרסאי אלא על עכו"ם בלבד. הסברתי כבר מדוע אני סבור כי אין לפרש את הדבר כאפשרות הנרמזת אצל הרשב"ם, ואיני צריך להוסיף על כך כאן. על כל פנים, אין איש חולק על הרישא שלו ועל פירושם של הר"ן והרא"ש.

התשובה המובהקת לענין זה היא תשובת הרא"ש עצמו, כלל י"ח סי' א': לוי התחייב בשטר לגוי, וזה מסר את השטר לראובן, וראובן לשמעון. שמעון תבע את לוי ולא מצא לו נכסים בני חורין אלא רק קרקע שהעביר ליהודה. שמעון רצה לטרוף ממנו, אבל יהודה לא הסכים ואף סרב להתדיין בערכאות של עכו"ם, ששמעון ביקש לתבוע אותו שם - בתור בא מכוחו של גוי. יהודה טען: יבוא הגוי ויתבעני, אבל אתה, שמעון, אינך יכול. הרא"ש השיב: "שמעון אינו צריך לתבוע את יהודה בערכאות של ע"כ, אלא ידונו לפני דייני ישראל, והדיינין ידונו דין זה כאלו שמעון החזיר את השטרות לראובן, וראובן החזיר לגוי, דבכל אותו כח שהיה לו לגוי על לוי בדינא דמלכותא יש לו לשמעון על לוי... דמה מכר לו הגוי לישראל? כל זכות וכוח שהיה לו בשטר זה, ולא גרע כוח הישראל מכח הגוי", היינו

עמ' 91

הפעם, כאשר הזכות לקוחה מכוח עכו"ם, אין אנו אומרים שנפעיל אח הזכות לפי תקפה בדין ישראל, אלא אנו פונים אל דינא דמלכותא, ואת הדין שאנו מוצאים שם אנו מפעילים כמות שהוא בדיוק כפי שהיו מפעילים אותו בערכאות³⁴.

עקרון זה - אם נקבל אותו כמות שהוא - סותר כמובן מה שאמרתי לעיל, שאין אין יכולים לקשור עצמנו בהיזקקות מתמדת אל מקורות משפטיים זרים, ובהתאם לכך הוכנס באמת סייג לכלל הזה, שהבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם.

הכל מסכימים אמנם לכך שהיחסים בין היהודי לבין העכו"ם יתנהלו על פי דיני העכו"ם בדינא דמלכותא, - וקצות החושן על סי' ק"ד סעי' ב' נותן טעם לדבר: "דמעיקרא אדעתא דהכי נתרצה (העכו"ם לשאת ולתת עם היהודי) שיהא עמו דין הנהוג על-פי דתיהם", - אבל הסייג מוכנס אחר שהעכו"ם הקנה כבר זכות ליהודי בד"ד ומוטל עלינו להגדיר אותה זכות. סייג זה אומר שאין אנו דנים את הבא מחמת עכו"ם כעכו"ם אלא להפחית מכוחו, אבל לא כדי ליפות את כוחו, כלומר שאנו חוזרים והופכים את העקרון וגורסים, שגם את זכותו של הבא מחמת עכו"ם אנו מגדירים כהקפה בדיני ישראל, אבל אם בדיני עכו"ם הקפה של אותה זכות קטן יותר מאשר בדינינו - הרי אנו הולכים אחר דיני העכו"ם, כי אין הגוי יכול להעביר או להקנות זכות יותר גדולה מאשר יש לי כוח להקנות בדינינו ומאשר יש לו לעצמו.

על הסייג הזה עומד הרא"ש בתשובה הנ"ל, והוא פוסק ששמעון הבא לטרוף מיהודה יכול לעשות כן רק במקרה שגם בדיני הגויים שעבד השטר את קרקעו של לוי, אבל לא יטרוף לשמעון את הקרקע מיהודה אם בדיני הגויים אין השטר מטיל

עמ' 92

שעבוד, ואפילו אם יש קול לשטרות העולים בערכאותיהם. בדוגמה זו מתבלט אמנם ערכו התיאורטי של הסייג, ואלו מבחינה מעשית אין הוא מוסיף לנו מאומה; אבל ערכו המעשי עשוי להתגלות, כמובן, במקרה שבדיני הגויים הקף הזכות הוא רחב יותר מאשר בדינינו.

דוגמה נפוצה מאוד בתשובות הפוסקים לערך מעשי זה היא המקרה בעכו"ם שהיה לו בית בשכונתו של יהודי ואשר מכר את ביתו ליהודי אחר, ובין שני היהודים התעוררה מחלוקת בענין הזק ראייה: כאשר היה הבית בידי הגוי לא יכול היה שכנו היהודי למחות נגד החלונות שהלה פתח לתוך חצרו, כי בדיני הגויים אין איסור הזק הראיה מקובל; ועתה, משהועבר הבית ליהודי, נשאלת השאלה אם הזכות שהוא רכש כוללת את הזכות להזיק בראיה או לא. התשובה היא, לפי מה שאמרנו, שאסור לו להזיק בראיה אלא-אם-כן יחזור וירכוש חזקה בדיני ישראל (ר' תשובות הגאונים להרב אסף, תרצ"ג, עמ' 108, ותשב"ץ ח"ד טור א' סי' נ"ז שרש ח'). יתר-על-כן, מסתבר שאין הגוי יכול אפילו להקנות ליהודי הבא מכוחו אח הזכות להזיק בראיה בקנין מיוחד, ואפילו אם בדיני המלך תהיה ההקנאה בעלת תוקף; שהרי אין הזכות להזיק בראיה זכות אישית עצמאית, ואף אין זו זכות ריאלית עצמאית, אלא זוהי רק זכות-לואי הקשורה בהנאה בקרקע מסוימת; ואני מניח שאפילו משום דד"ד אין יהודי יכול לקנות לו זכות להינות מזכות יותר משמותר הדבר בדין ישראל. רק אם נפרש את הדבר כך יש טעם של ממש במה שאמרו רבותינו "דלא אמרין ישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם אלא לגרועותא, דמה לנו ולנימוסיהם?" - ומה גם שודאי ומילתא פשיטא היא, שאין יהודי יכול לרכוש לו זכות לעבור על דבר שהוא אסור.

ואף-על-פי-כן נדמה לי שאין הסבר זה משביע עדיין רצון במידה המלאה. הוא מבוסס על מה שנאמר בבבא בתרא ל"ה ב': "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

³⁴ לפי זה נראה לי שאם גוי תבע את ישראל בערכאות ובא אלינו שנפעיל את פסק-הדין הרי אנו צריכים להפעילו - אם היה לערכאות שיפוט על אותו יהודי והתקיימו בו התנאים האחרים שעמדנו עליהם לעיל.
- ביחס לעניינים שבצורה פסק מהר"ם לובלין בתשובה סי' כ"ב בשם הר"ן: "אם הנימוס בדיניהם שכל המוכר שט"ח נקנה השט"ח ושעבודו (לרבות שעבוד גוף הלווה) ללוקח במסירה השט"ח לידו לחודיה, ולא מצריכים לקנותו שום ענין אחר - אזי ג"כ ראובן הנז', שקיבל השט"ח מהפריץ במתנה (במסירה בלבד, בלא כתובה) - בדיניהם דיינינן ליה, וזכה בשט"ח בקנין גמור (ור' ש"ע חו"מ סי' ס"ו סעי' כ"ה).

בשטר", והלכה זו כשהיא לעצמה הרי היא מובנת, שהלא "מי איכא מידי דאלו עכו"ם אמר - לא מהימן, ואלו אמר ישראל משמיה דעכו"ם מהימן?" וכן מובן גם הדבר, שרבותינו תפסו דוקא הלכה זו, העוסקת בחזקה לגבי ע"כ, והראוה כדוגמה כיצד היא נסתרת ומקוימת גם יחד משום דד"ד על ידי חוק המלך הפרסי, בחזקת ארבעים שנה מקנה בעלות. אולם, מאחר שרבותינו לא הבחינו את ההבחנה המופשטת בין רכישת הזכות משום דד"ד לבין הגדרתה בדינינו, ומאחר שברור היה להם כי אי-אפשר לנו לומר תמיד וללא הבחנה אותה הלכה לדוגמה "הבא מחמת ע"כ הרי הוא כע"כ" - הם באמת הגבילו כלל זה, וקבעו שאין הוא חל

עמ' 93

אלא לגרועותא, אולם על-ידי כך לא נפתרה הבעיה לחלוטין. ההסדר מחייב אותנו - עד גבול מסוים להגדיר את הזכות הנכרית כהגדרתה בדיניהם; ואם כי אין בכך שום רע במקרה כגון זה שנפתר בתשובת הרא"ש לעיל, הרי ביחוד בזכויות ריאליות - בקניינים שנקנו מן הגוי - עשוי ההסדר הנידון להטיל צמצומים זרים ומוזרים, שמקורם בחוקי נכר ואשר ירצו על הזכות עד עולם - רק משום שהקנין נקנה פעם אחת מגוי. התרופה היחידה, אם אמנם אנו נתקלים במקרה של צמצום ממין זה, במצב כפי שהוא עתה בדין ישראל, היא להקנות את הנכס לגוי שחל עליו דינא דמלכותא אשר אינו מכיר באותו צמצום ומבטל אותו, ואחר כך לחזור ולקנות את הנכס מן הגוי.

לא מצאתי שום מקור, שבו מדובר במישרין על השאלה, כיצד אנו מגדירים את הזכות שישנה לגוי עצמו משום דד"ד, אבל מסתבר שרבותינו ראו את הדבר כפשוטו ומובן מאליו, והיינו שאנו מגדירים את זכותנו כפי הגדרתה בד"ד. דבר זה הוא אמנם פשוט, ולא יתכן אחרת, כאשר נחוץ להפעיל את הזכות בחוץ-לארץ: אין היהודי יכול לכפות שם על הגוי שיהנה מביתו דוקא בלי שיזיקנו בראיה; אולם הסדר זה אינו מתקבל על הדעת כאשר מדובר בהפעלת זכות אשר רכש הגוי משום דד"ד בחו"ל ומביאה אתו למלכות ישראל, ואכן מסתבר שבתנאים של חיי חרות היה נקבע אצלנו ההסדר הכללי, שאפילו אם אנו מכירים בזכות נכרית, הרי במלכות ישראל אין מגדירים אותה כדינינו, ואפשר - בלי לפגוע בכך בסייג, שמכל-מקום אין הזכות האישית הנכרית יכולה לתת בדינינו יתרונות שאין בה בדיני הנכר.

ביחס לכללי הכפיפות של גויים לשיפוט ולכוח שבדינא דמלכותא - נראה לי כי אין הבדל עקרוני בינם לבינינו, אולי חוץ מן הדבר הזה שמסתבר, כי על הגויים נחיל את מבחן הלאומיות, ולא את מבחן מקום הישיבה; שהרי עליהם - החלת ד"ד היא הכלל, ולא היוצא-מן-הכלל, בניגוד למה שהדבר הוא לגבינו, ומבחינה פונקציונלית מקבילה החלתנו את ד"ד לגביהם - להבדיל - להחלתנו על עצמנו את דין התורה, שהוא דין לאומיותנו שלנו.

נשאר לנו לעמוד עוד רק על הבעיה, מהו הדין שיחול על עיסקה שיש בה יסודות בין-לאומיים בין יהודי לעכו"ם או בין שני גויים בינם לבין עצמם.

לפי מה שאמרתי עד כאן מסתבר, שאפילו אם העכו"ם כפוף מבחינת לאומיותו לדיניו של מלך זר, והעסקה נקשרה בינו לבין יהודי במלכות ישראל, ושם היא צריכה גם להתקיים, נלך לפי דיני עכו"ם שפסקה להם תורה. גם אם העסקה היא

עמ' 94

בין שני גויים, ואפילו הם נכרים זה לזה, - ראינו מהו הדין בתחום מלכות ישראל. לעומת זאת, אם העיסקה היא בין שני עכו"ם או בין יהודי לעכו"ם בחו"ל נלך לפי דינא דמלכותא באותה ארץ, לפי הטעם הנ"ל של קצות החושן, שעל דעת כן הם מתרצים זה לזה מסתמא. ונדמה לי שהוא יהיה הדין גם לענין נזיקין בחו"ל כשיד עכו"ם באמצע.

אך הבעיה מסתבכת אם העיסקה נקשרת בארץ אחת וצריכה להתקיים בארץ אחרת. סבורני שאין אנו צריכים להבדיל בזה בין הדין החל אצלנו במקרה כזה לענין שווי המטבעות לבין הדין שיחול לענין דד"ד, ואם אמנם כך הוא - הרי שהבעיה נפתרת בתשובה הממצה של מהר"ר מאיר מפדוא ס"י ס"א, ותשובה זו מסתכמת כך: א) לכתחילה אנו הולכים אחר כוונת הצדדים; ב) אם אין

הכוונה ברורה הרי אנו הולכים לפי הדין במקום העסק (lex loci solutionis); ג) אם יש מקום לסבור, שהצדדים התכוונו שלא לנהוג לפי הדין במקום העסק, אלא שאין אנו יודעים מה היתה כוונתם - הולכים אנו "אחר הפחות", היינו לפי הזכות הפחותה ביותר, וכענין יד בעל השטר על התחתונה, והמוציא מחברו עליו הראיה.