כתר

מחקרים בכלכלה ומשפט על-פי ההלכה

ט

תשע"ג

עורכי הסדרה
הרב שלמה אישון הרב יצחק בזק

בין אדם לשלטון

מסים, חוקים ורשיונות

הכרך נכתב על ידי
הרב יואל דומב וארי דאבנר

מכון כתר
ע"ש משה ומעטל הלר

יוצא לאור בסיוע משרד התרבות והספורט – מינהל התרבות

עיצוב עטיפה: דורית צינמן

©
כל הזכויות שמורות
למכון כת"ר לכלכלה על פי התורה
ד. נ. שומרון 44856
טל. 077-3500281
פקס: 153-77-3500281 או 02-6235696
www.keter.org.il

ספר זה מוקדש לעילוי נשמתם של הורינו היקרים

צבי אלימלך בלייר ז"ל

שרה דאבנר ז"ל

ת.נ.צ.ב.ה

שמואל וג'ודי דאבנר נ"י

ספר זה מוקדש לעילוי נשמתם של הורינו היקרים

מרדכי וביילא זלמנביטש ז"ל

זיידא יואל וטובה אלטע מושקאוויטץ ז"ל

ת.נ.צ.ב.ה

זינדל וצביה זלמנביטש נ"י

ספר זה מוקדש לעילוי נשמת

אשר אריה מורגנשטרן ז"ל

ת.נ.צ.ב.ה

יהושע וצביה דאבנר נ"י

ספר זה מוקדש

לעילוי נשמת בעלי ואבינו היקר והאהוב

איש תורה עם דרך ארץ

פרופסור יחיאל (סיריל) דומב זצ"ל

המדען הדגול שיראתו קדמה לחכמתו

כל חייו ניהל את ממונו ביושר ובנאמנות

ואהב את התורה ואת לומדיה

נלב"ע כ"ב שבט תשע"ב

ת.נ.צ.ב.ה

RABBI Z. N. GOLDBERG
Abbad Badatz & Bies Horaa'h "Hayashar Vehatov"
Member Of Supreme Rabbinical Court

הרב זלמן נחמיה גולדברג
אב"ד בד"ץ ובית הוראה לדיני ממונות "הישר והטוב"
חבר בית הדין הרבני הגדול

ב"ה, יום כ"ג אלול תשע"ח

לשכת הרב הראשי
הרב יעקב אריאל

בס"ד

מכתב ברכה

לכבוד הרב שלמה אישון שליט"א והרב יצחק בזק שליט"א

עורכי הספר כתר כרך ט

שלו' רב לאוהבי תורתך

יישר כוח גדול מגיע לכם על כרך ט של "כתר" העוסק בשאלות הציבוריות הבסיסיות ביותר של חיינו - מעמדו של השלטון במדינת ישראל לפי ההלכה.

העמקתם כדרככם בנושא חשוב זה והגעתם למסקנות מעשיות. נגעתם בנושאים רבים ועדכניים (כולל מסקנות ועדת טרכטנברג) . כרך זה יצטרף לקודמיו ויעשיר את חקר המשפט העברי ויישומו בחיינו ויקדם את החזרת עטרת המשפט העברי למקומה הראוי.

אין ספק שדינא דמלכותא דינא תופס גם בא"י. דברי הר"ן בנדרים כח א לא באו להפקיע דד"מ מא"י, כפי כשנוטים לחשוב (בדרך כלל מסיבות אידיאולוגיות ופוליטיות). שהרי לא ייתכן שבא"י תשרור אנרכיה. גם למ"ד כל האמור בפרשת מלך לא הותר למלך אין הכוונה שלמלך ישראל אין סמכות כלל לגבות מסים ולתקן תקנות. שא"כ אינו מלך כלל (אא"כ תאמר שמלך ישראל דומה למלכת אנגליה, להבדיל...) הכוונה היא שסמכויותיו מוגבלות ועליו להימלך בציבור (כפי שיעצו הזקנים בחוכמתם לרחבעם)

כוונת הר"ן אפוא לומר שבא"י סמכויות המלך נובעות מהסכמת הצבור, וכדעת הרמב"ם בפ"ה מהל' גזלה. ובימינו, הציבור בעזרת מוסדותיו הנבחרים מוסמך להטיל מסים לקבוע תקנות כל עוד אין הדבר נוגד את ההלכה.

ובר מן דין, לא תיגרע מדינה שלמה מבית משותף שכל הדיירים חייבים להשתתף בהוצאות האחזקה ולקבוע סדרי חיים משותפים כדין שותפים בקרקע (גם אם יש בין הדיירים מחללי שבתות ואפילו גויים).

עמדתם נכון על ההבחנה בין מסים בימינו לבין מסים בימי חז"ל. מדינה מודרנית דומה יותר לבית משותף מאשר לשלטון המלוכני בימי קדם שהיה מנצל את האזרחים להתעשרות אישית. המסים מיועדים לסדרי החיים המשותפים שלנו, כבישים, בתי חולים, בתי ספר, בתי כנסת ומקוואות, סעד ורווחה, בטחון פנים וחוץ וכו' וכו'. לא ייתכן שאדם ייהנה מכל שרותי המדינה ולא ישתתף בהוצאותיה. זהו גזל של יתר השותפים (ר' מש"כ באהלה של תורה ח"ד סי' טז).

יש לכך השלכות גם לפטור ת"ח ממסים. שהרי גם ת"ח, הנהנה משרות חייב לשלם עליו, ואינו רשאי לגזול חלילה (אלא א"כ נתייחס לפטור ממסים כתמיכת הצבור ע"מ שיוכל להתפנות לתלמודו, אולם פטור זה אינו בא מאליו. על הציבור להסכים לכך.)

באשר לחנייה ברחוב המסומן בכחול-לבן, ללא תשלום. הנחתכם היא שמדובר בגזל של רכוש העיריה, שאינה מרשה לחנות ברכושה ללא תשלום. מסופקני בכך. הסדרי החניה והתשלומים נועדו לאפשר לכל הציבור ליהנות מחניה מסודרת, שאף אחד לא יתפוס מקום לזמן רב וימנע מחברו לחנות אף הוא באותו מקום לצרכיו. משום כך, בשעות שאין פעילות עסקית, כגון בלילה או בשבת העיריה לא מקפידה על תשלום, כי באותן שעות אין אחד מפריע כל כך לאחר. המסקנה העולה מדברי היא לענ"ד שאם אדם חנה בטעות במקום כזה וגרם נזק לאחרים עליו לפצות את הניזק אם אפשר (מדין גרם בנזקין שחייב בדיני שמים) ולא את העיריה.

הגדרה זו מחמירה יותר. כי לדבריכם, שהוא גזל את העיריה, די בכך שישלם לעיריה, אך לדברי שהוא גרם נזק למי שחיפש חניה ולא מצא, הוא לא יודע למי לשלם ואינו יוצא י"ח בתשלום לעיריה. לכל היותר אפשר לומר שהתשלום לעיריה הוא צרכי רבים, (ר' ביצה כט א) אולם אין בכך כדי לתקן את המעוות לגמרי, אלא רק כדרך לתשובה.

ושוב, ברכותי לספר החשוב ולספרים שיבואו בעקבותיו

הרב יעקב אריאל, ר"ג

תוכן העניינים

הקדמה **13**

עיונים בסוגיות יסוד

חלק א. חוק והלכה: תוקף חוקים אזרחיים ומשמעותו **17**

א. מבוא 17
ב. "דינא דמלכותא דינא" 18
א. דינא דמלכותא מכח השליט 19
ב. דינא דמלכותא מכח הסכמת העם 26
ג. סיכום גישת "דינא דמלכותא" 32
ג. תקנות קהל 33
א. בית דין הגדול כמחוקק 34
ב. סמכות בית דין שאינו בית דין הגדול 35
ג. שופטים בזמן הזה 35
ד. פיצול סמכויות ההנהגה בזמן הזה 37
ה. תחומי הסמכות של מוסד ראשי הקהל או "טובי העיר" 40
סיכום 41
ו. נציגי בני העיר - אפוטרופסים של השותפות ובאי כוחם של השותפים 41
ז. דרישות מוקדמות לנבחרי ציבור 42
ח. אדם חשוב (חבר עיר) 46
ט. תקנות קהל ומדינת ישראל 47
י. סיכום בענין תוקף חוקים אזרחיים 51
ד. חוקים שאין להם תוקף מדין תורה 52
א. חוקים הנוגדים דין תורה מפורש 52
ב. חוקים שאינם לתיקון ציבורי 53
חקיקה שהיא בגדר "ערכאות" 53
תקדימי בתי משפט: האם דינם כערכאות או כחוק? 57
ה. סיכום 60
ה. החלת השיפוט 60
א. "תושבות" כבסיס להחלת שיפוט כללי 61
ב. מקום ה"ממון" או העסק כבסיס להחלת שיפוט מוגבל 65
ג. כפל מס 67
ו. סייגים ביישום ואכיפת החוקים 74
א. חמסנותא דמלכותא 74
ב. דין מוכס העומד מאליו 75
ג. גדר מוכס שאין לו קצבה 76
ד. דין מוכס שאין לו קצבה: אכיפה סלקטיבית 78
ה. חוק מפלה 79
ו. מוכס שמטיל קנסות 80
ז. "גזירה שלא נתפשטה" 81
ז. מהות האיסור בהפרת חוקים 92
ח. סיכום ומסקנות 96

חלק ב. התשתית ההלכתית למע"מ ולרישוי עסקים **97**

א. זכות המסחר בתלמוד 97
ב. זכות ההגירה וחרם הישוב 99
ג. מס ה"גאבילה" על זכות המסחר—מהגבלת זכות מסחר למס מיוחד על זכות המסחר 101
ד. פטורים מגאבילה 104
ה. "אקציז": מס הבשר ורשיונות בלעדיות 108

חלק ג. מהות חבות מס: דיני ממונות בין אדם לשלטון **115**

א. שבועת השותפים במיסים 115
א. שותפים בעל כרחם מדינא דמלכותא 119

ב. שותפים מדין מבריח ארי ופורע חובו של חבירו 120
ב. מהות הכח המשפטי של חובת מס 122
א. השלטון כמוחזק בחובת המס 123
ב. מהות חובת המס בזמנינו 126
ג. מס כממון שאין לו תובעים 129
ד. האם יש מצווה (פריעת בע"ח) בפריעת מסים? 130
ג. טעות, השתדלות וסייעתא דשמיא בהתחמקות מחובת מס 131
א. הסוגיה בגמרא 132
ב. פסיקת הרא"ש 132
ג. טעות וסיעתא דשמיא 133
ד. חלות חובת המס—מתי? 134
ה. פרדכת 135
ד. פטור מאת הקהילה/המדינה: היקף ההיתר של "אנדיסקי סייעתא דשמיא" 146
א. גבולות ההשתדלות 146
ב. הכבדה 148
ג. סתירה בפסיקת הרמ"א 151
ד. ניתוח והגדרת מציאות מערכת המסים של זמננו ותחולתו של דין "אנדיסקי סייעתא דשמיא" 152
ה. העדר גבייה כמחילה של השתמטות ממסים 154
א. דין שתיקה כמחילה בתלמוד 155
ב. מחילה של הקהילה במסים 157
ג. סיכום 158
ו. ייאוש במסים 158
א. יאוש בחוב 159
ב. ייאוש שלא מדעת 163
ז. גרימת מחילה בטעות ובאונס 170
א. גדר "ליכא מאן דקפיד ביה" 173

חלק ד. בריחה, הברחה והערמה 176

א. בריחה 176
דמי כלילא בימי רבי 176
ב. הברחה 180
ג. הערמה 181
א. הברחה שאינה אלא העלמה 181
ב. הברחת מס על ידי הערמה: סתירה בין תשובות הרא"ש 184
ג. הרא"ש מבטל הברחות נכסים מנושים 187
ד. קנוניא 193
ה. מתנת בית חורון והערמה 198
ו. הערמה במקום שחב לאחרים 200
ז. "תיקון" הריב"ש בהברחת מכס על ידי מתנה ע"מ להחזיר 203
ח. פן האיסור בהערמות 207
ד. מסקנות בענין בריחה, הברחה והערמה 216

חלק ה. הברחת מסים במדינה זרה. 218

א. דינא דמלכותא דינא והברחת מיסים במלך גוי ומוכס גוי 218
ב. גזל הגוי 220
ג. הפקעת הלוואה 222
ד. הברחת מכס בהלכה 225
א. טעות הגוי 228
ב. הוראת רבי 229
ג. סיכום 230
ה. הפקעת הלוואה במומר 230
ו. הפקעת הלוואה במדינה עם מיעוט ישראלי 231
סיכום 235
ז. חילול השם 235

א. סיכום בענין חילול השם 240
ב. סיכום כללי בענין הברחת מסים במדינה זרה 240
חלק ו. שקר וגניבת דעת במסים 242
א. האיסור של גניבת דעת 242
א. חריגים לאיסור שקר וגניבת דעת 243
ב. שקר בבית דין: אפילו להשיג צדק משפטי אסור 244
ג. שקר מחוץ לבית דין: בירור כללי 245
ד. עביד אינש דינא לנפשיה על ידי שקר ומרמה 246
ב. הגדרה חדשה של איסור גניבת דעת 247
ג. מהם הקריטיריונים להתיר שקר חוץ לבית דין כדי להשיג צדק? 251
א. גניבת דעת למנוע עוול נגדו 251
ב. שקר לתקן עוול הנעשה נגדו שלא בכוונה 252
ג. גניבת דעת להגן על עצמו כשרק חושש שעלול לגוזלו 255
ד. גניבת דעת להגן על עצמו כשחושש שיפסיד שלא כדין 257
ה. גניבת דעת להגן על טענה משפטית מסופקת. 259
ו. גניבת דעת להרוויח כשאין בכך גנבה 264
ד. גניבת דעת בפרט מסוים כשאין מרמה במגמה הכללית 266
ה. הצהרות שקר בכתב ושבועה בכתב 267
א. שבועת השותפים ותביעת שמא 267
ב. שבועה בכתב 269
ג. לשון הצהרה כלשון שבועה 270
חלק ז. איסור מסייע 275
א. מבוא: מסייע בביצוע עיסקה 275
א. הבלעת דמי אתרוג 275
ב. מסירת בהמה לרועה 277
ג. מכירת יין המעורב במים לתגר 279
ד. קנייה מגנב וגזלן 282
ה. קניה מאריס חשוד 284
ו. השוואה לדין מתנות כהונה ומתנות עניים 286
ז. שיתוף פעולה בהברחת מס ה"אקציז" 288
ח. עוד בענין שיתוף פעולה בהברחת מס ה"אקציז" 290
ט. חולק עם הגנב ב"אוראנדע" 292
ב. לפני עוור ואיסור גרמא בנזיקין 294
א. מסייע בגניבה 295
ב. גבול האחריות לגרמא 300
ג. איסור גרימת נזק על ידי אחר 302
ד. פן החיובי: הצלת ממון חבירו 307
ה. מסייע לישראל או לנכרי לגרום נזק לנכרי 311
חלק ח. פטור תלמיד חכם 315
א. הסוגיה בגמרא 315
ב. ההלכה בשולחן ערוך ורמ"א 316
מחלוקת רמב"ם ורמב"ן בהיקף פטור תלמידי חכמים 317
ג. גדר "תלמיד חכם" 319
א. הרי"ף– תורתו אומנותו 319
ב. מפרשי התלמוד—תורתו קבע ומלאכתו ארעי 320
ג. מחלוקת בשיעור "כדי חייו" 321
ד. גבולות זמן ההתעסקות 321
ד. מסים כהצלה מנזק 323
ה. דין בדיעבד כשהקהל תיקן ונהג לגבות גם מתלמידי חכמים 324
במיסוי תלמידי חכמים, מנהג אינו מבטל הלכה 325
ו. מאיזה סוגי מסים פטורים תלמידי חכמים? 328
א. מסים חיצוניים ומסים פנימיים 329
ב. הבדל בין המושג "מסים" בזמנינו לבין משמעותו בתורה ובפוסקים 329

ג. דין "צדקה" בחלוקת נטל המס 333
ז. דעת פוסקי זמנינו 336
ח. מסקנות מעשיות במיסים שונים 339
א. מס ערך מוסף (מע"מ) לתלמידי חכמים 339
ב. מכס 340
ג. מס הכנסה 341
ד. ביטוח בריאות וביטוח לאומי 342
ה. ארנונה 342
ו. סיכום 343

דיונים ומסקנות מעשיות

חלק ט. עסקים רשומים (לבן), בלתי-רשומים (שחור) ורשומים למחצה (אפור) 347
א. אם מותר להתעסק בהיקף מצומצם או בעיסקה מזדמנת בלי להירשם 347
ב. עובדי משק בית ומס ביטוח לאומי-שו"ת 349
ג. עסק שאינו מורשה 351
א. כללי תחרות מול עסק "שחור" 353
ב. הוזלת מחירים בעסק שאינו מורשה 355
ג. מגזר פרוץ לעוסקים שאינם מורשים 356
ד. התעסקות בלי רשיון מיוחד 359
ה. סעדים למתחרים הנפגעים – הלשנה 361
ד. התעסקות מול עסק שאינו מורשה 362
א. פרסום ברדיו פיראטי 363
ב. נסיעה במונית לא מורשה 365
ג. לקוחות של עסק שחור כללי 367
ד. תפילין "שחורים" 370
ה. ספקים של עסק שחור 374
ה. התעסקות מול עסק אפור 378
א. מילוי תפקיד וקבלת משרה בעסק אפור 379
ב. קנוניה בניכוי במקור על פי הצהרת שקר של שכיר 386
ג. חשבוניות והוצאות של "עסק אפור" 388
ספק, חשש וחזקה של עוסקים 389
א. אחריות לכתחילה: האם צריך כל אחד לכתחילה לדרוש חשבונית? 393
ב. חיוב בדיעבד 395
ג. כישלון בהשתמטות: מי אחראי לשלם 397
חלק י. שאלות בעניני מכס על ייבוא אישי 404
א. ניסיון להעביר דרך הדואר חבילה החייבת במכס 404
ב. חיוב בדיעבד 405
ג. העברת טובין במסלול "הירוק" כאשר חל עליהם מכס 406
ד. ניצול זכויות של אחר והערמות 407
ה. קניית סחורה שהוברחה מן המכס 409
חלק יא. תכנון מס 412
א. עיסקאות בדויות בהלכה 414
ב. מסקנה 415
ג. תוקף סמכויות אנטי-תכנוניות 415
ד. מסקנות 418
ה. שיטות אנטי-תכנוניות 418
אין אדם מגלה טענותיו אלא בבית דין 419
ו. ספיקות, חזקה ותפיסה. 421
ז. מסקנות 423
ח. יצירת עובדות משפטיות 423
א. מבוא כללי 423
ב. כללי המשחק: גלגול אחריות על ה"אמת" 424
ג. מבחני מקום התושבות והשיפוט 425

ט. מחירי העברה 428
קביעת מחיר בינו לבין עצמו בהלכה 428
י. מס "אמת"? 430
יא. מסקנות 433
חלק יב. שאלות בארנונה 434
א. ארנונה בשימוש משרדי/מסחרי 434
ב. פטור או הנחה מארנונה. 436
ג. דין תלמיד חכם 437
חלק יג. תשלומי חניית רכב 439
א. איסור גניבת שימוש בקרקע 439
ב. חיוב תשלום בדיעבד 448
ג. מפעיל פרטי מכח העירייה 451
ד. ספקות בתנאי החנייה 453
חלק יד. ניכוי הוצאות פרטיות 454
א. מבוא – "חברות ארנק" 454
ב. השאלות 454
א. מסקנות ביניים 457
ב. ניכוי הוצאה לא מוכרת 458
ג. ניכוי הוצאה סובייקטיבית 459
ד. ניכוי הוצאות מעורבות לא הכרחיות 462
ה. ניכוי עסקה מעורבת הכרחית 466
חלק טו. יישום הדינים בחברות בע"מ 468
א. השאלות 469
ב. ניכוי במקור 470
ג. גניבת דעת 471
חלק טז. שקר של רואה חשבון ועורך דין 473
חלק יז. פרקי מוסר 476

הקדמה

במשך אלפי שנים חי עם ישראל בגולה, מפוזר ומפורד בין העמים. היהודים הקימו קהילות בכל מקום אליו הגיעו, וחלק מתפקיד הקהילה היה לייצג את היהודים מול השלטון המקומי, להשתדל להקל על עצמם את עול המסים, ולהכריע איזה סכום יידרש מכל נישום בקהילה. הקהילות החרימו ונידו את מי שניסה להשתמט מתשלום חלקו במסים, מתוך הכרה ברורה שככל שהוא מקל על עצמו הדבר הכביד על שאר חברי הקהילה. במהלך הדורות התפתח ענף שלם של שאלות ותשובות שעוסקות בנושאי המיסוי, החל מאחרוני הראשונים שעסקו בדבר בהרחבה[1] (הרשב"א, רב חיים אור זרוע, תרומת הדשן ומהר"ם מירזבורג) ועד לדורות האחרונים. ראשונים אלו ביארו את סמכות הקהילות לגבות מסים ואת אופן חלוקת המס בין בני הקהילה, וראו במנהגי הקהילות בעניין זה מעמד הלכתי מחייב לדורות. הרשב"א כותב למשל:[2]

> דיני המס בכל מקום, אין יסודתן בהררי קודש התלמוד. ובכל מקום ומקום, תמצא בו דינים מחולפים על פי הנהוג, והסכמת גדוליהם, אשר גבלו ראשונים. ורשאין הן בני העיר לעשות תקנות קבועות, ומנהגים ידועין, כפי מה שירצו שלא ע"פ ההלכה, שזה דבר שבממון הוא. ועל כן, אם יש מנהג ידוע להם בדבר זה, הלך אחר המנהג. שהמנהג מבטל את ההלכה בכיוצא בזה.

מאחר שהיו קיימים מנהגים שונים ומגוונים בין הקהילות, לא היה מקום לספר הלכתי שירכז את ההלכות השונות ואת דיוני הראשונים במקום אחד. הגדילו לעשות בעניין זה שני גדולי העולם, רב יוסף בן עזרא (מחכמי סלוניקי במאה ה-16 ותלמיד מהרשד"ם) ורב חיים פלאג'י, שחי ופעל באיזמיר במאה ה-19, שכתבו ספרים שלמים (ספר "משא מלך" וספר "משא חיים") שמפרטים את האופן שבו יש לחלק את עול המס, איזה ממון חייב במס, מי מחברי הקהילה חייב לתת מסים, ומה קורה כאשר יש מחלוקת בין הנישום לקהילה. גם הרב יוסף איסקאפה, מרבני סלוניקי במאה ה-16, כתב ספר "עבודת משא" ובו הוא מתעד את מנהגי המס של עירו איזמיר. נראה שספרים אלו לא זכו לתפוצה רבו, כיוון שכל קהילה הייתה אוטונומית בקביעת מנהגי המס שלה, ולא הסתמכו על תקדימי קהילות אחרות בנדון.

---

1. כמו כן קיימות קבצים קטנים שעוסקים בנושאים אלו: י"א תשובות מחכמי ברצלוני וקסטיליה בענייני מסים, ראה א.ל. פלדמן, גנוזות, קובץ עת לגנוזות ראשונים, ירושלים תשד"ם וכן רב יוסף טוב עלם, בשו"ת מהר"ם בר ברוך דפוס פראג סי' תתקמ"א.
2. חלק ד סימן ר"ס.

המציאות החדשה של הקמת מדינת ישראל, הביאה בעקבותיה גם דיון שונה בנושאי מסים, כאשר כעת נידון סמכות מדינה יהודית לגבות מסים מאזרחיה היהודים. בשונה מעול המס בגולה, שהיה הכרח על הקהילות לשלם אותו כדי לגור במדינות השונות ולזכות לחסות המלכות, מסי מדינת ישראל הם דוגמא למיסים פנים-קהילתיים, ולכן השאלות העולות לגביהם שונות ומתייחסות למעמד של היחיד מול שלטון הקהילה, מרחב התמרון שלו בניסיון להפחית את עול המס שלו, זכויות לתלמידי חכמים ואחרים בדיני מסים. האם קיים כבר מנהג מחייב במדינת ישראל דיני מסים? האם יש להתייחס לחוק החילוני של המדינה כמי שקובע את חובת המס ההלכתי של כל תושב במדינה? ומה קורה כאשר לא קיימת חפיפה בין החוק לבין ההלכה, האם ניתן להכיר גם בסמכות קהילתית חילונית בעניין זה? כמו כן נידון נושא הרישיונות וזכות של קהילה ומדינה להגביל לפקח ולחייב אנשים לעבוד על פי רישיון ממשלתי, והאם רשאי אזרח לשאת ולתת עם מי שמפר את תנאי הרישיון של הממשלה, או משתמט במכוון מתשלום מסים כחוק.

שאלות אלו מחייבות הסתכלות מחודשת במקורות דיני המסים, כאשר התשובות השונות שנכתבו במהלך הדורות נותנות כיוון להבנת המעמד של השלטון היהודי במדינת ישראל בענייני מסים וגם מבארות את חובת היחיד כלפי השלטון. משום כך קראנו לספרנו "בין אדם לשלטון: מסים, חוקים ורישיונות", משום שכמו שקיימת חובה של אדם כלפי חברו וכלפי המקום, קיימת חובה דומה שלו כלפי השלטון, שלמעשה מייצג את הציבור שבו הוא חי.

לסיום אנו רוצים להביע את תודתנו והוקרתנו למכון כת"ר ששם לו למטרה להיות במה למחקרים משמעותיים בנושאי כלכלה והלכה במדינת ישראל, לנשיא המכון, הגאון הרב זלמן נחמיה גולדברג שליט"א שהואיל לעבור על חלק מפרקי הספר, לרב גיל מנור שהגיה את לשון הספר, לראשי המכון הרב שלמה אישון והרב יצחק בזק שליט"א שסייעו לנו מאוד בהוצאת הספר לאור, ורבנים ובעלי מקצוע אחרים שעברו על פרקים מסוימים ונתנו את הערותיהם החשובות. יהי רצון שיזכו להמשיך להגדיל תורה ולהפיץ אותה לרבים בעניינים חשובים אלו.

יואל דומב וארי דאבנר

אלול תשע"ג

עיונים בסוגיות יסוד

חלק א. חוק והלכה: תוקף חוקים אזרחיים ומשמעותו

א. מבוא

לפני שנדון בתוקף חוקים אזרחיים עלינו לשאול: מהן ההשלכות מכך שיש או אין "תוקף" הלכתי לחוקי המדינה? הרי המחוקקים אינם מבקשים מחכמי ההלכה אישור לסמכות שלהם - מצידם ברור שיש "תוקף" לחוקים שהם מחוקקים. גם מצידנו, כאזרחים, אין ברירה אלא לשמור את חוקי המדינה. אם נעבור על החוק, מערכת המשפט האזרחית תשפוט אותנו בערכאות שלה על פי חוקי המדינה ולא יעזור לנו להכחיש את תוקף החוקים וסמכות המחוקקים.

גם בבתי הדין, שאלת תוקף חוקי המדינה אינה כל כך חיונית. ברור שחוקים הנוגדים את ההלכה אינם ברי תוקף בבתי הדין. גם חוקים שאינם מנוגדים להלכה, בדרך כלל, אינם יוצרים עילה לבתי הדין לפעול - הרי בזמנינו בתי הדין אינם אוכפים את חוקי התורה וקל וחומר שלא יזמו אכיפה של חוקי המדינה ולא יקחו על עצמם את התפקיד של יישום ופירוש החוקים. אפשר לומר, שבתביעה בעניני ממונות שהצדדים הסכימו להביא לפני בית דין, אם התביעה כרוכה בזכויות הצומחות מחוקי מדינה, יצטרכו הדיינים להחליט אם להכיר בזכויות אלו או לא.

אולם, מבחינת אדם פרטי שאינו דן ורק דנים אותו, יש נפקא מינא איך להתייחס לחוקי המדינה שמגבילים את התנהגותו היומיומית. האם חוקי המדינה הם רק בגדר המלצות שיש לכבדם אם הם תואמים את ההלכה והמוסר למיטב הבנתו, אבל אינם גורם עצמאי שיש לציית להם רק בגלל שהם חוקים? על פי תפיסה זו, ציות לחוק איננה שאלה מוסרית אלא מעשית המביאה בחשבון רק שיקול של רווח והפסד – הרווח אם יצליח לעבור על החוק מבלי להיתפס מול העונש והנזק שעשוי להיגרם לו אם אכן יתפס.

תפיסה קיצונית הפוכה גורסת שהתורה מחייבת ציות לחוקי המדינה, ולכן מי שמקיימם מקיים את רצון התורה כמו שמי שמקיים תקנות והוראות החכמים הרי הוא מקיים מצות התורה של "לא תסור" ו"ככל אשר יורוך." לפי זה, חוקי המדינה הם ענף בחוקי התורה כמו תקנות חכמים וכמו המנהגים, ועצם החקיקה מהווה גורם עצמאי המחייב לקיימה גם אם בלעדה ההלכה לא היתה מחייבת תוכנה.

להלן נביא מספר דוגמאות להשלכות הנובעות משתי גישות אלו בתחומים הנוגעים ליחס שבין האזרח לשלטון:

בעניני מס, יש חובה חוקית שאינה משפיעה ישירות על דיני ממונות, כגון חובת הדיווח לרשויות וחיוב דרישת חשבונית בזמן ביצוע עסקה, וכאן עיקר השאלה היא: האם צריך לציית ולדווח כפי שמבקשים? שאלה זו נוגעת לתחום תכנון מס, כיוון שבהרבה מקרים יש לנישום טיעון שמצדיק את עמדתו כלפי הרשויות, אך אינו

מעוניין להתעמת איתם ישירות ולכן יש לו אינטרס להעלים או לערפל מידע במכוון, גם אם הדבר, לפעמים, עומד בניגוד לחוק.

בנוגע לתקנות בנייה, יש מצבים שבהם אדם מעוניין לפעול בניגוד לחוק גם במקרים שאין שאלה של גזל או נזקי שכנים. השאלה העקרונית היא: האם יש חובת ציות לגוף השלטון ולתקנותיו.

בהלבנת הון, אין בדרך כלל שאלה של גזל מהרשויות, וגם אין כאן שאלה של מסייע בידי עוברי עבירה, כי ברוב המקרים מקור ההון המולבן אינו ידוע, אלא שהמדינה רוצה מידע שיסייע למנוע הלבנת הון, וכאן נושא הדיון הוא שוב חובת הציות לחוקי המדינה.

המדינה דורשת רשיון עסקי מכל בעל עסק ולכל מיני פעילויות כלכליות, כדי לפקח על אותם עיסוקים. אין כאן בדרך כלל היבט כספי, אלא שאלה, האם צריך לציית לתקנות או שאפשר לפעול (מבחינה תורנית) גם בלי רשיון הנדרש על פי החוק.

בבואנו להגדיר את חובת הפרט לציית לחוקי המדינה ולמלא אחר חובותיו המוטלים עליו מחוקי המיסים, עלינו קודם כל לבסס את ההכרה ההלכתית של עצם סמכות החקיקה ותוקף החוקים השונים בכלל.

ב"כתר" כרך א'[3] נידונו בקיצור ארבע דרכים לבסס את התוקף ההלכתי של חוקי מדינת ישראל, והם: (א) משפט המלך, (ב) דינא דמלכותא דינא, (ג) תקנות קהל, (ד) מנהג. מוקד הדיון שם נגע לעניני ממונות בין אדם לחבירו והשפעת החוק על הזכויות וחובות בין אדם לחבירו, ולא בחובת הציות בדברים שבין אדם לשלטון. משום כך עלינו לחזור ולסקור חלק מהסוגיות שנידונו שם בהקשר של בין אדם לשלטון וחובת הציות, ונתרכז בעיקר בדינא דמלכותא ותקנות קהל.

ב. "דינא דמלכותא דינא"

ההתייחסות הידועה ביותר של חכמי הגמרא לתוקף חוקי מדינה היא קביעתו של האמורא שמואל "דינא דמלכותא דינא."[4] התלמוד אינו מבסס את דבריו של שמואל על שום מקור בתורה, גם לא על סברא כלשהיא, אלא רק מוכיח שדבריו נכונים לפי שאם לא נאמר כן, כל אזרח שמשתמש ונהנה מתשתיות ה"מדינה" עובר על איסור גזל.[5] אין כל מקור עצמאי שמלמד שיש חיוב מוסרי לציית לחוקי השלטון מדינא דמלכותא.[6]

---

3. "כתר" כרך א' (תשנ"ו) "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס.
4. בבא קמא קי"ג א-ב, בבא בתרא נ"ד ב, נ"ה א, גיטין י' ב.
5. בבא קמא קי"ג ב. ראה דינא דמלכותא דינא, שמואל שילה דף 59 שמציע מקור אחד בלבד בתשובות הגאונים אשר יש בו ניסיון לתת ביסוס תאורטי לכלל "דינא דמלכותא דינא."
6. בכל המקורות שמוזכר בהם דינו של שמואל, אינו מוזכר אלא לענין ההתייחסות ההלכתית

הראשונים והאחרונים מנסים לנמק את הכלל "דינא דמלכותא דינא" בדרכים שונות. כפי שנראה להלן לגבי תקנות הקהל, יש שתי גישות עקרוניות לביסוס סמכות המלכות:

האחת נוקטת שהסמכות יורדת מלמעלה למטה, מעצם האדנות, השררה והשלטון שיש למלך, למלכות או למדינה על אזרחיה וארצה.

השנייה, לעומת זאת, נוקטת שהסמכות צומחת מלמטה למעלה, כלומר מאזרחי המדינה שמייפים את כח המלך, המלכות או המדינה, לעמוד במקומם כשלוחם לסדר את ענייניהם ההדדיים כפי הסכמתם.[7]

א. דינא דמלכותא מכח השליט

הראשונים שביססו את תוקף השלטון על מעמדו של השליט הסבירו את סמכות המלך לשלוט על נתיניו באחד משני אופנים: או מכח אדנותו ובעלותו על ארצו, או מכח השררה שקיימת בעצם המלוכה.

א. אדנות המלך על ארצו

הר"ן[8] מנמק את הכלל "דינא דמלכותא דינא" בכך שכל הארץ שייכת למלך (על ידי כיבוש מלחמה,[9] ירושה או דרך אחרת) ולכן יכול המלך לגזור שלא ידורו בארצו[10] "ואינו רשאי אדם לעבור בארצו אם לא כמצותו".[11] יש כח למלך להטיל מיסים, ארנונות ומכסים ולחוקק חוקים כרצונו. הר"ן מעגן את זכות המלך במשפט הפרטי,

---

להשלכות הממוניות שנוצרו בדיעבד על ידי דינא דמלכותא. כל מימד של איסור והיתר, כמו איסור גזלה, צומח מדיני התורה המתייחסים ממילא לבעלות וזכויות שנקבעו על ידי דינא דמלכותא.

7. ראה מלבי"ם מלכים ב' י"ב:ד. המלבי"ם טוען שאכן ישנן שתי סוגי מלכויות: האחת "ממלכה בלתי מוגבלת" הצומחת מכח השליט, והשנייה "ממלכה מוגבלת" הצומחת מכח העם. לפי זה, הוא מסביר את המחלוקת בין רחבעם ועשרת השבטים, שהיתה בעצם מרד מיסים, כויכוח על סוג המלכות שהוריש שלמה המלך לבנו. העם טען ששלמה המלך תפס לעצמו מלכות "בלתי מוגבלת", ועל אף שהניחוהו ולא מיחו בו מפאת רום מעלת אישיותו, הם סירבו להעניק מלכות מסוג זה לרחבעם בנו.

8. ר"ן נדרים כ"ח א' ד"ה "במוכס העומד מאליו" בשם התוספות. הכוונה היא לדברי ה"אור זרוע" בפסקי בבא קמא ס' תמ"ז וז"ל: "ולי נראה דלא אמרינן דיניה דינא אלא בקרקעות ובמשפטים התלוים בקרקעות כגון מכס שאומר לא יעבור אדם בארצו אם לא יתן מכס וכדאמר בחזקת הבתים [בבא בתרא נ"ה א'] דאריסתא דפרסאי עד ארבעין שנין ואמר נמי דמלכא אמר דיהיב טסקא ליכיל ארעא וגם כרגא דאקרקיף גברא שאמר לא יהא בארצי אם לא יתן כך וכך והיינו טעמא דדיניה דינא שהארץ שלו היא ואינו רשאי אדם שיעבור בארצו אם לא כמצותו".

9. דבר אברהם סי' א' ענף ב.

10. עבודת עבודה להגאון ר' שלמה קלוגר דף כ"א א'.

11. אור זרוע שם.

שהמלך יש לו דין בעל הבית ונתיניו יש להם דין שוכרים והם כפופים לתנאי השכירות.[12]

ב. שררה ושלטון בפועל

הסבר נוסף לסמכות המלכות היורדת מלמעלה למטה הוא מכח השררה בפועל שיש למלכות על אזרחיה. ניתן להשליך מ"משפט המלך"[13] **של מלך ישראל לסמכות מלכות זרה, שגם היא נובעת מעצם השררה שלה. גם מנוסח בקשת ישראל "שימה לנו מלך לשפטנו ככל הגוים"**[14] **נראה ש"משפט המלך" שהעביר להם שמואל הוא לא שונה ממשפט המלך של כל הגוים.**[15]

לפי הרמב"ם[16] **"שום תשים עליך מלך" (דברים י"ז, ט"ו) היא מצוה לכתחילה**[17] **וכל האמור בפרשת מלך – מלך מותר בו,**[18] **ולכן "רשות יש למלך ליתן מס על העם לצרכיו או לצורך המלחמות, וקוצב לו מכס ואסור להבריח מן המכס." לא נעלם מעיני מהראשונים ששמואל הוא זה שסובר שכל האמור בפרשת מלך – מלך מותר בו,**[19] **והוא גם בעל ההלכה ש"דינא דמלכותא דינא."**[20] **גם נוסח הרמב"ם בהמשך**

---

12. ראה סמ"ע חו"מ סי' שס"ט ס"ק י"ב.
13. מקור הביטוי בפסוק "העד תעיד בהם והגדתה להם **משפט המלך** אשר ימלוך עליהם." (שמואל א' ח:ה). המשנה בסנהדרין פרק "כהן גדול", שאומרת: "המלך לא דן ולא דנין אותו", לכאורה מאמצת את המבט על מלך ישראל כ"עריץ מושל" שאינו כפוף לאף אחד. אמנם הגמרא שם מגבילה הלכה זו למלכי ישראל "לפי שאינן נכנעין לדברי תורה" "שלבן גס בהן" והוא רק גזירה שגזרו החכמים שלא לדון מלכי ישראל אחרי הסיפור של שמעון בן שטח שלא הצליח לדון את ינאי המלך. סיבת הגזירה היתה שמא "יבוא מן הדבר תקלה והפסד על הדת." (סנהדרין י"ט ע, רמב"ם הל' סנהדרין פ"ב ה"ה והל' מלכים פ"ג ה"ז). אבל ממדרש רבא דברים פרשה ה', סי' ח' עולה שגם מעיקר הדין גם במלכי דוד לא דנין: "למה אין דנין אותו? א"ר ירמיה שכתוב בדוד המלך (תהלים י"ז) 'מלפניך משפטי יצא' הוי אין בריה דן את המלך אלא הקב"ה".
14. שמואל שם.
15. ראה "דינא דמלכותא דינא", שמואל שילה דף 77 על ההשוואה בין מלכות גויים למלכות ישראל. הרב שלמה זלמן אוירבאך זצ"ל בספרו "מעדני ארץ", שביעית ס' כ אות י"א-י"ג משתומם: "עיקר הדבר לכאורה, אינו מובן, דאיך אפשר לומר דמלך עכו"ם יש לו אותו הכח והזכות שנתנה תורה למלכי ישראל?" שם אות י"ב. הוא מסביר שבמה שנוגע לאזרחי גוים של מלך גוי אפשר להשתמש במשפט המלך כמקור לדינא דמלכותא דינא כיון שגם הגוים חייבים ב"דינים." (רש"י בגיטין ט ע"ב ד"ה חוץ מגיטי נשים). אבל במה שנוגע לאזרחים יהודים של מלך גוי צריכים עוד טעמים כדי להחיל את הכלל דינא דמלכותא דינא גם עליהם.
16. הלכות מלכים פרק א' הלכה א'.
17. כשיטת ר' יוסי בסנהדרין כ' א'. רש"י שם מסביר לפי גירסתו שגם ר' יהודה מסכים שמינוי מלך הוי מצוה לכתחילה.
18. בלשון הרמב"ם הל' מלכים פ"ד ה"א: "כל האמור בפרשת מלך – מלך זוכה בו."
19. סנהדרין כ' א.
20. ראה מאירי בבא קמא ק"ג ב, כסף משנה על הרמב"ם שם "ופסק רבינו שכל האמור בפרשת מלך – מלך זוכה בו משום דהלכה כשמואל בדיני."

"ודיניו [של המלך] בכל אלו הדברים וכיוצא בהן דין", דומה לסגנון דברי שמואל "דינא דמלכותא דינא."[21]

רבינו יונה מבסס גם את סמכות המלכות על כח שררה שלהם ומוסיף שהכלל הידוע אצל בית דין "הפקר בית דין הפקר", שייך גם לכל שלטון ושררה.[22] בעל "דבר אברהם" מסביר שיסוד "הפקר בית דין הפקר" אינו כח של בית דין כסמכות משפטית תורנית אלא כסמכות שלטונית, כלומר כמי שנוהגין שררה על הציבור.[23] רש"י גם נוטה לכיוון זה ומסביר את מקור סמכותו של ה"ריש גלותא" המוזכר בגמרא - "לא יסור שבט מיהודה" - אלו ראשי גלויות שבבבל שרודין את ישראל בשבט", וכתב בזה "ויש להן רשות להפקיר, דהפקר בית דין הפקר... שיש להם כח ורשות מאת מלכי פרס".[24]

הייחודיות שבגישה זו נעוצה בהתייחסות ל"משפטי מלוכה", כמי שאינם בנויים ואינם תלויים על משפט פרטי, ולכן סמכותם היא מוחלטת.[25]

ג. הבעיתיות בגישות אדנות וכח השררה

גם לפי טעם אדנות וגם לפי טעם שררה יש בעייה ביישום "דינא דמלכותא דינא" במלכות ישראל, או אפילו במלכות זרה בארץ ישראל. מטעם אדנות, אם נבסס את "דינא דמלכותא דינא" על בעלותו של המלך על ארצו, שממנו נובע כוחו לגרש כל

---

21. במהר"ץ חיות נדרים כ"ח נראה שלמד להיפך, דדינא דמלכותא דינא הוא הבסיס לדין משפט המלך ולא שמשפט המלך מבסס את דינא דמלכותא. ראה שם שקושר בין שלשת מימרותיו של שמואל א) דינא דמלכותא דינא ב) כל האמור בפרשת מלך - מלך מותר בו ג) מלכותא דקטלא חד משיתא לא מיעניש -שבועות ל"ה ב, וראה שו"ת חתם סופר או"ח סי' ר"ח שהשיב למהר"ץ חיות בעניין זה.

22. עליות דרבינו יונה בבא בתרא נ"ד: "שלא הוזכר דינא דמלכותא אלא להפקעה, שהנכסים מופקעין מבעליהן בדיני מלך, **כעניין הפקר בית דין הפקר**", וכן שם נ"ה: "כל מה שאמרו שדין המלך דין, לא אמרו אלא לעניין הפקעה, שהנכסים מופקעין מבעליהן בדין המלך וכל אחד זוכה בהם כמצוותו כשיחזיק בהן והפקעת מלך הרי היא כעניין הפקר בית דין הפקר."

23. "דבר אברהם" סי' א' ענף ב עמ' 12 וז"ל "שאין [הפקר בי"ד הפקר] הלכה על בית דין של ישראל בתור בי"ד אלא בתור שררה וממשל, דדין זה על כל שררה וממשלה בביתה שהיא השלטת בכל אשר לנתיניה **וזהו היסוד דדינא דמלכותא דינא**."

24. רש"י סנהדרין ה' א. שם איתא **שבט** - לשון שררה, ויש להן רשות להפקיר, דהפקר בית דין הפקר דכתיב (עזרא י') וכל אשר לא יבא וגו' ביבמות בהאשה רבה (פט). **במחוקק** - שררה מועטת. **שרודים את העם** - שיש להם כח ורשות מאת מלכי פרס. ברש"י מודגש נושא השררה והוא קושר אותו לכח הפקר בית דין הפקר של ריש גלותא, אף ששררתו נובעת מכח מלכות זרה ולא מכח סמכות משפטית או מכח בית דין.
לעומתו, ר"ת (שם תוס' ד"ה "דהכא") למד שסמכות ריש גלותא נובעת מהיותו נצר לבן זכר של משפחת מלכות בית דוד, כלומר שסמכותו נובעת ממלכות ישראל ולא מכח היותו נציג מלכות זרה או מכח שררה שלו.

25. הרד"ק הביא בשני מקומות את דברי חז"ל שדרשו שיש למלך זכות לגבות מסים מישראל ממשפט המלך המופיע בספר שמואל, משום שנאמר שם "והיו לך לעבדים".

אחד שאינו משלם את המיסים שלו, או שאינו מציית לחוקיו, לא שייך טעם זה בארץ ישראל. שהרי בארץ ישראל - "כל ישראל שותפין בה"[26] ו"לאו כל כמיניה דמלך עכו"ם ליתן פקודת גירוש על ישראל מארצו ואין הישראל חייב כלל לקבל עליו את הדין, וכיון שכן, לא אמרינן כלל "דינא דמלכותא דינא" בארץ ישראל."[27] זו השיטה הידועה של הר"ן בשם התוספות.[28]

גם מטעם משפט המלך וכח השררה שניתן למלך מהעם, קשה לבסס את "דינא דמלכותא דינא" בארץ ישראל. רבו של ר' אליעזר ממיץ פסק[29] נגד שמואל וכמו הדעה בגמרא ש"כל האמור בפרשת מלך[30] – מלך אסור בו" משום ש"לא נאמרה פרש[ת המלך] אלא כדי לאיים עליהם."[31] כנראה, "מלכי ישראל אין דנין דין אלא על פי התורה."[32] ואף שיש חולקים ואומרים[33] שמלך ישראל מותר לו לעשות את כל מה

---

26. פירוש הר"ן נדרים כ"ח. מקור דבריו באור זרוע שם בשם הר"י"א ממיץ: "ומלכי ישראל אין דיניהם דין שארץ ישראל נת[ח]ל[ק]ה לכל אחד ואחד מישראל ואינה של מלך אבל באוה"ע כן דינם שכל הארץ למלך. " הרשב"א מביא דעה זו בשם רבותינו הצרפתים. (שו"ת הרשב"א ח"ב ס' קל"ד). אף שלומדים מ"וישב ממנו שבי" שיש קנין כיבוש מלחמה לנכרים על ישראל (גיטין ל"ח א) ויש סוברים שיש קנין לנכרי בארץ ישראל להפקיעו מידי תרומות ומעשרות (גיטין מ"ז א'), מכל מקום בעלות ארץ ישראל עצמה לא נקנית להם בכיבוש מלחמה, כמו שרואים (א) שארץ ישראל מוחזקת היא - בבא בתרא קי"ט ב, ירושלמי חלה פ"ב ה"א, עבודה זרה נ"ג ב', (ב) להרבה פוסקים אפשר לכל אחד מישראל לעשות קנין אגב קרקע מכח ד' אמות שיש לו בארץ ישראל, אף אם שולטים בו נכרים - תשובות הגאונים למס' קדושין דף כ"ו ב' (ג) ארץ ישראל שייכת לה' "כי לי כל הארץ"- הרז"ה עבודה זרה נ"ג. ראה "מעדני ארץ" שם. ראה "בעלות נכרים באדמות ארץ ישראל", הרב יצחק שפירא, תחומין כרך כ"ד עמוד 271.

27. "מעדני ארץ" שביעית סי' כ' אות י"א.

28. ר"ן שם.

29. האור זרוע שם. וז"ל: "ובמלכי ישראל לא אמרינן דיניה דינא כדאמרינן בסנהדרין לא נאמר פרשת המלך בשמואל אלא ליראם ולבהלם. אבל המלך אסור בכל מה שא[מ]ור בפרשה ואפי' למ"ד מלך מותר בו היינו דוקא באמור בפרשה."

30. הכוונה לדברי שמואל הנביא בספר שמואל א' ח, א-כ

31. שיטת רב (או לפי גירסה אחרת רב יוחנן) ורבי יהודה בסנהדרין כ' ב'

32. "נימוקי יוסף" נדרים דף י' בדפי הרי"ף: והסכימו רוב המפרשים ז"ל דדוקא במלכי אומות העולם... ומלכי ישראל אין דנין דין אלא על פי התורה דקיימא לן במסכת סנהדרין (כ' ב') כל הכתוב בפרשת המלך בספר שמואל מלך אסור בו, ולא אמרה תורה אלא ליראם ולבהלם." ראה הגהות רחמים לחיים על שו"ת הרשב"א ח"ה ס' קצ"ח מאת ר' חיים פאלאג'י שתמה איך אפשר לפסוק כרב בדיני וגם נגד ר' יוסי שנימוקו עמו והלכה כמותו.

33. ראה שו"ת הרשב"א חלק ב' סי' קל"ד: "אבל עכשו שיש למלכי האומות בנו מלוכה, ומה גם שהשוקים והרחובות הם למלכים, והם יכולים לסגור ולבנות ברחובות עיר, וכן אנו רואים אותם נוהגין כן, אם נתן המלך לאלו ל[העמיד] להם דלתות, עושים, דדינא דמלכותא דינא. ואפשר עוד: כי גם למלכי ישראל רשות בכענין זה לפי שזה משמירת עמו כדי שלא י[ו]זקו הישראלים [ה]דרים פריצים בין השכנים. ויהיה בזה נזק המלך והרי זה בכלל מה שאמרו במשנתינו: ופורץ לעשות לו דרך. וכל האמור בפרשה, מלך מותר בו. אם כן, מה שצוה המלך לעשות פתח ודלתים באמצע השכונה לשמירת העם, הרשות בידו. נמצא: דין מלכי ישראל שוה לדין האומות בדבר זה. וזה ראיה כי זה דינא דמלכותא, ולא גזלה דמלכותא, ושפיר דמי." ראה גם שו"ת הרשב"א ח"א סי'

שאמור בפרשת המלך, אפשר שדינא דמלכותא במלך ישראל מוגבל למה שמפורש בפרשת המלך.[34] ויש גם שמגבילים את פרשת המלך למלכי בית דוד.[35] אפילו בחוץ לארץ, יש ראשונים שמגבילים חלות "דינא דמלכותא דינא" ל"מסים ומכסים התלוים בקרקע"[36] ולא לכל סוגי המסים.

ד. דיון בשיטת התוספות והר"ן - בעניין יישום כלל "דינא דמלכותא דינא בארץ ישראל

לכאורה, ניתן היה להבין מדברי הר"ן בנדרים שהובאו לעיל שהוא אינו מכיר בשלטון ישראלי חוץ מהסנהדרין או המלך הממונה על ידם. אולם חובה עלינו לראות את מכלול שיטתו, הכולל גם את דעותיו בדרשות הר"ן לפרשת שופטים[37] וגם את חידושיו למסכת סנהדרין, כדי לדעת את עמדתו בנושא זה. בניגוד להבנת האחרונים[38] שמבארים בדעת הר"ן שלא אומרים "דינא דמלכותא דינא" בארץ ישראל אפילו במלך ישראל, משום שמלך ישראל כפוף לחוקי התורה ואין לו סמכות

תרל"ז שכתב "כל שלטון ישראל הממונה בעירו ומושל במקומו דינו דין. והוא בעירו בכלל דינא דמלכותא כל זמן שעושה כחוקי מקומו דומיא דמלך ממש". אולם שם הדגיש שדבריו הם דווקא בחוץ לארץ "לדעת רבותינו הצרפתים" ולא ברור אם סובר הרשב"א כמוהם לדינא.

34. או"ז שם בשם רבו של הר"א ממיץ: "ואפילו למאן דאמר מותר בו היינו דוקא באמור בפרשה." ראה גם חידושי הר"ן בבא בתרא נ"ה א' ד"ה "ורב הונא": "הרי אפילו במלכי ישראל כתב להם שמואל [הנביא] מה שהמלך מותר בו, וכדאמרינן בסנהדרין כל הכתוב בפרשת מלך מלך מותר בו, ... וכל שבא ליטול מארצו יותר מכאן אינו דין." ראה גם ביאור הגר"א ס"ק ל"ד לשו"ע חו"מ ס' שס"ט. ראה מהר"ץ חיות נדרים כ"ח שכתב "דשאני [הסמכויות המוזכרות בפרשת המלך מדין הכללי דינא דמלכותא דינא] דגלי קרא" שיש סמכויות אלו." אבל ראה דברי הרד"ק שמואל ב' כ', כ"ד ד"ה על המס: "להעלות מס על ישראל כשהיה צריך לתת לחייליו או לעשות רצונו כי הוא משפט המלוכה כמו שכתוב ואתם תהיו לו לעבדים, ופירשו רז"ל שיוכל להטיל עליהם מס - כתיב הכא לעבדים וכתיב התם והיו לך למס ועבדוך, ולמעלה לא כתב שם על המס כי היה תחלת מלכותו ולא היה מטיל מס על ישראל עדיין." ראה גם רד"ק שמואל א' פרק ח' פסוק י"ז. לא מצאנו את מאמר חז"ל שציטט הרד"ק, אך מדבריו ברור שהוא סובר שיש סמכות למלך ישראל לגבות מסים מנתיניו גם בארץ ישראל.

35. ראה תירוץ אחרון בתוספות על סנהדרין כ' א' ד"ה "מלך מותר" שלא אמרו מלך מותר בו אלא במלכי בית דוד שהמליכוהו מן השמים.

36. שו"ע חו"מ סי' שס"ט סעיף ח בשם המרדכי.

37. דרשות הר"ן, הדרוש האחד עשר. חשוב לציין שקבלנו את ההנחה שבעל הדרשות הוא אותו רבינו ניסים ב"ר ראובן גרונדי מפרש הרי"ף [והתלמוד בבלי מס' נדרים, ראה הקדמה לשיטה מקובצת] כפי שהוכיח ר' אריה ל. פלדמן במבוא לדרשות הר"ן שהוא חיבר (מכון שלם ירושלים תשל"ז). ספר היוחסין והחיד"א בספרו "שם הגדולים" מייחסים את בעל הדרשות לרבינו ניסים תלמיד הרמב"ן שנפטר יותר ממאה שנה לפני רבינו ניסים ב"ר ראובן גרונדי.

38. נמוק"י שם.

מעבר לזה, הר"ן מחדש בדרשותיו שדווקא הסמכות להשלים את התיקון המדיני מעבר למשפט צדק אמיתי של התורה היא הסיבה למצות מינוי המלך.[39]

שיטת הר"ן היא שתכלית משפטי התורה אינה לתיקון המדיני[40] אלא לחול עלינו שפע אלקי בהדבקנו בצדק אלקי אמיתי.[41] עקב כך, נוסדה מערכת מקבילה של מלכות שתכליתה היא ישובו של עולם כפי צורך השעה. להר"ן - "נמצא שמינוי המלכות שווה בישראל וביתר האומות שצריכים לסידור מדיני." לאור השקפה זו, ניתן לפרש בדעת הר"ן שכוונת רב ש"לא נאמרה פרשה זו אלא לאיים עליהם" היינו שבקלות עשוי המלך לנצל לרעה את סמכותו בתיקון מדיני גם לצרכיו הפרטיים[42], אף שבכך חורג מסמכותו שמוגבלת רק לתיקון מדיני.[43]

אף מדברי הר"ן בחידושיו[44], משמע שסובר שיש "דינא דמלכותא דינא" או כח משפט המלוכה לגבות מס גם למלך ישראל בארץ ישראל. התוספות[45] הקשו מדוע אחאב נענש על לקיחת שדה נבות[46], שהרי "כל האמור בפרשת מלך, מלך מותר בו", והר"ן יישב ש"אחאב לא היה רוצה הכרם לצורך הציבור... דבהא רשאי..., אבל ללקחו לעצמו לעשותו גן ירק... לא". מכאן רואים שלדעת הר"ן לצורך הציבור רשאי גם מלך ישראל בארץ ישראל להחרים נכסים. בסוף דבריו מוסיף הר"ן ש"ליכא

---

39. אבל ראה אברבנאל לפרשת שופטים: "ולדעתי איננו כן כי אם שהוא היה מסור לבית דין הגדול." גם הר"ן הקשה על עצמו מהגמרא בסנהדרין מ' א', ש"בית דין מכין ועונשין שלא מן התורה ולא לעבור על דברי תורה אלא לעשות סייג לתורה", שכנראה גם ענין תיקון המדיני מעבר לדיני התורה הוא בידי הסנהדרין. הוא מתרץ שתפקיד ה"מלכות" הוא לא תמיד רק בידי מלך ממש, אלא לפעמים הוא בידי שופט כמו משה ויהושע ולפעמים הוא בידי השופטים, ר"ל הסנהדרין. דרשות הר"ן שם. זהו באמת שיטת הראי"ה קוק ב"משפט כהן" סי' קמ"ד. ר' שאול ישראלי ב"סמכות מוסדות מימשל נבחרים בישראל" (התורה והמדינה כרך א' דף 14 ועמוד הימיני דף נ"ב) הסמיך את סברת הרב קוק בדרשות הר"ן ומוכיח שדבריו מוכרחים ליישב את דברי הרמב"ם והגמרא. ראה גם "דמוקרטיה ושלטון הקהל במקורות ההלכה", הרב אברהם שרמן, ספר זכרון "חסד לאברהם" דף קל"ד.

40. "ומפני זה אפשר שימצא בקצת משפטי ודיני האומות מה שהוא יותר קרוב לתקון הסדור המדיני ממה שימצא בקצת משפטי התורה." שם.

41. ראה מה שכתב הראי"ה קוק ב"אורות התשובה" פרק י"ג אותיות א-ג.

42. בדומה למה ששמואל הנביא מזהיר את העם בפרשת המלך (שמואל א' ח:י"א-י"ז:) זה יהיה משפט המלך אשר ימלך עליכם, את בניכם יקח ושם **לו** במרכב**תו** ובפרשיו ורצו לפני מרכב**תו**... ולחרש חרי**שו** ולקצר קצי**רו** ולעשות כלי מלחמ**תו** וכלי רכ**בו**... ואת עבדיכם ואת שפחותיכם ואת בחוריכם הטובים ואת חמוריכם יקח ועשה למלכ**תו**."

43. הר"ן מסביר "חטאם של ישראל בדבר המלוכה אשר שאלו... שהם רצו שעקר המשפט במה שבין אדם לחבירו יהיה נמשך מצד המלכות... שהם ראו שמה שצריך לסדור המדיני יהיה מתוקן [יותר] כשימשך מצד המלכות משימשך מצד השופט... [ו]ישראל נטו בעת ההיא יותר לתקון קבוצם המדיני... ומפני זה אמר ה' לשמואל: 'לא אותך מאסו כי אם אותי מאסו ממלוך עליהם', כלומר, כי הם בוחרים [יותר] בתקון ענינם הטבעי משיחול עליהם ענין אלקי."

44. סנהדרין כ' ב' ד"ה "כל האמור", בבא בתרא נ"ה א' ד"ה "ורב הונא".

45. סנהדרין שם ד"ה "מלך מותר".

46. ראה מלכים א' פרק כ"א.

למימר דלא המליכו לאחאב מן השמים [ו]אדרבא היה מורד במלכות בית דוד שהיתה קיימת באותה שעה, שהרי ה' יתברך קרע הממלכה מבית דוד [חוץ] משבט יהודה לבדו, וכל מלך שהמליכוהו עשרת השבטים עליהם דין מלך יש לו לכל דבר". מכאן רואים שהר"ן סובר שכל מלך ישראל, אפילו מלך רשע כאחאב, יש לו סמכויות ודיני מלך לכל דבר כל עוד זכה לתמיכת העם בו.[47]

גם בביאורו[48] להגבלת התורה "לא ירבה לו כסף וזהב"[49], כתב הר"ן "דמאי דאסר רחמנא על המלך שלא ירבה לו כסף וזהב, היינו שלא יבקש מס גדול כדי להתעשר אלא כדי הוצאות שכר חיילותיו." מכאן מוכח שמותר למלך לגבות מהציבור את הוצאות שכר חיילותיו ולגבות מיסים, למרות, שלפי פשוטו, מדובר במלך ישראל בארץ ישראל.

מעבר לכך, יש לדייק בלשונו של הר"ן המנמק את שיטתו במציאות המשפטית ש"כל ישראל שותפין" בארץ ישראל. גם אם מצד האדנות והשררה של המלך (המובאים בחושן משפט סי' שס"ט) לא חלים חובות מס בארץ ישראל, עדיין יש חובה מדין שותפות בקרקע (המובאים שם בסי' קס"ג) לשלם מיסים, ויש מקום לחייב יחידים מתוך הקהילה לפרוע מיסים מדין השותפות שלהם בקרקע.

להלכה, הבית יוסף פסק נגד הר"ן ש"דינא דמלכותא דינא" שייך גם במלך ישראל.[50] מכל מקום, הפוסקים לא התעלמו מדברי הר"ן להלכה והעדיפו לפרש את דבריו באופנים אחרים.[51]

---

47. ואין לפרש דברי הר"ן שעונה על שאלת התוספות רק לשיטתם שמלך מותר בו כיוון שהר"ן בעצמו כותב בחידושיו בבא בתרא נ"ה, "דכי אמרינן דינא דמלכותא דינא לא אמרו אלא בדבר שהם חוקי המלכים, שלכל המלכים יש חוקים ידועים, אבל מה שהמלך נוטל בזרוע אינו דין, שהרי אפילו במלכי ישראל **כתב להם שמואל מה שהמלך מותר בו**, כדאמרינן בסנהדרין: כל הכתוב בפרשת מלך מלך מותר בו, וכל שבא ליטול מבני ארצו יותר מכאן אינו דין, וזהו שאמרו דינא דמלכותא דינא."

48. סנהדרין כ"א ב' ד"ה "לו דנשים".

49. דברים י"ז, י"ז.

50. על דברי הטור חו"מ שס"ט שדינא דמלכותא דינא נוהג "בין שהוא מלך עובד עבודה זרה בין שהוא מלך ישראל" כותב הבית יוסף: "כך כתב הרמב"ם בפרק הנזכר [ו]טעמו משום דאם לא כן כי מקשינן [בבבא קמא קי"ג א] 'להבריח מן המכס מי שרי, והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא' הוה ליה לשנויי–לא קשיא כאן במלך ישראל כאן במלך גוי." אולי אפשר לתרץ ששמואל לשיטתו שמלך זוכה בכל האמור בפרשת המלך ולכן אי אפשר לתרץ דמיירי במלכי ישראל. ראה דינא דמלכותא בישראל ובעמים, הרב שלמה טנא, התורה והמדינה כרך א' עמוד 46. ראה גם "האם יש למדינת ישראל דינא דמלכותא דינא?", הרב עובדיה הדאיה, בשו"ת ישכיל עבדי חלק ו עמ' רפ"ה ש"במקום שהמפרשים והפוסקים חולקים בהלכה, נקטינן כהפוסקים שכך כתבו להלכה ולמעשה ולא כהמפרשים, שאינם אלא בדרך פירוש ולא בדרך פסק." הרמב"ם, הרשב"א, המאירי, והריטב"א כולם פוסקים שדינא דמלכותא דינא גם במלך ישראל. "חוקי המדינה ותוקפם לפי ההלכה", ר' שמואל הכהן וינגרטן, התורה והמדינה כרך א' עמוד 59, 73-71. אבל ראה "יסודות דין המלכות בישראל ובעמים", הרב הרשל"צ בן ציון מאיר חי עוזיאל, התורה והמדינה כרך א' עמוד

ה. סיכום ומסקנות בדינא דמלכותא מכח השליט

א) אף שיש פוסקים רוצים למצוא בסיס להשתמטות מתשלומי מסים בארץ ישראל מתוקף דברי הר"ן בנדרים, עיון במכלול דברי הר"ן מוכיח בעליל, שגם לשיטתו יש למלך ישראל בארץ ישראל את כל הזכויות לדרוש מסים מנתיניו לצורכי המלכות, ודינו דין לכל דבר. רק אם המלך חורג מסמכויותיו ומנסה להרבות לעצמו נכסים ועושר ניתן לומר שאין לו סמכות לגבות מהעם מסים לצרכים אלו.

ב) גם אם אין המס חל מדין אדנות ושררה של המלך, עדיין יש מקום לומר שהוא חל מדין שותפות, שהרי שותפים רשאים לחייב אחד את השני לפרוע את חלקם למען השותפות, ואם כל ישראל שותפים בארץ ישראל, יש סמכות לגבות מהם מס מדיני שותפים.

ב. דינא דמלכותא מכח הסכמת העם

בניגוד לגישות המבססות את "דינא דמלכותא דינא" על כח השררה ואדנותו של המלכות הבא מלמעלה למטה, יש רעיון אחר לביסוס "דינא דמלכותא דינא" מלמטה למעלה - שהמלכות שואבת את כוחה מהסכמת העם לקבלה עליהם. הרשב"ם מסביר את "דינא דמלכותא דינא" כדלהלן:

> כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא ואין למחזיק בממון חבירו על פי חוק המלך הנהוג בעיר משום גזל.[52]

אף שלא כל עם ומדינה יכול להצביע על איזו מעמד כמעמד הר סיני שבפועל קבל כל העם ב"נעשה ונשמע" את חוקי התורה, מכל מקום אנחנו מניחים הסכמה עקרונית של כל בני מדינה לחוקי השלטון שלהם. אולי עצם העובדה שאדם מחליט מדעתו להישאר תחת שלטון מסויים ונהנה משירותיו, נחשב כאילו קיבל על עצמו בפועל את מרות אותו שלטון לכל עניין של ציות לחוקיו.[53]

---

83 שנוקט בפשיטות דברי הר"ן שאין דינא דמלכותא דינא בזמנינו בארץ ישראל ושגם הרמב"ם אמר דבריו "דוקא למלך שנמלך על כל ישראל ומאת המקום." שם עמ 87.

51. ראה למשל שו"ת חתם סופר חו"מ סי' מ"ד והדיון בדבריו לקמן. ראה מעדני ארץ שם, ו"דין המלכות בישראל ובעמים" שם שמנסה לבנות סמכות המלכות לפי הר"ן על דין "מלך פורץ לו גדר ואין מוחה בידו." ראה גם פסקי דין רבניים, חלק ו' עמוד 376-381, בפסקו של רב אלישיב שמסתמך על דברי הריטב"א נדרים כ"ח כדי להוכיח שיש דינא דמלכותא דינא גם במלך ישראל לגבי דינים מקובלים ולא לגבי גזירות חדשות שלו.
52. בבא בתרא נ"ד ב' ד"ה והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא.
53. אפשר להתאים רעיון זה למה שהובא לעיל בשם הר"ן, שבני המדינה כפופים למלכות מפני שהמלך יכול לגרשם מארצו. הבחירה של בני המדינה לא לעזוב את ארצם ושל המלך לא לגרשם מהווה הסכמה עקרונית ל"חוזה חכירה" של בני המדינה כלפי השלטון. בספר "דבר אברהם" (שם, שם) נדחק לבאר שגם הרשב"ם מתבסס על דינא דמלכותא מדינא דכיבוש, ואין סתירה בין

גם הרמב"ם בסוף דבריו על "דינא דמלכותא דינא" מדבר על הסכמת העם:

> במה דברים אמורים [שדינא דמלכותא דינא] במלך שמטבעו יוצא באותן הארצות שהרי **הסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתן** שהוא אדוניהם והם לו עבדים אבל אם אין מטבעו יוצא הרי הוא כגזלן בעל זרוע וכמו חבורת ליסטים המזויינין שאין דיניהן דין.[54]

הרמב"ם מדבר על מושגי אדון ועבד אבל מוסיף את הענין של הסכמה וסמיכות הדעת. כנראה, שגם הוא סבור שכח המלכות מבוסס על עצם הסכמתו של העם לקבל עליהם את המלכות, ורק כתוצאה מכך יש למלכות את תוקף משפט המלך שהזכיר הרמב"ם בהלכות מלכים. הבנה זו די דומה לחידושו של הראי"ה קוק שכתב[55] "נראים הדברים, שבזמן שאין מלך, כיון שמשפטי המלוכה הם גם כן מה שנוגע למצב הכללי של האומה, חוזרים אלה הזכיות של המשפטים ליד האומה בכללה."[56]

מעבר לכך ניתן להבין מדיני חרמות שיש כח בכל ציבור לחייב את עצמם בהסכמה ציבורית שיש לה תוקף מעבר לסתם התחייבות בין אדם לחבירו.[57]

יש כמה יתרונות לרעיון זה של הסכמה על פני הרעיון של שררה ואדנות. א) המושג של הסכמה מתאימה יותר לשיטה הדמוקרטית שנהוגה ברוב העולם המודרני ב) המושג של הסכמה עשויה לחייב באותה מידה גם בארץ ישראל וגם בחוץ לארץ, ואין צורך בדיון אם דינא דמלכותא נוהג בארץ ישראל או לא.

א. התאמה למושג המודרני של שלטון ודמוקרטיה

גישת הרשב"ם דומה לרעיון הפילוסופי הנקרא Social Contract Theory שהתפרסם והתפשט במאות השבע-עשרה והשמונה-עשרה למניינם,[58] ומקובל היום במדינות החפשיות כבסיס לממשל. הרעיון מנסה להסביר את היחס בין המדינה ואזרחיה כחוזה הדדי בין כל בני המדינה. בתמורה לזכויות שהאזרחים מקבלים זה מזה על ידי השלטון שייפו את כוחו, מתחייבים לשלטון וזה לזה, לכבד ולקיים

יסוד ההסכמה של הרשב"ם לגדרי כיבוש מלחמה של הר"ן, וגם הפקר בי"ד הפקר מבוסס על כך שיש הסכמה של הציבור "והמחום הציבור עליהם".

54. רמב"ם הלכות גזילה ואבידה פרק ה' הלכה י"ח.

55. שו"ת משפט כהן סי' קמ"ד. ראה גם דברי האברבנאל (שמואל א' א:כ"ה) שמסביר שגם למלכות המתמנה מן השמים דרושה הסכמת וקבלת העם, ולכן כתוב (שם י"א:י"ד) "לכו ונלכה הגלגל ונחדש שם המלוכה."

56. מכל מקום יש הבדל כנראה בין קבלת המלכות של הרמב"ם והאחרונים ההולכים בעקבותיו לבין קבלת **חוקי** המלכות של הרשב"ם. ייתכן שלפי הרמב"ם סמכויות המלכות מוגבלים ל"משפט המלך", מה שאין כן לפי הרשב"ם שאפשר לייחס קבלה על כל חוק שיהיה.

57. ראה משפט החרם של הרמב"ן.

58. **עיין-**John Locke, Second Treatise of Government (1689), Thomas Hobbes, Leviathan (1651).

תנאים מסוימים. גישה זו דומה גם לרעיון הסכמות ותקנות הקהילות, כפי שנבאר להלן, המבסס את כח בית דין לנהל את עניני הציבור על פי הסכמתם של הציבור.

ב. שילוב רעיון כח השררה וכח ההסכמה

החתם סופר" שילב בין רעיון השררה של הר"ן וסיעתו ורעיון ההסכמה של הרשב"ם ולימד חידוש בענין חלות "דינא דמלכותא דינא" בארץ ישראל. בתשובה יסודית בענין השגת גבול נגד חוק המדינה בעסקי תיווך יין, חקר ה"חתם סופר" את יסודות "דינא דמלכותא דינא" ואימץ את גישת הסכמת וקבלת בני המדינה, והוסיף שגם גישת הר"ן של אדנות המלך על ארצו אינה סותרת את גישת הרשב"ם של ההסכמה. לדעתו, הר"ן "לא פליג אלא במסים ומכס שמטיל [המלך] על כרחם [ואז] לא שייך לומר בני מדינה ניחא להו, אלא [עדיין אומרים דינא דמלכותא דינא] משום שהוא אדון הארץ... אבל במנהגים ונימוסים כמו [עניני קניני קרקעות] מודה הר"ן דהטעם משום דניחא להו."[59] ניתן לומר על מסים שנועדו למימון צורכי המדינה שהם קרובים ל"מנהג ונימוס בני המדינה" ולא נחשבים כמס בעל כרחם ולכן אף בארץ ישראל ניתן לגבות מיסים אלו.[60]

ה"חתם סופר" גם צירף מקור נוסף ל"דינא דמלכותא דינא" שממנו למד גם את מקור הסמכות לתיקון המדינה. בגמרא[61] שנינו ש"מלכותא דקטלא חד משיתא מעלמא לא מיענשא... שנאמר (שיר השירים ח', י"ב) 'ומאתים לנוטרים את פריו' – למלכותא דארעא", כלומר שאין עוול במלך שמסכן את אזרחיו לצורך ציבורי, אפילו בסכנה העלולה לבוא לידי איבוד שישית מאזרחיו. מכאן נראה, שלצורך תיקון

---

59. שו"ת חת"ס חו"מ סי' מ"ד. ראה בקונטרס "סלע מדינה" סי' ד', שרצה להביא ראיה לדברי ה"חתם סופר" הללו משו"ת המיוחסות לרמב"ן סי' כ"ב, ששם כתב "כל שיש טעם במה שהמלך מצוה, ומנהיג דבר לתקון הנהגת המדינה, יכול הוא לומר: ממון שראוי להיות לזה מן הדין, יהא לחבירו. ולא אמרינן: חמסנותא הוא, ולאו דינא, אלא כשנוטל בלא טענת דיני המלכות, וכ"ש במדינות שהארץ כולה שלו, ויכול הוא לעשות בה חוקים כמו שירצה, שע"מ כן הוא מחלקה להם, ועל פי חוקי המלך קבלוה יושביה. וכל שכן כשהכריזו. ויש כח למלך להפקיע ממון בכי הא". אולם דברי ה"חתם סופר" מוסבים על שיטת הר"ן שלא בהכרח מקבל את העמדה שמביע הרשב"א, שהרי הר"ן לא דיבר על כך שבני המדינה מקבלים את מלכותו אלא שהמלך הוא הבעלים על המדינה, ומסברא כשהמלך אינו אדון, אין מקום לראות במי שקם להנהיג במקומו, סמכות לחייב מסים. עוד כתב שם להוכיח מדברי הרמ"א נגד ה"חתם סופר", שהרי פסק בסימן שס"ט סעיף ח' לדעת הר"ן שאין "דינא דמלכותא" נוהג בדברים שניחא להו. אולם לדברינו, הרי מוכח מדברי הר"ן עצמו בחידושיו, שהוא סובר כדברי ה"חתם סופר" שיש מושג של "דינא דמלכותא" גם בארץ ישראל, ועל כרחך שדברי הרמ"א מוסבים רק על שיטת "היראים" ולא על דברי הר"ן שמוכח מהם כדעת ה"חתם סופר".

60. בספר "משפטי מלוכה" כתב שדן לפני הגרי"ש אלישיב והביא דברי ה"חתם סופר" אלו להלכה, וכך גם בפסקי דן רבניים חלק ו עמוד 376-381 יש פסק של הגרי"ש אלישיב בעניין "דינא דמלכותא" בארץ ישראל וכתב כדעת ה"חתם סופר". וכך גם פסק הגרש"ז אויערבך בספר "מעדני ארץ" סי' כ'.

61. שבועות ל"ה ב', ועיין תוס' שם ד"ה "דקטלא".

המדינה רשאי המלך להוציא למלחמת הרשות, ואם כך, בודאי שרשאי לקחת ממון אזרחיו, אפילו בשעת שלום לצורך תיקון המלכות.

ג. היקף הסמכות

כפי שהזכרנו לעיל, אם נבסס את "דינא דמלכותא" על כח אדנות ושררה, יהיה הדין מצומצם לדברים שנוגעים לקרקע או לדברים המפורשים בפרשת המלך. לעומת זאת, כשנבסס את "דינא דמלכותא" על הסכמת העם, ייתכן שלא תהיינה הגבלות מלאכותיות לחלות של "דינא דמלכותא", וכמו שכותב הרשב"ם ש"כל מסים וארנוניות ומנהגות" מוסכמים ומקובלים לבני המדינה. אולם, השלחן ערוך לא קשר את המחלוקת בהיקף "דינא דמלכותא" במחלוקת הראשונים בנימוק הדין.[62]

ד. חובת ציות

יש יתרון נוסף בגישת ההסכמה בכך שהוא עשוי ליצור בסיס לחיוב מוסרי לציית לחוקי המלך כמו כל התחייבות אישית. לכאורה, חידושו של הרשב"ם יוצר התחייבות מוסרית של הציבור כלפי שלטון החוק גם בנוגע לתשלום מיסים וגם בקיום חוקי המיסים לפרטיהם. מצד אחד משמע מסוף לשון הרשב"ם ש"דינא דמלכותא דינא" רק נותן חותמת והכשר ממוני למה שהמלכות עושה על פי רצונה. אולם מצד שני, הענין של קבלה מרצון שמחדש הרשב"ם יכול להוות בסיס לחייב את בני המדינה לקיים לכתחילה את רצון השלטון ולא לעבור על החוקים שקבלו על עצמם.

אחד יחיד בראשונים, המאירי, תופס בהבנה רחבה ותקיפה את הכלל "דינא דמלכותא דינא", ככולל "איסור" לעבור על תקנת המלך או להעלים את מיסיו:

> כל מה שאמרנו בדין המלכות שהוא אצלנו דין גמור הוא בחוקים שחקק הן לתועלתו הן לתועלת נכסיו אפילו חקק שיהא כל אדם נותן לו כך וכך בשנה או כך וכך ממשאו ומתנו או כל שיעשה כך יטול המלך ממנו כך וכך או כל שכיוצא בזה אף על פי שהוא כנגד דינים שלנו דין הוא **ואסור לגוזלו או לעבור על מה שתיקן** שכך הוא ראוי לו מצד מלכותו על דרך האמור במלכי ישראל: כל האמור בפרשת מלך מלך מותר בו.[63]

---

62. ראה שו"ע חו"מ סי' שנ"ו סעיף ז, סי' שס"ט סעיפים ח' וי"א.

63. "חידושי המאירי" בבא קמא ק"ג. אולם ראה בחידושיו לנדרים כ"ח א' שכתב בשינוים קלים אבל משמעותיים "כבר ביארנו בהרבה מקומות שלא נאמר דינא דמלכותא דינא אלא בדבר שהמלך עושה חוק קבוע דרך כלל ולא שיחדש דבר לאיזה יחיד בפרט וכל שעשהו דרך כלל **דין גמור הוא ואסור בהעלמתו או בהברחתו כגניבה גמורה**, ודבר זה אין בו חילוק בין מלכי ישראל ומלכי אומות העולם שהרי אף במלכי ישראל פסקנו בשני של סנהדרין שכל האמור בפרשת מלך על ידי שמואל הנביא מלך מותר בו." במקור זה לא הזכיר המאירי שיש איסור מקיף "לעבור על

כנראה המאירי מסתמך על קבלת העם והסכמתם, כפי שמשתקף מפירושו לסוגיית כרגא וטסקא:[64]

> למדת שהדין שהמלך חוקק בפרט בנימוסיו על הכל בשווה ואינו מחדשו לאחד בפרט דרך תואנה וכעס וכן שאינו בא עליו מחמת ספריהם אלא מחמת דין גמור הוא [בא עליו], **סתם הדברים הרי הוא כקבלוה עליהם**.

מכאן רואים שגם כאשר המאירי מעניק למלך סמכות לחוקק חוקים, מקור יניקת סמכות המלך וחובת הציות לחוקיו נובע, למעשה, מהסכמת העם הסתמית לחוקיו, כמו שכתב הרשב"ם, וקבלתם היא שמחייבת אותם ולא עצם משפט המלוכה.

גם באחרונים מצאנו רק מקורות בודדים שמהם משמע ש"דינא דמלכותא" יוצר חובה אישית מקיפה לציית לחוקי המלך כמו "דין" גמור. בשו"ת מהרש"ך הדגיש שלדעתו "דינא דמלכותא דינא" הוא חוק ולא יעבור **שאסור** לבטלו, ומה שהתירו הר"ן, הרא"ש ורש"י[65] הברחת מכס, הוא רק באדם שקנה את המכס מאת המלך ולא במלך עצמו או ממונה מטעמו, כי אז יש איסור של "ביטול דינא דמלכותא דינא" שאסור לדבריו.[66] מצאנו גם ב"משנה למלך"[67] שכתב לבאר את הסיבה שהרמב"ם השמיט דין הפקעת הלוואה של מוכס נכרי הממונה מטעם המלך לגבות מיסים עבורו. הוא מסביר, שמאחר שהמלך גזר שלא יבריחו מכס, יש איסור גזל בהברחתו ולא הוי כמו הפקעת הלוואה שמתייחס אך ורק למוכס שקנה מאת המלך רישיון לגבות מיסים לעצמו.[68]

מה שתיקן", אלא איסורי התורה של גניבה, בדומה לדברי הרמב"ם על מבריח מס מהמלך, בהלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה י"א .

64. חידושי המאירי בבא בתרא נ"ה א' ד"ה "שדה".

65. ראה דברינו בהמשך בפרק א. דינא דמלכותא דינא והברחת מיסים במלך גוי ומוכס גוי עמוד 218.

66. שו"ת מהרש"ך ח"ב סי' רי"ט: "הברחת המכס לא דמי להפקעת הלוואתו כיון דזכות המלך במכס הוא מחוק המלכות ודינא דמלכותא, אין להפקיע ממנו שום זכות שזוכה בו מצד שהוא מלך **כי בזה הוא מבטל דינא דמלכותא**... אבל בדבר שזוכה מצד שהוא מלך **אין לבטל חק מחקי המלכות, דדינא דמלכותא דינא**." ראה גם לשונו שם חלק ב' סי' כ"ז שכתב כעין זה "והנה עושי ההסכמה הזאת **הם עוברים על מצות המלך** שהמלך גזר ... ואמר שמואל בהגוזל בתרא ... שדינא דמלכותא דינא." ראה שו"ת "משפטים ישרים" חלק א' סי' קי"ג שהשיג על דברי מהרש"ך בעניין דינא דמלכותא דינא. ראה גם דברי הרב אברהם אליהו קפלן, בעל "דברי תלמוד" שהובאו להלן.

67. רמב"ם הל' גזילה ואבידה פ"ה הלכה י"א.

68. לכאורה צ"ע, שהרי אם אמרנו שיש לציית לממונה מטעם המלך בגלל שהוא מייצג את חוקי המלך, באותה מידה גם ממונה שקנה מאת המלך את הזכות לגבות מיסים מגובה אף הוא בחוקי המלכות, ויש את אותה מחויבות לשלם לו מיסים, ומדוע כאן הותרה הפקעת הלוואתו? ניתן לבאר, אם כך, שכוח המלך גורם שהפקעת ההלוואה אינה חלה כאשר הממונה מייצג את המלך, כיוון שכל פעם שמפקיעים את ההלוואה היא נוצרת מחדש בגלל שהממונה מייצג את אותה סמכות שיצר את החוב הראשוני. אולם כשהמלך מוכר את זכות הגבייה, אף שהממונה רשאי על פי חוקי המלך לגבות, אין לו את כח המלך לבטל את הפקעת ההלוואה שנוצרה כאשר הנישום משתמט מתשלום, כיוון שהחוב אינו בידי המלך, ולכן אין מה שייצור חוב מחודש אחרי שהופקע

החת"ס[69] השיג על דבריו, שהרי אין למלך סמכות לתקן דין שאסור להפקיע הלוואתו כיוון שהפקעת הלוואה מותרת מן התורה ואין סמכות למלך לתקן דין שמתנגד לדין תורה.[70] לדעתו, הדרך היחידה להסביר איסור הברחת מכס היא באמצעות מחילה והסכמה שהסכימו ביניהם תושבי המקום שלא להבריח:

> אבל ייתכן יותר לפי מה שכתבתי לעיל לרמב"ם דסבירא ליה אפילו במלכי ישראל הדין כן [דינא דמלכותא דינא] על כרחך סבירא ליה [למשנה למלך] כהרמב"ם דאפילו מיסים וארנוניות הטעם משום ברצונם קבלו ומחלו ולזה יש קצת מקום לומר שזה בכלל קבלתם ומחילתם שלא להבריח ועדיין צ"ע.

מכל מקום, הכלל "דינא דמלכותא דינא" במקורו הטהור, גם לפי הסוגיות שבה הוא מופיע וגם לפי לשון הראשונים בהסבר הכלל,[71] הוא לא יותר מחותמת בדיעבד על מעשיהם של מושלים שאינם כפופים לדיני תורה שמכשיר את מעשיהם מחשש איסור גזל עם ההשלכות הכרוכות בכך על פי דיני תורה. אף שאפשר להוכיח מכלל זה שיש סמכות לכתחילה למלכות לחוקק חוקים ולגבות מיסים, אין הכרח לגזור מכאן שהתורה מטילה חיוב הלכתי ומוסרי על איש ישראלי לציית לחוק ולעמוד בכל דרישותיו.[72]

בעל שו"ת משפטים ישרים[73] מחדד נקודה זו באופן ברור:

כבר. על פי זה, מיושב קושיית החת"ס על המל"מ, משום שאין כאן חוק שלא להפקיע הלוואת המלך אלא שסמכות המלך מונעת אפשרות של הפקעת ההלוואה, משום שהיא נוצרת בכל עת מחדש.

69. שו"ת חו"מ סי' מ"ד.

70. לכאורה, הגדרת ה"חתם סופר" לחוקים הנוגדים את דיני התורה, רחבה מדי. הרי לפי דבריו, כל חוק שמגביל את מה שהתורה לא הגבילה הרי הוא מתנגד לדיני התורה. אולם ה"היתר" להפקיע הלוואת הגוי אינו סתם דבר שהתורה לא אסרה. מובן מאליו שחוקי כל מדינה שוללים הפקעת הלוואות, ובכל זאת התורה התירה זאת. לפיכך, יש קפידא מדיני תורה להתיר דבר זה, ואינו ככל דבר אחר שהתורה לא נגעה בו וממילא הוא מותר. משום כך, קשה לקבל את יישובו של "מעדני ארץ", שביעית פרק כ', לקושיית ה"חתם סופר", שכאן מדובר במלך שמחוקק חוק שאסור להפקיע הלוואתו ואז מדין תורה יהיה אסור לעבור על חוקיו. ברור שכוונת התורה להתיר הפקעת הלוואה בכל מצב, אפילו כשיש חוק נגד זה, ואם כך, אפשר לומר, שהתורה רק נתנה למלך זכות גבייה אך לא חייבה את הנישום להביא את חוקו אל המלך הנכרי, אף שהוא דורש את זאת.

71. ראה למשל לשון הר"ן (נדרים כ"ח א) "וכי אמרינן דינא דמלכותא דינא הני מילי לענין שאם קנה אחד מכס זה חייבים ליתן לו את המכס וכן נמי אם לא קנה אותו אלא שהוא ממונה לגבות את המכס שאינו רשאי ישראל חבירו לישבע שהן תרומה דליכא אונסא כיון דדינא דמלכותא דינא". וכן לשון הרשב"ם (בבא בתרא נ"ד ב) "הלכך דין גמור הוא ואין למחזיק בממון חבירו על פי חוק המלך הנהוג בעיר **משום גזל**" וכן לשון רש"י (בבא קמא ק"ג א') "דינא דמלכותא דינא - וזה שקיבל את המכס מן המלך בדבר קצוב כך וכך לשנה **אין גזלן**."

72. עוד הוכחה לכך: אם הסיבה שהלכתא כשמואל דמלך מותר בו הוא משום שהלכתא כשמואל בדיני, ניתן להוכיח שענין משפט המלך מוגבל דווקא למישור הממוני ואין בו פן איסורי.

73. שו"ת משפטים ישרים חלק א סי' ק"ג.

> באמת כי מאד מאד קשה לתת חילוק בי[ן הפקעת הלוואה של גוי לבין הברחת מכס ממלך גוי] דנהי שאמר שמואל דינא דמ"ד היינו לישוויי הממון שגובה המלך היתר ואינו גזל [מצד המלך], ודי לנו אם יהיה כממונו שעל זה איטפל שמואל להודיענו לא זולת זה.

הוא מביא את דברי מהרש"ך שיש איסור בהפרת חוקי המלך וחולק על עיקר טענתו:

> ולקוצר דעתי קלוס ושבח חזינא ושום ריח חילוק לא חזינא... ומה בכך אם יפסיד המלך ואם חוששין להפסדו, גם בהפקעת הלוואתו נחוש, והוא ז"ל עצמו כתב דבהלוואה אין חילוק בין מלך לכותי. ועוד, היכן זה כתוב והיכן נרמז בדברי שמואל וג' תיבות אמר שמואל דינא דמלכותא דינא, **והיינו לומר שהוא היתר וכממונו** ותורה זו שנחוש להפסד המלך היכן היה?... ופוק חזי מאי עמא דבר והמנהג פשוט בכל העולה להבריח מן המכס בכל מה שיכולין ודי להם לישראל בחומרות חז"ל הלואי יקיימו אותם לא שנוסיף עליהם חומרות שאינם מעיקר הדין כלל.

גם הרב אברהם אליהו קפלן בספרו "דברי תלמוד" קובע:

> כלל: אין אדם חייב לקיים מצות המלך, בין במלך ישראל [חוץ ממלך המשיח] ובין במלך עכו"ם, אלא שהמלך יש לו רשות להכריח ולענוש [לקיים מצותיו]... אבל אין אדם חייב לשמוע בקולו מעיקר הדין, רק מתורת חסידות ודרך ארץ.[74]

להלן, נדון בקושי שבהרחבת החיוב המוסרי של יהודי לציית לכל חוקי המדינה. מבחינה מעשית, אין כמעט נפקא מינא בצמצום החיוב המוסרי של הכלל דדינא דמלכותא, כיון שלרוב קיימים איסורים של גזל ושל חילול השם והחיוב לעמוד בהסכמות ולנהוג בדרך ארץ אשר יחייבו מעצמם ציות לחוק.[75]

ג. סיכום גישת "דינא דמלכותא"

ראינו שהמשפט "דינא דמלכותא דינא" הוא בעיקר הכרה הלכתית בסמכות שלטון

---

74. "דברי תלמוד" כרך א' דף ק"ע תשובה בדין גזל נכרי, אבדתו, טעותו, הפקעת-הלואתו ודינא דמלכותא. מצאנו כדבריו גם ב"שערי יושר" (שער ה' פרק ה' ד"ה "עוד נראה לי") בהסבר ההיתר להבריח את המכס. אבל בירחון "הפרדס" שנת כ"ה, חוברת ח', ס' ע"ז כותב רב קלמן ליכטנשטיין בענין דינא דמלכותא דינא סברה ממש הפוכה וז"ל: "דינא דמלכותא דינא אין הפירוש שדיניהם הוא דין, אלא הפירוש הוא שאנחנו מחוייבים לציית דינא דמלכותא והוא דין אקרקפתא דגברא, ואינו אלא דין איסורי, וכשלא קיים עבר על דין זה [של דדמ"ד]. ראה גם דברי יחזקאל ס' נ"א.

75. אולם ראה שו"ת "מחנה חיים" חלק ב' חו"מ סי' מ"ו ד"ה "אך בנידן" שראה עונש שהחוק גוזר כחרב פיפיות: העונש הוא חומרא וקולא גם יחד, כלומר שכל מי שמקובל עליו לספוג את העונש אין מניעה הלכתית או מוסרית לעבור על החוק ולהסתכן בקבלת העונש. מכל מקום דבריו לא כל כך ברורים שהרי במקרה שלו הסכים שאם היה "עונש" אחר בחוק היה הדין שונה.

מדינה לגבות מיסים לסוגיהם בעל כרחם של בני המדינה שאילולא כן היה בכך גזל. הסמכות הזאת יכולה לצמוח ממשפטי המלוכה, כזכות מעוגנת של כל מלכות או שלטון, או מאדנותו ובעלותו של המלך על ארצו. הסמכות הזאת קיימת גם במלכות גוי, גם במלכות ישראל, גם בחוץ לארץ וגם בארץ ישראל, אף אם יש מגבלות שונות לכל אחד ולא תמיד הסמכות מכונה באותו שם. עיקר מחלוקות הפוסקים ב"דינא דמלכותא דינא" מתרכזות בהיקפו ותקפו בדיני ממונות ומשפטים בין אזרח לאזרח ולא בסמכות השלטון לקחת בעל כרחם של בני המדינה. מבחינת בני המדינה ביחס לשלטון שגובה או תובע מהם מיסים שונים, המשמעות היחידה שניתן ללמוד מ"דינא דמלכותא דינא" הוא שמתייחסים לשלטון כבעל חוב או תובע, ולא כגזלן. אף שלשלטון יש כח לחוקק ולאכוף, לאזרח **אין** מצווה דתית או חיוב אישי לקיים ולא לעבור על חוקי וגזירות המלכות מכח "דינא דמלכותא דינא." מחדל זה ואחרים אלצו כמה מהראשונים ורוב האחרונים לצרף ולשלב "דינא דמלכותא דינא" עם התיאוריה של הסכמה וקבלה, לפיה בני המדינה הם שותפים או בעלי ברית לחוזה הדדי בינם לבין עצמם ובין המלכות שהסכימו וקבלו על עצמם. בני המדינה הם, ורק הם, מסמיכים את המלכות והם גם מסכימים ומתחייבים לקיים את החוזה, כלומר: חוקי המדינה.

אף שהראשונים לא פיתחו ועיבדו את רעיון הסכמת הציבור די צרכו בקשר ל"דינא דמלכותא דינא", מצאנו תורה שלימה בתחום מקביל של "תקנות הקהל". ניתן ללמוד משם מהי מהות החיוב לקיים תקנות והסכמות, מתי מייחסים הסכמה לכל אחד שנכלל בציבור ומתי לא, מי נכלל בציבור שקבל הסכמה, ובאיזה מקרים מותר ליחיד לעבור על הסכמה. נסקור כעת את גדרי "תקנות הקהל" ומידת התאמתם לשלטון המודרני בדורנו.

ג. תקנות קהל

מבוא

בספר "כתר" כרך א' נאמר שאחת מהדרכים היסודיות לביסוס סמכות חוקי המדינה בישראל היא בראיית החוקים כתקנות קהל, שנקבעו על ידי טובי העיר, כאשר המדינה משמשת כקהילה אחת גדולה:[76]

---

76. כתר כרך א', "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה", פרק שלישי וראה דבר אברהם חלק א סי' כ"ט שכתב "נראה שתקנת הקהילות מתאמת בקירוב עם דינא דמלכותא", כלומר, שלדעתו גם "תקנות הקהל" שואב את כוחו מדין דינא דמלכותא. וראה דברי הרב יצחק זילברשטיין בשם חמיו הגרי"ש אלישיב שליט"א שעיריה שמתקנת תקנות ישרות לטובת התושבים, והציבור מרוצה מכך, יש לתקנות תוקף, ואולי נחשבות כ"תקנות קהל" שאסור לעבור עליהם. (עלינו לשבח, במדבר, עמוד תקע"ו). צוין שם גם דעת המאירי, מבבא קמא פ' א': "אע"פ שבמקום פקוח נפש הותרו האיסורין להתרפא בהם, דבר שנאסר מכח תקנה ומחשש פסידת אחרים ראוי

> ציבור יכול לתקן תקנות, המחייבות את כל פרטיו. ציבור זה יכול להיות מורכב מבני מקום מסוים, או אפילו מבני אומנות מסוימת. ורשאי הציבור אף לקנוס את העובר על תקנותיו. עצם דין זה מפורש בחז"ל, וברור ללא חולק.

מהן ההשלכות המעשיות מכך שנאמץ את התפיסה הזאת במקום "דינא דמלכותא דינא"?

כפי שראינו, ביסוד המושג "דינא דמלכותא דינא", הגמרא מתייחסת רק להיתר השלטון להשתמש במשאבי הציבור לצרכיו, מבלי להתייחס לחובת היחיד לציית לחוקי השלטון. נראה שמשמעות יישום המודל של "תקנות הקהל" היא, שיש לתת להם תוקף המחייב את הציות של היחיד לחוקים מדין תורה מעבר לשאלות של גזל הציבור שעשויות להתעורר.

א. בית דין הגדול כמחוקק

השורש לסמכות גוף מחוקק קיים במוסד הסנהדרין. הרמב"ם מתאר את הסנהדרין כגוף המחוקק בישראל. הסנהדרין הם ה"שופטים" שציוותה עליהם התורה: "שופטים ושוטרים תתן לך בכל שעריך...", כמו שכתב הרמב"ם "שופטים אלו הדיינים הקבועין בבית דין ובעלי דינין באים לפניהם." מעבר לסמכותם לשפוט בענינים שבעלי דינין מביאים לפניהם, יש לסנהדרין שלשה תחומי סמכות בחקיקה והוראה:[77]

> אחד—דברים שלמדו אותן מפי השמועה והם תורה שבעל פה, ואחד—דברים שלמדום מפי דעתם באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן ונראה בעיניהם שדבר זה כך הוא, ואחד—דברים שעשאום סייג לתורה ולפי מה שהשעה צריכה והן הגזרות, והתקנות והמנהגות, כל אחד ואחד מאלו השלשה דברים מצות עשה לשמוע להן, והעובר על כל אחד מהן עובר בלא תעשה. הרי הוא אומר: "על פי התורה אשר יורוך"—**אלו התקנות והגזירות והמנהגות** שיורו בהם לרבים כדי לחזק הדת **ולתקן העולם**. ועל המשפט אשר יאמרו" — אלו דברים שילמדו אותן מן הדין באחת מן המדות שהתורה נדרשת בהן. "מכל הדבר אשר יגידו לך"—זו הקבלה שקבלו איש מפי איש.

ברור מסוף דבריו, המבוססים על מדרש תנאים,[78] שבית דין הגדול בירושלים יכול לתקן תקנות ולגזור גזירות בענינים שהם לצורך תיקון העולם, ולאו דוקא שנועדו לחיזוק הדת, ויש מצוות עשה ולא תעשה על הציבור לציית לתקנותיהם וגזירותיהם.

להחמיר בה ביותר", כלומר, שתקנות שנעשו לטובת הציבור דוחים אפילו פיקוח נפש. לסקירה כללית על תקנות הקהילות, ראה הרב ישראל שציפנסקי, "התקנות בישראל" כרך רביעי.

77. רמב"ם הלכות ממרים פרק א' הלכה ב'.

78. מדרש תנאים דברים פרק י"ז:י"א: "בכל מצוה לשמוע להן אפילו בגזרות ותקנות... ".

התקנות נקבעות על פי הרוב שבסנהדרין, ואין צורך בהסכמת כולם.[79] הסמכות שלהם רחבה מאד ויכולים אפילו לעקור דין תורה לפי שעה אם רואים בזה צורך לחזק הדת ולעשות סייג כדי שלא יעברו העם על דברי תורה.[80] בעניני ממונות, יש לבית דין כח להפקיע ממון על פי הכלל "הפקר בית דין הפקר." לדעת רבא בגמרא,[81] השתמש הלל הזקן בכח זה כשתיקן תקנת ה"פרוזבול." על פי דברים אלו, ברור שיש לסנהדרין סמכות לתקן מערכת מיסים, וחייב הציבור לשלם את המיסים ולציית לכל התקנות הנלוות.

ב. סמכות בית דין שאינו בית דין הגדול

הרמב"ם דיבר על סמכות בית דין הגדול שבירושלים, אבל לא ברור אם יש סמכות לבית דין אחר, אפילו הגדול במדינתו וזמנו (וכל שכן סתם וועד של נבחרי הציבור), לתקן תקנות, לגזור גזירות ולהפקיע ממון, והאם גם עליהם יש מצוות עשה ולא תעשה לציית לתקנותיהם. ספר "החינוך" כותב במצוות "ועשית ככל אשר יורוך:"[82]

> ונוהגת מצוה זו בזמן שבית דין הגדול בירושלם בזכרים ונקבות, שהכל מצווין לעשות כל אשר יורו. **ובכלל המצוה גם כן לשמוע ולעשות בכל זמן וזמן כמצות השופט, כלומר החכם הגדול אשר יהיה בינינו בזמננו**, וכמו שדרשו זכרונם לברכה [ראש השנה כ"ה ב] ואל השופט אשר יהיה בימים ההם, יפתח בדורו כשמואל בדורו, כלומר **שמצוה עלינו לשמוע בקול יפתח בדורו כמו לשמואל בדורו.** ועובר על זה ואינו שומע לעצת הגדולים שבדור בחכמת התורה בכל אשר יורו מבטל עשה זה. וענשו גדול מאד שזהו העמוד החזק שהתורה נשענת בו, ידוע הדבר לכל מי שיש בו דעת.

ה"מנחת חינוך" תמה על מקור דבריו של ה"חינוך", וגם מדברי הרמב"ם לא משמע שכל בית דין גדול בזמנו ומקומו נכלל במצוות: "ככל אשר יורוך" ו"לא תסור". מכל מקום, למדנו מכאן מקור אפשרי לחובה לציית לדברי המושלים גם אם אינם בגדר "בית דין הגדול."

ג. שופטים בזמן הזה

"החינוך"[83] במצות "שפטים ושטרים תתן לך בכל שעריך"[84] התייחס למצוות מינוי שופטים בזמן הזה וכתב:

---

79. רמב"ם הלכות ממרים פרק א' הלכה ג'.
80. רמב"ם הלכות ממרים פרק ב' הלכה ד'. ראה יבמות צ' ב'.
81. גיטין ל"ו ב'. לדעת אביי בגמרא, תקנת הפרוזבול היא דוגמה לכח בית דין לעקור דבר מן התורה ב"שב ואל תעשה".
82. "ספר החינוך" מצוה תצה. ראה דברים דומים במצוות "לא תסור" שם תצ"ז.
83. "ספר החינוך" מצוה תצ"א.
84. דברים ט"ז:י"ח.

> וזאת אחת מן המצוות המוטלות על הצבור כולן [כולו] שבכל מקום ומקום, וצבור הראוי לקבוע ביניהם בית דין... ולא קבעו להם, ביטלו עשה זה, וענשן גדול מאד כי המצוה הזאת עמוד חזק בקיום הדת. ויש לנו ללמוד מזה שאף על פי שאין לנו היום בעוונותינו סמוכים, שיש לכל קהל וקהל שבכל מקום למנות ביניהם קצת מן הטובים שבהם שיהיה להם כח על כולם להכריחם בכל מיני הכרח שיראה בעיניהם בממון או אפילו בגוף על עשית מצוות התורה ולמנוע מקרבם כל דבר מגונה וכל הדומה לו. ואל הממונים גם כן ראוי לישר דרכם ולהכשיר מעשיהם ויסירו חרפת העם מעליהם פן יענו אותם על מוסרם שיטלו קורה מבין עיניהם. וישתדלו תמיד בתועלת חבריהם הסמוכים עליהם ללמדם דרך האמת ולתת שלום בכל כחם ביניהם, ויטשו ויניחו וישכיחו מלבם כל תענוגיהם, ועל זה ישיתו לבם ובו יהיה רוב מחשבותם ועסקיהם.

עיון בסיסי בדברי "החינוך" מגלה שהשופטים בזמן הזה, אמנם עלולים להיות "מן הטובים שבהם" אבל הם אינם בגדר "החכם הגדול אשר יהיה בינינו בזמננו" (כלשונו במצוות "ועשית ככל אשר יורוך") ולא עליהם התכוין "החינוך" כשכתב "ועובר על זה ואינו שומע לעצת הגדולים שבדור בחכמת התורה בכל אשר יורו מבטל עשה זה, וענשו גדול מאד שזהו העמוד החזק שהתורה נשענת בו." על הגדולים בחכמת התורה אין צורך להזהיר ש"ראוי לישר דרכם ולהכשיר מעשיהם ויסירו חרפת העם מעליהם פן יענו אותם על מוסרם שיטלו קורה מבין עיניהם... ויטשו ויניחו וישכיחו מלבם כל תענוגיהם..." "החינוך" התכוין, אם כך, למינוי ראשי הקהל הנקראים "פרנסים" או "טובי העיר", ועליהם לא חלה מצוות "ועשית ככל אשר יורוך" ו"לא תסור." המצוות הללו, גם לדעת "החינוך", שייכים אך ורק לגדולי הדור בחכמת התורה ועלינו לשמוע להם מפני שהם הגדולים, והם אינם צריכים מינוי מן הציבור. אולי בגלל זה כתב "החינוך" בהמשך דבריו שעלינו לשמוע "לעצת הגדולים שבדור בחכמת התורה בכל אשר יורו", כלומר, הוראה ופסיקה, ולא הזכיר תקנותיהם וגזירותיהם, שכח הזה אינו אלא ביד הממונים בהסכמת הציבור, שעליהם הוא כתב "שיהיה להם כח על כולם להכריחם בכל מיני הכרח שיראה בעיניהם בממון או אפילו בגוף על עשית מצוות התורה ולמנוע מקרבם כל דבר מגונה וכל הדומה לו", כשכוונתו ל "טובי העיר", השליטים בפועל על הציבור.[85]

---

85. ראה שו"ת הרשב"א חלק א' סי' תרי"ז שכתב "מעתה מה שנחלקו אלו כנגד אלו אם היו טובים שבעה או בינוניים שבהם. מעתה איני רואה עיקר למחלוקתם שהנכבדים שבהם לבינוניים שוה כל זמן שלא נתנו להם הצבור רשות בפירוש בחליפין אלו שלא העמידו אותם פרנסים על הצבור".

ד. פיצול סמכויות ההנהגה בזמן הזה

א. מבוא

בזמנינו, הגדולים בחכמת התורה אינם משתייכים לאיזשהו וועד מוסמך ומוסכם ואינם נבחרים על ידי הציבור. אך על כל פנים, הציבור ההולך אחר עצתם, מקבל אותם מרצונו בגלל מעמדם בתורה ויראת שמים, ולא יעלה על הדעת שבעניני רוחניות נלך אחר וועד נבחר מטעם הציבור שאינם גדולים בחכמה וביראה. עם זה, הגדולים אינם עוסקים בעניינים מדיניים וציבוריים, כגון: תיקון הסדרים הציבוריים, עונשים פליליים, עניינים בטחוניים ואכיפת חוקי המס. מי שמתעסק בדברים אלו הוא וועד של נבחרי הציבור, שאינם דוקא הגדולים בתורה ויראת שמים, או אפילו בני תורה. מצד אחד, לנבחרי הציבור אין סמכות הוראה ופסיקה, והציבור אינו מסמיך אותם לזה, תחום זה שייך רק לגדולי התורה. מצד שני, הציבור לא הרכיב וועד של גדולי התורה ולא הסמיכם לתקן תקנות וגזירות ציבוריות ולנהל ענינים מדיניים, וללא הסכמת הציבור לא שייך לבצע פעולות אלו. המציאות, אם כך, יוצרת פיצול סמכויות ותפקידים, ובדרך כלל מי שמתאים לזה אינו מתאים לזה.

ב. פיצול הסמכויות בהלכה

ב"ספר החינוך" רואים שיש פיצול סמכויות אפילו לכתחילה על פי התורה. במצות מינוי מלך כותב "החינוך":[86]

> וזאת מן המצוות המוטלות על הציבור כולן [כולו] - הזכרים, כי להם יאות לעשות ענינים אלה. ונוהגת בזמן שישראל על אדמתן, וכמו שאמרו זכרונם לברכה 'שלש מצוות נצטוו ישראל בכניסתן לארץ, למנות עליהן מלך, ולבנות בית הבחירה, ולהכרית זרעו של עמלק'. ואל תהרהר בני אחרי דברי לומר ואיך יחשוב אבי זאת המצוה מן הנוהגות לדורות? והלא משנמשח דוד המלך נסתלקה זאת המצוה מישראל שלא יהיה להם למנות עוד מלך, כי דוד וזרעו נשיאים עליהם לעד, 'עד כי יבא שילה' שיהיה מזרעו מלך לעולם במהרה בימינו? שענין המצוה אינו למנות מלך חדש לבד, אבל מענינה הוא כל מה שזכרנו, למנות מלך חדש אם תהיה סיבה שנצטרך לו, וגם כן להעמיד המלוכה ביד היורש, ולתת מוראו עלינו ונתנהג עמו בכל דבר כמצוה וכתורה הידועה, וזה באמת נוהג הוא לעולם.

המלכות היא סוג של סמכות שתלויה בעצמאות עם, כמו יכולתו לארגן צבא ולהלחם באויבים. דברים אלו אינם צריכים להיות בידי השופט, ולדעת החינוך יש מצווה נפרדת להקים מלכות שתרכז סמכויות אלו בידיה. הר"ן בדרשותיו[87] מוסיף

---

86. "ספר החינוך" מצוה תצ"ז.
87. דרוש י"א.

שגם בהליך חקיקת תקנות ואכיפתן יש פיצול תפקידים בין הסמכות התורנית של השופטים לתקן תקנות לחיזוק התורה לבין סמכות המלכות לתקן תקנות לטובת הציבור:

> כל אומה צריכה [משפטים למען] יישוב מדיני... וישראל צריכים זה כיתר האומות, ומלבד זה צריכין אליהם עוד לסבה אחרת, והיא להעמיד חוקי התורה על תילם... עם היות שאין באותה עבירה הפסד יישוב מדיני כלל, ואין ספק כי בכל אחד מהצדדים יזדמנו שני עניינים, אחד יחייב להעניש איזה איש כפי משפט אמיתי והשני שאין ראוי להענישו כפי משפט צודק אמיתי אבל יחוייב להענישו כפי תיקון סדר מדיני וכפי צורך השעה, **והשם יתברך ייחד כל אחד מעניינים אלו לכת מיוחדת** וצווה שיתמנו **השופטים לשפוט המשפט הצודק האמיתי** והוא אמרו "ושפטו את העם [משפט צדק]" כלומר בא לבאר... שתכלית מינויים הוא כדי לשפוט את העם במשפט צדק אמיתי בעצמו ואין יכולתם עובר ביותר מזה. **ומפני שהסידור המדיני לא ישלם בזה לבדו, השלים הא-ל תיקונו במצוות המלך**... נמצא שמנוי המלך שווה בישראל וביתר האומות שצריכים סידור מדיני, ומינוי השופטים מיוחד וצריך יותר בישראל.

קשה לנתח את יישומו של רעיון זה בתקופות שונות של ההיסטוריה היהודית. למשל, משה, יהושע ושמואל כללו בעצמם את כל הסמכויות. בתקופת בית שני, עזרא, נחמיה, מרדכי ואנשי הכנסת הגדולה ריכזו בידם את שתי הסמכויות ולא היתה שום הפרדה בין התפקידים השונים עד לתקופת החשמונאים. גם אחרי החורבן כשגלתה הסנהדרין ליבנה, היה נשיא ישראל רבן גמליאל גם נשיא הסנהדרין,[88] וכן נמשך הדבר עד ימות רבי. הר"ן בדרשותיו התייחס לכך והבין שמוסד הסנהדרין יכול למלא את שני התפקידים:

> בזמן שיהיו בישראל סנהדרין ומלך, [יהיה תפקיד] הסנהדרין לשפוט את העם במשפט צדק לבד, לא לתיקון עניינם ביותר מזה, אם לא שיתן המלך להם כוחו אבל כאשר לא יהיה מלך בישראל, השופט יכלול שני הכוחות-כח השופט וכח המלך.

על דרך זה מסביר הר"ן איך "בית דין מכין ועונשין שלא מן הדין", שלמרות שמצד סמכותם הרוחנית אין להם כוח זה, מצד הסמכות המלכותית שנטלו על עצמם הם יכולים להעניש שלא לפי דין תורה.

כמו כן, סמכות הפקעת ממון של בית דין הנובעת מהכלל "הפקר בית דין הפקר", הינה סמכות שלטונית שאיננה קשורה לתפקיד ההוראה והפסיקה של בית דין

---

88. ראה גיטין נ"ו ב' "ושושילתא דרבן גמליאל" וראה גם סנהדרין ל"ו א: "מימות משה ועד רבי לא מצינו תורה וגדולה במקום אחד" וכמו שפירש רש"י: "תורתן וגדולתן של ישראל באדם אחד שאין כמותו בכל ישראל בתורה ובגדולה כגון משה שהיה גדול על כל ישראל במלכות ובתורה, וכן רבי בנשיאות ובתורה".

מוסמך, אלא מתבססת על היותם עומדים במקום המלך לאכוף את החוקים. הגמרא לומדת דין "הפקר בי"ד הפקר" מפסוק בעזרא: "כל אשר לא יבוא לשלשת הימים בעצת השרים והזקנים יחרם כל רכושו"[89]. ה"דבר אברהם"[90] מסביר שמדובר כאן ב"שרים וזקנים" משום שהכוונה לשררה וממשלה שהיתה בידי בית דין, ושררה זו מעניקה להם את הסמכות להפקיר את נכסי הפרט. על בסיס זה מסביר ה"דבר אברהם" גם את הכלל "דינא דמלכותא דינא" ששייך אפילו בממשלה זרה מתוקף סמכותה כשלטון.

כשם שקיים פיצול בסמכויות ההנהגה, כך יש הבדל בין מקור תוקף סמכותם. בית דין הגדול שבירושלים ינק את סמכותו מלמעלה למטה, מגדלות חבריה וחיוב הציבור להיגרר אחר הגדולים, שהרי חברי הסנהדרין היו מוסמכים דור אחר דור מהשבעים זקנים בתקופת משה רבינו. בחירת חברי הסנהדרין לא היתה בידי הציבור אלא בידיהם.[91] לעומת זאת, יש שררה שהיא יונקת את תוקף סמכותה מלמטה למעלה, מהסכמת הציבור למנות יחידים כשליח ואפוטרופוס מטעמם לדאוג לצרכיהם המשותפים. המושג "בית דין" עשוי לשמש לשני הסוגים של סמכות כפיה – גם סמכות של הוראה ופסיקה וגם זו של שררה ושלטון.[92] ה"שולחן ערוך", על הסמכות להעניש שלא על פי דין תורה, כותב:[93]

> כל בית דין, אפילו אינם סמוכים בא"י, אם רואים שהעם פרוצים בעבירות (ושהוא צורך שעה) (טור), היו דנין בין מיתה בין ממון, בין כל דיני עונש,

---

89. עזרא י:ח.
90. סימן א' ענף ב' אות ה'.
91. ברמב"ם הלכות סנהדרין פרק ד' הלכה א' כתב "אחד בית דין הגדול ואחד סנהדרין קטנה או בית דין של שלשה צריך שיהיה אחד מהן סמוך מפי הסמוך, ומשה רבינו סמך יהושע ביד שנאמר 'ויסמוך את ידיו עליו ויצוהו', וכן השבעים זקנים משה רבינו סמכם ושרתה עליהן שכינה, ואותן הזקנים סמכו לאחרים ואחרים לאחרים ונמצאו הסמוכין איש מפי איש עד בית דינו של יהושע ועד בית דינו של משה רבינו", ומשמע מדבריו שהסמכות של שאר החברים נובעת מאותו סמוך שמסמיך אותם וכך הם קשורים ישירות למשה רבינו ויונקים ממנו את הסמכות ולא מהעם, וזה נותן להם את הכח למנות את שאר בתי הדין שבישראל.
92. ראה "דמוקרטיה ושלטון הקהל במקורות ההלכה", הרב אברהם שרמן, ספר זכרון "חסד לאברהם" דף קל"ד, שם הוא מרחיב בביאור הפיצול במושג בית דין: " יש לקבוע...שמושג בי"ד המובא במקורות חז"ל והמפרשים פעמים שהוא מתייחס לחלק "כח השופט" שבהם, ופעמים שהוא מתייחס לחלק "כח המלך".כח השופט של בי"ד יונק את סמכותו התורנית-משפטית מהתורה, ומטרת סמכות זו היא להעמיד את משפטי התורה על תילם. "כח המלך" של בי"ד יונק את סמכותו הציבורית מהציבור, ומטרת סמכות זו לפעול למען הציבור בתחומי קיום רחבים של הציבור, הן בתחום המדיני-חברתי-כלכלי והן בתחום הרוחני של התורה ומצוות ה'. לפי זה ברור שהשוואת מעמד כח סמכות הציבור למעמד בי"ד מתייחס לחלק כח המלך שניתן לבי"ד... וצריך לומר דכח זה ניתן לבי"ד משום שהציבור רואה בו כמיצג ושליח הציבור לפעול למענו בצרכי הציבור החומריים והרוחניים כשם שהמלך שלטונו הוא למען השלמת הסדר המדיני של העם על כל פרטיו."
93. שו"ע חו"מ סי' ב'.

ואפילו אין בדבר עדות גמורה. ואם הוא אלם, חובטים אותו על ידי עובדי כוכבים. (ויש להם כח להפקיר ממונו ולאבדו כפי מה שרואים לגדור פרצת הדור) (טור בשם הרמב"ם בפרק כ"ד מסנהדרין). וכל מעשיהם יהיו לשם שמים; ודוקא גדול הדור, **או** טובי העיר שהמחום ב"ד עליהם.

מכאן מוכח בעליל שיש שתי סוגי סמכות ששניהם נקראים "בית דין" ויש להם כח להפקיר ממון ולהעניש שלא כדין תורה: א) גדול הדור—חכם או חכמים שהם הגדולים בתורה ובחכמה. ב) טובי העיר שהמחום ב"ד עליהם—נציגים שבני העיר מינו עליהם ונתנו להם כח של בית דין, וכלשון הסמ"ע כאן "ר"ל שהמחום הציבור **לבית דין** עליהם". כמו כן, חז"ל כינו את שלטונם של גדעון, יפתח ושמשון "בית דין", אע"פ שלא נראה שהם שימשו כגדולי התורה של הדור וסמכותם לא היתה שייכת לתחום הוראה ופסיקה אלא לשררה. גם הרמ"א משווה את "טובי העיר" לבית דין הגדול: "הגה: וכן נוהגין בכל מקום ש"טובי העיר" בעירן כב"ד הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג."[94] ברור שהרמ"א אינו מתייחס לסמכותם של טובי העיר להורות ולפסוק בדיני תורה ולא לסמכותם לשפוט בין אדם לחבירו, שאלו בכלל לא בתחום סמכותם של "טובי העיר".

ג. סיכום

סמכות השלטון נובעת גם מתוקף תקנות קהל, כלומר בגלל שהקהל מינה "שבעה טובי העיר" לפקח על ענייניהם ולתקן תקנות, חוקים וגזירות לטובת הציבור

יש שתי סמכויות מרכזיות לשלטון יהודי: אכיפת דיני תורה ותיקון תקנות לטובת המדינה וכלל העם. פעמים שבית דין ממלאים את תפקיד מתקני תקנות ופעמים שגוף חיצוני- "שבעת טובי העיר"- מקיים תפקיד זו

סמכות זו של "תקנת קהל" מחייבת ציות של הציבור יותר מ"דינא דמלכותא דינא", משום שהיא נובעת מסמכות בית דין בתפקידם הריבוני לתקן תקנות וגזירות לתקנת הציבור

שבעת טובי העיר גם אם אינם תלמידי חכמים דבריהם ותקנותיהם מחייבים כמו תקנות בית דין

ה. תחומי הסמכות של מוסד ראשי הקהל או "טובי העיר"

ביארנו שיש "בית דין" המכונה "טובי העיר" שאין לו סמכות לא בתחום הוראה ופסיקה של דיני תורה ולא בתחום עשיית משפט בין אדם לחבירו. מהם, אם כן, תחומי הסמכות של אותו "בית דין"? נראה שישנם שלשה תפקידים שונים ל"טובי העיר":

---

94. שו"ע חו"מ שם.

א) ניהול מוסדות ונכסי הציבור.
ב) קביעת תקנות וגזירות "למיגדר מילתא" ולתקנת הציבור.
ג) אכיפה ויישום של אותם תקנות וגזירות.

שלשת תחומי סמכות אלו מוזכרים בתוספתא בבא מציעא:[95]

(א) כופין בני העיר זה את זה לבנות להן בית הכנסת ולקנות להן ספר תורה ונביאים,[96] (ב) ורשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המדות ועל שכר פועלין (ג) רשאין לעשות קיצתן[97] רשאין בני העיר לומר כל מי שיראה אצל פל' יהא נותן כך וכך וכל מי שיראה אצל מלכות יהא נותן כך וכך כל מי שתרצה או מי שתרעה פרתו בין הכרמים יהא נותן כך וכך וכל מי שתראה בהמת פלנית יהא נותן כך וכך רשאין לעשות קיצתן.

וכן מובא להלכה ב"שולחן ערוך":[98]

כופין בני העיר זה את זה, (אפילו מעוט כופין את המרובים), לעשות חומה, דלתים ובריח לעיר; ולבנות להם בית הכנסת; ולקנות ספר תורה נביאים וכתובים, כדי שיקרא בהם כל מי שירצה, מן הצבור. הגה: וה"ה לכל צרכי העיר.... כל צרכי צבור שאינן יכולין להשוות עצמו, יש להושיב כל בעלי בתים הנותנים מס ויקבלו עליהם שכל אחד יאמר דעתו לשם שמים, וילכו אחר הרוב. ואם המעוט ימאנו, הרוב יכולין לכוף אותן אפילו בדיני גוים, ולהוציא ממון על זה, והם צריכין לתת חלקם. והמסרב מלומר דעתו על פי החרם, בטלה דעתו ואזלינן בתר רוב הנשארים האומרים דעתן.

סיכום

ההלכה מכירה במושג מינהל ציבורי המוסמך להתעסק בכל דבר הנדרש לתיקון הסדר החברתי, ואף יש מצווה להקים גוף כזה בכל ציבור. מינהל זה רשאי לחוקק חוקים ותקנות חדשות והציבור מחוייב לציית להם. דבר זה אינו גורע מסמכותם הבלעדית של חכמי התורה להורות הלכה בתחומים דתיים.

ו. נציגי בני העיר - אפוטרופסים ובאי כוחם של בני העיר

לעיל ראינו שיש כח בבני העיר, כלומר הציבור, לתקן תקנות בכל התחומים הנזכרים. כמו כן ראינו שלדעת "החינוך", חלק מהמצווה של "שופטים ושוטרים תתן לך", הוא:

---

95. תוספתא מסכת בבא מציעא (ליברמן) פרק י"א הלכה כ"ג. ראה גם בבא בתרא ח' ב'.
96. ראה מגילה כ"ו ב' ושו"ע או"ח סי' קנ"ג סעיף ז' שיש כח לז' טובי העיר המוסמכים על ידי אנשי העיר למכור אפילו ספר תורה של הציבור ולעשות עם דמיה כפי הנראה בעיניהם.
97. רש"י בבא בתרא ח' ב' מפרש: "להסיע על קיצתם - לקנוס את העובר על קיצת דבריהם להסיעם מדת דין תורה."
98. שו"ע חו"מ סי' קס"ג סעיף א'.

שיש לכל קהל וקהל שבכל מקום למנות ביניהם קצת מן הטובים שבהם שיהיה להם כח על כולם להכריחם בכל מיני הכרח שיראה בעיניהם בממון או אפילו בגוף על עשית מצוות התורה ולמנוע מקרבם כל דבר מגונה וכל הדומה לו.

נציגים אלו עומדים במקום בני העיר ופועלים בייפוי כוחם כשקיבלו אותם בני העיר עליהם. נציגים אלו מכונים "שבעה טובי העיר" בדברי חז"ל. בירושלמי מובא:[99] "ושבעה מבני העיר [הרי הם] כעיר. מה אנן קיימין? אם בשקיבלו עליהן - אפילו אחד [יספיק]? אם בשלא קיבלו עליהן - אפילו כמה [אין להם סמכות]? אלא כן אנן קיימין – בסתם." הרשב"א מסביר:[100]

ואקדים לך הקדמה [כי] שבעה טובי העיר המוזכרים בכל מקום אינם שבעה אנשי[ם] המובחרים בחכמה או בעושר וכבוד, אלא שבעה אנשים שהעמידום הצבור פרנסים סתם על עניני העיר והרי הן **כאפטרופסים** עליהם.... ובתוספתא קורא אותם פרנסין... ואם תאמר אם פרנסים ידועים הם למה לי שבעה? זו בירושלמי שאלו אותו דגרסינן שלשה מבית הכנסת כבית הכנסת שבעה מבני העיר כעיר ושאלו מה הן קיימין. אם כשקבלו עליהם אפילו אחד ואם כשלא קבלו עליהם אפילו כמה? אלא הן הן קיימין בסתם... כלומר, כשהעמידו עליהם הציבור שבעה פרנסים סתם לפקח על עסקי הציבור. לפיכך כשהן שבעה יש לה[ם] רשות לכל דבר **כאלו עשו כן כל בני העיר**. אף על פי שלא העמידו אותם על דבר זה בפירוש. אבל פחות משבעה אין כחן שוה להיותם ככל בני העיר עד שיטלו רשות בפירוש מן בני העיר. זכר לדבר שבעה רואי פני המלך.

ז. דרישות מוקדמות לנבחרי ציבור

א. מבוא

אחת הטענות הנפוצות שנשמעות נגד הדרישה לפרוע מסים למדינת ישראל במלואן היא שהשלטון מורכב בעיקר מרשעים שפועלים ממניעים זרים ולא משיקולים של צדק ויושר על פי התורה. מעבר לכך, יש שטוענים שגם אם השיקולים של ראשי השלטון מוצדקים, אין תוקף וסמכות לתקנותיהם וגזירותיהם כיוון שמדובר באנשים שמוגדרים כרשעים על פי דין תורה, ואם כך, אין סמכות לדיניהם ומותר ליחיד להעלים מהם את הכנסותיו ואין בכך שום עוול או גזל. בפרק זה נתייחס לטענות אלו ונדון בשאלת כשרותם של נבחרי ציבור וסמכותם לחוקק חוקים המחייבים את ציבור בוחריהם.

---

99. ירושלמי מגילה פרק ג' הלכה ב'.
100. שו"ת חלק א' סי' תרי"ז.

ב. דרישות סף

ישנם שתי דרישות עיקריות לנבחרי ציבור כדי לשוות תוקף למינוים ולתת להם את היכולת לכפות על הציבור לציית לדבריהם: א) שיהיו מוסכמים על רוב הציבור ב) שיהיו אנשים כשרים.

ג. הסכמה של הציבור

הכח השלטוני של "טובי העיר" בכל שלשת התחומים שהזכרנו, נובע ממה שהם באי כוחם של הציבור וכשליחים ואפוטרופסים שלהם. לכן ברור, שמינוי האנשים לתפקידים אלו חייב להיות על פי ההסכמה הציבורית, כלומר רוב הציבור. עיקרון הדמוקרטיה, כלומר, שראשי השלטון חייבים להיות נבחרים על ידי הציבור, קיים כבר מזמן בדיני התורה:

> אמר רבי יצחק: **אין מעמידין פרנס על הצבור אלא אם כן נמלכים בצבור**, שנאמר "ראו קרא ה' בשם בצלאל." אמר לו הקדוש ברוך הוא למשה: "משה, הגון עליך בצלאל?" אמר לו: "רבונו של עולם, אם לפניך הגון - לפני לא כל שכן?" אמר לו: "אף על פי כן, לך אמור להם." הלך ואמר להם לישראל: "הגון עליכם בצלאל?" אמרו לו: "אם לפני הקדוש ברוך הוא ולפניך הוא הגון - לפנינו לא כל שכן?"[101]

כל מינוי לסמכות ציבורית, אפילו מינוי רק לדבר מסוים,[102] חייב להיות מוסכם על הציבור, ומן הסתם, היינו רוב הציבור, כיוון שמן הנמנע, שכל הציבור כולו יסכים למינוי של אותו אחד.[103] דין זה קיים אפילו במי שראוי ואפילו מי שמינו אותו משמים, כמו בצלאל.

ד. כשרים

למרות שהבהרנו לעיל, שממוני הקהל האחראים על תקנות הציבור אינם צריכים להיות חכמי התורה או הגדולים ביותר ביראת שמים כמו בית דין הגדול שמתעסק בתחום הוראה ופסיקה, עדיין קיימות דרישות סף לאנשים הממונים כראשי הקהל או "טובי העיר". הרמ"א כתב "טובי הקהל הממונים לעסוק בצרכי רבים או יחידים, הרי הן כדיינים, ואסורים להושיב ביניהם מי שפסול לדון משום רשעה."[104] גם

---

101. ברכות נ"ה א'. ניתן לפקפק שמשמע כאן שהעם לא בחרו אלא קיבלו את רצון ה' ומשה, אך הפנייה לעם מוכיחה שצריך את הסכמתם ולא מספיק למנות מלמעלה. ראה גם את מינויו של שאול המלך, שלמרות שכבר נמשח והתמנה למלך בידי שמואל, הלך לחדש את המלוכה בגלל שהיו כאלה שפקפקו במלכותו, שמואל א' י"א, י"ב-ט"ו, ומכאן שצריך הסכמה רחבה כדי שהמלכות תהיה לגיטימית.
102. ראה מהרש"א שם.
103. שו"ת הרא"ש כלל ו' סי' ה'.
104. שו"ע חו"מ סי' ל"ז סעיף כ"ב.

בהלכות מלכים כתב הרמב"ם "וכל מי שאין בו יראת שמים אע"פ שחכמתו מרובה אין ממנין אותו למינוי מן המינויין שבישראל."[105] הלכה זו הינה פועל יוצא ממה שכתב בעל "תרומת הדשן": "וטובי הקהל כשיושבין לפקח על עסקי רבים ויחידים, במקום בית דין קיימי, "[106] וכן פסק הרמ"א: "וכן נוהגין בכל מקום שטובי העיר בעירן כב"ד הגדול, מכין ועונשין, והפקרן הפקר כפי המנהג."[107] הגדרה זו מהווה "חרב פיפיות", מצד אחד כחם של פרנסי הציבור גדול מאוד, אבל מצד שני יש דרישה שממלאי תפקיד יהיו ראויים לכך.

ההגדרה של מי ש"פסול לדון משום רשעה" היא זהה להגדרה של מי שפסול להעיד משום עבירה וכמו שפסק ה"שולחן ערוך": "כל הפסולים (להעיד) מחמת קורבה או מחמת עבירה, פסולים לדון."[108] בהלכות עדות פסקה הגמרא כאביי שלאו דוקא "רשע דחמס"[109] פסול להעיד, אלא אפילו מומר אוכל נבילות להכעיס פסול להעיד. עקב כך פוסק ה"שולחן ערוך": "איזהו רשע [הפסול להעיד], כל שעבר עבירה שחייבים עליה מלקות; ואין צריך לומר אם חייבים עליה מיתת בית דין, לא שנא אם עבר לתיאבון, לא שנא אם עבר להכעיס, "[110] ואף על פי שלא התרו בו עדים ולכן אינו לוקה, עדיין פסול הוא.[111] מכל מקום, דוקא אם "עבר על דברים שפשט בישראל שהם עבירה, אבל אם ראוהו עובר על דבר שקרוב העושה להיות שוגג, צריכים להזהירו ואחר כך יפסל."[112] מעבר לזה, "המוסרים לאנסים, והאפיקורסים והמומרים לעבודת כוכבים, פחותים מהעובדי כוכבים ופסולים לעדות."[113] כאן הכוונה לאפיקורסים ממש שיש עליהם דין מורידין ולא מעלין,[114] וכבר פסק ה"חזון איש" שבאפיקורסים של זמנינו אין עליהם דין מורידים ולא מעלין."[115]

---

105. רמב"ם הלכות מלכים פרק א' הלכה ז'. הרמב"ם שם בא לסייג מדין הירושה אשר שייך לכל שררה בישראל, ומתנה הירושה בזה שלפחות יהיה היורש ירא שמים.
106. "תרומת הדשן" פסקים וכתבים סי' רי"ד.
107. שו"ע חו"מ סי' ב'.
108. שו"ע חו"מ סי' ז' סעיף ט'.
109. על פי שמות פרק כ"ג, א': "אל תשת ידך עם רשע להית עד חמס." שיטת רבא היא שרק מי שעבר עבירה מתוך חימוד ממון פסול משום רשעה, שחשוד שיעיד שקר בגלל בצע ממון. אולם, הגדרה זו כוללת גם את מי שאכל נבילה לתיאבון, בגלל שבזה יש הוכחה שמוכן לעבור עבירה כדי לחסוך כסף ולקנות בשר נבילה בגלל שהוא זול יותר מבשר כשר. לדברי רבא יהיה כשר להעיד מי שעבר עבירה בגלל תאוה או מרידה ולא בגלל חימוד ממון. ראה רש"י סנהדרין כ"ז א' ד"ה "מומר אוכל נבילות לתיאבון דברי הכל פסול". אולם מדברי הרי"ף שם: "כפין ואכיל כפין נמי ושקיל ארבעה זוזי ומסהיד", משמע שגם מחמת תאווה ייפסל.
110. שו"ע חו"מ סי' ל"ד סעיף ב'.
111. שם סעיף כ"ד.
112. שם.
113. שם סעיף כ"ב על פי הרמב"ם הלכות עדות פרק י"א הלכה י'.
114. שו"ת "אגרות משה" אה"ע חלק ד' סי' י"ג.
115. "חזון איש" חלק יורה דעה הלכות שחיטה סי' ב' אות ט"ז: " ונראה דאין דין מורידין אלא בזמן שהשגחתו יתברך גלויה כמו בזמן שהיו ניסים מצויין ומשמש בת קול, וצדיקי הדור תחת השגחה

מכל מקום נראה שלכתחילה, אסור למנות ל"טובי העיר" ומנהיגי הקהל אדם שאינו שומר תורה ומצוות, וקל וחומר מי שמסית ומדיח ורוצה לעקור את התורה.[116] עם זאת, בדיעבד, נראה שקבלת הנציגים על ידי רוב הציבור, המתבטא על ידי בחירות לנציגים ממש, או על ידי קבלה "מסתמא" כמו שכתב הרשב"ם לגבי דינא דמלכותא של כל שלטון נכרי, מועיל להעניק תוקף לחוקים ולמעשים שלהם. מאחר ושאלה זו תלויה בדעות והשקפות שהם הנובעות מהבדלים מגזריים והמחלוקת בהם היא ברובה דוגמטית ולא הלכתית, לא התייחסנו אליה באריכות. לצורך הדיון כאן, מספיק לומר שעמדת המחברים והמכון היא שכשרות נציגי הציבור ואופן בחירתם אינו קריטי, בדיעבד, לתוקף תקנותיהם בכלל, ובפרט איננו הופך את גביית המסים לקופת הציבור ממצוה לעבירה או מחיוב לפטור.

ה. לשם שמים

יש עוד דרישה לממוני הקהל שאחד מרבני דורינו ראה כתנאי ממש לתוקף מעשיהם, והיא שבחירתם תהיה רק לשם שמים ושיפעלו רק לשם שמים.

בקונטרס חיובי שכנים ותקנת הקהילות כתב[117]:

> "ודע דהא דפרנסי העיר יש להם כח כמו כל בני העיר, כתב הרמ"א כאן (קס"ג ס"א) דהוא דווקא אם שיקול הדעת שלהם הוא רק לשם שמיים לטובת כל בני העיר, ולפי"ז נראה דבזמננו צ"ע אם יש לפרנסי העיר כח של ז' טובי העיר, כיוון שבעוונותינו הרבים הרבה פעמים שיקול דעת שלהם אינו נובע מחמת טובת בני העיר לבד אלא גם משיקולים פוליטיים וכדו', אמנם אם כל מה שהם מחליטים וכל מה שהם עושים הוא ע"פ הוראת בי"ד אפשר שיש להם כח של ז' טובי העיר. ומלבד טעם זה, נראה פשוט דבערים הגדולות שבחירת הפרנסים אינה על פי התורה (שהיא ע"י אנשים שאינם שומרי תורה ומצוות וע"י בחירת נשים), לא שייך כלל שיהיה לפרנסים אלו כח של ז' טובי העיר.

אולם צ"ע, שהרי הרמ"א לא כתב שזה מעכב שיהיו לשם שמיים אלא רק שאם אינם יכולים להשוות עצמן יושיבו בעלי הבתים ויקבלו עליהם שיאמרו דעתם לשם

פרטית הנראית לעין כל, והכופרים אז הוא בנליזות מיוחדות בהטיית היצר לתאוות והפקרות, ואז היה ביעור רשעים גדרו של עולם שהכל ידעו כי הדחת הדור מביא פורעניות לעולם ומביא דבר וחרב ורעב לעולם, אבל בזמן ההעלם שנכרתה האמונה מדלת העם, אין במעשה הורדה גדר הפרצה אלא הוספת הפרצה שיהיו בעיניהם כמעשה השחתה ואלמות ח"ו וככיוון שכל עצמינו לתקן אין הדין נוהג בשעה שאין בו תיקון ועלינו להחזירם בעבותות אהבה ולהעמידם בקרן אורה במה שידינו מגעת."

116. ראה שו"ת "מגן גבורים" (ר' דניאל בן משה אישטרושה) סי' י'. ראה גם "תשובות בית הילל" סי' ח' שאסר למנות טובי העיר מכת הנעלאגען ופירט כמה וכמה לאווין בזה.

117. עמ' מ"ו, מאת הרב שמואל הלוי ואזנר.

שמיים, והרי ברור שכל תהליך פוליטי כולל משא ומתן ושיקולים שאינם בהכרח לשם שמיים אלא הסכמים ופשרות קואליציוניות לטובת מגזרים מסוימים.

ו. סיכום

לסכם דרישות הסף לנבחרי הציבור, יש דרישה לכתחילה: א) שיהיו מוסכמים על רוב הציבור ב) שיהיו אנשים כשרים. פירוש הדבר הוא שעל הציבור להסכים ולבחור אנשים כשרים. מכל מקום, כשבוחרים אנשים שאינם כשרים יש תוקף לבחירתם ולמעשיהם של הנבחרים. כמו כן הדרישה שבפועל יצביעו הבוחרים רק לשם שמים ולא על פי מניעים אחרים, דבר שלא ניתן לצפות או למדוד אפילו מבוחרים כשרים וכל שכן בפסולים משום רשעה, אינה מעכבת בדיעבד.

ח. אדם חשוב (חבר עיר)

מעבר לכשרותם של אלו המאיישים את מוסד "טובי העיר", עוד תנאי שהוזכר לגבי תוקף מעשי שבעת טובי העיר הוא שיפעלו על פי אדם חשוב, כלומר על פי הסכמתו של אישיות דתית ציבורית שהעם רואים בו סמכות לפקח על ענייניהם. הרב מרדכי אליהו כותב ב"תחומין"[118] שכדי שתקנת הקהל תהיה ברת תוקף היא זקוקה לאישור של "אדם חשוב", תלמיד חכם מחשובי הדור. לכאורה, אם כך, אין תוקף של תקנות הקהל לחוקי מדינת ישראל. אולם, מדבריו נראה, שאם חברי הכנסת הדתיים התייעצו בעצמם עם תלמיד חכם מחכמי הדור והוא הסכים לתוכן החוק, יהיה לזה תוקף של תקנת הקהל.

כדי להבין את עמדת הרב אליהו, מן הראוי להקדים ולברר מהו "אדם חשוב" על פי הלכה והאם קיים מושג כזה בזמנינו. הרמב"ם כותב[119] שתנאים שנעשים בין בעלי אומניות תקפים הם אם הם נעשים על דעת "חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה" ואם לא כן, אין למעשיהם תוקף. ה"מגיד משנה" מוסיף שהכוונה לאדם חשוב "ממונה על הציבור", ומשמע שתפקידו אינו רק לייעץ אלא גם לנהל ולשלוט על הציבור. בימינו, כאשר קיימת הפרדת הרשויות, אין גוף אחד שגם ממונה לתפקיד ניהולי וגם משתמש בחכמתו לפסוק בנוגע לציבור, ולכן לדעת הרב משה פיינשטיין[120] לא קיים מושג של "אדם חשוב" בימינו, והתקנות תקפות גם בלי אדם חשוב. אולם הרב הרצוג בספרו "תחוקה לישראל על פי התורה"[121] סבור כי הרבנות הראשית בישראל יכולה לקיים את הפונקציה של "אדם חשוב" כי היא רשאית לחוות את דעתה בנושאים דתיים וציבוריים ביחס לשלטון ובכך היא מפקחת על מעשי המדינה. הרב אליהו מרחיב ואומר שמכיוון שהמפלגות הדתיות

---

118. כרך ג' עמוד 242 "יחס ההלכה לחוקי המדינה".
119. הלכות מכירה פרק י"ד הלכה י"א, ע"פ גמרא בבא בתרא ט'.
120. שו"ת "אגרות משה" חשן משפט חלק א' סי' נ"ט
121. כרך ב' עמוד 58.

פועלות על פי דעת רבנים הם למעשה מקיימות בכך את הצורך ב"אדם חשוב" בהנהגה השלטונית.

סיכום ביניים

הציבור בעצמו, באמצעות מנהיגים שהוא עצמו מינה, מחזיק בסמכות השלטון והכפייה. השלטון בפועל מתבטא ומתבצע על ידי וועד של נבחרים העומדים במקומם, וזה הוועד של "רבים שהמחום בית דין עליהם", המוזכר ב"שולחן ערוך"[122]. יש להם את הכח לתקן ולהעניש שלא על פי דיני התורה, בדומה לכח המלך שהזכיר הר"ן בדרשותיו כמי שאחראי על התיקון המדיני.[123] אולם, גם אם מנהיגים אלו אינם צריכים להיות מחכמי התורה, לכתחילה עליהם להיות לפחות אנשים שכשרים להעיד. כמו כן לכתחילה עליהם לפעול אך ורק לשם שמיים ולא ממניעים אישיים, ומן הראוי גם שיפעלו על פי עצתו של אדם חשוב, ולא על פי שיקול דעתם בלבד.

ט. תקנות קהל ומדינת ישראל

חלק מפוסקי זמננו רואים במדינת ישראל מעין קהילה רבתית שאינה שונה משאר הקהילות בעם ישראל, כאשר הכנסת נחשבת כז' טובי העיר וסמכותה לא נופלת מסמכות של ועד ארבע ארצות ושאר גופי שלטון בקהילות ישראל.[124] אמנם למדינה יש היום סמכויות רחבות יותר, אך למעשה, אין זה שונה מהמסגרת הקהילתית שעליה דיברו הפוסקים ב"שולחן ערוך" "חושן משפט" סי' קס"ג. לפי זה, יש חובת ציות באופן כללי לחוקי מדינת ישראל שדומה לחובת הציות של בני העיר לתקנות טובי העיר או בית דין שהמחום רבים עליהם.

למעשה, מסגרת הדיון בגישה ההלכתית לחוקים ומסים מוגבלת לאור כללים שונים שנתפתחו על ידי הפוסקים. עד כאן התייחסנו למהות המחוקקים, ולא לתוכן החוקים, כהבסיס לתוקף החוקים, אבל להלן נראה שגם תוכן החוקים עצמם מהוה בסיס לתוקף החוקים.

---

122. סי' ב' סעיף א'.

123. ראה גם שיטת הרב קוק בדינא דמלכותא, שסמכות השלטון המדיני יכולה לחזור לעם כשאין מלך. שו"ת "משפט כהן" סי' קמ"ד.

124. ראה למשל את סדרת המאמרים "תחומין" כרך ג', עמוד 249-238, מבט תורני על חוקי המדינה ותקנת תקנות בימינו. פוסקי דורינו הסכימו באופן עקרוני, אמנם על ידי גישות שונות, בתוקף חוקי מדינת ישראל, כמו הרב עובדיה הדאיה ("ישכיל עבדי" ח"ו חו"מ סי' כ"ח); הרב עוזיאל (ב"צומת התורה והמדינה" כרך א' עמ' 84); הרב אלישיב (פד"ר ה' עמ' רנ"ח); הרב עובדיה יוסף ("יחווה דעת" ה' ס"ד); הרב מרדכי אליהו ("תחומין" כרך ג' עמ' 242); הרב אברהם שפירא, ("תחומין" כרך ג' עמ' 238). בנוגע לחובת הציות, לא מצאנו התייחסות ודיון בנושא.

א. חוקים שגם הנהגה כשרה היה ראוי להם לתקן

ה"חתם סופר" חידש[125] כלל רחב וחשוב בענין ההכרה ההלכתית של חוקים שונים. הוא דן במקרה של מי שקיבל זיכיון לתווך את עסקי היין באזור מסוים (חבל טוקאי) ובא אחר והשיג את גבולו בלי לתת לו את המגיע לו על פי המלכות. ה"חתם סופר" מאמץ שם את עמדת התובע שהחזיק ברשיון היין, כי גם אם דין תורה (כמו דין מערופיא) אינו אוסר השגת גבולו, "ראוי לתקן שלא יעשה אדם כדגי הים שכל אחד בולע חברו, ואם אי אפשר על ידי בית דין של ישראל, יסתייעו מתקנת המדינה על פי המלכות כאשר עשו אנשי ק"ק אוהעל לפי טענת שמעון ויאושר כחם בזה."

ה"חתם סופר" חידש שם עוד שגם בחוקים שאינם נוגעים למלכות, והם לכאורה נופלים מחוץ לגדר של "דינא דמלכותא", צריך לבדוק את החוק לגופו ולראות אם הוא דבר שממילא ראוי לתקנו "ואלו באו לפנינו היינו גם כן מתקנים כן." חוק שראוי גם לבית דין לתקנו, כגון חוק הרשיונות של עסקים ומתווכים, יש לו תוקף מ"דינא דמלכותא" על פי סברת הרשב"ם. כמו "שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו והלכך דין גמור הוא",[126] ראוי לנו לציית לחוק שגם אנחנו היינו מתקנים משום שנחשב כאילו היהודים עצמם קיבלו מרצונם חוקים אלו, ויש להם תוקף הלכתי כעין הסכמת הקהל שמחייבת את כולם.

גם בעל "הערך ש"י" מחדש סברא דומה ל"חת"ם סופר", שיש תוקף הלכתי מחייב לחוקי מדינה לתקנת בני המדינה מכח תקנות בני העיר. הנימוק הוא שהחוק "ניחא לבני המדינא, והמלכות שליחותייהו עביד... [ולכן] הוי כקבלו עליהן [גם התושבים היהודים] מדעת כולן."[127]

ממקורות אלו יש תקדים לרעיון שגם אם אין כח וסמכות בידי גוף מחוקק לחייב אותנו, מכל מקום עדיין ייתכן שעצם תוכן החוק מחייב לציית לו.[128]

ב. דברים שהמיעוט כופין בהם את הרוב

לגבי מסים שונים, יש חיוב עצמאי, שאינו נובע מכח הכרה הלכתית של החוק או המחוקק, להשתתף במימון הוצאות ציבוריות. באלו, למרות שיש כלל ש"אחרי רבים להטות",[129] גם מיעוט מהציבור או אפילו רשעים יכולים לכפות על הרוב לקיים

---

125. שו"ת חת"ס חלק ה' (חו"מ) סי' מ"ד.
126. רשב"ם בבא בתרא נ"ד ב' ד"ה: "והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא".
127. "ערך ש"י" חו"מ סי' ע"ג ס"ק י"ד.
128. ראה למשל "פסקי דין רבניים" חלק ו' עמוד 382 שסמך על סברא זו להכיר בתוקף רישום נכסים בטאבו כקנין הלכתי. ראה גם שו"ת "שבט הלוי" חלק י' סי' רצ"א. וראה בפדרי"ם רבים אשר הכירו ברישום בטאבו כקנין בלעדי מדינא דמלכותא מבלי להזקק לפלפול הנ"ל.
129. שמות כ"ג, ב'. ראה הרב ישראל שציפנסקי, "התקנות בישראל" כרך ד, מבוא, סעיף ט.

חוקים אלו ולכן הרכבת הרוב וכשרות מוסד הנבחרים אינם משמעותיים כל כך לאבחנת תוקף החוקים.

ב"שולחן ערוך", הלכות שותפים בקרקע, נאמר:

> כופין בני העיר זה את זה—הג"ה: **אפילו מיעוט כופין את המרובים**—לעשות חומה דלתיים ובריח לעיר ולבנות להם בית הכנסת ולקנות ספר תורה נביאים וכתובים כדי שיקרא בהם כל מי שירצה מן הציבור—הג"ה: **והוא הדין לכל צרכי העיר**.

הרמ"א בתוספותיו לדברי ה"שלחן ערוך" מדגיש כאן שהחיוב להשתתף בצרכי העיר אינו תלוי כלל בהסכמת רוב בני העיר, או בתוקף סמכותם של "טובי העיר" כבאי כוחם של רוב העיר, אלא מעצם הגדרת ההוצאה כצורך משותף וחיוני של בני העיר.[130] אילו היה צורך בהחלטה של גוף מנהלתי או שלטוני מוסמך, היתה דרושה הסכמת הרוב ככל החלטה שלהם, ולא היה שייך כלל שהמיעוט יכוף את הרוב להישמע לו. מכאן שחובות אלו אינם תלויים בשלטון אלא עצם השותפות בעיר מחייבת את בני העיר להשתתף בהוצאות ציבוריות הכרחיות.

במשנה[131] כבר הוזכר ש"כופין אותו לבנות לעיר חומה ודלתיים ובריח", ולא ברור מתוך המשנה מי הם הכופים. הרמב"ם בפירושו למשנה כתב "רצונו לומר כל אחד ואחד מבני העיר יכוף לחבירו על זה" וכך גם פסק הרמב"ם בהלכות שכנים כלשון התוספתא[132] "כופין בני העיר **זה את זה** לעשות חומה דלתים ובריח."

מדיוק לשון "זה את זה" ולא "אלו את אלו" הוכיח מהר"י מינץ[133] שייתכן וגם המיעוט יוכל לכפות על הרוב בדברים שהם לתועלת הציבור, וכך גם ציין הגר"א[134] הוכחה לדברי הרמ"א מלשון התוספתא "זה את זה." ה"בית יוסף" גם מביא דין זה בשם רבינו ירוחם שכתב "כופין אותו לעשות ח[ו]מה דלתים ובריח ואפילו מועטין כופין את הרבים וכן עיקר וכן הסכימו גדולי האחרונים."[135] ה"נתיבות" בונה כלל

---

130. ראה שו"ת "מהר"ם מרוטנבורג" (דפוס פראג) סי' ל"ט שמסביר על פי סברא שאף על פי שאי אפשר לתבוע כל יחיד ויחיד מדין גורם הוצאה שולית או מדין נהנה, מכל מקום "טעמא רבא איכא שאם לא היינו כופין, כל אחד היה אומר איני צריך והיה מחשב [לעצמו] חבירו יעשה חוץ ממני, ומתוך כך ידחה הדבר ויבוא לידי סכנה, להכי אחמור רבנן על אלו וכיוצא בהן."
131. בבא בתרא ז' ב'.
132. רמב"ם הלכות שכנים פרק ו' הלכה א'. מקור לשונו הוא התוספתא בבא מציעא פרק י"א הלכה י"ב.
133. שו"ת "מהר"י מינץ" סי' ז'. אולם הוא הוסיף: "ואפשר שבאילו דברים שהוזכרו במשנה ובריייתא ותוספתא כופין אפילו שלא על ידי הרוב מדנקט בלשון כופין זה את זה ולא נקט כופין אילו את אילו אבל שאר דברים הולכין על פי הרוב." משמעות הדבר שלא בכל צורך ציבורי יכולים המיעוט לכוף את הרוב.
134. שו"ע חו"מ סי' קס"ג אות ב'.
135. "בית יוסף" חו"מ סי' קס"ג מרבינו ירוחם "ספר מישרים", נתיב ל"א חלק שישי דף ק' א'.

מתוך דברי התוספתא וכותב "ואפילו בשניים שאינם שותפים, כל דבר שהוא מוכרח לשניהן ואין האחד רוצה לעשותו, יכול השני לכפותו."[136]

בעל "דברי מלכיאל" התקשה כיצד יתקיים מצב שהרוב יכפה את המיעוט כי ממה נפשך: בדברים נצרכים המיעוט כופה את הרוב, ובדברים שאין להם תועלת, לכאורה, אין זה נובע מדין הכפייה, שהרי הוא מוגבל רק לדברים נצרכים. הוא מסביר[137] שכל ענין כפיית הרוב את המיעוט נאמר רק בשלב הבירור, אם הוצאה מסוימת היא באמת לתועלת הציבור או לא. כל דבר **שאינו** לתועלת הציבור דורש הסכמה של כולם, או לעצם ההוצאה עצמה או לקבל הכרעת הרוב בכל ענין. הוא מסביר על פי זה את דברי הרא"ש בתשובה[138] "דע, כי על עסק של רבים אמרה תורה: 'אחרי רבים להטות'... דאם לא כן, לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר". לדעתו, הרא"ש טוען שכולם מסכימים מראש שהרוב יכריע בכל ענין האם הדבר הוא לתועלת הציבור, שאם לא כן הציבור לא יוכל להתקיים. לעומת זאת, בדברים שאינם חיוניים לתועלת הציבור לא הסכימו, מן הסתם, מראש להסמיך את הרוב להכריע בהם. לפי זה אין סתירה בין הדרישה ללכת אחרי רבים לבין החובה להישמע למיעוט שכופה את דעתו בדברים חיוניים.

נראה, שהכח הזה של הרוב לקבוע מה נצרך לכלל הציבור לא נשלל מהם רק בגלל שהרוב מורכב מנבחרים פסולים, כיוון שהכח של המיעוט לכפות את הרוב בדברים נצרכים אינו תלוי בכשרות הנבחרים ותוקף הרוב. גם אם נתעלם מרוב הפסול, למה יגרע כח מיעוט הכשר שמובלע בתוכו, במיוחד כאשר בפועל הרוב אינו מתנגד לדרישתם. אם כך, כל אחד חייב להשתתף בצרכי הציבור, אף על פי שההחלטה התקבלה ברוב המורכב מפסולים, גם אם נניח שאף בדיעבד אין תוקף לרוב של פסולים.

מכל מקום, למעשה לצורך ביצוע גביית וחלוקת משאבים לצרכים הציבורים נדרש הסכמה של הרוב, המחייב את המיעוט, כיוון שאלמלא כן לא יכול הציבור לממש את זכותם לכפות זה את זה לממן צרכי הציבור. חוסר הסכמה של כל אחד ואחד על ה**אופן** שבו רוצים לממן ולבצע את הצורך הציבורי, יגרום לשיתוק השלטון כדברי הרא"ש. היוצא מזה הוא שנבחרי הציבור, כשרים ופסולים, הם שליחים של הציבור לקביעת תקציב המהוה פשרה ביניהם על תביעתם זה על זה לממן צרכי הציבור. על פי זה, ייתכן שגם ויתורים שצד אחד מוותר במשא ומתן על תקציב הציבור כדי לקבל את הסכמת הצד השני לתקצב את מה שנחוץ לדעתם שלא על פי הדין, גם הם בגדר צרכי ציבור, כיוון שאי אפשר לעשות את צרכי הציבור מבלי להיעתר

---

136. "נתיבות המשפט" ביאורים סי' קע"ח ס"ק ג'. הנ"תיבות" הביא ראיות גם מכמה מקורות והוסיף "אלמא דכל דבר המוכרח לשניהם ואי אפשר להאחד לתקן לעצמו עד שיתוקן ג"כ חלק האחר, מחויב האחר ליתן חלקו."

137. שו"ת "דברי מלכיאל" יו"ד סי' ל"ה-ל"ז.

138. שו"ת הרא"ש כלל ו' סי' ה'.

לדרישות הצד שכנגד, ולכן כל התקציב בגדר צרכי ציבור שהתפשרו עליהם כדי לממש את זכותם לכפות זה לזה לממן דברים הנצרכים על פי הדין.

ג. סיכום

על כל ציבור יש חובה לממן דברים הכרחיים ללא קשר לדרישה של הרוב ויכולתם לאכוף את המיעוט, אלא להיפך יש זכות למיעוט לאכוף את הרוב להתייחס לדרישות המוצדקות והלגיטימיות שלהם. לכן חייב כל אחד מהציבור להשתתף בהוצאות אלו גם אם יש ליקוי במעמד המשפטי של מוסד השלטון. אף שלמעשה הגדרת הצרכים החיוניים הללו נקבע על ידי הסכמת הרוב, הסכמתם אינה כפייה של דעת הרוב אלא מעין פשרה על תביעתם זה לזה.

י. סיכום בענין תוקף חוקים אזרחיים ומסים במדינת ישראל

ראינו לעיל את שיטת הרשב"ם שמבסס את ההלכה של "דינא דמלכותא" דינא על סמיכת דעתם של בני המדינה כלפי השלטון המחוקק חוקים לתקנת הציבור, והסכמת בני המדינה לנימוסים וחוקים שלה. ראינו גם ביחס לתקנות הקהילות שכח "טובי העיר" נובע מזה ש"רבים המחום עליהם" ושיש תוקף לתקנותיהם שנעשו במעמד אנשי העיר או בהסכמת אנשי העיר. ראינו גם את שיטת בעל "דבר אברהם" בשם רבינו יונה, שכח "הפקר בית דין הפקר" משמש גם כבסיס ל"דינא דמלכותא דינא" ואין הכח הזה מיוחד לבית דין דוקא אלא לכל שלטון באשר הוא. בלי להסתבך בפלפולים באיזה אופן יותר מתאים לראות את מדינת ישראל, יש מכנה משותף בין כל הדעות – שבני המדינה הסכימו, ובכל בחירות ובחירות מסכימים שוב מחדש, לשלטון משותף בארץ ישראל שינהל את מוסדות המדינה ויחוקק חוקים לתקנת הציבור על פי דעת הרוב ועל פי מנהגי החקיקה הקיימים. המחלוקת היא רק בפרטים, האם נבחרי הציבור מועלים בשליחותם ומאכזבים את שולחיהם. גם במסים הדבר כן, תושבי המדינה מסכימים לממן כל מיני פעולות של מוסדות השלטון על ידי מסים שהוטלו עליהם. המחלוקת נוגעת רק לפרטים של המסים ושל התקציבים, האם נבחרי הציבור החלוקה נכונה.

על השילוב הזה בין דינא דמלכותא ובין תקנות בני העיר במדינת ישראל כבר העיר הרב הראשי לשעבר הרב ישראל מאיר לאו בשו"ת "יחל ישראל".[139] הדיון בהגדרת

---

139. סימן י"ח. הוא שאל: "ראינו איפוא את מקור סמכותם של חכמי ההלכה לגזור גזירות ולתקן תקנות, אך מה מעמדם של אותן רשויות ואותם גורמים, שאינם משמשים כבתי דין וכגדולי תורה, ובכל זאת תקנו תקנות, קבעו מנהגים ואף גזרו גזירות שהעם נשמע להן? מהו מקור סמכותם של אישי ציבור אלה בדרכי החקיקה?... ובודאי יהיה בסיס לתקנות ציבור מטעם "דינא דמלכותא דינא" עפ"י הרשב"ם בבבא בתרא (נ"ד, ב') החולק על [הר"ן], ומבסס את העיקרון על הנימוק של הסכמת בני המדינה, 'שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו.' לפי טעם זה אין, כמובן, הבדל בין מלך ישראל למלך עכו"ם, ואין נפקא מינה למי הבעלות על הארץ, אלא גורם אחד קובע: הסכמת בני המדינה. קבלה זו של הציבור מועילה

ממשלת מדינת ישראל, עם רוחה ותוכנה החילוני המתקיימת, מצד אחד כ"מלכות" ומצד שני כ"שבעה טובי העיר", מתבסס על ההבנה שתוקפה ההלכתי נובע מלמעלה למטה, מעצמיות ה"מלך", או מעצמיות ה"פרנסים" הרודים בעם ולא מהעם עצמו. ראינו שה"ערך ש"י" אף הרחיק לכת וקבע שיש תוקף לדינא דמלכותא של מלכות גוי על הישראלים הגרים שם מכח דין תקנות בני העיר. הנימוק הוא שהחוק "ניחא לבני המדינא, והמלכות שליחותייהו עביד... הכי נמי הוי כקבלו עליהן מדעת כולן."[140] ואמנם קל וחומר הוא, אם תקנה של מלכות גוי שלא נבחרה על ידי רוב ישראל ולא נמלכה בהם מקבלת תוקף הלכתי מכח ההסכמה הסתמית של יהודים, כל שכן תקנה שהתקינו יהודים, שנבחרו על ידי רוב ישראל ונמלכו בהם ונבחריהם הסכימו במפורש לתקנה, יש לה תוקף.

ד. חוקים שאין להם תוקף מדין תורה

למרות ההכרה שמעניקה ההלכה לחוקים אזרחיים מבחינת דיני ממונות וגזילה וכן לגבי חובת הציות, היקף ההכרה אינה מוחלטת אלא מוגבלת. בפרק זה נעמוד על מגבלות הסמכות של המחוקקים ביחס לחוק עצמו.

א. חוקים הנוגדים דין תורה מפורש

גם ראשי הקהל הכשרים מוגבלים הם בתיקון תקנותיהם על ידי דיני התורה. אין כח ביד הציבור, ולא בידי נציגיהם, להתיר את מה שהתורה אוסרת ולאסור את מה שהתורה מחייבת, לא מתורת משפט המלך, לא מתורת דינא דמלכותא ולא מתורת תקנות הקהל.[141] כל זה נכון בחוק שעומד נגד הלכה מפורשת. ולכן, כל הדיון

אפילו לקבל עונשים, כפי שאומר "המרדכי" בסוגיית בני העיר (בבא בתרא ח', ב'), ואף אומר הוא 'דטובי העיר בעירם הם כגדולי העיר בכל מקום, והפקירן הפקר, ויכולין לתקן ולמיגדר בעיר כל מה שירצו.'"

140. "ערך ש"י" חו"מ סי' ע"ג ס"ק י"ד.

141. בקשר לגזירות מלכי ישראל, שעליהם חל דין "כל איש אשר ימרה את פיך...", מסייג הרמב"ם: "אין צריך לומר אם גזר המלך לבטל מצוה אין שומעין לו." כח של דינא דמלכותא דינא אינו עדיף מזה ואין לו תוקף נגד דין תורה, כמו שכתב הש"ך חו"מ סי' ע"ג ס"ק ל"ט: "אפילו לשאר פוסקים דסוברים דאמרינן דינא דמלכותא בכל דבר, היינו דוקא מה שאינו נגד דין תורתינו אלא שאינו מפורש אצלינו, אבל לדון בדיני הגוים בכל דבר נגד תורתינו, חלילה, ודאי לא יעשה כן בישראל."

כמו כן, בקשר לתקנות הקהל, כח ראשי הקהילה מוגבל. ראה הש"ך יו"ד סי' רכ"ח ס"ק צ"ה על פי שו"ת הרא"ש כלל ק"ח סי' כ"א. אמנם, נביא יכול לעקור דבר מן התורה כהוראת שעה, ויש כח ביד גדולי התורה שבכל דור לבטל מצות עשה בשב ואל תעשה (יבמות צ' א-ב), אבל אין כח כזה ביד בית דין שהמחוהו רבים עליהם. ומה שנאמר שיש כח של "מכין ועונשין שלא מן התורה" (סנהדרין מ"ו א'), אינו מסמיך אותם להתיר את מה שהתורה אסרה ולאסור לקיים את מה שהתורה חייבה, אלא כחם רק לאסור את מה שהתורה לא אסרה או לחייב את מה שהתורה לא חייבה, וכן לשנות בעלות וזכויות ממוניות על ידי כח "הפקר בית דין הפקר".

והמחלוקת בין הגישות השונות ביחס לתוקף חוקי הכנסת מצטמצם רק לחוקים שאינם סותרים דין תורה מפורש.

ב. חוקים שאינם לתיקון ציבורי

בני העיר יכולים לתקן תקנות רק כשהם "למגדר מילתא", או לתקנת הציבור. לכן תקנה שאינה ראויה לתקן ואינה לתקנת הציבור, ממילא לא יהיה לה תוקף הלכתי, לא כתקנת קהל ולא כדינא דמלכותא שקיבלו עליהם בני המדינה.[142]

ניתן להבחין בין חוקי מסים לשאר חוקים הנוגעים ליחס בין אדם לחבירו. בעוד שבשאר חוקים יש לשקול היטב אם הם אכן מביאים תועלת לבני המדינה, הרי שביחס לחוקי מס ניתן לומר, שעקרונית, ההלכה מכירה בתוקף חוקים אלו. למשל, בגדרי "דינא דמלכותא דינא", אף שיש מחלוקת עקרונית לגבי היקף החוקים הנכללים בדין זה, לכל הדעות, מיסים ומכסים מוגדרים כדברים שהם להנאת המלכות והם ברי תוקף מדינא דמלכותא.[143] גם בגדרי תקנות קהל יש הקלה בבדיקת התועלת הציבורית בתקנות מסים. הרמ"א מסכם על פי "תרומת הדשן": "וכל ענייני מסים הולכין אחר מנהג הקבוע בעיר שעשו כן שלש[ה] פעמים, [ו]אף על פי שהוא מנהג גרוע, אין מדקדקים בענייני המסים."[144]

ג. חקיקה שהיא בגדר "ערכאות"

בפרשת משפטים נאמר "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם" ודרשו חז"ל מהמילה "לפניהם" שמותר להתדיין רק לפני בית דין ולא לפני הדיוטות, ולא לפני ערכאות של גויים.[145] המושג "ערכאות של גויים" מתייחס למערכות משפט זרות מכל סוג שהוא, כלומר שגם בית משפט יהודי שאינו נוהג על פי דין תורה כלול באיסור של "לפניהם".

---

142. הגהת הרמ"א חו"מ סי' שס"ט סעיף י"א: " דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא **לתקנת בני המדינה**." ראה גם מהרי"ק שורש י"ד שמגביל תקנות קהל.

143. במדינות המערב שהשלטון שייך לעם ואינו מתעשר על חשבון העם כיון שהם ממילא שותפים בו, יש לפקפק שלא לזה התכוונו האחרונים כשדיברו על חוקים שהם להנאת המלך.

144. הגהת הרמ"א חו"מ סי' קס"ג סעיף ג' על פי "תרומת הדשן" סי' שמ"ג שכתב: "דרוב ענייני מסים תלויים במנהג, וכן ב"מרדכי" פ"ק דבבא בתרא כתב בשם הר"א כ"ץ על עניין המס, דמנהג מבטל ההלכה ודין חכמי התלמוד אע"פ שמצאו לו סמך מן המקרא. וכתב נמי דלאו דווקא מנהג חכמים, אלא אפילו מנהג חמרים וספנים יש לסמוך עליהם, כדאיתא בהדיא פ' הגוזל בתרא. ונראה אע"ג דכתב ר"ת... דיש מנהגים של שטות שאין לסמוך עלייהו אפילו היכא דתנן התם הכל כמנהג המדינה.... מ"מ נראה לומר דבענייני מסים וכה"ג כולהו מודו דאזלינן בתר מנהגם דבני העיר או בני המדינה שנהגו בו מקדם, אפי' אי לא הוקבע ע"פ חכמים כדמייתי הר"א כ"ץ ראייה ברורה על זה מההיא דחמרים וספנים."

145. שמות כ"א, א', רמב"ם הלכות סנהדרין פרק כ"ו הלכה ז', שו"ע חושן משפט סי' כ"ו סעיף א'.

יש חוקים שאמנם הם לתקנת הציבור והיה ראוי להנהגה כשרה לחוקק אותם, לפחות בכללותם אם לא בכל פרטיהם, אלא שהם כבר תורה שלמה אצלינו ב"שלחן ערוך" והחוקים באים כתחליף לאותה תורה שלמה. השאלה היא: האם פרטי חוקים כאלה שאינם תואמים את עיקר דין תורה או מוסיפים עליו נחשבים כמנוגדים לדין תורה או, לחילופין, כתוצרת פסול של "ערכאות". כאמור, התורה אוסרת הליכה לערכאות של נכרים כמו שמצינו בגמרא:[146]

> כל מקום שאתה מוצא אגוריאות [רש"י: אסיפות] של עובדי כוכבים [דיינים], אע"פ שדיניהם כדיני ישראל, אי אתה רשאי להיזקק להם, שנאמר: "ואלה המשפטים אשר תשים לפניהם", לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים, דבר אחר: לפניהם - ולא לפני הדיוטות!

באיסור "ערכאות", התורה הקפידה על שני דברים: אחד, שמערכת המשפט תהיה בידי דייני ישראל—"לפניהם ולא לפני עובדי כוכבים", והשני, שתוכן הדינים יתאים לדיני תורה—"לפניהם ולא לפני הדיוטות"—כלומר, למעט אנשים שאינם מסוגלים לדון על פי דיני תורה. ביטוי לדין השני נמצא בדברי הרמ"א בקשר ל"דינא דמלכותא דינא". הרמ"א מסייג את הכלל וכותב:[147] "דלא אמרינן דינא דמלכותא אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני גויים, דאם כן בטלת כל דיני ישראל." הסמ"ע שם מסביר שהסתייגותו היא אפילו לפי דעת הסוברים "דאמרינן **בכל דבר** דינא דמלכותא דינא", ולא רק במסים וארנוניות, ולמרות זאת "כל דבר" אינו כולל כל "דיני גויים." מקורו של הרמ"א הוא בתשובה של הרשב"א שכתב: "אבל דינים שדנים בערכאות אין לנו [להיגרר אחריהם מדין] משפט המלוכה, אלא הערכאות דנין בעצמן כמו שמצאו בספרי דייניהן, שאם אתה אומר כן ביטלתם ח"ו דיני ישראל."[148] הסמ"ע מוסיף הסבר בדברי הרשב"א "דאפילו אם גזר המלך בהדיא לילך בתר דיני ערכאות, דאין על דייני ישראל לקיים זה." היוצא מכל זה הוא שיש נושאים שהם מחוץ לגדר של משפט המלוכה ודינא דמלכותא, והשיפוט הבלעדי בהם הוא על פי דין תורה, וכל דין אחר אף שתוכנו אינו נגד דין תורה מפורש, הוא בגדר "ערכאות" ואין לו תוקף כלל.

לו יצוייר שבמדינה זרה, כמו מדינת ניו יורק שבארה"ב, יהיו רוב המחוקקים יהודים והמחוקקים יחקקו ככל העולה על רוחם שלא על פי דיני תורה, נראה שההגבלות של הרמ"א והרשב"א על תוקף דינא דמלכותא לא היו מתבטלות אף על פי שהחוק כבר אינו חוק שחקקו גויים ממש. אם כן, ברור שגם במדינה של יהודים בארץ ישראל, שבה יש מצווה ליישם דיני תורה, קל וחומר שלא יהיה כח למחוקקים יהודים להקים מערכת חוקים חלופית לדיני תורה. ה"חזון איש" מביע עמדה זו

---

146. גיטין פ"ח ב'. ראה שו"ע חו"מ סי' כ"ו.
147. שו"ע חו"מ סי' שס"ט סעיף י"א.
148. לשון הסמ"ע על פי שו"ת הרשב"א חלק ג' סי' ק"ט.

בצורה מאד ברורה וכתב שאע"פ שה"שולחן ערוך" מתיר "ערכאות שבסוריא" שהם דיינים יהודים שדנים על פי שכלם ולא על פי משפטי התורה:

> אינם רשאים לקבל עליהם חוקי עמים או לחוקק חוקים [חדשים], **שהשופט** כל דין שלפניו לפי הנראה אליו זהו בכלל פשרה ואין ניכר הדבר שעזבו מקור מים חיים לחצוב בורות נשברים, אבל אם יסכימו [מחוקקים] על **חוקים** הרי הם מחללים את התורה ועל זה נאמר "אשר תשים לפניהם" –ולא לפני הדיוטות, וכדאיתא ב[שלחן ערוך]. ואין נפקותא בין בא לפני אינם ישראלים ובין ישראל ששופט על פי 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 ועושק ומרימים יד בתורת משה.[149]

---

149. גם הרב הרצוג והרב גורן, בחילופי מכתביהם על ביסוס משפטי מדינת ישראל על משפטי התורה שמובאים בספר "תחוקה לישראל", קיבלו באופן עקרוני את הרעיון של ה"חזון איש". אף ששניהם ראו בחיוב הקמת מוסד חקיקה שיעסוק בתקנת בני המדינה לאו דווקא על פי דיני תורה ודיינים סמוכים, הם עדיין התלבטו איך ניתן לעשות זאת בלי לעבור על "לפניהם ולא לפני הדיוטות." הרב גורן מביא מדברי "המאירי" (סנהדרין כ"ג א') שפירש "ערכאות שבסוריא " כבתי דין "שלא היו בקיאין בדין תורה אלא שדנין לאומד הדעת ובחוקים ונימוסים." הרב גורן חשב לטעון על פי "המאירי" שמותר להקים ערכאות כעין ערכאות שבסוריא שיחקקו חוקים ונימוסים שיהיו בדויים משכלם, אך לבסוף הוא מפקפק ברעיון זה "שאם בתי המשפט הללו יכולים לחרוג ממסגרתם הקבועה של חוקי התורה ולהנהיג לעצמם חוקים ונימוסים מיוחדים על יסוד "אומד הדעת", הרי יתערער כל יסוד שיטתינו בסידור בתי המשפט במדינה יהודית, שאם כן "תורה מה תהא עליה", "ואין כבוד התורה אלא לעשות על פי חוקיה ומשפטיה". על כך מעיר הרב הרצוג שאם פירוש דברי המאירי "חוקים ונימוסים", היינו שהיו גם כללים שעל פיהם שפטו, והיינו חוקים ונימוסים, שאינם בתורה שבכתב ושבעל פה, השאלה נשאלת מאיזה מקור שאבו את אלה החוקים והנימוסים? אם מספרי המשפטים של עכו"ם, קשה לומר שתועיל קבלה, שהרי זו היתה קבלה מצד יהודים לדון על פי דיני עכו"ם, ומוכרחים לומר שדיני הגויים בזמנים ההם לא התייחסו למקור אלילי, ואין זה מייקר אלילים, ויש לנו לתאר בעצמנו שהם לקחו את החוקים והנימוסים שיסודותיהם מהמשפט הרומאי או מהקודקס הרומאי-הסורי שעדיין היה במציאות, ואז הכריזו שאינם מקבלים אותם, ח"ו, על יסוד האבטוריטה [סמכות] של המחוקקים הסורים והרומאים אלא מפני שהם בעצם מתקבלים על דעתם. אך גם זה לא פשוט, שהרי על כל פנים הזניחו תורת משה וחז"ל והלכו לשאוב ממקורות נכרים, ובשלמא, אם מפני בורותם דנו לפי שכלם, אין זה כל כך רע, אבל אם למדו מן הגויים, למה עזבו מקור מים חיים וחצבו להם בורות נשברים, והרי יש בזה על כל פנים משום מייקר שם עובדי אלילים, בזמן שיש לנו תורת אלוקים חיים ודברי חז"ל. ומסתבר שכוונתו [של "המאירי"] היא שתיקנו לעצמם, על פי שכלם לבד, דרכים וכללים משפטיים.
אמנם, ראה "מלך ישראל" חלק ג', פרק ח': "הבעייתיות שבהשתלבות חוקי הכנסת בנורמות ההלכה", שכתב: "חקיקת הכנסת היא חקיקה עצמאית. אמנם, יש שהיא רועה בשדות זרים אבל אין בפנייתה לשיטת משפט זרות אלא לשם חיפוש פתרונות לבעיות הטעונות חקיקה. יש להצטער על שלא ניתנת עדיפות למשפט עברי, אפילו לא כראשון בין שווים. אבל כאשר מגמת הכנסת היא לא לאמץ חוק זר מפני שהוא חוק זר דווקא, כגון במגמה לבטא נאורות או דמוקרטיות באימוץ חוק של מדינה פלונית הנחשבת לנאורה ודמוקרטית בעיני אומות העולם,

ה"חזון איש" רואה שעיקר הבעיה בשופטים יהודים הדיוטות אינו בעצם השפיטה כגורם מפשר ופותר מחלוקות, אלא ביישום החוק על פי מערכות חוקים זרות, כיוון שגם לתורה יש מערכת משפטית. יש לתורה התייחסות למכלול חוקים אלו— הלכות קניינים, שמירה, פועלים, ירושה, נזיקין ושותפים. בהלכות אלו יש לתורה משנה סדורה ביותר, כולל התייחסות לשינויים שחלו במשך הדורות, על ידי שימוש ב"מנהג המדינה", או ב"קניין סיטומתא". לכן ככלל:

> יש להניח שבתחומים הנוגעים לעניינים אלו, אין לדינא דמלכותא, או ל"תקנת הקהל" מקום. הכלים להכנסת החוק האזרחי לתוך תחומים אלו הם... מנהג המדינה, סיטומתא, חוזים סטנדרטיים וכן הלאה.[150]

בכל דבר שיש לנו תורה שלמה על פי ה"שלחן ערוך" והפוסקים, בלי צורך ל"ייצר" הלכה על ידי דימוי מילתא למילתא, לא תכיר ההלכה בתוקף חוקי המדינה. ולכן כל הדיון והמחלוקת בין הגישות השונות ביחס לסמכות חוקי הכנסת נוגע רק לחוקים שאין להם מקבילות מקיפות בדיני התורה.

למרות כל הנאמר בנושא בעיית "ערכאות" בחקיקה, ברור שחוקי מסים הם עיקר ה"דבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה" שאליו כיוון הרמ"א, ואינם בגדר מערכת חילופית לדיני התורה. אף על פי שהגמרא בבבא בתרא מציבה כללים לגביית מסים מבני העיר, כבר אמרנו, שבעניני מסים יותר מכל תחום אחר "מנהג מבטל ההלכה",[151] ו"הכל לפי המנהג",[152] אפילו מנהג גרוע. לכן אין בחקיקת דיני מסים שחורגים מאלו שבגמרא משום איסור "ערכאות" ועקירת דיני תורה. דברים אלו נכונים לכל חוק הנוגע ליחס בין השלטון והיחיד, כמו חוק מנהלתי, רישוי, וכו' שאין לנו בהם תורה שלמה מפורטת אלא שרשי דינים, כללים וסמכויות.

אלא המגמה לחוקק חוק טוב לגופו, תוך הסתייעות בניסיון משפטי של מדינות אחרות, אין זה דומה לנידון של הרשב"א."

150. "נייר עמדה" בנושא: "מעמד חוקי המדינה בדין תורה" מאת יואב שטרנברג, נמצא באתר www.halachapsuka.googlepages.com

151. ראה שו"ת "תרומת הדשן" סי' שמ"ב שנשאל על אופן גביית המס על פי דין תורה והשיב: "יראה דהני מילי תלי טפי במנהג ממאי דתלי בדת תורה, וכן מצאתי בתשובה הועתק מתשובת גדול הנקרא ר' מנחם ממירזבורק דכתב בהדיא דרוב ענייני מסים תלויים במנהג, וכן ב"מרדכי" פ"ק דבבא בתרא כתב בשם הר"א כ"ץ על עניין המס דמנהג מבטל ההלכה ודין חכמי התלמוד אע"פ שמצאו לו סמך מן המקרא. וכתב נמי דלאו דווקא מנהג חכמים, אלא אפילו מנהג חמרים וספנים יש לסמוך עליהם."

152. שו"ת הרשב"א חלק ה' סי' ק"פ. ראה שו"ת הרשב"א חלק א' סי' תרס"ד שכתב שאף על פי ש"אני רואה כן משורת הדין. אבל המנהגים משתנים בעניני המסים והתשחורת. ובכל מקום ומקום נוהג כפי מנהג ומנהג אבותיהם דנהרא נהרא ופשטי'." ראה גם שם בחלק ג' סי' תל"ו וסי' ת"מ.

ד. תקדימי בתי משפט: האם דינם כערכאות או כחוק?

בעבר נהגו הקהילות שה"בית דין" היה גם בית המשפט לדון "בין דם לדם בין דין לדין, ובין נגע לנגע דברי ריבות בשעריך"[153] וגם בית המחוקק לתקן תקנות ולגזור גזירות, בדומה לסנהדרין הגדול שמילא את שני התפקידים ביחד. חשוב מאד להבחין בין שני תפקידים אלה היום, כאשר קיימת הפרדת רשויות והגוף המחוקק אינו זה שאחראי על יישום וביצוע החוקים, וכן קיים גוף נפרד שתפקידו לפרש ולשפוט על פי החוקים.

מערכת המשפט בימינו תלויה במידה רבה בבתי המשפט המיישמים, מפרשים ומחדשים את פרטי החוק שנחקק על ידי המחוקקים. לגבי בתי המשפט עצמם, התורה אינה מכירה בסמכותם ויש איסור של הליכה לערכאות לפנות אליהם כדי לתבוע בדין את חבירו.[154] מכל מקום, חייבים אנו לבחון את תוקף פסקי דין שלהם

---

153. דברים י"ז, ח'.

154. ראה למשל שו"ת "ציץ אליעזר" חלק י"ב סי' פ"ב שהביא מכתב של הרב פרנק אל עורך דין אחד שטען שאין לראות הליכה לדון דיני ממונות בפני בית משפט במדינת ישראל כאיסור הליכה לערכאות, משום ש: "אין מקום לכנות בשם ערכאות לבתי המשפט של מדינת ישראל שזכינו להקמתה בעזרת צור ישראל וגואלו ויראים ושלמים רואים בה בצדק את ראשית צמיחת גאולתנו." הרב פרנק השיב לו שיסוד האיסור ללכת לערכאות אינו שייך רק בגויים, אלא "כל הדברים הללו נאמרים ג"כ על יהודי ששופט ליהודים בדיני הגוים שלא ע"פ תוה"ק ובודאי השופט הזה הוא בכלל זה שהוא רשע ומרים יד בתורת משה וזה גרוע מגוי, שהגוי אינו מצווה לדון דוקא בדיני ישראל, אבל יהודי זה אע"פ שחטא ישראל הוא ומצווה על כל דיני התורה כי בישראל אפילו המלך בעצמו מוזהר לשמור ולקיים כל דברי התורה". כמו כן בשו"ת "יביע אומר" חלק ד' סי' ס"ה כתב בצורה נחרצת בעניין זה:

"ודע כי אף על פי שהסמכות החוקית כיום מטעם הממשלה לדון בדיני ממונות ונחלות היא לבתי המשפט החילוניים, והשופטים שם יהודים הם, עם כל זה ברור כי, לפי דין תורתינו הקדושה, התובע את חבירו בבתי המשפט שלהם גדול עוונו מנשוא, והוא בכלל מה שפסקו הרמב"ם (בפרק כ"ו מהלכות סנהדרין הלכה ז'), והטור והשלחן ערוך חשן משפט (סי' כ"ו סעיף א') שכל הדן בערכאות שלהם הרי זה רשע וכאילו חירף וגידף והרים יד בתורת משה רבינו. כי מלבד שהשופטים אינם יודעים כלל בדיני התורה לשפוט בין איש לרעהו על פי החשן משפט והפוסקים, וכבר אמרו חז"ל (גיטין פ"ח ע"ב): לפניהם, ולא לפני עכו"ם, ולא לפני הדיוטות, ועוד שהדבר ידוע ומפורסם שהם דנים על פי חוקות העכו"ם, וגם מכשירים לעדות עד אחד וקרוב ואשה ופסול, ורבים מהם בעצמם פסולים לדון לפי ההלכה. ולא אכחד כי שמעתי דיבת רבים התועים מדרך השכל המתחכמים לומר שמכיון שכעת השופטים יהודים, והממשלה העניקה להם סמכות לדון ולשפוט בדיני ממונות וירושות, דינא דמלכותא דינא, וחושבים שהותרה הרצועה להתדיין בפניהם. אולם הבל יפצה פיהם. ולו חכמו ישכילו זאת, שאדרבה היא הנותנת לחומרת הדבר, שהואיל והשופטים יהודים הם ומושבעים מהר סיני לשפוט על פי התורה (אם בכלל ראויים הם לדון ולשפוט), ואילו הם עזבו מקור מים חיים, התלמוד והפוסקים, לחצוב להם בורות נשברים אשר לא יכילו המים, ודנים על פי חוקות הגוים ושופטיהם וספרי החוקים שלהם, הרי המכשלה גדולה שבעתיים מאשר להתדיין בפני שופטים גוים אשר לא נצטוו מעולם לדון על פי התורה שלנו." ראה גם מאמרו של הרב יעקב אריאל, "המשפט במדינת ישראל ואיסור ערכאות", "תחומין" כרך א' (תש"ם) עמ' 319-328.

בפרשנות ועיצוב החוק. אף על פי שאין תוקף לפסק הדין עצמו של בתי המשפט בהכרעת התביעה בין שני יהודים, מכל מקום, אולי הפונקציה של פסק הדין כתקדים משפטי ופרשנות החוק עדיין תקף. בעניני מסים וחוקים הנוגעים ליחס בין היחיד והשלטון, תהיה נפקא מינא משמעותית, למשל, בנוגע להערמות ופירצות בפירוש החוק, האם פרשנות של בתי המשפט בחוקי מסים מחייבת מנקודת ראותה של ההלכה גם אם נוסח החוק סובל פירוש אחר?

יש טענה המחלקת בין תוקף חוקי המדינה לבין תוקף המשפטי של פסקי דין של בתי המשפט. מהריא"ז ענזיל כתב:

> לא שייך דינא דמלכותא דינא אלא בדברי חוק ומשפט חקוק מאת המלך, מפורש ברור בלי שום ספק ושיקול הדעת... אבל בדברים התלויים בשיקול הדעת מהשופטים הממונים בערכאות שמחזיקים בדינים שסדרו להם חכמיהם הקודמים בספריהם—כמו שיש להם קצתם מהיוונים וקצתם מהרומיים, וקצתם שחדשו להם לפי מצב המדינות—ודנים על פיהם בשיקול הדעת, מעולם לא עלה על דעת איש ישראל שיש לו קצת מוח בקדקדו לומר עליהם דינא דמלכותא דינא, אבל הם הם ערכאות של נכרים... ותדע שהרי כל פסקי דינהם הנקראים סענטענצין גם אצלהם אינם נחשבים לדינא דמלכותא דינא ואין להביא ראיה מפסק דין אחד שלהם על כיוצא בו ואפילו שלחו ממקום משפט היותר גבוה כי ידוע מנימוסי משפטיהם ועוד אנו רואים מעשים בכל יום שמבטלים פסקי דיניהם של השופטים ממי שלמעלה מהם וגם משתנים לפעמים משפט ב' עניינים שווים בכל כלליהם ופרטיהם בשני מקומות המשפט ואין אומר השב, וכמה פעמים ראינו עניין אחד נופל ליד דיין והוא מחייב וכל היועצים חבריו מסכימים עמו וכשיפול ליד דיין אחר עניין דומה לזה בכל הצדדים לגמרי ובאותו מקום המשפט, והוא מזכה ואין נודד כנף ושניהם מוחלטים איה איפוא נאמר שכל משפט חרוץ מאיזה מאגיסטאר או מאיזה שופט בעיר או בכפר יש לו דינא דמלכותא דינא אם כן בטלו כל דיני התורה הקדושה ואויבינו פלילים, ישתקע הדבר ולא יאמר.[155]

אף על פי שיש הגיון לחלק באיסור ערכאות בין חוק מפורש וברור לבין יצירה משפטית מתוך שיקול דעת, עיקר טענתו של מהריא"ז ענזיל ש"אם כן בטלו כל דיני תורה הקדושה" שייכת גם בחוקים מפורשים וברורים ולא רק בפסיקות הנובעות משיקול דעת השופט, כמו שהבאנו לעיל מה"חזון איש", שחקיקה שלא על פי דיני התורה גרועה אפילו מהכרעות שיפוטיות מזדמנות שלא על פי דיני התורה. מעבר לכך, בנידון של מהריא"ז ענזיל נפסק שאין תוקף למכירה של פקידי המלך בהוצאה לפועל של חוב לאוצר המלך כשנמכר בזול ביותר משיעור אונאה, וזה עומד נגד

155. שו"ת מהריא"ז ענזיל סי' ד'.

הלכה מפורשת ומקובלת[156] ונגד עיקר המקורות של "דינא דמלכותא דינא" שמכירים במכירה זו.[157] מכל מקום, טענתו, שאפילו בתי המשפט עצמם לא רואים את פסקי דיניהם כמחייבים, היא טענה נכונה, ולכן קשה לומר שפסקי דיניהם יחייבו בית דין או פוסק הלכתי אשר אינו מסכים לפירושיהם.[158]

הרב דייכובסקי[159] בונה על ההבחנה של מהריא"ז ענזיל ומחלק בין פסקי דין היוצרים פרשנות בנוסח החוק ובין יצירה משפטית כשיש חלל בחוק:

> כל "תיק" זקוק לפרשנות; בפרשנות ניתן "למתוח" את הטקסט לאורך ולרוחב, אולם אין לסטות ממנו. אולם מה לעשות כאשר אין טקסט, ונוצר חלל (לאקונה) בחוק, והשופט נאלץ להביא מרחוק לחמו - מפסיקה זרה או מסברת עצמו. במקרה כזה קבע מהריא"ז ענזיל (וכך הבין בדברי הרשב"א) שלא חל הכלל דינא דמלכותא דינא. מאידך גיסא, "פרשנות שיפוטית" גרידא, הצמודה לטקסט ולחוק הכתוב, אינה שונה במהותה מן החוק עצמו, ולא נראה לי להבדיל בינה לבין החוק עצמו לענין "דינא דמלכותא דינא".

נראה לומר, שיש הבדל ברור בין חוקים שנחקקו על ידי נבחרי ציבור שהקהל קבלו אותם עליהם כסמכות מחוקקת, לבין "חוקים" שפותחו על ידי בתי המשפט. קיומם של בתי משפט אלו מנוגד לדין תורה וכל פעילותם בהכרעת דין בין אדם ישראלי לחבירו מהווה איסור לכל הדעות. הם גם לא נתקבלו על ידי הציבור באופן ישיר

---

156. ראה הגהת הרמ"א חו"מ סי' ק"ט סעיף ו' ו"נתיבות" שם. ראה גם שו"ת מהרש"ם חלק ג' סי' שי"ז, שו"ת "דברי חיים" חו"מ חלק ב' סי' ל וסי' מ"ח. ראה גם "שואל ומשיב" מהדורא רביעאה חלק ג' סי' קל"ז.

157. בבא מציעא ע"ג ב', רמב"ם הלכות גזלה ואבידה פרק ה' הלכה י"ג – ט"ז.

158. לכאורה, בתקדימים היוצאים מתביעות בין ישראלים שפנו באיסור לערכאות, הדבר פשוט שכמו שאין תוקף ההכרעה של פסק הדין, אין תוקף לתקדים שיוצא מפסק הדין. בתביעה הנתלית בפירוש נוסח איזה חוק אשר חל מדינא דמלכותא, איך אפשר לשלול את ההכרעה ולקיים את התקדים? הלא אם ההלכה מכירה בתוקף התקדים, ממילא יוצא שההכרעה נכונה גם על פי דיני תורה! וכבר כתבו הפוסקים שכל ממון אשר יוציא יהודי על פי פסק הדין של הערכאות הוה גזל כמו שמובא בחידושי ר' עקיבא איגר חו"מ סי' כ"ו על פי שו"ת תשב"ץ חלק ב' סי' ר"צ. ראה גם "נתיבות המשפט" ביאורים שם ס"ק ב', "שפת תמים" פרק ג'. אמנם, כל זה מתייחס רק לתקדים מתביעה בין ישראלים, ורק לתביעה הנתלית בהכרעה של שאלה משפטית ולא בהכרעות של עובדות, ורק בפסק דין שמנוגד לדיני תורה, כמו שכתב התשב"ץ במפורש שם.

159. הרב שלמה דייכובסקי, "הלכת השיתוף" – האם דינא דמלכותא?, "תחומין" כרך י"ח עמוד 25. אפילו הדיין הרב אברהם שרמן שחלק עליו, שם עמוד 32, בהיקף חלות דינא דמלכותא בפסקי דין של ערכאות, הסכים עקרונית לחילוקו בין פרשנות ובין יצירה וכתב ש"כל זאת באשר לפסקי דין שבהם מפעילים השופטים את שיקול דעתם הבנוי על השקפת עולמם. אבל בנידון דידן, פסקי הדין של בתי המשפט רק מפרשים את העובדות ותו לא. [ולכן יש להם תוקף הלכתי]." עיין מאמרו שם עמוד 236 "מנהג המדינה ויחסי עובד מעביד." אבל ראה מאמרו של הרב יעקב אליעזרוב, "מעביד החורג ממנהג המדינה", "תחומין" כרך כ' עמוד 71, שאינו מחלק בין פסקי דין של בתי משפט ושולל תוקפם באופן גורף.

כסמכות מחוקקת.[160] מכל מקום, ייתכן שבתחומים שבהם אין איסור ערכאות בשיפוטם, תקדימים יחייבו גם מבחינת ההלכה. למשל, בענינים שבין האזרח למדינה כמו דיני מסים וכדומה, ייתכן שאין איסור ערכאות בשיפוטם ובהכרעתם.[161] כמו כן, אפשר שהתקדימים מחייבים כאשר הם התקבלו בציבור ובמערכת המשפט ונוהגים על פיהם, אף על פי שבעיקרם אינם מחייבים.[162]

נמצאנו למדים, שתשובה לשאלה הלכתית בנושא מיסים אינה בהכרח זהה לתשובה משפטית לאותה השאלה.[163] גם כשההלכה מכירה בתוקף החוק כדינא דמלכותא ותקנת קהל, לא בהכרח יתנו את אותה הכרה לפרשנויות ותקדימים שנובעים מפסקי דין של בתי משפט, וזאת בשל בעייה של איסור ערכאות. כל שאלה דורשת בדיקה עינינית לאור החוקים, התקנות והתקדימים הנוגעים בדבר.

ה. סיכום

לתקנות שנחוצות לקיום הציבור יש תוקף, אולם אין תוקף לתקנות שאינן לטובת הציבור, אלא אם נועדו לעשות סייג לתורה. כמו כן, אין תוקף לחוק הנוגד את דיני התורה, אך יש מחלוקת מהי ההגדרה של חוק הנוגד את דיני התורה. חוקי מסים וחוקים הנוגעים ישירות לשלטון הציבורי תקפים בכל מקרה. כמו כן, יש צרכי ציבור שהם כה חיוניים עד שמיעוט כופין בהם את הרוב, ולכן תהליך החקיקה וכשירות המחוקקים אינו מעלה ואינו מוריד בתוקפם.

ה. החלת השיפוט

כל מה שביארנו לעיל ביחס לחוק נוגע לעצם תוקף החוק וסמכות הגבייה של המחוקק, אך עדיין לא ביררנו על מי בדיוק חל החוק. ברור שחוקי מדינת ספרד אינם חלים על תושבי מדינת צרפת וכן להיפך. תייר שמגיע מארצות הברית לבקר

---

160. ראוי לציין שאחת מהטענות של הרי"א הרצוג להכשיר כל מיני "מינויים" פסולים היה שמינוי לזמן מסוים אינו בגדר "מינוי" שאסרה התורה, מה שאין כן בשופטי בתי משפט שמינוים אינו מוגבל מראש לזמן מסוים. חוקה לישראל כרך א פרק שלישי.

161. ראה הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", "תחומין" כרך ג' עמוד 242, פרופ' אליאב שוחטמן, "מעמדם ההלכתי של בתי המשפט במדינת ישראל", "תחומין" כרך י"ג עמוד 337.

162. ראה "כתר" כרך א', "התוקף ההלכתי של חוקי המדינה" פרק רביעי "מנהג" ודיון במנהג הבנוי על דינא דמלכותא בעמ' 382.

163. אולם ראה שו"ת הרשב"א חלק ג' סי' ת"ט שנשאל האם בשאלה של פרשנות בתקנת מסים יש לפנות לכתחילה לחכמים או ל"מוקדמי הזמן", שהם רשות המבצעת, והתקנה מסמיכה אותם לפרש כל ספק בתקנות. הרשב"א כותב: "גם מה ששאלתם: אם לשונות הללו והספיקות נדונין על פי המוקדמין או על פי חכם? באמת נראה שהן נדונין על פי המוקדמין, משום אותו הפרק שכתוב בו: אם נסתפק בו, יהיה ענינו וביאורו מסור למוקדמי הזמן."
אמנם יש לחלק בין נידון הרשב"א לנידון שלנו משום ש: א) אין שם בעיה של ערכאות כלל ב) לא מדובר בבית משפט כללי אלא בבוררים מוסכמים לנושא ספציפי אחד.

באנגליה, אין לאנגלים סמכות לגייס אותו לצבא או לחייב אותו במס הכנסה על מה שהרוויח בביתו שבארצות הברית רק בגלל שביקר שם. מתי ובאיזה אופן חל שיפוט של שלטון על היחיד? אין לנו להסתמך בשביל כך על פרשנות של השלטון בעצמו על סמכותו, כי כל עוד לא התברר שהיחיד נופל תחת שיפוטם אין משמעות לפרשנות שלהם. אין טעם לבדוק את חוקי צרפת כדי לברר אם הם מחייבים את תושבי ספרד. מצד שני ברור שתייר באנגליה חייב לנהוג בצד שמאל של הכביש כפי שנהוג שם ולא בצד ימין כמו בארצו, אף שלא יצא מתחת שיפוט ארצו לעולם. ברור אם כך שאין תושב חוץ רשאי לפגוע או להזיק לתושבים מקומיים גם אם אין לו זיקה למערכת המשפטית שלהם.

ישנו השלכות מעשיות רבות מכך לנושא המיסוי. כיצד יש למסות את מי שהוא תושב מדינה אחת אך יש לו נכסים ועסקים במדינה אחרת. האם הוא רשאי לרשום את עסקיו במדינה שלישית ששם הוא אינו תושב ואף אינו המקום המרכזי של עיסוקו אך יש שם מקלט מס (tax shelter) לעסקיו? האם אין בכך נזק לאלו שהוא שותף עמהם בחבות המס?

ההלכה עסקה בנושאים אלו בהרחבה, ונוכל להשתמש בכללי ההלכה כדי לברר חלות השיפוט של מדינה כלפי היחיד או נכסיו. אולם עלינו מראש להבחין בין שני סוגים של שיפוט: שיפוט טריטוריאלי שנובע ממיקום האדם בארצו של מושל מסוים, ושיפוט אישי שנובע מהיותו אזרח של מדינה מסוימת אף כאשר אינו נוכח במדינה באופן אישי. ייתכן שמדינה רואה באזרחות שהיא מעניקה בסיס לחובת הציות לחוקיה ואף עילה לגבות מאזרחיה מסים גם אם הוא אינם נוכחים פיזית בתחום השיפוט של אותה מדינה.

א. "תושבות" כבסיס להחלת שיפוט כללי

הגמרא והראשונים דנו בשאלה של חלות מנהגים בין בענייני איסור ובין בדיני ממונות, על תושבים ועוברים ושבים בתוך תחום השיפוט ומחוצה לו. בגמרא פסחים מצאנו כללים בעניין זה בנוגע לחובת קיום מנהגים שונים למי שיוצא ממקום מושבו ושוהה במקום אחר עם מנהגים אחרים. למשל, אם במקומו נוהגים לא לעשות מלאכה כלל בערב פסח, האם הוא מחוייב להמשיך במנהג זה גם כששוהה במקום שאין להם מנהג כזה? הכלל המרכזי שם הוא ש"נותנין עליו חומרי מקום שיצא משם וחומרי מקום שהלך לשם."[164] מדובר כאן בעצם בשני סוגי השיפוט – מבחינת מקום המצאו הוא תחת השיפוט הטריטוריאלי של המקום שהגיע לשם, אך מבחינת השתייכותו הקהילתית (והאזרחית אם נראה את המדינה כסוג של קהילה) הוא צריך גם לשמור את חומרות המקום שיצא משם. גם במסכת "מגילה" מצאנו דיון בעניין

164. פסחים פרק ד משנה א, גמרא שם.

"פרוז בן יומו" (בן עיר בתחילת יום י"ד באדר שהגיע לכרך אחר כך), האם קורא מגילה כבני כרך.[165] בעניין יו"ט שני של גלויות דנו בהרחבה הפוסקים במשך הדורות.[166]

בנוגע לאיסורים, מצאנו דיון על אכילת כחל, האם מותרת או אסורה והדבר היה תלוי במנהגים.[167] רמי בר דיקולי אכל כחל מחוץ לתחום עיר שנהגו בו איסור בכחל, וטען שהוא לא מחוייב לקבל על עצמו את חומרי אותו מקום, משום שהוא מחוץ לתחום. המרדכי[168] מסיק מכך הלכה:

> אמר ליה חוץ לתחום אכלתינהו – מכאן נהגו העם שלא לנהוג חומרי המדינה ומנהגה אלא בתוך התחום כמו כשעושין תקנות לשום דבר ומחרימין על מי שעבר על תקנתם ואם יש אדם שעובר על תקנתם חוץ לתחום המדינה, לא עבר על החרם שאין תקנתם נוהגת אלא בתוך תחומה.

יש שני דרכים שהנוכחות בתחום השיפוט הטריטוריאלי תחיל את השיפוט על היחיד: (א) עצם נוכחותו (כמו שמשתמע מהמרדכי) (ב) הצטרפותו כשותף לציבור של תושבי המקום. ביחס לדרך הראשון, לא נראה שיש סמכות לרשויות להטיל מסים על כל עובר ושב שנמצא בתוך תחום השיפוט, ורק עם הצטרפות היחיד לתושבי המקום על ידי שהייה ממושכת או קבלת אזרחות, נופל היחיד תחת סמכות שיפוטם לענייני מסים.[169] אולם כיצד ובאיזה שלב הופך המהגר או האורח המזדמן לתושב המקום כדי להתחייב אתם במסים?

א. י"ב חודש כמבחן תושבות ליחיד

הגמרא קובע שלבים שונים שבהם צריך מי שהגיע לעיר להשתתף בהוצאות שלה. בעיקרון חיוב המס חל עליו אחרי י"ב חודש.[170]

יש דיון בין הפוסקים לענין מבחני התושבות השונים שנאמרו בגמרא זו[171]. האם יש לראות מבחן אובייקטיבי של מגורים במשך שנים עשר חודשים במקום אחד כבסיס להטלת חיוב מס על התושב או שמא מספיק שהאדם גילה כוונה לגור במקום? למשל, כשקנה בית דירה והשתקע במקום, גילה דעתו בכך שרצונו להיות תחת חוקי המקום גם אם לא עברו עדיין שנים עשר חדשים. ניתן להציע שהגמרא שקובעת

---

165. מגילה י"ט א'.
166. מרדכי פרק כל הבשר רמז תשי"א הובאו דבריו ב"ים של שלמה" פרק "כל הבשר" סי' נ"ג ובשו"ע יו"ד סי' רכ"ח סעיף ל"ג.
167. חולין ק"י א'.
168. חולין שם סי' תשי"א.
169. להלן (בפרק על כפל מס) נדון גם בחובה המבוססת על מיקום הנכסים ולא על אזרחות בעל הממון.
170. בבא בתרא ח'.
171. בבא בתרא שם. ראה גם שו"ע חושן משפט סי' קס"ג ס"ב על פי דעת רבינו ברוך, מרדכי פרק השותפין סי' תע"ז. וכן עיין שו"ע יו"ד סי' רנ"ו סעיף ה.

י"ב חודש נותנת דוגמא של מנהג שלכל הדעות ברור שהוא נחשב כקבלת תושבות, אך למעשה המבחן אינו אחיד וכל מקום רשאי לתקן תקנות משלו, ותקנות אלו מחייבות.

אפשר גם לתהות אם בכלל שייך לחייב מישהו שבא מבחוץ ולא קיבל על עצמו את חוקי המקום לענייני מס, שהרי הבסיס לחייב נובע מחוקי אותו מקום אך אם עדיין לא גילה שרצונו לקבל על עצמו את חוקי המקום, אי אפשר להשתמש באותם חוקים כדי לחייבו.

בשו"ת מהרשד"ם[172] האריך בענין זה, ולמד מדברי הרשב"א[173] שאינו רוצה לפטור את מי שהגיע לעיר וקבע מושבו שם רק בגלל שממונו נמצא מחוץ לעיר, משום שאם אכן גבו ממנו מס על פי מנהגם המנהג קובע ומחייב, ואם גבו ממנו אחרי י"ב חודש אז גם מצד הדין רשאים לגבות ממנו מסים. אין זה משנה שהוא משלם מסים במקום אחר על ממונו, כי עצם התושבות שלו בצורה קבועה שם מחייב אותו להשתתף אתם בעול המס.

נמצאנו למדים מדברי המהרשד"ם והרשב"א שאמנם מי שבא בצורה ארעית לעיר ונכסיו נמצאים מחוץ לעיר אין מקום לחייבו במקום מושבו אך אם כבר נמצא שם תקופה ונחשב כתושב המקום, עצם התושבות שלו מחייבת אותו לשלם מס, והמבחן הוא מבחן אובייקטיבי על פי כללי אותה העיר ולא על פי כוונתו של האדם לעקור משם וגם אם לא קנה בית דירה באותו מקום.

ב. שינוי תושבות: כניסה ויציאה משותפות

האם כמו שגדר חיוב המס של תושב נקבע על פי קריטריונים של המקום שבו הוא מתיישב, ניתן גם להיפטר מתשלום מס על ידי יציאה מהמדינה לפני שהיא מטילה עליו חיוב מס? למשל, ניתן לגור במקום מסויים פחות משנים עשר חודש ואז לצאת משם לפני שיחייבו אותו מס. דיני יציאה מהשותפות וסיום מצבו של אדם כ"תושב" אשר נופל תחת שיפוט מדינה נידונים בהמשך הספר כחלק מדיני "בריחה" מחובת מס.[174] בנושא בריחה מצאנו מחלוקת עקרונית בין רבינו תם וראשונים אחרים האם אפשר להשתחרר מחובת מס על ידי בריחה מוחלטת מן המדינה. המהרי"ק דן במקרה של יציאה מן העיר אחר שנקבע מס כללי על העיר אבל לפני שהתחילו בני העיר לגבות בפועל לצורך פרעון אותו מס. הוא פסק שהיוצאים "צללו במים אדירים והעלו בידם חרס מחרסי אדמה, שהרי הלכה רווחת היא בישראל שאין הבורחים אחרי שאילת המס פטורים בשביל כך מלפרוע חלקם מן המס", ואפילו לדעת רבינו תם המקל לא יועיל להם כיוון שכבר נשתעבדו. הוא הוסיף

172. חושן משפט סי' ת'.
173. חלק א סי' תרס"ד.
174. ראה שו"ת מהרי"ק שורש ב.

שהשיפוט אפילו של בתי הדין נמשך אחרי שיצאו "ואע"ג שעכשיו אין עוד שותפות מכאן ולהבא דמ"מ היו שותפים מקודם וגם שייכי ואגידי בהאי מס".

מכל מקום, עדיין לא ברור האם מדינה יכולה להרחיב את שיפוטה על אנשים שיצאו מן המדינה כבר גם למסים שעדיין לא נקבעו ולא חויבו.[175]

כמו כן יש לדון במי שברח לעיר אחרת כפליט וטוען שעדיין נכסיו ועיסוקו נמצאים שם ואין כוונתו להשתקע במקומו החדש אך השתהה שם יותר משנים עשר חודש, האם ניתן לחייבו לשלם מיסים על עסקיו החדשים? נושא זה נידון בהרחבה משום שהיה מאוד מצוי במשך הדורות שאנשים ברחו ממקום אחד, המשיכו במסחרם במקום אחר ולא שילמו מס במקום החדש בטענה שעסקיהם אינם קבועים. במקרה אחד פטר המבי"ט[176] את תושבי טבריה מרוב המיסים החדשים בעיר ציפורי כשטענו שברחו מחמת אונס, אך עדיין יש צרכים עירוניים שהם נהנים מהם וכן אם סחרו ופגעו במסחר המקומי יש מקום גם לקהילה המקומית לחייב אותם לשלם על כך בלי קשר לכוונתם לחזור לעירם. דברים דומים מופיעים במספר אחרונים בדורות שלאחריו.

ג. סיכום

מבחני החלת השיפוט על נישום תלויים במנהג המקום שבו הוא מתגורר. ההלכה מכירה בטענה לחיוב מס על בסיס תושבות וגם בטענה שמחייבת תשלום מס בגלל היותו אזרח המדינה, כעין מס ה"כרגא" שמוטל אישי על כל אזרח.

כניסה לחיוב מס אינו תלוי רק ברצון הסובייקטיבי של הנישום לגור שם אלא בכללים האובייקטיביים שקבעה המדינה שבו הוא מתגורר. יש בדבר להקל ולהחמיר, כיוון שניתן לברוח מחובת מס לפני שהיא חלה, אף שאם היא כבר חלה לא תועיל בריחה. ייתכן אף שניתן לחייב גם את מי שיצא מן המדינה לפני חלות המס אם הבסיס לחיוב אינו תלוי במגוריו במקום החיוב אלא בהיותו אזרח המקום.

גם אם חייבו את הנישום במקום נכסיו, אין הדבר פוטר אותו מחיוב במקום המצאו אם כבר שהה בעיר שיעור זמן שמחייב אותו להשתתף בהוצאות שלה. במקרה זה הנישום יקבל עליו "חומרי המקום שהלך וחומרי המקום שבא משם".

---

175. ראה שו"ת תורת חיים חלק א סי' ס"ג וסי' י"א שדנו בתשובת המהרי"ק וכן עיי"ש סי ס"ה, וסי' צ"ה

176. שו"ת מבי"ט חלק ג סי' ע"ח.

ב. מקום ה"ממון" או העסק כבסיס להחלת שיפוט מוגבל

א. מבוא

מעבר לשיפוט על בסיס מקום מושבו של האדם, קיימת גם סמכות גביה על בסיס מקום המצאם של נכסיו. אם יש לאדם עסקים במקום מסוים אף שהוא אינו מתגורר שם, לכאורה ניתן להטיל מס על אותם עסקים מעצם היותם שם. אולם כל זה בנוגע לנכסים אקטיביים שנושא ונותן בהם במקומם. מה הדין כאשר יש לו נכסים פסיביים (כגון בתים, שדות או פקדונות)? האם גם עליהם חל חיוב לדווח ולשלם מס אף שאינם עסקיו וגם אינם במקום המצאו? והאם ניתן לחייב מס גם על סמך מקום הנכסים וגם על סמך מקום התושבות של בעל הנכסים?

בתשובות אחדות מצאנו דיון לגבי מי שיש לו פקדונות ממוניות במקום אחר ורוצים לגבות ממנו מס במקום המצאם. לכאורה פקדונות אלו אינם במקום עסקיו של האדם (כי אינו מתעסק בהם) ואף אינם במקום מגוריו כיוון שגר במקום אחר. אולם יש מקום לחייב אותם מכמה סיבות: א) עושים עין – עשויים להיחשב בשלטון כראיות לעושרה של הקהילה.[177] ב) הברחה – הפקדונות עשויים לנוע בכל פעם ממקום למקום כדי לפטור אותם ממס, ובכך המבריח מונע מקהילתו גביית מס לגיטימית על נכסיו.

כמו כן יש שרצו לחייב את מי שנושא ונותן במקום מסוים גם אם הוא אינו מקום מגוריו, משום שעצם זה שהוא נושא ונותן גורם לשלטונות להרבות את המסים[178] כשרואים את כמות המסחר שמתנהל בין היהודים.[179]

בתשובה של בעל "תורת אמת"[180] נדרש לסוגיה זו ולמד מדברי הרשב"א[181] שיש לחלק בין מקרים שהממון אינו ממון שנשא ונתן בו באותו מקום אלא גבה אותו ממקום אחר והביא אותו לכאן, שאז לדעת הרשב"א אין מקום לחייב תשלום מס כלל על ממון פאסיבי זה, לבין מקרה שמתעסק בממון זה בצורה אקטיבית, שאז יש לו לשלם מס גם על עסקיו במקום אחר וגם על עסקיו בעיר הזה. על פי זה המדד

---

177. ראה מהר"י וייל סי' קל"ג בשם מרדכי בבא קמא סי' קצ"א שנותנים מס לפי מה שהמלך נותן עיניו בו, וכן הוא בשו"ת מהרי"ל החדשות סי' קנ"ב, שו"ת מהר"ח אור זרוע סי' רכ"ו ועוד פוסקים רבים.

178. ראה גם להלן דיון בנוגע לחזקת היישוב, זכותו של כל יישוב לשלוט על המסחר בתוכו ולחייב את כל מי שמסתחר שם לשלם על עצם זכות המסחר ביישוב. במדינת ישראל באמצעות מע"מ המדינה גובה אגרה על זכות ההסתחרות בתחומיה.

179. בתשובת מהר"ח או"ז הנ"ל כתוב שהקהילה יכולים לגלות לשליט שאחד נושא ונותן בעירם אך אינו משלם להם מסים, ומשמע שלולא שיאמרו כך השליט יחייב אותם לשלם עליו בגלל נפח העסקים שהוא רואה בין היהודים.

180. שו"ת תורת אמת סי' ס"ט: "הבאים להסתחר מגבול אחר אינם חייבים לפרוע מס על כל ממון שיביאו שם אלא כפי הממון שעוסקים שם".

181. חלק א סי' תרס"ד, וראה להלן פירוש אחר בדברי הרשב"א בנושא כפל מס להלן.

לחיוב ממון במקום העסקים הוא עיסוק קבוע בממון וכל עוד הממון אינו משמש לעיסוק קבוע אין מקום למסות את בעל הממון. לעומת זאת כאשר מדובר בממון שנמצא במקום המגורים של בעל הממון, ניתן לחייב אותו לשלם גם על ממון פאסיבי.

ב. חיוב על פי עסק "קבוע" ומיסים על נכסים

במקום אחר הרשב"א חקר[182] על פי סברא מהו מקום הטבעי לחייב תשלומי מס על חוב – האם במקום שבו שולם החוב או במקום מגוריו של הבעל חוב, ולפי הכלל שהוא קבע אי אפשר לחייב בשניהם. הרשב"א אומר שבנכסים לא קבועים כעין אלו, אין טעם לחייב מס במקום שבו נמצא הממון, משום ש"אם כן נתבלבלה כל הארץ, היום יפרע כאן על חוב זה, וכשיגבה יסתלק. ולמחר כשיחזור וילוה דינר לאחד, מאנשי אותו תחום, יתחייב, ואין לדבר לא סוף ולא קצבה!" משום כך הרשב"א מבחין בין מקרה שיש לו עסק קבוע במקום, שאז לפי דבריו[183] יש לקהילה זכות לדרוש ממנו לשלם מס או לעזוב כי הוא פוגע בפרנסת מקומיים.[184] במקרה כזה, ממילא אי אפשר לחייב אותו במס על הממון במקום שהוא גר בו, כיוון שהוא חייב לפרוע במקום המצאות הממון.[185] לעומת זאת, אם אין לו עסק קבוע שם אך יש לו חובות מזדמנים שהוא מקבל מתושבי המקום, אין לחייבו לשלם מסים על אותם חובות כי הוא לא התחייב לתת לתושבי המקום מסים על כל חוב וחוב, ואז יפרע מס על אותם חובות רק במקום מגוריו.

בשו"ת "עוגת אליהו"[186] דן במקרה של קהל שרצו לגבות מסים על נכסים של אדם שנותרו במדינה אחרי שהוא עלה לארץ ישראל. לכאורה כל מטרת החקיקה החדשה שלהם הייתה נגד אדם אחד בלבד, ובמקרה זה היה אפשר לטעון שאין להם סמכות להטיל על היחיד מס כשאינו עומד תחת השיפוט שלהם. בעל עוגת אליהו טוען שדרוש הסכמת כולם כדי לשנות את אופן גביית המסים, ואין מקום לרוב לכפות את המיעוט אלא אם כבר היה קים חוק כזה מקודם. על פי סברא זו, מדינה שבעבר לא גבתה מסים על נכסים שנמצאים בתחומה אם בעל הנכס אינו גר שם אינה רשאית לשנות ולגבות מנכסים אלו בעתיד.

---

182. שו"ת הרשב"א חלק ה סי' ר"ע.

183. שו"ת הרשב"א בחלק א סי' תרס"ד.

184. ראה גם מה שכתבנו בעניין זה בחלק ב, התשתית ההלכתית למע"מ ולרישוי עסקים עמוד 97.

185. ז"ל הרשב"א שם: אבל באמת, אם היה לאחד עסק קבוע, מופקד ביד אחד מאנשי אותו המקום, או שהוא בא לקיצין ומתעסק שם בקבע, גובה וחוזר ומלוה, זה מתחייב לפרוע מס עם אנשי המקום שקבע שם עסקיו. ולא מדין התורה, אלא שאנשי המקום יכולים לעכב על ידו, שלא יתעסק בתחומם, כדי שלא ימעט להם הריוח. לפי שהמלך, כמתנה עם מי שפורע שם חלק המלך, שירויחו בריוח מקומם בסחורה, ובשאר רוחים, ולא אדם אחר.

186. סימן כ"ג.

ג. סיכום

ניתן לחייב נישום לשלם מס על פי מקום עסקיו גם אם הוא עצמו אינו תושב המקום, אפילו אם מדובר בממון פאסיבי שאינו נושא ונותן בו בכל עת.

עם זאת, דווקא במקום מגוריו של האדם או במקום עיסוקיו העיקרי ניתן לחייב אותו לשלם על ממון פאסיבי.

אין לחייב תשלום מס בשני מקומות ולכן יש לברר מהו מקום עיסוקיו העיקרי של הנישום ולגבות ממנו שם את המס

אין לחדש מס על נכסי תושב שכבר יצא ממדינה לפני שהטילו את המס החדש על נכסיו.

ג. כפל מס

לפעמים קיימים הבדלים בין מדינה למדינה בהגדרת חלות השיפוט שלהם ואין התאמה ביניהם (כלומר אמנת מס). במיוחד כאשר מתקנים תקנות מחמירות נגד בריחה והברחה של אנשים ונכסים מחוץ לתחום שיפוטם, ייתכנו מצבים של סתירה בין חוקי שתי מדינות כששניהם מגדירים את אותו בן אדם, יישות משפטית, נכסים או מקור הכנסה כנופל תחת שיפוטם. במקרה הטוב תנכה אחת מהמדינות את מה ששולם למדינה השנייה כדי למנוע כפל מס. לפעמים, אף אחת מהמדינות לא תנכה את מה ששולם לשני וידרשו מס כפול. לרוב, הבעיה עולה כאשר מדינה אחת באה מכח זיקה שלהם ל**ממון**, עסק או נכס מסוים ומדינה השנייה באה מכח זיקה שלהם ל**בעלים** של הממון, עסק או נכס. השאלה לנישום היא האם להתייחס למצב הזה כגזל ולעשות דין לעצמו במידת האפשר ולהבריח מס מאחד מהמדינות?

ייתכן גם מצב הפוך, שבו הנישום מצליח לחמוק מחלות שיפוט של שני המדינות ולא לשלם מס בכלל. למשל, כאשר הנישום מתגורר במדינה שאינה ממסה נכסים ומקורות הכנסה מחוץ לגבולותיה, והנישום מחזיק את נכסיו במדינה שאינו ממסה ממון של תושבי חוץ או שיש לה שיעור מס קרוב לאפס על נכסים של תושבי חוץ.

גם הזיקה של אזרחות יכול לעורר בעיות של כפל מס כאשר אזרח של מדינה אחת מתגורר באופן קבוע במדינה אחרת, ושני המדינות מגדירים אותו אדם כנופל תחת שיפוטם, אחד מכח האזרחות אשר הוא מחזיק ואחד מכח מגוריו בתוך גבולותיה.

א. דעת הרשב"א

הרשב"א התייחס לקיום של כפל מס בכמה תשובות. עמדתו נגד כפל מס עולה מתשובה הבא:[187]

187. שו"ת הרשב"א חלק ה סי' קע"ח.

שאלת: ראובן הדר בינינו, הוא וביתו, וממונו בעיר אחרת, שאינו מן המקומות הפורעים מס ממנו, ולא מן המקומות שתחת אדוני הארץ שלנו. והקהל תובעין אותו, שיפרע מס עמנו, מכל אשר לו בין בעיר, בין בשאר המקומות. והוא טוען: דאין עליו לפרוע עמנו על הממון שיש לו במקום אחר, מאחר שהוא פורע שם באותו מקום, אשר ממונו הוא שם, שהוא נושא ונותן שם במעותיו, ומתעסק שם בממונו. והקהל טוענין: דאינו חייב לפרוע, אלא במקום שהוא דר עם אשתו. ואם פורע מס שם באותו מקום, לאו כל כמינה לאבד זכות אנשי העיר אשר הוא דר שם. ונתקשה בעיני [הרב השואל]: היאך יהא פורע זה מנת המלך, שתי פעמים?

כפל המס במקרה זה הוא תוצאה מאי התאמה בין חוקי שני המקומות, שאחד הסתכל רק במקום מגוריו של הנישום והשני במקום עיסוקו.

הרב השואל הציע:

אלא דחזאי ביה קטרי, דסוף סוף, ממוניה בתר דידיה גריר. ועוד, שהמסים מתרבים ברבוי הדרים. ועוד, שאילו היה יודע האדון, דאינו פורע עמנו, היה תובעו לבדו, והיה לו ליתן בעל כרחו אפילו מן הממון שיש לו במדינה אחרת. אם כן, נמצא שהקהל פודין אותו. ... ועוד, שהרשות ביד הקהל, לעשות חקים ודינים, שלא יצא אדם חפשי. וכההיא שאמרו (בפ"ק דב"ב ח ע"ב): ורשאין בני העיר להסיע [על קי]צתן, ועוד טוענין עליו הקהל: היאך יפטור מס מועט שאתה פורע במקום אחר, את המרובה שלנו. ולכן תפרע עמנו, ואנו מנכין לך מה שאתה פורע במקום אחר.

דעת השואל שישלם מס נוסף גם על עצם נוכחותו בעיר וגם על ממונו, כי בעצם המיסוי הוא אישי במקום זה וכך גם דעת המחוקק שהטיל מס, כלומר "האדון", ולכן ראוי כאן לעשות תקנה קהילתיתי לחייב מס בהתאם לקריטריונים של המחוקק.

תשובה: נראה לי שורת הדין, דאין פורעין מס בשום מקום [כלומר כך המנהג בכל מקום] על **ממון הקבוע** לאדם שיש לו במקום אחר אף על פי שהוא עומד כאן, הוא ואשתו וביתו. שהכרגא הוא כסף גולגלתא, והטסקא דברים מוחלקים.[188] הכרגא נותן במקום שהוא דר, לפי שהוא אקרקפתא דגברא מנח. אבל הטסקא, אינו אלא על הממון, והממון משועבד לבעל הקרקע, דהיינו אדוני הארץ אשר הוא שם בעירו. והוא הדין והוא הטעם לשאר עסקי ושאר נכסים אשר יש לו לאדם במקום אחד, והוא שיהיה אותו הממון קבוע שם. ואם אתה אומר, שאילו היה יודע אדוני הארץ הזאת, שהוא אינו פורע מס כאן היה תובע לו לבדו, אין זו טענה. שאילו היה עושה כן, **דינא דמלכותא בכי האי, לאו דינא**. ואם אתה אומר כן, אפילו מי שיש לו קרקעות במלכות אחרת

188. על פי בבא בתרא נ"ה ב'. ראה דברינו בזה בפרק השלטון כמוחזק בחובת המס עמוד 123.

יהא פורע כאן, שאילו היה יודע המלך שזה עשיר במקום אחר, יתבע ממנו. **אלא שאין זה משורת הדין, אלא אנסין.** וכן היא מנהג קהלותינו מימי קדם. ... והטענה שאמרת, דיש לקהל לעשות חוקים ודינים בדבר זה. נראה לי, שאין זה אלא גזל, ואין יכולין להתנות על הגזלות. ומכל מקום, אם התנו כל בני העיר בכך, וקבלו עליהם כל הקהל, תנאם מועיל לאותם שבאו באותו תנאי, ולבאים אחריהם. אבל אם היה אחד בעיר, שלא רצה באותו תנאי, אינו בכלל תנאם, שלא כל כמינו של קהל לגזול את ממונו של זה, ולקח אותו לעצמן.
גם הטענה שאמרת, שהקהל ינכו לו כנגד מה שהוא פורע אחר, ויפרע להם השאר. זה גם כן נראה לי שהוא כנגד האמת. שאם אותו ממון פטור, הוא פטור לגמרי, ולמה יפרע עמהם עליו, אפילו פרוטה?! אין זה שורת הדין, אלא אם כן התנו כל הקהל תחילה על הדבר הזה, וזה מדרך התנאים, והוא שיסכים זה עמהם כמו שאמרתי. וכן אנו נוהגים מקרוב, מדין הסכמת כל הקהל, שהתנו כולם בכך, ולא ערער שום אדם בדבר.

תשובת הרשב"א דורשת עיון. מצד אחד נשמע ממנה שהרשב"א שולל כפל מס, וכן משמע מלשונו בתשובות אחרות שכתב "שאם אתה אומר כן, לקתה מדת הדין בכך שנמצא זה פורע כפלים: פורע עם בני עירו, ופורע עם בני העיר האחרת",[189] וכן כתב "שאי איפשר לממון אחד, לפרוע מס בשני מקומות."[190] מצד שני, עיקר כוונתו היא שעל ממון קבוע הנמצא מחוץ למדינה אין למדינה שהבעלים גרים בה שום זכות להטיל מס עליו, ולכן גם כאשר ינכה המדינה את המס ששילם הבעלים במדינה אחרת עדיין הדבר נגד שורת הדין. כנראה כוונתו היא שכיוון שאינו מן הדין לשלם כפל מס על אותו ממון וכיוון שברור להרשב"א שיש זכות למדינה שהממון קבוע נמצא שמה להטיל מסים על הממון,[191] מעיקר הדין אין זכות למדינה שהבעלים גרים בה להטיל מסים על ממון הקבוע במדינה אחרת.

אולם בתשובה שהבאנו ובתשובות האחרות אשר מתעסקים בשאלה זו של זכות המדינה להטיל מסים על אנשים או נכסים מחוץ לגבולותיה, מסייג הרשב"א את דבריו ואומר שהם רק מעיקר הדין אבל המנהגים משתנים ממקום למקום ויכולים הציבור להטיל מסים נגד שורת הדין.[192] לכאורה בכך הרשב"א מבטל את התנגדותו לכפל מס ומיסוי נכסי חוץ כיון שבדיעבד יש תוקף למנהג שתומך בכך.

---

189. שו"ת הרשב"א חלק ג סי' ת"מ.
190. שו"ת הרשב"א חלק ה סי' ר"ע.
191. ראה שו"ת הרשב"א חלק א סי' תרס"ד.
192. כן כתב הרשב"א בחלק א סי' תרס"ד "ובכל מקום ומקום נוהג כפי מנהג ומנהג אבותיהם דנהרא נהרא ופשטי'." וראה שו"ת הרשב"א חלק ה סי' רפ"ב שעוסק בפרשנות תקנת קהל להטיל נסים על נכסי חוץ. אמנם שם הסכימו הקהל להעניק זיכוי מלא למסים ששולמו כבר במקום הנכסים, ולא אמור להיות כפל מס. ראה גם שו"ת הריב"ש סי' תע"ז שהסכים לדברי הרשב"א שלמסכימים ובאים אחרי התקנה חל התקנה אף שהוא נגד עיקר הדין.

מכל מקום, אין הענין דומה לכל דיני מסים אחרים, אשר שורת הדין אינו אלא לכתחילה כאשר אין מנהג ובדיעבד הכל הולך אחר המנהג, שהרי הרשב"א כתב במפורש[193] "והטענה שאמרת, דיש לקהל לעשות חוקים ודינים בדבר זה, נראה לי, שאין זה אלא גזל, ואין יכולין להתנות על הגזלות." אלא שהוסיף הרשב"א שם ש"אין זה שורת הדין, אלא אם כן התנו כל הקהל תחילה על הדבר הזה, וזה מדרך התנאים, והוא שיסכים זה עמהם כמו שאמרתי. וכן אנו נוהגים מקרוב, מדין הסכמת **כל הקהל**, שהתנו כולם בכך, ולא ערער שום אדם בדבר."[194] כוונת הרשב"א היא שאף שמעיקר הדין אי אפשר לחייב אדם לשלם כפל מס בעל כרחו, ויש בכך גזילה, אם הוא הסכים לקבל על עצמו את חוקי הקהל, ובבחוקים שלהם נאמר שעליו לשלם מס ללא קשר לחיובו במקום אחר, אזי מנהג הקהל תופס ומחייב את הנישום לפרוע מס כפול.

השלכה אפשרית מדברי הרשב"א עשויה להיות כאשר המדינה משנה את כללי המס ומתחילה להטיל מסים על ממון או מקור הכנסה מחוץ לגבולותיה, כמו שקרה במדינת ישראל בשנת 2003 למנינם ברפורמת המס, ששינו את בסיס המס משיטה "טריטוריאלית" לבד לשיטה של "טריטוריאלי" וגם "פרסונלי".[195] לפי הרשב"א לא היו יכולים לכפות שינוי כזה על תושבי המדינה ולגרום להם לשלם כפל מס שלא כדין בלי הסכמה מיוחדת של כולם, ורק אלו שהסכימו לתקנה או לתושבים הבאים אחרי התקנה השינוי תקף כלפיהם.[196]

ב. דעת ראשוני אשכנז ויישוב המחלוקת

בניגוד להרשב"א שראה כפל מס כדבר הנוגד שורת הדין ולכן מעיקר הדין אין להטיל מס על נכסי חוץ, בעל תרומת הדשן ראה את הענין בצורה אחרת וכתב:[197]

---

193. שו"ת הרשב"א חלק ה סי' קע"ח.

194. הרשב"א בדרך כלל אינו דורש שהסכמת בני העיר חייב להיות מוסכם על כל אחד ואחד כמו דעת רבינו תם, ראה שו"ת הרא"ם סי' נ"ז. ראה תירוצו של מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת סי' ס"ט שכתב "דע"כ לא קאמרי אפילו הנהו רבוותא שיכולים לחדש אלא כשאין סותרין המנהג הקדום אבל אם סותרים מנהג קדום אינם יכולים לסתור דכלל גדול בדין הוא ובפרט בענין המסים ללכת אחר המנהג."

195. ראה תיקון 132 לפקודת המס, ועדת רבינוביץ ותיקון 147 להתאמת המיסוי לחו"ל.

196. אמנם ראה חזון איש (בבא בתרא סי' ה ס"ק ה) שחידש שמי שנכנס לעיר אינו מחוייב לקבל תקנות פוגעות בו אלא אם צריך רשיון כדי להיכנס לעיר (כמו ויזה מיוחד או אזרחות או רשיון עסק/עבודה) אך אם נכנס מדעתו אין לומר שדעתו להסכים לשלם מס תוך י"ב חודש כיוון שזה מנהג שפוגע בו- "זה הנכנס שמיד בכניסתו המנהג פוגע בזכויותיו למה יסכים לקפחו נגד הדין". מהר"ם מירזבורק כתב בנימוקיו שהקהל מחוייבים להוכיח שהתושב נמצא בעיר או שהוא מקום עיסוקו לפני שמחייבים אותו לשלם מס. "צריכין לישבע שנשא ונתן שם או שדירתו שם אף כי לא נשא ונתן שם.....ואם לא יברדו ולא ירצו לישבע נאמן הוא בשבועה שלא לשם דירה שלח אשתו שם ושלא נשאה ונתנה שם". נראה אם כך שחובת ההוכחה היא על הרשויות ולא על היחיד שטוען שאינו תושב העיר.

197. שו"ת תרומת הדשן סי' שמ"ב.

נראה שכל מה שיש לאחד **אפילו חוץ למדינה פקדון** [צריך] לתת מן הכל [המקום תושבו]. וכן כתב בפסקי גדול וז"ל: צריך לתת ממעות שחוץ למדינה ואפילו לא בא לידו מעולם, **וגם שם צריך לתת מהם** ורוב עמא דבר הכי עכ"ל.

הרי שלדעתו נכון מן הדין להטיל מס על נכסי חוץ, על אף שממילא יווצר מצב של כפל מס כיוון שגם במקום הממון יטילו עליו מס. נראה שמקורו בדברי מהר"מ מירזבור"ק בנימוקיו שכתב:[198]

ויש אומרים מי שיש לו מעות חוץ לעיר אפילו ובכרכי הים צריך לתת מהם מס מן הכל, וגם שם צריך לתת מאותם מעות אפילו לא באו המעות לידו מעולם ורוב עמא דבר כן.

בעל משא[199] מלך ניסה ליישב המחלוקת בין:

הרשב"א כת אחת והרבנים אשכנזים [בענין מיסוי נכסי חוץ] כת אחרת. ואפשר לחלק ולומר שהרשב"א ז"ל לא דבר כי אם בשהממון קבוע שם במקום שהוא בקבע כההיא דכתב בתשובה שהושיב חנוני בנכסים בסרקוסטא... ולענין הדין אם לא נחלק חילוק זה לא נמלטנו ממחלוקת וראוי לשלם המעות אפילו לא הגיעו לו בעיר כיון שהרבים הם מוחזקים... ואם המעות קבועות בקבע באותו המדינה ולא יתכן להביאם בנקל קרוב בעיני לסמוך על דברי הרשב"א כיון שאפשר שכל הגדולים מסכימים בזה.

על פי יישובו לא אמור להיות כפל מס בדרך כלל על ממון קבוע, כמו עסק קבוע או בתים, שיש לאדם במדינה אחרת, אבל עדיין יש מצבים שייתכן כפל מס כמו בממון דניידי שנופל תחת שיפוט מקום מגוריו של בעל הממון וגם תחת שיפוט בני המקום ששם נמצא הממון. כמו כן גם מצבים של כפל מס בגלל תקנות נגד בריחה והברחת נכסים על ידי העברתם לקרוביו במדינה אחרת.[200] בקשר למיסוי נכסים שנתנו כנדוניא לחתן מחוץ לעיר הוא כותב:[201]

ונמצא שמעות אלו פורעים בשני מקומות במקום חמיו ובמקום החתן, והוא באמת דין אינו ישר והיה מן הראוי לנכות מחמיו דמים אלו ולהכניסם ברשות

198. מהר"ם מירזבורג בנימוקים שלו המודפסים בסוף שו"ת מהר"י וייל, דין י"ב. יש להעיר שמהר"ם מירזבורג גם ציין שם דעה מקילה שפוטרת אותו מלשלם על נכסים שמחוץ לעיר, כי הם אינם "עושים עין".

199. חלק השלישי שער השני משפט שני.

200. בתשובת הרשב"א חלק ג סי' ת"ו מוזכרים תקנות של קהילת סרקוסטה נגד ניוד נכסים מחוץ לשיפוט העיר, "לפי שקצת מבני העיר היו מערימין ונעתקים מן העיר לגור במקום אחר, ולא פורעין בחובות ובכל מה שנתחייבו הקהל קודם צאתם מן העיר, הוצרכו הקהל לעשות תקנה על המעתיק מן העיר, שיפרע חלקו קודם העתקתו מן העיר בכל מה שנתחייבו הקהל קודם לכן, לפי שגם הוא מחוייב כאחד מהם" תקנה נוספת אסרה ניוד נכסים על ידי מתן נדוניא לחתן שאינו מבני העיר.

201. משא מלך שם משפט השמיני.

> החתן ואפילו שהם בשני קהילות היה מן הראוי לגרוע מן הקהל הזה ולהוסיף לקהל אחר, זהו מה שיש בענין הדין, והירא את דבר ה' יגיה חשכת הקהל ויקריב את משפטן למשפט שכתבתי, ואז יבחר במה שיבחר לו ה'.

מדבריו נראה שהוא מצדיק מצב של מיסוי כפול על אותם נכסים אף שאינו מן היושר. היוצא מדבריו ומדברי הרשב"א ורבני אשכנז שהבאנו לעיל שכפל מס אינו בהחלט גזל. כל זה נכון כאשר לכל שלטון יש זיקה להטיל מס על הנישום, או בגלל הממון שברשותו או בגלל מקום מגוריו.[202] אולם כאשר לאותה זיקה יש שני מתחרים שתובעים את המסים, למשל כאשר שני המדינות מטילים מס על אותו נישום כאילו הוא תושב במדינתם, בזה באמת "לקתה מידת הדין" ואף בדיעבד נחשב אחד מהם לגזל. בעל "תרומת הדשן" התייחס למצב כזה, וכתב:[203]

> דודאי אם היה המלך עושה כך למס הקצוב בכל שנה הוי גזילה דמלכותא [לגזור על אנשים שישלמו גם לעיר שיצאו משם], הואיל ואלו ד' אנשים נושאין ונותנים [ודרים] בעיר ציפורי ומקפחים ריוח שלהם, איך יתכן שישאו בעול עם בני טבריא [שיצאו משם] לתת מס בשני המקומות היה כל שכן גזילה דמלכותא.

דברי התרומת הדשן מתייחסים למי שמשלם מסים במקום אחד על בסיס "רשימת הכרגא" (מפקד עירוני) ובמקום אחר על בסיס תושבות בפועל. גם בעידן המודרני קיים דוגמא אופיינית למקרה של תרומת הדשן, כאשר יש מדינות שגובות מס על בסיס תושבות קבועה במקום ויש שגובים את אותם מסים על עצם רישומו כאזרח גם אם אינו נמצא שם בפועל. כאשר אין אמנת מס ייתכן מצב ששני המדינות ידרשו מס מלא מאותו נישום בלי כל ניכוי בחיובו.

בעניין זה ראה שו"ת בעי חיי[204] שהביא משלשה רועים בענין מיסוי נכסי זרים הנושאין ונותנים בעיר על ידי תושב מקומי (וכן בשותפים ששותף אינו תושב העיר) ופסקו על פי מנהגם שתושבי העיר פורעים על נכסי חוץ שלהם במקומם ולכן אין להטיל מסים על **ממון** של תושבי חוץ כי אם כן לקתה מידת הדין כשפורע בשני מקומות. מתשובה זו אנו רואים שהאחרונים ניסו להציל את מי שנתבע לפרוע בשני המקומות אם שניהם דרשו את אותו מס, וטרחו למצוא דרך לפטור מתשלום

---

202. ראה גם שו"ת מהר"ם אלשיך סי' ס"ה שדן בעניין כפל מס וכתב:
"אפשר כי מנהג המלך ליפרע כסף הגולגולת שהוא הכר"גי במקום הדירה אשר שם ביתו ולא במקום שיצא והלך בו כי דרך המלכות שנוטלים כסף הגולגולת במקום הדירה....בהולך להתעסק בעיר אחרת גם שיפרע במקום האחר אינו יכול לפטור עצמו מחיוב שעליו במקום דירתו, אם כן ודאי שגם בני העיר האחרת אין יכולים להכריחו שיפרע בשני המקומות כמ"ש מהרשב"א ז"ל שכתב כי אם יחייבוהו לפרוע בשני המקומות א"כ לקתה מדת הדין כדכתיבנא..."

203. סימן שמ"א

204. חושן משפט סי' ק"י שהביא שו"ת ראנ"ח סי' ל"ט, שו"ת תורת אמת סי' ס"ט ושו"ת מהרש"ך חלק ב סי' נ"ה.

כפול. אולם אם הם ראו ששני המיסים משתלמים על שני עניינים שונים הם הסכימו לחיוב כפול

דוגמא מובהקת למס כפול שנגבה על עניינים שונים ניתן לראות בתשובה אחרת מאת הרב בעי חיי[205] שבו הוא מחייב תושב שעקר מהעיר לפני 18 שנים לפרוע חובות קודמים לעיר, אף שאותו תושב עשה חשבון כשעזב את העיר ופרע את כל חובותיו עד לאותו זמן. הסיבה לכך היא שהחיוב בעיר הקודם היה חיוב גולגולת מפני שעדיין היה כתוב בפנקס הקהילתי והחיוב במקום מגוריו היה מחמת משא ומתן שלו. דברים אלו תואמים את המסקנה של הראשונים, שלא בכל מצב ניתן לטעון "לקתה מידת הדין" אלא דווקא כאשר שניהם תובעים את אותו מס מאדם אחד.

ג. סיכום ומסקנות

אם במקום מושבו של האדם גובים ממנו מסים על נכסים/הכנסות שכבר משלם מס עליהם במדינה אחרת, ואין אמנת מס בין שני המדינות שבגינו ינכו את מה ששילם במקום אחר (כדי למנוע כפל מס), בדיעבד יש להם סמכות לגבות ממנו מס פעם נוספת ואין בכך תורת גזל.

יש סוברים שמדינה שנוהג לגבות מסים על פי מקור ההכנסה (שיטה טריטוריאלית) ואינה גובה מסים על נכסי חוץ והכנסות או עסקים קבועים שמקורם מחוץ לגבולותיה, אינה יכולה לשנות ולכפות על תושביה שינוי שיטת גביית המס לטובת שיטת גבייה פרסונלי (גביה אישית) כדי לחייב את אותם נכסי חוץ במס אלא אם כן הסכימו לה התושבים או באו אליה אחרי החלת תקנה זו.

לגבי מדינה שאינה מקום מושבו של האדם אך יש לו עסקים "קבועים" שמה או נכסים קבועים שמניבים רווח, המדינה הזאת רשאית לגבות ממנו מסים על הנכסים/הכנסות שבגבולותיה, ואינם חייבים להתחשב בכך שמשלם מס על אותם נכסים/הכנסות במקום מושבו.

במקרה הנ"ל, למרות שיש למדינה זכות לגבות מסים, הנישום אינו עומד תחת שיפוטם הכללי-אישי, ולכן אין עליו חובת דיווח או חובת ציות לחוקים אחרים, אלא הם בגדר בעל חוב ונושה שלו.

למרות זאת, אין הוא רשאי לגנוב או להזיק לרווחים של תושבי אותה מדינה. אם למשל הוא לוקח פלחי שוק מקומיים, ראה דיון שלנו בחלק "התשתית ההלכתית למע"מ ורישוי עסקים".

לעומת זאת, נכס מניב, שאינו עסק בבעלות אדם ממדינה זרה אינו פוגע ברווח המקומי ולכן אין עליו חובה לדווח על דמי שכירות או על מכירת הנכסים למדינה שהנכס נמצא בה.

---

205. שם סימן ק"ח.

לגבי סמכות המדינה להטיל מס מעיקר הדין על בעל נכס שאינו תושב המדינה, ניתן להבחין בין מס על נכס פיזי (נדל"ן) שיש להם שיעבוד ובעלות על קרקע הנכס לבין נכסים ניידים שאין להם את הסמכות להטיל מס עליהם מעיקר הדין.

יש להם זכות מעיקר הדין לחייב ניכוי מס במקור מתושב מקומי שמחזיק או מנהל את העסקים של תושב חוץ אף שאין הנכסים שייכים לו.

כאשר שני מדינות מטילים מס מאותה זיקה, כלומר שניהם רואים את הנישום תושב שלהם או שניהם רואים את העסק כקבוע אצלם, ייתכן שצד אחד נחשב כגזלן ומותר לנישום לעשות דין לעצמו נגד המדינה שאין שיפוטה חל עליו מעיקר הדין כדי להציל את ממונו ממס כפול.

ו. סייגים ביישום ואכיפת החוקים

א. חמסנותא דמלכותא

הראשונים כתבו לדייק מלשון ההלכה של שמואל "דינא דמלכותא דינא" שאין הכוונה שניתנה סמכות למלך לעשות ככל העולה על רוחו עם נתיניו. הסמכות ניתנה למלכות ולא למלך (דינא דמלכותא ולא דינא דמלכא[206]), ולכן אם המלך נוהג על פי דיני המלכות שלו הוא רשאי להוציא ממון מאחד ולהעניק לשני, כמו שמצאנו בגמרא שהמלך החרים קרקעות שלא שולמו עליהם מסים ונתנם למי ששילם עליהם את מס הקרקעות.[207] אולם אין המלך רשאי לסטות מחוקי המדינה ולעשות דברים שמפלים נגד קבוצה מסוימת[208], ויש אומרים שגם אסור לו לחוקק חוקים חדשים שסותרים את מה שהיה נהוג בימי אבותיו, אלא אם כן יש הסכמה של העם לקבל על עצמם חוקים אלו.[209]

יוצא אם כך שתהליך אכיפה וביצוע חוקי המלכות חייבת להתאים לחוקים הידועים לעם ואם לא נחשב הדבר "חמסנותא דמלכא", ואין כל חובה לציית למלך שמנסה לחמוס מתושבי מדינתו. ביטוי מעשי לכך ניתן למצוא בתשובה של רבי נחמיה שהובא בשו"ת מהר"ם אלשקר בנוגע לאפשרות של מיסוי תלמידי חכמים. רבי נחמיה מדגיש שגם אם המלך חייב את התלמידי חכמים לשלם אין לכך תוקף והקהל צריכים לפרוע במקומם:

> ואם תאמר דינא דמלכותא דינא ומלכותא אמר ליפרע צורבא מרבנן הא ליתא שכבר כתבו הראשונים ז"ל דכל מילי דלאו דינא ומלכותא אמר דליעביד לא

---

206. רמב"ן בבא בתרא נ"ה.
207. בבא בתרא שם.
208. ר"י מיגש בבא בתרא שם, מובא ברמב"ן שם.
209. רמב"ן שם מוסיף על דברי ר"י מיגש שגם חוק ששווה לכולם אינו מועיל אלא אם כן הנהיגו את הדברים לפניו "והם כתובים בדברי הימים".

> מתקרי דינא דמלכותא אלא חמסנותא דמלכא שלא אמרו דינא דמלכא אלא דינא דמלכותא ואפילו דינא דמלכותא לא אמרן אלא בחק המלכות.

שאלות מעשיות: האם ניתן לטעון טיעון דומה ביחס למסים בימינו? האם ניתן לומר שחוקי המס נאכפים בצורה שלא תואמת את כוונת המחוקק ואז אין סמכות לגבות אותם? האם אפשר לטעון שקיימת אפליה באכיפה, כאשר על חלק מהציבור אוכפים את חוקי המס בקפידה וחלק אחר לא זוכה ליחס דומה?

ב. דין מוכס העומד מאליו

במספר מקרים קיצוניים התירו חז"ל להבריח את המכס.[210] אחד מהם מוגדר כ"מוכס העומד מאליו". בימי חז"ל היה נפוץ מאוד שקמו אנשים מקומיים והשליטו שלטון וסדר באמצעות כנופיות שלהם ודרשו "מס" מהתושבים על כך שהם שמרו על הסדר המחוזי. גם בימי מהרשד"ם[211] קם יהודי שגבה מס מהקהילה שלא מרצון המלך, כשהמלך רצה סכום נמוך והאיש ניסה להשיג סכום משמעותי מהסוחרים. המהרשד"ם מתיר בתשובתו לעשות כל מיני תחבולות להימלט מתשלום המכס אך הוא מסתייג מהתרת שבועת שקר בגלל האפשרות שתיווצר חילול השם בדבר.

האם יש מציאות של "מוכס העומד מאליו" גם בימינו? לכאורה כל גובי המס הממונים על ידי השלטון לגבות את המיסים אינם מוגדרים כמוכס העומד מאליו, מאחר שהם פקידים שממלאים את רצון הממשלה ולא פועלים על דעת עצמם. אפשר אולי להגדיר את השלטון עצמו כמוכס העומד מאליו, וכמו שיש מביאים בשם ה"חזון איש"[212]. אולם כאשר השלטון נבחר על ידי רוב האזרחים, קשה להגדיר אותו כ"מוכס העומד מאליו" ואם אכן הוא נחשב כך, אזי רוב השליטים בימי בית שני והמלכים בימי בית ראשון היו אף הם מוכסים העומדים מעליהם, מאחר שלא נבחרו על ידי נביא או סנהדרין אלא על פי רצון העם ולא פעלו על פי דעת תורה. קשה להניח שאכן לעניין מיסים רגילים לתועלת המדינה ניתן להגדיר את השלטון כ"מוכס העומד מאליו".[213]

---

210. ראה סוגיות הגמרא בבא קמא ק"ג. ונדרים כ"ח.

211. שו"ת מהרשד"ם יורה דעה סי' רכ"ה.

212. שו"ת מנחת יצחק חלק ט סי' ק"י (סוף התשובה) וכן הביא בשו"ת פאת שדך סי' צ"א. ראה גם שו"ת תשובות והנהגות (רב שטרנבוך) חלק ג יו"ד סי' של"ח שכתב "שאין לממשלת הכופרים היום שום זכות להיות בעלים וכל שכן להפקיע." ראה גם שם חו"מ סי' תע"ו שמתייחס למיסי מדינת ישראל כגזל כיון "כפי ששמעתי תלוי הרבה בפרוטקציה ובפקידים והוי כמוכס שאין לו קצבה, שכל אחד מסתדר כפי אפשרותו, וכהאי גוונא לא אמרינן דינא דמלכותא דינא אפילו בעכו"ם."

213. נראה שהדבר הכי קרוב למוכס העומד מאליו בזמננו אינו מערכת גביית מיסים אלא דמי החסות שגובים בריונים שונים כדי להשליט סדר מלאכותי באזורים מסויימים. ברור שדמי חסות כאלו אינם לגיטימיים ומצווה להשתמט מלשלם אותם בכל דרךשהוא ואפילו באמצעות גניבת דעת, שקר וכו'.

אולם ייתכן בזמנינו מציאות של מוכס העומד מאליו כאשר עירייה או וועד שכונתי מנסים להטיל מס או גביה שאינה לגיטימית לפי החוק, וכופים את הציבור על כך. למשל, עירייה עשויה לדרוש מסים שאין להם תוקף בחוק הכללי. במקרים אלו אכן יהיה מותר לנסות להשתמט ממסים אלו, אף שעצם מעמדה של השלטון המקומי נשאר בתוקפו.[214]

ג. גדר מוכס שאין לו קצבה

בגמרא שנו עוד היתר להבריח מס כאשר המס נגבה על ידי "מוכס שאין לו קצבה". לא ברור מה מוגדר כמי שאין לו קצבה. רש"י כותב שהכוונה הוא שהמוכס נוטל "ככל חפצו" ומשמע שהמלך מאפשר לו לקחת מסים ללא הגבלות, וכגון ששילם למלך על הזכות לקחת מיסים לפי קריטריונים שהוא עצמו קובע. אם יש לו סכום קצוב, גם אם גבה מעבר לסכום הזה משמע שאין היתר להבריח ממנו את המס לגמרי.[215] אולם בפירוש הרא"ש למסכת נדרים[216] משמע שגם אם "מרבה ליקח יותר ממה שהמלך חפץ" נחשב הדבר כמוכס שאין לו קצבה, ומשמע שאין לו אפשרות לקחת ככל חפצו אלא כל סכום שלוקח מעל למס עצמו הופך אותו ל"אין לו קצבה". הרא"ש מוסיף עוד "הלכך כולו גזל" ומשמע שבמקרה שמרבה לקחת יותר ממה

---

214. ראה למשל שו"ת רדב"ז חלק ה סי' קס"ד שכתב:
"ראיתי בני אדם מורים היתר לעצמם בדבר זה ואומרים כיון שהוא הולך מעצמו לקחת המכס מהמלך נקרא מוכס העומד מאליו, והא ודאי ליתא שאם לא יעמוד זה אחר היה עומד, וכיון שהוא חק המלך כל מי שיעמוד במקומו, הוא פקיד המלך ואין זה עומד מאליו ואסור לגזול מנת המלך, וכיון שזה המוכס אינו לוקח יותר מהקצוב, אע"פ שמרויח לפי שלוקח בזול מן המלך אסור להבריח ממנו. ומה שאני מסתפק אם הוא מוסיף בקצת דברים על הקצוב אם מותר להבריח או לישבע על הדברים שאינו מוסיף על הדבר הקצוב ומסתברא לי שגם בזה אסור להבריח וכי מפני שגוזל את אחרים יהיה מותר לגזול את שלו ועדיין יש להסתפק מטעם אחר כיון שאין אסור גזילת המכס אלא משום דינא דמלכותא ומוכס זה הלוקח בקצת דברים יותר מהקצוב לו אין זה דינא דמלכותא והוי כמוכס העומד מאליו וצל"ע."
מובן מדבריו שכל עוד יש למוכס אישור מהמלך אין הוא נחשב כמוכס העומד מאליו אף שהוא קנה את האישור בזול ואז גבה מסים יקרים יותר. אולם אם גבה מסים שאינם מוגדרים לפי תפקידו, לכאורה ייחשב כ"עומד מאליו".

215. אולם ראה שו"ת מביט חלק א סי' רס"א שנראה מדבריו שדייק מרש"י שגם אם הרבה לקחת יותר מקצבתו בדבר אחד, מותר גם להבריח ממנו בדבר אחר, משום שאם היה יכול היה נוטל גם יותר מהסחורה השנייה ולכן הוא מוגדר כמוכס שנוטל "ככל חפצו" ומותר להבריח ממנו גם במה שלא הוסיף. אולם אין נראה מדברי רש"י כחידושו של המבי"ט, ויותר נראה שהוא מסתמך על דברי הרא"ש שהובאו להלן.

216. נדרים כח. בפירוש השני של הרא"ש, ובפירוש הראשון ביאר שהמוכס אינו רשאי "למעט לזה ולרבות לזה", ומשמע שעצם האפליה שהוא נוהג בכך שמוותר לאחד ומכביד יותר על אחר, גם אם לא לקח יותר מהסכום הקצוב, נחשב לו כמוכס שאין לו קצבה. לעיל כבר ראינו בשם המהרי"ק וכך פוסק הרמ"א שאפליה נגד קבוצה מסוימת מותרת אם היא מעוגנת בחוק, אך כאן מדובר באכיפה סלקטיבית של החוק שמטיבה עם קבוצה אחת (אולי מקורבת למוכס) על חשבון קבוצה אחרת.

שנקצב לו הוא מאבד את הלגיטימיות של גביה וגם מה שלקח בהיתר נחשב כגזל ומותר להבריח ממנו את המס.

הרמ"א בשלחן ערוך[217] העיר ש"יש אומרים דאפילו ידוע דהישראל לוקח יותר מן הקצבה, מכל מקום אסור להבריח ממנו דבר הקצוב, דהוי כגוזל מן הגזלן, דאסור". דברי הרמ"א, שמצטט כאן את ה"בית יוסף", נראים כמנוגדים לדברי הרא"ש דלעיל שהתיר להבריח את כל המס ולא רק את מה שמעבר ל"דבר הקצוב", ואמנם בקצות החושן[218] העיר על דברי הרמ"א שבטור כתב ש"נודרין למוכסין – אם הוא מוכס העומד מאליו או שבא ליטול ממנו יותר מקצבתו יכול לידור או לישבע כדי ליפטר ממנו" ומשמע שיש לו קצבה אלא שלוקח יותר, וכמו כן ציין שהטור מתבסס על דברי אביו הרא"ש בפירושו הנ"ל לסוגיה בנדרים. אולם לדברי רש"י שהבאנו לעיל אין מקום להשגת ה"קצות" שהרי הוא לא התיר אלא לקחת את מה שמעבר לקצבה אך לא את ה"דבר הקצוב", ודברי הבית יוסף והרמ"א הולכים לפי שיטה זו.

הסמ"ע דן בסוגיה זו ונראה שגם הוא מחמיר כדברי רש"י ואינו מתיר לקחת ממוכס את המגיע לו בדין גם אם לוקח יותר מקצבתו. הוא מבאר כך:

> ועיין פרישה [סעיף ח'] שם כתבתי דנראה דבמקום שהמוכסין מאמינים להסוחרים במה שאומרים לפניהן שאין להן סחורה אלא כך וכך, אזי מותר לשנות להגיד לפניהן באופן שלא יפסידו, דהיינו דרך משל אם יש להן מ' אמות בגד, ומן הדין אין להם ליתן מהם מכס אלא ל' גדולים, וכשידוע [ל]המוכסן שיש מ' אמות יכריחו ליתן לו מהן מ' גדולים, מותר להן לשנות ולומר להמוכס שאין להן אלא ל' אמות ולא יתנו לו אלא ל' גדולים, וכל כיוצא בזה.

לדעת הסמ"ע,[219] מותר להערים על המוכס כדי לזכות במה שמגיע לו, אך למרות שלולא כך המוכס היה לוקח יותר מקצבתו הראויה, אין זה מצדיק גניבה מוחלטת ממנו אלא רק להערים כדי לשלם את מה שצריך לשלם. נראה לדייק מדבריו שגם הוא סובר שאין להתיר לקחת ממנו את כל קצבתו, ושלא כדברי הקצות.

ברוב המקרים אין מקום ליישום דברי הסמ"ע או הקצות במציאות המודרנית. גם אם אדם סבור שפקיד ברשות המס הטיל עליו שומה גבוהה, אין זה מצדיק העלמה של המס, מאחר שהפגיעה לא תהיה בפקיד עצמו אלא בכל שאר משלמי המס ותושבי המדינה, ובשל כך אי אפשר להתיר לקחת את כל המס לעצמו כדעת ה"קצות" אלא רק להערים כדי לשלם את הסכום הנכון שמוטל עליו. אולם יש מקום לדון בהשלכה מעשית ממחלוקת ה"קצות" והסמ"ע במקרה שפקיד שומה דרש שוחד מהנישום כדי שלא יעשה לו שומה גבוהה. במקרה זה אם ננקוט כדעת

---

217. חו"מ סי' שס"ט סעיף ו

218. שם ס"ק א

219. שם, ס"ק י

ה"קצות" הרי שמותר לנישום לעשות עסקה עם הפקיד גם אם בכך הוא מוריד מחוב המס המוטל עליו על פי חוק. אולם הרב יעקב אריאל[220] הסתייג מהיתר זה וטען שאם כך הדבר ייחשב כמי שמציל עצמו בממון חבירו, ולכן אסור לשתף פעולה עם הפקיד במקרה זה. במקרה זה יש איסור נוסף והוא מתן שוחד לפקיד בתפקיד ניהולי, שאסור גם אם הוא אינו בתפקיד שיפוטי.[221]

ד. דין מוכס שאין לו קצבה: אכיפה סלקטיבית

לפי מה שהתבאר לעיל בהגדרת "מוכס שאין לו קצבה", יש מקום להסתפק מה הדין כאשר הרשויות אינם לוקחים יותר מקצבתם אלא שאינם אוכפים את חוקי המס באופן שווה ומקפידים על קבוצה אחת יותר גם כאשר החוק אינו מפלה בין הקבוצות השונות. האם גם במקרה כזה אנו אומרים שהם מאבדים את הלגיטימיות שלהם ומותר להבריח מהם? נראה שהתשובה לשאלה זו נעוצה בביאור סוגיית הגמרא בבבא קמא שעוסקת בעניין דינא דמלכותא. הגמרא שם שואל:

> הא לא קא עבדי כדאמר מלכא? מלכא אמר: זילו וקטלו מכל באגי, ואינהו אזלו וקטלו מחד באגא! שלוחא דמלכא כמלכא, ולא טרח, ואינהו אפסיד אנפשייהו, דאיבעי להו דאינקוט מכוליה באגי ומשקל דמי.

מסוגיה זו יוצא שגם כאשר המלך אמר ליטול שווה בשווה מכל השדות באזור, ואילו שלוחי המלך לא טרחו לקחת מכל השדות אלא לקחו משדה אחת את כל מה שנזקקו, הגמרא אינו רואה בכך בעיה משום שבכל אופן יש אפשרות ביד התושבים להשיג בבית דין אחר כך חלוקה צודקת של עול המס, מאחר שבעצם כולם שותפים בעול המס. כמו כן בהמשך הסוגיה נאמר ש"מאן דמשתכח בי דרי פרע מנתא דמלכא", כלומר מי שנמצא בשדה בזמן גביית המס צריך לפרוע עבור שאר שותפיו, בשדות הסמוכים, ואין בכך גזל משום שהוא יכול לדרוש את הסכום משאר השותפים שלו. במקרה שמדובר במי שאינם שותפים, רשאי גבאי המס לקחת עירבון מאחד מבני העיר עבור בן עירו שברח ולא שילם מיסים.

אולם נראה שאין לדמות סוגיה זו למקרה של אכיפה סלקטיבית של החוק. במקרים אלו הגבאים לא טרחו משום שידעו שהנישום יוכל לגבות את מה שלקחו ממנו משאר הנישומים בגלל שכולם שותפים בעול המסים. אולם במקרים של אכיפה סלקטיבית של החוק, אין אפשרות לנישום שנפגע לפנות לרשויות ולדרוש שיאכפו את חוקי המס על שאר התושבים, ומשום כך ייתכן חוסר צדק באכיפת חוקים אלו, וממילא יהיה מותר להשתמט מתשלום כאשר ברור שהאכיפה במקרים אלו היא סלקטיבית. לדוגמא אם הרשויות הולכים בגלוי אחרי קבוצה אחת ומעלימים עין

---

220. בשיחה עם חברי "כתר" בנושא זה.

221. פלפולא חריפתא על הרא"ש פרק ג סי' י"ז: "בא וראה דבר גדול שהשמיענו רבינו דשוחד אסור אף בדבר שאינו דין תורה אלא דרך קנס בעלמא...כתבתי זה להורות לנתמנים על הציבור אף על פי שאין דיניהן דין תורה ולא נתקבלו לכך אפילו הכי יזהרו מלקבל מתנות על דיניהם".

מהפרות חוק חוזרות של קבוצה אחרת, אזי אפשר לאלו שמתנכלים דווקא עליהם להשתמט בטענה שאכיפת החוק היא סלקטיבית ולא שוויונית.

ה. חוק מפלה

קיימים מקרים שבהם הרשות המבצעת מועלת בתפקידה ורודפת מגזר מסוים יותר משאר המגזרים. במקרים אלו ראינו לעיל שניתן להשתמט מתשלומי מס בטענה שהאכיפה היא סלקטיבית. אולם מה קורה כאשר האפליה מופיעה בחוק עצמו. האם גם אז ניתן לראות זאת כגזילה, או שמא רשאי המחוקק ליצור קריטריונים שונים לקבוצות שונות?

מצאנו דיון בראשונים בנושא זה. רבינו תם למד[222] שמה שאמרו "דינא דמלכותא דינא" הוא רק כשהמלך משווה גזירותיו על כל בני המדינה, אבל אם הוא משנה למדינה אחד לאו דינא הוא. אולם הרא"ש[223] חולק על ר"ת וסובר שיכול לעשות חוק למדינה אחת בלבד", ובמקום אחר "כל משפט חרוץ שתקן והנהיג המלך על כל בני מדינתו דינא ואין בו משום גזל", ומשמע אף אם ההנהגה מפלה בין בני המדינה דינא הוא. המרדכי כתב שדעת היראים כדעת ר"ת, אך מראשונים אחרים משמע כדעת הרא"ש.[224]

המהרי"ק נשאל[225] במקרה שקיים חוק מס שמפלה בין גויים ויהודים כך שיהודים צריכים לשלם יותר מגויים, האם אז נחשב הדבר ל"חמסנותא דמלכותא", וניתן להשתמט מתשלום אותם מסים בגלל שאינם מחייבים כמו דינא דמלכותא. המהרי"ק השיב שכל עוד המס הוא קצוב, גם אם החוק מפלה ומחייב קבוצה אחת יותר מקבוצה שניה, נחשב הדבר כמוכס שיש לו קצבה וחייב לשלם. פסיקת המהרי"ק הובאה להלכה בדברי הרמ"א[226] "ואפילו צוה שישראל יתן יותר מעובד כוכבים, מכל מקום מקרי דבר קצוב לכל איש", ומכאן שאין מקום לטעון נגד מסים שהחוק מפלה בהם נגד קבוצה מסוימת. גם בימינו קיימים חוקים כאלה, למשל יש פטור ממע"מ למי שמוכר לתושב חו"ל שירותים לעומת מי שמוכר לתושב הארץ, או חוקים שמעניקים הטבות מס ליישובים מסויימים. אין לטעון שהאפליה בחוקים הופכת את המס לדבר לא לגיטימי, בגלל שיש סמכות לשלטון ליצור אפליה בתוך מערכת גביית המס, ובפרט שהשלטון עושה זאת ממניעים צודקים ולא מטעמי גזענות. אפילו מס פרוגרסיבי הוא סוג של אפליה מובנית בחוקי המס, ואין מי שיערער על הלגיטימיות של גבייה זו.

---

222. הובא בפירוש הרא"ש נדרים פ"ג דף כ"ח.
223. נדרים שם.
224. ראה ים של שלמה בבא קמא פרק י אות י"ח, שו"ת לחם רב סי' קט"ז ושו"ת ציץ אליעזר חלק ט"ז סי' מ"ט שהאריכו בסוגיא זו.
225. שו"ת מהרי"ק שורש קצ"ד.
226. סי' שס"ט סעיף ו.

ו. מוכס שמטיל קנסות

אם פקיד שומה גילה הערמה או ניסיון השתמטות מתשלום מיסים וכתוצאה מכך הטיל קנס משמעותי על הנישום שהוא מעבר לחבות המס שלו, האם מותר לנסות ולהשתמט מתשלום הקנס? לכאורה גם זה סוג של "מוכס שאין לו קצבה" כיוון שקונס מעבר לחובת המס. אולם ה "חכם צבי"[227] מסייג שאין להתיר בגלל זה להישבע לשקר או לנדור נדר בשקר, משום שאז יבואו לזלזל בחומרת שבועות ונדרים. מדבריו משמע שעצם ההתחמקות מתשלום הקנס ללא נדר או שבועה תהיה לגיטימית במקרה זה, למרות שהמוכס פועל מטעם הממשלה ודינא דמלכותא דינא, משום שהקנס הופך אותו לכעין "מוכס העומד מאליו, שהרי המוכס קונס ככל אוות נפשו ואין קצבה ושיעור לדבר".[228]

מסקנות

גם המלך כפוף לחוק בהנהגתו, ואף שדינא דמלכותא דינא, אין זה מתיר למלך לפעול בניגוד לחוק ובניגוד לרצון העם שקיבלו עליהם את החוק. אם הוא פועל כך אין חובה לציית לו.

אם הממונה גובה מכס ללא כל סמכות לכך, הוא נחשב למוכס העומד מאליו ומותר להשתמט ממנו.

אם הממונה גובה יותר ממה שהמלך חייב הוא מכונה "מוכס שאין לו קצבה", אך יש מחלוקת מה ניתן לעשות כדי למנוע ממנו לגבות יותר. יש אומרים שמותר להערים עליו לחלוטין משום שנחשב כגזלן, ויש מתירים רק להערים על הסכום הנוסף שגבה. במציאות של ימינו אסור להערים ולהפסיד את כל המס משום שבכך אינו פוגע בממונה אלא בשאר משלמי המסים ויש בכך גזל.

אסור לתת שוחד לפקיד על מנת שיתן שומה נמוכה כיוון שיש בכך מציל עצמו בממון חבירו. כמו כן יש בכך משום שוחד לעובד ציבור.[229]

אם אוכפים את החוק בצורה סלקטיבית ובאופן שפוגע בכוונה במגזר מסוים, אזי מותר לנישום מהמגזר שנפגע להשתמט מתשלום המסים. אולם אם החוק מפלה נגד מגזר מסוים אין היתר להשתמט מתשלום, כיוון שרשאי המלך לקבוע קריטריונים לאופן חלוקת המס על פי שיקול דעתו.

מוכס שמטיל קנסות מותר להתחמק מתשלום הקנס שהוא מעבר לחיוב המס אך אסור לגנוב דעת או לשקר לצורך כך.

---

227. שו"ת חכם צבי סי' ע"ב.

228. ראה להלן דיון בנוגע לאיסור לקחת משרה ברשות המס משום שנחשבים לפי חלק מהפוסקים כ"מוסר" בגלל שלוקחים מעבר לסכום שהנישום חייב לשלם-משנה הלכות חלק ו סי' שי"ב, וראה אגרות משה חושן משפט (א) סי' צ"ב.

229. פלפולא חריפתא הנ"ל.

ז. "גזירה שלא נתפשטה"

כאשר חז"ל תקנו גזירות ותקנות, תהליך הטמעת הגזירות והתקנות חייב את קבלת הציבור והתפשטות אותם גזירות על מנת שתקבלנה תוקף מוחלט. כל תקנה או גזירה שלא התקבלה כראוי בציבור מאיזו סיבה שיהיה התבטלה בסופו של דבר, משום שקבלת הציבור או רוב הציבור מהווה תנאי למידת המחויבות שלו על אותו ציבור, אם החוק לא התפשט והתקבל ברצון, לא יהיה לו תוקף מחייב. עקרון זה מופיע בתלמוד ככלל "אין גוזרין גזרה על הצבור - אלא אם כן רוב צבור יכולין לעמוד בה."[230] אולם מהו אופן הטמעת חוקים או תקנות חדשים בציבור? לכתחילה, "בית דין שנראה להן לגזור גזירה או לתקן תקנה או להנהיג מנהג צריכין להתיישב בדבר ולידע תחלה אם רוב הצבור יכולין לעמוד בהן או אם אין יכולין לעמוד, ולעולם אין גוזרין גזירה על הצבור אלא אם כן רוב הצבור יכולין לעמוד בה."[231] בדיעבד, אם טעו בהשערתם שרוב הציבור יכולים לעמוד בה, "ואחר שגזרוה פקפקו העם בה ולא פשטה ברוב הקהל, הרי זו בטלה ואינן רשאין לכוף את העם ללכת בה."[232] דינים אלו שייכים אפילו לבית דין הגדול שעליהם נאמר "ושמרת לעשות ככל אשר יורוך. על פי התורה אשר יורוך ועל המשפט אשר יאמרו לך תעשה לא תסור מן הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל: לא תסור מכל הדבר אשר יגידו לך ימין ושמאל".[233] קל וחומר בן בנו של קל וחומר, שתוקף תקנות בית דין שהמחום רבים עליהם תלוי בקבלה והתפשטות התקנה בקרב רוב הציבור.[234]

לכאורה, קשה לקבל דינים אלו: והרי מהו כח של תקנה חדשה עד שתתפשט? ואם אין לו כח מחייב, איך יתפשט הדבר? ואם לא תתפשט מיידית, אולי תתפשט כאשר שמערכת אכיפת החוק תשקיע יותר מקורות באכיפת החוק?

בספר "כלי חמדה" דן בדברי הרמב"ם בעניין גזירה שלא נתפשטה וכתב להקשות:

> לכאורה לדעת הר"מ ז"ל איך אפשר לומר דכל תקנות חכמים החדשות הם בכלל לא תסור, הרי הר"מ ז"ל עצמו פסק דאם חכמים גזרו גזירה או תקנו תקנה חדשה ולא נתפשטה ברוב ישראל אין לה חלות ואין צריך לקבלה, ואי נימא דאיכא בזה איסור דאורייתא מצד לאו דלא תסור איך אפשר שלא

---

230. בבא קמא ע"ט ב', בבא בתרא ס' ב', עבודה זרה ל"ו ב', הוריות ג' ב'.

231. רמב"ם הלכות ממרים פרק ב הלכה ה.

232. שם הלכה ו. ראה גם שם הלכה ז ש"אם גזרו ודימו שפשטה בכל ישראל ועמד הדבר כן שנים רבות ולאחר זמן מרובה עמד בית דין אחר ובדק בכל ישראל וראה שאין אותה הגזרה פושטת בכל ישראל, יש לו רשות לבטל ואפילו היה פחות מבית דין הראשון בחכמה ובמנין."

233. דברים י"ז, י-י"א.

234. יש מי שרצה לחלק בין גזירות חז"ל בעניין מצוות התורה שתלויים בקבלת הציבור לבין תקנות ציבור שאינן תלויות בקבלת הציבור אלא בסמכות ראשי הציבור לתקן תקנות. אולם נראה שגם ראשי הציבור אמורים לפעול לטובת הציבור ואם הציבור מצביע ברגליים אזי אין תוקף לתקנותיהם. ראה ראב"ה המובא במרדכי בבא בתרא סי' ת"פ שהביא יסוד זה גם לעניין תקנות קהל.

> יקבלוהו בני ישראל. ועוד אטו משום זה שעוברים באיסור על לאו דלא תסור ואינם רוצים לקבל אותה אין חלות לגזירת חכמים?... ולזאת נראה עיקר בדעת הר"מ ז"ל כמו שכתבו הגאונים בעל לב שמח ובעל קנאת סופרים שמעולם לא עלה על דעת הר"מ ז"ל שעובר על דעת חכמים עובר על לאו דלא תסור... הן אמנם בעת גזירתם ותקנתם צריכין שיתבוננו שיהיה הדור יכול לקיים הדברים ויקבלו על עצמם זאת. אמנם אם אין הגזירה מתפשטת ברוב ישראל לא מפאת מרד בכח הבית דין רק שעוברים על זה לתיאבון או שקשה להם לקבל זאת, אין חלות לגזירתם, ובכי האי גוונא אינם עוברים על לא תסור כלל כיון שאינם כופרים בכח הבית דין ומודים שהם המורים לעם... אלא שבכל זאת עוברים על זה מפאת שלא הורגלו בכאלה או מטעמים אחרים כגון חסרון כיס וכיוצא בזה כיוון שאין עושים זאת בשאט נפש אינם עוברים על לא תסור ולזאת בטלה התקנה או הגזירה.

מדברי ה"כלי חמדה" למדנו שאמנם יש לתקנה חדשה כח ונחשב ל"עובר על התקנה" בסתמא עד שיתברר שהציבור אינו יכול לקיים את התקנה, שאז התקנה בטילה מאליה כיוון שלא יכולים לעמוד בה. אולם כל זה בתנאי שלא מדובר במרידת הציבור נגד סמכות המחוקק, כיוון שאז לא מדובר במי ש"אינו יכול לעמוד בה" אלא במי שאינו רוצה לעמוד בה כלל. כמו כן אם הציבור נוהגים להפר את החוק בגלל שאין מי שיאכוף אותו, אין זה מוריד מסמכות החוק, כי אי אפשר להוכיח מכך שאי אפשר לעמוד בזה.

א. מקור דין "גזירה שלא נתפשטה"

חז"ל לומדים מקור לדין ש"אין גוזרין גזירה על הציבור אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה" מפסוק בספר מלאכי:[235] "במארה אתם נארים ואותי אתם קובעים **הגוי כולו**".

מלשון הפסוק משמע שדווקא אם הקהל נוהגים כך אזי נחשב הדבר למחייב אותם, וכך דרשו חז"ל:

> ישבו רבותינו ובדקו על שמן שלא פשט איסורו ברוב ישראל, וסמכו רבותינו על דברי רשב"ג ועל דברי רבי אלעזר בר צדוק, שהיו אומרים: אין גוזרין גזירה על הצבור אא"כ רוב צבור יכולין לעמוד בה; דאמר רב אדא בר אהבה, מאי קרא? במארה אתם נארים ואותי אתם קובעים הגוי כולו, אי איכא גוי **כולו** - אין, אי לא - לא.[236]

רבותינו (מדובר ברבי יהודה נשיאה וחבריו) סמכו על דברי רשב"ג כדי לבטל גזירה שנגזרה לפני זמנם. הדגש על "כולו" אינו בהכרח מחייב שכל יחיד מישראל יקבל על

---

235. מלאכי ג, ט.

236. עבודה זרה ל"ה ב'-ל"ו א', הוריות ג' ב'.

עצמו את הגזירה, אלא די בכך שרוב העם מקיימים את הגזירה בחייהם כדי שהיא תיחשב כמחייבת את כל העם.[237] בגלל שחז"ל ראו את הרוב כציבור שמחייב את המיעוט, הם בדקו תמיד אם רוב הציבור קיבלו את הגזירה עליהם.

אם נתבונן בדברי הגמרא הללו נראה שלמעשה קיימים שני שלבים שונים בתהליך ביטול הגזירה: א) חז"ל רואים שהאיסור "לא פשט ברוב ישראל" ב) חז"ל מסתמכים על דברי גדולי חכמי ישראל שאמרו שאין להחיל גזירה על הציבור אלא אם רוב הציבור יכול ליישם בפועל את הגזירה בחייו. האם יש כאן שני שלבים שונים, או שמא מדובר בעצם בתהליך אחד בלבד? כדי להבין עניין זה עלינו להקדים שאלה נוספת שעולה בסוגיה: האם שייך לבטל גזירה שכבר נתפשטה בעם ישראל בדורות קודמים אם לעת עתה אינה נוהגת ביניהם? במקרה זה יש לכאורה בעיה יותר חמורה מהבעיה הקודמת משום שיש כלל ידוע ש"אין בית דין מבטל בית דין חבירו אלא אם כן גדול ממנו בחכמה ובמנין",[238] ובמקרה שהגזירה נגזרה בדורות קודמים לכאורה אין אפשרות לדור מאוחר יותר ופחות גדול בתורה לבטל גזירה זו. הגמרא עצמה תמהה על רבי יהודה נשיאה שביטל את גזירת שמן עכו"ם, איך העז להמרות את פיהם של דניאל ובית דינו שגזרו על כך מאות שנים לפניו. אולם מסקנת הגמרא מורה שבמקרה ש"לא נתפשטה" הגזירה אין שום מניעה לדור מאוחר יותר לבטל אותה. יתר על כן, יש בכך חיזוק ולא החלשה של גזירות חכמים, משום שאם קיימת גזירה בספרים ולמעשה היא לא מתקיימת בידי העם, הדבר מהווה פירצה ומחליש את כוחם של חכמים לתקן תקנות חדשות על הציבור, שהרי הציבור כבר ראה שלא כל גזירה מיושמת בפועל.

ב. שתי גישות בראשונים

האם המושג "לא נתפשטה" פירושו שלא נתפשטה גם בזמן תיקון הגזירה, או שמא אפילו אם נתפשטה אז ניתן בדור מאוחר יותר לבדוק ולראות אם הגזירה עדיין מקובלת על הציבור? גדולי הראשונים נחלקו בכך. בדברי התוספות[239] משמע שגם כאשר הגזירה התקבלה ונהגה בעם ישראל, אם בית דין בדקו וראו שלא מקיימים אותה כיום יכולים לבטלה. כך גם מדייק הכסף משנה בדברי הרמב"ם[240] שאפילו "אם הגזירה נתפשטה בתחילה כיוון שעתה אין רוב ישראל נוהגין בה, מתירין אותה". לעומת זאת דעת רש"י נראה שמדובר בגזירה לא התפשטה מעולם, שהרי כתב שם[241]: "עדיין לא החזיקו רובם באותה גזירה לנהוג בו איסור." ולכן רשאים לבטלה, אך אין אפשרות לבטל גזירה שכבר התקבלה בעבר גם אם היום רבים אינם

237. הוריות שם מבואר שלעניין זה "רובו ככולו".
238. מגילה ב' א', גיטין ל"ו ב'.
239. עבודה זרה שם ל"ו א' ד"ה והתנן.
240. פרק ב הלכה ז מהלכות ממרים, וראה להלן.
241. עבודה זרה שם ד"ה לא פשט.

מקיימים אותה. גם מדברי הריטב"א בסוגיה[242] מתבאר כדברי רש"י, שאין אפשרות לבטל גזירה אם בעבר פשטה, וגם אם לא פשטה אך יכולים לעמוד בה אינה בטלה מאליה אלא צריך שבית דין יבטלו אותה.

כעת נוכל אולי לבאר לפי דברי רש"י והריטב"א מדוע נצרכו שני שלבים בתהליך ביטול הגזירה- לא נתפשטה ולא יכולין לעמוד בה. בשלב ראשון בדקו חכמים האם נתפשטה הגזירה, כלומר האם הגזירה נהוגה כיום בעם ישראל או לא. גם כאשר התברר שהגזירה אינה נהוגה כעת, ייתכן שנבצר מרבי יהודה נשיאה ובית דינו להתיר את הגזירה באופן סתמי משום שהיא התקבלה על ידי דניאל ובית דינו ואולי הונהגה בימיהם בכל העם. משום כך זקוקים גם לנימוק נוסף שסמכו על דברי רבן גמליאל ורבי אלעזר בן צדוק שאמרו שאין גוזרין וכו' אלא אם כן רוב הציבור יכולין לעמוד בה. לדעתם, אם מתברר לחכמים שעתה רוב העם אינו מסוגל לקיים את הגזירה, הם רשאים לבטלה גם כאשר בדורות קודמים הגזירה באמת פשטה בעם ישראל ונהגה כך במשך השנים, משום שנתברר עכשיו למפרע שהיתה גזירה שאין הציבור יכולים לעמוד בה לאורך הזמן ולולא כן תווצר פירצה בכך שגזירה שתקנו חכמים לא מקוימת על ידי רוב העם.

לעומת זאת לדעת הרמב"ם (וכך נראה דעת תוספות) יש להסביר באופן אחר את החילוק בין שני הנימוקים:. כך מסכם הרמב"ם דינים אלו:[243]

> הרי שגזרו בית דין גזירה ודימו שרוב הקהל יכולין לעמוד בה, ואחר שגזרוה פקפקו העם בה ולא פשטה ברוב הקהל הרי זו בטלה ואינן רשאין לכוף את העם ללכת בה.
>
> גזרו ודימו שפשטה בכל ישראל ועמד הדבר כן שנים רבות ולאחר זמן מרובה עמד בית דין אחר ובדק בכל ישראל וראה שאין אותה הגזרה פושטת בכל ישראל, יש לו רשות לבטל ואפילו היה פחות מבית דין הראשון בחכמה ובמנין.

בהלכה הראשונה מתבאר שסוג מסוים של גזירות, שמעולם לא התקבלו בציבור ולא עמדו בהם, בטלים מעליהם ללא צורך של התערבות בית דין, משום ש"לא פשטו ברוב הקהל" ולדעת הרמב"ם זה מספיק כדי שהגזירה תתבטל מאליה. לעומת זאת בהלכה השנייה. כאשר שיש מצב שהגזירה באמת פשטה ברוב הקהל ו"עמד

---

242. עבודה זרה ל"ו א' ד"ה וסמכו רבותינו. "וסמכו רבותינו על רשב"ג. דאילו מטעמא דלא פשט איסורו בכל ישראל עדיין היה צריך ב"ד גדול מן הראשון כדין שאר גזרות שאינן מי"ח דבר, אבל עכשיו שאין רוב הציבור יכולין לעמוד בה אפי' ב"ד קטן יכול לבטלה" גם ברש"י מדויק כן, שהרי כתב "ועדיין לא החזיקו באותה גזירה לנהוג בו איסור" ומשמע שאם החזיקו יש איסור ואם כן מה המשמעות של "רוב הציבור יכולין לעמוד בה" והרי נהגו בו איסור וע"כ כדברי הריטב"א שאם לא החזיקו רובם אפשר גם לבי"ד קטן לבטל את הגזירה.

243. הלכות ממרים שם הלכה ו'-ז'.

הדבר זמן מרובה" וכעת בית דין אינם יכולים לדעת שמעיקרא לא חלה, יש צורך לבדוק שלעת עתה אינה פושטת בכל ישראל, ואז ניתן לבטל אותה על ידי בית דין.

יוצא אם כך שלדעת הרמב"ם והתוספות קיימת מציאות של תקנה שכתובה בספרים אך אין לה כל תוקף משום שברגע שהעם לא יישמו אותה בפועל אף פעם אין לה משמעות הלכתית, אך אם היא יושמה פעם בפועל, יש לה תוקף מכך וצריכה ביטול על ידי בית דין שיבוא אחר כך. המבחן לדעת הרמב"ם הוא רק אם "פשטה בכל ישראל" ולא אם יכולים לעמוד בה, מכיוון שברגע שלא פשטה ואין כוונת מרד מצד העם, וברור שאין יכולין לעמוד בה, ובית דין צריכים רק לבדוק אם פשטה בעבר (וצריכה ביטול של בית דין) ואם היא פושטת כעת או שאינה פושטת בעם ואינה צריכה ביטול. נראה שגם לשיטת רש"י וריטב"א אם מעולם גם בתקופה שבה נתקנה התקנה לא קיימו אותה, לא יהיה צורך לבטל אותה על ידי בית דין. כך הדבר למשל ביחס לתקנת עזרא[244] המחייב טבילה לבעלי קרי. תקנה זו כבר בימיו לא התקבלה בציבור באופן גורף ובודאי לא אחריו. משום כך יכולה הגמרא[245] לומר שרבי יהודה בן בתירא חלק על עזרא ואמר שאין דברי תורה מקבלים טומאה, ולמעשה בכך ביטל את דברי עזרא לחלוטין. הגמרא אמנם ניסתה לסייג את דבריו, אך הפוסקים[246] קיבלו ש"בטלה טבילת עזרא" ואין לה כל תוקף בגלל שלא פשטה בעם ישראל ואין רוב הציבור יכולים לעמוד בה. במקרה זה לא הקשו בגמרא איך בית דין מבטל מה שבית דין אחר שגדול ממנו בחכמה ומניין תיקן, משום שלא בית דין ביטלו אלא העם לא נהגו בה כבר מאז שניתקנה וממילא התקנה בטלה.

לסיכום, קיימים שתי סיבות שונות לביטול גזירות חכמים. א) כשהגזירות לא התפשטו בציבור ב) כשלא ניתן לעמוד בגזירות. כאשר הגזירה לא נתפשטה בציבור גם כשניתקנה, ניתן לראות אותה כבטילה מאליה או לבטל אותה יותר מאוחר על ידי בית דין קטן.[247] אולם כאשר התקנה פשטה בציבור אך יותר מאוחר לא יכלו לעמוד בה, יש ויכוח מה על בית דין לברר: לדעת הרמב"ם בית הדין רק צריכים

---

244. בבא קמא פ"ב.

245. ברכות כ"ב.

246. ראה רמב"ם הלכות קריאת שמע פרק ד הלכה ח': "ועזרא ובית דינו תקנו שלא יקרא בדברי תורה בעל קרי לבדו והוציאוהו מכלל שאר הטמאין עד שיטבול, ולא פשטה תקנה זו בכל ישראל ולא היה כח ברוב הציבור לעמוד בה לפיכך בטלה, וכבר נהגו כל ישראל לקרות בתורה ולקרות קריאת שמע והן בעלי קריין, לפי שאין דברי תורה מקבלין טומאה אלא עומדין בטהרתן לעולם" בעל ערוך השולחן מסביר (סי' פ"ח ס"ק ב) את דברי הרמב"ם: "ומדברי הרמב"ם נראה **שלא החכמים ביטלוה אלא מאליה נבטלה** מפני שלא יכלו לעמוד בתקנה זו, וכן משמע מלשון הגמרא שם דאמר נהוג עלמא וכו' ואף ע"ג דאמר שם בטלוה לטבילותא י"ל שאחר שנהגו כן חיזקו חכמים דבר זה ולכן מצינו במשניות שנהגו בתקנה זו לפי שעדיין לא נבטלה וגם עכשיו יש מהדרים ששומרים לטבול לקירויין **ואין זה כעובר על תקנת חכמים שצוו לבטלה דבאמת לא החכמים גזרו לבטלה שהעם מעצמן נהגו כן נתפשטה התקנה והחכמים הסכימו לזה** משום ביטול תורה ומשום ביטול פריה ורביה."

247. ראה רמב"ן עבודה זרה ל"ה ב' המובא להלן בעניין תוקפן של גזירות שלא נתפשטו.

לבדוק אם במציאות הגזירה פושטת בעם ואם לא אזי יכולים לבטלה, ואילו לפי רש"י והריטב"א יש לבית דין סמכות לבטלה אם רואים שהעם אינו יכול לעמוד בה.

ג. סייג ומיגדר מילתא

הרמב"ם כותב בהלכות ממרים שבית דין יכול לבטל דברי בית דין חברו אם הוא גדול ממנו בחכמה ובמנין, אולם הוא מסייג שם ואומר:[248]

> במה דברים אמורים? בדברים שלא אסרו אותן כדי לעשות סייג לתורה אלא כשאר דיני תורה, אבל דברים שראו בית דין לגזור ולאסרן לעשות סייג, אם פשט איסורן בכל [ישראל], אין בית דין גדול אחר יכול לעקרן ולהתירן אפילו היה גדול מן הראשונים.

מכאן רואים שתקנות שנועדו להוות סוג של גדר וסייג לעבירה שונים משאר תקנות חז"ל ויש להם תוקף כחוקים קבועים שלא ניתן לבטלם כלל אחר כך, גם אם מדובר בבית דין יותר גדול מן הראשון.[249] האם כלל זה של הרמב"ם קיים גם במצב שרוב הציבור כבר אינם עומדים בגזירה? הרמב"ם מדגיש שהאיסור כבר "פשט בכל ישראל" אך אינו מציין מה ראו בית דין אחרון לבטל את הגזירה הנ"ל. מסתבר שהסיבה היחידה שירצו לבטל תקנה היא בגלל שהיא כבר לא רלוונטית לציבור או בגלל שממילא כל העם אינם מקיימים אותה, האם גם אז אין להם סמכות לבטל גזירה מסוג זה?

נראה לבאר שאמנם לבית דין אין סמכות לבטל תקנות לבד, אבל כאשר בית דין יחד עם הציבור וטובי העיר מבטלים את התקנה אזי מועיל ביטולם, משום שאין כאן רק כח בית דין אלא גם הציבור עצמו אינו מקבל את התקנה עליו.[250] במקרה זה הגזירה אינה רק בבחינת "לא פשט איסורן" אלא בבחינת "אינם יכולים לעמוד בה" ולכן היא כבר לא מהווה מיגדר מילתא מאחר שאין מי שמקיימה.[251]

ד. תוקפן של גזירות שלא נתפשטו

שלבי הטמעת גזירות ותקנות כוללים ביניהם גם סוג של שלב ביניים. זהו השלב שבו לא ברור עדיין אם הגזירה הולכת להתקבל על הציבור ולהיות מיושמת בפועל או שהציבור יזלזלו בה ולבסוף היא תתבטל או מאליה או על ידי הוראה של בית

---

248. פרק ב הלכה ג.

249. הכסף משנה ציין שמקור הרמב"ם לדינו הוא גזירת י"ח דבר שעליו נאמר שאפילו אליהו ובית דינו אינם יכולים לבטל גזירות אלו (עבודה זרה ל"ו א').

250. במקרה זה קיים גם מימד של לא פשטה ואין יכולים לעמוד בה וגם כבר בית דין אומרים שאין בכך מיגדר מילתא ואז זה הופך להיות כמו גזירה רגילה שניתן לבטלה בכה"ג.

251. ראה בחלק הבא מדוע ראוי לבטל גזירה כאשר הציבור אינם מקיימים אותה, וראה שו"ת רבי אליהו מזרחי סי' נ"ז ע"פ רמב"ם פרק י"ב מהלכות שבועות שלמד שניתן לבטל גזירה כשרוב העם נכשלין בה אף אם הם בעצמם תקנו תקנה או גזירה זו.

דין. האם יש חובת ציות לגזירה כבר בשלב הראשוני שלה? האם יש להעניש את מי שמפר את הגזירה או שמא רק כשהתקבלה הגזירה על כלל הציבור יש לה תוקף ולא מהשלב שבו הוכרזה? השאלה יותר רלוונטית לדעת הסוברים שגזירה שלא התפשטה צריכה ביטול של בית דין, אך גם לדעת הסוברים שהיא בטלה מאליה יש מקום לברר מתי היא נחשבת למותרת. ברור שהאדם הראשון שמפר אותה יחשב פורץ גדר[252], ורק יותר מאוחר היא תיחשב כמי שבטלה. הרמב"ן עומד על מדוכה זו:[253]

> אבל אם לא פשטה ברובם מפני שאין יכולין לעמוד בה אפילו קטן [כלומר בית דין קטן במנין ובחכמה] מתירה, ומכל מקום צריכה היתר ב"ד דהא קבילו עלייהו, דאי לא קבילו עלייהו מעיקרא אינה צריכה היתר[אלא בטילה מאליה], והיינו טעמא דשמן, ואף אם לא התירוה אין להם רשות לכוף את העם באותה גזירה לא להלקות ולא לשמת דכתיב במארה אתם נארים ואותי אתם קובעים הגוי כולו כלומר עד דאיכא גוי כולו, אבל חכמים ותלמידיהם והיחידים נוהגים בהם כדאמרינן לא תשתעו מיניה דאיבו כלומר אל תאמרו דבר שמועה משמו שאינו מכלל החברים, וכן נמצא בתשובות הגאונים ז"ל מאן דאכיל פת של גוים אין מלקין אותו אבל מוכיחין אותו ואסור לומר דבר שמועה מפיו בבית המדרש.

הרמב"ן מבחין בין מקרה שאף אחד לא קיבל עליו את הגזירה שאז לדעתו היא בטילה מאליה, לבין מצב שהגזירה אמנם התקבלה בעם בהסכמה אך בפועל אינה מיושמת בשטח. במקרה זה הרמב"ן מדגיש שאין דרך להעניש את מי שמפר את הגזירה כאשר היא לא מיושמת בפועל, אולם אין זה אומר שלכל אדם יהיה מותר לכתחילה לעבור על הגזירה, אלא חכמים ותלמידי חכמים צריכים להמשיך ולהחזיק ואם לא יחזיקו הם יחלישו את כוחן של חכמי ישראל לדורותיה להתקין תקנות וגזירות, ולכן מן הראוי לא לומר שמועה משמם ובכך להוכיח שהם אינם אנשי סמכות בעצמם. מכאן משמע שגם סתם אנשים אינם רשאים לבטל גזירה שנתקבלה עד שכל כך ברור לבית דין שהגזירה לא התקבלה בציבור שהם בעצמם מתירים אותה. אף שבית דין נמשך בכך אחרי מפירי הגזירה, סיבת הביטול היא כדי לחזק את הגזירות הקיימות כבר וכדי שלא יבואו לזלזל בהם.

הדוגמא הבולטת לכך בגמרא היא סוגיית פת עכו"ם שנחשבת ל"הלכות של עמעום", כלומר שלמרות שמן הדין במקום שמצוי פת ישראל היה ראוי לאסור פת של גויים ולחייב את כולם לאכול פת ישראל, בכל זאת העם לא עמדו בכך: הרא"ה מתאר את התהליך כך: "ועמעמו עליה והתירוה מפני חיי נפש, פירוש לא שהסכימו עליה דהא

---

252. ראה למשל ריטב"א תענית כ"ו: ביחס לתקנת צום י"ז בתמוז- "רצו מתענין רצו אין מתענין- כך היתה הגזירה של נביאים, ובבית שני רצו כל ישראל וקבלו עליהם ואי אפשר לשום אדם לפרוץ גדרם והפורץ גדר ישכנו נחש".

253. חידושי הרמב"ן עבודה זרה ל"ה ב'.

ודאי לא נמנו להתירה כדאיתא לעיל אלא שיצא הדבר בהיתר והניחוה חכמים כן."[254]

חכמים ראו איך שהעם אינם מצליחים לעמוד בגזירה, אך עדיין לא הסכימו לבטל אותה משום שיש בה טעם חשוב כמחסום חברתי בין יהודים לגויים, ובשל כך היא בגדר "מיגדר מילתא". עקב כך הם המשיכו לנהוג בה בינם לבין עצמם אבל ה"עם" כבר עמעמו בגזירה ולכן "יצא הדבר בהיתר", בסופו של דבר נהפך הדבר למותר בעיני כולם, וחכמים לא ניסו לחדש את הגזירה אחרי שלא הצליחו להטמיעה בעבר אלא "הניחוה חכמים כן".

גם בירושלמי נמצא יסוד דומה ביחס להלכות שלא ידוע אם הציבור קיבלן או לא:"כל הלכה שהיא רופפת בבי"ד ואין אתה יודע מה טיבה צא וראה איך הציבור נוהג ונהוג".[255] כאשר פסיקת בית דין "רופפת", אין הכוונה שבית דין לא החליטו אלא שלא ידוע עד כמה היא מיושמת בפועל ולכן "צא וראה איך הציבור נוהג": יש להתבונן ולראות עד כמה היא נהוגה ולפי זה יש להתאים את ההתנהגות. במסכת סופרים הדגישו ש"אין הלכה נקבעת עד שיהא מנהג", כלומר שאי אפשר להטיל על הציבור מלמעלה הלכה ללא הסכמה ואימוץ של הציבור עצמו להלכה. הרב דוד תמר מבאר בספרו "עלי תמר" על הירושלמי[256] שישנם מצבים שבהם הלכה היא בבחינת "הלכות של עמעום": "במקרים כאלו קיים הלכה שיש לדון בהם דין הלכות עמעום כלומר שיש להם לבד להעלים עין ולהניחם על מנהגם במקום שאין הלכה ברורה ויש סיבה חזקה להעלמת עין".

דברי הרב תמר תואמים את מה שהרא"ה כותב, שיש להניח את העם על מנהגם במקרים אלו כשקיים סיבה לא להקפיד עליהם, כמו בפת שיש "חיי נפש" בדבר או כמו במקרה של הרב תמר שקיים ספק מהו הדין. בעל "כלי חמדה" מבחין בין מקרים שבהם עוברים העם "בשאט נפש" על התקנה שאז אינה בטילה ויש בכך עבירה לבין מצב שעוברים מחמת תיאבון או שקשה להם, שאז אין בכך עבירה כי "אינם כופרים בכח בית דין". גם לפי דבריו יוצא שבשלב יישום הגזירה אין איסור אם אמנם מבטל אותה מחמת הקושי ולא בכוונה למרוד נגד גזירות חז"ל.

ה. משמעות "לא נתפשטה" בחוקי ימינו

מכל הדיון הקודם אפשר להסיק שלא כל חוק, תקנה או גזירה מחייב את הציבור באופן עוור ואוטומטי לקיים אותו. על פי כל מה שביארנו לעיל[257], אין מקום להבחין בין חוקי המדינה לבין תקנות ציבוריות, מאחר שאין אנו עוסקים בסמכות המחוקקת אלא בחובת הציות של הציבור. כפי שהוכחנו לעיל, אין חובה מוסרית

254. חידושי הרא"ה, עבודה זרה שם
255. ירושלמי מעשר שני פ"ה ה"ב
256. נשים עמ' 457
257. ראה פרק תקנות הקהל, עמוד 33.

חמורה יותר לציית לחוקי השלטון לעומת ציות לתקנות ציבוריות, ומשמעות דינא דמלכותא הוא רק לתת למלך לגיטימציה לחוקק חוקים ותקנות כרצונו.

ניתן אם כן להניח כיסוד שחוקי ממשלה בכל מדינה מחייבים את תושבי אותה מדינה לפחות כתקנות ציבור.[258] לאור מה שהתבאר כעת בסוגיית "גזירה שלא נתפשטה", לפחות לדעת הרמב"ם כאשר גזירה מסוימת אינה מקוימת והציבור אינו יכול לעמוד בה, היא בטלה מאליה ואין לה תוקף. גם אם הגזירה נגזרה על ידי הסנהדרין, הגוף המחוקק בעל הסמכות הרחבה ביותר בעם היהודי, או על ידי אנשי הכנסת הגדולה, הגוף שקדם לסנהדרין ועדיין הכיל נביאים בין שורותיו, אם הגזירה לא התפשטה ולא התקבלה בעם אין חובה על הציבור לציית לה. על אחת כמה וכמה כאשר קיים חוק שכתוב בספרים של קהילה אבל הציבור נוטה לבטל אותו לחלוטין ואינו רואה בו חוק מחייב, אין חיוב מוסרי לציית לחוק מסוג זה והוא כעין "גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה", ובטלה מאליה.[259]

נראה שרעיון זה מקובל גם במערכות משפט אחרות, שאין להאשים את מי שמפר חוק כשלמעשה אין גם מי שמקיים חוק זה.[260] ברור שאם מדובר באנשים שעושים בזדון ובמטרה למרוד נגד החוק וכל הציבור נגרר אחרי אותם מפירי חוק, אין זה נחשב לעילה לביטול תוקף החוק.[261] אולם אם אין מדובר בכוונה זדונית אלא שעוברים לתיאבון על החוק וקשה להעם לעמוד בדרישות אותו חוק, ניתן לומר שהחוק בטל. ייתכן שיש מקום לחלק בין גזירות שיש בהם משום בין אדם למקום ללא השלכות חברתיות, שבהם יותר נוח לומר שגזירה בטילה אם לא התפשטה בין הציבור, לבין תקנות וחוקים שיש להן השלכה ממונית על כלל הציבור משלמי המסים, שאז קשה לומר שבגלל שרוב הציבור מזלזל בחוק ואינו יכול לעמוד בו, ניתן לראות את החוק כדבר בטל אף במחיר הפגיעה באותם שמקיימים חוק זה או נהנים מפירותיו. פוסק בן זמננו מתייחס למציאות כזו ביחס לזכויות יוצרים, וכתב כדלהלן:

---

258. ראה למשל מאמר הרב שמחה הכהן קוק, "תוקף קבלת ציבור לגבי תקנות ומנהגים, תורה שבעל פה כרך כ' (תשל"ט) עמוד 46.

259. מכיוון שאין אנו עוסקים בסמכות המחוקקת אלא בציות הציבור לחוקים, אין הבדל בין תקנות ציבור לגדרי דינא דמלכותא, כי אין יותר חובה מוסרית לציית כתוצאה מדינא דמלכותא אלא זה רק נותן למלך לגיטימציה לעשות חוקים ותקנות כרצונו.

260. המושג desuetude מתייחס לחוקים שבמשך הזמן נהפכו ללא רלוונטיים בשל חוסר ציות, חוסר אכיפה וכו' ובשל כך נטען שאין לחוקים אלו תוקף, ואי אפשר להעניש בגללם. לבירור נושא זה ראה Committee on Legal Ethics vs Printz 416 S.E.2d 720 (1992) שנגע בצדדים המשפטיים של מושג זה.

261. כך גם ביחס לגזירות חכמים, אין להביא ראיה מקבוצה שאינה רואה סמכות לחכמים לתקן גזירות ולכן מבטל אותם, ואף אם מדובר ברוב הציבור שמזלזל בגזירות חכמים, אין זה נהפך בבחינת "אין רוב הציבור יכול לעמוד בה" כי רק לציבור של יריאי שמים מתייחסים כ"ציבור", ראה באורך מלכי בקודש עמ' 88-90 שהוכיח כן.

היה מקום לפלפל גם כשהחוק אוסר, שאולי בחוקים שאף אחד לא מצליח לאוכפם (כגון בהעתקה לצורך פרטי - אילו הדבר היה נאסר על פי החוק), האם גם בכהאי גוונא יש תוקף לדינא דמלכותא. דהרי כל כוח המלכות הינה בגלל שיש בידה לאכוף ולהכריח את התושבים שינהגו כהוראותיה, אבל בדבר שרואים במציאות שהציבור אינו נשמע להוראות השלטונות, וגם השלטונות אינם אוכפים חוק זה, ואין להם האפשרות והרצון להעניש את העובר על דבריהם, אם כן מי יימר שבכי האי גוונא יש תוקף לדינא דמלכותא מצד דין תורה!? והרי ברור לנו שאין כוח שלטונות "לחדש הלכות" אלא כל כוחם הוא רק "לאכוף ולבצע גזירות" ואם אינם אוכפים את חוקיהם, שוב אולי אין לזה שום תוקף. ויש לעיין טובא בסברא עמוקה זו, רק כיון שזהו חידוש עצום לדינא לא מלאני לבי להכריע כך מסברא.

צריך להדגיש שהמציאות היא שאנשים לא נוהגים כך [להימנע מהעתקה לשימוש פרטי], ורבים רבים מעתיקים באופן פרטי, ונמצא א"כ שלא נתפשטה ולא נתקבלה תקנה זו, ונראה לעניות דעתי ששוב "בטלה כוחה", שהרי כל תוקף "תקנת בעלי אומנות" איננה "מעיקר הדין" כלל ועיקר, ובאמת "דין אמת של תורתנו הקדושה" איננה משתנה עקב כך שאנשים לא נשמעים לדין, מה שאין כן בתקנת בעלי אומנות אם חזינן במציאות שלא נתקבלה התקנה, שוב יש לדון שאין לה שום תוקף ויש לעיין עוד.[262]

בעל עמק המשפט מרחיב דין זה וכולל בו גם דברים שיש בהם משום פגיעה בצד שלישי ובמקרה זה מי שזכויות היצירה שלו נפגעו מהעתקות פיראטיות של רוב הציבור. אולם לא נראה שאפשר להסתמך על עיקרון "גזירה שלא נתפשטה" לבד כדי לאשר שלילת זכויות של השני. לעניין זה נראה שאנו זקוקים לגדר של מחילה או ייאוש של בעלי הזכויות, ואם זה לא קיים אין מקום להתיר רק בגלל שרוב הציבור מזלזלים בזכויות של אותם יוצרים.

אולם נראה שאפשר למצוא מציאות שבה קיימת השלכה מהדיון שלנו בעניין גזירה שלא נתפשטה, כאשר חוק שהוא רשום וברור במערכת החוקים אינו מקוים בפועל על ידי רוב הציבור, גם לא מתוך כוונה ברורה להפר את החוק אלא בגלל שקשה לעמוד בה. ניתן לטעון טענה דומה ביחס לחלק מסוגי המיסוי הכתובים בחוק. למשל, קיים חוק שמחייב משכירים לשלם מס על דירות שהם משכירים מעל לסכום מסוים. נראה שרוב המשכירים אינם מודעים לחוק וגם אם מודעים אינם מקיימים אותו כלשונו בגלל הקושי לעמוד בדיווח, תשלומי מס וכו'. עקב כך הם מעדיפים להמשיך ולנהוג כפי שנהגו, ואם הם מהווים את רוב ציבור המשכירים אפשר בהחלט לטעון שמדובר בגזירה ש"אין רוב הציבור יכול לעמוד בה" ואם כך היא בטלה מאליה. כמו כן ישנם תקנות האוסרות על אנשים לגור בבית שאין לו

---

262. עמק המשפט כרך ד (זכויות יוצרים) פרק ל"ה אות קצ"ה-קצ"ו.

היתר בנייה, אך נראה שברוב המקומות[263] אנשים לא מהססים לגור בבית בלי רישיון. אף שבעצם הם מפירים בכך את החוק, אם הדבר מקובל באותו מקום ונהגו כך לא כדי למרוד בשלטון אלא מטעמי נוחיות וכו', נראה שאין לאותו חוק תוקף ורשאים לעבור עליו.

יש לציין שאם תקנה מסוימת שתקנו הציבור נועד למטרה של "מיגדר מילתא", כלומר ליצור סייג לדיני תורה, לא ניתן להתיר אותה בגלל שלא נוהגים לקיימה, אלא צריך שבית הדין מעצמם יורו שהיא בטלה. לכאורה כך הדבר בתקנות תעבורה שנועדו לשמר את מצוות "ונשמרתם מאוד לנפשותיכם", וכן חוקים למניעת הטרדה מינית שהם כעין מיגדר מילתא לעריות ולכן ייתכן שיש להם יותר תוקף ואינם בטלים מעליהם גם אם אינם מקובלים ברוב הציבור.

ו. סיכום ומסקנות

כאשר בית דין גוזרים גזירה או מתקנים תקנה, תהליך הטמעת הגזירה מחייבת שיתוף פעולה מצד העם שמקבלים עליהם את הגזירה. גם אם העם מקבלים את סמכות בית הדין לתקן תקנות וגזירות, אין זה מחייב שאותם גזירות תתקבלנה כחוק בכל מצב. מגבלות חכמינו בתיקון תקנות באות לידי ביטוי בקביעה ש"אין גוזרים גזירה על הציבור אלא אם רוב הציבור יכולין לעמוד בה". הראשונים נחלקו אם קביעה זו תקיפה גם בגזירה שהתקבלה בתקופה אחת ולאחר מכן התברר שאין יכולין לעמוד בה. יש אומרים שבמקרה זה אי אפשר לבטל את הגזירה, מאחר שכבר פשט בציבור, ויש רואים את המבחן היחיד ביכולת של העם לקבל כעת את הגזירה. מכל מקום כאשר התקנה הייתה "מיגדר מילתא", כלומר שהיא מחזקת קיום מצווה שבתורה, אינו רשאי לבטלה אלא אם בית דין בעצמם ביטלו את הגזירה. אף שלשם כך בית הדין צריכה להיות גדול בחכמה ומניין מבית דין שקדם לו, ייתכן שבית דין רשאי לבטלה אם רואה שהיא כבר לא גדר לתורה משום שהציבור אינם יכולין לעמוד בה.

---

263. יש לדון מה הדין כאשר בעיר מסוים תקנה מקוימת כראוי ואילו בעיר אחרת מזלזלים בה. בספר מלכי בקודש עמ' 99 יצא לחדש שגזירה שלא התקבלה באזור מסוים אינו מחייב את אותו אזור, כמבואר בגמרא עבודה זרה ל"ו. שבני לוד הקילו בגזירה מסוימת משום ש"מזלזלו" כלומר שאינם רואים בכך דבר שמחייב אותם ובעקבות זאת רב שמלאי התיר להם את הגזירה. הוא ממשיך ומסביר שם (עמוד 101-100) שגזירות שגזרו חז"ל לא היו חובה פרטית על כל יחיד ויחיד אלא חובה ציבורית שחלה על כל ציבור וציבור לפי קבלתו, ולכן גם אם פשטה הגזירה ברוב הקהילות אם בציבור אחד היא לא פשטה הם רשאים לבטל את הגזירה מאחר שהם "ציבור" שאינם יכולים לעמוד בה. אפשר לפי הסבר זה להבין איך התפתחו מנהגים שונים בקהילות שונות ביחס לגזירות חז"ל. לא רק המרחק הגיאוגרפי גרם לפירוד המנהגים, אלא גם האוטונומיה הקהילתית נתן אפשרות לכל קהילה להחליט אם יכולים ליישם את הגזירה הכללית או לא. הדבר ניכר יותר בגזירות של דורות מאוחרות יותר כגון תקנות רבינו גרשום או גזירת קטניות, אך נכון גם ביחס לגזירות חז"ל כפי שרואים בפרק "מקום שנהגו" ביחס לאנשי ירושלים שבחלק מהדברים חכמים הסכימו לחריגה שבמנהגם.

האם יחיד חייב ליישם גזירה של חז"ל למרות שהוא יודע שהיא עשויה להתבטל? בשלב שהציבור עדיין מקיימים את הגזירה, יחיד חייב להשתתף עם הציבור ולא לפרוץ גדר. אולם אף אם רואים שהציבור אינו מקיים את הגזירה, אין היחיד רשאי לסמוך עליהם ולא לקיים את הגזירה, מאחר שבכך הוא מחליש את כח בית דין. רק אם בית הדין בעצמם ביטלו את הגזירה רשאי היחיד להפר אותה. ניתן להקיש השלכות מעשיות מסוגיית גזירה שלא נתפשטה גם ביחס לחוקי המדינה שאין הציבור מקיים אותם. חוקים שרוב הציבור אינו מקיים אותם ואינו רואה אותם כמחייבים אפשר לראות בהם גזירה שלא נתפשטה ואין חובה לקיים אותם. יש שרצו ליישם רעיון זה גם ביחס לחוקים שיש בהם נזק כלכלי לציבור או לגורם מסויים, אולם נראה שבמקרה זה צריכים גם לראות אם קיים מחילה או ייאוש של הגורם שניזק כתוצאה מהפרת החוק.

ז. מהות האיסור בהפרת חוקים

מעבר לאיסור גניבה שאפשר שיש בהפרת חוקים ממשלתיים כמו חוקי מסים, ראינו לעיל שלפי הגישה הרואה בחוקי מדינת ישראל סוג של תקנות קהל, אמור להיות לכל הפחות גדר "עבירה" כשעובר על תקנת קהל.[264] מהו גדרה וחומרתה של עבירה זו? נראה ברור שתקנות קהל אינם ברמה של תקנות החכמים אשר עליהם נאמר "וכל העובר על דברי חכמים חייב מיתה."[265] כמו כן, כח חרם לא קיים בזמן הזה בתקנות קהל, כמו שנכתב בשלחן ערוך:

> [ש]נדרים וחרמים שמטילין הקהל... אינו אלא כעין גזירה ונידוי על כל מי שיעבור על גזירתם... כיון שלא נהגו לנהוג עם העובר על הסכמת הקהל כדין מוחרם, יש לנו לומר שעל דעת המנהג הזה הם מתקנים.[266]

ברור אם כך שחוקי הכנסת של מדינת ישראל, שנחקקו בלי שום הכרזה של חרם או נידוי או גזירה לחזק תוקפם, אין להם כח של חרם או אפילו נידוי.

הביטוי ההלכתי הכי חמור בתקנות קהל נמצא בהמשך דברי השלחן ערוך: "הנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל, הוי שבועת שוא ועל כרחו חל עליו תקנת הקהל, ואם אינו נוהג כמותם נכשל בחרם תקנתם."[267] מכאן מוכח שיש חיוב מן התורה לקיים

---

264. ראה שו"ת תרומת הדשן סי' רפ"ב: "דכיון שעברה על תקנת הקהל היא עבירה גמורה." ראה פלא יועץ ערך הסכמה שכתב "ומה טוב למתקן תקנות והסכמות שלא יגזרו בכח נח"ש וכדומה פן ימצאו פורצי גדר וינשכם נח"ש ונפל ממנו רב ח"ו, אלא ייתקנו מכח הסכמה ובקנס ממון, ודי שהעובר על תקנות הקהל עבירה היא בידו".

265. ברכות ד' ב'.

266. שו"ע יו"ד סי' רכ"ח סעיפים כ"ה ול"ה.

267. שם סעיף ל"ג.

תקנות הקהל,[268] שאם לא כן למה יהא בשבועתו דין שבועת שוא כמו דין הנשבע שלא לקיים מצוות עשה.[269]

הט"ז[270] מגביל דין זה וכותב:

> יש חילוק בדבר, אם תקנת הקהל היא למגדר מילתא דעבירה, אז אין השבועה שלו חלה כלל, כי הכח והממשלה מן התורה ביד הציבור לעשות גדרים לעבירות, שהרי כתיב 'ושמרתם את חקותי' ודרשינן עשו משמרת למשמרתם, על כן אין שבועתו של זה חלה כלל. אבל אם הקהל עושים תקנה בשביל תועלת ממון... חלה השבועה ואין כח בתקנת הקהל לעקרה בלי התרה.

כל תקנה שהיא "למגדר מילתא" יש לה כח יתר מעצם תוכנה, כמו שמובא בשלחן ערוך: "אם היתה ההסכמה גדר לרבים או סייג לתורה ולדבר מצוה, אינם יכולים להתירו", ואפילו אנשים שעזבו כבר את הקהילה "יש מי שאומר... [ש]אם עברו הרי הם עבריינים."[271]

עם זה, הט"ז הסכים שאפילו בתקנה שהיא רק לתועלת ממון, צריך "לשאול על שבועתו" ודומה למי שנשבע שלא לקיים מצווה מדרבנן,[272] שעל שבועה כזו חייב הט"ז[273] את הנשבע לשאול על שבועתו.

המהרי"ק[274] מגדיר "למגדר מילתא" כ"מילי דשמיא." כוונתו היא, כנראה, להוציא עניני ממון ודברים שבין אדם לחבירו, אף על פי שייתכן גם בהם איסור גזל וכדומה, ולכן היה ניתן לראותם כסייג לתורה. כך גם פסק החת"ם סופר בקשר לקנס על משתמטי מס הבשר שבימיו, שאף על פי שיש בהשתמטות ממס איסור תורה של עושק, עדיין אין התקנה בגדר "למגדר מילתא."[275] הציץ אליעזר[276] מביא כמה אחרונים שהרחיבו את הגדר של "למגדר מילתא" לכלול כל תקנה שהוא להסדר ציבורי הנחוץ למנוע קטטות ומריבות,[277] אבל אחרונים אחרים דוקא הוציאו תקנות אלו מגדר "למגדר מילתא."[278]

---

268. ראה המרדכי שבועות פרק שלישי סי' תשנ"ה בשם שו"ת רש"י סי' רמ"ז.
269. ראה שו"ע יו"ד סי' רל"ו סעיף ה: "שבועה שלא אוכל מצה בליל פסח לוקה ואוכל מצה בליל פסח."
270. שם. ראה דברים דומים שכתב בסי' רי"ח ס"ק ה בענין ספק להקל או להחמיר בתקנות קהל.
271. שם סעיפים כ"ח-כ"ט.
272. ראה שו"ת בעי חיי חלק יו"ד סי' ר'.
273. ט"ז יו"ד סי' רל"ט ס"ק ז בשם מהשר"ל.
274. שו"ת מהרי"ק שורש ק"פ.
275. שו"ת חת"ם סופר חלק ג (אה"ע א) סי' קל"ט.
276. שו"ת ציץ אליעזר חלק כ"ב סי' פ"ו.
277. ראה שו"ת תורת חיים חלק ג סי' ל"ח: "הגם שמהרי"ק כתב דלא מקרי מגדר מלתא אלא במילי דשמיא וכו', אפשר דלא אתא רק למעט תקון במילי דממונא, כגון ההיא דרשאין להתנות על המדות וכו' וכיוצא מדבר הרשות, אבל בנדון דידן כפי מה שבא בשאלה כל מעיינם של הקהילה הקדושה לגדור פרץ הקטטות והמריבות... וכבר נודע קושי המחלוקת והיזקו וגורם הסתלקות

מכל מקום, ראינו שגם לפי הט"ז יש לכל הפחות "עבירה" בהפרת תקנות שאינם אלא לתועלת ממון והסדר ציבורי ולא למגדר מילתא, ולכן הנשבע שלא לקיימן או לקבלן חייב לשאול על שבועתו כמו שנשבע שלא לקיים מצווה מדרבנן. לכאורה, על פי זה, היינו צריכים לפסול לעדות את מי שעבר על איזה תקנת קהל כמו שמי שעבר על איסור דרבנן פסול לעדות מדרבנן.[279] השלחן ערוך מביא שתי דעות בזה:[280]

> העובר על השבועה, אחד שבועת שוא ואחד שבועת שקר של ממון וביטוי, פסול, ואפילו עבר על חרם שהחרימו הקהל. וי"א שאינו נפסל אלא דוקא בשבועה דלשעבר, דבשעה שיצתה שבועה מפיו יצאה לשקר; אבל בשבועה דלהבא, כגון שלא אוכל, ואכל, לא.

על כך מעיר הסמ"ע "אבל המועל בחרמות תקנות הקהילות אין לפסול לעדות דאם כן לא יוכשר אחד מאלף."

מדברי הסמ"ע נראה שבמציאות הקהילות לא ראו בתקנות קהל כח מחייב כמו דין דרבנן, ולכן לא פסלו לעדות את מי שמפר אותם.

במבט ראשון, הסמ"ע חולק על השלחן ערוך על סמך טענה חלושה שאם לא נקל בדיני עדות לא יהיה לנו עדים כשרים מעולם. יש להבין את טענתו, המובא בשם ספר האגודה ומקורו בשו"ת הראבי"ה,[281] בכמה דרכים. מצד אחד, יש לראות את מי

השכינה... ואיכא למימר דאין לך מגדר מילתא גדולה מזאת." ראה גם "חזון איש" סנהדרין סי' ד' אות ט"ו: "ונראה דענין שאי אפשר להכריע בו על פי תורה וירבה מחלוקת בעיר הוא הוא בכלל מגדר מלתא במילי דשמיא דהרי מחלוקת שנאוי ביותר לפני המקום ב"ה." ראה גם שו"ת שער אפרים סי' ע"ב. ראה רדב"ז חלק א סי' ק' בקשר לתקנה שנועדה להגן על ההחזקות כמו דין עני המהפך בחררה וכתב "והדבר ברור דבנידן דידן איכא מגדר מלתא שאם זה יוסיף [להציע לגוי לקבל החזקה לידו] ואחר יוסיף ויבוא אחר ויוסיף ילך הדבר לאין תכלית ויפסד ממון המלך וממון ישראל והרבה ימותו במאסר וביסורין כאשר ראינו בעינינו כמה פעמים, היש לך מגדר מלתא יותר מזה, ואין לחלק בין מגדר מלתא דאיסורא למגדר מלתא דממונא." הרדב"ז הביא ראיה מתשובה אחרת של המהרי"ק שתקנת הפרוזבול היה תקנה למגדר מילתא, שו"ת מהרי"ק שורש א'.

278. ראה שו"ת זכרון יוסף חלק יו"ד סי' י"ד (בענין תקנה בתהליך בחירת הרב).

279. שו"ע חו"מ סי' ל"ד סעיף ג.

280. שם סעיף ה.

281. שו"ת הראבי"ה סי' אלף ל"א בשינוי נוסח: "ולפוסלו אין לעיל ידי שא"כ לא יוכשרו אחד מעשרים שמועלין בחרמות ובתקנות הקהילות." ראה שם סי' אלף כ"ה (בשם רבינו ת"ם מובא גם במהר"ם דפוס קרימונה סי' ר"ל) בענין תוקפן של גזרות קהל שכתב "כח הגזרה אינו אלא איסור בעלמא כדין גזרות הקדמונים שאין עליהן אלא עד מפי עד או אב מסר לבנו ורב לתלמידו, **ואינו תופס עליהם עבריינות וקרינן למאן דעבר עלייהו עבריינא**." נוסח התשובה כנראה משובש, אבל מה שכתב "ואינו תופס עליהם עבריינות" נראה שגורע מחומרת גזרות קהל ומוציא אותם מכלל מה שכתבה הגמרא שבת מ' א': "אמר רבא האי מאן דעבר אדרבנן שרי למקרי ליה עבריינא."

שעובר עבירה שרבים מורים בה היתר ככשר לעדות ולשבועה מדין הגמרא[282] "לא תחמוד לאינשי בלא דמי משמע להו", כלומר שלמרות חומר האיסור, העוברים עליו טועים בזה ואינם חשודים לעבור בכוונה על איסור ידוע כמו להעיד או לישבע בשקר.[283] על פי הסבר זה, הדבר היחיד שניתן ללמוד מהסמ"ע הוא שבמציאות לא ראו אנשים בתקנות קהל חומר איסור חרם או איסור אחר, אף על פי שייתכן שהאיסור חמור מאד.

מצד שני, ניתן לפרש טענת הסמ"ע שבאמת אין חומרא כל כך בעבירה על תקנות קהל. אפשר שדעתו הוא שאין כח מחייב בתקנות קהל כמו תקנות חכמים ותקנות למגדר מילתא, וההוכחה לכך היא שרבים מזלזלים בהם. אפשר גם שהזלזול בהם נובעת מסיבה אנושית וירידת הדורות, ועקב כך לא כוונו המחוקקים להכניס בתקנות שלהם כח חרם והקפדה כל כך, וכמו שהשלחן ערוך כותב במפורש "נדרים וחרמים שמטילין הקהל... אינו אלא כעין גזירה ונידוי על כל מי שיעבור על גזירתם... כיון שלא נהגו לנהוג עם העובר על הסכמת הקהל כדין מוחרם, יש לנו לומר שעל דעת המנהג הזה הם מתקנים." איך שיהיה הסיבה, אין איסור חמור בהפרת תקנות הקהל, ולכן אין המפירים חשודים להעיד או לישבע לשקר, וקל וחומר לחוקי הכנסת שבימינו שאין בעצם הפרתם איסור חמור, אם אין איסור בהם כמו גזל.

בסיכומו של דבר, לפי הגישה אשר רואה בחוקי הכנסת גדר תקנות קהל, יש איזו "עבירה" בעצם הפרת חוקי הכנסת מעבר לאיסור שייתכן שנובע ממהות ההפרה כמו גזילה ושקר. חוץ מכמה חוקים בודדים כמו חוק החמץ,[284] חוקי הכנסת אינם בגדר ל"מגדר מילתא", אף על פי שהם באים למנוע איסורים כמו גזלה ועושק. אפילו "איסור דרבנן" אין בהם, ולכן הקלו במפירי תקנות קהל להכשירם לעדות. מכל מקום, "איסור בעלמא" יש בהם, ולכן חייבים לציית לפרטי החוקים שיש להם תוקף על פי הכללים שהסברנו לעיל.[285] על פי הגישות שאינן רואות בחוקי הכנסת גדר של תקנות קהל, אלא דינא דמלכותא או מידה של דרכי שלום, אין איסור

---

282. בבא מציעא ה' ב'.

283. מעבר לזה, יש עוד סיבות מדיני עדות להכשיר לעדות מועלי חרמות קהל מבלי לגרוע מחומר האיסור. הרמ"א מגיה שם בדין פסול עדות שאפילו מי שעובר על איסור דרבנן: "יש אומרים בדבר מדבריהם בעינן שעבר משום חימוד ממון", וקל וחומר שהוא הדין בתקנות קהל. בנוסף לכך, כל הפסול של מועלי חרמות קהל בא מדין מפירי שבועה. בדין שבועה עצמה יש להקל במפירים תקנות קהל כיוון שלרוב הם בגדר מפר שבועה להבא, ולפי היש אומרים שם אינם פסולים לעדות בגלל זה אף על פי שהאיסור בשבועה דלהבא חמור.

284. חוק חג המצות (איסורי חמץ) התשמ"ו-1986.

285. ראה הרב מרדכי אליהו, "יחס ההלכה לחוקי המדינה", תחומין כרך ג עמוד 242-243 "לתקנות קהל תוקף של **דין ממש**... [אבל] לחוקי הכנסת **אין תוקף של תקנות קהל ממש**. אמנם יש גם אפשרות שאיגודים מקצועיים וחבורות שונות יתאגדו ויסדירו היחסים ביניהם, והמדינה תתן להן תוקף חוקי... כל זה תופס מצד קבלת הצבור, אם כי אינו דין תורה ממש."

בהפרת עצם החוק אלא אם כן יש איסור אחר היוצא ממהות הפרת החוק כמו גזלה או חילול השם.

ח. סיכום ומסקנות

הנושא המרכזי בכל שאלה הלכתית של מסים הוא התייחסות ההלכה לחוקי מדינה, ישראלית או זרה. ראינו שמצד אחד יש הכרה עקרונית בסמכויות מלכים וממשלות לחוקק ויש תוקף להשלכות ממוניות של חוקיהם, אבל מצד שני ההכרה אינה כללית ומוחלטת אלא כפופה למגבלות הלכתיות, ובמיוחד במדינה ישראלית שבאופן עקרוני מחוייבת לפעול על פי דיני התורה.

ביחס לשאלות "מוסריות" במסים, כלומר ה"לכתחילה" של הפרט הפוגש כל מיני דילמות במסים, חשוב להבחין בין הכרה של כח החוק ליצור ולשנות זכויות ממוניות ובין הכרה של חוק כיוצר חיוב ציות לצווי החוק ועבירה מוסרית למפירי החוק. במדינה זרה, עיקר ההכרה ההלכתית מוגבלת למישור הממוני, ובא לידי ביטוי במושג "דינא דמלכותא דינא." במדינה ישראלית הפועל לפי דיני התורה, מכירה ההלכה גם בחיוב ציות לחוקים ולתקנות שיתקנו המנהיגים הנבחרים, ויש איזושהי עברה על הפרת תקנות אפילו שהם רק לתועלת ממון. במדינה ישראלית שאינה כפופה לדיני התורה, יש מגוון רחב של גישות איך להתייחס לחוקי המדינה באופן עקרוני, משלילה מוחלטת אפילו במישור הממוני ועד להכרה מוחלטת של חיוב ציות ככל שהחוק אינו סותר דין תורה מפורש. באופן מעשי, המכנה המשותף בין הגישות השונות הוא שיש חוקים הנחוצים לניהול כל ציבור מתוקן אשר אין להם בתורה מערכת מפותחת ושלימה, ויש תוקף לחוקים אלו לפחות מעצם מהותם אם לא מתהליך חקיקתם וקבלתם כהסכמה ציבורית. חוקי מסים הם הדוגמה המובהקת של חוקים כאלו, ואכן כבר כתב המרדכי[286] שבמסים אפילו מנהג גרוע תקף.

286. במרדכי בבא בתרא פרק השותפין סי' תע"ז בשם הרב אביגדור.

חלק ב. התשתית ההלכתית למע"מ ולרישוי עסקים

מבוא

הזכות של בני עיר, או קהילה ישראלית, לשלוט, לנהל, ולהתנות על "אזרחות" בקהילה, ובמיוחד הזכות לסחור, מעוגן בהלכות "חזקת הישוב."[287] הרמ"א מזכיר את ענין "חזקת הישוב" בהגהה להלכות שכנים:[288]

> ויש מקומות שנוהגין לעשות חרם חזקת ישוב (כ"כ המרדכי), ואז יכולין לכוף (על פי החרם) ולא מדינא. ויכולין לגזור שלא לישא וליתן עם הבאים לדור בלא רשותם.

כוונת הרמ"א הוא שאף במקום שאין כח מעיקר הדין, כלומר בלי תקנה וחרם מיוחד, למנוע או להתנות על זכות הישוב או המסחר בעיר, יכולים בני העיר לתקן ולהחרים שלא יבוא או יסחור שום אדם בעיר ללא אישורם של בני העיר וקבלת התנאים שלהם. על ידי חרם כזה, יכולים להתנות בני העיר את זכות המסחרברישוי ובתשלום אגרת רישוי או מס מיוחד על ערך הסחורה או סך ההכנסות. גם בזמן הזה נוהגים במדינות שונות וגם במדינת ישראל להשתמש בשליטה הזאת על זכות המסחר כתשתית למיסוי ורגולציה של עסקים. בפרק הזה ננסה לעמוד על טיבה של זכות זו ומה קורה כאשר מנסים לפגוע בזכויות הסוחרים על ידי מסחר ללא רשיון או ללא תשלום המס שמתיר את המסחר.

א. זכות המסחר בתלמוד

> אמר רב הונא בריה דרב יהושע: פשיטא לי, בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב, ואי שייך בכרגא [מס הגולגולת] דהכא - לא מצי מעכב.[289]

הגמרא קושרת את זכות המסחר להשתתפות בעול המס המקומי, ולכן יכולים בני העיר למנוע מזרים שאינם נוטלים חלק בעול המס המקומי מלסחור בעירם.[290] יש מקום להסתפק אם מעיקר דין הגמרא יש לבני העיר זכות מוחלטת על המסחר, כלומר "חזקת הישוב", או שהם חייבים לאפשר לזרים לסחור אם הם מוכנים

---

287. להבנת תולדות דין חזקת הישוב, עיין מאמר "חזקת היישוב והשתלשלותה", יצחק זאב כהנא, ירחון סיני כרך נ' עמוד קי"ז (תשכ"ב).

288. שו"ע חו"מ סי' קנ"ו סעיף ז.

289. בבא בתרא כ"א ב'.

290. ראה שו"ת חתם סופר חו"מ סי' ס"א שפסק במפורש על פי שו"ת רמ"א סי' ע"ג שזכות "בר מתא" לסחור מבוססת ומותנית בתשלום המסים השייכים ל"בר מתא" העוסק באותו מסחר, "אבל דר פה לחוד לא מהני", כלומר שעצם המגורים אינם מזכים אדם לסחור במקום מגוריו.

להשתתף בעול המס. הראשונים[291] הביאו מחלוקת בענין הזה בין רש"י ורבינו תם על פי פירושם לגמרא זו. רש"י פירש: "ואי שייך בכרגא דהכא - שנותן [כבר] מס גולגלתו למושל העיר הזאת כבר מתא, לא מצי בר מתא לעכב עליו כל העיר..." משמע מדבריו שיכולים בני העיר לעכב על זרים לסחור בעירם אפילו כשרוצים מכאן ולהבא לקחת חלק בעול המס. לעומת זאת, מהר"ם מרוטנברג הביא מרבינו תם:[292]

> ואי שייך בכרגא – שרוצה להיות שייך בכרגא ולתת עמם ולישא בעול כמו בני העיר מכאן ואילך, לא מצי מעכב ויהיה כבני העיר. ולהכי נהגו לגזור הקדמונים חרם של יישוב, שעל ידו כופין ולא מ[עיקר] הדין. אלא מכחם של בני העיר לתקן תקנות לקנוס העובר על דבריהם.

לדעת רש"י, מעיקר הדין יכולים בני העיר לשלוט ולנהל זכות "אזרחות" בעיר, ולפי רבינו תם אין כח כזה מעיקר הדין אלא שיכולים להשיג כח כזה על ידי תקנות וחרמות. לענין הלכה מביא הטור[293] תשובה בשם אביו הרא"ש כדעת רבינו תם "דבר פשוט הוא שאדם יכול לגור בכל מקום שירצה [ולהרוויח ולהשתתף במס כתושב] ואין בני העיר יכולין לעכב עליו וכי קנו אותו הראשונים בחזקה?!" תלמיד הרא"ש, בעל חזה התנופה, הרחיב וכתב:[294]

> דבר ידוע וברור שכל אדם יכול לצאת מן העיר שדרכו ללכת ולדור בעיר אחרת. ושאין בני העיר האחרת יכולים לעכב עליו מלבא לדור אצלם כי לא קנאוהו בחזקה. [ולכן]יבא מי שיבא ויתעסק ברבית או באיזה סחורה או באיזה מלאכה שירצה, ואין בני העיר יכולים לדחותם מעל גבולם בטענ[ה] שהוא מונע ומפסיד חנותם, כי לא לבדם נתנה הארץ. ואינו דומה לבר מבוי הנכנס למבוי אחר שיוכל למונעו שלא יכנס באותו מבוי לעשות חנות אצל חנותו **כשאינו פורע מס בעיר ההיא**, אבל אם רוצה **לפרוע ולדור עמהם** פשיטא שאינם יכולים לעכבו.

ברור מכאן, שיסוד הזכות לדור בכל עיר שירצה ולהרוויח שם מבוסס על השתתפותו המלאה במסים ככל תושב אחר. עד כאן התייחס בעל חזה התנופה לזרים שרוצים לדור בעיר, וייתכן שאין מחלוקת בין רש"י לרבינו תם בזה. בהמשך דבריו התייחס למצב שזרים רוצים לסחור בעיר בלי לעבור ולגור בתוכה וכתב: "ובארץ שכולה לשר אחד, שכולם פורעים לו המס המוטל עליהם, בני עיר אחד

---

291. הגהות אשר"י בשם האור זרוע בפירוש הרא"ש בבא בתרא פרק שני סי' י"ב, שו"ת מהרי"ק שורש קצ"א.

292. שו"ת מהר"מ בר ברוך דפוס לבוב סי' ע"ז וראה שם סי' קי"א. ראה גם במרדכי בבא בתרא סי' תקי"ז בשם האביאסף.

293. חו"מ סוף סי' קנ"ו. אולם ראה הגהות אשר"י בבא בתרא פרק שני סי' י"ב שפסק כרש"י וגם שו"ת מהר"ם מפדובה סי' מ"א שפסק כרש"י.

294. ספר חזה התנופה סי' ט"ו.

יכולים לעשות עסקם בעיר אחרת אף שאינם דרים שם. סברה." יש אחרונים[295] שדייקו בדבריו שכשמשלמים מס לשר אחד, אף שלא משתתפים במיסים עירוניים מקומיים, אינם יכולים לעכבו מלסחור שם. הסברא כנראה הוא שזכות המסחר אינו זכות שיתופי של בני העיר—שהם יכולים לדרוש השתתפות מלאה בזכויות ובחובות ממי שרוצה להיות שותף איתם—אלא זכות ממשפטי המלוכה השייך לאדוני הארץ וכל מי ש"קונה" זכות מסחר על ידי מס שלו שוב אין לאחרים לעכב עליו ולדרוש לישא בעול איתם.[296] בכל מקרה, קיים על פי הדין זכות מסחר ששייך לשלטון או לציבור ואינה הפקר לשימוש ללא רשות.

ב. זכות ההגירה וחרם הישוב

בקהילות אשכנז היה נהוג חרם למנוע הגירה חפשית לקהילות. חרם כזה מיוחס לרבינו גרשום מאור הגולה.[297] כנראה, זהו חרם שכירות הבתים שהזכיר מהר"ם מרוטנברג:[298]

> תקנה שלא לשכור בית גוי שדר בו חבירו ישראל עד מלאת לו שנה אחר שיצא היהודי מן הבית אבל אם הדר אומר לגוי שכר לי הבית בפחות ממה ששכרת בשנה שעברה ואין מפרש מפני מה שואלו או אומר לו אין דעתי לשוכרו והשני נותן לגוי שכרו שנתן לו הראשון אז אין שום תקנה אם לא יוקרו או הוזלו הבתים שבעיר.

למרות שנוסח התקנה אינו מתייחס במפורש לכח רחב ומקיף למנוע כניסת אחרים לקהילה, ניתן לראות מדברי האחרונים במשך הדורות שהם בנו על יסוד תקנה זו, וכמו שמביא מהר"ם מפדובה:[299]

> חדשים מקרוב באו להרוס ולהשיג גבולי בעלי חניות אשר כבר החזיקו במקומם בהלואה מכח הרמנא דמלכא ואלה המשיגי גבול קצתם עושין

---

295. ראה שו"ת משפטי שמואל סי' מ"ח, מ"ט, נ', וראה גם כנסת הגדולה חו"מ קנ"ו הגהות ב"י אות ל"ט- מ"א שהביא מקורות רבים אשר חולקים בדברי תזה התנופה.

296. דוקא בדברי רש"י יש סימוכין לדין זה, שרש"י דייק שמדובר ב"כרגא" וכתב "שנותן **מס גולגלתו** למושל העיר הזאת **כבר מתא**, לא מצי בר מתא לעכב עליו כל העיר... " לפי הפשט לא מרוויחים בני העיר שום דבר בכך שהזר משלם את מס גולגלתו לאותה קופה, וגם אם מס הגולגולת נגבה באופן כללי מכל בני העיר לפי מספר נפשות, אם ירשמו את הזר בעיר הזאת ולא בעיר שהוא גר בה, המס שהוא מוסיף יתקזז בתוספת המס שחל על בני העיר כלפי השלטון המרכזי בגללו. ראה דברות משה בבא בתרא, סי' כ' הערה כ"ט. אולם מדברי רבינו תם משמע שהשתייכות לשאר בני העיר תלוי בנשיאה בעול של כל המסים שלהם באופן שירוויחו מכך שמשלם להם מס, וכמו שכתב "שרוצה להיות שייך בכרגא **ולתת עמם ולישא בעול** כמו בני העיר." ראה בירור שיטת ר"ת ורש"י והרא"ש באריכות בשו"ת גדולת מרדכי סי' י"ט.

297. ראה ספר תשובות בעלי התוספות פרק ל"א סי' קכ"ג.

298. שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד (דפוס פראג) סי' אלף כ"ב ד"ה חרם תקנת.

299. שו"ת מהר"ם פדובה סי' מ"א.

בהסתר ובמחשך מעשיהם וקצתם בגלוי לקנות להם מן המלוכה שאף הם ילוו ברבית ולא ישיתו אל לבביהם חרם הישוב שנהגו תמיד כל יושבי איטלייא... **וגם זה היא בכלל חרם ר"ג שהחרים על השג' גבול בשכירו' הבתים מנכרים** כי מה לי שכירות בית ומה לי השכירו' הלוואה בפרט אם המלו' הראשון יש לו כבר תנאים שהוא לבד ילוה ולא אחר."

יישום חרם הישוב עוקף למעשה את המחלוקת בין רש"י ורבינו תם וגם את המחלוקת בדברי בעל "חזה התנופה" בזכות בני העיר למנוע כניסת סוחרים זרים מעיקר הדין. אפילו לפי דעת רבינו תם, ניתן להשיג על ידי חרם מה שאי אפשר על פי דין תורה. מכל מקום מובא באור זרוע בדעת רבינו תם:[300]

ורבותינו כתבו בתוספות בבא בתרא כי אם היה רבינו תם, לא היה מודה בחרם הישוב. כי אם קדמונינו לא הנהיגו חרם הישוב אלא בשביל אלמים ומוסרים ושאינם רוצים לפנות לתקנת הקהל ושאינם רוצים לפרוע עמהם מס אבל על אחרים אין חרם. ויש לי תשובה של הרב רבי' אליעזר מאורליינוש זצ"ל שכתב ששמע כן העדות מפי רבינו תם כשיצא מביהכ"נ של טריו"ש.

לעומת רבינו תם, המהרי"ק קבע מסמרות בענין חרם הישוב וכתב[301] שעל אף המחלוקת בקיום "חזקת הישוב" מעיקר הדין:

אם תגבר יד בני העיר לסגור דשא באפיה הן על יד השר הן על יד שום מונע פשיטא שהרשות בידם וכדפירשתי ולא יחלוק על זה כי אם העקש והפתלתל אשר לא ידע ולא יבין ולא הגיע להוראה.

הבית יוסף יצא נגד המהרי"ק וכתב:[302]

ודבריו תמוהים בעיני היאך יופקד זה להתגבר עליו על ידי השר ושלא על פי בית דין ואף על פי שהפריז הרב [מהרי"ק] על מדותיו להתריס נגד החולק על דבריו לא בשביל זה אמנע מלכתוב הנראה לי דמלאכת שמים היא ואין משוא פנים בדבר.

להלכה לא מזכיר השלחן ערוך את ענין "חזקת הישוב" בדיני תחרות.[303] אולם כמוזכר לעיל הרמ"א בהגהה שם כותב:

ויש מקומות שנוהגין לעשות חרם חזקת ישוב (כ"כ המרדכי), ואז יכולין לכוף (על פי החרם) ולא מדינא. ויכולין לגזור שלא לישא וליתן עם הבאים לדור בלא רשותם.

---

300. אור זרוע ח"א - הלכות שליח ציבור סי' קט"ו ד"ה גדול השלום, מובא גם בשו"ת מהר"ם בר ברוך דפוס לבוב סי' קי"א.

301. שו"ת מהרי"ק שורש קצ"א.

302. בית יוסף בבדק הבית חו"מ סי' קנ"ו וכן עיין דברי מהר"י ברונא בגנוזות, ירחון מוריה שנה ד, י-י"א.

303. שו"ע חו"מ סי' קנ"ו סעיף ו.

הרמ"א בתשובה הרחיב את כח חרם הישוב גם למקומות שלא התקינו תקנה מפורשת:[304]

> הרי דמי שבא להרוס חזקת הישוב הוא בחרם קדמונים, כ"ש במקום שיש להם תקנה שלא לגור שום אדם שם כי אם ברשותם שהוא בחרם הקדמונים. ואף במקום שלא נתפשט חזקת ישוב מ"מ רשאין להסיע על קיצתן ולגזור נידוי על הבא שלא ברשותם...

לפי החתם הסופר, חרם הקדמונים של חזקת הישוב נתקנה לכתחילה באופן כללי על כל מקום וכמו שמשמע מדבריו:[305]

> אך הכא הגזירה [נגד השגת גבול בדפוס ספרים] היא קדמונית מכל הגאונים על כל באי עולם אפילו במצולת הים כמו חרם השידוכים **וחרם חזקת היישוב** וכדומה שאינם מן הדין אלא מחרמי הקדמונים **על כל ישראל בכל מקום שהם**.

היוצא מדברים אלו שיש גם מקור מתקנה קדומה וגם בסיס הלכתי מעיקר הדין לתקנות זמנינו המחייבים רישוי עסק ואוסרים על "עוסק" שאינו מורשה לסחור באותו עיסוק.

סיכום

בין שנבין את הסמכות להגבלת המסחר כדין ממשפטי המלוכה ובין שנבין אותו ככח מדין שותפות של בני העיר, תכיר ההלכה בחוק רישוי לאומי. בקשר לחוק רישוי עסקים מקומי, כמו של מדינה אחת ממדינות ארה"ב או אחת מערי מדינת ישראל, ייתכן שמעיקר הדין אין זכות למנוע כניסת סוחרים ואומנים זרים המשלמים מסים לאומיים, כדברי בעל חזה התנופה, אבל על ידי תקנות יכולים בני המדינה או בני העיר לעכב.

ג. מס ה"גאבילה" על זכות המסחר—מהגבלת זכות מסחר למס מיוחד על זכות המסחר

בני העיר יכולים באמצעות כוחם להגביל זכות המסחר ולהטיל מס על סוחרים זרים על הרווחים שהם עושים בעירם, כמין מכס, הנקרא "גאבילה."[306] היסוד לזה מבואר בתשובה של הרשב"א:[307]

---

304. שו"ת הרמ"א סי' נ"ב. ראה גם ראה גם שו"ת מהר"ם בר ברוך דפוס פראג סי' תתקפ"ג שכתב "ואף אם לא היה ראיה מן ההלכה, מסברת מנהג העולם אין הדעת סובלתו דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה [וראוי לעשות] גזירה משום בעלי כיסין [ש]ישאו ויתנו בישובים, ואדרבא [מוסיף] עין [רע שהשלטונות ע]ל בני הישוב בכך ולא יס[ייע]הו לישא בעול עמהם. ועתה עליכם המכשול הזאת להציל עשוקים מיד עושקיהם ואין להם מנחם מבלעדיכם, כי [לבא] בגבולכם לא יתכן והשיאום בכל מיני תוקף שלא יעשו עוד ואח"כ כל אדם ימשוך."

305. שו"ת חתם סופר חלק ה (חו"מ) סי' מ"א.

כל שאינו בן עירם ואפילו הוא ממלכותם אינו חייב לתת בשום דבר עם אנשי עיר אחרת. וזה מבואר מאותה שמועה דבבבא בתרא. אלא שברוב המקומות יש לכל עיר ועיר גבולות לשיתוף המס כפי שהאדונים מחלקים להם גבולות [לשיתוף המס] וכנהוג בכל ארצותינו, לפי שהארץ של המלך היא וה[ו]א חלקתן להם. אבל מממלכה אל מלכות אחר אין למלך רשות לחלק ולשעבד, **אלא שיכול לגזור שלא יחזור ולא יתעסק שום אדם בארצו אלא אם כן יתן כך וכך, וכענין המכסים** ושאר החקים שיש למלך על הסוחרים הנכרים בסחורותם שהם סוחרים בארצו. וזהו הדין שאמר בפרק' [שני] דבבא בתרא בר מתא אחריתי דשייך בכרגא ולא שייך בכרגא. ועיקר דברים אלו מן היסוד שאמרנו. שהרי אנו רואים כל עיר ועיר בגבולותיה שאנשי העיר סוחרים ומתעסקים בתוכה **כאלו אמר המלך שאנשי העיר ההיא שמעלין לו מס או כרגא יסחרו ויתעסקו בה ולא לאחרים**. וזהו דין רב כהנא בהנהו עמראי... ומכל מקום אינן יכולין להכריחם [לסוחרים זרים] מיד לפרוע עמהם את המס. אלא כך סדר הענין לפי דעתי: שבתחילה מתרין אותם שלא יתעסקו בגבולם מפני שממעטים בהרווחתם כי לולי הם יתעסקו ויסחרו בני העיר הזאת ויהא להם ריוח וטוב הארץ. ואם ירצו להתעסק שם [יכולים רק בתנאי ש]יהיו כאחד מהם ויפרעו עמהם מס לפי הממון שמתעסקים שם אבל לא על כל אשר להם...

הרשב"א מסביר איך מן הדין יכולים בני העיר להטיל מס על תושבים זרים שאינם תחת שיפוטם וסמכותם באמצעות התניית זכות המסחר בתשלום מס. הרשב"א לומד ממשפטי המלוכה שבכלל שיפוט וסמכות, יש לכל מחוז בעלות בלעדית על זכות המסחר, ותמורת מס מיוחד מרשים גם לסוחרים זרים לסחור שם. לכאורה, אפשר לדייק מדברי הרשב"א שיסוד השליטה על זכות המסחר נאצל רק מדינא דמלכותא ממש, וכשאין חוק מפורש של השלטון האוסר על סוחרים זרים, אין כח להטיל מס על סחורה. כעין זה פסק הרדב"ז:[308]

אלא כי יסוד אלו הדברים חוזרים על עקר אחד – דדינא דמלכותא דינא והמלך גוזר שכל שאינו פורע לו מס או כרגא לא יסחר וי[ת]עסק בה וזה הלשון כתב הרשב"א שם וז"ל ועקר דברים אלו מן היסוד שאמרנו שאנו רואים כו' עד כאלו אמר המלך שאנשי העיר שמעלין לו מס כרגא יסחר ויתעסק בה ולא אחרים וזהו דין רב כהנא בהנהו עמראי ע"כ. הרי לך בפירוש שלא אמרו כך אלא לפי שכך דעת המלך שלא יסחרו בארצו ובממשלתו אלא הפורעים לו ולא אותם שאינם פורעים לו והחרד אל דבר ה' וירא אל ה' יבין

306. ראה למשל שו"ת מהריט"ץ החדשות סי' נ ומקורות רבים שהביא שם. פעמים הוא מופיע בשמות דומים כגון גבילא, גאבעלא, גאבעללא.

307. שו"ת הרשב"א חלק א ס' תרס"ד.

308. שו"ת הרדב"ז חלק ו סי' ב' אלפים רמ"ח.

כי באלו ארצות המלך יר"ה [מלכות תוגרמה או ערביסתן] לא שייך דבר מזה כי היא עיר פרוצה שוה לכל לפורעים לו מכס ומס כמו למי שאינם פורעים לו מס כלום באים ומסתחרים הולכים ושבים ואין מוחה בידם ואין דובר להם דבר ועוד שאנו עבדי מלך א' יר"ה אנחנו כמו הם וא"כ מן הדין הגמור עוברים על התורה אם מכריחים אותם ליתן שום מס.

דברי הרדב"ז תואמים את דברי בעל חזה התנופה המוזכרים לעיל שכח המסחר בא מהמלכות וכל מי שפורע מס למלכות ההוא שוב אין בני העיר יכולים לעכב עליו אף על פי שאינו משתתף בעול בני העיר. אף שהרדב"ז הביא ראיה לדבריו מדברי הרשב"א, הרשב"א כתב בהמשך תשובתו:

ואם אינו שומע רשאין להחרים שאם יתעסק שם שיפרע עמהם וכפי מה שיגזרו עליו. [כך] אני רואה כן משורת הדין. **אבל המנהגים משתנים בעניני המסים והתשחורת. ובכל מקום ומקום נוהג כפי מנהג ומנהג אבותיהם דנהרא נהרא ופשטיה**.

מדבריו נראה שיש כח בבני העיר על ידי תקנות וחרמות לאסור או להתיר במפורש סוחרים זרים כפי רצונם. מעבר לזה משתמע מהמשך דברי הרשב"א שיש זכות ממונית בלעדית לבני העיר על המסחר בעירם ולכן:

[בשאלה] אם נדוהו [סוחרים זרים] אם הוי כמנודה לעיר אחרת שאין מנודה לעירו? [התשובה:] מסתברא שזה מנודה לכל לפי שמן הדין מנדין אותו **ומשום גזל שהוא כגוזל אותם שמפסיד עליהם הרווחות שלא כדין ונוטל לעצמו או הגוזל מה שחייב לפרוע להם**.

לדעת הרשב"א, סוחרים זרים הנהנים מזכות המסחר בלי קניית זכות על ידי תשלום מס מיוחד שקבעו בני העיר נחשבים גזלנים. קיום היישוב היהודי, השוק והתשתיות עומד על מסים ששילמו, בין לשר השולט על העיר ובין למימון שירותי הקהילה, ואין לאחרים להנות בחנם מעמל ידם בלי להשתתף על ידי מס הסחורות.[309] מעבר לכך, הזרים פוגעים על ידי תחרותם בסוחרים המקומיים, ולפעמים יכולים להוזיל בגלל שאינם משלמים מסים והוצאות של העיר, ולכן כדי להשוות את תנאי המסחר עליהם לשלם גאבילה על סחורותיהם או על זכותם (כעין דמי רשיון) לסחור בעיר.[310]

למרות שהגאבילה הייתה נהוגה בהרבה קהילות לאורך הדורות, היתה ביקורת קשה ועיקשת נגדה כפי שמצטייר מתוך הפולמוס ההלכתי סביבה בספרות התשובות.[311]

---

309. בעל שואל ומשיב מכנהו "עושה סחורה בפרתו של חבירו", שו"ת שואל ומשיב, מהדורה א, חלק א' סי' כ'.

310. שם.

311. ראה כנסת הגדולה מהדורה קמא חו"מ סי' קנ"ו, הגהות בית יוסף אות מ"א שמסכם את מחלוקת הראשונים והאחרונים בעניין הגאבילא. ראה גם שו"ת מר ואהלות חו"מ סי' ט'

רוב הדיון נסב על דברי בעל "חזה התנופה" שהובאו לעיל בנוגע להגדרה של מי ששייך בכרגא של אותה העיר, מה ששייך בזמנינו ביחס למסים מקומיים כמו של מדינה אחת מתוך המדינות בארה"ב והאיחוד האירופי. בנוסף על כך דנו האם אכיפת המסים יצרה אפליה לטובת סוחרים גויים שלא חוייבו במסים אלו.[312]

סיכום

בני העיר נהגו להתנות את המסחר בתשלום מס המכונה גאבילה. הרשב"א ראה את מקור המס במשפט המלך שמקנה לו זכויות על המסחר במדינתו. אולם לא תמיד הגאבילה נחשבה למוצדקת, משום שמי ששילם למדינה טען שעצם התשלום של מס למלך נחשב כמעניק זכאות לסחור בעיר אף אם אינו משלם מסים מקומיים.

ד. פטורים מגאבילה

הגמרא הדנה בעניין הגבלות תחרות ואיסורי יורד לאומנות חבירו מסייגת את איסורי המסחר לגבי קבוצות מסוימות. על פי הגמרא שם "בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מיעכב"[313], כלומר שבן עיר רשאי לעכב על בן עיר אחר שסוחר בלי רשיון ובלי לשלם מס, אולם יש פטורים לכמה קבוצות אומנים וסוחרים: "מקרי דרדקי, "[314] רוכלי תכשיטי נשים, "צורבא מרבנן", משתתפי שוק בינעירוני ב"יומא דשוקא", ומי שיש לו "אשראי במתא." לא ברור מהגמרא אם אלו פטורים מלהשתתף במס המקומי או "גאבילה" שיטילו בני העיר עליהם. לכאורה, לפי רבינו תם הסובר שבכלל אי אפשר לעכב על מי שמוכן להשתתף במס המקומי, הסיבה

ומקורות רבים רבים שהביא שם, מהריט"ץ החדשות סי' נ', שו"ת תורת חיים חלק ג סי' ק"א, שו"ת משפטי שמואל סי' מ"ח, מ"ט, נ.

312. ראה שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' ת"ז "והטעם [לחלק בין הגבילה לבין דין הגמרא שבר מתא אבר מתא מצי מעכב] ש[הרי] אינם יכולי' למחות ביד התוגרמים ויתר הגוים למה תלקה מדת הדין על ישראל וכי מפני שאני זכר הפסדתי", כלומר אין סיבה שרק סוחרים זרים יהודים ישלמו גבילה בעוד מתחריהם הגויים לא יגבו מהם מסים אלו. וכן שם סי' תמ"א כתב: "בשלמא באותם המקומות היה כח שוה למחות ליודים כמו לגוים, אבל תושבי אישקופיא אין כח בידם למחות לא בערלים מוכרי אלו ולא לישמע[א]לים. העל זאת יתאפק ה' שמפני שאני זכר הפסדתי?! שאם יבואו כל בני נכר יקנו עורות או מה שירצו כרצונם ואין מוחה בידם ועדת ישראל ילקה מדת הדין עליהם?! חלילה! ועתידין ליתן את הדין וה' יכפר אם ח"ו לא ישובו מדרכם זה הרע." גם לפני מהרשד"ם העלה כבר הרדב"ז טענה דומה בשו"ת חלק ו סי' ב' אלפים רמ"ח: "וכי היכי דאי אפשר להם לעכב על הסוחרים ישמעאלים או נוצרים כן אין יכולין לעכב על ישראל." הרדב"ז הדגיש את עקרון השוויון בהחלת הגאבילה בראש דבריו: "[אפילו] אם היו קהל טריפול מלכי האדמה לא היה בידם כח לזה כיון שאין הדבר שוה לכל בני המלכות **דדינא** מלכותא אמרינן [ולא גזלנותא] וזה מבואר."

313. בבא בתרא כ"א א'.

314. למרות שהגמרא מביא דין זה בשם רב הונא, בר פלוגתא דרב הונא בריה דרב יהושע שהלכה כמותו, ראה יד רמה בבא בתרא פרק שני אות ס"ז שטוען שגם רב הונא בריה דרב יהושע יקל על מלמדי תינוקות בבר מתא אחריתי שאינו שייך בכרגא.

להדגשת קבוצות אלו חייב להיות בגלל שהם פטורים מלהשתתף במס המקומי. לעומת זאת לדעת רש"י ייתכן שהחידוש בקבוצות אלו הוא שאי אפשר לעכב עליהם באופן מוחלט אבל עדיין חייבים להשתתף במס המקומי. גם לא ברור מה יהיה הדין של קבוצות אלו במקרה שהם תושבי העיר אבל יש גאבילה שחל על תושבי העיר ועל זרים בשווה—האם רוכלי תכשיטי נשים יהיו פטורים מהגאבילה?

ההשלכה לזמנינו יהיה חיוב רישוי עסק וגביית מע"מ, מעיקר הדין, על (א) מלמדי תינוקות בשכר וכדומה כאשר יש ענין של "קנאת סופרים תרבה חכמה", (ב) רוכלי תכשיטי נשים העוברים מבית לבית, (ג) סוחרים תלמידי חכמים, (ד) משתתפים בכנס או שוק בינלאומי (ה) ומי שנאלץ לשהות במקום זמנית וצריך להתפרנס עד שיכול לחזור למקומו. על פי רהיטת סוגיית הגמרא נראה שגם אם ירצו בני העיר לחסום קבוצות אלו על ידי חרמות ותקנות לא יועיל להם, ולא אמרינן בזה מנהג מבטל הלכה.[315]

בקשר למלמדי תינוקות, אף שלפי גירסה אחת בגמרא מובא ש"עזרא תיקן להן לישראל שיהיו מושיבין סופר בצד סופר", אין סופרי סת"ם בכלל דין זה ד"מקרי דרדקי"[316], אלא הכוונה בסופרים היא למלמדי תורה.[317] בזמנינו נהוג אצל כמה

---

315. ראה שו"ת תורת חיים (מהרח"ש) חלק ב סי' ל"ט שסייג את דברי מהרי"ק שכתב "אבל אם תגבר יד בני העיר לסגור דשא באפיה הן ע"י השר הן ע"י שום מונע פשיטא דהרשות בידם", ופסק שאפילו מהרי"ק יודה שכח זה אינו יכול לבטל זכות הקבוצות שהתיר הגמרא להסתחר בעיר אחרת: "ותו דאמרינן בגמרא [שם כ"ב א'] עלה דרב הונא מודה רב הונא בר יהושע ברוכלין המחזירין בעיירות דלא מצו לעכב דאמר מר עזרא תקן וכו', הרי דנקט תלמודא והפוסקים הך דינא עם השאר בחדא מחתא, ובחד לישנא נאמר ג"כ לפי דבריו [של המהרי"ק בשורש קצ"א] דדוקא על פי ב"ד אבל יוכל לסגור הדלת בעדם ולבטל תקנת עזרא?! הא ודאי לא מסתברא! וכן הא דאמרינן [שם] ומודה רב הונא במקרי דרדקי דלא מצו מעכב דאמר מר קנאת סופרים תרבה חכמה וכו' נאמר ג"כ שיוכלו לסגור הדלת?! הא ודאי נמי לא מסתברא!"

316. ראה שו"ת מהרש"ג חלק ב סי' ר"ל שהכשיר תקנה שנתן רישוי בלעדי לסופר סת"ם בעירו ואסר על סופרים אחרים לעסוק בעיר בלי רישוי.

317. ראה שו"ע יו"ד סי' רמ"ה סעיף כ"ב "אחד מבני החצר או מבני מבוי שביקש ליעשות **מלמד תינוקות**, אין שכניו יכולים למחות בידו. וכן מלמד תינוקות שבא חבירו ופתח בית ללמד תינוקות בצדו, כדי שיביאו לו תינוקות אחרים או כדי שיבואו התינוקות שאצל זה לזה, אין יכולים למחות בידו, שנאמר: ה' חפץ למען צדקו יגדיל תורה ויאדיר." מהגהת הרמ"א שם נראה שלא רק מלמד תינוקות נכלל בדין זה אלא גם תלמיד חכם המלמד תורה. ראה גם חידושי חת"ם סופר בבא בתרא כ"א ב' ד"ה וניחוש שכתב שהדין מוסב על סתם עוסקים במלאכת שמים אשר אין ענין אצלם של "קנאת סופרים תרבה חכמה" אלא קיים חשש הפוך שיתרשלו במלאכתם אם התחרות אינו מוגבל על ידי רישוי. והנה המחבר כתב בשו"ע חו"מ סי' קנ"ו סעיף ג "והוא הדין לכל מילי דמצווה, שאינם יכולים [השכנים] למחות בידו", ולכאורה נראה שאין אפשרות למחות נגד מתחרים גם במקצועות אחרים שיש בהם משום מילי דמצווה. אולם נראה שכוונת המחבר רק לעניין רעש ונזקי שכנים שאינם יכולים למחות, כמבואר בסוגיא בבא בתרא שם, אולם לעניין תחרות ובמיוחד לגבי מי שאינו עוסק במצווה עצמה אלא במכשירי מצווה נראה שיכול למחות. לגבי מוהל שיורד לאומנות חבירו כתב הסמ"ע (חו"מ קנ"ו ס"ק ג) שאינם יכולים בני העיר לעכב עליו, אך ראה שו"ת משנה הלכות חלק ט"ז סי' ע"ד שכתב "אומר אני שאם יסכימו

אנשים להשכיר מלמד פרטי לקדם תלמידים בלימודיהם, ולכאורה חל עליהם דין זה שפוטר אותם מחובת רישוי ואולי גם מגביית הגאבילה (מע"מ) מלקוחותיהם.

א. רוכלים

בגמרא מבואר בעניין הרוכלים:[318]

> אמר רב נחמן בר יצחק: ומודה רב הונא בריה דרב יהושע ברוכלין המחזירין בעיירות דלא מצי מעכב [בר מתא אבר מתא אחריתי], דאמר מר: עזרא תקן להן לישראל שיהו רוכלין מחזירין בעיירות, כדי שיהו תכשיטין מצויין לבנות ישראל. והני מילי לאהדורי [מבית לבית], אבל לאקבועי [בחנות] - לא.

רש"י מפרש שמדובר דווקא בסוגי תכשיטים מאוד מוגדרים:

> ומודה רב הונא בריה דרב יהושע - אע"ג דאמר בר מתא אבר מתא אחריתי מצי מעכב מלהביא כאן ולמכור מודה הוא **ברוכלין מוכרי בשמים המחזירין בעיירות להביא בשמים לנשים להתקשט בהן** דלא מצו לעכב עלייהו רוכלי העיר.

בטור ובשולחן ערוך[319] משמע שיש היתר כללי לרוכלים לסבוב בעיירות, אולם הרמ"א מסייג שדוקא רוכלי בשמים[320] ולא שאר רוכלים שאינם שייכים לתקנת עזרא המקורית. נהוג בחוקי עזר עירוניים בהרבה עיירות ומועצות מקומיות שאוסרים רוכלות בעירם בלי רישוי. חוקים אלו אינם מבחינים בין רוכלי תכשיטי נשים ושאר רוכלים, אולם לפי ההלכה נראה שעל פי תקנת עזרא אין תוקף לאיסור על רוכלי תכשיטי נשים,[321] ואולי פטורים הם מחובת רישוי ומגביית מע"מ.

ב. תלמיד חכם

בהמשך הגמרא מבואר שצורבא מרבנן [תלמיד חכם] רשאי אפילו לקבוע את מקום מסחרו בעיר גם אם אינו מבני העיר וגם שלא מדעת בני העיר: "ואי צורבא מרבנן הוא, אפילו לאקבועי נמי. כי הא דרבא שרא להו לר' יאשיה ולרב עובדיה לאקבועי, דלא כהלכתא [שנכתב לעיל "אבל לאקבועי לא"], מאי טעמא? כיון דרבנן נינהו, אתו לטרדו מגירסייהו."

כולם למנות מוהל ל**מ**ול [כלומר רשיון בלעדי] אפשר שאין ביד יחיד למחות [ולשכור מוהל אחר]".

318. בבא בתרא כ"ב א'.

319. חו"מ סי' קנ"ו וכן ברמב"ם הלכות שכנים פרק ו הלכה ט.

320. ראה ערוך השולחן שם שמוסיף "ושארי דברים קטנים הנצרכים לבנות ישראל."

321. ראה פסק דין של הרב עידו רכניץ בנושא "מניעת רוכלות ביישוב", שמופיע באתר של "מכון משפטי ארץ", www.dintorah.org, תחת כותרת "משפט ציבורי."

במבט ראשון נראה מסתימת לשון הפוסקים שתלמיד חכם משוחרר מכל הגבלות עסקיות, ורשאי אף לקבוע בעיר אחרת ולמכור את סחורתו. אולם רבינו יונה[322] ופוסקים אחרים הגבילו את פטור התלמיד חכם לדין רוכלים, שרק מה שהותר לרוכלים לעשות ללא קביעות, הותר לתלמיד חכם לעסוק בו בקביעות. ניתן לדייק כך גם מדברי רש"י שכתב "ואי צורבא מרבנן-דטריד בגירסא ולא אורחיה לאהדורי", כלומר שיש כאן היתר מקומי לקבוע את עצמו במכירת סחורות הנצרכות לנשים. אם כך יש לבני העיר על מה לסמוך כשאינם פוטרים תלמיד חכם מתשלום מע"מ ומרישוי עסק.

ג. יום השוק

ההיתר הבא בגמרא עוסק בזרים שבאים למכור ביום השוק- "יומא דשוקא" –שבו מתאספים זרים ומקומיים בתוך העיר. אמנם ראינו עד כאן שהשוק המקומי שייך לבני העיר ולכן יכולים למנוע זרים מלסחור שם, אך כשהשוק אינו מקומי והקונים שם מגיעים מבחוץ אין להם בעלות בלעדית על השוק ואינם יכולים למנוע תושבי חוץ מלסחור שם, וכמבואר בגמרא שם"מעלמא אתו ולעלמא ליזבנו", כלומר שגם הקונים וגם המוכרים מגיעים מבחוץ ואין עניין לבני העיר בסחורתם. בכל אופן נראה מהפוסקים שאפשר לבני העיר לעשות תקנה להגביל גם מזרים מלסחור אפילו ביומא דשוקא.[323]

עם זה, כפי שכתבנו לעיל,[324] הפוסקים העלו טענות נגד תקנות הגאבילות כאשר הם מפלות לרעה את היהודים שבאים לסחור ועומדים תחת שיפוט בני העיר לעומת הגויים שמגיעים ואינם עומדים תחת שיפוט הקהילה. טענות אלו שייכות גם בזמנינו במכירת מוצרים ושירותים לא מוחשיים למשל דרך האינטרנט, אשר אי אפשר למנוע סוחרים זרים מ"ליכנס" לשוק המקומי, וייתכן שעל פי הדין אין לעכב גם מעסקים מקומיים שהם תחת שיפוטם לסחור באינטרנט בלי רישיון.

ד. סיכום

מתוך דברי הגמרא למדנו שישנם מספר אפשרויות מעיקר הדין להיפטר ממס הגאבילא, כאשר מגמת חז"ל הייתה לתת הנחות למעוטי יכולת או לאלו שמעניקים

322. עליות דרבנו יונה בבא בתרא שם: "פי' דווקא כרוכל המחזר בעיירות שהרי תקנו שיהו רוכלין מחזירין בעיירות, אלא דשאר בני אדם יש להם לחזר בעיר ולא לקבוע חנות, וצורבא מרבנן כדי שלא יתבטל מתלמודו לא הצריכוהו לחזר והתירו לו לקבוע אבל בשאר סחורות לא מצינו שהתירו לצורבא מרבנן לקבוע חנות בעיר אחרת." ראה גם דברים דומים בלבוש, חו"מ סי' קנ"ו.

323. ראה שו"ת אבני נזר חו"מ סי' מ"ה שפסק לגבי איש זר שסחר בניגוד לרשיון בלעדי שנתנו אנשי העיר לסוחר מקומי שאע"פ שמן הדין לא היו יכולים לעכב על הזר, מכל מקום "כיון שיש תקנה בעיר בל ימכור אחר אסור לאיש מחוץ לעיר מפני המחלוקת זה נכון". ראה גם נחלת שבעה סי' ב, ג, ד, וכן פסקי דין רבניים חלק ב עמ' 215 בביאור עניין זה.

324. ראה פרק דין מוכס שאין לו קצבה: אכיפה סלקטיבית עמוד 78.

שירות חיוני למשק ולחברה באמצעות עבודתם. עם זאת הפוסקים העירו שמתן פטורים ועדיפויות לקבוצות מסוימות לפעמים מפלה לרעה קבוצות אחרות, ולכן הם הגבילו את הפטורים למקרים אלו, וגם בכל מקרה הגבילו את תוקפם של הפטורים למקרים מסוימים ומיוחדים. כמובן, כל ציבור יכול להרחיב או לקבוע פטורים נוספים על אלו שקבעו חז"ל, אבל הפטורים שקבעו חז"ל אינם כפופים למנהג ולתקנות כל ציבור וציבור.

ה. "אקציז": מס הבשר ורשיונות בלעדיות

א. מבוא

מצד אחד, מס הגאבילה דומה למע"מ (sales tax, V.A.T.) של ימינו בכך שהוא מבוסס על מערכת רישוי כללי לעסקים שמתנה את זכות המסחר בתשלום מס על הסחורה. אולם מצד שני, מס הגאבילה שונה משום שהוא דומה יותר למכס שגובים על ייבוא סחורה וששולם על ידי היבואן מכיסו ישירות לרשויות. בניגוד לזה, מס הבשר, שנקרא "אקציז" בדברי הפוסקים דומה יותר למע"מ של ימינו משום שהוא חל על תושבים וזרים בשווה והוא נגבה מהקונים על ידי המוכרים על כל עיסקה ועיסקה. אף על פי שהאקציז היה רישוי מיוחד שהעניק זכויות בלעדיות בתחומים שונים כמו שחיטת בהמות וייצור יין, ולא זכות מסחר כללי בלתי מוגבל, שלל התשובות שנכתבו בענין מס האקציז והברחתו שופכים אור על השאלות העולים בימינו בקשר למע"מ והברחתו וההתעסקות ללא רשיון.

ב. רקע מס האקציז

נהוג היה בדורות האחרונים שעסקי בשר כשר היו כרוכים ברשיון מטעם השלטונות והם גם הטילו מכס הנקרא "אקציז" או "גאבעלע" (דומה למכס הגאבילה על סחורה שהיה נהוג במדינות המזרח) על בשר כשר. מי שקנה את הרשיון קיבל מונופול לתקופה מסוימת באזור מוגדר והיה אחראי לגבות מכס לטובת השלטונות על כל בשר שהוא מכר, והשלטונות נתנו גיבוי לרשיון על ידי כח האכיפה שלהם. במקומות שונים היה בעל רשיון ה"אקציז" פועל כמו מוכס, שקנה מראש גם את זכות המכס וגבה את המכס לעצמו, ולא כמו גבאי שגובה עבור השלטונות. הקהילות השתמשו במערכת מיסוי זאת לגבות מיסים פנימיים שלהם, לפעמים על ידי הוספה של מכס מעל המכס שקבע השלטון, לפעמים על ידי לקיחת זכות האקציז לקהילה על ידי חרם והנפקת ומכירת רשיונות מטעם הקהילה במחיר יותר גבוה או השכרת שוחטים מטעם הקהילה במשכורת קבועה, ולפעמים על ידי הנפקת ומכירת שוברי "קוויטלך" (פתקאות) שנגבו על ידי השוחטים או הקצבים בזמן מכירת הבשר. היו גם מקומות שביססו את מערכת גביית האקציז על כח הקהילה להגביל את השוחטים בעיר באמצעות תקנות חרמות ומנהגים בלי שום כח מושאל מהשלטונות.[325]

---

325. שו"ת חיים ביד יו"ד סי' ב'.

בחלק מהמקומות היה מגיע חלק מהמכס או כולו לידי השלטון, והשלטון היה מציב מפקחים על הקצבים שיגבו מהם את דמי האקציז (מכס). בחלק מהמקומות היה מגיע כל המכס לקהילה, וכדי שלא יערימו השוחטים על הקהילה היו צריכים לשלם מראש ולקבל כרטיס מהקהילה (קוויטל), ואז היו מוסרים לשוחט את הקוויטל תמורת השחיטה. גם אחרי סידורים אלו היו שהצליחו להערים ולהבריח את המכס, ובכך נגרם נזק לקופת הקהילה. למשל, אנשים הביאו את בהמותיהם לשוחט מאזור אחר שלא גובה מהם מכס, או אפילו לשוחטים מקומיים שאין להם רשיון מהקהילה ושחטו במקומות מסתור.[326] גם שוחטים בעלי רשיון היו מוכרים לפעמים במחיר מוזל בלי לדרוש קוויטל. כדי למנוע תופעות אלו נהגו הקהילות לאסור כל בשר שנשחט על ידי שוחט שאינו מורשה מהקהילה. כבר בשו"ת הרא"ש יש מקור קדום לתוקף מנהג זה לאסור בשר כבשר נבילה אם לא נשחט באישור הקהילה.[327] כמו כן בשולחן ערוך נאמר ש"אם הטילו הקהל חרם, שלא ישחוט אלא טבח ידוע, ושחט אחר, יש אומרים ששחיטתו אסורה."[328]

ג. סקירת דברי הפוסקים בדיני "אקציז"

בספרות התשובות דנו בהרחבה בהגדרת העבירה של השוחטים ששחטו בלי רישיון – האם הדבר פוסל אותם לעדות או אף להיות שוחטים? כמו כן דנו אם יש איסור גניבה בהברחת האקציז על הבשר ביחס לכל מי שמשתתף בהברחה זו. בספר דעת תורה מבואר "דין שו"ב ששחט בלא אקציז השייך לשוכר ישראל."[329] המחבר מחלק בין מצב שהמכס שהשלטון לוקח הוא הגון שאז אסור להבריח ממנו, לבין מצב שהשוכר לוקח יותר מס ממה שראוי לקחת שאז תלוי אם עושה כן מחמת שרואה בכך היתר שאז אסור להבריח ממנו, או שעושה כן אף שיודע שאסור ועובר על איסור גזל, שאז מותר להבריח ממנו. בעל "דעת תורה" מסיק שאפשר לראות את השוחט כמי שהכשיל אחרים בגניבה ומסייע ידי עוברי עבירה ולכן אפשר לפסול אותו לעדות, וסכינו צריך בדיקה, אף שאינו פוסל את השחיטה שלו בכך. אף אם השוחט משתף פעולה עם אחרים לשחוט במקום מוסתר, אינו יכול לטעון שלא ידע

---

326. דעת תורה חלק ב סי' מ"ו.

327. שו"ת הרא"ש כלל ז סי' א': "ששאלת: ציבור שהטילו חרם שלא ישחוט אדם זולתי הטבח של הקהל והלך אחד ועבר על החרם ושחט. יראה שאסור לאכול משחיטתו; שהרי הקהל פסלו שחיטת הכל, חוץ משחיטת הטבח, בשביל שלא יקפוץ כל אדם וישחוט, אף שאינו מומחה. ורשאין הציבור להתנות ולהסיע על קיצותן, ליתן לזה ממון חברו על פי קיצותן, ואין בו משום גזל; וכן לאסור המותר, משום מגדר מילתא, ומה שאוסרין, אסור לכל בני העיר. וכל שכן **זה, שעבר על החרם ושחט, ראוי לדמותו למומר לאותו דבר, כיון שעבר על החרם כדי לשחוט**. ואע"פ שאינו חשוד לאכול דבר אסור, מ"מ מכוער הדבר, וראוי לקנסו שלא יאכלו משחיטתו."

328. שו"ע יו"ד סי' א' סעיף י"א.

329. דעת תורה יורה דעה סי' ב' ס"ק מ"ו.

שכוונתו לגנוב מהשלטון, כי עצם הדרישה לשחוט במקום כזה מוכיח שרצו להבריח מס מהשלטון.

במקום אחר כותב בעל "דעת תורה" שאין סמכות לציבור לאסור לחלוטין על שוחט לשחוט במקום אחר, אך יכולים לעשות קנס שלא יאכלו בני העיר משחיטתו אף שאין זה מן הדין.[330]

בתקופת הרב חיים פאלאג'י נוצרה קהילה חדשה שהכנסתה התבססה על "טקסת הבשר" שגבו משחיטת השוחטים. כדי לגבות את המס הנהיגו שחיטה רשמית של המימסד ותיקנו בשבועה חמורה ובתקיעת כף שלא ישחוט שום אדם בלי רישיון של הקהילה, וכן לא ייבאו לעיר בשר מ"שחוטי חוץ" ולא ישחט שוחט ממקום אחר שאינו מחוייב לתקנות. הרב השואל כותב:

> [ש]אנו מחויבים לאסור את השו"ב אשר ירהב עוז וישחט בלי פקודתם [של נבחרי הציבור], כי הכנסת העדה הוא רק מהטאקסע מבשר כשר. לזאת השוחט בלי תשלומי המכס מהבשר (טאקסע) ומקלקל הכנסת הקהל הרי הוא עובר על תקנת הקהל. לכן עלינו לאסור שחיטתו.[331]

המכס שולם מראש על ידי קניית קוויט (פתק) מהקהל, ועל השוחטים הוטל לדרוש קוויט בעת השחיטה. אחד מהרבנים הסתכסך עם הקהילה ובעקבות זאת התיר לאחד מהשוחטים את השבועה (שהתחייב לא לשחוט בלי קוויט), והלה החל לשחוט בלי לגבות קוויט לקהילה ובכך גרם נזק רב לקהילה:

> וקלקל את הכנסת הקהלה ומכר בשר בזול בלא מכס ועי"ז נפלו ארצה כל מוסדות העיר וצדקותיה כי אפסה הכנסת העדה שבעים בני עניים לומדי הת"ת נתגרשו מבית מוריהם כי אין כסף לשלם בעדם שכר למוד ת"ת בטלה ונשבה עדר ה' הבית מרפא נסגר על מסגר. ונגועי חולי ומכאוב דכאו בשער ואין מרפא ויורדים שאולה אף טרם בא קצם. העניים צועקים ללחם ולעצים כאשר קבלו עד כה ואין מושיע למו. עלה צעקת העיר שמימה.

הרב השואל פסק שיש תוקף לתקנה כזו שאוסר שחיטה בלי רישוי הקהילה וגביית "קוויט" המכס לקהילה והוסיף:

> אף אם לא היה כאן שום נדר הרי המכס הוא תקנת הקהל מיוסד מהז' ט"ה בהסכמת כל הקהל כנ"ל. וכבר מבואר בפוסקי' ראשונים ואחרונים דהעובר על תקנת הקהל שחיטתו אסורה.

הרב ביקש עזרה מר' חיים פלאג'י לאסור את שחיטת השוחט וכך השיב לו:

> תשובה מחיים אר"ש גזרה בגזרת עירין פתגמא כי זה השוחט הר' ברוך מרדכי הי"ו [א] ידיו אסורות מלשחוט [ב] וכל האוכל משו"ב ידע נאמנה כי היא אוכל

---

330. שם סי' א' סעיף י"א וס"ק נ"א ע"פ שו"ת הרא"ש.
331. שו"ת חיים ביד יו"ד סי' ב'.

> נבילות וטריפות [ג] וחבר הוא לאיש משחית דמחריב העולם בסיבתו [ד] וכל המניעות הטובות שיבואו בסיבתו הקולר תלוי על צוארו והוא חטא רבים נשא ואחריתו עדי אובד רחמנא ליצלן.

הרב חיים אישר שהתקנה אוסרת שחיטה שלא ברשות הקהל וגביית המכס. בעקבות זאת, פסק ר׳ חיים שהבשר טרף. מעבר לאיסור על השוחט, פסק ר׳ חיים שהקונה ממנו נטפל לעוברי עבירה ואחראי על הנזק שנגרם לציבור על ידי מיעוט הכנסתם מהמכס.[332]

על פי הנ״ל, אף על פי שהמוכר או נותן שירות בלי גביית מכס אינו מכניס שום דבר לכיסו וייתכן שפועל על פי רשיון, עדיין נחשב כגזלן אם אינו גובה את המכס בזמן העיסקה. דוגמה לזה ניתן לראות בדיני מתנות כהונה. התורה מצווה על השוחט בהמת חולין להפריש ממנה את הזרוע לחיים וקיבה ולתת אותם לכהן. מעבר לדין גזל שחל על המוכרים והקונים מתנות כהונה מבלי להעבירם לכהן, מוסיף הגמרא ״הדין [של הכהנים] עם הטבח״ ומסיים ״הדין אף עם הטבח.״[333] אף שהבהמה והמתנות אינם שייכים לטבח, שאינו אלא נותן שירות ואין עליו את מצוות הנתינה, התורה חייבה את הטבח לא להוציא את המתנות מתחת ידו בלי לתת אותם לכהן. טבח שמכר כשליח של הבעלים את המתנות בלי לתת אותם לכהן נתבע על חלקו בגזילה אף על פי שהבהמה והמתנות לא היו שלו ואף על פי שלא הרוויח מזה כלום. כנראה, יש לו דין מזיק מתנות כהונה ולכן כדי לצאת ידי שמים חייב לשלם את דמי המתנות לכהנים. אולם במקרה זה לא נאסר הבשר מדין תורה, ואף חכמים לא הטילו קנס על המוכר או הקונה, כדרך שהטילו קנס על השוחט שעבר על תקנות השחיטה.

בשו״ת קול מבשר,[334] הביא דין זה כדי לחייב את השוחטים ששחטו בלי קבלת פיתקאות על ה״פרס״, שהיה סוג מכס שנועד לממן את שכר הרב:

> והנה במתנות כהונה מבואר ״אמר רבא הדין עם הטבח״ עיי״ש בפירש״י שהכהן יכול לתובעו להשוחט אף אם הבהמה היא של אחרים וכן פסק בשו״ע... שחובה על השוחט ליתן המתנות לכהן אף שאין הבהמה שלו עיי״ש... שאין השוחט יכול לדחות את הכהן שילך לבעל הבית ולומר לאו בעל דברים דידי את עיי״ש, ואם כן גם לענין הפרס של הרב שע״פ המנהג ותקנת הקהל הטילו אותו על הבשר של שחיטה לקבל שכרו מכל בהמה ועוף (כמו שבזמן הבית נתנו לדייניהם מתרומות הלשכה שהיתה מיוחדת לצורך קרבנות ומתנות כהונה כדאמרינן בכתובות דף ק״ו) אם כן ממילא הדין עם הטבח

---

332. ראה באורך דיון באיסור דלפני עוור בביצוע עיסקה בפרק מבוא: מסייע בביצוע עיסקה עמוד 275 ובהמשך שם.

333. בבא קמא קט״ו א׳.

334. שו״ת קול מבשר חלק א סי׳ י״ז.

והשוחט מחויב ליתן הפרס ואם הוא שוחט בלא פרס הרב, הוא כגזלן ועדיף ממסייע לגזול, ש[גם] חייב לשלם ו[גם] שחיטתו אסורה אף בלא תקנת הקהל [נפרד ומפורש] שלא לשחוט בלא תשלומי פרס הרב, מלבד מה שגוזל פרס השוחטים הישנים הממונים מהקהל והוי חשוד לאותו דבר כיון שעבר על איסור גזל כדי לשחוט.

לדבריו המסייע נחשב כגזלן ממש וכנטפל לעוברי עבירה:

ואף דפרס הרב אינו נוטל לעצמו כמו שכר השוחטים, [כלומר השוחטים האחרים אינם נגזלים אלא הרב], מכל מקום בכל עת ששוחט בלא פתקא ובלא תשלומי פרס הרב הוי גזלן כמ"ש בחו"מ סי' שמ"ח סעיף [ח][335] וריש ס' שנ"ו דאף המסייע לגנוב ולגזול הוי גזלן [אם הוא] באופן שאין הגזלן בעצמו יכול לפעול פעולתו בלא סיוע שלו עיי"ש.

מכאן רואים שכמו שהתורה קבע ש"הדין עם הטבח" להיות כמו מוכס ושליח לגבות המתנות עבור הכהנים—ואם מועלים בשליחותם ומסייעים למבריחים נחשבים כגזלנים עצמם—גם ביחס למוכרים שחוייבו על פי החוק להיות מוכסים לגבות מע"מ או מכס לטובת השלטון, אם הם מסייעים למבריחים, הם נחשבים כגזלנים אף שלא הרוויחו מזה כלום, ומכל שכן שחובת המס עצמו חלה עליהם על פי החוק.

גם מתשובתו של החתם סופר[336] יש הכרה הלכתית בקיום מערכת רישוי ומיסוי כמו מע"מ:

מאז הטילו מס על כל ליטרא בשר והחכירו ההכנסה ההיא לחוכרים ידועים והיות כי פרצו העם ליקח בשר מהכפרים בסתר ולא שלמו ההתחייבות וניזקו החוכרים ע"כ התיעצו הקהל לאסור בפומבי בבה"כ כל שחוטי חוץ לעירם אע"פ שנשחט ע"י שוחט דמתא [אחרת] בהכשר מ"מ הסכימו לאסור מטעם.

בניגוד למצב בתשובתו של הר' חיים פלאג'י, לא השוחטים המקומיים הם שהפרו את התקנה אלא ציבור הצרכנים שעקפו את התקנה על ידי קניית בשר משוחטים מחוץ לעיר שאינם תחת שיפוט העיר. החתם סופר כתב:

היות כן בנידון שלפנינו שהחוכרים חכרו מהקהל מס הבשר והם כמוכס ישראל הנוטל בדין ומשלם להקופות הקהל להשותפים והשותפים הללו גונבים המכס הם נהנים ממה שניתן להקופה מהחוכרים וחוזרים וגונבים את המוכרים והגונב מוכס ישראל גזלן גמור... וא"כ מחויבים הקהל לגדר בפני הפריצים הגזלנים האלו ויאושר כחם בתקנתם ולא צריכי חבר עיר

---

335. לשון הרמ"א שם: "אם הטמין הגנב הגניבה והוצרך לצאת מן העיר עד שאינו יכול להבריח הגניבה, ושלח אח"כ איש אחד להביא לו הגניבה, השליח חייב לשלם, דהוא עיקר הגנב, מאחר שידע שהוא גניבה."

336. שו"ת חתם סופר יו"ד חלק ב סי' ה.

[לכתחילה][337] ואין להשגיח על יחידים שמיחו בתקנה ואפלו' על הרוב לא ישגיחו כי פשיטא שהגזלנים ימחו בהמוחה בהם על כן לכאורה איסור שאסרו הקהל איסור גמור הוא ואסור לפרוץ גדרן ולסייע ידי עוברי עבירה.

החתם סופר דימה את המוכרים המורשים כמוכס ישראל שקונה זכות גביית המכס, ואסור לגנוב מהם.[338] המציאות של גביית המע"מ בימינו שונה מזה ויותר דומה לגבאי ישראל כיון שהמס שהם גובים (א) לא שילמו במיוחד על זכות גבייתו (ב) לא מגיע לכיסם אלא לכיס הציבור. לכן, לא נראה שמי שעוקף את המע"מ גונב את המוכרים המורשים אלא גונב מהציבור. אולם, בתשובה של הרשב"א שהבאנו לעיל בקשר לגאבילה, הגדיר הרשב"א את הסוחרים שסחרו בלי רשיון "כגוזל אותם [סוחרים המורשים] שמפסיד עליהם הרווחות."

אפילו הפוסקים שיצאו נגד הגאבילה הסכימו שבאמצעות תקנות וחרמות ניתן להחיל את הגאבילה על סוחרי חוץ ולמנוע את כניסתם.[339]

גם בשו"ת דברי חיים מצינו:[340]

> שאלה בעיר אחד שהאוראנדי שייך להשר וקמו איזה אנשים ופרקו מעליהם עול האוראנדי ומוזגים משקה בהעלמה בזול הרבה ועל ידי זה יקצף השר מאוד ורוצה לגרש כל היהודים היושבים בהכפרים תחת ממשלתו אם יש למחות ביד השענקרס מהעיר המעלימים: ...שנית נראה דאסור מטעם גזילה דהנה הא ודאי דהמנהג בין חוכרי האוראנדיס דהפריץ המשכיר אין רשאי למכור בזול מכפי אשר ימכור האוראנדאר שלו דעל תנאי זה שכרו ממנו וכמה פעמים הי' טענות ותביעות בין הפאסעסערס [מעלימי המס] ובין האוראנדארס [בעלי בתי המרזח] בהיותם שניהם ישראלים ודין פשוט שצריך הפאסעסר להשלים היזקו כי זה שכר ממנו שלא ימכור בפחות והנה לפי זה אותם שוכרי האוראנדס בכפרים קנו זה מהאדון גם זכות הזה שלא ימכור בעיר בפחות ממה שהמה ימכרו בהכפרים **וא"כ הגונב בעיר ומוכר בפחות גוזל ליהודים ושפיר הוי גזילה ממש דאסור.**

---

337. בנידונו שלל החתם סופר את תוקף האיסור על אכילת הבשר כיון שהתייעצו מיוזמתם בחבר העיר, שהתנגד להטלת איסור על הבשר, ולבסוף דחו את עצתו והתקינו איסור על הבשר בניגוד לעמדתו.
338. ראה גם שו"ת אבני נזר חלק חו"מ סי' כ"ט שמגדיר זכות רשיון כממון ממש, ולכן המתחרים בלי רשיון אינם רק מונעים רווח אלא גונבים ממון ממש.
339. ראה למשל מהרשד"ם יו"ד סי' קכ"ו: "אבל יש מקום לבני העיר לעשות מה שיראה שהוא טוב להם ממחיי[תם] ולכלכל אנשי בית[ם] שהרי כתוב במרדכי פ' לא יחפור וז"ל ואי שייך בכרגא דמתא, שרוצה לומר שייך בכרגא לתת עמהם ולישא בעול כמו בני העיר מכאן ואילך, לא מצו מעכבי ויהיה כבני העיר ולכך נהגו הקדמונים חרם של יהושע שעל ידי חרם כופין ולא מן הדין ע"כ."
340. חו"מ חלק א סי' י"ט.

ד. מסקנות

מס האקציז נועד לפקח על עסקי הבשר ולהעביר לקהילה את חלקה בעסקאות, כעין מע"מ של ימינו. הפוסקים דנו בהרחבה ביחס שניתן לשוחט ששחט בלי לגבות את האקציז עבור השלטון. אמנם השוחט לא הרוויח כתוצאה מכך, אך הוא סייע לאנשים להימלט מתשלום המס לקהילה ובכך נעשה שותף לדבר עבירה. יש פוסקים שאף ראו בשוחט גנב במקרים אלו, שהרי ללא עזרת השוחט לא היו יכולים בני העיר לקנות בשר בלי לשלם. היו פוסקים שנטו אף לאסור את הבשר כבשר נבילה אם השוחט שחט בניגוד להסכמת הקהל או לא פרע את חלק הקהל בבשר. במקרים אחרים חויבו אנשים שסחרו בלי רשיון לפרוע את הנזק למי שקנה את הרשיון מהמדינה.

ניתן ללמוד מכאן גם לתקופתינו שאסור לסייע לאחר להבריח את המע"מ גם כאשר המסייע אינו מרוויח כתוצאה מכך (כגון שלא היה מוכן לשלם יותר מהסכום ללא מס). במקרה זה הפגיעה אינה בהכרח בשאר בעלי העסקים אלא בציבור שזכאי באמצעות הממשלה ליהנות מתשלומי המע"מ.

חלק ג. מהות חבות מס: דיני ממונות בין אדם לשלטון

עד כאן חקרנו את **הסמכות** של השלטון להטיל מסים על אזרחיו ותושביו וראינו שההלכה מכירה בסמכותו, אם כ"דינא דמלכותא" של שלטונות שאינם כפופים להלכה, אם כתקנת בני העיר של קהילות הכפופות להלכה, ואם כמשפטי המלוכה, ויש **תוקף** לחוקיהם ווהיטלים שלהם, עם מספר מגבלות. ראינו שמבחינת איסורים וחיובים שאינם קשורים לזכות ממונית של השליט, אולי יש איזו עבירה לעבור על תקנות הקהילה, אבל התוקף העיקרי של חוקי המסים, ובודאי לדעת אלו שסוברים שהתוקף הוא מדאורייתא, נוגע לענין הממוני.

כדי לענות על שאלות הלכתיות בנוגע למסים, חשוב להגדיר את מהות חובת המס במשפט הפרט בפועל, האם הוא כמו חוב רגיל או שיעבוד או זכות בעלות וכו'. למשל, במקום ספק בדיני ממונות הגדרת מי נחשב "מוחזק" מכריע את הדין בהרבה מקרים.

איך שנגדיר את המהות המשפטית של חבות המס, באופן מעשי, מסים נגבים, בדרך כלל על ידי תביעה מהשלטון ושלוחיו מהנישום. לרוב, התביעה מתבססת על מידע שמגיע מהנישום אל השלטון. התביעה לקבלת מידע והתגובה אליה הם עיקר הדינמיקה ביחסים בין אדם ושלטון בעניני מסים. גם בגמרא עולה הסוגיה של מסים ודינא דמלכותא במקרה כזה כאשר מוכס, שליח השלטון, תובע מהנישום ודורש הצהרת מידע לגבי מהות הנכסים והסחורה שנמצאים ביד הנישום, למשל, המשנה[1] אומרת "נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין שהיא תרומה אף על פי שאינה תרומה, שהן של בית המלך אף על פי שאינן של בית המלך..."

מהו היחס ההלכתי לדרישת השלטון למידע והצהרה או שבועה על מהימנות אותו מידע?

א. שבועת השותפים במיסים

הלכה היא ששותף יכול לחייב את חבירו להישבע גם בטענת ספק שמא לא עשה חשבון כראוי:

> אלו נשבעים בטענת שמא: השותפים, והאריסים, ואפוטרופסים שמינו אותם בית דין על היתומים, והאשה שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית או שהושיבה בעלה חנונית, ובן הבית שהוא נושא ונותן בענייני בעל הבית, כל אחד מאלו

1. נדרים פרק ג משנה ד.

> נשבע מדבריהם בנקיטת חפץ בטענת ספק, שמא גזל חבירו במשא ומתן, או שמא לא דקדק בחשבון שביניהם.[2]

למעשה יש לשותף זכות לדרוש מחבירו להמציא לו דו"ח על ענייני שותפותם עם הצהרה בחומר שבועה. דין זה הוא תקנת חכמים, משום "שמורים היתרא לעצמן שבהיתר הם לוקחים בשביל שכר טרחתם לפיכך הטילו עליהם חכמים שבועה כדי שידקדקו"[3]. הרמב"ן[4] מוסיף ש"תורא מדישיה קאכיל"[5], השור אוכל ממה שהוא דש, כלומר שהשותף מרגיש שהכסף שייך לו ולכן הוא מרשה לעצמו ליהנות ממנו לפני חלוקה.

לכאורה גם במיסים, כל פורעי המס בציבור מסוים הם כשותפים בהוצאות שהמס מיועד לממן, בין אם מדובר בהיטלים של מלך זר ובין אם מדובר בהוצאות ציבוריות שלהם. לפי המבואר לעיל יש להם זכות לדרוש דו"ח והצהרה מכל אחד מהשותפים על חלקו בנטל המסים. ואמנם הרמ"א על פי תרומת הדשן פוסק:

> אם היו רגילין תחלה לתת [מסים] על פי הערכה [שומא של גבאי הקהילה], יכולין לשנות ולתקן על פי השבועה [הצהרה], דהוו כשותפין זה עם זה שיכולין להשביע אחד את חבירו בשבועת השותפין.[6]

בעל תרומת הדשן הרחיב בנקודה הזאת:[7]

> יראה דבני העיר ואנשי הקהל המצורפים יחד בנתינת המסים **יש להן כל דין שותפין**, והכי מוכח במרדכי [בבא קמא סי' קע"ז] ובאשירי פרק הגוזל בתרא [רא"ש שם סי' כ"ה] משום רבינו שמחה דמדמינן לדיני שותף. ובענין השותפין תנן פרק כל הנשבעים [שבועות מ"ה א'] "ואלו נשבעים שלא בטענה השותפין והאריסין כו'", ומפרש עלה בגמרא דנשבעים שלא בטענת ברי אלא אפילו בטענת שמא משום דמורו היתרא. ופירש רש"י לפי שטרחו בנכסים מורו להיתר לעכב בידם משל חבריהם. **ואם כן בני העיר הואיל ושותפין הן בצירוף המסים יכול כל א' להשביע את חבירו בטענת שמא**, אולי יש לך ממון רב ואין אתה נותן כל כך לפי הערך, ומורה לך אתה התירא משום דאתה טורח בצרכי הקהל לפקח על צרכיהם נגד המושלים וכהאי גוונא להקל המסים ולהרחיב הזמנים. **ועוד יותר שאתה סובר שגם לאחרים יש ממון כמו לך, ואם כן נתינתך שוה עמהם ועל ספק זה אתה מעכב מלתא לפי ממונך**. ואמרינן [בבא

---

2. שו"ע חו"מ סי' צ"ג סעיף א'.
3. טור שם.
4. חידושי רמב"ן שבועות מ"ה א'.
5. על פי גיטין ס"א ב', חולין ו' ב'.
6. רמ"א חו"מ קס"ג סעיף ג' על פי תרומת הדשן סי' שמ"ב.
7. תרומת הדשן סי' שמ"ג.

מציעא ו' א'] דמתוך ספק מלוה ישינה תפיש בשל חבירו, דלא פרשי אינשי מספק ממונא, כל שכן דמחזיק מה שבידו מספק.
... ומה שטענו עוד בעלי הכיסין שאינם רוצים לפרט ולפרש חלוק ממונם אלא לישבע כך סך ממון יש להם בכללות, נראה דלפי דין חכמי התלמוד טענתייהו טענה, דרוב הגאונים פסקו והוכיחו מן הגמרא דהנשבע לחבירו שאינו חייב לו נשבע בסתם ואין צריך לפרש באיזה ענין אינו חייב לו או באיזה ענין פרעו. והוא הדין הכי נמי כיון שנשבע שכך סך ממון יש לו ורצונו לתת ממנו לפי הערך הרי זה נפטר ממנו ולא יצטרך לפרש ולבאר יותר. אמנם בספר המצות [סמ"ג עשין סי' צ"ה] כתב דאחר סיום התלמוד תקנו הגאונים שצריך לפרש בשבועתו האיך אינו חייב לו כדי שלא יוכל לבוא לשום טעות או רמאות. ... וא"כ כ"ש בענייני מסים רגילים אינשי למעבד כמה טצדקי כדי ליפטר מהם, ומקילים לצדד התירים, ואם ישבע בכללות אפשר שיעשה כמה מיני טעות ורמאות, לכך צריכין לפרט ולפרש בביאור יפה כל הנכסים איכותו ומהותו כדפרישית, וכן נהגו בכל גבולינו מקדם.

בעצם, אין בקביעת הרמ"א שום חידוש כי הרי הטור כבר קבע דיני מס (סי' קס"ג) בדיני שותפים בקרקע. גם בזמנינו לא השתנתה המציאות והשתמטות, העלמה והברחה של מסים עדיין נפוצה, ואנשים חשודים להורות היתר לעצמם מכל מיני סיבות כמו אלו שהזכיר בעל תרומת הדשן וכן גם סיבות אחרות ו"קיל לאינשי בזה הרבה".[8]

סיכום

על פי דין הגמרא נראה שיש לציבור דין של שותפים, וכמו ששותפים נשבעים אחד לשני ביחס למה שהוציאו מהשותפות אפילו בטענת שמא, כך גם בני העיר צריכים להישבע אחד לשני לעניין מסים. משום כך ניתן לחייב את הנישומים שיצהירו על הכנסותיהם ואפילו אפשר לחייבם לפרט כל דבר ולא להצהיר באופן כללי, מאחר שיש חשש שאם לא יצהירו כך ירמו את הציבור. להלן נחקור כמה הסברים לבסס את מחוייבות של היחיד כלפי הציבור כשותף וערב. משתתפי קופה הציבורית כשותפים

האם ניתן לראות את כל מי שנהנה מהקופה הציבורית כ"שותף"? לכאורה לא היה כל הסכם שותפות בין הצדדים השונים שמקבלים תקציבים מהקופה הציבורית, וגם לא נעשה חוזה ביניהם שלא יקח אחד חלק יותר גדול מהשני. במקרים רבים דווקא אילוצים פוליטיים מביאים לכך שהחלוקה אינה שוויונית כלל, ולכן קשה להשליך

8. כסף הקדשים חו"מ סי' צ"ג סעיף א' ד"ה עוד מצאתי. הוא הסתפק האם ממש שייך אותו חשש של הוראת היתר "תורא מדישיה קאכיל" בשותפות במסים, ולבסוף הביא את דין הרמ"א וציין את המציאות שאנשים משתמטים מתשלומי מיסיהם ולכן הציבור יכולים להטיל את שבועת השותפים אף ש"אין להם עסק זה עם זה".

ממציאות המס של ימי הביניים, כאשר כל אחד השפיע ישירות על הכנסת השני, למציאות היום שבה לחץ ציבורי והסכמים פוליטיים הם הבסיס לחלוקת התקציבים.

חשוב אם כך להבין מראש מה גורם את השותפות לפני שמשליכים ישירות ממנהגי מסים דאז למסים בזמן הזה, כי במסים הכל הולך אחרי המנהג. למשל בחוץ לארץ התושבים היהודים אין להם שום היטל קבוצתי אלא כל אחד ואחד משלם לשלטון ישירות לפי חשבון הכנסתו ואין אחד משפיע על השני, ואין הבדל בין גוי ליהודי, וזוהי מציאות חדשה שלא היה קיים בזמן השולחן ערוך ולאורך הגלויות.

במדינת ישראל המציאות דומה, אלא שהיהודים הם ממילא כמו ציבור וקבוצה מאחר שהם מהווים את רוב התושבים. אכן, בשלחן ערוך,[9] בדין אחריות נאמני הקהל והקהל לפשיעה בכספי המסים שגובים מכל אחד ואחד לצורך המלך, פסק המחבר כהרשב"א שכתב:[10]

> הא פשיטא לי דהקהל מיהא פטורים שורת הדין, ומה לו [ליחיד שאבד כספו] אצל הקהל והלא **אין פורעי המס חייבים זה לזה כלום שנחשוב את הקהל כממשכנים על חובם**, ... אלא כל יחיד ויחיד פורע חלקו לשלטון, ומעמידים עליהם נאמנים כאפטרופים לפקח על עסקי כל יחיד ויחיד פורע חלקו ולגבות מכל יחיד ויחיד ולפרוע לשלטון או לבעל חוב שלוה מחמתו. והילכך הקהל אינם ממשכנים על **חובם** אלא הנאמן כאפטרופא הוא שלוקח מנכסי היחיד כדי לכופו לפרוע חלקו. וזה נראה לי ברור לפי שורת הדין אלא אם יש מנהג ידוע בזה הפך זה.

על פי הרשב"א חשב בעל שו"ת הר הכרמל[11] לא להגדיר את ציבור משלמי מס זכיון האוראנד"א כשותפים, כיוון שכל אחד מרוויח לעצמו ואינו שותף ממש בעסק עם אחרים. אחרי עיון בדברי הרשב"א, הבחין המחבר בין שני סוגי מס. יש מס ש"כל יחיד ויחיד פורע חלקו לשלטון" ואין פריעת אחד משפיעה לטוב או לרע על חיוב פרעון חבירו, אלא המלך מרוויח או מפסיד מיעילות מערך הגבייה שלו. לעומת זאת יש מס שיעד הגבייה הכללי קבוע בו ועל ידי גבייה מכל אחד ואחד מתקרבים ליעד הגבייה, ולכן כל מי שפורע, חבירו מרוויח ממנו וכל מי שמשתמט מפסיד לחבירו. בסוג המס הזה ממילא הם שותפים בעסק גביית המס ואחד מושפע מהשני, ולכן יש להם דין שותפים.

גם בזמנינו כל אחד משפיע על השני, שהרי כל מה שמחסיר אחד מחובתו לקופת הציבור, יצטרכו אנשים אחרים להשלים או שקופת הציבור שנועדה לכלל צרכי הציבור תספוג את ההפסד. אף שאין דרך הגבייה משנה לשנה להגיע לסכום מסויים,

---

9. שו"ע חו"מ סי' ע"ב סעיף ה.
10. שו"ת הרשב"א החדשות (מכתב יד) סי' רס"א.
11. שו"ת הר הכרמל חו"מ סי' ל.

אלא התקציב וגובה המס מושפעים באופן שוטף מיעילות גביית המס, מכל מקום העיקרון עדיין קיים שכל אחד משפיע על חבירו.[12]

א. שותפים בעל כרחם מדינא דמלכותא

בעבר היה נהוג שהשלטון הטיל מס כללי על קהילות הגולה ומחייב את כל אחד מבני הקהילה ביחד ולחוד לפרוע את מכסת המס, וממילא הם היו שותפים לעניין פרעון חובת המס. מבואר בגמרא שאין בכך חריגה מדינא דמלכותא, ויש לשלטון כח לצרף קבוצה של יחידים להיות שותפים בעל כרחם בפריעת המס.

הגמרא במסכת בבא קמא אחרי דיון בנושא הברחת מכס וגזל הגוי, קובע יסודות בעניין זכויות השלטון:[13]

גופא, אמר שמואל: דינא דמלכותא דינא. אמר רבא: תדע, דקטלי דיקלי וגשרי גישרי ועברינן עלייהו. א"ל אביי: ודלמא משום דאייאוש להו מינייהו מרייהו! אמר ליה: אי לא דינא דמלכותא דינא היכי מייאשי? והא לא קא עבדי כדאמר מלכא, מלכא אמר: זילו וקטלו מכל באגי, ואינהו אזלו וקטלו מחד באגא! שלוחא דמלכא כמלכא, ולא טרח, ואינהו אפסיד אנפשייהו, דאיבעי להו דאינקוט מכוליה באגי ומשקל דמי. אמר רבא: מאן דמשתכח בבי דרי, [מי שנתפס על ידי גובי המסים ונאלץ לשלם את המס שנקרא מנת המלך] "פרע מנתא דמלכא" – [רש"י: בשביל כולם, ולכשיבאו חביריו אין יכולין לומר שלך היה ולא שלנו.] וה"מ שותפא, אבל אריסא - אריסותיה הוא דקא מפיק ואמר רבא: בר מתא אבר מתא מיעבט וה"מ דברלא ארעא וכרגא דהאי שתא, אבל שתא דחליף, הואיל ואפייס מלכא חליף.

---

12. בעניין זה ראה פתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק א ס"ק ד'. והנה בשו"ת "משפט צדק" חלק א סי' כ"א דן בממונה של קהילה אחד שנתפס ונתפשר על עלילה של שר אחד בגלל סכום כסף שלווה הממונה לפרוע מס שנפל על ארבע קהילות אף שהוא לא היה ממונה מטעם כולם. הקהילות רצו להתחמק מאחריותם על החוב ועל העלילה באמרם שאינם שותפים עם הקהילה של הממונה הנתפס וטענו שהממונה לא היה לו סמכות להתפשר בעד ארבעת הקהילות. שלש תשובות נכתבו בעניין והיוצא מכל אחד מהם הוא שבני ארבעת הקהילות הם ערבים ושותפים בעל כרחם בדבר המס הזה שנפל על ארבע הקהילות ביחד, וכך הם דברי "משפט צדק"בעניין זה: "מאחר שכל פרעון מיסים וארנוניות שפורעים העיר פורעים כא' ולא כל א' לבדו וגם השרים תופסים אחד בעד כולם לפרעונות א"כ שותפים הוי ומאן פלגינהו מהיות כל בני העיר שותפים מחמת שהם קהילות נפרדות שהכל הולך אחר הפרעון אשר הפירעון הוא סיבת השיתוף ואחר שפרעון כל העיר יחד שותפים מיקרו תדע שבפירעון תלוי דבר השיתוף...[מיכולת הקהל לאלץ יחיד להשתתף בקהל] למדנו משם שטעם השיתוף הוא הנתינה ביחד וא"כ אפילו שהוא קהל אחד מאחר שכל הפרעונות ביחד א"כ סוף כל סוף שותפים מיקרו שהכל תלוי בפירעון שיהיה ביחד וכן בקצבה שקוצבים ביחד וכן שמשתדלים ביחד לקרב תועלת הקהילות הקדושות ולהרחיק הנזק ואיש את רעהו יעזורו ולאחיו יאמר חזק...וכשמקלין הפרעונות יקל לכל אחד וכן להיפך כפי חלקו דוגמת השותפים ברווח והפסד".

13. בבא קמא קי"ג ב'.

מהגמרא רואים שיש לשלטון לא רק רשות לקחת מכל אחד ואחד מבני המדינה על פי חוקי המסים שלהם, אלא גם זכות לצרף קבוצה של אנשים יחד ולשעבדם ולחייבם לערוב אחד בעד השני לעניין המסים שמגיעים לשלטון מהקבוצה כולה. "שלוחא דמלכא כמלכא, ולא טרח"—גובי המסים למלכות יש להם את סמכות המלכות, והמלכות לא צריכה לגבות את החלק של כל אחד ואחד בנפרד. הכח הזה הוא לא רק כח של בדיעבד, שאין נחשב גזל מה שגובי המסים לוקחים מאחד על חובת המס של השני, אלא מותר לכתחילה לגבאי יהודי למשכן יהודי אחד על חובת המסים של חבירו בני עירו, כפי שמפרש רש"י על המילים "בר מתא אבר מתא מיעבט – רשות ביד ישראל גבאי המלך למשכן בן העיר על מס בן עיר חבירו דדינא דמלכותא דינא". למי שפרע בעד חבירו יש זכות לתבוע את חבירו או כל הקבוצה בעד חלקם במס שהוא שילם. לכן אומרת הגמרא "ואינהו אפסיד אנפשייהו, דאיבעי להו דאינקוט מכוליה באגי ומשקל דמי"—זכותו ואחריותו של מי שפרע בעד חביריו לתבוע בדין את השתתפותם במה ששילם עבורם.

מגמרא זו אפשר ללמוד שבזמנינו כולנו שותפים וערבים זה לזה בכל המסים שנגבים לצרכי התקציב של המדינה וכל מי שנשתמט מחלקו במס עושק את שותפיו.

אולם, לא ברור אם א) זכות התביעה נגזרת מכח דינא דמלכותא, שמעניק את הזכות הזאת לשלטון והם מסמיכים את מי שפרע את המסים עבור חבירו לגבות המסים כאילו קנאו כמוכס, או שמא ב) זכות התביעה נובעת מדיני שותפות של בני העיר או כל הקבוצה שהשלטון מצרף למסים, שנחשבים כשותפים בעל כרחם לגבות מאחד על כולם ולהוציא אותו מידי גזל. השלכה אפשרית מחקירה זו נוגעת למקום שאין חוק מפורש של השלטון המשעבד אחד על השני באופן ישיר לעניין חבות המס כמו במדינת ישראל. השלכה אפשרית נוספת נוגעת לאפשרות לדווח לשלטון על מי שמשתמט, שלא נחשב כלשון הרע אם זכות התביעה היא מדין שותפים, מאחר ששותף שניזק יכול להציל עצמו מנזק, אך אם הוא מדינא דמלכותא אפשר שאסור לדווח להם על משתמטים, ובפרט אם ישתכר בכך יש איסור לשון הרע.[14]

ב. שותפים מדין מבריח ארי ופורע חובו של חבירו

בתלמוד ירושלמי[15] הובא מקרה חריג בדין הכללי שמי שפורע חובו של חבירו מניח מעותיו על קרן הצבי[16]:

> רבי יהושע בן לוי אמר אין לך נתפס על חבירו וחייב ליתן לו אלא בארנון ובגולגולת רב אמר כל הנתפס על חבירו חייב ליתן לו חייליה דרב מן הדא

14. ראה שמירת הלשון כלל ט באורך בעניין כללי היתר לספר לשון הרע לתועלת.
15. כתובות פרק י"ג דף ל"ה, נדרים פרק ד דף ל"ח.
16. כלומר: הפסיד מעותיו, ראה כתובות פרק י"ג משנה ב.

הגוזל שדה ונטלוה מציקין ולא שמע מה דאמר רבי יוחנן קנס קנסו בגזלן רבי אבון בעי וההן דהוה רבה רבי יוסי בי רבי בון ורבי חייה בר לולייני תריהון בשם שמואל אמרי חד אמר כארנון וכגולגולת וחרנה אמר אינה כארנון וכגולגולת.

רבי יהושע בן לוי בא לחדש שבניגוד לשאר חיובים שאם פרע חובו של חבירו אפילו באונס על ידי נושה אלים, אין חבירו חייב לפצותו על כך, במסים של "ארנון וגולגולת" חייב השני לפצות את מי שנתפס בעל כרחו עבור חובו. הרמב"ם פוסק כדעת רבי יהושע בן לוי (בניגוד לרב שטוען שאין הבדל בין ארנון וגולגולת לכל חוב אחר שנתפס בעל כרחו).[17] ניתן לשלב את משפט הפרט שמבואר בירושלמי עם המשפט הציבורי המבואר בבבלי. לכאורה שניהם נובעים ממקור אחד, דהיינו מהשיעבוד ההדדי שקיים בין השותפים למעשה, ולכן רבי יהושע בן לוי מחלק בין מסים ושאר חובות בעניין פורע חובו של חבירו. כך גם עולה מהבנת המהרי"ט בירושלמי.

המהרי"ט[18] דן במי שנתפס על חוב רגיל של חבירו ותפסו נכסים של חבירו שהופקדו אצלו. המהרי"ט ניסה להבין כיצד מחלק רבי יהושע בן לוי בירושלמי בין חבות מיסים וארנונא לשאר חובות לעניין מי שנתפס על חבירו, שהרי יש דין ידוע שמי שמבריח ארי מנכסי חבירו בעל כרחו זכאי לשיפוי אם הפסיד בכך גם בשאר חובות ולא רק ביחס לחבות מס. משום כך הוא מבאר שדווקא אם פרע חוב שהלווה יכל לטעון עליו שהוא פרוע כבר ניתן לחלק בין חוב מיסים לשאר חובות, שבחוב מיסים כבר משועבד עליו "כדאמרינן בהגוזל בר מתא אבר מתא מיעבט והוה ליה כערב מדעתו של לווה שכשם שהלווה משועבד למלווה כך משועבד לערב." מכאן נוכיח שדין הירושלמי איננו דין רגיל של פורע חובו של חבירו אלא פורעי המס הם ערבים שמשועבדים ביחד לפרוע את עול המיסים שלהם, וזהו

17. רמב"ם הלכות חובל ומזיק פרק ח' הלכה ו':"מי שנתפש על חבירו ולקחו ממנו גוים ממון בגלל חבירו, כגנין חבירו חייב לשלם, ואין לך מי שנתפש על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו חוץ מן הנתפש מפני המס הקצוב על כל איש ואיש בכל שנה, או הנתפש על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך כשיעבור עליהם הוא או חיילותיו הרי זה חייב לשלם לו, והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני בפני עדים."

18. שו"ת חלק א סי' קכ"ד, אולם ראה מגיד משנה הלכות חובל ומזיק פרק ח הלכה ו ד"ה מי שנתפס, טור חושן משפט סי' קכ"ח, וכן שלטי גיבורים בבא בתרא פרק לא יחפור (דף י"א מדפי הרי"ף) שדנו בדין מי שנתפס על חובת מס של חבירו לעניין מידת התלות בין זכאות הנתפס לפיצוי לבין לגיטימיות הגבייה של הרשויות. מדבריהם לא עולה תמונה ברורה של קיום שעבוד הדדי מעצם השותפות, אך ניתן לדייק בעניין זה מהבבלי עצמו בבא קמא קי"ג ב' שמבחין בין אריס שנתפס על חוב מס של בעלי הקרקע לבין אחד מהשותפים שנתפס על חבירו השותף למורת שבשני המקרים חובת המס לגיטימית, ומכל מקום רק שותף שנתפס על חבירו ולא אדם זר שאיננו שותף, זכאי לפיצוי, וזה מוכיח שסיבת זכות הפיצוי הוא עצם השיעבוד ההדדי של השותפים.

בדיוק הדין לדעתו גם של הבבלי "בר מתא אבר מתא מיעבט." אפשר שבמקרים אלו הסמכות לגבות אינה נובעת מהשותפות ההדדית וכן גם זכות השיפוי אינה נובעת מדין ערב או שותפות אלא מדין המיוחד הנ"ל ש"נתפס על חבירו צריך לשלם לו". לפי זה אפשר לבאר שגם כאשר אין "דינא דמלכותא" לחייב אחד על חבות חבירו, עדיין יזכה לשיפוי מחבירו אם נתפס.

סיכום

יש מקום לבסס את חובת תשלום מס של כל יחיד גם על הערבות ההדדית שקיימת בינו לבין שאר אנשי הקהילה שמשלמים מסים. ערבות זו נוצרה גם בגלל שהם גרים יחד במשותף וגם בגלל שהשלטון רואה אותם כגוף אחד וכשאינו יכול לגבות מאחד הוא מטיל את העול על שאר הציבור. אולי משום כך דווקא בדין זה קיים חריג שאם אדם נתפס עבור חוב חבירו, החבר צריך לפצות אותו על כך. אולם אפשר שזהו דין מיוחד בנתפס על חבירו שאינו בהכרח נובע משותפות הדדית שיש להם, אלא בגלל שידוע שהשלטון עשוי לתפוס מאחד את חוב חבירו. לפי זה אין לדין זה השלכה משמעותית לזמנינו, שצורת גביית המס אין בה גדר של"נתפס על חבירו".

ב. מהות הכח המשפטי של חובת מס

מבוא

ישנן שאלות רבות שמתעוררות בשעה שאדם בא להצהיר על הכנסותיו לרשות המסים. האם נחשב הכסף המחויב לתשלום המסים ככסף של המלך המופקד בידי הנישום?

ואם אין לו כסף אבל יש לו נכסים אחרים, האם הם שייכים לשלטון, חלקם או כולם, לפחות עד שהנישום "יפדה" אותם? האם הנישום עצמו נחשב כעבד של המלך? או, אולי יש רק שיעבוד לשלטון על נכסי הנישום או על גופו?

ומתי חל השיעבוד הזה או זכות בעלות הזאת? ברגע שיש זכות ממונית לשלטון, למשל ברגע שמישהו זוכה למשכורת או הכנסה אחרת החייבת במסים, או אולי רק אחרי שיש לשליט זכות תביעה למסים, או אולי אחרי תביעה בפועל או אחרי שהנישום מפגר בתשלום המסים?

אולי השליט הוא רק בעל חוב כמו מלוה על פה ואין לו זכות מיוחדת בנכסי הנישום? אולי לא נחשב השליט בכלל כבעל חוב ויש לו רק זכות תביעה, ורק אחרי שהוא זוכה בתביעתו הוא נקרא בעל חוב וזוכה לשיעבוד? ואולי לא זוכה השליט בשום דבר עד שהוא גובה ומקבל את המסים, אלא שלא נחשב כגזלן על מה שהוא לקח. רוב השאלות המעשיות במסים תלויות בהגדרות אלו ובפתרון שאלות

ההגדרה נוכל בקלות להשתמש במסגרות וכללים ידועים ומורחבים בחושן משפט על מנת לפתור את השאלות המעשיות.[19]

א. השלטון כמוחזק בחובת המס

יש מקור בגמרא ממנו משתמע שהשלטון נחשב לבעלים ממש על כספי המסים המגיעים לו גם בטרם שיתבע ויגבה את אותם כספים.

ההשלכה המעשית מהגדרה זו היא משמעותית מאד. קודם כל, השתמטות מכל סוג שהוא מהווה גזילה פשוטה של כספי השלטון. מעבר לכך, אם נאמר שיש למלך/שלטון בעלות מוחלטת על חובת המס טרם שנגבה, אז כאשר יש ויכוח בין הנישום לבין רשויות המס, הם נחשבים כמוחזקים לעומת היחיד והוא צריך להביא ראיה כדי להוציא מידם. את המקור לתפיסה זו מצא המהר"ם רוטנברג בגמרא בבא מציעא,[20] שם תוהה רב פפא איך אנשים יראי שמים משלמים את מס ה"כרגא"[21] של עניים ומשתעבדים בהם כאילו קנו אותם לעבדים. על כך ענה רב ששת "מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח", כלומר שכולם נחשבים עבדי המלך מדין "דינא דמלכותא דינא"[22] (וכן הדין בשדות שמשועבדים למלך לעניין מס ה"טסקא") ולכן המלך רשאי לשעבד אליו כעבד ולמכור לאחרים את מי שלא משלם את מס הכרגא. מכאן דייק המהר"ם רוטנברג[23] שאם יש דין ודברים בין היחיד לבין הקהל בענין מסים, הקהל נחשבים למוחזקים, כמו שהמלך נחשב למוחזק במסים, וכן פסק הרמ"א להלכה:[24]

---

19. לדוגמה, ר' חיים פאלאג'י (בעל הספר משא חיים, מהספרים היחידים שכל כולו הלכות מסים) בנשמת כל חי, חו"מ סי' טו"ב, עוסק בעיון רב בשבע עשרה חקירות היוצאות משאלה בעניני מסי הקהילה. נקודה עיקרית שדן בה ר' פאלאג'י הוא חלות השיעבוד והחוב של המסים על נכסי הנישומים. ברגע שחל השיעבוד על נכסי אדם, אם הציבור נחשבים כמוחזקים, כל תכנון מס עלול להיכשל בבעיות של הברחת נכסים כמו מתנה ומחילה במקום שחב לאחרים או מזיק שיעבוד של חבירו.
20. בבא מציעא ע"ג ב'.
21. מס גלגולת שמשלם בשווה כל אחד ואחד.
22. ראה רש"י שם ד"ה בטפסא שתולה את הטעם בדינא דמלכותא דינא, כלומר שמאחר שהמלך גזר שהשדות משועבדים לו ודינו דין, יוצא שהנכסים הם בחזקת המלך. גישה זו תואמת שיטת הר"ן לגבי הגדרה של חובת המס, האם היא שיעבוד אישי על הנישום או שהיא שיעבוד על נכסי הנישום. בשו"ת הר"ן סי' י"א כתב הר"ן, גם מדין הגמרא וגם לפי מנהג המסים, "שחיוב המסים לא רמי אקרקפתא דגברי כשאר חובות, שמה שאנו פוטרין הזוכה במטלטלין וליתנייהו בעינייהו משעבוד הראשון הוא מפני שהחיוב מוטל על הראשון ומיניה אפי' מגלימא דעל כתפיה (ב"ק יא ב) אבל זה השני לא חל השעבוד עליו ונכסי הראשון אינן בעין שיהיו ערבין לשעבודו ולפיכך אין לו על השני כלום, אבל חיוב המסים מוטל על הממון וכל שזכה השני בממון מחויב נכנס תחת הראשון."
23. דפוס קרימונה סי' מ"ט, וכן שו"ת חלק ד סי' ק"ו (דפוס פראג) הובאו דבריו במרדכי פרק לא יחפור סי' תקכ"ב.
24. חו"מ סי' ד'.

> וכל זה [שעביד אינש דינא לנפשיה] מיירי ביחיד נגד יחיד, אבל יחיד נגד רבים, והוא מבני העיר, [רק הרבים] עבדי דינא לנפשייהו אם יודעים שהדין עמהם, אע"פ שאין יכולים לברר לפני בית דין... ואם יש חלוקים וטענות ביניהם, הקהל נקראים מוחזקים לגבי היחיד, וצריך [היחיד] לתת להם משכון קודם שירדו עמו לדין (מרדכי פרק המוכר פירות וס"פ לא יחפור). והא דנקראים מוחזקים לגבי יחיד, דווקא בענייני מסים, אבל לא בשאר דברים; ומכל מקום צריך לתת משכון קודם שירדו לדין עמו.

אף שלפי דברי הרמ"א נראה הדין כמוחלט שהקהילה תמיד נחשבים מוחזקים, הדבר תלוי במציאות של המלך וסוג המס עליו נידון. הגמרא[25] מבחינה בין סוגי המסים, למשל בין טסקא[26] (מס על קרקעות) לבין כרגא (מס גלגולת), ויש מחלוקות גם במציאות של חוקי המסים.[27] הפוסקים פרשו ופסקו לפי מציאות זמניהם ומקומיהם[28] וכן פסק הרמ"א[29] שהדבר תלוי במציאות ומנהג של המקום. מה שיוצא מדבריהם הוא שכל מס שהמלך גובה כמו סתם בעל חוב, על אף שהוא יכול לגבות או שבפועל הוא יגבה מקרקעות או סוג מסויים אחר של נכסים, עדיין נחשב הנישום כמוחזק בנכסים אלו ובעצם המסים האלו.[30]

---

25. בבבא בתרא נ"ה א' דנה הגמרא בשתי שאלות: האם מותר לקנות נכסים שתפסו שלוחי המלך בעד איזה פיגור בתשלום מס, והאם נחשב נכסי מי שמת והניח איזה חובות מס כנכסים הראויים ולא כמוחזקים.
26. ראה נדרים מ"ו אי תפיסת יד של המשכיר לטסקא נחשב כמוחזק.
27. לפי הרשב"ם וראשונים אחרים, המחלוקת בין רבה ורב הונא בריה דרב יהושע הוא מחלוקת במציאות חוקי המלכות האם יש בה הבדל בין טסקא לכרגא ובין קרקעות ושאר נכסים. אולם ראה ערך ש"י אהע"ז סי' ק' סעיף ב' שלמד מחלוקת זו באופן אחר לגמרי, והיא דנה בגדרי דינא דמלכותא דינא - האם הוא מה"ת או מדרבנן, דאם הוא מן התורה אז מספק יש להותיר בידי המלך את החזקה אך אם הוא תקנת חכמים אז לא ביטלו חכמים דין ירושת בכור מספק כדי להחזיק הנכסים בידי המלך.
28. ראה נימוקי רבי מנחם מירזבורק "דנוהגין בכל המלכות שאם יש ליחיד דין ודברים על הקהל עבור המס הוא צריך ליתן המס תחלה ואח"כ יתבע הקהל לדין כי הקהל רוצים להיות מוחזקים כדאמרי' באיזהו נשך מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח ודינא דמלכותא דינא", וראה גם שו"ת חינוך בית יהודה שאלה ק"א, שו"ת מהר"א ששון סי' קמ"ט, וכן נימוקי יוסף ציונים אות כ"א (בבא בתרא נ"ד א' בדפי הרי"ף).
29. הגהת הרמ"א לשו"ע חו"מ ס' רע"ח סעיף י'.
30. ישנן שתי גישות של ראשונים שנחלקו כיצד יש ליישם את ההבדל בגמרא בין כרגא לטסקא, והדברים באים לידי ביטוי במיסים שמוטלים על "הממון", כלומר שאינם מוטלים דווקא אקרקפתא דגברא כמו כרגא, אך אינם על קרקעות הנישום. הגישה הראשונה מתמקדת על היסוד ש"עיקרן של מלך", כלומר שהקרקעות שייכים למלך מעיקרן (כמוש"כ היראים, ראה דבריו בר"ן נדרים כ"ח א' בגדר "דינא דמלכותא דינא") ולכן המלך נחשב למוחזק רק בטסקא, משום שהוא מס שמוטל על הקרקעות, אך לא בשאר מיסים המוטלים על הממון. זה נראה גם דעת הר"ת ור"י בתוספות בבא בתרא נ"ה א' ד"ה אם כן, וכן דעת הרשב"א, בבא בתרא שם, ועליות דרבינו יונה שם.

גם בסוגיית בהמת ארנונה רואים שמציאות המיסוי משפיעה על סיווג החזקה שיש למלך בנכסי הנישומים. בגמרא הובאו[31] שתי "לישנות" בדין בהמת ארנונה, דהיינו בהמה בעדר שיש עליו חיוב מס, כמו מעשר בהמה, שחייבים לתת למלך כשהמלך רוצה בכך. יש לדון האם בהמה כזו פטורה מחיוב בכור בהמה משום שחלק בלתי מסויים שייך למלך בגלל השיעבוד שיש לו עליו לצרכי ארנונה. ב"לישנא" הראשון (לפי רש"י), רבא מחלק בין מצב שיכול בעל הבהמה לפרוע למלך מעות לארנונה במקום בהמה, שאז יש דין בכור בעדר, לבין מצב שאינו יכול לפרוע מעות וחייב לתת בהמות בפועל, שאז יש לנכרי יד בעדרו ו"כל שיד נכרי באמצע פטור מן הבכורה".[32] ב"לישנא" השני סובר רבא שבהמת ארנונא פטורה מבכורה למרות שיכול לפרוע מעות ואינו חייב לתת בהמות בפועל, משום שגם זה נחשב ל"יד נכרי באמצע". כאשר הוא בא לגבות מסים, משום שרבא פוטר אותו מבכורה בגלל שיעבוד זה, למרות שיכול לפרוע מעות. על פי לשון זו, נראה שבכל חובת מס יש לשלטון "יד" - כלומר אחיזה בנכסי הנישום.

מכל מקום, מסוגיה זו אנו רואים שההגדרה של חובת המס תלויה בטיבם של זכויות הגבייה שיש למלך, ואינו דין מוחלט.[33]

אולם ראה מהר"א ששון בשו"ת תורת אמת סי' קמ"ט שפקפק בדעת תוספות ורצה לבאר באופן אחר. הגישה שלו מתמקדת בעדיפות שיעבוד המלך שמתבטאת בכך שיכול להחרים ללא שומא והכרזה ותביעת ב"ד לשם גביית חובו. לדעתו, כרגא היה סוג של מס שלא היה שייך כלל לגבותו מנכסי הנישום, אלא אך ורק ממנו, ואם לא נתן היו חובשים אותו בבית האסורים, ולכן המלך אינו מוחזק בו. על פי גישה זו, בכל שאר סוגי המיסים המלך נחשב מוחזק. בדברי הר"י מיגש (בבא בתרא נ"ה) ביאר ש"ודאי אי איכא עליה טיסקא וה"ה לשאר מיני מסים ותשחורות וארנונות מזבנינן מנכסי בכדי האי דאיכא עליה, דדיקינן טעמא דאכרגא אקרקפתא דגברא מנח, הא שאר מיני מיסים ותשחורות דלאו אקרקפתא דגברי מנח אפילו שערי דכדא נמי משתעבד להו". כמו כן ברדב"ז (שו"ת ח"א סי' צ"ו) כתב דאפילו חובות למלך על סחורות שקנה סוחר ממנו, נחשבים כל הנכסים כמוחזקים בידי המלך לגביית אותם חובות, כיון דשעבודו של המלך "אלים ועדיף".

לפי שתי שיטות אלו יש דין מוחזק רק כאשר יש למלך על פי חוק איזה זכות יתר על פני בעל חוב רגיל כדי לגבות את המסים שלו.

31. פסחים ו' א'.

32. בבא מציעא ע' ב'. לפי לישנא זו ייתכן שדינא דמלכותא דינא הופכת את המלך לשותף בנכסי הנישום. ועיין קהילות יעקב סנהדרין סי' א' שביאר את מחלוקת רב פפא ורב הונא בריה דרבי יהושע אם פריעת בעל חוב מצווה (כתובות פ"ו א) או לא ע"פ יסוד זה, דלרב הונא בריה דרבי יהושע גובים מיתומים משום שנחשב ממון הלווה לממונו של מלווה ממש, והיתומים אוכלים מנכסים שאינם שייכים להם, ולכן נזקקין לנכסיהם כדי למנוע גזל המלווה, ואילו לרב פפא יש רק שיעבוד על הנכסים, ומצווה לפרוע חוב אך אין זה יוצר בעלות בנכסי הלווה, ולכן הוא דן במי שאינו רוצה לקיים את המצווה מה דינו. אולם לפי גישה זו אין הבדל משמעותי בין סתם בעל חוב שנחשב כבעלים ושותף בנכסי הלווה לעניין חובו, לבין מלכות שבאה לגבות מסים.

33. ראה שו"ת הר"ן סי' י' שמגביל דין קהל כמוחזק למקום שהשיעבוד שלהם ודאי, אבל לא כשיש ספק בחלות שיפוט הקהל על הנישום. וכן מסיק הרב עובדיה יוסף בשו"ת יביע אומר חלק ז

סיכום

יש פוסקים שרואים את הציבור כמוחזק לגבי הנישום לעניין גביית מסים, ואם כך המשתמט ממסים נחשב אולי כגוזל ממש מהשלטון. כמו כן יש השלכות מעניין זה לנושא חובת בכור בהמה בפדיון. ביטוי נוסף להגדרה זו של המלך כמוחזק ניתן לראות בגמרא בבא בתרא, שם נפסק שאם יש קרקעות החייבים בתשלום מסים וארנונות, הם נחשבים כראוי לגבי ירושת בכור ולא כמוחזק, משום שהם נחשבים ברשות המלך כל עוד לא שולמו עליהם מסים של השנה.[34] ההגדרה של המוחזק בחובת המס תלויה בטיבם של זכויות הגבייה שיש לשלטון, ואינו דין מוחלט.

ב. מהות חובת המס בזמנינו

בזמנינו נראה שיש לראות את חובת מס כחוב רגיל לציבור, כשהנישום הוא מוחזק ולא כמי שמוחזק בידי הציבור, כיוון שכדי להחשיבם כמוחזק לציבור צריך שיהיה להם אפשרות למכור בנכסים ללא שומא והכרזה,[35] ואף יכולת לחלט לעצמם את כל הנכסים עבור תביעה של דבר מועט, ומציאות זו אינה שייכת כלל בזמנינו.[36]

סימן ל' ע"פ דברי הר"ן הללו, שיחיד מוחזק לענייני מס ויכול לומר בהם "קים לי" לקולא בגלל שכיום יש ספק אם חל דינא דמלכותא בארץ, והביא שכן כתב "נחל יצחק" חו"מ סי' ד' ענף א'.

34. בבא בתרא נ"ה א': "אמר 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. וה"מ לטסקא, אבל לכרגא לא; מ"ט? כרגא אקרקף דגברי מנח. רב הונא בריה דרב יהושע אמר אפילו שערי דכדא משתעבדי לכרגא." מכאן רואים שיש מושג של שיעבוד לדעת רב הונא גם במסי כרגא (המוטלים על כל אדם ללא קשר לנכסיו) ואף נחשבים הנכסים ברשות השלטון כך שאם אדם לא שילם את דמי הכרגא שלו נכסיו נחשבים לנכסי המלך ומי שישלם עבורו את הכרגא זוכה בנכסיו על פי המלך. במחלוקת זו נחלקו האמוראים אם אכן הכרגא נגבה מנכסי האדם או דווקא מוטלת עליו בעצמו, אך כולם מודים שיש למלך סמכות לתת קרקעות הנישום לכל מי שישלם את המסים משום שהם נחשבים **ברשות המלך**. ראה גם רדב"ז חלק א' סי' צ"ו "שאלת ממני אודיעך דעתי בראובן שמת ויש עליו חובות למלך וחובות לבני אדם ונכנס אחיו במקומו אי זה מהם קודם...תשובה המלך קודם משום דקי"ל שעבוד המלך אלים ועדיף וחשיב כגבוי הילכך כל חוב המלך בין עסקא בין מסים וארנוניות בין אלתזמת בין סחורה שקנה מאת המלך הוא קודם ... שכל הנכסים הם ראויים דחשבינן להו כאלו הם גבויים למלך. וא"כ הדבר ברור שהמלך קודם דחשבינן ליה כאלו גבוי... [ולא אמרן במקום] שאין חוב המלך מוטל על הנכסים כלל אלא אקרקפתא דגברא מנח אבל כל חיובי המלך המוטלים על כל הנכסים אין הבכור נוטל בהם פי שנים דומיא דטסקא על הקרקע." הרדב"ז נוקט שבגלל שעבוד עדיף של המלך הנכסים נחשבים כגבויים בידיו כם בימינו וממילא אין ירושת בכור בהם משום שהם כמוחזקים ביד אחר, וכך כתב גם בשו"ת חלק ו ב' סי' אלפים ע"ו. אולם ראה שו"ת תורת אמת הנ"ל סי' קמ"ט ושו"ת חינוך בית יהודה סי' ק"א שדחו דבריו ולדעתם אין דין מוחזק למלך בזמנינו, וראה להלן דברי הרי"א הרצוג בנידון.

35. תוס' בבא בתרא נ"ה ד"ה אם כן בשם ר"ת ור"י. התוס' מנו את כל הזכויות של המלך שבסיבתם נחשבים הנכסים כמוחזקין בידי המלך, ונראה מכאן שאם חסרים התנאים הנ"ל לא ייחשב המלך מוחזק בנכסים, וכך נראה ממה שהשמיטו הרי"ף הרמב"ם והרא"ש דין זה דלא ס"ל שנחשב

הרב הרצוג בספרו "תחוקה לישראל" בדיון על הצעת תקנות בירושות עמד על מהות המיסים בזמננו בקשר לירושת בכור:[37]

> בקשר לדיון זה [עיין בבא בתרא נ"ה א'] "אם כן ביטלת ירושת בנו הבכור", והיינו, אם עד שלא שילם הכרגא הכל משועבד למלך והוא ראוי. וראיתי מי שרצה לומר שלפי זה אין באמת מקום לירושת הבן הבכור, הואיל ועל הכל מוטל מס הממשלה. אבל אין בדברים הללו ממש. חדא... ועוד, שלא הרי הממשלות בימינו כבימי חז"ל, שאין יורדים לנכסים עד שעושים משפט...
>
> ולעניין הלכה, כבר נפסק בשו"ע חו"מ סי' רע"ח בהגהת הרמ"א שבמקום שאין דרך המלכות ליקח הקרקעות בשביל המס, מקרי [הנכסים] מוחזק [ולא ראוי לעניין בכור]. וזה מיוסד על ה"נמוקי יוסף", והוא אומר שבמקום שנהגו שהמלכות אינה **לוקחת** את הקרקע בשביל המס אלא משכירה לג' או לד' שנים, מקרי מוחזק [ולא ראוי]. ואמנם אין כך דרך המלכויות בזמננו אלא שלוקחים את הקרקע וגם את המטלטלין בשביל המס. ואעפ"כ אין זה מבטל את ירושת הבכור שמכל מקום אין המלכות לוקחת בלי תהליך של משפט והכרזה, והרי זה כחוב דעלמא. ואם בממשלת ישראל יונהג שהמלכות לוקחת בלי תהליך משפטי, אז אמנם יהיה כך הדין במי שלא פרע עוד את המס, ובמקרה זה יהיה הכל ראוי, אבל אינני חושב שכך יהיה במשמלה שתהיה באמת דימוקרטית.

אף שנידונו של הרב הרצוג היה בדין "מוחזק" לענין ירושת בכור ולא "מוחזק" בדיני טוען ונטען בין היחיד והקהילה, הנימוקים ומוקד הדיון סובב על כח הגבייה של המלך וזכותו בנכסים. אולם מכל מקום הרמ"א פסק שהקהילה נחשבת מוחזקת לגבי היחיד.

אמנם, אף שהרמ"א הדגיש שהקהל מוחזק רק לעניני מסים, ודוקא מזה ניתן ללמוד שהקהל בזמן הזה אינו מוחזק אפילו במסים. הרמ"א מתבסס על בעל תרומת הדשן[38] שחילק בין שני הטעמים שהציע המרדכי לסמוך את המנהג שאנשי הקהילה נחשבים כמוחזקים: א) כדין "מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח" שהוזכר לעיל, ויד הקהל בגביית מסים של המלך הוא כיד המלך, ב) כתקנת הרבים מטעם "קידרא דבי שיתפי לא קרירי ולא חמימי [קדרה של שותפים אינו חם ואינו קר]" משום שרבים בוחשים בו, לכן צריך אחראי אחד מרכזי ולא אחראים רבים. כמו כן עדיף

מוחזק, אולם ראה מהר"א ששון סי' קמ"ט שנקט דנחשב ראוי באופן זה.

36. בפתחי תשובה סי' רע"ח ס"ק ט' הביא בשם שו"ת קהילת יעקב סי' ה' דבחוק המלך בזמנינו פשיטא שאין זה ראוי כלל כיוון... שגם אם יש רשות למלך לגבות מקרקעות את חובותיו, "מ"מ הוא גובה ע"פ שומא בדקדוק ואין זה אלא כגביית חוב בעלמא, וכל כמה דלא מטי זימניה ברשותא דמרא קיימא." ראה שו"ת חקרי לב אה"ע סי' מ"ה.
37. תחוקה לישראל כרך ב' פרק שישי סי' ו.
38. שו"ת תרומת הדשן סי' שמ"א.

שיהיה מוחזק אחד ולא מוחזקים רבים בכספי הציבור.[39] כשטעם הראשון קיים, למשל במסים של המלך הנגבים על ידי הקהילה, נחשבת הקהילה כמוחזק ממש ויש להם יכולת לתפוס בטענת קים לי במקום ספיקא דדינא. לעומת זאת, הטעם השני רק מחייב את היחיד לפרוע לפני שבא לדון עם הציבור או להפקיד משכון בידיהם לפני כן, אבל אין הקהילה נחשבים כמוחזק ממש מן הדין כל עוד לא קבלו משכון שהיחיד תובע את שחרורו.

כפי שראינו, המסים של זמנינו אינם נגבים לפרוע מס חיצוני למלך שיש לו כח כמוחזק, והמסים של הקהילה עצמה בדרך כלל לא נכנסים לגדר של "בטפסא דמלכא מנח", כיוון שזכות גבייה שקבעו לעצמם דומה לנושה רגיל, כפי שהזכרנו. משום כך בזמן הזה אמנם יש סמכות לציבור לדרוש מיחיד ליזום ולדווח להם על כל מיני עניינים שמשפיעים על חישוב שיטת המס, כולל עמדות אגרסיביות ותכנוני מס שהיחיד השתמש בהם, בגלל שהדבר הוא תקנת הרבים ואם לא נחייב זאת אזי יווצר מצב של "קידרא דבי שותפי לא חמימי ולא קרירי", אך אין הציבור נחשבים כמי שמוחזקים מול היחיד, והוא עדיין יכול לתפוס במקום ספיקא דדינא וגם לטעון קים לי מולם ולזכות בטענה זו.[40]

אפשר שבדבר אחד ניתן גם היום ליישם את הטעם הראשון שכתבנו. רשויות המכס הם בעלי זכויות נרחבות, והם יכולים להפקיע ולחלט מוצרים שלא שולם עליהם מכס ולהחזיק אותם עד שהיחיד משלם.[41] לעניין זה כוחם דומה ל"מוהרקייהו"

---

39. טעם זה מבוסס על הרעיון ש"מיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו" (בבא קמא כ"ח א') משום שחכמים חששו לפסידא דרבים, וכיוון שאין ליחיד ענין לטפל במיצר של רבים אסרו לקלקל אותו. טעם זה אינו שייך לגדרי מוחזק של המלך, אלא רק לתקנת הציבור, והוא נובע מכח בית דין.

40. ראה משא מלך (הובאו דבריו בשו"ת תורת חיים חלק ב סי' י"ב) שהביא סברא זו אפילו כשרק חלק מהמסים אינם של המלך. על פי שו"ת מהריב"ל חלק ג סי' ק"ז שביאר את ההבדל בין שני הטעמים: "וכפי מה שאני מבין מזאת התשובה וכפי מה שכתב והאריך הרב בעל תרומת הדשן באותה התשובה יראה דאיכא תרי טעמי חדא קדירה דבי שותפי לא קרירא ולא חמימא ועוד טעמא אחריתי דמהרקייהו דהני והיכא דאיכא דין ליחיד עם הרבים בענין גביית מסים לפרוע למלך משוינן לרבים מוחזקים לגמרי שיכולים לומר קים לן כהני רבותא מטעמא דמהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח משוינן ליה ליחיד המוציא מחברו והיכא דלא הוו מסים ופרעונות המלך דליכא טעמא דמהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח אלא טעמא דקדירה דבי שותפי לא קרירא ולא חמימא לא משוינן להו מוחזקין אלא לענין שהקהל גובין ממנו ואח"כ ירדו עמו לדין אבל אם יהי' באותו הדין פלוגתא דרבוותא מצי היחיד למימר קים לי כהני רבוותא כדין המוחזק." אמנם ראה שו"ת מהרי"ק שורש ב' שהרחיב את גדר קהילה כמוחזק אפילו מטעם "קדרי דבי שותפי".

41. ראה פקודת המכס פרק 13: חילוטין ועונשין, סעיף 204 שם. כח החילוט (forfeiture) בידי רשויות המכס רחבה יותר מכל נושה אחר ויש בידם היכולת לתפוס נכסים ולהחזיקם בלי תהליך משפט. אמנם, גם בחוק מס קניה (סעיף 16), וכן בחוק מע"מ, סעיפים 111-109, קיימות בידי הרשויות זכויות תפיסה של טובין שמתבצע בהן עבירה מעל ומעבר לזכויות של נושה רגיל, ולכן יש מקום לדון אם כח זה יחשיב אותם כמוחזק כשקיים ספק אם חייבים לשלם להם. מעבר לכך, יש כח

ואפשר שכשיש ספיקא דדינא היחיד אינו יכול להסתמך על "קים לי" כדי להיפטר מתשלום.

סיכום ומסקנות

בזמנינו, לרוב הפוסקים, אין הקהל נחשב כמוחזק, מאחר שאינו יכול להוציא מהנישום כספים או נכסים כנגד שיעבודו ללא הליך משפטי. ולכן אין גדר "מוהרקייהו" שייך לממשלה בזמננו.

אולם למרות זאת, הטעם השני של "קידרי דבי שותפי" שייכת גם בזמנינו, ואף שאין הציבור מוחזק מול היחיד, עדיין יש מנהג של תורה לתקנת הרבים שמחייב את היחיד לקום ולפרוע את חלקו בשותפות, ויש להם זכות לגיטימית לדרוש דיווח על הכנסות היחיד.

ג. מס כממון שאין לו תובעים

אחרי שביררנו שממון הנישום אינו נחשב כמוחזק בידי המלך או הציבור בזמנינו, יש מקום לברר מה גדר ממון זה. ישנם פוסקים שהעלו סברא להגדיר מסים כממון שאין לו תובעים. בספר משפטי מלוכה העלה המחבר את האפשרות שחובת מס נחשב ממון שאין לו תובעים "דהשלטון אינו אלא כגובה ואינו בעלים, או שיש לומר שהשלטון גובה וזוכה לכל בני המדינה לצורכם בכסף ואם כן הוי כממון השותפים."[42] לדעתו, תהיה לכך השלכה אם יש דין השבת גזילה למי שעבר והוציא ממון מהשלטון וגם, לכאורה, האם יהיה איסור גזל להעלים מהם מס שעדיין לא הגיע לידם.[43] ההגדרה "ממון שאין לו תובעים" הובאה ביחס למתנות כהונה, כמו זרוע לחיים וקיבה, ומתנות עניים, כמו לקט שכחה ופאה. מי שמזיק או אוכל מתנות אלו פטור מן הדין מלשלם כיון שהם בגדר "ממון שאין לו תובעים."[44] רש"י מסביר את ההגדרה כפשוטה: "אין לו בעלים שיוכלו לתובעו בדין, שהוא יכול לומר לו לכהן אחר אני נותנן ולא לך."[45] במסים וכספי שלטון, ברור שאינם נכנסים לגדר

לשופט לחלט את הטובין גם במקרים שבהם זוכה בעל הטובין מעבירה, או שילם עבורם "כופר" (סוג של קנס). מכל מקום בשני החוקים האלה אין אפשרות של חילוט הטובין בלי תהליך שימוע משפטי, ולכן עדיין אין הכח שבידי הרשויות דומה לכח שיש בידי רשות המכס, שהוא יותר דומה ל"מוהרקייהו".

42. משפטי מלוכה, יגאל בן יהודה בנבנישתי, סי' ח אות י"ד.
43. המחבר הסכים לדברי בעל שבט הלוי (חלק ה סי' קע"ב) שאיך שיהיה הגדרת בעלות של המדינה ברור שאין ממונם הפקר ואסור לגוזלו, כלומר להוציא מידם דרך גזילה או גניבה.
44. ראה בבא קמא ל"ט א', חולין ק"ל ב'. יש גם הגדרה לממון שיש לו תובעים בבבא מציעא פרק ב כ"ז א' במשנה: "מה שמלה מיוחדת - שיש בה סימנין ויש לה תובעין, אף כל דבר שיש בו סימנין ויש לו תובעים - חייב להכריז." רש"י מסביר: "אף כל שיש לו תובעין - למעוטי מידי דידעינן ביה דמיאש." לפי זה ממון שאין לו תובעים כולל גם ממון שהבעלים נתייאשו מהם, דבר שאי אפשר להגיד באופן כללי ומקיף על כספי שלטון.
45. רש"י חולין שם וכן רש"י בבא קמא שם.

זה כיון שיש משרד ממשלתי ופקידים שהם ורק הם מורשים לתבוע את זכויות השלטון לטובת בני המדינה. הבדל זה מפורש בירושלמי שמבחין בין כספי מעשר שני שהוא בגדר "אין לו תובעין" לבין כספי הקדש שהוא בגדר "יש לו תובעין" וכפי שמסביר הפני משה ש"בהקדש, הגזבר תובעו."[46]

מעבר לזה, אפילו ממון שאין לו תובעים אסור לגנוב או להזיק, ואם גנב או הזיק חייב לשלם כדי לצאת ידי שמים.[47] ולכן, מבחינת פורע המס, אין נפקא מינא בזה אם נחשב כספי השלטון כממון שאין לו תובעים.

ד. האם יש מצווה (פריעת בע"ח) בפריעת מסים?

בספר תשב"ץ[48] כתב:

> אבל הנשבע שלא יכנס בכלל תקנותיהם ויש במקצ' חיוב לקהל אם ישמט מהם כגון פריעת מסים וארנוניו' לא כל הימנו לישבע שלא לפרוע חובו שהרי פריעת ב"ח מצוה מן התורה שנאמר והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט החוצה כמו שכתבו הראשונים ז"ל

מדברי התשב"ץ ניתן לדייק שהוא סובר שקיימת מצווה של פריעת בעל חוב בעצם פריעת המס לקהילה, ככל חוב אחר שמצווה לפורעו לבעל חובו. הגמרא במסכת כתובות כבר דנה בנושא זה:[49]

> אמר ליה רב כהנא לרב פפא, לדידך דאמרת: פריעת בעל חוב מצוה, אמר לא ניחא לי דאיעביד מצוה, מאי? אמר ליה, תנינא: במה דברים אמורים - במצות לא תעשה, אבל במצות עשה, כגון שאומרין לו עשה סוכה ואינו עושה, לולב ואינו עושה, מכין אותו עד שתצא נפשו.

מדברי הגמרא מתבאר שלדעת רב פפא יש מצות עשה לפרוע חובות ואף מכין את מי שמסרב לקיים מצוה זו. רש"י שם לומד שמצוה זו נלמדת מלשון "הין צדק", שחז"ל דרשו ממנו שיהא הן שלך צדק, ובמקרה זה עליו לאמת את הבטחתו להחזיר את ההלוואה שלקח. אולם כאמור התשב"ץ על פי דברי הרמב"ן למד את החיוב מפסוק של "האיש אשר אתה נושה בו וכו'. לכאורה יש לחלק בין הטעמים, דלטעם רש"י שהוא משום "צדק דבריך" הרי לא שייך במסים להצדיק דבריו כי מעולם לא התחייב לכך, אך מדין "האיש אשר אתה נושה בו", לכאורה יתחייב לפרוע גם חובות

---

46. ירושלמי סנהדרין פרק א הלכה ב ופני משה שם ד"ה "אמר רבי יוחנן."
47. שו"ע יו"ד סי' ס"א סעיפים ט"ו ול"א על פי התוספות חולין שם. ואולי מקרה זה שונה משום שאף שאין לו תובעין ידועים, הוי ממון השבט ולכן צריך להחזיר לשבט, אך מסים אם נגדירם כממון שאין לו תובעים, האם נחשב כממון של כל העם? אולם ממילא מהטעם הראשון לעיל לא נחשב כממון שאין לו תובעין.
48. תשב"ץ חלק ב סי' קנ"ג.
49. כתובות פ"ו א'.

מסים שיש להם גובה ונושה. אולם מעבר לכך נראה שלדעת רש"י אין חובה מן התורה של פריעת בעל חוב לדינא, שהרי בהמשך המסכת[50] כתב רש"י ש"אין לבית דין לכופן על כך דלאו מצות עשה מפורשת היא כסוכה וכלולב אלא מצוה בעלמא דרבנן", ומשמע שהוא לא פוסק כשיטה שהביא לעיל לדעת רב פפא אלא כדעת רב הונא בריה דרבי יהושע שאין פריעת בע"ח מצוה.[51] אמנם ייתכן להתייחס לחבות המס, שהחוק מסמיך את השלטון לגבות מהנישום, כזכות תביעה שלהם במקום לראות בו חוב משפטי קיים הצומח עוד לפני התביעה מעצם דרישת החוק לתשלום. אולם נראה פשוט שרשויות המס נחשבים כגובה תמידי משום שהם מוסמכים לכך והחוק מגדיר אותם כתובעים, ולכן לא שייך כאן לדון בשאלה אם צריך שהמלווה יתבע את החוב כדי שיהיה מצווה לפרוע[52], שהרי החוב תמיד עומד לפירעון על פי חוק שמחייב לדווח עליו, ולכן נחשב כתביעה תמידית.

סיכום

לדעת חלק מהראשונים קיימת מצווה של פריעת בעל חוב כשנותן לקהילה את המסים שמגיעים להם.

גם לדעת הראשונים שסוברים שאין מצוות פריעת בעל חוב כשהמלווה לא תבע את החוב, רשויות השלטון נחשבות כתובעים תמידיים של החוב ולכן חייבים לפרוע להם ואי אפשר להתחמק בטענה שטרם תבעו את המס.

ג. טעות, השתדלות וסייעתא דשמיא בהתחמקות מחובת מס

מבוא

יש מקרים שבהם עוד לפני שתבעו מנישום את המס שלפי כל כללי המס היה ראוי לפורעו, הוא מצליח להתחמק ממקצת התביעה או מכולה. הסיבה לכך יכולה להיות טעות תמימה של גובי המס, ששכחו אותו או טעו בהכרת העובדות או ביישום החוק או בחישוב חובת המס. יתכן שהטעות נגרמה בהשתדלות הנישום, או במעשים או במחדלים, לסדר את ענייניו ולנסח את הצהרותיו באופן שמכוון להביא לידי טעות, אף שאינם נכללים בגדר גניבת דעת ממש.

---

50. צ"א ב': ד"ה מצוה.
51. אולם בספר "קובץ שיעורים" כתובות סי' שי"ב פירש שרש"י לא רצה לנקוט את המקור מהפסוק "והאיש אשר אתה נושה בו" משום שלדעתו פריעת בע"ח כולל גם מצבים שאינם הלוואה לבעל חוב אלא חוב אחר, ולפי זה דווקא פסוק הן צדק כולל חוב שלא נוצר בדרך הלוואה, אך כאמור משמע מרש"י .
52. ראה שו"ע חו"מ סי' ע"ג סעיף ה-ו וש"ך, סמ"ע וט"ז שם.

ההתייחסות ההלכתית לטעות כזו, שעשויה לגרום הכבדת עול המס על שאר הציבור, תלויה בהגדרת תוקף ומהות חובת המס הצפויה והראויה לחול על הנישום בשלב שלפני תביעתה בפועל.

א. הסוגיה בגמרא

סוגיית הגמרא בבבא בתרא העוסקה במסים מהווה בסיס איתן לגישה שחובת המס נוצרת בתביעה וגבייה ומותנית בקיומן, ואין היא תוצאה של חלות חוקי המס בעצמם. המשפט האחרון בסוגייא הוא: "ואמר רב אשי: פרדכת מסייע מתא. והני מילי דאצילתיה מתא, אבל אנדיסקי[53]—סיעתא דשמיא היא."[54] נסביר את המשפט לפי פירוש הרשב"ם שם. פרדכת הוא אדם בטל ממלאכה ומתלמוד ומדרך ארץ שאינו עוסק בישובו של עולם כלל. אף על פי שאין לו ריוח בעיר, הוא חייב בעול הקהל, כולל המסים שהמלכות מטילה על הקהילה. מכל מקום, אם גובי המסים של המלכות, בלי שום השתדלות מן הקהילה או ממנו, שכחו לגבות מן הפרדכת או לא רצו לדרוש ממנו כלום בשביל שראו שהוא בטלן וחשבו שאין לו ממון, פטור הוא מלהשתתף בעול של המסים הללו. אף אם על ידי זה הוא מכביד את עול הקהילה, בכך שהמלכות לא ניכתה את חלקו מהמס הקצוב שהוטל על הקהילה, אומרים אנו שסיעתא דשמיא הוא שמחלו לו גובי המסים.[55]

נחזור ונעיין בסוגיה כדי ללמוד ממנה מספר הלכות בעניני מסים, אבל יסוד אחד יש כאן: אי-פרעון מסים שאדם היה אמור לשלם לפי חוקי המסים לא נחשב כעושק, ולא כעבירת פריעת בעל חוב, ולא כ"לוה רשע ולא ישלם", אלא כמזל וסיעתא דשמיא שהוא זכה בהנחת מס. אף שמדובר כאן כנראה בהיטלי מסים של מלכות גויים, אין כאן ענין של הפקעת הלוואה (ולכן דין השלטון כמו מוכס ישראל שהפקעת הלוואתו אסורה), שהרי הגמרא פוטרת אותו לא רק מול המלכות אלא גם מול הקהילה שהוא הכביד עליהם את העול שעליהם לשלם והם בדרך כלל, זכאים לפי ההלכה, לאלץ זה את זה, לקחת חלק בעול שלהם.

ב. פסיקת הרא"ש

הרא"ש פסק כך הלכה למעשה,[56] כנראה על יסוד הגמרא הזו[57]. הרא"ש נשאל לגבי הערכת מסים שנעשו על ידי נבחרי קהילה וטעו בהערכת כמה אנשים בחשבם שאין להם ממון או שלא ידעו אם יש להם ונפטרו על ידי זה ממס קצוב שהטילה המלכות

53. כלומר שיש לו חותם מהמלך שהוא פטור מתשלום מס, ראה רשב"ם שם.
54. בבא בתרא נ"ה ע"א.
55. הרשב"ם רואה העדר גבייה מן הפרדכס כמחילה אף שמדובר, לפי דבריו הקודמין, גם במקרה שפשוט שכחו גובי המסים לגבות ממנו.
56. שו"ת הרא"ש כלל ו', סי' ד'.
57. הרא"ש אינו מציין את סוגיית הגמרא אך משתמש באותו ביטוי שמופיע שם "סייעתא דשמיא הוא".

על הקהילה. אחרי שגבו חלק מהמס, גילו נבחרים אחרים מהקהילה שהקהילה טעתה בהערכה הראשונה ורצו להעריך את האנשים האלו מחדש ולגבות מהם גם לעתיד וגם למפרע לפי ההערכה החדשה. הרא"ש פסק ש"סיעתא דשמיא היא ופטורין לגמרי." הנישומים לא כפרו בכלל בטעות ההערכה הראשונה וסירבו לישבע על נכונות ההערכה הראשונה כמו שדרשה מהם הקהילה. טענת הנישומים הייתה שההערכה, זאת אומרת תהליך הגבייה בפועל, קובע את המציאות ואת חובת המס, ולא החוק או פקודת המס קובע מעצמו. פקודת המס היתה "שכל מי **שיש לו** מאה ועשרים זהובים, יפרע ח' זהובים." הקהילה טענה שהפקודה חלה מאליה לפי הנוסח "מי שיש לו" וההערכה בפועל של נכסי הנישומים הוא רק בירור של החוב וגבייתו. הרא"ש קבל את עמדת הנישומים שההערכה קובעת את המציאות ושהפקודה וחובת המס חלים רק על ידה. הרא"ש כתב:

> הא למה זה דומה, לקהל שבררו אנשים לעשות פנקס על הקהל לפי אומד דעתם, והטילו על ראובן שיתן מס מאלף זהובים, כי לפי אומד דעתם לא ידעו שהיה לו יותר. ושוב נודע שהיו לו עשרת אלפים, לא יפרע אלא מאלף זהובים שאמדוהו עושי הפנקס. וכן בנדון זה.

הרא"ש התעלם מהעובדה שנוסח פקודת המס היתה "כל מי שיש לו..." שלפי זה הדבר אינו תלוי באומד דעתם של גובי המסים, ודימה אותו לגבייה לפי אומד הדעת, שברור לו במקרה ההוא שאומד דעתם הוא הקובע אף שטעו בהערכת המציאות. הרא"ש הוסיף שהטעות "סיעתא דשמיא היא."

ג. טעות וסיעתא דשמיא

ברור על פי הלכה שטעות ישראל אסור, כלומר שאם יהודי טעה בחשבון חייבים להחזיר לו את הסכום שטעה בו.[58] אם כך פסיקתו של הרא"ש תמוהה וגם מהלך הגמרא בפרדכת שהטעות "סיעתא דשמיא היא" לא מובן. במסים ישירים של מלכות גוי, שטעותו והפקעת הלוואתו מותרים, אפשר אמנם להגיד סברא של "סיעתא דשמיא" הוא, וזכה בכך, אבל במסי הקהילות, לא משנה אם נועדו לצרכים הפנימיים של הקהילה או לפרוע מסים שהמלכות הטילה על הקהילה, איך אפשר להגיד שאיש זכה בטעות של הקהילה? משום כך טרח הרא"ש להסביר שחלות חובת המס תלויה בתהליך הגבייה ואין היא פועל יוצא מעצם תוקף החוק. אם כך, אין בטעות הקהילה משום העברת בעלות, חוב או זכות ממון משפטי לידי הנשום שהוא צריך לזכות בו ולעשות עליו קנין, ואין כאן אבידה שהוא חייב להחזיר לבעליו, ואין כאן אפילו מחילה, ולכן לא נחשב שקיבל משהו בטעות.

---

58. הדבר ברור מכך שטעות הגוי הותר, ראה בבא קמא קי"ג ב', ושולחן ערוך חו"מ סי' שמ"ח סעיף ב, ואם גם יהודי מותר היו צריכים לחדש גם בו דין זה.

בספר משא מלך[59] דן בשאלה האם לפי דברי הרא"ש נאמר גם סברת "סייעתא דשמיא" כאשר היא לרעת הנישום, ששילם מעבר למה שחייב על פי דין. אחרי שהביא תשובות לכאורה סותרות מרבו המהרשד"ם,[60] הוא מבאר את עיקר שיטת הרא"ש שיש לחלק בין מיסים שבאים על פי אומד דעת ומיסים אחרים. במיסים שבהם קביעת השומא היא על פי אומד דעת של גובי המס, אין טענת טעות ביחס לקהל כי "על דעת כן ירדו בין יטעו בין לא יטעו". לעומת זאת אם המיסים הם סכום שנקבע בחוק והגבאים רק מבררים את הסכום, אז טעות חוזרת בין לטובת הקהל ובין לטובת הנישום. משום כך במקרה שהובא בתשובת הרא"ש אין בעיה של טעות ישראל שחייב להחזיר.

ד. חלות חובת המס—מתי?

עקרון זה שקבע הרא"ש נפסק גם להלכה בדברי הרשב"א בתשובה שהובאה בהגהות הרמ"א לשולחן ערוך חושן משפט הלכות שותפים בקרקע סימן קס"ג, שהוא הסימן המובהק של הלכות מסי הקהילות. הרשב"א[61] אומר ש"משעה שפסקו הנאמנים אותו מס על הקהל והתחילו לגבותו, מאותה שעה ואילך נתחייב ראובן בכל מה שהוא מגיע לחלקו לפרוע [ב]כל אותו מס, והרי זה חוב עליו כחוב אחר דעלמא." הרמ"א פוסק על פי דבריו:

> ואם שמו המס על כל אחד מהם מה יתן והתחילו לגבות, מאותה שעה הוי על (כל) אחד כחוב. ואפילו העני אח"כ, חייב ליתן מה שפסקו עליו [לפי שיעור עשרו שהיה]. וכן אם היה עני והעשיר, הולכין תמיד אחר זמן הגבייה.[62]

הפוסקים חולקים אם תחילת הגבייה הוא תנאי חיוני נוסף לתחולת חובת המס או שרק ההערכה לבד קובע, אבל כולם מודים שתחולתו תלויה עד שלב כלשהו בתהליך הגבייה ולא חלה ממילא. אמנם לפי דברי הרא"ש נראה ברור שאין חובת מס עד שתהיה הערכה וגבייה בפועל, אולם לדעת הרשב"א כבר לפני זה חלה חובת המס.[63]

---

59. משא מלך, החלק חמישי, השער השני, המשפט השלישי.
60. מהרשד"ם חו"מ סי' ת"ה וסי' ש"ע.
61. שו"ת הרשב"א חלק א סי' תתפ"ז. אפשר היה להגיד שפסק הרשב"א הוא רק ענין של מנהג ולא מעיקר הדין, כמו רוב דיני המסים וכמו שעלה בדעת הסמ"ע (חו"מ סי' קס"ג סעיף ג). אבל הרשב"א עצמו מביא אותו דין בתשובה אחרת (חלק א סי' תשע"ז) ואומר שהוא מעיקר הדין.
62. רמ"א חו"מ סי' קס"ג סעיף ג. מצד אחד, אפשר לסייג שדבריו ודברי הרשב"א נאמרו רק לחומרא, להוציא מהטענה שחובת המס לא חל בכלל לפני תשלומו או שהוא חל רק בגמן הגבייה בפועל מהנישום, זאת אומרת התביעה לשלם. מצד שני, רואים שה"הוה אמינא" היה דוקא שחובת המס לא חל עד התביעה ולא היה בכלל ה"הוה אמינא" שהוא חל מיד כשהחוק מטיל אותו.
63. הסמ"ע חו"מ סי' קס"ג ס"ק כ"א מדייק בלשון הרשב"א שתחילת הגבייה קובע. הט"ז שם חולק עליו ומתרץ את דברי הרשב"א: "וכן הדבר **בשימת** ההערכה סגי, דמאותה שעה מוטל עליו החוב ודבר זה עצמו קרוי גבייה כיון שעוסקים בגבייה... והרב בעל הסמ"ע הבין דהך בזמן הגבייה

ה. פרדכת

האחרונים הקשו ודנו הרבה בהבנת פשט סוגיית הגמרא של פרדכת ומשמעותו של

דנקט רמ"א קאי על מה שגובין מעות מן הקהל אחר פיסוק השומא, ומתוך כך פירוש דתרתי בעינן פיסוק וגבייה... ולפי דבריו היינו מוכרחים לעשות שומא חדשה בכל גבייה בשנה אחת, וזה לא נשמע ולא נראה. אלא ברור הוא דהך גבייה שזכר רמ"א, פירושו העמדת הגבייה והיינו עשיית השומא וכעין שזכרנו. ובזה לחוד סגי שמאז חל עליו חיוב על כל השנה לתת כל מה שיגבה לפי אותו הערך עד עשיית שומא חדשה." יש נפקא מינא לקהל שעושה הערכה מפעם לפעם (בדומה לארנונה בזמנינו) לקבוע את ערך הרכוש של כל הנישומים שלפיה תיחשב חלקו של אחד ואחד בכל הטלה של מסים שיטיל הקהילה. אם תחולת החוב הוא משעת ההערכה, החוב לא ישתנה אם הנישום העני או התעשר (או, לגבי ארנונה, שווי הנכס ירד או עלה) בין גבייה לגבייה. על מקרה כזה כיוון הרמ"א. יש גם נפקא מינא אם לא גבו את החוב עד שנעשתה הערכה חדשה והנישום והקהילה חולקים אם לחשב המס לפי ההערכה הראשונה או השנייה, ראה שו"ת הרשב"א חלק א סי' תשע"ז. יש עוד נפקא מינא לגבי אנשים שהצטרפו לקהילה או פרשו ממנו בין ההערכה לגבייה. ראה הרמ"א שם שהביא מחלוקת בענין בין הריב"ש והרא"ש.

המנהג והמציאות שדיברו עליו הסמ"ע והט"ז לא ברור ואולי אפילו לא זהה. היו כנראה חמשה שלבים בגביית המסים: (א) הוצאה של הקהילה על צרכי הציבור או חוב על הציבור כמו הטלת מסים על ידי המלכות בעל כרחם או **התחייבות של הקהילה** כמו פשרה עם המלכות בעניני מסים או הסכם על תקציב לתועלת פרויקטים והוצאות עתידיים, (ב) ה**הערכה** של כל אנשי הקהילה לקבוע את ערך רכושם החייב במס לפי כללים ומנהגים של הקהילה, אבל בלי חישוב של סכום מס קצוב שכל אחד חייב לפרוע מיידית או לאחר זמן קבוע מראש, (ג) **הטלת** מסים על הקהילה, או סכום קצוב לחלק על פי ההערכה הקיים או תעריף קבוע לפי ההערכה הקיים, (ד) חישוב חלקו המגיע מכל נישום ונישום ו**שומא** עליהם סכום מס קצוב שדורשים מהם לשלם מיידית או תוך זמן פרעון קבוע, (ה) **גביית** השומא מכל הנישומים על ידי הגבאים ותביעות והוצאה לפועל נגד אילו שלא פורעים בזמן. על פי פשטות דברי הסמ"ע והט"ז נראה שחובת המס חל: לפי הסמ"ע בשלב (ה), ולפי הט"ז בשלב (ד). אולם, הסמ"ע לא פסק שהחלת החוב הוא על ידי תביעה מכל אחד ואחד. אף שאולי אין מצוה של פריעת בעל חוב עד שיש תביעה, כמו שרואים מדברי הסמ"ע עצמו בחו"מ סי' ע"ג סעיף ו, החוב כבר קיים לפני התביעה. הרשב"א אמר רק ש"התחילו לגבות", ובשאלה שנשאל כתוב "בשעה שגבו אותו המס מן הקהל היה אותו ראובן חולה ולא רצו הקהל לתבוע ממנו חלקו עד שיתרפא, ומתוך חליו נפטר לבית עולמו"— דוקא לא תבעו ממנו המס רק התחילו לגבות מן הקהל ואף על פי כן חל החוב על ראובן לפני מותו. אם כן, קשה להבין את החשיבות של התחלת הגבייה, כנראה אפילו מאיש אחד, על ידי גובי המס. וזה מה שבאמת מטריד את הט"ז בדברי הסמ"ע. לדעתו, אחרי שעשו את השומא וידוע כמה כל אחד ואחד חייב לפרוע, כבר התחילה הגבייה, והגבייה בפועל מהנישום הראשון לא מוסיפה כלום.

דברי הט"ז גם תמוהים במקצת. הוא התחיל עם השאלה מתי חל חובת המס—"בשימת ההערכה סגי, דמאותה שעה מוטל עליו החוב"—זאת אומרת חוב של סכום קצוב שאפשר וחייבים לפרוע, ובסוף דבריו מדבר על חלות ה**חיוב** הכללי לשלם מסים עתידיים—"שמאז חל עליו חיוב על כל השנה לתת כל מה שיגבה לפי אותו הערך "—ולא החוב הפרטי שאפשר וחייבים לפרוע. היה אפשר להגיד שה**חיוב** חל כבר בההערכה (שלב ב' הנ"ל) וה**חוב** חל רק בשומא (שלב ד' הנ"ל). אולם לא ברור למה "לפי דברי [הסמ"ע] היינו מוכרחים לעשות שומא חדשה בכל גבייה בשנה אחת." השומא הוא רק חישוב הסכום וחלקו של הנישום בהטלה שהוטל לפי ההערכה הקיימת שכל אחד כבר התחייב לפרוע על פיה. הדברים גם נראים פשוטים שחלות החוב לא יכול להתחיל כל עוד שלא ידוע אם ומתי וכמה יהיה החוב.

מושג זה להלכה ולמעשה.[64] שאלה עקרונית היא, האם ה"פרדכת" היה חייב מעיקר הדין להשתתף במס הקהילה או פטור מכך, כלומר, האם החידוש הוא לקולא שיש מצב של פטור מ"סייעתא דשמיא" אף שחייב מעיקר הדין או שהחידוש הוא לחומרא שיש מצב (אצילתיה מתא) שחייב אף שמעיקר הדין פטור. הנפקא מינא מכך היא האם ניתן ללמוד שהתחמקות, לפחות התחמקות פאסיבית, ממסים נחשבת כ"סייעתא דשמיא" ולא כעוול.

א. גישה שפרדכת חייב מעיקר הדין

אפשר לפרש שיש לפרדכת נכסים שמניבים לו הכנסה פאסיבית, כגון שדות או בתים, ועליהם הוא מחוייב לשלם מיסים,[65] אף שאיננו נושא ונותן בעיר, וזוהי כוונת הגמרא "פרדכת מסייע מתא", כלומר שמעיקר הדין עליו לסייע לבני העיר ולהשתתף בעול המסים למרות שאין לו עסק פעיל בעיר.[66] לפי זה דין "פרדכת" ו"אנדיסקי" אינו חל דווקא על אדם כזה, אלא כל אדם, גם אם יש לו עיסוק, דינו כפרדכת ויכול גם הוא לזכות בדין "אנדיסקי סייעתא דשמיא היא." אין הבדל בינו לבין הפרדכת משום ששניהם מחוייבים להשתתף במסים מעיקר הדין.[67] הגמרא נקטה פרדכת בדין זה משום שמן הסתם כך היתה המציאות, שדווקא פרדכת היה עשוי להיפטר ממסים, משום שגבאי המסים סבורים בטעות שאין לו ממון.[68]

כשמתעמקים מעט בדין הפרדכת רואים שמציאות תביעת המס מהפרדכת עליו מדובר בגמרא כלל אינה ברורה. קודם כל, מי בדיוק תובע את הפרדכת ועל איזה סוג מסים? אם הקהילה תובעת את המסים שלה מן הפרדכת כפי תקנות ומנהגי קהילות, והפרדכת הוא תושב העיר, איזה הצלה שייך בו—מי הציל אותו וממה

---

64. ראה למשל שו"ת בית דינו של שלמה סי' ל"ד-ל"ט.

65. יד רמה בבא בתרא נ"ה א' "אדם בטל שאינו עושה מלאכה והוא נהנה משדותיו ומשכירות קרקעותיו וכיוצא בהן."

66. יד רמה שם "דין הוא שיסייע את בני העיר במסין וארנונות המוטלין עליהן ליתן חצי מן הראוי לו אבל לא כל הראוי לו." מלשונו לא ברור אם היד רמה מסכים לחידוש הרשב"ם שאף במקום שפטירתו של הפרדכת מכביד על בני העיר סייעתא דשמיא היא. ניתן להסביר שכוונת "מסייע מתא" היא לשלם חצי מן הראוי לו, ואז יש ללמוד שמדובר במקרה שבני העיר הצילוהו והמלך לא הטיל את חלקו עליהם ולא הכביד עליהם. השאלה היא מי זוכה בפירות השתדלותם כדין מי שהציל לאמצע, ראה בבא קמא קט"ו ב' וכו'. היד רמה נותן לנו פתרון לשאלה פשוטה: אם הפרדכת חייב לשלם לבני העיר את כל מה שהצילוהו, מה הועילו בני העיר בהצלתו ובאיזה זכות הם תובעים אותו. לזה מסביר היד רמה שהפרדכת ובני העיר מחלקים ביניהם את פירות ההצלה. אבל במקרה שהמלך אכן הטיל את חלקו על שאר בני העיר, לא ברור מה תהיה שיטתו.

67. כך למד הט"ז בחו"מ קס"ג סעיף ו ד"ה מי שמחל: "אין חילוק בין אדם בטל או שכחוהו להך דהכא [בשאר אנשים]."

68. רבינו אביגדור כהן בתשובה לקהל פיבר"ם מובא במרדכי בבא בתרא סי' ק"פ: "ופרדכת דנקט אורחא דמילתא הוה לימחל לו לפי שיודעין שאין לו ממון הרבה כי עשיר למה ימחלו לו?" ולכן פסק "דאף בעשיר הנושא ונותן בעיר ומרויח בעיר[פי' שמחל לו] דינו כן."

הצילוהו? ועוד, הפרדכת צריך להיות חייב או פטור ממסי הקהילה ככל תושב אחר בלי קשר לפעילות בני העיר עבורו, ומה פשר "אנדיסקי" שפוטר אותו ב"סייעתא דשמיא?"[69] מצד שני, אם המס הוא תביעה ישירה מהמלך (גוי בחו"ל) על כל יחיד ויחיד בנפרד מבלי לשתף את בני הקהילה בערבות משותפת בפרעון מס קצוב, אין מקום לתביעה של בני הקהילה על הפרדכת. מה שיגבו ממנו גבאי המלך, לא פחות ולא יותר, זהו חובו מטעם דינא דמלכותא דינא—ומה שייך "דאצילתיה מתא", ומה ההוה אמינא לערער על "אנדיסקי" ולחייבו לשלם אחרי שהמלך פטרו.[70] ואם בני העיר השתדלו בעד הפרדכת לשכנע את גבאי המלך לגבות פחות ממה שבקשו—יישר כוחם, אבל מי שמבריח ארי מנכסי חבירו מדעתו אינו זכאי לפיצוי עבור הצלתו גם אם הפסיד על ידי כך.[71]

אפשר לפרש שמדובר במס קצוב שהטיל השלטון על כלל הקהילה באמצעות משא ומתן ופשרה עם נציגי הקהילה, והקהילה עצמה ממונה מטעם המלך לגבות את מיסיו לפי חלוקה פנימית שלהם—כלומר, מסים חיצוניים שבני הקהילה משלמים בשיתוף.[72] מן הסתם, "אצילתיה מתא"—פירושו שנציגי הקהילה שפישרו בעד בני הקהילה "הצילו" אותם מתביעת מס שבעצם היה למלך על כל אחד ואחד מהם,[73] ולכן הפרדכת חייב להשתתף במיסי העיר על פי חלוקה הפנימית של הקהילה כמו במסים ועולות פנימיים. "אנדיסקי", אם כן, עשוי להיות אדם שקיבל פטור מהמלך, ובכך הביע המלך את דעתו שאיש זה אינו בכלל תביעתו על הקהילה, ולכן ממילא לא נחשב שהצילוהו נציגי הקהילה ע"י הפשרה, ופטור מלהשתתף במס זה של המלך

---

69. אם אנדיסקי אינו חותם מן המלך אלא מהקהילה עצמה שפטרה אותו מאיזה סיבה שתהיה, למחילה שלהם יש תוקף כמו כל מעשה של ממוני הקהילה. שו"ע חו"מ קס"ג סעיף ו.

70. ראה תרומת הדשן סי' שמ"ב. "ומהשתא יתחלק דין זה על שלשה דרכים, אם יש צבור שהן מיוחדים על נתינת המס בפ"ע =בפני עצמם=, אבל יש עלייהו סך קצוב למלאותו לשלטון הן יהיו רבים או מועטין, אז יתחייב אדם בטל לשאל בעול. ודווקא היכא דאצילתא בני מתא כדפרשינן לעיל מפרשב"ם וא"ז, דכיון דהן הצילוהו והכבידו עלייהו יצטרך לסייע להם, אבל אם הם מיוחדין בענין זה שכל א' נותן קצבתו ואינן צריכים למלאות סך ידוע, נראה דאפילו אצילתו בני מתא אינו חייב כלום, שהרי לא הוכבד בשבילו עלייהו ומצוה הן דקעבדי שהצילו ממון של ישראל מידי נכרים, והכי משמע מבואר מפרשב"ם. ואם רגילות לתת כולם ביחד, והמושל תובע סך קצוב מכולם ואינו חושש האיך יגבו אותה, אז חייב לתת עמהם אפי' לא אצילתו כלל כדפסק מהרי"ח, ומלשון רשב"ם נמי משמע הכי. ומ"מ נראה דנהי דחייב לשאת עמהם אינו חייב כשאר בני העיר כדכתב לעיל הא"ז בשם פירוש ריב"ם. ולא תימא דווקא התם דמדינא לא יתחייב אלא משום דאצילתא בני מתא ולכך מקילינין לגביה, אבל בנ"ד דמחייב מדינא לפי מנהגא דמלכא לא מקילינן לגביה, דנ"ל דהתם נמי הטעם הוא משום דבטל הוא אין דעת השלטון כלל שיתן כמו האחרים. וכה"ג כתב מהר"ם בתשובה בפ"ק דבבא מציעא וז"ל: דאם כל בני העיר עניים ואין להם מו"מ אלא קרקעות, דאין השר תובע מהן כלום ".

71. בבא קמא נ"ח א.

72. כך הייתה מציאות המסים לאורך הגלות חוץ מטסקא ומכס ולפעמים גם כרגא שלא הוטלו על כלל הקהילה. גם שלמה המלך עשה נציבים עם מס קצוב.

73. שו"ת חוות יאיר סי' מ"א הבין "דאצילוהו מתא" שעצם הפשרה היא ההצלה.

אף שהוא חייב להשתתף בכל המסים הפנימיים של הקהילה.[74] זוהי כנראה גישתו של רב האי גאון בפשט הסוגיה.[75] לדעתו פירוש "אנדיסקי" הוא "מלשון דיסקא, כלומר חותם מן המלך שיהיה בן חורין."[76]

אולם, אנו נדרשים לשאלה יסודית כאן—האם מישהו הפסיד כתוצאה מהפטור שניתן באנדיסקי, ועכשיו תובע את המוטב על כך? אם המלך פטר את הפרדכת וניכה מן המס הקצוב על הקהילה את חלקו שהקהילה הטילה עליו—ואז אף אחד לא הפסיד מפטורו של הפרדכת כלום— באיזה עילה יכולה הקהילה לבסס את תביעתם מהפרדכת?[77] אפשר היה לומר שהפרדכת, שהוא תושב, חבר ושותף בקהילה, אינו יכול לחלוק שלא מדעתם של שותפיו, וכל מה שהציל מן המלך הציל לאמצע, כלומר מגיע לכלל השותפות.[78] לפי זה מחלקת הגמרא בין "אצילתיה מתא", כאשר הציבור או אפילו הנישום השיגו את הפטור, לבין "אנדיסקי", שהמלך מעצמו פטר אותו בלי שום התערבות מנציגי הציבור או הפרדכת עצמו. כך מחלק רבינו שמחה[79], אך קשה ללמוד מהלך זה כפירוש לסוגיה שלנו. אם כל הנידון של הגמרא הוא איזה פטורי מסים תקפים ואיזה לא, אין מקום להדגיש ש"פרדכת מסייע מתא." למה יהא דין פרדכת שונה מדין שאר תושבי העיר, והרי דין מי שאינו נושא ונותן בעיר או מי שאין לו נכסים החייבים במס תלוי במנהגי בני העיר ותקנותיה.[80]

מצד שני, אם נפרש שהמלך פטר את הפרדכת **ולא** ניכה מן המס הקצוב על הקהילה את חלקו שהקהילה הטילה עליו—ואז מפסידים כל בני הקהילה מפטורו של הפרדכת, שמכביד בכך את עול המס שלהם—אין תוקף משפטי לפטור כזה של המלך. כשהמלך מתערב בעניין פנימי של חלוקת השותפות ולוקח ממון משותף אחד ונותן לשותף אחר—גזלנותא דמלכותא היא—והקהילה אינם חייבים לכבד את

---

74. הרמ"א חו"מ קס"ג סעיף ו, שו"ע חו"מ סי' קע"ח סעיף ב', על פי שו"ת הרשב"א חלק א סי' תרמ"ד.
75. דבריו מובאים בנימוקי יוסף על הסוגייה דפרדכת דף כ"ט ב', בדפי הרי"ף וכן הבין בדבריו החוות יאיר שם.
76. נימוקי יוסף שם. ראה גם דברי התוספות בבא בתרא נ"ה א' ד"ה אנדיסקי שגם רואה "דיסקא" (בבא קמא קי"ב ב) כמקור למילה אנדיסקי, אלא שאנדיסקי אינו השטר והחותם עצמם אלא אנשים שהם כותבי שטרות של המלך. אולי מזה יצא הרשב"ם לפרש שפירוש אנדיסקי הוא גבאי המלך.
77. ראה שו"ת משפט צדק ח"ג סי' י"ב שעמד בשאלה זו, וראה פרק הכבדה עמוד 148.
78. ראה בבא קמא קט"ז ב', רמב"ם הלכות גזילה פרק י"ב הלכה י.
79. מובא באור זרוע, פסקי בבא קמא דף קט"ו, ובמרדכי, בבא קמא סי' קע"ז.
80. אפשר שבאדם רגיל שנושא ונותן בעיר, יש לקהילה עילה נפרדת למסות אותו בגלל שרק מי ש"שייך בכרגא דהכא - לא מצי מעכב" (בבא בתרא כ"א ב') ואף שהפרדכת חייב גם מטעם שהוא דר בעיר י"ב חדש, אפשר שזה משום שאנחנו משערים שדעתו של המלך עליו בתביעתו, אבל כשהמלך הביע דעתו באמצעות אנדיסקי שאין דעתו עליו ממילא הוא פטור.

הפטור שהעניק.[81] מהר"ם בהסברו השני לסוגיה[82] למד שמי ששותף אינו זכאי לפטור גם אם המלך נתן לו מעצמו אם בכך הוא מכביד על יתר בני הקהילה. לפי זה אין מקום כלל לדין אנדיסקי.

כדי לפתור בעיות אלו יש מי שהציע (וכנראה זוהי הבנת הנימוקי יוסף[83] בגישתו של רב האי גאון) שהמלך פטר את הפרדכת **לפני** שהתפשר עם הקהילה והקציב להם את סכום המס. בעת שהמלך נתן אנדיסקי ופטר את הפרדכת, עדיין לא חלה על הקהילה בכללות, ולא על הפרדכת בפרטות, חובת תשלום המס. אף שהמלך לא ניכה במפורש את חלקו של הפרדכת מהמס הקצוב על הקהילה כאשר התפשר איתם, אי אפשר לומר בוודאות שהמלך אכן הטיל את חלקו של הפרדכת על הקהילה והכביד עליהם. במקרה זה, לפי רב האי גאון, מחדשת הגמרא שאף שייתכן שפטורו של הפרדכת הכביד את עול הקהילה, "סייעתא דשמיא" היא, ולכן אינו מחויב להשתתף עם הקהילה לכשיוטל המס עליהם. כל זה לפני הפשרה, אבל לאחר הפשרה הדין תלוי אם המלך ניכה את חלקו של הפרדכת ממס הקצוב: אם ניכה המלך—הפרדכת פטור, ואם לא ניכה המלך—הפרדכת חייב. לפי זה נפרש בגמרא: "פרדכת מסייעא מתא"—אדם שאין לו עסק בעיר, כלומר שאין לקהילה לחייבו להשתתף במסים בשל עיסוקו בעיר, ויש לו פטור מן המלך, עדיין חייב להשתתף עם הקהילה במסים. "והני מילי דאצילתיה מתא"—שנציגי הקהילה במשא ומתן עם המלך על הפשרה הצליחו להוציא את הפרדכת מן הכלל. לטענת בני הקהילה חייב הפרדכת מעיקר הדין, כשותף מלא בקהילה, לפי שהמלך הכלילו עם שאר בני העיר בתביעתו, וראה בו שותף לחיוב עד שפטרו. משום כך צריך לסייע להם לשאת בעול המס כאילו לא פטרו המלך. אולם מכיוון שאינו נושא ונותן בעיר צריך רק ל"סייע" כמו תושב ששהה בעיר י"ב חודש, שחייב לשלם את "פסי העיר"[84] ולא לתת את מלוא המס של בן מעמדו. "אבל אנדיסקי סיעתא דשמיא היא"—אם המלך נתן לו אנדיסקי מעצמו, ואולי גם אם הציל את עצמו על ידי השתדלותו, פטור הפרדכת מהשתתפות במסים משום שכשהמלך פטרו אינו בכלל בני העיר ולא נחשב כמי שהתחייב איתם בעול המס. אולם אם כבר חל חבות המס על בני העיר אין האנדיסקי פוטר אותו מהשתתפות בעול המס משום שכבר התחייב כשותף עם בני העיר. יש להעיר לפי זה שהגמרא נקט פרדכת משום שמסתבר יותר בפרדכת שפטרו

---

81. ראה מהר"ח אור זרוע סי' ר"ו שפסק כן ונימק את זה בחוסר הסכמה של העם לקבל אי-שיוויון בגביית המסים.
82. דפוס פראג סי' תתקל"ב, מרדכי בבא קמא שם.
83. בבא בתרא נ"ה א.
84. בבא בתרא ז' ב' משנה: "כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר—י"ב חדש." הגמרא שם ח' א' מביא ברייתא: "שלשים יום לתמחוי שלשה חדשים לקופה ששה לכסות תשעה לקבורה שנים עשר לפסי העיר." הנימוקי יוסף מרמז להסבר זה בפירושו לסוגיית פרדכת שם נ"ה א: "אמר המחבר נראה לי דהא דאמרינן י"ב לפסי העיר וכדפירשנו דהוא הדין למסים ותשחורות... "

המלך בגלל שטעה וסבר שאין לו ממון שהמלך לא הכביד את עול הקהילה בגלל הפטור שהעניק לפרדכת.

עד כאן דברינו נסבו על פטור מהמלך שניתן בתוקף דינא דמלכותא דינא, והשאלה התמקדה באחריות של פרדכת להכבדה שנגרמה על ידי הפטור ולמי שייכים זכויות הפטור. אולם הרשב"ם מציג גישה אחרת בסוגיה זו:

> **כגון דאצילתיה מתא** -עבדי המלך היו תובעים לו לבדו והם הצילוהו והקלו במשאו בטענותם שאמרו עליו שאין לו ממון ומתוך כך נתרבה מס שלהן והכביד עולן יותר, כגון שהמלך רגיל ליקח מכולן מס קצוב לשנה ובאו לתבוע לכל אחד כפי אומד דעתם עד שיעלה גיבויים לחשבון מס הקצוב, והיו שואלין לזה יותר מדאי והם הפצוהו ופטרוהו ומה שפחתו מזה יגבו מן השאר.
> **אבל אנדיסקי** - ממונין של מלך הרגילין לגבות מכל בית ובית מכל איש ואיש עד שיעלה החשבון למס הקצוב ושכחוהו לזה או לא רצו לשאול לו כלום בשביל שהוא אדם בטל וסבורין היו שאין לו ממון וגבו כל המס מכל השאר אף על פי שהכביד עליהם המס כדי שהיה לו לזה ליתן פטור דסייעתא דשמיא הוא שמחלו לו.

לדעת רשב"ם, יש פער בין המס שנתבע מהפרדכת בפועל לבין המס התיאורטי שהפרדכת היה אמור לשלם לפי חישוב אובייקטיבי. מצב כזה עשוי להתקיים כאשר המלך מבהיר את אופן חישוב חבות המס שהוא מטיל על כלל הקהילה, כך שניתן לייחס סכום מסויים לכל פרט מבני העיר. אף שהמלך למעשה תובע את המסים מהקהילה בכללות, היחיד שניצל מתשלום מס טוען שסכום המסים שיוחס אליו לפי חישוב המלך יצא פחות ממה שקהילה תובעת ממנו לפי החלוקה הפנימית שלהם. עקב כך הוא טוען שלא הצילוהו בני העיר על ידי פשרתם עם המלך אלא עד סכום המיוחס אליו לפי חישוב המלך. יתר על כן, אם המלך לא רק מבהיר את אופן חישוב המס אלא מנחה בפועל את נציגי הקהילה איך לחלק את נטל מס על כל יחיד ויחיד הבעייה מחריפה, משום שאז המס יותר קרוב למס ישיר על כל אחד ואחד ופחות דומה למס משותף של הקהילה. אפשרות אחרת היא שגבאי המלך עצמם גובים מכל יחיד ויחיד לפי אומד דעתם עד שהמס מצטבר לסכום הקצוב.

לכאורה יש לתמוה מדוע ניסו בני העיר להציל את הפרדכת, והרי אם ממילא כוונת המלך לבקש את כל סכום המס מבני העיר אחר כך, מדוע השתדלו לפוטרו?[85] משום כך פירש רשב"ם שגבאי המלך תבעו מהפרדכת **יותר** מחלקו הראוי ובני העיר ניסו להקל מעליו קצת ובסוף פטרו המלך לגמרי ממסים, והטיל את כל חלקו עליהם.

---

85. שאלה זאת הטרידה את בעל החוות יאיר, סי' מ"א, בהבנת דעת הרשב"ם שגבאי המלך תבעו לו לבדו—"מה זה שאמר באצילינהו אינהו דמ"מ חייב אם כן מה זה הצלה לגבי דידיה הוא אם מכל מקום יתן ויכול למימר אתן המס דליהוי לי טפי יד ושם במשא ומתן." לדעת החוות יאיר מצבו גרוע יותר עכשיו משום שגם שילם וגם אינו נחשב בכרגא לעניין זכויות מסחר.

כעת מבקשים מהפרדכת ל"סייע", כלומר לתת לפחות את החלק שהיה ראוי לו ליתן מלכתחילה—וזה פשר הביטוי "מסייע", שהרי אינו משלם את כל מה שדרשו ממנו גבאי המלך.

אולם לפי זה עדיין קשה להבין את המציאות כאן: אם יש סכום שהפרדכת חייב לשלם מבחינה אובייקטיבית (חלקו הראוי לו) אזי מצד הדין היה צריך כבר לתת את חלקו לקהילה, ומה איכפת לנו אם גבאי המלך תבעוהו לשלם או שכחו אותו? נראה מדברי רשב"ם שמדובר במקרה שהמלך מחליט כמה מס לגבות מכל אחד ואחד, והוא קובע מהו "חלקו הראוי לו". אולם אם כך לא מובן מה שגבאי המלך "היו שואלין לזה יותר מדאי", והרי הכל תלוי בגבייה בפועל של המלך, ואי אפשר שידרוש יותר מדי. לכן צריך לומר שהסכום של "כדי שהיה לו לזה ליתן" מתייחס לחיוב תיאורטי של כל יחיד אילו המס הוטל על כלל הקהילה, שאז גם הפרדכת היה משתתף במס ככל שותף בקהילה, וכמו שמשתתף בשאר עולי הקהל.[86] לפי זה קיים זיקה בינו לבין שאר אנשי העיר ומעיקר הדין הוא שותף איתם, וע"י שנפטר ממס הוא מכביד על יתר בני העיר אם המלך יטיל חלקו עליהם. מכאן מוכח שאף אם הפטור שלו מכביד על שאר בני הקהילה שהוא שותף איתם, עדיין ניתן לראות את פטורו כ"סייעתא דשמיא" במקרים מסוימים ואינו חייב לשלם כלום.

אולם לפי זה קשה להבין את ה"סייעתא דשמיא" אליו זוכה הפרדכת, והרי הוא כשותף שחולק שלא לדעת חבירו?[87] משום כך מוכרחים לפרש שהחיוב התיאורטי שהיה הפרדכת אמור לשלם איננו נחשב כחיוב כלל עד שבא לכלל גבייה, ורק כאשר תובעים ממנו בפועל חלה עליו חובת המס ואסור לו להטיל חבות זו על אחרים

---

86. שו"ע חו"מ סי' קע"ח.

87. בגמרא בבא קמא קט"ז ב': "ת"ר שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס וטרפה, ועמד אחד מהן והציל - הציל לאמצע, ואם אמר אני אציל לעצמי - הציל לעצמו. היכי דמי? אי דיכול להציל, אפילו סיפא נמי לאמצע! ואי דלא יכול להציל, אפילו רישא נמי לעצמו! אמר רמי בר חמא: הכא בשותפין עסקינן, וכגון זה שותף חולק שלא לדעת חבירו, אמר - פליג, לא אמר - לא פליג." ופירש"י "כגון זה"-במקום איבוד ממון. לפי זה היה מקום לומר כאן ששפיר יכול להציל עצמו ממיסים אף שהוא שותף, מכיוון שהוי מקום מקום איבוד ממון ורשאי ליחלק, אולם בשלטי גיבורים ריש בבא בתרא ביאר ד"ליכא למימר דכגון זה במקום פסידא שותף חולק שלא לדעת חבירו דאדרבא אנן אמרינן אומדנא דמוכח דאדעתא לפרוע מס נשתתפו הלכך אינו יכול ליחלק מהם דהא דאמרינן דבמקום פסידא שותף חולק שלא לדעת חברו היינו משום דאמדינן דעתייהו אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לא נשתתפו שימשך זמן שתפות שלהם אף באותו פסידא ומשום הכי חולק שלא לדעת חבירו דחשיב כאילו נשלם זמן השותפות אבל הכא אנן אומדין דעתייהו אומדנא דמוכח דאדעתא דהכי לפרוע מס נשתתפו."
וראה תוספתא בבא מציעא פרק ח' הלכה ט': שיירה שהיתה באה במדבר ונפל עליה גייס ועמד אחד והציל מה שהציל הציל לאמצע ואם התנה עליהן בבית דין מה שהציל הציל לעצמו חמרין שהיו מהלכין בדרך ונפלו עליהם ליסטים ועמד אחד מהן והציל מה שהציל הציל לאמצע ואם נתנו לו רשות מה שהציל הציל לעצמו השותפין שמחלו להם מוכסין מה שמחלו מחלו לאמצע ואם אמרו בשביל פלני מחלנו מה שמחלו מחלו לו.

ו"ליחלק שלא מדעת חבירו". יש אפשרות אחרת בהבנת המילים "כדי שהיה לו לזה ליתן" שמזכיר הרשב"ם ביחס לאנדיסקי, הכוונה היא לעושרו היחסי ולא למידת המחויבות התיאורטית שלו לשלם מיסים. אפשר שפרדכת כלל איננו שותף במיסים בגלל שאין לו שום עסק בעיר, ומשום כך אין בעייה של "שותף חולק שלא לדעת חברו" אם המלך שכחו. לפי זה צריך לבאר מחדש מהו "סייעתא דשמיא", שהרי כלל איננו חייב מן הדין? לכן יש לומר שה"סייעתא דשמיא" מתבטא בכך שהמלך לא כלל אותו עם שאר אנשי העיר בתביעת המס. אולם אם תבעו אותו לבדו, אף אם בסוף פטרוהו, בגלל שהוא נכלל יחד עם שאר פורעי המס של העיר, אינו יכול לחלוק מכאן ואילך, לפחות במקרים שבהם הוא מכביד על שותפיו.[88]

ניתן להציע גישה שונה לסוגיה זו, בהתבסס על ההנחה שבעצם פרדכת פטור מן הדין ולמרות זאת אם המלך כלל אותו יחד עם שאר הקהילה, צריך לסייע אלא אם כן היה לו סייעתא דשמיא ונפטר מלשלם. אולם גם לגישה זו יש לא מעט קשיים בהבנת הסוגיה.

ב. גישה שפרדכת פטור מעיקר הדין

אפשר לפרש שפרדכת שונה מכל אדם אחר, ומעיקר הדין הפרדכת היה פטור מלהשתתף במיסי הקהילה—או משום שאינו נושא ונותן בעיר[89] או משום שאין לו נכסים שמניבים לו רווח וחישוב חובת המס שלו מסתכם באפס. על פי הבנה זו נקטה הגמרא פרדכת דווקא, שרק אדם כמוהו שפטור מעיקר הדין מלהשתתף במיסי הקהילה יכול להיפטר בטענת "סייעתא דשמיא" אם שכחוהו או פטרוהו גבאי המלך,[90] ואי אפשר ללמוד מפרדכת לאדם אחר שחייב במסים מעיקר הדין. אולם אם הפרדכת פטור מעיקר הדין מדוע "פרדכת מסייע מתא"? ולמה ישתנה הדין בין "אנדיסקי" לבין מקרה "דאצילתיה מתא"? על מנת לפתור קושיות אלו לפי ההנחה שפרדכת פטור מעיקר הדין, חייבים אנו לבאר את מציאות הגמרא ביתר בירור.

ראינו למעלה והוכחנו בסוגיית הגמרא[91], שמדובר במסים שהמלך מטיל על הציבור באופן שמצד אחד, יש אחריות וערבות הדדית על כל בני הקהילה בפרעון המסים שהקציב המלך, ומצד שני, המלך מתערב בחלוקת נטל המס בין היחידים בקהילה.

---

88. רב האי גאון הובא בנמוק"י בבא בתרא נ"ה ב', רמב"ן בבא בתרא ח ב' ע"פ ירושלמי בבא קמא פרק ג.

89. דרישה לטור חו"מ סי' קס"ג ס"ק י"ד. במהרי"ק שורש קכ"ד הדגיש שפרדכת איננו דווקא מי שאין לו ממון, אלא מי שאינו עושה רווח בעיר. לדעתו מי שאינו עושה רווח בעיר פטור מעיקר הדין, ולכן אין בפיטורו הכבדה על שאר בני העיר. במקרה של המהרי"ק נשאל על מי שלא גרה בעיר אלא היה לה פיקדון מופקד אצל תושב העיר. גם מי שאינו נושא ונותן בעיר אבל גר בקבע בעיר חייב להשתתף במסים כמו שמובא הברייתא בגמרא בבא בתרא ח' א' "ב חודש לפסי העיר".

90. שו"ת בית דינו של שלמה סי' ל"ד, ראה רמ"א וסמ"ע וט"ז חו"מ סי' קס"ג.

91. ע"פ תרומת הדשן סי' שמ"ב בחלוקה השנייה.

התערבות זה יכולה להתבטא, למשל, או על ידי פטור שהמלך מוציא לאנשים אחדים, או על ידי הנחיות כלליות לקהילה על אופן חישוב וגביית המס, או באמצעות גבייה ישירה של גבאי המלך מכל אחד ואחד לפי אומד דעתם. עשוי להיווצר מכך מצב שדעת המלך בעניין נטל המס של הפרדכת אינו תואם את דעת בני הקהילה, שמבקשים ממנו יותר. הגמרא בפרדכת ואנדיסקי דנה במקרה כזה של תביעת הקהילה נגד הפרדכת לשלם יותר ממה שהמלך חייבו. אולם כאן יש להקשות—אם הפרדכת פטור מעיקר הדין מלהשתתף במסים, על בסיס מה תובעת אותו הקהילה בכלל, ובפרט שתובעת ממנו יותר ממה שהמלך תבע?

על כן, נדחקים אנו לפרש שעל עצם ההצלה שהצילוהו בני העיר מגביית המלך שלא כדין תובעים אותו הקהילה לפצות אותם על כך. אולם עדיין קשה, מדוע יש לחייבו לשלם כשהצילוהו בני העיר? ממה נפשך, אם אכן לא הטיל המלך את מה שתבע מן הפרדכת על שאר הקהילה אזי אין כל סברא שיתחייב הפרדכת לשלם להם, כיוון שגם מעיקר הדין הוא פטור וגם בפועל המלך פטרו. ואף אם המלך אכן הכביד עליהם והטיל מה שתבע מן הפרדכת על שאר הקהילה, עדיין פטור הפרדכת כי הם רק פרעו את חובם של חבירו[92] שפטור כדין מבריח ארי מנכסי חבירו מדעתו.[93] ואף שהרמב"ם פוסק[94] ע"פ הירושלמי שמי שאנסוהו לפרוע חובת מס של חבירו שחבירו חייב לשלם לו, היינו בחובת מס שחבירו באמת היה חייב לשלם.[95] אך, אם הפרדכת פטור מעיקר הדין, מדוע יצטרך לשלם לקהילה כשפרעו עבורו חוב שלא חל עליו מן הדין?

אפשר ללמוד חיוב לפצות את בני העיר שהצילוהו מברייתא המובאת בגמרא: "שיירא שהיתה מהלכת במדבר ועמד גייס [עליה] וטרפה, ועמד אחד מהן והציל - הציל לאמצע."[96] הגמרא, שמעמידה את הדין בשותפים, פוסקת ששותף שמצליח להציל מן הגייס חייב להתחלק עם שאר השותפים (גם אם הציל את חלקו בלבד). כמו כן שנינו בתוספתא: "השותפין שמחלו להם מוכסין - מה שמחלו מחלו לאמצע."[97] רבינו שמחה[98] הוכיח מכאן שכאשר המלך פטר מישהו ממסים על ידי השתדלות שלו או של אחרים, ההטבה מגיעה לכלל בני הקהילה, משום ששותף

92. נדרים ל"ג א': "הניח מעותיו על קרן הצבי".
93. בבא קמא נ"ח א.
94. הלכות חובל ומזיק פרק ח הלכה ו, ועיין בפרק שותפים מדין מבריח ארי ופורע חובו של חבירו עמוד 120.
95. על עלילה, למשל, אין חיוב. ראה למשל הגהת הרמ"א חו"מ סי' קס"ג סעיף ו שביאר ע"פ ראשונים שלא נשתתפו כלל לעניין עלילות ומקורו בדברי ר"ת בעניין ההוא כלילא, וכן מפורש במהר"ח אור זרוע סי' פ וסי' ר"ו שלעניין עלילות אין שותפות וראה גם מגיד משנה בהלכות חובל ומזיק שם.
96. בבא קמא קט"ז ב'.
97. תוספתא בבא מציעא פרק ח הלכה כ"ה.
98. מובא באור זרוע, פסקי בבא קמא דף קט"ו, ובמרדכי, בבא קמא סי' קע"ז.

אינו חולק שלא לדעת חבירו. ניתן לפי דבריו לפרש שכאשר נציגי הקהילה הצילו את הפרדכת, כלומר השיגו בעדו פטור מהמלך, הפרדכת חייב לתת "לאמצע" את חלקו שהצילו לו, ואינו יכול לשמור את מה שניצל לעצמו בלבד. לעומת זאת אנדיסקי, כלומר פטור שנתן המלך בלי שום השתדלות מהפרדכת או מנציגי הקהילה, "סייעתא דשמיא היא"—אינו חולק לאמצע עם בני הקהילה משום שאין כאן טרחה שלו או שלהם שפירותיה אמורים להתחלק במשותף.

כל זה מבוסס על ההנחה שהפרדכת אכן שותף עם שאר הקהילה, בדומה לדין שיירה שהיתה מהלכת במדבר ודין שותפין שמחלו להם מוכסין, ואינו חולק שלא מדעת חביריו. אך לפי הגישה שפרדכת פטור מעיקר הדין, למעשה אינו שותף עם הקהילה ואין בסיס לחייבו להשתתף בהוצאות מס של אנשים שאינם שותפיו! גם אם הם הצילוהו מתביעת מס, בלי שותפות חזרנו לדין פורע חובו של חבירו, שחבירו פטור עליו.[99]

משום כך צריך לבאר גישה זו באופן הבא: הפרדכת הוא תושב העיר, וכתושב הוא שותף מלא בכל חובות הקהילה, אלא שאינו מרוויח מעסק שעליו אפשר לחייבו במיסים מעיקר הדין. אם כך, כאשר המלך תובע אותו לשלם מסים, למרות שאין לו עסק, הוא נעשה בעל כרחו שותף מלא עם שאר אנשי הקהילה גם במסים. כל פטור שינתן לו אחרי זה שייך לכל השותפים. הוא אינו יכול לטעון שלא היה שותף מלכתחילה. העובדה שעל פי תקנות הקהילה הסתכם שיעור המס שלו באפס לא הוציא אותו מעצם השותפות. בכל רגע ורגע הוא עומד מוכן לכך שכאשר היקף נכסיו ישתנו, הוא יכנס לעול המס כאחד מבני הקהילה ויתחייב לתת את חלקו עמהם. עם זאת, אם המלך שכחו או פטרו מדעת עצמו נשאר הפרדכת על עיקר דינו כמי שאינו חייב במס, ואין לקהילה עילה לתובעו להשתתף בעול המס שלהם, וזהו דין אנדיסקי. אולם עדיין צריך עיון מהו ה"סייעתא דשמיא" באנדיסקי בכך ששכחוהו גבאי המלך אם ממילא איננו חייב מעיקר הדין? ייתכן לפרש שבגלל שגבאי המלך התערבו בחלוקת המס, היה סיכון שיתבעו אותו יחד עם שאר פורעי המס, ואז הוא היה חייב במסים אפילו אם בסוף הצליחו להציל אותו,[100] "סייעתא דשמיא" היא שלא תבעו אותו בכלל ונשאר פטור. כאמור לעיל, ביארנו את פשט הגמרא דפרדכת לאור שיטתו של רבינו שמחה בדין פטורי מסים. אולם עצם ההנחה שפרדכת פטור ממסים מעיקר הדין, ולכן זוכה לדין מיוחד של "אנדיסקי סייעתא

---

99. רבינו שמחה הדגיש ש"**אחרי שהם שותפים** הבא להציל לעצמו הציל לאמצע ...והכא אפילו אמר [לעצמו אני מציל] לא פלג דכל זמן שהם בעיר שותפות לעולם קיימת". מסתבר שכל דין החיוב בפורע חוב מס של חבירו בנוי על היותם שותפים מדין "בר מתא אבר מתא מיעבט" (בבא קמא קי"ג ב'). ראה פרק שותפים מדין מבריח ארי ופורע חובו של חבירו עמוד 120. וראה מגיד משנה, הלכות חובל ומזיק פרק ח הלכה ו.

100. בדרישה לטור חו"מ סי' קס"ג ס"ק י"ד הקשה "ואף דגם זולתו [של הפרדכת] היו גובין מן הקהל חוק הקצוב עליהן מדי שנה בשנה, אפילו הכי כיון שדרך גבייתו הוא מכל איש ואיש בפני עצמו חייב ליתן כל חלקו." אם כן, כשפטרוהו המלך יוצא שזכה לסעייתא דשמיא בכך שלא גבו ממנו.

דשמיא היא", סותר לכאורה דין מס בסיסי בגמרא—"י"ב חודש לפסי העיר"[101] דין זה מלמדנו שמי שדר בעיר במשך תקופה כזו מתחייב במיסי העיר, ללא קשר להכנסתו או לעיסוקו, ואם כך מדוע פרדכת שהוא תושב העיר, ייפטר מתשלום מסים עם הקהילה?[102] הקושיא מתעצמת אחרי שנאלצנו לפרש שהפרדכת הוא בעצם שותף עם בני העיר ומשתתף בכל החובות וההוצאות האחרות של הקהילה, שאם לא כן היה רבינו שמחה מחייבו במקום "דאצילוהו מתא." ניתן לחלק[103] בין מסים שמיועדים לצרכי שמירה וניהול העיר, (פסי העיר) שבמסים אלו מתחייב כל תושב מעצם היותו בעיר, לבין מסים שנועדו למלכות. מסים אלו אמורים לחול על מי ש"עושה עין", כלומר שפעילות עסקית שלו משמעותית בעיני המלך ומהווה סיבה להכבדת עול המס על הקהילה. אולם ה"נמוקי יוסף" נקט גישה אחרת ביישוב קושיה זו. לדעתו יש לחלק בין מס קבוע, שממנו פטור הפרדכת ע"פ דין, לבין מסים שמתרבים לפי מאוויי המלכות, שעשויים לגדול בגלל נוכחות הפרדכת.

לסכם, ראינו שתי גישות בהבנת פשט מימרא דרב אשי בענין פרדכת ואנדיסקי.

גישה אחת: פרדכת, כמו כל תושב אחר של העיר, חייב להשתתף במסים שנגבים מבני עירו, בין אם יש ערבות ואחריות משותפת וישירה של כל אחד ואחד על מסי העיר ובין שיש רק אחריות מעשית ועקיפה על ידי גבייה מכל אחד ואחד בנפרד של מס הקצוב על הכלל. רמת ההשתתפות של כל אדם נקבעת על ידי תהליך הגבייה—וכפועל יוצא מזה יש מקום ל"סייעתא דשמיא" בקביעת סכום המס.

גישה שניה: פרדכת, בניגוד לכל תושב אחר של העיר, פטור מעיקר הדין מלהשתתף במסים שנגבים מבני עירו אלא שבדיעבד, אם גבאי המלך ולא גבאי הקהילה גובים את המס מכל אחד ואחד, כל מה שיגבה ממנו גבאי המלך דינא דמלכותא דינא. בזה יש מקום ל"סייעתא דשמיא" אחרי שהוא תלוי ברצון גבאי המלך.

ג. נפקא מינא בין אם פרדכת פטור או חייב

אם פרדכת חייב מעיקר הדין ובכל זאת אם לא הצילוהו בני העיר או שנפטר לפני שעשו פשרה (לפי שתי השיטות העיקריות שהוזכרו למעלה), הרי שניתן לומר שגם מי שרשויות המס שכחוהו יש בכך סייעתא דשמיא והוא פטור ממסים, אך אם פרדכת פטור מעיקר הדין, אזי אי אפשר ללמוד ממנו לגבי מי שבעצם חייב, ולכן אם לא תבעו מסים ממי שחייב אין הוא יכול לטעון טענה של סייעתא דשמיא.

---

101. בבא בתרא ז' ב' משנה: "כמה יהא בעיר ויהא כאנשי העיר—י"ב חדש." הגמרא שם ח' א' מביא ברייתא: "שלשים יום לתמחוי שלשה חדשים לקופה ששה לכסות תשעה לקבורה שנים עשר לפסי העיר."

102. הנימוקי יוסף מרמז לקושי זה בפירושו לסוגיית פרדכת שם נ"ה א: "אמר המחבר נראה לי דהא דאמרינן י"ב לפסי העיר וכדפירשנו דהוא הדין למסים ותשחורות" .

103. וכך נראה גם משו"ת מהר"ם אלשיך סי' ס"ה.

ד. פטור מאת הקהילה/המדינה: היקף ההיתר של "אנדיסקי סייעתא דשמיא"

ברור שהחידוש של "אנדיסקי סייעתא דשמיא" על פי הגישה שפרדכת חייב מן הדין אינו מתיר הברחת מסים בטענה שאם אדם הצליח להתחמק בפועל מגובי המס, כנראה "סייעתא דשמיא הוא."[104] לכאורה יש בכך עבירה או מצד גניבת דעת או אפילו מצד הפרת החוק שיש לו תוקף של תקנת קהל. יתר על כן, אם מבחינה משפטית חובת המס חלה כבר על האדם, יש עבירה של "לווה רשע ולא ישלם" ואיסור עשה של פריעת בעל חוב אם אינו מזדרז לפרוע את חובו[105]. אם כך, המקום ל"סייעתא דשמיא" הוא דווקא לפני שחלה על אדם, מבחינה משפטית, חובת המס וכשהוא אינו עושה עבירה כדי להתחמק מחלות המס עליו. אף שיש שיעבוד כללי עליו ועל נכסיו לפירעון חובות והוצאות, קיימות ועתידיות, של הציבור והוא גם שותפם בחלק בלתי מסוים, טרם נקבע חלקו וחובו, ולפיכך ניתן להשתמש באמצעים "כשרים" כדי לצמצם את חלקו האישי בנטל המס. אף שבהכרח על ידי זה ממילא הוכבד חלקם של אחרים, "סייעתא דשמיא" הוא.

דברים דומים מצאנו בדברי הרמב"ן בבואו להסביר את דברי הירושלמי בבא קמא פרק שלישי בעניין מי שהצליח להיפטר ממס על ידי שהצביע על חביריו, שאם עדיין לא חל המס מותר לו לעשות כך, אך אם כבר חל המס על הקהילה אינו רשאי לעשות כך, משום שהוא מציל עצמו בממון חברו. מדברים אלו משמע שמותר לעשות פעולות לפני שחל חובת המס כדי שלא יחול עליו, ודבר זה נחשב ל"סייעתא דשמיא". אולם האם כל השתדלות מותרת כדי להיפטר מראש מחובת מס, גם כאשר ברור שזה יפגע באחרים? אף שמדברי הרמב"ן משמע כך, נראה שקיימת מחלוקת ראשונים עוד לפניו בעניין זה.[106]

א. גבולות ההשתדלות

רבינו שמחה שלל כל השתדלות אישית של אדם לצמצם את חלקו במס, אפילו אם אינו בא על חשבון אחרים. לדעתו, כשותף עם הציבור, כל פירות ההשתדלות

---

104. ראה שו"ע חו"מ סי' שנ"ו סעיף א' ובביאור הגר"א שם. קושיית הגמרא בכמה מקומות "אטו ברשיעי עסקינן" מוכיחה שחז"ל לא התייחסו לרשעים כשקבעו הלכות ותקנות.
105. ראה כתובות פ"ו א' "אמר ליה רב כהנא לרב פפא", וראה בבא בתרא מ"ה א': "דאמר לא ניחא דליהוי לווה רשע ולא ישלם". בעניין איסורים אלו לא נראה לחלק בין חיוב ליחיד לחיוב לגוף ציבורי, שהרי מצוות "הן צדק" שהוא המקור לפריעת בע"ח שייכת גם מול ציבור, ולווה רשע נשאר רשע גם אם המלווה מייצג את כספם של הרבה אנשים אחרים.
106. רמב"ן בבא בתרא ח' א', וראה גם סנהדרין כ"ה ב' ששם הגמרא מספר שאביו של רב זירא היה מזהיר את האנשים מפני בואם של אנשי המס, ולכאורה עשה כן מאותה סיבה שכל עוד שלא חל חובת המס אפשר להיפטר ממנו אף אם מכביד על אחרים. אולם ראה רש"י שם שפירש בעניין אחר.

שייכים לשותפות, כלומר מתחלקים עם הציבור. כדי להמחיש זאת הוא מביא סיפור מדודו רב קלונימוס:[107]

> [ש]היה קרוב למלכות, וכשהיה המלך שואל מס מבני העיר היה מסייעם בפשרה הגונה, ואחר כן היה מבקש מן המלך לנכות שליש או רביע מה שהיה מגיע לחלקו [של רבי קלונימוס] ליתן כי היה אומר למלך: אני עובדך בהלוואות ובענינים הרבה... אע"פ שהמלך היה מתרצה לו לנכות מן המס לפי חלקו היה חוזר ונותן עם הקהל[נושא בנטל המס שלהם].

בהתחלה חשבו רבינו שמחה למדת חסידות,[108] אבל, אחרי שהוא בירר את הדין, הוא הבין שרב קלונימוס פעל כפי מידת הדין, כיוון שהוא שותף. גם לפי שיטתו לא תמיד ברור מה נחשב שהמלך עשה מעצמו ומה נחשב כהשתדלותו של פורע מס. למשל, היו שאלות לגבי מכתבי פטור (פורמן) שהנפיק המלך לאלו שממילא היו זכאים להם על ידי חוקי המלך. האחרונים דנו האם עצם הגשת בקשה לפקיד המלך לרשום מישהו כזכאי לפטור על לפי חוק נחשב "השתדלות".[109]

בניגוד לדעת רבינו שמחה, רבינו אביגדור מפיבר"ם הרחיק לכת והתיר לקהילה להתלונן למלך על חוסר צדק שבנטל המס שלהם גם אם בעקבות זאת המלך יחבר אותם לקהילה אחרת בתביעת המס שלו, ובזה הם מקילין על עצמם ומכבידים על אחרים.[110] מה שאסור לרבינו אביגדור הוא רק בדומה ל"אחווי", כלומר להצביע על מישהו אחר שאינו משלם כדי שהמלך יחייבו לשלם במקומו.[111] עצם ההשתדלות להקל על עצמו או להשתחרר מעול המסים בלי לגרום בצורה ישירה להטלת מס על אחרים אינו מפקיע את הנישום מגדר "סייעתא דשמיא" לדעת רבינו אביגדור.

מלשון הרשב"ם בפירושו על אנדיסקי "שכחוהו לזה או לא רצו לשאול לו כלום בשביל שהוא אדם בטל סבורין היו שאין לו ממון" לא ברור איך הצליח הפרדכת להתחמק מגבאי המלך. אפשר לדייק מהרישא "דאצילתיה מתא" דדוקא אם "הם הצילוהו והקלו במשאו כשאמרו עליו שאין לו ממון" אז הפרדכת אינו יכול להיפטר, אבל כל השתדלות מצידו או לפחות השתדלותו להתחמק עדיין בגדר "סייעתא

---

107. אור זרוע פסקי בבא קמא דף קט"ו.

108. מעניין שרבינו שמחה הכיר שקיים מדת חסידות בפרעון מסים, ויש ללמוד מכך למציאות של ימינו.

109. שו"ת בית דינו של שלמה שם סי' ל"ד. וראה דיון מסכם בעניין זה בשו"ת משפטי השם סימן א'.

110. מרדכי בבא בתרא סי' ק"פ: "אך אם אמרו לשלוחי המלך, מתחלה היינו מרובים ועכשיו מועטים ואין אנו יכולין לתת כמשפט הראשון, ושלוחי המלך אמרו לחברן [אם קהילה אחרת בתביעת המס] אז אין פשיעה."

111. מרדכי שם: "אבל עכשיו **שאמרו** להם לחברן אין לך אחווי גדול מזה, כי במה שיקל מעליהם יכביד על האחרים." המושג "אחווי" שהוסבר לעיל מקורו במסכת בבא קמא קי"ז א', כאשר אדם אחד שנתבע לשלם מס הראה לגובים את ממון חבירו ואמר להם לקחת ממנו. דברי זה מוגדר כנזק גרמי שמחייב תשלומין, שהרי אף אם השני היה חייב במס אסור לאחר להצביע על נכסיו כדי שהרשויות יגבו מהם.

דשמיא הוא". מכל מקום, אינו מוכרח כן מדברי הרשב"ם. גם בתשובת הרא"ש שראה טעות של הקהילה בהערכה כ"סייעתא דשמיא" לאלו שנהנו מן הטעות, לא ברור מה עשו הנתבעים כאשר יחידי הקהילה עשו את ההערכה שלהם וראו הנתבעים שטעו. האם ידעו ושתקו? האם נקטו איזה יוזמה כדי שהיחידים לא יראו את רכושם ויחשיבו אותם בין פורעי המס? האם ניתן להשליך ממציאות הגביה שהכירו הרשב"ם והרא"ש למציאות גביית המס שקיימת בזמנינו? נעסוק בשאלות אלו בהרחבה בהמשך דברינו.

ב. הכבדה

בניגוד לגישת רבינו שמחה בסוגיית פטורי מסים, המתמקד בהשתדלות האישית של הנישום ובדיני חלוקת שותפים, אחרים כמו המהר"ם התמקדו בההכבדה על אחרים שנובעת מפטורי מסים. לדעתו, ולדעת הנימוקי יוסף בשיטת ר' האי גאון,[112] ההבחנה בין לפני ה"פשרה", שהקהל עשה כדי לקבוע את חבות המס הקהילתי, ובין לאחר ה"פשרה" הרבה יותר חשובה מההבדל בין פטור שנתן המלך מעצמו לבין פטור שהתקבל על ידי השתדלות. אחר "הפשרה", כלומר קביעת סכום המס על כלל הקהילה, אמת המדה של כל פטור אישי ממס הוא האם ובאיזה שיעור ניכה המלך מסכום המס הכללי שהוא תובע מהקהילה. מה שהוא מנכה מחובם בגלל פטור שהוא נתן לאחד מהם[113] אין לקהילה לתבוע ממי שנפטר, אך אם אינו מנכה מחובם הכללי ומכביד על אחרים, זה נחשב "חמסנותא דמלכותא", ואין הפטור האישי של המלך מועיל נגד תביעת הקהילה. הדין זהה גם כאשר סכום המס קצוב משנה לשנה וגם כאשר אינו קצוב אך הקהל כבר התפשר עם המלך על הסכום לאותה שנה. אולם כאשר הפטור ניתן לפני הפשרה עם המלך על סכום מס שאינו קצוב, ואז אי אפשר לדעת אם אכן המלך ניכה או לא ניכה בדעתו מן המס הכללי כשהתפשר עם הקהילה לאחר מכן, מחדש מהר"ם שמן הסתם המלך לא ניכה, ולכן הכביד על כל האחרים בקהילה על ידי הפטור שהעניק לאחד מהם. הכבדה כזאת אסורה ונחשבת כמציל עצמו בממון חבירו וכשותף חולק שלא לדעת חבירו.[114] מדברי רבינו שמחה, אף שהוא מדבר במקרה שאין הכבדה, נראה שהוא מסכים לדעתו של מהר"ם בענין ההכבדה.[115]

---

112. ראה נמוקי יוסף, בבא בתרא נ"ה א'.

113. במיוחד, שזה נקרא חוב "בשביל פלוני".

114. גם לפי רבינו אביגדור שחולק על דעת מהר"ם, ראה מרדכי פרק הגוזל ומאכיל סי' קע"ט אולם גם רבי אביגדור מסכים שאם ההכבדה באה על ידי השתדלותו של מי שנפטר ממס הרי זה "עבירה." מרדכי בבא קמא סי' ק"פ.

115. דברי רבינו שמחה הובאו באו"ז בבא קמא קט"ז ב, ושם הוא רומז לדעתו בעניין הכבדה "אבל אחד מן הציבור שרצה לפרוש מן הציבור להתפשר בפני עצמו לאו כל כמיניה בלא דעת חבירו...**ועוד אי איית לן למיזל בתר אומדנא כל מה שמקיל לזה מכביד על אחרים"** ראה דיוק דומה בשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' פ.

רבינו אביגדור חולק על מהר"ם ומתיר הכבדה בתנאים מסוימים. שיטתו בנויה על יסוד דין פרדכת ואנדיסקי והבנתו שפרדכת שנקטה הגמרא לאו דוקא הוא,[116] וכל אדם אחר שחייב במסים מעיקר הדין יכול לזכות לסייעתא דשמיא אם פטרו המלך. גם הרשב"ם, שפירושו בסוגיית פרדכת נתקבל כמעט על ידי כולם, הסביר במפורש שאנדיסקי סייעתא דשמיא הוא "אף על פי שהכביד עליהם המס."[117] על פי פשטות דברי הרשב"ם דין פרדכת אינו מוגבל דווקא לפרדכת בעצמו, שהרי הוא חייב מעיקר הדין להשתתף במסים ולכן דינו אינו שונה מדין כל אדם אחר,[118] והגמרא ציינה את פרדכת כדוגמא בלבד[119]. מכל מקום, אחרים[120] רצו ללמוד שגם לפי הרשב"ם, פרדכת דוקא הוא.

---

116. "ונראה דאף בעשיר הנושא ונותן בעיר ומרוויח בעיר דינו כן" מרדכי בבא קמא שם.

117. רשב"ם בבא בתרא נ"ה.

118. בד"ה מסייע מתא כתב "הוא חייב בעול הקהל ואע"פ שאינו עושה ריווח בעיר." כמו כן בד"ה כגון כתב "והיו שואלין לזה יותר מדאי והם הפצוהו ופטרוהו", שמשמע שיש לו חיוב מס בסיסי אלא שביקשו גבאי המלך לקחת יותר מזה. ושוב בד"ה אבל אנדיסקי כתב "אע"פ שהכביד עליהם המס כדי שהיה לזה ליתן", ומשמע שיש סכום מסויים שהיה אמור לתת אילולא שפטרוהו. כך גם הבין הרב פרח מטה אהרן שהרשב"ם ורבינו אביגדור שווים שגם במקום שיש הכבדה יש לומר סייעתא דשמיא. שו"ת פרח מטה אהרן חלק א' סי' נ"ה.

119. לדעת רבינו אביגדור כאשר אחד מכביד על אחרים ומוריד מחלקו המגיע לו, גם אם אינו פרדכת נחשב הדבר ל"סייעתא דשמיא" ופטור.

120. מהר"ם מרוטנברג מביא את דברי הרשב"ם וכנראה לא ראה סתירה בין שיטתו לפירוש הרשב"ם. בשו"ת בית דינו של שלמה סי' ל"ד רצה ללמוד שלדעת רשב"ם פרדכת הוא דווקא אדם בטל ולא כל אדם. בשו"ת מהר"ח אור זרוע סי' פ כתב: "לשון 'שכחוהו' שכתב [הרשב"ם] נראה דוקא בזה שהוא בטל מהני שכחתן. כי כיון שהוא אדם בטל ממלאכה ומתלמוד ומדרך ארץ ואינו עוסק בישובו של עולם, נראה דסתם דעת המלך דדינא דמלכותא אין עליו אם לא ששאלוהו בפירוש. אבל אדם אחר שעוסק בישובו של עולם ונושא ונותן, דינא דמלכותא ודעת המלך שיתן." לדעתו של מהר"ח אור זרוע, דעת המלך הוא זה שקובע אם הוא חייב מעיקר הדין וזה הסיבה ש"אנדיסקי סייעתא דשמיא הוא", כלומר עצם היותו פרדכת גרם לו להיות פטור בסייעתא דשמיא, וכמו שמסיים: "וכן משמע שאם הקילו האנדיסקי על אדם שאינו פרדכתא לא יועיל ועל כן דעת המלך כדעתם שאל"כ מה יועילו בפרדכתא ומה סייעתא דשמיא יש כאן."
דעתו של מהר"ח אור זרוע משלב דינא דמלכותא דינא עם דין בני העיר ושותפות. לדעתו השותפות אינו בנוי על תביעת המלך מבני העיר כקבוצה בכללות עם אחריות הדדית למס קצוב, אלא עצם הסכמה של כל בני המדינה לקבל עליהם חוקי המלך הוא זה שמייצר שותפות ביניהם. "איני יודע פירושו מה הוא פי' שותפות [שהזכיר רבינו שמחה במסים] אלא אם כן כשהמלך שאל מס תנו לי כך וכך הרי כבר כל אחד נתחייב ליתן מליטרא שלו כך וכך.... כי רשב"ם זצ"ל פירש פרק חזקת הבתים (נ"ד ב' ד"ה והאמר שמואל) וז"ל דינא דמלכותא דינא- כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי מלכים שרגילים להנהיג במלכותם דינא הוא שכל בני המלכות מקבלים עליהם מרצונם חוקי המלך ומשפטיו, הלכך דין גמור הוא עכ"ל... ומעתה איני סבור לחלק בין הדרים בעיר אחת לדרים בעיר אחרת. כיון ששאילת המלך את המס גורמת השותפות ." ראה גם דברים דומים שכתב בסי' ר"ו. לדעתו מי שאינו פרדכת וחייב לשלם מדינא דמלכותא, אין לומר עליו סייעתא דשמיא ששכחוהו.

השלטי גבורים ואחרים[121] ניסו לגשר בין שיטת מהר"ם לשיטת רבינו אביגדור ולומר שיש הבדל בין שותפות "בעל כרחם" שקובע המלך בדעתו מס קצוב והוא בעצמו תובע מכל אחד ואחד עד שיעלה המס לסכום הקצוב, ובין שותפות "מדעתם" כלומר שהמלך תבע מהקהילה כולה סכום קצוב והם עצמם החליטו לפרוע את המסים בשותפות ולגבות בעצמם את המסים מכל שותף ושותף. לפי זה, בשותפות בעל כרחם יסכים מהר"ם לרבינו אביגדור שיש סייעתא דשמיא בתהליך תביעת וגביית המלך—מי ישלמו וכמה, ובשותפות מדעתם יסכים רבינו אביגדור למהר"ם שהכבדה אסור ושותף אינו חולק שלא לדעת חבירו.

סיכום שיטות

דעת רבינו שמחה – אם השתדל בצורה אישית לפטור את עצמו, אינו מועיל לו להיפטר מתשלום מס, וזהו המובן ב"פרדכת מסייע מתא". אולם אם המלך פטר אותו ללא התערבותו, הדבר נחשב כ"סייעתא דשמיא" והוא פטור מלשלם את חלקו עם שאר הציבור.

דעת מהר"ם רוטנברג – אם השתדל והשיג פטור לפני הפשרה, באופן שהמלך מכביד על אחרים, צריך לתת את חלקו עם הקהל משום שאם לא כן נחשב "שותף שחולק שלא לדעת חבירו". אולם אם הפטור הושג אחרי הפשרה, תלוי אם הפטור גרם להכבדה על שאר בני הקהילה.

דעת רב אביגדור – כעיקרון אינו מקבל את הטענה שאסור להכביד על אחרים, אלא אם כן הוא בגדר "אחוי" שאז אסור להצביע על אחרים כדי לפטור את עצמו ממס. ייתכן שהוא מודה לדעת המהר"ם רוטנברג לעניין שותפות שנעשתה מדעת הקהילה.

מתרומת הדשן סי' שמ"ב נראה שגם הוא סובר כמו מהר"ח אור זרוע בפירושו של הרשב"ם לפרדכת ואנדיסקי. אחרי שבסי' שמ"א פסק כדעה השנית בהמהר"ם, שכנראה סותר דברי הרשב"ם שיש לומר סייעתא דשמיא אפילו כשיש הכבדה על אחרים, הביא פירושו של הרשב"ם בפרדכת ודקדק באיזה מצב חל דין פרדכת ובאיזה מצב לא. שיטתו היא שפרדכת פטור מעיקר הדין, כלומר מדינא דמלכותא ודעת המלך, ולכן פרדכת דוקא הוא: "נראה דנהי דחייב לשאת עמהם אינו חייב כשאר בני העיר כדכתב לעיל הא"ז בשם פירוש ריב"ם. ולא תימא דווקא התם דמדינא לא יתחייב אלא משום דאצילתא בני מתא ולכך מקילינין לגביה, אבל בנ"ד דמחייב מדינא לפי מנהגא דמלכא לא מקילינן לגביה, דנ"ל דהתם נמי **הטעם הוא משום דבטל הוא אין דעת השלטון כלל שיתן כמו האחרים**. וכה"ג כתב מהר"ם בתשובה בפ"ק דבבא מציעא וז"ל: דאם כל בני העיר עניים ואין להם מו"מ אלא קרקעות, דאין השר תובע מהן כלום ע"כ. הא קמן דעיקר תביעת השר מן המו"מ הוא."

121. שלטי הגבורים בבא בתרא ריש פרק השותפין.

ג. סתירה בפסיקת הרמ"א

מצד אחד פסק הרמ"א כדעת השו"ע[122]: "אדם בטל ואין לו שום משא ומתן בעיר... אם [המלך] מעצמו פטרו, אף על פי שהטיל חלקו על שאר בני העיר, פטור", והוסיף הרמ"א: "וכל זה שפטרוהו קודם שקבעו המס אבל אם קבעו המס על בני העיר ואחר כך פטרו אדם בטל חייב ליתן חלקו." מדברי הרמ"א משמע שפרדכת **חייב** להשתתף בפרעון מסים מעיקר הדין, ולכן פרדכת לאו דוקא הוא, אלא כל אדם שפטרו המלך זכה ל"סייעתא דשמיא" גם אם מכביד בכך על אחרים.

זוהי למעשה שיטת הרשב"ם ורבינו אביגדור, אלא שרמ"א משלב גם את גישת הנימוקי יוסף בדעת רב האי גאון שאחרי שקבעו את המס, כלומר אחרי הפשרה, כבר נעשו הציבור שותפים וערבים לפרעון הפשרה, ואין להתייחס לפטור כ"סייעתא דשמיא" אלא כהכבדה אסורה שאין לה תוקף. אולם הרמ"א המשיך וכתב: "מי שמחל לו השר חלקו במסים, אם בא על ידי בקשתו צריך ליתן לקהל חלקו, ואם פטרו מעצמו, הרי הוא שלו לבד." כעת צריכים אנו להבין מה בין דין זה לדינו של אדם בטל שזכר לפני זה, ששם הוא תלה את הדין בלפני הפשרה או לאחר הפשרה?

ונראה לבאר שמלשונו "שמחל לו השר חלקו" שמדובר במחילה אחרי הפשרה, ועדיין אומרים ש"סייעתא דשמיא" הוא, בניגוד למה שפסק באדם בטל שאיננו אומרים "סייעתא דשמיא" אחרי הפשרה. אולם אם הפרדכת חייב מעיקר הדין, כפי שלמדנו בדבריו, מה הסיבה לחלק בין פרדכת לבין כל אדם אחר, וכל שכן להחמיר עליו?

הסמ"ע[123] הרגיש בקושי זה והסביר שכוונת "מי שמחל לו השר חלקו" הוא שהמלך אכן ניכה את חלקו מן המס שקבע על הקהל ולא היתה הכבדה—כלומר, הוא נוקט כדינו של רבינו שמחה בנוגע לשאלה למי מגיע הנאת הפטור. דעת הרמ"א, לפי הסמ"ע, בפטור שנתן המלך לאדם שאינו פרדכת לפני הפשרה, הוא כדעת היש אומרים:

> ויש אומרים שקודם שנתפשרו עם השר אין כח ביד השר לפטור אחד מהם או להקל על אחד ולהכביד על אחרים או להפרידן זה מזה, אבל אם כבר נתפשרו עם השר ומחל חלקו, אפילו על ידי בקשתו, הוא שלו ואין צריך ליתן להקהל.

לפי הסמ"ע, בפטור שניתן לפני הפשרה: פרדכת פטור וכל אדם אחר חייב, ובפטור שניתן אחרי הפשרה: פרדכת חייב וכל אדם אחר פטור אם אכן ניכה המלך את חלקו מהקהל. ההסבר לכך הוא שמבחינת המלך אין לפרדכת ממון והוא אינו עולה בחשבון בקביעת סכום המס. לכן, כשהמלך פטר את הפרדכת לפני הפשרה, מן הסתם אינו מכביד על שאר בני הקהילה, מה שאין כן בכל אדם אחר, שמן הסתם המלך מכביד על אחרים את מה שמקל עליו. לעומת זאת לאחר הפשרה הדין הפוך,

---

122. שו"ע חו"מ הלכות שותפין, סי' קס"ג סעיף ו.
123. שם ס"ק ל"ז

מאותו טעם עצמו: כשהמלך פטר את הפרדכת, מן הסתם לא ניכה את חלקו מן המס שקבע על הקהל, כיון שלדעת המלך חלקו של הפרדכת אינו מסתכם לכלום. אולם מאחר שהפרדכת באמת חייב מעיקר הדין להשתתף בפרעון מס הקהל אחרי שהוטל על הקהילה, הוא נשאר חייב למרות שפטרו המלך. בניגוד לפרדכת, בכל אדם אחר מן הסתם ניכה המלך ממס הקהל את מה שמחל לאחד מהם, וכיון שאין הכבדה בניכוי חלקו של זה, זכה לעצמו בפטור גם אם הוא בא על ידי בקשתו. בסיכום, דעת הסמ"ע בשיטת הרמ"א הוא שאיננו אומרים "סייעתא דשמיא" בשום מקרה שיש בו הכבדה על אחרים.

הט"ז שם חולק על פירושו של הסמ"ע בשיטת הרמ"א ואינו מקבל את הסברו להבדל בין דינו של פרדכת לדינו של כל אדם אחר. לדעתו, וכך גם הבין בדעת הרמ"א, מי שנפטר ממס לפני הפשרה, בין פרדכת בין כל אדם אחר פטור, ואף אם יש חשש של הכבדה, "סייעתא דשמיא" היא. לאחר הפשרה, לעומת זאת, אין זכות למלך להתערב ולהכביד על אחד ולהקל על אחר, משום שאחר הפשרה נחשבים כולם לשותפים שאסור להם לחלוק שלא מדעת חברם, ואם כך לא תועיל התערבות המלך להציל את הפרדכת או אדם אחר מחובתו לשאת בעול הקהילה, אלא אם ניכה המלך בפירוש את חלקו של זה מן הסך הכולל. בסיכום, דעת הט"ז בשיטת הרמ"א הוא כפירוש הראשון של מהר"ם שאומרים "סייעתא דשמיא" אם המלך הקל על אחד והכביד על אחרים אבל דווקא לפני הפשרה.

סיכום

האחרונים נחלקו בדעת הרמ"א בעניין פטור של פרדכת. לכאורה הרמ"א פוסק שהדין תלוי בלפני ואחרי הפשרה, אולם במקום אחר נראה שהוא מחלק בין מי שמשתדל בעצמו לבין אם הושג הפטור ללא השתדלות. לדעת הסמ"ע, אם מדובר לפני הפשרה פרדכת פטור ואחרים חייבים, מאחר שכנראה פרדכת אינו מכביד על שאר הקהילה בעול המס, אולם אחר הפשרה הפרדכת חייב מאחר שהמלך לא ניכה חלקו, ושאר בני אדם פטורים. לעומת זאת הט"ז נוקט שתמיד ובכל מצב מי שנפטר לפני הפשרה נחשב כסייעתא דשמיא, ואילו אחרי הפשרה חייב לתת את חלקו אלא אם המלך ניכה את חלקו מהסך הכולל שדרש מהקהילה.

ד. ניתוח והגדרת מציאות מערכת המסים של זמננו ותחולתו של דין "אנדיסקי סייעתא דשמיא"

אפילו אם נקבל כהנחה בסיסית שכל מדינת ישראל דינה כקהילה ו"בני העיר", עדיין שונה מציאות זמנינו מן המציאות עליה מדובר בתלמוד, בראשונים ובדברי הפוסקים. קודם כל, ב"ה היום אין מושג של מסים חיצוניים שהמלכות או השר מטילים על הקהילה, שבעבר היוו מיסים אלו הפסד נטו לקהילה משום שהגיעו אל כיסו הפרטי של המלך כמעט ללא תמורה לקהילה. לעומת זאת, כל המסים היום הולכים לכיס הציבורי על מנת לשלם הוצאות וחובות פנימיים של המדינה, כלומר

כדי לממן את התקציב הציבורי. מציאות המסים שלנו דומה יותר לדין חובות הקהל שלא היו בכלל שאלת פרדכת ואנדיסקי, כמו שפסק השו"ע על פי הרשב"א "מי שפטרו המלך מכל מסים וארנוניות, אף על פי כן חייבים לפרוע במה שהוציאו הצבור בצרכי הצבור ובשמירתן."[124] הסיבה לכך היא ששותף אינו חולק שלא לדעת חבירו ובפרט אם הוא מכביד על שאר השותפים, ולמלך אין סמכות להתערב בחלוקת השותפות ולכן אין לטעון כאן "סייעתא דשמיא".

עוד הבדל משמעותי הוא בקיום תביעה על כל מס ומס. רוב מסי זמנינו משולמים ללא תביעה, אלא מיוזמתם ומרצונם של עסקים ומעסיקים שגובים, מנכים, מדווחים ומשלמים בהתאם לחוקי המסים. אולם בעבר, "יחידי"[125] הקהילה היו תובעים כל אחד מ"פורעי המס" וגובים מהם על פי הערכה. גם קביעת חבות המס הייתה על ידי הערכה של יחידי הקהילה ששמו את ערכו של כל פורע מס על פי הוראות תקנתם.[126] מבחינת אנשי הקהילה, "שב ועל תעשה" היתה גישה נכונה ומוצדקת כיון שאחריות הגבייה היתה על יחידי הקהילה ולא עליהם. בנסיבות אלו, קל יותר לראות סייעתא דשמיא במי שלא תבעו ממנו את כל המס שמגיע להם על פי הדין, לעומת העידן שלנו שקשה לומר על מי שלא נתפס כשהוא משתמט מחובתו החוקית לדווח בעצמו על פעילותו העסקית שיש בכך "סייעתא דשמיא".

למרות זאת, באופן מסויים דומים מסים של זמנינו לגבייה ישירה של כרגא וטסקא שהמלך גבה אישית מכל אחד ואחד. אין ערבות משפטית מאחד על השני לעניין תשלום המסים, ואין סכום מס קצוב שיגרום שמה שיחסר אחד ישולם מיידית על ידי יתר הציבור. משום כך הדבר דומה ל "לפני הפשרה", וראינו שלדעת הט"ז בביאור הרמ"א מותר בנסיבות אלו הכבדה שאינה ישירה ואינה וודאית כאשר היא באה באמצעים חוקיים כגון פוור מהמלך ואינה באה מהשתדלות אישית.

לעיל גם ראינו שבגבייה ישירה ואישית כזאת, כל גריעה מחיוב המס של נישום נחשבת הצלה גמורה, ואין בעיה אם כתוצאה מכך, נטל המס מכביד על אחרים יותר.

לאור זאת, ניתן לראות את המציאות היום כחופפת למציאות עליה דיבר הרשב"ם בפירושו לדין פרדכת ואנדיסקי: המלך גובה ישירות מכל אחד ואחד בנפרד לפי אומד דעתו עד שיעלה המס לסכום קצוב. כמו כן, המדינה גובה מסים ישירות מכל אחד ואחד על פי מנהגים וחוקים שלה עד שיעלה המס לסכום הדרוש לממן ולאזן את התקציב. אמנם התערבות המדינה ביישום וגביית המס כדי לאזן תקציבים וגרעונות מורכבת, וכוללת גם צמצום תקציבים עתידיים ולקיחת הלואות על ידי הנפקת אג"חים, אבל בסופו של דבר מחזור הכסף הוא מעגל סגור, וכל שקל של

124. שו"ע חו"מ סי' קע"ח סעיף ב

125. גבאים הממונים לגבות מס מן הציבור.

126. היו גם מקומות שהיה נהוג בהם לבקש "הודאה" עצמית של פורעי המס ולהשביע אותם על אמיתת תוכנו. גם במקרים אלו היוזמה לפרוע באה מצד הקהילה ולא מצד הנישומים עצמם.

מסים שלא נפרע יובא בחשבון במקום אחר על תקציב אחר או על אנשים אחרים, כלומר שקיימת הכבדה אך היא לא ישירה.

לפי זה יש מקום להעתיק מדין פרדכת למציאות המיסוי של זמנינו ולהחיל גדרי "סייעתא דשמיא" על סוגי השתמטות מסויימים, לפחות לדעת הט"ז שאפשר לומר "סייעתא דשמיא" לדעתו גם כאשר יש הכבדה אם עדיין לא נוצרה חובת מס כגון תביעה או שומה.

במסים הנגבים בעיקר על ידי יוזמתם של פורעי המס שהחוק מטיל עליהם חיוב לדווח והעדר דיווח נחשב עבירה של השתמטות, אין לראות באי-דיווח "סייעתא דשמיא" ואין להביא מהמקורות בפרדכת וגם לא על פי סברא היתר שיהיה חוטא נשכר, לא לדעת הרשב"ם ולא לדעת רבינו אביגדור וגם לא לדעת הט"ז.

שני יוצאי דופן הם ארנונה ומכס. ארנונה (כולל היטל השבחה) נגבה על ידי הערכה ותביעה. המועצות או העיריות אחראים להעריך את הדירות, למשל על ידי מדידה בפועל או לפי תוכניות, מחשבים בעצמם את חובת הארנונה כל שנה ושנה, תובעים תשלום הארנונה על ידי שליחת חשבונות וגובים, ולא על ידי דיווח אישי.

ה. העדר גבייה כמחילה של השתמטות ממסים

הטענה המשפטית שעומדת מאחורי ההרגשה של אלו המורים היתר לעצמם במסים מסוימים שרבים דורסים בו היא בעצם טענה של מחילה, שרשויות המס מחלו אלו המסים מטעם המדינה.[127] המחילה המשוערת הזאת מבוססת על ההנחה שרשויות המס לא היו שותקים בפני המצב הפרוץ אלא אם כן היו מוותרים. המצב הפרוץ עלול להיות ידוע לרשויות המס וכנראה לא היה קיים אלא אם כן החליטו שלא לאכוף החוק ולתבוע המתחמקים—ככה מניחים. הסיבות שהיו מוותרים על המסים, למרות החוק המחייב את המס, הם חוסר כדאיות של גביית המסים האלו או סכומים כאלו, השערה מצד המתחמקים שהמחוקקים לא כוונו למצב שלהם,[128] השערה שרשויות המס מעדיפים לא לדחוק אנשים למצב של מצוקה או כל חשבון אחר שהמתחמקים מתייחסים לרשויות המס. האם יש באלו טענות ממה לבסס מחילה?

---

127. יש כמה בעיות בטענה הזאת. קודם כל, ממה נפשך, אם הציבור כשותפים הם בעלי התביעה ולא נבחרי או מוסדות הציבור, הרי כל שותף ושותף חייב למחול חלקו ולא רק רוב מהם, ומי יעיז להגיד שכולם מוותרים. דווקא אלו התמימים והישרים שאינם מעגלים פינות ומשלמים כל מס ומס על פי מדות הדין לא ירצו למחול לטובת אלו הפורצים ומתחמקים מלשאת עול עמהם. ואם נבחרי הציבור ומוסדותיו הם המוסמכים הבלעדיים למחול איזה מס, מה לנו מהסלחנות שאנשי הציבור גומלים זה לזה בהתחמקות ממסים מסויימים.

128. אולי השיא של הטענה הזאת היא שהמחוקקים ידעו שגביית מס כזה קל מאוד להתחמק ממנה וידעו שבגלל זה הרבה אנשים בלתי-הגונים ינסעו להתחמק ממנה וידעו שאנשים הגונים אחרים יראו את זה ויורו גם לעצמם היתר בזה ולכן וויתרו מראש על התחמקות ממס הזה.

א. דין שתיקה כמחילה בתלמוד

הרעיון שהעדר תביעה תתפרש כמחילה יש לה מקור בדין כתובת אלמנה, שנפסק שאם היא לא תבעה כתובתה בתוך עשרים וחמש שנים מיום קבלתה שוב אינה יכולה לתבוע "דהואיל ושתקה ולא תבעה כל השנים הללו, מחלתה."[129] אולם, קשה ללמוד מכאן שכל העדר תביעה אפשר לראותו כמחילה. ראשית כל, החכמים קבעו שיעור של עשרים וחמש שנים[130] ועד אז לא רואים העדר תביעה כמחילה.[131] מעבר לכך, נדרשים שני תנאים כדי שתתפרש השתיקה כמחילה: (א) טעם להסביר למה התובע היה מוחל על זכותו ו-(ב) שלא קיימת שום אמתלא שעשויה להסביר את שתיקתו של התובע. למשל, גרושה, בניגוד לאלמנה, לעולם אינה מפסידה את זכותה לגבות את כתובתה על ידי שתיקתה "דוודאי לא מחלה",[132] אף שאין לנו הסבר לשתיקתה. יתר על כן, הדין של עשרים וחמש שנים מוגבל לאשה שאין לה שטר כתובתה בידיה וגובה בתנאי בית דין, שאם יש לה כתובתה אינה דואגת לבוא ולהזכיר ולתבוע ואין שתיקתה מעידה שמחלה.[133] ועוד, כל זמן שהאלמנה בבית בעלה, או אפילו בבית אביה אם היתומים מפרנסים אותה שם, אינה מפסידה זכותה לגבות כתובתה על ידי שתיקתה משום שאפשר לתלות ד"משום כיסופא הוא דלא תבעה."[134]

גם בנזקי שכנים מצאנו מקרים שבהם דנו ששתיקה נחשב כסוג של מחילה. למשל, כאשר שכן אחד עושה פעולות שעשויות להפריע לשכנו והלה שותק, הגמרא רואה בכך הוכחה שהלה מוחל. בגמרא בבא בתרא ו' א' שנינו: "אמר ר"נ אחזיק להורדי אחזיק לכשורי" ומתוך דברי הרשב"ם[135] מתבאר שלא מדובר כאן בחזקת קרקע רגיל

---

129. רש"י ד"ה וחכמים אומרים על המשנה בפרק הנושא את האשה כתובות ק"ד א'. ככה נפסק להלכה בשו"ע אה"ע סי' ק"א.

130. ראה גמרא שם: "אמר ליה אביי לרב יוסף: אתאי קודם שקיעת החמה - גובה כתובתה, לאחר שקיעת החמה - לא גביא, בההיא פורתא אחילתא? אמר ליה: אין, כל מדת חכמים כן היא."

131. אולם, יש מקום לחלק ולומר ששיעור זה נאמר רק בכתובת אלמנה שלרוב מדובר בתביעה מאד משמעותית להתובע וקשה להניח שהיא מוחלת בלי אומדנא דמוכח כזה. אפשר גם לומר טענה הפוכה בתובע שיש לו המון תביעות קטנות וגדולות נגד כל מיני אנשים, כמו שיש לרשויות המס, שיותר סביר שהסיבה שלא תבעו עד עכשיו היא משום ששכחו מזה או לא יצא להם עדיין להגיע לזה.

132. רש"י ד"ה הרי היא כבעל חוב שם. ככה נפסק בשו"ע שם סעיף ד: "גרושה לעולם אינה מוחלת אפילו שהתה כמה שנים." הריב"ן מסביר שאין לה טעם למחול כמו אלמנה שמקבלת מזונות ונהנית מנכסי בעלה. אדרבה, יש לה טעם גדול לא למחול משום שבדרך כלל היא יוצאת מחמת שנאה.

133. על פי הריב"ן. אבל ראה רש"י שם ד"ה גובה כתובתה לעולם: "שאילו מחלתה היתה מוסרת להם שטר הכתובה." לדברי רש"י הענין הוא יותר שיש הוכחה חיובי שלא מחלה ולא רק אמתלה ששולל ההנחה שמחלה.

134. כתובות שם ע"ב. ראה רש"י שם ע"א ד"ה וחכמים אומרים: "כל זמן שהיא בבית בעלה, אין שתיקתה מחילה, אלא מפני שמכבדין אותה היא בושה למחות על כתובתה."

135. דברי הרשב"ם מופיעים כתוספת בתוך פירוש רש"י בבא בתרא ו.

של שלש שנים אלא בחזקת תשמישין, "ובשעה אחת שהשתמש לפניו ושותק הויא חזקה". לכאורה יש מכאן ראיה ששתיקה בפני מעשה של תפיסה מועילה כחזקה. אולם הרשב"ם עצמו מיד מפריך ראיה זו, ומסביר: א) שהשתיקה מהווה הוכחה שהמחזיק נטל רשות משכנו או נתן לו כסף ומכר לו תשמיש זה. רעיון זה בודאי לא קיים אצל מי שמנסה להעלים מסים מרשויות המס. ב) הרשב"ם מדגיש שהחזקה של שתיקה תועיל רק כאשר היא מלווה בטענה כלשהי של המחזיק (כגון שטוען שמכר לו וכו') אך אם המחזיק טוען שהשתמש בפניו ושתק אין בכך טענה שמזכה אותו, וזוהי "חזקה שאין עמה טענה" שהמשנה קבעה[136] שאינה טענה שמועילה למחזיק.

אולם למרות דברי הרשב"ם ניתן למצוא ראשונים שטענו שעצם השתיקה של הניזק תיחשב לו כמחילה, ויש גם מקרים של נזקי שכנים שבהם גם לדעת הרשב"ם לא נזדקק לטענה של המחזיק כדי לדון ששתיקה נחשב כמחילה. הרמב"ם כותב:[137]

> כל הרחקות האמורות בפרקים של מעלה, אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק הרי זה מחל ואינו יכו ללחזור ולהצריכו להרחיקו, והוא שראה ממנו שמחל כגון שסייע עמו מיד או שאמר לו לעשות או שראהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק ולא הקפיד על זה זכה.

מדברי הרמב"ם משמע שגם כאשר אין למחזיק טענה אלא שהניזק ראה ושתק, גם בכך נחשב למחילה וזכה. בגמרא בבא בתרא[138] יש מקרה שלכו"ע מועיל בו שתיקה כמחילה: "ולסתום לאלתר הוי חזקה." מסביר הרשב"ם:

> אם החזיק בחלון ג' שנים בחצר השותפין ובא חבירו וסתמו שבנה כותל כנגדו והוא שתק לאלתר הויא חזקה לזה הסותם שלא יפתח עוד חבירו אלא ברשותו וחזקת ג' שנים שהיה חלונו פתוח אינה כלום מאחר ששתק כשסתמו זה.

מדברי הרשב"ם נראה שעצם השתיקה של השני גם ללא טענה של הסותם מקנה לו את הזכות על סתימת החלון, אך נראה שזהו דווקא במקרה המוגבל הזה, כי הגמרא מציינת מיד "שאין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק", כלומר שהנזק כאן הוא כל כך בוטה וניכר שכל אדם היה מוחה על כך, וזה שלא מחה ניתן בוודאות לקבוע שמחל.

גם בפרעון הלוואה יש דעות שהלוה יכול לפרש העדר תביעה של המלוה כמחילה באופן מסוים. בשלטי הגיבורים,[139] מובא בשם ריא"ז "נראה בעיני שהמלוה את חבירו ואינו תובע הלואתו, אין הלוה חייב לשלם לו מאליו, [דאמרינן] הואיל ואינו

---

136. בבא בתרא מ"א א'.

137. הלכות שכנים פרק י"א הלכה ד', וכן הוא בשו"ע חו"מ סי' קנ"ה סעיף ל"ה, וברמ"א שם,

138. בבא בתרא ס' א'.

139. בבא קמא פרק הגוזל בתרא מ"ה ע"ב בדפי הרי"ף אות א.

תובעו במתנה בקש ליתן לו", כלומר עד שתובעו המלוה יכול הלוה להניח לעצמו שהמלוה וויתר על פרעון החוב.[140] יישומו של דין זה לפרעון מסים אפשר במישור הכללי ובמישור הפרטי. במישור הכללי, אם יש סוג מס או כת נישומים שרשויות המס אינם עושים שום מאמץ לתובעו, אפשר לראות העדר תביעתם כמחילה או וויתור על אותו מס או אותם נישומים. במישור הפרטי, אם רשויות המס אינם תובעים חובת מס הידועה להם אפשר לפרש שתיקתם כמחילה. אולם, אם כוונת שלטי הגיבורים הוא שהעדר תביעה מוכיח שלמפרע התכוין המלוה שההלואה תהיה מתנה ללוה, אין שייך הנחה דומה בעניני מסים. גם אם כוונת שלטי הגיבורים הוא שבמתנה מחל המלוה ללוה עכשיו ובגלל זה אינו תובעו עכשיו אין סיבה לחשוב שרשויות המס נותנים מתנה

הש"ך התקשה בשלטי הגיבורים וכתב "וצ"ע בזה",[141] וכנראה הבין כוונת שלטי הגיבורים שהעדר תביעה מוכיח שלמפרע התכוין המלוה שההלואה תהיה מתנה, ועל הנחה זו פקפק הש"ך. בערך ש"י[142] הסביר כוונת שלטי הגיבורים שהמלוה מאריך לו זמן עכשיו וזהו מתנתו, ולא שהעדר תביעה מוכיח שלמפרע התכוין המלוה שההלואה תהיה מתנה. דין זה כבר קשור למחלוקת ידועה בהבנת מצוות פריעת בעל חוב, האם המצווה מחייבת את הלוה להציע פרעון החוב בזמן הפרעון מאליו עוד לפני שתובעו המלוה או שמותר ללוה לחכות בשב ועל תעשה עד שהמלוה יתבע ממנו פרעון החוב.[143] המחלוקת תלויה בהבנת עצם המצווה של פריעת בעל חוב ואינה תלויה בשתיקה כמחילה או לא.[144]

ב. מחילה של הקהילה במסים

הרמ"א פסק על פי מהר"מ מירזבורק[145] ש"מי ששהה בעיר שנים רבות ולא תבעו ממנו מס לא הוי מחילה, ולכשיתבעו ממנו צריך לתת למפרע."[146] הגר"א מציין מקור

---

140. מקורו הוא מבבא מציעא פרק איזהו נשך ס"ג ב': "ואמר רב נחמן: האי מאן דאוזיף פשיטי מחבריה ואשכח ביה טופיינא, אי בכדי שהדעת טועה - מיחייב לאהדוריה ליה, ואי לאו - מתנה בעלמא הוא דיהיב ליה. היכי דמי בכדי שהדעת טועה?... אמר ליה רב אחא בריה דרבא לרב אשי: ואי איניש תקיפא הוא דלא יהיב מתנה, מאי? - אמר ליה: דלמא מיגזל גזליה, ואבלע ליה בחשבון. דתניא: הגוזל את חבירו והבליע לו בחשבון - יצא. ואי איניש דאתי מעלמא, דלא שקיל וטרי בהדיה, מאי? - אמר ליה: דלמא איניש אחרינא גזליה, ואמר ליה: כי יזיף פלוני פשיטי מינך - אבלע ליה בחשבון."

141. שו"ע חו"מ סי' רל"ב סק"ב.

142. ערך ש"י לחו"מ סי' של"ט סעיף י.

143. בקצות החושן חו"מ סי' ק"ד סק"ב כתב "אם אין המלוה תובעו אינו מצווה לפרוע חובו." בביאורים בנסיבות המשפט שם חלק על הקצות וכתב "והא ודאי ליתא, דודאי אף שהמלוה שוכח ואינו תובע חייב לפרוע."

144. ראה אמרי בינה דיני גביית חוב סי' ב' שרואה קשר בין שיטת שלטי הגיבורים ודעת הקצות, אבל עדיין אינו רואה מחילה כהסיבה לפטור הלוה מלשלם מאליו.

145. דין בעניני מסים שנדפסו בסוף שו"ח מהר"י וייל.

לדין זה מדין הגמרא שלא ניתן ליצור "חזקה" על נכסי דבי ריש גילותא,[147] ואין בשתיקתם מחילה כיוון שיש הסבר לשתיקתם. אחתעל פי רבינו גרשום, יש לתלות שלא יודעים בכלל על הפלישה לתוך נכסיהם המרובים והמפוזרים. על פי הרשב"ם, ידם תקיף ולא דואגים שיפסידו נכסיהם לפולשים ולכן אין בשתיקתם שום הודעה או מחילה. להבנת הגר"א, שני טעמים אלו שייכים גם לגבי הציבור ורשויות המס ולכן אין בהעדר תביעתם מחילה.

ג. סיכום

אף שיש מקורות בודדים בהלכה שמהם ניתן ללמוד ששתיקה כמחילה, אין לעשות מכך כלל ורק בתנאים ייחודיים ניתן לפרש שתיקה כמחילה, ולולא תנאים אלו שתיקה אינה מתפרשת כמחילה.[148] גם לא סביר לפרש העדר תביעת מס כמחילה, כיוון שהעדר התביעה נובע מחוסר ידע או ממחסור במשאבים וגם ייתכן שרשויות המס בכלל אינם שותקים אלא תובעים את מי שבידם לתבוע. יותר נכון היה לפרש העדר תביעה כייאוש, ולכן נדון כעת בטענת ייאוש.

ו. ייאוש במסים

אם אכן היינו מייחסים לרשויות המס מחילה מדעת אז הדיון בעניין התחמקות ומחילה של חובת מס, היה במקום. בדיני אונאה למדנו שמחילה דורשת ידיעה וכמו שכתוב בגמרא[149] "מי ידע דמחיל" אמנם, אם נתאר את המצב לאמיתו, רשויות המס בודאי אינם מוחלים על סכומי המס שהובחרו מהם—והרי לא ידוע להם בכלל מי הבריח וכמה הבריח. ברור גם שאם הם ידעו לא היו מוחלים אלא היו גובים את

---

146. חו"מ סי' קס"ג סעיף ב. ראה גם שו"ת דרכי נועם חלק חו"מ סי' כ"א: "ומה שטוענין שמאחר שלא שאלו מהם עד עתה מחלו להם כבר כתב הרב הפוסק נר"ו בזה והביא ראיה מהרב בצלאל ז"ל [שו"ת ר' בצלאל אשכנזי סי' ל"ו] ע"ש גם מצאתי למוהר"י קאשטרו ז"ל בחידושיו סי' קס"ג שכתב וז"ל: שהא בעיר י"ב חדש ולא תבעו ממנו מס לא הויא מחילה ולכשיתבעו ממנו יתן למפרע ע"כ. הרי דלא מיבעיא מכאן ולהבא דחייבין ולא אמרינן כיון דמחלו אהאי תביעה אינם יכולין עוד לתבוע אלא אפי' במה שעבר יכולין לתבוע למפרע ונראה דטעמא הוי כדכתב הרב בצלאל ז"ל בתשובה הנז' שכתב שאפשר להם לומר דלפיכך לא ערערו עד עתה לפי שהיו חושבין דמאח' שפורע בחברון נפטר במסי עזה ועתה נתגלה להם שלא נפטר ולפיכך קמו וערערו וגם דהוה ליה יחיד המדיין עם הרבים דכל א' יכול לערער מה שלא ערער חבירו ע"כ נמצא דהוי מחילה בטעות דלא הויא מחילה."

147. בבא בתרא ל"ו א'.

148. ראה שו"ח מהרי"ט סי' ק"נ שכתב: "דשתיקה לאו מתנה היא ולאו מחילה היא דאמרי' בפרק יש נוחלין אהא דהכותב כל נכסיו לבניו וכתב לאשתו קרקע כל שהוא אבדה כתובתה ואוקמה שמואל בנותן בפניה ושותקת ואמרינן עלה מקולי כתובה שנו כאן דבעל חוב לא אבד זכותו במה ששתק ובכמה דוכתי דאין בשתיקה מחילה אלא שאין להאריך."

149. בבא מציעא נ"א ב', ס"א א', ראה גם אמרי בינה הלכות דיינים סי' כ' אות י"ח ומקורות אחרים שהביא בעל פתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק י הערה ל"ד ופרק י"ד הערה ס"ה.

החובות מיד. אולי היה אפשר לומר שבמקרים שקל להם להשיג מידע על נישומים שאינם משלמים, והם מצידם לא עושים מאמץ כדי לאכוף את החוק, ניתן לראות בכך גדר של מחילה או "אינו מקפיד"[150] אולם בדרך כלל יותר נכון להגדיר את דעת רשויות המס כסוג של ייאוש—כלומר שמה שאי אפשר להם לגבות, אם בשל חוסר ידע ואם בשל חוסר כדאיות כלכלית לאכוף, מתייאשים ממנו. אם נניח שאכן מתייאשים, עדיין עלינו לדון אם ייאוש כזה מועיל להפקיע חוב כמו חבות מס.

א. ייאוש בחוב

המושג "ייאוש" מופיע בתלמוד בעיקר בדיני גזילה ואבידה של חפץ מסויים בקשר לשאלות של בעלות וקנין. משמעות המושג ההלכתי הוא שגם ללא פעולה מכוונת של הפקר מדעת ומרצון יש מצב נפשי שקיומו עשוי להחליש את הבעלות הבלעדית על נכס ולהתיר את זכיית אחרים בנכס זה.

יש שאלה עקרונית האם המושג ייאוש בכלל שייך לחובות ממוניות שאין שייך בהם בעלות על חפץ מסוים. קיימת מחלוקת ידועה בין המהרי"ק ובין החכם צבי בעניין זה,[151] שמהרי"ק הכיר בייאוש בחוב ובעל "חכם צבי" לא הכיר בייאוש בחוב. המהרי"ק מתבסס על קל וחומר שלמד מדיני ייאוש באבידה, ששם מועיל ייאוש גם בחפץ בעין שעדיין שייך לבעליו, וכל שכן בחוב שאיננו חפץ בעין ואין עליו בעלות ממש וספק אם בכלל יקבל את כספו בחזרה, שבודאי יועיל ייאוש כמו בכל חפץ אבוד. אולם החכם צבי טוען שק"ו זה מופרך, משום שמצאנו בהשבת אבידה שייאוש אינו מועיל להפקיע מצוות השבת אבידה שחל כבר עליו, וגם במציאות שלנו הייאוש חל אחרי חלות חובת התשלום ולכן גם כאן אינו מועיל להפקיע את חובת פירעון החוב. כוונת החכם צבי לסוגיית הגמרא בבא מציעא.[152]

> אמר רבא: ראה סלע שנפלה, נטלה לפני יאוש על מנת לגוזלה - עובר בכולן; משום לא תגזול ומשום השב תשיבם ומשום לא תוכל להתעלם. ואף על גב דחזרה לאחר יאוש - מתנה הוא דיהיב ליה, ואיסורא דעבד - עבד. נטלה לפני יאוש על מנת להחזירה, ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה - עובר משום השב תשיבם. המתין לה עד שנתיאשו הבעלים ונטלה - אינו עובר אלא משום לא תוכל להתעלם בלבד.

מהמקרה השני של "נטלה לפני יאוש" מדייק החכם צבי:

---

150. ראה ביאור גדרי "אינו מקפיד" בפרק גדר "ליכא מאן דקפיד ביה" עמוד 173.

151. מהרי"ק שורש ג, הגהות חכם צבי לט"ז חו"מ סי' קס"ג, שו"ת חכם צבי סי' קמ"ד. שניהם דנו במקרה של שר שהכריח את הקהילה להלוות לו, וסירב לפרוע את החוב או לנכות ממסים עתידיים, והקהילות התייאשו מהחוב, ואז יורשו של השר פרע את החוב והיה ויכוח אם לפרוע לאלו שנתנו את הכסף מלכתחילה אף שעכשיו ירדו מנכסיהם ואינם פורעים מס או שהקהילה זכתה מן ההפקר ומי שפורע מס נהנה מפירעון החוב.

152. בבא מציעא כ"ו ב'.

> שמע מינא אף דבהתירא אתי לידיה ואחר כך נתייאש ממנה אפילו הכי מחויב להחזיר, שהרי מצות השבה חלה עליו משעה שנטלה עד שישיבנה. וכן בפריעת בעל חוב שהיא מצוות עשה כמו סוכה ולולב חלה עליו משעת הלואה עד שעת פרעון וזה פשוט בכולי תלמודא דאף שנתייאש הנגזל לא נפטר הגזלן עד שישיב.

נראה לפי זה, שה"חכם צבי" לא היה מכיר ביאוש של רשויות המס והמהרי"ק היה מכיר בו כמו בהלוואה, וקל וחומר הוא, שהרי בהלוואה הבטיח להחזיר ועדיין מועיל ייאוש ובחוב מס מעולם לא הבטיח לשלם. אולם, אפילו אם נניח שרשויות המס מתיאשים באיזשהו שלב מהמסים שלא הצליחו—ובעתיד אין סיכוי שיצליחו—לגבות, ואף שנניח שהייאוש הזה נחשב ייאוש מדעת, ואף שנניח שמועיל ייאוש בחוב כדעת מהרי"ק, עדיין אנו צריכים לראות האם הייאוש לא מועיל בגלל שמאותו רגע שהנישום החליט להשתמט מתשלום המס "איסורא דעבד – עבד", ושוב לא מועיל ייאוש לטובת הגזלן. ואכן, התוספות[153] מבהירים שכשנטלה לפני יאוש על מנת לגוזלה, פשוט ומובן שחייב להחזירו לבעלים מדין השבת גזילה, וכנראה חייב להחזירו לבעלים גם מדין השבת אבידה. כוונת הגמרא במילים "מתנה הוא דיהיב ליה" אינה אלא שמבחינת האיסור של "לא תוכל להתעלם", ההשבה בשלב זה לא תתקן למפרע את האיסור שכבר עבר כשהגביה את האבידה על מנת לגוזלה ואינה אלא כמתנה מבחינה זו.

יוצא מדברי התוספות הללו, שאין תוקף ליאוש שבא אחרי שכבר עשה איסור שבסיבתו נגרם הייאוש, ועדיין חייב המוצא בהשבת האבידה אף אם כבר נתיאשו הבעלים אלא שחייב גם מטעם השבת גזילה. המשמעות להשתמטות מחובות מסים היא שאחרי שעבר על האיסור שכרוך בהעלמת המס והשתמטות מפרעונו, לא יהיה תוקף ליאוש של רשויות המס שחל לאחר זמן. למרות שאין בהשתמטות גזל ממשי של חפץ השייך לאחר, אלא שהוא מעכב את ממונו בידו ואינו פורע חוב שחל עליו בעל כרחו, מכל מקום, מהמקרה השני, כשנטלה לפני יאוש על מנת להחזירה ואחר כך התכוין לגוזלה, רואים שגם כשבהיתרא בא לידו של המוצא אין תוקף ליאוש להפקיע ממנו את חיוב השבת האבידה.[154]

אולם יש לעיין במקרה השני שבדברי הגמרא "ולאחר יאוש נתכוין לגוזלה - עובר משום השב תשיבם." אם אכן הבעלים התיאשו, למה חייב עדיין בהשבת האבידה ואיך ייתכן שנחשב כמי שנתכוין "לגוזלה"? ואם חייב עדיין להשיב את האבידה וזה פירוש המילים "התכוין לגוזלה", למה אינו עובר גם בלא תגזול או בל תעשוק? התוספות מתרץ שאם התכוין לגוזלה לפני היאוש, היה עובר גם בגזל או עושק אף

---

153. בבא מציעא שם ד"ה אינו עובר.

154. ראה תוספות בבא מציעא שם שיש איסור של בל תעשוק כשנטל אבידה על מנת להחזירה ואחר כך לפני יאוש התכוין לגוזלה.

שהוא לא עשה שום מעשה של גזילה, בדומה למי שעושק שכר שכיר. אולם, בגלל שהתכוין לגוזלה רק לאחר היאוש אינו עובר באיסור גזילה או עושק, ולשון הגמרא נתכוין "לגוזלה" לאו דוקא אלא שאולי לא ידע שנתייאשו הבעלים וכוונתו אכן היה לגוזלה.

ועדיין יש לעיין לפי דברי התוספות הללו, אם המוצא עדיין חייב לאחר היאוש להשיב את האבידה מממצוות "השב תשיבם", למה אינו עובר בלא תגזול כשהחליט לא להשיב את האבידה אלא להחזיקה כשלו?[155] יש לתרץ, שאחר ייאוש כבר לא שייכת האבידה לבעלים והרי היא כהפקר, אלא שיש חיוב על הגברא לקיים "השב תשיבם" שכבר חל עליו כשהגביהו לפני ייאוש. לפי זה, בנוגע למסים שאין בהם מצוה מיוחדת של "השב תשיבם" אלא מצוה כללית של פריעת בעל חוב שמותנה בקיום החוב, ברגע שרשויות המסים מתייאשים כבר יהיה פטור מפרעון חובת המס אם לא התכוין לכתחילה להבריח את המס לפני זה.[156]

אמנם דעת הרמב"ן[157] היא שגם כשהתכוון לגוזלה לפני ייאוש ואפילו הגביה על מנת לגוזלה מועיל הייאוש ולכן מתנה הוא דיהיב ליה ואינו יכול לקיים מצוות השבת גזילה. הרמב"ן מבסס את דבריו על הבנה שונה של דברי הגמרא (שלמעשה הם הוספה מאוחרת של רב יהודאי גאון "ואף על גב דחזרה לאחר יאוש - מתנה הוא דיהיב ליה, ואיסורא דעבד - עבד.") לדבריו, דווקא באבידה ייאוש אינו מועיל בדיעבד משום שידו של המגביה את האבידה נחשב כיד בעלים, וכשהגביה אותה נחשב כשומר שכר של הבעלים, אך אם התכוון מלכתחילה לגזול, הייאוש יועיל מיד[158]. לפי דברי הרמב"ן יוצא שכאשר אדם התכוון לכתחילה להשתמט מתשלום חובו עד שיבוא הנושה לגבות את חובו, בדיעבד אחרי שהתייאש הנושה לא מוטלת עליו חובה לפרוע את חובו משום שהייאוש מועיל לקנות את חובו –אף שעדיין ביטל מצוות עשה של פריעת בעל חוב.

האחרונים תמהו על דברי הרמב"ן[159] כיצד היקל במי שהגביה לכתחילה על מנת לגזול שקונה בדיעבד אחר ייאוש ואינו נחשב "באיסורא אתי לידיה" אף שנטלה לפני ייאוש, ובספר אמרי בינה[160] כתב לבאר בדעת הרמב"ן שמבחינת דין ייאוש אינו נחשב כגזלן שלא קונה ביאוש אלא אם כן הוא הגורם בגניבתו לייאוש הבעלים:

---

155. בדומה לדין שליחות יד שמתחייב כאשר בדעתו לגוזלה אף שבא לידו בהיתר.
156. ראה נחלת משה בבא מציעא כ"ו ב'.
157. בחידושיו לבבא מציעא כ"ו:, ובמלחמות על הרי"ף שם. בביאור דעת הרמב"ן עיין בהרחבה בקצוה"ח סי' קס"ג, אמרי בינה גביות חוב סי' ד, ובקהילות יעקב בבא מציעא סי' כ"ח.
158. נראה שרמב"ן נוקט כדעת מהרי"ק וכן משמע מדברי הקצות סי' קס"ג שמיישב קושיות החכם צבי על המהריק על פי דעת הרמב"ן הנ"ל.
159. קהילות יעקב שם אות א.
160. אמרי בינה שם.

> דעיקר הטעם בגזילה דלא מהני ייאוש לחוד הוא משום באיסורא אתי לידו היינו דעל ידי איסורא דגזילה שלקח בעל כרחם של הבעלים והכריחו אותם שייתיאשו, במקום שהם גרמו לייאוש בעל כרחו לא גלי לן קרא שיקנה ושיצא מרשות בעל כרחו ובהכרח של הקונה".

לפי זה, כשנטלה על מנת לגוזלה, אף שעשה איסורא, מכל מקום האיסור לא גרם לייאוש שהיה בא ממילא באבידה, ולכן הייאוש מועיל ואם ירצה להחזיר את האבידה בדיעבד, מתנה הוא דיהיב ליה. לפי זה בעניין ייאוש בחוב מחדש האמרי בינה כדלהלן:

> ובחוב נמי אם יש לו [כסף לפרוע] לצאת ידי חובתו ואינו רוצה לשלם כמו בנידון דמהרי"ק, [ש]גורם הלווה לסיבת הייאוש, יש לומר דלא מהני [יאוש] דהוי כמו גזילה דבאיסורא אתי לידיה והוא גרם בעל כרחו שנתייאשו הבעלים ולא מהני כן. [ב]חוב נמי, כיוון דעל ידו שאינו רוצה לשלם בהכרח התייאש המלווה, יש לומר דלא מהני והוי ייאוש בעל כרחו. [אבל] היכא דהעני הלווה וירד מנכסיו ואין לו [ממה] לשלם בזה מהני הייאוש כמו באבידה.

מכאן אפשר להסיק גם לעניין מסים שאם הנישום הוא הגורם בעצם התחמקותו לכך שרשויות המסים מתייאשים ממנו, אזי אין תוקף לייאוש מסוג זה ולא יוכל להיפטר בטענה שרשות המס התייאשו מגביית החוב שלהם. אולם בניגוד לכך, אם בתמימותו לא פרע הנישום את חוב המס שלא היה מודע לו עד שהתייאשו ממנו, אינו מחוייב לחזור ולפרוע כשנודע לו אחרי הייאוש משום שלא הוא היה הגורם לייאוש של הרשויות. למשל, אם היה לו עסק אקראי שלא חשב שיחוייב במס, ולבסוף התברר שהעסק היה חייב במס, או שלא חשב שיגיע לתקרת המס ולבסוף התברר שעבר את הסף, מאחר שלא התכוון להשתמט ממסים והרשויות התייאשו ממנו (כגון ששילמו לו במזומן) –אזי אינו מחוייב לפרוע כיוון שלא הוא היה גורם לייאוש.

מסקנות

לכאורה שאלת ייאוש במסים תלויה בשאלה האם קיים ייאוש בכל חוב, מאחר שחוב מס אינו שונה מכל חוב אחר.

קיימת מחלוקת אם יש מושג של ייאוש בחוב. דעת מהרי"ק היא שמועיל ייאוש בחוב, ודעת "חכם צבי" שלא מועיל.

גם לדעת מהרי"ק, אם הייאוש נגרם בגלל שהלווה בכוונה ניסה להתחמק מתשלום החוב, ייאוש כזה לא יועיל.

התוספות והרמב"ן נחלקו האם מועיל ייאוש במקרה שנטל חפץ על מנת לגוזלו. אולם האחרונים מסיקים שלדעת שניהם אם הייאוש נגרם אך ורק כתוצאה מכך שהמוצא לקח על מנת לגזול, לא מועיל ייאוש כזה.

בהשלכה לדיני מסים, אם כתוצאה מהשתמטות מכוונת של הנישום השלטונות מתייאשים, אין בכך ייאוש שמבטל את החוב שלו. אולם אם הנישום לא ידע על קיום החוב ולכן התייאשו השלטונות, אינו חייב לפרוע כשיוודע לו לאחר שהתייאשו.

ב. ייאוש שלא מדעת

אף אם נאמר שבפועל מתייאשים רשויות המסים למרות שאינם מוחלים, וייאושם מועיל לפחות כשלא התכוון להשתמטות מלכתחילה, מכל מקום כמו שמחילה דורשת דעת המוחל, ייאוש גם דורש את דעת הבעלים המתייאשים. אך מאחר שרשויות המסים אינם מודעים להיקפי ההשתמטות ואף אינם יכולים לעקוב אחרי ההכנסות של כל נישום, לכאורה יש כאן מצב של ייאוש שלא מדעת, משום שבפועל כאשר הם אינם יודעים על חובת המס אין לייאוש על מה שיחול. הלכה פסוקה היא[161] שייאוש שלא מדעת אינו ייאוש.

א. זוטו של ים ושלילתו של נהר

יש מושג של ייאוש אובייקטיבי שאינו תלוי בדעת הסובייקטיבית של הבעלים אלא הדבר שנאבד נחשב "אבודה ממנו ומכל אדם" ויש עליו גדר ייאוש הלכתי. הגמרא מביאה בהקשר זה:

> דאמר רבי יוחנן משום רבי ישמעאל בן יהוצדק: מנין לאבידה ששטפה נהר שהיא מותרת? דכתיב 'וכן תעשה לחמורו וכן תעשה לשמלתו וכן תעשה לכל אבידת אחיך אשר תאבד ממנו ומצאתה'—מי שאבודה הימנו ומצויה אצל כל אדם [חייב בהשבה], יצאתה זו שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם [שאינו חייב בהשבה גם כשיש בו סימן].[162]

אף שהגמרא הכריעה מכאן כדעת אביי שיאוש שלא מדעת לא מועיל בדבר שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם, עדיין יש מקום לומר בדבר שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם שלא צריכים את דעת הבעלים שנאבד הדבר מהם. אם נדמה מסים מסוימים, למשל אלו שאין אפשרות בכלל לרשויות המס לאכוף אותם בעל כרחו של מי שמחויב במס, לאבידה ששטפה נהר, שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם, יש מקום לומר שיאוש שלא מדעת אינו מעכב את חלות היאוש במסים.

הדרישה לייאוש בפועל ודעת בעלים בנוגע לאבידה שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם, נידון כבר בראשונים. הרא"ש כתב שבאבידה ששטפה נהר "אפילו [אם בעל האבידה] עומד וצווח נעשה כצווח על ביתו שנפל."[163] לפי זה אכן מסתבר

---

161. כדעת אביי, בבא מציעא כ"ב ב', שולחן ערוך חו"מ סי' רס"ב סעיף ג, ש"ך שם.

162. בבא מציעא כ"ב ב'.

163. פירוש הרא"ש שם פרק אלו מציאות ד"ה וכן היה רשב"א. הרא"ש התייחס לברייתא "וכן היה רבי שמעון בן אלעזר אומר: המציל מן הארי ומן הדוב ומן הנמר ומן הברדלס, ומן זוטו של ים

שאין צורך בדעת הבעלים שנאבד ממנו האבידה, כיון שגם כשיתוודע לו על האבידה לא נתייחס כלל לתגובתו של בעל האבידה אם מתייאש או לא.[164] מלשון הגמרא "בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר אע"ג דאית ביה סימן רחמנא שרייה"[165] משתמע ש"הרי זה כמופקע מרשות הבעלים מצד עצמן ולא משום דבעלים מתייאשי."[166] אולם מלשון הרמב"ם משמע שלדעתו עדיין תלוי הדבר ביאוש בעלים בפועל, ולכן לא מהני יאוש שלא מדעת גם בדבר שאבודה ממנו ואינה מצויה אצל כל אדם. הרמב"ם כותב:

> [ש]המוצא אבידה בזוטו של ים ובשלוליתו של נהר שאינו פוסק אע"פ שיש בה סימן הרי זו של מוצאה שנ' 'אשר תאבד ממנו ומצאתה, ' מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שאבודה ממנו ומכל אדם שזה ודאי נתיאש ממנה.[167]

לפי הרמב"ם, גם אם לא נודע לבעלים שנאבדה האבידה, עדיין יהיה הדין כייאוש שלא מדעת אף שאבודה ממנו ומכל אדם.

ומשלוליתו של נהר, המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה, ובכל מקום שהרבים מצויין שם - הרי אלו שלו, מפני שהבעלים מתיאשין מהן." בבא מציעא כ"ד א'. הרא"ש מסביר שמה שאמר "מפני שהבעלים מתיאשין מהן" נאמר רק על המקרה האחרון "המוצא בסרטיא ופלטיא גדולה" אבל בזוטו של ים ושלוליתו של נהר אין היאוש תלוי בדעת הבעלים ואפילו עומד וצווח שאינו מתייאש יהיה הדין כמו שמובא בגמרא שם, עמוד ב: "רבא הוה שקיל ואזיל בתריה דרב נחמן בשוקא דגלדאי, ואמרי לה בשוקא דרבנן, אמר ליה: מצא כאן ארנקי מהו? - אמר ליה: הרי אלו שלו. בא ישראל ונתן בה סימן מהו? - אמר ליה: הרי אלו שלו. - והלא עומד וצווח! - **נעשה כצווח על ביתו שנפל, ועל ספינתו שטבעה בים**." ראה פלפולא חריפתא שם אות ח שמקשה של דברי הרא"ש. ראה גם לחם משנה לרמב"ם הל' גזילה ואבידה פרק י"א הלכה ט-י שהקשה על הרא"ש והטור חו"מ סי' רנ"ט מהגמרא שמשוה בין עובדה דדיו (שהוא מקרה של סרטיא ופלטיא) לזוטו של ים.

164. אולם ניתן להקשות שהרי אפשר לטעון את אותה טענה גם באבידה שאבודה הימנו ומצויה אצל כל אדם אבל אין בו סימן ושם ההלכה היא כאביי שייאוש שלא מדעת אינו ייאוש. טענה זו גם תלויה בטעם ש"נעשה כעומד וצווח", האם אומרים בטלה דעתו אצל כל אדם או אומרים שהוא משקר כשאומר שלא התייאש ויש אומדנא דמוכח נגדו.

165. בבא מציעא כ"א ב. גם מלשון רש"י שם בד"ה רחמנא שרייה שכתב "ואפילו באת ליד המוצא לפני ייאוש" משמע דייאוש אינו הגורם המתיר בזוטו של ים.

166. משנת יעב"ץ חושן משפט סי' ל"ח אות א'.

167. רמב"ם הל' גזילה ואבידה פרק י"א הלכה י. אבל ראה מגיד משנה לפרק ו הלכה א-ב שכתב "ואפשר שה[רמב"ם] סובר דבכל כי האי גוונא [כמו זוטו של ים שאי אפשר להציל אפילו על ידי הדחק] היינו נתייאשו", ולא שצריכים יאוש בפועל. ראה גם פירוש רבינו חננאל בבא מציעא כ"א ב' שכתב "יצאה זו ששטפה נהר שאבודה ממנו ומכל אדם, והרי היא למוצאה בין אית ליה בה סימן בין לית ליה בה סימן שרי **דהא ודאי נתייאש ממנו**. וזה שהתיר בים ונהר כנגדו אסור ביבשה ודייקינן מינה מה היתירה בין אית ביה סימן בין לית ביה סימן **ואפילו לפני ייאוש שרי** כך...", כלומר לא צריכים יאוש בפועל.

גם לדעת הרא"ש, יותר נכון להשוות מסים למוצא אבידה "סרטיא ופלטיא", שהבעלים מתייאשים רק בגלל שחושבים לעצמם שמי שמצא את האבידה יעכב אותו לעצמו שלא כדין.[168] העובדה שאנשים על פי רוב לא ינהגו כשורה היא זאת שגורמת לייאוש הבעלים, ולא סיבה חיצונית וגם במסים הסיבה לייאוש דומה.[169] הרא"ש הסכים בסרטיא ופלטיא שצריכים יאוש בעלים בפועל ולכן בלי דעת בעלים שנאבד האבידה דינו כיאוש שלא מדעת שאינו מועיל.

ב. סיכום

יש מחלוקת האם ניתן לומר שקיים ייאוש גם בלי ידיעת הבעלים כאשר החפץ למעשה אבוד ממנו ומכל אדם. אולם גם לדעת המקילים לא בהכרח ניתן לדמות העלמת מס לגדר של זוטו של ים אלא דווקא למי שמוצא דבר בסרטיא ופלטיא, ששם סיבת הייאוש אינה מפני שהאבידה אבודה ממנו ומכל אדם אלא בגלל אנשים לא הגונים שאליהם מגיעה האבידה. במקרה זה נדרש דעת בעלים ובהעדר דעת בעלים גם לא יועיל ייאוש, ולכן גם לדעת המקילים אי אפשר לסמוך על ייאוש לעניין מסים.

ג. אבידה שלא מדעת בעלים

יש בעיה נוספת ביישום דין זוטו של ים במסים, מאחר ששום דבר לא נאבד בכלל מרשויות המס, "ועל מה דלא הוי אבידה לא מהני יאוש"[170]?! ממה נפשך, חובת המס אף פעם לא היתה בידיהם של רשויות המס כדי שאחר כך נוכל לומר שנאבדה מהם, ואם נחשב כל חובת מס כברשותם של רשויות המס,[171] אז היא לא נאבדה ועדיין היא ברשותם.

ד. דין מטמון

אולם יש גדר של "אבודה ממנו ומכל אדם" גם בדבר שלא נאבד מהבעלים מעולם. הרמב"ם כותב בדין מטמון:[172]

---

168. ראה תוספות בבא מציעא כ"ד א' ד"ה אפילו: "וטעמא משום דאיכא אנשי דלא מעלי ושקלי לה."

169. אפשר לחלק בין סרטיא ופלטיא ומקרה של מסים שבסרטיא ופלטיא סיבת הייאוש הוא מפני שהבעלים חושבים שמן הסתם מצאוהו אנשים שלא יחזירוהו אבל עדיין זה ספק אצלו שמא מצאוהו כשירים ולכן צריכים ייאוש בפועל. אך במסים, רשויות המס יודעים שגם אנשים כשרים וגם אחרים שאינם הגונים חייבים להם מסים ומתייאשים דוקא מאלו שיודעים שאינם משלמים מסים וגם אינם מתכוונים להודיע על כך ואם כך על כל אלו האנשים שאינם הגונים הם כבר מתייאשים מראש.

170. אבן האזל הל' גזילה ואבידה פרק ט"ז הלכה ח.

171. ראה שו"ע חו"מ סי' ד' דציבור נחשבים מוחזקין במסים לגבי יחיד, וראה פרק השלטון כמוחזק בחובת המס עמוד 123.

172. רמב"ם הל' גזילה ואבידה פרק ט"ז הלכה ח.

> המוצא מטמון בגל או בכותל ישן הרי אלו שלו שאני אומר של גוים הקדמונים הן, והוא שימצא אותן מטה מטה כדרך כל המטמונות הישנות אבל אם מראין הדברים שהן מטמון חדש אפילו נסתפק לו הדבר הרי זה לא יגע בהן שמא מונחים הם שם. והואיל וחצירו של אדם קונה לו שלא מדעתו כמו שיתבאר למה לא יקנה בעל החצר זה המטמון שבתוך הכותל הישן אע"פ שהוא של אמוריים ותהיה מציאה זו לבעל החצר? מפני שאינה ידועה לו ולא לאחרים והרי זה המטמון **אבוד ממנו ומכל אדם** ולפיכך הוא של מוצאו. ומה אבידה של אדם אמרה תורה אשר תאבד ממנו ומצאתה מי שאבודה ממנו ומצויה אצל כל אדם יצאת זו שנפלה לים שאבודה ממנו ומכל אדם **קל וחומר למטמון קדמוני שלא היה שלו מעולם והוא אבוד ממנו ומכל אדם לפיכך הוא של מוצאו**.

הרמב"ם מחדש שרשותו של אדם אינה יכולה לקנות בשבילו דבר שאף פעם לא ימצאהו ולא יתוודע אליו, שהדבר נחשב אצלו כדבר שאבוד ממנו ומכל אדם, אף שהוא לא נאבד ממנו מעולם, ואין צורך בייאוש בפועל או אפילו ייאוש מן הסתם. אם נדמה חובת מס שמאיזה סיבה לא יוודע לרשויות המס לעולם למטמון שאינו ידוע לבעל החצר, ניתן לטעון שחל על חובת המס דין "אבודה ממנו ומכל אדם" אף שאין לגביו לא ידיעה ולא אבידה ולא יאוש של רשויות המס.

לא כולם מסכימים עם חידוש זה של הרמב"ם. חוץ מהראב"ד, שחולק על טעם הדין של מטמון, האחרונים התקשו בקל וחומר שהביא הרמב"ם משום שבדבר שהסיבה היחידה לייחס ייאוש אל האדם נובע מחוסר ידע שלו, ואם היה יודע בודאי לא היה מתייאש, לא נראה שזה נחשב "אבודה ממנו ומכל אדם".[173] אולם בחובת מסים, אפשר לומר שגם אם היו יודעים על קיום מקרה מסויים של העלמת מס בלי לדעת מי הוא המחוייב בהמס היו מתייאשים מגביית החוב כמו שאנו אומרים בכל אבידה שנודע האבידה להבעלים בלי לדעת מי המוצא.[174]

בנוסף לדין הרמב"ם במטמון, כמה מהאחרונים שדנו בארוכה בסוגיית ייאוש שלא מדעת העלו שגם אביי יסכים שייאוש שלא מדעת מועיל במקרים מסויימים כמו בזוטו של ים ואפילו אם אבוד ממנו ומכל אדם רק בגלל חוסר ידיעתו.[175]

---

173. אגודת אזוב קונטרס ייאוש שלא מדעת. ראה גם במשנת יעב"ץ שם אות ה שהקשה על הרמב"ם "מאי ק"ו הוא הלוא בזוטו של ים היה ייאוש בעלים, וכאן במטמון לא היה בכלל ייאוש, ואדרבא אם היה יודע בעל החצר לא היה מתייאש."

174. אמנם יש מקום לדון האם באמת ברור שרשויות המס אינם עשוים לגלות חובת מס כלשהי— בדרך כלל יש צד שני לכל פעולה או עיסקה שממנה נוצר חובת המס, והוא יכול להלשין או להתחרט מחלקו בהעלמת המס ולדווח עליו, ויש גם סיכוי שהמתחמק יתבקש להצהיר לפני רשויות המס באופן שלא יהיה לו ברירה אלא לגלות את פרטי חובת המס.

175. ראה נחלת דוד בבא מציעא כ"א א' ד"ה שוב ראיתי בדברי הריטב"א: "ומדבריו [של הריטב"א] למדנו דאיהו מפרש להא דאמרינן בזוטו של ים כו' דשריותא דזוטו של ים הוא מטעם יאוש,

ה. סיכום

ניתן לדמות חבות מס שאינה ידועה לדבר שהוא אבוד ממנו ומכל אדם וגם לעולם לא יתוודעו אליו. במקרה זה לדעת הרמב"ם אין צורך בכלל בייאוש ולכן אין בעייה של ייאוש שלא מדעת לגביו. אף שיש חולקים על הרמב"ם בעניין זה, ניתן לצרף גם את הדעות שאין צורך בייאוש בדבר שאבוד ממנו ומכל אדם, ולכן למעשה ניתן לראות במס שלא משולם סוג של ייאוש או אפילו כדבר מותר ללא צורך בייאוש.

ו. ייאוש מעיקרא

יש מושג של ייאוש מעיקרא שגם אביי מודה שמועיל הייאוש אף שהבעלים אינם יודעים על אבידתם שנאבדה. הגמרא מקשה על אביי שסובר שייאוש שלא מדעת אינו מועיל:[176]

> תא שמע: מאימתי כל אדם מותרים בלקט - משילכו בה הנמושות. ואמרינן: מאי נמושות? ואמר רבי יוחנן: סבי דאזלי אתיגרא. ריש לקיש אמר: לקוטי בתר לקוטי. ואמאי? נהי דעניים דהכא מיאשי, איכא עניים בדוכתא אחריתא דלא מיאשי! - אמרי: כיון דאיכא עניים הכא **- הנך מעיקרא איאושי מיאש**, ואמרי: עניים דהתם מלקטי ליה.

כלומר, הבעלים, שהם העניים הזכאים ללקוט, צופים מראש שיאבדו אבידה ומתייאשים עליה עוד לפני שיוודעו להם פרטים על אבידה מסויימת, ואין זה בגדר ייאוש שלא מדעת אלא ייאוש מעיקרא. גם בהמשך הגמרא מקשים על עמדת רבא:[177]

> תא שמע: קציעות בדרך, ואפילו בצד שדה קציעות. וכן תאנה הנוטה לדרך, ומצא תאנים תחתיה - מותרות משום גזל, ופטורות מן המעשר. בזיתים ובחרובים - אסור. בשלמא רישא לאביי לא קשיא, אגב דחשיבי - ממשמש

ואפ"ה לא שייך ביה יאוש שלא מדעת משום דיאוש דזוטו של ים הוא ברור כ"כ עד שאפילו אביי מודה ביה דאמרינן ביה מעיקרא הוא דמייאש." ראה דברות משה בבא מציעא סי' כ"א שמדייק מדברי התוספות שם כ"ב א' ד"ה שטף נהר שהתוספות, בניגוד לרש"י, סוברים שגם אם חוסר ידיעה שנאבד לו אבידה הוא הגורם הבלעדי שבגללו מייחסים ייאוש להבעלים, ואילו היו יודעים היו רודפים אחריה, עדיין נחשב הדבר כאבוד ממנו ומכל אדם דרחמנא שרייה כזוטו של ים. בנוסף לכך, לדעת התוספות, אביי אינו חולק על רבא בזוטו של ים שייאוש שלא מדעת מועיל. ראה גם משנת יעב"ץ שם אות ד שמחדש שיש שני סוגי ייאוש באבידה, אחד לגבי אבידה שיש בו חיוב השבה אבל הבעלים נתייאשו לפני שהגיע ליד המוצא ששם ייאוש שלא מדעת לא מהני למפרע לדעת אביי, ועוד סוג ייאוש לגבי אבידה שאין בו חיוב השבה, כמו זוטו של ים שרחמנא שרייה ואבידה מדעת, שבא ליד המוצא לפני ייאוש וייאוש שלא מדעת מהני גם לאביי בזה. אולם גם סוג הייאוש שלא מדעת דמהני בנוי על הייאוש בפועל שאמור לקרות בעתיד, מה שאי אפשר לומר בחובת מס שאם היו יודעים לא היו מתייאשים.

176. בבא מציעא כ"א ב'.

177. שם.

> בהו. תאנה נמי - מידע ידיע דנתרא [רש"י: דמעיקרא ידע ואיאש]. אלא סיפא, לרבא קשיא. דקתני: בזיתים ובחרובים אסור! - אמר רבי אבהו: שאני זית, הואיל וחזותו מוכיח עליו, ואף על גב דנתרין זיתי מידע ידיע, דוכתא דאיניש איניש הוא. - אי הכי, אפילו רישא נמי! - אמר רב פפא: תאנה עם נפילתה נמאסת [רש"י: הלכך כיון דידיע דנתרא מעיקרא מיאש].

הסיבה שתאנים מותרות לעוברי דרכים שמוצאים אותן ליד אילן הנוטה לדרך, היא שהבעלים התייאשו מעיקרא מהתאנים שיפלו עוד לפני שנפלו ולכן אין כאן ייאוש שלא מדעת.

לפי זה גם במסים אפשר לטעון טענה דומה, שרשויות המס מתייאשים מראש על העלמות מס שאין להם סיכוי לגלות, ואין זה בגדר ייאוש שלא מדעת. אולם רש"י שגורס "תאינה עם נפילתה נמאסת" מסביר שהטעם להיתר תאנים הוא "משום מאיסותא דמכי נפלה לא חשיבא עליה ומפקר לה". נראה לפי זה שאין כאן ייאוש בכלל אלא הפקר או חוסר קפידא מצד הבעלים, לעומת מסים ששם לא ניתן לטעון שהפקירו את זכותם מרצון או שאינם מקפידים על מי שאינו פורע את מיסיו. מכל מקום, התוספות גורסים[178] "תאינה עם נפילתה נמסת" כגירסת הערוך, והם מסבירים שיש כאן ייאוש באופן שמאוד דומה לייאוש במסים. בעל האילן מתייאש מהתאנים "שסבורין שעוברי דרכים דלא מעלי יורו היתירא בפירות שמוצאים ויתלום בעוברי דרכים [אחרים]", ומניחים שאותם עוברי דרכים אחרים שנפל מהם כבר התייאשו, אף "דבדין ודאי אין לתלות בעוברי דרכים אלא באילן." מדברי התוספות יוצא חידוש עצום, שחוסר המוסריות של אנשים לא הגונים מהווה גורם היתר לאנשים כשרים, ומותר להם לסמוך על ייאוש הבעלים ולזכות לעצמם אף שהם יודעים שהפירות נפלו מן האילן ואילו הבעלים היו יודעים שאדם כשר כמותם מצא את הפירות לא היו מתייאשים.

בדומה לכך, ניתן לטעון שאף שרשויות המס אינם יודעים על קיום חבות המס, ואף שאם היו יודעים שאדם כשר חייב להם כסף לא היו מתייאשים, עדיין הייאוש שמתייאשים בגלל אחוז מעלימי המס שאין להם סיכוי לגלות מועיל גם לכשרים שמעולם לא היו מעלימים שלא כדין.

אולם האם נכון בכלל להגיד שרשויות המס מתייאשים מעיקרא או אפילו לבסוף? נראה שרק כאשר אין כל סיכוי לרשויות לגלות את ההשתמטות, כגון באדם פרטי שלא דיווח למכס על ייבוא אישי, או מי שלא שילם על חנייה, אך כל עסק שמטבעו מתעסק עם עסקים אחרים באופן שוטף, ומפרסם או מתקשר עם לקוחות שעשויים לדרוש חשבונית, יש לרשויות אמצעים לגלות את ההשתמטות ולכן אין מקום לטעון שמתייאשים.

---

178. שם ד"ה "ופטורות ממעשר".

למעשה, אם נגדיר כ"דבר האבוד ממנו ומכל אדם" כל חובת מס שברור שהמתחמק לא יתפס עליו לעולם, למה לא נאמר את זה בכל חוב שלא יוודע לעולם לבעל החוב ללא יוזמתו של המחוייב, כלומר כל חוב שחל ממילא ובעל כרחו של המחויב יהיה פטור מלשלמו עד שהבעל חוב יתבע אותו. דבר זה מנוגד בעצם לכל העקרון של השבת אבידה, שאנחנו מצווים לא רק לא לפשוט יד בממון אחרים אלא גם לסייעם לשמור ולהציל את ממונם, ולכן טעות ישראל והפקעת הלוואתו של ישראל אסור וכן "הרואה מים שוטפין ובאין להשחית בנין חבירו או להשחית שדהו חייב לגדור בפניהם ולמנעם."[179]

בנוסף לכך, חשוב לציין שדווקא בעניין זה שהייאוש נגרם ע"י אנשים לא הגונים או גויים, מצאנו שחכמים הקפידו להחזיר אבידה גם אם מן הדין האבידה שייכת למוצא, ועשו לפנים משורת הדין.

הרמב"ם והשו"ע פסקו דין זה להלכה, וכתבו: "אע"פ שמן הדין במקום שרוב גויים מצויים אפילו נתן ישראל בה סימן אינו חייב להחזיר, טוב וישר לעשות לפנים משורת הדין להחזיר לישראל שנתן בה סימן."[180] כמו כן ניתן לומר שחובת פריעת בעל חוב עצמה נובעת מהחיוב הכללי לדאוג לממון אחרים ולהשיב להם את אבידתם, ולכן יש מקום לטרוח להביא להם את כספם ולא לנסות להישמט מתשלום אחרי שלא תבעו את כספם. דבר זה נלמד מדברי הרא"ש[181], שהשבת אבידה מחייב להודיע למישהו שיכול למנוע מעצמו הפסד, ומכל שכן אם חייבים לו כסף והוא אינו מודע לכך, יש חיוב מצד השבת אבידה לדווח לו על כך, שדין פריעת בעל חוב כהשבת אבידה.

ז. סיכום ייאוש בחובת מסים

ייאוש היא הגדרה מתאימה לגישת רשויות המס כלפי כל מיני חובות מס שלא שולמו ואין סיכוי שיגבו אותם בלי נכונות של המחויב לפרוע בעצמו את חובו.

---

179. רמב"ם הל' גזילה ואבידה פרק י"א הלכה כ. וראה להלן פרק פן החיובי: הצלת ממון חבירו עמוד 307.

180. שו"ע חו"מ סי' רנ"ט סעיף ה. נראה להעיר מדוע דווקא בעניין זה שהייאוש מבוסס על אינשי דלא מעלי או גויים ראו הפוסקים להמליץ לעשות לפנים משורת הדין, דאפשר שלא ראוי לאדם שיזכה באבידה בגלל מעלי אנשים לא הגונים, ונראה כאילו גם הוא מכליל את עצמו עם אותם אנשים. בדומה לכך מצאנו בגמרא עירובין נ"ג א' שתינוקת אחת הוכיחה את רבי יהושע שהשתמש בשביל שכבשוה רבים ואמרה לו "לסטים שכמותך כבשוה", כלומר שגם הוא ייחשב כמו הראשונים שעברו בשדה באיסור, ואין לבוא בעקבותיהם וליהנות ממעשיהם הרעים גם אם הדין נותן שמותר כעת.

181. שו"ת הרא"ש כלל צ"ט סי' ו. וראה ספר תשבץ לתלמיד המהר"ם רוטנברג שכתב "ואם הוא יודע ששכח אחד מבעלי חוביו, הרי הוא מוזהר בעשה ולא תעשה להראותם לו. בעשה דהשב תשיבם ולא תעשה ד"לא תוכל להתעלם". וכידוע גם הרא"ש היה תלמיד מהר"ם רוטנברג ואפשר שקיבל מרבו גם בעניין זה.

אפשר לדמות זאת למי שנפלה לו אבידה בעיר שרובה גויים, שגם אם יש בה עדיין סימן, הבעלים מתייאשים ממנה בגלל שחושבים שמסתמא גוי מצא אותה ולא יחזיר לו. אולם יש שתי בעיות בהשוואה הזו. (א) רשויות המס לא "אבדו" את חובת המס ואין מצב חובת המס שונה ממה שהיה כשנוצר חובת המס מלכתחילה. (ב) יש מחלוקת האם בכלל יש דין ייאוש בחוב, והוא הדין בחובת מס ייתכן שלא יועיל ייאוש. (ג) רשויות המס אינם מודעים לקיום חובת המס כדי להתייאש ממנה ויש כאן יאוש שלא מדעת דלא מהני—להיפך, אם הרשויות היו מודעים לקיומו של חוב, בודאי לא היו מתייאשים מגבייתו. אף שקיימים, לדעת כמה ראשונים, מקרים שייאוש שלא מדעת מועיל, כמו בדין זוטו של ים, אין זה דומה לנידון שלנו. אכן החידוש של הרמב"ם בדין מטמון ניתן ליישום במקרה של מסים, אלא שלפי זה נשלול קיום כל חוב שנוצר ממילא או כשהבעל חוב אינו עשוי לגלות אותו מעולם.[182]

ז. גרימת מחילה בטעות ובאונס

כל השתדלות להשתמט מגביית חוב מס, אחרי שכבר חל על אדם, במטרה להביא לידי מחילה או ייאוש בפועל או מסתמא, עלולה להיתקל בבעיה הלכתית נוספת. בשולחן ערוך נפסק: "מי שתובעים אותו ממון שהוא מוחזק בו, אסור לבקש צדדים להשמט כדי שיתרצה הלה לעשות עמו פשרה וימחול לו על השאר."[183] לא רק שהתנהגות כזו אסורה, אלא "אם עבר ועשה, אינו יוצא ידי שמים עד שיתן לו את שלו, "[184] כלומר, המחילה שנגרמה על ידי תחבולותיו בטלה מבחינה מוסרית. הלכה זו נאמרה במחילה בהסכם מפורש כאשר יודעים מה נמחל ולמי נמחל—קל וחומר כשמדובר במחילה או ייאוש משוער, סתמי ומבלי לדעת מה נמחל ולמי נמחל, שאין תכלית ל"מחילה" כזאת שהושגה באמצעות תחבולות, ואינו יוצא ידי חובת פירעון חוב בהשגת מחילה כזו.

אמנם נראה שדין זה הוא כעין "תולדה" של מדבר שקר תרחק,[185] כלומר, שהבעיה היא **באמצעים** עצמם ולא בתכלית שלשמה נועדו. אם כן, אפשר אולי שבאמצעים

182. במקרים אלו ראוי לציין את דברי רבי אבא (חולין פ"ט א') "קשה גזל הנאכל שאפילו צדיקים גמורים אינן יכולים להחזירו שנאמר בלעדי רק אשר אכלו הנערים", ופירש"י שם "קשה הוא לעשות תשובה".

183. שו"ע חו"מ סי' י"ב סעיף ו.

184. הגהת הרמ"א שם.

185. הגר"א (שם אות י"א) ציין את הגמרא בשבועות ל"א א' כמקור לדין. הגמרא לומדת מספר הלכות מ"מדבר שקר תרחק" (שמות כ"ג). אחת מהם היא "כגון דאמר ליה: ודאי חד סהדא אית לי, ותא אתה קום התם ולא תימא ולא מידי, דהא לא מפקת מפומך שקרא, אפי' הכי אסור, משום שנאמר: מדבר שקר תרחק." פירוש: אסור למלוה שאין לו אלא עד אחד, וחושש שהלוה ינצל את המצב כדי להכחיש את ההלואה, לגרום ללוה להודות על ידי הצגת אדם שני שיראה את עצמו כעד שני.

פאסיביים מסוג "שב ועל תעשה" כמו השתמטות, העלמה, או הברחה בלי שקר או גניבת דעת אקטיבית היה מותר להשתדל להשיג מחילה או פשרה אפילו ממי שתובע אותו בצדק. במסים, כאשר לא ידוע לתובע שיש לו זכות תביעה בכלל, אם לא שהנתבע יעורר אותו לזה, אולי אין פסול במחילה שהושגה על ידי שתיקה והתחמקות.

רעיון זה מתבסס על סוגיה שעוסק בשואל ששאל שור שהוא בחזקת תם ונגח השור כשהוא ברשות השואל, ואז התברר שהשור היה מועד. במקרה זה, צריך השואל לפצות את הבעלים רק בחצי מהנזק שהבעלים יתחייבו לשלם לניזק כדין מועד, כיוון שהשואל קיבל עליו רק שמירת תם.[186] אולם הגמרא שם תמה מדוע ישלם השואל אפילו חלק מהנזק, כיוון שיכול לטעון שאם השור היה באמת רק תם, השואל היה מחביא אותו במקום מסתור ביודעו שהניזק יכול לגבות רק מגוף השור,[187] וכך היה גורם לניזק לוותר על תביעתו או להתפשר.

לכאורה יש איסור להחביא את השור המזיק כדי להשתמט מתשלום הנזק, ומדוע השואל יכול להסתמך על התנהגות אסורה כדי לפטור עצמו מתשלום? התוספות מתרצים שהשואל "רוצה לומר, מתוך דברים אלו שהייתי עושה, היה ניזק מתפשר עמי בדבר מועט והיה מוחל לי ונמצא שהפסדתני כל היתרון."[188] נראה שהתוספות הכשירו התנהגות כזאת, והמחילה ברצון שתבא לבסוף מצדיקה את ההשתמטות האסורה בהתחלה. שלטי הגיבורים פסק כן על סמך דברי התוספות.[189] גם מהרש"ל בספרו "ים של שלמה"[190] קיבל בהסתייגויות מסויימות דין זה גם להלכה, וחידש

---

186. בבא קמא מ' ב'.

187. לעומת בעל שור מועד שמשלם מכל נכסי המזיק, בעל שור תם משלם רק מגוף המזיק שורו שהזיק.

188. בבא קמא מ' ב' ד"ה הוה מעריקנא ליה. "ונ"ל שרוצה לומר, מתוך דברים אלו שהייתי עושה, היה ניזק מתפשר עמי בדבר מועט והיה מוחל לי ונמצא שהפסדתני כל היתרון." דברי תוספות אמורים לפי דעת ר' עקיבא, שבהברחה של שור התם יש איסור גזל משותפו. גם לפי ר' ישמעאל שם, שבהברחה של שור התם הייתה רק גדר של מזיק שיעבוד של חבירו, עדיין פטור אבל אסור הוא. ברור גם שמדובר בתביעה מוצדקת, והבעלים והשואל אינם מכחישים את חיובם לשלם את נזקי השור. עם כל זה, נראה שהתוספות הכשיר התנהגות כזה. ראה גם הרשב"א שהביא דברים דומים, אולם רק לדברי ר' ישמעאל ולא לר' עקיבא.

189. שלטי גיבורים שבועות דף י"ד ב' מדפי הרי"ף כתב שאפשר גם "לעשות מעשים שבשבילם ימחול לו הלה מרצונו הטוב" בתנאי שלא ידבר שקר, וכן הוא גם דעת שו"ת שבות יעקב חו"מ סי' קס"ג בשב ואל תעשה. אבל ראה סוף דברי שלטי הגיבורים שכתב "והיינו דקאמר התוספות 'מתוך דברים הללו שהייתי עושה היה הניזק מתפשר עמי בדבר מועט **והיה מוחל לי**' דמה צריך לומר 'והיה מוחל לי' כיוון שנתפשר עמו סגי? אלא ודאי הכי קאמר היה מוחל לי **מרצונו הטוב** והוה כמאן דמפייס לחבריה עד דמחיל ליה וצ"ע." קשה להגדיר מחילה של רשויות המס למשתמטים כמחילה מרצון הטוב אלא הוי יותר דומה לייאוש בעל כרחם כמו שבארנו לעיל בפרקים קודמים, וייאוש כזה דומה לייאוש בגזילה שאינו מקנה ללא שינוי רשות.

190. בבא קמא פרק רביעי סי' י"ח

שכאשר יש לנתבע טענה נגדית או שיש ספק בצדקת התביעה, רשאי להשתדל בכל דרך להביא לוויתור של התובע:

> וכן נראה בעיני דהא דשרי למיטען כהאי גוונא אף שהוא איסור גמור רק שאינו גזל והבי"ד יפסקו לו כפי טענתו היינו היכא דיש לאחד תרעומות על השני... וכהאי גוונא בכל טצדקי דיכול למעבד ולמטעון בין לפטור עצמו בין לחייב חברו שפיר דמי... וכל כהאי גוונא דאית ליה תרעומות וטענתו איתא בהאי גוונא דאם אירע בדיעבד הוה ביה ממש אין ביד הב"ד למחות בידו, ואפ"ה ירא שמיים ייזהר. אבל בחוב שאדם חייב לחברו פשיטא דפשיטא דליכא שום צד שריותא למיעבד ליה טצדקי כדי שיתפשר.

מדברי מהרש"ל אנו רואים שעקרונית סבר שרשאים לטעון טענה שהיה יכול לפטור את עצמו על ידי עשיית איסור, אך הוא צמצם היתר זה למצבים שיש לאחד תרעומות על השני, ובאופן שהטענה אכן מועילה בדיעבד להלכה, וגם את זה לא התיר לירא שמיים לעשות ולא בחוב ממון מוחלט.

הגר"א חולק על מסקנת התוספות, וכנראה לדעתו לא רק כאשר האמצעים פסולים אלא גם כשהמטרה לא מוצדקת אך האמצעים כשרים, עדיין אסור לעשות כן.[191] בעל תרומת הדשן אוסר בהחלט התנהגות כזאת וכתב "איסור הוא בלאו דאורייתא. ולא הייתי נזקק להביא שום ראיה לאסור דהוי פשיטא מסברא, אלא דמסתפינא הוינא דלמא טעו אינשי בהא דאיתא [בתוספות ד"ה הוה מעריקנא ליה]."[192] הוא מפרש את דברי התוספות בשני אופנים שאינם מתירים את הדבר לכתחילה. החזון איש[193] מביא את תירוצו הראשון של תרומת הדשן, שלא היה בכוונת תוספות כלל להתיר התנהגות כזאת אלא שיש טענה ממונית לשואל נגד המשאיל שרוצה לחייב אותו על הנזק.

לסיכום, היה מקום לומר שהתחמקות פאסיבית מגביית מסים במטרה לגרום לרשויות המס למחול או להתייאש מותרת והמחילה תועיל, אם אינו משקר או עובר על איסור אחר. אולם א) מהרש"ל הדגיש שכשיש לאדם חוב בודאי אינו רשאי לנהוג כן כדי לגרום לצד השני להתפשר על סכום החוב, ב) שלטי גיבורים לא התיר אלא אם יש מחילה מרצון טוב, כגון לווה שפייס מלווה עד שויתר על חלק מחובו, משא"כ ברשויות המס שאינם מוחלים מרצון על חלק מהחוב ג) חלק מהפוסקים אינם מתירים כלל להשתמט באופן כזה, ולדעת תרומת הדשן אף יש בכך איסור דאורייתא.

---

191. חו"מ י"ב אות י"א: "ואפילו על האמת אסור."
192. תרומת הדשן סי' ש"ו.
193. בבא קמא סי' ז.

א. גדר "ליכא מאן דקפיד ביה"

מלבד מחילה וייאוש שייתכן שמועילים בדיעבד לפטור אדם מפירעון חבות המס שלו, יש גם מושג הלכתי נוסף של חוסר קפידא שעשוי להתיר לכתחילה נטילת ממון ששייך לאחרים במקום שאפשר לשער שהם אינם מקפידים על אותו הממון. למשל, מותר לקחת קיסם מגדר חברו כדי לחצוץ בו שיניו כיוון שבני אדם לא מקפידים על כך, וכן כל דבר שאנשים לא מקפידים בו רשאים ליטול לכתחילה אף שלא הפקירו אותו בפועל ממש.[194] הש"ך מבחין בין ייאוש שלא מדעת שלא מועיל לדעת אביי להתיר לקיחה למפרע, לבין גדר "ניחא ליה" שלדעתו מועיל גם להתיר למפרע דבר שיודעים שהבעלים יתרצו אח"כ.[195] לפי זה אפשר לטעון שיש נסיבות שמסים שרשומים בחוק אינם נאכפים כלל בגלל שאין הרשויות מקפידות בדבר, ולכן מותר לכתחילה להשתמט מתשלום מסים אלו. העובדה שהם יודעים שפעילות כזו מתרחשת ואינם נוקטים צעדים נגד התופעה יכולה ללמד שהרשויות אינם מקפידים על כך.

הרמב"ם כותב:[196]

> הנכנס לבית חבירו ולקח לו כלי או אוכל וכיוצא בהן וקידש בו אשה ובא בעל הבית אע"פ שאמר לו למה לא נתת לה דבר זה שהוא טוב ממה שנתת לה אינה מקודשת, שלא אמר לו דבר זה אלא כדי שלא להתבייש עמו והואיל וקידש בממון חבירו שלא מדעת חבירו הרי זה גזל ואינה מקודשת, ואם קידשה בדבר שאין בעל הבית מקפיד עליו כגון תמרה או אגוז הרי זו מקודשת מספק.

מקורו של הרמב"ם הוא גמרא בקידושין:[197]

> ההוא סרסיא [שמייצר שכר מתמרים של לקוחותיו תמורת חלק מהשכר]דקדיש בפרומא דשיכרא[שהם שמרי השכר]. אתא מריה דשיכרא, אשכחיה, אמר ליה: אמאי לא תיתיב מהאי חריפא [שהוא יותר משובח]? אתא לקמיה דרבא [לשאול על תוקף הקידושין האם יש להסתמך על ביטוי ההסכמה של בעל השכר], אמר: לא אמרו כלך אצל יפות [שנחשב כהסכמה] - אלא לענין

---

194. שו"ע חו"מ סי' שנ"ט סעיף א, ושם הוסיף המחבר "ואף זה אוסר בירושלמי ממידת חסידות."

195. ש"ך חו"מ סי' שנ"ח אות א, ומסביר בזה הבדל עקרוני שבין ייאוש שהוא בעל כרחו של אדם ואילו היה יודע לא היה מתייאש, לבין חוסר קפידא שהוא מרצון, "וכיון שידוע שיתרצה א"כ השתא נמי בהיתרא אתי לידיה דמסתמא אינו מקפיד על זה". הש"ך חולק בזה על דברי התוס' (בבא מציעא כ"ב א' ד"ה מר זוטרא) ומרדכי שאם אדם נותן לחבירו לאכול מדבר שאינו שלו אלא של חבירו אע"פ שיודע שיתרצה אסור לאכלו כיוון שהוא ייאוש שלא מדעת לדעתם. ראה גם שו"ת נודע ביהודה מהדורה תנינא אה"ז סי' ע"ז.

196. הלכות אישות פרק ה הלכה ח.

197. קידושין נ"ב ב'. רבינו חננאל שם מסביר את ההבדל בין הפרשת תרומה לבין קידושין וכל מקרה אחר, שבתרומה שמצווה היא אומרים שניחא ליה ביפה.

> תרומה בלבד היו הבעלים מלקטים ומוסיפים [תרומה, ומזה רואים שבעל הבית מתרצה על מה שנעשה] - בין כך ובין כך תרומתו תרומה; אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד, ואינה מקודשת.

מדברי הרמב"ם ניתן ללמוד כמה כללים לגבי וויתור ומחילה. מהדין הראשון למדנו שיש לחוש שבעל הבית מתבייש למחות אחר המעשה. גילוי דעת שלו לאחר מעשה אפילו במפורש אינו מהווה הוכחה לכך שלא היה מקפיד לכתחילה על מה שלקחו ללא רשות. אפילו עכשיו שגילה דעתו, אם יש אפשרות לבאר את דבריו שאינו רוצה עכשיו ממש להקנות, לא יועיל להקנות מכאן ולהבא. לדעת הרמב"ם יש בכך ודאי גזל ולכן אינו חושש לקידושין בנסיבות אלו. נראה שכל שכן ברשויות המסים ששותקים ואינם מבטאים במפורש את דעתם להסכים להשתמטויות אלו, שיש לחשוש ששתיקתם אינו מבטא התרצות, ויש בכך גזל. גם אם נראה את שתיקתם כמחילה, עדיין אין זה אומר שוויתרו למפרע על המסים כדי להתיר השתמטות לכתחילה בגלל כך.

א. מר זוטרא בבוסתנא דמרי בר איסק

> אמימר ומר זוטרא ורב אשי אקלעו לבוסתנא דמרי בר איסק, אייתי אריסיה תמרי ורימוני ושדא קמייהו. אמימר ורב אשי אכלי, מר זוטרא לא אכיל [רש"י: דגזל נינהו, שהבעלים לא ידעו]. אדהכי אתא מרי בר איסק, אשכחינהו, ואמר ליה לאריסיה: אמאי לא אייתית להו לרבנן מהנך שפירתא? אמרו ליה אמימר ורב אשי למר זוטרא: השתא אמאי לא אכיל מר? והתניא: אם נמצאו יפות מהן - תרומתו תרומה! - אמר להו, הכי אמר רבא: לא אמרו כלך אצל יפות אלא לענין תרומה בלבד, משום דמצוה הוא, וניחא ליה. אבל הכא - משום כסיפותא הוא דאמר הכי.[198]

מהתנהגותו של מר זוטרא אפשר ללמוד (א) לא להניח שמישהו מוותר, מוחל או אינו מקפיד אף במקום שרוב בני אדם אכן היו מוותרים,[199] (ב) גם גילוי דעת של וויתור אי אפשר להסתמך עליו לומר שבאמת אינו מקפיד אם מהנסיבות ניתן לפרש שהוויתור לא נעשה ברצון מלא.[200] מהסיפור לא עולות נסיבות מיוחדות שנותנות

198. בבא מציעא כ"ב א'.

199. לפי פירוש רש"י חשש מר זוטרא מאיסור גזל משתי סיבות: (א) חסר דעת בעלים ונחשב כמו ייאוש שלא מדעת, וכנגד זה אמר שדין תרומה היא שונה משום"דמצוה הוא, וניחא ליה" (ב) יש לחשוש שלא ניחא ליה לבעל הבית, וכנגד זה אמר "משום כסיפותא הוא דאמר הכי." אפשר שמר זוטרא החמיר על עצמו שלא מן הדין כיון שנהג בעצמו מנהג חסידות (ראה למשל נדרים ז' א', מועד קטן י"ז א') ומן הדין במקום שמן הסתם ניחא ליה לבעל הבית אין צורך בדעת בעלים בפועל. אך מתוספות נראה שנקטו שעיקר הויכוח לא היה בשאלה אם ניתן להניח שבעל השדה אינו מקפיד או יש לחוש למיעוט אלא בשאלה האם האריס ינכה מחלקו אח"כ את מה שנתן לאחרים מחלקו.

200. זה נראה כאותו טענה שהזכרנו לעיל "אבל הכא משום כיסופא הוא דעבד."

מקום לחשוש שמרי בר איסק היה קמצן ולא היה מגיש מעצמו כיבוד קל לחכמים, ומשום כך כנראה אכלו אמימר ורב אשי. אפשר לפקפק ממה שעולה ממקום אחר[201] בענין פרדס של מרי בר איסק, שמרי בר איסק היה איש אלם ושקרן וזכותו בפרדס לא היתה לגמרי ברורה. אולם, כבר הוכיחו התוספות שאין זה אותו מרי בר איסק עליו מדובר כאן.[202] מכל מקום, ניתן ללמוד מכאן שחוסר אכיפה על השתמטויות שונות אינו נחשב כגילוי דעת למפרע שרשויות המס אינם מקפידים על כך. כמו כן, כל זמן שלא יודעים על ההשתמטות הרי חוסר קפידה זה בגדר ייאוש שלא מדעת ויש מקום לחשוש שאכן היו מקפידים אם היו יודעים.

ב. מסקנות

המושג של לא קפיד מופיע בדברי הפוסקים כאופן שמתיר לקיחה או הנאה מממון אחרים כאשר ניתן להניח שהם לא מקפידים על כך. אולם קשה לסמוך על היתר זה כיוון שיש לחוש גם לאלו שעשויים להקפיד, וגם כאשר גילה דעתו שאינו מקפיד ניתן לומר שהוויתור לא נעשה ברצון מלא. משום כך אין לסמוך על כך שרשויות המס לא אוכפים את החוקים שלהם במקרים מסויימים ולומר שאולי אינם מקפידים, משום שיש לחוש לכך שהיו רוצים לאכוף אך אינם יכולים להשיג כל משתמט.

---

201. בבא מציעא ל"ט ב': "אמר ליה [רב חסדה למרי בר איסק]: הכי דיינינא לך ולכל אלימי דחברך." ראה גם המשך הגמרא שם מ' א': " הכא - לאו ברשות נחית [מרי בר איסק לפרדס, שלא היה הפרדס שייך לו לבדו]." ראה גם חידושי הרמב"ן שם: "ואפשר דמשום דידע רב חסדא דשקרא ואלמא הוא ובעי למקנסיה, אלא שאמר [דוקא] בהא מילתא לא משקר."

202. תוספות יבמות כ"א ב', ד"ה "רב אשי אמר כגון כלה דבי רב מרי בר איסק:... וצ"ל דתרי מרי בר איסק הוו, אחד בימי רב אשי כדמשמע הכא ובפרק אלו מציאות (בבא מציעא דף כ"ב א') אמימר ורב אשי ומר זוטרא איקלעו לבוסתני' דבי מרי בר איסק ואחד היה בימי רב חסדא דאמר בהמפקיד (שם דף לט: ושם) מרי בר איסק ואיכא דאמרי חנה בר איסק אתא ליה אחוה מבי חוזאי אתא לקמיה דרב חסדא ורב חסדא נפטר בימי רבא כדאמר בפ' בתרא דיומא (ד' עה: ושם) וביום שמת רבא נולד רב אשי." התוספות גם גורס כאן "ואיכא דאמרי חנה בר איסק" כמו שמצינו גירסה זאת בכתובות כ"ז ב' ובילקוט שמעוני פרשת מקץ רמז קמ"ח. לפי האיכא דאמרי איננו צריכים לתרץ שתרי מרי בר איסק הוו.

חלק ד. בריחה, הברחה והערמה

אחרי שביססנו את סמכות השלטון להטיל מסים והגדרנו את היקף חובת המסים, עלינו לבחון את דרכי ההשתמטות מתשלום מסים על מנת לבחון אם הם יועילו ואם מותר להשתמש בהם.

א. בריחה

ההשתמטות הכי פשוטה היא בריחה—פשוט לברוח מרשויות המס, לברוח מהמדינה למקום שאין ידם מגעת, להתחבא שם או לחסות בצל משטר אחר שלא ישתף פעולה עם המדינה של הבורח. בדרך כלל, בריחה כזו היא חד-פעמית וסופית, ופירושה ניתוק מוחלט מהמדינה או מהקהילה בה היה שותף.

דמי כלילא בימי רבי

בגמרא בבא בתרא[1] מובא סיפור בריחה מימי רבי:

> ההוא דמי כלילא [שהוא מס חד-פעמי מיועד לקניית כתר חדש להמושל] דשדו אטבריא [והיו אנשי הקהילה כולה נתבעים לפרעונו], אתו לקמיה דרבי ואמרו ליה: ליתבו רבנן בהדן [אף שתלמידי החכמים היו פטורים מלהשתתף בפרעון מסים שנתבעו מהקהילה, בקשו עמי הארץ שישתתפו אף הם בפרעון המס הזה], אמר להו: לא. אמרו ליה: ערוקינן [איימו עמי הארץ על רבי שאם תלמידי החכמים לא ישתתפו בפרעון המס, יברחו עמי הארץ מן העיר וממילא ישאר עול המס על תלמידי החכמים], [אמר להם:] ערוקו [לא נכנע רבי לאיומיהם ואמר שלא איכפת לו אם הם יברחו מן העיר]. עקרו פלגיהון, דליוה פלגא [אחרי שברחו חלק מעמי הארץ, נתבעו הנשארים בפרעון הדמי כלילא]. אתו הנהו פלגא קמי דרבי, א"ל: ליתבו רבנן בהדן, אמרו להו: לא [שוב בקשו עמי הארץ שתלמידי החכמים ישתתפו ושוב סירב]. ערוקינן, ערוקו. ערקו כולהו, פש ההוא כובס, שדיוה אכובס [אחרי שלא נכנע רבי לאיומיהם של עמי הארץ הנשארים, הם ברחו, חוץ מכובס אחד שנתבע בפרעון כל המס בעצמו]. ערק כובס, פקע כלילא [אחרי שברח הכובס ונשארו רק תלמידי החכמים בעיר, ביטל המושל את המס]. א"ר: ראיתם, שאין פורענות בא לעולם אלא בשביל עמי הארץ.

אפשר לשאול מספר שאלות יסודיות על סיפור זה ועל הנהגתו של רבי. כשאיימו עמי הארץ לברוח, למה נתן להם רבי לברוח ואמר "ערוקו"? אם הבריחה פוטרת אותם מן הדין מהשתתפות בפרעון המס, איך לא מחה רבי על כך שבריחה של חלק

---

1. בבא בתרא ח' א'.

מהם עלול להכביד את עול המס על הנשארים, או שבהעדר עמי הארץ תיפול תביעת המס על תלמידי החכמים הפטורים? ואם הבריחה אינה פוטרת אותם מן הדין מפריעת המס, למה לא הגיד להם רבי שבריחתם לא תעזור להם ולמה לא תבע אותם לשלם אחרי שברחו?

א. שיטת רבינו תם בענין הבריחה

רבינו תם[2] למד מתגובת רבי לאיומי הבריחה של עמי הארץ שלא הייתה לרבי ברירה, כי מן הדין יש לעמי הארץ זכות לברוח ולהיפטר על ידי זה מפרעון המס, וכך פסק ר"ת להלכה. ר"ת שלל את האפשרות שרבי סמך על אמונתו שאם יברחו כל עמי הארץ תתבטל תביעת המס, כמו שאכן קרה. דברי ר"ת תמוהים: אם חובת המס חלה כבר על האדם, איך פקע החוב על ידי בריחת החייב למקום אחר?[3] ואפילו אם בריחתו פוטרתו, אם בכך הוא מכביד את עול הנשארים שיצטרכו עכשיו לפרוע את חלקו, אזי הם רשאים לעכב את בריחתו ולתבוע אותו כמציל עצמו בממון חבירו. נראה מכאן שלדעת רבינו תם, חובת המס לא חלה כלל לפני גבייתו בפועל, ולכן יש היתר להשתדל להתחמק מגביית המסים.

אולם יש סתירה בין פסק זה בשם רבינו תם לפסק אחר בשמו המובא בשם רבינו יהודה מפרי"ש:

> על ראובן ושמעון שהיו תחת שר אחד והטיל עליהם מתנה וברח האחד אחר הטלת המתנה וחבירו הנשאר תובעו שיפרע חלקו: כך קבלתי הלכה למעשה שחייב לפרוע לו חלקו דדינא דמלכותא דינא ודינא דמלכותא ואפילו שערי דכדא משעבדי לכרגא... וכן היו דנין רבינו יצחק ור"ת כי כל דבר שהנהיגו השרים והמלכים על פי דין קדמונים דין גמור הוא."[4]

בפסק זה רבינו תם לא מכיר בזכות לברוח מגביית חובת מס. גם בפסקו הראשון כתב רבינו תם "ומיהו אם חזרו ודרים בעיר כבראשונה אפשר שחייבים לתת עמהם, דהכא [במקרה של כלילא] איכא למימר ערקו[ברחו] ולא חזרו."[5] נראה אם כך שבריחה מועילה לפטור את הבורח מן המס רק במקרה שהתנתק לגמרי ויצא מכלל פורעי המס ונפרד מהם ולא בגלל שאינם יכולים לכופו ולגבות ממנו בפועל עכשיו.

---

2. מרדכי בבא בתרא פרק השותפים סי' תע"ו "מכאן אר"ת שאם הטילו מס או מתנה על בני העיר וברחו מקצתם שפטורים."
3. כך תמה המהרי"ט בתשובותיו חלק ב חו"מ סי' נ"ח: "דברי ההגהה משם רבינו תם קשים לשומעם, דהא ודאי חל חיובייהו ושעבודא דמלכא רביע עלייהו וכדאמרינן מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח, והיאך יפטר אדם בצאתו מן העיר וערוקיה מסתייה."
4. מרדכי בבא בתרא סי' תרנט ד"ה השיב.
5. מרדכי בבא בתרא סי' תע"ו.

ב. דעת הרמב"ן והר"י

הרמב"ן[6] ור"י חולקים על רבינו תם ופוסקים שבריחה אינה פוטרת את הבורח מפרעון המס. על הבריחה של עמי הארץ מדמי כלילא שהוטל על טבריה כותב הרמב"ן:

> פירוש במקום שאין רבי יכול לכופם ברחו, שאם היה יכול לכופם דין הוא לכופם, שמאחר דשדי מלכא דמי כלילא, נתחייבו כולם ליתן, ואקרקפתא דידהו ואנכסייהו מנח, או שמא לא רצה רבי לכופם דניחא ליה דליעקרו וליבטיל כלילא כדי שלא תהא פורענות באה על תלמידי חכמים בשבילם, אבל מן הדין חייבין ליתן אע"פ שיצאו להם למלכות אחרת."

לדעתו של הרמב"ן, מרגע "דשדי" דמי הכלילא על העיר כבר יש "חיוב" על כל אחד ואחד מבני העיר עם שיעבוד הגוף ושיעבוד נכסים לפרוע את המס, וממילא לא תפקיע הבריחה את המס.

גם הר"י חולק על רבינו תם ופוסק:

> אם הכובס היה תובע אותם דערקו לדינא הי[ו] חייבין לסייען אלא השר לא רצה לכופן... מנהג בכל הקהלות שאין אדם יכול לפטור עצמו מן המס בצאתו מן העיר אחר שנתחייב... וכל מה שיש לו נשתעבד למלך ובלא מנהג נראה לי דין תורה שכששאל המלך מס אפילו שערי דכדא נשתעבדו אל המלך... דכל מה שיש לו נשתעבד אל המלך ואפילו יברח קודם גבייה נשתעבד כבר למלך[7]

מתוך הקושיות על הסיפור של דמי הכלילא בטבריה נאלץ המהר"ם מרוטנברג[8] לפרש שמדובר בעלילה שחלה עליה הכלל של "דינא דמלכותא דינא" ודין "שותף אינו חולק שלא לדעת חבירו"[9], ואז כל אחד יכול לדאוג לעצמו אפילו אם זה יכביד על אחרים, כיון שמעיקר הדין כולם פטורים ואינו אלא "חמסנותא דמלכותא". לפי הערוך (ערך כלילא), יש קצת בסיס לדמי הכלילא שהוטלו על טבריה, שלא היה בכך סתם מס לקניית כתר חדש לקיסר. הקיסר ציוה על אנשי טבריה או חלק מהם לשמור על כתרו ונגנב הכתר שלא בפשיעתם.[10] הקיסר האשים את כל אנשי טבריה והטיל עליהם קנס בלתי מוצדק לקניית כתר חדש. בגלל זה עמי הארץ היו יכולים לאיים לברוח ולהציל את ממונם. אולם במס רגיל לא תועיל בריחה להפקיע את חובת המס.

---

6. חידושי הרמב"ן בבא בתרא ח' א'.
7. מרדכי שם
8. שו"ת מהר"ם מרוטנברג חלק ד (דפוס פראג) סי' תתקצ"ב. ראה גם דבריו במרדכי בבא קמא פרק הגוזל בתרא סי' רמ"ה. ראה גם מהרי"ט חלק ב סי' נ"ח שרצה לישב שיטת רבינו תם שמדובר בעלילה שהוא גזלנותא דמלכותא ואין מחלוקת של רבינו תם ואחרים אלא בפירוש הגמרא.
9. בבא קמא קט"ז ב
10. מרדכי בבא בתרא שם בשם יש מפרשים ובהגהות שם בשם מהר"י כ"ץ בשארית יוסף.

הרמב"ן גם קבע מסמרות בענין בריחת המס בהמשך דבריו, על פי הירושלמי[11] בענין מציל עצמו בממון חבירו. הירושלמי מחלק בין מס צפוי שעוד לא הוטל, שמותר לפעמים[12] אפילו לשחד ולשקר כדי להוציא את עצמו מחובת המס אף על פי שממילא יצטרכו אחרים לשלם במקומו, לבין מס שכבר הוטל, שאסור להשתדל להוציא את עצמו מתשלום המס כי בכך מציל את עצמו בממון חבירו. אולם בירושלמי מדובר כנראה במס חדש וחד-פעמי שעד שלא הוטל לא היה שיעבוד וגם לא שותפות וערבות לפרעונו. במקרה כזה יש הבדל ביו לפני שהוטל לבין אחר שהוטל המס, כיוון שלא היה שום "זיקה" ודררא דממונא [חסרון ממון] לציבור לפני הטלת המס, אבל במס קצוב וקבוע משנה לשנה אין הבדל בין לפני או אחרי הטלת המס, כיוון שהשיעבוד והערבות ההדדית רובצת על הציבור לפני גביית המס.

יש אחרונים שתירצו כך את דברי רבינו תם עצמו, שאף שלא היה בדמי כלילא עלילה, הוא היה מס חדש וחד-פעמי, ורק על מס כזה פסק רבינו תם שהבריחה תועיל.[13] אמנם למעשה הם ברחו אחרי שכבר הוטל דמי כלילא על הציבור, ולדעת הרמב"ן על פי הירושלמי הנ"ל לא תועיל בריחה במקרה כזה.

יש הבדל עקרוני בין בריחה בטענת "נתפרדה החבילה"[14] ובכוונה להוציא את עצמו מן השותפות והשיעבוד, לבין בריחה כדי שלא יוכלו לכוף ולגבות ממנו בפועל את מה שהיה חייב מכבר. בשו"ת תורת חיים הוכיח שלפירושו של רבינו תם בדמי כלילא, ברחו עמי הארץ של טבריה למלכות אחרת דוקא, ובגלל זה לא יכול היה רבי לכופם, כיון שעל ידי בריחתם פקע השיעבוד שהיה עליהם מכח דינא דמלכותא. אם היו בורחים לעיר אחרת שתחת אותו שליט, היו יכולים הנשארים לתבוע מהם ולכופם לשלם מן הדין ולא הייתה בריחתם מועילה לפטור אותם. מסתבר גם שאותם שברחו הניחו אחריהם נכסים בטבריה שהיה אפשר לגבות מהם דמי הכלילא אילו היו עדיין חייבים מעיקר הדין, ועל כרחינו למדנו מכאן שהיו פטורים מן הדין בגלל שהתנתקו מהציבור ויצאו מכלל החייבים במס.[15] מכאן רואים

---

11. ירושלמי בבא קמא בפרק מניח את הכד הלכה א.
12. דברי הירושלמי תמוהים במקצת, שמשמע מהם שכנראה מותר לשחד ולשקר להציל את עצמו ממס רגיל אף על פי שדינא דמלכותא דינא ובתנאי שלא יציל עצמו בממון חבירו. קשה לתרץ שמדובר שם בעלילה, שאם כן גם אחרי שהוטל במס היה מותר להציל את עצמו ולברוח מן העלילה כנראה מדברי המהר"ם מרוטנברג ואחרים בענין דמי כלילא. גם לא נראה שמס אכסניה או אומנות המלך נחשב כחמסנותא דמלכותא. אפשר לפרש כמו שמתרץ רב אשי בבבא קמא קי"ג א', שהפקעת הלוואה של הגוי מותר גם על ידי הערמה ושקר, וכל שכן לפני שהוטל המס כשלא חל עדיין חוב כלל.
13. תורת חיים חלק א סי' ס"ג וס"ה, ראה גם מהרי"ק שורש ב
14. הביטוי מופיע במסכת גיטין נ"ט א' בנוגע למצב שאין כהן בבית הכנסת שאז כבר אין סדר לעליות לתורה. הביטוי הושאל לכאן למקרה שהקהילה התפרקה בעקבות הטלת מס עליה, כמו במקרה של כלילא.
15. שו"ת הרשב"ש סי' תי"ד: " שהרי אלו שברחו לפי הנראה משפט ההלכה לא הבריחו נכסיהם, שאיך אפשר שלא יהיה לשום אחד מהם שום קרקע ולא כבוד עד שיברחו ויבריחו כל נכסיהם,

שהעלמת מס והברחת מס על ידי מניעת התביעה והגבייה בפועל לא מונעת את עצם חלות חובת המס ואינו אלא הברחת נכסים מבעל חוב.

ג. מסקנה

לדעת רבינו תם לא בכל מצב מועילה בריחה כדי לפטור נישום מחובת המס שלו. רק כאשר התנתק האדם לגמרי ממקומו המקורי ואין לו כל זיקה אליו, הוא רשאי להיפטר מתשלום מס במקום ההוא. אולם לדעת הרמב"ן והר"י גם צעד של בריחה והתנתקות אינו מועיל כאשר כבר חלה חובת המס על כל אחד ואחד, מכיוון שהוא ונכסיו כבר משועבדים לפרוע את מנת המלך.

ב. הברחה

בעוד שבבריחה האדם מנסה להתחמק מתשלום מס על ידי ניתוק משיפוט הגורם השלטוני שהטיל את המס, ישנו אופן אחר להשתמט מתשלום מס, באמצעות הברחת הנכסים עצמם מעיניהם של רשויות המס. אמצעי ההברחה עשויים לכלול: הטמנת והעלמת חפץ מסויים או הסתרת מידע והוכחות על קיום ובעלות נכסים שונים. האם יש בהברחות אלו בכדי להציל את המבריח מן המס ולפטור אותו מן הדין, או שאין הם משפיעים על מעמד חבות המס של המבריח, ולמעשה המבריח עדיין חייב לפרוע מס על הנכסים המוברחים? נימוק אפשרי להכרת תוקף הברחות אלו מבוסס על התפיסה שהמסים הם חוב בעל כרחו של הנישום שלא התחייב לפורעו מדעתו כמו חוב רגיל, ואם כך, כל מה שיצליח להציל מהישג ידם של רשויות המס לא נכלל בחיוב המס.

מסוגיית הברחת מכס הנידון לעיל בהקשר לדינא דמלכותא דינא וגזל הגוי לומדים שהברחת מכס, וכנראה הברחת כל מיני מס על ידי העלמה פשוטה, אסורה. לפי מסקנת הגמרא[16] כל המחלוקת בברייתא בין ר' עקיבא והחכמים האם מותר ללבוש כלאים להבריח בהם את המכס אינו נוגע אלא (א) במוכס גזלן שעומד מאליו או שאין לו קצבה, שהמוכס גזלן הוא. או (ב) במוכס נכרי, שהפקעת הלוואתו מותרת. אבל חוץ ממקרים חריגים אלו, עיקר הדין פשוט ומובן לגמרא: "להבריח בו את המכס מי שרי? והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא!"[17]—כלומר, כיון שההלכה מכירה בזכותה של המלכות לגבות מכס, ברור שאסור להבריח אותו.

ואיך דרך הענין בדמי העטרה הזאת עד שמכרו כל נכסיהם, אלא ודאי נראה שנכסיהם היו מצויים בעיר והם לא שאלו [אלא] בני אדם המצויין (שכיון) [שם], כך נראה."

16. בבא קמא קי"ג א'

17. שם

ג. הערמה

למרות מה שאמרנו לעיל, לא כל ההברחות זהות. יש הברחה שאינה בנויה על השתמטות מציאותית והעלמה, אלא בנויה על תחבולה או תחכום שעומד על בסיס משפטי קלוש ככל שיהיה. המכנה המשותף בכל תחבולות אלו הוא העברת בעלות או חזקה של חפצים לידי חבר או קרוב משפחה, או הערמה שנועדה לשנות את הגדרת הבעלות על הנכס, או הערמה שמטרתה לשנות את הגדרת התמורה שניתן או נתקבל בעסקה. הערמות אלו נידונים בקשר למס, בקשר להברחות חובות רגילים, בקשר למתנות כהונה ובקשר לאיסורים אחרים. גם אם נניח שהברחות והערמות אלו מועילות, נצטרך לדון אם יש איסור לכתחילה לנקוט בצעדים מסוג אלו.

א. הברחה שאינה אלא העלמה

בסוגיית הברחת מכס על ידי לבישת כלאיים שהובא לעיל, יש מקום לשאול האם אמצעי ההברחה הנידונים בגמרא שם הם סוג של העלמה וגניבה פשוטה, או האם הם דומים יותר להערמה, ואז אפשר ללמוד משם שגם הברחה כזו אסורה? יש כמה דרכים להבין את שיטת ההברחה עליה מדובר. לפי המשמעות הפשוטה של המשנה, המבריח מסתיר בגדים החייבים במכס על ידי לבישת כמה שכבות של בגדים, כך שהחיצוניים מכסים ומסתירים את הפנימיים.[18] זוהי העלמה פשוטה ורמאות שאינה דומה בכלל להערמה, ואין מכאן ראיה לאסור הערמות ותחבולות.[19] ניתן להבין את שיטת ההברחה באופן אחר, שהמבריח מציג יבוא מסחרי, החייב במכס, כייבוא אישי, הפטור ממכס, על ידי לבישת הבגדים.[20] לפי פירוש זה, המשנה מאד דומה להערמה שלא חלה עליה המכס—המבריח הופך את סחורתו, זמנית, למלבושו האישי אף שבכוונתו מיד להחזיר אותו לסחורה. כל הגדרתם של הבגדים כלבוש אישי או סחורה תלויה בעיקר בכוונתו של המבריח. המשנה הניחה שהברחה כזו

---

18. ראה גירסת הרש"ש (הערות לבבא קמא קי"ג א') שגורס להבריח "בה" את המכס או להבריח "בהם" את המכס, שמדגיש שהכלאים עצמם משמשים להבריח את המכס, ואולי לא רק להבריח את המכס שחל על בגדי הכלאים אלא גם את המכס על בגדים אחרים שלובש מתחת לכלאים. מציאות זו מתאפשרת אם המבריח לובש את הכלאים כבגד חיצוני שמכסה ומסתיר את מה שלובש מתחתיו, וזה מתיישב טוב עם לשון המשנה "אפילו **על גבי** עשרה בגדים."
19. לפי פירוש זה קשה גם מסקנת הגמרא שיש איסור בגזל הגוי ורק הפקעת הלוואתו מותרת. הרמב"ם פסק לפי זה, שאף שטעות הגוי מותרת, אסור להטעותו (רמב"ם הלכות גניבה פרק י הלכה י"ז). העלמה ממוכס אמור להיות אסור כמטעהו לפחות אם לא כגניבה ממש.
20. בפירוש הריבמ"ץ למשנה שם ד"ה אפי' לגנוב את המכס כותב: "כגון שיש לו י' מלבושין של כלאים, אם לובשן אינו נותן מהן מכס, ואם מוליכן כמו משאוי נותן מהם מכס, ואמ' חכמי' לא ילבשם אפי' שעה אחת כדי יציאת השער לגנוב את המכס." ככה גם לומד הרמב"ם בפירוש המשניות שם: "ואפילו כדי להפטר ממסי המכס, לפי שאין גובין ממנו על מלבושין וכך היה מנהגם."

אסורה, ולכאורה ניתן להוכיח מכך שידיעת המבריח שבסוף הוא ישנה את כוונתו בבגדים למטרות סחורה מבטלת את כוונתו הזמנית שהבגדים הם לבוש אישי, ולכן אסור להבריח את המכס בשיטה זו. אולם, אפשר להקשות: והרי ממה נפשך—אם כוונתו באמת היא שהבגדים הם לבושו, ברור שאסור לו ללבוש כלאים, גם למאן דאמר דבר שאינו מתכווין מותר?[21] ואם כוונתו באמת היא לסחורה, אין זה שונה מהעלמה פשוטה ורמאות, שהוא "כאילו" מצהיר בשקר שהבגדים אינם סחורה. אמנם גירסת המשנה היא "לגנוב את המכס", ולא כמו שהובא בגמרא "להבריח בו את המכס", משום שבאמת לא מדובר כאן בתחבולה והערמה אלא בשקר רמאות וגניבה. יכול להיות שהמבריח רק מטעה את המוכס על ידי לבישת הבגדים—האחריות היא על המוכס להגדיר את הבגדים כלבוש או סחורה, ואם המבריח עבר והמוכס לא חקר אותו ולא תבע אותו על הבגדים, זכה המבריח מטעות או עצלנות המוכס, וזה מה שאסור ולא הערמה או תחבולה משפטית.

אולם יש גם הבנה אלטרנטיבית בשיטת ההברחה—שהמבריח מציג את עצמו כעכו"ם, דוקא על ידי לבישת כלאים שהגויים ידעו שהיהודים אינם לובשים, כדי להבריח את המכס שגובים באפליה רק מיהודים.[22] אולם לפי זה נראה כי מדובר בשקר ורמאות ממש ולא בתחבולה, משום שלמעשה הוא אינו גוי ורק מציג עצמו כך, ואז אין ראיה לפי פירוש זה לאסור גם תחבולות והערמות להשתמטות ממסים. מכל מקום, הברחה והעלמה פשוטה נאסרת גם על פי פירוש זה.[23]

---

21. למאן דאמר דבר שאינו מתכווין מותר, מותר ללבוש הכלאים להבריח את המכס. אולם, ראה מהרי"ק שורש פ"ח שלפי המפרשים שלא רצו לפרש אופן הברחת המכס על ידי שיציג עצמו כגוי במלבושיו משום איסור כפירה, אף על פי כן התירו לבישת כלאים, שהוא למעשה בגד מובהק של גויים, כדי להבריח את המכס על ידי לבישתו כבגד אישי, משום שאין בכוונת המבריח להידמות כגוי אף שהוא מתדמה לגוי בלבושו. כמו כן לדעת מהרי"ק, לבישת הכלאים כמלבוש לא נחשב כדבר שאינו מתכווין אף שכל הפטור ממכס מיוסד על זה שהבגדים הם מלבושים שלו.

22. כך מביא רבינו עובדיה מברטנורא בשם חלק מרבותיו שם ד"ה את המכס: "ראיתי לקצת מרבותי שפירשו כגון במקום שהיהודים פורעים מכס למוכס העומד מאליו, ולובש כלאים כדי שלא יכיר שהוא יהודי."

23. ראה גם שו"ת משפטים ישרים חלק א סי' ק"ג שדן בשתי גישות אלו לסוגיה ולמד מכך נפקא מינא להלכה: "אך בזה אני מסופק לדעת הר"ן ז"ל אם מותר להבריח מן המכס סחורה כגון שגזר המלך שכל שיביא סחורה מערי אדום וכיוצא יתן כך וכך למאה, שבזה נראה שיש לצדד לאיסור כיון שזה שנוטל המלך אינו מ**האדם** המביא כי הרי כשמביאה מוכרה ביוקר לפי מה שנותן למלך הרי זה כגוזל ממון המלך ממש, או המשל להוליך ממלכות למלכות שאבא וכיוצא למוכרה ביוקר והדבר ידוע שהיוקר שבה הוא מחמת האלגאבילא /היטל על סחורות/ של המלך והרי זה כגוזל האלגא[ב]ילא ממש ולא דמי זה להפקעת הלואתו. והברחה מן המכס שאמרו בגמרא הוא המוטל על ה**אדם**, שאין זה ממון המלך והדבר צריך אצלי תלמוד.
ומדברי הר"ש שבמשנה דכלאים ומדברי הרא"ש יש לפשוט זה שכתב לגנוב בו את המכס שאין נותנין המכס מבגדים [אישיים] שלו [שאינם לסחורה]. נראה מדבריו דהך הברחה הוא ש[באמת] רוצה להוציא בגדים להסתחר בהם, ולובשם [להבריחם כבגדים אישיים שלו]. ושלא כמו שנראה קצת מדברי רש"י [שמבריח על ידי] שמתגנב ונראה שאינו יהודי. וכבר דחה פירוש זה הרא"ש ז"ל

גם ב"איכא דמתני לה אהא" השנייה שמביאה הגמרא ממסכת נדרים—"נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין, שהיא תרומה - אע"פ שאינו תרומה, שהן של בית המלך - אע"פ שאינן של בית המלך"—רואים שאסור להבריח את המכס אם לא מדובר בגזלן או נכרי שהפקעת הלוואתו מותרת, וכפי שמקשה הגמרא: "ולמוכסין? והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא!"[24] . המאירי שם מדגיש זאת במפורש "כל שעשהו [המלך מס] דרך כלל, דין גמור הוא ואסור בהעלמתו או בהברחתו כגניבה גמורה ודבר זה אין בו חילוק בין מלכי ישראל למלכי אומות העולם."

אמנם מהגמרא בבבא בתרא עולה שמקובל לרמות ולשקר למוכס להבריח את המכס שגבו על עבדים: "היה עובר על בית המכס ואמר [למוכס] בני הוא [ואינו חייב מכס עליו], וחזר ואמר [אחר שיצא מבית במכס] עבדי הוא – נאמן [לענין ירושה וייחוס שאכן עבדו הוא ולא בנו]."[25] במקרה זה יש לו אמתלא ששיקר למוכס כדי להציל את עצמו מן המכס וזה אינו פוגע בנאמנותו כלל. לכאורה היה אפשר להסיק מכאן שמותר להבריח נכסים ואף לשקר על מנת להבריח את אותם נכסים. אך אין להביא ראיה מכאן, שהרי כל מטרת הגמרא היא רק לדון בעניין נאמנותו להעיד על בנו או עבדו. אף אם נאמר שעשה עבירה כששיקר, עדיין אפשר להאמינו ולתת אמתלא לדבריו הקודמים.

כמו כן מהסוגיה בפסחים ששם מזהיר רבי לבניו: "ואל תבריח עצמך מן המכס, דילמא משכחו לך ושקלי מנך כל דאית לך." היה אפשר להסיק שרק בתור עצה טובה הוא ממליץ שיימנעו מהברחות, אך הוא לא רואה בזה כל איסור. אולם אפשר לבאר שסתם מוכס גזלן, וכפי שראינו מותר להעלים ממוכס גזלן את נכסיו, וגם אפשר שרבי מתכוון רק להפקעת הלוואתו שמותר במוכס גוי, ואין להביא ראיה מכאן לעניין מוכס ישראל או במקום חילול ה' ששם הפקעת הלוואה אסור.

מכל מקום ברור מהמשניות בכלאיים ונדרים שהברחת מכס אינה שונה, לדעת חכמי הגמרא, מכל חוב אחר, וכמו ששם קיים איסור להבריח נכס מבעל חוב[26] ונקרא "לווה רשע ולא ישלם" ויש בכך עושק או גזילה, כך גם במכס ומס אחר השתמטות מפירעון אינו מציל מאיסור. כמו כל עבירה אחרת, העובדה שלא יתפסו אותו אינה מתירה את מעשה העבירה.

וכתב כפירוש הר"ש. ומעתה איפשיטא בעיין, דלדעת הר"ן גם זה מותר שאחר שהושם החוק על הבגדים והם אצל ישראל הוי ליה [כ]הפקעת הלואתו, דהלואתו לאו דוקא הוא הדין פקדונו והבגדים האלו כאלו הם מופקדים ומחציתם למלך ושרי ליטלם וכן פשט המנהג.

24. לדעת "פרשת נדרים" שם בדעת הר"ן, קושיית הגמרא מוסבת על איסור נדר ולא על עצם איסור ההברחה, ודייק בלשון הר"ן שם ד"ה והאמר שמואל-**והיכי שרינן למידר הכי** כדי להיפטר כיוון דמן הדין חייב ליתן לו את המכס." גם לדבריו ברור שרק בנכרי שהפקעת הלואתו מותר, רשאים להבריח ממנו את המכס.

25. בבא בתרא קכ"ז ב.

26. ראה להלן בשם שו"ת הרא"ש כלל ע"ח סי' א.

ב. הברחת מס על ידי הערמה: סתירה בין תשובות הרא"ש

הרא"ש דן בדין הברחת נכסים ממסים בשתי תשובות שכנראה סותרות. בתשובה אחת כותב:

> ילמדני אדוני. שר שבא לעיר לגבות מס, וממשכן באשר ימצא, איש על רעהו; והלך ראובן **קודם לכן**, ונתן אשר לו, ומשכונות של ישמעאלים, לשמעון, שהוא פטור מן המס; ונתן במתנה גמורה, בלא תנאי. אם יוכלו שניהם לישבע, זה שאין לו, וזה שהוא שלו כל מה שבביתו? אע"פ שידוע שלא עשה כי אם להבריחו, ולבסוף יחזיר לו, מכל מקום במתנה גמורה נתן, והחזרה תלוי בדעתו.... תשובה: מה שכתבת מענין הברחה, קשה מאד הדבר, ומעולם החמרתי בו מאד, שלא יזלזלו בו. וגם אם יבא הפסד לחברו בהברחה זו, נמצא לאו עכברא גנב, אלא חורא גנב; אע"פ שהוא אמת כאשר כתבת [שמן הדין יש תוקף למתנה כזאת] ואפילו מתנה ע"מ להחזיר היא מתנה לשעתא; וכ"ש מתנה זו, שהיא בלא חזרה, אם ירצה [המקבל לא לחזור]; מ"מ יש ליזהר מפני חלול השם, אם ירגיש בדבר, וגם שלא יקלו עמי הארץ בדבר."[27]

מתשובה זו נראה שעצם כוונתו להבריח מסים אינה שוללת את תוקף מסירת נכסים לאחרים כשהיא נעשתה בפועל ועל פי דין.[28] כמו כן רואים שבמקום שאין חשש חילול השם, אין איסור לכתחילה להבריח באופן זה.[29]

אולם, בתשובה שנייה באותו כלל, הרא"ש כנראה סותר את עצמו וכותב:

> עוד ילמדני: ציבור שממשמשים ובאין להטיל חרם, שכל מי שיש לו מעות במזומן שילוום לערבי פלוני. והלך ראובן מיד ונתן מה שהיה במזומן לשמעון,

---

27. שו"ת הרא"ש כלל ט סי' א.

28. לא ברור לאיזה חילול ה' חשש הרא"ש, כיון שבעצם מן הדין מתנתו קיימת והוא אינו נשבע לשקר. גם לא ברור למה הדגיש הרא"ש שהמתנה קיימת מעיקר הדין ולכן אינו נשבע לשקר, והרי בתשובה הבאה באותו כלל מתיר הרא"ש לישבע לשקר ל"ישמעאלי גובה המס [ש]השביעו שיוציא מרשותו כל שאינו שלו" ולמעשה הוא כובש הפיקדון של חבירו שיש בידו, "אם אין חלול שמים בדבר." דין זה גם סותר את הגמרא של "נודרין להרגין ולחרמין" בנדרים כ"ח א' שהגביל את ההיתר רק לנדר ורק באופן שמפרש את נדרו בדברים שבלב. אמנם אפשר לחלק בין שבועת שקר שעובר מיד, כמו בסי' א שבתשובה הנ"ל של הרא"ש שנשבע: "זה שאין לו, וזה שהוא שלו כל מה שבביתו" לבין שבועת ביטוי שהוא עובר רק אחר זמן אם אינו מקיים את שבועתו כמו במשביעו "שיוציא מרשותו כל שאינו שלו." לכן הדגיש הרא"ש במקרה הראשון שמתנתו קיימת מעיקר הדין ואינו נשבע לשקר. אם כן אפשר לומר שהחילול ה' שעליו חשש הרא"ש הוא על עצם ההערמה, ולא על השבועה, שהרי שבועת שקר אסורה בכל מקרה.

29. בבית יוסף על הטור יו"ד סי' רכ"א מסתיים התשובה במשפט שכנראה צונזר משו"ת הרא"ש: "אמנם אם צורך שעה הוא [שלא] ימשכנהו בשביל חביריו ויכול לעשות בסתר יש היתר בדבר." אולם נראה שדווקא להתחמק מפרעון חוב מס של אחר מותר להבריח, אף על פי שדינא דמלכותא היא לגבות מאחד על חבירו (בבא קמא קי"ג ב: "שלוחא דמלכא כמלכא, ולא טרח... מאן דמשתכח ביה דרי פרע מנתא דמלכא... בר מתא אבר מתא מיעביט"), אבל אין היתר להבריח מגביית מס שהוא עצמו חייב לשלם.

שלא היה בכלל התקנה, כדי שלא להלוות לערבי; ונתן לו במתנה גמורה בלא תנאי; והודיעני אם המתנה מתנה, הואיל ואיכא אומדנא דמוכח... או נאמר שהחרם חל למפרע משעה שהיו עסוקין בענין... תשובה: על חרם הקהל, דע לך דלא שייכא הערמה והברחה בחרם שעושין הקהל על דעת המקום ברוך הוא ועל דעתם, ולאפוקי מכל מיני ערמות עושין כן. **ודבר ידוע שזה לא כיון ליתן אלא להברחה בעלמא**, ואומדנא דמוכח הוא... וכי היכי דאומדנא דמוכח מפקא מכלל מתנה, מפקא נמי מהלואה [שלא ייחשב כמזומן אצלו], ולא תועיל ערמתו כלל וחייב להלוות.

מכאן נראה שעצם מטרתו להבריח מסים שוללת את תוקף מסירת הנכסים לאחרים, אף על פי שנעשה בפועל ועל פי דין. לדברי הרא"ש יש גם עבירה בהברחה זו. אמנם הרא"ש ראה את ניסיון ההברחה הכושל כעבירה בשוגג, שראובן טעה וחשב שההברחה תועיל לו מן הדין, ואם כן אין ראיה מכאן שיש עבירה בעצם ההברחה אם היא נעשתה בצורה שאכן תועיל. מכל מקום, חייבים אנו להבדיל בין שתי התשובות הסותרות של הרא"ש.

א. יישוב הסתירה בתשובות הרא"ש

רבי בן ציון מאיר חי עוזיאל הרגיש בסתירה שבין שתי תשובות הרא"ש, וקבע כלל ביחס לתוקף ההערמות. הוא רוצה להבדיל בין מי שמתחמק ומבריח מחוב שכבר חל עליו—שגם אם ההברחה תועיל, עדיין נכשל ב"לוה רשע ולא ישלם" אם לא יפרע את החוב—לבין מי שמוציא את עצמו על ידי הברחה מעצם חלות החוב—ואז אפשר לאמוד דעתו של המבריח שהוא באמת מתכוין ומעדיף לתת את המתנה מלשלם חוב שהוא אינו חייב עדיין.[30] בתשובה הראשונה של הרא"ש בא השר למשכן אחד על חוב מס של חבירו ולא חוב שלו שהוא חייב. אף על פי שיש לשר זכות לעשות כן מדינא דמלכותא, מכל מקום:

אם הוא ישתמט מזה על ידי נתינות מתנה אינו מבריח נכסיו, אלא מערים כדי שלא תחול עליו גזירת השר שאינו גוזר אלא על מי שיש לו נכסים ולא על מי שאין לו, וכשנתן מתנה לחבירו הרי אין לו נכסים. ואין כאן נמי הערמה דמוכחא שהרי נכסיו עומדים להתמשכן והוא יצא נקי מהם תיכף, ובזה אדרבה אומדנא דמוכחא היא שהוא רוצה ליתן מתנה לחבירו ולא לאבד את

30. משפטי עוזיאל כרך ד' חו"מ סי' כ"ז וז"ל: "לא אמר הרא"ש במבריח נכסיו מבעל חוב דאין מתנתו מתנה, אלא משום אומדנא דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני; ואע"פ דסוף סוף יבוא הבעל חוב ויטרפם ממנו ונמצא דממה נפשך נשאר הוא בלא כלום, בכל זאת יותר נוח לו לשלם לבעל חוב כדי שלא יהיה לוה רשע ולא ישלם וגם שיאכל פרות נכסיו עד שיטרפם בעל חוב ממנו."

נכסיו שיתמשכנו על ידי השר על מה שלא חייב לשלם, הלכך פסק הרא"ש דמתנתו קיימת."[31]

לכאורה, לפי זה, גם בתשובה השנייה של הרא"ש:

גם בזה אין בו דין הברחה, אלא הערמה הוא שמערים להבריח נכסיו כדי שלא יחול עליו החרם, הלכך מן הדין מתנתו קיימת; ומה שפסק הרא"ש לבטל מתנתו הוא משום אומדנא אחרת: שמבריח זה אינו רוצה לעבור על החרם... [ו]כוונתו מוכחת מתוך מעשיו שהוא טועה וסבור שע"י הערמה זו מסיר מעליו החרם מעיקרו שאינו אלא למי שיש לו נכסים ואחרי שנתנם במתנה הרי אין לו; אולם הואיל והדין הוא שהחרם חל על דעת המקום ברוך הוא ועל דעת בית דין וא"כ יוצא שבהערמתו לא פקע ממנו אסור החרם, [יש אומדנא דמוכח ש]אדעתא דהכי לא הקנה לו ואין מתנתו קיימת.

נראה מכאן שכשאין עומד בפנינו חומר חרם שאיסורו מן התורה וספיקו להחמיר והוא חל על דעת המקום, אלא תקנה רגילה של בני העיר בלי חרם וקללת נח"ש[נידוי חרם שמתא], אין איסור בהערמה שהוא מערים להבריח נכסיו כדי שלא יחול עליו המס, ולכן יש אומדנא דמוכח שהמבריח גמר בדעתו להקנות ורוצה בקיומו של המתנה, אם על ידי זה לא יחול עליו המס מבחינה משפטית. אנו רואים מכך שקיים איסור בעצם הניסיון להערים ולהבריח, וממילא אין תוקף להברחה כיוון שאומדנא דמוכח הוא שהמבריח לא כיוון לעבור איסור.

ב. סיכום

כדי ליישב את הסתירה בין תשובות הרא"ש, חידש הרב עוזיאל שיש להבחין בין סוגי הערמות. מי שמערים ונותן מתנה לשני כדי להתחמק מחוב שכבר חל עליו

---

31. משפטי עוזיאל שם. לכאורה, גם אם מדובר במס שהוא עצמו היה חייב ו"מערים כדי שלא תחול עליו גזירת השר שאינו גוזר אלא על מי שיש לו נכסים ולא על מי שאין לו, וכשנתן מתנה לחבירו הרי אין לו נכסים" עדיין מתנתו קיימת, כיון שאינו בגדר "לוה רשע ולא ישלם" לפני שחל המס עליו. עוד אפשר לדייק מכאן, שגם אם חובת המס כבר חל עליו, עדיין הברחתו תהיה מותרת ומתנתו קיימת אם זה מס לשלטון נכרי שהפקעת הלוואתו מותר, ושוב אין שם גדר של "לוה רשע ולא ישלם." אולם אם יש חשש של הכבדה על אחרים, אין נפקא מינה בזה שהפקעת הלוואתו של נכרי מותר כיון שהוא מכביד על ידי זה על יהודים אחרים. (ראה מה שכתבנו על ענין זה בפרק עמוד 148). בתשובה הראשונה של הרא"ש מוכרחים אנו לפרש שחובת המס עדיין לא חל, שאם חל כבר, אף שהפקעת הלואה של גוי מותרת עדיין יש חשש שהדבר יכביד על שאר יהודי העיר. כנראה הרא"ש גם רמז לחשש זה וכתב "מה שכתבת מענין הברחה, קשה מאד הדבר, ומעולם החמרתי בו מאד, שלא יזלזלו בו **וגם אם יבא הפסד לחברו בהברחה זו**, נמצא לאו עכברא גנב, אלא **חורא גנב**." ואכן נראה שמדובר במס כללי שיש בו חשש הכבדה כמו שכותב השואל שם "שר שבא לעיר לגבות מס, וממשכן באשר ימצא, איש על רעהו.", אלא שאם זה מס כללי, הרי כבר חל השיעבוד על כל נכסי בני העיר, ואיך אפשר לחלק שמדובר בהערמה שלא תחול, כפי שחילק הרב עוזיאל בין שתי התשובות.

אינו נפטר מהחוב, כיוון שהמתנה אינה נחשבת אמיתית אלא רק כדי לברוח מחוב שכבר חל עליו. אולם במקרה שעדיין לא חל המס והוא נותן מתנה כדי לברוח מתשלום מס, ניתן לאמוד שכוונתו אמיתית במתנה ולכן מתנתו קיימת.

ג. הרא"ש מבטל הברחות נכסים מנושים

למרות דברי הרא"ש המובאים לעיל להכיר בהברחות שנועדו למנוע את חלות חובת המס, הוא יצא ביד תקיפה נגד הערמות והברחות של נכסים והביא כמה ראיות לבטל את תוקף שטרי מתנה במקום שיש אומדנא דמוכח שכל כוונתם אינה אלא להברחה:

> מכל הלין חזינן, שכל המכוין להערים, חכמי הגמרא עמדו כנגדו לבטל ערמתו. ונדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל העתידות לבא; כל שכן הכא, שדין גמור הוא, כי אין לך אומדנא דמוכח יותר מזה[*שכוונת השטר היה להערים*].[32]

הרא"ש מעיד על עצמו: "הפקעתי כל תחבולה והברחה שיעשה אדם בנכסיו כדי שיאכל ממון אחרים, ולא ימצאו מה לפרוע."[33] הרא"ש ראה שיש צורך בגלל שכיחות התופעה:

> [ה]פושעים, המתנכלים לעקש הישרה, להגדיל שקל במאזני מרמה, [ולכן] חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם. ועל זה נאמר: צדק צדק תרדוף, ואמרו חכמים: דין אמת לאמתו, לאפוקי מרומה. ויען אשר ראיתי מקצת אנשים אשר כותבים נכסיהם ליהודים, או לגוים, ואחר כך לוין מעות, וכשבא המלוה לגבות חובו מנכסיו, מצוה להוציא השטר ותולה נכסיו באחרים; והכל רואין, אע"פ שכתב נכסיו לאחרים, הוא מוחזק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו.[34]

אמנם, הרא"ש לא הבהיר כל צרכו האם לדעתו **יש** תוקף מעיקר הדין להברחות כאלו, אלא שהחכמים חייבים לבטל את עצתם של המבריחים, או שבכלל **אין** תוקף לשטרי הברחה כאלו. למשל, בתשובה הראשונה על "ראובן שהיה חייב מלוה על פה לשמעון, ונתן כל אשר לו ללוי להפקיע חוב שמעון", אמנם ביטל הרא"ש את ההערמה מתוקף הסמכות שיש להדיינים להפק זממם של המבריחים, אבל הוא לא פסק שהשטר מבוטל מעיקר הדין, לא בגלל שיש אומדנא דמוכח שלא התכוון באמת

---

32. שו"ת הרא"ש כלל ע"ח סי' א.
33. שם סי' ג.
34. שם. ראה גם דברי הרשב"א חלק א סי' תתקס"ב החולק על הרדב"ז המובא לעיל בקשר לקנוניא להפקיע תנאי כתובה.

לתת את כל אשר לו ללוי ולא בגלל שמטרתו היתה להברחה.[35] בתשובה הבאה[36] נשאל הרא"ש על:

> ראובן [ש]לוה משמעון מלוה בשטר, ושעבד לו כל נכסיו שקנה ושעתיד לקנות, מטלטלי אגב מקרקעי, ואח"כ נתן כל נכסיו במתנה לאחד מקרוביו, ולא הניח לעצמו לא קרקע ולא מטלטלין, אלא הכל נתן לו. והוא דר בבית קרובו ואוכל עמו על שולחן אחד, אוכל ושותה בריוח ולובש בגדים נאים, ואשתו ג"כ לובשת בגדים נאים ונותנת מתנות לקרובותיה, ואומר שהכל נותן להם קרובם משלו, והם לא נשאר להם אפילו פרוטה אחת. והוא יושב בטל ואינו רוצה לעשות שום מלאכה, ולא להתעסק בשום דבר מכל מה שהיה דרכו להתעסק קודם לכן, לפי שיודע שמה שירויח שיתחייב להגבותו לבעל חובו. ועוד, שאשתו יושבת עמו בבית קרובו, ומתעסק בפרקמטיא, ואמר הלוה שאין לו ולא לאשתו בפרקמטיא זו, אלא הכל של קרובו בעל הבית, וכשיבא בעל החוב לתבוע, נשבע בעל הבית שהכל שלו. ונראה הרבה שכל זה הוא עושה ברמאות, ואינה אלא הברחה מפני חובות שעליו, או מפני המס.

הרא"ש שוב זיכה את המלוה והרשה לו לגבות מהנכסים שהבריח הלווה. אולם הרא"ש לא נדרש אפילו לבטל את תוקף ההברחה אלא סמך על השיעבוד שהיה למלוה על פי עיקר הדין ועל פי נוסח שטר ההלואה. כל מה שחידש הרא"ש היה שבמקרה כזה "לא שייך תקנת השוק [שנתקן להגן על לקוחות של מטלטלין, במקרה שנתן את כל נכסיו לאחר במתנה], דודאי אמדינן דעתו שלהבריח מבעלי חובות עשה, דחזקה אין אדם נותן ממונו לאחר וימות ברעב, אלא ודאי קנוניא ורמאות יש בדבר." בתשובות אחרות הביע הרא"ש דעתו שאפשר להתעלם משטר שמעביר בעלות לשם אדם אחר ולייחס את הבעלות לבעלים האמיתיים בפועל,[37] אבל לא פסק ששטר שמטרתו להברחה אין לו תוקף מכל וכל.

אולם כשהגיע לרא"ש שטר הברחה מקצועית שכתב ונתן הלווה כבר לפני שלווה, ועקף באמצעותו את כל הטכניקות החוקיות שעשויות לבטל את תוקף השטר, .

---

35. שו"ת הרא"ש שם סי' א: "נתחכמו חכמי הגמרא כנגדו לבטל ערמתו ולא תעשינה ידיו תושיה, על אחת כמה וכמה [כאן]..., שנבטל ערמתו וזה יגבה חובו מן המתנה. וכן בפרק השולח בגיטין:... כאשר עשה כן יעשה לו גמולו ישוב בראשו. וכן ביבמות (קי): הוא עשה שלא כהוגן, אף אנו נעשה לו שלא כהוגן. מכל הלין חזינן, שכל המכוין להערים, חכמי הגמרא עמדו כנגדו לבטל ערמתו. ונדון דבר מדבר ונלמוד דבר מדבר, כי חכמי התלמוד לא הספיקו לכתוב כל העתידות לבא."
36. שם סי' ד
37. שו"ת הרא"ש שם סי' ב שאלות ב' וג'. בשאלה השנייה סמך הרא"ש על העובדה שהמבריח משכן את הנכס אחרי שהעבירו לבנו, שזה מעיד שבכלל לא התכוון להעביר את הבעלות על הנכס. בשאלה השלישית כתב הרא"ש: "הפקעתי כל תחבולה והברחה שיעשה אדם בנכסיו כדי שיאכל ממון אחרים, ולא ימצאו מה לפרוע. וכן בנדון זה, ... שכל מעשיו תחבולה. והקו הישר שבנדון זה הוא, שיגבו [גם מנכסיו שהעביר לבתו]." ראה מקרה דומה בפסקי עוזיאל חלק א', סי' כ"ז.

גילה הרא"ש את דעתו ששטרי הברחה בטלים ומבוטלים מעיקר הדין כאשר הוכח שמטרת השטר הוא לשם הברחה.

> תורת אמת וחקים טובים ומשפטים ישרים נתן הקב"ה לעמו ישראל על ידי משה רבינו עליו השלום, דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום, צדיקים ילכו בם, ופושעים, המתנכלים לעקש הישרה, להגדיל שקל במאזני מרמה, חייבין חכמי ישראל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם. ועל זה נאמר: צדק צדק תרדוף, ואמרו חכמים: דין אמת לאמתו, לאפוקי מרומה. ויען אשר ראיתי מקצת אנשים אשר כותבים נכסיהם ליהודים, או לגוים, ואחר כך לוין מעות, וכשבא המלוה לגבות חובו מנכסיו, מצוה להוציא השטר ותולה נכסיו באחרים; והכל רואין, אע"פ שכתב נכסיו לאחרים, הוא מוחזק בהם ונושא ונותן בהם ומעולם לא יצאו מרשותו. . . ובאתי לשבור מלתעות עול ולהפר מחשבות ערומים ולא יפיקו זממם, ולהודיע **ולבאר שאין במתנה זו ממש. לפי שידוע וניכר באומדנא דמוכח שלא גמר בלבו להקנות, אלא להבריח נכסיו מבעלי חוביו**, וילוה ויאכל ממון של אחרים ולא ימצאו לגבות ממנו; דאנן סהדי שאין לך אדם שיתן ממונו לאחרים ויחזור הוא על הפתחים. . . אלא הכל להברחה נתכוין, שיקדים הבן לכל בעלי החובות שלו ולא ימצאו ממה לגבות, ולא כיון להגבות, ולא הערים אלא בשטר הזה בעצמו (זה) מוכיח שלא היתה המתנה מתנה. [ועוד, כי יש אומדנא דמוכח שהשטר חוב שעשה לבנו לא היתה מתנה] אלא למראית העין, להבריח נכסיו מבעלי חוביו, ורצה שהשטר ישאר בידו, וכשיצטרך להראותו ימסרנו לאחר להראותו ויחזירנו לידו, והוא ירא שיעתיקו ממנו נסחא מקויימת, או יעידו העדים על הקנין, ולכך התנה תנאי זה [שאינו יכול לגבות אלא כהשטר יוצא מתחת יד בנו.]

א. חקירה בדעת הרא"ש

אפשר להבין את דברי הרא"ש באחד משני דרכים. (א) אם חסר מניע ותכלית מספקת לכותב השטר להעביר את הבעלות למקבל המתנה (מעבר למטרתו להבריח נכסיו מצד שלישי), אזי אין תוקף לשטר ההברחה, בגלל שחסר כאן רצון אמיתי לתת מתנה לאדם אחר, וכל מטרתו היא להבריח . (ב) אם באמת לא התכוון כותב השטר להעביר את בעלות הנכסים למקבל, אפילו להבריח נכסיו, אלא התכוין שיהא השטר למראית עין בלבד, לרמות צד שלישי במקרה שיצטרך להוציא את השטר, אזי אין תוקף לשטר ההברחה. השלכה משמעותית מאד הלכה למעשה תיתכן לעניין תוקף שטרי קנוניא והברחה שאכן נכתבו וניתנו ממניע בלעדי של הברחה ממסים אבל כוונת הכותב לממש ולכבד את הקנין. לפי הדרך הראשונה לא יועיל, משום שהמניע עדיין נשאר הברחת הנכס, אך לפי הדרך השנייה יועיל, כיוון שלמעשה סמך וגמר בדעתו להקנות בעלות נכסים לאדם אחר.

ב. דעת רבינו תם

הרא"ש[38] ראה את דבריו כסותרים את שיטת רבינו תם, המובאים בתוספות בפרק האשה שנפלו בכתובות[39] ובמקומות אחרים בשם רבינו שמשון. הסוגיה שם דנה בשטר מברחת שכתבה אלמנה לבתה לפני נישואיה השניים, להבריח את נכסיה מבעלה החדש, שלא יירש אותם עם מותה מכח שטר כתובתה. על זה כתבו התוספות:

> וכבר בא מעשה שטר מבריח נכסיו לפני ר"ת שרצה ללוות ורצה שלא ישתעבדו נכסיו לבעל חוב וגם שטר מבריח נכסיו שלא ישתעבדו נכסיו לכתובת אשתו ואמר ר"ת שהשטר קיים ומגבינן ביה דדוקא הכא דהוי מברחת דלא קני להו בעל דהוו נכסים שאין ידועים אמרינן דודאי להבריח נתכוון אבל במעשים אלו [בנידון לפני רבינו תם]דאי לא הוי קני לוקח הויא קני להו ב"ח והאשה וכיון דבהכי לא הוי מוברח אית לן למימר דלמתנה גמורה איכוין.

לדעת ר"ת, דוקא הרצון של כותב השטר להבריח את נכסיו מנושיו היא הסיבה שמעניקה תוקף לשטר, שאכן סבר הנותן להקנות כדי להבריח. אם נאמר שאין תוקף לשטר המברחת, כלומר שהכותב יכול לחזור בו ולטעון נגד המקבל שכוונתו היה רק להבריח ולא ליתן באמת מתנה להמקבל, אז יוצא שעדיין עומדים הנכסים ברשותו ובבעלותו של הכותב וממילא משועבדים לבעל חובו, שזה עומד בניגוד לכוונתו. אך אם נאמר שהנותן כיוון לשם מתנה שאינו יכול לחזור ממנה, נמצא שהנכסים אינם ברשותו ואינם משועבדים לבעל חובו, וזו אכן היתה כוונתו. זוהי דעת רבינו תם. הרא"ש עצמו חולק על סברת ר"ת:

> האי סברא ליתא כלל, דודאי לאברוחי איכוון, כדמפרש תלמודא טעמא, דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני, ונקרא שטר מבריח, כיון דכוונתו היה להבריח, אלא שטעה בזה, כסבור היה שתועיל ההברחה, אע"פ שלא יקנה המקבל. וכיון שהדין הוא שלא תועיל ההברחה אם לא שיקנה המקבל, והמקבל אי איפשר לו לזכות, **שלא כיון להקנות לו**, ממילא נשארו הנכסים ברשותו, ונשתעבדו לבעל חוב ולכתובת אשה.

לדעתו, כנראה, חסר כאן רצון אמיתי ועצמאי, מעבר לרצון להבריח נכסים, להקנות את נכסי הנותן למקבל. לדעתו "פשיטא ליה לתלמודא דמקבל מתנה לא קני", דיש אומדנא דמוכח "דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני, ולא כיוונה אלא להבריח מבעלה", ולא לתת כל נכסיה במתנה לבתה.

הקושי בזה הוא שבגמרא שם אין חולק על כך שאם האשה התנתה במפורש שהיא מקנה את נכסיה לבתה מהיום ולכשארצה, הברחתה תועיל לה, ואם כך רואים

---

38. שם סי' ג'
39. תוספות ד"ה "עשאום כנכסים שאינם ידועים" כתובות ע"ט א.

שהברחה עשויה להועיל גם כשהיה ברור שרק במקרה הצורך היא תקנה את הנכסים לבתה, כלומר שכל הכוונה של המתנה אינה אלא להבריח.[40]

אולי בגלל שהרגיש הרא"ש בקושי הזה הוסיף עוד סברא בניגוד להנחתו של רבינו תם:

> הסברא נותנת כן [שחסר כאן רצון אמיתי לתת מתנה], שהרי הוא כיון להבריח, והיה סבור **שתועיל ההברחה אע"פ שלא קנה המקבל**; וכשיודע לו שאי איפשר להיות זה, אלא צריך שיזכה המקבל, או ישתעבדו לבעל חוב או לכתובת אשה, **אנן סהדי דניחא ליה שלא יזכה בהן המקבל,** וישארו בחזקתו ויאכל פירות נכסיו עד שיטרפום ויפרע חובו מנכסיו, ממה שיזכה המקבל והפסיד נכסיו מעכשיו וגם לא פרע חובותיו.

לפי דבריו אלו הכוונה והמטרה של הברחה אינן פוסלות את תוקף השטר אלא שאנו מניחים בניגוד להנחת רבינו תם, שהמבריח לא התכוון באמת להקנות ולהתפטר מהנכסים שהבריח.

עוד הוסיף הרא"ש:

> וגם לדברי ר"ת, היינו היכא שכתב נכסיו לאחר והחזיק המקבל בנכסים; אבל בנדון זה, שכתב נכסיו לאחר בסתר, ואין הנכסים זזין מתחת ידו, אין זה אלא תחבולה וערמה ללות ממון אחרים ולא ימצאו ממה לגבות. ומצינו בדברי חכמים שבטלו עצת המערימים.

לדעתו, אפילו רבינו תם יודה כשכותבים שטר הברחה לשים במגירה למקרה הצורך, אבל אין לו שום משמעות במציאות עכשיו לא לנותן ולא למקבל, שהשטר אינו תקף כלל. הסיבה לכך היא שבאמת לא התכוון כותב השטר להעביר בעלות למקבל, אפילו על דעת להבריח, אלא התכוון שיהא השטר למראית עין לרמות צד שלישי במקרה שיצטרך להוציא את השטר. לדעת הרא"ש, פסקו של רבינו תם כוון דוקא נגד המבריח שמתחרט ורוצה להפסיד למקבל המתנה אחרי שכבר החזיק בה המבריח, וטוען ששטר מברחת הוא ואין לו שום תוקף, כדעת שמואל שאמר "מורה הוראה אני, אם יבא שטר מברחת לידי אקרענו."[41] מאד ייתכן, אם כן, שבמקרה

---

40. כך עולה מפירוש רש"י ד"ה עד שתכתוב: "בשטר זה מהיום נתונים לך ולכשארצה, יש כאן הברחה מבעלה שאם בא לזכות תאמר אני רוצה במתנה ונמצא קיימת למפרע ואם זה שנכתב שטר יבוא להחזיק תאמר איני רוצה. על קושיית הגמרא בהמשך "ואי לא קננהי לוקח, ניקנינהו בעל?" כותב רש"י: "ואי לא קננהי לוקח לקנינהו בעל - לשמואל בכותבת כולן דאמר לא קני כיון דלא קני מאי הברחה איכא ליקנינהו בעל ויאכל פירות וירשנה אם תמות תחתיו." דוקא לשמואל דאמר שטר מברחת לא קני ודוקא במעביר כל נכסיו שיש אומדנא דמוכח " דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחרינ" מקשה הגמרא איך תועיל השטר מברחת להבריח, אבל במקום שהמקבל קני, אפילו במקום שברור שהנותן לא התכוין אלא להבריח, כמו במקום שהתנה הנותן מהיום ולכשארצה, תועיל הברחתו.

41. כתובות ע"ט א.

שהמקבל לא החזיק ולא יכול לזכות בנכסים נגד רצון המבריח, יודה רבינו תם שאין תוקף לשטר מברחת נגד המבריח ולכן גם המבריח לא יזכה נגד בעל חובו ולא תועיל לו הברחתו.[42]

גם לרבינו תם וגם להרא"ש עדיין דרוש הסבר לשטר מברחת "מהיום ולכשארצה" שחכמים ורשב"ג מסכימים שמצד אחד לא יכול המקבל לזכות בנכסים נגד רצון המבריח ומצד שני תועיל ההברחה לזכות המבריח בדין נגד בעל חובו.[43]

לכאורה יש לשאול למה תועיל ההברחה במקרה זה, כיון שאין זכות למקבל המתנה לזכות בו נגד רצון הנותן? אכן, הבית יוסף מביא בשם הרשב"א:[44]

> שאם כתב כל נכסיו [לאחרים] ולא שייר כלום יש לו דין מבריח ואין מתנתו מתנה גמורה ויכול לחזור בו אבל אם שייר קצת נכסים מתנתו מתנה גמורה ואינו יכול לחזור בו **אלא אם כן התנה בפירוש שיוכל לחזור בו כל זמן שירצה ומכל מקום לא נשתעבדו נכסים (ללוה) [למלוה] שהרי הבריחם ממנו וקנאם בעל המתנה עד שיחזור בו הנותן** אבל אם בשעת המתנה אמר הנותן לעדים שמתנה זו אינה מתנה כלל ואינו עושה אלא להערים בלבד אין זו מתנה כלל ושטרא דעולה קרינן [בה] וזהו הקרוי שטר אמנה או שטר פסים.

לא ברור שהרא"ש היה מסכים לזה, אבל כך עולה מהגמרא בדין שטר שכתוב בו "מהיום ולכשארצה" וכך גם אפשר לפרש את דברי הרמ"א כדי שלא תהיה סתירה ממה שכתב בהמשך "מיהו אם נראה לבית דין שלא כוונו לערמה, רק למתנה גמורה, קנה המקבל אף על גב שהיתה כוונתו להבריח." לפי דברינו ה"ערמה" מתייחס לכוונה להקנות את המתנה באמת, ו"כוונתו להבריח" מתייחס לסיבה ולמניע למתנה ולא קיימת סתירה בין הכוונה להבריח לבין "שלא כוונו לערמה"[45] לכאורה,

---

42. ב"ח חו"מ סי' צ"ט. אבל ראה פני יהושע שם על תוספות ד"ה שכתב: "אלא דממה שכתב ר"ת ומגבינן ביה משמע שעדיין מחוסר גוביינא ואפ"ה סובר ר"ת דהמתנה קיים וצ"ע."
43. ראה כתובות ע"ט א' ורש"י שם. אמנם גם בקנוניא ייתכן שהנכסים לא זזים מתחת ידו של הנותן, כמו למשל כשמגרש ומיד מחזיר את אשתו או מוכר ומיד חוזר וקונה שדהו. מכל מקום, לפחות יש זכות מן הדין למקבל להפר את הקנוניא באמצע ולזכות לעצמו נגד רצון הנותן, אלא שנאמן המקבל על הנותן שלא יעשה כך. [למשל, קונה ומוכר אולי יכולים לעשות קנוניא על מסים החלים על מחיר הקנייה על ידי קנייה במחיר פחות מהמוסכם ומאמינים זה לזה שיתרת סכום המחיר תינתן בעתיד כמתנה למוכר, כדי שהמס יחול רק על סכום המחיר המופחת. זה שונה לגמרי ממצב שהמחיר המלא כבר שולם או חויב מן הדין, והמוכר והקונה רוצים להגדירו עכשיו או בזמן הנתינה כמתנה. במקרה כזה שכבר זכה המוכר בכספו, לא יועיל הקנוניא.
44. בית יוסף חו"מ סי' צ"ט ס"ק ו' בשם הרשב"א שו"ת חלק ב סי' שי"ב.
45. הקצות בחו"מ שם הסביר: "ונראה ביאור הדבר... היכא דנותן לקרובו מתנה גמורה ולא משום דארצי קמיה המקבל אלא נותן לו מתנה זו כדי שלא יקח בע"ח משום הכי נתנו לקרובו או לבנו אבל מתנה גמורה היא לבנו או לקרובו, בזה אין הבע"ח גובה כיון דהוא מתכוין למתנה גמורה, אע"ג שכוונתו להבריח ולא משום דארצי קמיה המקבל אפ"ה מתנה הוא למקבל ויצאה מרשות נותן ואין הבע"ח גובה." בעל הנתיבות חולק עליו בנתיבות המשפט שם וכותב: "ולכאורה הלשון תמוה, דאם לא כיון לערמה האיך היתה כונתו להבריח? ונראה פירושו, **דכל שטר מבריח הוא**

גם הרא"ש בתשובה שהבאנו לעיל לעניין שטר מתנה שכוונתו להבריח בו את המס נשאל על מי שנתן מתנה "אע"פ שידוע שלא עשה כי אם להבריחו, ולבסוף יחזיר לו, מ"מ במתנה גמורה נתן, והחזרה תלוי בדעתו" והוא הסכים "שהוא אמת כאשר כתבת [שמן הדין יש תוקף למתנה כזאת] ואפילו מתנה ע"מ להחזיר היא מתנה לשעתא; וכ"ש מתנה זו, שהיא בלא חזרה, אם ירצה."[46] מכל מקום נראה שבדיעבד יש לבית דין כח לבטל שטר מברחת בטכניקה משפטית או אפיילו שלא כפי עיקר הדין מכח סמכותם "לשבור מלתעות עול ולהפר מחשבות ערומים" כמו שעולה מתשובותיו בעניין שטר מברחת.

ג. סיכום ומסקנות

דעת הרא"ש היא שיש להבחין בין הערמות שמטרתן אך ורק כדי לחמוק מרשויות המס וגם אין כל כוונה לקיים את הפעולה שההברחה מייצגת, כך שיש כאן מיצג שווא לכל דבר. אולם הרא"ש אינו מתנגד לעצם הרעיון של הברחה מרשויות המס, כאשר עדיין לא חל החיוב על הנישום, וגם אינו מתנגד לנתינת מתנות כאשר באמת הייתה כוונה ורצון של הנותן להעניק במתנה לצד שלישי את נכסיו. אולם הרא"ש רואה אומדנא דמוכח, הוכחה ברורה מעצם ההברחה שלא כיוון המבריח כלל להקנות לצד שלישי ולכן לא יועיל הצגתו כאילו התכוון לכך. לעומת זאת דעת רבינו תם היא שדווקא רצונו להתחמק מתשלום מס הופכת את מתנתו למתנה אמיתית, כיוון שאם לא היה מועיל היה צריך לשלם מס. הרא"ש מוסיף שגם לשיטת רבינו תם אין משמעות לשטר שעשה להבריח ושם במגירה, כלומר צריך שיהיה כאן מעשה שמוכיח שבאמת כוונתו להבריח ולא פיקציה משפטית.

למעשה נראה שיש ביד בית דין כח לבטל שטר מברחת גם כשנראה שכוונתו הייתה להקנות כדי למנוע את תופעת ההברחות מתשלום מס באמצעים אלו.

ד. קנוניא

א. מבוא

קנוניא היא הערמה בין שני אנשים להפסיד צד שלישי. מצאנו במספר מקומות שחז"ל עשו תקנות למנוע את תופעת הקנוניא, ועלינו לשאול האם יש איסור

שיהיה רשות בידו לחזור, וזה המתנה נקרא שהיא רק להערמה בעלמא, אבל אם היתה כונתו למתנה גמורה שלא יהיה יכול לחזור בו, כגון שכתוב בו מתנה חלוטה מתנה עולמית, דאז הוי מתנה גמורה..., אע"ג דנתן מתנה (לו) [זו] רק כדי שלא יגבה ממנו הבעל חוב, שידוע שאם לא היה חייב לאחרים לא היה נותן מתנה זו, מ"מ כיון שאין לו רשות לחזור ממתנה זו, יצאה מרשות הנותן וקונה המקבל ולא הבעל חוב, **ודוקא במקום שרשות ביד הנותן לחזור קנה הבעל חוב מטעם שכתב הרא"ש**... דכיון שיכול לחזור לא יצא מרשות הנותן, משא"כ הכא."

46. שו"ת הרא"ש כלל ט' סי' א. ראה עיון בזה לעיל.

בביצוע קנוניא לכתחילה? האם קנוניא בטלה בדיעבד מתקנת חכמים או שיש לבטל אותה? האם יש תוקף משפטי לקנוניא?

ב. קנוניא בתיכנון מס—תשובה של ר' חיים פאלג'י בספרו "נשמת כל חי"[47]

רבי חיים פלאג'י נשאל על אב ובנו שעשו מיזוג של עסקיהם ונכסיהם כדי לנצל את תקרת המס שנהגה קהילת איזמיר. בעבר היו הבן והאב מתעסקים ביחד וכשהפרידו את עסקיהם, מאיזה סיבה שהיא, לא שמו לב שבעתיד ערך נכסיהם המשותפים עשוי להגיע לתקרת המס ואז היו אמורים ליהנות מפטור על ערך כל נכסיהם שמעבר לשומא המירבית של הקהילה. אחרי שנים כששמו לב שהיו חוסכים הרבה מס אם היו נשארים ביחד, ניסו ל"תקן" ולמחוק את הפיצול כאילו לא היה. בתשובה ארוכה שפירט שבע עשרה שאלות נפרדות בקשר לשאלה הזאת, דן רבי חיים פלאג'י על תוקף ההברחה שנעשתה על ידי שטר אודיתא[48] שחתם ונתן הבן ביד אביו ובה הוא הצהיר שהוא סמוך על שלחן אביו מיום היוולדו, ושאין לו שום נכסים מיוחדים לעצמו. על ידי ההמצאה הזאת, ניסו לקבוע את ההגדרה המשפטית על בעלות נכסיהם בעבר או לפחות לשנותה מכאן ולהבא.

רבי חיים כתב על תיכנון מס זה כשאב ובנו בוחרים להמשיך בהגדרת נכסיהם כממוזג:

> **"ואף אם עושים כן בכונה מכוונת לפטור ממס דכשתולין הכל על נכסי אביהם פטורים הבנים, אנו מה יש לנו לעשות הרי לא ראינו שום אחיזה שזכה הבן לעצמו בשום דבר כדי שנבוא עליו בעקיפין ליטול ממנו מס והנח להם לישראל כי יש להם על מה שיסמוכו." ועל עצם הקנוניא כתב: "אם עושים קנוניא ביניהם מה עלינו לעשות אף אם יהיה לפי האמת שהם עשו האב עם הבן קנוניא ביניהם להקל מעליהם המס שפיר דמי... שאף שעשו קנוניא ביניהם מכל מקום האב הזוכה בנכסי הבן מכח ריצוי הבן והרי הוא זוכה בדין אלא שעשה זאת וזכה בעבור הפקעת המס והקנוניא הוא זוכה כדינו והיכא שזכה כדינו אף שעשאוהו בכונה מכוונת מה בכך כדין זכה ואם תאמר שניחוש לקנוניא זאת לאיים עליה לבל יעשנה מפני שמפקיע זכות כוללות העיר שמסלק מעל בנו עול המס הזה אין בידינו לכוף אותו שלא יעשה קנוניא זאת כי לא מצאנו בשום מקום שאסרו רז"ל בתלמוד והפוסקים שלא לעשות בכה"ג.[49]**

---

47. נשמת כל חי, חו"מ סי' טו"ב
48. שטר שבו מודה אדם שנכסיו שמוחזק בהם שייכים לאחר, ראה למשל סנהדרין כ"ט ב.
49. נשמת כל חי שם.

בתשובה זו אנו רואים שאין בעיה בעצם השימוש בתחבולה להפקיע עצמו מן המס, וכל מה שיש לבדוק הוא האם התחבולה אכן מועילה מבחינה משפטית. לצורך זה, לא ראה רבי חיים הבדל משמעותי בין מי שמפקיע חוב ומנצל מלוה ובעל חוב לבין מי שמפקיע מס ומנצל את הציבור ששניהם נבחנים באותם אמות מידה של הלכה.

רבי חיים בחן את סוגיות ה"קנוניא "[50] שרש"י מגדיר כערמה בין שני אנשים להפסיד צד שלישי, למשל להפסיד לוקח של נכסים משועבדים או ערב על כתובה. ישנם לפחות שני מקרים שבהם גזרו חכמים גזירות נגד קנוניות:

> המקדיש נכסיו והיתה עליו כתובת אשה - ר"א אומר: כשיגרשנה ידור הנאה, רבי יהושע אומר: אינו צריך. כיוצא בדבר ארשב"ג: אף הערב לאשה בכתובתה והיה בעלה מגרשה - ידירנה הנאה, שמא יעשה קינוניא על נכסים של זה ויחזיר את אשתו.[51]

חכמים חייבו את הבעל המגרש את אשתו להדיר הנאה מאשתו התובעת כתובתה מערב כדי שלא יעשו קנוניא ביניהם ויחזיר את אשתו אחרי שגבתה כתובתה מהערב.[52] כמו כן, הגובה כתובתה מנכסים שהקדיש בעלה לפני כן, חייבו אותו חכמים להדיר הנאה מאשתו מאותה סיבה. אולם, בגמרא בערכין ששם הוצגו תקנות אלו ישנן דעות שרק במקרים אלו שתיקנו חכמים יש לחייב נדר כזה,[53] ואין ללמוד מדין זה לשום מקום אחר.[54] גם מסוגיה זו ברור שיש תוקף לקנוניא, והגט שנתן אינו בטל, ודוקא משום כך עשו חכמים תקנה להדיר את אשתו. מכאן לומד רבי חיים שאף שעשו חכמים תקנות נגד קנוניות אחדות, לא בטלו את תוקפן של שטרות משום חשש קנוניא, ואפילו כשידוע שיש בהם קנוניא. עצם תוקף השטר שיש בו קנוניא תלוי רק באומדן דעת הנותן, האם באמת התכוין להעברת הבעלות ליד המקבל אפילו אם כוונתו בכך היא רק להפקיע זכות בעל חוב או אדם אחר שיכול לזכות בנכסים.

אמנם, יש מקור ממנו משתמע שלהלכה **חוששים** לקנוניא . שנינו: "מצא שטרי חוב אם יש בהן אחריות נכסים לא יחזיר"[55] כלומר שכשיש לחוש שהמלווה והלווה יעשו קנוניא לטרוף מלקוחותיו של הלווה, אסור להחזיר את השטר חוב שמצא אל הלווה. אולם לדעת רבי חיים, אין ללמוד מזה לאסור או לפסול כל שטר שיש בו משום חשש קנוניא "דבשלמא בעושה קנוניא בין מלוה והלווה כדי שיטרוף לקוחות, אם יתברר לנו דלפי האמת הוא כן שעשו קנוניא, הרי הדבר גזל וחמס ושקרנות

---

50. בבא מציעא י"ב ב', ערכין כ"ג א'
51. משנה ערכין שם.
52. ערכין כ"ג א
53. ערכין כ"ג ב,
54. "שלחה רב יוסף בריה דרבא לקמיה דרב פפא: ערב תנן, הקדש תנן, לוקח מהו? אמר ליה: תנא כי רוכלא ניחשיב וניזיל? נהרדעי אמרי: דתנן תנן, דלא תנן לא תנן." ערכין שם.
55. בבא מציעא י"ב ב', רמב"ם הלכות גזילה ואבידה פרק י"ח הלכה א

ואין הכי נמי דלא תהני להו מעשייהו אבל אם השטר והזכיה שנעשה על ידו הוא כדין "אף שעשו קנוניא ביניהם, מכל מקום... הרי הוא זוכה בדין, אלא שעשה זאת וזכה בעבור הפקעת המס והקנוניא הוא [כ]זוכה כדינו והיכא שזכה כדינו".[56]

במסקנתו, רבי חיים זיכה את הקהילה נגד הנישומים מכמה טעמים אחרים. מכל מקום, עדיין ניתן ללמוד מכאן שקנוניא או הערמה להפקיע מחובת מס אינו בטל ממילא מיניה וביה, אלא בוחנים אותה רק מבחינה משפטית, ואם היא נעשתה באמת וכדין בלי רמאות ושקר, אין זה משנה שכל כוונתם היה להפקיע את עצמם מאיזה חובת מס, וגם אין איסור לכתחילה לבצע קנוניא כזו.

ג. קנוניא להפקיע תנאי כתובה ותנאי מכירה

אחת מהסוגיות שעלו בתשובת ר' חיים פלאג'י היה קנוניא להפקיע זכות ממונית של צד שלישי הנובעת מתנאי כתובה ומכירה. הגמרא מלמדת אותנו בקשר לתנאי כתובה שקבל עליו הבעל לזון את בנות אשתו מנישואין קודמים ש"הפקחין היו כותבין על מנת שאזון את בתך חמש שנים כל זמן שאת עמי,"[57] כלומר הגבילו את התנאי כדי שלא יהא מצב שגירשו את נשותיהם ועדיין חייבים לזון את בנותיהם. הפוסקים הוסיפו שגם אם יחזיר את אשתו אחרי שגירשה, התנאי כבר התבטל ואינו חוזר וניעור על ידי נישואיהם השניים.[58] דין זה פותח דרך לבעל לעשות קנוניא עם אשתו לגרשה ולהחזירה בלי התנאי לטובת הבנות, אם ירצו שניהם להיפטר מהתנאי שעשו בנישואין הראשונים שלהם. אף שאין כוונתם באמת להיפרד אחד מהשני, הם עושים מעשה גירושין, מעשה שבאמת לא משקף את כוונתם האמיתית להמשיך לחיות ביחד, וכל מטרתם כדי להפקיע מהבנות את זכות המזונות שהיה להם מתנאי כתובה בנישואין הראשונים.

הרדב"ז נדרש לסוגיה זו, ומתחילה חשב לחלק ולומר שאולי לא יהיה תוקף לקנוניא כזו: "אבל מה שיש לדקדק מאחר שבאים שניהם לעשות קנוניא להפקיע זכות הבת, [ה]אם שומעין להם? וקצת היה נראה לומר דלא אמרינן הכי אלא היכא דנתגרשה כלומר שנתגרשה ממילא לסבה אחרת,"[59] כלומר שאם הסיבה היחידה של הגירושין

---

56. נשמת כל חי שם דף קכ"ה.
57. כתובות ק"ב ב.
58. שו"ע אה"ע סי' קי"דסעיף י"א, ע"פ פסקי הרא"ש כתובות פרק י"ב
59. שו"ת הרדב"ז חלק ד סי' רנ"ד אולם ראה שו"ת הרשב"א חלק א סי' תתקס"ב, שנראה מדבריו שאינו מסכים לקיים קנוניות כאשר כל מטרתם להפסיד צד שלישי, גם אם יש בהם מעשה משמעותי כגון גירושין והחזרת גרושתו, ודלא כמסקנת הרדב"ז. הרשב"א כתב שם "ועוד שזה מערים היה ושורת הדין בית דין דנין ומחייבין אותו, שהתורה שלימה שלנו אמת ודיניה אמת ומחייבת השקרנים והאלמים שלא מדין שאר בני אדם". יצויין שגם הרשב"א נראה כמקבל את עצם הקנוניה, והוא רק סובר שעל החכמים לבטל קנוניות שמטרתם לעקוף דינים כדי להפסיד לצד השלישי, וכשיטת האמוראים בערכין שמרחיבים את תקנת חכמים נגד קנוניות גם למקרים אחרים.

היא כדי להפקיע את זכות הבת, ובלעדי הסיבה ההיא אין סיבה מספיקה אחרת לגרשה—אין תוקף לקנוניא. אולם, הרדב"ז דחה סברה זו וכתב:

> אבל ממקום הראיה דההיא דבן לוי [דמכר שדה לישראל על תנאי שכל הפרשות מעשר ראשון העתידות יהיו שלו] דקתני [בגמרא: ואם אמר לו כל זמן שהשדה זו בידך, מכרה וחזר ולקחה - אין לו עליו כלום], משמע דאפילו מכרה בכל גוונא ואפילו לעשות קנוניא להפקיע זכות בן לוי אפילו הכי אין לו עליו כלום![60]

אף שעצם האפשרות לעשות קנוניא כזאת מבטל את כל המשמעות של התנאי לזון את בנות אשתו, החשיב הרדב"ז את הסיכון וההסתבכות מעצם מעשה הגירושין כעיכוב משמעותי, ולכן לדעתו יש עדיין משמעות לתנאי מזונות הבנות.[61] רבי חיים פלאג'י מסתמך על דברי הרדב"ז הללו כדי להוכיח שחשש קנוניא אינו מבטל את תוקף המעשים שנעשו. למרות זאת, הוא עדיין פקפק לומר שאולי דוקא כשיש "מעשה רב כגירושין" יש תוקף לקנוניא, אבל לא במקום שיש רק דיבורים שאין להם שום משמעות במציאות, וכל הדבר הוא רק "אחיזת עיניים" וכ"חוכא ואיטלולא."[62]

ד. מסקנות

ישנן קנוניות שמועילות אף כאשר מטרת הקנוניא הייתה להפסיד לצד שלישי, ובתנאי שהקנוניא נעשתה בצורה נכונה מבחינה משפטית.

כאשר הקנוניא חייבה את הצדדים לעשות צעד משמעותי ובלתי הפיך, יש מקום לומר שכוונתם היתה שתחול בכל מקרה.

---

60. רדב"ז שם
61. שם: "וא"ת מה יועיל התנאי שהרי כל זמן שלא ירצה לזון אותה יגרש את אמה ויחזירנה ונמצא מתבטל התנאי. לא קשיא שאין כל הנשים אכזריות כזו שהיא רוצה להפקיע זכות בתה אבל בשאר נשים הוא מפחד לגרשה שלא תרצה לחזור לו אלא על התנאי הראשון שיזון את בתה ואין אדם מגרש את אשתו על הספק. אבל אין הכי נמי דאי מתרמי מלתא כנדון דידן שעושין קנוניא לא מפני זה ישתנה הדין ואפילו להפקיע איסור אשת איש מצינו כיוצא בזה כל שכן בתנאי שנתחייב בו מדעתו שיכול לסלקו בכל דהו. דכתב הרא"ש ז"ל בתשובה מי שגירש את אשתו על מנת שלא תנשא לפלוני ועתה רוצה להתירה לאותו פלוני כיצד יעשה יחזיר ויקדשנה ויפטרנה בגט בלא תנאי. והא הכא דלכתחלה מקדש אותה על מנת לגרשה בדרך תחבולה כדי להתיר איסור אשת איש שיש עליה לאותו פלוני וכל שכן בנדון דידן.
62. עירובין ס"ח ב. כך דן הרב (נשמת כל חי שם קכ"ו-קכ"ז), ומביא סברה זו בשם סבו הגאון החקרי לב חלק ב יו"ד סי' מ"ו. [בעל החקרי לב לא ראה את הדין של מכרה וחזרה ולקחה כמעשה רב שמשאיר לתנאי משמעות. הוא גם הסתפק מה יהיה הדין אם נתנה במתנה על מנת להחזיר, האם הקנוניא עדיין תועיל להפקיע זכות הבן לוי במעשרות—כנראה בגלל שבזה ממש נתרוקן התנאי מכל משמעות ואין כאן מעשה רב.]

ה. מתנת בית חורון והערמה

במשנה במסכת נדרים[63] שנינו: *"המודר הנאה מחבירו ואין לו מה יאכל,* [ועכשיו רוצה להאכילו אבל אסור לו לקבל ישירות ממנו] *נותנו לאחד משום מתנה והלה מותר בה."* המשנה מציעה כאן פתרון לעקוף את איסור ההנאה שנובע מנדר על ידי העמדת אדם באמצע שישמש כאיש קש כדי שיוכל ליהנות בעקיפין מהמדיר מבלי לעבור עבירה. ברור שכל מטרת המתנה הינה לעקוף את האיסור ואף על פי כן רואים את המתנה כשייכת לאיש הקש, וחכמים ייעצו לעשות כן לכתחילה. אך בהמשך המשנה מסופר סיפור לגמרי סותר לכאורה:

> מעשה באחד בבית חורון שהיה אביו מודר הנאה ממנו והיה משיא את בנו [ורצה שאביו ישתתף בסעודת הנישואין], ואמר לחבירו: חצר וסעודה נתונים לך מתנה ואינן לפניך אלא כדי שיבוא אבא ויאכל עמנו בסעודה. אמר:[לו חבירו] אם שלי הם, הרי הם מוקדשין לשמים, א"ל[המדיר] לא נתתי לך את שלי שתקדישם לשמים [אין לך רשות להקדישם] אמר לו[חבירו]: לא נתת לי את שלך אלא שתהא אתה ואביך אוכלין ושותין ומתרצין זה לזה ויהא עוון תלוי בראשו, וכשבא הדבר לפני חכמים אמרו כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת אינה מתנה.

פיסקה זו נראית כסותרת את הפיסקה הקודמת, והגמרא גם שואלת מיד: "מעשה לסתור?" הגמרא מבחין בין הערמה ש"הוכיח סופו על תחילתו" לבין הערמה אחרת. במקרה של בית חורון, כל המתנה היתה על תנאי שייהנה האב, ללא שום העברת בעלות לחבר, ולכן היא חסרת תוקף משפטי, אך ברישא לא התנה בפירוש לא לפני ולא אחרי המתנה ולכן אף שברור שמטרת המתנה לזכות את חבירו, אין בה תנאי משפטי ולכן המתנה קיימת[64].

הגמרא ממשיך לברר מהו הלשון שבגללו נפסלת מתנת בית חורון. האם גם כאשר אינו מפרש את התנאי אלא רק מסגיר את כוונתו, באמרו "ויבוא אבא ויאכל או יהו לפניך שיבוא אבא ויאכל", האם גם זה נחשב ללשון שפוסל את המתנה? מסקנת הגמרא היא ש"סעודתו מוכחת עליו". לדעת הר"ן והרשב"א, כוונת הגמרא שאף ללא לשון תנאי מפורש, עצם נסיבות הסעודה יוצרות הוכחה שהתכוון בעל הסעודה למתנה על תנאי ולא רק להמליץ שיבוא אביו.

על פי גישה זו, עיקר הבעיה בתוקף ההערמות היא טכנית-משפטית ולא מהותית, כלומר שישנן הערמות שאין להם תוקף בגלל ליקויים בניסוח המתנה או במבנה המשפטי שלה, בלי קשר לכוונתו או מטרתו של הנותן. משמעות מתנת בית חורון לדיני מיסים היא מזערית, שיש לנקוט לשון מועיל כאשר מעבירים בעלות לצרכי מס, ללא תנאי שמבטל למעשה את משמעות העברת הבעלות הנ"ל.

---

63. מ"ח א.

64. ביארנו על פי פירוש הר"ן והרשב"א בסוגיא זו.

לעומת הר"ן והרשב"א שמתרכזים בניסוח המתנה ואינם רואים בעיה בעצם כוונתו להערים, הרמב"ם[65], נמוקי יוסף וריטב"א[66] הבינו את כישלון מתנת בית חורון באופן אחר. לדידם, יש כאן חוסר גמירות דעת של הנותן,[67] כפי שמוכח מן הנסיבות של המתנה ומטרתה, שברור לנו שאין אדם טורח על סעודת נישואין ונותנו לחבירו.[68] לפי זה, "סעודתו מוכחת עליו" פירושו שכוונת הנותן לא היתה להקנות את הסעודה כלל, ואילו במקרה במשנה של "נותנו לאחר משום מתנה והלה מותר בה ", הנותן דוקא כן רוצה להקנות את המתנה למקבל אלא שכוונתו להנות למודר ולא רק למקבל המתנה עצמו. לפי גישה זו הבעיה אינה בלשון הנותן אלא בחוסר הרצון האמיתי להקנות למקבל המתנה, ולפיכך לדבריהם גם אם לא התנה במפורש בשעת המתנה אלא גילה דעתו אחר זמן שכל כוונתו במתנה לא היתה אלא שיבא אביו, המודר ממנו, וישתתף בסעודת נישואי נכדו, אף על פי שלא נוצר מזה תנאי ממש במתנה, אסור לאביו ליהנות והמתנה אינה כלום. כמו כן גם אם לא הזכיר לשון תנאי אלא אמר "יבוא ויאכל אבא אם תרצה" ניתן להעריך שלא הקנה לו אלא על דעת כן.[69] דעה זו אף מופיעה להלכה בשולחן ערוך.[70]

הרא"ש והטור[71]—כתבו דין זה בצורה שונה מעט מדברי הרמב"ם,

> "ודוקא בכה"ג שנותן לאחר בסתם אבל היכא שניכר שיש ערמה בדבר כההיא דבית חורון באחד שהיה אביו מודר הנאה ממנו והיה משיא לבנו ואמר לחבירו הרי החצר והסעודה נתונין לך במתנה ויבא אבא ויאכל אסור אע"פ שלא אמר כדי שיבא אבא ויאכל אלא אמר יבא ויאכל אם תרצה אפ"ה אסור כיון שניכר הדבר שלא כיון אלא לכך וכל כיוצא בזה."

הטור מתייחס יותר לעצם ההערמה וכנראה שולל כל מתנה שברור שמטרתה להערמה גם כאשר אין ליקויים משפטיים אחרים בעצם המתנה.[72] אולם תמוה לפי

---

65. פרק ז הלכה ט"ו מהלכות נדרים
66. נמוקי יוסף וריטב"א נדרים דף ט"ו ב וט"ז א' בדפי הרי"ף
67. " שהרי סעודתו מוכחת עליו שלא גמר להקנות לו וכן כל כיוצא בזה." רמב"ם שם
68. "שאין דרך העולם שיהא טורח בסעודה ואחר שפתו אפויה וטבחו טבוח ויינו מזוג והכל מתוקן לסעודה לשמחת בנו יתן הכל לאחר אלא ודאי לא נתכוון זה אלא שתהא נקראת על שם המקבל כדי שתהא מותרת לאביו שהיה נדור הנאה ממנו לא שתהא שלו לעשות ממנה שום דבר אחר" –נמוקי יוסף דף ט"ז בדפי הרי"ף ד"ה סעודתו
69. רבינו ירוחם בביאור דעת הרמב"ם
70. שו"ע יו"ד סי' רכ"א סעיף ט: " שהרי סעודתו מוכחת עליו שלא גמר להקנות. וכן כל כיוצא בזה."
71. יו"ד סי' רכ"א
72. ראה גם קיצור פסקי הרא"ש נדרים פרק ה' פסק ד' שכותב "ואם מתנתו מוכחת **שאינו נותן לו אלא כדי שיהנה ממנו זה**, אסור." ראה גם ירושלמי נדרים פרק השותפים הלכה ו'–"כיני מתניתא כל מתנה שהיא כמתנת בית חורון **שהיתה בהערמה** שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה." נראה מלשון הירושלמי שכישלון מתנת בית חורון היה בעצם הניסיון להערים ולכן כל מכירה או מתנה שנעשית במטרה להערים אין לה תוקף משפטי. אולם המפרשים שם פירשו את הירושלמי בדומה לדעת הרמב"ם שחסר גמירות דעת להקנות את המתנה בכלל ולא שעצם

זה למה פסק הטור על פי המשנה בנדרים "היו מהלכים בדרך ואין לו מה יאכל נותן לאחר לשם מתנה והלה מותר בו", והרי אנחנו עדים שכל מטרת המתנה הוא להערים על הנדר? אולי אפשר לתרץ שדוקא בשעת הדחק במקרה ש"אין לו מה יאכל" התירו החכמים הערמה כזו.[73]

ו. הערמה במקום שחב לאחרים

ייתכן שכל הדיון לעיל אינו שייך לדיון הכללי בנושא השתמטות ממס, משום שהיא נסבה על מקרה של נדרים שבהם אין שום פגיעה באחרים –"חב לאחרים"[74], ואולי במקרה שקיימת פגיעה כזו אפילו לדברי הרשב"א והר"ן לעיל היה מקום להחמיר ולשלול תוקף הערמות גם אם אין ליקוי בניסוח לשון המתנה. משום כך עלינו למצוא מקרים של הערמה שבהם יש פגיעה באחרים כדי לבדוק את תוקפם ואת יחס החכמים אל הערמות כאלו.

הדין של "נותן לאחר לשום מתנה והלה מותר בה" מוזכר גם בפרק הקודם בנדרים אלא ששם מציעה המשנה עוד פיתרון—"מניח [האוכל] על הסלע או על הגדר ואומר הרי הן מופקרים לכל מי שיחפוץ והלה נוטל ואוכל."[75] הגמרא מביא ברייתא: "המפקיר את כרמו, ולשחר עמד ובצרו - חייב בפרט ובעוללות ובשכחה ובפיאה, ופטור מן המעשר." מאחר שהפקר פטור ממעשר יש אפשרות לבעל השדה להפקיר אותה ומיד לאחר מכן לזכות בה מחדש בתורת זכייה מהפקר ובכך להפקיע את השדה מן המעשרות. השאלה היא האם בעל שדה יכול להפקיר שדהו לכתחילה אם התכוון מראש לזכות בה מחדש, או שאין תוקף להפקר מסוג זה כאשר כוונתו רק להערים ולפטור עצמו ממעשרות? הגמרא מביאה תקנת חכמים שמי שמפקיר שדהו יכול לחזור בו מההפקר תוך שלשה ימים, ומשום כך אין השדה פטורה ממעשר עד סוף תקופה זו. כוונת חכמים בתקנה זו היתה לשלול תופעה של "רמאין דמפקירין והדרין בהון"[76], כלומר רמאים שהפקירו את שדותיהם בפני חבריהם במטרה לפטור

ההערמה שוללת את תוקף המתנה. ראה גם משנה מעשר שני פרק א משנה א, רמב"ם פרק ג הלכה י"ח מהלכות מעשר שני, ירושלמי שם "הא לך יין שאין לי שמן", וראה גם דברי הריב"ש (שו"ת ריב"ש סי' ב', המובאים לקמן בפרק "תיקון" הריב"ש בהברחת מכס על ידי מתנה ע"מ להחזיר עמוד 203) שהביא דברי הירושלמי הללו והבין אותם כמו המפרשים הנ"ל.

73. אכן בפירוש הרא"ש לנדרים מ"ג א' כתב ש"דוקא באין לו מה יאכל התירו זה." אולם ראה בתוס' שם בשם הר"א ממיץ שהעיר "למדנו משם שכל הערמות אסורות בין ברבים בין ביחיד **בנדרים** שלא התירו אלא בשעת הדחק שאין לו מה יאכל", ומכאן נראה שדין זה שפוסל כל סוג הערמה מוגבל לענייני נדרים, ואולי גם הרא"ש התייחס רק לנושאים אלו.

74. המושג מופיע בגמרא קידושין סה ב במובן של דבר שאדם אחד עושה לעצמו שיש לו השלכות שליליות עבור אחרים.

75. נדרים מ"ג א.

76. נדרים מ"ד א

עצמם ממעשרות. ממה שהוצרכו חכמים לתקן תקנה נגד תופעה זו נראה שאכן הערמות אלו מועילות ויש להם תוקף משפטי והלכתי.

אולם בכמה מקומות בפירוש הר"ן שם נראה שעצם ההערמה שוללת את תוקף ההפקר ולכן אינו מפקיע מידי מעשר. למשל, הר"ן מסביר את תקנת החכמים "מפני הרמאין דמפקרין והדרין בהו כלומר שאפילו מתחלתן אינן מפקירין אלא כדי שיחזרו בהן ונמצא שאין הפקרן הפקר אלא הערמה בלבד ולפיכך כל ג' העמידו דבריהם על דין תורה", כלומר שאין תוקף מדין תורה להערמה זו.[77] אולם ממקומות אחרים בדבריו נראה שלדעת הר"ן מדין תורה, לפחות לפי החכמים החולקים על רבי יוסי, הפקרן של הרמאין הוי הפקר.[78]

כדי לפתור שאלה זו חייבים אנו להבין איך ניסו החכמים באמת לעקור את הערמות הרמאים. אם מעיקר הדין היו שדותיהן חייבים במעשרות למרות הפקרתן, והרמאים בכל זאת אינם מפרישים מעשרות אלו, מה יועיל תקנת חכמים כדי לדרבן אותם לעשר? מצד שני, אם מעיקר הדין השדות פטורות ממעשרות וההפקר מועיל, אם כן מה זה משנה שיש להם אפשרות לחזור בהם במשך שלשה ימים ואינו פטור מן המעשר בתקופה זו, והרי אפשר לחכות עד סוף שלשה ימים ושוב לזכות בשדותיהם הפטורות ממעשרות?

נראה שחכמים רצו להניא את הרמאים ע"י יצירת סיכון לבעלות שדותיהם. אם הם צריכים לחכות שלשה ימים לפני שיוכלו לזכות בחזרה בשדותיהם, הם יחששו שאנשים אחרים יזכו בשדותיהם לפני שיוכלו לחזור ולזכות בהם בעצמם, ולכן יימנעו מלהפקיר את שדותיהם.[79]

א. מעשר עני- מפקיר שמכוון לחזור ולזכות.

עוד דוגמא של הערמה במקום שחב לאחרים מצאנו במעשר עני, גם כאן בטכניקה של מפקיר וחוזר וזוכה. בדין פירות דמאי, אף שקונים מעם הארץ, חייב להפריש אף

---

77. ר"ן מ"ד ב ד"ה אי הכי. ראה גם הר"ן מ"ג ב ד"ה תניא: "דמפקרין והדרין בהון - דמשום דהפקר פטור מן המעשר היו הרמאין מפקירין שדותיהן כדי להפטר והיה דעתן בשעת הפקירן שיחזרו בהן ויזכו בהן ונמצא שלא היה הפקירן אלא להערמה בלבד. . . ועוד שכיון שנהגו הרמאין ברמאותן זה כל ג' ימים אינו מתברר שיהא הפקר דאיכא למיחש דלא מדעתייהו מפקרי אלא להערמה בלבד ולא הוי הפקר."
78. ר"ן שם מ"ד ב: "ואין ה"נ דכי היכי דצריכין ליה לרבי יוסי כדי להעמידו על דין תורה צריכין ליה נמי לרבנן **לאפוקי מדין תורה ולתקוני**", כלומר שמדין תורה יש תוקף בהערמת הרמאים. ראה נחלת משה נדרים מ"ג-מ"ה שנשאר בצריך עיון בביאור דעת הר"ן.
79. אולם כל זה מתבסס על ההנחה שאם זכה מישהו אחר בשדה אין יכולים לחזור ולזכות בו תוך שלשה ימים, וזהו אכן דעת הרא"ש. אולם הר"ן טוען שהרמאים לא יקבלו את הרעיון שמישהו אחר יכול לזכות בשדותיהם והם אינם רשאים לזכות בו, ולדעתו בכל מקרה יכולים לחזור בהם תוך שלשה ימים, גם אם זכה בהם מישהו אחר. לפי פירושו חוזרת השאלה כדלעיל: מה הועילו חכמים בתקנתם, ולמי כוונה התקנה?

שלפי החכמים חייבים להפריש מהם מעשר עני ולקרא עליהם שם מחשש שמא העם הארץ המוכר לא הפריש עליהם מעשר עני. מכל מקום לא חייבו חכמים לתת את המעשר עני לעניים בפועל ומותר לקונה לעכב אותם לעצמו. הסיבה לכך היא שעמי הארץ אינם באמת חשודים לא להפריש מעשר עני מכיון שגם אם הם חסים על הפסד ממונם מהמעשר עני והיו מוכנים לעבור על איסור כדי לחסוך את המעשר עני, עדיין יש להם פתרון בדרך היתר והם יעדיפו את זה.[80] אופן ההיתר הוא בכך שיכולים להפקיר את כל ממונם לשעה, שאז הם נחשבים עניים וראויים מן הדין לזכות במעשר עני שלהם,[81] וזוכים במעשר עני וחוזרים וזוכים בכל הנכסים שהפקירו.[82] עצה זו מהווה הערמה, במובן המלא, במקום ש"חב לאחרים": עם הארץ אינו רוצה ובאמת אינו מתכוין שיהיו נכסיו הפקר, אלא שהוא מפקיר אותם מראש בידיעה שמיד הוא יחזור ויזכה בהם בלי סיכון שאף אחד אחר יזכה בהם בינתיים ובזה הוא בא להפסיד מכלל העניים את זכותם במעשר עני. יש להערמה הזאת, כנראה, תוקף לאפשר למערים להחזיק לעצמו את המעשרות על פי דין, ולא אומרים שכיון שידע מראש שיחזור ויזכה מיד במעשרות אזי חסר גמירות דעת להפקיר, או שבטל הפקירו, כיון שכל מטרתו היא להערים ולא להפקיר.[83]

למעשה הערמה כזאת מותרת גם לכתחילה, שכן אם היה נראה איסור בדבר, למה לא חששו החכמים שעמי הארץ בכלל לא יפרישו מעשר עני כיון שאין לו דרך היתר לחסוך את מעשר העני וממילא יעשה עבירה? גם לפי חכמים החולקים על רבי אליעזר וחוששים שעמי הארץ לא הפרישו מעשר עני, מחלוקתם הוא רק במציאות, האם עמי הארץ יקחו על עצמם את הסיכון הקטן שיקדמו אותם אחרים ויזכו בנכסיהם כששומעים שהעם הארץ מפקיר את נכסיו, אבל גם חכמים מודים שיש תוקף להערמה זו.[84]

---

80. לפי פירושו של אביי (נדרים פ"ד ב) שם בשיטת רבי אליעזר, מסתבר שהסיבה שאפילו לפי חכמים יכול הקונה לעכב לעצמו את המעשר עני אחרי שהפרישו היא משום שרק "נחשדו" עמי הארץ שלא להפריש בכלל על ידי הערמה בגלל הסיכון שיש בו אבל כנראה החשש הוא רק ספק כיוון שחלק מעמי הארץ אכן משתמשים בהערמה(או מפרישין ונותנין כדין), ולכן המוציא מחברו עליו הראיה.
81. ראה נדרים שם, דין זכיית עני במעשר שלו
82. ברכות מ"ז, נדרים פ"ד, בבא מציעא ט' ב', גיטין י"ב.
83. לא ניתן לפרש שכיוונו חכמים רק לפי דעתם של עמי הארץ שיש תוקף להערמה זו, אף שבאמת אין לה תוקף, ולכן אינם חשודים בכך שהשתמטו כיוון שלדעתם יש דרך היתר, משום שאם נפרש כן מה יועיל לנו שהם מפרישים מעשר עני אם חוששים שבסוף הם מערימים וזוכים בה ומוכרים אותה מעורב עם שאר הפירות, ויש בכך גזל עניים למי שקונה אותה אם לא יתנו מעשר עני לעניים אמיתיים.
84. נדרים פ"ד ב: "ור' אליעזר ורבנן בהא קמיפלגי, רבי אליעזר סבר: לא נחשדו עמי הארץ על מעשר עני, כיון דאילו מפקר נכסיה והוי עני ושקל ליה הוא - לית ליה פסידא; ורבנן סברי: נכסיה לא מפקר איניש, דמירתת דלמא זכי בהו איניש אחרינא, הלכך נחשדו. " משיטת החכמים אפשר ללמוד שיש באמת סיכון בהערמה הזאת גם לדברי רבי אליעזר, אלא שלרבי אליעזר הסיכון אינו

בדיני פאה יש הערמה דומה, כאשר מסתמכים על הרעיון של "מיגו דאי בעי מפקר נכסיה והוי עני וחזי ליה."[85] [אילו היה רוצה להפקיר נכסיו ולהיות עני, הפאה היתה ראויה לו] ניתן ללמוד משם לא רק שיש תוקף להערמה על ידי הפקר, אלא שעצם קיום האפשרות להערים ולזכות בפאה על ידי הפקר נכסיו נותנת לו כבר עכשיו, בלי אפילו שיעשה את ההערמה, זכות קניינית בפאה. אמנם, משם אין להביא ראיה משום שאינו מוכרח שמדובר שם בהערמה בכלל. הגמרא מדגישה שבאופן תיאורטי יכול מי שאינו עני לזכות בפאה אם הוא מפקיר נכסיו ויהיה באמת עני. משום כך הגמרא טוענת שיש לכל אחד זכות קניינית כלשהי בפאה ויכול לזכות לאחרים שלא בפניהם גם עכשיו. העובדה שמבחינה מעשית לא היה רוצה המזכה להפקיר את נכסיו ומה יקרה אם הוא היה מפקיר ורוצה לחזור ולזכות בנכסיו אינו רלוונטי לדין שם. בניגוד לכך, במעשר עני מסתמכת הגמרא על העובדה שעם הארץ אכן ירצה ויעשה בפועל הערמה להיפטר מן המעשרות אם הוא חס על ממונו.

ב. סיכום

על מנת למצוא דמיון בין הערמות המצויות בש"ס והערמה שמטרתה להשתמט מתשלום מס, ניסינו למצוא הערמות שיש בהם פגיעה באחרים, ולבדוק את תוקפן ואת ההתייחסות אליהם. בנוגע למי שמפקיר שדהו וזוכה בה כדי להפקיעה ממעשרות, נאמר שמעשהו מועיל אך חכמים תיקנו תקנה שמטרתה למנוע רמאיות מסוגים אלו. יש מקרים אחרים שבהם מותר לכתחילה להערים, כגון במעשר עני של דמאי או בפאה, ויש להערמה תוקף גם אם כוונת המערים לא היתה באמת להפקיר אלא שהוא יכול תיאורטית להפקיר. אולם במקרה של פאה אין ראיה לדיני הערמות משום שבעצם אין שם הערמה אלא מימוש זכות הקניין שיש לכל יהודי בפאה, זכות שמוקנית מתוקף העובדה שכל אדם יכול להפקיר נכסיו ויהיה ראוי לפאה.

ז. "תיקון" הריב"ש בהברחת מכס על ידי מתנה ע"מ להחזיר

דוגמא ליישום הברחה לכתחילה על ידי הערמה ניתן לראות בתשובה אחת שמתמקדת באופן מעשי בהברחת מכס על ידי הערמות משפטיות.

הריב"ש[86] התבקש לתת "תעודת כשרות" לתחבולה להבריח המכס על ידי נתינת מתנה לאחר, כנראה למי שפטור מן המכס, כדי שיוכל השני לעבור את המכס

מספיק גדול בעיני העם הארץ שיוותר על ההערמה להצילו מעבירה דמעשרות. יכול ליהיות שהסיכון עליו מדובר הוא ההשלחות מתקנות חכמים המוזכרים בנדרים פרק אין בין ש"כל שלשה ימים יכול לחזור בו" ו"כל הפקיר בפני שלשה הוי הפקר, בפני שנים לא הוי הפקר." ראה שו"ת מהרי"ט חלק א סי' פ"ה.

85. בבא מציעה ט ב.

86. שו"ת הריב"ש חלק א סי' ב'. הבית יוסף מביא את התשובה ביו"ד סי' רכ"א, וכן הביאו להלכה בשו"ת כסאות לבית דוד חלק ב סי' ק"ח אות ט.

ולהשבע למוכס שהסחורה היא שלו.[87] הריב"ש שלל את ההברחה וכתב "אם השבועה היא בפני דייני ישראל, אם יתבעוהו בע"ח [בעל חוב] או מפני המס, אין ספק שמתנה כזו אינה מועלת שהרי אינה אלא כדי להערים ולהשבע עליה." הריב"ש דימה את המתנה למתנת בית חורון, שם יש אומדנא דמוכח שלא התכוין, לא הנותן ולא המקבל, להקנות מתנה גמורה. וכיון שאין כאן מתנה גמורה אסור להבריח המכס, כלומר שאין כאן אלא העלמת מכס על ידי שקר, וקל וחומר שאסור להשבע עליה, שהחכמים הקילו בזה רק במקום אונס על ידי מוכס גזלן.

עם כל זה, לא השאיר הריב"ש את השואל ללא אופציות אלא המליץ לו עצה אחרת וכתב:

> אבל מה שאפשר לעשות בכל ענין ואפילו במכס המלך הוא שיתנו לך במתנה על מנת להחזיר שהיא מתנה גמורה לכו"ע... ואע"פ שאינו יכול [המקבל מתנה על מנת להחזיר] להקדישה, לא קפדינן בהכי [לומר בזה דין מתנת בית חורון כל מתנה שאינה שאם הקדישה תהא מקודשת אינה מתנה] כיון שאינה בהערמה כמו מתנת בית חורון שהי[תה] בהערמה כדאיתא בירושלמי[88] אבל מתנה ע"מ להחזיר מתנה גמורה היא לשעתה והמקבל אוכל פירות, אלא שצריך לקיים תנאו להחזירה ומכח התנאי הוא שאינו יכול להקדישה, לא שהמתנה בעצמה תהיה בהערמה.

הריב"ש כאן נתן עצה כללית לכתחילה איך להערים על המכס ולהיפטר מן הדין. זוהי הערמה גמורה—אין שום מטרה במתנה להעניק למקבל איזו הנאה או זכות בעלות. כל מטרת המתנה היא שיוכל המקבל להשבע למוכס שהסחורה שלו ולעבור על המכס על ידי זה. דווקא בגלל שהנותן שמר על זכותו בסחורה והתנה שהמקבל

---

87. מהתשובה עולה שבעל הסחורה עסק בייצוא סחורה למכירה במדינה רחוקה על ידי איש ייבוא ומכירות שהיה תושב המקום, וכנראה היה פטור במכס בגלל זה. אולם, איש המכירות לא קנה את הסחורה אלא קבל אותה כפיקדון ("קונסיינמנט") להתעסק בה תמורת חלק מהרווחים. הסחורה הגיעה לנפקד על ידי ספן ישמעאלי שהביא אותם עד לנמל ששם החזיק אותה המוכס בבית המכס עד שיגיע הבעלים וישחררו את הסחורה וישלמו את המכס או ישבעו ששלו הם וייפטרו. השאלה דומה מאוד לשאלה משפטית הקיימת גם היום לגבי הפצה של מוצרי חברות בינלאומיות לשווקים מקומיים על ידי חברה קשורה מקומית הפועלת כסוכן ומוכר על בסיס עמלה קטנה. אם תעריפי המס במדינה שמוכרים לשם גבוהה יחסית יש עניין להקטין כמה שיותר את הרווחים של החברה הקשורה המקומית בהתאם לכללי מחירי ההעברה ולנייד את הרווחים מהמכירות לחברת האם שנמצאת במדינה דלת מסים. המדינה שמוכרים בתוכה עלולה לטעון שבעצם חברת האם פועלת על ידי הסוכן שלה (חברה הקשורה מקומית) בתוך תחומה והיא תתבע מסים מחברת האם על הרווחים שהיא מקבלת מהמכירות במדינה. על פי כללי שיפוט בינלאומיים, השאלה המשפטית נוגעת להגדרת חברה מקומית כסוכן או סיטונאי/יבואן המוכר על חשבונו.

88. הגירסא בירושלמי נדרים פרק ה הלכה ו: –"כיני מתניתא כל מתנה שהיא כמתנת בית חורון **שהיתה בהערמה** שאינה שאם הקדישה אינה מקודשת אינה מתנה."

יחזיר לו בסוף את המתנה, ניתן לומר שאכן גמר הנותן בלבו להקנות לו מתנה גמורה[89] ואין כאן אומדנה "דלא שביק איניש נפשיה ויהיב לאחריני."[90]

מה שחשוב להריב"ש הוא שמבחינה משפטית טכנית תהיה להערמה תוקף. את ההקפדה הזו רואים בהמשך דבריו כששואל על עצמו "ואם תאמר, היאך יחזיר המתנה והלא יש לו למכור הסחורה ההיא ולשלוח דמיה למפקיד או סחורה אחרת שיקנה לו בדמיה?" לדעת הריב"ש, אם הצדדים לא יכבדו את תוקף ההערמה בפועל, כלומר שהמקבל לא יחזיר את המתנה בפועל כמו שהתנה, תתבטל המתנה למפרע. שוב הציע הריב"ש פיתרון טכני להתגבר על התקלה הזאת: שהנותן יתנה שאפשר להחזיר את הסחורה גם לאדם אחר הדר במקומו של המקבל שימנה אותו הנותן לשליח בעדו לענין הזה. הריב"ש גם הקפיד שהקנין ייעשה כדין וייעשה לפני שהסחורה תגיע למקבל, שאם לא כן כבר חל המכס בנמל ולא תועיל המתנה למרות שאולי יוכל לישבע באמת למוכס ששלו היא.[91]

מצאנו אם כך אחד מגדולי הראשונים שהתיר להערים כדי להיפטר ממסים ואף המליץ עצות איך לעשות זאת באופן המועיל.[92] מצד אחד תוקף הקניין מועיל מבחינה משפטית ומצד שני המטרה המוצהרת להערים אינה שוללת את תוקף הקניין.

א. הרחבת "תקון" הריב"ש

בתשובה דומה לתשובת הריב"ש נתבקש מהר"א ששון[93] להתיר הערמה שיאפשר למוכס להישבע על סחורה ששייכת לאחר שהיא שלו כדי להיפטר מן המכס עליה. במקרה המתואר שם היה מכס על פי דינא דמלכותא על הוצאת סחורה מעיר

---

89. הגישה הזאת של הריב"ש עומדת בניגוד לגישה של הרדב"ז בקנוניה (ראה לעיל שדוקא הסיכון שהעמיד בעל הקנוניה את עצמו בו הוא זה שמקיים את תוקף הקנוניה. גם גישתם של הר"ן והרשב"א במתנת בית חורון, שתנאי שמרוקן את המתנה מכל תוכן ותכלית מבטל את תוקף המתנה, עומד בניגוד לעמדת ריב"ש.)
90. כתובות ע"ט א.
91. בסוף דברי הריב"ש שם: "וגם המשיכה שעושה הנפקד מן הסחורה [כשיגיע לידו] אינו מועיל בזה, שהרי כבר זכה המוכס בחוקו מכיון שהגיעה הסחורה לנמל טרם שימשוך הנפקד הסחורה; ולכן צריך שהמפקיד [ש]יזכה במקומו לנפקד בקנין ע"י אחר בן ברית." מעניין שהריב"ש לא ראה את זה כהפקעת הלוואתו של מוכס גוי, שמותר (פרק הפקעת הלוואה עמוד 222), ואולי בגלל שמטעהו באמצעות שבועה הוא מחמיר יותר, וראה פרק חומר שבועת שקר עמוד 268 ופרק גניבת דעת להרוויח כשאין בכך גנבה, עמוד 264.
92. אולם ראה דרכי משה יורה דעה סי' רל"ב ס"ק ט' שאמנם הזכיר את היתר הריב"ש, אך סייג ש"דווקא שהגוי רוצה ליקח באונס יותר ממה שראוי לו, אבל מלך שמבקש מס הראוי לו אסור להערים", כלומר שאין ללמוד מכך להשתמש בהערמות להפקיע חובת מס לגיטימי גם אם הוא של גויים. דבריו צריכים עיון, שהרי הריב"ש וגם דברי שו"ת הרא"ש שציין (כלל ט סי' א) מדברים על מס לגיטימי.
93. שו"ת תורת אמת סי' ס"ג

שאלוניקי על ידי מי שאינו תושב שאלוניקי. השואל אכן היה תושב שאלוניקי אלא שהיה לו שותף בעסק הזה בעיר קושטאנטינה, אליו שלח הסחורה משאלוניקי למכור שם ולחלק ביניהם את הרווחים. המוכס תבע מכס על חלקו של השותף מקושטאנטינה בסחורה. המהר"א ששון בחן את אפשרות להשתמש במה שהוא כינה "אותו התקון של הריב"ש ז"ל", אבל ראה שהריב"ש הקפיד מאד על הפרטים הטכניים של ביצוע מתנה על מנת להחזיר, דבר שלא היה אפשר לעשות במקרה שלו.

כמו הריב"ש, לא השאיר ר' אהרן ששון את השואל בחוסר אונים אלא הציע לו שתי פתרונות וכתב: "אבל כד מעיינינן, נלע"ד דאכתי יכול להצילה מן המכס בחד מתרי אנפי דומיא דההיא דהריב"ש ז"ל." אחד מהפתרונות הייתה ממש מורכבת וכללה הרשאה כללית שתאפשר לשותף בשאלוניקי לתת מנכסי השותף מקושטאנטינה מתנה על מנת להחזיר לצד שלישי.

בנוסף לפתרונות שהציע מהר"א ששון מעצמו, הוא הקשה על עצם ההנחה שבה התקשה הריב"ש,[94] שבמתנה על מנת להחזיר חייבים להחזיר את המתנה בעין ולא רק את דמיו. ר' אהרן ששון הביא ראיות מהראשונים שחזרת דמים הוי חזרה וכל שכן אם הנותן התנה מראש במפורש שהמקבל יכול להחזיר או את המתנה או את דמיה. על פי זה הציע ר' ששון "בנדון דידן יתן שמעון [השותף מקושטאנטינה] לראובן [שותפו שאלוניקי] מעותיו [שהם עצם הקרן שלו בהשותפות] במתנה ע"מ להחזירם בקושטאנטינה והוא יחזירהו לו בסחורת הלבשת מעותיו", כלומר, הגעת חלקו בסחורה לידו תיחשב החזרת מעותיו שנתן המתנה. גם זה פיתרון מורכב, ורואים מכך שלא ראה מהר"א ששון בעיה בהרחבת תיקון הריב"ש. חשוב לציין מכל מקום שגם במקרה של הריב"ש וגם במקרה של מהר"א ששון מדובר במכס של המלכות, שהוא בעצם מס חיצוני שאינו משפיע על נטל המס על הקהילה ואין כאן ענין של הכבדה על ידי שימוש בהערמה להיפטר מהמכס, כלומר יש פה הצלת ממון נטו.

ב. סיכום

גם הריב"ש וגם מהר"א ששון לא נרתעו ממציאת הערמות יצירתיות שיתנו אפשרות לעקוף את חובת המכס במדינתם. הריב"ש הציע לנישום לתת במתנה על מנת להחזיר לאחרים כדי להציל את נכסיו ממכס, ואילו רב אהרן ששון הציע העברת כסף תמורת נכסים, אולם שניהם לא ראו בעיה בעצם התחבולה המשפטית

94. מהר"א ששון הקשה על ריב"ש למה לא הציע שיתנה המקבל שאפשר חזרה של המתנה על ידי חזרת דמיו? ראה גם משנה למלך, הלכות זכייה ומתנה פרק ג הלכה י שגם הקשה כן על הריב"ש. המהר"א ששון רצה לחלק שאולי היתה בעיה טכנית במקרה של הריב"ש בגלל שהזכייה למקבל הסחורה הייתה על ידי אחר ללא דעת המקבל, ואולי היה רואה המקבל את התנאי של חזרת דמים כחובה, וזכין לאדם שלא בפניו ואין חבין לו שלא בפניו.

שכל מטרתה היא להבריח נכסים מרשויות המס. למרות שהפגיעה מההערמה הינו לשלטון זר אשר אין עליו מצוות השבת אבידה והפקעת הלוואתו מותרת,[95] מכל מקום ראינו כבר שהערמה מועילה ומותרת אפילו במקום שחב לאחרים, כלומר פוגע בישראלים.

ח. פן האיסור בהערמות

א. מבוא

ברור שכאשר אין תוקף להערמה מסוימת, האיסור או הדין הממוני שעליו ניסה להערים יעמוד במקומו. אולם כאשר יש תוקף בדיעבד להערמה מסוימת עולה השאלה האם מותר להשתמש לכתחילה בהערמה זו, במיוחד כאשר יש עניין של "חב לאחרים", השפעה שלילית על ממון הזולת.[96]

הפוסקים דנו בקשר לאיסור חמץ אם קיים איסור כללי להערים על איסורי תורה אך אנו מתמקדים כאן בענייני הערמה שיש בהם אפשרות של הפסד לאחרים, כלומר הערמות של דיני ממונות, ולא בעצם השאלה אם מותר להערים באיסורים.[97]

המשנה מתירה הערמה כדי להפקיע את זכות הכהן בבכור בהמה טהורה: "כיצד מערימין על הבכור: מבכרת שהיתה מעוברת, אומר מה שבמעיה של זו אם זכר - עולה, ילדה זכר - יקרב עולה. ואם נקבה זבחי שלמים; ילדה נקבה - תקרב שלמים."[98] ההערמה הזאת מאפשרת לבעל הבהמה לנצל את הבכור לפרוע את נדרו ולהביא קרבן על חשבון הכהנים. אמנם, אין כאן ממש "הערמה" בצורה עליו דיברנו עד כאן. בעל הבהמה מקדיש את העובר מתוך כוונה ורצון אמיתי שהולד יקרב לקרבן שייעד לו. אין כאן דיבור או מעשה המוכיח שבלבו לחזור ממנו ברגע שהשיג את מטרתו החיצונית, שאז היה מקום לטעון שאין פיו ולבו שוים ולכן בטל דיבורו או פעולתו. בעל הבהמה רק ניצל את המצב שמאפשר לחסוך מכספו ויכול למלא

---

95. ראה פרק הפקעת הלוואה עמוד 222.

96. ראה תשובתו לבעל "בית אפרים", שו"ת או"ח סי' ס"ב (ה"בית אפרים" הגן על סבו שאסר לפטם בהמות ע"י חמץ נכרים בפסח). בדיני איסור והיתר יש כמה הערמות המקובלים להלכה על פי גמרא ועל פי מנהג, כמו מכירת חמץ. במקרה אחד בהלכות חמץ נוצר מחלוקת הפוסקים על מה שנהג בכמה קהילות שמפטמי בהמות מכרו את בהמותיהם לנכרים לתקופת חג הפסח בהערמה שדומה למכירת חמץ המקובל היום. החתם סופר דן בשתי שאלות עקרוניות: אחד, האם יש איסור כללי דאורייתא להערים על דיני תורה, ושנית, האם מהני הערמות להפקיע מידי איסור תורה. כמו כן בשו"ת מהרש"ם חלק שלישי סי' קכ"ד דן באריכות אם קיים איסור כללי להערים בתורה, ומסיק שם שעיקר איסור הערמה היא משום מראית עין, שיחשדוהו שעושה באיסור.

97. בעניין זה יש לציין את דברי רש"י ביצה י"ז ב שלא הובאו בשו"ת הנ"ל שכתב לבאר את חומרת עניין ההערמה משום שהמערים חושב שפועל בהיתר ואומר "סבור הייתי להתיר" ולכן לא ישוב בתשובה. מדברי רש"י אלו משמע לכאורה שיש איסור להערים לכתחילה, וצ"ע.

98. תמורה כד ב. רש"י שם מסביר: "מערימין - להפקיעו מכהן ולהפרישו לחובתו." מהמשך הגמרא ברור שדין המשנה התיר הערמה הזאת אף בזמן שבית המקדש קיים, ונהגו כל דיני בכור.

את חובתו בלי שיצטרך להוציא כסף מכיסו על כך. קשה לטעון שיש איזה פגם משפטי בכך כיוון שאין לכהן אחד ואפילו לכלל הכהנים זכות משפטית או שיעבוד בבכור עד שיוולד (אולי יש בכך צרות עין), ולכן המשנה התירה להערים לכתחילה, אף שיש פגיעה בזכות ממונית של שבט כהונה.[99]

בדיני חלה נלמד[100] שאסור לעשות עיסתו קבין, כלומר לחלק אותה למספר חלקים קטנים שהם פחות משיעור חלה משום שמערים לפוטרה בכך מן החלה, ובשו"ע[101] נפסק הדבר להלכה שאסור אם כוונתו להפקיע מן החלה. לכאורה אם מדובר בזמן שהמקדש קיים הייתה לכהנים זכות ממונית בחלה ואסור לבצע הערמה כדי להפסיד לכהנים. אולם הרשב"א[102] כתב שהאיסור הוא גם בזמן הזה בחלה טמאה שאין לכהנים זכות בה, וטעם האיסור הוא כדי שלא תשתכח תורת חלה, אך לא ברור בזמן המקדש בחלה טהורה אם קיים לדעתו איסור בזה. ייתכן שהחמירו דווקא בגלל שאין זכות שימוש לכהנים בחלה בזמנינו והיו מורים היתר להקל בכך ועל ידי זה תשתכח תורת חלה, אבל בזמן המקדש לא אסרו הערמה להפקיע חיוב חלה.

בדיני תרומות ומעשרות קיימות שתי הערמות ידועות כדי לפטור את היבול מן המעשרות ובכך להפקיע את חלקם של הכהנים, הלויים והעניים. איתא

> "תרומה נמי אפשר דעביד לה [הערמה בהיתר להפקיעו] כדרבי אושעיא דא"ר אושעיא **מערים אדם על תבואתו** ומכניסה במוץ שלה [שאז לא נגמר מלאכתו בשדה ולא נקבע למעשר] כדי שתהא בהמתו אוכלת ופטורה מן המעשר, אי נמי [אפשר להערים] דעייל לה דרך גגות ודרך קרפיפות [שאז אינו רואה פני הבית ולא נקבע למעשר]"[103]

ברמב"ם[104] ושו"ע[105] פסקו שמותר לכתחילה להערים כדרבי אושעיא,[106] ובגמרא

---

99. ראה פירוש הרמב"ם למשניות שם שכתב: "והתחבולה המותרת נקראת הערמה, ושאינה מותרת מרמה. ודע שמותר להטיל מום בבכור קודם שיצא לאויר עולם, ודוקא בזמן הזה שאין בית המקדש קיים ואין שם הקרבה ואפילו ישאר כל מה שישאר סופו להאכל במומו כפי שנתבאר לעיל." התפארת ישראל פירש: "לשון ערמה פירושו תחבולה... בין באופן המותר או שאינו מותר והיינו בין להזיק כמו "והנחש היה ערום" (בראשית ג:א), בין להינצל כמו "ערום ראה רעה ונסתר" (משלי כב:ג), בין להרוויח לעצמו או לאחרים כמו "שומר תוכחת יערים"(משלי ט"ו:ה) "וערומים יכתירון דעת"(משלי י"ד:י"ח) אבל מרמה הוא תמיד באופן שאינו מותר**, משום שיוזק בו אחר**...והכא בלשון ערמה רצונו לומר כיצד רשאי לעשות תחבולה להרוויח בהיתר בכור שיוולד בעדרו." החתם סופר בשו"ת חלק א"ח סי' ס"ב תמה "ומ"מ צל"ע מפ"ק דתמורה כיצד מערימין על הבכור מ"ט[מאי טעמא] נתנו חז"ל עצה להפסיד מתנות כהונה להערים על הבכור בזמן שבית המקדש קיים ע"ש."

100. ירושלמי חלה פ"ב ופ"ג

101. יו"ד סי' שכ"ד

102. פסקי חלה שער ב

103. מנחות ס"ז ב, ראה גם ברכות ל"ה ב, ברכות ל"א א.

104. הלכות מעשרות פ"ג ה"ו, אולם בפרק ד הלכה א משמע שרק בדיעבד מועיל, וראה מאירי ברכות ל"א א

ברכות[107] נאמר שהלכה זו היא "הלכה פסוקה" שאין עליה חולק ואינה צריכה עיון. מכאן יש מקור מפורש שמותר להערים גם במקום ש"חב לאחרים", שהרי בהערמה זו יש נזק לזכות הכהנים, הלויים והעניים לקבל את חלקם ביבול. אולם למרות שרבי אושעיא קורא לתחבולה זו "מערים", איזו הערמה יש כאן בעצם? מלשון הרמב"ם והשו"ע משמע[108] כסברת רש"י ותוספות[109] שהערמה דרבי אושעיא מתירה רק את אכילת בהמתו, שממילא היה מותר לפני שהכניס את היבול לביתו. הערמה זו בעצם לא התירה דבר שהיה אסור לפני כן וגם לא הפסידה כלום מחלקם של הלויים, ולא מובן מדוע נקטו לשון "הערמה" על כך. גם מהמשך לשון השולחן ערוך "וזורה מעט מעט אחר שהכניס לבית ופטור לעולם מן התרומה ומן המעשרות שהרי אינו מתחיל לגמור הכל"—משמע שיש איזושהי הערמה כשהוא עושה "מעט מעט" באופן שלא היה יכול להיפטר אם עשה בבת אחת, וצריך להבין איזו הערמה יש בכך, שהרי היה מותר לבהמתו גם לפני שעשה את ההערמה.

הפוסקים[110] ביארו בדברי השולחן ערוך והרמב"ם שאם הכניסה במוץ שלה, מותרת אכילת עראי גם לאדם ולא רק לבהמה ובכך יש "הערמה", משום שהיתר אכילת עראי לפני מירוח מיועד דווקא לאכילה בשדה, שבמהותה היא אכילת עראי אבל בבית שבמהותה האכילה היא אכילת קבע, אין היתר לאכול בכך ללא הערמה זו.[111] באמצעות הערמה זו ניתן לאכול "עראי" גם בבית על ידי שהוא מערים וזורה מעט מעט כל פעם שהוא רוצה לאכול אף שהוא יודע ומתכנן מראש לזרות את הכל.[112]

---

105. יר"ד סי' של"א סעיף פ"ד

106. אבל ראה שו"ת לב דוד סי' א שרוצה לבאר שגם דינו של רבי אושעיא הוא "רק דינא קאמר, דמותר על צד המקרה לעשות כן עכ"פ בדרך היתר כל שיצטרך לצורך אכילת בהמתו ולא יתפרץ לעשות באיסור", כלומר שלדעתו אין לראות בכך אופן שמתיר לכתחילה לעשות כן באופן קבוע. ראייתו הוא ממה שהגמרא במנחות ס"ז ב קובעת ש"זילא ביה מילתא" אם יאמרו שפלוני פוטר עצמו ממעשר.

107. ברכות ל"א א

108. ראה ביאור הגר"א לשו"ע שם ציון קמ"ו.

109. עיין מנחות מ"ז ב תוספות ד"ה כדי שתהא בהמתו אוכלת ונדה ט"ו ב תוספות ד"ה בהמתו אוכלת.

110. ראה רדב"ז לרמב"ם שם, וראה שו"ת רשב"א סי' שס"א שהתיר אכילת קבע אך לדעתו הסיבה שמערים לתת לבהמתו הוא "שלא ייראה כגוזל את השבט", ומשמע שההערמה מותרת גם לאדם והאכלת הבהמה היא ייצוגית בלבד.

111. ראה שפת אמת פסחים ט' א' שמנמק איסור אכילת קבע לאדם אם הכניסה במוץ שלה מפני גזל השבט: "דהא דחייבוהו חכמים אף קודם מירוח וכן בהכניסה במוץ שאסרו לאכול קבע בלי הפרשה הוא מטעם שלא יפקיע כל אחד תרומות ומעשרות בערמה זו ומטעם גזל השבט... "

112. לדעת מהר"י קורקוס בדברי הרמב"ם שם, מותר גם אכילת קבע לאדם כשזורה מעט מעט. ייתכן לחלק בין הערמה זו של זורה מעט מעט ובין מה שאסר הרמב"ם "לעשות עיסתו פחות פחות מכשיעור כדי לפטרה מן החלה" (הלכות בכורים פרק ו הלכה ט"ז), כי זורה מעט מעט הוא באמת לפי הצורך שלו אבל כשעושה עיסתו פחות מכשיעור כשבאמת הוא צריך יותר מן השיעור, יש בכך "הערמה" על כוונתו האמיתית.

לכאורה לפי פירוש זה בשו"ע וברמב"ם התירו הערמה ידועה לכתחילה למרות שההערמה "חב לאחרים" ופוגע בזכות הכהנים והלויים והעניים בתרומות ומעשרות. אולם הש"ך אוסר במפורש הערמה כזאת: "מכל מקום אסור לאדם להערים להכניס תבואתו לבית בעודה במוץ קודם מירוח כדי שיאכל ממנה הרבה פעמים מעט מעט כדי שתיפטר תבואה זו לעולם מן התרומה ומן המעשרות." לדעת הש"ך, חייבים אנו לבאר את ה"ערמה" שהתיר השו"ע כמובן של מרוויח או מנצל כמו בדין "מערימין על הבכור ".

המאירי גם אסר להערים בצורה זו וכתב:

"ואסור להערים בכך, רצוני לומר שיעשה כן [להכניסו דרך גגות או במוץ שלה] בכוונה שיאכל ממנה [אדם] עראי בלא מעשר"

אלא שהוא המשיך והתיר הערמה לאכילת בהמה בגלל:

"שאין דין מעשר לבהמה מן התורה... אלא [מטעם] שכל ש[בסוף] תהא נקבעת למעשר אסורה אף לבהמה מפני גזל השבט או מדין איסור אכילת עראי לאדם [ולכן] הוא רשאי להערים [לאכילת בהמה ו]מכאן אמרו מערים אדם על התבואה וכו'."

לדעת המאירי, משמעות ההערמה שהתירה הגמרא היא להערים, לעקוף ולהוציא מגזל השבט את מה שהוא מאכיל לבהמותיו מתבואתו לפני הפרשת המעשרות. אף שאסור להערים על תקנת החכמים נגד אכילת קבע על ידי תחבולה של "להכניסה במוץ שלה", אותה תחבולה מותרת כשהיא באה להערים רק על ענין גזל השבט . אמנם הזיקה של הכהנים למעשרות לעניין מה שהבהמות יאכלו קלושה מאד כיון שמעיקר הדין מותר להאכיל בהמות חיות ועופות מהתבואה לפני מירוח.

ראשונים אחרים הבינו את ההלכה פסוקה של ר' אושעיא כהיתר יותר רחב, שעל ידי תחבולה של "ומכניסה במוץ שלה" מפקיעים את היבול לגמרי מחיוב תרומות ומעשרות ומותר גם לאכילת קבע לאדם.[113] אולם גם לפי הבנה זו, אף שההערמה שהתיר ר' אושעיא יותר משמעותית, עדיין אפשר לשאול מה בעצם ה"הערמה" שיש כאן? והרי כשמכניסה כדי להאכיל לבהמתו אין בכך הערמה, שלפי דעת ראשונים אלו מותר להכניסו גם למאכל אדם, ורק משום שמתבייש להכניסו באופן זה למאכל אדם נראה שמנסה להפקיע את חיובו במעשרות, והוא אומר שמכניס לבהמתו לאכול. משום כך מוכרחים לפרש שההערמה כאן מונחת בעצם ניצול הפירצה בחוק שמאפשר להכניס תבואה בלי מירוח, וגם אם מירח אחר כך פטור לפי דעות אלו. לפי זה, נראה שמותר לפחות לנצל פירצה בחוק על ידי תחבולה גם כשחב לאחרים. אולם גם הראשונים שהתירו אכילת קבע של אדם באמצעות "מכניסה במוץ שלה" אסרו להערים לעשות כן בכוונה לכתחילה אלא שבדיעבד אם הערים לצורך

113. זוהי שיטת רבינו אפרים המובא בתוספות מנחות מ"ז ב ד"ה גם. הרשב"א בשו"ת הנ"ל גם סובר כך.

בהמותיו מותר גם לאכילת קבע של אדם."[114] מכל מקום השו"ע והרמב"ם לא פסקו כדעת רבינו אפרים להתיר אכילת קבע של אדם,[115] ולכן קשה להביא ראיה מדין רבי אושעיא להתיר הערמה במקום שחב לאחרים.

בנוגע להערמה השניה, כשמכניס את תבואתו דרך גגות וקרפיפות, שנינו במסכת ברכות:[116]

> ואמר רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן משום רבי יהודה ברבי אלעאי: בא וראה שלא כדורות הראשונים דורות האחרונים; דורות הראשונים היו מכניסין פירותיהן דרך טרקסמון - כדי לחייבן במעשר, דורות האחרונים מכניסין פירותיהן דרך גגות דרך חצרות דרך קרפיפות - כדי לפטרן מן המעשר.

אף שנפסק להלכה שמועיל הכנסת פירות דרך גגות וקרפיפות לפוטרן ממעשרות, הרמב"ם לא הביא הלכה זו בלשון לכתחילה כדינו של רבי אושעיא, וכך כתב: "והוא שיכניסנו דרך השער שנאמר ואכלו בשעריך, אבל אם הכניס תבואתו דרך גגות וקרפיפות פטור מן התרומה ומן המעשרות."[117] נראה, שאסור לעשות כן לכתחילה,[118] ואין ללמוד מכך להתיר הערמות לכתחילה. ממילא אין כאן ממש הערמה כדוגמת מי שמפקיר וחוזר וזוכה, אלא ניצול פירצה טכנית בחוק שמחייב מעשרות רק כאשר "ראה פני הבית."

ב. סיכום

ישנם דרכים שונות להערים ולעקוף את חובת הפרשת תרומות ומעשרות, אף שבכך נשלל למעשה זכות ממונית לגיטימית של כהנים לויים ועניים. חלק מהדרכים הללו נחסמו על ידי חז"ל, חלק מהן הותרו בדיעבד, וחלק אף מותרים לכתחילה. הדבר תלוי באופן שבו נעשתה ההערמה, ובזכות הממונית שיש לכהנים ולויים על תרומות אלו. לכאורה, יש בסיס וסמכות לתקן תקנות מפורטות לאסור הערמות בכלל או בפרט, אבל כל עוד שלא נאסרו במפורש, אינו מובן מאליו ששימוש בהן אסור.

---

114. ריטב"א ברכות ל"א א': "והיינו הערמה דר' אושעיא, ואפילו לאדם מותרת לאכילת קבע—והאי דקאמר לבהמה, דמשמע דלאדם אסורה, לאו דוקא, אלא משום דאסור להערים [לכתחילה ולהכניסה במוץ שלה] למאכל אדם אמר הכי." גם הרשב"א בחידושיו ברכות ל"א א', ושו"ת חלק א סי' שס"א שלמד דין ר' אושעיה כרבינו אפרים, עדיין אסר אכילת קבע של אדם גם בדיעבד אך רק מדרבנן.
115. אבל ראה מהר"י קורקוס שם.
116. ברכות ל"ה ב'.
117. רמב"ם פ"ד הלכה א מהלכות מעשר
118. מאירי ברכות שם: "צריך שתדע שאסור להערים ולהכניסו דרך גגות וקרפיפות כדי להפטר מן המעשר על הדרך שביארנו בהכנסה במוץ שלה."

ג. איסור לכתחילה בהברחות וקנוניות

בהלכות גביית מלווה דן השולחן ערוך בסוגי הברחות שונות, למשל כאשר הלווה מחביא ביד אחרים, או נותן מתנה על מנת להחזיר, או רושם נכסיו בשם אחרים, או מעביר את נכסיו על ידי שטר מתנה לקרוביו וכו'.[119] אף שעיקר הדיון שם נוגע לעצם התוקף המשפטי של ההברחה מול בעל חוב ולתקנות שעשו החכמים נגד המבריחים כדי לבטל את כוונתם, אפשר לראות משם שהחכמים ראו בכך איסור ועבירה משום שהוא "לווה רשע ולא ישלם".[120] אפילו בקשר להברחת נכסים הראויים להגיע ליורש או מקבל מתנה, שם אין איסור דומה, כותב הרמ"א "אסור להערים... וליתן מנכסיו לבניו או לאשתו כדי להפקיע ממקבל מתנה מה שראוי לו."[121] הגר"א מציין כמקור לדבריו את הגמרא:

> [רבי אלעזר] היה אומר: חסיד שוטה, ורשע ערום... הרי אלו מבלי עולם... היכי דמי רשע ערום?... רבי אסי אמר רבי יוחנן: זה המשיא עצה למכור בנכסים מועטין, דאמר רבי אסי א"ר יוחנן: יתומים שקדמו ומכרו בנכסים מועטין, מה שמכרו מכרו. אביי אמר: זה המשיא עצה למכור בנכסים.[122]

מכאן רואים שכאשר מבריח נכסים כדי להפקיע זכות של מי שהיה ראוי לזכות בהם מעיקר הדין, נקרא המבריח רשע, גם ללא איסור של "לווה רשע ולא ישלם".

ד. אביי מסתבך בקנוניא

אולם אפשר לפקפק בכך מהמשך הסוגיה,[123] שם מובא הסיפור דלהלן:

> משה בר עצרי ערבא דכלתיה הוה [קיבל על עצמו להיות ערב לכתובת כלתו], ורב הונא בריה צורבא מרבנן הוה ודחיקא ליה מילתא [בנו וכלתו מצאו עצמם במצוקה כלכלית], אמר אביי: ליכא דנסבי עצה לרב הונא, דליגרש לדביתהו ותיתבע כתובתה מאבוה ולהדרה מיהדרי? [כלומר, יכולים הם להוציא דמי כתובתה מחותנה אם יתגרשו ואז יכולים להתחתן מחדש ולהנות ביחד מכסף כתובתה] א"ל רבא: והאנן ידור הנאה תנן! [והרי החכמים כבר הקדימו וסכלו קנוניא זו] ואביי? אטו כל דמגרש בבי דינא מגרש? [והרי אפשר לעקוף את

---

119. שו"ע חו"מ סי' צ"ט.

120. ע"פ תהילים ל"ז, כ"א. ראה למשל ש"ך שם ס"ק ה ששולל טענת מיגו דיכול היה להפקיע החוב על ידי הברחת נכסים לאחרים "דידעו שעושה כן כדי להבריח וגם הוא יעשה מעשה רע נגד המלוה שלו שיתן לזה מתנה ויהיה לוה רשע ולא ישלם במזיד." ראה גם ש"ך בשו"ע חו"מ סי' מ"ז ס"ק ז בקשר למלוה שמוחל חובו במקום שהוא עצמו חייב לאחרים ואין לו מה לפרוע.

121. הגהת הרמ"א לשו"ע אבן העזר סי' ק"ח סעיף ג.

122. סוטה כ"א ב. ראה שם תוספות ד"ה "אביי אמר" שמפרש שהמשיא "נקרא רשע" ואסור למוכר לעשות כן לכתחילה. לדעתו רק המשיא עצה נקרא רשע, שהרי הוא חוטה ולא לו, אבל המוכר עצמו לא נקרא רשע ומכל מקום אסור לו לעשות כן לכתחילה.

123. ערכין כ"ב א; בבא בתרא קע"ד א'.

> תקנת חכמים על ידי גירוש שלא בפני בית דין מומחה] לסוף איגלאי מלתא דכהן הוה, אמר אביי: בתר עניא אזלא עניותא.[עצתו של אביי נראה מתמיה וסותר את מה שהוא עצמו אמר, ולכן שואל הגמרא] ומי אמר אביי הכי? והאמר אביי: איזהו רשע ערום? זה המשיא עצה למכור בנכסים כרבן [שמעון בן] גמליאל! [דוקא בגלל שיש תוקף לקנוניא הזאת נחשב הדבר כרשע ובלתי מוסרי כמו שאביי עצמו אמר במקום אחר. ומתרץ הגמרא:] בריה שאני, וצורבא מרבנן שאני. [דין בנו שונה, ודין תלמיד חכם שונה.]

יש מקום לדון האם תלמיד חכם דינו שונה בכל מצב גם אם אין מדובר באב ובנו. כך משתמע מדברי רבינו גרשום[124] שכתב "דמצווה להשיאו עצה כדי שיהו לו נכסים ויעסוק בתורה". אולם לפי זה יצא חידוש עצום-שכדי להשיג את המטרה של לימוד תורה, רשאים להשתמש בתחבולות שונות וקנוניות שיש בהם משום הערמה ואפילו חשש של גניבת דעת.[125] ראשונים אחרים אינם מקבלים גישה זו. "יד רמה"[126] מבהיר היטב את עמדתו: "וש"מ דאפי' גבי בנו ולאו צורבא מרבנן, אי נמי צורבא מרבנן ולאו בנו, מאן דמסיב ליה עצה כה"ג רשע מיקרי, וכן כל כיוצא בזה".

לדבריו, דווקא במקרה ספציפי זה שמדובר באב עשיר ובנו העני שהוא גם תלמיד חכם, יש מקום לעשות קנוניא כדי לפרנס את בנו, משום שיש לאב ממילא חובה של "ומבשרך לא תתעלם". נראה שכדעה מחמירה זו נקט גם השולחן ערוך:[127]

> ואסור לאדם להשיאו עצה שיגרשנה כדי שתגבה הכתובתה מהערב ואחר כך יחזירנה, דשמא לא ידירנה הנאה. מיהו אם האב ערב לכלתו בעד בנו, והבן תלמיד חכם והשעה דחוקה לו ואין האב מהנהו מנכסיו, מותר להשיאו עצה זו.

יש להוסיף שב"יורה דעה" השולחן ערוך כותב שממילא חל על אב עשיר חיוב לפרנס את בנו:[128]"כופין האב לזון בנו עני, ואפילו הוא גדול כופין אותו יותר משאר עשירים שבעיר".

יוצא אם כך שקנוניא מהסוג הנזכר מותרת רק במקרים מוגבלים מאוד, כאשר יש מקום הלכתי לחייב ממילא את האב לפרנס את בנו, ואין ללמוד מכאן להתיר קנוניות במקומות אחרים. מי שעושה קנוניא בשאר מקרים נחשב כ"רשע ערום" אף שלא עשו חכמים נגדו שום תקנה לבטל את מעשיו, והקנוניא שלו תועיל לכל דבר.

---

124. בפירושו לערכין שם.

125. גם מדברי הריטב"א בבא בתרא קע"ד נראה שהבין כך, שהרי כתב להתיר לתלמיד חכם למכור נכסים גם אם בכך מפקיע מהשני את אותם נכסים, (משום שניתנו במתנה "לך ואחריך לפלוני"), ולמרות שהגמרא מציין שיש בכך רשע ערום כותב הריטב"א ש"תלמיד חכם שאני", ולא ציין שצריך להיות בנו.

126. בחידושיו לבבא בתרא קע"ד ב.

127. אבן העזר סי' ק"ב סעיף ז.

128. יו"ד סי' רנ"א סעיף ד.

אולם יש מקום לפרש את הסוגיה באופן אחר. אביי הדגיש "ליכא דנסבי עצה לרב הונא", כלומר שאין מי שרוצה לייעץ לרב הונא לגרש את אשתו. ייתכן שעיקר האיסור הוא לייעץ למישהו במקום שחב לאחרים בעצתו, ועל זה נקרא רשע ערום, אך מי שבעצמו עושה קנוניא, גם אם מטרתו הוא להרוויח ע"י כך, אינו נחשב בכך לרשע ערום משום שהערמה והרשעות הוא רק כאשר נותן העצה אינו נהנה ממנה וכל מטרתו להפסיד לאחרים ולהרוויח לרעהו, אך אם האדם עצמו יעשה בערמה אין בכך משום רשע ערום, כיוון שמובן שינסה להשתמש בתחבולות כדי להוציא כסף מהשני. סימוכין לפירוש זה ניתן למצוא בלשון הגמרא, שרשע ערום הוא מי ש"משיא עצה למכור נכסים" ולא מי שמוכר אותם בעצמו, אף שגם הוא כוונתו להפסיד לאחרים.[129]

יש אופן נוסף שאפשר לבאר בו סוגיה זו, על פי דברי הרשב"ם[130] שפירש ש"רשע ערום" נקרא כך משום ש"גורם עבור על דברי נותן", כלומר שיש איסור עצמאי בכך שהוא הפר את כוונת הנותן שרצה לתת מתנה "לך ואחריך לפלוני", ובכך שיעץ לראשון למכור את נכסים ובכך לנשל את השני. לפי זה לא כל הערמה שפוגעת בזולת נכנסת לגדר של "רשע ערום" ואפשר לדייק שכאשר אין נסיון להפר כוונת מישהו אחר, מותר לכתחילה לנקוט בקנוניא גם אם הדבר גורם הפסד לאחרים. לפי זה נצטרך לפרש שבסיפור של משה בר עצרי יש הפרה של כוונת הנותן, שערב בעד כתובת בנו כדי שיפרע אותו אם יתגרש או ימות, ולא העלה בדעתו שיעשו קנוניה להפסידו.

ה. סיכום

חכמים ביקרו את מי שמנסה להשתמט מתשלום חובות ואפילו מתנות באמצעות קנוניות והברחות. אולם הם לא ביטלו את הקנוניות ברוב המקרים, וישנם מקרים שבהם הצדיקו חכמים עשיית קנוניא, כגון כאשר ממילא קיימת חובה של צד שלישי כלפי שני הצדדים שעושים קנוניא, ולמעשה הם עושים תחבולה כדי להשיג את מה שמגיע להם כדין. יש גם מי שפירש באופן רחב יותר את היתר עשיית קנוניא, ולדעתו הדבר מותר למי שעשוי להרוויח מכך(ורק לנותן עצה מן הצד נאסר), וגם מותר אם הדבר אינו נוגד במפורש את כוונת הצד השלישי, כגון שהוא לא הביע דעה מפורשת נגד הכוונה להרוויח על חשבונו.

ו. חסידות, מוסר והערמה.

לעיל עסקנו בשאלה האם מותר לכתחילה להשתמש בהערמה במקום שזה פוגע

---

129. ראה חקרי לב חלק יו"ד סי' מ"ו שפוסק לפי הרדב"ז סי' רנ"ד שקנוניא מותר אפילו לכתחילה ומסביר את דין רשע ערום כקאי רק על המשיא העצה. בגלל זה, כנראה, פסק שלאו דוקא בנו אלא גם צורבא מרבנן שאינו בנו מותר להשיאו עצה לעשות קנוניא.

130. בבא בתרא קל"ז א

בממון אחרים. אמנם ניתן להיות "נבל ברשות התורה"[131], ולכן יש לנסח את השאלה באופן אחר: האם זה טוב וישר להשתמש בהערמה במקום שזה עשוי לגרום חוב לאחרים?

חכמים התירו במפורש הערמה ביחס לאיסור סחורה בפירות שביעית. כמו שאסור לעשות סחורה בפירות שביעית, גם "אין פורעין חוב מדמי שביעית." בגלל זה, אסור לתת פירות שביעית לפועלים או אומנים בשכר עבודתם. דין זה שייך כשמפרש שהפירות ניתנו תמורת העבודה או השירות, אבל "לכלן נותן מתנת חנם", כלומר מותר ליתן פירות שביעית לפועלים ואומנים אם בעל הבית מגדיר את הנתינה כמתנת חינם ולא כתמורה לעבודה או לשירות. הגדרה זו אינה אמיתית ויש הבנה שקטה שאחרי שהפועלים יקבלו את המתנת חנם, יוותרו על דרישת שכר בעד עבודתם, או ידרשו פחות שכר.[132] בעצם, ההיתר מתאים להלכה שאוכלים פירות שביעית בין לטובה ובין שלא לטובה.

במסכת סוכה מובא סיפור:

> אמר אייבו: הוה קאימנא קמיה דרבי אלעזר בר צדוק, אתא לקמיה ההוא גברא. אמר ליה: קרייתא אית לי, כרמיא אית לי, זיתיא אית לי, ואתו בני קרייתא ומקשקשין בכרמיא ואוכלין בזיתיא, אריך או לא אריך? - אמר ליה: לא אריך. הוה קא שביק ליה ואזיל. אמר: כדו הויתי דיירי בארעא הדא ארבעין שנין, ולא חמיתי בר אינש מהלך בארחן דתקנן כדין. הדר ואתי ואמר ליה: מאי מיעבד? אמר ליה: אפקר זיתיא לחשוכיא, ותן פריטיא לקשקושי כרמים.

[תרגום:אמר אייבו: הייתי עומד לפני רבי אלעזר בר צדוק, והגיע לפניו איש שאמר לו: יש לי ערים, כרמים וזיתים, ובאים בני העיר ומטפלים בכרם ואוכלים את הזיתים, האם ראוי או לא ראוי? אמר לו: אינו ראוי. האיש יצא והלך. אמר(רבי אלעזר) אני הייתי מדרי ארץ זו ארבעים שנים, ולא ראיתי אדם שהולך בדרכים ישרות כמו האיש הזה. חזר האיש ושאל: מה אעשה? אמר לו: הפקר את זיתיך לעניים, ותן כסף למי שמטפל בכרמים.]

מה ראה רבי אלעזר בר צדוק באיש הזה שהעיד עליו שלא ראה איש ישר כמוהו?

> י"ל דבאמת גם האיש ידע דלאו איסור גמור הוא ולכן לא שאל מותר או אסור אלא אי אריך דהיינו אם טוב וישר לעשות כן אם לא נראה כערמה או אם ליכא בזה משום מראית העין ולכן גם ראב"צ לא אמר רק לא אריך ולא אמר אסור וע"ז שפיר דן ראב"צ דאיש ישר הוא מדחשש לדבר שמן הדין מותר.[133]

---

131. ראה רמב"ן ריש פרשת קדושים, ויקרא י"ט, א

132. ככה היא ההבנה של רבינו עובדיה מברטנורא אולם ראה תוספות שם טוב שעמד על דבריו ו

133. ערוך לנר ובן יהוידע סוכה שם, ספר חסידים תרנ"ג תרנ"ד, אלף ק"א אלף ע"ח.

ד. מסקנות בענין בריחה, הברחה והערמה

א) בריחה פיסית מתחום שיפוט של שלטון שהטיל מס אינו מפקיע את חובת המס שכבר חל על אדם לשלם מן הדין.

ג) כמו כן, הברחה פיסית של חפצים בתוך או חוץ מתחומי השיפוט של מטיל המס, אינו מפקיע את חובת המס שכבר חלה על בן אדם ביחס לאותן החפצים או נכסים. אין הבדל לעניין הפקעת חובת המס בין הטמנה פיסית מהישג ידם של גובי מס לבין הסתרת מידע על קיומם ומהותם של חפצים או נכסים חייבים.

ד) ההברחה הנ"ל גם אינה מעכבת את חובת המס מלחול לכתחילה על אותם חפצים ונכסים שהבריח, אם לפי חוקי המס ראויה חובה זו לחול עליו מן הדין. למשל, הברחת נכסים במעבר גבול ממוכס אינו מונע את חלות חובת המכס עליהם.

ו) יש איסור ועבירה בעצם הניסיון למנוע פירעון חובת המס שכבר חלה או שאמורה לחול על הנכסים המובחרים.

ז)בניגוד להברחה מהישג ידם של שלטון הממסה על ידי שקר או הסתרת מידע, הברחה המבוססת על החוק, כלומר שלפי החוק לא תחול חובת המס, יש לה תוקף. העובדה שבן אדם יכול לנצל פירצה, או אפילו כשידוע שהוא מנצל בכוונה מכוונת פירצה בחוק בניגוד לרוח ותכלית החוק, אינו שולל את תוקף ההברחה מעיקר הדין.

ח) מותר לחפש לכתחילה דרך או טכניקה חוקית להיפטר מחלות חובת המס או להפחיתה, לפני חלות חובת המס. תחבולות מסים, על פי רוב מבוססות על ייחוס בעלות או קנין, שהם ענינים משפטיים טכניים שאינם תמיד תואמים את המציאות במובן היום-יומי.

ט) הערמה, שהיא תחבולה לשנות את ההגדרה המשפטית של מצב או פעולה בלי לשנות את עיקר תוכנו ומשמעותו המעשי, אינה בטלה מבחינה חוקית, כלומר שההגדרה המשפטית תכובד ותוכר אף שאינה משקפת את המציאות המוחשית, ואינה תואמת את המצב או את הפעולה לאור דעתו ומטרתו האמיתית של המערים—ולכן קוראים לזה הערמה.

י) יש כח ביד בני העיר לגזור גזירות נגד הערמות מסוימות שנראות להם כפירצות בחוקי המס; לאסור אותם, לשלול את תוקפם או לשנות את ההגדרה המשפטית שלהם.

י"א) יש גם כח לבית דין (או לחלופין לרשויות המס) לא להכיר במקרה מסוים של הערמה ולהחליט לא לכבד את ההערמה אף שיש לו תוקף משפטי מעיקר הדין, אם הם רואים צורך בכך כדי לסכל את ניצול הפירצה בחוק.

י"ב) למרות הנ"ל, עד שלא גזרו בני העיר לבטל איזה הערמה, מותר לנסות להשתמש בה, אף שסביר להניח שבני העיר היו רוצים לבטלה או שהבית דין לא היו מכבדין אותה אם היו בוחנים אותה. אין איסור כללי נגד הערמות שהם ברי תוקף מעיקר הדין.

י"ג) הערמה שכל כולה מבוססת על רמאות איננה תקפה, כלומר שעצם העובדה שאני יכול להצליח בפועל להבריח איזה מס על ידי טענת שקר אינו פוטר את חלות המס על מציאות אמיתית. למשל, שטר שנכתב ולא נמסר אלא נשמר במגירה למקרה הצורך כדי להוכיח על מעשה שכתוב בו אינו בר תוקף. כמו כן, אם יש הסכם כתוב או אמירה חיצונית בר אכיפה שמבטל או משנה את שטר ההברחה, אין תוקף לשטר ההברחה.

י"ד) אולם בניגוד להנ"ל, אם יש הבנה, **לאו בר אכיפה**, שהיא תלויה אך ורק ברצון הטוב של הצדדים, למשל כאשר אדם הערים והקנה את נכסיו לאחר וקיים סיכון שהשני יקח את הנכסים ויזכה בהם **בדין** מתוקף השטר שהראשון עשה עבורו, אזי יש להערמה זו תוקף והיא מועילה להציל את המערים מחבות המס שלו, מאחר שהתכוון להקנות ולמעשה יש אומדנא שרצה להקנות בכך. ויש מי שאומר שברור שלא התכוון באמת להקנות שטר כזה ולכן אין לשטר תוקף כדי להצילו מתשלום מסים.

חלק ה. הברחת מסים במדינה זרה.

א. דינא דמלכותא דינא והברחת מיסים במלך גוי ומוכס גוי

בגמרא מבואר בעניין הברחת מסים ומוכסין:[1]

> והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא! אמר רב חנינא בר כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה; דבי ר' ינאי אמרי: במוכס העומד מאליו. איכא דמתני לה אהא: לא ילבש אדם כלאים אפי' על גבי עשרה בגדים להבריח בו את המכס, מתני' דלא כר"ע; דתניא: אסור להבריח את המכס, ר"ש אומר משום ר"ע: מותר להבריח את המכס; בשלמא לענין כלאים בהא קמיפלגי, דמר סבר: דבר שאין מתכוין מותר, ומר סבר: דבר שאין מתכוין אסור, אלא להבריח בו את המכס מי שרי? והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא! א"ר חנינא בר כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה; דבי ר' ינאי אמרי: במוכס העומד מאליו. ואיכא דמתני אהא: נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין - שהיא של תרומה, שהיא של בית מלך, אע"פ שאינה של תרומה, אע"פ שאינה של מלך; ולמוכסין, והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא! א"ר חנינא בר כהנא אמר שמואל: במוכס שאין לו קצבה; דבי ר' ינאי אמרי: במוכס העומד מאליו. רב אשי אמר: במוכס כנעני [גוי]

מתוך סוגיית הגמרא עולה שמצד אחד הברחת מכס אסורה משום גזילה ומצד שני הברחת מכס של גוי מותרת. במשנה בכלאים[2] שנינו שאסור ללבוש כלאים אפילו כשהמטרה היא רק להבריח את המכס. משמע מכך שהברחת מכס עצמה לגטימית בעיני ההלכה. אף שהגמרא מביא מחלוקת האם באמת מותר להבריח את המכס על ידי כלאים:[3] "אסור להבריח את המכס, ר"ש אומר משום ר"ע: מותר להבריח את המכס",[4] המחלוקת היא בדין כלאים ודבר שאינו מתכוין ולא בדיני גזל. אולם הגמרא מתקשה בכך: "להבריח בו את המכס מי שרי? והאמר שמואל: דינא דמלכותא דינא?", כלומר שאסור לגזול את המוכס.[5] רב אשי מציע לתרץ שמדובר במוכס גוי,[6] שכנראה מותר לגנוב או להבריח ממנו כשאין חילול השם בדבר.

---

1. בבא קמא קי"ג א
2. כלאים פ"ט מ"ב: "אין עראי לכלאים ולא ילבש כלאים אפילו על גבי עשרה אפילו לגנוב את המכס."
3. הראשונים חולקים בהבנת שיטת הברחת מכס הזאת. לפי רש"י היה פטור על מכס לבגדים שהם לבוש אישי ולא סחורה ולפי אחרים הוא פשוט מעלים את הבגד מהמוכס.
4. בבא קמא שם.
5. רש"י שם: "ונמצא שגוזל את המוכס ישראל זה שקיבל את המכס מיד המלך נכרי בהיתר", וכל שכן כשמבריח מגבאי הגובה ישירות למלך, אם לא שמותר מדין גזל הגוי.
6. יש מחלוקת ראשונים אם רב אשי מתייחס לקושיית הגמרא מהמשניות בכלאים ובנדרים או רק

גם במסכת נדרים נאמר[7] "ואמר רבא שרי ליה לצורבא מרבנן למימר עבדא דנורא אנא [אני כומר לעבודה זרה], לא יהיבנא אכרגא. [פטור אני ממס גולגולת]. מאי טעמה? לאברוחי אריא מיניה קאמר." חלק ממפרשי הסוגיה[8] למדו את הגמרא כפשוטו, שמותר לשקר למוכס גוי כדי להבריח את המכס.[9] משמע שעקרונית הגמרא מתירה הברחת מכס ממוכס גוי.

להלכה, ענין הברחת מיסים נכנס בעקיפין להלכות גזילה ואבידה בהרמב"ם, אגב ההלכה של איסור הנאה מגזלן, כמו למשל מוכס, שחזקתו שהוא גזלן.[10] בדרך הסתייגות כותב הרמב"ם:

> אבל מכס שפסקו המלך ואמר שילקח שליש או רביע או דבר קצוב והעמיד מוכס ישראל לגבות חלק זה למלך ונודע שאדם זה נאמן ואינו מוסיף כלום על מה שגזר המלך אינו בחזקת גזלן לפי שדין המלך דין הוא, ולא עוד אלא שהוא **עובר** המבריח ממכס זה מפני שהוא **גוזל** מנת המלך, בין שהיה המלך גוי בין שהיה מלך ישראל.[11]

מדברי הרמב"ם נראה ברור שהוא למד שיש איסור ממשי של גזל בהברחת מיסים, ולא רק בעיה של חילול השם. הרמב"ם אמנם לא כתב במפורש שעובר על לא תגזול, אך מכל מקום בהגהות הרמ"א[12] מעיר על דברי השולחן ערוך שציטט את

לקושיית הגמרא על משנתנו בבבא קמא ש"אין פורטין לא מתיבת המוכסין... " ראה שו"ע וטור יו"ד רל"ב וסי' ש"א ונושאי כלים (שלומדים שרב אשי מתיחס רק לדין מוכס כגזלן במשנה שם בבא קמא, ואילו בשאר הסוגיות אין כאן היתר גורף להישבע לגוי בשקר אלא רק כשהוא עומד מאליו או לוקח יותר מקצבתו, וכן לעבור את המכס עם כלאיים מותר רק בעניין זה.)

7. נדרים ס"ב ב.

8. בר"ן שם כתב דההיתר אינו דווקא לצורבא מרבנן אלא אפילו לכל אדם שרוצה להציל עצמו מן המס, והחידוש הוא שאין בעיה גם לצורבא מרבנן שיסברו שהוא עובד עבודת כוכבים, כיון שלבו לשמים, וברשב"א נדרים שם ביאר שכיוון שאומר לא יהיבנא כרגא, מוכחא מילתא שלא אמר כן משום שמודה למעשיהם אלא להיפטר מן המכס כמו עבדי הכמרים, ולכן אין בכך משום חילול השם שכולם יודעים שכוונתו להיפטר מהמס, ולדבריו משמע שאף שיש בכך שקר ממש מותר ודלא כפירוש הר"ן שאין כאן שקר מוחלט (ואח"כ הוסיף גם את פירוש הר"ן, וכתב שראשון עיקר), ואילו בשו"ת הרשב"א התיר רק לת"ח לשקר בגלל שהוא פטור מדינא דגמרא (בבא בתרא ח' א') "מנדה בלו והלך לא שליט למירמה עליהון" וכך למד הרא"ש.

9. אולם הרא"ש שם כותב "כיון שמן הדין פטור שרי ליה למימר כדי שלא יגזלו ממונו" ומשמע שאין היתר להבריח אלא אם אינו חייב על פי דין (ראה לקמן דין תלמיד חכם לעניין מס) וחושש שיגבו ממנו שלא כחוק.

10. רמב"ם הל' גזילה ואבידה פ"ה ה"ט. כך גם מסקנת הסוגיה בגמרא בבא קמא קי"ג ונגרר אחריו כל הסוגיה של דינא דמלכותא דינא וגזל הגוי. ראה באורך בשו"ת כסאות לבית דוד חלק ב סי' קי"ח אות ו, שהתיר הברחת מכס גם על ידי הצהרת שקר בתחבולה מדין הפקעת הלוואה של נכרי.

11. רמב"ם שם ה' י"א. "מנת המלך" הוא סוג מס מיוחד הנגבה מאחוז קבוע מפירות הארץ או ילדי בהמות. ריטב"א למסכת עבודה זרה ע"א.

12. שו"ע חו"מ סי' שס"ט סעיף ו.

דברי הרמב"ם, ש"עובר על לא תגזול".[13] דעת הרמב"ם עצמו בעניין הפקעת הלואה והברחת מכס דורש עיון לאור דבריו בעניין עושק הגוי, וראה דברינו להלן.

על פי הבנתינו לעיל,[14] דינא דמלכותא הוא רק דין ממוני, כלומר סמכות וזכות שיש למלכות לקחת רכוש או לשעבד אנשים על פי חוקי המדינה, ולא איסור שמחייב את תושבי המדינה. יוצא אם כך, שבמלך גוי כל שאלה של דינא דמלכותא, כמו למשל הברחת מיסים, תלוי בשאלת גזל הגוי. קשר זה בולט בהמשך הסוגיה המרכזית של דינא דמלכותא דינא במסכת בבא קמא שציטטנו[15], שם מתגלגלת השאלה של הברחת מכס ודינא דמלכותא לשאלת גזל הגוי, הפקעת הלוואתו, טעות הגוי ואבידת הגוי. אף שדינא דמלכותא נותן היתר למלכות לגבות מיסים מנתיניו, עדיין נשארה השאלה האם מותר לנו להבריח את המכס ממלכות גוי או מוכס גוי, או שמא יש בכך איסור גזל.

ב. גזל הגוי

עצם קיום איסור לגזול מגוי אינו מוטל בספק בדברי הפוסקים. גם הרמב"ם וגם השלחן ערוך פוסקים שאסור לגזול או לגנוב מנכרי.[16] אולם מהות האיסור אינה ברורה ומסוגיות הגמרא לא עולה תמונה אחידה בענין זה. ברור מהגמרא שיש מחלוקת תנאים עקרונית אם גזל הגוי מותר[17] או אסור, אבל לא ברור מהו מקור המחלוקת ומי הם החולקים.[18] למשל, בשני מקומות במסכת בבא קמא נידון נושא

---

13. ראה דעת שו"ע הרב שמבסס הגהת הרמ"א בשו"ע חו"מ שס"ט (שיש איסור לא תגזול על הברחת מסים) על חזקת המלך במסים. ראה פרק השלטון כמוחזק בחובת המס עמוד 123.
14. ראה לעיל בענין "חובת ציות" בפרק חובת ציות עמוד 29.
15. בבא קמא קי"ג א-ב.
16. רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק א הלכה ב: "ואסור לגזול כל שהוא דין תורה, אפילו גוי עובד עבודה זרה אסור לגזלו או לעשקו, ואם גזלו או עשקו יחזיר", ושם הלכות גניבה פרק א הלכה א: "כל הגונב ממון משוה פרוטה ומעלה עובר על לא תעשה שנאמר 'לא תגנבו', ... ואחד הגונב ממון ישראל או הגונב ממון גוי עובד עבודה זרה ואחד הגונב את הגדול או את הקטן." ראה שלחן ערוך חו"מ סי' שמ"ח סעיף ב (גניבה) וסי' שנ"ט סעיף א (גזילה).
17. בכורות י"ג ב': "הניחא למ"ד גזילו אסור - היינו דאצטריך קרא למישרי אונאה, אלא אי סבר לה כמ"ד גזילו של גוי מותר, אונאה מיבעיא", בבא מציעא פ"ז ב': "הניחא למאן דאמר גזל גוי אסור... אלא למאן דאמר גזל גוי מותר..." .
18. למשל רש"י בבכורות שם ובבא מציעא שם מצביע על סוגיית הברחת מיסים כמקור להמחלוקת אם גזל הגוי אסור (מן התורה ומשום כן צריכים לימוד מיוחד להתיר אונאתו) אף שרש"י בסנהדרין נ"ז א' מצביע על אותו סוגייה ואומר "ומדרבנן איכא למאן דאסר משום חילול השם [שם]." התוספות בשני המקומות מקשה על רש"י שלפי פשטות סוגיית הברחת מכס בבבא קמא אין מחלוקת שגזל הגוי אסור אלא רק אם יש לאסור "הפקעת הלוואתו" של הגוי במקום שיש חשש חילול השם. תוספות (בבא מציעא שם ד"ה אלא למאן דאמר) מציע את הגמרא בבבא מציעא קי"א ב "חד למישרא עושקו חד למישרא גזלו" כמקור למאן דאמר גזל הגוי מותר.

גזל הגוי. בנוגע לשור של ישראל שנגח שור של גוי נאמר[19] שפטורים מלשלם לו, מאחר שהגויים אינם שומרים את שבע מצוות בני נח. חז"ל דרשו מהפסוק "עמד וימדד ארץ ראה ויתר גויים"[20], שכשהקב"ה ראה שהגויים אינם שומרים את מצוותיהם "עמד והתיר ממונם לישראל". על פי הבנת תוספות, היתר זה מובן דווקא לפי מאן דאמר שגזל הגוי אסור מן התורה, ולכן "התיר ממונם לישראל", אך למ"ד שגזל הגוי מותר ממילא מן התורה, מותר לגזול מהם ואם כך בודאי פטורים על נזקם.

גם מדברי רש"י בסוגיה נראה שאפילו מאן דאמר גזל הגוי אסור אינו אלא גזירת חכמים מטעם חילול השם:[21] "'דלא תעשוק את **רעך**' כתיב ולא נכרי, ומדרבנן איכא למאן דאסר משום חילול השם בהגוזל בתרא." לכאורה דברי רש"י נסתרים מהסוגיה שהוא עצמו ציין, והיא הסוגיה שעוסקת בהברחת מס. הגמרא שם מבחין בין גזל לבין הפקעת הלוואה, ולומד את איסור גזל הגוי מפסוקים שונים אך לכל הדעות שם גזל הגוי אסור, ורק הפקעת הלוואה מותרת ורק במקום שאין חילול השם. ה"ים של שלמה"[22] דוחה משום כך את דעת רש"י וקובע ש "מה שכתב רש"י מפני חילול השם. לא נראה לי כלל, דגזל הגוי אסור אפילו בלא חילול השם. אבל נראה לי, משום שירחיק עצמו מן הכיעור ודומה לו, ויאכל וישתה את שלו. ולא ירגיל את עצמו בגניבה וגזילה."

המבוכה ביחס למהות איסור גזל הגוי ומקורו ממשיכה גם בדברי שאר האחרונים, אף שמוסכם על כולם שגזל הגוי אסור.[23] במקום שיש חלול השם, קשה לראות נפקא מינה להלכה אם גזל הגוי אסור או לא[24], אבל במקום שאין חלול השם, כמו

---

19. בבא קמא ל"ח א
20. חבקוק ג:ו.
21. רש"י סנהדרין נ"ז א' ד"ה "ישראל בנכרי מותר" .
22. בבא קמא פרק י סי' כ'.
23. ראה ספר בין ישראל לעמים, הרב חיים בנימין גולדברג, חלק חושן משפט (ירושלים תשס"ג), סי' ל"ב, שהאריך לדון בשיטות הפוסקים, וכן פתחי חושן, הלכות גניבה ואונאה, פרק א סעיף ב.
24. חילול השם הוא איסור תורה חמור מצד עצמו ("לא תחללו את שם קדשי" ויקרא כ"ב:ל"ב) שאין לו כפרה עד המיתה. יומא פ"ו א'. ראה תוספות בבכורות שם ובבא מציעא שם שאפילו למאן דאמר גזל הגוי מותר, במקום חילול השם אסור. אולם, ממקור קושיית התוספות—דרשת ר' עקיבא מ"וחשב אם קונהו" (בבא קמא ק"ג ב') ולא מסתם איסור חילול השם—נראה שלתוספות יש שיטה אחרת בהבנת מהות איסור גזל הגוי, שכל כולו ענין של חילול השם. ראה חוט המשולש סי' ט"ו (שמבאר את שיטת תוספות בגזל הגוי). גם מהסבר תוספות לביטוי "יכול יגלום עליו" (בבא קמא שם), ניתן לראות שפירש שמדובר במקרה שהגוי מודע להעוול שעושים לו ושותק משום שאין לו ברירה. גם הסבר התוספות למעשה ר' אשי (בבא קמא לקמן שם) שאין לחלק בין גניבת הגוי לגזל הגוי "דבגניבה איכה [נמי] חילול השם כשידע לבסוף" מתפרש בצורה דומה. תוספות בבא קמא שם ד"ה "הכי קאמינא." מכל מקום, בין לשיטת התוספות ובין לשיטות האחרות, דברי ר' ישמאעל (בבא קמא שם סוף עמוד א'), שבית דין "באין [על הגוי] בעקיפין" לזכות את הישראל נגד דינינו ודיניהם אפילו במקום שר' עקיבא אוסר משום "קידוש השם", צריכים ביאור.

העלמת מיסים במקום שהגוי אינו יודע, יש לדון אם קיימים איסורי התורה של גזל ועושק ולא תכחשו ולא תגנוב וכל הנלווים אליהם. למשל, אבידת הגוי מותרת וטעות הגוי מותרת.[25] האם הברחת מס משלטון נכרי נחשב כגזל הגוי או אולי דומה יותר לאבידה וטעות?[26]

לדעת הרמב"ם יש שלשה "אבות" לאיסור גזילה: א) בלקיחת חפץ מסוים שאינו שלו בגלוי ובכח וזה נקרא גזילה. ב) בלקיחת חפץ מסוים שאינו שלו בסתר ולא בכח (ואולי גם במרמה[27]) וזה נקרא גניבה ג) עיכוב חפץ או ממון מבעליהם כשבאו לידו בהיתר ובתורת חזרה וזה מכונה עושק.[28] לכאורה, העלמת מיסים נופל בגדר עושק אם בכלל הוא נופל באחד מגדרי גזילה אלו. אולם גם בגדר עושק חסרים כמה תנאים. הרמב"ם מגדיר עושק כדלהלן:

> איזה הוא עושק, זה שבא ממון חבירו לתוך ידו ברצון הבעלים וכיון שתבעוהו כבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו כגון שהיה לו ביד חבירו הלואה או פקדון או שכירות והוא תובעו ואינו יכול להוציא ממנו מפני שהוא אלם וקשה.[29]

מיסים ומוכסים הם חוב שנוצר בעל כרחם של הנישומים, ללא שבא ממון חבירו לידו ברצון בעלים, ולכן מי שמעלים אותם אינו נחשב כמי שכובש ממון חבירו בחזקה ולכן אינו נכנס בגדר "עושק" את הרשויות.[30] גם אם ידרשו ממנו לשלם מיסים, אין כאן גדר "תביעה" ואין כאן כבישת ממון חבירו כיוון שהחוב לא נוצר בגלל שבא ממון חבירו לידו, אולם ייתכן שיש כאן חשש לאיסור דומה של "לא תכחשו" כאשר תובעים אותו בחוב ברור והוא מכחיש שחייב ממון.[31]

ג. הפקעת הלוואה

הגמרא בסוגיה של הברחת מכס מבחין בין גזל הגוי להפקעת הלוואה של גוי שאף אם גזלו וגנבו אסור, הפקעת הלוואתו מותר.[32] הגמרא לא מגדיר מהו הפקעת הלוואה, אבל

---

25. בבא קמא קי"ג ב'. אף שלאבידה יש דרש מ"אחיך", לטעות לא הביא הגמרא מקור מן הכתוב למעט גוי, וכנראה זהו סניף מדין השבת אבידה.
26. ראה דעת שו"ע הרב שמבסס את הגהת הרמ"א בשו"ע חו"מ שס"ט (שיש איסור לא תגזול על הברחת מסים) על חזקת המלך במסים.
27. הרמב"ם הביא האיסור להטעות בתוך פ"ז מהלכות גניבה שעוסק באיסורי משקולת.
28. ספר המצוות להרמב"ם לא תעשה רמ"ד – ר"מ"ז, רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק א הלכות א-ב. ראה בבא מציעא קי"א א.
29. רמב"ם הלכות גזילה ואבידה פרק א הלכה ד,
30. אולם הרמב"ם, ספר המצוות לא תעשה רמ"ז, כתב שהדוגמא לעושק הוא מי שכובש שכר שכיר "בעבור היותו חוב גמור עליך ואע"פ שהוא לא נתן לך מאצלו ממון ולא הגיע לידך מצדו ממון עם כל זה אחר שבא לו אצלך חוב ידוע הוזהרת מהחזיק בו." הרמב"ם גם מציין שאם דוחה את שכירו "בדחיה ורמיה" ולא באונס ממש ג"כ עובר על איסור עושק.
31. ראה ספר החינוך מצווה רכ"ה.
32. בבא קמא קי"ג א-ב.

מסוגיית הגמרא עולים לפחות ארבעה מקרים שנחשבים הפקעת הלוואה: תביעת חוב סתם שהישראלי חייב לשלם גם מדין תורה וגם מדיניהם, הברחת מכס,[33] שעבוד הגוי על עבד עברי והלוואה. לגבי מקרים אחרים של "עושק", כמו למשל דמי שכירות, שכר שכיר, דמי מכר, השבת דמי גזילה, ונזק,[34] לא ברור אם נחשבים ל"הפקעת הלוואה". רש"י מבאר שאין בהפקעת הלוואת הגוי משום גזל "ממש" ולכן שרי כאשר אין חילול השם,[35] והוא מדמה הברחת מכס להפקעת הלוואה.[36]

מהו גדר של הפקעת הלוואה? האם פירושו עושק, ואז עושק הגוי מותר? או האם פירושו מצוות "פריעת בעל חוב" הנזכר בגמרא[37], וכל ההבדל בין גוי לישראל בהפקעת הלוואה הוא שאין "מצווה" חיובית לדאוג לפרעון חוב הגוי כמו שאין מצווה לטרוח להשיב אבידתו.[38]

לכאורה ניתן להסביר על פי הצד הראשון את היתר הפקעת הלוואת גוי מדין ההיתר לעשוק גוי. חז"ל מיעטו גוים מאיסור בל תעשוק מדרשת הפסוק "לא תעשוק את **רעך**".[39] בסוגיה בסנהדרין המונה את ההבדלים בין פרטי דיני שבע מצוות בני נח לבין אותם מצוות בתורתינו נאמר "לא נצרכה [להבחין בין גזל בדין בן נח לבין גזל בדין ישראל] אלא לכובש שכר שכיר—נכרי בנכרי ונכרי בישראל - אסור, ישראל בנכרי - מותר."[40] רש"י שם מסביר את ההבדל בין עושק לגזל "דגזל לא הוי אלא בחוטף דבר מיד חבירו". המאירי, למרות עמדתו המחמירה בסוגיית הפקעת הלוואתו,[41] כאן מתיר במפורש עושק הגוי:

---

33. כך עולה מהמשך הגמרא לתירוץ של רב אשי "במוכס כנעני **וכדתניא**... " אם לא גורסים "תניא." כסוגיא נפרדת. בשואל ומשיב ח"ה (מהדורה חמישאה) ס' פ"ה מציין דעת מהרש"ק שסובר שהברחת מכס אינו נכלל בגדר הפקעת הלוואה והשו"מ חולק עליו וס"ל שגם הברחת מכס חשיב הפקעת הלוואה.
34. ראה ים של שלמה בבא קמא פרק ג סי' י שכתב דגם בתביעת נזק שייך הפקעת הלוואה.
35. רש"י שם ד"ה כאן בגזילו. באשר לאיסור עושק ניתן להסביר בכמה אופנים: א) רש"י סובר שעושק שייך רק בשכר שכיר (פירושו לויקרא י"ט:י"א, ודברים כ"ד:י"ד) ולכן אין כאן מקום לדון איסור עושק בהפקעת הלוואה, ב) גם אם יש איסור עושק בהלוואה מישראל, אין זה שייך בגוי כיוון שכתוב "לא תעשוק את **רעך**" שממעט גוי (על פי בבא מציעא קי"א ב), ג) איסור גזל בגוי נובע מדין "וחשב עם קונהו" לדעת רבי עקיבא (בבא קמא שם), וזה כולל רק גזל ממש, כגון גזילת עבד שגופו קנוי לפי דעת רבא שם.
36. כך יוצא מרהיטת הסוגיה שם, שדין הפקעת הלוואה הוא יסוד תירוצו של רב אשי שמתיר הברחת מכס ממוכס כנעני. ראה שו"ת משפטים ישרים סי' קי"ג, קהילות יעקב סנהדרין סי' א שכתב לבאר באיזה עניין יש איסור עושק ומתי יש רק מצוות עשה דפריעת בע"ח. ראה גם מנחת חינוך מצווה רכ"ח, קובץ שיעורים כתובות פ"ו.
37. כתובות פ"ו א', ראה רש"י שם וכן בקובץ שיעורים שם אות שי"ב..
38. ראה למשל שו"ת חוט המשולש סי' י"ד- ט"ז שדן באריכות במהות הגדרת הפקעת הלוואה.
39. בבא מציעא קי"א ב על פי ויקרא י"ט:י"ג.
40. סנהדרין נ"ז א.
41. בית הבחירה למאירי בבא קמא קיג ב:

> אבל ישראל בגוי, אם הוא אינו מקיים שבע מצות, מותר בגזילו על צד שאין בו חלול השם שהרי מעובדי האלילים הוא אלא שאם הוא מקיים שבע מצות אסור שכל בן נח שראינוהו מקבל עליו שבע מצות הוא מחסידי אומות העולם ובכלל בעלי דת ויש לו חלק לעולם הבא.

מפשטות לשון הרמב"ם נראה שהוא סובר כדעת המאירי:

> בן נח חייב על הגזל, בין שגזל גוי בין שגזל ישראל, ואחד הגוזל או הגונב ממון או גונב נפש, או הכובש שכר שכיר וכיוצא בו, ... על הכל הוא חייב, והרי הוא בכלל גזלן, מה שאין כן בישראל.

אמנם הבנתו של הכסף משנה בדברי הרמב"ם אינו כן, ופירש:

> ומה שכתב רבינו 'מה שאין כן בישראל', נראה לי דהיינו שאין חיובם משום גזלן, אלא כובש שכר שכיר איכא ביה לאו דלא תעשוק שכר וגו' ופועל שלא בשעת מלאכה מוחרמש לא תניף נפקא.[42]

נראה שה"כסף משנה" נדחק בגלל שהרמב"ם כותב במפורש במקום אחר: "ואסור לגזול כל שהוא דין תורה, אפילו גוי עובד עבודה זרה אסור לגזלו או לעשקו".[43] לכאורה יש כאן סתירה מפורשת בין דברי הרמב"ם בשני המקומות, וכן הקשה הכסף משנה:

> יש לתמוה על זה שכתב שאסור לעשקו דהא קרא לא תעשוק את **רעך** כתיב, דמשמע לאפוקי גוי, ועוד קשה דאמרינן בפרק הגוזל ומאכיל דהפקעת הלוואתו מותר ועושק היינו הפקעת הלואתו כמו שכתב רבינו בסמוך.

הכסף משנה לומד שאיסור עושק הגוי לדעת הרמב"ם אינו איסור מוחלט מדין תורה אלא איסור מפני חילול השם. גם בהפקעת הלוואתו שהותר, סייגה הגמרא את היתרו במקרים שיש עניין של "קידוש השם." כיוון שהרמב"ם מגדיר עושק "שכבש הממון אצלו בחזקה ולא החזירו", ממילא יש חילול השם בעושק ואסור[44].

נמצא שאף עובדי האלילים ושאינם גדורים בדרכי הדתות אסור לגזלם ואם נמכר לו ישראל אסור לצאת מידו בלא פדיון **וכן אסור להפקיע את הלואתו** ומ"מ אין אדם חייב לחזר אחר אבדתו כדי להחזירה לו ולא עוד אלא אף מי שמצא אבדתו אינו חייב להחזירה שמציאה מקצת קנין הוא וחזרתו דרך חסידות ואין אנו כפופים לחסידות למי שאין לו דת וכן טעותו אם טעה מאליו שלא מתחבולתו ולא מהשתדלותו אין הכרח בהשבתו ומכל מקום אם נודע לו על כל פנים חייב להחזירו וכן אף באבדה כל צד שיהא חילול השם בעכובה מחזירה **הא כל שהוא מעממין הגדורים בדרכי הדת ועובדי האלהות על איזה צד אע"פ שאמונתם רחוקה מאמונתנו אינם בכלל זה אלא הרי הם כישראל גמור לדברים אלו אף באבדה ואף בטעות ולכל שאר הדברים בלא שום חלוק:**

42. שם. וכתב "דשכר שכיר לאו דוקא אלא כל כובש ממון שחייב, גזל מיקרי בבני נח", וכנראה מופקע מאיסור לא תעשוק.
43. הלכות גזילה ואבדה פרק א הלכה ב.
44. כנראה שכך צריך ליישב את דעת המאירי המובאים בבבא קמא ובסנהדרין, שמעיקר הדין מותר

מכאן נראה שהיתר הפקעת הלוואתו של גוי אינו בדיוק היתר לעשוק את הגוי. לכן עלינו לברר את גדרו והאם הברחת מכס בגדר הפקעת הלוואה—כמשמעות פירוש רש"י—או בגדר עושק כדברי הרמב"ם, ומאחר שעושק הגוי אסור רק משום חילול השם, גם הפקעת הלוואה תהיה מותרת אלא אם כן יש חשש לחילול השם. בקשר לדין הברחת מכס עצמו סובר הרמב"ם שהברחת מכס של מלך גוי אסורה ועובר משום שהוא "גוזל מנת המלך", ואם כן משמע שלדעתו הפקעת הלוואת הגוי אסורה, או לפחות הברחת מכס אינו בגדר הפקעת הלוואה אלא בגדר עושק[45].

ד. הברחת מכס בהלכה

הטור והשו"ע[46] מצטטים את דברי הרמב"ם שאוסר הברחת מכס מהמלך משום ש"גוזל מנת המלך." אמנם הבית יוסף פוסק שהפקעת הלוואה של גוי מותרת, וכמו כן הקשה על הרמב"ם בספרו כסף משנה[47] (וכן הוא בבדק הבית) מה החילוק בין מי שמבריח מס מהמלך דחשיב כגזל לבין מכס שקנה הגוי מהמלך דשרי להפקיע הלוואתו. מתירוצו נראה דכל האיסור להבריח מס מהמלך הוא משום שתהיה בכך

גם ל"עשוק" את הגוי שאינו מחסידי אומות העולם ולהפקיע הלוואתו כמו שכתב בסנהדרין אם לא שיש ממש חילול השם בזה. אך בבבא קמא מדובר באיסור גזל ועושק גוים "הגדורים בדרכי הדת ועובדי האלהות על איזה צד" שגזרו החכמים בגלל חילול השם, כלומר איסור מוחלט בכל מקרה בגלל החילול השם שיש בדבר. וקצת דוחק לומר כן בדברי המאירי כי הוא הרי הזכיר את עניין חילול השם גם בסנהדרין ועשה הבחנה שונה בין גוים שמותר לעושקם ובין אלו שלא.

45. ראה אבן האזל הלכות גזילה ואבידה פרק א הלכה ב. בכסף משנה ביאר שהרמב"ם מחלק בין מלך גוי שגזר מס, שיש בכך סכנת נפשות, לבין גוי שחכר מס המלך, שאז מותר להפקיע הלוואתו. אך בשו"ת חוט המשולש סי' י"ד ביאר דהרמב"ם לא פסק כדעת רב אשי וסבירא ליה כדעת רב ינאי ורב חנינא בר כהנא שהעמידו הברחת מכס באופן אחר (מוכס שאין לו קצבה או מוכס העומד מאליו). הגר"א בביאוריו על הרמב"ם סובר שהרמב"ם גרס "תניא" אחרי תירוצו של רב אשי, כלומר שלדעת רב אשי סתם מוכס גוי הוי גזלן ולכן שרי להבריח מכס, אך אין זה עניין להפקעת הלוואה במלך או במוכס שאינו גזלן שאסורה למרות הסוגיה שם ותירוצו של רבא "כאן בהפקעת הלוואתו" (וכן הוא בחוט המשולש שם).
לכאורה, לדעת הראשונים שדוגלים בהסכמה כבסיס לדינא דמלכותא דינא (כמו הרשב"ם, ראה בפרק ב. דינא דמלכותא מכח הסכמת העם עמוד 26), הסוגייה של הברחת מכס והפקעת הלואה בבבא קמא (ק"ג א-ב) דורש ביאור. איך מותר להבריח מכס של מלך גוי, כמו שעולה מהסוגייה, אחר שקיבלנו עלינו את המלכות והסכמנו לחוקי המלכות והתחייבנו לשלם המסים והמכסים שהוטלו עלינו? ייתכן שגם הרמב"ם מקבל את גישת הרשב"ם, וכפי שמשתמע מדבריו (הלכות גזילה פרק ה הלכה י"ח), ולכן הוא השמיט את ההיתר להבריח מכס אף שלדעתו הפקעת הלוואה של גויים מותרת בעיקרון.
ראה "העכו"ם והנכרי בדיני ישראל"מאת הראשון לציון הרב בנציון מאיר חי עוזיאל, התורה והמדינה כרך ד (שצמצם מאד להלכה את היתר הפקעת הלוואה), קובץ קול התורה כרך מב, מאמר "בענין הפקעת הלואתו של נכרי", הרב אליעזר בן פורת.

46. חו"מ סי' שס"ט.

47. כסף משנה לרמב"ם פ"ה הלכה י"א, בדק הבית חו"מ סי' שס"ט

סכנת נפשות אם הממונה היהודי לא יצליח לגבות מיסים מהיהודים, ויוצא אם כך שבעיקרון מותר להבריח את המכס אם לא קיימת סכנה, וכמו למשל כשמבריח ממוכס שכבר קנה את המכס מהמלך.[48]

גם הרמ"א כתב בשם יש אומרים דאם יש ממונה ישראל שגובה עבור מלך גוי:

> אע"ג דאסור להבריח מכח דינא דמלכותא, מ"מ אם אדם מבריח אין למוכס לכופו ליתן דהוי הפקעת הלוואתו דשרי, ומיהו אם יש בזה משום יראת המלך ודאי יכול לכוף אותו.

דעת הרמ"א שאמנם אסור להבריח את המכס אף שהפקעת הלוואתו מותר,[49] וכדעת הבית יוסף. אלא שבניגוד לבית יוסף התיר גם במלך גוי להפקיע הלוואתו מגבאי ישראל, ודלא כדברי הרמב"ם.[50]

ואפשר ליישב את קושיית ה"בית יוסף" ולהבחין בין מבריח מנת המלך והפקעת הלוואה ע"פ דברי התומים[51] שכתב שהפקעת הלוואה אינו דבר אוטומטי אלא שכל זמן שישראל אינו אומר שמפקיע חובו של הגוי החוב נשאר קיים ועומד ורק כשהישראל אומר "הנני מפקיע את חוב הגוי" נחשב החוב כמופקע, ולפי זה ניתן אולי לבאר בשיטת הבית יוסף דהמלך יכול לחייב את נתיניו בכל עת לשלם מיסים מדינא דמלכותא ולכן גם כשישראל מפקיע חוב המלך, שוב חוזר המלך ומחייבו לשלם מדין דינא דמלכותא, וא"כ לא שייך שיופקע חוב המלך והדר הוי ממון המלך ביד הישראל ולכן חשיב כגזל. בעל ערך ש"י כתב לבאר[52] את דברי הרמ"א שכאשר מכס חל כבר על חפץ שבידו או כאשר מכס נגבה באופן שמי שעובר על גשר גובים ממנו מכס רק אחרי שעבר, ניתן להגדיר את מי שאינו משלם את המכס כמפקיע הלוואה, כיוון שההנאה כבר הגיעה לידו והוא רק צריך לשלם עליו. אולם אם המלך

---

48. במשנה למלך שם תמה על דברי הכסף משנה דהרי הרמב"ם כתב שיש בכך "גוזל מנת המלך" ולא משום סכנת נפשות, ולכן רצה המשנה למלך לחדש דכיוון דדינא דמלכותא דינא והמלך גזר שלא יבריחו מכס, מי שמפקיע עובר משום גזל. אך אם המלך מכר לגוי את זכות הגביה נשאר בכך הפקעת הלוואה וצ"ע מה מיוחד בזכות המלך שהופך את המס מחוב ל"גזל". ראה דברינו בפרק חובת ציות עמוד 29 ומקורות שם.

49. וכן פסק להדיא בחו"מ סי' שמ"ח סע' ב: "טעות עובד כוכבים, כגון להטעותו בחשבון **או להפקיע הלואתו, מותר**, ובלבד שלא יודע לו, דליכא חילול השם". וראה מש"כ בשו"ת משנה הלכות חלק י"ב סי' תמ"ה לעניין הפקעת הלוואה בתשלום מסים למלך גוי בימינו, ונראה שביסס דבריו על דברי הרמ"א הנ"ל.

50. וצ"ע דבדברי הרמ"א קיים סתירה מיניה וביה, שהרי כתב מחד גיסא דאסור להבריח את המכס ומאידך כתב דאם הבריח אין גבאי ישראלי יכול לכופו לשלם, ועיין דברי תלמוד (כרך א' דף ק"ע תשובה בדין גזל נכרי, אבדתו, טעותו, הפקעת-הלואתו ודינא דמלכותא) שכתב לבאר בזה. והגר"א (בביאורים שם) באמת חולק וס"ל דלדעת הר"ן, שהוא מקור דברי הרמ"א, מותר לכתחילה להבריח את המכס, ורק לנדור בשקר כדי להבריח אסור.

51. סי' קכ"ו ס"ק כ"ז.

52. ערך ש"י סי' שס"ט.

גוזר מדינא דמלכותא שמי שרוצה לעבור בגשר לא יעבור עד שיתן מכס, אין הברחתו בגדר הפקעת הלוואה כיוון שאין הלוואה בידו, כי אם לא יתן את המכס לא יוכל לעבור בגשר. במקרה זה גם מוכס ישראל המייצג גוי יכול למנוע ממנו לעבור, אך אם כבר עבר, נוצר בכך חוב למלך ושוב הוי כהפקעת הלוואה. על פי זה מובן כוונת הרמ"א-"אע"ג דאסור (לכתחילה) להבריח", כי חובת המכס הוא תנאי להיתר השימוש, אם כבר הבריח או נהנה, "אין יכול לכופו", דשוב הוי כחוב של הפקעת הלוואה"[53]

בשולחן ערוך הרב ציטט את לשון הרמב"ם והטור בנוגע להברחת מכס,[54] והוסיף לבאר את דברי הרמ"א שעובר על "לא תגזול":

> אף שמותר להפקיע חובו שחייב לנכרי מכבר, זה אינו כמפקיע חובו אלא גוזל ממש שנהנה מארצו שלא מדעתו ומחסרו ממון שהרי היה יכול למכור הנאה זו של משא ומתן בארצו לאיש אחר.

וצריך עיון בדבריו, שמביא שתי הגדרות במהות הגזלה: (א) ההנאה והשימוש של האדמה והתשתיות של המדינה, (ב) עצם המכס שהוא כ"דמי שכירות" על השימוש וההנאה. ההגדרה הראשונה שייכת רק כשהבריח את הגבול ונכנס למדינה עם הסחורה בלי רשות או ברשות שהושגה במרמה. אולם כאשר כבר נכנס במדינה ושוהה בה ברשות כבר לא שייך גזל כעין שואל שלא מדעת, כי אחרת כל מי שמפר חוק כלשהו של המלך ייחשב כגוזל מהמלך, ולא נראה לומר כך. לכן מסים אחרים שמשלמים אזרחי המדינה מזמן לזמן אין בהעלמתם גזל אלא סוג של עושק, וחוזר הדין של היתר הפקעת הלוואה. כך גם עולה מדברי ה"ערך שי" שהובאו לעיל. בקשר להגדרה השנייה של בעל שולחן ערוך הרב "שמחסרו ממון", קשה לראות בכך "לא תגזול", א) כיוון שרק מונע רווח אפשרי מהמלך ב) לא מובן באיזה אופן המבריח מונע מהמלך לתת זכות משא ומתן לאיש אחר אלא אם כן יש כמות מוגבלת של רשיונות, ודוחק לומר כן ג) על פי סברא זו, אפשר להכליל כל עושק כגזל כיוון שהנעשק יכול היה להשתמש בסכום הנעשק ולהשיג תמורה ממנו,[55] וגם בהפקעת

---

53. אולם עדיין צ"ע לפי הסבר ה"ערך שי" דבמשנה נדרים משמע דמותר לנדור ולהבריח את המכס לכתחילה אף כאשר הוא נכנס לעיר ובכך הוא "מבריח" לכתחילה את המכס, וכן בכלאיים משמע שמותר ללבוש בגדים כשעובר במכס אף לכתחילה ולכאורה יש בכך איסור לפי פירוש ה"ערך שי" בדעת הרמ"א וצ"ע.

54. שו"ע הרב הלכות גזילה וגניבה סעיף ט"ו. מכל מקום, בהמשך דבריו הביא דעת הרמ"א וכתב: "ויש חולקין על זה ומתירים להבריח המכס אף על פי שממונה עליו ישראל נאמן כיון שגובה למלך נכרי. ואם הממונה יודע בהברחתו אינו רשאי לכופו ליתן המכס הואיל ומן הדין יכול הוא להפקיע חוב הנכרי. ואם יש בזה משום יראת המלך יכול לכופו. וירא שמים יחמיר לעצמו כסברא הראשונה שלא **לעבור על לא תעשה שבתורה**."

55. ראה מאמר הרב אליעזר בן פורת "בעניין הפקעת הלוואה של נכרי", קול תורה מ"ב, שניסה לבאר ששולחן ערוך הרב מדמה למי שמחנה את רכבו בחנייה של נכרי העומד לשכירות, ונחשב

הלוואה רגילה ניתן לומר שהגוי היה יכול להלוות לאחר ולקבל בחזרה את ממונו.[56] טעם נוסף כתב בשו"ע הרב:

> ועוד שהמלך מוחזק הוא במה שמגיע לו מעבדיו הואיל והסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכו דעתם שהוא אדוניהם והם עבדים לו וכל אשר להם משועבד לעבודתו לפיכך כל הסחורה שמגיע ממנו המכס משועבדת למלך ליטול ממנה מכס וכאילו הוא ברשותו ממש כיון שהוא בארצו ואצל עבדו.[57]-

וקשה הרי למעשה במשטרים שבזמנינו אין העם "משועבדים" למלכות כמו עבדים, דאף שקבלו עליהם מלכותו, לא קיבלוהו להיות ממש כעבדים שלו, אלא כדי שישלוט ויחוקק חוקים. גם אם העם נחשב משועבד למלך, האם יש איסור "לא תגזול" כשאדם אינו משלם מס למי שמוחזק בנכסים שלו, כיצד ניתן לעבור על איסור זה באורח פאסיבי כשאינו משלם מס?

א. טעות הגוי

כמו הפקעת הלוואת הגוי, גם אבידת הגוי וגם טעות הגוי מותרים,[58] כלומר אין חיוב מוסרי לכתחילה לחזר אחרי הגוי ולהחזיר לו את אבידתו או טעותו. במסים, מקרה של טעות יכול להגיע לשומת מס, כשהשלטון קובע מיוזמתו—ולא על פי מידע

הדבר גזל ולא הפקעת הלוואה. אולם אין הנידון דומה לראיה, שהרי מלבד הברחת מכס בגבולות אין כניסה לשימוש בלי רשות, ולכן אין כאן משום גזל אלא כעין הפקעת הלוואה של שכירות.

56. בקונטרס אחרון הביא מקור לדבריו מדיני שליחות יד שכתב לעיל (סעיף ד), ושם נתבאר ששליחות יד אינו כגזל גמור ואף אינו אסור בגוי, כיוון שנאמר בו "רעהו". המקור לשליחות יד בנכרי מצאנו בדברי הטור יו"ד סי' ק"כ (ע"פ סוגיית הגמרא ע"ז ע"ה:), ומשמע שם שאם משכן נכרי חפץ ליהודי וידוע שאין דעתו ל"שקעו בידו", כלומר להשאירו בידי היהודי תמורת החוב, אזי אסור להשתמש בו. הב"ח רואה בכך גניבת דעת כאשר משתמש בחפץ הגוי למרות שאין בדעתו להשאירו אצלו, אך הט"ז משיג עליו שאין כאן גניבת דעת משום שלא עדיף מהפקעת הלוואה שמותרת בגוי, וגם לא שייך גניבת דעת אלא כש"מוציא דבר שקר מפיו כדי להטעותו לקבל ממנו החזקת טובה או מוותר ממון בשביל שקר זה ...משא"כ בהך דהכא אפילו אם יכול לעשות טצדקי ולעכבו כולו לעצמו אין בזה איסור כיון שכבר תחת ידו הוא בהיתר כשמסרו לו בשביל הלוואתו".נראה מכאן שגם אם יש איסור שליחות יד בנכרי הוא מבוסס על גניבת דעת בלבד, ובודאי שאין לא תגזול בכך, ותמוה ששו"ע הרב מסתמך על זה כדי לומר שיש כאן "לא תגזול".

57. ועיין ערך ערך ש"י סי' שס"ט שביאר שהמלך זוכה למס מדין מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח, וממילא הוא נחשב כמוחזק במיסים ואין זה בגדר חוב כמו החוב שכלפי מוכס שקנה מהמלך, ולכן אין זה נחשב כהפקעת הלוואה (וראה שו"ע חו"מ סי' ד').

58. שו"ע חו"מ סי' רס"ו סעיף א וסי' שמ"ח סעיף ב על פי הגמרא בבא קמא קי"ג ב. על פי הנאמר שם גם שמואל שאוסר גניבת דעת של גוי, ראה חולין צ"ד א, מתיר ליהנות מטעות שלו. אולם יש מפרשים שמחייבים את היהודי לרמוז לגוי שהוא טועה, דוגמת רב כהנא שם בסוגיא שאמר לגוי "חזי דעלך קסמיכנא" וכדוגמת שמואל שהוסיף עוד מטבע לגוי כדי שיבין שמה שמכר לו שווה יותר מהמחיר שנקב. ראה ים של שלמה שם פרק יסי' כ באורך בביאור שיטת הרמב"ם ורש"י בעניין זה.

מהנישום—איזשהו חובת מס. כאשר הם טועים בסכום השומא או במקום שבטעות שכחו לקבוע שומא, חל דין טעות הגוי ומותר.

גם כאשר טעות הגוי נובעת ממידע מוטעה שהעביר לו ישראל, בשוגג או אפילו במזיד, בדיעבד מותר הטעות לישראל[59] ואינו חייב להחזיר או לתקן את טעות הגוי. מכל מקום לכתחילה יש איסור של גניבת הגוי וגניבת דעת להטעותו במזיד.[60] אך כשאינו מוציא מהגוי אלא דוחה אותו מלגבות דבר שבא לידו בהיתר, ואפילו אם בא לידו באיסור, נחשב הדבר כהפקעת הלוואה ולכן גם אין איסור של גניבה או גניבת דעת.[61]

ב. הוראת רבי

הגמרא בפסחים[62] מביאה את צוואת רבי לבניו ובתוך דבריו הוא אומר: "ואל תבריח עצמך מן המכס, דילמא משכחו לך ושקלי מנך כל דאית לך [שמא ימצאו אותך ויקחו הכל]". מצד אחד, אי אפשר להתעלם מהחשיבות שרבי נותן לפרעון מסים כהוגן. מצד שני, אם הדבר היה אסור מצד הדין, לא היה צורך לרבי להגיד את הדבר ולא לנמק את הדבר.[63] נראה שרבי נותן עצה טובה שהסיכונים בהברחת המכס אינם שווים את הרווח הצפוי. רבי גם אינו מתייחס לענין של חילול השם, כנראה בגלל שגם אם ייתפס המבריח, אין הכרח שיהא בכך חילול השם, כיוון שמדובר ביחיד ולא יבינו מכך שהתורה מתירה זאת.[64]

---

59. ראה שער משפט סי' שמ"ח סעיף ב שחילק בין גניבת דעת וגניבה. אם האיסור להטעות הגוי נחשב כגניבה כדעת הישׁ"ש שם אזי יש חובת השבה לגוי לפי הסוברים שיש חובת השבה בגזל הגוי. אולם לדעת הרמ"א בשם מרדכי (בבא קמא פרק הגוזל בתרא רמז קנ"ח ורט"ו) והסמ"ע (שם ס"ק ו) שהאיסור להטעות גוי בחשבון הוא משום גניבת דעת, אין כאן חיוב השבה. ברור שלפי הסוברים שאין בכלל חיוב השבה בגזל הגוי, ראה נתיבות סי' שמ"ח, אין ספק שלא יהיה חיוב השבה במקרה שמטעהו.

60. שו"ע חו"מ סי' שמ"ח סעיף ב (גניבה), וסי' שנ"ט סעיף א (גזילה ועושק), וסי' רכ"ח סעיף ו (גניבת דעת), רמב"ם הלכות גזיתה ואבידה פרק י"א הלכה ד. אולם בקשר להטעות הגוי בחשבון ראה רש"י בבא קמא קי"ג ב ד"ה ואיבלע ליה זוזא והגהות הרמ"א חו"מ סי' שמ"ח סעיף ב לפי דעה הראשונה.

61. ראה רש"י בבא קמא קי"ג ב בחסרונות הש"ס שפירש שמותר לומר לגוי שתובע הלוואה שאביו פרע אותה כדי לדחותו ממנו. ראה גם סיפור בירושלמי סוטה פרק ה הלכה ג "ריש גלותא איטלק עילוי חד טריקלין ארבעין על ארבעין דימליניה חיטין [המלכות הטיל שומת מס של כמות 40X40 חטין] אתא לגבי רב הונא אמר ליה פייסון דיסבון מינך עשרין על עשרין כדון ועשרין על עשרין בתר זמן [יעץ לו רב הונא להציע "תנאי תשלום" של 20X20 עכשיו ועוד 20X20 מאוחר יותר] ואת מיתגר פלגא [ותרוויח בהברחת חצי המס על הטעיית המוכס]." יתכן שהמס בכלל היה עלילה וחמסנותא דמלכותא ולכן אין ללמוד מכאן שום דבר לחובת מס רגילה.

62. פסחים קי"ב ב.

63. גישתו של רבי למסים של שלטון זר משתקף מהסוגיה דדמי כלילא (בבא בתרא ח' א') ומחלוקת הראשונים שם. ראה מרדכי שם.

64. ראה תפארת זיו חו"מ סי' מ"ה.

גם במסכת שמחות[65] יש אזהרה לא להבריח את המכס:

> כיוצא בו הגונב את המכס הרי זה שופך דמים, ולא כשופך דמים בלבד, אלא כעובד עבודה זרה ומגלה עריות ומחלל שבתות. כיוצא בו הגונב את החרם הרי זה שופך דמים, ולא כשופך דמים בלבד, אלא כעובד עבודה זרה ומגלה עריות ומחלל שבתות.

בדומה לצוואת רבי, כאן מזהירים חז"ל לא להבריח את המכס, אבל לא מטעם איסור בעצם הדבר אלא בגלל הנזק, העבירות או הסכנה שעלול הדבר לגרום.[66]

ג. סיכום

על פי פשטות הגמרא הפקעת הלוואה של גוי מותרת כאשר אין חשש של חילול השם, וכן פסק ה"בית יוסף" וכך דעת ה"יש אומרים" ברמ"א, בניגוד לפשטות דברי הרמב"ם שאסר זאת גם כשאין חשש חילול השם. לדעת הרמב"ם כאשר עושקים גוי אין בכך איסור גזל אך יש בכל מקרה חילול השם.

על פי פשטות מסקנת הגמרא מותרת הברחת מכס, כלומר השתמטות פאסיבית מתשלום מס לשלטון נכרי או למוכס נכרי, מטעם הפקעת הלוואה, אלא אם כן קיים חשש לחילול השם, וכך דעת ה"יש אומרים" ברמ"א. גם מחדל לתיקון טעות בגביית מסים נחשב כהפקעת הלוואה, אפילו בדיעבד אחרי שעשה עבירה על ידי השתמטות שאינה פאסיבית.

ה. הפקעת הלוואה במומר

יש שכתבו שהיתר הפקעת הלוואה שייך גם במומר להכעיס ולא רק בנכרי.[67] תוספות במסכת עבודה זרה כתבו ד"מומר לתיאבון אתה מצווה להחיותו ומיהו מומרים של זמניהם להכעיס הן דשבקי התירא ואכלי איסורא ומטמעי בין העובדי כוכבים, וכל להכעיס אי אתה מצווה להחיותו... ומותר ליקח מהם ריבית". על פי

---

65. מסכת שמחות פרק ב הלכה ט.
66. ראה פירוש נחלת יעקב שם "שעל ידי שגנב המכס צריך לפעמים לברוח וגם צריך להעלים שהוא יהודי ועל ידי כך יכול לבוא לידי כמה עבירות חמורות". ראה ביאור הגר"א חו"מ שס"ט אות כ"ד שמציין את המקור כאן במסכת שמחות כמקור הדין שמטעם יראת מלכות יכול גבאי מכס יהודי לכוף יהודי אחר לשלם אף על פי שהפקעת הלוואה מותר. הבית יוסף בכסף משנה גם הביא סברא זו להסביר מה שאסר הרמב"ם להבריח מכס של גוי אף שמדין הגמרא מותר הדבר כהפקעת הלוואת הגוי: ושמא י"ל דהכא [בגבאי ולא במוכס] שאני שהעמיד המלך ישראל לגבות לו חלקו דהוי כאילו המלך עצמו גובהו דהשתא מלבד שאם יודע יש חילול השם בדבר אפשר שיהיה סכנת נפשות בדבר." הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה י"א.
67. ראה משנה הלכות חלק ו סי' שי"א ע"פ ספר כרתי ופלתי סי' קנ"ט (לא נמצא בדפוס) וכן הובא בשו"ת חלקת יעקב חלק א סי' ר"ב.

דברי תוספות מסתבר שכמו שאין מצווין להחיותו ומותר להלוות לו בריבית, מותר גם להפקיע הלוואתו, וכן מצינו שנכללו בגדר נכרים לעניין דין השבת אבידה.

מכל מקום גדר מומר לפי התוספות הוא מאוד צר. למשל בשולחן ערוך נפסק שצריך להחזיר אבידה לרשע לתיאבון[68] ואסור להלוות למומרים בריבית משום שהם בגדר תינוקות שנשבו[69], ואם כך רוב המומרים שבזמננו שנחשבים לתינוקות שנשבו[70] ואסור להפקיע הלוואתם.

ו. הפקעת הלוואה במדינה עם מיעוט ישראלי

בימינו, כאשר כספי מסים במדינות דמוקרטיות שייכים לצבור בכללו ולא לכיס הפרטי של איזה מלך, לכאורה עדיין חלה הבחנה פשוטה בין מדינת ישראל אשר בה "קופת הצבור" שייכת ברובה לישראלים לבין כל מדינה אחרת אשר בה "קופת הצבור" שייכת ברובה לנכרים. אמנם כמו שבמדינת ישראל אין המיעוט של נכרים המשתתפים בקופת הצבור מתיר "הפקעת הלוואה" של כל השותפות אשר רובה ישראלית, כמו כן לא אמור הרוב של נכרים במדינה נכרית להתיר "הפקעת הלוואה" של מיעוט השותפים הישראליים בקופת הצבור. הרי בוודאי ייתכן שחלקם של הישראלים בכללם בחוב לקופת הצבור שווה לפחות פרוטה, ולפעמים אפילו חלק של ישראלי פרטי בחוב יכול להגיע לשווה פרוטה (למשל, אם אחוז האזרחים הישראלים הוא רבע אחוז, בכל חוב מעל ל-400 פרוטות (כ-40 ש"ח)).

אף אם נאמר שמותר להפקיע הלוואה ולהבריח מסים במדינה נכרית, עדיין יקשה שהרי הממון הציבורי שייך לכלל הציבור ובתוכם יש יהודים ואם כך כאשר מבריח מקופת המדינה מבריח וגונב גם את חלקם של הישראלים בה ואסור להפקיע הלוואה של ישראלי.[71] שאלה זו לא עלתה בגמרא או בראשונים כשהתירו הפקעת הלוואה של מלך או מוכס גוי, משום שהמציאות שם הייתה שהמלך או המוכס

---

68. שו"ע חושן משפט סי' רס"ו סעיף ב.
69. שו"ע יורה דעה סי' קנ"ט סעיף ב.
70. ראה חזון איש הלכות שחיטה סי' ב אות ט"ז, אך דעת הגרי"ש אלישיב היה שאין להחשיבם היום כתינוקות שנשבו, כיוון שהיום כולם שמעו על יהדות, למעט יהודים שעולים ממזרח אירופה. בדומה לזה מובא ג"כ בשמו בישורון (יב עמ' תקסו), בספר כיבוד הורים כהלכתו (הרב אברהם ברויאר, ביתר תשס"ג, סוף עמ' לט) ובשו"ת ברכת ראובן שלמה (הרב ברוך ראובן שלמה שלנזיגר, חלק ד, סי' סג, עמ' רכג). בעלון קול התורה (חוברת מז - תשרי תש"ס, עמ' קמ) כותב הרב יהודה אריה הלוי דינר: "ושמעתי מהנ"ר יוסף שלום אלישיב שליט"א [זצ"ל] שאין זה הוראה כללית, אלא דצריך לדון בזה בכל מקרה בפנים אם הנידון הוא תינוק שנשבה או לא, כגון: שנה ופירש או מומר לתיאבון וכדומה".
71. אין לפרוע חוב המס בצורה חלקית לפי היחס הישראלי מתוך כלל הציבור, כי ממילא לא יגיע אליו החלק הזה, וכל הציבור מתחלקים בהפסדים ורווחים מהמסים. ראה תשובה בענין הפקעת הלואה בחוב שיש בו שותפים עכו"ם וישראל לקמן הדן בסברא זו.

שקנה ממנו היו הבעלים היחידים על המס, ואין בה שותפות של הציבור, וממילא אין חשש שמפקיע חלק של המיעוט היהודי.

בתשובה אחת באחרונים[72] נידונה שאלת היתר הפקעת הלוואה מבנק שרוב בעליו נכרים אבל יש גם מיעוט בעלים ישראלים. האם נאסר הפקעה בגלל המיעוט הישראלי? התשובה נטתה לאסור, אבל גם בחנה את האפשרות לדמות את הדבר לשאלת הלוואה בריבית מבנק שבבעלות רוב נכרים ומיעוט ישראלי.[73] על השאלה הזאת כבר נשאו ונתנו האחרונים והציעו כמה סברות להתיר, וכך גם מנהג העולם.[74] יש שהציעו שמדין ברירה אפשר לומר שהובטר שהישראל לווה מחלקם של הגויים ולא מחלק של ישראל אחר. יש שרצו לומר שגם אם לא שייך ביטול ברוב לגבי ממון[75], אך לעניין האיסור שבתוך הממון שייך ביטול ברוב, וממילא חלק הריבית האסורה (ששייכת ליהודים) בטל בתוך כלל הריבית לגוי שמותרת. יש שטענו שגם אם קיבל הלוואה מבנק, הכסף פרש מכסף כשר שבתוך הבנק וניתן לומר עליו "כל דפריש מרובא קפריש", ולכן יהיה מותר. כמו כן ניתן לומר שאיסור ריבית שייך רק כאשר הבעלים ידועים ללווה, אך במקרה זה הבעלים של ההלוואה אינם ידועים ולכן לא נותן ריבית למלווה ידוע בתמורה להלוואה.[76]

ספק אם סברות אלו שייכות בעניין הפקעת הלוואה. סברת ברירה לא שייכת כאשר היא נוגעת להפקעת הלוואה, שהרי אין לומר ש"התברר" שהפקיע רק חלק נכרים (וממילא הפוסקים דחו סברא זו לעניין ריבית[77]). קשה גם לדבר כאן על חלק איסור שבממון, שהרי כאן אין חלק איסור בממון אלא שכשמפקיע גורם שגם חלק ישראל ייפסד. סברת "כל דפריש" גם אינה שייכת כאשר לא ניתן שום כסף ולא שייך לומר

---

72. מקבציאל גליון ט, שנה ב, עמוד פ"ט תשובות קצרות בענין הפקעת הלואה בחוב שיש בו שותפים עכו"ם וישראל. ראה גם שו"ת משנה הלכות חלק ו סי' ש"י-שי"א שדן בשאלה דומה ונוטה לאסור באופן שיגרום הפסד ליהודים.

73. ראה פתחי חושן, הלכות גניבה ואונאה, פרק א הערה א ד"ה "אגב יש לדון בדין טלפון ציבורי" כשהאסימון אינו יורד וכתוצאה מכך החברה מפסידה, שכתב "ועכ"פ בבעלים עכו"ם נראה שאינו אלא כהפקעת הלואתו" אף על פי שמדובר בסתם גם בחברת תקשורת ציבורית אשר ניתן להניח שלפחות חלק ממניותיה מוחזקים על ידי ישראלים. ושם בפרק ד הערה נ"א כתב לגבי חיוב השבת גזילה לחברה בע"מ השייך ברובו לנכרים: "[ה]אם שייך בזה דין ביטול, לדעת הסוברים שאיסור שבממון בטל ברוב ... ואפשר שחיוב השבה הוא כעין איסור, וצ"ע, ולפי"ז אפשר שהוא הדין בכספי ממשלה שרוב משלמי המסים הם עכו"ם". ועיין עוד שם פרק א הערה ל"ד, והביא שם מהמנחת פתים סי' קכ"ח ד"ממון שאין לו תובעים שפיר בטל ברוב". לכאורה, אם הדבר היה כן היה מתיר ר' משה גם הלוואה מחברה כיוון שאין שיעבוד הגוף ועבירה כמו בנכרים).

74. עיין ספר ברית יהודה פרק ל סעיף ט"ז – י"ח. וראה באורך בכתר א, "ריבית בתאגידים", פרק ד, עמוד 293-281.

75. למרות שבדרך כלל הולכים אחר הרוב והמיעוט בטל ברוב, בממון אין ביטול ברוב-ראה ביצה ל"ח ב, ממונא לא בטיל", וראה ערך ביטול ברוב באנציקלופדיה תלמודית.

76. סברא זו הובא בשו"ת הרי בשמים מהדורא תניינא סי' קט"ו בשם הרשב"א.

77. ראה מהר"ם שי"ק חלק יו"ד סי' קנ"ח, ובקיצור שולחן ערוך הלכות ריבית סי' ס"ה, סעיף כ"ח. ראה כתר שם, עמוד 289-286.

שמחלק הגוי קיבל את כספו. כמו כן העובדה שהבעלים לא ידועים אינו משנה לגבי גזילה, שהרי גם הגוזל אחד מחמשה ואינו יודע איזה מהם אינו יוצא ידי חובה עד שיפרע לכל אחד ואחד[78], מה שאין כן בריבית ששם יש לימוד מיוחד שצריך בעלים ידועים.[79]

קופת האוצר במדינה מודרנית דמוקרטית שייכת לציבור, ומי שגונב או מבריח מס מהקופה גונב או עושק מה"ציבור", כלומר מכל אחד ואחד מהציבור. אולם במקום לראות את ה"ציבור" הזה כשותפות שמורכבת מריבוי יחידים, חלק מהם גויים וחלק ישראלים, יש סימוכין הלכתיים להסתכל על ה"ציבור" כישות עצמאית נפרדת,[80] והגונב מהציבור גונב מהגוף הנקרא ה"ציבור" ולא מכל אחד ואחד מהיחידים שבו. לישות הזאת יש אופי והגדרה אחידה, או כיהודי או כגוי, ומן הסתם הוא נידון על פי רובו. לפי זה, ניתן להתעלם מהמיעוט הישראלי במדינת נכרים, ומותר להפקיע חוב ולהבריח מכס מהציבור ואין בזה משום מצוות פריעת בעל חוב.

הוכחה להגדרה זו של ציבור ניתן למצוא בסוגיית "חטאת ציבור" במסכת תמורה:[81]

> אמר רב פפא: אפילו למאן דאמר חטאת צבור שכפרו בעליה - מתה, חטאת צבור שמתו בעליה - אינה מתה, לפי **שאין הצבור מתים**. מנא ליה לרב פפא

78. בבא מציעא לז א, בבא קמא קג ב.
79. ראה מנחת יצחק חלק ג סי' א' באורך בזה.
80. בקשר לשאלת ריבית בהלוואה מחברה בע"מ, העלו מספר אחרונים אפשרות לראות חברה בע"מ כציבור וכישות משפטית נפרדת, ראה צפנת פענח סי' קפ"ד, יד שאול עמ' מ"ח-מ"ט. ראה גם ספר חיי אריה סי' י"ד ע"פ דברי רש"י סוכה כ"ז ב ד"ה כל האזרח. על אף שרוב האחרונים דחו רעיון זה לעניין חברה בע"מ (כתר שם הערה 37), עדיין ניתן להחיל את הרעיון לגבי ציבור ממש. . בשו"ת מנחת יצחק (חלק ג סי' א) דן באריכות ברעיון של "אישיות משפטית" לגבי דין חברה בע"מ לענין חמץ, שבת ורבית, ואף ששלל הגדרת חברה בע"מ כ"אישיות משפטית" כתב "אבל כל זה בחברת מניות שהשתתפו ביניהם אנשים פרטיים, בשיוי זכויות לכל אחד מבני החבורה, משא"כ בנירות של הממשלה, וכן בשטרי כסף של בנק ממשלתי (באנק - נאטס), שאין לבעליהן אף זכות הצבעה בהעסקים של המדינה, והוא הדין במניות ממין שקוראין (א - שערס) מניות א', שאין לבעליהן זכות הצבעה בעניני החברה, באלו שפיר י"ל שהמה כמו שטרי מלוה, על תנאי שיקח חלק מהריוח לפי אחוז, וכן להפסד, ויש לדון רק משום קבלת אחריות, בנוגע לחמץ, אך י"ל דהוי כמקבל אחריות ע"ח של עכו"ם בבית עכו"ם, ויש לצרף ג"כ דברי הזית רענן (הובא בשד"ח הלכות חו"מ ובמעדני שמואל סי' קי"ד סק"ו), דהיכא דאינו חייב לשלם בעד החמץ, ורק שאם יאבד החמץ, לא ישיג חובו, וכשלא יאבד החמץ, הרי החמץ יגרום לו, להשיג תשלומי חובו שמגיע לו מהנכרי בעד החמץ, דמי לשטרות דנקרא רק גרמי ולא גורם לממון ממש עיי"ש, וכן י"ל בנד"ד, דלא נתחייב לשלם בעל המניות מביתו אם יפסד, רק יפסיד חובו, י"ל דל"ה כקבלת אחריות."
בהמשך התשובה דן במושג ציבור וההבדל בינו לבין שותפות, ואף ששלל ההשוואה של דין חברה בע"מ לדין ציבור, הסכים שבציבור עצמו חייבים לומר או "דנתעלו עד שאינם בעצם היחידים שהיו בפרטית" כמו שהביא הגאון הרוגוצ'ובי, או שיש דין ביטול ממון ברוב כמו שהביא מרש"י (ערכין ד' ע"א ד"ה שלנו) שכתב "דזיל בתר רוב".
81. תמורה ט"ו ב, וראה צפנת פענח שם סי' קפ"ד שהוכיח מסוגיא זו את חידושו.

> הא? אי נימא משום דכתיב (תהלים מ"ה) "תחת אבותיך יהיו בניך" [רש"י: כלומר דבנים הוו במקומן, ומשום הכי קרבה חטאתן]. אי הכי, אפילו יחיד נמי! [כלומר שגם הוא אינו נחשב כמת, ואין ראיה לציבור], אלא היינו טעמא שאין הציבור מתים - משעירי רגלים וראשי חדשים, דאמר רחמנא אייתינהו מתרומת הלשכה [קופת ציבור], ודלמא מתו [אחרי שתרמו לקופה] מרייהו דהני זוזי? [רש"י: ונמצא שמקריבין חטאת שמתו בעליה שהרי יש להן חלק בהן] אלא לאו שמע מינא - אין הצבור מתים.

האחרונים הבינו את המושג "אין ציבור מתים" כביטוי לאופי העצמאי של ציבור, שנחשב כישות נפרדת ואין מיתת הפרטים שבה משפיע עליה.[82] באותה מידה ניתן לומר שהגונב מן הציבור אינו גונב מיחידים אלא מכלל הציבור. אופי הציבור נקבע על פי רובו,[83] ולכן המפקיע הלוואה או מבריח מכס מציבור שרובו נכרים דינו כמפקיע הלוואה של נכרי ומבריח ממוכס נכרי.

אף אם נאמר שאין בהפקעת הלוואה מהציבור הפקעת הלוואה של המיעוט הישראלי שבו, עדיין חייבים אנו להתייחס לנזק שגורם על ידי העלמת מסים בכך שמכביד את נטל המס על אותם יהודים שיצטרכו לשלם יותר מס. מכל מקום, היתר

---

82. ראה למשל ספר "ויטע אשל" סי' כ"ד עמוד ע"ה, וכן ספר הזכרון לרב אברמסקי מאמר של רב אברהם יצחק בלוך בענין קרבן פסח ודיני מינוי, עמ' ר"ל. הרב בלוך מוכיח את דבריו מהירושלמי (שקלים פרק א, הלכה ג) שתירץ איך מותר לאכול ממנחה ציבורית אחרי שהובא מכספי הציבור ובתוכם כהנים והתורה כבר קבע ש"כל מנחת כהן כליל תהיה לא תאכל" (ויקרא ו:ט"ז) הירושלמי משיב:

"רבי טבי בשם רב המנונא כן משיבין חכמים לר' יהודה חטאת יחיד מתה אין חטאת הציבור מתה, מנחת היחיד קריבה כליל ואין מנחת ציבור קריב' כליל", כלומר שכמו שאין מיתת הפרט משפיע על חטאת ציבור, כך גם חלקם של הכהנים אינו משפיע על מנחת ציבור, ואינו נחשב כמנחת כהנים, כנראה בגלל שהם מיעוט מהציבור. אולם ראה ארץ הצבי סי' י"ז שחידש שאין המושג אומה שייך אלא ביהודים, לפחות לעניין קדושת הייחוס.

83. מעבר לסברא ללכת על פי רוב, מרהיטות פשטות הסוגייה בתמורה (שם) עולה שהרוב קובע הגדרת הציבור: "ואיבעית אימא [אפילו אם נאמר שציבור מתים]: כי אקרובינהו להני חטאות [ציבור על עבודה זרה] - אחיי אקרבינהו [רש"י: על אותן שהיו עדיין חיין מן העובדים עבודה זרה בימי צדקיהו] דכתיב (עזרא ג') 'ורבים מהכהנים הלוים וראשי האבות הזקנים אשר ראו את הבית הראשון ביסדו זה הבית בוכים בקול גדול ורבים בתרועה', [כלומר רוב הציבור היו מאלו שחיו מזמן חיוב החטאת ולכן אין זה חטאת ציבור שמתו בעליה]. ודילמא הנך מיעוטא? [כלומר, הם מיעוט מהציבור הקיים עכשיו ולכן חייבים לומר שאין ציבור מתים, דאי לא כן יוגדר הציבור על פי רובו שלא היו בחיים מזמן חיוב החטאת והציבור שחל עליהם חיוב החטאת כבר נחשב כמתים]. לא מצית אמרת, דכתיב (עזרא ג') 'ואין העם מכירים קול תרועת השמחה לקול בכי העם'".

בשו"ת מנחת יצחק (חלק ג סי' א) כתב לפקפק בהוכחה זו מסוגיא דתמורה על פי דברי רש"י (ערכין ד' א' ד"ה שלנו) שהסביר שדין מנחת ציבור מועיל מטעם ביטול ברוב, ואין הוכחה שיש מושג של ישות נפרדת בציבור. אולם גם לפי דבריו יש מושג של ביטול ברוב בציבור אף שאין מושג דומה ביחס לכספי שותפות.

הפקעת הלוואה בנכרי ממילא שייך רק באופן סביל כשמתחמק מפרעון חוב, כלומר גורם הפסד בשב ואל תעשה. כיוון שאין בכך גדר של גרימת נזק ממש, אין כאן אלא דין הצלת ממון חבירו, ואין חיוב הצלת ממון כלפי נכרי. אף אם גם יהודי עשוי להינזק מכך, עדיין דין הצלת ממון אינו שייך אם המציל יפסיד מכך.[84]

סיכום

הגמרא אמנם מתיר הפקעת הלוואתו של נכרי, ולכאורה ניתן ללמוד מכאן שכאשר אינו משלם מסים לישות נכרית אין בעיה הלכתית בכך, בדומה להפקעת הלוואה רגילה. אולם מאחר שבכל מדינה של גויים מצויים מספר יהודים שגם הם בין הנהנים מכספי המסים ומשלמים בעצמם מסים לקופת המדינה, לכאורה בכל מצב יש גזל אם משתמט מתשלום מס ליישות נכרית בגלל שמפקיע את הזכויות של אותם יהודים והפקעת הלוואה של יהודי אסורה. אולם ניתן להשיב על כך מספר תירוצים, אך המחוור ביניהם הוא שניתן להתייחס לציבור כיישות עצמאית נפרדת שאינה נחשבת כקובץ של יחידים אלא כגוף אורגני אחד. כאשר מדובר בציבור שרובו נכרי, אין להתייחס למיעוט הישראלי כמי שקובע לעצמו סיווג נפרד, ומי שמפקיע חוב של ציבור זה דינו כמפקיע מציבור של נכרים. מכל מקום, ככל שהמיעוט הישראלי יותר ניכר יש לחשוש יותר לחילול השם, שבקיומו אסור הפקעת הלוואה בכל מקרה לכל הדעות.

ז. חילול השם

בכל הפקעת הלוואה קיים גם אפשרות של חילול השם אם הדבר עשוי להתגלות. משום כך גם לדעת רבי עקיבא שאמר[85] "מותר להבריח את המכס" עדיין "אין באין עליו בעקיפין, מפני קידוש השם", כלומר אפילו בהפקעת הלוואה של נכרי המותרת מעיקר ההלכה, עדיין אסור הדבר במקום שיצא חילול השם. דבריו נאמרו בקשר לתביעה של נכרי נגד ישראל בבית דין ישראלי. רבי עקיבא הסכים שעל בית הדין להטות את המשפט לטובת הישראלי הנתבע באופן שלא יכיר הנכרי, למשל במקום שאפשר לומר לנכרי בכנות "כך דינינו" או "כך דינכם". במקום שאי אפשר לומר לו בכנות "כך דינכם", כלומר שהשקר והטיית הדין לרעתו יתגלה לו, אסור להטות את הדין בערמות אחרות "מפני קדוש השם." רבי ישמעאל חולק על רבי עקיבא ואומר "באין עליו בעקיפין." השאלה היא מהו הדרך "בעקיפין" שמציע רבי ישמעאל: הרי אם ברור לנכרי שמטים את דינו רק בגלל שהוא נכרי, איך יתיר רבי ישמעאל לעשות חלול השם[86] וגם איזה "עקיפין" יש בזה—אפשר להטות את הדין נגדו בכל מקרה

84. ראה דברינו לקמן "פן חיובי: הצלת ממון חבירו" שהרחבנו בעניין זה.

85. בבא קמא קי"ג א'.

86. אין לומר שאין חילול השם כיוון שמותר לישראלי להפקיע את ההלוואה על פי דין תורה, בלי קשר למה שהנכרי חושב, והרי "כך דינינו" שמותר להפקיע הלוואת הנכרי. אין זה נחשב "דינינו"

גם בלי ערמה, ואם הנכרי אינו מבין שמטים את דינו, לאיזה "קדוש השם" דואג רבי עקיבא?

נראה אם כן לבאר שהם חולקים במצב שיש ספק אם ייתפס ויוודע לגוי על כך ויבוא לידי חילול השם, כיוון שממה נפשך אם ודאי יהיה חילול השם יודה רבי ישמעאל לרבי עקיבא ואם ודאי לא יהיה חילול השם יודה רבי עקיבא לרבי ישמעאל, כמו שעולה מהסוגיה שרבי עקיבא מתיר הפקעת הלוואה באופן עקרוני. ברור אם כך שמדובר שיש ספק אם ייתפס. לרבי עקיבא אסור להכניס עצמנו בספק של גרימת חילול השם ולכן "אין באין עליו בעקיפין מפני קדוש השם", ורבי ישמעאל מתיר בספק.[87] אלא שלפי פירושינו קשה להבין את תירוצו של רב אשי שמסביר את ההיתר להבריח את המכס על ידי נדר מטעה כשמדובר "במוכס כנעני." הרי במקרה הזה יש גם לחשוש לחילול השם לפי רבי עקיבא, כיוון שייתכן שהמוכס יתפוס אותו אחרי זמן ויגלה שהתבואה אינה תרומה או אינה שייכת למלך. כמו כן במקרה של הברחת מכס על ידי לבישת כלאיים יש לחשוש לחילול השם לפי רבי עקיבא שמא ייתפס על ידי המוכס.

אולם אפשר שלגבי כלאיים הגוי לא יוכל לדעת לעולם אם מדובר בסחורה או בבגדים פרטיים ולכן אין בכך משום חילול השם, וגם אם ייתפס יוכל לומר ששינה את דעתו. כמו כן אם היהודי מתחזה לגוי אפשר שאין חילול השם כי גם אם יתגלה שהוא יהודי הוא יטען שרוצה שלא יפלו נגדו וידונו אותו כמו שדנים את שאר הגויים.

שחוב כלפי נכרי מופקע לכתחילה על פי דין, אלא שאין מצוות פריעת בעל חוב נוהג בחוב לנכרי ומותר להשתמט מפרעון חובו, אבל כשהנכרי תובע חובו ומעיקר הדין חובו של נכרי תקף ואין כאן השתמטות מפריעת בעל חוב אלא עושק והכחשה. גם אם נאמר שאפילו עושק והכחשה של נכרי מותר, יש חילול השם כשדיני התורה והנהגה על פיה נראים בעיני אחרים כבלתי מוסריים והגיוניים. ראה רמב"ם הלכות יסודי התורה פרק ה הלכה י"א שמביא כמה דוגמאות על פי הגמרא יומא פ"ו א' שהנהגה מותרת על פי הדין נחשב חילול השם בגלל "שהבריות מרננים אחריו בשבילם." גם בדיני השבת אבדת נכרי בהמשך הגמרא (שם ק"ג ב) מחייבים להחזיר אבדת הנכרי במקום חילול השם, אף על פי שלפי הדין אסור להחזיר לו את אבידתו סתם. ראה שו"ת חתם סופר חלק ו ליקוטים סי' נ"ט שכתב שכל ימיו הצטער על הפסוק "והייתם נקים מה' ומישראל" איך יוכל לקיימו כראוי, שהרי אם הוא נקי מה' אין זה אומר שבהכרח בני ישראל מכבדים את התנהגותו, ויש בכך חילול השם, וכפי שכתב שם: בעו"ה שכיח בדברי הבריות: למדן כזה יעשה דבר זה והוא שגור בפיהם ואפילו על חשד סברא בעלמא והשתא אי נמי הי' אותו הלמדן עושה כשורה ויצא ידי שמים בכל יכולתו בחיק האפשרי אלא שלא נזהר עד שטעו בו אלו שותי שכר ועשאוהו מנגינותם הרי הוא כבר נלכד במצודתם.

87. ולכאורה הרי זה ספק דאורייתא וצריך להחמיר. ואולי צריך הבנה בעניין בסיס איסור גזל הגוי גבי חילול השם והאם ייתכן שהאיסור דרבנן כיוון שחילול השם דאורייתא. ראה ירושלמי בבא קמא פרק ד ה"ג "באותה שעה גזר רבן גמליאל על גזילות נכרי שיהא אסור מפני חילול השם". נמצא אם כך שהחשש לחילול השם הוא רק ביחס לאיסור מדרבנן ואפשר שיש מקום להקל יותר בכך.

במשנה בנדרים נאמר ש"נודרין להרגין ולחרמין למוכסין[88]...", "לכאורה בנדר מסוג זה יש סיכון שייתפס המבריח ולא יהיה למבריח שום אמתלא להוציא מידי חילול השם, ואף על פי כן התירו הברחת מכס ממוכס גוי לפי פירושו של רב אשי בגמרא שם! אמנם, כבר הקשה בחידושי הרשב"א שם:

> האיך התירו לידור ולהוציא בשפתיו יאסרו פירות שבעולם עליו ולבטל בלבו ולומר "היום", שהרי אמרו שם דברים שבלב אינן דברים, אלא שבמקום אונס התירו לו דגמר יפה בלבו ומבטל. אלמא דוקא במקום אונס ולהציל את שלו התירו הא לגנוב את המכס בעקיפין וליטול מה שאינו שלו לא התירו על זה.

מכח קושייתו אימץ הרשב"א גירסה אחרת בסוגיה שעל פיה מתייחס תירוצו של רב אשי רק למשנה במסכת כלאיים שמתירה הברחת מכס על ידי לבישת כלאיים. לפי זה לא שייך ענין חילול השם במשנה של "נודרין להרגין..."[89]

גם מדברי התוספות[90] ניתן לראות שבמקום שקיים אפילו חשש חילול השם אסור לעשות מעשה. הגמרא בהמשך הביא סיפור על רב אשי שראה זמורות מונחים בפרדס פרטי בלי שמירה והורה לשמשו לבדוק אם הפרדס שייך לנכרי ואם כן לקחת לו את הזמורות. כשנתפס רב אשי על ידי בעל השדה ששמע את הוראתו לשמשו, ענה רב אשי שבכוונתו היה לשלם. התוספות לומדים בסוגיה שאכן כך התכוון רב אשי לכתחילה ולא סתם דחה את הנכרי, והוכיח את זה כיוון שרב אשי סובר שגזל הגוי אסור, ואם כך איך התיר לעצמו לגנוב? והרי אין טעם להבדיל בין גזילה לגניבה "דבגניבה איכא נמי חילול השם כשידע לבסוף." יש כמה דרכים להבין את לשון התוספות, אבל מכל מקום ברור שאסור לדעתו לגנוב מהנכרי בגלל החשש שמא ייתפס ויגרום חילול השם.[91] כשגונב, ברור שאין בדעתו להיתפס, ומכל מקום בגלל הספק והסיכון שייתפס אסור לעשות כן לכתחילה.

---

88. נדרים כ"ז:

89. הראב"ד (מובא בשיטה מקובצת שם) חולק על הרשב"א ומתיר הברחת מכס ממוכס גוי גם על ידי נדר ומסביר "ואפילו לרבי עקיבא נמי [דאמר אין באין עליו בעקיפין] היינו משום דעקיפין חילול השם איכא אבל על ידי כלאים או על ידי נדר **דליכא חילול השם** מותר." בלי להסביר למה, הראב"ד מניח שמדובר במקרה שאין חשש חילול השם.

90. בבא קמא קי"ג: ד"ה הכי קאמינא.

91. הים של שלמה בבא קמא פרק י סי' כ' ואחרים הקשו על לשון התוספות שמשתמע שבסיס איסור גזל הגוי אינו אלא מפני חילול השם ואין איסור בעצם הדבר. האחרונים הסבירו את דברי התוספות "דבגניבה איכא נמי חילול השם כשידע לבסוף" כטעם נוסף, כלומר גם אם איסור גזל הגוי בעצם אינו כולל גניבת הגוי, עדיין יהיה הדבר אסור מטעם חשש חילול השם העלול להיגרם אם וכאשר ייתפס. (ספר ביאור ראובן בסוגייה בבא קמא שם.) אחרים [חוט המשולש סי' י"ז] הסבירו שאין כאן טעם נוסף אלא טענה שאין סיבה להבדיל בין גזילה לגניבה כי כמו שגזרו החכמים על גזל הגוי מחשש חילול השם, גזרו גם על גניבת הגוי מחשש דומה. ייתכן לפי פירוש זה בתוספות שאין מכאן ראיה שחשש חילול השם אסור בעצם אלא שהחכמים גזרו במקרים מסויימים של חשש חילול השם, אבל במקרים אחרים כמו הפקעת הלוואה אפשר שרק

ייתכן לבאר בדרך אחרת את הסוגיה. כאשר נעיין בברייתא ובלשונו נראה שהמחלוקת בין רבי ישמעאל ורבי עקיבא אינה במקרה של חלול השם פרטי של ישראל המתחמק מפרעון חובו לגוי. הנתבע הישראלי כבר עשה חלול השם בכך שכפר לתובע הגוי אף שחייב לו גם בדיני ישראל וגם בדיני נכרים. לא מדובר במקרה שהגוי אינו יודע שהישראל חייב לו, כי הרי תובעו בבית הדין. הנדון בין רבי ישמעאל ורבי עקיבא הוא תגובת הדיינים למקרה הזה—האם עליהם לתת גושפנקא להשתמטות של הישראלי ולהשתמש בכוחם למצוא דרך עקיפה להטות את הדין נגד הגוי רק כדי שהישראלי ירוויח? בזה אומר רבי עקיבא ש"אין באין עליו בעקיפין מפני **קידוש** השם", כלומר בית הדין יקדש השם לעיני הגוים בכך שיפסקו הדין נגד הישראלי ולטובת הגוי שנתן אימון במשפט התורה ובמערכות המשפט של ישראל.[92] כנראה שרבי עקיבא גזר דין זה כדי לתקן חלול השם בעיני הגוים שטוענים שאין משפט בישראל כמו שרבן גמליאל גזר לאסור גזל הגוי.[93] רבי ישמעאל חולק, כלומר לא רצה לגזור גזירה כזו אלא הדין יעמוד במקומו שאסור לחלל שם שמים, בין בית דין ובין אדם פרטי ועליהם להיזהר שלא יגרמו חלול השם. בקשר לחלול השם הפרטי של המפקיע הלוואה כשיתגלה לגוי, כמה מהאחרונים הוכיחו מהסוגיה שבהפקעת הלוואה פאסיבית בלי כפירה והכחשה אין חלול השם, כיוון שהגוי רואה את המקרה כסתם השתמטות ואינו מייחס פגם לכלל הישראלים והתורה שלהם, אלא התייחסות נורמטיבית של נושה כלפי בעל חובו.[94]

חשש חילול אינו מספיק לאסור אלא כשמגיע לסבירות גבוה כמו בדין "באין עליו בעקיפין" שאסר רבי עקיבא מחשש חילול השם..

92. דברים דומים מצאנו בתפארת זיו חו"מ סי' מ"ה. בדרך אחד שהציע בהבנת הסוגייה הבחין בין "קידוש השם" שהזכיר רבי עקיבא ובין חילול השם, שקידוש השם אינו שייך מן התורה בעיני הגוי אלא בפני ציבור של ישראלים. לכן גזר רבי עקיבא כעין דין "קידוש השם" במקרה של דין ודברים בין ישראלי וגוי בבית דין ישראל.

93. ראה ירושלמי בבא קמא פרק ד ה"ג "מעשה ששילח המלכות [רומי] שני איסרטיוטות ללמוד תורה מרבן גמליאל ולמדו ממנו מקרא משנה תלמוד הלכות ואגדות ובסוף אמרו לו כל תורתכם נאה ומשובחת חוץ משני דברים ... גזילו של ישראל אסור ושל נכרי מותר באותה שעה גזר רבן גמליאל על גזילות נכרי שיהא אסו' מפני חילול השם." גם כאן הסיבה לגזירה לא היתה מקרים מסויימים של חילול השם פרטי שארעו אלא קטרוג נגד תורת ישראל שלא נראה מוסרי בעיני הגוים. כמה אחרונים תירצו קושי ברש"י (סנהדרין נ"ז) שכתב "ד'לא תעשוק את רעך' כתיב – ולא נכרי, **ומדרבנן** איכא למאן דאסר משום חילול השם בהגוזל בתרא דגזל הגוי אסור מדרבנן", ותמהו עליו האחרונים (ביאור הגר"א חו"מ שמ"ח אות ח) ש"אף למ"ד גזל העכו"ם מותר, במקום חילול השם מדאורייתא אסור!" ותירצו כמה אחרונים (שו"ת אבני ישפה חלק ג חו"מ סי' קט"ז, ברכת אברהם סנהדרין שם) שיש לחלק דב"מקום" חילול השם גזרו רבנן משום ספק וחשש לחילול השם דאורייתא, אבל כשיש חילול השם ודאי כמו בגזילה הוי דאורייתא.

94. ראה תפארת זיו חו"מ סי' מ"ה: " ולכן בכל הלוואה אין לחוש בעכו"ם יחידי לחילול השם כי אין שם חילול השם ברור בשעתו כיוון דמלווה להוצאה ניתנה, מחוייב הוא לדונו לזכות דאומר זוזי לית ליה ואשתמוטי קאישתמיט סבר עד דהווה לי זוזי יפרעהו ליה וכדקיי"ל דמטעם זה הכופר במלווה כשר לעדות ואין אנו אחראין לחשוש שמא העכו"ם הזה אינו עושה כשורה ואינו דן

יוצא מכך שמחלוקתם אינה לגבי ספק וחשש חלול השם, משום ששניהם אינם אוסרים הפקעת הלוואה במקום חשש וספק שמא יתפס ויגרום חלול השם אחר כך. במקום שקיים חלול השם ברור בשעתו אסור לכולם להפקיע הלוואה של הגוי ובמקום שאין סיכוי לחלול השם כלל מותר לכולם להפקיע. במקום חשש וספק, כל אחד יעריך את הסיכון שיכשלו בעבירה חמורה מאד של חלול השם ויפעל בהתאם.

הרמח"ל בספר מסילת ישרים הזהירנו להתבונן ולצפות מראש את הסיכון שמעשנו עשויים לגרום לחלול השם:[95]

> ענפי חלול השם גם כן הם רבים וגדולים כי הרבה צריך האדם להיות חס על כבוד קונו ובכל מה שיעשה צריך שיסתכל ויתבונן מאד שלא יצא משם מה שיוכל להיות חלול לכבוד שמים חס וחלילה וכבר שנינו (אבות פרק ד משנה ד) "אחד שוגג ואחד מזיד בחלול השם" ואמרו זכרונם לברכה (יומא פ"ו א) "היכי דמי חלול השם? אמר רב כגון אנא דשקלנא בשרא ולא יהיבנא דמי לאלתר ... ורבי יוחנן אמר כגון אנא דמסגינא בלא תורה ובלא תפלין."

נראה מדבריו שפירושו ל"אחד שוגג ואחד מזיד בחלול השם" הוא שאין לאדם להיפטר מחלול השם שגרם בטענה שלא כיוון ולא ידע שמעשיו יגרמו לחלול השם. גם מהגמרא במסכת יומא שהביא רואים שמדובר במצב של ספק חלול השם "אביי כדשקיל בישרא מתרי שותפי [כשלקח בשר משותפים] יהיב זוזא להאי וזוזא להאי [שילם פעמיים] והדר מקרב להו גבי הדדי ועביד חושבנא [והתחשבן כשהשותפים

אותנו לזכות או שמא יתברר לו לאחר זה שרוצה לכפור לו לעולם, כיוון דבשעתו ליכא חילול השם ברור." גם בשו"ת חוט המשולש (חלק א סי' ט"ו) הביא טענות דומות וכתב: "ולפ"ז צריך לפרש למאי דמסיק דהפקעת הלוואה דכותי אנס לא היה אסור מדאורייתא היינו משום דבהפקעת הלוואה ליכא חילול השם דאפי' החוב ידוע מימר אמר זוזי לית ליה ואישתמוטי קא משתמיט דמה"ט נמי קיי"ל דהכופר במלוה כשר לעדות ולמאי דהוי ס"ד דעבד עברי הפקעת הלוואה הוי פריך שפיר כיון דאסר רחמנא הפקעת הלוואה ונהי דאיכא חילול השם בעבד עברי מ"מ כיון דבהפקעת הלוואה נמי זימנין דאיכא חילול השם ואסר רחמנא א"כ אית לן למימר דכל הפקעת הלוואה אסורה. ולמאי דמשני עבד עברי גופו קנוי תו לא משכחת דאסר רחמנא הפקעת הלוואה. ודאמר ר"ע אין באין בעקיפין מפני קדוש השם ומוקמינן בהפקעת הלוואתו, התם אדיינין קאי דאין באין בעקיפין ועלילה לזכות את ישראל אעפ"י שהוא חייב בין בדינינו בין בדיניהם דבהא וודאי איכא חילול השם שדייני ישראל יזכו את החייב משא"כ בלוה עצמו שמפקיע את עצמו מימר אמר אישתמוטי קא מישתמיט וכמ"ש. ודאמרינן דבמקום חילול השם אבידתו אסורה נראה דלדעת התוס' צריך לפרש דהיינו במקום שדרך הכותים עובדי כוכבים להחזיר אבידות לבעליהן ומחזיקים למי שאינו מחזיר לגזלן גמור דהשתא איכא נמי חילול השם אם יוודע לכותי שהישראל ידע ששלו הוא ולא החזיר לו..." ראה גם שו"ת קדושת יום טוב (היילפרין) סי' י"ב שכתב כך כדי לתרץ דברי התוספות בבא קמא קי"ד א' ד"ה "ולא אמרן" היאך אמרו שאם רוצה יכול לכפור והרי הגוי יודע שיש לו תביעה עליו ואם כן יש חילול השם בכפירתו, ועל כרחך שמותר להניח שיאמר אשתמוטי קמשתמט לגבי הלוואה, ולהפקיע בכך את הלוואתו.

95. מסילת ישרים פרק י"א.

היו ביחד]." רש"י מפרש שם "שמא לא ידע חבירו שנתתיו לו, ויש כאן חילול השם", כלומר גם מחשש חילול השם צריכים להיזהר.[96] הסוגיה מתייחס בעיקר לאדם חשוב, כמו תלמידי חכמים, ודורש מהם זהירות מחמירה יותר מסתם אנשים מהסיבה הפשוטה שמעשיהם שאינם הגונים נתפסים כפגם ח"ו בתורתנו ולא כסתם כישלון מצוי במוסר אנושי. גם בהפקעת הלוואה בחובת מס, ייתכן שסתם ישראלי הנתפס בהעלמת מס אינו גורם חילול השם במיוחד כיוון שידוע שגם אצל הגוים וגם אצל הישראלים יש אנשים הגונים ויש פחות הגונים, אבל כשנתפס אדם חשוב מתפרש הדבר כחלק מחוקי התורה וכפגם בתורה חלילה.

א. סיכום בענין חילול השם

גם במקרים שמותר להשתמט מתשלום מס, אין הדבר מתיר להיכנס למצב של חילול השם. במידה שהגוי עשוי לחשוב שהיהודים מנסים לרמות אותו, אסור לדעת רבי עקיבא להטות את הדין לטובת היהודי, כיוון שיש בכך חילול השם. אולם במקרה שיהודי פרטי ישתמט מתשלום מס והגוי אינו עשוי לחשוב שמדובר בדיני יהודים, אזי אין בעיה של חילול השם. ומידת חסידות להיזהר גם ממצבים של ספק חילול השם, משום שאפשר שגם כאשר לא כוון לכך נחשב הדבר לחילול השם.

ב. סיכום כללי בענין הברחת מסים במדינה זרה

מכל מה שראינו התבאר שלמרות שקיים מושג של "דינא דמלכותא דינא", אין זה יותר חמור מכל חוב אחר ולכן מותר להפקיע חוב זה בדומה לחובות אחרים של נכרים, ואף כאשר מבריח מסים ממלך גוי אין בכך איסור חמור יותר ממניעת פרעון חוב. אולם יש מקום לחשוש שעל ידי שיימנע מתשלום מס, ייגרם חילול השם, כגון שיאמרו שחוקי התורה מעודדים רמאות ביחס לגויים.

כמו כן, ראינו, שיש הבדל עקרוני בענין חובת מס בין מס של מדינה או שלטון של נכרים לבין מס של מדינה או שלטון של ישראלים. בעצם, למרות הכלל "דינא דמלכותא דינא" שמכיר בסמכות של שלטון נכרי להטיל מסים, לפחות במדינה נכרית, עדיין שייכים דיני גזלה הפרטיים ביחס לחובת מס אשר חלה על ישראלי פרטי. בניגוד לחוב ממוני לטובת ישראל, בחוב ממוני לטובת נכרי אין "מצווה" של פריעת בעל חוב המחייב את הישראל לדאוג לפרעון חובותיו בפועל אלא יש זכות

---

96. הרא"ש פסק בנוגע לעד שהוא אדם חשוב (והגמרא נשאר בתיקו) שמותר לו להעיד לכתחילה. יש מהאחרונים שראו בפסק זה דין של ספק חילול השם ולכן החמיר הרא"ש ולא דן בו כספק ממון. ראה דברי מהר"ש חיון בספר בני שמואל "ולי נראה דצדדי הבעיא הוו אי מצי לאסהודי כיון דאדם חשוב הוא ולא משתמיט ואיכא חילול השם או לא מסהיד והוי ספק איסור חילול השם ואזלינן לחומרא" וכן ביאר המהר"ש גאון בשו"ת משפטים ישרים חו"מ סי' ס"ה (עמוד קי"ג במהדורה שאלוניקי), חלקו של ידיד עמוד קט"ז א' ד"ה "וזהו." מכל מקום מדובר יותר בספיקא דדינא דאורייתא של חילול השם (איך לפסוק במקום תיקו) ואין בזה ענין לספיקות במציאות וחששות לחילול השם.

ושיעבוד משפטית לנכרי לגבות חובו אפילו בבית דין. יוצא מזה "קולא" בדיני גזלה מנכרי, וליתר דיוק באיסור עושק לגבי נכרי, שבמקום שאין חשש לחילול השם, מותרת השתמטות פאסיבית מפרעון חוב לנכרי, הנקרא בהלכה "הפקעת הלוואה". אותו "קולא" שייך גם לעניין חובת מס לשלטון נכרי אשר נוצרה מכח "דינא דמלכותא דינא", ובעצם מתיר הברחה מסוימת של מכס או מס אשר היה אמור לחול על פי הדין כיוון שהבעלים של החוב הם נכרים.

חלק ו. שקר וגניבת דעת במסים

מערכת המיסוי בעידן המודרני מסתמכת בעיקר על מידע שמציג הנישום לרשויות המס מיוזמתו. בתקופות קדומות[1] היו אומדים את חבות המס באחד משני אופנים—או על פי שומא של ממוני הקהילה (שנקראו "יחידים") שהיו אומדים את נכסיו כדי לחשב את חובו, או על פי הצהרה ושבועה של הנישום עצמו על היקף נכסיו. רוב סוגי המיסים בזמנינו חלים באמצעות אירוע מס כמו ביצוע עסקה וקבלת הכנסה, ולא חלים על נכסים כפי שהם. כדי שרשויות המס ידעו שהתקיים אירוע המחייב תשלום מס, הם צריכים להסתמך על דיווח של הצדדים לעיסקה או לאירוע המס. פעמים שעצם השתיקה מהווה דיווח לרשויות המס, כגון מי שעובר במכס ב"שער הירוק" המיועד למי שאין לו מה לדווח לרשות המכס. לפעמים אי אפשר לבצע עיסקה בלי להגיש דו"ח, אך לפרטי הדו"ח מסתמכים על אמינותם של שני הצדדים, כגון בעיסקת נדל"ן שאי אפשר לרשום את הזכויות בלי להגיש טופס לרשויות המס. יש גם דיווחים תקופתיים שעסקים רשומים ואנשים פרטיים שונים נדרשים על ידי רשויות המס למסור מפעם לפעם. בדרך כלל, הדיווחים מופיעים בטופס מיוחד, וכוללים בסופם הצהרה על אמיתות הפרטים בדו"ח, והמגיש חייב לחתום על הצהרתו. לפעמים כלולה בנוסח ההצהרה גם התחייבות להודיע על כל שינוי עתידי בפרטי ההצהרה.

האם מותר לגנוב דעת הרשויות בדיווחים אלו, או באמצעות זיוף פרטים, או באמצעות לשון המשתמע לשתי פנים, או באמצעות העלמה ושתיקה, או על ידי הבנה ופירוש מאולץ של השאלות השונות בדו"ח, או באמצעות פיקציה משפטית או כל דבר שמכוון להטעות את רשויות המס בעניין הדו"ח? לא מדובר במי שמתחמק באופן זה מתשלום מס שחייב לשלם על פי דין, אלא: או שמתכוון להבליע את הסכום במקום אחר, או שמסופק אם חייב, או שמנצל פירצה בחוק. באופנים אלו אמנם אין גניבה כספית, אבל עשויה להיות בעיה של גניבת דעת.

א. האיסור של גניבת דעת

אסור לגנוב דעת הבריות, ואפילו דעתו של נכרי.[2] גניבת דעת יכולה להיות עם או בלי ביטוי של שקר ממש ואפילו בלי דברים בכלל.[3] יש בעיה נוספת באמירת שקר גרידא בלי קשר לרמאות. בדרך כלל יש נזק ממוני או נפשי כתוצאה מגניבת דעת.

---

1. ראה שו"ע חו"מ סי' קס"ג סעיף ג.
2. שו"ע חו"מ רכ"ח.
3. שם סעיף ח-י"א.

אולם כאשר מדובר ברשויות המס שלא שייך בהם נזק נפשי, האם יהיה מותר לשקר להם או לגנוב דעתם כשלא ייגרם להם נזק ממוני על ידי זה?

א. חריגים לאיסור שקר וגניבת דעת

יש גמרא שמשתמע ממנו עידוד ל"פקחים" שיודעים להשתמש בשקר כדי לקדם את עניניהם. הגמרא אומר:[4]

> והאמר רמי בר חמא: ראובן שמכר שדה לשמעון באחריות, וזקפן [דמי המכירה] עליו במלוה, ומת ראובן ואתא בעל חוב דראובן וטריף ליה משמעון [גבה ממנו בחובו], ואתא שמעון ופייסיה בזוזי [התפשר עם הבעל חוב בכסף] - דינא הוא דאתו בני ראובן [לגבות דמי המכירה] ואמרי ליה לשמעון: אנן מטלטלי שבק אבון גבך, ומטלטלי דיתמי לבעל חוב לא משתעבדי [ואין לנכות מדמי המכירה את מה שפרעת לבעל חוב אבינו ועדיין אתה חייב לשלם את כל דמי המכירה]. ואמר רבא: אי פיקח שמעון - מגבי להו ארעא [בפרעון דמי המכירה מחזיר להם את הקרקע במקום כסף], והדר גבי לה מינייהו [את הקרקע כפיצוי על האחריות ששילם שמעון] . דאמר רב נחמן: יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם - בעל חוב חוזר וגובה אותה מהן.

במקרה המתואר בגמרא עומד שמעון להפסיד משני צדדים: (א) הוא נאלץ לפרוע שיעבוד שהיה על השדה לבעל חוב של המוכר ויורשי המוכר אין להם נכסים עכשיו לפצותו על האחריות של אביהם המוכר (ב) הוא חייב לשלם ליורשים את דמי המכירה של השדה שלוה מהמוכר בלי קיזוז, והוא עומד לשלם פעמיים על אותו השדה. רש"י מסביר את עצת הגמרא ל"פקחים" שאף שיש לשמעון כסף מזומן לשלם את תביעת היתומים לדמי המכירה "יטעון [שקר] ויאמר אין לי מעות לפרוע לכם אלא קרקע יש לי."[5] אם יקחו היורשים את השדה בפרעון דמי המכירה יהיה לשמעון זכות מן הדין לגבות מן השדה את תביעת האחריות נגד אביהם המוכר ולא יפסיד פעמיים.

ניתן להוכיח מדברי רש"י שמי שרוצה להציל עצמו מהפסד או להשיג את מה שמגיע לו בצדק, רשאי להשתמש בטענות שקר.[6] ואמנם לכאורה מדברי התוספות[7] נראה שלא מדובר כלל בטענת שקר אלא בזכות של לווה לפרוע בקרקע אם ירצה כאשר

---

4. פסחים ל"א א, כתובות צ"ב א.
5. רש"י פסחים שם ד"ה אי פקח.
6. ההפסד כאן הוא הגבייה של שדהו שהוא קנה באחריות שעכשיו אין לו ממי לתבוע פיצוי על האחריות. ראה שו"ת משפטי הלוי סי' ב' הערות הגר"י סילמן שליט"א מספר 1 שמוכיח בפירוש רש"י שאין כאן גזל של היתומים, שאז היתה התנהגותו אסורה גם בלי שקר. "ואמנם יש כאן הפסד ליתומים, אך האפשרות האחרת [שלא יגרום הפסד ליתומים] היתה שהוא יפסיד." דוקא במקרה כזה התיר רש"י להשתמש בשקר למנוע הפסד.
7. כתובות שם ד"ה אי פיקח.

יש לו הפסד אם יפרע במעות. אולם הגר"א תמה על דברי התוספות איך לימדו החכמים לשקר?[8] כנראה דייק הגר"א מלשון תוספות "ואינו עושה שלא כדין" שמשמע שהנתבע אכן משקר, ולכן ניתן להוכיח גם לפי התוספות שבמקום שיש לו הפסד יכול לשקר כדי למנוע הפסד. בין לפירוש רש"י ובין לפירוש תוספות קשה איך מותר לשקר ולגנוב דעתו של תובע שתביעתו מוצדקת (גביית דמי מכירת השדה)? נחזור לשאלה זו ולדין "אי פקח" אחרי בירור של דיני שקר וגניבת דעת במצבים שונים.

ב. שקר בבית דין: אפילו להשיג צדק משפטי אסור

הרשב"א נשאל:

> "הא דאמור רבנן בפרק המניח את הכד [דלכולי עלמא] במקום דאיכא פסידא עביד [אינש דינא לנפשיה, האם] יש בכלל זה שיוכל לטעון שקר להוציא דין לאמתו... על כן שואל אני, אם מותר לטעון שקר לאפוקי זוזי, כי היכי דשרי ליה למימחי [להכות] חבריה, אע"ג דעבר על [לאו ד]לא יוסיף, פן יוסיף?"

השאלה נגעה לטענה של שקר שמטרתה להביא לדין אמת לבסוף.

תשובת הרשב"א היתה חד משמעית:

> חס ליה לזרעיה דאברהם דלימא שיקרא, ואפילו במקום פסידא, דכתיב: שארית ישראל לא יעשו עולה ולא ידברו כזב [צפניה ג:י"ג].... [ואין ללמוד להתיר לשקר מהא דפרק חזקת הבתים (ל"ב ב) דלחיש לרב נחמן ואמר ליה: אין—שטרא זייפא הוא, ומיהו—שטרא מעליא הוה לי וארכס, ואמינא: אנקוט בידי מיהא כל דהו: והימניה רב נחמן משום מיגו], דאי מהתם, נימא דשרי נמי למיעבד שטרא זייפא כי התם, וחס לנו לומר כן, אלא ודאי שנוי השקר ואהוב האמת, ואין תמורתו כלי פז.

לפחות כשמדובר בטענת שקר שמטרתה להוציא ממון, רואים מהרשב"א שאסור לאדם לשקר גם כשהדין עמו. אולם, נראה שהרשב"א נשאל רק לגבי טענה בבית דין להוציא ממון, משום ששם יש איסור מוחלט נגד שקרים מדין "מדבר שקר תרחק."[9] אולם מחוץ לבית דין לא אסר הרשב"א באופן מוחלט וגורף.

השואל רצה ללמוד קל וחומר מדין "עביד אינש דינא לנפשיה" שאם מותר להשתמש בכח ולהכות את חבירו כדי לעשות דין לעצמו, כל שכן שמותר להשתמש

---

8. "אבל הוא תמוה שחכמים ילמדוהו לשקר, אבל כבר תירצו תוספות קושיא זו דהיכא דאית ליה פסידא וכו'" הגהות הגר"א חו"מ סי' ק"א ס"ק ג בליקוטים.
9. את זה ניתן לראות מהראיה שהביא מדרשות על "מדבר שקר תרחק" במסכת שבועות ל ב. גם במשפטי הלוי שם סי' ב אות י"ב הבין שתשובת הרשב"א הייתה דוקא על טענה בבית דין, וכך גם הגר"ח קנייבסקי הסביר שם בפשיטות את דברי הרשב"א הנ"ל.

בשקר כדי לעשות דין לעצמו. הרשב"א לא הפריך את הקל וחומר אלא אסר שקר בהחלטיות בבית דין, ושם ממילא לא שייך ענין של עביד אינש דינא לנפשיה.

ג. שקר מחוץ לבית דין: בירור כללי

ב"קונטרס בענין עשיית תחבולות לזכות בשלו ובענין מדבר שקר תרחק"[10] ומאמר "אמירת שקר למניעת הפסד"[11] הביאו דברי כמה אחרונים שהוכיחו ממקורות בש"ס שהאיסור עשה דאורייתא של "מדבר שקר תרחק" בעיקרו שייך רק לדיינים ולעדים ולבעלי דין בבית דין ואינו שייך מחוץ לבית דין ולכן האיסור להוציא דבר שקר או להטעות מחוץ לבית דין אינו איסור מוחלט.[12] אין זאת אומרת שאין מניעה מלשקר מחוץ לבית דין, כי תמיד יש ענין מוסרי וחינוכי להתרחק מן השקר מטעם "למדו לשונם דבר שקר."[13] מעבר לכך, גם בלי איסור "מדבר שקר תרחק", עשוי להיות איסור של גניבת דעת ומרמה באמירת שקר מחוץ לבית דין להטעות את בעל דינו.[14] עכשיו אפשר לחדד את השאלה ששאלנו: האם יש היתר לגניבת דעת מחוץ לבית דין על מנת להשיג צדק משפטי?

הגמרא אומרת "עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא, "[15] כלומר מקובל עלינו שבעל דין טוען טענות שקר נגד בעל דינו מחוץ לבית דין לדחותו ואין זה

---

10. מודפס בסוף ברכת אליהו על ביאורי הגר"א לשו"ע חו"מ. ראה גם :Ends and means in Jewish law: Lying to achieve financial justice, Steven H. Resnicoff, Jewish Law Annual Vol. 15, p.147(2004)
11. שו"ת משפטי הלוי סי' ב.
12. ראה ניב שפתים מהדורה שניה הלכות איסורי שקר כלל א אות א וחלק ב' סי' א]; חוט המשולש חלק א סי' ט"ו (שם הביא ר' יו"ט ליפמן את דברי רש"י שהתיר הפקעת הלואה של גוי על ידי שקר ואמר "אפשר לומר דדוקא לטעון שקר בפני בית דין הוא דאסור משום מדבר שקר תרחק לפי שגורם שבית דין מעוותין הדין"). הגהת הגר"י פערלא לספר המצוות לרס"ג [מצות עשה כ"ב]. נראה שכל הדוגמאות של איסור שקר לזכות בדין שנלמדו בש"ס בשבועות (ל ב עד ל"א א) מהפסוק מדבר שקר תרחק כולם הם בבית דין.. ראה גם כתר כרך ו סימנים מ, מ"א, מ"ב ומ"ח שדן באופנים שמותר לגנוב דעת.
13. יבמות ס"ג א' .ראה גם סוכה מ"ו ב "לא לימא איניש לינוקא דיהיבנא לך מידי ולא יהיב ליה משום דאתי לאגמוריה שקרא." ראה קונטרס בענין עשיית תחבולות לזכות בשלו ובענין מדבר שקר תרחק, שם. אולם ראה ספר חרדים עשה י"ב שסובר שיש בכך איסור גמור אפילו מחוץ לבית דין אפילו במילי דעלמא, וראה גם תועפות ראי"ם לספר יראים סי' רל"ה שדן בזה, וכן בשערי תשובה שער ג סי' ק"פ-קפ"א, ציץ אליעזר חלק ט"ו סי' י"ב.
14. ספר יראים ס' קכ"ד: "גונב דעת הבריות במידי דממון הוי בכלל ממון ועובר על לא תגנובו. כדתניא בתוספתא ומייתי לה בחולין בגיד הנשה [צ"ד א] ג' גנבים הן הראשון שבכולם גונב דעת הבריות והמרבה לו בתקרובת ויודע בו שאינו מקבל מסרב בו לאכול ויודע בו שאינו אוכל. ואין לומר שאיסור גניבת דעת במידי דממון דרבנן שהרי מצינו שנענש אבשלום עליו... "
15. בבא בתרא ל"א א': זה אומר של אבותי וזה אומר של אבותי, האי אייתי סהדי דאבהתיה היא, והאי אייתי סהדי דאכלה שני ... הדר א"ל: אין, דאבהתך היא, וזבנתה מינך, והאי דאמרי לך דאבהתי - דסמיך לי עלה ... והיכא דאישתעי מילי אבראי ולא טען, ואתא לבי דינא וטען - דחוזר וטוען, מאי טעמא? עביד איניש דלא מגלי טענתיה אלא לבי דינא. וראה רשב"ם שם: דלא מגלי

פוגע במהימנותו אחר כך בבית דין כשטוען אחרת, לכן כנראה אין איסור גניבת דעת בדבר.

ד. עביד אינש דינא לנפשיה על ידי שקר ומרמה

נשוב עתה לקל וחומר מדין "עביד איניש דינא לנפשיה" שרצה השואל מהרשב"א לדון להתיר בו שקר. בתוספתא מובא בשם בן בג בג[16] "לא יגנוב אדם [בחזרה] את שלו מבית הגנב שמא אף הוא יראה כגנב, אלא משבר את שניו ומוציא את טליתו מידו." נראה מדברי בן בג בג שיותר חמור לשקר ולגנוב למקום מסתור מאשר לבצע גזילה בכח ובגלוי כאמצעי להשגת צדק,[17] ואף במקרים שהותרה גזילה, עדיין גניבה ורמאות תהיה אסורה. כנראה יסוד הדבר הוא ענין חינוכי ומוסרי: להתרחק מכל סוג מרמה, בדומה למה שנאמר בגמרא בברכות "בתר גנבא גנוב וטעמא טעים [הגונב מהגנב טועם טעם גניבה]," [18] כלומר שלא טוב לאדם להיות כגנב שמתחבא מאנשים גם כשמטרתו להשיג את מה שמגיע לו, ויש סכנה שיתרגל לזה ויגנוב באיסור, משום שגנב כזה לא יצטרך להצדיק את מעשיו בפני אחרים אבל גזלן יצטרך להסביר ולהצדיק את עשיית הדין לעצמו. אולם מכל מקום בגמרא ביומא[19] מסופר על ר' יהודה ור' יוסי שלא נמנעו מלהשתמש בשקר ובמרמה כדי להוציא את הארנקים שלהם מבעל פונדק שהכחיש שקיבל מהם את פקדונם, ומשם ניתן להוכיח שעביד אינש דינא לנפשיה מותר גם באמצעות שקר ומרמה.

בעל שו"ת בית אפרים התיר לבעל חוב לעשות דינא לנפשיה לגבות את חובו בדרך ערמה.[20] בשאלה שנידונה הזמין ראובן סחורה משמעון כשלא היה בדעתו לשלם לו כלל בעבור הסחורה אלא רצה לתפוס משכון משמעון כנגד חובו. שמעון תבע את

טענתיה - שלא ילמד מהן מי שכנגדו ויתן לבו מתחלה קודם שיבאו לבית דין להשיב עליהם וכן הלכה

16. בבא קמא פרק י משנה ט"ז.

17. כל זה לתירוץ הראשון בגמרא (בבא קמא כ"ז ב – כ"ח א) שפשר "משבר את שניו" הוא חזקה וכח אבל לתירוץ השני של ר' ינאי "שבור את שניו - בדין" אין לדרוש ריעותא לגניבה יותר מגזילה. לגבי טעם הריעותא של גניבה, אפשר שהוא כמו שמצינו ביחס בין איסור גניבה לאיסור גזילה "מפני מה החמירה תורה בגנב יותר מגזלן? אמר להן: זה השוה כבוד עבד לכבוד קונו, וזה לא השוה כבוד עבד לכבוד קונו, כביכול, עשה עין של מטה כאילו אינה רואה ואוזן של מטה כאילו אינה שומעת... " בבא קמא ע"ט ב. ראה גם כתר כרך ו סי' ל"ו.

18. ראה ברכות ה ב. שרב הונא נענש משמים על שעביד דינא לנפשיה בסתר נגד אריס שרב הונא ידע שגנב מחלקו שלו. ראה מנחת בכורים לתוספתא בבא קמא שם אות ט"ז שהסביר טעמו של בן בג בג ש"אף דשלו הוא נוטל, מרגיל עצמו לגנוב" וציין לגמרא דברכות.

19. יומא פ"ג ב.

20. שו"ת בית אפרים חלק חו"מ סי' ע"ו. אולם בן דורו של ה"בית אפרים", בעל קצות החושן, אסר לגבות חוב מלווה באמצעות פקדון שיש לו תחת ידו בגלל דברי הזוהר פרשת במדבר שמקפיד על מי שמערים להשתמש בפקדון של חבירו כדי לגבות חובו, (ראה קצות החושן סימן ד' ס"ק א) ולפי זה נראה דה"ה בנידון שלנו שקנה ולא שילם הוי כעין פקדון ואסור להשתמש בו לפריעת חובו.

דמי המקח וראובן השיב שהמקח בטל כיון שלא היה בדעתו לקנות את הסחורה אלא להוציא משמעון דרך ערמה משכון כדי שיבוא לדון איתו. שמעון טען שאי אפשר להאמין לראובן בזה כיון ש"אין אדם משים עצמו רשע"[21] והרי ראובן טוען שהוא הוציא במרמה סחורה משמעון. בעל בית אפרים דחה את טענתו של שמעון והוסיף "וגם נראה דהא דעובר [בעל חוב התופס] בלאו [דגזילה] היינו כשתופס בחזקה מיד חבירו אבל דרך הערמה שרי." כנראה, לא ראה בעל בית אפרים בתוספתא דבן בג בג חומר איסור מיוחד בתפיסה דרך ערמה וגניבה, אלא אדרבא יש בזה קולא לעומת תפיסה בכח.[22]

ב. הגדרה חדשה של איסור גניבת דעת

אם נחדד את הגדרת איסור גניבת דעת, ניתן לחדש שדחיית תביעה על ידי שקר ומרמה אינו בהכרח נכנס בגדר גניבת דעת האסורה. בודאי אם התביעה מוצדקת והנתבע דוחה את התביעה בעוול יש בזה איסור דאורייתא של "לא תגנבו ולא תכחשו ולא תשקרו איש בעמיתו."[23] אולם, במקרה שגם התביעה לגיטימית וגם הדחייה לגיטימית, כמו למשל בהפקעת הלוואה של גוי או במקרה שציירנו עם הקופאית, אין בדחיית התביעה על ידי שקר ומרמה איסור של גניבת דעת. ההבחנה היא בין שקר שמטרתו להגיע להסכמה או סמיכות דעת של הזולת לבין שקר שמטרתו היא הפוכה—לדחות את תביעת הזולת ולמנוע את סמיכות דעתו ולא ל"גנוב" ממנו את דעתו, רצונו, והסכמתו לדבר מסוים.

ניתן להביא דוגמה נוספת מעולם המסחר: מי שנשאל על ידי עמיתו המתחרה על מקור קניית סחורה מסויים ואינו רוצה לחשוף את היתרון שלו בהשגת סחורה זו רשאי לענות לו שהוא אינו זוכר או אינו יודע, אף על פי שזה שקר מוחלט ועונה לו באופן שיאמין לו.

על פי עיקרון זה אפשר לתרץ את קושיתנו בסוגיית "אי פיקח, "[24] שם התיר רש"י, (ואפילו תוספות לפי פירוש הגר"א), לנתבע לטעון בשקר ולומר שאין לו מעות, אלא קרקע, ולפרוע קרקע ליורשי בעל חובו, כדי שיהיה לו ממה לגבות בחזרה את תביעת האחריות נגד יורשי המוכר. לפי דברינו אין בטענתו של הנתבע מרמה שמטרתה לקבל דבר או טובת הנאה, אלא דחיית התובע שלא יבוא לתבוע תשלום במעות אלא בקרקע, ואין בכך גדר גניבת דעת.

---

21. סנהדרין ט ב.
22. ראה גם שו"ת יביע אומר חלק ו חו"מ סי' א' ושו"ת רב פעלים חלק ג חו"מ ס' ה שמותר לנגזל להחזיק בסתר ממון הגזלן שהגיע לידו בהיתר בלי להודיע לגזלן שהוא תופס נגד גזילו.
23. ויקרא י"ט:י"א. ראה ספר החינוך מצוה רכ"ה ורכ"ו.
24. ראה פרק חריגים לאיסור שקר וגניבת דעת עמוד 243.

כמו כן, במיסים שמדובר בהם בתביעה בעל כרחו של הנתבע ולא ביוזמה מצידו לקבל טובת הנאה שלא כהוגן, לכאורה אין איסור עצמאי של גניבת דעת בעצם ההצהרות השקריות או מטעות במקרים שאין בדחיית תביעת מס איסור, כלומר שאין איסור דאורייתא של "ולא תכחשו ולא תשקרו" בעצם הברחת המס. אולם כל זה אינו אלא כשדוחה את רשויות המס כדי להחזיק בשלו בצדק. אך אם מנסה **להוציא**[25] מהם החזר מס או כספי ביטוח לאומי באמצעות מרמה, אפילו מה שמגיע לו בצדק, יהיה בכך גניבת דעת שאסור, חוץ ממקרים שמותר בהם לעשות דין לעצמו על ידי מרמה.[26]

לכאורה היה נראה להוכיח כדברינו גם מדברי הט"ז בדיני טבילת כלים[27] שדן באיסור שליחות יד במשכונות שקיבל ישראל מלווה נכרי לשימוש עצמי ללא ידיעת הגוי. מהרי"ל פסק שיש בכך משום גניבת דעת,[28] אך הט"ז משיג עליו שאין כאן גניבת דעת משום שלא עדיף מהפקעת הלוואה שמותרת בגוי, וגם לא שייך גניבת דעת אלא כש"מוציא דבר שקר מפיו כדי להטעותו לקבל ממנו החזקת טובה או מוותר ממון בשביל שקר זה, וזהו כמו גניבה מכיסו וזהו אסור בעובד כוכבים כמו בישראל."

מדברי הט"ז נראה שהגדיר איסור גניבת דעת כדברינו, שהוא שייך רק כשרוצה לקבל איזו טובה או ויתור מהצד השני, ולא כשבא להחזיק בשלו כדי שלא יפסיד. אולם מסוף דברי הט"ז נראה שהבין בצורה אחרת את כל איסור גניבת דעת בעניין

---

25. יש מקום להעיר כאן מדברי שמואל שאסר לגנוב דעת נכרי (חולין צ"ד א) אך הוא עצמו קנה מגוי (בבא קמא ק"ג ב) מוצר מזהב בחזקת ברזל, כשכמובן שילם עליו פחות משוויו וגם הבליע לו זוז (לפי רש"י שם הכוונה שלא נתן את מלוא הסכום שדרש). לכאורה יש בכך גניבת דעת וגם מוציא מהגוי דבר במרמה. אולם ראה מרדכי שם בהגהות מרדכי סי' רט"ו שביאר ששם הגוי טעה מעצמו ושמואל לא הטעה אותו אך גם לא העמיד אותו על הטעות שעשה. בנוגע להבלעת הזוז אפשר שגם זה נחשב הפקעת הלוואה ולא הוצאה מהגוי ולכן מותר, וראה פירוש אחר להבלעת הזוז בשיטה מקובצת שם בשם הר"ח, הרא"ש והרמ"ה.

26. ראה פתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פ"א הערה ד שכתב "וכל מה שדנו הפוסקים הוא להבריח ולא לשלם המכס, אבל להוציא שלא כדין מהמלך או מהממונים על ידו לאחר שבא לידו[ם], נראה פשוט שאפילו בשלטון שאין בו משום דינא דמלכותא אין שום היתר, **ובפרט כשצריך לשקר ולזייף לשם כך**, וכמה נתחבטו האחרונים בעניין העלמת מס הניטל שלא כדין, וכ"ש להוציא מיד הגזלן מה שלא גזל ממנו ואף אם גזל מאחרים, וכי מפני שהוא גזלן מותר לגזול ממנו? ושמעתי שיש מורין היתר בזה, ולא ראיתי מקור לזה, וגם גורם להרגיל עצמו בגניבה, וכ"כ בשו"ת שבט הלוי ח"ה סי' קע"ב שאסור לגזול מאת השלטון (ועי' שו"ת קניין תורה ח"ד סי' ק"ד) וכבר כתבתי שמ"מ מותר לנצל פירצה בחוק, ומסתבר שבאופן זה מותר אף להוציא ממון, **ובלבד שלא יצהיר או להמציא תעודות שקר**." מסוף דבריו רואים שגם כשמוציא בהיתר, למשל ע"י ניצול פירצה בחוק, אסור לגנוב דעתם בהצהרות שקר. השווה למה שכתב שם לפני כן "ונראה שמותר להבריח המכס ע"י ניצול פירצה בחוק, **ואף להערים באופן המותר**."

27. יו"ד סי' ק"כ, ס"ק י"א.

28. דיני מהרי"ל מובא בב"ח יו"ד שם.

זה, שהוא כעין מי ש"מעביר על דעת בעל הבית"[29] בכך שמפר את תנאי המשכון. הדיון בט"ז אינו מתמקד בעניין השקר אלא בשאלה אם בכך שהשתמש במשכון שלא מדעת בעלים עבר על איזה איסור של גניבת דעת, ולכן הט"ז מסיים שאיסור גניבת דעת נמנע כאשר אין כאן גזילה: "משא"כ בהך דהכא אפילו אם יכול לעשות טצדקי ולעכבו כולו לעצמו אין בזה איסור כיון שכבר תחת ידו הוא בהיתר כשמסרו לו בשביל הלוואתו." הבנתנו בט"ז מוכחת גם ממה שציין לדבריו בהלכות צדקה[30], שם הסביר שאין גניבת דעת בדרך "שב ואל תעשה" בעכו"ם. במקרה שם מדובר במי ש"מעביר על דעת בעלים" בכספי צדקה שנידב גוי עבור עניי ישראל, שעל פי ההלכה אין לקבלם, אבל אין שם ביטוי של שקר או מרמה.[31] לכן אין להביא ראייה מדברי הט"ז הללו שמותר לשקר ולגנוב דעתו של אדם כדי למנוע הפסד, כי אין הט"ז עוסק בגניבת דעת מסוג זה אלא במעביר על דעת בעלים בעכו"ם[32] ואין ללמוד משם.[33]

אולם אנו רואים בתורה עצמה שגם סוג זה של הפרת תנאי או מעביר על דעת בעלים נחשב כגניבת דעת. לבן הארמי משיג את מחנה יעקב בהר הגלעד וטוען "ותגנב את לבבי ותנהג את בנותי כשבויות חרב. למה נחבאת לברוח ותגנוב אותי

---

29. בדרך כלל נחשב מי שמעביר על דעת בעלים כגזלן ולא כגונב דעת. ראה בבא מציעה ע"ח א: "רבי מאיר היא, דאמר: כל המעביר על דעת של בעל הבית נקרא גזלן."

30. בשו"ע מודפס ציון לסי' רצ"ב, אבל כנראה טעות סופר הוא וכוונתו לסי' רנ"ד.

31. מקור דברי הט"ז ברש"י בבא בתרא י"א ד"ה לא סיימוה קמיה "ולא אפשר ליה לחלקן לענייי עכו"ם דאסור לגנוב דעת הבריות ואפילו דעת עכו"ם", וכן תוס' שם ח. ד"ה יתיב כתבו "לא היה אפשר לחלקם לענייי לעכו"ם דאסור גנוב דעת הבריות ואפילו דעתו של עכו"ם". ראה לעומתם יד רמה סי' קל"ב שהסביר שהאיסור אינו משום גניבת דעת, אלא גניבת ממון אם עובר על דעת בעה"ב, וגם זה אינו בעייה כאן משום שכשקיבלו מתנה ליהודים ושינו ליתנה לענייי גויים, הגויים שתרמו יודעים שאנו רגילים לתת צדקה לגויים, ועוד שהרי למעשה ניתן צדקה ליהודים כי "רויחא להו מילתא לענייי ישראל במעות דידן דלא צריכינן למיתב מינייהו מידי לענייי גויים, ושקלי להו ענייי ישראל לכולהו ואשתכח דמתהני להו לענייי ישראל." ברור בדברי היד רמה שכל עיקר הבעיה של גניבת דעת שהיה יכול להיות הוא דוקא בזמן קבלת הצדקה כשדעתו כבר אז הייתה לא לקבלו לענייי ישראל באמת אלא להעביר אותו לענייי גוים, אבל אחרי קבלת המתנה, אם אין גזל כשמעביר על דעת בעלים, אין גם שאלה של גניבת דעת.

32. כמו שהט"ז עצמו מתאר דבריו בסי' ק"כ "מה שכתבתי עוד בענין גניבת דעת **עכו"ם**.", ומשמע שרק בגוי שייך אבחנה בין שב ואל תעשה שהוא כעין הפקעת הלוואה ומעשה גזילה, ומכל מקום הנושא הוא רק מעביר על דעת בעלים כי הט"ז אינו מסביר איך היה גניבת דעת בשעת קבלת מתנה מהגוי.

33. מצד אחד במעביר על דעת בעלים השקר הוא פחות בעייתי כיוון שבזמן שהתנה ייתכן שלא שיקר אלא אחר כך עבר על הבטחתו ואין בכך מרמה ולכן אין ללמוד מכך למי שמשקר ומרמה לכתחילה. הדבר דומה להבחנה שבין שבועת שקר ושבועת ביטוי (ראה שבועות מ"ו ב) וההבחנה בין מחוסר אמנה לבין אחד בפה ואחד בלב (ראה בבא מציעא מ"ט א). אולם מצד שני מי שמעביר על דעת בעלים כבר קיבל טובת הנאה מהבעלים ויש יחסי אמון ביניהם וסמיכות דעת ולכן הדרישה לכנות ביניהם מוצדקת יותר מאשר תובע ונתבע שאין ביניהם יחסים קודמים.

[רש"י גנבת את דעתי] ולא הגדת לי."[34] אין זאת אומרת שאנחנו מתייחסים לטענות של אותו רשע אלא שהתורה בעצמה העידה "ויגנוב יעקב את לב לבן הארמי על בלי הגיד לו כי בורח הוא".[35] יעקב משיב שהיה מותר לו לעשות דינא לנפשיה אפילו על ידי גניבת דעת כיון שהיה לו חשש מבוסס שלבן יעשה עוול נגדו כמו שכתוב: "ויען יעקב ויאמר ללבן כי יראתי כי אמרתי פן תגזל את בנותיך מעמי."[36]

מכל מקום ניתן ללמוד מכאן שגם מי שמעביר על תנאי ואפילו שתיקה במקום שעליו לבקש רשות ולהודיע נחשב כגניבת דעת. אף שלא מצינו שלבן התנה במפורש עם יעקב שלא לצאת בלי להודיעו, יכול להיות שהתנה כן או שמעצם יחסיהם כחתן וחותן וכשותפים בעסק הייתה הבנה שלא יעזוב בלי להודיעו, כפי שרואים במשה רבינו עם חותנו[37].

לעומת היחס בין לבן לבין יעקב של שותפים או של חתן וחותן או היחס שעליו דיבר הט"ז בין מלוה ולוה, בתביעת מסים אין יחס המבוסס על סמיכות דעת בעבר או בהווה אלא יחס של תובע ונתבע כשהנתבע לא דורש שום סמיכות דעת של התובע. אולם עדיין ייתכן שהמשקר לרשויות המס דומה למקרה של הט"ז במעביר על דעת בעלים, כיוון שהציבור שותפים במסים וכשאדם נהנה ממה ששילמו אחרים על סמך שגם הוא ישלם את חלקו באמונה, הדבר דומה למי שמעביר על דעת בעלים אם הוא משקר לציבור. לפי זה אכן יש ללמוד להקל מדברי הט"ז כשאין גניבה ואינו מוציא דבר עכשיו.

סיכום

מי שמשתמש בגניבת דעת כדי לדחות מעליו תביעה, אפילו שהיא מוצדקת אך גם הטענה שלו יש בה צדק, אפשר שאין הדבר נחשב כגניבת דעת, כיוון שגניבת דעת שייכת דווקא כש"מוציא דבר שקר מפיו כדי להטעותו לקבל ממנו החזקת טובה או מוותר ממון בשביל שקר זה" ולא כאשר כל כוונתו היא לטעון טענות ולדחות את מי שבא אליו בטענות. בדיני טענות מותר לנסות לדחות תביעה של השני באמצעות כל טענה אפילו שהיא טענת ספק. כל זה נכון כאשר אין יחסי אמון בין הצדדים, כיוון שאז נחשב מי שמשקר לדחות אותם כמי שהעביר על דעת בעלים ומועל באמון שהשני נתן בו.

---

34. בראשית ל"א:כ"ה-כ"ו. וכן מתרגום אונקלוס שתרגם "וכסיאת" משמע שעצם ההסתרה של מידע שחשוב לאדם אחר חשוב כגניבת דעת.
35. שם ל"א:כ.
36. שם ל"א:ל"א.
37. ראה שמות ד: י"ח ורש"י שם.

ג. מהם הקריטיריונים להתיר שקר חוץ לבית דין כדי להשיג צדק?

כאשר אנו רוצים לדון באיזה מצב ניתן לשקר כדי להשיג צדק, אנו צריכים להניח שקיים עוול שצריך למנוע או לתקן. אולם סוג העוול עשוי להשפיע מאוד על שאלתנו. האם העוול נעשה כבר? האם העוול נעשה בכוונה? ואם העוול הוא רק עשוי לקרות, האם ברור שייעשה עוול או רק קיים חשש לכך? גם בעוול עצמו סביר לחלק בין נזק ממש לבין הפסד כספי או מניעת רווח. כמו כן אופן השימוש בשקר משמעותי לענין שאלה זו, האם הוא יזום על ידי מעשה או דיבור של המשקר, או האם הוא רק ב"שב ואל תעשה" כמו שתיקה? נעבור על מצבים שונים אחד לאחד ונברר מתי יש הקלה באיסור שקר ומרמה כשהמטרה היא להשיג את הצדק.

א. גניבת דעת למנוע עוול נגדו

בדיני מסים ישנם כמה מקורות ברורים שמוכיחים שמותר לשקר ולגנוב את דעת הבריות כדי להציל את עצמו מ"הפסד", כלומר גבייה של מסים שלא כדין. במסכת נדרים נאמר במשנה[38] "נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין, שהיא [כלומר, תבואה שהמוכס רוצה לגבות ממנו יכול לשקר ולהצהיר עליו שהיא של] תרומה – אף על פי שאינו תרומה, [או לשקר ולהצהיר] שהן של בית המלך—אף על פי שאינן של בית המלך" [באופן שעל ידי כך לא יקח המוכס את התבואה ממנו]. הגמרא מסביר שהמוכס בא לגבות שלא כדין—או שבכלל אין לו סמכות מהמלך, או שהוא בא לגבות מעבר לשיעור המכס שקבע המלך. מכאן רואים שמותר לשקר, אפילו תוך שימוש בנדר שמפרש בלבו נגד מה שהוציא בשפתיו, כדי להציל את עצמו מהפסד הבא מתוך עוול הנעשה נגדו.[39]

כמו כן, נאמר בגמרא:

> "ואמר רבא שרי ליה לצורבא מרבנן [תלמיד חכם] למימר [לגובי מס גולגולת] עבדא דנורא אנא [עובד אש אני], לא יהיבנא אכרגא [ולכן אני פטור מהמס כמו כוהני עכו"ם שהיו פטורים ממס הכרגא]. מאי טעמא? לאברוחי אריא מיניה קאמר [הוא מתכוין רק להציל עצמו מהפסד]."[40]

לפי חלק ממפרשי הסוגיה, הצורבא מרבנן פטור על פי דין תורה ממס גולגולת אפילו בדיעבד כשאין המלך מכיר בפטור הנ"ל, ולכן המס נחשב כגזל. הגמרא מחדש שאף שהוא גונב דעתו של גובה המס ומזדהה כעובד לאש (עבדא דנורא), מותר לשקר בכך כדי להציל את עצמו מן הגזל.[41]

---

38. נדרים כ"ח א
39. אף שאינו משקר ממש אלא נודר על תנאי, עדיין יש בזה גניבת דעת.
40. נדרים ס"ב ב.
41. ראה הערה 8. לפי דרך הר"ן לסוגיא שגם מי שאינו תלמיד חכם שפטור מן הדין יכול לומר "עבדא דנורא אנא", הטעם שמותר להתחמק מתשלום המס הוא היתר הפקעת הלוואה של הגוי, ראה

המהרשד"ם,[42] על בסיס סוגיה זו, התיר ליצור מיצג שוא משפטי כדי להציל את עצמו מן ההפסד. בנדון שלו גירש בעל את אשתו "רישמית" לפי חוקי המדינה אף שלא היה בכוונתו לגרשה מבחינת הלכתית אלא שרצה למנוע על ידי כך את הירושה מבני האשה לפי דיניהם שהיו בניגוד לדין תורה ולכתובת אשתו. התובעים דרשו ממנו לגרש את אשתו ולתת לה את כתובתה. המהרשד"ם כותב: "דהיכא דעביד דבר שאינו ראוי לעשות [כלומר גניבת דעת] ועושה אותו כדי להנצל מהפסד ממון, שיש בידו לעשותו." הוא הביא ראיה נוספת מסוגית הגמרא בבבא קמא שמתירה הברחת מכס על ידי לבישת כלאים[43] שגם ממנה רואים שמותר לעשות מיצג שוא כדי למנוע הפסד כשההפסד בא מתוך עוול הנעשה נגדו.

סיכום

אסור לעשות תחבולות וגניבת דעת כדי להוציא ממישהו ממון בבית דין אף אם השני באמת חייב לו ממון.

מחוץ לבית דין יש מקום להתיר גניבת דעת כדי שאדם אחר לא ידע את טענותיו וינצל אותן נגדו, וכן מותר אפילו לעשות נדר ולפרש בלבו באופן אחר כדי שלא יצטרך לפרוע שלא כדין לרשויות.

מותר גם לדעת חלק מהפוסקים לגבות חוב בדרך ערמה כשאין לו דרך אחרת להשיג תשלום מהלווה.

ב. שקר לתקן עוול הנעשה נגדו שלא בכוונה

לעיל ראינו שמותר להשתמש במרמה להציל את עצמו מהפסד נגד מי שבא להפסידו בעוול. כעת יש לחקור האם טעם ההיתר הוא כמו שמביא הגמרא על הפסוק "אם נבר תתבר אם עקש תתפל", שנגד רמאי כמו לבן הארמי מותר אפילו ליעקב שמדתו אמת להערים כדי להגן על זכויותיו.[44] לפי טעם זה דוקא נגד מי שבא בזדון נגדו וגוזלו מותר להתגונן על ידי מרמה. לעומת זאת אפשר לומר שההיתר להציל את עצמו מהפסד על ידי שקר הוא רק כעין "עביד אינש דינא לנפשיה", שמותר לחטוף או לגנוב כדי להשיג את מה שמגיעו על פי הדין אם אין ברירה אחרת ואפילו נגד מי שאינו מתכוין לעשות שום עוול נגדו.

פרק הפקעת הלוואה עמוד 222. לדעתו החידוש בענין גניבת דעת יותר גדול, שאפילו כדי להפקיע הלוואה מותר לגנוב את דעת הבריות, אף כשלא היה עוול מצד גובי המס. ראה משפטי הלוי חלק א פרק ז: "הצהרת שקר לפטור ממיסים."

42. שו"ת מהרשד"ם אה"ע סי' קנ"ה.

43. בבא קמא קי"ג א.

44. מגילה י"ג ב: "אמר לה [יעקב לרחל]: מינסבא לי? אמרה ליה: אין. מיהו, אבא רמאה הוא, ולא יכלת ליה. - אמר לה: אחיו אנא ברמאות. - אמרה ליה: ומי שרי לצדיקי לסגויי ברמיותא? - אמר לה: אין, 'עם נבר תתבר ועם עקש תתפל' (שמואל ב' כ"ב)."

בשו"ת מהר"א ששון[45] נידון מקרה של הלוואה שעברה עליה שנת השביעית, ויש ספיקא דדינא אם נוהג בזמנינו דין שמיטת כספים. התובע תבע את הלווה בערכאות, שכמובן אינם מכירים בשמיטת כספים, במקום לתבוע אותו בבי"ד, שאז הלווה היה נפטר בטענת קים לי ששביעית משמטת בזמן הזה. הלווה שאל אם יכול לישבע בשקר בערכאות—או שפרע חובו או באופן סתמי לומר שאינו חייב לו כלום. דעת מהר"א ששון שאין להישבע לשקר שפרע את החוב גם אם יש לו טענת "קים לי"[46] שיכול להיפטר על ידה, אולם מותר לו לישבע סתם שאינו חייב כלל אף שיש ספיקא דדינא, משום שמסתמא על דעת ה"קים לי" נשבע.

מצד אחד אולי ניתן להוכיח מכאן שאי אפשר לשקר כדי לדחות תביעת ספק, כמו שלא התיר מהר"א ששון לישבע בפירוש לשקר, למרות שהתובע דומה לאיש אלם כיון שתובעו בערכאות של גויים שלא כדין. אולם יתכן שרק בגלל חומר שבועה פסק מהר"א ששון להחמיר, אך אולי היה מתיר טענת שקר או הצהרת שקר כדי להחזיק ממון נגד תביעה שיש עליה ספיקא דדינא. מצד שני, אולי ניתן להוכיח שמותר לשקר או להטעות כדי להחזיק ממון נגד תביעה שיש עליה ספיקא דדינא, כמו שהתיר מהר"א ששון לטעון ולישבע בערכאות באופן כללי שאינו חייב כלום, אף שברור שאכן לווה ולא פרע אלא שהערכאות אינם מתייחסים לטענת השמיטה שלו שבין כך הוא ספיקא דדינא. אך האמת היא שאין כאן גניבת דעת של התובע בכלל, שהרי התובע יודע שהנתבע אינו מכחיש את קיום ההלוואה אלא מתחמק על בסיס טענת קים לי ונשבע באופן סתמי כדי ששופטי הערכאות לא יבינו, ולכן אי אפשר להוכיח מזה שמותר להטעות במצב שיש בו באמת גניבת דעתו של התובע, כגון שהטענה שנשבע עליה אכן מטעה את התובע לוותר על תביעתו.

בשו"ת הראנ"ח[47] נשאל שאלה מסוג זה, במי שלוה ברבית מיהודי קראי שמת והשאיר אחריו יורשים שתבעו ללוה לשלם את יתרת ההלואה ובקשו שישבע על סכום היתרה. הלווה רצה לנכות מהיתרה של הקרן את כל הריבית שהוא כבר שילם למלוה בעודו חי. טענתו היתה שהריבית ששילם היה גזל והמלוה היה חייב להחזיר מדין תורה, ולכן שאל אם מותר לו לקזז את הריבית ששילם כבר נגד יתרת הקרן, ולישבע ליורשי המלוה שסכום היתרה הוא סכום הנטו שהוא חייב להם אחרי הקיזוז, כמובן בלי להודיע ליורשים על כך. הראנ"ח פסק שהריבית ששילם הלווה היה גזל שהמלוה הנפטר היה חייב לשלם בחזרה ללווה. אמנם הוא פסק שהיורשים אינם חייבים בעצמם להחזיר ריבית שגבה אביהם, ולכן אסור לקזז את חובת אביהם נגד מה שהוא חייב להם. מכל מקום מתוך דבריו רואים שאם היה מותר

45. שו"ת תורת אמת סי' מ"ז.
46. כלומר טענה שאחד הפוסקים פוטר מתשלום במקרה זה, והוא סובר כאותו פוסק ולכן נפטר מלשלם כשיש מחלוקת שהרי מספק לא מוציאים ממון.
47. סי' קי"ג.

לקזז, היה רשאי לעשות את זה בינו לבין עצמו ולהישבע ליורשי המלוה שאינו חייב להם מעבר לסכום שהוא חישב אחרי הקיזוז.

לכאורה אף שלא היה בכך איסור גזל כלפי היתומים והשבועה אינה בגדר שבועת שקר, עדיין היתה כאן בעיה של גניבת דעת, משום שהיתומים היו סומכים על הצהרתו ושבועתו על יתרת הקרן של החוב, ולא מעלים בדעתם שבשבועת הלווה הוא מקזז את הריבית ששולמה כבר לאביהם. אילו היו יודעים, סביר להניח שלא היו מקבלים את שבועתו על יתרת הקרן אלא היו תובעים פירעון של כל סכום יתרת הקרן, ויוצא שהוא דוחה את תביעתם על ידי שקר ומרמה.[48]

השאלה דומה ונוגעת לענינינו מכמה בחינות: (א) המשקר רוצה להחזיק כסף בידו ולא להוציא, (ב) השקר הוא מחוץ לבית דין, (ג) התובעים באים בצדק ובתום לב ולא עשו שום עוול נגד המשקר—גם אביהם שקבע וגבה הריבית לא ממש עשה עוול נגד הלווה שכנראה הסכים לזה מרצונו החופשי,[49] (ד) אין כאן גזל על ידי המשקר. מכאן ניתן אולי להסיק שגניבת דעת בתנאים אלו אכן מותר.[50]

בספר שו"ת אמרי איש[51] נשאל אודות מי שקנה במכולת וכשהגיע לביתו ראה בחשבונית חיוב על דבר שלא קנה, האם יוכל לקחת דבר מן המכולת על חשבון מה שנלקח ממנו בטעות בלי לידע את בעל המכולת או שאסור לנהוג כן? אחרי שהוכיח שמותר ללוקח לעשות דינא לנפשיה, אף שכנראה לא היה שום עוול מכיוון מבעל המכולת, הוא הסיק שגם דרך גניבה וסתר מותר לעשות דינא לנפשיה. הוא מביא ראיה מדברי הבן איש חי בספרו שו"ת רב פעלים[52] שהתיר לעשות דינא לנפשיה דרך

---

48. ואמנם רש"י בבא קמא קי"ג ב ד"ה הפקעת הלוואתו לפי חלק מהגירסאות התיר להערים על יתומים שאינו חייב להם כסף אף שיש בכך גניבת דעת, ושם אף חייב ליתומים כסף אלא שמדובר בגויים ולכן הוי הפקעת הלוואה בדרך של מרמה ואין להביא ראיה מדבריו לכאן.

49. וכן רואים משו"ת יביע אומר חלק ו חו"מ סי' א' ושו"ת רב פעלים חלק ג חו"מ סי' ה' שמותר לנגזל להחזיק בסתר את ממון הגזלן שהגיע לידו בהיתר בלי להודיע לגזלן שהוא תופס נגד גזילו. אבל בשני התשובות מדובר בתיקון עוון גזל שנעשה נגד המשקר וגם הגזלן איש אלם שאי אפשר להוציא ממנו בגלוי אלא בסתר. כעין זה רואים מדברי הרב דוד בן יצחק בקובץ בית הלל- כרך י"ט עמוד ל"ד, שלדעתו איש אלם יכול לכלול גם מי שיהיה לתובע הפסד אם יתבענו בדין.

50. ניתן לפקפק על ראייתנו א) משום שקשה להסיק מסקנות הלכתיות מתוך דיוק דברי הראנ"ח, ב) הראנ"ח היה מוכן להתיר ללווה להישבע רק באופן שהוא אמת אבל בצורה מטעה קצת, אבל אין ללמוד מזה שלולא חומר שבועה היה מתיר גם שקר וגנבת דעת ממש, כמו למשל להצהיר למלווה שיתרת הקרן הוא כך וכך או שכך וכך מהקרן שולם כבר.

51. שו"ת אמרי איש (ר' אברהם ישעיהו דדש) שאלה ל"ו: "אדם קנה במכולת, וכשהגיע לביתו ראה בחשבונית חיוב על דבר שלא קנה, האם יכול לקחת במכולת על חשבון מה שנלקח ממנו בטעות בלי ליידע את בעל המכולת, או שחייב לומר לו". למסקנה התיר שם לגנוב ממון בסתר לעשות דין לנפשיה במקום הפסד אף שלא היה שם שום עוול מכוון מהצד השני אלא נעשה טעות והקונה חושש שלא יאמינו לו אם יתבע אותו בגלוי.

52. שו"ת רב פעלים חו"מ חלק ג סי' ה. ראה גם שו"ת יביע אומר חלק ו חו"מ ס' א. משני התשובות לומדים שמותר לנגזל להחזיק בסתר ממון הגזלן שהגיע לידו בהיתר בלי להודיע לגזלן שהוא תופס נגד גזילו. אך בשניהם מדובר בתיקון עון גזל שנעשה נגד המשקר וגם הגזלן איש אלם

גניבה והתנה זאת בשלשה תנאים שאחד מהם הוא שמדובר באיש אלם שאי אפשר לתובעו בדין.[53] בעל אמרי איש מרחיב את המושג של "איש אלם" לכלול גם את מי שלא יאמינו לתביעתו, והתובע לא יוכל להוכיח לו או לבית דין שהוא חייב לו.[54]

לפי זה יוצא שסיבת ההיתר לקחת בסתר מהשני אינה בגלל העוול שהוא עשה ומטעם "עם עקש תתפל", אלא בגלל שמן הסתם יקשה להוציא ממנו כסף בדין, ולפי זה גם מי שלא עשה שום עוול אלא הוא איש קשה או שיש בירוקרטיה רבה להוציא ממנו ממון יהיה מותר לתפוס ממנו ממון בסתר. אמנם לא מדובר בשום ביטוי של שקר או גניבת דעת ממש, אבל רואים מכאן שהיתר השימוש במרמה לא מותנה ברשעותו של השני.

בשו"ת בצל החכמה[55] דן במי שהוכרח בגלל הסדר נושים שנעשה בערכאות להתפשר ולמחול על חלק מחובו מחוסר ברירה. הלווה שפשט רגל המשיך לקנות אצל המלווה סחורה, והמלווה רוצה לעכב בערמה חלק לא ניכר מכל משלוח כנגד יתרת חובו, ושאל האם רשאי לעשות כן? אחרי משא ומתן מסיק בעל "בצל החכמה" להקל בתנאי שיסדר את הדברים כהוויתם לפני רב מורה צדק. הוא שולל את תוקף ההסדר שנעשה בערכאות ורואה בו מחילה באונס וגזל של המלווה. משום כך הוא חוזר לגדרי "עביד איניש דינא לנפשיה במקום פסידא" –תפיסת ממון כנגד ממון ודין איש אלם שאי אפשר לתובעו בדין כדי להתיר במקרה הנ"ל, ואם כך דבריו הם כעין דברי ה"רב פעלים" הנ"ל. אפשר להניח שמעבר לגניבה עצמה או איסור משקלות ומידות היה שייך גם גניבת דעת ומרמה כלפי הלווה הנ"ל שסבור שקיבל את כל הסחורה, ומן הסתם גם כתב לו כן בחשבונית שלו, ולמרות זאת התיר לנהוג כך כדי להציל את עצמו מן ההפסד הקדום.

מסקנה

נראה מדברי מספר פוסקים שגם אם נעשה נגדו עוול שלא בכוונה, אם אין דרך לגיטימית להשיב לעצמו את מה שהפסיד מותר גם לנקוט בדרכים שיש בהם משום גניבת דעת ומרמה כדי להשלים לעצמו את מה שהפסיד שלא כדין.

ג. גניבת דעת להגן על עצמו כשרק חושש שעלול לגוזלו

עד עכשיו עסקנו במקרים שבהם מי שכבר הפסיד מנסה להשיב לעצמו באמצעות רמאות וגניבת דעת את הפסדו. אולם האם לכתחילה רשאי אדם לנקוט תחבולות ומרמה כאשר הוא חושש שהרשויות עלולות לגזול ממנו שלא כדין? השאלה נוגעת

ממש שאי אפשר להוציא ממנו בגלוי אלא בסתר.

53. שאר התנאים הם שהדבר מבורר לו, כלומר שאין לו ספק בכך, וגם שלא יקח חפץ כנגד מעות אלא מעות על מעות או חפץ על חפץ, ונראה שגם תנאים אלו מתקיימים בנידון דידן.

54. אולי הדבר גם מדויק בדברי ה"בן איש חי" שם שכתב "או שיש סיבה אחרת שאי אפשר לו לעשות דין לעצמו בגלוי".

55. שו"ת בצל חכמה ח"ג סי' קכ"ד (ועי"ש תשובה נוספת בנידון ח"ו סי' ס"ו).

גם למי שרוצה לחמוק מרשויות המס בגלל שחושב שפטור על פי דין אך לא יוכל להוכיח שהוא פטור ועלול לשלם על כך מעבר למה שחייב בדין.

בדיני הברחת מכס כותב הסמ"ע[56] שמותר להצהיר בשקר לגובה מס במקום שיש חשש שאם יצהיר בכנות יגבה ממנו יותר ממה שחייב לפי הדין. אף שאין לו רשות להעלים את המס שחייב בו מן הדין, מותר להציל את עצמו מן ההפסד שבגביית מס מעבר למה שחייב. ברור שאחרי שכבר תבע הגבאי ממנו יותר ממה שחייב, הדין "עביד אינש דינא לנפשיה" מתיר להציל עצמו מחמסנותא דמלכותא כמו מכל גזלן אחר.[57] אם כך, כנראה מדובר שמשקר לגבאי עוד לפני שתבע ממנו יותר מדי, רק שחושש שיעשה כן או שמוחזק בכך. במקרה זה אין כאן היתר של עביד אינש דינא לנפשיה כיון שעדיין לא גזלו ואף לא מנסה לגזלו, ומטעם זה גם אין כאן גדר של "עם עקש תתפל" כיון שעדיין לא בא עליו בערמה.[58]

מכאן יוצא חידוש בעניין גניבת דעת כדי להציל עצמו מן ההפסד, שמותר לגנוב דעתו של מי שתובע אותו אם יש לו בסיס לחשוש שיתבע ממנו מעבר למה שחייב לו מן הדין. הט"ז הוסיף על דברי הסמ"ע שאם בלתי אפשרי להתאים את ההצהרה באופן שיצא הגבייה כפי הדין, מותר לשקר ולהעלים את כל המס ויבליע לו את המס אחרי כן באופן שגובה המס לא יכיר בכך. ברור שהט"ז אינו מתייחס לכלל המס כגזל בגלל החלק שגובה מעבר לקצבתו, שהרי חייב אותו להבליע את המס במקום אחר, ומכל מקום מתיר לגנוב את דעת המוכס להציל עצמו מגביית-יתר.

---

56. חו"מ סי' שס"ט.
57. ראה מה שהארכנו בזה בפרק גדר מוכס שאין לו קצבה עמוד 76.
58. נראה שלא מדובר כאן דוקא במוכס שבא לעושקו בכוונה אלא במוכס שגובה מעבר לקצבת החוק מסיבה אחרת כמו הבנה שגויה בחוק. ראה שו"ת מבי"ט חלק א סי' רס"א שכותב: "ואם הוא [גובה יותר מקצבת החוק] לאיזו סיבה שיראה לו למוכס שבהיתר הוא מוסיף [ואינו מכוון לעשקו], אינו מותר להבריח ממנו כי אם עד כדי מה שהוסיף בין באותה סחורה [ומותר לו להעלים כנגד מה שהמוכס גובה יותר מקצבתו] בין בסחורות אחרות או במקומות אחרות כיון שכיס אחד לו בכל הסחורות ובכל המקומות והכל הולך למקום אחד. ואם אין לו הוראת היתר הוא [אלא מכוון לעשקו] מותר להבריח ממנו בכל מה שיוכל, דאע"ג דמי שגזל את חבירו אינו מותר הוא לגזלו אלא [עביד אינש דינא לנפשיה ו]מקהה את שיניו ואומר תשיב לי מה שגזלת ואם אינו יכול אינו מותר לגזול ממנו כי אם עד כדי מה שגזל הוא ממנו ולא יותר היינו ליקח מממונו אבל הכא שהמכס עצמו אין בו חיוב אלא מצד דינא דמלכותא דינא כיון שזה מוסיף מדעתו בסחורה אחת הרי הוא נחשב לגזלן ונסתלק ממנו דינא דדינא דמלכותא דינא... ולכן מותר להבריח ממנו המכס בכל מה שיוכל שהרי הוא מציל את עצמו ואינו ממון של מוכס עדיין שלא הגיע לידו וגם אינו ממון גמור."ראה גם קצוה"ח סי' שס"ט שכתב מדעתו סברא דומה. מכאן רואים שההיתר של הסמ"ע הוא במקרה שהמוכס אינו מכוון לעושקו, שאם מכוון לעשקו היה מותר, לפחות לדעת המבי"ט, להבריח את כל המס ולא רק החלק שגובה מעבר לחוק. ראה גם שו"ת שואל ומשיב מהדורא חמישאה סי' פ"ה ד"ה והנה בשנת תרי"ג שכתב שמוכס ה"נקצב מאת המלך שידין כפי ערך חמישה למאה מהרווח רק שאינו מאמינו לאותו שמעריך עצמו אם באמת העריך, על כן הוא מטיל עליו יותר", אינו נחשב כמוכס גזלן.

יש מקור מפורש שמתיר לנתבע לשקר לכתחילה לבעל דינו מחוץ לבית דין כדי למנוע הפסד. המגיד משנה כתב ש"חוץ לבית דין יכול הוא לטעון מה שירצה."[59] גם הטור כותב ש"כל מה שטוען חוץ לבית דין יכול לחזור ולטעון אפילו לסתור טענתו הראשונה" ואינו מוחזק כפרן אף על פי ששקר. נימוקו הוא "לפי שאין אדם מגלה טענותיו אלא בבית דין כדי שלא ידע בעל דינו מה שירצה לטעון ויחשוב להשיב שקרים על טענותיו."[60] מלשון הטור רואים שהסיבה להתיר את השקר הוא להגן בפני בעל דינו שעשוי לשקר ולהפסיד אותו שלא כדין, אף על פי שעדיין לא גזלו ואפילו לא תבעו שלא כדין.

גם מטענת "משטה אני בך" המוזכר בגמרא ניתן ללמוד היתר לשקר כדי להגן נגד תביעה לא מוצדקת:[61]

> תניא נמי הכי: מנה לי בידך, אמר לו: הן. למחר אמר לו: תנהו לי! - אמר לו: משטה אני בך - פטור. ולא עוד אלא, אפילו הכמין [כלומר, החביא] לו עדים אחורי גדר, ואמר לו מנה לי בידך, אמר לו: הן. - רצונך שתודה בפני פלוני ופלוני? - אמר לו: מתיירא אני שמא תכפיני לדין. למחר אמר לו: תניהו לי! אמר לו: משטה אני בך - פטור.

מהברייתא רואים שאף שהנתבע מודה עכשיו ששיקר בהודעתו הקודמת כדי לדחות את התובע מעליו, עדיין נאמן לכפור בתביעה נגדו. אם הדבר היה אסור לכתחילה, למה היינו נותנים בו אימון עכשיו אחרי שכבר הוכיח שהוא מוכן לשקר באיסור? מפירוש רש"י עולה שהסיבה שמותר לו לדחות את התובע על ידי שקר וגניבת דעת היא שהתובע יתבע אותו בלי צדק, ולכן מותר לו להגן על עצמו באמצעות דברים סתמיים.[62]

ד. גניבת דעת להגן על עצמו כשחושש שיפסיד שלא כדין

יש מגדולי האחרונים שנראה מדבריו שמותר אף לשקר מחוץ לבית דין ולא רק לגנוב דעת כדי להציל את שלו מיד אחרים.

בעל ה"תומים" התיר לשקר ולכפור בתביעה מחוץ לבית דין כדי להציל את שלו.[63] למשל:

> אם יש לו טענת מלוה ישינה על חבירו [התובע אותו] ואין לו עדים, דפשיטא דיכול לעשות כן [לבקש צדדים להשמט] להציל שלו וקמי שמיא גליא. אך זהו לדינא, אך מכל מקום לכתחילה יש ליזהר אפילו במקום פסידא שלא להוציא

---

59. על רמב"ם הלכות וטען ונטען פרק ו הלכה ב.
60. טור חו"מ סי' פ סעיף ג. ראה לשון השו"ע שם שמשמיט את ההסיבה לטענת השקר של הנתבע.
61. סנהדרין כ"ט א.
62. לשון רש"י שם: משטה אני בך - שוחק הייתי בך בשביל **שהיית שואלני מה שלא היה**.
63. אורים ותומים חו"מ סי' י"ב.

> שקר מפיו כלל, וקושטא קאי... אבל מדינא אם יודע [ש]הנכון אתו מותר לו לעשות להציל שלו.[64]

ממבט ראשון נראה שמדובר במקרה שהנבתע חושש שהתובע יכפור במלוה הישנה שהוא רוצה לקזזה נגד תביעת התובע, ולכן על מנת למנוע עוול של התובע כלפיו יכול להישמט ולשקר כדי להשיג צדק. אף שבעל התומים מדבר על השתמטות המלווה שנתבע ולא הזכיר במפורש שמשקר, נראה מלשונו שכוונתו דומה למה שכתב הטור לגבי טענות שקר מחוץ לבית דין שראינו לעיל.

אולם מהסוגיה בגמרא של "מלוה ישנה" נראה שלא מדובר דוקא בחשש שהלווה יכפור בקיום המלוה הישנה אלא שהמלווה חושש שהלווה שכח בתום לב את קיום ההלוואה ולכן יכפור את התביעה נגדו כדי לקזז את ההלוואה הישנה בלי שטר או עדים. כך עולה מלשון רש"י בדין שנים שאוחזים בטלית ושניהם טוענים כולה שלי:

> חיישינן שמא מלוה ישנה יש לו עליו על זה [השני שאוחז בטלית יחד אתו] ומכיר בו ששכחה ויכפור בו [ולכן]הולך ותוקף בטליתו ונשבע שיש לו בה דמי חציה וטלית זו שלו, דהא [אמת הוא טוען שלו הוא כיון ד]אפילו גלימא דעל כתפיה משתעבד.[65]

לפי רש"י, הטענה של "מלוה ישנה" הוא כשמכיר בלווה ששכח מההלוואה, כלומר שלא הייתה כוונה לעשוק אותו. אם נכון שהתומים התכוון למקרה דומה של מלווה ישנה יוצא חידוש, שבעל התומים מתיר לשקר חוץ מבית דין להציל את שלו גם כשהתובע אינו עושה שום עוול נגדו בכוונה—כלומר, שזה אינו מקרה של "אם עקש תתפל."

סיכום

ראינו שמותר לשקר ולגנוב דעת הבריות כדי להגן על עצמו מנזק והפסד הנעשה נגדו במזיד או לתקן עוול שכבר נעשה נגדו. ראינו גם שהדין לא משתנה גם אם העוול לא נעשה בזדון. יתר על כן, למדנו שמותר לשקר למנוע הפסד שחושש שעלול לספוג מתביעה שלא כדין. אפילו נגד תביעה כדין מותר להתגונן על ידי שקר אם יש חשש שהצדק לא ייעשה. אבל מה יהיה הדין במקום שאינו מגין על עצמו נגד איזה עוול או אי-צדק אלא שרוצה להחזיק בשלו נגד איזה תביעה כשניתן להתווכח על צדקת התביעה?[66] האם מותר במצב כזה גם לטעון ולהצהיר שקרים מחוץ לבית דין כדי לדחות תובע ולגרום לו שיעזוב את התביעה כנגדו?

---

64. שם באורים אות ח.
65. בבא מציעא ו' א' רש"י ד"ה אביי אמר.
66. ראה תוספות בבא מציעא שם ד"ה ממון שמבחין בין מצב שיש לו ספק בעצם טענתו ומחליט בשל כך לתפוס מהשני ובכוונתו להחזיר אם לא יתברר אצלו צדקת טענתו, שזה אינו חשוד על השבועה, לבין מצב שתופס ואינו מתכוון להחזיר אלא אם בטוח שאין לו טענה (כלומר יחזיק

ה. גניבת דעת להגן על טענה משפטית מסופקת.

כדי לענות על שאלות אלו, יש להבהיר קודם מהו הגדר של טענת "קים לי".[67] כאשר יש ספק בפרשנות הדין ובעל דין רוצה לטעון שהוא צודק לפי פרשנות מסוימת, האם הוא רשאי להעלות טענות ספק כאילו הן ודאיות, כלומר טענת "ברי" ולא טענת "שמא", אף שאינו יודע אם הן צודקות, ועל סמך זה יכול לעשות דין לעצמו? האם "עביד איניש דינא לנפשיה" שייך רק כשיודע שהוא צודק בדינו או גם כאשר יש ספיקא דדינא בדבר ורוצה להיות "מוחזק" כדי להכריע לטובתו בדין. כמו שראינו לעיל, הדין שאדם עושה לעצמו יכול להיות תפיסה בכח או ברמאות או דרך דחייה והטעייה. במסים למשל, יכול הנישום להעלים פרטים בדו"ח לרשויות המס כשחושש שגילוי המידע עלול להביא ערעור של הרשויות שלא כדין על העמדה המשפטית שנקט בדו"ח שלו.

המרדכי[68] הביא ממהר"ם מרוטנבורג שהכלל "עביד איניש דינא לנפשיה" מוגבל לחפץ שהוא מבורר וידוע שהוא שלו ואין כל ספק בכך. המהרי"ק מבחין שזה:

> לא מיקרי עביד דינא לנפשיה אלא היכא שעושה מעשה כעין דיין לגבות ממון בשביל ממון אחר או להכות את חבירו או להפסידו עד שישלם הממון בכי

לעולם בנכס של השני בשל טענת ספק), שאז הוא חשוד גם על השבועה. מכאן רואים שלדעת תוספות בספק שאינו עומד להתברר אסור לתפוס כדי להיות מוחזק, אך אנו דנים במצב שהוא כבר מוחזק ומנסה בגלל טענת ספק שלו לדחות את תביעת השני ולהישאר מוחזק.

67. המושג "קים לי", שפירושו שאני תופס עמדה כדעה הלכתית מסוימת, מופיע במהרי"ק שורש צ"ד על פי דברי רבינו ברוך מבמבורג המובאים בהגהות אשר"י כתובות פרק נערה שנתפתתה, והתפתח על ידי הפוסקים כתורה שלמה של פסיקה במקום ספיקא דדינא. דיני תפיסה על ידי אחד מבעלי הדין והשפעתו על מי "מוחזק" בנויים על דיני קים לי. ראה כללי דיני תפיסה של הנתיבות (מודפס בשו"ע אחר חו"מ סי' כ"ה), תקפו כהן של בעל הש"ך, קונטרס הספקות. וראה קונטרס כללי תפיסה של הרב יהודה סילמן, מודפס בסוף ספר דרכי חושן חלק ג.

68. מרדכי בבא קמא פרק שלישי רמז ל:

קיי"ל כרב נחמן דעביד איניש דינא לנפשיה. פסק רבינו מאיר דהני מילי **בחפץ המבורר שהוא שלו** ומחזיק בו ומסרב להחזיר לו אבל בשאר מילי שאין ידוע אם זה שלו אם לא, לית ליה רשות אפילו הוה ליה פסידא לפי דברו, דאם כן לא שבקת חיי לכל בריה דכל אחד יאמר לחבירו ודאי דידי מגזל קגזלת לי ויכה אותו ויחטוף אותו ויאמר עבידנא דינא לנפשאי. דודאי רב נחמן לא פליג אמתני' דפ' המקבל "המלוה את חבירו אינו רשאי למשכנו" ועוד והא קרא כתיב "בחוץ תעמוד והאיש אשר אתה נושה בו יוציא אליך את העבוט" וכן מצאתי בספר יראים [מצווה רעג] דר"נ אמר למילתיה בגזלן שדבר שלו בעין ורוצים לגזול [אותו] ממנו [אם] הוציאה גזלן ולא נזקף דמי גזלתו במלוה וקרא דלא תבא אל ביתו לעבוט במלוה [או בנזקף] למלוה. וראיה מפ"ק דברכות [דאמר] "בתר גנבא גנוב וטעמא טעים." והקשה ה"ר קלונימוס הלא מן הדין לקח, דקיי"ל עביד איניש דינא לנפשיה. וי"ל דהיינו דוקא אותו דבר עצמו שנלקח לו לאדם מותר לו ליקחנה בכל מקום שיכול להשיגו דומיא דמילתיה דבן בג בג דאמר שלו הוא נוטל אבל הכא לקח זמורות אחרים שלא גנב לו הארוס ומכאן הביא ראיה רבינו מאיר לדבריו דהא הכא ידע רב הונא בודאי שגנב לו דחלילה לו לרב הונא לעכב מספק וכן משמע הלשון מי קא שביק לי מינייהו והא קא גנב כוליה פי' הוא גונב יותר מכדי חלקו.

האי גוונא שייך למימר דינא לנפשיה אבל בכי האי גוונא לא מקרי אלא תופס בכולי תלמודא.

לדעתו כאשר רק תופס ואין נזק או הפסד נלווה, למשל כשמעכב את מה שכבר ברשותו אשר עליו נסוב הדיון, חלים כללים אחרים ואין צורך שיהיה מבורר וידוע שהחפץ הוא שלו.

לכאורה, כאשר יש ספק בצדקת הטענה, אינו יכול לעשות "דינא לנפשיה" כיוון שאינו מבורר וידוע. מכל מקום אם הדרך שעושה דין לעצמו הוא בגדר "תופס",[69] אין צורך שתהיה טענתו מבוררת וידועה אלא שיטעון טענת "ברי", כלומר ברור לי, ומועילה התפיסה לפחות בדיעבד. בענייננו, האם שקר וגניבת דעת כדי לחזק את עיכוב הממון בידו ולהתחמק מתביעה עליו נחשב בגדר "תופס" או בגדר "עביד איניש דינא לנפשיה"?

על פי הגדרת מהרי"ק, מעשה נחשב בגדר "עביד איניש" אם יש בו כעין מעשה דיין שגובה ממון כנגד חוב ממון אחר או משתמש בכח המשפטי שלו כדי לגרום נזק והפסד לנידון. לעומת זאת כאשר אדם משתמט על ידי גניבת דעת ושקר, אינו עושה כעין מעשה בית דין ואינו גורם הפסד נוסף לצד השני על ידי כך, ולכן המקרה שלנו דומה יותר ל"תופס".

עדיין צריכים אנו לברר האם טענה משפטית מסופקת נחשבת כטענת "ברי" אשר בה קיים דין "תופס" או לא? באותה תשובה של מהרי"ק, הוא מחדש שיש דין "קים לי" בטענות:

ולא מבעיא [שתפיסה מהני] בטענת ברי ממש אלא [אפילו] בטענת ד"קים לן", דלא ברי ליה, מכל מקום כיון דמצי למימר קים ליה הכי, אפילו הכי מהני תפיסה כמ"ש המרדכי [בשם הגהות אשר"י] וז"ל ואמר הר"ר שמואל בן רבינו ברוך דאם יתפוס החתן [נדוניה מן האירוסין], המוציא מחבירו עליו הראייה שיאמר קים ליה כרש"י [שזכאי לתפוס, ודלא כדעת ר"ת] וכו'. והרי לך דאפילו במילי דלא מצי למטען ברי לי כי הכא דמי יוכל לטעון ברי לי שהדין הוא כרש"י ולא כר"ת דמי יכניס ראשו בין ההרים הגדולים והלא אנו סהדי דליכא איניש בדור הזה שיוכל להכריע ביניהם ... אלא ודאי צריך לומר דסבירא ליה להר"ר שמואל דכיון דבא מחמת טענה דמצי אומר סברא דידי כרש"י, מכל מקום מהני תפיסה דהא לא דמי לתפסו כהן [ספק בכור דמוציאין מידו], דהתם אין לו אמתלא ושום טענה שיוכל להסמך עליה, אבל היכא דאית ליה

69. מהרי"ק לא התייחס במפורש למצב של "תופס" ממון אחר אלא אימץ את ההבחנה של רבינו קלונימוס ב"עביד איניש" בין אותו חפץ או ממון לבין ממון אחר. מכל מקום כשהתביעה היא על ממון ולא על חפץ, קשה להגדיר כל תפיסה של ממון כנגד תביעת ממון כ"ממון אחר", ובודאי כשהנתבע מעכב ממון אצלו לא חשוב "ממון אחר".

> טענה כל דהוא, אפילו תהיה רעועה כי ההיא דקים ליה כרש"י כדפירשתי, מכל מקום מהני עם התפיסה.

מהרי"ק מחדש שכאשר קיים "פלוגתא דרבוותא", כלומר מחלוקת הפוסקים שלא הוכרעה, התופס שמתבסס על אחת מהדעות נחשב כתופס בטענת ברי ומועילה תפיסתו. כללי תפיסה וכללי קים לי שונים התפתחו לאורך הדורות ובעל ה"נתיבות" סיכם ב"כללי דיני תפיסה" שלו את הדין בנידון שלנו:

> בפלוגתא דרבוותא, דהיינו במחלוקת הפוסקים שהיו אחר חתימת הש"ס, מהני תפיסה אפילו אחר שנולד הספק, אפילו בטוען שמא, אפילו יש לו תביעה על חפץ ותופס חפץ אחר מהני התפיסה, ומכל שכן כשתופס[70] חפץ עבור חוב. ויכול לטעון קים לי כהך פוסקים אפילו במיעוט הפוסקים כנגד רוב, רק שצריך לראות מה עוצם כוחם בחכמה ובמנין אם אין בטלים נגד האחרים. אבל ביחיד נגד רבים אינו יכול לומר קים לי...[71]

מדברי פוסקים אלו יוצא שאם בעל דין נתבע נוקט עמדה שמבוססת על צד אחד בספיקא דדינא שלא הוכרע, והנתבע מעכב ממון ודוחה את התובע על ידי שקר או גניבת דעת מחוץ לבית דין, מועילה תפיסתו. הספק בדין אינו בהכרח מחלוקת בין פוסקי ההלכה אלא כמו שכתב מהרי"ק שכל טענה רעועה שאפשר לטעון אותה כטענת ודאי דומה לדין קים לי ועדיין נחשבת כטענת ברי.[72] לעומת זאת, כאשר הנתבע נוקט עמדה בספק בדבר שבמציאות, אין זה נחשב לטענת ברי, וכפי שכתב מהרי"ק בעניין "תקפו כהן" שמוציאין מיד התוקף כי אין כאן אלא "טענת ספק" ובזה תפיסה לא מהני.[73]

עם זאת, נשאר לנו לברר האם בכל מקום שדין "תפיסה מהני" מותר גם לכתחילה לתפוס? לכאורה, במקום פלוגתא דרבוותא, שני הצדדים יכולים לטעון קים לי כדעה מסוימת ולתפוס מהשני, מצב שבעצם דומה לדין "כל דאלים גבר", וכבר כתב הרא"ש בדין כל דאלים גבר "דלא מיסתבר שיתקנו חכמים שיהיו כל ימיהם במריבה ומחלוקת היום יגבר זה ומחר חבירו."[74]

---

70. נראה דכוונת הנתיבות למעכב חפץ עבור חוב, דבמקרה זה רשאי אף בטענת קים לי לעכב, אבל כבר הביא מהרי"ק בשם היראים מצווה רע"ג דלתפוס ממש חפץ עבור חוב הוא בגדר "לא תבוא אל ביתו לעבוט עבוטו".
71. כללי דיני תפיסה סעיף כ, ליד סי' כ"ה בשו"ע חושן משפט.
72. אין הבדל בין פלוגתא דרבוותא לבין ספק פרשנות בחוק אזרחי כיוון שמדובר בדיני טענות וראיות ולא בגדרי פסיקה כמו שיוצא מדברי מהרי"ק בקשר לספק מוכר שור לחרישה או לשחיטה, וכן מוכח מקונטרס הספיקות כלל ה סע' א-ב, בקשר לדברי הש"ך בתקפו כהן סי' ע"ט, צ', שמסביר את הסברות שתפיסה מהני בפלוגתא דרבוותא בניגוד לדין תיקו.
73. ראה תירוצו הראשון של תוס' כתובות כ: ד"ה ואוקי, עליו ביסס מהרי"ק את חידושו.
74. רא"ש מסכת בבא בתרא פרק ג, סי' כ"ב.

בעל שבות יעקב בכללי קים לי שלו[75] דן בשאלה האם מותר לכתחילה לתפוס במקום שיש ספיקא דדינא. הוא מדייק שם מלשון הגמרא "אי תפס לא מפקינן מיניה" וגם על פי סברא שרק בדיעבד מועילה תפיסה במקום ספק אבל לכתחילה אסור לתפוס ורק במקרה שברור לכל וגם שהתופס הוא תלמיד חכם רשאי לתפוס לכתחילה, אך לא במקום ספיקא דדינא. אמנם בעל שבות יעקב התייחס רק לתפיסה מרשות אחרים, אבל כשהדבר הגיע ליד התופס בהיתר, אפילו דרך הלוואה, מותר לו להמשיך להחזיק ולעכב גם בטענה שנתונה בספיקא דדינא. אך מכל מקום לא ברור מדבריו האם רשאי לעכב חפץ ברשותו על ידי דחיות שקר וגניבת דעת.

המהרש"ל חולק על מהרי"ק באופן עקרוני ואוסר תפיסה לכתחילה אפילו שלא במקום ספק, אך מתיר על ידי עיכוב בשב ואל תעשה כשברור שהדין אתו:[76]

> אבל לכתחילה לא יכול לתפוס שום דבר מחבירו, אם לא בחפץ המבורר [וידוע לכל]. ומכל מקום נראה דוקא **שתופס** משלו אבל היכא שיש בידו משכון או פקדון **יכול לעכבו אפילו לכתחלה כדי להציל ממון שלו בכל טצדקי דבעי** מאחר שברור לו שהוא חייב לו ולא יכול לברר עליו בעדים. וזה לא נקרא עביד דינא לנפשיה, שהרי לא תפס, אלא שמעכב את שלו בשב ואל תעשה.

הש"ך בספרו תקפו כהן, המוקדש כולו לסוגייה זו, חולק על מהרש"ל ומתיר תפיסה לכתחילה במקום "פלוגתא דרבוותא", כלומר ספיקא דדינא.[77]

ניתן להבין את ההגיון בדין תפיסה בפלוגתא דרבוותא מההבחנות שהש"ך מבחין בין ספק במחלוקת שנפסק בש"ס כ"תיקו" לבין ספק שהוא מחלוקת בין הפוסקים אחר חתימת הש"ס (פלוגתא דרבוותא).[78] א) תיקו הוא ספק שאי אפשר לעמוד על אמיתתו כי הוגדר כספק, אך בפלוגתא דרבוותא הדין עצמו אינו מוגדר כספק וכל אחד מהצדדים במחלוקת נחשב כטוען טענת ברי ומי שמסתמך על דעה אחת במחלוקת אינו שונה ממי שמסתמך על עדות אחר בתביעתו, שטענתו ברי אף שהוא אינו יודע ממש. ב) אם בדיעבד יכריע הדיין בתיקו הדין חוזר, אך בפלוגתא דרבוותא כל מה שהדיין יכריע על פי סברתו וראיותיו יש להכרעתו תוקף. כמו כן גם כאשר עביד אינש דינא לנפשיה נחשב הוא ממש כדיין שמכריע את הדין בפלוגתא דרבוותא ולכן התפיסה שתופס על סמך זה יש לה תוקף בהלכה.

ניתן ללמוד מזה שכאשר עמדתו של אדם בעניין אינה תביעה המבוססת על טענה משפטית שנתונה בספק, הוא יכול לטעון אותה ולהסתמך על פרשנות המחלוקת כאילו היא טענת ודאי וברי, וכל שכן אם יש תקדימים משפטיים או מאמרים משפטנים שתומכים בעמדתו. לפי הש"ך תהיה לאדם הזה גם זכות תפיסה על פי

---

75. שו"ת שבות יעקב, מודפס בסוף חלק ב'.
76. ים של שלמה מסכת בבא קמא פרק ג סי' ה.
77. תקפו כהן סי' קט"ו, ועי' דרכי חושן כללי תפיסה (סוף חלק ג) עמוד פ"ה.
78. קונטרס הספיקות כלל ה סע' א-ב, על פי תקפו כהן סי' ע"ט, צ'.

עמדתו, שלפי מה שכתבנו כולל גם זכות לדחות תביעה על ידי שקרים. גם על פי האבחנה השניה לעיל, כאשר יש זכות על פי דין לקיים "עביד אינש דינא לנפשיה", יכול גם להכריע לעצמו בבירור ספק משפטי ולפעול לפי הכרעתו אלא אם כן מדובר בעמדה שדומה ל "טועה בדבר משנה", שכל בית משפט לא היה מקבל עמדה זו.[79]

לרוב, ה"תפיסה" למעשה בענייני מסים תהיה העלמה או הצהרת שקר כדי לעכב את הממון אצלו ולהימנע מערעור על עמדתו מצד השלטון, כיוון שנישום חייב להצהיר לא רק על חבות המס שלו אלא גם על העובדות והפרטים שעליהם הצהיר. אם ברור שפרשנות של אותם עובדות על ידי רשות המס יגרום להגדלת חבות המס, הוא יצטרך להעלים או לשקר לגבי אותם עובדות כדי לתפוס את שלו. האם ניתן להתיר גניבת דעת על בסיס טענת "קים לי" או שההיתר לתפוס בפלוגתא דרבוותא אינו מתיר שום איסור, וכמו שהבחין מהרי"ק בין מעשה דיין לתופס בעלמא? מצד אחד ראינו שאפילו המהרש"ל שמחמיר בדיני תפיסה בפלוגתא דרבוותא סובר שיכול להשתמש "בכל טצדקי" לעכב ממון שמגיע לו, ולכאורה מותר גם לגנוב דעת לדחות תביעות על ממון זה. מצד שני, גם המהרי"ק שמקל בדיני תפיסה רצה לחלק בין מעשה דיין לבין תפיסה ואינו מוכן להתיר איסורים כמו נטילת משכון מבית הלווה כדי שישיב לעצמו את כספו, ואפשר גם שגניבת דעת אינה מותרת לדעתו.[80]

נדמה לנו שתביעת מס שונה מכל תביעה אחרת משני טעמים: א) הציבור נחשב כמוחזק מטעם "מוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מונח"[81] או מטעם "קדרי דבי שותפי לא חמימי ולא קרירי" וכפי שביארנו לעיל, ולכן נחשב המעכב כספו נגד תביעתם כמי שתופס או עושה דין לעצמו. ב) דחיית התביעה על ידי שקר וגניבת דעת חמור יותר מדחייה של תביעה שלא כדין של אדם זר כיוון שהציבור נחשבים כשותפים במסים ויש להם זיקה וזכות לדרוש מעין שבועת השותפים אפילו בטענת שמא, ולכן גניבת דעתם של הציבור אינו נחשב כסתם דחייה והכחשת תביעה של ברי וברי, או שמא ושמא, אלא כמעשה של תפיסה בידיים על בסיס טענת ברי כשלא קיים היתר של עביד איניש דינא לנפשיה או טענת שמא ושמא שאסור לתפוס מהשני בטענה זו. אין השקר כאן בפרטים הצדדיים בדומה לדין גניבת דעת בפרט מסוים כשאין מרמה במגמה הכללית כיוון שאין לומר כאן שלא היה לרשויות קפידא בזה אם היו ידועות להם כל העובדות לאמיתתם.

---

79. לכאורה, לפי הטעם הראשון שהבאנו, הסתמכות על חוות דעת משפטית מסוימת נדרשת כדי לתפוס בטענת ברי במקום ספק משפטי, משום שאז הדבר דומה למי שהסתמך על עדות חיצונית. אולם לפי הטעם השני, אין צורך בחוות דעת משפטית אבל העמדה חייבת להיות עמדה שבית משפט לא היה דוחה בוודאות, שאז נחשב הדבר כהכרעה בשאלה של "דבר משנה".
80. בתקפו כהן סי' קט"ו משמע שהסיבה שתפיסה מותר לכתחילה הוא משום שאין כל איסור במעשה התפיסה דשלו הוא תופס, אך אם היה איסור מצד אחר כמו שקר וגניבת דעת אפשר שהיה אוסר בזה. אם לא נאמר כך, יצא שבכל תביעה משפטית כשקיים בסיס דומה של "קים לי" לשני הצדדים, יוכלו לשקר ולרמות כדי לזכות בדינם בלי גבול, ודבר זה לא מתקבל על הדעת.
81. יבמות מ"ו א, בבא מציעא ע"ג ב.

סיכום

קיים מושג של "עביד איניש דינא לנפשיה" שמאפשר למי שרוצה להשיג את שלו לעשות דין לעצמו ולהוציא מהשני במקום שעלול להפסיד אם ילך לבית דין. אולם דבר זה שייך רק כשברור לו שהוא צודק בדינו, ולא במקום ספק.

לעומת זאת קיים גם גדר של תפיסה, שמחזיק דבר בחזקתו, ולדעת חלק מהפוסקים הוא מועיל גם כאשר קיימת טענה שאינה מבוררת בבית הדין. אולם יש מחלוקת האם אפשר לכתחילה לתפוס בטענת ספק, וכן יש שמחלקים בין טענת קים לי כאחד הפוסקים שהיא כעין טענת ברי לבין מי שטען טענה של ספק במציאות, שאז אינו רשאי לתפוס על סמך טענתו.

דעת הש"ך להתיר לכתחילה תפיסה כאשר קיימת מחלוקת בעניין ואפשר שגם תפיסה בטענה משפטית שיש בה ספק דומה לתפיסה כעין זו. אולם לא ברור אם הפוסקים המקילים יקלו גם לגנוב דעת התובע כדי להשתמט מתביעה במקום שיש לו טענת ספק ולא ודאי, ומסתבר שבמקרים של מסים חמורה יותר גניבת דעת משום שנחשב כמי שגונב דעתו של שותפיו, כי הציבור כולו שותף במסים.

ו. גניבת דעת להרוויח כשאין בכך גנבה

ראינו לעיל מהמשנה בנדרים "נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין" ומהגמרא בנדרים "עבדא דנורא אנא", שיש מקרים שמותר לשקר לגובה המס כדי להבריח ממנו. הבאנו גם דרך אחד בהבנת מקורות אלו, שמדובר בתביעת מס שלא כדין ולכן מותר להגן על ממונו על ידי שקר. אולם הגמרא בבבא קמא מסביר דרך אחרת בהבנת המשנה של "נודרין", שמדובר שם במוכס גוי שמותר להבריח ממנו את המס משום שהפקעת הלוואתו של הגוי מותרת, כפי שמתברר בהמשך הגמרא שם.[82] גם לחלק ממפרשי הגמרא בעניין "עבדא דנורא אנא" מדובר שם בהברחת מכס מגוי מדין הפקעת הלוואתו. לפי הבנות אלו רואים שמותר לנתבע לגנוב את דעתו[83] של מי שתובע אותו כדי להשתמט מתביעתו אם אין איסור בעצם ההשתמטות מהתביעה,

---

82. בבא קמא קי"ג א. גם בדין "לא ילבש אדם כלאים... " מדובר בסוג של גניבת דעת בקשר לזהותו כגוי או הגדרתן של הבגדים כסחורה. יש מחלוקת ראשונים אם פירוש זה של רב אשי מתייחס לקושיית הגמרא מהמשניות בכלאים ובנדרים או רק לקושיית הגמרא על המשנה בבבא קמא ש"אין פורטין לא מתיבת המוכסין... " ראה שו"ע וטור יו"ד רל"ב וסי' ש"א ונושאי כלים (לומדים מהסוגיא שרב אשי מתייחס רק לדין מוכס כגזלן בבבא קמא).

83. גם לפי פירוש הבבלי בנדרים (כ"ח ב) שהנודר למוכס אינו דוקא מצהיר בשקר "שהן של בית המלך" אלא נודר ואומר "יאסרו פירות העולם עלי אם אינן של בית המלך" ומכוון בלבו שיאסרו רק ליום אחד ולא לעולם, עדיין יש בזה משום גניבת דעת שמרמה את המוכס בכוונה לחשוב שהוא מקבל על עצמו נדר חמור לחזק את אמינות טענתו שהפירות פטורין ממכס. גם מטבע הדברים נראה שעוד לפני שנדר למוכס טען והצהיר במפורש שהפירות פטורין ממכס בגלל שהן של בית המלך.

כמו למשל בתביעה של גוי שאין איסור בעצם הפקעת חובו, למרות שאין בתביעת הגוי שום עוול נגדו.[84]

כמו כן, אנו רואים בהמשך הסוגיא של הפקעת הלוואה שם, בגירסה שכנראה צונזרה ברוב הגמרות שלנו,[85] שרש"י לא הסתפק לפרש הפקעת הלוואה כמניעת פרעון פאסיבי של חוב ששכח ממנו הגוי ולא תבעו. במקום זה העדיף רש"י לפרש "כגון היכא דטען ליה ליורש [של המלווה הגוי] נתתי לאביך ומת, דלא ידע נכרי בהדיא דמשקר", כלומר הגוי אינו יודע שהישראל מכזב לו ומכחיש וכופר בחובו. לדעת רש"י, מותר אפילו לשקר כדי להשתמט מפירעון הלוואה לגוי, אף שיש בכך גניבת דעת כלפי יורשי המלווה, שמרמה את הגוי בכוונה לטעות ולחשוב שאין לו שום תביעה נגדו.

לכאורה קשה איך התיר רש"י גניבת דעת של הגוי,[86] הלא הלכה פסוקה היא שגניבת דעת הגוי אסור?[87] והרי כאן על ידי גניבת דעתו מרוויח הישראלי את מה שמפסיד הגוי. גם על הגמרא אפשר להקשות כך, איך פסקו ר' ישמעאל, ואפילו ר' עקיבא במקום שאין חילול השם, שגוי שתובע ישראל בבית דין "באין עליו בעקיפין", כלומר בערמה, כדי לפטור את הישראל אף על פי שהישראל חייב גם בדיניהם וגם בדינינו? הלא יש בזה גניבת דעת של הגוי התובע, שהנתבע ובית הדין מתחברים יחד כדי להטעות את הגוי לחשוב שאין לו תביעה מן הדין נגד הישראל?

משום כך אנו צריכים לבחון מחדש את ההגדרה של "גניבת דעת" האסורה. לצורך הענין נדמיין לעצמנו שלקוח נכנס לחנות לקנות כמה מוצרים קטנים וניגש לקופה לשלם והוציא מכיסו שטר של מאתיים שקלים לשלם על הסך של חמשה-עשר שקלים. הקופאית שואלת את הלקוח אם יש לו כסף קטן. הלקוח יודע שיש לו מטבעות קטנות לשלם את הסך הנדרש אך הוא רוצה לשמור אותם לצרכים אחרים, ולכן עונה "לא", כלומר שאין לו שטר קטן. האמירה היא שקר מוחלט, וסביר להניח שהקופאית מאמינה לו ולכן מחוסר ברירה מקבלת את השטר ופורטת לו. הלקוח התכוון להטעות את הקופאית ולכן מתבקשת השאלה האם יש בזה איסור של גניבת דעת? הרי הלקוח לא התכוון להוציא דבר מן הקופאית שלא בצדק, אלא התכוון לדחות את בקשתה לעזור לה באמצעות תשלום בכסף קטן. הלקוח היה יכול להגיד בכנות "יש לי כסף קטן אבל אני רוצה לשמור אותו לצרכים אחרים."

---

84. ראה תוס' (בבא קמא קי"ד א' ד"ה ולא אמרן) שאף על פי שהפקעת הלוואה של הגוי מותרת החוב עדיין קיים והגוי שגובה חובו אינו עושה שום עוול, וכך הוכיחו מדבריהם בשו"ת יעבץ ח"א סי' ע"ו, ובשו"ת חוט המשולש סי' ט"ו ובדברי יחזקאל סי' נ"א.
85. הביאו הבית יוסף בכסף משנה ריש פרק א מהלכות גזילה,
86. בשו"ת חוט המשולש חלק א סי' ט"ו העלה את בעיית "מדבר שקר תרחק" בדברי רש"י, והסיק שהאיסור אין לו תוקף מחוץ לבי"ד, אך הוא מתעלם מעניין גניבת דעתו של הגוי ע"י שקר אף על פי שהפקעת הלוואתו אינו נחשב הצלה מהפסד.
87. שו"ע חו"מ סי' רכ"ח סעיף ו על פי חולין צ"ד א: "דאמר שמואל: אסור לגנוב דעת הבריות, ואפילו דעתו של עובד כוכבים."

הסיבה שלא אמר כך היתה למנוע לחץ מעליו ואי-נעימות בסירוב להכנע ללחץ. קופאית, אף שהיא חייבת לקבל שטר גדול כתשלום, אין בתביעתה שום עוול נגד הלקוח, ואין שום עוול מצד הלקוח בדחיית הדרישה שלה.

נראה שהסיבה שלא יהיה בכך איסור של גניבת דעת היא שהלקוח משתמש בשקר לדחות בצדק תביעה עליו ואין כוונתו, כהגדרת רבינו יונה באיסור גניבת דעת: ל"מנוע טוב מבעליו להעביר הטובה אליו. . . [או ל]יתן עינו בטובה העתידה לבוא לידי חבירו וצודה אותה לקחתו אליו בשקר מליו, או [ל]סבב בשקריו עד אשר חבירו יתן לו מתת."[88]

ד. גניבת דעת בפרט מסוים כשאין מרמה במגמה הכללית

האם יהיה מותר לגנוב דעת או לשקר על פרט מסויים כשמגמתו אינה לרמות את חברו אלא להתגבר על חוסר אימון כלפיו או כדי לתקן רושם מוטעה שיש לחברו עליו? למשל, בתשובת משפטי הלוי[89] נשאל על ראובן שקנה קומקום שהתקלקל בתוך תקופת האחריות, אך הוא כבר איבד את תעודת האחריות. ראובן ביקש להציג למוכר תעודת אחריות של חברו שמעון שקנה מוצר זהה לאחרונה. בעל משפטי הלוי התיר לו לנהוג כך. לכאורה היה במעשהו גניבת דעתו של המוכר כשהציג תעודה שבעצם אינה שייכת לו ולמוצר שהוא מבקש מהמוכר לתקן! אולם אפשר לשער שאם המוכר היה יודע את כל האמת—לא רק שתעודת האחריות אינה של ראובן אלא גם שראובן אכן קנה את אותו מוצר ממנו ועדיין לא הסתיים תקופת האחריות אלא שאיבד את תעודתו—המוכר לא היה מקפיד על שרות התיקון שהוא נותן לראובן. לכן אין בכך גניבת דעת האסורה.

אפשר להציע כלל על פי ההגיון הזה להבדיל בין גניבת דעת שמותרת לשאינה מותרת: אם זה שגנבו את דעתו לא היה מקפיד אם היה יודע לאמיתו את כל העובדות, ולא רק את הפרט שרימהו עליו, מותר לגנוב את דעתו. ואם עדיין היה מקפיד, אסור לגנוב את דעתו. ולכן גם במסים על פי כלל זה מותר לגנוב את דעתם של רשויות המס על פרט אחד, למשל על טיבה של הוצאה אחת, אם אפשר לשער שלא היה להם קפידא בזה אם היו ידועות להם כל העובדות לאמיתתם, כלומר שהיו יודעים שאכן היה לנישום הוצאה בסכום כזה.[90]

---

88. שערי תשובה שער שלישי סי' ק"פ [חלק השלישי של כת שקרים]. יצויין שרבינו יונה עובר, כדרכו לרדת מחומרא לקולא, לחלק הרביעי של השקרים שהם שקרים בלי שום תועלת ובלי שום הפסד לזולתו. הוא דילג לגמרי על השקרים שאנו מדברים עליהם, שיש תועלת למשקר ואולי גם מניעת טוב מהזולת אבל בלי לצוד אותו על ידי שקר וניסיון להפיק רצון טוב (ראה חלק השביעי שם) מהזולת כלפיו.

89. סי' ב.

90. אמנם ייתכן רשויות המס מקפידים על עצם אמירת השקר גם כשאין מרוויח הנישום מכך כיוון שרוצים דיווח מדויק וכן מכל אזרח, ואולי אין זה נחשב כקפידא ממש שאוסר התנהלות כזו.

ניתן להביא מקור נוסף להוכיח שמותר לגנוב את דעתו של האדם כאשר אין לו כוונה דווקא לרמות אלא לתקן רושם שעשוי לעשות אם לא יגנוב את דעתו של השני. מצאנו[91] שאליעזר עבד אברהם נתן לרבקה את הצמידים עוד בטרם שאל אותה מי היא. אולם כאשר הוא הגיע לספר ללבן ובתואל על השתלשלות העניין הוא אמר שמקודם הוא שאל אותה מי היא ורק אז נתן לה את הצמידים. הסיבה לכך על פי רש"י זה משום שחשב שלא יבינו את מדרגת הביטחון שלו שהיה מוכן לשים את הצמידים עוד לפני שידע מי היא. ה"חתם סופר"[92] לומד מכאן שכאשר רוצה לשקר מפני שלא יבינו את מדרגת הביטחון שלו מותר לו לעשות זאת ואין בכך משום גניבת דעת.

ה. הצהרות שקר בכתב ושבועה בכתב

בעידן המודרני, גם במדינת ישראל וגם במדינות המערב כמו ארצות הברית, המסים נגבים על ידי "הודעה", כלשון השולחן ערוך[93]. כוונתנו לטופס עם כל מיני שאלות על הכנסות, הוצאות או הון של המדווח וטפסים נספחים המבקשים פירוט של אלו. בדרך כלל, רואה חשבון שמועסק מטעם פורע המס מכין לו את הדו"ח מתוך נתונים כמו פרטי עסקאות ויתרת חשבונות שפורע המס מעביר אליו. האזרח חותם על הצהרה בסוף הטופס שמאמתת את כל הפרטים הרשומים בהם ועל פי זה נקבע שיעור חובת המס שעליו לשלם. לדוגמה, נוסח ההצהרה של טופס "דין וחשבון על הכנסות בארץ ובחו"ל בשנת המס" הוא כדלקמן: "הריני מצהיר/ה בזה כי בשנת המס לא היו לי ולבן/בת זוגי הכנסות נוספות על אלו הכלולות בדין וחשבון זה, וכן כי הפרטים שבדין וחשבון זה ונספחיו נכונים ומלאים" יש לבחון שאלה עקרונית: מהי המשמעות ההלכתית של חתימה על הצהרה כזו? כלומר, גם במקרים שאין חשש גניבה או גניבת דעת כפי שתארנו לעיל, האם מותר לחתום על הצהרה כזו כשהפרטים אינם נכונים באמת באופן מוחלט?

א. שבועת השותפים ותביעת שמא

כמבוא לדיון, חשוב לציין את הזיקה לשבועה בהקשר של מסים. מעיקר הדין, יכולים רשויות המס להשביע את האזרחים בחומר שבועה על פרטי הכנסותיהם

---

91. בראשית כ"ד עיי"ש באורך

92. חתם סופר, חיי שרה ד"ה ושני צמידים תולה עניין זה במחלוקת רש"י ורמב"ן האם אליעזר באמת נתן את הצמידים עוד בטרם דיבר עם רבקה או לא עיי"ש. ראה גם דברי האור החיים, בראשית כ"ד-מ"ז שלדבריו אליעזר פעל כך לא בגלל שחשש שלא יבינו את דרגת הביטחון אלא בגלל החשש שלבן ובתואל עלולים לומר שמתן התכשיטים היה שכר לרבקה על עבודתה ולדרוש את התכשיטים לעצמם. לפי זה אליעזר שיקר כדי להציל את ממון אברהם מערמתם של לבן ובתואל וכדי שיובן שהתכשיטים הם סבלונות של קידושין ולא שכר.

93. חו"מ סי' קס"ג.

ונכסיהם כדין שותפים שיכולים להשביע אחד את השני על תביעת ספק, כלומר טענת "שמא" אתם חייבים לנו כסף. כך מביא הרמ"א[94] בשם הרשב"א:

> אם היו רגילין תחלה לתת על פי הערכה [כלומר שומה], יכולין לשנות ולתקן על פי השבועה [כלומר הודעה עם שבועה], דהוו כשותפין זה עם זה שיכולין להשביע אחד את חבירו בשבועת השותפין.[95] ואם כולן נותנין על פי השבועה, ואחד אומר: איני נשבע אלא העריכו אותי בכל מה שתרצו, יש אומרים דאין שומעין לו.

חומר שבועת שקר

אף כשיש עילה הלכתית להצדיק שקר וגניבת דעת, איסור שבועת שקר עומד במקומו ואין אפשרות לעקוף אותו. לעיל ראינו[96] ש"נודרין להרגין ולחרמין ולמוכסין" כדי להבריח מהם מכס שנגבה **שלא כדין**, ומפרש בגמרא שם שמותר דווקא לנדור כאשר מפרש את ההצהרה בתנאי של "ייאסרו כל פירות העולם עלי אם..." ובלבו מתכוון לאסור רק להיום. אך להישבע ממש לשקר אינו רשאי. אפילו לדעת בית הלל שמתירים להשתמש בלשון שבועה כדי להבריח מהרגין ומוכסין, יכול להישבע רק באמצעות התנאי הנזכר אך לא ממש להישבע לשקר. אמנם בירושלמי איתא[97] שאפשר גם להישבע לשקר כאשר באים לקחת ממנו מס שלא כדין, ואפילו מובא לכך מקור מהתורה "ולא תשבעו בשמי לשקר—[אבל] נשבע את להרגין ולחרמין ולמוכסין", ופירש בקרבן העדה:" לא תשבעו כדי לשקר ליטול מחבירו שלא כדין אבל להציל את שלו מותר."

מכל מקום לדעת הבבלי אסור לעשות כן, ולכן יש מקום לדון בהצהרות בכתב כדוגמת מה שהבאנו לעיל: (א) האם יש איסור שבועה בכתב? (ב) האם נוסח ההצהרה שהבאנו נחשב כלשון שבועה?

---

94. שו"ע חו"מ סי' קס"ג סעיף ג.
95. מקור דבריו הם תשובת הרשב"א המובא בבית יוסף שם: "וכתב עוד בתשובה (ח"ג סי' שצב) שלפי מה שכתב הרמב"ם בפרק ב' מהלכות מלוה (ה"ב) שמחרימין על כל מי שיש לו ולא יתן לבעל חובו. מחרימין על המס שיפרע כל אחד כפי מה שיש לו ולפי מה שכתב (שם) שתקנו הגאונים שמשביעים אותו אם יש לו לפרוע לבעל חובו גם לענין המס משביעין לכל אחד שיפרע כפי מה שיש לו. ואם אחד אומר לקהל איני רוצה לפרוע עמכם על פי החרם כי אני מתיירא שלא אוכל לעשות החשבון כדין אבל הטילו עלי כמו שתרצו ואני אשלם, אם הקהל יש להם מנהג ידוע או שקבלו עליהם בענין אחר, אין היחיד רשאי לברור לו דרך לעצמו."
96. נדרים כ"ז ב.
97. נדרים פרק ג הלכה ד. מלשון הירושלמי משמע שמותר ממש להישבע לשקרולא רק לאסור באיסור שבועה פירות עולם ולפרש בלבו שהכוונה להיום.

ב. שבועה בכתב

בנוגע לגניבת דעת, ברור שאסור לגנוב את דעת הזולת בין אם ההצהרה[98] נמסרה בכתב או בעל פה—המרמה היא העיקר ולא המילים. אולם גם במצבים שאין בהם איסור גניבת דעת (כמבואר לעיל) עדיין יש להסתפק אם הצהרת שקר בכתב דינה כשבועת שקר. הנודע ביהודה דן בתוקף שבועה שנכתב בשטר "תנאים" וכתב:

> והנה אפילו אם היו הצדדים בעצמם כותבין בכתב ידיהם ממש שמקבלים שבועה או חרם, דבר זה הוא מפורסם בדברי הפוסקים שאין שבועה חלה אלא בדיבור פה ולא בכתב, ומקרא מלא הוא גבי שבועה כתיב לבטא בשפתים ואמרינן בגמר גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו וכל שלא בטא בשפתיו לא חלה השבועה.[99]

מכל מקום, הפוסקים ואפילו הנודע ביהודה עצמו לא הסכימו פה אחד שאין דין שבועה בחתימה בכתב.[100] החתם סופר,[101] למשל, סבר שיש דין שבועה בחתימה בלבד על מסמך בלשון "הריני נשבע וכו'" גם כשלא קרא בפה נוסח המסמך:

> אם נכתב בלשון הווה "הריני נשבע" או מקבל בחרם ומסרו מידו ליד חברו, אפילו לא קרא בפיו וגם לא נקרא לפניו ולא אמר הן ולא שום קבלת דברים, ואפילו איננו כתב ידו אלא כתב הסופר **והוא חתם או עדים חתמו בציוויו והוא מסרו ליד חברו, הרי עונש השבועה כרוך בעקבו וכן עונש החרם** ולמאי דקיי"ל דעונש ממון עונשים מן הדין א"כ גם ב"ד כופין אותו לפרוע לחבירו מה שמתחייב ע"י השבועה.

חשוב לציין שרבו החולקים עליו ואפילו בנו הכתב סופר.[102] אף על פי שמחלוקתם היא בשבועה דלהבא, נראה שבשבועה לשעבר כמו הצהרה, עדיין הם חולקים בכך ולכן יש לחשוש בהצהרה בכתב, אם הנוסח הוא בלשון שבועה, שלא לחותמו בשקר.[103]

---

98. ראה משפטי התורה, בבא קמא פרק ב סעיף ו-ז: "ממון של גוי שהגיע ליהודי מחמת הצהרה כוזבת בכתב או בעל פה נחשב ממון גזול לכל דבריו, והוא חייב להשיבו לגוי...אסור בשום אופן למסור לגוי מסמך עם רישום כוזב ע"מ לקבל ממנו כסף, זאת בנוסף לאיסור שקר שיעבור עליו המצהיר." ראה שו"ת ציץ אליעזר חלק ט"ו סי' י"ב.
99. שו"ת נודע ביהודה מהדורה קמא - יו"ד סי' ס"ח ד"ה ועתה נדבר.
100. ראה פתחי תשובה יו"ד סי' רל"ו ס"ק א.
101. שו"ת חתם סופר חלק ב (יו"ד) ס' רכ"ז.
102. ראה ישיב יצחק חלק י"א חו"מ סי' נ"ד-נ"ה.
103. ראה מאמר "בדין הצהרה בהן וצדק ושבועה בכתב" מאת הרב אברהם חפוטא, התורה והמדינה כרך י"א-י"ג, שרצה להקל בשבועה על ידי חתימה בלבד על פי שו"ת אחיעזר (חלק ג סי' ע"ט אות ה) שאפילו לסוברים שיש שבועה בכתב הוא דוקא כשכל השבועה נכתב בכתב ידו. אולם ראה דברי העורך הרב שאול ישראלי שם שחלק על ראיותיו וטען על פי סברא שחתימה על שבועה שנכתב בטופס דומה לעונה אמן לשבועה מפי אחר והוסיף: "שבמקום שהשבועה נדרשת מכח תקנה שמטרתה להישמר מפני הרמאים לעקוף הדינא דמלכותא, גם זה בכלל דינא דמלכותא".

ג. לשון הצהרה כלשון שבועה

מצד אחד א) בהצהרה אינו מזכיר את שם השם ב) חסר בו לשון שבועה ו-ג) כתיבה לא נחשבת בכלל "כי תשבע לבטא **בשפתים**."[104] אולם מצד שני, יש ראשונים שסוברים ששבועה דאורייתא יכולה להתקיים גם בלי הזכרת שם[105] וגם בלי לשון שבועה מובהק[106] והר"י מיגאש כבר הכיר באיסור של שבועת שקר גם בביטוי בכתב לבד.[107] ברור שעצם ההצהרה באה לאמת את תוכן הטופס שמגיש החותם אבל אין כאן לשון מיוחד שמעיד על כוונתו לחזק את דבריו בכח חומר שבועה ואין לשון "מצהיר" אלא תואר פעולה ומשמעות של החתימה מתחתיו.[108] גם השימוש הנפוץ בהצהרות במגזר הפרטי ומגזר הממשלתי בלי להבחין בנסיבות בהן התבקשה ההצהרה מוכיח שאנשים לא רואים ב"הצהרה" קבלת חומר שבועה.

להלכה פסקו האחרונים שהנוסח של הצהרה שהבאנו לעיל אין בו לשון שבועה או "יד" שבועה ולכן אין עליו חומר איסור שבועה.[109] יותר מזה, במדינת ישראל

ובהערה אחרת ביאר דבריו "כשם שעצם החיוב [של מכס ומסים וכיוצא בזה] וגובה התשלום נקבע על ידי דינא דמלכותא, כן הרשות בידם לקבוע כראות עיניהם את צורת הפטור מהתשלום. ואם לפי ראות עיניהם אין להיפטר אלא על ידי שבועה ולא בהצהרה בהן צדק מפני שהבריות נוהגות לזלזל בזה, הרי גם זה הופך להיות דינא דמלכותא", ולכן נדרי אונסין לא הותרו בזה ולא יעזור מה שמכוון בלבו שלא להישבע.

104. ויקרא ה:ד.

105. חידושי הרשב"א נדרים ב' א' ד"ה שבועות כשבועות: ומפרש בסמוך כנויי שבועות שבותה שקוקה, ומשמע מהכא דלשון **שבועה לבד בלא שם ובלא כנוי [שם] הוי שבועה**." ראה גם מה שכתב הר"ן שם בדומה וכן פסק השו"ע יו"ד סי' רל"ז סעיף א.

106. שו"ע שם סעיף ט-י: "ידות שבועה, כשבועה... כינוי שבועה, כשבועה. כיצד, שבותה או שבוקה שלא אוכל ככר זה, או מומי, אומי... ואלו הכנויים הם כפי זמנם לבני אדם שלא היה בקיאים בטיב לשון הקדש, והכל לפי הזמן והמקום להוסיף בכינויים אלו או לגרוע מהם. הגה: אותן שרגילין לומר בלשון הקודש: אמונה, אעשה או לא אעשה, אף על פי שהן כנדרי זרוזין מ"מ בעי התרה."

107. הר"י מיגאש בסי' קכ"ו נשאל: "**שאלה** שני אנשים היתה ביניהן שנאה ודברי ריבות ואח"כ השלימו וכתב כל אחד מהן לחבירו כתב ידו בשבועות חמורות שלא יכוין להקניטו ולא ידבר עליו סרה אם הם מחוייבים בשבועה זו שכתבו בכתב ידם או נאמר שהואיל ולא הוציאו שבועה מפיהן אינם חייבין בה. **תשובה** אם כתב בכתב ידו שבועה ונתן לו כתב ידו חייב הוא לקיים מה שנשבע ואפילו שלא הוציא שם שבועה מפיו. ואם לא קיים דינו מסור לשמים אבל אין לחייבו דבר בדיני אדם הואיל ולא הוציא שם שבועה מפיו."

108. לפעמים מוזכר בנוסח ההצהרה שהחותם מבין ומקבל על עצמו העונשים המוזכרים בחוק למי שמצהיר בחתימה בשקר. קשה לומר שכוונתו של המחוקק וכוונתו של החותם הם להצהיר בשבועה.

109. ראה רמב"ם הלכות שבועות פרק ב הלכה ד-ו: "אמר 'אלה' או 'ארור' או 'שבועה' ולא הזכיר שם [ה'] או כינוי [שם ה'] הרי זה אסור בדבר שנשבע עליו אבל אינו לוקה... ולא ה'שבועה' בלבד [נותן לביטוי חומר דין שבועה] אלא כל כנוי שבועה כשבועה... כיוון שאמר לשון שמשמעו ועניינו שבועה הרי זה חייב כמי שהוציא לשון שבועה. וכן האומר 'לאו לאו' שני פעמים דרך שבועה או 'הין הין' והזכיר שם או כינוי הרי זה כנשבע, וכן 'ימין' – שבועה, ו'שמאל' - שבועה...

ובמדינות אחרות, ההצהרות מנוסחות בכוונה דוקא לא כשבועה בגלל המניעה הדתית שיש להרבה אזרחים נגד שבועות בכלל, אפילו שהם אמת.[110] להבהרת הדברים, אף על פי שאין בהצהרות האלו חומר שבועה, יש בהם משום גניבת דעת ולכן מותר לחתום על הצהרה מטעה רק במקרים שלא שייך בהם איסור של גניבת דעת כפי שהסברנו לעיל.

אולם אף אם אין בכתיבת הצהרת שקר משום חומר איסור שבועה, אפשר ללמוד את החיוב לעמוד מאחורי הצהרתו מחובת "הין צדק" (כמבואר להלן), שאוסר לדבר אחד בפה ואחד בלב, ובמיוחד כאשר אדם אחר סומך על דבריו. מכאן נראה שמי שמצהיר על נכונות לקיים דבר צריך לעמוד בדבריו ולקיים, ואם בנוגע למה שיהיה בעתיד, חייב אדם לכוין בלבו לקיים את מה שהוא מצהיר, קל וחומר שאסור לו להצהיר דבר שקר על מה שכבר היה, כי אז בשעת ההצהרה יש בכך כבר שקר.

א. התחייבות בחתימת הצהרה לעדכן שינויים עתידיים

לפעמים הנוסח של הצהרות כולל גם לשון של התחייבות להודיע לגוף ממשלתי על שינויים שיחולו בפרטים הנמסרים. יש לדון אם בהתחייבות מסוג זה מוטלת אחריות הלכתית על החותם לדווח על שינויים אלו. למשל, מי שנוטל דמי אבטלה והרוויח קצת כסף לאחר מכן, האם חייב מיד לדווח על סכום זה למוסד לביטוח לאומי גם אם לא מדובר בסכום משמעותי?

לכאורה נראה שאסור לחתום על התחייבות כזו כשאין בכוונתו בזמן חתימתו לקיים מה שהתחייב בעת ההצהרה. את זה לומדים מפסוק "והין צדק יהיה לכם"[111]

וכן האומר 'מבטא שלא אעשה' כך וכך והזכיר שם או כינוי הרי זה שבועה." מכאן נראה שאין באמירה חומר שבועה אלא אם כן יש לשון שבועה ממש או לשון שמשמעו הוא קבלת שבועה. ראה שו"ת ישיב יצחק חו"מ סי' נ"ד-נ"ה שדן בחומר הצהרה בכתב בלשון "הן צדק", האם יש עליו דין שבועה, וכתב שאף על פי שלשונות כמו "באמת", "באמונה", "בחיי", ו"הן הן", הם נחשבים כ"ידות שבועה", "הן צדק" אינו יד שבועה . לכן נראה שמכל שכן סתם לשון "אני מצהיר" אינו נחשב כשבועה.

ראה גם מאמר "בדין הצהרה בהן צדק" שם שצידד שאין בלשון "הן צדק" יד שבועה.

מכל מקום, ניתן ללמוד מדברי כמה ראשונים בדין "לאו לאו" שגם בלי לשון שבועה מובהק יש איסור כעין שבועת שקר אם בא לחזק אמינות דבריו על ידי ביטוי מיוחד. ראה תוספות שבועות ל"ו א' ד"ה והוא ("ולאו דשבועה ממש היא אלא יש להזהר וקצת יש עונש בדבר"), ר"ן לשבועות דף ט"ז ב בדפי הרי"ף (" שמאחר שחיזק דבריו לכפלם הרי הוא כשבועה), רש"י ד"ה לאו שבועה ("הרי היא כשבועה מאחר שהחזיק דבריו"). אולם יש גורסים ברש"י "שהחזיר דבריו", כלומר העיקר הוא הכפילות שכנראה יש בזה יד שבועה אבל לא כל ביטוי לחזק דבריו יש בה איסור או עונש. ראה מהר"י קשטרו סי' רל"ז סעיף ה וכן שו"ת מהר"ש ענגיל ח"א סי' ס"ב (שאיסור שהזכיר תוספות קיים אפילו אם לא התכוין לשבועה).

110. שו"ת יביע אומר חלק א (יו"ד) סי' י"ז, ישכיל עבדי חלק ד בקונטרס אחרון (יו"ד) סי' ג, ציץ אליעזר ח"ז סי' נ.

111. ויקרא י"ט:ל"ו. ר"י בר"י דרש את ייתור הפסוק "הין צדק", שהרי אם הפסוק מתייחס רק למידות

שממנו דרש רבי יוסי ברבי יהודה "שיהא הן שלך צדק ולאו שלך צדק."[112] בקשר לקיום הבטחות והתחייבויות מביא הגמרא ברייתא:

> רבי יוסי ברבי יהודה אומר: מה תלמוד לומר "הין צדק?" והלא הין בכלל איפה היה? אלא לומר לך: שיהא הן שלך צדק, ולאו שלך צדק! [רש"י: כלומר, כשאתה מדבר הן או לאו - קיים דבריך והצדק אותם.]

משמעות דברי הגמרא הוא שיש איסור אם אינו עומד בדיבורו והתחייבותו.[113] לכן, החותם על הצהרה יש בו כדי לחייב את החותם לעמוד בדיבורו והבטחתו כדין מתנה מועטת.

גם לדעת אביי שאינו מפרש את דינו של רבי יוסי ברבי יהודה כמקור לחייב אדם לעמוד בדיבורו שהוא הבטיח מכבר, עדיין אסור לדבר "אחד בפה ואחד בלב" וכמו שפירש רש"י "בשעה שהוא אומר הדבור לא יהא בדעתו לשנות."[114] אין סברא לחלק בין הבטחה או התחייבות שהוציא בשפתיו לזה שהוא רק כתב או חתם מתחתיו— בשניהם אין ענין של "חלות" כמו בשבועה ונדרים ובשניהם ממילא לא מדובר בזכות של הזולת לתבוע קיום ההבטחה, אלא שאלה מוסרית הלכתית האם מותר להבטיח ולהתחייב כשאין בלבו לקיים.

מעבר לזה נראה שלהלכה גם אסור לשנות ממה שהבטיח כבר, אף שבשעה שהבטיח היה בלבו לקיים ורק אחר כך התחרט מאיזה סיבה. בהמשך הגמרא מבואר:

> רבה בר בר חנה אמר רבי יוחנן: האומר לחבירו 'מתנה אני נותן לך, ' יכול לחזור בו. [ושואלים על זה: מה כוונתו ש]יכול? פשיטא [שאין בית דין יכול לכופו לתת את המתנה כיון שלא עשה קנין]! אלא מותר לחזור בו. אמר רב פפא ומודה רבי יוחנן במתנה מועטת, דסמכא דעתייהו [רש"י: שאין מותר לחזור משום דסמכא דעתיה דמקבל אדיבוריה, וכי אמר מותר לחזור בו במתנה מרובה קאמר, דלא סמכא דעתיה דמקבל דלקיימיה לדיבוריה.]"[115]

מכאן ניתן ללמוד שכל הבטחה לזולת שאמורה לגרום לו לסמוך את דעתו על ההבטחה ולהאמין שהמבטיח אכן יקיים את הבטחתו, אסור לחזור בו.

הרי"ף הביא קודם את דברי רב פפא על רבי יוחנן בענין מתנה מועטת ותיאם אותם עם שיטתו הכללית של רבי יוחנן ש"דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה", וכתב "והלכתא כרבי יוחנן."[116] אולם הרי"ף המשיך והביא מיד אחריו גם את דברי אביי

ומשקלות, הרי כבר נאמר איפת צדק והין כלול בכלל איפה.

112. בבא מציעא מ"ט א.

113. ראה שו"ת ראנ"ח סי' קי"ח שמאריך בזה ומוכיח מכאן שכל "אין רוח חכמים נוחה הימנו" יש בזה איסור.

114. שם רש"י ד"ה "שלא ידבר אחד בפה."

115. בבא מציעא שם.

116. רי"ף פרק ד, דף כ"ט א-ב בדפי הרי"ף.

שמותר לחזור בו מהבטחה הנעשית בדברים לבד "אלא שבשעה שאומר צריך לאומרו בדעת גמורה [לקיים]."[117] הרא"ש ראה את הקושי בדברי הרי"ף והציע לפרש בדעת הרי"ף ש"לבתר דמפליג לרבי יוחנן בין מתנה מרובה למועטת, מסתבר דלא שמיע ליה לרבי יוחנן [את הדין: דברים יש בהם משום מחוסרי אמנה] מקרא [דהין צדק יהיה לכם] אלא עיקר קרא אתא ל[דינו של אביי שאסור לדבר] אחד בפה ואחד בלב, דאי שמיע ליה לרבי יוחנן מקרא לא מסתבר לחלק בין מתנה מרובה למועטת."[118]

יוצא שלהלכה קיים איסור מיוחד לחזור בו מהבטחה לזולת כשהלה סמך דעתו על קיום ההבטחה, מעבר לחובה להתכוון בלבו לקיים את מה שאומר בפיו שנלמד מ"הין צדק". בחתימה על הצהרה ברור שהגוף הממשלתי שדורש את ההצהרה, שכוללת התחייבות לדווח ולעדכן, סומך את דעתו על קיום ההבטחה. זוהי בעצם הסיבה שמבקשים חתימה על ההצהרה ומזכירים את חומר העונש שיש בהצהרות אלו—שהמצהירים ישימו לב ויבינו שהפרטים שהם מצהירים בטופס יתקבלו ברצינות וסמיכת דעת.

ב. סיכום

גם השתמטות מוצדקת מתשלום מסים אינו מתיר שבועת שקר. גם כשהתירו להישבע למוכס אלם, חייבים לעשות תנאי באופן שלא יהיה חומר שבועה ממש

לדעת רוב הפוסקים אין הצהרה בכתב נחשבת כשבועה, וגם אופן ההצהרה שרווח היום הוא באופן שאינו משתמש בלשון שבועה.[119] אולם עדיין יש חובה להצהיר

---

117. רי"ף שם.

118. רא"ש פרק ד סי' י"ב.

119. . הטור ובית יוסף יו"ד סי' רל"ב התירו גם לישבע לנודרים או למוכסים והש"ך הוכיח שמדובר בשבועת שקר ממש ולא רק שאוסר פירות עולם עליו בשבועה, שזה רק מפרש דבריו ולא מבטל בלבו מה שהוציא בשפתיו. ה"בית יוסף" הביא ראיה מירושלמי נדרים פ"ג ה"ד תני ר' ישמעאל אומר "לא תשבעו בשמי לשקר"-נשבע את להרגין לחרמין ולמוכסין ופירש שם בקרבן העדה לא תשבעו כדי לשקר ליטול מחבירו שלא כדין אבל להציל את שלו מותר. אולם ראה שיורי קרבן שסתר את ראיית הש"ך והסביר שרבי ישמעאל מתכוון להתיר לפתוח בשבועה (ולא רק לענות לדרישת הגוי להישבע) אך רק בסגנון "ייאסרו פירות עולם עלי בשבועה" שאינו שבועת שקר, אלא פירוש לנדר שנדר למלך.
לכאורה גם לדברי הבית יוסף והטור היה אפשר לחלק שרק במקום אונס התירו שבועת שקר ממש, והמוכס שדיברו עליו הוא מוכס העומד מאליו או מוכס שאין לו קצבה שהוא גזלן ואנס. אולם הבית יוסף הביא את דעת הרא"ש בסוף דבריו (כלל ט סי' ב) שלא מדובר שם אך ורק במוכס גזלן אלא גם בהברחה ממוכס נכרי וגם שם התיר שבועת שקר ממש כאשר הוא מבטל בלבו את שבועתו, ולדעת הרא"ש זהו הפקעת הלוואה לגיטימי. לפי דעות אלו נראה שהיה מותר להישבע לשקר אם אין איסור של גניבת דעת בעצם השבועה. לעומת זאת, ה"דרכי משה" (שם אות ט) סייג וכתב "ודוקא שהעכו"ם רוצה ליקח באונס יותר מהראוי לו אבל מלך שמבקש מס מה שראוי לו אסור להערים".

אמת מצד חובת "הין צדק" שיהא הן שלך צדק, ולכן חייב להצהיר בצורה נכונה ואמיתית על מה שנדרש להצהיר.

גם ההתחייבות לעדכן את הרשויות בעתיד על שינויים בפרטים שעליהם הצהיר, התחייבות שנמצאת לפעמים בלשון ההצהרה, תופסת ומחייבת מבחינה הלכתית.

חלק ז. איסור מסייע

א. מבוא: מסייע בביצוע עיסקה

כאשר אדם עומד לבצע עסקה עם מוכר שמעלים את המסים ששייכים לאותה עסקה, ייתכן שגם הקונה הינו שותף עם המוכר להעלמת המס, גם כאשר לא עודד או שכנע את הקונה להעלים את המס המגולם בעסקה. על פי חוק אין הקונה אשם או אחראי כשקונה ממי שמשתמט מתשלום מסים, אך מבחינה הלכתית קיימת בעיה של "מסייע ידי עוברי עבירה" משום שעצם קיום העסקה מעודד את המוכר לעשות עסקאות אחרות דומות, ובכך הקונה מסייע למוכר להמשיך ולמכור בלי לשלם מס. אולם מקודם עלינו לברר באיזה מציאות נחשב הקונה כמי שמסייע למוכר.

מועד חלות האיסור

האם עצם סגירת העיסקה כמו קניית חפץ או הזמנת שירותים יכול להיות כרוך בעבירה של לפני עור או איסור מסייע? במידה וחובת מע"מ על כל עיסקה חלה בזמן סגירתו ואי פרעונו על ידי המוכר הוא עבירה של גניבה, כל שיתוף פעולה עם המוכר שמאפשר לו להתחמק מתשלום המע"מ עושה את הקונה, לכאורה, שותף לעבירת המוכר ואסור מדין לפני עור לא תתן מכשול. ואם חוק מע"מ אוסר על המוכר להתעסק במסחר בלי להירשם כעסק מורשה, הקונה שיודע שהמוכר אינו עסק מורשה ועם כל זה עדיין קונה ממנו הינו, לכאורה, שותף לעבירת המוכר אם אכן יש בכך עבירה הלכתית.

א. הבלעת דמי אתרוג

האם קיימת עבירה בביצוע המסחר עם מי שאסור לו לעסוק בכך?

בעניין זה שנינו במשנה: "הלוקח לולב מחבירו בשביעית – נותן לו אתרוג במתנה, לפי שאין רשאי ללוקחו בשביעית."[1] יש איסור לעשות סחורה בפירות שביעית.[2] אף שכנראה הלוקח פירות שביעית לשימוש ביתי אינו נכלל באיסור סחורה של המוכר,[3] אוסרת עליו המשנה לקנות אתרוג של שביעית ממי שעושה סחורה בפירות שביעית. נראה שטעם האיסור הוא משום איסור לפני עור, משום שמשתף פעולה עם המוכר כדי לעשות מסחר בפירות שביעית.[4] כמו כן למדנו מכאן שמותר לקיים יחסי מסחר עם מי שסוחר באיסור אם אין איסור בעסקה זו עצמה.

---

1. סוכה ל"ט א.
2. רמב"ם הלכות שמיטה פרק ו.
3. ראה תוספות סוכה שם ד"ה "וליתיב."
4. ראה מאירי סוכה שם "וכן ידעת שאין עושין סחורה בפירות שביעית ועמי הארץ חשודים בכל

אולם, הגמרא ממשיכה ושואלת: "לא רצה ליתן לו במתנה מהו? אמר רב הונא: מבליע ליה דמי אתרוג בלולב. וליתיב ליה בהדיא? לפי שאין מוסרין דמי פירות שביעית לעם הארץ."[5] במסקנת הגמרא, נראה שכוונת המשנה "לפי שאין רשאי ללוקחו בשביעית" היא שיש איסור אחר של "לפני עור" במסירת דמי שביעית למוכר עם הארץ, בגלל שהוא נחשד שלא ישמור על קדושת שביעית שנתפסת על דמי השביעית—ולכן "אין מוסרין דמי שביעית לעם הארץ." התוספות הקשו למה התעלם הגמרא מהבעייה הפשוטה של איסור סחורה בפירות שביעית.[6] התוספות הסבירו שאין איסור סחורה אלא במי שלוקט ומוכר בעצמו או שקונה להרוויח, אבל לצרכן הקונה לצריכה ביתית כמו ד' מינים אין איסור. יוצא מזה שפשוט לתוספות שאם אין איסור סחורה על הלוקח עצמו, לא יהיה אסור לו לקנות אף על פי שלמוכר מן הסתם יש איסור סחורה, כיוון שהמוכר בודאי בגדר "הקונה מחבירו כדי להרוויח ולמכור ביוקר."[7] לדעתו, בעיסקה שאסור על צד אחד לא קיים איסור דלפני עור על הצד השני בביצוע העיסקה.[8]

יש שיטות אחרות[9] שלמדו את השקלא וטריא אחרת והבינו את מסקנת הגמרא על פי שיטת רש"י שסיבת האיסור היא שאסור לקנות ממי שמוכר באיסור מטעם דלפני עור[10]. לדעתם ניתן ללמוד מהגמרא כבניין אב שייתכן איסור לפני עוור בביצוע עסקה כאשר היא אסורה לצד הנגדי.

אלו ומתוך כך אסור ליקח פירות שביעית מעם הארץ שמא שביעית הם **והוא נעשה על ידינו סוחר בהם**." ראה גם שו"ת רבי עזריאל אה"ע חו"מ סי' רכ"ט שפשוט לו שאם יש בעיסקה איסור סחורה על המוכר יש איסור לפני עור לקונה ממנו

5. סוכה שם

6. תוספות שם ד"ה וליתיב ליה. ראה חידושי חת"ס סופר שמסביר למה בכלל מחכה הגמרא לשאול על סיבת האיסור לקנות האתרוג עד שענה על השאלה הפרטנית "לא רצה ליתן לו במתנה מהו", כלומר מה היה ההוה אמינא לפני שהעלה הגמרא הבעייה של מסירת דמי פירות שביעית לעם הארץ? החת"ס סופר מסביר שעד שלא התיר רב הונא ההערמה של הבלעת דמי האתרוג בדמי הלולב הניח הגמרא שיש איסור דאורייתא בעצם הסחורה בפירות שביעית. אחרי שהתיר רב הונא הערמה, הבינה הגמרא שלא היה רב הונא מתיר הערמה אם קיים חשש איסור דאורייתא לכן הקשה "וליתיב ליה בהדיא", כלומר מה יכול להיות האיסור אם אין בזה איסור סחורה.

7. מכיוון שהדגישו תוס' מ"ט אין רשאי **ללוקחו** נראה שכל עניינם לדון בלוקח ולא במוכר, ואם היו עוסקים במוכר תירוצם אינו מובן, שהרי ברור שבסתמא הוא מוכר ע"מ להרוויח, וע"כ כדפירשנו.

8. בקשר לאיסור דרבנן של מסייע, כנראה שהתוספות נקטו כדעת הדגול מרבבה (יו"ד סי' קנ"א ד"ה מה שאין כן) שאין איסור לסייע מומר לדבר אחד באותו עבירה שהוא מומר לעבור עליו במזיד. אולם דברי ה"דגול מרבבה" אינם מוסכמים על האחרונים, ראה שו"ת פרי יצחק סי' נ"ג, שו"ת מחנה חיים סי' מ"ה, אולם גם במחנה חיים שם מסיק שאין יהודי אחראי למומר במזיד כשמקרב לו הנאה שממילא היה נהנה, ורק בתרי עברי דנהרא אסור להכשילו, וכאן לכאורה הוי כחד עברי דנהרא דהרי ימצא למי למכור גם אם לא יקנה החבר.

9. ראה דברי הגרי"ד הלוי סולובייציק, רשימות שיעורים סוכה ל"ט ב ד"ה לפיכך שהאריך לבאר עניין זה.

10. רש"י ד"ה אין מוסרין דמי פירות דהתורה אמרה לאכלה- ולא לסחורה

גם לפי השיטות הראשונות בביאור הגמרא לכאורה אסור לאדם להעביר כסף שיש עליו אחריות והגבלות מיוחדות בשימושו למי שחשוד שיעבור בעתיד על מגבלות אלו,[11] כגון לעשות מסחר עם מי שלא יפריש מסים מכספי העיסקה כמתחייב על פי החוק. מכל מקום, אפשר לדחות ראיה זו ולומר שהעברת דמי פירות שביעית לעם הארץ הוא עצמו חילול קדושת שביעית ולא שיש כאן איסור לפני עוור כתוצאה ממה שיעשה העם הארץ בעתיד, וממילא אין ללמוד מכאן לענינינו.[12] אפשר גם לדחות שדמי שביעית הם עצמם "חפצא דאיסורא" ולכן החמירו בהם מה שאין כן דמי מסים שהם רק שיעבוד כללי ולכן לא יהיה איסור קנייה ממי שלא יפריש מע"מ.

לסיכום, ישנם שיטות שאוסרות לקונה לשתף פעולה עם מוכר ולקנות ממנו כאשר יש על המוכר איסור לבצע את העיסקה כפי שהיא. אולם יש שהטילו את כל האחריות על המוכר ולדעתם הקונה רשאי לעשות עיסקה גם עם מוכר שעובר על איסור בביצוע העיסקה, אלא אם כן מדובר בחפץ שאסור בעצמו- "חפצא דאיסורא".

ב. מסירת בהמה לרועה

גם כאשר אין איסור בעצם קיום העסקה, ייתכן שאסור לשתף פעולה עם מי שעלול לעבור עבירה בעתיד בגלל עסקה זו. דוגמא לכך ניתן לראות בעניין מסירת בהמות לרועי צאן. ידוע שסתם רועה צאן פסול לעדות[13] וגם חשוד על השבועה בגלל שרועי צאן נחשדים שמרעים בהמותיהם בשדות אחרים בלי לשלם לבעלים.[14] הגמרא מניח שהם נחשדים בגזל רק בבהמות שלהם ולא בבהמות של אחרים שנמסרו להם לרעות בשכר "דאי לא תימא הכי, אנן חיותא לרועה היכי מסרינן? והא כתיב 'לפני עור לא תתן מכשול'?" כלומר, אם רועי צאן היו חשודים בכך

---

11. ראה ריטב"א וערוך לנר סוכה שם שמתלבטים בהבנת רש"י על המשנה וגם המשך הגמרא אם הטעם הוא איסור סחורה או הטעם הוא שמירת קדושת דמי פירות שביעית. על פי ההסבר השני של הערוך לנר, מסקנת הגמרא היא שיש איסור דלפני עור על לוקח האתרוג בלי הבלעה כיון שיש איסור סחורה על העם הארץ המוכר וסוחר בפירות שביעית. ראה גם רשימות שיעורי מרן הגרי"ד הלוי שם שמסביר ש" בלפני עוור יש שתי הלכות – יש איסור לפני עוור כשאחד מכשיל את השני בנוגע למעשיו העתידים, ואיסור לפני עוור יותר חמור כשאחד מכשיל את השני בשעת מעשה החטא. דלפני עוור בנוגע לאיסורים בעתיד איסור לעצמו הוא, ברם לפני עוור בעבירה בשעתה מהווה השתתפות בעצם החטא. לרש"י שמציין את האיסור מדין "לאכלה ולא לסחורה ולא באכילה אחרי ביעור, נראה שבלקיחה מעם הארץ ישנו האופן השני של "לפני עוור", כי עם הארץ בשעת המכירה עובר מיד באיסור לאכלה ולא לסחורה... משום כך עצם המכירה לו בשעתה נחשבת איסור לפני עוור באופן היותר חמור, ומי שמוכר או שקונה מעם הארץ משתתף בעצם החטא של עם הארץ."
12. וכך גם למד הגרי"ד הלוי שם את שיטת הרמב"ם בביאור הסוגיא במסכת סוכה, שם בהמשך, ודלא כשיטת רש"י.
13. סנהדרין כ"ו:
14. שו"ע חו"מ סי' ל"ד סעיף י"ג.

שמרעים בהמות שנמסרו להם בשדות אחרים וגוזלים את בעלי השדות, היה אסור לבעל הבהמות לשתף פעולה עם הרועים ולשכור אותם לרעות את בהמותיו. מכאן רואים תקדים לכך שיתכן איסור לפני עיור בעצם סגירת עיסקה עם מי שעלול לעבור עבירה בעתיד בקיום תנאי העסקה.

לכאורה, יש בעיה לחייב את בעל הבהמות בגלל לפני עיור אפשרי של הרועה. איסור לפני עוור שייך רק כאשר העבירה התאפשרה רק בגלל המכשיל, ולולא המכשיל לא היה אפשר לנכשל לעבור עבירה. הגמרא[15] מביא דוגמא לכך מנזיר שהגישו לו כוס יין. אם הנזיר נמצא ליד המגיש, הוא יכול לקחת בעצמו יין ולכן אין בכך לפני עוור. אולם אם הוא נמצא בצד השני של נהר והושיטו לו כוס יין, למעשה הכשילו אותו משום שלא היה יכול לקחת בעצמו דבר זה. דבר זה מכונה "תרי עברי דנהרא", כלומר משני עברי הנהר. במקרה שלנו הרועה יכול לרעות בהמתיו, או בהמות של אחרים שנמסרו לו, בשדות אחרים גם בלי בהמות של בעל הבית, ואם כן אין כאן "תרי עברי נהרא"ומדוע הוזכר כאן איסור "לפני עוור? הריטב"א מפרש שהפסוק הובא לרווחא דמילתא ואכן יש רק איסור דרבנן של מסייע ידי עוברי עבירה.[16] אמנם, לפי זה יש כמה קולות באיסור דרבנן של מסייע שהיה אפשר לסמוך עליהם במסירת בהמות לרועה. למשל, כשאיסור אינו נעשה מיד בשעת מעשה אלא לאחר זמן, כמו כאן שהאיסור ייעשה אחר זמן כשהרועה יצא עם הבהמות למרעה, יש דעה שאין בכך איסור מסייע.[17] עוד קולא במסייע הוא שאם העבירה ייעשה במזיד, לדעת חלק מהאחרונים אין בכך איסור מסייע.[18]

אולם, יש פן אחר כאן ששונה מהלפני עיור הקלאסי של מושיט אבר מן החי לבן נח או כוס יין לנזיר, שהם עבירות בין אדם למקום. במקרה שלנו העבירה הוא גזילה והנגזל יפגע מהעבירה![19] לא רק זה, אלא המסייע עומד להרוויח מהעבירה של הגזילה,[20] וכמו שבעל חבלים בנעימים מסביר: "כל אחד ואחד מוטל עליו להציל ממון ישראל, ולכן אף [דהרועים] מזידים מכל מקום אסור לסייע להם לגזול ממון."[21]

---

15. עבודה זרה ו:
16. חידושי הריטב"א בבא מציעא שם. לגבי החשש שהוא מוסיף איסורים על ידי מסירת בהמתיו לרועה שעוד בהמות ירעו בעוד שדות של אחרים, ראה חידושי הריטב"א עבודה זרה ו ב שכתב "ואף על פי שאפשר שהוא מרבה באיסור על ידינו, לא חיישינן."
17. שו"ת משיב דבר חלק ב סי' ל"א-ל"ב. אולם מתוך דבריו משמע שאיסור מסייע הותר רק מפני דרכי שלום, ולא ניתן להתיר מכל וכל את האיסור אלא רק בגלל צורך פרנסה של מי שמסר את בהמתו לרועה. במקרה שלנו לא תמיד קיים נימוק זה, אך אולי ניתן להסתמך עליו, וראה להלן
18. ראה דגול מרבבה שו"ע יו"ד קנ"א.
19. וברור שאי אפשר להסתמך על סברת "דרכי שלום" כשצד שלישי נפגע ונגזל כתוצאה מהסיוע שניתן לרועה.
20. בעל הבהמות יהנה במישרין מהתוספת אוכל שיאכלו בהמותיו או בפחות שעות עבודה ופחות שכר של הרועה, כמו שמסביר רש"י שם שהמרעה המופקר לכל רחוק יותר מהמרעה הפרטי של אחרים. ראה סוכת דוד בבא מציעא שם שהתקשה בהבנת הגמרא ובדברי הריטב"א.
21. חבלים בנעימים סוגיא ל"א אות ד.

נמצאנו למדים שגם כאשר העבירה שעלולה להתבצע תהיה רק יותר מאוחר, אסור לסייע עתה לאחר לעשות את אותה עבירה עתידית אם צד שלישי עשוי להיפגע מכך

ג. מכירת יין המעורב במים לתגר

המשנה לימד בקשר לדין אונאה במקח וממכר: "מי שנתערב מים ביינו לא ימכרנו בחנות, אלא אם כן הודיעו [שהיין מדולל במים]. ולא [ימכור יין שנתערב בו מים] לתגר אף על פי שהודיעו, שאינו [קונה יין מדולל במים] אלא [בגלל כוונתו] לרמות בו [אחרים]."[22] התגר, שקונה רק למכור, חשוד לרמות את לקוחותיו ולמכור להם יין מדולל במים בחזקת יין טהור. לכן אסור למכור לו את היין המדולל ולשתף פעולה עם רמאותו. בגמרא מובא שאביי מתח ביקורת על רבא שמכר יין מזוג במים לחנות: "והא אנן תנן ולא לתגר אף על פי שהודיעו", ומוסיף רש"י הסבר "ואיכא לפני עור!"[23] אף כאן רואים תקדים לאיסור לפני עיור בעצם סגירת עיסקה עם מי שחשוד לעבור עבירה בהמשך.

באותו פרק מובא ברייתא בקשר לדין אונאה במטבעות שנשחקו. גם שם התנא אוסר למכור מטבע מסוג זה לתגר, כלומר סוחר כספים, "מפני שמרמין בו את אחרים."[24] הטור והשולחן ערוך מנסחים דין זה בנוסח המופיע בגמרא,[25] שמשתמע ממנו שבודאי ירמו אחרים, והלבוש הוסיף "ועובר משום לפני עוור לא תתן מכשול."[26]

לעומת זאת באיסור מכירת יין מדולל לתגר, נקטו הטור והשולחן ערוך בלשון ספק "שמא ירמה בו את אחרים."[27] גם הלבוש שינה לשונו וכתב "והוה ליה הוא כמו מסייע לאיסור", במקום האיסור דאורייתא דלפני עור שהזכיר קודם בדין מטבע.[28]

אפשר להציע הסבר להבדל בין המטבע שנשחק לבין היין המדולל, שמטבע שנשחק נפסל מתכליתו ואינו ראוי כלל לשום שימוש במצבו, ולכן התנא אוסר אפילו לקיימה אלא חייב בעל המטבע לנוקבה ולהפוך אותה לתכשיט לבתו. לפי פירוש התוספות,[29] האיסור למכור לתגר קיים אפילו במקרה שהמוכר התנה עם התגר שיקבנה ויעשנה תכשיט. כנראה, התגר חשוד שהוא לא יעשה כך, כיוון שאין לו ענין

---

22. בבא מציעא פרק ד משנה י"א
23. בבא מציעא ס' א' ורש"י שם ד"ה והא אנן תנן. ראה גם רש"י עבודה זרה ט"ו ב ד"ה לעולם דלא קטיל, שגם שם פירש שיש איסור לפני עוור בגלל שצד שלישי יאבד את ממונו.
24. בבא מציעא נ"ב א.
25. שו"ע חו"מ סי' רכ"ז סעיף י"ח. הרמב"ם (הלכות גניבה ואבידה פרק ז הלכה ד) והירושלמי (בבא מציעא פרק ד) משמיטים "תגר" מדין זה, .
26. לבוש חו"מ רכ"ז סעיף י"ח.
27. שו"ע חו"מ סי' רכ"ח סעיף י"ב.
28. לבוש שם סי' רכ"ח סעיף י"ב.
29. בבא מציעא נ"ב א' ד"ה "יתר על כן."

לקנות תכשיטים למכירה ובודאי ישתמש בו לרמות אחרים.[30] לעומת זאת, יין מדולל יש לה תכלית – הרי כולם מוזגין מים ביינם לפני ששותים – אלא שתגר אין דרכו למכור יין מדולל אלא יין חי ולכן יש רק חשש שירמה בו אחרים. לפי זה, יבואר ההבדל בדברי הלבוש שנימק דין מטבע באיסור תורה דלפני עור, כיוון שהוא ודאי, ונימק דין יין מדולל באיסור דרבנן של מסייע, כיוון שהוא אינו אלא ספק. היוצא מכל זה, שאפילו במקרה שיש ספק שמא המוכר יגרום או יעזור לקונה לעשות עבירה, ייתכן שאסור לבצע את העיסקה איתו.[31]

לכאורה, אם החשש במים מדוללים הוא רק ספק, כלשון השולחן ערוך "שמא ירמה בו, "[32] מדוע איננו יכולים לתלות להיתר כמו שמפורש בדיני שביעית שמותר להשאיל כלים חקלאיים בשביעית למי שחשוד על השביעית אם יש שימוש היתר שאפשר לתלות בו, ואפילו שימוש רחוק?[33] מכאן ניתן לחדש, שיש הבדל מהותי באיסורים דלפני עור ומסייע בין חשש עבירה דתית, כלומר בין אדם למקום, לבין עבירה חברתית, כלומר בין אדם לחבירו. כאשר מדובר בנזק רוחני שעשוי הנכשל לסבול על ידיך, אפשר לתלות להיתר.[34] אולם כאשר מדובר בנזק ממוני שעשוי

---

30. השווה שו"ת עין יצחק או"ח סי' י"ז.

31. לא כל ספק שמא תתבצע עבירה הופך את העסקה לעסקה אסורה. אמנם תגר שקונה יין מדולל לא בהכרח ירמה בו, אבל כדי לא לרמות הוא צריך לחרוג ממנהגו למכור יין שאינו מדולל, שהרי מדובר במקום שסתם יין אינו מדולל. מכירת היין במצבו הנוכחי ללא התערבות של התגר תהפוך לעבירה ורק אם המוכר יחרוג ממנהגו ויודיע ללקוח שמדובר ביין מדולל הוא יינצל מעבירה. הסבירות שתגר שמעוניין להיפטר מסחורתו יודיע ללקוח שהיין מדולל היא סבירות נמוכה ולכן כאן לא מדובר בספק שקול אלא בכמעט וודאות, בדומה למי שמסרו לו יין שלא בהכרח ישתה את היין אלא יש סבירות שיעשה כך אם נהג לשתות לפני נזירותו, ראה תוס' ע"ז ו: ד"ה מניין. באותה מידה ספק שאינו נותן חשבונית ייתכן שלאחר זמן יפיק חשבונית אך במצב נורמטיבי הוא כבר לא יפיק חשבונית ולא ירשום את העסקה לצרכי מס. (אולם ייתכן שהוא עוסק פטור ולכן אין זה דומה כל כך לתגר שמוכר יין מדולל.)

32. ראה הפרישה לטור חו"מ סי' רכ"ח שמסביר את שינוי לשון המחבר מלשון הגמרא "שאינו אלא לרמות בו" שכוונת הגמרא שבוודאי קונה התגר למכירה ולכן אסור מספק שמא ירמה בו אחרים. לדעתו, בעל הבית, אפילו שקונה הרבה יין ביחד, אין עלינו לחשוד שירמה אחרים כיון ד"איכא עוד צד לטיבותא דיש לומר דאין דעתו למכור כלל." סמ"ע שם. רש"י דבק בלשון ודאי של המשנה. אפשר שכמו שפירש רש"י בהמשך שיש איסור לפני עור ממש, דבר שייתכן שאינו שייך כשיש ספק, משום כך תפס בלשון ודאי. רש"י היה יכול לפרש "תגר" כפשוטו שהקונה ידוע למוכר כתגר שקונה למסחר כמו שמסביר רש"י בהמשך בגמרא "וחנווני היינו תגר." מפירוש רש"י על המשנה נראה שלדעתו לא עמד המוכר על טיב הקונה אם הוא תגר שקונה למסחר או בעל הבית שקונה לשימוש פרטי, אלא שהעובדה שהקונה ביקש לקנות כמות גדולה עלול להעיר את המוכר "שאינו לוקחו אלא לרמות – ולמכרו בחנות", כלומר שהוא קונה למסחר ובודאי לא יודיע לקונים ממנו שיש מים מעורבים ביין.

33. רמב"ם הלכות שמיטה ויובל פרק ח.

34. ראה הסבר נפלא של החזון איש (שביעית סי' י"ב אות ט ד"ה ונראה) שהחכמים עשו איזון בין הצורך למנוע עבירות לבין הצורך בעשיית חסד ושלום ולכן התירו לתלות להיתר בחשודים על עבירות כמו שביעית וכדומה.

להיגרם לצד שלישי על ידיך, איננו תולים בהיתר על חשבון הצד השלישי שעלול לסבול מה"קולא" הזאת.[35] כמו שהבאנו לעיל מבעל "חבלים בנעימים", גם כאן אפשר שההקלות בדין מסייע אינם שייכים כשמסייעים למישהו לגזול או להזיק אחרים. ייתכן גם שהבדל זה בין מכשול ממוני למכשול רוחני נשנה במחלוקת המובא באחרונים האם האיסור דלפני עוור יצא מידי פשוטו על ידי דרשת חז"ל.[36]

חידוש נוסף יוצא לנו בדין לפני עוור מהסוגיא של יין המדולל. אם נאמר כמו שפירש רש"י שיש כאן איסור דלפני עור ממש, לכאורה קשה שהרי מדובר במצב דומה יותר לחד עברי נהרא? הרי התגר תמיד יכול לדלל את יינו ולרמות את לקוחותיו! הגמרא עצמו שואל שאלה דומה ועונה "אם כן, אין לדבר סוף?" רש"י מסביר ש"אף המים לבדם [אמור להיות] אסור למכור לחנווני, שמא יערבם ביין, [אלא]לא חשו אלא בזמן שאני מוכר לו דבר העשוי לרמות בו כמות שהוא עכשיו." ניתן לפרש כמו שמפרש בעל הסמ"ע שאין חשש שהתגר בעצמו ייזום רמאות כזאת של דילול יין בלי ש"נפל" לידו הזדמנות כזאת ממילא. רק אחרי שנפל לידו הזדמנות ופיתוי לרמות חוששים "דשמא לא יודיע הוא לעולם ויורה לנפשו היתר כיוון שלא נעשה בביתו ולא ראה עירוב המים."[37] מכאן רואים שנחשב הדבר "תרי עברי נהרא" בזה שמאפשר לתגר לעשות מה שלבדו לא היה עושה, אף שהיה יכול לעשות כן.[38]

---

35. ראה חילוק דומה במהות איסור דלפני עוור שמחדש בעל ערוגת הבושם (חלק יו"ד סי' רל"ה) שיש שני גורמים באיסור דלפני עוור: אחד—המכשול, כלומר ענין החברתי, והשני—שותפו בעבירה עצמו, כלומר ענין הדתי. יש נפקא מינא בזה לגוי, שאין על הישראל אחריות חברתית להצילו ממכשול, אף שעדיין ייתכן שיש איסור לגרום לו נזק, וראה כתר ז מכתבו של רב יעקב אריאל בהרחבה.

36. ראה זוהר ויקרא פרשת קדושים פ"ה א:

ר' חייא פתח ואמר קרא אבתריה, לא תקלל חרש ולפני עוד וגו', האי קרא כמשמעו, אבל פרשתא דא כלא אוליפנא מנה מלין אחרנין, וכלהו תליין דא בדא, ... ***ולפני עור לא תתן מכשול—כמשמעו!*** *ואוקמוה במאן דגרים לאחרא למחטי, וכן מאן דמחי לבריה רבא, ולפני עוד לא תתן וגו', במאן דלא מטא להוראה ואורי (קאמר, כמה דתנינן) דכתיב (משלי ז) כי רבים חללים הפילה ועצומים כל הרוגיה, והאי אעבר משום ולפני עוד לא תתן מכשול,* ***בגין דאכשיל ליה לחבריה לעלמא דאתי.***"

ראה מנחת חינוך מצוה רל"ב סעיף ד. ראה גם משך חכמה פרשת קדושים ד"ה לפני עור. וכן ראה פסקי דין –ירושלים דיני ממונות ובירורי יוחסין יא עמוד תנג, "וביום ב אדר תשס"ז הוספתי ושאלתי אותו [מרן הגרי"ש אלישיב שליט"א] מה דין הנותן מכשול לפני עור, והעור נתקל בו והזיק על ידו אחרים, האם חייב הנותן את המכשול, או שאינו אלא גרמא. והשיב שהנותן **עובר באיסור של לפני עור** אך אינו חייב ממון על מה שהזיק אח"כ, דאינו אלא גרמא"

37. סמ"ע שו"ע חו"מ סי' רכ"ח ס"ק כ"א.

38. אפשר שהדבר תלוי במחלוקת הפוסקים אם נתינת איסור לחבירו כאשר חבירו יכול לרכוש את האיסור בעצמו אסור משום לפני עוור. דעת המרדכי והבה"ג (פסקי הלכות למרדכי, מסכת עבודה זרה, סי' תשצ"ה) הרמ"א (יו"ד סי' קנ"א סעיף א) וכתב סופר (שו"ת יו"ד סי' פ"ג) שהאיסור נחשב לזמין לנכשל, ואינו עובר בלפני עוור, אולם הגר"א (שם ס"ק ח) וחוות יאיר

סיכום

נראה שיש להבחין בין דיני לפני עוור ביחס להכשלה אפשרית של השני בעבירה שבין אדם למקום, לבין לפני עוור כאשר מדובר בנזק אפשרי או בגזילה של צד שלישי. במקרה הראשון יש מקום להקל במקרים מסוימים כגון חד עברא דנהרא, מכשול עתידי או מכשול שספק אם יעבור עליו, אולם בנוגע לנזק אפשרי לצד שלישי לא שייך כל כך לסמוך על קולות אלו, משום שכמו שכתב ה"חבלים בנעימים" "כל אחד ואחד מוטל עליו להציל ממון ישראל, ולכן אף [דהרועים] מזידים מכל מקום אסור לסייע להם לגזול ממון"- אין לסייע בשום אופן לאחר לפגוע בצד שלישי.

ד. קנייה מגנב וגזלן

מה הדין ביחס לקנייה מגנב וגזלן לאחר שכבר ביצעו את מעשה העבירה? במקרה זה לא קיים מימד של "לפני עוור" במעשה הקניין, כי החפץ כבר נגנב (אלא אם כן אין ייאוש שאז שינוי רשות מסייע להוציא מרשות נגזל וזהו עצם העבירה) אך הקונה מעודד את הגנב לגנוב עוד, כי הוא רואה שיש שוק לגנבותיו.

הרמב"ם כתב בהלכות גזילה:[39] "אסור לקנות דבר הגזול מן הגזלן ואסור לסעדו על שינויו כדי שיקנהו שכל העושה דברים אלו וכיוצא בהן מחזק ידי עוברי עבירה ועובר על 'ולפני עור לא תתן מכשול.'" לכאורה מדברי הרמב"ם רואים תקדים נוסף לכך שייתכן עבירה דלפני עוור על ידי ביצוע עיסקה עם מי שאסור לו לעשות את העיסקה. אמנם האיסור ליהנות מהגזלן או לקנות ממנו הוא רק בדבר הגזול עצמו, אך מכל מקום כשיש עבירה הנעשית בתוך העיסקה עצמה, גם הצד השני לעיסקה אסור לו להיות שותף של המבצע, אף שאין לשני עבירה עצמאית בעצם העיסקה.

יש לתמוה איך יכול הקונה לעבור על לפני עור אחרי שהגזילה כבר בוצעה—והרי אין לומר שהקונה איפשר את הגזילה, לא בתור תרי עברי נהרא ולא כחד עברי נהרא. ואכן, הרמב"ם בהלכות גניבה השמיט את האיסור דלפני עוור ובמקומו מרחיב את הענין של מחזק ידי עוברי עבירה:[40] "אסור לקנות מן הגנב החפץ שגנב ועון גדול הוא שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנוב גניבות אחרות, שאם לא ימצא לוקח אינו גונב, ועל זה נאמר 'חולק עם גנב שונא נפשו.'" ידוע מהגמרא ש"לאו עכברא גנב אלא חורא גנב, "[41] כלומר שהאחריות על ריבוי הגניבות הוא על קוני הגניבות, שבלעדם לא היה גנבים גונבים. מכל מקום, לא הזכיר הרמב"ם איסור

(שו"ת סי' קפ"ה) ובעל אמונת שמואל (שו"ת סימן י"ד) חולקים. אולם עדיין יש לחלק בין מקרה שמדובר רק בהכשלת חבירו ומקרה שחבירו יכשיל אחרים בסיבתו

39. רמב"ם הלכות גזלה ואבדה פרק ה הלכה א.
40. רמב"ם הלכות גניבה פרק ה הלכה א.
41. קידושין נ"ו ב, גיטין מ"ה א.

דלפני עוור ממש והסתפק בפסוק מדברי קבלה[42] "חולק עם גנב שונא נפשו", ועל שינוי זה גם יש לתמוה.

כדי ליישב קושיותינו, יש לעיין עוד מדוע הרמב"ם השמיט בהלכות גניבה את הענין של שינוי וקנין שהזכיר בהלכות גזילה. ניתן לדייק מכך שבהלכות גניבה מדובר בחפץ הגנוב שכבר יצא מרשות הבעלים על ידי ייאוש ושינוי מעשה או שינוי שם, ולכן אין בקניית החפץ מהגנב עבירה דלפני עוור ממש כיון שהגנב כבר גמר את כל פעולת הגנבה.[43] לעומת זאת, בהלכות גזילה עדיין לא השלים הגזלן את פעולת הגזילה ולא יצא דבר הגזול מרשות הנגזל, ולכן השינוי מעשה, שינוי שם או שינוי רשות שיעשה יהיה חלק מעצם מעשה הגזילה שנעשה באותו זמן. משום כך, כל מי שיסייע לו בעשיית שינוי הוא שותף למעשה גזילה ממש ועובר על "לפני עוור."

אולם מפירוש זה עצמו השאלה מתבקשת למה העמיד הרמב"ם בהלכות גזילה בציור שעדיין לא יצא דבר הגזול מרשות הבעלים, ואילו בהלכות גניבה העמיד במצב שהחפץ כבר יצא מרשות הבעלים. בגמרא בבבא קמא[44] מבואר שיש מחלוקת בגניבה וגזילה אם מן הסתם התייאשו הבעלים או לא. התנא קמא שם, שלהלכה נפסק כוותיה,[45] סובר שבסתם גניבה יש ייאוש בעלים ובסתם גזילה אין ייאוש בעלים. ההסבר לכך הוא שבגניבה לא ידוע לבעלים מי גנבו ומתייאש מלחזר אחריו וב"סתם גזילות ליכא יאוש דכיון דידע מאן שקליה אזיל ותבע ליה לדינא."[46] לפי זה אפשר לפרש בשיטת הרמב"ם שבסתם גזלן החפץ עדיין עומד ברשות בעליו משום שעדיין לא התייאש ואם כך הקונה עושה שינוי רשות כשמכשיל את הגזלן בהוצאת החפץ מרשות הבעלים ומשלים בכך את מעשה הגזילה. לעומת זאת, בסתם גניבה הבעלים כבר נתייאשו ואף שהגנב עדיין לא קנה את החפץ, כל שינוי שייעשה אינו בחפץ שעומד ברשות הבעלים ואין בביצוע העסקה ממש המשך של מעשה הגניבה, אלא רק מעודד אותו לגנוב פעם נוספת, ואין כאן לפני עור ממש.

סיכום

מכל מקום מדברי הרמב"ם למדנו א) שאם יש עבירה בעצם ביצוע העסקה על ידי צד אחד, הצד השני עובר ב"לפני עור" ב) גם אם אין עבירה בעיסקה זו, אלא שבכך נעודד את הזולת לעשות עסקים לא חוקיים אחרים, יש איסור לעשות עסקים איתו בזה שמחזק ידי עוברי עבירה ויש גם גדר של "חולק עם הגנב" וגדר "גורם לו לגנוב גניבות אחרות. להלן נחקור את מהות גדרים אלו. חשוב לציין שלעומת הרמב"ם

---

42. משלי כ"ט:כ"ד
43. כך עולה גם מדברי הים של שלמה בבא קמא פרק י סי' נ"ח. להלן נעיין בדבריו בהסבר דינו של הרמב"ם בהלכות גניבה.
44. בבא קמא ס"ו ב.
45. רמב"ם הלכות כלים פרקכ"ד הלכה ז.
46. רש"י שם ד"ה ושל גזלן.

והשולחן ערוך שצמצמו את האיסור לקנייה של "דבר הגזול" ו"חפץ שגנב", הטור הרחיב את האיסור לקניית "שום דבר" מהגנב או הגזלן, וייתכן שלדעתו גם קנייה של דבר שאינו גזול מעודד את הגזלן להמשיך לגזול[47]

ה. קניה מאריס חשוד

כפי שלמדנו, הקונה מאדם שחשוד על עבירה בעצם משתף פעולה עם השני. אם שיתוף הפעולה נצרך לעצם ביצוע העבירה, הקונה עובר על "לפני עוור", ואם שיתוף הפעולה מעודד את השני לעבור עבירות יש בכך מסייע ידי עוברי עבירה. אולם ישנם מצבים שבהם הקונה אינו יודע שמדובר בגנב ואין חזקה כמו ברועה שהאדם שעומד מולו יבצע עבירה בעידודו. האם גם אז יש איסור לשתף פעולה אתו?

דוגמא לאחריות על מעשי גנבה עתידיים של אדם שאינו מוחזק כגזלן ניתן לראות בדין אריס העובד בשדה של בעל הבית תמורת שותפות בפירות. הרמב"ם פסק שמותר לקנות פירות ישירות מן האריס אף שהשדה אינו שלו[48] כפי שמובא בגמרא במעשה של רבא:

> רב[א] זבין שבישתא (רש"י: חבילי זמורות) מאריסא. אמר ליה אביי, והא תנן: ולא [קונים ישירות] משומרי פירות - עצים ופירות!? אמר ליה: הני מילי בשומר, דלית ליה בגופא דארעא מידי, אבל אריס דאית ליה בגוויה, **אימא מדנפשיה קא מזבין** [ואינו קונה דבר הגזול].

במקרה זה האריס אינו חשוד לגזול בגלל שהוא עצמו יש לו חלק בפירות הללו, וניתן לתלות שלקח מהחלק שלו ולא מחלקו של בעל הבית.

אולם הרמ"א כתב:[49]

> ויש אומרים דדוקא לאחר שחלקו [בעל הבית עם האריס ובררו כל אחד חלקו המגיע לו], דסתמא [האריס] שלו הוא מוכר; **אבל קודם חלוקה אסור [לקנות פירות מן האריס], דחיישינן שלא יתן לבעל הבית נגד מה שנטל**.

לפי הרמ"א יש לקונה לחשוש שהאריס ישים את הכסף בכיסו ובזמן החלוקה לא יודיע לבעל הבית על מה שהוא לקח ומכר כבר ולא ינכה על זה מחלקו בחלוקה ונמצא האריס גונב את בעל הבית. דבר זה מהווה הרחבה עצומה של האיסור המקורי לקנות מגזלן דבר הגזול. מכאן לכאורה ניתן להסיק שאם צורת הקנייה נותן

---

47. טור חו"מ סי' שנ"ו וסי' שס"ט. ראה ערוך השולחן חו"מ שס"ט שציין את ההבדל בין הטור להרמב"ם והשו"ע בעניין זה. ראה גם הלבוש שנקט כדברי הטור בגזילה (סי' שס"ט) ודומה לדברי הרמב"ם בגניבה (סי' שנ"ו) וצ"ע. לכאורה דברי הטור נסתרים מסוגיית הגמרא בבא קמא קי"ט א', ראה פרק המשך דברינו בענין אריס.
48. הלכות גניבה פ"ו ה"ג-"ומותר ליקח מן האריס שהרי יש לו חלק בפירות ובעצים".
49. שו"ע חו"מ סי' שנ"ח סעיף ד על פי התוספות בבא מציעא כ"ב א' ד"ה מר זוטרא והגהות אשר"י שם, וכן פסק בטור שם והב"ח שם ד"ה ומה שכתב.

למוכר אמצעי להסתיר את קיום המכירה ולהתחמק ולגנוב משותפיו או מנושיו או מהציבור או השלטון את חלקם המגיע להם מהמכירה, אסור לקנות בצורה הזאת ממוכר החשוד על כך.[50]

הבית יוסף חולק על הרמ"א ועל הב"ח בדין זה.[51] מקור מחלוקתם הוא בפירוש סיפור הגמרא[52] על אמימר רב אשי ומר זוטרא בבוסתן של מרי בר איסק והתווכחו האם לאכול מהפירות שהציע להם האריס. סביר להניח שגם החידוש שבדין הרמ"א לא מסתבר לבית יוסף, אולי בגלל שהוא מהווה הרחבה מאד משמעותית בכל הנושא של קונה מן הגזלן, ולא מסתבר שחידוש זה יצא "כלאחר יד" מדין אריס. כמו כן, הסבר הרמ"א אינו תואם את רוח הסוגיה של קנייה מגזלן[53], המצמצם את סוג השאלות לחפץ עצמו, האם הוא גזול או לא. על כל פנים, הרמ"א והב"ח הבינו מתוך דברי הטור שדין זה יוצא מפירושו של הרא"ש בעובדה דמרי בר איסק[54], והתוספות הוכיחו מסוגית הגמרא שזה היה חששו הראשון של מר זוטרא שלא רצה לאכול מהפירות שהציע לו האריס שלא בפני בעל הבית מרי בר עיסק.[55]

סיכום

דין אריס שנותן מחלקו לאחרים שנוי במחלוקת הפוסקים. לדעת ה"בית יוסף" ניתן להסתמך על האריס שלא לקח מחלק בעל הבית ומותר לקחת ממנו, אולם הרמ"א חושש שמא לא יחזיר לבעל הבית לאחר מכן את חלקו בפירות, ולכן אוסר לקנות ממנו לפני חלוקה עם בעל הבית.

השלכה אפשרית לסוגיית מסים עשויה להיות במקרה שקונים ממי שמוכר במזומן. גם אם הוא רושם את העסקאות לעצמו לא בהכרח הוא ידווח על אותם עסקאות.

---

50. ראה קובץ דרכי הוראה, קובץ ג (תשרי תשס"ו) דף קל"ב תשובה מרבי זאב ציצוביץ "החיוב להודיע לאדם שמרמה אותו שותפו" שדן במי שמבקש מלקוח תשלום בחשאי ורמז לו שגונב את שותפו על ידי כך, האם מותר לשתף פעולה והאם חייב להודיע לשותף הנגזל.
51. ראה טור חו"מ סי' שנ"ח, בית יוסף שם
52. בבא מציעא כ"ב.
53. מלשון הגמרא בבא קמא "אבל אריס דאית ליה בגוויה אימא מדנפשיה קזבין" משמע שבחשד קנייה מאריס גזלן תולים להיתר שלקח משל עצמו.
54. רא"ש בבא מציעא פרק ב סי' ג כתב ש"כיון שמן השותפות קודם חלוקה יהיב להו, בלא דעת בעלים לא מצי למיכל" ובטור שנ"ח הוסיף "ואין אנו תולין לומר ודאי שיתן לבעל הבית כנגדן".
55. הרמב"ן והריטב"א בחידושיהם לא פירשו את המחלוקת בין מר זוטרא לבין רב אשי ואמימר [או, לפי גירסתו של הרמב"ן, ביו רב אשי לבין מר זוטרא ואמימר] בנוגע לחשש מה יעשה או לא יעשה האריס בעתיד, ואחריותו של קונה או מקבל מתנה למעשי האריס. אמנם, גם לדעתם, יש לקונה קצת אחריות לדעת מר זוטרא להתנהגות לא הוגנת של המוכר כלפי שותפיו. אולם רש"י נקט במפורש שמדובר בגזל כיוון שהאריס עושה ללא דעת בעל הבית. התוספות חידשו כפי שכתב בשמם הרמ"א שיש לחוש שהאריס בעתיד לא יחזיר לבעל הבית את הפירו תשנתן בפניהם.

לדעת הרמ"א לכאורה צריך לחשוש כמו שחששנו באריס לפני חלוקה, ואילו לדעת ה"בית יוסף" ניתן להקל ולהניח שלאחר מכן ידווח על העסקה.[56]

ו. השוואה לדין מתנות כהונה ומתנות עניים

אפשר לראות כמה ממתנות כהונה ומתנות עניים כסוג של מסים. למשל, אחת ממתנות הכהונה שזיכתה התורה לכהנים חלף עבודתם במקדש היא הזרוע לחיים וקיבה, מתנות חולין שמגיעות לכהנים מכל בהמה כשרה שנשחטה, אפילו בזמן הזה.[57] אין במתנות אלו קדושה, אלא זכות וחיוב ממוני ומצוות נתינה להעבירם לכהן בעין, ולכן אינם מטבלים—כלומר אין איסור אכילה בבהמה שעדיין לא הופרשו ממנה מתנותיה. אף שמובאת דעה הפוכה בגמרא: "דאמר רבי יצחק אמר רבי יוחנן: אסור לאכול מבהמה שלא הורמו מתנותיה. ואמר רבי יצחק: כל האוכל מבהמה שלא הורמו מתנותיה - כאילו אוכל טבלים", הגמרא מסיקה "ולית הלכתא כוותיה."[58]

מבואר כאן שיש מין מכס שמגיע לכהנים מכל בהמה שחוטה. מכס זה אי אפשר לתבוע אותו ולהוציאו בדין אלא נתינתו תלוי ביושרם של בעלי הבהמה והטבחים ורצונם לקיים את מצות הנתינה. הסיבה לכך היא שהזכות של הכהנים נחשב כממון שאין לו תובעים, כיון שאין כהן מיוחד שיכול לתבוע את המתנות.[59] ישראל שאכל או הזיק מתנות כהונה פטור מדיני אדם, כיון שהמתנות הם ממון שאין לו תובעים כמו שאמרנו, אבל מכל מקום חייב המזיק לשלם את דמיהם לכהנים כדי לצאת ידי שמים,[60] וכמו כן אסור להזיק או לאכול אותם. כמו כן, אסור למכור מתנות כהונה משום שבכך מפקיע את זכות הכהנים למתנות עצמם כיון ש"מתנות כהונה נגזלות."[61] פירוש הדבר שהלוקח קונה אותם על ידי שינוי רשות ומותר לו לאכול

---

56. לכאורה צריך עיון בדעת ה"בית יוסף" מדוע הוא מיקל לגבי אריס ואילו לגבי תגר הוא אוסר לתת לו יין מדולל מחשש שימכור בלי לדווח על כך. אולם ניתן לחלק שבאריס בעל הבית האמינו לעשות חלוקה וסומך עליו שלא ירמה ולכן גם מי שקונה מאריס יכול לסמוך על כך שיש לו יחסי אמון עם בעה"ב, ואילו לגבי תגר צריך להניח שהוא רוצה למכור ולא אכפת לו לדווח ללקוח את כל הפרטים על המקח, ולכן יש לחוש יותר כשנותן לו יין מדולל.
57. שו"ע יורה דעה סי' ס"א .
58. מגילה כ"ח א. ראה גם אותו מימרא בשם ר' יוחנן בחולין קל"ב ב. אמנם, לדעת התוספות (חולין קל"א א' ד"ה הכי גרסינן) ישנו איסור מדרבנן לאכול בשר בהמה שעדיין לא הורמו מתנותיה.
59. חולין ק"ל ב ורש"י שם. אף שיש צד בגמרא שהפטור למי שמזיק מתנות כהונה אינו מטעם ממון שאין לו תובעים אלא מדרשה, השו"ע וכנראה כל הראשונים והפוסקים נקטו טעם זה.
60. חולין ק"ל ב ותוספות שם ד"ה ואי בעית אימא.
61. חולין קל"ד א. בדין ראשית הגז, שהוא גם מתנת כהונה שאינו מטבל, לא נשנה איסור מפורש למכור את ראשית הגז ועל ידי כך להפקיע את זכות הכהנים. הטעם שהשמיט הרמב"ם איסור זה וההבדל בין ראשית הגז לזרוע לחיים וקיבה הוא שראשית הגז אינו חלק מסויים מהגיזות ששייך לכהנים אלא זכות כללית לקבל אחוזים מהגיזות. לכן, כל זמן שלא מכר את כל הגיזות ביחד, יש אומדנא שהמוכר השאיר את ראשית הגז אצלו ועליו לתת אותה לכהנים. רמב"ם

אותם ואין אפילו מצווה לתת אותם לכהנים,[62] אלא שהמוכר נהיה גזלן וחייב לשלם לכהנים כדי לצאת ידי שמים אף שהוא ממון שאין לו תובעים.

האם מותר ללוקח לקנות את המתנות מאחר שהוא לא גוזל אותם ולא מזיק אותם, והמתנות מותרות לו לאכול כשמגיעות לרשותו? השולחן ערוך על פי הרמב"ם פוסק שאסור לקנות אותם.[63] אף שלמעשה אין נותנים לכהנים היום את המתנות משום שהם כהני חזקה[64], מכל מקום ראוי להדר ולתת לכהן את המתנות ולא להפקיע אותם, ולכן הקונה אותם מישראל למעשה מפקיע בכך את ממון השבט. ניתן לראות בכך איסור לבצע עיסקה עם מי שמבריח על ידי העיסקה זכות ממוני של צד שלישי, ומטעם לפני עור או מסייע ידי עוברי עבירה או נטפל לדבר עבירה[65] וכדומה. וכן כותב מהר"י קורקוס בתשובה נגד המנהג בדורו לעקוף את זכויות הכוהנים למתנות כהונה על ידי נתינת פרוטה לכהן אחד תמורת וויתור על המתנות: "והקונה אותם [מתנות] מחזיק ידי עוברי עבירה דלאו עכברא גנב אלא חורא גנב."[66]

אמנם לכאורה האיסור המוזכר כאן אינו מוסיף על מה שכבר כתב הרמב"ם בהלכות גזילה ובהלכות גניבה שקיים איסור לקנות דבר גנוב מאת הגנב. בניגוד למכס או מע"מ שהוא חוב ממוני הנוצר ממכירה,[67] המתנות הם דבר מסויים השייך לכהנים

הלכות ביכורים פרק י הלכה י. גם אם מכר המוכר את כל הגיזות שיש לו, לא הפקיע בזה את זכות הכהנים לגיזות משום שאנחנו משערים שדעתם של הצדדים היה להעביר את ראשית הגז לקונה כדי שהוא יתן אותם בעצמו לכהן. גם במתנות כהונה אם מכר המוכר את בני מעיה עם המתנות בתוכם, אומדים את דעתם של הצדדים שכוונתם היה שהקונה יתן את המתנות לכהנים ולא יזכה בהם לעצמן, ולכן יכול הקונה לנכות מהדמים אם קנה את בני מעיה לפי משקל. שם פרק ט הלכה ט"ו. בשני הדינים, אם התנו ופירשו המוכר והקונה שהמכירה של הגיזות או בני המעיים כולל את חלק הכהן על מנת לזכות את אותו חלק לקונה עצמו ולהפקיע בכך את זכות הכהנים בו, חל הדין שאמרנו שהמכירה אסורה לשני הצדדים, והמוכר חייב לצאת ידי שמים. פירוש מהר"י קורקוס שם פרק י הלכה י.

62. שו"ע יו"ד סי' ס"א סעף ל"א.

63. שם, כמשמעות הפשוטה מלשונו "והקונה אותם, אף על פי שאינו רשאי... " שהאיסור גם על הקונה.

64. ראה באורך במנחת יצחק חלק ח סי' ק"ו, וכן בפסקי דין ירושלים, בירורי יהדות א עמוד מ"ז שדנו באורך בסוגיא זו.

65. ראה מכות ה: לעניין עד שהעיד עדות שקר יחד עם שאר העדים, שאף שללא עדותו כבר לא הוזקקו לעדותו כדי לחייב את השני, עדיין נחשב כמי ש"נטפל לעוברי עבירה."

66. שו"ת אבקת רוכל סי' ט"ז בשם מהר"י קורקוס וגם פירוש מהרי"י קורקוס על הרמב"ם הלכות ביכורים פרק ט הלכה ט"ז. ראה גם שו"ת רדב"ז חלק א סי' ש"מ.

67. אף שלכהנים מותר למכור את המתנות והיינו יכולים לדמות את זכותם לזכות ממוני כמו מכס או מע"מ שמגיע להם מכל בהמה ובהמה כפי שווי המתנות, כמו אקציז או געבעלע מכל מקום, יש כאן עניין של נתינה ממש ולא רק זכות ממוני. ראה שו"ת אבקת רוכל הנ"ל שכותב על המנהג לפטור נתינת המתנות על ידי נתינת פרוטה לכהן: "יש לחוש שמא ישתכח זרוע ולחיים וקיבה ויחשבו באורך הזמן שאין המצוה רק לתת פרוטה או שתי פרוטות על כל בהמה לכהן כמכס ממכסי המלכים חס ושלום."

והם עצמם הדבר הגזול.[68] לגבי דבר הגזול ממש, ראינו כבר שיש איסור לקנות מן הגזלן או לסעדו על שינויו.[69]

ז. שיתוף פעולה בהברחת מס ה"אקציז"

לעיל[70] ביארנו את הרקע למס האקציז. אחת מהשאלות שעלו בענין מס האקציז היתה האם יש איסור ד"לפני עור" או מסייע ידי עוברי עבירה על שוחט שישחט לבן קהילה רחוקה שהביא לו בהמה לשחיטה כדי להבריח את האקציז שהיה חייב בעל הבהמה לשלם לשוחטים בקהילה שלו. המהרש"ם כתב בענין זה:[71]

> מכתבם הגיעני וע"ד שאלתם היות שקבלו להם שו"ב [שוחט ובודק] מופלג וירא שמים בכתב קאנסיס [חוזה] כנהוג ושייכים לו הישובים מסביב כמאז ומקדם ושכרו מכל בהמה ועוף. וזה זמן החל השו"ב ממיידאן [עיר אחרת] לשחוט לבני הישובים השייכים להשו"ב שלכם ולאשר על ידי זה בידם לגנוב המכס מאקציז [גובה המכס] וגם מוזיל להם שכר שחיטה, לכן הם הולכים למיידאן ומביאים הבשר בלילה ומקפח על ידי זה פרנסתו [של השו"ב המורשה]. ומענה בפיו דאם מביאים אליו לביתו ליכא איסור השגת גבול. . . והנה בדבר זה כבר נשאלתי זה איזו שנים מהרב אבד"ק אזיפאלי והשבתי [דיש איסור השגת גבול] בישראל היכא דכבר זכה בשיעבוד הקהל. וישובים שנתחייבו לו בכתב קאנסיס אין שום חילוק בין אם הוא בא אצלם או הם באים אליו. . . ואפילו המזיק שיעבודו חייב, מכל שכן היכא דמשתרשי ליה ונהנה בזה הוי גזל גמור **ועובר בלפני עוור.**

לדעתו יש גזל גמור מצד בני הקהילה שמבריחים את מכס הבשר,[72] ולכן יש גם איסור לפני עוור על השוחט המשתף פעולה (וגם מרוויח מזה) עם המבריחים, אף שאין עליו איסור ישיר לשחוט.

וכן כתב המהרש"ם במקום אחר שהשוחטים המסייעים לקצבים להבריח את מכס הבשר (שהקצבים חייבים לגבות לטובת מוכס הישראלי שקנה המכס) עוברים על איסור לפני עוור:

> היכא דאסור להבריח בודאי גם השו"ב הוי מסייע לדבר עבירה... וחמור יותר דעובר בלפני עוור כיוון דבלאו הכי לא מצי הקצב לשחוט... וכיון דחשוד בלפני

---

68. גם ראשית הגז, אף שאין חלק מסויים מהגיזות ששייך לכהן, חלק בלתי מסויים מכל הגיזות שייך לכהנים ולכן גם בזה יש דין של קונה דבר הגנוב.
69. רמב"ם הלכות גזילה פרק ה הלכה א, ראה פרק ד. קנייה מגנב וגזלן עמוד 282.
70. חלק ב, התשתית ההלכתית לגביית מע"מ
71. שו"ת מהרש"ם חלק א סי' קנ"א. ראה גם שו"ת דברי חיים חלק יו"ד סי' ט שהסכים לאסור לשחוט לבני עיר אחרת שמבריחים את מכס הבשר הנהוג בעירם.
72. ראה גם דבריו בדעת תורה, הלכות שחיטה סי' א' אות נ"ג: "היכא דקבלוהו הקהל ונתחייבו בשכרו י"ל דהוי גזל של תורה."

עוור א"כ באינו אוכל מן הבשר בעצמו הוי כחשוד לאותו דבר ואינו נאמן לגבי אחרים בשחיטה ובדיקה.[73]

המהרש"ם גם הטיל את האחריות על המסייע לפקוח עין ולא להתעלם ממעשי האדם שמתעסק איתו, ואם נראה לו שהשני עושה פעולות להחביא ולהטמין סחורה כדי להעלים מס, אסור לשתף פעולה איתו ואין מקום לפטור עצמו מאיסור לפני עוור ולתלות שאינו עושה איסור:[74]

ולכן נראה דהשו"ב אינו מחויב לחקור על זה [לברר אם לקוח שלו מעלים מהרשויות מס] דהיכא דאיכא למיתלי בהיתרא לא שייך לפני עוור... אבל בעובדא שאירע ששחט השו"ב במקום סתר ואמר שלא ידע שהוא גנוב מהאקציז, אמרתי שהדבר מבואר בירושלמי[75]... ראוהו שוחט ביער חזקה גנוב הוא, [וכן בבבלי[76]] וכולן שאמרו הטמן אסור.

אולם, למרות שהמהרש"ם אסר על השוחטים, קצבים וקוני הבשר להבריח את מכס הבשר, לא ראה את מי שמסייע בהברחה כגנב ממש שחייב לשלם את המכס שהוברח. הוא רואה אותו כגורם נזק לדבר שלא בא לעולם, שפטור מן הדין לשלם. בתשובה שנשאל תבע מוכס יהודי שקנה את זכות המכס (הנקרא "טאקסע קאמינאל") את השוחטים ששחטו בשוק השחור בחצי מחיר והעלימו את המכס.[77] המהרש"ם פטר את השוחטים מכיון שעל פי החוק נופל תשלום המכס על בעל העופות ולא על השוחטים, שהם רק גובים את המכס, ומה שלא גבו אי אפשר לחייב אותם על זה. דבריו תואמים את סברתו של בעל היד רמה שציינו להלן, שרואה את בסיס האיסור לגרום נזק בציווי "לפני עוור לא תתן מכשול", וממילא הלכות לפני עוור תואמות את כללי גרמא.

מלבד האיסור דלפני עוור בכל עיסקה שעושים עם השוחט שמשיג גבול רעהו, כלומר שוחט בלי רשיון מהקהילה, יש גם איסור כללי שמחזק ידי עוברי עבירה:

בנידון דידן שהשו"ב הזה המשיג גבול עושה איסור תמידי וכל בני העיר בידם לאכול מהשו"ב הקודמים ואסור להם להחזיק ביד עוברי עבירה ועי"ז שאוכלין מבשר שחיטתו מסייעים ידי עוברי עבירה ודמי להא ...דאסור לקנות מהגנב ועוון גדול הוא שמחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנוב גניבות אחרות וכו' וכמ"ש חז"ל בקידושין נ"ו לאו עכברא גנב אלא חורא גנב והכי נמי בנידון דידן אסור מדינא לאכול מבשר שחיטתו מהאי טעמא.[78]

---

73. דעת תורת, הלכות שחיטה סי' ב אות מ"ו.
74. דעת תורה, הלכות שחיטה, סי' ב אות מ"ו.
75. בבא קמא פרק ז הלכה ה.
76. בבא קמא קי"ט א.
77. שו"ת מהרש"ם חלק ז סי' ל"ד.
78. דעת תורת, הלכות שחיטה סי' א' אות נ"ט.

גם בדיני השגת גבול שאינם קשורים לרשיונות בלעדיות, יש צד לאסור על הקונים מלקנות ממי שמשיג גבול רעהו.[79]

סיכום

מי שמסייע להבריח את מס האקציז ושוחט בלי לקבל פתקה ("צעטיל") מבעל הבהמה ששילם את דמי האקציז לקהל נחשב בעיני הפוסקים כ"חולק עם הגנב".[80] משמעות הדבר שדינו יותר חמור מסתם מסייע ידי עוברי עבירה – ולמעשה הוא שותף גם בהנאה ממעשה העבירה ולא רק עוזר לשני ליהנות ממעשה עבירה.

ח. עוד בענין שיתוף פעולה בהברחת מס ה"אקציז"

בתשובה אחת של בעל "שערי צדק" נידון מי שפתח חנות בשר ומכר לאחרים בלי תשלום "הטקסא" שנקרא "גאבעללע" ועקף את חוק ה"גאבעללע" על ידי שהוא הוליך הבהמות לשוחטים הסמוכים בכפרים שאינם בתחום השיפוט של הקהילה.[81] המשיב טען ש:

> קצב שמוכר בלי שילום הטאקסא לגאבעללע הוא כגוזל ומזיק את הרבים ומזיק חזקת הקהילה [ו]ממילא אותן השוחטים דכפרים ששוחטין לו הבהמות המה מסייעין לדבר איסור גדול וכבר נודע מה שכתוב במשנה דמכות... לעשות 'הנטפל לעוברי עבירה כעוברי עבירה.'"[82]

במקרה זה השוחטים נהנים מתשלום שהקצבים נותנים להם ובכך מסייעים לקצבים להימלט מתשלום מס יותר גבוה לרשויות

בתשובה זו ציין גם לשו"ת של החתם סופר[83] בנידון דומה שרבים מבני הקהילה פרצו תקנת המכס על הבשר. החתם סופר הסביר בצורה מאד ברורה את הגזל שכרוך במי שמבריח מסים שנובעים מזכיון שהקהל נתן ליחידים, ואת חוסר היושר שבהתנהגות זו:

> היות כן בנידון שלפנינו שהחוכרים חכרו מהקהל מס הבשר והם כמוכס ישראל הנוטל בדין ומשלם להקופות הקהל [שהפורצים] שותפים [בה], והשותפים הללו גונבים המכס [ו]הם נהנים ממה שניתן להקופה מהחוכרים וחוזרים וגונבים את החוכרים. והגונב מוכס ישראל גזלן גמור כמבואר בבבא קמא ובנדרים, ואם כן מחויבים הקהל לגדר בפני הפריצים הגזלנים האלו

---

79. ראה פתחי חושן הלכות גניבה פרק ט' אות א שכתב כן על פי שו"ת הרמ"א. אולם ראה שם אות ל"ב שהביא אחרים שהקלו בדבר.
80. ראה למשל דברי הלל חלק שני סי' י"ח. אף ששם צידד שחולק עם הגנב אינו פסול לעדות, כלומר עדיין נאמן כשוחט, מכל מקום ברור לו שהשוחט הוא בגדר חולק עם הגנב.
81. שערי צדק חלק יו"ד סי' ל"ד.
82. שם.
83. שו"ת חתם סופר חלק ב יו"ד סי' ה.

ויאושר כחם בתקנתם [שהכריזו על בשר שנשחט מחוץ לעיר כבשר טרף] ולא צריכי חבר עיר [לאשר התקנה] ואין להשגיח על יחידים שמיחו בתקנה ואפילו על הרוב לא ישגיחו כי פשיטא שהגזלנים ימחו בהמוחה בהם על כן לכאורה איסור שאסרו הקהל איסור גמור הוא ואסור לפרוץ גדרן **ולסייע ידי עוברי עבירה** [כלומר לשחוט לבני הקהילה].

גם בתשובה שכתב המחנה חיים[84] בנידון הזה השיב והביא דוגמא מתקנות בני קהילתו מונקאטש נגד מבריחי ה"גאבעללע":

לאסור הכלים [של] מי שלקח מבשר תמותות מאיש אשר מוכר כשר בלי לקיחת רשות משוכרי געבעללע וכן נעשה בפומבי כמה פעמים וכל מי שלוקח מהמוכר הנ"ל הוא גנב וגזלן בלי ספק כלל, גוזל רבים אשר קשה להיות בעל תשובה וגם הקצב ש[הערים ו] אמר שמוכר להם בתורת טריפה [שפטור מתשלום המס הנ"ל] אם כן בודאי הוא נאמן שמכר להם טריפות כי מקחו בידו ונאמן עליו...

תקנה הזו הרחיקה לכת ואסרה את הבשר שהוברח מתשלום המס שחיטה וקרא לו "בשר תמותות." יש כוח ביד טובי העיר לגזור על "שחוטי חוץ", כלומר בשר שנשחט בלי תשלום הגאבעללע, שיהא עליו ממש דין נבילה וטריפה.[85] מעבר לגזירת הקהילה יש מהאחרונים שסברו שגם מעיקר הדין יש מקום לחשוש שהשוחט שמסייע להבריח מס השחיטה הוא חשוד על גניבה ולכן חשוד על השחיטה.[86] אף שה"חולק עם הגנב" אינו פסול לעדות,[87] ואפילו גנב שפסול לעדות אינו פסול לשחוט,[88] האחרונים האלו ראו שבזמן הזה שוחט שמעלים מס השחיטה הרי הוא כגנב ממש וכשותפים לעבירה וחשוד גם על השחיטה.

אחרונים אחרים רצו להקל בפסולו לעדות, או לשחיטה, של מי שמסייע להבריח את מס השחיטה. שיקול אחד להקל היה במקרה שהמסייע לא קבל מאומה מההברחה, כלומר לא לקח חלק מרווחי ההברחה.[89] מעבר לזה, יש לשקול את העובדה

[ש]בנידון הטאקסע הרי על פי שכל האנושי ידוע דיש כמה וכמה אנשים דמורי היתר בזה מחמת שסברי דאין בזה איסור כלל דכיון דהוי רק גזירה על בשר כשר לעשות ממנו מכס וגם רואים לאיזה תכלית הממון הולך שלא יש מזה

84. ק"ן סופר לבעל "מחנה חיים", סי' נ"ד.
85. שו"ע יו"ד סי' א' סעיף י"א.
86. טוב טעם ודעת מהדורא תליתאי סי' ל"ג וסי' מ"א. ראה גם שו"ת זקן אהרן חלק ב יו"ד סי' כ"ח, אפרקסתא דעניא יו"ד סי' קט"ז.
87. שו"ע חו"מ סי' ל"ד סעיף ז, וראה שם תומים אות ה ונתיבות אות ט.
88. שו"ע יו"ד סי' ב, סי' ק"ט.
89. כך נראה משו"ת ברוך השם יו"ד סי' א

תועלת נכון ורובו מתמעט לדברים שאין צורך בהם משום הכי מדמין מדעתם שאין שום איסור כלל להעלים הטאקסע.[90]

מכל מקום ניתן לראות מכל התשובות בקשר להברחת מס הבשר שמי שביצע עסקה שעל ידיו מבריח הצד השני מס, נחשב לפחות מסייע ידי עוברי עבירה, וכנראה גם עובר על לפני עור דאורייתא, וגם נחשב חולק עם הגנב או שותפו בעבירה ואולי אפילו גנב ממש.

סיכום

מתוך מקרה האקציז ניתן ללמוד חידוש נוסף בנוגע לחיוב "לפני עוור" כלפי צד שלישי. אף כאשר המסייע לא נמצא בתחום השיפוט של מי שעובר את העבירה ולא חלים עליו חוקי אותו מקום, אסור לו לסייע לאחד מבני המקום להפר חוק לגזול או להשיג גבולם של שאר בני המקום. משום כך אי אפשר לטעון שאני קונה מעסק "שחור" בגלל שהחוק לא מחייב אותי לדאוג אם הם משלמים מסים, מאחר שעל פי הלכה אני נחשב למסייע גם במקרה זה.[91]

כמו כן מי שפועל בצורה אקטיבית לסייע לאחר לגנוב ואף הרוויח כתוצאה מכך, כגון מי ששוחט מחוץ לתחום עבור אלה שרוצים להיפטר ממיסי קהל, נחשב בעיני חלק מהפוסקים כמי ש"חולק עם גנב", שחומרתו יותר גדולה ממי שמסייע לאחר לעשות עבירה.

ט. חולק עם הגנב ב"אוראנדע"

גם כאשר לא מדובר בגניבה ממש מאחרים אלא במי שעובר על זכיון שיש לאחר מטעם המדינה או במי שהבריח את המכס שתקנו הקהל (אקציז), עדיין יש איסור לשתף פעולה אתו בעסקה כזו גם למי שאינו עומד תחת שיפוט אותה קהילה או מדינה. דוגמא לכך ניתן לראות ממי שעסק בהברחת יין בימי ה"חתם סופר".

לקוח של עסק שסוחר באיסור יכול להיחשב כמי ש"נטפל לעוברי עבירה" או ליעשות שותף לגניבה שעושה העסק, שזה בגדר "חולק עם הגנב." הלקוחות של הגנב נקראים "חולק עם הגנב" מלשון הפסוק במשלי "חולק עם גנב שונא נפשו אלה ישמע ולא יגיד."[92] הרמב"ם מונה חולק עם הגנב בין הכ"ד דברים שמעכבין את התשובה.[93] כמו שהזכרנו לעיל, בהלכות גניבה כתב הרמב"ם: "אסור לקנות מן הגנב

90. שם אות ג. השווה לאפרקסתא דעניא יו"ד סי' קט"ז שאינו רואה לנכון להקל מטעם זה.
91. מעבר לכך, על פי סעיף 224 לפקודת המס גם הקונה אחראי אם הוא מסייע ביודעין לאחר להשתמט מתשלום מס.
92. משלי כ"ט:כ"ד. ראה כל הפרשנים שם שמסבירים שהחולק עם הגנב יתבייש להעיד נגד הגנב ויעבור על השבועה ואלה שיכריזו נגד מי שיודע עדות ואינו מגיד, ועל ידי זה יגרום לעצמו מות כעונש על האלה.
93. רמב"ם הלכות תשובה פרק ד הלכה ג.

החפץ שגנב ועון גדול הוא שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנוב גניבות אחרות, שאם לא ימצא לוקח אינו גונב, ועל זה נאמר 'חולק עם גנב שונא נפשו.'"[94] כנראה, ההגדרה של עבירת "חולק עם הגנב" שונה מדין מסייע ולפני עור עליהם התמקדנו עד כאן.[95]

במכירת יין היה נהוג בימי האחרונים רשיון ה"אוראנדע" שהיה זכיון בלעדי לייצר ו/או למכור יין ושכר. השר המקומי היה משכיר את ה"אוראנדע" תמורת כסף, והחוק היה אוסר על קונים לקנות יין ממישהו אחר ואפילו מבעל אוראנדע ממחוז אחר . בניגוד ל"אקציז", לא היה לקהילה מעורבות בעניין, כנראה בגלל שלא היה מכס מיוחד לשלם לבעל ה"אוראנדע" או לשר על כל ליטר של יין, ולכן לא היה ה"אוראנדע" מקור הכנסה לקהילה. מכל מקום, מתשובה של החתם סופר[96] עולה שאסור ליהודי למכור יין לקונים שבאו ממחוז אחר בניגוד לחוק האוראנדע שלהם. החתם סופר מסיק שאם הוא מוזיל לקונים או נותן להם מתנות, נחשב לנכנס למערופיה[97] של חבירו ומשיג גבולו ולכן אסור. אך גם אם לא עשה פעולה כלשהי למשוך קונים אלו אלא הם באו מעצמם, עדיין החתם סופר רואה בכך בעיה שהרי הוא "חולק עם הגנב". למרות שאין המוכר עושה שום איסור כאן, אסור לו להרוויח מפעילות עסקית עם אנשים שגונבים מאחרים באמצעות עסקים אלו.[98] אף שלדעת החתם סופר מדובר שם בחד עברא דנהרא, ובקונים גויים שאין עליהם איסור מסייע, מכל מקום אסר החתם סופר לחלוק עם גנב גם במקרה כזה, וכל שכן אם

94. הלכות גניבה פרק ה הלכה א וכן בשו"ע חו"מ סי' שנ"ו. אולם המחבר השמיט ענין "חולק עם גנב." וראה שולחן ערוך הרב הלכות גניבה וגזילה סעיף ט.

95. ואמנם לא מצאנו מי שפוסל מסייע ידי עוברי עבירה לעדות, אך לעניין חולק עם גנב דעת התומים סי' ל"ד ס"ק ה' לפוסלו כיוון שבידו ממון חבירו וחשיב רשע דחמס, ובנתיבות שם חידושים ס"ק ט הסכים שאם נהנה מהגניבה ואכלה נפסל לעדות.

96. שו"ת חתם סופר חו"מ חלק ה סי' קע"ה.

97. מערופיה פירושו שיש גוי שהיה מכר וידיד של יהודי מסוים והיה נושא ונותן במסחר רק עם יהודי זה. במקום שנהגו דין מערופיה, היה חרם הקהל שלא ייכנס איש למערופיה של חברו. מקור דבר זה מופיע בתשובות של חכמי אשכנז הקדמונים, כגון שו"ת רבינו גרשום מאור הגולה סי' ס"ח וכן שו"ת רבי משולם בן קלונימוס, בן דודו של רבינו גרשום, ראה תשובות גאונים קדמונים סי' קנ"א ותשובות גאוני מזרח ומערב סי' קע"ד.

98. החתם סופר רואה את הקונה כגונב מבעל האוראנדע "דהרי דינא דמלכותא דינא והשר גזר על הדרים תחת ממשלתו ובכלל מס שלו הוא זה שלא יהיו רשאים לקנות שום משקה כי אם מזה ששכר האורענדע ממנו והעובר על זה גונב את השוכר שעומד על פי ובמקום השר." שם. אולם ראה מחנה חיים חלק ב חו"מ סי' מ"ו שחולק על רבו החתם סופר בזה ואומר שעל פי הדינא דמלכותא אין איסור בכלל על הקונים לקנות יין ושכר במקום אחר אלא שיש איסור להחזיר מה שקנו למקומם, ועל זה שיבריחו מה שקנו מחוץ לעירם אל תוך עירם אין בזה משום חולק עם הגנב.

היה מצב של תרי עברי נהרא וביהודי שיש בו גם איסור של לפני עוור ומסייע ידי עוברי עבירה שאסור לבצע עסקה אתו בכי האי גוונא.[99]

סיכום

גם כאשר לא מדובר בגניבה ממש אלא בעסקה שאינה מדווחת כחוק, אם כתוצאה מכך הקהילה מפסידה את דמי המסים שמגיעים לה, נחשב מי שמשתף פעולה כ"חולק עם גנב", אף שהוא עצמו אינו עומד תחת שיפוט אותה קהילה, ואסור לו לסייע לשני בעסקה זו.

ב. לפני עוור ואיסור גרמא בנזיקין

הצגנו לעיל מספר דוגמאות המוכיחות שאיסור "לפני עוור" שונה וחמור יותר כאשר המכשול המדובר אינו רק מכשול רוחני אלא גם גורם נזק חברתי לצד שלישי שחף מפשע. כעת נוכיח שהאיסור ה"חברתי" של לפני עוור בביצוע עיסקה או בנתינת סיוע לגנב ומזיק הוא למעשה איסור לגרום היזק. אחד מהראשונים, בעל היד רמה, ראה ביסוד דין גרמא, ש"גרמא בנזקין אסור", דין של לפני עוור.[100]

---

99. ראה גם מרום הרי"ם סי' ט שגם ראה את השוחט המסייע לבני העיר לעקוף את תקנת מס השחיטה כ"חולק עם הגנב".

100. יד רמה בבא בתרא כ"ו ד"ה רבי מריון "איסורא הוא דאסיר ואסיר למגרם מידי דאתי מיניה הזיקא לאינשי אי משום לפני עוור לא תתן מכשול ואי משום ואהבת לרעך כמוך." ראה גם ים של שלמה בבא קמא פרק י סי' נ"ח. ראה גם משך חכמה שם שכתב דאיסור לפני עיור הוא מקור לאיסור לפתוח בור ולהזיק בו. רעיון דומה נמצא בדברי הרמב"ם:

אסור למכור לגוים כל כלי המלחמה ואין משחיזין להם את הזיין ואין מוכרין להן לא סכין ולא קולרין ולא כבלים ולא שלשלאות של ברזל ולא עששיות של ברזל הינדואה ולא דובים ואריות ולא כל דבר שיש בו נזק לרבים אבל מוכרין להן תריסין שאינן אלא להגן. וכשם שאסרו למכור לגוי כך אסרו למכור לישראל שמוכר לגוי, ומותר למכור הזיין לחיל של בני המדינה מפני שהן מגינין על ישראל. כל שאסור למכור לגוי אסור למכור לישראל שהוא ליסטיס, מפני שנמצא מחזק ידי עובר עבירה ומכשילו, וכן כל המכשיל עוור בדבר והשיאו עצה שאינה הוגנת או שחיזק ידי עוברי עבירה שהוא עוור ואינו רואה דרך האמת מפני תאות לבו הרי זה עובר בלא תעשה שנאמר ולפני עוור לא תתן מכשול. הבא ליטול ממך עצה תן לו עצה ההוגנת לו. (הלכות רוצח ושמירת הנפש פרק י"ב הלכה י"ב-י"ד על פי הגמרא עבודה זרה ט"ו ב, וכן בדומה בהלכות עבודה זרה פרק ט הלכה ח)

הרמב"ם מחבר את האיסור דלפני עוור לאיסור לגרום היזק לרבים או לתת למישהו עצה רעה.לא ברור אם כוונתו לניזקים, שהם עוורים לנזק שיכול להגיע אליהם על ידי המכשול של נתינת כלי משחית בידי בני עוול, או שכוונתו לעבריינים, שהם עוורים ל"האמת מפני תאות לב[ם]" כמו שהרמב"ם כתב בסוף דבריו. אולם לפירוש רש"י בגמרא שם ד"ה לעולם דלא קטיל ברור שטעם האיסור הוא הנזק שנגרם לצד שלישי כתוצאה ממעשה הגניבה, וכמו שכתב בסוף דבריו "ומאבד זה את ממונו."

לעיל הבאנו את דברי הרמב"ם בהלכות גניבה:[101]

> אסור לקנות מן הגנב החפץ שגנב ועון גדול הוא שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנוב גניבות אחרות, שאם לא ימצא לוקח אינו גונב, ועל זה נאמר (משלי כ"ט:כ"ד) חולק עם גנב שונא נפשו.

ה"ים של שלמה" הוסיף טעם לאיסור זה מדינא דגרמי וגרמא ורצה אפילו לחייב את הקונה בדיני שמים על כך:[102]

> והנה מה שכתב הרמב"ם, והטו"ר אחריו, שאסור לקנות מן הגנב חפץ הגנוב. ועון גדול הוא, שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה, וגורם להגנב גניבה אחרת. שאם לא ימצא לוקח אינו גונב עוד ... ומאחר שכתב סתם, אסור לקנות ממנו משום שגורם, משמע דאיירי אפילו בגניבה שקנה הגנב בשינוי לכולי עלמא. מכל מקום מהאי טעמא אסור אף שמן המקרא לא נשמע אלא בגניבה שצריך להגיד ולהחזיר. מכל מקום עיקר איסורו לא מן המקרא יליף, וקרא אסמכתא בעלמא, ... ודבריו נראים לי עיקר שאסור. ולהוסיף על טעמו נראה, לא זו שגורם עון אל הגנב ועובר על לפני עור לא תתן מכשול שיגנוב עוד, כמו שכתב גבי גזילה ["ועובר על ולפני עור לא תתן מכשול"], וכן הסמ"ג אחריו, **אלא גורם אפילו בנזקין הוא לבעל הגניבה [כלומר מזיק לנגנב], שיגנוב עוד ממנו. ואפילו בדיני שמים יהיה חייב**.

מכאן שהמסייע לגנב יש לו דין מזיק בגרמא. לא רק שהמסייע גורם מכשול ה"עוון" בכך שהוא גורם לגנב להרבות בגניבות אחרות, אלא גם גורם מכשול ממוני לכלל הקורבנות של אותו גנב ומזיק לממונם[103]

סיכום

מקורות אלו מוכיחים שקיים מימד של נזק בכל מסייע לעוברי עבירה אם כתוצאה מכך עשוי צד שלישי להיפגע ואיסור לפני עוור מתחזק כאשר קיים מימד כזה. להלן נבחן את אופני הסיוע השונים לביצוע עבירה שנחשבים בגדר נזק לצד שלישי.

א. מסייע בגניבה

בפרקים הקודמים התייחסנו למי שקונה מגנב ובכך מסייע לו ליהנות ממעשה הגניבה שלו ומעודד אותו לגנוב גניבות אחרות. להלן נבחן אופני סיוע אחרים שניתן לתת למבצע עבירה ואת חומרת האיסור שבאופנים הללו, ונבחן את

---

101. פרק ה הלכה א. ראה דברינו בפרק קנייה מגנב וגזלן עמוד 282.

102. ים של שלמה בבא קמא פרק י סי' נ"ח.

103. אולם ראה כסף הקדשים על שו"ע חו"מ שנ"ח סעיף ג שבחן שאלת קנייה ממוכר דרך סתר על פי כללים רגילים של לפני עיור ומסייע בלי להתייחס לצד של גרימת נזק. נפקא מינא חשובה תהיה בקנייה מגנב נכרי במקום שאינו בגדר תרי עברי נהרא, וכמו שיוצא מדברי כסף הקדשים בקשר לנשים של אורגים נכרים המוכרים חוטין בסתר אשר מן הסתם גנב בעליהן ממלאכתם.

ההשלכות לסוגייתנו. בתשובה אחת של הריב"ש הוא דן באומן שהתבקש לשכפל מפתח עבור אישה, כשמהנסיבות - ששילמה סכום מוגזם על עבודתו- היה לו לחשוש שתלך ותגנוב מבעלה באמצעות המפתח, והוא אמנם שיכפל ולא הזהיר לבעלה על כך.[104] הריב"ש נזף באומן וראה אותו כמי שמסייע לעובר עבירה ודימה את מעשיו לפתגם "לאו עכברא גנב אלא חורא גנב". אפשר לדמות את זה למי שמבקש לקנות מוצרים בעלי אופי אישי על חשבון עסקי ומבקש מהמוכר להגדיר אותם בצורה סתמית ולא לפרט את אופי המוצרים. במקרה זה מסתבר שהלקוח יציג את החשבונית בדו"ח המס כהוצאה עסקית ויטעה בכך את רשויות המס.

במקרה הנ"ל לא חייב הריב"ש את האומן לשלם בדיני ממונות אף על פי שנהנה בעקיפין מהגניבה והיינו יכולים להגדיר אותו כשותף לגנב. הוא מסביר שלדעת רש"י, בשותפים שגנבו חייב גם שותף סביל לשלם אף על פי שלא עשה שום מעשה גניבה אלא הסכים להיות שותף בגניבה ואיננו אומרים בזה "אין שליח לדבר עבירה".[105] ואפילו לחולקים על רש"י, ייתכן שיהיה חייב כשהשתתף במעשה שקשור לגניבה.[106] מכל מקום ההנאה העקיפה שקיבל האומן מגניבת האשה במקרה זה, ואפילו ה"פרמיה" ששילמה על שיכפול המפתח בסתר, אינה עושה אותו לשותף לגניבתה כיוון שלא הסכים איתה ממש להשתתף בגניבת בעלה, וכן הדבר לענין "שליח לדבר עבירה.", שאין להחשיב את המסייע למזיק כשליח לדבר עבירה.[107]

---

104. שו"ת הריב"ש סי' ק"ח, מובא להלכה על ידי הבית יוסף והרמ"א חו"מ סי' שס"ט:
ובאמת, כי אותו הנפח שעשה לה שני מפתחות בהסתר פנים מן הבעל, ולקח בערכם ממנה כפולה אחת, ראוי ליענש על בלי הגיד לבעל. שכבר היה לו להבין, שלא לחנם רבתה במחיר המפתחות, אלא שהיתה כונתה לגנוב מנכסי בעלה, והנה הוא מסייע ידיה בזה; דלא עכברא גנב אלא חודא גנב. וכן, המעידים שהיו קונים הסחורות ממנה בזול פחות משליש בערכם, והיתה אומרת להם להעלים מבעלה, גם אלה עשו איסור, ואע"פ שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית. שלא לחנם היתה מוכרת להם בזול, אלא שכך דרך הגונבים. וכבר אמרו ז"ל בפ' הגוזל בתרא (קיח:), שאפי' הדברים שמותר ליקח מן הרועים ומשומרי פירות ומן הנשים, וכלם שאמרו: הטמן, אסור.

105. על פי פירוש רש"י לבבא מציעא ח. "תדע, שאילו אמר לשלוחו צא וגנוב לי, וגנב - פטור. ושותפין שגנבו – חייבין", מפרש רש"י "ואילו שותפין שגנבו – והאחד הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו, אמרינן בבבא קמא (עח, ב) דחייבין." התוספות שם ד"ה "ושותפים שגנבו" חולקים על רש"י ומעמידים את הגמרא בשותפים שהגביהו יחד את הגניבה. ראה ערוך השלחן חו"מ סי' שנ"ב סעיף י"ג.

106. ראה מחלוקת שבות יעקב (חלק א סי' קע"ח) וחוות יאיר (סי' ר"ב) בזה ומקורות בפתחי חושן הלכות גניבה פרק ד אות ע"ב.

107. הכלל "אין שליח לדבר עבירה" אינו דין נורמטיבי להתיר פגיעה בזולת על ידי שליח. משמעות הדין היא כפולה: שאין שליח "חשוב שליח לדבר עבירה [א] שיתחייב שולחו אלא [ב] הרי הוא כעושה מאיליו." (רש"י קידושין מ"ב ב ד"ה אין שליח). טענת המשלח ש"דברי הרב ודברי תלמוד דברי מי שומעים" מפקיע את אחריותו **בדיני ממונות** כלפי צד שלישי הניזק. אולם עם זאת, הגמרא שלל על פי סברא את הרעיון שהמשלח פטור לגמרי מעונש בידי שמים: "מכלל דת"ק סבר: אפילו מדיני שמים נמי פטור?! [רש"י: בתמיה!] אלא דינא רבה ודינא זוטא איכא בינייהו",

א. סיכום

דעת הריב"ש שאין לחייב את מי שמסייע לאחר כאשר היה לו לחשוש שהשני הולך לעשות עבירה, מאחר שאינו נחשב בכך כשותף למעשה. עם זאת, הריב"ש רואה בכך סיוע לעבירה ואוסר לשתף פעולה עם החשוד לגנוב.

ב. דעת המרדכי והרא"ש

המרדכי הביא מקרה של מסייע להבריח גניבה וחייב את המבריח לשלם כמזיק וכפושע בשמירה:[108]

> גם נשאל לה"ר יצחק ב"ר משה על לאה שגנבה משל בעלה ראובן והטמינה ושמה בכליה ויהי כי יצאת מן העיר ותשלח את שמעון אל עיר בעלה להוציא הגניבה ממקום שהטמינתה וילך שמעון שפי אל המקום אשר אמרה לו האשה ויקח משם כל הגניבה והנה עתה צווח ראובן על השליח לדבר עבירה ואומר מאחר שידעת שמאתי היה גנוב הממון כי אמת ויציב הוא שהאשה אמרה אל השליח גנבתיו מבעלי והואיל וכן הוא שידעת גם שמעת עליך להחזיר את האבידה לידי – [הדין עם הבעל]

כמזיק: המרדכי דימה את האישה ומבריח לשני מזיקים הבאים זה אחר זה שגם השני חייב על הנזק שעשה, ואף כאן "אע"פ שה[אשה] גנבתם כבר, מאחר

כלומר המחלוקת אם יש שליח לדבר עבירה או לא היא מחלוקת על רמת העונש של המשלח. אפילו אם נאמר שהמשלח אינו נחשב כאילו עשה העבירה בעצמו, עדיין חייב המשלח ב"דינא זוטא" "כגורם" היזק. (רש"י שם ד"ה דינא רבא). בדיני שמים, כלומר בשאלה המוסרית לכתחילה, אין מגבלה להטיל אחריות "דינא רבה" או דינא זוטא" על כמה גורמים שונים המשתתפים בחטא אחד, אפילו אם אחד עשה את כל מעשה העבירה. טענת המשלח ד"דברי הרב ודברי תלמיד - דברי מי שומעים?" אינה טענה מנצחת בפני בית דין של מעלה הבוחן את מעשה אדם ובחירתו לכתחילה. לדעת רש"י (בבא מציעא ח ב), יש דין שותף לגניבה ממש בלי שיעשה שום מעשה גניבה בעצמו אלא ששותפו עושה את מעשה הגניבה על דעתו ובהסכמתו כשותף בגניבה. מכל מקום, גם כשהמשלח אינו שותף ממש לשלל הגניבה אלא קושר קשר עם שליח לגנוב או להזיק חבירו, יתחייב בדיני שמים בדינא רבא או בדינא זוטא.

אולם, על פניו, הלימוד מדין שליח לדבר עבירה מוגבל למצב של קשירת קשר בין הגורמים בהסכמה במזיד או בכוונה להוציא לפועל העבירה, וזה לא המצב של מסייע שאנחנו דנים עליו כאן. במקרים רבים, כוונת המסייע אינו על ביצוע העבירה עצמה אלא (א) לסייע לשני שלא ייתפס כשיעשה העבירה או שלא ייתפס אחרי שכבר עשה את העבירה או (ב) לספק לשני שרות או מוצר, כמו למשל נשק, הנצרך לשני לבצע העבירה, בלי שיכוון או יתחייב המסייע לביצוע העבירה בהצלחה (ג) להחזיק לשני בעסקו או באופן כללי בלי קשר לשום עבירה מסוימת. במילים אחרות, בשליח לדבר עבירה המשלח הוא היוזם את העבירה והמסייע הוא דוקא מי שאינו יוזם את העבירה אלא בא לעזור ליוזם. לכן קשה ללמוד איסור מסייע להזיק מדין שליח לדבר עבירה.

108. מרדכי בבא בתרא פרק הספינה רמז תקס"ד.

שה[מבריח] השלים הגניבה אחריה, דמי לאחד שחפר בור ט' ובא א' והשלימו לעשרה דמסיק תלמודא אחר שניהם לנזיקין."[109]

כפושע בשמירה: על פי הדין "מאחר שהכניס עצמו בחיוב החזרה נתחייב בחזרה שלימה", כלומר שמי שכבר קיבל לידו דבר הגנוב מחוייב בשמירתו ועליו להשיבו לבעליו ולא לגנב.[110]

בתשובה קודמת במרדכי הוא מרחיב בנקודה זאת וכותב:[111]

> סוף דבר כל כהאי גוונא שרואה ממון חבירו שמוטל ביד שהוא קרוב לודאי שהולך לאיבוד מצוה להצילו **ואם הצילו ומטיא לידיה הויא ליה שומר חנם כשומר אבידה** ... ואפילו ההיא דפרק נגמר הדין דאמרינן היו אביו ואמו מזרקים בו כלים מצוה לאחרים להצילם, היינו משום השבת אבידה, [ו]כי מטו ליד שמצילין חייבין בשמירתן כדין שומר אבידה ואם החזירום לאביו ולאמו וזרקום על המת ונאסרו קרוב בעיני דחייבים המצילין מכיון דמטו לידייהו מחייבו בשמירתן וכיון דהחזירם לאביו ולאמו כאלו השליכום למקום גדודי חיות ולסטים.

מדברי המרדכי למדנו שגם מסייע להזיק או לגנוב לאחר מעשה הגניבה או הנזק עדיין בכלל איסור מסייע ואף חייב לשלם מדין מזיק או מדין פושע בשמירה.

אולם לכאורה הרא"ש, בתשובה המובא להלכה בטור ובשו"ע,[112] נוקט גישה שונה מתלמידו בעל "מרדכי". הרא"ש דן ב"מבריח" גניבה לטובת הגנב האם ניתן לחייבו מדין גנב או מדין מזיק או מדין מסייע או מדין שומר אבידה. על כל טענה הרא"ש דן בנפרד. מדין מזיק הרא"ש פטר אותו מלשלם ודימה אותו למקרה שמי שחופר בור י' ובא אחר והשלימו לי"א, שפטור משום שבבור של הראשון היה בו כדי להמית.

אף מדין שומר אבידה פטר הרא"ש את המסייע בהברחה כאשר קיים אחד משני התנאים הבאים: א) ידוע למסייע שיש לגזלן תביעה מבוססת על החפץ אף שתפס אותו שלא כדין או ב) גם אם לא ברור לו שתביעתו על החפץ מבוססת וחושד בו שגונבו ומשקר, כאשר יצטרך המסייע להסתכן בהפסד ממון או אפילו באיבה כדי להשיב את החפץ לבעליו. במצבים אלו לדעת הרא"ש אין אפילו איסור לכתחילה לסייע או להבריח עבור אדם אחר.

משמעות יישום חידוש זה של הרא"ש (שהובא להלכה בדברי ערוך השולחן) נוגע

---

109. מרדכי שם על פי בבא קמא י א

110. על פי הדין "הכישה נתחייב בה" בבא מציעא ל א, בבא בתרא פ"ח א

111. מרדכי שם

112. שו"ת הרא"ש כלל ס"ד סי' א' הובא בטור חושן משפט סי' שמ"ח. ראה גם תשובה אחרת שלו שהביא הטור שם, כלל ק"א סי' ז, שנראה כסותר לדבריו כאן. אולם ראה ב"ח שם ודרישה שם שיישבו את שתי התשובות. חשוב לציין שבתשובה השנייה נראה שהגניבה היא בעין ולא היה דיון על חיוב ממוני על ההברחה אלא האם יש לכופו להחזיר את הגזילה לבעליה. ראה גם המשך דברי ערוך השולחן (סי' שמ"ח סעיף י"ג) שחילק בין תשובות הרא"ש באופן אחר.

לעובד שנאלץ לסייע למעסיק שלו בהברחת גניבה. אם המעסיק טוען שהוא פועל מן הדין, אף אם העובד חושד שהמעסיק משקר, אזי אם הוא דואג שעלול להיווצר עימות בינו לבין המעסיק ועלול להזיק את ממונו או יחסיו אתו, רשאי לסייע לו להבריח את הגניבה.[113]

לכאורה קיים מחלוקת בין המרדכי והרא"ש בעניין זה, כאשר לדעת המרדכי אסור לסייע למי שחשוד בגניבה להסתיר ולהבריח גניבתו ואילו לדעת הרא"ש יש מצבים שמותר לסייע לו. אולם ניתן לחלק בין המקרה של המרדכי למקרה של הרא"ש בכמה דרכים: במקרה של המרדכי הגנב הודה למבריח שהחפץ גנוב בידו ולא היה שום טענה שעליו המבריח היה יכול להסתמך. נראה שגם הרא"ש היה מודה במקרה כזה שחייב המבריח מדין שומר אבידה.[114] מעבר לכך, גם מדין מזיק יודה הרא"ש שחייב במקרה של המרדכי כיוון שההיזק היה ברי, כי אלמלא הברחת השליח האישה היתה מחזירה את החפצים לבעלה מכח החרם שהחרים על כל מי שיודע על הגניבה.[115] מכל מקום, בדיני נזיקין נראה שיש מחלוקת ביניהם, כי לדעת הרא"ש אחרי שהחפץ כבר נגנב דומה המבריח למי שהוסיף על בור י' והשלימו לי"א. לעומת זאת המרדכי מדמה את המבריח למי שהשלים בור ט' לבור י', וכתב עליו ש"עשה השליח הכל דעל ידו נגמר ונמרק כל העיוות והרשע והפשע", אף שהחפץ כבר נגנב על ידי האישה.[116] גם הרא"ש תיאר את מעשה החופר שהשלים לי"א כגרמא, שאסור

---

113. ראה ערוך השולחן סי' שמ"ח סעיף י"ב:
"אם ספק הוא בידו כגון ששמעון א"ל שמגיע לו מלוי אע"פ שנטלם כגנב ובחשאי מ"מ אם החזירן לשמעון, אין לוי יכול להוציאן מראובן בדין, אלא יעמוד בדין עם שמעון, דכיון דלפי דברי שמעון יש לו טענה על לוי ואם היה ראובן מחזירם ללוי היה שמעון עויין אותו תמיד והיה תופס כנגד זה משל ראובן, אין ראובן מחוייב להציל את לוי בממונו, ומ"מ אם ביכולת ראובן לכופו לשמעון ע"ז שיעמוד בדין עם לוי מחוייב לעשות כן ואם לא עשה כן חייב בדיני שמים דלא גרע מגרמא בנזקין"
בפסקה האחרונה נראה שהערוך השולחן מסייג קצת את דינו של הרא"ש ומחייב את המסייע לעשות מאמץ להשיב את החפץ לבעליו. לא ברור אם צריך לשם כך להפסיד ממון, ואז סותר את דבריו הקודמים, או שמא רק כשאין כל הפסד בדבר.

114. המרדכי חייב את המסייע מדין שומר אבידה, שכיון שהתערב בסכסוך ובא לידו חפץ הגנוב כבר אינו יכול להוציאו מידיו לגנב בלי אחריות, ואם עשה כן חייב לשלם כדין שומר שפשע. גם הרא"ש הזכיר דין שומר אבידה אלא שדימה את המבריח יותר למי שבא לידו להציל ממון חבירו ולא כשומר חפץ אבידה, ולכן פטרו במקום הפסד. מכל מקום, בגניבה של שב ועל תעשה, כלומר עושק, ברור שאין חפץ של אבידה שיקרא עליו המבריח שומר אבידה. המבריח רק מסייע להעלים במקום להציל ממון חבירו, והאחרונים הסבירו שאין לחייבו במצב הזה מדין פשיעה. ראה שיעורי רבי שמואל רוזובסקי, בבא מציעא כ"ט א, בין המשפתיים בבא מציעא סי' מ"ב. יוצא מזה, שמי שמשתף פעולה עם מוכר להעלים הכנסות המכר מרשויות המס או משותפו של המוכר או מלווים שלו לא יהיה עליו דין שומר אבידה אלא דין הצלת ממון. אך מכל מקום עדיין ניתן לחייבו מדין מזיק.

115. ראה מרדכי שם בפנים התשובה.

116. ראה גם פתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק ד ס"קע"ג-ע"ה שניסה ליישב את השיטות בלי מחלוקת.

לכתחילה אף שפטור בדיעבד בדיני אדם, וגם מותר במקרים שייגרם לו עימות עם הגנב או הפסד בשל כך[117]

ג. סיכום

היוצא מדברי המרדכי:

ייתכן דין מזיק דגרמי או לפחות דגרמא כשמסייע להעלים גניבה או נזק גם אחרי שנעשתה כבר ולכן אסור לכתחילה לעשות כן.

בדיעבד חייב מן הדין כאשר ברור שהנזק ייעשה על ידו והוא מסייע להעלים ולהבריח את הגניבה לפני שנשלם מעשה הגניבה.

הרא"ש יודה שיש איסור להבריח לפני שנשלם הגניבה, אך אין חיוב לדעתו.[118]

דברי הרא"ש והמרדכי מחזקים את מה שראינו לעיל מהריב"ש בדין האומן ששיכפל מפתח לגנב בנסיבות חשודות, וייתכן שגם הריב"ש יסכים למרדכי והרא"ש לחייב את המסייע כשברי הזיקא באופן ישיר.

ב. גבול האחריות לגרמא

לא כל מסייע לגרום נזק הותר לכתחילה או נפטר בדיעבד רק בגלל עירובו של גורם זדוני אחר, אלא הדבר תלוי האם הגורם הזדוני **היה** מזיק בלעדי הגורם המסייע. אם **לא היה** מזיק נמצא שהמסייע גרם בפועל את הנזק ונושא באחריות חלקית יחד עם הגורם הזדוני. ואם **היה** מזיק ממילא נמצא שהמסייע לא גרם בפועל שום נזק למרות שנתן סיוע. חשוב להדגיש שזה שונה לחלוטין ממושג "תרי עברי נהרא" בדין דלפני עיור שמשמעותו היא שלא **היה יכול** העבריין לעשות העבירה בלי סיוע של המסייע.[119] לעומת זאת ההבחנה בניזקין היא האם **היה** עושה בפועל ולא רק **שהיה יכול** לעשות.

במקרה שהגורם הזדוני יכול לבצע את זדונו גם בלי המסייע ואף היה עושה זאת בפועל, הגמרא רואה את הנזק כ"מקלי קלייה", כלומר כאילו כבר נעשה ו"נשרף" הממון של הניזק והמסייע אינו עושה כל דבר משמעותי לגרום הנזק.[120] אף שדין "מקלי קלייה" הוא דין של פטור וחיוב ולא דין היתר ואיסור, על פי הסברא ניתן

---

117. שו"ת הרא"ש שם: "גרמא בעלמא הוא, שמנעו מלרדוף אחרי אבדתו. והוי כמו פורץ גדר לפני בהמת חבירו ונאבדה הבהמה, שפטור, משום דהוי גרמא."

118. ראה שו"ת הרא"ש כלל ק"א סי' ז לעיל שחייב את המסייע לגנב בשעת מעשה הגניבה. בהברחת מסים אופי הגניבה היא שב ואל תעשה, כלומר אי תשלום ואיסור לא תעשוק. קשה להגדיר מהו בשעת מעשה או אחרי המעשה כשאין מעשה אלא עושק מתמשך. מכל מקום, בדין שליש שהחזיר שטר ללוה שלא כדין, הרא"ש היה מחייב את השליש על הסיוע שנתן ללוה לעשוק את המלווה וכמו שהארכנו לעיל בדין מוסר.

119. ראה סוגיא עבודה זרה ו: וריטב"א שם.

120. בבא קמא קי"ז א. וראה פרק הבא

לומר ש"בלא היזק לא שייך איסור."[121] בנוסף לזה, במקרה של אונס ממון, שהמסייע חושש שהגורם הזדוני יכול לגרום לו נזק אם יסרב לסייע לו, מותר לכתחילה לנאנס לסייע במקרה של "מקלי קלייה" כיון שבאמת אינו עושה נזק.[122]

הרב משה פיינשטיין הביא את סברת "מקלי קלייה" מדיני מוסר כדי לפטור רואה חשבון שהועסק ברשות המסים להעניש עברייני מסמתשלום פיצוי לאנשים בגלל קנסות וגביות שלא על פי דין תורה בתיקים שהוא יבקר וימסור לטיפול משפטי:[123]

> הנכון לע"ד כיון דבעצם הרי כל מי שיהיה רואה חשבונות ימצא את הפשיעה, וברור שאף אם זה לא ירצה לקבל משרה זו מהממשלה יהיה שם רואה חשבונות, ונמצא שלא יפסיד הפושע [פורע המס] יותר כשהוא [הרו"ח] יקבל המשרה מכשלא יקבל הוא ואחר יהיה שם, ולא הזיקו כלום **ובלא היזק לא שייך איסור**. ... וכן הוא ממש עובדא זו שכשציוו מהממשלה לאחד להביא להם ספרי חשבונותיו לבדוק ע"י רואה חשבונות הרי כבר שולטים עליו למצא פשיעתו ע"י כל רואה חשבונות שיהיה להם וממילא שוב פטור רואה חשבונות זה.[124]

---

121. שו"ת אגרות משה חו"מ חלק א סי' צ"ב.

122. על פי שיטת הר"ח וסיעתו (הובאו דבריו ברי"ף בבבא קמא דף מ"ג, וחידושי הרשב"א בבא קמא קי"ז א) כשאנסוהו למסור ממון חבירו פטור אפילו כשנטל ונתן ביד. לשיטתו, כשכתוב בברייתא "ואם נטל ונתן ביד – חייב" מדובר כשאנסוהו סתם ודרשו ממנו ממון, ומסר ממון חבירו כדי להציל ממונו. באופן זה חייב המוסר כשנטל ונתן ביד ופטור כשרק הראה הממון לאנס. כשאמר רבא: "הראה מעצמו כמי שנשא ונתן ביד דמי", כוונתו למקרה שבו לא היה אונס בכלל אלא מסר ממון חבירו כמו בדין המשנה, שם קט"ז ב "אם מחמת הגזלן, חייב העמיד לו שדה אחר ". ניתן לדייק מכאן שכאשר אנסוהו על ממון **חבירו** ורק **הראה**, אין זה נחשב כמי שנשא ונתן ביד, וממילא יהיה מותר במקרה כזה אף לכתחילה להראות ממון חבירו, כיוון שיש כאן שתי סיבות להקל- גם שאנסוהו על ממון חבירו וגם שרק הראה את הממון. בהמשך הגמרא, פוטר רב אשי גם את מי שנטל ונתן ביד ("דרא ואמטי בהדייהו") כשהנזק הוא "מקלי קלייה". הרי"ף מקשה מכאן על דעת הר"ח שהרי לשיטתו אין צורך לפטור מטעם מקלי קלייה, שהרי מדובר כאן באונס, ולדעתו בכל מקרה של אונס על ממון חבירו פטור. רבינו יהונתן מלוניל תירץ (בפירושו שהובא בשיטה מקובצת) שלדעת הר"ח מדובר כאן שלא היה שום אונס ולכן הפטור הוא בגלל מקלי קלייה. לפי זה ניתן גם לדייק שאם כאשר אין אונס נפטר מטעם מקלי קלייה, כשיש אונס וגם מקלי קלייה, מותר אף לכתחילה, וכל שכן רק להראות שמותר לכתחילה.
הראב"ד שדבריו הובאו בשיטה מקובצת שם הולך בכיוון של הר"ח אלא שהוא מחלק בין אונס ממון ואונס נפשות שהאחרון פטור והראשון חייב. לדעתו אם מדובר רק באונס ממון ואנסוהו אפילו על ממון חבירו ונשא ונתן ביד חייב, כלומר אין ההבדל בין אנסוהו סתם לאנסוהו על ממון חבירו אלא בין אונס נפשות ואונס ממון. מכל מקום כשרק הראה פטור אפילו באונס ממון כיון שגרמא הוא. יוצא שלדבריו הפטור דמקלי קלייה אינו תלוי באונס ואפשר לצרף סיבה להתיר אפילו לכתחילה כשהראה תחת אונס וגם מקלי קלייה. אולם, לדעת הרי"ף וסיעתו קשה לדייק בגמרא להתיר לכתחילה כשמקלי קלייה. ראה ש"ך סי' שפ"ח ס"ק כ"ה שניסה להכריח כהר"ח נגד הרי"ף.

123. אגרות משה שם

124. וראה שו"ת משנה הלכות חלק ו סי' שי"ג שמציג גישה שונה לשאלה זו- הובא להלן בפרק "מילוי

סיכום

אם אדם סייע לאחר להזיק, אך גם לולא הסיוע שלו אותו נזק היה מתרחש, אזי המסייע פטור מאחר שהחפץ או אדם שניזוקו כתוצאה מכך נחשבים "מקלי קלייה" כלומר כשרופים ועומדים. משום כך מותר לאדם לשמש כפרקליט אף במקום שאין בו דין תורה אם אחר יכול לשמש במקומו.

ג. איסור גרימת נזק על ידי אחר

מעבר לסיוע באמצעות קנייה ומכירה של מוצרים, יש במשק המודרני הרבה דרכים שאדם יכול להיות שותף לגניבות והברחות שגורמות נזק לצד שלישי, אשר לא בהכרח יש בהם משום מסייע ידי עוברי עבירה. על מנת לבנות מסגרת הלכתית שיתן מענה לריבוי השאלות המעשיות שעולות במסגרת סביבת העבודה המודרנית, חייבים אנו לנתח את דיני מזיק השייכים למסייע.

בדין גרימת היזק מובא בגמרא:[125]

> ואמר רבה: השורף שטרו של חבירו - פטור, דאמר ליה: ניירא קלאי מינך. [שרפתי סתם נייר]. מתקיף לה רמי בר חמא: היכי דמי? אי דאיכא סהדי דידעי מאי הוה בשטרא, ליכתבו ליה שטרא מעליא! ואי דליכא סהדי, אנן מנא ידעינן? אמר רבא: תהא במאמינו.... אמר אמימר: מאן דדאין דינא דגרמי - מגבי ביה דמי שטרא מעליא [כלומר, השורף חייב לשלם את מלא ערך החוב], ומאן דלא דאין דינא דגרמי - מגבי ביה דמי ניירא בעלמא. הוה עובדא, וכפייה רפרם לרב אשי, ואגבי ביה כי כשורא לצלמא [כלומר, למעשה פסק שחייב לשלם את ערך החוב].

השלחן ערוך פסק כן להלכה.[126] על פי זה לכאורה היה אפשר לדמות את מי שמשתף פעולה עם מוכר להעלים מס על ידי תשלום במזומן וכדומה לדין השורף שטר, שגורם הפסד לצד שלישי בכך שנאבד ראייתו לגבות את חובו. אמנם במקרה כזה אין שטר או ראיה בהתחלה ש"שווה כסף" ועכשיו נאבד בידים על ידי הקונה, אלא שהקונה והמוכר ביחד גורמים שלא יהיה ראיה בכלל. מקרה זה דומה יותר למי שכובש ראיותיו של חבירו ולא למי ששורף שטר חבירו. אמנם בעל כנסת הגדולה פוטר אותו במקרה כזה:[127] "ראובן שגזל ראיות שמעון ובשביל זה נתפשר שמעון עם בעל חובו, לא מחייב לשלם משום דינא דגרמי לכל הפירושים והטעמים." הוא ציין את תשובת הרמ"א שכתב על מי שכבש ראיות:[128]

תפקיד וקבלת משרה בעסק אפור"

125. בבא קמא צ"ח א-ב.

126. שו"ע חו"מ סי' שפ"ו.

127. כנסת הגדולה חו"מ מהדורא בתרא חלק ב סי' שפ"ו בגהות בטור אות ה.

128. שו"ת הרמ"א סי' פ"ו.

נראה דפטור דהוי גרמא בנזקין, דודאי לא עשה ההיזק בידים או מיד גם אינו רגיל לבוא, ותדע מדנקט [הגמרא] שורף שטר חבירו ולא נקט הכובשו תחת ידו. ועוד דלא גרע ממבטל מעות חבירו אצלו שפטור מכח דינא דגרמא בנזקין כדאיתא במרדכי, כל שכן הכובש שטרו. ועוד, דלא גרע משומר שטר חבירו ונאבד דפטור משום דשטרות אין לו דין שומרים, כל שכן בכהאי גוונא, ופשוט הוא אין צריכים לראיות הרבה.

מכל מקום, ההבדל בין השורף שטר ראיה לבין הכובש שטר ראיה הוא ההבדל בין דינא דגרמי ובין גרמא. התוספות הביא בשם רבינו יצחק "דדינא דגרמי חייב היינו שעושה הוא עצמו היזק לממון חבירו ועוד חילק דדינא דגרמי דחייב היינו דבשעת מעשה בא ההיזק."[129] אלא שמכל מקום הגמרא קובע שם "זאת אומרת גרמא בניזקין אסור" וכן נפסק להלכה.[130] מעבר לזה, אף על פי שגרמא פטור בנזיקין, חייב המזיק לשלם מדיני שמים.[131] מכל מקום, יש מקום לחלק בין מקרה זה לבין מי שמשלם במזומן. הכובש ראיות חבירו עושה בכך מעשה עבירה ממש, אך מי שמשלם במזומן, אף אם כוונתו להעלים את קיום העיסקה, אינו עושה מעשה עבירה בכך.

דין דומה קיים בשליש, כלומר אדם שהחזיק שטר בנאמנות בין לווה ומלווה והתרשל והחזיר את השטר לאחד מהם כשלא היה לו לעשות כן וגרם היזק על ידי התרשלותו. הראשונים דנו את השליש כמזיק אבל הבחינו בין חזרת שטר ללווה בטעות וחזרת שטר למלווה בטעות.[132] במקרה שהחזיר את השטר ללווה בטעות וגרם למלווה להפסיד את חובו, חייב השליש לשלם למלווה מדינא דגרמי. במקרה שהחזיר את השטר למלווה בטעות וגרם ללווה הפסד בגלל גבייה חוזרת של חובו, יש אומרים שפטור השליש בדיני אדם דהוי גרמא. מכל מקום, בשני המקרים יש איסור במעשה השליש וחייב למנוע הנזק אם לא יצא כבר בפועל.[133]

משום כך אסור ל"שליש" לכתחילה להחזיר למלווה שטר חוב הנפרע בחלקו, אף על פי שהלווה הסכים מראש שיכול להחזיר השטר למלווה אם הוא לא יפרע החוב תוך

---

129. תוספות בבא בתרא כ"ב ב ד"ה זאת אומרת.

130. ראה טור חושן משפט סי' שע"ח, שולחן ערוך בכותרת הסימן וביאור הגר"א שם אות א.

131. בבא קמא נ"ה ב. ראה פתחי חושן, נזיקין ושכנים פרק ג סעיף ל"ט. הקצות החושן סי' ל"ב ס"ק א סייג ש"כמה מיני גרמא איכא שנפטר מתשלומין אפילו מדיני שמים, ואילו עונש ודאי אית ליה אפילו בגורם דגורם, והוא פשוט." ראה גם חידושי המאירי בבא קמא נ"ו ב' שכתב "כל שכתבנו עליו כאן שהוא חייב בדיני שמים פירושו שהוא חייב בו בהשבון הא לענין איסור אף מה שהוא פטור בו מדיני שמים איסור מיהא יש בו."

132. ש"ך חו"מ ס' נ"ה ס"ק ד על פי שו"ת משאת בנימין סי' פ"ה ושו"ת הרא"ש כלל ל"ט סי' ב.

133. ראה שו"ת הרשב"א חלק א סי' אלף נ"ב המצויין בהגהה חו"מ סי' נ"ה. דין דומה מצאנו בדינא דבר מצרא במי שמוכר שדהו לנכרי שעלול לפגוע שלא כדין בשדה ישראל הגובל אותו, שבית דין מאלץ את המוכר בכח שמתא שלהם לקבל עליו אחריות על כל נזק שיגרום הנכרי. שו"ע חו"מ סי' קע"ה סעיף מ על פי בבא מציעא ק"ח ב.

זמן מסוים.[134] על אף שהנזק נגרם על ידי זדון המלווה שתבע חוב שלא מגיע לו או הלווה שהשתמט מלשלם חוב שידע שחייב בו, מכל מקום השליש נושא באחריות על כך שסייע לאחד מהצדדים לגרום נזק שלא כדין. השליש אינו נפטר מאחריות בטענה שלא כיוון וגם לא ידע בוודאות שיעשו שימוש לרעה בשטר. גם מי שמוצא שטר באופן אקראי ולא שקיבל אותו כנאמן באחריות, אסור לו להחזיר את השטר למלווה או ללווה אף ששניהם מודים בקיום החוב, בגלל שמוטל עליו אחריות לחשוד שיעשו בו שימוש לרעה, ויעשו קנוניא ביניהם להפסיד ללקוחות.[135] לכאורה במקרה זה אין לו אחריות כלפי בעל האבידה, הלווה או המלווה, שהרי שניהם מודים לגבי קיום החוב, אך בכל זאת מוטל עליו אחריות לדאוג לכלל הציבור שעשוי להיפגע כתוצאה מניצול השטר הזה לרעה.

בשו"ת תשב"ץ התייחס גם למקרה דומה של שליש שנושא באחריות על מעשיו.[136] במקרה שלו השליש גרם לכך ששטר פרוע התגלגל לידי מי שמוחזק כ"מוסר" (למסור ממון חבירו לגזלנים), ונגרם נזק ללווה בכך שהוצרך לשלם פעם נוספת את חובו. אף שלא כיוון השליש להזיק וההיזק הגיע על ידי מוסר שמסר לאנס, גם השליש נחשב כמוסר בגלל שהתרשל ונתן את השטר בידי מי שמוחזק כמוסר.

---

134. שו"ע שם. אף על פי שכנראה הסכים הלווה שאם לא יפרע יתרת החוב תוך זמן מסוים יכול המלווה לקבל השטר ולגבות מחדש אפילו חלק החוב שנפרע כבר, "אסמכתא היא ולא קניא."

135. בבא מציעא י"ג א' ושולחן ערוך סי' ס"ה סעיף ו. לדעת הרמב"ם (הלכות גזילה ואבידה פרק י"ח הלכה י"ד) השטר הוא כשר ויכול המלווה לגבות בו אם הגיע לידו בדיעבד, ולמרות זאת אסור למוצא לכתחילה להחזיר לו את השטר כיוון שיש חשש שיעשה בו שימוש לרעה.

136. ראה הגה לשו"ע חו"מ סי' שפ"ח סעיף ט"ו שהביא משו"ת תשב"ץ חלק א סי' קנ"ו: "מי ששלח שליח למסור, אם השליח מוחזק לעשות חייב המשלחו, ואין לומר אין שליח לדבר עבירה הואיל ומוחזק בכך. וכן אם מסר שטר פרוע לעכו"ם ויודע שיתנו לשר ויכוף הישראל לפרוע שנית חייב לשלם." אף שלשון הגה נשמע כמדובר במתכוין להזיק וידע שיזיק, ברור ממקור דבריו בתשובת התשב"ץ שמי שמוסר מסמך או מידע לשני אשר רק מוחזק להזיק בעצמו או אפילו על ידי מסירה לפושעים אחרים שישתמשו במסמך או במידע לעשוק צד שלישי נידון כמוסר וחייב על הנזק שנגרם, אף על פי שלא התכוין להזיק. התשב"ץ בתשובתו דן בכל הצדדים והוסיף שאין הדין תלוי בדיני פקדון וחיוב שמירה על המסמך או המידע אלא מדין מוסר וכל חידושו הוא שמסירה לישראל המוחזק למסור נידון כמוסר עצמו אף על פי שמסר לישראל ואף על פי ש: א)הנזק יצא בפועל רק על ידי כמה גרמות ב)לא התכוין להזיק ג) שלא היה ברור שיזיק ד) שלא עשה שום מעשה ה) לבסוף נאנס.

בקשר לטענת אונס, הוא הדין בכל מקרה שהנזק בא על ידי זדון אחר שאפשר לראות המסייע כאונס, שהדבר לא היה בשליטתו והשני לא היה אמור לעשות את העבירה שעשה. התשב"ץ דימה את זה לדין "תחילתו בפשיע וסופו באונס" שחייב הפושע כשפשע בדבר שנאנס בו.

אמנם הש"ך שם חולק בחידוש הכללי של התשב"ץ בדין שליח לדבר עבירה המוחזק לעשות העיברה, אבל מעיקר דברי התשב"ץ אין צורך לחייב ה"מסייע" באחריות שילוחית על עבירת המוסר אלא ה"מסייע" עצמו חייב מדין מוסר.

ראה גם שו"ת שבט הלוי חלק ח סי' שי"ד שפסק כן להלכה במי שפשע והעביר קוד כרטיס חיוג טלפון של חבירו לגורם שאינו אמין ולבסוף נפל הקוד לידי גנב שהשתמש בו בלי רשות על חשבון בעל הכרטיס.

המוסר למוסר גם מוסר הוא וחייב בדיני נזיקין על הפשע של המוסר. ביסוד דיני מוסר רואים שיש אחריות לנזק שנעשה בזדונם של אחרים. מי שמסייע לאחר לגרום נזק לצד שלישי באיזה דרך שיהיה עושה מעשה נזיקין כמו מוסר, גם כשהוא עצמו לא פועל מתוך כוונה להזיק בזדון.[137]

סיכום

אדם שגורם נזק על ידי שנותן בידי אחד את האפשרות להזיק לשני, אף שעדיין הנזק תלוי בכוונה זדונית של המזיק, יש אחריות גם לגורם על כך, ומדיני שמים חייב גם לשלם אם כתוצאה מכך צד שלישי ניזק.

גרימת נזק עתידי על ידי אחר

לא רק שאסור לגרום נזק לצד שלישי על ידי אחר, אלא אף לגרום מכשול שיאפשר בעתיד נזק לצד שלישי על ידי אחר אסור. הגמרא רואה כעבירה את עצם ההשתתפות ביצירת מסמך כוזב וקיומו, מאחר שהוא לא רק מסמך שקרי אלא גם מסמך שאפשר להזיק בו לאחרים.

> דא"ר כהנא: אסור לו לאדם שישהה שטר אמנה בתוך ביתו, משום שנאמר: "אל תשכן באהליך עולה". ואמר רב ששת בריה דרב אידי, שמע מינה מדרב כהנא: עדים שאמרו אמנה היו דברינו - אין נאמנין; מאי טעמא? **כיון דעולה הוא, אעולה לא חתמי.** אמר רבי יהושע בן לוי: אסור לו לאדם שישהה שטר פרוע בתוך ביתו, משום שנאמר: אל תשכן באהליך עולה. במערבא משמיה דרב אמרי: "אם און בידך הרחיקהו" - זה שטר אמנה ושטר פסים, "ואל תשכן באהלך עולה" - זה שטר פרוע. מאן דאמר שטר פרוע, כל שכן שטר אמנה; ומאן דאמר שטר אמנה, אבל שטר פרוע לא, דזמנין דמשהי ליה אפשיטי דספרא.[138]

רש"י מפרש "עדים החתומים בשטר ואמרו אמנה היו דברינו – לא הלוהו כלום אלא כתבנו לו לכשיצטרך ילוה לו וזה שיעבד לו נכסיו מעכשיו אם ילוה אפילו לאחר זמן דלאו מוקדם ליהוי לטרוף שלא כדין." מפירוש רש"י לא נראה שמדובר בקנוניא מכוונת לרמות ולגנוב אלא שהשטר רושם עיסקה שבפועל לא קרה עדיין, כלומר רישום כוזב בפנקסים של המלווה, וזה אסור לא רק על המלווה לקיים אלא גם על

---

137. בדין מוסר, "מוסר" שהעביר מידע לגזלן המסייע לו לגזול חייב המוסר על הנזק שהגזלן עושה, אף על פי שהמוסר לא מסר בכוונה להזיק אלא רצה להציל עצמו מהטרדת הגזלן. (שו"ע חו"מ סי' שפ"ח סעיף ב על פי הסוגיא בבבא קמא קט"ז ב וכו'). דין מוסר אינו מוגבל למסירה לידי אנס נכרי ידוע, אלא גם כשמסר ברשלנות לידי ישראל אחר המוחזק בעצמו למסור חייב מדין מוסר. (שם)

138. כתובות י"ט א-ב.

העדים לחתום עליה.[139] אמנם, המאירי מפרש ענין שטר אמנה ושטר פסים בכמה דוגמאות של קנוניא רמאות וגניבה:

> כל שטר העשוי דרך אמנה על **דעת אי זו קנוניא שיהא בה חובת אחרים** בשום צד כגון [א] שרצה ללות משמעון והלך לו אצל ראובן שהיה אוהבו או קרובו ואמר לו שהוא רוצה לכתוב שטר למסור לו על דעת שלא יגבה ממנו כלום אלא שכשילוה משמעון יהא [ראובן אוהבו] קדום [לשמעון לגבות] בשטר זה **כדי להפקיע הלואתו של שמעון** והרי הוא מאמין שלא ישקר לו [ראובן אוהבו] לגבותו ממנו [בפועל] או [ב] שרצה למכור נכסיו וכתב שטר [הלוואה] לאחד **מקרוביו כדי שיטרוף בו [קרובו] אחר כן ויחזיר לו** [למוכר] וכן [ג] כל שטר העשוי באי **זו קנוניא על דעת לחוב לאחרים**, כל שהעדים יודעים בכך אסור להם לחתום עליה.

וכן מפרש המאירי שטר פסים "הוא שמבקש ממנו לכתוב לו שטר שהוא חייב לו כדי שיתראה בו ויחזיקוהו בעשיר וירבו עליו קופצים." לפי זה היה נראה שאיסור "אל תשכן באהליך עולה" מוגבל לשטר שנכתב במטרה לגנוב ממון על ידו או לפחות לגנוב דעתן של אחרים בו.

אולם בהמשך דברי המאירי הוא מברר שיש איסור לחתום על שטר אמנה גם כשלא נכתב מלכתחילה לרמות ולגנוב אלא שבעתיד יכול להיות מצב שצד שלישי יפסיד שלא כדין, וזה לשונו:

> וכן [אסור] אפילו כתב ומסר ללוה שלא על דעת שירצה ללות ממנו עכשו אלא על דעת שילונו לכשיצטרך לו [כמו שפירש רש"י] הואיל ואין בדעתו ללות עכשו, שהרי יש כאן חובת אחרים לטרוף בקדימתו [כמו שטר מוקדם שגובה נכסים למפרע לפני יום ההלוואה] והילכך כל שיצא שטר זה ואמרו העדים הן חתמנו אבל אמנה היו דברינו אין נאמנין ... שהרי כל שהם אומרים על דעת אמנה חתמנו הרי משימין עצמם רשעים וכן בכל צד שיבואו לפסול את השטר בדבר שהיה אסור להם לעשותו באותה שעה.

מכאן ברור ששיתוף פעולה בהכנת מסמכים ורישומים עסקיים שהם יכולים לגרום הפסד לצד שלישי בעתיד שלא כדין אסור ומי שעושה כן נחשב רשע. אמנם יש

---

139. ראה רש"י שם י"ט ב ד"ה אעולה לא חתמי שהסביר את הסיבה שהעדים אינם נאמנים לומר חתמנו על שטר אמנה בגלל ש"אין נאמנים להרשיע את עצמן." ברור אז שהחותם רשע הוא ואסור לעשות כן. הר"ן (דף ו ע"ב בדפי הרי"ף ד"ה לעולם) כתב על החותמים על שטר אמנה "הילכך כי אמרי עדים בעניין זה כתבנו לא משווי נפשייהו רשיעי אלא דכיוון דאמר רב כהנא דאסור למלווה שישהה שטר אמנה בתוך ביתו סהדי נמי אי עבדי הכי **אע"ג דמדינא מצו למיעבד לא שפיר עבדי**." ממבט ראשון נראה שהוא חולק על רש"י ואין בחתימת שטר אמנה איסור ממש. אמנם המעיין בדבריו יראה שלדעת הר"ן פשוט שאסור לעדים לחתום על שטר שיכול לחוב לאחרים שלא כדין ולכן פירש שטר אמנה כשטר שאין בו חשש שיצא ממנו קלקול לאחרים ואף על פי כן "לא שפיר עבדי."

מקום לפקפק שסיבת חומרת הדין שייכת דווקא לעדים החותמים על השטר שהוא מעשה רשמי המייצר מסמך שיש לו תוקף עצמי ד"הא אמר ריש לקיש: עדים החתומים על השטר - נעשה כמי שנחקרה עדותן בב"ד!"[140] אולם מפשטות הסוגיה שמצרף דין שטר פרוע ביחד עם שטר אמנה ולומד את דינם מאותו פסוק, ברור שסיבת האיסור היא הנזק הפוטנציאלי שעשוי לבוא לצד שלישי ממסמכים אלו.

שטר פרוע נכתב ונחתם כדין בלי שקר או מטרה לרמות אבל השהייתו אחרי שנפרע מהווה מכשול ולכן אסור לקיימו. הר"ן[141] פוסק כמאן דאמר שיש איסור משום "ואל תשכן באהליך עולה" גם כשמשהה שטר פרוע כדי לגבות בדין "פשיטי דספרא." (שכר כותב השטרות) הסיבה לאיסור היא שהמלוה מקיים מכשול פוטנציאלי ברשותו, שיכול לבוא לידי עוול של גבייה חוזרת של השטר ולגנוב את הלווה. המהרש"א[142] הסביר את החשש בכך שיורשיו יבואו לגבות בשוגג על ידי השטר שיפול לידם בלי שהם יודעים שהוא כבר נפרע. גם תוספות[143] שמתיר לכל הדעות להשהות שטר פרוע כדי לגבות "פשיטי דספרא" מודה ששהייתו אחרי פרעון "פשיטי דספרא" נקרא עוול לכולי עלמא אם הזיד, ולחד מאן דאמר אפילו כששגג נחשב לעולה משום שהיה לו להיזהר לקרוע את שטרו.

מכל המקרים הללו מוכח שהמסייע לעוברי עבירה "חברתית" לפגוע בצד שלישי הוא עצמו נחשב מזיק, ומעשיו נבחנים בדיני נזיקין למיניהם ולא רק בדיני לפני עיוור המתייחסים בעיקר להכשלה הרוחנית שיש בעבירה של מבצע הנזק.

סיכום

גם כאשר דברים נעשו כדת וכדין אך הם עשויים בעתיד להוות מכשול ולגרום נזק לצד שלישי, אסור להחזיק את אותם דברים אצלו משום "אל תשכן באהליך עוולה" ויש מצווה להוציא את אותם דברים מרשותו.

ד. פן החיובי: הצלת ממון חבירו

בסוגיית מסירת בהמה לרועה הזכרנו את דברי בעל חבלים בנעימים "[ש]כל אחד ואחד מוטל עליו להציל ממון ישראל, ולכן אף [דהרועים] מזידים, מכל מקום אסור לסייע להם לגזול ממון [על ידי מסירת בהמתינו אליהם]."[144] החיוב לפעול להציל

---

140. כתובות י"ח ב.

141. כתובות שם, והובאו דבריו להלכה בש"ך חו"מ סי' נ"ז ס"ק ה.

142. סוכה כ"ט ב

143. כתובות שם ד"ה זימנין, וראה שם ביאור דבריהם בראי"ש סי' י"א. בקרבן נתנאל משמע שמותר להשהות רק אם כתב לעצמו שטר שמפרש ששטרו פרוע או קרע אותו בינו לבין עצמו (ורק אמר לו שיש לו את השטר). אף שנראה מרש"י בסוכה כ"ט א' שמפרש את העבירה "ובשביל ארבעה דברים נכסי בעלי בתים נמסרין למלכות: על משהי שטרות פרועים – אצלם, כדי לחזור ולגבות פעם אחרת."

144. חבלים בנעימים סוגיא ל"א אות ד.

ממון חבירו, ולא רק להימנע מגרימת היזק לממונו, כולל גם מצווה להודיע ולהזהיר למי שנפגע או עשוי להיפגע כדי שיוכל לשמור על ממונו. למשל, הרא"ש כותב בתשובה על פסק דין מוטעה בענין נזקי שכנים "ומצוה לומר לשמעון [שחויב בדין להרחיק את נזקיו] דאינו מחוייב להרחיק, דהשבת אבדה היא [להודיעו], כי טעו בדבר משנה, וחוזר הדין."[145] לפי כמה דעות,[146] החיוב מעוגן גם במצות "לא תעמוד על דם רעך." בעל ספר החינוך כותב,[147] "ועוד כללו זכרונם לברכה באזהרה זו שלא לכבוש עדות, כדי שלא יאבד חבירו ממונו. וכן הוא בספרא, "מנין שאם נודע לו עדות שאינו רשאי לשתוק עליה, שנאמר לא תעמוד על דם רעך."[148] אף על פי שיש לאו מיוחד "אם לא יגיד ונשא עונו "[149] יש לאו נוסף של "לא תעמוד על דם רעך" אפילו כשאינו מדובר בעדות ממש שעל פיו יוכל להוציא בדין, כפי שמוכיח בגמרא. לפי חלק מהדעות, האיסור להזיק נלמד מהפסוק "ואהבת לרעך כמוך"[150] המחייב גם הצלת ממון חבירו, וקל וחומר הוא שאסור לגרום נזק בצורה אקטיבית לממון חבירו.[151]

ההשלכה הנובעת מביסוס איסור מסייע על חובת קום ועשה של הצלת ממון היא שבניגוד לאיסור "לפני עוור לא תתן מכשול" שהוא איסור מוחלט, בהצלת ממון יש לשקול את האינטרסים הממוניים של ה"מזיק" מול האינטרסים של הניזק. בכל מקרה ומקרה יש לבחון אם חלים הכללים "חייך קודמים לחיי חבירך", ו"שלו קודם",[152] כלומר שחיוב הצלת ממון חבירו אינו בא על חשבון הפסד ממון שלו.[153]

---

145. שו"ת הרא"ש כלל צט סי' ו. על פי הרא"ש פוסק הנתיבות בביאורים לשו"ע חו"מ סי' כ"ח ס"ק א "ונראה דדוקא בעד אחד דאין מחייב רק שבועה, אינו חייב מדאורייתא להעיד, אבל במקום שמחייב ממון, כגון בהכשירו לקרוב כשני עדים, נהי דאינו עובר באם לא יגיד, מכל מקום חייב [להעיד] מדאורייתא משום השבת אבידה לבעלים... **ואם כן הוא הדין בלא תבעו ובכל מקום דאינו חייב משום אם לא יגיד, מכל מקום חייב משום השבת אבדה**."
146. ראה ספר אהבת חסד בפתיחה ובנתיב החסד שם אות ה. ראה גם פלא יועץ ערך דיבור ד"ה לשון הרעעל הסמיכות של "לא תלך רכיל בעמך לא תעמוד על דם רעך" (ויקרא י"ט, ט"ז).
147. ספר החינוך מצוה רל"ז על פי סנהדרין ע"ג א.
148. מקורו ברמב"ם ספר המצוות לא תעשה רצ"ז על פי הספרא קדושים פרשה ב. ראה גם ספר השאלתות ויקרא ס"ט והעמק שאלה שם. אולם ראה שער משפט סי' כ"ח ס"ק ב שכתב שהיא אסמכתא בעלמא וכן דברי הרא"ש אינם אלא ממדת חסידות. ראה באר ציון בבא קמא נ"ה ב שהאריך במחלוקות האחרונים בזה.
149. ראה בבא קמא נ"ה ב: "תניא, אמר ר' יהושע: ארבעה דברים, העושה אותן פטור מדיני אדם וחייב בדיני שמים, ואלו הן:... והיודע עדות לחבירו ואינו מעיד לו.... במאי עסקינן? אילימא בבי תרי, פשיטא, דאורייתא הוא, (ויקרא ה') אם לא יגיד ונשא עונו! אלא בחד."
150. יד רמה בבא בתרא כ"ו. סי' ק"ז, ים של שלמה בבא קמא פרק י' סי' כ"ג
151. ראה מנחת פתים סי' שפ"ה.
152. בבא מציעא דף ס"ב ע"א, שם ל ע"ב.
153. ראה פתחי חושן נזיקין פרק א אות א-ב. בהשבת אבידה, הדין הוא "שלך קודם לשל כל אדם", "[ו]אינו חייב להניח את מלאכתו כדי להשיב ולהניח משכרו כלל" (טור חו"מ סי' רס"ה). גם בדין הצלת ממון חבירו כותב בעל שלחן ערוך הרב "וכן כל כיוצא בזה אם אפשר לו להציל חבירו

ייתכן שעובד בתאגיד המתבקש לסייע לעבירה יסכן את משרתו אם יסרב לסייע למעסיקו ויפסיד ממון שלו כדי להציל אחרים מנזק, ולכן לא חייב לסרב רק כדי להציל ממון חבירו, אם אין איסור אחר כרוך בכך.[154]

יוצא אם כך, שאסור לסייע ב"מעשה" להזיק, ואף כשעושה כן כדי להציל עצמו מהפסד, עדיין "אסור להציל עצמו בממון אחרים."[155] אך כשמדובר בסיוע סביל למזיק, יעמוד הפסד שלו כנגד הפסד חבירו ויצדיק הימנעות מהצלת ממון חבירו. הרא"ש[156] כבר הכיר כהפסד אפילו חשש גרידא שאם יפעול נגד המזיק, יגרום לאיבה מצד המזיק נגדו ויכול המזיק לנקום בו, ולכן החשש הזה יפטור אותו מלהציל ממון חבירו על ידי קום ועשה.

הרא"ש התייחס למסייע להבריח גניבה אחרי שכבר בוצע מעשה הגניבה, ולכן אף שעשה מעשה לסייע היה רק ענין הימנעות מ"קום ועשה" של השבת אבידה (חפץ הגנוב) לנגנב, ולא איסור מעשה מסייע להזיק כיון שהנזק כבר קיים. בזה עומד שיקול ההפסד של המשיב אבידה כסיבה לפטור את ההתעסקות באבידה כעין זו . יוצא מכאן נפקא מינא בין מסייע לפני המעשה ומסייע אחרי המעשה. האיסור להזיק הוא רק לפני שההיזק נעשה ובזה הפסד המסייע אינו בא בחשבון. אחרי שההיזק נעשה כבר, אין בסיוע גדר של גרימת נזק, אך חיוב הצלת ממון עומד בעינו. איסור "לא תעמוד על דם רעך" מחייב להציל ממון חבירו כל עוד ניתן להציל אותו, ואף אם כבר נגרם נזק, מצווה לעזור לו להשיב את הפסדו, אבל בתנאי שהמציל לא יפסיד מכך.

מהפסד חייב הוא לטרוח בכל כחו להצילו. אבל אינו חייב להוציא ממון על זה אלא אם כן ידוע לו בבירור שחבירו ישלם לו מעצמו." (שולחן ערוך הרב חו"מ הלכות מציאה ופקדון סעיף לג). אולם ראה גמרא סנהדרין ע"ג א: "אי מהתם [מצות השבת אבידה] הוה אמינא: הני מילי – בנפשיה [בלי הפסד ממוני], אבל מיטרח ומיגר אגורי - אימא לא, קא משמע לן [לא תעמוד על דם רעך]." מכאן משמע שהמצוה דלא תעמוד היא אמנם מחייבת את האדם להפסיד כסף כדי לקיימה. ראה ספר מרחשת חלק א סי' מ"ג אות ח.

154. בפירוש רבינו יהונתן מלוניל לבבא מציעא ל"ג כתב: "אפס כי לא יהיה בך אביון כלומר הזהר מן העניות וכל המקיים בעצמו כך בכל שעה סוף בה לידי כך דאע"פ שלא הטיל עליו הכתוב לטרוח אחר אבדת חבירו ולא אחר אבדה שלו אעפ"כ יש לו לאדם ליכנס לפנים משורת הדין ולא ידקדק ויאמר שלי קודם לעולם שאין לו לעשות כן אלא אם כן יש לו הפסד מרובה או הפסד מועט וניכר לעיניים **שפרנסתו ופרנסת ביתו תלויה באומנותו שאם יתבטל היום שלא ירויח כמנהגו יצטערו הרבה בני ביתו**." ראה שו"ע חו"מ סי' רס"ד סעיף א' וסמ"ע שם. בשו"ע הרב הלכות מציאה ופיקדון סעיף ל"ג שכלל במפורש מניעת ריווח עם הפסד: "אבל אינו חייב להוציא ממון על זה אלא אם כן ידוע לו בבירור שחבירו ישלם לו מעצמו. לפיכך אין חיוב השבת אבדה חל על מי שהוא בעל עסק בין במלאכה בין בחנות או בשאר משא ומתן בענין שעל ידי טרחו בהשבת אבדה **יגיע לו איזה הפסד מניעת הריוח** ושמא לא יחזירנו לו בעל האבדה."

155. ראה שלחן ערוך הרב הלכות נזקי ממון סעיף ב ומקורות המובאים בפתחי חושן הלכות נזיקין פרק י"ב סעיף כ"ב.

156. שו"ת הרא"ש כלל ס"ד סעיף א, ערוך השולחן סי' שמ"ח סעיף י"ב.

א. חיוב שמירה

אולם במידה וקיבל עליו חיוב שמירה או שהתורה הטילה עליו חובת שמירה כמו בדין שומר אבידה, לא ברור שאפשרות של הפסד שלו פוטרת אותו מחיוב שמירת ממון חבירו, אפילו לא מ"קום ועשה".[157] המשנה קובעת "כל שחבתי בשמירתו הכשרתי בתשלומי נזקו"—כלומר, עצם חיוב השמירה מחייב אותי לשלם על נזקים הבאים מחמת פשיעתי.[158] אמנם הראשונים והאחרונים חקרו, דנו וחלקו בזה, ולפי צד אחד יש בפשיעה חיוב ממוני מדין **מזיק**, וכל שכן שאסור לכתחילה להתרשל בשמירה אם יכול להיגרם נזק לאחרים על ידי כך.[159] לכן אף במקרה שמגדרי הצלת ממון לבד אין חובה להציל ממון חבירו, כשמוטל עליו גם חיוב שמירה מן הדין או מהסכמתו, אסור לו להתעלם מהנזק שייגרם לצד שלישי כשיתרשל בשמירתו.

לכן, במקרה של עובד בתאגיד המתבקש על ידי עמיתיו או מנהליו לסייע באופן פאסיבי לגרום נזק, חייב העובד לבחון האם קיים חיוב שמירה כלפי התאגיד ובעליו. עצם העסקתו על ידי התאגיד אינו עושהו שומר על התאגיד שלא יזיק אחרים. אולם אם הנזק לאחרים עשוי גם לפגוע בתאגיד, אזי יש לו חובת שמירה כלפי התאגיד. אף כשמציית לפקודות של מנהלו בתאגיד ועושה דברים שהם בניגוד לאינטרס של התאגיד, הוא מועל בחובתו האישית לתאגיד ומתרשל בגרימת נזק לתאגיד עצמו. המנהלים מועלים בשליחותם במזיד או בשוגג, ואסור לו לגרום נזק למעבידו רק בגלל שיכול להפסיד את משרתו או לגרום איבה נגדו ממנהלו.

לכאורה קיום חיוב השמירה מותנה באופי העיסוק של העובד. אם מטרת משרתו הוא רק לעזור לחברה לבצע את פעולותיה הסדירות ואין לו כל זיקה לגוף חיצוני, אזי חובת השמירה היא רק לאינטרסים של החברה. אם החברה חושבת שכדאי להם להזיק לצד שלישי, אין עליו חיוב מוגבר של שמירה כלפי צד השלישי אלא רק כמציל ממון חבירו שפטור במקום הפסד. אולם אם מטרת משרתו היא לאפשר לחברה לעמוד בתקנים חיצוניים, למשל רואה חשבון ומבקר שתפקידם בא מדרישה של החוק והרשויות, הרי הם כשומרים, ופשיעתם באי-עשית עבודתם נחשב כמזיק ולא רק כסתם אדם המונע עצמו מלהציל אחרים מהפסד.[160]

---

157. ראה הגדרה של אונס בשמירה– בבא מציעא צ"ג: ששם נתבאר שעל שומר שכר מוטל "לקדמו במקלות." יש הבדל בין הוצאת ממון והפסד ממון ומעולם אינו חייב להפסיד ממון. ראה דין לא תעמוד על דם רעך, ששם נתבאר שצריך "למיטרח ואגורי", להוציא ממון כדי להציל-סנהדרין ע"ג. אך לא נאמר שעליו להפסיד ממון.

158. בבא קמא ט ב. ראה לישנה קמא של רש"י שם, נמוקי יוסף בבא קמא פרק א משנא א ד"ה, ר' סעדיה גאון באוצר מפרשי התלמוד עמוד ד על פי אוצר הגאונים על סנהדרין סי' תר"ט. ראה שו"ע חו"מ סי' שפ"ד סעיף ד, פתחי חושן שכירות פרק ז סעיף כ"ה .

159. ראה באר ציון ריש בבא קמא, אבן האזל הלכות נזקי ממון פרק א, ארזא דבי רב בבא קמא סי' א, וברכת אברהם ריש בבא קמא שחקרו אם חיוב מזיק על ממונו שהזיק הוא בגלל בעלותו הממונית או בגלל שהוא פשע בשמירת החפץ המזיק.

160. העובדה שיש כמה "שותפים" בחיוב השמירה והמחדל הוא צירוף רשלנות של כולם, אינו פוטר

ב. סיכום

יש חיוב לנקוט פעולות כדי להציל את ממון חבירו, ולכן אם יודע שעשוי לבוא נזק לחבירו עליו למנוע את הנזק.

חיוב מניעת נזק מחייב גם להוציא הוצאות שיוחזרו לאחר מכן, אך לא לספוג הפסדים בשל כך.

ייתכן שמי שיש עליו דין שומר מחויב גם להגיע להפסדים כדי להציל את הממון שהתחייב לשמור עליו.

ה. מסייע לישראל או לנכרי לגרום נזק לנכרי

הלכה פסוקה היא שאסור לגנוב מגוי. הרמב"ם כותב:[161]

כל הגונב ממון שוה פרוטה ומעלה, עובר על לא תעשה, שנאמר "לא תגנובו" ואחד הגונב ממון גוי עובד עבודה זרה, ואחד הגונב את הגדול או את הקטן" וכך היא גם הכרעת השולחן ערוך והאחרונים.[162]

מכל מקום, הפוסקים נבוכו אם יש איסור להזיק לנכרי בכלל וגם אם קיים איסור, האם גם על ידי גרמא אסור להזיק. לכאורה, הדבר תלוי במקור האיסור לישראל להזיק על ידי גרמא.[163] אם גרמא בניזקין נחשב כגזל או כלפני עוור, אזי אין חילוק בין ישראל לגוי, שהרי גזל הגוי אסור וגם גוי נכלל במפורש בדין לפני עוור, שהרי אסור להושיט אבר מן החי לבן נח.[164] אולם יש שציינו שאיסור גרמא נובע

כל אחד ואחד מאחריות, במיוחד כשהיה עליהם לחשוש שאחרים יתרשלו בשמירתן. סמך לזה נמצא בדעת היש אומרים בדין "בור של שני שותפין [שלכל אחד יש עליו חיוב שמירה], ועבר עליו הראשון ולא כיסהו, השני ולא כיסהו. הראשון חייב, עד שימסור דליו לשני. (ויש אומרים דשניהן חייבין, עד שימסור דליו לשני)" שו"ע חו"מ סי' ת"י סעיף כ"ה על פי המשנה בבא קמא נ"א. . היש אומרים הוא הרא"ש שם פרק ה סי' ח שלמד כן בפירוש רש"י והרי"ף. אמנם, מהמשך הגמרא שם עמוד ב נראה שחיובם של השותפים הוא מדין בעלותם על הבור ולא מדין פשיעתם בשמירת הבור, וכמו שמביאה הגמרא (שם ע"ב) ברירה להוכיח מענין ברירה, ששם השאלה היא מי הבעלים של הבור המשותף.

161. רמב"ם הלכות גניבה פרק א הלכה א.

162. ראה למשל פתחי חושן הלכות גניבה פרק א הערה ג' שסיכם:" להלכה אליבא דכו"ע גזל עכו"ם אסור וכבר האריכו הפוסקים ...בחומר ובגנות גזל עכו"ם, ובבאר הגולה סי' שמ"ח כתב שיש להחזיר אפילו טעות עכו"ם וסיים "ואני כותב זאת לדורות שראיתי רבים שגזלו והעשירו מטעות שהטעו העכו"ם ולא הצליחו, וירדו מנכסיהם לטמיון, ולא הניחו אחריהם ברכה, וכמ"ש בספר חסידים סי' תתרע"ד, ורבים אשר קידשו ה' והחזירו טעות עכו"ם בדבר חשוב גדלו והעשירו והצליחו והניחו יתרם לעוליהם", ובשו"ע הרב (הלכות גזילה סעיף כ"ג) כתב בפשיטות שאסור לסייע לעכו"ם לגנוב אפילו מעכו"ם.

163. וכן כתב בשו"ת כסאות לבית דוד חלק ב סי' קי"ח אות ה ע"פ פתחי חושן ח"ב פרק א הערה א-ב.

164. אמנם בחינוך מצווה רל"ב (לפני עוור) כתב במפורש ש"לא להכשיל בני ישראל לתת להם עצה רעה" ומשמע שדווקא לישראל אסור לתת עצה רעה אבל לנכרי מותר להכשיל בעצה רעה

מ"ואהבת **לרעך** כמוך" או "לא תעמוד על דם **רעך**" וברור שאין לנו חיובים אלו כלפי גוי, וכנראה גם לא האיסור הנלמד מכלל העשה.[165] מה שכתבנו לעיל בפן החיובי של מסייע ממצוות הצלת ממון חבירו לא שייך בהיזק לנכרי.

יש גם סברא שהאיסור להזיק נלמד מדין גזילה.[166] לפי זה יש לאסור להזיק גוי כשם שאסור לגוזלו וגם חייב לשלם על נזקו.[167] אמנם עדיין אין מכאן ראיה שאסור להזיק לנכרי על ידי גרמא,[168] משום שגם בישראל אינו נכלל ונלמד מאותו איסור. לכאורה בדין גזל עצמו יש הוכחה שאינו אסור להזיקו על ידי גרמא כיון שהפקעת הלוואתו מותר, ובודאי גורם נזק לנכרי כשמפקיע הלוואתו. אולם על פי סברא זו ניתן ללמוד גם מדין השבת אבידת נכרי שמותר לגרום לו היזק כיוון שכשאינו מחזיר האבידה גורם לו להפסיד את האבידה. לכן, חייבים להבחין בין "מניעת רווח" על ידי אי-עשייה לבין גרימת הפסד על ידי עשייה פעילה.[169]

ולהזיקם ע"י גרמא בכך. אם כך גם במקור האיסור להזיק הנלמד מלפני עוור לא ברור אם גויים נכללו באיסור.

וראה שם מנח"ח (בקומץ המנחה) שתמה עליו מדוע חילק בדין עצה שאינה הוגנת בין ישראל לנכרי, דלכאורה גם בנכרי שייך איסור זה, שהרי אסור להושיט לו אבר מן החי. בהערות לספר מנחת חינוך מהדורת מכון ירושלים ציין מקורות מהרמב"ם בספר המצוות לא תעשה רצ"ט שכתב "שהזהירנו מהכשיל **קצתנו את קצתנו** בעצה ..." וכן ציין רבינו יונה בשערי תשובה שער ג אות נ"ג "עוד הוזהרנו מן המקרא הזה להשיא עצה הוגנת לאשר יועץ **מבני עמנו**." ראה גם מכתבו של הרב יעקב אריאל שליט"א בפתיחה לכת"ר כרך ז.

165. גם המנחת חינוך (בקומץ המנחה), שתמה על החינוך שהוציא גוים מאיסור הכשלה בעצה שאינה הוגנת כנ"ל בהערה הקודמת, כתב במפורש שאפילו נזק ישיר לגוי אינו אסור מדין תורה: "לא מצינו לכו"ע איסור [מזיק] בגוי, דגם בישראל נראה דלא הווי רק מכח שהתורה צוותה להשיב אבידתו ומכ"ש שלא להזיקו אבל בגוי לא שייך זה, ואף דבישראל אפילו רוצה לשלם לו אסור להזיקו היינו משום מצוות עשה של "ואהבת לרעך כמוך", ומה דסני עלך וכו' אבל בגוי לא שייך זה, ופשוט."

166. ראה פתחי חושן הלכות גזילה פרק א הערה א' על פי הטור חו"מ סי' שע"ח שכתב "כשם שאסור לגנוב ולגזול ממון חבירו כך אסור להזיק ממון שלו."

167. ראה משך חכמה על ויקרא כ"ד:י"ח. ראה גם משפטי התורה, קיצור הלכות בין ישראל לעמים פרק ג הערה 1 שפסק גם לחייב בתשלום למזיק את הנכרי ואיננו מדמים התשלום להפקעת הלוואה: "ושונים חיובים אלו מחוב ממוני שיהודי חייב לגוי לא מחמת נזק אלא מחמת מסים או פרעון הלוואה שקיבל ממנו, משום שבמקרים השניים הכסף שנמצא ביד היהודי הוא הגיע אליו בהיתר...מה שאין כן חוב שנבע מחמת גזל או עשיית נזק, שם חל על יהודי איסור לאו גם ללא תביעת הגוי".

168. ראה משפטי התורה שם סעיף ו שהתיר לרדת לאומנתו של נכרי כיון שאין באיסור זה יותר מגרמא בניזקין שאינו אסור לדבריו מעיקר דין תורה אלא מדרבנן. הוכחתו שם מחיוב תשלומים לנזק בגרמי או גרמא בזה שאינו אלא מדרבנן קשה, כיוון שייתכן עדיין שהאיסור עצמו מקורו מדין תורה, וכמו שהבאנו מקורות לזה להלן. אולם ראה ראה גם קובץ מבית לוי כרך י מאמר "בענין זכויות של מייצר תוכנות לאסור העתקתם במחשב."

169. כך גם עולה מדברי המשך חכמה שדימה נזק לגזל ולא להפקעת הלוואה. כנראה מדבריו, בהיזק פאסיבי באופן דומה להפקעת הלוואה, לא שייך איסור להזיק נכרי.

מכל מקום, בעל שלחן ערוך הרב הרחיב את האיסור לסייע לגנב גם לנכרי שגנב מנכרים.[170]

> אבל אסור לכל אדם לסייעו לשנות הגזלה שהרי בשינוייה מוציאה מרשות בעליה ונעשית שלו ונמצא מסייע עוברי עבירה ואין צריך לומר שאסור לסייע לגזלן או לגנב בשום דבר הצריך להם לרשעתם. (אפילו נכרי הבא לגזול או לגנוב מנכרי. וכן כל איסורי הנאה מגזלה או גנבה נוהגין גם בשל נכרי מנכרי כי באיסור גזלה וגנבה אין הפרש כלל בין ישראל לנכרי שלא נאמר רעך אלא בעושק לבדו שנאמר לא תעשוק את רעך ולא תגזול וגם הנכרים מוזהרים על הגזל והחמס כישראל, שהיא משבע מצות בני נח וחייב מיתה אפילו גזל או גנב מחבירו נכרי).

במבט ראשון נראה ללמוד מכאן שכאשר ישראל משתף פעולה עם מוכר נכרי לגנוב ולהבריח מס לשלטון נכרי השייך לעיסקה, עובר הישראלי על איסור דמסייע לגנב שהזכיר הרמב"ם ובארנו לעיל מדין גרימת נזק. אלא שעדיין יש לחלק בין גניבה או נזק שאסור לישראל בעצמו לעשות נגד נכרי לבין גניבה או נזק שלישראל מותר לעשות לנכרי, כמו הפקעת הלוואה של נכרי.[171]

הגמרא בחן את דין המסייע לישראל להפקיע הלוואה מנכרי, באיזה מצבים מותר לסייע, באיזה מצבים חייבים לסייע ובאיזה מצבים אסור לסייע. במקרה שיש לנכרי שני עדים ישראלים להעיד שהלווה הישראלי חייב לו ממון, מותר להם ללכת לערכאות ולהעיד לטובת הנכרי, אף שמותר ללווה הישראלי להפקיע את ההלוואה מעיקר הדין. מכל מקום, אינו חייב להעיד ומותר לו להתחמק ובכך לסייע ללווה ישראלי להפקיע את הלוואת הגוי. אולם אין מכאן כדי להוכיח שמותר לסייע לנכרי להפקיע הלוואה של נכרי חבירו, א) משום שכאן מדובר רק בסיוע פאסיבי כשאינו מעיד נגדו ב) הפקעת הלוואה מותרת אצל ישראל ולכן הותר לעדים לסייע ללווה הישראלי להפקיע הלוואה, מה שאין כן בלווה נכרי שייתכן שאסור לו להפקיע הלוואת נכרי אחר ג) משום ש"מרויח לעובד כוכבים ומפסיד לישראל".[172]

ניתן להביא הוכחות לכאן ולכאן ממקורות שונים[173] בקשר לאיסור לישראלי לגרום נזק לגוי, אך הכלל העולה הוא שכל פעילות שמותר לישראל לעשות לגוי בעצמו,

---

170. שולחן ערוך הרב, הלכות גניבה וגזילה סעיף כ"ג.

171. מלשון בעל שו"ע הרב ניתן לדייק כן שראה נכון לנמק "מנכרי כי באיסור גזלה וגנבה אין הפרש כלל בין ישראל לנכרי שלא נאמר רעך אלא בעושק לבדו שנאמר לא תעשוק את רעך ולא תגזול." משתמע מכאן שבמקום שיש הפרש בין ישראל לנכרי, הישראלי אינו מוזהר מלסייע לנכרי.

172. מרדכי בבא קמא פרק ט רמז קי"ז. ראה גם יש"ש פרק י סי' כ"ג.

173. למשל ברמב"ם מלכים פרק ט הלכה ד וכן הלכה ט וכסף משנה שם שמפרש "מה שאין כן בישראל" על ישראל לישראל ולא על ישראל לנכרי וצ"ע אם חולק ואוסר עושק הגוי וראה מנחת פתים חושן משפט סי' שפ"ה, אולם בקהילות יעקב כתובות סי' ל"ח חולק על בעל מנחת פיתים ומגביל את דין הרמב"ם לרצח).

מותר גם לסייע לנכרי לעשות את אותה פעילות כלפי גוי אחר. במידה ומותר לישראל להבריח מסים מגוי באמצעות הפקעת הלוואה ואף לשקר לו על כך[174], שוב מותר לו גם לסייע לנכרי להפקיע הלוואות באופן דומה. לכן, גם אם נניח שלדיני בני נח המחייבים את הנכרים, מבחינת התורה אסור לנכרי להפקיע הלוואה של נכרי אחר[175], לא יהיה אסור לישראל לסייע לנכרי לגרום נזק לנכרי על ידי הפקעת הלוואה כשלישראל בעצמו מותר לעשות כן לנכרי.[176]

סיכום

הפוסקים נחלקו אם יש איסור להזיק לגוי, אף שלכל הדעות אסור לגזול מגוי.

בעניין נזק על ידי גרמא אם הותר בגוי, תלוי מה יסוד האיסור הכללי לגרום נזק לאחרים, וגם בזה יש מחלוקת בפוסקים.

הפקעת הלוואת הגוי היא אמנם נזק, אך היא נעשית בצורה פאסיבית ולכן אין בה איסור נזק וגם ולכן לא שייך איסור מסייע כשמסייע לישראל בהפקעת הלוואה של גוי.

ייתכן שאסור לגוי בגרימת נזק לגוי אחר ואפילו בהפקעת הלוואה של גוי אחר.

---

174. ראה פרק גניבת דעת להרוויח כשאין בכך גנבה עמוד 264 ודברי רש"י המובאים שם.

175. וכך כתב בפשטות בעל כסאות לבית דוד, חלק ב סי' קי"ח אות ח, אך ללא מקור לכך "דהא עכו"ם מצווה גם על הפקעת הלוואה, דרק בישראל נאמר דאינו מצווה על הפקעת הלוואה, דבפסוק לא תעשוק נאמר "רעך" למעט העכו"ם, אבל בעכו"ם מסתבר שמאחר שהוא מצווה על גניבה, כמו כן הוא מצווה על תשלום חובותיו." אמנם ה"בן איש חי" בתשובות רבו בעל "זבחי צדק" (חלק חו"מ סי' ב) הוכיח ע"פ הסוגיא בסנהדרין (נ"ז א- "כיוצא בו בגזל מאי היא וכו'") שמותר לנכרי להפקיע הלוואת נכרי חבירו אבל כתב "לענין הלכה עדיין צריך להתיישב בזה".

176. ראה שו"ת כסאות לבית דוד חלק ב סי' קי"ח אות ח שדן בסברא דומה במונחים של "לפני עוור" על פי שו"ת אמונת שמואל סי' י"ד "דהיכא דהוא עצמו אינו מצווה לא שייך עניין לפני עוור, ולפי דבריו [של בעל אמונת שמואל] בנדון דידן [בהברחת מע"מ על קנייה מנכרי] מאחר שישראל אינו מצווה על הפקעת הלוואה, נמצא דאף אם המוכר (הגוי) מצווה עליה, מכל מקום לא שייך איסור דלפני עוור."

חלק ח. פטור תלמיד חכם

מבוא

אחת הסוגיות המרכזיות שיש לדון בהן ביחס שבין אדם לשלטון נוגע לחוליה המשמעותית ביותר של העם היהודי- תלמידי חכמים. מאז ומעולם הייתה שאיפת עם ישראל להצמיח מתוכה תלמידי חכמים ובני תורה, שהם גם מורי הוראה ש"יורו משפטיך ליעקב", יש ביניהם ששוקעים בעמל התורה במשך כל ימי חייהם. הרצון לסייע לתלמידי חכמים להגשים מטרות אלו, הביא לכך שחכמים פטרו אותם מתשלום מסים לקהילה, ואף מצאו סמך לכך מפסוקים. אולם היקף הפטור ממס, אופן תחולתו ויישומו הם נושאים שנדונו באריכות בדברי הפוסקים ובספרות האחרונים.[1]

א. הסוגיה בגמרא

הגמרא בבא בתרא מביא כמה מקורות להוכיח שתלמידי חכמים פטורים מלהשתתף בעול המס המוטל על כלל הציבור מהשלטון.

> רבי יהודה נשיאה רמא דשורא אדרבנן [רש"י: הטיל יציאת חומת העיר על החכמים כמו על שאר בני אדם]. אמר ריש לקיש: רבנן לא צריכי נטירותא! [אין לחייב תלמידי חכמים על הוצאות שמירה משום שהתורה שומר עליהם], דכתיב: (תהלים קל"ט) אספרם מחול ירבון... וקל וחומר: ומה חול שמועט - מגין על הים, מעשיהם של צדיקים שהם מרובים - לא כל שכן שמגינים עליהם. כי אתא לקמיה דרבי יוחנן [לימד ממקום אחר]: (שיר השירים ח') אני חומה ושדי כמגדלות, אני חומה – זו תורה, ושדי כמגדלות – אלו תלמידי חכמים.[2]

רב יוחנן וריש לקיש סוברים שמכיוון שתלמידי חכמים אינם צריכים שמירה, אין לחייבם להשתתף בהוצאות שמירת העיר. כנראה שהסיבה שכל אחד מבני העיר חייב להשתתף בהוצאות אלו היא משום שכל אחד נהנה מהם, ומי שלא נהנה אי אפשר לכפותו להשתתף. הדברים תואמים את מה שהוזכר מיד לפני כן בגמרא, שחלוקת הנטל של בניית החומה מבוסס על קריטריונים של הנאה כמו כמות ממון,

---

1. בנושא זה קיימת ספרות רחבה בספרות התורנית. ראה למשל תשובות הגאונים (הרכבי) סי' תקל"ז, שו"ת רמ"ה סי' רמ"ח, שו"ת הרא"ש סי' ט"ו סעיף ח, שו"ת תרומת הדשן סי' שמ"ב, שו"ת אבקת רוכל סי' א, שו"ת מבי"ט חלק ב סי' כ"ה, שו"ת מהר"ם אלשקר סי' י"ט. מבין האחרונים הרחיבו מאוד בנושא זה בשו"ת מהריב"ל חלק ג סי' מ"ז, שו"ת דרכי נועם חו"מ סי' נ"ז, שו"ת יביע אומר חלק ז סי' י, שו"ת ציץ אליעזר חלק ב סי' כ"ה. ראה גם חליפת מכתבים בין הרב חזקיהו שבתי והרב בן ציון מאיר חי עוזיאל, שו"ת חלק ב סי' ל"ט-מ"א.
2. בבא בתרא ז ב.

מספר נפשות וקירוב בתים לחומה. ניתן גם להסביר באופן אחר, שחלוקת נטל המס מבוססת על הגורמים להוצאה, ומאחר שכמבואר להלן בסוגיה "אין פורענות בא לעולם אלא בשביל עמי הארץ", החכמים פטורים משום שהם לא גרמו להוצאה שמחייבת מיסוי. בגמרא לא הובאה תשובה של רבי יהודה נשיאה לדברי ריש לקיש להצדיק הטלת מס על תלמידי חכמים, וכנראה הוא הודה בדבר וחזר בו.

בהמשך הסוגיה מובא עוד סיפור:

> רב נחמן בר רב חסדא רמא כרגא ארבנן [הטיל על החכמים מס גלגולת שהוטל על הציבור לפי כלל מספר הנפשות ודרש מהם לשלם חלקם לפי מספר נפשותיהם].[3] אמר ליה רב נחמן בר יצחק: עברת אדאורייתא ואדנביאי ואדכתובי [כלומר אסור לעשות כן]. אדאורייתא, דכתיב: (דברים ל"ג) אף חובב עמים כל קדושיו בידך, אמר משה לפני הקב"ה: רבונו של עולם, אפילו בשעה שאתה מחבב עמים [רש"י: שאתה מצהיב להם פניך להשליטן על בניך] - כל קדושיו יהיו בידך. . . אדנביאי, דכתיב: (הושע ח') גם כי יתנו בגוים עתה אקבצם ויחלו מעט ממשא מלך ושרים... אדכתובי, דכתיב: (עזרא ז') [רש"י: דריוש צוה את פחת עבר הנהר ביחס לאנשי כנסת הגדולה] מנדה, בלו, והלך לא שליט מרמא עליהם [לא לגבות שלוש סוגי מסים אלו מבוני בית המקדש][4], ואמר רב יהודה: מנדה - זו מנת המלך, בלו - זו כסף גולגלתא, והלך - זו ארנונא.

בכל אחד משלושת הפסוקים מדובר במסים של שיעבוד מלכויות שמטילים מושלים זרים על הציבור בגלות או, במקרה של דריוש, על עולי הגולה הכפופים לממשלתו. אם כך, אין כאן קשר למושגים של נהנה או גורם אלא הבטחה שהוא כעין ציווי לשלטון לפטור תלמידי חכמים מעול המלכות. גם כאן לא הובאה בגמרא תשובה של רב נחמן בר רב חסדא, וכנראה הוא הודה לדברי חברו.[5]

ב. ההלכה בשולחן ערוך ורמ"א

להלכה כותב המחבר:

> אבל דבר שהוא צריך לשמירת העיר, כגון חומות העיר ומגדלותיה ושכר

---

3. על פי הרמב"ן והמאירי, בבא בתרא שם, אבל ראה יד רמה ורמב"ם המובאים להלן
4. תוספות שם ד"ה לא שליט למרמא עליהם: "לפי שהיו עסוקים במלאכת שמים בבנין בית המקדש הכי נמי אין להטיל מס על לומדי תורה."
5. אולם ראה חזון איש בבא בתרא סי' ה אות י"ח. ייתכן שרבי יהודה נשיאה סבר כמש"כ החזו"א שם שכיון שאין סומכין על הנס, לכן גם רבנן צריכים שמירה כמנהג העולם, וריש לקיש ורבי יוחנן סברו שהסיבה שפטורים הוא משום שאין משתדלים על השגת הממון בשביל עסקם בתורה לכן קבעו חכמים שאין ליטול מהם ממונם בשביל מס, כמ"ש החזו"א שם, וההלכה נקבעה כמותם.

> השומרים, לא היו חייבין [התלמידי חכמים] לתת להם כלום, שאין צריכין שמירה, שתורתן שמירתם. **ולכן** היו פטורים מכל מיני מסים, בין מסים הקצובים על כל בני העיר, בין מס שהוא קצוב על כל איש לבדו, בין הקבועים בין שאינם קבועים, וחייבים בני העיר לפרוע בשבילם אפילו הקבועים על כל איש ואיש.[6]

המחבר כלל את כל המסים, ולא רק הוצאות שמירה, בפטור תלמידי חכמים, אף שכתב שטעם הפטור הוא משום שתלמידי חכמים אינם צריכין שמירה. אפשר להבין הכללה זו לפי הסבר הרא"ש בחידושיו:[7]

> ויראה לי דכל מיני מסים מידי דנטירותא נינהו כי [תשלום המיסים] הם השומרים אותנו מן העובדי כוכבים ומזלות [רמז לגויים בני זמנו] כי מה תועלת יש (לקצת) עובדי כוכבים ומזלות בנו לשומרנו להושיב אותנו ביניהם אלא בשביל הנאה שניאותין מאת ישראל לגבות מהן מסין וארנוניות.

לפי זה אכן פטורים תלמידי חכמים "מכל מיני מסים, בין מסים הקצובים על כל בני העיר, בין מס שהוא קצוב על כל איש לבדו, בין הקבועים בין שאינם קבועים"[8] משום שתכלית כל המיסים הם לשמירה ו"דמי חסות", ורבנן לא צריכי נטירותא. על פי תפיסה זו הפטור לתלמידי חכמים אינו מופנה כלפי השלטון, שאינו כפוף לכללי ההלכה, אלא לקהילה ומנהיגיה שהם כמוכס מטעם השלטון לגבות בפועל את המסים מבני הקהילה, ואין להם זכות לגבות מתלמידי חכמים. משום כך מסיים המחבר "וחייבים בני העיר לפרוע בשבילם אפילו [מסים] הקבועים [על ידי המלך] על כל איש ואיש." לכאורה לגבי מסים אישיים אלו, אף שתלמידי חכמים אינם נהנים מהשמירה, למה יחייבו את הציבור לפרוע מס המוטל אישית עליהם? ואמנם פרט זה שנוי במחלוקת בין הרמב"ם והרמב"ן כמבואר להלן.

מחלוקת רמב"ם ורמב"ן בהיקף פטור תלמידי חכמים

הראשונים נחלקו האם פטור תלמידי חכמים חל גם כאשר לא מדובר במס כללי על כל הקהילה אלא במס המוטל גם על כל אחד ואחד, כולל התלמיד חכם בעצמו.

בהלכות שכנים פוסק הרמב"ם "כל הדברים שצריכין לשמירת העיר לוקחין מכל אנשי העיר ואפילו מן היתומים חוץ מתלמידי חכמים, שאין ת"ח צריכין שמירה שהתורה שומרתן."[9] מכאן משמע שתלמידי חכמים פטורים מלהשתתף בהוצאות שמירה כיון שאינם נהנים מהם. אין כאן התייחסות למצב שהמלך הטיל על תלמידי חכמים מס באופן אישי, ולכאורה אפשר היה אז לחייבם מדין גורם המס אף שאינם

---

6. שו"ע יו"ד סי' רמ"ג סעיף ב.
7. חידושי הרא"ש בבא בתרא פרק ראשון סי' כ"ט.
8. כנראה לשון המחבר הוא מדברי הר"י מיגאש שמובא בחידושי הרא"ש שם סי' כ"ו.
9. רמב"ם הלכות שכנים פרק ו הלכה ו.

נהנים ממנו. במקום אחר הרמב"ם מרחיב את הפטור של תלמידי חכמים ופוסק "ואין מחייבים אותן ליתן המס בין מס שהוא קצוב על בני העיר בין מס שהוא קצוב על כל איש ואיש שנאמר גם כי יתנו בגוים עתה אקבצם ויחלו מעט ממשא מלך ושרים."[10] הרמב"ם משמיט כאן את הטעם של "רבנן לא צריכי נטירותא" ונוקט מקור אחר שהביא רב נחמן בר יצחק כדי ללמוד שבני העיר צריכים לפרוע את חלקם של תלמידי חכמים גם על מס הקצוב עליהם באופן אישי. נראה אם כך שיש שתי סיבות נפרדות לפטור תלמידי חכמים: א) מדין שכנים ושותפים פטורים מלהשתתף בגלל שלא נהנים, ב) מדין כבוד התורה שניתן לתלמיד חכם, חייב הציבור לשלם בעדם את חלקם במס.[11]

הרמב"ם נקט את הטעם האחרון ולכן חייב את הציבור לשאת גם בעול המס הפרטי של תלמידי חכמים.[12] הרמב"ן הר"ן והר"ח חולקים על הרמב"ם ומגבילים את פטור תלמידי חכמים למס המוטל על כל העיר בכללות. הרמב"ן כותב:[13]

> ונראה שאין תלמידי חכמים פטורין מעשורי תבואתם ולא מכסף גלגלתם אלא כשהמלך מטיל על בני העיר ליתן כך וכך בפדיון גלגלתם וכך וכך במעשר תבואתם והם יפסקו ביניהם, לפי שיכולין תלמידי חכמים לומר לא הטיל המלך עלינו כלום אלא בשבילכם, אבל אם אמר המלך ליתן כל אחד ואחד כסף גלגלתו אין עמי הארץ פורעין בשביל תלמידי חכמים, אלא אם רצה המלך למחול להם ימחול, ... ורבינו חננאל ז"ל כתב כל אלה כגון שיש עליהם דבר קצוב במס הגולגולת או בטסקא דארעא או בארנונא ומעריכין על כל אחד

10. רמב"ם הלכות תלמוד תורה פרק ו הלכה י.
11. ר' יהודה שביב בספרו בציר אביעזר מציע הסבר אחר לפטור תלמידי חכמים ש"תלמידי חכמים השרויים בעיר לא בלבד על עצמם תורתם מגנת, אלא על כל יושבי העיר. וזה הוא חלקם בבניין חומת המגן ובשמירה. אמור מעתה: תלמידי חכמים אינם פטורים מהשתתפות בהגנת העיר אלא שבעוד ששאר אנשי העיר נותנים את שבידם,דהיינו ממון,לחומה, נותנים תלמידי חכמים את מה שבידם- תורה ומעשים טובים." סימוכין לכך ניתן להביא ממדרש איכה רבה:
רבי הוה משלח לר' אסי ולר' אמי דיפקון ויתקנון קרייתא דארעא דישראל[שיצאו לחזק את העיירות שבארץ ישראל] והוון עלין לקרייתא ואמרין להון אייתו לן נטורי קרתא [כלומר: הביאו לנו את שומרי העיר], והוון מייתו להון דיש מטרתא וסנטרא [היו מביאים את ראש השומרים ואת מושל העיר], והוון אמרין להון אלין נטורי קרתא? אלין חרובי קרתא![וכי אל הם שומרי העיר? אלו הם מחריבי העיר], אמרו להון ומאן אינון נטורי קרתא? א"ל אלו סופרים ומשנים שהם הוגים ומשנים ומשמרין את התורה ביום ובלילה [השומרים האמיתיים הם לומדי התורה והוגיה]על שם שנאמר "והגית בו יומם ולילה." איכה רבה פתיחתות ב וכן בירושלמי חגיגה פרק א הלכה ז. נראה שהרמב"ם לא נקט כגישה זו, שהרי בהלכות שכנים כשהביא את הפטור של תלמידי חכמים מחמת תורתם, היה צריך להדגיש שזו הסיבה לחייב את שאר העם לפרוע את חלקם, שהרי הם מגינים עליהם בתורתם.
12. ראה חידושי רבי ראובן בבא בתרא סי' ו ס"ק ג שביאר כך את דברי הרמב"ם.
13. חידושי הרמב"ן בבא בתרא ח א. ראה גם חידושי הר"ן שם.

ומקבצין אותו ביניהם אין על תלמידי חכמים לסייעם ולא לתת עמהם באלו כלום, אלו דברי הרב ז"ל, ודברים נכונים הם.[14]

השולחן ערוך פסק כהרמב"ם והרא"ש נגד הרמב"ן וסייעתו.[15]

סיכום

ניתן למצוא מספר הסברים לפטור תלמידי חכמים ממסים. אפשר לומר שהם לא נהנים מהשמירה על העיר, מאחר שהם בעצמם שומרים על העיר. אפשר לנסח אחרת ולומר שהם גם לא גורמים את ההוצאה, שנועדה לשמירת העיר. מעבר לכך אפשר שהפטור הוא מפאת כבוד התורה של התלמידי חכמים, שמחייב את השלטון לפטור אותם מעול שיש לשאר בני אדם. במידה שהשלטון כלל את תלמידי החכמים בין משלמי המס, יש מחלוקת אם הציבור צריך לפרוע בעדם, ולהלכה נפסק בשולחן ערוך שחובה על הציבור גם במקרים אלו לפרוע את המס עבור תלמידי חכמים. אולם למעשה במהלך הדורות לא תמיד הקהילות פטרו את תלמידי החכמים ממסים אישיים המוטלים עליהם, ובמקרים מסוימים תלמידי החכמים בעצמם נהגו לפרוע מס אישי שלהם.[16]

ג. גדר "תלמיד חכם"

ההגדרה של "תלמיד חכם" הזוכה לפטור מהוצאות שמירה ומסים וארנוניות נדון הרבה בראשונים ואחרונים ויש דעות שונות בענין זה.

א. הרי"ף– תורתו אומנותו

הר"י מיגש מביא בשם רבו הרי"ף:

דוקא תלמידי חכמים המתעסקין בתורתן ו**תורתן זו היא אומנותן** אבל [מי שאינו מתעסק בתורה] ואין תורתו אומנתו אלא מתעסק במילי דעלמא, חייב במה שהציבור מתחייב [שהרי] אינו מכלל רבנן.[17]

כמה ראשונים הבינו שגדר תורתו אומנתו הוא שאינו עוסק כלל וכלל בפרנסתו.[18]

---

14. בשו"ת מהר"י בן לב חלק ג סי' מ"ז הקשה על שיטת הרמב"ם שמפשטות הפסוקים שמביא רב נחמן בר יצחק בגמרא משתמע כסברת הרמב"ן שיש רק אומדנא שהתלמידי חכמים לא גרמו למס על הקהילה ולכן פטורים מלהשתתף בה, אך אם הוטל עליהם באופן אישי לא רואים מהפסוקים מקור לפטור אותם מתשלום. מכל מקום הוא פטר תלמידי חכמים מדין קים לי. ראה מרפא לשון הלכות שכנים פרק ו שמתרץ את קושיותיו ומסביר גם את ההוה אמינא של רב נחמן בר חסדא כשהטיל מס הכרגא על התלמידי חכמים.
15. שו"ע יו"ד שם.
16. ראה למשל שו"ת הרדב"ז חלק ב סי' תשנ"ב שכתב "וכבר נהגו [תלמידי חכמים] לשמוע לדברי המיקל ופורעין הכל".
17. ר"י מיגש בבא בתרא ח א.

ב. מפרשי התלמוד—תורתו קבע ומלאכתו ארעי

הרמב"ן והר"ן הרחיבו את ההגדרה של תורתו אומנתו ופירשו: "כלומר שתורתו קבע ועסקו עראי."[19]

הרא"ש[20] מביא משו"ת הרמ"ה ונוקט כדעת הרמב"ן שגדר תלמיד חכם הוא:

> כל ת"ח שתורתו אומנותו, ועושה **תורתו קבע ומלאכתו עראי**, והוגה בתורה תמיד ואינו מבטלה להתעסק בדברים בטלים, אך לחזור אחרי פרנסתו, כי זו היא חובתו. כי יפה תלמיד תורה עם דרך ארץ, וכל תורה שאין עמה מלאכה סופה בטלה וגוררת עון. ובכל עת לבו על גרסתו, ובגמר מלאכתו חוזר מיד לבית מדרשו, והוא נאה דורש ונאה מקיים, ולא סאני שומעניה, הוא בכלל רבנן, כי הכניס צוארו בעול, זה תורה, ואין להטיל עליו עול משא מלך ושרים.

בהמשך דבריו ציטט הרא"ש מתשובת הרמ"ה תיאור של תורתו אומנותו ד"לא בטיל מדברי תורה אלא פורתא **לכדי חייו**."[21]

השולחן ערוך אימץ את דברי הרא"ש ופסק:

> ודוקא תלמידי חכמים שתורתם אומנותם [פטורים], אבל [אלו ש]אין תורתם אומנותם, חייבים. ומיהו אם יש לו מעט אומנות, או מעט משא ומתן

---

18. חידושי המאירי בבא בתרא שם. בספר חסידים סי' תתר"ט כתב "ודוקא אותם שלומדים יומם ולילה ואין להם עסק אחר אבל אם לומד ועוסק בדרך ארץ הרי הוא כאחרים ויסייע לכל עולים שמטילין על הקהל."
19. חידושי הרמב"ן בבא בתרא ח' א' ור"ן על הרי"ף שם.
20. שו"ת הרא"ש כלל ט"ו סי' ח.
21. שם וז"ל:

הכין חזינא, דהאי טענה דהני עוררין, דמעוררין אמאן דהוי תורתו אומנותו, ולא בטיל מדברי תורה **אלא פורתא לכדי חייו**, *ובעו לחיוביה במיני מסין ותשחורות ופסי העיר, ליתּ בהו ממשא. דאטו כלהו עובדי ושמעתתא דאיתמר בההוא ענינא למפטר רבנן מכרגא, כגון דמי כלילא ומאן דדמי להו, במאן אתמרו: במלך שאינו צריך לכלום אתמרו, או במחזרי על הפתחים אתמרו, או במלאכי השרת שאינן אוכלין ושותין, אלא לבני אדם שאוכלין ושותין וצריכין לכל צרכי הגוף! ובהדיא אומר (בבא בתרא ק"י): לעולם יעבוד אדם עבודה שהיא זרה ממנו ואל יצטרך לבריות; וכתיב: יגיע כפיך כי תאכל, אשריך וטוב לך; וזו היא מדה טובה שבמדות. ותנן (אבות פ"ב): יפה תלמוד תורה עם דרך ארץ; ותנן (שם פ"ג): אם אין קמח אין תורה. ואמרינן נמי (ברכות לה:): ראשונים עשו תורתן קבע ומלאכתן עראי, אלו ואלו נתקיימו בידן. ומכל הני שמעינן, דכי פטרינהו רבנן בגמרא לרבנן דעסקי באורייתא, לאו אדעתא דלא טרחי במזוניהו ופרנסתם ופרנסת אנשי ביתם פטרינהו, אלא כל היכא דמקיימי מצות: והגית בו יומם ולילה, כפי כחן וכפי יכלתן, ולא בטלו לדברי תורה אלא לדברי מצוה,* **כדי מזונתם ופרנסת אנשי ביתם**, *בכלל רבנן נינהו, דפטירי מכל הנך מילי דאמרו.*

התשובה נמצא בשו"ת הרמ"ה סי' רמ"ח. ראה גם יד רמה בבא בתרא שם שכתב "אבל תלמידי חכמים שאין עוסקין בתורה תדיר כפי כחן ולא דיין לעסוק במלאכתן כדי למצוא פרנסתן ופרנסת אנשי ביתן אלא שהם **יגיעים להעשיר ומבטלין את התורה כדי לקבץ ממון הרבה**, הרי אלו חייבין בכל חיובי הציבור."

להתפרנס בו **כדי חייו ולא להתעשר**, ובכל שעה שהוא פנוי מעסקיו חוזר על דברי תורה ולומד תדיר, נקרא תורתו אומנתו.[22]

ג. מחלוקת בשיעור "כדי חייו"

אף בעל התרומת הדשן נקט בלשון "כדי חייו" להגדיר את הגדר של תורתו קבע ומלאכתו ארעי. אולם הוא הבהיר שגדר "כדי חייו" כאן הוא כדי חייו ממש ואינו זהה לגדר "כדי חייו" בהלוואת ריבית לגויים, ששם חידש רבינו תם שבזמנו הכל נקרא כדי חייו.[23] מהר"י בן לב חלק על תרומת הדשן וכתב:[24]

> ומי שיעיין באותה התשובה יראה שהרב הנזכר הפריז על מדותיו וכתב דאצטריך דלא להוי ההוא תלמיד חכם מתעסק בסחורה אלא כדי חייו לבד... ואני אומר... [ד]אפשר למימר [ש]כל מה שישתדל להרויח הוא [נקרא] כדי פרנסתו [מפני הצורך] להשיא בנותיו לפי כבודו דהאידנא נתרבו הנדוניות.

ד. גבולות זמן ההתעסקות

גם בקשר לשיעור הזמן של משא ומתן שאפשר להתעסק בו ועדיין להיחשב תורתו אומנתו חלקו האחרונים. הדרכי נועם דן בבעל חנות שלמד בבקר ובערב לפני ולאחרי מלאכתו "ובעת שפונה מעסקיו אינו פונה לבו לבטלה אך חוזר ללימודו ולא ימוש ספר התורה מפיו אף בהיותו בחנות כשפונה מעסקיו, ובעת שאין לו עסק כלל בחנות קובע עצמו בביתו על לימודו." לדעתו עדיין נחשב זה כמי שתורתו אומנתו לענין מסים.[25]

בספר מרפא[26] לשון נידון בתלמיד חכם אחד שירד מנכסיו ונאלץ לעסוק במשא ומתן למעט יום אחד בשבוע שקבע עיתים לתורה ובכל שעה שהוא פנוי מעסקיו חוזר ללימודו. אחרי דיון ארוך מסיק בעל מרפא לשון שגם זה נחשב כתורתו אומנותו ופטור ממסים.[27]

---

22. שולחן ערוך יו"ד סי' רמ"ג סעיף ב.
23. תרומת הדשן סי' שמ"ב:

ואם לחשך אדם לומר דהאידנא הכל מיקרי כדי חייו כל מה שעוסק תדיר להרוויח כמו שמפרש רבינו תם בפרק איזהו נשך (בבא מציעא ע ב תוספות ד"ה תשיך), דמהאי טעמא שרי האידנא ריבית דנכרי ואפילו יותר מכדי פרנסתו. אמור לו מטעונך דטעמא מאי דשרי רבינו תם משום דאין קצבה למשא מלך ושרים, וכיון דבעי האי תלמיד חכם להיות פטור מכל מיני מסים ותשחודת לא איצטריך ליה להרוויח אלא כדי פרנסתו.

24. שו"ת מהר"י בן לב חלק ג' סי' מ"ז.
25. דרכי נועם חו"מ סי' נ"ז.
26. מרפא לשון הלכות שכנים פרק ו
27. אולם, בעל מרפא לשון התלבט שאולי דין פטור תלמידי חכמים הוא רק חיוב המוטל על גדולי העיר והציבור לפרוע עבורם, ואם הם לא מקיימים חיובם בזה, אין התלמיד חכם יכול לעמוד על זכותו לקבל פטור. למסקנה פסק שאין מניעה לתלמוד חכם לעמוד על זכותו ולהיפטר, אולם יש

לאור כל ההתרחבות של הפטור לתלמידי חכמים תמה האור החיים:[28]

> [איך] אומר הרא"ש ז"ל מלת מעט [תורה עם דרך ארץ ו]הרי נעשה הרבה [על ידי האחרונים שהרחיבו הגדרת תורתו אומנותו,] ומה גם דתורת כל אדם בידו, כל אחד יעשה רוב היום ואומר עדיין צריך אני, ועוד היכי משכחת לה יותר מכדי חייו דשלל הרא"ש והרמ"[ה] ז"ל באמרם כדי חייו דווקא כיוון דהכל מקרי כדי חייו.

האור החיים מסיק שיש שני מדדים שונים לבחינת תורתו אומנתו:

> (א) אדם שעובד רוב היום ומשכורתו מספיקה רק להגיע למעמד "אדם בינוני", עדיין נחשב תלמיד חכם אם הוא קובע עת ללמוד ביום ובלילה.
> (ב) אדם שכבר יש לו ממה להתפרנס וכל השתדלותו הוא רק להשיג דברים שהם מעבר לזה, נחשב תלמיד חכם רק אם הוא לומד רוב היום, אך עדיין אינו חייב ללמוד כל היום.[29]

לימוד תורה בשכר

אף על פי שמי שתורתו אומנותו ממש, כלומר שמתפרנס מתורתו, נראה עדיף ממי שתורתו קבע ומלאכתו ארעי לזכות בפטור ממסים, מכל מקום מובא בשיטה מקובצת בשם רמב"ן (בחידושים שלפנינו לא נמצא) שאם התלמיד חכם מקבל משכורת ללמד תלמידים אין הוא נחשב כמי שתורתו אומנותו על ידי לימוד זה. אולם חלק מהאחרונים פקפקו בנאמנותם של דברים אלו שנאמרו בשם הרמב"ן.[30]

מידת חסידות לא להשתמש בכתר התורה ונכון לפרוע מסים עם שאר העם. ראה גמרא נדרים נ ב: " אמר רבא: שרי ליה לצורבא מרבנן למימר [כנראה לציבור שתובעים ממנו לשלם מס גולגולתו] 'לא יהיבנא אכרגא', דכתיב: מנדה בלו והלך לא שליט למירמא עליהון, ...", וכנראה אין מניעה מלהשתמש בכתר תורה לטובתו.

28. ראשון לציון יר"ד סי' רמ"ג אות ב.

29. רבינו חיים בן עטר מסכם דבריו:
ונראה, דאפילו מי שיש לו כדי פרנסתו והותר, אין למונעו מלעסוק קצת היום במשאו ומתנו, כי יש פעמים שהחכם בא לידי זקנה וחולי או הפסד בר מינן ויורד מנכסיו בר מינן, לזה עכ"פ יעסוק בחלק מהיום להרוויח דבר מה, אך לא רוב היום. אלא תנאי המחוייב עליו להיקרא תלמיד חכם הוא שלא יהיה בטלן ועוסק בדברי הבאי לטייל, אלא יהיה כאדם שיש לפניו מלאכה שצריך לעשות מלאכה מדי יום ביומו, דאם הוא תלמיד חכם ומאבד חלק מהיום בדבר שאין בו ממש, גרע מהבטלים ויושבי קרנות ואין לעשות לו שום מעלה הגם כי הוא קובע עתים לתורה, זהו הנראה לענ"ד.

30. ראה הרב ב. ז. בנדיקט, "החייב רב בתשלום מסים?" התורה והמדינה ט-י עמוד 154-149. הוא גם מביא מהרשב"ש, נכדו של הרמב"ן, בתשובותיו סי' תי"ב סברא הפוכה שתלמידי חכמים ששכרו אותם הציבור פטורים לפי הרמב"ן ממסים. ראה מטה משה עמוד שלישי חלק שני פרק ה' שמציין דין זה בשם הראב"ן ולא הרמב"ן.

ד. מסים כהצלה מנזק

לפני העידן המודרני, המיסים לא שימשו כאמצעי לניהול ומימון ענינים ציבוריים אלא היוו מטרה בפני עצמה—להעשיר את המושל המחוזי ולממן את הוצאות חייליו וחצרו. כיון שמיסים אלו לא נועדו לתועלת ישירה של המדינה, הקהילות ראו בהם נזק ציבורי, ועל פי תפיסה זו נקבעה הגישה ההלכתית לחלוקת נטל המיסים. למשל, המהרי"ק בתשובה אחת חייב את הערים הסמוכות לעיר רגנשבורג להשתתף בהוצאת עלילה שהוטלה על רגנשבורג, מכיוון שגם הם בסכנה של עלילה דומה "וגם עליהם היה עובר כוס התרעלה אם לא היה הדבר הזה מתוקן."[31] מתוך הגישה ההלכתית הזאת של מסים כנזק, ראו הפוסקים לנכון לחלק את עול המסים לפי מידת ההצלה מנזק שהגיע לכל אחד. כמו כן, מי שראו בו גורם יותר משמעותי להטלת המיסים חוייב לשלם יותר. המונח "עושה עין" או "שמו עיניהם עליו" הוא הביטוי שטבעו הפוסקים כדי לתאר את מי שגרם להגדלת עול המס.[32]

על רקע זה קל להבין את קביעת הרא"ש "דכל מיני מסים מידי דנטירותא נינהו כי הם השומרים אותנו מן העכומ"ז כי מה תועלת יש (לקצת) עכומ"ז בנו לשומרנו ולהושיב אותנו ביניהם אלא בשביל הנאה שניאותין מאת ישראל לגבות מהן מסין וארנוניות."[33] על פי זה ניתן להסביר גם את דברי הרמב"ן שנימק פטור תלמידי חכמים "לפי שיכולין תלמידי חכמים לומר לא הטיל המלך עלינו כלום אלא

---

31. שו"ת מהרי"ק שורש ד. מהרי"ק הביא ראיה מדיני נזיקין כדי להוכיח שגם הקהילות הסמוכות שייכות לנזק וצריכות להשתתף בהצלה, והוא מגדיר את מצבם כ"ברי הזיקא", כיוון ש "אנו רואים בעוונותינו הרבים כל מחשבתם עלינו להתנפל ולהתגולל עלינו, ה' ברוב רחמיו יצילנו מידם, כל כי האי גוונא ברי הזיקא נמי...וכאמר רב פפא לשורא ולפרשא ולטרזינא אפילו מיתמי, כללא דמילתא כל מילי דאית ביה נטירותא רמינן עלייהו", הדברים הובאו להלכה ברמ"א חו"מ סי' קס"ג סעיף ו.

32. ראה למשל הרמ"א שם סעיף ג בשם המרדכי "כשנותנין [מס] מבתים, כל בית החשוב יותר ו**עושה עין** יותר, צריך ליתן יותר." במרדכי עצמו, בבא בתרא פרק השותפין סי' תע"ה, הלשון קצת שונה "ואם יש בתים גבוהים **שעושים לשאר בתים עין** צריך ליתן יותר ומחשבין, לפי שזה **גורם העין** וראייה לדברי מדקתני [בבא קמא קט"ז ב בדין ספינה שעמד עליה נחשול ש'מחשבין לפי המשאוי ואין מחשבין לפי ממון'], אלמא דבר הגורם היזק נותן יותר." ראה גם מרדכי בבא קמא פרק הגוזל בתרא סי' קצ"א שמשתמש בלשון "נותן עיניו." וכן בקשר לחלות מס על בני העיר שעזבו לאחרונה את העיר, מנמק תרומת הדשן את סיבת חיובם "משום דלעולם רגילות הוא שממוני המושל **נותנים עיניהם** ומעריכים בני הקהל כמה ראוים לתבוע מהן, ועושים זה זמן מועט קודם התביעה. והואיל וזה נמצא שם כ"כ קרוב לתביעה **מסתמא שמו עיניהם גם עליו**." תרומת הדשן סי' שמ"ב. הנתיבות בסי' קע"ח ביאורים אות א הסביר גם את טעמו של רבינו שמחה שתושב שקיבל פטור מס מהמושל עדיין חייב להשתתף עם הציבור בתשלומיהם, "דדינא דמלכותא דינא במכס דהוא משום שנותנין המכס שיהיה רשות לדור תחתיו, וידוע דכל שהן ציבור יותר גדול עושה עין יותר, ומשו"ה חייב כל אחד להיות נושא בעול עם הציבור, ואסור לפרוש מהציבור כיון דכל אחד מקלקל לכל הציבור שעושה עין לכל הציבור, משו"ה אינו יכול לחלוק מהציבור בשעת התעסקות."

33. חידושי הרא"ש בבא בתרא פרק השותפין סי' כ"ט.

בשבילכם [כלומר אינם עושים עין], אבל אם אמר המלך ליתן כל אחד ואחד כסף גולגלתו, אין עמי הארץ פורעין בשביל תלמידי חכמים", משום שאז בודאי גם התלמידי חכמים עושים עין ולכן חייבים להשתתף במסים.[34] כנראה, זה גם כוונתו של רבי שאמר "ראיתם, שאין פורענות בא לעולם אלא בשביל עמי הארץ", כלומר שהם לא גרמו את המס ולכן אין עליהם להשתתף בדמי כלילא (מס שנועד לשלם עבור כתר המלך) שהוטל על העיר טבריה.[35] על פי תפיסה זו, אם המס הוטל ישירות על תלמידי חכמים אין הם יכולים לטעון שהפורענות באה בגלל עמי הארץ.

ה. דין בדיעבד כשהקהל תיקן ונהג לגבות גם מתלמידי חכמים

בדברי המחבר בענין פטור תלמידי חכמים ממסים שהבאנו לעיל מוסיף הרמ"א בהגה:

> ואפילו אם אמר ההגמון שתלמידי חכמים עצמם יתנו, חייב הצבור לתת בעדם. ואם החרימו הצבור על תלמיד חכם ליתן, אין בחרם שלהם כלום. ותלמיד חכם היה יכול להחרים ולשמת הצבור שיתנו בעדו דמיו. ואין חילוק אם הת"ח עשיר או עני. . . ומ"מ(ומכל מקום) יש מקומות שנהגו לפטור ת"ח ממס, ויש מקומות שנהגו שלא לפטרן."[36]

בדברי הרמ"א נראה שיש סתירה, שהרי בראש דבריו הדגיש שאין שום כח בידי הציבור להטיל מסים על תלמידי חכמים, ולעומת זאת בסוף דבריו נראה שדבר זה תלוי במנהג, ואם יש מנהג להטיל על תלמידי חכמים, רשאים לעשות כן. דבריו האחרונים של הרמ"א מקורם בדברי תרומת הדשן,[37] שם הובאו שני מנהגים המגבילים את יישום הפטור ממס של תלמידי חכמים.

בראש דבריו הגדיר בעל תרומת הדשן מושג תלמיד חכם באופן מורחב:

> ונראה נמי דלאו דוקא רב הנסמך לישב בראש ולדון ולהורות דהוא פטור, אלא כל תלמיד חכם בדורו שיודע לישא וליתן כשורה בד"ת ומבין מדעתו ברוב מקומות בתלמוד ובפרושיו ובפסקי הגאונים, אם תורתו אומנתו כדפי' האשירי לעיל אפילו לא נסמך לישב בראש לדון ולהורות פטור הוא מכל מיני מסים ותשחורת.

---

34. חידושי הרמב"ן בבא בתרא ח א.
35. בבא בתרא ח א.
36. שו"ע יו"ד רמ"ג. מקור ראשית דבריו הם תשובה אנונימית שהביא הבית יוסף באות ב: "ואם הדור כפני הכלב ויעיזו פניהם ולא ירצו להבריח זהרורי דמלכא מיניה יכול התלמיד לנדות ולשמת על זה, ואפילו החרימו הקהל לפרוע המס וכללו התלמידים בכלל החרם אין החרם חל דארור בו שבועה ואין נשבעין לעבור על המצות." ראה דברים דומים בתשובת רבינו נחמיה שמובא בשו"ת מהר"ם אלשקר סי' י"ט.
37. תרומת הדשן סי' שמ"ב.

אולם בעל תרומת הרשן המשיך והביא מנהג אוסטרייך:

> אמנם ההמון עם אינם סוברים כלל לפטור שום ת"ח אא"כ (אלא אם כן) יושב בראש ישיבה, ואף זה דווקא באושטריי"ך ואגפיה. והיה כמעט מנהג פשוט שלא לחייב במס הרב היושב בישיבה בראש אפילו היה לו ממון הרבה.

כנראה, לדברים אלו כיון הרמ"א כשכתב "ויש מקומות שנהגו שלא לפטרן", כלומר לתלמידי חכמים **שאינם** ראשי ישיבה. בעל תרומת הדשן המשיך והביא מנהג רינוס: "אבל בגבול דבני רינו"ס כמדומה לי שלא היו נוהגים לפטור ת"ח מן המסים, אם לא לפעמים ברצונם.." בעל תרומת הדשן מיישב מנהגים אלו וכותב:

> אפשר משום דסבירא להו דהאידנא אין לנו מי שתורתו אומנתו אפי' באותו דרך שביאר אשירי לעיל [שעוסק במשא ומתן רק כדי חייו], משום דצריך דקדוק יפה שיחזור תמיד לתלמודו כשיפנה מעסקיו ואין נזהרין יפה האידנא. ואפשר דמהאי טעמא נמי רוצים ההמון עם באושטריי"ך לומר דאין לפטור רק היושב בראש ישיבה, משום דלא ברירא לגמרי מי שהוא תורתו אומנתו ועבדו להו מילתא דפסיקא, דמסתמא היושב בראש בישיבה קובע את עצמו לת"ת כדי שתהא אומנותו. אמנם אם ניכר וידוע הוא שהנסמך לישב בראש הישיבה תורתו עראי ומלאכתו קבע תדיר, פשיטא דבכה"ג לא נהוג.

לפי זה ניתן ליישב כעת את הסתירה בדברי הרמ"א. אמנם יש כח בידי הקהל להגביל את היקף הגדרת תלמיד חכם לעניין פטור ממיסים וכשלא ברור אם תורתו אומנותו יש להם זכות לשלול ממנו את הפטור ממסים, אך אין להם סמכות לבטל לגמרי את הפטור של תלמידי חכמים, ואם עשו חרם שיחייב גם תלמידי חכמים וראשי ישיבות לפרוע אין לכך שום תוקף.

לפי זה יוצא שכאשר המנהג הרווח כמו בזמנינו לחייב גם תלמידי חכמים שמרוויחים לפרנסתם, שהרי אם לא מרוויחים אין בכלל חובת מס הכנסה, יש ביסוס הלכתי לחייבם לשלם באופן עקרוני, אלא אם כן ברור שכל עיסוקם הוא בתורה והם מרוויחים רק באופן פסיבי ולא עוסקים כלל באומנות, שאז אין הצדקה לגבות מהם מסים.

במיסוי תלמידי חכמים, מנהג אינו מבטל הלכה

למרות דברי תרומת הדשן שהבאנו לעיל המצוטטים בדברי הרמ"א, הרבה פוסקים הסכימו שלמעשה תלמידי חכמים פטורים אף שהציבור רוצה לחייבם וגם אם עוסקים במשא ומתן לפרנסתם. בתשובותיו של מהר"ם אלשקר הובאה תשובה[38]

---

38. שו"ת מהר"ם אלשקר סי' י"ט.

קדומה שהשיב ר׳ נחמיה, אחד מתלמידי הרא״ש, לבניו של הרא״ש בענין הזה. השאלה מתחלקת לשלשה חלקים:

> [א] קהל שעושין תקנה ביניהם בחרם ובאלה לפרוע כל אחד מהם דבר קצוב מן היין ומן הבשר וכן משאר דברים שישא ויתן בהם... [ה]אם יכולין הקהל לחייב הת״ח בעניינים הנזכרים? [ב] ואף אם הטיל המלך מס על הקהל [ה]אם הת״ח בכלל? [ג] ואם תמצי לומר שאין הת״ח בכלל לפום דינא, אם הטילו הקהל חרם על הדברים הנזכרים וכללו הת״ח ולא הוציאום בפירוש אם בא שום אדם לנגוש אותם ולמשכנם [ה]אם הוא בר נדוי ושמתא אחר שעבר אדאוריתא ואדנביאי ואדכתיבי. ועוד דמבזי רבנן בר נדויא הוא?...

ר׳ נחמיה השיב:

> מה ששאלוני אם חייבין לפרוע במכס הנקרא אל קבאל״א. אומר אני מאחר שלא תקנו המכס הנזכר אלא לפרוע המסים של המלך והארנוניות אין תלמידי חכמים חייבין לפרוע דרבנן לא יהבי כרגא... וכ״ש שהם פטורין כשהמלך מטיל מס על הקהל. זה פשוט בכמה מקומות בתלמודי הספרים מחול ירבון... ועוד אפילו פירש המלך ואמר שהתלמידים יפרעו חלקם במס יש מן הדין על הקהל אשר הת״ח שוכן בתוכם לפרוע חלקו... ואם פני הדור כפני הכלב ויעיזו ולא ירצו להבריח (זכותא) [זהרורי, כלומר גובי מס] דמלכא יכול הת״ח לנדות ולשמת על זה.

ברור מדבריו שגם בכח חרם אין הציבור יכול לבטל פטור תלמיד חכם.[39] החרם הוא כמו שבועה ואין נשבעין לבטל את המצות. רבינו נחמיה גם התייחס לדינא דמלכותא וכח הפקר בית דין של שבעה טובי העיר ודחה אותם.

עוד מקור לפטור תלמידי חכמים אפילו בדיעבד כשהחוק אינו פוטרם לזה ניתן לראות מהגמרא בנדרים בעניין זה[40]:

> ואמר רבא: שרי ליה לצורבא מרבנן למימר [כנראה לגבאי מלך עכו״ם שגובה מס גולגולת ישירות ולא דרך הציבור] ׳עבדא דנורא אנא לא יהיבנא אכרגא׳, מאי טעמה [שאין בזה כפירה ומודה לעכו״ם]? לאברוחי אריא מיניה קאמר.

מכאן רואים שאפילו בדיעבד כשהמלך או הציבור גובים מתלמידי חכמים, יכולים לסרב לשלם ואין בזה דינא דמלכותא ולא כח בני העיר.[41]

---

39. דברי רבינו נחמיה מוסבים לא רק על תלמיד חכם שהוא ראש ישיבה, עליו יסכים בעל תרומת הדשן, אלא גם בתלמיד חכם המתעסק במשא ומתן בחלק מזמנו כמו שכתב:
וכל זמן שתורתו עיקר אע״פ שהיה לו מלאכה אחרת הוא פטור שהרי רבותינו שבתלמוד רובם היו בעלי מלאכה אלא שהיתה טפלה לתורתם כל שכן כשאין לו שום מלאכה אלא שהוא מלוה מעותיו לגוי ברבית שהוא פטור כמו שכתבנו... [ו]כל זמן שהוא בעל מעשה ותורתו עיקר הרי הוא פטור כמו שכתבנו

40. דף נ ב.

הרא"ש הרחיק לכת וכתב:

> ועל הבא להכריחו [לתלמיד חכם] בגזרה ועישוי, ע"י ישראל, או על ידי כותים, לפרוע מס, אין דעת חכמים נוחה הימנו. ואם לא יחושו על דברי, הרשות בידו לחבטן ע"י הכותים [לשכור אלמים להבריח גובי המס], לומר: עשה מה שישראל אומרים לך. וכל המסייע ומחזיק בידו על ככה, הרי זה מכבד את התורה, ועליו נאמר: עץ חיים היא למחזיקים בה וגו'.[42]

בימי הבית יוסף ניסו ממוני הציבור לחדש הסכמה, בלי להתייעץ עם זקני הדור, ולהטיל מס גם על תלמידי חכמים וגם על כל העניים ללא יוצא מן הכלל.[43] תגובת בית דינו של הבית יוסף היתה חריפה במיוחד והתפרסם חרם בלשון הזה:[44]

> בהיות כי עלה על דעת ראשי הקהלות אשר פה צפת תוב"ב להטיל מס על בעלי תורה שיש להם ממון והתחילו לגבות מהם והודענום [ח]ומר הענין דעברי אדאורייתא, נביאי וכתובי ועברי על דעת כל החכמים שעמדו מימות משה רבינו ע"ה עד היום ובכן [שימעו] בקולינו ומשכו ידי[כם] מלגבות מהם ומאותם שגבו מהם החזירו להם.
>
> וכדי שלא יחזור הדבר לקלקולו בהמשך הזמן, ברשות בית דין של מעלה וברשות בית דין של מטה בגזרת עירין פתגמא ובמימר קדישין שאלתא אנו מנדין ומחרמין ומשמתין מקללין ומאררין בשמתא דשמתיה ברק למרוז בארבע מאה שיפורי ובקללה שקלל אלישע את הנערים ובשמתא דשמתינהו עזרא לכותאי בתלת מאה ספרי ובתלת מאה שיפורי ובתלת מאה ינוקי ובשמתא דשמתיה רב יאודה בר יחזקאל להההוא עבדא דקרייה בר שויסקאל כל הני ליטותי וחרמי ושמתי יחולו על כל בר ישראל **שיגבה שום מס משום בעל תורה שתורתו קבע ומלאכתו עראי** לא על ידו ולא על ידי שלוחו בין ישראל בין ארמאי.
>
> וכל העובר על זה ארור הוא ביום ארור הוא בלילה ארור הוא בשכבו ארור הוא בקומו ארור הוא בעיר ארור הוא בשדה ארור הוא בבואו ארור הוא בצאתו סערת ה' וחמתו על ראש העברי ההוא יחול יעשן אף ה' וקנאתו באיש ההוא ורבצה בו כל האלה הכתובה בספר התורה עד השמידו אותו מעל פני האדמה הוא לבדו ילכד בעונו וכל ישראל נקיים.

---

41. הבנה זו, שטעם ההיתר לשקר ולהתחמק מגובה המס הוא דוקא בגלל שהוא צורבא מרבנן, מבוסס על פירוש הרשב"א לגמרא. ראה הערה 8 שהבאנו שם דרך אחרת בהבנת הגמרא שאינו קשור לפטור תלמידי חכמים ממסים.
42. שו"ת הרא"ש כלל ט"ו סי' ח.
43. על הרקע לפרשה זאת עיין ב"הסכמת צפת לפטור תלמידי חכמים ממיסים ונסיונו של ר' יהודה אברלין לבטלה", ספונות, ה, תשכ"ד ו"על פטור תלמידי חכמים ממסים בימי הביניים" ישראל תא-שמע בספר עיונים בספרות חז"ל במקרא ובתולדות ישראל עמוד 312.
44. אבקת רוכל סי' א.

ומשך גזרה זו מהיום עד עמוד כהן לאורים ותומים ואנו מקבלים עלינו ששום א' ממנו לא יתיר גזרה זאת לא כולה ולא מקצתה בשום זמן וכל המקיים גזרתנו זאת יבורך מפי עליון ויחולו עליו כל הברכות הכתובות בתורה:
יוסף קארו ישראל בר מאיר דקוריאל [בית יוסף]
משה בר יוסף מטראני זלה"ה [מבי"ט].

כנראה מאופן הניסוח בסופו, החרם הזה קיים גם בזמנינו במדינת ישראל[45] ואין רשות ביד שום גורם מממוני העיר או בית דין להתירו ולבטלו. לכאורה יש מקום לראות בזה מחלוקת בין הבית יוסף ובין הרמ"א על פי תרומת הדשן, ואולי מנהג שונה באופן כללי בין רבני ספרד שחיזקו את הפטור לתלמידי חכמים נגד כל פורצי הגדר לבין רבני אשכנז שלא יצאו במלחמה נגד מנהיגות הקהילות שלא יישמו את הפטור.[46] אולם, מלשון הגהת הרמ"א לא נראה שהוא רואה בזה מחלוקת ומנהג אשכנז מיוחד אלא אדרבא הוא מרחיב ומדגיש את גישת השולחן ערוך לפטור תלמידי חכמים אפילו בדיעבד ורק מוסיף בסוף דבריו את דברי תרומת הדשן "ויש מקומות שנהגו שלא לפוטרן."

ו. מאיזה סוגי מסים פטורים תלמידי חכמים?

באותה גמרא[47] שפוטרת תלמידי חכמים מעלויות שמירה, נאמר שהם צריכים לשאת בעלויות אחרות.

אמר רב יהודה: הכל לאגלי גפא [רש"י: לשערי חומות העיר], אפילו מיתמי, אבל רבנן לא צריכי נטירותא; הכל לכריא פתיא [רש"י: חפירת בור לשתות מים], **אפילו מרבנן**.

וכך נפסק בשולחן ערוך:[48] "אם [המס הוא] דבר שצריך לחיי האדם כגון בארות מים וכיוצא בהם, חייבים [תלמידי חכמים] לתת חלקם."

לפי דברי הגמרא והשולחן ערוך יש רק שני סוגי מסים: (א) מסים שנועדו לשמירת העיר (ב) מסים שמטרתם לצרכי חיי אדם . עלינו להבהיר מה ביחס למסים שאינם שייכים לשתי הקטגוריות הנ"ל, כגון תשלום החוב הלאומי (קרן וריבית), חינוך (תורני ומקצועי), עלות אחזקת מוסדות השלטון וצרכי תרבות או פיתוח סביבתי, וכן שרותי בריאות. כמו כן, יש לברר כיצד ניתן ליישם את האבחנה של הגמרא כאשר כל המסים מרוכזים בתקציב אחד שממנו הם מתחלקים לכל סוגי הצרכים, ואין גבייה ישירה לכל מטרה בנפרד.

---

45. ראה ציץ אליעזר חלק ב סי' כ"ה.
46. ראה ניתוחו של ישראל תא-שמע, שם, למחלוקת בין פוסקי ספרד לפוסקי אשכנז.
47. בבא בתרא ח א.
48. שו"ע יו"ד סי' רמ"ג סעיף א.

א. מסים חיצוניים ומסים פנימיים

ניתן להגדיר את המסים שתלמידי חכמים פטורים מהם כמסים חיצוניים, כלומר הוצאות המוטלות בעל כרחם על הציבור על ידי רשות חיצונית, ומסים שתלמידי חכמים חייבים להשתתף בהם כמסים פנימיים, כלומר הוצאות של הציבור הצומחות מבפנים. דוגמא לחילוק זה ניתן לראות בפסקים שונים ביחס למס "גאבילא" על הבשר והיין.

בכמה קהילות של עדות המזרח נהגה הקהילה להטיל מכס הנקרא גאבילא או "קאבאלא." המכס הזה נגבה כמו מע"מ בזמנינו, שהסוחר היה חייב להוסיף למחיר הסחורה אחוז מסויים או סכום מסויים לפי כמות. לפעמים השתמשה הקהילה בגאבילא לשלם את המסים שהטילה המלכות על הקהילה, כלומר הוצאה חיצונית, ולפעמים השתמשה בה לשלם עלויות פנימיות כמו שכר שוחטים ותמיכות תלמידי חכמים. בתשובה של רבינו נחמיה שהבאנו לעיל פטר תלמידי חכמים מלשלם גאבילא [קאבאל"א] על בשר ויין וכל מיני סחורה אבל נימק בהתחלת דבריו: "מאחר שלא תקנו המכס הנזכר אלא לפרוע המסים של המלך והארנוניות, אין תלמידי חכמים חייבין לפרוע דרבנן לא יהבי כרגא."[49] מצד אחד רואים שתלמידי חכמים פטורים גם ממס קהילתי אם הוא מיועד לשלם דבר שתלמידי חכמים פטורים ממנו. מצד שני רואים שתלמידי חכמים אכן חייבים לשלם את המס הקהילתי אם הוא לא נועד לפרוע מסים וארנוניות שתלמידי חכמים פטורים מהם, וכן פסק בעל כנסת הגדולה בספרו בעי חיי.[50] הוא דן שם בפטור שביקש תלמיד חכם ממס הקצוב על כל בני הקהילה לתשלום שכר שוחט הקהילה.

המחבר דימה את המס ל"כריא פתיא", כלומר דברים שיש בהם חיי אדם, שבהם חייבים תלמידי חכמים להשתתף גם אם הם עצמם לא גורמים לריבוי הוצאה.

ב. הבדל בין המושג "מסים" בזמנינו לבין משמעותו בתורה ובפוסקים

במקרא משמש לשון "מס" כלשון שיעבוד של עם או אוכלוסיה, כלומר מס הוא דמי חסות או דמי כופר של עם המשועבד לשלטון חיצוני וזר. התורה אפילו קובעת שבמקום להחרים עם על ידי מלחמה של כיבוש ניתן לשעבדו על ידי הטלת מסים עליו: "והיה אם שלום תענך ופתחה לך והיה כל העם הנמצא בה יהיו לך למס ועבדוך."[51] הביטוי המובהק של גלות ואיבוד עצמאות של עם ישראל הוא גם

---

49. שו"ת מהר"ם אלשקר שם.
50. בשו"ת בעי חיי חו"מ סי' נ"ח.
51. דברים כ:י"א, וכן רואים בפועל בספרי יהושע ושופטים "ויהי כי חזקו בני ישראל ויתנו את הכנעני למס", יהושע י"ז:י"ג וכן שופטים א:כ"ח, וכן "ויואל האמרי לשבת בהר חרס באילון ובשעלבים ותכבד יד בית יוסף ויהיו למס" שם פסוק ל"ה. במדרש שכל טוב שמות א' אות י"א

העלאת מס לזרים: "רבתי בגוים שרתי במדינות היתה למס."[52] גלות מצרים, שהוא דגם ושורש לכל הגלויות של עם ישראל, נפתחה בהטלת מסים עלינו: "וישימו עליו שרי מסים למען ענתו בסבלתם ויבן ערי מסכנות לפרעה את פתם ואת רעמסס."[53]

בימי דוד נזכר "אדרם על המס, "[54] שכנראה היה אחראי על גביית מסים אזרחיים מישראל. גם בימי שלמה היה "אדנירם בן עבדא על המס"[55] שהיה אחראי על ה"מס מכל ישראל" שמוזכר אחריו "ויהי המס שלשים אלף איש."[56] לכאורה יש כאן הגדרה מחודשת ל"מס" כתשלום שגבה מלך יהודי מבני עמו, ואין כאן משמעות של גלות, כיבוש ושיעבוד. אך אם נתבונן במקורות אלו נוכל להסביר גם כאן שיש עניין של שיעבוד ומס שמטרתו לטובת המלך ולא לטובת העם. אברבנאל מסביר[57] שהמס שהטיל דוד היה בעקבות מרד אבשלום שסחף הרבה מן העם, ודוד רצה לשעבדם למרותו באמצעות המס. שלמה המלך המשיך את המס מימי אביו תחת אותו ממונה על המס.[58] מטרת המסים היתה לרומם את שלטונו[59] ולבנות את בית המקדש. אמנם בניין המקדש הוא צורך ציבורי מובהק, אך אין זה סותר את הרעיון שמס הוא שיעבוד, כיוון ששלשים אלף איש האנשים שנבחרו נשתעבדו למלך לחצוב עצים לבנין, ועצם השיעבוד מכונה מס.

ניתן לראות התייחסות ראשונים למסים כחלק מגזירת הגלות מחתימת דבריו של רבינו שמחה בתשובתו המפורסמת לגבי פטורים ממסים:"ואני רואה שמדת הדין הוא [שכל אחד ישתתף במס אפילו קיבל פטור מהשלטון] כי כל ישראל ערבים זה בזה לקבל עול גלותם ויזכו להשתתף עמהם בנחמתם ובגאולתם."[60] בספר כתר תורה כותב הרב שמואל די אבילה "הרי לך שנתינת המס אשר המה נותנים מתכפרים בו עונותיהם וחטאתיהם ביען שמקבלים עליהם כמה יסורין בנתינת טובתם והם מוכים ומעונים מכות אכזריות וסובלים עול הגלות בשביל להתדבק בו יתברך."[61]

מפרש הלשון מסים: "ורבותי הסבירו מלת מסים בלשון המסים, נמס בתוך מעי (תהלים כ"ב:ט"ו), וימס לבב העם (יהושע ז:ה), וכל דומיהן, כלומר שרי מסים שהיו ממסמסין את לבם."

52. איכה א:א.
53. שמות א:י"א.
54. שמואל ב כ:כ"ד.
55. מלכים א' ד:ו.
56. שם ה:כ"ז.
57. שמואל ב שם.
58. רש"י מלכים א' י"ב:י"ח ורד"ק מלכים א' ד:ו.
59. ראה מלכים א' ד:ז.
60. אור זרוע בבא קמא פרק י סי' ת"ס.
61. כתר תורה דף פ"א ב.

ניתן להבדיל בין מיסים אלו של שיעבוד וגלות לבין מיסים של זמנינו שייעודם אינו שיעבוד וגלות אלא גביית כסף לממן צרכי הציבור. החתם סופר[62] מקשה על פטור תלמידי חכמים ממסים כאלו וכתב:

> וקשה לי דעד כאן לא קפטרו רבנן אלא ממס וחומה שהם מצד גלות ישראל וכדמשמע מקרא, כל קדושיו בידך' אבל שמירה כדרך שמלכות נשמרים ממלכויות אחרים גם תלמיד חכם חייב... אלא על כרחך חומות העיר ממלחמת מלכויות גם תלמידי חכמים חייבים.

מדבריו יוצא חידוש גדול לדינא—כל הפטור של תלמידי חכמים ממידי דנטירותא שייך רק בשמירה שמתחייב בגלל הגלות, כמו שאמר הרא"ש:

> ויראה לי דכל מיני מסים מידי דנטירותא נינהו **כי הם השומרים אותנו מן העכו"ז** כי מה תועלת יש (לקצת) עכו"ז בנו לשומרנו להושיב אותנו ביניהם אלא בשביל הנאה שניאותין מאת ישראל לגבות מהן מסין וארנוניות.[63]

לעומת זאת, אם השמירה אינה מפני שלטון זר שמשתעבד בנו ולוקח מסים כדמי חסות אלא הוצאות בטחון של יישוב או מדינה, הרי שגם תלמידי חכמים חייבים כשאר בני אדם. סימוכין לכך אפשר להביא מלשונו של רבי בהמשך הגמרא "אין פורענות באה לעולם אלא מפני עמי הארץ",[64] ומשמע שסיבת הפטור הוא בגלל שזה פורענות (או עלילות) ולא הוצאה ביטחונית קבועה של המלכות.[65]

---

62. בחידושיו לבבא בתרא ז ב

63. חידושי הרא"ש בבא בתרא פרק א סי' כ"ט. דומה לזה מוצאים אנו בחידושי ר' ראובן [גראזאווזסקי] בבא בתרא סי' ו בהערה שעמד על דברי הרא"ש והקשה שאם מסים וארנוניות הם מידי דניטירותא, אין צורך בהמשך הגמרא שמסיק שעובר "אדאורייתא, אדנביאי וכתובי", שהרי כבר למדנו מפסוקים "אני חומה וכו'" שרבנן לא צריכי נטירותא. ר' ראובן ביאר שתלמידי חכמים "אינם פטורים אלא מעול מלכות ומגזירתן", ומסים וארנוניות ודאי הם גזירות ופורעניות, ובגלל זה השלטון מתפייס להניח לנו מקום בארצו.

64. בבא בתרא ח א.

65. ראה שו"ת חתם סופר ליקוטים סי' כ"ט ד"ה "ועל דבר" שפטר בחורי ישיבה מלהיכנס לגורל להתייצב לגיוס למלחמת המלכות, אף על פי ש"גוף ענין דינא דמלכותא להטיל מס על כל עמו להעמיד מהם אנשים לצבא מלחמתו וזה הוא מחק מלכותו ודינו דין וממילא מוטל אקרקפתא דכל מי שראוי לצאת." במקום לנמק את דבריו בזה שתלמידי חכמים פטורים ממסים בהחלטיות, מנמק את דבריו בדברי הגמרא "הכל לכריא פתיא אפילו רבנן, והני מילי דלא נפקי באוכלזא אבל נפקי באוכלזא רבנן לאו בני מיפק באוכלזא נינהו", כלומר אף שחייבים מן הדין להשתתף פטורים הם מפני שאינו לפי כבודם. כנראה, אף כאן מדובר בשמירה נגד איום חיצוני אמיתי ולא רק עול הגלות, ולכן מעיקר הדין היו תלמידי חכמים חייבים. [ראה גם שו"ת רשב"א חלק ה סי' קפ"ג וחלק א סי' תרמ"ד שמעיקר הדין חייבים תלמידי חכמים במידי דניטירותא כמו כל הוצאות בני העיר אלא שאינם נהנים ולכן אין לחייבם. גם מדיוק דבריו של רבינו נחמיה בתשובת מהר"ם אלשאקר שהבאנו לעיל ראינו שתלמידי חכמים חייבים בכל מיני מסים פנימיים של בני העיר כמו המכס שנקרא קאבאל"א [גאביל"א] אם לא שהוא מיועד לשלם מסים וארנוניות של המלך, שאז פטורים מלהשתתף בעול הגלות הזה.]

דבריו של ה"חתם סופר" תואמים היטב את ההגדרה של מסים כפי שהבאנו לעיל מלשון המקרא והפוסקים, שמס הוא שיעבוד שמעלים לשלטון זר. לפי זה אין מקום לדמות מסים שהוטלו במשך הגלות למסים הנהוגים היום במדינת ישראל, ולפיכך גם אין מקום לפטור תלמידי חכמים מתשלום מסים לצרכי ציבור.[66] בנוסף על כך, אפילו צרכי ציבור שקשורים לשמירה חייבים תלמידי חכמים לפרוע לדעת ה"חתם סופר", משום שמטרתם אינה לשמש כדמי חסות לשלטון מקומי אלא כשמירה מפני אויב חיצוני.

בעצם, חידושו של ה"חתם סופר" נמצא מפורש בתשובה אחת של הרדב"ז.[67] היה ויכוח בירושלים בין בעלי הבתים ותלמידי חכמים. בעלי הבתים היו עניים ולא רצו לממן שמירה על העיר אם לא ישתתפו אתם תלמידי חכמים, והחכמים טענו שהם פטורים כדין הגמרא, ועמי הארץ הם שצריכים לשלם מדין חיובם לשלם על בניית חומות העיר. הרדב"ז מחלק בין מצב שהדרישה לשמירה באה מצד השלטון שדורשים שכר שומרים או שכופין לצאת לשמור, שאז יש לפטור תלמידי חכמים. אולם אם הדרישה באה מצד התלמידי חכמים עצמם, שמודים שצריכים שמירה ואף תובעים משאר בני העיר להציב שומרים:

> היש מן הדין או מן הסברא שיכופו את הבעלי בתים להעמיד שומרים ולא יסייעו עמהם ולכוף אותם? על כיוצא בזה לא אמרה אדם מעולם! ואי אמרה, לא צייתינן ליה כי לקת[ה] מדת הדין. אבל יכולין לכוף אותם שיעמידו שומרים אם דבר צריך הוא ויסייעו כולם, כדתנן כופין בני העיר זה את זה.

הרדב"ז גם כתב "כי מסופק אני אם יש עתה מאן דלא בעי נטירותא, [אבל] איני נכנס בחקירה זו עתה כי דברי יעציבו את קצת חכמים ולכן השתיקה טובה מהדבור."

יוצא מתשובת הרדב"ז שאפילו בהוצאות שמירה ניתן לחייב תלמידי חכמים אם המציאות הוא שאכן צריכים נטירותא. דבריו תואמים את חידושו של החתם סופר, שהמשפט "רבנן לא צריכי נטירותא" מתייחס לעול הגלות, כלומר למסים, תשחורות, פרעונות ועלילות שהמושלים השולטים בנו דורשים ל"שמירה" שלהם, אך כאשר יש דרישה עצמאית שלנו לשמירה, גם תלמידי חכמים שותפים לכך כמו שהם חייבים בכל הוצאות עירוניות אחרות. הרדב"ז מסייג ואומר שאם בני העיר רוצים שמירה ותלמידי חכמים שותקים או מתנגדים לכך, אין להם חובה להשתתף עם בני העיר, משום שאז אכן יש חזקה ש"רבנן לא צריכי נטירותא." מכל מקום, גם לממן הוצאות שמירה נגד האויב מבחוץ יש מקום לחייב תלמידי חכמים להשתתף כך.

---

66. אולם ראה שבט הלוי חלק ט סי' ש"ד שסותר ראיותיו של החתם סופר ונשאר בצריך עיון.
67. רדב"ז חלק ב סי' תשנ"ב.

ג. דין "צדקה" בחלוקת נטל המס

אחת ממטרות מערכת המס היא חלוקה מחדש של משאבי הציבור באופן שימתן את הפערים בין עניים ועשירים. אפשר לראות מסים, אפילו אלו המיועדים ל"מידי דנטירותא", כצדקה בגלל אופן חלוקת הנטל שמכביד בכוונה על עשירים כדי להקל על העניים ובזה כאילו מעביר הון מהעשירים להעניים.[68] לפי זה כמו שניתן לכפות תלמידי חכמים אמידים לתת צדקה,[69] ניתן גם לחייבם לפרוע את כל סוגי המסים, מאחר שאחד מהייעודים העיקריים באופן חלוקת הנטל הוא צדקה. סימוכין לזה אפשר לראות מתשובה אחת של המהרי"ט[70] שפטר יתומים ממס הנקרא "עוראריץ" אף על פי שלדעתו הוא נחשב "מידי דנטירותא" שיתומים חייבים לשלם לפי הדין. בעיקרו היה מוטל העורי"ץ לפי מניין בתים או מכסת נפשות, אבל הקהילה נהגה לחלק את נטל העוארי"ץ לפי ממון, כלומר שהעשירים יתנו יותר. המהרי"ט טען שאופן חלוקת הנטל נחשב כצדקה, ויתומים קטנים אינם מחוייבים במצוות צדקה, ולפיכך הם פטורים מלהשתתף בעוארי"ץ. יוצא מזה שכל מס שאופן חילוקו מיועד להעניק צדקה בעקיפין לעניי הציבור יהא נחשב כצדקה, וגם תלמידי חכמים יהיו מחוייבים לפרוע אף על פי שתכלית כספי המסים היא "מידי דנטירותא."[71]

גם מתשובה אחת שהובא בשו"ת הר"ן[72] יש סימוכין לכך שעל ידי חלוקת נטל המס באופן המכוון לסייע לעניים, המס עצמו נחשב כצדקה אף אם כספי המס עצמם אינם מיועדים לצדקה באופן ישיר. השאלה דנה בחלות מס על "הקדשות" או קרנות שהקדישו עשירים למטרות צדקה. גובי המס טענו שהכסף הוא עדיין ממונם של המקדישים או של העניים שגם הם חייבים להשתתף במס. המשיב פטר את

---

68. ראה דברי ר' יהודה שביב, בציר אביעזר מאמר "מסים במועצה איזורית סי' ז שכתב: שעל פי יסוד הצדקה "יובן 'אי השויון' שבחלוקת הנטל או כדברינו השויון המהותי, שכן יסוד הצדקה מתחיל כבר בחלוקת נטל המס, ויש ליטול יותר ממי שבידו יותר."

69. ראה סיפור בבא בתרא ח ב: "כי הא דרבא אכפיה לרב נתן בר אמי, ושקיל מיניה ארבע מאה זוזי לצדקה."

70. שו"ת מהרי"ט חו"מ חלק ב סי' ס"א.

71. אולם המהרי"ט פסק במפורש בתשובה אחרת, שם סי' נ"ט, "אבל במקומו[ת] שאין גובין העואר"ץ לפי מנין בתים אלא מטילים אותם על בעלי הערך אף על פי שאין להם בתים משלהם, ומי שאינו בעל ממון אינו פורע כלום אף על פי שיש לו בית [כלומר גובים לפי ממון], פשיטא דלכולי עלמא פטור תלמוד חכם אף על פי שיש לו ממון ובתים, דאפקעתא דמלכא היא." כנראה לא ראה לחייב תלמידי חכמים מהעוארי"ץ המתחלק לפי ממון מכח אותו טענה שפטר יתומים מהעוריץ הזה, לפי שהוא נחשב כצדקה. אמנם מרהיטת דבריו נראה שלא מדובר שם בכלל על העורי"ץ שהקהילה שינתה את אופן החלוקה מחלוקת המושל כדי לסייע לעניים, אלא המושל עצמו הטיל העורי"ץ על בעלי הערך לפי ממון כמו מסים אחרים ולא לפי מנין בתים. כוונת המהרי"ט הוא שלמרות שהרמב"ן, לשיטתו, לא פטר תלמידי חכמים מהעוארי"ץ שנגבה לפי מנין בתים כיון שאין יכולים לטעון שהפורענות בא רק בשביל עמי ארץ והם לא גרמו להעוארי"ץ להתרבות, עם זה יסכים הרמב"ן שאם העורי"ץ נגבה מהקהילה בכללות, כלומר לפי ממון, תלמידי חכמים יהיו פטורים.

72. שו"ת הר"ן סי' ב בשם יצחק דלאטאש. הבית יוסף ציין התשובה בטור חו"מ סי' קס"ג סעיף ד.

ההקדשות ממס מטעם דומה לטענת המהרי"ט, שמדין צדקה ניתן לחייב את העשירים לשאת בעול המס הנוסף שנוצר מהפטור על ההקדשות. בזה שההקדשות נפטרים מלשלם מס יוצא שהעשירים שמשלמים מסים שותפים עם ההקדשות בפרנסת העניים, דבר שהם ממילא חייבים לעשות מדין כופין על צדקה. מכאן רואים שתשלום מס עצמו עשוי להיחשב בגדר צדקה, למרות שכספי המס לא ישמשו באופן ישיר למטרות צדקה (שהרי המס ילך לצרכי המלך). על פי זה, ניתן לחייב תלמידי חכמים לפרוע מס מדין צדקה, כיון שבאמצעות המס יכולה המדינה לפנות משאבים לעניים ולצרכי צדקה אחרים ולפטור עניים ומוסדות רווחה ותומכיהם מתשלומי מס.

שימוש כספי המס לצרכי ציבור כצדקה

הראשון לציון, ר' בנציון מאיר חי עוזיאל, בשו"ת משפטי עוזיאל דן במס קהילתי שהוטל גם על תלמידי חכמים, ואגב זה דן גם בתוקף חיובם של תלמידי חכמים במסים ממשלתיים. מראש הוא חילק בין המיסוי שנהוג בזמנינו לבין המיסוי שעליו אמרו חז"ל שתלמידי חכמים פטורים.

> ולדעתי, אין [מס הקהילה] דומה לנדונו של מרן [הבית יוסף שהחרים על אלו שגובים מס מתלמידי חכמים] בתשובת אבקת רוכל סימן א', שבו מדובר על מס כראג"י זהו מס הנגבה בתוקף כח מלכות **ולאוצר המלכות**. ועל זה הוא שלמדו רז"ל לפטור ת"ח ממס כרגא, מן התורה מן הנביאים ומן הכתובים, שכולם מדברים על מס מלך ושרים ומנדה בלו והלך. . . וזה היה נדונו של מרן [הבית יוסף] להפר מזימת שטן שקבץ ממוני הקהלות ואמר להם שראוי שכל איש אשר בשם ישראל יכונה, ירשום בפנקס, הכראג"י נדל מדלך איש לא נעדר, וע"ז הוא שהחרימו ונדו מרן [הבית יוסף] וחבריו המבי"ט והריב"מ דקוריאל זצ"ל... [אבל] בכל דברים של צרכי החיים כגון וכיוצא בארות מים או תיקון דרכים ורחובות... חייבים לתת חלקם בממון [אבל לא בגופם] ככל בעלי הבתים. . . וכן חייבים הת"ח לתת מנת חלקם בקופת צדקה שהיא מוטלת על כל תושבי העיר. . . מחוורים הדברים כשמלה שת"ח חייבים בכל דברים שהם צרכי צבור כגון בארות ודרכים וכדומה, וכן בכל הדברים של צדקה לצבור שאין אדם נפטר ממנה בנתינתו ליחיד. שהרי יש דברים שאינם נעשים אלא בצבור כגון מוסדות חסד וקופת תמחוי ותמיכת עניים צנועים ות"ח, ובכלל זה גם קיום מוסד צבורי שיטפל בכל הענינים שיש להם אופי צבורי, ואעפ"י שהתורה מגינה, אינה פוטרת מכל מצוה של צדקה המוטלת על כל איש מישראל ליחיד ולצבור.[73]

---

73. שו"ת משפטי עוזיאל כרך ב' יו"ד סי' ל"ט, מובא גם בדברי חזקיהו חלק ב יו"ד עמוד ע. ראה גם מה שהביא הרב עוזיאל מזקינו החקרי לב חו"מ סי' ק"י להכריע שכופין תלמידי חכמים להשתתף

בקשר למס לשלטון היהודי בישראל, שבימי טרום המדינה נקרא "מס הכנסת", דעתו של הרב עוזיאל שמן הראוי שתלמידי חכמים יפרעו מעצמם את המס גם אם אין פסיקה ברורה שמחייבת אותם להשתתף עם הקהל, וכתב:

> השאלה היא מה היא חובתינו להורות לעצמינו ולאחרים בהלכה זאת ששנויה במחלוקת. ועל שאלה זאת יש לנו תשובה ברורה ומחוורת מדברי רבא שאמר להם לבני מחוזא 'במטותא עושו בהדי הדדי כי היכי דלהוי לכו שלמא במלכותא'. הרי שגם בדבר שאין ההלכה מחייבת נהגו קדמונינו לומר במטותא מינייכו קיימו דבר זה מפני שלום פנימי וחיצוני... וכן נהגתי בעצמי מאז התעורר שאלה זאת בתל אביב בעניין מס הכנסה שנמנעתי מתת הוראה מחייבת או פוטרת את התלמידי חכמים, ורק לכל שואלי השיבותי בדרך עצה לתת כפי יכולתם ולשתף על ידי כך את עצמם עם הציבור. וכן ראוי להורות כמו שהורו רבותינו וקדמונינו. ועוד אני מוסיף ואומר שגם מדינא, ת"ח אין פטורים ממסי צדקות הואיל ויש בהם לאו דלא תאמץ את ידך ולא תקפוץ. . . אלא מצוה עלינו ליעץ לכל [תלמיד חכם] שיש לו היכולת שלא לפרוש מן הצבור ולתת כנדבת לבו ויכולתו משום שלום העדה וקיומה, שבשלומה יהיה שלום לכל איש ממנה. ועל כגון זה נאמר: תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם.[74]

כמו כן כתב בעל שרידי אש בקשר ל"התרומות המוטלות מטעם ראשות העדה על כל חברי העדה להחזקת הקהילה וכל צרכיה" שהוטל גם על תלמידי חכמים. הוא מצטט את דברי העיקרי דינים:[75]

> האמת תעיד לעצמה, כי לא כל מה שהקהלות מטילות על צבורם להשתמש בהם לצרכי הוצאות הצבור יוכלל בשם מס לפטור הת"ח, כי כל שהוא לפרנסת עניים ולהנאת ותשמיש עצמו של יחידי הקק"י [קהילות קדושות ישראליות] כגון שו"ב וכיוצא, אין ספק לע"ד דאין הפרש כלל בין תלמיד חכם לעם הארץ וכל מה שדברו הפוסקים בפיטורן אינו אלא על המס מסוג הנזכר, רק לשמירת העיר או למלכים ושרים וכיוצא.

בעל שרידי אש הוסיף על זה:

> והמסקנא היוצאת מדבריו, דאעפ"י שהוא פטור ממסים וארנוניות, מ"מ חייב במצות צדקה ככל איש מישראל. ודבר זה פשוט וברור ואינו צריך לראיות...

במילי דצדקה ומילי דמצוה. רב עוזיאל גם הציע שאפשר לחייב תלמידי חכמים מדין קיצותא, שכל דבר שקבלו עליהם, כלומר הסכימו במעמד אדם חשוב, חייבים לקיים.

74. שם.

75. ספר עיקרי דינים (שחברו מוהר"ר דניאל טירני זצ"ל אבד"ק פירינצי ונקרא עיקרי הד"ט, הנדפס בסוף שו"ע יו"ד דפוס ווילנא ודפוס שולזינגר) הל' כבוד ה' ר"ס כ"ו אות כ"ז.

והמס שגובים ראשי העדה לצרכי העדה ומוסדותיה, הם מעשי צדקה ממש,[76] להחזקת המוסדות הנצרכים לכל ובודאי שהם מחויבים בכל צרכי הציבור, שגם הם נהנים מהם ובפירוש אמרו שם [בבא בתרא ח א] "הכל לכריא פתיא", כגון בארות מים ו[יישור] רחובות העיר וכל דבר שצריך לחיי אדם, גם ת"ח מחוייבים בהם ולא נפטרו אלא ממלאכת עצמם [לעשות בגופם ממש], כמבו' בגמ' ובשו"ע.

משני גדולי אחרונים אלה רואים שצרכי הציבור, כולל תשתיות ומוסדות של מערכת ניהול צרכי הציבור, נחשבים או כ"כריא פתיא" או כצדקה שגם תלמידי חכמים שתורתם אומנותם חייבים להשתתף בהם.

ז. דעת פוסקי זמנינו

נהוג היום במדינת ישראל ובמדינות אחרות שגובים כל מיני מסים לסוגיהם בלי ייעוד מיוחד ומעבירים את כל כספי המסים לאוצר הכללי של המדינה, באופן שאי אפשר לזהות עבור אלו צרכים שולמו מיסים אלו. גם אם חלק מהצרכים היו דברים שתלמידי חכמים פטורים מלהשתתף בהם, הרי כל פרוטה משמשת גם עבור דברים שהם חייבים לפרוע עם שאר הציבור. בספר "עיקרי הדינים" הנ"ל[77] העיר על כך והמליץ:

[ש]במקומות הרגילים להטיל מס כללי לכל צרכי הקק"י [קהילה קדושה ישראלית] ואלו ואלו מעורבין יחד, ראוי לקק"י להקל על התלמיד חכם ולהטיל עליו באומד דעתם כפי הערך מעלה מטה המצטרך להספקת עניים ודברים כיוצא בהם מהסוג האמור.

נראה מדבריו שהוא ממליץ לקהילה להטיל מסים על תלמידי חכמים לפי החלק היחסי שהם מחויבים לשלם לצורך חובותיהם לקהילה. אולם במקום שהקהילה אינה נוהגת כך עדיין נותרנו עם השאלה כיצד יש לתלמיד חכם לנהוג כאשר חלק מהמסים שגובים ממנו מיועדים לצרכים שהוא פטור מלהשתתף בהם? לדעת רב כתריאל טכורש "מכיוון שבתוך מערכת המסים הכללית נבלעים גם אותם הסוגים של תשלומי מס שתלמידי חכמים חייבים בהם, ואי אפשר להפרידם בדיוק, אין להם להיפטר מהמסים."[78]

האחרונים בתקופתינו בחנו פטור תלמידי חכמים באופן עקרוני ואימצו את תוקף ההלכה בזמנינו. רב עובדיה יוסף שליט"א כתב:

---

76. גם אם התלמידי חכמים כבר מחלקים צדקה ממעשר כספים למוסדות חסד, כתב הרב עוזיאל "ומה שנמצאים בירושלים ת"ו מוסדות חסד אין זה פוטר אותנו מלהשתתף גם בתמיכת עניים ויתומים וצרכי הקהילה שהם בכלל צרכי החיים." משפטי עוזיאל שם.
77. שם סי' כ"ז.
78. קובץ התורה והמדינה חלק ה-ו, מאמר "מערכת המסים לאור התורה",

> שכל תלמיד חכם ש[תורתו אומנותו] פטור **מכל מיני מסים** ע"פ דין תורה... ואסור לכוף עליו לשלם איזה מס שהוא, בין מס הקצוב לכל בני העיר באופן כללי, ובין מס הקצוב על כל איש ואיש שנקרא מס גלגולת, בין מס קבוע, בין מס שאינו קבוע אלא הוטל על בני העיר בשעת חירום וכיו"ב, וחייבים בני העיר לפרוע בשבילו את המס הקצוב על כל איש ואיש, וכמו שפסק מרן הש"ע.[79]

רב עובדיה דיבר בלשון השולחן ערוך, שכאמור התייחס למערכת מיסוי שונה מהותית משלנו, ולכן העיקר חסר מן הספר, כיוון שאין כל התייחסות בדבריו לסוגי המס שבזמנינו. עם זה, בהמשך דבריו סייג:

> ומכל מקום גם תלמידי חכמים חייבים להצטרף בתשלום מסים על דברים הצריכים לחיי אדם, כגון חפירת בארות מים ותיקון הרחובות והדרכים וכיו"ב, וכמ"ש הרמב"ם... ובכל דבר שיפול בו מחלוקת אם הת"ח חייב במס ההוא או פטור, הת"ח המוחזק יכול לומר קים לי כסברת הפוטרים אותי, ואז אסור להוציא ממנו דמי המס בכפיה.

נראה מדבריו שראה מקום להחיל הפטור גם במסים של ימינו ואולי אפילו בארנונה לעירייה או מועצה מקומית.[80] בהערה התייחס הרב לענין הצדקה במסים, אבל צידד שגם מדין צדקה אי אפשר לכוף את התלמידי חכמים לשלם מסים. מבחינה מעשית, לאור המציאות שהשלטונות אינן פוטרים תלמידי חכמים ומוכנים לגבות מהם בכפייה, כתב בסוף דבריו:

> ומכל מקום אם התלמיד חכם עושה לפנים משורת הדין ומשלם מסים, מפני שחושש לחילול השם מאת פריצי עמנו, ולעג השאננים, אין עליו עון... ומכל מקום האידנא אחסור דרי [כלומר, יש ירידה רוחנית של הדורות] והמחמיר לתת מס תבוא עליו ברכה.

נראה לדעתו שמותר לתלמיד חכם להשתמט מתשלום מסים באופן שאין חשש של חילול השם,[81] אולי בדומה להפקעת הלוואתו של הגוי שמותר באופן שאין חשש של חילול השם.

---

79. שו"ת יביע אומר חלק ז חו"מ סי' ז.

80. ראה שו"ת דברי חזקיהו חלק ב יו"ד עמוד ע' מעשה שעיריית ירושלים תבעה בעל המחבר לשלם מס עירוני: "ואביא מעשה רב שועד הקהלה מזה שמונה שני בערך בזמן כהונת היו"ר המנוח הרב יצחק אלישר ז"ל בקשו מס בית ממני וכתבתי להם תשובת ה"אבקת רוכל" ושלחתי העתק ממנו לגאונים מוהרא"י הכהן קוק מוהר"י מאיר זצ"ל והודו לדברי. ומאותו זמן ועד היום לא היה מערער." תשובה זו צוינה בתשובת יביע אומר הנ"ל.

81. ההנחה היא שאם תלמידי חכמים פטורים מחלק המסים המיועדים לדברים שאינם בכלל "כריא פתיא" יוצא שכל תביעת מס מהם הוא בגדר גזילה ולכן מותר להם להשתמט מהכל כדי לא לשלם מעבר למה שהם חייבים כפי שמובא בסמ"ע בחו"מ סי' שס"ט (ראה הרחבת עיון בזה בפרק גדר מוכס שאין לו קצבה עמוד 76).

הציץ אליעזר התייחס לחלות פטור תלמידי חכמים בזמנינו[82] והביא את המקורות בשולחן ערוך כמות שהם, בלי ליכנס להבדלים בין מערכת המסוי שעליו דיבר המחבר לבין מערכת המיסוי שבימינו. נראה מפתיחת דבריו שגם הוא, כמו רב עובדיה יוסף, לא ראה הבדל מהותי בין מסים שבימינו למסים שחז"ל כוונו עליהם כשפטרו תלמידי חכמים:

> מרובים ושונים הם חיובי תשלומי המסים שהקהלה או העיריה מטילה על כל יחיד ויחיד עבור צרכי העיר והכלל, לכן בכדי להגיע אל הבירור של נושא שאלתנו נחלק ונבאר את דברינו עפ"י נושאים כלליים שהוזכרו מקוריותם בתלמוד, ומשם בארה בספרי הפוסקים.

בניגוד לעמדתו של הרב עובדיה יוסף שליט"א, הרב בן ציון מאיר חי עוזיאל זצ"ל תפס עמדה שונה בקשר למסים פנימיים. בתגובה לרב חזקיהו שבתי זצ"ל טען רב עוזיאל כמה טענות על פיהם אפשר לחייב תלמידי חכמים במסים של ימינו וכתב "ואני תמיה ושואל מסי ציבור מאן דכר שמי?"[83] כלומר שמעולם לא דיברו חז"ל על מסים פנימיים של הציבור כשפטרו תלמידי חכמים.

במסקנת דבריו כתב רב עוזיאל:

> אין אני מתיהר חלילה להכריע בהלכה זאת שנחלקו בה גאוני עולם" אבל "מצוה עלינו ליעץ לכל מי שיש לו היכולת שלא לפרוש מן הצבור ו[לתת] כנדבת לבו ויכולתו משום שלום העדה וקיומה, שבשלומה יהיה שלום לכל איש ממנה. ועל כגון זה נאמר: תלמידי חכמים מרבים שלום בעולם.[84]

במאמרו המקיף "מערכת המסים לאור התורה, "[85] בחן הרב טכורש את פטור תלמידי חכמים במדינת ישראל וכתב:

> ענין זה צריך עיון למעשה. שכן, אם נקח בחשבון את פטורי תלמידי חכמים ולומדי התורה לכל סוגיהם הנ"ל מתשלומי מסים לפי ההלכה, הרי תלק[ה] בזה קופת אוצר הממלכתי שלנו, שזכינו לו במדינתנו בעזרת אלקי ציון, והרי זה ישפיע כושר הפעולה של המדינה הזקוקה לכסף מכביר, לשם קיומה והתפתחותה. ואמנם זוהי נקודה רגישה מאוד, שהרי הדין שלפנינו בהיר וברור, ובאופן כזה יהיו פטורים ממס כל הרבנים המשמשים בקודש בארץ הזאת, שזמניהם ועתותיהם נתונים רק לתורה ולתעודה, ואם נוסיף עליהם גם

---

82. ציץ אליעזר חלק ב סי' כ"ה.
83. דברי חזקיהו שם. בקשר ל"מעשה רב" שהביא רב שבתאי השיב רב עוזיאל "אין זה קובע הלכה הואיל ולא אמרו הלכה למעשה. וראיה לדבר שלא שמענו ולא ראינו שכתבו הוראת איסור או אפילו מחאה בדרך עצה טובה לכל המוסדות הנוגעים בדבר, ובכגון זה אין לנו אלא מה שקיבלנו להלכה מפי סופרים וספרים ומדינא דגמרא (עמוד פ"ד שם)
84. שם. התשובה נמצא גם במשפטי עוזיאל כרך ב יו"ד סי' ל"ט.
85. קובץ התורה והמדינה חלק ה-ו.

> שאר האנשים המשרתים בקודש, כגון השוחטים, החזנים והשמשים, שגם על סוג זה דברו הראשונים והאחרונים, וישנן דעות לפטור גם אותן מתשלומי מסים, ... באופן כזה מספרם יגיע למאות ולאלפים, ורב הנזק שיינזק אוצרינו הכספי.[86]

לאור תפיסה זו מסיק הרב טכורש שיש לצמצם את הפטור שניתן לתלמידי חכמים לפי הגדרים המבוארים בפוסקים.[87] משום כך הוא מחייב תלמידי חכמים שמקבלים משכורת על סמך דברי השיטה מקובצת שכתב בשם רמב"ן לחייב את מי שמקבל שכר כמלמד לשלם מסים. כמו כן הוא מרחיב את גדרי צרכי "חיי אדם" שתלמידי חכמים חייבים להשתתף בהוצאותיהם, ועל פי דברי האלשיך כולל כל מיני דברים שתלמידי חכמים נהנים מהם. כמו כן הוא מחדש ש"מכיוון שבתוך מערכת המסים הכללית נבלעים גם אותם הסוגים של תשלומי מס שתלמידי חכמים חייבים בהם, ואי אפשר להפרידם בדיוק, אין להם להיפטר מהמסים." כנראה, הוא אינו מתייחס לחלק שתלמידי חכמים אינם חייבים בהם מעיקר הדין כגזילה, ולכן מחייב על הכל בגין החלק שחייבים בו.

ח. מסקנות מעשיות במיסים שונים

א. מס ערך מוסף (מע"מ) לתלמידי חכמים

מע"מ הוא מס על קניית מוצרים ושירותים (sales tax) שהוא אחוז מסוים ממחיר המכירה. החיוב לגבות את המע"מ מהקונה חל בדרך כלל, על המוכר בנוסף למחיר המוצר ועל המוכר להעביר את כספי המע"מ לקופת משרד האוצר. אף שיש קבוצות

---

86. בעיר שרובה אברכים ותלמידי חכמים אפשר להגיע למצב שאין ממי לגבות את המסים הדרושים לאחזקת העיר. החזון איש התייחס למצב כזה:
ויש לעיין עד כמה חייבין בני העיר לסלק המס של רבנן? הגע עצמך, עיר שכולה רבנן ואחד הדיוט, אם אתה מטיל עליו מס של כל העיר, לא יספיק לו כל רכושו. ונראה דאם על ידי המס המרובה לא יישאר להם פרנסתם ויצטרכו לעזוב את העיר אין על בני העיר לסלק מס החכמים. וקרוב הדבר שאינם חייבים ליתן יותר מחומש כמו בשאר מצוה." חזון איש בבא בתרא סי' ה אות י"ח.
מדבריו נראה שדיבר במס חיצוני שמוטל גם על תלמידי חכמים ולא במס פנימי של בני העיר שהם בעצמם רוצים להטיל באופן יחסי על התלמידי חכמים. במקרה האחרון אולי לא יחייב החזון איש את התלמידי חכמים להשתתף, אפילו אם שאר בני העיר יעזבו מעול המס הכבד.

87. אולם ראה מאמר "החייב רב בתשלום מסים?" מאת הרב בנימין זאב בנדיקט, התורה והמדינה ט-י, שהאריך לסתור את דברי הרב טכורש, ולטענתו רב המכהן ומקבל משכורת צריך להיפטר מתשלום מסים ואסור לחייבו לפרוע אותם. בסוף דבריו הציע אפשרות אחרת "אמנם אפשר הי' לכאורה להביא נימוק אחר לגמרי לביסוס דעתו של [הרב טכורש] שיש לחייב רבנים וראשי ישיבות ככל תלמיד חכם במסי המדינה בישראל, והוא שכל דברי חז"ל שבמקורות התלמוד מכוונים למסי ממשלה של נכרים, והואיל והמדובר הוא המסי ממשלת ישראל—שאני. ראה גם מאמרו של הרב חפוטא "בדין תלמיד חכם לענין מסים", התורה והמדינה ט/י.

קונים שהחוק פוטר אותם מתשלום המע"מ, כמו למשל מוסדות ללא מטרת רווח או תיירים, המוכר אינו יכול לפטור קונה מסויים מחוץ למסגרת החוק ובלי המסמכים שהחוק דורש. האחרונים חייבו תלמידי חכמים לשלם את מס הגאביל"א, שהוא דומה למע"מ, כמו שכתב בעל כנסת הגדולה "וכן המנהג בכל מקום שמטילין הגאבילה על הקצב והקצב מעלה המס ההוא על הבשר ומעלה בדמים שיווי הבשר וכולם כקטון כגדול, יחד עשיר ואביון, חכם או עם הארץ, קונין אותה בשוה."[88] אולם, כפי שהבחין בעל כנסת הגדולה בעצמו, יש לחלק בין תשובת רבינו נחמיה[89] שפטר תלמידי חכמים מגאבילה המיועד למיסים וארנוניות של השלטון לבין המקרה שלו, ששם הגאבילה משולם ישירות לצרכים פנימיים של הקהילה כגון שכר שוחט וכדומה.[90]

במע"מ של זמנינו שמיועד לאוצר הכללי, ניתן לטעון שתלמידי חכמים אינם פטורים מסיבה אחרת. המע"מ אינו מס שנגבה בעל כרחו, כמו עול המלכות שתלמידי חכמים פטורים מלתת כתף, אלא הוא פועל יוצא מהבחירה של התלמיד חכם להשיג איזה חפץ או שירות לעצמו.[91] אף שיש מצרכים חיוניים לכל אדם, על מוצרים אחרים אפשר לומר שהסכמתו לרכוש מוצר במחיר שכולל רכיב של מע"מ מועיל לחייבו לשלם גם רכיב זה. מעבר לכך, אין זה נחשב כהיטל מע"מ על התלמיד חכם כי הוא קונה במחיר הנקוב מבלי להתייחס לאופן שבו הורכב מחיר המוצר. המוכר קבע שהמחיר יהיה כמו שיהיה בגלל חיובו לפי החוק לשלם מע"מ, ומבחינת הקונה זה המחיר של המוצר. מעבר לזה, כשהמע"מ חל על פי החוק רק על המוכר, אין התלמיד חכם נחשב כמשלם המע"מ ולכן אין לפוטרו. אפילו כשהתלמיד חכם הוא המוכר, לא נחשב הדבר כמס הנגבה ממנו אלא הוא חייב להוסיף על המחיר שלו ולהעביר התוספת לרשויות. אם אכן נפטור אותו מהעברת המע"מ לרשויות, אנו למעשה נותנים לו רווח ביד-ההפרש בין מחיר השוק שכולל מע"מ והמחיר בלי מע"מ.

ב. מכס

מכס דומה למע"מ בכך שהוא אחוז מסויים של ערך או מחיר מוצר, אלא שהוא נגבה על ידי גובי מכס של המדינה בזמן ייבוא המוצר לתחום המדינה במקום גבייה על ידי המוכר בזמן המכירה. אם הייבוא הוא לשם מטרה מסחרית, לא נראה

88. שו"ת בעי חיי חו"מ סי' נ"ח.

89. שו"ת מהר"מ אלשאקר סי' י"ט.

90. אולם ראה שו"ת עטרת משה יו"ד חלק ב סי' קפ"ה וקפ"ו שטען אדרבה שאם המס עובר לקופה של העיר ולא למלך והשרים אין לחייב תלמיד חכם על מס מסוג זה כיון שהציבור אינם מפסידים ורק לא מרוויחים מזה שהתלמיד חכם קונה.

91. ראה בשו"ת עטרת משה יו"ד סי' קפ"ה בשם ליקוטי [שו"ת הרי"ם סי' ג]: "אף במס וארנוניות שתלמידי חכמים פטורים, זהו דוקא בדבר הכרחי, משא"כ בתשלומי מס בשר אין בכלל זה דאם ירצו לא ישלמו ולא יאכלו."

שתלמידי חכמים יהיו פטורים מלשלם, כיוון שזה יעניק להם יתרון לא הוגן בשיווק מוצריהם אם יוזילו מחיריהם באופן שאחרים אינם יכולים.[92] אחד מהמטרות של המכס הוא להגן על הסוחרים מתחרות זרה, ולא ייתכן שתלמידי חכמים יוכלו לבטל את מטרת המכס. גם נראה שהמחיר בשוק משקף כבר את עלות המכס על מוצרים, באופן שהקונה הסופי בעצם משלם את המכס ולא התלמיד חכם שסוחר במוצר. בייבוא למטרות אישיות אין טענות אלו שייכות, אך ניתן לומר כדלעיל שאין כאן היטל בעל כרחו אלא הוא מעצמו רצה לקנות מוצר זה, כאשר ידוע לו שחל חיוב מכס עליו.[93]

ג. מס הכנסה

מס הכנסה חל על כל הרווחים שהרוויח הנישום בתקופה מסויימת. ברור שתלמיד חכם שאינו עובד לא יחויב במס כזה, וגם אם הכנסתו נמוכה מסף המס לא יתחייב לשלם מס. השאלה מתחילה אם תלמיד חכם מרוויח מעבר לסף המס או מעיסוק במסחר או מהוראת דברי תורה. לגבי המקרה האחרון מובא בשיטה מקובצת בשם רמב"ן: (בחידושים שלפנינו לא נמצא) שאם התלמיד חכם מקבל משכורת ללמד תלמידים אינו נחשב כמי שתורתו אומנותו על ידי זה. אולם חלק מהאחרונים פקפקו במהימנות דברים אלו שנאמרו בשם הרמב"ן.[94] במקרה שהציבור או הקהילה הוא שמשכיר את התלמיד חכם ללמד תלמידים, אפשר לראות את רכיב המס כחלק מעיקר המשכורת שעבורו הסכים ללמד מראש, כלומר התלמיד חכם אינו משלם מס על משכורת ברוטו אלא הסכים לקבל משכורת נטו ועליו משלם הציבור את כל המס שחל עליו.[95]

גם לענין תלמיד חכם שפרנסתו אינה מלימודו אלא שתורתו עיקר, אפשר לראות שמס הכנסה שונה מהמסים עליהם כיוונו הגמרא והפוסקים כשפטרו תלמידי חכמים. יש מסים כמו כרגא, שהוא מס גולגולת, או מסים שהטילו לפי ממון בעל כרחו של הנישום בלי שיעשה שום פעולה. מסים כאלו יכולים לאלץ תלמיד חכם לעזוב את תורתו כדי לפרוע אותם, ודבר זה פוגע בכבוד התורה וממעט לימודה,

---

92. ראה שו"ת שואל ומשיב מהדורה קמא חלק א סי' כ שהעלה סברא כזאת בקשר למסחר בלי רישיון. אמנם יש לתלמידי חכמים יתרונות במכירת סחורתם, דוגמת הגמרא בבבא בתרא כ"ב א' אי צורבא מרבנן הוא נקיט ליה שוקא, ופירש רש"י הכרז שלא ימכור איש בעיר גרוגרות אלא הוא", וצ"ע.

93. ראה שפת אמת הלכות כבוד תלמיד חכם סי' רמ"ג שחשב לאסור על תלמידי חכמים להבריח את המכס כיון שהוא אינו חל ממילא על על עצמו או על ממונו אלא על הסחורה עצמה, והוה כתשלום לזכות ייבוא הסחורה.

94. ראה הרב ב. ז. בנדיקט, "החייב רב בתשלום מסים?" התורה והמדינה ט-י עמוד 154-149. הוא גם מביא מהרשב"ש, נכדו של הרמב"ן, בתשובותיו סי' תי"ב סברא הפוכה שתלמידי חכמים ששכרו אותם הציבור פטורים לפי הרמב"ן ממסים. ראה מטה משה עמוד שלישי חלק שני פרק ה' שמציין דין זה בשם הראב"ן ולא הרמב"ן.

95. וכך טוען בעל שרידי אש (שם) בקשר למסי הקהילה שהטילו גם על רבני הציבור.

ונחשב כפורענות שעמי הארץ אחראים עליה, ולכן פטרו אותו החכמים מהם. אולם מס הכנסה שחל רק אם התלמיד חכם בחר להתעסק ורק על הרווח מעבודה שבחר להתעסק בו אינו מהווה כפייה בעל כרחו של הנישום ואינו מאלץ את התלמיד חכם לעזוב את תורתו כדי לפרוע אותו, ולכן גם אינו פוגע בכבוד התורה וממעט לימודה, ואם כך התלמיד חכם אינו פטור ממנו. מצד שני, מכך שגם תלמידי חכמים עשירים פטורים ממסים וארנוניות מוכח שאין הפטור רק כדי למנוע מהם ביטול תורה, אלא מפאת מעמדם בקהילה וכבוד תורתם שמחייב את הציבור לשאת בהוצאות שלהם.

מכל מקום, מאחר שרוב המיסים אינם מיועדים למטרות שתלמידי חכמים פטורים מהם, וגם אופן חלוקת המס מקטין פערים באוכלוסיה ונחשב כצדקה עקיפה, גם תלמידי חכמים צריכים להשתתף כשאר הציבור, אף שחלק מכספי המיסים מיועדלמטרות אחרות כמו שהסברנו לעיל.

ד. ביטוח בריאות וביטוח לאומי

ביטוח בריאות וביטוח לאומי הם מסים כפויים שבעיקר נגבים ממשכורות ומבוססים על אחוזים מההכנסה של העובד ואחוזים נוספים שמפריש המעביד עבור העובד. בשונה ממס הכנסה, מסים אלו לא נכנסים באוצר הכללי של המדינה אלא הם קרנות נפרדות שממממנות זכויות סוציאליות ורפואיות כעין ביטוח. לפעמים היקף הזכויות תלוי במישרין בסך הכסף ששולם לאורך השנים. אף שמסים אלו כפויים, נראה שאין תלמידי חכמים פטורים מהם מכמה סיבות. א) למעשה אין זה מס אלא סוג של ביטוח שמזכה כל מבוטח ליהנות מפיצויים, הנחות על שרות רפואי וכן פנסיה לעת זקנה וקצבת ילדים. ב) דברים אלו הם צורך "חיי נפש", שתלמידי חכמים חייבים בהם ממילא כפי שרואים בדין "כריא פתיא" ג) חלק משמעותי מכספי הביטוח הללו מיועדים לצרכי צדקה וממילא יש חובה להשתתף בהם ככל קופת צדקה ציבורית. ד) כפי שביארנו במס הכנסה, יש לאדם את הבחירה להחליט אם לעבוד או לא לעבוד, ומה שמשלם מעבר למינימום המחויב בחוק הינו תוצאה של החלטתו לעבוד. ה) המעביד חייב לשלם את חלקו כיוון שהוא מנהג המדינה ומתנאי העבודה המקובלים ומי שאינו משלם עושק למעשה את העובד שלו, שמפסיד את הזכויות שמגיעות לו בחוק. ו) מי שנהנה מביטוח לאומי בלי לשלם, חובו עליהם כדין גונב משאר המבוטחים את השירותים והזכויות המגיעות להם. לא הגיוני שמשפחה תבקש קיצבת ילדים מהציבור המשתתפים בביטוח לאומי אבל תעלים את משכורותיה מביטוח לאומי ולא תעביר את חלקה לפי ההסכמה ההדדית של כלל המבוטחים.

ה. ארנונה

בשונה מארנונה שבזמן הגמרא,[96] "ארנונה" שלנו היא מס על בתים וקרקעות

96. ראה רש"י בבא בתרא ח' א' ד"ה ארנונא: "עישורי תבואות ובהמות מדי שנה בשנה".

שדומה ל"טסקא" שבזמן הגמרא. בעלי נכסים משלמים מס זה לפי ערך או גודל הבתים או הנכסים שבבעלותם או רשותם. בדרך כלל, המס הזה הוא מקומי ומשולם לעירייה או מועצה מקומית לממן צרכים פנימיים. מצד אחד, המס הזה הוא הכי דומה למסים מתקופות קדומות, מכיוון שהוא חל על הנכס ללא קשר להכנסה או אירוע מס אחר. מצד שני, יעוד המס הזה היא להעניק שירותים עירוניים בסיסיים הדומים ל"כריא פתיא" (רש"י: הסרת גבשושיות מרחוב העיר) שגם תלמידי חכמים חייבים להשתתף בהם.[97]

אמנם יש היטל שמירת העיר שנגבה בד בבד עם הארנונה, או לפחות חלק ממנו מיועד לזה. תלמידי חכמים שתורתם אומנותם, תורתם משמרתן ואינם צריכים שמירה, והיא היא עיקר הפטור של תלמידי חכמים ממסים.[98] בחלק מהיישובים הקטנים במדינת ישראל יש חובת שמירה אישית על כל תושב, והוא יכול לעשות שמירה בעצמו או לשלם לעירייה דמי שמירה. בשמירה כזו יש בעיה נוספת של כבוד תלמיד חכם. בשולחן ערוך כתב "תלמידי חכמים אין יוצאין בעצמם עם שאר העם לעשות בבניין ובחפירות העיר וכיוצא בזה, שלא יתבזו בפני עמי הארץ, וכיוון שהם פטורים, אפילו אחרים במקומם אין שוכרים"[99]. אפשר לטעון שפעולת השמירה אינה לפי כבודם של תלמידי חכמים,[100] ולכן יהיו פטורים מהשתתפות גם בגופם וגם בממונם. אפשר ללמד זכות על הישובים שאינם פוטרים תלמיד חכם על פי דברי הרדב"ז לעיל שחייב תלמידי חכמים בדמי שמירה אם גם הם מבקשים שמירה. ובמקומות שכבר אינם יוצאים בעצמם אלא כולם שוכרים אחרים במקומם, כלומר משלמים דמי שמירה, לפי הרמ"א לא שייך כבר הפטור של "רבנן לאו בני מיפק באוכלוזא."[101] ומדין רבנן "לא צריכי נטירותא" גם אפשר לומר כמו שמחדש החתם סופר שהבאנו לעיל שדין זה שייך רק בשמירה בבחינת דמי חסות ולא בשמירה מאויב חיצוני. כמו כן אפשר שבזמנינו כבר לא נחשב מתחת לכבודו של תלמיד חכם לעשות שרות צבאי או אזרחי בשמירה, כיוון שהרבה תלמידי חכמים משרתים בתפקידים אלו מרצון.

ו. סיכום

עצם הפטור של תלמידי חכמים ממסים מעוגן היטב במקורות שונים שהובאו בסוגיה במסכת בבא בתרא ובפוסקים. אולם יישום הפטור באופן מעשי תלוי

---

97. ראה בציר אביעזר שם סי' ה שראה בפשיטות שתלמידי חכמים אינם פטורים מארנונה כדברי הגמרא "הכל לכריא פתיא אפילו מרבנן."
98. ראה בציר אביעזר "חובות אזרח—כפיה וחלוקת נטל" סי' ז.
99. יורה דעה סי' רמ"ג סעיף א' על פי הגמרא בבא בתרא ח' א' "רבנן לאו בני מיפק באוכלוזא נינהו."
100. ראה ליקוטי שו"ת חתם סופר סי' כ"ט שפטר תלמידי חכמים להשתתף בגורל הגיוס מטעם "לאו בני מיפק באוכלוזא."
101. הגהת הרמ"א שם סעיף ב.

בהבנת פרטי הלכה זו. ההגדרה של תלמיד חכם שתורתו אומנותו שנויה במחלוקת וכנראה תלויה במנהגי כל עיר ועיר. כמו כן, יש סוגי מיסים שפטורים מהם ויש שאינם כלולים בפטור וקשה לסווג כל סוג מסים בזמנינו בין הפטורים או בין החיובים. מנהג מבטל הלכה נאמר גם לעניין פטור מסים כמו שבכל המיסוי הפוסקים נוטים לאמץ את המנהג, ורשויות שנוהגות לגבות מסים מתלמידי חכמים אינם בחזקת גזלנים משום שכמעט בכל מקרה יש על מי להסתמך כדי לצמצם הגדרת תורתו אומנותו וכן לצמצם את סוגי המסים הכלולים בפטור. אין אנו באים להכריע כיצד על הרשויות לנהוג לכתחילה בעניין זה, אלא איך תלמידי חכמים צריכים להתייחס למצב הקיים בדיעבד והאם ובאילו תנאים מותר להם להעלים מס לטובת לימוד תורה כשתורתם אומנותם.

דיונים ומסקנות מעשיות

חלק ט. עסקים רשומים (לבן), בלתי-רשומים (שחור) ורשומים למחצה (אפור)

א. התעסקות מזערית או מזדמנת בלי רישום

האם מותר להתעסק בהיקף מצומצם או בעיסקה מזדמנת בלי רישום כעוסק מורשה אצל רשויות המס?

בהנחה שהיקף ההתעסקות חורג מכל פטור חוקי לעיסקת אקראי, יש לבחון קודם כל את העבירה בעצם הפרת החוק שמחייב רישום. האם העבירה הוא בביצוע עיסקה בודדת בלי רישוי או בכך שלא רשם את העסק בכללות?

חוק המע"מ

במדינת ישראל, כמו בהרבה מדינות אחרות, דורש החוק רישום אצל רשות המסים של כל "עוסק."[1] אמנם, מעבר לרישום, רוב הדרישות של החוק אינם חלים על "עוסק פטור" שהוא בעצם עסק קטן.[2] המשמעות הממונית של אי-רישום כעוסק פטור זניחה. מס ההכנסה שחל על הכנסתו הוא אחוז מזערי וניתן לשלמו בסוף השנה בצורה ישירה או עקיפה, כך שלא יגנוב את המס, וכן הדבר בקשר לביטוח לאומי[3]. עקב כך, גם אין נזק למתחרים רשומים כתוצאה מכך שמישהו לא נרשם. השאלה היא האם ההלכה אוסרת להתעסק בניגוד לצו החוק שמחייב רישום?

באופן עקרוני, חוק מע"מ תקף על פי ההלכה כתקנת קהל כיוון שהוא לתועלת הציבור ואינו סותר לשום הלכה מפורשת. אמנם מעיקר הדין רק "בר מתא אבר מתא **אחריתי** מצי מעכב", כלומר יש זכות למנוע רק מתושבי חוץ לסחור בשוק המקומי ולא מהתושבים המקומיים, אולם מהמשך הגמרא "ואי שייך בכרגא [מס הגולגולת] דהכא - לא מצי מעכב", משמע שכל זכותם של התושבים מושתתת על ההנחה שהתושבים המקומיים רשומים כמשלמי מס.[4] לעיל דנו באריכות בעמדת ההלכה על חוקי רישוי עסקים וסוגיות חזקת הישוב ומס ה"גאבילה".[5]

---

1. חוק מס ערך מוסף התשל"ו (להלן "חוק מע"מ") סעיף 52: "עוסק, מלכ"ר ומוסד כספי חייבים ברישום, במועד ובדרך שנקבעו." החוק מגדיר "עוסק - מי שמוכר נכס או נותן שירות במהלך עסקיו, ובלבד שאינו מלכ"ר או מוסד כספי, וכן מי שעושה עסקת אקראי." העדר רישום גורר עונש פלילי של מאסר על פי סעיף 117(4).
2. חוק מע"מ מגדיר "עוסק פטור – עוסק שמחזור העסקאות שלו שלו בכל עסקיו אינו עולה על [סכום מסוים שנתי המשתנה משנה לשנה] או על סכום גבוה יותר שקבע שר האוצר".
3. ביטוח לאומי הוא סוג של מס הנגבה בעיקר ממשכורות ונהוג בהרבה מדינות. המס נקרא "ביטוח" כי הוא מיעוד לממן כל מיני זכויות לעובדים שהחוק מעניק כמו למשל דמי אבטלה.
4. בבא בתרא כ"א ב'. הזכות להתעסק במקום מסוים מותנה בהשתתפות במסי במקום. ראה למשל

מכל מקום, אפשר לומר שצו החוק הוא כמו "קום ועשה" שמחייב להירשם כעוסק פטור, ואף אם לא נרשם עדיין, אין איסור בקום ועשה בכל פעולה ופעולה שהעוסק עושה קודם שיירשם, אלא עבירה ממשית בשב ואל תעשה, וכשיגיע הדבר לידיו יירשם.[6] אמנם, ייתכן שהגדרה של הדבר כשב ואל תעשה וחומרתה תלוים בנוסח החוק.[7] יש לבחון גם אם החובה לרישום עוסק פטור אינו חוק שנכנס לגדר "גזירה שלא נתפשטה", לפחות ביחס למגזרים מסוימים כגון סופרי סת"ם או מורים פרטיים.[8] ההלכה גם מכירה בכמה חריגים מוחלטים (כלומר שאינם תלויים במנהג) לסמכות "בני העיר" להגביל עוסקים מסוימים.[9]

לגבי עובדי משק בית מזדמנים ותשלום מס הביטוח לאומי עליהם, ראה פרק הבא.

מסקנות

חוקים המחייבים רישום ורישוי עסקים תקפים על פי דיני תורה, ויש חיוב "קום ועשה" לרשום עסק על פי הוראות החוק גם כאשר אין ברישום שום השלכה ממונית.

במקום שבו החוק הוא בבחינת "גזירה שלא נתפשטה" יש מקום להקל.

עליות דרבינו יונה, שם, שכתב "וכן אם יבא בעיר בן עיר אחרת להלוות שם לגוים בריבית, מעכבין בני העיר עליו. ואם נותן מס עמהם, אין מעכבין עליו."

5. ראה מה שכתבנו לעיל בחלק התשתית ההלכתית למע"מ ולרישוי עסקים עמוד 97.
6. ראה שאלתנו לקמן לגבי הלקוח של עוסק פטור שלא נרשם כדין.
7. ראה דעת תורה יו"ד חלק א הלכות שחיטה סי' ב' אות מ"ז שכתב בשם רמ"ר "דדווקא התם שתקנו שלא ישחוט [שוחט זה בכלל]ואם כן עבר בפועל על האיסור[ופסול לעדות], אבל כאן דהתקנה רק ליקח תשלומין [של מס] ואם כן עבר רק בשב ואל תעשה[ועדיין כשר לעדות]. על כך העיר דעת תורה בעצמו: "אבל נראה דזה דווקא אם אין התקנה שלא ישחוט בלא תשלומין אבל אם תקנו שלא לשחוט בלא תשלומין, א"כ עובר בקום עשה, ואין לומר דמכל מקום הרי האיסור במה שאינו לוקח תשלומין והוי שב ואל תעשה... לעניות דעתי הדבר ברור דבכה"ג הוי קום עשה."
8. ראה לעיל דיון בפרק "גזירה שלא נתפשטה" עמוד 81. חשוב לציין שלפי הנתונים הרשמיים של מע"מ משנת 2009, היו כמעט 60 אלף עסקים רשומים כעוסק פטור (יותר מ-10% של העסקים בכלל) במגזרים שונים. כדי לומר שמדובר בגזירה שלא נתפשטה, נצטרך להניח שיש לפחות עוד 60 אלף אנשים שהיו חייבים ברישום כעוסק פטור ולא רשמו את עצמם, אלא אם כן נניח שחלק גדול מאלו שרשמו אינם אלא עוסקים רגילים שניצלו את הרישום כעוסק פטור שלא כדין.
9. ראה דברינו לגבי מלמדי תינוקות ורוכלים בפרק מס ה"גאבילה" על זכות המסחר—מהגבלת זכות מסחר למס מיוחד על זכות המסחר עמוד 101. אמנם, לדעת מהרי"ק (שורש קצ"א), ייתכן שאף אם אין תוקף הלכתי (המחייב ציות לכתחילה) לחוק המגביל עסקים בניגוד לעיקר הדין, מכל מקום אין בכך גזל או עוול אם ישתמשו בכח אכיפה למנוע מעסקים כאלו לפעול. ראה פרק זכות ההגירה וחרם הישוב עמוד 99.

ב. עובדי משק בית ומס ביטוח לאומי-שו"ת

מס ביטוח לאומי הוא מס מיוחד, שביחד עם מס בריאות, נגבה בנפרד ממס הכנסה מתשלומי משכורות לכל סוגי העובדים. אף שהמס מיועד לממן כל מיני זכויות וביטוחים המוענקים על ידי גוף שלטוני - "ביטוח לאומי", ובזה דומה מס ביטוח לאומי לתשלום דמי ביטוח לחברת ביטוח פרטית, מכל מקום עובד ומעביד משלמים אותו בעל כרחם על פי החוק לשלטון, ולא במסגרת הסכם ביטוח רצוני, ולכן מס הוא לכל דבר. במדינת ישראל, כמו במדינות אחרות, דורש החוק תשלום ביטוח לאומי גם עבור עובדי משק בית כמו מנקה, שמרטף (בייביסיטר), שומרים וכו'. בדרך כלל, היחסים בין מעביד בעל הבית פרטי לבין עובד משק בית הם לא פורמליים: אין חוזה בין הצדדים, העבודה היא מזדמנת לפי שעה או יום ואין לה תקופה מחייבת, המעביד אינו מנהל ספרים, אין שום תיעוד לתשלומים, התשלומים הם במזומנים, לפעמים הצדדים אפילו לא מכירים אחד את השני, וכן לא משלמים או מנכים שום מס. מעט מאד מהמעבידים של עובדי משק בית עומדים בדרישת החוק לדווח על התשלומים ולשלם עליהם ביטוח לאומי. בעקבות נתונים אלו עולות השאלות הבאות:

א. מבחינת עובדי משק בית, האם חייבים הם לדרוש כתנאי עבודה שבעל הבית המעסיק אותם ידווח על שכרם למוסד ביטוח לאומי וישלם את דמי הביטוח לפי החוק?

ב. כאשר עובד משק בית מוותר במפורש על תשלום דמי ביטוח לאומי, האם זה פוטר את בעל הבית מדווח ותשלום לביטוח לאומי?

ג. כאשר העובד דורש כתנאי עבודה שהמעסיק **לא** ידווח וישלם לביטוח לאומי, האם (א) מותר להעסיקו ללא דיווח ותשלום דמי ביטוח לאומי, (ב) מותר להעסיקו ולדווח ולשלם דמי ביטוח לאומי שלא לדעתו, או (ג) אסור להעסיקו?

ד. מהו הדין בעובד משק בית שלא ניתן לדווח ולשלם עליו בגלל שהעבודה שלו אינה חוקית, למשל עובדים זרים בלתי חוקיים או ללא אישור עבודה או ילדים מתחת לגיל?

ה. בדיעבד, אחרי סיום תקופת עבודה ללא תשלום דמי ביטוח לאומי, בהסכמה מפורשת או סתמית של העובד והמעביד, ונאלץ המעביד לשלם או שהעובד או המעביד חוזרים בהם ודורשים עכשיו שישולמו דמי ביטוח לאומי, על מי חל חיוב הממוני לשלם מכיסו את דמי ביטוח לאומי הרטרואקטיביים? האם יש על אחד מהם או על שניהם חיוב מדיני שמים על דמי ביטוח לאומי שהעלימו בשיתוף פעולה?

ו. האם תביעה ממוסד ביטוח לאחד מזכויות או ביטוחים של ביטוח הלאומי, כמו קצבת ילדים, נחשב כגניבה אם התובע לא שילם בעבר או לא משלם עכשיו דמי ביטוח לאומי כחוק, או שלא שולמו עליו של ידי מעסיקו והוא משתף פעולה בהעלמתן?

ז. האם קיים "לימוד זכות" הלכתי שיכול להצדיק, בדיעבד או אפילו לכתחילה, את התופעה הרחבה שאנשים מתעלמים מהחיוב לדווח ולשלם דמי ביטוח לאומי על עובדי משק בית?

תשובות

א. העובד עצמו לא חייב לדרוש מהמעביד דבר. החובה מוטלת על המעביד.

ב. גם כאשר העובד מוותר על התשלום, אין הוויתור תקף משתי סיבות. ראשית, הוא אינו בר סמכא לוותר על משהו שלא שייך לו אלא למדינה (המוסד לביטוח לאומי הינו גוף ממלכתי). שנית, זהו חוק מגן[10] (קוגנטי) ואין העובד רשאי לוותר עליו.

ג. מאותה סיבה אין להתחשב בבקשתו של העובד לא לדווח. אסור להעסיק עובד אשר מבקש ממך לגזול את המדינה כדי לעזור לו לגזול את המדינה. אסור גם להעסיקו ולדווח עליו ללא ידיעתו שכן הדבר עלול באמת לפגוע בו, וגם אם נאמר שאתה משיב אבידה כאשר אתה מדווח עליו, יש בדבר משום גניבת דעת של העובד שאם היה יודע לא היה עובד.

ד. מי שהעסקתו אינה חוקית אסור להעסיקו, ויש בכך עבירה על תקנות קהל כמבואר לעיל. לגבי ילדים - העסקתם אינה חוקית מלכתחילה ולכן אין חובה לשלם עליהם ביטוח לאומי, ואם נאמר שמדובר בתחומי העסקה מקובלים שאין ביחס אליהם חובת ציות (ביביסיטר וכדו'), ממילא גם אין ביחס אליהם חובת דיווח.

ה. על פי החוק, המעביד חייב לנכות את דמי הביטוח משכרו של העובד ולשלם אותם בעצמו לביטוח לאומי. אם הדבר לא נעשה, נראה שהחיוב המוטל על שני הצדדים אינו זהה: העובד חייב מעצם העובדה שהוא חייב כסף לביטוח הלאומי. אולם גם המעביד לא טמן את ידו בצלחת שכן במקום להעביר לביטוח לאומי את הכסף העביר אותו לעובד למקום ממנו הביטוח לאומי יתקשה לגבות.[11]

ו. מי שלוקח מביטוח לאומי מבלי לשלם את מה שהוא חייב להם הוא בבחינת מוסיף חטא על פשע, שכן המוסד לביטוח לאומי נוהג לקזז חובות מתשלומים,

---

10. חוקים קוגנטיים או חוקי מגן הם חוקים שמגינים על תנאי סף מינימליים לעובדים, ולכן אין המעביד רשאי להתנות על חוקים אלו, ועצם ההתניה גם בהסכמת העובד מהווה הפרה של החוק.

11. אפשר שניתן לדמות את דין המעביד לשליש שמחזיק אצלו כסף של שמעון שאותו היה אמור להעביר לראובן ובמקום זה החזיר אותו לשמעון. במקרה זה כתב הרשב"א בתשובה (שהובא ברמ"א חו"מ נ"ה סעיף א') שהוא מזיק בגרמא וחייב בדיני שמים. אולם אם המצב אינו מאפשר גביית התשלום (מכיוון שעבר זמן מהעבודה או כל סיבה חוקית אחרת שאינה מאפשרת לביטוח הלאומי לחייב את העובד לשלם), מסתבר שאין זה גרמא אלא גרמי וחייב גם בדיני אדם כפי שפסק המשאת בנימין המובא שם בש"ך ס"ק ד).

ואם אינו מדווח ולכן אינו משלם ולוקח מה שנותנים לו, הרי זה גונב את דעת המוסד לביטוח לאומי, שאילו היה יודע שזה חייב לו כסף, לא היה נותן לו.

ז. הזכות הכי גדולה שניתן ללמד עליו היא שהוא לא נפסל לעדות משום שמורה היתר לעצמו לעשות כך ואינו רואה בכך איסור.[12]

ג. עסק שאינו מורשה

כאשר עסק עובר את הסף של עוסק פטור או כאשר עיסקה כבר אינה עיסקה מזדמנת, האם קיים איסור מוחלט להפעיל את העסק עד שיירשם ויקבל רשיון עסק?

כל מה שאמרנו עד עכשיו היה נכון ל"עוסק פטור" שהחוק אינו מטיל עליו מס המע"מ וכל חובות רישום עסקאות וניהול ספרים וכו', אבל מי שאינו נכנס לגדר של "עוסק פטור" אך ממשיך לעבוד בלי להירשם כעוסק מלא, ייתכן שיש כמה עבירות בכל פעולה ופעולה שלו. חוק המע"מ מממש את הזכות ההלכתית של בני העיר למנוע מאלו שאינם משתתפים איתם במסים מלסחור במקומם. על פי הרשב"א,[13] יש כח לכל שלטון מקומי "לגזור שלא יחזור ולא יתעסק שום אדם בארצו אלא אם כן יתן כך וכך." יש עבירה בהפרת גזירה כזו:

> [ו]רשאין להחרים שאם יתעסק שם שיפרע עמהם וכפי מה שיגזרו עליו.... ולענין מה שאמרת אם נדוהו אם הוי כמנודה לעיר אחרת שאין מנודה לעירו. מסתברא שזה מנודה לכל לפי שמן הדין מנדין אותו. ומשום **גזל שהוא [א] כגוזל אותם שמפסיד עליהם הרווחות שלא כדין ונוטל לעצמו או [ב] הגוזל מה שחייב לפרוע להם**. ובית דין שנידו בשורת הדין אחד משום ממון שיש לו לחבירו בידו ואינו משיבו מנודה לבית דין זה מנודה לכל. ואין זה מכלל אותן שאמרו מנודה לעירו אינו מנודה לעיר אחרת.

מעבר לעבירה שייתכן שיש בעצם ההתעסקות בלי רישיון, על פי דברי הרשב"א יש גם שני סוגי גניבה: גניבת מס המע"מ או דמי הרישיון שהיה אמור העוסק לשלם

---

12. בדומה ל"גנב ניסן וגנב תשרי", סנהדרין כ"ו ב', אריסים שאינם נפסלים לעדות משום שהם מורים היתר לעצמם לקחת יותר מחלקם בגלל הטרחה שטרחו עבור בעל השדה.
13. שו"ת הרשב"א חלק א סי' תרס"ד. ראה גם משפטי שמואל סי' מ"ח, מ"ט, נ' שדן באריכות האם יש כח לבני העיר לעכב הבאת סחורות למכירה על ידי תושבי חוץ, ולדרוש מהם לשלם "קאבילא" שהוא סוג של מכס פנימי שמונע תחרות לא שויונית. בתשובה מ"ח טען שמי שלא משתתף בנטל המס של התושבים המקומיים אינו יכול ליהנות מזכויות המסחר שיש לאנשים מקומיים. אולם בתשובה מ"ט ו-נ' נראה ששינה דעתו וסבור שניתן להקל לתושבי חוץ, ובפרט כאשר הם מוכרים לאנשים מבחוץ, כי זה יוצר כעין "שוק" שמעודד קונים ואינו פוגע במסחר המקומי. ראה גם מהרי"ק שורש קצ"ב שמאריך לדון בעניין זה וראה גם שו"ת בעי חיי חו"מ חלק א סי' ר"ג.

וגניבת הרווחים של המתחרים שיש להם רשיונות.[14] נדון כעת בגניבת הרווחים בעקיפין על ידי עסקים שחורים ובעיות של תחרות בלתי הוגנת.

עוד לפני שנדון מתי יש גניבת רווחים של המתחרים, חשוב לבחון האם יש נפקא מינא בין מתחרים נכרים למתחרים ישראלים או בין מדינה או עיר של נכרים למדינה או עיר של ישראלים. לכאורה, במדינה נכרית ישתנה הדין מאחר שהמגבלות שנוגעות לתחרות בין יהודים אינם חלים על תחרות בין יהודים ונכרים.[15] עם זה, עדיין יש מקום לחוש למיעוט בעלי רשיונות הישראלים. אף אם המיעוט הישראלי של אזרחי מדינה אינם משפיעים על דין המדינה כדין מדינה נכרית לאסור הברחת מכס, כי המיעוט בטל בציבור,[16] כאן הדין שונה משום שאין לבעלי הרשיונות דין ציבור ויישות נפרדת כמו כלל אזרחי מדינה ואינם אפילו שותפים עד שנחשיב את המיעוט הישראלי כבטל לרוב,[17] אלא הרי הם כיחידים שאסור לגרום להם נזק. משום כך לכאורה אין מקום להבדיל בין מדינה ישראלית

---

14. אף על פי שיש הבדלים בין חוק המע"מ לבין נידון הרשב"א, הרשב"א מזכיר כבר את הכלל הגדול במסים: "אני רואה כן משורת הדין, אבל המנהגים משתנים בעניני המסים והתשחורת. ובכל מקום ומקום נוהג כפי מנהג ומנהג אבותיהם דנהרא נהרא ופשטי'." שם.

15. ראה דברינו בפרק מסייע לישראל או לנכרי לגרום נזק לנכרי עמוד 311, וראה גם מכתבו של הרב יעקב אריאל בכתר כרך ז. ראה בפתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק ט הערה א שכתב "ראיתי חכם אחד שדן אם השגת גבול מותר בשל עכו"ם, דאפשר דכיון דילפינן מקרא דאשת רעהו או מקרא דלא עשה לרעהו רעה, הרי עכו"ם לאו רעהו הוא, אלא שדן דאפשר שהוא גרמא בנזקין שאפשר שאסור אף בעכו"ם (עי' דיני נזיקין [פרק א הערה ב שנשאר המחבר בצ"ע על שאלת איסור גרמא בניזקין כלפי נכרי]), ועוד יש צד ע"פ דברי הרמב"ם בפ"ח מה' נזקי ממון ה"ה שאנו דנים להם כדיניהם, ומשמע דבמה שאין הם מוזהרים אין איסור לישראל כלפי עכו"ם." המחבר עצמו הביא בהערה הבאה שו"ת חת"ס (חו"מ סי' ע"ט) שהוכיח מדברי שו"ת הרמ"א (סי' י) שאיסור השגת גבול הוא איסור דאורייתא והוא מעין איסור גזלה. הרמ"א שם כתב כן כדי לדון בן נח על פי דיני ישראל ולאסור עליו השגת גבול מישראל על פי דין הגמרא (בבא בתרא כ"א ב' "דינא הוא דמעכב עליו") שהוא גם היסוד לדין רשיון עסקים עליו אנחנו דנים). לפי הרעיון שהביא המחבר מהרמב"ם שכל דבר שחייב בו נכרי כלפי ישראלי חייב גם ישראלי כלפי נכרי, אסור לישראלי להשיג גבול של נכרי ולכן אסור גם לפעול בלי רשיון כשפוגע בעסקים של נכרים בעלי רשיון. גם אסור לנכרי על פי דינא דמלכותא האוסר עליו לפעול בלי רשיון עסק, אבל אין זה ממש לענין כי החוק אינו אוסר את התחרות והנזק כדין בין אדם לחבירו אלא רק מחייב רשיון כדין בין אדם לשלטון כחלק ממערכת גביית המסים, ולא שקיים איסור לנכרי בלי רשיון עסק לפגוע בעסקים אחרים מורשים מטעם דינא דמלכותא.

16. ראה דברינו בפרק הפקעת הלוואה במדינה עם מיעוט ישראלי עמוד 231.

17. ראה למשל עמק המשפט-(כרך ד (זכויות יוצרים) בקונטרס "האם מותר להעתיק", סי' ל"ה בסוף אות ר"ו) שכתב בפשיטות שיש לאסור הורדת תוכנות של חברות גויים כאשר יש ליהודי מניות בתוכם, אף אם רוב המניות מוחזקות בידי גויים, ואינם בטלים בשותפות, וקל וחומר שיחידים שאינם מעורבים בשותפות אינם בטלים ליחידים האחרים. אולי ניתן לחלק בין המקרים שבציבור ברור שהציבור או השותפות נפגע, ורק אז הולכים על פי רובו, אך ביחס לכל יחיד ויחיד קשה לומר שהוא נפגע. למשל בעל רשיון מסוים אינו יכול לטעון שהוא נפגע ישירות בגלל עיסוק שנעשה על ידי מי שאינו מורשה בתחומו.

ונכרית אלא אם כל בעלי הרשיונות הם נכרים. בעיה נוספת בהתעסקות בלי רשיון נוגעת לכספי המע"מ שמוכר אמור לגבות על כל עסק. אם המוכר "מוותר" על המע"מ לטובת הלקוחות על חשבון הציבור, יש בכך איסור גזילה, וכמו שציין הרשב"א בתשובה הנ"ל. אף על פי שהמוכר יכול לטעון שאינו גובה ואינו מעביר את המע"מ שממילא היה הקונה משלם ולכן אינו גונב לכיסו שום דבר, עדיין יש בכך איסור מזיק[18] ומסייע לגזול.[19]

מסקנה

התעסקות ללא רשיון עסקי בניגוד לחוק אסור גם במדינת ישראל וגם במדינה נכרית וייתכן שיש עבירה בכל עיסקה ועיסקה.

א. כללי תחרות מול עסק "שחור"

הבאנו לעיל מהרשב"א שהיסוד של פיקוח ורישוי עסקים מבוסס על דינים של יורד לאומנות חבירו והשגת גבול. האם על פי דין זה יש לכל עוסק מורשה זכות תביעה נגד כל עוסק שאינו מורשה, למנוע ממנו בבית דין להתעסק או לעשות "דינא לנפשיה" במקרה הצורך?

בעל השואל ומשיב[20] נשאל בענין זה וחילק בין מקרים שונים. במקרה שהעוסק ללא רשיון אינו מוזיל מחירים אלא מוכר בשוה לא תמיד יהיה זכות לבעלי הרשיון לעכב בעדו. אם מספר הרשיונות אינו מוגבל וכל אחד יכול להשיג רשיון ולהתחרות, כמו למשל רישוי כללי של עוסק על ידי רשות המע"מ, אין לבעלי הרשיון זכות לעכב עליו בטענה שגונב את זכותם:

> דהא אם היה משלם [דמי הרשיון] היה גם הוא רשאי להיות בעל חנות וכדומה ורק שאינו משלם אם כן מזלו גורם שאינן משגיחים עליו ומה לאחר בזה. ואין לומר דאם היה מצטרך לשלם ולא היה לו לשלם לא היה מוכרו מזוג—דזה אינו, דלא מיבעיא אם משלמין דבר מועט ואם כן, אף שזה אין לו, יש לו לאחר לשלם ולא פסק הוא חיותא של זה, אלא אף אם הוא צריך סך רב וכדומה, מכל מקום כל שהיה יכול אחר גם כן לבא לזה שוב אינו פסיק חיותא גמור כנלפע"ד. ובלאו הכי באמת הך דפסקת לחיותא אינו דבר ברור ואינו רק גרמא בעלמא לכל המרבה [כלומר, לכל היותר], וכל שאין כאן ברור שמפסידו,

---

18. ביארנו לעיל שיש בכך משום מזיק שעבודו של חברו, ראה לעיל בפרק שיתוף פעולה בהברחת מס ה"אקציז" עמוד 288.

19. וראה לעיל בפרק ג. סקירת דברי הפוסקים בדיני "אקציז" 109, תשובת בעל קול מבשר (חלק א סי' י"ז) בענין שוחט ששחט בלי לקבל פתקא עבור ה"פרס", שהוא סוג של מכס שנועד לתשלום שכר הרב, ושם כינה את השוחט כגזלן גם אם אינו נוטל לעצמו את הפרס אלא שאינו גובה עבור שכר הרב, משום שגם המסייע נחשב כגנב אם ללא פעולתו הגזלן אינו יכול לבצע את הגניבה.

20. שו"ת שואל ומשיב מהדורה א חלק א סי' כ'.

כיון דגם אחר היה יכול לשלם, אם כן מה שאין משגיחין עליו ואינו משלם זה בוודאי אינו רק גרמא בעלמא ופשיטא דלכולי עלמא לא מצי לעכב עליו.

כלומר, אם מספר הרשיונות אינו מוגבל, וכל אחד יכול לקבל רשיון ולהתחרות, נראה מדברי ה"שואל ומשיב" שאין הפגיעה בבעלי הרשיון נחשבת כנזק ממש, ואין לבעלי הרשיון זכות לעכב את המתעסקים ללא רשיון. לעומת זאת בעל שו"ת יגל יעקב[21] חלק על ה"שואל ומשיב" בנקודה זו וסובר שגם ברשיונות שאינם מוגבלים במספר יכולים בעלי הרשיון לעכב את הסוחרים בלי רשיון.[22]

חשוב לציין שגם לדברי בעל השואל ומשיב אין היתר לכתחילה להתעסק בלי רשיון. הוא עצמו הגדיר את התחרות בלי רשיון כ"גרמא בעלמא", ועדיין גרמא בנזיקין אסור ובמיוחד כשהגרמא גם אסור על פי חוקי המדינה.[23]

מסקנה

בסוג רשיון עסק שאינו מוגבל במספר, המתעסקים ללא רשיון ואינם מוזילים מחירים בצורה בלתי הוגנת, אין זכות תביעה לעסקים המורשים למנוע מהם להתעסק ולכן בזה לא "עביד איניש דינא לנפשיה" על ידי הלשנה וכדומה. העוסקים ללא רשיון עצמם כאשר אינם גובים מלקוחותיהם את המע"מ אשר החוק מטיל על

---

21. שו"ת יג"ל יעקב חו"מ סי' ט"ז. ראה גם שו"ת מראות ישרים חלק ב סי' מ"ד שפסק לאסור מוכר תשמישי קדושה שהתעסק ב"שחור" ופגע בחנות מתחרה שהתעסק כדת וכדין, אף על פי שלפי פשטות הדברים לא היה מדובר ברשיון מוגבל. הוא הסתמך על שו"ת דובב מישרים חלק א סי' ק"ב אות ב ולא דק ששם היה מדובר בסוג רשיון מוגבל למזיגת יי"ש שלא היה ביכולתו של הנתבע להשיג רשיון דומה ולכן יש להבחין כמו שהבחין השואל ומשיב בין רשיון מוגבל לרשיון שאינו מוגבל במספר.

22. עם זה, בסוף דבריו הוסיף שו"ת יג"ל יעקב (שם) בסוגריים "אלא דבלאו הכי נתפשט המנהג דבחנויות אין פוצה פה לעכב, ואפשר טעם דאנו שרויים בין הנכרים ובלאו הכי כמה נכרים יוכלו לעשות להם חנות ולהשיג רשיון..." לא ברור כוונתו בזה, אבל הוא מציין תשובתו של הבית אפרים בענין הזה (חו"מ סי' כ"ו – כ"ח) שמביא תשובות מהרשד"ם (חו"מ ת"ז ותמ"א) שבמקום שאי אפשר למנוע כניסת סוחרים אחרים שאינם תחת שיפוט ההלכה (למשל נכרים), לא נכון להגביל דוקא את אלו שהם תחת שיפוט ההלכה. ראה גם שו"ת עמודי משפט חלק ב סי' ו' שהתקשה בהבנת ענין "אי שייך בכרגא" ופסק שכל מי שממילא משלם מע"מ על קניותיו הצרכניות ממילא נחשב כשייך בכרגא ויכול לסחור. אף שדימה בצדק מס ערך מוסף של זמנינו לכרגא, המקנה למי ש"שייך" בו זכות מסחר, נעלם ממנו ענין רשיון עסקים וגביית המע"מ כגדר "שייך בכרגא" וראה במקומו את ענין תשלום המע"מ על קניות פרטיות כגדר "שייך בכרגא". ניתן לראות טענה שגויה דומה שהובאה בספר "על משכנות הרועים" במאמר "האם אנו נהנים מהמדינה?" עמ' ר"ז.

23. ראה כתר כרך ה חלק ראשון פרק שני סי' ט ופרק רביעי סי' ו' לגבי הסעדים שיש לנפגע מתחרות שאינה הוגנת. ייתכן שגם כאשר הנזק הוא רק בגדר גרמא, יש לנפגעים לנקוט צעדים מחוץ לבית דין כדי למנוע את הנזק. אולם אפשר שבמקרה זה הנזק הוא בגדר ספק כיוון שלא ברור שדווקא הוא נפגע על ידי ההתעסקות של השני ללא רשיון, ולכן לא ברור שניתן לנקוט צעדים אלו.

העיסקאות גונבים מהציבור ומכל אלו הנהנים מכספי המע"מ, אף על פי שעל פי הדין או המנהג הקונים משלמים בפועל את המע"מ.

ב. הוזלת מחירים בעסק שאינו מורשה

כאשר העוסקים שאינם מורשים מוזילים את מחיריהם בצורה שהעוסקים המורשים לא יכולים להתחרות נגדם, האם על פי דין יש לכל עוסק מורשה זכות תביעה נגד כל עוסק שאינו מורשה למנוע מהם מלהתעסק או לקבל פיצוי מהם על הנזקים שהם גורמים? האם מותר לעוסק מורשה לעשות "דינא לנפשיה" על ידי הלשנה וכדומה?

המתעסק שלא כדין גונב פלח שוק של בעלי רשיון על ידי שמוזיל את מחיריו ומתחרה באופן שאינו הגון, כיוון שאין עליו את ההוצאה של עול המס המקומי. בדרך כלל ההלכה רואה בחיוב את מי שמוזיל מחירים מתחת לשער השוק, כי זה יגרום למתחרים אחרים להוזיל מחירים והדבר יהיה לתועלת הצרכנים.[24] אולם זהו רק בתנאי תחרות שווים והגונים, שהמוזיל יכול לומר לחבירו גם אתה יכול להוזיל.[25] כשהמוזיל מנצל את הפרת החוק והעלמת מס כדי להוזיל על ידי זה את מחיריו, אין התנאים שווים והגונים.

במקרה כזה פסק בעל השואל ומשיב שאפילו יחיד בעל רשיון שמרגיש נפגע מאחד שמוכר ומוזיל בלי רשיון יכול לעכב עליו מן הדין.[26] הוא העיר:

> אף שבשלחן ערוך מבואר דאם מוזלין המקח לא מצי מעכבי מפני תקנת הלקוחות זה דוקא כשמוזלים מצד שיכולים לתת בזול יותר שהראשונים רצו להוקיר אבל כאן מה שהם מוזלים מפני שאין משלמין המס אם כן הראשונים לוקחים באמת כפי שוים, בזה אין מעלה מה שהם מוזילים כנלפע"ד.

נראה דעתו מהתשובה ההיא שמותר אפילו להלשין על המתעסק ללא רשיון או "להעמיד חובטים במקלות שלא יניחו למכור בחנותו", בלשון השאלה.

רעיון דומה הוזכר בפוסקים לגבי מוכרים שמוזילים מתחת ל"מחיר מינימום" שנקבע בחוק ופוגעים במוכרים אחרים ששומרים את החוק.[27] גם בעל הדברי חיים התייחס להוזלה מתחת למחיר הקבוע בחוק וכתב בקשר למוכרי יי"ש בלי רשיון כשיש בעל "אוראנדאר" ששילם בעד רשיונו.[28]

---

24. משנה בבא מציעא פרק ד משנה י"ב: "משנה. רבי יהודה אומר: לא יחלק החנוני קליות ואגוזין לתינוקות, ... ולא יפחות את השער, וחכמים אומרים: זכור לטוב."
25. גמרא שם ס' א'.
26. שו"ת שואל ומשיב מהדורה א חלק א סי' כ'.
27. ראה שו"ת עשה לך רב חלק ח שאלה פ"ד.
28. שו"ת דברי חיים חו"מ חלק א סי' י"ט. ראה גם בענין הוזלה של המתעסקים בלי רשיון שו"ת חתם סופר חו"מ סי' קע"ה.

> נראה דאסור מטעם גזילה דהנה הא ודאי דהמנהג בין חוכרי האוראנדיס [בעלי רשיון] דהפריץ המשכיר אין רשאי למכור בזול מכפי אשר ימכור האוראנדאר שלו, דעל תנאי זה שכרו ממנו. וכמה פעמים היו טענות ותביעות בין הפאסעסערס ובין האוראנדארס בהיותם שניהם ישראלים, ודין פשוט שצריך הפאסעסר להשלים היזקו כי זה שכר ממנו שלא ימכור בפחות. והנה לפי זה אותם שוכרי האוראנדס בכפרים קנו זה מהאדון גם זכות הזה שלא ימכור בעיר בפחות ממה שהמה ימכרו בהכפרים, ואם כן הגונב בעיר ומוכר בפחות גוזל ליהודים ושפיר הוי גזילה ממש דאסור.

מדבריו יוצא שאסור לאחרים למכור מתחת למחיר של מי שקנה את הרשיון, אף שאינו אוסר לחלוטין את התחרות בתנאים שווים, כגון שמוכר במחיר של בעלי האוראנדאר. אולם תשובתו מתייחסת למציאות של רשיון מיוחד שניתן לבעלי האורנאנדאר ולא לרשיון שכל אחד יכול להשיג אותו, ולכן לא ניתן ללמוד ממנו על מקרה שאחד סוחר בלי רשיון אך היה יכול בנקל להשיג רשיון לסחור.

מסקנה

תחרות של עסקים "שחורים" שמוזילים מחירים בגלל יתרון ב"עלות המוצרים שנמכרו", שיש רק להם בהיותם "עסקים שחורים", היא בגדר "קא פסקת ליה לחיותי" שניתן לתבוע נגדה צו מניעה בבית דין על ידי המתחרים, ולכן גם "עביד איניש דינא לנפשיה" על פי הכללים ההלכתיים אם לא יכול לעכב עליו על ידי בית דין.[29]

ג. מגזר פרוץ לעוסקים שאינם מורשים

האם יש צד להקל בדין הנ"ל כשמדובר במגזר שבו נפוצים מתחרים המנהלים עסקים "שחורים" באופן שאין פגיעה כלכלית במתחרים אם מתחרה נוסף עוסק בלי רשיון ובלי גביית מע"מ ותשלום מס?

ברור שמי שאין לו רשיון אין לו טענה נגד עוד מתחרה שאין לו רשיון. אולם גם מוכרים המורשים, שגובים מע"מ ופורעים מס כחוק, אפשר שאין להם תביעה על פי הדין למנוע מאחרים להתעסק בתחום שלהם כאשר התחום פרוץ לגמרי. הסיבה היא שממילא רוב המוכרים ממשיכים להתעסק בלי רשיון ומחירי השוק הם של המוכרים ה"שחורים" וכבר אינם נחשבים כמוזילים שלא כדין ומתחרים בצורה בלתי הוגנת.[30] אם מצב השוק הוא שהעסקים המורשים אינם ניזוקים מתוספת

---

29. ראה כתר כרך ה חלק שני פרק תשיעי - "פיצוי ממוני בשל הסגת גבול".
30. יש גם לבחון אם נחשב מצב הפרוץ כסוג של מחילה או ייאוש מצד בעלי הרשיון, כך שאין להם תביעה נגד הפורצים. ראה שו"ת מהר"ם שי"ק חו"מ סי' ל"ח שהגדיר את שתיקתו של בעל רשיון מוגבל למכירת יי"ש בפני מפירי הרשיון הרבים בגלוי כמחילה, אף על פי שכנראה היה מחילה בטעות כיוון שלא היה מודע לזכויותיו. ראה שו"ת מהריט"ץ ישנות סי' קפ"ח אשר דן בשתיקה

עסק שחור יותר ממה שניזוקים מתוספת עסק מורשה, אין לעסקים המורשים שום ענין בזה שיש אחרים המצליחים להפר את החוק וכמו שהבאנו לעיל מבעל השואל ומשיב: "מזלו גורם שאינן משגיחים עליו ומה לאחר בזה".

כל זה שייך רק לדין בין עוסק מורשה לעוסק שאינו מורשה, אבל עדיין אין הדבר מתיר התעסקות ללא רשיון. אמנם, אם המצב הוא שיש הרבה מפירי חוק שאין משגיחים עליהם ומוכרים בשחור עד שהדבר פרוץ ואין לשלטון שיפוט או יכולת מעשית לאכוף את הרישוי על כולם בשווה, הופכת הדרישה לרשיון להיות הגורם לתחרות שאינה הוגנת כאשר חלק אחד מהעוסקים נאלץ לעמוד בתנאים של עסק מורשה ואילו חלק אחר עוסק ללא רישוי ואין פוצה להם פה. במקרה זה עדיף לומר שקיימת מחילה מצד השלטון והציבור על רשיון העסק[31] או שהדרישה לרשיון מהווה "גזירה שלא נתפשטה"

מהרשד"ם התייחס למצב כזה בענין מס ה"גאבילה" (סוג מע"מ מיוחד) על סוחרים בשוק המקומי שאינם תושבי העיר ואינם נושאים בעול המס של העיר. לדעתו, כאשר שיפוט בני העיר מוגבל ואין להם כח למנוע את הגוים מלסחור, אסור להם למנוע את הישראלים מבחוץ מלסחור או להטיל עליהם מס מיוחד כתנאי לרישוי:[32]

> העל זאת יתאפק ה' שמפני שאני זכר הפסדתי?! שאם יבואו כל בני נכר יקנו עורות או מה שירצו כרצונם ואין מוחה בידם ועדת ישראל ילקה מדת הדין עליהם?! חלילה! ועתידין ליתן את הדין וה' יכפר אם ח"ו לא ישובו מדרכם זה הרע.

גם בזמנינו קיימים מצבים דומים. למשל, חנויות אינטרנט יכולות לחדור מרחוק לתוך שוק של מדינה ולמכור מוצרים או שירותים, במיוחד מוצרים בלתי מוחשיים כמו תוכנות מחשב או מידע, בלי רישוי ובלי המע"מ שהמוכרים המקומיים חייבים בהם. חוסר השיפוט או יכולת האכיפה על המוכרים מרחוק גורם אפליה נגד העסקים המקומיים. בארה"ב ובמקומות אחרים ממשיכים להתמודד עם התופעה הזאת בלי פיתרון חוקי מובהק, אלא בבחינת "כל דאלים גבר" בין המוכרים במדינות השונות. אמנם מהרשד"ם התייחס לסוחרים מבחוץ שאינם תחת שיפוטם הכללי של השלטון המקומי שרוצה לגזור עליהם "גאבילה" ומפלה בצורה שאינה הוגנת בין

ממושכת של מלווה בריבית על מתחרה שהתעסק בניגוד לחרם היישוב, האם ניתן לראות את שתיקתו כמחילה. ראה דברינו בקשר לייאוש של הרשויות במסים שונים, בפרק ייאוש במסים עמוד 158.

31. ראה בפרק מחילה של הקהילה במסים עמוד 157.

32. שו"ת מהרשד"ם חושן משפט סי' תמ"א וראה גם שם סי' ת"ז "והטעם [לחלק בין הגבילה לבין דין הגמרא שבר מתא אבר מתא מצי מעכב] ש[הרי] אינם יכולי' למחות ביד התוגרמים ויתר הגוים למה תלקה מדת הדין על ישראל וכי מפני שאני זכר הפסדתי." וראה פרק מס ה"גאבילה" על זכות המסחר—מהגבלת זכות מסחר למס מיוחד על זכות המסחר עמוד 101 שהבאנו גם משו"ת הרדב"ז חלק ו סי' ב אלפים רמ"ח.

סוחרי חוץ ישראלים לסוחרי חוץ נכרים, ובשאלתינו מדובר בעסקים מקומיים שהם ממילא נמצאים תחת שיפוטה הכללי של המדינה ונפגעים מתקנה שמפלה בצורה שאינה הוגנת בין עוסקים מקומיים לעוסקים זרים. מכל מקום, לדעתינו, אם יש יכולת מעשית ביד עוסק מקומי להקים חנות "וירטואלית" מחוץ לשיפוט המדינה ולמכור לתוך המדינה "מרחוק", אזי הוא יכול לעקוף את חיוב הרישוי המקומי בכך, על אף שלפי חוקי המדינה היו מגדירים את מקום מושבו של העסק בתוך המדינה ודורשים רישוי. הרווחים שמגיעים לבעל העסק עדיין שייכים לתושב המדינה וחייבים במס כמו רווחים מהשקעה בעסק של אחרים בחו"ל, אבל העסק עצמו יפעל ללא רישוי וללא גביית מע"מ.

יש עוד מצב דומה במדינת ישראל בשטחים "הכבושים" שלא החילה עליהם מדינת ישראל רבונות מלאה והתושבים הפלסיטיניים אינם תחת שיפוט מדינת ישראל לענייני רישוי עסקים ומע"מ. יוצא מצב שבאיזורים שיש לפלסטינים גישה ללקוחות ישראליים יש אפליה בין עוסק פלסטיני, שיכול להתעסק ללא רשיון וגביית מע"מ ואין פוצה פה ומותר גם לישראלים לקנות מהם על פי החוק[33], לבין עוסק ישראלי באותו איזור שמוכר לאותם לקוחות וחייב ברישוי וגביית מע"מ. לכאורה, שייכים כאן דברי מהרשד"ם. אין צדק לדרוש מקבלן ישראלי שבונה בתים בתוך יישוב ישראלי ביהודה ושומרון להירשם כעוסק ולגבות מע"מ כאשר הקבלנים המתחרים הפלסטינים יכולים ליכנס ולבנות בתוך אותו יישוב בלי רישוי וגביית מע"מ, לא של מדינת ישראל ולא של רשות הפלסטיני, והדבר אפילו מותר על פי חוק ללקוחות הישראלים.[34] לכאורה מותר במקרה זה לקבלן הישראלי לתקן את העוול ולעקוף את חובת הרישוי ולהפעיל קבלן פלסטיני (אולי קבלן המשני שלו שממילא מבצע את הבניה) בינו ובין הלקוח לעניין עצם הבנייה (חומרים וכו') ולסגור בנפרד את התשלום של חלקו ברווחים עם הקבלן הפלסטיני או עם הלקוח בצורה מסודרת על פי החוק.

מסקנה

במגזר פרוץ בעסקים "שחורים", אין לעסק מורשה זכות תביעה נגד עוסקים שאינם מורשים אף על שהם סוחרים באיסור ומוזילים מחירים, ובמציאות כזאת לא אומרים "עביד איניש דינא לנפשיה."

---

33. קיימות הוראות לעוסקים מול עוסקים אחרים ברשות הפלסטיני בצורה מסודרת וחוקית, אבל לעוסקים פלסטינים עצמאיים וקטנים, במיוחד כאשר הם נמצאים בשטח שבשליטה ישראלית, יש יכולת להשתמט מפיקוח שיפוט של ישראל ומשיפוט הרשות הפלסטיני.

34. ראה שו"ת יג"ל יעקב חו"מ סי' ט"ז, בסוף דבריו אחר שאסר להתעסק ללא רשיון, הוסיף בסוגריים "אלא דבלאו הכי נתפשט המנהג דבחנויות אין פוצה פה לעכב, ואפשר טעם דאנו שרויים בין הנכרים ובלאו הכי כמה נכרים יוכלו לעשות להם חנות ולהשיג רשיון... " וראה עמק המשפט חלק ד (זכויות יוצרים) בקונטרס "האם יש בעלות על יצירה רוחנית" פרק י"ט אות רי"ד אשר דן בסברה זו כצד להתיר מוכרים עותקים בלתי מורשים של יצירות רוחניות כשממילא יש מוכרים נכרים שמוכרים אותם בגלוי.

כאשר שוק מסוים פרוץ לתחרות מעוסקים שמחוץ לשיפוט המדינה ואינם מורשים, כמו מחנויות אינטרנט, אם יש יכולת מעשית ביד עוסק מקומי להקים חנות "וירטואלית" מחוץ לשיפוט המדינה ולמכור לתוך המדינה "מרחוק" ללא רישוי וגביית מע"מ, אין איסור בזה למרות שלפי חוקי המדינה היו מגדירים את מקום מושבו של העסק בתוך המדינה ודורשים רישוי ולמרות שהוא מוזיל ביחס לעוסקים המורשים

קבלן או עוסק אחר ישראלי שחשוף לתחרות ישירה מעוסקים פלסטינים אשר אינם תחת שיפוט המדינה לרישוי אין עליו איסור להתעסק "בשחור" על ידי הערמה כלשהי בלי רישוי ובלי גביית מע"מ כדי להשתוות למתחרים הפלסטינים הפועלים בחסינות (או בחסות החוק) ללא רישוי.

ד. התעסקות בלי רשיון מיוחד

בתחום שהעניק בו השלטון זכיון בלעדי או מספר זכיינים מוגבלים, האם יש לבעל הזכיון זכות תביעה נגד כל עוסק שאין לו רשיון או זכיון למנוע מהם מלהתחרות או לקבל פיצוי על הנזקים שגורמים? האם יכולים בעלי הזכיון לעשות "דינא לנפשיה" על ידי הלשנה וכדומה?

כדוגמא לכך, במדינת ישראל בעלי מוניות משלמים סכום משמעותי לקנות רשיון מונית הנקרא "מספר ירוק" כדי שיוכל להתעסק ולגבות על פי התעריפון הנקוב בחוק. מצד אחד בעלי הרשיון שילמו סכום משמעותי כדי לזכות בפלח משוק ההסעות, ומי שמתעסק בלי רשיון נוטל מהם רווחים. מצינו סברא כעין זה מהדברי חיים בקשר למוכרי יי"ש בלי רשיון כשיש בעל "אוראנדאר" ששילם בעד רשיונו.[35]

> נראה דאסור מטעם גזילה דהנה הא ודאי דהמנהג בין חוכרי האוראנדיס [בעלי רשיון] דהפריץ המשכיר אין רשאי למכור בזול מכפי אשר ימכור האוראנדאר שלו, דעל תנאי זה שכרו ממנו. וכמה פעמים היו טענות ותביעות בין הפאסעסערס ובין האוראנדארס בהיותם שניהם ישראלים, ודין פשוט שצריך הפאסעסר להשלים היזקו כי זה שכר ממנו שלא ימכור בפחות. והנה לפי זה אותם שוכרי האוראנדס בכפרים קנו זה מהאדון גם זכות הזה שלא ימכור בעיר בפחות ממה שהמה ימכרו בהכפרים, ואם כן הגונב בעיר ומוכר בפחות גוזל ליהודים ושפיר הוי גזילה ממש דאסור.

אף על פי שבתשובה עסק בעניין הוזלת מחירים, מסברא נראה שייך גם כשאינו מוזיל אלא מתעסק סתם בלי רשיון, כיוון שזה בדיוק זכות ה"מספר ירוק" שקנו.[36]

---

35. שו"ת דברי חיים חו"מ חלק א סי' י"ט.

36. ראה משפט שלום בקונטרס אחרון סי' י"ב שהגדיר גניבת לקוחות על ידי עסקים שחורים כהפסד ממש שניתן לתבוע בדין ולא רק כמניעת רווח. ראה שו"ת מאמר מרדכי (איטינגא) סי' י"א שדימה גניבת לקוחות על ידי עסקים שחורים לגונב מן המוכס וכתב: "הכי [האם] רשאים הם [אנשים מבחוץ] להביא יי"ש לתוך העיר ולמכור! הרי הם גוזלים מנת השר כדין מוכס שפסקו

נראה פשוט שלדעתו יש לבעל הרשיון שנפגע תביעה ממונית מן הדין נגד מי שמפר את זכויותיו.

גם תשובת השואל ומשיב שהבאנו לעיל נוטה לומר כן ברשיון מוגבל, והוא דומה ל"עושה סחורה בפרתו של חבירו"[37], אלא שחילק בין רשיון מוגבל לחלוטין לרשיון מוגבל רק בזה שהוא יקר להשיג וכתב:[38]

> אמנם אחר העיון נראה לפי עניות דעתי דזה דוקא אם היה סך קצוב כמה יהיה בעיר בעלי חנות או מוכרי מזיגה והוא בבל תוסיף חנות או מוכרי מזיגה, אף בכסף מלא שייך לומר קפסקיה לחיותא, והוה דומיא דבני עיר אחרת או בני מבוי אחת, דמסתמא נקצב כמה אנשים יש בעיר או כמה פאמילנטין במבוי זו. אבל באם שיכול להיות כמה חנות או מוכרי מזיגה רק שיש לאדון כך וכך אם כן אינו פוסק לחיותו, דהא אם היה משלם היה גם הוא רשאי להיות בעל חנות וכדומה ורק שאינו משלם. אם כן מזלו גורם שאינן משגיחים עליו, ומה לאחר בזה? ואין לומר דאם היה מצטרך לשלם [דמי הרשיון] ולא היה לו לשלם לא היה מוכרו מזוג, דזה אינו—דלא מבעי אם משלמין דבר מועט ואם כן אף שזה אין לו יש לו לאחר לשלם ולא פסק הוא חיותא של זה, אלא אף אם הוא צריך סך רב וכדומה מכל מקום כל שהיה יכול אחר גם כן לבא לזה שוב אינו פסיק חיותא גמור. כן נראה לפי עניות דעתי.

לדבריו, למרות שמעיקר הדין יש טענה נגד מי שמתעסק בלי רשיון כאשר אחרים שילמו לקבל רשיונות והרי הוא "עושה סחורה בפרתו של חבירו", מכל מקום אם מספר הרשיונות אינו מוגבל, אין לאיזה בעל רשיון זכות פרטי לעכב עליו, שאין נזקו ברור.

המלך ליטול דבר קצוב והעמיד מוכס ישראל לגבותו שהמבריח ממנו גוזל מנת המלך ועובר על לא תגזול כמבואר בחו"מ סי שס"ט." ראה גם שו"ת תשורת ש"י סי' קכ"ג והערות לזה בפתחי חושן הלכות נזיקין פרק ג הערה ע'.

37. ביטוי מהמשנה בבא מציעא פרק ג.

38. שו"ת שואל ומשיב שם. אולם ראה דברי שו"ת יגל יעקב שם בסוף דבריו שייתכן ש"השואל ומשיב" יסכים במסחר שגוף המסחר שייך למלך כמו זכות ה"ראנדע" לייצור יי"ש שדינם כדין מוכס והעלמתם הוה גזל גמור, דבר המוסכם על הרבה אחרונים כמו החתם סופר. קשה להגדיר במקרה מסויים האם גוף מסחר שייך למלך או "שגוף העסק אינו שייך כלל למלך רק שהמלך הטיל על זה מס פרטי ופקודת רשיון שלא יתעסקו בו בלי רשותו." על פי הסברא, דוקא התשלום המשמעותי לקבל רשיון הוא זה שהופך את הגדרת התחום ההוא להיות גופו שייך למלך, אבל ה"שואל ומשיב" כבר התייחס לנושא ולא ראה לנכון לחלק לפי סכום הכסף ששולם עבור הרשיון. חשוב לציין לדעת השואל ומשיב שגם כאשר לא נחשב פוסק חיותא ולא ניתן לממש תביעה נגד המתעסק ללא רשיון, מכל מקום, איסור עדיין קיים שהרי גורם נזק על ידי הפרת החוק וכמו שהגדיר אותו השואל ומשיב כ"גרמא בעלמא", אבל עדיין גרמא בנזיקין אסור ובמיוחד כשהגרמא גם אסור על פי חוקי המדינה.

ממכלול התשובות בענין מס האקציז והרשיון המוגבל של שוחטי הקהילות,[39] נראה שהזכיון דומה למוכס ישראלי, שמי שמבריח ממנו גונב לישראל, ולכן גם מי שמאפשר לאחרים להבריח ממנו ומרוויח מזה בניגוד לחוק האזרחי נחשב בעצמו כגונב את המוכס או כחולק עם הגנב. כמו במוכס ישראל שקנה את המכס ממלך נכרי עדיין אסור להבריח את המכס ממנו, ולא שייך היתר הפקעת הלוואתו של נכרי, גם במדינה נכרית נחשב הפרת רשיון מיוחד של ישראלי כמבריח מן המוכס הישראלי.[40]

בנידוןמוניות ניתן להבדיל בין "מונית ספיישל", שנותן שירות הסעות בכל מקום ולכל יעד על פי תעריפון המונה, לבין "מונית שירות", שמוגדר באחרונה בחוק כזכות ורשיון מיוחד ומוגבל במספר להפעיל "שירות" על קווים מסוימים, כמו למשל בשדה התעופה. במונית שירות, לכולי עלמא יש דין גזלן על הנותן שירות בקו מסוים שאין לו עליו רשיון, אפילו אם יש לו רשיון כללי כמונית ספיישל. כמו כן המפעיל קו אוטובוס בניגוד לזכיון בלעדי שהקצה המדינה לאגד או חברה אחרת לקווי אוטובוס נחשב כגזלן ממש. לגבי המפעיל שירות הסעות כמונית ספיישל ללא רשיון, נראה שלדעת השואל ומשיב אינו גזלן ממש אלא גורם נזק באיסור ואין לשום נפגע מסוים סעדים נגדו על פי הדין, כיוון שניתן לכל אחד להשיג רשיון, על אף שהוא כרוך בהוצאה רבה.

מסקנה

רשיון מיוחד אשר השגתו כרוך בהוצאות משמעותיות ומספר רשיונות מוגבלת, כמו לדוגמא "מספר ירוק" להפעיל מונית, מקנה לבעלי הרשיון זכויות ממוניות ברווחים העתידים וכן גם זכות למנוע מאחרים שאינם בעלי רשיון מלהתחרות איתם. המפר זכויות אלו יורד לאומנות חבירו וגונב את רווחיו אפילו כאשר אינו מוזיל מהמחירים של בעלי הרשיון. אם הנזק לבעל רשיון מסוים ברור וישיר, יכול בעל הרשיון לתבוע את נזקיו בדין. אם הנזק לבעלי רשיון בכללם ברור וישיר, יכולים כל אחד מהם למנוע הפרה של זכותם בבית דין או, אם נדרש, מחוץ לבית דין.

ה. סעדים למתחרים הנפגעים – הלשנה

ראינו שבמקרים שהמתעסק ללא רשיון מוזיל בצורה שאינה הוגנת או שמפר זכויות של מונופול או בעלי רשיון מוגבל במספר, יש עליו דין יורד לאומנות חבירו ופוסק לחיותו. האם במקרים אלו, כסעד חוץ-משפטי, מותר לבעלי רשיון להלשין לשלטון ישראלי או נכרי על מי שמפר זכויותיו?

---

39. ראה פרק "אקציז": מס הבשר ורשיונות בלעדיות עמוד 108.
40. ראה למשל שו"ת חתם סופר חו"מ חלק ה סי' מ"ד בענין הפרת זכיון במדינה נכרית.

בעל שואל ומשיב לא נרתע מהלשנה כסעד חוץ-משפטי נגד המפר זכויות רשיון, במקרים מתאימים.[41] בדרך כלל עומד בפנינו איסור חמור של "מוסר" ממון ישראל ביד נכרים,[42] אלא שעיקר דין "מוסר" הוא דין מדיני מזיק, במיוחד כשאין סכנת נפשות במסירה. הדיון בהיתר לפנות לערכאות של עכו"ם או להלשין על מנת למנוע נזק עתידי עולה בעיקר בהלכות נזקי שכנים.[43] דוקא בענין הרשיונות ו"חזקת היישוב" התיר מהרי"ק לכפות ציות על ידי נכרים וכל דרך שיכולים אלא שדיבר בזכויות של בני העיר לכפות ולא ליחיד. אולם נראה שגם אם מותר להלשין, הדבר מותנה בכללי לשון הרע הרגילים ואין היתר כללי להשמיץ את מי שירד לאומנותו.

מסקנה

אם אין דרך אחרת למנוע תחרות לא הוגנת חוץ ממסירה לשלטון, נראה שמותר למי שיש לו רשיון להלשין על מי שאין לו רשיון משום שהוא מזיק לו ופוגע בפרנסתו. כל זה כפוף להלכות לשון הרע ולתנאים שמבוארים שם, כלומר שאסור להגזים בהלשנה ואסור לגרום לו יותר נזק ממה שהיה נגרם אילו היו מעידים נגדו בבית דין, וכן צריך לנסות מראש לדבר איתו ולשכנעו לא להזיק ולא מיד להלשין נגדו.[44]

ד. התעסקות מול עסק שאינו מורשה

האם מותר להתעסק מול עסק שאינו מורשה?

לכאורה, מי שנושא ונותן בכל צורה עם עסק הפועל באיסור עוזר לבעל העסק להתמיד בעבירה. לא יהיה הבדל בזה בין מי שמוכר או משכיר לבין מי שקונה או

---

41. כך פסק בשו"ת שואל ומשיב (מהדורה א חלק א סי' כ') על השאלה "בדבר הנהוג בבעלי חנות של אחד יש לו ליסענטץ [רשיון] ופורע המס מחנותו כנהוג והאחר הסמוך לו אין לו ליסענטץ ושותקים לו מושלי העיר, אם רשאי זה שיש לו ליסענטץ **למסור אצל אדונים** [להלשין עליו] או שבא באופן אחר להעמיד חובטים במקלות שלא יניח למכור בחנותו. וכן אחד שיש לו זכות למכור י"ש הקעלישעק [יין] שהשיג בתחבולה על שם הנכרי וכדומה והשני אין לו רשיון על זה ומוזג בחשאי, אם רשאי זה למנוע אותו על פי דין תורה שלא ימזוג על הקעלישק או שיהי' **מונעו בכל מסירה** וכיוצא בו." השואל ומשיב לא שלל מכל וכל הלשנה כדי למנוע נזק מתחרות בלתי הוגנת, אלא שבמקרה שנשאל היה הנזק רק דרך גרמא כיוון שהרשיון לא היה מוגבל או יקר במיוחד והמתחרה לא הוזיל את המחירים שלו בגלל חוסר רשיון. לכן כתב "כל דאינו מוזיל בשביל זה [חוסר רשיון והמסים הכרוכים בו] אינו יכול לעכב עליו וכל המוסרו הוא מוסר ממון של ישראל ביד גוי..."

42. בבא קמא קי"ז א' ושו"ע חו"מ סי' שפ"ח וראה דברינו באורך בפרק מילוי תפקיד וקבלת משרה בעסק אפור עמוד 379.

43. בקשר לשאלת מוסר עיין במקורות מהלכות נזקי שכנים שהביא הפתחי חושן בהלכות נזיקין פרק י"ג הערה א' ופרק ד הערה מ"ב. ראה שו"ת דברי חיים חלק א חו"מ סי' מ"ה.

44. כמבואר בספר "חפץ חיים" הלכות לשון הרע כלל י באריכות.

שוכר ממנו ובין מי שעובד בשבילו או נותן לו שירות. מכל מקום, לא מצאנו איסור מוחלט בהלכה אפילו להתעסק עם גזלן ידוע.[45] ההלכה אינה מחייבת אותנו להחרים את אלו שמתעסקים באיסור. המושגים ההלכתיים של "לפני עוור" ו"מסייע ידי עוברי עברה", אף שכנראה שייכים לכאן, מוגבלים בהלכה ואינם אוסרים באופן גורף כל התעסקות שבפועל תעזור לעוברי עבירה.[46]

נחקור לדוגמה רדיו פיראטי. בדרך כלל רשיונות שידור ברדיו מוגבלים ונמכרים על ידי מכרז לזכיינים. יש תופעה של תחנות "רדיו פיראטי" המשדרות בלי רשיון ובניגוד לחוק. חוץ מעצם הפרת החוק והפרת המטרות הלא-מסחריות של החוק (שמירה על תדרים פתוחים הינו אינטרס ממשלתי מובהק), לכאורה המשדרים "גונבים" מאזינים ומפרסמים מהזכיינים. במצב כזה, גם לדעת השואל ומשיב, יכולים הזכיינים לעכב ולהלשין על תחנות פיראטיות מדיני ממונות כיון שהרשיונות מוגבלים במספר.

א. פרסום ברדיו פיראטי

בהמשך לדוגמא שהצגנו, האם יהיה מותר לפרסם בתחנת רדיו פיראטי? ואם אסור, האם יש מקום לחלק במצב שבו המפרסם ממילא לא היה פונה לתחנות הרשמיות כדי לפרסם?

במדינת ישראל נחקק חוק האוסר בצורה מפורשת פרסום בתחנות פיראטיות.[47] אחרי חקיקת האיסור, יש כבר עבירה ישירה בפרסום, אבל מה היה הדין לפני חקיקת האיסור ובמגזרים אחרים שבהם יש זכיינים ומפעילים בלי רשיון? לכאורה כשהתחנה פועלת באיסור, יהיה גם אסור על המפרסם מטעם "לפני עוור", משום שדומה למושיט "אבר מן החי לבני נח."[48] אולם, למעשה לא שייך איסור דלפני עוור

---

45. מה שמבואר בשו"ע חושן משפט סי' שנ"ו שאסור לקנות מגנב החפץ שגנב, אין בכך משמעות שאסור לעשות אתו עסקים בכלל, וראה שם בטור שנראה שדעתו להחמיר גם בזה. גם מהתנהגות אברהם אבינו מול לוט, שנפרד ממנו בגלל שהתעסק בגזל, אין להביא ראיה שהרי אברהם היה ביחד עם לוט ואם יבליג הדבר נראה כאילו מסכים למעשי רועי לוט, אך אין לזה עניין למי שעושה עסקים מול גורם עברייני.

46. ראה דברינו באורך בפרק קנייה מגנב וגזלן עמוד 282.

47. ראה חוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן–1990 סעיף 90א

(א) העושה אחד מאלה, דינו - מאסר שנה או מחצית הקנס האמור בסעיף 90(א):

(1) מספק תשדיר פרסומת, לשידור בתחנת שידור שלא ניתן בשלה זיכיון או רישיון לשידורי רדיו והיא טעונה זיכיון או רישיון לשידורי רדיו לפי הוראות חוק זה (בסעיף זה - תחנה שלא ניתן בשלה זיכיון או רישיון לשידורי רדיו);

(2) נותן תמורה בעד שידור תשדיר פרסומת בתחנה שלא ניתן בשלה זיכיון או רישיון לשידורי רדיו.

(ב) לענין סעיף זה, חזקה היא כי מי שתוכן התשדיר עשוי לפרסם את עסקיו או לקדם את מטרותיו, סיפק את התשדיר או נתן תמורה בעד שידורו, אלא אם כן הוכח אחרת.

48. עבודה זרה ו' ב'.

כאן כיוון שמקרה כזה אינו בגדר "תרי עברי דנהרא", שהתחנה תמשיך לשדר בלי הפסק גם בלי הפרסומת של המפרסם ואין בזה אפילו "מרבה באיסור."[49] אמנם מבחינה כלכלית לא היתה התחנה יכולה להתקיים בלי פרסומות כלל, אך כל פרסומת ופרסומת לחוד אינה מאפשרת את השידור הפיראטי.[50] גם איסור דרבנן של "מסייע ידי עוברי עבירה", שבאופן כללי שייך גם כשאין תרי עברי נהרא, אינו מוסכם על הפוסקים ששייך באיסור דרבנן או במומר או בעובר במזיד.[51]

מכל מקום, מתוך כמה תשובות בענין רשיון ה"אקציז" ורשיון ה"אוראנדע" רואים שכאשר מוכר או קונה או מפר את החוק ומשיג את גבול בעלי הרשיון, יש מגוון איסורים מסוג "לפני עוור", "מסייע ידי עוברי עבירה" ו"חולק עם הגנב" על מי שקונה ממנו או מוכר לו, ואיננו נכנסים לשאלה של "תרי עברי נהרא" והמגבלות האחרות שיש בדיני לפני עוור ומסייע.[52] האיסור ה"ממוני" דלפני עוור, כשיש נזק ממוני לצד שלישי, הרבה יותר רחב מהדין הכללי דלפני עוור כשיש מכשול רוחני בלבד.[53] לכן נראה שיש איסור לפרסם בתחנה פיראטית שגונבת מאזינים ופלחי שוק מבעלי הרשיון שקנו וזכו בזכות הבלעדית לשדר ולמכור פרסומות. האחרונים דימו התעסקות בלי רשיון לגונב ממוכס ישראלי שקנה את הזכות לגבות מיסים של המלך, ועל פי זה המפרסם הוא כעין "חולק עם גנב".[54]

---

49. ראה חידושי הריטב"א עבודה זרה ו' ב' שהזכיר איסור דרבנן של "מסייע" כשגורם לאחר להרבות באיסור.

50. אמנם על פי סברת המשנה למלך הלכות מלוה ולווה פרק ד הלכה ב לא יפטר מפרסם אחד רק בגלל שתמיד ימצא התחנה מפרסם אחר, כיוון שגם למפרסמים אחרים יהיה איסור לפני עוור ואין אחד יכול לפטור את השני על דרך זה. מכל מקום, כאן מדובר בתמיכה כלכלית שמאפשר את קיום התחנה ולא עזרה בעצם מעשה איסור של השידור (שהרי התחנה יכולה להשתמש בפרסומות גם באופנים מותרים, למשל לפרסם באינטרנט אם תרצה ולגבות על כך כסף), ובזה גם המשנה למלך יפטור, כי לולא כך יצא שיש חיוב כללי להחרים כלכלית כל עבריין, וידוע שאין הדבר כן.

51. ראה שדי חמד כרך ד מערכת המ"ם כלל מ"א, כרך ב מערכת וא"ו כלל כ"ו.

52. ראה באורך פרק חולק עם הגנב ב"אוראנדע" עמוד 292, וכן שיתוף פעולה בהברחת מס ה"אקציז" עמוד 288.

53. ראה פרק לפני עוור ואיסור גרמא בנזיקין עמוד 294.

54. ראה פרק חולק עם הגנב ב"אוראנדע" עמוד 292. לגבי המאזינים עצמם, מצד אחד, ניתן לדמות דינם לדין מעתיק או מאזין לקלטת מוזיקה הנעתק שלא כדין או שהושמע במיוחד בשביל אחרים בניגוד לזכויות היוצרים. ראה משנת זכויות יוצר פרק י"ג אותיות ט, י וט"ו שנוטה לאסור על פי כמה דעות. ראה גם משפט שלמה חלק ג, סי' י דין ב, ג, וקונטרס לא כל הזכויות שמורות ענף ב סי' ב. מצד שני, אין לדמות את המאזינים לרדיו פיראטי למאזין לקלטת גנובה, שכן השידור עצמו אינו גנוב ורק העובדה שהוא בלי רשיון הופך אותו לאיסור. אולם, חלק מהאחרונים נימקו את האיסור בהאזנה לקלטת לא מקורית בכך שמסייע ידי עוברי עבירה וגורם לגונבים זכויות יוצרים לגנוב יותר. טענה זו שייך לא פחות בהאזנה לרדיו פיראטי. אף על פי שהשידור משודר למאזינים בחנם ואינם כ"קונים" מן הגנב, מכל מקום "אי לאו דהוה ליה הנאה מיניה לא הוה יהיב ליה מתנה." (בבא בתרא קנ"ו ב). ראה שו"ת ויען דוד חלק ב סי' רכ"ו אות ד. עם זה, קשה לראות עידוד לעוברי עבירה בעצם ההאזנה, ויש הבדל מהותי בין המפרסמים לבין

אמנם, בהתבסס האיסור על המפרסם רק מצד הנזק והשגת גבול, ולא מצד האיסור הכללי דלפני עוור ומסייע או הפרת החוק, יוצא קולא במקרים שלא קיים נזק לצד שלישי בגלל הפרסום. למשל, אם ממילא לא היה מפרסם במקום אחר כי רק בתחנה זו מרוכז ציבור היעד שלו, אין בזה נזק לתחנות המורשות ולכן לא יהיה על המפרסם איסור כלשהו בלי חוק מפורש האוסר זאת.[55] גם מבחינת גניבת המאזינים לא קיים נזק, כיוון שלא הפרסומות הם שגורמות למשיכת המאזינים אלא תוכן השידור.

מסקנה

בעוסק המפר רשיון בלעדי, כמו רשיונות תחנות רדיו המוגבלים במספר, אשר קיימת נגדם זכות ממונית מן הדין לבעלי רשיון לעכב אותם כמו שהגדרנו לעיל, אסור גם ללקוחות של העוסק לקנות מהם את המוצר או השירות אשר עליו ניתנת זכות בלעדית לבעלי רשיון למכור.

במקרה שאין נזק לבעלי הרשיון, שממילא לא היה מגיע להם איזה רווח מהלקוח, וגם אין נזק לציבור כמו מהברחת איזה מכס או מע"מ שמגיע להם, אם החוק אינו גודר גדר וסייג להטיל איסור על הלקוחות, גם ההלכה לא תטיל על הלקוחות חיוב מוחלט להחרים את העוסק המפר זכויות בלעדיות של בעלי הרשיון.

ב. נסיעה במונית לא מורשה

רשיונות מוניות מהווים דוגמה נוספת לרשיון בלעדי שכבר התייחסנו לעיל לאיסור שיש בכך מצד העוסק. מצד הלקוח הנוסע, האם מותר לשכור מונית המתעסק בלי רשיון "מספר ירוק" במצב שהוא מוזיל לעומת מונית מורשה?

לאור דברינו לגבי פירסום ברדיו פראטי, לכאורה פשוט גם לגבי הסעה מסוג "שירות" שאסור לנסוע עם מונית שאין לו רשיון מונית שירות לקו הזה, אפילו אם הוא מורשה כמונית "ספיישל".[56] כל נסיעה איתו הינה עיסקה שהיתה אמורה להגיע לבעלי מונית שירות שקנה הזכות הבלעדית על קו זה, והנוסע שותף עם המסיע שאינו מורשה להשיג את גבולם של המורשים, ואם הנוסע נהנה ממחיר מוזל כל שכן שאסור משום שהוא חולק עם גנב. הפוסקים דנו בנסיעה עם "חאפרים" ואסרו מעשה של "חאפרים" ולא הבחינו באיסור בין המסיע והנוסע.[57] גם במשיג גבול

המאזינים שאין שום התקשרות בינם ובין המשדר שמפר את החוק. ראה גם שו"ת עמודי אש חלק א עמוד 132 המדמה הפרת זכויות יוצר למפר זכות רשיון בלעדית למכור יין.

55. גם לענין זכויות יוצרים, העלו הפוסקים טענה דומה שאם בכל מקרה לא היה קונה את היצירה בכסף, אין בהעתקתו נזק ליוצר וייתכן שמותר להעתיק או להאזין כשאינו קיים איסור אחר מדינא דמלכותא וכו'. ראה משנת זכויות היוצר פרק י"ג אות ח על פי שו"ת ויען דוד חלק ב סי' רכ"ו אות ג.

56. ראה פרק התעסקות בלי רשיון מיוחד עמוד 359.

57. ראה קובץ פעמי יעקב ניסן תשס"א עמוד ק"ב "נסיעה בחאפרים – מסייע לדבר עבירה" ושם אב תשס"א עמוד קל"ט שדנו בענין "חאפרים" המעלים נוסעים בתחנת אוטובוס בשכר או שלא

ממונית "ספיישל", אשר אינו רשיון מוגבל במספר כמו מונית "שירות", מכל מקום כאשר מוזיל בצורה שאינה הוגנת, דינו כדין משיג גבול מבעלי רשיון מוגבלים במספר, ולכן גם על הלקוחות הנוסעים איתו יש איסור כמו שיש לגבי מונית "שירות" או רדיו פיראטי.[58]

מעבר לכך, מהסוגיה של "שליח לדבר עבירה" לומדים שהשוכר אדם לעשות עבירה עבורו חייב בעונש מדיני שמים "כגורם" אף שאנו פוסקים ש"אין שליח לדבר עבירה" לחייב את המשלח כמי שעושה בעצמו.[59]

מסקנה

גם בעוסק המפר רשיון מיוחד היקר להשגה, אבל אינו מוגבל מספרית באופן מוחלט, אף שלא קיימת זכות ממונית מן הדין לבעל רשיון מסוים לעכב את המפר, אסור ללקוחות של העוסק לקנות מהם את המוצר, או את השירות אשר עליו ניתן הרשיון למכור או לספק.

בשכר ובזה יש חשש שמשיגים גבולם של בעלי הזכיון להפעיל את הקו ונטו כמה מהפוסקים לאסור גם על הנוסעים לעלות. אף על פי שהנידון העיקרי שם לא היה פגיעה בבעלי רשיון בלעדיים, כיוון שמדובר במוניות מורשות, אלא בעיות אחרות של צידת לקוחות ו"עני המהפך בחררה", מכל מקום לא הבדילו הפוסקים בין הנוסעים ובין ה"חאפרים" עצמם. הרב זילברשטיין הוסיף "ולא מבעיא בעל מכונית שאינו משלם מס [כנראה כוונתו למונית בלי רשיון בכלל] שהרי הוא גם משיג גבול בעלי האוטובוס אלא אפילו בעל מונית [מורשה] הגר באותה עיר שאין עליו איסור השגת גבול בכל זאת... " ברור לו שיש איסור עצמאי לנסוע עם בעל מונית שאינו מורשה, וכנראה בגלל שהשגת גבול בזכיון כזה נחשב מעין גניבה ולא רק פגיעה בחזקה או צידת לקוחות. מכל מקום עולה מהדיון שבמצב שיש איסור על ה"חאפרים", רוב הפוסקים הניחו שיש גם איסור מסייע על הנוסעים. יצויין שמשנת 2007 הוסדר זכות בלעדית של בעלי מונית שירות להפעיל קווים מקבילים ומשלימים לקווי אוטובוס, וממילא אסור גם למונית מורשה להשיג גבול של בעלי רשיון מונית שירות ואם כך הבעיה אינה רק צידת לקוחות אלא פגיעה ברשיון. ראה שו"ת משפט שלמה חלק ד חו"מ סי' נ' שבכך יש איסור גם על הנוסע שמסייע לפגוע במונופול.

יש פוסקים שטוענים שבגדרי השגת גבול ועני מהפך בחררה, אפילו במצבים שאסור למוכר למכור לו, חז"ל לא אסרו על הקונה לקנות ממנו. ראה נחלה ליהושע מובא בדיני גאונים כלל ק"י סעיף י"ב, וכן אבני נזר חו"מ סי' י"ז, אמרי יעקב חושן משפט דף צ"ב.

אמנם, ייתכן שהקפידא של בעלי הרשיון מופנית בעיקר כלפי אלו שמשיגים את גבולם ולא כלפי לקוחותיהם של אלו. בגלל שברמה מסוימת מבינים ומזדהים עם הנוסעים, יש מעין מחילה או ייאוש כלפיהם ותרעומתם מופנית רק לעוסקים. לו יצויר מצב שיש קפידא של צד שלישי הנפגע רק כלפי צד המוביל עיסקה הפוגע בו ולא כלפי צד הנלווה, צריך עיון אם יתקיים איסור דלפני עוור על הצד הנלווה. מצד אחד, גם מי שנלווה ונטפל לעובר עבירה נחשב כמסייע לו, והוא ה"חור" שבו ה"עכבר" מטמין את גניבתו (על פי קידושין נ"ו ב, גיטין מ"ה א). אולם מצד שני שורש האיסור הוא הנזק שנגרם ע"י השגת גבולו של חבירו, והניזק לא רואה את הנלווה כמי שגרם לו נזק אלא כמי שביטל כיסו ומנע ממנו רווח.

58. ראה פרק הוזלת מחירים בעסק שאינו מורשה עמוד 355.

59. ראה פרק מסייע בגניבה עמוד 295.

ג. לקוחות של עסק שחור כללי

האם קיים איסור לקנות מוצרים או שרותים מעסק לא מורשה (וכמובן אינו משלם מע"מ ומסים אחרים), אף על פי שהרשיון אינו מוגבל במספר או יקר במיוחד אלא סוג רשיון שהוא אמצעי לגבות מסים כמו מע"מ ולאכוף את פיקוח החוק על העסק?

הזכרנו שבעל השואל ומשיב אינו מתיר לבעל רשיון לעכב או להלשין על המתעסק בלי רשיון אלא אם כן סוג הרשיון מוגבל ממש במספר, ולא רק שהוא יקר וקשה להשגה, או שהמתעסק ללא רשיון מוזיל בצורה שאינה הוגנת. מכל מקום, הזכרנו לעיל את האיסור על המתעסק עצמו להתעסק בלי רשיון, גם מסיבות חוק רשיון, גם מסיבות של יורד לאומנות חבירו וגם מסיבות גניבה מקופת הציבור.[60] לכאורה הלקוח מסייע ומחזק את המתעסק בכל עבירות אלו.[61] אך עדיין צריכים אנו לחידושינו במסייע לגנב ולמזיק כדי לא להיגרר להיתרים הידועים בלפני עיוור ומסייע כמו "חד עברא נהרא" ו"תולין" ו"מומר" וכו'.[62]

במידה ואין הברחה של מע"מ על העיסקה עצמה ואין נזק תחרותי נגד בעלי הרשיון על ידי הוזלה בצורה שאינה הוגנת, לכאורה אין איסור של לפני עיור או אפילו מסייע עוברי עבירה למי שקונה מעוסק כללי שאינה מורשה. אף שיש איזושהי עבירה למוכר המתעסק בשחור בניגוד לחוק המחייב רישוי, לפי הכללים הרגילים של לפני עיור ומסייע לעובר עבירה ייחשב הדבר כ"חד עברא נהרא" ויותר הדבר מכמה סיבות כמו שנבאר לגבי ספקים של עסק שחור.[63] גם אם העוסק מעלים את מס ההכנסה מהכנסה הצומחת מהעיסקה הזאת, לא ייחשב הנזק העתידי הזה כגרמא של הקונה כיוון שמס הכנסה אינו חל באופן ישיר על העיסקה אלא משפיע בעקיפין על חישוב הרווח השנתי של המוכר, אם וכאשר יהיה לו, וחיוב מס העתידי

60. ראה פרק כללי תחרות מול עסק "שחור" עמוד 353.

61. בקשר לנזק התחרותי לבעלי רשיון ייתכן שיש עבירה מעין "לפני עיוור" על הקונים כאשר קיים איסור על המוכרים. ראה פתחי חושן הלכות גניבה פרק ט' אות א שכתב כן על פי שו"ת הרמ"א. אולם ראה שם אות ל"ב שהביא אחרים שהקלו בדבר בענין עני המהפך בחררה, שהאיסור אינו אלא על הקונה ואין איסור דלפני עיוור על המוכר.

62. אחד מהפוסקים היחידים שדן במפורש בענין הזה הוא בעל רבבות אפרים בחלק ח סי' תקמ"א, שפסק לחומרה שלא לקנות מעסק כזה מטעם שמסייע למוכר "לעבור" על דינא דמלכותא. אמנם, נידונו היה במדינה נכרית שמותר באופן עקרוני להפקיע הלוואת הגוי וגם את מסי הממשלה שלהם, כנזכר לעיל, ולכן קשה להשתמש במושגים של מזיק ומסייע להזיק ממונם כסיבה לאסור שיתוף פעולה בהברחות והעלמות.

63. גם אם קיים נזק בעקיפין מתחרות של עוסק שאינו מורשה, לא נחשב לנזק כיוון שמדובר ברשיון כללי שכל אחד יכול להשיג ואין כאן פלחי שוק השייכים לזכיינים. ראה פרק ספקים של עסק שחור עמוד 374.

תלוי בהרבה עובדות הנתונים בספק.[64] מכל מקום, ברוב מקרים יש הברחה של מע"מ קצוב וידוע האמור לחול על העיסקה על פי החוק וקיים גם נזק תחרותי מהוזלת המוצר, כך שיש צד ג' הנפגע מהעבירה של המוכר, ולכן הכללים הרגילים של לפני עיור ומסייע לא יספיקו לתת מענה לשאלה, מאחר שהם מתייחסים להכשלה רוחנית של עושה העבירה ולא להכשלה ממונית של צד ג'.

ראינו לעיל שהמסייע לגנב לגנוב דינו כמוסר למוסר אחר, שאסור מדין גרמא בנזיקין ואולי גם חייב כגרמי.[65] הקונה ממוכר שאינו מורשה וכן מבריח את המע"מ מעיסקאותיו, אף על פי שעיקר העבירה בוצעה על ידי המוכר אשר עליו חל חובת תשלום מע"מ בפועל והקונה אינו אלא מסייע לו, מסייע הקונה בגניבת המוכר וגורם נזק באיסור לקופת הציבור. הוכחנו שבדיני בניזקין התערבות זדונית של אחר אינה פוטרת את המסייע לו מאחריות על נזקיו.[66]

אולם אנו עדיין חייבים להגדיר מהו הנזק הנגרם על ידי קנייה מעסק שאינו מורשה. יש לטעון שמס ההכנסה שמשמיט המוכר אינו "הפסד" ממוני אלא הינו "רווח" של קופת הציבור, וחלקם מהעיסקה, כיוון שלפני העיסקה לא היה קיים חובת המס וגם אינו ודאי שהעיסקה תגרום לחובת מס.[67] בקשר למע"מ שהיה חל על מחיר העיסקה ניתן לטעון טענה דומה. בעל האבני נזר דן בטענה דומה ופסק שהזכות לקבל איזה מס נחשבת כממון ממש ביחס להאפשרות של המשתמטים להרוויח מהברחת אותו המס ולכן המס הצפוי לבוא מעסקים מורשים נחשב כ"ממון" ולא כרווח, והמשתמט מפסיד ממון ולא רק מונע רווח.[68] אף שהרווח או המסים הצומחים מהעיסקה הם

---

64. אמנם לפי הרמ"א בדין אריס, פרק קניה מאריס חשוד עמוד 284, היה ראוי להחמיר גם בזה מאחר שגם שם הספק הוא שמא בעתיד יגזול מבעל הבית ובכל זאת אסור לקחת מהאריס את חלקו.

65. ראה לעיל פרק איסור גרימת נזק על ידי אחר עמוד 302.

66. ראה פרק מסייע בגניבה עמוד 295.

67. מס הכנסה מחושב לפי רווח תקופתי וסכומו תלוי בהוצאותיו והכנסותיו הכלליים לאותה תקופה. ייתכן מצבים שהרווחים הם אפסיים או שאינם עולים לדרגת המס הראשוני ואין בהעלמת המוכר שום השפעה על סך מס ההכנסה שהיה משלם. אם כן, אי אפשר להגדיר מס ההכנסה הצפוי להגיע לידי הרשויות מהעיסקה כ"ממון" שלהם שנפסד.

68. שו"ת אבני נזר חו"מ סי' כ"ט. במקרה שלו תבעו הקצבים, שהצליחו במשך זמן להשתמט מתשלום מכס בית המטבחיים, את המוכס ישראלי שקנה את רשיון המכס משום שבכך הם התחייבו מעתה לשלם מכס. האבני נזר דחה טענתם: "אך זה אינו, דוודאי זכות זה שיש לבעל המטבחים שכל השוחט מחויב לשלם לו מכס ממון גמור הוא שיכול למכור זכות זו במעות... אבל מה שיוכל להיות קצב [כלומר להרוויח משחיטה בלי מכס] זה אינו נחשב ממון, שאינו ממון ראוי לכל העולם רק אליו שרוצה לזבוח להיות קצב ואינו יכול לזבוח, ואינו יכול למכור [זכות זה כיוון] שכל אדם יכול להיות קצב... ופשוט מאד."
מס המע"מ דומה ממש למס המכס עליו דיבר האבני נזר. אולם אפשר לחלק ולומר שכוונת ה"אבני נזר" הוא שמאחר שניתן למכור זכות גביית המס ולהרוויח עליה כסף, נחשב המס כממון, אך אין זה אומר שמי שמבריח את המס נחשב כמפסיד ממון משום שהוא רק מונע רווח. אמנם הזכות לקבל רווחין שווה ממון ואם לוקחים ממישהו זכות זו מפסידים לו ממון, אך אין זה אומר

באים רק בבחירת הלקוח ובלעדי העיסקה לא היו קיימים, מכל מקום כשממילא היה קונה את המוצר או את השרות אפילו מעסק מורשה, הרווח או המס מהעיסקה שייך כבר לבעלי הרשיון ולרשויות המס.

אם אמנם כפי שהגדרנו המע"מ המושמט נחשב כ"ממון" של הרשויות והציבור שמפסידים המוכר והקונה, ייתכן שהקונה חייב גם לשלם בדיעבד את דמי המע"מ מדינא דגרמי.[69] כאשר חבות המס נשאר בכיסם של הנישומים עד שישלמו, דינם דומה לדין שליש (נאמן) שהתרשל והחזיר שטר חוב שלא כדין ללווה ועל ידי זה גרם נזק למלווה שלא יכול לגבות בדין מהלווה, אם יכחיש הלווה את ההלוואה. אף שהחזרת השטר למלווה שלא כדין אינו אלא גרמא, החזרת השטר ללווה נחשב כגרמי כיוון שהחוב כבר נמצא בידו של הלווה ואינו צריך שום מעשה אחר כדי להפסיד למלווה.[70]

עוד צד חיוב מן הדין לקונה ניתן ללמוד מחידושו של הרא"ש בדין נהנה "בחצר דקיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר."[71] לדעת הרא"ש, אף על פי שהפולש לחצר חבירו לא נהנה משום שלא רגיל להשכיר מקום מגורים "מהאי טעמא איכא לחיוביה: משום שאכל חסרונו של זה", כלומר שאכל את אותו הפסד דמי שכירות שהיה רגיל לקבל בעד החצר. הקונה שאינו מוסיף מע"מ על המכירה אוכל את הפסד הציבור מכספי המע"מ שהמוכר והקונה גורמים, ולכן חייב לשלם אף אם לא נהנה מהוזלת מחיר. אם המחיר בלי מע"מ נמוך מהשער בשוק של מוכרים מורשים, יוצא שאכן נהנה ממש מהנזק שגרם, בין הנזק לקופת הציבור ובין הנזק למתחרים מורשים, וגם אם לא היה מוכן לקנות במחיר המלא עדיין נחשב כאוכל חסרונו של הניזק.[72]

חשוב לציין שהסברות שהעלינו לחייב את הקונה היו חיובים ישירים של הקונה מדין מזיק, נהנה וכדומה ולא מעבירות מושאלים של המוכר כמו לפני עוור. על כל

שמי שלא יתן לו רווח גורם הפסד ממון. בקשר למס ההכנסה, כפי שהזכרנו לעיל אופן החישוב שונה וייתכן שאין לייחס מס הכנסה הצומח מעיסקה מיוחדת כ"ממון" של הרשויות והציבור.

69. ניתן לעשות זאת על ידי דיווח על הכנסות מהימורים או על ידי שאינו גובה את מה שמגיע לו מהוצאות צדקה מוכרות וכו'.

70. ראה לעיל פרק "גרימת נזק על ידי אחר". אמנם המוכר שקיבל רשיון עסק והתחייב לשמש כמוכס של המדינה לגביית מע"מ דומה לשליש שקיבל עליו אחריות, אך הקונה לא קיבל על עצמו תפקיד או אחריות כלפי הציבור לעניין מע"מ.

71. ראה"ש בבא קמא פרק ב סי' ו.

72. ראה גם תוס' בבא קמא כ' ב' ד"ה הא איתהנית. אולם ניתן לחלק בין אוכל חיסרון בגוף הדבר ממש כמו במקרה של התוספות והרא"ש ובין מקרה שמתרבה כספו כמו בדין "נשרף המשכון" בשו"ע חו"מ סי' ע"ב סעיף מ"ד וכן נזכר בשו"ת בית אפרים חו"מ סי' כ"ח. מכל מקום, כשהנהנה גם גרם במעשיו להחיסרון, אף שלא היה חייב מדין גרמא לבד, חייב לשלם כשאכל חיסרון שגרם. כן מובא בספר דברי חיים (אוירבך) דיני גניבה וגזילה סוף סי' ל"א. ראה כתר כרך ה חלק שני פרק תשיעי סי' ה שהביא סברא זו לחייב פיצוי ממוני בהשגת גבול.

פנים, ייתכן לחייבו גם חיוב מושאל כמו שותף לגניבה ושליח לדבר עבירה, והדבר תלוי בכוונות המוכר והקונה.

כששניהם מכוונים וקושרים קשר להעלים את העיסקה, הקונה נחשב שותף ממש למוכר בגניבה של המע"מ והמסים. אף על פי שהחוק אינו מטיל על הקונה את האחריות לשלם את המע"מ, ניתן לראות זאת כאילו הסכימו הקונה והמוכר ביניהם להעלים את העיסקה, והמוכר יגנוב את כספי המסים ויתחלק בגניבה עם הלקוח שיקבל את חלק המע"מ. על פי שיטת רש"י, הגדרת שותפים בגניבה כולל גם מקרה כזה שהאחד גונב על דעת חבירו ומתחלק איתו.[73]

כמו כן, אם המוכר שוגג בגניבה של המסים בעוד שהקונה מזיד, כמו למשל שהמוכר טועה בהלכה ומורה היתר בדבר, לשיטת התוספות נחשב המוכר שליח לדבר עבירה כלפי הקונה ובזה אומרים יש שליח לדבר עבירה והקונה חייב על הגניבה.[74]

מסקנה

אסור לבצע עיסקה עם מוכר או נותן שירות שאינו מורשה ומבריח את המע"מ אשר אמור לחול על העיסקה. בדיעבד, ייתכן שחייב הקונה מדיני שמים להחזיר את המע"מ שהוברח, במיוחד אם הוא קשר קשר עם המוכר להבריח את המע"מ ו"אכל" את המע"מ שנחסר.

נראה שכאשר אין הברחה של מע"מ על העיסקה עצמה ואין נזק תחרותי נגד בעלי הרשיון על ידי הוזלה בצורה שאינה הוגנת, מותר לקנות מעוסק כללי שאינו מורשה אף על פי שהעוסק מעלים את מס ההכנסה על העסק שלו.

ד. תפילין "שחורים"

מצוי לפעמים אצל אלו שעוסקים במלאכת שמים, כמו סופרי סת"ם, שאינם משלמים מסים על עבודתם. אפשר לנחש שהם מורים היתר לעצמם בטעות מדין פטור תלמידי חכמים ממסים[75] או שמרוויחים מעט מאד ופטורים ממילא מלרשום

---

73. ראה פרק מסייע בגניבה עמוד 295.

74. תוספות קידושין מ"ב ב' ד"ה "אמאי מעל." סברת התוספות היא שאין לומר "דברי הרב ודברי התלמוד דברי מי שומעין" כשהשליח אינו יודע "דברי הרב." הש"ך חו"מ סי' שמ"ח ס"ק ו חולק על התוספות ופוטר המשלח גם כשהשליח שוגג.

75. ראה פרק פטור תלמיד חכם עמוד 315. הגמרא (סוכה כ"ו א) מכיר בקטגוריה של עוסקין במלאכת שמים:"תניא, אמר רבי חנניא בן עקביא: כותבי ספרים תפילין ומזוזות, הן ותגריהן ותגרי תגריהן, וכל העוסקין במלאכת שמים, לאתויי מוכרי תכלת - פטורין מקריאת שמע, ומן התפילה, ומן התפילין, ומכל מצות האמורות בתורה, לקיים דברי רבי יוסי הגלילי. שהיה רבי יוסי הגלילי אומר: העוסק במצוה פטור מן המצוה", וכן נפסק בשו"ע או"ח סי' ל"ח סעיף ח. אמנם לגבי סוחרים בתשמישי קדושה מסייג המשנה ברורה (שם ס"ק כ"ד) "ותגריהם - אף שמרויחין מזה **ודוקא אם עיקר כוונתם כדי להמציאן למכור למי שצריך** להם אבל אם עיקר כוונתם רק להשתכר לא מיקרי עוסק במצוה [מ"א]" וראה בביאור הלכה (שם ד"ה "הם

כעוסק. השאלה היא לגבי כשרות חפצי קדושה, כמו תפילין או מזוזות, שהם מוכרים: האם מבריחי מס פסולים מעיקר הדין או שאין להם נאמנות, וכן האם יפסלו מטעם מצווה הבא בעבירה, וכן האם מותר לברך עליהם גם אם אינם ממש פסולים.

אף שמצינו מחלוקת בפוסקים לגבי כשרות בשר שנשחט בידי שוחטים שהבריחו מס הבשר, הנקרא "אקציז", הפסול לא היה מעיקר דין כשרות השוחט או נאמנותו אלא חרמות וגזירות מיוחדות שהטילו קהילות שונות כסנקציה נגד מבריחי המס. מעיקר הדין שוחט גנב כשר וגם נאמן.[76] גם סופר סת"ם אינו נפסל אלא במומר לעבודה זרה או מחלל שבת בפרהסיה או מומר לאותו דבר להכעיס.[77]

הגמרא מוכיח מהפסול של לולב הגזול ש"מצווה הבאה בעבירה" פסול, ודימה את הקפידה של ה' לקפידת מלך בשר ודם על הברחת מכס שלו.[78] לכאורה, אם קניית חפצי מצווה היה כרוך בהברחת מס ועבירה של גניבה, יהיה מצווה הבאה בעבירה כאשר משתמש בחפץ כזה לקיים איזה מצווה. אמנם בהמשך הסוגיה שם ממליץ רב הונא לסוחרי הדסים שכשקונים הדסים מנכרים, שהם בחזקת גוזלי אדמות, שיבקשו מהנכרי החשוד לגזוז את ההדסים בעצמו כדי שקנין הגזילה על ידי ייאוש לא יחול בידי הסוחרים אלא בידי הנכרי המוכר. רש"י מפרש שם שכשקונה הדס גזול מהנכרי, ומבקש מהנכרי לגזוז אותם כדי שיהא קנין גזל בידו, לא נחשב נטילת הדס הזה מצווה הבאה בעבירה, וכן אפילו אם הסוחרים יגזזו את ההדסים בעצמם, לא תהיה מצווה הבאה בעבירה לציבור הקונים מהם כיוון שמעשה הגזילה וקנין הגזילה לא נעשו בידי מי שנוטל את ההדסים למצווה.

ותגריהם") לגבי הסופרים עצמם אשר כוונתם להשתכר. מכל מקום, אין ללמוד מדין "עוסק במצווה פטור מן המצווה" לענין פטור תלמידי חכמים ממסים. מוזכר ברמ"א (חו"מ סי' קס"ג) מנהג לפטור גם סופרים ועוסקים במלאכת שמים: "תלמידי חכמים, פטורים ממסים, כמו שנתבאר בטור יו"ד סי' רמ"ג: הגה - יש מקומות שנוהגין שחזן בית הכנסת פטור ממסים, ומנהג הגון הוא וכן ראוי לנהוג (תרומת הדשן סי' שמ"ב). מיהו מדינא אינו פטור...". הסמ"ע שם מרחיב: "והוא הדין שאר המתעסקים בצרכי בית הכנסת, וכולם מדינא חייב דלא מצינו דפטור אלא תלמיד חכם, ושם ובמהר"ם מרוזבורק דיש מנהג דמי שאין לו זקוק כסף, דהיינו ה' לטרות מעות ווינ"ר פטור ממס ומלמד ומשרת וסופר נהגו שאם אין לו ב' זקוקים אינו נותן כלום אבל אם יש לו יותר נותן מהכל". מכל מקום, מפורש שאינם פטורים מעיקר הדין אלא תלמידי חכמים, ואם לא פטרום הציבור אין הסופרים ועוסקים במלאכת שמים פטורים.

76. שו"ע יו"ד סי' א' סעיף ד': "אם אבדו גדייו ותרנגוליו, או שנגנבו, ומצאם שחוטים כראוי, במקום שרוב ישראל מצויים, (וגם רוב גנבי העיר ישראלים), מותרים, בין שמצאם בשוק בין שמצאם באשפה שבבית, אבל אם מצאם באשפה שבשוק, אסורים."

77. שו"ע או"ח סי' ל"ט ומשנה ברורה שם ס"ק ו' ועיין שם (ס"ק כ"ד) שציין דיני נאמנות עד אחד באיסורין לפי הרמ"א (יו"ד סי' ק"ט סעיף ב) שפסק במפורש "עובר עבירה לתיאבון, לא מקרי חשוד", וכן ציין המשנה ברורה (סי' כ ס"ק א) את הרמ"א לגבי כשרות ונאמנות לענין עשיית ציצית.

78. סוכה כ"ט ב' – ל' א'.

בשו"ת מנחת ש"י[79] דייק מכאן שהמסייע לגנב או החולק עם הגנב וקונה ממנו חפצא של מצווה, לא יהיה פסול של מצווה הבאה בעבירה, שהרי כאן מסייע הקונה לסוחר לגזול (או מסייע הסוחר לנכרי לגזול) כשמבקש ממנו לגזוז ולמכור לו את ההדסים ורש"י מפרש שאין כאן מצווה הבאה בעבירה. אמנם, דיוקו מבוסס על ההנחה שבמקרה של הגמרא יהיה איסור של מסייע או חולק עם גנב, ואם כן האיך הורה רב הונא להתיר לכתחילה לסוחרים לעשות כן? מעבר לכך תמוה מה שמקשה הגמרא שהסוחר יגזוז בעצמו ויקנה בשינוי רשות כשמוכר לציבור או שיקנה לעצמו על ידי שינוי מעשה, והרי האיך יכול הסוחר לגזוז ולגזול את ההדסים לכתחילה?! המפרשים הקשו כך על הגמרא והעמידו את סוגיית הגמרא כשיש רק חשש גזילה, ורוב האדמות של הגוים אינם גזולים.[80] לכן נשאר רק חומרה של חשש מצווה הבאה בעבירה.

אלא שלפי זה יוצא חידוש בכיוון ההפוך, שגם במקום חשש מיעוט דמיעוט עדיין יש חומרא בקיום מצוות של מצווה הבאה בעבירה. לדעת התוספות[81] וחלק מהראשונים אחרים שמצווה הבאה בעבירה היא רק כשיש עבירה במעשה המצווה ולא כשכבר ביצע את העבירה לפני כן, לא יהיה מצווה הבאה בעבירה כשיש עבירה בביצוע עיסקת הקנייה של חפץ של מצווה, כיוון שאין במעשה ובשעת קיום המצווה שום עבירה. אמנם לדעת רש"י[82] וראשונים אחרים, קיימת מצווה הבאה בעבירה אם עושה מצווה בחפץ שנעשה בו עבירה לפני כן, כמו למשל בקנייתו. לכן לדעתו כאשר קיים איסור מסייע או חולק עם גנב בעיסקת קניית תפילין, מזוזה, מצה, ד' מינים וכו' ייתכן שאינו יוצא ידי המצווה כיוון דהוי מצווה הבאה בעבירה.

---

79. שו"ת מנחת ש"י (שור) חלק ב סי' פ"ה.

80. על פי פירוש רבינו תם בספר הישר חלק החידושים סי' ק"כ שפירש בסוגייה "אבל הכא גבי אוונכרי בסוכה בלולב הגזול, אין רוב קרקעות נגזלות והוי שנוי רשות בהיתרא אלא משום דלא תיגלי מילתא למפרע דגזולה היא אמרינן דליגזזו אינהו". ראה גם פני יהושע (סוכה ל' ב' ד"ה והנראה) שפירש: "אלא על כרחך כדפרישית בסמוך דודאי אין כאן שום איסור גזילה ממש דהא דסתם עכו"ם גזלי ארעתא נינהו **אינן אלא מיעוטא דמיעוטא ומהיכא תיתי נחוש לה**, דאפילו את"ל שזה העכו"ם בעל הקרקע ממיעוטא הוא אפ"ה מאן יימר שזו הקרקע וזה האילן גזולה בידו, **אלא ודאי דעיקר מילתא דרב הונא היינו לחומרא בעלמא** שאם יבוא אדם ויערער הוי למפרע מצוה הבאה בעבירה והוי נמי ברכה לבטלה ובוצע בירך ניאץ ה'. וא"כ לפי"ז יפה כתב רש"י דאפילו למ"ד יאוש כדי קונה אפ"ה מידי חשש מצוה הבאה בעבירה לא נפיק, דשמא יבוא ויערער ולומר שלא נתייאש. וא"כ לפי"ז לענין שינוי מעשה מקשה הש"ס שפיר ולקנייה בשינוי מעשה, וא"כ תו ליכא חשש מצוה הבאה בעבירה כלל כיון דודאי קונה בשינוי מעשה וכן בשינוי השם דבסמוך, כן נראה לי נכון ודוק היטב."

81. תוספות סוכה ל' א' ד"ה "משום דהוה ליה" וכן בבבא קמא ס"ז א' ד"ה "אמר עולא" וגיטין נ"ה א' ד"ה "מאי טעמא".

82. סוכה ל' ב' ד"ה וקרקע" וד"ה "בידן".

גם אם לא נפסל החפץ של מצווה מטעם מצווה הבאה בעבירה, יש עוד חומרא בקיום מצוות של "בוצע ברך נאץ ה'",[83] שאסור לברך ברכת המצוות על חפץ שיש לו פגם של עבירה.[84] החומרא של בוצע ברך אינו מוגבל להגדרות של מצווה הבאה בעבירה וגם במקרים שבדיעבד אינו נפסל חפץ למצווה, עדיין ייתכן שיש איסור לברך עליו. למשל, בקונה תפילין גזולים, יש שאסרו לברך עליהם אף על פי שיוצא ידי חובתו בהם ורק הגזלן עצמו נפסל בדיעבד לצאת בהם.[85] מכל מקום, ענין "בוצע ברך" מתייחס רק למי שעשה איזושהי עבירה, כמו לקנות מן הגזלן, שאז הקניה מהווה את ה"מכה בפטיש" של הגזילה.[86]

יוצא מזה, שכאשר יש עבירה של מסייע וכדומה בקניית חפץ למצוה ממי שעוסק בשחור,[87] ייתכן שאסור לו לברך על עשיית המצוה, אבל לאחר, כמו לבנו שקנה לו תפילין, לא תהיה בעיה. עם זאת, ניתן ללמד זכות על התופעה המצויה שאנשים אינם מקפידים בכך וקונים סת"ם במזומן מסופרים העוסקים ב"שחור" כשברור שמעלימים את העיסקה מעיני רשויות המס. העוסקים עצמם, בדרך כלל, מחזיקים את עצמם בגדר תלמידי חכמים הפטורים ממס ומדמים שהם פטורים מרישוי

---

83. תהלים י': "כי הלל רשע על תאות נפשו ובוצע ברך נאץ ה'".

84. שו"ע או"ח סי' תרמ"ט סעיף א " ומיהו לא יברך עליו" על פי הגמרא בבא קמא צ"ד א' "דתניא, ר' אליעזר בן יעקב אומר: הרי שגזל סאה של חטין, טחנה, לשה ואפאה והפריש ממנה חלה, כיצד מברך? אין זה מברך אלא מנאץ, ועל זה נאמר: בוצע ברך נאץ ה'", ופירש רש"י שם "בוצע ברך - גוזל ומברך, בוצע – כמו כל בוצע בצע."

85. משנה ברורה סי' כ"ה ס"ק נ"ד: "[מותר לברך על תפילין שאולין, ולא על] גזולין - דה"ל מצוה הבאה בעבירה ואפילו אחר יאוש ואפילו בדיעבד לא קיים מצות תפילין. אך אם מכר התפילין לאחר יאוש לאחר דעת המגן אברהם בסי' תרמ"ט והמחצית השקל לעיל בסי' י"א [ודעת שו"ע הרב] דיוכל השני לברך דלדידיה הוי יאוש ושינוי רשות **אכן הט"ז והגר"א בסימן זה כתבו בהדיא דבכל גווני אסור לברך אף דלענין לצאת בהם משמע מדברי הגר"א דיוצא בהם אך לענין הברכה אסור מכל מקום משום בוצע ברך דעל ידי לקיחתו יצא הגזילה מרשות הבעלים**. אך מי שלקח מהשני הזה נראה דיוכל לברך כן מצאתי בדמשק אליעזר [לאנדא חלק א] לעיל בסימן י"א ע"ש."

86. הגר"א מציין בביאוריו לשו"ע או"ח סי' תרמ"ט את הסבר הירושלמי (סוכה י"ב טור א) לפסול מצוה הבאה בעבירה "אי לו לזה שנעשה שניגורו קטיגור", או בלשון הבבלי (ברכות נ"ט א' ומקומות אחרים) "אין קטיגור נעשה סניגור", שמשמעותו היא שעושה המצוה בעצמו יש לו קיטרוג בחפץ של המצוה. אמנם הברייתא של ר' אליעזר בן יעקב מופיע בשינויים בירושלמי סנהדרין (פרק א דף ב טור ב, הלכה א) ובתוספתא סנהדרין (פרק א הלכה ב הוצאת צוקרמאנדל) בנוסח שונה מהבבלי: "תני רבי ליעזר בן יעקב אומר: מה תלמוד לומר ובוצע ברך נאץ יי'? משלו משל למה הדבר דומה לאחד שגנב סאה חיטין והוליכה לנחתום [נ"א טחנן ואפאן] והפריש חלתה **והאכילה לבניו** הרי זה מברך ואינו אלא מנאץ [נ"א היאך זה מברך, אין זה אלא מנאץ]". לפי גירסה זו נראה שמדובר בברכה של בניו, שהם לא גנבו ולא עשו עבירה, אבל יותר נכון שמדובר בברכת הפרשת חלה שעושה האבא שגנב בעצמו, והשינוי ש"האכילה לבניו" אינו חיוני לדין בצע ברך. הגירסה של הבבלי מופיע גם בילקוט שמעוני תהילים רמז תרמח.

87. ראה פרק לקוחות של עסק שחור כללי עמוד 367 וראה פרק ספק, חשש וחזקה של עוסקים עמוד 389.

כעוסק ולכן גם פטורים מגביית מע"מ. גם אם הם טועים בזה ומורים היתר לעצמם שלא כהלכה, ייתכן שאין בזה איסור מסייע וחולק עם הגנב.

מסקנות

הפטור ממסים לתלמידי חכמים אינו כולל סופרי סת"ם ועוסקים במלאכת שמים אחרים אלא אם כן הם בגדר תלמידי חכמים בלעדי התעסקותם במלאכת שמים. גם הפטור לתלמידי חכמים אינו פוטר אותם מרישוי כעוסק ומגביית מע"מ ממכירות שלהם.

סופר סת"ם המבריח מסים או הגונב אחרים באופן אחר אינו פסול לכתוב סת"ם, וגם נאמנותו לכשרות חפצי קדושה שהוא מייצר או מוכר אינה נפסלת.

במקום שיש עבירה של מסייע לגניבה או להזיק בעצם ביצוע עיסקת קניה ב"שחור" של חפץ מצוה, אסור למי שביצע את העבירה לברך ברכת המצוה על החפץ שקנה בעבירה. לאחרים שלא ביצעו את העבירה, לא בעצמם ולא על ידי שלוחם, מותר לברך. לכן אסור לכתחילה לקנות בשחור, לפחות במזיד, חפץ למצוה שיש עליו ברכת המצוות, כיוון שבזה מונע את הברכה על המצוה.[88] מכל מקום, בדיעבד אין החפץ נפסל להמצוה לגמרי מטעם "מצוה הבאה בעבירה", ויוצאים בו ידי חובת המצוה.

במקום שיש ספק אמיתי אם המוכר עוסק בשחור או שהמוכר מבריח איזה מס האמור לחול על העיסקה, אף שהקונה התרשל מלברר את המציאות, יכול הקונה לברך ברכת המצוה על החפץ שקנה אפילו אם מתברר לו אחרי כן שהמוכר אכן מתעסק בשחור והבריח מסים בעיסקת הקניה.[89]

ה. ספקים של עסק שחור

האם מותר למכור טובין או לספק שירותים הנצרכים ליצירת הכנסה של עסק "שחור"?

באופן כללי, התשובה היא שההלכה, כמו שהזכרנו, אינה מטילה סנקציה של חרם כללי על עבריינים או על פעילות עסקית שלהם, למרות שלכאורה יש בעיה של מסייע או מחזק ידי עוברי עבירה בכל מי שמאפשר להם להמשיך בעבירה. למען האמת, בלי ספקים של חומרי גלם, כח אדם, מלאי, וכו' בודאי לא היו העסקים השחורים יכולים להמשיך לפעול באיסור. מכל מקום אין עבירה בעצם עיסקאות קניה שלהם אלא בעיסקאות מכירה שלהם, ומי שמוכר להם יכול לבצע את

88. ראה קושיות הפני יהושע והאחרונים של הסוגייה בסוכה ל': ד"ה ולגזזו אינהו, ומגן אברהם סי' תרמ"ט ס"ק ב.

89. ראה סוגיית חטאת הגזולה שלא נודעה לרבים שהיא מכפרת מפני תיקון המזבח (גיטין נ"ה א'-ב' ותוספות שם ד"ה "מאי טעמה".

העיסקה כדין ולגבות את המע"מ השייך לעיסקה ולהוציא לקונה חשבונית מס כדין, בניגוד ללקוחות הקונים מעסק שחור, כנזכר לעיל, שיש הברחת מע"מ ועבירה בעצם ביצוע העיסקה. הדבר דומה לסוחרי פירות שביעית, שהגמרא אסרה לקנות מהם רק את האתרוג, שעליו קיים חשש שביעית ואיסור מסחר, ולא את הלולב, כיון שאין לגביו חשש שביעית ואיסור מסחר אף על פי שבאופן כללי עוזרים לסוחר להמשיך לסחור באיסור.

באופן פרטי, התשובה לגבי האיסור דלפני עוור נחלק לשניים: (א) ההכשלה הרוחנית בעבירות דגניבה ויורד לאומנות חבירו (ב) וההכשלה הממונית של קופת ציבור והמתחרים על ידי הנזק מהעסק השחור. לגבי ההכשלה ה"רוחנית" בעבירה העתידית של העסק השחור, נתחיל בשאלה ספציפית: האם מותר להשכיר משרדים או חנות לעסק שחור? לגבי השכרת משרדים או חנות לעסק המחלל שבת, השאלה נידונה כבר בכתר כרך ב[90] והתשובה סובבת על ההבחנה בין איסור דאורייתא של לפני עוור כשמדובר "בתרי עברי נהרא" לבין איסור דרבנן של מסייע עוברי עבירה כשמדובר "בחד עברא נהרא", כאשר נבאר לקמן. למעשה, למרות הספיקות בטעמים שהועלו להיתר, הפוסקים הכירו במציאות הנפוצה שמקילים בזה—"פוק חזי מה עמא דבר"—והסתייגו מלהחמיר מטעם זה, והסתמכו על מגוון קולות ולימודי זכות.[91] נדמה שהדין בהשכרת משרד או חנות לעסק שחור לא יהיה שונה מזה.

באיסור דאורייתא דלפני עוור מבחינה הגמרא בין סיוע חיוני המאפשר ביצוע עבירה, מה שמכונה בדוגמה של המושיט כוס יין לנזיר ואבר מן החי לבן נח "תרי עברי נהרא"[92], לבין סיוע שאינו חיוני לביצוע העבירה. באופן כללי, השכרת דירה, משרד או חנות לעבריין אינו נחשב סיוע חיוני כיון שתמיד יכול העבריין להשכיר מקום אחר ולבצע את העבירה ממילא. אף שגם למשכירים אחרים שייך האיסור דלפני עוור[93], לא כולם יבחינו שמדובר בעסק שחור או שאסור לספק לעסק שחור סיוע חיוני.[94] גם ניתן לחלק בין המספק חפצא של איסור, כמו כוס יין לנזיר או אבר מן החי לבני נח, או במספק חפצא שייעשה בגופה איסור, כמו בהמה דקה לעכו"ם ביום אידם או שדה לכותי בחול המועד, לבין המספק חפצא שאינה משמשת ממש

90. כתר כרך ב מאמר "שמירת שבת בכלכלה המודרנית", הרב שלמה אישון פרקים ט-י'.
91. ראה שו"ת מהרש"ם חלק ב סי' קפ"ד, שו"ת דברי יציב או"ח (חלק א) סי' ק"ו (שכתב "ולא שמענו כזאת מעולם לאסור להשכיר למחללי שבתות דירות וחנויות, ופוק חזי מאי עמא דבר"), ומאמר המקיף של הרב חיים אבערלאנדער בקובץ אור ישראל שנה י"ג מספר ד.
92. עבודה זרה ו'.
93. לדעת המשנה למלך (הלכות מלוה ולוה פרק ד הלכה ב) נחשב מצב כזה תרי עברי נהרא.
94. ראה כתר כרך ב שם פרק ט הערה 9. אולם ראה קובץ אור ישראל שם שנטה המחבר להגדיר השכרת חנות לתרי עברי נהרא מכמה טעמים.

לצורך מעשה העבירה.[95] כיוון שהמשרד או החנות של עסק שחור אינו חפצא של איסור ולא ייעשה איסור בגוף הדבר, אלא העסק יבריח מסים מהרשויות בביצוע עיסקאות שם ובניהול ספריו שם, כבר לא מדובר "בתרי עברי נהרא" וגם לא בלפני עוור דאורייתא בכלל.

גם במצב של "חד עברא נהרא" קיים עדיין איסור מסייע מדרבנן, אלא שבאיסור מסייע יש מספר תנאים שיכולים לפטור מאחריות את מי שמשכיר חנות לעסק שחור.[96] אחד, החידוש בלפני עוור שגם סיוע שלא בשעת מעשה העבירה אסורה, כמו במכירת בהמה גסה לעכו"ם שאסור מטעם שמאוחר יותר יזבח אותה לעבודה זרה, לא שייך באיסור דרבנן של מסייע.[97] כמו כן, במומר או בעובר עבירה במזיד אין חיוב על אחרים להפרישו מעבירה ולכן אין איסור מסייע. מעבר לכך, כאשר יש צד של ספק שבפועל תעשה העבירה, אפילו בתליה רחוקה, לא קיים איסור מסייע.[98] הפוסקים גם מצרפים כל אחד מהיתרים אלו לסניפים כדי להתיר סיוע לעבריינים, ולמעשה אין סיבה לאסור על משכיר להשכיר משרד וכו' בגלל הכשלה רוחנית עתידה של השוכר.

אולם מכל מקום, ראינו לעיל שבעבירה שיש נזק לצד שלישי, כמו גניבה, חוזר הפן המקורי של איסור לפני עוור—שמכשיל וגורם היזק לאחרים—וחלים הכללים של דיני גרמא ואיסור גרמא בניזקין, וההיתרים האלו שייכים רק בנוגע להכשלה רוחנית. באיסור גרמא בניזקין חייבים אנו לבחון את מהות הסיוע והקשר הסיבתי והמעשי לעבירה, כיון שלא בכל מקרה יש להשליך את האחריות על המסייע כאשר יש גורם באמצע שמזיק במזיד, וכמו שניתן ללמוד מדיני מוסר.

במקרה שאין איסור מיידי בעצם ביצוע העיסקה מול העסק השחור, כלומר שביצוע העיסקה והתשלום נעשים בצורה תקינה וחוקית, נבחן את הגרמא במציאות כדי לראות האם ממילא היה מגיע אותו נזק לניזקים, כלומר העלמת המס והנזק להמתחרים העוסקים כדין. בהשכרת משרדים או חנות לעסק שחור, ברוב מקרים גם בלי השכרת משרד זה או חנות זו היה ממשיך העסק השחור לפעול ולגנוב ולהזיק והרי הנזק בגדר "מקלי קליי".[99] אבל לגבי שאלתינו בספק סחורה לעסק שחור תלוי הדבר בטיב הסחורה. אם הסחורה מיוחדת, שבפועל לא ישיג העסק

---

95. על פי הריטב"א (עבודה זרה ס"ג א' ד"ה אומר) שכתב "דמהכא שמעינן דכל **שאין אנו נותנין לו האסור עצמו** והדבר ספק אם יקח אסור אם לאו אין בו משום לפני עוור אפילו לגבי ישראל", וכן חילק במפורש בשו"ת מנחת שלמה סי' חלק א ל"ה אות ב, ושם חלק ב סי' צ"ז אות ה.
96. ראה כתר שם אות ב.
97. ראה שו"ת משיב דבר חלק ב סי' ל"א ול"ב.
98. אמנם היתר זה הוא מפני דרכי שלום, וכאשר יש נזק לצד ג', כמו קופה של הציבור, אין סברא לומר שיש ענין של דרכי שלום להתיר סיוע לעבריינים שפוגעים בממון של הציבור. גם אין ענין של דרכי שלום במכירה, כמוזכר בשו"ת משיב דבר שם על פי התוספות בגיטין ס"א .ד"ה משאלת
99. ראה לעיל דיון במושג "מקלי קלי" ומשמעותו לנידון שלנו, בפרק איסור גרימת נזק על ידי אחר עמוד 302.

השחור ממקור אחר, יש כאן גרימת נזק באיסור.[100] אולם אם הסחורה אינה מיוחדת, וממילא ישיג אותה ממקור אחר, אין איסור של גרימת נזק ומסייע.

למעשה, במקרה של עסק שחור ממש, קשה מאוד להינצל ממגוון של בעיות נלוות שיש בהתעסקות מולו. למשל, באמצעי התשלום הלא רגילים של עסק שחור עלול להיות בעיה מעיסקאות מכירה שלו אשר ללא עיסקאות הקניה שלו לא היה יכול להעלים. מוכר שבדרך כלל אינו מציע ללקוחותיו אמצעי תשלום דרך מזומנים ונענה לבקשה מיוחדת של עסק שחור לקבל תשלום במזומנים כבר מסייע ומשתף פעולה בהלבנת הון שחור, על ידי המרה לסחורות, ונכנס לגדר של חולק עם גנב. כמו שמתואר לגבי הקונה סחורה מהגנב—"לאו עכברא גנב אלא חורא גנב"[101]—גם מי שנותן למעלימי מס או גנבים אחרים מקום לגלגל ולהלבין את הכסף השחור שלהם נכנס לגדר זה.

בעיות יכולים לעלות גם בתיעוד עסקאיות וניהול ספרים. למשל, כאשר החוק מחייב להוציא חשבונית מס על מכירה וגם שיירשם בחשבונית את זיהוי (כולל מספר תיק למסים) הקונה ייתכן שעסק שחור הקונה יבקש לרשום את החשבונית בשם מישהו אחר או לא לרשום זיהוי הקונה בחשבונית. חוץ מעבירה על החוק ותנאי הרשיון שלו, יש כאן בעיה של "אל תשכן באהליך עוולה" בכך שמשאיר אצלו חשבוניות פיקטיביות.[102]

מסקנה

אסור לספק סחורה, ציוד או שירות חיוני וייחודי לעסק שחור אשר בלעדי הספק לא היה ממשיך לסחור בצורה זו או היה צריך לצמצם את עסקיו.[103]

אין איסור בעצם ההספקה של סחורה או ציוד שאינו ייחודי, כלומר שניתן להשיג מאחרים, לעסק שחור, הן מצד מסייע לעצם העבירה של העסק השחור והן מצד הנזק שגורם העסק השחור. כמו כן מותר להשכיר לעסק שחור מקום לחנות או משרד.

קיימות בעיות אחרות בנוגע למסחר עם עסק שחור, כגון סיוע להלבנת הון, סילופים ברישום חשבוניות וכו'.

---

100. לכאורה אם הלקוחות המורשים של הספק נפגעים מהלקוח שעוסק בשחור ומתחרה מולם, יכולים לתבוע מהספק להפסיק לספק סחורה לעסק ה"שחור".

101. קידושין נ"ו ב', גיטין מ"ה א'.

102. ראה פרק גרימת נזק עתידי על ידי אחר עמוד 305 לביאור עניין זה.

103. ראה פרק קניה מאריס חשוד עמוד 284.

ה. התעסקות מול עסק אפור

בגלל הסיכון והקושי להעלים לחלוטין עסק פעיל מפקחי רשויות המס, יש עסקים "אפורים" שנרשמים עם רשויות המס ומדווחים להם, אך הם מנהלים שני סטים של ספרים. באחד הם מציגים את ההכנסות והוצאות ה"כשרות", כלומר את חלק מההוצאות שקיבלו עליהם חשבוניות ואת חלק מההכנסות שהנפיקו עליהם חשבוניות, וספרים אלו הם להציג לרשויות המס לבד כדי שייראו בעיניהם כעסק תקין. לעומת זאת, בסט הספרים השני רשומים כל ההוצאות וההכנסות ה"שחורות", אלו שלא תועדו בחשבוניות רשמיות ולא נגבו עליהם מע"מ ואשר בדרך כלל שולמו במזומן או בצורה אחרת שאפשר להעלים. למשל, ייתכן שכל העיסקאות ששולמו על ידי כרטיס אשראי נרשמים כדין בפנקסי הספרים, והעיסקאות ששולמו במזומן אינם נרשמים שם אלא בפנקסים אחרים. למעשה, עסק שחור יכול להירשם כעסק לגיטימי כדי להרחיב את המכירות שלו ולהגיע ללקוחות הדורשים חשבוניות או שמשתמשים באפיקי תשלום רגילים. מאידך, ייתכן גם עסק מורשה שלכתחילה ירצה להרחיב את המכירות שלו ולהגיע ללקוחות שמבקשים לקבל "הנחה" מתשלום מע"מ תמורת תשלום במזומן, או שירצה העסק להוריד עלויות ייצור על ידי קניית טובין או שירותים בזול מספקים "שחורים".

ברור על פי מסקנתינו לעיל שהעלמת המסים, בין מס הכנסה ובין מע"מ, של העסק האפור אסורה משום גניבה וכן יש איסור גניבת דעת בהצגת דוחות כוזבים לרשויות המס.[104] העיסקאות המתבצעות בשחור אסורות גם על הצד הנגדי של העיסקה, כמו שכתבנו לעיל, אם ידוע לו על זה.[105] השאלה היא האם אסור להתעסק מול עסק אפור ידוע גם כאשר העיסקה מתועדת על ידי חשבונית מס כדין או משולמת באמצעי תשלום שאינם ניתנים להעלמה?

לכאורה, כיוון שהעסק מורשה ואין בעיסקה עצמה שום הברחת מע"מ, אין סיבה לאסור את ההתעסקות מול עסק אפור רק בגלל שהעסק גונב את רשויות המס בעיסקאות אחרות. לגבי קנייה מהגנב הדגיש הרמב"ם:[106] "אסור לקנות מן הגנב **החפץ שגנב** ועון גדול הוא שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנוב גניבות אחרות, שאם לא ימצא לוקח אינו גונב, ועל זה נאמר 'חולק עם גנב שונא נפשו.'" גם אם נבין מדברי הרמב"ם שהעיקר אינו בהגדרת איזה חפץ כגנוב או לא גנוב אלא במסייע ובעידוד גניבות אחרות מטעם "לאו עכברא גנב אלא חורא גנב"[107], עדיין קשה לראות איך בעסק אפור העיסקאות התקינות שנעשות כדין מעודדות או מסייעות לעסק האפור לבצע גם עיסקאות "בשחור". גם בבעיה של לפני עוור

---

104. ראה שקר וגניבת דעת במסים עמוד 242.

105. ראה פרק ספק, חשש וחזקה של עוסקים עמוד 389 לגבי האחריות לדעת.

106. רמב"ם הלכות גניבה פרק ה הלכה א. ראה פרק קנייה מגנב וגזלן עמוד 282.

107. קידושין נ"ו ב', גיטין מ"ה א'.

במסירת בהמה לרועה החשוד בגניבת מרעה של אחרים, התירה הגמרא להעביר בהמה לרועה כזה כיון שאינו חשוד לגנוב מרעה אלא כשרועה בהמות שלו, ולא אסרו להעביר אליו בהמות של אחרים בגלל שגונב מרעה בבהמות שלו.[108]

מסקנה

באופן כללי, אין איסור למכור לשאת ולתת עם עסק אפור ידוע, המנהל סט אחד של ספרי חשבונות תקינים וסט אחד של עסקאות המתבצעות "בשחור" ומעלים וגונב בכך מסים, אם העיסקה הנוכחית מתבצעת בצורה תקינה כחוק.

א. מילוי תפקיד וקבלת משרה בעסק אפור

א. מבוא

כמו שמותר להתעסק מול עסק אפור כלקוח או כספק, מותר גם להיות מועסק על ידם, בהנחה שאינו מעורב במעשה עבירה. על מנת לדעת מה מותר ומה אסור, עלינו לבחון את מכלול התפקידים הקיימים בארגון ולראות אם קיימת בהם בעיה של סיוע לעבירה.

ב. גזבר בעסק אפור

האם מותר לעובד בתאגיד לבצע הוראות שיסייעו לתאגיד לגנוב, לעשוק או להזיק ממון אחרים, כשיש סיכון למשרתו אם יסרב לשתף פעולה? למשל, האם מותר לגזבר ולמנהל חשבונות לרשום על פי מנהליהם פקודות חשבוניות לא מדוייקות? גם אם נסיק שמותר בדיעבד כשכבר עובד בתאגיד, האם מותר לכתחילה לקבל תפקיד כזה בעסק "אפור", כלומר עסק שמנהל שני סוגים של ספרים, כשצפוי מראש שיגיע למצבים שיצטרך לבצע הוראות שיסייעו לתאגיד לגנוב, לעשוק או להזיק ממון אחרים?

אם נקח את הגזבר למשל, נראה שהוא משתתף בתרמית של מעסיקו בצורה עקיפה ולא ישירה. תפקידו הוא לבצע תשלומים לפי הוראות המנהלים. אם אין שום דבר חריג ומעורר חשד או בלתי חוקי בביצוע התשלומים, אין שום איסור במילוי התפקיד אלא להיפך מצווה של פריעת חוב ותשלום שכר שכיר בזמן וכו'. מכל מקום בעסק אפור מן הסתם יהיו תחבולות שונות בביצוע התשלומים שהם אסורים על החברה ומהווים חלק מתרמית כלשהי.[109]

---

108. ראה פרק מסירת בהמה לרועה עמוד 277.

109. ראה למשל חוק מע"מ התשל"ו סעיף 47א:

קונה שהוא חייב במס, שרכש נכסים או שירותים לצורך עסקו או לשימוש בעסקו או לצורך פעילותו, חייב לנהוג כלהלן:

למשל, המנהל עשוי לבקש מהגזבר לדרוש מלקוח להעביר תשלום לחשבון של חברה אחרת, או מדינה אחרת, באופן שלא יצטרך לרשום את המכירה בספרי החברה.[110] לחילופין, המנהל ידרוש ממנו לגבות רק מזומן במכירה זו, כשמדובר בנוהל חריג לעסקה מסוג זה. כמו כן יש מקרים שבהם התבקש לא להוסיף מע"מ על סכום עסקה.[111] גם אם אין בעצם הפעולה מעשה עבירה, המעשה מהווה גורם חיוני בהצלחת התרמית.

בעיות נוספות עולות כשהגזבר מוציא תשלומים, למשל אם המנהל דרש שיתן תשלום במזומן, או שהספק דרש שישלמו לו במזומן או בשיק פתוח או לא למוטב בלבד או שהספק הזהיר שלא יתן לגזבר חשבונית או ש"יסדר" לו חשבונית ממקום אחר בסכום דומה וכו'.

ג. חילוק בתפקידים

נראה שצריכים לחלק בין תפקיד הכרוך בעצם מעשה העבירה ובין תפקיד כללי שאינו תומך ישירות בעבירה של החברה.[112] למשל, כפי שראינו,[113] לעניין הפירסום בערוץ רדיו לא מורשה ונסיעה במונית לא מורשה ייחשבו המפרסם והנוסע כמסייע בגלל שעצם שידור הפירסומת ועצם ההסעה בתשלום אסורים לעומד מולו ולכן

(א) עלה ערך הנכסים או השירותים על 276 שקלים חדשים אך לא הגיע ל-20,000 שקלים חדשים, ידרוש ממוכר שהוא עוסק מורשה **חשבונית מס או ישלם בהעברה בנקאית, בכרטיס אשראי או בשיק שהוא חתום עליו כמושך ונאמר בו כי התשלום הוא למוכר בלבד**;

(ב) היה ערך הנכסים או השירותים 20,000 שקלים חדשים או יותר, חייב הוא לדרוש ממוכר שהוא עוסק מורשה חשבונית מס ולא ישלם בשטרי כסף, ואם שילם בשיק מוסב יוסיף על גב השיק את שמו, חתימתו ומספר הרישום במשרד מס ערך מוסף.

110. המנהל מנסה בכך להעלים הכנסות או לגרור אותם לסביבת מס אחרת או להשתמש בהם כדי לשלם חובות של החברה ובכך להלבין את ההעלמות.

111. על פי חוק מע"מ סעיף 47א, חייבת החברה לדרוש מע"מ על כל עסקה ולפרוע את סכום המע"מ למדינה בכל דיווח דו-חודשי. העדר גביית מע"מ במקור עשוי לגרום להעלמת העסקה וסכום המע"מ ששולם בגינה.

112. בדיני ריבית קיימת הגדרה ברורה מי יש לכלול במעגל הגורמים הנכללים בעיקר מעשה האיסור. חז"ל דרשו (בבא מציעא ע"ה ב') מהפסוק "לא תשימון" שהוא כולל גם את העדים ואת הערב באיסור שימת ריבית, ויש מחלוקת בקשר לסופר (ה"לבלר" בלשון המדרש) שכתב את השטר אם גם הוא חייב. לכאורה המחלוקת תלויה בהגדרת גבולות האחריות למסייעים מן הצד למעשה העבירה של גביית הריבית באיסור. מכל מקום, הרמב"ם (הלכות מלווה ולווה פרק ד הלכה ב) הרחיב את מעגל האיסור הכללי של לפני עוור והכניס גם את הסרסור ואת כל מי שמסייע להלוואה. על פי הגדרה זו כמעט אין גבול, וכל מי שהביא לידי איסור הריבית בכל צורה שהיא כלול באיסור. ואכן בספר משפטי ריבית שקל להכניס גם את נהג אוטובוס שהוביל את הלווה לבנק למשכנתאות (המלוה שלא על פי היתר עיסקה) בכלל אלו שעוברים עבירה, מדין "אף הסופר" בריבית. ראה גם מרבה תורה סי' ק"ס הערה ד', שו"ת שבט הלוי חלק ח סי' ק"צ, שו"ת ישכיל עבדי חלק א יו"ד סי' ו.

113. ראה פרק פרסום ברדיו פיראטי עמוד 363 ופרק נסיעה במונית לא מורשה עמוד 365.

אסור גם עליו כנטפל לעבירה וכמסייע ידי עוברי עבירה וכחולק עם גנב וכו'. אולם, מי שמתדלק דלק למונית לא מורשה או משכיר משרדים לרדיו לא מורשה לא ישא באחריות לאיסורים הנעשים על ידי העומד מולו, כיוון שתפקידו אינו כרוך בעצם האיסור. ברור שמותר לתחנת הרדיו לשכור משרדים ומותר לבעל המונית לתדלק. אין לראות קשר סיבתי בין השכרת המשרדים או תדלוק המכונית לבין עצם מעשה העבירה או הנזק והסיוע אינו בגדר מעשה "גרמא" בניזקין.[114]

דוגמה גבולית הינה מי שעבודתו בפירסום למונית שאינה מורשה. מצד אחד, הוא מסייע למפעיל המונית למצוא לקוחות להסיע, שזהו עצם האיסור. מצד שני, אין בעצם הפירסום איסור אלא ההסעה בתשלום היא האיסור. עוד דוגמה גבולית הינה מי שעורך את תוכן השידור לרדיו לא מורשה, ובמיוחד כשהשידור משודר גם באמצעי חוקי כמו האינטרנט. מצד אחד, התוכנית עצמה תשודר באיסור והעורך מהווה חלק בלתי נפרד מהשידור האסור. מצד שני, עצם עריכת התוכן אינו מעשה איסור לתחנה ולכן לא אמור להיות אסור על העורך העובד למען התחנה.[115]

בקשר לגזבר שהצגנו לעיל, אם נגדיר את מעשה העבירה כניהול ספרים לא תקינים כמו איסור "אל תשכן באהליך עוולה"[116], יוצא שהגזבר משתתף בעצם העבירה ודומה יותר למוסר שבעצמו נותן ונוטל ביד שהוא מזיק ממש. אולם אם נגדיר את מעשה העבירה כתרמית וגניבה שייעשה בעתיד על ידי התאגיד בעזרת עבודת הגזבר, יוצא שהוא רק דומה למי שהראה ממון חבירו (והוא נחשב אנוס בגלל שזוהי פרנסתו) ואינו כעושה מעשה נזק ממש אלא כ"גרמא בעלמא".[117]

אותו דין שייך גם למנהל חשבונות, הרושם עיסקאות לפי נוהל העסק והוראות של הרו"ח ומנהל הכספים. כמו הגזבר, אין בעצם תפקידו שום בעייה על אף שהעסק עצמו מתנהל כעסק "אפור." אולם, כשנוהל התפקיד הוא לבצע את מדיניות ההסתרה וההונאה, לא יפטר מנהל הספרים מאחריות של מסייע ידי עוברי עבירה, אף שלא הוא קבע את הנוהלים ואין לו ברירה במילוי תפקידו. בפועל הוא מכין את הרשימות שיועברו לרו"ח לעריכת הדו"ח ומשם לרשויות ואחרים. אם נגדיר את

---

114. ראה דברינו לעיל בפרק "ספקים של עסק שחור" וראה מה שכתבנו שם לגבי איסור מסייע ולפני עיור בהכשלה רוחנית לעבירה.

115. נראה שהבחנה זו באה לידי ביטוי בסוגייה של "מוסר" ממון תחת אונס. הגמרא הביא ברייתא: "ישראל שאנסוהו עובדי כוכבים והראה ממון חבירו - פטור, ואם נטל ונתן ביד - חייב." לפי הרי"ף וסיעתו (בבא קמא קי"ז א'), בכל הברייתא מדובר באונס, ואונס אינו פוטר את המזיק. ההבדל בין "הראה" ובין "נטל ונתן" הוא שהראשון הוא גרמא והשני הוא מזיק ממש. (אולם ראה רשב"א שהביא מחלוקת בזה) במזיק ממש עצם המעשה אסור לכל המשתתפים בו ובזה אין פטור של אונס, אבל בגרמא אין איסור בעצם המעשה אלא שנגרם על ידו נזק, ובזה יש פטור של אונס.

116. איוב י"א, י"ד: "אם און בידך הרחיקהו ואל תשכן באהליך עולה". ראה דברינו באריכות בפרק איסור גרימת נזק על ידי אחר עמוד 302.

117. ביטוי זה משמש בבלי לפטור מאחריות נזק על ידי גרמא. ראה בבא קמא מ"ח ב', ס' א'.

יצירת דו"חות מוטעים כעבירה של "ואל תשכן באהלך עולה", יוצא שהוא חלק בלתי נפרד מהאיסור שנעשה על ידי העסק.[118]

אולם מכל מקום, יש סברא בדיני נזיקין להקל במקרה שממילא הנזק כבר נעשה, מה שנקרא "מקלי קלי", ולכן בפועל אינו גורם שום נזק במילוי תפקידו. ראה פרק "גבול האחריות לגרמא"[119] ומה שהבאנו שם מהרב משה פיינשטיין שהביא את סברת "מקלי קלייה" מדיני מוסר כדי לפטור את הרו"ח מנזק שיגיע לאנשים על ידי קנסות וגביות שלא על פי דין תורה בתיקים שיבקר וימסור לטיפול משפטי.

ד. הבחנה בין תפקיד מנהלי ומכני לבין תפקיד עם סמכות ושיקול דעת

על שאלה כמעט זהה לשאלת האגרות משה הנ"ל, "אי מותר לישראל להיות רואה חשבון (אקאנטאן בלע"ז)", הציג בעל משנה הלכות כיוון אחר, שבמבט ראשון נראה כחולק על קודמו.[120] הוא אסר קבלת התפקיד מדין מוסר (אפילו על הסכומים שהנישומים הבריחו שלא כדין וייאלצו לשלם כדין) ופסק: "לפי עניות דעתי אין לבן תורה לעבוד אצל הממשלה אם לא שיש לו משרה להיות רואה חשבונות של הממשלה או שיש לו ברירה שלא לבקר תיקי ישראל."[121] הוא התייחס לטענה של "מקלי קלייה" וכתב:

> ואין להתעקש ולומר דהכא שאני כיון דהממשלה מכל מקום יעברו על התיקים ואם לא יהיה הוא הרואה חשבון יהיה אדם אחר או עכו"ם או ישראל משומד וממילא ימסרו אותו. זה אינו כלום: חדא דמי יאמר שהשני יהיה זריז כמוהו ויבין שרימה את המדינה, שמא לא יהיה זריז ולא ימסרוהו. והשנית, שמא לא יקח את התיק שלו כלל דהרי כך הוא דרכם שהם לוקחים כמה תיקים לעבור עליהם ולא כל התיקים, ואפשר אם יהיה אדם אחר יקחו תיק אחר.

אמנם, מעיון בדבריו עולה שאינו חולק כלל על האגרות משה להלכה אלא מבחין בין מציאות שיש לגורם/"מוסר" שיקול דעת וסמכות בביצוע תפקידו—שבזה לא אמרינן "מקלי קלייא" כיוון "דמי יאמר שהשני יהיה זריז כמוהו"—לבין מציאות שאין לגורם/"מוסר" השפעה בזריזותו—שאז מרגע "שציוו מהממשלה לאחד להביא

---

118. במקרה זה מנהל חשבונות דומה לעדים על שטר אמנה, שמאחר שמוגדר כעוולה בעצם יצירתו, העדים חשובים כרשעים כשחתמו עליו. ראה רש"י כתובות י"ט ב'.

119. ראה שו"ת אגרות משה חו"מ חלק א סי' צ"ב.

120. שו"ת משנה הלכות חלק ו סי' שי"ג. התשובה נכתבה כשמנה שנים אחרי תשובת האגרות משה הנ"ל. ראה גם תשובות והנהגות חלק ג סי' תע"ו שדן בשאלה זהה.

121. אולם המשנה הלכות שם הוסיף לגבי רואה חשבון במגזר הפרטי: "ואולי הוא גרע מבעה"ב עצמו דאין שליח לדבר עבירה וא"כ אין בעה"ב עושה כלום אלא בשב ואל תעשה על כל פנים וה[רואה חשבון] הוא המבריח המס דהבעה"ב על פי רוב מניח על הרואה חשבון וכל מה שהוא אומר הוא עושה וא"כ הרואה חשבון הוא הוא המבריח המס ולא הבעה"ב."

להם ספרי חשבונותיו לבדוק ע"י רואה חשבונות, הרי כבר שולטים עליו למצוא פשיעתו ע"י כל רואה חשבונות שיהיה להם", כדברי האגרות משה.

על פי זה ניתן להבחין בין תפקיד בכיר בתאגיד כמו מנהל כספים, רו"ח ועו"ד שיש להם סמכות ושיקול דעת במילוי תפקידם לבין תפקידים זוטרים כמו גזבר ומנהל חשבונות שדברנו עליהם לעיל. בתפקיד בכיר אין להתחמק מאחריות על חלקו בשרשרת הניהול והביצוע של העבירה, כיוון שחלקו אינו בגדר "מקלי קלייה" ואי אפשר לומר בהחלטיות שהנזק ממילא ייעשה. באותה תשובה הזהיר בעל משנה הלכות שיש בעייה לקבל משרת רו"ח במגזר הפרטי כיוון:

> שע"פ רוב הוא עוסק בתחבולות של שקר ומבקש תחבולות להבריח המסים וזה אם הוא פועל אצל קאמפני יחידית היינו פרטי, ואפילו אינו גוזל ממש אבל כמה שקרים וכיוצא בזה הוא עושה כל היום ועכ"פ אינו יוצא מכלל מדבר שקר וליכא ונשאת ונתת באמונה, וצריך ליזהר בזה מאד.

לדעתו:

> [כ]שמבקש תחבולות של איסור ושקר וגניבה כדי לגנוב המס ודאי ליכא היתר, ואולי הוא גרע מבעל [העסק] עצמו דאין שליח לדבר עבירה, ואם כן אין בעל [העסק] עושה כלום אלא בשב ואל תעשה על כל פנים, וה[רו"ח] הוא המבריח המס, דהבעל [העסק], על פי רוב, מניח על הרואה חשבון וכל מה שהוא אומר הוא עושה ואם כן **הרואה חשבון הוא הוא המבריח המס ולא הבעל** [העסק].

לא ברור מתשובתו אם הוא התייחס לעובד שכיר או למשרד עצמאי של רו"ח, אבל הבעייה אמורה להיות יותר חמורה לעצמאי, שהוא אינו בגדר אנוס ויכול לסרב לשרת לקוח כזה. בשו"ת באר שרים[122] דן המחבר מכמה בחינות האם מותר לעורך דין לייצג יהודי התובע יהודי אחר ב"ערכאות" שלא כדין. הוא הגדיר את התובע כמוסר ומזיק וחייבו להחזיר כל מה שהוציא שלא כדין בהערכאות. על פי זה הוסיף המחבר לחדש שגם העורך דין יש לו דין מוסר מכיוון שמסייע למסור. לכאורה הע"ד מסייע לתובע בצורה עקיפה ויכול התובע להוציא כסף בערכאות גם בלעדיו והע"ד רק עוזר לו ומייעצו לסדר טענותיו והוכחותיו. למרות זאת, פסק המחבר שיש לע"ד עצמו דין מוסר. לאור הבחנתינו לעיל ניתן להבין שדווקא ע"ד אין עבודתו מנהלי ומכני אלא יצירתי, וזריזותו יכולה להכריע בין הצלחת התובע וכשלונו, ולכן אין הנזק בגדר "מקלי קליי."

ה. מסקנות

בתפקידים בעלי שיקול דעת וסמכות יש בהם איסור מסייע גם לקבלן וגם לשכיר גם אם אינו נטפל למעשה העבירה ממש אלא רק מסייע.

---

122. שו"ת באר שרים חלק ד סי' נ"ב.

תפקידים הקשורים בהכנת דוחות כספיים של תאגיד "אפור" או תאגיד שמבריח נגד החוק, כגון גזבר, מנהל כספים או רו"ח, אסור משום נטפל למעשה העבירה ממש שיש בהכנת הדו"חות, גם אם אין להם שיקול הדעת.

תפקידים שאינם קשורים לעצם מעשה העבירה ואין בהם שיקול דעת וסמכות שיכול להשפיע על ההצלחה של ההברחה והגניבה, אין עליהם איסור מסייע.

ו. תפקידים מיוחדים ודין שומר

יש עוד סברא להעלות את רמת האחריות של עו"ד או רו"ח בתפקידים מסוימים. העובדה שבעל מקצוע שכיר נבחר והועסק על ידי עסק אינה מחייבת באופן מוחלט שהאחריות הישירה שלו היא רק למעסיקו. יש תפקידים שבהם הציבור אינם אלא כמו כל אדם זר שאסור להזיק לו, אבל אין אחריות כשומר של אינטרסים מעבר לחיוב הכללי של מצות השבת אבידה, שבזו "חייך קודמים". אולם יש תפקידים שעצם קיומם נדרש על ידי חוק ומיועד לשמור דוקא על האינטרסים של אחרים, כמו למשל קצין ציות או רו"ח המבקר שהחוק דורש מעסקים מסוימים להעסיק אותם כדי לשמור על האינטרס הציבורי או המשקיעים.[123] למשל, בניגוד לעו"ד המייצג בעל דין בתביעה בבית המשפט שממנו החוק מצפה לייצג ולקדם, במגבלות מסוימות, את האינטרסים של לקוחתו, ולא מוטל עליו לדאוג לאינטרס של צד הנגדי או לאינטרס של המערכת הכללית לקדם אמת, צדק ומשפט, רו"ח המבקר דוחות של עסק נדרש לדאוג לאמינות ותקינות הדוחות של העסק. חיובי האחריות מדין "שומר" יכולים לבוא מהחוק, מעצם דרישות מילוי תפקידו או מדרישות אישורו וחתימתו, או מקודי האתיקה שמאמץ ומקבל על עצמו איגוד בעלי המקצוע או גוף המנפיק תעודות רשיון ומפקח עליהם.[124]

הנפקא מינא בהחלת דיני "שומר" על שכיר הוא שחלה עליו חובה, לא רק ב"שב ואל תעשה" אלא גם ב"קום ועשה", לדאוג ולאזן בין האינטרסים של מעסיקו ובין האינטרסים של הציבור שהוא שומר עליהם. ייתכן שבמסגרת כזאת יהיה בלתי אפשרי לייצג ולתת שירות מקצועי, כשכיר או כקבלן, לעסק אפור ידוע.

ז. שותף לגניבה ושליח לדבר עבירה

מעבר לאחריות שילוחית מדין לפני עוור ומסייע כאשר אחד נותן סיוע חיוני לגנב, ייתכן שגם המסייע עצמו נחשב כגנב וכשותף למעשה הגניבה כאשר יודע ומכוון להוציא לפועל את הגניבה. מפורש בגמרא שיש מציאות של "שותפין שגנבו"

---

123. ראה דברינו בפרק פן החיובי: הצלת ממון חבירו עמוד 307.

124. למשל, לפני כמה שנים אימץ לשכת רואי חשבון בישראל את "גילוי דעת 92 – אחריות המבקר לשקול אפשרות קיומה של תרמית במסגרת ביקורת של דוחות כספיים" שהוא מקביל לתקן (ISA) מספר 240 ו-315 שאימץ הפדרציה הבינלאומית של רואי חשבון (IFAC), המחייב את המבקר לפעול בספקנות מקצועית וחשיבה בוחנת כלפי אמינות שמידע שמציג לו את לקוחתו.

ששניהם חייבים לשלם מדין גניבה.[125] לדעת התוספות[126] מדובר רק במקרה ששניהם השתתפו בבת אחת במעשה קנין הגניבה ממש, אבל לדעת רש"י גם שותף סביל שלא השתתף במעשה הגניבה, ואפילו לא עשה שום מעשה אלא שקשר קשר והסכים להיות שותף ולהתחלק בגניבה, חייב כגנב עצמו.[127] אף שמדבריו משמע שדין זה שייך רק כשמשתתפים על מנת להתחלק בגניבה (ובתאגיד הרי רק בעלי התאגיד נהנים מהגניבה ולא העובדים), הגר"א[128] דייק בלשון רש"י על הגמרא "אמר לשלוחו צא וגנוב לי וגנב, פטור" שכתב "פטור – המשלח פטור מלשלם **כפל**, דקיימא לן אין שליח לדבר עבירה להתחייב שולחו, אלא שליח." אמנם מדובר במעשה גניבה שבוצע על ידי השליח, אך לדעת הגר"א בדעת רש"י שניהם חייבים **בקרן**, המשלח כיוון שהגניבה הגיע לרשותו והשליח "אף על גב דשליח לא נתכוין לקנות הגניבה אלא למשלח". לדעתו, על בסיס הבנה זו פסקו השלחן ערוך והרמ"א:[129]

> ראובן תבע לשמעון שנכנס לחדרו וגנב ספריו והוציאם מרשותו, והשיב שמעון: "אמת היה שהוצאתים, אבל כך היה המעשה: שבקשתני קרובתי כלתך להוציאם, כי לא יכלה שאתם, ולא ידעתי של מי היו וגם לא הגבהתים אך היא הגביהתם ונתנתם לי", שמעון חייב להחזירם, כי מה לו ליכנס לחדרו להוציא הספרים, וניכר הדבר **שכיון לסייע לגזול חמיה**. ומה שטוען שהיא הגביהתם ונתנתם לו, מכל מקום הרי טוען שהיו כבדים ולא יכלה שאתם, **וכיון שלא יכלה להוציאם משם אם לא סייעה, הוה ליה כאילו הוציאם הוא, ויגבה ראובן ממי שירצה**, מכלתו שהודית לו שהם ברשותה; ואם ירצה, יגבה משמעון: הגה - וכן אם הטמין הגנב הגניבה והוצרך לצאת מן העיר עד **שאינו יכול להבריח הגניבה**, ושלח אח"כ איש אחד להביא לו הגניבה, **השליח חייב לשלם, דהוא עיקר הגנב, מאחר שידע שהוא גניבה**.

בשני המקרים לא קשר המסייע קשר מראש לסייע וכל שכן לא להתחלק בגניבה וגם לא עשה את מעשה הגניבה המקורית, ומכל מקום חייב כגנב עצמו על הסיוע החיוני[130] מדין גניבה, לפחות לדעת הגר"א, בגלל הידיעה שיש כאן גניבה שמסייע

---

125. בבא מציעא ח' א': "תדע, שאילו אמר לשלוחו צא וגנוב לי, וגנב - פטור. ושותפין שגנבו – חייבין."

126. תוספות שם ד"ה "ושותפים שגנבו".

127. רש"י שם ד"ה פטור "ואילו שותפין שגנבו – והאחד הוציאה מרשות בעלים לדעתו ולדעת חבירו, אמרינן בבבא קמא (ע"ח ב') דחייבין." ראה ערוך השלחן חו"מ סי' שנ"ב סעיף י"ג. ראה קצות החושן שם ס"ק ג' שהקשה על התוספות שאין לחלק בין הגביהו שניהם להגביה אחד לטובת שניהם.

128. ביאור הגר"א שו"ע חו"מ סי' שמ"ח ס"ק כ"ה.

129. שו"ע שם סעיף ח.

130. ראה ערוך השלחן חו"מ שמ"ח סעיף י"ג כתב "ודוקא כשלא היה מסייע בהגניבה סיוע שיש בה ממש [פטור] ... ואע"פ שהיא עשתה הקנין של הגבהה מ"מ הרי היא לא יכלה בעצמה להוציאן

בהצלחתה בפועל. גם הכלל ד"אין שליח לדבר עבירה" אינו מוחלט, לפחות להתיר שום דבר לכתחילה, ויתכן שבגניבה ונזיקין על ידי תאגיד יהיו אסורים בדרגות שונות של ההיררכיה הניהולית כמשלח לדבר עבירה או כשליח.[131]

ח. מסקנה

ישנם תפקידים שבהם נדרש מעובד בארגון לשמור על האינטרסים של הציבור. במקרים אלו יש לו חובה מדין שומר לדאוג לממון הציבור, ואם הוא רואה בעיה בארגון ומשתף פעולה להעלים את הבעיה, ובכך גורם הפסד לציבור, הוא נחשב כשותף לדבר גניבה.

ב. קנוניה בניכוי במקור על פי הצהרת שקר של שכיר

יש עוד סוג של עוסק אפור שאינו עוסק מורשה בכלל אלא שכיר שמשכיר את עצמו ללקוחו, עוסק מורשה, כדי שיוכל הלקוח לשלם לו בצורה תקינה על העבודה שהוא מבצע עבורו, כיון שהשכיר עצמו אינו יכול להוציא דרישת תשלום ללקוח שלו. לפעמים משכיר השכיר את עצמו לעוסק אחר שאינו "לקוח" שלו אלא עומד במקומו לקבל את התשלום מהלקוח שלו נגד חשבונית ומסכים להוציא לו את התשלום דרך תלוש משכורת כדי שהשכיר, שבדרך כלל מתעסק בשחור, יוכל לבצע את העבודה ללקוחו, שהוא עוסק מורשה, בצורה תקינה.

ונחשבו כמו ששניהם גנבום ולכן יגבה ראובן או מכלתו שהספרים כעת ברשותה או משמעון, ודוקא כשלא יכלה להוציאן לבדה אבל אם היה ביכלתה להוציאן לבדה והוא סייעה להוציאן אע"פ שעשה איסור לסייע ידי עוברי עבירה מ"מ אינו חייב לשלם כשאין הנגיבה עתה ת"י דמסייע אין בו ממש כשביכולת הראשון לעשות לבדו והוא לא כוון לגנבם אא"כ הגניבה ת"י דאז מחוייב להחזיר לבעלים ואם לא עשה כן גובין הבעלים ממנו כשירצו ... אבל אם כוון גם הוא לגנוב והיה שותף בהגניבה חייב גם בכה"ג [של סיוע שאין בו ממש] דשותפין שגנבו חייבין שניהם ועמ"ש בסי' שנ"ב סעיף י"ג."

131. ראה דברינו בענין שליח לדבר עבירה בפרק מסייע בגניבה עמוד 295 ובפרק איסור גרימת נזק על ידי אחר עמוד 302. כאשר עובד בתאגיד שולח עובד אחר של התאגיד לעשות מעשה של גניבה או עושק למען התאגיד, ושניהם אינם בעלים בתאגיד, לא ברור שהם נחשבים שותפים לגניבה, אפילו על פי הגדרת שותפים לגניבה של רש"י, וגם לא ברור למי לייחס את העבירה של גניבה כיוון שהשליחות בטלה מדין אין שליח לדבר עבירה, במיוחד במעשה גניבה שלא נכנס שום חפץ גנוב לרשותו של השליח. מכל מקום ייתכן דין מזיק ומוסר למשלח ולשליח. עיין עוד בביאור מהרי"פ בסוף שו"ת מהר"י מינץ עמוד נ"א, שיעורי ר' שמואל רוזובסקי בבא מציעא י' ב', שו"ת מעיל צדקה חלק ב סי' ט"ו ושו"ת רשב"א חלק ד סי' ב (הובא בבית יוסף חו"מ סי' קע"ז ה). ראה שו"ת שבות יעקב חלק חו"מ סי' קס"ה שחייב בדין ישראל שמכר ברמאות סחורה פגומה לישראלים על ידי גוי, וכתב שהכלל דאין שליח לדבר עבירה לא שייך "אם השליח מוחזק בכך לעשות כן ... דהוי כאינו שומע לדברי הרב". וראה הערת בעל נחלת צבי (חו"מ סי' קפ"ב) על השבות יעקב, ולדעתינו החיוב שם אינו מטעם שליח של אדם כמותו אלא מטעם מזיק ומוסר ולכן סייג שם בעל השבות יעקב שאם לא צוה לשליח במפורש למכור את הסחורה הפגומה לישראלים אלא נתן הסחורה למכור סתם הוי רק גרמא בעלמא ופטור (אבל אסור).

הבעיה מתחילה בזה שהעוסק המשלם לשכיר הזה עם תלוש משכורת חייב על פי חוקי המס לנכות במקור מס הכנסה ומסים אחרים מתשלום המשכורת ולהעביר אותם לרשויות המס על חשבון המס של השכיר. שיעור הניכוי במקור תלוי בהשערה של גובה המס שיחייב השכיר לשלם על המשכורת, ובנוי בין היתר על נתונים לגבי הכנסות אחרות שיש להשכיר. את הנתונים הללו מספק השכיר למעסיקו על פי טופס הצהרה רשמי[132] וחותם עליו. אף שהמעסיק אינו מעביר את טופס ההצהרה לרשויות, שיעור הניכוי במקור נגזר מהטופס.

יש אינטרס משותף בין המעסיק ובין השכיר לנכות כמה שפחות כדי להגדיל את התשלום ה"נטו" שיקבל השכיר, שבדרך כלל הוא המחיר הקבוע שציטט השכיר והסכים עליו המעסיק. לכן, המעסיק מעדיף להתנהג בעיוורון מכוון כלפי כנות ההצהרה של השכיר, וגם אם יצהיר השכיר על הטופס שאין לו שום הכנסה אחרת, דבר שידוע למעסיק כשקר, נוח לו להסתמך על ההצהרה כיוון (א) שלא מדובר במס שהוא בעצמו חייב ומבריח אלא במס של השכיר שהמעסיק אינו אלא גובה כשליח וגבאי של הרשויות בעל כרחו, (ב) בהסתמך על ההצהרה הוא יכול לפטור את עצמו מאחריות לרשויות על העלמת מס של השכיר. יש כאן מעין קנוניה לא מפורשת בין השכיר והמעסיק לנצל את רשויות המס לטובת שניהם.

האם מותר למעסיק לשתף פעולה ולהסתמך בעיוורון מכיוון על טופס הצהרה של השכיר כאשר יודע או חושש שהנתונים בו אינם נכונים?

לא מצאנו תשובה ברורה בחוק האזרחי. מצד אחד, פשוט שאם העובד מגלה במפורש למעסיק שהנתונים שהצהיר עליהם בטופס אינם נכונים אין למעסיק להסתמך עליהם במילוי חובתו לבצע ניכוי במקור—הרי העובד סותר את הצהרתו ואיך אפשר להסתמך עליו. מצד שני, נראה שאם העובד יוציא "תיאום מס" רשמי מרשויות המס, שניתן למעסיק להסתמך עליו בחישוב הניכוים במקור גם אם העובד מגלה לו שהוא הוציא את התיאום על ידי הצהרות שקר לרשויות המס. ההבדל בין שני המקרים הוא שבניכוי על פי תיאום מס מבצע המעסיק תפקיד טכני בלבד בחישוב וביצוע הניכוים ומעביר את הסיכון ואת האחריות על חובת הניכוי לרשויות המס, מה שאין כן בניכוי על פי הצהרת העובד למעסיק אפילו על גבי טופס רשמי.

לכן לדעתינו, צריכים לשקול כל מקרה לגופו ולנהג בתום לב כלפי האחריות שמטיל עליו הציבור לבצע ניכוי במקור.

---

132. כרטיס עובד, או בארה"ב טופס W-2.

ג. חשבוניות והוצאות של "עסק אפור"

א. תפעול של עסק אפור

הזכרנו לעיל שעסק אפור מנהל שני סטים של ספרים, שבאחד מהם רושם גם הכנסות (מכירות) וגם הוצאות (קניות) שאינן בסט הספרים הרשמי. עוסק אפור, ככל עוסק מורשה שמדווח על הכנסותיו והוצאותיו באופן שוטף לרשויות המס ומחשב את רווחיו ואת חבות המס, חייב לגבות את כל ההוצאות המוכרות שלו באמצעות קבלות וחשבוניות שניתנות להנפקה רק ע"י עוסקים מורשים אחרים שמדווחים על הכנסותיהם כחוק. במציאות של עוסק אפור יש הרבה ספקי חומרים ושרותים שעובדים ב"שחור" כלומר, שאינם רשומים ברשויות המס וגם לא מדווחים על הכנסותיהם. כאשר עוסק רשום קונה מהם, הוא אינו מקבל חשבונית מוכרת שתאפשר לו להוכיח את הוצאתו, ולא יוכל לנכות הוצאה זאת נגד הכנסתו, ולכן הרווח המדווח יהיה מנופח מן הרווח במציאות.

מאידך יש הרבה אנשים שאינם זקוקים לחשבונית מספקי שרות או מוצר שלהם, משום שאינם לקוחות עסקיים והוצאותיהם לא ישפיעו על חישוב המס שלהם או שהם עוסקים בשחור. כאשר לקוחות אלו קונים מעסק מורשה (כמו עוסק אפור) בעיסקה תקינה ולא מבקשים חשבונית מס, נשאר למוכר המורשה הכנסה שלא יוחסה לאדם ספציפי. מכאן נוצר פתח לכל מיני משחקים בחשבוניות כדי לסדר חשבוניות ללקוחות שדורשים חשבוניות לעיסקאות שהמוכר רוצה להעלים.

ב. משחק ומסחר בחשבוניות

האם מותר לעוסק "להשתמש" בחשבונית תקינה של קונה אחר (שקנה מאותו ספק או מספק אחר) לצורך תיעוד וניכוי הוצאה אמיתית אחרת אשר לא קיבל עליו חשבונית מהסיבה שעיסקת הקנייה נעשתה בשחור?

הבעיה מתחילה בכך שהעוסק מבצע עיסקאות קנייה בשחור, שהוא מעשה איסור, כמו שכתבנו לעיל.[133] אחרי שעוסק נהנה ממחיר מוזל (לכאורה, שאם לא למה לו בכלל לבצע את העיסקה בשחור), ובזה גזר קופון מהברחת המס של הספק, בא העוסק הקונה ומושך את החוט מהכיוון השני ורוצה שהרווחים המדווחים שלו יהיו "אמיתיים" ולא מוגזמים בגלל אי-ניכוי ההוצאה שלו? לכאורה, מה שיפסיד מאי-ניכוי ההוצאה זה בדיוק מה שהפסידה קופת הציבור מהברחתו של הספק שלו מכך שלא שילם מע"מ, שהרי הוא לא דווח על הוצאה זו כהכנסה שחייבת במס למקבל התשלום. במקרה כזה שיש הפסד מחוסר רישום הוצאה אין הצדקה לעקוף את הדרישה הטכנית לתיעוד ההוצאה.[134]

---

133. ראה למשל בפרק שיתוף פעולה בהברחת מס ה"אקציז" עמוד 288.

134. השווה לדין ניכוי הוצאות בין שותפים על פי שו"ת מהרשד"ם חו"מ סי' קס"ג. אם הציבור נחשב

מה יהיה הדין אם המוכר בשחור יעביר לקונה שלו את החשבונית של לקוח פרטי אחר (אשר לא דרש חשבונית אבל שילם בצורה גלויה) שלו או של עוסק אחר? לכאורה הלקוח הנ"ל יוכל לדווח על הוצאה זו על סמך החשבונית שקיבל, שיציג במקרה הצורך כהוכחה על הוצאותיו?

כמו שכתבנו בשאלה הקודמת, כיוון שקיים הפסד בגלל העדר תיעוד ורישום ההוצאה, אין הצדקה לגנוב את דעת הרשויות בהצגת חשבונית שלא שייכת בכלל לעיסקה. זה שונה ממצב שהיה לקונה חשבונית לגיטימית ואיבד אותה, שאז יהיה מותר להציג חשבונית אחרת שאינו שייכת לעיסקה.[135]

ספק, חשש וחזקה של עוסקים

האם חייבים לבדוק שעסק הוא מורשה כשבאים לקנות ממנו ומתי חייבים לחשוד שהעסק אינו מורשה? להלן נפרט כמה מצבים ויישום הלכות גניבה לגביהם.

א. עוסק בהיקפים קטנים

במקרה שהעוסק מתעסק בהיקף ובצורה שייתכן שהוא "עוסק פטור" על פי חוקי המדינה, ניתן להחזיק אותו כעסק הפועל על פי החוק כשאין "ריעותא" לחזקה זו. יש חזקה ש"אין אדם חוטא ולא לו"[136], כלומר אין חוטא כשאינו מרוויח מכך. הרשמה כ"עוסק פטור" אינה גורמת הוצאה או התייקרות משמעותית לעסק, ולכן ניתן להניח שהעסק רשום. גם אם לא נרשם בפועל כ"עוסק פטור" אין הקונה ממנו גורם נזק לקופת הציבור כיוון שממילא לא חייבת העיסקה בתוספת מע"מ. גם לא יהיה איסור של מסייע ולפני עוור על הקונה המסייעו להפעיל את העסק בלי רישום בניגוד לחוק כיון שאין איסור נוסף בכל עיסקה ועיסקה של המוכר אלא המוכר עומד באותו חיוב "קום ועשה" לרשום את העסק.[137]

לסיכום: אין לחשוד ולמנוע מלהתעסק עם מי שעוסק בהיקפים קטנים מאד אשר ייתכן שנופל תחת הגדר של "עוסק פטור", כמו נותן שירותים אישיים העובד בצורה חלקית.

ב. עוסקים בפומבי

גם בעסקים המתעסקים בהיקפים יותר גדולים ניתן להניח שהם רשומים כדין כאשר הם מתעסקים בפומבי. עיקרון זה ניתן ללמוד מההלכה "אין לוקחין עצים או

כשותפות, וחלקם בשותפות הוא המע"מ והמסים ברור שיש להם הפסד כאשר העסק הוציא הוצאה בשחור.

135. ראה דברינו בפרק גניבת דעת בפרט מסוים כשאין מרמה במגמה הכללית עמוד 266.

136. בבא מציעא ה' ב'.

137. ראה דברינו לעיל בפרק התעסקות מזערית או מזדמנת בלי רישום עמוד 347.

פירות משומרי פירות, אלא בזמן שהם יושבים ומוכרים והסלים והפלס בפניהם, שהרי הדבר גלוי ויש לו קול; והוא שיהיה על פתח הגנה."[138] הנידון הוא לעניין חשש בקנייה משומר שפועל, כנראה, כסוכן של בעל הבית, כי אולי אין לו זכות למכור חפצים אלו, וגם יש חשש שלא ימסור את כספי המכר לבעל הבית. אולם כאשר הוא מוכר בפרהסיא וללא מורא, הדבר מוכיח שאינו גונב את בעל הבית אלא מוכר בשליחותו או שמוכר מהחלק שלו.[139]

לסכם, ניתן להחזיק עוסק המתעסק בפומבי, למשל שתולה שלט גלוי מחוץ למקום עיסוקו או שמפרסם בעיתון, כעוסק כדין, אלא אם כן יש סיבה אחרת לחשוד בו.

ג. אופי אינפורמלי

היוצא מהנ"ל הוא שגם בלי נסיבות חשודות, עדיין יש לחשוד בעסק שאינו מתעסק בפומבי.[140] למשל, נותני שירות עצמאיים (כאמור בהיקפים משמעותיים)[141] כמו

---

138. שו"ע חו"מ סי' שנ"ח סעיף ב.

139. למשל, המשנה אומרת "אין לוקחין מן הרועים צמר וחלב וגדיים" מטעם שפירש רש"י "דאיכא למימר שמא גנבו מצאנו של בעל הבית המסור להם", וממשיכה המשנה "אבל לוקחין...עגלים בשרון" וכפי שפירש רש"י: "הרועים בשרון ברחבה לעין כל, מאחר שמוכרין בפרהסיא לא גנבום." בבא קמא ק"ח ב'. ראה גם תוספתא בבא קמא פרק י"א הלכה ד, "הבן שמוכר בשוק וכן העבד שמוכר בשוק מותר ליקח מהן, וכולן שאמרו להטמין אסור."

140. לכאורה הצורך במכירה בפרהסיא כבסיס לחזקה מוגבל דווקא לרועים, אריסים ושומרי פירות משום שיש להם ריעותא מאחר שהם חשודים למכור משל בעל הבית בלי רשות, ולכן אולי נדייק מכך שמוכרים אחרים, אף שמוכרים בצנעה, אינם חשודים. אכן לאחרים יש חזקה שכל מה שתחת יד אדם שלו הוא (ראה פירוש הרא"ש בבא מציעא פרק א סי' א' שכתב "דכל דבר שאנו רואין ביד אדם חשבינן ליה שהוא שלו...") וכמו שמובא בגמרא (שבועות מ"ו ב) "לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן", ולכן אין להם צורך בחזקה אחרת. לכאורה לפי זה למה לא נאמר לגבי עוסקים מורשים "לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן", שבסתם מוכר או נותן שירות אין לנו לחשוד בו שמתעסק בלי רשיון וגונב את קופת הציבור?
בעל האורים ותומים (תומים סי' קל"ג ס"ק ה) מקשה על סברת רב יהודה בגמרא הנ"ל ש"לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן" מיניה וביה. בסוגיא מדובר בנתבע שהודה שהחפצים שבידו היו שייכים בעבר לבעל הבית התובע אלא שקנה אותם מבעל הבית, ובעל הבית טוען שלא מכר אותם לנתבע אלא השאיל אותם אליו ועכשיו כופר השואל וטוען שהם שלו. לפי הגמרא רק בזה משביעין את הנתבע שהם שלו אבל כאשר בעל הבית טוען שהנתבע ממש גנב אותם מביתו, איננו משביעין את הנתבע כיוון ש"לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן." לכאורה, גם כופר בפיקדון (או חפץ שאול) גנב הוא ועדיין מחייבים אותו לישבע ולא אמרינן "לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן"!? בעל התומים מבחין בין שני סוגי גניבות, אחד לא שכיח ולכן אין לנו לחשוד אדם בו, ואחד שכיח ולכן אנו חושדים אדם בו. בחפץ שאול "הואיל ובהיתירא בא לידו, שפיר חיישינן דאולי כופר, כמו שכתוב (בבא מציעא ד' א') ספק מלוה ישינה יש לו עליו, וכדומה. אבל לגנוב לא חיישינן, דזה לא שכיח ומירתת אולי יתפס ואנא יוליך חרפתו וכל העולם בוז יבוזו לו."
על פי סברא זו בנוגע לספק עוסק מורשה שבסתמא "בהיתירא בא לידו", ואין לו צורך לגזול בפועל והסיכוי להיתפס על חם ולהתבייש בכך נמוך, אין גם חזקה של "לאחזוקי איניש בגנבי לא

מורים פרטיים, יועצים, מטפלים וסופרים שאינם מפרסמים ואין להם משרד רשמי עם שלט ואינם עוסקים תחת שם חברה ואינם מקבלים תשלום בכרטיס אשראי רשומה, יש לחשוד בהם שאינם עוסקים מורשים ואינם גובים ומשלמים מע"מ ומסים, ועל הקונה לבדוק שהם מורשים, כדי למנוע מהאיסורים שהבאנו לעיל בפרק "לקוחות של עסק שחור כללי". את זה ניתן לראות גם מדין אריס,[142] שאם נסיבות הקנייה מספקים למוכר אמצעים להסתיר את קיום המכירה ולהתחמק ולגנוב על ידיהם משותפיו (או מנושיו, או מהציבור או השלטון) את חלקם המגיע להם מהמכירה, אסור לקנות ממנו בצורה כזאת.

לסיכום: מוטלת אחריות על הלקוח לחשוד ולברר את מצב "הכשרות" של עוסק שאינו עוסק בפומבי ולא בצורה רשמית, אם היקף הפעילות שלו הוא משמעותי, כלומר שלא מסתבר שמדובר בעוסק פטור.

ד. ערעור חזקת כשרות: תשלום סמוי

אפילו אם יודעים שהעסק מורשה, יש נסיבות שיכולות לערער את החזקה שהם פועלים כחוק. במשנה על הסוגיה של קנייה מגזלן שנינו: "וכולן שאמרו להטמין אסור."[143]

המאירי מסביר ומרחיב:[144]

> "וכל[ו]ן"—רצונו לומר אף אלו שהותרו ליקח מהם—אם נראה ללוקח שהם מטמינים עצמן בשעה שמוכרים, אסור ליקח מהם, שחזקתו שהוא גנוב.

מחזקינן". לכן צריך שיתעסק בפומבי כדי שיהיה לו בסיס כדי להחזיקו כפועל בהיתר. אם עוסק בצנעא, גם אם דרכו בכך ואין ריעותא מיוחדת לפנינו, עדיין יישאר חשוד כמי שעוסק בלי רשיון. על פי חידושו של בעל התומים מובן עכשיו למה נדרש מרועים ושומרי פירות וכדומה תנאים מיוחדים להוציא אותם מחשד שמוכרים בגזל. אלו מחזיקים נכסי אחרים שבהיתירא בא לידם, ולכן אינם מתביישים ומפחדים לשלוח יד בממון אחרים שתחת ידם וצריכים חזקה אחרת של מכירה בפרהסיא כדי לתת להם חזקת נאמנות.

רעיונו של בעל התומים בקשר לחשד במקום ש"בהיתירא בא לידו" מקביל לדין שבועה על פי "טענת שמא" המובא בגמרא (שבועות מ"ח ב'): "ואלו נשבעין שלא בטענת ברי אלא בטענת שמא: השותפין והאריסין. תנא: בן בית שאמרו, לא שנכנס ויוצא ברגליו, אלא מכניס לו פועלין ומוציא לו פועלין, מכניס לו פירות ומוציא לו פירות. ומאי שנא הני? משום דמורו בה התירא." וכן מצינו סברא "תורא מדישיה קאכיל" (גיטין ס"ב א', חולין ו' ב', מוזכר בספר הישר (חלק התשובות) סי' ל"ד) כבסיס לחשוד בגניבה בניגוד לכלל "לאחזוקי איניש בגנבי לא מחזקינן."

141. יש מקצועות חפשיים שעל פי החוק לא ניתן להתעסק בהם כעוסק פטור, כמו אדריכלים, עורכי דין, ורואי חשבון בהם אין ענין להיקף של העסק.

142. ראה פרק קניה מאריס חשוד עמוד 284. אמנם זה דעת הרמ"א אבל הבית יוסף חולק על חידוש זה כמו שהבאנו שם.

143. בבא קמא קי"ח ב במשנה, וכן שם קי"ט א' בברייתות, וכך נפסק בשו"ע חו"מ סי' שנ"ח סעיף ג.

144. בית הבחירה על המשנה שם.

לדעת המאירי, גם אם לא אמר המוכר במפורש שרצונו להסתיר את ביצוע המקח, אם נראה ללוקח שיש רצון להטמין ולהסתיר את הפעילות העסקית, אסור לשתף פעולה אתם. אולם נראה שדבריו מבוססים על הגירסא במשנה "וכולן שאמרו להטמין" כלומר לא שאמרו במפורש כך אלא שמשמע שכך כוונתם. אולם יש גורסים במשנה "וכולן שאמרו: הטמן, אסור", ולפי גירסא זו משמע שצריך שיגידו במפורש שהם רוצים להטמין, ואם לא אין ללוקח לחשוד בהם.[145]

מכאן נלמד שכאשר מעשי המוכר או דבריו מצביעים על רצונו להעלים או להבריח את ההכנסות מהעיסקה, יש לחשוד בו ולא לשתף פעולה אתו. סימן מובהק לזה קיים כאשר המוכר מציע מחיר מיוחד[146] בתנאי תשלום במזומן בלבד או בשיק פתוח או סחיר (לא למוטב בלבד) ובלי חשבונית.

אמנם יש נסיבות אחרות שעל ידם ניתן להחזיק את המוכר כמורשה ופועל כחוק. בדין קנייה מרועה מחלק הגמרא בין מקרה שהרועה מוכר כמות בהמות שסביר שבעל הבית לא ירגיש אם הם חסרים מהעדר ובין מקרה שמוכר כמות כזו שאי אפשר שהבעל הבית לא ירגיש שהם חסרים: "כללו של דבר: כל שהרועה מוכר ובעל הבית מרגיש בו - לוקחין מהן, אין מרגיש בו - אין לוקחין מהן."[147] גם מוכר שאינו פועל בפומבי אבל מתעסק בסכומים או סוג עיסקאות שקשה לו להעלים וסביר שייתפס אם יעלים את העיסקה, אינו חשוד לפעול שלא כחוק.

לסיכום: ניתן לבחון את חזקת הכשרות של המוכר לפי הנסיבות כמו למשל אמצעי התשלום המוצעים. אם נראה שהמוכר מנסה להעלים או להסתיר את קיום העסקה, יש לחשוד ולא לשתף פעולה במעשה ההסתרה או ההעלמה שלו. אם סביר להניח שהסיכון למוכר להיתפס הוא גבוה אם ינסה להעלים את העסקה, ניתן להניח שהעסקה בוצעה כדין אפילו אם יש נסיבות אחרות מחשידות.

ה. מחיר מוזל במיוחד

עצם העובדה שהמחיר שהציע המוכר זול במיוחד מעלה חשש שמדובר מראש בעוסק שחור או עיסקה המתבצעת בשחור. בעל ערוך השלחן[148] מתייחס לקניה במחיר מוזל במיוחד בדין תקנת השוק לקונים מגנב שאינו מפורסם, אבל מחלק בין "דבר המצוי לקנות בשוק במקח השוה", כלומר מחיר שוק קבוע וידוע, ובין דברים

145. ראה שינוי נוסחאות "הטמן" ו"להטמין" בדקדוקי סופרים לבבא קמא ק"ח.

146. ברור שאם ההבדל במחיר בין תשלום במזומן לתשלום אחר מגיע לסדר גודל של מס המע"מ החל על העיסקה, שכוונות המוכר להעלים את העיסקה המתבצע במזומן. הפרשים קטנים ניתן לתלות לסיבות אחרות, כמו למשל העמלה שנגבה מהמוכר על ידי חברות האראי וההמתנה והסיכון בתשלומים באשראי או בשיק. ראה שו"ת רבבות אפרים חלק ח' סי' קנ"ח שהביא דעות שונות מכמה גדולים איך לפרש כוונת המוכר כשמוזיל לתשלום במזומן. ראה תשובה בענין "העלמת מס ודרישת קבלה" בכתר כרך ו' סי' מ"ב.

147. בבא קמא קי"ח ב'.

148. חו"מ סי' שנ"ו סעיף י"א.

אחרים אפילו "כשלקח שוה מאתיים במנה", כלומר בחצי מחיר. במקרה הראשון אין לקונה הגנת "תקנת השוק" אם יימצא שהדבר גזול והבעלים תובעים אותו בחזרה, כיוון "דניכר שיש בזה הערמה", כלומר ברור לנו שהיה לקונה לחשוש בגלל המחיר המוזל שהוא קונה מגזלן סחורה גזולה. אמנם, במקרה השני לא אמרינן "מסתמא ידע שגנובה היא משום דלפעמים... כשהמוכר צריך למעות מוכר בזול". כנראה, גם לכתחילה חייבים לחשוש כשהמחיר זול במיוחד ביחס למחיר שוק קבוע וידוע,[149] ולכן לא מתייחסים לקונה כמי שפעל בתום לב ולא מעניקים לו את ההגנה של תקנת השוק.

לסיכום: יש לחשוש במוכר המציע מחיר זול במיוחד ביחס למחיר שוק קבוע וידוע שהוא עוסק בשחור או מתכוון להעלים את עיסקת המכר.

א. אחריות לכתחילה: האם צריך כל אחד לכתחילה לדרוש חשבונית?

החוק האזרחי במדינת ישראל מחייב דווקא את העסקים לדרוש חשבונית על כל עיסקה מעבר לסכום מזערי אבל אינו דורש זאת מצרכנים.[150] במקום שלא קיים חשש, כמו למשל כשמתעסק בפומבי כפי שהסברנו, אין סיבה לדרוש חשבונית רק כדי לוודא שהמוכר אינו מעלים את העיסקה,[151] ואין בעצם ההימנעות מדרישת חשבונית דין מסייע אף שהחוק מחייב את המוכר להוציא חשבונית בכל מקרה.

כאשר קיים חשש שהמוכר עוסק בשחור או מנסה להעלים את העיסקה לצרכי מס, עדיין אינו חייב מן הדין לדרוש חשבונית מאחר שהחוק אינו מחייב צרכנים לדרוש חשבונית. מכל מקום, דרך המלך לברר את החשש ולהימנע מהעבירה של מסייע שהסברנו בארוכה, היא לדרוש חשבונית או לשלם באמצעי תשלום שניתן לאיתור (שיק או כרטיס אשראי) כדי שלא יסייע למוכר לבצע העלמה של העיסקה. להלן נתייחס לכמה תרחישים מצויים בענין חששות להברחת מע"מ ובירורם.

א. "כולל" או "לא כולל?"

אחד מהדרכים לברר האם המוכר או נותן השירות מורשה ואינו מעלים את קיום העיסקה מרשויות המס, הוא לשאול האם המחיר "כולל", כלומר כולל בתוכו כבר את מס המע"מ החל על העיסקה, או לא. יש סיבה עצמאית לשאול שאלה זאת כדי להגיע להסכמה ברורה על המחיר הסופי ולא להיות מופתע כשהמוכר יוסיף את

149. לכאורה, אם מדובר במחיר שוק קבוע וידוע וקונה במחיר זול, יותר משתות מהמקח, יש דין אונאה לקונה וממילא יש איסור לקונה אם הוא יודע על האונאה, וכמו שכתב בעל ערוך השלחן בעצמו בחו"מ סי' רכ"ז סעיף ז.

150. ראה חוק מע"מ סעיף 21 וסעיף 47א.

151. אמנם ראה פרקי מוסר לקמן שהבאנו מבעל משא חיים. שראה כל אחד ואחד כאחראי לגרום לאחרים לשלם את חלקם. שם מערכת ח, סי' ט"ז.

המע"מ על המחיר המקורי שהוסכם. אם המוכר יענה בחיוב, יש לסמוך עליו שפועל כחוק ואין לו כוונה להעלים את העיסקה. גם אם המוכר יענה בשלילה מוחלטת, יש לסמוך עליו שיוסיף מע"מ ואינו מעלים את העיסקה.[152] אולם אם המוכר לא יתן תשובה מוחלטת אלא יחזיר לו שאלה על אופן התשלום, כבר גילה המוכר שאופן התשלום ישפיע על כוונתו ויכולתו להעלים את העיסקה, ולכן כל שיתוף פעולה באופני תשלום סמויים מכניס את הקונה לאחריות על הנזק והגניבה לקופת הציבור שייעשה על ידו.

סיכום: מומלץ לברר חשש על עוסק על ידי שישאל אם המחיר המוצע כולל מע"מ או לא, ואם מתברר שהמחיר תלוי באמצעי התשלום או בדרישת חשבונית, יש לחשוש שיעלים את העיסקה.

ב. עם חשבונית או בלי?

עוד תרחיש מצוי הוא שהמוכר יחזיר לו שאלה: "האם אתה דורש חשבונית?" זה כמעט זהה לתרחיש הקודם, וכוונת המוכר שרצונו להעלים את העיסקה אם הקונה יאפשר לו ולא ידרוש חשבונית. ברם, ר' שלמה זלמן אוירבך נשאל בענין הזה וסירב לתת תשובה בדבר.[153] אם יענה לו הקונה בשלילה, ברור שהקונה משתף פעולה עם המוכר להעלים את קיום העיסקה כאשר התשלום באחד הדרכים הסמויים. לכן, כדי לחשוף את כוונת המוכר, ראוי לענות בחיוב במצב הזה ולבקש חשבונית כיוון שכבר גילה המוכר שדרישת חשבונית תשפיע על המחיר. אם ענה בחיוב והמוכר הזהיר את הקונה שהמחיר יעלה בגלל דרישתו, ברור שהמוכר התכוין להעלים את העיסקה וציפה מהקונה לשתף איתו פעולה, ואחריות גרימת הנזק נופלת על הקונה וגם נהנה ממנו ואוכל את חסרון חבירו.[154] ואם יענה לו המוכר ש"יכול" להוציא לו חשבונית אם הוא רוצה אבל נשמע שכוונתו לכתחילה היתה להעלים את העיסקה כמו שעושה עם קונים אחרים, אין על הקונה אחריות על זה שהמוכר מעלים באופן כללי חלק מהכנסותיו (מה שנקרא עסק אפור) ומגלם את העיסקה הזאת בכלל עסקיו הרשומים.

---

152. אם הקונה עדיין חושד שהמוכר סתם הוסיף את המע"מ בתגובה לשאלתו "כולל?" וכוונתו לשלשל לכיסו את המע"מ, יש לברר את הספק על ידי בקשת חשבונית מהמוכר. אם יוציא לו חשבונית כדין כבר אין סיבה לחשוד בו בכלל, ואף כשידוע לו שלאחרים אינו גובה מע"מ ואינו מוציא חשבונית עדיין אין הקונה גורם שום נזק או מסייע להזיק קופת הציבור.

153. ועלהו לא יבול, חלק שני חו"מ שאלה 30: שאלה: פניתי אל צבע וביקשתי הצעת מחיר לצביעה מסוימת. הצבע אמר לי שזה יעלה שלש מאות ש"ח. שאלתיו: האם זה כולל מע"מ או לא? ענה זה תלוי אם אתה רוצה קבלה או לא. לי אין צורך בקבלה, אך נראה שאם אני מסכים לכך שהוא לא יתן לי קבלה, אני מסייע בידו להעלים כסף ממס הכנסה. כיצד יש לנהוג?
תשובה: תשאל את ראש הישיבה שלך. (הרב הראשי לישראל, הרב אברהם שפירא זצ"ל).

154. ראה פרק לקוחות של עסק שחור כללי עמוד 367.

לסיכום: כאשר המוכר שואל ללקוח האם דרוש לו חשבונית, במיוחד בתגובה לשאלה האם המחיר "כולל", יש לחשוש שהמוכר מתכוון להעלים את העיסקה בשיתוף פעולה של הלקוח, ונכון לענות בחיוב גם אם לא נדרש חשבונית ללקוח מסיבה עצמאית.

ג. חשבונית שהמוכר "סידר" בשבילו

עוד תרחיש מצוי הוא שהמוכר יחזיר לקונה הצעה "להשיג" או "לסדר" לו חשבונית ואינו דורש תוספת תשלום עבור כך. מצד אחד, משתמע מכך שהעיסקה תהיה רשומה ומן הסתם ישולם עליה מע"מ כחוק. מצד שני, נראה מלשון המוכר שאינו מתכוון לרשום את העיסקה וימציא תחבולה להשיג לו חשבונית ממקור אחר ברמאות או בזיוף בניגוד לחוק.[155] האם מותר להתנהג בעיוורון מכוון מול מצב כזה ולהסתמך על החשבונית ש"יסדר" לו המוכר? ראינו שהתרשלות ופשיעה כלפי נזק שעלול להיגרם על ידי שיתוף פעולה עם מזיק או גנב אסור כמו מזיק בכוונה ומוסר ממון חבירו לאנס.[156]

לסיכום: כאשר המוכר מסכים בסתם להוציא ללקוח חשבונית תקינה, למרות קיום נסיבות מחשידות אחרות, לא מוטלת אחריות על הלקוח לחשוש שהמוכר עוסק בשחור או אפור, כיוון שאינו משתף פעולה איתו בהעלמת העיסקה הנוכחית. אולם אם המוכר מרמז בדבריו שיספק לו חשבונית על ידי איזו תחבולה, יש מקום לדון אם יש עליו להימנע משיתוף פעולה. אמנם במקרה זה אין אחריות משפטית ללקוח, מאחר שלא יזם את החשבונית המפוקפקת ולא עודד את המוכר להמציא לו חשבונית מעיסקה אחרת, אך עדיין מוטלת עליו חובה מוסרית להשתמט מלשתף פעולה בעניין.[157]

ב. חיוב בדיעבד

בדיעבד, כאשר הלקוח התרשל ולא בירר את המצב כראוי על פי הכללים הנ"ל או ששיתף פעולה עם המוכר להעלים את העיסקה, ונתברר לו אחרי ביצוע העיסקה שהמוכר העלים את העיסקה והבריח את המע"מ אשר חל על העיסקה, האם רובץ עליו חיוב ממוני בדיני שמים על הנזק הנגרם לקופת הציבור?

---

155. למשל, יש עיסקאות שהקונה אינו דורש חשבונית ומשאיר אותו ביד המוכר. מוכר כזה יכול "למכור" את החשבונית למוכר אחר הנדרש להוציא חשבונית על עיסקה שהוא אינו רוצה לדווח עליה.

156. ראה באורך מה שכתבנו בפרק "לפני עיור ואיסור גרמא בניזקין".

157. ראה שו"ת רבבות אפרים חלק ח סי' תקמ"א שלדעתו אסור לשתף פעולה עם השותף שרוצה להעלים עסקאות, ואף הקונה מוזהר בזה דאף שאין בכך איסור מסייע מכיוון שדינא דמלכותא מוטל על המוכר, בכל אופן יש בכך שותפות לגזילה ועי"ש.

בסוגיה של קניה מגזלנים וחשודים כגזלנים, אשר עליו בנינו את הכללים של החשדת המוכר לענין מע"מ, נפסק שכאשר הקונה קנה ממוכר שהוא גנב מפורסם, בניגוד להלכה, לא חל עליו בדיעבד הגנת "תקנת השוק".[158] לכן, אם מתברר אחרי המכירה שהחפץ היה גזול, יכול הנגזל לתבוע את הקונה על החפץ הגזול שקנה ולקבל אותו בחזרה בלי פיצוי לקונה על התמורה ששילם עליו, והקונה הפסיד את ממונו אם אינו יכול לתבוע את המוכר הגזלן. גם לגבי מוכרים חשודים, נראה שבדיעבד דינם גם כדין גנב מפורסם ואין לקונה מהם שלא כדין תקנת השוק.[159]

אף שלכאורה דין זה שייך יותר לדיני קנינים ואינו ענין של אחריות הקונה לנזק שנגרם לנגזל עקב מעשה קניית הגזילה, מדין קונה מגנב מפורסם לאחר ייאוש ניתן להבין אחרת. לפי גישה אחת, גם לאחר ייאוש וסילוק בעלות של הנגזל על ידי קנין גזילה של שינוי רשות, עדיין חייב הקונה לשלם לנגזל את דמי הגזילה כאשר קנה מגנב מפורסם, ואינו זכאי להגנת תקנת השוק.[160] אף שעדיין ניתן לפרש דין זה כחלק מדיני קניני גזילה ולא הקנייה באיסור מגנב מפורסם היא המחייבת את החזרת הדמים,[161] מכל מקום ניתן גם לראות בדין זה חיוב מעין מזיק בגרמא כמו מזיק שיעבודו של חבירו או מוחל שטר חוב שנמכר,[162] מאחר שכאן בידו "מכה בפטיש" של הגזילה שמקשה על הנגזל להחזיר את הפסדו, במיוחד כיוון שכבר התייאש מלתבוע את הגזלן באופן ישיר.

אמנם, גם ללא היקש ישיר מחיוב החזרת דמים של הקונה מגנב מפורסם ניתן לחייב את הקונה באיסור, כמו בנידון שלנו בהברחת המע"מ, בתשלום הנזק שגרם[163] מדינא דגרמי. גם אם נחשב הדבר "רק" כגרמא, כיוון שהמוכר היה רק חשוד ואינו "ברי הזיקא", מכל מקום חייב לשלם בדיני שמים כמו כל גרמא אסורה,[164] לפחות במדינת

---

158. שו"ע חו"מ סי' שנ"ו סעיף ב. אולם, הרמ"א שם חולק על המחבר ופוסק שחל תקנת השוק בדיעבד אלא אם ידע הקונה שהפץ שקנה גנוב היה.

159. ראה פתחי חושן הלכות גניבה פרק א הערה ס"א בסופו שהסתפק בזה עד שראה בשו"ת מהרי"ל דיסקין פסקים אות רכ"ז שפסק במפורש כך, וכן ראה שו"ת מהרי"ק שורש קצ"ב שכתב "תניא בברייתא בגמרא שומרי פירות אימתי לוקחין מהן בזמן שיושבין ומוכרין וכו' וכולן שאמרו הטמן אסור ולוקחין מהן מפתח הגינה ולא מאחורי הגינה, ופשיטא יותר מביעותא בכותחא דבכיוצא בזה לא אמר ראב"ן שיהא בו משום תקנת השוק כיין שהדברים מוכיחים שהיא גונבת, ואדרבה יותר היה ראוי לקנוס הלוקח דהוי כעוקב אחר נואף, ולא עכברא גנב אלא חורא גנב..."

160. רמב"ם הלכות גניבה פרק ה הלכה ג, וכן נפסק בשו"ע חו"מ סי' שנ"ג סעיף ג ובסי' שנ"ו סעיף ג, והרמ"א שם חולק על זה.

161. ראה פתחי חושן הלכות גניבה פרק ג הערה מ"ח שהציע הבנה כזה.

162. זה נחשב "דינא דגרמי" בשו"ע חו"מ סי' שפ"ו סעיף א וחייב המזיק לשלם מו הדין וכן הדין לגבי מזיק שיעבודו של חבירו על פי הש"ך שם ס"ק י"ב.

163. אין הפסד המע"מ נחשב כמניעת רווח אלא כהפסד ממון, על פי שו"ת אבני נזר חו"מ סי' כ"ט. ראה דברינו בפרק סקירת דברי הפוסקים בדיני "אקציז" עמוד 109.

164. ראה פתחי חושן הלכות נזיקין פרק ג הערה צ"א.

ישראל או במס המגיע לציבור של רוב ישראלים.[165] אמנם יש לסייג ולחלק בין קונה מגנב מפורסם למקרה שלנו, שהרי שם חייב מן הדין לשלם לנגזל. אך במקרה של משתף פעולה עם מי שאינו משלם מס, הרי הציבור פטר את הקונה מאחריות והדבר נחשב כמחילה ולכן אין לו חובה מן הדין להשיב את מה שהרוויח מעיסקה זו, ורק אם בא לצאת ידי שמים, ישיב לציבור את מה שהחסיר.

מסקנה

בדיעבד, כאשר התרשל שלא כדין וקנה מעסק שחור או התרשל שלא כדין ושיתף פעולה בהעלמת עיסקה על ידי עסק אפור, אם מדובר בגנב מפורסם, חייב הקונה על הנזק וההפסד שנגרם לציבור על ידו. אולם אם במקרים אלו החוק אינו מחייב את הקונה להשיב לציבור את הנזק שנעשה לו, אפשר לראות בכך מחילה של הציבור, שהרי החוק מייצג את רצון הציבור שאינו מטיל על הקונה אחריות. אם הקונה רוצה לצאת ידי שמים, יכול להשיב לציבור את הסכום בדרכים אחרות.

ג. כישלון בהשתמטות: מי אחראי לשלם

מה הדין כשבדיעבד, אחרי סגירת העיסקה, גילה שהמוכר מתכוון להעלים את העיסקה, כמו למשל שמסרב להוציא חשבונית או מתעקש לקבל תשלום רק במזומן או בדרך סמוי—האם מותר בדיעבד לשתף פעולה בביצוע תשלום סמוי כדרישת המוכר או לוותר על החשבונית? במקרה הנ"ל שמתגלה אי-הבנה בין הצדדים לגבי אופן ביצוע העיסקה מה הדין במחלוקת בין המוכר והקונה לעניין אחריות על העלות הנוספת או ההפסד לעיסקה הנגרם כתוצאה מאי-הבנה—האם המוכר יכול לדרוש מהקונה לספוג עלויות נוספות כדי להגיע לתשלום "נטו" שהסכימו עליו או שהקונה יכול לשלם את מה שהסכימו עליו ולזרוק את היבט המיסוי על המוכר? ואם כבר בוצעה / נסגרה העיסקה? במקרה שהקונה העלים עין מהחשש שמדובר בעסק שחור או בעיסקה סמויה או באמת ידע את זה, האם הדין ישתנה?

נתחיל במקרה פשוט בעוסק מורשה תקין שסגר עיסקה עם לקוח על מחיר כללי ומתברר אחרי כן שהמוכר התכוון שהמחיר לא כולל מע"מ ושהלקוח יוסיף את המע"מ, והקונה התכוון למחיר כולל מע"מ. אם יש מנהג ברור לגבי ציטוט מחירים בעיסקאות כאלו, אז "כל המשנה ידו על התחתונה", כלומר הדין עם הצד שהתכוון לפי המנהג.[166] גם ניתן לומר "שהדמים מודיעים" אם התכוונו למחיר כולל או לא,[167]

---

165. בנכרים, בין בדיני נזיקין (ראה ספר בין ישראל לנכרי חלק חו"מ סי' ל"ד סעיף ו) בין בדין השבת אבידה (שו"ע חו"מ סי' רס"ו) ובין בדין השבת גזילה (ראה פתחי חושן הלכות גניבה פרק ד סעיף י"ט), אין עליו חיוב בקום ועשה לפצות הניזק על הנזק שכבר גרם.

166. ראה בספר פתחי חושן דיני קניינים, פרק ג הערה ל"ט שדן שם אם המחיר שהמוכר נוקב אמור לכלול מע"מ או לא, וכתב ש"נראה בעניין המסים שהולכים לפי מנהג המדינה, כגון מה שנהוג בכמה מדינות שיש תוספת מע"מ על מחיר החפץ, שכל הפוסק דמים כולל גם המע"מ, ועל המוכר לפרש שהמחיר אינו כולל מע"מ, ואם לא פירש חייב ליתן כפי הפסיקה...וכל המשנה ידו

ולכן נשווה את המחיר הכולל למחיר השוק על ידי הוספת מע"מ או הכללת המע"מ, לפי הענין.

לפעמים מגיע שיעור המע"מ עד כשתות מהמקח וייתכן שיש בו דין אונאה אם מדובר בדבר שכולם מוכרים בשווה במחיר ידוע,[168] ויכול המתאנה (המוכר שציטט בטעות מחיר כולל מע"מ והתכווין ללא מע"מ או הקונה שהסכים בטעות למחיר ללא מע"מ והתכוון למחיר כולל מע"מ) לבטל את המקח. ללא מנהג ברור קיימת אי-הבנה תמימה בין הצדדים, לא רק לגבי תנאי אחד—מי משלם המע"מ—שלא נאמר בפירוש, אלא לגבי תנאי חיוני במחיר העיסקה, ולכאורה אין גמירות דעת בכלל בין הצדדים ויש מקח טעות. בדומה לכך, כאשר המוכר התכוון למחיר הנקוב במטבע אחד והקונה התכוון למחיר הנקוב במטבע אחר, שהוא שווה פחות, המקח מתבטל. אם צד אחד ידע או שהיה עליו לדעת את טעותו של הצד השני ובכוונה או ברשלנות לא הבהיר לו את תנאי המחיר, אז עבר איסור של הונאה[169] ונחשב כמי שמחל על המע"מ[170] ועליו לשלמו אפילו אם המנהג או מחיר השוק תואמים את כוונתו. אולם, אם ידוע ששניהם טעו בהבנת מחיר העיסקה, למשל כשמאמינים אחד לשני בתוכן כוונת לבם בסגירת העיסקה, יש לבטל את המקח. ואם לא ידוע לנו ששניהם טעו וכוונת אחד מהם תואם את המנהג או את מחיר השוק והשני טוען "דברים שבלב" שהתכוין אחרת ולא פירש אותם וגם אין לו איזה אומדנא דמוכח מהנסיבות לתמוך בכוונתו, ידו על התחתונה כמו שאמרנו.[171] להלן נדון במצב בדיעבד, כאשר יש דין ביטול מקח שאי אפשר ליישמו כיוון שהעיסקה היא בלתי הפיכה, כמו בשירות שכבר ניתן או מוצר הנאכל.

אמנם נידונינו מסובך יותר כיוון שהוויכוח אינו על גובה המחיר, כלומר האם המע"מ מגולם כבר בתוך המחיר, אלא הוויכוח הוא האם המוכר יגבה וישלם את המע"מ בכלל. אם מצד אחד הקונה הוא עוסק מורשה הדורש את החשבונית הרשמית לצורך תיעוד ההוצאה לעסקו, ומצד שני המוכר אינו עוסק מורשה שיכול להוציא חשבונית רשמית, אפילו אם ירצה, יש מקח טעות המבטל את המקח בהתאם לכללים שכתבנו לעיל. אפילו אם צד אחד אשם בטעות, אין אפשרות

על התחתונה ואינו יכול לטעון נתכוונתי בלי המסים". המנהג בענין בזה אינו אחיד לכל המוצרים ולכל השירותים, למשל, בדרך כלל, מחירים מצוטטים בשוק העסקים (כלומר מוצרים ושירותים המיועדים בעיקר לעסקים) ללא מע"מ ולשוק הצרכנים כולל מע"מ.

167. ראה ערוך השלחן חו"מ סי' רל"ב סעיף ל"ו שכתב שבמקרה כזה הדמים מודיעים (מפרשים החוזה לפי גובה המחיר).

168. ראה שו"ע חו"מ סי' רכ"ז, וראה כתר כרך ד, דיני הונאת מחיר פרק ח.

169. ראה ערוך השלחן חו"מ סי' רכ"ז סעיף ז.

170. ראה "הישר והטוב" כרך י עמוד צ"ט שדן בעניין זה ומסיק שהדבר הולך אחרי הבנת רוב אנשי המשפט, ואם רובם כותבים שהמחיר כולל מע"מ אזי זה מחייב את הצדדים.

171. בענין טעות חד-צדדית בהלכה, ראה מאמרו של איתמר ורהפטיג, "דברים שבלב" וטעות, דיני ישראל כרך ג' עמ' 191.

לכפות עליו את ביצוע העיסקה, לא לכפות על המוכר שאינו מורשה להמציא חשבונית, ולא על הקונה לקנות בלי חשבונית. אם העיסקה כבר בוצעה ואין אפשרות לבטל את המקח ולהחזיר את המצב לקדמותו, כמו בשירות שכבר ניתן, נוצר מצב אחרי ביטול המקח שהקונה נהנה מהמוכר וחייב לשלם על ההנאה לפי תנאי השוק לתשלום על הנאה כזאת.[172] אם יכול הקונה להוציא את התשלום בצורה תקינה שאינה מיועדת לעזור למוכר להבריח המסים, למשל כתשלום משכורת, יכול לשלמו כך גם אם יצטרך הקונה לעשות ניכוי במקור על חלק מהתשלום, לפי החוק. אמנם המוכר יקבל רק חלק מהתשלום אחרי ניכוי מיסים כחוק והיתרה תעבור לידי רשויות המס על חשבון מס המוכר, אבל הדבר נחשב כתשלום במלואו על ההנאה.

נידון דומה נמצא בכמה תשובות בקשר לשוכר דירה לצורך עסקים במחיר קבוע כשלאחר זמן התחיל השוכר לנכות כחוק מס במקור מתשלומי דמי השכירות. מתוקף החוק, המס חל על המשכיר מאז ומתמיד, אלא שבפועל לא נהגו בשוק לשלם אותו עד שנפל שינוי בחוק הדורש מעסק השוכר לנכות במקור מס של 35% מתשלומי דמי שכירות ולהעביר אותו לרשויות המס על חשבון המס שבעל הדירה חייב לשלם. המשכיר טען שלא הסכים לקבל "נטו" פחות מהסכום שפסק בחוזה והשוכר טען שלא הסכים לשלם יותר ממה שפסק בחוזה ויש לגרוע מדמי השכירות את מה שניכה במקור בעל כרחו לצורך מס של בעל הדירה.

בשו"ת משפט שלמה[173] ובשו"ת בית יחיאל[174] פסקו שבמקרה כזה המשכיר זכאי עדיין לקבל את מלוא דמי השכירות כבראשונה, ואין השוכר רשאי לנכות לו מהשכירות בגלל המס ששילם. בעל משפט שלמה מסביר שהמשכיר השכיר את הדירה על סמך דמי שכירות נקיים—"נטו"—כמו שהיה יכול לקבל על פי החוק משוכר לצורך מגורים בלי שום ניכוי במקור. אם היו מתייחסים מראש לסיכון של ניכוי במקור, היה מעלה את המחיר כדי שיכלול גם את סכום המס שישולם. במצב זה המשכיר עשוי לתבוע ביטול מקח ובלי חוזה שכירות יצטרך השוכר לשלם כנהנה "בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר".[175]

במבט ראשון נראה שנידון זה דומה לנידונינו ועל הקונה לספוג את תוספת "עלות" של המס, כלומר להוציא תשלום למוכר שיסתכם "נטו" אחרי ניכוי במקור לשווי

---

172. עיין בפתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק י"ג סעיף י"ב שהיא כן לדעת הסמ"ע בשו"ע חו"מ סי' רל"ב ס"ק ל"ג. וראה גם כתר ג פרק ד סי' ה.

173. חלק ד סי' כ"ו.

174. חושן משפט חלק א סי' נ"ה.

175. בבא קמא כ' א'.

ההנאה.[176] אולם, אם נעיין בטענה המרכזית של בעל משפט שלמה, יש מקום להבחין בין המקרה שלו לנידונינו וללמוד ממנו מסקנה הפוכה. בנידון דמי השכירות, דרך המשכיר לקבל את מלוא דמי השכירות אם היה משכיר את הדירה לצורך מגורים, בלי מסים. משום כך כשהעביר השוכר פחות מדמי השכירות הנקבע בחוזה השכירות ואת השאר העביר לרשויות המס, אין זה נחשב לתשלום בפועל של מלוא דמי השכירות, והמקח בטל. לעומת זאת, אם היו רשויות המס גובים את המס מהמשכיר אחרי קבלתו, לא היה יכול לבטל את המקח, כמו שבעל משפט שלמה בעצמו חילק.[177] בנידונינו, המצב הרגיל והתקין, ללא קשר לקונה הזה, הוא שהמוכר גובה מע"מ על העיסקה ומשלם מס הכנסה על חשבון רווחיו מהעיסקה, ואין לו טענה שהיה יכול למכור לאחר ולקבל את התשלום ללא מסים כיוון שאין לו שוק חלופי חוקי, כמו שכירות למגורים, שיכול למכור לו ללא המסים.

סברא דומה העלה הרב שלמה אבינר בקשר לדין העדפת קנייה ממוכר יהודי על מוכר נכרי כשקיימים הפרשי מחיר משמעותיים.

> לפעמים העבודה או הסחורה שמספקים גוים הינם יותר זולים מפני שהם מעלימים מס הכנסה ומס ערך מוסף. במדינת ישראל המיסים גבוהים במיוחד ובריחה מהם יוצרת הפרשי מחיר משמעותיים ביותר. לפי הגרב"צ עוזיאל בודאי שבכל זאת חייבים לקנות מן היהודי שהרי לפי דעתו אין לערוך השוואות בין יהודי לגוי בענין זה.
>
> אמנם לפי דעת החפץ חיים שחובת הקניה מן היהודי היא רק כאשר יש הפרש מועט, האם יש לנכות מן ההפרש מה שנגרם עקב אי תשלום מיסים? יש מקום לאמר שלא, שהרי אנו הולכים אחרי הקונה והוא לא חייב לבדוק בגלל מה נוצרו הפרשי מחירים והוא כשלעצמו אינו חייב לסבול תוספת גדולה כדי להעדיף יהודי. **אבל יותר נראה שיש לנכות את הפער שנוצר בגלל העלמת מס ואז לבדוק אם ההפרש הנותר הינו מועט, שהרי אי אפשר לבנות את המציאות ההלכתית על מצב המנוגד לחוק ולחזק ידי עוברי עבריינים על החוקים**.
>
> נכון שמבחינת חוקי המדינה, כאשר לא ניתנת חשבונית לקונה לא הקונה עובר על החוק אלא המוכר, אבל ודאי שמבחינה מוסרית הוא פשע לאומי לקנות ממי שמעלים מס. אין כאן מקום לדון אם מבחינה הלכתית יש איסור לקנות ממי שיודעים שאינו משלם מס משום איסור "לפני עור" או משום "מסייע ידי עוברי עבירה, אבל ודאי מבחינה הלכתית הוא דבר בזוי ובלתי מוסרי. בסיכום, אין זה מוסרי לקנות ממעלימי מס או להעסיק אותם בעבודה,

---

176. אם הקונה אשם באי-ההבנה של המוכר, יכול המוכר לדרוש את קיום המקח ותשלום "נטו" של המחיר שהסכימו עליו מראש, ולא רק כפי שנהנה הקונה, כמו בדין אי-הבנה אם המחיר כולל מע"מ או לא שהבאנו לעיל.

177. ראה שם עמוד ק"ז-ק"ח שהביא משו"ת שבות יעקב חלק ג סי' קע"ט וחילק בין חוב שניתן להתחמק ממנו וכין חוב שאין אפשרות להתחמק ממנו.

ובודאי שאין להעדיף גוי העושה כן על פני יהודי מפני שמחיריו יותר נמוכים.[178]

מדבריו רואים שהמחיר האמיתי הוא המחיר בשוק התקין, ולא המחיר שניתן להשיג בשוק השחור.

מכל מקום למעשה בנידונינו קיימת אי-הבנה **תמימה** בין המוכר והקונה לגבי תנאי מרכזי, כלומר יש מקח טעות.[179] הקונה הניח בדעתו שהמוכר הוא עסק מורשה ויקבל תשלום רגיל ויוציא לו חשבונית, עם המע"מ מגולם בתוך המחיר או בתוספת מע"מ על המחיר. המוכר, מצידו, הניח בדעתו שהקונה מודע לכך שעסק שלו אינו מורשה או שהעסק מתנהל "אפור" ועיסקאותיו השיגרתיות אינם נרשמים ומדווחים. כיוון שמתגלה שהמוכר והקונה לא הסכימו לאותם תנאים, המקח בטל. ואף שהמוכר היה לו לפרש או שהקונה היה לו לפרש, "אנן סהדי דאדעתא דהכי עביד וגם יש דברים דאפילו גילוי מילתא לא בעי"[180]. לכן, המוכר יכול לבטל את העיסקה אם הקונה לא יסכים לשלם במזומן בלי חשבונית או להוסיף מע"מ, דבר שממילא אסור לו עכשיו להסכים לעשות אחרי שנודע לו שבזה הוא מסייע להברחת העיסקה ממסים.[181] גם הקונה יכול לבטל את העיסקה אם המוכר לא יסכים לקבל תשלום רגיל ו/או להוציא חשבונית בלי להוסיף על המחיר שהסכימו אליו.

---

178. שנה בשנה שנת תשמ"ז, מאמר הרב שלמה אבינר על המצווה לקנות מיהודים ולהעסיק אותם, אות 12.

179. אמנם כאשר הדבר ברור מנסיבות המשא ומתן והעיסקה שהקונה היה לו לדעת שהמוכר התכוין להעלים את העיסקה או שהמוכר היה לו לדעת שהקונה מתכוין לשלם בצורה רגילה ולבקש חשבונית, אין כאן מקח טעות אלא רמאות ותחבולה ואין הרמאי יכול לבטל את העיסקה אלא הצד הנגדי יכול לכפות על הרמאי לקיים את העיסקה לפי הבנתו התמימה בצורה חוקית ותקינה והרמאי יספוג את ההפסד שנוצר עקב כך.

180. תוספות קידושין מ"ט ב' ד"ה "דברים שבלב אינם דברים".

181. לכאורה אם העיסקה כבר נסגרה ועשו קנין יכול הקונה להתעקש שהמוכר יעמוד בהסכמה המקורית שלו ויקבל תשלום רגיל, ואם צריך יפסיד מכיסו את המע"מ שיצטרך לשלם עכשיו. הלכה היא שכל המשנה ידו על התחתונה, וכאן המוכר משנה מן המנהג המקובל שהעיסקה אינה "מתחת לשולחן". ראה בספר פתחי חושן בדיני קנינים, פרק ג ס"ק ל"ט שדן שם אם המחיר שהמוכר נוקב אמור לכלול מע"מ או לא, וכתב ש"נראה בעניין המסים שהולכים לפי מנהג המדינה, כגון מה שנהוג בכמה מדינות שיש תוספת מע"מ על מחיר החפץ, שכל הפוסק דמים כולל גם המע"מ, ועל המוכר לפרש שהמחיר אינו כולל מע"מ, ואם לא פירש חייב ליתן כפי הפסיקה...וכל המשנה ידו על התחתונה ואינו יכול לטעון נתכוונתי בלי המסים". אולם אפשר לחלק בין דברי פתחי חושן למקרה שלנו, כיוון שכאן המוכר אינו רוצה להעלות את המחיר בגלל המע"מ, אלא נקודת המחלוקת היא על אופן התשלום, כלומר האם העיסקה מ"תחת לשולחן" או מ"על השולחן". בסעיף זה של העיסקה נצטרך לבדוק את המנהג לראות מי בגדר "כל המשנה ידו על התחתונה" או שמא שניהם נפלו לאי-הבנה. במקרה שאין לקונה דרישה עצמאית לחשבונית ואינו מתעקש ומצטדק לבצע את העיסקה מ"על השולחן" אלא פשוט לא רוצה לשלם במזומן נצטרך לבדוק את המנהג לגבי אופן התשלום בעיסקה כזאת, ואולי המוכר אף יכול לבטל את העיסקה אם לא יקבל את אופן התשלום שביקש.

במקרה שלקונה אין צורך בחשבונית, כמו בצרכן שאינו דורש את התיעוד הרשמי של ההוצאה והחוק אינו מחייבו לדרוש חשבונית, והקונה הבין שהמחיר כולל מע"מ, לכאורה יכולים הצדדים לקיים את העיסקה כפי שהסכימו, פרט לדרישה של המוכר לבצע תשלום בצורה סמויה. לגבי ביצוע התשלום, אם מדובר בעסק אפור, לא חל חיוב על הקונה לדרוש חשבונית סתם לוודא שהמוכר אינו מעלים את העיסקה, אך אסור לו לסייע למוכר בהברחת העיסקה. לכן יכול הקונה לשלם בצורה רגילה המקובלת בלי לדרוש חשבונית, ואם המוכר מציב דרישה להוסיף מע"מ על המחיר חוזרים לשאלה ולכללים שהצבנו לעיל לגבי מקח טעות בתנאי המחיר. ואם המוכר עוסק בשחור ואינו בגדר עוסק פטור, יש איסור בביצוע העיסקה מולו כיוון שידוע שהמוכר מבריח את המע"מ אשר אמור לחול על העיסקה, כמו שכתבנו לעיל.[182] לכן יש לקונה לבטל את המקח כיוון שיש מקח טעות מהותי בהיתר ביצוע העיסקה כמו שיש לקונה מגזלן זכות לבטל את המקח אם יש כח בידו לדרוש את ביטולו.[183]

כאשר ביטול המקח אינו מעשי, למשל כשכבר ביצע שירות או עבודה או שימש בחפץ שקנה, יש לחשב את הממון המגיע למוכר על פי דיני תורה מדין נהנה "בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר"[184] או מדין "השוכר את הפועל לעשות בשלו והראהו בשל חבירו."[185] לכן, במצב שהמוכר אינו מורשה בכלל ואין לו אפשרות להוציא חשבונית והקונה דורש חשבונית כדי לנכות הוצאותיו נגד הכנסותיו, יכול הקונה לנכות ממחיר השוק את שווי ההחזר של המע"מ וניכוי ההוצאות שהיה

182. ראה פרק לקוחות של עסק שחור כללי עמוד 367.

183. ראה פתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק י"ב סעיפים ז-י"ב, ועיין שם בהערה כ"ז האם איסור בביצוע העיסקה היא סיבה לטענת מקח טעות גם כאשר אין סיכון של הפסד לקונה בדיעבד. לכאורה, אם הקונה ידע מראש או היה עליו לדעת או לחשוש מראש שמוכר עוסק בשחור, כבר ידע ומחיל ואין לו לטעון מקח טעות אם כבר נעשה קנין לפי דין תורה. לגבי תשלום על המקח במקרה כזה, חייב לשלם למוכר כמו כל חוב אחר אלא שאסור לו לשתף פעולה בהברחת העיסקה על ידי **תשלום** בצורה סמויה גם אם הסכים במפורש לשלם כן, כיוון שהתשלום אינו בגדר קיום תנאי העיסקה אלא כפרעון חוב ואין האיסור לסייע מתבטל וכן ייתכן שהקונה חייב בדיני שמים על המע"מ שהוברך, כמו שכתבנו בפרק חיוב בדיעבד עמוד 395. נראה לנו שאם עדיין לא נעשה קנין וביטול העיסקה אינו רק בגדר "מי שפרע" או חוסר אמנה, יש לבטל את העיסקה גם כשהקונה ידע מראש או היה עליו לדעת או לחשוש מראש שמוכר עוסק בשחור וצ"ע.

184. בבא קמא כ' א'.

185. בבא מציעא ע"ו א'. עושים בדיקת שוק לגבי מחיר השוק לשירות כזה הניתן תמורת חשבונית, כמו שכותב הגמרא שם "ולחזי פועלים היכי מיתגרי!" אף על פי שהלקוח יכול לטעון שבחר בו רק בגלל המחיר הנמוך שהציע ואילו היה יודע שיצטרך לשלם כשוק הרגיל היה בוחר מנותן שירות אחר, גם איכות עבודה כזו ניתן לבדוק ביחס לשוק וכמו שכותב הגמרא שם "ולחזי עבידתייהו!"

מקבל עם חשבונית, כיוון שהלקוח נהנה פחות.[186] התוצאה שונה מהדין בשאלה שהבאנו לענין ניכוי במקור מדמי שכירות של מגורים כיוון ששם יש "שוק" לגיטימי למשכיר להשכיר את הדירה ללא מסים.

מסקנה

סגירת עיסקה בשחור אפילו בתמימות אינו מפקיע את האיסור לשתף פעולה בהברחת מס בדיעבד ועדיין אסור להמשיך בביצוע העיסקה בשחור כמו שהיה לפני סגירת העיסקה, אלא שיש דין ודברים בין הלקוח והמוכר לגבי ביטול או קיום העיסקה ועל פי איזה תנאים יש לקיימה.

בדין ודברים על אי הבנה שנתגלה בין מוכר ולוקח לגבי ביצוע עיסקה ללא מס או חיוב ניכוי במקור אשר חל על העיסקה, כשצד אחד התכוון להבריח את המס והניח בתמימות שהצד הנגדי מודע לזה ומסכים לזה והצד השני חשב בתמימות שהסכימו על בסיס פרעון המס כדין, קיים מקח טעות ושניהם יכולים לבטל את העיסקה אם לא יקבלו.

כאשר יש אי-הבנה רק בקשר לקביעת המחיר, האם המחיר המצוטט כולל מע"מ או לא, ושני הצדדים התכוונו לבצע את העיסקה באופן חוקי, אזי שייכים הדינים הרגילים של אונאה ומקח טעות, וכל המשנה בהבנתו ממנהג הרווח ידו על העליונה וחייב לקיים את המקח לפי הבנת הצד הנגדי אלא אם כן יש אונאה במחיר זה. אם הצדדים מאמינים אחד לשני שטעו בתמימות, מותר להם לבטל את המקח כל עוד ניתן לעשות זאת בלי נזק.

---

186. לכאורה גם בצרכן או קונה אחר שאינו דורש חשבונית לתיעוד וניכוי הוצאות יכול הקונה לטעון שהתשלום יוגבל לסכום שהמוכר היה מרויח אם היה עוסק מורשה ומדווח הכנסות שלו כדין. אם המוכר אשם על מקח הטעות הרי הוא בגדר " לחצר חבירו שלא ברשות וידו על התחתונה" (בבא מציעא ק"א א) ואינו מקבל אלא הפחות מבין ההנאה לקונה והעלויות שלו ואם הקונה אשם על המקח טעות הרי המוכר הוא בגדר "ירד לחצר חבירו ברשות וידו על העליונה" ומקבל הגדול מבין ההנאה לקונה והעלויות שלו. אמנם ראה פתחי חושן בדיני קנינים פרק י"א הערה מ"ד שלא חילק בין אשם המוכר לאשם הקונה. ראה גם דין שליח או שותף שהבריח מכס שלא כדין וחלוקת "הרווח" של ההברחה, ועיין בפתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק י"א הערה ט"ו בענין הזה.

חלק י. שאלות בעניני מכס על ייבוא אישי

א. ניסיון להעביר דרך הדואר חבילה החייבת במכס

האם מותר לכתחילה לנקוט אמצעים בהעברת חבילה נכנסת בדואר כדי להבריח את המכס, למשל על ידי רשימה מטעה או עמומה של תוכן או שווי החבילה על ידי המשלח? האם בדיעבד כאשר הגיעה החבילה לידיו ללא גביית מכס חייב לשלם? ומה הדין בדיעבד כאשר לא היתה הטעייה מכוונת שלו אלא של המשלח מיוזמתו או מרשלנותו? ומה הדין כאשר לא היתה הטעייה בכלל אלא טעות בתום לב?

מעיקר הדין, ברור שאסור להבריח את המכס. הגמרא תוהה על לגיטימיזציה במשנה של הברחת מכס על ידי ערמה כלשהי הקשורה ללבישת כלאים: "להבריח בו את המכס מי שרי?! והאמר שמואל דינא דמלכותא דינא!"[187] הגמרא שם הציעה כמה מקרים שבהם הברחת מכס מותרת: במוכס שאין לו סמכות חוקית, במוכס גזלן שגובה שלא לפי קיצבה וחוקים, או במוכס נכרי שהפקעת הלוואתו מותרת. מזה ברור שבכל מקרה אחר, עומד הדין על כנו שאסור להבריח את המכס, ללא קשר לשקר או גניבת דעת של המבריח, אלא בגלל עצם זה שמצליח להבריח את המכס שלא כדין. להיפך, מהגמרא עולה שבמוכס נכרי מותר להפקיע חובת המכס אפילו על ידי הטעיה וגניבת דעת אף שבדרך כלל גניבת דעת הנכרי אסור.[188]

לפי המנהג הבינלאומי בשליחת חבילות בדואר, מצרפים לכל משלוח חבילה בינלאומי טופס הצהרת מכס (Customs Declaration) אשר מפרט ומתאר בו את תוכן החבילה וערכו והגדרת המשלוח (מכירה, מתנה וכו') ומצהיר על ידי חתימת המשלח על אמיתת הפרטים. במקרה שהמשלח מצהיר בשקר (גם על ידי העדר טופס הצהרת מכס) על תוכן החבילה, ערכו או הגדרתו ועל ידי זה מבריח את המכס של מדינה הנמענת אשר המקבל היה אמור לשלם, ידון המשלח כגונב דעת הרשויות (גם של מדינת המשלח וגם של מדינת המקבל, כי שניהם היו מונעים העברת המשלוח אם היו יודעים שחסרה הצהרה אמיתית כדין) וכמסייע לגניבה,[189] אבל לא כגנב ממש כיוון שחובת תשלום המכס אינו נופל עליו וגם אין חוק המכס של המדינה הנמענת חל עליו כאזרח ותושב זר מחוץ לתחום המדינה. מכל מקום, ייתכן

187. בבא קמא קי"ג א'. וראה דברינו בהסבר הערמה של הכלאים ופירוש הגמרא בפרק הברחה עמוד 180 ופרק הברחה שאינה אלא העלמה עמוד 181.

188. כך עולה מפשטות הגמרא שם בפירוש המשנה בכלאים פרק י (הברחה על ידי ערמה לבישת כלאים) ונדרים פרק ג (הברחה על ידי הצהרה מטעה) שמדובר במוכס נכרי. ראה דברינו בזה בפרק גניבת דעת להרוויח כשאין בכך גנבה עמוד 264.

189. ראה דברינו בפרק איסור מסייע עמוד 275.

גם שחייב המשלח מדיני שמים על הנזק שגורם.[190] המקבל, אשר עליו נופלת חובת תשלום המכס, ידון כמבריח וגונב את המכס. בכל מקרה, ברור שהברחת מכס של מדינה ישראלית על ידי רשימה מטעה או עמומה של תוכן או שווי החבילה על ידי המשלח אסורה. לגבי מכס של מדינה נכרית תלוי הדבר בדעת רש"י המתיר הפקעת הלוואה על ידי גניבת דעת כאשר אין חשש לחילול השם.[191]

ב. חיוב בדיעבד

בדיעבד, כאשר כבר הוברחה החבילה ללא תשלום המכס, לכאורה עדיין יש חובת מכס על מקבל החבילה ככל חובת מס אחרת אשר לא נפקע בגלל חוסר גבייתה. מכל מקום חשוב לבחון למעשה את הגישה של רשויות המס למצב של בדיעבד. כאשר, על פי מדיניות מסוימת, מוותרים בפועל בדיעבד על מכס שלא שולם ניתן לראות בזה מחילת החוב או לחילופין לראות חובת המכס כדבר שאינו חל בכלל אלא על ידי תביעה וגבייה.

בבירור שעשינו עם רשויות המכס לגבי תשלום מכס על ייבוא אישי בדיעבד אחרי שכבר עברה חבילת דואר את המכס (בטעות, לצורך הבירור), התברר שלא קיים אפילו טופס או פרוצדורה לסדר התשלום בדיעבד (לא למכס שהוברח בדואר ולא למכס שהוברח במעברי הגבולות), והפקידים היו מוכנים לומר במפורש שבמקרה כזה "זכה" הנישום. אף שגישתם יכולה להתפרש כייאוש ולא כמחילה מראש ממש,[192] חוקי המכס במיוחד מסמיכים גובי המכס לוותר בדיעבד על מכס שלא שולם:[193] "המנהל רשאי לוותר על גביית חסר, כולו או מקצתו, אם נראה לו כי הוצאות גביית החסר אינן מצדיקות את גבייתו."

מכל מקום, עצם קיום חוק שמתייחס למכס שלא שולם בדיעבד, ומסדר זכויות גבייתו וחיוב תשלומו, קובע שאין מחילה או ויתור כללי על מכס שלא שולם בדיעבד, ובוודאי לא בייבוא מסחרי. ההעדר של טופס או פרוצדורה לסדר התשלום בדיעבד אינו מעיד כלום על מחילת הברחות מכוונות כיוון שאין לגובי המכס להניח שהמבריח פתאום יחזור בתשובה מרצונו וידרוש דרך לתשלום המכס שהוברח, כמו שבדרך כלל לא קיים פרוצדורות לתקן מרצון גניבות ועבירות. סביר להניח שבמקרה שהיה מידע לרשויות האכיפה על הברחות מכוונות היו פותחים חקירה פלילית ולא בדיוק מוותרים על ההברחות אלא מתייאשים כשלא ניתן לתפוס את המבריחים.[194] לעומת זאת, בהברחות בטעות ובתום לב, אפשר לפרש את גישתם

---

190. ראה שם פרק גרימת נזק עתידי על ידי אחר עמוד 305.

191. מובא בפרק גניבת דעת להרוויח כשאין בכך גנבה עמוד 264.

192. ראה דברינו בפרק מחילה של הקהילה במסים עמוד 157 ופרק ייאוש שלא מדעת עמוד 163.

193. חוק מסים עקיפים (מס ששולם ביתר או בחסר), תשכ"ח-1968.

194. ראה פרק ייאוש במסים עמוד 158.

כמחילה במיוחד כלפי אנשים שמבחינתם הם "צדיקים" נדירים אשר באים מרצונם "ומתנדבים" לשלם מכס שכבר הוברח. את ההבדל הזה רואים בחוק עצמו אשר קובע שאחד מהקריטריונים לוויתור בדיעבד על המכס שהוברח הוא הזדון או השגגה שהיה בהברחת המכס.[195]

על פי ההלכה, כאשר אדם גורם לפשרה, מחילה או וויתור על ידי עוולה, לא רק מסוג ייאוש על גזילה אלא אפילו מחילה מפורשת, חייב הוא לשלם מדיני שמים.[196] גניבה הוא לאו הניתק לעשה, וכאשר עבר המבריח בגניבה יש עליו מצווה לתקן את העבירה על ידי השבת הגניבה. הייאוש אינו מפקיע מצוות השבה כיוון שבגניבה בא לידו.[197] לכן נראה, כאשר ההברחה התבצעה במרמה של מקבל החבילה (או של המשלח בידיעה ובהסכמה של המקבל) יהיה עליו חיוב מדיני שמים וגם מצות השבת גזילה להציע תשלום המכס שהוברח. אם אין דרך לבצע את התשלום או להבליע את הסכום[198] בתשלום מס אחר, נידון ההברחה כגזל הרבים ודיני השבה השייכים לו.[199] לגבי דיני השבת גזילה לנכרי ובמיוחד גזל הרבים ממדינה נכרית דעת רוב הפוסקים שאין חיוב השבה במקום שאין חלול השם.[200]

לסיכום, הברחת מכס במשלוח חבילות אסורה גם על המשלח וגם על המקבל. בדיעבד בייבוא אישי, כאשר ההברחה היתה בטעות או בתום לב של המקבל, אין חיוב לחפש דרכים להחזיר המכס שהוברח כאשר המדינה אינה מעמידה פרוצדורה לכך או מוותרים עליו במפורש. כאשר ההברחה היתה בזדון של המקבל, חייב המקבל לשלם את המכס שהוברח.

ג. העברת טובין במסלול "הירוק" כאשר חל עליהם מכס

יש מדינות שמבקשות הצהרת מכס חתומה על טופס כחלק מתהליך כניסה למדינה במעבר הגבולות כמו שדה התעופה ויש מדינות, כמו מדינת ישראל, שמבקשות הצהרה ברמיזה, שהנכנס במעבר בשדה התעופה בוחר לעבור או במסלול הירוק או במסלול האדום. העברה במסלול האדום מסמן שהאדם נושא איתו חפצים החייבים

---

195. שם למשל בסעיף 2(ב)(1): "החסר נבע מחמת ידיעה, אמרה, הצהרה או תעודה (להלן – ידיעה) בלתי נכונה שמסר הנישום או מחמת שלא מסר ידיעה שהיה חייב למסרה והנישום לא הוכיח כי המעשה או המחדל היו בתום לב."

196. ראה דברינו בפרק גרימת מחילה בטעות ובאונס עמוד 170.

197. ראה דברינו בפרק יאוש בחוב עמוד 159. גם מי שקנה מהגנב לפני ייאוש חייב בהשבה גם אחרי אף שלא גנב בעצמו. גם בתקנת השבים שלחצו חז"ל למחול לגנב על הגניבה עדיין חייב הגנב להציע.

198. כנזכר בבבא מציעא ס"ד א' "הגוזל את חבירו והבליע לו בחשבון יצא". במקרה שהשבה ישירה יגרום לתביעה מהרשויות מעבר שחייב להם באמת ראה פתחי חושן, גניבה ואונאה, פרק ד סעיף ו והערה כ"ב שם.

199. שו"ע חו"מ ס' שס"ו סעיף ב.

200. ראת פתחי חושן, גניבה ואונאה, פרק ד סעיף י"ט ובסוף הערה נ"א שם.

במכס ומצהיר שם ומשלם את המכס. העברה במסלול הירוק מסמן שהאדם אינו נושא איתו חפצים החייבים במכס ועובר את השער בלי בדיקה, אלא שיש פקחי מכס שבודקים אנשים בודדים אשר נראה להם חשודים מאיזו סיבה. כשתופסים מי שעובר במסלול הירוק והוא נושא איתו חפצים החייבים במכס מתייחסים לזה כניסיון להבריח את המכס ויכולים להטיל עליו קנסות או להחרים את החפצים או אפילו לעצור אותו.

בלי להיכנס לפרטי חוקי המכס של מדינה מסוימת ופרשנותו, כאשר מבריח חפצים אשר חל עליהם מכס כלשהו יש בזה גניבה. איננו מתייחסים למדינות מושחתות אשר המוכסים דורשים שוחד לעבור את הגבול בכלל או להעביר חפצים אשר פטורים ממכס על פי חוקיהם.[201] במדינה מתוקנת, מעבר לאיסור גניבה של המכס, יש על המבריח גם עבירה של שקר וגניבת דעת על ההצהרה החתומה או על ההצהרה ברמיזה כשעובר במסלול הירוק.[202] אם החפצים המוברחים הם סחורה ביד המבריח או שמתכוון המבריח למכור אותם בזול (ביחס למחיר של המוכרים הקבועים שמשלמים מכס על ייבוא סחורה דומה), יש בעיה נוספת במכירה של יורד לאומנות חבירו, ואין כאן מקומו להאריך בזה.[203] במדינות נכריות חלים כללי הפקעת הלוואה וחלול השם.[204]

ד. ניצול זכויות של אחר והערמות

יש כמה מצבים אשר אפשר להבריח את המכס על ידי ניצול זכות פטור ממכס של אדם אחר. למשל, ידוע שבמדינת ישראל מעניקים זכות פטור ממכס לבקבוק אחד של משקה חריף וכמות מסיומת של סיגריות לכל נכנס בשדה התעופה. בכל טיסה נכנסת יש אנשים שאינם מנצלים את הזכות הזאת ויש אנשים שרוצים להכניס יותר ממה שיש להם זכות פטור ממכס. אם אחד יעביר לשני משקה או סיגריות ממה שיש לו מעבר למה שפטור ויבקש ממנו לעבור את המכס במסלול הירוק ביחד

---

201. ראה מדרש תנחומא לך לך פרק ה "והיה כי יראו אותך המצרים כיון שעשו כך בא לעבור נתקבצו המוכסין אמרו לו מה אתה טוען בתוך התבה אמר להן שעורין אמרו לו אינן אלא חטין אמר להם טלו מכס של חיטין אמרו לו הן פלפלין אמר להן טלו מכס של פלפלין אמרו לו אינן אלא זהובים כיון שדחקו עליו פתחו את התיבה וראו אותה כחמה זורחת אמרו לו אין דרך זו השתמש בה הדיוט ויראו אותה שרי פרעה ויהללו אותה אל פרעה." ראה פרק חמסנותא דמלכותא עמוד 74 והפרקים אחריו.

202. ראה "מדריך מכס לתייר" של רשות המסים בישראל: "כניסתך למסלול הירוק נחשבת כהצהרה, שאתה נושא עמך רק את החפצים ובכמויות שנקבעו להלן." ראה דברינו בפרק הצהרות שקר בכתב ושבועה בכתב עמוד 267. באיסור גניבת דעת אין נפקא מינא אם הצהיר שקר במפורש או בכתב או אם ביצע הטעיה בצורה אחרת.

203. ראה דברינו בפרק הוזלת מחירים בעסק שאינו מורשה עמוד 355 ודברי השואל ומשיב שהבאנו שם.

204. ראה פרק דינא דמלכותא דינא והברחת מיסים במלך גוי ומוכס גוי עמוד 218.

איתו, יכולים להבריח את המכס בלי סיכון שייתפסו כיוון שלכל אחד יש כמות שמותר להעביר איתו במסלול הירוק ואין דרך לפקחי המכס לגלות שמה שנמצא תחת ידו של אחד בעצם שייך לשני שכבר ניצל את זכות פיטורו. מצב דומה יכול לקרות כשאדם בארץ שאינו נוסע מבקש מאדם אחר שנוסע לקנות בעבורו בקבוק משקה או סיגריות כדי לחסוך את המכס אשר מגולם במחירים של חנויות בארץ אשר כבר שילמו את המכס בייבוא הסחורה שלהם.

עוד מצב של הברחת מכס על ייבוא אישי נמצא בניצול זכויות פטור על ייבוא אישי בנמלים, למשל לעולים חדשים יש זכות להעביר כמות מסוימת של מטעני נמל ורשימה של פטורים מוגבלים על מוצרים מסוימים. כאשר תושב הארץ מייבא חפצים החייבים במכס בתוך מטען של עולה חדש הפטור ממכס מבריחים בפועל את המכס.

ברור שבלי קנין של החפץ מהבעלים לזה שמעבירו מעבר לגבול יש רק הברחה אסורה של מכס,[205] והבעלים גונבים את המכס והמעביר שותף לגניבה או מסייעו ומזיק לבעל המכס (כלומר קופת הציבור). אם יתפסוהו וישאלוהו על בעלות החפץ יהיה אסור לו לשקר ולומר שלו הוא,[206] אלא אם כן נופל תחת אחד מהמקרים שהתירה הגמרא להבריח את המכס. אמנם, אם יקפיד הבעלים להקנות את החפץ למי שמעביר את הגבול לא תהיה הברחה כיוון שהחפץ באמת פטור ממכס מן הדין. מכל מקום, הגמרא כבר שללה תוקף "כל מתנה שאינה" כשלא קיים דעת אמיתית להקנות.[207] אין כוונה אמתית בנידונינו לתת מתנה למבריח את הגבול.

מעבר לטכניקות המוזכרות במשנה להבריח את המכס, דנו הפוסקים בהברחה על ידי קנין משפטי של "מתנה על מנת להחזיר" אשר עליו נפסק להלכה "שמה מתנה".[208] ההכרה ההלכתית של קנין זמני כזה ידוע בהלכות ד' מינים של חג הסוכות, שניתן לעמוד בדרישה דאורייתא, שהד' מינים יהיו ש"לכם" ממש, על ידי קבלת ד' מינים כמתנה על מנת להחזיר. שימוש בקנין כזה להבריח את המכס קיבל אישור מהריב"ש ומרב אהרן ששון ומכונה "תיקון הריב"ש".[209] אף שהערמה לפגוע בזכות ממוני של אחרים יותר חמור מהערמה על איסור או מצוה, עדיין יש לה תוקף משפטי ואין לנו איסור עצמאי לעשות הערמות.[210] הריב"ש ומר"א ששון התירו אפילו להישבע שבועה חמורה לחזק את ההערמה, כיוון שבאמת יש לה תוקף משפטי ואינו סוג של היתר הפקעת הלוואה של נכרי. מצד אחד, הפוסקים האלו

---

205. ראה פרק הברחה שאינה אלא העלמה עמוד 181.

206. ראה תשובת הריב"ש מובא בפרק "תיקון" הריב"ש בהברחת מכס על ידי מתנה ע"מ להחזיר עמוד 203.

207. ראה פרק מתנת בית חורון והערמה עמוד 198.

208. סוכה מ"א ב'.

209. ראה פרק הרחבת "תקון" הריב"ש עמוד 205.

210. ראה פרק איסור לכתחילה בהברחות וקנוניות עמוד 212.

הקפידו מאד בפרטי ההערמה ודיני הקנינים על פי משפטי התורה. מצד שני, הפוסקים התעלמו ממשפטי הדינא דמלכותא שאולי לא הכירו בתוקף קנין מתנה על מנת להחזיר וכשהמוכסין השביעו את המבריחים אדעתא דדינא דמלכותא השביעו אותם.

למעשה, לא באנו כאן לעזור למבריחי מכס. מטרתינו היא לעורר שמי שמבריח את המכס על ידי דרכים דומים להנזכרים בנידונינו ישים את דעתו להבדיל בין הברחות שהם גניבות פשוטות, אשר עליהם תמה הגמרא "להבריח את המכס מי שרי?"[211], לבין הברחות שהם הערמות ברי תוקף. נחוץ להזכיר כאן שצוואת רבינו הקדוש לבניו[212] "ואל תבריח עצמך מן המכס דילמא משכחו לך ושקלי מנך כל דאית" עומדת לנגדינו, אם לא השכל הישר.[213]

ה. קניית סחורה שהוברחה מן המכס

האם מותר לקנות טובין שידוע לו או שחושד שהוברחו מן המכס? סופר על הרב בורנשטיין בעל ה"אבני נזר":[214]

> פעם הביא חסיד אחד מתנה, אריג-משי למלבוש של שבת. החסיד רצה לשבח את מתנתו, והוסיף: זה משי מחוץ לארץ. ה"אבני נזר" התעניין לדעת איך השיג אריג מחוץ לארץ. הלה סיפר, כי הביא אותו מקאטוביץ (עיר גדולה מעבר לגבול גרמני'-רוסי', לפני שפולין זכתה שוב בעצמאות בשנת 1918, היא קרובה לסוסנוביץ שמעבר הרוסי של הגבול, ותנועת נוסעים וקשרי מסחר

---

211. לחלק מהמפרשים של המשנה במסכת כלאים (פרק י) לגבי הברחת מכס על ידי לבישת כלאים ניתן ללמוד על הערמה שאינה ברת תוקף הלכתי. לפירושם, ההברחה היתה על ידי הצגת בגדי סחורה החייבים במכס כבגדים אישים הפטורים ממכס. עיין דברינו בפרק הברחה שאינה אלא העלמה עמוד 181. על קושיית הגמרא (בבא קמא ק"ג א') "להבריח את המכס מי שרי?" הציעה הגמרא שלשה מקרים שבהם מותר להבריח את המכס, ומשמעות הדברים היא שההערמה עצמה לא היתה בה כדי להתיר את ההברחה. כנראה, כוונתו הסובייקטיבית של המבריח למכור את הבגדים בעתיד גובר על "החלטתו" הזמנית שיהיו בגדים אישיים, במיוחד שידוע שאסור ללבוש בגדי כלאים ולכן אין כוונתו באמת שיהיו עליו כמלבוש אישי כשעובר המוכס. ראה דברי הש"ך בשו"ע יו"ד סי' ש"א ס"ק ה' שהסביר שבגלל כוונתו להבריח אין לבישת הכלאים נחשבת כדבר שאינו מתכוון.

212. פסחים ק"ב ב': "ארבעה דברים צוה רבינו הקדוש את בניו: ... ואל תבריח עצמך מן המכס דילמא משכחו לך ושקלי מנך כל דאית." ראה פרק הוראת רבי עמוד 229.

213. ראה סוכה ל' א' וילקוט שמעוני ישעיה פרק ס"א רמז תק"ד: "ואמר רבי יוחנן משום רבי שמעון בן יוחי מאי דכתיב כי אני ה' אהב משפט שנא גזל בעולה משל למלך בשר ודם שהיה עובר על בית המכס אמר לעבדיו תנו מכס למוכסים אמרו לו והלא כל המכס כולו שלך הוא אמר להם ממני ילמדו כל עוברי דרכים ולא יבריחו עצמן מן המכס אף הקדוש ברוך הוא אמר אני ה' שנא גזל בעולה ממני ילמדו בני ויבריחו עצמן מן הגזל ". ממשל זה ניתן ללמוד להיות רגיש למראית עין אפילו כאשר ההברחה מותרת מן הדין.

214. ספר מראה הדשא פרק ט"ז הערה 28.

> ערים היו ביניהן) בעת שחזר משם מנסיעתו בעסקי מסחר. והוסיף: שממעטים לבדוק שם את הנוסעים העוברים את הגבול. אם כן - הזדעק ה"אבני נזר" - לא שלמת על זה מכס?! וסירב לקבל את המתנה.

האם זה מעיקר הדין או מדת חסידות? קשה לדמות קניית טובין שהוברחו לדין הקונה מן הגנב. גם אם מן הדין חל שיעבוד על טובין בזמן כניסתם לגבול או בזמן שהם מוברחים, עדיין שייכים הם למבריח ואין להם דין חפץ הגנוב.[215]

מכל מקום מאחר שהיה בהברחה גניבה, דברי הרמב"ם על הקונה מן הגנב עומדים בתוקפם:[216]

> אסור לקנות מן הגנב החפץ שגנב ועון גדול הוא שהרי מחזיק ידי עוברי עבירה וגורם לו לגנוב גניבות אחרות, שאם לא ימצא לוקח אינו גונב, ועל זה נאמר (משלי כ"ט, כ"ד) חולק עם גנב שונא נפשו.

מעבר לזה, במצב שהטובין בידי המוכר חשופים לסיכון שיתפסו על ידי המוכס יש לאסור קניה מדין מזיק שיעבודו של חבירו כשיודע ומסייע לגנב להבריח את הגניבה אחרי מעשה הגניבה.[217]

---

215. לדעת חלק מהפוסקים ייתכן שבמכס יש בעלות לשלטון בסחורה עצמה עד שישולם המכס ולכן דומה הסחורה שהוברחה לחפץ הגנוב ממש. ראה שלחן ערוך הרב חו"מ דיני גזילה וגניבה סעיף ט"ו "המבריח ממכס זה **עובר על לא תגזול** מפני שהוא גוזל את המלך בין שהוא מלך ישראל בין מלך נכרי (שאף שמותר להפקיע חובו שחייב לנכרי מכבר זה אינו כמפקיע חובו אלא גוזל ממש שנהנה מארצו שלא מדעתו ומחסרו ממון שהרי היה יכול למכור הנאה זו של משא ומתן בארצו לאיש אחר ועוד שהמלך מוחזק הוא במה שמגיע לו מעבדיו הואיל והסכימו עליו בני אותה הארץ וסמכה דעתם שהוא אדוניהם והם עבדים לו וכל אשר להם משועבד לעבודתו, **לפיכך כל הסחורה שמגיע ממנה המכס משועבדת למלך ליטול הימנה מכס וכאילו היא ברשותו ממש כיון שהוא בארצו ואצל עבדו והמבריחה גוזל מנת המלך שבה מרשות המלך**) ויש חולקין על זה ומתירים להבריח המכס." אולם, ראה ספר נעם אליעזר סי' י"ג שכתב על דברי שו"ע הרב שהמציאות במכס בזמנינו שונה ואין לשלטון גדר בעלות על הסחורה החייבת במכס. ראה גם פתחי חושן הלכות גניבה ואונאה סי' א' הערה ד' שפקפק בטעם השו"ע הרב. בשו"ת משפטים ישרים סי' קי"ג דן בדין הפקעת הלוואה בהברחת מכס וכתב "שאחר שהושם החוק על הבגדים והם אצל ישראל הו"ל כהפקעת הלוואתו, דהלוואתו לאו דווקא, דה"ה פקדונו. והבגדים האלו כאילו הם מופקדים ומחציתם למלך ושרי ליטלם וכן פשט המנהג."

216. פרק ה הלכה א. ראה דברינו בפרק קנייה מגנב וגזלן עמוד 282. וראה דברי הים של שלמה (בבא קמא פרק י סי' נ"ח) שהבאנו בפרק לפני עוור ואיסור גרמא בנזיקין עמוד 294.

217. ראה דברינו בפרק מסייע בגניבה עמוד 295 ובדברי המרדכי (בבא בתרא פרק הספינה רמז תקס"ד) שהבאנו שם שמחייב את מי שמסייע לגנב להבריח את החפצים שגנב אף שנגנבו כבר. אולם ניתן לחלק בין מקרה המרדכי למקרה שלנו, כי שם החפצים היו גנובים בידי הגנב, ואילו כאן הסחורה איננה גנובה אלא שנעשה מעשה גניבה בהברחתם. מכל מקום לכתחילה נראה שאסור לסייע לו בכך משום שעדיין מעודד בכך את המבריח לבצע עוד הברחות דומות, והוא בגדר מזיק בגרמא שאסור לכתחילה. גם אין דומה דין הקונה מן המבריח לקונה בהמה שלא הורמו ממנה מתנותיה, שאסור לכתחילה (ראה דברינו בפרק השוואה לדין מתנות כהונה ומתנות

אחד מפוסקי זמנינו דן בשאלה[218] של קניית טבאק וסיגריות שהוברחו וכתב:

> מקום שאסור להבריח מן המכס אסור לקנות מן המבריח, דהמבריח הרי הוא כגזלן כמ"ש מרן בסעיף ו' דעובר על לא תגזול ואם כן הקונה ממנו הוה ליה כקונה מן הגזלן ומסייע ידי עוברי עבירה ועובר על לפני עיוור.

אולם, אף שלדעתו ברור שיש איסור עקרוני מדינא דמלכותא להבריח את המכס ולכן קיים גם איסור משני לקנות את הסחורה שהוברחה, כיוון שיש דעות אחרות המתירות את ההברחה עצמה לכן:

> יכול המוחזק בעל הטבאק לומר: קים לי שאין בזה דינא דמלכותא דינא ויכול להבריחו מן המכס ... וממילא דגם הקונה ממנו אינו נאחז בסבך של איסור מסייע ידי עוברי עבירה ולפני עיוור לא תתן מכשול.

קשה לנו להבין סברתו לאור דברינו בענין מסייע לעבירה שיש בה נזק לצד ג', הרי מבחינת הקונה שהדין הוא שאסור להבריח את המכס איך יכול הוא להצדיק השתתפות בהיזק ממון צד ג' רק בגלל שלמזיק יש טענת "קים לי" שמותר לו לעשות כן? למה אין גם לניזק טענת "קים לי" שהדבר אסור, במיוחד שעיקר ההלכה היא כן ובמיוחד שעל פי ההלכה, הניזק, שהוא השלטון וקופת הציבר, נחשב כמוחזק ואין לטעון "קים לי" נגדו? גם קשה מה שייכות של "קים לי" להתיר איסור לכתחילה או להצדיק פסיקה לקולא בשאלה כזו, הרי "קים לי" אינו אלא טענה בבית דין מעין "המוציא מחבירו עליו הראיה" ואין לראות בזה כלל שבכל מחלוקת בדיני ממונות פוסקים כדעת המקל אפילו לכתחילה. אמנם, ניתן ללמוד ממה שכתב בפשטות שהקונה מן המבריח דומה לקונה מן הגזלן, אף שהחפץ המוברח אינו גזול ממש, שבמקום שידוע לנו שהמוכר הבריח את הסחורה באיסור אסור לקנותה ממנו.[219] מכל מקום, אין לאסור מן הדין לקבל חפץ שהוברח כמתנה מהמבריח, כמו בסיפור על האבני נזר, או לקנותו מאדם אחר שבעצמו קנה מן המבריח, אלא מדת חסידות שנו כאן.

עניים עמוד 286) משום שבמתנות כהונה יש לכהנים חלק מסוים בבהמה ולא תביעה ממונית על הבהמה.

218. שו"ת ישכיל עבדי חלק ד חו"מ סי' ה.

219. ראה גם דברינו באורך בפרק לקוחות של עסק שחור כללי עמוד 367 והמקורות שהבאנו שם.

חלק יא. תכנון מס

רוב תכנוני המס הם שיטות לסווג ולשייך את הבעלות על נכסים שונים או על הכנסות והוצאות כדי להוריד או לבטל את המס השייך לאותו נכס או הכנסה. בגלל שחלות שיעור המס על פי חוקי המס משתנה בהתאם לזהות הבעלים, או לסיווג עיסקה, או הכנסה, יש מצבים אשר כדאי בהם לבצע עסקאות באופן לא-טבעי כדי ל"ייעל" את המיסוי. לא אמורה להיות בכך בעייה עקרונית. הבעייה מתחילה בכך שחוקי המס בנויים על הנחה שכל העיסקאות נעשות בין צדדים לא קשורים (arm's length), כלומר שכל צד פועל לפי האינטרס שלו ולכן העיסקה, הגונה או לא, נולדה מתהליך שצורתו המשפטית משקפת את תוכנו הכלכלי.

כאשר אדם מוציא משכורת מעסקו לבתו הנערה בסכום גבוה תמורת עבודה סמלית, הוא יכול לחסוך משמעותית במסים אשר היה חייב לשלם בלי זה. הבעייה היא שהוא ובתו הם קרובים ואינם מייצגים את האינטרסים שלהם ממש. הבת יכולה להחזיר את המשכורת לאביה, מה שצד שלישי אחר לא היה עושה. האב גם יכול להוריד את התמיכה השוטפת שהוא ממילא נתן לבתו עד אז. למעשה, האב מנצל הפרשי שיעור מס שולי בינו לבין בתו כדי להוריד את המס על ידי עסקה משפטית שאינה משפיעה עליו מהותית וכלכלית.

רשויות המס מודעות לקיום תכנונים שונים ומכירים בהם כדרך לגיטימית להפחתת חבות המס של הנישום.[220] למרות זאת הם מנסים למנוע אותם באמצעות תקנות שונות. אחד מהדרכים הוא לחייב את הנישומים לדווח על עיסקאות כאלה כדי שיוכלו הרשויות לחקור ולעיין בהם ולהתנגד להגדרתם. למשל במדינת ישראל, לאחרונה התקין שר האוצר תקנות[221] המחייבות דיווח מיוחד על רשימה של עיסקאות בין קרובים שיש בהם חשש שאינם הגונים ומטרותיהם אך ורק לנצל את הפרשי שיעור המס בין הנישום לבין קרובו.

בעל תרומת הדשן העיד כבר במאה ה-14 על "מנהג" אנטי-תכנוני שנהג בקהילות שבזמנו שלא להכיר בהלוואות לטובת קרובי משפחה כדי לנכותם מחישוב ההון של הנישום, אף שהלוואות לזרים היה נהוג לנכותם מחישוב סך ההון של הנישום.

---

220. פרוטוקולים של ועדת הכספים בכנסת, ו' כסלו תשס"ז, בעניין תקנות מס הכנסה ומע"מ (תכנון מס החייב בדיווח), דברי מנהל רשות המסים: "אפתח ואומר שתכנון מס הוא לא דבר אסור. אנחנו מכירים את החלטת בית המשפט העליון וגם מקבלים אותה, לפיה תכנון מס הוא זכותו של הנישום, של האזרח, של העוסק, לכלכל את צעדיו כך שיהיו דלי מסים ולא עתירי מס". כוונתו, למשל, לפסיקת השופט חשין בנדון, בג"ץ 34/50.

221. תקנות מס הכנסה (תכנון מס החייב בדיווח), התשס"ז – 2006.

[נהגו ש]מנכין ל[נישום] מה שהוא חייב בין למולים בין לערלים אף אם לא הגיע הזמן עדיין לפרוע. אמנם נראה אם א' חייב מה שהוא לקרובו או לאוהבו, והדבר ידוע שלא יכריחהו לפרוע כלל עד אשר יפרע הוא כרצונו, ודאי כהאי גוונא אין לנכות לו מסכומו. ואף על גב דסברא פשוטה היא זאת כתבתי משום דחזינן דנהגו קצת להיות מנכין חיובא כי האי גוונא. ונראה דאין ראוי לנהוג הכי כלל.[222]

גם מהריט"ץ[223] ביטל תכנון מס במקרה שהגיע לפניו בעניין נישום שהשמיט בתצהיר שלו לעריכת מס סכום מסויים שרשם בספריו כעומד לפרעון נדוניה שהתחייב עליו. מהריט"ץ ראה את ההפרשה של הכספים לצד כעיסקה בדויה: "וזה נראה לי פשוט אם הוא נושא ונותן [בכספים שרשם שהפריש], ומה גם אם לא מסרם ביד בנו [בפועל] ושוב הפקידם בידו אלא הוא בינו לבינו הפרישם, אנן סהדי שלא עשה כן אלא כדי להיפטר והערמה היא וזה פשוט."

בסופו של דבר, תכנון מס, אפילו אם אינו בגדר העלמת מס אסורה, אם הוא עומד בניגוד לרוח החקיקה, הוא עשוי להיתקל בהתנגדות של רשויות המס שירצו לבטל ולהפר את התכנון ולהתייחס לבעלות נכס או סיווג עסקה בצורה שונה המשקפת יותר טוב את מהות הדבר. למשל, במדינת ישראל, בפקודת המס יש סעיף אנטי-תכנוני:[224]

היה פקיד השומה סבור, כי עסקה פלונית המפחיתה, או העלולה להפחית, את סכום המס המשתלם על ידי אדם פלוני היא **מלאכותית או בדויה**, או שהסבה פלונית **אינה מופעלת למעשה**, או כי אחת ממטרותיה העיקריות של עסקה פלונית היא **הימנעות ממס או הפחתת מס בלתי נאותות, רשאי** הוא להתעלם מן העסקה או מן ההסבה, והאדם הנוגע בדבר יהא נישום לפי זה. הימנעות ממס או הפחתת מס ניתן לראותן כבלתי נאותות אפילו אינן נוגדות את החוק.

הסמכות והיכולת של רשות המסים להתעלם מעסקה אינו אוסר או מבטל את תוקף הדבר ממילא, אלא יכולים הם לעשות כן כשהדבר יבוא לפניהם. גם מבחני החוק כמו "בלתי נאותות", "אינה מופעלת למעשה", "אחת ממטרותיה העיקריות" וכו' הם הגדרות של עובדות ופרשנויות הניתנות לוויכוח.

---

222. שו"ת תרומת הדשן סי' שמ"ב, בסוף התשובה.

223. שו"ת מהריט"ץ (ישנים) סי' קמ"ז.

224. פקודת מס הכנסה, סעיף 86, וראה חוק מע"מ סעיף 138, וכן חוק מיסוי מקרקעין, סעיף 84. בארה"ב פיתחו בתי המשפט דוקטרינות משפטיות כמו Step Transaction Doctrine (Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 1935) וגם Economic Substance Doctrine, אשר רק באחרונה עוגן בחוק (Internal Revenue Code Section7701(o)).

א. עיסקאות בדויות בהלכה

אחת מהבעיות היסודיות בתכנון מס היא "עיסקה בדויה", שמזכיר את ענין ההערמה המשפטית.

האם יש בסיס הלכתי לשלילת תוקף עסקאות בדויות שנעשו רק כדי להבריח מחובת מס?

ראשית, עלינו לחדד את ההגדרה של עסקה בדויה ולהבחין בינה לבין עסקה מלאכותית. בית המשפט העליון בישראל הבחין בין עסקאות בדויות לבין עסקאות מלאכותיות:

> עיסקה בדויה היא חסרת ממשות, היא נעשית למראית עין והצדדים אינם מעוניינים לקיימה לפי השתקפותה החיצונית. ואילו את העיסקה המלאכותית הצדדים מעוניינים לקיים, אך עיצובה סוטה מדפוסים מקובלים בחיי הכלכלה במטרה להפחית את נטל המס. על רקע זה צוין בספרות ובפסיקה פעמים רבות כי במקרה של עסקה בדויה אין כלל צורך בנורמה אנטי-תכנונית, משום שעסקה בטלה מיסודה על פי דיני החוזים ואין צורך בסיווגה מחדש.[225]

מי שביצע עסקה בדויה עשוי להיחשף לתביעה פלילית על כך כאילו שיקר והגיש דו"ח כוזב והעלים מס, בעוד שעיסקה מלאכותית אינה נחשבת לעבירה פלילית מעצם מהותה.[226]

גם ההלכה מכירה במושג של עיסקה בדויה, כמו "שטר מברחת", ושוללת ממנה את תוקפה. האמורא שמואל אמר "מורה הוראה אני, אם יבא שטר מברחת לידי אקרענו."[227] שטר מברחת היא שטר שכותבת אשה שמתחתנת בפעם השנייה ואינה רוצה שבעלה יירש את נכסיה ולכן כותבת אותם לבתה לפני הנישואין.

בדומה לנורמה המשפטית שהבאנו, מסקנת הגמרא היא ששאלת תוקפו של שטר זה תלויה באומדנא אם יש גמירות דעת להקנות באמת את החפץ למקבל, אף שאין מטרת הקניין אלא להבריח מהבעל החדש. כאשר יש כוונה להקנות, אף כשאין שום סיכון הפסד למבריח כמו כשמנסח את השטר "מהיום ולכשארצה" השטר תקף. רש"י מסביר את המושג "מהיום ולכשארצה", "שאם בא הנושה לזכות תאמר אני רוצה במתנה ונמצא קיימת למפרע, ואם זה שנכתב שטר יבוא להחזיק תאמר איני רוצה." בדומה לכך גם במתנה על מנת להחזיר יש קניין מוכר בהלכה אף שניתן לחייב להחזיר את החפץ לבעליו הקודמים.[228]

---

225. על פי הגדרת השופט אנגלרד בפס"ד הורביץ, ע"א 1182/99.

226. שם, סעיף 150 והלאה.

227. כתובות ע"ט א'. ראה פרק הרא"ש מבטל הברחות נכסים מנושים עמוד 187.

228. ראה פרק "תיקון" הריב"ש בהברחת מכס על ידי מתנה ע"מ להחזיר עמוד 203.

ב. מסקנה

יש לאדם סמכות לעשות תכנון להכנסותיו באופן שישלם סכום מופחת של מס, אך התכנון צריך להיות באופן לגיטימי ולא באופן שנוגד את התקנות שבחוק או עוקף את החוק בצורה מלאכותית. גם ההלכה מתייחסת לתכנוני מס שונים, ודנה בתוקפן של עיסקאות שכל מטרתן היא להיפטר מתשלום מסים. במקרים אלו העיסקה נחשבת כעיסקה בדויה שאין לה תוקף, אך יש גם עסקאות מלאכותיות שמעמדן פחות ברור משום שלא ברור בדיוק מה מטרתן, ולכן יש לדון אם רשאי לעשות תכנונים כאלה אף שרשות המס עלולה לפסול אותן לאחר מכן.

ג. תוקף סמכויות אנטי-תכנוניות

היכולת של רשויות המס לדון אחר המעשה על מיסוי עיסקאות לפי ראות עיניהם מקנה להם סמכויות לא מוגדרות ושיקול דעת שיכול לשלול את תוקפם של חוקי המס בעיני ההלכה. הפוסקים התייחסו לגבאי (פקיד שליח ממשלתי), או מוכס (זכיין פרטי בגביית מסים), שגובה מסים בצורה אגרסיבית ומנסה להוציא מהנישום יותר ממה שחייב על פי הדין, לפעמים אפילו בתום לב כשאינו מאמין להצהרותיו של הנישום. הפוסקים התירו לשקר, להעלים ולהבריח כדי להימנע מתשלום יתר.[229] אולם הפוסקים התייחסו למצבים שהמוכס חורג מהחוק ואילו כאן החוק עצמו מעצים את המוכס עם שיקול דעת וגמישות באכיפת החוק.

בסוגיה של "מוכס שאין לו קיצבה", אשר מותר להבריח את המכס ממנו, ישנם שני דרכים בהבנת המציאות של "אין לו קיצבה". אפשר שהמוכס נוטל יותר מקצבתו בחוק,[230] כלומר אכיפה סלקטיבית החורגת מהחוק. לחלופין, ניתן לפרש שהחוק עצמו מסמיך את המוכס בכח לגבות כפי שיקול דעתו ובלי קיצבה.[231] לפי הפירוש השני אין תוקף בכלל לחוק, כיוון שאינו עומד בדרישה ההלכתית שיהיה "שווה",[232] אלא אם כן מדובר במערכת מיסוי המבוססת על ידי הערכה של נכסי הנישום, והשיקול דעת אינו אלא שמאות על פי החוק.

---

229. ראה דברינו ומקורות שהבאנו בפרק גניבת דעת להגן על עצמו כשרק חושש שעלול לגוזלו עמוד 255.

230. ראה רש"י בבא קמא קי"ג א': "נוטל ככל חפצו".

231. ראה פירוש הרא"ש (נדרים כ"ח א' ד"ה במוכס שאין לו קיצבה) שהביא פירוש זה קודם והביא גם את פירושו של רש"י.

232. ראה בארוכה פרק סייגים ביישום ואכיפת החוקים עמוד 74. ראה שו"ת חכם צבי (סי' ע"ב) שהעלה את האפשרות שקנס שמטיל מוכס כאוות נפשו ללא קצבה נחשב כמוכס העומד מאליו. אמנם אין הוא רואה בכך מוכס שאין לו קצבה, אך רואה סמכות בלתי מוגדרת כסמכות שאין לה תוקף.

נניח למשל, שהחוק מסמיך את פקיד השומה, שאם הוא סבור שסכום המס שמשלם הנישום אינו משקף את מצבו הכלכלי, הכנסתו האמיתית, ויכולתו של הנישום לפרוע מסים, יכול הפקיד כפי ראות עיניו להתעלם מעסקאות ולשנות סיווג בעלות נכסים. ברור שפקיד שיפעיל סמכות זאת יהיה נחשב להלכה כמוכס שאין לו קצבה וכגזלן,[233] ולכן יהיה מותר לנישום להבריח מס על ידי העלמת הכנסות והצהרות שקר כדי להגן על ממונו מתביעת מס שלא כדין.[234]

הפרישה כתב במפורש בקשר למוכס שאין לו קצבה:[235]

> ומיהו נראה דאם הוא במקום שהמוכס מאמין לסוחרים [על הצהרותיהם] והסוחר יודע שאם יגיד להמוכסן כל הסחורה אזי יטול ממנו עשרה זהובים שלא כדין [מאיזה סיבה], אזי לא יגיד לו כל הסחורה אלא [יצהיר בשקר] לפי סך שמגיע עליו ליתן מן הדין, כך יאמר לו. דרך משל, שיש לו ארבעים אמות

---

233. אמנם ראה שטרית נגד פקיד שומה ת"א יפו, ע"א 10666/03. שם קבע השופט אהרן ברק שכוונת המחוקק בסעיף 86 הוא לתת לפקיד שומה סמכות לפסול תכנוני מס מטעמים חברתיים-ציבוריים. התיק עסק בביטול לצרכי מס של פירוק חברה בע"מ והקמתו מחדש שנעשתה, לדעת פקיד השומה, אך ורק לנצל פער בין שיעורי מס שונים. ברק כתב:
"אין גם ספק כי זכותו של הנישום לנצל הטבת מס זו. עצם ניצולה של ההטבה היא פעולה לגיטימית שאין בה כל פסול ואין כל מקום להתערב בה, אלא שלעתים לאור הנסיבות הסובבות את ניצול ההטבה, הופך הניצול לניצול בלתי לגיטימי. כך שאין לומר כפי שהמערער ביקש לטעון, כי כל ניצול של הטבת מס היא פעולה לגיטימית. עמדה כזו מעניקה משקל מכריע לזכותו של הנישום לתכנן את המס ואין היא מאזנת אותה כראוי עם האינטרס הציבורי בגביית מס אמיתי ושוויוני. עמדה כזו איננה העמדה המקובלת בשיטתינו לאיזון בין זכות הנישום לתכנן את המס ובין האינטרס הציבורי בגביית מס אמת. על פי שיטתינו, יש ניצולים לגיטימיים ויש ניצולים בלתי לגיטימיים. יש ניצולים של זכויות ויש ניצולים לרעה של זכויות." בהמשך קבע השופט ש"באיזון בין זכותו של המערער לתכנן את המס ובין האינטרס הציבורי בגביית מס צודק ושוויוני, ידו של השיקול האחרון על העליונה...."
לכאורה, השופט, הידוע כדוגל בשיטת אקטיביזם שיפוטי השנויה במחלוקת, סובר שלפקיד שומה יש כח של כעין "מוכס שאין לו קצבה" ויכול על פי שיקול דעתו להכריע בין ערכים חברתיים נוגדים ולקבוע מה נחשב "ניצול בלתי לגיטימי". ברור שדברים אלו מנוגדים לדעת ההלכה ביחס לסמכות המוכס, שרשאי רק לבצע את דברי המלך אך לא לגבות מסים לפי השקפתו החברתית.

234. להבהרה, לא מדובר בפקיד שחושד באמינות ההצהרות של הנישום עקב מידע אחר שיש לו על הנישום ולכן דורש מהנישום להביא ראיות לאמת הצהרתו. אבל אם הפקיד מייחס לנישום הכנסה כללית ללא שום הוכחה ובסיס במציאות ומטיל שומא על ההכנסה הזאת ודורש מהנישום להוכיח **שלא היה לו הכנסה כזאת**, זה דומה ממש למוכס שאין לו קיצבה. אפילו אם מדובר במערכת מיסוי המבוססת על הערכת נכסי הנישום, אין הפקיד יכול לייצר טענות שיש לנישום חשבון בנק בשווייץ או נכס מניב במדינה רחוקה ולהטיל שומא על בסיס טענות אלו ולדרוש מהנישום להוכיח שאינם נכונים.

235. פרישה חו"מ סי' שס"ט ס"ק ח'. ראה פרק גניבת דעת להגן על עצמו כשרק חושש שעלול לגוזלו עמוד 255.

> בגד וממנו יקח המוכסן ארבעים גדולים [מטבעות] ומן הדין אין ראוי ליתן אלא שלשים גדולים, אזי לא יגיד למוכסן רק משלושים אמות.

נראה שלא מדובר כאן דוקא במוכס שבא לעושקו בכוונה אלא במוכס שגובה מעבר לקצבת החוק מסיבה אחרת כמו הבנה שגויה. אפילו במקרה שהמוכס גובה יותר מקצבתו בגלל שאינו מאמינו, מותר להבריח את מה שגובה מעבר לקצבתו.[236] מכאן ניתן ללמוד בקל וחומר שאם בכלל אין קצבה אלא "המלך בעצמו לא קצב לו רק שבידו ליטול כפי מה שרוצה, אם כן שפיר הוה ליה כולו גזל".[237] גם בקשר לתכנוני מס, שיש לפקיד השומה שיקול דעת לבטל עסקאות ולקבוע מסוי כפי דעתו בניגוד לחוק היבש, ניתן להגדיר את הדבר כמוכס שאין לו קצבה או לוקח יותר מקצבתו. מכל מקום, לדעת הפוסקים לא הותר הברחה ושקר אם באמצעותם מתחמק מתשלום מס שבאמת היה חייב לשלם לרשויות.[238]

עצם העובדה שניתן לצפות מראש שרשויות המס ישתמשו בכח האנטי תכנוני שלהם לבטל תכנון מס מסוים, אילו רק היו יודעים ממנו, אינו אוסר את השימוש באותו תכנון, אם יש בסיס משפטי לכך. כל זמן שהתכנון מבוסס על עמדה משפטית שניתן להגדירה כספיקא דדינא, מותר לנישום לנקוט את עמדתו ולדווח ולחשב חובת המס על פי אותה עמדה.[239] אין בהצהרתו או בהכחשתו גניבת דעת כיוון שטענה המבוססת על ספיקא דדינא נחשבת כטענת "ברי" ולא כטענת "שמא".[240] על אחת כמה וכמה שהדבר מותר כאשר אין ספיקא דדינא בעמדתו, אלא שרשויות המס היו משתמשים בכוחם האנטי-תכנוני לבטל עיסקה מלאכותית, אלא אם כן עמדת הרשויות ופסיקת בית המשפט במקרים זהים הפכו כבר להיות החוק ומשפט.[241]

נראה להוסיף שחוות דעת של עורך דין מקצועי שניתן בתום לב לסמוך עליו נחשבת כעד אחד אשר עליו ניתן לבסס טענה והכחשה ולהצהיר על חובו במס על

---

236. ראה שו"ת מבי"ט (חלק א' סי' רס"א) שכותב: "ואם הוא [גובה יותר מקצבת החוק] לאיזו סיבה שיראה לו למוכס שבהיתר הוא מוסיף [ואינו מכוון לעשקו], אינו מותר להבריח ממנו כי אם עד כדי מה שהוסיף בין באותה סחורה". ראה גם שו"ת שואל ומשיב (מהדורא חמישאה סי' פ"ה ד"ה והנה בשנת תרי"ג) שדן במוכס ה"נקצב מאת המלך שידין כפי ערך חמישה למאה מהרווח רק שאינו מאמינו לאותו שמעריך עצמו אם באמת העריך, על כן הוא מטיל עליו יותר".
237. שו"ת שואל ומשיב שם. ראה גם דעת השואל שם שכתב "אם הוא מטעם המלך מה שמוסיף יותר מכדי ההערכה, אם כן הוה כמוכס שאין לו קצבה."
238. במקרה שאי אפשר למנוע תשלום מעבר לקצבתו אלא באמצעות הערמה שיגרום לשלם פחות מקצבתו, רשאי לעשות כן ולשלם בדרך אחרת את חבות המס. ראה פרק גדר מוכס שאין לו קצבה עמוד 76. אם לא ישלים את ההפרש שחייב מן הדין, הרי מציל עצמו בממון חבירו. ראה פרק דעת הרמב"ן והר"י עמוד 178.
239. ראה פרק גניבת דעת להגן על טענה משפטית מסופקת עמוד 259 ודברי מהרי"ק שם בדין "קים לי".
240. שם.
241. ראה פרק תקדימי בתי משפט: האם דינם כערכאות או כחוק? עמוד 57.

פיה.[242] ניתן גם לבסס את עמדתו המשפטית על פי משפט התורה, אף שהמשפט האזרחי באותו ענין שונה לחלוטין, וניתן אפילו להצהיר על עובדות והגדרות משפטיות (כמו בעלות) על פיהם. למשל, למרות שמתנה על מנת להחזיר בטלה במשפט האזרחי, ניתן להצהיר בעלות על נכס ולחשב חיובו במס על פי דין התורה שמתנה על מנת להחזיר שמה מתנה.[243] למרות זאת יכולים רשויות המס לתקן תקנות מפורשות נגד תכנוני מס ולעגן את עמדתם בחוק אפילו בניגוד למשפט התורה, כמו שראינו שהחכמים התקינו תקנות המבטלות או אוסרות הערמות ידועות למרות תוקפם המשפטי. ייתכן גם שפרשנות מקובלת בהגדרות משפטיות ומיוחדות לצרכי מס מהווה כעין תקנה מפורשת נגד תכנוני מס, כך שלמשל מתנה על מנת להחזיר תהיה בטלה לצרכי מס, כיוון שלצרכי מס כבר התקבל עיקרון שקנין שאין בו משמעות כלכלית אינו קנין מבחינת מיסוי.

ד. מסקנות

א. פעמים שרשויות המס חורגות מסמכותם ומנסים להוציא מנישום יותר ממה שחייב או שאינם מאמינים להצהרתו. במקרים אלו דינם כדין "מוכס שאין לו קצבה" והנישום רשאי להעלים מהם הכנסות אם הוא סבור שהם יטלו ממנו שלא כדין.

ב. הדברים נכונים גם אם סיבת הגבייה החריגה נובעת מטעות ולא הייתה כוונה לעשוק את הנישום. כמו כן נישום רשאי להשתמש בכל תכנון גם אם הוא צופה שרשויות המס לא יקבלו את התכנון לבסוף, אלא אם מדובר על תכנון שמנוגד כבר לחוק.

ג. די בחוות דעת משפטית או תורנית שמצדיקה את התכנון ואז הנישום רשאי להשתמש בו.

ה. שיטות אנטי-תכנוניות

מגמת הרשויות כאסטרטגיה להילחם נגד תכנוני מס היא לדרוש יותר ויותר מידע בהצהרת הנישום ולא להסתמך על שאלות אשר מובנות מהן מסקנות משפטיות, כמו מה הייתה ה"הכנסה" בשנה מסויימת, כמה "חבות המס" או ערך הנכסים? במקום שאלות כאלו, דרשו מידע יותר עובדתי ואובייקטיבי שיאלץ את המצהיר על פי נוסח הטופס להגיע לפרשנות ומסקנות שהרשויות רוצים. מגמה זו היא זכותם

---

242. ראה פרק גניבת דעת להגן על טענה משפטית מסופקת עמוד 259 ודברי והש"ך וקונטרס הספיקות שם. אמנם חוות דעת נגד פרשנות עקבית וברורה של בתי המשפט הופך להיות כ"טועה בדבר משנה" אשר אפילו בדיעבד אין תוקף אפילו לדיין וכל שכן לאדם שעושה דין לנפשו במקום דיין. ראה הטעם השני שם בקונטרוס הספיקות.

243. ראה פרק "תיקון" הריב"ש בהברחת מכס על ידי מתנה ע"מ להחזיר עמוד 203.

של הציבור, אשר בכוחם לדרוש שבועת השותפים על טענת שמא[244] ויכולים על פי ההלכה לדרוש גם שבועה מפורטת ולא סתם הכחשה של חוב.[245] אסור לדווח בצורה כוזבת ולגנוב את דעת הרשויות בפרטי מידע אלו אשר הם דורשים, אף שגילוי המידע עשוי לערער את עמדתו המשפטית הלגיטימית של הנישום, אשר נתון ב"ספיקא דדינא", או שייאלץ לחשב את חובו במס על פי נוסח טופס ההצהרה ולפי עמדתה המשפטית השונה של הרשויות.

אף אם ניתן להכיר את סמכות פקיד השומה כסמכות ברת תוקף ולא להחשיבו כגזלן, מכל מקום ניתן להשוות אותו לדין גבייה של מוכס גוי, שמותר להבריח ממנו את המכס אף שאין עצם תביעתו נחשבת כגזילה אלא שחל עליו היתר הפקעת הלוואה של נכרי.[246] בדין הפקעת הלוואה של נכרי,[247] לא הנושה נחשב עבריין כשנושה את הלווה, ולא הלווה נחשב עבריין כשמתחמק מהנושה. בדומה לכך, לא פקיד השומה נחשב גזלן כשבא לבטל את סוג תכנון מס ולא הנישום נחשב לעושק כשעושה תכנון מס משלו, אלא יש כאן משחק או משא ומתן לגיטימי בין פקיד השומה והנישום כדי לקבוע את חבות המס. מצבו של הנישום עדיף אפילו ממי שמבריח ממוכס גוי, בגלל שבמוכס גוי קיים חיוב ממוני מוחלט וברור לפרוע מס, ואילו במקרה שלנו אין כל חיוב ממוני לשלם על פי התכנון ואין חובה משפטית להגדיר את העסקה כפי שרוצה פקיד השומה לסווג אותה.

אין אדם מגלה טענותיו אלא בבית דין

הפוסקים כבר הכירו כדבר לגטימי התגוננות של בעל דין מול בעל דינו באמצעות שקרים, "בלוף" והטעיות כדי למנוע את גילוי עמדתו המשפטית לפני הדיון הרשמי:

> כל מה שטוען חוץ לב"ד יכול לחזור ולטעון אפילו לסתור טענתו הראשונה לפי שאין אדם מגלה טענותיו אלא בב"ד כדי שלא ידע בעל דינו מה שירצה לטעון ויחשוב להשיב שקרים על טענותיו.[248]

מובן שבעל דין שמאמין בצדקת טענותיו לא ירצה לגלות את טענותיו לבעל דינו, כי הדבר יכול לעזור לשני להשיג על טענותיו. כך הדבר גם ביחס למסים, שנישום הנוקט בעמדה מסוימת או משתמש בתכנון מס מסוים לא ירצה לגלות את עמדתו

---

244. ראה פרק שבועת השותפים במיסים עמוד 115.

245. ראה סוף פרק גניבת דעת להגן על טענה משפטית מסופקת עמוד 259.

246. גם כשאין המוכס בגדר "שאין לו קצבה", ייתכן שעדיין ייחשב כגזלן על ידי הפעלת שיקול דעתו אפילו בסמכות החוק, וכן הובא ברמ"א חו"מ סי' ל"ד סעיף י"ד בשם הגהות אשרי "י"א דפירוש מוכסים, שגובה המכס **לפי אומד הדעת ואין בדבר קצבה, לפיכך מסתמא פסול, דמסתמא נושאים פנים למקצת בני אדם ומכבידים על אחרים**, ולכן שמאי העיר שמטילין מס על בני העיר לפי אומד הדעת, צריכין ליזהר שלא יחניפו לאחד ויכבידו על האחר, שלא יפסלו לעדות ולשבועה".

247. ראה פרק הפקעת הלוואה עמוד 222.

248. טור חו"מ סי' פ'.

לרשויות המס כדי שלא יערערו על עמדתו אפילו כדין. הדבר נכון אפילו בעמדה שהנישום מאמין שיכול להגן עליה ולנצח בבית משפט, כיוון שעדיף לו לא להביא על עצמו ביקורות ותביעות, וקל וחומר כשעמדתו אגרסיבית או מפוקפקת והוא מפחד להפסיד בבית משפט ואולי לספוג קנסות.

מצד אחד הצהרה בדו"ח מיסים חמורה מביטויים והצהרות מחוץ לבית דין[249] שמותר לשקר בהם. אולם מצד שני, גילוי מידע סובייקטיבי פחות חמור מהטעיות ושקרים. אם נצרף ביחד:

את מגמת הרשויות להשתמש בכח אנטי-תכנוני כדי לעקוף את החוק היבש ולהטיל "מס אמת" על הנישום על פי דעתם עם מגמת הרשויות לדרוש גילוי נאות בתום לב של הנישום להתבסס על התנגדותם והצהרתו,יווצר מצב שאינו הגון הנוגד את הנחות יסוד ההלכה כמו נאמנות ב"מיגו".[250] לכאורה ניתן לתרגם את הדרישה לגילוי עמדות משפטיות כשאלה: האם אתה חושב שלדעתינו היית צריך לשלם יותר ממה שהצהרת שאתה חייב לשלם?! דרישה כזו מושתתת על הנחה שקיימת חובה מוסרית על הנישום לשלם "מס אמת", ולכן הדרישה להצהיר שהנישום משלם מס אמת היא לגיטימית.

בשנים האחרונות העלו רשויות המס בעולם את מלחמתם נגד תכנוני מס והתקינו תקנות המחייבות דיווח של הנישום על עמדות משפטיות שנקט אשר תוקפם לא ברור.[251] דרישת תקנות אלו היא כבר מעבר לדרישה לגילוי עובדות אובייקטיביות אשר גילוים יכול לשמש את הרשויות כחומר להתנגדות לעובדות המשפטיות של הנישום. בדרישה בהן היא למידע סובייקטיבי לגבי דעת הנישום על המסקנות המשפטיות שהוא ביסס עליהם. בעצם, הם שוללים את יכולת הנישום לטעון טענת "ברי" על בסיס עמדה הנתונה בספיקא דדינא.

באירוע שבפס"ד הורוויץ[252] היה הסכם-על, הבנה הדדית (gentleman's agreement) ששינה את מבנה השותפות מזאת שהיתה כתובה בהסכם החתום הפורמלי. אף שבית המשפט התעלם מהבנה הדדית זו מאחר שלא ניתן היה לאכוף אותו משפטית וכיבד את ההסכם החתום, מכל מקום נראה שאם היה ניתן לבטל משפטית בכל הזדמנות את ההסכם בין הצדדים כאשר ירצה המקנה (מעין "היום ולכשארצה"), ההסכם היה נחשב כעסקה בדויה ובית המשפט לא היה מכיר בו.

---

249. ראה פרק הצהרות שקר בכתב ושבועה בכתב עמוד 267.

250. נאמנות שנובעת מהנחה שאם היה רוצה לשקר היה יכול להגיד שקר יותר מתקבל על הדעת, ומשלא עשה כך יש להניח שדבריו הם אמת.

251. בארה"ב בנו על תקן FIN48 של איגוד רואי חשבון המחייב גילוי נאות בדוחות כספיים של הסיכון לחובות מס עקב עמדות משפטיות שנקטו וחשופים לערעור. תקנות UTP של רשויות המס בארה"ב מחייבות חברות גדולות לגלות אותם דברים (בפרטנות) לרשויות המס.

252. מדינת ישראל נגד פרומדיקו בע"מ, אלי הורביץ ואח', ת"פ 55/96.

בתוספות[253] כתבו על רבינו תם שכאשר הגיע לפניו שטר מברחת של לווה שרצה להבריח כסף מנושיו, כיבד את תוקף השטר **דווקא** בגלל שכוונתו היתה להבריח וכדי שזה יצליח חייב את המבריח להקנות באמת. לדעתו, עצם הכוונה להבריח נותן תוקף לשטר, גם אם העיסקה בדויה במציאות. הרא"ש חלק עליו וסובר שאפשר שרוצה להבריח בלי להקנות וטעה וחשב שזה מועיל, ואנן סהדי שאם ידע שאינו מועיל היה מעדיף להשאיר את הנכסים ולא להקנותם למקבל. כמו כן מעצם העובדה שלא העביר את אחזקת הנכס לידי המקבל מוכח שלא היתה כוונה אמיתית להקנות.[254]

השלכה אפשרית תהיה בשימוש במתנה על מנת להחזיר כדי להבריח בו את המכס כמו שהובא ב"תיקון הריב"ש"[255]. ספק אם בתי המשפט היו מכירים בתוקפה של מתנה שניתנת על מנת להחזיר אלא היו רואים אותה כעיסקה בדויה מאחר שאין כל ממשות להעברת הזכויות. הרא"ש לכאורה יותר מחמיר מעמדת החוק ופוסל כל דבר שמטרתו רק להבריח. לעומת זאת, רבינו תם יסכים שתיקון הריב"ש יועיל מאחר שהמתנה חלה בפועל ולכן כוונתו היא באמת להקנות ולדעתו זה מספיק כדי שיועיל.

ו. ספיקות, חזקה ותפיסה.

חקרנו את מטרת תיכנוני מס, האם היא פסולה בגלל חובה מוסרית לשלם מס אמת. כעת נחקור את האמצעים של תכנון מס, הערמות וקנוניות וכדומה.

גם בלי כח אנטי-תכנוני שמעוגן בחוק, האם יש הגבלה מוסרית לניצול "לרעה" או "בלתי לגטימי" של פרצות בחוק או הערמות כדי להפחית את עול המסים?

נניח בצד את השאלה המשפטית לגבי תוקף הערמות וקנוניות שונות בדיעבד, ונתמקד בשאלה המוסרית לכתחילה. השאלה נדונה באריכות לעיל[256], באופן כללי לגבי איסור שימוש בהערמות במקום שיש הפסד לאחים.

הגמרא קובעת ש"מותר להערים ולהכניס תבואה דרך המוץ שלה כדי לפוטרה מן המעשרות"[257], ויש מחלוקת ראשונים האם מותר לעשות הערמה זאת אף למאכל אדם עצמו או רק בשביל מאכל בהמה. הגמרא מקשה מדין מירוח נכרי, ששם גזרו נגד הערמה משום בעלי כיסין, שלפי רש"י בפירושו השני "יש להם קרקעות הרבה וחסים על רוב מעשרות [ומשתלם להם לעשות הערמה] ויקנוהו לעכו"ם וימריחום

253. כתובות ע"ט א' ד"ה עשאום.

254. ראה פרק הרא"ש מבטל הברחות נכסים מנושים עמוד 187.

255. שו"ת ריב"ש חלק א' סי' ב', ראה פרק "תיקון" הריב"ש בהברחת מכס על ידי מתנה ע"מ להחזיר עמוד 203.

256. ראה פרק קנוניא עמוד 193 ופרק פן האיסור בהערמות עמוד 207.

257. ברכות ל"א א', מנחות ס"ז ב'.

עכו"ם ומפקע להו ממעשר".[258] הערמה להיפטר מתרומות ומעשרות יכולה לחסוך לחקלאי סיטונאי עד כ-20% על הכנסותיו ברוטו שיכול להגיע ליותר מ-50% מרווחיו. הערמה כזו דומה לתכנון מס, ששניהם תקפים בדיעבד ואפילו מותרים לכתחילה ויכולים לחסוך למערים סכומים משמעותיים על חשבון הכלל או ה"שבט".

הגמרא מנסה להסביר למה לא גזרו נגד הערמות ידועות דומות בתרומה ובחלה, למשל הכנת חלה ביחידות פחות משיעור החיוב בחלה או הכנסת תבואה לבית במוץ שלה או דרך גגין. הגמרא מתרצת שלעניין הכנסה במוץ "זילא ביה מילתא", כלומר שאין לחשוש ולגזור נגד הערמה כזו כיוון שממילא אנשים נרתעים ומתביישים לעשות הערמות כאלה בפרהסיא, שנראים בעיני אחרים "כגוזל את השבט".[259] מכאן ניתן ללמוד שהתנהגות זו נבזית ואינה ראויה ואף לא הגונה, למרות שמותר אפילו לכתחילה לעשות כן. חז"ל נמנעו מלגזור נגד הערמה זו במקום שמוסר בני אדם ולחץ חברתי עושים את שלהם בלי התערבות של גזירות אנטי-תכנוניות. דווקא בתכנון שניתן ליעשות בצנעה על ידי הקנאה לנכרי, ראו חז"ל לנכון להתערב ולגזור נגדו כיוון שמוסר בני אדם ולחץ חברתי לא יעמדו נגד הבצע בעיני "בעלי כיסין".

לכאורה, לפי הדיוק הנזכר, תמוה איך התירו בגמרא פירות חבר שמת שנמצאו במגירה על סמך ספק ספיקא, (א) שמא עישר את הפירות וכמו שמוחזק חבר שאינו מוציא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן (ב) שמא פטר אותם ממעשרות על ידי הערמת רבי אושעיא שהכניסם דרך גגין וכו'. איך נחשוד "חבר" שיעשה הערמה כזאת אחרי שאמרנו "זילא ביה מילתא", ועל סמך אפשרות כזאת נתיר פירות מחזקת טבל שלהם?! ניתן לתרץ שאמנם "זילא ביה מילתא" לבעלי כיסין לעשות הערמה בקביעות בגלל בצע ורווח במפעל החקלאות שלהם, כי זה בגדר ניצול לרעה של ההערמה נגד כוונת התורה לזכות את שבט לוי באחוזים של היבול. אם כל מפעלי חקלאות היו עושים כך בקביעות, לא הייתה פרנסה בפועל ללויים כמו שכיוון

---

258. רש"י מנחות שם ד"ה "גזירה משום בעלי כיסין".

259. לשון "כגוזל את השבט" מופיע בשו"ת הרשב"א חלק א סי' שס"א בדעת רבינו אפרים אשר הובא גם בתוספות מנחות ס"ז ב' ד"ה "כדי שתהא בהמתו". לדעתו של רבינו אפרים פירוש "כדי להאכיל לבהמתו" אינו מגביל את ההערמה רק לצורך מאכל בהמה, כפי שפירשו רש"י ותוספות, אלא הוא חלק מההערמה, שהמערים אומר שהוא מכניס את התבואה לצורך מאכל בהמתו, ולכן מכניסה במוץ שלה, כדי "שלא יראה כגוזל את השבט". כלומר, "זילא ביה מילתא" להערים לצורך מאכל אדם, אף שההערמה תקפה גם למאכל אדם לדעת רבינו אפרים. שוב רואים באותה סוגייה שאף הערמה מותרת יכולה ליראות "כגוזל את השבט" ואנשים הגונים נמנעים מכך. ההדגשה של ענין "גזל השבט" במקום הפקעת המצווה של הפרשות תרומות ומעשרות מצביעה על כך שעיקר הזלזול הוא בגלל שמרוויח ומקמץ על חשבון אחרים. אמנם אחרים הדגישו כאן את ענין הפקעת המצוות והגנאי הכרוך בכך. ראה חידושי הגרי"ז החדשים סי' ל"ב בשם אביו הגר"ח, שו"ת משנה הלכות חלק י' סי' קצ"ח.

הקב"ה לסדר להם. לעומת זאת, בעל הבית שעושה הערמה כזאת מפעם לפעם בגלל נוחות וסיבות שאינן רק למטרות בצע כסף, אין בכך גנאי אפילו לחבר.

לסיכום, בחברה בריאה ובאנשים עם חוש הגינות ומוסר עדיין היה מקום לשימוש בהערמות (אלו התקפים מן הדין, כמובן) במקרים חריגים אפילו כאשר הם פוגעים בכספי הציבור או קבוצה ממנה, אבל לא ככלל וכשיטה. כאשר החברה או חלק ממנה אינה תקינה ואינה מרגישה "זילא ביה מילתא" לנצל ההערמות ללא רסן ונגררת להתנהגות פרועה עד שנהרסת מטרת החוק, חייב הציבור לגזור גזירות נגד התופעה. אנשים בעלי מוסר המזהים את התופעה אמורים לעמוד בפרץ ולא להיסחף למגמה ההרסנית. אולי המבחן אצלם צריך להיות האם גילוי ההתנהגות והתיכנון בפומבי היה גורם להם בושה או גורם חילול השם.

ז. מסקנות

רשויות המס שואפות לחייב את היחיד לדווח על עסקיו לפי קריטריונים שלהם. הם דורשים מידע שעשוי להרע לעמדה המשפטית של הנישום ביחס לחבות המס שלו. אין חובה לשתף פעולה עם הרשויות ולמסור להם מידע כאשר זה עשוי לגרום נזק לנישום בהצגת העמדה שלו.

בהלכה קיימת מחלוקת אם רשאי נישום להבריח בצורה מכוונת את נכסיו מרשויות המס, אף כאשר יש לכך תוקף משפטי. ניתן להסתמך על דעת רבינו תם שמקל בעניין זה להתיר הברחות שיש להם תוקף משפטי אפילו כשכל מטרתן להימלט ממסים.

גם בתורה ישנן קנוניות והערמות שמטרתן להפקיע מקיום מצוות, אף שהדבר עלול לגרום נזק לאחרים שהיו אמורים ליהנות מפירות המצווה. עם זאת, לא בכל מקרה מותר להערים ולגרום הפסד לאחרים בהערמתו, והציבור רשאי לגזור גזירות כדי למנוע התרחבות של תופעות אלו. כמו כן, הרשויות יכולות לתקן תקנות שמטרתן למנוע תכנונים והערמות ששימשו בעבר על מנת להפחית את חבות המס.

ח. יצירת עובדות משפטיות

א. מבוא כללי

אחת מיסודות תכנון המס הוא יצירת עובדות משפטיות באופן מלאכותי. מטבע הדברים, בכל מערכת חוקים, ובמיוחד בחוקי מסים, יישום המטרות והרעיונות של החוק מסתמך על ביטויים, מונחים, נוסחאות מילוליות שנועדו לתאר מצבים ומקרים במציאות באופן אובייקטיבי, כלומר הבחנת העובדות המשפטיות מתוך המציאות. מצד אחד הדבר מונע פרשנות סובייקטיבית של כל יחיד ויחיד שרוצה לפטור את עצמו מחובת המס, אך מצד שני זה פותח פתח לנצל באופן טכני ומלאכותי את הקריטריונים שהציב החוק לבחון את המציאות "האמיתית".

האם מותר להסוות את המציאות האמיתית על ידי יצירת עובדות משפטיות מסביב

לקריטריונים האוביקטיביים שהציבו הרשויות כדי ל"הוכיח" ולקבוע מציאות שבעצם אינה משקפת את האמת הסובייקטיבית? במילים אחרות, האם ניתן ליצור מֵיצַג משפטי עבור הרשויות?

ב. כללי המשחק: גלגול אחריות על ה"אמת"

בנוגע לאפשרות של תמרון המציאות המשפטית להתאים לאומדנא אובייקטיבית, יש לכל ציבור או קהילה כח לגלגל על היחיד את האחריות לפעול לפי האמת הסובייקטיבית, כלומר לפי כוונת המחוקק ולא כפי המשתמע מלשון החוק. יש הוכחה לכך מהפיתרון שהציע הרב עוזיאל ביישוב סתירות שבין תשובות הרא"ש בקשר להברחת מס על ידי מתנה לאחר.[260] הרב עוזיאל ביאר שתוקף הברחות והערמות משתנה כאשר מסים נגבים בגיבוי חרם הקהל, משום שאז ההברחות כבר אינן מועילות משום שבחרם כללי נגד הברחות והערמות נאסרות כל סוגי ההברחות אף אם היה להם תוקף משפטי. החרם מגלגל את האחריות המוסרית על הנישום לדווח ולפרוע על פי אמת מוחלטת.

לא כל הקהילות נהגו להטיל חרם על בני הקהילה ולגבות מסים על סמך הצהרתם של בני העיר תחת איום של חרם. היו קהילות שהעדיפו לגבות מיסים על פי הערכה, שהמעריכים מטעם הקהילה היו עושים שומא של נכסי הנישום ולפי זה היו קובעים את חיובו במס. במצב כזה אין להכריח את הנישום לדווח על פי אמת סובייקטיבית (כלומר להצהיר נכסיו בשבועה) אחרי שהעריכו אותו הקהל, וכפי שביאר הנודע ביהודה "בתרי קטלי לא קטלינן ליה".[261] בספר משא מלך מעיד על כך שהיו "בעלי כיסין" רבים שכשעמדה לפניהם הברירה, העדיפו לא לדווח על נכסיהם ולהישבע על אמיתת הצהרתם, ועל פי התקנה בחרו לגלגל את האחריות על הקהל לעשות הערכה לנכסיהם. ברור שמטרת בעלי הכיסין היתה להימנע מגילוי נאות של האמת הסובייקטיבית מול הקהילה וליצור תכנוני מס יצירתיים שיורידו את ערך נכסיהם בעיני המעריכים, והקהילה הסכימה לכך. העשירים האלו העדיפו לגלגל את אחריות האמת מעליהם ולשחק במשחק ההערכה בלי פחד כלפי שמיא.

בעולם המערבי היום מקובל במערכות החוק וברשויות המס שאדם רשאי לעשות תכנון מס באופן שהכי מועיל לו.[262] למעשה הם מעדיפים בכך את האמת

---

260. ראה דברינו על זה באורך בפרק הברחת מס על ידי הערמה: סתירה בין תשובות הרא"ש עמוד 184.

261. שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תנינא, חו"מ סי' מ'.

262. מפורסמים דברי השופט בארה"ב Learned Hand שכתב בשת 1947 למנינם:

"Over and over again, courts have said there is nothing sinister in so arranging one's affairs as to keep taxes as low as possible. Everybody does so, rich or poor, and all do right, for nobody owes any public duty to pay more than the law demands: taxes are enforced extractions, not voluntary contributions." Commissioner v. Newman, 159 F.2d 848 (CA-2, 1947).

גם בתי המשפט במדינת ישראל אמצו עקרון זה:

האובייקטיבית על פני האמת הסובייקטיבי של הנישום. למשל, עצם העובדה שהם הוציאו תקנות שמחייבות לדווח על שימוש במיני תכנוני מס ידועים,[263] ולא רואים בתכנונים אלו כל בעיה חוקית או פלילית, מוכיח שאמנם רוצים רשויות המס לנצח במשחק התכנונים אבל עדיין רואים בזה משחק לגטימי. מכל מקום, ברור שאם מדובר בשאלה עובדתית ברורה ולא הגדרה משפטית או מבחן של כוונה אישית, אי אפשר לשקר או להציג מיצג שווא שסותר את העובדות.[264]

ג. מבחני מקום התושבות והשיפוט

אחד מהסוגיות הנפוצות בתכנון מס הינה הגדרת מקום התושבות של העסק. ניתן לעקוף את שיפוט רשויות המס במדינה אחת עם מסים גבוהים על ידי התאגדות חברה במדינה אחרת עם שיעורי מס נמוכים ולנהל את העסק תחת שם החברה הזרה. במיוחד בעסקים המוכרים שירותים ומוצרים בלתי מוחשיים הנמכרים דרך האינטרנט, קל מאד להעלים את קיום ואת פעילות העסק ואפילו לטעון בכנות שהעסק אינו פועל בגבולות המדינה ולכן אינו תחת שיפוטה. מקובל במדינות המודרניות שרואים את ה"בית" של העסק לצרכי מס כמקום שממנו העסק מנוהל ונשלט—management and control test.[265] המבחן הזה, כמו הרבה מבחנים, הגדרות וקריטריונים ביישום חוקי המסים, הוא סובייקטיבי. בדרך כלל קובעים רשויות המס ב"חוזרים", ועל פי פסיקות בית משפט, כל מיני קריטריונים קונקרטיים להנחות את יישום המבחן הסובייקטיבי.[266] אף שמטרתם להגיע אל האמת הסובייקטיבית, בעצם הם מייצרים הנחיות כדי לעמוד במבחן אובייקטיבי.

"עצם העובדה כי צדדים בחרו במבנה משפטי דל מיסים אינה מצביעה כי המבנה 'מלאכותי' או 'בדוי'. זכותם - ואף חובתם - של מומחים בענייני מיסים לתכנן עיסקאות משפטיות כך שלא תהיינה עתירות מס. גבולות תכנון המס היא שאלה קלאסית ונצחית אשר נקבעת בהתאם לנסיבות הספציפיות של כל עניין ועניין.

הכלל הגדול הוא, לטעמי, כי פטור או הקלה שבדין אינם מאבדים כוחם ואינם מפסיקים תחולתם לגבי פלוני, בשל כך בלבד שהנוגע בדבר מבקש לחסות תחת כנפיהם, כדי לא לשלם מס. אדם רשאי לנצל לטובתו כל הוראה שבדין, הפוטרת ממס או מקילה בו, שהרי לשם כך היא נוצרה; והוא, כמובן, כל עוד אינו מנסה לעוות במעשיו את כוונת המחוקק או לעשות מעשה כלשהו שלא כדין כדי להיכנס לתחומי פטור או הקלה, שלא נועדו לו." דברי שופט בית המשפט העליון מאיר שמגר, מנהל מס שבח נ' חזון, ע"א 4639/91. ראה פ"ד מ"ח(3) 156, פד"א כב 307, 315.

גם השופט ויתקין כתב: "אשליה היא להניח, שהאזרח אינו ער לתוצאות הפיסקליות של מעשיו ומחדליו, ולדרוש ממנו להיות תם. בדרך זו רק נחנך אותו לצביעות. מוטב יהא שהמחוקק הפיסקלי יישמר מניסוחים המזמינים את האזרח לשנות את התנהגותו הרגילה וללכת בדרכים אחרות, בלתי-רצויות מבחינה סוציאלית". מנהל מס שבח מקרקעין ת"א נ' תמיר, בע"א 262/65.

263. תקנות מס הכנסה (תכנון מס החייב בדיווח), התשס"ז – 2006.

264. ראה דברינו בריש הפרק על ההבדל בין עסקה מלאכותית לעסקה בדויה.

265. וראה OECD Model Tax Convention Article 4, Paragraph 3.

266. ראה למשל חוזרי מס הכנסה 4/2002, "קווים מנחים לקביעת שליטה וניהול".

למשל, אפשר להשכיר שירות דירקטורים של תושבי מדינת החברה הזרה לשמש על הנייר כמקבלי החלטות ניהול של החברה כשבעצם הם אנשי קש אשר חותמים ומסכימים על החלטה שיקבל מפעיל החברה האמיתי. אפשר גם לקיים ל"מראית עין" ישיבות ועד הדירקטורים במדינה ההיא ולשכור משרד קבע שם. האם האמת—מאיזה מדינה מנוהל העסק בפועל—קובעת כלפי שמיא, וכל המיצג הזה אינו מועיל אלא שלא להיתפס על ידי הרשויות, ואסור לאדם לנהוג כך? או לחילופין נאמר שבמבחן סובייקטיבי כזה לא קיימת "אמת" מוחלטת, אלא מבחני רשות המס הם הקובעים את ה"אמת" גם מבחינה מוסרית?

קיימת דוגמא דומה בהלכה בסוגיית קביעת מקום מושבו של אדם, שלגביו יש מבחן משפטי שיש בו גם מימד אובייקטיבי וגם מימד סובייקטיבי. תושב בעיר חייב לשלם את מיסי הקהילה במקומו. המבחן להחשיב אדם כתושב מבוסס על אומדנות שמנסות לבחון אם באמת כוונתו להשתקע במקום או לא. בין האומדנות שהוזכרו נאמר ששהייה של י"ב חודש מוכיחה שכוונתו להשתקע.[267] מי שקנה בית דירה נחשב הדבר כאומדנא שרצונו להשתקע, ואם חתם על חוזה שכירות למשך י"ב חודש נחשב גם זה לאומדנא על רצינות כוונותיו. יש גם חריגים לאומדנות כגון מי שנאנס להישאר בעיר במשך י"ב חודש. מה הדין אם לפי כל האומדנות אינו תושב העיר אבל באמת דעתו היא להשתקע במקום? האם הוא מחויב לפי האמת הסובייקטיבית שלו, או שהאומדנות והראיות קובעות את מציאות החיוב?

בעניין זה נחלקו הפוסקים. הרמ"א כתב "ודווקא בסתם, אבל אם ידענו שרוצה לקבוע בעיר מיד הוי כאנשי העיר".[268] זו דעתו של רבינו ברוך, וכנראה שלדעתו המבחן לקביעת חובת מס הוא סובייקטיבי ולא תלוי במדדים אובייקטיביים אשר תפקידם אינם אלא לעמוד על דעת הסובייקטיבית של הנישום. לעומת זאת הנימוקי יוסף סובר שאף כאשר לא ירד להשתקע, אם נשאר שם במשך י"ב חודש נחשב כחייב במיסי העיר, וכן להיפך גם אם דעתו להשתקע אינו חייב עד י"ב חודש, כלומר שלדעתו יש מדד אובייקטיבי בלבד לקבוע את חיובו במס.

האחרונים דנו במחלוקת זו ורצו לפרשה בדרכים שונות.[269] באגרות משה אימץ את הגישה הסובייקטיבית הנ"ל אפילו לקולא, וכתב:[270]

> וגם ממש"כ הרמ"א "דוקא בסתם" ולא נקט יותר שגם בידענו שאינו רוצה לקבוע בעיר הוא בדין י"ב חודש משמע שבידענו שאינו [מתכוין לדור ב]קביעות, אף ביותר מי"ב חודש אינו כבני העיר. [ו]אף שלא נקט [רמ"א] זה

---

267. שו"ע חו"מ סי' קס"ג סעיף ב'.

268. חו"מ סי' קס"ג ב' על פי דעת רבינו ברוך, מרדכי פרק השותפין סי' תע"ז. ראה גם שו"ע יו"ד סי' רנ"ו סעיף ה'.

269. משא מלך חלק ראשון שער ראשון משפט ראשון, ברכת אברהם בבא בתרא לדף י"א א', שו"ת יחל ישראל חלק ג סי' קי"ז.

270. שו"ת אגרות משה חושן משפט חלק א' סי' מ'.

> בפירוש, צריך לומר דבהודעתו לבד [כלומר הצהרת כוונתו לא להשתקע] אינו כלום משום שלא נאמן לומר [כן] כשמתעכב יותר מי"ב חודש שאין כוונתו לקביעות [אבל מעיקר הדין אינו נחשב כדעתו להשתקע].

על פי זה יש לחקור האם יש כאן מחלוקת נקודתית בקשר לקביעת מעמדו של נישום כבן העיר לעניין מס או שמא יש מחלוקת עקרונית אם האומדנות קובעות את המציאות המשפטית ואת ההלכה הנקבעת בהתאם אליה או שמא האמת הסובייקטיבית קובעת והאומדנות הם רק ראיות והוכחות. אם המחלוקת היא עקרונית, אפשר שהשאלה שלנו ביצירת עובדות כדי לקבוע את תושבות חברה לפי מבחן ניהול ושליטה (management and control test) תלויה במחלוקת הנ"ל, שלדעת הנימוקי יוסף אפשר להסתמך על האומדנות עצמן אף שלמעשה הנישום מתמרן אותם לטובתו, (כמו מי שדעתו להשתקע אך לא שהה י"ב חודש או שכר דירה לתקופה פחות מי"ב חודש) אך לדעת רבינו ברוך הנסיון לתמרן את האומדנות לא ישפיע על עצם הדין אלא רק יצליח להסוות את כוונתו האמיתית, שהיא מה שקובעת באמת. אך ייתכן שמחלוקתם נקודתית בפרשנות הדין די"ב חודש ולא עקרונית בפרשנות הגדרות של תקנות מס.

גם בדברי הרשב"א מצאנו בנידון הזה שהציב עמדה כללית נגד קביעת חיובים על ידי מבחנים סובייקטיביים. בקשר למשמעות הכוונה להתיישב במקום או לעוזבו, קבע הרשב"א שהכוונה הסוביקטיבית של הנישום אינה מעלה או מורידה ביחס לקביעה המשפטית של מקום מושבו לענייני מסים:[271]

> ולא מצינו בשום מקום, כונת הלב עוקרת חיוב, מקום שהוא שם, לא מחיוב הקופה ותמחוי וכסות, ויתר הדברים. אדרבא, אף על פי שהוא מעיר אחרת, ודעתו וכונתו לחזור לקביעת מקום, עכשיו נחשב כבן עיר שדר שם עתה. וכ"ש שאין הכונה לבד עוקרתו ממקום דירתו ועירו.

דברי הרשב"א תואמים לגישה של גובי המס בעולם המערבי אשר אינם חותרים לאמת הסובייקטיבית אלא לקיום הכללים האובייקטיביים שהם הציבו. אולם זה נכון כל עוד מדובר בקביעת עובדה משפטית (כלומר מבחן המציאות בהגדרה משפטית, כמו קיום עיסקה מלאכותית או בדויה או הערמה), אבל בהבחנת מציאות, כלומר עובדות יבשות, ואפילו בנוגע לדברים שבלב כמו דעת או כוונת הנישום, אין לומר שמציאות נבחנת רק על ידי אומדנות אובייקטיביות.[272] ידוע שבסופו של דבר יכולים הרשויות לחקור את הנישום על ידי שאלה ישירה על קיום או אי קיום עובדה מסויימת ויגלו את האמת המוחלטת אם הנישום לא ישקר, מה שאינו כן לגבי מציאות משפטית שניתן לעקוף אותה.

---

271. שו"ת הרשב"א חלק ג' סי' תי"ד.

272. מכל מקום יש צורך גם במבחנים לתקנת הציבור שלא יעשו הערמות: "שאם אין אתה אומר כן, כל אחד ואחד יערים, וישבע שידור במדי, ויפטור ממס והוצאות הקהל." שו"ת הרשב"א שם.

ט. מחירי העברה

עוד דוגמא בולטת למבחן עובדתי סובייקטיבי שניתן "לקבוע" באופן מלאכותי על ידי יצירת תנאים אובייקטיבים היא סוגיית "מחירי העברה." כאשר חברה בינלאומית עושה עסקאות בינה לבין חברות הקשורות אליה, על ידי קביעת מחיר גבוה או נמוך מ"תנאי השוק", היא יכולה לנייד הכנסות או הוצאות למדינות בעלי שיעור מס נמוך או גבוה יותר לפי העניין, ובכך לחסוך את נטל המס של הקבוצה. כמו ברוב המדינות המפותחות, במדינת ישראל דורש החוק[273] ש"מחירי העברה" בעיסקאות בין חברות קשורות יתאימו ל"תנאי השוק", הגדרה סובייקטיבית ברוב מקרים. החוק דורש מהנישום לבסס את דרך קביעת מחיר העסקה על מחקר כלכלי.

בפועל, מעסיקות החברות יועצים מטעמם שמכינים מחקר מגמתי עם המלצות על דרך קביעת מחיר שהיא תמיד לטובת החברה. לפעמים נכנסות החברות למשא ומתן ישיר עם מחלקה מיוחדת של רשויות המס לקבוע מחירי העברה בהסכמה ובפיקוח רשויות המס. במצב כזה, לא אמורה להיות שום בעיה בתהליך קביעת מחירי ההעברה מעבר לשאלות הכלליות של תכנון מס הוגן. מכל מקום, ברוב מקרים אין פיקוח על עצם מחירי העברה שנקבעו על ידי החברה אלא הקפדה על ביצוע התהליך הנדרש לקביעת מחיר בינה לבין עצמה, שהוא בעצם תרגיל.

התרגיל הזה מעלה שאלה מוסרית[274] למנהלי החברה ויועציה האם עליהם לפחות לנסות להתנהג בתום לב, או שיכולים להטות את התהליך עד כמה שהמערכת תוכל לשאת, במיוחד כשכל המבנה של העיסקאות ופיצול יצירת ההכנסה בנוי מלכתחילה על מניעים של הפחתת מיסוי?

קביעת מחיר בינו לבין עצמו בהלכה

דוגמא דומה לבעיה של קביעת מחירי העברה במישור ההלכתי נמצאת בסוגיית פדיון הקדשות. יש זכות למקדיש נכס להקדש לפדותו מיד ההקדש, עם המגבלה "אין פודין אותן לכתחלה אלא בשווייהן".[275] בדיעבד ההלכה כשמואל שאמר "הקדש

---

273. פקודת מס הכנסה סעיף 85 א'. באנגלית נקרא המבחן בשם arm's length transaction.

274. ראה

Hanson, D.R., R.L. Crosser and D. Laufer, "Moral ethics v. tax ethics: The case of transfer pricing among multinational corporations" Journal of Business Ethics, 11: 678-686 (1992); Mehafdi, M., "The Ethics of International Transfer Pricing", Journal of Business Ethics, 28(4): 365-381 (2000); Jeffers, A.E., D. Burgess and P.A. Hughes, "Ethical issues associated with international transfer pricing practices", International Journal of Business Research, 8: 101-112 (2008); Lorraine Eden, "Transfer Price manipulation, Tax ethics and developing countries", Texas A&M University (2009); Mcgee, "Ethical Issues in Transfer Pricing", Manchester Journal of International Economic Law, Volume 7, Issue 2.

275. רמב"ם הלכות ערכין וחרמין פרק ז' הלכה ח'.

שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה – מחולל"[276], כלומר הפדיון תקף ומחירו אינו מעכב. האינטרס של הפודה הוא לקבוע מחיר נמוך ככל האפשר אבל ברור שכשקובע מחיר נמוך מדי גורם הפסד להקדש. הרמב"ם במורה נבוכים הרגיש בקושי להיות אמין ואובייקטיבי כשקובע מחיר בינו לבין עצמו וכתב:[277]

> אבל מה שצונו בו מהיות הפודה דבר מקדשיו מוסיף חומש טעמו מבואר, כי אדם קרוב אצל עצמו וטבעו לעולם לנטות אל הכילות ולחוס על ממונו, ולא היה מדקדק בדמי ההקדש ולא היה מראה אותו בכל הצריך עד שיעמוד על אמתת דמיו, על כן חייבו להוסיף עד שימכר לזולתו בשויו, כל זה כדי שלא יבזו מה שנקרא בשמו יתעלה ומה שיתקרב אליו בו.

על פי תקנת סופרים עושים "חקירת דמים" לבדוק שאכן מחיר הפדיון הוא הגון וכאשר נמצא שפדה במחיר נמוך מדי, חייב הפודה להשלים דמיהם להקדש. דין חקירת דמים הוא ענין ממוני לחלוטין ולא ענין של הקדש, וכמו שמבואר בגמרא שבזמן הזה מותר לכתחילה לפדות ההקדשות בשוה פרוטה:[278]

> כשמואל, דאמר: הקדש שוה מנה שחיללו על שוה פרוטה - מחולל, אימר דאמר שמואל - שחיללו, לכתחלה מי אמר? הני מילי בזמן שבית המקדש קיים, **דאיכא פסידא**, אבל בזמן הזה אפילו לכתחלה [מותר לחללו על פרוטה].

לפי זה דין חקירת דמים שייך כשיש הפסד להקדש בפדיון מתחת לשוויו האמיתי, ומטרת הדין היא למנוע ההפסד. עלינו לברר בדין חקירת דמים האם רובץ על הפודה חיוב מוסרי הלכתי לעשות מאמץ להגיע לשווי האובייקטיבי של הנכס או שמותר לו לנטות אחרי אינטרס שלו, במיוחד כאשר יקח הפודה בחשבון שמצד אחד יש תוקף לפדיון בכל מחיר שיקבע ומצד שני יש חקירת דמים שיכולה לתקן את העיוות אם יש.

ניתן ללמוד ממה שפירשו התוספות את דברי הגמרא בדין הקדש שוה מנה שחללו על שוה פרוטה "דכולי עלמא איתי להו דשמואל, והכא בהא קמיפלגי, מר סבר: שחיללו - אין, לכתחילה - לא, ומר סבר: אפילו לכתחלה", התוספות וכתבו על זה בתוספות:[279]

> דהכי פירושו, שחללו – אין, [כלומר] שנתכוון לחללו פחות מדמיו, שדבר זה אסור לעשות, ואין צריך להשלים אלא מדרבנן אבל לכתחילה, שעשה דבר שמותר שנתכוון לחללו שוה בשוה, וטעה ונמצא שהקדש שוה יותר ישלים מן

---

276. בבא מציעא נ"ז א'.
277. ספר מורה הנבוכים חלק ג' פרק מ"ו.
278. ערכין כ"ט א'.
279. בבא מציעא נ"ז א' תוספות ד"ה "ומר סבר". ראה גם תוספות תמורה כ"ז ב' ד"ה "בין למר" שכתב "וכי מותר להונות ההקדש לכתחלה?!"

התורה. ומר סבר אפילו לכתחילה לא ישלים אלא מדרבנן, אף על פי שנתכוון שוה בשוה, **אבל במזיד לכ"ע אסור לאנות ההקדש.**

לכאורה, במסים שגם הם בגדר "דאיכא פסידא" כשקובע מחיר לא הגון, אמור להיות איסור מטעמים דומים. אולם יש לחלק שבפדיון הקדשות עומד ההקדש כצד נגדי ממש בעסקת הפדיון, שמוציאים מרשותו את הנכס, ולכן ניתן להחיל על העסקה דיני אונאה. לעומת זאת, במסים, רשויות המס אינם צד לעסקה אלא צד שלישי שנפגע ממילא על ידי גובי המסים המושפעים בעקיפין מקביעת מחיר העסקה, ולכן לא שייך בהם גדרי אונאה. במילים אחרות, אין לומר שהסכמת רשויות המס לתנאי העיסקה הושגה על ידי טעות או רמאות, כיון שהם אינם צד בכלל להסכמה ולא סמכו את דעתם בכלל לסגירת העיסקה. לכן, לא ניתן ללמוד איסור "אונאה" כללי מפדיית הקדשות לקביעת מחירי העברה.

בנוסף לכך, קביעת מחירי העברה שונה מהקדש כיון שבקביעת מחירי העברה תמיד תהיה מדינה אחת שנפגעת כאשר מעלים או מורידים את המחיר בין הצדדים הקשורים, פרט למדינה ששיעור המס לעיסקה הוא אפס. עצם העובדה שמדינה אחת עשויה להפסיד יותר הכנסות מס ממדינה אחרת (בגלל שיעור מס שולי גבוה יותר) אינה מחייבת את הנישום להטות את קביעת המחיר שלו לטובתם.[280] לכן, הבעיה של אינטרסים מתחרים מובנת בעצם העיסקה הבינלאומית ולא רק בגלל הרצון של קבוצת החברות לחסוך בנטל המס שלה.

חז"ל במקומות אחרים עמדו על עיוות שיקול הדעת שיש לאדם כאשר יש לו איזו נגיעה לכסף שלו בעצמו, וקבעו שהסיבה ששוחד פוסל לדין היא משום שהוא גורם לאדם להיות קרוב אצל המשחד עד שהוא מרגיש שהוא כגופו, וכמו ש"אין אדם רואה חובה לעצמו"[281] כך לא יוכל לראות שום חובה למי שנתן לו שוחד. באותה מידה גם במחירי העברה אדם "משוחד" לטובת עצמו ולא יוכל לקבוע מחיר הגון אובייקטיבי ואין לצפות את זה ממנו.

י. מס "אמת"?

הביטוי "מס אמת"[282] מנסה להבחין בין חובת המס המוטלת על פי יישום החוק באופן מכני לבין חובת המס הדמיוני המתאימה לנישום או לאירוע ספציפי. במילים אחרות, יש נטל מדורג שעל כל אדם לשאת לפי הכנסתו ופעילותו העסקית וחלוקת

---

280. לכאורה כשמדובר בהטבה למדינת ישראל לעומת מדינה אחרת עם שיעור מס דומה היה מקום להעדיף הטיית המחיר לטובת מדינת ישראל כדי שהציבור הישראלי ייהנה ממסים אלו, וכמו שדרשו חז"ל על הפסוק "וכי תמכרו ממכר לעמיתך" להעדיף קנייה ומכירה מיהודים על פני גויים. (ספרא בהר ג').

281. על פי סברת רבא, כתובות ק"ה ב'.

282. ראה לדוגמה שביט מבנים חברה לבנין השקעות ופיתוח, ע"א 1134/11 סעיף 13, ומקורות שצויינו שם.

הנטל שקבעו לעצמם הציבור . כאשר תכנון המס גורם שאדם מסלק מעצמו את נטל המס ה"ראוי" לו, ייתכן שעצם המטרה פסולה היא ללא קשר לאמצעים אשר דרכם ישיג הנישום את המטרה. רעיון כזה בא לידי ביטוי בספר חסידים:[283]

> הנותנים מס באמת וביושר נוחלים חלק בגן עדן של אותן שאינם נותנים באמת וביושר ואלו נוטלים חלק חבריהם בגיהנם. אם גזרו חרם לתת כך וכך מן הליטרא ויש שאינן נותנין באמת אלא מעט ויש שנותנים באמת וביושר הרי גוזלים חבריהם הטובים שנותנים יותר [וחבריהם הטובים] יורשים חלקם בגן עדן והרשעים יורשים חלק חבריהם הטובים בגיהנם. וראשים שיש בידם למחות ומתרפים ובידם לעשות תקנה שלא יתנו הרשעים בשקר מס, אף על פי שנותנים הראשים ביושר, גם הם ירשו גיהנם.

בעבר היו הקהילות גובות את המס לפי "ערך" נכסי הנישום. במקומות שלא רצו להסתמך על הצהרת הנישום באזהרה של "חרם" או בשבועה, "קבעו" גובי המס את הערך של נכסי הנישום על ידי הערכה, כלומר שומא. ייתכן שהמעריכים יטעו "ויקבעו" ערך נמוך לנישום ויגבו ממנו הרבה פחות מן הראוי לפי הערך האמיתי שלו. בספר חסידים מסופר על מקרה כזה:[284]

> מעשה באחד ששמע שהיו אומרים עליו יש לך כך, וכך וכך אמדנו אותך [שהיה חצי מערכו האמיתי], אמר להם אם הייתם יודעים שיש לי כפל [ממה שהערכתם אותי] מה הייתם עושים? אמרו לו: היינו לוקחים ממך כפל. אמר להם הרי איני רוצה לגזול את אחרים הרי אני אתן כפל.

החסיד בסיפור התייחס לטעותם של המעריכים ביחס למס "האמת" אשר ראוי לו לפרוע כאל גזל, למרות שעל פי "הדין" ההערכה קובעת את ערכו "המשפטי" אשר עליו לפרוע מסים.

בספר כנסת הגדולה כתב על סיפור זה "וזו מידת חסידות היא", וכן שם כתב:

> מי שפוטר עצמו ומכביד על חבירו בעניין המסים הוי גזלן ופסול לעדות, ... ויראה דהיינו דווקא כשפוטר עצמו ממה שיודע שיש לו אבל אם המעריכים הם העריכוהו מעצמם והעריכו פחות ממה שיש לו אינו מחויב לומר יותר ממה שהערכתם יש לי אלא ממידת חסידות וכן כתב משא מלך בחלק ה שער ב משפט ג, וכן מעשים בכל יום.[285]

בעצם כנסת הגדולה מתייחס כאן לדין "פרדכת", אדם שגובי המס מתעלמים מנכסיו ומעריכים אותו בפחות מהראוי לו.[286] אף שבגמרא הסיקו שניתן לראות בזה

---

283. ספר חסידים (מרגליות) סי' רע"ח. קשה להלום את כוונתו ב"אמת ויושר", האם מדבר כנגד המבריחים והמשתמטים או מדבר כנגד אלו שמתחכמים לתת פחות מן ה"ראויה".

284. ספר חסידים (מרגליות) סי' תרנ"ג.

285. כנסת הגדולה מהודרה בתרא חלק א' חו"מ ס' קס"ג הגהות בית יוסף ס"ק רס"ט-ע'.

286. ראה באורך פרק פרדכת עמוד 135.

"סייעתא דשמיא", עדיין מלשון הכנסת הגדולה משמע שמידת חסידות היא שיפרע כפי מה ש"ראוי" לו – מס אמת. לכאורה גם מי שמתכנן מס באופן חוקי ועל ידי זה משלם הרבה פחות מן הראוי, אין זו מידת חסידות לפחות ביחס לשאר הציבור הישראלי.[287] מעבר לכך, מתוך הסוגיה של "פרדכת" משמע לפי חלק מהראשונים שקיימת בעיה בעצם השתדלותו לפטור או להקל מעליו עול המס ואם על ידי כך גרם הכבדה ליתר הציבור, כבר לא רואים בכך סיעתא דשמיא.[288] לפי זה בתכנון מס אגרסיבי, שמשתדל להקל מעליו את עול המס המתאים לו, אפילו באופן חוקי, ייתכן שיש יותר מרק מידת חסידות להימנע מכך.

לכאורה, אם יש מושג של נטל "ראוי" מוסרי, יש מקום לקהילה לבקש הצהרה ושבועה גם כאשר גובים לפי הערכה, ויש בסיס לערוך שומא גם כאשר גובים לפי הצהרה, וכן יש בסיס לדרוש הצהרה ושבועה מפורטת במקום הצהרה כללית על סך הנכסים של הנישום. במושגים של זמנינו, יש מקום לרשויות המס לדרוש מהנישום גילוי נאות בתום לב של תכנוני המס שהתבסס עליהם ובד בבד לשמור לעצמם כח אנטי-תכנוני לקבוע מס אמת לפי ראות עיניהם. אולם בעצם, מושג ההערכה אינו יכול להתקיים בכפיפה אחת עם חרם ושבועה, כיוון שהסיבה שהערכה אינה נחשבת כגזילה של מוכס שאין לו קיצבה[289] היא שאין אנו רואים בהערכה בירור סכום "אמיתי" של הנישום אלא קביעה של הקהילה לסכום שראוי שיפרע, וחלות חובת המס נובעת מהערכה סובייקטיבית ולא ממציאות כלכלית אובייקטיבית של הנישום. אם אחרי זה הקהילה תדרוש ממנו שבועה על ערך נכסיו, הם עושים תרתי דסתרי, כי בכך הם מתכחשים לסכום ה"ראוי" שדרשו ממנו ובמקום זה רוצים להגיע לסכום האמיתי שהנישום צריך לשלם לפי ערך נכסיו, אבל קובעים אותו לפי ראות עיניהם הסובייקטיבית.

על פי זה ניתן להבין את דברי הנודע ביהודה שהעיר:[290]

> מה שרוצים בקהלתו לעשות דבר חדש אשר לא שמענו מעולם למיעבד **כתרי חומרי** להעריך ולהטיל גם חרם ומן הערך שהעריכו לא יפחות ו[גזרו ש]אף על פי כן אם הוא יודע בעצמו שיש לו יותר ממה שהעריכוהו מחוייב להשלים היתרון, זהו גזל ועושק [על ידי גובי המס] ובתרי קטלי לא קטלינן. ... ואם העריכוהו שוב אין יכולין להטיל עליו חרם ואין בדברי המתעקשים לאחוז חומרי שניהם שום ממש. ולא אאמין על שום שר ומושל שיטה אוזן לשמוע

---

287. ראה דברי ר' חיים פלאג'י בספרו משא חיים (מערכת ח' סוף סי' ט"ז): כללו של דבר האיש הירא את דבר ה' יזהר לפרוע מס שלו באמת ובתמים ולא ינכה ממנו מאומה כי הוא גזל גמור **וכל שכן שלא יבקש המצאות שלא לתת מס הקצוב** ולבטל מנהג הקדמונים שלא לעשות עריכה חלילה גם לא יעשה אלמות שלא לפרוע המס...

288. ראה פרק הכבדה עמוד 148.

289. ראה דברינו בריש הפרק וראה פרק גדר מוכס שאין לו קצבה עמוד 76.

290. שו"ת נודע ביהודה, מהדורה תנינא, חו"מ סי' מ'.

דברי המערערים בזה. רק הברירה או להעריך ומי שלא יסכים ליתן הערך שהעריכו אותו יגיד בחרם או בשבועה וכפי שיגיע עליו על פי השבועה יתן או שלא יעריכנו כלל והכל יגידו על פי החרם. ואף על פי כן הדרך הראשון יותר טוב שיעריכו על פי שמאים ומי שלא ירצה ליתן כפי השומא ישבע או יגיד בחרם אבל לא להכריח את כל הציבור להכנס בחרם.

מדוע אומר ה"נודע ביהודה" שיש כאן "תרי קטלי לא קטלינן"? למה אין לקהילה זכות להעריך לפי דעתם וגם לתבוע שבועה שלא טעו בהערכתם? על כרחך ההערכה וההצהרה מנוגדים אחד לשני כפי שביארנו, ותוקף של אחד שולל את תוקפו של השני.

ניתן להשליך מכאן לענין תכנון מס וכח אנטי-תכנוני בחוק. הכח האנטי-תכנוני להתעלם מההצהרות של הנישום ולקבוע סיווג חדש של עיסקאות ובכך להגדיל את חבות המס של הנישום דומה מאד לכח המעריכים לקבוע חבות מס לפי אומד דעתם. אפילו אם נאמר שמוטל על הציבור חובה מוסרית לשלם "מס אמת", לפחות יש להעדיף גילוי נאות בתום לב לפני דרישה לחשוף תכנוני מס של הנישום. כח ההערכה (או "שומא") של הרשויות שולל את קיומו של "מס אמת" ראוי לנישום. משום כך, עמדות משפטיות שנקט הנישום בספיקא דדינא נשארים במעמדם כטענת "ברי" באופן אובייקטיבי, ואין חובה לנישום לגלות את דעתו הסובייקטיבית לגבי טענתו ועמדתו, אפילו בהצהרה.

יא. מסקנות

לכל ציבור יש זכות לקבוע פרמטרים אובייקטיביים לחבות המס של נישומים, או באמצעות שומא שהם מטילים או באמצעות חרם שמחייב את הנישום לומר אמת ולא להסתיר את נכסיו. אולם אין לציבור זכות לעשות גם הערכה וגם לחייב את הנישום להישבע, כי יש בכך "תרי קטלי", עונש כפול לנישום, ולא ראוי לחייבו גם להישבע וגם לא לקבל באמון מוחלט את שבועתו.

אין פסול בנסיון של נישום לנקוט תכסיסים והערמות כדי להפחית את חבות המס שלו, אך עם זאת אין לו רשות לשקר לרשויות כאשר הם דורשים ממנו תשובות על עסקיו.

מחירי העברה עשויים לגרום להפחתת סכום המס של הנישום. עם זאת, אין פסול בקביעת מחיר העברה כזו בתנאי שהיא חופפת את תנאי השוק, אך יש להיזהר מנגיעה עצמית שעשויה לגרום לפגיעה בציבור.

מידת חסידות לנסות להגיע ל"מס אמת" ולא לנסות לעשות תכנונים שאמנם מצליחים להפחית את חבות המס אך לא מביאים לחוב אמיתי של מס. אולם בנסיבות שרשויות המס מנסים להגדיל את נטל המס ולפעול נגד כל תכנון אפשרי, אין פסול בתכנון שנועד להגן על האינטרס של הנישום שלא יצטרך לשלם יותר מהראוי לו.

חלק יב. שאלות בארנונה

בניגוד למס הכנסה ומע"מ אשר חלים על עיסקאות, קבלת הכנסות ואירועי מס, ארנונה דומה יותר למסים עתיקים אשר חלו על נכסים וערכם. לכן גם הגבייה שלה דומה יותר למסים עתיקים אשר נגבו בעיקר על ידי שומא ביוזמת הרשויות ולא על ידי דיווחים של הנישומים. אופי הזה גורר שאלות מיוחדות.

א. ארנונה בשימוש משרדי/מסחרי

האם לכתחילה חייבים לדווח לעירייה על שינוי ייעוד או התחלת שימוש של דירה או חלק ממנה כשקיימים הבדלים בתעריפי ארנונה לפי השימוש?

כאשר החוק מחייב את הדייר או בעל הבית לדווח על שינוי שימוש, הופכת השאלה להיות שאלה של תוקף המחייב של חוקים בכלל ובפרט חוקים המחייבים בקום ועשה.[291]

כאשר תהליך הגבייה מחייב הצהרה חתומה על שימוש נוכחי של הדירה, אסור לגנוב דעתם ולהצהיר בשקר על שימוש בלעדי למגורים או חוסר שימוש.[292] גם במקרה שההצהרה היתה כנה במועד חתימתה ורק אחרי חתימת ההצהרה השתנה שימוש הדירה, חייב להודיע על השינוי אם נוסח ההצהרה כלל בתוכו גם התחייבות להודיע על כל שינוי.[293] הדין לא ישתנה בין מדינת ישראל או מדינה זרה.

אולם כאשר החוק אינו מחייב במפורש דיווח על שינוי שימוש וגם לא חתם על הצהרה המחייבת דיווח, יתחייב נישום לדווח רק אם נצרך כדי למנוע גניבה מהרשויות המקומיות, ולכן עלינו לבחון האם נחשב הדבר כגניבה או לא, או האם קיימת מצוות השבת אבידה נגד האינטרס שלו.

ניתוח משפטי יכול לגלות שחיוב ארנונה נוצר ממילא לפי הגדרתו וחישובו על פי החוק ואינו תלוי בתהליכי גבייה, או לחילופין שהחיוב נוצר מתהליכי הגבייה. גם הראשונים התעסקו בהגדרות משפטיות כאלו על פי הדין,[294] אבל במסים במיוחד הכל הולך אחר המנהג (כלומר החוק) ואין מגמתינו לעשות ניתוח משפטי ממוקד לזמן ומקום מסוים. כיוון שבדרך כלל מס הארנונה (בלשון בגמרא מס הטסקא) הוא מסוגי המסים הנגבים על ידי שומא של הרשויות והנישום פחות יוזם ומעורב בקביעתו וגבייתו, נתייחס אליו כמס שנקבע על ידי עצם תהליכי הגבייה ולכן לא חלה חובת המס בכלל עד שיש תביעה כלשהי ואין בהעדר עידכון נתוני הנכס או השימוש משום גניבה.

---

291. ראה פרק חובת ציות עמוד 29 ופרק מהות האיסור בהפרת חוקים עמוד 92.
292. ראה פרק הצהרות שקר בכתב ושבועה בכתב עמוד 267.
293. ראה פרק התחייבות בחתימת הצהרה לעדכן שינויים עתידיים עמוד 271.
294. ראה פרק חלות חובת המס—מתי? עמוד 134.

עם זאת, לכאורה "מגיע" לרשויות סכום המס התיאורטי שיכולים הם ואמורים הם לגבות על פי החוק. כשהנישום אינו משלם את סכום הזה במלואו מרוויח הוא מה שהם מפסידים.[295] בהעדר נסיבות מיוחדות אין לראות בחוסר תביעה הסכום המלא ש"מגיע להם" כמחילה, לא מחילה בדעת ולא מחילה בטעות ולא מחילה שלא מדעת, וכמו שרואים שהם מעסיקים פקחים וסוקרים לעדכן את הגבייה כפי יכלתם.[296]

כאשר מדובר במדינה נכרית לא תהיה שתיקת הנישום גרועה מדין הפקעת הלוואה של חוב מוחלט וברור לנכרי, אשר הותר במקום שלא תבע אותו הנכרי ולא קיים חשש לחילול השם.[297] אולם כאשר מדובר במדינה ישראלית או אפילו רשות מקומית במדינה נכרית אשר רוב תושביה הם ישראלים תהיה הפקעת הלוואה אסורה ולהיפך יש דין טעות ישראל והשבת אבידה.[298]

עם זאת, מס הארנונה נשאר אחד מסוגי מס הבודדים במדינות המפותחות אשר עדיין נגבה על ידי שומא של הרשויות. מהסוגיה דפרדכת עולה שמותר להתייחס למקרה הזה כסייעתא דשמייא,[299] בתנאי שלא עשה הנישום השתדלות להשיג את היתרון הזה וכל שכן שלא גנב את דעתם בכוונה או שיחד את הפקח או את הסוקר. כל השתדלות תפסול את הגדרת הטעות כסייעתא דשמייא, כי מכביד בכך על אחרים ומציל עצמו בממון חבירו.[300] אף כשגובה הארנונה מוגבל בחוק ואין לרשות

---

295. ראה קונטרס חיובי שכנים ותקנת הקהילות עמ' ס"ג שכתב לגבי חובת השתתפות בארנונה: "והנה לענין המסים הנהוגים בזמן הזה, שהעירייה והרשות המקומית גובה ארנונה מאנשי העיר, נראה פשוט דעיקר החיוב בזה מוטל על כל אנשי העיר...ואפשר דאפילו יחיד יכול לתבוע לדין את חברו שאינו משלם מסים, משום שכתוצאה מאי תשלום המסים נמצא הוא מקופח מכל מיני שרותים אחרים, וכל שכן אם על ידי כך שפוטרים האחד ממסים נגרם שיגבו מהשני יותר כסף." לא מובן כלל מדוע לא שייך סברא זו בהשתמטות ממסים ברמה הלאומית, שהרי גם שם גורם לחברו שישלם יותר.

296. ראה פרק העדר גבייה כמחילה של השתמטות ממסים עמוד 154.

297. ראה פרק הפקעת הלוואה עמוד 222 ופרק הברחת מכס בהלכה עמוד 225.

298. ראה פרק הפקעת הלוואה במומר עמוד 230 ופרק הפקעת הלוואה במדינה עם מיעוט ישראלי עמוד 231.

299. ראה פרק ניתוח והגדרת מציאות מערכת המסים של זמננו ותחולתו של דין "אנדיסקי סייעתא דשמיא" עמוד 152.

300. ראה פרק גבולות ההשתדלות עמוד 146 ופרק הכבדה עמוד 148. דין זה משפיע על השאלה האם מותר לעשות מעשים להטעות את המודד/הסוקר בקביעת שטח הדירה או לעשות הערמה להקטין את חישוב השטח על ידי סגירת פתחים או הנמכת תקרות באופן זמני? כאשר המודד, שמאי או סוקר בא מטעם הרשות המקומית לחשב את בסיס חישוב חיוב הארנונה של דירה על פי כללים ידועים וקבועים, מצד אחד אין הוא שונה מכל שליח למשא ומתן וכמו שברור הוא שאסור להטעות אדם או שלוחו במשא ומתן, ואפילו נכרי, כדי להגיע להסכמה על מחיר נמוך או גבוה יותר, כך גם אסור להטעות את הציבור, מוסדו או שלוחו בקביעת "מחיר" הארנונה שישלם. אמנם, מצד שני שונה הטעייה במשא ומתן במקח וממכר כיוון שמוציא דבר במרמה והוי כעין גניבת הדבר, מה שאין כן במשא ומתן לפשרה על תביעה, שאינו מוציא שום דבר

המקומית יכולת להעלות את שיעורי הארנונה לכסות גרעון בתקציבה, ולכן אינה מגדילה את חובת הארנונה של אחרים, מכל מקום הדבר נוגס מהתקציב הכללי של ציבור תושבי הרשות וההפסד יבוא לידי ביטוי במקום זה או אחר—או במה שהם גובים לדברים אחרים שיש בהם שיקול דעת או במה שהם מתקצבים על פי שיקול דעתם.

חיוב רטרואקטיבי בדיעבד

בדיעבד כאשר עבר פרק זמן של שימוש בלי דיווח, האם חייבים להשלים באופן רטרואקטיבי את הפער?

כבר אמרנו שהרשויות עצמן יכולות לתקן את הטעות שלהן ולגבות קדימה את כל הסכום שמגיע להן על פי החוק, ולא נחשב הדבר כמחילה שאסור להן לחזור ממנה.[301] במציאות רואים שכאשר הרשויות מגיעות למשבר כלכלי ותקציבי משקיעות הן משאבים בגבייה ואכיפה כדי להגדיל את הכנסותיהן, כי לא וויתרו אף פעם על זכויותיהן אלא שהתעצלו. זכותן גם לתקן שומת הארנונה רטרואקטיבית עד כמה שהחוק מתיר להן. אף שיכול הדבר להגיע לידי גניבה אם לא יאמינו להצהרת אמת של הנישום על מועד התחלת השינוי בשימוש הדירה או שינוי במידות הדירה אשר גורם להגדלת השומא, מכל מקום לא בגלל חוסר הוכחות שלהן ייפטר הנישום מלשלם מה שהיה אמור לשלם, ועליו להצהיר באמת על מועד השינוי.[302]

כמו כן, כאשר השיג או המשיך את שומת הארנונה המוטעית שלא כדין, למשל בהשתדלות כנזכר, אז יחול עליו דין טעות או אפילו ייחשב מטעה וחייב להודיע ולשלם בדיעבד.

אם עברה תקופת ההתיישנות, צריך עיון אם רואים בהתיישנות כמחילה, ואפילו אם כן איך יוצא ידי השבת גזל הרבים בהתיישנות.

ב. פטור או הנחה מארנונה.

האם לכתחילה מותר לרשום השכירות על שם מישהו אחר שזכאי לפטור או הנחה? האם מותר להשאיר את הדירה (ב"שב ואל תעשה") בשם דייר קודם שהיה לו פטור או הנחה? בדיעבד, האם חייבים להחזיר את ההטבה שקיבל?

במקומות שמעניקים, על פי החוק, פטורים או הנחות על חיובי ארנונה לפי קריטריונים שונים, מותר לבקש פטורים או הנחות אלו אף על פי שמכביד על ידי

מהתובע אלא דוחה מעליו את התביעה. מכל מקום, מעבר לשאלה על האיסור באמצעים שמשתמש בעל הנכס כדי להגיע לשומא נמוך, עצם ההשתדלות פוסלת את התוצאה ואין עליו דין "סייעתא דשמיא" אם השומא שיקבל אינו מדויק.

301. ראה פרק העדר גבייה כמחילה של השתמטות ממסים עמוד 154.

302. אמנם ראה פרק גניבת דעת להגן על עצמו כשרק חושש שעלול לגוזלו עמוד 255.

כך על אחרים ואף על פי שהיכולת בידו לשלם.[303] מכל מקום, הנחות ופטורים אלו אינם זכות הניתנת למכירה ולהעברה. נהוג במדינת ישראל ששוכר דירה משלם ארנונה על דירה, לא רק כתוספת לדמי שכירות, אלא בצורה רשמית יכול בעל הדירה לרשום את חיוב הארנונה על שמו של השוכר ובכך מעמיד את השוכר מול הרשויות כאחראי על הארנונה. במצב שבעל הדירה משיג פטור או הנחה כדין על הדירה ואחר כך משכיר את הדירה למי שאינו זכאי לאותה הנחה, משתלם לשוכר להתפשר עם בעל הדירה ולהשאיר את הארנונה רשום על שמו ובכך כביכול העביר ומכר את הזכות לפטור או ההנחה שלא כדין. כן גם ייתכן מצב הפוך שבעל הבית נהנה מפטור או הנחה שקיבל השוכר לפני שהחזיר את חזקת הדירה לבעל הדירה.

כמובן, כאשר החוק מתיר את זה, בעצם וויתרו על זכותם להקפיד על קנוניות כאלו. אולם כאשר החוק מסמיך את הרשויות להעניק פטור או הנחה ל"מחזיק" בנכס (שמוגדר בפקודת העיריות "אדם המחזיק **למעשה** בנכס"), כוונתם כנראה לאדם מסוים ולא אחר, כלומר בעל הבית שמחזיק ולא בעל הבית המשכיר לאדם אחר, שהרי המשכיר ההוא היה יכול גם הוא בעצמו לדרוש פטור או הנחה כ"מחזיק" אם היה זכאי לכך.

כאשר לא ניתן להשיג את המטרה אלא על ידי הצהרת שקר, או בשתיקה במקום שהתחייב לדווח על שינויים, הדין יהיה כמו שהזכרנו לעיל בענין שינוי ייעוד הדירה. במקרה שההצהרה אינה גורמת לבעייה, לכאורה יהיה הדבר דומה לשאלה לעיל של שינוי ייעוד, ואפשר להסתכל על המצב כסייעתא דשמיא. אמנם, אין הדינים דומים משתי בחינות: ראשית, בשינוי ייעוד הסתמכנו על זה שארנונה הוא סוג מס שנקבע ונגבה על ידי שומא, שהוא באחריות הרשויות, בניגוד לפטורים והנחות אשר באים מיוזמת ובקשת הנישומים, והרשויות לא לקחו על עצמם האחריות, לא לחומרא ולא לקולא, להעניק פטורים והנחות לאלו שזכאים ורק להם. שנית, אמרנו שהשתדלות כלשהי מבטלת מהנישום את דין "סייעתא דשמיא", ולכן ברור בקנוניא שאין זה סייעתא דשמיא. מעבר לכך, עצם הבחירה לא לרשום את הנכס בשם המחזיק במקום שמנהג רווח כדמהווה סוג של השתדלות.[304]

ג. דין תלמיד חכם

האם תלמיד חכם חייב בארנונה?

עיקר ייעודו של דמי ארנונה הוא לממן תקציבים לצרכים שהם בגדר "כריא פתיא",

---

303. ראה פרק פטור מאת הקהילה/המדינה: היקף ההיתר של "אנדיסקי סייעתא דשמיא" עמוד 146.

304. גם החוק בענין תיקון שומת ארנונה רטרואקיבי משקף את עיקרון הזה. כאשר הטעות בשומא היתה בלי הטעייה של הנישום, יש מגבלות על תיקון השומא באופן רטרואקטיבי, אבל כאשר היתה הטעייה כלשהי מקובל שיכולים לתקן את השומא אפילו באופן רטרואקטבי.

שבהם חייבים גם תלמידי חכמים להשתתף.[305] אפילו כאשר בתקציב הרשות המקומי יש ערבוביא של דברים אשר תלמידי חכמים פטורים מהם מעיקר הדין, אין זה פוטר את הדברים אשר חייב להשתתף בהם ואסור לעכב ולהבריח את החייב בגלל הפטור.[306] גם לדעת פוסקי זמנינו שמעיקר הדין פטורים תלמידי חכמים באופן כללי מפרעון מסים אפילו במדינת ישראל, המליצו להחמיר ולעשות לפנים משורת הדין ולא לפרוש מן הציבור במסים כלליים, וכל שכן בארנונה שניתן להגדיר אותה כ"כריא פתיא" שחייבים לשלם מעיקר הדין.[307] השלטון הכללי והרשויות המקומיות יש להם על מה שיסמוכו בזמן הזה להטיל מסים גם על תלמידי חכמים ואין הם בגדר גזלנים.[308] משום כך לא תהיה תביעתם גרועה מתביעת מסים של שלטון נכרי, אשר אף על פי שהברחתה מותרת, במקום חילול השם אסורה.[309] את הסכנה לחילול השם חייבים לשקול בצורה מאד רצינית, במיוחד כאשר התלמיד חכם עושה דין לנפשיה על סמך שהגדיר את עצמו כתלמיד חכם ועכשיו הוא בא בכח לדרוש מהציבור שיפטרו אותו מלהשתתף בעול הציבור!

במקומות שגובים הרשויות המקומיות דמי שמירה בנפרד מדמי הארנונה, ייתכן שאפילו הפוסקים המחייבים תלמידי חכמים בימינו לישא בעול מס הכנסה וארנונה יסכימו כי התביעה לדמי שמירה מ"תלמיד חכם" (לפחות מאלו שנכנסים אפילו להגדרה המצומצמת של תלמיד חכם לפי דעות השונות של האחרונים[310]) אסורה, ובמיוחד כאשר מעמידים את הברירה לכל תושב לעשות תורני שמירה בעצמו או לשלם את דמי השמירה.[311] מכל מקום, קשה להגדיר את התביעה כגזל כי עדיין יש לרשויות על מה שיסמוכו לפי הדברים שכתבו הרדב"ז והחת"ם סופר בענין הזה.[312]

---

305. ראה פרק מאיזה סוגי מסים פטורים תלמידי חכמים? עמוד 328. בדרך כלל אין השימוש בכספים בפועל (כלומר התקציב הציבורי) או ערך ההנאה שהנישום מקבל מעלה או מוריד חיובו לפרוע מסים במלואם, אבל בדין פטור תלמידי חכמים יש הבדלים בין צרכים ציבוריים שונים ולכן יש נפקא מינא בייעוד כספי המסים. למשל, בגולה, במקומות שחלק משמעותי של כספי הארנונה מייועדים לממן בתי ספר ציבוריים ואינם תומכים בכלל בבתי ספר היהודיים (וגם לא בשום בית ספר פרטי אפילו אינו יהודי), קשה להגדיר את הארנונה כ"כריא פתיא".
306. ראה פרק דעת פוסקי זמנינו עמוד 336.
307. שם.
308. ראה פרק דין בדיעבד כשהקהל תיקן ונהג לגבות גם מתלמידי חכמים עמוד 324 דין בדיעבד כשהקהל תיקן ונהג לגבות גם מתלמידי חכמים
309. ראה פרק חילול השם עמוד 235.
310. ראה פרק גדר "תלמיד חכם" עמוד 319.
311. ראה פרק מסקנות מעשיות במיסים שונים עמוד 339.
312. ראה פרק הבדל בין המושג "מסים" בזמנינו לבין משמעותו בתורה ובפוסקים עמוד 329.

חלק יג. תשלומי חניית רכב

אגרת חנייה היא סוג תשלום לרשויות השלטון שאף שהיא נופלת מחוץ להגדרת מס עדיין יש לה הרבה פנים דומים למסים: התשלום הוא לרשות שלטון, הבסיס קבוע בחוק, האכיפה היא על ידי "אנשים במדים", הקנסות והערעור בבתי משפט מיוחדים, ובעיקר ההתייחסות אליו על ידי הציבור וההצטדקיות וטענות שהם מורים היתר על פיהם. האופי המיוחד של אגרת חנייה נותן לנו אפשרות לחקור את הענין קודם במישור הפרטי, זאת אומרת דיני ממונות כלליים בין אדם לחבירו, בלי להסתבך בסוגיות היותר מורכבות של שלטון וחוק. אחרי שנבודד כל ענין וענין בנפרד, נעבור ממישור הפרטי למישור הציבורי.

א. איסור גניבת שימוש בקרקע

בחניון פרטי שדורש תשלום מראש דרך הכנסת מטבעות במדחן או קניית כרטיס חנייה להציג בחלון הרכב, האם מותר לכתחילה לחנות בכוונה שלא לשלם כלל (חוץ מקנסות שעשוי לקבל על כך)?

אף שכלל הוא ש"קרקע אינו נגזלת",[313] היינו רק לענין קנין ובעלות שקרקע הנגזלת תמיד נחשבת כעדיין ברשות הנגזל גם אם מישהו אחר מחזיק בה והנגזל התייאש. לענין איסור זה, כותב הטור:[314]

> ג' עבירות הן בענין גזילת קרקע. הראשונה במחשבה, שחמד (ס"א שהתאוה) ממון חבירו בלבו. והשנית בדבור, שדבר אילו היה אותו ממון של זה שלו. והשלישית, זה שמוציא מחשבתו לפועל והולך וגוזל ממון חבירו: מטלטלין, משטלטלן מרשות הבעלים ומביאן לרשותו נגמר הגזל, אבל מקרקעי נתמעטה מדין גזל לפיכך אם גזל שדה ולא חרשה ולא זרעה או בית ולא נשתמש בו אין כאן לא תגזול דברשות בעלים הן עומדין אע"פ שמנעו הבעלים מהשתמש בהן גרמא בניזקין הוא ואינו חייב לשלם אבל אם אכל פירות השדה עובר משום לא תגזול וכן **אם נשתמש בביתו ולא העלה שכר לבעליו עובר משום לא תגזול**.

אף שהרמב"ם[315] גם הזכיר לאו דלא תגזול בגזילת קרקע,[316] הטור מחדש שיש לאו דלא תגזול לא רק על גזילת עצם הקרקע (או לפחות על נסיון לכך) אלא גם על שימוש בקרקע שלא מדעת הבעלים בלי תשלום שכר.

---

313. שו"ע חו"מ סי' שע"א על פי הגמרא סוכה ל"א א' ובבא קמא קי"ז ב'.
314. טור חו"מ סי' שע"א בשם שו"ת הרא"ש כלל צ"ה סי' א'.
315. רמב"ם הל' גניבה פרק ז הלכה י"א.

נראה מדברי הטור שהלאו של לא תגזול לא חל מיד כשנכנס הגזלן לשדה חבירו בלי רשות אלא רק לאחר שהגזלן נתחייב על פי דין להעלות לבעל השדה שכר ולא שילם, אם לא שהוא אכל פירות השדה ממש. אם כן, אפשר להסתפק אם כוונת הטור הוא על איסור לא תעשוק בדומה למה שכתב[317] "ועושק—זה שבא ממון חבירו לידו ברצון חבירו, כגון בהלואה או בפקדון או שכירות, וכשבא לתבעו אינו מחזירו ומחזיק בו בחזקה", ולפיכך במקרה שלנו של המדחן אולי אין איסור גזילה עד שיש חיוב מן הדין לשלם דמי החנייה, דבר שעוד נברר בשאלה הבאה, וגם אז רק אחר שיש תביעה לשלמו.[318] אולם יותר נראה שהתנאי העיקרי שמבחין בין עושק וגזילה הוא שיש רצון והסכמה מצד הנעשק על עצם קבלת הממון או הנאה לידי העושק, רק שהוא ניתן על תנאי ומתוך הבעת אימון בו שלבסוף הוא ישלם על מה שהוא קבל.[319] אמנם בשכירות רגילה, שהמנהג הוא ששכירות אינה משתלמת אלא בסוף,[320] נכון להגדיר את האיסור כלא תעשוק. אולם, במקרה של המדחן, אין זה מרצון הבעלים לחנות בלי תשלום מראש מיידית. גם אין כאן צורך בתביעה מיוחדת, משום שעצם קיום המדחן—אין לך תביעה גדולה מזו, אף שזה אינו על ידי בן אדם ממש. ואף שמקובל ב"דלית ברירה" שאנו לא משלמים לפני שחונים ממש, אלא תיכף ובתוך זמן סביר אחרי שחונים מכניסים כסף למדחן או קונים כרטיס חנייה, אין זה מחילה וגילוי רצון הבעלים להתיר לחנות שם בכוונה לא לשלם כלל.[321]

---

316. הב"ח והבית יוסף בטור חו"מ סי' שע"ו מסכימים לדברי הרמב"ם שיש לאו דלא תגזול או לא תגנוב בגזילת קרקע בהסגת גבול אף שקרקע אינו נגזלת. הסמ"ע בפרישה שם חולק בכוונת הטור ואומר שהמסיג גבול רק "גזלן מדרבנן הוא מכח דעבירה דגניבה או גזילה יש עליו."
317. טור חו"מ סי' שנ"ט סעיף ח'.
318. אבל ראה דברי הפתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק ו הערה מ"ז.
319. הטור עצמו בהגדרת "גזל" כלל גם מקרה של גזל קרקע "או נכנס לתוך שדהו ואוכל פירותיו." שם סעיף ח'. אם כוונת הטור הוא על מי שמצא שדה מלאה פירות מחוברות ותלש הפירות ממש ואכלם, צריך עיון מה בין זה ל"נכנס לביתו שלא ברשותו ונוטל משלו" שזכר לפני זה. מלשון הטור משמע שהוא דומה יותר ל"תוקף בעבדיו ומשתמש בהם" ומדובר בפירות שהגזלן גידל על ידי חרישתו וזריעתו ואכל אותם. כך נראה גם מדין "היורד לתוך שדה של חבירו בלא רשות" בטור חו"מ סי' שע"ג שמביא הרא"ש בתשובתו (כלל צ"ה סי' א') על גזילת קרקע. שם פסק הטור שה"פירות שאכל הלוקח [מן הגזלן] בעוד שהיתה בידו צריך לשלם אותם לנגזל." כך גם מובא ברמב"ם הלכות גזילה ואבידה פרק ט' הלכה ח' ומגיד משנה שם. כך גם פסק השו"ע בחו"מ סי' שע"ג סעיף ב'. המגיד משנה הביא ראיה לדבריו מדין תוקף עבדו של חבירו ששכר מלאכתו דומה לפירות שדה.
320. בבא מציעא ס"ה א'. יצויין שבשכירות בתים אין המנהג כן, ואם כן אפשר ששכירות מקום בחניון הוא כדין שכירות בתים ומחוייב כבר בתשלום מראש.
321. חידושי הרשב"א בבא קמא כ"א ושער המלך לרמב"ם שם.

סיכום

כאשר מוצב מדחן בחניון ומישהו חנה שם מבלי לשים כסף במדחן, יש בכך גזל שימוש בקרקע לדעת הטור אם אין כוונתו לשלם בסוף. לכאורה אין לדמות דבר זה לדין שכירות רגילה, משום ששם הותר לו להשתמש בדבר בתנאי שישלם בסוף, אך הצבת המדחן מורה שאין היתר גם לכתחילה לחנות מבלי לשלם, ולכן לכאורה חל איסור גזילה מיד כשאין כוונה לשלם בסוף.

א. גניבה על ידי שימוש בחנם: שואל שלא מדעת

ההשתמשות בממון אחרים שלא מדעת בכוונה להנות בחנם בלבד, ולא לגזול את עצם הממון, נידון בדין שואל שלא מדעת. "אפילו הלוקח בשאלה שלא מדעת הבעלים נקרא גזלן."[322] הכוונה הוא שהשואל שלא מדעת חייב להחזיר את החפץ כמו גזלן שחייב לקיים והשיב את הגזילה בלי שום פטור לגניבה ואבידה, אונסים או אפילו מתה מחמת מלאכה. ההנחה יסודית היא שאסור לעשות כן.[323] גם לפי מי שחולק בגמרא ואומר ששואל שלא מדעת שואל הוא, ולא גזלן, עדיין יש איסור לעשות כן.[324] גם כשהשימוש לא גורם לשום חסרון והפסד. בדומה לשימוש בקרקע, עדיין נחשב השואל שלא מדעת כגזלן.[325] אולם, היה מקום לחלק ולומר שבדבר העומד לשכירות, כמו מקום חנייה, לא שייך דין שואל שלא מדעת כיון שעצם ההשתמשות הוא ברצון הבעלים רק שהשוכר מתכוון לא לשלם. ואף שבמקרה של המדחן המשכיר דורש תשלום מראש כתנאי למתן רשות לחנות במקום החנייה, רואים אנו סברא דומה במי שגוזל על מנת לשלם דבר העומד למכירה. אף שאסור לגזול על מנת לשלם לנגזל אפילו יותר מדמי הגזילה,[326] אם הדבר עומד למכירה במחיר מסוים והלוקח מכוון ויכול לשלם למוכר דמי המכירה, מותר ללוקח לקחת את הדבר שלא מדעת המוכר בלי תשלום מראש.[327] אמנם ברגע שאין דעתו של

---

322. שו"ע חו"מ סי' שנ"ט סעיף ה'.

323. יש לחקור האם שואל שלא מדעת פסול לשבועה ועדות. יש שרצו לדייק בלשון הטור חו"מ סי' רצ"ב שכתב ששואל שלא מדעת דינו "כגזלן" ולא אמר "הרי זה גזלן." ואם כך אינו נפסל בכך. וגם בטור חו"מ סי' שנ"ט כתב בלשון "נקרא גזלן." וכן בחו"מ סי' שס"ג כתב כמה פעמים בלשון "כגזלן" בקשר לשואל ושוכר שלא מדעת.

324. הרשב"ם בפירוש הרשב"ם העקרי למסכת בבא בתרא פ"ח א' כתב: "שואל [שלא מדעת] הוי דינו כשואל ומיהו איסורא מיהא איכא דלא גרע משולח יד בפקדון ואסור."

325. שו"ע חו"מ סי' רצ"ב סעיף א'.

326. שו"ע חו"מ סי' שנ"ט סעיף ב'.

327. הטור חו"מ סי' שנ"ט מביא בשם הרא"ש שכתב: "וזכין לאדם שלא בפניו ודוקא שידוע שזכות הוא לו כגון בדבר העומד לימכר אבל מחפצי ביתו לא." יש הבדל בין גניבה שלא מדעת לגזילה שלא מדעת. בטור חו"מ סי' שמ"ח (הלכות גניבה) כתב: "אסור לגנוב אפילו כל שהוא אפילו דרך שחוק ואפילו על מנת להחזיר או על מנת לשלם הכל אסור שלא ירגיל עצמו בכך." הב"ח בסי' שנ"ט מבחין בין גניבה "שהיא בסתר ושכיחא ליה טובא", ואסור בכל מקרה מטעם שלא ירגיל עצמו בכך, לבין גזילה שהיא "בפרהסיא דלא שכיחא" ולא גוזרים מטעם שלא ירגיל עצמו בכך.

הלוקח לשלם, המעשה חוזר להיות גזל גמור אף על פי שהדבר עומד למכירה, אבל במקרה של המדחן, כשלא מדובר בגזל דוגמת "ויגזול את החנית מיד המצרי, "[328] (פעולה אקטיבית של הוצאת רכוש מיד הנגזל) אלא בשימוש שלא מדעת בלי חסרון או נזק מוחש, אולי אין בכח כוונתו לא לשלם להפוך את השימוש לאיסור גזל.

ב. סיכום

יש מקום לדון אם דין שואל שלא מדעת חל על מי שהשתמש בחניון בלי לשלם. אף לפי מי שמיקל וסובר ששואל שלא מדעת נחשב שואל, אין היתר לכתחילה לעשות כך. יש מקום להקל יותר בגזילת קרקע מכיוון שאין מעשה אקטיבי בגזילה.

ג. איסור "נחית אדעתא דגזלנותא"

בדין התוקף ספינתו והתוקף עבדו של חבירו אנו למדים שקיימת אפשרות במעשה השתמשות להפוך מגורם חוב ממוני גרידא לאיסור גזל על ידי כוונת המשתמש בעת השימוש.[329] בתוקף ספינתו של חבירו ועושה בה מלאכה, יש נפקא מינא בין "נחית ליה אדעתא דאגרא" לבין "נחית ליה אדעתא דגזלנותא.", בין מי שמשתמש על דעת לשלם שכר לבין מי שכל מטרתו היא לגנוב שימוש בכלי חבירו. אם דעתו של התוקף לא היה לשלם את דמי שכירות על שימוש הספינה דינו כגזלן אפילו לקולא משום שהכוונה שלא לשלם הופך את מעשה השימוש לגזל.[330]

במסכת מו"ק י"ז א' מובא סיפור של גוזל על מנת לשלם: " ריש לקיש הוה מנטר פרדיסא, אתא ההוא גברא וקאכיל תאיני [בלי רשות ובלי תשלום]. רמא ביה קלא [במחאה על הגזילה], ולא אשגח ביה. אמר: להוי ההוא גברא בשמתא [על איסור גזל]. - אמר ליה: אדרבה, להוי ההוא גברא בשמתא [שגזר עלי נידוי שלא כדין]! אם ממון נתחייבתי לך - נידוי מי נתחייבתי לך [ולא עשיתי שום איסור ויש לי רק חיוב תשלום]? אתא לבי מדרשא. - אמרו ליה: שלו - נידוי, שלך - אינו נידוי [בשביל שטענתו צודקת]."

התוספות שם (ד"ה נידוי) מביא בשם רבינו תם ש"היו רגילין באותו מקום שאוכלין באילנות ונותן דמים והשתא לא היו עוברים על הגזל." אבל הר"ן (נימוקי יוסף) מביא בשם הראב"ד שריש לקיש "טעה מפני שלא התרה בו תחלה שלא יאכל, כי שמא היה סבור האוכל דלמכירה עומדת ודעתו לפרוע משלם, שבזה לא היה איסור." רואים בהדיא בדברי הראב"ד שמותר ליטול שלא מדעת (ואפילו לאכול) דבר העומד למכירה על מנת לשלם. אולם במקרה של המדחן הסברא נוטה שהוא דבר שכיח ולא ממש בפרהסיא ויש לחוש שמא ירגיל בגניבה בדברים שאנשים מורים היתר.

328. בבא קמא ע"ט ב': "ואלא גזלן היכי דמי? אמר ר' אבהו: כגון בניהו בן יהוידע, שנאמר: (שמואל ב' כ"ג) ויגזל את החנית מיד המצרי ויהרגהו בחניתו."

329. בבא קמא צ"ז א'.

330. לקולא, זאת אומרת, לעניין דין כל הגזלנים משלמים כשעת הגזילה, ולא דמי השכירות של הספינה אם הם יותר מדמי הפחת. שו"ע חו"מ סי' שס"ג סעיף ה וז"ל: "ואם ירד לה בתורת גזל, נותן הפחת וכן כל כיוצא בזה. וה"ה אם נטלה על דעת שאלה שלא מדעת, גזלן הוי." מדבריו נראה שלא רק כוונה לגזול הספינה ממש אלא גם להשתמש חנם, זאת אומרת שואל שלא

אולם לפי זה תמוה שהרי בנחית אדעתא דאגרא הדין הוא ש"רצה פחתה (של ספינה) גובה רצה שכרה גובה" והרי לכאורה הוא נחשב כשוכר והיה ראוי לחייב אותו דווקא בשכר, ואיך אפשר לחייבו על הפחת כדין גזלן? רש"י מפרש "נחית ליה אדעתא דאגרא: רצה שכרה נוטל, ואם פחתה יתר על שכרה נוטל דמי פחתה **דהא על כרחו שקלה** וגזל הוא."[331] לדעתו, כנראה אין נפקא מינא בין "נחית ליה אדעתא דאגרא" לבין "נחית ליה אדעתא דגזלנותא", אלא שבכל מקרה נחשב לגזלן משום ש"תקף" כלומר לקח את הספינה בעל כרחו של בעל הספינה ולכן אם רצה גובה פחתה. לפי רש"י נשאר מקום לחלק בין תקף בעל כרחו לבין משתמש סתמא שלא ברשות, משום שאיסור גזילה הוא רק בגלל שתקף ואילו השתמשות נהפכת לגזילה רק אם כוונתו לא לשלם. לעומת דברי רש"י, שנימק את דין הגזילה בכך ש"הא על כרחו שקלה", השו"ע נקט את לשון הרמב"ם "התוקף ספינתו של חבירו ועשה בה מלאכה... אם היא עשויה לשכר, אם ירד לה בתורת שכירות, הואיל וירד שלא ברשות, אם רצה הבעל ליטול שכרה, נוטל; רצה ליטול פחתה, נוטל."[332] מדבריו נראה שלא רק בתוקף בעל כרחו של בעל הספינה אלא גם ב"יורד שלא ברשות" סתם, נחשב כגזלן אף אם דעתו לשלם את שכרה.[333] מכל מקום לא ברור מכאן מקור לאיסור לכתחילה מעצם הכוונה שלא לשלם בלבד. יכול להיות שבדבר העומד לשכירות והמשתמש שלא מדעת התכוון לשלם. הסיבה שעדיין יש עליו תורת גזלן היא מאחר שנשאר למשכיר זכות להימנע מהשכרת ספינתו ללא רשותו, ואת הזכות הזאת לקח ממנו התוקף. סברא זו כמובן אינה שייכת במדחן, ששם אין קפידא על עצם השימוש בחנייה והחנייה היא ברשות לגמרי.

אמנם הבחנה זו בין נחית אדעתא דאגרא לנחית אדעתא דגזלנותא אינה מופיעה בסוגיית "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו."[334] נראה אם כן, שבדבר שאינו נגזל כמו

מדעת, נחשב גזל אף שהספינה עומדת להשכיר. ראה גם הגהת הרמ"א חו"מ סי' ש"ח סעיף ז על פי תרומת הדשן סי' שט"ז בשוכר שלא מדעת וכוונתו ליתן שכרו בעומד לשכור.

331. רש"י בבא קמא צ"ז א'.

332. שו"ע חו"מ סי' שס"ג סעיף ד' על פי הרמב"ם הלכות גזילה פ"ג.

333. מחנה אפרים הלכות גזילה סי' ט"ו בביאור דין השוכר שלא מדעת אם נחשב גזלן או לא: "דאיכא למימר דדווקא אמרו שואל שלא מדעת דהוי גזלן משום דרוצה להשתמש בה בחינם אבל שוכר דרוצה לתת שכר לא ייחשב גזלן." המחנה אפרים דייק בלשון רש"י "דהא על כרחיה שקלה" שאם לא תקף אלא "דנחית שלא מדעת בעלים, לא חשיב גזלן כיון דקיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא", כלומר דעתו לשלם ולא להנות בחנם. לעומת זאת שואל שלא מדעת גזלן הוא משום שכוונתו לא לשלם ולהנות בחנם. המחנה אפרים פירש גם את לשון הרמב"ם באופן שגם לדעת הרמב"ם לא נחשב השוכר שלא מדעת כגזלן אלא שחייב לשלם פחתה בדומה לדין מי ששינה מדעת בעלים: "השוכר את החמור להוליכה בהר והוליכה בבקעה ומתה חייב." בבא מציעא ע"ח א'. ראה גם קצות החושן חו"מ סי' ש"ח ס"ק ג' שמדייק אחרת בלשון רש"י.

334. בבבא קמא שם וגם בדף כ' ב-כ"א א, שו"ע שם סעיפים ו'-י"א. גם בתוקף עבדו, שחולקים עליו אם הוא נחשב כקרקעות או כמטלטלין, לא נזכרה ההבחנה בין "נחית ליה אדעתא דאגרא" לבין "נחית ליה אדעתא דגזלנותא." שו"ע שם סעיף ד.

קרקעות, אין איסור גזל בשואל שלא מדעת אלא רק בדומה למה שכתב הטור שאחרי "[ש]נשתמש בביתו [כבר] ולא העלה שכר לבעליו עובר משום לא תגזול" גם אם התכוון מרגע הראשון לא לשלם שכר.[335]

לא ברור אם במקרה של המדחן נגדיר את החונה כ"נחית אדעתא דגזלנותא." ייתכן לפרש את כוונת המשתמש באופן שלישי—אין לו כוונה לשלם שכר אך גם אין כוונתו לגזול את השימוש בקרקע, אלא כוונתו היא לשלם אם יידרש לכך. במקרה זה טוען ה"ים של שלמה" שמי שתקף ספינתו של חבירו על דעת לשלם "אם יפסוק הדיין עליו תשלומין" נחשב כמי שירד לשכר ולא לגזול ומשלם את שכר הספינה ולא רק את פחתה, כלומר דינו כמי ש"נחית אדעתא דאגרא" ואין בכך איסור גזל.[336] אולם ניתן גם לחלק בין המקרה של תוקף ספינה למקרה של מדחן שהרי שוכר שלא מדעת לא נדרש לשלם מראש, אך במדחן עצם הצבת המדחן מחייב תשלום מיידי ולכן מי שנכנס ולא משלם אולי נחשב כיורד לגזול מהרגע הראשון. מצד שני ה"ים של שלמה" הרחיק לכת שגם אם כוונתו לשלם, לא מיד אחר התביעה לתשלום, אלא רק לאחר שיפסוק הדיין עליו תשלומים, שבעצם אז אין לו ברירה אלא לשלם, עדיין נחשב "נחית אדעתא דאגרא."

יש עוד מקור לכך שדין שימוש יכול להפוך מחוב ממוני לבד לאיסור גזל על ידי כוונת המשתמש בעת השימוש שלא לשלם. בהלכות גזילה נפסק[337] "אפילו הוא בסכנת מות וצריך לגזול את חבירו כדי להציל נפשו, צריך שלא יקחנו אלא על דעת לשלם." אף שמותר לגזול כדי להציל נפשות שהרי אין לך דבר שעומד בפני פקוח נפש, אסור לכתחילה לגזול על מנת שלא לשלם אף שעצם הגזילה נדחה בפני פיקוח נפש.[338] בגליון מהרש"א הוסיף שדין דומה יש לשוכר שלא מדעת להציל נפשות, שאסור אם אין כוונתו לשלם את דמי השכירות.[339] על פי זה בנידון שלנו, בחנייה

---

335. ניתן לדחות שהנחת השו"ע הוא שדמי שכירות בקרקע תמיד יהיו יותר מדמי הפחת בקרקע, ולכן לא נזכר פחת אף שיש דין גזילה בכך. הסבר אפשרי נוסף הוא שכיוון שקרקע אינו נגזלת לא שייך בקרקע דין משלם כשעת הגזילה ואין נפקא מינא בתשלום בין "נחית ליה אדעתא דאגרא" לבין "נחית ליה אדעתא דגזלנותא" אף שמבחינת איסור עדיין יתכן נפקא מינא. שער המלך הלכות גזילה פרק ג הלכה ט. ראה חידושי הרשב"א בבא קמא צ"ז ד"ה אמר רב פפא.

336. לעומת זאת דעת הטור נראה לא כדעת ה"ים של שלמה", שהרי כתב בדין ספינה "לא נטלה על דעת ליתן שכר דינו כגזלן ומשלם מה שקלקלה" ואם מיירי שלא כוון כלל לשלם והספינה עומד להשכרה א"כ פשיטא שהוי גזלן ממש ולמה כתב הטור שנחשב "כגזלן", ולכן צריך לפרש שלקח סתמא שאם ידרשו שכר ישלם ואם לאו לא ישלם, ואפילו הכי הטור מחשיבו כגזלן ומשלם את הפחת ולא את השכירות.

337. שו"ע חו"מ סי' שנ"ט סעיף ד.

338. חידושי רא"ש בבא קמא פרק ו, סי' י"ב.

339. אין הכוונה שחייבים למות ולא לגזול אלא שחייבים להתכוון לשלם. גם אם אין לו עכשיו את הממון לשלם, אף שבמקום שאין סכנת נפשות אסור לגזול על מנת לשלם אם הממון אינו בידיו (טור חו"מ סי' שנ"ט בשם הרא"ש), במקום סכנת נפשות הכוונה לשלם כשיהיה לו מתיר את הגזל. שו"ת בית יהודה יו"ד סי' מ"ז.

ליד מדחן, אף שאין איסור בעצם החנייה ליד המדחן, אם כוונתו היא להתחמק מתשלום הרי שעצם החנייה מהווה מעשה גזל ואסור לכתחילה לעשות כן.

ד. סיכום

בנוגע למי שלוקח מטלטלין של חברו ונהנה מהם ללא רשותו, הגמרא אומרת שיש לדון בכוונתו האם רוצה לשלם או שירד על דעת ליהנות בלי לשלם, שהוא כעין גזילה. אפשר להביא ראיה מכאן לשימוש בקרקע בלי רשות, אך יש מקום לחלק בין הדברים.

ה. סוכה גזולה

המפרשים הקשו לדעת החכמים שמכשירין סוכה גזולה וגם המסכך ברשות הרבים, מהטעם שקרקע אינו נגזלת:[340] והרי עדיין יש כאן מצווה הבאה בעבירה.[341] לדעתם פשוט שיש איסור ועבירה בעצם שימוש בקרקע ללא רשות. אמנם בגמרא מדובר במי שתקף סוכתו של חבירו ולא בנכנס סתם ומשתמש שלא מדעתו.[342] אולם בירושלמי נשאל[343] "אי זו היא גזולה פסולה כל שהוא נכנס בתוך סוכתו של חבירו שלא מדעתו" ומכאן נראה שגם המשתמש בלי לחמוס את סוכת חבירו עושה עבירה של גזל בעצם השימוש בלי דעת, כמבואר גם בהמשך דברי הירושלמי.[344] הרמ"א אכן פסק על פי הירושלמי:[345]

> לכתחלה לא ישב אדם בסוכת חבירו שלא מדעתו, כל שכן אם דעתו לגזלה, וכן לא יעשה סוכה לכתחלה בקרקע של חבירו שלא מדעתו, וכן בקרקע שהיא של רבים (הגהות אשרי ואור זרוע); מיהו בדיעבד יצא.

לדעת המגן אברהם,[346] למרות שבדיעבד יצא, אין לברך על סוכה כזו משום "בוצע ברך נאץ ה'."[347] מכל זה ברור שיש איסור ועבירה בעצם שימוש קרקע של אחרים

---

340. סוכה ל"א א'.
341. ריטב"א שם בשם תוספות שם דף ט' א' ד"ה ההוא מיבעי ליה.
342. סוכה שם: " מחלוקת בשתוקף את חבירו והוציאו מסוכתו."
343. ירושלמי סוכה פרק ג הלכה א.
344. ירושלמי שם: "כהדא גמליאל זוגא עבד ליה מטלא גו שוקא עבר רבי שמעון בן לקיש אמר ליה מאן שרא לך". מדובר בסוכה שנבנית ברשות הרבים ולדעת ריש לקיש אין כל היתר לבנות כך בלי רשות.
345. הגהת הרמ"א או"ח סי' תרל"ז סעיף ג. הרמ"א פסק כדברי הירושלמי, ע"פ הסבר האור זרוע שהביא בעצמו ב"דרכי משה". האו"ז הבין שהירושלמי פוסל לכתחילה להעמיד סוכה ברה"ר גם לדעת חכמים שקרקע אינה נגזלת וסוכה שאולה מותרת (ולאו דווקא לדעת רבי אליעזר שאוסר) ולפי"ז אין מחלוקת בין הירושלמי והבבלי ולכל הדעות לכתחילה אסור להעמיד סוכה ברה"ר משום שנחשב כמי שמשתמש ברשות אחרים ויש בכך איסור. (ודלא כדעת הגר"א שם שהבין שהירושלמי חולק על הבבלי ואוסר אף בדיעבד). אולם ראה שו"ת אדמת קודש (או"ח סי' ט"ו) שלמד שדברי הרמ"א הם "חומרא בעלמא" ואין לפסוק כדברי הירושלמי.
346. או"ח סי' תרל"ז ס"ק ג. ראה ביאור הגר"א או"ח סי' תרמ"ט.

שלא מדעתם אף שקרקע אינו נגזלת, אף שלא תקף ונכנס בחזקה ואף בלי גזל של דמי השכירות. גם מי שחונה ברשות אחרים או ברשות הרבים[348] במקום שאסור לחנות עושה עבירה.

לכאורה עדיין יש מקום לחלק, שהחונה במקום שמיועד לחנייה אך אינו מתכוון לשלם אינו בגדר נכנס לרשות חבירו שלא מדעתו, שהחנייה עצמה הוא ברשות ומדעת הבעלים אלא שהחונה לא מילא את חובת התשלום. סברא כזו מצאנו בדברי ה"חתם סופר"[349] שמסביר למה יוצא בדיעבד בסוכה גזולה שנחשב לשאולה מטעם "קרקע אינה נגזלת", והרי אפילו שואל שלא מדעת גזלן הוא ועובר על לאו ד"לא תגזול". הרי לפי ר"ת גם אם כבר קנה חפץ בייאוש ונשאר רק חיוב דמים, כיון שבתחילה באיסור הגיע לידו נחשב שימושו ל"מצוה הבאה בעבירה", ולכאורה כך הדין גם בקרקעות. אולם החת"ס מיישב שכיוון שלמעשה לא השיג כלום בגזילת הקרקע, שהרי הוא עומד בעין וגם לא קנה אותו, ורק במחשבתו עשה מעשה גזילה ויכול בכל רגע נתון להתחרט ולחזור בו, אין כאן מצווה הבאה בעבירה וכנראה לא יהיה בכך איסור. לפי זה החונה ליד מדחן ברשות, גם אם היה לו כוונה שלא לשים כסף לתוך המדחן לא עבר בכך על איסור שהרי בכל רגע נתון יכל להתחרט ולשלשל את הסכום הנקוב לתוך המדחן, ואם אכן יופיע הפקח הוא יעשה זאת.[350]

מאידך גיסא, אם המקום עומד להשכיר ניתן לומר שדינו יותר חמור מדין סוכה שאולה שלא מדעת. בסוכה שאולה שלא מדעת אינו גוזל מחבירו את גוף הסוכה אלא את זכות ההשתמשות בלבד וזכות זו, בהנחה שבעל הקרקע או הסוכה אינו רגיל להשכירה, אינה שווה כסף לבעל הקרקע או הסוכה (ואולי אסור רק משום חצי שיעור וגזל פחות משווה פרוטה), ולכן אין בזה מצוות השבה ואיסור גזל בכל רגע ורגע.[351] אך הבונה סוכה במקום שעומד להשכיר או נכנס לסוכה העומדת להשכיר לא יצא אפילו בדיעבד משום בכל רגע גוזל את דמי השכירות ונחשב ל"מצווה הבאה בעבירה."[352] במדחן גם כן שהוא בגדר שכירות לפי דקות, החונה שם בלי תשלום את דמי השכירות, גוזל בכל רגע ורגע. ואפילו במקום שאינו עומד לשכר, נראה מדברי החזון איש שעצם הישיבה בסוכת חבירו נחשב כמי שגוזלו וכמי

---

347. תהילים י, על פי בבא קמא צ"ד א'.

348. רש"י סוכה שם מפרש: "והמסכך ברשות הרבים – הא נמי גזל הרבים."

349. חידושי "חתם סופר", סוכה ל' ד"ה וליישב.

350. ראה פתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק ו הערה מ"ז שמתקשה בהבנת דברי החת"ס, שהרי בדעתו שלא לשלם ואיך נאמר שאינו עושה איסור רק בגלל שקל לו לחזור בו.

351. אולם ראה קובץ קול התורה כרך מ"ב, מאמר "בענין הפקעת הלואתו של נכרי", הרב אליעזר בן פורת, עמ' רצ"ט שראה שימוש במקום חנייה בלי תשלום כגזל אף בחנייה של גוי שמותר להפקיע הלוואתו, כלומר שבדיעבד אין איסור בהעדר תשלום.

352. פתחי חושן שם ע"פ דברי הטור חו"מ סי' שע"א. ונראה שהבין בטור שהאיסור של מי שמשתמש ואינו מעלה שכר חל מייד ולא כאשר לא שילם את שכר ההשתמשות לאחר מכן.

שאוכל פירות שדהו, ולדעתו גם "גזל שימוש גזל"[353] ואם כך גם אין לקבל לדעתו את סברת החת"ס שאפשר להתחרט ולהחזיר את הקרקע, כיוון שהשימוש עצמו נחשב כגזל גמור לדעתו.[354]

הרמב"ם פסק[355]:

> גזל בית או שדה, אסור לעבור בתוכה או ליכנס בה בחמה מפני החמה ובגשמים מפני הגשמים, ואם דר בתוכה חייב להעלות שכר לבעלים כדין הדר בחצר חבירו שלא מדעתו.

מדברי הרמב"ם אנו רואים שיש איסור מפורש לפלוש לתוך שדה של חבירו אפילו רק לזמן קצר (כגון להגן מפני הגשמים). נראה שמקורו של הרמב"ם הוא מגדרי שואל שלא מדעת, ומכאן משתמע שגדר זה שייך גם בקרקע. הגמרא בעירובין מספר:[356]

> אמר רבי יהושע בן חנניה: מימי לא נצחני אדם חוץ מאשה תינוק ותינוקת... תינוקת מאי היא? פעם אחת הייתי מהלך בדרך, והיתה דרך עוברת בשדה והייתי מהלך בה. אמרה לי תינוקת אחת: רבי, לא שדה היא זו? אמרתי לה: לא, דרך כבושה היא. אמרה לי: ליסטים כמותך כבשוה.

ניתן אולי לומר שדין הרמב"ם שייך דווקא בקרקע גזולה, ומדין הנאה מגזל נאסרה. אך יותר נראה שהרמב"ם מחדש שגם אחרי ש"נגזלה" הקרקע אין משמעות לרשות כניסה שנותן הגזלן לאחרים, והגזילה לא מתירה לעבור לאחרים בשדה, וכל שכן בשדה רגילה שיש איסור לעבור בה ללא רשות הבעלים.

ו. סיכום

מסוגיית סוכה גזולה והתייחסות המפרשים והפוסקים לסוגיה עולה שיש עבירה ואיסור בכל רגע ורגע בשימוש בזכות מקרקעין ללא רשות הבעלים. האיסור קיים ללא קשר לתשלום דמי שימוש או השתמטות מתשלום. למרות ששימוש במקום

---

353. חזון איש בבא קמא סי' ט"ז אות י"ט.

354. ה"חזון איש" מסביר שהגמרא מדבר על אדם שאינו מקפיד על מי שיושב בסוכה שלו עכשיו, אלא שכוונת היושב גם לגזול את הסוכה אחרי החג, ולכן נחשב ל"סוכה גזולה" שאין בה גזל שימוש, ולכן יוצא בה ידי חובתו בחג. ניתן להקביל למקרה של מדחן וללמוד את דבריו באופן אחר: במקרה של המדחן שנכנס בו ברשות אך כוונתו לבסוף לגזול את דמי השימוש אין כאן גזל שימוש משום שנכנס בהיתר כמו בסוכת חבירו. אך זה אינו מדוייק, שהרי המדחן עומד שם כדי שישים כסף מייד והבעלים מקפידים על כך וא"כ שוב עצם השימוש בחנייה ללא הכנסת כסף למדחן ייחשב גזל לדעת החזו"א.

355. הלכות גזילה ואבדה פרק ה הלכה ג.

356. עירובין נ"ג ב'. ראה מהרש"א שמסביר שאף שמיצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו, זהו דווקא במי שקיבלו רשות מהבעלים להשתמש בו.

חנייה מסודר הוא ברשות, ייתכן שכשמעביר על תנאי ודעת הבעלים ודוחה מראש את דרישתם לתשלום, הופך השימוש להיות שימוש ללא רשות.

ז. לא תחמוד

לעיל ראינו שהטור מונה גם עבירות לא תתאוה ולא תחמוד בנוסף על לא תגזול במי שאוכל פירות שדה חבירו או מי שמשתמש בקרקע של חבירו ללא תשלום. אף אם נפרש דעת הטור שהמשתמש אינו עובר בלא תגזול אלא לאחר שלא העלה שכר, כבר עבר המשתמש על לא תתאוה כשחשב להשתמש בחנם שלא מדעת ועל לא תחמוד כשדיבר על כוונתו. הדרישה על הטור[357] מדקדק ומוכיח בלשון הטור והרא"ש שאף שלא שייך לאו דלא תגזול בגזילת קרקע ממש,[358] יש "עבירה" של גזל בגזילת קרקע, ואף שאינו עובר על לאו דלא תחמוד אלא לאחר שקנה בכסף או גזל מה שחמד, עדיין יש "עבירה" דלא תחמוד מיד כשדיבר ותיכנן לגזול[359], ואף שלא תתאוה אינו אלא כשבא על ידי התאוה לידי לאו דלא תחמוד, עדיין יש "עבירה" בתאוותו לגזול. הדרישה מוסיף שבמתכוין לגזול **פירות או שימוש בחנם** של הקרקע, שאז יש לאו ממש דלא תגזול, יש גם לאו ממש דלא תחמוד, וחידש בדעת הטור שאולי בחימוד בכוונה לגזול ולא לקנות "מעלינן דרגא חדא ומיד בדיבור אף קודם שגזלו עובר משום לא תחמוד."[360] לפי זה, מי שחונה במדחן ומתכוון ליהנות בחינם מקרקע של אחרים, כלומר לגזול את "הפירות" של השכירות, יש בכך עבירה ואולי אף נכשל מיד באיסור "לא תחמוד."[361]

ב. חיוב תשלום בדיעבד

מהו הדין בדיעבד כשחנה כבר במקום חניה בלי תשלום—האם יש חיוב לשלם לבעל החניון (או לעירייה) על שימושו?

---

357. דרישה חו"מ סי' שע"א ס"ק ט.

358. ראה פרישה חו"מ שע"ו ס"ק א' שחולק על הב"ח והב"י ופוסק "דאלו לאו דלא תגזול ולא תגנובו אינו עובר דקרקע אינו נגזלת אלא דגזלן מדרבנן הוא מכח דעבירה דגניבה או גזילה יש עליו."

359. לא ברור מהי משמעות העבירה הנ"ל האם כוונתו דהוי גזלן מדרבנן כמוש"כ לעיל או דהאיסור הוא איסור תורה אך הוי כעין חצי שיעור. ראה גם מהר"ם שי"ק בפירושו לתרי"ג מצוות מצוות לא תחמוד.

360. דרישה שם. ראה מנחת חינוך מצווה ל"ח ששקל וטרח בלאו דלא תחמוד כשחמד לגזול פחות משווה פרוטה: "והנה לכאורה טעמא בעי כיוון דבפחות משווה פרוטה הטעם משום דישראל מוחל וכאן לעניין הלאו דלא תחמוד לא מהני לדעת הרמב"ם אף דנתרצה בסוף מכל מקום עבר." ראה שו"ע חו"מ סי' שנ"ט: "ואף זה אוסר ירושלמי (דמאי פ"ג ה"ב) ממדת חסידות."

361. וצ"ע למה לא הזכירו המפרשים עניין זה במי שתוקף סוכתו של חבירו או מסכך ברשות הרבים.

א. זה נהנה וזה חסר

אפילו אם בחנייתו חסם מקום חנייה וגרם ללקוחות לעבור על מקום החנייה ולחנות במקום חנייה אחר, עדיין פטור החונה **מדין מזיק** ד"גרמא בעלמא" הוא.[362] מכל מקום החונה חייב לשלם מדין נהנה, כיוון שהחונה נהנה ובעל החניון חסר.[363] אפילו אם במקרה ראה, בין בכניסה בין ביציאה, שנשארו לא מעט מקומות חנייה פנויים, למרות שהחונה לא גרם שום נזק ישירות לבעל החניון ולא מנע שום רווח לבעל החניון מלקוחות פוטנציליים אחרים, עדיין חייב החונה לשלם מדין נהנה. בדרך כלל ב"זה נהנה וזה לא חסר" פטור הנהנה מלשלם, ואפילו לכתחילה "כופין על מדת סדום."[364] אבל ברגע שההנאה גרמה חסרון, אפילו מיעוט דמיעוט, "מגלגלין עליו את הכל"[365] והנהנה חייב לשלם את כל שווי הנאתו. אף אם אין חסרון ממש בגוף הדבר שהוא נהנה ממנו אלא שהדבר עומד לשכירות, נחשב הנהנה כמחסרו את דמי שכירות השימוש הפוטנציאלי שהיה בידו של הבעלים לקבל וחייב לשלם לבעלים את דמי השכירות.[366] לכן, מי שחונה בחניון (שכמובן, דורש תשלום שכר עבור זמן שהיית מכוניתו בחניון) חייב לשלם לבעל החניון אף בדיעבד.

במקרה שהחונה לא "נהנה" מחנייתו בחניון בגלל שהיו מספר מקומות חנייה פנויים בלי תשלום ליד החניון, והחונה בדרך כלל לא משלם לחנייה אלא מחפש מקומות בלי תשלום, יש מחלוקת ראשונים אם הוא עדיין חייב לשלם,[367] אבל ההלכה היא שהנהנה עדיין חייב לשלם.[368]

ב. ייאוש

לכאורה, ברגע שהחונה עזב את החנייה ואין כבר כל אפשרות לתפוס אותו, הבעלים התייאשו מקבלת דמי החנייה ושוב אין חיוב על החונה לפרוע את דמי החניה. ברור

---

362. רא"ש בבא קמא כ' א' ד"ה אילימא: "דאפילו גירש חבירו מביתו ונעל הדלת בפניו אין זה אלא גרמא בעלמא ולא מתחייב אלא כשעת הגזילה."
363. שו"ע חו"מ סי' שס"ג.
364. ראה פתחי חושן הלכות גניבה ואונאה פרק ח סעיף א'.
365. שו"ע חו"מ סי' שס"ג סעיף ז'.
366. ב"ק כ' א': "הדר בחצר חבירו שלא מדעתו, צריך להעלות לו שכר או אין צריך? היכי דמי? אילימא בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר, זה לא נהנה וזה לא חסר! אלא בחצר דקיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, זה נהנה וזה חסר!" ראה שו"ע חו"מ סי' שס"ג סעיף ו'.
367. הגמרא, בבא קמא שם, שואלת "בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דעביד למיגר, מאי?" אבל לא שואל במקרה הפוך שהחצר עומדת לשכירות והאיש אינו רגיל לשכור. הרא"ש, בבא קמא שם, מביא שיטת הרי"ף שהנהנה "צריך להעלות לו שכר ואף על גב דלא עביד למיגר, דהא חסריה ממונא." הרא"ש חולק על נימוקו של הרי"ף בגלל שהנהנה "גרמא בעלמא" הוא, וכותב "ואי איכא לחיוביה, מהאי טעמא איכא לחיוביה: משום שאכל חסרונו של זה. ולא דמי לנועל ביתו של חבירו ולא דר בו או המוביר שדה של חבירו שלא בא לידו כלום מחסרון חבירו, אבל זה אף על גב שלא נהנה שהיה מוצא דירה אחרת בחנם מ"מ השתא מיהא קאכל מה שחבירו נפסד."
368. שו"ע חו"מ סי' שס"ג סעיף ו'.

שאין כאן מחילה למפרע על דמי החניה, אך לאחר שאין אפשרות לעקוב אחרי החונה ולתבוע ממנו תשלום, יש כאן ייאוש מהתשלום. מכל מקום, אם חיוב התשלום המקורי של החונה ללא רשות נחשב כהשבת גזילה[369] כבר לא משנה אם הבעלים התייאשו, וכיוון ש"באיסורא אתא לידיה" מחוייב להשיב להם את התשלום על השימוש.[370] אמנם גם אם נחשב התשלום כחוב רגיל שחייב החונה לבעל החניון, יש סוברים שייאוש אינו מועיל כלל בחוב.[371] גם אם נודה שיש ייאוש בחוב, עדיין יש בעייה ביישום גדרי ייאוש כאן, כיוון שנחשב כייאוש שלא מדעת ונפסק כאביי שייאוש שלא מדעת כזה אינו מועיל.[372]

ג. דיני ספקות בסכום התשלום

אם בדיעבד בא החונה לשלם ולא ידוע לו בדיוק משך שהיית הרכב שלו בחניון, כמה עליו לשלם? האם הוא חייב לשלם את הסכום המירבי שהוא משער שיכול להיות חייב או רק את הסכום המינימלי שהוא יודע בוודאות שהוא חייב?

אם החנייה היתה "אדעתא דגלנותא", זאת אומרת בכוונה שלא לשלם דמי החנייה, ועכשיו רוצה הגזלן לקיים "והשיב את הגזילה" ולצאת ידי שמיים, חייב החונה לשלם את הסכום המקסימלי. "אמר לשניים גזלתי את אחד מכם ואיני יודע איזהו אינו נותן אלא מנה... ועם כל זה, אם בא לצאת ידי שמיים חייב לשלם כל הגזילה לכל אחד ואחד."[373] אולם, אפשר שספק בסכום הגזל יותר דומה לדין של "אמר לאחד איני יודע אם גזלתיך אם לאו, אפילו בבא לצאת ידי שמים אינו חייב לשלם לו."[374] השאלה היא האם להתייחס לסכום שנתון בספק כ"גזלתיך ואיני יודע אם החזרתי לך", שאז חייב בבא לצאת ידי שמים, או כ"איני יודע אם גזלתיך", שאז פטור אף לצאת ידי שמים.[375] בהלוואות חולקים הראשונים בדין על זה בדין טענות שמא ושמא:

> טענו הלויתיך ואיני יודע כמה, והשיבו אמת שהלויתני ואיני יודע כמה, אין הנתבע נשבע אפילו היסת ומשלם לו מה שברור לו ויוצא בו אף ידי שמיים. ויש אומרים שכיון שזוכר שלוה אינו יוצא ידי שמים עד שיתפשר עם המלוה במה שיוכל.[376]

---

369. כהבנת הטור חו"מ סי' שע"א שהובא לעיל בפרק איסור גניבת שימוש בקרקע עמוד 439.
370. על פי תוספות בבא מציעא כ"ו ד"ה ראה.
371. שו"ת חכם צבי סי' קמ"ד וראה לעומתו שו"ת מהרי"ק שורש ג'. ראה פרק יאוש בחוב עמוד 159.
372. ראה פרק ייאוש שלא מדעת עמוד 163 ופרקים שאחריו לגבי ייאוש על חובת מס.
373. שו"ע חו"מ סי' שס"ה סעיף ב'. ראה קצות החושן שם ס"ק ב' שמסביר הטעם בזה "משום דעבד איסורא קנסוהו רבנן וכדאיתא שם בגמרא [בבא מציעא ל"ז א']."
374. הגהת הרמ"א שם.
375. שו"ע חו"מ סי' ע"ה סעיף י'.
376. שו"ע שם ס"ק י"ח על פי ספר בעל התרומות סי' ל"ח ח"ג, שמביא את דברי הרמב"ן בזה כדעה הראשונה בשו"ע. לפי הרמב"ן העיקר הוא על הפשיעה שגרם לספק. אם שניהם נתרשלו, פטור

אולם זה דוקא בהלוואות שלא עבד הלווה שום איסור, אבל בגזל שעבד איסורא, גם דעה הראשונה תסכים שלצאת ידי שמים לא מספיק לשלם את הסכום המזערי.[377] יוצא מכך שאם החנייה לא היתה "אדעתא דגלנותא", אלא בכוונה לשלם את דמי החנייה, לדעה הראשונה החונה חייב לשלם רק את הסכום המזערי. כל זה נכון אם הספק נולד באונס, כמו למשל אם מישהו החנה את מכוניתו בתשלום מראש לזמן מסויים ובאונס התעכב לחזור למכוניתו עד שעבר הזמן שהוא שילם ועכשיו לא ברור לו כמה זמן עבר מאז שהתשלום שלו נגמר. אבל אם פשיעתו גרם לספק בסכום, ולא היה שום פשיעה בזה גם מבעל החניון, חייב החונה לשלם את דמי הסכום המרבי, אם הוא בא לצאת ידי שמים.[378]

ג. מפעיל פרטי מכח העירייה

למרות שנכנסנו לסוגיה של דמי חניה בגלל שהוא סוג תשלום חובה לרשויות השלטון, כדי להתמקד על יסוד המשפט הממוני, עד כאן הדיון התמקד בחניון פרטי ולא בחניון עירוני ולא במקומות חניה בצידי רשות הרבים. על פי סברא אין נפקא מינא בדין חניה שלא ברשות בין חניון פרטי שהוקם על קרקע שהושכר מאדם פרטי ובין חניון פרטי שהוקם על קרקע שהושכר מהעירייה, אפילו תמורת אחוזים מההכנסות. לעירייה יש סמכות לקנות ולמכור נכסים, על ידי נציגיה הנבחרים. העירייה גם יכולה להשכיר את נכסיה ליחיד[379] ומי שגוזל את שימוש הנכסים שהושכרו גוזל את השוכר. לא רחוק אם כלהשליך לדין חניון של העירייה עצמה או מקומות חניה מסודרים בצידי רשות הרבים.

ידוע שאנשים מתייחסים לדמי חניה של העירייה כמו שהם מתייחסים למסים ולחוקים אחרים שכופים עליהם תשלומים שונים, ולא כשכירות פרטית. אולי דעתם היא שנכסי העירייה הם כמו הפקר כיוון שאינם שייכים לשום אדם פרטי, או להיפך שנכסי העירייה שייכים לכולם וכל אחד הוא בעל נכסי העירייה לא פחות מכל אדם אחר.[380] אבל העירייה היא בעצם אנשי העיר ורכושה הם רכוש אנשי

הנתבע אף לצאת ידי שמים, אבל אם התובע לא נתרשל "ולא הוה ליה למידק" או שהנתבע עבד איסורא, חייב הנתבע לשלם כדי לצאת ידי שמים. הרמ"א נקט בשיטה זו של הרמב"ן כמו שרואים בהגהות לשו"ע חו"מ סי' ש' סעיף ג'.

377. פירוש לבעל הרתרומות שם וסי' ל"ט ח"ג.

378. דין זה נלמד מדיוק בלשון הגמרא בבא מציעא ל"ז א' "אביו של אחד מכם הפקיד אצלי".

379. מגילה כ"ו ב': "אמר רבא האי בי כנישתא חלופה וזבונה שרי, אוגורה ומשכונה אסור. מאי טעמה? בקדושתה קאי." ראה תוספות שם ד"ה "אוגורה ומשכונה אסור" שלדעתו מדובר בהשכרה או משכנתא ליחיד. האיסור להשכיר הוא רק בדבר שיש בה קדושה, אבל לא נכסים אחרים של העיר.

380. לכאורה היה אפשר לומר על פי דעת ראב"י שהלכה כמותו (ראה נדרים מ"ו ב') ש"זה נכנס לתוך שלו וזה נכנס לתוך שלו". מכיוון שכל אחד הוא שותף בנכסי העירייה אפשר לו לטעון שהוא משתמש בשלו. אולם במשנה שלאחר מכן נפסק לגבי בתי כנסת ורחבה של רבים שניתן לאדם לאסור את חלקו על אחרים ולא אומרים אז "לתוך שלי אני נכנס". הגמרא שם מעמידה משנה זו

העיר.[381] גם אם ההלכה אינה מכירה בבעלות פרטית של יישות חוקית כמו עירייה,[382] הכל מתייחס ישירות לבני האדם שעומדים מאחורי היישות. במקרה של עירייה, אנשי העיר הם בעלים משותפים במה ששייך לעירייה.

אחרי שהסכימו אנשי העיר על אופן החלוקה, ההסכמה מחייבת את כל השותפים ומי שעובר על ההסכמה גוזל את שותפו.[383] אמנם הרשב"א פסק[384] שאם שותף אחד ישב ב' או ג' שנים בתוך בית משותף ובא השותף השני ודרש ממנו שכר, אינו רשאי לקבל שכר על כך משום ש"כל שלא חלקו בשלו הוא משתמש". אולם הרשב"א הדגיש שעדיין לא חלקו את החצר בין שניהם ומכאן דייקו האחרונים[385] שאם השותף מחה מראש על כך, השותף השני צריך לשלם לו את חלקו ואינו יכול כבר לטעון "בתוך שלי אני נכנס". בנוסף יש לציין את דברי התשב"ץ[386] שאם עומד הבית לשכר לא גרע מ"חצר דעבידי למיגר" שצריך המשתמש להעלות לו שכר על כך.

אליבא דרבנן שחולקים על ראב"י בדין השותפים, אולם הפוסקים (הרמב"ם והטור) פסקו גם כמשנה זו, אף שפסקו גם כראב"י. האחרונים התקשו מאוד ליישב פסקים סותרים אלו. (ראה סתירה בדברי הרמב"ם הלכות נדרים פרק ז הלכה ב' והלכה ד' והלחם משנה שם.) מעבר לכך, אם תמיד יש לשותף זכות להיכנס לתוך שלו, איך ייתכן שהרשות נתונה לעירייה להשכיר או למכור את נכסיה לאחרים, כמבואר בגמרא? נראה שמוכרחים לפרש באופן אחר את כוונת ראב"י. אין הוא אומר שכל פעם ששותף משתמש בחצר התברר למפרע שהשתמש בשלו, אלא שכיוון שיש לו דירה בחצר והוא זכאי להגיע לדירה שלו, יש לו זכות לעבור בחצר גם אם שותפיו אסרו עליו את השימוש בחצר. הדברים מדוייקים גם בדברי הרמב"ם שהדגיש (שם הלכה ד) "ואם אין בה דין חלוקה כל אחד ואחד נכנס **לביתו** ואומר לתוך שלי אני נכנס." אם כך מובן למה ניתן לאסור על אחרים את בית הכנסת, שהרי שם א"א לטעון לתוך שלי אני נכנס כיוון שמשתמש בעצם הדבר ששייך לשותפות ולא בחלק שלו בלבד. גם המשתמש בחנייה ששייכת לעירייה אינו יכול לטעון לתוך שלי אני נכנס כיוון שאין לו רשות מסויימת ששייכת לו אלא ככל שאר התושבים, ולכן הם יכולים לסדר את השימוש והחלוקה על ידי תשלום.

381. מגילה כ"ה ב': "משנה: בני העיר שמכרו רחובה של עיר לוקחין בדמיו בית הכנסת וכו'... גמרא: ... מאי טעמיה הואיל והעם מתפללין בו בתעניות ובמעמדות ורבנן ההוא אקראי בעלמא." פשוט לכל הדעות שם שיש סמכות לאנשי העיר למכור את רחובה של העיר. המחלוקת היתה רק לגבי קדושת בית כנסת שאולי חלה על דמי המכר, אבל בהמשך מפורש "אמר רבא לא שנו אלא שלא מכרו שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר אבל מכרו שבעה טובי העיר במעמד אנשי העיר אפילו למשתי ביה שיכרא שפיר דמי." ראה גם נדרים מ"ח א': "הריני עליך ואת עלי שניהם אסורין ושניהם מותרין בדבר של עולי בבל ואסורים בדבר של אותה העיר... ואיזהו דבר של אותה העיר כגון הרחבה והמרחץ... " רש"י מסביר: "בדבר של אותה העיר: דשל שניהן הן." ראה ראבי"ה הלכות מגילה תק"צ וכן בראבי"ה תשובות וביאורי סוגיות סי' אלף כ"ה.

382. ראה מקורות בחלק יישום הדינים בחברות בע"מ עמוד 468.

383. ראה בבא קמא (כ"ז ב') "האי גרגותא דבי תרי", שם מבואר שאם חלקו שני שותפים את השימוש בבור לפי ימים ואחד השתמש בבור ביום של חבירו, ניתן למחות בו ואף להכות אותו כדי שלא יגזול את חלק חבירו.

384. שו"ת הרשב"א חלק ב סי' קמ"א, הובא להלכה ברמ"א חו"מ סי' קע"א סעיף ח'.

385. שו"ת בית שלמה חו"מ סי' מ"ח.

386. שו"ת תשב"ץ חלק ג סי' ר"ח.

לסיכום, נביא את דברי אחד מפוסקי דורינו שכתב:[387]

> השתא דנתבאר דלשלטונות יש להם דין בעלים גמור על מה שיכולים לעשות בהם כאוות נפשם, ודאי דאנשי עירייה שיכולים לעשות בשווקים וברחובות כאוות נפשם, יש להם הרשות על פי התורה להעמיד דלתות במבוי.

ד. ספקות בתנאי החנייה

במקרה הנ"ל, מה יהיה הדין, לכתחילה ובדיעבד, כאשר האדם מסתפק האם באותו יום או שעה מותר לחנות בלי תשלום?

אם אי אפשר לברר את חובת התשלום, מותר לחנות בלי תשלום בכוונה לברר את חובת התשלום ולשלם מיד אם ומתי שיתגלה שיש חובת תשלום, כמו בגוזל דבר העומד למכירה על מנת לשלם.[388] אם אחרי בדיקה סבירה של התמרורים, ההוראות של המדחן והשטח, עדיין לא ברורה חובת התשלום, אפשר שהעירייה לא מילאה את חובתה לפי חוקי החנייה ובזה נחשב זמן החנייה באותו שעה כאבידה מדעת.[389]

---

387. קונטרס חיובי שכנים ותקנת הקהילות עמוד כ"ח (הרב שמואל הלוי וואזנר).

388. ראה דברינו בפרק גניבה על ידי שימוש בחנם: שואל שלא מדעת עמוד 441.

389. ראה דיני אבידה מדעת שו"ע חו"מ סי' רס"א.

חלק יד. ניכוי הוצאות פרטיות

א. מבוא – "חברות ארנק"

ועדת טרכטנברג שהוקמה בתגובה למחאות הציבור בקיץ תשע"א הצביעה על תופעה של חברות ארנק, שהם בעצם עסקים עצמאיים שהתאגדו כדי לחסוך בנטל המס. בחברות כאלו, וגם בכל עוסק עצמאי, יש תמריץ גדול להכניס בתוך העסק כל מיני הוצאות שאינם הכרחיות למטרת העסק, כלומר להוציא אותם "על חשבון" העסק. כשהוא מצליח לעשות כך, מוריד בעל העסק את העלות האמיתית של ההוצאה בצורה דרמטית. קודם כל, הוא יכול לקבל החזר על המע"מ ששילם (כיום 18%) וגם יכול לקזז את ההוצאה נגד רווחים ולחסוך את מס החברות והדיבידנד. אותו מוצר או שירות שהיה עולה לבעל העסק מ"כיסו", למשל, 100 ש"ח יכול לעלות "על חשבון העסק" רק 50 ש"ח.

כמובן, החוק אינו מתיר את זה ומגביל הוצאות "מוכרות", באופן כזה או אחר, להוצאות שמטרתן לצורך העסק ולא לצורכו האישי. על מנת לשמור על העיקרון הזה, יש לרשויות המס כל מיני תקנות וכללים למנוע ניצול של ניכוי הוצאות, כך שלפעמים גם לא ניתן לבעל העסק לנכות הוצאות שהן באמת לצורך העסק. לפעמים תיאור ההוצאה יכול לשנות את הגדרתה ממוכר ללא מוכר וכן להיפך, ולכן יש הרבה מקום ליצירתיות ועורמה ברישום ותיאור ההוצאות. דבר זה גם דורש שיתוף פעולה, לא פעם, ממוכרי מוצרים ונותני שירותים לרשום את החשבונית בצורה המתאימה.

ב. השאלות

נציג מספר מקרים שכיחים בעניין זה:

(א) יש מקרים שההוצאה מוכרחת לעסק בצורה אובייקטיבית אלא שרשויות המס מסרבים להכיר בה בגלל כל מיני כללי אנטי-ניצול שהם הציבו.

(ב) יש מקרים דומים למקרה הקודם אלא שההוצאה אינה הכרחית אלא לדעתו הסובייקטיבית של בעל העסק, או להיפך שההוצאה הינה הכרחית אובייקטיבית אבל באמת לדעתו הסובייקטיבית של בעל העסק לא קיים צורך עסקי אלא אישי. כלול בזה גם הוצאה מעיסקה עם קרוב משפחה או צד קשור כאשר העיסקה ומחירה לא נקבעו על פי מניעים עסקיים בלבד.

(ג) יש מקרים שההוצאה משמשת למטרה עסקית ונותנת גם הנאה אישית לבעל העסק, כלומר מטרתה מעורבת – "זה וזה גורם" להוצאה. בזה יש מקרים

שההוצאה הכרחית גם מסיבה העסקית וגם מסיבה האישית, כל אחד בפני עצמה, ויש מקרים שרק צירוף שני המטרות מצדיק את ההוצאה.

(ד) יש מקרים שבהם עצם ההוצאה היא הכרחית רק שההוצאה גדלה ממניעים אישיים ללא כל צורך עיסקי.

לפני שנדון במקרים אלו, ראוי שנציג מקרים קיצוניים של הונאה בהוצאות שבהם הדין פשוט ומוסכם, ובכך יהיה לנו בסיס לבחון את המקרים שהצגנו ולדמות או להבחין בינם לבין המקרים הקיצוניים. נתחיל במקרה של חשבונית מזוייפת. ברור שאסור לבעל עסק לזייף חשבונית או לקנות חשבונית מזויפת ולהציג אותה לרשויות המס כהוצאה אמיתית על מנת לקזז את ההוצאה נגד רווחים בעסק. קודם כל, כאשר מקבל החזר מע"מ על ההוצאה, אין צורך לדבר על גניבת דעת שיש בדבר כי יש כאן גניבה ממש של כספי הציבור שמוציא מכיסם במרמה . אולם גם כאשר אינו מקבל החזר מע"מ אלא מוריד את חשבון חבות המס ומקבל החזר על מקדמות מס ששילם כבר, גם בזה גונב מכספי הרשויות על ידי רמאות. כמו כן כאשר הוא מקבל זיכוי בחשבון המס שלו מול הרשויות ואינו מקבל שום דבר בידיים, אין זה שונה מגניבה מספק על ידי הפקדת שיק מזויף או שיק שיודע שאין לו כיסוי. גם במקרים שיש היתר הפקעת הלוואה של נכרי ואינו מקבל החזר או זיכוי אלא מוריד את הסכום שיצטרך לשלם לרשויות, יש איסור של הטעייה וגניבת דעת הנכרי ולכן לא נחשב הדבר כהפקעת הלוואה אלא כגניבה.[390]

אין הבדל בין זיוף חשבונית הנ"ל להצגת חשבונית אמיתית על הוצאה פרטית לחלוטין, במהותה ובמטרתה, שנרשם בשקר על ידי המוכר, לבקשת הקונה, כקניית מוצר שמהותו נראית עיסקית, כגון לרשום קניית ספרי קודש כקניית מכסה מזוזות כדי להציג את ההוצאה לרשויות המס כהוצאה משרדית. העובדה שבעל העסק באמת הוציא כסף מכיסו אינה מבטלת את התרמית ביחס למהות ההוצאה או מטרת ההוצאה, ואין לו זכות מן הדין לקזז את ההוצאה נגד רווחים ולהפקיע על ידי כך את המס החל עליהם מן הדין. גם להיפך, אם יקח חשבונית של חבירו על הוצאה עסקית לחלוטין ויציג אותה כהוצאה שלו, אם מאיזה סיבה אין לחבירו צורך בה, העובדה שהחשבונית שייכת להוצאה עסקית אינה מבטלת את רמאותו ביחס לקיום ההוצאה בכלל.

עד כאן הצגנו מקרים קיצוניים שהדין בהם פשוט וברור, אך כדי להשיב על השאלות שהצגנו לעיל על פי הגדרות הלכתיות ידועות, נדמה את ההוצאות של בעל העסק להוצאות של שותף מכספי השותפות או שליח מכספי המשלח או שליח

390. אולם ראה רש"י בבא קמא קי"ג ב' שלדבריו מותר לגנוב דעת נכרי בהפקעת הלוואה וצ"ע. ראה פרק גניבת דעת להרוויח כשאין בכך גנבה עמוד 264.

ציבור מכספי הציבור או יחיד מכספו לפני הפרשת מעשר כספים.[391] בכל אלו יש זכות לקבל החזר או קיזוז הוצאות שהוצאו מכיסו לצורך השותפות/השליחות/הציבור/הפרנסה אבל לא להוצאות פרטיות. כאשר שליח יציג הוצאה פרטית מובהקת כהוצאה עסקית ויקבל החזר ממשלחו או כאשר שותף יוציא מכספי השותפות לצרכו הפרטי ולא ינכה את ההוצאה מחלקו ברווחים, יש בכך גניבה. מסופר בגמרא[392] על מר זוטרא שסירב לקחת מכיבוד שהציע לו האריס ללא נוכחותו של בעל הבית מרי בר איסק בבוסתן. לפי התוספות שם, לא חשש מר זוטרא שהכיבוד היה גזילה ביד האריס, כיוון שיש לו מעין שותפות בבוסתן ואפשר להסתמך על כך שנותן מחלקו. החשש של מר זוטרא היה שכשיבואו בעל הבית והאריס לעשות דין וחשבון על חלוקת הרווחים בסוף העונה, לא יקזז האריס את הכיבוד שנתן לחכמים שהתארחו בבוסתן. למרות שלכאורה לא היתה שם הוצאה פרטית ממש של האריס אלא הוצאה לצורך מצווה, כיוון שלא היתה זו הוצאה עסקית שעליה חייב בעל הבית להתחלק עם האריס, סירב מר זוטרא לקחת מחשש שהאריס לא ידווח עליו ויבקש אחר המעשה החזר מבעל הבית על הוצאת "רשות" זאת ויגנוב על ידי כך את בעל הבית. הרמ"א והב"ח פסקו להלכה לחשוש כמו מר זוטרא אבל הבית יוסף לא פירש את הסיפור כמוהם ולכן חולק עליהם.[393] מכל מקום, ניתן לדמות את רשויות המס, המייצגים את חלקם של הציבור כשותף סביל ברווחים של כל עסק ועסק, כמו בעל הבוסתן מרי בר איסק ואת בעלי העסק הנישומים אפשר לדמות לאריס. אם הנישום יוציא מכספי העסק לפני החלוקה, כלומר מהכנסות לפני מס, הוצאה שאינה ממש לצורך העסק ושהשותף הסביל אינו חייב להשתתף בו, כלומר הוצאה שאינה מוכרת לצורך מס, גונב הנישום משותפו, כלומר הציבור המיוצג על ידי רשויות המס. כאשר יבקש השותף הסביל על פי הדין שבועת השותפים על טענת שמא שלא גנב הנישום מהשותפות, כלומר הנישום יחתום ויצהיר שדו"ח המס הוא אמת, כולל ההוצאות שהציג בו, אסור לו לשקר ולגנוב את דעת שותפו ולעשוק את חלקו ברווחים.

בשליחות ובשותפות יכולים הצדדים להסכים ולהגביל את סוגי והיקפי ההוצאות שיותרו על חשבון המשלח או השותפות וגם יכולים להתנות על תהליכי אישור מראש, בקשות להחזר, דו"חות, דרישות שבועה או הצהרה, מסמכי הוכחות, דרכי תשלום וכו', ותנאם קיים גם אם הוא שונה מעיקר הדין. כמו כן יכולים רשויות המס לקבוע ההוצאות שיותרו לפני ה"חלוקה" ותהליכי תביעתם. בכך הם יכולים אף לחרוג מעיקר הדין, במיוחד כאשר רואים פירצה לניצול ורוצים לסגור אותה.

---

391. ראה שו"ת חוות יאיר סי' רכ"ד שדימה מעשר כספים לשותפות בין העוסק ובין הקב"ה לענין קביעת ההוצאות שיותרו לנכות בחישוב הרווח לצורך מעשר. ראה פרק שבועת השותפים במיסים עמוד 115 ומקורות שם המדמים ציבור משלמי המס לשותפות.

392. בבא מציעא כ"ב א'.

393. ראה פרק קניה מאריס חשוד עמוד 284.

למשל, מי שנוסע לעסקים לתקופה משמעותית לחו"ל, ייתכן שצריך שתהיה אשתו איתו, ואולי יש בזה אפילו עבירה לנסוע לבד ולהשאיר את אשתו. מצד שני, אם יותר להכיר בהוצאות נסיעת בת זוגו, הרבה ינצלו את הפירצה ויסיעו את בת זוגם "על חשבון העסק" וכבר יעשו כיף כאשר אין בזה צורך עסקי.

להבדיל, שעה שמנהיג ישראל המסור משה רבינו היה צריך לנסוע ממדין למצרים ללכת בשליחות עם ישראל, היו לו הוצאות נסיעה כמו חמור, אבל הוא סירב לבקש עליו פיצוי מהציבור כמו שהוא מעיד על עצמו "לא חמור **אחד** נשאתי מהם."[394] רש"י שם מביא מדרש תנחומא "לא חמורו של אחד מהם נטלתי - אפילו כשהלכתי ממדין למצרים והרכבתי את אשתי ואת בני על החמור והיה לי ליטול אותו החמור משלהם לא נטלתי אלא משלי." היה למשה זכות לקחת חמור מהצבור, או כדין שליח של הצבור או ממשפט המלך כמו שכתוב "ואת חמוריכם יקח ועשה למלאכתו"[395]. הנצי"ב דייק והסביר:

> שהעוסק בתמידות בצרכי צבור אין זה מן החסידות שלא יאכל משלהם. שהרי יהיה מוכרח להאציל איזה שעה למצוא פרנסתו ולא לעסוק בצרכי צבור. והרי נוח להם שגם באותה שעה יהא שקוע בצרכיהם ויהי ניזון משלהם. וגם משה ניזון אז משל צבור. ורק החמור שהביא את אשתו היה משלו. ובאמת לא **היה זה** בשביל שנצרך משה לאשתו ובניו במצרים, שהרי מיד שבו למדין. אלא כך בקשה היא ממנו לראות תפארת יציאת מצרים וכדתניא במכילתא פ' יתרו. ודבר שבאמת אינו ההכרח לחייו של העוסק בצרכי צבור, ודאי ממדת חסידות שלא להעמיס עה"צ יותר מן ההכרח לחייו.[396]

רואים בתורה שכבר מזמן היו הוצאות נסיעת אשתו של אדם ללוותו בעסקיו בגדר הוצאה גבולית שאינה ממש הכרחית, ונכון לא לקזזו כהוצאה, לפחות ממדת חסידות. לכן, כאשר הצבור יקבע שלחלקם בעסק, כלומר המסים, אינם מוכנים לממן את חלקם היחסי בהוצאות נסיעת בת זוגו יש לקביעתם תוקף. גם למשל הוצאות מטפלת או מעון לילדים כדי לאפשר לאשה לצאת מן הבית לעבודה ניתן להגדיר כהוצאה לצורך עסקי אבל גם בכך יש פרצה לניצול על ידי הצבור. שוב, קביעתם של נבחרי הצבור שלא להכיר בהוצאה הזאת ולא להעמיס אותה על הצבור לפי חלקם היחסי יש לה תוקף כמו בשותפים שהותנו במפורש ביניהם.

א. מסקנות ביניים

זיוף חשבוניות כדי לקבל החזר הוצאות מס הוא למעשה גניבה מהרשויות.

---

394. במדבר ט"ז, ט"ו.
395. שמואל א' ח', ט"ז.
396. העמק דבר במדבר ט"ז, ט"ז.

גם הצגת חשבונית פרטית כהוצאה מוכרת למס הוא מעשה של גניבה מהשותף כיוון שהשותף (דהיינו רשות המס) לא יקבל חלקו מכסף זה שמגיע לו לקבל.

מנהיגי ישראל נזהרו שלא ליהנות מהציבור כלל לצרכיהם הפרטיים כדי שלא ייחשדו בגניבה, וכך ראוי גם לנהוג עם צרכים פרטיים לעניין מסים.

ב. ניכוי הוצאה לא מוכרת

על פי האמור לעיל, ניתן לענות על מקרה (א) שציינו לעיל בהוצאה מוכרחת לעסק בצורה אובייקטיבית אלא שרשויות המס מסרבים להכיר בה בגלל כל מיני כללי אנטי-ניצול שהם הציבו. במקרה זה יש להבחין בין מקרה שהמחוקק או רשות המסים על פי סמכותם בחוק קבעו מדיניות ברורה לגבי הוצאה ידועה, שיש תוקף לקביעתם כמו תנאי חוזה שליחות או שותפות, לבין מקרה שאין קביעה מפורשת לגבי סוג הוצאה ידועה אלא שבאופן מעשי הנהלים, וניסוח הטפסים וכללי האכיפה בעצם מונעים מהנישום לרשום ולנכות הוצאה עסקית בצורה ישירה. במקרה כזה עושק רשות המסים את הנישום ויכול הנישום לעשות "דינא לנפשיה"[397] על פי כללי דין זה, כמו לשנות את התיאור ואת ההגדרה של ההוצאה כדי שהיא תתקבל בלי ביקורת.[398]

למשל, קיימות תקנות המגבילות את ניכוי הוצאות אש"ל (אכילה שתייה ולינה) מנסיעות עסקיות, ועל פיהם קובעים רשויות המס סכומים מרביים לארוחות שיותרו לניכוי.[399] בגלל העדר עידכונים של התעריפים נוצר מצב שהסכומים שהותרו לניכוי לא התאימו בכלל לעלות האמיתית של ארוחות כמקובל (או לחלק ממנה שאפשר להגדיר כתוספת עלות עסקית מתוך כלל הוצאה מעורבת). בתביעה ייצוגית נגד רשויות המס הצליחו התובעים לאלץ את רשות המסים לעדכן את הסכומים למפרע, כלומר שבית המשפט הסכים שהתקנות של הרשות מנעו בפועל מהנישומים לנכות הוצאה לגיטימית ובכך עשק אותם במשך שנים בגביית מס יתר.[400] מי שהיה מבליע הוצאות אלו תחת כותרת אחרת בדו"ח שלהם כל השנים האלו היה עושה דין לנפשו בצדק. מצד שני, כתגובה לתביעה על הוצאות אלו שינתה רשות המסים באמצעות חקיקה מפורשת את מדיניותם לגבי הוצאות אלו ואסרו את ניכויים לגמרי, דבר שיש לו תוקף מכאן ולהבא.

---

397. ראה פתחי חושן הלכות שותפים ומצרנות פרק ב' הערה נ"ה ושו"ת שואל ומשיב מהדורה ג' חלק א' סי' קע"א שציין שם בעל "פתחי חושן".

398. ראה פרק גניבת דעת למנוע עוול נגדו עמוד 251 ובהמשך שם.

399. תקנות מס הכנסה (ניכוי הוצאות מסוימות), התשל"ב-1972 סעיף 2.

400. לשכת ארגוני העצמאים והעסקים נ' שר האוצר ואח', בג"צ 1878/09.

מסקנה

כשאין סעיף ספציפי שאוסר ניכוי ההוצאה לגיטימית מותר לייחס הוצאה זו לעניין אחר כדי לנכותה בפועל, אך במידה ורשות המס אסרה במפורש לנכות, אי אפשר להכיר בהוצאה מסוג זה אף שהיא מוכרחת לעסק בצורה אובייקטיבית.

ג. ניכוי הוצאה סובייקטיבית

השאלה במקרה (ב) שציינו לעיל נוגעת לשאלה כללית האם מותר לנכות הוצאה אשר אינה הכרחית אלא לדעתו הסובייקטיבית של בעל העסק, או להיפך שההוצאה הינה הכרחית אובייקטיבית אבל לדעתו הסובייקטיבית של בעל העסק לא קיים צורך עסקי בכך אלא אישי. נראה שהזכות לנכות הוצאות בחישוב הכנסה משמש מטרה ל"מס אמת", כלומר להטיל מס צודק ושוויוני על ההכנסות האמיתיות של הנישומים.[401] ברור שבכל עסק יש הוצאות שבדיעבד, בעיני כולם, ואפילו לכתחילה, בעיני אחרים, היו בזבוז כסף ולא היה להם שום קשר ליצירת הכנסה. עם זאת, לא היתה כוונת המחוקק להתערב ולשפוט את ההכרחיות של כל הוצאה וליתן זכות סירוב לרשויות המס להשתתף בהם, ומן הנמנע שיעשו כן. רשויות המס, כמו כל שותף סביל, מסתמכים על קיום תיאום אינטרסים של בעל העסק עם אנטרסים שלהם—להפיק רווח ולא לבזבז כסף סתם. כוונת המחוקק אם כך היא רק למנוע ניצול על ידי ניכוי של הוצאות "פרטיות", שיש לבעל העסק "אינטרס" להוציא ללא קשר לרווח צפוי. אף שלצורך ניהולי וביצועי הם בונים מערכת של כללים אובייקטיבים למנוע ניצול, דעתם עדיין אינה אלא להתקרב אל מס אמת. לכן לדעתינו, בין לחומרא ובין לקולא, הדבר מסור ללב הנישום, ודעתו הסובייקטיבית על הכרחיות של ההוצאה היא קובעת.

מצד אחד, אין להוציא ולנכות הוצאות מוכרות כאשר לא קיים לגביהם באמת צורך עסקי אף שההוצאה תהיה מוכרת לפי כללים אובייקטיביים של החוק. מצד שני, "בתרי קטלי לא קטלינן"[402] ובאופן עקרוני מותר איכשהו לנכות הוצאות אשר קיים לגביהם באמת צורך עסקי אף שההוצאה אינה מוכרת לפי כללים האובייקטיבים של החוק, למעט סוגי הוצאות שנאסרו לנכות במפורש בחוק, כמו שהזכרנו לעיל.

ניקח לדוגמא את מי שנכנס לשותפות מסוג "יששכר-זבולון" ומסכים לתמוך במשפחת אברך שתורתו אומנותו תמורת חלק בשכר הרוחני של מצוות תלמוד תורה. מבחינה עסקית, התמיכה של זבולון ביששכר משחרר את זבולון להתמסר לעסק שלו ולהרוויח רווחים שלא היה יכול להשיג אם הוא עצמו היה עוסק בתורה

---

401. "אי-הפעלת סמכות העדכון כאמור מהווה פגיעה מהותית בעקרון מס האמת, העומד ביסוד דיני המס". מתוך פסיקת בג"ץ הנ"ל.

402. נודע ביהודה, מהדורה תנינא, חו"מ סי" מ', וראה פרק מס "אמת"? עמוד 430, שביארנו בשם ה"נודע ביהודה" שאי אפשר לשלטון לתפוס את שתי הקצוות ולחייב נישום גם על סמך הודאתו וגם על סמך שומא שלהם.

חצי מהיום. הדבר דומה לניכוי הוצאות מטפלת או מעון שמאפשר לאשה לצאת מן הבית ולעבוד.[403] מעבר לכך יש ערך סגולי למצוות הצדקה ולשותפות עם תלמיד חכם, וזבולון מאמין שהרווח מכך כפול ומכופל לעומת ההוצאה. משום כך הוא ירצה להעביר את התמיכה ולרשום אותה כמשכורת והוצאה עסקית. ברור שרשויות המס לא היו מקבלים את הגדרתה של התמיכה כהוצאה עסקית והיו טוענים שאין קשר בין יצירת ההכנסה של העסק לבין התמיכה ושהנישום מנסה לנכות הוצאה פרטית של צדקה או הוצאה פרטית של דת ומצוות כהוצאה עסקית. האם הנישום כפוף לעמדתם למרות שלדעתו הסובייקטיבית קיימת הוצאה לצורך עסקי?

כאשר נדמה את רשויות המס לשותף סביל ברווחי העסק, ונשאל שאלה הלכתית על כשרות הוצאה כזו, ששותף הנושא ונותן מוציא מכספי השותפות שלא לדעת שותפו הסביל, התשובה תהיה שלילית.[404] אולי אם האברך היה מפורסם והעסק היה ממנה אותו לוועדת מנהלים שלה, היה ניתן להשוות את זה למנהג למנות איש ציבור לוועדת מנהלים ולתגמל אותם על הייעוץ שלהם.

נחזור לסיפור שהבאנו מהגמרא של מר זוטרא בבוסתן של מרי בר איסק. ייתכן שלדעת הארוס של מרי בר איסק היתה הצעת כיבוד קל לתלמידי חכמים המבקרים בבוסתן הוצאה עסקית וסגולה לפרנסה כדי שיתברך העסק, וכמו שמזהיר ר' אלעזר "כל שאינו מהנה תלמידי חכמים מנכסיו אינו רואה סימן ברכה לעולם."[405] מכל מקום עולה מהסיפור שללא הסכמת מרי בר איסק היה נחשב הדבר כגזל. אפילו צדקה שהיא בגדר חיוב על השותף הסביל, כמו מעשר כספים, אסור לשותף הנושא והנותן לנכות מחלקו שלא לדעתו ולתת אותה לצדקה.[406] גם בדיני אפוטרופוס רואים שאסור לאפוטרופוס לתת צדקה מכספי היתומים אלא אם כן מטרתה לצורך "יחסי ציבור" של היתומים והשבחת נכסיהם[407], כמו שמקובל היום שחברות גדולות וציבוריות תורמות מעט צדקה מנכסי החברה ומפרסמים את התרומה כדי שיצא עליהם שם טוב ואין המנהלים גוזלים מנכסי בעלי המניות.[408]

---

403. ראה פס"ד ורד פרי, ע"א 4243/08.

404. הוצאה כזו שונה מהוצאה עסקית סובייקטיבית כמו הדוגמאות שהבאנו מכרטיסי משחקי ספורט או ארוחות גיבוש, כיוון שהתועלת העסקית בהם נהוג ומקובל אלא שהרשויות חושדים לניצול ומקשים על ניכויים בגלל זה.

405. סנהדרין צ"ב א'.

406. מרדכי בבא קמא סי' קצ"ב.

407. שלחן ערוך חו"מ סי' ר"צ סע' ט"ו.

408. ראה בזה שו"ת חוות יאיר סי' רכ"ד שכתב "וראיתי משולחי הקהילות שמביאין בחשבון [כלומר מבקשים החזר הוצאות מהקהילה על] מה שנדרו ונתנו לחזנים ושמשים בעשיית מי שברך בקהילות אחרות ואין פוצה פה". אמנם בפתחי תשובה יו"ד סי' רמ"ח אות ב' הביא משו"ת המהרי"ט חלק א' סי' קכ"ז שדן באפוטרופסים לנכסי יתום שחלה ו"הקדישו לגבוה סך מה לצדקות ולארץ ישראל וירושלים תוב"ב ואולי בזכות זה ירפאהו ה' מחליו". המהרי"ט חילק בין צדקה לשם מצווה, שאסור לחלק מנכסי יתומים, לבין צדקות שנותנים לצרכם "כי היכי דנהוי

גם מדיני שותפות ושליחות ניתן לראות את העקרונות לפתרון הבעיות שהעלינו בניכויי הוצאות. הרמ"א פוסק:[409]

> מי שהוציא הוצאות על נכסי חבירו ברשות חבירו, ותובע ההוצאות, והנתבע אינו יודע (כמה), נשבע התובע [שבועת היסת] ונוטל. והוא הדין בכל מידי דהאי ידע והאי לא ידע, נשבע האי דידע". (מהרי"ק שורש י' ותשובת מיימוני סוף סימן קנין סי"ט).

בפשטות, הרמ"א מתייחס למצב שאין מחלוקת בין התובע לנתבע שמגיע לתובע החזר הוצאות אלא שהשאלה היא כמה הוציא התובע בפועל. ייתכן גם שהשאלה והחשש של הנתבע היא האם כל ההוצאות היו הכרחיות. הרמ"א לא הזכיר את נוסח השבועה, האם חייב התובע להישבע גם לגבי החיוניות של ההוצאות שהוא תובע או לפרט ולבסס אותם? לפי זה נראה לכאורה שהרשויות חייבות להסתמך על הצהרתו הסובייקטיבית של הנישום בנוגע להוצאות שהוא הוציא.

לדוגמא, מקובל במקרים שונים להוציא הוצאות לבידור כמו קניית כרטיסים למשחקי ספורט לחלק ללקוחות טובים על ידי אנשי מכירה כדי לשמור את הקשר עם הלקוחות. ייתכן שרישום ההוצאה כמות שהיא לא יותר לניכוי על ידי רשויות המס. כמו כן, מקובל במשרדים שונים מפעם לפעם לערוך במסעדה ארוחה לעובדים לצורך גיבוש הצוות, גם בלי שום תוכן עסקי. גם בזה ייתכן שרישום ההוצאה כמות שהיא לא יותר לניכוי על ידי רשויות המס.[410] אם לא נאסרו במפורש

להו כפרה", שמותר כיוון ד"זכות בכל מידי דהוי הנאה וזכות ליתמי רשאין" לחלק מנכסיהם. המהרי"ט גם ציין ש"כשנותנין צדקה לעניים אותם העניים מבקשים עליהם רחמים כהא דאמרינן בפרק קמא דבתרא גבי דריוש די להוו מצליין בחיי מלכי ובנוהי ואמרין דבישראל כה"ג שרי דתניא סלע זו לצדקה בשביל שיחיו בלי הרי זה צדיק גמור". לכן ניתן להכיר את ההקדשה לצדקה כהוצאה לצורך היתום. המהרי"ט דימה את ההוצאה להוצאות אפוטרופוס לבגדים מכובדים כדי שיחשבינהו (ראה שו"ע חו"מ סי' ר"צ סעיף ד') וכתב "וטעמא דחשיבות נמי שייך כאן כיון דמנהג הוא בישראל שמתפללין על החולה שתקף בחולייו וכהא דאמרינן כמאן מצלינן האידנא אקצירי ואמריעי וכו' והם רגילין לפסוק צדקה כאותה שאמרו בהגדה וידר יעקב נדר לאמר לדורות שיהיו נודרין בעת צרתן ואם לא היו עושין כן היה גריעות ובושה ליתום מאחר שהוא אמוד בנכסיס רבים הילכך עדיף מלאחשובניהו". מכל מקום, אין ללמוד מתשובת המהרי"ט להחשיב תרומות כהוצאות משני סיבות (א) משום שהדיון באפוטרופוס לנכסי יתומים נסוב על שאלה טכנית בהגדרת הוצאה כדבר שיש לו קיצבה או לא (ב) מטרת אפוטרופוס לנכסי יתומים היא לדאוג לכל צרכי היתומים ומצבם הטוב ולא רק לשימור נכסיהם, לעומת שותפות שמטרת השותפות אינה מצבו הכללי של השותפים אלא קידום עסק השותפות ונכסיהם בלבד.

409. חו"מ סי' צ"א סע' ג', וכן בדין שליח (בחינם או בשכר) שם סי' צ"ג סע' ד'.

410. מעבר לחשש של ניצול בניכוי הוצאות אלו, יש לרשויות המס סיבה לגיטימית לסרב לניכוי הוצאות שיש בהם טובת הנאה אישית לצד המקבל, דבר שעשוי להפוך אותם להכנסה החייבת במס של הנהנים מההוצאה. כיוון שלא ניתן לאכוף את הנישום לדווח על הכנסה זו, מסרבים הרשויות להכיר בהוצאה למרות שלמעשה מדובר בהוצאה לגיטימית ואמיתית. אך מכל מקום הם צריכים להתנות ולקבוע במפורש איסור על ניכוי הוצאות אלו כיוון שמעיקר הדין ההוצאות מותרות לניכוי.

סוגי הוצאות אלו, מותר לנסות לנכות אותם בדרך כלשהי כדי שיותרו על ידי הרשויות.

מכל מקום, הדבר מסור ללב ולכן צריך להיזהר מאוד לא להתפתות ולהצדיק הוצאות שאין להם תועלת עסקית.

בענין הזה כדאי לשים לפני עינינו דברי הרמב"ם לגבי הוצאות גבוליות של אפוטרופוס לנכסי יתומים. מצד אחד פוסק הרמב"ם:[411]

> יש לאפוטרופוס ללבוש ולהתכסות מנכסי יתומים כדי שיהיה מכובד ויהיו דבריו נשמעין והוא שיהיה ליתומים הנאה בנכסיהן בהיות דבריו נשמעין.

הרמב"ם התיר כאן הוצאה שיכולה להיות הוצאה פרטית לחלוטין של האפוטרופוס, ותלויה בדעתו ובכוונה סובייקטיבית שלו. מצד שני, מזהיר הרמב"ם:[412]

> אע"פ שאין האפוטרופוס צריך לעשות חשבון כמו שביארנו, צריך לחשב בינו לבין עצמו לדקדק ולהזהר הרבה מאביהן של אלו היתומים שהוא רוכב ערבות שנאמר סלו לרוכב בערבות וגו' אבי יתומים וגו'."

דברים אלו נכונים גם ביחס לקופת הציבור, אף שמוציא על חשבונם רק חלק מההוצאה על ידי ניכוי ההוצאה בחישוב הרווח לצורך מס למען קופת הציבור.

מסקנה

ניתן לנכות, אפילו בערמה, הוצאות אשר הם הכרחיות לצורך העסק לדעתו הסובייקטיבית של הנישום, למרות שרשויות המס לא מקבלים את ההוצאה כהכרחית באופן אובייקטיבי, בתנאי שלא אסרו ניכוי הוצאה כזו במפורש. מכל מקום, אי אפשר להכיר בתרומות, נדבות וכדומה כהוצאות, מעבר למה שהחוק מתיר, אף שהנישום רואה אותם כחלק אינטגרלי מהצלחת העסק שלו. כמו כן אי אפשר לתת באופן פיקטיבי שכר לצד שלישי אף אם הוא נותן מספר עצות לעסק. לגבי הוצאות שהרשויות התירו לנכות שעבורו באופן סובייקטיבי אין הוצאות אלו הכרחיות, יש לשים לב שלא לנצל את הרשויות. מכיוון שהדבר מסור ללבו של הנישום, ראוי שיראה את הרשויות כשותף שאסור להערים עליו ולקחת את חלקו ממנו.

ד. ניכוי הוצאות מעורבות

בשאלה (ג) לעיל ציינו שיש מקרים שבהם ההוצאה אינה הכרחית, אבל היא משמשת למטרה עסקית ונותנת גם הנאה אישית לבעל העסק, כלומר מטרתה מעורבת – "זה וזה גורם" להוצאה.

---

411. הלכות נחלות פרק י"א הלכה ה', וכן נפסק בשלחן ערוך חו"מ ס' ר"צ סע' ד'.
412. שם הלכה י"ב.

ברור שאם ללא החיסכון מניכוי ההוצאה, לא היה הנישום מוסיף על ההוצאה האישית מכיסו או לא היה מוציא את ההוצאה בכלל, אין לצרף איזו מטרה עסקית להחשיב את כל ההוצאה או התוספת שבה כהוצאה עסקית, לפחות אם התועלת העסקית לבדה אינה שווה את ההוצאה או התוספת. זה אינו מקרה של "זה וזה גורם" ההוצאה.

השאלה שהצגנו כאן נוגעת להוצאה שמשמשת למטרה עסקית אך נותנת גם הנאה אישית לבעל העסק, כלומר מטרתה מעורבת – "זה וזה גורם" להוצאה. למשל, מי שנוסע לחו"ל לבקר את משפחתו ולערוך שם כמה פגישות עסקיות, ויודע בעצמו שללא הצורך העסקי לא היה נוסע על חשבונו רק לבקר משפחה וללא הרצון לבקר את משפחתו לא היה נוסע לערוך פגישות עסקיות בלבד. לכאורה, למה יפסול הצורך האישי את הגדרת ההוצאה כצורך עסקי? התשובה היא שאם ההוצאה אינה כדאית כלכלית על צד העסקי לבד, אין כאן בכלל הוצאה ליצור הכנסה כיוון שלדעתו הנסיעה תגרום להפסד לעסק ולא רווח.

נחזור לדיני שותפות ונשאל את אותה השאלה לגבי שותף בעסקת נדל"ן בחו"ל, האם מותר לו לנסוע לחו"ל לנופש על חשבון השותפות כאשר קיים איזה נכס של השותפות שהוא יבקר בו ויפקח עליו "אגב" נסיעתו? ברור שאם התועלת לשותפות אינה שווה לעלות של הנסיעה, אינו יכול לגלגל את כל העלות על השותפות. מצד שני, אם השותף באמת מפקח על הנכס ומפיק תועלת משמעותית אין זה ראוי שהשותף יספוג באופן פרטי את כל העלות של הנסיעה ויהנו שותפים האחרים בחינם. אם השותפים היו מעלים את הדבר לדיון ולמשא ומתן ישיר ביניהם, בטח היו מתפשרים על חלוקת ההוצאה, דבר שלא ניתן לעשות בינו לבין עצמו. גם ייתכן שבאופן מעשי קשה לדווח על הוצאה אחת בצורה חלקית, ולכן הנישום ייאלץ לבחור בין ניכוי כל ההוצאה לבין וויתור על ניכוי ההוצאה בכלל.[413]

אפשר לתאר גם מקרה הפוך של "זה וזה גורם", כשיש איזו הוצאה שממילא היה מוציא גם מצד הצורך העסקי וגם מצד הצורך האישי, ובמקום שהוא יספוג מכיסו הפרטי את כל ההוצאה ויתן לעסקו ולשותף הסביל בעסקו ליהנות ממנו בחינם, עדיף לו שעסק השותפות יספוג את ההוצאה, בהשתתפות שותפו הסביל, והוא יקבל הנאה אישית בחנם. למשל, כאשר יש לו צורך עסקי להחזיק מחשב נייד וגם לצרכיו האישיים דורש הוא מחשב נייד, עומדת מולו הבחירה האם לרכוש את המחשב על חשבון העסק או על חשבונו הפרטי. שוב, בדימוי המצב לשותפים רגילים, יטען השותף לשאר השותפים טענה שממילא הוצרכו לרכוש מחשב נייד ומה איכפת להם שגם יהנה הנאה אישית ממנו, ואין זה אלא מדת סדום. השותפים

---

413. על פי מה שכתבנו ביחס למוכס שאין לו קצבה, אפשר שרשאי הנישום לנכות את כל ההוצאה אם הוא עשוי להפסיד כתוצאה מזה שלא יכירו בכלל בהוצאה שלו. ראה פרק גניבת דעת למנוע עוול נגדו עמוד 251 וראה סמ"ע סי' שס"ט ס"ק י'. מכל מקום, יש איסור להציל ממונו בממון חבירו, וצ"ע.

יטענו בחזרה טענה בדיוק הפוכה, שאין להם לממן דבר לתועלת הפרטית של שותף אחד.

ניתן לנסות לענות על השאלה באמצעות פרשנות של נוסח החוק, או התקנה, או באמצעות פסיקות של בתי המשפט, אבל יש כאן ענין של צדק ויושר שעומד מול המחוקק ובתי המשפט שהוא מעל יישום טכני של חוקים ותקנות ובזה ההלכה ומשפט התורה יכולים לתת הנחיה והדרכה נכונה.

בהלכות שכנים לומדים אנו על כמה דוגמאות של הוצאות אשר ההנאה מהם מגיעה לכמה אנשים כקבוצה משותפת וביניהם יש דרישה לחלק את ההוצאה באופן צודק והוגן. הדוגמא הידועה מהגמרא בפרק חזקת הבתים היא של קיר משותף הגובל בין שכנים כאשר לכל אחד מהשכנים יש צורך המצדיק בניית קיר מכיסו אבל כל אחד מעדיף ששכינו יבנה את הקיר על חשבונו והוא יוכל להנות ממנו בחינם. ההלכה אינה נכנסת לשימוש היחסי או התועלת היחסית שיפיק ממנו כל שכן אלא מטילה עליהם לחלק את ההוצאה שווה בשווה.[414]

במקרה אחר במשנה[415] תובע בעל שדה אחד המקיף את שכינו משלשה צדדים להתחלק איתו בהוצאות הגדר שעשה והנתבע טוען שאין לו הנאה וצורך לזה. ההלכה היא שאם הנתבע ישלים את הצד הרביעי של הגדר מעצמו אז מגלגלין עליו את הכל, כלומר הוא חייב לחלק שווה בשווה עם שכינו בהוצאות הגדר לשלשת הצדדים, כיוון שגילה דעתו שרצונו בקיום הגדר. הרעיון היוצא מהלכות אלו הוא שאם הנהנה מחבירו חייב לשלם עבור הנאה, הוא משלם על כל ההנאה שמגיעה לו. מכאן עולה שאם יש הוצאה ששני צדדים נהנים ממנה הנאה כל אחד יותר מכפי עלות ההוצאה, כלומר שכל אחד היה משלם על מלוא ההוצאה בלעדי חבירו, חייבים להתחלק שווה בשווה כיוון שהם חייבים לפצות זה את זה על ההנאה שקיבלו לפי מלוא ההוצאה. גם בנידוננו בהוצאה מעורבת כזו של שותף, כמו בדוגמה של המחשב הנייד, נכון להתחלק חצי-חצי בהוצאה אף אם השימוש או התועלת היחסית אינה שווה ביניהם.

לכאורה, ניתן לטעון שחל כאן דין "כופין על מדת סדום."[416]. למשל, בטלפון נייד עם תוכנית שממילא נותנת דקות שימוש מעבר לצורך העסקי בלבד, למה לא יכפה השותף על העסק להתיר לו שימוש פרטי בחינם של מכשיר הטלפון ודקות שאינם מנוצלות, הרי אין זה אלא מדת סדום אם לא יורשה?! אולם כאן ניתן לחלק בין שותפות רגילה ושותפות כעין זו של מס הכנסה (או שותפות של מעשר כספים). דין "כופין על מדת סדום" לא חל במקום שההנאה היא בגדר "קיימא לאגרא" (עומד

---

414. שו"ע חו"מ סי' קנ"ז סע' ג': "כותל זה יבנוהו על מקום שניהם ובהוצאות שניהם, ואין אחד מהם יכול לומר: לא נתרציתי לחלוק אף על פי שלא היה בו דין חלוקה אלא בתנאי שתבננה אתה משלך. אפילו אם יש לאחד פי שנים בחצר, יעשו הכותל לחצאים".

415. בבא בתרא ה' ב'.

416. עירובין מ"ט א', כתובות ק"ג א', בבא בתרא י"ב ב', נ"ט א'.

לשכירות) ביחס למהנה ובגדר "עבידי למיגר" (עשוי לשכור) ביחס לנהנה,[417] ובמצב כזה חייב הנהנה לשלם לבעל הנכס כפי ערך ההנאה שמגיעה לו. ברור שהנהנה בשימוש טלפון נייד הוא בגדר עבידי למיגר, כיוון שבזמנינו כמעט כל אחד משלם איזה סכום להחזיק ולהשתמש בטלפון כזה. אמנם ממבט ראשון נראה שעסק השותפות אינו בגדר "קיימא לאגרא" אלא אם כן עיסוקו הוא השכרת מכשירי טלפון, וגם הרי מעשית לא שייך להשכיר את השימוש החלקי במכשיר הטלפון הנייד.

אמנם, השתתפות קופת הציבור על ידי מס הכנסה היא תמיד בגדר "קיימא לאגרא" לגבי כל תועלת אישית שיגיע למישהו תמורת עבודה. בכל עיסקה שגורמת להכנסה מצד המוכר או נותן השירות, יש הוצאה נגדית שתנוכה מההכנסות של הקונה או מקבל השירות. עיקר ההשתתפות של מס הכנסה באה כשעסק מוציא את רווחיו כמתן שכר לעובדים או מחלקת רווחים למשקיעים שאינם יכולים לקזז את הוצאותיהם הפרטיות נגד הכנסות שלהם.

כדי להמחיש את הענין, נדמיין בעל מקצוע עצמאי שנותן שירותים תמורת שכר אבל מוציא את כל הוצאות הפרטיות שלו כהוצאות עסקיות, כולל עלויות דיור, ארוחות, החזקת רכב פרטי, בידור, טלפון, וכו' עד שלא נשאר לו כלום משכרו. מעוסק הזה לא תשיג קופת הציבור שום רווח ממס הכנסה כיוון שלא ישאר שום רווח לעסק אחרי קיזוז כל ההוצאות הפרטיות שלו. לכן, בעצם, כל הוצאה מעסק למטרות הנאה אישית אשר מצד אחד נרשם לעסק כהוצאה אבל מצד שני לא נרשם כהכנסה למקבל ההנאה האישית היא בגדר הפסד מדבר ש"קיימא לאגרא", ולכן אין בהן דין כופין על מדת סדום.

מסקנה

מתוך הלכות שכנים ועוד מקומות היה נראה לכאורה שיש לחלק את ההוצאות של שותפות לפי חלוקה של חצי-חצי אף אם ההנאה המגיעה לכל גורם היא שונה. בדומה לכך, כאשר הוצאה יש בה צורך עסקי אך גם צורך אישי, יש מקום לומר שיש לחלק את ההוצאה (או התוספת, במקרה שמטרה האישית או העסקית לבד אינם מצדיקים את עיקר ההוצאה) בצורה דומה, כיוון שכאמור לא מתחשבים בכמות הצורך של כל אחד אלא מחלקים את עלויות השותפות חצי-חצי. אין מקום לטעון: "כופים על מידת סדום" ולהתיר הכרה של כל ההוצאה משום שטענה זו שייכת רק כאשר יש דבר שאינו עומד לשכירות, כלומר אי אפשר להפיק ממנו רווח, ואילו כאן בעסקים כל הוצאה שאין כנגדה הכנסה מוגדרת כהפסד וממילא צריך להכיר בה לצורכי השותף, רשויות המס.

---

417. שהרי אם היה מידת סדום בכך, היה פטור מי שנהנה במקום שעבידי למיגר, ראה בבא קמא כ' ב', ופני יהושע שם.

ה. ניכוי הוצאה מעורבת ומוגדלת

בשאלה (ד) לעיל ציינו שיש מקרים שבהם עצם ההוצאה היא הכרחית רק שההוצאה גדלה ממניעים אישיים ללא כל צורך עסקי.

שאלה זו דומה ל"הוצאה מעורבת". המחיר של ההוצאה, אינו תואם לתנאי השוק ביחס לתמורה שהנישום מצפה לקבל, והסיבה לזה שהנישום מוסיף בכוונה על המחיר ה"אמיתי" היא רצונו להטיב ולגמול מעין מתנה לקרוב משפחתו או ידידו, ולהעניק להם משכורת נדיבה. לפעמים המניע לקיום ההוצאה אינו אלא חיסכון במסים, אבל לפעמים קיים מניע עסקי, לפחות סובייקטיבי.[418]

הצגנו לעיל דוגמה של משכורת לאברך אשר תמיכתו תורמת ערך סגולי להצלחת עסק ה"מעסיק", וראינו שעל פי כללי ודיני שותפות לא ניתן לנכות הוצאה סובייקיבית כזאת. גם אם ה"מעסיק" ידרוש מהאברך כתמורה לתמיכה שיעשה איזה משימה סמלית הנדרשת באמת לעסק, אין להגדיר את ההוצאה של המשכורת/התמיכה כהוצאה עסקית על שם העבודה הזאת. אף שייתכן שבכך, במידה מסויימת, מוציא הנישום את עצמו מהצהרת שקר וגניבת דעת בדיווחו לצורך מס, מכל מקום אין זה אלא הערמה להוציא מהשותפות הוצאה שלא כדין על חשבון שותפו, ומה ההבדל בין עצם הוצאה שלא לצורך להוצאה מוגדלת שלא לצורך?!

לאור מה שכתבנו ניתן לדמות זאת להוצאה מעורבת שחלק ממנה כשרה וחלק ממנה מהווה מתנה. ברור שאסור משום גזל לשותף או שליח לחלק מתנות לאוהביו על חשבון שותפו או שולחו.[419] אפילו להוציא משכורת לעצמו על חשבון שותפיו אסור אלא אם כן קיים תנאי כזה על פי הסכם או מנהג.[420]. בקשר למסים, אין בעיה ומגבלה למשכורת שמוציא בעל העסק לעצמו כיוון שחוקי המס כבר מתייחסים למשכורת שלו כרווחים שהוא מחלק לעצמו בצורה לגיטימית ומטילים עליה מסים בצורה מתאימה לכך. הבעיה מתחילה כאשר בעל העסק עוקף חוקים אלו ומחלק רווחים לעצמו בצורה של הוצאות על משכורות לצדדים לא-קשורים וחוסך מסים בהערמה. המרחק אינו רב בין זה לבין מי שמייצר הוצאה מלאכותית באמצעות משכורת לאיש קש שחותם וממחה את שיק המשכורת שלו בחזרה לבעל העסק תמורת "דמי טיפול".

מכל מקום, במקום שממילא יש עיסקה עם צד קשור, כמו למשל שבאופן טבעי מכניס בעל עסק את בניו לעסק ומעסיקם תמורת משכורת, אין לכפות על בעל

---

418. ראה פרק מחירי העברה עמוד 428.

419. ראה פתחי חושן שותפים ומצרנות פרק ב' סעיפים כ"ה-כ"ו.

420. ראה שו"ת חוות יאיר סי' רכ"ד שלומד מדיני שותפים לדיני מעשר כספים שאסור לנכות מרווחיו את שווי שכר טרחתו. אולם ראה דיני שד"ר בספר משפט הצדקה לגבי אחוזים שלוקחים מקבצי צדקה לעצמם על חשבון הצדקה שהם גובים.

העסק שיקול דעת כאילו אין לו נגיעות ויש לו טוהר מידות ולצפות שגובה התמורה יתאים ממש לתנאי השוק.[421] לרשויות המס הסמכות והאחריות לתקן תקנות להגביל ניצול במצב טבעי ונפוץ כזה, ועל הנישום יש אחריות כלפי שותפו הסביל לא לנצל בכוונה את מה שלא הגבילו רשויות המס ומה שאין בכחם לפקח, והדבר מסור ללב כל אחד. מי שמנצל מצבים כאלו גורם בסופו של דבר תגובה מצד השותף השני שיגביל בצורה מחמירה וקיצונית את ההתנהגות שפוגעת בזכות לגיטימית של נישומים אחרים. כדוגמא לכך ניתן להביא את פקודת מס הכנסה סעיף 66(ד), שמנסה לסגור ניצול של העסקת בת זוג בעסק הנישום, ויצר מצב שלא כדאי כלכלית בכלל לנישומים להעסיק את בני זוגם, וכמעט מוכרחים לחפש עובד חיצוני.

מסקנה

אף שהוצאה מסויימת הכרחית לצורך העסק, לא ראוי להרבות בהוצאה בגלל סיבות סובייקטיביות שלו, כגון רצון להיטיב עם גורם קשור כשמדובר בתוספת הוצאה שאינה עסקית לחלוטין, ובמיוחד כאשר הרצון להטיב הוא עיקר הגורם של ההוצאה והתמורה היא רק הערמה. למרות זאת, לא שייך לצפות מבעל עסק שלא יסייע לקרובים ולא יתן להם תנאי העסקה מועדפים, ואין בכך פסול אלא אם כן החוק אסר את הדבר במפורש.

421. ראה פרק מחירי העברה עמוד 428.

חלק טו. יישום הדינים בחברות בע"מ

עמדת ההלכה הכללית לגבי חובותיהם של גופים משפטיים (כמו חברות בע"מ) גם מבחינה ממונית וגם מבחינת החלת מצוות ואיסורים עליהם (כמו פריעת בעל חוב, גניבה וגניבת דעת) יש לה השלכות רחבות ליישום הדינים שנידונים כאן. למשל, ידועה הגישה האזרחית שרואה בחברה בע"מ יישות משפטית כמו בן אדם, וחלק מהפוסקים אימצו גישה הלכתית כזו בדיני ריבית,[422] ועל ידי כן הפקיעו איסורי ריבית מהלוואות בין ישראלי לבין חברה בע"מ.[423] ההשלכה הקיצונית מגישה כזו היא שהמושג חברה בע"מ לא רק מנתק את האחריות הממונית של בעלי, מנהלי ועובדי החברה בע"מ מהחובות ממוניות של החברה בע"מ אלא גם מנתק את האחריות המוסרית שלהם ממעשים ומחדלים של החברה בע"מ, אשר מיוחסים אליה ולא אל האנשים הקשורים בה לפי גישה זו.

בתשובה מפורסמת בשו"ת אגרות משה[424] אשר התיר ריבית בהלוואה שאין עליה אחריות אישית ושיעבוד הגוף על אדם ישראלי, כמו בהלוואות לחברות בע"מ ללא ערבות אישית, כתב הרב פיינשטיין:

> נראה שרק בסתם מלוה שעושה חיוב תשלומין על הלוה נאסרה בתורה מליקח ריבית אבל מלוה כזו **שאינו עושה שום חיוב על גוף האדם לשלם** שאף שיש לו ממון הרבה אין על גופו שום חיוב לשלם **וליכא עליו העשה דתשלומין ולא יהיה רשע כשלא ישלם** לא נאמר ע"ז איסור ריבית.

אף שרב פיינשטיין לא אימץ במפורש את הגישה של חברה בע"מ כיישות משפטית נפרדת, היה ברור לו שאין שום חיוב מוסרי לבעלי או מנהלי החברה בע"מ לדאוג לפרעון חובות של חברה בע"מ. ואם כן הדין לגבי הלוואה אשר קיבלה החברה בע"מ והבטיחו מנהלי החברה להחזיר, כל שכן שהדין כן גם בחובת מס של חברה בע"מ שחל עליהם בעל כרחם ללא התחייבות של מנהלי החברה כלפי גורם חיצוני.

החוק האזרחי מתמודד עם ההשלכות הקיצוניות האלו על ידי הטלת אחריות פלילית אישית במצבים מסויימים על בעלי או מנהלי החברה בע"מ בהתאם לצורך.[425] אמנם, אפילו בלי לייחס את חבות המס של חברה בע"מ ישירות לבני אדם ובלי להחיל עליהם דיני פריעת בעל חוב ודיני גניבה ביחס לחבות המס, עדיין יש

---

422. שו"ת צפנת פענח סי' קפ"ד וכו' וכן הרב שאול וויינגורט בספר הזכרון יד שאול עמוד ל"ה.

423. ראה באורך כתר א' מאמר של הרב ישראל בן שחר והרב יאיר הס "ריבית בתאגידים" פרקים א'-ב'.

424. יו"ד חלק ב סי' ס"ג.

425. ראה למשל פקודת מס הכנסה סעיף 224 א', חוק מע"מ סעיף 119 (אחריות פלילית על מנהל פעיל, מנהל חשבונות) וכן פקודת מס הכנסה סעיף 117(אחריות ממונית).

דינים של גזילה ונזיקין והשבת אבידה וגניבת דעת, שמטילים על הבעלים, מנהלים ועובדים אחריות מוסרית ולפעמים אפילו ממונית למעשים ומחדלים של אחרים או של חברה בע"מ.[426]

א. השאלות

האם יש איסור לחברה בע"מ להתעסק בלי רשיון עסק בניגוד לחוק, כלומר עסק "שחור"? על מי מוטל איסור זה? האם יש איסור להעביר תשלומים מחברה בע"מ בלי לעשות ניכוי במקור? האם יש איסור לחברה בע"מ לכזב בדו"ח מסים? האם יש איסור לחברה בע"מ לא להגיש דו"ח מסים הנדרש על פי החוק, ועל מי מוטל איסור זה?

זכותם של בני מדינה או בני עיר למנוע עיסוק של זרים וכן תושבים ללא קבלת רשיון מהם והשתתפות במסי העיר מבוססת בהלכה כבר מהגמרא, אפילו בלי קשר להכרה ההלכתית הכללית של חוקים אזרחיים.[427] הגבלת התעסקות ללא רשיון (ותשלום המסים הכרוכים ברשיון) תקפה או מעיקר דין תורה או מדין חרם קדמונים. הרשב"א הגדיר התעסקות שלא כדין כגזלה וכתב שהנידוי שהטילו בני בעיר על המתעסק שלא כדין ללא רשיון:

> מסתברא שזה מנודה לכל [ולא רק לעירו] לפי שמן הדין מנדין אותו ומשום גזל שהוא כגוזל אותם שמפסיד עליהם הרווחות שלא כדין ונוטל לעצמו או הגוזל מה שחייב לפרוע להם.[428]

אם היה מדובר בגזילה ממש, היה שייך כאן הדין של הגמרא "אמר רב חסדא גזל ולא נתייאשו הבעלים ובא אחר ואכלו ממנו רצה מזה גובה רצה מזה גובה"[429] והייתה אחריות ממונית גם על ה"אוכלים" שהם בעלי החברה בע"מ ולא רק על הגזלן שמבצע את האיסור. אולם למרות דברי הרשב"א העבירה שיש בהתעסקות שלא כדין אינה הופכת את הכנסות העסק לממון הגזול ממש וכל שכן שאין לבעלים של חברה בע"מ דין גזלן או קונה מן הגזלן בשעה שיקבלו רווחים מן החברה בע"מ. אך מכל מקום, מבחינת המעשים הגורמים להפסדים לחברות הרשומות כדין, יש להטיל אחריות על בני אדם הפועלים מטעם החברה בע"מ וגם מבחינת התוצאה של הפסד ומניעת רווחים מעוסקים אחרים, ניתן לייחס אותה לבעלים של החברה בע"מ.[430] לכאורה כל המנהלים הבכירים וכל מי שמתעסק בשיווק ומכירה דינם

---

426. ראה פרק מסירת בהמה לרועה עמוד 277.

427. ראה פרק התשתית ההלכתית למע"מ ולרישוי עסקים עמוד 97.

428. שו"ת רשב"א חלק א סי' תרס"ד.

429. בבא קמא קי"א ב' מובא להלכה בשו"ע חו"מ סי' שס"א סע' ה'.

430. ראה כתר ה' הרב יהודה פרומן "גבולות התחרות העסקית" חלק א' פרק ח' סי' ג' "איסור השגת גבול מצד חברה בע"מ או כלפיה". לגבי המבחנים להטלת אחריות על עובד או מחזיק תפקיד

כמתעסקים שלא כדין ללא רשיון והם גורמים את הנזק שמוגדר כהשגת גבול, וכן נחשב כמסייע להם בגרימת הנזק כל מי שתפקידו או מעשיו חיונים להעסק. על פי הכלל "אין שליח לדבר עבירה" לא יכולים אנשים אלו להתנער מאחריות בטענה שפועלים כשליח ובשמה של החברה בע"מ, וגם אלו ששולחים אותם נושאים באחריות על חלקם בדיני שמים.[431]

סיכום

חברה בע"מ היא יישות משפטית שלכאורה אין קשר בינה לבין הפרטים שעובדים מטעמה, ואין להם אחריות במידה והחברה עוברת עבירות כלכליות כלפי לקוחותיה או כלפי השלטון. אולם אם החברה פוגעת בשאר המתחרים באמצעות הפעילות האסורה שלה, וגורמת להם הפסדים, לא שייך שהמנהלים והעובדים יתנערו מאחריות לנזק שהחברה שלהם גורמת בעזרת מעשיהם, והם חייבים למנוע נזק זה כגון השגת גבול והפסד רווחים של שאר החברות שנובע מכך שחברה אינה משלמת מס ואינה רשומה יחד עם שאר בעלי העסקים.

ב. ניכוי במקור

עד עתה נידונינו הוגבל להיבט המיסוי של חברה בע"מ בעצמה, אבל, בכל מקרה, כאשר יפיקו הבעלים (עובדים וגם ספקים) רווחים (או תשלומים) מהחברה בע"מ כבר יש על הרווחים האלו חבות מס אישי וחלים עליהם הדינים של גניבה וגניבת דעת בהשתמטות מס ללא קשר להאחריות על העבירות של החברה בע"מ. אין סברא לומר שהחברה בע"מ באמצעות עבירות שלה הכשירה את רווחיה להיות עכשיו פטורים ממסים ושאין מרווחיה "הכנסה" לבני אדם הנהנים ממנה. בדרך כלל חלים על התשלומים האלו גם חיוב ניכוי מס במקור לפי החוק שמחייב את המשלם לנכות ולגבות מתוך התשלום את המס אשר המקבל חייב לשלם.[432] השאלה הבאה היא האם יש איסור להעביר תשלומים מחברה בע"מ בלי לעשות ניכוי במקור?

בהנחה שחיוב ניכוי במקור תקף להלכה כיתר חוקי המס ושהחיוב קיים גם כאשר החברה בע"מ פועלת ללא רשיון שלא כדין[433] ,הגורמים להעביר תשלום מהחברה

מסוים מדיני לפני עיור וגרימת נזק, ראה דברינו באורך בפרק מסייע בגניבה עמוד 295.

431. האחריות של משלח מוגדר כ"דינא זוטא" ראה קידושין מ"ג א', וכן ראה פרק איסור גרימת נזק על ידי אחר עמוד 302. ראה גם בפתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק י"א הערה ח' שדן האם בכלל יש דין שליח למי שפועל מטעמו ובשמו של גוף משפטי כמו חברה בע"מ ונשאר בצ"ע.

432. ראה פקודת מס הכנסה סעיפים 172-163.

433. הערה: גם אם החוק מטיל את החיוב של ניכוי במקור על עוסקים מורשים, אין הכוונה שיהא החוטא נשכר ולפטור את המתעסקים שלא כדין ללא רשיון מאחריות לניכוי במקור, אלא שמובן מאליו שמתעסק כזה לא יגבה מע"מ ולא יבצע ניכוי במקור כיוון שזה כמעט מן הנמנע ללא

בע"מ ללא ניכוי במקור הם בגדר מזיקים וייתכן שבדיעבד חייבים מדין תורה על הנזק שנגרם מהעדר ניכוי מס במקור מדינא דגרמי.

דבר דומה נמצא בהלכות מתנות כהונה (הזרוע לחיים וקיבה של בהמה) שחייבים בעלי בהמה לתת לכהן אחרי השחיטה.[434] השוחט בהמה של אדם אחר ואינו עושה "ניכוי במקור" של המתנות ומעביר את כל הבהמה עם המתנות להבעלים, חייב מדין מזיק על הנזק שגרם לכלל הכהנים בהפסד המתנות (שאין עליהם זכות גבייה ישירה מהבעלים), כמו שאומרת הגמרא "הדין אף עם הטבח."[435] על בסיס זה חייבו הפוסקים את השוחטים בגביית מס האקציז על הבשר, מס הדומה למע"מ של ימינו, אף שעיקר החיוב הוא על הבעלים ולא על השוחטים.[436] הם דימו את השוחט למוכס וראו כגזלן את השוחט שפועל ללא רשיון או שאינו גובה מס האקציז, ואף פסלו את שחיטתו כנבלה.

דין זה דומה גם לדין נאמן הנקרא "שליש" שחייב מדינא דגרמי כאשר מסר שלא כדין את השטר שהחזיק בנאמנות וגרם נזק על ידי זה למלווה או ללווה.[437] ניתן לראות את המשחרר תשלום ללא ניכוי במקור כשליש המשחרר ומעביר שטר שלא כדין לאחד שגונב או גורם נזק על ידי השטר לצד ג'. ה"שליש" שקיבל על עצמו להיות נאמן לטובת המלווה והלווה דומה לעוסק מורשה שקיבל על עצמו לא לשחרר תשלומים עד שיבצע ניכוי במקור לטובת רשויות המס. אף שהחיוב הזה רובץ על החברה בע"מ אשר היא רשומה כעוסק מורשה, מכל מקום השליחים המבצעים בפועל את העברת תשלום ללא ניכוי במקור הם המזיקים על ידי מעשיהם כמו שליש.

לסיכום, ניתן לייחס אחריות גם למי שנמנע מלפרוע מס עבור אחר ובכך גורם נזק לשני. אפשר למצוא מקור לכך גם בדיני הפרשת מתנות מבהמה וגם מדיני שליש שקיבל שטר בנאמנות.

ג. גניבת דעת

לגבי השאלה האם אסור איסור לחברה בע"מ לכזב בדו"ח מסים ועל מי מוטל האיסור, נצטרך לתאר מקרה כדי לדון בו באופן פרטני. ראינו לעיל שהעבירות של גונב ומזיק ותולדותיהם, כמו השגת גבול, שייכים גם כשפועלים בשם חברה בע"מ

רשיון עסק. העבירות האלו הם בעצם חלק מהעבירה הכללית של מתעסק שלא כדין שהזכרנו לעיל על פי הרשב"א.

434. שו"ע יורה דעה סי' ס"א.

435. בבא קמא קט"ו א'.

436. ראה שו"ת קול מבשר חלק א' סי' י"ז אשר דבריו מובאים בפרק "אקציז": מס הבשר ורשיונות בלעדיות עמוד 108.

437. ראה דברינו באורך בפרק איסור גרימת נזק על ידי אחר עמוד 302.

או מטעמה, ולכן לעניין גניבת דעת שהיא חלק מגניבה או עושק של ממון המגיע על פי דין לקופת הציבור אין צורך לדון בנפרד. אם המנכ"ל של חברה בע"מ מגיש דו"ח מס כוזב ובכך משתמט מתשלום מס שהחברה בע"מ חייבת על פי דין, לא יהא אלא גנב, שותף לגניבה, חולק עם גנב, מסייע לגנב, מזיק שיעבודו של חבירו וכו' כפי שפירטנו באורך בעניין איסור מסייע ידי עוברי עבירה.[438]

שאלת גניבת דעת יכולה לעלות או כשאין עניין של הפסד ממון או כאשר יש היתר של הפקעת הלוואה דנכרי בלי חשש חלול השם, לדעת הסוברים שאסור להפקיע על ידי גניבת דעת.[439] גם בזה חשוב לציין שאם גניבת דעת נגרמה על ידי חתימה והצהרה אישית או על סמך מיצג אישי מטעה, יש בכך גניבת דעת, ואף שהמצהיר פועל מטעם החברה בע"מ, אין הבדל בין פועל מטעם חברה בע"מ לפועל מטעם עצמו, כל זמן שגניבת הדעת הייתה על סמך המיצג האישי שלו ולא על סמך מיצג של החברה בע"מ שנעשתה על ידי שליח. כמו כן חשוב לציין שאם הפועל מטעם החברה בע"מ חרג מסמכויותיו ויזם את גניבת הדעת בעצמו שלא "מדעת החברה", אין מקום לפטור אותו מאחריות לגניבת דעת ולהשליך אותה על החברה בע"מ כיוון שהוא באמת לא פעל בסמכות ובשליחותו של החברה בע"מ.[440]

השאלה קיימת כאשר הבעלים פועלים בשם החברה בע"מ (וממילא יש להם סמכות ועושים את שליחות החברה בע"מ) או כאשר העובד גונב דעת אחרים במצוותה ובסמכותה של החברה בע"מ. האם ניתן לייחס את מעשה העבירה לחברה בע"מ המשלח ולא לשליח הפועל מטעמו? נראה פשוט שחל כאן הכלל "אין שליח לדבר עבירה" וכן רואים בדיני אונאה שבשליח להונות שליחותו בטלה מטעם שאין שליח לדבר עבירה[441], כלומר יש עבירה לשליח אף על פי שהשליח פועל בשמו של המוכר. לכן גם כאשר החברה בע"מ גונבת דעת אחרים לצרכה ובשמה, עדיין נשאר איסור על עושי המעשים אשר מביאים לידי גניבת דעת. אולם כאשר מדובר בעבירה שהיא ב"שב ואל תעשה", ייתכן שהמחדל של החברה בע"מ אינו מיוחס לבני אדם המנהלים את החברה בע"מ, והדבר צריך עיון נוסף.

---

438. ראה פרק מסייע בגניבה עמוד 295.

439. ראה פרק גניבת דעת להרוויח כשאין בכך גנבה עמוד 264.

440. גם בדיני שליחות בטלה השליחות כאשר השליח חורג מסמכותו, ראה שו"ע חושן משפט סי' קפ"ח סעיף ה'.

441. ראה ערך ש"י חו"מ סי' רכ"ז סע' ל', וראה פתחי חושן, הלכות פקדון ושאלה, פרק י"ב הערה ט"ו.

חלק טז. שקר של רואה חשבון ועורך דין

האופי המורכב של דו"חות מס מחייב ששכירים מקצועיים, כמו רואי חשבון ועורכי דין, מכינים את הדו"ח וממלאים את הפרטים על פי נתונים שהם מקבלים ממנהלי העסק ומנהלי הכספים והחשבונות של העסק. מצד אחד, מנהלי הכספים והחשבונות רק רושמים נתונים על פי הגדרות והוראות של מנהלי העסק ואינם מכינים, ולפעמים אפילו לא רואים, את הדו"חות שמעבירים לרשויות ואינם חותמים עליהם. מצד שני, רואי החשבון רק מקבלים את הנתונים שמספקים להם מנהלי הכספים והחשבונות, ועל סמך הנתונים וההוראות שמקבלים הם מכינים את הדו"ח ואינם חותמים על אמיתת תוכנו. מצד שלישי, בעלי העסק עצמם רק חותמים על הדו"ח וסומכים על מנהלי הכספים ורואי החשבון שתוכן הדו"ח נכון ומדויק וגם הם לפעמים אינם קוראים בכלל את תוכנו. האם כל אחד מאלו יכול להתנער מאחריות על כנות הדו"ח אפילו כשיודעים או חוששים שהדו"ח מוטעה ועשוי לגנוב את דעתם של רשויות המס?

החטא המקורי שקלקל את העולם היה בו גניבת דעת וגלגול אחריות על אחרים באופן דומה. הנחש גנב את דעת חוה ופיתה אותה לאכול מעץ הדעת, והיא גנבה את דעתו של אדם הראשון כדי להאכילו מפרי העץ.[442] כשה' תבע את האדם על החטא שעשה, הוא גלגל את האחריות על חוה, באמרו "היא נתנה לי מן העץ ואוכל."[443] כשה' בא לתבוע מהאשה על מעשיה, גם היא גלגלה את האחריות על הנחש ואמרה "הנחש השיאני ואוכל."[444]

בעל אור החיים מקשה על תשובתו של האדם הראשון: "אפילו קל שבקלים לא ישוב תשובה כזה ומכל שכן למלך גדול?!" משום כך הוא מסביר:

> כוונת אדם היא שלא ידע דבר, כי אם האשה הביאה לפניו המזומן ואכל ואינו חייב לשאול על המוגש לפניו דבר זה מנין כי הלוא כל הארץ לפניו היא מלאה מעדנים אשר נטע ה'. ודקדק לומר "אשר נתת עמדי", שלא לחייבו לחפש ולדקדק אחריה לדעת המובא לפניו, כיוון שהאשה הלז נתנה ה' עמו לעזר ולהועיל ואין רע יורד מן השמים ואין לו לבדוק אחריה כי מן הסתם מעשיה נאים... ומעתה אין ביד אדם אלא שוגג... האמת כי שגיונו הוא שלא נשמר

---

442. אם נאמר שאדם לא ידע שהפירות או היין שסחטה לו היו מעץ הדעת, יש כאן גניבת דעת פשוט. ואם נאמר שהוא ידע מה הוא אוכל, כנראה פיתתה אותו חוה שזה יהיה לטובתו כשכוונתה לדאוג לעצמה "שלא תמות היא ויחיה הוא וישא אחרת" כמו שמסביר רש"י בראשית ג', ו'.

443. בראשית ג, י"ב.

444. שם ג, י"ג.

> בדברו לחוה ולא הזכיר לה אלא הפרי כנשמע מדבריה לנחש [ולא הזהיר גם על העץ עצמו] מזה נמשך החטא לחוה.[445]

לאדם הראשון היה כל מיני טיעונים לדחות מעליו אחריות.[446] גם על האשה טוען האור החיים:

> אין כל כך אשמה על חוה, כי לא חשבה שיש בריה בעולם שברא ה׳ להבחין [לבחון ולנסות] בה אהבת ברואיו שהוא הנחש שהתלבש בו השטן ואם היתה יודעת זה היתה חוששת לו ולא היתה נותנת אוזן לשמוע דבריו.

כידוע, ה׳ לא קיבל טענות אלו, לא של אדם ולא של חוה, והעניש את שניהם עם הנחש. נראה מכאן שהיה להם לחשוש שמשהו כאן לא נכון, ואי אפשר לגלגל אחריות על אחרים בטענה שהדבר נמצא באחריותם.[447] גם הנחש נענש אף על פי שהם עשו את העבירה והוא אפילו לא ייעץ להם במפורש לאכול מהעץ אלא רימה את חוה שלא יהיו תוצאות רעות מהעבירה. זה די דומה לרואה חשבון או עורך דין שמנתח "אפשרויות" עם לקוחו ומשער את התוצאות הצפויות מהם "בלי להורות

---

445. אור החיים בראשית ג, ו-י"ב. כך גם מובא בשו"ת תשב"ץ חלק ד׳ טור א׳ (חוט המשולש) סי׳ מ"ד ד"ה בשם ספר תולדות יצחק: "על מה שאמר אדם הראשון לאל ית׳ האשה אשר נתת עמדי היא נתנה לי מן העץ ואוכל שנראה שדבריו אלה הם מבלי הבן... אך אמנה אדם הראשון חכם היה ותשובתו היתה כפי הדין הנאמר שהאשה נאמנת על עניני הבית בכל מה שתניח לפני בעלה ובניה לאוכלו בלי לחקור מילין אם הוא אסור או מותר וזאת היא תשובתו של אדם הראשון לפניו יתברך לומר אדוני מארי עלמא האשה אשר נתת עמדי היא נתנה לי מן העץ מכל הסעודה שהניחה לפני ואוכל על פיה כפי שורת הדין. ע"כ תורף דבריו ז"ל."
ראה גם פירוש הרמב"ן שם. ראה עוד מקורות בספר פרדס יוסף פרשת בראשית סי׳ ע"ו בענין הידיעה של אדם הראשון על טיב האוכל שהגיש לה חוה וההיתר לסמוך על חוה בלי לשאול.

446. ראה דברי הגר"א (קול אליהו) שהביא שתי תשובות: [א] "'האשה אשר נתתה עמדי' כלומר כיון שראיתי אחר הצווי שהבאת לי אשה, חשבתי כי שמעה ממך שהתרת הצווי [ב] צווית לי שלא אוכל ממנו, שלא אתלוש בפרי ממנו בידי, אפס, 'היא נתנה לי מן העץ' וחשבתי שמותר לאכול על ידה... "

447. ראה שו"ת תשב"ץ שם שכתב: "ומשלי הוספתי ואומר אכן אדם הראשון טועה בדבר זה היה, דלא סמכינן על פי האשה אלא על הסתמא. אך אמנה אם הדבר ניכר שיש איסור בדבר כגון דמינכר מילתא שלא נקרה את הבשר או שלא ע[י]שרה וכיוצא בזה, אין לסמוך עליה לאכול דבר איסור על פיה, ולפי זה כאשר נתנה לו מן העץ אשר צוהו עליו יתברך לבלתי אכול ממנו לא היה לו לאכול על פי האשה. וכן היה תמיהתו יתברך אליו "'המן העץ אשר צויתיך לבלתי אכול ממנו אכלת?'"' אחר שידעת והכרת אותו שהוא עצמו אשר צויתיך עליו לבלתי אכול ממנו. והוא השיב לפי הקדמתו המונחת אצלו בטעות ואמר "האשה אשר נתת עמדי"—להיותה אפטרופא עלי במאכל ומשתה—"היא נתנה לי מן העץ"—ואף על פי שהכרתיו וידעתיו—"ואוכל"—על פיה כי אמרתי הואיל והאשה אשר נתת עמדי היא נתנה אותו אלי לאוכלו שהותר לי. ובזה התנצלות היה מוסיף חטא על חטאו שתלה סרחונו בו יתברך ח"ו ועל כן הוא יתברך כשהענישו אמר לו כי שמעת לקול אשתך שהוא למימר 'כי שמעת לקול אשתך'—בדבר הידוע לך איסורו ויע"ש בהרב בעל העקידה ז"ל. לפי שטתו ומדברי הרב בעל תולדות יצחק ודברי אלה באו אלו הפסוקים נכונים והוא יתברך יאיר עינינו במאור תורתו אכי"ר. הצעיר שלמה דוראן ס"ט."

להם" מה לעשות או לא לעשות. מסיפורו של החטא המקורי לומדים שהדברים עתיקים "אין חכמה ואין תבונה ואין עצה לנגד ה'."[448]

רעיון דומה מתואר בגמרא:[449]

> אמר ליה אנטונינוס לרבי: גוף ונשמה [שניהם] יכולין לפטור עצמן מן הדין, כיצד? גוף אומר: נשמה חטאת, שמיום שפירשה ממני - הריני מוטל כאבן דומם בקבר. ונשמה אומרת: גוף חטא, שמיום שפירשתי ממנו - הריני פורחת באויר כצפור. אמר ליה [רבי], אמשול לך משל, למה הדבר דומה: למלך בשר ודם, שהיה לו פרדס נאה, והיה בו בכורות [תאינים] נאות, והושיב בו שני שומרים, אחד חיגר ואחד סומא. אמר לו חיגר לסומא: בכורות נאות אני רואה בפרדס. בא והרכיבני [על הכתפים] ונביאם לאכלם. רכב חיגר על גבי סומא, והביאום ואכלום. לימים בא בעל פרדס. אמר להן: בכורות נאות היכן הן? - אמר לו חיגר: כלום יש לי רגלים להלך בהן? - אמר לו סומא: כלום יש לי עינים לראות? מה עשה - הרכיב חיגר על גבי סומא ודן אותם כאחד. אף הקדוש ברוך הוא מביא נשמה וזורקה בגוף, ודן אותם כאחד.

חשוב לציין שכאשר תפקיד קיים על פי דרישת החוק, למשל קצין ציות או מבקר רו"ח, ניתן להתייחס לתפקידו כסוג של שומר לטובת הציבור או גוף ממשלתי המפקח אף על פי שממלא התפקיד הוא שכיר או קבלן של העסק המפוקח. עיקר ההשלכה מכך היא שאחריותו כבדה מזו של אדם זר והוא חייב לפעול גם ב"קום ועשה" כדי לשמור על האינטרסים של הציבור או גוף ממשלתי המפקח, גם כאשר מילוי תפקידו עלול לפגוע בפרנסתו.[450] הענין דומה, בצורה מסוימת, למשגיח כשרות המועסק על ידי מסעדה לפקח על כשרות האוכל במסעדה לטובת ציבור שומרי כשרות. העובדה שהקפדה במקרה מסוים על כללי כשרות תגרום לו אי-נעימות עם הנהלת המסעדה או שעלולה להביא לפיטוריו אינו מתיר לו להעלים עין מדבר הנעשה שלא כדין, גם אם ברור לו שבכל מקרה לא יגיע הדבר להכשיל שום אדם בעבירה של מאכלות אסורות ממש אלא רק בהפרת נוהלי הביצוע שלו.

---

448. משלי כא:ל'.

449. סנהדרין דף צא א'.

450. ראה פרק פן החיובי: הצלת ממון חבירו עמוד 307.

חלק יז. פרקי מוסר

במהלך הדורות דנו גדולי עולם בסוגיית ההשתמטות לא רק מהפן ההלכתי, אלא גם מהפן המוסרי, כלומר שבמקום להתרכז באיסור הלכתי של גזל או שקר במי שמשתמט, הם הדגישו את ההכבדה הציבורית הכרוכה בכך.[451] כבר באבות דרבי נתן, ברייתא שעוסקת בענייני מידות, אנו מוצאים אזכור לתופעה זו:

> בעוון ג' דברים בעלי בתים נמסרים למלכות... ועל שפורקין עול מעליהם ונותנין העול והמס על העניים והאביונים האומללים.[452]

בספר לקט שיחות מהרבי מנחם מנדל מלובביץ זצ"ל מובא שהרבי מסר לאנשי כפר חב"ד דברים בענין מוסר תשלומי מסים במדינת ישראל:

> ישנו עוד ענין כללי שיש למוסרו לכל תושבי הכפר יש מהם שגרו בעבר במדינות שתחת ממשלת גויים והיו רגילים מצד דוחק הפרנסה וכמה סיבות להשתמט מתשלום מסים וכיוצא בו ועליהם לדעת שההיתר שהיה לכך במדינות ההם שזהו בגדר "טעות גוי" ואם יהיו ברשותו עוד כמה רובל נוספים הוא יוכל להשתמש בהם לדברים שבקדושה צדקה וחינוך הבנים והבנות לתורה ומצוות וכו' כ"ז הי' שייך רק במדינות ההם אולם כשמדובר אודות כפר חב"ד הרי אין זה בגדר "טעות גוי" המותרת והעגמת נפש הקשורה בזה נעוצה בכך שכשעושים משהו לא ישר בזה הרי זה ענין של גזל הרבים ר"ל כאשר גוזלים מיחיד התיקון לזה ידוע עליו לשוב בתשובה לפני המקום ב"ה ולהחזיר את הכסף לפלוני שחייב לו אבל כשנוטלים מרבים שלא כדין אומרת על זה הגמרא דבר מבהיל ונורא.
>
> יש איפוא למסור בשמי או בשם השו"ע איך שרוצים לכל תושבי כפר חב"ד לנשים לאנשים וכו' שההתחכמויות בתשלום המסים שאין משלמים כלל או שטוענים שחייבים פחות וטוענים שההערכה נעשתה בטעות תולים את המעות במעריך או שמשלמים באיחור זמן וכו' עליהם לדעת שאין המדובר כאן אודות רומני' אמריקה או אנגליה. המדובר הוא על תושב יהודי המתגורר בארץ הקודש וכשלא נותנים פרוטה שצריך לתת, הרי זה כאילו—אינני רוצה לומר את המלה—זהו ההיפך מנתינה ליהודי, ואין מדובר כעת על ההוספת שמחייבים אותו מצד השתמטותו לשלם בזמן כדבעי והרי בכך יש לו עסק עם גזל הרבים ר"ל... עוד יש לדעת שבזה שמקבלים ממנו את המס עושים לו טובה הרבה יותר גדולה מאשר הטובה שהוא גומל עם הקופה שלה הוא משלם את המס, כל מס איזה שלא יהי'

---

451. ראה פרק הכבדה עמוד 148.

452. אבות דרבי נתן נוסחא ב פרק ל"א.

לדעת הרבי מלובביץ יש להבחין בין מיסוי חיצוני כלפי גורם נכרי, ששם מותר לפעמים להשתמט מתשלום מסים בגלל קשיי פרנסה או בגלל שהדבר נחשב טעות הגוי, לבין מי שמשתמט מתשלום מסים לישראל. הרבי הדגיש שהמשתמט פוגע באחיו היהודים, שאם הוא לא יפרע חלקו מסים, יצטרכו אחרים לשלם יותר מסים כדי לעמוד ביעדי הממשלה, או לחילופין לא יקבלו את המשאבים המתאימים, ויש בכך גזל הרבים. אפילו ללא איסור הלכתי מובהק, יש בהתנהגות הזו בעיה מוסרית.

בספר "כד הקמח" מונה כמה איסורים שעלול לעבור מי שאינו פורע מסים כראוי. לא מדובר באיסורים שמופיעים לפי סימן וסעיף ב"שולחן ערוך" אלא בבעיות מוסריות ואמוניות. הוא רואה בתשלום מס סוג של פדיון נפש לאדם, שמכפר בכך על עבירות שבידו:

> מי שאינו נזהר להביא חוקו בענין המס עם יתר חביריו אנשי מקומו שהוא **גוזל את הרבים** ומראה בעצמו ש**אין לו אמונה ושאינו מאמין בעונש ושכר**, והוא סבור שאין שם השגחה פרטית ומגלה בדעתו שהוא גונב דעת העליונה כענין קין הרשע שהיה אומר לית דין ולית דיין ולית עלם אוחרן רק עניני העולם כלו נמסרים למקרים כן יחשוב מי שיש בידו גזל המס.
>
> ונקרא לשון מס מלשון (תהלים כב) לבי נמס כדונג, זכה הלא הוא מיסוס עונותיו [כפרה לעוונות שבידו] לא זכה יהי מיסוס ממונו כפר הנהגתו במס, מיסוס עונותיו לפי שהמס הוא פדיון נפשו כפר עונות והוא נחשב לנו לצדקה שנא' (ישעיה ס) ושמתי פקודתך שלום ונוגשיך צדקה, שהרי כשאנו משועבדים בעול המס תחת יד מלך ושרים ואנו מקיימין קצת מצותיה של תורה מתוך השעבוד והגלות, הנה שכרנו אתנו וזכותנו יותר ממה שהיינו בזמן מלך המשיח. ודרשו ז"ל (הושע ו) ואנכי אפדם והמה דברו עלי כזבים הם אומרים כי זה לרעתם ואין כוונתי אלא לכפרה. מיסוס ממונו שיכלה כל ממונו ויאבד עשרו בענין רע וכענין שכתוב (זכריה ה) וכלתו את עציו ואת אבניו.
>
> כמה לו עונות וחטאות מי שנכשל בעון הזה הלא הורס יסודות התורה ועיקר שורש האמונה שכל מצות התורה תלוין בה. כמה בתים של עשירי שלוה נאבדו על זאת! כמה ממונות כמה אוצרות נאבדו וירדו לטמיון בעבור זה! עבירה זו היא חמורה מכל שאר העבירות. גפן הוא שענביו ענבי רוש ויינו חמת תנינים. עבירה זו היא אשר תחת כנפיה נכללות עבירות חמורות רבות מאד כענין שכתוב (ירמיה ב) גם בכנפיך נמצאו דם נפשות אביונים נקיים. עבירה זו (אם) אש שורפת עונש מכלה מחריב ומאבד הגוף והנפש בעוה"ז ובעוה"ב מן החיים המקריים ומן החיים הנצחיים. בעבירה זו נכללים רבים מכאובים. **גזל של רבים** שהוא עון פלילי ויש בכלל הרבים עניים יתומים ואלמנות, והוא עון מכאיב הגוף והנפש שיש בזה קללות של רבים ושל עניים יתומים ואלמנות (משלי כד) כי יקבוהו עמים יזעמוהו לאומים.
>
> עוד נגע אחד יש בזה **חלול השם**. עוד יש בזה **עבריינות של שבועה**, כי מי שנשבע להביא את המס בנאמנות ואינו עושה כן הרי זה עבריין ומבזה את

המלך, ויש בזה גזל יש בזה קללות של רבים והם עניים ויתומים ואלמנות ומדרך השכל יצטרך האדם ליזהר מקללתן, ואין צריך לומר קללות של רבים אלא אפילו קללה של יחיד, שכן דרשו ז"ל (ב"ק פ"ח דף צ"ג) אל תהי קללת הדיוט קלה בעינך שהרי אבימלך אמר לאברהם (בראשית כ) הנה הוא לך כסות עינים ונתקיים בזרעו שנא' (שם כז) ותכהין עיניו מראות. ואם קללת יחיד והדיוט צוו לנו רז"ל להזהר בו כל שכן מקללה של רבים שא"א שלא יהיה בהם אחד ירא שמים ומי שלבו נשבר ונדכה וזעקתו ישמע ולא יבזה ענותו וקללתו בכלל השאר תעשה רושם כל שכן של עניים מרודים ושל יתומים ואלמנות, וכמה בני אדם חלושי כח הממון אין להם פרנסה רגע ויש להם טיפול גדול שופכים דמם ומביאים אל המס חלבם ודמם ויקראו המעות דמים לפי שנוגעים עד הדם, ויבא העשיר הבליעל והנבל אשר אמר בלבו אין אלהים וירצה למלאת חדרי ביתו משוד עניים מאנקת אביונים כדי להקל עולו ולהכביד עול האביונים ויתומים ואלמנות הנה זה מחלל השם בפרהסיא אוי להם לעשירים בצעקת עניים כי תולעתם לא תמות ואשם לא תכבה, והחוטא בזה הלא הוא מעיד על עצמו שאינו מכיר את הבורא ומי שהעיד על עצמו כן הבורא יתעלה מענישו ועושה שיכירנו, כי כן מצינו בפרעה הרשע שהעיד על עצמו שלא היה מכיר הבורא ית' שנא' (שמות ה) לא ידעתי את ה' אמר לו הבורא אינך מכירני אני עושה שתכירני שנא' (שם ז) בזאת תדע אתה אמרת לא ידעתי את ה' בזאת תדע כי אני ה'.

אין לתמוה החוטא בגזל המס איך לא נפקד עליו לשעה ואיך לא יענש מיד כי תגלה רעתו בקהל ואיך לא תבלענו הארץ מתחתיו כמו שאירע לקרח ועדתו, לפי שהקב"ה הוא ארך אפים וממתין לו...

דבריו החריפים של רבינו בחיי מלמדים שגם בזמנו היו נסיונות דווקא של העשירים לפטור את עצמם מתשלום מסים, והדבר הקשה מאוד על יתר הציבור משום שהוכרחו לשלם יותר מסים כתוצאה מכך.

לדעת ספר חסידים, לא רק שהמשתמט סופג קללות מחביריו אלא אף עלול לוותר על שכרו בעולם הבא לטובת מי שהוכרח לשלם יותר מס בגללו. גם ראשי הציבור לא יצאו נקיים מהדבר:[453]

הנותנים מס באמת וביושר נוחלים חלק בגן עדן של אותן שאינם נותנים באמת וביושר ואלו נוטלים חלק חבריהם בגיהנם אם גזרו חרם לתת כך וכך מן הליטרא ויש שאינן נותנין באמת אלא מעט ויש שנותנים באמת וביושר הרי גוזלים חבריהם הטובים שנותנים יותר יורשים חלקם בג"ע והרשעים

453. ספר חסידים (מרגליות) סי' רע"ח . במקום אחר מייעץ ספר חסידים לא לדור במקום כזה שלא משלמים מס, משום שרשע המפר את חרם הקהילה אין לו תקנה בעולם הזה, ועוד "הרי הצדיק מפסיד כי הרשע אינו נותן מס באמת". שם סי' ת"י.

יורשים חלק חבריהם הטובים בגיהנם. וראשים שיש בידם למחות ומתרפים ובידם לעשות תקנה שלא יתנו הרשעים בשקר מס אע"פ שנותנים הראשים ביושר גם הם ירשו גיהנם.

דומה שיש במקורות אלו כדי להצביע על החובה המוסרית לשלם מסים כראוי ולא לנסות להתחמק מהם כאשר הדבר פוגע ביתר ציבור הפורעים.