

## במקום הקדמה

### החקיקה במדינת ישראל בראי ההלכה: יצירתיות אנושית וגבולותיה

הרב מיכאל בריס

ראש מכון משפטי ארץ

- א. מבוא / 21
- ב. מודלים שלטוניים: מלך / 24
- ג. מודלים שלטוניים-חברתיים / 38
- ד. מודלים חברתיים: מנהג, הסכמה והתנאה / 41
- ה. מסקנות / 45

#### א. מבוא

שאלת יחסה של ההלכה לחקיקה במדינת ישראל העסיקה את חכמי ההלכה מזה שנים רבות. לאמיתו של דבר היא העסיקה את חכמי התורה וההלכה שנים רבות לפני ההתעוררות הלאומית אשר הניבה פרי במדינת ישראל המודרנית. אופייה של ההלכה שהיא בוחנת מצבים עדכניים לאור מודלים הקיימים בתורה שבכתב ושבעל פה תוך בחינת האפשרות של יישום תקדימים אלה הלכה למעשה. לעתים השאלה נבחנת לאור מודלים חדשים אשר יצרו ויוצרים הפוסקים גדולי התורה במשך הדורות. בכך התורה נושמת וחיה באפו של העם היהודי - עם הנצח. הספרות אודות יחסי ההלכה ומדינה היא עשירה ורחבה, ואין בדברים דלהלן נסיון להתחרות ביוצריה או במאספיה.<sup>1</sup> אלה דנו בעיקר בשאלה הפורמלית של קליטת החקיקה על מרכיביה

1. מאמרו של א' שוחטמן, "הכרת ההלכה בחוקי מדינת ישראל", שנתון המשפט העברי טז-יז, 417 (תשנ"א), (להלן - שוחטמן), הוא יסודי ומקיף ביותר ודברינו כאן נשענים במידה רבה על עבודתו. ראה גם: הרב י' בן שחר, הרב י' הס, "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", **כתר - מחקרים בכלכלה ובמשפט על-פי ההלכה** א, 339 (תשנ"ו) (להלן - **כתר**); י' בלידשטיין, "מדינת ישראל בפסיקה ההלכתית", **דיני ישראל** יג-יד, כא (תשמ"ו - תשמ"ח); ראה גם הרב ז' קורן, "ממלכתיות ישראלית - משמעויות הלכתיות", **ממלכת כהנים וגוי קדוש - מאמרים לדמותה של מדינה יהודית לנשמת דוד כהן הי"ד** (מהדורה שניה, ירושלים, תשנ"ז), 181, בעיקר 200-181 (להלן - **רז"ק**); מכיוון אחר בוחן את הדברים ד' פרימר, "השפעת המשפט הישראלי על

השונים על ידי ההלכה. עם זאת, דומה כי עדיין קיים צורך לבחון את המודלים השונים, אשר הוצעו להכרה של ההלכה בחוקי המדינה וההסתייגויות מכך, בחינה עקרונית ורוחנית. בכך אין הדברים דלהלן אפילו דבריו של גמד על גבי ענקים, אלא של גמד הבוחן את צעדיהם של ענקים, מלמטה.

חמש הצעות על פי חמשה מודלים אנו מוצאים, לפיהם נבחנה שאלת המעמד ההלכתי של חוקי מדינת ישראל, ולכל אחת מן ההצעות קמה הסתייגות זו או אחרת. מודלים קלאסיים אלה הם: דין המלך, "דינא דמלכותא דינא", תקנות הקהל, 'ערכאות שבסוריא' ומנהג. רשימה זו משתנה מכותב לכותב, וממאסף למאסף - וחלקם אינם מסווגים יפה יחד משום ששייכים לקטגוריות שונות. כך, למשל, דינא דמלכותא הוא מעשה של חקיקה וערכאות שבסוריא מתיחס למעשה שיפוטי. מנהג יוצר חוקים אך כלל אינו 'מחוקק' פורמלי כדוגמת מלך או קהילה. אולם נעשה שימוש מעשי בחלקם של מודלים אלה בהקשרים שונים ועל ידי פוסקי הלכה מגוונים על מנת להצדיק את המצב המשפטי הרווח היום במדינת ישראל. אבקש להראות שקיים מכנה משותף ערכי-רוחני הן לקבוצת המודלים והן לקבוצת ההסתייגויות. ראיה סינופטית זו עשויה ללמדנו דבר אודות עצמנו, ואודות דילמה קיומית אשר הציונות הדתית שרויה בתוכה גם אם אינה מודה בכך בפה מלא.

הרעיון המשתקף ממודלים אלה הוא הכרה הלכתית ביצירתיות אנושית בכלל, ושל יצירתו של עם ישראל בפרט. מלך מייצג את הסמכות האנושית, ומקור סמכותו הוא 'מלמטה', מהעם, לפי שיטות ראשונים מסוימות. סמכותו אינה מוגבלת רק לניהול מלכותו על פי דין תורה, אלא גם ניתנו לו סמכויות החורגות מההלכה המחייבת את האדם מן השורה - 'משפט המלך'. קהילות הן צורת ארגון חיי האדם, שהוא יצור חברתי. חיי קהילה הן המסגרת של רוב פעולותיו של האדם, ומאפשרות את המשך קיומו. לשם כך האדם יוצר חוקים אשר יווסתו את חייו אלה, וההלכה מכירה בכך. בהעדר מערכת שיפוטית ממוסדת, רשאית הקהילה אף למנות דיינים אשר דנים לפי שכלם, וממציאים מערכת מחייבת שאינה לפי דין תורה. אולי אב לכולם הוא המנהג, אשר רק ללא סמכות פורמלית כלשהי יוצרת נורמות הלכתיות מחייבות בהקשרים מסחריים.

אולם בד בבד, ההסתייגות הקיימת כלפי כל מודל ומודל משקפת גם את גבולותיה של היצירה האנושית. אין אפשרות ליצור נורמות אלא מתוך ההלכה. האדם אינו יוצר אלא מכחו של הבורא אשר הסמיכו לכך. הצגת הדברים באופן זה מדגישה את

המשפט העברי", **מדעי היהדות** 39, 133 (תשנ"ט) (להלן - פרימר), ובמקורות שצינו כל אלה. אף ספר זה תורם את חלקו הצנוע בהקשר זה, במאמרו של הרב ר' פארן, "השלטון במדינת ישראל לאור ההלכה".

הבעייתיות של המצב המשפטי הרווח כיום במדינת ישראל. אין אפשרות להתעלם מיצירתו של עם ישראל בארצו. אין אפשרות להתכחש לסמכויות שהקב"ה העניק לכנסת ישראל כישות רוחנית ליצור נורמות 'שלא מן הדין'. אולם תנאי בסיסי למימוש סמכויות אלה היא הכרה במקור הסמכות, קרי בהלכה ובבורא שנתנה. ניתן לומר, באופן כמעט פרדוקסלי, שתנאי לגיטימיות של חריגה מן הדין הוא המחוייבות לדין. זהו מקרה פרטי לאמת רוחנית בסיסית: שתנאי לגיטימיות של יצירה בעולמו של הבורא היא ההכרה שהכל ממנו. ותנאי לכל אלה היא הענווה, כדברי מלך ישראל -

י'כי מי אני ומי עמי כי נעצ'ר כח להתנדב כזאת; כי ממך הכל, ומידך נתנו לך'.<sup>2</sup>

לפרדוקס זה משמעות מעשית מרחיקת לכת, בייחוד לציבור אשר רואה את מוסדותיה של מדינת ישראל כבעלי משמעות הלכתית ואת תקומתה כבעלת משמעות רוחנית ואף גאולית. במובנים מסויימים עבור ציבור זה אין אפשרות בלעדי חוקי המדינה. כך למשל, חלק נכבד מהמצוות המוטלות על הציבור מתקיימות רק דרך חוקי המדינה. אין אפשרות להתגייס למלחמת מצווה, לפי הגדרותיה השונות, אלא דרך מערכת שלמה של חקיקה שאינה מפורשת בסימנים שבשולחן ערוך.<sup>3</sup> אם קיים היבט 'ממלכתי' בהבעת רצון העם דרך הקלפי לעתים מזומנות, הרי שהכלי לכך - גם אם אינו כלי שלם - אף הוא הכלי של מערכת חיקוקים.<sup>4</sup> הדברים נכונים בכל תחומי החיים, הציבוריים והפרטיים גם יחד. בכל אלה המדינה, ראשית צמיחת גאולתנו, יכולה לפעול רק דרך מערכת חקיקה. מושג 'מדינה' כשלעצמו הוא למעשה מושג נורמטיבי ולא מטפיזי.<sup>5</sup> ניתן לחדד את משמעות החקיקה במדינה הדמוקרטית המודרנית ולומר כי 'אין מדינתנו מדינה אלא בחוקיה'. אולם זהו רק צל של קביעתו הידועה והצודקת של רס"ג, כי 'אין אומתנו אומה אלא בתורתיה',<sup>6</sup> שהרי 'ישראל

2. **דברי הימים א כט, יד.**
3. בין היתר: חוק יסוד: הצבא; פקודת צבא-ההגנה לישראל, תש"ח - 1948; חוק שירותי הבטחון (נוסח משולב), התשמ"ו - 1986; חוק שירות בטחון, תשי"ט - 1959 (נוסח משולב); תקנות שירותי הבטחון, תשי"י - 1949; תקנות שירותי בטחון (חובות אנשי מילואים), תשט"ז - 1956; תקנות שירות בטחון (שירות מילואים), תשכ"ד - 1964; וכל זאת מלבד חוק השיפוט הצבאי, תשט"ו - 1955 והחוקים הנלווים אליו.
4. ביניהם: חוק יסוד: הכנסת; חוק יסוד: הממשלה; חוק הבחירות לכנסת ולראש הממשלה (נוסח משולב), תשכ"ט - 1969; וכן הלאה מעשי חקיקה רבים.
5. אף אם למושג זה עשויות להתלוות ציפיות או משמעויות ערכיות, ראה בדברי הראי"ה קוק זצ"ל, **אורות קס**; [= **אורות הקודש ג**, קצא; **שמונה קבצים א**, פסקה קפז].
6. **אמונות ודעות** מאמר שלישי, ד"ה וכיון שהקדמתי.

ואורייתא וקוב"ה כולא חד'.<sup>7</sup> חלילה לזנוח את הצד השני של המשוואה, הדורשת מודעות למקורן של סמכויות אנוש. הקושי נוצר משום שאיזון זה אכן מופר בפועל. נמצא שחקיקה שלא על פי דין תורה הוא דבר בלתי אפשרי, גם אם היא דבר שאי אפשר בלתו. הדברים שלהלן מבקשים להדגיש קושי זה בהתאם למודלים השונים לפיהם נבחנו חוקי המדינה על פי ההלכה. בסיום נדון שוב במשמעות הרוחנית העולה מדילמה זו, ובמשמעות המעשית שיש לה ולבקשת פתרונה.

לשם הנוחות אחלק את הדיון לשלש קבוצות-על: מודלים שלטוניים, מודלים שלטוניים-חברתיים ומודלים חברתיים.

## ב. מודלים שלטוניים: מלך

### מלך ישראל

התורה הכירה ואף ציוותה בדבר שלטון מלוכה בישראל.

כי תבא אל הארץ אשר ה' א-להיך נותן לך וירשתה וישבת בה, ואמרת אשימה עלי מלך ככל הגוים אשר סביבתי. שום תשים עליך מלך אשר יבחר ה' א-להיך בו, מקרב אחיך תשים עליך מלך לא תוכל לתת עליך מלך אשר לא אחיך הוא.<sup>8</sup>

סמכויותיו של מלך זה נרחבות. שמואל הנביא מזהיר את ישראל מפני סמכויות אלה -

ויאמר ה' אל שמואל ... ועתה שמע בקולם אך כי העד תעיד בהם והגדת להם משפט המלך אשר ימלך עליהם.<sup>9</sup>

ושמואל אכן מבהיר לעם מה הן סמכויות המלך, בפרשה הידועה כ"פרשת המלך" -

ויאמר זה יהיה משפט המלך אשר ימלך עליכם את בניכם יקח ושם לו במרכבתו ובפרשיו ורצו לפני מרכבתו. ולשום לו שרי אלפים ושרי חמשים ולחרש חרישו ולקצר קצירו ולעשות כלי מלחמתו וכלי רכבו. ואת בנותיכם יקח לרקחות ולטבחות ולאפות. ואת שדותיכם ואת כרמיכם וזיתיכם הטובים יקח ונתן לעבדיו. וזרעיכם וכרמיכם יעשר ונתן לסריסיו ולעבדיו. ואת

7. ראה גם: **נפש החיים** ד, יא (עמ' רכה, בהוצאת רובין, בני ברק תשמ"ט); הראי"ה קוק זצ"ל, **עין איה** ברכות כח, ב (לג); אוהב ישראל לר' יהושע העשיל מאפטא, פרשת שקלים ד"ה והנה כל הדורות מישראל: '... חד אינון', על פי זוהר ג, עג, 'דתנינן ג' דרגין אינו מתקשרין דא בדא קב"ה אורייתא וישראל', ראה הערות הר"ר מרגליות, **ניצוצי זהר**, שם, ה.

8. **דברים** יז, יד-כ.

9. **שמואל א** ח, ז ט.

עבדיכם ואת שפחותיכם ואת בחוריכם הטובים ואת חמוריכם יקח ועשה למלאכתו. צאנכם יעשר ואתם תהיו לו לעבדים.<sup>10</sup>

אף שנחלקו אמוראים אם לראות בפרק זה מקור הלכתי אם לאו -

אמר רב יהודה אמר שמואל: כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו. רב אמר: לא נאמרה פרשה זו אלא לאיים עליהם;<sup>11</sup>

נדמה כי פשוטו של מקרא מרמז כדברי האמורא שמואל, כפי שמופיע שם להלן - וידבר שמואל אל העם את משפט המלכה ויכתוב בספר וינח לפני ה'.<sup>12</sup>

וכך אכן פסק הרמב"ם, תוך מתן פרשנות לסמכויות האמורות פרשת המלך - רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות. וקוצב לו מכס ואסור להבריח מן המכס. שיש לו לגזור שכל מי שיגנוב המכס ילקח ממנו או יהרג שנאמר 'ואתם תהיו לו לעבדים', ולהלן הוא אומר 'יהיו לך למס ועבדוך' (דברים כ, יא), **שכל האמור בפרשת מלך מלך זוכה בו.**<sup>13</sup>

במקום לשון 'היתר' שנקט שמואל, הרמב"ם מביא סמכויות אלה **כזכותו** של המלך - ובכך מדגיש את היבט הסמכות של דברים אלו. הרמב"ם הולך ומפרש את פרשת המלך להלכה - כאשר מקורו הוא בדרך כלל המקראות לבדן. פרשה זו מקבלת משמעות יתירה לפי דברי הראי"ה קוק הידועים, בהם קובע -

נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכויות של המשפטים ליד האומה בכללה. וביחוד נראה שגם כל שופט שקם בישראל דין מלך יש לו, לענין כמה משפטי המלוכה, וביחוד למה שנוגע להנהגת הכלל... כל שמנהיג את האומה דן הוא במשפטי המלוכה, שהם כלל צרכי האומה הדרושים לשעתם ולמעמד העולם.<sup>14</sup>

הוי אומר, מקור הסמכות של המלך מצוי באומה ובצרכיה. המלך הוא אך המופקד על ביצוע סמכויות אלה לשם צרכיה של האומה. עקרון זה מוצא בטוי מעשי ביחס למדינת ישראל אצל תלמידו, הגאון הרב שאול ישראלי, המדגיש את כוחו של העם להסמיך את מנגנוני השלטון בישראל, ובכך, מקבלת פרשת המלך משמעות דמוקרטית -

10. שם יא-יז.

11. סנהדרין כ,ב.

12. שמואל א י, כה.

13. רמב"ם מלכים ד, א.

14. שו"ת משפט כהן קמד, בעמ' שלז.

כל שהעם עצמו מסכים למנותו ע"י דרך בחירות או באיזו שהיא צורה אחרת בזה אין צורך לשום נביא וסנהדרין, אלא ודאי חל המינוי ויש לו תוקף ודין מלך, **כי מכיון שהעם מסכים לשררה זו, מה לנו עוד.**<sup>15</sup>

מעשה יוצא שכל המינויים הממלכתיים שיעשו בישראל בדרך של בחירות שבהם יכריע רוב העם יהא להם תוקף וסמכות. ומסתבר לפענ"ד שכשם שיכולים למנות איש אחד כראש ושופט, כמו"כ אפשר למנות מועצה שביחד יהיו לה הסמכויות הללו, ולפ"ז נראה כי מועצת ממשלה שתבקר בדרך של בחירות נכונות יהא לה סמכות בכל מה שנוגע להנהלת האומה כאותה סמכות שהי' למלך ישראל.<sup>16</sup>

הרב ישראלי מדגיש בכך את תוקפה של הסמכת העם - אשר מייתרת אף את הצורך בנביא או סנהדרין כדי למנות מנהיגים ואף מלכים. את המשמעות של הסמכה זו גם לסטיה מן הדין הוא מפתח במקום אחר -

מכל זה נראה מוכרח שסמכות המלך אינה קבועה ועומדת בדיני התורה, וכל עיקרה תלויה היא במידת הסמכות שניתן לה מאת העם או באי הכח שלו (בישראל - הסנהדרין), בזמן המלכותו. וכל עם ועם, וגם ישראל בכלל זה, הרשות נתונה בידם למנות להם מלך ולמסור לו את הסמכויות שימצאו לנכון, על-פי תנאי החיים שלהם. ובמדה זאת שנמסרו לו הזכויות זכה בהם.<sup>17</sup>

דהיינו, אף שמוסד מלך אינו נוהג בפועל כיום במדינת ישראל, הרי שסמכויות ממלכתיות נוהגות, לשם נהול ענייני המדינה.<sup>18</sup>

סמכותו של מלך ישראל משתרעת על פני תחומים רבים. 'פרשת המלך' שהובאה להלכה בדברי הרמב"ם הנ"ל עסקה בצרכי הממלכה לרבות מסוי, גיוס, הפקעה ועוד. הרב קוק זצ"ל מניח במפורש כי היתה קיימת מערכת מפורטת של 'משפטי המלוכה' אשר לא הגיעו אלינו בשלמותם.<sup>19</sup> סמכותו של המלך היא גם במישור המשפטי הצרוף - שכן הוא יושב בדין, בעיקר על מנת להציל את החלשים: 'בית

15. **עמוד הימיני** (תל אביב תשכ"ו) ז, סד (ההדגשה שלי, מ"ב).

16. **שם**, סה (ההדגשה במקור, מ"ב).

17. **שם**, ט, פג (ההדגשה במקור, מ"ב); ראה גם שם, עז-עח, והשווה בלידשטיין, לעיל הערה 1, כז-כט.

18. השווה **רו"ק**, לעיל הערה 1, 189 ובהערה 20 שם הדין בסמכויותיו של נשיא הכולל 'כל שולט שאינו מלך ממש', במובחן ממלך אף 'כי כל מלך הוא נשיא בהיותו עומד בראש השלטון, אך לא כל נשיא הוא מלך'; ראה גם כתר, לעיל הערה 1, 345 הערה 8.

19. לעיל הערה 14 קמד, בעמ' שטז: 'אלא דמלחמות והלכות ציבור שאני. ואולי הוא מכלל משפטי המלוכה, שהיו ודאי רבים ונמסרים באומה'.

דוד, כה אמר ה', דינו לבקר משפט והצילו גזול מיד עושק'.<sup>20</sup> וכך גם מוכיחתו אמו של למואל - הלא הוא שלמה -

'אל למלכים, למואל, אל למלכים שתו יין ... פתח פיך לאלם אל דין כל בני חלוף. פתח פיך שפט-צדק, ודין עני ואביון'.<sup>21</sup>

אולם בדינו של המלך גם קיימת הגמשה של דיני הראיות, אפילו - ואולי בייחוד - בדיני עונשין. גם כאן אנו מוצאים את נחיצות תיקונו של עולם, אשר מסמיך את המלך לפעול שלא על פי גדרי ההלכה החלים על היחיד.<sup>22</sup> תקון עולם זה מייצג את הצורך הצומח 'מלמטה', ואת ההכרה שהתורה נותנת לטיפול ייחודי בצרכים אלה.

כל ההורג נפשות שלא בראיה ברורה או בלא התראה אפלו בעד אחד או שונא שהרג בשגגה - יש למלך רשות להרגו ולתקן העולם כפי מה שהשעה צריכה והורג רבים ביום אחד ותולה ומניחן תלויים ימים רבים להטיל אימה ולשבר יד רשעי עולם.<sup>23</sup>

וכל אלו הרצחנים וכיוצא בהן שאינן מחוייבין מיתת בית דין אם רצה מלך ישראל להרגם **בדין המלכות ותקנת העולם** הרשות בידו, וכן אם ראו בית דין להרגם בהוראת שעה אם היתה השעה צריכה לכך יש להם רשות כפי מה שיראו.<sup>24</sup>

הלכה אחרונה זו מבחינה בין 'הוראת שעה' שמוכה בית דין לבין 'דין המלכות ותקנת העולם' שבסמכות המלך. ההבדל בין אלה הוא מהותי, וחשוב לעמוד עליו לצורך המשך דיוננו. בית דין לעולם פוסק לאחר מעשה. דבריו הידועים של רבי אליעזר בן יעקב אינם מרמזים על מעשה חקיקה המקדים את הסנקציה של בית הדין אשר מורה 'הוראת שעה' -

תניא רבי אליעזר בן יעקב אומר, שמעתי שבית דין מכין ועונשין שלא מן התורה, ולא לעבור על דברי תורה אלא כדי לעשות סייג לתורה. ומעשה באחד שרכב על סוס בשבת בימי יונים וסקלוהו. לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך. שוב מעשה באדם אחד שהטיח את אשתו תחת התאנה,

20. ירמיה כא, יב.

21. משלי לא, ד-ט.

הערת עורך: וראה בשו"ת אבני נזר יו"ד שיב, אותיות מו, מח, שמוכיח שעיקר תפקיד המלך הוא עשיית משפט, ולא מלחמות.

22. לעיל הערה 19: 'וכל אלה ועוד כיו"ב הם שרידים שנשארו לנו ממשפטי המלוכה, שהם אינם ע"פ גדרי התורה של הלכות יחיד'.

23. לעיל הערה 13 ג, י.

24. שם הל' רוצח ב, ד.

והביאווהו לבית דין והלקוהו. לא מפני שראוי לכך, אלא שהשעה צריכה לכך.<sup>25</sup>

קריאה פשוטה של הדברים מורה כי לא קדמה חקיקה - גם לא חקיקה זמנית - אשר התריעה בפני הרוכב על סוס בשבת או המטיח אשתו בפרהסיא.<sup>26</sup> סיפור המעשים מורה כי הסנקציות הוטלו על העבריינים גם ללא חקיקה או התראה מוקדמים, אחרת אין כאן 'ענישה שלא מן התורה' אלא 'חקיקה' או 'תקנה' שלא מן התורה, וזה וודאי אינו חידוש, שהרי מצוה מפורשת היא: 'לא תסור מכל אשר יורוך'.<sup>27</sup> סמך למסקנה זו ניתן למצוא גם בדברי הרמב"ם כאשר משתמש במונח 'לפי שעה' לענין המצוה לשמוע בקול נביא אומר -

אם יאמר לנו הנביא, שנודע לנו שהוא נביא, לעבור על אחת מכל מצות האמורות בתורה או על מצות הרבה בין קלות בין חמורות לפי שעה, מצוה לשמוע לו. וכן למדנו מחכמים ראשונים מפי השמועה: בכל אם יאמר לך הנביא עבור על דברי תורה כאלוהו בהר הכרמל שמע לו חוץ מעבודת כוכבים והוא שיהיה הדבר לפי שעה כגון אליהו בהר הכרמל שהקריב עולה בחוץ וירושלים נבחרת לכך והמקריב בחוץ חייב כרת ומפני שהוא נביא מצוה לשמוע לו וגם בזה נאמר 'אליו תשמעון' (דברים יח, טו). ואילו שאלו את אליהו ואמרו לו: היאך נעקור מ"ש בתורה 'פן תעלה עולותיך בכל מקום' (שם יב, יג)? היה אומר: לא נאמר אלא המקריב בחוץ לעולם חייב כרת כמו שצוה משה. אבל אני אקריב היום בחוץ בדבר ה', כדי להכחיש נביאי הבעל. ועל הדרך הזאת אם צוו כל הנביאים לעבור מצוה לשמוע להם, ואם אמרו שהדבר נעקר לעולם מיתתו בחנק שהתורה אמרה 'לנו ולבנינו עד עולם' (שם כט, כח).<sup>28</sup>

הוראתו של הנביא היא לעולם מעשית, אין הנביא בא לחוקק מערכת חוקים, אף לא לשעה. כך גם הוראת השעה של בית דין אינה מעשה חקיקה קבוע אלא הוראה

25. סנהדרין מו, א.

26. אך ראה שו"ת מהרי"ק שורש קפח: "דפשיטא ופשיטא דאפילו ב"ד הגדול שבירושלים אין כח להכות ולענוש שלא מן התורה אלא היכא שבודאי יש שם קצת דררא דאיסורא כי ההיא שרכב על סוס בשבת וכן ההוא שהטיח באשתו תחת התאינה וכו' שהיו עדים בדבר אלא שלא היו ראויין לאותו עונש אם לא מכח הוראת שעה אבל בלא עדות ברורה לא". לא רק ענין של צורך בעדות יש כאן אלא צורך ב'דררא דאיסורא' והוא בא במקום חקיקה מוקדמת אף אם לא מפורשת.

27. דברים יז, י; רמב"ם ממרים א, ב.

הערת עורך: לעניין זה, השווה עם המובא להלן, במאמרו של פרופ' ח' בן מנחם, "ענישה שלא מן הדין", ליד הציון להערות 17, 18, ובדברים המובאים בהערות אלו.

28. רמב"ם יסודי התורה ט, ג.

מעשית. יש והוראה זו היא אף לאחר מעשה, דוגמת המעשים שהובאו על ידי רבי אליעזר בן יעקב, ויש והוראת השעה היא לפני מעשה, דוגמת הוראותיו של אליהו הנביא בהר הכרמל, וכדברי הרמב"ם על בית הדין הגדול -

ויש לבית דין לעקור אף דברים אלו [= של בית דין שגזרו גזרה או תקנו תקנה או הנהיגו מנהג] לפי שעה אף על פי שהוא קטן מן הראשונים שלא יהו גזרות אלו חמורין מדברי תורה עצמה. שאפילו דברי תורה יש לכל בית דין לעקרו הוראת שעה. כיצד, בית דין שראו לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה מכין ועונשין שלא כדין אבל אין קובעין הדבר לדורות ואומרים שהלכה כך היא. וכן אם ראו לפי שעה לבטל מצות עשה או לעבור על מצות לא תעשה כדי להחזיר רבים לדת או להציל רבים מישראל מלהכשל בדברים אחרים עושין לפי מה שצריכה השעה, כשם שהרופא חותך ידו או רגלו של זה כדי שיחיה כולו, כך בית דין מורים בזמן מן הזמנים לעבור על קצת מצות לפי שעה כדי שיתקיימו כולם, כדרך שאמרו חכמים הראשונים 'חלל עליו שבת אחת כדי שישמור שבתות הרבה'.<sup>29</sup>

לעומת אופן זה של 'הוראת שעה', נראה ש'דין המלכות ותקנת העולם' הם בעלי אופי של חקיקה קבועה - אף אם לא לדורות.<sup>30</sup> בעוד בית הדין מורה הוראה, המלך מוסמך לקבוע 'דין ותקנות'. עם זאת, דווקא שאלת החקיקה הקבועה היא אחת מנקודות הביקורת על השימוש ב'משפט המלך' ככלי להכרה הלכתית במערכת החוקים הקבועה של מדינת ישראל.<sup>31</sup> אף נראה שאין קושי זה ענין 'טכני' בלבד. קיימת שאלה יסודית עד היכן מגעת אפשרות הסטייה מדין תורה. האם ניתן כלל לתאר מערכת קבועה שאינה לפי דין תורה? לכך שלוש תשובות. האחת, שוללת אפשרות זו מכל וכל. האחרת, רואה בארעיות של חקיקת המלך סילוק של התחרות עם התורה הנצחית. מדברי הראי"ה זצ"ל עולה כיוון שלישי, לפיו גם משפט המלך נשאב מתוך התורה, אלא שסמכויות דרישת התורה, לפיהן שואב המלך את הכרעותיו מן התורה שבכתב, ניתנו לכל מלך ומלך. לא הדין המהותי משתנה אלא פרשנותו, באנלוגיה לתהליך דומה אצל בית הדין הגדול.<sup>32</sup> לגבי אותם 'שרידיים' שנשארו לנו ממשפטי המלוכה שהם אינם ע"פ גדרי התורה של הלכות יחיד' מבאר הרב זצ"ל -

29. רמב"ם ממרים ב, ד ומוסב על הנאמר שם בהלכה ב; האזכור הוא מיומא פה, ב.

30. אף שאין סבור כן שוחטמן, לעיל הערה 1, 425-427.

31. כתר לעיל הערה 1, 345-347; שוחטמן, שם 427, מבסס סמכות זו על דברי הרמב"ן ב'משפט החרם', וראה דבריו שם 420.

32. השווה רמב"ם ממרים ב, א.

שגם אלה יש להם מקור בתורה, אלא שדרכי הדרשה בזה נמסרו לכל מלך כבינתו הרחבה, ומשום הכי צריך שיכתוב לו שני ספרי תורה, וכל אחד לשם קדושה מיוחדת, ועל הספר תורה ששייך לכל בן ישראל נאמר 'לבלתי רום לבבו ולבלתי סור וגו'. אף-על-פי שבספר תורה דמצד המלוכה, מלך פורץ לעשות לו דרך ואין מוחין בידו.<sup>33</sup>

נמצאנו למדים, שמעבר לשאלה הפורמלית של סמכות, עומדת השאלה העקרונית של העמדת הסטייה מדין תורה 'רגיל' ומחויבות לתורה לעצמה. שאלה זו היא גם שעומדת בבסיס שיטת הר"ן אודות היחס שבין משפט המלך לבין דין תורה.

בדבריו הידועים, משרטט הר"ן מערכת משפטית המופעלת על ידי מלך ישראל והמקבילה לדין תורה. תפקידה ומקומה של זו, לפי הר"ן -

ידוע הוא כי המין האנושי צריך לשופט שישפוט בין פרטיו, שאם לא כן איש את רעהו חיים בלעו, ויהיה כללו נשחת. וכל אומה צריכה לזה ישוב מדיני, עד שאמר החכם 'שכת הלסטים הסכימו ביניהם היושר'. וישראל צריכים לזה כיתר האומות. ומלבד זה צריכין אליהם עוד לסיבה אחרת, והוא להעמיד חוקי התורה על תלם...

וה' ית' יחד כל אחד מהעניינים האלו לכת מיוחדת, וצוה שיתמנו השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי והוא אמרו 'ושפטו את העם משפט צדק' (דברים טז, יח), כלומר בא לבאר השופטים האלה לאיזה דבר יתמנו ובמה כחם גדול. ואמר, שתכלית מנויים הוא כדי לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי בעצמו, ואין יכלתם עבר ביותר מזה. ומפני שסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים הא-ל תיקונו במצות המלך...

ונמצא שמנוי המלכות שוה בישראל וביתר האומות שצריכים לסדור מדיני, ומנוי השופטים מיוחד וצריך יותר בישראל... כלומר שמנוי השופטים ויכלתם הוא שישפטו העם במשפטים צודקים אמיתיים בעצמם.<sup>34</sup>

הבחנה זו היא איכותית, ולא רק פונקציונלית. מטרות שתי מערכות החוקים האלה שונות.

ולפיכך אני סובר וראוי שנאמין בו, שכמו שהחוקים שאין להם מבוא כל בתקון הסדור המדיני, הם סיבה עצמית קרובה לחול השפע הא-לוהי, כן משפטי התורה יש להם מבוא גדול, וכאלו הם משותפים בין סבת חול הענין הא-להי באומתנו ותקון ענין קבוצנו...

33. לעיל הערה 19.

34. רבינו נסים בן ראובן גירונדי, דרשות הר"ן (ירושלים תשל"ז), קפט-קצ.

ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדור המדיני, ממה שימצא בקצת משפטי התורה. ואין אנו חסרים בזה דבר, כי כל מה שיחסר מהתקון הנזכר היה משלימו המלך. אבל יש לנו מעלה גדולה עליהם כי מצד שהם צודקים בעצמם רצה לומר משפט התורה כמו שאמר הכתוב 'ושפטו את העם משפט צדק', ימשך שידבק ויחול השפע הא-לוהי בנו. ומפני זה היה ראש השופטים ומבחרם עומד במקום אשר היה נראה בו השפע הא-לוהי, והוא ענין עומד אנשי כנסת הגדולה בלשכת הגזית.<sup>35</sup>

הדיון בדברי הר"ן האלה נסב לרוב בשאלת האפשרות להסתמך על 'משפט המלך' על מנת לקלוט את מערכת החוקים האזרחית כמקבילה לדין תורה, או על כל פנים כלגיטימית כאשר אין אפשרות להחיל דין תורה. כך עולה מדיונם המפורסם של הגריא"ה הרצוג והגרר"ע גרודז'נסקי.<sup>36</sup> אולם עולה מדברי הר"ן אלה קביעה לגבי שאלת היסוד שהצגנו קודם בדבר מקומה של היצירה האנושית בעולמו של הקב"ה. עם ישראל אינו מבקש להתנער מ'סדור מדיני' ותקון העולם ככל העמים, והוא אף ממנה מלך המוסמך לנהל עניינים אלה - אך לא אלה מאווייו של עם ישראל. עם ישראל מבקש 'חול הענין הא-להי'. יש לראות את מעשיו של האדם, כפי שמוצאים בטוי בסמכויות החקיקה אשר למלך, כמשרתים בקשה זו, ומשלימים את התשתית המדינית-חברתית לשם כך.<sup>37</sup> ההירארכיה בין שתי מגמות אלה עולה בבירור הן בפרשת המלך שבתורה והן בהקשר של פרשת המלך שבנביא. וכפי שמבאר הר"ן עצמו בהמשך דבריו -

ולפי שכח המלך גדול, איננו משועבד למשפטי התורה כמו השופט, ואם לא יהיה שלם ביראת א-להיו יבוא להפריז על המדות יותר במה שיתחייב לתקון הכלל, צוהו שיהיה ס"ת עמו תמיד, כאמרו 'והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו את משנה התורה הזאת והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו; למען ילמד ליראה את ה' א-להיו לשמור את כל דברי התורה הזאת' (דברים יז, יח-יט). ירצה בזה על מצות התורה בכלל, אם יבטל שום מצוה לצורך תקון זמנו לא תהיה כונתו לעבור על דברי תורה בכלל, ולא לפרוק מעליו עול יראת שמים בשום צד, אבל תהיה כונתו לשמור את כל דברי התורה הזאת ואת החוקים האלה לעשותם. שבכל מה שיוסיף או יגרע יכון כדי שחוקי התורה ומצותיה יהיו יותר נשמרים. כאשר נאמר על דרך המשל שכשיהרוג הורג נפש בלא

35. שם, קצא.

36. הגריא"ה הרצוג, חוקה לישראל על פי התורה ב (ירושלים תשמ"ט), 74-83, והערה י, שם.

37. השווה מרן הראי"ה זצ"ל, אורות, לעיל, הערה 5.

עדים והתראה, לא תהיה כונתו להראות ממשלתו לעם שהוא שליט על זה. אבל יכוין בעשותו זה כדי שמצות 'לא תרצח' תתקיים יותר ולא יפרצו עליה.<sup>38</sup> חטאו של העם אשר בקשו להם מלך סב על נקודה זו, שישראל נטו בעת ההיא יותר לתקון קבוצם המדיני... שרצו שיהיו משפטיהם נמשכים מצד המלכות לא מצד שופטי התורה.<sup>39</sup>

הדגשת מקור הסמכות של מלך ישראל בעם, כפי שהראו הראי"ה קוק והרב ישראל, מבליטה את נקודת המפגש בין כוחו של האדם לבין הצורך בענוותו. העם מרוקם מי מתוכו ומסמיכו אף לחרוג מדין תורה הרגיל. אולם תנאי לכך היא ההכרה הפותחת את ספר שמואל כי ה' הוא זה ש'משפיל אף מרומם. מקים מעפר דל מאשפות ירים אביון להושיב עם נדיבים וכסא כבוד ינחילם',<sup>40</sup> וכי הוא הנותן עז, קרי בין היתר: סמכות, למלכו.

## ב. מלך מאומות העולם

אמירתו הידועה של שמואל, וביסוס הלכה זו על ידי רבא, היוו צינור עבור בית הדין הרבני של מדינת ישראל לקלוט מקצת מחוקיה של מדינת ישראל אל גדר החובה ההלכתית.

אמר שמואל: דנא דמלכותא דינא.

אמר רבא: תדע, דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עלייהו.<sup>41</sup>

רבא אינו מציין טקסט כתוב לשם הוכחת הלכה זו של דינא דמלכותא. הטקסט הוא טקסט חי: 'תדע' שאנחנו פועלים על פיה של הלכה זו. אף במדינת ישראל לא מצאנו מי שיקפיד להימנע מנסיעה בדרכים אשר נסללו על אדמות פרטיות שהופקעו מבעלים חוקיים.<sup>42</sup>

38. לעיל הערה 34, רא-רב.

39. שם, קצג.

40. שמואל א ב, ז-י.

41. בבא קמא קיג, א.

42. וקדמני בזה רו"ק, לעיל הערה 1, 200: והנה עיקר הדין של דינא דמלכותא דינא כבר הזכרנו לעיל כי רבא הוכיח את אמיתותו ואמר: "תדע דקטלי דיקלי, וגשרי גישרי ועברינן עלייהו". וכן היא ההלכה גם לגבי דרכים שסולל המלך, וכמו שכתב הרמב"ם (גזילה ואבידה ה, יז): "מלך שכרת אילנות של בעלי בתים, ועשה מהן גשר מותר לעבור עליו. וכן אם הרס בתים ועשאן דרך או חומה מותר להנות בה וכן כל כיוצא בזה שדין המלך דין". מן הדברים ברור כי אם פעולות כאלו נעשו על ידי מישהו שאין דינו דין אכן אסור לעבור בגשריו וללכת בדרכיו. והנה מדינת ישראל מפקיעה קרקעות וסוללת עליהן דרכים והכל עוברין עליהם, ואי אפשר לקיים הנהגה זו אלא אם כן מניחים שאכן מעמד מלא של מלכות יש לה למדינה...; ראה פקודת הקרקעות

משנותיה הראשונות של מדינת ישראל דנו בתי הדין באפשרות יישומו של כלל זה של 'דינא דמלכותא דינא', לרוב בענייני מקרקעין (רישום מקרקעין, הגנת הדייר) וציבוריים (מסים חוקי תכנון ובנייה) ויחסי העבודה.<sup>43</sup> הבעייתיות עולה משני מקורות: (א) מחלוקת ראשונים בדבר יישומו של כלל זה במלכות ישראל ובייחוד בארץ ישראל; (ב) דיון אודות תוכנו של הכלל.<sup>44</sup> סקירה קצרה מראה כי גם כאן השאלה העקרונית העולה לדיון אינה 'טכנית' אלא נוגעת בשאלת היסוד של מקומו של שלטון אנושי במערכת דתית.

שאלת תוקפו של הכלל דינא דמלכותא דינא במלכות ישראל נובעת ממחלוקת ראשונים בדבר הרציונל לכלל זה. בעוד סיעה אחת של ראשונים מבססת את הכלל על הסמכת העם וקבלת סמכות המלך או המלכות עליהם, סיעה אחרת רואה בכלל זה ענין 'קנייני' או שלטוני אשר אינו תלוי בהסכמת העם - ואשר אינו חל על ישראל.<sup>45</sup>

הרמב"ם סבור שכלל דינא דמלכותא דינא נגזר מהסכמה רחבה -

כללו של דבר, כל דין שיחוקק אותו המלך לכל ולא יהיה לאדם אחד בפני עצמו אינו גזל ... במה דברים אמורים, במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן שהוא אדוניהם והם לו עבדים.<sup>46</sup>

כך גם הרשב"ם -

שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא.<sup>47</sup>

הדגשה מיוחדת על המשמעות של הסכמה בכלל זה, ומכאן לתפקידו המהותי של הציבור, נמצא בדברי הריטב"א -

(רכישה לצרכי צבור), 1943; חוק התכנון והבניה תשכ"ה - 1965, סעיפים 13, 26-28, 119-ב-ד,

196-188; ראה גם שוחטמן, לעיל הערה 1, 446-445.

43. ראה פרימר, לעיל הערה 1; ובהרחבה: הרב דב כ"ץ, פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים, ירושלים, תשל"ו 15-34; יש להוסיף לאמור בדבריו גם את הנאמר בשולי פסק הדין בתיק תשמ"ג 787, בבית הדין הרבני האזורי ברחובות, פד"ר יד, 42.

44. שוחטמן, לעיל הערה 1, 435; כתר 349-351.

45. ראה גם ש' שילה, דינא דמלכותא דינא, ירושלים, תשל"ה, 59-87; ושוחטמן לעיל הערה 1, 436-437 לגבי שיטת רש"י גיטין ט, ב ד"ה חוץ מגיטי נשים (מכלל שבע מצוות בני נח), ושיטת

ר"ת ורבינו יונה (הפקר בית דין הפקר) שילה בהערה 8 שם ושוחטמן בהערה 79 שם.

46. רמב"ם גזילה ואבדה ה, יד-יח.

47. בבא בתרא נד, ב ד"ה והאמר שמואל.

והסכימו הר"י ובעלי התוספות והרמב"ן שאין אומרים דינא דמלכותא אלא בדברים שהם מחוקי המלכות הקבועים וידועים. אבל אם המלך קבע ועשה דין חדש לאו דינא [הוא] **עד שיסכימו עליו כל אנשי מלכותו**. ולהכי לא אמר שמואל דינא דמלכא דינא אלא דינא דמלכותא.<sup>49,48</sup>

המסקנה המעשית מגישה זו היא, שאין כל מניעה מלהפעיל את הכלל 'דינא דמלכותא דינא' במלך ישראל ובארץ ישראל. יתירה מזו, יש מקום להבין שהרמב"ם רואה ביסודות שתי ההלכות - דינא דמלכותא ומשפט המלך - יסוד אחד.<sup>50</sup>

גישה אחרת מתבססת על שיטה המובאת בשם בעלי התוספות, והיא רואה את מקור הסמכות של המלכות במושגי הקניין (הפאודליים?). כך ברא"ש -

והיינו טעמא דדינו דינא שהארץ שלו היא ואף הדיוט שיש לו קרקע כך דינו, שלא יהנה אדם מארצו אלא מדעתו ובקצבתו;<sup>51</sup>

וכך בר"ן, המצביע על ההשלכה לשלטון ישראל בארצו -

וכתבו התוספות דדוקא במלכי עובדי כוכבים אמר דדינא דמלכותא דינא מפני שהארץ שלו ויכול לומר להם: 'אם לא תעשו מצוותי אגרש אתכם מן הארץ', אבל במלכי ישראל לא, לפי שארץ ישראל - כל ישראל שותפין בה.<sup>52</sup>

אולם נדמה כי הסתייגותם של ראשונים אלה, המיוצגים על ידי הר"ן, אינה פורמלית בלבד. לא רק משום שסמכויותיו של המלך נכנסות תחת כותרת של דיני קניין הסתייגו מהפעלת כלל 'דינא דמלכותא דינא' על ידי שלטון ישראלי בארצו. עולה מדברי הר"ן שלא די בהסכמה רחבה על מנת להצדיק מערכות שלטון המופעלות גם בכפייה כלפי תושבי המדינה. מושג הקניין מייצג את הסמכות שאיננה תלויה בהסכמה - ומושג זה אינו חל כלפי יהודים בארצם מפני ש'כל ישראל שותפין בה'. שלילת שני המודלים האלה בהקשר של ישראל בארצו נובעת מכך שקיים מודל אחד ויחיד לשלטון ישראל והוא דין תורה או פרשת המלך אליבא דהר"ן. הסכמה

48. **חידושי הריטב"א** שם נה, א ד"ה הני תלת מילי.

49. בכך מוסיף למעשה הריטב"א על דברי הרמב"ן בבא בתרא נה, א ד"ה אם כן בטלת: "שנראין הדברים דכי אמרינן דינא דמלכותא דינא כגון הדינין הידועין למלך בכל מלכותו שהוא וכל המלכים אשר היו לפניו הנהיגו הדברים והם כתובים בדברי הימים ובחוקי המלכים, אבל מה שהמלך עושה לפי שעה או חוק חדש שהוא עושה לקנוס העם במה שלא נהגו בימי האבות, חמסנותא דמלכא הוא ואין אנו דנין באותו הדין"; ראה גם **תוספות** בבא קמא נה, א ד"ה מברייח ארי.

50. **פר"ר** א 281, 285.

51. **פסקי הרא"ש** נדרים ג, יא.

52. **ר"ן** נדרים כח, א ד"ה במוכס העומד מאליו.

'מלמטה' אינה מבארת את סמכויות השלטון גם כלפי אומות העולם,<sup>53</sup> ואין בכוחה של 'זכות קניין' אנושית ליצור חלופה לדיני תורה הקבועים. עם זאת, קיימת פסיקה הרואה את מדינת ישראל כמקום המתאים לתחולתו של כלל זה -

דד"ד [=דדינא דמלכותא] - הוא גם וכש"כ [=וכל שכן] במלכי ישראל בא"י, ועיקרו של הדין בנוי על הנאמר בפרשת מלך.<sup>54</sup>

גם תוכנו של הכלל 'דינא דמלכותא דינא' מעלה את שאלת המפגש בין כוחו היוצר של האדם לבין מגבלותיו. גם כאן שאלות שבמדיניות משחקות תפקיד מכריע. ההגבלה התכנית העיקרית לתחולתו של כלל זה לענייננו היא הגבלתו למה שאנו מכנים 'המשפט הציבורי'.<sup>55</sup> המהר"ק משתית שיטה זו דוקא על שיקולי מדיניות שהוא רואה כמובנים מאליהם -

פשיטא דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים... אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא דא"כ בטלת כל דיני תורה ח"ו.<sup>56</sup>

קיימות דעות המכירות בתחולת כלל זה גם במשפט הפרטי כאשר קיימת 'תקנת העולם' לעשות כן.<sup>57</sup> כך, למשל, בדברי הרשב"א -

דכל שיש טעם במה שהמלך מצוה ומנהיג דבר לתקון הנהגת המדינה, יכול הוא לומר ממון שראוי להיות לזה מן הדין יהא לחבירו, ולא אמרינן בזה חמסנותא הוא ולא דינא אלא כשנוטל בלא טענת דיני המלכות... ויש כח למלך להפקיע ממון בכי הא דתקוני מדינה הם.<sup>58</sup>

אך גם בהקשרים אלה עולה תדיר הסתייגות שבמדיניות, כדברי הש"ך -

53. אף שמושג הקניין אף הוא עשוי להיות מושג הסכמי כמו מוסדות נורמטיביים אחרים, השווה שיטת הר"ן לגבי השימוש בשפה, נדרים ב,א ד"ה כל כנויי נדרים.

54. לעיל הערה 50, וכן פר"ד יז 289, 309.

55. כתר, לעיל הערה 1, 351-357; שוחטמן שם, 444-456; שילה, לעיל הערה 45, פרק חמישי.

56. שו"ת מהרי"ק שורש קפז; ראה ש"ך, להלן הערה 59; מהרי"ק מבאר גישה מרחיבה לפיה דינא דמלכותא דינא חל ב'שאר ענייני ממון', אך כוונתו כלפי שיטת ר"א ממינץ המגביל כלל זה לענייני מקרקעין, לפי הרציונל הקנייני, לעיל הערה 51, 52.

57. ראה רמ"א חו"מ שסט, ח, יא.

58. שו"ת הרשב"א המיוחסות לרמב"ן, כב; ושם ממזג, לכאורה, הרשב"א את הטעמים שנאמרו בדינא דמלכותא: 'וכל שכן במדינות שהארץ כולה שלו ויכול הוא לעשות בה חוקים כמו שירצה, שעל מנת כן הא מחלקה להם ועל פי חקי המלך קבלוה יושביה'. אולם השווה שו"ת הרשב"א ו, רנד, שם קיימות מגבלות על כלל דינא דמלכותא דינא כדעות החולקים.

אפילו לשאר הפוסקים הסוברים דאמרינן דינא דמלכותא דינא בכל דבר, היינו דווקא מה שאינו נגד דין תורתנו אלא שאינו מפורש אצלנו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתנו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל...<sup>59</sup>

גם לפי הגישה המרחיבה את סמכויות המלך מודגשת מדיניות זו -

דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאת המלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דאם כן, בטלו כל דיני ישראל.<sup>60</sup>

כאמור, בתי הדין הרבניים דנו בשאלת יישומו של כלל זה במציאות של מדינת ישראל. וכך אנו מוצאים שבתי הדין, בשנותיה הראשונות של המדינה, לא נמנעו מליישם את הכלל 'דינא דמלכותא דינא' לגבי חוקי מדינת ישראל - בתחומים מסויימים שנתפסו כתקון העולם.<sup>61</sup> ועם זאת, לא נמנעו מלסייג את יישומו של כלל 'דינא דמלכותא דינא' לאור שיקולי המדיניות הנ"ל.<sup>62</sup>

אולם לאמיתו של דבר מסתבר שאין אלה שני שיקולים נפרדים - הכרה לחוד וביקורת שבמדיניות לחוד. מבחינה ערכית דינא דמלכותא מייצג את הצורך האנושי בסדר חברתי תקין - 'תקון עולם'. ההלכה מכירה במאמציו של השלטון במתן פתרון לצורך זה. אולם מנדט זה אינו כולל את החלפת בסיס ההתייחסות הנורמטיבי. בסיס זה הוא התורה - הנורמה הבסיסית. ההלכה מקפידה שתקונים מקומיים לא יהפכו עיקר. במובן רחב יותר, זוהי חזרה על אותו איזון בין מעשיו של האדם, ומעשי חקיקה בכלל אלה, לבין עקרונות הנתונים לו בעולמו של הבורא.

לעקרון זה גם משמעות מעשית, לענין התייחסות בין סמכויות השלטון לבין יציבותה של תורה. אנו מוצאים השוואה עקרונית בין סמכויות המלך לבין סמכויותיהם של

59. ש"ך חו"מ עג, לט (על פי מהדורת מורשה להנחיל, ירושלים, תשנ"ו); שוחטמן שם, 449-450. ובכל דיונו של הש"ך מדגיש את הבעייתיות של הפנמת נורמות 'חיצוניות' לתוך מערכת ההלכה: 'היאך נלמוד מדיני גוים לבטל דין תורה, ח"ו לא תהא כזאת בישראל...'; 'היאך נלמוד מדיני גוים להכחיש דיני ישראל חלילה', 'אם כן בכל דיניהם נימא שהוא לתקנת בני המדינה'.

60. רמ"א חו"מ שסט, יא; שוחטמן 450; וראה שם שימושו בכללי מדיניות: 'ואולם דומה שדעה כל כך קיצונית הבאה להכשיר את כל מעשה החקיקה של משטר דמוקרטי בתחום המשפט הפרטי, ולבטל כליל את תחולתו של חושן משפט בפסיקת ההלכה בעניינים אלה, היא יוצאת דופן מאוד ולא מקובלת'; והשווה דבריו שם 432 ובהערה 55 שם.

61. למשל, לעיל הערה 50 (לענין רישום בטאבו); פד"ר ה' 209, 264, 269 (לענין ערבות בנקאית); וראה בהרחבה הרב ד' כ"ץ, פסיקת בתי הדין הרבניים והחוקים, ירושלים תשל"ו, 15-34; שוחטמן, שם 351-454, ויש להוסיף אף פד"ר יז 289, 309 (לענין הצמדת תשלומי החזרת גזל), והשווה גם פד"ר יח, 37, 50, 53 (לענין הצמדת חוב).

62. לגבי המגבלות של כלל זה ראה גם פד"ר יז, 175, 268-270; השווה פד"ר ה' 258, 268: 'כאן שכולנו מצווים לשמור ולקיים את כל משפטי התורה, א"כ כל שטר שנעשה שלא כד"ת אין לו כל תוקף [=מצד דר"מ, מ"ב]'.  
 כל תוקף [=מצד דר"מ, מ"ב].

חז"ל להתקיין תקנות, וזאת משום הדמיון העקרוני בין שני תחומים אלה. כך בדבריו של ראש ישיבת טלז, הכותב בליטא בין שתי מלחמות העולם -

והנכון בזה, דדינא דמלכותא הוא ממש כדין תקנת חכמים. דכמו שנתנה תורה כח בידי חכמים בדיני ממונות להפקיר ממונו של זה ולתתו לאחרים מדין הפקר ב"ד הפקר, הכי נמי יש כח ביד המלכות של אומות העולם לתקן במדינתם תקנות וגזרות שמוצאים לנחוץ לתקנת המלכות או לתקנת בני המדינה. ובכל זה הפקדם הפקר ומתנתם מתנה. אבל היינו דוקא במקום שבעיקר הדין אינם קובעים חוקים בנגוד לדיני התורה, הינו שהם בעצמם מכירים כי בעיקר הדין הוא ממונו של זה ששייך לו מדין תורה, אלא שמשום תקנה או גזרה תקנו תקנה לשנות מעיקר הדין; אבל היכא דהמלכות אינה מכירה בדין בעלות זו מעיקר הדין וקובעת חוקים שהם בנגוד לדין תורה, בזה מי מצינו הפקר ב"ד הפקר, דמעולם לא נתן כח ביד חכמים לחלוק ח"ו על דיני התורה, וכמו כן אין כח ביד המלכות לשנות מדין תורה.<sup>63</sup>

השוואה זו בין חז"ל לבין מלך מאומות העולם היא מאלפת, ואף חדשנית. לגבי שני גופים מחוקקים אלה קיימת משמעות תודעתית למעשה החקיקה, לא בבחינת 'כוונת המחוקק' אלא בבחינת תודעתו העצמית בשעת החקיקה. בנוסף, שיקולי המדיניות שבשאלת תקיפותם של חוקים מוצגים כפן אחר של שאלת היקף סמכותו של המחוקק. זאת ועוד, המיון זה מחדד את האוניברסליות של שאלת התייחסות בין מעשי החקיקה של האדם מול מרכזיותה וקביעותה של החקיקה שבתורה. הרב ישראלי אכן מעלה את ההבחנה המעשית לרמה עקרונית -

על כן נראה, שעיקר ההבדל הוא **במהות** המשפטים והחוקים. ישנם דברים ובעיות משפטיות שעיקרם בהכרעת השכל, ומטרת החוק בזה הוא למצות את מדת האמת והצדק, ולקבוע כן את החוק. עניינים אלה אין לפעול בהם בדרך של הוצאת פקודות, אלא בדרך הכרעה שכלית, ע"כ עניינים אלה מסורים להכרעת חכמי המשפט הבקיאיים בדבר, ועל פיהם יקום החוק. וישנם חוקים שכל עיקרם אינם אלא תקנות קבועות, שלא שייך בהם הכרעה שכלית, אלא קביעת נוהג וחוק בהתאם ליסודות הכליים של הצדק....

והבחנה זו בין דברים שעיקרם בהכרעה שכלית לבין דברים שעיקרם בחינת התיקון שיש מזה לעולם, היא הקובעת את ההבדל בין דין ערכאות לבין דין המלכות. כל מה שתלוי בהכרעה שכלית כלול במשפט ערכאות, שהם הם חכמי המשפט של אוה"ע, ובזה אין ד"ד כלל, כי במה שנוגע להכרעת השכל

63. רבי יוסף יהודה ליב בלאך, תשובה בעניין דינא דמלכותא דינא "שיעורי הלכה" (מהדורה שניה, בני ברק, תשנ"ה) עמ' נז.

יש לנו חכמת התורה והכרעתה והכרע חז"ל, ומהם לא נזוו. אולם בדברים שעיקרם מיסוד תקנתי לתיקון העולם זה שייך מטבעו למלכות, שעליה לשקוד לתיקון אזרחיה, ובזה דינא דמלכותא דינא.<sup>64</sup>

שיקולי מדיניות אלה, והשאלות העקרוניות שהן מייצגות אינם בתחומי הבלעדי של השלטון אלא עולים גם בהקשרים חברתיים - בין אם בלבוש של חקיקה פורמלית ובין בתהליכים נורמטיביים של הפועלים בחברה בצורה לא פורמלית, כפי שנראה להלן.

## ג. מודלים שלטוניים-חברתיים

### תקנות קהל

שלטון ונהול ענייני הכלל אינם באחריותו הבלעדית של המלך. לקהילות ולתתיי-קבוצות בתוך הקהילות היהודיות סמכות להתקין תקנות ואף לענוש על פי תקנות אלה. יש שראו במודל זה מקור לסמכות חקיקה 'אזרחית' במדינת ישראל, גם בהעדר מלכות פורמלית.<sup>65</sup>

תנו רבנן... ורשאים בני העיר להתנות על המידות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קיצתן [רש"י: "לקנוס את העובר על קיצת דבריהם ולהסיעם מדת דין תורה"].<sup>66</sup>

64. לעיל הערה 15, סימן ח, עמ' עד (ההדגשות במקור, מ"ב). אם כוונתו של הרב היא להבחין בין עקרונות משפטיים לבין צרכי השעה, הרי שיש להכשיר חוקים אשר מטרתם 'תיקון העולם' לעומת עקרונות משפטיים כלליים אשר נקלטו ממקורות זרים. לדוגמא: חוק החוזים האחידים, התשמ"ג - 1982 לעומת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, וחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970. אולם קשה מבחינה מעשית ועיונית גם יחד להפריד בין מכלול חוקים אלה שהרי הם שלובים זה בזה. ראה פסקי דינים של הגר"א שרמן והגר"ש דייכובסקי, **תחומין** 148-166; ופסק דינים של הגר"י אליעזרוב, הגר"מ אלחדד, והגר"ש דייכובסקי, **תחומין** ד 361-381. ומה לגבי חוקים כמו התיישנות המורכבים מיסודות שונים? ראה הגר"ב צ"מ"ח עזיאל זצ"ל, **משפטי עזיאל** ג, ירושלים ת"ש (מהד' מחודשת ירושלים, תש"ס) קלא, קלז: 'בכל זאת אי אפשר לקבל חק זה כהלכה פסוקה ומוסכמת, לפי שדין ישראל מחייב את הדין דון דין אמת לאמתו ... שתורת ישראל מחייבת את כל אדם להיות רודף צדקה ושמפט כדכתיב צדק צדק תרדוף למען תחיה וירשת את הארץ'; השווה ב"ב נה, א ורשב"ם שם ד"ה דאריסא דפרסאי, וקצוה"ח חו"מ קמ, ס"ק ב.

65. מ' אלון, **המשפט העברי המשפט העברי, תולדותיו מקורותיו עקרונותיו** (ירושלים, תשנ"ח), כרך א, עמ' 564 (להלן: **המשפט העברי**); **שוחטמן** לעיל הערה 1, 460-495 דן בהרחבה במודל זה ועל הקשיים ההלכתיים ביישומו במציאות של מדינת ישראל כיום.

66. **בבא בתרא** ח, ב.

אולם אף כאן קיימת מגבלה מרכזית, המצביעה על שיקולי מדיניות כפי שראינו עד כה:

הנהו טבחי דעבדי עניינא בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוה למשכיה. אזל חד מינייהו עבד ביומא דחבריה. קרעו למשכיה. אתו לקמיה דרבא, חייבינהו רבא לשלומי. איתיביה רב יימר בר שלמיא לרבא: 'ולהסיע על קיצתן!' לא אהדר ליה רבא. אמר רב פפא: שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי - הני מילי היכא דליכא אדם חשוב, אבל היכא דאיכא אדם חשוב לאו כל כמינייהו דמתנו.<sup>67</sup>

הגבלה זו מצטרפת לקודמותיה לפי אותו עקרון שבמדיניות. הדרישה להסכמת 'אדם חשוב' אינה פורמלית. היא מייצגת את עובדת כפיפותן של אמנות חברתיות בפני עקרונות שאינם צומחים מהחברה אלא מאמיתה של תורה. לחברה סמכות בפני עצמה רק למלאות ואקום, ולא ליצור מערכת נורמטיבית מתחרה. הגבלות אחרות, כגון זהותם של מקבלי ההחלטות וכדומה נגזרות אף הן משיקולים דומים.

#### מערכות שיפוט ('ערכאות שבסוריא')

אף כאן מצוי מנגנון מעין-שלטוני הבא לענות על חסר במיומנות מוסדות קיימים. הגמרא מבארת מצב (לשיטת רבנן) לפיו הדיוטות - הפסולים לדון משום שאינם יודעים דין תורה - משמשים בפועל כדיינים, ואין אפשרות לאחד הצדדים להתנגד. זאת, חרף האיסור למנות 'דיין שאינו הגון'.

אמר רבי יוחנן: בערכאות שבסוריא...<sup>68</sup>

מודל זה מיושם על ידי הפוסקים למקומות הרחוקים ממרכזי תורה. כך אנו מוצאים בדברי הרשב"א, המדגיש גם את הבעייתיות של מנוי דיינים שלא כהלכה -

שאלת הודיעני מה שאמרו 'כל המעמיד דיין שאינו הגון כאלו נוטע אשרה',<sup>69</sup> כיצד נעשה בעיירות שאין שם מי שיודע אפילו אות אחת ואנו צריכין לדון ולפשר על כרחן של [בעלי] דבר ואם לא נעמיד נמצאו הולכין לערכאות של נכרים ורבו האנסין...

שורת הדין אי אפשר להעמיד דיינין שאינן מומחין של מדעת בעלי הדין, אלא שהמומחין לבית דין שבעיר יכולין לכופף בעל הדין לדון לפנייהם כל (שכן)

67. שם ט, א; רמב"ם מכירה יד, יא: 'במה דברים אמורים במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה, אבל אם יש בה חכם חשוב אין תנאי שלהן מועיל כלום, ואינן יכולין לענוש ולהפסיד על מי שלא קיבל מן התנאי אלא אם כן התנה עמהם ועשו מדעת החכם'.

68. סנהדרין כג, א.

69. שם ז, ב.

[שאינן] גדולים מהם בחכמה בעיר, והוא שבקיאין בדינין, על כן צריכים אתם למנותם לדעת אנשי העיר, אף על פי שאינן בקיאין **שהכל לפי השעה וכל מעשיך יהיו לשם שמים**. ואם קבלום עליהם אנשי העיר מותר ואין אחד מהם יכול לפסלן דהיינו ערכאות שבסוריא.<sup>70</sup>

ובעקבותיו ברמ"א -

עירות שאין בהם חכמים הראויים להיות דיינים או שכולם עמי הארץ וצריכים להם דיינים שלא ילכו בפני ערכאות של גויים ממנים הטובים והחכמים שבהם אע"פ שאינם ראויים לדיינים.<sup>71</sup>

הרשב"א הדגיש שני מרכיבים המבארים את סמכותו ותפקידו של בית דין זה של 'ערכאות שבסוריא'. האחד הוא קבלת הצדדים, וכמוה ככל קבלת דיינים פסולים בדיני ממונות. כאן קבלת הקהילה מחייבת את כל אזרחיה, והיא מהווה תחליף לקבלה פורמלית של הצדדים עצמם, 'ואין אחד מהם יכול לפסלן'. המרכיב האחר מובלע בדברי השואל, ומוצא בטוי מפורש בפסקו של הרמ"א, והוא מייצג את שקולי המדיניות של הצורך במניעת התבוללות משפטית 'שלא ילכו בפני ערכאות של גוים'. משום כך מיזג הרשב"א בדבריו את צרכי השעה עם מרכיב הכוונה: 'שהכל לפי השעה וכל מעשיך יהיו לשם שמים'. אולם שאלות שבמדיניות חורגות גם מעבר למרכיבים אלה ותוחמות גם את אופן פעולתם של ערכאות שבסוריא, לפי דעות מסוימות. בשאלת הנורמות המופעלות על ידי ערכאות אלה אנו מוצאים בדברי המאירי הרחבת היריעה -

בערכאות שבסוריא - שלא היו בקיאין בדין תורה, אלא שדנין לאומד הדעת ובחוקים ונימוסים.<sup>72</sup>

בצינו 'נימוסים', קרי נומוס - מערכת נורמטיבית קיימת (חוק) - לכאורה מצביע המאירי על אמוץ הסדרים הקיימים אצל האומות כאשר יש בכחם של הסדרים אלה לקיים את הקהילה היהודית באשר היא גם כשאין היא מכירה דין תורה.<sup>73</sup> אולם

70. **שו"ת הרשב"א**, ב, רצ; ראה גם **שם** א, תשכט: 'שהציבור יכולין למנות עליהם ב"ד אף על פי שאינן ראוי מדין תורה כערכאות בסוריא', ע"ע **שם** ג, תשכט. ראה גם חידושים המיוחסים לר"ן סנהדרין כג, א: 'מ ערכאות שבסוריא הם הדיינים שאין יודעין דין תורה אלא שהם ממונים באותן המקומות שאינן בני תורה כפי אומד דעתם ... ולי נראה לקיים זה הפירוש ... משום דכיון דמייירי במקומות שאינן בני תורה כל בני העיר קבלו על עצמן כל אותן שנתמנו להיות ערכיים [=לשמש כערכאות שיפוט, מ"ב] שלא יוכלו לפסלן, ומשום הכי קאמרי רבנן לא כל הימנו לפסול דין שהמחזהו רבים עליהם ואף על גב דלא גמירי דינא דאורייתא ...'.

71. **רמ"א** חו"מ ח, א; כב, א.

72. מאירי, **בית הבחירה**, סנהדרין כג, א.

73. כך הביין מ' אלון, **המשפט העברי**, שם, עמ' 22-23, ובהערה 80, שם.

ידועים דברי החזון אי"ש היוצא נגד גישה כזו, ובייחוד בהשלכות המעשיות שלה במדינת ישראל -

ואע"ג דליכא ביניהם דיין שידין ע"פ משפטי התורה ומוכרחים להימנות בעל שכל מוסרי האדם, אינם רשאים לקבל עליהם חוקי העמים או לחוקק חוקים, שהשופט כל דין שלפניו לפי הנראה אליו זהו בכלל פשרה ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים, אבל אם יסכימו על חוקים הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר 'אשר תשים לפניהם' - ולא לפני הדיוטות ... ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים, ובין ישראל ששופט ע"פ חוקים בדויים, ועוד הדבר יותר מגונה שהמירו את משפטי התורה על משפטי ההבל, ואם יסכימו בני העיר על זה אין בהסכמתם ממש ואם יכופו על זה משפטם גזלנותא ומרימים יד בתורת משה.<sup>74</sup>

אף כאן אין שיקולי המדיניות 'חיצוניים' לשיקול המשפטי הפורמלי. מעבר לשיקולי סדר חברתי, תפקידם של 'ערכאות שבסורא' הוא בראש ובראשונה תקפיד תרבותי-רוחני. על מנת למנוע 'התבוללות משפטית' על ידי הליכה לערכאות של נכרים, הסמיכו חז"ל את הקהילות לייסד בתי דין אשר ישמרו את ההתדיינות בפני יהודית ובפני התרבות היהודית, אף אם יטעו לפי הדין ההלכתי. אמוץ מערכת נורמטיבית זרה חוטאת למטרה זו, ולכן אינה כלולה בהסמכתם של חז"ל. אף כאן ניתן לראות את שיקולי המדיניות האלה כחורגים מהתחום המשפטי, וכמייצגים את המורכבות הדתית הקיימת במעשיו של האדם - המוסמך לפעול גם כשאינו יודע דין תורה, אך חייב לשמר את נאמנותו לאותה מערכת שאינו יודע אותה. הוא חייב להכיר בה גם אם אינו מכיר אותה.

#### ד. מודלים חברתיים: מנהג, הסכמה והתנאה

השאלה התרבותית-תורנית שעלתה עד כה עולה שוב בהקשרים שאינם נתפסים כ'דתיים' מובהקים, ואדרבה, ניתן בהם חופש פעולה רחב לחברה לייצר נורמות חדשות. תחום זה מבטא יותר מכל את האפשרות היצירתית של האדם בתחום המשפט. כל שני בני אדם הופכים להיות, במידה רבה, 'מחוקקים' בכך שהם מעצבים את הנורמות הספציפיות החלות עליהם. הכלל הבסיסי בדיני ממונות הוא כי כל 'דבר שבממון תנאו קיים'.<sup>75</sup> דהיינו, הם מעצבים את מערכת החיובים והקניינים שהם מבקשים שתחולנה עליהם. בדומה לכך 'המנהג מבטל את ההלכה'.<sup>76</sup> דוגמה

74. חזון איש, סנהדרין טו, ד.

75. כתובות נו, א.

76. ירושלמי בבא מציעא ז, א, בשם רב השעיא, ושם: 'א"ר אימי כל המוציא מחבירו עליו האיה

מובהקת למנהג היוצר צורת קניין שאין מקורה במקראות או בתקנות חז"ל היא הסיטומתא -

אמר רב פפי משמיה דרבא: האי סיטומתא קניא. למאי הילכתא? ... והלכתא לקבולי עליה במי שפרע, ובאתרא דנהיגו למקני ממש קנו.<sup>77</sup>

תחום אחר בו ציינו חז"ל במפורש את תקפה של המנהג הוא תחום דיני העבודה - השוכר את הפועלים ואמר להם להשכים ולהעריב - מקום שנהגו שלא להשכים ושלא להעריב אינו רשאי לכופן. מקום שנהגו לזון יזון לפק במתיקה יספק במתיקה - הכל כמנהג המדינה.<sup>78</sup>

ואף על פי כן קיימת דעה המגבילה של מנהגים - אף בענייני ממונות, כאשר אין מקורות של המנהג בחכמי ההלכה, או על כל פנים במעין חקיקה קהילתית.<sup>79</sup> וכדברי אור זרוע -

והילכך איתבריר לן דהולכין אחר המנהג לענין דיני ממונות והבא לשנות המנהג וטוען שהתנה בענין אחר ולא כמו שהמנהג נוהג עליו להביא ראיה. מיהו נראה בעיני וכגון שהוא מנהג קבוע על פי חכמי המקום כדאמר' במסכת סופרים בפ' מפסיקין בברכות שאין הלכה נקבעת אלא עד שיהא מנהג. וזהו שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג וותיקין. אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה בשיקול הדעת. הא למדת שאין מנהג חשוב אלא א"כ הנהיגוהו וותקים וחכמי הדור.<sup>80</sup>

אולם הדגשת גבולותיהם של ההתנאה, ההסכמה והמנהג, נמצא, בהקשר של אמוץ מערכות נורמטיביות זרות. בתשובה מפורסמת קובע הרשב"א שאף כאשר אין פגם פורמלי כלשהו מכח גורמים אלו - ואף מכח דינא דמלכותא - עדין מנועים הצדדים מלהתנות, בפירוש או מכללא, לאמץ מערכת דנים זרה, אף אם המנהג הוא כמו אותה מערכת דינים.

עליו להביא ראייה חוץ מזו; השווה סופרים יד, יח: 'ונהגו העם כך שאין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג וזה שאמרו מנהג מבטל הלכה מנהג ותיקין אבל מנהג שאין לו ראייה מן התורה אינו אלא כטועה'.

77. **בבא מציעא** עד, א.

78. שם פג, א.

79. **רשב"א** בבא בתרא קמ"ב, ד"ה הא דאמרינן; **שו"ת הרי"ף** יג: 'עיקר המנהג שעושים על פיו והוא שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל ויתקנו תקנה כמה שיתקנו ויקיימו אותה זהו המנהג'.

80. **פסקי בבא מציעא** רפ; השווה **הגהות אשר"י** לרא"ש בבא מציעא ז, א; דברי ר"ת **בתוספות**, בבא בתרא ב, ד"ה בגויל.

מעשה היה בפירפנייאן בראובן שהשיא את בתו לאה לשמעון והכניס לו עמה סך ממון בנדוניא וילדה לו בת ואח"כ מתה לאה ואחר זמן מתה ג"כ הבת שילדה לו ועכשיו עמד ראובן ותבע בדיני הגויים שיחזיר לו אותו ממון הנדוניא שהכניס לו עם לאה בתו. ואעפ"י שהבעל יורש את אשתו והאב את בתו בדיני ישראל טוען ואומר שאין לחוש לירושת הבעל כיון שהכל יודעי שהם הולכים בדיני הגויים והרי כל הנושא אשה שם כאילו התנה כן. וכמ"ש 'גמלי דערביא אשה גובה פורנא מהם'<sup>81</sup> לפי שאסמכתין עליהם ואע"פ שאין כתובה נגבית מן המטלטלין. ועוד סמכו הגאונים ז"ל ותקנו שיהא כל בע"ח גובה מטלטלין דיתמי. ועל ירושת האב בנכסי הבת טוען שהמלך חקק בנימוסיו שכל שימות הולד תוך זמן ידוע שיהא מה שיש לו מצד האם ליורשי האם ודינא דמלכותא דינא.<sup>82</sup>

ראוי לשים לב לטענות התובע, מכיון שקיים בדבריו שילוב של גורמים 'חזן הלכתיים' כביכול, אשר הזכרנו עד כה: ראשית, מכיון ש'הכל יודעים שהם הולכים בדיני ממונות' יש כאן תנאי מכללא - 'כאילו התנה כן', ואף שאין השואל מזכיר את ענין המנהג, הרשב"א יציין זאת בתשובתו. הסתמכות כזו משפיעה גם ללא התנאה מפורשת, כשם שנשתנו סדרי גביית חובות משום הציפיות הסבירות של הנושים ביחס 'לגמלא דערביא'. אף דינא דמלכותא הוזכר כבסיס לתביעה. יש לציין שתוכנה של תביעה זו - שאבי הכלה מבקש את החזר הנדוניא מאחר ובתו מתה, הוא נשוא של תקנה של רבינו תם, אם האשה מתה תוך שנה מהנישואין, ואף ביקש רבינו תם לפרש כך את סוגיית התלמוד.<sup>83</sup> הרשב"א עצמו מצדד באפשרות התנאה ואף מוסיף את האפשרות שתנאי זה יוסק על דרך הפרשנות לפי אומד דעתם הסביר של הצדדים: 'דרישת [לשון] הדיוט'.

תשובה כל דבר שבממון תנאו קיים ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה וכד<sup>84</sup> אמרי' בירושלמי הני דכתבין אין מיתת בלא בנין תהדיר מוהרא לבי נשא תנאי ממון וקיים. ומוסיף אני על זה שבכ"מ שנהגו להתנות ולעשות כזה תנאי אפי' הנושאים שם סתם גובין מהם אם מתה בלא בנין שכל הנושא סתם ע"ד הנהגה שם בישראל נושא וזהו שקראוהו בפ' המקבל דרישת הדיוט.<sup>85</sup>

ושנויים בגביית כתובה לעתים מוצדקים בתור תקנה -

81. כתובות סז, א.

82. שו"ת הרשב"א ו, רנד.

83. תוספות כתובות מז, ב ד"ה כתב לה; מרדכי, כתובות קנה.

84. כתבות ט, א.

85. על פי בבא מציעא קד, א.

וגדולה מזו אמרו שב"ד מתני' לעקור ד"ת וסמכו על מה שאמרה תורה אשר ירוך וכ"ש למגדר מילתא.

אולם התנגדותו החריפה של הרשב"א כאן נובעת משיקולי מדיניות.

ומ"מ לנהוג כן מפני שהוא משפט גויים באמת נ"ל שאסור לפי שהוא מחקה את הגויים וזהו שהזהירה תורה לפנייהם ולא לפני גויים ואע"פ ששניהם רוצים בכך והוא דבר שבממון. שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם שייקרו את חקות הגויים ודיניהם ולא עוד אלא אפי' לעמוד לפנייהם לדין אפי' בדבר שדיניהם כדין ישראל. ע"כ אנו פה תמהים מקום המשפט בעירכם מקום תורה ויתרון דעת איך נתנו יד לכלל דברים אלו שאסרתן תורה שלמה שלנו. ומה ממון יתהנה לירש שלא כתורתנו?...

אבל ללמוד מזה לילך בדרכי הגויים ומשפטיהם ח"ו לעם קדוש לנהוג ככה. וכ"ש אם עתה יוסיפו לחטא לעקור נחלת האב על הבנים וסומך על משענת קנה הרצוץ הזה ועושה אלה מפיל חומות התורה ועוקר שרש וענף והתורה מידו תבקש ומרבה הונו בזה בפועל כפיו נוקש ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום דינא דמלכותא טועה וגזולין הוא וגזלה ישיב. וחס ליה דאפי' גזלה ישיב רשע מיקרי כדאיתא בפ' הכונס<sup>86</sup> (דף ס' ע"ב). ואם נאמר כן בטלה ירושת בנו הבכור דכל הנחלות ותירש הבת עם הבנים. ובכלל עוקר כל דיני התורה השלמה ומה לנו לספרי הקודש המקודשים שחברו לנו רבי ואחריו רבינא ורב אשי ילמדו את בניהם דיני הגויים ויבנו להם במות טלוואת בבית מדרסי הגויים חלילה לא תהיה כזאת בישראל ח"ו שמא תחגור התורה עליה שק.<sup>87</sup>

דומה שאין שיקולי מדיניות אלה של הרשב"א 'חיצוניים' לעקרונות ההלכתיים אותם מביא. אדרבה, הרשב"א משרטט כאן את התיחום שבין הסמכות האנושית ליצור נורמות חדשות, בין בצורה שלטונית (דינא דמלכותא בין בצורה חברתית (מנהג המקום ובין בצורה פרטית (מתנה על דבר שבממון). אין בכל אלה כדי להכשיר יצירת תחליף לנורמה הבסיסית, והיא הציות לתורה. רק נאמנות ומחוייבות לתורה

86. בבא קמא ס, ב.

87. כנגד שיקולי 'דינא דמלכותא דינא' מצדד הרשב"א כאן בעקרון המגביל את תכנו של כלל זה: 'וכך ראיתי שאין הדברים אמורים אלא במה שהוא נעשה בדיני המלכות שכל עם ועם יש לו חקים ידועים בדיני המלכות ודינא דמלכותא אמרו דינא דמלכא לא אמרו וכל מה שאינו מחקי המלוכה אעפ"י שיאמר עכשיו המלך כן אינו דין וכן הסכימו הראשונים ז"ל. וכן אינו דין אלא במה שיש לו למלך תועלת'. והשוה דבריו שהובאו לעיל הערה 58; שמא כאן צידד בשיטה זו משום אותם שיקולי מדיניות לפיהם דחה את ההתנאה בדבר שבממון.

מאפשרות את החריגה מהוראותיה הספציפיות בהקשרים שונים, דוגמת דיני ממונות. יש גם מי שהדגיש בדברי הרשב"א בעיקר את ההיבט הלאומי.<sup>88</sup> אולם לדברינו שש כאן ראייה כוללת יותר - הדנה במקומו של האדם בעולמו הנורמטיבי של הבורא. אין כאן 'חריגים' לכללים טכניים משום שיקולי מדיניות, אלא שרטוט התוואי של סמכויותיו של האדם.<sup>89</sup>

## ה. מסקנות

ראינו את מערך הכלים שההלכה הפקידה בידי החברה והפרט במטרה לנהל את אורחות החיים בישראל. הן המלך והן הקהילה רשאים לסטות מגדרה של ההלכה על מנת לענות לצרכים חברתיים - לשם 'תיקון עולם', לשם ניהול המדינה ועוד. מקורות הסמכות של אלה עשויים לבוא ממקורות שונים - אף שקיימת גישה הרואה את מקור הסמכות של מלך בקבלת העם. כמו כן ניתנו סמכויות לערכאות שיפוטיות לדון גם שלא לפי ההלכה ואף בחוסר ידיעתה, בתנאים חברתיים מסוימים. אולי בנין אב לכולם הוא המנהג, אשר בכוחו לסטות מהדין בנסיבות מסוימות, וליצור מערכת נורמות שאין מקורה הלכתי אלא חברתי בגושפנקא הלכתית. עם זאת, מצאנו סייגי תחולה לכל אלה. קיימת מחלוקת אם הכלל 'דינא דמלכותא דינא' חל במלך ישראל או בארץ ישראל וכוחו עשוי להיות מגובל גם מבחינת התוכן לעניינים שבמשפט הציבורי או על כל פנים לתקנות חברתיות במשפט הפרטי; כוחו של מלך ישראל מוגבל כפי שעולה מדברי התורה והנביאים כמו החוב לכתוב ספר תורה שילווח את כל מעשיו וכן מפרשת אחאב וממקורות נוספים, תוקפן של תקנות הקהילות מותנית בהתייעצות עם 'אדם חשוב'; ערכאות שבסוריא אינם רשאים לאמץ 'נומוס' זר, ואף אין בכוחו של המנהג או התנאת הצדדים לאמץ מערכת זרה שכזו. אולם שתי המערכות - של כללי הסטייה ושל החריגים לה - עניין אחד להם. סטייה מהדין

88. בלידשטיין, לעיל הערה 1, מא-מב: "הרשב"א הוסיף אפוא מימד חדש ודין לדיון. לא התוכן קובע, לדעתו, אלא הכוונה. וההשלכה: חברה יהודית רשית לאמץ, בענייני ממון, נורמות הידועות לה מהעולם הסובב, אך אין היא רשאית לאמץ נורמות אלה מתוך מגמה עקרונית להתכחש לדין התורני. רשב"א אכן קובע ש'לפניהם ולא לפני נוכרים' חל לא על הפנייה לערכאות של גויים בלבד, אלא אף על אימוץ הדין הנוכרי. ברם הוא נשאר נאמן למשמעות המקורית של האיסור, שבא למנוע זיקת היהודי למערכת הנוכרית, כיון שהוא פוסל קליטת הדין הנוכרי מתוך נהירה אחרי מוצאו אך לא מתוך סגולותיו הענייניות". לדברינו, ובייחוד אם נראה את דברי החזון איש לעיל, הערה 74 כהמשך 'טבעי' לתושבה זו, הרי שלא חשש הנהירה בלבד עומד לעיני הרשב"א אלא אף החשש מיוהרתו של האדם - אשר אינו רשאי לנטוש את התורה לייצר לעצמו חלופות נורמטיביות.

89. השווה **באור הגר"א** חו"מ כו, א (על פי תנחומא תחילת פרשת משפטים): 'שכל מי שמניח דיניי ישראל והולך לפני עכו"ם כפר תחילה בהקב"ה ואח"כ כפר בתורה'.

ה'רגיל' מייצגת את הכרת התורה בסמכותם של בני אדם להתוות את דרך חייהם, ובצורך שלהם להתמודד עם צרכי השעה 'ותקנת העולם'. זהו מהלך 'מלמטה למעלה'. אולם המשותף לכל החריגים הוא התייחסותם של סמכות זו בכך שאין האדם 'חפשי' מעולה של תורה. סמכותו נובעת מהתורה עצמה ולכן תנאי לסטייה היא הכרה בסמכות העל של ההלכה עצמה. מבחינה מעשית נראה שיש כאן מעין פרדוקס: ככל שהאדם מבקש לעצמו חופש פעולה כערך בפני עצמו, כך הוא מתרחק מחרות זו מבחינת הלגיטימיות ההלכתית. ככל שהוא מקבל על עצמו את עולה של תורה, כך סמכותו לסטות מהדין הקבוע בדני ממונות ובמשפט הציבורי גדלה.

התורה אינה רואה 'מאבק' בין כח היצירה של האדם לבין בוראו. אדרבה, כנגד ההנחה הפרומתיאנית הזו, אשר הנחתה את תרבות המערב למרוד בא-להות ככל שגדל כוחה, כשם שמרדו בוני מגדל בבל אשר בקשו קצוץ בנטיעות, מלמדים אותנו חז"ל שמקור כוחו של האדם הוא ברצון הא-להי עצמו.

ואור דידן, במחשבה עלה ליבראות בערב שבת, ולא נברא עד מוצאי שבת. דתניא, רבי יוסי אומר: שני דברים עלו במחשבה ליבראות בערב שבת ולא נבראו עד מוצאי שבת, ובמוצאי שבת נתן הקדוש ברוך הוא דיעה באדם הראשון מעין דוגמא של מעלה, והביא שני אבנים וטחנן זו בזו ויצא מהן אור.<sup>90</sup>

האור לא נגנב מאחר. הוא לא נוצר במעשה של מרד. הא אכן מייצג את התרבות ואת הטכנולוגיה האנושית, ולא בכדי צוותה תורה 'לא תבערו אש בכל מושבותיכם', ובחרה במלאכה זו כמייצגת את שביתת האדם ממלאכתו בשבת. ברם, יצירת האש נעשתה כחלק מהתכנית הא-לוהית, 'במחשבה עלתה להבראות בערב שבת', כמו 'צבת בצבת עשויה'.<sup>91</sup> הקב"ה עצמו נתן באדם דעה מעין דוגמא של מעלה. הוא המסמך את האדם לפעול בעולמו של הבורא 'אשר ברא ... לעשות'. אך האדם אינו מוסמך - ערכית אם לא פורמלית - לפעול נגד רצונו של הבורא, או אף בהתעלמות ממנו, חלילה. עקרון זה מבואר יפה בדבריו של רבי צדוק הכהן מלובלין בפרשנות מושג 'הברכה'. הגמרא פתרה מקראות בענייני יחסו של האדם לעולמו של הבורא כך -

תנו רבנן: אסור לו לאדם שיהנה מן העולם הזה בלא ברכה, וכל הנהנה מן העולם הזה בלא ברכה - מעל... אמר רב יהודה אמר שמואל: כל הנהנה מן העולם הזה בלא ברכה - כאילו נהנה מקדשי שמים, וכתוב: לה' הארץ ומלואה (תהלים כד, ב). רבי לוי רמי: כתיב לה' הארץ ומלואה, וכתוב:

90. פסחים נד, א.

91. אבות ה, ו.

השמים שמים לה' והארץ נתן לבני אדם (שם קטו, טז)! לא קשיא, כאן - קודם ברכה, כאן - לאחר ברכה.<sup>92</sup>

רבי צדוק מדגיש את התפקיד ההכרתי של הברכה בהתירה את ההנאה מהעולם הזה -

וכך המשפט: מי שתולה בזכות עצמו תולין לו בזכות אחרים כמ"ש [=כמו שאמרנו],<sup>93</sup> והיינו דאם הוא מחשיב השתדלותו לכלום א"כ הוא נפרד עדיין מהש"י וכל זמן שלא הגיע לדביקות הגמור אין השתדלותו כלום עדין על האמת. והש"י מראה לו דהכל ממנו, וע"ד [=ועל דרך] ששמעת<sup>94</sup> עמ"ש בר"פ [=על מה שנאמר בריש פרק] כיצד מברכין כתיב לה' הארץ ומלואה כו' כאן קודם ברכה כו' - דהברכה הוא הכרת האדם שהכל מהש"י וקודם שיכיר זה וסבור שהוא שלו אז הש"י אומר הכל שלי. אבל משמכיר ומוסר הכל לו - 'והארץ נתן לבני אדם', ולכך כאשר הוא חושב שהוא חכמתו וגבורתו אין מקום להתהלל כלל דהש"י אומר דהכל ממנו, שהוא בראו כן חכם גבור ועשיר.<sup>95</sup>

המהפך הנדרש מהאדם הוא הכרתי-אפיסטמי. הברכה אינה 'התרת' הרצועה, אף איננה מעשה חיצוני הבא להתיר את איסור המעילה באופן זה או אחר. הברכה מבליטה את גבולות החרות האנושית - אשר חייב להכיר בכך שהעולם איננו שלו, בטרם ישלוט בו ויעשה בו כחפצו. העולם ניתן לאדם - להנאה או ליצירתיות - לפי מתווה זה. שכחת המקור האמיתי של הנאות וסמכויות גם יחד עלולה לשמט את הבסיס הערכי-רוחני ממעשיו של האדם, חלילה.

ההשלכות לתובנה זו הן חשובות. קיים צורך להסיט את הדיון משאלת ההכרה הפורמלית של ההלכה בחוקי מדינת ישראל ולהתמקד בשאלת הערכים של החברה הישראלית. לא השאלה הפורמלית עומדת לדיון כי אם שאלת המדיניות, ואף היא אינה עיקר אלא שאלת הערכים. יתכן ויש לראות את שאלת ההכרה ההלכתית בחוקי מדינת ישראל לא כשאלה שיש לה תשובה חד ערכית, אלא כתשובה על פני רצף. דהיינו, ככל שתגדל הנאמנות לערכיה של ההלכה כן תגדל הלגיטימיות של אותן הוראות חוק שאינן מופיעות בשולחן ערוך, אך הן נחוצות לסדרי חיים בחברה המודרנית. האתגר האמיתי הוא בעיקר חינוכי. חוקי המדינה אינם עומדים כשלעצמם אלא הם פועלים בתוך מערכת חברתית משתנה. העמקת התודעה הציבורית למשפט

92. ברכות לה, א.

93. ברכות י, ב.

94. השווה הרב מרדכי יוסף מאיזביצא, **מי השילוח**, בני ברק, תשנ"ה, ח"א, קנא; שם, רלו.

95. ר' צדוק הכהן מלובלין, **מחשבות חרוץ**, פיעטריקוב, תער"ב, 52.

ההלכתי ולערכיו היא תנאי הכרחי להמשך תפקודה הבריאה של מערכת החקיקה הממלכתית בעיניה של ההלכה עצמה. יתירה מזו, אם אכן יש מקום להכיר בתפקיד של הזהות הלאומית-היהודית כאחד משיקולי המדיניות או כאחד מערכי-העל של הנאמנות לנורמה הבסיסית,<sup>96</sup> הרי שניתן לגשר על פערים הקיימים כיום במדינת ישראל בעניין חשיבותו של המשפט ההלכתי אצל אלה הנאמנים למורשתם אך לכלל שמירת תורה ומצוות טרם הגיעו. זאת, על ידי קירובם לערכים הלאומיים שבשמירה על הזהות הלאומית-יהודית דרך המשפט ההלכתי. זוהי מטרה גדולה, אשר לצורך מימושה קיים צורך בהצמחת גדולי תורה, אשר מעבר לשליטתם במכמני המשפט ההלכתי יוכלו לגשר בין חלקים אלה של החברה הישראלית. ללא עיסוק בנקודות המגע בין עולמות המשפט וההלכה עלולים שניהם ללקות בחסר, חלילה. אם אכן קיימות הוראות אשר אף ההלכה מכירה בנחיצותן ובתוקפן לשם 'תיקון עולם', הרי שהתעלמות מהן במסגרת דין תורה עלולה להביא לפסק הלכה שאינו על פי דין 'אמת לאמתו'. המקום ללבן סוגיות אלה הוא דווקא בתוך בית המדרש פנימה, שהוא כור היצירה הקלאסי של העולם היהודי לדורותיו. זאת ועוד, רק על ידי הבנת עומקן של נקודות מפגש אלה, והעקרונות החבויים בהן ניתן יהיה להציג את ההלכה במלוא תפארתה לציבור הרחב - גם בנקודות אשר בהן ההלכה והחוק אינם עולים בקנה אחד. על ידי העיסוק במשפט ההלכתי כנכס לאומי, נוכל לקרב הן את הלבבות להכרה במשמעות של דבר ה' לחיי היום-יום, אך נוכל גם להמשיך ולשכלל את חיי החברה של העם היושב בציון.

חשיבותו של העיסוק דיני ממונות אינו רק לשם קירוב רחוקים. במידה רבה אנו עלולים להתרחקות מערכים של קדושה בכל הנוגע ליום יום - ואין כדוגמת התחום של דיני ממונות על מנת להמחיש זאת. דיני ממונות אכן באים לעצב את דמותו הרוחנית הכוללת של האדם. הקדושה מצויה בכל שדרות החיים - יש רק לרומם תחומים אלה, בהכרה ובמעשה, על ידי חיפוש הרצון הא-להי בהם ואודותם. זו כוונת הראי"ה קוק זצ"ל, בכותבו -

כל שאיפת החיים וכל חפץ החיים, הקנין ותשוקותיו, העושר והכבוד, הממשלה וההתרחבות בישראל ממקור הקדש הם נובעים. על כן המשפטים הם קדש קדשים בישראל.<sup>97</sup>

ומבחין הרב בדקות לשון פרשת מנוי השופטים הראשונה בישראל, המזהה חיפוש א-להות גם - ואולי בייחוד - בהתדיינות המשפטית.

96. לעיל הערה 88.

97. אורות כא.

ודרישת א-להים באה יחדו עם המשפט הישראלי. 'כי יבא אלי העם לדרוש אלהים, כי יהיה להם דבר בא אלי ושפטתי בין איש ובין רעהו. והודעתי להם את חקי הא-להים ואת תורותיו'.<sup>98</sup>

וכדברי בנו, מרן הגרצי"ה קוק זצ"ל, המדגיש את הצורך בהתגלות על מנת להעניק מעמד של קדושה לתחומים הנראים שייכים לחולין.

חשיבות מיוחדת יש להם לדיני ממונות, שבהם מסתמנת באמת ההתייחסות האמיתית של תורת ישראל, שהיא כוללת ומקיפה ומסדרת ומאריה ברום עזה וטהרה גם את כל פרטי החיים המעשיים, גם שבין אדם לחבירו, ומטביעה עליהם את חותמה המיוחד, שבאמת דוקא תורה מן השמים ראויה לזה.<sup>99</sup>

תפיסות אלה אך מדגישות כי עבודה רבה לפנינו ביצירת מהפכה תודעתית אודות תפקידו של המשפט ההלכתי באומה הישראלית, ולא נס לחו של צורך זה גם בדורות אלו. אולם בבסיס תודעה זו עומדת תובנה אודות מקומו ותפקידו של האדם בעולמו של הבורא. ענוה מחד ויצירתיות אדירה מאידך אינם סותרים זו את זה אלא חיוניים זו עבור זה.

\* \* \*

מכון משפטי ארץ מבקש להענות לאתגר זה - של ענוה ושל יצירה גם יחד. חברי המכון נרתמו לאתגר הגדול של התמודדות ערכית עם המשפט ההלכתי. הם מבקשים להצטיין בידיעת מקצוע זה של התורה, בבחינת ראשית חכמה קנה חכמה (משלי ד, ז). אך גם ראשית חכמה יראת השם (תהלים קיא, י), ועל כן הם מקדימים יראה ודרך ארץ ללימודיהם. בכך גם נענים לאתגר ההלכתי שבפרשת דיינים, התובעת מאיש המשפט ההלכתי - הדיין - מעלות אישיות יתירות. לימוד סוגיות חושן המשפט נעשה באופן מעמיק, שכן ללא צלילה במים העמוקים אי אפשרות להעלות מרגנויות טובות, וקיימת הקפדה יתירה על יושר הסברה ועומקה, על מנת לא להעלות חרס, חלילה. אולם ייחודה של תכנית הלימודים במכון הוא בהתמודדות עם אתגרי המשפט של שעה. נבחנים העקרונות ההלכתיים גם בכלים משפטיים, ואף תוך השוואה והנגדה כלפי מערכת המשפט האזרחית של מדינת ישראל כיום. מטרת השוואה ביקורתית זו היא רב-תכליתית - היא חשובה לשם התאמת השפה ההלכתית אל זו המשפטית בכדי לקיים דיון בעקרונות ההלכה גם מעבר לד' אמות של בית המדרש; השוואה ביקורתית זו חשובה גם לצרכים מעשיים, שכן קיימים חוקים אשר מהווים תקנת הציבור, חלקם חולשים על סמכותם של דיינים בין במערכת

98. שם, על פי שמות יח, טו-טז; השווה שמונה קבצים ו, רצ.

99. אור לנתיבותי (ירושלים, תשמ"ט), לד.

הממלכתית ובין כאשר אלה פועלים במסגרת חוק הבוררות; אולם קיימת משמעות גם לתורה עצמה. לעתים, תוך כדי ליבון סוגיא בכלים משפטיים ניתן לראות על המשמעות של מושג זה או אחר בהלכה בעיניים חדשות, ובכך להגדיל תורה ולהאדירה. קיימים עדיין מגזרים רבים בחברה הישראלית, גם הנאמנים לשמירת תורה ומצוות, אשר יתברכו מפועלם של חברי המכון - ובייחוד אם יצליח השם בידיהם, ויצאו ויקימו בתי דין לממונות, תוך הבנה עמוקה של המערכת החברתית והנורמטיבית הכוללת העומדת בפניהם. דיין אשר לא יהיה אמון על השפה המשפטית, לא יוכל לבדוק אם חלה הוראה אשר מחייבת אותו לפי דין תורה, וחלילה הדין עלול ללקות. אך לא די בכך. על הדיין בישראל גם להבין את הדינמיקה של התדיינות, ועל תוצאותיה הן כלפי בעלי הדין פנימה, והן על משפחותיהם ועל הקהילה בכלל. מדינת ישראל היא בין המדינות המובילות בעולם בהתדיינויות משפטיות. מיוחדת היא היהדות אשר מאז ומעולם ראתה את תפקידו של הדיין בראייה קהילתית כוללת, ולא רק כחכם המשפט. מכאן כמובן למעמדה של הפשרה בישראל, אשר אינה פעולה חשבונאית גרידא אלא חייבת להעמיק בסיבות הסכסוך עצמו.<sup>100</sup> תכניתו של מכון משפטי ארץ מתייחסת גם להיבט זה של תפקידו של הדיין, ומבקשת לפתח אצל הדיינים רגישות אנושית מיוחדת. התקווה היא שעל ידי פיתוח מערכת בתי דין לממונות גם במקומות אשר טרם קמו, ועל ידי התייחסות לציבורים רחבים אשר אינם אמונים עדיין על המשפט ההלכתי, בשפה המשפטית המוכרת להם - תחדורנה ערכיה של היהדות לכלל שדרות הצבור בכלל שדרות החיים.

חברי המכון גם קבלו על עצמם את עול הכתיבה - הן לצורך התפתחותם האישית, והן על מנת ללבן סוגיות משפטיות-הלכתיות ברשות הרבים. בהנחיית עבודות אלו, עמדו לרשותם של הכותבים חברי צוות המכון, הרב הלל גפן והרב חיים יואל בלוך שליט"א, ובייחוד הרב ירון אונגר שליט"א, אשר הדריך בכתיבה, ואף טרח וערך באופן מקצועי ותוך סבלנות רבה את הקובץ המונח בפניכם. אין ספק שמידת תורת ארץ ישראל תנהג בו ובהם, ותורתם תהיה מתברכת.<sup>101</sup> אין גם ספק שחברי המכון, אשר יגיעו בתורתם, גם מצאו כאן ברכה בקובץ איכותי זה המונח בפניכם. פילוס דרך של סגנון ובחינת דברים יש כאן, אך זו לשם המשך סלילתה של דרכה של תורה מני אז, בבחינת קנקן חדש אשר יין עתיק בתוכו.

חובה נעימה היא לנו להודות לכל אורחינו המכובדים בקובץ זה, גדולי תורה וחוקרי המשפט העברי, אשר זיכוננו להתבשם מחידושי תורתם ומחקרם, ולהפיץ

100. ראה הרב עזרא בצרי, **דיני ממונות** (מהדורה שניה, ירושלים, תש"ן), א, שלט.

101. **אורות התורה** יג, א, על פי **ירושלמי** ברכות ה, א: 'על ידי שהיו חסידים היתה ברכה ניתנת בתורתן וברכה ניתנת במלאכתן'; לעומת בבלי ברכות לב, ב.

ממעיינותיהם החוצה. בהם, הגאון, הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א, אשר שימש עד לאחרונה כדיין בבית הדין הרבני הגדול בירושלים, ואשר מפיו זוכים לומדי המכון לשמוע את דבר ה' – זו הלכה, בקביעות. אף הגאון, הרב אברהם שרמן שליט"א, המכהן כדיין בבית הדין הרבני הגדול, מזכנו מדי פעם בפעם בשיעורים מעמיקים, מפרות הדיונים הנערכים מפעם לפעם בבית הדין הרבני הגדול. שלושה מאלה, אף שולבו בקובץ זה. פרופ' חנינה בן מנחם ופרופ' ברכיהו ליפשיץ מן המכון לחקר המשפט העברי אשר באוניברסיטה העברית בירושלים ניאותו לפנות מזמנם היקר לשם כתיבת מאמרים הנוגעים לעניינו של קובץ זה. ד"ר מיכאל ויגודה, המנצח על מלאכת שילובו של המשפט העברי במשפט המדינה, במסגרת עבודתו כראש המחלקה למשפט עברי במשרד המשפטים, ניאות אף הוא לבקשתנו, להעלות על הכתב מהרצאותיו בעניין עשיית דין עצמית. בעצם הסכמתם של כל אלו להקדיש מזמנם ומרצם לטובתו של קובץ זה, רואים אנו הכרה בחשיבות קיומו של קובץ מעין זה. הרב חיים בלוך והרב הלל גפן, ר"מים במכון, שוקדים ועמלים עם האברכים באופן מעולה ביותר.

חובה עמוקה של הכרת הטוב קיימת לנו גם כלפי מועצת בנימין בכלל, כלפי היישוב עפרה אשר הוא אכסניא של תורה לחברי המכון ולתושביה אשר נרתמו למשימה גדולה זו. בפרט גם בימים אלה של בוקה ומבולקה, אנשי עופרה השכילו לראות את האתגרים שמעבר לאופק המיידי. רואים הם את יישובה ובניינה של ארץ ישראל לא רק במישור הפיזי והקיומי, אלא במונח של בניית חברה צודקת אשר חיה באור א-להים חיים. הברכה והתהילה בייחוד למוסדות אולפנת עופרה, ולעומדים כיום בראשה הרב אברהם הלוי גיסר, רבה של עופרה, ולמנהלה ר' משה בטיש - אשר דוחפים את מימושו של חזון זה במלא מרצם ומאודם, וכן למנכ"ל המכון ר' דוד אלירז על מאמציו להקים את דברי התורה הזאת.

בימים אלה, בהם אנו מיחלים לבנין הארץ הקודש והמקדש, ומתפללים ממעמקים לאדון הנשמות שיחוס על עמו ונחלתו ויאמר לצרותנו די, אנו שואבים נחמה, ומחליפים כח ממפעל זה העוסק במשפט ובצדק הא-להיים עלי אדמות, לאור חזון הנביא -

ציון במשפט תפדה, ושביה בצדקה.<sup>102</sup>